

บทที่ 3

หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของไทย โดยในส่วนกฎหมายต่างประเทศจะศึกษาในระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกเป็นหลัก คือ กลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ ตลอดจนสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่สำคัญ เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์การบัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศว่ามีอยู่อย่างไร และส่งผลต่อแนวความคิดในเรื่องนี้ของแต่ละประเทศอย่างไร เพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาถึงปัญหาและความเหมาะสมของบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยต่อไป

1. หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ ว่าแต่เดิมมีแนวคิดและหลักการในเรื่องนี้อย่างไร และปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงหรือพัฒนาอย่างไร โดยแยกศึกษาเป็นกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่สำคัญ

1.1 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law)

ในระบบคอมมอนลอว์นั้น มีแนวคิดเรื่องหลักความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่เรียกว่า หลักความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) โดยหลักนี้เป็นหลักที่ขยายมาจากหลักความคุ้มกันของผู้พิพากษา โดยเห็นว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากได้รับความคุ้มกันเพราะมีลักษณะการปฏิบัติหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษาหรือตุลาการ คือ ทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท จึงได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดใด ๆ อันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศหนึ่งที่มีความเจริญก้าวหน้าทางการอนุญาโตตุลาการมาก ทั้งในด้านตัวบทกฎหมายและในทางปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษนั้นจะได้รับ

การปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้พิพากษา เนื่องจากโดยจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษนั้น อนุญาตตุลาการมีสถานะเช่นเดียวกับผู้พิพากษา จึงได้รับความคุ้มกันอย่างกว้างขวาง โดยได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องเป็นคดีจากความผิดพลาดหรือการละเว้นการกระทำใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นเพราะเหตุขาดความสามารถ ขาดความระมัดระวังหรือเพราะความประมาทเลินเล่อ¹ ซึ่งเป็น ลักษณะของการให้ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดนั่นเอง

สาเหตุที่ได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดเนื่องจากกฎหมายในประเทศอังกฤษนั้น มีหลักว่า ผู้พิพากษาที่ได้ทำหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการได้รับความคุ้มกันจากการกระทำใด ๆ จากการถูกฟ้องสำหรับความผิดพลาดในการกระทำโดยความประมาทเลินเล่อหรือความลำเอียง หรือโดยเจตนาร้าย หรือผู้พิพากษาก่อทำโดยทุจริตเพราะเห็นแก่สินบน ผู้พิพากษาก็ไม่ต้องรับผิดชอบ² ซึ่งแม้ผู้พิพากษาจะไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว แต่ผู้พิพากษาอาจถูกถอดถอนหรือ impeached ได้ในกรณีมีเหตุการณ์ที่ชัดเจนหรือถูกร้องเรียน

อย่างไรก็ตาม ได้มีผู้พิพากษา คือ Lord Kibrandon และ Lord Fraser ให้ความเห็นว่า อนุญาตตุลาการก็เหมือนบุคคลผู้มีวิชาชีพอื่น ๆ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะ จึงต้อง รับผิดชอบต่อความผิดพลาดที่กระทำเช่นกัน ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลสมควรที่จะให้ความคุ้มกัน เช่นนั้น³

แต่ความจริงแล้วการให้ความคุ้มกันไม่ได้หมายความว่า คู่กรณีได้รับความเสียหาย ไม่มีทางเยียวยา คู่กรณีสามารถนำความผิดพลาดของอนุญาตตุลาการบางเรื่องไปใช้ โดยการ คัดค้านหรือเพิกถอนคำชี้ขาดสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบ (misconduct) ได้ ดังนั้น หลายประเทศที่สนับสนุนอนุญาตตุลาการทางการค้าก็เพราะว่าผู้ทำการค้าต้องการ เช่นนั้น⁴

¹ 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. 21.

² คดี *Floyd v. Barker* (1607).

³ Julian D.M. Lew, *supra* note 1, pp. 22-24.

⁴ *Ibid*, pp. 26-27.

ในปัจจุบันประเทศอังกฤษได้ผ่อนคลายหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดที่เคยมอบให้แก่อนุญาโตตุลาการลง โดยในมาตรา 29 ของ Arbitration Act 1996⁵ ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษได้บัญญัติว่า “An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in *bad faith*.” ซึ่งหมายถึง กฎหมายได้ให้ความคุ้มกันแก่ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ แต่ยังคงกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดในกรณีที่กระทำการหรือละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยไม่สุจริต ซึ่งใน International Commercial Arbitration Act 1998 มาตรา 12(1) ของประเทศไอร์แลนด์ก็ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน⁶

ส่วนการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตนั้นมิได้มีบทนิยามกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษ ซึ่งต้องค้นหาจากแนวคำพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์นั่นเอง แต่โดยทั่วไปแล้ว การกระทำที่ไม่สุจริตคือ การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตอันเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้ได้กับทุกเรื่อง โดยหลักสุจริตนี้ทำหน้าที่เป็นเครื่องวัดมาตรฐาน ควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุก ๆ เรื่องของคนในสังคมเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมในสังคม เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับความไว้วางใจและข้อสัตย์ต่อกัน รวมทั้งต้องพิจารณาถึงปกติประเพณีในสังคมด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมคาดหวังไว้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งย่อมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในสังคม ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ของมนุษย์ร่วมสังคมเดียวกัน เป็นการคาดหวังว่าคู่กรณีอีกฝ่ายที่รวมกันอยู่ในสังคมเดียวกันควรปฏิบัติอย่างไร ความคาดหวังเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความไว้วางใจของบุคคลต่อบุคคลหนึ่ง

ในกรณีของการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจกล่าวได้ว่า การอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างคู่กรณีกับอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงแต่งตั้งให้อนุญาโตตุลาการ

⁵ <https://www.hms0.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_2#pt1-pb5-l1g29> (October 27, 2009.) โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก ก

⁶ Section 12 (1) An arbitrator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his or her functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in *bad faith*.

(2) Subsection (1) shall apply to an employee, agent or advisor of an arbitrator and to an expert appointed under An article 26, as it applies to the arbitrator.

ทำหน้าที่ในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทให้แก่ตน ซึ่งย่อมต้องคาดหมายว่าผู้เป็นอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ใช้องค์ความรู้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม มีคุณธรรมจริยธรรม หากปฏิบัติได้เช่นนี้ ย่อมถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและย่อมได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดชอบใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น

นอกจากนี้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษและไอร์แลนด์ยังได้ขยายความคุ้มกันไปถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการด้วย เช่น ลูกจ้างหรือตัวแทนของอนุญาโตตุลาการผู้ให้คำแนะนำ หรือผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้ง เป็นต้น แต่ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มกันจากความรับผิดชอบแก่อนุญาโตตุลาการซึ่งลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันหากได้ลาออก โดยถือว่ามีผลเป็นการละเมิดสัญญา⁷

สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีขึ้นตั้งแต่สมัยที่สหรัฐอเมริกายังเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ แต่นิยมใช้กันเฉพาะในวงการค้า ซึ่งในคริสต์ศตวรรษที่ 18 และคริสต์ศตวรรษที่ 19 วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมใช้ระงับข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลาย บรรดาสมาคมการค้าต่าง ๆ มักให้สมาชิกของสมาคมระงับข้อพิพาทระหว่างบรรดาสมาชิกโดยการอนุญาโตตุลาการเสมอ โดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาในสมัยเริ่มแรกนั้นเหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ คือ เป็นกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งเกิดจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาลและมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย⁸

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นแบ่งเป็นกฎหมายของสหรัฐ (Federal Law) และกฎหมายของแต่ละมลรัฐ (State Law) ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นกฎหมายกลาง คือ The United States Federal Arbitration Act สำหรับมลรัฐต่าง ๆ นั้นแต่ละมลรัฐมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งร่างโดยกระบวนการร่างกฎหมายของแต่ละมลรัฐ และได้มีการร่วมกันร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ที่เรียกว่า The Uniform Arbitration Act เพื่อเป็นแบบอย่าง

⁷ Bruce Harris, et. Al., The Arbitration Act 1996: A Commentary, (Australia: Blackwell Science, 1996), p. 129.

⁸ William Carton Jones, History of Commercial Arbitration in England and United States: A Summary Views, pp. 132-135. อ้างใน เสาวนีย์ อัครโรจน์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 29.

ที่ดีของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติของ The Uniform Arbitration Act นี้ได้รับการยอมรับและนำไปร่างเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของมลรัฐต่าง ๆ จึงมีหลักใหญ่ที่คล้ายคลึงกัน แต่แตกต่างกันเพียงเล็กน้อยในส่วนที่เป็นรายละเอียด

ปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นศูนย์กลางของการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากนโยบายของมลรัฐต่าง ๆ ได้ให้การสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการในฐานะเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทนอกจากการดำเนินคดีในศาล สถานะของอนุญาโตตุลาการถูกมองว่าเป็นเสมือนผู้พิพากษา จึงมีผลต่อทัศนคติในเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการโดยมองว่า การกำหนดความรับผิดชอบจะเป็นการขัดขวางมากกว่าที่จะเป็นการสนับสนุนอนุญาโตตุลาการให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพราะหากอนุญาโตตุลาการต้องเผชิญกับความรับผิด ก็อาจไม่เต็มใจที่จะรับเป็นอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเพื่อสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติเหมาะสมเข้าร่วมโดยสมัครใจในการระงับข้อพิพาทโดยไม่ต้องเผชิญกับความขัดแย้งระหว่างคู่ความและภาระการต่อสู้คดีในศาล ความคุ้มกันก็ควรที่จะขยายไปใช้กับอนุญาโตตุลาการด้วย⁹

สำหรับหลักความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น แต่เดิมเป็นลักษณะของความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลหลายคดีในสหรัฐอเมริกา ซึ่งสะท้อนนโยบายการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการอย่างเด็ดขาดและกว้างขวาง โดยวางหลักเกณฑ์ว่า อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดีสำหรับความเสียหาย แม้กระทำโดยจงใจ รับสินบน ฉ้อฉล หรือโดยทุจริต และแม้ว่าระดับของการประพฤติดมิชอบเพียงพอที่จะนำไปสู่การยกเลิกคำชี้ขาดก็ตาม¹⁰ เช่น ในคดี Hoosac Tunnel Dock and Elevator Company v. O'Brien ศาลพิพากษาว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในทางแพ่งสำหรับการกระทำที่มีการร่วมมือกับทนายความของคู่กรณี

แต่มีบางคดีที่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้อนุญาโตตุลาการรับผิด แต่พบว่า มีคดีน้อยมากที่ตัดสินเช่นนี้ เช่น ในคดี Baar v. Tigerman ศาลอุทธรณ์แคลิฟอร์เนียได้ให้

⁹ Christian Hausmaninger, "Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform," Journal of International Arbitration, Vol. 7 December 1990, p.17.

¹⁰ David J. Branson and Richard E. Wallace, Jr., "Immunity of Arbitrator under United States Law," in The Immunity of Arbitrators (edited by Julian D.M. Lew), *supra* note 1, pp. 88-96.

เหตุผลว่า ในขณะที่ต้องคุ้มครองอนุญาโตตุลาการในการทำหน้าที่กึ่งศาลแต่ก็ต้องดูภาระหน้าที่ตามสัญญาของอนุญาโตตุลาการต่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องด้วย นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดของนักกฎหมายว่า อนุญาโตตุลาการควรมีความรับผิดชอบในการกระทำที่ไม่ถูกต้องของตน โดยมีข้ออ้างในเรื่องสัญญาว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของสัญญาและเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบ ดังนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการทำผิดหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในสัญญาก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญา

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีการตัดสินให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบ เช่น คดี *Beaver v. Brown* ศาลพิพากษาว่า คู่กรณีสามารถปฏิเสธที่จะจ่ายค่าปฎิการของอนุญาโตตุลาการได้ หากอนุญาโตตุลาการกระทำการซึ่งไม่มีประโยชน์อันเป็นผลมาจากการประพัตมิชอบ ส่วนในคดี *Lundgren v. Freeman* ศาลพิพากษาว่า อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำด้วยเจตนาทำความเสียหายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ส่วนเรื่องของการขยายขอบเขตของความคุ้มครองไปถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายของสหรัฐอเมริกามีได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่มีคดีที่เกิดขึ้นซึ่งส่วนใหญ่พิพากษาว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องคดีด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้ระบบการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปโดยมีประสิทธิภาพ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการในสถาบันนั้นทำงานได้ก็เพราะมีสถาบันเป็นผู้ดำเนินการและให้ความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกจึงต้องได้รับความคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยเช่นกัน และหากสถาบันอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบได้ง่ายแล้วก็คงไม่มีสถาบันใดประสงค์ที่จะให้บริการการอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป¹¹ เช่น

คดี *Melady v. South St. Pal Live Stock Exchange* เป็นคดีแรกของสหรัฐอเมริกาที่เป็นปัญหา ในเรื่องนี้ข้อเท็จจริงว่า สมาชิก 2 คนของตลาดหลักทรัพย์เซนต์ปอลได้มีข้อพิพาทกันและได้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการที่ตลาดหลักทรัพย์ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่ไม่พอใจผลของคำชี้ขาดได้ฟ้องตลาดหลักทรัพย์ ศาลยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่า ระบบบริหารของตลาดหลักทรัพย์ในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น ทำให้ตลาดหลักทรัพย์เป็นองค์กรกึ่งตุลาการจึงได้รับความคุ้มครองจากความรับผิด (171 N.W. 806)

คดี *Corey v. New York Stock Exchange* ผู้ร้องฟ้องตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์กโดยเหตุว่า ไปช่วยกรรมการทางด้านการอนุญาโตตุลาการเลือกสมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการ

¹¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 32, (มิถุนายน 2545), น. 214.

โดยฝ่าฝืนข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์ ทั้งยังเลื่อนและกำหนดเวลาการสืบพยานใหม่ โดยไม่ฟังเสียงคัดค้านของผู้ร้อง ศาลพิพากษาว่า การขยายหลักความคุ้มกันไปใช้บังคับกับสถาบันที่ให้การสนับสนุนการอนุญาตโตตุลาการเป็นผลผลิตของนโยบายที่จำเป็น และเป็นธรรมชาติที่ต้องรองรับความคุ้มกันของอนุญาตโตตุลาการ มิฉะนั้น ความคุ้มกันที่ขยายให้กับอนุญาตโตตุลาการก็จะเป็นภาพลวงตา ไม่เกิดผล เพราะอนุญาตโตตุลาการในสถาบันนั้นทำงานได้ก็เพราะมีสถาบันเป็นผู้ดำเนินการและให้ความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกให้ จึงต้องได้รับความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยเช่นกัน (691 F 2d 1205)

อย่างไรก็ตาม ศาลในบางรัฐและในบางคดีก็ได้พิพากษาให้สมาคมอนุญาตโตตุลาการรับผิดชอบในกรณีที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกอนุญาตโตตุลาการ ทำให้มีความเสียหายขึ้นจากการกระทำของอนุญาตโตตุลาการ เช่น ในคดี Barr v. Tigerman ศาลแคลิฟอร์เนียพิพากษาว่า สมาคมอนุญาตโตตุลาการอเมริกันต้องรับผิดชอบเมื่อละเลยที่จะใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งดำเนินกระบวนการพิจารณาและบริหารกระบวนการและทำให้มีความเสียหายขึ้นจากการกระทำของอนุญาตโตตุลาการ (189 Cal. Rptr. 834)

ส่วนกรณีความรับผิดทางอาญานั้น ในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐแมสซาชูเซตส์ได้ป้องกันการประพฤติไม่ชอบอย่างร้ายแรงในเรื่องการรับสินบนเอาไว้ โดยกำหนดความรับผิดดังกล่าวเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา Part IV Chapter 268 Section 14¹² มีสาระสำคัญว่า “ผู้ใดเป็นลูกขุน หรือได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาตโตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาดทูลฎีกาหรือรับสินบนจะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์และจำคุกไม่เกิน 1 ปี” นอกจากนี้ ยังมีมลรัฐอื่น ๆ

¹² Section 14 Whoever, being summoned as a juror or chosen or appointed as an arbitrator, umpire or referee, or, being a master in chancery, master or auditor, corruptly takes anything to give his verdict, award or report, or corruptly receives any gift or gratuity from a party to a suit, cause or proceeding for the trial or decision of which such juror has been summoned, or for the hearing or determination of which such master in chancery, master, auditor, arbitrator, umpire or referee has been chosen or appointed, shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than five years or by a fine of not more than one thousand dollars and imprisonment in jail for not more than one year. From <<http://www.mass.gov/legis/laws/mgl/268-14.htm>> (September 24, 2009)

อีกที่พบว่าบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาด้วยเช่นกัน ได้แก่ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Title 7 Chapter 1 Section 93)¹³ มลรัฐไอดาโฮ (Title 18-1305)¹⁴, มลรัฐเซาท์แคโรไลนา (Section 16-9-270)¹⁵

อย่างไรก็ตาม ยังไม่เคยปรากฏรายงานทางคดีกรณีอนุญาโตตุลาการทำให้เกิดดังกล่าวเลย อีกทั้งในต้นแบบร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา คือ The Uniform Arbitration Act 2000 และ The United States Federal Arbitration Act 1925¹⁶ ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดทางแพ่งและทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ และแม้ต่อมาจะมีการแก้ไขปรับปรุงในปี 1970 ก็ยังคงไม่มีการบัญญัติในเรื่องนี้

สำหรับในระบบกฎหมายของประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียมีรูปแบบตามคอมมอนลอว์ของอังกฤษ เนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์การปกครองในยุคอาณานิคม¹⁷ ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียจึงมีหลักการใกล้เคียงกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย แต่ในช่วงหลังสิงคโปร์ได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยอิงกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยใน International Arbitration act (part V Arbitral tribunal) ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 20 ภายใต้อำนาจ Liability of arbitrator¹⁸ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีสาระสำคัญในการจำกัด

¹³ <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-in/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=92-100>> (September 24, 2009)

¹⁴ <<http://www3.state.id.us/cgi-bin/newidst?sctid=180130005.K>> (September 24, 2009)

¹⁵ <<http://www.scstatehouse.gov/code/t16c009.htm>> (September 24, 2009)

¹⁶ <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc_sup_01_9.html> (October 24, 2009)

¹⁷ H.M.Chan, "Introduction to the Singapore Legal System," in Malayan Law Journal, (Pte. Ltd.: Singapore, 1986), p. 1.

¹⁸ Section 20 An arbitrator *shall not be liable* for

(a) negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of the arbitrator; or

(b) any mistake of law, fact or procedure made in the course of arbitration proceedings or in the making of an arbitral award.

ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการใน 2 กรณี คือ

1) กรณีประมาณเงินเลื่อในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในวิสัยสามารถของอนุญาโตตุลาการ

2) กรณีเกิดความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือวิธีพิจารณาในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการทำคำชี้ขาด

ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการกระทำการหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่ของตนโดยประมาณเงินเลื่อในระดับธรรมดา หรือทำหน้าที่แล้วเกิดความผิดพลาดในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือการดำเนินวิธีพิจารณาต่าง ๆ ตลอดจนการใช้ดุลพินิจในการทำคำชี้ขาดก็ไม่ต้องรับผิด เว้นแต่การกระทำหรือละเว้นการกระทำ หรือความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความจงใจ มีเจตนาไม่สุจริต หรือทำหน้าที่โดยขาดความระมัดระวังเอาใจใส่ในระดับที่เรียกว่าประมาณเงินเลื่ออย่างร้ายแรง

ในส่วนของความรับผิดทางอาญานั้น เนื่องจากกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียนั้น ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการอยู่ในความหมายของคำว่า “ข้าราชการ” (public servant) โดยกฎหมายของสิงคโปร์บัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 ของ Statutes of the Public of Singapore Penal Code ในข้อ 21(e)¹⁹ ซึ่งอยู่ในหมวดเดียวกับผู้พิพากษา และกำหนดความรับผิดในกรณีรับสินบนของข้าราชการเอาไว้ในกฎหมายอาญาเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศมาเลเซีย ดังนั้น ความรับผิดทางอาญากรณีที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำความผิดในเรื่องการประพฤติมิชอบเรียกรับสินบนก็คือ ความรับผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา โดยกฎหมายของทั้งสองประเทศได้กำหนดโทษไว้เหมือนกัน คือ จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากนี้ เมื่อได้ศึกษาค้นคว้าแล้วยังพบว่า ในเรื่องกำหนดความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายของหลายประเทศและมีการใช้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ใน International Arbitration Act 1989 section 28 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดกรณีประมาณเงินเลื่อ

From <http://www.statutes.agc.gov.sg/non_version/html/homepage.html>

(October 24, 2009).

¹⁹ <http://www.statutes.agc.gov.sg/non_version/html/homepage.html>

(October 24, 2009)

ในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในวิสัยสามารถของอนุญาโตตุลาการ แต่ต้องรับผิดชอบกรณีกระทำการในหน้าที่โดยหลอกลวงหรือกลฉ้อฉล (fraud)²⁰ และกฎหมายของประเทศออสเตรเลียยังได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบอย่างชัดเจนในบางเรื่องด้วย โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 584(2)²¹ ว่า อนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ทำหน้าที่หรือไม่ทำหน้าที่ภายในเวลาอันสมควรหลังจากที่ได้รับ การแต่งตั้งแล้ว ต้องรับผิดชอบกรณีสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ทำหน้าที่หรือ ทำหน้าที่ล่าช้า โดยไม่ปลี่ยงสิทธิของคู่กรณีที่จะขอให้ยุติกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

หลักความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้มาจากหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และวัตถุประสงค์ของคู่กรณีพิพาทที่เลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีพิพาทที่เลือกใช้วิธีการนี้ย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์ในแง่ของความรวดเร็วในการ ยุติข้อพิพาทด้วย ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการไม่ทำหน้าที่หรือไม่ทำหน้าที่ล่าช้าย่อมทำให้คู่กรณี พิพาทไม่ได้รับประโยชน์ตามที่ควรจะได้รับและอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทด้วย

ส่วนในเยอรมนีได้บัญญัติไว้ใน International Conciliation and Arbitration Act 1993 section 34 มีสาระสำคัญว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำหรือละเว้น การกระทำในวิสัยสามารถของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายนี้ แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำผิดหน้าที่โดยจงใจ (conscious and deliberate wrongdoing)²²

²⁰ Section 28 An arbitrator is not liable for negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of the arbitrator, *but is liable for fraud* in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of the arbitrator.

²¹ Article 584(2) An arbitrator who does not fulfill in time or at all the obligations assumed by his acceptance of office is liable to the parties for all the loss caused by his wrongful refusal or delay, without prejudice to the parties' right to claim rescission of the arbitration agreement. Werner Meils, "Immunity of Arbitrations under Austrian Law (Chapter 3)," in The Immunity of Arbitrators (edited by Julian D.M. Lew), *supra* note 1, p.17.

²² Section 34 An arbitrator is not liable for anything act or omission in the capacity of arbitrator in connection any arbitration under this Act *except that he may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing.*

สำหรับประเทศฮ่องกงได้บัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 2GM ของ Arbitration Ordinance 1989 (revised 1996) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า คณะอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดในการกระทำหรือละเว้นการกระทำของคณะอนุญาโตตุลาการ ลูกจ้างหรือตัวแทน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ หากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยทุจริต (dishonestly)²³ จะเห็นได้ว่า กฎหมายของฮ่องกงนั้น นอกจากจะกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการทั้งคณะต้องรับผิดในกระทำหน้าที่แล้ว ยังกำหนดให้ต้องรับผิดต่อการกระทำหรือละเว้นการกระทำของลูกจ้างหรือตัวแทนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย หากการกระทำทั้งหลายนั้นพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำโดยไม่ซื่อสัตย์ ทุจริต

1.2 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law)

เนื่องจากกลุ่มประเทศซีวิลลอว์นั้นไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) ของผู้พิพากษา ในทางตรงกันข้าม ประเทศในยุโรปส่วนใหญ่มีการพัฒนานโยบายที่จริงจังเกี่ยวกับการชดเชยให้กับคู่ความจากผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำผิดซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาด้วย จึงมองว่าโดยพื้นฐานผู้พิพากษสามารถรับผิดทางแพ่งสำหรับการกระทำละเมิด และการกระทำต่าง ๆ ที่สมควรถูกลงโทษทั้งหมด รวมถึงการกระทำต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลด้วย ดังนั้น คู่ความในกระบวนการพิจารณาจึงสามารถเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ (judicial wrongdoing) โดยคู่ความต้องดำเนินการตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดวิธีการไว้ ซึ่งการฟ้องร้องให้ผู้พิพากษารับผิดทางแพ่งนั้นจะสามารถทำได้หลังจากที่สิ้นสุดการเยียวยาทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่ทั้งหมดแล้วเท่านั้น²⁴

ด้วยเหตุนี้ ประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์จึงมีแนวความคิดว่า อนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มกันอย่างจำกัด (Qualified Immunity หรือ Restrict Immunity) กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการ

²³ Section 2GM An arbitral tribunal is liable in law for an act done or omitted to be done by the tribunal, or by its employees or agents, in relation to the exercise or performance or the purported exercise or performance of the tribunal's arbitral functions only if it is proved that the act was done or omitted to be done dishonestly.

²⁴ Christian Hausmaninger, *supra* note 5, pp. 13-14.

จะไม่ต้องรับผิดชอบหากทำหน้าที่โดยถูกต้อง แต่จะต้องรับผิดชอบหากปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง และก่อให้เกิดความเสียหาย โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทเป็นเรื่องของสัญญา กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญาที่ฝ่ายอนุญาโตตุลาการสัญญาว่า จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เช่น เรื่องหนี้และสัญญาก็จะได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหนี้และสัญญานั้นสามารถนำไปปรับกับเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการได้

ในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) มีบทบัญญัติที่ในทางทฤษฎีที่อาจนำมาใช้กับเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการได้²⁵ คือ ในมาตรา 839(2) ของ Title 27 Torts เป็นหลักเรื่องความรับผิดของเจ้าหน้าที่ (Liability in case of breach of official duty)²⁶ ซึ่งกระทำละเมิด โดยอาศัยการเทียบเคียงกับเรื่องความรับผิดของผู้พิพากษา

มาตรา 839 นี้อธิบายได้ว่า เจ้าหน้าที่รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ต่อเมื่อบุคคลผู้เสียหายไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนโดยหนทางอื่นได้²⁷ อย่างไรก็ตาม การยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนโดยอ้างการละเมิด

²⁵ Volker B. Triebel and John S. Hyden, "Immunity of Arbitrators Under German Law," in *The Immunity of Arbitrators* (edited by Julian D.M. Lew), *supra* note 1, pp. 42-51.

²⁶ Section 839(2) If an official breaches his official duties in a judgment in a legal matter, then he is only responsible for any damage arising from this if the breach of duty consists in a criminal offence. This provision is not applicable to refusal or delay that is in breach of duty in exercising a public function.

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

²⁷ Shceuner, Problemeder staatlicher Schadenshaftung nach deutschem

หน้าที่ที่ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติในทุกกรณีนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหากระทบกับความเด็ดขาดเป็นที่สุดของคำพิพากษาที่ตัดสินไปแล้วได้ ด้วยเหตุนี้ ในมาตรา 839(2) จึงได้บัญญัติขอบเขตแห่งความรับผิดชอบของผู้พิพากษาไว้ โดยจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อการละเมิดหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นถือว่าเป็นความผิดอาญาเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันนี้การฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่รัฐหรือผู้พิพากษานั้นคือ การฟ้องรัฐและเป็นความรับผิดชอบของรัฐ²⁸

นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติในมาตรา 276²⁹ ซึ่งเป็นหลักเรื่องความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่จะละเมิดหน้าที่ตามสัญญา (Responsibility of the obligor) โดยกำหนดคู่สัญญาให้ต้องรับผิดชอบกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนเกิดการละเมิดหน้าที่ตามสัญญา เนื่องจากถือว่ามีสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีซึ่งคล้ายคลึงกับสัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงมีภาระหน้าที่ตามสัญญาต่อคู่กรณีที่ต้องใช้ความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญตามที่ตนสัญญาไว้กับคู่กรณี ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบหากปฏิบัติตามสัญญา แต่มีความรับผิดชอบในกรณีที่ปฏิบัติไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ในสัญญา³⁰

มีความเห็นในคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการที่เปิดเผยโดยศาลสูงสุดเยอรมัน (German Reichsgericht) ในปี 1897 กล่าวคือ ในคดีนี้เกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหาย

Recht, DÖ 1955, S545 (548) อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ตุลาคม 2545), น. 24.

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ตุลาคม 2545), น. 25-26.

²⁹ Section 276 (1) The obligor is responsible for *intention and negligence*, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.

(2) A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care.

(3) The obligor may not be release in advance from liability for intention.

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

³⁰ Christian Hausmaninger, *supra* note 5, p. 36.

ต่ออนุญาโตตุลาการที่ละเลยไม่ทำคำชี้ขาด ความเห็นของศาลสูงสุดนั้นเห็นว่า อนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองเหมือนกับที่ผู้พิพากษาได้รับภายใต้มาตรา 839(2) BGB ดังนั้น จึงไม่ต้องรับผิดชอบในการละเลยไม่ทำคำชี้ขาด โดยศาลให้เหตุผลว่า มิฉะนั้นแล้วก็จะทำให้อนุญาโตตุลาการไม่สามารถทำการพิจารณาตัดสินได้อย่างอิสระและเป็นธรรม โดยศาลสูงสุดเห็นว่า ต้องนำการกระทำในลักษณะที่เป็นการพิจารณาตัดสินคดี (adjudicatory) มาเป็นมาตรฐานความรับผิดชอบเหมือนกับที่ใช้กับผู้พิพากษา คือ มาตรฐานที่กำหนดไว้ในมาตรา 839(2) ต่อมาความเห็นของศาลสูงสุดดังกล่าวที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการสำหรับการกระทำที่เป็นการพิจารณาตัดสินของศาลได้รับยอมรับโดย German Federal Court (Bundesgerichtshof) ได้ตัดสินคดีในปี 1959 เห็นด้วยกับความรับผิดชอบจำกัด³¹

ส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้น ได้มีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางอาญากรณีเรียกรับสินบนไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch หรือ StGB) Chapter 30 Crimes in Public Office มาตรา 331(2) ซึ่งเป็นมาตราเดียวกับความรับผิดชอบของผู้พิพากษา โดยกำหนดโทษจำคุก 3 ปี หรือปรับ³²

สำหรับประเทศญี่ปุ่น กรณีความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี ดังนั้น ในเรื่องนี้จึงเป็นไปตามหลักพื้นฐานของหลักเรื่องสัญญาและละเมิดระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญา ซึ่งในประเทศญี่ปุ่นนั้นเป็นที่ยอมรับกันว่า สัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญามีลักษณะที่คล้ายคลึงกันมากกับสัญญาระหว่างผู้มีวิชาชีพกับลูกค้า ซึ่งสัญญาลักษณะนี้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองโดยประมวลกฎหมายแพ่ง ดังนั้น จึงต้องนำหลักเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ด้วยเหตุนี้ อนุญาโตตุลาการจึงมีความผูกพันที่จะต้องใช้ความเอาใจใส่และอาศัยทักษะความเชี่ยวชาญตามที่ระบุเอาไว้ในสัญญา โดยมีข้อผูกพันต่อคู่สัญญาในการทำคำชี้ขาด³³ ส่วนหลักในเรื่องละเมิดนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 709³⁴ โดยกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ

³¹ *Ibid*, pp. 36-37.

³² <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>> (October 28, 2009).

³³ Kazao Iwasaki, "Immunity of Arbitrators under Japanese Law", in *The Immunity of Arbitrators* (edited by Julian D.M. Lew), *supra* note 1, p. 55.

³⁴ Article 709 A person who has *intentionally or negligently* infringed any right of others, or legally protected interest of others, shall be liable to compensate any damages resulting in consequence.

คดีใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายกรณีกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้น ใน Arbitration Law 2003 กำหนดความรับผิดชอบกรณีอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบกระทำผิดหน้าที่ กระทำไม่ชอบอย่างร้ายแรง ทุจริตรับสินบน ต้องรับผิดชอบโดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี³⁵

นอกจากนี้ เมื่อศึกษาแล้วยังพบว่าประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์บางประเทศได้มีการบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำที่อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งไว้อย่างชัดเจน เช่น ในประเทศอิตาลีได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (The Italian Code of Civil Procedure) ซึ่งเรื่องความรับผิดชอบนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 813³⁶ (Chapter II Acceptance and Duties of the Arbitrators) ว่า อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามกฎหมาย ถ้าอนุญาโตตุลาการละเลยไม่ทำตามหน้าที่และถูกเพิกถอนคำชี้ขาดเพราะเหตุดังกล่าว อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหาย รวมทั้งต้องรับผิดชอบในความเสียหายหากมีการรับตำแหน่งแล้ว แต่ถอนตัวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ส่วนในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากที่ได้ทำการศึกษาในประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์และประเทศในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์แล้ว ในเรื่องนี้ยังพบว่า มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลีด้วย ซึ่งได้แบ่งการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ กรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของรัฐหรือข้อพิพาทที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยนั้น กฎหมายกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ แต่ในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททางแพ่งระหว่าง

From http://www.tomeika.jur.kyushuu.ac.jp/transaction/legislation/civil_code.pdf (October 16, 2009).

³⁵ <http://www.jseinc.org/en/laws/new_arbitration_act.html#10> (October 16, 2009)

³⁶ Article 813 The arbitrators shall render their award within the time-limit set by the parties or by law; if they fail to do so and the award is set aside on this ground, the arbitrators shall be held liable for damages. They shall likewise be liable for damages if, after accepting their appointment, they relinquish the office without just cause.

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

เอกชนด้วยกันเองนั้นไม่ได้มีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาไว้แต่อย่างใด³⁷ สาเหตุที่มีการกำหนดในลักษณะเช่นนี้อาจเป็นไปได้ว่ากำหนดไว้เพื่อผลประโยชน์ของประเทศของตน แต่ในทางกลับกันก็อาจถูกกล่าวหาได้ว่าออกแนวไม่สุจริตเท่าใดนัก

1.3 หลักความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ได้ยกร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration หรือ UNCITRAL Model Law) ขึ้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกต่าง ๆ ได้นำไปเป็นต้นแบบเพื่อปรับปรุงและบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศต่าง ๆ โดยมุ่งหวังว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ จะได้สอดคล้องกันไปไปในแนวทางเดียวกัน อันจะมีผลสนับสนุนต่อการอนุญาโตตุลาการได้มากยิ่งขึ้น³⁸

ข้อดีของการนำ Model Law มาเป็นต้นแบบในการยกร่างคือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ได้จะมีหลักเกณฑ์และแนวการปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล เพราะ Model Law ผ่านการกลั่นกรองจากนักกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นตัวแทนของประเทศต่าง ๆ เข้าไปยกร่างในคณะกรรมการยกร่าง Model Law ของ UNCITRAL และผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการ UNCITRAL ดังนั้น บทบัญญัติต่าง ๆ ในนี้จึงถือได้ว่าเป็นที่ยอมรับกันในระดับสากล³⁹ ซึ่งในเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญานั้น ไม่พบว่า

³⁷ Jimmy M. Muyanja, "A note on Arbitration and Criminal Liability in Uganda," 16(3) *Journal of International Arbitration*, 119-126 (1999). อ้างโดย เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เอกสารประกอบการสอนชั้นปริญญาโทวิชาการระงับข้อพิพาท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 2.

³⁸ Explanatory Note by UNCITRAL Secretariat on the Model Law International Commercial Arbitration, ข้อ 3.

³⁹ Explanatory Note, ข้อ 2.

ใน UNCITRAL Model Law ได้มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด⁴⁰ ผู้พิพากษาสหพันธ์สัญญาบัตรได้ได้อธิบายถึงเหตุผลที่ UNCITRAL Model Law มิได้บัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า เนื่องจากมองว่าหลักในเรื่องนี้จะมีความแตกต่างกันในนานาประเทศและการบัญญัติความรับผิดทางอาญาไว้จะไม่เป็นส่งเสริมให้การอนุญาโตตุลาการแพร่หลาย⁴¹

สำหรับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการนั้น มีดังนี้

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (Rules of Arbitration of International Chamber of Commerce) หรือ ICC Rules 1998 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ใน Article 34 Exclusion of Liability⁴² โดยเป็นการให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการและเจ้าหน้าที่ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการให้ไม่ต้องรับผิดในการกระทำตามหน้าที่ แต่ไม่ได้มีการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา โดยใน ICC นั้นได้มีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องสง่างามที่ตัดสินไปที่ ICC ซึ่งที่ ICC นั้นจะมีคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยตัวแทนทุกประเทศมาตรวจสอบร่างที่ตัดสินนั้น คณะกรรมการเหล่านี้จะคอยพิจารณาว่าร่างคำตัดสินที่อนุญาโตตุลาการทำมานั้นมีปัญหาในเรื่องใดหรือไม่ โดยจะมีการซักถามในข้อสงสัยหรือในสิ่งที่ผิดปกติและให้อนุญาโตตุลาการต้องตอบคำถาม เมื่อเรียบร้อยแล้วอนุญาโตตุลาการถึงเซ็นชื่อรับรองคำตัดสินนั้นได้ จึงถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีกครั้ง ซึ่งน่าจะทำให้

⁴⁰ <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671Ebook.pdf>> (October 10, 2009).

⁴¹ สหพันธ์สัญญาบัตร, “การอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่: ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545,” วารสารกฎหมายศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, น. 379 (2004).

⁴² Article 34 Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration.

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

คำชี้ขาดที่ออกมานั้นมีความสมบูรณ์และถูกต้องตามหลักความยุติธรรม นอกจากนี้ วิธีการนี้น่าจะมีผลดีและมีประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบตัวอนุญาโตตุลาการอีกทางหนึ่งด้วย⁴³

ส่วนในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (The London Court of International Arbitration Rules) หรือ LCIA Rules 1998 Article 31.1⁴⁴ ได้บัญญัติให้ความคุ้มกันแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ ตลอดจนบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการไว้ให้ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่ภายใต้ข้อบังคับของ LCIA นี้ เว้นแต่การกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นการกระทำผิดต่อคู่กรณีโดยเจตนา ซึ่งในข้อบังคับของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association (AAA) – International Arbitration Rules As Amended and Effective, 2000) III. General Conditions – Exclusion of Liability Article 35 ก็ได้มีการบัญญัติไว้เช่นเดียวกันว่าต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำผิดหน้าที่โดยเจตนา⁴⁵

⁴³ ประชุม โฉมฉาย, บทสัมภาษณ์ศาสตราจารย์ (เกียรติคุณ) ดร.ประชุม โฉมฉาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 25 กุมภาพันธ์ 2553. โปรดดูภาคผนวก

⁴⁴ Article 31.1 None of the LCIA, the LCIA Court (including its President, Vice Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules, save where the act or omission is shown by that party to constitute *conscious and deliberate wrongdoing* committed by the body or person alleged to be liable to that party. From <http://www.lcia.org/ARB_folder/ARB_DOWNLOADS/ENGLISH/rules.pdf> (October 23, 2009)

⁴⁵ Article 35 The members of the tribunal and the administrator shall not be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these rules, except that they may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing. From <<http://www.lexmercatoria.org>> (December 26, 2009)

สำหรับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งเยอรมนี (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.) หรือ DIS Arbitration Rules 1998 Section 44 Exclusion of Liability ได้บัญญัติไว้ว่า⁴⁶

44.1: All liability of an arbitrator for any act in connection with deciding a legal matter is excluded, *provided* such act does not constitute an *intentional* breach of duty.

44.2: All liability of the arbitrators, the DIS, its officers and its employees for any other act or omission in connection with arbitral proceedings is excluded, *provided* such acts do not constitute an *intentional or grossly negligent breach of duty*

ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ ในข้อ 44.1 เป็นการให้ความคุ้มครองแก่นักอนุญาโตตุลาการว่าความผิดทั้งหลายที่เกิดขึ้นจากการกระทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายหรือข้อพิพาทได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องรับผิด เว้นแต่การกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นโดยความจงใจ

ส่วนข้อ 44.2 นั้นเป็นการให้ความคุ้มครองแก่นักอนุญาโตตุลาการ สถาบัน DIS เจ้าหน้าที่และลูกจ้างของสถาบันให้ไม่ต้องรับผิดในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สำหรับในข้อบังคับของสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสากลแห่งสิงคโปร์ (Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Center 2007) หรือ SIAC ได้บัญญัติเรื่องความคุ้มครองและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อ 33⁴⁷ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีสาระสำคัญในการจำกัดความรับผิดของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการใน 2 กรณี คือ

- 1) กรณีประมาทเลินเล่อในการกระทำหรือละเว้นการกระทำตามความสามารถ (capability) ของอนุญาโตตุลาการ
- 2) กรณีเกิดความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือวิธีพิจารณาในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการทำคำชี้ขาด

⁴⁶ Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll and Patricia Nacimientto (eds), *Arbitration in German: The Model Law in Practice*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2007), pp. 804-805.

⁴⁷ <<http://www.siac.org.sg/rules-siac01.htm#rule33>> (October 24, 2009).

ซึ่งหมายความว่า หากอนุญาตตุลาการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่ของตนโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา หรือทำหน้าที่แล้วเกิดความผิดพลาดในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ แม้แต่มีความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจในการทำคำชี้ขาดก็ไม่ต้องรับผิด เว้นแต่การกระทำหรือละเว้นการกระทำ หรือความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

1.2 หลักรับผิดของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายไทย

ในสมัยเดิมของประเทศไทยนั้น แม้จะมีการใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกันบ้าง แต่ก็ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติถึงเรื่องการอนุญาตตุลาการและความคุ้มกันตลอดจนความรับผิดของอนุญาตตุลาการไว้ มีกฎหมายในช่วงกรุงศรีอยุธยา คือ พระไอยการลักษณะตระลาการในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งใช้กันตลอดมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ และถูกยกเลิกไปในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยในพระไอยการลักษณะตระลาการก็ไม่มีกำหนดรายละเอียดไว้มากนัก เพียงแต่ระบุว่าอนุญาตตุลาการคือใคร โดยบัญญัติถึงอนุญาตตุลาการรวมอยู่กับตระลาการอื่น ๆ และให้คำนิยามว่าอนุญาตตุลาการ หมายถึง บุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและตนยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งคู่กรณีจะบังคับให้อนุญาตตุลาการรับผิดชอบต่อตนมิได้ ดังนี้

“อันว่าตระลาการหกจำพวกโดยพระธรรมศาสตร์อ้างหลักอินทภาส...อนุญาตตุลาการหนึ่ง ตระลาการอันคู่ความยอมให้บังคับเอง”

“อันว่าตระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซ้รทำโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง”⁴⁸

บทบัญญัตินี้ไม่มีลักษณะชัดเจนว่าต้องการคุ้มกันอนุญาตตุลาการจากการปฏิบัติหน้าที่แต่ประการใด แต่มองว่าเป็นเรื่องสัญญาระหว่างคู่กรณีและเป็นเรื่องการตัดสินใจของคู่กรณีในการเลือกอนุญาตตุลาการ โดยคู่กรณีต้องระมัดระวังในการเลือกผู้มาทำหน้าที่ดังกล่าวเอง หากเลือกไม่ดีก็จะเรียกให้ผู้นั้นรับผิดชอบไม่ได้ เพราะคู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจเลือกมาเอง

หลังจากพระไอยการลักษณะตระลาการแล้ว แนวความคิดในเรื่องนี้ก็ไม่ชัดเจน แม้เมื่อมีกฎหมายอนุญาตตุลาการนอกศาลขึ้นโดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁴⁸ กรมศิลปากร, เรื่องกฎหมายตราสามดวง, (กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2521), น. 240-241.

ก็ไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องนี้เช่นกัน จนกระทั่งได้มีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ขึ้นมา ซึ่งในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในหลายเรื่อง รวมทั้งได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการขึ้นมาในมาตรา 23 ซึ่งในตอนแรกนั้นในร่างมาตรานี้ได้กำหนดไว้ว่า “คณะอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำอันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยทุจริต” โดยมีการระบุเหตุผลในการเพิ่มเติมมาตรานี้ว่า “การไม่ต้องรับผิดชอบ” เพื่อป้องกันมิให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ⁴⁹

ต่อมาได้มีการแก้ไขในชั้นพิจารณาร่างในสภาได้มีการเปลี่ยนถ้อยคำจากคำว่า “ทุจริต” เป็น “จงใจ” ด้วยเหตุผลว่า คำว่า “จงใจ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ทุจริต” ตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ทุจริต หมายถึง การกระทำที่เจตนาโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ และเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ส่วนคำว่า จงใจ หมายถึง การกระทำที่รู้สำนึกว่าได้กระทำอะไรลงไปโดยที่ผู้กระทำอาจมิได้ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น แต่เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นก็เป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว⁵⁰ ดังนั้น จึงได้กลายมาเป็นมาตรา 23 ในปัจจุบันซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 23 อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาตตุลาการผู้ใดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาตตุลาการเพื่อจงใจให้กระทำการ หรือประวิงการทำการใด ๆ ในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁹ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หลักการและเหตุผลแห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ)

From <<http://www.librarymb.parliament.go.th/docccweb/doccc.html>> (November 5, 2009).

⁵⁰ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.... ครั้งที่ 6 (6 มิถุนายน 2544).

ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการนั้น บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดหากมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและทำให้คู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหาย ซึ่งเดิมก่อนที่จะมีการบัญญัติความรับผิดไว้เป็นการเฉพาะนั้นอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดตามหลักทั่วไปในเรื่องสัญญาและเรื่องละเมิด เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการตกลงรับทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ถือว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นรับที่จะให้บริการทางวิชาชีพแก่คู่พิพาท จึงเป็นข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทกับอนุญาโตตุลาการว่าจะทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม ถ้าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้อง ทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาท จึงถือว่าเป็นการทำผิดสัญญา

ส่วนความรับผิดทางละเมิดนั้นก็จะเป็นไปตามหลักทั่วไปที่หากบุคคลหนึ่งทำความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่งก็อาจเกิดความรับผิดในมูลละเมิดขึ้นได้ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติให้ต้องรับผิดกรณีกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา แต่ในมาตรา 23 นี้บัญญัติให้ต้องรับผิดเฉพาะกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งหมายถึงว่าหากกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาย่อมไม่ต้องรับผิดแต่ต้องรับผิดเฉพาะกรณีประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น จึงเป็นการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการมากขึ้นกว่าเดิม

ส่วนเรื่องความรับผิดทางอาญาได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทุจริต เรียกรับสินบนของอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมาย นักวิชาการ ตลอดจนผู้ปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง โดยในหลายงานวิจัยได้มีการให้ความคิดเห็นถึงเรื่องความเหมาะสมและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการมีบทบัญญัติดังกล่าว โดยความคิดเห็นเหล่านี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เป็นฝ่ายที่เห็นด้วยกับการบัญญัติให้มีความรับผิดทางอาญาในเรื่องนี้ โดยมองว่า เพื่อป้องปรามไม่ให้ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการใช้ตำแหน่งหน้าที่ในการแสวงหาผลประโยชน์โดยการเรียกรับผลประโยชน์หรือสิ่งอื่นใด และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายกับรัฐหรือประชาชนได้ เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลผูกพันคู่กรณี รวมทั้งอาจมีกรณีที่รัฐเข้าเป็นคู่สัญญารวมอยู่ด้วย จึงควรจะต้องมีความรับผิดทางอาญา เพื่อเป็นมาตรการควบคุมและป้องกันการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ โดยมองว่าปัญหาคอร์รัปชันการรับสินบนในประเทศไทยเป็นปัญหาใหญ่

ฝ่ายที่สอง เป็นฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติให้มีความรับผิดชอบทางอาญา โดยมองว่า การอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน เป็นความสมัครใจของคู่สัญญาที่ตกลงกัน ใช้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จึงควรเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญา การกำหนดโทษทางอาญาไว้ อาจเป็นการก้าวล่วงอำนาจได้ และพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการจัดวางระบบกลไกทางกฎหมายให้คู่กรณีสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของอนุญาตตุลาการได้เองอยู่แล้ว หากพบว่าอนุญาตตุลาการมีแนวโน้มจะไม่เป็นกลางหรือทุจริตก็สามารถใช้กลไกเหล่านี้ได้ การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาไว้จะเป็นเหตุให้คู่สัญญาที่เสียประโยชน์อาจกลั่นแกล้งฟ้องร้องได้ รวมทั้งอาจทำให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญไม่เข้ามาร่วมเป็นอนุญาตตุลาการ อีกทั้งเรื่องอนุญาตตุลาการในประเทศไทยยังเป็นเรื่องใหม่ที่ต้องการการพัฒนาอีกมาก การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการจึงยังไม่เหมาะสม เพราะอาจทำให้การใช้กระบวนการทางอนุญาตตุลาการของประเทศไทยไม่เป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ ซึ่งจะมีผลเสียเมื่อคู่สัญญาไปใช้อนุญาตตุลาการในต่างประเทศ

ประเด็นความรับผิดชอบทางอาญานี้ได้มีการถกเถียงกันตั้งแต่ในชั้นร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเมื่อศึกษาจากบันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา⁵¹ ในส่วนที่เกี่ยวกับประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ พบว่า ในส่วนของต้นร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ..... ก่อนเข้าสู่ชั้นประชุมสภาผู้แทนราษฎรไม่มีการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตตุลาการไว้ เพราะคณะผู้ร่างมุ่งเฉพาะในเรื่องความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น แต่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เกิดขึ้นมาจากการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญในสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งในขั้นนี้มีข้อถกเถียงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ ซึ่งฝ่ายที่มาจากสัดส่วนของรัฐบาลกับฝ่ายสัดส่วนของสำนักงานศาลยุติธรรมนั้นมีความเห็นไม่ตรงกัน เมื่อมีการลงคะแนนในชั้นกรรมาธิการ ฝ่ายที่เห็นว่าควรให้มีความรับผิดชอบทางอาญาเป็นเสียงข้างน้อย จึงใช้สิทธิในการสงวนความเห็น เพื่อใช้สิทธิต่อไปในชั้นประชุมสภาผู้แทนราษฎร

ด้วยเหตุนี้ ในชั้นประชุมกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎร จึงปรากฏว่า คณะกรรมาธิการร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... มีมติเห็นชอบกับร่าง

⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ..., ครั้งที่ 2 (23/2542) 91/2541, 24 ธันวาคม 2541, และครั้งที่ 5 (50/2542) 27/2542, 22 เมษายน 2542, และหนังสือเลขที่ นร 0601(กันยายน 2542).

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ในมาตรา 21 ที่ได้ยกเว้นความรับผิดทางแพ่งของอนุญาตตุลาการ ในกรณี ที่อนุญาตตุลาการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่อนุญาตตุลาการนั้น ได้กระทำการโดยทุจริต⁵²

ในชั้นประชุมสภาผู้แทนราษฎร เมื่อร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เข้าสู่การประชุมวาระ ที่สาม ปรากฏว่า นายวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ (กรรมาธิการ) ได้ขอสงวนความเห็นในร่าง พระราชบัญญัติฉบับนี้ที่คณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาแล้ว โดยให้ความเห็น ว่า “การมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องจำเป็นมาก เพราะอนุญาตตุลาการเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ มีผลผูกพันคู่กรณี รวมทั้งอาจมีกรณีที่รัฐเข้าเป็นคู่สัญญารวมอยู่ด้วย จึงขออนุญาตสงวน ความเห็นไว้ในที่ประชุมว่า ควรให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดทางอาญาในกรณีที่เรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินประโยชน์อื่นใด และให้มีการกำหนดโทษผู้ให้สินบนหรือให้ประโยชน์ แก่อนุญาตตุลาการผู้กระทำผิดด้วย” และเสนอให้เพิ่มเติมข้อความตามมาตรา 23 ววรรคสอง และวรรคสาม⁵³

นางธารทิพย์ จงจักรพันธ์ ในฐานะกรรมาธิการเสียงข้างมากได้ชี้แจงเหตุผลที่ไม่ได้ บัญญัติเรื่องความรับผิดทางอาญาไว้ว่า “เนื่องจากในชั้นร่างกฎหมายมีความเห็นว่า โดยพื้นฐาน อนุญาตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน เป็นความสมัครใจของเอกชนด้วยกันในการ เข้าทำสัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยบุคคลที่สามที่ตนสมัครใจเลือกมา โดยไม่ใช่ กระบวนการทางศาล ดังนั้น เมื่ออนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนแล้ว การตรวจสอบ อนุญาตตุลาการนั้น คู่กรณีก็สามารถทำการตรวจสอบได้ตลอดเวลาระหว่างกระบวนการ อนุญาตตุลาการ คือ หากเห็นว่าอนุญาตตุลาการทำการโดยมิชอบหรือมีแนวโน้มทุจริต คู่กรณี ก็สามารถถอดถอนอนุญาตตุลาการคนนั้นได้ หรือหลังจากที่อนุญาตตุลาการได้ทำการชี้ขาดแล้ว ศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบได้เช่นกัน โดยหากมีข้อโต้แย้งว่าอนุญาตตุลาการทำการโดยทุจริต หรือกระทำโดยมิชอบ ศาลก็มีอำนาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการหรือ เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ เหตุผลอีกประการ คือ เนื่องจากเรื่องอนุญาตตุลาการ ในประเทศไทยยังเป็นเรื่องใหม่ และต้องการการพัฒนาอีกมาก การกำหนดความรับผิดในทาง อาญาของอนุญาตตุลาการจึงยังไม่เหมาะสม อีกทั้งพื้นฐานของประเทศไทยไม่เหมือนกับ

⁵² เพิ่งอ้าง.

⁵³ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1, ครั้งที่ 23 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ)” 17 ตุลาคม 2544.

ต่างประเทศ ต่างประเทศเขามีวิชาชีพในเรื่องอนุญาตตุลาการกำหนดไว้เป็นกิจจะลักษณะ โดยเฉพาะ”⁵⁴

นายเจริญ จรรย์โกมล ประธานคณะกรรมการการ ได้กล่าวชี้แจงว่า “เดิมมาตรา 23 ที่สภาผู้แทนราษฎรรับหลักการไป คือ อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา รับผิดชอบแต่เพียงทางแพ่งเท่านั้น แต่เพื่อประนีประนอมจึงได้เพิ่มหลักการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเรียก หรือ รับสินบนให้มีความผิดทางอาญา โดยเพิ่มเติมไปในวรรคสองและวรรคสาม ส่วนเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งก็ต้องแก้เป็นระบุนว่า อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาท ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย”⁵⁵

ในชั้นวุฒิสภา นายลัก กอแสงเรือง ประธานคณะกรรมการ ได้ชี้แจงว่า “วัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งไม่ให้คดีไปสู่ศาล เป็นข้อตกลงของคู่สัญญา คู่พิพาทคู่กรณีนั้นเป็นคนมีสิทธิที่จะเลือกอนุญาตตุลาการที่เค้าเชื่อถือ มีความอิสระ ความเป็นกลางมาทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทของเขาตามกระบวนการที่ตกลงกันไว้ในสัญญา ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ การที่จะดำเนินการนั้นก็เป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่สัญญา และก็สามารถเลือกคนที่มาตัดสินที่ไม่ใช่ศาล เพราะเวลาไปศาล เขาเลือกคนตัดสินไม่ได้ แต่ว่ากระบวนการอนุญาตตุลาการเขาเลือกคนที่ตัดสินที่ตรงทางได้ ตรงกับความต้องการของทั้งสองฝ่ายได้ หากไม่อิสระไม่เป็นกลางก็คัดค้านถอดถอนได้

ประการที่สอง เรื่องของอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่เกิดจากนิติกรรมสัญญาในทางแพ่ง ไม่ใช่ข้อพิพาททางอาญา เมื่อเป็นข้อพิพาททางแพ่ง กฎหมายก็ยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่กรณีว่า เขาจะระงับข้อพิพาทของเขาอย่างไรก็ได้ อำนาจอรัฐนี้จะไม่เข้าไปยุ่ง เพราะฉะนั้น อนุญาตตุลาการจึงไม่ใช่ตุลาการ ไม่ใช่ผู้พิพากษาที่ใช้อำนาจรัฐ เมื่อเขาไม่ใช่คนใช้อำนาจรัฐ เขาก็ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ใช่เจ้าพนักงานที่จะต้องไปกำกับดูแลเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่เป็นเรื่องไประงับข้อพิพาทของคู่สัญญาที่เขาตกลงกัน อำนาจรัฐตรงนี้จึงเข้าไปไม่ได้ เพราะเหตุว่าอำนาจของอนุญาตตุลาการทำตามอำนาจที่เขาได้รับมอบหมาย ได้รับแต่งตั้งจากคู่กรณีเท่านั้น

ที่สำคัญคือ ร่างกฎหมายอนุญาตตุลาการฉบับนี้เป็นไปตามกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายทางการค้า

⁵⁴ เพิ่งอ้าง.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง.

ของสหประชาชาติ แล้วเราก็เป็นสมาชิกอยู่ เพราะฉะนั้นจึงต้องมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นสากลสามารถที่จะออกมาบังคับใช้ให้เป็นไปตามข้อตกลงเหล่านี้ ที่สำคัญคือในต่างประเทศส่วนนี้ไม่มีความผิดทางอาญาเพราะเหตุว่าไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และถ้าหากว่าเราเขียนกฎหมายว่ามีความผิดทางอาญา ปัญหาจะตามมาคือเป็นกฎหมายที่ไม่ได้เป็นไปตามสากล นอกจากนั้น กฎหมายการลงทุนหรือการลงทุนข้ามชาติ สัญญาลงทุนระหว่างประเทศหรือสัญญาสัมปทานที่มีคู่สัญญาเป็นส่วนที่มาจากต่างประเทศแล้ว ถ้าเขาเห็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการอย่างนี้ก็จะเกิดผลอีกด้านหนึ่งที่จะไม่กำหนดให้ใช้ อนุญาโตตุลาการ หรือถ้าจะกำหนดก็จะถูกกำหนดในสัญญาให้ไปใช้อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

นอกจากนี้ ยังมีข้อห่วงใยว่าถ้าหากมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 23 แล้วฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็จะเอาความผิดทางอาญาขึ้นมาเป็นข้อต่อรองหรือเข้ามากล่าวหา ถ้ามีการฟ้องร้องเพื่อทำลายคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือทำลายความเชื่อถือของอนุญาโตตุลาการ หรือทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะดำเนินต่อไปได้นั้นย่อมเสียหายกับคู่สัญญา อย่างน้อยจะทำให้เกิดความล่าช้า ถ้ามีช่องทางอย่างนี้ก็จะทำให้เกิดความเบี่ยงเบนของระบบของอนุญาโตตุลาการได้ จึงต้องพิจารณาว่าจริง ๆ แล้วการใส่โทษทางอาญาเข้าไปในมาตรา 23 นี้มันจะเกิดผลดีหรือเกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ตามมาหรือไม่ อย่างไร เมื่อระบบทั่ว ๆ ไปในต่างประเทศส่วนใหญ่เขาไม่มีโทษทางอาญา แล้วคนที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการบางครั้งก็ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการของไทย ในหลาย ๆ สัญญาก็กำหนดอนุญาโตตุลาการที่มาจากต่างประเทศด้วย ถ้ามีโทษทางอาญาก็คงจะไม่มีอนุญาโตตุลาการคนไหนที่ยอมรับที่จะใช้ อนุญาโตตุลาการของไทย หรือที่จะยอมรับเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ตรงนี้คือผลกระทบที่อาจจะตามมา แล้วอาจทำให้การแก้กฎหมายฉบับนี้เพื่อส่งเสริมระบบอนุญาโตตุลาการ มีปัญหาตามมา จะไม่เป็นไปตามหลักการและเหตุผลของการเสนอร่างกฎหมายฉบับนี้⁵⁶

คณะกรรมการการวิสามัญในชั้นวุฒิสภาได้พิจารณาความในวรรคสองและวรรคสามของมาตรา 23 ที่กำหนดโทษทางอาญาแล้วเห็นว่า “ตามหลักการและเหตุผลประกอบกรเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ นำกฎหมายแม่แบบทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักในการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย เพื่อให้ทันสมัยทัดเทียมนานาอารยประเทศ รวมถึงจากการรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลที่เกี่ยวข้องในกฎหมายนี้ พบว่า ในต่างประเทศไม่นิยมกำหนดความรับผิดทั้งทางแพ่งและอาญาไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

⁵⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 4-5 (สมัยสามัญทั่วไป) พ.ศ. 2545 เล่ม 3.

แต่นำความรับผิดชอบมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง และนำความรับผิดชอบอาญา มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา⁵⁷

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญยังได้แสดงความเห็นว่า “หากมีความจำเป็น ต้องมีโทษทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำของอนุญาโตตุลาการ และมีผู้เสนอให้ประโยชน์ต่าง ๆ แก่อนุญาโตตุลาการก็สามารถนำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาได้ ซึ่งก็น่าจะเหมาะสม กว่ากำหนดไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายกลางที่ต้องเผยแพร่ กับต่างประเทศด้วย ที่ประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญชั้นนี้ จึงสรุปมติให้ตัดความในวรรคสอง และวรรคสามของมาตรา 23 ออกทั้งหมด⁵⁸

แต่มีวุฒิสมาชิกบางท่านได้แสดงความสงสัยว่า เหตุใดที่ประชุมคณะกรรมาธิการ วิสามัญจึงตัดมาตรา 23 วรรคสองและวรรคสามออก โดยคณะกรรมาธิการวิสามัญได้ชี้แจงว่า ถ้าระบุโทษไว้เกรงว่าจะไม่มีใครมาเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่สมาชิกวุฒิสภาหลายท่านเห็นว่า ควรคงบทกำหนดความรับผิดชอบอาญานี้ไว้ โดยมองว่าควรจะมีเพื่อเป็นมาตรฐานการควบคุม คุณภาพอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบและเป็นการสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุน ต่างประเทศถึงกระบวนการที่มีระบบควบคุมมาตรฐาน สมาชิกวุฒิสภาบางท่านเสนอว่า ควรให้เพิ่ม บทลงโทษมากกว่าเดิมและชี้ให้เห็นว่า ปัญหาอุปสรรคการรับสินบนในประเทศไทยเป็นปัญหา ใหญ่ โดยยกตัวอย่างคดี บีอีซีแอล (BECL) กับทางด่วน อันเป็นคดีที่ถูกกล่าวขวัญอย่างมาก เวลานั้นขึ้นมาสืบสนับสนุนความเห็นของตน แต่ก็มีการโต้แย้งว่าคดีนี้ไม่ใช่ความผิด ของอนุญาโตตุลาการ⁵⁹ อย่างไรก็ตาม สุดท้ายในชั้นลงมติที่ประชุมวุฒิสภาได้มีมติโดยเสียง ช้างมากไม่เห็นด้วยกับการที่คณะกรรมาธิการวิสามัญตัดข้อความในวรรคสองและวรรคสาม ของมาตรา 23 และเห็นควรให้คงบัญญัติมาตรา 23 วรรคสองและวรรคสามไว้ตามร่างเดิม⁶⁰

หลักความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการที่ได้ศึกษาทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมาย ต่างประเทศดังที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมและผลกระทบที่เกิดขึ้น จากบทบัญญัติดังกล่าวในบทต่อไป

⁵⁷ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, หนังสือวุฒิสภาเลขที่ สว.0010/(ร6) เรื่อง ร่าง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...., 11 กุมภาพันธ์ 2545.

⁵⁸ เพิ่งอ้าง

⁵⁹ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56.

⁶⁰ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญ นิติทั่วไป) เป็นพิเศษ” 28 กุมภาพันธ์ 2545.