

## บทที่ 2

### ความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

โดยปกติในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทมีอิสระในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เพื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำหน้าที่ในการตัดสินและทำคำชี้ขาดซึ่งเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่พิพาท ทั้งนี้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาซึ่งเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่คู่พิพาททาบทางตกลงที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่พิพาท โดยทั่วไปแล้วจะมีค่าปวยการเป็นการตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว<sup>1</sup> การพิจารณาคดีและชี้ขาดข้อพิพาทนั้นอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่กึ่งตุลาการ(Quasi-judicial function)<sup>2</sup> ดังนั้นการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย และเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระ อย่างไรก็ตามเนื่องจากมีแนวคิดเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน จึงจำเป็นต้องศึกษาคำนิยาม คำว่า “ความเป็นกลาง (Impartiality)” และคำว่า “ความเป็นอิสระ (Independence)” และแนวความคิดของกฎหมายแต่ละประเทศ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ รวมถึงประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ทราบถึงแนวทางประพฤติปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการในระดับสากล

---

<sup>1</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 255.

<sup>2</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, “มาตรการกำกับดูแลความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ”, เอกสารประกอบการสอนวิชาวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและอนุญาโตตุลาการ (น.438) , ภาค 1/2549, น. 2.

## 1. คำนินยามเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

### 1.1 คำนินยาม ความเป็นกลาง<sup>3</sup> (Impartiality)

ความเป็นกลาง (Impartiality) หมายความว่า ปราศจากความลำเอียง (Unbiased) และไม่มีส่วนได้เสีย (Disinterested)

ในส่วนคำนินยาม ความเป็นกลาง(Impartiality) นั้นกล่าวถึง การปราศจากความลำเอียง (Unbiased) และไม่มีส่วนได้เสีย (disinterested) ซึ่งสามารถศึกษาและทำความเข้าใจดังนี้

- ความลำเอียง (Bias or Inclination) มีอยู่ 4 ลักษณะ<sup>4</sup> กล่าวคือ 1) ฉันทาคติ ลำเอียงเพราะรัก 2) โทสาคติ ลำเอียงเพราะโกรธ 3) โมหาคติ ลำเอียงเพราะหลง 4) ภยาคติ ลำเอียงเพราะกลัว

ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการซึ่งในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)<sup>5</sup> กฎหมายอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศ<sup>6</sup> ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ<sup>7</sup> และประมวลจริยธรรม<sup>8</sup> ได้กำหนดในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ กล่าวคือ ต้องมีความเป็นกลาง ปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความลำเอียงทั้ง 4 ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปนั้น ถือเป็นสาระสำคัญที่ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางได้ การที่อนุญาโตตุลาการมีความลำเอียงไม่ว่าต่อคดีพิพาทหรือ คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้นเป็นเหตุ

---

<sup>3</sup> Impartial, adj. Unbiased; disinterested (Brayan A. Garner, BLACK's LAW DICTIONARY, Eighth Edition, (The United State of America, West Publishing.co.,2004), p.767.

<sup>4</sup> สืบค้นจาก,<<http://www.larntum.in.th/cgi-bin/kratoo.pl/005427.htm>>

<sup>5</sup> Article12 of The UNCITRAL Arbitration Law.

<sup>6</sup> Article 24(1)(a) of The Arbitration Act 1996, Section 1036 of German Arbitration Act, Article 1033 of The Netherlands Arbitration Act 1986 , etc.

<sup>7</sup> Section R-12(b) of American Arbitration Association Rules 2009, Article 10(3) of LCIA Arbitration Rules 1998

<sup>8</sup> Article 3.1 of IBA , Ethics for International Arbitrators

ให้คู่พิพาทฝ่ายที่เสียประโยชน์ขาดความเชื่อมั่นและนำมาสู่การคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในภายหลัง

ส่วนได้เสีย<sup>9</sup> (Interested) หมายถึง ผลประโยชน์ หรือ ผลตอบแทน ยกตัวอย่างเช่น ผลประโยชน์ในการทางเงินหรือทรัพย์สิน เป็นต้น

ดังนั้นอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความลำเอียงและอนุญาโตตุลาการต้องไม่มีส่วนได้เสีย เช่น ส่วนได้เสียทางการเงินกับคู่พิพาทแต่อย่างใด เพราะการมีส่วนได้เสียระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทอาจเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางได้เช่นกัน

นอกจากนี้ยังมีความเป็นกลาง ในอีกลักษณะหนึ่งซึ่งเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า “Neutrality”<sup>10</sup> กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งหรือเสนอชื่อร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามหรือคนกลางขึ้นมาทำหน้าที่เป็นประธานหรือผู้ชี้ขาดในองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่างจากอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งหรือเสนอชื่อ (Non-neutral arbitrator) โดยคู่พิพาทอาจมีแนวความคิดว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้แต่งตั้งจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทนของตนทำให้มาตรฐานของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันและขาดความเท่าเทียมกัน โดยแนวความคิดดังกล่าวปรากฏในข้อบังคับข้อที่ R-12<sup>11</sup> ประกอบกับข้อบังคับที่ R-17<sup>12</sup> ของสถาบัน American Arbitration

---

<sup>9</sup> Interest, n.1. Advantage or Profit, esp. of a financial nature (conflict of interest), Bryan A. Garner, *supra* note 3, p.828.

<sup>10</sup> Neutral, n. 1. A person or country taking no side in a dispute. 2. A nonpartisan arbitrator typically selected by two other arbitrators-one of whom has been selected by each side in dispute, *Ibid*, p.1067.

<sup>11</sup> Section R-12 of American Arbitration Association Rules 2009 “(b) Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17(a) that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards.”

Association Rules 2009 และในมาตรา X<sup>13</sup> ของประมวลจริยธรรม AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 เป็นที่น่าสังเกตว่าโดยหลักแล้วอนุญาโตตุลาการในองค์คณะทุกคนจะต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ แต่หากคู่พิพาททุกฝ่ายเห็นสมควรให้อนุญาโตตุลาการในองค์คณะมีมาตรฐานความเป็นกลางและความเป็นอิสระที่แตกต่างกัน คู่พิพาททุกฝ่ายต้องตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างแจ่มชัดซึ่งประเด็นดังกล่าวมีปัญหากฎหมายตามมาโดยผู้เขียนจะขอกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ดียังมีความเป็นกลาง (Neutrality) อีกนัยหนึ่งซึ่งใช้ในความหมายอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติที่เป็นกลาง (National Neutrality) กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการควรมีสัญชาติอื่นที่ไม่ใช่สัญชาติเดียวกันกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในทางปฏิบัติของนานาประเทศ มักใช้กับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งมีความหมายในทางการเมืองและวัฒนธรรม เพราะคู่พิพาทมีสัญชาติที่แตกต่างกัน เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICSID<sup>14</sup> ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC<sup>15</sup> ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA<sup>16</sup> รวมไปถึงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA<sup>17</sup>

ดังนั้นในเรื่องความเป็นกลางระหว่างคำว่า Impartiality และ Neutrality จึงแตกต่างกันซึ่งในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICSID, ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC และ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA มีแนวความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นไม่มีความเป็นกลาง (Neutrality) แต่มีได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการที่

---

<sup>12</sup> Section R-17(a)(iii) of American Arbitration Association Rules 2009 “any grounds for disqualification provided by applicable law. The parties may agree in writing, however, that arbitrators directly appointed by a party pursuant to Section R-12 shall be nonneutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence.”

<sup>13</sup> CANON X of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004.

<sup>14</sup> Rule 3(1) of ICSID Rules of Procedure for arbitration Proceeding.

<sup>15</sup> Article 9(5) of ICC Rule of Arbitration 1998.

<sup>16</sup> Article 6(1) of LCIA Arbitration Rules 1998.

<sup>17</sup> Section R-14 of American Arbitration Association Rules 2009.

คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นนั้นจะมีความลำเอียง (partiality) แต่อย่างไรก็ดี กล่าวคือคู่พิพาทจะทำการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการที่มีแนวความคิดหรือเบื้องหลังทางระบบกฎหมาย สังคม และ วัฒนธรรม ที่มี ลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ขาดความเป็นกลางในเรื่องของ Neutrality แต่ตราบใดที่อนุญาโตตุลาการก็ยังคงไว้ซึ่งความเป็นกลาง (Impartiality) โดยปราศจากความ ลำเอียง (Bias) และความมีส่วนได้เสีย (Interested) ในผลประโยชน์เรื่องต่างๆ กับคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการก็ยังคงไว้ซึ่งความเป็นกลางตามแนวความหมายของ Impartiality

ข้อสังเกต ในข้อบังคับข้อที่ R-14<sup>18</sup> ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน American Arbitration Association (AAA) ได้กล่าวถึงเรื่องความเป็นกลางทางสัญชาติ (National Neutrality) ไว้เช่นกัน กล่าวคือ กรณีที่คู่พิพาทมีสัญชาติที่แตกต่างกัน คู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดหรือทุกฝ่ายร้องขอต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการของ AAA ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มี สัญชาติอื่นต่างไปจากสัญชาติของคู่พิพาท โดยคำร้องนั้นต้องทำก่อนที่จะได้มีการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการขึ้น แต่อย่างไรก็ดีหากคู่พิพาทไม่ได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการต้องมีสัญชาติที่ แตกต่างไปจากสัญชาติของคู่พิพาท คู่พิพาททุกฝ่ายสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติ เดียวกับตนหรือสัญชาติเดียวกับคู่พิพาทฝ่ายอื่นได้

ในที่นี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาความเป็นกลางตามความหมายของ Impartiality ซึ่งใน กฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศส่วนใหญ่รวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 น่าจะหมายความว่าแต่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นกลางปราศจากความลำเอียง และไม่มีส่วนได้เสียหรือไม่เข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด

## 1.2 คำนิยาม ความเป็นอิสระ (Independence)

ความเป็นอิสระ (Independence)<sup>19</sup> หมายความว่า 1) การไม่อยู่ภายใต้การควบคุม หรือ อยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหนึ่งบุคคลใด 2) การไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด 3) การไม่พึ่งพาอาศัย หรือ ติดต่อกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Independent, adj.1.Not subject to the control or influence of another (independent investigation), 2.Not associated with another (often larger) entity

จากคำนิยามเรื่องความเป็นอิสระจะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีความเป็นอิสระจากคู่พิพาท ไม่เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว ทั้งทางสังคมและทางการเงินกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่ควรติดต่อกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นการเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งบุคคลในครอบครัวเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือ อนุญาโตตุลาการรับค่าเชิญไปร่วมงานเลี้ยงสังสรรค์ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการส่วนตัว เป็นต้น ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวอาจสันนิษฐานได้ว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยเรื่องความเป็นอิสระได้

## 2. แนวความคิดต่ออนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ (Impartiality and/or Independence)

สาระสำคัญและเป็นหลักสากลที่ยอมรับหลักอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระโดยต้องมีอยู่ตลอดเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามก็ตีความหมายอนุญาโตตุลาการในบางประเทศ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันในสถาบันบางแห่ง ได้มีแนวความคิดในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันซึ่ง แบ่งได้เป็น 3 แนวความคิด ดังนี้

### 2.1 แนวความคิดว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีทั้งความเป็นกลาง (Impartiality) และความเป็นอิสระ (Independence)

ตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้นในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับในการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ สำหรับแนวความคิดเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระนั้นถูกกำหนดในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ในมาตรา 12<sup>20</sup> ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์การคัดค้านอนุญาโตตุลาการกรณี

---

(an independent subsidiary), 3. Not dependent or contingent on something else (an independent person), Brayan A. Garner, *supra* note 3, p.785.

<sup>20</sup> Article 12 paragraph 2 of UNCITRAL Model Law “An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment

ที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระไว้ หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในหลายประเทศก็ได้นำแนวความคิดดังกล่าวจากกฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law) มาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการ เช่น ประเทศเยอรมนี<sup>21</sup> ประเทศเนเธอร์แลนด์<sup>22</sup> และประเทศไทย<sup>23</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระไว้ เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน London Court International of Arbitration (LCIA)<sup>24</sup> และ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน American Arbitration Association (AAA)<sup>25</sup> เป็นต้น

นอกจากนี้บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการแต่ละสถาบันได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการคัดค้านความเป็นกลางและอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้โดยคู่พิพาทมีสิทธิคัดค้านไม่เฉพาะแต่อนุญาโตตุลาการคนกลางซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานหรือผู้ชี้ขาด หรือในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นองค์คณะเท่านั้น แต่ยังรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นหรือคู่พิพาทมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

---

he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

<sup>21</sup> Section 1036 of The German Arbitration Act 1998

<sup>22</sup> Section 1033 of The Netherlands Arbitration Act 1986

<sup>23</sup> มาตรา 19 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 “อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด”

<sup>24</sup> Article 5 paragraph 2 of LCIA Arbitration Rules 1998

<sup>25</sup> Section R-17 of American Arbitration Association Rules 2009

## 2.2 แนวความคิดเรื่องความเป็นกลาง (Impartiality)

เรื่องเป็นความกลา่งนั้นอนุญาโตตุลาการต้องปราศจากความลำเอียงและไม่มีส่วนได้เสียกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ซึ่งในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องอัตวิสัยยากแก่การที่จะพิสูจน์ว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางหรือไม่ แต่ทั้งนี้ประเทศที่มีแนวความคิดว่าอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง (Impartiality) เพียงอย่างเดียวคือ ประเทศอังกฤษ ซึ่งใน The Arbitration Act 1996 วางหลักไว้ในบทบัญญัติทั่วไปว่า ความมุ่งหมายของการอนุญาโตตุลาการคือ การระงับข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรมโดยองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง (Impartiality) ปราศจากความลำเอียงและค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น<sup>26</sup> ประกอบกับกำหนดหน้าที่ขององค์คณะอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง (Impartiality) ระหว่างคู่พิพาท<sup>27</sup> และได้ให้สิทธิแก่คู่พิพาทในการร้องขอต่อศาลเพื่อถอดถอนอนุญาโตตุลาการซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง (Impartiality) ได้<sup>28</sup> สาเหตุที่ The Arbitration Act 1996 ไม่ได้กำหนดความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้นั้น เนื่องจาก Departmental Advisory Committee on Arbitration Law

---

<sup>26</sup> Article 1 of The Arbitration Act 1996 “The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense.”

<sup>27</sup> Article 33 (1) of The Arbitration Act 1996 “The tribunal shall (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent”

<sup>28</sup> Article 24 (1) of The Arbitration Act 1996 “ A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds

(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality”

(DAC)<sup>29</sup> ได้พิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการแล้ว มีประเด็นว่าควรมีการกำหนดเรื่องความเป็นอิสระไว้ใน The Arbitration Act 1996 หรือไม่ โดย DAC เห็นว่าไม่ควรกำหนดเรื่องความเป็นอิสระไว้ ทั้งนี้ให้เหตุผลว่าความเป็นอิสระและความเป็นกลางนั้นมีลักษณะที่ต่างกัน และหากกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความเป็นอิสระไว้ใน The Arbitration Act 1996 จะมีข้อถกเถียงอยู่ตลอดเวลาไม่มีที่สิ้นสุด DAC จึงได้สรุปว่าความมุ่งหมายของคู่พิพาทล้วนต้องการให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลาง

อีกทั้ง DAC ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถนำมาใช้ได้กับกรณีอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้น<sup>30</sup> เนื่องจากคู่พิพาทที่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอาจมุ่งหวังให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจเป็นการเอื้อประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายนั้น แนวความคิดของฝ่ายนี้เห็นว่าการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางนั้นสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากคู่พิพาทสามารถสละการตีความเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่เคร่งครัดได้ แต่ไม่สามารถที่จะสละความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสาระสำคัญได้ ทั้งนี้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลางแต่ก็มิได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการท่านนั้นจะมีความเป็นอิสระ และในขณะเดียวกันก็มิได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางเสมอไป

ดังนั้นประเด็นในเรื่องความต้องการให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางนั้นไม่มีประเด็นถกเถียงแต่อย่างใด อีกทั้งผู้ร่างได้แสดงความเห็นในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการว่าควรกำหนดเรื่องความเป็นอิสระเข้าไปในบทบัญญัติของกฎหมาย

---

<sup>29</sup> The Departmental Advisory Committee on Arbitration Law : DAC เป็นคณะกรรมการตั้งขึ้นในปี 1985 โดยถูกตั้งขึ้นมาเพื่อตรวจสอบ ในการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การบัญญัติกฎหมาย และการปรับปรุงระบบการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ และเวลส์ โดยในขณะนั้นมีประธานคือ Lord Justice Saville โดย DAC ได้ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในที่สุดก็คือ The Arbitration Act 1996 , <<http://ld.practical law.com/jsp/glossary.jsp?category=D>>

<sup>30</sup> Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, (Oxford: Oxford University, 2007), p.150.

อนุญาโตตุลาการหรือไม่ โดยผู้ร่างพิจารณามาตรา 12 ของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องเหตุอันควรสงสัยความเป็นอิสระ(รวมถึงความเป็นกลาง) ของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการถูกคัดค้านได้ ซึ่งผู้ร่างได้พิจารณาอย่างรอบคอบ เห็นว่าเรื่องความเป็นอิสระไม่ใช่สาระสำคัญ เว้นแต่อนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง และได้แสดงเหตุผลในเรื่องการขาดความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นอันประจักษ์แก่การที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลาง โดยเห็นว่าไม่ควรนำเรื่องความเป็นกลางกับการขาดความเป็นอิสระมาปนกันอันเป็นเหตุในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ดีมิได้ปฏิเสธว่าการที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระนั้นอาจทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางได้เช่นกัน<sup>31</sup>

## 2.3 แนวความคิดเรื่องความเป็นอิสระ (Independence)

ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้แตกต่างจากระบบอนุญาโตตุลาการภายในประเทศอังกฤษ และกฎเกณฑ์ข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศที่ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ แต่ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC ได้กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระ<sup>32</sup> ซึ่งในข้อบังคับของสถาบันก็มิได้กล่าวถึงคำนิยามเรื่องความเป็นอิสระไว้แต่อย่างใด ทำให้เกิดข้อถกเถียงว่าควรมีหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นกลางไว้ในข้อบังคับ ICC หรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี ICC เห็นว่าไม่มีประโยชน์ที่จะปรับปรุงให้มีการกำหนดเรื่องความเป็นกลางไว้ในข้อบังคับ จึงกำหนดแต่เรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเรื่อยมา

ในเรื่องการกำหนดความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีการเพิ่มเติมคำว่า “ความเป็นอิสระ” เป็นครั้งแรกปี ค.ศ.1975 ซึ่งข้อบังคับ ข้อ 2(4) ได้กำหนดให้ กรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สามคนเป็นองค์คณะ คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการที่มีความ

---

<sup>31</sup> Doak Bishop and Lucy Reed, “Practical Guideline for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration,” *Arbitration International*, Vol 14, No.4, (1998), p.400

<sup>32</sup> Article 7(1) of ICC Arbitration Rules 1998 “ Every arbitrator must be and remain independent of the parties involved in the arbitration.”

เป็นอิสระจากคู่พิพาทที่ได้ทำการแต่งตั้ง ต่อมาในปี ค.ศ.1980 ได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยกำหนดให้อนุญาตตุลาการทุกคนต้องมีความเป็นอิสระจากคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตตุลาการ และในปี ค.ศ.1988 ก็ได้มีการกล่าวเรื่องความเป็นอิสระไว้ใน ข้อ 7(1) ว่าอนุญาตตุลาการต้องมีและดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระจากคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตตุลาการ

นาย Jean Robert ซึ่งเป็นผู้เขียนรายงานการประชุม ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องที่มีผู้ต้องการให้มีการกำหนดค่านิยมความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการเพิ่มเข้าไปในข้อบังคับอนุญาตตุลาการ ไว้ในปี ค.ศ.1975 ว่าการที่ไม่ได้มีการอธิบายความเป็นอิสระไว้ในข้อบังคับของอนุญาตตุลาการนั้น ก็เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการตัดสิน นอกจากนี้ก็ไม่ได้การกล่าวถึงพฤติการณ์กรณีที่อนุญาตตุลาการมีความสัมพันธ์ หรือเคยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่พิพาทฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบความสัมพันธ์ดังกล่าวหรือ การมีส่วนได้เสียในทางเศรษฐกิจนั้นกระทบต่อความเป็นอิสระในการทำคำชี้ขาด เพื่อนำไปเป็นแนวทางในการตรวจสอบข้อเท็จจริง

โดยเจตนารมณ์ของ ICC ต้องการให้มีการกำหนดความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการเข้าไปในข้อบังคับเพื่อให้คู่พิพาทได้เกิดความเชื่อมั่นในอนุญาตตุลาการว่ามีอิสระในการตัดสิน, หลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดความลำเอียง และมีความอคติใดๆ อีกทั้งมุ่งหมายให้ศาลใช้ดุลยพินิจแต่ละคดีไป โดยคำนึงถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่อนุญาตตุลาการท่านนั้นมีสัญชาติ เบื้องหลังทางวัฒนธรรมของอนุญาตตุลาการและคู่พิพาท และคำนึงถึงระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน<sup>33</sup> แม้ว่าข้อบังคับดังกล่าวจะมีได้กล่าวถึงความเป็นกลาง (Impartiality) ไว้ แต่ทั้งนี้ก็ได้มีเจตนาที่จะป้องกันมิให้เกิดความลำเอียงเกิดขึ้น โดยผู้ร่างข้อบังคับอนุญาตตุลาการของ ICC เห็นว่าความเป็นอิสระเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ที่มีอยู่ก่อนหรือในขณะที่เป็นอนุญาตตุลาการ ซึ่งสามารถทำการแยกพิจารณาตรวจสอบได้ และขณะเดียวกันเห็นว่าเรื่องความเป็นกลาง (Impartiality) นั้นเป็นเรื่องภายในจิตใจซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลหนึ่งหรือบุคคลใดจะรู้ นอกจากอนุญาตตุลาการจะเป็นผู้ตรวจสอบหรือรู้ในภายหลังจากที่อนุญาตตุลาการได้ถูกแต่งตั้ง ดังนั้นเพื่อให้เป็นการทำงานที่ศาลอนุญาตตุลาการของ ICC จะพิจารณารับรองหรือแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็จะทำการพิจารณาบุคคลนั้นว่ามีความเป็นอิสระ

---

<sup>33</sup> Erik Schäfer, Herman Verbist, and Chrispher Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, (The Netherlands: Kluwer Law International.Stämpfli Publishers Ltd., 2005), p. 45.

หรือไม่มากกว่าที่จะทำการประเมินว่าบุคคลนั้นมีความเป็นกลางหรือไม่ อย่างไรก็ตามแม้มีความมุ่งหมายให้อนุญาตตุลาการมีความเป็นอิสระก็มิได้เป็นการรับรองว่าอนุญาตตุลาการนั้นจะมีความเป็นกลางแต่อย่างใด อนุญาตตุลาการที่มีความเป็นอิสระอาจมีความลำเอียงได้เช่นกัน<sup>34</sup> ดังนั้นหากคู่พิพาทเห็นว่าอนุญาตตุลาการมีความลำเอียงก็เปิดโอกาสให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทำการคัดค้านการรับรองหรือการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้<sup>35</sup>

แม้ว่าข้อบังคับอนุญาตตุลาการของ ICC จะมีได้กล่าวถึงเรื่องความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการไว้โดยตรง แต่ในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของ ICC ก็มิได้แยกเรื่องความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการออกไป ทั้งนี้พิจารณาได้จากข้อบังคับ ข้อที่ 11<sup>36</sup> “การคัดค้านอนุญาตตุลาการไม่ว่าเนื่องมาจากข้อกล่าวอ้างว่าขาดความเป็นอิสระหรือเหตุอื่นใด ให้ทำคำแถลงเป็นหนังสือต่อสำนักเลขาธิการ...” จะเห็นได้ว่า “เหตุอื่นใด” นั้นมีความหมายกว้างซึ่งน่าจะรวมไปถึงแนวความคิดเรื่องความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการด้วย<sup>37</sup>

ตามที่ได้กล่าวไปในเรื่องคานิยามความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการจะเห็นได้ว่าแนวความคิดในกฎหมายแต่ละประเทศรวมไปถึงข้อบังคับอนุญาตตุลาการของแต่ละสถาบันมีความแตกต่างกันย่อมทำให้เกิดข้อถกเถียงที่ตามมาว่าแท้จริงแล้วความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการนั้นเป็นหน้าที่ที่

---

<sup>34</sup> Yves Derains, Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, second Edition. (The Netherlands: Kluwer Law International, 2005), pp.115-120.

<sup>35</sup> Article 11(1) of ICC Arbitration Rules 1998 “A challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of independence or otherwise, shall be made by the submission to the Secretariat of a written statement specifying the facts and circumstances on which the challenge is based.

(2) For a challenge to be admissible, it must be sent by a party either within 30 days from receipt by that party of the notification of the appointment or confirmation of the arbitrator, or within 30 days from the date when the party making the challenge was informed of the facts and circumstances on which the challenge is based if such date is subsequent to the receipt of such notification.”

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Doak Bishop and Lucy Reed, *supra* note 31,(1998), p.399

อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหรือเป็นเพียงคุณสมบัติที่คู่พิพาทสามารถตกลงยกเว้นได้ ซึ่งผู้เขียน  
จะขอกล่าวไว้ในข้อควรพิจารณาในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของ  
อนุญาตตุลาการ