

บทที่ 2

แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและหลักความรับผิดชอบ ของอนุญาโตตุลาการ

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงแนวความคิดทั่วไป ความหมายและลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ทฤษฎี สถานะ บทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท กระบวนการพิจารณา และหลักการสำคัญที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความยุติธรรม ตลอดจนแนวความคิดเรื่องความคุ้มกันและความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ในเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการต่อไป

1. แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

1.1 ความหมายและลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นมิได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้ แต่ใน Black's Law Dictionary¹ ได้ให้ความหมายของคำว่า “Arbitration” (การอนุญาโตตุลาการ) ไว้ว่า หมายถึง กระบวนการวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันเสนอข้อพิพาทต่อบุคคลที่สามที่เป็นกลางซึ่งได้รับเลือกจากคู่กรณีให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทให้ และคำชี้ขาดนั้นมีผลผูกพันคู่กรณีพิพาท

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้นิยามเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

Rene David² ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการมอบอำนาจจากรัฐ และจำต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น

¹ Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, 9th ed. (St. Paul, Minn.: West/Thomson Reuters, 2009), p. 112.

² Rene David, Arbitration in International Trade (The Netherlands: Kluwer Law & Taxation Publishers, 1985), p. 5.

ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์³ ได้ให้นิยามของคำว่า การอนุญาตตุลาการไว้ว่า เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์วิธีหนึ่ง ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญาด้วยความสมัครใจเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้ผู้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาตตุลาการ ทำการพิจารณาชี้ขาดและคู่กรณียอมผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ส่วน “อนุญาตตุลาการ” คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายตั้งขึ้น เพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี⁴

รองศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร⁵ ได้ให้นิยามไว้ว่า การอนุญาตตุลาการหมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้ผู้ใดคนหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า อนุญาตตุลาการ และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นผูกพันคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล

ดร.วรรณชัย บุญบำรุง⁶ ได้อธิบายไว้ว่า บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายในการที่ตกลงกันให้มีอนุญาตตุลาการนั้น คู่พิพาทอาจกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้รับการชี้ขาดอันมีผลผูกพันโดยบุคคลที่ตนเป็นผู้เลือก ซึ่งผลจากการตกลงดังกล่าวทำให้ข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจของศาล ดังนั้น คู่พิพาทจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในการที่จะให้มีอนุญาตตุลาการ กระบวนการจะจบลงด้วยการมีคำชี้ขาด ซึ่งมีสภาพบังคับทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาล และในที่สุดคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถที่จะถูกโต้แย้งโดยคู่พิพาทที่ไม่พอใจได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

³เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ,” ใน รวมบทความข้อบังคับข้อ ตกลงระหว่างประเทศกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), เล่มที่ 2: น. 4.

⁴เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 104.

⁵พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการพร้อมดัชนี, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 20.

⁶วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2548), น. 28-29.

ลักษณะสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นลักษณะสากลที่มีความคล้ายคลึงกันในการอนุญาโตตุลาการทั่วโลก คือ⁷

(1) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนการพิจารณาว่าข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายและนโยบายของแต่ละประเทศ

(2) บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง คือ ต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคู่พิพาท จะมีจำนวนเท่าใดก็ได้ ซึ่งได้รับเลือกจากคู่พิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะ

(3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาซึ่งเป็นการตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้

(4) อนุญาโตตุลาการต้องทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทตามวิธีพิจารณาความ แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ แต่สิ่งสำคัญคือ อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดไปตามหลักแห่งความยุติธรรม

(5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชน กฎหมายในทุกประเทศจึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดในการตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด คือ มีผลเป็นการยุติข้อพิพาทและคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์ของรัฐคือศาลให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

(7) การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องเพียงกรณีที่จำเป็นเพื่อควบคุมกระบวนการ

⁷ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), น. 10-12.

พิจารณาคดีและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ

1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ

การศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดสถานะขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการ และสภาพหรือลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาตตุลาการว่าการอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนเท่านั้นหรือไม่ ซึ่งถ้าเป็นเรื่องระหว่างเอกชนย่อมทำให้คู่กรณีสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการอนุญาตตุลาการได้โดยรัฐไม่มีอำนาจเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่ถ้าเป็นการระงับข้อพิพาทที่รัฐอนุญาตให้คู่กรณีกระทำการก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย โดยแต่ละทฤษฎีนั้นก็สะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างทางด้านความคิดที่ว่า อนุญาตตุลาการได้รับอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทมาได้อย่างไร มีอำนาจมากน้อยเพียงใด รวมถึงอำนาจของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาตตุลาการ อันจะนำไปสู่ประเด็นพิจารณาในเรื่องของความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการที่ผู้เขียนมุ่งหมายจะทำการศึกษา โดยทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนั้นมี 4 ทฤษฎี ดังต่อไปนี้

1.2.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับอำนาจรัฐ โดยเห็นว่ารัฐมีอำนาจที่จะควบคุมและวางหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาตตุลาการที่จะเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจหรือในดินแดนของตน แม้ว่าการอนุญาตตุลาการจะเกิดจากสัญญาของคู่กรณีพิพาทที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนี้ก็ตาม เนื่องจากมองว่าการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปกติเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ เพราะถ้าไม่มีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่กรณีที่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการและให้อำนาจอนุญาตตุลาการที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว การอนุญาตตุลาการก็ย่อมไม่มีความหมายและไม่เกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นได้ สภาพการอนุญาตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้น ไม่ใช่สิทธิของคู่กรณีพิพาท นอกจากนั้นยังเห็นว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจหน้าที่คล้ายคลึงกันกับศาลคือ ทำหน้าที่พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาล⁸

⁸ Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, (New York: Oceana Publications, Inc., 1978), pp. 52-53.

ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้คือ ศาสตราจารย์เฟรดเดอริก อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann) โดยท่านเห็นว่า รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (Public Function) ได้เช่นกัน ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ⁹ ดังนั้น หากการกระทำใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการนั้นขัดกับหลักกฎหมาย อันเป็นบทบังคับหรือนโยบายสาธารณะของรัฐที่เป็นสถานที่นั่งพิจารณาแล้วย่อมเป็นการตัดสินที่ไม่เป็นธรรม¹⁰

สถานะของอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีนี้จึงเป็นเรื่องการมอบอำนาจ (Delegation) อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้กระทำการเป็นอนุญาโตตุลาการได้ จึงเป็นอำนาจของรัฐเท่านั้นที่จะควบคุมการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดซึ่งเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐ และปฏิเสธว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาจากข้อตกลงของคู่สัญญา

1.2.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นมีที่มาจากข้อสัญญาของคู่สัญญา เพราะเกิดขึ้นแต่โดยอาศัยความตกลงร่วมกันของคู่สัญญาเท่านั้น โดยการอนุญาโตตุลาการนั้นประกอบด้วยสัญญาจำนวนสองสัญญา คือ สัญญาระหว่างคู่กรณีด้วยกันเอง และสัญญาระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการ¹¹ นอกจากนี้ ลักษณะของสัญญานั้นยังพิจารณาได้จากการที่คู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดรูปแบบวิธีการของกระบวนการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการทั้งหมดได้อย่างมีอิสระ ตั้งแต่ในเรื่องของการเลือกอนุญาโตตุลาการ การกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การสืบพยานหลักฐาน ตลอดจนเรื่อง

⁹ F.A. Mann, "Lex Facit Arbitrum," in Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders (The Hague: Nijhoff, 1967), pp. 157-162. อ้างใน อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 21.

¹⁰ F.A. Mann, "State Contracts and International Arbitration," The British Yearbook of International Law, 42, pp. 14, 16 (1967).

¹¹ Hong-lin Yu, "Explore the void – An evaluation of arbitration theories: Part 1," International Arbitration Law Review, 6, 7, p. 185 (2004).

การกำหนดเวลาและสถานที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และคู่สัญญายังคงตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันระหว่างกัน

ทฤษฎีนี้จึงปฏิเสธอำนาจรัฐที่จะเข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยเจตนาและความยินยอมของคู่กรณีพิพาทด้วยใจสมัคร ไม่มีกฎหมายใดบังคับให้คู่กรณีต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนี้ และคำชี้ขาดก็เป็นผลมาจากการตกลงกันของคู่กรณีด้วย ในกรณีจำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลก็บังคับให้ในฐานะที่คำชี้ขาดเป็นผลผลิตของสัญญา โดยจะเห็นได้ชัดเจนในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะกระบวนการต่าง ๆ ในการอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณีทั้งสิ้น และเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาและกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันได้เท่านั้น โดยทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนจากศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)¹²

1.2.3 ทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีผสมถูกสร้างขึ้นโดยศาสตราจารย์เซอร์วิลล์ (Professor Surville) และถูกพัฒนาโดยศาสตราจารย์ซอสเซอร์-ฮอลล์ (Professor Sauser-Hall) ทฤษฎีนี้เป็นการประนีประนอมระหว่างทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญา โดยเห็นว่าทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) และทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) นั้นไม่สามารถอธิบายลักษณะของการอนุญาโตตุลาการได้อย่างครบถ้วน เพราะการอนุญาโตตุลาการนั้นมีทั้งเรื่องอำนาจรัฐ วิธีพิจารณาและสัญญา โดยทฤษฎีนี้เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่อยู่ในทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญา กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีในเรื่องของการตกลงกันเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ตลอดทั้งได้กำหนดรายละเอียด กฎเกณฑ์ วิธีพิจารณาต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคู่กรณีจึงเป็นเรื่องของสัญญา แต่ในส่วนของการพิจารณาถึงอำนาจในการมอบให้ระงับข้อพิพาทของคู่สัญญา ความชอบด้วยกฎหมายของข้อตกลงว่าจะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและการมีผลบังคับของคำชี้ขาดก็เป็นส่วนที่ต้องอยู่ภายใต้การครอบงำของกฎหมายแห่งรัฐ¹³

¹² Julian D.M. Lew, *supra* note 8, pp. 54-55.

¹³ *Ibid*, pp. 57-58.

1.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory)

ทฤษฎีความเป็นเอกเทศนี้เห็นว่า การอนุญาตตุลาการมีลักษณะที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระในตัวเอง โดยทฤษฎีนี้พิจารณาการอนุญาตตุลาการจากลักษณะของอนุญาตตุลาการเอง (per se) โดยพิจารณาถึงการกระทำของอนุญาตตุลาการ วัตถุประสงค์ที่อนุญาตตุลาการมีขึ้น หน้าทีและเหตุผลของหน้าทีของอนุญาตตุลาการ โดยจะพบว่าอนุญาตตุลาการนั้นมีวัตถุประสงค์ในการให้การระงับข้อพิพาทที่รวดเร็ว (speedy) ยืดหยุ่น (flexible) และมีบรรยากาศที่เป็นมิตร (friendly atmosphere) ทั้งยังเห็นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการนั้นพัฒนาขึ้น เพื่อช่วยอำนวยความสะดวกแก่การทำงานของอนุญาตตุลาการเท่านั้น¹⁴ คู่สัญญาที่มีอิสระอย่างเต็มที่ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ

ทฤษฎีนี้ถูกเสนอโดย Madame Rubellin Devichi ท่านได้ปฏิเสธทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญา เนื่องจากเห็นว่าทฤษฎีเหล่านี้หาได้ตอบสนองต่อความเป็นจริงไม่ และยังปฏิเสธทฤษฎีผสมเนื่องจากเห็นว่าขาดการให้นิยามและขอบเขตที่ชัดเจน ท่านเห็นว่าความมีอยู่และการพัฒนาการของการอนุญาตตุลาการนั้นเป็นไปตามความต้องการของการค้าระหว่างประเทศและเพื่อให้มีการพัฒนาและขยายการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไปมากจึงเสนอว่า คู่สัญญาควรมีอิสระอย่างเต็มที่ในกระบวนการพิจารณา และเห็นว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาดจะบังคับในแต่ละประเทศได้นั้น จำเป็นจะต้องมีสถาบันระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการอย่างสมบูรณ์ในทางการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากจะได้มีความรวดเร็วและคู่สัญญาจะได้รับความถูกต้องทั้งสองฝ่าย ดังนั้น การอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง (delocalization)¹⁵

1.3 บทบาท อำนาจ หน้าทีของอนุญาตตุลาการ

ก่อนจะกล่าวถึงความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการนั้น ควรกล่าวถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบ คือ อำนาจและหน้าทีของอนุญาตตุลาการ เพราะอนุญาตตุลาการนั้นจะได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติหน้าที่ต่อเมื่อปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้อง และต้องรับผิดชอบเมื่อไม่ปฏิบัติ

¹⁴ Ibid, p. 59.

¹⁵ Rubellin Devichi, L'arbitrage: Nature Juridique: Droit Interne et Droit

Internal Privé, (Paris: Librairie Generake de Droit et de Jurisprudence, 1965), p. 365

quoted in Julian D.M. Lew, *supra* note 8, p. 60.

ตามหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่อง ดังนั้น จึงควรพิจารณาในเบื้องต้นถึงอำนาจและหน้าที่ของอนุญาตตุลาการว่ามีอย่างไรบ้าง

1.3.1 อำนาจของอนุญาตตุลาการ

อำนาจของอนุญาตตุลาการเป็นอำนาจในการกระทำการตามหน้าที่ที่กำหนดขึ้น เพื่อให้การอนุญาตตุลาการบรรลุวัตถุประสงค์และเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอำนาจของอนุญาตตุลาการนั้นมีที่มาสองประการ คือ

(1) อำนาจที่เกิดจากสัญญา คือ อำนาจที่อนุญาตตุลาการได้รับมาจากคู่กรณีพิพาท เนื่องจากการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่กรณีพิพาทที่ทำสัญญาให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอำนาจที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ¹⁶

(ก) อำนาจโดยตรง เป็นอำนาจที่แท้จริงและเห็นได้ชัดเจนที่สุด เป็นอำนาจที่มาจากเจตนาโดยชัดแจ้ง มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ อำนาจของอนุญาตตุลาการที่มาจากสัญญาย่อมผูกพันแต่เฉพาะคู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่มีผลผูกพันใช้บังคับกับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้ร่วมตกลงด้วย

(ข) อำนาจโดยปริยาย เป็นอำนาจที่อนุญาตตุลาการได้รับเมื่อคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันทำการอนุญาตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ เพราะในข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการย่อมกำหนดอำนาจหน้าที่บางประการของอนุญาตตุลาการไว้

(2) อำนาจที่ได้รับมาตามกฎหมาย เป็นการที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้การรับรองว่า คู่สัญญาสามารถตกลงกันให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการรับฟังข้อเท็จจริง พยานหลักฐานต่าง ๆ และพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อระงับข้อพิพาทของคู่กรณีพิพาทได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้สามารถใช้การอนุญาตตุลาการได้ คือ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือนโยบายสาธารณะ

¹⁶ ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล, “อำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น. 53-54.

1.3.2 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการนั้นมีหน้าที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายและตามที่คู่กรณีพิพาทระบุไว้ในสัญญาระหว่างคู่กรณีกับอนุญาโตตุลาการ โดยหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอาจแบ่งได้ดังนี้

(1) หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 วรรคสอง ได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลซึ่งจะถูกตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน ซึ่งหน้าที่มีขึ้นตั้งแต่วันที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

(2) หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง การที่คู่กรณีได้เลือกแต่งตั้งบุคคลใดให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นก็เพราะคุณสมบัติและความสามารถของบุคคลนั้นเอง ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการจึงถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งที่ต้องทำหน้าที่นั้นด้วยตนเอง จะตั้งตัวแทนหรือให้บุคคลอื่นปฏิบัติหน้าที่แทนตนมิได้

(3) หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกันและเป็นธรรม หน้าที่นี้มีที่มาจากหลักการฟังความสองฝ่ายซึ่งเป็นการให้สิทธิที่เท่าเทียมกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการเบิกความและนำเสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่ และจะต้องรับฟังพยานหลักฐานในขณะที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอยู่ในการพิจารณา เว้นแต่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัด เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างว่าไม่ยุติธรรม

(4) หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณีโดยเคร่งครัด เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากสัญญา ดังนั้น หากในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้มีการระบุถึงอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไว้ อนุญาโตตุลาการก็ต้องปฏิบัติตามนั้นอย่างเคร่งครัด รวมถึงการตกลงกันภายหลังจากที่ทำสัญญาด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักความประสงค์ของคู่ความและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ด้วยเหตุนี้ อนุญาโตตุลาการจึงมีหน้าที่ชี้ขาดได้เฉพาะข้อพิพาทที่เสนอต่อตนตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น

(5) หน้าที่ในการรับฟังข้อเท็จจริงและชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายหรือตามหลักความเป็นธรรม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่าง ๆ ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อนำมาพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และในส่วนของการทำคำชี้ขาดนั้น อนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดโดยใช้หลักกฎหมายมาปรับแก้ประเด็นที่พิพาท ขึ้นอยู่กับว่าคู่กรณีตกลงว่าจะให้นำกฎหมายใดมาใช้ก็ต้องชี้ขาดตามหลักกฎหมายนั้น จะชี้ขาดตามอำเภอใจไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันว่าให้ชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักความเป็นธรรม

โดยไม่ต้องชี้ขาดตามหลักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักความเป็นธรรม

(6) หน้าที่ตามจริยธรรม แม้ว่าประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการจะเป็นเพียงข้อกำหนดของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย แต่ประมวลจริยธรรมเหล่านี้ก็มีสภาพบังคับในทางศีลธรรม โดยเป็นตัวกำหนดกรอบการกระทำของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมและถูกต้อง

1.4 การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการ

การใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรภาครัฐหรือเอกชน หลักสำคัญประการหนึ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งคือ การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ เพราะการใช้อำนาจโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบอาจเป็นเหตุให้เกิดการบิดเบือนการใช้อำนาจได้ การใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการก็เช่นเดียวกัน เพราะอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทเพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่กรณีพิพาท การใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในบางกรณีอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีได้ หากอนุญาโตตุลาการอาศัยอำนาจที่ตนมีนั้นกระทำการอันเป็นการทุจริต เพื่อแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้การใช้อำนาจนั้นเป็นไปในทิศทางที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม

1.4.1 การควบคุมโดยตัวอนุญาโตตุลาการเอง

ในการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องใด มีระบบการบริหารและตรวจสอบเช่นไร สิ่งที่มีความสำคัญที่สุดประการหนึ่งคือ บุคคลผู้ใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่นั้น ดังนั้น การใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การชี้ขาดนั้นจะต้องเป็นธรรมหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับตัวอนุญาโตตุลาการเอง

ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ประชาชนนั้น ความจริงแล้วเฉพาะแต่ตัวบทกฎหมายนั้นก็มีความสำคัญ แต่ยังมีความสำคัญน้อยกว่าตัวบุคคล ซึ่งเป็นผู้บังคับใช้และตีความกฎหมาย เพราะกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้บัญญัติขึ้นตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างเพียงเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพทางสังคมและเศรษฐกิจในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม สังคมนั้นย่อมมีวิวัฒนาการ

และเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ดังนั้น การที่จะนำกฎหมายมาใช้ในการแก้ไขปัญหาสังคมที่ดี การพัฒนาสังคมที่ดี จึงอยู่ที่ความรู้สึกสำนึกและความรับผิดชอบของผู้ใช้กฎหมายนั่นเอง¹⁷

อนุญาตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี จึงอาจต้องตีความกฎหมาย ใช้บังคับกฎหมาย หรือใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ โดยการใช้อำนาจดังกล่าวอนุญาตตุลาการต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงต้องพยายามจำกัดตนเองให้อยู่ภายใต้กรอบแห่งอำนาจของตน แต่ในบางกรณีกฎหมายได้กำหนดให้อนุญาตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง เช่น มาตรา 25 วรรคสอง ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวตามหลักแห่งความยุติธรรมที่ควรจะเป็น ไม่ใช่ใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขต และไม่ใช้อำนาจของตนโดยมิชอบ

อนุญาตตุลาการจึงต้องเป็นบุคคลที่มีคุณธรรมในตนเอง โดยมีสำนึกและความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตน รวมไปถึงการตั้งมั่นในจริยธรรมทางวิชาชีพ วางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และใช้ความรู้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่ในการปฏิบัติหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท เพื่อให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้รับความยุติธรรม

นอกจากนี้ ยังมีหลักการสำคัญที่อนุญาตตุลาการควรคำนึงถึงและนำมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เพื่อให้การอนุญาตตุลาการเป็นไปด้วยความยุติธรรม คือ

1) หลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระ หลักการนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 19 วรรคหนึ่ง อนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ หมายถึง การทำหน้าที่เป็นคนกลาง ให้ความยุติธรรมต่อทั้งสองฝ่าย ไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท แม้ว่าฝ่ายนั้นจะเป็นผู้ตั้งตนให้ทำหน้าที่ก็ตาม และต้องเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ที่อาจกระทบถึงความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่

2) หลักการฟังความสองฝ่าย หลักนี้เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่เท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นผลมาจากการต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

¹⁷ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 11.

จึงต้องให้สิทธิที่เท่าเทียมกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีหลักนี้ปรากฏอยู่ในหลายเรื่อง เช่น มาตรา 25 วรรคหนึ่ง อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ทำให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน คือ ให้โอกาสคู่พิพาทนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างของตน รวมถึงการต้องแจ้งกำหนดนัดสืบพยาน กำหนดนัดพิจารณา และเอกสารข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน ข้อมูลรายงาน หลักฐานใด ๆ ที่อนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการชี้ขาดให้แก่คู่พิพาท ซึ่งหลักนี้เป็นหลักที่สำคัญที่สุดหลักหนึ่งของกฎหมายแม่แบบ

3) หลักคุณธรรมและจริยธรรม คุณสมบัติที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการ คือ การยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรมของการทำหน้าที่ ซึ่งสถาบันที่จัดให้มีการอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ จึงมักจะจัดให้มีประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการกำหนดกรอบและแนวปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมให้เห็นได้ชัดเจน เป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติ เพื่อเป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของอนุญาโตตุลาการและก่อให้เกิดความน่าเชื่อถือแก่ประชาชนต่อระบบอนุญาโตตุลาการ

4) หลักความคุ้มกันจากความรับผิด หลักนี้มีขึ้นเพราะว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งจะใช้หลักความคุ้มกันทางศาล (Judicial Immunity) จึงต้องมีความคุ้มกันเพื่อเป็นหลักประกันในความเป็นอิสระว่ากรณีที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยชอบแล้วจะไม่ต้องถูกฟ้องคดีหรือเรียกให้รับผิด เพื่อให้อนุญาโตตุลาการซึ่งต้องใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่สามารถทำงานของตนได้เต็มที่

1.4.2 การควบคุมโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

การควบคุมโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้ขึ้นทะเบียนเป็นอนุญาโตตุลาการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่ง ซึ่งโดยปกติแล้วสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งนั้นจะทำการคัดเลือกคุณสมบัติของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะที่หอการค้านานาชาติ หรือ ICC (International Chamber of Commerce) นั้น พบว่า มีการคัดเลือกคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด โดยพิจารณาจากความรู้ความสามารถ ความชำนาญ ประสบการณ์และสิ่งที่สำคัญที่สุดคือ การพิจารณาในเรื่องความยุติธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยทางอ้อม คือ โดยการคัดเลือกตัวอนุญาโตตุลาการผู้ใช้อำนาจซึ่งถือว่ามีค่าสำคัญมาก นอกจากนี้ ใน ICC นั้นได้มีคณะกรรมการคอยตรวจสอบร่างคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ได้ทำขึ้นที่สถาบันแห่งนี้ โดยคณะกรรมการเหล่านี้ประกอบด้วยตัวแทนจากทุกประเทศซึ่งจะคอยพิจารณาว่าคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการทำมานั้นมีปัญหาในเรื่องใด

หรือไม่ โดยจะมีการซักถามและให้อนุญาตตุลาการต้องตอบคำถาม ซึ่งถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอีกครั้ง ซึ่งน่าจะทำให้คำชี้ขาดที่ออกมานั้นมีความสมบูรณ์ และถูกต้องตามหลักความยุติธรรม นอกจากนี้ วิธีการนี้น่าจะมีผลดีและมีประสิทธิภาพในการ ควบคุมตรวจสอบตัวอนุญาตตุลาการอีกทางหนึ่งด้วย¹⁸

1.4.3 การควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

การควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาตตุลาการโดยบทบัญญัติของกฎหมายนั้น เป็นการควบคุมโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายผ่านทางกระบวนการอนุญาตตุลาการ ซึ่งการควบคุมโดยผ่านกระบวนการอนุญาตตุลาการนี้สามารถทำได้โดยอาศัยคู่ความทั้งสองฝ่าย และศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ กระบวนการอนุญาตตุลาการจึงเป็นกลไกทางกฎหมายอย่างหนึ่ง ที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลและสร้างความยุติธรรม ทำให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.4.3.1 การควบคุมโดยคู่ความ

การควบคุมโดยคู่ความนั้นสามารถทำได้ตั้งแต่ก่อนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาไปจนถึงขั้นบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ

1) การควบคุมก่อนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา

กลไกที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับควบคุมก่อนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา คือ การตั้ง อนุญาตตุลาการ เนื่องจากการอนุญาตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ได้ ตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการนี้ โดยกฎหมายกำหนดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกัน เลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการได้ด้วยตนเอง การตั้งอนุญาตตุลาการจึงเป็น สัญญาระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เสนอให้บุคคลได้รับตำแหน่งอนุญาตตุลาการและกระทำ หน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน ดังนั้น การตั้งอนุญาตตุลาการจึงเป็นขั้นตอนที่สำคัญ ในรายละเอียดของการตั้งอนุญาตตุลาการ เช่น การกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการและคุณสมบัติ ของอนุญาตตุลาการนั้น ในทางปฏิบัติของนานาประเทศคู่กรณีมักตกลงกัน เว้นแต่จะมีบทบัญญัติ ของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ดังนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงสามารถพิจารณาเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่า มีคุณสมบัติ เหมาะสมมาทำหน้าที่นี้ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ บุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการ มักจะมีคุณสมบัติที่พิเศษ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านใดด้านหนึ่ง

¹⁸ ประชุม โฉมฉาย, บทสัมภาษณ์ศาสตราจารย์ (เกียรติคุณ) ดร.ประชุม โฉมฉาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 25 กุมภาพันธ์ 2553. โปรดดูภาคผนวก ก. หน้า 129.

ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทกันอยู่โดยเฉพาะ เป็นผู้ที่มีเกียรติมีชื่อเสียงว่ามีความยุติธรรม ซื่อสัตย์ ไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นผู้ที่เข้าใจเกี่ยวกับวิธีการอนุญาตตุลาการ เป็นอย่างดี ดังนั้น ในส่วนนี้จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นส่วนที่คู่กรณีพิพาทได้ทำหน้าที่ควบคุม และคัดกรองมาแล้วในระดับหนึ่ง

2) การควบคุมระหว่างกระบวนการพิจารณา

การควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาตตุลาการโดยคู่ความในระหว่างการดำเนิน กระบวนการพิจารณาที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ การคัดค้านอนุญาตตุลาการและการถอดถอน อนุญาตตุลาการ

ก) การคัดค้านอนุญาตตุลาการ การที่กฎหมายกำหนดให้คัดค้านอนุญาตตุลาการได้ เป็นกลไกทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ถ่วงดุลและเป็นการป้องกันความไม่ยุติธรรมได้ในระดับหนึ่งด้วย เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามย่อมต้องตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการที่อีกฝ่ายตั้งขึ้น มาว่าจะลำเอียงเข้าข้างฝ่ายนั้นหรือไม่ ซึ่งหากเห็นว่ามีแนวโน้มจะลำเอียงหรือมีส่วนได้เสีย กับอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็สามารถจะใช้วิธีการคัดค้านนี้ได้ โดยต้องยื่นคำคัดค้านเป็นหนังสือ ต่อคณะอนุญาตตุลาการตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ซึ่งแม้ว่าอนุญาตตุลาการที่ถูกคัดค้านผู้นั้น จะไม่ยอมถอนตัว แต่กฎหมายก็วางระบบให้สามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้อีกตามมาตรา 20 วรรคสอง ซึ่งถ้าศาลพิจารณาเห็นตามคำร้องที่ยื่นมาก็ย่อมสั่งยอมรับคำคัดค้านนั้น

ข) การถอดถอนอนุญาตตุลาการ กฎหมายมิได้บัญญัติระบุไว้อย่างชัดเจนในเรื่อง การถอดถอนอนุญาตตุลาการว่าคู่กรณีจะทำได้หรือไม่ แต่ถ้าพิจารณาจากมาตรา 22 ที่บัญญัติ เรื่องการสิ้นสุดลงของการเป็นอนุญาตตุลาการจะเห็นได้ว่า มีเหตุหนึ่งที่จะระบุไว้ว่า“คู่พิพาทตกลงกัน ให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง” ซึ่งก็หมายถึง การตกลงกันถอดถอนอนุญาตตุลาการ ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั่นเอง¹⁹ การตกลงกันจึงเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างคู่กรณี ดังนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงไม่สามารถถอดถอนอนุญาตตุลาการได้เพียงฝ่ายเดียว แต่จะถอดถอนได้ เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายเห็นด้วยกับการถอดถอน เพราะหากถอดถอนได้โดยง่ายฝ่ายเดียวก็อาจเป็น ช่องทางให้คู่กรณีใช้ในการบีบบังคับให้อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตนต้องการ

3) การควบคุมหลังสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

กฎหมายได้วางกลไกถ่วงดุลการใช้อำนาจของอนุญาตตุลาการภายหลังสิ้นสุด กระบวนการพิจารณาไว้อีก โดยให้คู่ความและศาลเข้ามามีส่วนควบคุม กล่าวคือ โดยหลักแล้ว กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้นสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาด ซึ่งภายหลังจากการมีคำชี้ขาด

¹⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 114.

แล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ โดยต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ต้องร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดให้ ตามมาตรา 41 และมาตรา 42 ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่แพ้อาจคัดค้านคำชี้ขาดและขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้ โดยอ้างเหตุตามมาตรา 40²⁰

²⁰ มาตรา 40 การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นองค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

อีกทั้ง กฎหมายยังกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีสิทธิร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 40 โดยไม่ต้องคอยให้อีกฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดก่อน โดยอ้างสาเหตุเช่นเดียวกับการคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาด

นอกจากนี้ หากคู่ความพบว่าอนุญาโตตุลาการกระทำการอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็สามารถฟ้องร้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ซึ่งในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

1.4.3.2 การควบคุมโดยศาล

การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยศาลนั้น จะพบว่ามี สอดแทรกอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอยู่หลายเรื่อง ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้เพื่อเป็นการถ่วงดุล ตรวจสอบ โดยให้ศาลเข้ามามีส่วนช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการบางอย่าง ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยปกติแล้วคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านต้องยื่นคำคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้พิจารณา แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวหรือกรณีมีอนุญาโตตุลาการแค่คนเดียว กฎหมายก็ได้วางระบบเพื่อให้ศาลได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบโดยให้สามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้อีกตามมาตรา 20 วรรคสอง ซึ่งถ้าศาลพิจารณาเห็นตามคำร้องที่ยื่นมาก็สั่งยอมรับคำคัดค้านนั้น

นอกจากนี้ ยังเห็นได้ชัดเจนในเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กฎหมายกำหนดให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเป็นผู้ทำหน้าที่บังคับให้ เนื่องจากเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แม้ศาลจะไม่มีอำนาจตรวจสอบถึงความถูกต้องในเนื้อหาของคำชี้ขาดหรือการใช้ดุลพินิจ

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่า มีเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป

ของอนุญาตตุลาการ แต่ศาลมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าคำชี้ขาดนั้นบกพร่องถึงขั้นที่ใช้บังคับไม่ได้หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาตามเหตุในมาตรา 43 และมาตรา 44 ซึ่งเป็นเหตุเดียวกันกับการขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด โดยหากพบว่าคำชี้ขาดนั้นมีความบกพร่อง ศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ส่วนในเรื่องของการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น ศาลก็อาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้เองโดยคู่กรณีมิได้อ้างต่อศาลหากมีคดีอยู่ในศาลและศาลเห็นเองว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการหรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกรณีที่อนุญาตตุลาการทุจริตหรือกระทำโดยมิชอบก็เป็นหนึ่งในเหตุที่อาจขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ตามกรณีนี้เช่นกัน

2. หลักความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ

แม้ว่าโดยหลักแล้วอนุญาตตุลาการจะได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท แต่หากอนุญาตตุลาการไม่กระทำหน้าที่หรือกระทำหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทุจริต หรือไม่เอาใจใส่ ทำให้คู่กรณีพิพาทต้องเสียหาย อนุญาตตุลาการก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีผู้ต้องเสียหายเพราะการกระทำของอนุญาตตุลาการนั่นเอง ซึ่งความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการนั้นอาจแยกได้เป็นความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา

ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ ทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา ตลอดจนหลักการที่นำมาใช้ในการพิจารณาความมีผลใช้บังคับของข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ เพื่อเป็นหลักในการนำไปใช้พิจารณาในประเด็นปัญหาต่อไป

2.1 ความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการ

ความคุ้มกัน (Immunity) มีลักษณะคล้ายกับเอกสิทธิ์ แต่ความคุ้มกันเป็นสถานะพิเศษที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจหรือรับผลภัยบางอย่างตามกฎหมาย คือ อยู่ในสถานะที่ปลอดจากเคราะห์กรรมหรืออำนาจบางอย่างตามที่กฎหมายที่โดยปกติจะก่อให้เกิดแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง²¹ ตัวอย่างเช่น ความคุ้มกันทางการทูตของประเทศใดประเทศหนึ่งที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ใน

²¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 88.

ประเทศไทย ย่อมมีความคุ้มกันปลอดจากอำนาจของศาลไทยแม้จะกระทำการอันกฎหมายไทยบัญญัติว่าความผิดและกระทำลงในราชอาณาจักร ซึ่งหากบุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างประเทศก็ตามก็ต้องถูกฟ้องร้องและลงโทษในศาลไทยได้

หลักความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการมีที่มาจากหลักความคุ้มกันทางศาล (Judicial Immunity) ซึ่งมีขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้ความคุ้มกันแก่ตุลาการเพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ตุลาการว่าจะได้ตัดสินคดีอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อที่จะปลอดจากการถูกดำเนินการทางกฎหมายใด ๆ อันเป็นผลจากการตัดสินคดีนั้น เหตุผลเบื้องหลังที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ คือ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้พิพากษาและคู่ความ เนื่องจากการกำหนดความรับผิดชอบของศาลจะทำให้เกิดผลเสียคือ การฟ้องร้องให้รับผิดชอบจะเป็นการคุกคามขัดขวางบุคคลที่มีความสามารถและมีความรับผิดชอบจากการทำหน้าที่ทางศาล นอกจากนี้การที่ให้ผู้ฟ้องร้องได้จะเป็นการทำลายความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและการทำคำพิพากษาที่เป็นธรรม ดังนั้น ความคุ้มกันทางศาลจึงมีประโยชน์ไม่ใช่เฉพาะกับผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังเป็นประโยชน์กับคู่ความและประชาชนทั่วไปด้วย²²

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษาหรือตุลาการในส่วนของการใช้อำนาจตุลาการในการชี้ขาดตัดสินคดีข้อพิพาท จึงมีการนำหลักความคุ้มกันนี้มาใช้เพื่อเป็นหลักประกันในความเป็นอิสระ เพราะถ้าไม่มีหลักประกันในความเป็นอิสระจากการปฏิบัติหน้าที่อาจจะถูกคู่พิพาทบังคับขู่เข็ญในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้รับประโยชน์ หรือกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่กระทำการต่าง ๆ ที่จะทำให้คู่พิพาทได้ประโยชน์ อนุญาโตตุลาการอาจจะถูกกลั่นแกล้งฟ้องคดีให้รับผิดชอบได้ เพราะเมื่อทำการอนุญาโตตุลาการเสร็จ ฝ่ายที่ไม่พอใจในผลของคำชี้ขาดมักเลือกที่จะฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น เพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด เพื่อให้มีการพิจารณาคดีใหม่อีกครั้ง เพื่อดำเนินคดีในศาลซ้ำอีกครั้ง เพื่อเรียกค่าเสียหายจากอนุญาโตตุลาการหรือบังคับให้อนุญาโตตุลาการให้การในศาล เป็นต้น²³

ดังนั้น เพื่อเป็นการยืนยันถึงความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงควรได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดชอบทั้งหลายที่อาจถูกใช้เป็นข้ออ้างในการฟ้องร้องต่อตัว

²² Christian Hausmaninger, "Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform," Journal of International Arbitration, Vol. 7 December 1990, p.11.

²³ Dennis R. Nolan and Roger I. Abrams, "Immunity" in Industrial Relation Law Journal, (1998) Volume 11 No. 2, pp. 228-266.

อนุญาโตตุลาการและยังเป็นการแสดงความชัดเจนในเรื่องความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีหลักว่า ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องด้วยความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ไม่ต้องรับผิด ซึ่งแท้จริงแล้วหากมิได้รับการป้องกันในลักษณะนี้ ก็เป็นการยากที่จะทำให้เชื่อได้ว่า อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดได้โดยปราศจากอำนาจอิทธิพลของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง²⁴ และเป็นไปไม่ได้สำหรับอนุญาโตตุลาการที่จะชี้ขาดโดยไม่ลำเอียงและเป็นอิสระ ถ้าต้องตกอยู่ภายใต้แนวโน้มที่จะต้องมีความรับผิดชอบส่วนตัวเพราะเหตุการปฏิบัติหน้าที่²⁵

รูปแบบของความคุ้มกันที่แต่ละประเทศมีให้แก่อนุญาโตตุลาการก็จะมี ความแตกต่างกันออกไป โดยทั่วไปแล้วมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ การให้ความคุ้มกันอย่างเต็มที่ (Absolute Immunity) และการให้ความคุ้มกันอย่างจำกัด (Restrict Immunity)

2.1.1 หลักความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity)

หลักความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดเป็นรูปแบบที่มีอยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่และกว้างขวางเช่นเดียวกับผู้พิพากษาที่ได้รับคุ้มกันถึงขนาดที่ว่า แม้กระทำได้ด้วยความลำเอียง ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีเจตนาร้าย หรือผู้พิพากษาก่อทำโดยทุจริตเพราะเห็นแก่สินบน ผู้พิพากษาก็ไม่ต้องรับผิด²⁶ เนื่องจากในประเทศอังกฤษโดยจารีตประเพณีตามกฎหมายอังกฤษนั้น อนุญาโตตุลาการจะได้รับการปฏิบัติในสถานะเช่นเดียวกับผู้พิพากษา

เหตุผลสำหรับการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลในคำตัดสิน 2 เรื่อง คือ คดี Sutcliffe V. Thachrah และคดี Arenson & Casson Beckman, Rutley & Co. และเหตุผลที่ให้โดย House of Lords คือ²⁷

²⁴ Loumeiet, ILM 1987, at 949, 964, fn. 22 quoted in Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration, (KLUWER: NETHERLAND, 1993), pp. 236-237.

²⁵ Bernado M. Gremades, "Should Arbitrators Be Immune from Liability?" in International Financial Law Review. (March, 1991) Volume 10 No. 3, pp32-35.

²⁶ คดี Floyd v. Barker (1607).

²⁷ Julian D.M. Lew, "Immunity of Arbitrators under English Law," in The Immunity of Arbitrators (edited by Julian D.M. Lew), (New York: Lloyd's of London Press Inc., 1990), p. 22.

ก. หากปราศจากความคุ้มกันเช่นนั้น อนุญาตตุลาการต้องได้รับการรบกวนโดยการกระทำซึ่งเป็นเรื่องเล็กน้อย แต่สิ่งนี้ทำให้มีอิทธิพลในการตัดสินใจของอนุญาตตุลาการในที่สุด

ข. หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายเพื่อให้อนุญาตตุลาการมีความเป็นอิสระทางความคิดที่จำเป็นต้องมีในบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท

ค. หน้าที่ของอนุญาตตุลาการซึ่งมีหน้าที่พิจารณาอย่างผู้พิพากษาเป็นการเพียงพอที่จะให้ความคุ้มกัน

2.1.2 หลักความคุ้มกันอย่างจำกัด (Qualified Immunity หรือ Restrict Immunity)

หลักความคุ้มกันอย่างจำกัด เป็นรูปแบบที่มีอยู่ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ คือ อนุญาตตุลาการจะไม่ต้องรับผิดชอบหากทำหน้าที่โดยถูกต้อง แต่จะต้องรับผิดชอบหากปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องและก่อให้เกิดความเสียหาย เนื่องจากกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับความคุ้มกันโดยเด็ดขาดของผู้พิพากษาสำหรับการดำเนินการต่าง ๆ ทางศาล (judicial acts) เลย แต่ในทางตรงกันข้าม ประเทศยุโรปส่วนใหญ่มีการพัฒนานโยบายที่จริงจังเกี่ยวกับการชดเชยให้กับคู่ความจากผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำผิดไว้ ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาด้วย โดยพื้นฐานผู้พิพากษามารถรับผิดชอบแพ่งสำหรับการกระทำละเมิดและการกระทำต่าง ๆ ที่สมควรถูกลงโทษทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการกระทำผิดต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาด้วย โดยทุกประเทศได้พัฒนาจัดทำวิธีการเฉพาะ ซึ่งคู่ความจะต้องดำเนินการตามเพื่อเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการพิพากษาคดี วิธีการนี้จึงอาจมีผลโดยตรงต่อตัวผู้พิพากษาเองหรือต่อรัฐ แต่การฟ้องร้องให้ผู้พิพากษารับผิดชอบแพ่งสามารถทำได้หลังจากที่สิ้นสุดการเยียวยาทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่ทั้งหมดแล้ว

2.2 ความรับผิดชอบแพ่งของอนุญาตตุลาการ

เมื่อพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการแล้ว พบว่าโดยหลักแล้วมูลหนี้ที่ทำให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบแพ่งนั้นมีที่มาได้ 2 ทาง ดังนี้

ทางแรก คือ หลักในเรื่องสัญญา เนื่องจากการที่อนุญาตตุลาการตกลงรับทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการนั้น ถือว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่อนุญาตตุลาการผู้นั้นรับที่จะให้บริการ

ทางวิชาชีพแก่คู่พิพาท²⁸ โดยเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาทกับอนุญาโตตุลาการว่าจะทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม ดังนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาท จึงถือว่าเป็นการทำผิดสัญญาและต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องรับผิดชอบเป็นพิเศษ

ทางที่สอง คือ หลักในเรื่องละเมิด²⁹ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปที่หากบุคคลหนึ่งทำความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่ง อาจเกิดความรับผิดในมูลละเมิดขึ้นได้ การที่อนุญาโตตุลาการทำความเสียหายให้เกิดแก่คู่พิพาท จึงอาจจะทำให้เกิดปัญหาความรับผิดในมูลละเมิดขึ้นได้

ต่อมาในหลายประเทศได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะ ซึ่งการวางหลักกฎหมายกำหนดความรับผิดไว้เฉพาะนั้นจะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่นอนุญาโตตุลาการมากกว่าหลักทั่วไป เพราะตามหลักทั่วไปที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นต้องรับผิดชอบตามหลักสัญญาและหลักละเมิด ซึ่งในเรื่องละเมิดนั้นกำหนดให้ต้องรับผิดกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้น แม้เป็นความประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาก็ต้องรับผิดชอบด้วย จึงไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่นอนุญาโตตุลาการเท่าใดนัก ซึ่งประเทศที่มีได้บัญญัติเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะก็ยังคงต้องใช้หลักทั่วไปดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่เป็นปัญหาในความแตกต่างของการกำหนดความรับผิดเหล่านี้ คือ การพิจารณาวินิจฉัยการกระทำที่เป็นความรับผิดกรณีประมาทเลินเล่อธรรมดา กับ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากการพิจารณาแบ่งแยกขอบเขตของการกระทำที่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา กับ การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก ซึ่งหลักในการพิจารณาขอบเขตของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา กับ การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ไม่มีกำหนดไว้เป็นพิเศษ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาและพิจารณาจากหลักทั่วไปในเรื่องหลักความรับผิดกรณีกระทำโดยประมาทธรรมดาและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

²⁸ Maureen A. Weston, "Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration," 88 Minn. L. Rev. (2004), p. 5, อ้างโดย สรวิศ ลิ้มปริงชี, "ความคุ้มครองและความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ," วารสารอนุญาโตตุลาการ 1 (2549), น. 73.

²⁹ Ibid, at p. 74.

2.2.1 หลักความรับผิดชอบเรื่องประมาทหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศ

ในการศึกษาหลักดังกล่าวผู้เขียนขอแยกศึกษาออกเป็น หลักความรับผิดชอบในเรื่องประมาทธรรมดาและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ โดยในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์นั้นจะศึกษาหลักการของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ส่วนในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์นั้นจะศึกษาหลักการของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน

2.2.1.1 หลักความรับผิดชอบเรื่องประมาทหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

ความประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้รับการแบ่งแยกเป็นเอกเทศจากความรับผิดเพื่อละเมิดกรณีอื่น ๆ เหมือนอังกฤษ และปัจจุบันความรับผิดเพื่อละเมิดที่ขึ้นสู่ศาลมากที่สุดคือ ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้มีการให้ความหมายหรือคำจำกัดความของความประมาทเลินเล่อไว้อย่างชัดเจน แต่จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์หลายท่านสามารถสรุปหลักเกณฑ์ได้ 3 ประการ คือ³⁰

- 1) บุคคลนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่น
- 2) ได้กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนั้น
- 3) เกิดความเสียหายขึ้น โดยความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงและใกล้ชิดกับ

ความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ

ส่วนประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษยังไม่ได้มีการยอมรับหรือนำไปใช้อย่างแพร่หลายมากนักในระบบกฎหมายแพ่ง แต่กลับถูกนำไปใช้ในความรับผิดทางอาญา ในขณะที่ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นที่ยอมรับและมีการนำไปใช้อย่างกว้างขวางทั้งในระบบกฎหมายแพ่งและระบบกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายแพ่งอังกฤษและอเมริกันนั้นมิได้มีการให้คำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ แต่จากการให้คำอธิบายของนักนิติศาสตร์หลาย ๆ ท่านสามารถสรุปความหมายได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำรู้ถึงการจะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อกระทำสิ่งที่มีความเสี่ยงสูงในการก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ผู้กระทำก็ยังขึ้นกระทำในสิ่งที่มีความเสี่ยงสูงโดย

³⁰ ธนศักดิ์ วิเศษจรณา, “ความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 420: ศึกษากรณีความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.137.

ขาดความระมัดระวังอย่างที่ไม่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นผู้ก่อความเสียหาย
พึงจะมี

การยอมรับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษและอเมริกา
นั้นมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง คือ³¹

แนวทางแรก อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อนั้นแบ่งออกเป็น 3 ระดับเช่นเดียวกับ
ระบบกฎหมายโรมัน คือ ความประมาทเลินเล่อเล็กน้อย (slight negligence) ประมาทเลินเล่อ
อย่างธรรมดา (ordinary negligence) และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence)
ดังนั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นระดับความร้ายแรงชนิดหนึ่งของความประมาท
เลินเล่อ โดยให้เหตุผลว่าเป็นการเพิ่มความยี่ดหย่นในการพิจารณาระดับความระมัดระวังให้
แปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์เพื่อความเป็นธรรมในสังคม

แนวทางที่สอง อธิบายว่า ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นไม่มีการแบ่งระดับ
ของความประมาทเลินเล่อ การแบ่งระดับเป็นเรื่องของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และการตัดสิน
ของศาลที่แบ่งเป็น 3 ระดับเป็นการตัดสินที่ผิดพลาด โดยอธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ
อย่างธรรมดาและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่เหมือนกันไม่มีความแตกต่างกัน
ความประมาทเลินเล่อของระบบกฎหมายอังกฤษและอเมริกามีเพียงอย่างเดียวคือ ความประมาท
เลินเล่ออย่างธรรมดาที่บุคคลกระทำการโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลที่สมมุติขึ้นให้มี
วิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำละเมิดจะพึงมีพึงใช้ภายใต้สถานการณ์นั้น ๆ

สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายแพ่ง
อังกฤษและอเมริกานั้นใช้หลักพิจารณาทางอัตตวิสัย คือเหตุที่มาจากตัวผู้กระทำ ประกอบกับ
หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย คือเหตุสภาพภายนอกที่ไม่ได้มาจากตัวผู้กระทำ หลักพิจารณา
ทางอัตตวิสัยคือ ดูว่าผู้รู้หรือไม่รู้ว่ามีความเสี่ยงในการก่อความเสียหาย โดยการกระทำด้วย
ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้รู้จะต้องรู้ว่ามีความเสี่ยงในการก่อความเสียหาย และความ
เสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นความเสี่ยงที่กฎหมายไม่ยอมรับ โดยต้องพิจารณา
ประกอบกับหลักภาวะวิสัย ซึ่งพิจารณาระดับความร้ายแรงโดยการเปรียบเทียบกับบุคคลที่สมมุติ
ขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ

³¹ เฟิ่งอ๋าง, น. 170-171.

แนวคำวินิจฉัยของศาล

คดี Adam V. ABC Sky Diving School

คดีนี้เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษ มีข้อเท็จจริงว่า ในตอนฤดูร้อนปี 1997 Adam ได้ไปเรียนกระโดดร่มที่ ABC Sky Diving School เมื่อเรียนจบหลักสูตรได้เข้ารับการทดสอบกระโดดร่ม โดยในขณะกระโดดร่มจะมีลูกจ้างของจำเลยที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในการโดดร่มควบคุมดูแล เมื่อ Adam ได้กระโดดร่มเกิดอุบัติเหตุร่มของ Adam ฉีกก่อนลงถึงพื้นเป็นเหตุให้ Adam ถึงแก่ความตาย ครอบครัวของ Adam เป็นโจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกจ้างจำเลยจนเป็นเหตุให้ Adam ถึงแก่ความตาย

ศาลพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ โดยให้เหตุผลว่า ลูกจ้างของจำเลยรู้ถึงข้อจำกัดการรับน้ำหนักในร่มที่ Adam จะต้องกระโดด ซึ่งในขณะที่ Adam กระโดดนั้นร่มของ Adam รับน้ำหนักได้เพียง 175-200 ปอนด์ และลูกจ้างของจำเลยก็รู้ว่าน้ำหนัก Adam มีถึง 275 ปอนด์ ซึ่งเกินน้ำหนักที่ร่มจะรับได้ นอกจากนี้ ลูกจ้างของจำเลยยังรู้ด้วยว่าเคยเกิดอุบัติเหตุร่มฉีกมาก่อนหากให้ผู้กระโดดร่มใช้ร่มที่ไม่เหมาะสมกับน้ำหนักของผู้กระโดดร่ม ถือได้ว่าลูกจ้างของจำเลยรู้ถึงความเสี่ยงภัยในการที่จะเกิดความเสียหายแก่ Adam แต่กลับไม่ห้ามปราม Adam เพราะไม่อยากเสียลูกค้าไป ทั้ง ๆ ที่ลูกจ้างจำเลยสามารถคาดการณ์ได้ว่าความเสียหายน่าจะเกิดขึ้น ถือได้ว่าการกระทำของลูกจ้างจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

คดี Smith V. Gray Concrete³²

คดีนี้เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษ มีข้อเท็จจริงว่า ลูกจ้างของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของบริษัทขนส่งได้ขับรถบรรทุกเสียหลักอันเนื่องมาจากผ้าใบคลุมรถเกิดสะบัดบังกระจกทำให้คนขับตกใจแล้วรถเกิดเสียการทรงตัวพุ่งเข้าชนรถลูกชายของโจทก์ จนเป็นเหตุให้ลูกชายโจทก์ถึงแก่ความตาย โจทก์ฟ้องจำเลยให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่จำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้ลูกชายถึงแก่ความตาย ศาลพิจารณาแล้วพบว่า อุบัติเหตุครั้งนี้คนขับรถที่เป็นลูกจ้างของจำเลยมีอายุ 21 ปี และไม่มีใบอนุญาตขับรถบรรทุกซึ่งจำเลยได้รู้ดีอยู่แล้ว เพราะลูกจ้างของจำเลยได้กรอกรายละเอียดไว้ในใบสมัครที่จำเลยให้ลูกจ้างกรอกไว้ตอนสมัครงานกับจำเลย แต่จำเลยก็ยังใช้งานลูกจ้างทั้ง ๆ ที่รู้ถึงความไม่มีคุณสมบัติในการขับรถบรรทุก นอกจากนี้ จำเลยยังรู้ได้ถึงความไม่มั่นคงปลอดภัยของผ้าใบคลุมรถที่มีโอกาสสะบัดบังกระจกแล้วทำให้คนขับตกใจจนเกิดอุบัติเหตุขึ้น

³² Randolph Stuart Sergeant, GROSS, RECKLESS, WANTON, AND INDIFFERENT: GROSS NEGLIGENCE IN MARYLAND CIVIL LAW, (University of Baltimore Law Review, 2000), pp. 12-13.

เพราะเหตุการณ์ที่ผ้าใบคลุมรถกระบะบังเกิดอุบัติเหตุเคยเกิดมาก่อนแล้ว แต่จำเลยก็ยังไม่ได้หาวิธีการป้องกันใด ๆ กลับปล่อยปละละเลยให้เหตุการณ์คงอยู่เช่นเดิมจนเกิดอุบัติเหตุในครั้งนี้อีก การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

คดี Eagle-Picher Industries, Inc. V. Balbos³³

คดีนี้เกิดขึ้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นบริษัทผลิตสินค้าที่ชื่อ Kaylo ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแร่ใยหิน โจทก์เป็นผู้ซื้อสินค้าจากบริษัทจำเลยและนำไปใช้ปรากฏว่าโจทก์ได้รับสารพิษจากแร่ใยหินที่บริษัทจำเลยใช้จนถึงแก่ความตาย โดยบริษัทจำเลยรู้ดีอยู่แล้วว่าผลิตภัณฑ์ของตนนั้นมีอันตราย เพราะได้มีการจ้างผู้เชี่ยวชาญเฉพาะตรวจสอบแล้ว แต่บริษัทจำเลยก็ไม่ได้แจ้งให้โจทก์ทราบแต่อย่างใด ต้องถือว่าบริษัทจำเลยนั้นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะบริษัทจำเลยรู้ถึงอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ตนผลิตแต่ไม่ได้แจ้งเตือนผู้บริโภคไว้โดยไม่ใส่ใจว่าผู้บริโภคนั้นจะได้รับอันตรายจากการใช้ผลิตภัณฑ์

จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ศาลตัดสินว่าผู้กระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้กระทำนั้นรู้อยู่แล้วว่ามีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหาย แต่กลับไม่ระมัดระวังหรือหาวิธีป้องกันอย่างสมควรจะกระทำจนเกิดความเสียหายขึ้น ในขณะที่การกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา นั้น ผู้กระทำเพียงแค่ขาดความระมัดระวังในสิ่งที่ควรระมัดระวัง แต่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายขึ้น

2.2.1.2 หลักความรับผิดชอบประมาทหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการแบ่งแยกระดับความประมาทเลินเล่อออกเป็น 2 ระดับ คือ ประมาทเลินเล่อธรรมดา (ในฐานะที่เป็นความผิดธรรมดา *faute simple*) และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (ในฐานะที่เป็นความผิดอย่างร้ายแรง *faute lourde*)³⁴

สำหรับความหมายของความประมาทเลินเล่อนั้นนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสได้อธิบายความหมายไว้ดังต่อไปนี้

เชซ เอกูต์³⁵ อธิบายว่า ประมาทเลินเล่อ คือ การกระทำที่ขาดความระมัดระวัง ขาดความเอาใจใส่ และการละเว้นการกระทำในสิ่งที่ควรกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายอันจะ

³³ *Ibid*, p. 16.

³⁴ ธนศักดิ์ วิเศษรจนา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 30*, น. 90.

เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ส่วนความเลินเล่อ คือ การขาดความคาดเห็นล่วงหน้าถึงความเสียหาย หรือ การที่คิดว่าความเสียหายนั้นจะไม่เกิดขึ้น

Planoil³⁶ อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำที่ไม่ใช่กระทำด้วยความตั้งใจ แต่กระทำการขาดความระมัดระวัง โดยระดับของความประมาทจะต้องถูกพิสูจน์ว่าระดับแค่นี้จึงเป็นความผิด เพราะความประมาทเลินเล่อเป็นความผิดต้องผ่านการพิสูจน์ระดับความร้ายแรง

จากความเห็นดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำด้วยความไม่ตั้งใจ แต่เป็นการกระทำการขาดความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลทั่วไปที่มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำและอยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกันจะพึงมี

ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะถูกอธิบายว่าเป็น ความผิดอย่างร้ายแรง *faute lourde* ซึ่งเป็นความผิดชนิดหนึ่งในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยความผิดนี้เป็นความผิดที่อยู่เหนือกว่าความผิดธรรมดา แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสก็ไม่ได้มีการให้นิยามความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ การศึกษาความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น จึงต้องศึกษาจากการให้ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ดังต่อไปนี้

Treitel³⁷ ได้อธิบายไว้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง ความผิดที่ร้ายแรงอันมีลักษณะเหมือนเทียบเท่าเป็นการฉ้อฉล (*fraud*) ซึ่งการฉ้อฉลในที่นี้คือ การจงใจกระทำความผิดและการกระทำที่ไม่มีความสุจริต โดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในขณะเกิดเหตุจะเป็นสิ่งที่ใช้บอกถึงระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อ

Andre Tunc³⁸ ให้ความหมายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ การไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันมีลักษณะใกล้เคียง

³⁵ เอช. เอกูต์, คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส โดย ดร. แอล. ดูปลาสต์ กับ ศ. เอกูต์, (พระนคร: สภานิติศึกษา, 2475), น. 1080.

³⁶ Marcel Planoil and George Ripert, *Treatise on the Civil law V1, Part 1*, Eleventh Edition (Translated by the Louisiana state law institute, 1938), p. 469.

³⁷ G.H. Treitel, *Remedies for breach of contract*, (London: Clarendon Press, 1991), p. 146.

³⁸ The International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, (Vol. 11 Torts Chapter 1-2 chief ed. By Andre Tunc, Tubigeeen, J.C.B. Mohr Paul Siebeck, 1978), p. 32.

กับความจงใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็มีแตกต่างกับจงใจในสิ่งที่เป็นลักษณะของความชั่วร้ายในจิตใจ กล่าวคือ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่เป็นการกระทำโดยมีเจตนาที่เป็นสิ่งที่ชั่วร้ายที่จะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย แต่เป็นการกระทำด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้น

จากความเห็นดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึงความผิดอย่างร้ายแรง *faute lourde* อันมีลักษณะเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยในการทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สินและมีความร้ายแรงเสมือนเท่ากับการจงใจกระทำความผิดหรือความไม่สุจริต (*bad faith*)

นอกจากนี้ ความผิดอย่างร้ายแรงยังมีความผิดที่อยู่จุดกึ่งกลางระหว่างความผิดธรรมดา *faute simple* และความผิดที่จงใจ *faute intentionnelle* โดยความผิดอย่างร้ายแรงนั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามีความร้ายแรงเสมือนกับความขอลด ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก ความผิดอย่างร้ายแรงนั้นเป็นการกระทำที่แสดงถึงความโง่เขลาหรือไม่ระมัดระวังเป็นอย่างมาก ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นอันตรายเทียบเท่ากับผู้กระทำที่มีความชั่วร้ายในจิตใจ และอีกประการหนึ่งคือ ความผิดอย่างร้ายแรงนั้นเป็นความผิดที่สามารถสันนิษฐานได้ว่าใกล้เคียงกับความจงใจ³⁹

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ได้มีการใช้อย่างแพร่หลายมากนัก เพราะว่าการรับผิดเพื่อละเมิดตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ว่าจะกระทำการละเมิดด้วยความจงใจ ประมาทเลินเล่อ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว ก็ต้องรับผิดเหมือนกัน ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นส่วนใหญ่ถูกใช้ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. การพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งศาลเห็นว่า⁴⁰ จะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อกระทำความผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น เนื่องจากศาลเห็นว่าต้องสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพให้มีความเชื่อมั่นในการปฏิบัติวิชาชีพของตน โดยต้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพแน่ใจว่าเขาจะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่เขาได้กระทำความผิดพลาดด้วยความผิดอย่างร้ายแรงเท่านั้น ไม่ควรให้เขาต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในความผิดเล็กน้อย และศาลยัง

³⁹ Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilite civile*, fifth edition (Paris: Dalloz, 2000), p. 65-66. อ้างโดย ธนงศักดิ์ วิเศษจรณา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 30*, น. 92.

⁴⁰ Panayotis J. Zepos, Phoebus Christodoulou, *Professional Liability* *International Encyclopedia of Comparative Law*, (Vol. 11 Torts Chapter 6), p. 6.

เห็นว่า ไม่ควรใช้ดุลพินิจล้ำเข้าไปในการพิจารณาวินิจฉัยหลักแห่งศิลปวิชาชีพเพื่อชี้ขาดว่าการกระทำใดของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผิด แต่จะต้องรับผิดชอบเมื่อเป็นความประมาทเลินเล่อทางศิลปวิชาชีพที่ไม่อาจมีข้อสงสัยได้แย้งได้

ข. การพิจารณาการกระทำของคู่สัญญาในสัญญาที่มีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับให้ตกลงเป็นข้อสัญญาได้ แต่หากเป็นการตกลงให้ยกเว้นความรับผิดเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกฎหมายไม่ยอมให้กระทำ⁴¹

ค. การพิจารณาความผิดกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิด

หลักการวินิจฉัยความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อมี 2 แนวความคิด กล่าวคือ⁴²

1) การวินิจฉัยความผิด in concreto หลักนี้เป็นการวินิจฉัยว่าสิ่งที่ผู้ต้องหากระทำ เป็นสิ่งที่ควรจะประพฤตินั้นหรือไม่ โดยการให้หลักนี้จะเอาตัวผู้ต้องหาพิจารณาว่า ความรู้สึกในใจของผู้ต้องหานั้นเห็นหรือไม่ว่าเขาทำผิดโดยประมาท คือ การที่จะบังคับให้เขาใช้ค่าสินไหมทดแทน ก็ต้องให้ความรู้สึกในใจของเขาเห็นด้วยว่าเขาผิดและกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ หากความรู้สึกในใจยังเห็นอยู่ว่าเขาไม่ผิด การจะบังคับให้เขาต้องชดเชยก็จะเป็นสิ่งที่ไม่ควรทำ ซึ่งหลักการวินิจฉัยเช่นนี้ในทางพฤติการณ์เป็นสิ่งที่ทำได้ยากที่จะค้นหาความรู้สึกในใจของผู้ต้องหา

2) การวินิจฉัยความผิด in abstracto หลักนี้เป็นการวินิจฉัยความผิดโดยนำบุคคลอื่นมาเทียบเคียงว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังคงประพฤตินั้นเดียวกันกับผู้ต้องหาก็คือหมายความว่าทำผู้ต้องหาไม่มีความผิด กล่าวคือ เป็นการนำเอาการกระทำของผู้ต้องหามาพิจารณาเทียบกับการกระทำของบุคคลอื่นที่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร โดยไม่นำเอาสภาพจิตใจภายในของตัวผู้ต้องหาพิจารณา ซึ่งบุคคลผู้สมมติต้องอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ต้องหาในขณะกระทำความผิด การวินิจฉัยความรับผิดในประเทศฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ใช้หลัก in abstracto นี้

⁴¹ Charles Calleros, A comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code, (Brooklyn Journal of International Law, 2006), p. 16.

⁴² จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 124.

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาล

S.1947.III.73 Case Caisse departementale d'assurances sociaux de Meurthe-et-Moselle. 29 March 1946.

Caisse departementale d'assurances sociaux de Meurthe-et-Moselle ฟ้องให้เทศบาลของเมือง Bayonne รับผิดในการจ่ายเงินที่ค้างประกันไว้ในโครงการของเทศบาล ซึ่งการค้างประกันนั้นเกิดจากการฉ้อฉลของบริษัทก่อสร้าง Stavisky ซึ่งเจ้าหน้าที่ของธนาคารได้ลงนามรับรองและรัฐมนตรีกระทรวงแรงงานก็ได้ลงนามรับรองในฐานะผู้มีอำนาจ โดยจากพยานหลักฐานพบว่า รัฐมนตรีกระทรวงแรงงานและผู้อำนวยการประกันสังคม ได้ลงนามรับรองโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ลงนามทำสัญญา อย่างไรก็ตาม จากพยานหลักฐานพบว่า มีการฉ้อโกงของบริษัทก่อสร้าง Stavisky และผู้ร่วมกระทำความผิด เกิดจากนายอำเภอของ Basses Pyrenees ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการดูแลและจัดการโครงการของเทศบาลเมือง Bayonne เพราะหน้าที่ของนายอำเภอในรัฐต่าง ๆ มีหน้าที่ต้องตรวจตราโครงการในท้องถิ่นที่ล่าช้ามาก ๆ โดยต้องชี้ให้เห็นถึงกระบวนการทำงานที่ผิดปกติในการก่อให้เกิดความล่าช้าของโครงการ แต่นายอำเภอของเมือง Bayonne ไม่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจตราโครงการเหล่านั้น เป็นเหตุให้บริษัทก่อสร้าง Stavisky ทุจริต

Case CE, Sect. 20 juin 1997. p225 Case Theux 20 June 1997

คดีนี้ Mr. Theux ฟ้องโรงพยาบาล Toulouse ให้รับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลระบบ SAMU โดยฟ้องให้รับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนในการปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลืออย่างล่าช้า ทำให้อาการบาดเจ็บของเขามีอาการสาหัสมากขึ้นหลังจากเกิดอุบัติเหตุเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1986 โดยในวันดังกล่าว เวลา 20.30 น. Mr. Theux ได้รับบาดเจ็บที่คอระหว่างการแข่งขันรักบี้ที่ Masseube หน่วยกู้ภัยมาถึงเวลา 21.00 น. และเรียกหน่วย SAMU มาจากโรงพยาบาลกลางให้ส่งเฮลิคอปเตอร์มารับไปไว้ที่โรงพยาบาลกลาง แต่ปรากฏว่า เฮลิคอปเตอร์มารับไม่ได้ เพราะสภาพอากาศแย่มาก โดยหน่วยกู้ชีพรายงานว่าคนไข้มาด้วยเฮลิคอปเตอร์ไม่มีทางเป็นไปได้ แต่อย่างไรก็ตามหน่วยกู้ชีพก็พา Mr. Theux ไปถึงโรงพยาบาล Rangueil ใน Toulouse เวลาตีสองของวันที่ 24 พฤษภาคม

ศาลพิจารณาว่า ในวันที่เกิดเหตุสภาพอากาศและทัศนวิสัยไม่ดี ทำให้ไม่สามารถขนส่ง Mr. Theux ไปโรงพยาบาลด้วยเฮลิคอปเตอร์ได้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยเฮลิคอปเตอร์ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่โรงพยาบาลต้องรับผิด เพราะเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเรื่องสุดวิสัย แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Mr. Theux ไม่ได้รับการรักษาจนถึงเวลาตีสอง แต่ก็เพราะการที่

จะรักษานั้นเป็นการกระทำที่หน่วยกู้ภัยไม่สามารถทำได้ประกอบกับการทำการขนส่งทางรถยนต์ ต้องกระทำอย่างระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะอาการบาดเจ็บที่คอของ Mr. Theux มีอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรงมาก

สำหรับในระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมันนั้น ประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบทางจิตใจของผู้ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 276 ได้ให้ความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อไว้ว่า ประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติในชีวิตประจำวัน ซึ่งต้องมีอยู่ในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในสิ่งที่วิญญูชน (reasonable man) จะกระทำ⁴³

ส่วนในเรื่องประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นไม่มีการบัญญัติเป็นตัวแทนกฎหมายอย่างชัดเจน แต่โดยทั่วไปแล้วความรับผิดชอบโดยประมาทเลินเล่อตามกฎหมายเยอรมันจะแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่อได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้⁴⁴

1. ความประมาทเลินเล่อเล็กน้อย (leichte Fahrlässigkeit) หมายถึง การละเว้นการให้ความระมัดระวังตามธรรมดาซึ่งนำมาจากหลัก culpa levis
2. ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (grobe Fahrlässigkeit) มาจากหลัก culpa lata
3. ความประมาทเลินเล่อที่ใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับที่ลูกหนี้เคยใช้ในการปฏิบัติกิจการของตน ซึ่งนำมาจากหลัก diligentia quam in suis ของโรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมันระดับความร้ายแรงของความผิดจะเป็นตัวกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้น ยิ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรงก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าความเสียหายเกิดมากชิ้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นระดับความผิดร้ายแรงที่ก่อความเสียหายมากกว่า ประมาทเลินเล่อธรรมดา ซึ่งมีความเห็นของนักนิติศาสตร์ คือ Schuster ได้อธิบายความหมายของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยยึดตามแนวกฎหมายโรมันว่า หมายถึง การกระทำโดยไม่ใช้

⁴³ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, “ความรับผิดชอบละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายระบบคอมมอนลอว์: มาตรา 823 B.G.B.,” วารสารนิติศาสตร์, 25(1 มีนาคม 2538), น. 98.

⁴⁴ The British Institute of international and comparative law, manual of German Law Volume 1 ed, By E.J. Cohn, (London: Oceana Publication Inc., 1968), p. 118.

ความระมัดระวังในภาวะความเสี่ยงที่บุคคลทั่วไปเห็นว่ามีความเสี่ยงสูงมากที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น⁴⁵

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับความข้อฉล (gross negligence as well as fraud) ผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงสมควรฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายจากผู้กระทำได้ ตัวอย่างที่แสดงถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับความข้อฉล ได้แก่ การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย (an unwitting utterance) การเล่าเรื่องราวที่โกหก (carriving a tale) การแสดงรายงานที่เป็นเท็จ (making a false report) การให้คำแนะนำที่เป็นเท็จ (giving bad advice) การตัดสินโดยที่ไม่ได้พิจารณาอย่างรอบคอบ (speaking an unconsidered judgment) เป็นต้น⁴⁶

สำหรับการวินิจฉัยความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อว่าบุคคลนั้นกระทำโดยประมาทหรือไม่ จะให้หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย ซึ่งมีหลักว่าถ้าผู้นั้นจัดอยู่ในกลุ่มอาชีพใด เขาจะถูกพิสูจน์ความผิดโดยใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับสมาชิกของกลุ่มอาชีพนั้น เพราะมาตรฐานที่ใช้ในเรื่องประมาทนั้นต้องถือเอามาตรฐานตามความต้องการของสังคมยิ่งกว่าการถือเอาความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคลเป็นหลักว่าอะไรควรทำอะไรไม่ควรทำ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์แห่งร่างกาย สติปัญญาและสุขภาพทางจิต ความคิดอ่านและความจดจำ ประสบการณ์ ความรอบรู้ และความชำนาญหรือความรอบรู้เป็นพิเศษของผู้กระทำประกอบด้วย⁴⁷

เนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นชนิดหนึ่งของความประมาทเลินเล่อ จึงมีองค์ประกอบและหลักการพิจารณาเช่นเดียวกับความประมาทเลินเล่อ แต่พฤติกรรมที่มีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องเป็นพฤติกรรมที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังที่ต้องพึงมีพึงใช้ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งและผู้กระทำต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ความรับผิดโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงมีการใช้น้อยมาก เพราะส่วนใหญ่แล้วในระบบกฎหมายเยอรมันจะถือเพียงว่า

⁴⁵ Ernest J. Schuster, *The Principle of German Civil Law*, (London and New York: Oxford at The Clarendon Press, 1970), p. 152.

⁴⁶ Korand Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, (New York: Oxford University Press, 1988), p. 598.

⁴⁷ The British Institute of international and comparative law, *supra note 44*, p. 118.

การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างเบาผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้รับผิดชอบเหมือนกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

แนวคำวินิจฉัยของศาล

Reichsgericht (First civil division) 14 January 1928

วันที่ 23 ตุลาคม 1921 ในตอนเที่ยง เรือขนส่งสินค้า Lisbeth เดินทางจากท่าเรือที่ประเทศอังกฤษโดยมีจุดหมายที่ Goteborg ได้เกยตื้นบนเกาะ Texel ต่อมาวันที่ 26 ตุลาคม เรือสินค้าได้จมลง โจทก์เจ้าของสินค้าฟ้องกับตันเรือให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายของสินค้าที่ต้องเสียหายไปเพราะความประมาทของกับตันเรือ

ศาล Alton และ ศาลอุทธรณ์ Kiel ยกฟ้อง ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน โดยให้เหตุผลว่า โจทก์ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการว่าจ้างจำเลยขนส่งสินค้า เพราะโจทก์รู้ถึงความไม่ชำนาญและความไม่มีประสบการณ์ในการเดินทะเลขนส่งของจำเลย ซึ่งจำเลยไม่เคยมีประสบการณ์ในการเดินทะเลทางตอนเหนือจากใบสมัครงานของจำเลยที่ได้กรอกให้ไว้แก่โจทก์ ทั้งโจทก์ก็เป็นผู้เชี่ยวชาญในการเดินเรือก็ย่อมรู้ว่า ผู้ที่ไม่มีประสบการณ์ในการเดินเรือย่อมมีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสินค้าเป็นอย่างมาก แต่โจทก์ก็ยอมรับความเสี่ยงนั้นโดยการว่าจ้างจำเลยให้ขนส่งสินค้า ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่สินค้าของโจทก์ที่เกิดจากความไม่มีประสบการณ์ของจำเลย ถือได้ว่าโจทก์ยอมรับความเสี่ยงในการที่จำเลยนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

2.2.2 หลักการรับผิดเรื่องประมาทหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามกฎหมายไทย

ความประมาทเลินเล่อในกฎหมายไทยนั้น หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพบว่า มิได้มีการบัญญัตินิยามความหมายของความประมาทเลินเล่อไว้ แต่มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของ “ประมาทเลินเล่อ” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร⁴⁸ อธิบายว่า ความผิดโดยไม่จงใจทางละเมิดเป็นความประมาท ซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังและมีสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายนั้น จะไม่กระทำขึ้น

⁴⁸ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น. 108.

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช⁴⁹ อธิบายในทำนองเดียวกันว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำโดยมิได้ตั้งใจต่อผลหรือไม่อาจแลเห็นผลได้ หากแต่ได้ทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่ควรใช้

ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทิย์⁵⁰ อธิบายว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำโดยไม่ตั้งใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย

จะเห็นได้ว่า นักนิติศาสตร์ส่วนมากจะอธิบายความหมายของประมาทเลินเล่อในทางแพ่งโดยอิงความหมายในทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ที่บัญญัติไว้ว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้อย่างเพียงพอไม่” อีกทั้งการวินิจฉัยความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อตามระบบกฎหมายไทยก็จะถือตามหลักกฎหมายอาญาดังกล่าวกับหลักฐานและพฤติการณ์แวดล้อมมาประกอบการวินิจฉัยและตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยศาลจะพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่สมมติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำว่าควรกระทำหรือละเว้นการกระทำ ตลอดจนผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำ⁵¹

คำว่า วิสัย หมายถึง สภาพภายในหรือลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำ โดยแยกพิจารณา ระดับความระมัดระวังได้ 2 ระดับ⁵² ได้แก่

ก. ระดับวิสัยของคนธรรมดาสามัญ ซึ่งแยกออกตามอายุ เพศ การศึกษา ประสบการณ์ในชีวิตและอื่น ๆ

⁴⁹ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 พ.ศ. 2478, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น. 621.

⁵⁰ จิตติ ตังศภัทิย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 180.

⁵¹ มัทยา จารุพันธ์, “ประมาทในทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), น. 121.

⁵² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 12 (พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น. 27-28.

ข. ระดับวิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ บุคคลผู้ประกอบการวิชาชีพ เช่น แพทย์ วิศวกร ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นวิสัยที่บุคคลผู้มีวิชาชีพเช่นนั้นจะพึงใช้ปกติอันเป็นความระมัดระวังที่สูงกว่าระดับวิสัยของคนธรรมดาสามัญ โดยการพิจารณาว่าปกติผู้มีวิชาชีพนั้น ๆ สามารถจะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด เช่น วิศวกรธรรมดาย่อมใช้ความระมัดระวังเช่นวิศวกรธรรมดา จะให้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิศวกรผู้เชี่ยวชาญคงไม่ได้

ส่วนคำว่า พฤติการณ์ หมายถึง ข้อเท็จจริงประกอบกรกระทำหรือเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น ในการขับรถ ได้แก่ สภาพถนน รถ แสงสว่าง ความพลุกพล่านของการจราจร⁵³ เป็นต้น สำหรับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น แม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านอธิบายเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทิย์⁵⁴ ได้อธิบายว่า อย่างไรก็ตามความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกฎหมายมิได้บัญญัติอธิบายเอาไว้ ความประมาทเลินเล่อโดยทั่วไปย่อมวินิจฉัยเทียบตามมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนในฐานะเช่นลูกหนี้ในพฤติการณ์เช่นนั้น มิได้ถือเอาความระมัดระวังของลูกหนี้เองเป็นหลัก แต่บางกรณีกฎหมายอาจต้องการให้ใช้ความระมัดระวังมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ แล้วแต่จะบัญญัติไว้เป็นเรื่อง ๆ ไป สำหรับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หมายความว่า ความประมาทเลินเล่อโดยที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้พียงันตรายที่เห็นอยู่นั้น ถ้าหากจะใช้ความระมัดระวังแต่เพียงเล็กน้อย ภัยอันตรายนั้นก็จะไม่เกิดขึ้น และท่านยังได้ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 960/2485 ว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นอาจเข้าหลักที่ว่าเทียบเท่าการกระทำโดยจงใจได้ (magna culpa dolus est)

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ⁵⁵ อธิบายว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้ความหมายหรือขอบเขตแห่งลักษณะของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ไว้เลย แต่ถ้าจะเปรียบเทียบกับความประมาทเลินเล่อธรรมดาแล้ว ก็คงจะทำให้พอประมาณได้ว่าความประมาทเลินเล่อถึงขนาดร้ายแรงนี้ควรมีขอบเขตเช่นใด โดยความประมาทเลินเล่อธรรมดานั้นเป็นการกระทำซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังตามธรรมดาแล้วเขาจะไม่กระทำหรือละเว้นกระทำ

⁵³ จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2546), น. 209.

⁵⁴ จิตติ ดิงศภัทิย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 50, น. 62-63.

⁵⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), น. 452.

ด้วยเหตุนี้ ถ้าเกินขอบนี้ก็น่าจะถือว่าเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นการประมาณการแห่งขอบเขตในเรื่องนี้ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปว่า กรณีที่จะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ควรจะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังเสียเลย ทั้ง ๆ ที่เห็นว่าควรจะใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น โดยท่านยังอธิบายอีกว่า การวินิจฉัยถึงความประมาทว่าร้ายแรงหรือไม่เป็นกรณีแห่งการใช้ดุลยพินิจ อันเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยประกอบกับเป็นหลักการปฏิบัติของบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไป โดยอาศัยข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในขณะเกิดเหตุประกอบการวินิจฉัยของศาล

อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกว่าเช่นไรเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ จะพิจารณาว่าบุคคลผู้กระทำนั้นควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายหรือไม่ แล้วหากเขาคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ยังขึ้นกระทำการด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมากซึ่งสูงกว่าความประมาทเลินเล่อแล้ว ก็ต้องถือว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในทางตรงกันข้ามหากเขากระทำการด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังอย่างทั่วไป โดยที่เขาไม่คาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็ต้องถือเพียงว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่อเท่านั้น

สำหรับหลักการพิจารณาว่าการกระทำเช่นไรเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายไทยนั้น จะใช้หลักการพิจารณาเช่นเดียวกับการพิจารณาว่าการกระทำเช่นไรเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ จะใช้หลักการพิจารณาโดยการสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤติดังเดิมกับผู้กระทำก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเขาไม่กระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็มีความผิด โดยบุคคลผู้สมมติขึ้นจะต้องอยู่ในสภาพแวดล้อมและพฤติกรรมเช่นเดียวกับผู้กระทำ ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยใช้หลักมาตรฐานตามบุคคลที่สมมติขึ้นเปรียบเทียบ (in abstracto)

พฤติการณ์แวดล้อมที่ต้องคำนึงถึงในการสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบนั้นมี 2 ประการด้วยกัน ได้แก่⁵⁶

ก. เหตุภายนอกหรือสภาพแวดล้อม เช่น สถานที่ เวลา ซึ่งจะต้องนำมาประกอบกับบุคคลผู้สมมติว่า ภายใต้สถานที่และเวลาเช่นนั้น บุคคลที่สมมติขึ้นจะทำอย่างผู้กระทำหรือไม่

⁵⁶ จิตติ ดิงศภัทิย์, “ประมาทเลินเล่อ,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 4, ฉบับที่ 1, (ม.ค.-เม.ย. 2521), น. 14-15.

ข. เหตุภายในตัวผู้กระทำ เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย ความไม่สมประกอบของสภาพกายใจ จะต้องนำไปประกอบบุคคลผู้สมมติขึ้น แต่สำหรับสภาพจิตใจของผู้กระทำ ความรู้สึกนึกคิด ความเคยชิน หรืออุปนิสัยของผู้กระทำนั้น เป็นเหตุภายในที่ไม่ต้องนำมาประกอบการพิจารณา เพราะผู้กระทำปกติจะมีนิสัยสละเพร่าต่อตนเองและผู้อื่น โดยไม่รู้ตัวว่าได้กระทำด้วยความสละเพร่า ก็คงจะไม่มีใครยอมรับเป็นเหตุแก้ตัวได้

แนวคำพิพากษาฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 2288/2534 จำเลยทั้งเจ็ดได้รับมอบหมายให้เป็นกรรมการตรวจรับน้ำมันให้แก่โจทก์ ซึ่งโจทก์มีระเบียบว่ากรรมการตรวจรับน้ำมันทุกคนจะต้องร่วมกันตรวจรับ โดยตรวจสอบหมายเลขทะเบียนรถยนต์บรรทุกน้ำมันว่าตรงกับที่ตรวจสอบไว้แล้วหรือไม่ ตรวจวาล์วและตราที่ปิดผนึกไว้มีรอยชำรุดหรือไม่ เปิดฝาดังน้ำมันของรถยนต์บรรทุกน้ำมันตรวจดูว่ามีน้ำมันท่วมแป้นหรือไม่ ตรวจในถังน้ำมันว่ามีน้ำมันปลอมปนหรือไม่ เมื่อตรวจถูกต้องแล้วให้เปิดท่อน้ำมันจากรถยนต์บรรทุกน้ำมันต่อเข้าท่อสูบน้ำมันขึ้นไปสู่ถังเก็บน้ำมันใหญ่และดำเนินการให้น้ำมันในรถยนต์บรรทุกน้ำมันถ่ายลงจากรถทั้งหมด แล้วจึงจะมีการเซ็นรับน้ำมันในใบรับของและใบส่งของ ระเบียบดังกล่าวมีไว้เพื่อตรวจสอบมิให้มีการส่งน้ำมันมาไม่ครบถ้วนและป้องกันมิให้มีการถ่ายน้ำมันออกจากรถยนต์บรรทุกน้ำมันไม่หมดแล้วถูกเบียดบังไป จำเลยทั้งเจ็ดจึงต้องร่วมกันตรวจรับและควบคุมการทำงานทุกขั้นตอน หากแบ่งหน้าที่กันทำแล้วจะไม่สามารถควบคุมได้ การที่จำเลยทั้งเจ็ดไม่ร่วมกันตรวจสอบน้ำมันตามระเบียบของโจทก์ดังกล่าว ซึ่งเป็นผลทำให้มีการส่งน้ำมันให้โจทก์ไม่ครบถ้วน แม้จำเลยทั้งเจ็ดไม่ได้ร่วมกันทุจริต แต่ก็ถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

คำพิพากษาฎีกาที่ 2614/2522 จำเลยที่ 2 เป็นเจ้าหน้าที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทย จำเลยที่ 3 มีหน้าที่ปิดกั้นแผงกั้นถนนเมื่อมีขบวนรถไฟวิ่งผ่านตรงที่ทางรถไฟตัดผ่านถนน ในวันเกิดเหตุ จำเลยที่ 2 ละทิ้งหน้าที่ไป ตามพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464 มาตรา 72 บัญญัติว่า เมื่อทางรถไฟผ่านข้ามถนนสำคัญเสมอระดับ ให้ทำประตูหรือชิงช้าหรือทำราวกันขวางถนน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่โดยตรงของจำเลยที่ 3 ต้องป้องกันภัยในการที่จะเดินรถไฟตัดผ่านถนน การที่จำเลยที่ 2 ไม่นำแผงมาปิดกั้นถนนขณะที่ขบวนรถไฟจะแล่นผ่านจึงเป็นการละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย ถือได้ว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถ้าหากปิดแผงกั้นถนนแล้ว รถยนต์ของโจทก์ที่ 1 ก็ไม่อาจขับผ่านเข้าไปถึงทางรถไฟจนเกิดเหตุชนกันได้ จำเลยที่ 2 มีส่วนประมาทมากกว่าโจทก์ที่ 1 ที่จำเลยที่ 3 อ้างว่าวันเกิดเหตุ

พนักงานรถไฟบางส่วนนัดหยุดงานไม่สามารถหาคนมาปฏิบัติงานให้ทันท่วงทีได้นั้น จะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยไม่ได้ จำเลยที่ 3 ต้องร่วมรับผิดชอบ

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะพบว่า พระราชบัญญัตินี้ก็ได้มีการให้คำจำกัดความหรือนิยามความหมายของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้เช่นกัน มีเพียงความเห็นของนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือเลขที่ นร 0601/087⁵⁷ ในปัญหาเกี่ยวกับคำว่า “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ซึ่งอยู่ในมาตรา 8 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยได้ให้ความเห็นไว้ว่า “อย่างไรเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป ซึ่งความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการกระทำมิใช่โดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมนิ่งเห็นผล แต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะมีลักษณะไปในทางที่บุคคลนั้นได้กระทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่เพียงพอไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมาก เช่น คาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้หรือหาความระมัดระวังสักเล็กน้อยก็จะได้คาดการณ์การอาจเกิดความเสียหายเช่นนั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1789-1790/2518 กรณีโรงงานของจำเลย (กระทรวงการคลัง) เผาเศษปอ ทำให้มีควันดำปกคลุมถนนจนมองไม่เห็นทางข้างหน้า เป็นเหตุให้รถขับมาชนท้ายรถจักรยานซึ่งจอดอยู่ได้รับความเสียหายซึ่งเหตุการณ์เช่นนี้เคยเกิดมาแล้ว 2-3 ครั้ง แต่ก็ปล่อยปละละเลยไม่เปลี่ยนวิธีการเผาเศษปอ เป็นกรณีที่จำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นต้น”

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁵⁸ ได้ให้ความเห็นว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำที่เกือบจะเป็นการเจตนาโดยเล็งเห็นผล (dolus eventualis) กล่าวคือผู้กระทำแม้ไม่ได้เจตนา แต่ก็ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังแม้แต่นิดเดียวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำเล็งทำลงไป ทั้งที่รู้อยู่ว่าอาจจะเกิดความเสียหาย

⁵⁷ <www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/deca/2540/c2_0061_2540.htm> (November 6, 2009).

⁵⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานการวิจัย เรื่อง “คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง”, (กรุงเทพมหานคร: รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2548), น. 278.

อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในพระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น จะใช้หลักการพิจารณาเช่นเดียวกับการ พิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะ พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้หลักการความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นพื้นฐาน

แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 214/2549 นาง ฉ.เป็นผู้บังคับบัญชาของนาง ก. ได้ยินยอมให้นาง ก. เก็บรักษาสมุดบัญชีเงินฝากของโครงการวิจัยไว้เป็นเวลานานโดยไม่ได้มีการ เรียกมาตรวจสอบยอดเงินคงเหลือจากการถอนเลย ซึ่งหากนาง ฉ.ได้ทำการตรวจสอบโดยการ เรียกสมุดบัญชีมาดูเป็นระยะ ๆ นาง ฉ. ย่อมสามารถพบความผิดปกติได้ และ นาง ก. ย่อมไม่มี โอกาสเสนอเรื่องเบิกถอนเงินสมนาคุณให้แก่ผู้วิจัยโดยพลการได้ เพราะการเบิกถอนเงินแต่ละครั้ง จะต้องใช้สมุดบัญชีเงินฝากดังกล่าว การที่นาง ฉ. ไม่ได้ควบคุมและทำการตรวจสอบการปฏิบัติ หน้าที่ของนาง ก. ในการเบิกถอนเงินดังกล่าว จึงเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 72/2550 นาย ป. เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ผิดชอบ ในการบริหารงานของสำนักงานเขตควบคุมการปฏิบัติงานด้านการจัดเก็บภาษีอากรให้เป็นไปตาม กฎหมายและระเบียบของทางราชการ แต่นาย ป. มิได้จัดทำสมุดทะเบียนคุมเช็คตามระเบียบ กรมสรรพากรว่าด้วยการรับชำระภาษีอากรเป็นเช็ค พ.ศ. 2539 อันเป็นการเปิดโอกาสให้ ผู้ได้บังคับบัญชากระทำการทุจริตได้โดยง่ายและนาย ป. มิได้ควบคุมดูแลผู้ได้บังคับบัญชา ให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามระเบียบของทางราชการ จนเป็นเหตุให้ผู้ได้บังคับบัญชายักยอกเงิน ภาษี จึงถือได้ว่านาย ป. กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

จากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว จะเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดตัดสิน ไปในแนวทางเดียวกัน คือ ถือว่าผู้ที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายระเบียบซึ่งบัญญัติขึ้นไว้เพื่อป้องกัน ความเสียหาย เป็นผู้กระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ของการบัญญัติกฎหมายของไทยนั้นจะพบว่า มีการ บัญญัติกฎหมายโดยใช้หลักเรื่องประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทั้งหลักของคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ โดยร่างกฎหมายของไทยที่ได้มีการนำถ้อยคำที่เป็นลักษณะของระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์มาใช้ เช่น ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งเพื่อความปลอดภัยจากมลพิษ น้ำมัน พ.ศ. ... ซึ่งบัญญัติในมาตรา 14 ว่า

“มาตรา 14 เจ้าของเรือไม่อาจจำกัดความรับผิดของตนตามมาตรา 12 ได้ หากโจทก์ พิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายจากมลพิษนั้นเป็นผลจากการกระทำโดยจงใจของเจ้าของเรือโดยตรง หรือเจ้าของเรือละเลยไม่เอาใจใส่ (*recklessly*) ทั้งที่รู้ว่าความเสียหายจากมลพิษนั้นอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 5.2 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจากมลพิษ น้ำมัน ค.ศ. 1992 (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992) ซึ่งใช้คำว่า “with the intent to cause such damage, or *recklessly and with knowledge that such damage would probably result.*”⁵⁹

ในร่างพระราชบัญญัติการรับขนส่งของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. ... ก็มีการบัญญัติ ในลักษณะของคอมมอนลอว์ด้วยเช่นกัน โดยในมาตรา 35 (3) ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 35(3) เมื่อมีการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลจากการที่ผู้ขนส่ง ลูกจ้าง... ละเลยไม่เอาใจใส่ ทั้งที่รู้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำนั้นอาจเกิดขึ้นได้ ... ซึ่งเป็นการบัญญัติสอดคล้องกับถ้อยคำในอนุสัญญาว่าด้วยสัญญาเพื่อการรับขนส่งของระหว่างประเทศโดยทางถนน ค.ศ. 1956 (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Roads, 1956)”⁶⁰

2.3 ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ

ความรับผิดทางอาญา คือ ความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยรู้สำนึกไม่ว่าจะเกิดขึ้น โดยเจตนาหรือประมาท หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายอาญากำหนดไว้เป็นเรื่อง ๆ ไป ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับโทษก็ต้องเป็นเช่นนั้น ซึ่งความมุ่งหมาย ของกฎหมายในทางอาญา คือ มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของส่วนรวมและลงโทษผู้กระทำผิด ให้เช็ดหลาบ เพื่อมิให้ผู้ใดเอาย่าง

เรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้นแต่เดิมไม่เคยมีบทบัญญัติ ให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิด แต่ก็เป็นที่ยอมรับทั่วไปในทางทฤษฎีและในแนวปฏิบัติ ทางกฎหมายว่า ผู้ทำหน้าที่ในฐานะเป็นอนุญาโตตุลาการโดยส่วนตัวแล้วควรมีความรับผิดได้

⁵⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา “บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่าง พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน พ.ศ. ...”

⁶⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา “บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่าง พระราชบัญญัติการรับขนส่งของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. ...”

ทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยในส่วนของความรับผิดในทางอาญานั้นก็มีหลักเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป คือ หากพบว่าการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติใดตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้นั้นต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันบางประเทศรวมทั้งในประเทศไทยได้มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการไว้โดยเป็นการเฉพาะในกรณีเรียกรับสินบน ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าจะทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการ

2.4 ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดเพราะจงใจกระทำผิดหน้าที่หรือกระทำหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันก่อความเสียหายแก่คู่กรณี ซึ่งต้องรับผิดในทางแพ่งสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือมีความรับผิดทางอาญา มีปัญหาว่าจะมีการตกลงกันกำหนดข้อยกเว้นความรับผิด คือ กำหนดให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับผิดได้หรือไม่ ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ยังไม่เป็นที่ยุติไม่ว่าจะในเรื่องความเห็นหรือทางปฏิบัติของนานาประเทศ แต่มีแนวความคิดที่ชัดเจนว่าการตกลงไม่ให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดในความรับผิดทางอาญากรณีทุจริต รับสินบนนั้นทำไม่ได้ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับความรับผิดในทางแพ่งนั้น เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นมาสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ตกลงกันเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของตน และหากอนุญาโตตุลาการกระทำผิดนั้นก็มีผลเท่ากับเป็นการทำผิดสัญญาและเป็นการทำละเมิด ดังนั้น จึงต้องศึกษาถึงหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญา และในเรื่องละเมิด เพื่อนำไปใช้ในการพิจารณาในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดต่อไป ซึ่งหลักการสำคัญเหล่านี้ ได้แก่

2.4.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (the Autonomy of the Will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้

ไม่ได้หมายความว่า เจตนาที่มีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า “ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิด้วย”⁶¹ ดังนั้น บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ บทบาทความสำคัญของเจตนาเป็นที่ยอมรับสำหรับการทำสัญญา เนื่องจากเหตุผลของการที่นิติกรรมสัญญาจะมีผลบังคับผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามก็เพราะเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญาตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา⁶²

ส่วนหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คือ หลักที่ว่าบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางกรณีเป็นการสมควรที่จะวางข้อจำกัดเสรีภาพลง กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรจะมีนั้นคือ กฎเกณฑ์ที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันเป็นผู้ตกลงกันเอง โดยถือว่ากฎเกณฑ์ที่ตกลงกันได้นั้นเป็นกฎเกณฑ์อันหนึ่งที่เกิดจากเจตนาที่ใช้บังคับแก่กรณีของตนโดยเฉพาะ ซึ่งจะเป็นกฎเกณฑ์อันหนึ่งที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เอกชนด้วยกันเอง ข้อความคิดนี้จึงนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชน ปล่อยให้เอกชนสามารถวางหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้ตามลำพัง กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น⁶³

⁶¹ GOUNOT, Le principe de l' autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l' individualisme juridique, 1912 p. 16 อ้างใน FLOUR et AUBERT, Droit Civil. Les obligations, Vol. 1, l' acte juridique p. 9. อ้างโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 12.

⁶² ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 11-12.

⁶³ Eiichi HOSHINO, The Contemporary Contract, Law in Japan, No. 5, 1972, pp. 16-19; P.J. COOKE & D.W. OUGHTON, The Common Law of Obligations, Butterworths 1989, pp. 18-23 อ้างโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น. 16.

2.4.2 หลักความยินยอม หรือหลัก Volenti non fit iniuria

หลัก Volenti non fit iniuria นั้นมีความหมายตามพจนานุกรมว่า สำหรับคนที่สมัครใจ ย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าตนได้รับความไม่ยุติธรรม (To a willing person one cannot do injustice)⁶⁴ ส่วนใน Osborn's concise Law Dictionary⁶⁵ หมายถึง เมื่อบุคคลนั้นยินยอมก็ไม่อาจถือว่าบุคคลนั้นได้รับความเสียหาย จึงไม่อาจฟ้องละเมิด สำหรับใครก็ตามที่ได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพราะไม่มีใครจะอาจอ้างสิทธิซึ่งเขาเองได้เจตนาที่จะสละสิทธินั้นเสียแล้ว

ส่วนนักวิชาการในประเทศไทยได้ให้นิยามความหมายไว้แตกต่างกันดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภิษฐ์⁶⁶ ให้ความหมายว่า ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด
รองศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิตย์⁶⁷ ให้ความหมายว่า ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย
หลักความยินยอม มีหลักเกณฑ์ดังนี้

ก. เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ กล่าวคือ ผู้เสียหายต้องยินยอมด้วยความสมัครใจ และรู้ถึงผลของการกระทำที่อาจทำให้เกิดความเสียหายจึงจะไม่ใช่เป็นการกระทำละเมิด⁶⁸

ข. ความยินยอมนั้นต้องมีใช้ความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁹ เช่น ต้องไม่ใช่ความยินยอมที่ให้ไว้ล่วงหน้าให้กระทำละเมิดเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷⁰ ซึ่งมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้

⁶⁴ Latin Proverbs from <<http://www.en.wikiquote.org/wiki/Latin—proverbs>>

⁶⁵ Osborn's concise Law Dictionary, p. 343. อ้างโดย ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551) น. 125.

⁶⁶ จิตติ ดิงศภิษฐ์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย (พฤษภาคม - สิงหาคม) 2520, น. 52.

⁶⁷ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2548), น. 38.

⁶⁸ จิตติ ดิงศภิษฐ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษาแห่งบัณฑิตยสภา, 2503), น. 469.

⁶⁹ พจน์ บุษปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525) น. 61.

⁷⁰ เพิ่งอ้าง.

ต้องรับผิดชอบเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ” การตกลงยินยอมในลักษณะดังกล่าวจึงไม่เกิดผล ใช้บังคับไม่ได้ เว้นแต่ในเวลาที่มีการกระทำ ที่เกิดความเสียหาย ผู้ที่เสียหายยังคงแสดงออกโดยตรงหรือโดยปริยายว่ายังคงให้ความยินยอมอยู่⁷¹

สำหรับในต่างประเทศก็มีหลักการเช่นเดียวกัน โดยต้องมีการกระทำที่ก่อความเสียหายขึ้น แต่ต้องมีข้อเท็จจริง 3 ประการ ดังนี้⁷²

- ก. ผู้กระทำต้องมีหน้าที่ต้องกระทำการโดยใช้ความระมัดระวัง
 - ข. มีการกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง
 - ค. ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง
- เมื่อมีการกระทำที่ก่อความเสียหายเกิดขึ้นผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ คือ จะเรียกร้องค่าเสียหายกันไม่ได้ หากผู้เสียหายยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเพราะไม่มีความรับผิดชอบ แต่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง 2 ประการ ดังนี้
- ก. ผู้เสียหายรู้ว่ามีความเสี่ยงภัยจากการกระทำของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้ที่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง
 - ข. ผู้เสียหายตกลงที่จะเสี่ยงภัยด้วยความสมัครใจ

2.4.3 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนบัญญัติไว้ในมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

หลักนี้เป็นหลักหนึ่งในการจำกัดเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล อันเป็นหลักทั่วไปซึ่งบังคับแก่คู่สัญญาโดยไม่มีข้อหลักข้อยกเว้นได้ เพราะถ้ามีการตกลงที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว การดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายและตกเป็นโมฆะ หลักนี้เป็นหลักที่รัฐทุกรัฐจะต้องคำนึงถึงและศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาไม่ให้ข้อสัญญาที่ขัดกับหลักการดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับ

คำว่า “หลักความสงบเรียบร้อย (public order)” นี้มีข้อความคิดที่กว้าง ซึ่งไม่มีคำจำกัดความไว้นั่นในฉบับกฎหมาย นักกฎหมายหรือแม้แต่ศาลได้ให้คำอธิบายความหมาย

⁷¹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทมีสมบัติ, 2548) น. 19.

⁷² <<http://www.thebmc.co.uk/services/membership/liable.htm>>

ไว้หลายประการ ซึ่งส่วนใหญ่จะเน้นหลักเดียวกันคือ เป็นหลักที่คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมที่จะเป็นกรอบของการแสดงเจตนาของบุคคลที่แม้จะอิสระสามารถตกลงการอันใดที่อาจขัดต่อทบัญญัติกฎหมายได้ แต่จะให้มีความกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมไม่ได้⁷³

ส่วน “หลักศีลธรรมอันดีของประชาชน (good morals)” เป็นหลักแสดงให้เห็นถึงลักษณะทางศีลธรรมของสังคมอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อย หมายความว่า กฎเกณฑ์ทางศีลธรรมเป็นส่วนหนึ่งของผลประโยชน์ส่วนรวมที่บังคับแก่เจตนาของบุคคล และต้องให้การยอมรับ⁷⁴

2.4.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้เข้ามามีบทบาทในเรื่องการตกลงซึ่งรวมทั้งการยินยอมยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบด้วย ซึ่งหลักกฎหมายสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ หลักในมาตรา 4 มาตรา 8 และมาตรา 10

กฎหมายฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะแก้ไขความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากผลบังคับของนิติกรรมสัญญาบางประเภทที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น โดยคำนึงถึงลักษณะของนิติกรรมสัญญาที่จะเป็นมูลเหตุให้เกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คือ

ประเภทของสัญญาที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ (มาตรา 4 วรรค 1) ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก

ประเภทของข้อสัญญาที่กำหนดไว้โดยเฉพาะโดยไม่จำกัดว่าอยู่ในสัญญาประเภทใด คือ ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งรวมถึงข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา หรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดด้วย โดยแยกพิจารณาได้เป็น

1) ข้อตกลงที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิด หรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ซึ่งผู้ตกลงต้องรับผิดชอบจะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ (มาตรา 8 วรรคหนึ่ง)

⁷³ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 20.

⁷⁴ ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น. 111.

2) ข้อตกลงที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในข้อ 1) ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น (มาตรา 8 วรรคสอง)

3) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ (มาตรา 9)

ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นในมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ โดยให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา และการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง