

บทที่ 4

บทสรุปและเสนอแนะ

4.1 สรุป

อนุญาตตุลาการซึ่งปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการ (Judicially act, Judicial function) ภายในขอบเขตของสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งตกลงกันโดยคู่กรณีที่มีข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันก่อนหรือภายหลังที่ได้พิพาทกันแล้ว และปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบ หรือข้อบังคับประการอื่นใด ซึ่งอาจได้รับการนำมาปรับใช้กับอนุญาตตุลาการนั้น ไม่ว่าจะ เป็นโดยตรงหรือทางอ้อม อีกทั้งเป็นผู้มีคุณลักษณะที่พึงประสงค์กล่าวคือมีความรู้ ประสบการณ์ มีคุณธรรมและจริยธรรมเป็นที่ไว้วางใจแห่งคู่กรณีโดยเฉพาะคุณลักษณะของความเป็นกลาง ไม่ลำเอียง มีความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของทุกฝ่าย และไม่ถือประโยชน์ได้เสียอื่น ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์โดยชอบหรือไม่เป็นสำคัญ ย่อมสมควรได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย

นับแต่เมื่อได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการโดยสมบูรณ์แล้ว อนุญาตตุลาการมีความสัมพันธ์ในทางต่าง ๆ กับคู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ไม่ว่าจะ เป็นอนุญาตตุลาการคนเดียว หรือเป็นองค์คณะอนุญาตตุลาการ ไม่ว่าจะ มีอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดหรือ อนุญาตตุลาการคนที่สามหรือไม่ และ ไม่ว่าจะ เป็นอนุญาตตุลาการประเภทที่เป็นกลางหรือไม่ เป็นกลางก็ตาม อนุญาตตุลาการอาจมีสิทธิและหน้าที่จากการปฏิบัติหน้าที่เป็น อนุญาตตุลาการอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะ เป็นทางตรงหรือทางอ้อม หรือจะได้รับสิทธิและหน้าที่จากระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เช่น หน้าที่ต้องเปิดเผยเรื่องอันควรต้องแจ้งให้ทราบ (Duty of Disclosure) หน้าที่ที่ต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในกำหนดระยะเวลา หน้าที่ที่ต้องเอาใจใส่ สิทธิในการดำเนินการพิจารณาตามที่เห็นสมควร สิทธิในการที่จะได้ค่าตอบแทน เป็นต้น

ความสัมพันธ์เหล่านี้เองที่ก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และพันธกรณี ต่อคู่กรณีที่เป็นข้อพิพาท ที่จะต้องผูกพันตนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ และเป็นต้นผูกพันตนตามคำชี้ขาดที่จะมีขึ้น

ในเรื่อง สิทธิและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการพอสรุปเป็นหลัก ได้ดังนี้

สิทธิ

“สิทธิ” ตามความหมายของการวิจัยนี้ เป็นทั้ง “อำนาจ” และ “ประโยชน์” ของอนุญาโตตุลาการ เป็นอำนาจเพราะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้สิทธินั้นบนพื้นฐานของดุลยพินิจของตนเอง อนุญาโตตุลาการจะใช้สิทธินั้นอย่างไรสุดแล้วแต่ที่ตนพึงควรที่เห็นเป็นสมควรภายในขอบเขต อำนาจ หน้าที่ที่ตนได้รับมา ไม่ว่าจะมาจากแหล่งใด เพราะสิทธิคือประโยชน์เพื่ออำนวยความสะดวกแก่อนุญาโตตุลาการและแก่คู่กรณีคู่กรณีจะได้รับการพิจารณาที่สะดวกและยุติธรรม ในขณะที่ อนุญาโตตุลาการได้รับค่าตอบแทน อำนาจและประโยชน์นี้คือสิ่งที่กฎหมายและสัญญาอนุญาโตตุลาการรับรองความมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลฝ่ายต่าง ๆ รวมถึงอนุญาโตตุลาการ และคุ้มครองไว้ไม่ให้ถูกละเมิด ไม่ว่าจะในทางหนึ่งทางใด

1. สิทธิในการดำเนินการพิจารณาชี้ขาด และกระบวนการพิจารณาอื่นใด ที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม

อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการตามที่ตนเห็นสมควร ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แห่งความ ยุติธรรม ตัวอย่างเช่น ในบางกรณีที่มีความจำเป็น จะต้องให้ผู้มีข้อพิพาทวางหลักประกันจำนวนเพียงพอกับความเสี่ยงในการดำเนินการพิจารณา อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายที่อาจต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยงในการดำเนินกระบวนการพิจารณานำเงินประกันมาวางต่อสำนักงานอนุญาโตตุลาการได้เช่นเดียวกับที่ผู้พิพากษาอาจสั่งให้คู่ความในคดีนำเงินมาวางต่อศาลเพื่อเป็นหลักประกันในการดำเนินคดีได้ ในการนี้อนุญาโตตุลาการมีสิทธิในการกำหนดอัตราค่าที่เห็นว่าเหมาะสม สมควรเพื่อความสะดวกการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

2. สิทธิในการวินิจฉัยข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่ตนรับมาโดยชอบ ตลอดจนการใช้ดุลยพินิจต่าง ๆ ภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ที่ตนได้รับมาไม่ว่าในทางใด

เมื่อผู้มีข้อพิพาทนำเสนอพยานหลักฐานใด ๆ ในการพิจารณา การรับฟังเป็นพยานหลักฐาน (Admissibility) และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (Weight of Evidence) ย่อมอยู่บนพื้นฐาน

ฐานของ ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการย่อมทรงสิทธิในการใช้ดุลยพินิจในการเลือกรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและตราบท่าที่เป็นการกระทำอย่างตุลาการและทำไปโดยสุจริตภายในขอบอำนาจการกระทำเช่นว่านั้นย่อมได้รับความคุ้มครองด้วย

3. สิทธิในการทำความเห็นแย้งกับคำชี้ขาด

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการฝ่ายข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการฝ่ายข้างน้อยนั้น ย่อมสมควรจะมีสิทธิในการทำความเห็นแย้งแนบท้ายคำชี้ขาด โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด ทั้งนี้และทั้งนั้น ความเห็นแย้งควรจะต้องมีลักษณะเดียวกับคำชี้ขาด กล่าวคือจะต้องมีเหตุผลประกอบการตัดสินใจเช่นว่านั้นด้วย

4. สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

เพื่อตอบแทนการเสียสละเวลาและกำลังกายของอนุญาโตตุลาการซึ่งมาปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงมีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนเพื่อการทำหน้าที่ของตน สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนนี้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการกำหนดค่าตอบแทนของตน “ตามความเหมาะสม” ในคำชี้ขาด ทั้งกำหนดว่าผู้ใดจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายเป็นสัดส่วนเท่าใด

หน้าที่

1. ต้องดำเนินการพิจารณา

หน้าที่นี้ผูกมัดให้ อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการพิจารณาชี้ขาด หากอนุญาโตตุลาการตกลงยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องตระหนักว่าตนต้องสามารถจัดสรรเวลาเพื่อทำการพิจารณาชี้ขาดให้แก่ผู้มีข้อพิพาทได้อย่างเพียงพอ

2. ต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังและเอาใจใส่

การที่อนุญาโตตุลาการยอมรับดำเนินการกระบวนการพิจารณานั้น “อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการพิจารณาด้วยความเอาใจใส่” กล่าวคือ ต้องมีการเตรียมตัวในการพิจารณา การอ่านและ

การศึกษาสำนวน หรือเอกสารอื่นใดนอกเหนือสำนวนอันจะยังประโยชน์แก่กระบวนการพิจารณา ตลอดจนต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้ดุลยพินิจในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การพิจารณา เช่นการเลือกรับฟังพยานหลักฐาน การพิจารณาพยานหลักฐาน การตรงต่อเวลา เป็นต้น

3. ต้องปฏิบัติด้วยความเฉลียวฉลาด

อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเฉลียวฉลาด คือจะต้องใช้ไหวพริบและ ทักษะ อีกทั้งประสบการณ์ให้สมกับที่คู่กรณีไว้วางใจและเลือกให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการซึ่ง ขาดข้อพิพาท

4. ต้องปฏิบัติด้วยความเป็นกลางไม่ลำเอียง

นอกจากจะต้องระมัดระวังในการดำเนินการพิจารณาแล้ว อนุญาตตุลาการยังต้อง ดำรงความยุติธรรมซึ่งเป็นเป้าประสงค์ หลักประการสำคัญประการหนึ่ง อนุญาตตุลาการจะ ต้องไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ว่าจะด้วยความจงใจหรือไม่ก็ตาม และ อนุญาตตุลาการต้องเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายสามารถนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่าง เสมอภาคกัน

5. หน้าที่ต้องชี้ขาด (รวมถึงทำคำชี้ขาด)

เมื่อการพิจารณาโดยชอบแล้วเสร็จลง อนุญาตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทว่าใน ประเด็นที่ตั้งต้นแต่แรกมานั้นจะมีข้อสรุปเป็นประการใด. หน้าที่ตั้งชี้ขาดนี้รวมตลอดถึงการต้อง ทำคำชี้ขาดพร้อมทั้งเหตุผลทั้งปวงที่ใช้ประกอบการตัดสินตามคำชี้ขาดนั้น

6. หน้าที่ต้องมีคุณธรรมและจริยธรรม

เพื่อกำกับและควบคุมการใช้อำนาจ การทรงสิทธิและการปฏิบัติหน้าที่ทั้งปวงของ อนุญาตตุลาการ ผู้เป็นอนุญาตตุลาการเองจะต้องกอปรด้วยคุณธรรมและจริยธรรม เพื่อให้

เป็นเครื่องมือควบคุมและกำกับการกระทำทั้งปวงเพื่อให้การอำนวยความสะดวกธรรมนั้นดำเนินไปด้วยความเป็นธรรมอันแท้จริง

กล่าวโดยสรุปเรื่องสิทธิหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดด้วยความเป็นธรรม ไม่ลำเอียง และด้วยการปลดข้อจำกัดในเชิงการกระทำหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อย่างข้อจำกัดของผู้พิพากษาในคดีของศาลยุติธรรม อนุญาโตตุลาการควรมีบทบาทในเชิงรุกที่จะค้นหาความจริง จากพยานหลักฐานที่ตนได้รับมาในคดีมากกว่าการมีแต่บทบาทเชิงรับที่เพียงแต่รอข้อมูล ที่แล้วแต่คู่กรณีจะนำเสนอมาในกระบวนการพิจารณา ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการพึงต้องตระหนักในการรับรอง ความยุติธรรม ตลอดทุกขั้นตอนของการพิจารณา และจะต้องไม่ช่วยเหลือเข้าข้างฝ่ายหนึ่งมากกว่าอีกฝ่าย หรือไม่กระทำประการใด ๆ กับฝ่ายหนึ่งโดยที่มีได้ปฏิบัติเช่นเดียวกันกับอีกฝ่าย สิ่งสำคัญก็คืออนุญาโตตุลาการต้องไม่พิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุอันควร เหตุว่า บุคคลใดจะถูกยกย่องด้วยพยานหลักฐานใด บุคคลนั้นก็ควรรับรู้รับทราบ เพื่อซักถาม แย้ง หรือตั้งในข้อเท็จจริงที่พยานหลักฐานนั้นแสดงออกมา

อนุญาโตตุลาการ ต้องพิจารณาตัดสินชี้ขาดตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินตามหลักของความเป็นธรรม (Fair and reasonable)

การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยเอกชน ดังนั้น การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงไม่เป็นที่เปิดเผยเหมือนอย่างการพิจารณาของศาล ผู้ที่มีสิทธิเข้าฟังการพิจารณา ได้แก่ ตัวความ ผู้มีส่วนได้เสียในมูลพิพาท ผู้แทนที่เข้าแทนตัวความและผู้ที่ให้ความช่วยเหลือแก่ตัวความในการพิจารณาชี้ขาด

นอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องดำรงตามหลักการต่างๆ ซึ่งบางหลักก็ได้รับการบัญญัติไว้เป็นหน้าที่บ้าง เป็นสิทธิบ้าง เป็นจริยธรรมบ้าง แต่ไม่ว่าจะรับการบัญญัติไว้ในส่วนใด หลักการต่าง ๆ ซึ่งรองรับการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องนำมาปรับใช้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการตลอดเวลา

อนุญาตตุลาการต้องดำรงบุรณภาพและความยุติธรรมอันจะหาได้แต่กระบวนการอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการจะต้องเปิดเผยต่อคู่กรณีที่มีข้อพิพาทซึ่งประโยชน์ได้เสียใดๆ หรือความสัมพันธ์ทั้งหลายอันอาจกระทบถึงความเป็นกลางหรือความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด หรือที่อาจนำมาซึ่งความลำเอียงหรืออคติใดๆ ได้ ทั้งนี้ รวมถึงการติดต่อสื่อสารพูดคุยกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการพิจารณาชี้ขาดว่าจักต้องกระทำอย่างเหมาะสม และในส่วนของพิจารณาข้อพิพาท อนุญาตตุลาการต้องกระทำอย่างเป็นธรรมและเฉลียวฉลาด อีกทั้ง ต้องชี้ขาดอย่างยุติธรรม เป็นอิสระ เป็นกลางและทำด้วยความรอบคอบ ผู้เป็นอนุญาตตุลาการต้องซื่อสัตย์อันอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจและการเก็บรักษาความลับ ในกรณีที่มีองค์คณะอนุญาตตุลาการตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายควรจะได้รับทราบว่าอนุญาตตุลาการท่านใดเป็นอนุญาตตุลาการที่เป็นกลางหรือไม่เป็นกลาง เพราะอนุญาตตุลาการนั้นจักต้องปลอดจากอคติและผลประโยชน์ทั้งปวงอันเกี่ยวเนื่องกับกรณีพิพาทและต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องต่อกับคู่กรณีฝ่ายใด ๆ ทั้งสิ้น

การทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการต้องกระทำด้วยความตั้งใจและถูกผูกมัดด้วยข้อจำกัดหลายประการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อีกทั้งตัวอนุญาตตุลาการเองก็ต้องมีอุดมการณ์และคุณธรรมด้วยตัวของตัวเอง และต้องแบกรับความรับผิดชอบไว้อีกหลายประการนับตั้งแต่เวลาที่ยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการจนเวลาภายหลังที่ทำคำชี้ขาดเสร็จสิ้น ดังนั้น เพื่อส่งเสริมให้อนุญาตตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงสมควรให้ปัจจัยภายนอกมีผลเหนือหรือกระทบถึงการตัดสินใจบนหลักของความเป็นธรรม รอบคอบ และอำนวยความสะดวกแก่สังคม ปัจจัยภายนอกเหล่านั้น หมายถึง การที่จะต้องกังวลว่าการกระทำของตนอาจถูกคู่กรณีที่มีข้อพิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดมาฟ้องร้องเป็นคดี ทั้งเพื่อบังคับให้เยียวยาความเสียหายหรือเพียงเพื่อวัตถุประสงค์จะล้มเลิกเพิกถอน คำชี้ขาดและกระบวนการอนุญาตตุลาการที่ได้ดำเนินการมาแล้วเท่านั้น

เป็นที่ยอมรับกันมานานโดยเฉพาะในระบบ Common Law ผ่านทางคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ที่วางแนวบรรทัดฐานตลอดมา ว่าอนุญาตตุลาการย่อมได้รับความคุ้มกันเพราะกระทำหน้าที่ที่ตุลาการ (Enjoy quasi – judicial immunity) จากฝ่ายที่ไม่พอใจในคำชี้ขาด ซึ่งความคุ้มกันนี้อนุญาตตุลาการเคยได้รับมากเท่า ๆ กับผู้พิพากษา

จากการศึกษาพบว่าความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มลดลง และเริ่มมีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มกันมากขึ้น เช่น โดยข้อเท็จจริงจะต้องทำหน้าที่อย่างตุลาการ (To act judicially, Judicial function) ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างดีและครบสมบูรณ์ ไม่กระทำผิดต่อตนเอง ต่อคู่ความ และต่อความยุติธรรม

4.2 ข้อเสนอแนะ

4.2.1 ทางเลือกในการให้ความคุ้มกัน

จากการพิจารณาสัทธิหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งมีที่มาจากแหล่งต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการค่อนข้างจะถูกจำกัดด้วยความจำเป็นและเหตุผลหลายประการ ส่วนหนึ่งคือ อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ดูเดียวกับผู้พิพากษาดังนั้น จริยธรรมการดำรงตนซึ่งมีความสำคัญและจำเป็นอย่างมากในการคุ้มกันอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่จึงได้ถูกนำมาปรับใช้กับกรณีอนุญาโตตุลาการด้วยในระดับหนึ่ง

เมื่อจัดสรรหมวดหมู่ของการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการแล้วพอแบ่งประเภทได้ดังนี้

แบบที่ 1 การให้ความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์

ความคุ้มกันประเภทนี้มีรากฐานจากคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ ซึ่งให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่กึ่งตุลาการโดยสมบูรณ์เทียบเท่ากับการให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษา ซึ่งโดยที่มาแล้วผู้พิพากษาในศาลอังกฤษมีประวัติเท่าที่บันทึกไว้ชาวสะอาดมาเป็นเวลาติดต่อกันยาวนาน จึงได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่ และได้มีคำพิพากษาที่ให้ความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์ในลักษณะเดียวกันกับอนุญาโตตุลาการ โดยที่ผู้มีข้อพิพาทจะมาฟ้องร้องเอาผิดแก่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ไม่ว่าในทางใด ๆ ทำให้ฐานะของอนุญาโตตุลาการในขณะนั้นมีความมั่นคงในด้านจิตวิทยาอย่างยิ่งที่จะอำนวยความสะดวกยุติธรรม อาจกล่าวได้ว่าใครก็ตามที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่กึ่งตุลาการ ก็จะได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม

แบบที่ 2 การให้ความคุ้มกันตามหน้าที่

การให้ความคุ้มกันในแบบที่ 2 ก็คือ การกระทำที่อนุญาตตุลาการจะได้รับมาซึ่งความคุ้มกันนั้นจะต้องเป็นการกระทำอย่างตุลาการ คือจะต้องทำไปโดยเกี่ยวข้องกับพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและต้องเป็นการกระทำตามปกติที่เกิดขึ้นในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหรือที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเช่นนั้น

แบบที่ 3 รูปแบบที่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการไว้

ในบางประเทศไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการให้ความคุ้มกันไว้ไม่ว่าในประมวลกฎหมายหรือในพระราชบัญญัติต่าง ๆ แต่กระนั้นก็ได้หมายความว่าสถานที่นั้นจะไม่ให้ความคุ้มกันแก่อนุญาตตุลาการเสียเลย แต่อาจเป็นไปได้ว่ากลไกการให้ความคุ้มกันขึ้นอยู่กับหลักของกฎหมายทั่วไป โดยมีได้นำมาบัญญัติให้ชัดเป็นการเฉพาะในกฎหมายว่าด้วยเรื่องอนุญาตตุลาการ เช่น ถ้าหากอนุญาตตุลาการถูกฟ้องเป็นคดี ฝ่ายที่ฟ้องก็ต้องพิสูจน์ความเสียหาย ศาลยุติธรรมอาจตัดสินโดยอาศัยหลักความยินยอม คือเมื่อคู่กรณีพิพาทตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการและแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ก็เป็นการที่คู่กรณีพิพาทยินยอมให้บุคคลภายนอกมีอำนาจเหนือ และยอมที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดการอนุญาตตุลาการ จึงไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการที่อนุญาตตุลาการก่อความเสียหายให้แก่ตน ในทางอาญา อนุญาตตุลาการย่อมกระทำไปโดยอำนาจที่ตนได้รับมอบหมาย ถ้าผู้ฟ้องอนุญาตตุลาการเป็นคดีไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าอนุญาตตุลาการทำไปโดยมีเจตนาร้าย (*mens rea*) ที่จะกลั่นแกล้งตนให้ต้องเสื่อมเสียหรือเสียหาย หรือมิได้กระทำไปโดยจงใจทุจริตในหน้าที่ หรือประพฤตินิยมชอบในประการหนึ่งประการใดแล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่าอนุญาตตุลาการมีเจตนาตามหลักกฎหมายอาญาอันจะนำมาซึ่งความรับผิดแก่อนุญาตตุลาการได้

4.2.2 ข้อเสนอแนะจากการวิจัย

สำหรับประเทศไทยซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบ Civil Law มีบทบัญญัติในเรื่อง การอนุญาตตุลาการไว้ที่สำคัญ คือ

ก. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งจะกล่าวถึงการอนุญาตตุลาการในศาล

ข. พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งบัญญัติหลักการดำเนินการอนุญาตตุลาการไว้

ค. กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ของสถาบันอนุญาตตุลาการต่าง ๆ ทั้งในประเทศ ต่างประเทศ และระหว่างประเทศที่คู่กรณีเลือกใช้

เฉพาะที่อยู่ในขอบเขตของการวิจัยฉบับนี้ คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 และกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ

1. ควรมีบทบัญญัติกำหนดความคุ้มกันให้แก่อนุญาตตุลาการกำหนดอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ ภายใต้เงื่อนไขว่า

- การกระทำของอนุญาตตุลาการต้องเป็นการกระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่และเป็นไปตามสิทธิของอนุญาตตุลาการ ไม่ว่าจะมาจากสัญญา กฎหมาย หรือจากการอนุญาตตุลาการในตัวเอง

- การกระทำของอนุญาตตุลาการต้องเป็นการกระทำกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) และเป็นการกระทำอย่างตุลาการ (judicial act or function) คือต้องเป็นการกระทำตามปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหรือที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเช่นนั้น การกระทำอื่นใดนอกเหนือจากที่เกี่ยวข้องในคดี แม้ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการพิจารณา ถ้าได้ก่อความเสียหายขึ้นกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด อนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายทั่วไป

- การกระทำของอนุญาตตุลาการต้องเป็นการกระทำโดยสุจริต คือ กระทำโดยตั้งใจ และซื่อตรง ไม่หาผลประโยชน์นอกเหนือใด ไม่ว่าจะได้มาตามหน้าที่หรือตามที่ปฏิบัติกันอยู่หรือไม่ สำหรับอนุญาตตุลาการแล้วจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำใด แม้เพียงแต่กระทำโดยไม่สุจริต ก็เป็นผิดต่อหน้าที่ที่ต้องระมัดระวังและต้องกระทำโดยชอบแล้ว

2. การกระทำของอนุญาตตุลาการจะต้องไม่ใช้การประทุพติมิโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หากเป็นการจงใจประทุพติมิ (Willful Misconduct) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) แล้วอนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น

ในข้อเท็จจริงอันเดียวกัน อาจเป็นได้ทั้งการกระทำผิดทั้งโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ขึ้นอยู่กับวิธีการตั้งหลักฐานนำสืบว่าจะนำสืบให้ศาลเห็นเป็นประการใด สำหรับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ผู้ฟ้องร้องจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความประมาทเลินเล่อ นั้นเป็นความประมาทเลินเล่อในขั้นรุนแรงซึ่งแม้แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็ไม่กระทำเช่นนั้น ซึ่งต้องไม่ใช่เรื่องการประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3. สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันหรือการยกเว้นความรับผิดนี้ควรได้รับการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาติตตฺลาการต่าง ๆ ให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดข้อเปรียบเทียบในการเลือกสถาบันอนุญาติตตฺลาการโดยให้ประเด็นการยกเว้นความรับผิดเป็นข้อพิจารณา

4. ถ้าความปรากฏแก่สถาบันอนุญาติตตฺลาการว่ามีการประพฤติมิชอบโดยจงใจหรือโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยอนุญาติตตฺลาการของสถาบันนั่นเอง สถาบันอนุญาติตตฺลาการดังกล่าวนั้นควรจะต้องมีระเบียบวิธีการหรือแนวปฏิบัติเพื่อจัดให้มีระบบการเตือนแก่คู่กรณีฝ่ายที่อาจต้องได้รับความเสียหายจากการประพฤติมิชอบนั้นให้ได้ล่วงรู้ถึงเหตุที่เกิดขึ้นเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายนั้นดำเนินการป้องกันผลร้ายมิให้ลุกลามต่อไปหรือเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว