

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในนานาประเทศว่า มีความสำคัญอย่างมากต่อการค้าและการลงทุนทางธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะมีข้อดีในหลายด้าน คือ รวดเร็ว รักษาความลับของคู่พิพาท และลดปริมาณคดีของศาล นอกจากนี้การที่คู่พิพาทเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทระหว่างตนนั้น ส่วนหนึ่งเป็นเพราะคู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทคือ อนุญาโตตุลาการให้เหมาะสมกับข้อพิพาทได้โดยเลือกจากความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เป็นปัญหาพิพาทกันจึงอาจจะมีส่วนดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาล

แต่การอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จหรือความล้มเหลวนั้นส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นบุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งให้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นส่วนสำคัญ ซึ่งหน้าที่ต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนหนึ่งเกิดจากกฎหมายและส่วนหนึ่งเกิดจากสัญญาในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นอาจมีผลกระทบต่อคู่กรณี เพราะแม้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องและสุจริตแต่อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ จึงเริ่มมีแนวคิดว่า อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ในคล้ายกับผู้พิพากษาหรือตุลาการในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท จึงควรได้รับความคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อเป็นหลักประกันในความเป็นอิสระ เพราะถ้าไม่มีหลักประกันในความเป็นอิสระจากการปฏิบัติหน้าที่ อาจจะถูกคู่พิพาทบังคับขู่เข็ญในกรณี que pi pait ไม่ได้ประโยชน์ หรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่กระทำการต่าง ๆ ที่จะทำให้คู่พิพาทได้ประโยชน์ อนุญาโตตุลาการอาจจะถูกฟ้องคดีหรือเรียกให้รับผิดชอบได้ ดังนั้น จึงต้องมีความคุ้มครองกันดังกล่าว

หลักความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการในแต่ละระบบกฎหมายและแต่ละประเทศนั้นมีมุมมองที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์แต่เดิมนั้นอนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดและกว้างขวาง (Absolute Immunity) ต่อมาก็เริ่มมีแนวคิดให้มีความรับผิดชอบได้บ้าง แต่ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์จะมองว่า หากอนุญาโตตุลาการกระทำผิดก็จะต้องรับผิดชอบเพราะได้รับความคุ้มครองอย่างจำกัด (Restrict Immunity) สำหรับประเทศไทย แม้จะมีการกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการในกฎหมายตราสามดวง แต่ก็ยังไม่มีหลักเรื่องความคุ้มครอง

และความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ เพิ่งจะมีการกล่าวถึงเรื่องนี้อย่างจริงจังในพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า

“อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะ อนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาท ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาโตตุลาการผู้ใดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับ ตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยปกติแล้ว ความรับผิดชอบทางแพ่งที่อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบนั้น อาจกล่าวได้ว่า มูลเหตุที่อาจจะทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบนั้นมีที่ได้ 2 ทาง คือ หลักเรื่องสัญญาและหลัก เรื่องละเมิด แต่เมื่อมีบทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะจึงไม่นำมาตรา 420 มาใช้อีก

จากบทบัญญัติมาตรา 23 วรรคหนึ่ง จะเห็นได้ว่า ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ โดยถูกต้องด้วยความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้น แต่หากมิใช่ด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้วก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ในพระราชบัญญัตินี้จึงให้ความคุ้มครอง อนุญาโตตุลาการมากกว่ากฎหมายว่าด้วยละเมิด เนื่องจากหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดนั้นจะต้อง รับผิดชอบเมื่อกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งแม้เป็นความประมาทเลินเล่อธรรมดาก็ต้อง รับผิดชอบด้วย แต่ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ความรับผิดชอบนั้นจำกัดเฉพาะกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้รับความเสียหายจากการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับการบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการของ กลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ กลุ่มประเทศซีวิลลอร์ และสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ที่สำคัญแล้ว พบว่า การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศนั้นมิได้เป็นการ กำหนดโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันทั้งหมด โดยอาจจำแนกหลักเกณฑ์ได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

1. กลุ่มที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบเฉพาะกรณีกระทำหรือละเว้น การกระทำในหน้าที่โดยเจตนาหรือโดยไม่สุจริตเท่านั้น แต่ไม่ต้องรับผิดชอบกรณีกระทำหรือละเว้น การกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งถือว่าเป็น การให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการอย่างมาก โดยประเทศหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ ที่มีการบัญญัติกฎหมายหรือข้อบังคับในลักษณะดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศในกลุ่ม

คอมมอนลอร์ เช่น อังกฤษ ไอร์แลนด์ ฮังการี ออสเตรีย เบลารุส และสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) เป็นต้น

2. กลุ่มที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบกรณีกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งกรณีของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ มิได้มีเจตนาให้คู่พิพาทได้รับความเสียหาย แต่เป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังหรือการเอาใจใส่มากกว่าระดับปกติ แต่หากกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา ก็ไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด เช่น ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์และไทย เป็นต้น

3. กลุ่มที่ไม่มีการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการไว้เฉพาะ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความรับผิดชอบในกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เนื่องจากเมื่อไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องนำหลักทั่วไปมาใช้คือ หลักเรื่องสัญญาและละเมิด ซึ่งกรณีของละเมิดนั้นเป็นการกำหนดให้รับผิดชอบกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา จึงอาจกล่าวได้ว่ามิได้ให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการเท่าใดนัก เช่น เยอรมนี ญี่ปุ่น เป็นต้น

4. กลุ่มที่กำหนดลักษณะของการกระทำที่อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบอย่างชัดเจนว่าหากอนุญาโตตุลาการมีการกระทำในลักษณะเช่นนี้จะต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายต่อคู่กรณี ประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ ได้แก่ อิตาลีและออสเตรีย

เมื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการของแต่ละกลุ่มแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบกรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีความเหมาะสมแล้ว เพราะการไม่บัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งไว้โดยเฉพาะซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบตามหลักทั่วไป คือ ต้องรับผิดชอบกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกำหนดเช่นนี้อาจไม่เหมาะสม เนื่องจากในการดำเนินการต่าง ๆ ย่อมอาจเกิดความพลั้งเผลอขึ้นได้ การกำหนดให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทในระดับธรรมดาจึงอาจทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยง่ายเกินไปเท่ากับมิได้ให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งย่อมส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอย่างแน่นอน และการบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยง่ายเช่นนี้ยังส่งผลถึงการพิจารณารับทำหน้าที่ด้วย เพราะคงไม่มีใครโดยยากทำหน้าที่ที่ตนมีความเสี่ยงมากในการถูกฟ้องร้องเป็นคดี จึงย่อมเลือกทำหน้าที่ในสถานที่ที่ตนจะมีความเสี่ยงน้อยกว่าอยู่แล้ว ส่วนการบัญญัติโดยกำหนดลักษณะของการกระทำที่อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจนนั้น แม้จะมีข้อดีในแง่ของความชัดเจนและการขจัดปัญหาเรื่อง

การตีความกฎหมาย แต่ก็มีข้อเสียที่สำคัญคือ การบัญญัติเช่นนี้ไม่อาจทำได้ครอบคลุมถึงทุกกรณี ที่อาจเกิดขึ้นได้และยอมทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย แต่หากกำหนดแต่เพียงว่าต้องรับผิดชอบเฉพาะการกระทำโดยเจตนาหรือทุจริตนั้น อนุญาตตุลาการอาจไม่เอาใจใส่และไม่ใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่อย่างที่เราควรจะเป็นก็ได้ เพราะคิดว่าอย่างไรเสียตนก็มีเจตนาให้เกิดความเสียหายหรือมีเจตนาทุจริตหลอกลวงคู่กรณีอยู่แล้วยอมไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งอาจส่งผลทำให้อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่มีประสิทธิภาพอย่างที่คู่พิพาทคาดหวังไว้ ดังนั้น การกำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อกรณีประเภทเดินเล่ออย่างร้ายแรงด้วยนั้นจึงเป็นเหมือนเครื่องมือช่วยกระตุ้นให้ผู้เป็นอนุญาตตุลาการเพิ่มความเอาใจใส่และระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาท

เมื่อการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการในแต่ละประเทศนั้นมิได้เป็นการกำหนดโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันทั้งหมด ดังนั้น จึงอาจทำให้เกิดปัญหาการเข้าใจหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นความผิดทางแพ่งได้ และการที่กฎหมายของแต่ละประเทศบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการไว้แตกต่างกันก็ย่อมจะทำให้อนุญาตตุลาการมีความเสี่ยงและเกิดความไม่แน่นอนหากตกลงรับทำหน้าที่

ดังนั้น จึงต้องหาแนวทางหรือวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยให้มีลักษณะที่ชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยอมรับได้ นั่นคือ การทำให้หลักการวินิจฉัยความผิดกรณีกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีความชัดเจนแน่นอนนั่นเอง ซึ่งส่วนที่ไม่ชัดเจนก็คือหลักการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเพราะเป็นส่วนที่บุคคลแต่ละคนอาจเข้าใจได้แตกต่างกัน โดยเฉพาะเมื่อต้องนำมาใช้วินิจฉัยลักษณะของการกระทำหรือการทำหน้าที่ในสภาวะและพฤติการณ์แวดล้อมที่ต่างกันออกไป อีกทั้งกฎหมายแพ่งของไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติให้คำนิยามความหมายไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นต้องมีการกระทำลักษณะอย่างไร มีวิธีการวินิจฉัยอย่างไร ควรถือเอาระดับใดเป็นเกณฑ์ จึงทำให้การพิจารณาว่าการกระทำเช่นไรเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นกลายเป็นการใช้ดุลพินิจของศาลซึ่งแตกต่างกันและเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน ทำให้เป็นการยากที่จะคาดคะเนถึงทางออกที่ศาลจะนำมาใช้กับเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้ การพิจารณาแบ่งแยกขอบเขตของการกระทำที่เป็น การกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดากับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นก็ เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก อีกทั้งหลักในการพิจารณาขอบเขตของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา กับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของอนุญาตตุลาการนั้นก็ไม่มีกำหนดไว้เป็นพิเศษ

ดังนั้น จึงต้องศึกษาและพิจารณาจากหลักทั่วไปทั้งในกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยในเรื่องหลักความรับผิดชอบกรณีประมาทธรรมดาและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในเรื่องความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากแนวคำตัดสินของศาลและการให้นิยามความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของนักนิติศาสตร์หลายท่านแล้วพบว่ามีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หมายถึง ลักษณะพฤติกรรมของผู้กระทำการขาดความระมัดระวังที่มีความชั่วร้าย คือ ไม่ใช้ความระมัดระวังเลยในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำรู้หรืออยู่ว่าการกระทำนั้นมีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น แต่กลับไม่ใส่ใจต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้นกลับกระทำการที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายนั้น ทำให้เกิดความเสียหายที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อบุคคลอื่น อาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำโดยจงใจอย่างมาก เพราะแม้ว่าผู้กระทำจะไม่ได้ตั้งใจหรือปรารถนาจะให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ผู้กระทำก็ย่อมสามารถมองเห็นได้ว่าการที่ตนขาดความระมัดระวังเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อบุคคลอื่น แต่ก็ยังคงไม่ใช้ความระมัดระวังปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้น

สิ่งที่แตกต่างกันระหว่างประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดากับประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงคือ แม้จะเป็นเรื่องของการขาดความระมัดระวังเหมือนกัน แต่ประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดานั้น เป็นการขาดความระมัดระวังในเรื่องที่ตนไม่รู้หรือเลินเล่อว่ามีความเสี่ยงหรือไม่ได้คาดเห็นถึงความเสี่ยงนั้นเลยว่าจะมีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายเกิดขึ้น จึงไม่ได้ระมัดระวังซึ่งต่างจากประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่เป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังในเรื่องที่ตนรู้อยู่แล้วว่าจะมีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น แต่กลับไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยจนเกิดความเสียหายขึ้น

ดังนั้น การแบ่งแยกว่าเช่นไรเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ จะพิจารณาว่าบุคคลผู้กระทำนั้นควรจะรู้หรือคาดเห็นถึงความเสี่ยงว่าจะเกิดความเสียหายหรือไม่ หากเขาคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ยังขึ้นกระทำการด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังในระดับที่สูงกว่าความประมาทเลินเล่อหรือไม่ใช้ความระมัดระวังเลย ก็ต้องถือว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในทางตรงกันข้าม หากเขากระทำการโดยไม่ระมัดระวัง เพราะเขาไม่อาจคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็ต้องถือเพียงว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่อเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาว่าการกระทำของอนุญาติตตูลากการนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำของอนุญาติตตูลากการนั้นเป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนรู้อยู่แล้วว่าจะมีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย หากตนไม่ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ในการทำหน้าที่นั้น แต่อนุญาติตตูลากการก็ไม่ได้ใส่ใจกับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกลับกระทำการหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่นั้นโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยจนเกิดความเสียหายขึ้น โดยในการพิจารณานั้นจะต้องสมมุติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบ (in abstracto) กับอนุญาติตตูลากการผู้หนึ่งว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับอนุญาติตตูลากการผู้หนึ่งหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤติเช่นเดียวกับอนุญาติตตูลากการผู้หนึ่งก็หมายความว่าอนุญาติตตูลากการผู้หนึ่งไม่มีความผิด แต่หากเขาไม่กระทำเช่นเดียวกันแล้ว อนุญาติตตูลากการผู้หนึ่งก็ต้องมีความผิด โดยบุคคลที่สมมุตินั้นจะต้องอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับอนุญาติตตูลากการผู้หนึ่ง คือ อยู่ในฐานะที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาติตตูลากการในคดีเดียวกันนี้ และมีพฤติการณ์แวดล้อมหรือเหตุการณ์เดียวกันเกิดขึ้น โดยมาตรฐานความระมัดระวังนั้นต้องเป็นมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพอนุญาติตตูลากการ

ส่วนเรื่องการมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของอนุญาติตตูลากการนั้น มีปัญหาว่าในกรณีที่อนุญาติตตูลากการหรือสถาบันอนุญาติตตูลากการต้องรับผิดต่อคู่กรณีไม่ว่าในทางแพ่งหรือทางอาญานั้นจะมีการตกลงกันกำหนดข้อยกเว้นความรับผิด คือกำหนดให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับผิดได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ยังไม่เป็นที่ยุติไม่ว่าจะในเรื่องความเห็นหรือทางปฏิบัติของนานาประเทศ แต่มีแนวความคิดที่ชัดเจนว่าการตกลงไม่ให้อนุญาติตตูลากการต้องรับผิดในความรับผิดทางอาญานั้นทำไม่ได้ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับข้อตกลงยกเว้นความรับผิดทางแพ่งนั้นต้องทำการศึกษาและพิจารณาจากหลักการที่เกี่ยวข้องคือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความยินยอม หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นหลักที่ใช้ในการจำกัดเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล และยังเป็นหลักสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาถึงการให้ความยินยอมด้วย โดยหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัด

ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” หมายความว่า ถ้ามีการตกลงที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว การดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายและตกเป็นโมฆะ หลักการนี้เป็นหลักที่คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมที่จะเป็นกรอบของการแสดงเจตนาของบุคคลที่แม้จะอิสระสามารถตกลงการอันใดที่อาจขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายได้ แต่จะให้มีผลกระทบต่อบริษัทส่วนรวมไม่ได้

ด้วยเหตุนี้ ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีผลใช้บังคับได้ เพราะการตกลงให้ไม่ต้องรับผิดในกรณีของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งในมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นกันว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นข้อหนี้หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ” ดังนั้น การตกลงยินยอมในลักษณะดังกล่าวจึงไม่เกิดผล ใช้บังคับไม่ได้ และหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้วจะพบว่า ในมาตรา 9 ได้บัญญัติไว้ว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นเข้าลักษณะที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นจึงตกเป็นโมฆะตั้งแต่แรก โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีก

ในส่วนของความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวทั้งจากกรมการปกครอง นักกฎหมาย นักวิชาการ ตลอดจนบุคคลที่ทำงานเกี่ยวข้อง โดยได้มีการให้ความคิดเห็นในเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการไว้มากมาย ซึ่งความเห็นที่แตกต่างกันไป อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เป็นฝ่ายที่เห็นด้วยกับการบัญญัติความรับผิดทางอาญาในเรื่องนี้ โดยมองว่า อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่กรณี รวมทั้งอาจมีกรณีที่รัฐเข้าเป็นคู่สัญญารวมอยู่ด้วย และควรมีเพื่อเป็นมาตรการควบคุมคุณภาพอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ และมองว่าปัญหาการรับสินบนในประเทศไทยเป็นปัญหาใหญ่

ฝ่ายที่สอง เป็นฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญานี้ โดยมองว่า อนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน เป็นความสมัครใจที่ตกลงกันใช้การอนุญาตตุลาการ จึงควรเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญา การกำหนดโทษทางอาญาไว้ อาจเป็นการก้าวล่วงอำนาจได้ และพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้มีการจัดวางระบบกลไกที่คู่กรณีสามารถตรวจสอบเองได้อยู่แล้ว หากพบว่าอนุญาตตุลาการมีแนวโน้มจะทุจริต อีกทั้งเรื่องอนุญาตตุลาการในประเทศไทยยังเป็น เรื่องใหม่ที่ต้องการการพัฒนาอีกมาก การกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของอนุญาตตุลาการ จึงยังไม่เหมาะสม

ซึ่งจากประเด็นต่าง ๆ ที่ได้มีการกล่าวถึงกันนั้น ผู้เขียนได้วิเคราะห์และสรุปโดยแยก เป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1. สถานะของอนุญาตตุลาการ ในประเด็นนี้เมื่อได้ศึกษาจากทฤษฎีเกี่ยวกับการ อนุญาตตุลาการทั้งหมดแล้ว พบว่า ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องลักษณะที่แท้จริง และขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการ ตลอดจนการเข้าแทรกแซงของรัฐว่ามีได้เพียงใด ซึ่งการจะระบุลงไปว่าจริง ๆ แล้วลักษณะของอนุญาตตุลาการเป็นเช่นไรย่อมเป็นการยาก ส่วนหนึ่งเป็นเพราะการอนุญาตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับนโยบายและรูปแบบการดำเนินการในเรื่องนี้ ของแต่ละประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า สถานะและลักษณะของอนุญาตตุลาการสอดคล้องกับทฤษฎีผสม เนื่องจากสาระสำคัญของการอนุญาตตุลาการมี 2 ประการ คือ ประการแรก การอนุญาตตุลาการ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความตกลงของคู่พิพาทที่จะให้มีการอนุญาตตุลาการ จึงเป็นเรื่องของคู่สัญญา นั้นเอง และประการที่สอง การอนุญาตตุลาการมีลักษณะที่เกี่ยวกับศาล โดยอนุญาตตุลาการ มีบทบาททำหน้าที่คล้ายกับองค์กรศาลที่ใช้อำนาจตุลาการในการตัดสินคดี แต่อนุญาตตุลาการ ก็มีได้มีอำนาจเท่ากับศาล เพราะอนุญาตตุลาการมีอำนาจในส่วนที่เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจที่จะบังคับกับเนื้อตัวร่างกาย เสรีภาพหรือทรัพย์สินของคู่พิพาท ซึ่งอำนาจในส่วนนี้ เป็นเรื่องอำนาจของรัฐโดยแท้ ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยแท้ เหมือนองค์กรศาล ด้วยเหตุนี้ อนุญาตตุลาการจึงมีลักษณะกึ่งตุลาการโดยค่อนไปในทางเอกชน มากกว่า เมื่อพิจารณาเรื่องของการเกิดขึ้นของการอนุญาตตุลาการที่เกิดจากคู่สัญญา และความสามารถในการตกลงกำหนดตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ ตลอดจนกำหนดกระบวนการพิจารณา ทั้งหมด ทั้งยังเป็นการกระทำในฐานะของเอกชนเท่านั้น ซึ่งแม้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ จะมีผลผูกพันคู่กรณี แต่ก็ไม่มีอำนาจบังคับในตัวเองเหมือนกับศาล

สำหรับในประเด็นที่ว่า โดยหลักการแล้วรัฐกำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบนี้ได้อหรือไม่ หากพิจารณาจากตัวบทจะพบว่า บทบัญญัตินี้คล้ายกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษาในมาตรา 201 อันเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรแล้ว จะพบว่า อนุญาตตุลาการไม่ใช่เจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมและไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา แต่หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายอันเป็นการกระทำเพื่อป้องกันและลงโทษการกระทำผิดที่ฝ่าฝืนต่อความยุติธรรมเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐก็อาจอ้างถึงสถานะของอนุญาตตุลาการและเจตนารมณ์เช่นนี้ขึ้นอ้าง เพื่อสร้างความชอบธรรมในการกำหนดความรับผิดชอบที่เรียกรับสินบนของอนุญาตตุลาการได้ แต่ควรจะต้องพิจารณาด้วยว่าการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเช่นนั้นมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีและข้อเสีย ผลกระทบต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นตามมา รวมถึงจุดมุ่งหมายและนโยบายของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ

2. ความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดทางอาญา กระบวนการอนุญาตตุลาการนั้นมีการวางกลไกทางกฎหมายที่สามารถควบคุม ตรวจสอบ และป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผู้เป็นอนุญาตตุลาการได้อยู่แล้วทั้งโดยศาลและโดยตัวคู่กรณีพิพาทเองสามารถที่จะเข้ามาตรวจสอบการทำงานของอนุญาตตุลาการได้ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การแต่งตั้ง การคัดค้าน การถอดถอน รวมถึงการเพิกถอนคำชี้ขาด ทั้งยังมีประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการซึ่งหากนำไปบัญญัติให้มีสภาพบังคับทางกฎหมายก็น่าจะเป็นวิธีการป้องกันการกระทำผิดของอนุญาตตุลาการได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งน่าจะเพียงพอแก่กรณีและเพื่อเป็นหลักประกันได้ว่ากระบวนการอนุญาตตุลาการนั้นจะเป็นไปด้วยความยุติธรรม

นอกจากนั้น ตามหลักทั่วไปหากบุคคลใดมีการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดในฐานใดแล้ว ก็สามารถฟ้องร้องให้รับผิดชอบได้ อนุญาตตุลาการเองก็เช่นกัน โดยหากพบว่ามีการทุจริต เรียกรับสินบน การกระทำความผิดกล่าวย่อมนับเป็นการผิดสัญญาและเข้าองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง จึงสามารถฟ้องร้องให้รับผิดชอบฐานผิดสัญญาโดยเรียกค่าเสียหายเป็นตัวเงินและฟ้องฐานฉ้อโกงได้อยู่แล้ว ซึ่งสามารถพิสูจน์ความผิดได้ง่ายกว่าความผิดฐานเรียกรับสินบนและสามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติมากกว่า อีกทั้งโทษจำคุกที่กำหนดไว้นั้นใกล้เคียงกับโทษที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดกรณีรับสินบนด้วย เพราะโทษหรือฐานความผิดที่กำหนดไว้เฉพาะกรณีทุจริต รับสินบนนั้นอาจรุนแรงเกินไปและไม่เหมาะสมกับกรณีของอนุญาตตุลาการ

ที่มีที่มาจากพื้นฐานของสัญญา จนอาจทำให้เป็นการขัดต่อนโยบายและทำให้ไม่เป็นการส่งเสริมการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

แม้จากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า ในบางประเทศหรือในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเรียก รับสินบนของอนุญาตตุลาการไว้ แต่ประเทศเหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วเป็นประเทศที่ไม่ได้รับความนิยมในการอนุญาตตุลาการ ส่วนสถานที่ที่ได้รับความนิยมในการเข้าไปใช้บริการการอนุญาตตุลาการนั้นส่วนใหญ่จะไม่มีการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาไว้ โดยเป็นองค์กรของภาคเอกชนมากกว่าการอนุญาตตุลาการที่เป็นของภาครัฐ เช่น หอการค้านานาชาติ (ICC) สถาบันอนุญาตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) เป็นต้น ส่วนมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ซึ่งเป็นศูนย์กลางของการอนุญาตตุลาการก็ไม่มีการบัญญัติความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการไว้เช่นกัน โดยมลรัฐนิวเจอร์ซีย์นั้นเดิมได้เคยมีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีนี้ไว้เช่นกัน ซึ่งพบว่าทำให้มีผู้เข้ามาใช้บริการการอนุญาตตุลาการลดน้อยลงและยังทำให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการที่นี้ลดน้อยลงด้วย ต่อมาจึงได้แก้ไขโดยการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้กลับมาเป็นศูนย์กลางหลักของการอนุญาตตุลาการเหมือนเดิม

3. ผลกระทบของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่มีต่อการพัฒนาการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

ทำให้การอนุญาตตุลาการในประเทศไทยไม่พัฒนาไปอย่างที่ประสงค์ตามนโยบายที่ต้องการให้มีการเข้ามาใช้การอนุญาตตุลาการเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทมากขึ้น และมีเป้าหมายที่จะให้ประเทศไทยได้พัฒนาจนกลายเป็นศูนย์กลางการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ แต่การกำหนดให้มีความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการ ทำให้คนไทยและคนต่างชาติไม่ต้องการที่จะมาทำสัญญาอนุญาตตุลาการหรือดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย เนื่องจากการมีบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์เหมาะสมที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ไม่ยอมรับทำหน้าที่นี้ในประเทศไทย แต่มีแนวโน้มจะไปรับทำหน้าที่นี้ในต่างประเทศมากขึ้น เพราะเกรงว่าหากตนมารับทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศไทยแล้ว ตนอาจเสี่ยงที่จะถูกฟ้องคดีตามกฎหมายไทยได้ อีกทั้งประเทศไทยกำหนดโทษหนักและสูงกว่าโทษของประเทศอื่น ๆ คือ จำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เมื่อเป็นเช่นนั้น คนดีที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการจึงนิยมเลือกที่จะไปเจรจา รับเป็นอนุญาตตุลาการที่ประเทศอื่นที่ไม่มีบทบัญญัติเหล่านี้

นอกจากนั้น การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีเรียกรับสินบนยังส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องกระทำโดยอิสระ ปราศจาก ความกลัวเกรงหรืออิทธิพลใด ๆ แต่การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญานี้ ทำให้ต้องคอยระวัง ที่จะไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่พอใจ จนอาจถูกกลั่นแกล้งข่มขู่ว่าจะฟ้องร้องเป็นคดี จึงอาจทำให้ ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เป็นอิสระได้

เมื่อการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการอาจก่อให้เกิดภาระอย่างมากต่ออนุญาโตตุลาการ ในการต่อสู้คดีอาญาที่อาจเกิดจากการถูกกลั่นแกล้งฟ้องร้องเป็นคดี จึงส่งผลให้บัณฑิต เป็นอุปสรรคในการเข้ามาทำหน้าที่ ผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญเหมาะสมจำนวนไม่น้อยคงจะไม่เลือก มาทำหน้าที่นี้ เพราะอัตราค่าป่วยการที่จะได้รับอาจไม่คุ้มค่ากับความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น แม้ในท้ายที่สุดอนุญาโตตุลาการจะไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ก็ต้องเสียหายอย่างมาก กล่าวคือ ต้องเสียเวลาในการพิจารณาคดีที่ใช้เวลานานหลายปี และถูกจำกัดสิทธิในหลาย ๆ ด้าน ต้องเสีย ชื่อเสียงเพราะการถูกฟ้องร้องและทำให้ไม่ได้รับความเชื่อถืออีกต่อไป ทั้งยังต้องเสียค่าใช้จ่าย ต่าง ๆ อย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายในการจ้างทนายความมาต่อสู้คดี ค่าธรรมเนียม และภาระ ความรับผิดชอบที่ต้องชำระตามที่คู่พิพาทเรียกร้อง รวมถึงความรู้สึกทางด้านจิตใจที่ต้องเครียด วิดกกังวลอย่างมากแล้ว ย่อมทำให้บุคคลเหล่านี้เลือกจะทำหน้าที่ในวิชาชีพหลักของตน เพียงด้านเดียวซึ่งได้รับค่าตอบแทนความเชี่ยวชาญที่คุ้มค่าอยู่แล้ว และไม่เข้ามาเป็น อนุญาโตตุลาการเพื่อช่วยเหลืออำนวยความสะดวก

2. ข้อเสนอแนะ

1. ในเรื่องความรับผิดชอบแห่งของอนุญาโตตุลาการควรมีการกำหนดนิยามหรือ คำจำกัดความของคำว่า “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อที่จะทำให้การใช้และการตีความมีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งผู้เขียนขอเสนอ ให้คำจำกัดความ ดังนี้

ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง ลักษณะพฤติกรรมที่ใกล้เคียงกับการกระทำ โดยจงใจ โดยมีลักษณะเป็นการขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนรู้อยู่แล้ว ว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายหากตน ไม่ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ในการทำหน้านั้น แต่ผู้กระทำไม่ได้ใส่ใจกับความเสียหายที่อาจ เกิดขึ้นกลับกระทำการหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่นั้นโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยจนเกิด ความเสียหายขึ้นต่อบุคคลอื่น

2. ควรมีการกำหนดเป็นกรณีตัวอย่างหรืออาจทำเป็นแนวทางปฏิบัติ (Guideline) เพื่ออธิบายว่า การกระทำแค่ไหน เพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งอาจบรรจุเป็นแนวทางปฏิบัติ (Guideline) ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นตัวอย่างในทางปฏิบัติและสร้างความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายให้ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ ทั้งคนไทยและคนต่างชาติสามารถนำไปพิจารณาว่าตนจะเข้ารับทำหน้าที่นี้หรือไม่ อีกทั้งยังช่วยสร้างความเข้าใจและทำให้อนุญาโตตุลาการระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีโดยสัญญา ดังนั้น ถ้าจะให้ อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน ก็ต้องมีลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการ ผิดสัญญาหรือผิดหน้าที่ หรือมีการกระทำที่เป็นการประพฤตินอกหรือซึ่งมีลักษณะเดียวกัน และต้องสอดคล้องกับประเทศต่าง ๆ รวมทั้งกฎหมายแม่แบบด้วย ซึ่งผู้เขียนขอเสนอลักษณะ การกระทำของอนุญาโตตุลาการที่ควรจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ดังนี้

1) กรณีอนุญาโตตุลาการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่โดยจงใจหรือ ทุจริต เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการจงใจให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหายหรือรับสินบนจาก คู่พิพาทที่ เช่น การไม่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี หรือพิจารณาพยานหลักฐานลับหลังคู่กรณีฝ่าย ใดฝ่ายหนึ่งโดยไม่ใช้ความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น เพื่อประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่าย เป็นต้น

2) กรณีอนุญาโตตุลาการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่โดยประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง กรณีนี้เป็นกรณีที่พิจารณาค่อนข้างยาก ดังนั้น การที่จะให้อนุญาโตตุลาการ ต้องรับผิดชอบในกรณีนี้ จึงควรเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์ที่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการได้คาดเห็น หรือมองเห็นได้ว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท แต่ยังคงกระทำลงหรือไม่ใช้ความระมัดระวังในเรื่งดังกล่าวเลยจนส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นผลที่สัมพันธ์กับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงของอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งกรณีที่อนุญาโตตุลาการควรจะต้องรับผิดชอบหากกระทำ โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ ได้แก่

ก. อนุญาโตตุลาการกระทำการอันเป็นฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกัน ความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากมีการกำหนดกฎเกณฑ์ ในการป้องกันความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ แต่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นกลับไม่ใส่ใจ ในกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาหรือที่กฎหมายกำหนดไว้เลยแม้แต่น้อย โดยการกระทำหรืองดเว้น การกระทำการอันไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์เหล่านั้น แล้วทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

ข. อนุญาโตตุลาการกระทำการฝ่าฝืนมาตรฐานวิชาชีพของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพอย่างหนึ่งซึ่งต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญที่ตนมี ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีพิพาท จึงจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐาน วิชาชีพให้สมกับที่ได้รับการคาดหวังจากบุคคลภายนอกทั่วไป แต่หากได้ใช้ความระมัดระวัง เบี่ยงเบนต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพเป็นอย่างมาก ก็ต้องถือว่าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรง

ค. อนุญาโตตุลาการละเลยไม่เอาใจใส่ในการทำหน้าที่ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าความเสียหาย นั้นอาจเกิดขึ้นได้ กรณีนี้ควรเป็นกรณีมีพฤติการณ์ที่ชัดเจนว่าไม่สนใจ ไม่เอาใจใส่ในหน้าที่ของตน แม้จะคาดเห็นอยู่แล้วว่าการที่ตนทำเช่นนี้จะเกิดความเสียหายขึ้นแก่คู่กรณีพิพาท เช่น ไม่ระมัดระวังเลยจนทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับของคู่กรณีพิพาทรั่วไหลออกไปหรือถูกเปิดเผย จนเกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท หรือเลื่อนนัดพิจารณาโดยไม่มีเหตุอันสมควรจนทำให้ การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้าออกไป ทำให้คู่กรณีพิพาทต้องเสียค่าใช้จ่าย มากขึ้น ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่โดยปกติแล้วไม่ควรจะต้องเสีย เป็นต้น

3) ควรจะนำลักษณะการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่บางประเทศได้กำหนดไว้ ชัดเจนให้ต้องรับผิดชอบมาพิจารณาเพื่อนำมาใช้เป็นกรณีตัวอย่าง (Guideline) ด้วย เพราะเป็นการกระทำที่หลายประเทศเห็นว่าอนุญาโตตุลาการสมควรต้องรับผิดชอบ จึงน่าจะเป็น ที่ยอมรับกันได้ ได้แก่

ก. อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่คู่กรณีตกลงกันหรือ ตามกฎหมาย ถ้าอนุญาโตตุลาการละเลยไม่ทำตามหน้าที่นี้ จนเป็นเหตุให้ถูกเพิกถอนคำชี้ขาด ก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย

ข. หากอนุญาโตตุลาการมีการตกลงรับตำแหน่งแล้วแต่ภายหลังกลับถอนตัว โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อคู่กรณีด้วย

ค. อนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ทำหน้าที่หรือไม่ทำหน้าที่ภายในเวลาอันสมควร หลังจากที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีสำหรับความเสียหาย ที่เกิดขึ้นจากการไม่ทำหน้าที่หรือทำหน้าที่ล่าช้า

3. ควรนำประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการซึ่งโดยหลักแล้วไม่มีสภาพบังคับ ทางกฎหมายนำมาพิจารณาปรับแก้ไขเพื่อบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจน เพราะประมวลจริยธรรม เหล่านี้มีเนื้อหาเป็นการวางกรอบความประพฤติปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสม

และครอบคลุมในทุกด้าน เพื่อเป็นการวางมาตรการควบคุมและป้องกันการกระทำผิดของอนุญาโตตุลาการ

4. ควรตัดบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการในมาตรา 23 วรรคสองและวรรคสามออกไป เพราะแม้รัฐจะมีความชอบธรรมที่จะกำหนดความรับผิดชอบนี้ เรียก รับสินบนได้ แต่หากพิจารณาในแง่ของความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วอาจยังไม่เหมาะสมนัก เพราะความรับผิดชอบทางอาญาในส่วนที่เป็นการทุจริต รับสินบนของอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถที่จะป้องกันและตรวจสอบได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการจัดวางหลักการระบบกลไกรองรับและหลักเกณฑ์พื้นฐานในการปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของทุกฝ่ายอยู่แล้วโดยทั้งศาลและคู่กรณีก็สามารถทำการตรวจสอบได้เอง อีกทั้งยังมีสถาบันอนุญาโตตุลาการเข้ามาดูแลในเรื่องนี้ด้วย โดยหากพบว่าการทุจริตเกิดขึ้นก็จะมีมาตรการตัดผู้นั้นออกจากการเป็นอนุญาโตตุลาการไม่อาจเข้ามาทำหน้าที่นี้ได้อีก นอกจากนี้ หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นจริงก็สามารถลงโทษตามกฎหมายอาญาทั่วไปได้อยู่แล้วซึ่งพิสูจน์ความผิดได้ง่ายกว่า ทั้งยังสามารถฟ้องร้องเป็นคดีทางแพ่งเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายได้อยู่แล้วจึงน่าจะเพียงพอแก่กรณี เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นดำเนินไปตามเป้าหมายและเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ

5. ควรวางมาตรการป้องกันการทุจริตของอนุญาโตตุลาการเพิ่ม โดยการเพิ่มกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยการจัดให้มีคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบร่างคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก่อนที่จะมีการออกมาเป็นคำชี้ขาดว่าร่างคำชี้ขาดนั้นมีปัญหาหรือมีสิ่งผิดปกติในเรื่องใดหรือไม่ โดยอาจให้นักกฎหมายที่ดีที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและเป็นที่นับถือว่ามีคุณธรรมจริยธรรมเข้ามาช่วยเป็นคณะกรรมการ เพื่อให้คำชี้ขาดที่ออกมานั้นสมบูรณ์และถูกต้องตามหลักความยุติธรรม และเป็นการป้องกันการทุจริตของผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการอีกทางหนึ่งด้วย