

บทที่ 1

บทนำ



1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“บุคคลย่อมมีอธิปไตยในตนเอง” เป็นแนวความคิดซึ่งยอมรับกันมากในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งให้ความสำคัญแก่ “ตัวบุคคล” มากกว่าสิ่งใด ดังนั้นผู้อื่นจะมาล่วงเกินสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติ หรือสิทธิที่บัญญัติรับรองคุ้มครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไม่ได้ บุคคลย่อมมีสิทธิผูกพันตนภายใต้ข้อจำกัดอันใดอันหนึ่งหรือกว่านั้น โดยความยินยอมพร้อมใจที่แสดงออกโดยชัดแจ้ง¹ อันเป็นการจำกัดอธิปไตยในตนเอง

เมื่อมีการติดต่อค้าขายมากขึ้นก็มีการวางหลักเพื่อการอำนวยความสะดวกและควบคุมคุ้มครอง การค้าบรรดาสิ่งทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นการพัฒนา สิ่งที่เป็นสื่อกลางการแลกเปลี่ยนที่เก็บรักษาค่าได้ (เงิน) ระบบสินเชื่อ (Credit) การให้หลักประกัน ตลอดจนการที่รัฐยื่นมือเข้ามาคุ้มครองโดยการออกกฎหมายคุ้มครองและควบคุมความเป็นระเบียบในการค้าพาณิชย์ทั้งหลาย เช่น กำหนดนิติสัมพันธ์ สิทธิ หน้าที่ของผู้ซื้อ ผู้ขาย การชำระราคา การบังคับให้เป็นไปตามสัญญา โดยใช้อำนาจผ่านทางองคาพยพ (Organ) ของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Power) เรียกโดยรวมว่า ผ่านทาง “กระบวนการยุติธรรม” ซึ่งรู้จักกันในนามของ “กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาล” (Adjudicative Process)

แต่ยังมีวิธีระงับข้อพิพาทอีกประเภทหนึ่งซึ่งคู่กรณีอาจตกลงเลือกใช้กันได้คือ “Non-Adjudicative Process” หรือ กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล มีหลายวิธีได้แก่²

¹ ต่อมาเมื่อมีกฎหมายที่เป็นระบบมากขึ้นจึงยอมรับการที่มีแนวความคิดหรือกฎหมายบัญญัติสันนิษฐานให้การแสดงออกโดยปริยายเช่นการนิ่ง ก็อาจถือเป็นการยินยอมได้ เพื่อเป็นการสะดวกในการบังคับใช้กฎหมาย ตามหลักที่ว่า “ผู้ไม่ปฏิเสธถือว่ายอมรับ” (He, who does not disapprove, approves)

² รายละเอียดโปรดดู ภาณุ รังสีสหัส, “บทบาทและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยกับเทคนิควิธีการไกล่เกลี่ยเบื้องต้น,” วารสารตุลาการ, ปีที่ 42 เล่มที่ 3 (ก.ค.-ก.ย.2538), หน้า 94. และ “การ

1. การเจรจาต่อรอง (Negotiation³ or Compromise)
2. การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation)
3. การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง (Mediation)
4. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

ในการวิจัยนี้ครอบคลุมถึงแต่ในเรื่องการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น โดยกำหนดขอบเขตเฉพาะเรื่องในการศึกษา ตามที่ระบุในส่วน “ขอบเขตการวิจัย”

ปัจจุบันนี้ ในวงการธุรกิจการค้ายอมรับและให้ความสำคัญกับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการอย่างเด่นชัด ตั้งแต่ขั้นตอนความตกลงก่อนสัญญา (Pre-Contractual Document เช่น MoU <Memorandum of Understanding>) การยอมตนเข้าผูกพันในสัญญา⁴หรือการปฏิบัติตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกรณีเกิดมีข้อขัดแย้งหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาโดยจงใจ หรือมีอาจปฏิบัติตามสัญญาให้ลุล่วงไปได้

นอกจากในเชิงธุรกิจแล้วยังมีกรณีอื่นที่อาจใช้การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการได้อีก เช่น “ปัญหาของคุณภาพสินค้า (Quality Arbitration) หรือเกี่ยวกับการตีความข้อความในเอกสาร หรือปัญหาข้อกฎหมาย (Technical Arbitration)”⁵ ปัญหาข้อพิพาทแรงงาน⁶ การซื้อขายหลักทรัพย์⁷ สิ่งแวดล้อม⁸ สัมปทานปิโตรเลียม⁹ ที่ปรึกษาทางวิศวกรรม¹⁰ ตลอดจนกฎหมายทะเล¹¹

ไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท,” วารสารดุลพาน, ปีที่ 42 เล่มที่ 2 (เม.ย.-มิ.ย.2538), หน้า 141.

³ เป็นคำและวิธีการเดียวกับการเริ่มต้นความตกลง แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว แต่อาจมีผลเป็นการแก้ไขข้อตกลง หรือตกลงกันใหม่ได้

⁴ โปรดดูรายละเอียดใน Frederick Posses, *The Art of International Negotiation* (LONDON: Business Book, 1978)

⁵ Zhang Jin Wern, *Trade Contract: Theory and practice*, p.392 อ้างถึงใน วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” วารสาร**บทบัญญัติ**, เล่มที่ 48 ตอน 1 (มีนาคม 2535), หน้า 39.

⁶ ไพรอดดู วรพจน์ วัชรารักษ์, “กระบวนการระงับข้อพิพาทแรงงาน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.2528); รายงาน การสัมมนา การระงับข้อพิพาทแรงงาน, จัดโดยชมรมวิชาการสำนักกฎหมาย ดร.อุกฤษ มงคล นาวิน วันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ.2523 จัดที่สำนักกฎหมาย ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน และ Walter E.Baer, Strike: a study of Conflict & how to resolve it (NEW YORK: AMACOM, 1975)

⁷ ไพรอดดู เนตรทราย สงวนศักดิ์ภักดี, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในการซื้อ ขายหลักทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538)

⁸ ไพรอดดู ไกรสร เลี้ยงสมบุรณ์, “การระงับข้อพิพาทสิ่งแวดล้อม โดยอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย.2537); รายงานการประชุมเชิง ปฏิบัติการ เรื่อง “มิติใหม่ของการจัดการและ กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม” จัดโดย UNEP ร่วมกับศูนย์กฎหมายและการพัฒนาสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วันที่ 29 พฤศจิกายน ถึง 1 ธันวาคม พ.ศ.2538 จัดที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย); และ Seminar on “Environmental Law and Dispute Resolution” dated 17th August, 1995” (Bangkok: Federation of Thai Industries, 1995)

⁹ ไพรอดดู นิรันทร บุญจิต, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทาน ปิโตรเลียม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2526)

¹⁰ ไพรอดดู Sombat Tipyananukul, “Legal Problems Concerning the Dispute Resolution Clause Under A F.I.D.I.C. Contract” Thesis of The Master of Laws Graduate School Chulalongkorn University, 2536.

¹¹ ไพรอดดู สิทธินันต์ สิทธิสุข, “ประสิทธิภาพของวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบังคับ ในอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536) และ Alan E. Boyle, “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction” International and Comparative Law Quarterly Vol.46 Part 1, January 1997.

เมื่อพิจารณาถึงการที่มีข้อพิพาท (Disputants) จะยื่นข้อพิพาท “ที่มีขึ้นแล้วหรือจะมีขึ้นในอนาคต”¹² ให้อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทเช่นว่านั้นผู้มีข้อพิพาทจะต้องได้ทำ “สัญญาอนุญาตตุลาการ” (Arbitration Agreement, Clause or Contract) ไว้ โดยกล่าวถึงเจตนาที่ตกลงกันเพื่อมอบหรือจะมอบข้อพิพาทให้อ่อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นสำคัญ โดยคู่กรณีพิพาทนั้นจะทำสัญญาอนุญาตตุลาการกันก่อนหน้าหรือภายหลังมีข้อพิพาทก็ได้

ผู้ซึ่งรับเป็นอนุญาตตุลาการมีหน้าที่ผูกพันตามสัญญาอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ การยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการนี้ทำให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการเองกับผู้ที่มีข้อพิพาท (Disputants) ซึ่งเรียกว่า “Schiedsrichtersvertrag”¹³ นิติสัมพันธ์ หรือความสัมพันธ์ตามสัญญาอนุญาตตุลาการนี้ ทำให้เกิด “หน้าที่ตามสัญญา” ในอันที่จะต้องดำเนินการพิจารณา ให้คำแนะนำ (ในกรณีที่สามารถทำได้) และชี้ขาดข้อพิพาทตามที่ได้รับมอบหมาย (ตามอำนาจหน้าที่ทั้งที่ระบุในสัญญา และมีได้ระบุในสัญญา¹⁴) กล่าวคือ อนุญาตตุลาการมีหน้าที่จะต้อง “อำนวยความยุติธรรม” (Administration of Justice) ดุจเดียวกับหน้าที่ของผู้พิพากษา¹⁵

การอำนวยความยุติธรรมเช่นว่านั้น จักต้องประกอบไปด้วยความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญของตน อันมีลักษณะเฉพาะตัว ซึ่งอย่างน้อยที่สุดจะต้องมีมากพอจะทำให้ผู้มีข้อพิพาทเชื่อมั่นและไว้วางใจมอบอำนาจให้ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ลักษณะของความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นลักษณะที่มีคู่สัญญาสองฝ่ายตกลงกันเพื่อมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกผู้เป็นกลางชี้ขาดข้อพิพาทนั้น จึงกล่าวได้ว่าความ

¹² Chen E. Ming, International Trade Customs and Conventions, p. 104 อ้างถึงใน วิบูลย์ ตังกิตติภากรณ์, “สัญญาอนุญาตตุลาการ,” วารสาร**บทบัญญัติ** เล่มที่ 48 ตอน 1 (มีนาคม 2535), หน้า 33.

¹³ Ottoamadt Glossner, International Handbook of Commercial Arbitration Federation Republic of Germany, p.10.

¹⁴ โปรดดู “หน้าที่ของอนุญาตตุลาการ” ในบทที่ 2

¹⁵ แม้ในเนื้อแท้จะมีข้อพิจารณาอันกว้างขวางมิได้ในการพิจารณาข้อแตกต่างดังจะกล่าวต่อไป

สัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นอนุญาโตตุลาการกับผู้มีข้อพิพาทคือ ความสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญา นั้นเอง

ในขั้นตอนกระบวนการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากเรื่องความรู้ความสามารถของอนุญาโตตุลาการที่ต้องคำนึงถึงแล้วยังมีประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการอีกโสดหนึ่งด้วย

ในเรื่อง “ความรับผิด” นั้น จะกล่าวถึง สถานะของการที่จะต้องรับผิดชอบหน้าที่บางประการตามพื้นฐานต่าง ๆ กัน ได้แก่

1. ความรับผิดตามสัญญาโดยชัดแจ้ง
2. ความรับผิดตามสัญญาโดยปริยาย
3. ความรับผิดในมูลแห่งละเมิด

เมื่ออนุญาโตตุลาการมี “หน้าที่”¹⁶ ที่ต้องมีความรับผิดในหลาย ๆ ส่วน หลักพื้นฐานประการหนึ่งของการอำนวยความสะดวกก็คือ ความอิสระและเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงควรได้รับความคุ้มกัน (Immunity) ซึ่งอาจพิจารณาในแง่การจำกัดความรับผิด (Limitation of Liability) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาในประเด็นที่อนุญาโตตุลาการถูกกล่าวหาว่าดำเนินการพิจารณาโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้คู่กรณีต้องได้รับความเสียหาย (Proceed negligently and delinquently) เพราะมิฉะนั้นแล้วทุกครั้งที่ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีจะถือเป็นเหตุฟ้องร้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิดได้ อันจะทำให้วัตถุประสงค์ในเรื่องความเป็นที่ยุติของคำชี้ขาด (Finality of the Awards) เสียไปได้ ซึ่งผู้พิพากษาก็ได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องในเหตุลักษณะนี้ด้วย

เว้นแต่ในบางกรณีที่อนุญาโตตุลาการ (หรือแม้ตัวผู้พิพากษาเอง) ยังอาจต้องรับผิด ถ้าปรากฏว่ามีการทุจริตหรือใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ (Corruption or Wilful Misconduct)

¹⁶ “กิจที่ควรทำ, กิจที่ต้องทำ, วงแห่งกิจการ. “พจนานุกรม (กรุงเทพมหานคร:องค์การคำของคุรุสภา, 2533), หน้า 461.

โดยเหตุที่นิติสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับผู้ซื้อพิพาทเป็นนิติสัมพันธ์ในรูปของ “สัญญา” ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่ง ดังนั้น หากมีการกระทำใดที่เกิดขึ้นแล้วปรากฏในที่สุดว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะละเมิด ก็เป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำนั้น ตามฐาน “ละเมิด” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเป็นกรณีละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่อนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อเป็น “การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” (Gross Negligence) อันมีผลเสียหายมากถึงขนาดเรียกได้ว่าถึงขั้นเป็นการ “ปฏิเสธความยุติธรรม” (Denial of Justice)¹⁷

ดังที่ได้กล่าวมาโดยลำดับ จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของ “สัญญา” ดังนั้น นอกจากความรับผิดของสัญญาแล้ว ยังมีความรับผิดฐาน “ละเมิด” ได้ด้วย แต่ยังคงมีความพยายามจำกัดขอบเขตความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างเคร่งครัดกรณีเพียงอ้างว่าคำตัดสินไม่ถูกต้อง หรือศาลไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดให้ยังไม่มีมูลเหตุพอจะเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบได้ เหตุเพราะหากอนุญาโตตุลาการถูกฟ้องเป็นคดีได้โดยง่าย ผู้มีข้อพิพาทก็อาจถือเอาเป็นข้อข่มขู่ จนอนุญาโตตุลาการเสียความอิสระและความเป็นกลางไปได้ ดังนั้นนอกจากจะต้องมีขอบเขตของความรับผิดของอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการวางหลักความคุ้มกันให้ชัดเจนและเป็นระบบอย่างแท้จริง

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ออกมามีผลบังคับใช้โดยมีแนวทางและแบบอย่างจากกฎหมายและหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการจากต่างประเทศ ทั้งจากกฎหมายภายในที่ใช้อยู่ในต่างประเทศ¹⁸ กฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹⁹ หลักเกณฑ์ทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ และอนุสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ²⁰

¹⁷ อนันต์ จันทร์โอภากร, “อนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดข้อพิพาททางแพ่ง,” ในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ (กรุงเทพมหานคร, 2536), หน้า 418.

¹⁸ The English Arbitration Acts 1950, 1975, 1979, The United States Arbitration Act.

¹⁹ The Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association, International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, LONDON Court of

โดยการรวบรวมหลักการในส่วนที่เห็นว่าเป็นประโยชน์และมีความเหมาะสมกับสังคมไทยตามแนวคิดของผู้ร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ซึ่งมีบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น และยังเป็นอนุวัติการตามอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย²¹

หลักความคุ้มกันตามกฎหมาย

1. พื้นฐานจากความคุ้มกันของตุลาการ

เมื่อเราพิจารณาคำพิพากษาของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีความสำคัญ ในสกุลกฎหมาย Common Law ซึ่งยึดถือแนวคำพิพากษาในอดีตก่อนเป็นปทัสฐาน (Norms) ในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นภายหลัง อันมีลักษณะประเด็นแห่งคดีที่สำคัญคล้ายคลึงกัน (Doctrine of Precedent) จะเห็นได้ว่าหลักความคุ้มกันของตุลาการนั้นถือเป็นหลักสำคัญและเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน²² อีกทั้งฝังรากลึกในแนวคำพิพากษาอย่างมั่นคงตลอดมา²³

จุดประสงค์สำคัญของหลักการนี้มีขึ้นเพื่อที่จะดำรงไว้ซึ่งเกียรติภูมิและความเป็นอิสระของตุลาการ มุ่งประสงค์เพื่อสร้างความมั่นใจว่าการตัดสินของตุลาการจะอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า จะปลอดจากการถูกดำเนินทางกฎหมายใด ๆ อันเป็นผลติดตามซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้²⁴

Arbitration Rules, International Arbitration Rules, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

²⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other State, Convention for the Pacific Settlement International Disputes- Signed at Hague July 29th, 1899, Signed at Hague October 18, 1907.

²¹ โปรดดู “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 ตอนที่ 156 (วันที่ 12 สิงหาคม 2530)

²² Floyd v. Barker, (1868) 12 Co. Rep. 23, 15 Eng. R.C.37.

²³ Scott v. Stansfield, (1868), L.R.3EX.220, 15 Eng. R.C.42

²⁴ “Arbitrators' Immunity from Civil Liability Deposition of Arbitrators,” Lawyers' Arbitration Letter 1970-1979. (Division of MACMILLAN Publishing, 1981), p.171.

ตราบเท่าที่สารัตถะและบุคคล²⁵ ยังอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้น ผู้เป็นตุลาการและคำตัดสินทั้งในศาลล่างและศาลสูงย่อมถูกตรวจสอบได้ คำพิพากษาอาจถูกตรวจสอบโดยการอุทธรณ์ไปยังศาลที่สูงกว่า และอาจถูกพิพากษากลับหรือพิพากษายืน²⁶ ตามแต่ศาลสูงจะเห็นสมควร ส่วนตัวตุลาการเองจะต้องรับผิดชอบก็เพียงแต่ต่อข้อหาที่ว่าตนได้กระทำการโดยทุจริตหรือการประพฤติมิชอบโดยประการอื่น²⁷

2. การขยายอำนาจคุ้มครองกันมายังอนุญาตตุลาการ

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการวางหลักการที่แน่ชัดและเป็นแนวคำพิพากษาที่ถือตามกันมาว่า “ผู้เป็นอนุญาตตุลาการ ปฏิบัติหน้าที่ในพิสัยสามารถ (capacity) แบบกึ่งตุลาการ²⁸ และสมควรจะมีคุณสมบัติของตุลาการในเรื่องการให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย”

เมื่ออนุญาตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกับเป็น กึ่งตุลาการ ดังนั้นจึงได้มีการวางหลักในคำพิพากษาให้ขยายหลักความคุ้มครองกันของผู้พิพากษามายังอนุญาตตุลาการด้วย โดยกรณีที่เกิดขึ้นคือผู้เป็นโจทก์ (อนุญาตตุลาการ) ฟ้องเรียกค่าธรรมเนียมการปฏิบัติหน้าที่จำนวน \$240 จำเลยฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายจากอนุญาตตุลาการเป็นจำนวน \$500 โดยอ้างว่าตนต้องเสียหายจากการที่อนุญาตตุลาการผู้เป็นโจทก์นั้นสมคบกันกับผู้ยื่นข้อพิพาทให้อุญาตตุลาการชี้ขาด²⁹ และอนุญาตตุลาการคนอื่นทำคำชี้ขาดโดยฉ้อฉล ศาลในคดีนี้ตัดสินยกฟ้องแย้งของจำเลย โดยยกเหตุผลว่า “อนุญาตตุลาการ ตัดสินได้ทั้งประเด็นข้อเท็จจริงและประเด็นข้อกฎหมาย...ชี้ขาดทุกปัญหาที่ผู้ยื่นข้อพิพาทมอบหมาย...กำหนดสิทธิของคู่กรณี...และโดยความจริงที่คำชี้ขาดอาจถูกสอบสวนได้โดยศาลยุติธรรมซึ่งอาจไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ไม่

²⁵ หมายถึง โจทก์, จำเลย, พยาน และผู้ว่าคดี

²⁶ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 242-243

²⁷ Pratt v. Gardner, 2 Cushing 68, 70-71 (Mass. 1848), cited in “Arbitrators' Immunity from Civil Liability Deposition of Arbitrators”, Lawyers' Arbitration Letter 1970-1979, ibid.

²⁸ American Eagle Fire Ins. Co v New Jersey Co., 240 N.Y.398, 148 N.E.562 (1925), cited in “Arbitrators' Immunity from Civil Liability Deposition of Arbitrators”, Lawyers' Arbitration Letter 1970-1979, ibid.

²⁹ โจทก์คำร้องในการวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ

เพียงพอจะพรากไปซึ่งหน้าที้อย่างตุลาการ”³⁰ และยังมีอีกหลายคดีซึ่งวางหลักการสนับสนุนหลักของอนุญาโตตุลาการนี้เช่น อนุญาโตตุลาการซึ่งศาลยุติธรรมเป็นผู้ตั้ง ไม่ต้องรับผิดทางแพ่ง และมีเหตุผลมากมายที่ต้องคุ้มกันและยืนยันหลักการความเป็นกลาง, ความเป็นอิสระ, และปราศจากอิทธิพลครอบงำที่ไม่สมควร โดยเฉพาะกับตุลาการและลูกขุน และเมื่อคำนึงถึงนโยบายสาธารณะ (ความสงบเรียบร้อย หรือ Public Policy) แล้ว ศาลก็เห็นสมควรขยายความคุ้มกันมายังอนุญาโตตุลาการด้วย”³¹

1.2 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทโดยความสมัครใจของผู้มีข้อพิพาทอย่างแท้จริงที่ตกลงจะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือกำลังจะเกิดขึ้นด้วยการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือไม่ใช่กรณีที่ถูกบังคับโดยกฎหมาย กฎเกณฑ์ระเบียบหรือข้อบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดให้ระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ แม้จะเรียกว่าเป็นการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ตาม หรือที่เรียกว่าการอนุญาโตตุลาการโดยการบังคับหรือที่มีได้กระทำโดยใจสมัคร³² (Compulsory Arbitration or Non-voluntary Arbitration) ซึ่งเท่ากับเป็นการบังคับให้ผู้มีข้อพิพาทต้องส่งเรื่องไปให้บุคคล หรือคณะบุคคลชี้ขาดตัดสินความที่พิพาทกันโดยไม่ได้คำนึงถึงความสมัครใจของผู้มีข้อพิพาทนั้น

ขอบเขตการวิจัยนี้ ครอบคลุมไปถึงการอนุญาโตตุลาการในศาลตามมาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย เมื่อกรณีฟังได้ว่าคู่ความตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการคนหนึ่งหรือคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

³⁰ Jones v. Brown, 54 Iowa 74, 6 N.E. 106, 108 (1880), cited in “Arbitrators’ Immunity from Civil Liability Deposition of Arbitrators”, Lawyers’ Arbitration Letter 1970-1979. *ibid.*, p.172.

³¹ Hoosack Tunnel, Dock and Elevator Co. v. Jame W. O’Brien, 137 Mass. 424, 426 (1884).

³² พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร “การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี” ใน รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 24.

ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการนี้หมายถึงความคุ้มกันจากการถูกฟ้องเป็นคดี โดยผู้ มีข้อพิพาทฝ่ายหนึ่ง เพราะสาเหตุต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงสาเหตุเหล่านี้แต่ไม่จำกัดเพียงนี้ เช่น :-

- 1) ประมาทเลินเล่อ
- 2) ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 24³³ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530
- 3) กรณีไม่สามารถทำคำชี้ขาดได้ในเวลาที่ตกลงกัน³⁴

1.3 ประเด็นปัญหาการวิจัย

แม้ว่าปัจจุบันจะมีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกันมากจนทำให้มีปัญหาและข้อติดขัด ในการขอบังคับตามคำชี้ขาด³⁵ และผลสืบเนื่อง³⁶ จากการบังคับตามคำชี้ขาดเช่นว่านั้น เรื่องที่มัก ใช้ อ่างกันในการปฏิเสธการยอมรับ คำชี้ขาดมักจะเป็นกรณีเรื่องความสามารถของ อนุญาโตตุลาการ (Competency) หรือเรื่องใดจะเป็นเรื่องที่มอบให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อ พิพาทได้ (Arbitability) หรือคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น (Award is contrary to the law governing the dispute) ซึ่งจะไม่เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับตัว อนุญาโตตุลาการ ส่วนในเรื่อง นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการ

³³ มาตรา 24 “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อ พิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำ หรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิ ได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีที่คำชี้ขาดใด มีความบกพร่องอันมิใช่สาระสำคัญ และอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้เช่น การคำนวณตัวเลขหรือการกล่าวอ้างถึงบุคคลหรือทรัพย์สินใดผิดพลาดไป ศาลอาจแก้ไขให้ถูก ต้องและมีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ได้แก้ไขแล้วนั้นได้”

³⁴ โปรดดู พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 21

³⁵ ในกรณีการวิจัยนี้ คือ การที่ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำพิพากษา”

³⁶ ในกรณีการวิจัยนี้หมายถึง "ความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ”

(Schiedsrichtersvertrag)³⁷ รวมตลอดถึงสิทธิและหน้าที่จากนิติสัมพันธ์ซึ่งว่านั้นเป็นเรื่องที่ไม่ค่อยได้รับความสนใจ ดังนั้นจึงมีประเด็นปัญหาการวิจัยคือ

- 1) อำนาจ หน้าที่ซึ่งเป็นที่มาของความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ
- 2) ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ
- 3) กรอบหรือแนวทางที่เหมาะสมในเรื่องความรับผิดชอบและความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

1.4 วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ความรับผิด ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ความรับผิดและความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศบางประเทศ
3. เพื่อทราบแนวทางเกี่ยวกับการกระทำอย่างใดของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องรับผิดหรือได้รับความคุ้มกัน
4. เพื่อกำหนดแนวทางการกำหนดลักษณะของความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

1.5 สมมุติฐานการวิจัย

ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการมีระดับที่ต่ำกว่าความคุ้มกันของผู้พิพากษา ซึ่งใช้อำนาจรัฐในการพิจารณาคดี การปล่อยให้อ้างสาเหตุทั่วไปอันอาจเกิดขึ้น เช่น ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด หรือความเสียหายจากการปฏิบัติตามคำชี้ขาด มาฟ้องบังคับเอาแก่ตัวอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการไม่สมควร การจะให้ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทต้องระมัดระวังตัวกลัวจะถูกข่มขู่มากจนเกินไปจะทำให้เป็นการกระทบต่อความอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งทำลายความเด็ดขาดและความมีผลผูกพัน ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญที่พึง

³⁷ Ottomadt Glossner, International Handbook of Commercial Arbitration Federation Republic of Germany, p.10.

ประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการ การจะได้มีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อวางกรอบของความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการ เช่นบทบัญญัติในกฎหมาย หลักเกณฑ์หรือข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นการเอื้อให้การอนุญาโตตุลาการสมประโยชน์มากขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงความรับผิดชอบ ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการตามหลักกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ
2. ทำให้เข้าใจถึงขอบเขตของความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ
3. สามารถนำเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการและพัฒนามาตรฐานความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากล
4. เป็นแนวทางในการกำหนดกรอบหากจะมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองอนุญาโตตุลาการ ที่มีความชัดเจนในแง่ของการเป็นกฎหมายบัญญัติในประเทศไทย
5. เพื่อเป็นแนวโน้มในเชิงนโยบายที่จะคุ้มครองและสร้างความเชื่อมั่นให้กับบุคคลผู้มีประสบการณ์และความสามารถที่จะเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการ

1.7 นิยามศัพท์

Arbitration	=	การอนุญาโตตุลาการ
Arbitrator	=	อนุญาโตตุลาการ
Disputants	=	ผู้มีข้อพิพาท (ใช้ในความหมายของคู่กรณีที่ร่วมกันตกลงจะใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาท โดยถือเป็นฝ่ายร่วมกันฝ่ายหนึ่ง กับอนุญาโตตุลาการอีกฝ่ายหนึ่ง)
Quasi-judicial	=	กึ่งตุลาการ (ใช้ในความหมายของอนุญาโตตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท, คำว่า "quasi" หมายถึง "to a certain extent"

เท่านั้น³⁸ มิได้หมายความว่า "กึ่ง" ที่หมายถึงครึ่งหรือประมาณครึ่งอย่างคำภาษาไทย), คล้ายตุลาการหรือเสมือนตุลาการ ก็เรียก

Schiedsvertrag = Arbitration agreement³⁹

สัญญาอนุญาตตุลาการ; ข้อตกลงหรือสัญญาที่ผู้มีข้อพิพาททำขึ้นระหว่างกันเพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่กำลังจะเกิดขึ้นภายใต้สัญญาหลักฉบับหนึ่ง โดยบุคคลภายนอก

Schiedsrichtervertrag = ข้อตกลงหรือสัญญาที่ผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายทำขึ้นกับบุคคลภายนอก(อนุญาตตุลาการ)เพื่อให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่กำลังจะเกิดขึ้นภายใต้สัญญาหลักฉบับหนึ่ง

[Richter = Judge or Decision Maker⁴⁰]

UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law

³⁸ Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, 4th ed., 6th Impression (Oxford: Oxford University Press, 1991), p.1024.

³⁹ Howard D. Fisher, German Legal System & Legal Language. (Great Britain: CAVENDISH, 1996), p.243.

⁴⁰ Ibid.