

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย

ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตลอดจนวิเคราะห์ถึงข้อถกเถียงว่าความรับผิดของอนุญาโตตุลาการว่ามีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด โดยนำหลักที่ได้จากการศึกษาในบทที่ 2 และบทที่ 3 ทั้งเรื่องหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามหลักกฎหมายต่างประเทศ มาวิเคราะห์เป็นหลักว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้ของประเทศไทยนั้นมีปัญหาและมีผลกระทบอย่างไร เพื่อนำไปสู่การนำเสนอข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายต่อไป

1. ปัญหาขอบเขตการแบ่งแยกระหว่างการกระทำที่เป็นความผิด กรณีประมาทเลินเล่อธรรมดา กับ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศในเรื่องการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ ตลอดจนสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ที่สำคัญ พบว่า การกำหนดความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศนั้นมิได้เป็นการกำหนดโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันทั้งหมด ซึ่งเมื่อนำมาวิเคราะห์แล้วสามารถจำแนกได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

1) กลุ่มที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดเฉพาะกรณีกระทำการโดยจงใจ ไม่สุจริตหรือทุจริตเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดในกรณีที่ได้กระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่ของตนโดยมีเจตนาให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหายเท่านั้น แต่ไม่ต้องรับผิดกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งการกระทำโดยจงใจนี้ย่อมรวมถึงกรณีของการกระทำโดยเจตนาทุจริตด้วย โดยประเทศหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีการบัญญัติกฎหมายหรือข้อบังคับในลักษณะดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ ไอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย เบลารุส และสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน เหตุผลอาจเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่องความคุ้มกันที่มีให้กับอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวาง

เช่นเดียวกับผู้พิพากษา จึงส่งผลต่อการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการให้จำกัดเฉพาะกรณีที่มีเจตนาหรือทุจริตเท่านั้น ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่นอนุญาโตตุลาการอย่างมาก

จากการศึกษาพบว่า แม้จะมีการกำหนดความรับผิดในลักษณะเดียวกัน แต่ในแต่ละประเทศนั้นใช้ถ้อยคำในข้อบทที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในมาตรา 29 ของ Arbitration Act 1996¹ ของอังกฤษใช้คำว่า “bad faith” เหมือนกับบทบัญญัติของไอร์แลนด์ ซึ่งใน Black’s Law Dictionary² ได้ให้นิยามความหมายว่า dishonesty และอยู่ในความหมายเดียวกับคำว่า mala fides คือ เจตนาร้ายหรือไม่สุจริต ในขณะที่มาตรา 28 ของ International Arbitration Act 1989³ ของออสเตรเลียใช้คำว่า “fraud” หมายถึง การโกง การหลอกลวงหรือกลฉ้อฉล ซึ่งก็เป็นการกระทำที่มีเจตนาร้ายเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทเช่นกัน ส่วนใน International Conciliation and Arbitration Act 1993 มาตรา 34⁴ ของเบอร์มิวดาและในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน⁵ ใช้ถ้อยคำว่า “conscious and deliberate wrongdoing” ซึ่งหมายถึง การกระทำผิดโดยจงใจ และใน Arbitration Ordinance 1989 (revised 1996) section 2GM⁶ ของฮ่องกงใช้ถ้อยคำว่า “dishonestly” หมายถึง การกระทำที่ไม่สุจริต จะเห็นได้ว่า แม้จะใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันแต่เมื่อพิจารณาความหมายแล้วก็เป็นไปในแนวทางเดียวกัน คือ กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดต่อคู่พิพาทในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่โดยเจตนาหรือโดยทุจริต ซึ่งการกำหนดความรับผิดเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นกรณีที่ร้ายแรงกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะต้องกระทำโดยมีเจตนาร้ายหรือทุจริตด้วย มิใช่แค่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น เช่น การเรียกรับสินบน เป็นต้น

¹ <https://www.hmsso.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_2#pt1-pb5-l1g29> (October 27, 2009.)

² Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, Black’s Law Dictionary, 9th ed., (St. Paul, Minn.: West/Thomson Reuters, 2009), p. 149.

³ Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2^{ed} (Netherlands: Kluwer Law International, 2004), p. 161.

⁴ *Ibid*, pp. 161-162.

⁵ <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_6605.pdf> (October 23, 2009).

⁶ Pieter Sanders, *supra* note 3, p. 162.

2) กลุ่มที่กำหนดให้อนุญาตตุลาการมีความรับผิดชอบกรณีจิตใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กล่าวคือ เป็นการบัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบใน 2 กรณี คือ

ก. กรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยเจตนา ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับกลุ่มแรกที่ได้กล่าวมาแล้ว

ข. กรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ ต้องมีได้มีเจตนาให้คู่พิพาทได้รับความเสียหาย แต่เป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังหรือการเอาใจใส่มากกว่าระดับปกติ หากกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาที่ไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด

ประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายหรือข้อบังคับในลักษณะดังกล่าวนี้ คือ ประเทศสิงคโปร์และประเทศไทย โดยในมาตรา 23 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในกรณีที่ทำให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหายโดยจิตใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

3) กลุ่มที่ไม่มีการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงต้องมีความรับผิดชอบกรณีจิตใจหรือประมาทเลินเล่อ เนื่องจากเมื่อไม่มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ ก็ต้องนำหลักทั่วไปมาใช้คือ หลักเรื่องสัญญาและละเมิดที่เป็นการกำหนดให้รับผิดชอบในกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจิตใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาไม่ใช่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบตั้งแต่กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนถึงขั้นมีเจตนา จึงอาจกล่าวได้ว่ามิได้ให้ความคุ้มกันแก่อนุญาตตุลาการเท่าใดนัก

ประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ได้แก่ เยอรมนีและญี่ปุ่น เนื่องจากทั้งสองประเทศมิได้มีการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำหลักทั่วไปมาใช้ คือ หลักเรื่องสัญญาและละเมิด โดยเยอรมนีต้องนำมาตรา 276 และมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ ซึ่งมาตรา 276⁷ เป็นหลักเรื่องความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่ละเมิดหน้าที่ตามสัญญา โดยในฉบับทใช้คำว่า “negligence” หมายถึง ประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา ส่วนในมาตรา 839⁸ เป็นเรื่องละเมิดก็ได้กำหนดให้รับผิดชอบกรณีจิตใจ

⁷ <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm>> (October, 28 2009).

⁸ เพิ่งอ้าง.

หรือประมาทเลินเล่อ (willfully or negligently) เช่นเดียวกับมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น⁹

4) กลุ่มที่กำหนดลักษณะของการกระทำที่อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีการกำหนดลักษณะของการกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่ของอนุญาตตุลาการที่จะต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีพิพาทไว้อย่างชัดเจนว่า หากมีการกระทำเช่นนี้เกิดขึ้น อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบ

ประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ ได้แก่ อิตาลีและออสเตรเลีย โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 813 ของอิตาลี¹⁰ ได้มีการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดไว้ 2 กรณี คือ (1) อนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามกฎหมาย ถ้าอนุญาตตุลาการละเลยไม่ทำตามหน้าที่นี้ จนเป็นเหตุให้ถูกเพิกถอนคำชี้ขาดก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย (2) หากอนุญาตตุลาการมีการตกลงรับตำแหน่งแล้วแต่ภายหลังกลับถอนตัวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อคู่กรณีด้วย ส่วนกฎหมายของออสเตรเลียนั้นนอกจากบัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่โดยหลอกลวงหรือกลฉ้อฉล (fraud) แล้ว ยังได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งไว้อย่างชัดเจนในบางเรื่องด้วย โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 584(2)¹¹ ว่า อนุญาตตุลาการซึ่งไม่ทำหน้าที่หรือไม่ทำหน้าที่ภายในเวลาอันสมควรหลังจากที่ได้รับการแต่งตั้งแล้ว ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ทำหน้าที่หรือไม่ทำหน้าที่ล่าช้า โดยไม่ลบหลู่สิทธิของคู่กรณีที่ขอให้อยุติกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ

เมื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการของแต่ละกลุ่มแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การไม่บัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งไว้โดยเฉพาะซึ่งทำให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบหลักทั่วไป คือ ต้องรับผิดชอบต่อกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกำหนดเช่นนี้อาจไม่เหมาะสม

⁹ <http://www.tomeika.jur.kyushuu.ac.jp/transaction/legislation/Civil_code.pdf> (October 16, 2009).

¹⁰ <<http://www.jus.uio.no/lm/italy.arbitration/doc#27>> (October 30, 2009).

¹¹ Werner Meils, "Immunity of Arbitrations under Austrian Law (Chapter 3)", in The Immunity of Arbitrators (edited by Julian D.M. Lew), (New York: Lloyd's of London Press Inc., 1990), p. 17.

เนื่องจากในการดำเนินการต่าง ๆ ย่อมอาจเกิดความพลั้งเผลอขึ้นได้ การกำหนดให้ต้องรับผิดชอบกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทในระดับธรรมดาจึงอาจทำให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยง่ายเกินไปเท่ากับมิได้ให้ความคุ้มครองแก่นุญาตตุลาการ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการอย่างแน่นอน และการบัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยง่ายเช่นนี้ยังส่งผลถึงการพิจารณารับทำหน้าที่ย่อย เพราะคงไม่มีผู้ใดอยากทำหน้าที่ที่ตนมีความเสี่ยงมากในการถูกฟ้องร้องเป็นคดี จึงย่อมเลือกทำหน้าที่ในสถานที่ที่ตนจะมีความเสี่ยงน้อยกว่าอยู่แล้ว

ส่วนการบัญญัติโดยกำหนดลักษณะของการกระทำที่อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจนนั้น แม้จะมีข้อดีในแง่ของความชัดเจนและการขจัดปัญหาเรื่องการตีความกฎหมาย แต่ก็มีข้อเสียที่สำคัญคือ การบัญญัติเช่นนี้ไม่อาจทำได้ครอบคลุมถึงทุกกรณีที่เกิดขึ้นได้ และย่อมทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย

ส่วนการบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจหรือไม่ซื่อสัตย์นั้น เป็นลักษณะของการให้ความคุ้มครองแก่นุญาตตุลาการอย่างกว้างขวางตามแนวคิดของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ทำให้อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบกรณีกระทำโดยประมาทเลินเล่อไม่ว่าในระดับใด เพราะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีกระทำโดยจงใจ มีเจตนาร้าย ไม่สุจริตหรือทุจริต จึงเป็นการกำหนดความรับผิดชอบโดยพิจารณาเพียงเจตนาของผู้กระทำเท่านั้น หากไม่มีเจตนา ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นการขาดความระมัดระวังหรือไม่เอาใจใส่ในหน้าที่หรือไม่ ซึ่งแต่เดิมนั้นในร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของไทยก็ได้กำหนดเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการไว้เช่นนี้เช่นกัน โดยเขียนไว้ในมาตรา 21 ว่า “คณะอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำอันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยทุจริต” โดยมีการระบุเหตุผลในการเพิ่มเติมมาตรานี้ว่า “การไม่ต้องรับผิดชอบ” เพื่อป้องกันมิให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ¹² ต่อมา มีการแก้ไขจนกลายมาเป็น มาตรา 23 ในปัจจุบัน

สำหรับกรณีของการบัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีความเหมาะสมแล้ว เพราะหากกำหนดแต่เพียงว่าต้องรับผิดชอบเฉพาะการกระทำโดยเจตนาหรือทุจริตนั้น

¹² สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หลักการและเหตุผลแห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ)

อนุญาตตุลาการอาจไม่เอาใจใส่และไม่ใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่อย่างที่เราควรจะเป็นก็ได้ เพราะคิดว่าอย่างไรเสียตนก็มีได้มีเจตนาให้เกิดความเสียหายหรือมีเจตนาทุจริตหลอกลวงคู่กรณี อยู่แล้วยอมไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งอาจส่งผลทำให้อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่มีประสิทธิภาพ อย่างที่คู่พิพาทคาดหวังไว้ ดังนั้น การกำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงด้วยนั้นจึงเป็นเหมือนเครื่องมือช่วยกระตุ้นให้ผู้เป็นอนุญาตตุลาการเพิ่มความเอาใจใส่ และระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาท

จะเห็นได้ว่า การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการในแต่ละประเทศ นั้นมิได้เป็นการกำหนดโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันทั้งหมด ดังนั้น จึงอาจทำให้เกิดปัญหาการเข้าใจ หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นความผิดทางแพ่งได้ และการตีกฎหมาย ของแต่ละประเทศบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการไว้แตกต่างกันก็ย่อมจะทำให้ผู้เป็น อนุญาตตุลาการมีความเสี่ยงและเกิดความไม่แน่นอนหากตกลงรับทำหน้าที่ เช่น ถ้ารับทำหน้าที่ เป็นอนุญาตตุลาการที่ประเทศอังกฤษจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งก็ต่อเมื่อกระทำหรือละเว้นการกระทำ ในหน้าที่โดยมีเจตนาหรือไม่สุจริต ไม่ใช่แค่การขาดความเอาใจใส่ระมัดระวัง แต่หากรับทำหน้าที่ เป็นอนุญาตตุลาการในประเทศไทยเพียงทำหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ต้องรับผิดชอบ หรือหากไปทำหน้าที่ในประเทศเยอรมันเพียงแค่ประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาก็ต้องรับผิดชอบ แล้ว

ดังนั้น ปัญหาที่ต้องนำมาพิจารณาคือ จะทำอย่างไรให้หลักการวินิจฉัยความรับผิด ทางแพ่งของอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยมีลักษณะที่แน่นอน เป็นสากลและเป็นที่ยอมรับได้ เมื่อความรับผิดทางแพ่งของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายไทยนั้นบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบในกรณี กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องทำให้หลักการวินิจฉัย ความรับผิดในกรณีดังกล่าวมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยอมรับได้ ซึ่งในส่วนของกรวินิจฉัย กรณีกระทำโดยจงใจนั้นก็ชัดเจนและสามารถเข้าใจตรงกันได้ทุกคนอยู่แล้วว่าต้องเป็นกรณีที่ ผู้กระทำให้เจตนาให้เกิดความเสียหาย แต่ในส่วนของกรวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงนั้นยังเป็นส่วนที่ไม่ชัดเจนแน่นอนและเป็นส่วนที่บุคคลแต่ละคนอาจเข้าใจได้แตกต่างกัน โดยเฉพาะเมื่อต้องนำมาใช้วินิจฉัยลักษณะของการกระทำหรือการทำหน้าที่ในสภาวะ และพฤติการณ์แวดล้อมที่ต่างกันออกไป

เนื่องจากในกฎหมายแพ่งของไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติให้คำนิยามความหมาย หรือลักษณะวิธีการพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ต้องมีการกระทำลักษณะอย่างไร มีวิธีการวินิจฉัยอย่างไร ควรถือเอาระดับใดเป็นเกณฑ์ และการที่ กฎหมายมิได้กำหนดนิยามความหมายไว้อย่างชัดเจนนั้นทำให้การพิจารณาว่าการกระทำเช่นไร

เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นกลายเป็นการใช้ดุลพินิจของศาลซึ่งแตกต่างกัน เพราะการพิจารณาว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่นั้นแยกแยะได้ยาก เนื่องจากต้องพิจารณาจากสภาพแวดล้อมขณะเกิดการกระทำประกอบกับความรู้สึนึกคิดของบุคคลในสภาพการณ์ที่คล้ายคลึงกัน จึงอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งได้ง่ายว่ามีการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเกิดขึ้นหรือไม่ ด้วยเหตุนี้การที่จะถือเอาตามดุลพินิจของศาลจึงเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน และการตัดสินที่ไม่แน่นอนนี้ทำให้เป็นการยากที่จะคาดคะเนถึงทางออกที่ศาลจะนำมาใช้กับเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาได้หากเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการต่างชาติเข้ามาทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เพราะหลักการของประเทศของเขากับของไทยอาจแตกต่างกัน ทำให้เกิดความเข้าใจต่างกันและส่งผลให้เป็นปัญหาในการพิจารณารับทำหน้าที่ได้ เพราะโดยปกติแล้วผู้ที่ถูกทาบถามให้เข้ามาทำหน้าที่จะต้องตรวจสอบกฎหมายของประเทศที่จะทำการอนุญาโตตุลาการก่อนว่า ตนมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดในกฎหมายใดบ้างและในกรณีเช่นใดบ้าง เพื่อจะได้กำหนดพฤติกรรมและระมัดระวังการกระทำของตนได้อย่างถูกต้อง แต่ในประเทศไทยยังไม่เคยมีคดีเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการและไม่มีคดีตัวอย่าง (Precedent Case) ที่จะอธิบายว่าอะไรคือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งในทางปฏิบัติ นักกฎหมายภาคพื้นยุโรปหรือประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะถามหาคดีตัวอย่าง (Precedent Case) ก่อน ถ้าไม่มีก็ไม่รับทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพราะไม่มีกรณีตัวอย่างจึงกลัวความไม่แน่นอนของกฎหมายที่ต้องขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาล จึงไปรับทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการที่ประเทศอื่นแทน¹³

ดังนั้น จึงต้องศึกษาและพิจารณาว่าในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการนั้นควรนำหลักเช่นใดมาใช้ รวมทั้งหาทางแก้ปัญหาโดยการกำหนดขอบเขตและตัวอย่างของการกระทำที่ถือว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการให้ชัดเจน โดยเฉพาะหลักในการพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นประมาทเลินเล่อธรรมดาและการกระทำในลักษณะใดเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากการวินิจฉัยแบ่งแยกลักษณะของการกระทำทั้งสองกรณีนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะถ้าหากวินิจฉัยว่าเป็นประมาทเลินเล่อธรรมดาก็ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายไทย แต่หากวินิจฉัยว่าเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ต้องรับผิด ซึ่งการพิจารณาแบ่งแยกขอบเขตของการกระทำที่เป็นการกระทำ

¹³ เดชอุดม ไกรฤทธิ, “ความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ: เพียงใดคุ้มกัน เพียงใดรับผิด,” วารสารอนุญาโตตุลาการ, ปีที่ 2, น. 4 (2550).

โดยประมาณเส้นเลอรรถรรดากับการกระทำโดยประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก อีกทั้งหลักในการพิจารณาขอบเขตของการกระทำโดยประมาณเส้นเลอรรถรรดากับการกระทำโดยประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ไม่มีกำหนดไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นจึงจำเป็น ต้องศึกษาและพิจารณาจากหลักทั่วไปทั้งในกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยในเรื่องหลักความรับผิดชอบกรณีประมาณธรรมดาและประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงซึ่งได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการกำหนดเป็นกรณีตัวอย่างหรืออาจทำเป็นแนวทางปฏิบัติ (Guideline) เพื่ออธิบายว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรง หรือการกระทำในลักษณะเช่นไรที่อนุญาโตตุลาการควรจะต้องรับผิดชอบ เพื่อเป็นกรณีตัวอย่างที่สามารถนำมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาวินิจฉัยความรับผิดชอบ และเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งเพื่อเป็นการสร้างความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายให้ผู้เข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการทั้งคนไทยและคนต่างชาติสามารถนำไปพิจารณาว่าตนจะเข้ารับทำหน้าที่นี้หรือไม่ อีกทั้งยังช่วยสร้างความเข้าใจและทำให้ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดขอบเขตการกระทำและระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้

จากที่ได้ศึกษาหลักทั่วไปในเรื่องหลักความรับผิดชอบกรณีประมาณธรรมดาและประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงนั้น พบว่า ประเทศในกลุ่มซิวิลลอว์ได้ยอมรับการแบ่งระดับความร้ายแรงของความประมาณเส้นเลอว่า ประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงเป็นระดับความร้ายแรงชนิดหนึ่งของความประมาณเส้นเลอ ซึ่งต่างจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ที่ยอมรับความประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงนั้นมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง โดยแนวทางแรก ยอมรับว่าความประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงเป็นระดับความร้ายแรงชนิดหนึ่งของความประมาณเส้นเลอเช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มซิวิลลอว์ โดยให้เหตุผลว่าเป็นการเพิ่มความยืดหยุ่นในการพิจารณาระดับความระมัดระวังให้แปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์เพื่อความเป็นธรรมในสังคม ในขณะที่แนวทางที่สองนั้นเห็นว่า ความประมาณเส้นเลออย่างธรรมดาและความประมาณเส้นเลออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่เหมือนกันไม่มีความแตกต่างกัน ความประมาณเส้นเลอของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นมีเพียงอย่างเดียวคือ ความประมาณเส้นเลออย่างธรรมดา

ความหมายของความประมาณเส้นเลอในทางแพ่งนั้นมีเพียงประเทศเยอรมันเท่านั้นที่ได้มีการบัญญัตินิยามความหมายไว้โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276 ว่าความหมายคือ การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติในชีวิตประจำวัน ซึ่งต้องมิอยู่ในการกระทำการหรือละเว้นการกระทำ

ในสิ่งที่วิญญูชน (reasonable man) จะกระทำ¹⁴ ซึ่งเมื่อพิจารณาร่วมกับการให้คำจำกัดความของนักนิติศาสตร์ท่านอื่นแล้ว สามารถสรุปได้ว่า ความประมาทเลินเล่อ นั้น หมายถึง การกระทำด้วยความไม่ตั้งใจ แต่เป็นการกระทำด้วยการขาดความระมัดระวัง ขาดความเอาใจใส่และการละเว้นการกระทำในสิ่งที่ควรกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น โดยสิ่งที่สำคัญคือ การขาดความระมัดระวังนั้นเป็นไปโดยมิได้คาดเห็นล่วงหน้าถึงความเสียหายหรือคิดว่าความเสียหายนั้นจะไม่เกิดขึ้นจึงไม่ได้ระมัดระวัง แต่บุคคลทั่วไปที่มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำและอยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกันนั้นกลับมีความระมัดระวังในเรื่องดังกล่าว

สำหรับความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นพบว่า ในระบบกฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน และไทยนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากการวางแนวคำตัดสินของศาลและคำอธิบายเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของนักนิติศาสตร์หลายท่านแล้วจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกัน โดยสามารถสรุปได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หมายถึง ลักษณะพฤติกรรมของผู้กระทำในการขาดความระมัดระวังที่มีความชั่วร้าย คือ ไม่ใช้ความระมัดระวังเลยในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำรู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นมีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น แต่กลับไม่ใส่ใจต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้น กลับกระทำการที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายนั้นภายใต้การคิดคำนวณหรือคาดหวังว่าความเสียหายที่เสี่ยงอันตรายนั้นจะไม่เกิดขึ้น แต่เมื่อกระทำแล้วเกิดการคำนวณที่ผิดพลาด ทำให้เกิดความเสียหายที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อบุคคลอื่น อาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำโดยจงใจอย่างมาก เพราะแม้ว่าผู้กระทำจะไม่ได้ตั้งใจหรือปรารถนาจะให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ผู้กระทำก็ย่อมสามารถมองเห็นได้ว่าการที่ตนขาดความระมัดระวังเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อบุคคลอื่น แต่ก็ยังคงไม่ใช้ความระมัดระวังปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้น

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า สิ่งที่แตกต่างกันก็คือ แม้จะเป็นเรื่องของการขาดความระมัดระวังเหมือนกัน แต่ประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา นั้น เป็นการขาดความระมัดระวังในเรื่องที่ตนไม่ได้รู้เลยว่ามีความเสี่ยงหรือไม่ได้คาดเห็นถึงความเสี่ยงนั้นเลยว่าจะมีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายเกิดขึ้น จึงไม่ได้ระมัดระวัง ซึ่งต่างจากประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

¹⁴ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, “ความรับผิดชอบละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายระบบคอมมอนลอว์: มาตรา 823 B.G.B.,” วารสารนิติศาสตร์, 25(1 มีนาคม 2538), น. 98.

ที่เป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังในเรื่องที่ตนรู้อยู่แล้วว่ามีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น แต่กลับไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยจนเกิดความเสียหายขึ้น

ดังนั้น การแบ่งแยกว่าเช่นไรเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ จะพิจารณาว่าบุคคลผู้กระทำนั้นควรจรรู้หรือคาดเห็นถึงความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายหรือไม่ หากเขาคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ยังขึ้นกระทำการด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังในระดับที่สูงกว่าความประมาทเลินเล่อหรือไม่ใช้ความระมัดระวังเลย ก็ต้องถือว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในทางตรงกันข้าม หากเขากระทำการโดยไม่ระมัดระวัง เพราะเขาไม่อาจคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็ต้องถือเพียงว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่อเท่านั้น

ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น พบว่า ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์นั้นใช้หลักมาตรฐานตามบุคคลที่สมมุติขึ้นเปรียบเทียบ (in abstracto) ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักการพิจารณาความประมาทเลินเล่อธรรมดา โดยการสมมุติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤติดังเดียวกับผู้กระทำก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่หากเขาไม่กระทำเช่นผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็มีความผิด โดยบุคคลที่สมมุตินั้นจะต้องอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ

ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนรู้อยู่แล้วว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย หากตนไม่ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ในการทำหน้าที่นั้น แต่แม้จะมองเห็นว่าอาจเกิดความเสียหายขึ้น อนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้ใส่ใจกับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกลับกระทำการหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่นั้นโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยจนเกิดความเสียหายขึ้น โดยในการพิจารณานั้นจะต้องสมมุติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับอนุญาโตตุลาการผู้หนึ่งว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการผู้หนึ่งหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤติดังเดียวกับอนุญาโตตุลาการผู้หนึ่งก็หมายความว่า อนุญาโตตุลาการผู้หนึ่งไม่มีความผิด แต่หากเขาไม่กระทำเช่นเดียวกันแล้ว อนุญาโตตุลาการผู้หนึ่งก็ต้องมีความผิด โดยบุคคลที่สมมุตินั้นจะต้องอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์

เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการผู้นั้น คือ บุคคลที่อยู่ในฐานะที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีเดียวกันนี้และมีพฤติการณ์แวดล้อมหรือเหตุการณ์เดียวกันเกิดขึ้น โดยมาตรฐานความระมัดระวังนั้นต้องเป็นมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้ทำการวิเคราะห์หลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบกับลักษณะการทำงานของอนุญาโตตุลาการแล้ว ผู้เขียนขอเสนอลักษณะการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่ควรจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ดังนี้

1. กรณีอนุญาโตตุลาการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่โดยจงใจหรือทุจริต ซึ่งเป็นกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าอนุญาโตตุลาการจงใจให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหายหรือรับสินบนจากคู่พิพาทที่ขอให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือวินิจฉัยชี้ขาดไปในแนวทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายนั้น หากปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการไปในแนวทางดังกล่าวจริงจนเกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมถือได้ว่าการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจให้คู่พิพาทนั้นได้รับความเสียหาย เช่น การไม่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี หรือพิจารณาพยานหลักฐานลับหลังคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยไม่ใช้ความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น เพื่อประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

มีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ประชาชนนิยมใช้การอนุญาโตตุลาการมากกว่าประเทศอื่น ๆ ได้แก่ คดี *Beaver v. Brown* ศาลพิพากษาว่า คู่กรณีสามารถปฏิเสธที่จะจ่ายค่าปวยการของอนุญาโตตุลาการได้ หากอนุญาโตตุลาการกระทำการซึ่งไม่มีประโยชน์เป็นผลจากการประพฤตินิชอบ และคดี *Lundgren v. Freeman* ศาลพิพากษาว่า อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำด้วยเจตนาทำความเสียหายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

2. กรณีอนุญาโตตุลาการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กรณีนี้เป็นกรณีที่พิจารณาค่อนข้างยาก ดังนั้น การที่จะให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในกรณีนี้ จึงควรเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์ที่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการได้คาดเห็นหรือมองเห็นได้ว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทแต่ยังคงกระทำลงหรือไม่ใช้ความระมัดระวังเรื่องดังกล่าวเลยจนส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้น

กรณีที่ผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรจะต้องรับผิดชอบหากกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ ได้แก่

2.1 อนุญาโตตุลาการกระทำการอันเป็นฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากเมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในเรื่องการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จะเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดตัดสินไปในแนวทางเดียวกัน คือ ถือว่าผู้ที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นไว้เพื่อป้องกันความเสียหายเป็นผู้กระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่มาพิจารณาด้วย

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตไต่สวนการนั้นจะต้องกระทำตามกฎหมายที่ที่คู่สัญญาได้ตกลงกำหนดกันไว้หรือตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากได้มีการกำหนดกฎหมายในการป้องกันความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ แต่อนุญาตไต่สวนการผู้นั้นกลับไม่ใส่ใจในกฎหมายที่คู่สัญญาหรือที่กฎหมายกำหนดไว้เลยแม้แต่น้อย โดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันไม่เป็นไปตามกฎหมายเหล่านั้น แล้วทำให้เกิดความเสียหายขึ้นเช่นนี้ต้องถือว่าอนุญาตไต่สวนการผู้นั้นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่น หากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันกำหนดว่าอนุญาตไต่สวนการจะต้องเก็บรักษาพยานหลักฐานต่าง ๆ และสำนวนคดีให้ดี โดยกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งให้อนุญาตไต่สวนการต้องปฏิบัติตาม แต่อนุญาตไต่สวนการกลับละเลยเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามมาตรการนั้นและส่งผลทำให้พยานหลักฐานและสำนวนคดีหายไป จนเกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท กรณีเช่นนี้ควรจะต้องถือว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

2.2 อนุญาตไต่สวนการกระทำการฝ่าฝืนมาตรฐานวิชาชีพของอนุญาตไต่สวนการ

การประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาชีพให้สมกับเป็นผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้รับการคาดหวังจากบุคคลภายนอกทั่วไป ซึ่งบุคคลทั่วไปจะคาดหวังให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเป็นผู้มีความชำนาญในสาขาวิชาชีพที่ตนประกอบวิชาชีพ แต่หากผู้ประกอบวิชาชีพได้ใช้ความระมัดระวังเพียงเบรต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพเป็นอย่างมาก โดยกลับไปใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาซึ่งไม่ได้เป็นผู้ที่ประกอบวิชาชีพแล้ว ก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่นเดียวกับอนุญาตไต่สวนการที่ถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่งซึ่งต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญที่ตนมีในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีพิพาท ซึ่งไม่ว่าอนุญาตไต่สวนการจะมาจากวิชาชีพใดก็ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นและในระดับเดียวกับผู้เป็นอนุญาตไต่สวนการตามปกติพึงจะระมัดระวัง ซึ่งในบางครั้งก็ต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้นเป็นมาตรฐานของการกระทำที่อนุญาตไต่สวนการพึงมีหรือไม่ เช่น อนุญาตไต่สวนการท่านหนึ่งมีความรอบรู้ในทุก ๆ คำพิพากษาฎีกา ติดตามอ่านอยู่

เสมอ แต่โดยปกติแล้วผู้เป็นอนุญาโตตุลาการอาจมีงานอย่างอื่นอีกมากจนไม่ได้มีเวลาจะติดตามอ่านคำพิพากษาฎีกาเสมอ การเรียนรู้คำพิพากษาฎีกาตลอดเวลาจึงอาจจะไม่ใช่มาตรฐานที่ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการทุกท่านจะต้องพึงมี เป็นต้น

2.3 อนุญาโตตุลาการกระทำการโดยละเลยไม่เอาใจใส่ ทั้งที่รู้ถึงความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นได้

การวางหลักเช่นนี้เป็นลักษณะของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจากที่ได้ศึกษามาแล้วจะเห็นได้ว่า ในกฎหมายไทยเองก็ได้มีการยอมรับหลักของคอมมอนลอว์ในเรื่องนี้มาใช้ เช่น ในร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งเพื่อความปลอดภัยจากมลพิษน้ำมัน พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติการรับขนของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. ... เป็นต้น อีกทั้ง หลักการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ละเลยไม่เอาใจใส่ในหน้าที่ ทั้งที่อาจรู้หรือคาดเห็นได้ว่าอาจมีความเสียหายเกิดขึ้นนั้นยังเป็นเรื่องที่สมเหตุสมผลอีกด้วย เพราะคู่กรณีพิพาทย่อมต้องคาดหวังให้ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการเอาใจใส่ในการทำหน้าที่ของตน เพื่อนำไปสู่ความสำเร็จในการระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นนี้ต้องมีพฤติการณ์ที่ชัดเจนว่าเป็นการละเลยไม่เอาใจใส่ แม้จะได้คาดเห็นหรือมองเห็นได้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นแก่คู่กรณีพิพาท คือควรมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกรณีจึงใจด้วย

นอกจากนี้ อาจนำบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาเทียบเคียงในการพิจารณาการกระทำ เช่น ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 40 ที่กำหนดว่า “อนุญาโตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย” จะเห็นได้ว่า การรักษาความลับนั้นเป็นข้อดีและเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญอย่างหนึ่งของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องระมัดระวังไม่ให้ความลับนั้นรั่วไหลไปยังบุคคลภายนอก ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการไม่ใช้ความระมัดระวังเลยจนทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับของคู่กรณีนั้นถูกเปิดเผยจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทโดยตรงแล้ว ก็ควรต้องรับผิดชอบ

ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะนำลักษณะการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่บางประเทศได้กำหนดไว้ชัดเจนให้ต้องรับผิดชอบมาพิจารณาเพื่อนำมาใช้เป็นกรณีตัวอย่าง (Guideline) ด้วย เพราะเป็นการกระทำที่หลายประเทศเห็นว่าอนุญาโตตุลาการสมควรต้องรับผิดชอบ จึงน่าจะเป็นที่ยอมรับกันได้ เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 813 ของประเทศอิตาลี ที่ได้กำหนดความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการใน 2 กรณี คือ

(1) อนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามกฎหมาย ถ้าอนุญาตตุลาการละเลยในไม่ทำตามหน้าที่นี้ จนเป็นเหตุให้ถูกเพิกถอนคำชี้ขาดก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า กำหนดเวลาในการทำคำชี้ขาดนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญมาก เนื่องจากข้อดีประการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการก็คือ ความรวดเร็ว ซึ่งช่วยให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย เพราะการพิจารณาของอนุญาตตุลาการค่อนข้างจะย่นย่อ และรวบรัด ไม่ยุ่งยากซับซ้อนเหมือนกับวิธีพิจารณาของศาล จึงช่วยในการย่นระยะเวลาในการพิจารณาได้มาก ดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงมีหน้าที่ต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งอาจกำหนดโดยสัญญาหรือโดยกฎหมาย หรือโดยข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน อนุญาตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้บริการก็ได้ เพราะหากอนุญาตตุลาการไม่สามารถทำคำชี้ขาดได้ทันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ก็ย่อมเห็นได้ชัดว่าจะเป็นการทำให้คู่กรณีพิพาทต้องเสียหาย ทั้งในเรื่องของความล่าช้า เสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่กรณีพิพาทจึงเป็นสิ่งที่อนุญาตตุลาการควรจะต้องรับผิดชอบ

กรณีดังกล่าวนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีคำพิพากษาในคดี Baar v. Tigerman ว่า อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการที่อนุญาตตุลาการไม่ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด และคดี E.C. Ernst, Inc. v. Manhattan Construction Co. of Texas ศาลพิพากษาว่า อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความผิดพลาดในการทำคำชี้ขาด ซึ่งในทั้งสองคดีศาลยอมรับหน้าที่ของอนุญาตตุลาการตามสัญญาที่ต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนดและพิพากษาว่า เมื่ออนุญาตตุลาการไม่กระทำหน้าที่อนุญาตตุลาการย่อมสูญเสียความคุ้มกัน เพราะสูญเสียความคล้ายคลึงกับศาลไป เนื่องจากไม่ยอมทำหน้าที่ที่จะอ้างว่ามีความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับศาลไม่ได้

(2) หากอนุญาตตุลาการมีการตกลงรับตำแหน่งแล้วแต่ภายหลังกลับถอนตัวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อคู่กรณีด้วย

โดยหลักแล้ว เมื่ออนุญาตตุลาการรับหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วก็มีหน้าที่ต้องดำเนินการพิจารณาชี้ขาดในทางที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมและทำคำชี้ขาด แต่ถ้าไม่ยอมทำหน้าที่หรือถอนตัวจากการทำหน้าที่ก่อนสิ้นสุดกระบวนการ ย่อมทำให้เกิดความยุ่งยากวุ่นวาย ทำให้เสียเวลาที่ต้องแก้ปัญหามา แต่การถอนตัวที่จะต้องรับผิดชอบนี้ก็เฉพาะแต่การถอนตัวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ถ้าเป็นการถอนตัวโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้วก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น เหตุจากสุขภาพร่างกาย อุบัติเหตุ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ไม่ยอมทำหน้าที่แต่ก็ไม่ถอนตัว หรือ

แม้ยอมถอนตัวก็ต้องเสียเวลาดังอนุญาตตุลาการกันใหม่ ทำให้การพิจารณาล่าช้า เสียเงินและเสียเวลาทั้งต้องไปเริ่มต้นกันใหม่ ดังนั้น ถ้ามีการถอนตัวหรือไม่ทำหน้าที่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ก็ควรรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการกระทำของตน

นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของออสเตรเลีย มาตรา 584(2) ก็กำหนดไว้เช่นกันว่า อนุญาตตุลาการซึ่งไม่ทำหน้าที่หรือไม่ทำหน้าที่ภายในเวลาอันสมควร หลังจากที่ได้รับการแต่งตั้งแล้ว ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ทำหน้าที่หรือทำหน้าที่ล่าช้า โดยไม่ลบล้างสิทธิของคู่กรณีที่ขอให้อยู่ติกระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการ จะเห็นได้ว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่คล้ายคลึงกับกรณีของการไม่ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด แต่กรณีนี้เป็นการบัญญัติไว้กว้างกว่า คือ กำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในความล่าช้าในการทำหน้าที่ทุก ๆ เรื่องไม่เฉพาะแต่เรื่องของการทำคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งอาจมีประโยชน์ในแง่ของการควบคุมให้อนุญาตตุลาการต้องทำหน้าที่ทันทีหลังจากมีการแต่งตั้ง เพื่อป้องกันไม่ให้อนุญาตตุลาการเพิกเฉยต่อหน้าที่แล้วไปรีบเร่งทำตอนใกล้กำหนดเวลา ซึ่งอาจทำให้การทำหน้าที่ของอนุญาตตุลาการไม่มีประสิทธิภาพหรือทำให้คำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องสมบูรณ์ ซึ่งจะส่งผลเสียต่อคู่กรณีพิพาทโดยตรง ทั้งยังให้สิทธิแก่คู่กรณีพิพาทที่จะขอให้ยุติกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการที่ล่าช้าขึ้นก่อนที่จะเกิดความเสียหายขึ้นด้วย จึงเป็นเรื่องที่น่าจะนำมาเป็นกรณีตัวอย่างได้เช่นกัน

2. ปัญหาการมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงยกเว้นความรับผิด

ในกรณีที่อนุญาตตุลาการหรือสถาบันอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง เพราะกระทำการอันก่อความเสียหายแก่คู่กรณี ซึ่งต้องรับผิดชอบในทางแพ่งสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือมีความรับผิดชอบทางอาญา มีปัญหาว่า จะมีการตกลงกันกำหนดข้อยกเว้นความรับผิด คือ กำหนดให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบได้หรือไม่ ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดดังกล่าวนี้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันมีสถาบันอนุญาตตุลาการบางแห่งระบุไว้ในข้อบังคับของสถาบันว่า คู่กรณีที่ใช้บริการของสถาบันจะไม่เรียกร้องหรือดำเนินการฟ้องคดีอนุญาตตุลาการหรือสถาบันให้รับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว เช่น ข้อ 40 ของข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยระบุว่า

“เมื่อคู่กรณีได้เสนอเรื่องพิพาทให้อนุญาตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามข้อบังคับนี้แล้ว ห้ามคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดดำเนินคดีใด ๆ ต่อคณะกรรมการอนุญาตตุลาการ การค้าไทย คณะอนุญาตตุลาการ หรือนายทะเบียน เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันสืบเนื่องจากการ

ปฏิบัติงาน หรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทไม่ว่าในระหว่างหรือภายหลังการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตไต่สวนการ

ซึ่งในเรื่องนี้ยังไม่เป็นที่ยุติไม่ว่าจะในเรื่องความเห็นหรือทางปฏิบัติของนานาประเทศ แต่มีแนวความคิดที่ชัดเจนว่าการตกลงไม่ให้อนุญาตไต่สวนการต้องรับผิดชอบในความรับผิดชอบทางอาญานั้นทำไม่ได้ เพราะความรับผิดชอบทางอาญานั้นเป็นความผิดต่อรัฐ มิใช่ความผิดต่อส่วนตัว ดังนั้น การกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างชัดเจน

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความยินยอม หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้วพบว่า แม้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นจะให้การยอมรับว่าบุคคลทุกคนมีอิสระและมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการกำหนดขอบเขตการกระทำต่าง ๆ ของตนเอง โดยอาศัยเจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และแม้ว่าการอนุญาตไต่สวนการจะเกิดขึ้นมาจากสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ตกลงกันเลือกใช้วิธีการอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาทของตนและข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบนั้นก็ป็นสัญญาอย่างหนึ่งตามหลักของสัญญาทั่วไป แต่หลักนี้ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นเดียวกับหลักความยินยอม ที่แม้ว่าจะคู่กรณีพิพาทจะให้ความยินยอมที่จะไม่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หากอนุญาตไต่สวนการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้ว เมื่อบุคคลนั้นยินยอมก็ไม่อาจถือว่าบุคคลนั้นได้รับความเสียหาย แต่ความยินยอมนั้นก็ต้องมิใช่ความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นเดียวกัน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นหลักหนึ่งที่ใช้ในการจำกัดเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล และยังเป็นหลักสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาถึงการให้ความยินยอมด้วย โดยหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” หมายความว่า ถ้ามีการตกลงที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว การดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายและตกเป็นโมฆะ หลักการนี้เป็นหลักที่คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมที่จะเป็นกรอบของการแสดงเจตนาของบุคคลที่แม้จะอิสระสามารถตกลงการอันใดที่อาจขัดต่อบทบัญญัติ

กฎหมายได้ แต่จะให้มีความกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมไม่ได้ หลักนี้จึงเป็นหลักที่รัฐทุกรัฐจะต้องคำนึงถึงและศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาไม่ให้ข้อสัญญาที่ขัดกับหลักการดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับได้

ในประเด็นเรื่องข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนี้ ดร. ไชยวัฒน์ บุนนาค ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “มาตรา 23 ซึ่งเป็นทั้งบทคุ้มครองและบทลงโทษอนุญาตตุลาการนั้น เป็นบทบังคับเด็ดขาดที่ไม่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้และน่าจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงที่ขัดหรือแย้งกับมาตรานี้จึงน่าจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ตัวอย่างเช่น ข้อ 40 ของข้อบังคับอนุญาตตุลาการการค้าไทย ข้อบังคับนี้ ไม่น่าที่จะมีผลเป็นการตัดสิทธิคู่พิพาทในการฟ้องร้องอนุญาตตุลาการเพื่อเรียกค่าเสียหาย หากอนุญาตตุลาการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและทำความเสียหายให้แก่คู่พิพาทนั้น ถึงแม้ว่าข้อ 40 นี้เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (ซึ่งหมายถึงอนุญาตตุลาการในกรณีนี้) อันจะทำให้อนุญาตตุลาการเข้ามาถือประโยชน์ได้ก็ตาม¹⁵

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของอนุญาตตุลาการจึงไม่มีผลใช้บังคับได้ เพราะการตกลงให้ไม่ต้องรับผิดในกรณีของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งในมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นกันว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นชื้อหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ” ดังนั้น การตกลงยินยอมในลักษณะดังกล่าวจึงไม่เกิดผล ใช้บังคับไม่ได้ และหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้วจะพบว่า ในมาตรา 9 ได้บัญญัติไว้ว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นเข้าลักษณะที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นจึงตกเป็นโมฆะตั้งแต่แรกโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีก

¹⁵ ไชยวัฒน์ บุนนาค, อนุญาตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัททรัพย์สุริย์ จำกัด, 2552), น. 92-93.

3. วิเคราะห์ความเหมาะสมของหลักความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการ

ในเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีเรียกรับสินบนของอนุญาตตุลาการ ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก ถึงความเหมาะสมและผลกระทบต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นตามมา ซึ่งเริ่มมีการถกเถียงกันตั้งแต่ในชั้นร่างกฎหมายดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงขอแนะนำประเด็นที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เหล่านั้นมาวิเคราะห์ว่าการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไรและควรที่จะปรับปรุงแก้ไขในเรื่องใด โดยผู้เขียนขอวิเคราะห์โดยแยกเป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

3.1 สถานะของอนุญาตตุลาการ

เรื่องสถานะของอนุญาตตุลาการนั้นเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อการวิเคราะห์เรื่องความเหมาะสมของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากประเด็นหนึ่งที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากคือ ในเรื่องของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากับสถานะของอนุญาตตุลาการ ซึ่งนายเดชอุดม ไกรฤกษ์ ได้เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการกรณีเรียกรับสินบนไว้ว่า¹⁶ “อนุญาตตุลาการตามกฎหมายไทยมิได้มีลักษณะเป็นข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐแต่อย่างใด แต่กลับมีความผิดฐานเรียกรับสินบน ซึ่งเป็นความผิดในตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ จึงทำให้บทบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ไม่มีที่มาที่ไป ไม่สามารถอธิบายได้” ทั้งยังมีประเด็นว่า อนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน เป็นเรื่องของสัญญาเพราะเป็นความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทที่ตกลงกันให้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จึงควรเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาแต่ในขณะเดียวกันก็มีความเห็นที่ว่าอนุญาตตุลาการนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ซึ่งในส่วนของผู้พิพากษาเองกฎหมายก็ได้กำหนดให้มีความรับผิดชอบกรณีเรียกรับสินบน จึงควรที่จะต้องมีการกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในเรื่องนี้ด้วย ดังนั้น จึงต้องนำประเด็นเรื่องสถานะของอนุญาตตุลาการมาวิเคราะห์ด้วย เพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการ

¹⁶เดชอุดม ไกรฤกษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น. 4.

ในการวิเคราะห์เรื่องสถานะของอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมต้องอาศัยทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 เนื่องจากทฤษฎีเหล่านั้นมีการอธิบายถึงสถานะและขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ายังมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องลักษณะที่แท้จริงและขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการเข้าแทรกแซงของรัฐว่ามีได้เพียงใด ซึ่งการจะระบุลงไปว่าจริง ๆ แล้วลักษณะของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามทฤษฎีใดนั้นย่อมเป็นการยาก ส่วนหนึ่งเป็นเพราะการอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับนโยบายและรูปแบบการดำเนินการในเรื่องนี้ของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศที่อยู่ในระบบสังคมนิยมมักจะมีการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันที่เป็นหน่วยงานของรัฐ ก็จะมียึดถือและปฏิบัติตามทฤษฎีอำนาจรัฐเป็นส่วนใหญ่¹⁷ รัฐจึงเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจอย่างมากในการควบคุมและวางหลักเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ถ้าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกชนนั้นก็จะมีแนวความคิดว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา

ผู้เขียนเห็นว่า สถานะและลักษณะของอนุญาโตตุลาการสอดคล้องกับทฤษฎีผสม คือมิได้เกิดจากการมอบอำนาจของรัฐ แต่อนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ตกลงกันเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นความสมัครใจของเอกชนด้วยกันในการตกลงเข้าทำสัญญาให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยบุคคลที่สามที่ตนสมัครใจเลือกมา โดยเลือกที่จะไม่ใช่กระบวนการทางศาล นอกจากนั้นแล้วเมื่อพิจารณาจากการที่กฎหมายให้อำนาจแก่คู่กรณีที่สามารถจะตกลงกันกำหนดวิธีการ เงื่อนไข รวมถึงวิธีพิจารณาต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการได้ทั้งหมด ย่อมเท่ากับว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีลักษณะที่เป็นการเลือกและตัดสินใจตามความประสงค์ของคู่กรณีเองเป็นส่วนใหญ่ แต่ในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ยังคงต้องอาศัยอำนาจรัฐ

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงลักษณะของการอนุญาโตตุลาการจะพบว่า สารสำคัญของอนุญาโตตุลาการมี 2 ประการ คือ ประการแรก การอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนพื้นฐานของความตกลงของคู่พิพาทที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นเรื่องของสัญญานั้นเอง และประการที่สอง การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่เกี่ยวกับศาล โดยอนุญาโตตุลาการมีบทบาททำหน้าที่คล้ายกับองค์กรศาลที่ใช้อำนาจตุลาการในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดเป็นรูปธรรม

¹⁷ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 34.

โดยการนำหลักกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริง เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีให้แก่คู่พิพาทที่เข้ามา
รับบริการการอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการยังคงต้องนำหลักการทั่วไปในการพิจารณา
คดีมาใช้เช่นเดียวกับศาล เช่น หลักการฟังความสองฝ่าย หลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระ
เป็นต้น อีกทั้งการทำคำชี้ขาดก็เป็นการกระทำทางศาลอย่างหนึ่งเพราะเป็นการกระทำที่นำกฎหมาย
มาตัดสินคดีเพื่อยุติข้อพิพาท

แม้ว่าอนุญาตตุลาการจะมีลักษณะการทำหน้าที่ในการตัดสินคดีและมีอำนาจ
หน้าที่คล้ายคลึงกับองค์กรศาล แต่อนุญาตตุลาการก็ไม่ได้มีอำนาจเท่ากับศาล กล่าวคือ
อนุญาตตุลาการมีอำนาจในส่วนที่เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทโดยการรับฟังข้อเท็จจริงที่เห็นว่าเป็นที่ยุติ
และนำข้อกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการในส่วนที่ไม่ได้มี
สภาพบังคับกับเนื้อตัวร่างกายหรือเสรีภาพหรือทรัพย์สินของคู่พิพาท แต่อนุญาตตุลาการซึ่งเป็น
เพียงเอกชนไม่ได้มีมาตรการที่จะมีสภาพบังคับในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็น
เรื่องการออกหมายเรียกพยาน หรือการบังคับตามคำชี้ขาด รวมทั้งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อน
มีคำชี้ขาด ซึ่งอำนาจในส่วนนี้เป็นเรื่องอำนาจของรัฐโดยแท้¹⁸ จึงเป็นอำนาจของศาลซึ่งเป็นองค์กร
ของรัฐในการใช้อำนาจตุลาการตัดสินคดีข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้ อนุญาตตุลาการจึงมีลักษณะ
กึ่งตุลาการเพราะเกิดขึ้นมาจากสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาทและมีลักษณะการทำหน้าที่ที่คล้ายกับ
ศาลแต่ไม่มีอำนาจเต็มเหมือนศาล

ผู้เขียนเห็นว่า แม้อนุญาตตุลาการจะมีลักษณะกึ่งตุลาการแต่ก็ค่อนข้างไปในทางเอกชน
มากกว่า เนื่องจากลักษณะที่เห็นได้เด่นชัดที่สุดของการอนุญาตตุลาการก็คือ การมีลักษณะ
เป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงกันของคู่กรณีพิพาทที่เลือกใช้วิธีการนี้ในการระงับข้อพิพาทเอง
มิใช่กระบวนการตามปกติในการระงับข้อพิพาทที่รัฐกำหนด ทั้งยังมีอำนาจในการเลือกตัวบุคคล
ที่เข้ามาทำหน้าที่ ตลอดจนตกลงกันกำหนดวิธีการ เงื่อนไข รวมถึงวิธีพิจารณาต่าง ๆ ของ
กระบวนการทั้งหมด แม้อนุญาตตุลาการจะทำหน้าที่ในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท แต่ก็เป็น
การกระทำในฐานะของเอกชนเท่านั้น แม้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณี แต่ก็ไม่มี
อำนาจบังคับในตัวเอง ทั้งอนุญาตตุลาการก็ไม่ได้มีอำนาจเช่นเดียวกับศาลในทุก ๆ ด้าน
ดังได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยแท้เหมือนองค์กรศาล

นอกจากนี้ ศาลนั้นเป็นองค์กรของรัฐที่มีตัวตนแน่นอนทำหน้าที่ในการพิจารณา
พิพากษาคดีตามกฎหมาย และผู้พิพากษานั้นก็เป็นข้าราชการของรัฐ ซึ่งในการเข้ารับตำแหน่ง

¹⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาตตุลาการเปรียบเทียบกับ
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 32-33.

ย่อมต้องทราบดีอยู่แล้วว่าตนมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อรัฐและประชาชนอย่างไร จึงเป็นเรื่องปกติที่ผู้พิพากษาจะต้องมีความรับผิดชอบที่ทุจริต เรียกรับสินบน เพื่อเป็นการคุ้มครองรัฐและประชาชนส่วนรวม อีกทั้งในเรื่องลักษณะของข้อพิพาทที่อยู่เขตอำนาจของศาลกับอนุญาโตตุลาการก็แตกต่างกัน เพราะศาลนั้นโดยหลักแล้วมีลักษณะของการระงับข้อพิพาทที่เป็นการเฉพาะภายในประเทศมากกว่า แต่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่มีความเป็นสากลและมีลักษณะในทางระหว่างประเทศมากกว่า เพราะไม่ว่าอยู่ในประเทศใดก็สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้หมด สามารถเลือกได้ว่าจะไปทำการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศใด ใช้กฎหมายของประเทศใด และลักษณะของข้อพิพาทที่ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนใหญ่ก็เป็นคดีทางแพ่ง ซึ่งมักจะเป็นเรื่องทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องส่วนตัวของเอกชนโดยแท้ จึงต่างจากศาลที่มีทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครองซึ่งมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและประโยชน์ส่วนรวมมากกว่า อีกทั้งลักษณะของการดำเนินคดีในศาลนั้นก็แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากคู่กรณีพิพาทในคดีที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีโอกาสที่จะพิจารณาเลือกได้ว่าตนต้องการจะให้บุคคลใดมาเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทของตน โดยสามารถจะเลือกได้ทั้งในแง่ความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนต้องการ ตลอดจนในแง่ของคุณธรรมจริยธรรมของบุคคลนั้น จึงเท่ากับมีการกลั่นกรองและคัดเลือกมาแล้วว่า บุคคลที่ตนเลือกมานั้นจะเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมและมีคุณธรรมเพียงพอที่จะมาชี้ขาดตัดสินคดีของตน ดังนั้น จึงต้องยอมรับในผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลที่ตนเลือกมา แต่คู่ความในคดีที่มีการฟ้องร้องต่อศาลนั้นไม่มีโอกาสที่จะกำหนดหรือเลือกได้เลยว่าคดีของตนนั้นจะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาองค์คณะใด หรือมีผู้พิพากษาท่านใดบ้าง ไม่สามารถพิจารณาเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความรู้ความสามารถหรือมีคุณธรรมจริยธรรมได้เหมือนกรณีของการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องปกติที่จะต้องมีการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษา ทั้งนี้เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองประชาชนส่วนรวม และเพื่อให้มั่นใจได้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลนั้นจะได้รับความยุติธรรมอย่างแน่นอน

จะเห็นได้ว่า อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเพียงเอกชน ทั้งยังไม่มีตัวอนุญาโตตุลาการที่แน่นอนซึ่งทำหน้าที่เพียงอย่างเดียวต่อเนื่องกัน เพราะอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นเป็นการชั่วคราวสำหรับการพิจารณาข้อพิพาทแต่ละเรื่อง และเมื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วสถานะอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็หมดไป ซึ่งในเรื่องนี้ก็ให้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางบรรทัดฐานไว้แล้วว่า อนุญาโตตุลาการนั้นแตกต่างจากศาล ถึงแม้อนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่คล้ายกับศาลก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 776-777/2476 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2487

คู่ความตกลงกันให้ศาลกะค่าจ้างให้โจทก์ซึ่งเคยเป็นทนายความในคดีเรื่องอื่นในนั้น อาจเหมือนการตั้งศาลเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่ใช่การตั้งอนุญาโตตุลาการ เพราะศาลเป็นศาลยุติธรรมไม่ใช่อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดที่คู่ความหรือคู่พิพาทตกลงกันให้มีการตั้งขึ้น

ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงควรต้องยอมรับและให้ความเคารพต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และเจตนาของคู่กรณีพิพาทที่ตกลงเลือกวิธีการนี้มาระงับข้อพิพาทของตน ซึ่งก่อนจะเลือกวิธีการนี้เพื่อระงับข้อพิพาท คู่กรณีพิพาทย่อมต้องพิจารณาถึงข้อดีข้อเสียของวิธีการนี้มาก่อนแล้ว และการที่คู่พิพาทตกลงเลือกผู้ใดเข้ามาทำหน้าที่ก็ต้องถือว่าพิจารณาอย่างดีแล้วเช่นกัน จึงต้องยอมรับต่อผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกของตนด้วย แต่ก็มีใช่ว่าการเลือกใช้วิธีนี้ในการระงับข้อพิพาทจะไม่มีหลักการใดคุ้มครองคู่พิพาทเลย เพราะเมื่อเป็นเรื่องของสัญญาก็ต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปในทางแพ่งที่หากมีการทำผิดสัญญา ผู้เสียหายก็ย่อมสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้อยู่แล้วจึงเท่ากับมีการคุ้มครองในระดับหนึ่งแล้ว

สำหรับการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการกรณีเรียกรับสินบนนั้น จากการที่มีข้อโต้แย้งว่า ความรับผิดฐานเรียกรับสินบนนั้นเป็นความรับผิดของผู้เป็นข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้น ในประเด็นนี้จึงต้องนำมาวิเคราะห์ว่า โดยหลักการแล้วรัฐมีความชอบธรรมที่จะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดฐานนี้ได้หรือไม่

ประเด็นแรก ต้องพิจารณาว่าความรับผิดฐานเรียกรับสินบนนั้นเป็นความรับผิดของข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้นหรือไม่

กรณีเช่นนี้เมื่อเทียบเคียงความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาจะคล้ายกับการกำหนดความรับผิดของผู้พิพากษาในมาตรา 201 ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรจะพบว่า ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งคำว่า “เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ นั้น ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ผู้พิพากษาหรือตุลาการทั้งระบบ¹⁹ ส่วนศาสตราจารย์ ดร.หยุดแสงอุทัย ได้ให้ความหมายของถ้อยคำเดียวกันนี้ไว้ว่าหมายถึง ผู้พิพากษาและเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายกำหนดให้ทำหน้าที่ผู้พิพากษา เช่น ผู้พิพากษาสมทบหรือจำศาลในการเดินเผชิญ

¹⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 651.

สืบพยาน เป็นต้น²⁰ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเท่านั้น บุคคลที่จะมีความรับผิดชอบนี้ได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ หรือเป็นเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายกำหนดให้ทำหน้าที่ผู้พิพากษา²¹

ประเด็นต่อมาจึงต้องพิจารณาว่า อนุญาตตุลาการเป็นข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐหรือไม่นั้น ในบางประเทศถือเอาการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นกิจการของรัฐเป็นเกณฑ์ โดยไม่คำนึงว่าจะมีการแต่งตั้งหรือไม่ เช่น เยอรมนี สหรัฐอเมริกา เป็นต้น²² แต่ในบางประเทศก็ต้องมีการแต่งตั้ง บางประเทศก็รวมถึงลูกจ้างด้วย ส่วนของประเทศไทยแต่เดิมเคยถือเอาการปฏิบัติกิจการอันเป็นของรัฐถือเป็นข้าราชการของรัฐ แต่ต่อมาศาลมิได้ถือเช่นนั้น แต่ตีความเคร่งครัดขึ้น โดยในคำพิพากษาฎีกาที่ 700/2490 วินิจฉัยว่า คำว่า เจ้าพนักงานตามความหมายของกฎหมายลักษณะอาญานั้น ย่อมมีความหมายถึงผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยทางการของรัฐบาลไทยให้ปฏิบัติราชการของรัฐไทย คำพิพากษานี้จึงวางหลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ คือ

- 1) จะต้องมีการแต่งตั้ง
- 2) ต้องเป็นการแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการ

หมายความว่า ถ้าไม่มีการแต่งตั้ง แม้จะได้ปฏิบัติราชการก็ไม่ใช่เจ้าพนักงาน²³ เช่น ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญา”

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1787/2524 วินิจฉัยสอดคล้องกันว่า เจ้าพนักงานหมายความว่า ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย

²⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 75.

²¹ สุณิสา อิทธิชัยโย, “ความรับผิดชอบของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 104-105.

²² จิตติ ติงศรัทีย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529), น. 71.

²³ เพิ่งอ้าง, น. 72.

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า เจ้าพนักงาน แล้วจะเห็นว่า อนุญาตตุลาการ ไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการมิได้มีการบัญญัติให้อนุญาตตุลาการเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ประการใด และอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยและทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเกิดจากการที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการ จึงเป็นเรื่องทางสัญญาไม่ใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ นอกจากนี้คำตอบแทนที่อนุญาตตุลาการได้รับนั้นมาจากคู่กรณีพิพาทที่เข้ามาใช้บริการด้วยวิธีการนี้ ในขณะที่ข้าราชการหรือเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาจะได้รับคำตอบแทนเป็นเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน กรณีนี้จึงแตกต่างจากหลักการบัญญัติความรับผิดในเรื่องนี้ของต่างประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์และมาเลเซียที่กำหนดให้อนุญาตตุลาการอยู่ในความหมายของคำว่า “ข้าราชการ” (public servant) ดังนั้น ความรับผิดของอนุญาตตุลาการก็คือ ความรับผิดในกรณีรับสินบนของข้าราชการในกฎหมายอาญา ส่วนในประเทศอังกฤษก็มีจารีตประเพณีที่ถือว่าอนุญาตตุลาการมีฐานะเสมือนเป็นตุลาการ คือถือว่าเป็นข้าราชการ การกำหนดความผิดหรือการปฏิบัติต่าง ๆ ก็เหมือนผู้พิพากษา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีของประเทศสิงคโปร์และมาเลเซียที่บัญญัติให้อนุญาตตุลาการอยู่ในความหมายของคำว่าข้าราชการนั้นเป็นกรณีที่ค่อนข้างแปลก เนื่องจากผู้เป็นอนุญาตตุลาการนั้นมีทั้งคนชาติตนเองและคนต่างชาติ การที่จะถือว่าคนต่างชาติเป็นข้าราชการในประเทศของตนนั้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะทำกัน ดังนั้น การบัญญัติเช่นนี้จึงอาจทำให้ไม่สามารถใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม การตีความตัวบทกฎหมายนั้นจะตีความตามตัวอักษรโดยดูจากถ้อยคำในตัวบทเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายควบคู่กันไป ด้วย ซึ่งการบัญญัติความรับผิดกรณีทุจริต เรียกรับสินบนนั้นไม่ว่าจะในกรณีใด ๆ ล้วนแล้วแต่มีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้มีการล่อลวงและปราบปรามการกระทำที่น่าตำหนิ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า รัฐอาจยกเหตุเหล่านี้ขึ้นอ้างเพื่อสร้างความชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีเรียก รับสินบนของอนุญาตตุลาการเพื่อป้องปรามและลงโทษการกระทำผิดที่ฝ่าฝืนต่อความยุติธรรมเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ แต่แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจในการกำหนดความรับผิดของอนุญาตตุลาการอันเนื่องมาจากสถานะของอนุญาตตุลาการที่ทำหน้าที่ทั้งตุลาการแต่ควรจะต้องพิจารณาด้วยว่าการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเช่นนั้นมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีและข้อเสีย ผลกระทบต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นตามมา รวมถึงจุดมุ่งหมายและนโยบายของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการด้วย และหากไม่ได้

บัญญัติความรับผิดทางอาญาไว้เป็นการเฉพาะจะมีบทบัญญัติอื่นใดให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดบ้างหรือไม่หรือมีวิธีการใดที่จะปรับปรุงแก้ไขระบบเพื่อป้องกันการกระทำความผิดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะวิเคราะห์ในประเด็นต่อไป

3.2 ความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ว่า การกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาตตุลาการในกรณีเรียกรับสินบนนั้นมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด หากไม่มีการกำหนดไว้เช่นนี้จะมีวิธีการใดที่สามารถควบคุมตรวจสอบและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผู้เป็นอนุญาตตุลาการได้หรือไม่ กล่าวคือ กระบวนการของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยนั้นมีความยุติธรรมเพียงพอแล้วหรือไม่

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงลักษณะ ขั้นตอน ตลอดจนวิธีการต่าง ๆ ในการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ พบว่า ในกระบวนการอนุญาตตุลาการนั้นมีการวางกลไกทางกฎหมายที่สามารถควบคุมและตรวจสอบได้อยู่แล้ว โดยเริ่มต้นตั้งแต่การเลือกตัวผู้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ หากเป็นการเลือกตัวอนุญาตตุลาการจากผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นอนุญาตตุลาการที่สถาบันอนุญาตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่ง ย่อมเป็นการที่สถาบันอนุญาตตุลาการได้เข้ามามีส่วนช่วยในการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาตตุลาการโดยทางอ้อมด้วย เพราะโดยปกติแล้วสถาบันอนุญาตตุลาการแต่ละแห่งนั้นจะทำการคัดเลือกคุณสมบัติของผู้เป็นอนุญาตตุลาการอยู่แล้ว ซึ่งบางแห่งก็มีการคัดเลือกคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการอย่างเคร่งครัด โดยพิจารณาจากความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ ความชำนาญและมีคุณธรรมจริยธรรม จึงเป็นการช่วยคัดกรองบุคคลที่ดีที่มีความสามารถให้แก่คู่พิพาทอีกทางหนึ่ง และหากคู่กรณีพิพาทตกลงกันให้มีอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือหลายคน ทั้งสองฝ่ายก็มีโอกาสที่จะร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการด้วยกัน หรือแต่ละฝ่ายเลือกอนุญาตตุลาการเองฝ่ายละเท่า ๆ กัน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายสามารถคัดค้านอนุญาตตุลาการของอีกฝ่ายหนึ่งได้ การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้สามารถคัดค้านอนุญาตตุลาการจึงเป็นกลไกทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ถ่วงดุลและเป็นการป้องกันความไม่ยุติธรรมได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามย่อมต้องตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการที่อีกฝ่ายตั้งขึ้นมาว่าจะลำเอียงเข้าข้างฝ่ายนั้นหรือไม่ ซึ่งหากเห็นว่ามีแนวโน้มที่จะลำเอียงหรือมีส่วนได้เสียกับอีกฝ่ายหนึ่งแล้วก็สามารถจะใช้วิธีการคัดค้านนี้ได้ ซึ่งแม้ว่าตัวอนุญาตตุลาการที่ถูกคัดค้านผู้นั้นจะไม่ยอมถอนตัว แต่กฎหมายก็วางระบบให้สามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้อีกเพื่อให้

ศาลเป็นผู้พิจารณา หรือระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการหากเห็นว่าอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยมิชอบหรือมีแนวโน้มทุจริต คู่กรณีก็สามารถร่วมกันถอดถอนอนุญาโตตุลาการคนนั้นได้

นอกจากนี้ กฎหมายยังวางกลไกถ่วงดุลอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้อีก โดยให้ศาลเข้ามามีส่วนในการควบคุมตรวจสอบในกรณีที่คำชี้ขาดแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายใดเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง กฎหมายก็เปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายนั้นเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นได้ ซึ่งถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดก่อน โดยหากมีข้อโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการทำการโดยทุจริตหรือกระทำโดยมิชอบ ศาลก็มีอำนาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้อยู่แล้ว หรือคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยไม่ต้องคอยให้อีกฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดก็สามารถทำได้เช่นกัน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ทั้งศาลและตัวคู่กรณีพิพาทเองสามารถที่จะเข้ามาตรวจสอบการทำงานของอนุญาโตตุลาการได้ในทุกขั้นตอนอยู่แล้วซึ่งน่าจะเพียงพอแก่กรณี และเพื่อเป็นหลักประกันได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นไปด้วยความยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งในต่างประเทศได้มีการกำหนดวิธีการป้องกันการประพฤติโดยมิชอบของอนุญาโตตุลาการไว้อีก โดยที่หอการค้านานาชาติ หรือ ICC (International Chamber of Commerce) นั้นได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการคอยตรวจสอบร่างคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ได้ทำขึ้นที่สถาบันแห่งนี้ โดยคณะกรรมการเหล่านี้ประกอบด้วยตัวแทนจากทุกประเทศซึ่งจะคอยพิจารณาว่าร่างคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการทำมานั้นมีปัญหาในเรื่องใดหรือไม่ โดยจะมีการซักถามในข้อสงสัยหรือในสิ่งที่ผิดปกติและให้อนุญาโตตุลาการต้องตอบคำถาม เมื่อเรียบร้อยแล้วอนุญาโตตุลาการถึงเซ็นชื่อรับรองคำชี้ขาดนั้นได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีกครั้ง ซึ่งน่าจะทำให้คำชี้ขาดที่ออกมานั้นมีความสมบูรณ์และถูกต้องตามหลักความยุติธรรม²⁴ ผู้เขียนจึงเห็นว่าวิธีการนี้น่าจะมีผลดีและมีประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบตัวอนุญาโตตุลาการอีกทางหนึ่งด้วย เพราะแม้แต่ในศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดเองก็ยังมีกองเซ็นเซอร์ทำหน้าที่ในการตรวจสอบคำพิพากษาก่อนที่จะมีการอ่านคำพิพากษา วิธีการนี้จึงเป็นวิธีการที่น่าจะนำมาใช้ในประเทศไทยเพื่อให้คำชี้ขาดที่ออกมานั้นสมบูรณ์และถูกต้องตามหลักความยุติธรรม

²⁴ ประชุม โฉมฉาย, บทสัมภาษณ์ศาสตราจารย์ (เกียรติคุณ) ดร.ประชุม โฉมฉาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 25 กุมภาพันธ์ 2553. โปรดดูภาคผนวก ก.

แม้จากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่าในบางประเทศหรือในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเรียก รับสินบนของอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ประเทศเหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วเป็นประเทศที่ไม่ได้รับความนิยมในการอนุญาโตตุลาการ และในบางประเทศก็เป็นประเทศที่มีคดีน้อย เช่น ประเทศญี่ปุ่น โดยปกติมีคดีก็ไม่ค่อยขึ้นศาลอยู่แล้ว พยายามใช้วิธีไกล่เกลี่ยกันมากกว่า เพราะวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นไม่ยากให้ลงท้ายด้วยการแพ้ชนะกัน คดีขึ้นศาลญี่ปุ่นจึงน้อยมาก²⁵ ส่วนสถานที่ที่ได้รับความนิยมในการเข้าไปใช้บริการการอนุญาโตตุลาการนั้นส่วนใหญ่จะเป็นองค์กรของภาคเอกชนมากกว่าการอนุญาโตตุลาการที่เป็นของภาครัฐ เช่น หอการค้านานาชาติ (ICC) สถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) เป็นต้น ส่วนสถานที่ที่เป็นศูนย์กลางของการอนุญาโตตุลาการคือ มลรัฐนิวยอร์กนั้น แต่เดิมได้เคยมีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีนี้ไว้เช่นกัน ซึ่งพบว่าทำให้มีผู้เข้ามาใช้บริการการอนุญาโตตุลาการลดน้อยลงและยังทำให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการที่นี้ลดน้อยลงด้วย ต่อมาจึงได้แก้ไขโดยการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว เพราะต้องการให้กลับมาเป็นศูนย์กลางหลักของการอนุญาโตตุลาการเหมือนเดิม

นอกจากนี้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำความผิดนั้นก็ต้องรับโทษตามกฎหมายอยู่แล้ว เนื่องจากเป็นที่ยอมรับทั่วไปในทางทฤษฎีและในแนวปฏิบัติทางกฎหมายว่า ผู้ทำหน้าที่ในฐานะเป็นอนุญาโตตุลาการโดยส่วนตัวแล้ว ควรมีความรับผิดชอบได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา หากพบว่า การกระทำนั้นครบถ้วนเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย ผู้นั้นต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ เมื่อการอนุญาโตตุลาการมีพื้นฐานมาจากสัญญา ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการจะตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ของตนในการระงับข้อพิพาทให้กับคู่กรณีพิพาทด้วยความยุติธรรม ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการมีการกระทำโดยมิชอบ มีพฤติกรรมในการเรียกรับ หรือยอมจะรับสินบน ก็ย่อมถือเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้กับคู่กรณีพิพาทและเป็นการผิดสัญญา มีผลให้คู่กรณีพิพาทสามารถฟ้องร้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบตามหลักในเรื่องสัญญาได้ทั้งยังเป็นการละเมิดต่อคู่สัญญาด้วย ด้วยเหตุนี้ โดยปกติแล้วคู่กรณีพิพาทจึงได้รับการเยียวยาโดยสามารถฟ้องร้องอนุญาโตตุลาการฐานผิดสัญญาและฐานละเมิดได้ แต่ต่อมาเมื่อมีการบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งนี้ คือ กรณีทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหาย ซึ่งการทุจริต รับสินบน ก็เท่ากับ

²⁵ เฟิงอ้าง.

เป็นการจงใจทำให้คู่พิพาทได้รับความเสียหาย ซึ่งการฟ้องร้องทางแพ่งนี้ทำให้คู่กรณีพิพาทได้รับการเยียวยาเป็นตัวเงินค่าเสียหายที่อาจเรียกให้รับผิดชอบได้โดยคิดจากทุนทรัพย์ที่พิพาท

ส่วนกรณีความรับผิดทางอาญานั้น ตามหลักทั่วไปหากบุคคลใดมีการกระทำความผิดประกอบความผิดในฐานใดแล้ว ก็สามารถฟ้องร้องให้รับผิดชอบได้ อนุญาตตุลาการเองก็เช่นกัน โดยหากพบว่าอนุญาตตุลาการมีการทุจริต เรียกรับสินบน การกระทำความผิดดังกล่าวก็เข้าองค์ประกอบความผิดฐานข้อโกงได้ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงบุคคลอื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังวานั้น ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานข้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งการเข้าทำสัญญาโดยทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหลงเชื่อว่าตนตั้งใจจะปฏิบัติตามสัญญาก็เป็นความผิดฐานข้อโกง เพราะมีเจตนาทุจริตที่คิดจะหลอกลวงและทำให้ได้รับทรัพย์สินไปจากคู่กรณีพิพาท หรืออนุญาตตุลาการหลอกลวงคู่กรณีฝ่ายหนึ่งว่าจะชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายนั้น โดยอนุญาตตุลาการเรียกเอาทรัพย์สินจากคู่กรณีฝ่ายนั้น เช่นนี้อนุญาตตุลาการย่อมมีความผิดฐานข้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา²⁶ ซึ่งความผิดฐานข้อโกงนั้นสามารถพิสูจน์ความผิดได้ง่ายกว่าความผิดฐานเรียกรับสินบน และสามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติมากกว่า อีกทั้งโทษจำคุกที่กำหนดไว้นั้นใกล้เคียงกับโทษที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดกรณีรับสินบนด้วย

ดังนั้น แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาตตุลาการกรณีทุจริต เรียกรับสินบนไว้โดยเฉพาะ ก็มีได้หมายความว่าอนุญาตตุลาการจะไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด เพราะตามหลักทั่วไปเป็นที่ยอมรับว่า หากบุคคลใดกระทำความผิดเข้าองค์ประกอบความผิดในฐานใดก็ต้องรับผิดตามกฎหมาย เมื่ออนุญาตตุลาการกระทำผิดโดยมีการทุจริต จึงยังคงสามารถฟ้องให้รับผิดชอบอื่นได้ ทั้งยังสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งไม่ว่าจะใช้หลักในมาตรา 23 วรรคแรกหรือฐานผิดสัญญาได้โดยตรงอยู่แล้วและเป็นความรับผิดที่ยอมรับกันได้โดยทั่วไป เพราะตัวผู้เป็นอนุญาตตุลาการย่อมต้องทราบอยู่แล้วว่าหากตนทำผิดสัญญาหรือทุจริตก็อาจถูกฟ้องให้รับผิดชอบได้ตามหลักทั่วไป เพียงแต่โทษหรือฐานความผิดที่กำหนดไว้เฉพาะกรณีทุจริต รับสินบนนั้นอาจดูรุนแรงเกินไปและไม่เหมาะสมกับกรณีของอนุญาตตุลาการที่มีที่มาจากพื้นฐานของสัญญาและเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ

²⁶ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “สัญญาอนุญาตตุลาการ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.186.

มากกว่า จนอาจทำให้เป็นการขัดต่อนโยบายและไม่เป็นการส่งเสริมการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

นอกจากนี้ การบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อไม่ให้มีลักษณะเป็นอาญาเพื่อนั้น ควรทำในกรณีจำเป็นและเฉพาะความผิดที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างรุนแรงเท่านั้น ในกรณีนี้แม้ว่าอนุญาตตุลาการจะทำหน้าที่ในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท แต่ก็เป็นการอำนาจหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาและเป็นการตกลงใจเลือกโดยคู่กรณีเองที่ต้องการจะใช้วิธีการนี้มีได้มีผู้ใดมาบังคับ ทั้งยังเป็นการกระทำในฐานะของเอกชนเท่านั้น แม้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณี แต่ก็ไม่มีอำนาจบังคับในตัวเอง กล่าวคือ หากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด อนุญาตตุลาการก็ไม่มีอำนาจบังคับให้ แต่ต้องให้ศาลเป็นผู้บังคับให้อีกทั้ง โดยหลักแล้วข้อพิพาทที่สามารถนำมาระงับได้ด้วยวิธีการนี้ คือ ข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมักจะเป็นสัญญาทางธุรกิจ โดยเฉพาะในเรื่องสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศอันเป็นเรื่องส่วนตัวของเอกชน จึงมิได้มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมมากนัก ซึ่งต่างจากการตัดสินคดีของศาลที่มีทั้งข้อพิพาททางแพ่ง ซึ่งอาจมีเรื่องเกี่ยวกับสถานะของบุคคลหรือครอบครัว และข้อพิพาททางอาญาที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมมากกว่าอย่างเห็นได้ชัด

แม้ว่าในบางประเทศรวมถึงประเทศไทยจะกำหนดให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตามสามารถใช้วิธีการอนุญาตตุลาการได้ด้วย ซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่มีผู้มองว่า เมื่อเป็นกรณีที่รัฐเข้าเป็นคู่สัญญารวมอยู่ด้วยแล้ว ย่อมมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม เพราะผลประโยชน์ของรัฐก็คือผลประโยชน์ของส่วนรวม จึงควรต้องคุ้มครองป้องกันโดยการบัญญัติกฎหมายให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบทางอาญาในกรณีที่เรียกรับสินบน ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะเป็นเรื่องสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แต่เมื่อคู่กรณีพิพาทตกลงใจที่จะใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทแล้ว เท่ากับเป็นการที่รัฐยอมตนลงมามีฐานะเท่ากับเอกชน และเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐออกไป เพราะเป็นการตัดสินใจของรัฐเองที่จะใช้วิธีการนี้ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วสามารถเลือกที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองได้ และในประเด็นนี้ก็เป็นที่ได้มีการถกเถียงกันอย่างมากเช่นกัน เพราะมีมุมมองว่าสัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐนั้นไม่ควรจะให้อำนาจอนุญาตตุลาการ เพราะเป็นเรื่องผลประโยชน์ของรัฐไม่ควรให้เอกชนมาเป็นผู้ตัดสิน แต่ควรจะนำคดีไปสู่ศาลปกครอง

ส่วนกรณีที่มีสมาชิกวุฒิสภาบางท่านแสดงทัศนคติว่าควรมีการบัญญัติความรับผิดนี้เพราะปัญหาเรื่องการคอร์รัปชันเป็นปัญหาใหญ่ในประเทศไทยนั้น²⁷ ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยในบางส่วน คือเห็นด้วยที่ว่าปัญหาการคอร์รัปชันเป็นปัญหาสำคัญในประเทศไทย แต่ในการอนุญาติตตุลาการนั้นคู่กรณีพิพาทที่จะมาใช้บริการการอนุญาติตตุลาการและอนุญาติตตุลาการที่จะเข้ามาทำหน้าที่นั้นมิใช่มีแค่เฉพาะที่เป็นคนไทยเท่านั้น แต่ผู้ที่จะเข้ามาใช้กฎหมายอนุญาติตตุลาการของไทยนั้นยังรวมถึงชาวต่างชาติที่เข้ามาใช้การอนุญาติตตุลาการในประเทศไทย และยังรวมถึงกรณีที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทยด้วย จึงไม่อาจมองได้ว่าบุคคลทุกคนมีแนวโน้มจะทำการอันเป็นการทุจริต การบัญญัติความรับผิดในลักษณะนี้อาจเป็นการมองอนุญาติตตุลาการในแง่ลบว่า มีแนวโน้มที่จะกระทำผิดต่อหน้าที่ซึ่งต้องบัญญัติบทลงโทษไว้เพื่อเป็นการห้ามปราม ซึ่งในทางปฏิบัติบุคคลที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นอนุญาติตตุลาการมักจะเป็นบุคคลที่มีชื่อและมีผลงานเป็นที่ยอมรับในวงกว้าง ซึ่งบุคคลเหล่านี้มักจะรักษาชื่อเสียงเกียรติ และสถานภาพในสังคมที่สร้างสมมา ทั้งในทางปฏิบัติก็มีการกำกับแนวความประพฤติที่เหมาะสมของอนุญาติตตุลาการด้วยข้อกำหนดจริยธรรมทางวิชาชีพบุคคลและสมาคม ซึ่งสามารถนำมาบัญญัติให้มีผลบังคับทางกฎหมายได้อยู่แล้ว และโดยหลักการแม้อนุญาติตตุลาการจะได้รับแต่งตั้งจากคู่กรณีพิพาท แต่ก็มีใช้ว่าจะต้องทำหน้าที่เพื่อรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายใดโดยเฉพาะ การบัญญัติเช่นนี้ย่อมสร้างผลกระทบอันไม่พึงปรารถนาขึ้นได้ โดยทำให้คนดีที่มีคุณสมบัติเหมาะสมจะเป็นอนุญาติตตุลาการไม่กล้ารับทำหน้าที่นี้ ด้วยเห็นว่าแม้ตนจะได้กระทำการโดยความรอบคอบสุจริตเพียงใดก็คงต้องเสี่ยงต่อความยุ่งยากที่อาจเกิดขึ้นจากฝ่ายที่ไม่พอใจโดยกล่าวอ้างว่ามีการทุจริต และแม้จะมีการกำหนดความรับผิดทางอาญาไว้ก็ไม่ช่วยให้คนไม่ทุจริต เพราะคนที่ตั้งใจจะทำการอันเป็นการทุจริตก็ย่อมต้องหาช่องทางที่จะทุจริตได้อยู่แล้ว และการพิสูจน์ความผิดด้วยพยานหลักฐานนั้นก็ทำได้ยากด้วย

นอกจากนี้ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาติตตุลาการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างจากการใช้วิธีการทางศาล เพราะศาลนั้นเป็นสถาบันตุลาการของรัฐที่แน่นอนและมีลักษณะของการระงับข้อพิพาทที่เป็นการเฉพาะภายในประเทศมากกว่า การกำหนดบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องก็อาจมองในมุมมองของสังคมไทยเพียงด้านเดียวได้ อาจไม่ต้องคำนึงถึงความเป็นสากลมากเท่ากับการบัญญัติกฎหมายอนุญาติตตุลาการซึ่งมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศมากกว่า จึงจำเป็นต้องมองให้ครอบคลุมถึงส่งเสริมการนำไปใช้อย่างแพร่หลาย

²⁷ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญนิติทั่วไป) เป็นพิเศษ” 28 กุมภาพันธ์ 2545.

ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการจึงควรจะเป็นกฎหมายที่มีความเป็นสากล เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายและเป้าหมายที่ต้องการจะพัฒนาให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะได้ยกร่างโดยใช้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration เป็นต้นแบบ²⁸ แต่ใน UNCITRAL เองก็ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากหลักในเรื่องนี้จะมีความแตกต่างกันในนานาประเทศและยังไม่มีเป็นที่ยอมรับ และการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาไว้ไม่เป็นส่งเสริมให้การอนุญาโตตุลาการแพร่หลาย

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการจะมีความยุติธรรมหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การมีบทบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาและกำหนดโทษไว้รุนแรง แต่สิ่งที่สำคัญกว่านั้นอยู่ที่ กระบวนการอนุญาโตตุลาการว่ามีการวางระบบกลไกทางกฎหมายให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ นั้นสามารถที่จะตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีพิพาทได้หรือไม่ หากกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีระบบกลไกที่สามารถทำให้เกิดความยุติธรรมได้อยู่แล้ว การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาไว้โดยเฉพาะอาจไม่มีความจำเป็นเพียงพอ หากคำนึงถึงการมีผลใช้ได้จริงและซึ่งน้ำหนักระหว่างข้อดีข้อเสียรวมทั้งผลประโยชน์หลาย ๆ ด้านที่อาจสูญเสียไป เมื่อมีการบัญญัติความรับผิดชอบดังกล่าว

3.3 ผลกระทบของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่มีต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

การอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญอย่างมากต่อการค้าและการลงทุนทางธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากนักธุรกิจหรือพ่อค้าระหว่างประเทศนั้นไม่นิยมที่จะนำข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศขึ้นสู่ศาลภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ทั้งนี้เพราะอาจกลัวความอคติลำเอียง ความยุ่งยากในการพิจารณาคดี ความล่าช้า รวมทั้งความไม่คุ้นเคยกับระบบศาลและระบบกฎหมายของประเทศนั้น ดังนั้น จึงนิยมที่จะตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการแทน เหตุผลเพราะการอนุญาโตตุลาการนั้นมีข้อดีหลายประการไม่ว่าจะเป็นในแง่ของความรวดเร็วและมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ยืดหยุ่นกว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล

²⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

การพิจารณาคดีที่ไม่ได้กระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ คู่กรณีจึงสามารถรักษาความลับทางธุรกิจของตนไว้ได้ และสิ่งที่สำคัญอย่างมากคือ คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่ามี ความรู้ ความเชี่ยวชาญในธุรกิจหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทให้มาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้ด้วย

นอกจากการอนุญาโตตุลาการจะมีส่วนลดอุปสรรคของธุรกิจระหว่างประเทศแล้ว ยังพบว่าประเทศต่าง ๆ ได้มีความพยายามที่จะส่งเสริมให้ประเทศของตนเป็นศูนย์กลาง ในการให้บริการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศอีกด้วย ทั้งนี้เพราะการเป็นศูนย์กลาง ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศนั้นนำมาซึ่งชื่อเสียงของประเทศและนำเงินรายได้ เข้าประเทศได้อีกทางหนึ่ง เพราะนอกจากคู่สัญญาซึ่งพิพาทกันแล้วยังจะต้องมีบุคคลซึ่งทำหน้าที่ เป็นอนุญาโตตุลาการหรือบางกรณีก็มีทนายความหรือผู้แทนของคู่ความเดินทางเข้ามาในประเทศ ทำให้มีการจับจ่ายใช้สอยเงินในประเทศ สถาบันที่ตั้งขึ้นเพื่อให้บริการทางด้านอนุญาโตตุลาการ ก็สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากคู่ความได้ นอกจากนี้คู่ความยังต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่ผู้ที่ ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการอีกด้วย ซึ่งค่าธรรมเนียมที่จ่ายให้แก่อนุญาโตตุลาการซึ่งมาทำ การพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทในดินแดนของประเทศใดอาจถูกถือว่าเป็นเงินได้อันพึงต้อง เสียภาษีให้แก่ประเทศนั้นด้วย อีกทั้งวิชาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ ระหว่างประเทศก็จะเจริญก้าวหน้าและพัฒนาควบคู่กันไปด้วย เพราะหากนักกฎหมายและนักธุรกิจ ตื่นตัวให้ความสนใจเกี่ยวกับด้านนี้ก็จะย่อมจะมีการฝึกอบรมและผลิตบุคลากรที่สามารถทำหน้าที่ เป็นผู้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นด้วย เพราะอาจกล่าวได้ว่า ปัจจัยสำคัญ อย่างหนึ่งที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการประสบผลสำเร็จก็คือ บุคคลผู้ทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการ แต่การบัญญัติให้มีความรับผิดชอบทางอาญากรณีเรียกรับสินบนนี้ นอกจาก จะไม่เป็นการส่งเสริมให้มีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อการพัฒนาทางด้าน การอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยด้วย

เนื่องจากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องการคนดีที่มีความรู้ความสามารถ และเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทโดยเฉพาะมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท แต่การบัญญัติให้มีความรับผิดชอบทางอาญากรณีเรียกรับสินบนของอนุญาโตตุลาการนั้นส่งผลให้คนดีที่มีความรู้ ความสามารถและมีประสบการณ์เหมาะสมที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับ ทำหน้าที่นี้ในประเทศไทย แต่นิยมที่จะไปเจรจาเป็นอนุญาโตตุลาการที่ประเทศอื่นที่ไม่มี

บทบัญญัติเหล่านี้²⁹ ทำให้ไม่มีผู้เข้ามาใช้บริการการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยมากนัก และส่งผลให้การอนุญาตตุลาการในประเทศไทยไม่เป็นที่แพร่หลาย เพราะโดยปกติแล้วก่อนที่จะได้รับการติดต่อทบทวนให้เป็นอนุญาตตุลาการจะตกลงใจเข้ารับทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการนั้น จะต้องตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องว่าตนมีความเสี่ยงที่อาจจะต้องรับผิดชอบในเรื่องใดบ้าง โดยต้องตรวจสอบกฎหมายของสถานที่ที่จะทำการอนุญาตตุลาการ เพราะในเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการนั้นต้องใช้กฎหมายของสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการบังคับ กล่าวคือ หากจะทำการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย ก็ต้องตรวจสอบว่าตนมีความเสี่ยงที่อาจต้องรับผิดชอบอย่างไรบ้างตามกฎหมายไทย ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการนั้นมีทั้งผู้เชี่ยวชาญที่เป็นคนไทยและคนต่างชาติ ดังนั้น การที่บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการเช่นนี้ ถ้าอนุญาตตุลาการต่างประเทศมาเห็นเข้าอาจจะรู้สึกได้ว่าถ้าตนมารับทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศไทยแล้ว ตนอาจเสี่ยงมากที่จะถูกฟ้องคดีตามกฎหมายไทยได้ ซึ่งจะทำให้ต้องเสียหายอย่างมากกว่าจะต่อสู้ได้ว่าตนไม่ผิด

นอกจากนี้ ในเรื่องระวางโทษ กฎหมายของไทยกำหนดโทษไว้หนักและสูงกว่าโทษของประเทศอื่น ๆ คือ จำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ในขณะที่บางประเทศที่มีการกำหนดความรับผิดเช่นนี้ไว้นั้นส่วนใหญ่นิยามกำหนดโทษจำคุกอยู่ระหว่างสามปีถึงห้าปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่า ระวางโทษของไทยนั้นกำหนดไว้สูงกว่าประเทศอื่นค่อนข้างมาก และเมื่อตรวจสอบลักษณะของการบัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาตตุลาการในกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติความรับผิดส่วนใหญ่จะบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปไม่ค่อยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ บทบัญญัติความรับผิดทางแพ่งของอนุญาตตุลาการ ส่วนใหญ่จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในส่วนความรับผิดทางอาญาของอนุญาตตุลาการนั้นจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือในรัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นลักษณะของการบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปและพบว่ามีน้อยมากที่บัญญัติหลักความรับผิดนี้ไว้ในกฎหมายอนุญาตตุลาการอย่างของไทย ซึ่งตรงนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งที่เป็นจุดสำคัญในการที่ผู้ที่ได้รับการทบทวนจะพิจารณารับทำหน้าที่และเลือกสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ เพราะการบัญญัติความรับผิดไว้ในกฎหมาย

²⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “ความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาตตุลาการ: เพียงใดคุ้มกัน เพียงใดรับผิดชอบ,” วารสารอนุญาตตุลาการ, ปีที่ 2, น. 3 (2550).

อนุญาตตุลาการโดยเฉพาะเช่นนี้ อาจทำให้เป็นที่มองเห็นได้ง่ายว่าระวางโทษของประเทศไทยนั้น รุนแรงกว่าประเทศอื่นมาก ซึ่งการกำหนดโทษที่หนักและสูงกว่าประเทศอื่นอย่างมนันั้นย่อมทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของการพิจารณาในการเข้ารับทำหน้าที่อนุญาตตุลาการในประเทศไทย อย่างแน่นอน เพราะคงไม่มีผู้ใดอยากจะเลือกทำหน้าที่นี้ในสถานที่ที่มีความเสี่ยงสูงเช่นนี้ ดังนั้น ผู้ที่ได้รับการทาบทามให้ทำหน้าที่จึงอาจเจรจากับคู่กรณีพิพาทให้ไปทำการอนุญาตตุลาการ ที่ประเทศอื่นที่ไม่มีบทบัญญัติเหล่านี้แทน ทำให้การอนุญาตตุลาการในประเทศไทยไม่ได้รับความนิยมนและส่งผลต่อการพัฒนาในเรื่องนี้ด้วย

เมื่อการทำหน้าที่อนุญาตตุลาการอาจก่อให้เกิดภาระอย่างมากต่ออนุญาตตุลาการ ในการต่อสู้คดีอาญาที่อาจเกิดจากการถูกกลั่นแกล้งฟ้องร้องเป็นคดี จึงส่งผลให้บัณฑิต เป็นอุปสรรคในการเข้ามาทำหน้าที่ ผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญเหมาะสมจำนวนไม่น้อยคงจะไม่เลือก มาทำหน้าที่นี้เป็นแน่ เพราะอัตราค่าป่วยการที่จะได้รับอาจไม่คุ้มค่างกับความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น แม้ในท้ายที่สุดอนุญาตตุลาการจะไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ก็ต้องเสียหายอย่างมาก กล่าวคือ ต้องเสียเวลาในการพิจารณาคดีในประเทศไทยที่ใช้เวลานานหลายปี ซึ่งระหว่างนั้นก็ต้องถูกจำกัด สิทธิในหลาย ๆ ด้าน ทำให้เสียโอกาสในการดำเนินการต่าง ๆ และต้องเสียชื่อเสียงเพราะการที่ ถูกฟ้องก็ย่อมทำให้ประชาชนทั่วไปมองว่าเป็นคนไม่ดีไปแล้ว ทำให้ไม่ได้รับความเชื่อถืออีกต่อไป ทั้งยังต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายในการจ้างทนายความมาต่อสู้ และดำเนินคดีแทนตน ค่าธรรมเนียม รวมถึงหากเป็นอนุญาตตุลาการต่างชาติก็ต้องเสียค่าใช้จ่าย ในการเดินทางมาต่อสู้คดีด้วย ทำให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมากซึ่งอาจจะมากกว่าค่าป่วยการ ที่ได้รับ ยิ่งหากรวมความรู้สึทางด้านจิตใจที่ต้องเครียดวิตกกังวลอย่างมาก และภาระความรับผิดชอบ ที่อาจต้องชำระตามที่คู่พิพาทเรียกร้องแล้ว ย่อมทำให้บุคคลเหล่านี้เลือกจะทำหน้าที่ในวิชาชีพ หลักของตนเพียงด้านเดียวซึ่งได้รับค่าตอบแทนความเชี่ยวชาญที่คุ้มค่าอยู่แล้ว และไม่เข้ามาเป็น อนุญาตตุลาการเพื่อช่วยเหลืออำนวยความสะดวกหรือเลือกที่จะไปทำหน้าที่นี้ในประเทศอื่นแทน

ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้การอนุญาตตุลาการในประเทศไทยไม่พัฒนาไปอย่างที่ประสงค์ ตามนโยบายที่ต้องการให้มีการเข้ามาใช้การอนุญาตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาท มากขึ้น และมีเป้าหมายที่จะให้ประเทศไทยได้พัฒนาจนกลายเป็นศูนย์กลางในการอนุญาตตุลาการ ระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ แต่การกำหนดให้มีความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการ ทำให้ คนไทยและคนต่างชาติไม่ต้องการที่จะมาทำสัญญาอนุญาตตุลาการหรือดำเนินกระบวนการ ทางอนุญาตตุลาการในประเทศไทย