

ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ



นายเกรียงศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2543

ISBN 974-13-1111-7

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CRIMINAL LIABILITY OF ARBITRATORS

Mr. Kraingsak Auruprongpisan

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Department of Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2000

ISBN 974-13-1111-7

|                   |                                       |
|-------------------|---------------------------------------|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ |
| โดย               | นายเกรียงศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล         |
| ภาควิชา           | นิติศาสตร์                            |
| อาจารย์ที่ปรึกษา  | รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร    |

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็น  
ส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(รองศาสตราจารย์ธงทอง จันทรางศุ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์มูรธา วัฒนนะชัชวาล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษา  
(รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)

.....กรรมการ  
(อาจารย์จุลสิงห์ วสันตสิงห์)

.....กรรมการ  
(อาจารย์สุชาติ ธรรมพิทักษ์กุล)

.....กรรมการ  
(อาจารย์วรวุฒิ ทวาทสิน)

สถาบันนวัตกรรมการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล : ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ (CRIMINAL LIABILITY OF ARBITRATORS) อ. ที่ปรึกษา : ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 209 หน้า.  
ISBN 974-13-1111-7.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการกับการกระทำที่มีลักษณะเป็นความรับผิดทางอาญา โดยศึกษาเฉพาะความรับผิดทางอาญาที่มีผลกระทบในทางลบอย่างรุนแรงต่อการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือการรับสินบนและการเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการ คืออนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งและการมอบหมายจากคู่กรณีให้ทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่อคติ และต้องไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้ทำให้อนุญาโตตุลาการมีสถานะคล้ายผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และหากอนุญาโตตุลาการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับการกระทำการ หรือการไม่กระทำการอันเนื่องจากหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะการนั้นจะชอบด้วยหน้าที่ของตนหรือไม่ อันมีลักษณะเป็นความผิดฐานรับสินบนซึ่งจะส่งผลกระทบต่ออนุญาโตตุลาการ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจตลอดจนความสงบสุขของสังคม ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จึงควรกำหนดความรับผิดทางอาญาในกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับสินบน แต่ประมวลกฎหมายของประเทศไทยมิได้กำหนดเรื่องความรับผิดกรณีดังกล่าวไว้ ดังนั้น จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยกำหนดความรับผิดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับสินบนไว้ด้วย

สำหรับการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติของมาตรา 324 ในองค์ประกอบความผิดของผู้กระทำความผิดครอบคลุมไปถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งตนมีหน้าที่ผูกพันตามสัญญาในการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อให้ง่ายต่อการพิสูจน์ถึงหน้าที่ดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการคู่กรณีควรกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับเอาไว้ในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามความจำเป็นของข้อพิพาทที่จะต้องรักษาความลับเอาไว้ แต่อย่างไรก็ตามควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยขยายขอบเขตความคุ้มครองของความลับตามมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญาจากเดิม ซึ่งคุ้มครองความลับเพียงสามชนิดเท่านั้นได้แก่ ความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบหรือนิเวศวิทยาศาสตร์ออกไปให้ครอบคลุมความลับทางการค้าในงานพาณิชย์กรรม หรือความลับทางการค้าชนิดอื่น เช่น บัญชีรายชื่อลูกค้าหรือพนักงาน ตารางทางเทคนิค เป็นต้น เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายประการหนึ่งคือการรักษาความลับ

ภาควิชา.....นิติศาสตร์.....

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....

ปีการศึกษา.....2543.....

ลายมือชื่อผู้เขียน.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

# # 4086061634 : MAJOR LAW

KEY WORD : CRIMINAL LIABILITY OF ARBITRATORS

KRAINGSAK AURUPRONGPISAN : CRIMINAL LIABILITY OF ARBITRATORS

THESIS ADVISOR : ASSOCIATE PROFESSOR PHIJAISAKDI HORAYANGURA,

209 pp. ISBN 974-13-1111-7.

This thesis intends to study the performance of an arbitrator which constitutes a criminal infraction. It give a close attention on criminal liabilities which have stern adverse effect on the arbitral process namely graft - taking and revealing of secrecy in arbitration.

One of the important elements of arbitration is that the arbitrator , appointed by the disputing parties and assigned by them to hear and decide factual issues and legal issues of the case , should be non-biased and impartial. These duties give arbitrators a status similar to that of those exercising judicial power . Should arbitrators ask , accept or agree to accept any benefit , be it financial or not , in order to carry out or not their duty , no matter whether it is right and correct or not, it would constitute a bribe-taking an offence which affects arbitration and in turn the economic and social well being of the society, an act which is against public policy per se. Therefore the law should provide for a criminal liability in the case of bribe-taking committed by arbitrator. However, the present Penal Code of Thailand does not has such a provision , it is therefore suggested here that a revision to the code should be made to the effect that the liability of arbitrator in bribe - taking should be included in the code.

Regarding the duty to guard the confidentiality in arbitration , the author has the opinion that Section 324 of the Penal Code already has a provision sufficiently broad to include arbitrator’s duty to guard confidentiality in arbitration through the contract related to arbitration. In order to yield a simple method to prove such a duty of arbitrators , the parties should outright specify such a duty in the contract for appointing arbitrators as the dispute may require. However, Section 324 should be enlarged to give a broader protection. The present section 324 of the Penal Code covers only there kinds of secrecy, namely, those related to industry , scientific discovery or scientific invention. It should be broadened to also cover secrecy in commerce such as list of customers , list of staff , or other technical tables. This would go hand in hand with the duty to guard confidentiality, one of the aims of arbitration.

Department.....Law.....  
 Field of study.....Law.....  
 Academic year.....2000.....

Student’s signature.....  
 Advisor’s signature.....  
 Co-advisor’s signature.....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของรองศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้ให้ความเมตตาและกรุณาต่อผู้เขียนโดยนอกจากจะได้กรุณาช่วยเหลือให้คำแนะนำ และข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ตลอดมาแล้ว ท่านยังได้สละเวลาอันมีค่าในการตรวจแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ในการเขียนอีกด้วย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างยิ่งไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์มรุธา วัฒนชะชีวะกุล ที่ได้ให้ความกรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ รวมทั้งอาจารย์จุลสิงห์ วสันตสิงห์ อาจารย์สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล และอาจารย์วรวิมล ทวาทศิน ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้คำแนะนำทางวิชาการและข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอขอบคุณรองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา อาจารย์ ดร. ฉันทิชย์ ไสตติพันธ์ คุณอรุณี คงเรืองฤทธิ์ คุณวิรวรรณ เจริญญาติ และขอขอบคุณพี่ๆบรรณารักษ์ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่าน โดยเฉพาะคุณเกื้อกุล พรหมเมือง และคุณวิไล นิคงรัมย์ ที่ให้ความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการค้นคว้าข้อมูลเอกสารประกอบการเขียนวิทยานิพนธ์ด้วยดีตลอดมา รวมทั้งพี่ บัณฑิตวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยเฉพาะคุณชฎีรา ยมศรีเคน ที่ช่วยเป็นธุระจัดการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและระเบียบต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ จนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จเป็นรูปเล่มที่สมบูรณ์

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณประภากร รัตนมาลา คุณสุนันทา สุตศิริ คุณสรานัญจิตต์ รัตนมาลัย คุณเทพวรา ธนพัฒน์ ที่ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่างๆ ซึ่งมีส่วนสำคัญในการทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี รวมทั้งคุณพรพิมล ชินพัฒนวานิช คุณสมพร เหลี่ยมป้อน้องชายผู้มีน้ำใจให้ความอนุเคราะห์ช่วยจัดแปลเอกสารต่างประเทศ และ คุณเบญจพร นุชนารถ คุณพัชรี เลิศศรีธาททรัพย์ ผู้สละเวลาช่วยเหลือในการจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้กับผู้เขียน ผู้เขียนขอขอบคุณสำหรับมิตรภาพที่คนรอบข้างมีให้และขอขอบคุณสำหรับความห่วงใยที่ได้รับเสมอมา

ท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา คุณสุธรรม อรุพงศ์พิศาล และขอขอบคุณคุณจุฑามาศ จารุพงศา และ ด.ช.วชิรวิทย์ อรุพงศ์พิศาล ที่ได้ให้การสนับสนุน และเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดมาในระหว่างการทำวิทยานิพนธ์

เกรียงศักดิ์ อรุพงศ์พิศาล

## สารบัญ

|   | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย.....  | ง    |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....   | จ    |
| กิตติกรรมประกาศ.....  | ฉ    |
| สารบัญ.....   | ช    |
| <br>  |      |
| บทที่ 1 บทนำ.....   | 1    |
| 1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา.....   | 1    |
| 1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....  | 2    |
| 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....  | 3    |
| 1.4 วิธีดำเนินการวิจัย.....   | 3    |
| 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย.....  | 4    |
| บทที่ 2 ประวัติความเป็นมา แนวความคิด บทบาท อำนาจหน้าที่ของ<br>อนุญาโตตุลาการ.....     | 5    |
| 2.1 ประวัติและวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน โดยการ<br>อนุญาโตตุลาการ..... | 5    |
| 2.2 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ.....   | 13   |
| 2.3 ทฤษฎีเบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ.....                                     | 14   |
| 2.3.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ<br>(Jurisdictional Theory).....  | 14   |
| 2.3.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory).....  | 15   |
| 2.3.3 ทฤษฎีผสม (Mixed Theory).....  | 16   |
| 2.3.4 ทฤษฎีความเป็นแบบของมันเอง (sui generis Theory).....                             | 17   |
| 2.4 ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ.....   | 18   |
| 2.4.1 เรื่องของสัญญา.....   | 18   |
| 2.4.2 เรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท.....   | 19   |
| 2.5 บทบาท อำนาจ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ.....   | 20   |

## สารบัญ

|  | หน้า |
|--|------|
| 2.5.1 อำนาจของอนุญาโตตุลาการ.....  | 21   |
| 2.5.1.1 อำนาจที่เกิดจากสัญญา.....  | 21   |
| 2.5.1.2 การได้รับมอบอำนาจโดยการดำเนินการตามกฎหมาย<br>(Powers Conferred by Operation of Law).....   | 25   |
| 2.5.2 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ.....  | 26   |
| 2.5.2.1 หน้าที่กำหนดโดยคู่สัญญา.....   | 26   |
| 2.5.2.1.1 หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบ<br>หมายด้วยตนเอง.....   | 27   |
| 2.5.2.1.2 หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณี<br>โดยเคร่งครัด.....  | 27   |
| 2.5.2.2 หน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง.....   | 27   |
| 2.5.2.3 การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่ (Duty to act<br>with due diligence).....   | 31   |
| 2.5.2.4 หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดย<br>เท่าเทียมกันและเป็นธรรม.....  | 31   |
| 2.5.2.5 หน้าที่ตามจริยธรรม (Ethical duties).....   | 33   |
| 2.5.2.5.1 จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย<br>ไทย.....   | 38   |
| 2.5.2.5.1.1 จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ<br>ตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรม<br>ว่าด้วยจริยธรรมของ<br>อนุญาโตตุลาการสถาบัน<br>อนุญาโตตุลาการกระทรวง<br>ยุติธรรม..... | 38   |
| 2.5.2.5.1.2 จริยธรรมตามพระราชบัญญัติ<br>อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530.....   | 45   |



สารบัญ

|  | หน้า |
|--|------|
| 2.5.2.5.1.3 จริยธรรมตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ   | 46   |
| 2.5.2.5.1.4 จริยธรรมซึ่งเกิดจากข้อตกลงของคู่กรณี.....  | 47   |
| 2.5.2.5.2 จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ.....   | 47   |
| 2.5.2.5.3 เปรียบเทียบบทบัญญัติของ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (IBA).....                                | 51   |
| 2.5.2.6 เปรียบเทียบภาพรวมของจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและของ Code of Ethics Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (IBA)..... | 56   |
| 2.5.2.7 สถานะและสภาพบังคับของประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ.....  | 59   |
| 2.6 ประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการ.....  | 60   |
| 2.6.1 รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ.....   | 60   |
| 2.6.2 ค่าใช้จ่าย.....  | 61   |
| 2.6.3 รักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับทางธุรกิจได้ดี.....   | 62   |
| 2.6.4 รักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท.....  | 62   |
| 2.6.5 เหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ้งยากและสลับซับซ้อน.....  | 62   |
| 2.6.6 สมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท.....   | 63   |
| 2.6.7 แบ่งเบาภาระของศาล.....   | 63   |

## สารบัญ

|  | หน้า |
|--|------|
| 2.7 เหตุผลในการกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ.....   | 64   |
| 2.8 ความคุ้มกัน (immunity) ของอนุญาตตุลาการ.....   | 67   |
| บทที่ 3 ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ.....                                      | 68   |
| 3.1 ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์.....                                      | 68   |
| 3.1.1 ประเภทอังกฤษ.....  | 68   |
| 3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....  | 72   |
| 3.1.2.1 หลักทฤษฎี (Doctrine).....  | 73   |
| 3.1.2.1.1 วิวัฒนาการของหลักการความคุ้มกันทางศาล.....   | 73   |
| 3.1.2.1.2 ขอบเขตของความคุ้มกันทางศาล.....  | 74   |
| 3.1.2.1.3 มูลเหตุจูงใจเบื้องหลังแนวความคิดเรื่องความคุ้มกันทางศาล.....                             | 75   |
| 3.1.2.1.4 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับหลักการความคุ้มกันทางศาลของสหรัฐอเมริกา.....                          | 76   |
| 3.1.2.1.5 ความคุ้มกันความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้พิพากษาในประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอร์ (Civil Law)..... | 77   |
| 3.1.2.2 การขยายหลักการความคุ้มกันทางศาลไปยังอนุญาตตุลาการ.....                                     | 78   |
| 3.1.2.2.1 สถานภาพของอนุญาตตุลาการในระบบศาลของสหรัฐอเมริกา.....                                     | 78   |
| 3.1.2.2.2 ข้อถกเถียงเหตุผลเกี่ยวกับการขยายหลักการความคุ้มกันของศาลไปให้กับอนุญาตตุลาการ.....       | 79   |
| 3.1.2.2.3 การเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการกับผู้พิพากษา.....                             | 79   |

## สารบัญ

|  | หน้า |
|--|------|
| 3.1.2.2.4 นโยบายแห่งชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา<br>ที่สนับสนุนการอนุญาตตุลาการ.....  | 80   |
| 3.1.2.2.5 ข้อโต้แย้งต่อการขยายหลักการความคุ้มกัน<br>ของศาลไปให้กับอนุญาตตุลาการ.....                                     | 81   |
| 3.1.2.2.5.1 สิ่งที่ไม่เหมือนกันระหว่าง<br>ผู้พิพากษาและอนุญาตตุลาการ   | 81   |
| 3.1.2.2.5.2 ความแตกต่างที่เป็นกระบวนการ<br>ระหว่างกระบวนการพิจารณา<br>ของศาลและกระบวนการพิจารณา<br>ของอนุญาตตุลาการ..... | 82   |
| 3.1.2.3 ชนิดของการกระทำผิดของอนุญาตตุลาการในทางแพ่ง....  | 84   |
| 3.1.2.3.1 การที่อนุญาตตุลาการไม่เปิดเผยว่าตนเอง<br>มีส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์.....                                | 84   |
| 3.1.2.3.2 การที่อนุญาตตุลาการถอนตัวจากกระบวนการ<br>พิจารณาอนุญาตตุลาการก่อนกำหนดเวลา....                                 | 85   |
| 3.1.2.3.3 อนุญาตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายใน<br>กำหนดเวลา.....  | 86   |
| 3.1.3 ประเทศสิงคโปร์.....  | 89   |
| 3.1.4 ประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย.....   | 93   |
| 3.2 ความรับผิดของอนุญาตตุลาการในประเทศซีวิลลอว์.....   | 97   |
| 3.2.1 ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน.....  | 97   |
| 3.2.2 ประเทศญี่ปุ่น.....   | 102  |
| 3.2.3 ประเทศอาร์เจนตินา.....   | 106  |
| 3.2.4 ประเทศนอร์เวย์.....  | 110  |
| 3.2.5 ประเทศอิตาลี.....  | 112  |

## สารบัญ

|   | หน้า |
|---|------|
| 3.3 แนวทางการคุ้มครองความลับของการอนุญาตโตตุลาการ.....  | 116  |
| 3.3.1 ความหมายทั่วไปของความลับ.....   | 116  |
| 3.3.2 ความลับในการอนุญาตโตตุลาการ.....  | 118  |
| 3.3.3 เหตุผลที่ทำให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ.....   | 129  |
| 3.3.4 เหตุผลและความจำเป็นในการรักษาความลับในการ<br>อนุญาตโตตุลาการและหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่มี<br>การเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่..... | 131  |
| 3.3.5 กรณีที่สามารถเปิดเผยความลับของการอนุญาตโตตุลาการ.....   | 138  |
| 3.3.5.1 การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้.....  | 138  |
| 3.3.5.2 การเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล.....   | 139  |
| 3.3.5.3 การเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ขบด้วยกฎหมาย.....  | 141  |
| 3.3.5.4 การเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี.....   | 141  |
| 3.3.5.5 การเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อสร้างบรรทัดฐานของความ<br>ยุติธรรม โดยความยินยอมของคู่กรณี.....   | 144  |
| บทที่ 4 วิเคราะห์แนวทางความรับผิดชอบของอนุญาตโตตุลาการในประเทศไทย.....  | 146  |
| 4.1 แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....   | 147  |
| 4.2 วิเคราะห์ความรับผิดชอบของอนุญาตโตตุลาการในประเทศไทย.....  | 157  |
| 4.3 วิเคราะห์ความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา หมวดที่ 1<br>(ความรับผิดฐานเปิดเผยความลับ) มาตรา 323 และมาตรา 324.....                                | 177  |
| 4.4 ความรับผิดทางแพ่งของอนุญาตโตตุลาการในประเทศไทย.....   | 182  |
| 4.5 ความคุ้มกันอนุญาตโตตุลาการ.....   | 191  |
| บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ.....  | 193  |
| รายการอ้างอิง.....  | 202  |
| ประวัติผู้เขียน.....  | 209  |

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา

การระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน บุคคลทั้งหลายมักที่จะเข้าใจว่าจะต้องระงับข้อพิพาทกันโดยศาลเท่านั้น แต่เมื่อสภาพเศรษฐกิจสังคมไทยได้เจริญขึ้น ข้อพิพาทที่เกิดจากการดำเนินการทางธุรกิจได้มีปริมาณเพิ่มขึ้น ทำให้คดีที่ขึ้นมาสู่ศาลมีเป็นจำนวนมาก การพิจารณา และพิพากษาคดีของศาลจึงมีความล่าช้าตามไปด้วย อย่างไรก็ตามก็ได้ออกโอกาสให้ผู้สัญญาตกลงกันที่จะทำสัญญาระงับข้อพิพาทกันเอง โดยให้บุคคลภายนอกเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ เรียกว่า สัญญาระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการระงับข้อพิพาทที่สะดวกรวดเร็ว และนอกจากนั้นแล้วผู้สัญญาสามารถที่จะเลือกบุคคลที่เป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทกันนั้นมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งทำให้เกิดผลดีแก่คดีที่พิพาทนั้น ทั้งบรรยากาศที่รับรู้ก็เป็นมิตรต่อกัน และสามารถรักษาความลับในทางการค้าได้มากกว่าที่จะดำเนินคดีในศาล (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 23)

บุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่ใช่ นักกฎหมายก็ได้ แต่อาจจะ เป็นพ่อค้าหรือบุคคลที่น่าเชื่อถือหรือเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในวิชาชีพต่างๆ ซึ่งบุคคลใน วิชาชีพเหล่านั้นจะต้องมีหลักจริยธรรมของตนเพื่อเป็นแนวปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพ แต่ที่เป็น ปัญหาในกระบวนการยุติธรรมก็คือการตัดสินของผู้ทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี ไม่มีความเป็นกลางเข้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ขาดซึ่งจริยธรรมที่ควรจะมี และความเป็นอิสระในการตัดสิน ทำให้เกิดความไม่บริสุทธิ์ยุติธรรม เกิดความเหลื่อมล้ำแก่บุคคลที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจาก การตัดสินนั้น

ถึงแม้อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจที่จะตกลงกันทำสัญญาให้ระงับข้อ พิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะมีลักษณะของสัญญาแล้ว ยังมีลักษณะของกระบวนการ ในการวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทอยู่ด้วย (Judicial Character) และการดำเนินกระบวนการ พิพิจารณาในทางอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถแยกเด็ดขาดจากศาลได้

การพิจารณาชี้ขาดตัดสินคดีของอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยด้วย มีผู้เห็นว่าในชั้นตัดสินคดีอนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดี ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแก่ประชาชน เช่น ยอมให้การให้สินบนเป็นการถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดการเรียกสินบนทำให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ประสิทธิภาพของการใช้ทรัพยากรจะสูญไป เพราะผู้ผลิตสินค้าและบริการไม่ใช่ผู้มีประสิทธิภาพสูงสุด อันส่งผลให้ประชากรโลกต้องบริโภคสินค้าและบริการแพงขึ้น

## ประเด็นปัญหา

1. ควรมีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีอนุญาโตตุลาการ ผู้ซึ่งมีบทบาทในการระงับข้อพิพาทรับสินบนหรือไม่ และมีความเหมาะสมเพียงใด

ถึงแม้อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจในทางสัญญาให้ระงับข้อพิพาทก็ตาม แต่การที่อนุญาโตตุลาการมาทำการระงับข้อพิพาทในการทำหน้าที่ในฐานะกึ่ง ตุลาการ (quasi-judicial) ซึ่งเป็นผู้ที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้วยความยุติธรรม และอยู่บนพื้นฐานของ Jurisprudence ซึ่งปัจจุบันไม่มีความผิดทางอาญาที่จะควบคุม ป้องกัน และข่มขู่ ไม่ให้อนุญาโตตุลาการกระทำความผิด โดยการรับสินบนจากคู่กรณีพิพาท นอกเสียจากหากอนุญาโตตุลาการกระทำผิดหน้าที่ดังกล่าว คู่กรณีที่ได้รับผลเสียหาย เพียงแต่ไปฟ้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบตามสัญญาในทางแพ่งและหรือในเรื่องละเมิด รวมถึงการยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดเท่านั้น

2. ควรมีการศึกษาวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาในการเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการ และศึกษาหามาตรการคุ้มครองความลับของคู่กรณีพิพาทที่มาใช้การอนุญาโตตุลาการไม่ให้เป็นที่แพร่พรายออกไปโดยไม่ได้รับความยินยอมของคู่ความเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ เพราะจุดมุ่งหมายของคู่กรณีที่มาใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อรักษาหน้าและรักษาความลับ

## 1.2 สมมติฐานของการวิจัย

การกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา สำหรับกรณีที่อนุญาโตตุลาการซึ่งมีหน้าที่ชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทได้กระทำการทุจริตรับสินบน และตัดสินคดีโดยความลำเอียง (Partial) อันเนื่อง

มาจากการกระทำดังกล่าว รวมถึงปัญหาความรับผิดชอบจากการที่อนุญาตตุลาการซึ่งรู้ความลับเปิดเผยความลับซึ่งตนได้รับรู้มาโดยหน้าที่ของผู้ชี้ขาด โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาตลอดจนความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายที่ยังคุ้มครองไม่ครอบคลุมความลับในการอนุญาตตุลาการเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองความลับในวิธีการระงับข้อพิพาทนี้ เพื่อการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของอนุญาตตุลาการ เป็นการส่งเสริม ก่อให้เกิดความเชื่อถือ และมั่นใจของประชาชน รวมทั้งวงการค้าซึ่งจะต้องใช้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

### 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา ความหมายและลักษณะของอนุญาตตุลาการ ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการ รวมถึงบทบาท อำนาจ หน้าที่ และความคุ้มครองของอนุญาตตุลาการโดยสังเขป
2. เพื่อศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการต่างประเทศในเรื่องการทุจริตรับสินบน (Bribery)
3. เพื่อวิเคราะห์แนวทางกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการเรื่องการทุจริตรับสินบน (Bribery) และแนวทางการคุ้มครองความลับในการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

### 1.4 วิธีการดำเนินการทำวิจัย

การดำเนินการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนใช้วิธีการค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลด้วยแบบวิธีการวิจัยโดยเอกสาร (Documentary Research) โดยวิธีการพรรณนาและวิเคราะห์ (Descriptive and Analytical Method) เป็นแนวทางในการดำเนินการวิจัย ซึ่งเริ่มต้นจากการนำเสนอประวัติความเป็นมา แนวความคิด และพัฒนาการของอนุญาตตุลาการ อำนาจหน้าที่ รวมถึงความคุ้มครองของอนุญาตตุลาการโดยสังเขป ศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการในต่างประเทศเพื่อศึกษาถึงลักษณะและความสำคัญของความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการ วิเคราะห์แนวทางกำหนดความรับผิดชอบทางอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

## 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำวิจัย

1. ทำให้ทราบประวัติความเป็นมา ความหมาย ลักษณะ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาติตตูลาการ รวมถึงบทบาท อำนาจหน้าที่ และความคุ้มกันของอนุญาติตตูลาการโดยสังเขป
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาติตตูลาการในต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบแนวทางกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาติตตูลาการเรื่องการทุจริตรับสินบน (Bribery) และแนวทางการคุ้มครองความลับในการอนุญาติตตูลาการในประเทศไทย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมา แนวความคิด บทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

บทนี้จะทำการศึกษาประวัติความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ ความหมาย ลักษณะ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงถึงบทบาท อำนาจ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เพื่อเป็นการปูพื้น และแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ดังจะมีลำดับขั้นตอนในการศึกษาดังนี้

#### 2.1 ประวัติและวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีมานานแล้วในสังคมมนุษย์ตั้งแต่ยุคเริ่มแรก และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนองค์กรอื่นๆ ที่สำคัญ คือ เกิดขึ้นก่อนศาลอันเป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทของทุกสังคมในปัจจุบัน (Pieters Sanders, 1975: 220)

การที่การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นก่อนศาลนั้นก็เพราะในสังคมยุคเริ่มแรกยังไม่มีการจัดรูปองค์กรของสังคมที่มีระเบียบแบบแผนเช่นในสังคมยุคหลัง ซึ่งมีการแบ่งแยกอำนาจในสังคมออกเป็นหลายฝ่าย เช่น นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ดังนั้น ในสังคมยุคเริ่มแรกของมนุษย์จึงยังไม่มีศาลในรูปแบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน นอกจากนั้นมนุษย์ในสังคมโบราณแต่ละคนค่อนข้างมีอิสระ เนื่องจากการรวมตัวในสังคมยังไม่ค่อยมีระเบียบและเคร่งครัดมากนัก เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและหากคู่กรณีไม่สามารถประนีประนอมกันได้ ก็มักจะตกลงกันให้บุคคลที่ตนเคารพนับถือซึ่งอาจเป็นบรรพบุรุษของตน หรือผู้นำชุมชน ให้เป็นผู้ชี้ขาดตัดสิน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ก็คืออนุญาโตตุลาการ

ต่อมาเมื่อสังคมขยายตัวเจริญมากขึ้นและเริ่มมีการจัดระเบียบการปกครองโดยผู้นำที่มีฐานะสูงขึ้น เช่น กษัตริย์ ซึ่งมีอำนาจมากในทุกด้าน รวมทั้งอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่สำคัญๆ ของประชาชนด้วย กษัตริย์ก็มักทำหน้าที่ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทด้วย แต่เมื่อสังคม

เจริญขึ้นผู้นำดังกล่าวยอมไม่มีเวลาเพียงพอที่จะทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้ประชาชนได้ จึงได้มอบอำนาจให้บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายให้ทำหน้าที่ดังกล่าวแทน โดยเรียกบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายให้ทำหน้าที่ดังกล่าวแทน โดยเรียกบุคคลดังกล่าวว่า ตุลาการ หรือศาล

อย่างไรก็ตาม ศาลก็มีได้เข้าไปแทนที่การอนุญาตตุลาการเสียทั้งหมด ศาลคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาตตุลาการยังสามารถกระทำได้ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทต้องการให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน เพราะข้อพิพาททางแพ่งเป็นเรื่องที่เอกชน มีสิทธิจัดการระงับเรื่องของตนโดยวิธีการใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดี และไม่มีกฎหมายบังคับให้เอกชนต้องระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการฟ้องคดีต่อศาลแต่เพียงประการเดียว ด้วยเหตุดังกล่าวการระงับข้อพิพาทในบางเรื่องโดยเฉพาะในสิ่งที่เกี่ยวกับธุรกิจซึ่งต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ตัดสินชี้ขาดเป็นส่วนสำคัญและต้องการความรวดเร็วจึงมักจะระงับกันโดยการอนุญาตตุลาการเนื่องจากคู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหามาให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการในข้อพิพาทของตนได้ และการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทสามารถกระทำได้โดยรวดเร็ว

ถึงแม้ว่ามนุษย์จะรู้จักใช้การอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทกันมานานนับแต่สังคมยุคเริ่ม แต่ก็ไม่สามารถหาหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรมายืนยันข้ออ้างดังกล่าวได้ สังคมแรกที่มีหลักฐานยืนยันว่ามีการใช้การอนุญาตตุลาการ คือ สังคมของชาวกรีกตั้งแต่ศตวรรษที่หกก่อนคริสตศักราช โดยมีการใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกัน และต่างนครรัฐกัน และระหว่างนครรัฐต่างๆ ด้วย (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543: 21)

ข้อพิพาทที่นิยมระงับโดยการอนุญาตตุลาการในสังคมของเอกชนชาวกรีกมีมากมาย เช่น การศาสนา การพาณิชย์ หนี้ บุกรุก ฯลฯ และสำหรับข้อพิพาทระหว่างนครรัฐที่นิยมใช้การอนุญาตตุลาการก็มีมากมายเช่นกัน เช่น การศาสนา การปักปันเขตแดน อาณานิคม การชำระหนี้สิน ฯลฯ (ดิเรก ชัยนาม, 2495: 10)

ยุคต่อมาที่มีหลักฐานนิยมใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกันอย่างกว้างขวาง คือ ยุคโรมัน และได้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาตตุลาการไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

หลายฉบับ เช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะ เมื่อประมาณสี่ร้อยห้าสิบปีก่อนคริสต์ศักราช โดยบัญญัติอยู่ในโต๊ะที่ 7 ที่ว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ในมาตรา 5 ซึ่งเป็นเรื่องการตั้งอนุญาตไต่ตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาท (หลวงสุทิวาทนฤพุมิ, 2516: 73) ซึ่งเป็นการอนุญาตไต่ตุลาการด้วยความสมัครใจของคู่กรณี และกฎหมายในยุคโรมันฉบับหลังๆ ก็ได้บัญญัติถึงการอนุญาตไต่ตุลาการเช่นกัน แต่เปลี่ยนจากความสมัครใจเป็นการบังคับให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่ตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้การแนะนำดูแลของเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้เพราะรัฐให้การอนุญาตไต่ตุลาการเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการเข้าควบคุมกิจการค้าและกิจการของประชาชน อย่างไรก็ตามไม่ว่าการอนุญาตไต่ตุลาการจะเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจหรือโดยมีกฎหมายบังคับก็จะมีลักษณะบางประการที่เหมือนกัน คือ ถือว่าการอนุญาตไต่ตุลาการเป็นเรื่องของสถาบันระงับข้อพิพาทหรือเป็นวิธีพิจารณา คำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณี เว้นแต่ในกรณีที่มีความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้น ซึ่งศาลอาจสั่งยกเลิกได้ (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 22)

นอกจากชาวกรีกและชาวโรมันแล้ว ชาวอียิปต์นิยมให้การอนุญาตไต่ตุลาการระงับข้อพิพาทเช่นกัน และแม้แต่พระเยซูก็ได้เคยทำหน้าที่เป็นอนุญาตไต่ตุลาการ (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 22)

ในสมัยกลางก็ได้มีการให้การอนุญาตไต่ตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในประเทศต่างๆ ของทวีปยุโรป ทั้งข้อพิพาทภายในประเทศของแต่ละประเทศในระหว่างเอกชน และข้อพิพาทระหว่างประเทศในระหว่างรัฐ และพระสันตปาปาก็ได้ทำหน้าที่อนุญาตไต่ตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่างๆ ของยุโรปเป็นจำนวนหลายครั้ง (ดิเรก ชัยนาม, 2495: 10)

หลังจากสมัยกลางการอนุญาตไต่ตุลาการก็ได้รับความยินยอมใช้กันอย่างแพร่หลายในหมู่พ่อค้าของประเทศต่างๆ และในระดับระหว่างประเทศ เช่นในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีสมาคมการค้าต่างๆ (guilds of merchant) อยู่ในเมืองต่างๆ เกือบทุกเมือง และมีบทบาทในวงการค้าเป็นอย่างมากก็ได้จัดให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าซึ่งเป็นสมาชิกโดยการอนุญาตไต่ตุลาการและการอนุญาตไต่ตุลาการยิ่งได้รับความนิยมนมากขึ้น เมื่อบริษัทการค้าต่างๆ ของประเทศอังกฤษได้ทำการค้ากับประเทศกันอย่างกว้างขวาง แม้ศาลจะมีบทบาทมากขึ้นก็ตามและก็ได้มีกฎหมายอนุญาตไต่ตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาในปี ค.ศ.1697 (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 22)

สำหรับประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปนั้นก็ให้การยอมรับการอนุญาตโตตุลาการโดยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน และกฎหมายพระ (canon law) และได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศต่างๆ ขึ้นตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่สิบเก้า เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.1806 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี ค.ศ.1865 ประเทศประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1877 (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 23)

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นเริ่มมีการใช้การอนุญาตโตตุลาการตั้งแต่สมัยที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษซึ่งใช้กันในระหว่างกลุ่มพ่อค้า โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตโตตุลาการในปี ค.ศ.1768 และกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีการร่างขึ้นและประกาศใช้ใหม่หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยได้แบบอย่างจากกฎหมายอนุญาตโตตุลาการของอังกฤษในปี ค.ศ.1781 (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 23)

ในประเทศต่างๆ ของทวีปเอเชีย นั้นแม้จะมีการอนุญาตโตตุลาการมานานับแต่สมัยโบราณ แต่ก็เริ่มมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเมื่อติดต่อค้าขายกับชาวตะวันตก และสำหรับประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือถึงแม้ว่าจะมีการใช้การอนุญาตโตตุลาการกันมานานับแต่สมัยโบราณ แต่ในสมัยเดิมนั้นไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายอนุญาตโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรก ที่ค้นพบได้นั้น คือพระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 ซึ่งอยู่ในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนุธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย และกฎหมายนี้ได้ถูกคัดลอกไว้ในกฎหมายตราสามดวงที่ใช้กันมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น (หลวงสุทิวาทนฤพุมิ, 2516: 147) ซึ่งมีเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน คือ บัญญัติถึงอนุญาตโตตุลาการรวมอยู่กับตระลาการอื่น โดยอธิบายคำว่า "อนุญาตโตตุลาการ" ว่า หมายถึง บุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน และยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีจะบังคับให้อนุญาตโตตุลาการรับผิดชอบไม่ได้และคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการยอมถึงที่สุดคู่กรณีจะอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นมิได้อันเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับการอนุญาตโตตุลาการในปัจจุบัน (เสนีย์ ปราโมช, 2510: 47)

กฎหมายตราสามดวงที่ถูกยกเลิกไป โดยพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) ซึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการอยู่ในหมวดที่ 19 มาตรา 116-121 (เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ, 2478: 157) ซึ่งวางกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้น โดยอยู่ในความควบคุมของศาลอย่าง

ใกล้ชิด ทั้งนี้โดยเริ่มต้นจากการที่คู่ความในคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นอาจตกลงกันให้มีการอนุญาตตุลาการข้อพิพาทของตนที่เป็นคดีอยู่ได้โดยให้ศาลเชิญบุคคลที่ตนตกลงกันให้เป็นอนุญาตตุลาการข้อพิพาทของตนที่เป็นคดีอยู่ได้โดยให้ศาลเชิญบุคคลที่ตนตกลงกันให้เป็นอนุญาตตุลาการทำหน้าที่ได้ (มาตรา 116-117) ในการทำหน้าที่อนุญาตตุลาการต้องทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมาย (มาตรา 118) หากมีการกระทำบางประการที่อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจก็ขอให้ศาลช่วยเหลือทำให้ได้ เช่น การหมายเรียกพยาน (มาตรา 119) เมื่ออนุญาตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จจนกระทั่งทำคำชี้ขาดแล้วก็ต้องเสนอคำชี้ขาดนั้นต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งศาลต้องพิพากษาตามวินัยคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้อง (มาตรา 120) และเมื่อศาลพิพากษาแล้วถือว่าคำพิพากษานั้นเป็นที่สุดจะมีการอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้ เว้นแต่คำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ (มาตรา 121) (เสาวนีย์ อัครวโรจน์, 2543: 24)

พระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 มิได้บัญญัติถึงการอนุญาตตุลาการข้อพิพาทที่อยู่นอกศาล แต่ก็มีคำพิพากษาฎีกาที่ 242 ปี ร.ศ.118 พิพากษาว่าสามารถกระทำได้เพราะการที่ราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดจะตั้งอนุญาตตุลาการระหว่างกันเองย่อมทำได้เนื่องจากไม่มีข้อห้ามและไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลตั้ง และแม้พระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 จะมีบทบัญญัติเฉพาะแต่การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในศาลเท่านั้นก็ดี แต่อำนาจของคู่กรณีที่จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการกันเองนั้นเป็นอำนาจที่ราษฎรมีมาก่อนพระราชบัญญัตินี้ในเมื่อพระราชบัญญัตินี้ไม่มีข้อความยกเลิกอำนาจของราษฎร ที่จะทำสัญญาดังกล่าวแล้ว ราษฎรย่อมทำสัญญานั้นได้ (กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 2478: 157 อ้างไว้ใน เสาวนีย์ อัครวโรจน์, 2543: 24)

ต่อมาในปี ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง โดยอยู่ในมาตรา 108-114 แต่ได้มีเนื้อความเพิ่มเติมที่แตกต่างออกไปเพียงประการเดียว คือ เหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการซึ่งสามารถทำได้เพิ่มขึ้นอีกสองประการคือ ให้อุทธรณ์ได้ในกรณีที่อนุญาตตุลาการทุจริต และคำชี้ขาดนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริต นอกจากเหตุที่คำพิพากษาไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ (เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ, 2478: 254)

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ก็มีได้บัญญัติถึงการอนุญาตไต่สวนการนอกศาลเช่นกัน และพระราชบัญญัตินี้ก็ได้ถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ.2478 เนื่องจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ซึ่งใช้บังคับในปี พ.ศ.2478 และมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอนุญาตไต่สวนการอยู่ในมาตรา 210-222 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติถึงการอนุญาตไต่สวนการทั้งในศาลและนอกศาลไว้ แต่ส่วนใหญ่เป็นเรื่องการอนุญาตไต่สวนการในศาลโดยมีการอนุญาตไต่สวนการนอกศาลเพียงมาตราเดียว ซึ่งเริ่มจากคู่ความที่มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาลให้ระงับโดยการอนุญาตไต่สวนการโดยความเห็นชอบของศาล (มาตรา 210) การตั้งอนุญาตไต่สวนการ (มาตรา 211-212) การคัดค้านอนุญาตไต่สวนการ (มาตรา 213) ค่าธรรมเนียมอนุญาตไต่สวนการ (มาตรา 214) วิธีพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ (มาตรา 215-216) การทำคำชี้ขาดและรายละเอียดของคำชี้ขาด (มาตรา 217-218) การสิ้นสุดของข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการ (มาตรา 219) การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการ (มาตรา 220) การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการนอกศาล (มาตรา 221) แต่รายละเอียดของการอนุญาตไต่สวนการนอกศาลก่อนที่จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายนี้กล่าวถึงไว้เลย และการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลซึ่งใช้บังคับกับการอนุญาตไต่สวนการในศาล และนอกศาลซึ่งตามปกติอุทธรณ์ไม่ได้ เว้นแต่เข้ากรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ (มาตรา 222) (เสาวนีย์ อิศวโรจน์, 2543: 25)

ในปี พ.ศ.2530 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับการอนุญาตไต่สวนการนอกศาล โดยมีรายละเอียดต่างๆ ที่จำเป็นและเป็น การแก้ไขบทพ่วงที่มีอยู่จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 221 ซึ่งบัญญัติเฉพาะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการ แต่กระบวนการก่อนหน้านั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนั้นก็ยังมีพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 11 พ.ศ.2530 ให้ยกเลิก มาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (เสาวนีย์ อิศวโรจน์, 2543: 25, 26)

ดังนั้นในปัจจุบันประเทศไทยจึงมีกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาตไต่สวนการโดยตรงอยู่ 2 ฉบับ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-220 และมาตรา 222 ซึ่งเป็นเรื่อง การอนุญาตไต่สวนการในศาล และพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นเรื่องการ อนุญาตไต่สวนการนอกศาล (เสาวนีย์ อิศวโรจน์, 2543: 26)

นอกจากแต่ละประเทศจะจัดให้มีกฎหมายภายในของตนแล้วก็ได้มีความร่วมมือกันของนานาประเทศในการจัดให้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปแบบต่างๆ เช่น สนธิสัญญา อนุสัญญา และอื่นๆ เพื่อขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องระหว่างประชาชนกับประชาชนซึ่งมีสัญชาติแตกต่างกัน และระหว่างประชาชนของรัฐหนึ่งกับรัฐอื่นหรือองค์กรของรัฐอื่น (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 26)

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการฉบับแรก ได้ร่างขึ้นโดยองค์การสันนิบาตชาติ ในปี ค.ศ. 1923 คือ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ วินิจฉัย ค.ศ. 1923 (The Protocol on Arbitration Clauses, 1923) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ และมักเรียกกันว่าโปโตคอลเจนีวา โดยมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ให้องค์การในประเทศภาคีโปโตคอลเจนีวา ซึ่งได้รับฟ้องคดีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีซึ่งมีสัญชาติของประเทศภาคีที่แตกต่างกันและตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทระหว่างตนโดยการอนุญาโตตุลาการต้องทำการบังคับให้คู่กรณีดังกล่าวไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แม้จะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ต้องกระทำในต่างประเทศก็ตาม (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 26)

นอกจากโปโตคอลเจนีวาแล้ว องค์การสันนิบาตชาติ ก็ได้ประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 (The Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงเจนีวา และมักเรียกกันว่าอนุสัญญาเจนีวา อนุสัญญาเจนีวาซึ่งมีขึ้นสำหรับการรับรองและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการตามโปโตคอลเจนีวา กล่าวคือ มีบทบัญญัติรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกประเทศภาคีที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด แต่ทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีอื่น หากคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่บกพร่องโดยการบังคับคำชี้ขาดต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 26, 27)

อย่างไรก็ตามโปโตคอลเจนีวา และอนุสัญญาเจนีวาก็ยังมีข้อบกพร่องบางประการที่ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไม่สามารถทำได้โดยสะดวก องค์การสหประชาชาติจึงได้มีการร่างและประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับ

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมักเรียกกันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก

อนุสัญญานิวยอร์กมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับ และบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เช่นเดียวกับโปรโตคอลเจนีวา และอนุสัญญาเจนีวา แต่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญบางประการซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีอยู่จากการปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวา เช่น เรื่องภาระการพิสูจน์ กล่าวคือ ในอนุสัญญาเจนีวาผู้ที่จะขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่บกพร่อง ศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดจึงจะบังคับตามคำชี้ขาดให้ แต่ในอนุสัญญานิวยอร์กนั้น คู่กรณีฝ่ายที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เพียงแต่เสนอคำชี้ขาดต่อศาลหรือองค์กรที่จะบังคับตามคำชี้ขาดพร้อมทั้งพยานหลักฐานที่อนุสัญญากำหนดไว้ส่วนภาระการพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้นั้นตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น และถ้าพิสูจน์ได้ตามที่กล่าวอ้างศาลหรือองค์กรดังกล่าวก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่มีการพิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์หรือบกพร่องด้วยประการใดๆ ศาลหรือองค์กรดังกล่าวนั้นก็ต้องบังคับตามคำชี้ขาดให้ (เสาวนีย์ อัครวโรจน์, 2543: 27)

นอกจากมีอนุสัญญาสำหรับระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์แล้วก็มีอนุสัญญาทางอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งวางขึ้นโดยการสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา ที่เรียกกันว่าธนาคารโลก ที่กรุงวอชิงตัน ดี ซี ในปี ค.ศ.1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965) เพื่อให้บริการการอนุญาโตตุลาการสำหรับนักลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วและรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นภาคีอนุสัญญานี้สำหรับการระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นภาคีอนุสัญญานี้กับเอกชนผู้ลงทุนซึ่งเป็นคนชาติประเทศภาคีอนุสัญญานี้อีกประเทศหนึ่ง



นอกจากนั้นคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศก็ได้ร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในการพาณิชย์ระหว่างประเทศขึ้นในปี ค.ศ.1988 (Model Law on International Commercial Arbitration) เพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไปร่างเป็นกฎหมายภายในสำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ดำเนินการในประเทศนั้นๆ (เสาวนีย์ อัครวโรจน์, 2543: 28)

## 2.2 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาด ซึ่งเรียกว่า "อนุญาโตตุลาการ" คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้นๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณา (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rule) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายหรือข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้นๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2540: 19-20)

ใน Black's Law Dictionary (seventh edition) อธิบายคำศัพท์นี้ไว้ว่า หมายถึงกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาทโดยการส่งข้อพิพาทให้บุคคลภายนอกที่เป็นกลาง ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ทำการวินิจฉัยชี้ขาดพิพาทภายหลังกระบวนการพิจารณาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสนำเสนอคดีของตน ในกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจ โดยคู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอำนาจทำคำตัดสินที่มีผลผูกมัดคู่กรณี

David (1985: 5) ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคน

หรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น

## 2.3 ทฤษฎีเบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของรัฐในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ เช่น อำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การมีผลและบังคับใช้ของคำชี้ขาด โดยทั่วไปแล้วทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งออกเป็น 4 ทฤษฎี

### 2.3.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นการระงับข้อพิพาทแม้ในเรื่องทางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจตุลาการ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 47)

ศาสตราจารย์มันน์ Mann ได้ให้ความเห็นไว้ในบทความเรื่อง "lex facit arbitrum" ว่า "รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็จะสามารถทำหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาซึ่งทำให้โดยผู้พิพากษาของรัฐ"

ในความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร ได้สรุปความเห็นของศาสตราจารย์มันน์ (MANN) ว่า "อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้นหากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลที่จะบังคับได้" ดังนั้นอำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายสารบัญญัติของรัฐและคำชี้ขาดก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ได้มีการทำการพิจารณาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่ง

ประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดและประเทศที่การพิจารณาอนุญาตตุลาการเกิดขึ้น ซึ่งทำให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นโดยลำพังเป็นสิ่งที่ไม่อาจบังคับได้ต้องอาศัยการร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้ในฐานะที่เป็นเช่นคำพิพากษา เนื่องจากอนุญาตตุลาการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีอำนาจบังคับลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด

### 2.3.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่า การอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา จะเกิดขึ้นก็แต่โดยอาศัยความตกลงร่วมกันของคู่กรณีเท่านั้น คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้การอนุญาตตุลาการในรูปแบบใด เป็นผู้เลือกอนุญาตตุลาการที่จะมาทำคำชี้ขาด เป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณาคดี และยังเป็นผู้กำหนดวิธีการพิจารณาคดีของอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้คู่กรณียังตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญาระหว่างคู่กรณี

ทฤษฎีสัญญาปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงการอนุญาตตุลาการ โดยเหตุว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญาอนุญาตตุลาการ เป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ซึ่งทำขึ้นโดยอาศัยผู้เป็นอนุญาตตุลาการในสถานะที่เป็นตัวแทนของคู่กรณี

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่า ศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการสำหรับข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาต ให้มีการพิจารณาและชี้ขาดโดยอนุญาตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขและเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจรัฐ

ความคิดของสำนักนี้มีความบกพร่องที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ในชั้นบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นเรื่องของการบังคับเอากับตัวทรัพย์ ก็จำเป็นต้องยึดมือของศาลในการใช้อำนาจรัฐ คืออำนาจอธิปไตย ได้แก่ อำนาจตุลาการและอำนาจบริหาร เพื่อบังคับให้ชำระ

หนี้ ตลอดจนบังคับชำระเอาทรัพย์สินของจำเลย ซึ่งเป็นการใช้เครื่องมือของกฎหมายภายในนั่นเอง ประการที่สอง ในชั้นพิจารณาต้องอาศัยกฎหมายภายในในการบังคับให้พยานให้การที่ดีตลอดจนคุ้มครองในระหว่างรอกการชี้ขาดซึ่งเป็นเรื่องของการยืมมือศาลและกฎหมายภายในเช่นกัน (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 46-47)

### 2.3.3 ทฤษฎีผสม (Mixed Theory)

เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการพิจารณาเห็นว่าทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐ และทฤษฎีสัญญายังมีความบกพร่องบางประการในการอธิบายถึงอำนาจการอนุญาตตุลาการ โดยเห็นได้ว่าในเรื่องของการตกลงกันของคู่สัญญาซึ่งกำหนดแบบ วิธีการ สถานที่ และเวลาในการอนุญาตตุลาการคือ สัญญาอย่างหนึ่งและความสมบูรณ์ของข้อตกลงก็จะต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา แต่ในเรื่องของการพิจารณาและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจโดยอิสระทั้งหมดแต่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ รวมถึงการบังคับตามคำชี้ขาดจะทำได้ก็ต้องขอให้รัฐบังคับให้โดยการใช้อำนาจทางศาลซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีที่ยอมรับอำนาจของรัฐ

ผู้ที่เป็นต้นคิดทฤษฎีผสมนี้ คือ ศาสตราจารย์ Sauser - Hall ซึ่งแสดงไว้ในรายงานที่ท่านเสน ต่อ (Institute de Droit International) เมื่อปี ค.ศ. 1952 ซึ่งอธิบายไว้ว่า "การอนุญาตตุลาการไม่สามารถจะตัดขาดได้จากกฎหมายโดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศที่ต้องอิงกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงใด ขณะเดียวกันท่านก็ยอมรับว่า การอนุญาตตุลาการจะมีขึ้นก็โดยข้อตกลงของคู่กรณีและคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการและกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี" (อนันต์ จันทโรภากร, 2537: 23)

ทฤษฎีผสมจึงเป็นทฤษฎีที่ผสมระหว่างทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกันผลของทฤษฎีผสมนี้อนุญาตตุลาการมีความสัมพันธ์กับสถานที่ที่จะทำการพิจารณาคดี และวิธีพิจารณาคดีของอนุญาตตุลาการต้องเป็นไปตามที่คู่สัญญาดตกลงกันโดยจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและประเทศที่ทำการพิจารณาอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการจะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับข้อพิพาทตามที่คู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายนั้นไว้หาก

คู่สัญญาไม่มีการกำหนดกันไว้ อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้พิจารณาเลือกกฎหมายสารบัญญัติเพื่อจะนำมาบังคับใช้กับข้อพิพาทซึ่งหากเป็นกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงของคู่สัญญากำหนดไว้โดยชัดแจ้งอนุญาโตตุลาการจะต้องนำหลักกฎหมายขัดกันมาพิจารณาเพื่อหากกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับข้อพิพาทนั้น

### 2.3.4 ทฤษฎีความเป็นแบบของมันเอง (sui generis Theory)

ทฤษฎีนี้เสนอโดย Rubellin Devichi ท่านเห็นว่าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการนั้น ต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ จะเห็นได้ว่าทั้งสามทฤษฎีที่ได้กล่าวมาแล้วพยายามที่จะจัดว่าการอนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้นๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาด หรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นแบบของมันเองของการอนุญาโตตุลาการนั้นมองการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเองว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ของมันคืออะไรและทำไมถึงต้องเป็นเช่นนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้

การอนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาขึ้นมาเพราะบรรดานักธุรกิจต่างก็เห็นว่าเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาท ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้ นักธุรกิจก็ใช้วิธีการนี้อยู่แล้ว กฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่ตามมาทีหลังเพื่อรับรองแนวปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้นเป็นต้นว่า เสรีภาพของคู่กรณีที่จะตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับปัญหาข้อพิพาท และวิธีพิจารณาไม่ได้เนื่องมาจากทฤษฎีสัญญา หรือทฤษฎีที่ถืออำนาจของรัฐ แต่เป็นผลที่มาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้มีผลบังคับได้ก็ไม่ใช่เพราะสถานะทางสัญญาหรือการมอบอำนาจของรัฐ หากแต่เพราะความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า "denationalised arbitration" หรือ "non-national arbitration" และยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตที่จำกัดที่จะตกลงกันในเรื่องต่างๆ ของการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้นว่า

กฎหมายที่จะใช้บังคับ วิธีพิจารณาความ ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาตไต่สวน และการอนุญาตไต่สวนการก็ไม่จำเป็นต้องผูกติดกับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถที่จะใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดี หรืออาจใช้กฎหมาย หรือมาตรฐาน ขนบธรรมเนียม ประเพณีและแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้

ข้อบกพร่องของทฤษฎีนี้ คือ การไม่อิงกฎหมายภายในและไม่อิงสัญญา ทำให้อำนาจของการอนุญาตไต่สวนการไม่มีสิ่งรองรับ การอ้างความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ หรือความจำเป็นเพื่อความราบรื่นในการค้าระหว่างประเทศ เป็นการอธิบายในเชิงผลมากกว่าต้นเหตุแห่งอำนาจของการอนุญาตไต่สวนการ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 48)

## 2.4 ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาตไต่สวนการ

ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาตไต่สวนการ มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

2.4.1 เรื่องของสัญญา

2.4.2 เรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาด

2.4.2.1 อนุญาตไต่สวนการ

2.4.2.2 กระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่สวนการ

2.4.1 เรื่องของสัญญา การอนุญาตไต่สวนการเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณี อนุญาตให้อุญาตไต่สวนการตัดสินข้อพิพาท การตกลงกันของคู่กรณีนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซึ่งหลักทั่วไปของสัญญาก็คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นตรงกัน และเป็นที่ยอมรับกันในหลายประเทศว่า เจตนาในการทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการนั้น ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง ไม่ใช่โดยปริยาย ส่วนคู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญามากน้อยเพียงใด เป็นเรื่องกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการ และกฎหมายของนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ (อนันต์ จันทร์โอภากร, 2536: 11, 40)

เรื่องของสัญญานี้ อาจสรุปได้ว่ามีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ

2.4.1.1 คู่สัญญาที่ตกลงเข้าทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการนั้น จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับ

2.4.1.2 สัญญาอนุญาตไต่สวนการที่สร้างขึ้นจะต้องสมบูรณ์ เป็นไปตามหลักกฎหมาย นิติกรรมสัญญา และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการ

2.4.1.3 ข้อพิพาทที่จะนำขึ้นสู่การอนุญาตไต่สวนการ เป็นเรื่องใดได้บ้างขึ้นอยู่กับ นโยบายของแต่ละรัฐ

#### 2.4.2 เรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท อาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ

2.4.2.1 อนุญาตไต่สวนการ อนุญาตไต่สวนการต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียงและ ปราศจากอคติ ดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่สวนการด้วยความเป็นธรรม กล่าวคือจะต้อง ไม่ลำเอียง เป็นอิสระ ฟังความทั้งสองฝ่าย ให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการต่อสู้คดี หรือนำพยาน หลักฐานมาสู้บอย่างเต็มที่

2.4.2.2 กระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตไต่สวนการ การอนุญาตไต่สวนการนั้นมีลักษณะ ของกระบวนการในการวินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทด้วย โดยอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ของอนุญาตไต่สวนการนั้นเกิดจากข้อตกลงของคู่กรณี (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 38) ดังนั้น อนุญาตไต่สวนการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้

คำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุด หมายความว่าเมื่อผลเป็น การยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐโดยเฉพาะ อย่างยิ่งศาลยุติธรรมให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ (อนันต์ จันทโรภากร, 2536: 11)

**ในเรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้ อาจสรุปได้ว่ามีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ**

(1) ขอบเขตอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยชี้ขาดนั้น เป็นไปตามสัญญา อนุญาตไต่สวนการ

(2) คู่สัญญาต้องมีความเสมอภาคในการแต่งตั้งอนุญาตไต่สวนการ คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ต้องมีความเสมอภาคในการแต่งตั้งอนุญาตไต่สวนการ เนื่องจากพื้นฐานในการแต่งตั้ง อนุญาตไต่สวนการ เนื่องจากพื้นฐานในการแต่งตั้งอนุญาตไต่สวนการ คือสัญญา ดังนั้น คู่กรณีทั้ง สองฝ่ายต้องมีส่วนในการตกลงยินยอมแต่งตั้งอนุญาตไต่สวนการ

(3) อนุญาตไต่สวนการต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียงและปราศจากอคติ

(4) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามหลักศุนิติกะบวน คือ การดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยพิทักษ์สิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่าย คือต้องรับฟังคดีทั้งสองฝ่ายโดยให้โอกาสคู่ความในการนำสืบคดีของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่จำเป็นต้องให้เวลาเท่าๆ กันในการนำสืบคดี เพราะความจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาอาจไม่เท่ากัน ข้อสำคัญต้องให้โอกาสเพียงพอแก่คู่ความที่จะนำสืบคดีข้างของตน ในสหรัฐอเมริกาหลักนี้ใช้สิทธิคุ้มครองบุคคลภายนอก ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากผลลัพธ์ของคดีด้วย (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 66)

(5) องค์ประกอบของคำชี้ขาดในส่วนที่สำคัญครบถ้วน และคำชี้ขาดมีผลผูกมัดคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (ประภากร รัตนมาลา, 2540: 12)

## 2.5 บทบาท อำนาจหน้าที่ ของอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากข้อตกลงกันของคู่กรณีที่อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของตน การตกลงกันของคู่กรณีนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะในด้านเนื้อหาของการดำเนินการแตกต่างจากศาล โดยปกติศาลจะทำหน้าที่ของตนภายใต้ขอบอำนาจของกฎหมายที่มีความชัดเจนในเรื่องของอำนาจและหน้าที่และศาลจะได้รับความคุ้มครองกันอย่างเต็มที่ในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการประพฤติตนภายใต้ขอบอำนาจหน้าที่ของตุลาการ (Judicial function) ตลอดจนวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลซึ่งมีระบบการตรวจสอบภายในโดยการอุทธรณ์ผลของคดีไปสู่ศาลสูง ซึ่งถูกรองรับให้เกิดความชัดเจนภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความ (Redfern and Hunter, 1991: 256)

เมื่อพิจารณาความสมดุลระหว่างบทบังคับที่อาจจะนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาจากหน้าที่ความรับผิดชอบกับความไม่ระมัดระวัง หรือปฏิบัติตนไม่เหมาะสม และความเท่าเทียมที่ถูกรื้อของอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ โดยปราศจากความเกรงกลัวที่อาจจะถูกคัดค้านในกระบวนการของกฎหมาย อีกมุมมองหนึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าอนุญาโตตุลาการควรจะได้รับการยอมรับอย่างไม่มีขอบจำกัด เพื่อทำหน้าที่ของตนให้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่มีการเรียกร้องของนโยบายสาธารณะ ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุม เพื่อสร้างความแน่นอนให้กับคู่สัญญา ถ้าการกระทำของอนุญาโตตุลาการเกิดข้อบกพร่องขึ้น การพิจารณาถึงความสำคัญของการสร้างความแน่นอนของอนุญาโตตุลาการให้กับคู่สัญญา



โดยความเท่าเทียมกันของการรับฟังและตัดสินคดีภายใต้เนื้อหาของอำนาจพิจารณา (Redfern and Hunter, 1991: 257)

### 2.5.1 อำนาจของอนุญาโตตุลาการ

อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ถูกอ้างถึงโดยข้อผูกพันของคู่สัญญาภายใต้ข้อจำกัดโดยกฎหมายที่นำมาใช้ในหลักการขั้นพื้นฐานอำนาจของอนุญาโตตุลาการถูกกำหนดขึ้น เพื่อสร้างความเหมาะสมและความมีประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Power of Arbitration) เป็นอำนาจในการกระทำตามหน้าที่ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพ อำนาจของอนุญาโตตุลาการมีที่มาสองประการ ดังนี้คือ

**2.5.1.1 อำนาจที่เกิดจากสัญญา** การอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณีให้อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท การตกลงกันของคู่กรณีนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นตรงกัน เป็นที่ยอมรับกันหลายๆประเทศว่าเจตนาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ใช่โดยปริยาย ส่วนคู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาเล็กน้อยเพียงใด เป็นเรื่องที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ (อนันต์ จันทโรภากร, 2536: 11, 40)

อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีก็เช่นกันจะต้องอาศัยสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่กรณีเป็นพื้นฐานในเบื้องต้น ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ และผูกพันคู่กรณีแล้ว กฎหมายจึงอาจเข้ามามีบทบาทเสริมเพิ่มเติมขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการนั้นมีประสิทธิภาพและเป็นผลมากยิ่งขึ้น (อนันต์ จันทโรภากร, 2536: 100)

อนึ่ง อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญานั้นมีที่มา สองประการดังนี้  
 ประการแรก การที่คู่สัญญามอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการโดยตรง  
 ประการที่สอง เป็นการอนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจโดยทางอ้อม

**ประการแรก การที่คู่สัญญามอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการโดยตรง** เป็นการที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจ โดยคู่กรณีทำข้อตกลงมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการในรูปของสัญญาหรือข้อตกลงโดยชัดแจ้ง ให้ทำการอนุญาโตตุลาการกล่าวคือ อำนาจในการเตรียมการสำหรับการนั่งพิจารณาคดี สิ่งแรกที่อนุญาโตตุลาการจะต้องทำหลังจากยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ก็คือการกำหนดวันเวลา และสถานที่ในการพิจารณาซึ่งควรที่จะดำเนินการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในทางปฏิบัตินั้นอนุญาโตตุลาการควรปรึกษาหารือกับบุคคลที่เกี่ยวข้องเสียก่อน ทั้งนี้เพื่อความสะดวกของทุกคน

- อำนาจในการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องสาบานตัวก่อนที่จะทำการพิจารณา และอำนาจในการให้พยานต้องสาบานตัวในการพิจารณาคดี สำหรับอนุญาโตตุลาการที่ต้องสาบานตัวก่อนที่จะพิจารณาคดี ก็เพื่อให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทด้วยการสุจริตและยุติธรรม ทั้งนี้เพื่อเห็นว่าหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเป็นหน้าที่ที่มีเกียรติและเป็นที่ยอมรับของคู่กรณี แต่ตามกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเอาไว้ให้อนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่เช่นนั้น นอกจากนั้นอำนาจที่จะให้พยานสาบานตัว เพื่อผลในแง่ของจิตวิทยา ไม่ให้พยานที่เข้ามาเบิกความ เบิกความอันเป็นเท็จอันนำไปสู่ผลเสียหายได้ หากคู่กรณียกขึ้นมาเพื่อทำลายคำชี้ขาดในโอกาสต่อไป

- อำนาจในการพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการในกรณีของการฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นศาลนั้น หากคู่กรณีกล่าวอ้าง หรือต่อสู้ว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีที่ฟ้องร้องกัน ในกรณีนี้ก็จะเป็นอำนาจของศาลนั่นเองที่จะวินิจฉัยว่าศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาดังกล่าวหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าศาลไม่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าวแล้ว ศาลก็จะสั่งให้จำเลยคดี เพื่อให้คู่กรณีนำคดีไปฟ้องร้องยังศาลอื่นที่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าวแล้ว ศาลก็จะสั่งจำเลยคดีเพื่อให้คู่กรณีนำคดีไปฟ้องร้องยังศาลอื่นที่มีอำนาจเหนือคดีเรื่องนั้นต่อไปตามกฎหมาย แนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับกันเป็นสากลว่าศาลย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเองได้ (competence-competence jurisdiction)

สำหรับการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการยังเกิดปัญหาอยู่ว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้หรือไม่ ปัญหานี้ยังคงเป็นที่โต้เถียงกันอยู่ โดยมีความเห็นเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเองได้ โดยให้เหตุผลว่าเมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันที่จะเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว

ก็ควรมอบความไว้วางใจแก่อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของ ตนเอง ทั้งเพราะหากจะให้ ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเกรงว่าศาลอาจมีอคติต่อการระงับข้อพิพาทแบบนี้ และอาจมีแนวโน้มที่จะตัดสิน ใจว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ และการที่จะทำคดีไปสู่ศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยอำนาจของ อนุญาโตตุลาการเป็นการเสียเวลา และค่าใช้จ่ายและเกิด ช่องทางการประวิงของคู่กรณีออกไป ประกอบกับศาลมีอำนาจทบทวนตรวจสอบได้อยู่แล้วว่าอนุญาโตตุลาการทำนอกขอบอำนาจ ของตนหรือไม่

ฝ่ายที่สองเห็นว่า หากปล่อยให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินการต่อไป โดยไม่มีอำนาจไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด ผลสุดท้ายคำชี้ขาดและกระบวนการพิจารณาทั้งหมดก็จะไม่ มีผลเป็นการเสียเวลาและค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ปัญหาการวางตัวของคู่กรณีที่คัดค้านก็อาจเป็น ปัญหาเพราะถ้าเข้าร่วมก็อาจเสี่ยงต่อการแปลความว่ายอมรับ หากไม่เข้าร่วมก็เสี่ยงต่อการ พิจารณาชี้ขาดโดยคู่กรณีฝ่ายเดียว (ex parte) และพลาดในการปกป้องประโยชน์

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า หากคู่กรณีได้ทำสัญญาตกลงกันให้ชัดเจนกันเสีย ในคราวแรกๆ ในสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาด ก็น่าจะเป็นผลโดยข้อตกลงของคู่กรณีที่สามารภทำเช่นนั้นได้ ไม่น่าจะขัดแย้งกับกฎหมาย เพราะ เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงยอมรับในผลของความเสียหายทั้งหมดที่น่าจะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็ค่าใช้จ่าย และเรื่องขงเวลา

- อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการจำกัดบุคคลที่เข้าร่วมในการพิจารณาคดีเมื่อถึง วันนัดพิจารณาคดี ก่อนที่คู่กรณีจะแถลงเปิดคดี อนุญาโตตุลาการอาจต้องพิจารณาและวินิจฉัย ก่อนว่า นอกจากคู่กรณีแล้วสมควรจะให้บุคคลใดบ้างอยู่ในห้องพิจารณาคดี โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้อง กับเรื่องความลับทางการค้า อนุญาโตตุลาการควรต้องเคร่งครัดในการจำกัดจำนวนบุคคลที่เข้ามา รับรู้ข้อมูล โดยขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องและการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการ

- อำนาจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษา โดยปกติแล้วอนุญาโตตุลาการจะ เป็นผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทกัน ซึ่งเป็นเรื่องของคู่ กรณีหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จะต้องพิจารณาคัดเลือกว่าบุคคลใดเป็นผู้มีความรู้ หรือความ เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ ถ้าได้บุคคลที่ไม่มีความเชี่ยวชาญมาเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว ผลก็คือ อาจทำให้พิจารณาคดีต้องล่าช้า หรือไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการ แต่ในบางกรณีที่คู่กรณีต้องการคุณสมบัติบางประการในตัวอนุญาโตตุลาการ

เช่น ความเป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่อนุญาโตตุลาการขาดความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง หากคู่กรณีตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (Expert) หรือที่ปรึกษาของตนก็ได้เป็นไปตามข้อตกลง

- อำนาจในการจำกัดหรือขยายข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาในการทำคำชี้ขาด เพื่อความรวดเร็วในการระงับข้อพิพาท คู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดระยะเวลาสำหรับการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ หรือในกรณีที่กฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีใช้อยู่ อาจมีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดไว้ คู่กรณีอาจตกลงกันให้ขยายเวลาออกไปอีกก็ได้ เว้นแต่ถ้าคู่กรณีตกลงกันในเรื่องของการขยายระยะเวลาไม่ได้ ก็ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรืออนุญาโตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และให้ศาลมีอำนาจสั่งขยายเวลาได้ตามที่เห็นสมควร (อนันต์ จันทโรภากร, 2536: 116)

**ประการที่สอง การได้รับมอบอำนาจโดยอ้อม** เป็นการที่อำนาจอนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจโดยการที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่โดยชัดแจ้ง เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 15.1 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำการใดๆ ซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าเหมาะสม เพื่อให้คู่กรณีได้รับความเท่าเทียมกันในนำเสนอข้อเท็จจริงตลอดระยะเวลาการพิจารณา กฎเกณฑ์เหล่านี้จึงกำหนดอำนาจเฉพาะ (Redfern and Hunter, 1991: 259) แต่อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจโดยคู่กรณีแก่อนุญาโตตุลาการก็อาจถูกจำกัดโดยกฎหมาย หรือไม่มีผลทางกฎหมายหากขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการจะพิจารณาว่าอำนาจที่อนุญาโตตุลาการได้รับมามีผลหรือไม่อย่างไร โดยพิจารณา ดังนี้

ประการแรก ต้องพิจารณาข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดอำนาจของคู่สัญญาแก่อนุญาโตตุลาการว่าอนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือได้รับตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้

ประการที่สอง ต้องพิจารณากฎหมายที่บังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการว่ามีบทบัญญัติหรือข้อจำกัดอำนาจของคู่กรณีซึ่งมอบแก่อนุญาโตตุลาการหรือไม่

ประการที่สาม ต้องพิจารณากฎหมายที่บังคับใช้กับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งก็คือกฎหมายแห่งสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการพิจารณาว่ามีข้อจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่

**2.5.1.2 การได้รับมอบอำนาจโดยการดำเนินการตามกฎหมาย (Powers Conferred by Operation of Law)** เหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยม ก็คือว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่ยืดหยุ่นกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลมาก อนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นที่จะต้องเคร่งครัดกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความเหมือนกับศาล ดังนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางอนุญาโตตุลาการจึงสามารถปรับให้เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละเรื่อง และสนองความต้องการของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี ด้วยเหตุนี้แม้ว่าโดยหลักการแล้วจะถือว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดนั้นเป็นอำนาจและดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ดังคำกล่าวที่ว่า "arbitrator is the master of the procedure" (อนันต์ จันทร์โสภากร, 2536: 105) แต่ในทางปฏิบัติแล้ว เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทอาจกล่าวได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นเอกชน ได้รับมอบอำนาจมาจากคู่กรณีซึ่งเป็นเอกชน เพื่อมาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน

ดังนั้น ในการกระทำบางอย่าง อนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัดและไม่มีอำนาจกระทำการได้เอง เพราะคู่กรณีพิพาทไม่มีอำนาจเหนือบุคคล หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น หรือที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องอาศัยอำนาจจากศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ ในการใช้อำนาจบังคับโดยการร้องขอต่อศาล โดยผลของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการบรรลุวัตถุประสงค์ และมีประสิทธิภาพ (Redfern and Hunter, 1991: 259, 260) เช่น การออกหมายเรียกพยาน การขอคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น

นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการอาจได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการตามกฎหมาย ให้ใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอำนาจที่ได้รับ ให้ดำเนินการตามกฎหมายโดยตรง อาจเห็นว่าอำนาจตามกฎหมายที่กำหนดอำนาจให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่กำหนด

## 2.5.2 หน้าทีของอนุญาตตุลาการ

โดยปกติกรรมการของบริษัทซึ่งถูกคัดเลือกให้เข้ามามีบทบาทในการกระทำหน้าที่ตามกฎหมาย โดยการทำหน้าที่ดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ และต่อสาธารณะในวงกว้าง บุคคลที่เข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการก็เช่นเดียวกัน โดยหลักแล้วการแต่งตั้งบุคคลที่เข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการ นอกจากจะคำนึงถึงคุณสมบัติของตัวบุคคลผู้ถูกแต่งตั้ง เช่น ต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ มีความสามารถตามกฎหมาย และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการแล้ว อนุญาตตุลาการยังต้องมีความเห็นเป็นกลาง ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด มีความเป็นอิสระในการพิจารณา ซึ่งขาดข้อพิพาทตามหน้าที่ของอนุญาตตุลาการภายใต้กำหนดระยะเวลาที่จำกัด

หลักในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการ เมื่อบุคคลใดได้รับเข้าเป็นอนุญาตตุลาการแล้ว จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง เอาใจใส่ ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความเป็นธรรมและมีจริยธรรม ดังนั้นผู้เขียนจึงแบ่งหน้าที่ของอนุญาตตุลาการออกเป็นประเด็นย่อยๆ ได้สามประการ ดังนี้

### 2.5.2.1 หน้าทีกำหนดโดยคู่สัญญา เป็นหน้าที่ที่ถูกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะระหว่างคู่กรณีและอนุญาตตุลาการนั้น อาจถูกจัดทำขึ้นไว้ก่อนที่อนุญาตตุลาการจะถูกเลือกเข้ามาทำหน้าที่ หรืออาจถูกกำหนดไว้โดยสัญญาอนุญาตตุลาการหรือทั้งสองอย่าง (Redfern and Hunter, 1991: 262) ถ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ถูกกำหนดขึ้นไว้ก่อนที่จะมีการเลือกอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการควรตรวจสอบข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่เสียก่อนที่จะผูกพันตนเข้าเป็นอนุญาตตุลาการ โดยอนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมของข้อตกลงในหน้าที่ดังกล่าว ว่าตนสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาได้หรือไม่ เมื่อยอมผูกพันตนเข้าเป็นอนุญาตตุลาการในคดี ตัวอย่างเช่น หากมีข้อตกลงให้อุญาตตุลาการจะต้องจัดทำคำชี้ขาดภายในระยะเวลาที่จำกัด หลังจากการที่ได้รับเลือกเข้ามาทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ ดังนั้น ในข้อตกลงตามตัวอย่าง อนุญาตตุลาการเห็นว่าตนไม่สามารถที่จะดำเนินการตามสัญญาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ได้ และอนุญาตตุลาการไม่สามารถชักจูงหรือนำน้ำหนักให้คู่กรณีเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงได้ อนุญาตตุลาการก็ไม่ควรที่จะเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อชี้ขาดคดีนี้ หรือในกรณีที่การอนุญาตตุลาการจะต้องปฏิบัติตนภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ และพบว่าข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดข้อผูกพันเป็นการเฉพาะ

หรือคู่กรณีได้กำหนดหน้าที่สำหรับอนุญาตตุลาการไว้เป็นพิเศษ เช่น คู่กรณีกำหนดหน้าที่หรือข้อผูกพันในการรักษาความลับ อนุญาตตุลาการควรที่จะศึกษาถึงข้อผูกพันเหล่านั้นให้เป็นอย่างดีเสียก่อนที่จะผูกพันตนเข้าเป็นอนุญาตตุลาการในคดี เพราะหากตนยอมเข้าผูกพันตนดังกล่าวแล้ว ไม่ว่าจะป็นหน้าที่ที่ต้องทำซ้ำๆ ซ้ำๆ ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา หรือหน้าที่ตามข้อบังคับของสถาบันหรือหน้าที่พิเศษที่คู่กรณีระบุไว้เป็นการเฉพาะ ถ้าอนุญาตตุลาการล้มเหลวไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ผลก็คือ ถือได้ว่าอนุญาตตุลาการละเมิดต่อหน้าที่ (breach of duty) (Redfern and Hunter, 1991: 263) ดังนั้น เพื่อประโยชน์สำหรับอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการควรจัดทำบันทึกในการตรวจสอบหน้าที่เฉพาะ (check list) เพื่อการป้องกันปัญหาในการทำหน้าที่ตามสัญญา หรือศึกษาถึงความแตกต่างของข้อบังคับหรือกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเป็นอย่างดี กล่าวโดยสรุป หากอนุญาตตุลาการผูกพันตนเข้าทำหน้าที่ตามสัญญา อนุญาตตุลาการมีหน้าที่โดยสังเขปอยู่สองประการ ดังนี้

**2.5.2.1.1 หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง** เมื่อบุคคลใดได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการบุคคลนั้นจะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอนุญาตตุลาการจะแต่งตั้งตัวแทนหรือบุคคลอื่นให้ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะคู่กรณีแต่งตั้งบุคคลนั้นเป็นอนุญาตตุลาการก็เพราะคุณสมบัติและความสามารถของบุคคลนั้น และต้องการให้บุคคลนั้นทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะอันเป็นเรื่องเฉพาะของอนุญาตตุลาการนั้น

**2.5.2.1.2 หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณีโดยเคร่งครัด** ในกรณีที่สัญญาระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทระบุอำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการไว้ อนุญาตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามข้อความในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นได้เพราะสัญญา และข้อความในสัญญานั้นแสดงถึงเจตนาของคู่กรณีพิพาทซึ่งสมควรได้รับการปฏิบัติตามอย่างครบถ้วน

**2.5.2.2 หน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง** ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแนวพิจารณาว่าผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องรับผิดชอบหรือไม่อยู่ที่ว่าในสถานการณ์เช่นนั้น เขามีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังหรือไม่ ซึ่งทำหน้าที่ใช้ความระมัดระวังนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าย่อมแปรเปลี่ยนเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาและสถานที่ และแม้ว่าหน้าที่ดังกล่าวจะมีได้เกิด

จากข้อผูกพันตามสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอยู่ตามความเชื่อหรือความคาดหวัง (confidence) ของคนทั่วไปซึ่งใช้บริการจากผู้ประกอบวิชาชีพ (ไพศาล กุมาลย์วิสัย, 2504: 20) และความเชื่อหรือความคาดหวังดังกล่าวนี้เป็นสิ่งยืนยันว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องประกอบวิชาชีพของตนด้วยความระมัดระวัง และด้วยความชำนาญเฉพาะด้าน (exercise due care and skill) ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ใช้ความระมัดระวังนี้มีประเด็นสำคัญที่ควรนำมาพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ คือมาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญ

ตามประวัติศาสตร์วิธีการที่ศาลจะใช้ในการควบคุมการกระทำ (conduct) ของผู้ประกอบวิชาชีพ คือ หลักของกฎหมายว่าด้วยสัญญา (the law of contract) (Atiyah, 1979: 416) อ้างไว้ใน คดีเนนาถ เกียรติกังวาลไกล, 2532: 13) กล่าวคือจะมีสัญญาหนึ่งระหว่างบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพและลูกค้าของเขา ซึ่งเป็นการที่ผู้ประกอบวิชาชีพตกลงที่จะให้บริการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และลูกค้าตกลงที่จะจ่ายค่าธรรมเนียมที่สมเหตุสมผลตามที่ได้กำหนดไว้หรือแล้วแต่จะเลือกเป็นอย่างอื่น

เรื่องมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ ของผู้ประกอบวิชาชีพใช้หลักเกณฑ์ของ "มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ" ดังเช่น วิทยุชนผู้ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอยู่ในสาขาวิชาชีพเช่นเดียวกัน และขนาดหรือระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (degree of care and skill) อันผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องใช้ในการปฏิบัติงานในวิชาชีพนั้น (คดีเนนาถ เกียรติกังวาลไกล, 2532: 17)

ลักษณะเฉพาะระหว่างที่ปรึกษาทางวิชาชีพ ผู้ซึ่งต้องผูกพันตนกับคู่สัญญาในการปฏิบัติตามข้อตกลงของตน (Redfern and Hunter, 1991:264) และดูเหมือนว่าคู่สัญญาจะคาดหวังมาตรฐานระมัดระวังทางวิชาชีพ จากผู้มีวิชาชีพที่รับทำงานให้ตามสัญญาเช่นเดียวกับอนุญาตตุลาการดูเหมือนจะได้รับการคาดหวังในช่วงระยะเวลาการทำงานตามสัญญาในการทำงานทางวิชาชีพของเขาเช่นเดียวกัน (Redfern and Hunter, 1991: 264)

หลักเกณฑ์ความผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ดังที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพมิได้ใช้ความระมัดระวังนี้อยู่บน



พื้นฐานว่าจะต้องมีความผิด (fault) กล่าวคือ ทำผิดหน้าที่ไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพพึงต้องใช้ คือประมาทเลินเล่อนั่นเอง นอกจากการตัดสินว่าผู้ประกอบวิชาชีพประมาทเลินเล่อในการประกอบวิชาชีพของตนแล้ว ผลพวงสำคัญ คือจะเป็นปัญหาสำคัญในการประกอบวิชาชีพของเขาเหล่านั้นอย่างยิ่ง คือชื่อเสียงของเขาจะไม่เป็นที่เชื่อถือในวงการวิชาชีพนั้นๆ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทำให้เสียชื่อเสียงของเขาเสียหายมากยิ่งขึ้นกว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพนั้น

คู่กรณีในการอนุญาตไตตุลาการก็เช่นกันต้องการให้กระบวนการพิจารณาเต็มไปด้วยความเป็นธรรม ซื่อสัตย์ สุจริต และอนุญาตไตตุลาการถูกเลือกเข้ามาทำหน้าที่ที่สำคัญดังกล่าว โดยคู่กรณีมีหน้าที่และต้องจ่ายค่าตอบแทน โดยคู่กรณีคาดหวังให้อนุญาตไตตุลาการกระทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ภายใต้การทำหน้าที่เช่นเดียวกับหน้าที่ทางศีลธรรม (moral duty) อย่างไรก็ดีตามมีคำถามเกิดขึ้นภายใต้การทำหน้าที่ของกฎหมาย

หนึ่งในจำนวนคำถามนั้น คือ หัวใจของความสัมพันธ์ระหว่าง อนุญาตไตตุลาการและคู่สัญญาในการอนุญาตไตตุลาการ จากการปฏิบัติหน้าที่ที่บกพร่องเพิ่มจำนวนมากขึ้น ทำให้คู่กรณีองรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการเรียกร้องค่าเสียหายจากอนุญาตไตตุลาการผู้ขาดความเอาใจใส่เป็นการส่วนตัว (Redfern and Hunter, 1991: 264-265)

เมื่อวิเคราะห์พื้นฐานความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างอนุญาตไตตุลาการและคู่กรณีแล้วจะเห็นได้ว่าอนุญาตไตตุลาการและคู่กรณีมีความผูกพันกันโดยสัญญา อนุญาตไตตุลาการถูกเลือกโดยคู่กรณีแต่ละฝ่าย เพื่อมาทำหน้าที่การบริการตามสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะโดยรับค่าตอบแทน ทั้งนี้อนุญาตไตตุลาการผูกพันตนโดยข้อตกลงที่สร้างขึ้นไม่ว่าโดยตกลงพิเศษ ข้อบังคับ หรือโดยกฎหมาย ข้อตกลงอันหนึ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยผลของกฎหมายและรวมถึงหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วยความเอาใจใส่ (Duty to act with due Diligence) หน้าที่ในการระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่ที่จะต้องอำนวยความสะดวกเป็นธรรม (Duty to act judicially)

ระดับของการระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มักขึ้นอยู่กับอันตรายหรือผลเสียของเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำหากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามนั้น ซึ่งโดยทั่วไปอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ ดังนี้

1. ระดับความระมัดระวังโดยทั่วไป คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่มีความระมัดระวังซึ่งคาดหมายว่าคนปกติที่มีความรอบคอบจะพึงใช้ความระมัดระวังนั้นในการจัดการเหตุการณ์หรือทรัพย์สินนั้นๆ

2. ระดับความระมัดระวังเฉพาะราย คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่ต้องใช้ฝีมือและความชำนาญในการกระทำกิจการ หรือระดับความระมัดระวังซึ่งพึงมีโดยคาดหมายได้จากบุคคลที่ประกอบวิชาชีพหรือธุรกิจเดียวกันได้ใช้ความระมัดระวังนั้น ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังสูงกว่าคนธรรมดาโดยปกติ ซึ่งบางครั้งก็เป็นระดับความระมัดระวังตามที่กฎหมายกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยของชีวิตและทรัพย์สิน (โสภณ รัตนากร, 2539: 43)

การที่อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้เข้าทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจึงเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีที่ตั้งตั้งต้นโดยได้รับค่าธรรมเนียมจากการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น กระทำการตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ผู้ประกอบการเป็นวิชาชีพพึงมี ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ในระดับกับทนายความหรือแพทย์ ซึ่งหมายถึงว่าจะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าการกระทำทั่วไปของบุคคลธรรมดา เนื่องจากผลจากการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีแต่งตั้งขึ้นโดยสัญญานั้นเป็นการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการกระทำการแทนคู่กรณีในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยมอบความไว้วางใจและความรับผิดชอบแก่อนุญาโตตุลาการและคาดหวังว่าอนุญาโตตุลาการควรต้องรับผิดชอบในการกระทำตามหน้าที่นั้น หากคู่กรณีฝ่ายที่ตั้งตั้งอนุญาโตตุลาการการต้องเสียหายจากการปฏิบัติที่โดยปราศจากความระมัดระวังของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีนี้อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากมูลเหตุดังกล่าวจากอนุญาโตตุลาการ

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศออสเตรีย (The Austrian Code of Civil Procedure) มาตรา 584 (2) ถือว่าสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญามีลักษณะเหมือนกับสัญญาให้บริการที่มีลักษณะเฉพาะที่กำหนดสิทธิ หน้าที่การกระทำการพิจารณาข้อพิพาทตามความถูกต้องเหมาะสมรวมถึงการคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกฎหมายของประเทศออสเตรียดังกล่าวได้บัญญัติว่า อนุญาโตตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นผลสำเร็จตามระยะเวลาที่กำหนดอาจรับผิดชอบในความสูญเสียต่อคู่สัญญาที่เกิดจากการประพฤติชอบ (Redfern and Martin Hunter, 1991: 265-266)

ในกฎหมายต้นแบบ (model Law) ได้เคยมีการพูดถึงในเรื่องของความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ด้วย อย่างไรก็ตามเลขานุการ (secretaries) ได้เคยตั้งข้อสงสัยเอาไว้ว่าโดยข้อเท็จจริงแล้วปัญหาของความรับผิดชอบยังคงมีการถกเถียงกันอีกอย่างกว้างขวาง (Redfern and Hunter, 1991: 266) ดังนั้น จึงตัดสินใจที่จะไม่ระบุในเรื่องของความรับผิดชอบเอาไว้

แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่อาจยังไม่มีการกำหนดเรื่องความรับผิดชอบไว้ในกฎหมายต้นแบบ เพราะหากกำหนดเรื่องดังกล่าวเอาไว้ เพราะหากกำหนดเรื่องดังกล่าวเอาไว้ อาจทำให้กฎหมายต้นแบบอาจไม่เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลาย ตลอดจนเรื่องนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันนี้มีการตั้งคำถามเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการมากขึ้นในเรื่องของความประมาทเลินเล่อหรือการละเมิดข้อตกลง ประกอบกับกฎหมายแต่ละประเทศได้พูดถึงความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการเอาไว้แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความแน่นอนแก่อนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าในเวทีระหว่างประเทศดังกล่าว น่าจะต้องหันมาทบทวนในการกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในกฎหมายต้นแบบ (mode Law) เพื่อให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในประเภทของความรับผิดชอบ และในแต่ละประเทศอาจนำไปกำหนดไว้ในกฎหมายของตน

### 2.5.2.3 การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่ (Duty to act with due diligence)

อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความขยันขันแข็ง อุทิศเวลา ปฏิบัติหน้าที่โดยเอาใจใส่ไม่ชักช้า เอาใจใส่ต่อกระบวนการพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่องและไม่ถ่วงเวลา รวมทั้งปฏิบัติหน้าที่ให้ดีที่สุด โดยไม่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่คู่พิพาทโดยไม่จำเป็น และทำคำชี้ขาด (award) ให้เร็วที่สุด เพราะว่าหากอนุญาโตตุลาการการปฏิบัติหน้าที่โดยอืดอาดล่าช้าเสียแล้ว ความล่าช้าดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีในทางการเงิน เช่น จากดอกเบี้ยที่เพิ่มมากขึ้นตามระยะเวลาที่เสียไป อย่างไรก็ตามปัจจุบันยังไม่มีการบัญญัติถึงความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าของอนุญาโตตุลาการ

### 2.5.2.4 หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกันและเป็นธรรม (Duty to act judicially)

อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงใด ๆ ที่อาจส่อเขาจะมีความเอนเอียง หรือมีอคติ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้คู่ความคัดค้านซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่าย เพราะว่าหากปล่อยไว้ต้องไปทำลายคำชี้ขาดเมื่อเสร็จคดีแล้ว คู่ความจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก

เพราะต้องไปสู้กันในชั้นศาลในเรื่องความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดและต้องไปสู้ในเรื่องของข้อพิพาทใหม่ เมื่อคำชี้ขาดถูกทำลายไป เพราะความเอนเอียงที่ฟังปรากฏ หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงมีอยู่ตั้งแต่เมื่อบุคคลได้รับทราบหรือตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ จนถึงก่อนทำคำชี้ขาด (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 66) หน้าที่ที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงถือได้ว่าเป็นหน้าที่ตามจริยธรรมที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการที่อาจกระทบกระเทือนถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในแง่ที่ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคู่กรณีพิพาทขึ้นได้ โดยมารยาทและโดยจริยธรรมแล้วควรถือได้ว่าเป็นหน้าที่ที่ควรทำอย่างยิ่ง

ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเต็มที่ในการเสนอพยานหลักฐาน รวมทั้งการเบิกความหรือการแถลงต่างๆ ของคู่กรณีด้วย และในการรับฟังหลักฐานของคู่กรณีนั้นจะฟังพยานหลักฐานในขณะที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่อยู่ในห้องพิจารณาไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่มาฟังการพิจารณาโดยความผิดของบุคคลนั่นเอง

ในการพิจารณาข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ฟังที่ดีและปฏิบัติตามวิธีการต่างๆ ที่ถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปซึ่งจะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพื่อป้องกันคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอ้างว่าอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องรับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีที่เสนอแต่ตนแต่ยังคงมีดุลพินิจที่จะชี้ขาดว่าพยานหลักฐานใดที่ควรรับฟังหรือควรปฏิเสธ

อนึ่ง อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมซึ่งเป็นคำกล่าวที่ถือว่าเป็นหลักของการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่สำคัญการปฏิบัติหน้าที่โดยความยุติธรรมนั้นเป็นการกระทำที่ต้องมีอยู่ตลอดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

ในการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการต้องมีความอดทน สำนวณ และปฏิบัติต่อคู่พิพาท ทัศนคติ ความพยาน และผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในกระบวนการพิจารณาด้วยความสุภาพ รวมทั้งต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะที่ให้ความเสมอภาคและปฏิบัติต่อคู่พิพาททุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน

ทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา หากอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบและสุจริต ด้วยความเอาใจใส่และระมัดระวังแล้ว การพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทย่อมเกิดความยุติธรรม

**2.5.2.5 หน้าที่ตามจริยธรรม (Ethical duties)** ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะให้ความสำคัญของหน้าที่ทางจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ เพราะการกำหนดหน้าที่ทางจริยธรรมให้แก่อนุญาตตุลาการเป็นการกำหนดกรอบและแนวปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมเห็นได้ชัดเจน นอกจากนี้ คู่กรณีสามารถนำแนวทางแห่งจริยธรรมไปกำหนดไว้ในสัญญาฉบับข้อพิพาท โดยการอนุญาตตุลาการระหว่างกัน ตลอดจนสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณี และอนุญาตตุลาการที่มีข้อผูกพันต่อกันในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ตลอดจนเป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำที่อนุญาตตุลาการ ต้องปฏิบัติในแง่ของการบ่งชี้เหตุของการคัดค้าน ถอดถอน ความรับผิดชอบและความคุ้มกัน

ลักษณะของการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจที่จะตกลงกันทำสัญญาให้ระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาตตุลาการ นอกจากจะมีลักษณะของสัญญาแล้ว ยังมีลักษณะของกระบวนการในการวินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทอยู่ด้วย (Judiciary character) และการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางอนุญาตตุลาการนั้นไม่สามารถแยกเด็ดขาดจากศาลได้ เพราะอนุญาตตุลาการนั้นไม่ใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความแตกต่างประการหนึ่งคือ อนุญาตตุลาการไม่ใช่บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะเท่านั้น นอกจากนี้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของอนุญาตตุลาการไม่ได้เคร่งครัดอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความเหมือนอย่างศาลแต่เป็นไปตามที่คู่กรณีจะตกลง หรือตามที่อนุญาตตุลาการจะเห็นสมควรโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการจึงยืดหยุ่นกว่าศาล อนุญาตตุลาการอาจไม่ใช่ นักกฎหมาย แต่อาจเป็นพ่อค้าหรือบุคคลอื่นใดที่คู่กรณีเชื่อถือ (อนันต์ จันทโรภากร, 2537 อ้างถึงใน วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 149)

สถานะและบทบาทของอนุญาตตุลาการที่สำนักงานส่งเสริมตุลาการอยากจะเป็นมี 4 ประการ (จรัญ ภัคดีธนากุล, 2537 อ้างถึงใน วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 149)

ประการแรก อนุญาโตตุลาการต้องไม่ทำงานในลักษณะของทนายความแต่ทำงานในลักษณะตุลาการหรือกึ่งตุลาการ (Quasi Judicial) เป็นตุลาการรูปแบบหนึ่ง ไม่ได้เป็นผู้แทนหรือทนายความของคู่ความฝ่ายที่ตั่งมา

ประการที่สอง อนุญาโตตุลาการต้องไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือเป็นผู้ขายบริการ ประกอบอาชีพในการเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการเข้ามาทำงานในลักษณะที่เป็นผู้ประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรม เป็นผู้ให้บริการด้านความเป็นธรรมต่อสังคม

ประการที่สาม อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายแต่จำเป็นต้องมีฐานความรู้ทางกฎหมายระดับหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการคนกลางหรือคนที่สามซึ่งจะมีเสียงชี้ขาดตัดสิน

ประการที่สี่ จะต้องระมัดระวังไม่ให้ระบบงานอนุญาโตตุลาการกลับไปอยู่ในสถานะระบบงานศาลยุติธรรมที่มีปัญหาความล่าช้า

วิชาชีพต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย แพทย์ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม หรือบัญชี ต่างก็มีหลักจริยธรรมของตนเพื่อจะยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพ วิชาชีพกฎหมายมีนักกฎหมายหลายสาขา แม้ว่าจริยธรรมบางข้อจะเป็นหลักทั่วไปสำหรับนักกฎหมายทุกสาขาจะต้องถือปฏิบัติ ฉะนั้นจริยธรรมของผู้พากษาก็จะแตกต่างกับจริยธรรมของพนักงานอัยการหรือของทนายความอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่คล้ายๆ กึ่งตุลาการทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาททำนองเดียวกับผู้พิพากษาก็น่าจะมีหลักจริยธรรมเหมือนกัน แต่ว่าจะมีหลักจริยธรรมมากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณา จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการน่าจะเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อ (โสภณ รัตนากร, 2537 อ้างถึงใน วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 150) เป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของอนุญาโตตุลาการ เพราะนอกจากอนุญาโตตุลาการจะมีความรับผิดชอบต่อคู่สัญญาแล้ว อนุญาโตตุลาการยังมีความรับผิดชอบต่อระบบอนุญาโตตุลาการด้วย และก่อให้เกิดความเชื่อถือ ความมั่นใจของประชาชนต่องานอนุญาโตตุลาการ

จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการนอกจากจะเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีความสำคัญในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ และในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย กล่าวคือ

ในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ การที่อนุญาโตตุลาการประพฤติผิดจริยธรรม อาจเป็นเหตุให้ถูกคัดค้านและถอดถอนได้ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 14 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่าเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุประการอื่นที่มีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ซึ่งเป็นเหตุเดียวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ โดยผลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 14 วรรคสาม ได้แก่ เหตุดังต่อไปนี้

1. ถ้ามีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
2. ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
3. ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
4. ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
5. ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลมาแล้วหรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว
6. ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษา (หรืออนุญาโตตุลาการ) ผู้นั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
7. ถ้าเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
8. เหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม เป็นต้นว่า การทุจริตหรือขาดความเป็นอิสระ

จะเห็นได้ว่าบรรดาเหตุต่างๆ ที่ยกขึ้นขึ้นต้นนี้จะมีผลกระทบต่อความเป็นกลางไม่ลำเอียง (Impartial) ความเป็นอิสระ (Independence) ของอนุญาโตตุลาการแทบทั้งสิ้น อันจะส่งผลต่อความเสมอภาคและการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทต่อไป

นอกจากนี้ตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม เรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ข้อ 15 (1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตั้งโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ หากมีความสงสัยอันควรในความเป็นอิสระและเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ

ในกระบวนการในการเข้ามาใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบนี้ ผู้เขียนเห็นว่าระบบของการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากตัวอนุญาโตตุลาการมีหลายประการ ซึ่งถูกจัดวางเอาไว้แล้วโดยกฎหมายและโดยตัวคู่กรณีพิพาทเอง

ประการแรก คือ ระบบการคัดค้านถอดถอน ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่าสาเหตุของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนของจริยธรรมในความหมายอย่างกว้างนั่นเอง (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 151-152) แต่จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการมิได้มีเพียงเท่านั้น ยังมีจริยธรรมอีกหลายประการที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เช่น หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริง (Duty of Disclosure) หน้าที่เก็บรักษาความลับ (Confidentiality) (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 152) วิธีปฏิบัติตนในการติดต่อกับคู่ความ เป็นต้น (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 152) นอกจากนี้ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการสามคนหรือมากกว่านั้น ในกรณีเช่นนี้ในทางปฏิบัติคู่ความแต่ละฝ่ายจะเลือกอนุญาโตตุลาการขึ้นมาฝ่ายละคน ส่วนอนุญาโตตุลาการที่เหลือนั้นจะถูกกำหนดโดยอนุญาโตตุลาการสองคนที่คู่ความเลือกมา หรืออาจถูกกำหนดโดยคู่ความหรือโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้วแต่กรณี (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2536: 137) ซึ่งในกรณีอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกกำหนดหรือเลือกโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวก็ต้องมีจริยธรรมของตนเองโดยเฉพาะ เพราะถือว่าเป็น non-neutral arbitrator

ประการที่สอง การคัดค้านคำชี้ขาด และระบบการตรวจสอบโดยศาล (judicial review) ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ภายใต้บังคับของอนุสัญญาเวียนนา ค.ศ.1958 เรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ Article V 1 (e) บัญญัติว่าการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธโดยคำร้องของคู่ความซึ่งถูกขอให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยคู่ความดังกล่าวสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำชี้ขาดนั้นยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณีหรือได้ถูกเพิกถอน (set aside) หรือระงับโดยศาลของประเทศหรือตามกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการรองรับโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 34 (6) ซึ่งบัญญัติว่าศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้ ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่า....(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน



เป็นยุติหรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียแล้วโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

การขอให้เพิกถอน (set aside) คำชี้ขาดตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด จะมีเหตุใดบ้างที่ขอให้เพิกถอนได้ก็ย่อมแล้วแต่กฎหมายของแต่ละประเทศ แต่เหตุหนึ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นเหตุที่จะขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ก็คือสงสัยในความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ (Arthur Taylor Von Mehren, 1994: 497-509 อ้างไว้ในวุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 152-153) มีตัวอย่างคดีในศาลอุทธรณ์ของปารีส (Cour d'appel of Paris) และศาลอุทธรณ์ เซอร์กิตที่ 2 ของสหรัฐอเมริกา (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 152-153)

ในคดีแรกคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีทราบก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะออกคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการมีธุรกิจใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายที่ชนะคดี จึงมาขอให้ศาล set aside คำชี้ขาด ซึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวซึ่งจะทำให้คู่ความมีเหตุผลอันสมควรที่จะสงสัย (reasonable doubt) ในความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (arbitral agreement) จึงตกเป็นโมฆะและให้เพิกถอนคำชี้ขาด

ส่วนในคดีหลังเป็นกรณีที่ศาลไม่ให้เพิกถอนเพราะการกระทำของอนุญาโตตุลาการไม่ก่อให้เกิดอคติได้ (not creating an impression of possible bias) ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากสัญญาเช่า Tanker เพื่อขนส่งน้ำมัน ประธานอนุญาโตตุลาการในคดีคือคดีได้เพราะคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีก็ไม่ได้สนใจการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้ เนื่องจากในอดีตคู่ความฝ่ายชนะก็เคยตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการมาก่อนแล้ว จึงเป็นเพียงกรณีที่คู่ความฝ่ายแพ้แสวงฟ้องคดีเพื่อให้คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์เท่านั้น แต่ก็เป็นหลักได้ว่าหากเป็นข้อเท็จจริงในเรื่องความสัมพันธ์ที่อาจก่อให้เกิดอคติได้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยให้คู่ความทราบ (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 153)

เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีของสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ด้วยดังนั้นคำชี้ขาดที่ออกไปโดยอนุญาโตตุลาการไทยอาจถูกนำไปขอบังคับในประเทศภาคีในฐานะเป็น Foreign award และในขณะเดียวกันก็อาจมีคู่ความฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้นในต่างประเทศมาขอให้ศาลไทยเพิกถอน (set aside) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไทยตามนัยอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก

ค.ศ.1958 Article V1 (e) เพื่อไม่ให้มีผลบังคับในต่างประเทศโดยสาเหตุสงสัยในความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการก็ได้ (วุฒิมิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 153)

### 2.5.2.5.1 จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย

#### 2.5.2.5.1.1 จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม

ปัจจุบันนี้กระทรวงยุติธรรม โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการได้จัดทำข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม และมีผลใช้บังคับเพื่อเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของบุคคลผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีลักษณะหลายประการคล้ายคลึงกับตุลาการ โดยในการจัดทำข้อบังคับดังกล่าว ได้มีการระบุถึงหน้าที่ทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ทั้งหมด 51 ข้อ แบ่งออกเป็น 9 หมวด ดังนี้

#### หมวด 1 บทบัญญัติทั่วไป

ข้อ 1 จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้มีได้เป็นการจำกัดขอบเขตดุลพินิจของศาลในการใช้เหตุผลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 2 คู่กรณีอาจระบุข้อกำหนดจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการดังต่อไปนี้ในสัญญา เพื่อให้ใช้บังคับว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้น

"ให้นำข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการเสนอข้อพิพาทเพื่อการอนุญาโตตุลาการ มาใช้บังคับแก่อนุญาโตตุลาการซึ่งได้แต่งตั้งขึ้นต่อไปด้วย"

#### หมวด 2 อุดมการณ์ของอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 3 อนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ยุติธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 4 อนุญาโตตุลาการไม่เพียงแต่มีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีเท่านั้น ยังคงต้องมีความรับผิดชอบต่อกระบวนการพิจารณา และต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมด้วย

ข้อ 5 อนุญาโตตุลาการต้องไม่เสนอตัวต่อคู่กรณีเพื่อให้ได้รับการแต่งตั้งแต่อาจแสดงเจตนาไว้เป็นการทั่วไปต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมได้

ข้อ 6 บุคคลใดจะรับเป็นอนุญาโตตุลาการก็ต่อเมื่อเชื่อว่าตนมีความสามารถจะดำเนินกระบวนการพิจารณาและทำคำชี้ขาดได้เสร็จสิ้นภายในกำหนด

ข้อ 7 บุคคลใดซึ่งอยู่ในข่ายที่อาจจะถูกคัดค้านได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 14 วรรคสามไม่ควรจะรับเป็นอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 8 อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีฝ่ายใดจะต้องวางตนเป็นอิสระและเป็นกลาง และต้องปฏิบัติตนในลักษณะที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ไม่วุ่นไหวไปตามแรงกดดันจากภายนอกคดี อาทิเช่น การประท้วงจากสาธารณชน คำวิพากษ์วิจารณ์ของสื่อมวลชนหรือผลประโยชน์อื่นใด

ข้อ 9 อนุญาโตตุลาการต้องไม่กระทำการเกินขอบอำนาจตามข้อตกลงที่คู่กรณีให้ไว้ และต้องไม่กระทำน้อยกว่าที่จำเป็นเพื่อให้การปฏิบัติตามหน้าที่ลุล่วงไปโดยสุจริต

ข้อ 10 ภายหลังจากได้รับแต่งตั้งหรือในระหว่างปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เข้าไปมีความเกี่ยวพันไม่ว่ากับคู่กรณีฝ่ายใดหรือบุคคลที่สาม ทางด้านการเงิน ธุรกิจ อาชีพ ครอบครัว หรือความสัมพันธ์ทางสังคม รับเงิน ททรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดซึ่งน่าจะก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระหรือไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ

ภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการควรหลีกเลี่ยงจากการกระทำตามในวรรคหนึ่งโดยพฤติกรรมซึ่งอาจทำให้คู่กรณีหรือบุคคลอื่นใดในสภาวะเช่นนั้นอาจเข้าใจไปได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการได้รับหรือคาดหวังที่จะได้รับผลประโยชน์เช่นนั้น

ข้อ 11 ในกรณีที่ข้อบังคับไม่ได้กล่าวไว้เป็นอย่างอื่น หน้าที่ทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นเมื่อได้รับการแต่งตั้งและคงอยู่ต่อเนื่องไปตลอดทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งได้ส่งคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณีแล้ว

### หมวด 3 จริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริง

ข้อ 12 บุคคลใดได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ก่อนที่จะเข้ารับหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งในความรู้สึกของคู่กรณีเป็นวิญญูชนอาจเกิดความสงสัยอันสมควรในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตน ได้แก่ข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1. ผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในผลของการอนุญาโตตุลาการ

2. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเงิน ธุรกิจไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาชีพความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือทางสังคมซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระและเป็นกลางข้อเท็จจริงเหล่านี้ไม่ว่าผู้ที่ได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการเอง สมาชิกในครอบครัว นายจ้าง หรือผู้ร่วมธุรกิจของตนจะมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใด ทุนายความ หรือบุคคลซึ่งอาจจะต้องมาเป็นพยานในคดี ผู้ที่ได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยทั้งสิ้น

ข้อ 13 บุคคลซึ่งได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องขวนขวายเพื่อให้ตนเองได้ทราบข้อเท็จจริงตามข้อ 12 ด้วย

ข้อ 14 หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงตามข้อ 12 เป็นหน้าที่ต่อเนื่องซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะเกิดขึ้น หรือตนเพิ่งนึกได้หรือเพิ่งทราบข้อเท็จจริงในขั้นตอนใดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 15 การเปิดเผยข้อเท็จจริงให้กระทำเป็นหนังสือต่อคู่กรณีทุกฝ่าย และในกรณีที่มืออนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน อนุญาโตตุลาการแต่ละคนต้องแจ้งให้อนุญาโตตุลาการคนอื่นทราบถึงข้อเท็จจริงซึ่งตนได้เปิดเผยต่อคู่ความนั้นด้วย

ข้อ 16 ข้อความในหมวดนี้ไม่เป็นการจำกัดสิทธิของคู่กรณีในการที่จะแต่งตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการแม้จะได้ทราบข้อเท็จจริงที่เปิดเผยนั้นแล้ว

#### หมวด 4 จริยธรรมในเรื่องการถอนตัว

ข้อ 17 ในกรณีที่คู่ความทุกฝ่ายร้องขอให้อนุญาโตตุลาการถอนตัวไม่ว่าด้วยเหตุใด อนุญาโตตุลาการควรถอนตัวเสีย แต่ในกรณีที่คู่ความเพียงบางฝ่ายร้องขอให้ถอนตัวโดยมิใช่จากสาเหตุแห่งความไม่เป็นอิสระหรือไม่เป็นกลาง อนุญาโตตุลาการควรถอนตัว เว้นแต่

1. ถ้าโดยข้อตกลงของคู่กรณี หรือโดยข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีตกลงกันให้ใช้บังคับกำหนดกระบวนการพิจารณาในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ก็ต้องปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณานั้น หรือ

2. ถ้าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าเหตุผลในการคัดค้านไม่เป็นสาระ และเห็นว่าตนสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดคดีไปได้อย่างเป็นกลางและยุติธรรม และการถอนตัวจะก่อให้เกิดความล่าช้าหรืออาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่คู่กรณีฝ่ายอื่นโดยไม่จำเป็นหรือจะขัดขวางต่อความยุติธรรม

## หมวด 5 จริยธรรมในการติดต่อสื่อสารกับคู่กรณี

ข้อ 18 เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในข้อกำหนดอนุญาตตุลาการหรือโดยข้อตกลงของคู่กรณี อนุญาตตุลาการไม่ควรสนทนาในเรื่องเกี่ยวกับคดีกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยลำพัง เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

1. การสนทนานั้นได้กระทำในเวลาและสถานที่ทำการพิจารณาคดีหรือสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างอื่น แต่อนุญาตตุลาการจะต้องแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบเกี่ยวกับการสนทนานั้นในโอกาสแรกที่สามารถทำได้ และต้องไม่วินิจฉัยในเรื่องนั้นไปก่อนที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่อยู่จะได้มีโอกาสแสดงความของตนเสียก่อน

2. ถ้าได้รับแจ้งนัดโดยชอบแล้วคู่กรณีฝ่ายใดไม่มาในการพิจารณาอนุญาตตุลาการ อาจสนทนาในเรื่องคดีกับคู่กรณีฝ่ายที่มาไปตามลำพังได้

3. ถ้าคู่กรณีทุกฝ่ายยินยอม

ข้อ 19 เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในข้อกำหนดอนุญาตตุลาการหรือโดยข้อตกลงของคู่กรณี ถ้าอนุญาตตุลาการติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นหนังสือ อนุญาตตุลาการต้องส่งสำเนาหนังสือนั้นให้แก่กรณีฝ่ายอื่นด้วย หรือเมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการติดต่อจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นหนังสืออนุญาตตุลาการก็ต้องส่งสำเนาดังกล่าวให้แก่คู่กรณีฝ่ายอื่นด้วย

ข้อ 20 ในกรณีที่มีอนุญาตตุลาการหลายคน หากอนุญาตตุลาการคนหนึ่งคนใดทราบว่าอนุญาตตุลาการคนอื่นมีการติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายใดในลักษณะที่ไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการคนนั้นอาจแจ้งให้อนุญาตตุลาการที่เหลือทราบเพื่อพิจารณาว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป โดยปกติวิธีการที่เหมาะสมคือขอร้องให้อนุญาตตุลาการที่ถูกกล่าวหายุติการกระทำนั้น ถ้าอนุญาตตุลาการที่ถูกกล่าวหาไม่ ปฏิบัติตาม อนุญาตตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจแจ้งให้คู่กรณีทราบเพื่อพิจารณาจะคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ถูกกล่าวหาหรือไม่

ข้อ 21 อนุญาตตุลาการต้องไม่รับของขวัญ ของกำนัล หรือประโยชน์อื่นอันมีมูลค่าเกินกว่าที่พึงให้กันตามอัธยาศัยและประเพณีในสังคมจากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

ข้อ 22 อนุญาตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาตตุลาการควรใช้ความระมัดระวังอย่างมากเพื่อหลีกเลี่ยงการติดต่อในทางสังคมหรือทางอาชีพคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดลับ

หลังคู่กรณีอื่นในประการที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตนได้

### หมวด 6 จริยธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ข้อ 23 ในกรณีที่ยกกำหนดอนุญาตโตตุลาการหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณีไม่ได้กล่าวไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาตโตตุลาการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใดๆ ตามที่เห็นสมควรโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ

ข้อ 24 อนุญาตโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต อุทิศเวลาและเอาใจใส่ในกระบวนการพิจารณา ปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ดีที่สุดในการที่จะไม่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่คู่กรณีโดยไม่จำเป็น และสรุปผลคดีทำคำชี้ขาดให้เร็วที่สุดเท่าที่โอกาสจะอำนวย

ข้อ 25 อนุญาตโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะที่ให้ความเสมอภาคและปฏิบัติต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา

ข้อ 26 ในการพิจารณาคดีอนุญาตโตตุลาการต้องมีความอดทน สำนวณ และปฏิบัติอย่างสุภาพต่อคู่กรณี ทัศนคติที่สุภาพ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับทุกฝ่ายในกระบวนการพิจารณา

ข้อ 27 เว้นแต่ข้อกำหนดอนุญาตโตตุลาการหรือข้อตกลงของคู่กรณีจะกล่าวไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาตโตตุลาการต้องยอมรับสิทธิของคู่กรณีซึ่งได้รับแจ้งนัดโดยชอบแล้วที่จะมาฟังการพิจารณาและให้คู่กรณีมีโอกาสเสนอข้อเท็จจริงสนับสนุนข้ออ้างของตนมากที่สุดไม่ควรที่จะเคร่งครัดในเรื่องวิธีพิจารณาและกฎหมายลักษณะพยานมากเกินไปจนทำให้คู่กรณีไม่อาจเสนอข้อเท็จจริงบางอย่างได้

ข้อ 28 อนุญาตโตตุลาการต้องให้โอกาสคู่ความในการที่จะให้ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายเป็นตัวแทนในคดี

ข้อ 29 เมื่อได้รับแจ้งนัดแล้ว หากคู่กรณี ฝ่ายใดไม่มาในการพิจารณา อนุญาตโตตุลาการ จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้เมื่อข้อกำหนดอนุญาตโตตุลาการ ข้อตกลงของคู่กรณีหรือกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นที่พอใจของอนุญาตโตตุลาการว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้รับหนังสือบอกกล่าวแจ้งนัดโดยชอบแล้ว

ข้อ 30 อนุญาตโตตุลาการการฟังตระเตรียมการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ให้พร้อมออกพิจารณาตรงตามเวลาและไม่เลื่อนการพิจารณาโดยไม่จำเป็น ไม่ประวิงคดีหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่คู่กรณีหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ไม่กระทำให้กระบวนการพิจารณาขาดตอนหรือกระทำการอย่างอื่นอันมิชอบด้วยกระบวนการพิจารณา

ข้อ 31 อนุญาตตุลาการต้องควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย

ข้อ 32 อนุญาตตุลาการต้องละเว้นการกล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดีที่อาจกระทบกระเทือนต่อบุคคลภายนอกเกี่ยวกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาหรือกำลังจะเข้าสู่การพิจารณา แต่อนุญาตตุลาการอาจแถลงให้ประชาชนเข้าใจถึงวิธีพิจารณาความได้เมื่อมีเหตุผลสมควร

ข้อ 33 การถ่ายภาพ ภาพยนตร์ บันทึกภาพหรือเสียง หรือกระทำการอย่างอื่นในทำนองเดียวกันในการพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะกระทำมิได้ เว้นแต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะให้ความยินยอม

ข้อ 34 ในกรณีที่อนุญาตตุลาการไม่ได้เป็นผู้บันทึกคำพยานเองอนุญาตตุลาการจะต้องสอดส่องดูแลให้เจ้าหน้าที่บันทึกคำพยานให้ได้สาระเช่นเดียวกับที่ตนบันทึกเอง การบันทึกคำแถลงและรายงานกระบวนการพิจารณาจะต้องให้ได้ความชัดเจนและตรงตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ

ข้อ 35 เมื่ออนุญาตตุลาการเห็นว่ายังมีข้อเท็จจริงที่จำเป็นในการวินิจฉัยชี้ขาดคดียุทธคดีนอกเหนือจากที่คู่กรณีนำเสนอ อนุญาตตุลาการอาจจะถามคำถาม หรือเรียกพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานอื่นๆ มาสืบเองได้

ข้อ 36 ในระหว่างการพิจารณา อนุญาตตุลาการอาจเสนอแนะให้คู่ความหาทางเจรจากันเพื่อระงับคดีก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการไม่ควรเสนอตัวหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับการร้องขอจากคู่กรณีทุกฝ่าย และอนุญาตตุลาการต้องไม่สร้างความคิดค้นไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อมแก่คู่กรณีฝ่ายใดเพื่อให้ทำการระงับข้อพิพาท

ข้อ 37 ความในข้อ 36 มิได้ห้ามบุคคลใดในการที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือเป็นผู้ประนีประนอมข้อพิพาทซึ่งตนได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการ หากได้รับการร้องขอเช่นนั้นจากคู่กรณี หรือข้อกำหนดอนุญาตตุลาการ หรือกฎหมายอนุญาตให้ทำได้

ข้อ 38 ในกรณีที่มีอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน อนุญาตตุลาการจะต้องให้อนุญาตตุลาการคนอื่นมีโอกาสและมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา

## หมวด 7 จริยธรรมในการทำคำชี้ขาด

ข้อ 39 อนุญาตตุลาการต้องชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาททุกประเด็นที่เสนอมาให้วินิจฉัยแต่จะวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีไม่ได้

ข้อ 40 คำชี้ขาดจะต้องมีคำวินิจฉัยที่ตรงตามประเด็นแห่งคดี ให้เหตุผลแจ่มชัดและสามารถ ปฏิบัติตามได้ ใช้ภาษาเขียนที่ดี ใช้โวหารที่รัดกุมเข้าใจง่ายข้อความอื่นใดอันไม่เกี่ยวกับการวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีโดยตรง หรือไม่ทำให้การวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวชัดแจ้งขึ้นไม่พึงปรากฏอยู่ในคำชี้ขาด

ข้อ 41 อนุญาตตุลาการต้องชี้ขาดคดีด้วยความเป็นธรรม ใช้ดุลพินิจที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยคดี ไม่ยอมให้มีอิทธิพลใดมามีผลกระทบต่อคำชี้ขาด

ข้อ 42 อนุญาตตุลาการต้องไม่ยอมให้ผู้อื่นเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการทำคำชี้ขาด

ข้อ 43 ในกรณีที่มีอนุญาตตุลาการหลายคน ในการประชุมปรึกษาคดี อนุญาตตุลาการทุกคนต้องตระเตรียมคดีนั้นล่วงหน้าอย่างถี่ถ้วนทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย อนุญาตตุลาการทุกคนจะต้องร่วมพิจารณาในข้อคิดเห็นและเหตุผลประกอบและพึงเคารพในความคิดเห็นและเหตุผลของกันและกัน ทั้งนี้เพื่อให้ได้คำชี้ขาดที่ถูกต้องและเที่ยงธรรม

ข้อ 44 ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันระงับข้อพิพาทและขอให้ใส่ข้อตกลงไว้ในคำชี้ขาด อนุญาตตุลาการอาจกระทำให้ได้แต่ไม่ผูกมัดให้ต้องกระทำเช่นนั้นเว้นแต่เป็นที่พอใจว่าข้อตกลงนั้นเป็นไปโดยถูกต้อง เมื่อใดก็ตามที่อนุญาตตุลาการใส่ข้อตกลงของคู่กรณีไว้ในคำชี้ขาดต้องระงับไว้ด้วยว่าคำชี้ขาดดังกล่าวมาจากความตกลงของคู่กรณี

## หมวด 8 จริยธรรมในเรื่องการรักษาความลับ

ข้อ 45 อนุญาตตุลาการอยู่ในฐานะเป็นที่ไว้วางใจของคู่กรณี ดังนั้นไม่ว่าเวลาใดจะต้องไม่นำข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการศึกษาไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือเพื่อให้เป็นทางเสียประโยชน์แก่ผู้อื่น

ข้อ 46 เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือข้อกำหนดอนุญาตตุลาการหรือกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาตตุลาการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดไว้เป็นความลับ

ข้อ 47 อนุญาตตุลาการจะบอกกล่าวให้ผู้ใดทราบถึงคำชี้ขาดล่วงหน้าก่อนที่จะส่งให้แก่คู่ความไม่ได้ ในกรณีที่มีอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคนอนุญาตตุลาการคนใดคนหนึ่งจะบอกกล่าวให้ผู้ใดทราบถึงแนวการวินิจฉัยของตนหรือของอนุญาตตุลาการไม่ได้ไม่ว่าในเวลาใด

หลังจากได้ทำคำชี้ขาดแล้วอนุญาตตุลาการไม่ควรให้มีกระบวนการพิจารณาใดๆ ต่อไปอีกเว้นแต่จะเป็นกระบวนการที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย



### หมวด 9 จริยธรรมในเรื่องค่าตอบแทน

ข้อ 48 อนุญาตตุลาการไม่ควรต่อรองกับคู่กรณีเกี่ยวกับเรื่องค่าตอบแทน เพราะอาจก่อให้เกิดลักษณะที่เป็นการบีบบังคับคู่กรณีหรือมีความไม่ถูกต้องประการอื่น

ข้อ 49 มาตรฐานการจ่ายเงินค่าตอบแทนควรมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนที่อนุญาตตุลาการจะยอมรับการแต่งตั้ง และคู่กรณีได้รับแจ้งให้ทราบถึงมาตรฐานดังกล่าวแล้ว

ข้อ 50 ในกรณีที่การอนุญาตตุลาการดำเนินการภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญาตตุลาการ หลักเกณฑ์ในเรื่องการจ่ายเงินค่าตอบแทนควรดำเนินการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงการติดต่อกันโดยตรงระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่กรณีในปัญหา

ข้อ 51 ในกรณีที่ไม่ได้ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการ การเจรจาตกลงเกี่ยวกับเรื่องเงินค่าตอบแทนควรกระทำต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่าย

#### 2.5.2.5.1.2 จริยธรรมตามพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

1. มาตรา 14 วรรคสอง, วรรคสาม อนุญาตตุลาการซึ่งได้รับการตั้งขึ้นโดยชอบอาจถูกคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ฯลฯ เหตุแห่งการคัดค้านได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป

เหตุคัดค้านผู้พิพากษามีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ซึ่งบัญญัติว่าผู้พิพากษาจะถูกคัดค้านด้วยเหตุ 7 ประการคือ

- ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านเพราะมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- อาจถูกคัดค้านว่าเป็นญาติกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- เพราะถูกอ้างเป็นพยานมาก่อน
- เคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนหรือทนายความของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน
- ผู้พิพากษาเคยนั่งพิจารณาคดีนั้นมาก่อนหรือเคยเป็นอนุญาตตุลาการในคดีนั้นมาก่อน
- ผู้พิพากษาอาจจะถูกคัดค้าน เพราะตัวผู้พิพากษาหรือภรรยาหรือญาติของผู้พิพากษาได้พิพาทกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือพิพาทกับภรรยาหรือญาติของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- ผู้พิพากษาเป็นเจ้าของ ภูมินี้หรือนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนั้นในมาตรา 12 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติว่า เมื่อใดศาลมีผู้พิพากษาคนเดียว ผู้พิพากษานั้นจะถูกคัดค้านด้วยเหตุอื่นนอกจากเหตุตาม มาตรา 11 ด้วย คืออาจจะถูกคัดค้านด้วยเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การ พิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความเป็นธรรม คล้ายๆ กับที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ อนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 มาตรา 14 วรรคสามตอนท้าย

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักจริยธรรมว่า ถ้าผู้ใดมีกรณีที่น่าจะถูกคัดค้านดัง กล่าวมาแล้วก็ไม่ควรจะได้รับเป็นอนุญาตไต่สวนการ

2. มาตรา 17 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่สัญญาอนุญาตไต่สวนการหรือกฎหมาย มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นให้อนุญาตไต่สวนการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใดๆ ตามที่เห็นสมควร คำนี้ถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ มาตรานี้เป็นจริยธรรมเกี่ยวกับการดำเนินวิธีพิจารณา ของอนุญาตไต่สวนการ

3. มาตรา 20 กล่าวถึงการทำคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการว่าจะต้องระบุเหตุแห่ง ข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งและจำกำหนดหรือชี้ขาดให้เกินขอบเขตแห่งอนุญาตไต่สวนการหรือ คำขอของคู่กรณีไม่ได้ เป็นจริยธรรมในการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการ

4. มาตรา 21 บัญญัติว่า คำชี้ขาดจะต้องทำให้เสร็จภายในกำหนดเวลาหนึ่งร้อย แปดสิบวัน นับแต่วันตั้งอนุญาตไต่สวนการคนสุดท้ายหรือผู้ชี้ขาดโดยชอบ เป็นการวางหลักจริย ธรรมว่าผู้ใดไม่สามารถทำคดีให้เสร็จโดยเร็วก็ไม่ควรรับเป็นอนุญาตไต่สวนการ

#### 2.5.2.5.1.3 จริยธรรมตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตไต่สวนการ

1. ข้อ 14 เมื่อได้รับการแต่งตั้งให้อนุญาตไต่สวนการเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงอันอาจทำ ให้คู่กรณีเกิดความสงสัยอันควรในความอิสระ และเป็นกลางของตนในการระงับข้อพิพาทที่ เกิดขึ้นหากพึงมี ข้อบังคับข้อนี้เพื่อให้คู่กรณีได้ทราบว่ามีเหตุที่จะคัดค้านอนุญาตไต่สวนการดังที่ได้ กล่าวนั้นหรือไม่ และเป็นการแสดงความบริสุทธิ์ใจของอนุญาตไต่สวนการก่อนจะเริ่มพิจารณาคดีว่า อนุญาตไต่สวนการไม่ได้อยู่ใต้อาณัติของผู้ใด หรือไม่ได้มีความโน้มเอียงที่จะเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดคู่ กรณีฝ่ายใดคู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาตไต่สวนการยอมเป็นธรรมดาที่จะต้องเลือกคนที่ตนรู้จักคุ้นเคย มาเป็นอนุญาตไต่สวนการของตน จึงควรให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาสคัดค้านอนุญาตไต่สวนการ ได้มีการปิดบังไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงในตอนแรก เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นในภายหลังการพิจารณา อาจจะมีการคัดค้านอนุญาตไต่สวนการขึ้น ก็จะทำให้การพิจารณาคดีต้องชะงักหรือล่าช้าลงได้ หรือ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นภายหลังที่มีการชี้ขาดแล้ว อาจจะมีการคัดค้านคำชี้ขาดว่าเกิดจากการ

กระทำไม่ชอบ ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดล่าช้า หรือคำชี้ขาดนั้นอาจถูกศาลฎีกาปฏิเสธไม่รับบังคับให้ได้

2. ข้อ 21 ในกรณีที่สัญญาอนุญาตไต่สวนการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาตไต่สวนการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใดๆ ตามที่เห็นสมควรโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมและการให้คู่กรณีมีโอกาสเสนอข้อเท็จจริงสนับสนุนข้ออ้างของตนมากที่สุด ข้อนี้คล้ายกับในพระราชบัญญัติ อนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 มาตรา 17 วรรคสอง เป็นจริยธรรมเกี่ยวกับการดำเนินวิธีพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ และข้อความในตอนท้ายก็เป็นหลักจริยธรรมอีกประการหนึ่งของอนุญาตไต่สวนการที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เสนอข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดีของเขาได้เต็มที่ ไม่ควรที่จะเคร่งครัดในเรื่องวิธีพิจารณาและกฎหมายลักษณะพยานมากเกินไป จนทำให้คู่กรณีไม่อาจเสนอข้อเท็จจริงบางอย่างได้

3. ข้อ 22 (4) การสืบพยานจะต้องกระทำการดำเนินกระบวนการสืบพยานลับ หมายความว่าด้วยการพิจารณาต้องพิจารณาลับ และข้อ 29 วรรคสาม อนุญาตไต่สวนการจะเปิดเผยคำชี้ขาดต่อสาธารณชนไม่ได้เว้นแต่คู่กรณียินยอม เป็นจริยธรรมที่สำคัญข้อหนึ่งซึ่งอนุญาตไต่สวนการต้องปฏิบัติ ตรงกันข้ามกับวิธีพิจารณาของศาลที่ต้องกระทำการโดยเปิดเผย

4. ข้อ 26 กำหนดว่าจะต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายใน 100 วัน

5. ข้อ 28 กำหนดอนุญาตไต่สวนการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักแห่งกฎหมายและความยุติธรรมเป็นจริยธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทว่าต้องคำนึงถึงกฎหมายและความเป็นธรรมควบคู่กันไป

#### 2.5.2.5.1.4 จริยธรรมซึ่งเกิดจากข้อตกลงของคู่กรณี

ในพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 มาตรา 17 วรรคสอง สัญญาอนุญาตไต่สวนการอาจกำหนดวิธีพิจารณาให้อนุญาตไต่สวนการปฏิบัติก็ได้ เป็นจริยธรรมอีกข้อหนึ่งสำหรับอนุญาตไต่สวนการที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอนุญาตไต่สวนการ

#### 2.5.2.5.2 จริยธรรมของอนุญาตไต่สวนการในต่างประเทศ

การกระทำใดๆ ที่อาจจะก่อให้เกิดข้อครหา หรือข้อเคลือบแคลงสงสัยในความบริสุทธิ์ หรือไม่ยุติธรรม หรือไม่เป็นการส่งเสริมงานอนุญาตไต่สวนการแล้ว อนุญาตไต่สวนการควรจะละเว้นไม่ปฏิบัติ การกระทำเหล่านี้ในบางเรื่องได้มีบัญญัติไว้ในประมวลจริยธรรมของต่างประเทศโดยชัด

แจ้ง จากการศึกษาเปรียบเทียบกับ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes และ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators พอดีจะแยกเป็นหัวข้อได้ดังต่อไปนี้

### จริยธรรมซึ่งใช้กับอนุญาโตตุลาการทั่วไป

#### 1. จริยธรรมที่จะต้องดำรงไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ และความยุติธรรมของกระบวนการ

อนุญาโตตุลาการ

- อนุญาโตตุลาการไม่เพียงแต่มีความรับผิดชอบต่อคู่ความเท่านั้น ยังต้องมีความรับผิดชอบต่อกระบวนการพิจารณาของตนด้วย

- อนุญาโตตุลาการไม่ควรเสนอตัวเพื่อให้ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ

- อนุญาโตตุลาการจะรับเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีได้เมื่อเห็นว่าตนมีความรู้ความสามารถที่จะชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทในคดี มีเวลาที่จะเอาใจใส่คดีอย่างเพียงพอ และเป็นที่น่าพอใจว่าสามารถจะปฏิบัติหน้าที่ของตนได้โดยปราศจากอคติ หลังจากได้รับแต่งตั้งหรือในระหว่างปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ หรือภายในเวลาอันสมควรภายหลังการชี้ขาดคดี อนุญาโตตุลาการพึงหลีกเลี่ยงการเข้าไปมีส่วนพัวพันทางด้านการเงิน ธุรกิจ อาชีพ ครอบครัว หรือความสัมพันธ์ทางสังคม หรือรับเงินทุนหรือผลประโยชน์ส่วนตัวซึ่งน่าจะก่อให้เกิดความลำเอียงหรืออคติ

- อนุญาโตตุลาการควรปฏิบัติตนในลักษณะที่เป็นธรรมต่อคู่ความทั้งสองฝ่าย ไม่แกว่งไกวไปตามแรงกดดันจากภายนอก การประวั่งจากสาธารณชน ความกลัวต่อคำวิพากษ์วิจารณ์หรือผลประโยชน์ส่วนตัว ไม่ควรกระทำเกินขอบอำนาจหรือน้อยกว่าที่จำเป็น ไม่ประวิงคดีหรือก่อความรำคาญในกระบวนการพิจารณา

2. จริยธรรมที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์ หรือความสัมพันธ์ที่อาจมีผลกระทบต่อความเป็นกลางหรืออาจก่อให้เกิดความลำเอียงหรืออคติ

ข้อเท็จจริงดังกล่าวที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยก่อนรับเป็นอนุญาโตตุลาการ คือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเงินหรือผลประโยชน์ส่วนตัวในผลของการอนุญาโตตุลาการ เรื่องเกี่ยวกับการเงินในอดีตหรือปัจจุบันธุรกิจอาชีพ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือสังคม ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อความเป็นกลางและอาจก่อให้เกิดความลำเอียงหรืออคติ โดยที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ที่อนุญาโตตุลาการมีต่อคู่ความฝ่ายใดหรือทนายความของคู่ความหรือพยาน นอกจากนี้ยังจะต้องเปิดเผยถึงความสัมพันธ์เช่นว่านั้นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัว

ของตน นายจ้าง หุ้นส่วนหรือผู้ร่วมธุรกิจด้วย หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงนี้เป็นหน้าที่ต่อเนื่อง  
อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยไม่ว่าเกิดขึ้นในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณา

(ในการ ICC Rules of Arbitration Article 2(7) ย่อหน้า 2 บัญญัติว่า "ก่อนการ  
แต่งตั้ง หรือยืนยันโดยศาล (หมายถึง ICC Court of Arbitration) ผู้ที่จะได้แต่งตั้งเป็น  
อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยในลายลักษณ์อักษรต่อเลขาธิการของศาล ซึ่งข้อเท็จจริงใดๆ ก็  
ตามหรือสภาวะการณ์ซึ่งโดยธรรมชาติเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อความเป็นอิสระของ  
อนุญาโตตุลาการ ในสายตาของคู่ความ (In the eyes of the parties)" วลีที่ว่าในสายตาของคู่  
ความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะกระตุ้นให้ตัวอนุญาโตตุลาการทำใจให้กว้างและเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตน  
เองอาจจะไม่คิดว่าอาจจะก่อให้เกิดปัญหาต่อความเป็นอิสระของตน แต่คู่ความอาจคิดว่าเช่นนั้นก็  
ได้ตามสายตาของคู่ความบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้มีบัญญัติไว้ในข้อบังคับกระทรวงยุติ  
ธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการข้อ 14 แต่เป็นเรื่องที่ต้องเปิดเผยเมื่อได้รับแต่งตั้งแล้ว และไม่ได้มีคำ  
อธิบายว่าข้อเท็จจริงใดบ้างที่จะต้องเปิดเผย) (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 161)

3. จริยธรรมที่จะต้องถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่ความทุกฝ่ายขอให้  
ถอน

4. จริยธรรมในการติดต่อสื่อสารกับคู่ความ

- อนุญาโตตุลาการไม่ควรสนทนากับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยลำพัง
- เมื่อใดที่อนุญาโตตุลาการติดต่อกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหนังสือ ต้อง  
ทำสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย หรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้รับการติดต่อเป็นหนังสือ  
จากคู่ความใดโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ได้รับสำเนา อนุญาโตตุลาการควรส่งสำเนาให้คู่ความฝ่าย  
หลังด้วย

- อนุญาโตตุลาการไม่ควรรับของกำนัลหรือรับให้โดยเสน่หาจากคู่ความ ไม่ว่าจะ  
โดยตรงหรือทางอ้อม

- อนุญาโตตุลาการคนเดียว (Sole Arbitrator) หรือประธานอนุญาโตตุลาการ  
(Presiding Arbitrator) พึงหลีกเลี่ยงการติดต่อในทางสังคมหรือในทางหน้าที่การงานกับคู่ความ  
ฝ่ายใดลับหลังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง

### 5. จริยธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

- ปฏิบัติต่อคู่ความด้วยความเสมอภาค
- ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต
- ปฏิบัติอย่างสุภาพ และอดทนต่อคู่ความ ทนายของคู่ความ และพยานยอมรับสิทธิของคู่ความที่จะมาปรากฏตัวและฟังการพิจารณาหลังจากที่ได้รับแจ้งวันเวลาดำเนินคดีโดยชอบ
- ไม่ปฏิบัติที่จะให้โอกาสคู่ความในการมีที่ปรึกษาทนาย (Counsel) ต่อไปได้โดยข้อตกลงของคู่ความ หรือโดยกฎข้อบังคับซึ่งคู่ความตกลงกัน หรือโดยกฎหมาย
- กรณีที่อนุญาตให้ตุลาการเห็นว่ายังมีข้อเท็จจริงที่จำเป็นในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนอกเหนือจากที่คู่ความนำเสนอ อนุญาตให้ตุลาการอาจจะถามคำถาม หรือเรียกพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานอื่นๆ มาสืบเอง
- อนุญาตให้ตุลาการอาจเสนอแนะคู่ความให้เจรจากันเพื่อระงับข้อพิพาท แต่ไม่ควรที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการเจรจาตกลง ในข้อนี้หมายความว่าอนุญาตให้ตุลาการไม่ควรกระทำตัวเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือประนอม (Mediator หรือ Conciliator) แต่ก็ไม่ได้ห้ามหากคู่ความจะแต่งตั้งให้อุญาตให้ตุลาการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยด้วยอีกฐานะหนึ่ง

### 6. จริยธรรมในการทำคำวินิจฉัยชี้ขาด

- วินิจฉัยชี้ขาดคดีด้วยความเป็นธรรม และเป็นอิสระ ไม่ยอมให้ความกดดันจากภายนอกมีอิทธิพลต่อคำชี้ขาด
- วินิจฉัยเฉพาะประเด็นที่เสนอให้วินิจฉัยเท่านั้น ห้ามวินิจฉัยประเด็นอื่น
- ไม่มอบอำนาจในการทำคำชี้ขาดให้แก่ผู้อื่น
- หากคู่ความตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทและขอให้ใส่ข้อตกลงไว้ในคำชี้ขาด
- อนุญาตให้ตุลาการจะกระทำเมื่อเห็นว่าข้อตกลงนั้นเป็นไปโดยถูกต้อง และควรระบุว่าคำชี้ขาดดังกล่าวมาจากความตกลงของคู่ความ

7. จริยธรรมที่จะต้องมีความซื่อสัตย์ต่อความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจในหน้าที่ของการเป็นอนุญาตให้ตุลาการ และการรักษาความลับ

- ไม่แสวงหาผลประโยชน์จากข้อมูลที่ได้มาระหว่างการอนุญาโตตุลาการ
- เก็บรักษาทุกสิ่งทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดเป็นความลับ
- เว้นแต่จะตกลงกันหรือมีกฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น
- อนุญาโตตุลาการไม่ควรแจ้งผลคำชี้ขาดให้ผู้อื่นทราบล่วงหน้า

#### 8. จริยธรรมในเรื่องค่าตอบแทน

อนุญาโตตุลาการไม่ควรต่อรองกับคู่ความในเรื่องค่าตอบแทน และไม่เข้าไปเกี่ยวข้องในการติดต่อกับคู่ความเกี่ยวกับเรื่องค่าตอบแทนอันมีลักษณะเป็นการบีบบังคับคู่ความหรือความไม่ถูกต้องประการอื่น

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเน้นที่ความเป็นอิสระ (Independence) และความเป็นกลาง (Impartiality)

#### 2.5.2.5.3 เปรียบเทียบ บทบัญญัติ ของ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (IBA)

ในสหรัฐอเมริกาความคิดในเรื่องความเป็นกลางของ Party-appointed arbitrators ยังเป็นที่สงสัยอยู่ โดยเฉพาะในกรณีของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic cases) ซึ่ง Party-appointed arbitrators ยังรู้สึกคลุมเครือ คือมีแนวโน้มที่จะเข้าข้างคู่ความฝ่ายที่ตั้งตนมา ในกรณี The IBA Rules และ The Code of Ethics for Arbitrator in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) จึงมีความขัดแย้งกัน

ในเรื่องของความมีอคติ (bias) คำจำกัดความของความมีอคติของประมวลจริยธรรมทั้งสองเหมือนกัน กล่าวคือครอบคลุมถึงสถานการณ์ซึ่งอนุญาโตตุลาการเข้าข้างคู่ความฝ่ายใด หรือหลงประเด็นหรือมีความสัมพันธ์กับคู่ความฝ่ายใด หรือบุคคลใดซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระขึ้น

IBA Rules ข้อที่ 4 กำหนดหน้าที่ให้อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงหรือสถานะใด ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสงสัยเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

AAA Code มีข้อความที่กระตือรือร้นมากกว่าโดยบัญญัติไว้ในกฎข้อที่ 40 อนุญาตให้ตุลาการควรเปิดเผยถึงผลประโยชน์ หรือความสัมพันธ์ที่น่าจะมีผลกระทบต่อความเป็นกลางหรือซึ่งน่าจะก่อให้เกิดความละเอียดหรืออคติ ในบันทึกเบื้องต้นได้อธิบายถึงข้อมูลต่างๆ ซึ่งควรเปิดเผยโดยอ้างถึงคดีที่ตัดสินโดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกา คือ คดี Commonwealth Coating V. Continental Casualty Co., 393 US 145 (1986) ในคดีนั้น อนุญาตให้ตุลาการที่เป็นกลาง (neutral arbitrator) ซึ่งเลือกมาโดย Party-appointed arbitrators ไม่ได้บอกแก่โจทก์ว่าตนเคยเป็นที่ปรึกษาแก่จำเลยในบางโอกาส แม้ว่าจะไม่ปรากฏว่ามีอคติเกิดขึ้นจริงๆ แต่ศาลก็ให้เพิกถอนคำชี้ขาดโดยเหตุผลว่ามีลักษณะของความอคติเกิดขึ้นแล้ว

ในการที่คู่ความและอนุญาตให้ตุลาการเจรจาเรื่องการแต่งตั้งจะห้ามไม่ให้มีการสนทนากันในสาระสำคัญแห่งคดีได้อย่างไร อนุญาตให้ตุลาการที่มีความรู้ความสามารถจะตัดสินใจเองว่ามีความเป็นกลางและมีความสามารถในการวินิจฉัยคดีได้อย่างไร หากไม่ได้มีการสนทนากับคู่ความในประเด็นข้อพิพาท ความจริงแล้วผู้ที่จะเป็นอนุญาตให้ตุลาการถูกกำหนดโดย IBA Rules ได้สอบถามหรือแสวงหาข้อมูลกับประเด็นข้อพิพาทอยู่แล้ว ในการสัมภาษณ์กันในเบื้องต้นนี้ไม่ใช่โอกาสเดียวที่ Party-appointed arbitrators จะมีโอกาสติดต่อโดยตรงกับคู่ความซึ่งแต่งตั้งตนถ้าหากจะต้องไปดำเนินการคัดเลือกประธานอนุญาตให้ตุลาการ ตาม IBA Rules Party-appointed arbitrators ได้รับอำนาจโดยให้รับความคิดเห็นจากคู่ความฝ่ายที่แต่งตั้งเกี่ยวกับการยอมรับบุคคลที่จะเป็นอนุญาตให้ตุลาการคนที่สาม ซึ่งการสนทนากันดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยไม่มี การพูดถึงประเด็นข้อพิพาทได้อย่างไร

Party-appointed arbitrator ถูกกำหนดให้หลีกเลี่ยงการติดต่อฝ่ายเดียวกับคู่ความหรือผู้แทนเกี่ยวกับเรื่องคดี ถ้ามีการติดต่อเช่นนั้นจะต้องแจ้งให้คู่ความและอนุญาตให้ตุลาการอื่นทราบถึงเนื้อหาของ การติดต่อ ถ้าอนุญาตให้ตุลาการทราบว่าอนุญาตให้ตุลาการอื่น ละเมิดกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการติดต่อกับคู่ความดังกล่าว โดยปกติวิธีการขั้นต้นที่เหมาะสมคือขอรับรองให้อนุญาตให้ตุลาการที่ถูกกล่าวหายุติการติดต่อที่ไม่เหมาะสมกับคู่ความ หากการติดต่อเช่นนั้น ยังคงดำเนินต่อไป อนุญาตให้ตุลาการที่เหลืออาจแจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

จะมีบ่อยครั้งเพียงใดสำหรับอนุญาตให้ตุลาการระหว่างประเทศซึ่งจะมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นตามทัศนะของ IBA หรือไม่มี Party-appointed arbitrators ก็คนที่ต้องถอนตัว หรือถูกคัดค้าน



และถอดถอนโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลจากการติดต่อกับคู่ความสำหรับ AAA Code สะท้อนถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากกว่า เป็นที่รู้กันทั่วไปว่า Party-appointed arbitrators สามารถเข้าข้างหรือเห็นด้วยกับความคิดเห็นของคู่ความฝ่ายที่ตั้งตนมาได้ อนุญาโตตุลาการเหล่านี้ไม่ได้เป็นกลางอย่างเคร่งครัด คู่ความที่ตั้งอนุญาโตตุลาการเหล่านี้มาก็ เนื่องจากเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือเพราะว่าอนุญาโตตุลาการเหล่านี้มาจากกิจการที่ใกล้ชิดกับตนหรือเพราะชื่อเสียง เชื้อชาติ หรืออื่นๆ ของอนุญาโตตุลาการ ในคดีเรื่องหนึ่ง Party-appointed arbitrators เคยเป็นทนายของคู่ความ เป็น stockbroker ของคู่ความ และมีความใกล้ชิดกับประธานบริษัทและเคยให้คำปรึกษาเกี่ยวกับเรื่องสัญญา อย่างไรก็ตามศาลตัดสินว่าไม่ปรากฏว่ามีการกระทำอันไม่ชอบของอนุญาโตตุลาการและตัดสินยืนยันตามคำชี้ขาด (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 176) นอกจากนี้ในบางระบบของการอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกายังยอมให้ Party-appointed arbitrator ทำหน้าที่เหมือนกับเป็นทนายของคู่ความในระหว่างการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

AAA Code ยังไม่กำหนดหน้าที่ขั้นต่ำของ non-neutral arbitrator ไว้ ซึ่ง party-appointed arbitrator สามารถที่จะโน้มเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายหนึ่งได้ แต่ต้องกระทำการโดยสุจริต (good faith) ด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม การเปิดเผยข้อเท็จจริงของ party-appointed arbitrator ต้องการเพียงให้สามารถอธิบายถึงธรรมชาติทั่วไป และขอบเขตของผลประโยชน์หรือความสัมพันธ์ใดๆ เท่านั้น party-appointed arbitrator สามารถที่จะปรึกษากับคู่ความที่ตั้งตนมา เกี่ยวกับการยอมรับบุคคลที่จะมาเป็น neutral arbitrator และสามารถที่จะติดต่อกับคู่ความเกี่ยวกับแง่มุมใดๆ ของคดี ถ้าหากว่าได้แจ้งให้อนุญาโตตุลาการอื่นทราบแต่ต้นว่าตนตั้งใจจะกระทำเช่นนั้น

AAA Code ยอมรับว่ามีระดับของความเป็นกลางอยู่หลายระดับที่กำหนดไว้สำหรับ party-appointed arbitrators ซึ่งสนับสนุนให้คู่ความได้มีการเจรจาถึงความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ AAA Code อธิบายถึงทางเลือกที่เป็นไปได้สำหรับคู่ความในการเลือกใช้ อนุญาโตตุลาการแบบไตรภาคี (Triparties model) แต่ต้องการที่จะปกป้องตนเองจากการที่จะมี อนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลางมากกว่าฝ่ายตรงข้ามของตนเพียงเล็กน้อย หรือจาก อนุญาโตตุลาการที่ชอบประวิงคดี หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่เป็นธรรม

ในขณะที่ IBA Rules กำหนดว่าจะดำเนินการแต่ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ AAA Code อนุญาตให้ party-appointed กำหนดอัตรารายวัน (per diem rate) สกุดเงินและอัตราแลกเปลี่ยนของค่าธรรมเนียมที่จะต้องจ่าย และผู้รับเงินว่าจะจ่ายให้แก่ตัวอนุญาโตตุลาการโดยตรง หรือจ่ายเข้าบัญชี หรือจ่ายให้แก่สำนักงาน ปัญหาเหล่านี้เป็นเรื่องที่จะเกิดขึ้นในสัญญาให้บริการส่วนบุคคลอื่นๆ เหตุใด IBA Rules จึงต้องการให้ปัญหาเหล่านี้มีการเจรจากันกับอนุญาโตตุลาการอื่นและกับ non-appointed party คู่ความอาจตกลงกันเฉลี่ยค่าตอบแทนให้แก่องค์คณะอนุญาโตตุลาการเท่าๆ แต่ละคนย่อมแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งตัวอนุญาโตตุลาการมาจากประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจต่างกัน อัตราและวิธีการจ่ายที่เป็นไปในรูปแบบเดียวกันอาจทำให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์เกี่ยวกับเรื่องภาษี

ความแตกต่างในประการอื่นระหว่าง IBA Rules กับ AAA Code ก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับการที่อนุญาโตตุลาการที่จะมีส่วนร่วมในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาท IBA Rules กล่าวว่า เมื่อคู่ความร้องขอคณะอนุญาโตตุลาการ หรือประธานอนุญาโตตุลาการอาจทำข้อเสนอให้ระงับข้อพิพาท (proposals for settlement) แก่คู่ความทั้งสองฝ่าย และควรที่จะกระทำเมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายอยู่พร้อมกัน นอกจากนี้ยังกำหนดอีกด้วยว่า อนุญาโตตุลาการคนใดที่ทำการเจรจาเกี่ยวกับการตกลงระงับข้อพิพาทแต่ฝ่ายเดียวกับคู่ความจะขาดคุณสมบัติที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการต่อไปในอนาคต

แต่ AAA Code บัญญัติไว้ตรงกันข้าม คือห้ามอนุญาโตตุลาการเสนอแนะให้มีการเจรจาระงับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการไม่ควรกดดันให้คู่ความทำการระงับข้อพิพาท เว้นแต่จะได้รับการร้องขอจากคู่ความ อนุญาโตตุลาการอาจกระทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย (mediator หรือ conciliator) ได้ ความแตกต่างก็คือ neutral arbitrator ภายใต้ AAA Code ไม่ควรเริ่มต้นเสนอให้ระงับข้อพิพาทกับคู่ความฝ่ายหนึ่งลับหลังคู่ความอื่น แต่สำหรับ party-appointed arbitrator แล้วตรงกันข้ามกล่าวคืออิสระที่จะเสนอให้คู่ความทำการเจรจากันเพื่อระงับข้อพิพาทได้ เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

ในสหรัฐอเมริกา party-appointed arbitrators อาจจะเริ่มเสนอให้มีการเจรจาบังคับข้อพิพาทได้ ในขณะที่การพิจารณาใกล้จะถึงข้อสรุปแล้ว party-appointed arbitrator อาจจะเสนอโอกาสที่จะให้คู่ความทำการระงับข้อพิพาทได้ ทางปฏิบัติอันนี้มีอันนี้ข้อดีมากกว่า แต่สำหรับ IBA Rules ซึ่ง party-nominated arbitrators ถูกห้ามไม่ให้เจรจาเกี่ยวกับเรื่องคดีที่ย่อมจะถูกห้ามไม่ให้เสนอให้มีการประนีประนอมยอมความระงับข้อพิพาทเช่นนั้น

ความแตกต่างที่สำคัญคือ IBA Rules กำหนดให้ party-appointed arbitrator ต้องปฏิบัติอย่างเป็นกลางโดยมีข้อยกเว้นเพียงเล็กน้อย แต่ AAA Code ปล่อยให้ประเด็นดังกล่าวขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่ความว่าจะประสงค์จะให้ party-appointed arbitrator เป็นกลางหรือให้มีความไม่เป็นกลางได้ ถ้าหากมีการยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่า party-appointed arbitrator ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องเป็นกลางไม่ยึดติดอยู่กับคู่ความฝ่ายที่ตั้งตน ดังนั้น IBA Rules จึงจะมีทางเป็นจริงขึ้นมาได้ แต่ก็ไม่มีมีการยอมรับเช่นนั้นจึงเกิดคำถามว่า party-appointed arbitrators ซึ่งมีความเป็นกลางมีจริงหรือ

IBA Rules ไม่ได้บัญญัติข้อความบางประการที่มีบัญญัติไว้ใน AAA Code มีแต่เพียงผู้ร่างเท่านั้นที่จะบอกได้ว่าการที่ละเว้นไม่บัญญัติไว้ดังกล่าวนั้นเป็นการจงใจหรือไม่ ตัวอย่างเช่น IBA Rules ไม่ได้กล่าวถึงความซื่อสัตย์ของอนุญาโตตุลาการต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือต่อสาธารณชน แต่ AAA Code กำหนดว่า อนุญาโตตุลาการต้องไม่แกว่งไกวไปโดยแรงกดดันจากภายนอกเสียง สาธารณชนหรือกลัวจะถูกวิพากษ์วิจารณ์หรือโดยผลประโยชน์ส่วนตัว

AAA Code บัญญัติว่าอนุญาโตตุลาการควรมีความอดทน และสุภาพต่อคู่ความทนายความและพยาน แต่บทบัญญัติไม่ปรากฏใน IBA Rules บางทีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจจะมีคุณภาพเรียบร้อยเป็นไปในแนวทางเดียวกันอยู่แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวจึงถูกคิดว่าเป็นความจำเป็น นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของคู่ความที่จะมีที่ปรึกษา กฎหมายเป็นตัวแทน สิทธิในการที่จะมาฟังการพิจารณาด้วยตนเอง หรือสิทธิที่จะไม่รับการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการพิจารณา ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ IBA Rules ก็ไม่ได้บัญญัติไว้

กฎข้อที่ 5 ของ AAA Code กำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดด้วยความยุติธรรม เป็นอิสระและมีความตั้งใจ และมีคำอธิบายในรายละเอียดที่เกี่ยวข้องบางประการ ในทางตรงกัน

ข้าม IBA Rules ไม่ได้กล่าวถึงการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ AAA Code ห้ามอนุญาโตตุลาการมอบหน้าที่ในการทำคำชี้แจงให้แก่บุคคลอื่น ข้อนี้ก็สำคัญ แต่ IBA Rules ไม่มี

ทั้ง IBA Rules และ AAA Code กำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้เช่นเดียวกันทั้งในระหว่างและภายหลังการพิจารณา AAA Code เตือนอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาหาประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์แก่ผู้อื่น

อนุญาโตตุลาการต้องไม่สนับสนุนให้มีกระบวนการพิจารณาใดภายหลังกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอีก IBA Rules ใส่ข้อห้ามนี้ไว้ในข้อมูลแก่กระบวนการใดที่มาทบทวนคำชี้ขาด ยกเว้นในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกระทำการโดยมิชอบ หรือโดยข้อผิดพลาด แต่ AAA Rules ยกเว้นให้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ ความแตกต่างในทางปฏิบัติอาจไม่ใช่ข้อสำคัญ

กฎหมายจริยธรรมเหล่านี้สนับสนุนให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่อนุญาโตตุลาการหรือไม่ในความเบื้องต้นของ IBA Rules ยืนยันทัศนคติที่ว่าอนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายของรัฐ เว้นแต่จะได้กระทำอย่างจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมาย และยังคงกล่าวต่อไปว่าการลงโทษตามปกติของการละเมิดกฎหมายจริยธรรมดังกล่าว คือการถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าตอบแทนใด ๆ

**2.5.2.6 เปรียบเทียบภาพรวมของจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย และของ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules for International Arbitrators (IBA)**

เมื่อเปรียบเทียบภาพรวมของจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและของ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules for International Arbitrators (IBA) แล้ว จะเห็นได้ว่า

โดยภาพรวม จริยธรรมอนุญาโตตุลาการของไทยและจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules for International Arbitrators (IBA) มีความแตกต่างกันไม่มากนัก

Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) , The IBA Rules for International Arbitrators (IBA) และข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม มีความคล้ายคลึงกัน โดยให้ความสำคัญกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจมองได้ว่าอาจก่อให้เกิดความลำเอียงของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อันกระทบต่อความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการทำหน้าที่ของตน และความเป็นธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาท การทำคำชี้ขาดให้แล้วเสร็จทันภายในกำหนดระยะเวลา รวมถึงการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ

จุดแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนนั่นกล่าวคือ ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการของ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) จะแยกจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีโดยจัดให้มีจริยธรรมต่างหากออกไป แต่สำหรับจริยธรรมของ The IBA Rules for International Arbitrators (IBA) นั้นกลับไม่ได้แยกจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งออกไปต่างหากเหมือน Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) จึงหมายความว่า Non-neutral arbitrators ตาม The IBA Rule of Ethics มุ่งเน้นความเป็นกลาง (Impartiality) ของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ เช่นเดียวกับประมวลจริยธรรมของไทยที่ไม่ได้แยกจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีออกต่างหากอย่างเช่น Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และมุ่งเน้นในความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเหมือนจริยธรรมของ The IBA Rules for International Arbitrators (IBA)

สำหรับประเด็นจริยธรรมในเรื่องค่าตอบแทนนั้น ข้อ 48 อนุญาโตตุลาการไม่ควรต่อรองกับคู่กรณีเกี่ยวกับค่าตอบแทน เพราะอาจก่อให้เกิดลักษณะที่บีบบังคับคู่กรณี หรือมีความไม่ถูกต้องประการอื่น ข้อ 49 มาตรฐานการจ่ายเงินค่าตอบแทนควรมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนที่

อนุญาโตตุลาการจะยอมรับการแต่งตั้ง และคู่กรณีได้รับแจ้งให้ทราบถึงมาตรฐานดังกล่าวแล้ว  
 ดังนี้จะเห็นได้ว่าจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการของไทยไม่ว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการที่ถูกแต่งตั้ง  
 โดยคู่กรณีหรือไม่บรรทัดฐานในการกำหนดค่าตอบแทนเป็นแบบเดียวกัน ซึ่งจะแตกต่างกับของ  
 ประมวลจริยธรรมของ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The  
 American Arbitration Association (AAA) ใน เรื่อง ของ ค่า ต ่อ บ แ ท น โดย Non - neutral  
 arbitrators ไม่มีข้อจำกัดเหมือนอย่าง neutral arbitrators ที่มีข้อจำกัดในเรื่องการเรียกค่าตอบแทน  
 มากกว่า กล่าวคือ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The  
 American Arbitration Association (AAA) อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้ง party  
 appointed เจรจากับคู่ความเกี่ยวกับค่าตอบแทนได้ การจัดการเกี่ยวกับเรื่องค่าตอบแทน รวมถึง  
 ถึงการกำหนดอัตราเบี้ยเลี้ยงรายวัน (per diem rate) สกุดเงินและอัตราแลกเปลี่ยนของ ค่าธรรมเนียม  
 ที่จะได้รับและผู้จ่ายเงินเข้าบัญชีหรือจ่ายให้แก่สำนักงาน (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 177)  
 สำหรับอนุญาโตตุลาการคนกลาง neutral arbitrators โดยหลักการดำเนินการภายใต้การดูแลของ  
 สถาบันอนุญาโตตุลาการ หลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าตอบแทนควรดำเนินการโดยสถาบัน  
 อนุญาโตตุลาการ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลที่ Code of Ethics for Arbitration in  
 Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) ตั้งข้อจำกัดใน  
 เรื่องค่าตอบแทนแก่ neutral arbitrators มากกว่าเพราะบทบาทของอนุญาโตตุลาการคนกลาง  
 neutral arbitrators มีบทบาทในการชี้ขาดคดีซึ่งต้องการความเป็นอิสระและเป็นกลางมากกว่า  
 อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้ง Non - neutral arbitrators

แม้กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะรับรองสิทธิของอนุญาโตตุลาการในการที่จะได้รับ  
 ค่าตอบแทนจากคู่กรณี แต่กฎหมายก็ไม่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการมุ่งแสวงหาผลประโยชน์  
 จากการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีเสมือนหนึ่งเป็นการทำการค้า ค่าตอบแทนของอนุญาโตตุลาการ  
 นั้นมีไว้เพื่อเป็นการตอบแทนเวลา ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากที่เกิดขึ้นแก่อนุญาโตตุลาการ  
 หรือที่อนุญาโตตุลาการต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี ดังนั้น  
 อนุญาโตตุลาการจึงต้องคิดหรือกำหนดค่าตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล ไม่ใช่กำหนดตามอำเภอใจ  
 หรือเพื่อมุ่งหวังความร่ำรวยจากการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี (อนันต์ จันทโรภาส, 2536: 74)

สำหรับในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าการป้องกันปัญหาการรับสินบนของ  
 อนุญาโตตุลาการอีกช่องทางหนึ่งก็คือการตัดโอกาสในเรื่องการเรียกค่าตอบแทนกันเองระหว่าง

อนุญาโตตุลาการและคู่กรณีในความเห็นของผู้เขียนแล้วเห็นด้วยกับจริยธรรมของไทย ที่กำหนดให้ อนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการ นำหลักเกณฑ์เรื่องการจ่ายเงินค่าตอบแทนควรดำเนินการภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยง การติดต่อกันโดยตรงระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถ ป้องกันการเจือสมอยู่ระหว่างผลประโยชน์ กับค่าตอบแทนในการอนุญาโตตุลาการที่อาจก่อให้เกิด ลักษณะที่เป็นการบีบบังคับคู่กรณี หรือมีความไม่ถูกต้องประการอื่น รวมถึงต้องการให้การทำงาน อนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง

นอกจากนั้น ในกรณีของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน (ad hoc arbitration) หรือจะใช้สถาบันอื่น เช่น สภาหอการค้า เป็นต้น คือไม่ได้ใช้บริการของสำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมนั้น ข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมก็ไม่อาจนำไปใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการ ประเภทนี้ได้ หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันให้นำข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมไปใช้ด้วย โอกาสที่จะ กำหนดให้สถาบันเป็นผู้เรียกค่าธรรมเนียมแทนก็คงเกิดขึ้นได้ยาก อีกทั้งข้อกำหนดตามข้อ 51 ที่ กำหนดเอาไว้ว่า "ในกรณีที่ไม่ได้ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการเจรจาเกี่ยวกับเรื่องเงินค่า ตอบแทนควรกระทำต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่าย" คงจะไปบังคับแก่นุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบันใน การทำการอนุญาโตตุลาการคงจะไม่ได้หากคู่กรณีไม่ได้อ้างเอาจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการไปใช้บังคับโดยระบุเอาไว้ในสัญญา

#### 2.5.2.7 สถานะและสภาพบังคับของประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ

ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 อาจเป็นอนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (Institutional Arbitration) เช่น สภาหอการค้าไทย เป็นต้น และอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน (Ad hoc Arbitration) ประมวลจริยธรรมของ อนุญาโตตุลาการโดยหลักแล้วไม่มีสภาพบังคับโดยตัวของมันเอง เช่นเดียวกับของข้าราชการตุลา การ เว้นแต่จะเป็นจริยธรรมที่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 อยู่แล้ว เช่น ในมาตรา 14 วรรคสอง วรรคสาม มาตรา 17 วรรคสอง มาตรา 20 และมาตรา 21 ซึ่งมีสภาพ บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมาย

กรณีข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการย่อมใช้ บังคับโดยพฤตินัยกับอนุญาโตตุลาการที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสำนักงานอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจาก

สถาบันย่อมมีอำนาจที่จะออกระเบียบข้อบังคับใดเพื่อให้การอนุญาตไต่สวนการที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสถาบันเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ โดยมีมาตรการภายในโดยขึ้นบัญชีดำ (Black listed) เอาไว้ แต่ไม่อาจจะใช้บังคับกับอนุญาตไต่สวนการของสถาบันอื่น เช่น ของสภาหอการค้าไทยหรืออนุญาตไต่สวนการที่ไม่ใช่สถาบัน เว้นแต่คู่ความตกลงกันให้นำเอาข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยประมวลจริยธรรมมาใช้บังคับในฐานะเป็น applicable rules ก็ย่อมเป็นไปตามความตกลงของคู่กรณี

แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยประมวลจริยธรรมเป็นการให้อุญาตไต่สวนการของสำนักงานอนุญาตไต่สวนการประพฤติปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน อันจะทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นในระบบอนุญาตไต่สวนการ ซึ่งจะส่งผลในขั้นต่อไปให้สำนักงานอนุญาตไต่สวนการของไทยก้าวไปสู่ความเป็นศูนย์กลางของการอนุญาตไต่สวนการระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ในอนาคต ส่วนในกรณีของอนุญาตไต่สวนการของสถาบันอื่นๆ หรืออนุญาตไต่สวนการที่ไม่ใช่สถาบันนั้น คู่กรณีควรนำประมวลจริยธรรมของอนุญาตไต่สวนการมาใช้บังคับในสัญญาในฐานะเป็น applicable rules เพื่อเป็นแนวทางให้อุญาตไต่สวนการปฏิบัติตามโดยเคร่งครัดในการระงับข้อพิพาทและป้องกันปัญหาในการฟ้องร้องทางคดีต่อไป

## 2.6 ประโยชน์ของการอนุญาตไต่สวนการ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าในโลกปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่ของนานาประเทศนั้น กระทำโดยการอนุญาตไต่สวนการไม่ว่าจะเป็นประเทศในกลุ่มโลกเสรีหรือสังคมนิยม ต่างก็ยอมรับและใช้การอนุญาตไต่สวนการเพื่อระงับข้อพิพาททางธุรกิจทั้งสิ้น ทั้งนี้เพราะการอนุญาตไต่สวนการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประโยชน์และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

**2.6.1 รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ** การอนุญาตไต่สวนการเป็นการระงับข้อพิพาทที่สิ้นสุดก่อนข้างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดและไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก (แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานของตนต่ออนุญาตไต่สวนการได้อย่างเท่าเทียมกัน) อนุญาตไต่สวนการอาจเป็นผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่พิพาท หากคู่กรณีเลือกบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในปัญหาที่พิพาทเป็นอนุญาตไต่สวนการ ซึ่งทำให้การ



พิจารณาเรื่องพิพาททำได้รวดเร็วและเมื่ออนุญาตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นก็ต้องมีทำ คำชี้ขาด ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลงทันที โดยคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น โดยจะ ไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ สามารถขอให้องค์กรของรัฐ เช่น ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งต้องใช้เวลามาก ขึ้นในการระงับข้อพิพาท (แต่ก็มักใช้เวลาน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล) เพราะศาลในทุกประเทศมี วิธีพิจารณาคดีที่ค่อนข้างกินเวลานาน มีขั้นตอนมาก ตลอดจนมีการอุทธรณ์และฎีกา คำพิพากษา ได้อย่างเกือบไม่มีข้อจำกัด เว้นแต่ในการอนุญาตตุลาการที่ต้องมีการบังคับคำชี้ขาดโดยศาลและ มีการอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาต่อไป แต่ก็มีข้อจำกัดในการอุทธรณ์และฎีกาในเรื่องดังกล่าวอยู่มาก (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 12)

**2.6.2 ค่าใช้จ่าย** สำหรับการระงับข้อพิพาททางแพ่งภายในประเทศที่คู่กรณีสามารถ ตั้งอนุญาตตุลาการกันเอง โดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการและอนุญาตตุลาการ มิได้เรียกเก็บค่าปวงการในอัตราที่สูงแล้วจะค่อนข้างประหยัดค่าใช้จ่าย ยิ่งถ้าคู่กรณีไม่ต้องจ้าง ทนายความเพื่อช่วยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยแล้วยิ่งประหยัดมาก เพราะการพิจารณา ของอนุญาตตุลาการไม่มีขั้นตอนและไม่ซับซ้อนเท่ากับการพิจารณาของศาล คู่กรณีสามารถ ดำเนินการได้เองด้วยความช่วยเหลือของอนุญาตตุลาการ และถึงแม้จะจ้างทนายความก็อาจเสีย ค่าใช้จ่ายไม่มากนักเมื่อเทียบกับการฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากกระบวนการพิจารณาไม่ใช้เวลามาก และไม่ยุ่งยากนัก (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 12)

แต่สำหรับการอนุญาตตุลาการที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการนั้นมักไม่ ประหยัดค่าใช้จ่าย (เพราะในบางสถาบันก็เก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ตลอดจนค่าปวงการ อนุญาตตุลาการเป็นจำนวนมาก) ซึ่งทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการสูงกว่าการฟ้อง คดีต่อศาล อันขัดต่อหลักการของการอนุญาตตุลาการที่เคยเป็นมาในอดีต โดยเฉพาะในสมัยเริ่ม แรกนั้นการอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ประหยัด เนื่องจากการอนุญาตตุลาการ กระทำโดยบุคคลที่คู่กรณีเคารพนับถือเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท และต่อมาก็มีการใช้การ อนุญาตตุลาการในกลุ่มพ่อค้า โดยพ่อค้าที่มีชื่อเสียงและเป็นที่เคารพในหมู่พ่อค้าด้วยกันได้รับ เลือกลงจากเพื่อนพ่อค้าซึ่งมีข้อพิพาทให้ช่วยตัดสินข้อพิพาทให้ ซึ่งมักจะเป็นการทำให้เปล่า คู่กรณี ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมต่าง ๆ มากมายแบบในปัจจุบัน (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 13)

**2.6.3 รักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับทางธุรกิจได้ดี** เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำการลับ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณีและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษาอนุญาโตตุลาการ และพยานเท่านั้น และในกรณีของพยานหากมีการสืบพยานหลายคนแล้ว พยานแต่ละคนจะเข้าร่วมการพิจารณาได้เฉพาะในช่วงที่ตนเบิกความเท่านั้น การพิจารณาค้างอื่น ๆ นั้นตนไม่มีสิทธิเข้าร่วมและจะไม่ได้รับรู้สิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการพิจารณาค้างอื่น ๆ ดังนั้น การพิจารณา ตลอดจนข้อเท็จจริง และรายละเอียดต่างๆ ในการพิจารณา จึงรู้กันในหมู่ที่เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้รับรู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้นโดยตรง จึงไม่รู้ว่าคู่กรณีมีข้อพิพาทกันหรือไม่ หรือมีข้อพิพาทกันอย่างไร ซึ่งเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาท และความลับทางธุรกิจของคู่กรณีพิพาท (หากมีความลับในทางธุรกิจ สำหรับข้อพิพาทนั้นอยู่ด้วย) ไว้ได้ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้น คู่กรณีจะไม่สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับทางธุรกิจของตน เช่น ความลับทางธุรกิจไว้ได้ เพราะการพิจารณาคดีของศาลนั้นโดยหลักต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 13)

**2.6.4 รักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาท** การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทไว้ได้ เพราะคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทกันโดยตรง และบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เคร่งเครียด เป็นกันเองมากกว่าการพิจารณาคดีในศาล ไม่มีระบบที่ได้แย้งกันอย่างเอาแพะกันอย่างดุเดือด ซึ่งคู่กรณีจะไม่รู้สึกเสียหน้ามากนัก หรือไม่เป็นศัตรูกันอย่างรุนแรง จึงเหมาะสมสำหรับคู่กรณีพิพาท ซึ่งอยู่ในวงการธุรกิจ เพราะคู่กรณีส่วนใหญ่จำเป็นต้องคบค้าหรือติดต่อกันเนื่องจากต้องประกอบธุรกิจกันต่อไปอีกในอนาคต ในเรื่องนี้จึงแตกต่างกับการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างเคร่งเครียด และใช้เวลานาน เพราะมีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปได้ ซึ่งทำให้ความรู้สึกแตกแยกของคู่กรณีที่มีอยู่ขยายขึ้นจนเกินกว่าจะเยียวยาแก้ไขได้เมื่อคดีสิ้นสุดลง (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2543: 13)

**2.6.5 เหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ้งยากและสลับซับซ้อน** การที่คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้และถ้าคู่กรณีเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหาคู่กรณีพิพาทกันอยู่ก็จะทำให้การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาททำได้อย่างรวดเร็ว ยุติธรรม และไม่มีข้อผิดพลาด หรือมีข้อผิดพลาดเล็กน้อย เพราะเพียงแต่อนุญาโตตุลาการพิจารณาพยานหลัก

ฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอ้างโดยคู่กรณีฝ่ายที่กล่าวหาเพื่อประกอบข้ออ้างของตน และฟังข้อโต้แย้งและพยานหลักฐานคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจฟังพยานหลักฐานอื่นๆ อีกเล็กน้อย ก็สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ การอนุญาตตุลาการจึงเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่ยากและสลับซับซ้อน เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้างการพาณิชย์บางประเภท การลงทุน อุตสาหกรรมต่างๆ ซึ่งมักจะมีปัญหาในทางปฏิบัติเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เพราะคู่กรณีสามารถเลือกอนุญาตตุลาการจากบุคคลในวงกว้างที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่พิพาทได้ ในขณะที่คู่กรณีในศาลไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ มาพิจารณาคดีให้ตนได้ ซึ่งก็ต้องมีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความ อันทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาและอาจมีปัญหาในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานว่าจะรับฟังให้เข้าใจได้ถูกต้องมากน้อยเพียงใด หากพยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถอธิบายได้ชัดเจนถูกต้อง (เสาวนีย์ อิศวโรจน์, 2543: 14)

**2.6.6 สมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท** การที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกกำหนดรายละเอียดในการอนุญาตตุลาการได้ตั้งแต่การเลือกบุคคลให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ และเรื่องอื่นๆ ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน เช่น สถานที่ที่จะมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ตลอดจนรายละเอียดในการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการพิจารณาหากเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งคู่กรณีใช้ภาษาที่ต่างกัน และกฎหมายที่ใช้บังคับการพิจารณาในกรณีที่มีสัญชาติแตกต่างกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ดีที่สุดที่คู่กรณีสามารถตัดปัญหาที่ต้องใช้ภาษาท้องถิ่น และกฎหมายของถิ่นที่มีการพิจารณา และตัดความหวาดระแวงเรื่องความไม่เป็นกลางของศาลท้องถิ่นออกไป โดยไม่ต้องฟ้องคดีในศาลของท้องถิ่นนั้น ด้วยเหตุดังกล่าวการอนุญาตตุลาการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่น่าจะสมประโยชน์ของคู่กรณีได้มากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล โดยเฉพาะในคดีที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกันระหว่างประเทศ เช่น คู่กรณีมีสัญชาติที่แตกต่างกัน

**2.6.7 แบ่งเบาภาระของศาล** การที่ข้อพิพาททางแพ่งบางส่วนระงับไปด้วยการอนุญาตตุลาการย่อมทำให้ข้อพิพาทที่จะเป็นคดีขึ้นสู่ศาลลดจำนวนลง อันเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของศาลได้ ซึ่งโดยหลักศาลควรตัดสินเฉพาะคดีที่สำคัญ และไม่ใช้คดีที่มีปัญหาข้อกฎหมายเพียงเล็กน้อย แต่เป็นเรื่องในทางปฏิบัติเสียเป็นส่วนใหญ่ เพราะคดีเหล่านี้สามารถดำเนินการให้ระงับไปโดยการอนุญาตตุลาการได้ ไม่ควรให้เป็นภาระแก่ศาลมากเกินไปโดยไม่จำเป็น ดัง

นั้น ถ้าข้อพิพาททางธุรกิจส่วนหนึ่งระงับไปได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรม ซึ่งมีคดีขึ้นสู่เป็นจำนวนที่มากอยู่ให้ลดลงได้

อย่างไรก็ตามแม้การอนุญาโตตุลาการจะมีประโยชน์และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจมากกว่าการระงับข้อพิพาทบางประเภท เช่น ศาล แต่ในหลายๆ ประเทศโดยเฉพาะในประเทศที่กำลังพัฒนาเช่น ประเทศในทวีปอัฟริกา ก็ยังไม่ยอมรับการอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างคนชาติกับชาวต่างชาติมากนัก เนื่องจากมีปัญหาและอุปสรรคหลายประการทั้งในด้านการขาดข้อมูล ขาดความรู้ความเข้าใจ และนักกฎหมายของประเทศเหล่านั้นก็ไม่ได้มีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และเห็นว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศของชาวตะวันตก ซึ่งอาจได้เปรียบประเทศที่กำลังพัฒนา แต่ในช่วงหลังก็เริ่มดีขึ้นตั้งแต่มีการตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายเอเชีย-อัฟริกัน ซึ่งมีศูนย์หลายศูนย์และหลายศูนย์หนึ่งอยู่ที่ กรุงโคโร ประเทศอียิปต์ และใช้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Rules on International Commercial Arbitration)

## 2.7 เหตุผลในการกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการนั้นมีหน้าที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายและตามที่คู่กรณีพิพาทระบุไว้ในสัญญาระหว่างคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้ตัวอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีความเป็นอิสระในกระบวนการพิจารณาจากคู่สัญญา กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่นั้นอนุญาโตตุลาการมีอำนาจและดุลพินิจอย่างกว้างขวางเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือสัญญาภายในขอบเขตที่จะทำให้การทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดำเนินไปโดยเที่ยงธรรมและรวดเร็ว นอกจากนี้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเต็มที่ในการเสนอพยานหลักฐานของตนไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสาร พยานบุคคล รวมทั้งการเบิกความหรือแถลงการณ์ต่างๆ ของคู่กรณีด้วย ตลอดจนในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ฟังที่ดี และปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติตามวิธีการต่างๆ ที่ถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปซึ่งจะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพื่อป้องกันคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอ้างว่าอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ (เสาวนีย์ อิศวโรจน์, 2522: 181-183)

อนึ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาติตตูลการนั้น อนุญาติตตูลการอาจกระทำกรในขณะดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือทำคำชี้ขาดอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ จึงมีปัญหว่าอนุญาติตตูลการจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่

ถ้าพิจารณาถึงทางปฏิบัติ และกฎหมายของประเทศต่างๆ แล้ว อาจแบ่งความเห็นได้ออกเป็นสองฝ่าย ดังนี้

**ฝ่ายที่หนึ่ง** เห็นว่าอนุญาติตตูลการไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากอนุญาติตตูลการปฏิบัติหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาล จึงได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดใดๆ อันเนื่องจากการกระทำตามหน้าที่ การที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่อนุญาติตตูลการจากความรับผิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าอนุญาติตตูลการจะปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระ ปราศจากการถูกรบกวน หรือจะไม่ได้ได้รับความกระทบกระเทือนจากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดใช้ศาลเป็นเครื่องมือโดยฟ้องให้อุญาติตตูลการให้รับผิด กล่าวคืออีกนัยหนึ่ง อนุญาติตตูลการจะต้องไม่มีความกลัวที่จะถูกแก้แค้นตอบแทนโดยการฟ้องของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี มิฉะนั้นจะเกิดผลเสียต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาติตตูลการได้ และนอกจากนั้นก็คงไม่มีบุคคลโดยอมรับทำหน้าที่อนุญาติตตูลการ ประเทศที่ถือความเห็นนี้ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอื่นๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ

แต่อย่างไรก็ตามต่อมาในภายหลังประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ผ่อนคลายหลักดังกล่าวลงโดยกำหนดให้อุญาติตตูลการจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่อนุญาติตตูลการกระทำผิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Bad Faith) ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือทุจริต และบางประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบอนุญาติตตูลการของอังกฤษ เช่น สิงคโปร์ก็ได้มีการกำหนดเลยไปถึงให้อุญาติตตูลการจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย โดยจัดอนุญาติตตูลการไว้ในความหมายของคำนิยามว่าข้าราชการ (Public Servant)

สำหรับ **ความเห็นฝ่ายที่สอง** เห็นว่า ถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติให้อุญาติตตูลการต้องรับผิดชอบในทางแพ่งในกรณีที่อนุญาติตตูลการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดผลเสียหายแก่คู่กรณีก็ตาม แต่ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาติตตูลการและคู่กรณีพิพาทนั้นเกิดจากสัญญา ดังนั้น อนุญาติตตูลการจึงอาจรับผิดชอบต่อคู่กรณีดังกล่าวตามบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่ง

ในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ตามสัญญาซึ่งนำมาใช้บังคับกับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการได้ กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องทำตามหน้าที่อย่างซื่อสัตย์และยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องทำให้คู่กรณีฝ่ายใดเสียหายแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับผิดต่อคู่กรณีฝ่ายนั้นโดยถือว่าเป็นการผิดสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ที่กระทำไปโดยสุจริต ประเทศที่ยึดถือแนวความคิดนี้ คือประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมัน นอกจากนี้ในประเทศเหล่านี้ยังได้มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาโดยเอาผิดกับตัวอนุญาโตตุลาการผู้รับสินบนด้วย และความผิดดังกล่าวมีความร้ายแรงเท่ากับเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

สำหรับ ในความเห็นของผู้เขียนเองเห็นด้วยกับความเห็นแนวที่สองโดยเห็นว่า อนุญาโตตุลาการควรที่จะต้องรับผิดทางแพ่งต่อคู่สัญญาสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะอนุญาโตตุลาการมีความผูกพันตามสัญญาที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยความซื่อสัตย์ ยุติธรรม ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใด นอกเหนือจากนั้นไม่เพียงแต่อนุญาโตตุลาการจะมีหน้าที่ต่อคู่สัญญาแล้ว อนุญาโตตุลาการยังมีหน้าที่ทางด้านจริยธรรมต่อระบบและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

อีกทั้งการกำหนดความรับผิดแก่อนุญาโตตุลาการจะส่งผลให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังอย่างที่สุด และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความขยันหมั่นเพียรเสมอ เพื่อป้องกันความยุ่งยากและปิดกั้นความเสี่ยงทางกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความแน่นอนทางการค้า และจรรโลงไว้ซึ่งความโดดเด่นในทางการค้าระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาแล้ว และตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือการใช้การตีความกฎหมายแล้ว แม้คู่กรณีจะไม่เห็นด้วยกับดุลพินิจดังกล่าว หรือเกิดความเสียหายขึ้นแก่คู่กรณีฝ่ายใด ถ้าความเสียหายนั้นมิได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว อนุญาโตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิด ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในเรื่องของความคุ้มกัน (Immunity) ของอนุญาโตตุลาการ

## 2.8 ความคุ้มกัน (Immunity) ของอนุญาโตตุลาการ

ความคุ้มกัน (Immunity) ของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายกับเอกสิทธิ์ แต่ความคุ้มกันเป็นสถานะพิเศษที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจหรือรับผลภัยบางอย่างตามกฎหมาย คืออยู่ในสถานะที่ปลอดภัยจากเคราะห์กรรมหรืออำนาจบางอย่างตามที่กฎหมายที่โดยปกติจะก่อให้เกิดแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง (ปรีดี เกษมทรัพย์, 2542: 88) ตัวอย่างเช่น ความคุ้มกันทางการทูตของประเทศใดประเทศหนึ่งที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในประเทศไทย ย่อมมีความคุ้มกันปลอดภัยจากอำนาจของศาลไทยแม้จะกระทำการอันกฎหมายไทยบัญญัติว่าเป็นความผิด และกระทำลงในราชอาณาจักร ซึ่งหากบุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างประเทศก็ตาม ก็จะต้องถูกฟ้องร้องและลงโทษในศาลไทยได้ แต่บุคคลในคณะทูตที่มาปฏิบัติหน้าที่ในประเทศที่ภูมิกุคุ้มกันจากอำนาจของศาลไทย มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ยอมขึ้นศาลได้หรือในกรณีของสมาชิกรัฐสภาที่เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญไทย

ในเรื่องความคุ้มกัน (Immunity) สำหรับอนุญาโตตุลาการที่จะต้องควบคู่ไปกับการกระทำที่ถูกต้องตามจริยธรรม และเพื่อที่จะไม่ต้องถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบในทางแพ่ง ในการที่อนุญาโตตุลาการได้ก่อให้เกิดความเสียหายแต่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เว้นแต่การกระทำหรือการละเว้นดังกล่าวจะเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต ทั้งนี้ในบางประเทศความคุ้มกันดังกล่าวยังขยายผลคุ้มกันไปถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการด้วย

อย่างไรก็ดี การที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเลินเล่อ ในบางประเทศกฎหมายบัญญัติให้ไม่ต้องรับผิดชอบ โดยยึดหลักเรื่องความคุ้มกันบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่ไม่ต้องให้ถูกฟ้องร้อง ซึ่งเป็นนโยบายของรัฐในการคุ้มครองผู้พิพากษา เพื่อให้ผู้พิพากษาใช้ดุลยพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ สามารถปฏิบัติหน้าที่ในงานของตนโดยเต็มที่และปราศจากความกลัว ดังเช่น ภาชิตกฎหมายที่ว่า "ผู้พิพากษาจะต้องเปิดหรือจับสำนวนด้วยมืออันไม่สั่นเทา" และหลักการดังกล่าวนำมาใช้กับผู้ปฏิบัติหน้าที่คล้ายคลึงกับผู้พิพากษา คือ อนุญาโตตุลาการด้วย และเป็นหลักยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นความคุ้มกันจากการฟ้องคดี (Immunity from suit) เหตุที่ต้องกำหนดให้มีความคุ้มกันการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการให้ไม่ต้องถูกฟ้องร้องนั้น เนื่องจากคู่กรณีที่ต้องเสียหายหรือเสียประโยชน์จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมต้องการจะให้มีการพิจารณาใหม่ โดยอ้างเหตุการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งจะทำให้เกิดผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทโดยรวดเร็วและเป็นที่สุด

## บทที่ 3

### ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

ในบทนี้จะกล่าวถึงความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ และประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มคอมมอนลอร์ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศนอร์เวย์ และประเทศอิตาลี ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มซีวิลลอร์ เพื่อศึกษาโดยเน้นถึงความรับผิดทางอาญาในแต่ละประเทศที่กล่าวถึง

#### 3.1 ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในประเทศในกลุ่มคอมมอนลอร์

##### 3.1.1 ประเทศอังกฤษ

โดยจารีตประเพณีตามกฎหมายอังกฤษนั้น อนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติในสถานะเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ภายใต้เงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองร้องดำเนินคดีสำหรับความผิดพลาดหรือการละเว้นใดๆ ไม่ว่าจะเนื่องมาจากการขาดความสามารถ ความไม่เอาใจใส่ ไม่ระมัดระวังหรือความประมาทเลินเล่อ (Lew, 1990: 21)

ในกฎหมายของอังกฤษได้ยอมรับหลัก Common law มาเป็นเวลานานแล้วว่า ผู้พิพากษาที่ได้ทำหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการได้รับความคุ้มครองจากการกระทำใดๆ จากการถูกฟ้องสำหรับความผิดพลาดในการกระทำโดยความประมาทเลินเล่อ หรือความลำเอียง หรือโดยเจตนาร้าย หรือผู้พิพากษากระทำโดยทุจริต เพราะเห็นแก่สินบนซึ่งได้รับไว้โดยทุจริต ผู้พิพากษาก็ไม่ต้องรับผิด โดยหลัก common law นี้ได้ขยายไปถึง Tribunal of inquiry ตัวอย่างคำพิพากษาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของศาล เช่น *Floyd V. Barker* (1607) 12 Co. Rap 23; *Sirros V. Moore* (1975) Q.B. 118, 132 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหาย แม้กระทำโดยเจตนาชั่วร้ายหรือคอร์รัปชันนั้นมียุติการการปกป้องสังคมส่วนรวมจากการคอร์รัปชันและอคติของผู้พิพากษาโดยผู้พิพากษาอาจถูกถอดถอน หรือ impeached ได้ในเหตุการณ์ที่ชัดเจน หรือกระบวนการร้องเรียนโดยทั่วไป นอกจากนี้โดยทั่วไปแล้วคำตัดสินของผู้พิพากษาอยู่ภายใต้การทบทวนโดยศาลสูงที่มีเขตอำนาจ เช่น การอุทธรณ์ต่อศาลสูง เหตุที่ต้องมีหลักนี้ก็เพื่อคุ้มครองความเป็น



อิสระของศาล และเพื่อป้องกันการฟ้องคดีต่อผู้พิพากษาด้วยจุดมุ่งหมายที่จะให้มีการพิจารณาคดีใหม่โดยคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจซึ่งเป็นผู้แพ้คดี นอกจากนี้ผู้พิพากษาของอังกฤษถือว่ากระทำการแทนพระมหากษัตริย์ ได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลใดๆ ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ (Lew, 1990: 21)

อนึ่ง การที่อนุญาตตุลาการได้รับการปฏิบัติในสถานะเช่นเดียวกับผู้พิพากษามาเป็นเวลานานแล้ว และดังนั้นจึงเข้าใจได้ว่าอนุญาตตุลาการสมควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้พิพากษาและได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องร้องสำหรับการกระทำผิด การละเว้นเนื่องจากการขาดความสามารถ ความประมาทหรือการไม่ระมัดระวัง

เหตุผลสำหรับการคุ้มครองอนุญาตตุลาการนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลในคำตัดสิน 2 เรื่อง คือ คดี Sutcliffe V. Thachrah และคดี Arenson V. Arenson & Casson Beckman, Rutley & Co. และเหตุผลที่ให้โดย House of Lords มีดังนี้ (Lew, 1990: 22)

1. หากปราศจากความคุ้มครองเช่นว่านั้น อนุญาตตุลาการต้องได้รับการรบกวนโดยการกระทำซึ่งเป็นเรื่องเล็กน้อย สิ่งนี้ทำให้มีอิทธิพลในการตัดสินของอนุญาตตุลาการในที่สุด
2. ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์สาธารณะ (public policy) ไม่ทำให้มีความจำเป็นต่อศาลที่จะตรวจสอบอำนาจที่มากกว่าอนุญาตตุลาการที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาตตุลาการ เช่น อำนาจในการถอดถอนจากการดำเนินการผิดพลาดข้อเท็จจริงที่ว่า
3. หน้าที่ของอนุญาตตุลาการซึ่งมีหน้าที่พิจารณาอย่างผู้พิพากษา (Judicial) เป็นการเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครอง

แต่อย่างไรก็ตามข้อคัดค้านและซึ่งก่อให้เกิดความสงสัยต่อความคุ้มครองของอนุญาตตุลาการที่มาจากคำกล่าวใน คดีทั้ง 2 เรื่องข้างต้น ซึ่งในคดี Arenson v. Arenson นั้น Lord Kibrandon และ Lord Fraser คัดค้านเหตุผลหลังจากยอมรับความคุ้มครองของอนุญาตตุลาการจากการถูกฟ้องร้องและกล่าวด้วยว่าอนุญาตตุลาการเหมือนบุคคลวิชาชีพอื่นๆ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะ ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อความผิดพลาดที่กระทำเช่นกัน (Lew, 1990: 22-24)

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงเฉพาะในคดีนี้ผู้พิพากษาทั้งสองเห็นด้วยกับฝ่ายเสียงข้างมาก และปรากฏว่าสถานการณ์ในปัจจุบันคือ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เกี่ยวกับความคุ้มกันของ อนุญาโตตุลาการ (arbitrator's immunity) เรื่องความคุ้มกันถูกกำกับโดย common law มีข้อ สงสัยเพียงเล็กน้อยที่ถูกยกขึ้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแน่นอนว่าปัญหานี้จะ ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาสำหรับคดีในอนาคตต่อไป

ส่วนอนุญาโตตุลาการกับความสัมพันธ์ตามกฎหมายอื่น ๆ นั้น ใน Supply of Goods and Services Act 1982 มาตรา 12 ให้คำนิยามโดยใช้กับสัญญาใดๆ ซึ่งบุคคลหนึ่งตกลงให้หรือ ดำเนินการให้บริการสำหรับอีกคนหนึ่ง ในมาตรา 13 และ 14 ของ Act นี้ กล่าวถึงการให้บริการ โดยผู้ให้บริการต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังอย่างมีเหตุผลและทักษะโดยไม่จำเป็นต้อง กล่าวย่ำว่า ผู้ให้บริการจะดำเนินการให้บริการภายในเวลาที่เหมาะสม บทบัญญัติเหล่านี้ถูกยกขึ้น เป็นคำถามต่ออนุญาโตตุลาการ บทที่ใช้โดยปริยายเริ่มในมาตรา 13 และ 14 ใช้กับอนุญาโตตุลาการ โดยที่มาตรา 13 กล่าวถึงการให้บริการโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งอธิบายโดย Supply of Services และเป็นข้อยกเว้นของเงื่อนไขโดยปริยาย (Implied terms) ของมาตรานั้น อย่างไรก็ตาม คำสั่งนี้ได้ กล่าวตามเงื่อนไขโดยปริยายที่ตั้งขึ้นโดยมาตรา 14 การให้บริการต้องแสดงออก ภายในเวลาที่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการ เพราะว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคือให้แน่ใจว่าการอนุญาโตตุลาการ ช่วยให้เร็วขึ้น และไม่ได้อยู่ภายใต้ความล่าช้าที่ไม่สมควร ดังนั้นถ้าอนุญาโตตุลาการไม่อาจรับฟัง หรือมีคำชี้ขาดหลังจากพยานหลักฐานทั้งหมดได้แสดงต่อตน อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบ ภายใต้มาตรา 14 นี้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้มาตรา 16 ของเงื่อนไขโดยปริยายอาจไม่รวมถึงข้อ ตกลงระหว่างคู่กรณีที่ถูกพันคู่กรณีทั้งหมด บทบัญญัตินี้ปรากฏเพื่อจะตัดสินปัญหาที่ต้องพิสูจน์ว่า ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้วและเป็นที่ยอมรับ (Lew, 1990: 25-26)

การถกเถียงเรื่องความสงบเรียบร้อยนั้นได้มีการพิจารณาโดยยกขึ้นมากว้างๆ ในการตัดสินใจ เช่น การให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดีซึ่งใช้ความระมัดระวังบางส่วนหรือทั้งหมด ของการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ความขัดแย้งสำหรับความคุ้มกันเริ่มจากข้อบังคับที่ไม่มี ข้อสงสัยบนพื้นฐานของความสงบเรียบร้อยว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินวินิจฉัยข้อพิพาทโดยไม่ ต้องรับผิดชอบในการทำหน้าที่ทางตุลาการ (judicial duties) ขึ้นต่อไปว่าผู้ที่จ้างให้ปฏิบัติหน้าที่ ของอนุญาโตตุลาการ ลักษณะทางตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบต่อนายจ้าง อย่างไรก็ตามมีความเห็นอีก

อย่างไรว่า ไม่มีเหตุผลสำหรับความสงบเรียบร้อยและยกเว้นอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดชอบ ไม่มีเหตุผลสนับสนุนหรือเหตุผลสมควรที่จะให้ความคุ้มกันเช่นนั้นตามความเห็นของ Lord Kilbrandon

แต่กระนั้นก็ตามความคิดเห็นนี้ยังอาจมีปัญหา เรื่องความสงบเรียบร้อยปราศจากความคุ้มกัน เช่น ต้องอยู่ภายใต้ความกดดันโดยการกระทำ อาจจะได้ด้วยเหมือนกันว่า อนุญาโตตุลาการอาจมีอิทธิพลครอบงำโดยคิดว่า อาจถูกฟ้องถ้าคำตัดสินของตนไปในทางหนึ่งมากกว่าถ้าจะไปอีกทางหนึ่ง ความคุ้มกันที่ให้อนุญาโตตุลาการมากกว่าตำแหน่งอิสระที่จะไปสู่การตัดสินใจที่อนุญาโตตุลาการคิดว่าถูกต้อง นอกจากนี้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการจะถือว่าจำเป็นที่สุดที่จะดำเนินการบริหารงานยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ ยิ่งกว่านั้นไม่มีใครจะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ ถ้าต้องรับผิดชอบเพราะอาจถูกฟ้องร้อง อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาเรื่องนี้บังคับได้น้อยมากเพราะว่าอนุญาโตตุลาการสามารถทำให้เกิดความชัดเจนว่า จะทำหน้าที่บนเงื่อนไขที่ว่า จะยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการและมีข้อยกเว้นในเรื่องความรับผิด

นอกจากนี้ การให้ความคุ้มกันไม่ได้หมายความว่า คู่กรณีได้รับความเสียหายไม่มีทางเยียวยา คู่กรณีสามารถนำความผิดพลาดของอนุญาโตตุลาการบางเรื่องไปใช้ โดยการคัดค้านหรือเพิกถอนคำชี้ขาดสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดชอบ (misconduct) ดังนั้น หลายประเทศที่สนับสนุนอนุญาโตตุลาการทางการค้าเพราะว่า ผู้ทำการค้าต้องการเช่นนั้น (Lew, 1990: 26-27)

แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศอังกฤษได้ผ่อนคลายนโยบายหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันที่เคยมอบให้แก่อนุญาโตตุลาการโดยเด็ดขาด (absolute immunity) ลง โดยใน Arbitration Act 1996 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการอาจต้องรับผิดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการก่อให้เกิดผลเสียหายโดยความจงใจ หรืองดเว้นกระทำการที่แสดงให้เห็นว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สำหรับความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ จากการค้นคว้าของผู้เขียนในรัฐบัญญัติของอังกฤษ (statutes) ไม่ปรากฏความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ รวมถึงไม่มี common law ที่กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เลย อาจเป็นผลมาจากอิทธิพลความคุ้มกัน (immunity) ที่อังกฤษมีให้แก่ศาล และอนุญาโตตุลาการก็เป็นได้

### 3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ปัจจุบันการอนุญาตโตตุลาการได้รับการยอมรับเป็นอย่างดีในสหรัฐอเมริกา ในฐานะที่เป็นทางเลือกในการดำเนินคดี และอนุญาตโตตุลาการถูกมองว่าเป็นเสมือนผู้พิพากษาที่ถูกเลือกโดยคู่สัญญา นอกจากนี้ยังมีผู้เปรียบเทียบว่าอนุญาตโตตุลาการอาจมีอำนาจเท่ากับผู้พิพากษาและในบางครั้งอาจมีอำนาจมากกว่าด้วย (Hausmaninger, 1990: 7) ดังนั้นในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งโดยปกติคู่สัญญามักจะเลือกใช้เวทีของการอนุญาตโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะเป็นวิธีที่เร็วกว่าการดำเนินการทางศาล เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า ให้ความมั่นใจมากกว่า และเป็นทางการน้อยกว่าด้วย นอกจากนี้คู่สัญญาสามารถเลือกบุคคลที่มีอำนาจแก้ไขข้อขัดแย้งที่มีอยู่ซึ่งก็คือ ตัวอนุญาตโตตุลาการ โดยอนุญาตโตตุลาการที่คู่สัญญาเลือกขึ้นนั้นเกิดจากสาเหตุและความมุ่งหวัง 2 ประการคือ

ประการแรก เป็นเพราะอนุญาตโตตุลาการเหล่านี้เป็นบุคคลที่คู่สัญญาไว้วางใจและมีความเชื่อมั่น (Hausmaninger, 1990: 7)

ประการที่สอง เพราะตัวบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตโตตุลาการเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาเฉพาะอย่าง และมักจะมีคุณสมบัติดีกว่าผู้พิพากษาที่ตัดสินคดี (Bedjaoui, 1998: 7, 10 cited in Hausmaninger, 1990: 7)

สืบเนื่องจากการใช้อนุญาตโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจนอกจากการดำเนินการทางศาล อนุญาตโตตุลาการจึงมีความสำคัญและความรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้นในฐานะที่เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามความไม่มั่นใจของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต่อตัวอนุญาตโตตุลาการ ในบางครั้งอาจทำให้รู้สึกผิดหวังต่อกระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาตโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความประมาท หรืออาจจะใช้อำนาจหน้าที่ของตนอย่างผิดๆ (Hausmaninger, 1990: 7, 8)

กฎเกณฑ์ข้อบังคับการจัดตั้งอนุญาตโตตุลาการมีวิธีการแก้ไขที่เป็นกระบวนการต่อกรทุจริตของอนุญาตโตตุลาการ ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาในการอนุญาตโตตุลาการไม่เป็นธรรม ตั้งแต่แรกคู่สัญญาอาจทำการถอดถอนอนุญาตโตตุลาการจากตำแหน่งหน้าที่ก่อนที่จะทำคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าหากอนุญาตโตตุลาการทำคำชี้ขาดภายใต้การพิจารณาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว คู่สัญญาอาจจะขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ ในกรณีที่มีการทุจริตร้ายแรง เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีบทบัญญัติเอาผิด

อนุญาตตุลาการที่รับสินบนในความผิดทางอาญาด้วย (Noland and Abrams cited in Hausmaninger, 1990: 7)

### 3.1.2.1 หลักทฤษฎี (doctrine) เกี่ยวกับความคุ้มกันของศาลจากความรับผิดทางแพ่ง

ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาโดยทั่วไป ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดทางแพ่งต่อภาระกระทำต่างๆ ที่ได้กระทำขึ้นภายใต้อำนาจหน้าที่ของตนในฐานะที่เป็นผู้พิพากษากล่าว คือ ผู้พิพากษาทั้งหลายจะได้รับความคุ้มกันทางศาลจากการเรียกร้องใดๆ โดยหัวข้อต่อไปจะเป็นการกล่าวถึงวิวัฒนาการของหลักการคุ้มกันทางศาลซึ่งระบุถึงเหตุจูงใจภายใต้หลักการนี้และความพยายามที่จะประเมินขอบเขตที่แน่นอนของหลักการนี้ โดยสังเขป (Hausmaninger, 1990: 9)

#### 3.1.2.1.1 วิวัฒนาการของหลักการความคุ้มกันทางศาล

หลักการความคุ้มกันทางศาลจากความรับผิดทางแพ่งนำมาใช้ครั้งแรก โดยศาลสูงสหรัฐในคดี Bradley V Fischer (Hausmaninger, 1990: 9) คดีนี้เกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายโดยทนายคนหนึ่งต่อผู้พิพากษาของศาลสูงสหรัฐประจำมลรัฐโคโลราโดซึ่งได้มีการฟ้องร้องว่าตนถูกผู้พิพากษาดอนสิทธิการเป็นทนายความโดยไม่ถูกต้อง ศาลสูงสหรัฐถือว่าผู้พิพากษาแห่งสหรัฐ (federal judges) ได้รับการยกเว้นจากความรับผิดทางแพ่งสำหรับการกระทำต่างๆ ทางศาลที่กระทำขึ้นภายในเขตอำนาจศาลของตน ในคำตัดสินดังกล่าวศาลกล่าวว่าหลักการความคุ้มกันทางศาลมีรากฐานอันฝังลึกในกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักการนี้เป็นหลักการทั่วไปที่สำคัญที่สุดสำหรับการบริหารความยุติธรรมที่เหมาะสมที่ทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับการบริการงานทางศาลเป็นอิสระจากความรับผิดจากการใช้อำนาจหน้าที่ที่ได้ให้ไว้กับตน ศาลมีข้อโต้แย้งอื่นอีกว่าการกำหนดความรับผิดของผู้พิพากษาต่อภาระกระทำต่างๆ ต่อศาลจะเป็นการไม่สอดคล้องหลักของความเป็นอิสระ และจะเป็นการทำลายความเป็นอิสระดังกล่าวซึ่งจะทำให้ระบบทางศาลไม่ได้รับการเคารพหรือเกิดประโยชน์แต่อย่างไร

อย่างไรก็ตามหลักการความคุ้มกันทางศาลไม่ถูกจำกัดไว้เฉพาะต่อผู้พิพากษาแห่งรัฐและมลรัฐ ศาลต่างๆ ได้ขยายความคุ้มกันให้กับบุคคลอื่นๆ ที่ช่วยเหลือ ขบวนการทางศาล ในคดี Yaselli V. Goff ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (supreme Court) ขยายความคุ้มกันให้กับอัยการ

สหรัฐ ในคดี *Imbler V. Pachtman* ขยายให้กับอัยการสหรัฐและหลักพื้นฐานนี้ได้ขยายไปให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

### 3.1.2.1.2 ขอบเขตของความคุ้มกันทางศาล

ในคดี *Bradley V. Fischer* ศาลสูงของสหรัฐ (Supreme Court) ได้วางระบบเกี่ยวกับเงื่อนไขความคุ้มกันทางศาล คดีนี้ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งต่อ “การกระทำทางศาล (judicial act)” เว้นเสียแต่ว่าการกระทำดังกล่าวปราศจากเจตจำนงศาลอย่างเห็นได้ชัด ฉะนั้น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันทางศาลมีความสำคัญมากกว่า แม้ว่าจะเป็นการถูกกล่าวหาว่ามีเจตนาร้าย หรือกระทำการทุจริตก็ตาม ทั้งนี้เพราะการสืบสวนถึงมูลเหตุจูงใจของการกระทำทางศาล ถูกมองว่าเป็นคุกคามต่อความอิสระทางศาล (Hausmaninger, 1990: 10)

เป็นเวลานานมาแล้วที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาล้มเหลวในการตัดสินว่าการกระทำอย่างไหนของผู้พิพากษาที่ถือว่าเป็น “การกระทำทางศาล (judicial act)” และจะได้รับความคุ้มกัน นอกเหนือจากตัวอย่างข้างต้นแล้วศาลสูงของสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดให้เกือบทุกๆ การกระทำของผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันทางศาล แนวความคิดของความคุ้มกันทางศาลโดยเด็ดขาด ทำให้เป็นไปได้เลยที่จะฟ้องร้องผู้พิพากษาต่อการกระทำที่ผิดฐานใด

อย่างไรก็ตาม เมื่อเร็วๆ นี้ศาลสูงของรัฐเวอร์จิเนีย (Supreme Court of Virginia) ได้กำหนดว่า การกระทำ (enforcement acts) ที่จะได้รับความคุ้มกันนั้น จะครอบคลุมถึงการกระทำที่กระทำโดยสุจริตเท่านั้น ในการตัดสินคดี *Forrester* กับ *White* ปี 1988 ซึ่งเกี่ยวกับการฟ้องร้องของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในช่วงทดลองงานต่อผู้พิพากษาว่าเลือกปฏิบัติต่อเพศของตน โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า มีความแตกต่างระหว่างการกระทำทางศาล (judicial acts) กับการปฏิบัติหน้าที่บริหารการตรากฎหมายซึ่งผู้พิพากษาได้รับการมอบหมายโดยกฎหมายให้กระทำ ศาลให้เหตุผลว่า ความคุ้มกันโดยเด็ดขาด คือ ยานานแรงที่จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีอันตรายร้ายแรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตนเท่านั้น และสำหรับกรณีการปฏิบัติหน้าที่บริหารของผู้พิพากษานั้น (administrative acts) ผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มกันที่ถูกต้องเหมาะสมเท่านั้น

### 3.1.2.1.3 มूलเหตุจูงใจ เบื้องหลังแนวความคิดเรื่องความคุ้มกันทางศาล

มีมูลเหตุจูงใจสองประการที่สนับสนุนแนวความคิดเรื่องความคุ้มกันทางศาล กล่าวคือ ประการแรกการคุ้มครอง ผู้พิพากษาและคู่ความ และ ประการที่สองการคุ้มครองกระบวนการทางศาล

**ประการแรก** การคุ้มครองผู้พิพากษาและคู่ความ การให้เหตุผลว่า ความคุ้มกันทางศาล เป็นการคุ้มครองผู้พิพากษาและเป็นการคุ้มครองคู่ความด้วยนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันอย่างมากทั้งผู้พิพากษาและคู่ความโดยให้เหตุผลไว้ว่า ระบบความรับผิดชอบทางศาลจะทำให้เกิดผลเสียดังต่อไปนี้

1. การฟ้องร้องให้รับผิด (threat of liability) จะเป็นการคุกคามขัดขวางบุคคลที่มีความสามารถและมีความรับผิดชอบ จากการทำหน้าที่ทางศาล

2. หากว่าบุคคลที่ขยันพากเพียร ได้ถูกรับเข้าทำงานทางศาลก็อาจจะเป็นไปได้ว่าอาจจะถูกคู่ความที่ไม่พอใจคุกคาม ด้วยการฟ้องร้องทางแพ่งเอาได้ ซึ่งสิ่งนี้จะเป็นสาเหตุทำให้ผู้พิพากษาเพิกเฉยต่อความรับผิดชอบทางศาลของตนไป ในทางตรงกันข้ามการคุกคามโดยการฟ้องร้องให้รับผิด (threat of liability) อาจจะทำให้ผู้พิพากษาหลีกเลี่ยงการทำคำพิพากษาที่น่าจะเป็นการช่วยผู้ให้เกิดการฟ้องคดีอื่น ซึ่งจะเป็นการทำลายความอิสระและการทำคำพิพากษาที่เป็นธรรม ดังนั้นความคุ้มกันทางศาลจะมีประโยชน์ไม่ใช่เฉพาะกับผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังเป็นประโยชน์กับสาธารณชนและคู่ความต่างๆ ด้วย

ซึ่งเป็นผลประโยชน์โดยตรงที่ผู้พิพากษามีความอิสระและกระทำได้โดยปราศจากความกลัวถึงผลที่จะตามมา (Hausmaninger, 1990: 11)

**ประการที่สอง** การคุ้มครองกระบวนการทางศาล ให้เหตุผลว่าการคุ้มกันทางศาลเป็นการคุ้มครองกระบวนการทางศาลนั้น เท่ากับว่าการฟ้องร้องค่าเสียหายต่อผู้พิพากษาเป็นสิ่งที่ต้องห้าม เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในความเป็นหนึ่งเดียวของกระบวนการอุทธรณ์ (appellate process) ซึ่งที่จริงนั้นประวัติความเป็นมาของกฎเกณฑ์ความคุ้มกันทางศาลนั้นชี้ให้เห็นว่าความคุ้มกันทางศาลนั้นได้พัฒนาขึ้นเพื่อ “คุ้มครองระบบอุทธรณ์ (appellate process)” จากการโจมตีการพิพากษาคดี (judgment) ดังนั้น การนำคดีต่างๆ ที่ยกขึ้นสู่ชั้นอุทธรณ์นี้ก็เพื่อต้องการแก้ข้อผิดพลาด และใช้กระบวนการคุ้มกันทางศาลปกป้องใจทักจากการนำคดีฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อผู้

พิพากษาที่ตัดสินคดีในชั้นต้น และผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีความรับผิดชอบทางแพ่ง (Hausmaninger, 1990 : 11)

จากลักษณะความเป็นมาของความคุ้มกัน ศาลสูงของสหรัฐ (Supreme Court) เห็นว่าเป็นหนทางเดียวที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำลายการกระทำต่างๆ ทางศาลได้ (judicial acts) ก็คือ ทำโดยผ่านทางทบทวนทางศาล (judicial review) นั้นเอง แต่ก็มี การโต้แย้งว่ามีการสร้าง “เครื่องป้องกัน” ในกระบวนการของศาลอยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น การทำให้ข้อผิดพลาดถูกต้องในชั้นอุทธรณ์ การแยกผู้พิพากษาออกจากอิทธิพลทางการเมืองและจากลักษณะที่ไม่ดีของกระบวนการควบคุมการประพฤติไม่ชอบของศาลอย่างมีประสิทธิภาพ การปกป้องสิทธิส่วนบุคคลอย่างเพียงพอเป็นการลดความจำเป็นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย (Hausmaninger, 1990: 12)

#### 3.1.2.1.4 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับหลักการความคุ้มกันทางศาลของสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดเรื่องความคุ้มกันเด็ดขาดของผู้พิพากษาเกิดขึ้นภายใต้การวิจารณ์มากมายของนักวิจารณ์ และผู้พิพากษาต่างๆ ประเด็นหลักๆ ที่วิจารณ์ต่อความคุ้มกันทางศาลโดยเด็ดขาด คือ ศาลซึ่งมีความกระตือรือร้นที่จะคงไว้ ซึ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาของตนนั้น ได้ละเลยที่จะพิจารณาถึงลักษณะของความสงบเรียบร้อย (public policy) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับประเด็นความรับผิดชอบของผู้พิพากษา กล่าวคือ การชดเชยให้กับเหยื่อของการกระทำผิด (judicial wrongdoing) และการขัดขวางการกระทำทางศาลที่ผิด (wrongful judicial conduct) ดังนั้น ระบบที่ผู้พิพากษาที่มีความรับผิดชอบทางแพ่งจึงเป็นการกระตุ้นเพื่อให้เกิดความรับผิดชอบ (Hausmaninger, 1990: 11, 12)

ลักษณะของมาตรการที่ใช้ป้องกันการกระทำผิดของศาล สะท้อนให้เห็นถึงความคิดเห็นทางวิชาการที่ยืนยันว่าความคุ้มกันนั้น เป็นการส่งเสริมความประมาทของศาล ทั้งนี้เพราะไม่ได้ส่งเสริมให้ผู้พิพากษาเอาใจใส่เพียงพอ และเป็นการทำให้ผู้พิพากษาหลีกเลี่ยงพฤติกรรมที่สะเพร่าหรือที่มีเจตนาร้าย ผู้เขียนบางคนได้เสนอมาตรฐานความคุ้มกันที่สมเหตุสมผล (qualified) ที่ใช้กับการดำเนินการบริหารจัดการต่างๆ ของผู้พิพากษาในลักษณะที่เหมาะสมกับการทำหน้าที่ผู้พิพากษาคัดสินคดีของตนตามมาตรฐานที่เสนอนั้น ผู้พิพากษาควรจะได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบทางแพ่งสำหรับการกระทำผิดที่กระทำด้วยความสุจริต แต่ควรจะให้รับผิดชอบสำหรับ



“การกระทำใดๆ ที่ได้กระทำลงไป ทั้งๆ ที่รู้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ได้คำนึงว่าถูกต้องหรือไม่” ภายใต้มาตรฐานนี้ และความอิสระของผู้พิพากษาจะยังคงมีอยู่

### 3.1.2.1.5 ความคุ้มกันความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้พิพากษาในประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law)

ประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับความคุ้มกันโดยเด็ดขาดของผู้พิพากษาสำหรับการดำเนินการต่างๆ ทางศาล (judicial acts) แต่ในทางตรงกันข้าม ประเทศยุโรปส่วนใหญ่มีการพัฒนานโยบายที่จริงจังเกี่ยวกับการชดเชยให้กับคู่ความจากผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำผิดไว้ ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาด้วย โดยพื้นฐานผู้พิพากษาสมากรับผิดทางแพ่งสำหรับการกระทำละเมิด และการกระทำต่างๆ ที่สมควรถูกลงโทษทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการกระทำต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลด้วย (adjudicatory acts) คู่ความต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาสามารถเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในกระบวนการพิจารณาพิพากษา (judicial wrongdoing) และทุกประเทศได้พัฒนาจัดทำวิธีการเฉพาะ ซึ่งคู่ความจะต้องดำเนินการตาม เพื่อเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการพิพากษาคดี ซึ่งวิธีการนี้อาจมีผลโดยตรงต่อตัวผู้พิพากษาเองหรือต่อรัฐ ซึ่งอาจจะมีข้อเรียกร้องที่จะมาไล่เบี้ย (recourse claim) กับผู้พิพากษาต่อไป ซึ่งการฟ้องร้องให้ผู้พิพากษารับผิดชอบต่อความรับผิดทางแพ่งสามารถทำได้หลังจากที่สิ้นสุดการเยียวยาทางกฎหมายอื่นๆ ที่มีอยู่ทั้งหมดแล้ว (Hausmaninger, 1990: 13, 14)

จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาที่มีอำนาจและบารมีอย่างมาก การลงโทษทางแพ่งสำหรับการประพฤติไม่ชอบของผู้พิพากษาในอดีตที่ผ่านมาไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้หลักการความคุ้มกันก็อาจให้แบบเด็ดขาด โดยคำตัดสินของศาลสูงแห่งรัฐเวอร์จิเนีย (Supreme Court of Virginia) ได้แสดงเจตนารมณ์ที่จะให้การเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในการพิจารณาพิพากษาชี้ขาดคดี (Judiciary) ดังนั้น การกระทำของผู้พิพากษา จะได้รับการปกป้องจากความรับผิดทางแพ่งต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวได้กระทำลงด้วยความสุจริตเท่านั้น (Hausmaninger, 1990: 14)

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาของสหรัฐยังคงได้รับความคุ้มกันที่สำคัญๆ (broad immunity) จากการกระทำกิจกรรมที่เป็นการพิจารณาคดีพิพากษาชี้ขาดคดี (adjudicatory) ทั้งหมด ซึ่งแม้ว่าจะทำไปด้วยเจตนาที่ไม่ดีหรือทุจริตก็ตาม ซึ่งแตกต่างกับศาลยุโรป (European

counterparts) อย่างไรก็ตามมาตรฐานความรับผิดชอบของศาลในยุโรปก็ควรได้รับการศึกษาเพื่อนำมาพัฒนามาตรฐานความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการทั่วยุโรปและในสหรัฐ (Hausmaninger, 1990: 14)

### 3.1.2.2 การขยายหลักการความคุ้มกันของศาลไปยังอนุญาโตตุลาการ

ในส่วนที่แล้วนั้น ปรากฏว่าโดยทั่วไปผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องทางแพ่งภายใต้ common law ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ว่าเหตุผลต่างๆ ที่ใช้กับความคุ้มกันของศาลจะนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการได้ทั้งหมดหรือไม่ แต่ก่อนที่จะจะไปถึงข้อโต้แย้งต่างๆ ที่มีต่อการขยายหลักการความคุ้มกันของศาลไปสู่อนุญาโตตุลาการจะขอพูดถึงภาพรวมอย่างย่อของสถานภาพของอนุญาโตตุลาการ และการอนุญาโตตุลาการในศาล (judicial system) ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Hausmaninger, 1990: 14)

#### 3.1.2.2.1 สถานภาพของอนุญาโตตุลาการในระบบศาลของสหรัฐอเมริกา

ปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับเป็นอย่างดีโดยศาลสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นอีกทางเลือกในการดำเนินคดี ซึ่งอาจจะแตกต่างกับประเทศอื่นๆ บางประเทศ นโยบายของมลรัฐต่างๆ ได้สนับสนุนทั้งเรื่องที่ทำอนุญาโตให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด และความยืดหยุ่นในการเยียวยาแก้ไขอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ศาลสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องซึ่งเดิมไม่อนุญาโตให้อนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัย ชี้ขาดเพิ่มขึ้น และอนุญาโตตุลาการจะสามารถมีดุลพินิจในการแก้ไขเยียวยาตามกฎหมาย หากว่าดำเนินการชี้ขาดด้วยความยุติธรรม (Hausmaninger, 1990: 15)

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ได้รับการต้อนรับอย่างดีและสามารถแทนที่กระบวนการพิจารณาของศาลได้ และอนุญาโตตุลาการถูกมองว่าเป็นเสมือนผู้พิพากษาที่ถูกเลือกโดยคู่สัญญา แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะไม่มีความรู้ทางกฎหมายเหมือนผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจเท่ากับผู้พิพากษา และในบางครั้งอาจมีอำนาจมากกว่าด้วย

เป้าหมายหลักสองประการที่อยู่เบื้องหลังนโยบายสาธารณะของสหรัฐอเมริกาที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ คือ (Hausmaninger, 1990: 15) ประการแรก ต้องการให้การ

อนุญาตตุลาการเป็นทางเลือกอีกหนึ่งช่องทางในการระงับข้อพิพาท ประการที่สอง ต้องการลดภาระของศาลที่มีคดีล้นมือ

### 3.1.2.2.2 ข้อถกเถียงเหตุผลเกี่ยวกับการขยายหลักการความคุ้มกันของศาลไปให้กับอนุญาตตุลาการ

เท่าที่ผ่านมาศาลสูงสุดของสหรัฐสนับสนุนการขยายหลักการความคุ้มกันของศาลไปให้กับอนุญาตตุลาการมาก ความเห็นของศาลสูงสุดของสหรัฐ (supreme Court) (Lew, 1990: 21-27) คดี Bradley V. Fischer มีอิทธิพลอย่างมาก ต่อการแก้ไขปัญหาความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการของศาลแห่งรัฐและมลรัฐ (federal and state courts) ในคดี Jones V. Brown รายงานคำพิพากษาฉบับแรกของศาลสหรัฐ ได้แก้ไขประเด็นความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการ โดยการที่ศาลเปรียบอนุญาตตุลาการคล้ายกับผู้พิพากษา และเห็นว่าอนุญาตตุลาการไม่สามารถที่จะถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติที่หลอกลวง หรือทุจริต สองปีต่อมาศาลของรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts) ก็ให้เหตุผลคล้ายกันไว้ในคดี Hoosac Tunnel Dock and Elevator V. O'Brien กล่าวคือ อนุญาตตุลาการเป็นเจ้าหน้าที่แบบกึ่งศาล (quasi-judicial officer) ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา (judicial functions) ดังนั้น จึงมีเหตุผลมากมายที่จะให้ความคุ้มครองและประกันความเป็นกลาง ความอิสระ และเสรีภาพของอนุญาตตุลาการ จากอิทธิพลใดๆ เหมือนกับกรณีที่ให้กับผู้พิพากษา (Hausmaninger, 1990: 15,16)

### 3.1.2.2.3 การเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการกับผู้พิพากษา

ข้อโต้แย้ง (argument) ในการเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่เน้นตรงข้อเท็จจริงที่ว่า อนุญาตตุลาการนั้นทำหน้าที่เสมือน “กึ่งศาล” (a “quasi-judicial” capacity) มีผู้เห็นว่า อนุญาตตุลาการได้รับการเลือกขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่เทียบเคียงได้กับผู้พิพากษา และรับผิดชอบคล้ายกับผู้พิพากษา ดังนั้นอนุญาตตุลาการควรจะสามารถทำการตัดสินใจโดยอิสระ และไม่ต้องรับผิดชอบจากคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจฟ้องร้องมาเหมือนผู้พิพากษา (Hausmaninger, 1990: 16)

### 3.1.2.2.4 นโยบายแห่งชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สนับสนุนการ

#### อนุญาโตตุลาการ

ตามเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการขยายหลักความคุ้มกันของศาลไปยังอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกาเป็นเพราะว่าการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมนเป็นพิเศษในสหรัฐอเมริกา ในฐานะเป็นอีกทางเลือกหนึ่ง (an alternative mechanism) ในการระงับข้อพิพาท นโยบายของมลรัฐสนับสนุนอนุญาโตตุลาการที่เลือกโดยคู่สัญญา (Domke, 1971: 99 cited in Hausmaninger, 1990: 16)

ทั้งนี้เพราะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือที่มีค่าของศาลที่จะช่วยลดจำนวนคดีที่มีอยู่มากมายในศาล เนื่องด้วยอนุญาโตตุลาการมีบทบาทที่สำคัญยิ่งในกระบวนการบริหารงานยุติธรรม อนุญาโตตุลาการก็ควรจะได้รับ การส่งเสริมในบทบาทหน้าที่ของตน ฉะนั้นการกำหนดความรับผิดชอบจะเป็นการขัดขวางมากกว่าที่จะเป็นการสนับสนุนอนุญาโตตุลาการให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (arbitral proceeding) หากให้อนุญาโตตุลาการต้องเผชิญกับความรับผิดชอบ อนุญาโตตุลาการจะไม่เต็มใจที่จะรับเป็นอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น เพื่อที่จะสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการเข้าร่วมโดยสมัครใจในการระงับข้อพิพาท โดยไม่ต้องเผชิญกับความขัดแย้งระหว่างคู่ความ และภาระในการต่อสู้ในศาล และเพื่อที่จะพัฒนาและคงไว้ซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่เต็มใจจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันก็ควรที่จะขยายไปใช้กับอนุญาโตตุลาการ การให้ความคุ้มกันทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการรวมเป็นหนึ่งเดียวมากขึ้น (Hausmaninger, 1990: 17)

ความเห็นที่สนับสนุนเกี่ยวกับการขยายหลักความคุ้มกันทางศาลไปให้กับอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการจะช่วยสนับสนุนกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นหนึ่งเดียว (Hausmaninger, 1990: 17)

ข้อถกเถียงนี้ได้ปรากฏในคดี Corey V. New York Stock Exchange, Fong V. American Airlines, Inc., และเมื่อเร็วๆ นี้ในคดี Austern V. Chicago Bd. Options Exchange, Inc. โดยทั้ง 3 คดี ศาลเห็นว่า SS 1 et seq. ของ Federal Arbitration Act ซึ่งใช้กับคดีเหล่านี้ กำหนดให้ “มีการเยียวยาต่อการกระทำที่ทำให้คำชี้ขาดเสื่อมเสีย” ศาลโต้แย้งว่าเนื่องจากมีการทบทวนทางศาลแล้ว (judicial review) จึงทำให้ไม่มีความจำเป็นที่ฟ้องร้องต่อความประพฤติของ

อนุญาตตุลาการ ดังนั้นศาลจึงยื่นกรณถึงความเหมาะสมที่จะใช้หลักการความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการ ซึ่งศาลในคดี Fong ก็วางแนวทางการให้เหตุผลไว้ดังนี้ “การรวมกระบวนการอนุญาตตุลาการให้เป็นหนึ่งเดียวจะทำได้เป็นอย่างดีที่สุดก็โดยการยอมรับว่าอนุญาตตุลาการต่างๆนี้มีอิสระในการทำคำชี้ขาด และไม่มีหน้าที่ที่จะปกป้องตนเองในกระบวนการทบทวนของศาล” (Hausmaninger, 1990: 17)

### 3.1.2.2.5 ข้อโต้แย้งต่อการขยายหลักการความคุ้มกันของศาลไปให้กับ

#### อนุญาตตุลาการ

แม้ว่าจะมีการเปรียบเทียบอนุญาตตุลาการกับผู้พิพากษาในหลายๆ เรื่อง แต่ก็พบว่ามีความแตกต่างระหว่างอนุญาตตุลาการและผู้พิพากษาและระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาลและของอนุญาตตุลาการ ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้มีผลต่อการขยายความคุ้มกันของศาลไปสู่อนุญาตตุลาการ (Hausmaninger, 1990: 17)

#### 3.1.2.2.5.1 สิ่งที่ไม่เหมือนกันระหว่างผู้พิพากษาและอนุญาตตุลาการ

ประการแรก การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยผู้ความตามข้อพิพาทโดยการทำสัญญาขึ้น และได้รับอำนาจโดยสัญญา แต่ในขณะที่ผู้พิพากษาได้รับอำนาจหน้าที่โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ดังที่ Federal Court of Appeals for the 5<sup>th</sup> Circuit ได้วางหลักไว้ในคดี E.C. Ernst, Inc. V. Manhattan Const. Co of Texas ว่าอนุญาตตุลาการนั้นคือ “การทำสัญญา” (creature of contract) ให้บุคคล “ทำหน้าที่เป็นพยานส่วนตัวเพื่อจัดระเบียบความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ” ในขณะที่ผู้พิพากษาจะเป็น “เครื่องมือของรัฐบาลที่เป็นทางการมีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทของสังคม” นอกจากนี้อนุญาตตุลาการจะได้รับค่าตอบแทนและมีหน้าที่เฉพาะต่อผู้ความ ในขณะที่ผู้พิพากษาได้รับค่าจ้างจากรัฐและมีหน้าที่โดยตรงต่อรัฐ (Hausmaninger, 1990: 17, 18)

ประการที่สอง ความเชี่ยวชาญในหลายๆ คดีอนุญาตตุลาการจะได้รับเลือกให้ระงับข้อพิพาท เนื่องด้วยความเชี่ยวชาญทางเทคนิคในข้อพิพาท แต่ด้วยความรู้พิเศษนี้บางคนอาจจะโต้แย้งว่าอนุญาตตุลาการเป็นเพียงผู้ชำนาญการทั่วไปให้บริการด้วยความชำนาญกับผู้ความบนพื้นฐานของสัญญาอนุญาตตุลาการรวมถึงเป็นผู้ให้บริการมืออาชีพ ดังนั้นจึงได้รับการคาดหวังว่าจะสามารถดูแลรับผิดชอบทั้งหมดที่มีอาชีพจะต้องมีภาระต่อลูกค้าต่างๆ ของตน และใช้ทักษะความชำนาญ และความรู้โดยปกติที่ตนมีอยู่ (Hausmaninger, 1990: 17, 18)

ประการที่สาม วินัย อนุญาตตุลาการไม่อยู่ภายใต้ความควบคุมระเบียบวินัยและทางการเมืองเหมือนกับผู้พิพากษา ในขณะที่การประพฤติมิชอบของศาลอยู่ภายใต้ความควบคุมที่แน่นอน โดยกระบวนการเลือกตั้งและการมีระบบการถอดถอนและกฎระเบียบอื่นๆ สำหรับการประพฤติมิชอบ ส่วนการแก้ไขการประพฤติมิชอบของอนุญาตตุลาการไม่มีอยู่โดยทั่วไป ซึ่งบางคนอาจโต้แย้งว่าการฟ้องร้องคดีความรับผิดชอบนี้เป็นหนทางเดียวที่สามารถทำให้อนุญาตตุลาการอยู่ในระเบียบวินัยได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Hausmaninger, 1990: 18)

### 3.1.2.2.5.2 ความแตกต่างที่เป็นกระบวนการระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาลและ กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ

หนึ่งในเหตุผลอันสมควรสำหรับความคุ้มกันของศาล ก็คือมาตรการป้องกันที่เป็นกระบวนการที่แน่นอน (procedural safeguards) ตัวอย่างเช่น การแยกผู้พิพากษาออกจาก อิทธิพลทางการเมือง การปฏิบัติตามระเบียบประเพณีที่มีมาแต่ก่อน ลักษณะที่ขัดแย้งของกระบวนการ และความสามารถที่จะแก้ไขข้อพิพาทในการอุทธรณ์ให้ถูกต้องเพื่อคุ้มครองคู่ความจากการกระทำผิดของศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้นยังขาดคุณสมบัติมากมายที่มีเหตุอันควรที่จะให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการนั้นจะมีอิทธิพลมากกว่าผู้พิพากษา ทั้งนี้เพราะอนุญาตตุลาการได้รับการคัดเลือกจากคู่ความตามข้อพิพาทให้ปฏิบัติหน้าที่เฉพาะกิจ (on an ad hoc basis) กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่เปิดเผย อนุญาตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและไม่ต้องผูกติดอยู่กับระเบียบแบบแผน คำตัดสินของอนุญาตตุลาการไม่ต้องมีหลักฐานพิสูจน์ถึงเหตุผลต่างๆ และจะอุทธรณ์คำพิพากษาได้ด้วยเหตุผลที่จำกัดเท่านั้น การขาดมาตรการป้องกันที่แน่นอนในกระบวนการพิจารณา จึงทำให้โต้แย้งได้ว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการมีความอ่อนแอกว่าเมื่อเทียบกับกระบวนการพิจารณาของศาล ทั้งนี้เพราะในทางทฤษฎีแล้วอนุญาตตุลาการมีโอกาสในการกระทำผิดมากกว่า จึงมีข้อโต้แย้งได้ว่าอนุญาตตุลาการไม่ควรได้รับความคุ้มกันทางศาลอย่างเต็มที่

อย่างไรก็ตาม ศาลของสหรัฐอเมริกาถือว่าการใช้อุญาตตุลาการ โดยความสมัครใจในการระงับข้อพิพาทนั้น ลักษณะของการอนุญาตตุลาการและสิทธิอัตโนมัติของการขอทบทวนคำตัดสิน (judicial review) ในการอนุญาตตุลาการจะเป็นมาตรการเครื่องป้องกันที่มีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาตตุลาการ (Hausmaninger, 1990: 19)

การพิจารณาว่า (The Contractual Approach to) ในเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องสัญญาในประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ Civil Law

การอนุญาโตตุลาการในประเทศซีวิลลอว์ (civil law) มีข้อจำกัดมากกว่า และมีระเบียบภายในประเทศที่ใช้ควบคุมกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยศาลภายในประเทศมากกว่าการอนุญาโตตุลาการในประเทศคอมมอนลอว์ (common law) แม้จะแสดงบทบาทเชิงเช่นผู้พิพากษาก็ตาม แต่อำนาจของการอนุญาโตตุลาการจะถูกจำกัดมากกว่า และในขั้นแรกการอนุญาโตตุลาการถูกมองว่าเป็นผู้ชำนาญการซึ่งการรับผิดชอบต่อการทำผิดของตนนั้น ก็ควรจะตัดสินโดยเป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญาแต่งตั้งที่ตกลงกันโดยคู่สัญญา ซึ่งก็จะคล้ายกับอาชีพอื่นๆ ที่ให้บริการที่เชี่ยวชาญเป็นการตอบแทน การเข้าไปดูในสัญญาเป็นการวางอยู่พื้นฐานความคิดที่ว่าในการตัดสินมาตรฐานความรับผิดของการอนุญาโตตุลาการ (Hausmaninger, 1990: 19)

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการถือเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินเกี่ยวกับความรับผิดของการอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาว่าเป็นเรื่องสัญญา (contractual approach) ความรับผิด ของอนุญาโตตุลาการเป็นเงื่อนไขอีกประการหนึ่งของสัญญาแต่งตั้งการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้เจรจกันระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ ดังที่ได้กล่าวไว้ ขอบเขตความรับผิดของตัวอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถปรับเปลี่ยนไปได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายในขอบเขตของบทบัญญัติข้อบังคับของกฎหมายภายในประเทศด้วย (Hausmaninger, 1990: 20)

มีการโต้เถียงกันว่า การพิจารณาว่าเป็นเรื่องสัญญาแสดงถึงความรับผิดของการอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องมีผลกระทบที่เห็นได้ชัดต่อประเด็นสำคัญของความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงเห็นว่าแม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้แยกความรับผิดไว้ในสัญญาการแต่งตั้งอย่างแจ่มชัด อนุญาโตตุลาการก็ยังคงได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่งตามกฎหมายเกณฑ์ที่มีอยู่ ทั้งนี้เพราะอนุญาโตตุลาการนี้จะตกลงรับเป็นผู้ตัดสินบนความเข้าใจที่ว่าตนจะรับผิดชอบเท่ากับที่ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบเท่านั้น เงื่อนไขของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการควรจะถูกต้องความในลักษณะว่าเป็นสิ่งที่ปกป้องอนุญาโตตุลาการ โดยนัยด้วยการให้ความคุ้มครองแบบกึ่งศาล (quasi-judicial immunity) ซึ่งคล้ายคลึงกับที่ผู้พิพากษาของประเทศคอมมอนลอว์ (common

law) เห็นว่าปกติอนุญาโตตุลาการจะไม่ตกลงเรื่องความรับผิดชอบไว้ในสัญญาว่าจ้างของตน (Hausmaninger, 1990: 20)

เป็นสิ่งที่ถูกต้องแน่นอนที่อนุญาโตตุลาการสามารถยื่นกรานที่จะมีความคุ้มกันได้ โดยการระบุเงื่อนไขโดยชัดแจ้งเปิดเผยในสัญญาแต่งตั้งของตน และในข้อตกลงเรื่องค่าปรับที่เพิ่มขึ้นระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้จัดให้มีการชดใช้สำหรับค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายใดๆ รวมทั้งค่าทนายด้วยนั้น ก็ควรจะกำหนดการฟ้องร้องทางแพ่ง (civil action) ลงไปด้วย ซึ่งน่าจะทำได้แม้ว่าจะเป็นภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ตาม การสอดแทรกเงื่อนไขความรับผิดชอบดังกล่าวลงไปในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็เหมือนกับการตกลงทำสัญญาอื่นๆ กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับอำนาจในการต่อรอง (Hausmaninger, 1990: 20)

ภายใต้กฎหมายของประเทศซีวิลลอว์ส่วนใหญ่เน้นการตกลงยกเว้นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่จงใจ หรือสะเพร่าอย่างเห็นได้ชัดของลูกหนี้ไม่สามารถจัดทำไว้ล่วงหน้าในสัญญาได้ แต่ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะอนุญาตให้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการยกเว้นจากความรับผิดชอบได้ด้วย แม้จะเป็นการละเมิดโดยจงใจก็ตาม (W. Prosser and W. Keeton, 1984: 1032 cited in Hausmaninger, 1990: 20)

### 3.1.2.3 ชนิดของการกระทำผิดของอนุญาโตตุลาการในทางแพ่ง

ความเห็นของ Hausmaninger (1990: 29) ได้แบ่งชนิดของความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

#### 3.1.2.3.1 การที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยว่าตนเองมีส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์

การปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ จะต้องปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งทำให้ตนเองขาดคุณสมบัติ ถ้าหากว่าพบว่าตนเองมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ ได้รับผลกระทบจากการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ สมมุติว่าอนุญาโตตุลาการรู้ว่าตนเองมีส่วนได้เสียแต่ไม่เปิดเผย และหากว่ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเสียค่าใช้จ่ายยาวนานต่อมาเรื่อยๆ และจากนั้นก็มีการคัดค้านคำชี้ขาดด้วยเหตุผลที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยว่าตนเองมีส่วนได้เสียในกรณีนี้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการทั้งหมดจะถูกคัดค้าน และคู่สัญญาจะต้องเริ่ม



กระบวนการพิจารณาใหม่ หากว่าอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาโดยได้เปิดเผยแล้ว กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีต่อไป (Hausmaninger, 1990: 29)

แล้วจะมีการแก้ไขอะไรบ้าง ผู้เขียนบางท่านแนะนำว่าอนุญาโตตุลาการไม่ควรจะได้รับการชดเชยในกรณีดังกล่าวข้างต้น และถ้าอนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียอย่างเห็นได้ชัด อนุญาโตตุลาการก็ควรจะต้องรับผิดชอบทางแพ่ง สำหรับค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่อาจจะไม่เกิดขึ้นหากว่าตนเปิดเผยว่าตนมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วย มีเหตุผลหนึ่งที่สำคัญที่อาจจะยกขึ้นมาเพื่อสนับสนุนเรื่องนี้ได้ กล่าวคือการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ยอมเปิดเผยนี้ไม่ได้เป็นการพิจารณาตัดสินคดี แต่ค่อนข้างจะเป็นการกระทำการบริหาร (administrative act) ซึ่งได้ทำขึ้นก่อนที่กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะเริ่มขึ้น ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตามมีคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ คือ คดี L and H Airco, Inc.V. Rapistan Corp. ซึ่งระบุว่าศาลไม่สนับสนุนความเห็นนี้ แม้ว่าศาลที่ต่ำกว่าจะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการละเมิดไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยความสัมพันธ์ของตนกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และได้ถอดถอนคำชี้ขาดออกไปนั้น แต่ศาลสูงของรัฐมิชิแกน-ไฮต่า ส่วนใหญ่ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องค่าเสียหาย โดยการให้ความคุ้มครองแก่ความรับผิดชอบไปยังกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยว่าตนได้มีการติดต่อทางธุรกิจและทางสังคมกับคู่กรณีในข้อพิพาท (Hausmaninger, 1990: 29)

คำตัดสินในคดี L and H Airco, Inc V. Rapistan Corp. ได้ส่งผลทางลบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด โดยคำตัดสินนี้ได้ขัดขวางความพยายามที่จะสนับสนุนประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการ และขัดขวางนโยบายที่จะชดใช้การกระทำผิดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่เป็นการพิจารณาตัดสินคดี และคำตัดสินดังกล่าวยังเป็นการเสี่ยงต่อการที่ทำให้คู่สัญญาไม่เห็นด้วยกับการเลือกอนุญาโตตุลาการมาเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทด้วย (Hausmaninger, 1990: 30)

### 3.1.2.3.2 การที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวจากกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการก่อนกำหนดเวลา

เมื่ออนุญาโตตุลาการรับตัดสินข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการด้วยความยุติธรรมและทำคำชี้ขาดด้วยในกรณีที่หนึ่ง ในจำนวนอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาของ

อนุญาโตตุลาการต่อไป โดยที่กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนี้ยังไม่จบ กรณีนี้ไม่เพียงแต่จะถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ละเมิดภาระหน้าที่ แต่ยังเป็นการทำลายเป้าหมายขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอีกด้วย ซึ่งก็คือการระงับข้อพิพาทโดยการทำความชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และด้วยเหตุที่โดยทั่วไปแล้วนั้น ไม่มีกฎเกณฑ์ให้นำอนุญาโตตุลาการมาแทนได้ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาได้เริ่มไปแล้ว กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งหมดที่คู่สัญญาได้ลงเงินและเวลาลงไปก็จะมีผล กระบวนการพิจารณาที่ต้องเริ่มใหม่ตั้งแต่แรก ซึ่งก็จะต้องเสียค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมใหม่ นอกจากนี้ยังเป็นการละเมิดหน้าที่ตามสัญญาด้วย ดังนั้นการที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวหรือปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาก่อนกำหนด ก็ไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็น “การกระทำทางศาล” (judicial act) ที่จะได้รับการปกป้องโดยการให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมทำให้คู่สัญญาหมดโอกาสในการคัดค้านคำชี้ขาด

หากอนุญาโตตุลาการไม่แสดงเหตุผลออกมา อนุญาโตตุลาการก็ควรจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการประพฤตินั้นของตน ไม่เช่นนั้นก็จะเป็นการถ่ายโอนไปสำหรับอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่สัญญา จะทำการขัดขวางกระบวนการพิจารณา แต่ตามกฎหมายแล้วในกรณีนี้ความรับผิดชอบก็จะจำกัดอยู่กับอนุญาโตตุลาการที่ไม่ตั้งใจดำเนินกระบวนการ (Hausmaninger, 1990: 30)

### 3.1.2.3.3 อนุญาโตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในกำหนดเวลา

ในการทำหน้าที่ทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องทำหน้าที่ดังกล่าวภายในกำหนดเวลา ซึ่งหน้าที่นี้ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐ, กฎหมายของสหพันธรัฐ กฎเกณฑ์ของสมาคมอนุญาโตตุลาการและประมวลความรับผิดชอบในวิชาชีพสำหรับอนุญาโตตุลาการ (Codes of professional responsibility for arbitrators) แต่องค์กรกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว แต่มีคำตัดสินของศาลหลายๆ ศาลได้แก้ไขปัญหามาประเด้นดังกล่าว (Hausmaninger, 1990: 31)

ศาลเห็นว่าคู่สัญญาสามารถปฏิเสธที่จะจ่ายค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการได้หากว่าอนุญาโตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา ความล่าช้าในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถเป็นเหตุให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตามคำตัดสินส่วนใหญ่ใน

ปัจจุบัน ศาลได้ขยายขอบเขตวิธีการเยียวยาการประพุดิไม่ชอบดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการ ในคดี Baar V. Tigerman ศาลเห็นว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการที่ตนไม่ทำคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา ในคดี E.C. Ernst Inc. V. Manhattan Construction Co. of Texas ศาลเห็นว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายต่างๆ ที่เกิดจากการไม่ทำคำชี้ขาดของตน คำตัดสินของศาลทั้งสองนี้ ยอมรับถึงหน้าที่ตามสัญญาที่อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา และถือว่าอนุญาโตตุลาการที่บกพร่องต่อหน้าที่นี้เสียสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้เพราะตนได้สูญเสียสิ่งที่ตนเหมือนกับผู้พิพากษา (loses his resemblance to a judge) ในความเป็นจริงแล้ว ผู้พิพากษาไม่มีข้อผูกพันตามสัญญาที่จะต้องทำคำตัดสินให้ตรงเวลา การไม่ทำคำชี้ขาดตรงเวลาไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการพิจารณาตัดสินคดี (adjudicatory act) ดังนั้นจึงไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง คำตัดสินในคดี Baar ที่กำหนดมาตรการตอบโต้ทางกฎหมายต่ออนุญาโตตุลาการที่ไม่ทำคำชี้ขาดให้ตรงเวลา ดังนั้นความล่าช้าในการทำคำชี้ขาดที่ไม่สมเหตุผล ไม่ถือว่าเป็นการกระทำพิจารณาตัดสินคดี (adjudicatory act) ดังนั้นจึงสมควรที่จะต้องรับผิดชอบ อนุญาโตตุลาการที่รู้สึกว่าจะตนไม่สามารถที่จะดูแลคดีได้รวดเร็วก็ควรที่จะปฏิเสธที่จะรับดูแลคดีนั้นเสียเลย (Hausmaninger, 1990: 32)

กล่าวโดยสรุปการสร้างมาตรฐานหนึ่งเดียวของการกระทำที่มีขอบของอนุญาโต- ตุลาการตัวอย่างการประพุดิมีขอบที่กล่าวมาข้างต้นนั้นมีมาตรฐานอย่างเดียวกัน ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการทำคำชี้ขาดหรือประพุดิไม่ชอบเป็นเหตุให้ต้องขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำชี้ขาดที่ได้ทำไป (the vacating of the award rendered) การประพุดิที่มีขอบเช่นนี้ มีลักษณะที่เห็นได้ชัดและศาลเองก็สามารถตรวจสอบได้ไม่ยาก นอกจากนี้การขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำชี้ขาดนี้เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบ และการเป็นเหตุที่ทำให้ฟ้องคดีรับผิดชอบได้ก็นับว่าเป็นเครื่องกั้นกรองและเป็นการคุกคามต่ออำนาจที่ไม่ชอบได้เป็นอย่างดี ดังนั้นควรดำเนินคดีความรับผิดชอบทางแพ่งกับอนุญาโตตุลาการเมื่อความประพุดิที่มีขอบของอนุญาโตตุลาการก่อให้เกิดการขอให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาด หรือขัดขวางต่อความสำเร็จของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และทั้งนี้รวมถึงหากอนุญาโตตุลาการรับสินบนก็ควรจะต้องมีความรับผิดชอบอาญาด้วย แต่จะไม่รวมถึงการรับผิดชอบต่อความผิดพลาดโดยการทำหน้าที่ที่ถูกต้องแต่อาจใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการทำคำชี้ขาด ทั้งนี้เพราะข้อผิดพลาดดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการที่ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำชี้ขาด ( vacating the award) อย่างไรก็ตามจะใช้กับคดี

ที่ทำให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำสั่งชื้อขาด เกิดจากเหตุผลที่ว่าไม่คำนึงถึงกฎหมายอย่างแท้จริง (Hausmaninger, 1990: 32)

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้มั่นใจว่าความเป็นหนึ่งเดียวของกระบวนการอนุญาตตุลาการได้รับการสงวนไว้ทั้งหมดจึงต้องมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขอื่นด้วย กล่าวคือการประพฤติมิชอบของอนุญาตตุลาการจะต้องมีระดับความผิดที่แน่นอนด้วย

ในขณะที่ผู้ที่สนับสนุนความคุ้มกันของศาลก็ยังมีอยู่ คำตัดสินของบางศาล และผู้เขียนจากสถาบัน ก็ยังเน้นว่าอนุญาตตุลาการควรรับผิดชอบต่อการกระทำไปโดยมีเจตนาไม่ดี (Hausmaninger, 1990: 33)

ในคดี Beaver V. Brown ศาลวางบรรทัดฐานไว้ว่าคู่สัญญาสามารถปฏิเสธที่จะไม่จ่ายค่าชดเชยให้กับอนุญาตตุลาการที่ประพฤติไม่ชอบโดยตั้งใจ ในคดี Lundgren V. Freeman ศาลเห็นว่าอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่เกิดขึ้นโดยมีเจตนาทุจริต (bad faith) และตั้งใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหายกับคู่สัญญา และในคดี City of Durham V. Reidsville Engineering Co. ศาลกล่าวว่าอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่กระทำไปด้วยเจตนาไม่ดี

มีผู้โต้แย้งว่าความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการควรจะให้ในกรณีที่มีเจตนาที่ดี ทั้งนี้เพราะกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการขาดเครื่องป้องกันที่เป็นกระบวนการที่จะใช้ตัดสินให้ความคุ้มกันทางศาล มีผู้ให้ข้อสังเกตว่าการคุ้มครองการกระทำของอนุญาตตุลาการด้วยการให้ความคุ้มกันเด็ดขาด โดยไม่คำนึงถึง ถึงเจตนาของอนุญาตตุลาการนั้น อาจจะช่วยสนับสนุนให้อุญาตตุลาการเต็มใจที่จะเข้ามาทำการชื้อขาดตัดสินคดีได้ แต่ในขณะเดียวกันก็อาจจะเป็นการขัดขวางคู่สัญญา เพราะเห็นว่าการอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นธรรมที่จะเลือกเป็นเครื่องมือหรือทางเลือกในการระงับข้อพิพาท (Hausmaninger, 1990: 33)

ท้ายสุดแล้ว ผู้บัญญัติกฎหมายของบางรัฐก็กำหนดเงื่อนไขเรื่องการมีเจตนาที่ดีในการให้ความคุ้มครองอนุญาตตุลาการไว้ในกฎหมายของรัฐตน ตัวอย่างเช่น กฎหมายของรัฐ Maryland Title 3, subtitle 2a (Health Care Malpractice Claims) คุ้มครองอนุญาตตุลาการด้วยการให้

ความคุ้มกันจากการถูกดำเนินคดีในกรณีที่ไม่มีการแสดงถึงเจตนาร้ายหรือไม่ดี (Hausmaninger, 1990: 2533)

ดังนั้นเงื่อนไขเกี่ยวกับความผิดก็คือ อนุญาตต่อตุลาการควรจะรับผิดชอบในการกระทำต่างๆ ที่ตนตั้งใจ และควรจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ประมาทอย่างร้ายแรงด้วย อย่างไรก็ตามในกรณีที่ประมาทธรรมดาหรือเล็กน้อย นโยบายสาธารณะที่เกี่ยวกับการเพิ่มขึ้นของการดำเนินการฟ้องร้องคดีทำให้เป็นอันตรายต่อความอิสระของอนุญาตต่อตุลาการก็สำคัญเกินกว่าที่จะปล่อยให้มีการดำเนินคดีความรับผิดชอบทางแพ่งได้ (Hausmaninger, 1990: 33, 34)

**ความรับผิดชอบทางอาญา** ในมลรัฐบางมลรัฐ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ป้องกันการประพฤติไม่ชอบอย่างร้ายแรงในเรื่องการรับสินบนเอาไว้ โดยกำหนดความผิดดังกล่าวเอาไว้ให้ผู้กระทำต้องรับโทษทางอาญาไว้ดังนี้ “เจ้าหน้าที่ของศาล ลูกขุน กรรมการ (referee) อนุญาตต่อตุลาการ หรือผู้ชี้ขาด (umpire) และบุคคลที่มีอำนาจโดยกฎหมายในการรับฟังตัดสินปัญหาต่างๆ หรือการโต้เถียงเรียก รับ ตกลงว่าจะรับ สินบน ภายใต้ข้อตกลง หรือความเชื่อว่าการลงมติ ความคิดเห็น หรือการตัดสินภายใต้ประเด็นหรือคำถาม ซึ่งอาจนำเข้ามาก่อนการใช้ดุลพินิจ อันจะมีอิทธิพลเหนือการตัดสิน จะต้องถูกลงโทษจำคุกในเรือนจำมลรัฐเป็นเวลาไม่เกิน 4 ปี (CAL. PENAL CODE: 1988)

การกำหนดความรับผิดชอบนี้เป็นการลงโทษอนุญาตต่อตุลาการที่ประพฤติมิชอบ นอกจากนั้นยังมีหลายมลรัฐที่เอาผิดสำหรับในกรณีที่อนุญาตต่อตุลาการประพฤติมิชอบรับสินบนดังกล่าว เช่น มลรัฐไอดาโฮ, มลรัฐโอไอโอ, มลรัฐมิสซูรี, มลรัฐมิชิแกน เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามยังไม่เคยปรากฏรายงานทางคดีในกรณีที่อนุญาตต่อตุลาการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเลย

### 3.1.3 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีเนื้อที่เพียง 235 ตารางไมล์ มีประชากร 2.6 ล้านคนนักเศรษฐศาสตร์และนักธุรกิจเห็นคล้ายตามว่าสิงคโปร์เป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่ที่ประสบความสำเร็จมากที่สุด มีอัตราเติบโตเฉลี่ยร้อยละ 10 ในปี 1968-1980 นำหน้าเกาหลีใต้ ฮองกง และได้วันถึงกลางศตวรรษ 1980 รายได้ต่อหัวของประเทศสิงคโปร์สูงถึง 7,410 เหรียญสหรัฐ และสูงกว่าสเปนอย่างเห็นได้ชัดทั้งที่ประเทศสเปนเป็นประเทศที่เศรษฐกิจ “เครื่องร้อนที่สุด” ในยุโรป หลังจากที่ประเทศ

สิงคโปร์แยกตัวออกมาจากประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียเมื่อปี 1965 ประเทศสิงคโปร์พยายามที่จะยกตัวเองขึ้นเป็นศูนย์กลางการอุตสาหกรรม การค้า และการเงิน ของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

ในแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจหลังภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ เนื่องมาจากปัญหาราคาน้ำมันใน ค.ศ.1985 ของประเทศสิงคโปร์ รัฐบาลสิงคโปร์ได้กล่าวชัดเจนว่าจะปรับปรุงระบบการอนุญาตไต่สวนการ โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของการปรับปรุงบริการทางกฎหมายเพื่อนำรายได้เข้าประเทศ และจรรโลงบริการอื่นๆ เช่น บริการทางการเงินและบริการอย่างอื่น เพราะการอนุญาตไต่สวนการระหว่างประเทศเป็นบริการอย่างหนึ่งซึ่งสามารถนำรายได้เข้าสู่ประเทศเพราะผู้มาทำการอนุญาตไต่สวนการต้องใช้บริการทางกฎหมายของทนายความ และศาล ต้องใช้ล่าม และผู้บันทึกจำนวนคดี ต้องใช้ห้องประชุม และห้องพัก (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2543: 12)

เดิมกฎหมายการอนุญาตไต่สวนการของสิงคโปร์จะมีหลักการใกล้เคียงกับกฎหมายอนุญาตไต่สวนการของประเทศอังกฤษ (Kimbrough, 1987: 1) แต่ในช่วงหลังสิงคโปร์ได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาตไต่สวนการโดยอิงกับกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ในประเทศสิงคโปร์นั้น เดิมไม่มีองค์กรหรือสถาบันอนุญาตไต่สวนการ การอนุญาตไต่สวนการนิยมทำเป็น *ad hoc* โดยอยู่ภายใต้กฎหมายการอนุญาตไต่สวนการของสิงคโปร์ สัญญาอนุญาตไต่สวนการนั้นได้มีการกำหนดรูปแบบเหมือนของไทย คืออาจทำข้อตกลงเป็นหนังสือ หรือโทรสารก็ได้ (Kimbrough, 1987: 2)

ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตไต่สวนการในประเทศสิงคโปร์จะต้องมีคุณสมบัติ คือเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ ไม่ลำเอียง (*impartiality*) ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตไต่สวนการในสิงคโปร์อาจเป็นที่ปรึกษากฎหมาย (*solicitors*) หรือทนายความ (*advocates*) หรือผู้พิพากษาที่เกษียณอายุ

นอกจากนั้นตัวอนุญาตไต่สวนการอาจถูกคัดค้าน และถอดถอนได้หากอนุญาตไต่สวนการกระทำการไม่เหมาะสม (Kimbrough, 1987: 10)

สำหรับในการพิจารณาอนุญาตไต่สวนการในประเทศสิงคโปร์มีอำนาจในการรับฟังพยานได้อย่างอิสระภายใต้หลักการรับฟังพยาน โดยยึดหลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (*fair*

procedure) ปราศจากความลำเอียง (Kimbrough, 1987: 10) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ผูกพันคู่กรณี อย่างไรก็ตามคำชี้ขาดดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้หากในกรณีที่อนุญาโตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาดประพฤติมิชอบ (Kimbrough, 1987: 19)

**ความรับผิดชอบ** แบบฉบับระบบกฎหมายของสิงคโปร์มีรูปแบบตามคอมมอนลอว์ของอังกฤษในที่นี้หมายความว่าถึงระเบียบวิธีทางกฎหมาย รูปแบบของแนวความคิดและเหตุผลทางกฎหมาย โครงสร้างขององค์กรทางกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์การปกครองในยุคอาณานิคม (Chan, 1986: 1) แม้ว่าสิงคโปร์จะได้รับเอากฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามอย่างอังกฤษตั้งแต่การขยายอาณาเขตในปี 1826 แต่ก็เชื่อว่าการรับเอาระบบกฎหมายนี้มาใช้จะไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากการปรับปรุงให้กฎหมายอังกฤษ มีความเหมาะสมสอดคล้องกับประเพณี ศาสนา และระบบกฎหมายของท้องถิ่นเดิมด้วย ดังนั้นการรับเอากฎหมายอังกฤษโดยทั่วไป จึงเป็นการรับเอานโยบายและหลักเกณฑ์ที่ต้องใช้เป็นการทั่วไป เช่นเดียวกับประเทศอาณานิคมอื่นๆ (Chan, 1986: 7-12) แต่ก็มีกรรับเอากฎหมายจากประเทศอื่นอยู่บ้าง ประเทศสิงคโปร์ได้รับอิทธิพลของประมวลกฎหมายอาญาจากประเทศอินเดีย (Chan, 1986: 14-17)

ในประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดความรับผิดในทางอาญา สำหรับกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำความผิดในเรื่องการประพฤติมิชอบการรับสินบนเอาไว้ โดยกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการไว้ในความหมายของคำว่า “ข้าราชการ” ในส่วนที่ 2 ของ STATUTES OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE PENAL CODE บทนิยามมาตรา 21 ในความหมายของคำว่า “ข้าราชการ” (public servant) ใน (e) ให้ความหมายถึงบุคคลซึ่งตกอยู่ภายใต้ความหมายดังต่อไปนี้

(e) อนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลอื่นใดที่ศาลมอบหมายคดี หรือให้ทำคำวินิจฉัย หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจอื่นใด หรือทำบันทึก

โดยประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดความรับผิดในกรณีการรับสินบนของข้าราชการเอาไว้ในมาตรา 161 ดังนี้

**มาตรา 161** ผู้ใดเป็น หรือคาดว่าจะ เป็นข้าราชการ (public servant) ยอมรับ หรือได้มา หรือตกลงที่จะยอมรับ หรือพยายามที่จะได้มาซึ่งประโยชน์อื่นใดจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด สำหรับ

ตนเองหรือสำหรับบุคคลอื่นใด นอกจากค่าตอบแทนตามกฎหมาย เพื่อเป็นเหตุจูงใจ หรือเป็นรางวัลในการกระทำการ หรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ของตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความหมายของคำว่า “ค่าตอบแทนตามกฎหมาย”: ไม่จำกัดเฉพาะค่าตอบแทนที่ข้าราชการสามารถเรียกร้องได้ตามกฎหมาย แต่รวมถึงค่าตอบแทนทั้งหมดที่ข้าราชการรับได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

“สิ่งที่ก่อให้เกิดความพึงพอใจ”: ไม่จำกัดขอบเขตเฉพาะสิ่งที่ก่อให้เกิดความพึงพอใจในรูปของตัวเงินเท่านั้น หรือจำกัดขอบเขตเฉพาะสิ่งที่ก่อให้เกิดความพึงพอใจที่สามารถตีราคาเป็นเงินได้เท่านั้น

อุทาหรณ์เช่น ผู้พิพากษา A ได้ รับสิ่งที่ก่อให้เกิดความพึงพอใจจากนายธนาคาร B ที่มอบให้แก่พี่ชายของผู้พิพากษา A เพื่อเป็นรางวัลให้แก่ผู้พิพากษา A ที่จะตัดสินให้นายธนาคาร B เป็นผู้ชนะคดี ย่อมถือว่าผู้พิพากษา A ได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรานี้

จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ถูกจัดลำดับความผิดรับเอาไว้ในหมวดเดียวกับผู้ดำรงตนเป็นผู้พิพากษา เพราะในลักษณะของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและศาลจะอาศัยและอิงหลักเดียวกัน คือ หลักของความเสมอภาคและความเป็นอิสระ การกระทำใดๆ ก็ตามที่กระทบกระเทือนต่อหลักนี้อย่างรุนแรง เช่น การเรียกรับสินบนถือว่ามีผิดตามประมวลกฎหมายอาญานี้

ในประเทศสิงคโปร์ยังได้กำหนดความผิดสำหรับผู้ที่ตั้งใจทำพยานหลักฐานอันเป็นเท็จต่อกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยกำหนดความรับผิดเอาไว้ในมาตรา 192 ดังนี้

“บุคคลใดก็ตามทำขึ้นซึ่งข้อความอันเป็นเท็จให้ปรากฏในหนังสือหรือบันทึกหรือทำเอกสารที่มีข้อความอันเป็นเท็จ โดยตั้งใจให้ความเท็จดังกล่าวนั้น หรือบันทึกคำให้การเท็จปรากฏเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาของศาล หรือในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายต่อหน้าข้าราชการหรือต่อหน้าอนุญาโตตุลาการ และข้อความอันเป็นเท็จ หรือบันทึกคำให้การเท็จที่ปรากฏเป็นพยาน



นั้นอาจทำให้บุคคลในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริง จากความเท็จที่เกิดขึ้นได้ชื่อว่า “เป็นการทำพยานเท็จ”

**มาตรา 193** ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดจงใจใช้พยานหลักฐานอันเป็นเท็จในกระบวนการพิจารณาของศาล หรือทำพยานเท็จเพื่อใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาลต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 7 ปี และปรับ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดจงใจให้หรือทำพยานหลักฐานเท็จในกรณีอื่นต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 3 ปี และปรับ

### 3.1.4 ประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย

กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียมีมาตั้งแต่ ค.ศ. 1952 และถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ในปี ค.ศ. 980 โดยพระราชบัญญัติในปี ค.ศ. 1952 นั้นส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ และไม่ได้แยกเอาการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเอาไว้ (Lim, 1993: 1)

ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีต้องตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ ในสัญญาหรือข้อแลกเปลี่ยน เอกสารโทรสาร หรือเอกสารอื่นระหว่างคู่กรณี นอกจากนั้นคู่กรณีอาจจะเลือกสถานที่ระงับข้อพิพาทโดยใช้ศูนย์ระงับข้อพิพาทที่กัวลาลัมปูร์ ระบุนับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ และกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญานี้ (Lim, 1993: 5)

ในเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการกฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องจำนวนของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่กรณี (Lim, 1993: 7)

คุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท และจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจกระทบต่อความเป็นอิสระ และความเป็นกลาง ภายใต้ข้อบังคับของศูนย์ระงับข้อพิพาทที่กัวลาลัมปูร์ให้ความสำคัญกับเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก

การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ ถ้าประพฤติมิชอบ ซึ่งรวมถึงความล้มเหลวของการใช้ข้อบังคับของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งเกิดจากความลำเอียง ความมีอคติ ไม่อยู่บนพื้นฐานของหลักความเท่าเทียม และความรู้สึกอันดี หรือเมื่อเกิดคำถามขึ้นเกี่ยวกับความซื่อสัตย์ของคู่สัญญาที่เกิดขึ้น (Lim, 1993: 7-8) หรือล้มเหลวในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือในการทำคำชี้ขาด

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องทำโดยเสียงข้างมากหากคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานเป็นผู้ชี้ขาด ในข้อบังคับของศูนย์ระงับข้อพิพาทที่กัวลาลัมเปอร์ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายใน 6 เดือน (แต่ในทางปฏิบัติขยายได้) (Lim, 1993: 13)

**ความรับผิดชอบแพ่ง** ไม่มีคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียที่อนุญาโตตุลาการถูกฟ้องในทางปฏิบัติ คู่สัญญาที่ไม่พอใจอาจฟ้องกระบวนการพิจารณาด้วยการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Lim, 1993: 9)

**ความรับผิดชอบอาญา** ในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดความหมายผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการให้ไว้ในความหมายของคำนิยามของคำว่า “ข้าราชการ” ในลำดับความหมายที่หกโดยให้รวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลอื่นใดที่ศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มอบหมายให้ชี้ขาดหรือเพื่อทำคำวินิจฉัยและกำหนดความรับผิดชอบในกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับสินบนเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธรัฐมาเลเซีย แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 1991 ดังนี้

**มาตรา 161** ข้าราชการที่รับสิ่งจูงใจนอกเหนือจากค่าตอบแทนในทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการ

บุคคลใดก็ตามที่เป็นหรือคาดว่าจะ เป็นข้าราชการยอมรับ หรือได้มา หรือตกลงที่จะยอมรับหรือพยายามที่จะให้ได้มาจากบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อตัวเองหรือเพื่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะสิ่งจูงใจอะไรก็ตาม นอกเหนือจากค่าตอบแทนในทางกฎหมาย อันเนื่องมาจากมูลเหตุชักจูงใจหรือรางวัล เพื่อกระทำการหรือละเว้นที่จะกระทำการในทางราชการหรือเพื่อแสดงออกหรือละเว้นที่จะแสดงออกในการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการเพื่อก่อให้เกิดความพึงพอใจหรือไม่พึงพอใจต่อบุคคลใด หรือเพื่อให้หรือพยายามที่จะให้การบริการหรือไม่ให้บริการต่อบุคคลใด หรือกับรัฐบาล กับสมาชิก

ของคณะรัฐมนตรีหรือของรัฐสภาหรือของคณะมนตรีฝ่ายบริหารแห่งรัฐหรือสภานิติบัญญัติหรือกับข้าราชการดังกล่าว ต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกเป็นเวลาถึงสามปีหรือปรับหรือทั้งสองอย่าง

อุทธรณ์: ผู้พิพากษา A ได้ รับสิ่งที่ก่อให้เกิดความพึงพอใจจากนายธนาคาร Z เพื่อมอบให้แก่พี่ชายของผู้พิพากษา A เพื่อเป็นรางวัลให้แก่ผู้พิพากษา A ที่จะตัดสินให้นายธนาคาร Z เป็นผู้ชนะคดี ย่อมถือว่าผู้พิพากษา A ได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรานี้

อุทธรณ์: A เป็นข้าราชการชักจูงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ Z เชื่อว่าตนมีอิทธิพลต่อประธานกรรมการของเมืองให้รับ Z เข้าทำงานและจึงชักจูงให้ Z มอบเงินให้กับ A ดังนั้น A ได้กระทำความผิดตามที่ได้บัญญัติในมาตรานี้

อุทธรณ์: A เป็นข้าราชการชักจูงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ Z เชื่อว่าตนมีอิทธิพลต่อรัฐบาลว่าจะสามารถให้รัฐบาลอนุมัติให้ Z ได้ถือครองที่ดิน โดยชักจูงให้ Z มอบเงินให้กับ A เพื่อเป็นรางวัลสำหรับการบริการในหน้าที่ของเขา ดังนั้น A ได้กระทำความผิดตามที่ได้บัญญัติในมาตรานี้

**มาตรา 165** ข้าราชการที่ได้มาซึ่งสิ่งของที่สามารถตีราคาได้โดยปราศจากค่าตอบแทนจากบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาหรือธุรกิจที่ได้ติดต่อโดยข้าราชการดังกล่าว

บุคคลใดก็ตามเป็นข้าราชการยอมรับหรือได้มาหรือตกลงที่จะยอมรับหรือพยายามที่จะได้มาเพื่อตัวเองหรือเพื่อบุคคลอื่นในสิ่งของที่สามารถตีราคาได้โดยปราศจากค่าตอบแทนหรือเพื่อค่าตอบแทนที่ตนรู้ว่าไม่พอจากบุคคลอื่นที่ตนรู้จักว่าได้เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องหรือน่าจะเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาหรือธุรกิจที่ได้ติดต่อหรือกำลังจะติดต่อโดยข้าราชการดังกล่าวหรือมีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในทางราชการของตัวเองหรือของข้าราชการกับผู้บังคับบัญชาหรือจากบุคคลอื่นที่เขาสนใจหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลที่ได้กล่าวมา ต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกเป็นเวลาถึงสองปีหรือปรับหรือทั้งสองอย่าง

อุทธรณ์ เช่น ผู้พิพากษา A เช้าบ้านของ Z ผู้มีคดีอยู่กับผู้พิพากษา A โดย A กับ Z ตกลงว่า A จะจ่ายค่าเช่าบ้านให้ Z ในอัตรา 50 ริงกิตต่อเดือน โดยทรัพย์สินที่เช่าดังกล่าวหาก Z

นำออกให้เช่าโดยสุจริต A จะต้องจ่ายค่าเช่าในอัตรา 200 ริงกิตต่อเดือน ฉะนั้นจึงถือว่า A ได้รับสิ่งของที่สามารถตีราคาได้จาก Z โดยปราศจากค่าตอบแทนอย่างเพียงพอ

อุทธรณ์ A เป็นผู้พิพากษาซื้อลดตัวสัญญาใช้เงินของรัฐบาลจาก Z ซึ่ง Z มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล A โดยมีราคาซื้อลดตัวต่ำกว่าราคากลางของตัวสัญญาใช้เงินซึ่งซื้อขายอยู่ในท้องตลาด ดังนั้นถือว่า A ได้รับสิ่งของที่สามารถตีราคาได้จาก Z โดยปราศจากค่าตอบแทนอย่างเพียงพอ

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐมาเลเซียมีลักษณะคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญาของสิงคโปร์ที่ให้ความคุ้มครองเพื่อไม่ให้อนุญาตตุลาการกระทำความผิดในเรื่องการรับสินบนซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเสมอภาคของอนุญาตตุลาการในกระบวนการพิจารณาอย่างร้ายแรง

#### มาตรา 192 การทำพยานเท็จ

บุคคลใดก็ตามทำขึ้นซึ่งข้อความอันเป็นเท็จให้ปรากฏในหนังสือหรือบันทึกหรือทำเอกสารที่มีข้อความอันเป็นเท็จ โดยตั้งใจให้ความเท็จดังกล่าวนั้น หรือบันทึกคำให้การเท็จปรากฏเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาของศาล หรือในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายต่อหน้าข้าราชการ หรือต่อหน้าอนุญาตตุลาการ และข้อความอันเป็นเท็จ หรือบันทึกคำให้การเท็จที่ปรากฏเป็นพยานนั้น อาจทำให้บุคคลในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงจากความเท็จที่เกิดขึ้นได้ชื่อว่า “เป็นการทำพยานเท็จ”

มาตรา 193 ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดจงใจใช้พยานหลักฐานอันเป็นเท็จในกระบวนการพิจารณาของศาล หรือทำพยานเท็จเพื่อใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาลต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 7 ปี และปรับ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดจงใจให้หรือทำพยานหลักฐานเท็จในกรณีอื่นต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 3 ปีและปรับ

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาของประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียให้ความคุ้มครองการกลั่นกรองพยานในกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมาก โดยมุ่งที่จะให้ผู้เกี่ยวข้องใช้ดุลพินิจตัดสินคดีอยู่บนข้อมูลของพยานหลักฐานที่ถูกต้องมากที่สุดซึ่งเป็นหัวใจของกระบวนการพิจารณา เพราะหากเปิด

โอกาสให้พยานอันเป็นเท็จเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของบุคคลที่ชี้ขาดข้อพิพาทแล้วอาจทำให้การใช้ดุลพินิจไม่ถูกต้อง ปัญหาที่เกิดขึ้นคือถ้าหากอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดอยู่บนพื้นฐานพยานอันเป็นเท็จอนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบคู่กรณีหรือไม่ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีเพราะการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเป็นไปโดยหน้าที่ในทางสุจริต แต่ทั้งนี้อาจส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนทำลายได้

## 3.2 ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในประเทศซีวิลลอว์

### 3.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอยู่ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1025-1066 (ประกาศ รตนมาลา, 2541: 48)

#### อนุญาโตตุลาการในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

บุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถสมบูรณ์ในการที่จะทำนิติกรรมใดๆ ได้ นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินใจด้วยความยุติธรรมที่ซื่อสัตย์ ไม่ลำเอียง อนุญาโตตุลาการต้องไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือเป็นปฏิปักษ์กับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นตามปกติคู่กรณีเป็นผู้แต่งตั้งโดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการสองคนนั้นจะตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามขึ้นเว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น และถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายอาจร้องขอให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมแต่งตั้งได้

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ ถ้าคู่กรณียื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจโดยอ้างเหตุผลเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาซึ่งได้แก่กรณีที่อนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการเป็นหรือเคยเป็นทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่าย

หนึ่ง มีข้อสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการลำเอียง และอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยชักช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (มาตรา 1032 วรรคสอง)

การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาดังกล่าวไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดวิธีต่างๆ ในการพิจารณาของตนได้

คู่กรณีมีสิทธิกำหนดวิธีพิจารณาตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมโดยอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตาม ถ้าคู่กรณีมิได้ระบุไว้อนุญาโตตุลาการก็มีดุลพินิจที่จะกำหนดวิธีพิจารณาของตนได้ตามความเหมาะสม ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะปฏิบัติตามวิธีพิจารณาความทั่วไปของศาลกล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมักจะนำวิธีพิจารณาความของศาลมาใช้ในการพิจารณาของตนโดยอนุโลม

แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าวิธีพิจารณานั้นจะกำหนดโดยบุคคลใด หลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น คือ อนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน และเต็มทีในการเสนอพยานหลักฐานของตน

ในการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อสังเกตว่าถ้าอนุญาโตตุลาการไม่กระทำตามกฎหมายของวิธีพิจารณาที่คู่กรณีกำหนด หรือวิธีพิจารณาที่ยอมรับกันทั่วไปแล้ว คู่กรณีต้องคัดค้านการกระทำของอนุญาโตตุลาการในเวลาอันสมควร ถ้าคู่กรณีไม่คัดค้านจะมีผลเท่ากับคู่กรณีเห็นด้วย และเป็นการสละสิทธิที่จะยกเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อฟ้องคดีให้ยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

**ความรับผิดทางแพ่ง** ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดแจ้ง ในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ไม่มีและไม่เคยมีบทบัญญัติกฎหมาย เกี่ยวกับปัญหาเรื่องความรับผิดทางแพ่งหรือความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือประมวลแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) ซึ่งต่อไปวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เรียกว่า “BGB” มาตรา 839 (2) วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของผู้พิพากษาภายใต้กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และมาตรา 276 BGB วางกฎเกณฑ์ความรับผิดของคู่สัญญาที่จะละเมิดหน้าที่ตามสัญญาดังนั้น เรื่องความรับผิด

ผิดของอนุญาตตุลาการ (Hausmaninger, 1990: 36) มีความเห็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอนุญาตตุลาการ ภายใต้กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่เปิดเผยโดยศาลสูงสุดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (German Reichsgericht) ในปี 1897 กล่าวคือ ในคดีนี้เกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายต่ออนุญาตตุลาการที่ละเลยไม่ทำคำชี้ขาด ความเห็นของศาลสูงสุด (Reichsgericht) พบว่าอนุญาตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองเหมือนกับที่ผู้พิพากษาได้รับภายใต้มาตรา 839(2) BGB ดังนั้นจึงไม่ต้องรับผิดในการละเลยไม่ทำคำชี้ขาด โดยศาลให้เหตุผลว่า มิฉะนั้นแล้วก็จะทำให้อนุญาตตุลาการไม่สามารถทำการพิจารณาตัดสินได้อย่างอิสระและเป็นธรรม (Hausmaninger, 1990: 36, 37) Reichsgericht ก็ยังคงยึดความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าวต่อไป โดยย้ำข้อเท็จจริงที่ว่าอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่เทียบเคียงได้กับผู้พิพากษาดังนั้นจึงต้องนำการกระทำการในลักษณะที่เป็นการพิจารณาตัดสินคดี (adjudicatory acts) มาเป็นมาตรฐานความรับผิดเหมือนกับที่ใช้กับผู้พิพากษา ความเห็นของศาลสูงสุด (Reichsgericht) ในปี 1907 บรรยายเกี่ยวกับมาตรฐานความรับผิดของศาลที่นำมาใช้กับอนุญาตตุลาการไว้ค่อนข้างมาก ศาลพบว่ามาตรา 839(2)BGB สามารถนำไปใช้โดยตรงหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลให้เหตุผลว่าคู่สัญญาที่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการเห็นด้วยโดยปริยายว่าอนุญาตตุลาการควรรับผิดเท่ากับมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 839 (2) (Hausmaninger, 1990: 37)

ความเห็นของศาลสูงสุด (Reichsgericht) ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอนุญาตตุลาการสำหรับการกระทำที่เป็นการพิจารณาตัดสินของศาล (adjudicatory acts) ได้รับการเจริญรอยตามโดย Bundesgerichtshof (German Federal Court: BGH) ในคำตัดสินปี 1959 BGH เห็นด้วยกับความรับผิดจำกัด โดยโต้แย้งว่าในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวเรื่องการจำกัดความรับผิดของอนุญาตตุลาการมายังคู่สัญญาของอนุญาตตุลาการ โดยหลักแล้วคู่สัญญาจะไม่เห็นด้วยที่จะให้อนุญาตตุลาการรับผิดมากกว่าผู้พิพากษา

ดังนั้น ภายใต้กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยหลักแล้วอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดต่อความผิดพลาดในการทำคำชี้ขาด ทั้งนี้เพราะอนุญาตตุลาการได้ทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีเหมือนกับผู้พิพากษา ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ระบุไว้ในมาตรา 839(2) BGB ข้อสรุปนี้สอดคล้องกับลักษณะของการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาให้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาท คู่สัญญาทำลงไปเช่นนั้นด้วยเหตุผลว่ากระบวนการพิจารณาศาลโดยปกตินี้ไม่สามารถช่วยตนได้ และหวังว่าข้อพิพาทของตนจะระงับลงด้วย คำตัดสินชี้ขาดถือเป็นที่สุดระหว่างคู่สัญญา

และด้วยอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม สำหรับการกระทำอื่น ๆ หรือการละเว้นการกระทำก็ให้ใช้บทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยละเมิดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญา มาตรา 276 BGB ดังนั้น อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งก็จะถูกคาดหวังว่าจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และให้การดูแลในระดับที่จะหวังได้จากผู้ทำอาชีพอนุญาโตตุลาการ ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่า การกระทำหรือละเว้นการกระทำเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบนี้ เพราะเป็นการละเมิดต่อสัญญา รวมถึงการไม่เผยแพร่ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ การที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะลงนามในคำชี้ขาดที่ตัดสินโดยเสียงส่วนใหญ่ โดยไม่สมเหตุผล และการไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความล่าช้า (Hausmaninger, 1990: 37)

**ความรับผิดชอบทางอาญา** ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มีการกำหนดความรับผิดชอบอาญาของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Strafgesetzbuch) ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ.1871 ปรับปรุงเมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ.1975 และแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ.1986

**มาตรา 331 (2)** ในกรณีที่ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ เรียกร้อง ให้สัญญา หรือยอมรับ สิ่งชักจูงใจ เพื่อให้กระทำการที่มีขอบไม่ไว้ในอดีตหรือในอนาคต จะต้องถูกลงโทษจำคุกอย่างสูงถึง 3 ปี หรือปรับ รวมถึงผู้ที่พยายามกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

(Article 331 (2) A judge or arbitrators, who demands, promises or accepts any form of inducement in return for his carrying out a legal act, past or future, will be punished by imprisonment of up to three years or a fine . The a tempt is also punishable)

**มาตรา 333** ผู้เสนอให้สินบน

(1) ...

(2) ผู้ใดเสนอ ให้สัญญา หรือให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แก่ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ เป็นค่าใช้จ่าย เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการในอนาคต ต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

(3) ....



**มาตรา 334** ผู้เสนอให้สินบน เพื่อให้กระทำละเมิดต่อหน้าที่

(1) ...

(2) ผู้ใดให้ ขอให้ รับว่าจะให้ ททรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้พิพากษาหรือ  
**อนุญาตตุลาการ** เป็นค่าใช้จ่าย เพื่อกระทำการทางตุลาการดังนี้

(2.1) ได้ปฏิบัติหน้าที่แล้ว และการปฏิบัติหน้าที่นั้นได้ละเมิดหน้าที่ทางตุลาการ  
ของผู้พิพากษา หรือ**อนุญาตตุลาการ**

(2.2) เพื่อที่จะได้กระทำการในอนาคต และการที่จะได้กระทำการในอนาคตนั้น  
จะละเมิดหน้าที่ทางตุลาการของผู้พิพากษาหรือ**อนุญาตตุลาการ**

ในกรณีที่ตกอยู่ภายใต้ข้อ (2.1) จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี และในกรณี  
ที่ตกอยู่ภายใต้ข้อ (2.2) จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี การพยายามกระทำความผิดจะ  
ถูกลงโทษด้วย

**มาตรา 335** ความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่

ความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการ หรือตุลาการให้หมายความรวมถึง  
การปฏิบัติหน้าที่ของพวกเขาภายในความหมายของมาตรา 331 ถึงมาตรา 334

**มาตรา 335a** การตอบแทนให้แก่**อนุญาตตุลาการ**อาจเป็นผลประโยชน์ ภายใต้  
ความหมายของมาตรา 331 ถึงมาตรา 334 ถ้าหากว่า**อนุญาตตุลาการ**เรียกร้อง รับผลประโยชน์  
จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งลับหลังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสนอให้  
สัญญา หรือให้ผลประโยชน์แก่**อนุญาตตุลาการ**ลับหลังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

**มาตรา 336** การปิดบังข้อความจริง

ผู้พิพากษา, ลูกจ้างหน่วยงานของรัฐบาล หรือ**อนุญาตตุลาการ**ที่ดำเนินการ หรือตัด  
สินประเด็นทางกฎหมาย โดยตัดสินหรือใช้กฎหมายในทางที่ผิดอย่างจงใจ เพื่อให้คู่สัญญาผู้มีส่วน  
ได้เสียชนะหรือแพ้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปี

### 3.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

ประชาชนในประเทศญี่ปุ่นนั้นโดยทั่วไปมีนิสัยรักสงบ ไม่ชอบความวุ่นวาย จึงชอบที่จะระงับข้อพิพาทกันด้วยสันติวิธี เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีจึงพากันไปหาบุคคลที่ตนเคารพนับถือเพื่อช่วยไกล่เกลี่ยหรือแนะนำชี้แนวทางให้ (เสาวนีย์ อัครโรจน์, 2523: 59)

ในสมัยโบราณชาวญี่ปุ่นใช้วิธีการประนีประนอมข้อพิพาทโดยใช้คนกลาง (Conciliation) มากกว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เพราะวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่ถือว่าค่อนข้างรุนแรงถึงแม้ว่าจะมีบรรยากาศที่น่าเกรงขามและเคร่งครัดน้อยกว่าการฟ้องคดีในศาลก็ตาม แต่ก็ยังถือว่ารุนแรงและเด็ดขาด เพราะเป็นกระบวนการที่มีระบบการพิจารณา และอนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งชนะ และอีกฝ่ายหนึ่งแพ้หลังจากฟังพยานหลักฐานในการพิจารณาแล้ว

อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการนั้นก็ยังมีการใช้อยู่ในระหว่างบรรดานักธุรกิจการค้าซึ่งมีความเข้าใจถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการดีพอสมควร

วิธีการอนุญาโตตุลาการเพิ่งรู้จักกันแพร่หลาย และนิยมใช้กันมากขึ้นเมื่อรัฐบาลประกาศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่ในปี ค.ศ. 1890 โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 890 มาตรา 786-805 ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมของประเทศเยอรมันมาก (Teruo Doi, 1986: 1)

#### อนุญาโตตุลาการในประเทศญี่ปุ่น

บุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการจัดการของตนเองได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้คู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นพิเศษก็ได้ เช่น จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในการค้า (Teruo Doi, 1986: 10)

จำนวนอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละหนึ่งคน (มาตรา 788) และถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลให้ตั้งอนุญาโตตุลาการที่ขาดไปได้ (Teruo Doi, 1986: 12)

ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น ตามกฎหมายญี่ปุ่นถือเป็นหลักพื้นฐานสำคัญมากที่อนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลที่ยุติธรรม เทียบตรง ซื่อสัตย์ ไม่ลำเอียง หากมีข้อสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการไม่ยุติธรรม อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านหรือถอนถอนได้ ถ้าคู่กรณีไม่พอใจอนุญาโตตุลาการที่ตนไม่ได้แต่งตั้ง คู่กรณีอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ถ้าอนุญาโตตุลาการนั้นปฏิบัติหน้าที่ซักช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Teruo Doi, 1986: 13)

นอกจากนี้คู่กรณียังอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้โดยอาศัยเหตุผลเช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา (Teruo Doi, 1986: 11)

### **ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในประเทศญี่ปุ่น**

ความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางแพ่ง (Civil Liability) ต่อคู่สัญญาของอนุญาโตตุลาการในประเทศญี่ปุ่นเป็นไปตามหลักพื้นฐานของสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาที่มีต่อกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เป็นที่ยอมรับกันว่าสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการ และคู่สัญญามีลักษณะคล้ายคลึงมาก กับสัญญาระหว่างผู้มีวิชาชีพทั้งหมด และลูกค้าของผู้มีวิชาชีพ ซึ่งสัญญาลักษณะนี้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองโดยประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 644 และ 656 (Kazuo Iwasaki cited in Lew, 1990: 55)

ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงมีความผูกพันตามสัญญาเป็นพื้นฐานต่อคู่สัญญา ในการที่อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ความเอาใจใส่ และอาศัยทักษะตามที่ระบุเอาไว้ในสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญา นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการมีข้อผูกพันต่อคู่สัญญาในการทำคำชี้ขาด (Kazuo Iwasaki cited in Lew, 1990: 55)

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 801 ซึ่งกำหนดให้อนุญาตศาลการทำคำชี้ขาดในการอนุญาตศาลตามที่ถูกกฎหมายบัญญัติเอาไว้ตามมาตรานี้ ถ้าคำชี้ขาดในการอนุญาตศาลดังกล่าวไม่ได้ทำตามรูปแบบเหล่านี้แล้ว ผลคือคำชี้ขาดในการอนุญาตศาลดังกล่าวเป็นโมฆะ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 801(1) กำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาตศาลในการอนุญาตศาลเป็นโมฆะ ถ้าหากว่า (Kazuo Iwasaki cited in Lew, 1990: 56)

(1) ถ้าอนุญาตศาลไม่ปฏิบัติตามกระบวนการวิธีพิจารณา ในการอนุญาตศาลตามที่ได้ตกลงกันไว้ระหว่างคู่สัญญา

(2) อนุญาตศาลทำคำชี้ขาดในการอนุญาตศาล โดยมีคำสั่งให้คู่สัญญากระทำการที่ขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น หรือมีคำสั่งให้คู่สัญญากระทำการอันใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศญี่ปุ่น

(3) อนุญาตศาลไม่ให้โอกาสแก่คู่สัญญาในการเสนอคดีของคู่สัญญาต่ออนุญาตศาลโดยไม่มีเหตุอันสมควร

(4) อนุญาตศาลทำคำชี้ขาดในการอนุญาตศาลลับหลังคู่สัญญา (เว้นแต่ในกรณีที่คู่สัญญาจะได้ตกลงเอาไว้เป็นอย่างอื่น)

(5) อนุญาตศาลทำคำชี้ขาดในการอนุญาตศาลโดยปราศจากเหตุผล (เว้นแต่ในกรณีที่คู่สัญญาจะได้ตกลงเอาไว้เป็นอย่างอื่น)

(6) อนุญาตศาลต้องคำพิพากษา ว่ารับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้นเป็นที่เข้าใจได้ว่าอนุญาตศาลภายใต้กฎหมายญี่ปุ่น มีความรับผิดชอบในความเสียหาย อันเนื่องมาจากคำชี้ขาดของอนุญาตศาลไม่สามารถบังคับได้ หรือคำชี้ขาดในการอนุญาตศาลถูกเพิกถอน โดยสาเหตุอันเนื่องมาจากคำชี้ขาดของอนุญาตศาลได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุเอาไว้ข้างต้น (1)–(6) เว้นแต่อนุญาตศาลได้จัดทำข้อตกลงเป็นสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของอนุญาตศาลเอาไว้ในสัญญา (Kazuo Iwasaki cited in Lew, 1990: 56)

เพราะฉะนั้น เป็นที่เข้าใจกันว่า ถ้าอนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติงานตามที่คาดหมายข้างต้นอย่างจริงจัง หรือด้วยความประมาทต่อคู่สัญญา รวมถึงหากคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมีผลเป็นโมฆะ หรือไม่ได้รับการรับรอง หรือใช้บังคับไม่ได้ ผลคือทำให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในความเสียหายทั้งหลายที่เกิดขึ้นต่อคู่สัญญา

**ความรับผิดทางอาญา** อนุญาตตุลาการในประเทศญี่ปุ่นที่ประพฤติมิชอบกระทำผิดหน้าที่ กระทำไม่ชอบ (Misconduct) อย่างร้ายแรงทุจริตรับสินบน (Bribery) เช่น เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ตอบแทน อนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดในกรณีเดียวกับผู้พิพากษากระทำความผิดดังกล่าว โดยกำหนดความผิดดังกล่าวไว้ในมาตรา 197 และ 197-2 (Kazuo Iwasaki cited in Lew, 1990: 55) ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1907 และแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1991 ดังนี้

**มาตรา 197** เมื่อเจ้าพนักงาน หรืออนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือยอมจะรับสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด โดยอาศัยความสัมพันธ์ในหน้าที่ เจ้าพนักงานผู้นั้นมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ทั้งนี้เมื่อเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการยอมรับสิ่งจูงใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

ผู้ใดก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งเข้ารับตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ รับ เรียก หรือต่อรอง สำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการใดๆ ในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

**มาตรา 197-2** ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นบัญญัติว่า ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือต่อรองสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น เพื่อจูงใจให้กระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

**มาตรา 197-3** ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติเลยไปถึง หากเหตุของการกระทำนั้นเกิดจากตัวอนุญาตตุลาการเอง โดยไม่มีมูลเหตุจูงใจจากเรื่องของสินบน แต่อนุญาตตุลาการกระทำการใดๆ โดยไม่ชอบในตำแหน่งหน้าที่อนุญาตตุลาการต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป

**มาตรา 197-3** ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ กระทำการที่ไม่ชอบ หรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ผู้นั้นมีความผิดต่อระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

#### วรรคสอง ...

ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการขณะที่ทำหน้าที่ ยอมรับสิ่งจูงใจ รับ เรียก หรือต่อรองทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

นอกจากนี้มาตรา 198 ยังมีการกำหนดความผิดผู้ที่ให้สินบนแก่อนุญาตตุลาการ ต้องมีความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นเช่นเดียวกัน และทรัพย์สินที่ได้มาจากการรับสินบนต้องถูกริบ

**มาตรา 198** ผู้ใด ให้ เสนอว่าจะให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ในมาตรา 197 ถึง 197-4 ผู้นั้นมีความผิดต่อระวางโทษสำหรับความผิดนั้นไม่เกินสามปีหรือปรับไม่น้อยกว่าสองล้านห้าแสนเยน

### 3.2.3 ประเทศอาร์เจนตินา

การอนุญาตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินาอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 736 ถึงมาตรา 773 อาร์เจนตินายอมรับอนุญาตตุลาการ 2 ชนิดไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตตุลาการที่ใช้กฎหมายหรือข้อบังคับเป็นวิธีพิจารณาหรืออนุญาตตุลาการฉันทเพื่อน (Horacio A. Grigera Naon, 1990:1) ที่ใช้หลักของความยุติธรรมเป็นแนวทางการอนุญาตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินาถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการประกันภัย การร่วมค้า ด้านก่อสร้าง น้ำมัน หรืองานด้านสาธารณะ เป็นต้น โดยคู่สัญญาจะต้องตกลงกันที่จะนำข้อพิพาทที่จะมีขึ้นเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาตตุลาการ (Horacio A Grigera naon: 1990, 4) ภายใต้กฎหมายของอาร์เจนตินาผู้ที่จะเป็นอนุญาตตุลาการจะต้องเป็นนักกฎหมายและมีความรู้พิเศษในสาขาเฉพาะด้วย สำหรับในกระบวนการพิจารณาของ amiable composition นั้นอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายก็ได้ อนุญาตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินาทั้งหมดจะต้องได้รับ

ประกาศนียบัตรจากมหาวิทยาลัยของรัฐหรือมหาวิทยาลัยเอกชน สำหรับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาท ไม่มีกฎหมายบังคับเอาไว้ในเรื่องจำนวนของอนุญาโต-ตุลาการ ดังนั้น จำนวนอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่กรณี (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 12)

การเลือกอนุญาโตตุลาการคู่กรณีอาจร่วมกันเลือกอนุญาโตตุลาการ หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจเลือกอนุญาโตตุลาการของตน และให้อนุญาโตตุลาการไปเลือกประธานอนุญาโตตุลาการอีกครั้ง (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 14)

การคัดค้านอนุญาโตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินาใช้เหตุผลเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา เช่นโดยอาศัยเหตุความสัมพันธ์ทางครอบครัว หรือมีส่วนได้เสียทางธุรกิจที่อาจเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท หรือเป็นลูกหนี้เจ้าหนี้ของคู่กรณี เป็นต้น การคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ และถ้าคำคัดค้านถูกปฏิเสธข้อเท็จจริงเดียวกันอาจนำเข้าสู่การพิจารณาโดยศาลการตัดสินของศาลเป็นที่สุดผูกพันคู่กรณีเหตุผลของการเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเหตุผลเชิงนโยบายเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้หลักของความเท่าเทียม และเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 13)

สถานที่พิจารณาขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่กรณีสำหรับวิธีพิจารณาความคู่กรณี อาจตกลงให้ใช้ข้อบังคับเป็นวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการก็ได้ นอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยคำนึงถึงธรรมชาติของข้อพิพาทเป็นที่ตั้งสำหรับอนุญาโตตุลาการอันเพื่อนั้นวิธีพิจารณาความเป็นอิสระของคู่กรณีที่เลือกอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินจากพยานหลักฐานที่นำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเท่านั้น การรับฟังพยานหลักฐานเป็นขั้นตอนสำคัญของวิธีพิจารณาความ (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 15)

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำขึ้นภายใต้เวลาอย่างจำกัด และไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการแบบใดจะต้องให้เหตุผลในคำชี้ขาดเอาไว้ด้วย (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 18)

ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย อนุญาโตตุลาการในทางกฎหมายและอนุญาโตตุลาการชั้นเพื่อน (Amiable compositeur) ต้องวินิจฉัยในคำตัดสินชี้ขาดของตนซึ่งกำลังจะรับค่าใช้จ่ายและค่าฤชาธรรมเนียมโดยการใช้กฎเกณฑ์เดียวกันที่ได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษา มาตรา 772 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอาร์เจนตินา หมายถึง โดยหลักการว่าคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายแพ้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดและค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายชนะ ถึงแม้ว่าในกรณีเฉพาะและถ้าได้รับเหตุผลเฉพาะอย่าง อนุญาโตตุลาการสามารถยกเว้นจากภาระเหล่านี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้กับคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายแพ้ การปราศจากเหตุผลเฉพาะเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อยกเว้นนี้สามารถก่อให้เกิดความเสียหายเปล่าของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 68)

แต่อย่างไรก็ตาม ค่าฤชาธรรมเนียมในทางกฎหมายทั้งหมด รวมถึงค่าฤชาธรรมเนียมในทางกฎหมายทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการและค่าฤชาธรรมเนียมทั้งหมดของที่ปรึกษากฎหมายที่มีต่อคู่สัญญาทั้งหลาย อาจจะถูกกำหนดโดยผู้พิพากษา (มาตรา 772) (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 21)

การเพิกถอนคำชี้ขาด คำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงดังนี้อาจถูกเพิกถอนได้

- 1 .ภายใต้กระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาด
2. คำชี้ขาดที่ถูกทำขึ้นภายหลังระยะเวลาที่กำหนด
- 3 การตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ภายใต้ข้อมูลที่ถูกรับเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ

4. คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ

5. คำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชั้นเพื่อนที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงในข้อ 2, 3 และ 5 อาจถูกเพิกถอนได้เช่นกัน (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 24)

### **ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินา**

ความรับผิดชอบทางแพ่ง อนุญาโตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินาต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนจากการกระทำนอกเหนือหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงอนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบถ้าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ได้จัดทำให้แล้วเสร็จภายใต้ข้อตกลงที่กำหนด



โดยคู่สัญญา โดยที่คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการด้วย (Lew, 1990: 11)

**ความรับผิดทางอาญา** ได้พิจารณาหลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการโดยเปรียบเทียบระหว่างอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษา เพราะอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีเช่นเดียวกัน เมื่อผู้พิพากษากะทำผิดรับสินบนต้องรับโทษทางอาญา รวมทั้งห้ามเป็นผู้พิพากษาโดยเด็ดขาด หรือถาวร ดังนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการกระทำผิดหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยอนุญาโตตุลาการทุจริตรับสินบน จึงต้องนำบทบัญญัติความรับผิดที่ใช้กับผู้พิพากษาสำหรับการกระทำโดยทุจริตรับสินบนมาใช้กับอนุญาโตตุลาการ (Horacio A. Grigera Naon, 1990: 8) โดยกำหนดความรับผิดดังกล่าวไว้ในมาตรา 269 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาร์เจนตินา ดังนี้

“ผู้พิพากษาที่ทำคำพิพากษาขัดแย้งกับกฎหมายอย่างชัดแจ้งซึ่งถูกอุทธรณ์โดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยตัวผู้พิพากษาเอง หรืออ้างถึงข้อเท็จจริงหรือมติที่ผิดเป็นพื้นฐานสำหรับคำพิพากษาของตน ต้องถูกลงโทษโดยการปรับจำนวนตั้งแต่หนึ่งพันถึงสี่พันเปโซและโดยการเพิกถอนจากเป็นผู้พิพากษาตลอดชีวิต

ถ้าคำพิพากษาเป็นความผิดในทางอาญา การลงโทษอาจถูกจำคุกหรือกักขังตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและถูกเพิกถอนจากการเป็นผู้พิพากษาตลอดชีวิต

ตามวรรคหนึ่งของมาตรานี้นำมาใช้บังคับกับผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการด้วย”

(Article 269 Any judge who delivers a judgment contrary to the explicit law invoked by any party or by himself , or quotes any false fact or resolution , as a basis for his judgment , shall be punished by a fine from one thousand to four thousand pesos and complete disqualification for life.

If the judgment is one of guilty in criminal case, the punishment shall be imprisonment or jailing form three to fifteen years and complete disqualification for life.

The first paragraph of this Article is also applicable to any mediator or arbitrator.)

จะเห็นได้ว่าหากอนุญาโตตุลาการกระทำความผิดตามมาตรา ๓๖ อนุญาโตตุลาการผู้กระทำความผิดดังกล่าวอาจถูกห้ามเป็นอนุญาโตตุลาการโดยถาวร

### 3.2.4 ประเทศนอร์เวย์

คู่สัญญาสามารถตกลงที่จะนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการได้ภายใต้หลักของสัญญา โดยผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศนอร์เวย์จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี และเป็นผู้มีสิทธิในทางสาธารณะ เช่น มีสิทธิเลือกตั้ง (Haug, 1989: 6) ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะกระทำการในหน้าที่ของตน เหตุของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น มีพื้นฐานเดียวกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา เช่น ความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือคู่สมรส หรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่กรณี ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่กรณีในการชี้ขาดข้อพิพาท (Haug, 1989: 6)

ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการ และคู่สัญญาเป็นไปตามลักษณะของสัญญาที่อนุญาโตตุลาการมีภาระหน้าที่ที่จะต้องกระทำการอย่างตั้งใจ ปราศจากความล่าช้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปราศจากความลำเอียง (impartiality) โดยเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาเช่นอาจตกลงให้ใช้ข้อบังคับของกระบวนการพิจารณาเป็นหลัก เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น จำนวนอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการจะมีจำนวนอนุญาโตตุลาการ 3 ท่าน แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจมีอนุญาโตตุลาการเพียงนายเดียว โดยจำนวนอนุญาโตตุลาการอาจขึ้นอยู่กับทุนทรัพย์ในคดี ความยากง่ายของข้อพิพาท และความชำนาญการของอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายกำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องทำชี้ขาดภายใต้ระยะเวลาที่จำกัด ถ้าอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการล่าช้าไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้คู่กรณีอาจยกมาเป็นเหตุในการทำลายคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ การตัดสินของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามเสียงข้างมาก ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน โดยหลักประธานไม่มีสิทธิออกเสียงเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงเป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการในประเทศนอร์เวย์จะต้องลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการทั้งหมด และคำชี้ขาดจะต้องมีเหตุผล เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น (Haug, 1989: 11, 12)

**ความรับผิดทางแพ่ง** บุคคลที่ยอมรับตนเข้าเป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งไม่ใช่ตัวแทนของคู่กรณีของผู้ที่แต่งตั้งตนเข้ามา (Haug, 1989: 8) โดยทั่วไปถือว่าอนุญาโตตุลาการอาจต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความสูญเสียที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติตนในขณะที่เป็นอนุญาโตตุลาการต่อคู่กรณี จากเหตุของการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อนุญาโตตุลาการยอมรับหรือเรียกรังสีบนบน ตลอดจนจนถึงความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือตัดสินในการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unduly delays the proceedings or decisions) หรือถอนตนจากการเป็นอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมาย (Lew, 1990: 67, 68)

แต่ในข้อเท็จจริงที่หากคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้รับการยอมรับหรือไม่สมบรูณ์ไม่เพียงพอที่จะเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิด หากอนุญาโตตุลาการได้กระทำการไปในระดับความรู้ที่เหมาะสม เว้นแต่จะเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำการไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือจงใจทำความผิดในกระบวนการตัดสินชี้ขาด ในกรณีเช่นนี้ อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดอย่างแน่นอน (Lew, 1990: 68)

**ความรับผิดทางอาญา** ในประเทศนอร์เวย์ได้มีการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปโดยความเสมอภาค และให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยมีการบัญญัติความผิดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเรียกรังสีบนบนเอาไว้ ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศนอร์เวย์ ค.ศ. 1902 แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1961 โดยจัดลำดับความรับผิดดังกล่าวเอาไว้ในบทบัญญัติเดียวกับผู้ดำรงตนเป็นผู้พิพากษา ดังนี้

**มาตรา 114** “ผู้พิพากษา ลูกขุน ผู้สำรวจจริงวัด หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ในการปฏิบัติหน้าที่ เรียกรังสีหรือยอมรับประโยชน์หรือให้สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อกระทำหรือได้กระทำหรือขัดแย้งกับผลประโยชน์ของคู่ความในการระงับข้อพิพาททางกฎหมาย ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษโดยจำคุกไม่เกินแปดปี

บทบัญญัตินี้ให้นำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการด้วย ถ้าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้

(“Article 114 A judge, juror, surveyor or expert witness who, in such capacity, demands or receives for himself or another any unlawful favor or the promise thereof, for acting or having acted for against the interests of any of the parties in a legal dispute, shall be punished imprisonment up to eight years.

These provisions are also applicable to arbitrators, if the award is enforceable.)

### 3.2.5 ประเทศอิตาลี

การอนุญาโตตุลาการในประเทศอิตาลีนั้นดำเนินการโดยสถาบัน Associazione Italiana per' Arbitrato (AIA) โดยมี Court of Arbitration ทำหน้าที่เช่นเดียวกับ International Court of Arbitration ของ ICC ทั้งนี้เนื่องจาก AIA ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 1958 ภายใต้การอุปถัมภ์ของ The Italian Nation Committee แห่ง ICC จึงมีลักษณะการดำเนินงานคล้ายคลึงกัน (วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 155) สถาบันมีการออกกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของตนเองขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ.1994 โดยแยกเป็นกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการวางหลักไว้โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี ตั้งแต่มาตรา 806 ถึงมาตรา 840 เป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอยู่ในมาตรา 832 ถึงมาตรา 840

ตามกฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ฉบับปี ค.ศ.1985 แก้ไขเพิ่มเติมโดยฉบับปี ค.ศ.1994 ของประเทศอิตาลีได้กล่าวถึงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่เรียกว่า “arbitrato rituale” หรือ Formal Arbitration และ “arbitrato irrituale” หรือ Informal Arbitration

กระบวนการพิจารณาทั้งสองประเภทมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้กระบวนการพิจารณาที่เรียกว่า “arbitrato rituale” กระบวนการพิจารณาโดยเป็นไป

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นพิเศษที่ให้อำนาจแก่ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินคดีโดยอาศัยหลักความยุติธรรมอย่างเที่ยงธรรม และคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลภายใน 5 วันว่าคำชี้ขาดนั้นมีผลหรือไม่ และคำชี้ขาดดังกล่าวเมื่อถูกตรวจสอบโดยศาลแล้วอาจมีผลบังคับได้เสมอเหมือนคำพิพากษาของ ศาล (Traverso, 1980: 339)

สำหรับอนุญาโตตุลาการที่เรียกว่า “arbitrato irrituale” หรืออนุญาโตตุลาการที่ไม่อยู่ ภายใต้อำนาจวิธีพิจารณาความ กระบวนพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ถูกกำหนด โดยคู่สัญญา และไม่ถูกผูกพันภายใต้อำนาจของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ ในคดีส่วนใหญ่ การตัดสินคดีจะใช้หลักของความยุติธรรมมากกว่าที่จะใช้กฎหมาย สำหรับคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการประเภทนี้ ไม่มีวิธีการที่จะนำไปให้ศาลมีคำพิพากษายืนยันตามคำชี้ขาด ผลคือ คำชี้ขาดดังกล่าวมีค่าเป็นเพียงสัญญาหรือหนี้ระหว่างคู่ความเท่านั้น จึงเรียกกระบวนพิจารณาดัง กล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่า contractual หรือ free arbitration ( Traverso, 1980: 339)

**ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ** ว่า “arbitrato rituale” ในมาตรา 813 ของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ คู่ขนานจะมีหลัก เกณฑ์คู่ขนานแน่นอน ความสัมพันธ์ของความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในกระบวนพิจารณา ภายในประเทศ ถูกกำหนดไว้ดังนี้

“...อนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำคำชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาภาย ใต้ข้อตกลงของคู่สัญญา หรือเป็นไปโดยกฎหมาย และถ้าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถจัดทำคำชี้ ขาดให้แล้วเสร็จ และคำชี้ขาดนั้นไม่มีผลบังคับโดยเหตุของความล่าช้า อนุญาโตตุลาการจะต้องรับ ผิดสำหรับความเสียหายดังกล่าว โดยชดใช้ค่าเสียหาย นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องชดใช้ ค่าเสียหายถ้าอนุญาโตตุลาการ ถ้ายอมรับเข้าเป็นอนุญาโตตุลาการ และถอนตัวออกโดย ปราศจากเหตุอันควรตาม” (Traverso, 1980: 5, 6)

แต่อย่างไรก็ตามเป็นการยากที่จะกำหนดข้อผูกพันของความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ ให้นอกเหนือไปจากที่กำหนดเอาไว้ตามมาตรา 813 ดังกล่าว แต่มีความเห็นว่าหน้าที่ของ อนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้สำหรับการบริการทางวิชาชีพ ความ

เห็นดังกล่าวเห็นว่าอนุญาโตตุลาการผูกพันในหน้าที่ตามสัญญา เช่นเดียวกับบุคคลในวิชาชีพอื่น และต้องรับผิดชอบต่อกฎสัญญาหากปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสม ภายใต้ความรับผิดชอบของบุคคลที่ทำหน้าที่ทางวิชาชีพตามมาตรา 2236 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอิตาลีซึ่งโดยหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วผู้ประกอบการวิชาชีพไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหากกระทำการภายใต้ขอบแห่งหน้าที่ เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดโดยฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Traverso, 1980: 8, 9)

อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจริงอยู่ว่าความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามหลักของสัญญา แต่กระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะสาธารณะ (public character) ทำให้อนุญาโตตุลาการอยู่นอกเหนือหน้าที่ตามสัญญาของบุคคลในวิชาชีพสำหรับความเห็นของฝ่ายนี้ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถจะมองเพียงแค่ว่าความรับผิดชอบตามสัญญาเท่านั้น แต่จากการที่อนุญาโตตุลาการมีลักษณะกึ่งตุลาการ Quasi judicial

สามารถนำความรับผิดชอบของผู้พิพากษาที่ระบุในมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องรับผิดชอบดังนี้

“ผู้พิพากษาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังนี้

(1) เมื่อผู้พิพากษาไม่กระทำการตามหน้าที่ โดยกระทำความผิดโดยมีเจตนาร้าย ข้อโกง หรือรับสินบน

(2) ปฏิเสธ หรือละเว้น หรือทำให้ล่าช้า ในหน้าที่ โดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือไม่กระทำการตามหน้าที่

การนำความรับผิดชอบของผู้พิพากษามาใช้กับอนุญาโตตุลาการด้วยเพราะลักษณะของอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษามีลักษณะของประโยชน์ของส่วนได้เสียของสาธารณะอยู่ในตัว

**ความรับผิดทางอาญา** ของอนุญาโตตุลาการในประเทศอิตาลี ถูกกำหนดไว้โดย มาตรา 318 ดังนี้

“ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐที่กระทำการตามหน้าที่ ปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติ หรือกระทำการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ โดยรับ ยอมจะรับ เงินหรือทรัพย์สินอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับเป็นเงินตั้งแต่ 20,000 ลีร์ ถึง 400,000 ลีร์”

**มาตรา 320** ความผิดตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 318 วรรคแรก จะถูกนำมาใช้ถ้า การกระทำนั้นถูกกระทำโดยบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นบุคคลที่มีตำแหน่งเป็นลูกจ้างของรัฐ

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ตามวรรคแรกหรือวรรคสุดท้ายของบทบัญญัติตามตราข้างต้นจะถูกนำมาใช้ถ้าการกระทำนั้นถูกกระทำโดยบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นบุคคลที่เป็นผู้บริการ สาธารณะ

**มาตรา 358** สำหรับความประสงค์ของประมวลกฎหมายอาญานี้ บุคคลที่ให้บริการ สาธารณะหมายถึง

(1) ....

(2) บุคคลอื่นใดปฏิบัติกรอย่างถาวร หรือชั่วคราว โดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทน หรือโดยคำสั่ง เพื่อการบริการสาธารณะ

หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในประเทศอิตาลี นอกจากความสัมพันธ์ของ อนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามหลักของสัญญา แต่กระบวนการพิจารณาของกรอนุญาโตตุลาการมี ลักษณะเป็นสาธารณะ (public character) ทำให้อนุญาโตตุลาการอยู่นอกเหนือหน้าที่ตาม สัญญาของบุคคลในวิชาชีพ (Traverso, 1980: 339)

สำหรับความเห็นของฝ่ายนี้ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถจะมองเพียง แค่ความรับผิดตามสัญญาเท่านั้น แต่จากการที่อนุญาโตตุลาการมีลักษณะ quasi - judicial เมื่อ อนุญาโตตุลาการกระทำความผิดรับสินบนแล้ว นอกจากจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นใน ความรับผิดทางแพ่งแล้ว อนุญาโตตุลาการยังต้องรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 318 ประกอบกับ มาตรา 320 และมาตรา 358 อีกด้วย โดยถือว่าเป็นผู้บริการสาธารณะ

### 3.3 แนวทางการคุ้มครองความลับของการอนุญาตตุลาการ

#### 3.3.1 ความหมายทั่วไปของความลับ

ความหมายของคำว่า “ความลับ” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 มิได้บัญญัติคำศัพท์ไว้โดยตรง แต่ได้มีการบัญญัติคำศัพท์คำว่า “ลับ” ไว้ในความหมายทำนองว่า หมายถึง อยู่ในที่พินตา, ที่อยู่ในที่ซึ่งไม่แลเห็น, ที่ปกปิดหรือควรปกปิด และเมื่อนำคำว่า “ความ” มาประกอบหน้าคำว่า “ลับ” ก็จะได้ความหมายว่าสิ่งที่อยู่พินตา, สิ่งที่ประสงค์จะซ่อนเร้น หรือสิ่งที่ควรปกปิดเหล่านี้ เป็นต้น

ตามพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษของ Webster's ฉบับ New World Dictionary of the American Language หน้า 131 ให้คำอธิบายว่า

“secret” : หมายถึง Not to be made know to other, know to only a few people, hidden

“confidence” : หมายถึง Trust, reliance, assurance, belief in one's own abilities, the belief that another will keep a secret

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า คำว่า “secret” นั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ไม่เป็นที่รู้ของผู้อื่น หรืออาจรับรู้เพียงเล็กน้อย 2-3 คนเท่านั้น และถูกปิดบังซ่อนเร้น ส่วนคำว่า “confidence” นั้นเข้าใจว่าเป็นความไว้วางใจต่อกัน เชื่อถือต่อกันว่าบุคคลอีกคนหนึ่งจะเก็บรักษาความลับเอาไว้ได้

ความลับในความหมายทั่วไปในทางกฎหมายไทย ไม่ปรากฏมีบทบัญญัติกฎหมายให้นิยามคำจำกัดความของคำว่า “ความลับ” ไว้โดยตรง มีแต่เพียงแนวแนวคำอธิบายความหมายของคำว่าความลับในทางกฎหมายอาญาที่นักกฎหมายหลายท่านได้ให้คำอธิบายความหมายไว้ ดังนี้

จิตติ ดิงศรัทธี (2539: 2156-2157) ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า “ความลับ” หมายถึงข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่คนทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ ฉะนั้นการถือเอาข้อเท็จจริงใดเป็นความลับจึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดอาจปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นใน



วงจำกัด ถ้าเป็นสิ่งที่รู้กันทั่วไป เช่น ของผสมที่ได้จากการแยกธาตุแสดงโดยเปิดเผยแล้วก็ไม่เป็นความลับ

หยุด แสงอุทัย (2537: 239) ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า ความลับ หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลอันจำกัด ฉะนั้นสิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่ง อาจไม่ใช่ความลับของอีกบุคคลหนึ่งก็ได้ เช่น คนที่กั้วเมีย การมีนางบำเรอ ย่อมเป็นความลับเพราะเขามีประโยชน์ได้เสียที่จะปกปิด แต่สำหรับบุคคลที่ไม่กั้วเมียนั้น การมีนางบำเรอไม่ใช่ความลับอะไร

คณิต ฅ นคร (2537: 126) ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า ความลับ หมายถึงข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงจำกัด ความลับประกอบด้วยสาระ 3 ประการ คือ ความไม่ค่อยรู้กันของข้อเท็จจริง เจตจำนงที่จะเก็บไว้เป็นความลับ และผลประโยชน์ของการเก็บไว้เป็นความลับ

สุวัฒน์ชัย ใจหาญ (2529: 344) ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า ความลับ หมายถึง ข้อเท็จจริงที่บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีผลประโยชน์ได้เสียอันชอบธรรม ประสงค์จะปกปิดไว้ไม่ให้ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลอื่น หรือนอกวงของบุคคลเหล่านั้น การที่จะถือว่าอย่างไรเป็นความลับสำหรับบุคคลใด ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและฐานะของแต่ละบุคคล สิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่ง อาจไม่เป็นความลับสำหรับอีกบุคคลหนึ่งก็ได้ เช่น บางคนมีภรรยาหลายคนเห็นเป็นเรื่องโก้ กลับคุยอวดเพื่อน ใครนำไปเปิดเผยยิ่งชอบ ไม่ถือว่าเป็นความลับ แต่บางคนกลับกั้วเมียไม่ยอมให้เมียหรือคนอื่นทราบ เพราะเกรงว่าจะถูกดิงหู เขาก็ถือว่าเป็นความลับสำหรับตัวเขา ถ้าใครนำไปเปิดเผยอาจเป็นความผิด

สุปัน พูลทรัพย์ (2520: 451) ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า ความลับ หมายถึง ข้อความหรือสิ่งที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ ไม่ยอมเปิดเผยทั่วไป โดยจะยอมให้รู้ได้เฉพาะบุคคลบางคนอันจำกัด แต่การจะถือว่าจะอะไรเป็นความลับของบุคคลนั้นย่อมไม่เหมือนกัน เพราะบางกรณีเป็นความลับของบุคคลหนึ่ง แต่อีกบุคคลหนึ่งไม่ถือว่าเป็นความลับ ฉะนั้นข้อความหรือสิ่งใดจะเป็นความลับหรือไม่ จึงต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์และฐานะของแต่ละบุคคลนั้น

เมื่อพิจารณาความหมายของความลับ ที่นักกฎหมายไทยหลายท่าน ได้ให้คำอธิบายไว้ ดังกล่าวข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าความหมายที่ให้ไว้จะมีความหมายไปในทำนองเดียวกันที่ว่า ข้อความใด หรือข้อเท็จจริงใดที่จะถือเป็นความลับในทางกฎหมายนั้น จะต้องเป็นข้อความหรือข้อเท็จจริงที่เจ้าของข้อความนั้นหรือข้อเท็จจริงนั้น ประสงค์จะปกปิดไว้หรือไม่ประสงค์จะเปิดเผยไปยังบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ในที่นี้จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ความหมายทั่วไปในทางกฎหมายของคำว่า “ความลับ” หมายถึงสิ่งใดหรือข้อเท็จจริงใด ซึ่งผู้เป็นเจ้าของสิ่งนั้นหรือข้อเท็จจริงนั้น หรือผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ และกฎหมายให้การคุ้มครองมิให้ถูกเปิดเผยออกไป

### 3.3.2 ความลับในการอนุญาตตุลาการ

เป็นเวลานานหลายปีมาแล้ว ซึ่งจริงๆ ก็อาจจะย้อนถอยหลังไปถึงช่วงกลางทศวรรษ 1980 ประเด็นในเรื่องการปกปิดความลับที่มีความสัมพันธ์ต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการ และที่มีความสัมพันธ์กับเอกสารที่ถูกสร้างขึ้นหรือถูกเปิดเผยในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการจะไม่ได้รับการพูดถึงหรืออภิปรายเลย และเกือบจะไม่มีกรกล่าวถึงความความมืออยู่ของประเด็นดังกล่าวนี้มาก่อนเลยโดยจะเห็นได้จากดัชนีในงานเขียนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการ และอาจเปรียบเทียบได้กับการเก็บเกี่ยวพืชผลในพื้นที่อันแห้งแล้ว นั้นหมายความว่า การไต่สวนในกระบวนการอนุญาตตุลาการได้ยึดถือตามรูปแบบประเพณีดั้งเดิมที่จะต้องทำการเฉพาะตัว (held in private) (Neill, 1996: 287) การอนุญาตตุลาการเป็นการพิจารณาข้อพิพาทที่เป็นเรื่องภายในและเป็นวิธีการแห่งสันติวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องบัญชีและธุรกรรมการค้าขายอื่นๆ ซึ่งการตัดสินอาจเป็นเรื่องที่ยากและอาจจะทำไม่ได้ในการพิจารณาคดีโดยศาลตามกฎหมาย (Mustill & Boyd, 1989: 433, 434)

ในศตวรรษที่ 19 และ 20 การอนุญาตตุลาการได้ถูกใช้เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทมาอย่างต่อเนื่อง ไม่เฉพาะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เท่านั้น หากใช้กันในระบบกฎหมายแบบประมวลอีกด้วย ในบริบทเวทีการค้าระหว่างประเทศเป็นความจริงโดยแท้ว่าเป็นเรื่องยากที่คู่สัญญาจะทำการเจรจาทำสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างบริษัทหรือเอกชนด้วยกัน และโดยบริษัทหรือเอกชนที่เป็นคู่สัญญากันนั้นเป็นคนละสัญชาติกับจะทำสัญญาดังกล่าวโดยมิได้บรรจุข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาของตน (Neill, 1996: 287, 288)

ทำนองเดียวมักพบข้อสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบริษัทที่จดทะเบียนในรัฐ A และตัวแทนของรัฐ B อยู่เสมอ ในการซื้อขายสินค้า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะถูกกำหนดเป็นรูปแบบสัญญามาตรฐานเช่นเดียวกับเอกสารที่ใช้ในการขนส่งสินค้าทางทะเลสัญญาเช่าเหมาเรือ, สัญญาก่อสร้างและสัญญาหุ้นส่วน สถาบันอย่างเช่น ICC ในกรุงปารีส, สถาบัน AAA ในสหรัฐอเมริกา หรือ LCIA ในกรุงลอนดอน ได้รับรองและยืนยันว่าการอนุญาโตตุลาการได้กลายเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่มีผู้นิยมมากกว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาล เพราะคนทั่วไปจะคิดว่าการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะในศาลพาณิชย์ในกรุงลอนดอนเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก

ในประเทศที่เป็นผู้นำในการอนุญาโตตุลาการอื่นๆ อย่างเช่น ฝรั่งเศส, สวิตเซอร์แลนด์ และเยอรมันนี่ เป็นที่ประจักษ์ว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทของเอกชนที่ทรงประสิทธิภาพ เป็นจารีตประเพณีไปแล้วว่าผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ, คู่กรณีและผู้ให้คำปรึกษาไม่เพียงแต่จะต้องเคารพหลักการได้ส่วนเป็นการส่วนตัวเท่านั้น หากยังต้องเคารพหลักการเก็บรักษาความลับในกระบวนการและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการอีกด้วย (Neill, 1996: 288)

ในประเทศอังกฤษเมื่อเราย้อนกลับไปดูคดีเก่าๆ โดยอาจจะดูถึงปี 1984 หรือเพื่อเป็นการแน่นอนจนถึงปี 1990 ก็จะทำให้พบว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทของเอกชนและการรักษาความลับก็เป็นสิ่งที่อยู่ควบคู่กับกระบวนการดังกล่าว การรักษาความลับนอกจากจะผูกพันตัวคู่กรณีแล้ว ยังขยายต่อไปถึงเอกสารที่ถูกเปิดเผย (ความหมายถึงเอกสารที่ถูกสร้างขึ้นจากระบวนการเปิดเผยเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายทราบก่อนการได้สวน (discovery) และยังคงรวมถึงเอกสารที่เกิดขึ้นในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งครอบคลุมถึงคำฟ้องและการยื่นเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาล) (Neill, 1996: 290)

การพิสูจน์พยานบุคคลและกิริยาท่าทางที่พยานบุคคลได้แสดงออกให้อนุญาโตตุลาการเห็นการรักษาความลับยังคงคลุมถึงรายการบัญชีระบุพยาน และการโต้เถียงกันในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการและที่สุดก็รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย สถานะของพยานบุคคลในการอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องที่มีการพิจารณากันในกรณีของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ถูกคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกมาให้การในชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยมีหลักพื้นฐานที่วางไว้ก็คือว่า พยาน

บุคคลเช่นว่านั้นมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพต่อหลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตไต่สวนการของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกตนเข้ามาในคดีเท่านั้น ยังต้องรักษาความลับของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย คู่กรณีมีหน้าที่ต่างตอบแทนในการรักษาความลับของพยานบุคคลดังกล่าวด้วย และท้ายที่สุดผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาตไต่สวนการก็มีหน้าที่ในการรักษาความลับของตัวคู่กรณีด้วยเช่นกัน ( Neill, 1996: 290)

แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการรักษาความลับนี้ไม่ได้เป็นหน้าที่โดยเด็ดขาด แต่ยังขึ้นอยู่กับข้อจำกัดหรือยกเว้นบางอย่างด้วย ข้อยกเว้นประการหนึ่งก็คือ เรื่องความยินยอม (Consent) ประการที่สองก็คือ คำสั่งบังคับทางกฎหมายซึ่งหมายถึง คำสั่งศาลที่สั่งให้เปิดเผยเอกสารในกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการที่ทำมาก่อนการนำคดีเสนอสู่ศาล เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องดำเนินคดีกันในชั้นศาลต่อมาภายหลัง ข้อยกเว้นประการที่สามก็คือ การเปิดเผยโดยคำสั่งของศาล ข้อยกเว้นประการที่สี่คือความจำเป็นในการสร้างหรือเปิดเผยเอกสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์อันชอบธรรมของคู่กรณีในการอนุญาตไต่สวนการ แต่ข้อยกเว้นนี้จะใช้เฉพาะกับคำชี้ขาดโดยตัวของมันเอง และไม่อาจทำให้เกิดคำชี้ขาดได้ ( Neill, 1996: 290)

ในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Dolling-Baker V. Merrett ผู้พิพากษา Parker ได้พูดยอมรับอย่างชัดเจนถึงความมีอยู่ของหน้าที่ผูกพันคู่กรณีที่พึงปฏิบัติในการอนุญาตไต่สวนการและป้องกันมิให้เขาเปิดเผยหรือใช้เอกสารในการอนุญาตไต่สวนการเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นตามอำเภอใจได้ โดยเขากล่าวว่าหน้าที่อันนี้เกิดขึ้นจากลักษณะของอนุญาตไต่สวนการเอง (Neill, 1996: 291)

ผู้พิพากษา Parker ได้ใช้หลักการข้อนี้กับเอกสารของอนุญาตไต่สวนการ ซึ่งมีการเปิดเผยตามกระบวนการ discovery บางทีสิ่งที่โจทก์ปรารถนาจะรู้ก็คือ คำแถลงของพยานบุคคลที่ส่งในการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการก่อนหน้าที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาล รวมถึงบัญชีระบุพยานและคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการ ต่อไปนี้คือถ้อยคำที่เป็นเนื้อหาในคำพิพากษาของผู้พิพากษา Parker

“ประเด็นของคดีนี้ไม่ได้อยู่ที่การอ้างถึงความคุ้มกันต่อเอกสารที่เตรียมขึ้นหรือใช้ในกระบวนการอนุญาตไต่สวนการ และไม่ได้อยู่ที่ว่าเอกสารเหล่านั้นกล่าวคือ ความลับและเอกสารที่

เป็นความลับจะต้องนำมาใช้ในศาลเท่านั้น แต่ประเด็นกลับอยู่ที่ลักษณะของการอนุญาตโตตุลาการของเอกชนต่างหากว่าประกอบด้วยหน้าที่หรือหนี้โดยนัยที่จะต้องเก็บรักษาเอกสารที่ใช้ในกระบวนการ Discovery และจะไม่ใช้เอกสารเหล่านั้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกจากเพื่อระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตโตตุลาการ ในระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ แม้ว่าการพิจารณาจะเป็นเรื่องของความยินยอมและสมัครใจของคู่ความ แต่โดยลักษณะของอนุญาตโตตุลาการแล้วคู่ความมีหน้าที่โดยนัยที่จะไม่เปิดเผยหรือใช้เอกสารที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตโตตุลาการด้วยวัตถุประสงค์อื่นใด ไม่ว่าจะเป็วิธีพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ, บัญชีระบุพยาน, คำชี้ขาดและไม่เปิดเผยพยานหลักฐานที่พยานบุคคลได้ให้ในการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ ทั้งนี้จะต้องเก็บเป็นความลับด้วยอาศัยความเห็นชอบร่วมกันของคู่กรณีหรือโดยคำสั่งของศาล ข้อกำหนดนี้ยังคงเป็นของที่จำเป็นอยู่เช่นเดียวกับกรณีที่นายธนาคารเก็บรักษาความลับของลูกค้า

ข้าพเจ้ามิได้ไปไกลถึงขนาดจะให้คำนิยามอย่างชัดเจนถึงขอบข่ายแห่งหน้าที่อันนี้ มันยังไม่มีควมจำเป็นในปัจจุบันที่จะต้องทำถึงขนาดนั้น แต่มันก็มีตัวอย่างที่ค่อนข้างสมบูรณ์ปรากฏแล้วว่าความจริงเอกสารที่ใช้ในการอนุญาตโตตุลาการ จะไม่ถูกนำไปอ้างถึงความลับหรือเอกสิทธิ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีต่อไปภายหลัง ข้าพเจ้าทราบก็เป็นการมากพอแล้วไม่จำเป็นต้องถามหาความคุ้มกันหรืออ้างวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะใดๆ แต่มันเป็นเรื่องของอำนาจโดยนัยที่เกิดจากลักษณะของการอนุญาตโตตุลาการด้วยตัวของมันเอง เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นในเรื่องการนำเอาเอกสารมาพิสูจน์ต่อกันในศาลตามบัญชีระบุพยานหรือคำให้การ ศาลพึงต้องเคารพความมีอยู่ของหน้าที่ในการรักษาความลับทางอนุญาตโตตุลาการนี้ โดยอาจมีข้อจำกัดอยู่บ้างบางประการกล่าวคือบางครั้ง เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมก็จำเป็นที่จะต้องให้มีการเปิดเผยและตรวจสอบเอกสารดังกล่าวได้ กล่าวโดยสรุปได้ว่าศาลจะต้องพิจารณาด้วยเหตุผลหลายประการว่า การที่จะเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีจำเป็นหรือคุ้มค่าหรือไม่หากต้องละเมิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่ในการรักษาความลับทางอนุญาตโตตุลาการ” (Neill, 1996: 292)

ข้อสังเกตจะเห็นได้ว่าผู้พิพากษา Parker ได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนในความคิดที่ว่าเอกสารของการอนุญาตโตตุลาการจะต้องเก็บรักษาเป็นความลับอย่างถาวร แต่อย่างไรก็ตาม เขาก็ได้สร้างหลักว่าด้วยหน้าที่หรือหนี้โดยนัยที่ผูกพันคู่กรณีในการอนุญาตโตตุลาการให้ต้องเก็บรักษาความลับของเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตโตตุลาการไว้ (Neill, 1996: 293)

ผู้พิพากษา Parker ไม่มีความประสงค์ที่จะให้คำนิยามในเรื่องหน้าที่ดังกล่าว และเขาก็ยังยอมรับว่ามีข้อยกเว้นอยู่บางประการ ตัวอย่างเช่น การเปิดเผยโดยความยินยอมของคู่กรณีและตามคำสั่งศาล เขายังพูดถึงคำสั่งของศาลที่สั่งให้เปิดเผยพยานตามกระบวนการ discovery และโดยที่คู่กรณียื่นคำร้องขอต่อศาลในสถานการณ์พิเศษซึ่งเป็นกรณียกเว้นในการที่ศาลต้องเคารพหลักการรักษาความลับดังกล่าว (Neill, 1996: 293)

ต่อมาได้มีคดีของศาลอังกฤษเกิดขึ้น ซึ่งได้ตัดสินตามคำตัดสินของผู้พิพากษา Colman คดีบริษัทประกันภัย Hassneh กับ Mew และบริษัทประกันภัย กับ Lloyd's Syndicate คดีเหล่านี้ได้พัฒนาก้าวหน้าไปจากพื้นฐานวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในคดี Dolling-Baker และ ได้แสดงให้เห็นขอบเขตจำกัดของข้อยกเว้นอื่นๆ ของกฎว่าด้วยการรักษาความลับของเอกสาร ในการอนุญาตใตตุลาการ ข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องนั้นก็คือ การเปิดเผยเอกสารในกรณีที่คู่กรณีอนุญาตใตตุลาการร้องขอให้เปิดเผย เพื่อประโยชน์ของตัวเอง ข้อยกเว้นนี้ได้เกิดขึ้นโดยผู้พิพากษา Colman จากกฎหมายที่เกี่ยวกับหน้าที่ของนายธนาคารที่จะต้องเก็บความลับของลูกค้าของธนาคาร ในบางกรณีผู้พิพากษา Colman อาจพัฒนาข้อยกเว้นมาจากคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาผู้ยิ่งใหญ่สามคน ก็คือ Bankes, Scrutton and Atkin ซึ่งวินิจฉัยไว้ในคดี Tournier กับธนาคาร National Provincial and Union Bank แห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งข้อยกเว้นประการที่ 3 เกี่ยวกับหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับของนายธนาคารตามคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา Bankes ก็คือ (c) เปิดเผยเพื่อประโยชน์ของธนาคาร (Neill, 1996: 293)

สำหรับผู้พิพากษา Scrutton ได้สร้างข้อยกเว้นดังนี้ คือ ธนาคารอาจจะเปิดเผยบัญชีและธุรกิจของลูกค้าภายใต้ขอบเขตอันสมเหตุสมผล และเหมาะสมเพื่อการปกป้องความลับของลูกค้า” (Neill, 1996: 293)

ผู้พิพากษา Atkin ได้ยอมรับถึงปัญหาของการให้คำจำกัดความเกี่ยวกับหน้าที่เก็บรักษาความลับ และกล่าวว่า

“...เป็นการกล่าวอย่างรอบคอบว่า หน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลในการอนุญาตใตตุลาการขึ้นอยู่กับข้อกำหนดที่ว่าธนาคารมีสิทธิที่จะเปิดเผยข้อมูลเหล่านั้นได้ในเวลาไหน และขอบเขตแห่งความจำเป็นในการปกป้องประโยชน์ของธนาคารอย่างสมเหตุสมผลอยู่แค่ไหนอย่างไร”

ผู้พิพากษา Colman ได้ปรับและนำเอาหลักในคำพิพากษาคดี Dolling-Baker เกี่ยวกับหน้าที่ทั่วไปของการรักษาความลับของคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการ มาใช้เปรียบเทียบกับข้อกำหนดที่ว่าด้วยการปกป้องประโยชน์ของตนเองที่เกิดจากคดี Tournier ซึ่งปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยฉบับแรกของเขาว่าในสถานการณ์อันเหมาะสม คู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการจะต้องเปิดเผยคำชี้ขาดเมื่อการเปิดเผยคำชี้ขาดนั้นแล้วจะมีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิ อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาได้ปฏิเสธที่จะขยายเสรีภาพในการเปิดเผยความลับออกไปนอกเหนือจากคำชี้ขาดและเหตุผลของคำชี้ขาด สำหรับค่าแถลงการณ์ของพยานบุคคล, คำให้การของพยานและเอกสารอื่น ๆ ในการอนุญาตตุลาการไม่ควรจะนำมาเปิดเผยต่อบุคคลที่สาม (Neill, 1996: 294)

ในเรื่องหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับ นั้นที่น่าสังเกตถึงน้ำหนักเหตุผลของผู้พิพากษา Colman ที่เน้นไปที่เรื่องการไต่สวนโดยส่วนตัว เขาได้อ้างถึงข้อเท็จจริงที่เป็นทางปฏิบัติโดยสากลในกรุงลอนดอนเป็นเวลาหลายร้อยปีมาแล้วเกี่ยวกับการไต่สวนของอนุญาตตุลาการที่ต้องกระทำเป็นการลับ (Neill, 1996: 294)

ในคดีต่อมาที่ผู้พิพากษา Colman ได้ตัดสินคือ คดีบริษัทประกันภัย กับ Lloyd's Syndicate เขาถือข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาอนุญาตตุลาการไม่ควรเปิดเผยเอกสาร แม้ว่าคำชี้ขาดจะมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามก็ตาม เขาสรุปว่าความปรารถนาที่ไม่มีคำตัดสินในลักษณะนี้จะไม่อยู่ในข้อกำหนดหรือข้อยกเว้นที่ว่าด้วยการปกป้องประโยชน์อันชอบธรรมของคู่สัญญา ประเด็นกลับอยู่ที่ว่า คำชี้ขาดนั้นจะมีผลกระทบตามมาต่อผู้เอาประกันภัยต่อและผู้รับประกันภัยช่วงหรือไม่ในการให้มีการเปิดเผย ผู้พิพากษาได้ทำการทดสอบอย่างเคร่งครัดและดูความต้องการของคู่สัญญาที่ต้องการให้มีการเปิดเผยว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นหรือไม่ ในทางปฏิบัติแล้วคู่สัญญาจะต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิซึ่งมีผลบังคับต่อบุคคลที่สาม ไม่ควรจะได้รับคุ้มครองหรือปกป้องโดยไม่มีการเปิดเผยคำชี้ขาดอย่างสมเหตุสมผล ข้อเท็จจริงที่จะเป็นประโยชน์หรือนำไปสู่ความสำเร็จของข้อยกเว้นนี้จึงไม่ควรที่จะละเมิดหลักการรักษาความลับ (Neill, 1996: 294, 295)

ในวัตถุประสงค์ข้อนี้ น่าพิจารณาสังเกตว่าผู้พิพากษา Phillip ได้ตั้งข้อสังเกตว่าลักษณะและขอบเขตของหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นเรื่องที่ใช้บังคับกับเอกสารที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ และข้อมูลของการอนุญาตตุลาการทั้งนี้ไม่ว่าโดยวิธีการใดก็ตาม ก็ยังเป็นสิ่งที่ไม่ชัดเจนนัก เขากล่าวว่าสำหรับตัวเขาแล้วเป็นสิ่งที่แน่นอนว่าหน้าที่อันนี้ยังคงมีอยู่ โดยเกิดขึ้น

จากถ้อยคำของสัญญาหรืออาศัยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา สิ่งที่ชัดเจนแล้วก็คือหน้าที่ในการรักษาความลับนี้จักต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้วย (Neill, 1996: 295)

“ไม่ว่าบุคคลใดก็ตามที่ได้รับทราบข้อมูลที่เป็นความลับที่เกิดจากการอนุญาตโดยศาล การจะต้องมีหน้าที่เก็บรักษาความลับเช่นเดียวกับตัวคู่สัญญาหรือคู่กรณีด้วย” (Neill, 1996: 296)

แม้จะไม่มีกรกล่าวลงไปคำพิพากษา แต่เหตุผลข้อนี้ก็นับว่าเป็นประการหนึ่งของหลักแห่งความยุติธรรม (equity) ของศาลด้วย โดยศาลถือว่าหาก ก. บอกความลับผ่านไปยัง ข. และถ้า ค. รู้ความลับนั้นโดย ข. เป็นผู้บอก ค. ก็ควรที่จะต้องไม่ใช่ข้อมูลนั้นกับ ก. (Neill, 1996: 296)

คดีของศาลอังกฤษคดีสุดท้ายที่เพิ่งเกิดขึ้นซึ่งผู้เขียนต้องพูดถึงก็คือคำตัดสินของผู้พิพากษา Mance ในคดี London & Leeds Estates Ltd. กับ Paribas Ltd. คดีนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับค่าแถมของพยานที่ทำให้ โดยพยานผู้เชี่ยวชาญในการอนุญาตโดยศาลครั้งก่อน ในการอนุญาตโดยศาลครั้งที่ 3 และครั้งสุดท้ายพยานผู้เชี่ยวชาญคนนี้ได้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญให้แก่เจ้าของที่ดินในการพิจารณาของอนุญาตโดยศาลที่เกี่ยวกับการประเมินราคาเช่าที่ดิน ผู้เช่าที่ดินได้ถูกหมายเรียกให้เข้ามาในการพิจารณาของอนุญาตโดยศาลครั้งที่ 3 เพราะค่าแถมการณซึ่งผู้เชี่ยวชาญได้ทำในนามของผู้เช่าในการพิจารณาของอนุญาตโดยศาลใน 2 ครั้งก่อน โดยศาลได้อนุญาตให้ออกหมายเรียกโดยตั้งเป็นกฎเกณฑ์ว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมย่อมจะอยู่เหนือหน้าที่ในการรักษาความลับในเรื่องพยานหลักฐาน คำพิพากษาได้ยอมรับว่าคู่สัญญาอนุญาตโดยศาลในการพิจารณาของอนุญาตโดยศาลครั้งก่อน ย่อมมีหน้าที่ซึ่งกันและกันในการรักษาความลับและถือเป็นเรื่องส่วนตัวในส่วนที่เกี่ยวกับการให้พยานหลักฐาน และดูเหมือนว่าเขา ย่อมมีหน้าที่เก็บรักษาความลับต่อพยานบุคคลของเขาเองด้วย หน้าที่รักษาความลับต่อพยานบุคคลนั้นนอกจากจะใช้กับตัวความผู้อ้างพยานบุคคลนั้นๆ แล้วยังใช้กับคู่ความฝ่ายตรงกันข้ามด้วย และยิ่งถืออีกว่าอนุญาตโดยศาล เองก็มีหน้าที่ที่ผู้พิพากษาใช้ คำว่าหน้าที่ของอนุญาตโดยศาล (arbitral duty) แล้วยังมีหน้าที่เก็บรักษาความลับอีกด้วย อนุญาตโดยศาลในการพิจารณาครั้งที่ 2 ได้ละเมิดหน้าที่ดังกล่าวโดยการแพร่พรายความลับให้คู่กรณีในการพิจารณาครั้งที่ 3 ทราบซึ่งพยานหลักฐานที่ผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาครั้งที่ 2 ได้ให้ซึ่งมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกับพยานครั้งที่ 2 (Neill, 1996: 296, 297)



ขอย้อนกลับมาพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งออสเตรเลีย ในคดี Esso/BHP กับ Plowman ในปี 1995 ซึ่งเน้นไปที่ประโยชน์ของสาธารณะในการอนุญาตตลาดการอย่างยิ่ง ข้อเท็จจริงก็คือ บริษัท 2 บริษัทนี้ได้เข้าทำสัญญาต่อกัน กล่าวคือ บริษัทเชื้อเพลิงและก๊าซแห่งรัฐวิคตอเรีย (GFC) กับคณะกรรมการว่าด้วยพลังงานไฟฟ้าแห่งรัฐวิคตอเรีย (SEC) โดยเป็นสัญญาเกี่ยวกับการใช้ก๊าซธรรมชาติ โดยสัญญาแต่ละฉบับได้กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการชำระราคาก๊าซ บริษัททั้งสองได้อ้างว่าพวกเขามีสิทธิที่จะขึ้นราคาก๊าซได้เพราะรัฐบาลของออสเตรเลียนำเอาภาษีตัวใหม่มาใช้เรียกว่า ภาษีการใช้ทรัพยากร โดยเรียกเก็บจากผลกำไรที่บริษัทได้รับ บริษัท GFC และ SEC ได้ปฏิเสธการขึ้นราคาตามข้ออ้างของฝ่ายผู้ผลิตและกล่าวว่า ในทางตรงกันข้ามกับรัฐบาลควรจะยกเลิกค่าธรรมเนียมโดยทันทีให้แก่บริษัทที่จ่ายค่าก๊าซที่ผลิตจากช่องแคบ Bass ฉะนั้นราคาก๊าซจึงควรจะต้องลดลง ถ้าบริษัทผู้ผลิตเป็นฝ่ายที่อนุญาตตลาดการตัดสินให้ชนะ ราคาก๊าซจึงควรจะต้องลดลง ถ้าบริษัทผู้ผลิตเป็นฝ่ายที่อนุญาตตลาดการตัดสินให้ชนะ ราคาของก๊าซและไฟฟ้าก็อาจจะสูงขึ้น ผู้บริโภคทั้งหลายในรัฐวิคตอเรียก็จะได้รับผลกระทบ (Neill, 1996: 297)

ข้อสัญญายังกำหนดเงื่อนไขอีกว่า เมื่อบริษัทผู้ผลิตขึ้นราคาก๊าซ บริษัทย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องขายในราคาขายปลีกโดยคำนวณตามสัดส่วนราคาขายส่งที่เพิ่มขึ้น แต่บริษัทผู้ผลิตก็ปฏิเสธที่จะทำเช่นนั้น เว้นเสียแต่ GFC กับ SEC จะตกลงในสัญญาการรักษาความลับในส่วนของการใช้ข้อมูล เมื่อ GFC และ SEC ปฏิเสธที่จะยอมรับข้อเสนอดังกล่าวก็นำไปสู่การระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตตลาดการตามที่กำหนดในสัญญาของแต่ละฝ่าย และมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ 2 คณะขึ้นพิจารณาเรื่องนี้

ในขณะที่เดียวกันรัฐมนตรีผู้เกี่ยวข้องคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานและทรัพยากรธรรมชาติก็ได้รับทราบข้อพิพาท และความเห็นของบริษัทคู่กรณี เขาจึงเริ่มต้นกระบวนการค้นหาคณะที่ GFC และ SEC ได้ก่อตั้งโดยรัฐมนตรีอ้างคำประกาศที่ว่า เขามีสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลโดยไม่ถูกจำกัดสิทธิ เพราะเป็นไปเพื่อการเปิดเผยต่อการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ บริษัททั้งสองจึงยอมให้รัฐมนตรีล่วงรู้ข้อมูลรายละเอียดต่างๆ โดยเสรี (Neill, 1996: 297, 298)

ตัวกฎหมายก่อตั้งบริษัท GFC และ SEC ได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีที่จะควบคุมการประกอบกิจการของบริษัทรวมถึงการออกคำสั่งด้วย ครั้งหนึ่งกฎหมายก่อตั้ง SEC ได้มีบทบัญญัติ

ให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่รัฐมนตรีที่จะเรียกขอดูเอกสารจาก SEC แต่กฎหมายก่อตั้ง SEC กลับไม่ได้ให้อำนาจเช่นนั้นกับรัฐมนตรี (Neill, 1996: 298)

อาจสืบค้นเบื้องหลังของข้อพิพาทได้จากคำวิจารณ์ของผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะผู้พิจารณาคดีนี้ ท่านผู้พิพากษา Marks ได้กล่าวว่า ความผิดพลาดของบริษัทอยู่ที่การใช้รายละเอียดของการขึ้นราคาที่สร้างความเสียหายต่อความก้าวหน้าและแนวทางการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และทำให้การระงับข้อพิพาทเกิดความไม่เหมาะสม โดยเขาได้อ้างถึงประเด็นเรื่อง ประโยชน์ของสาธารณะ ว่า “ผลลัพธ์ของหัวข้อพิพาทได้สร้างผลกระทบต่อผลเมืองแห่งรัฐวิศก ทอเรียทุกคนผู้ใช้ก๊าซ และหรือไฟฟ้า, รัฐและประชาชนมีผู้อยู่อาศัยในรัฐได้รับความยากลำบากทางการเงินและโกรธแค้น จึงเป็นเรื่องที่จำเป็นว่าประชาชนควรจะต้องทราบว่ารากาก้าชธรรมชาติ มีการขึ้นราคาจริงหรือไม่” (Neill, 1996: 298)

ผู้พิพากษาท่านนี้ได้ออกคำสั่งให้มีการปฏิบัติเป็นพิเศษในเรื่องการกำหนดราคาขายปลีกที่มีการขึ้นราคาตามข้อกำหนดในสัญญาและเขายังปฏิเสธการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่ต่อมาภายหลังเขาก็ได้เปลี่ยนใจให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดต่อไป

ข้อสรุปของผู้พิพากษา Mark ก็คือ ข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาที่มีข้อพิพาทกันตกลงกัน โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นการส่วนตัวแล้วจะไม่นำเอาหน้าที่ทางกฎหมายหรือหลักยุติธรรมที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลที่สามมาใช้ ซึ่งเป็นข้อมูลที่เป็นเหตุผลหรือที่ได้มาจากการอนุญาโตตุลาการ (Neill, 1996: 299)

เขายังได้นำคำประกาศ 6 ประการตามมา ในจำนวนนั้น 3 ข้อ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ GFC และอีก 3 ข้อเกี่ยวกับ SFC เขาได้ประกาศว่าไม่มีถ้อยคำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเลยในสัญญาซื้อขายที่บอกว่าห้ามเปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการอนุญาโตตุลาการของ GFC และ SEC

เขายังปฏิเสธเรื่องการรักษาความลับที่บริษัททั้งสองได้ท้วงติงเขา ผู้เขียนจะขออ้างคำประกาศที่เขาทำต่อบริษัท GFC ซึ่งได้อุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลอุทธรณ์

บริษัท GFC ไม่ได้ถูกห้ามเปิดเผยข้อมูลต่อรัฐมนตรี และบุคคลที่สามด้วยเหตุผลเพียงว่า

ก. ข้อมูลที่ได้จากการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการในคดี ESSO/BHP ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาซื้อขายที่ทำขึ้นในปี 1975

ข. ข้อมูลซึ่งไม่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะชนอื่นๆ (Neill, 1996: 299)

ศาลออสเตรเลียปฏิเสธที่จะยอมรับทัศนคติของศาลอุทธรณ์อังกฤษในคดี Dolling- Baker เขายังได้วิจารณ์ลักษณะของคำแถลงของผู้พิพากษา Parker ที่กำหนดหน้าที่โดยนัยแก่คู่กรณีว่าเป็นคำพิพากษาที่มีเหตุผลชัดเจนแต่ไม่สมบูรณ์ (Neill, 1996: 299)

แพททริก นีล ได้แย้งว่าคำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวข้องของผู้พิพากษา ไม่ใช่เหตุผลในการตัดสินคดีได้ ผู้พิพากษา Marks เลือกที่จะกล่าวเฉพาะข้อแตกต่าง 2 ประการที่เป็นฐานของการตัดสินของเขา ในคดี Jacobs กับ LCC ลอร์ด Simonds ได้กล่าวในที่ประชุมของสภาขุนนาง วุฒิสภาอังกฤษว่า ในความเห็นของข้าพเจ้าแล้ว ไม่มีสิ่งทีเรียกว่าเหตุผลในการตัดสินของผู้พิพากษาที่เรียกว่าคำพูดที่ไม่จำเป็นแก่การตัดสินคดี (obiter dictum) อยู่ในคำตัดสินของเขา เพราะผู้พิพากษาได้ให้เหตุผลอย่างอื่นเข้ามาด้วย

ตามคำวิจารณ์ของผู้พิพากษา Marks ในหัวข้อที่ว่าด้วยความไม่สมบูรณ์นั้น แพททริกเชื่อว่าท่านคงมีเหตุผลในใจดังนี้

(a) เขาได้กล่าวว่าผู้พิพากษา Parker ไม่ได้กล่าวว่หน้าที่โดยนัยในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือหนีโดยการเทียบเคียงกับการดำเนินการโดยปริยายที่ต้องกระทำในศาลจากผลของคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูล โดยที่มีการอธิบายไว้อย่างละเอียดในคดี Harman V. Home Office.

พิพากษา Parker ได้สร้างความกระจ่างอย่างสมบูรณ์ที่สุดตามความคิดของท่าน นั่นคือหน้าที่โดยนัย กล่าวคือ การไม่เปิดเผยข้อมูลเกิดขึ้นจากลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ โดยตัวของมันเอง หน้าที่นี้ยังขยายขอบเขตออกไปกว้างขวางกว่าในคดี Harman ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลบังคับให้เปิดเผยข้อมูลในเอกสารต่อศาล เพื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาหน้าที่ที่ผู้พิพากษา Parker พูดถึงนี้ยังรวมถึงเอกสารในลักษณะคำร้องต่างๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การเสนอคำฟ้องที่เป็นลายลักษณ์อักษร, บัญชีระบุพยานและคำชี้ขาด

(b) ประการที่สอง, ผู้พิพากษา Marks ได้ให้ความสนใจในข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้พิพากษา Parker ได้ยอมรับอย่างชัดเจนถึงการก่อให้เกิดหนี้ และพยายามที่จะกำหนดความหมาย

(c) ประการที่สาม, เขาได้กล่าวว่า ผู้พิพากษา Parker ได้กำหนดให้หน้าที่การไม่เปิดเผยความลับ เป็นหน้าที่ที่ปราศจากข้อยกเว้นใดๆ (Neill, 1996: 299)

ในประเด็น ข้อ (ข) คงไม่ต้องสงสัยในเรื่องความถูกต้องแต่อย่างใด แต่การสร้างหลักในเรื่องนี้ของการไม่เปิดเผยความลับดังกล่าว กลับถูกคัดค้านอย่างชัดเจนจากบรรดานักกฎหมายในทางปฏิบัติอย่างกว้างขวาง ส่วนประเด็นข้อ (c) ผมขอตั้งเป็นประเด็นไว้ว่า ผู้พิพากษา Parker เองก็ได้เตรียมตั้งข้อยกเว้นไว้สามประการด้วยกัน โดยเพิ่มข้อที่ 4 โดยผู้พิพากษา Colman ในคดี Hassnch Insurance นั่นคือข้อยกเว้นในเรื่อง ประโยชน์ของสาธารณะ (public interest)

ในศาลชั้นอุทธรณ์ เมื่อมีการเสนอคดี Esso and BHP. ผู้พิจารณาชั้นอุทธรณ์ ความเห็นของผู้พิพากษาอุทธรณ์ระดับชั้นแนวหน้า คือท่าน Brooking ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับความคิดของผู้พิพากษา Parker และ Colman ในเรื่องนี้ของการไม่เปิดเผยความลับในชั้นอุทธรณ์ ต่อมา ผู้พิพากษา Brooking ได้นำมาคดี Vaugham B. ซึ่งตัดสินในปี 1827 มาสนับสนุนความเห็นของตน ซึ่งเป็นการปฏิเสธความเห็นของผู้พิพากษา Colman และ Parker โดยสิ้นเชิง ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการรักษาความลับก็ไม่ได้ชี้แจงว่าการรักษาความลับจะต้องมีลักษณะเดียวกับเอกสิทธิ์ (Privilege) อาทิเช่น เอกสิทธิ์ของผู้ประกอบวิชาชีพนักกฎหมาย ผู้พิพากษา Parker ได้ยอมรับในคดี Dolling-Baker ว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในคดีที่ตามมาภายหลังอาจจะเป็นความจำเป็นให้เราต้องยอมรับหลักการรักษาความลับนี้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอุทธรณ์ (Neill, 1996: 300)

ผู้พิพากษา Brooking คิดว่าการไต่สวนโดยลับในทางปฏิบัติแล้ว จะเป็นสิ่งที่ประกันความเป็นส่วนตัวของคู่ความในการอุทธรณ์ในความหมายอย่างกว้าง

กล่าวโดยสรุปว่า แม้ว่าศาลแห่งรัฐวิคตอเรียของประเทศออสเตรเลียจะไม่ยอมรับความมีอยู่ของหน้าที่รักษาความลับนี้ แต่ในความเห็นของแพททริกแล้วในการรับรู้ของศาลอังกฤษ นักกฎหมายทั่วไปและในวงการอุทธรณ์ระหว่างประเทศอาจกล่าวได้ว่า การอุทธรณ์ทั้งหมดจะต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับอย่างเคร่งครัด

ทนายอาวูโล Stewart Boyd ได้ลงความเห็นของเขาในวารสาร Arbitration International ไว้ดังนี้ “ไม่ต้องสงสัยเลยว่าในประเทศอังกฤษ การปฏิบัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ นั่นคือคู่สัญญาจะต้องเก็บรักษาข้อมูลความลับที่ได้จากการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำฟ้อง พยานหลักฐานในลักษณะการบันทึกคำพยาน โดยลายลักษณ์อักษรและคำชี้ขาด เว้นเสียแต่จะเปิดเผยความลับนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ผมเชื่อว่าการปฏิบัติในลักษณะนี้ก็จะสอดคล้องกับการอนุญาโตตุลาการระดับระหว่างประเทศด้วยเป็นส่วนใหญ่แม้จะไม่ใช่อนุญาโตตุลาการของทุกประเทศก็ตาม” (Neill, 1996: 302)

### 3.3.3 เหตุผลที่ทำให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ

3.3.3.1 พวกเองไกล – อเมริกา (Anglo – Americans) เป็นผู้ให้กำเนิดหน้าที่ในการรักษาความลับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยมีสามแนวความคิดที่นำมาใช้

1. หน้าที่ในการรักษาความลับที่เกิดจากข้อเท็จจริงโดยปริยาย (implied in fact) ยกตัวอย่าง ในกรณีที่คู่สัญญาผูกพันโดยผลของสัญญา
2. หน้าที่ในการรักษาความลับที่มาจากความสัมพันธ์โดยอาศัยหลักความไว้วางใจ (Fiduciary relationship)
3. เจ้าของข้อมูลที่เป็นความลับ มีส่วนได้เสียในทางทรัพย์สิน (property interest) หรือสิทธิในทรัพย์สิน (property right) ในความลับทางการค้า ขอบเขตของการให้ความคุ้มครองและเนื้อหาของสาระของการให้ความคุ้มครอง อาจเปลี่ยนแปลงไปตามคดีแต่ละคดี โดยขึ้นอยู่กับแนวความคิดที่นำมาใช้ (Dessemontet, 1996: 314)

3.3.3.2 มาตรา 39 ของ TRIPS ไม่ได้บังคับใช้ทั่วโลก ความคิดเกี่ยวกับข้อมูลซึ่งเจ้าของมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของอเมริกาจะมีวิธีการกล่าวถึงในเรื่องของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 39 ของ TRIPS ยังกำหนดภาระหน้าที่ให้กับสมาชิกให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งหมายความว่าขณะนี้ในประเทศสมาชิกมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องการรักษาความลับ โดยเฉพาะความลับทางการค้าและข้อยกเว้นทั้งหมดที่สอดคล้องกับมาตรา 39 ของ TRIPS สิ่งนี้ทำให้มาตรา 39 ของ TRIPS ได้รับการกล่าวว่าเป็นความสำเร็จที่ก้าวหน้าเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (Dessemontet, 1996: 314)

เจ้าของความลับทางการค้าในเรื่องการอนุญาตอุตสาหกรรมคู้สัญญาเป็นเจ้าของความลับทางการค้า อนุญาตอุตสาหกรรม สถาบันอนุญาตอุตสาหกรรม และพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของอนุญาตอุตสาหกรรม หรือสถาบันอนุญาตอุตสาหกรรม มีหน้าที่รักษาความลับ และไม่สามารถขายหรือค้าขายข้อมูลที่เป็นความลับ (Dessemontet, 1996: 314) ในคดีของประเทศอังกฤษระหว่าง London & Leeds Estates Ltd., V. Paribas Ltd. ระหว่างคู้สัญญาที่ทำการอนุญาตอุตสาหกรรมมีหน้าที่ต่อกันในการรักษาความลับ และความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่นำมาใช้ในกระบวนการพิจารณา Patrick Neill ได้ตั้งข้อสังเกตว่าคู้สัญญามีหน้าที่เช่นเดียวกับพยานผู้เชี่ยวชาญและประการสุดท้าย อนุญาตอุตสาหกรรมก็มีหน้าที่ในการรักษาความลับ และเคารพความเป็นส่วนตัว แต่อนุญาตอุตสาหกรรมไม่ได้เป็นเจ้าของความลับในกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตอุตสาหกรรม (Dessemontet, 1996: 314) ตัวอย่างของข้อมูลที่เป็นความลับในกระบวนการพิจารณาของอนุญาตอุตสาหกรรม ข้อมูลทางพาณิชย์และเทคนิคอาจได้รับความคุ้มครองในกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (swiss case law) ซึ่งให้เห็นว่าข้อมูลดังต่อไปนี้ถือเป็นเรื่อง การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า เช่น นโยบายการกำหนดราคาสินค้า ค่าเสนอสนองในงานประมูลราคา ข้อตกลงและเงื่อนไขสำหรับการจัดหาสินค้าหรือบริการ ส่วนลดและการรณรงค์ ประชาสัมพันธ์ก่อนมีประกาศโฆษณาจริง ข้อมูลเชิงสถิติที่ผันเปลี่ยนหรือให้เข้าได้ เงินกู้และยืม ความเห็นเกี่ยวกับงบดุล การวางแผนภาษี การรวบรวมข้อมูลของผู้ให้บริการและวัตถุดิบ ตารางเทคนิค พิมพ์เขียว ภาพวาด และงานออกแบบซอฟต์แวร์ บัญชีรายชื่อลูกค้าชั่วคราวหรือลูกค้า

ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวมากที่สุดที่จะได้รับความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตอุตสาหกรรม ดังนั้นในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กระบวนการพิจารณาในการอนุญาตอุตสาหกรรมเป็นความลับ อย่างน้อยที่สุดที่มีผลต่อคู้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลตามที่กล่าวมา ซึ่งกำหนดว่าข้อมูลที่กล่าวมานั้นเป็นความลับจริงๆ กล่าวคือ “ไม่เป็นที่รู้กันทั่วไป และอ่อนไหวง่าย เจ้าของตั้งใจที่จะรักษาเป็นความลับ” (Dessemontet, 1996: 310, 311)

กฎเกณฑ์การป้องกันความลับทางการค้า กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับ ได้แก่ กฎหมายภายในประเทศ อาทิเช่น กฎหมายว่าด้วยสัญญา ไม่มีผู้ใดปฏิเสธว่าคู้สัญญาอาจกำหนดเรื่องการรักษาความลับในความสัมพันธ์ระหว่างคู้สัญญาเอาไว้ในการจัดทำสัญญา หลักเกณฑ์การเลือกอนุญาตอุตสาหกรรมภายใต้สถาบันซึ่งเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่บัญญัติเรื่องการรักษาความลับอย่างเคร่งครัดเอาไว้ เช่น กฎเกณฑ์สหภาพการค้าของเจเนวา กฎเกณฑ์สหภาพการค้า

ซูริค หรือกฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า ยกตัวอย่างมาตรา 162, 273 และ 321 ของประมวลกฎหมายอาญาสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 4 และ 6 ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 47 ของกฎหมายธนาคารพาณิชย์ สวิตเซอร์แลนด์และอื่นๆ (Oliver Weniger, 1994: 144-145 cited in Dessemontet, 1996: 305) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องลักษณะที่เป็นความลับของความลับทางการค้า กฎหมายที่เกิดจากคดีซึ่งเป็นไปก่อให้เกิดผลในการรักษาความลับในทุกรูปแบบ หรือภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเจนีวาที่แก้ไขในปี 1984 ข้อกำหนดเงื่อนไขทั่วไปมาตรา 203 ของกฎหมายดังกล่าว เน้นไปในทางการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการรักษาความลับของกระบวนการพิจารณาซึ่งอยู่ภายใต้ขอบอำนาจของสถาบันเหล่านั้น กฎเกณฑ์ที่ดูสมบูรณ์ที่สุดอยู่ในมาตรา 73 ถึง 76 ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO) บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างใหม่กว่าบทบัญญัติของสถาบันต่างๆ และผ่านการพิจารณาความเห็นชอบร่วมกันของผู้ปฏิบัติงานตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ กฎเกณฑ์ของสถาบันในการอนุญาโตตุลาการตามปกติแล้วไม่ผูกพันคู่สัญญา แต่คู่สัญญาอาจใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีผลเหนือคู่สัญญากับบุคคลอื่น เช่น อนุญาโตตุลาการผู้ให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับงานเสมียน เช่น การเขียนหรือทำสำเนา เลขานุการของสถาบันและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง (Dessemontet, 1996: 306)

### 3.3.4 เหตุผลและความจำเป็นในการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่

เหตุผลและความจำเป็นในการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ แบ่งออกเป็น 2 ประการ

ประการแรก เหตุผลในเชิงวัตถุประสงค์ของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้

ประการที่สอง เหตุผลในทางจริยธรรม

ประการแรก เหตุผลในเชิงวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ ปัจจุบันมีผู้นิยมในการที่จะหันมาใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลมากขึ้น การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งของคู่กรณีพิพาทกันโดยเฉพาะในเรื่องข้อพิพาทในทางการค้า โดยเหตุผลที่ว่า การ

อนุญาตให้ตุลาการมีการรักษาความลับในเชิงวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ เพื่อให้การรักษาความลับโดยเฉพาะความลับในทางการค้าของบรรดาพ่อค้าซึ่งมุ่งที่จะหาเวทีของตนในการระงับข้อพิพาทมีความคุ้มครองในการรักษาความลับในกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นรูปธรรมมากกว่าที่จะเป็นการคุ้มครองความลับที่เป็นเพียงวัตถุประสงค์ของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้เท่านั้น

ประการที่สอง เหตุผลในทางจริยธรรม ในสาขาวิชาชีพต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมาย แพทย์ วิศวกร สถาปนิก หรือนักกฎหมาย ต่างก็มีจรรยาบรรณหรือมรรยาทของวิชาชีพของตน เพื่อยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการประกอบอาชีพ อนุญาตให้ตุลาการซึ่งมีหน้าที่ที่เกิดจากหลักของความไว้วางใจให้บุคคลมีความเชี่ยวชาญในงานนั้นเข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีมอบให้ และทำหน้าที่คล้ายหรือกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) โดยในลักษณะของกระบวนการพิจารณาอนุญาตให้ตุลาการทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาททำนองเดียวกับผู้พิพากษาดังนั้นย่อมจะต้องมีจรรยาบรรณเหมือนกัน

ในเรื่องความเป็นส่วนตัวและความลับ (privacy and confidentiality) นี้เป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการอนุญาตให้ตุลาการในต่างประเทศ (สถาพร มีสอาด, 2540: 87) ที่ว่าการอนุญาตให้ตุลาการช่วยรักษาความลับได้นั้น เพราะเป็นจรรยาของอนุญาตให้ตุลาการที่จะต้องไม่แพร่งพรายเรื่องที่ตนนั่งพิจารณาหรือเคยพิจารณารวมทั้งคำชี้ขาดในการอนุญาตให้ตุลาการจะเผยแพร่ได้เฉพาะเมื่อและเท่าที่คู่กรณีจะอนุญาต (Aschehoug, 1999: 151) ในขณะที่กระบวนการพิจารณาในศาลนั้นปกติการพิจารณาคำพิพากษาจะทำโดยเปิดเผย และคำพิพากษาของศาลนั้นปกติมีการตีพิมพ์เผยแพร่ต่อสาธารณชน นอกจากนั้นข้อสำคัญคือการอนุญาตให้ตุลาการไม่ปรากฏต่อสาธารณชน สื่อมวลชนไม่มีโอกาสรายงานข่าว

เหตุผลเรื่องการรักษาความลับนั้นนับว่าสำคัญไม่น้อยเพราะข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ยากให้มีการแพร่งพรายเพราะอาจกระทบต่อสัญญาที่ตนมีอยู่แล้ว หรือจะมีขึ้นในอนาคตเพราะผู้มีธุรกิจเกี่ยวข้องอาจขอให้ใช้หลักปฏิบัติอย่างเดียวกัน (pari passu) กับตนได้โดยทั่วไป การอนุญาตให้ตุลาการรักษาความลับของคู่พิพาทได้ดีกว่าเพราะการรักษาความลับเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญและเป็นหน้าตาของวิธีการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้ตุลาการภายในประเทศ หรือการอนุญาตให้ตุลาการระหว่างประเทศ ในขณะที่



การรักษาความลับของคู่ความนั้นเป็นข้อยกเว้นของการพิจารณาคดีในศาล และจำนวนผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาอนุญาตโตตุลาการน้อยกว่าการพิจารณาในศาล โดยส่วนใหญ่บุคคลที่เข้าร่วมพิจารณาคดีได้ คงมีเพียงคู่กรณีอนุญาตโตตุลาการ และพยานที่คู่กรณีนำมาเบิกความเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่สามารถเข้ามาฟังการพิจารณาคดีได้ เว้นแต่คู่กรณีจะอนุญาตหรือศาลอนุญาตให้บุคคลภายนอกเข้ามาฟังการพิจารณาคดี จะเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีโดยการอนุญาตโตตุลาการถือว่าเป็นการพิจารณาโดยลับเสมอ (โสภณ รัตนกร, 2540: 46)

จริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการนอกจากจะเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาตโตตุลาการ ยังมีความสำคัญในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตโตตุลาการ แต่เนื่องจากหลักจริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับโดยตัวของมันเอง หากเพียงแต่ปล่อยให้ไปโดยเป็นเพียงแคหน้าที่ทางศีลธรรม (moral obligation) แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แม้จริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับก็จริงแต่จริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการถือได้ว่าเป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำที่ผู้ประกอบการวิชาชีพอนุญาตโตตุลาการจะต้องปฏิบัติ

ปัจจุบันมีผู้วิจัยเสนอแนวความคิดในการเพิ่มบทบาทของการอนุญาตโตตุลาการให้มากขึ้น โดยการนำเอาวิธีการอนุญาตโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเน้นไปที่เหตุผลของการรักษาความลับและการเป็นส่วนตัวของการอนุญาตโตตุลาการว่ามีการเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ด้วยโดยเน้นไปที่เหตุผลของการรักษาความลับ และการเป็นส่วนตัวของการอนุญาตโตตุลาการว่ามีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ ด้วยเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ ดังนี้

1. ด้วยการให้เหตุผลในการคุ้มครอง และป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทที่จะได้รับประโยชน์มากที่สุดจากการพิจารณาที่กระทำโดยลับ และไม่เปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ ก็คือความลับทางการค้า (Trade Secret) ซึ่งอาจได้แก่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ Know-how เช่น สูตรเคมี เทคนิคในทางการช่าง หรือกระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรม เป็นต้น โดยเจ้าของข้อมูลดังกล่าวอาจจะไม่ต้องการขอรับความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตร เพราะจะต้องมีการจดทะเบียน โดยต้องแลกเปลี่ยนกับการเปิดเผยข้อมูลให้แก่รัฐ หรือข้อมูลบางอย่างอาจจะยังไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตรได้ (ณัฐวัฒน์ ไบบัว, 2543: 11) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้ผู้มีหน้าที่รักษาความลับเปิดเผยความลับ หรือเปิดเผยความลับที่เกี่ยวข้องกับความลับในทางการค้า เช่น ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาของ

มลรัฐแมสซาชูเซตต์ (Massachusetts) ซึ่งบัญญัติเอาผิดกับผู้กระทำความผิดในการเปิดเผยความลับทางการค้า โดยถือว่าความลับดังกล่าวเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเอาไว้ในกฎหมายที่มีชื่อว่า “Massachusetts Larceny Statues” มาตรา 30 ดังนี้

“บุคคลใดก็ตามที่กระทำการลักทรัพย์เกี่ยวกับความลับทางการค้าของผู้อื่นจะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินห้าปีในเรือนจำมลรัฐ หรือโดยปรับไม่น้อยกว่า 600 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

ส่วนในมาตรา 60 กล่าวว่าบุคคลใดก็ตามที่ซื้อหรือขายความลับทางการค้าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่น้อยกว่า 500 ดอลลาร์ และ จำคุกไม่เกินกว่า 2 ปี เป็นต้น (พีระพล ศรีสิงห์, 254: 147)

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในมลรัฐนี้ถือว่าความลับทางการค้ามีรูปธรรมในเชิงทรัพย์สิน หากบุคคลใดนำความลับในทางการค้าไปหาประโยชน์ไม่ว่าจะในรูปของการนำไปเปิดเผยจนเป็นเหตุเสื่อมเสียแก่ผู้เป็นเจ้าของความลับในทางการค้าดังกล่าว ถือว่าเป็นการเอาไปในความหมายของการลักทรัพย์ของบทบัญญัตินี้

ในประเทศส่วนใหญ่ในยุโรป เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดในทางอาญาไว้ในมาตรา 272 ได้บัญญัติในลักษณะที่เอาโทษกับบุคคลใดก็ตามที่รู้ว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องเก็บรักษาความลับอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่การงานที่ทำ แต่กลับนำความลับนั้นไปเปิดเผยถือว่ามีความผิด (Article 272 Anyone who deliberation betrays a secret which, as he knows or reasonably should have presumed, he is bound to keep, in view of his office or occupation or of any legal provision, shall be punishable with imprisonment for a term not exceeding one year or with a fine not exceeding six thousand guilders.)

ประเทศอิตาลีได้กำหนดความรับผิดในทางอาญาไว้ในมาตรา 622 (Disclosure of Professional Secrets) ในลักษณะที่เอาโทษกับบุคคลใดก็ตามที่รู้ว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องเก็บรักษาความลับอันเนื่องมาจากตำแหน่งหรือฐานะหน้าที่ ได้เปิดเผยความลับ และถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายดังนี้

“ผู้ใดได้รู้ความลับใด โดยเหตุผลจากตำแหน่งหรือฐานะหน้าที่ หรือจากวิชาชีพ หรือทางการค้า ได้เปิดเผยความลับนั้นโดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือได้ใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับตั้งแต่ 12,000 ลีร์ ถึง 200,000 ลีร์

ความผิดอาญานี้จะสามารถดำเนินคดีได้เมื่อมีการร้องทุกข์ โดยผู้เสียหาย”

นอกจากนั้นในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้กำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับบุคคลใดที่เปิดเผยความลับ โดยบทบัญญัติในมาตราเหล่านี้ได้ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองความลับในทางการค้า ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 162 ดังนี้

มาตรา 162 “ผู้ใดต้องรักษาความลับทางธุรกิจหรือทางการผลิตอันเป็นผลมาจากหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมาย แต่กลับไขความลับนั้น โดยการไขความลับนั้น ทำให้ผู้นั้นหรือบุคคลอื่นได้ไปซึ่งประโยชน์ และมีการร้องทุกข์กล่าวโทษ ผู้นั้นต้องรับโทษจำคุกหรือโทษปรับ”

เห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรากฎหมายของประเทศต่างๆ ซึ่งมีบทบัญญัติในการคุ้มครองความลับเหล่านี้ มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยมาตรา 324 นี้ได้บัญญัติขึ้นใหม่ ไม่มีในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ซึ่งองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำมีการเปิดเผยความลับที่รู้มา โดยผู้กระทำเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ และรู้ความลับโดยเหตุนั้น ตำแหน่งหน้าที่ตามมาตรา 324 ไม่จำกัดเฉพาะเป็นเจ้าของงาน ดังนั้นจึงอาจเป็นเจ้าพนักงานหรือผู้อื่นที่มีหน้าที่โดยกฎหมาย หรือสัญญา (จิตติ ติงศภทิพย์, 2539: 2158) เห็นได้ว่าบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีในทางสัญญาและเป็นอาชีพที่ไว้วางใจตามความในมาตรานี้ หากเปิดเผยความลับซึ่งระบุไว้เป็นการเฉพาะก็มีความผิดตามมาตรานี้

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของต่างประเทศต่างๆ ข้างต้น ได้บัญญัติประเภทของความลับเอาไว้กว้างๆ จึงต้องเข้าใจกฎหมายโดยการตีความว่าเป็นความลับทุกชนิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ในทางความลับต่อกัน (Confidential information) ครอบคลุมไปถึงความลับในทางการค้า (Trade Secret) ซึ่งกว้างกว่าประเภทของความลับที่ได้รับคุ้มครองตามมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยระบุเฉพาะความทางการค้าที่เกี่ยวกับการอุตสาหกรรม

(Industrial Secret, Manufacturer Secret), การค้นพบ (Invention) หรือการนิมิตวิทยาศาสตร์ (Scientific Patent) ซึ่งจัดเป็นประเภทหนึ่งของความลับในทางการค้า โดยไม่รวมถึงความลับทางการค้าในงานพาณิชย์กรรม (Commercial Secret) หรือชนิดอื่นๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าในต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม อะไรเป็นความลับหรือเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่ว่า

ประการแรก ข้อมูลนั้นมีคุณค่าในตัวเองหรือไม่ ไม่ว่าจะป็นคุณค่าในเชิงส่วนตัวเชิงอุตสาหกรรม หรือธุรกิจของผู้เป็นเจ้าของความลับนั้น

ประการที่สอง เจ้าของได้รับรู้ในคุณค่านั้นๆ ไม่ว่าจะรับรู้อันเนื่องมาจากใช้เวลา หรือทรัพย์สินในการคิดค้นและดูแลเอาใจใส่เป็นพิเศษ เพื่อมิให้ความลับสูญสิ้นไป

ประการที่สาม ผู้เป็นเจ้าของได้ใช้ความพยายามอย่างเพียงพอเพื่อป้องกันข้อมูลมิให้ถูกเปิดเผย หรือล่วงรู้ เช่น หากมีข้อมูลที่เป็นความลับ ซึ่งต้องนำหรือเข้ามาใช้ในการอนุญาตใตตุลาการ ผู้เป็นเจ้าของอาจประทับคำว่า “Confidentiality” เอาไว้เพื่อแสดงออกถึงการหวงกัน และปกป้องข้อมูลเอาไว้

ประการที่สี่ หากเป็นความลับทางการค้าหรือทางธุรกิจ ได้มีการป้องกันมิให้ผู้อื่นพยายามนำเอาไปใช้ หรือพยายามศึกษาย้อนกลับ (reverse engineering) มากน้อยเพียงใด เช่น การกำหนดเอาไว้ในสัญญา เป็นต้น

2. ด้วยเหตุผลในเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงธุรกิจของคู่กรณีสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น นอกจากความลับในทางการค้า เช่น ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตร การคุ้มครองความลับของการอนุญาตใตตุลาการ อาจจะไม่ส่งผลในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตรอย่างชัดเจน เพราะสิทธิทั้งสองอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะอยู่แล้ว นอกจากนั้นแล้วสิทธิทั้งสองนั้น เจ้าของอาจจะต้องมีการแสดงออกสู่สาธารณชนอยู่แล้ว เช่น ลิขสิทธิ์จะต้องมีการโฆษณางานให้ปรากฏต่อสาธารณชนหรือสิทธิบัตรต้องมีการแสดงรายละเอียดของสิ่งประดิษฐ์ต่อรัฐ เพื่อขอรับความคุ้มครอง จึงทำให้รายละเอียดของทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวไม่เป็นที่ปกปิด ทำให้สาธารณชนทั่วไปสามารถทราบรายละเอียดได้ (ณัฐวัฒน์ ไบบัว, 2543:14)

แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองความลับในการอนุญาตใตตุลาการจะเข้ามามีประโยชน์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ทางธุรกิจต่อเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในมุมมองอื่น และรวมถึงเจ้าของความลับทางการค้าด้วย กล่าวคือ

2.1 คู่แข่งทางการค้าของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่สามารถเข้ามาหาประโยชน์ได้จากข้อมูลของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้มีการใช้กันในระหว่างการพิจารณาคดีของอนุญาตใตตุลาการ เช่น แผนการผลิตเครื่องจักรชิ้นใหม่ หรือการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชนิดใหม่ เพราะการพิจารณาคดีของอนุญาตใตตุลาการ คู่กรณีสามารถกำหนดบุคคลที่จะเข้าร่วมการพิจารณาได้ และคำชี้ขาดของอนุญาตใตตุลาการก็ไม่ใช่ที่เปิดเผย ทำให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาไม่เกิดความเสียหายเปรียบในการแข่งขันกับคู่แข่งทางการค้า (Gary L. Benton and Richard J. Rogers, 1997: 363) ซึ่งจะแตกต่างกับ กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมฟังได้ และมีการเปิดเผยคำพิพากษา ย่อมทำให้สถานะของข้อมูลนั้นไม่มีความลับอีกต่อไป อันส่งผลให้ข้อมูลนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายความลับทางการค้า (Karl P. Kilp cited in Julia A. Martin, 1997: 934 อ้างถึงใน ญรัฐวัฒน์ ไบบัว, 2543: 14)

2.2 ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensor) โดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของคู่กรณีฝ่ายนี้ได้ถูกอนุญาตไปยังผู้รับอนุญาต (licensee) หลายราย และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้เกิดข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นการผิดสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือการละเมิดสิทธิที่ได้มีการอนุญาตกับผู้รับอนุญาตรายหนึ่ง การที่มีการระงับข้อพิพาทกันอย่างเปิดเผย เช่น วิธีการทางศาลนั้นอาจทำให้ผู้รับอนุญาตรายอื่นสามารถเห็นข้อบกพร่องของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่อาจมีอยู่ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวมักจะมีเนื้อหาคล้ายกัน (standard Form) ซึ่งสามารถจูงใจให้ผู้รับอนุญาตรายอื่นกระทำผิดสัญญาและนำเอาข้อบกพร่องนั้นมาใช้เป็นข้อต่อสู้ของตนเองได้ (Fraklin Jesse Jr. and Andrew P. Locwinger, 1997: 222 )

หรืออีกกรณีหนึ่งก็คือ การที่ผู้ให้อนุญาตกับผู้รับอนุญาตรายหนึ่งเกิดมีข้อพิพาทขึ้นและมีการระงับข้อพิพาทอย่างเปิดเผยเช่นเดียวกัน อาจทำให้ผู้ที่กำลังจะเข้ามาทำสัญญากับผู้ให้อนุญาตเกิดความลังเลในการเข้าทำสัญญา เพราะกลัวว่าอาจเกิดปัญหาขึ้นแบบเดียวกันได้ และส่งผลให้อำนาจต่อรองของผู้ให้อนุญาตน้อยลงได้ ดังนั้นความลับในการอนุญาตใตตุลาการจึงสามารถป้องกันการเกิดปัญหาต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้ (ญรัฐวัฒน์ ไบบัว, 2543: 14)

ผู้เขียนเห็นควรว่า ควรศึกษาหามาตรการของความรับผิดชอบทางแพ่ง และความรับผิดชอบ อาญาที่เป็นรูปธรรมในการคุ้มครองความลับของการอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งอนุญาตโตตุลาการมี ความผูกพันในการรักษาความลับในกระบวนการเอาไว้ เพื่อส่งเสริมการเข้าใช้การระงับข้อพิพาท โดยวิธีการนี้ โดยผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์แนวทางความคุ้มกันความลับประเภทนี้ต่อไป ในบทที่ 4

### 3.3.5 กรณีที่สามารถเปิดเผยความลับของการอนุญาตโตตุลาการ

หากในกรณีที่มีการบัญญัติความรับผิดชอบเพื่อคุ้มครองความลับในการอนุญาตโตตุลาการ แล้ว ก็มีใช้ว่าการเปิดเผยความลับของการอนุญาตโตตุลาการจะเป็นความรับผิดชอบอย่างเด็ดขาด โดยไม่มี ข้อยกเว้นประการใดที่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความผิดหรือเป็นเหตุในการลดล้าง ความผิดได้ ดังนั้นในที่นี้จึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิด ในกรณีเปิดเผยความลับโดยตัว อนุญาตโตตุลาการไม่ใช่ความรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดแท้จริง แต่มีข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถเปิดเผยเปิด เผยความลับของกลุ่มนี้ได้โดยไม่มีผิด ซึ่งผู้เขียนจะแยกพิจารณาข้อยกเว้นที่สามารถเปิดเผย ความลับได้ ดังนี้

3.3.5.1 การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้

3.3.5.2 การเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล

3.3.5.3 การเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.5.4 การเปิดเผยความลับโดยการยินยอมของกลุ่ม

3.3.5.5 การเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อสร้างบรรทัดฐานของความยุติธรรมโดยความ

ยินยอมของกลุ่ม

#### 3.3.5.1 การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้

การเปิดเผยความลับที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ถือว่าเป็นความชอบธรรมที่จะ กระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะต้องด้วยบทบัญญัติในกฎหมายว่าเป็นความผิด ก็ตาม กล่าวคือ โดยหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายที่ว่า การกระทำการ ใดหรือการปฏิบัติหน้าที่ใดซึ่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ถือเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ผู้ กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด

### 3.3.5.2 การเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล

ในกฎหมายของไทย ได้บัญญัติอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจบังคับบุคคลให้การหรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความลับซึ่งได้มาหรือทราบมาเนื่องในวิชาชีพหรือหน้าที่ของเขา โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231 ดังนี้

“เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) เอกสารหรือข้อความที่ยังเป็นความลับในราชการอยู่
- (2) เอกสารหรือข้อความซึ่งได้มา หรือทราบเนื่องในอาชีพหรือในหน้าที่ของเขา
- (3) วิธีการ แบบแผนหรืองานอย่างอื่น ซึ่งกฎหมายคุ้มครองไม่ยอมให้เปิดเผยคู่ความ

หรือบุคคลนั้นมีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น

ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว ศาลมีอำนาจหมายเรียกเจ้าหน้าที่หรือบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับความลับนั้นมาแถลงต่อศาล เพื่อวินิจฉัยว่าการไม่ยอมนั้นมีเหตุผลจำเป็นหรือไม่ ถ้าเห็นว่าไร้เหตุผล ให้ศาลบังคับให้ให้การ หรือส่งพยานหลักฐานนั้น”

บทบัญญัติมาตรานี้ นอกจากจะให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่จะไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความลับ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายมาตรานี้ยังบัญญัติให้อำนาจศาลที่จะกำหนดให้บุคคลเปิดเผยความลับได้อีกด้วย เช่นนี้ ในการพิจารณาคดีหากอนุญาตตุลาการที่ได้มาหรือทราบมาซึ่งความลับของคู่กรณีเนื่องมาจากหน้าที่ของตนไม่ยอมเปิดเผยความลับของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องดังกล่าวศาลก็มีอำนาจที่จะเรียกมาแถลงเหตุผลที่ไม่ยอมเปิดเผย และถ้าเห็นว่าไร้เหตุผล ศาลก็จะบังคับให้เปิดเผยความลับของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ซึ่งการเปิดเผยความลับในการอนุญาตตุลาการโดยอำนาจศาลดังกล่าว อนุญาตตุลาการผู้เปิดเผยก็จะเป็นการเปิดเผยความลับ

ปัญหาว่าในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลกำหนดให้อนุญาตตุลาการ ซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความลับ (duty of confidence) ส่งพยานหลักฐาน หรือข้อความ ซึ่งโดยหน้าที่แล้วตนมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการเอาไว้ หากอนุญาตตุลาการเลือก

ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลอาจทำให้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 324 และหรือ ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล สำหรับความเห็นในเรื่องนี้ได้แบ่งออกเป็น 2 แนวดังนี้

**แนวความเห็นฝ่ายแรก** มีความเห็นว่าอนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลอันเป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยไม่มีความผิดฐานเปิดเผยความลับ โดยความลับที่ถูกเปิดเผยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อย หรือสำนึกในศีลธรรมอันดี หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ กำหนดให้ต้องเปิดเผยความลับนั้น โดยศาลจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ของการเปิดเผย กับประโยชน์ของการปกปิดเอาไว้ซึ่งความลับ ว่ากรณีใดสอดคล้องกับหลักของความเป็นสัดส่วนมากกว่ากัน แต่หากเป็นเรื่องของส่วนได้เสียของเอกชน ซึ่งขอให้อนุญาตตุลาการเปิดเผยความลับของคู่กรณี ในการอนุญาตตุลาการ เพื่อประโยชน์แก่รูปคดีของตนแล้ว ในกรณีอย่างนี้อนุญาตตุลาการสามารถอ้างเอกสิทธิ์ของคู่กรณีที่ตนไม่ควรเปิดเผยความลับในการอนุญาตตุลาการได้ เหตุผลเพราะเป็นเรื่องของเอกชนต่อเอกชนไม่น่าจะอ้างประโยชน์ของเอกชนให้เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชนอื่น

**แนวความเห็นฝ่ายที่สอง** มีความเห็นว่าอนุญาตตุลาการต้องไม่เปิดเผยความลับของคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการโดยเด็ดขาด เพราะการเปิดเผยความลับของคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการ ซึ่งตนมีหน้าที่ในการรักษาความลับ (duty of confidence) ทำให้ตนต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา มาตรา 324 ได้ และถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของอนุญาตตุลาการที่ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยความลับนั้น

สำหรับความเห็นของผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นฝ่ายแรก ที่ควรจะต้องพิจารณาเหตุผลของการเปิดเผยว่า การเปิดเผยความลับดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือไม่ เป็นประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและสำนึกต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่ โดยชั่งน้ำหนักของการเปิดเผยกับประโยชน์ของการปกปิดไว้ซึ่งความลับว่าอะไรเป็นประโยชน์มากกว่ากัน แต่หากเป็นเรื่องประโยชน์ของเอกชนฝ่ายหนึ่งที่มีเหนือประโยชน์ของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีนี้อนุญาตตุลาการสามารถอ้างเอกสิทธิ์ของคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการ เพื่อไม่เปิดเผยความลับดังกล่าวได้ เพราะการเปิดเผยอาจทำให้ตนมีความผิด ไม่ว่าจะมีความรับผิดชอบในทางแพ่งหรือทางอาญาก็ได้



### 3.3.5.3 การเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธการกระทำที่เป็นความผิด (wrongful) โดยถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำการได้หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำ ในเรื่องความจำเป็นที่เป็นอำนาจให้กระทำการได้นี้เป็นการพิจารณาการกระทำของผู้กระทำเป็นสาระสำคัญว่า การกระทำใดเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมที่มีคุณค่ามากกว่าก็จะถือเป็นกรกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับและผู้กระทำการดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบต่อกฎหมาย โดยเฉพาะความรับผิดชอบทางอาญาการกระทำนั้นจะถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ที่เป็นความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับความจำเป็นที่มีอำนาจกระทำได้แต่มีความเห็นในทางตำราแสดงให้เห็นว่า การเปิดเผยความลับที่เป็นความผิดต่อกฎหมายผู้เปิดเผยไม่มีความผิดหากเป็นการกระทำโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้เหตุผลว่าความสุขของสังคมส่วนรวมย่อมเป็นกฎหมายที่เหนือเหตุผลส่วนบุคคล (คดีต ณ นคร, 2537: 126)

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด โดยพิจารณาบนพื้นฐานของหลักการซึ่งนำหลักประโยชน์ระหว่างสิ่งที่ยุทธศาสตร์มุ่งคุ้มครองกับประโยชน์ของสังคมนั้นเป็นหลักที่กำหนดขึ้นมา เพื่อคุ้มครองผู้กระทำมิให้ได้รับผลกระทบจากบทบัญญัติของกฎหมายในการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคม

### 3.3.5.4 การเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี

ทั้งใน The IBA Rules of Ethics for International Arbitrations และจริยธรรมของ AAA Code ได้กำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้เช่นเดียวกันทั้งในระหว่างและภายหลังการพิจารณา AAA เตือนอนุญาตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาหาประโยชน์ส่วนตัว หรือประโยชน์แก่ผู้อื่น การเปิดเผยความลับจะทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณี หรือมีกฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ในหมวด 8 ในจริยธรรมในเรื่องการรักษาความลับ ข้อ 45 กำหนดไว้ว่า “อนุญาตตุลาการอยู่ในฐานะเป็นที่ไว้วางใจของคู่กรณี ดังนั้นไม่ว่าเวลาใดจะต้องไม่นำข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างพิจารณาไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือเพื่อให้เป็นทางเสียประโยชน์แก่ผู้อื่น”

ข้อ 46 เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือข้อกำหนดอนุญาตไต่สวนการหรือกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาตไต่สวนการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดไว้เป็นความลับ

จะเห็นได้ว่าจากข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาตไต่สวนการ สถาบันอนุญาตไต่สวนการ กระทรวงยุติธรรม ดังกล่าว อนุญาตไต่สวนการมีหน้าที่ทางจริยธรรมที่จะต้องรักษาความลับในการอนุญาตไต่สวนการเอาไว้

แต่อย่างไรก็ตามในความเห็นของผู้เขียนมองว่าหลักชั้นพื้นฐานของอนุญาตไต่สวนการเกิดขึ้นจากหลักของสัญญา ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ให้อนุญาตไต่สวนการเปิดเผยความลับในการอนุญาตไต่สวนการได้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับกันได้ ดังนั้นหากคู่สัญญามีข้อตกลงดังกล่าวเอาไว้ และหากอนุญาตไต่สวนการนำความลับดังกล่าวไปเปิดเผยอนุญาตไต่สวนการไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ สำหรับในทางอาญาหากมีการกำหนดความรับผิดชอบแก่อนุญาตไต่สวนการแล้วหรือการเปิดเผยความลับในการอนุญาตไต่สวนการของอนุญาตไต่สวนการเป็นความผิดตามมาตรา 324 หากอนุญาตไต่สวนการกับคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการตกลงยินยอมให้อนุญาตไต่สวนการเปิดเผยความลับดังกล่าวได้ อนุญาตไต่สวนการจะกระทำการดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำนั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง

**แนวความเห็นฝ่ายแรก** เห็นว่าการให้ความยินยอมในทางอาญาไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพราะบทบัญญัติหรือการกำหนดกฎหมายในทางอาญาอิงอยู่กับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และไม่มีบทบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หากจะมองว่าการให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นการยอมความในทางอาญาหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการยอมความในทางอาญาและการยินยอมเป็นคนละเรื่องกัน การ

ยอมความเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว แต่บทบัญญัติของการกระทำนั้น ๆ กำหนดให้สามารถยอมความกันได้

แต่อย่างไรก็ตามการยินยอมในทางอาญาดังกล่าวพิเคราะห์ได้เพียงว่า หากผู้กระทำได้เชื่อโดยสุจริตว่าตนสามารถกระทำได้ และความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อส่วนตัว ศาลพิเคราะห์ว่าการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด เพียงแต่ขาดองค์ประกอบภายในในเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิด เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2609/2522 การที่จำเลยเอาโซ่ล่ามกุญแจเปิดทางเข้าออกของโจทก์ร่วมในตึกแถวพิพาทโดยอาศัยข้อตกลงในสัญญา เป็นกรณีที่จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่ามีสิทธิที่กระทำได้ การกระทำของจำเลยขาดเจตนาอันเป็นความผิดทางอาญา ไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก

**แนวความเห็นฝ่ายที่สอง** สำหรับความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเอกชน (Individualrechtsgut) และความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเอกชนอื่นจะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุลบล้างความผิดได้นั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2523: 151) อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยตรงให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ แต่ในทางปฏิบัติของศาลไทยก็ยอมรับว่าความผิดบางอย่างผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้ ดังเช่น ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยวางหลักเรื่องนี้เป็นบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งมีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

“... มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้...”

จากหลักของคำพิพากษาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายจะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้จะต้องเป็นความยินยอมภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

(1) จะต้องเป็นความยินยอมของผู้เสียหายอันบริสุทธิ์ โดยไม่มีการบังคับขู่เข็ญ หรือข่มขู่ หลอกลวง และสำคัญผิด

(2) จะต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำ และมีอยู่ถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

(3) จะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการพิจารณาความยินยอมตามข้อนี้อาจพิจารณาได้จากมติมหาชน ผลประโยชน์ของสังคมและศีลธรรม นอกจากนี้ความผิดที่กระทำจะต้องมีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเอกชน (Individualrechtsgut) (กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2523: 53-56)

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นฝ่ายที่สอง ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่าในกฎหมายไทย ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดบางฐานเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำได้เป็นหลักที่ยอมรับในทางปฏิบัติของศาล แต่อย่างไรก็ดีความยินยอมของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตไต่สวนการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์และไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และความยินยอมนั้นจะต้องมีก่อน หรือขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าในทางปฏิบัติควรมีหลักฐานในการให้ความยินยอมไว้เพื่อเป็นหลักฐาน เพื่อที่จะใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานให้พ้นจากความรับผิดด้วย

### 3.3.5.5 การเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อสร้างบรรทัดฐานของความยุติธรรมโดยความยินยอมของคู่กรณี

เหตุผลเรื่องการรักษาความลับ (confidentiality) นับว่าสำคัญไม่น้อยในการอนุญาตไต่สวนการ เพราะข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายไม่ยอมให้แพร่พรายเพราะจะกระทบถึงความสัมพันธ์ทางธุรกิจการค้า และความลับในทางการค้า การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการ สามารถรักษาความลับได้ดีกว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาล เพราะการอนุญาตไต่สวนการรักษาความลับของคู่พิพาทได้ดีกว่า จำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณามีจำนวนจำกัด และกระบวนการพิจารณาจะดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการเฉพาะการอนุญาตไต่สวนการไม่ปรากฏต่อสาธารณชน สื่อมวลชนไม่มีโอกาสรายงานข่าว จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้การอนุญาตไต่สวนการนั้นช่วยรักษาความลับได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาหน้าที่ตามจรรยาของอนุญาตไต่สวนการที่จะต้องไม่แพร่พรายเรื่องที่ตนนั่งพิจารณาหรือเคยพิจารณาค่าชี้ขาดนั้น ในประเทศญี่ปุ่นโดยข้อบังคับของ JCAA ยังกำหนดให้อุญาตไต่สวนการของสถาบัน

หรือคู่กรณี ตัวแทน หรือผู้ซึ่งต้องช่วยเหลือ จะต้องรักษาความลับซึ่งเป็นข้อเท็จจริงของคดีในการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะอนุญาโตตุลาการ (arbitral tribunal)

อย่างไรก็ดีมีผู้เห็นว่ากรณีที่เปิดเผยหรือเป็นความลับทั้งหมด มีจุดอ่อนคือไม่สามารถสร้าง Jurisprudence ในระบบของอนุญาโตตุลาการได้ จะเป็นไปได้หรือไม่ที่เราจะยกเว้นในเรื่องความลับเฉพาะส่วนของคำชี้ขาดบางส่วนบางตอนอาจเปิดเผยเมื่อผ่านระยะเวลาช่วงหนึ่งซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีอรรถประโยชน์คือเมื่อระยะเวลาช่วงหนึ่งแล้วเอกสิทธิ์ในการรักษาความลับจะหมดลงถ้าไม่มีประโยชน์ในการรักษาความลับอีกต่อไป คล้ายกับ Law Report ของต่างประเทศ (จรัญ ภัคดีธนากุล อ้างถึงใน วุฒิปงษ์ เวชยานนท์, 2538: 158) หรือการที่ ICC และ ICSID ได้ลงพิมพ์โฆษณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการใน ICC Year Book Commercial Arbitration และ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal อยู่เป็นประจำ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยโดยอาจตกลงกันให้ชัดเจนในสัญญา แต่อย่างไรก็ดีควรเปิดเผยเฉพาะคำชี้ขาดไม่รวมถึงคำเบิกความ และเอกสารอื่นในคดี (Hasaneh V. Mew, Queen's Bench Division Commercial Court) โดยพิจารณาข้อข้อความในคำชี้ขาดให้กระชับ



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 4

### วิเคราะห์แนวทางความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ถึงขอบเขตเกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศแล้วนั้น ในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งอาจเข้ามาเกี่ยวข้องในเรื่องของอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในชั้นพิจารณา วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องรับสินบน (Bribery) และความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการเปิดเผยความลับของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย รวมทั้งเสนอความคิดเห็นโดยสังเขปในเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการไว้ในบทนี้

การระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน นอกจากจะใช้การระงับข้อพิพาทโดยทางการศาลแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นทางเลือกหนึ่งที่คู่กรณีนิยมหันมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยเฉพาะการระงับข้อพิพาทในการค้า ตัวผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการจะมีความสำคัญมาก เพราะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการวินิจฉัยอย่างกว้างขวาง ทั้งประเด็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบนี้ กระบวนการที่สำคัญคือการพิจารณาคดีในชั้นพิจารณา

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทโดยการสมัคใจ (consensual process) เป็นการสมัคใจของคู่กรณีพิพาทในการระงับข้อพิพาทของตน แต่ทั้งนี้วิธีการของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ไม่มีแบบพิธีเสียเลย อาจารย์สม อินทร์พุง เคยกล่าวอ้างไว้ว่าวิธีการของอนุญาโตตุลาการมี formality มาก เป็นวิธีการในการหาข้อเท็จจริง และต้องระงับให้ทั้งสองฝ่ายได้รับการพิจารณาโดยชอบธรรม และศาลมีโอกาสตรวจสอบอีกด้วย การไม่ระงับในการให้ความเป็นธรรม อาจเป็นเหตุให้คำชี้ขาดถูกทำลาย เคยมีผู้ล้อว่าอนุญาโตตุลาการในคดี เป็น "litigation without wigs" หรือในอดีตตั้งแต่สมัยทิวเดอรีในประเทศอังกฤษ เคยมีคำใช้เรียกอนุญาโตตุลาการว่าเป็นสุภาพบุรุษที่ไม่เกี่ยวข้อง (indifferent gentlemen) (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 98) หรืออาจหมายถึงผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียและเป็นกลางในการระงับข้อพิพาทนั่นเอง

จากการศึกษาความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) และซีวิลลอว์ (Civil Law) ในการตัดสินมาตรฐานความผิดของอนุญาโตตุลาการเริ่มขึ้นจากทิศทางที่ตรงกันข้าม ขณะที่ประเทศคอมมอนลอว์เน้นที่ข้อเท็จจริงที่ว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (quasi-judicial functions) ดังนั้นควรจะได้รับ การปกป้องโดยการให้ความคุ้มกันทางศาล แต่ประเทศทางซีวิลลอว์เน้นที่ความสำคัญว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้เชี่ยวชาญมืออาชีพผู้ซึ่งควรจะได้รับผิดต่อการกระทำ ความผิด โดยทั้งสองระบบต่างก็ตระหนักว่าในความเป็นจริงนั้น อนุญาโตตุลาการกระทำกรใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ เป็นทั้งผู้เชี่ยวชาญและผู้พิพากษา ดังนั้น ในช่วงหลังประเทศคอมมอนลอว์จึงค่อนข้างจะเริ่มจำกัดหลักการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการลง (Haumaninger, 1999: 23)

ในกรณีที่มีสัญญาระบุความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการไว้ หากอนุญาโตตุลาการกระทำ การบางอย่างซึ่งละเมิดข้อตกลงก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ถ้าไม่มีสัญญาระบุไว้ว่าอนุญาโตตุลาการ จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่ามีการกระทำ ความผิดหรือจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ตามหลัก กฎหมายต่างๆ ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาในเรื่องความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งดังจะ กล่าวต่อไป

#### 4.1 แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน

แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งอาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่อง ของอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น 2 ชั้นด้วยกัน คือ

4.1.1 ในชั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ (Arbitrability) ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน โดยทั่วไปแล้วเรื่องวิธี พิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน การทำ การ อนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของวิธีพิจารณาความแพ่งปกติ จึงต้องอยู่ใต้การพิจารณาใน แ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะเป็นการแบ่งใช้อำนาจอรัฐส่วนหนึ่ง

4.1.2 ในชั้นวิธีพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องใช้วิธีพิจารณาที่เป็นธรรมดา ดำเนิน กระบวนพิจารณาโดยชอบตามหลักสุจริตกระบวน คือเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณา โดย

พิทักษ์สิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่าย คือ ให้โอกาสคู่ความในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่จำเป็นต้องใช้เวลาเท่าๆ กันข้อสำคัญคือต้องให้โอกาสเพียงพอแก่คู่ความที่จะนำเสนอข้อเท็จจริงของตน (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 66) ซึ่งเป็นหัวใจของความยุติธรรมและสอดคล้องตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่กล่าวถึงกฎว่าด้วยความเป็นธรรม ได้แก่ กฎต่างๆ ที่ว่าด้วยความไม่เอนเอียงประการแรก ไม่มีใครควรเป็นผู้พิพากษาในคดีของตน *nemo iudex in causa sua* ประการที่สอง ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย *audi alteram partem* หลักนี้คือหนึ่งในบรรดากฎพื้นฐานของระบบความยุติธรรมแบบกล่าวหา คืออนุญาตตุลาการต้องให้ทั้งสองฝ่ายมีโอกาสต่อสู้คดี อนุญาตตุลาการอาจถูกถอดถอนเพราะเหตุประพฤติมิชอบ ถ้าทำการฝืนความยุติธรรมตามธรรมชาติในการดำเนินการชี้ขาดตามคำขอ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540:138 )

และหลักที่สำคัญของการพิจารณาคดีอีกประการหนึ่งคือ หลักของความเสมอภาคและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ โดยอนุญาตตุลาการต้องไม่ลำเอียง (*impartial*) โดยความลำเอียงที่คาดได้ว่ามีอยู่นี้เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวอนุญาตตุลาการกับคู่กรณี หรือระหว่างอนุญาตตุลาการกับเรื่องที่พิพาทนั่นเอง จนเห็นได้ว่าอนุญาตตุลาการนั้นไม่อาจทำหน้าที่อย่างฝักใฝ่ ศาลอาจถอดถอนอนุญาตตุลาการผู้นั้น ในกรณีที่ได้มีคำชี้ขาดแล้วถือว่า คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบอันเป็นเหตุให้คำชี้ขาดนั้นถูกทำลายได้ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 96) อนุญาตตุลาการต้องไม่มีอคติ (*bias*) เพราะอคตินั้นเป็นสภาวะของจิตใจที่ทำให้ไม่สามารถตัดสินอย่างเป็นกลาง เพราะความกลัว ความเกลียด ความโกรธ ความหลง หรือความโลภ ความรู้สึกที่มีต่อตัวความหรือลักษณะของเรื่องการมีอคตินี้เป็นเหตุแห่งการคัดค้าน และคำชี้ขาดที่ทาลงไปโดยปรากฏว่า อนุญาตตุลาการมีอคติอาจถูกทำลายได้ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 28)

การพิจารณาถึงปัญหาความสงบเรียบร้อยในชั้นตัดสินคดี มีผู้เห็นว่าในชั้นตัดสินคดี อนุญาตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เช่น ยอมให้การสินบนเป็นการถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดการเรียกสินบนทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ นอกจากผิดหลักการของความเสมอภาค และความเป็นอิสระแล้ว อาจทำให้เกิดไม่สงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ประสิทธิภาพของการใช้ทรัพยากรจะสูญเสียไป เพราะทำให้ผู้ที่สูญเสียจากผลของคำชี้ขาด อาจล้มการระของเสียหายนั้นไปยังผู้บริโภค โดยจะเห็นได้ว่าผู้ผลิตสินค้าและบริการไม่ใช่เป็นผู้มีประสิทธิภาพสูงสุด (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 51) นอกจากนั้นในการทำการค้า พ่อค้ามีความคาดหวังและต้องการความแน่นอนในทางการค้าซึ่งเป็น



ปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการประกอบธุรกิจ เมื่อเกิดความไม่แน่นอนในทางการค้าขึ้นย่อมหมายถึงความเสี่ยงในทางธุรกิจ หากมีความไม่แน่นอนหรือความเสี่ยงสูง ผู้ประกอบการก็จะผลักราคาให้แก่ผู้บริโภค เป็นเหตุให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

กรณีที่ค่าซื้อขายของอนุญาตตุลาการทำได้โดยชอบและเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณา นอกจากอาจเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายที่ได้ต่อสู้กันเต็มที่ในกระบวนการพิจารณาแล้ว สามารถช่วยลดความรุนแรงขัดแย้งได้สูง แต่หากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามจนคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้นำค่าซื้อขายมาบังคับ โดยปกติศาลในประเทศส่วนใหญ่จะไม่ทำการหรือฟื้นฟูทบทวน (review) สาระของค่าซื้อขายของอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะเป็นปัญหาในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นประเด็นแห่งคดี ศาลเพียงทำหน้าที่ในการตรวจสอบค่าซื้อขายนั้นว่ากระทำขึ้นโดยวิธีพิจารณาโดยชอบธรรมหรือไม่ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีต่อประชาชนหรือไม่ (อนันต์จันทร์โอภากร, 2536: 16) เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าอำนาจในการตัดสินซื้อขายพิพาทดังกล่าวของอนุญาตตุลาการโดยเฉพาะวิธีการพิจารณาเป็นอำนาจที่ผูกโยงเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเพราะเมื่ออนุญาตตุลาการทำหน้าที่วินิจฉัยตัดสินคดีโดยประพฤตินิดหน่อยที่อย่างร้ายแรงเช่น รับสินบนและซื้อขายโดยให้ประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไป

ผู้เขียนเห็นว่านอกจากตัวบุคคลผู้ที่จะเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการจะต้องผ่านการเลือกสรรของคู่กรณีพิพาทกันมาตั้งแต่ต้นเพื่อหาบุคคลที่มีความเป็นกลาง มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาทกันจะทำให้เข้าใจเรื่องพิพาทได้ดี ข้อพิพาทสามารถซื้อขายให้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย ไม่ต้องตั้งผู้เชี่ยวชาญอีก สำหรับขั้นตอนการพิจารณาคดีของอนุญาตตุลาการควรจะให้มีความสำคัญในเรื่องหลักของความเสมอภาคในการพิจารณาโดยไม่ลำเอียง (impartial) มีความเป็นอิสระ (Independence) และเป็นธรรม ค่าซื้อขายของอนุญาตตุลาการเบื้องต้นก็จะเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีก็อาจยอมปฏิบัติตาม ตลอดจนหากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามเมื่อกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นที่เชื่อมั่นและยอมรับศาลก็บังคับตามค่าซื้อขายได้ง่ายขึ้น สอดคล้องกับปรัชญาของความรวดเร็วของวิธีการระงับข้อพิพาทแบบนี้ ไม่ต้องย้อนกลับไปทำการอนุญาตตุลาการกันใหม่ให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย

อนึ่ง จริงอยู่ว่าระบบอนุญาตตุลาการจะรวดเร็ว สะดวก แต่ระบบนี้ก็ง่ายต่อการให้และรับสินบนเพราะมิได้มีบทลงโทษใดๆ ทางกฎหมายต่อผู้ดำเนินการดังกล่าวเช่นเดียวกับผู้

ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอื่นๆ (ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, 2543: 28) ประเด็นของความประพัตติมิชอบอย่างร้ายแรงที่ผู้เขียนยกขึ้นมาเพื่อพิจารณาหาแนวทางแก้ไขคือ หากอนุญาตตุลาการประพัตติมิชอบยอมรับสินบนจากคู่กรณีเพื่อชี้ขาดคดีให้เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่คู่กรณีอีกฝ่าย อันอาจที่จะก่อให้เกิดผลเสียแก่ความน่าเชื่อถือของระบบอนุญาตตุลาการ และมาตรฐานที่ดี หากจะละเลยโดยปล่อยให้สังคมทางการค้าของพ่อค้าควบคุมกันเองอาจได้ผลระดับหนึ่ง แต่เนื่องจากในปัจจุบันสังคมกว้างขึ้น และมีความซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งหากจะให้พ่อค้าควบคุมกันเอง โดยอาศัยสภาพบังคับทางสังคม เกรงว่าอาจไม่ได้ผลและทำยที่สุดไม่แน่ว่าระบบอนุญาตตุลาการอาจจะล้มลุกคลุกคลานเสียก็ได้ รัฐควรเข้าไปกำกับดูแลเพื่ออำนวยความสะดวกในเรื่องนี้ เพราะประกอบกับขณะนี้ไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะแก้ไขเยียวยาคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีโดยการตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ นอกจากจะคัดค้านคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ชนะบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น แต่ทั้งนี้ก็มีใช้ว่าจะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอนุญาตตุลาการเสียทุกเรื่อง เพราะมิฉะนั้นก็อาจทำให้ระบบอนุญาตตุลาการกลายเป็นศาลไป

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการรับสินบนในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาในเรื่องการรับสินบน สำหรับการลงโทษอนุญาตตุลาการ ไว้เป็นกรณีพิเศษในหลายมลรัฐ (Domke, 1968: 226) อาทิเช่น มลรัฐไอดาโฮ มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐมิชิแกน เป็นต้น โดยมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดความรับผิดชอบสำหรับกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตตุลาการประพัตติมิชอบ เรียก รับ ตกลงว่าจะรับสินบนโดยใช้อำนาจหน้าที่ของตนไว้ดังนี้

“เจ้าหน้าที่ของศาล ลูกขุน กรรมการ (referee) อนุญาตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาด (umpire) และบุคคลที่มีอำนาจโดยกฎหมายในการรับฟัง (determine) ตัดสินปัญหาต่างๆ (any question) หรือการโต้เถียง (controversy) เรียก รับ ตกลงว่าจะรับสินบน ภายใต้ข้อตกลง หรือความเข้าใจว่าการลงมติ ความคิดเห็น หรือการตัดสินภายใต้ประเด็นหรือคำถาม ซึ่งอาจนำเข้ามาก่อนการใช้ดุลพินิจ อันจะมีอิทธิพลเหนือการตัดสิน จะต้องถูกลงโทษจำคุกในเรือนจำมลรัฐเป็นเวลาไม่เกิน 4 ปี”

โดยรัฐบัญญัติ (statutes) นี้ได้มีบทลงโทษในทางอาญา สำหรับการกระทำโดยการประพัตติมิชอบ โดยการรับสินบน ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หากอนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือ

ตกลงว่าจะรับสินบน ซึ่งเป็นการจงใจอันมีอิทธิพลต่อการใช้ดุลพินิจ ถือว่ามีความผิดในทางอาญา และสามารถถูกจำคุกไม่น้อยกว่า 4 ปี

นอกจากนั้น ประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศในกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ได้กำหนดความรับผิดสำหรับกรณีที่อนุญาตใตตุลาการรับสินบนก่อนหรือขณะดำรงตำแหน่ง โดยจัดลำดับประเภทของความผิดเอาไว้ในหมวดเดียวกับผู้ดำรงตนเป็นผู้พิพากษาซึ่งอยู่ในความหมายของคำนิยามว่า “ข้าราชการ (public servant) ” เช่นเดียวกัน เพราะโดยลักษณะของกระบวนการพิจารณาของอนุญาตใตตุลาการและศาลอาศัยหลักการเดียวกันคือ ในชั้นพิจารณาจะต้องอาศัยหลักความเสมอภาคและความเป็นอิสระ การกระทำใดๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อหลักการนี้อย่างรุนแรงเช่น การรับสินบนถือว่ามีผิดตาม The Statutes of The Republic of Singapore Penal Code (Chapter 224 ) รัฐบัญญัติของประเทศสิงคโปร์ ดังนี้

**มาตรา 161** “ผู้ใดเป็น หรือคาดว่าจะป็นข้าราชการ (public servant) ยอมรับ หรือได้มา หรือตกลงที่จะยอมรับ หรือพยายามที่จะได้มาซึ่งประโยชน์อื่นใดจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด สำหรับตนเองหรือสำหรับบุคคลอื่นใด นอกจากค่าตอบแทนตามกฎหมาย เพื่อเป็นเหตุจูงใจ หรือเป็นรางวัลในการกระทำการ หรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ของตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดความหมายผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาตใตตุลาการให้ไว้ในความหมายของคำนิยามของคำว่า “ข้าราชการ” ในความหมายลำดับที่หกของมาตรา 21 โดยให้รวมถึง ผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาตใตตุลาการ หรือบุคคลอื่นใดที่ศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มอบหมายให้ชี้ขาดหรือเพื่อทำคำวินิจฉัย โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับ The Statutes of The Republic of Singapore Penal Code (Chapter 224) รัฐบัญญัติของประเทศสิงคโปร์ โดยประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดความรับผิดในกรณีที่อนุญาตใตตุลาการรับสินบนเอาไว้ในรัฐบัญญัติดังนี้

**มาตรา 161** ข้าราชการที่รับสิ่งจูงใจนอกเหนือจากค่าตอบแทนในทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการ

“บุคคลใดก็ตามที่เป็นหรือคาดว่าจะป็นข้าราชการยอมรับ หรือได้มา หรือตกลงที่จะยอมรับหรือพยายามที่จะให้ได้มาจากบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อตัวเองหรือเพื่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะสิ่งจูงใจอะไรก็ตาม นอกเหนือจากค่าตอบแทนในทางกฎหมาย อันเนื่องมาจากมูลเหตุชักจูงใจหรือรางวัลเพื่อกระทำการหรือละเว้นที่จะกระทำการในทางราชการหรือเพื่อแสดงออกหรือละเว้นที่จะแสดงออกในการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการเพื่อก่อให้เกิดความพึงพอใจหรือไม่พึงพอใจต่อบุคคลใดหรือเพื่อให้หรือพยายามที่จะให้การบริการหรือไม่ให้บริการต่อบุคคลใด หรือกับรัฐบาล กับสมาชิกของคณะรัฐมนตรีหรือของรัฐสภาหรือของคณะมนตรีฝ่ายบริหารแห่งรัฐหรือสภานิติบัญญัติหรือกับข้าราชการดังกล่าว ต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกเป็นเวลาถึงสามปีหรือปรับหรือทั้งสองอย่าง”

**มาตรา 165** ข้าราชการที่ได้มาซึ่งสิ่งของที่สามารถตีราคาได้โดยปราศจากค่าตอบแทนจากบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาหรือธุรกิจที่ได้ติดต่อโดยข้าราชการดังกล่าว

“บุคคลใดก็ตามที่เป็นข้าราชการยอมรับหรือได้มาหรือตกลงที่จะยอมรับหรือพยายามที่จะได้มาเพื่อตัวเองหรือเพื่อบุคคลอื่นในสิ่งของที่สามารถตีราคาได้โดยปราศจากค่าตอบแทนหรือเพื่อค่าตอบแทนที่ตนรู้ว่าไม่พอจากบุคคลอื่นที่ตนรู้จักว่าได้เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องหรือน่าจะเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาหรือธุรกิจที่ได้ติดต่อหรือกำลังจะติดต่อโดยข้าราชการดังกล่าวหรือมีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในทางราชการของตัวเองหรือของข้าราชการกับผู้บังคับบัญชาหรือจากบุคคลอื่นที่เขาสนใจหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลที่ได้กล่าวมา ต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกเป็นเวลาถึงสองปีหรือปรับหรือทั้งสองอย่าง”

สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มีการกำหนดความรับผิดชอบอาญาของอนุญาโตตุลาการเรียก รับสินบน เอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) โดยจัดให้อนุญาโตตุลาการกระทำความผิดให้อยู่ในลำดับกันกับศาล ดังนี้

**มาตรา 331 (2)** “ในกรณีที่ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ เรียกหรือ ให้สัญญาหรือยอมรับ สิ่งชักจูงใจ เพื่อให้กระทำการที่มีขอบไม่ไว้ในอดีตหรือในอนาคต จะต้องถูกลงโทษจำคุกอย่างสูงถึง 3 ปี หรือปรับ รวมถึงผู้ที่พยายามกระทำความผิดดังกล่าวด้วย”

(Article 331 (2) A judge or arbitrators, who demands, promises or accepts any form of inducement in return for his carrying out a legal act, past or future, will be punished by imprisonment of up to three years or a fine. The a tempt is also punishable)

**มาตรา 333 ผู้เสนอให้สิ้นบน**

(1) ...

(2) ผู้ใดเสนอ ให้สัญญา หรือให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แก่ผู้พิพากษาหรือ  
**อนุญาตตุลาการ** เป็นค่าใช้จ่าย เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการในอนาคต ต้องถูกลงโทษจำ  
 คุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

(3) ...

**มาตรา 334 ผู้เสนอให้สิ้นบน เพื่อให้กระทำละเมิดต่อหน้าที่**

(1) ...

(2) ผู้ใดให้ ขอให้ รับว่าจะให้ ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้พิพากษาหรือ  
 อนุญาตตุลาการ เป็นค่าใช้จ่าย เพื่อกระทำการทางตุลาการดังนี้

(2.1) ได้ปฏิบัติหน้าที่แล้ว และการปฏิบัติหน้าที่นั้นได้ละเมิดหน้าที่ทางตุลาการ  
 ของผู้พิพากษา หรืออนุญาตตุลาการ

(2.2) เพื่อที่จะได้กระทำการในอนาคต และการที่จะได้กระทำการในอนาคตนั้น  
 จะละเมิดหน้าที่ทางตุลาการของผู้พิพากษาหรือ**อนุญาตตุลาการ**

ในกรณีที่ตกอยู่ภายใต้ข้อ 2.1 จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี และใน  
 กรณีที่ตกอยู่ภายใต้ข้อ 2.2 จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี การพยายามกระทำความผิดจะ  
 ถูกลงโทษด้วย

**มาตรา 335 ความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่**

ความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการ หรือตุลาการให้หมายความรวมถึง  
 การปฏิบัติหน้าที่ของพวกเขาภายในความหมายของมาตรา 331 ถึงมาตรา 334

**มาตรา 335a** การตอบแทนให้แก่**อนุญาตตุลาการ**อาจเป็นผลประโยชน์ ภายใต้  
 ความหมายของมาตรา 331 ถึง มาตรา 334 ถ้าหากว่าอนุญาตตุลาการเรียกร้อง รับผลประโยชน์  
 จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งลับหลังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสนอ  
 ให้สัญญา หรือให้ผลประโยชน์แก่อนุญาตตุลาการลับหลังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

**มาตรา 336** ผู้พิพากษา, ลูกจ้างหน่วยงานของรัฐบาล หรืออนุญาตตุลาการที่ดำเนินการ หรือตัดสินประเด็นทางกฎหมาย โดยตัดสินหรือใช้กฎหมายในทางที่ผิดอย่างจงใจ เพื่อให้คู่สัญญาผู้มีส่วนได้เสียชนะหรือแพ้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปี

ในประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดความรับผิดสำหรับอนุญาตตุลาการที่ประพฤติมิชอบกระทำผิดหน้าที่ (Misconduct) อย่างร้ายแรงทุจริตรับสินบน (Bribery) เช่น เรียก รับ หรือยอมจะทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ตอบแทน โดยประเทศญี่ปุ่นได้แยกอนุญาตตุลาการออกจากคำว่าเจ้าพนักงานซึ่งมาตรา 7 ได้ให้ความหมายว่าหมายถึง ข้าราชการของรัฐบาลซึ่งมีหน้าที่ต่อสาธารณะ สมาชิกสภา รัฐมนตรี หรือลูกจ้างซึ่งมีหน้าที่ต่อสาธารณะ โดยตุลาการเองก็อยู่ในความหมายของมาตรา 7 นี้ด้วย อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดในกรณีเดียวกับผู้พิพากษากระทำ ความผิดดังกล่าว โดยกำหนดความผิดดังกล่าวไว้ในมาตรา 197 และ 197-2 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ดังนี้ (Lew, 1990: 55)

**มาตรา 197** เมื่อเจ้าพนักงาน หรืออนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือยอมจะรับสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด โดยอาศัยความสัมพันธ์ในหน้าที่ เจ้าพนักงานผู้นั้นมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ทั้งนี้เมื่อเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการยอมรับสิ่งจูงใจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

ผู้ใดก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งเข้ารับตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ รับ เรียก หรือต่อรอง สำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการใดๆ ในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

**มาตรา 197-2** ของประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่นบัญญัติว่า ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือต่อรองสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น เพื่อจูงใจให้กระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

**มาตรา 197-3** ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติเลยไปถึง หากเหตุของการกระทำนั้นเกิดจากตัวอนุญาตตุลาการเอง โดยไม่มีมูลเหตุจูงใจจากเรื่องของสินบน แต่อนุญาตตุลาการกระทำการใด ๆ โดยไม่ชอบในตำแหน่งหน้าที่อนุญาตตุลาการต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป

**มาตรา 197-3** ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ กระทำการที่ไม่ชอบ หรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

วรรคสอง ...

ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการขณะที่ทำหน้าที่ ยอมรับสิ่งจูงใจ รับเรียก หรือต่อรองทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

นอกจากนี้มาตรา 198 ยังมีการกำหนดความผิดผู้ที่ให้สินบนแก่อนุญาตตุลาการ ต้องมีความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติป็นเอาไว้เช่นเดียวกัน

**มาตรา 198** ผู้ใด ให้ เสนอว่าจะให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ในมาตรา 197 ถึง 197-4 ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษสำหรับความผิดนั้นไม่เกินสามปีหรือปรับไม่น้อยกว่าสองล้านห้าแสนเยน

ประเทศอาร์เจนตินาได้พิจารณาหลักความรับผิดของอนุญาตตุลาการโดยเปรียบเทียบระหว่างอนุญาตตุลาการและผู้พิพากษา เพราะอนุญาตตุลาการและผู้พิพากษาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีเช่นเดียวกัน เมื่อผู้พิพากษากะทำผิดรับสินบนต้องรับโทษทางอาญา รวมทั้งห้ามเป็นผู้พิพากษาโดยเด็ดขาดหรือถาวร เมื่ออนุญาตตุลาการกระทำผิดหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยอนุญาตตุลาการทุจริตรับสินบน จึงต้องนำบทบัญญัติความรับผิดที่ใช้กับผู้พิพากษามาใช้สำหรับการกระทำโดยทุจริตรับสินบนมาใช้กับอนุญาตตุลาการ (Horacio A. Grigera naon: 1990, 8) โดยกำหนดความรับผิดดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอาร์เจนตินา มาตรา 269 ดังนี้

“ผู้พิพากษาที่ออกคำพิพากษาขัดแย้งกับกฎหมายอย่างชัดแจ้งซึ่งถูกอุทธรณ์โดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยตัวผู้พิพากษาเอง หรืออ้างถึงข้อเท็จจริงหรือมติที่ผิดเป็นพื้นฐานสำหรับคำพิพากษาของตน ต้องถูกลงโทษโดยการปรับจำนวนตั้งแต่หนึ่งพันถึงสี่พันเปโซและโดยการเพิกถอนจากเป็นผู้พิพากษาตลอดชีวิต

ถ้าคำพิพากษาเป็นความผิดในทางอาญา การลงโทษอาญาจำคุกหรือกักขังตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและถูกเพิกถอนจากการเป็นผู้พิพากษาตลอดชีวิต

ตามวรรคหนึ่งของมาตรานี้นำมาใช้บังคับกับผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการด้วย”

(Article 269 Any judge who delivers a judgment contrary to the explicit law invoked by any party or by himself , or quotes any false fact or resolution , as a basis for his judgment , shall be punished by a fine from one thousand to four thousand pesos and complete disqualification for life.

If the judgment is one of guilty in criminal case , the punishment shall be imprisonment or jailing form three to fifteen years and complete disqualification for life.

The first paragraph of this Article is also applicable to any mediator or arbitrator.)

จะเห็นได้ว่าหากอนุญาโตตุลาการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๖๙ อนุญาโตตุลาการผู้กระทำความผิดดังกล่าวอาจถูกห้ามเป็นอนุญาโตตุลาการโดยถาวร

**มาตรา 269** ของประมวลกฎหมายอาญาอาร์เจนตินา กำหนดความรับผิดทางอาญา กับผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินคดี เมื่อทำตัดสินชี้ขาดขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง หรืออ้างอิงข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง หรืออ้างอิงคำวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้อง ถึงแม้คำวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องดังกล่าวจะได้รับการแก้ไขโดยการอุทธรณ์ในเวลาต่อมาก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติตามมาตรา 269 นี้ถูกนำมาใช้บังคับกับผู้ไกล่เกลี่ยชั้นเพื่อนด้วย เพื่อเน้นย้ำหลักของความยุติธรรมที่ว่าผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินคดี ต้องทำคำชี้ขาดต้องทำคำตัดสินชี้ขาดให้สอดคล้องกับหลักของความยุติธรรม ดังนั้น เมื่อพิจารณาความคล้ายคลึงกันระหว่างผู้พิพากษา กับอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญามาตราดังกล่าวจึงถูกนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการด้วย(Lew,1990:8)

ประเทศนอร์เวย์ได้มีการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปโดยความเสมอภาค และให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยมีการบัญญัติความผิดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเรียกรับสินบนเอาไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา ประเทศนอร์เวย์ ค.ศ.1961 โดยจัดลำดับความรับผิดดังกล่าวเอาไว้ในบทบัญญัติเดียวกับผู้ดำรงตนเป็นผู้พิพากษา ดังนี้



**มาตรา 114** “ผู้พิพากษา ลูกขุน ผู้สำรวจรังวัด หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ในการปฏิบัติหน้าที่ เรียกร้องหรือยอมรับประโยชน์หรือให้สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อกระทำหรือได้กระทำหรือขัดแย้งกับผลประโยชน์ของคุณความในการระงับข้อพิพาททางกฎหมาย ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษโดยจำคุกไม่เกินแปดปี

บทบัญญัตินี้ให้นำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการด้วย ถ้าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้

(“Article 114 A judge, juror, surveyor or expert witness who, in such capacity, demands or receives for himself or another any unlawful favor or the promise thereof, for acting or having acted for against the interests of any of the parties in a legal dispute, shall be punished imprisonment up to eight years.

These provisions are also applicable to arbitrators, if the award is enforceable.)

หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในประเทศอิตาลี นอกจากความสัมพันธ์ของ อนุญาโตตุลาการ และคู่กรณีพิพาทจะเป็นไปตามหลักของสัญญา แต่กระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะเป็นสาธารณะ (public character) ไม่ว่าการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จะมีค่าตอบแทน หรือไม่มีค่าตอบแทน ตามมาตรา 358 และ มาตรา 320 ดังนั้นหากอนุญาโตตุลาการ รับ หรือ ยอมจะรับ เงินหรือทรัพย์สินอื่นใด อนุญาโตตุลาการต้องรับผิด โดยบัญญัติความรับผิดทางอาญา ในกรณีของอนุญาโตตุลาการรับสินบน ในมาตรา 318 ดังนี้

**มาตรา 318** ผู้ใดเป็นเจ้าของงานของรัฐที่กระทำการตามหน้าที่ ปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติ หรือกระทำการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ โดยรับ ยอมจะรับ เงินหรือทรัพย์สินอื่นใด ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับเป็นเงินตั้งแต่ 20,000 ลีร์ ถึง 400,000 ลีร์

#### 4.2 วิเคราะห์ความรับผิดอาญาของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

จากหลักที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า“ไม่มีความผิดและไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติ” (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) ซึ่งมีผลว่าการกำหนดความผิดทางอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด และโทษที่พึงจะมี

สำหรับการกระทำผิดต่อกฎหมายนั้น จะต้องตีความโดยเคร่งครัด หลักที่ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติ” (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้ “บุคคลจักต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จะเห็นได้ว่าหลักที่ว่า จะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นมีความผิด มีผลอยู่ในตัวเองว่ากฎหมายที่บัญญัติเช่นนั้นจะต้องมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด การตีความในกฎหมายนั้นจึงต้องพิจารณาตามตัวอักษร จะขยายความในบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นความผิดด้วย ย่อมไม่ถูกต้อง

แต่อย่างไรก็ตามเบื้องต้น ประเด็นปัญหาแรกที่ต้องนำมาพิจารณาเสียก่อนก็คือว่า เจ้าพนักงานหมายความว่าอย่างไร อนุญาตต่อตุลาการอยู่ในความหมายของคำว่าเจ้าพนักงานหรือไม่ เพราะบุคคลที่เป็นเจ้าพนักงานนั้น มีฐานะนอกเหนือไปจากบุคคลธรรมดาบางประการ เนื่องจากผลของอำนาจหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติซึ่งมีทั้งผลในทางคุ้มครองและผลในทางควบคุมบุคคลผู้เป็นเจ้าพนักงานนั้น กล่าวคือผลทั้งปวงที่ว่ามานี้ จะมีก็ต่อเมื่อเป็นกรณีเกี่ยวเนื่องอยู่ในหน้าที่การงานของผู้นั้น

ฉะนั้นการตีความคำว่าเจ้าพนักงาน จึงต้องระลึกรั้งเหตุผลดังกล่าวไว้ด้วยว่าเจ้าพนักงานนั้นมีทั้งคุณและโทษที่ได้รับจากบทบัญญัติของกฎหมาย โดยนัยเช่นเดียวกับการที่มีทั้งอำนาจและหน้าที่ด้วยในเวลาเดียวกัน การที่จะตีความในทางขยายความ แทนที่จะเป็นคุณอาจกลับเป็นโทษแก่บุคคลที่อยู่ในฐานะเช่นนั้นก็ได้ และยังเป็นโทษแก่บุคคลอื่นทั่วไปในขณะเดียวกัน เพราะต้องมีหน้าที่ต่อเจ้าพนักงานนั้นด้วย ฉะนั้นจึงไม่ควรตีความคำว่าเจ้าพนักงานให้พุ่มเพื่อยเกินขอบเขตไป การที่จะถือว่าบุคคลใดเป็นเจ้าพนักงานนั้นจะต้องพิจารณาโดยจำกัด (คำพิพากษาฎีกา 253/2503, 277/2503) มีข้อที่ควรสังเกตในเบื้องต้นว่า คำว่าเจ้าพนักงานหมายรวมถึงตัวเจ้าพนักงานเองโดยเฉพาะ ไม่รวมถึงผู้ที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานแต่เข้าช่วย หรือต้องช่วยเจ้าพนักงาน ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่ ผู้ที่เข้าช่วยเจ้าพนักงานโดยที่ตนเองไม่ใช่เจ้าพนักงานอาจเกิดจากการถูกบังคับ เช่น ผู้ซึ่งต้องช่วยเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น เจ้าพนักงานตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า ผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่ทางฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นข้าราชการการเมือง เช่น รัฐมนตรี หรือข้าราชการประจำ รวมตลอดทั้งฝ่ายตุลาการ และ

รัฐสภาด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ เช่น สมาชิกรัฐสภา เว้นแต่ที่ระบุไว้โดยเฉพาะเป็นกรณีไป

คำว่าเจ้าพนักงาน กฎหมายมิได้มีบทนิยามคำว่าเจ้าพนักงานไว้ กฎหมายต่างประเทศในข้อนี้มีต่างๆ กัน แล้วแต่ความคิดเห็นของแต่ละประเทศ บางประเทศถือการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นกิจการของรัฐเป็นเกณฑ์ ไม่คำนึงว่ามีการแต่งตั้งหรือไม่ เช่น เยอรมันนี และอเมริกา (จิตติ ดิงศภิฑิย์, 2536: 1163) บางประเทศก็ต้องมีการแต่งตั้งรวมถึงการเลือกตั้งด้วย บางประเทศก็รวมถึงลูกจ้าง กฎหมายไทยแต่ก่อนเคยถือการปฏิบัติกิจการอันเป็นข้าราชการของรัฐ เช่น ราษฎรจับผู้ร้ายโดยกำนันผู้ใหญ่บ้านร้องขอ แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติคุ้มครองถึงผู้ที่ช่วยเจ้าพนักงานศาลก็ลงโทษผู้ร้ายฐานฆ่าเจ้าพนักงานโดยอ้างเหตุผลว่า “เพราะได้กระทำการในหน้าที่เจ้าพนักงานตามกฎหมาย” แต่ต่อมาศาลมิได้ถือเช่นนั้นแสดงว่าศาลตีความคำว่าเจ้าพนักงานเคร่งครัดขึ้นไม่ตีความอย่างกว้างเหมือนแต่ก่อน มีคำพิพากษาฎีกาที่มีข้อวินิจฉัยพอถือเป็นบทนิยามคำว่าเจ้าพนักงาน เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 700/2490 ว่า “คำว่าเจ้าพนักงานตามความหมายของกฎหมายลักษณะอาญานั้น ย่อมมีความหมายถึงผู้ที่ได้รับแต่งตั้งโดยทางการของรัฐบาลไทย ให้ปฏิบัติราชการของรัฐไทย” ตามคำวินิจฉัยดังนี้มีหลักเกณฑ์สำคัญอยู่ 2 ประการ 1. จะต้องมีการแต่งตั้ง 2. การแต่งตั้งนั้น แต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการ หมายความว่าถ้าไม่มีการแต่งตั้งแม้จะได้ปฏิบัติราชการก็ไม่ใช่เจ้าพนักงาน (จิตติ ดิงศภิฑิย์, 2536: 1164)

ดังนั้นความเข้าใจในเวลานี้คือ เจ้าพนักงานหมายความถึง ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1787/2524)

1. การแต่งตั้งเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานต้องเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายนั้น นอกจากกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว อาจหมายรวมถึงกฎหมายบัญญัติไว้โดยทั่วไปก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1787/2524)

การแต่งตั้งโดยกฎหมายระบุเฉพาะอาจเป็นกฎหมายระบุโดยตรง ให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ปฏิบัติกิจการใดเป็นเจ้าพนักงาน เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญา” หรือ พระราช

บัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2584 มาตรา 37, 57 เจ้าอาวาสตามพระราชบัญญัตินี้ เป็น เจ้าพนักงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 692/2485)

การแต่งตั้งโดยกฎหมายระบุเฉพาะโดยอ้อม กล่าวคือกฎหมายอาจะระบุองค์การหรือกิจการใดให้เจ้าหน้าที่ หรือพนักงานขององค์การหรือกิจการนั้นมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 44 ให้เทศมนตรีและพนักงานเทศบาลเป็นเจ้าพนักงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 274/2484)

การแต่งตั้งโดยกฎหมายทั่วไป วิธีการแต่งตั้งเจ้าพนักงานโดยกฎหมายทั่วไป ตามปกติเป็นการแต่งตั้งโดยกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน อาจเป็นการบริหารราชการทั่วไป เป็นต้น

2. การแต่งตั้งนั้นเป็นการแต่งตั้งให้ปฏิบัติกิจการอันเป็นหน้าที่ราชการ ซึ่งผู้ได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติจะมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานได้นั้น ย่อมมีกฎหมายกำหนดขึ้น ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดก็จะมีผู้บริหารให้เกิดอำนาจและหน้าที่แก่ตนเองและผู้อื่นตามอำเภอใจไม่ได้ แต่ก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดหน้าที่ราชการโดยระบุเฉพาะเจาะจงเป็นกรณีๆ ไป อาจกำหนดโดยกฎหมายทั่วไปก็ได้ หรืออาจกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะเป็นกรณีไปก็ได้เช่นเดียวกัน (จิตติ ตึงศภัทย์, 2536: 1182)

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่าเจ้าพนักงาน และกลุ่มคำพิพากษาต่างๆ เหล่านี้แล้วจะเห็นได้ว่า อนุญาโตตุลาการไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาด้วยเหตุผล 3 ประการ

ประการแรก ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าให้อนุญาโตตุลาการเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายแต่อย่างใด

ประการที่สอง หน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องทางสัญญา ไม่ใช่เป็นการปฏิบัติกิจการอันเป็นหน้าที่ราชการ

ประการที่สาม สำหรับค่าตอบแทนอนุญาโตตุลาการได้รับแค่ตอบแทนจากคู่กรณีพิพาทที่เข้ามาใช้บริการของการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ในขณะที่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาจะได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน

นอกจากนั้นในอดีตประเทศไทยเคยหยิบยกเรื่องฐานะของอนุญาโตตุลาการขึ้นมาพิเคราะห์ โดยผู้เขียนได้ทำการสืบค้นไปพบรายงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุม

อนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 91, 14/2483 วันศุกร์ที่ 17 พฤษภาคม พุทธศักราช 2483 นายเรอเน่ กียอง (Rene' Guyon) เคยนำเรื่องของอนุญาโตตุลาการเสนอต่อที่ประชุม โดยถกเถียงกันว่าควรกำหนดให้อนุญาโตตุลาการอยู่ในคำนิยามความหมายของเจ้าพนักงาน แต่นายเรอเน่ กียอง (Rene' Guyon) แจ้งว่าอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เจ้าพนักงาน แต่เกิดจากการแต่งตั้งของคู่ความ และศาลอนุมติ มีความเห็นเสริมของพระยา lát พลี เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เจ้าพนักงาน พระยาอรรถการีย์มีความเห็นเสริมว่าถ้าหากอนุญาโตตุลาการเป็นเจ้าพนักงานเสียแล้ว ถ้าไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ก็จะเป็นการขัดคำสั่งของเจ้าพนักงาน และเสนอให้ระงับประเด็นของอนุญาโตตุลาการเอาไว้เสียก่อน

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แสดงว่าในอดีตปัญหาของอนุญาโตตุลาการก็เคยมีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณา แต่เนื่องจากในอดีตส่วนใหญ่แล้วอนุญาโตตุลาการจะเกิดในศาลเสียเป็นส่วนใหญ่มากกว่าการควบคุมดูแลโดยศาลอาจทำได้โดยใกล้ชิด อีกเหตุผลหนึ่ง การที่ประมวลกฎหมายอาญามีเนื้อความบัญญัติไว้แคบไม่คลุมไปถึงอนุญาโตตุลาการอาจเป็นเพราะว่าในอดีตการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังไม่เป็นที่นิยม ประจวบกับการค้ายังไม่เป็นที่แพร่หลายมาก เมื่อสังคมการค้าเจริญขึ้น ข้อพิพาทมากขึ้น พ่อค้าหันมานิยมใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมากขึ้นเป็นเงาตามตัว รัฐจึงควรหันมาดูแลอนุญาโตตุลาการ และควรออกกฎหมายมารองรับเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระและความเสมอภาคในการอนุญาโตตุลาการ โดยปราศจากการแทรกแซง หลักการดังกล่าวโดยการประพัตติมิชอบอย่างร้ายแรงเพื่อดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดียิ่งขึ้น

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 ได้บัญญัติความรับผิดไว้ดังนี้ “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

มาตรา 202 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือ

ประโยชน์อื่นใดซึ่งตนได้เรียกหรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับตำแหน่งนั้นต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

โดยความผิดสองฐานตามมาตราดังกล่าว มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐอาผิดกับเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม และเนื่องจากความผิดฐานรับสินบนเป็นความผิดที่น่าตำหนิอยู่ในตัวเอง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอย่างมหันต์ ซึ่งถือได้ว่าผู้รับสินบนกระทำการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น รัฐจึงไม่ประสงค์อย่างเด็ดขาดที่จะให้มีการกระทำผิดดังกล่าวนี้เกิดขึ้น จึงบัญญัติกฎหมายไว้ในลักษณะข่มขู่ (Deterrence) เพราะโดยลักษณะของสภาพความผิด ผู้กระทำมีเวลาไตร่ตรองก่อนการกระทำความผิด ดังนั้นทฤษฎีข่มขู่ย่อมเหมาะสมและมีผล ทำให้ผู้กระทำความผิดได้มีเวลาคิดไตร่ตรองนานก่อนที่จะลงมือกระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดคิดถึงผลได้ผลเสียในการกระทำของตนและยับยั้งซึ่งใจเสีย

เหตุที่น่าความผิดสองฐานตามมาตรานี้ขึ้นมากวิเคราะห์เพราะโดยลักษณะสำคัญประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะของการพิจารณาคดีที่มีลักษณะคล้ายตุลาการ โดยมีกระบวนการวินิจฉัย ตัดสินข้อพิพาท โดยต้องอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี รวมถึงผลผูกพันของคำชี้ขาดสามารถบังคับกันได้กรณีที่คู่กรณีพิพาทไม่ปฏิบัติตามคล้ายคำพิพากษาของศาล ซึ่งในบางประเทศมีบทบัญญัติไว้ชัดเจนสำหรับการกระทำความผิดในเรื่องทุจริตกระทำผิดหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนสำหรับผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการรับสินบน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ มาเลเซีย เยอรมัน ญี่ปุ่น อาเจนตินา นอร์เวย์ อิตาลี เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดของมาตราและเนื้อหาของความผิดซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วตอนต้นของบทนี้จึงไม่ขอนำมากล่าวซ้ำอีก โดยประเทศดังกล่าวที่บัญญัติความรับผิดสำหรับกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับสินบน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ มาเลเซีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ญี่ปุ่น ได้จัดประเภทของความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในมาตราเดียวกันกับการกระทำความผิดของตุลาการรับสินบน หรือบางประเทศที่เทียบเคียงความรับผิดของผู้พิพากษามาใช้กับผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการ เช่น ประเทศนอร์เวย์ ซึ่งกำหนดความรับผิดในเรื่องดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของนอร์เวย์ มาตรา 114 และประเทศอาเจนตินาซึ่งได้กำหนดความรับผิดในเรื่องดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอาเจนตินา มาตรา 269 เป็นต้น

ปัญหาคือในประเทศไทยบทบัญญัติตามมาตราดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมไปถึงความรับผิดชอบของอนุญาติตตุลาการในกรณีอนุญาติตตุลาการรับสินบนหรือไม่ เพราะผู้ประกอบการวิชาชีพไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ หากกระทำการทุจริตในหน้าที่โดยการรับสินบนก็ต้องรับโทษทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 201 และ 202

ดังนั้นประเด็นที่นำมาพิจารณาต่อไปอนุญาติตตุลาการเป็นตุลาการหรือไม่ สำหรับประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนได้วิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างตุลาการและอนุญาติตตุลาการเอาไว้ ปรากฏความแตกต่างตามตารางดังนี้

ความแตกต่างระหว่างตุลาการและอนุญาติตตุลาการ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างตุลาการ และอนุญาติตตุลาการปรากฏผลดังนี้

| ตุลาการ   | อนุญาติตตุลาการ  |
|---|--|
| 1. ตุลาการอยู่ในภาครัฐและการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการกระทำในนามของรัฐ ตุลาการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามกฎหมาย | 1. อนุญาติตตุลาการ เป็นเวทีที่รับข้อพิพาทในทางการค้าอยู่ในภาคเอกชน และอนุญาติตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบของสัญญาหรือกฎหมายอนุญาติตตุลาการ  |
| 2. ตุลาการเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐ  | 2. อนุญาติตตุลาการไม่ได้เป็นเจ้าของพนักงานของรัฐ นอกจากนั้นอนุญาติตตุลาการส่วนใหญ่ประกอบอาชีพอื่นเป็นงานประจำอยู่แล้ว อนุญาติตตุลาการอาจไม่ใช่ นักกฎหมาย อาจไม่ใช่ข้าราชการหรือแม้ข้าราชการที่มาทำหน้าที่เป็นอนุญาติตตุลาการก็ไม่ได้มาทำหน้าที่ในฐานะข้าราชการ |

| ตุลาการ   | อนุญาตตุลาการ   |
|---|---|
| 3. ตุลาการตัดสินคดีไปตามที่ได้รับมอบหมายจากผู้พิพากษาหัวหน้าศาล อธิบดีศาลหรือจากประธานศาลฎีกา โจทก์หรือจำเลยไม่สามารถเลือกตุลาการสำหรับตัดสินคดีของตนเองได้ และตุลาการไม่มีความสัมพันธ์กับคู่ความเลย        | 3. อนุญาตตุลาการมักจะเป็นผู้ที่คู่กรณีเลือกขึ้นมาเพื่อให้ตัดสินข้อพิพาทของตน  |
| 4. ข้อพิพาทที่ตุลาการตัดสินได้นั้น เป็นเรื่องการทางแพ่ง และพาณิชย์, อาญา หรือตามที่กฎหมายกำหนด  | 4. ข้อพิพาทที่อนุญาตตุลาการตัดสินนั้น เป็นเรื่องทางแพ่งซึ่งครอบคลุมเรื่องทางพาณิชย์ด้วย ไม่อาจชี้ขาดข้อพิพาทในทางอาญาได้  |
| 5. การพิจารณาของตุลาการยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นหลักของการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานโดยเคร่งครัด การพิจารณาของศาล เน้นความบริสุทธิ์ยุติธรรมและขบวนการพิจารณาทำโดยเปิดเผย | 5. งานของอนุญาตตุลาการจะเน้นเรื่องความรวดเร็ว ความเป็นกันเอง แต่ยึดถือความเป็นธรรมเป็นจุดมุ่งหมายสุดท้าย แต่อาจไม่เคร่งครัดต่อกฎระเบียบหรือกฎหมายมากนัก กระบวนการพิจารณาในการอนุญาตตุลาการ เน้นเรื่องการรักษาความลับ  |
| 6. ตุลาการรับเงินเดือนจากรัฐ  | 6. อนุญาตตุลาการคู่ความเป็นผู้จ่ายค่าป่วยการให้แก่อนุญาตตุลาการค่อนข้างมาก ซึ่งมีผลต่อการวางตัวและการระมัดระวังของอนุญาตตุลาการ ยิ่งกว่าตุลาการ   |
| 7. คำพิพากษาของตุลาการสามารถอุทธรณ์ได้ตามลำดับชั้น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อตรวจสอบคำพิพากษาของศาลล่าง  | 7. คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ผูกพันคู่กรณีให้ปฏิบัติตาม หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะสามารถขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดได้ และคู่กรณีฝ่ายที่แพ้และอ้างว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยวิธีพิจารณา สามารถขอให้ศาลทบทวน (review) ในเงื่อนไขวิธีพิจารณาความได้ |



เมื่อพิจารณาห้บทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวอีกทั้งความแตกต่างระหว่างตุลาการและอนุญาโตตุลาการดังตารางที่ผู้เขียนได้แยกความแตกต่างระหว่างตุลาการและอนุญาโตตุลาการ จะเห็นได้ว่าตุลาการและอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกัน ผลคือ อนุญาโตตุลาการไม่อยู่ในความหมายของตุลาการ และความผิดในทั้งสองมาตราครอบคลุมถึงอนุญาโตตุลาการที่กระทำผิดในเรื่องการรับสินบนตามมาตรา 201 และ 202

ประเด็นที่นำมาพิจารณาต่อมาแล้วอนุญาโตตุลาการที่ทุจริตสมควรจะได้รับโทษในทางอาญาหรือไม่

เนื่องจากกฎหมายเป็นระเบียบความประพฤติของมนุษย์ในสังคม วิวัฒนาการมาจากศีลธรรม ศาสนา และจารีตประเพณี ซึ่งสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติ จากการถือปฏิบัติกันในสังคมมนุษย์ มนุษย์มีความรู้สึกขึ้นเองในจิตใจ (Simple natural reason) ว่าสิ่งใดควรกระทำ สิ่งใดไม่ควรกระทำฉะนั้นการกำหนดการกระทำให้เป็นความผิดในทางอาญาจึงกำหนดขึ้นจากการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองและน่าตำหนิ โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้น (*mala in se*) เป็นหลักเบื้องต้นของการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรม การกระทำดังกล่าวจะต้องมีลักษณะที่ตำหนิตัวผู้กระทำได้ด้วยอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางอาญาได้

อย่างไรก็ตาม นอกจากจะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในแง่ “การกระทำที่น่าตำหนิ” (*criminal culpability*) หรือในแง่ “การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสงบและมั่นคงของสังคม” ได้แล้ว การกำหนดความรับผิดชอบยังต้องพิจารณาถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำในการกระทำอันเป็นความผิดอาญานั้น ผู้กระทำจะรับผิดชอบในการกระทำได้ต่อเมื่อกระทำโดยมีเจตนาชั่วร้ายที่จะก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นมา ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การลงโทษทางอาญาว่า โทษทางอาญาต้องเป็นผลร้ายที่เป็นการแสดงออกของสังคมที่มุ่งตำหนิผู้กระทำผิด และการลงโทษอาญาต้องกระทำเพื่อตอบแทนความผิด ให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าเป็นผลร้ายโดยตรงจากการกระทำผิด

ท่านผู้พิพากษาเดฟลิน (Devlin) เห็นว่า “เป็นหน้าที่โดยตรงของกฎหมายอาญาที่จะปกป้องมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม แม้จะก้าวล่วงไปถึงสิทธิของบุคคล” โดยที่การอยู่ร่วมกันในสังคมทุกคนมีหน้าที่ที่จะต้องประพฤติดีประพฤติชอบ ซึ่งเป็นศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วม

กัน ผู้ใดประพฤติผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้นั้นต้องถูกตำหนิจากสังคม กฎหมายที่มีโทษบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม และการกระทำที่ต้องมีโทษทางอาญานั้นเกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำนั้นกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงสมควรใช้มาตรการของรัฐ คือ โทษทางอาญากำกับสำหรับการกระทำผิดนั้น

เมื่อผู้พิพากษา และอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ และกึ่งตุลาการตามลำดับโดย ผู้พิพากษากะทำการในนามรัฐ แต่อนุญาโตตุลาการอยู่ในรูปของเอกชน หน้าที่ในการวินิจฉัยตัดสินคดีทั้งผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยคำตัดสินของผู้พิพากษาคือคำพิพากษา (Judgement) ส่วนคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ คือคำชี้ขาด (Award) แต่อย่างไรก็ดีทั้งคำพิพากษาและคำชี้ขาดใช้บังคับกับคู่กรณีในคดี แม้ว่าคำพิพากษาของศาลจะใช้บังคับได้โดยคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ ส่วนคำชี้ขาดคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งจะต้องมีการดำเนินการทางศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดก่อน (วิจรรวณ เจริญนาถ, 2542: 218)

จะเห็นได้ว่าทั้งคำพิพากษาของศาล และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อคู่กรณีในคดีเพราะ คำพิพากษาของศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีต้องปฏิบัติตาม ในกรณีคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผ่านกระบวนการได้มาโดยชอบและยุติธรรมก็ย่อมสมควรที่จะใช้บังคับ แต่ถ้าผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการกระทำการโดยทุจริต เช่นกรณีรับสินบน แล้วตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายที่ให้สินบนเป็นฝ่ายชนะยอมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี และขัดกับหลักสุภณัติกระบวนการ (Due Process) กระทำการขัดต่อความสงบเรียบร้อยในชั้นพิจารณาอย่างร้ายแรง ซึ่งกรณีนี้รัฐควรเข้าไปกำกับดูแลเพื่ออำนวยความสะดวกในเรื่องนี้ ประกอบกับขณะนี้ไม่มีมาตรการใดที่จะแก้ไขเยียวยาคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีในการอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะคัดค้าน หรือยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาด (Setting Aside of The Arbitral Awards) เท่านั้น เมื่อคู่กรณีที่ชนะคดีขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด

แต่อย่างไรก็ดีถึงแม้จะมีกระบวนการคัดค้านหรือยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวแต่ก็ จะทำให้การอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้าขัดกับจุดมุ่งหมายของการอนุญาโตตุลาการที่ต้องการความรวดเร็ว รวมทั้งขัดต่อหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในการบริการ คือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังอย่างที่สุด อาศัยทักษะและความชำนาญ และต้องตัดสินข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม

หากปล่อยให้มีการรับสินบน ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นที่ชั่วร้าย และเป็นการกระทำที่มีความผิดอยู่ในตัวเอง (*mala in se*) เป็นสิ่งถูกต้องจะสันคลอนต่อหลักของความเสมอภาคและความเป็นอิสระอย่างรุนแรง

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ หากกระทำการทุจริตในหน้าที่ก็ต้องรับโทษทางอาญาตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 201 และ 202 แต่ออญาโตตุลาการทุจริตแสวงหาประโยชน์ใดๆ จากหน้าที่หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติที่จะเอาผิดกับการกระทำความผิดดังกล่าว แตกต่างจากประเทศที่บ่งชี้ให้เห็นดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ผู้พิพากษา และออญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท และเพื่อความยุติธรรมของสังคม โดยต้องไม่เห็นแก่ประโยชน์ตนมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ดังนั้นกรณีที่ทำให้งานบริการด้านความยุติธรรมของประชาชนต้องเสียไปรัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมดูแล เพราะเป็นหน้าที่ของรัฐประการหนึ่ง ถึงแม้จะมีการกล่าวอ้างว่าการออญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นจากฐานของสัญญาที่ไม่ถูกนักเสียทีเดียว (ตามทฤษฎี Contractual) เพราะรัฐยังคงต้องดูแลและอำนวยความสะดวกให้แก่การ ออญาโตตุลาการอยู่เช่นเดียวกัน ดังเช่น ศาสตราจารย์ Mann ได้เขียนบทความเรื่อง “Lex Facit Arbitrum” และในบทความนั้นเขากล่าวไว้ว่า “...รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่อออญาโตตุลาการได้ ออญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (Public Function) ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดของออญาโตตุลาการจะเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ” (ตามทฤษฎี Jurisdictional) (Mann, 1967: 158 อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, 2536: 21)

ตามความเห็นของ Mann ออญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการพิจารณา และชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น จะเห็นได้ว่าคงไม่มีรัฐใดที่มอบอำนาจในการตัดสินชี้ขาดคดี ไปให้เอกชนหาประโยชน์โดยการชี้ขาดโดยอิงประโยชน์ในลักษณะของการทุจริตรับสินบน ดังนั้น หากมีกรณีที่จะทำให้งานบริการในการให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนต้องเสียไปรัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมเพราะเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของรัฐ ประกอบกับกรณีการทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของออญาโตตุลาการถือเป็นกรณีร้ายแรงที่จะทำให้ระบบออญาโตตุลาการไม่ได้รับความเชื่อถือ คำชี้ขาดไม่เป็นที่ยอมรับและใช้บังคับไม่ได้ เพราะจะ

ถูกคัดค้านในชั้นบังคับตามคำชี้ขาด ส่งผลต่อประเทศในภาพรวมที่กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาตไต่ตุลาการจะถูกทำลายไป ดังนั้นเมื่อผู้พิพากษาทุจริตยังต้องรับโทษทางอาญา อนุญาตไต่ตุลาการที่ทุจริตรับสินบนก็ควรได้รับโทษทางอาญาด້วยเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาจากบทวิเคราะห์ในมาตรา 201 และ 202 ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งมาตราดังกล่าวมีการกำหนดองค์ประกอบของความผิดของผู้พิพากษา จะเห็นได้ว่ามิได้มีบทบัญญัติลงโทษอนุญาตไต่ตุลาการที่ทุจริต จึงสมควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้มีบทบัญญัติลงโทษอนุญาตไต่ตุลาการที่กระทำทุจริตในหน้าที่ โดยอาจถือประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศเยอรมันเป็นแบบอย่าง เพราะมีลักษณะของกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจน สอดคล้องกับทฤษฎีการตีความกฎหมายแบบของประเทศไทยด้วย ส่วนกำหนดอัตราโทษนั้น ควรจะพิจารณากำหนดมากน้อยเพียงใด เป็นเรื่องรัฐนโยบายของรัฐ แต่จากการศึกษาจะเห็นว่าบางประเทศได้จัดประเภทของความรับผิดดังกล่าวไว้ในเรื่องเดียวกับกรณีของตุลาการรับสินบน และมีอัตราโทษเดียวกันกับความรับผิดของตุลาการ ประกอบกับอัตราโทษส่วนใหญ่ของแต่ละประเทศไม่แตกต่างจากของไทยมากนัก ถ้าฟังความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าอัตราโทษไม่ควรเปลี่ยนแปลงไปจากอัตราโทษเดิม ซึ่งเป็นการเหมาะสมอยู่แล้วและสอดคล้องทฤษฎีข่มขู่

ปัญหาสำคัญที่เกรงว่าหากมีการกำหนดความรับผิดข้อเสียคืออาจสิ้นคลอนต่อความเป็นอิสระ (independence) ของอนุญาตไต่ตุลาการ รวมถึงทำให้อนุญาตไต่ตุลาการพะวงมากขึ้นในการทำคำชี้ขาด และคู่กรณีอาจใช้ความรับผิดมาคุกคามอนุญาตไต่ตุลาการได้ง่ายขึ้น

อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้เขียนต่อปัญหาดังกล่าว เห็นว่า การกำหนดความรับผิดไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางแพ่ง และทางอาญาในการกระทำความผิดในเรื่องนี้มีข้อดีอยู่หลายประการดังนี้

ประการแรก เป็นการสร้างความชัดเจน โดยทำให้ทราบว่ามีกรกระทำใดบ้างที่อนุญาตไต่ตุลาการสามารถกระทำได้ และการกระทำใดบ้างที่อนุญาตไต่ตุลาการไม่สามารถทำได้

ประการที่สอง ทำให้อนุญาตไต่ตุลาการมีความระมัดระวัง และรับผิดชอบต่อการอนุญาตไต่ตุลาการมากขึ้น ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้มีประสิทธิภาพ ลดค่าใช้จ่ายของคู่กรณี สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเข้ามาใช้การอนุญาตไต่ตุลาการ

ประการที่สาม สร้างความเชื่อถือในกระบวนการระดับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาด (award) แก่ศาล เป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของการอนุญาตตุลาการ ก่อให้เกิดความเชื่อถือ สร้างความมั่นใจของประชาชนต่อการอนุญาตตุลาการ

ในเรื่องความคิดเห็นที่ว่า หากมีการกำหนดความรับผิดชอบแล้วจะทำให้อนุญาตตุลาการขาดความเป็นอิสระนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการยังคงมีอยู่ ถึงแม้จะมีการกำหนดความรับผิดชอบสำหรับอนุญาตตุลาการในกรณีฐานรับสินบน เพียงแต่ตัวอนุญาตตุลาการอาจมีภาระมากขึ้นที่จะต้องสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้น เช่น หากอนุญาตตุลาการมีส่วนได้เสียอันเกี่ยวกับคู่กรณีพิพาท อนุญาตตุลาการต้องเปิดเผยถึงส่วนได้เสียอันเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด และต้องปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับจริยธรรมของอนุญาตตุลาการให้มากขึ้นเท่านั้น แต่เหล่านี้ก็เป็นหน้าที่ที่อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติอยู่แล้ว ซึ่งหากอนุญาตตุลาการทำถูกต้องตามหน้าที่แล้วสิ่งนี้ย่อมเป็นเกราะคุ้มกันให้แก่อนุญาตตุลาการเป็นอย่างดีให้แก่อนุญาตตุลาการผู้กระทำการที่ถูกต้อง จริงอยู่หากคู่กรณีมาฟ้องร้องอนุญาตตุลาการให้ต้องรับผิดชอบ อนุญาตตุลาการอาจเจอปัญหาจุกจิกกวนใจบ้าง

ส่วนการที่คู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งได้รับผลร้ายจากคำชี้ขาดจะอาศัยความรับผิดชอบมาคุกคาม (harassment) ต่ออนุญาตตุลาการโดยข่มขู่หรือกลั่นแกล้งที่จะนำคดีมาฟ้องอนุญาตตุลาการนั้น คงเกิดขึ้นได้ง่าย

แต่ผู้กล่าวอ้างจะต้องมีพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นจริง เพราะการฟ้องคดีให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยกลั่นแกล้ง ผู้กลั่นแกล้งอาจต้องรับผิดชอบในกรณีฐานหมิ่นประมาทและละเมิด นอกจากนั้นมีการควบคุมการฟ้องคดีโดยไม่สุจริต โดยประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว เช่น การฟ้องเท็จ การทำพยานเท็จ และเบิกความเท็จ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งการป้องกัน และลดปัญหาการกระทำความผิดฐานอนุญาตตุลาการรับสินบนสมควรบัญญัติความรับผิดชอบแก่ผู้ให้สินบนแก่อนุญาตตุลาการด้วยการแก้ไขมาตราที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับผู้ให้สินบนด้วย เพราะมิเช่นนั้นผู้ให้สินบนก็ไม่มี ความเกรงกลัว นอกจากนั้นเพื่อเป็นการป้องกันผู้ให้สินบนทำหลุมพรางไว้ให้อนุญาตตุลาการ ตกไปอย่างที่เราเรียกว่า “agent provocateur wrongfully” โดยมีได้มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนั้นสมควรบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาให้มีลักษณะเปิดช่องให้แก่ผู้กระทำความผิดที่กลับใจเข้าแจ้งความจริงต่อเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เพื่อดำเนินการแก่ผู้ร่วมกระทำความผิดอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการยกเว้นโทษ (excusation) ให้แก่ผู้กระทำความผิดที่กลับใจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ทั้งนี้เพื่อตัดปัญหาการดำเนินคดีที่ยุ่งยากเกี่ยวกับความผิดฐานดังกล่าวนี้ เพื่อประโยชน์ในการปราม และทั้งเป็นประโยชน์ในการข่มขู่ (deterrence) มิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว อันเป็นการบรรลู่วัตถุประสงค์ของการลงโทษของความผิดดังกล่าวอันเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (general prevention) อีกด้วย

เนื่องจากการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดผลเสีย เช่น ปัญหาการรีดเอาทรัพย์สิน และปัญหาการกลั่นแกล้งกล่าวหาว่ารับสินบนทั้งจากทางผู้ให้สินบนและผู้รับสินบน ดังนั้นจึงควรกำหนดระยะเวลา เป็นเงื่อนไขในการได้รับยกเว้นโทษ (excusation) ในการที่จะแจ้งความจริงต่อเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เพื่อดำเนินการกับผู้ร่วมกระทำความผิดอีกฝ่าย นอกจากนั้นเพื่อป้องกันปัญหาการกลั่นแกล้งกล่าวหาว่ารับสินบนทั้งจากทางผู้ให้สินบนและผู้รับสินบน โดยกำหนดให้มีพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกระทำความผิดอันเป็นการพิสูจน์การกระทำความผิดฝ่ายตรงข้าม เป็นเงื่อนไขในการได้รับยกเว้นโทษ (excusation) ในการที่จะแจ้งความจริงต่อเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เพื่อดำเนินการกับผู้ร่วมกระทำความผิดอีกฝ่าย เพื่อตัดช่องทางเกื้อหนุนให้มีการกลั่นแกล้งกล่าวหาอนุญาตตุลาการผู้สุจริต ทั้งเป็นประโยชน์ในการพึงพยานเพื่อลงโทษจำเลยในชั้นพิจารณาของศาลด้วย

นอกจากนั้นการเรียกค่าธรรมเนียมนั้นในการอนุญาตตุลาการควรจะต้องดำเนินการผ่านสถาบันอนุญาตตุลาการโดยตรงเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาการเจือสมของผลประโยชน์และค่าตอบแทนที่อนุญาตตุลาการพึงจะได้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย และอนุญาตตุลาการควรจะต้องแสดงบัญชีค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการ โดยการทำเป็นบัญชีแนบท้ายในคำชี้ขาด และคำชี้ขาดอาจถูกคัดค้านถ้ามีการกำหนดค่าป่วยการอนุญาตตุลาการสูงเกินไป

จากที่การอนุญาตตุลาการเกิดจากความยินยอมหรือข้อตกลงของคู่สัญญาที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การระงับของบุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท ผู้ที่เข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการปกติไม่จำกัดคุณสมบัติ บุคคลทั่วไปหรือผู้มีอาชีพกฎหมายก็อาจเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการได้ กฎเกณฑ์ที่ให้นำเข้ามาใช้เป็นกติกาในการระงับ

ข้อพิพาทมุ่งเน้นถึงความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ แต่มีความยืดหยุ่นในวิธีปฏิบัติ ซึ่งต่างจากศาลอันเป็นกระบวนการระดับข้อพิพาทที่จัดขึ้นโดยรัฐ กฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคความ จะต้องมีมาตรฐานเป็นสากล ดังนั้นรัฐจึงต้องนำกติกาที่ดีที่สุดมาจัดวางให้กติกาดังกล่าวจึงกลายเป็นบรรทัดฐานของสังคม กระบวนการพิจารณาความในศาลโดยหลักแล้วจะตกลงให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่กฎหมายจะเปิดช่องให้คู่ความตกลงยินยอมกันได้ เช่น การทำกันนในชั้นศาล การตกลงประนีประนอมยอมความ ศาลจะต้องยึดถือข้อบังคับของศาลเป็นหลัก คำพิพากษาของศาลใช้ยับยุดคณภายนอกได้ ผู้แพคดีจะต้องปฏิบัติตามและมีผลบังคับในทันที ซึ่งจะแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการโดยหลักแล้วมุ่งเน้นไปที่เรื่องของสัญญาและความยินยอม อนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจโดยอิสระ แต่มุ่งเน้นถึงความเป็นกลาง ปราศจากการถูกครอบงำหรือข่มขู่ในเรื่องใดๆ อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดเสมือนหนึ่งกรรมการผู้ควบคุมเกม ดังนั้นอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่ของตนโดยสุจริตเป็นหลัก หากอนุญาโตตุลาการไม่สุจริต จงใจที่จะชี้ขาดคดีให้เป็นที่เสียหายแก่คู่พิพาทในกรณีดังกล่าวโดยใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of power) โดยปกติแล้วอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่จะต้องป้องกันผลตามสัญญาที่จะต้องอำนวยความสะดวกหากอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่บกพร่องจงใจที่จะไม่อำนวยความสะดวกเป็นธรรมโดยสุจริต เทียบเคียงได้กับมาตรา 157 ของประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดให้เจ้าพนักงานผู้ซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติราชการ แต่จงใจหรือละเว้นจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมีเจตนาจงใจพิเศษไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น จุจริตหรือเพื่ออำนวยความสะดวกประโยชน์ให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ดังเช่น ในประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดความรับผิดในกรณีอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจของตนไปในทางมิชอบ (abuse of power) เอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น มาตรา 197-3 ดังนี้ “ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาโตตุลาการ กระทำการไม่ชอบ หรือ งดเว้นกระทำการใดในตำแหน่ง ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป” และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเองก็ได้กำหนดความรับผิดดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 336 ดังนี้ “ผู้พิพากษา , ลูกจ้างหน่วยงานของรัฐบาล หรืออนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการ หรือตัดสินประเด็นทางกฎหมาย โดยตัดสินหรือใช้กฎหมายในทางที่ผิดอย่างจงใจ เพื่อให้คู่สัญญาผู้มีส่วนได้เสียชนะหรือแพ้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปี”

แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่าการนำสืบความรับผิดชอบในเรื่องเจตนาพิเศษค่อนข้างจะทำได้ยาก เพราะอนุญาโตตุลาการอาจอ้างได้ว่าการชี้ขาดข้อพิพาทของตนเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นเพียงเพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีการชั่งชูเท่านั้นเอง และอาจทำให้อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายเป็นเกราะกำบังมากขึ้น

ประเด็นต่อมาในกรณีที่หน่วยงานของรัฐขอความร่วมมือมายังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อให้ให้อัยการไปเป็นอนุญาโตตุลาการ และระดับข้อพิพาทในสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญากับเอกชน แล้วอัยการซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการรับสินบนมีความผิดในเรื่องเจ้าพนักงานรับสินบนด้วยหรือไม่

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าการที่พิเคราะห์ว่าพนักงานอัยการจะมีความผิดในกรณีของเจ้าพนักงานกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น สิ่งที่ต้องนำมาพิจารณา กล่าวคือพนักงานอัยการมีหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องไปดำเนินการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และกระทำความผิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ประเด็นต่อมาการเข้าไปเป็นอนุญาโตตุลาการในการระดับข้อพิพาทในสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการเป็นการปฏิบัติราชการหรือไม่

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงพระราชบัญญัติอัยการ พ.ศ.2498 ไม่ปรากฏหน้าที่โดยตรงที่ระบุให้พนักงานอัยการมีอำนาจหรือหน้าที่ในการเป็นอนุญาโตตุลาการ ประกอบกับการเข้าไปเป็นอนุญาโตตุลาการผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการอันมีขอบวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นการทั่วไปและอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานนั้นๆ แต่ประการใด นอกจากนั้นแล้วหากจะมองว่าการที่พนักงานอัยการผู้ซึ่งมีบทบาทในการเข้าไปเป็นอนุญาโตตุลาการเป็นการปฏิบัติราชการแล้ว ก็จะขัดกับหลักเกณฑ์ของความเป็นอิสระและทำให้อัยการเกิดความไม่คล่องตัว ยึดติดกับระเบียบแบบแผนของทางราชการในการทำหน้าที่ของตนในการเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย

สำหรับการที่หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาเมื่อมีข้อพิพาทและจำเป็นต้องตั้งอนุญาโตตุลาการเข้าไปในคดี และร้องขอความร่วมมือไปยังหน่วยงานอัยการก็เพราะใ้ว่างใจในตัวของพนักงานอัยการในฐานะเป็นผู้รู้กฎหมายของแผ่นดิน การแต่งตั้งหรือร้องขอของหน่วยงาน



ของรัฐที่เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาตตุลาการเปรียบเสมือนที่คู่กรณีได้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการเข้ามาในลักษณะของสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการอันเป็นการทั่วไปเท่านั้นเอง

ดังนั้นเมื่อพนักงานอัยการรับสินบน ผู้เขียนเห็นว่าพนักงานอัยการไม่มีความผิดสำหรับกรณีเจ้าพนักงานรับสินบน ทั้งนี้ ปัญหาว่าพนักงานอัยการจะมีความผิดในเรื่องวินัยหรือไม่ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2521 ลักษณะ 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับ วินัย การรักษาวินัยและการลงโทษ หมวด 1 มาตรา 44 บัญญัติว่า “ข้าราชการอัยการต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความระมัดระวัง มิให้เสียหายแก่ราชการ ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และเที่ยงธรรม” จากข้อพิจารณาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการเสียแล้ว บทบัญญัติในเรื่องวินัยของพนักงานอัยการมาตรานี้ก็ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีของพนักงานอัยการรับสินบนได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาไปถึง มาตรา 47 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งบัญญัติว่า “ข้าราชการอัยการต้องไม่กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว เช่น ประพฤติตนเป็นคนเสเพล มีหนี้สินรุงรัง เสพของมีเงินมาจนไม่สามารถครองสติได้ เล่นการพนันเป็นอาชญากรรม กระทำความผิดอาญาหรือกระทำการอื่นใด ซึ่งความประพฤติหรือการกระทำดังกล่าวแล้ว อาจทำให้เสียเกียรติศักดิ์แห่งตำแหน่งหน้าที่ราชการ” ผู้เขียนเห็นว่าสำหรับกรณี การที่พนักงานอัยการรับสินบนในหน้าที่หรือขณะดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตตุลาการดังกล่าว ถือเป็นกระทำการอื่นใด ซึ่งความประพฤติหรือการกระทำดังกล่าวเป็นที่เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ แห่งตำแหน่งหน้าที่ราชการตามมาตรา 47 เพราะการรับสินบนเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายในลักษณะของการกระทำนั้นเอง (*mala in se*) ประกอบกับพนักงานอัยการเป็นผู้มีคุณวุฒิหรือมีเกียรติอย่างสูงในสังคม และเป็นที่ยอมรับของผู้ที่แต่งตั้งตนขึ้นมา เพื่ออำนวยความสะดวกหรือหากพนักงานอัยการกระทำการรับสินบนตัดสินคดีให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่หน่วยงานที่ขอความร่วมมือในการแต่งตั้งให้ตนมาทำการระงับข้อพิพาทหรือผลประโยชน์ของรัฐ การกระทำดังกล่าวนี้เป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง นอกจากนั้นอาจส่งผลให้นำมาตรา 60 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวในหมวดที่ 3 ว่าด้วยการลงโทษ เพื่อพิจารณาไล่ออกได้โดยในมาตราดังกล่าวกำหนดให้ประธานคณะกรรมการอัยการมีอำนาจจะสั่งลงโทษได้ เมื่อข้าราชการอัยการผู้ใดกระทำความผิดอย่างร้ายแรงดังต่อไปนี้

...

## (8) ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

สำหรับกรณีของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งจากต้นสังกัดให้เป็นอนุญาตตุลาการและรับสินบนในหน้าที่จะมีความผิดทางอาญาหรือไม่

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นของหน้าที่และการกระทำความผิดในหน้าที่เจ้าพนักงาน ผู้เขียนมีเหตุผลเช่นเดียวกับกรณีของพนักงานอัยการ หากข้าราชการรับสินบนในหน้าที่อนุญาตตุลาการผู้เขียนเห็นว่าข้าราชการไม่มีความผิดในเรื่องเจ้าพนักงานรับสินบนตามมาตรา 149 ของประมวลกฎหมายอาญา

ปัญหาที่ต้องนำมาวิเคราะห์ต่อไปคือ หากข้าราชการทำผิดหน้าที่ดังกล่าว จะถือว่ามี ความผิดทางวินัยตามมาตรา 82 ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ปี พ.ศ.2535 หรือไม่ เมื่อพิจารณาคำว่าหน้าที่ราชการตามความหมายทางวินัยของพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว หน้าที่ราชการหมายความเฉพาะหน้าที่ที่เป็นราชการโดยตรงเท่านั้น หากเป็นหน้าที่อื่นที่ไม่ใช่ ราชการโดยตรงก็ไม่อยู่ในความหมายของคำว่าหน้าที่ราชการ ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือนได้เคยพิจารณากรณีที่ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรง ตำแหน่งรองประธานกรรมการองค์การตลาดเพื่อเกษตรกร และได้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว คณะ กรรมการข้าราชการพลเรือนเคยมีมติว่า ไม่ถือว่าเป็นการดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการ และไม่ถือ เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ การที่ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ นั้น ผู้บังคับบัญชาไม่อาจนำพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนมาดำเนินการทางวินัย แก่ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในฐานะกระทำผิดต่อหน้าที่ราชการได้ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าการเข้าไปเป็นอนุญาตตุลาการไม่ปรากฏหน้าที่โดยตรงที่ระบุให้ข้าราชการมีอำนาจ หรือหน้าที่ในการเป็นอนุญาตตุลาการประกอบกับการเข้าไปเป็นอนุญาตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็น ว่าไม่ใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการอันมีขอบวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการ แผ่นดินแต่อย่างไร และไม่ถือว่าอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานนั้นๆ ด้วย เช่นเดียวกันจะทำให้ข้าราชการผู้นั้นขาดความเป็นอิสระในการชี้ขาดข้อพิพาท

อนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามข้าราชการผู้นั้นอาจมีความผิดตามหมวด 4 วินัย และการรักษาวินัย ตามมาตรา 98 ของพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ซึ่งกำหนดไว้ว่าข้าราชการพล

เรือนสามัญต้องรักษาชื่อเสียงของตน และรักษาเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนมิให้เสื่อมเสีย โดยไม่กระทำการใดๆ อันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว

การประพฤติชั่วตามมาตรา 104 มีความหมายกว้างขวางมาก การกระทำอย่างใดเป็นการประพฤติชั่วหรือไม่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเคยมีมติตอบข้อหารือของส่วนข้าราชการและเคยวางหลักในการพิจารณาเรื่องการประพฤติชั่วว่า มีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการที่ต้องคำนึงถึง อันได้แก่ เกียรติของข้าราชการ ความรู้สึกของสังคม เจตนาที่กระทำ สำหรับในเรื่องการทุจริตรับสินบนโดยการเป็นอนุญาโตตุลาการ การรับสินบนถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ชั่วร้ายและน่าตำหนิ ผู้กระทำความผิดโดยมีเจตนาชั่วร้าย (mens rea) เป็นองค์ประกอบของการกระทำด้วย ดังนั้นข้าราชการรับสินบนเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ขั้นต้น

การรับสินบนทำให้เกียรติของข้าราชการลดลงอย่างร้ายแรง ทำให้เสียหายแก่การอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีพิพาท ประชาชนไม่มีทัศนคติที่ดีสำหรับการกระทำความผิดนี้ ดังนั้นถือได้ว่าการกระทำความผิดในเรื่องการรับสินบนของข้าราชการเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง โดยมีผลอาจทำให้ข้าราชการนั้นอาจถูกลงโทษโดยการปลดออกหรือไล่ออก ตามมาตรา 104 ได้

ในประเด็นปัญหาต่อไป คือในขณะที่หากมีการบังคับตามคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด แต่กับยกเอาเรื่องขออนุญาโตตุลาการรับสินบนขึ้นมาเพื่อเป็นการประวิงคดี โดยการไปกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับอนุญาโตตุลาการ และอาศัยเหตุดังกล่าวมาคัดค้านคำชี้ขาด ในกรณีอย่างนี้การบังคับตามคำชี้ขาดยังคงจะต้องรอผลในคดีทางอาญาหรือไม่อาจมีผลทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการล่าช้าหรือไม่

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการของการบังคับตามคำชี้ขาด และการดำเนินคดีอาญาในกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับสินบนเป็นคนละกระบวนการแยกต่างหากจากกัน ในการบังคับตามคำชี้ขาดคู่กรณีฝ่ายที่ยกเหตุของการประวิงคดีมิชอบของอนุญาโตตุลาการขึ้นมากล่าวอ้างมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อบกพร่องดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรมีกำหนดในเรื่องของกำหนดระยะเวลาในการทำคำคัดค้าน

ดังเช่นในกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ซึ่งได้กำหนดระยะเวลาการร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด โดยจะต้องร้องขอต่อศาลภายใน 3 เดือน นับตั้งแต่วันที่ผู้ร้องขอได้รับคำชี้ขาดนั้น กล่าวคือ ในการกำหนดระยะเวลาดังกล่าว คำนึงถึงเวลาที่คู่กรณีใช้ไปในการศึกษาผลของคำชี้ขาด ปรัชญาที่ปรึกษาต่างๆ การเตรียมเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องในการร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด และระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ไม่ยาวนานเกินไปจนอาจจะทำให้กลายเป็นการประวิงคดี (ประกาศ รัตนมาลา, 2541: 141, 142) นอกจากนี้ก็นำหลักเกณฑ์ในเรื่องการวางหลักประกัน เช่น การวางเงินเป็นจำนวนที่พอจะชำระหนี้ตามคำชี้ขาด รวมทั้งค่าธรรมเนียมในการอนุญาตศาล การที่ คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องรับผิดชอบกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามสัญญา หรือได้หาหลักประกัน อย่างอื่นมาวางไว้ต่อศาล สำหรับจำนวนเงินที่เป็นหนี้ดังกล่าวจนเป็นที่พอใจต่อศาล เพื่อป้องกันการประวิงการบังคับตามคำชี้ขาดของคู่กรณี

สำหรับประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่ง กล่าวคือ หากชาวสิงคโปร์มาเป็น อนุญาตศาลในประเทศไทย รับสินบน และเดินทางกลับไปประเทศของตน โดยปัจจุบัน ประเทศไทยไม่มีความรับผิดสำหรับในกรณีที่อนุญาตศาลรับสินบน แต่ประเทศสิงคโปร์มีความรับผิดดังกล่าว ปัญหาคือชาวสิงคโปร์นั้นจะต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์หรือไม่

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์แล้ว ปกติโดยหลักกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์จะเอาผิดกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศสิงคโปร์เป็นหลัก ไม่ได้ขยาย หลักความรับผิดของบุคคลออกไปเหนือการกระทำความผิดฐานนี้ของบุคคลสัญชาติของตน ที่ได้ กระทำความผิดนอกดินแดนโดยเฉพาะสำหรับการกระทำความผิดของเจ้าพนักงาน ประเทศสิงคโปร์ไม่ได้กำหนดหลักการขยายการบังคับใช้ของกฎหมายอาญาเอาไว้เป็นกรณีพิเศษ เช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 9 ของประเทศไทย ซึ่งขยายหลักการบังคับใช้กฎหมาย อาญา เพื่อเอาผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าพนักงาน และกระทำความผิดอาญาขึ้นโดยไม่คำนึง ถึงว่ากระทำความผิดในหรือนอกราชอาณาจักร ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยให้ถือว่าเจ้าพนักงานยังคงต้องรับผิด

ดังนั้นในความเห็นของผู้เขียน ในกรณีชาวสิงคโปร์ที่เข้ามาเป็นอนุญาตศาลในประเทศไทยรับสินบน และเดินทางกลับไปประเทศของตนอนุญาตศาลชาวสิงคโปร์ดังกล่าว

ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าวในประเทศของตน ประกอบกับในเรื่องนี้ไม่มีผู้เสียหายตามกฎหมายที่จะร้องขอให้รัฐบาลสิงคโปร์ดำเนินคดีต่อไปได้

#### 4.3 วิเคราะห์ความรับผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา หมวดที่ 1 (ความรับผิดฐานเปิดเผยความลับ) มาตรา 323 และมาตรา 324

**มาตรา 323** “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...”

มาตรานี้มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 280 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แต่กฎหมายใหม่แจ่มแจ้งผู้ตัวบุคคลผู้รู้ และเปิดเผยความลับออกชัดเจนเป็นคนๆ ไป มิได้บัญญัติรวมว่าผู้ประกอบโรคศิลปศาสตร์ดังกฎหมายเดิม มาตรานี้แม้ผู้กระทำจะเป็นเจ้าพนักงานก็ต่างกับมาตรา 164 ซึ่งตามมาตรา นั้นเป็นบทบัญญัติถึงการเปิดเผยความลับในราชการ คือของทางราชการไม่ใช่ของบุคคลอื่น

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำ คือ ผู้กระทำไม่ใช่คนทั่วไปดังมาตรา 324 แต่ผู้ที่ระบุไว้ คือ แพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาลทั้งชายและหญิง นักบวช ซึ่งเป็นคำรวมหมายรวมถึงผู้ประพฤติพรตทั่วไปมิได้แยกเป็นพวกๆ ดังมาตรา 208

หมอความ ผู้มีอาชีพในทางกฎหมาย เช่น ให้คำปรึกษาแนะนำ แม้ในขณะที่เปิดเผยความลับ มิได้เป็นบุคคลผู้ประกอบอาชีพ แต่เคยเป็น และรู้ความลับมาโดยเหตุที่ได้ประกอบอาชีพ ก็เป็นความผิดตามมาตรา นี้

การล่วงรู้หรือได้มา หมายความว่า ถึงรู้ถึงความลับที่มีอยู่แล้ว ไม่ใช่คิดค้นพบเองซึ่งสิ่งที่คุณอื่นพบและปกปิดไว้ เช่น สูตรผสมยาบางอย่าง เป็นต้น ความผิดตามมาตรา นี้จึงเป็นความผิดเฉพาะตัวบุคคลที่ระบุไว้ นี้ การรู้ความลับต้องรู้มาโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ หรือโดย

เหตุที่ประกอบอาชีพดังกล่าว อาชีพคือการกระทำเป็นกิจกรรมในการดำรงชีพ ไม่จำกัดว่าต้องทำเพื่อประโยชน์ตอบแทน ต่างกับการค้าซึ่งกระทำเพื่อหากำไร ความลับของผู้อื่นหมายความว่าข้อมูลเท็จจริงหรือวิธีการไม่ประจักษ์แก่คนทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ จึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดอาจปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด ถ้าเป็นสิ่งที่รู้กันทั่วไปโดยเปิดเผยแล้ว ก็ไม่เป็นความลับ

ข้อสังเกต จากการศึกษาพบว่าความผิดในมาตรานี้เป็นเรื่องของการเปิดเผยความลับ ที่ได้มาในหน้าที่ หรือจากอาชีพซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือการเปิดเผยความลับของผู้อื่น ที่ผู้กระทำได้ล่วงรู้ หรือได้มาโดยเหตุที่ตนเป็นเจ้าของพนักงานผู้มีหน้าที่ ข้อที่ควรจะต้องสังเกต คือผู้กระทำความผิดนี้กฎหมายจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีหน้าที่หรืออาชีพหรือวิชาชีพที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น ไม่รวมไปถึงอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นวิชาชีพที่จะต้องอาศัยทักษะความชำนาญด้วย เป็นการกำหนดประเภทความลับเอาไว้กว้าง รวมไปถึงความลับในทางการค้าด้วย

**มาตรา 324** “ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพหรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นเกี่ยวกับการอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์เปิดเผยหรือใช้ความลับเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรานี้บัญญัติขึ้นใหม่ ไม่มีอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาเดิมเกี่ยวกับความลับเฉพาะที่ระบุไว้ องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำ มีการเปิดเผยความลับที่รู้มาเช่นเดียวกับมาตรา 323 แต่มีการใช้ความลับนั้นเพิ่มเติมขึ้นอีกประการหนึ่งนอกเหนือจากการเปิดเผย เช่น รู้ความลับในการผลิตวัตถุอุตสาหกรรมอย่างหนึ่งเอาความรู้นั้นไปผลิตสินค้าอย่างเดียวกันขายบ้าง เป็นต้น

โดยผู้กระทำเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ และรู้ความลับโดยเหตุที่ตำแหน่งหน้าที่นั้นไม่จำกัดเฉพาะเจ้าพนักงานจึงอาจเป็นเจ้าพนักงาน หรือผู้อื่นที่มีหน้าที่โดยกฎหมายหรือโดยสัญญาก็ได้ วิชาชีพหมายถึงอาชีพที่ต้องใช้ความรู้พิเศษ อาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ

วางใจหมายถึงระหว่างผู้กระทำกับเจ้าของความลับ อาชีพหมายความถึงการประกอบกิจการเป็น  
ธุระในการดำรงชีวิต ไม่จำเป็นต้องกระทำเพื่อหาประโยชน์

สำหรับความผิดตามมาตรา 324 นั้น องค์ประกอบความผิดในส่วนของผู้กระทำความผิด  
ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 324 นี้ได้แก่ ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่น่าไว้วางใจ  
และรู้ความลับโดยเหตุหนึ่ง อนึ่ง ตำแหน่งหน้าที่นั้นไม่จำกัดเฉพาะเจ้าพนักงาน จึงอาจเป็นพนักงาน  
หรือผู้อื่นที่มีหน้าที่โดยกฎหมาย หรือสัญญาก็ได้

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติตามมาตรา 323 และ 324 ประกอบกัน จะเห็นได้ว่า ความ  
ผิดตามมาตรา 323 ได้กำหนดตัวบุคคลผู้กระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ ไม่หมายรวมถึง  
อนุญาโตตุลาการ แต่ข้อดีของมาตรา 323 คือกำหนดประเภทความลับเอาไว้กว้างกว่ามาตรา 324  
และได้ขยายผลไปถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น

สำหรับมาตรา 324 มีข้อดี คือกำหนดบุคคลผู้กระทำความผิดเอาไว้กว้างกว่ามาตรา 323  
ซึ่งในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่าความผิดตามมาตรา 324 นี้ หมายรวมถึงอนุญาโตตุลาการ ผู้มี  
ความผูกพันกับคู่กรณีพิพาทในเชิงสัญญาด้วย แต่อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการ  
พิสูจน์ความผิด ในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจกำหนดภาระหน้าที่ในการรักษา  
ความลับเอาไว้ให้ชัดเจน หรือกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามจริยธรรมของ  
อนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบัน  
อนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ก็อาจจะเพียงพอซึ่งข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วย  
จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ได้การกำหนดภาระ  
หน้าที่ในการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการเอาไว้

สำหรับประเภทของความลับตามมาตรา 324 นั้น เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความลับทาง  
การค้าที่ระบุไว้ในมาตรา 324 มีเพียง 3 ชนิดเท่านั้น ได้แก่ ความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้น  
พบ หรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์ ไม่รวมถึงความลับทางการค้า ในงานพาณิชย์กรรม  
(Commercial Secrecy) หรือความลับทางการค้าชนิดอื่นๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับ  
ทางการค้าในต่างประเทศด้วย ดังนั้น ความลับทางการค้าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 324 นี้จึงมีน้อยมาก

และไม่สามารถครอบคลุมไปถึงความลับทางการค้าทุกชนิด หรือดังที่ปรากฏ เช่น ในต่างประเทศ ได้ (พีระพล สีสิงห์, 2536: 149)

ลักษณะแห่งข้อจำกัดเช่นนี้ เนื่องจากบทบัญญัติที่ปรากฏในมาตรานี้ได้ถูกยกกว้าง และใช้บังคับเป็นกฎหมายมานานแล้ว ลักษณะของเทคโนโลยีจึงเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก และซับซ้อนยิ่งขึ้น บทบัญญัติที่มีอยู่จึงไม่เพียงพอ (พีระพล สีสิงห์, 2536: 165)

ดังนั้น เพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีของประเทศไทยตามข้อ 39 ประกอบกับข้อ 61 แห่งความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ในภาคผนวกท้ายความตกลงมาลาเกซ ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างมีประสิทธิภาพจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในข้อ 10 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีส (ค.ศ.1967) ประกอบกับประเทศไทยมีนโยบายในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ ประกอบกับได้มีผู้วิจัยเสนอความคิดในการเพิ่มบทบาทของการอนุญาตไต่สวนการให้มากขึ้น โดยการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาท โดยการอนุญาตไต่สวนการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา และอาจรวมไปถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing) โดยเน้นเหตุผลส่วนหนึ่งไปที่ข้อดีของการรักษาความลับ (Confidentiality) และความเป็นส่วนตัวของการระงับข้อพิพาท โดยวิธีการนี้มีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาททางการค้า และหมายรวมไปถึงทางทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ ดังนี้ ประการแรก เหตุผลในการคุ้มครองและป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประการที่สอง ด้วยเหตุผลในเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

หากพิจารณาโดยปล่อยให้เรื่องรักษาความลับเป็นเพียงแค่บทบาทในเชิงวัตถุประสงค์ของวิธีการเท่านั้น คงเป็นการยากลำบากที่จะกล่าวได้ว่า การอนุญาตไต่สวนการมีปรัชญาในการรักษาความลับเป็นที่ตั้ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจุดขายของการบริการแต่ละชนิดมีความดีเลวแตกต่างกัน ข้อดีอนุญาตไต่สวนการ คือเรื่องความลับของวิธีการ ดังนั้น ถึงแม้จะได้มีการจัดทำข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาตไต่สวนการ สถาบันอนุญาตไต่สวนการ กระทรวงยุติธรรม เพื่อความชัดเจน โดยหลักไม่มีสภาพบังคับโดยตัวของมันเอง เพราะเป็นเพียงหน้าที่เทียบเคียงในผลเป็นแค่หน้าที่ทางศีลธรรม (moral function) เว้นแต่จะเป็นจริยธรรมที่มีบัญญัติไว้เป็นข้อกฎหมายเท่านั้น เพราะฉะนั้นคู่กรณีจึงควรกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของ



อนุญาตโตตุลาการ และหรือข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการ สถาบันอนุญาตโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมมาใช้บังคับ เพื่อให้มีผลผูกพันโดยสัญญา และสอดคล้องกับองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 324 อย่างชัดเจน และเพื่อเป็นการสอดคล้องกัน ควรพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 324 ให้รองรับไปถึงความลับทางการค้าทุกประเภท

สำหรับบุคคลที่ได้รับทราบเป็นอนุญาตโตตุลาการ ต้องรักษาความลับใดๆ ที่ตนได้มาจากการทราบนั้น ซึ่งเป็นแนวคิดหนึ่งที่จะกำหนดไว้ให้เป็นจริยธรรมในเรื่องการรักษาความลับตามร่างข้อบังคับว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการ ผลบังคับต่อบุคคลผู้ถูกทราบทาม เมื่อมีการจัดทำร่างจริยธรรมดังกล่าวแล้วเสร็จและใช้บังคับ หากผู้ถูกทราบทามยังไม่ได้เป็นอนุญาตโตตุลาการในคดี สภาพบังคับของอนุญาตโตตุลาการกับผู้เปิดเผยยังไม่มีผลผูกพันในเชิงสัญญา หากจะบังคับกันได้ ก็คงเป็นเพียงบทบังคับภายในระหว่างอนุญาตโตตุลาการที่ขึ้นทะเบียนไว้กับทางสถาบันเท่านั้น เนื่องจากสถาบันย่อมมีอำนาจที่จะออกระเบียบข้อบังคับใด เพื่อให้การอนุญาตโตตุลาการที่อยู่ภายใต้ความควบคุมดูแลของสถาบันเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ แต่ไม่อาจใช้บังคับกับอนุญาตโตตุลาการของสถาบันอื่น หรืออนุญาตโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน ข้อระวังสำหรับเจ้าของความลับในชั้นแรกคงจะต้องสงวนไว้ที่จะไม่ลงไปในรายละเอียดของข้อมูลที่เป็นความลับมากนัก เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของความลับของตน

อนึ่ง สำหรับการพิจารณาคดีในการอนุญาตโตตุลาการ เพื่อให้การรักษาความลับเป็นรูปธรรมโดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า อนุญาตโตตุลาการควรเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแบบลับ (Trial and Hearing in camera) โดยการพิจารณแบบนี้ อนุญาตโตตุลาการสามารถดำเนินการจำกัดการรับรู้ของผู้ไม่มีส่วนได้เสีย เพราะเมื่อจำกัดการรับรู้แล้วก็ทำให้โอกาสการนำไปใช้ลดน้อยลง เพราะฉะนั้นจึงเป็นการจำกัดการใช้ไปด้วยนั่นเอง นอกจากนั้นบรรดาสรรพเอกสารหรือข้อมูลที่เป็นความลับ ควรจะมีการประทับตรารับเอกสารด้วยคำว่า “Confidential” ไว้ที่เอกสารหรือข้อมูล และมีการจัดเก็บไว้โดยวิธีพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากเอกสารทั่วไป ตลอดจนเมื่อคดีแล้วเสร็จ เอกสารและข้อมูลทั้งหมดจะต้องส่งคืนให้คู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นเจ้าของความลับ เมื่อเสร็จการดำเนินคดีเรียบร้อยแล้ว

#### 4.4 ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

สำหรับในประเทศอื่นๆ นั้น ในประเด็นของความรับผิดชอบจะมีความแตกต่างกันออกไปโดยสามารถสรุปแบ่งแยกได้ออกเป็น 2 ฝ่ายดังนี้ ฝ่ายแรกเห็นว่า ถ้าต้องการให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบทางแพ่งต่อคู่กรณีก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วอนุญาโตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากมีหลักว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเช่นเดียวกับผู้พิพากษา จึงควรได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดใดๆ อันเกิดจากการทำตามหน้าที่ ซึ่งความคิดเรื่องความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษาจากความรับผิดทางแพ่งนี้มีรากฐานที่มาจากหลักที่อนุญาโตตุลาการมีบทบาทเยี่ยงผู้พิพากษา โดยมีแนวความคิดจากความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันมีความมุ่งหมายเพื่อสงวนไว้ซึ่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความเป็นอิสระทางความคิด ซึ่งจำเป็นต้องมีในบุคคลที่ต้องทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท หลักในเรื่องความคุ้มครองนี้ได้จำกัดเฉพาะสำหรับผู้พิพากษานั้น แต่ยังคงขยายไปยังอนุญาโตตุลาการเนื่องจากการทำหน้าที่กึ่งตุลาการ เพื่อป้องกันคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดใช้ศาลเป็นเครื่องมือโดยฟ้องให้อนุญาโตตุลาการให้รับผิด กล่าวคือ อีกนัยหนึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่มีความกลัวที่จะถูกแก้แค้นตอบแทน โดยการฟ้องคดีของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ มิฉะนั้นจะเกิดผลเสียต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการได้ และนอกจากนั้นก็คงไม่มีบุคคลโดยอมรับทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพราะจะเป็นการเสี่ยงอย่างมากที่จะต้องชดใช้เงินทองได้อย่างง่ายดายถ้าตนไม่มีความคุ้มครองดังกล่าว อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการที่อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ หรือเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ ประเทศที่ถือความเห็นเหล่านี้และไม่มีบทบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบคือ ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

แต่บางประเทศที่ยึดตามความเห็นนี้ได้บัญญัติกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางแพ่งไว้อย่างชัดเจน ในกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่บกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีเช่นปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าไม่ทันเวลาที่กำหนดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือเมื่อยอมรับหน้าที่แล้วกลับไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ประเทศที่ยึดถือตามหลักนี้คือประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในกังตองซูริก ออสเตเรีย และประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา (Domke, 1971: 102 ตามที่อ้างใน เสาวนีย์ อัครวจน์, 2543: 106)

ฝ่ายที่สองเห็นว่าแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ในกรณีที่อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม แต่ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทเกิดจากสัญญา ดังนั้นอนุญาตตุลาการจึงรับผิดชอบคู่กรณีตามบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้และสัญญาซึ่งนำมาใช้บังคับกับความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการได้ กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์และยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องทำให้คู่กรณีฝ่ายใดเสียหายแล้ว อนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีฝ่ายนั้นโดยถือว่าเป็นการผิดสัญญาอนุญาตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่และใช้ดุลพินิจชี้ขาดโดยสุจริต ประเทศที่ยึดถือความคิดนี้คือ ญี่ปุ่น, เยอรมัน เป็นต้น

สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการในประเทศไทยนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติระบุเอาผิดแก่อนุญาตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะโดยชัดเจน ดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีตามบทบัญญัติทั่วไป ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับสัญญาและละเมิดผู้เขียนขอแบ่งพิจารณาความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในประเทศไทยออกเป็น 2 ส่วน สัญญาและละเมิด

**1. ความรับผิดชอบทางสัญญา** ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่กรณีเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา โดยคู่กรณีพิพาทได้ว่าจ้างตกลงขอรับบริการให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญแก่คู่กรณี สัญญาที่คู่กรณีตกลงกันไว้อาจเรียกว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง แต่ไม่ใช่สัญญาตัวแทน เพราะหากเป็นเรื่องตัวการตัวแทน อนุญาตตุลาการซึ่งเป็นตัวแทนจะต้องทำตามชอบอำนาจในการแต่งตั้งและจะต้องรักษาผลประโยชน์ของตัวการ แต่สัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่แต่งตั้งให้อนุญาตตุลาการมีอิสระในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาท โดยอนุญาตตุลาการมีอิสระเต็มที่ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้คู่กรณีโดยความเป็นธรรมในฐานะคนกลาง ซึ่งเป็นหนี้ตามสัญญาที่อนุญาตตุลาการซึ่งมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในส่วนที่ตนต้องทำหน้าที่ให้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญาในที่นี้หมายถึงคู่กรณีที่แต่งตั้งตนให้ได้รับการชำระหนี้ตามสัญญา คือการที่ได้รับโอกาสเข้าร่วมการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอย่างเป็นทางการ ถ้าอนุญาตตุลาการกระทำการใดๆ ที่เป็นการผิดสัญญา เช่น กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ฝ่ายผิด

สิทธิของคู่กรณีพิพาทซึ่งเข้าร่วมในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทำให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหาย เช่น ลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดหรือละเลยไม่รับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายใดด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือหากอนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์ แต่ไม่เปิดเผยส่วนได้เสียขัดกันซึ่งประโยชน์ซึ่งตนมีหน้าที่ต้องเปิดเผย (Duty to disclose) เพราะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่อาจส่งว่าอนุญาโตตุลาการจะมีความเอนเอียงหรือมีอคติ ทั้งนี้เพราะกระบวนการพิจารณาได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่ายของคู่กรณีพิพาท เพราะหากปล่อยให้ต้องไปทำลายคำชี้ขาด เมื่อคดีแล้วเสร็จคู่ความจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก เพราะต้องไปสู้กันในชั้นศาลในเรื่องของความสมบูรณ์ของคำชี้ขาด และต้องไปสู้กันในเรื่องข้อพิพาทใหม่เมื่อคำชี้ขาดถูกทำลายลงไป เพราะความเอนเอียงที่เพิ่งปรากฏ หน้าที่ที่ต้องเปิดเผยส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์มีอยู่ตั้งแต่เมื่อถูกทาบทามจนถึงก่อนคำชี้ขาด (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 46) หรือในกรณีการที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวจากกระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการก่อนกำหนดเวลา โดยปราศจากเหตุอันสมควร เมื่ออนุญาโตตุลาการรับตัดสินข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการให้แล้วเสร็จสมบูรณ์โดยความเป็นธรรม

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต่อไป ขณะกระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการยังไม่สิ้นสุด ไม่เพียงจะถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ละเมิดภาระหน้าที่ตามสัญญาแล้ว แต่ยังเป็นการทำลายเป้าหมายขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย เพราะในกรณีที่กระบวนการพิจารณาได้เริ่มไปแล้ว คู่กรณีพิพาทได้ลงเงินและเวลา หากกระบวนการพิจารณาจะต้องมาเริ่มใหม่ตั้งแต่แรกก็จะเสียค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมใหม่ ดังนั้น การที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์ หรือถอนตัวหรือปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบตามสัญญา คู่กรณี ฝ่ายที่เสียหายอาจเรียกให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบตามบทบัญญัติมาตรา 215 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีใจความดังนี้ “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงในมูลหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายอันเกิดแก่การนั้นได้” ทั้งนี้เพราะความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทนั้นเป็นเรื่องของสัญญาและหนี้ด้วย ดังนั้นการที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์จนทำให้คำชี้ขาดถูกทำลาย หรือถอนตัวไม่ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาให้

แล้วเสร็จ ถือว่าตนได้สูญเสียสิ่งซึ่งตนควรจะได้รับ การปกป้องโดยการใช้ความคุ้มกันแก่ อนุญาตตุลาการ ที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำทางศาล (judicial act) ดังนั้นอนุญาตตุลาการก็ควร จะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการประพจน์มิชอบของตน เพราะมิฉะนั้นก็จะเป็นการ ง่ายเกินไป สำหรับอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่สัญญาจะทำการขัดขวางกระบวนการ พิจารณา แต่อย่างไรก็ดีความรับผิดชอบนี้จะจำกัดอยู่กับอนุญาตตุลาการที่ไม่ตั้งใจดำเนินกระบวนการ พิจารณาให้เป็นไปโดยชอบธรรมตามสัญญาเท่านั้น

นอกจากนั้นในกรณีที่อนุญาตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในกำหนดเวลา การทำหน้าที่ทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งอนุญาตตุลาการมีหน้าที่ต้องทำหน้าที่ดังกล่าว ภายในกำหนดระยะเวลาหากว่าอนุญาตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดภายในกำหนดโดยไม่มี การขยาย ระยะเวลาออกไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ความล่าช้าในการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ สามารถยกเป็นเหตุให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ขยายขอบเขตวิธีการเยียวยา การประพจน์มิชอบดังกล่าวของอนุญาตตุลาการในคดี Baar V. Tigerman ศาลเห็นว่า อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการที่อนุญาตตุลาการ ไม่ทำคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลา ในคดี E.C. Ernst, Inc. V. Manhattan Construction Co. of Texas ศาลเห็นว่า อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายต่างๆ ที่เกิดจากการไม่คำชี้ขาด ของตน คำตัดสินของศาลทั้งสองนี้ยอมรับถึงหน้าที่ตามสัญญาที่อนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาด ภายในกำหนดเวลาและถือว่าอนุญาตตุลาการบกพร่องต่อหน้าที่นี้เสียสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกัน ทั้งนี้เพราะตนได้สูญเสียสิ่งที่ตนเหมือนกับผู้พิพากษา การไม่ทำคำชี้ขาดให้ตรงเวลาไม่ถือว่าเป็น การพิจารณาตัดสินคดี ดังนั้นจึงไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มกัน จึงสมควรที่จะต้องรับผิดชอบ อนุญาตตุลาการที่รู้ว่าตนไม่สามารถจะทำหน้าที่ของตนเองให้ดีหรือดูแลคดีให้เป็นไปตามกำหนด ระยะเวลา ก็ควรที่จะปฏิเสธที่จะรับชี้ขาดคดีนั้นเสียตั้งแต่ต้น (Rubin, 1986: 25 cited in Hausmaninger, 1999: 32)

**2. ความรับผิดในทางละเมิด** ความรับผิดในทางละเมิดมิได้เกิดขึ้นจากนิติกรรมหรือ สัญญา แต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีความรับผิดเกิดขึ้น หากบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่งอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ อันส่งผลให้บุคคลนั้นเสียหายแก่ทรัพย์สิน และชีวิต เสรีภาพ หรือสิทธิ ใดๆ เป็นต้น บุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย

อนุญาตตุลาการต้องให้บริการในการระงับข้อพิพาทด้วยความสามารถและใช้ความระมัดระวังให้สมกับควมไว้วางใจหากอนุญาตตุลาการทุจริตหรือประมาทเลินเล่อขาดความระมัดระวังก่อให้เกิดความเสียหายใดๆ แก่คู่กรณีพิพาท อนุญาตตุลาการจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิด มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้สินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่กรณีหากอนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่เป็นตามวัตถุประสงค์กล่าวคือ อนุญาตตุลาการมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาตั้งอนุญาตตุลาการในส่วนที่ต้องทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้คู่กรณีโดยความเป็นธรรมในฐานะคนกลางและคู่กรณีเป็นเจ้าของหนี้ในส่วนที่จะได้รับการชำระหนี้ตามสัญญาคือ การได้รับโอกาสในการเข้าร่วมการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอย่างเป็นธรรม (เสาวนีย์ อัครโรจน์: 104) ความรับผิดชอบประการแรก ที่เห็นได้คือความรับผิดชอบทางสัญญาที่กล่าวไว้แล้วในข้อหนึ่ง อย่างไรก็ตามหากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือการชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ หรือปฏิบัติหน้าที่บกพร่องโดยปราศจากซึ่งความระมัดระวังตามที่ตนพึงมีพึงใช้ในฐานะเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่คู่กรณีพิพาทได้มอบหมายความไว้วางใจจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีแล้ว การกระทำของอนุญาตตุลาการการก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดได้อีกประการหนึ่ง โดยปกติความรับผิดชอบทางสัญญาและละเมิดต่างก็อยู่คนละส่วนกัน และ พฤติการณ์บางกรณีอาจเกิดขึ้นพร้อมกันได้ โดยปกติในบางกรณีที่สิทธิเรียกร้องของโจทก์และการกระทำของจำเลยเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา ก็เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกร้องบังคับเอาโดยมูลใดก็ได้ แล้วแต่จะเลือก สุดท้ายทางใดจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า หรือจะบังคับเอาทั้งสองทางก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3814/2525) ไม่มีกฎหมายบังคับว่าโจทก์จะต้องเลือกเอาทางหนึ่งทางใด (คำพิพากษาฎีกา 974/2592) ในกรณีที่เลือกฟ้องโดยมูลละเมิด โจทก์มีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

อนึ่ง อาจเกิดปัญหาโต้แย้งของคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” เพราะการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่ผู้กระทำได้แสดงออกแล้วยังมีหลักเกณฑ์อีกว่าต้องเป็นการกระทำผิดกฎหมายที่ว่าโดยผิดกฎหมายนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่าการ

กระทำอันใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่เรื่องการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการจากการที่วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ยังไม่มีความรับผิดทางอาญารองรับว่าเป็นความผิด การกระทำดังกล่าวจึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 420 แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดเป็นการกระทำผิดกฎหมายดังเช่นกฎหมายอาญา การที่มาตรา 420 ใช้คำว่า โดยผิดกฎหมายนั้นทำให้เข้าใจว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วย่อมไม่เป็นละเมิด คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรานี้มาจาก “unlawfully” ในต้นร่าง ซึ่งใช้ในมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีความหมายในทางนิเสธ เช่นเดียวกับคำว่า มิชอบด้วยกฎหมาย ที่ใช้ในมาตรา 421 นั้นเอง (จิตติ ดิงศัทพ์, 2526: 180-181 อ้างถึงใน ธรรมนูญ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, 2539: 151) คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” จึงน่าจะเป็นการกระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือทำลงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้กระทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็เป็นละเมิด ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดเป็นเรื่องที่ต้องนำสืบและไม่ใช่ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบ อันเป็นละเมิด (สุชม ศุภนิศย์, 2537: 16-18) นอกจากนี้การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายนี้ ผู้กระทำต้องไม่มีอำนาจกระทำ ถ้ามีอำนาจกระทำได้ไม่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย อำนาจที่จะกระทำได้อาจเกิดโดยมีกฎหมายให้อำนาจโดยตรง มีอำนาจตามสัญญา อาศัยอำนาจตามคำพิพากษา มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นไม่ต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น การกระทำโดยความยินยอมของผู้เสียหาย (พจน์ ปุษปาคม, 2530: 50)

ปัญหาต่อไปที่จะนำมาวิเคราะห์คือ หากอนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยความลับที่ตนได้รู้มาจากการที่ตนเป็นอนุญาโตตุลาการในกรณจะรับข้อพิพาทว่าจะต้องรับผิดทางแพ่งหรือไม่

สำหรับความรับผิดทางแพ่งในกรณีที่ทางอนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดต่อบุคคลที่พิพาท หากการเปิดเผยความลับนั้นเป็นที่เสียหายต่อบุคคลที่พิพาท แต่อย่างไรก็ตามบุคคลที่จะต้องมีการพิสูจน์ว่าสิ่งที่ปกปิดไว้เป็นความลับ กล่าวคือมีคุณค่า เป็นสิ่งที่ต้องปกปิด และมีการหวงกันเอาไว้ กรณีที่ผิดสัญญา (Breach of Contract) การผิดสัญญาเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่มีสัญญาตกลงไว้ในเรื่องของการรักษาความลับระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีที่ตั้งตั้งตน หรือคู่กรณีทั้งหมดที่ตกลงไว้อย่างชัดเจนสำหรับประเด็นข้อตกลงในการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาทในสัญญาแต่งตั้ง

อนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงโดยนำความลับไปเปิดเผยถือว่าเป็นการผิดสัญญาโดยตรง

นอกจากนี้ถึงแม้ว่าสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ได้ระบุภาระหน้าที่ในการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในสัญญาอย่างชัดเจนก็ดี แต่ต้องถือเอาปรัยายตามลักษณะหน้าที่ที่อนุญาโตตุลาการมีต่อคู่กรณีพิพาท และระบบการอนุญาโตตุลาการ เพราะอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทในการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะของความสัมพันธ์ที่ต้องกระทำต่อกันตามหลักของความไว้น้ำใจ (fiduciary duty) ที่อนุญาโตตุลาการพึงจะต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ และเป็นการคุ้มครองตลอดจนสร้างความไว้วางใจต่อคู่กรณีพิพาทในกระบวนการเปิดเผยความลับและพยานหลักฐานต่างๆ ในกระบวนการสืบพยานของการอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้นถึงแม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงต่อกันไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็สามารถนำหลักเกณฑ์ของข้อตกลงโดยปรัยายที่มีต่อกันระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีที่พิพาทมาอนุมานปรับเข้ากับหลักของการมีข้อตกลงโดยปรัยายในการรักษาความลับ ซึ่งเป็นปรัชญาของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ได้ทั้งสิ้น

ปัญหาความผูกพันของอนุญาโตตุลาการคนที่สามกับคู่กรณีพิพาทมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใดเพราะอนุญาโตตุลาการฝ่ายที่สามไม่ได้เกิดจากการแต่งตั้งของคู่กรณีโดยตรง

สำหรับประเด็นความผูกพันของอนุญาโตตุลาการคนที่สาม (Third Arbitrators) จริงอยู่ว่าอนุญาโตตุลาการคนที่สามอาจไม่ได้มาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีโดยตรง แต่หากมองอีกมุมหนึ่งก็เสมือนหนึ่งว่าคู่กรณีได้ตกลงให้อนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งขึ้นมามีภาระหน้าที่ในการเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามโดยผ่านอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งซึ่งมีอำนาจอิสระในการเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สาม ขึ้นเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการสองฝ่ายตกลงกันไม่ได้ อนุญาโตตุลาการคนที่สามมีดุลพินิจที่จะตกลงเข้ามาผูกพันยอมรับในการชี้ขาดข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการได้โดยสมัครใจ เมื่อตนตกลงสมัครใจยอมรับที่เข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการคนที่สามก็เสมือนว่าตนตกลงที่จะเข้ามาผูกพันในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของคู่กรณีที่พิพาทกันนั่นเอง



การเข้ามาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการคนที่สาม อนุญาโตตุลาการ คนที่สามมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการที่ตนเข้ามาทำหน้าที่นี้ จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการ คนที่สามเกิดจากการแต่งตั้งของคู่กรณีพิพาทโดยอ้อมและผูกพันตนในการระงับข้อพิพาทตามสัญญา นั้นเอง

ปัญหาคือ เหตุใดไม่ให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามโดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลคงอาจเกรงปัญหาของความล่าช้า และการประวิงคดีของคู่กรณีพิพาท เพราะตามเจตนารมณ์ของอนุญาโตตุลาการเพื่อต้องการให้การระงับข้อพิพาทเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว และอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งหากเข้าใจบทบาทของตนดี ว่าอนุญาโตตุลาการมีอิสระในการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เป็นอิสระจากคู่กรณีที่แต่งตั้งตน ทำให้สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามโดยรวดเร็วไม่ล่าช้า เพื่อประโยชน์ในการระงับข้อพิพาทต่อไป

สำหรับหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการคนที่สาม ส่วนใหญ่จะมีบทบาทในการเป็นผู้ชี้ขาดคดีในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการตกลงกันไม่ได้หรือหาเสียงข้างมากในการตัดสินไม่ได้ บทบาทของผู้ชี้ขาดในกรณีดังกล่าว บทบาทแรกคือผู้ชี้ขาดสามารถชี้ขาดได้โดยอิสระ คือไม่ต้องชี้ขาดไปในแนวความเห็นของอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แต่ชี้ขาดไปตามความเห็นของตนเอง ในกรณีนี้นิยมเรียกผู้ชี้ขาดว่า “Umpire” แต่ถ้าผู้ชี้ขาดมีหน้าที่ต้องเลือกว่าจะสนับสนุนความเห็นของอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และไปตามความเห็นของอนุญาโตตุลาการฝ่ายนั้น บทบาทนี้มีผู้นิยมเรียกผู้ชี้ขาดนั้นว่า “Referee” (อนันต์ จันทโรภากร, 2536: 63) ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการคนที่สามไว้โดยละเอียด หากแต่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 เพียงว่า การวินิจฉัยและชี้ขาดคดีของอนุญาโตตุลาการนั้นให้เป็นไปตามเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการ ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ก็ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งบุคคลหนึ่งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาด ผู้ชี้ขาดจึงเป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามา มีบทบาท เมื่อหาเสียงข้างมากในคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ และกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดว่าผู้ชี้ขาดสามารถตัดสินคดีได้โดยความเห็นของตนเองโดยอิสระหรือจะต้องสนับสนุนอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น อนุญาโตตุลาการ ผู้ชี้ขาดจึงสามารถทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดโดยความเห็นของตนเองโดยอิสระ หรือจะสนับสนุนอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้

เมื่อพิจารณาแล้ว อนุญาโตตุลาการมีความผูกพันไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมโดยสัญญาต่อคู่กรณี ดังนั้น เมื่อมีการผิดสัญญาแล้วโดยมีการนำความลับในการอนุญาโตตุลาการไปเปิดเผย ผู้ถูกละเมิดต่อข้อตกลงก็สามารถที่จะเรียกร้องให้ผู้กระทำผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหายได้โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องของการเรียกร้องค่าเสียหายในการผิดสัญญาทั่วไป กล่าวคือ อาศัยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 และ 223

ปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไปในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มกันหรือไม่

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า หากมีการเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการและเกิดความเสียหายจากการเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการขึ้น อนุญาโตตุลาการ ต้องรับผิดชอบคู่สัญญาในทางสัมพันธ์ทางสัญญาที่อนุญาโตตุลาการมีต่อคู่กรณี พิพาทที่ผู้เขียนอธิบายไว้แล้วข้างต้น นอกจากนี้การเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ไม่ใช่เป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการกระทำไปในการพิจารณาคดีเยี่ยงศาล (judicial act) แต่เป็นเรื่องการผิดสัญญาอย่างชัดเจน ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรได้รับความคุ้มกัน (immunity) แต่ประการใด

แต่อย่างไรก็ตามการที่มีบทบัญญัติความรับผิดเพื่อคุ้มครองความลับในการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าการผิดสัญญาในทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา ก็ไม่ใช่ว่าการเปิดเผยความลับของอนุญาโตตุลาการจะเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นแต่ประการใดที่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความผิดหรือเป็นเหตุลบล้างความผิดได้ เพราะความรับผิดในกรณีการเปิดเผยความลับโดยตัวอนุญาโตตุลาการมีข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถเปิดเผยความลับของคู่กรณีที่พิพาทได้ ซึ่งผู้เขียนได้แยกพิจารณาข้อยกเว้นที่สามารถเปิดเผยความลับได้ในบทก่อนไว้หลายประการดังนี้ ประการแรกคือการเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้ ประการที่สองการเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล ประการที่สามการเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สี่การเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี ประการสุดท้ายการเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อสร้างบรรทัดฐานของความยุติธรรมโดยความยินยอมของคู่กรณี รายละเอียดของข้อยกเว้นต่างๆ ผู้เขียนไม่ขอหยิบยกมาวิเคราะห์อีกครึ่งเพราะผู้เขียนได้พูดไว้โดยชัดเจนแล้วในบทก่อน

## 4.5 ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในลักษณะที่ให้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่หากไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นว่าเป็นการประพตมิชอบอย่างร้ายแรงหรือโดยทุจริต เพื่อคุ้มครองอนุญาโตตุลาการซึ่งมีดุลพินิจในการทำหน้าที่ของตน แม้จะมีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดจนกระทั่งคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นถูกปฏิเสธในการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดี (Immunity from suit) เป็นการที่อนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกฟ้องร้องเพราะเหตุการปฏิบัติหน้าที่ เป็นเรื่องรัฐประศาสน์นโยบายในการคุ้มครองผู้พิพากษา เพื่อให้ผู้พิพากษาซึ่งต้องใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่สามารถทำงานของตนได้โดยเต็มที่ปราศจากภยาคติ ซึ่งหลักดังกล่าวนำมาใช้กับผู้ที่ทำหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษา คือ อนุญาโตตุลาการด้วย ทั้งนี้เพื่อจรรโลงความยุติธรรม แม้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นจะได้ประมาทเลินเล่ออยู่ด้วยก็ตาม หลักความคุ้มกันจึงเป็นหลักยกเว้นความประมาทเลินเล่อของอนุญาโตตุลาการ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 95)

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องความรับผิดชอบแห่งของอนุญาโตตุลาการหากอนุญาโตตุลาการได้กระทำหน้าที่ของตนไปโดยสุจริต เยี่ยงการกระทำหน้าที่ทางตุลาการ (Judicial act) ถึงแม้จะใช้ดุลพินิจผิดพลาด อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบจากกระทำดังกล่าว

อนึ่ง อนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการฝ่ายที่คู่กรณีเลือกเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาด ควรทำความเข้าใจบทบาทของตนเองให้ชัดเจน และปฏิบัติหน้าที่ตามแนวทางข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นแนวทาง และกรอบบรรทัดฐานขั้นต่ำให้อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีอาจจะกำหนดให้ประมวลจริยธรรมดังกล่าวใช้บังคับผูกพันระหว่างคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการนำไปปฏิบัติ ในสภาพเดียวกันกับข้อตกลงในสัญญา

จากที่กล่าวไว้ในข้างต้นว่า ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันเอาไว้อย่างชัดเจน ปัญหา คือหากอนุญาโตตุลาการจะกำหนดข้อตกลงยกเว้นความรับผิดโดยสัญญามาใช้ระหว่างคู่กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ เพื่อคุ้มกันการปฏิบัติหน้าที่ที่บกพร่อง โดยความ

ประมาทเลินเล่อธรรมดา โดยอนุญาตตุลาการอาจยกเว้นความรับผิดดังกล่าวไว้ในสัญญาได้หรือไม่

ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 373 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ “ความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้า เป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลข้อฉ้อ หรือเพื่อประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ” ถ้าพิจารณาที่เบื้องต้นก็น่าจะใช้บังคับกันได้ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาประกอบกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว จะเห็นได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อตกลงในทางการประกอบวิชาชีพ เข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และหากให้อนุญาตตุลาการตกลงยกเว้นความรับผิดกันได้ อาจทำให้อนุญาตตุลาการอาจละเลยการกระทำหน้าที่ของตนอย่างเต็มที่ก็ได้

นอกจากนี้ อนุญาตตุลาการอาจนำหลักการประกันทางวิชาชีพ (Professional Liability Insurance) มาใช้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ สำหรับการกำหนดเบี้ยประกันภัยของบริษัทประกันภัย คงเป็นภาระหน้าที่ของนักคณิตศาสตร์ ประกันภัย แต่ข้อเสียของการนำหลักประกันภัยของวิชาชีพมาใช้ ทำให้ค่าธรรมเนียมการเข้าใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบนี้สูงขึ้น และอนุญาตตุลาการอาจผลักภาระค่าใช้จ่ายส่วนนี้ให้แก่คู่กรณีเป็นผู้แบกรับภาระ

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 5

### สรุปและข้อเสนอแนะ

การระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน นอกจากการระงับข้อพิพาทโดยทางการศาลแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่คู่กรณีพิพาทมักนิยมหันมาใช้ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาทในทางการค้า กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบนี้ นอกจากการพิจารณาคดีในชั้นพิจารณาจะมีความสำคัญมาก โดยมีแนวความคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาเกี่ยวข้อง อนุญาโตตุลาการควรจะให้ความสำคัญในเรื่องของหลักความเสมอภาคในการพิจารณาคดีโดยไม่ลำเอียง มีความเป็นอิสระ และอำนวยความสะดวกเป็นธรรมอันจะส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีและศาลบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ดังนั้นผู้ที่เข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องผ่านการเลือกสรรของคู่กรณีพิพาทตั้งแต่ต้น เพื่อพยายามหาบุคคลที่เป็นกลาง มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาทกัน และเข้ามาระงับข้อพิพาทนอกจากตัวบุคคลผู้ที่เข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องผ่านการเลือกสรรของคู่กรณีที่พิพาทมาตั้งแต่ต้น เพื่อหาบุคคลที่มีความเป็นกลาง มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาทกัน เพื่อให้ข้อพิพาทสามารถระงับเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย

อนึ่ง จริงอยู่ว่าระบบอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็ว สะดวก แต่อย่างไรก็ตามระบบนี้ก็อาจง่ายต่อการให้และรับสินบน เพราะมิได้มีบทลงโทษใดๆ ทางกฎหมายต่อผู้ดำเนินการดังกล่าว เช่นเดียวกับผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอื่นๆ ประเด็นของความประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรง ผู้เขียนยกขึ้นมาเพื่อหาแนวทางแก้ไข กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบยอมรับสินบนจากคู่กรณีเพื่อชี้ขาดคดีให้เป็นคุณเป็นโทษแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อาจส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ความน่าเชื่อถือกับระบบอนุญาโตตุลาการ และถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่ต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างร้ายแรง การกำหนดความรับผิดทางอาญาในเรื่องการรับสินบน ผู้เขียนเห็นว่ามีได้กระทบต่อความเป็นอิสระของตัวอนุญาโตตุลาการ เพราะการประพฤติมิชอบยอมรับสินบนจากคู่กรณีเพื่อชี้ขาดคดีให้เป็นคุณและเป็นโทษนั้นเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง เป็นพฤติกรรมที่น่าตำหนิและเป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) ไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมโดยทั่วไป รวมถึงสาเหตุดังกล่าวอาจเป็นเหตุซึ่งจะทำให้

คู่กรณีอีกฝ่ายอาศัยเป็นเหตุในการยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ประกอบกับหากจะละเลยโดยปล่อยให้สังคมทางการเมืองของพ่อค้าควบคุมกันเอง จริงอยู่ว่าอาจได้ผลในระดับหนึ่ง แต่เนื่องจากในปัจจุบันสังคมกว้างขึ้นมีความซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งหากจะให้พ่อค้าควบคุมกันเอง โดยอาศัยสภาพบังคับทางสังคม เกรงว่าอาจไม่ได้ผลและท้ายที่สุดไม่แน่ว่าระบบอนุญาตตุลาการอาจล้มลุกคลุกคลานเสียก็ได้ ประกอบกับขณะนี้ไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะแก้ไขเยียวยาคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี โดยการตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ นอกจากจะคัดค้านคำชี้ขาด เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ชนะมาบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการรับสินบนนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ลิงคโปลี และมาเลเชีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มคอมมอนเวลท์ได้กำหนดความรับผิดชอบสำหรับกรณีและผู้ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตตุลาการประพฤติมิชอบเรียกรับสินบนเอาไว้ นอกจากนี้ประเทศเยอรมัน ญี่ปุ่น อาร์เจนตินา นอร์เวย์ และอิตาลี ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ได้กำหนดความรับผิดชอบในเรื่องการเรียกรับสินบนของอนุญาตตุลาการไว้เช่นเดียวกัน โดยส่วนใหญ่จะจัดลำดับความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการไว้ในบทบัญญัติมาตราเดียวกับตุลาการ เพราะถือว่าการพิจารณาคดีของอนุญาตตุลาการอาจมีความคล้ายคลึงกับตุลาการ

สำหรับประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามมาตรา 201 และ 202 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งความผิดทั้งสองมาตราดังกล่าวมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์แห่งการใช้อำนาจอรัฐ เนื่องจากความรับผิดชอบรับสินบน ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอย่างมหันต์ เพราะถือว่าผู้รับสินบนกระทำการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตามมาตรา 201 และมาตรา 202 แล้ว จะเห็นได้ว่าอนุญาตตุลาการไม่ใช่ เจ้าพนักงานและไม่เป็นตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด โดยเหตุผลผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ดังนั้นจึงเห็นสมควรที่จะเสนอความเห็นในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาให้มีบทลงโทษแก่อนุญาตตุลาการที่ทุจริตผิดหน้าที่อย่างร้ายแรงโดยการรับสินบนเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ปัญหาที่เกรงว่าหากมีการกำหนดความรับผิด ข้อเสียคืออาจสันคลอนต่อความเป็นอิสระ (independence) ของอนุญาตตุลาการ รวมถึงทำให้อนุญาตตุลาการพะวงมากขึ้นในการทำคำชี้ขาดและคู่กรณีอาจใช้ความรับผิดมาคุกคามอนุญาตตุลาการนั้น ในความเห็นของผู้เขียนต่อ

ปัญหาดังกล่าว เห็นว่าการกำหนดความรับผิดชอบไม่ว่าจะเป็นความผิดทางแพ่งและทางอาญาในการกระทำความผิดบางเรื่อง มีข้อดีอยู่หลายประการดังนี้

**ประการแรก** เป็นการสร้างความชัดเจน โดยทำให้ทราบว่ามีภาระกระทำใดบ้างที่อนุญาตตุลาการสามารถกระทำได้ และภาระกระทำใดบ้างที่อนุญาตตุลาการไม่สามารถกระทำได้

**ประการที่สอง** ทำให้อนุญาตตุลาการมีความระมัดระวัง และรับผิดชอบต่อระบบการอนุญาตตุลาการมากขึ้น ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีประสิทธิภาพ ลดค่าใช้จ่ายของคู่กรณี และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเข้ามาใช้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

**ประการที่สาม** เป็นการสร้างความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาดศาล เป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของการอนุญาตตุลาการในเรื่องความคิดเห็นที่ว่าหากมีการกำหนดความรับผิดชอบจะทำให้อนุญาตตุลาการขาดความเป็นอิสระนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการยังคงมีอยู่ ถึงแม้จะมีการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่ง และความรับผิดชอบฐานรับสินบน เพียงแต่ตัวอนุญาตตุลาการอาจมีภาระมากขึ้นที่จะต้องสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้น เช่น หากอนุญาตตุลาการมีส่วนได้เสียอันเกี่ยวกับคู่กรณีที่พิพาท อนุญาตตุลาการจะต้องเปิดเผยถึงส่วนได้เสียอันเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด และต้องปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับข้อบังคับทางจริยธรรมของอนุญาตตุลาการให้มากขึ้นเท่านั้น แต่เหล่านี้ก็เป็นหน้าที่ของอนุญาตตุลาการซึ่งต้องปฏิบัติอยู่แล้ว ซึ่งหากอนุญาตตุลาการกระทำถูกต้องตามหน้าที่ การกระทำเหล่านี้ย่อมเป็นเกราะคุ้มกันให้แก่อนุญาตตุลาการเป็นอย่างดี

ปัญหาที่คู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งได้รับผลร้ายจากคำชี้ขาดจะอาศัยความรับผิดชอบมาคุกคาม (harassment) ต่ออนุญาตตุลาการโดยข่มขู่หรือกลั่นแกล้งที่จะนำคดีมาฟ้องอนุญาตตุลาการ เช่น การกล่าวหาว่าอนุญาตตุลาการรับสินบน เป็นต้น คงเกิดขึ้นได้ง่าย แต่อย่างไร ผู้กล่าวอ้างจะต้องมีพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นจริง เพราะการฟ้องคดีให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยการกลั่นแกล้ง ผู้กลั่นแกล้งอาจต้องรับผิดชอบในความผิดฐานหมิ่นประมาทและละเมิด นอกจากนั้นมีการควบคุมการฟ้องคดีซึ่งเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริต โดยประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว เช่น การฟ้องเท็จ การทำพยานเท็จ การเบิกความเท็จ เป็นต้น

สำหรับเรื่องความลับในการอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งของวิธีการระงับข้อพิพาทแบบนี้ เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งคุ้มครองความลับในมาตรา 323 และมาตรา 324 ประกอบกัน จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 323 ได้กำหนดตัวบุคคลผู้กระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ ไม่หมายรวมถึงอนุญาตตุลาการ แต่สำหรับมาตรา 324 ได้กำหนดตัวบุคคลผู้กระทำความผิดตามมาตรา 323 ได้แก่ ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่น่าไว้วางใจ และรู้ความลับโดยเหตุหนึ่ง อื่น ตำแหน่งหน้าที่นั้นไม่จำกัดเฉพาะหน้าที่โดยกฎหมาย แต่หมายรวมถึงหน้าที่ตามสัญญาด้วย เมื่อพิจารณาหน้าที่ของอนุญาตตุลาการซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอนุญาตตุลาการมีหน้าที่โดยตรงในเรื่องการรักษาความลับของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ แต่เพื่อความชัดเจนในการพิสูจน์ โดยคู่กรณีอาจกำหนดภาระหน้าที่ในการรักษาความลับเอาไว้ให้ชัดเจนในสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรืออาจตกลงให้นำข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมสำหรับอนุญาตตุลาการซึ่งได้มีการกำหนดภาระหน้าที่ในการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการไว้เป็นส่วนหนึ่งของประมวลจริยธรรมจะทำให้หน้าที่ตามสัญญามีความชัดเจนมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดีประเภทของความลับตามมาตรา 324 เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความลับทางการค้าที่ระบุไว้มีเพียงสามชนิดเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงความลับทางการค้าในงานพาณิชย์กรรมหรือความลับทางการค้าชนิดอื่นๆ อื่นๆ เนื่องจากปัจจุบันมีผู้เสนอความคิดให้เพิ่มบทบาทของอนุญาตตุลาการให้มากขึ้นโดยการนำเอาวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทจากเดิมให้รวมไปถึงการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเน้นไปที่เหตุผลของการรักษาความลับและการเป็นส่วนตัวของอนุญาตตุลาการว่ามีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทประเภทนี้และเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีของประเทศไทย ตามข้อ 39 ประกอบกับข้อ 61 แห่งความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ในภาคผนวกท้ายความตกลงมาราเกซ ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างมีประสิทธิภาพป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หากพิจารณาโดยปล่อยให้เรื่องการรักษาความลับเป็นเพียงแค่บทบาทในเชิงวัตถุประสงค์ของวิธีการระงับข้อพิพาทแบบนี้ คงเป็นการยากลำบากที่จะกล่าวได้ว่าการอนุญาตตุลาการมีปรัชญาในการรักษาความลับเป็นที่ตั้งเพราะความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าจุดขายของการบริการแต่ละชนิดมีความดีเลวแตกต่างกัน ข้อดีของการอนุญาตตุลาการคือเรื่องการรักษาหน้าและความลับของวิธีการ ดังนั้นควรพิจารณาแก้ไขมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญา จากเดิมซึ่งคุ้มครองความลับเพียงสามชนิดเท่านั้น ได้แก่ ความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือนิมิตในวิทยาศาสตร์แต่ไม่รวมไปถึงความลับทางการค้าในงานพาณิชย์กรรม (Commercial Secrecy) หรือความลับทางการค้าชนิดอื่นๆ ให้รองรับไปถึงความลับทางการค้าทุก



ประเภท ได้แก่ นโยบายการกำหนดราคาสินค้า คำเสนอสนองในงานประมูลราคา ข้อตกลงและเงื่อนไขสำหรับการจัดหาสินค้าหรือบริการ ส่วนลดและการรณรงค์ประกาศโฆษณาก่อนการมีประกาศโฆษณาจริง ข้อมูลเชิงสถิติที่ผันเปลี่ยนหรือให้เข้าได้ เงินกู้และเงินยืม ความเห็นเกี่ยวกับงบดุล ข้อมูลการวางแผนภาษี การรวบรวมข้อมูลของผู้ให้บริการและวัตถุประสงค์ ตารางเทคนิค พิมพ์เขียว ภาพวาด และงานออกแบบซอฟต์แวร์ บัญชีรายชื่อลูกค้าหรือลูกค้า ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวมาก ไม่เป็นที่รู้จักทั่วไป เจ้าของตั้งใจที่จะรักษาไว้เป็นความลับ เป็นต้น ควรได้รับความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

สำหรับความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีในประเทศไทย เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างกัน โดยคู่กรณีพิพาทได้ตกลงว่าจ้างขอรับบริการให้อนุญาโตตุลาการ ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญแก่คู่กรณี โดยสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ตั้งให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในการระงับข้อพิพาทอยู่บนพื้นฐานในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้คู่กรณีด้วยความเป็นธรรมในฐานะคนกลาง ซึ่งเป็นหนี้ตามสัญญาที่อนุญาโตตุลาการซึ่งมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาที่ตนต้องทำหน้าที่ให้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญา ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการกระทำการใดๆ ที่เป็นการผิดสัญญา เช่น จงใจหรือกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงฝ่าฝืนสิทธิของคู่กรณีพิพาท ซึ่งเข้าร่วมในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทำให้คู่พิพาทได้รับความเสียหาย เช่น อนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์ แต่จงใจไม่เปิดเผยส่วนได้เสียขัดกันซึ่งผลประโยชน์โดยตนมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่สื่อว่าอนุญาโตตุลาการอาจมีความเอนเอียง หรือมีอคติ และการเปิดเผยเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีโอกาสในการคัดค้านถอดถอนอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่ายของคู่กรณีหรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวจากกระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการก่อนกำหนดเวลาโดยปราศจากเหตุอันสมควร หรืออนุญาโตตุลาการทุจริตรับสินบนล่าเอียงโดยให้ประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด พฤติการณ์เหล่านี้ไม่เพียงจะถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ละเมิดภาระหน้าที่ตามสัญญา แต่ยังเป็นการทำลายเป้าหมายขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย เพราะในกรณีที่กระบวนการพิจารณาได้เริ่มไปแล้วคู่กรณีพิพาทได้ลงเงินและเวลา หากจะต้องมาเริ่มกระบวนการพิจารณาใหม่ ตั้งแต่แรกก็จะต้องเสียค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมใหม่ นอกจากนี้ถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการได้สูญเสียสิ่งซึ่งตนควรจะได้รับปกป้องโดยการให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการที่ถือว่าการกระทำทางศาล (judicial act) ดังนั้นอนุญาโตตุลาการก็ควรจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการ

ประพจน์มิชอบ นอกจากนี้จะถือว่าเป็นผิดสัญญาแล้ว อนุญาตตุลาการอาจต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำละเมิดของตนอีกด้วยเพราะมีเช่นนั้นก็จะเป็นการถ่ายโอนไป สำหรับอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่สัญญาที่จะทำการชดเชวงกระบวนพิจารณา

แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบนี้จะจำกัดอยู่กับอนุญาตตุลาการที่ไม่ตั้งใจดำเนินกระบวนพิจารณาให้เป็นไปโดยชอบธรรมตามสัญญาเท่านั้น

### ข้อเสนอแนะ

1. สถาบันอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ควรจัดอบรมหรือเผยแพร่ให้ความรู้ด้านการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการแก่นักกฎหมาย วิศวกร สถาปนิก ผู้มีอาชีพด้านเทคนิคที่สนใจจะเป็นอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ให้รู้ถึงบทบาท อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบในด้านต่างๆ เพื่อให้ผู้ที่จะเข้าเป็นอนุญาตตุลาการทราบถึงบทบาทของตนและส่งเสริมผู้ที่มีสนใจด้านอนุญาตตุลาการเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการต่อไป

2. เนื่องจากสถานะและสภาพบังคับของประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการโดยหลักแล้วไม่มีสภาพบังคับโดยตัวของมันเอง เว้นแต่จะเป็นจริยธรรมที่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 เท่านั้น รายละเอียดโปรดอ่านได้จากบทที่ 2 หน้า 45-46 ซึ่งมีสภาพบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมาย

กรณีข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ย่อมใช้บังคับโดยพฤตินัยกับอนุญาตตุลาการที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสำนักงานอนุญาตตุลาการเท่านั้น เนื่องจากสถาบันย่อมมีอำนาจที่จะออกระเบียบข้อบังคับใด เพื่อให้การอนุญาตตุลาการที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสถาบันเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยมีมาตรการภายในโดยการขึ้นบัญชีดำเอาไว้ สำหรับอนุญาตตุลาการที่ฝ่าฝืนข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยประมวลจริยธรรมสำหรับบทบัญญัติที่ร้ายแรง แต่ทั้งนี้ไม่อาจใช้บังคับกับอนุญาตตุลาการของสถาบันอื่นหรืออนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน

เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ คู่ความอาจตกลงกันให้นำเอาข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยประมวลจริยธรรมมาใช้บังคับในฐานะที่เป็น applicable rule ก็ย่อมเป็นไปตามความตกลงของคู่กรณี รวมทั้งสถาบันอนุญาตตุลาการควรระบุหน้าที่ทางจริยธรรมลงในสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อให้อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับหลักของสัญญา เพราะ

หากอนุญาตตุลาการพาณิชย์อนุญาตตุลาการอาจต้องรับผิดชอบในเรื่องการผิดสัญญาหรือละเมิดได้ ประกอบกับจริยธรรมเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่อนุญาตตุลาการพึงจะต้องปฏิบัติ สำหรับในเรื่องการรักษาความลับไว้เป็นพิเศษ คู่กรณีควรจะกำหนดให้ชัดในสัญญาเพื่อให้อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัดและเป็นหน้าที่ตามสัญญาที่อนุญาตตุลาการต้องกระทำ

3. แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 201 และ 202 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดความรับผิดทางอาญาในกรณีที่อนุญาตตุลาการรับสินบนทั้งก่อนและในขณะดำรงตำแหน่ง เพราะศาลและอนุญาตตุลาการมีลักษณะบางประการที่คล้ายกัน กล่าวคือ การพิจารณาคดีในชั้นศาลต้องการความเป็นอิสระและความเสมอภาค อนุญาตตุลาการก็เช่นเดียวกัน สำหรับในการพิจารณาคดีที่ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับศาล ดังนั้นหากมีการกระทำที่สันคลอนหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยการรับสินบนของอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการควรจะตั้งรับผิดในทางอาญา

4. โดยผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติของมาตรา 324 ดังกล่าวในองค์ประกอบความผิดของผู้กระทำเห็นว่าครอบคลุมไปถึงอนุญาตตุลาการซึ่งมีหน้าที่ความผูกพันตามสัญญาในการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามควรขยายขอบเขตความคุ้มครองของความลับตามมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญาออกไป และเพื่อความชัดเจนในการพิสูจน์ความผิดคู่กรณีควรกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับเอาไว้ด้วยในสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามความจำเป็นของประเภทของข้อพิพาทที่จำจะต้องรักษาความลับเอาไว้

อนึ่ง สำหรับการพิจารณาคดีในการอนุญาตตุลาการ เพื่อให้การรักษาความลับเป็นรูปธรรมโดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า อนุญาตตุลาการควรเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแบบลับ (Trial and Hearing in Camera) โดยการพิจารณาแบบลับนี้ อนุญาตตุลาการสามารถดำเนินการจำกัดการรับรู้ของผู้ไม่มีส่วนได้เสียเพราะเมื่อจำกัดการรับรู้แล้วก็ทำให้โอกาสการนำไปใช้ลดน้อยลง เพราะฉะนั้นจึงเป็นการจำกัดการนำไปใช้ด้วยนั่นเอง นอกจากนั้นบรรดาสรรพเอกสารหรือข้อมูลที่เป็นความลับควรมีการประทับตรารับข้อมูลซึ่งเป็นความลับว่า “Confidential” ไว้ที่เอกสารหรือข้อมูล และมีการจัดเก็บไว้โดยวิธีพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากเอกสารทั่วไป ตลอดจนเมื่อคดีแล้วเสร็จเอกสารและข้อมูลทั้งหมดจะต้องส่งคืนให้แก่คู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นเจ้าของความลับเมื่อเสร็จการดำเนินคดีเรียบร้อยแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม การที่มีบทบัญญัติความลับผิดเพี้ยนเพื่อคุ้มครองความลับในการอนุญาตไตตุลาการไม่ว่าการผิดสัญญาทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา ก็ไม่ใช่ว่าการเปิดเผยความลับของอนุญาตไตตุลาการจะเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นแต่ประการใดที่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความผิดหรือเป็นเหตุลบล้างความผิดได้ เพราะความรับผิดในกรณีการเปิดเผยความลับโดยอนุญาตไตตุลาการมีข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถเปิดเผยความลับของคู่กรณีที่พิพาทได้ ซึ่งผู้เขียนได้แยกพิจารณาข้อยกเว้นที่สามารถเปิดเผยความลับได้เอาไว้ในบทที่ 3 หลายประการ ดังนี้

|               |   |
|---------------|---|
| ประการแรก     | การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้                               |
| ประการที่สอง  | การเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล  |
| ประการที่สาม  | การเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย                              |
| ประการที่สี่  | การเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี                                    |
| ประการสุดท้าย | การเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อสร้างบรรทัดฐานของความยุติธรรมโดยความยินยอมของคู่กรณี |

รายละเอียดของข้อยกเว้นต่างๆ ที่สามารถเปิดเผยความลับได้โปรดอ่านในบทที่ 3 หน้า 138-145

5. นำมาตรการในทางนโยบายที่ไม่ใช่โทษทางอาญามาใช้ควบคุมอนุญาตไตตุลาการที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสถาบันอนุญาตไตตุลาการในกรณีที่อนุญาตไตตุลาการประพฤติมิชอบ ผ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจริยธรรมอนุญาตไตตุลาการ เช่น ขึ้นบัญชีดำ (Blacklisted) เอาไว้ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับอนุญาตไตตุลาการที่ไม่ใช่สถาบัน คู่กรณีที่เลือกอนุญาตไตตุลาการควรต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งในการตรวจสอบประวัติเบื้องต้นรวมถึงความสัมพันธ์ของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตไตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของตน

สำหรับในกรณีที่ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความลับตามมาตรา 201 และ 202 ของประมวลกฎหมายอาญา แล้วอนุญาตไตตุลาการกระทำความผิดหรืออนุญาตไตตุลาการเปิดเผยความลับในการอนุญาตไตตุลาการจนเป็นที่เสียหายแก่คู่พิพาท สามารถนำมาตรการทางอาญาที่ไม่ใช่โทษ เช่น มาตรา 50 ของประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยในการตัดออกจากการประกอบอาชีพเป็นการชั่วคราว ภายในระยะเวลาที่จำกัดมาใช้กับอนุญาตไตตุลาการผู้ซึ่งกระทำความผิดได้ หากเห็นว่าผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจจะทำให้กระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก

6. ควรมีการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในทางแพ่งไว้ในกฎหมายต้นแบบ เพราะในเรื่องของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือการละเมิดข้อตกลงไว้ให้ชัดเจน เพื่อให้เกิดความแน่นอนแก่อนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นชาวต่างประเทศที่เข้ามาประกอบการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศ เพราะหากปล่อยให้กฎหมายแต่ละประเทศพูดถึงความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้แตกต่างกันก็จะทำให้อนุญาโตตุลาการมีความเสี่ยงและไม่เกิดความไม่แน่นอน หากตนต้องรับเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศเหล่านั้นและกระทำ ความผิดขึ้นซึ่งเป็นไปตามหลัก *lex loci delictus* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีการกระทำ ละเมิด คือ ต้องดูว่าองค์ประกอบสุดท้ายที่ทำให้เกิดความรับผิดเกิดที่ใด ให้ถือว่าที่นั่นเป็นสถานที่ แห่งการกระทำผิด เรียกให้ชัดก็คือ *lex loci delicti commissi* กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีการ กระทำละเมิด (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2544: 513) ซึ่งขึ้นอยู่กับความรับผิดตามกฎหมายละเมิด ของแต่ละประเทศซึ่งมีความแตกต่างกันไป ผู้เขียนเห็นว่าในเวทีระหว่างประเทศดังกล่าวน่าที่จะ ต้องหันมา ทบทวนในการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในกฎหมายต้นแบบ (Model Law) เพื่อให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในประเภทของความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้แต่ละประเภทอาจนำไปกำหนดไว้ในกฎหมายของตน

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- กมล สนธิเกษตริน. การระงับข้อพิพาทในการค้าระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ  
วารสารกฎหมาย. 6, 2 (2524): 100-117.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. ความยินยอมในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- กฤษณา จินดาทิพย์. ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- ขจร หะวานนท์. จรรยาบรรณตุลาการ. วารสารตุลาการ 32, 2 (มีนาคม-เมษายน 2528): 2-6.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์, 2535.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. วารสารบทบัญญัติ 46, 2  
(มิถุนายน 2533): 38.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. สำนักอบรมกฎหมาย  
แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. สำนักอบรม  
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 5.  
สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529.
- จิตติ ดิงศภักดิ์, จรัญ ภักดีธนากุล, กรองเกียรติ คมสัน. ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่าง  
ประเทศ. วารสารบทบัญญัติ เล่มที่ 46 (มิถุนายน 2533): 23-45.
- ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. ปัญหาและอุปสรรคในการว่าต่างแก้ต่างคดีในระบบอนุญาโตตุลาการ,  
วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1 ปีที่ 30 (มีนาคม 2543)
- ณัฐวดี ไบบัว. การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทางทรัพย์สินทางปัญญา. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2543.

- ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์. ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย. วิทยานิพนธ์  
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2539.
- ดิเรก ชัยนาม. ประวัติความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.
- ทรงชัย รัตนปริญญาพันธ์. การเปิดเผยความลับของผู้ป่วย. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญานิติศาสตร  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- บันทึกการประชุมคณะกรรมการพิจารณากร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ กระทรวง  
ยุติธรรม ครั้งที่ 4 /2525 วันที่ 27 กันยายน 2525.
- ประกาศ รัตนมาลา. การยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร  
มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง :หลักทั่วไป กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
, 2525.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. วารสารบทบัณฑิตย  
47, 3 (กันยายน 2535): 5-15.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและการเจรจาต่อรอง.  
วารสารบทบัณฑิตย 41, 1 (มีนาคม 2535): 61-66.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการหาคำและ  
รายชื่อที่อยู่ที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สามย่านวิทย์พัฒนา,  
2540.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า. กรุงเทพมหานคร:  
สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน -ไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- พีรพล ศรีสิงห์. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
, 2536.

- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “การระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยวิธี  
อนุญาโตตุลาการและประนอมข้อพิพาท: ประสบการณ์ในสหรัฐอเมริกาและไทย”  
วารสาร บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 48 (มีนาคม 2535) 123-166.
- วิจรรณ เจริญนาค. พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่าง  
ประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิต  
วิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- วิรัช เนติธรรมามิกุข. การยกเว้นโทษในฐานความผิดเกี่ยวกับการรับหรือให้สินบนตามประมวล  
กฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์  
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527.
- วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. คำชี้ขาด (Award) อันเกิดจากกระบวนการพิจารณา Arbitrator Irrituale.  
วารสารดุลพาน, เล่มที่ 3 ปีที่ 42 (กรกฎาคม – กันยายน 2538).
- วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ.วารสารบทบัณฑิตย์ เล่มที่ 51 ปีที่ 51  
(กันยายน 2538): 149-192.
- ศินีนาถ เกียรติกังวาลไกล. ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
, 2532.
- สถาพร มีสอาด. การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร  
มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- สรุปผลสัมมนา. การพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ : ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข วารสาร  
บทบัณฑิตย์. 47, 1 (มีนาคม 2534): 120-182.
- สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและ  
คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (2 เล่ม), พิมพ์ครั้งที่ 2, ปี เจ เพลท  
โปรเซสเซอร์, 2540.
- สุปัน พูลพัฒน์. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 4. พิมพ์ครั้งที่ 6  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2520.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนัก  
พิมพ์นิติธรรม, 2538.



สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง มาตรา 288 ถึง มาตรา 333.

กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดการพิมพ์พระนคร, 2529.

สุขุม ศุภนิศย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2537.

เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ (ผู้รวบรวม). ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 15 รัตนโกสินทร์ศก 115. พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมส, 2478.

เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ (ผู้รวบรวม). ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 22 รัตนโกสินทร์ศก 115. พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมส, 2478.

เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ (ผู้รวบรวม). ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 48 รัตนโกสินทร์ศก 115. พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมส, 2479.

เสถียร ลายลักษณ์ และคณะ (ผู้รวบรวม). ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 49 รัตนโกสินทร์ศก 115. พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมส, 2480.

เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายสมัยอยุธยา. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ศิวพร, 2510.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยกา  
รอนุญาตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์, 2543.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. สัญญาอนุญาตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

หลวงสุทธิวาทนฤพุฒิ. ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 7 ปรับปรุงใหม่ กรุงเทพมหานคร: สำนัก  
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

อนันต์ จันทร์โอภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตตุลาการนอกศาล.  
กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.

อุททิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ  
กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525.

อเนก ศรีสนิท. การตั้งอนุญาตตุลาการ. วารสารบทบัญญัติ 47, 3 (กันยายน 2534): 23 -34.

## ภาษาอังกฤษ

- Aschehoug, T. International Commercial Arbitration. Published with financial contribution from Sjoretsfondet, 1999.
- Benton, G.L. and Rogers, R. J. The Arbitration of International Technology Disputes Under the English Arbitration Act 1996. Arbitration International 4, Vol. 13 1997.
- Bernstein, R. Handbook of Arbitration Practice. London, Sweet & Maxwell, 1987.
- Black, H.C. Black's Law Dictionary with Pronunciations. 7<sup>th</sup> ed. USA : West Publishing, 1995.
- Brabazon, C. Dispute Resolvers' Liability In Negligence. Office Journal Of The Arbitrators Australia. Vol.15, February 1997.
- Chan, H, H.M. An Introduction to the Singapore Legal System: Malayan Law Journal Pte. Ltd., Singapore 1986.
- Danforth F.W. The Argentina Penal Code. London, Sweet & Maxwell, 1963 .
- Darby J.J. The Penal Code of the Federal Republic of Germany. London, Sweet & Maxwell, 1987.
- David, R. Arbitration in International Trade. Deventer/ Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publisher, 1985.
- Dessemontet, F. Arbitration And Confidentiality. in The American Review Of International Arbitration. Vol. 7 1996.
- Domke , M. The Law and Practice of Commercial Arbitration. Illinois : Callaghan & Company, 1968.
- Fraklin. Jesse Jr. and Andrew P. Loewinger. Planning for Dispute Resolution in International Franchising Relationships. International Business Lawyer 5(May 1977)
- Glanville, W. Criminal Law : The General Part.2<sup>nd</sup> ed. London : Stevens & Sons,1961.
- Husmaninger, C. Civil Liability of Arbitrators – Comparative Analysis and Proposals for Reform. in Journal of International Arbitration. Vol.7 December 1990.

- John Sutton, D.S.; J.Kendall and J. Gill. Russell on Arbitration. 21<sup>st</sup> ed. London: Sweet and Maxwell,1997.
- Jackson, R.M. and Powell, J.L. Professional Negligence. London, Sweet & Maxwell, 1987.
- Hall ,Jerome. General Principles of Criminal Law. 2<sup>nd</sup> ed. Indianapolis: BobbsMerrill, 1960.
- LaFave, Wayne R. and Scott, Austin W. Criminal Law. St. Paul, Minn: West Publishing Co.1972.
- Lew, J.D.M. Applicable Law in International Commercial Arbitration. New York: Oceana Publication, 1978.
- Lew, J.D.M. The Immunity of Arbitrators. Lloyd's of London Press, 1990.
- Malaysia Penal Code (F.M.S. cap 45) Incorporating All Amendments as at 15<sup>th</sup> July 1991.
- Musstill, M.J. and S.C. Boyd. The Law and Practice of Commercial Arbitration in England. London: Butterworths, 1982.
- Nakane F. The Penal Code of Japan 1992. Heibunsha Printing co.
- Neil, P. Confidential in Arbitration. Arbitration International 12, 3 (1996): 287-317.
- Packer, H.L. The Limits of the Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.
- Redfern, D.A., and Hunter, M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. London: Sweet and Maxwell, 1991.
- Rogers, A. and Miller, D. Non – Confidential Arbitration Proceeding. Arbitration International Vol. 12 Number 3 1996.
- Sanders, P. International Handbook on Commercial Arbitration, National Report Basic Legal Text. Kluwer Law and Taxation Publisher Netherlands Volume III 1984.
- Schjoldager H. and Backer F. The Norwegian Penal Code. London, Sweet & Maxwell, 1961.
- The Statutes of the Republic of Singapore, Penal Code (Chapter 224). The Government Printer, Singapore, 1986.

- Toulson, R.G. and Phipps, C.M. Confidentiality. London, Sweet & Maxwell, 1996.
- Traverso, M. Liability of arbitrators. in International Business Lawyer. Dec. 1980.
- van den Berg, A. J. and Sanders, P. International Handbook on Commercial Arbitration.  
Kluwer Law and Taxation Publishers, Vol. II 1987.
- van den Berg , A.J. and Sanders, P. International Handbook on Commercial Arbitration.  
Kluwer Law and Taxation Publishers, Vol. III 1987.
- Wallace, C. J. Resolving Judicial Corruption While Preserving Judicial Independence.  
Comparative Perspectives. California Western International Law Journal Vol.  
28 Number 2 1998.
- Wise. E.M. The Italian Penal Code. London, Sweet & Maxwell, 1978.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ประวัติผู้เขียน

นายเกรียงศักดิ์ อรุณวงศ์พิศาล เกิดวันที่ 4 กันยายน 2513 สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี  
นิติศาสตร์บัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ในปีการศึกษา 2535 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตร  
นิติศาสตร์บัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 240 ปัจจุบันเป็นเจ้าหน้าที่บริการการ  
ศึกษา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย