

บทที่ 3

บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นในเรื่องคำนิยามคำว่า“ความเป็นกลาง” (Impartiality) และ “ความเป็นอิสระ”(Independence) รวมไปถึงแนวความคิดของกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายของสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) กฎหมายอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันแต่ละสถาบัน รวมไปถึงประมวลจริยธรรม ซึ่งในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันแต่ละสถาบัน และประมวลจริยธรรมมีแนวความคิดเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระที่แตกต่างกัน ทำให้บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระแตกต่างกัน จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาเพื่อให้เข้าใจบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในแนวความคิดเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ ในการศึกษาบทบาทหน้าที่เรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจากกฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย รวมถึงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ London Court International of Arbitration 1998 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ American Arbitration Association Rules 2009 และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC Arbitration 1998 อีกทั้งประมวลจริยธรรม AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes พบปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการต้องยึดถือแนวความคิดในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศ หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน หรือประมวลจริยธรรม ที่อนุญาโตตุลาการเป็นสมาชิกอยู่หรือตามที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งมีสัญญาติดอยู่ หรือตามที่คู่กรณีได้มีการตกลงให้ใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการประเทศหนึ่งประเทศใด ข้อบังคับของสถาบัน หรือประมวลจริยธรรมมาใช้

อย่างไรก็ดีปัญหาเรื่องมาตรฐานความเป็นกลางและ/หรือ ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าตนเป็นสมาชิกสถาบันใดหรือไม่ และไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญญาของคู่พิพาทแต่อย่างใด ในเรื่องนี้เป็นไปตามข้อตกลงที่คู่พิพาทตกลงกันไว้ในการทำสัญญา

อนุญาตตุลาการ¹ โดยคู่พิพาทจะทำการตกลงกันในรายละเอียดในสัญญาอนุญาตตุลาการ เช่น จำนวนอนุญาตตุลาการและวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ สถานที่ที่จะมีการอนุญาตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีที่คู่พิพาทมีสัญชาติแตกต่างกัน หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทประสงค์จะให้อนุญาตตุลาการนำมาใช้ในการอนุญาตตุลาการ² ซึ่งในกฎหมายอนุญาตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ ก็จะระบุเรื่องความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการเพื่อให้อนุญาตตุลาการตรวจสอบคุณสมบัติของตนเอง และเพื่อให้อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและความเป็นอิสระ อย่างไรก็ตามก็ดี คู่พิพาทอาจจะตกลงให้นำประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการมาเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงได้เช่นกัน

ดังนั้นอนุญาตตุลาการมีหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระเป็นไปตามกฎหมายอนุญาตตุลาการ กฎเกณฑ์ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ หรือประมวลจริยธรรมตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. หน้าที่ของอนุญาตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง และ/หรือความเป็นอิสระ

สำหรับการพิจารณาหน้าที่ของอนุญาตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง และ/หรือความเป็นอิสระนี้ มีแนวความคิดที่แตกต่างกันออกไปแบ่งได้เป็น 3 แนวความคิด คือ (1) แนวความคิดที่เน้นให้อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ (2) แนวความคิดที่เน้นเฉพาะให้อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง และ (3)

¹ การอนุญาตตุลาการจะเกิดขึ้นได้โดยอาศัยสัญญาระหว่างคู่กรณี กล่าวคือต้องมีการทำคำเสนอที่จะขอให้มีการอนุญาตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและมีการทำคำสนองให้มีการอนุญาตตุลาการของคู่กรณีให้มีการอนุญาตตุลาการของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกมาตรงกัน ดู อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 40; เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 57.

² เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เพิ่งอ้าง, น. 60 .

แนวความคิดที่เน้นเฉพาะให้อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระ ดังจะได้อธิบายตามลำดับดังต่อไปนี้

1.1 แนวความคิดที่เน้นให้อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

1.1.1 บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ของอนุญาตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

1.1.1.1 หน้าที่ของอนุญาตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระตาม UNCITRAL Model Law

ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้กล่าวถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการนอกจากนี้กฎเกณฑ์อนุญาตตุลาการของ กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เองก็ได้กล่าวถึงเหตุในการคัดค้านอนุญาตตุลาการหากอนุญาตตุลาการมีพฤติกรรมซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ คู่พิพาทมีสิทธิคัดค้านอนุญาตตุลาการได้³ ทั้งนี้เพื่อเป็นการปกป้องคุณธรรมอนุญาตตุลาการและเพื่อให้คู่พิพาทมีความเชื่อมั่นในผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการว่าจะดำเนินการด้วยความยุติธรรมและภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ดังนั้นผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่ง

³ Article 12 of UNCITRAL Model Law “(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

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

ความเป็นกลางและเป็นอิสระ ซึ่งผู้ร่างเห็นว่าอนุญาโตตุลาการทุกคนรวมถึงอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระ⁴

1.1.1.2 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act 1998)

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act 1998) ได้นำหลักการในกฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law)มา ซึ่งไม่เพียงใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแต่ยังใช้กับการอนุญาโตตุลาการในประเทศด้วยเช่นกัน ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการกรณีคู่พิพาทพบว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง Article 1036 (2) ของ German Arbitration Act 1998 บัญญัติว่า “อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้าน หากพบว่ามีพฤติการณ์ซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือไม่ปฏิบัติตามคุณสมบัติที่คู่พิพาทตกลงกัน...”⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า German Arbitration Act 1998 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law) โดยทั้งนี้ได้กำหนดให้ศาลดำเนินการถอนอนุญาโตตุลาการซึ่งมีความลำเอียง หากปรากฏว่ามีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระอยู่ในขณะนั้น ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระตลอดเวลา นับแต่เมื่อได้รับการแต่งตั้งและตลอดจนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวรายละเอียดในเรื่องหน้าที่อนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระ

⁴ David D. Caron, Lee M. Caplan, and Matti Pellonpää, The UNCITRAL Arbitration Rules, (New York: Oxford University, 2006), pp.209-211.

⁵ Article 1036 (2) “ 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 he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

1.1.1.3 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

(1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 นั้นไม่ได้กำหนดเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง แต่อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 17 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ว่า ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรม และในมาตรา 14 ได้วางหลักเกณฑ์โดยกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้ โดยให้นำเหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้เสียความยุติธรรมไปมาประกอบการพิจารณา ซึ่งเป็นการวางหลักเกณฑ์เพื่อให้ครอบคลุมเหตุต่างๆ ที่อาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป ยกตัวอย่างกรณีที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระ เช่นเป็นลูกจ้างของคู่พิพาท หรือกรณีขาดความเป็นกลาง โดยอนุญาโตตุลาการมีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นว่าคอยปกป้องผลประโยชน์ของคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งให้ตนเป็นอนุญาโตตุลาการ ก็อยู่ในข่ายเหตุที่มีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจเป็นเหตุให้เสียความยุติธรรมไป

แม้ว่าในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 จะมีได้กำหนดหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในมาตรา 17 และมาตรา 14 แล้วจะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในช่วงที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ใช้บังคับก็มีหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ หากอนุญาโตตุลาการบกพร่องต่อหน้าที่ดังกล่าวแล้วก็จะมีมาตรการในการลงโทษอนุญาโตตุลาการซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

(2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

หลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) โดยได้วางบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 19 ในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการโดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ เนื่องจากก่อนหน้าที่จะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใช้บังคับได้เกิดข้อสงสัยและปัญหาในทางปฏิบัติอย่างยิ่งแก่คู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการบางท่านเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งตนขึ้นและควรต้องตัดสินใจให้เอื้อประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งตนขึ้นมา ทำให้เกิดความกังขาขึ้นกรณีทีอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่งยึดแนวทางว่าตนต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระแก่คู่พิพาททุกฝ่าย แต่อนุญาโตตุลาการของ

คู่พิพาทอีกฝ่ายมีแนวความคิดที่ว่าตนได้รับมอบหมายให้ปกป้องผลประโยชน์จากคู่พิพาทที่แต่งตั้งตนขึ้นก็ยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในทางปฏิบัติ และทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีแนวความคิดในเรื่องที่ตนจะดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระแก่คู่พิพาททุกฝ่ายไม่ได้รับความเป็นธรรมแต่อย่างใด นอกจากนี้อาจสร้างความลำบากใจแก่อนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเป็นกลางและตัดสินใจไปตามพยานหลักฐานเท่าที่ปรากฏในการพิจารณาของตนซึ่งอาจเป็นการฝืนความรู้สึกและความต้องการของคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งตนโดยเฉพาะในกรณีที่พยานหลักฐานที่ปรากฏไม่เป็นประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมากนักและอาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นแพ้คดีได้

1.1.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

1.1.2.1 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ London Court International of Arbitration: LCIA 1998

London Court International of Arbitration: LCIA เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องมาตรฐานของความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีข้อถกเถียงเรื่องดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งจะต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระเหมือนดังเช่นอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานที่จะต้องมีความเป็นกลางในลักษณะของ Neutrality และ Impartiality หรือไม่⁶ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายรัฐนิวยอร์ก สันนิษฐานไว้ก่อนว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งนั้นไม่จำเป็นต้องมีความเป็น Neutrality แต่จะต้องมีความเป็น Impartiality ซึ่งบทบาทหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระจะต่างไปจากผู้ทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการ (รวมถึงอนุญาโตตุลาการคนเดียว) โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถถูกเพิกถอนสาเหตุจากอนุญาโตตุลาการซึ่งมีความลำเอียงเท่านั้น⁷

⁶ Geoff Nichlas, Constantine Partasides, "LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrator: A proposal to Publish," *Arbitration International*, Vol.23. No.1. pp.4-7.

⁷ 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.403

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA จึงได้กำหนดหน้าที่ไว้ว่า อนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง (Impartiality) และความเป็นอิสระ (Independence) โดยในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ได้กล่าวถึงความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างแจ้งชัดในข้อที่ 5.2 อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องดำรงและคงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระจากคู่พิพาทตลอดเวลาในการดำเนินการ อนุญาโตตุลาการ และห้ามมิให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการกระทำการในฐานะทนายความ หรือที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ทั้งนี้ห้ามอนุญาโตตุลาการไม่ว่าก่อนหรือภายหลังการ แต่งตั้งให้คำแนะนำคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในข้อถกเถียงหรือผลของคดี⁸ ประกอบกับเหตุแห่งการ คัดค้านอนุญาโตตุลาการกรณีอนุญาโตตุลาการปราศจากความเป็นกลางและเป็นอิสระใน ข้อที่ 10.3 ระบุว่าคู่พิพาทอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการมีพฤติกรรม ในขณะนั้นว่ามีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ ...⁹

ทั้งนี้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA มิได้จำกัดเฉพาะ อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นประธานหรือเป็นอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 คนเท่านั้น แต่ยังรวมไป ถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้งด้วยเช่นกัน ดังนั้นจะเห็นได้ว่าผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระตลอดในการดำเนิน กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

⁸ Article 5.2 of LCIA Arbitration Rules 1998 “ All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocates for any party. No arbitrator, whether before or after appointment, shall advise any party on the merits or outcome of the dispute.”

⁹ Article 10.3 of LCIA Arbitration Rules 1998 “An arbitrator may also be challenged by any party if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. A party may challenge an arbitrator it has nominated, or in whose appointment it has participated, only for reasons of which it becomes aware after the appointment has been made.”

1.1.2.2 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ American Arbitration Association Rules 2009

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อที่ R-17¹⁰ ของสถาบัน American Arbitration Association Rules 2009 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ โดยกำหนดให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ อีกทั้งต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่และด้วยความสุจริต นอกจากนี้ยังได้กล่าวถึงเรื่องการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความลำเอียงหรือขาดความเป็นอิสระ จากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดีหากคู่พิพาทได้มีข้อตกลงพิเศษกล่าวคือคู่พิพาททุกฝ่ายไม่ประสงค์ให้อนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งมีความเป็นกลางและอิสระก็สามารถกระทำได้¹¹ โดยคู่พิพาทต้องตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร¹²

ข้อสังเกต ใน American Arbitration Association Rules 2009 ได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาททุกฝ่ายสามารถทำการตกลงยกเว้นในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของ

¹⁰ Section R-17 of American Arbitration Association Rules 2009 “(a) Any Arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for

(i) partiality or lack of independence, ...”

¹¹ 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.”

¹² Section R-17 of American Arbitration Association Rules 2009 “(a)(iii) 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.”

อนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งได้ แต่ในข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทตกลงยกเว้นเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระแก่อนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือเป็นประธานในองค์คณะ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหรือกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการ 3 คนเป็นองค์คณะ คู่พิพาทไม่สามารถตกลงยกเว้นเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระแก่อนุญาโตตุลาการคนเดียวรวมถึงอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวมุ่งหมายให้อนุญาโตตุลาการซึ่งนั่งอยู่ในองค์คณะเพียงคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมอันจะสร้างความเชื่อมั่นแก่คู่พิพาททุกฝ่าย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวก็สอดคล้องกับแนวความคิดในประมวลจริยธรรม AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes โดยผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

1.1.3 ประมวลจริยธรรมว่าด้วยหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

ประมวลจริยธรรม AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 ได้วางหลักในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ กรณีที่คู่พิพาทหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการได้แต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน หรือมากกว่านั้นโดยประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการได้วางหลักว่าอนุญาโตตุลาการทุกคนต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ¹³ เป็นมาตรฐานเดียวกัน ในกรณีนี้ได้มีการกำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมด้วยเช่นกัน กล่าวคืออนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระภายหลังยอมรับการแต่งตั้งและขณะที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการต้องหลีกเลี่ยงการกระทำการใดๆ อันกระทบต่อความเป็นกลาง (Impartiality) และต้องไม่กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความลำเอียงได้ จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระตลอดเวลาในขณะปฏิบัติหน้าที่¹⁴ อีกทั้งภายหลังจากมีการทำคำชี้ขาดแล้ว

¹³ CANON I of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 : B. One should accept appointment as an arbitrator only if fully satisfied:

(1) that he or she can serve impartially;

(2) that he or she can serve independently from the parties, potential witnesses, and the other arbitrators;

¹⁴ *Ibid*, CANON I:C.

อนุญาโตตุลาการก็ควรหลีกเลี่ยงในการติดต่อหรือรับเอาผลประโยชน์ใดๆ ที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดให้เพื่อตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งจะกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการและคำวินิจฉัยชี้ขาด

อย่างไรก็ดีประมวลจริยธรรมนี้เองก็มีข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้เช่นกันกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงกันในเรื่องมาตรฐานความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง (Non-neutral arbitrator) ซึ่งแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง (Neutral Arbitrators, The third Arbitrator) ดังนั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงแตกต่างกันไปจากหลักเกณฑ์โดยทั่วไป ซึ่งในหมวด 10 ของประมวลจริยธรรมฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์ อาทิเช่น¹⁵

(1) อนุญาโตตุลาการอาจมีความโน้มเอียงเข้าข้างคู่พิพาทอีกฝ่ายที่แต่งตั้งตนก็ได้ แต่ไม่ว่าอย่างไรอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต (Good Faith) ด้วยความซื่อสัตย์ (Integrity) และยุติธรรม (Fairness)¹⁶

(2) อนุญาโตตุลาการ อาจมีความสัมพันธ์ทางการเงิน ธุรกิจ อาชีพ ครอบครัว หรือความสัมพันธ์ทางสังคม หรือมีผลประโยชน์บางประการก็ได้ไม่ว่าภายหลังที่ได้รับการแต่งตั้งหรือระหว่างปฏิบัติหน้าที่ หรือภายในเวลาอันสมควรภายหลังการตัดสินข้อพิพาท¹⁷

(3) อนุญาโตตุลาการยังคงมีหน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์หรือความสัมพันธ์ไม่เพียงแต่ผลประโยชน์ของคุณค่าฝ่ายที่แต่งตั้งตน แต่เพื่อผลประโยชน์ของคุณค่าอีกฝ่ายหนึ่งด้วยเพื่อที่จะได้ทราบว่าการมีความลำเอียงเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งการเปิดเผยของอนุญาโตตุลาการนั้นคงเปิดเผยให้เห็นถึงขอบเขตของผลประโยชน์หรือความสัมพันธ์เท่านั้น

¹⁵ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ”. ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ ฯ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540), น.138-139.

¹⁶ Canon X (A) (1) of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 “ Canon X arbitrators may be predisposed toward the party who appointed them but in all other respects are obligated to act in good faith and with integrity and fairness.”

¹⁷ Canon X (A) (2) of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 “ The provisions of subparagraphs B(1), B(2), and paragraphs C and D of Canon I, insofar as they relate to partiality, relationships, and interests are not applicable to Canon X arbitrators.”

ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องมีรายละเอียดเหมือนการเปิดเผยของอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง (Neutral Arbitrators)¹⁸

(4) ในเรื่องการติดต่อสื่อสารกับคู่ความ อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้น (Non-neutral arbitrator) ก็ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการคนที่สาม (Neutral Arbitrators) แต่กรณีที่อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง (Non-neutral arbitrator) ได้แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการคนที่สาม (Neutral Arbitrators) อาจต้องมีการปรึกษากับคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้ง ตน การเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นคงเปิดเผยได้แต่เฉพาะว่าได้มีการติดต่อเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยถึงเนื้อหาของ การติดต่อ ซึ่งในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นไม่จำเป็นต้องเปิดเผยก่อนมีการ ติดต่อกันแต่ละครั้ง¹⁹ และการติดต่อกับคู่ความกรณีนี้ไม่จำเป็นที่อนุญาโตตุลาการจะต้องส่งสำเนา ไปให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรืออนุญาโตตุลาการอื่น²⁰ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี อนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้ง (Non-neutral arbitrator) ต้องปฏิบัติตามจริยธรรมในการดำเนินการพิจารณาเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการคนที่สาม (Neutral

¹⁸ Canon X (B) (1) of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 “Canon X arbitrators should disclose to all parties, and to the other arbitrators, all interests and relationships which Canon II requires be disclosed. Disclosure as required by Canon II is for the benefit not only of the party who appointed the arbitrator, but also for the benefit of the other parties and arbitrators so that they may know of any partiality which may exist or appear to exist.”

¹⁹ Canon X (6) of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 “When Canon X arbitrators communicate orally with the parties that appointed them concerning any matter on which communication is permitted under this Code, they are not obligated to disclose the contents of such oral communications to any other party or arbitrator.”

²⁰ Canon X (7) of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes 2004 “When Canon X arbitrators communicate in writing with the party who appointed them concerning any matter on which communication is permitted under this Code, they are not required to send copies of any such written communication to any other party or arbitrator.”

Arbitrators) นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง (Non-neutral arbitrator) นั้นต้องมีจริยธรรมในการทำคำชี้ขาด แต่ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้ง (Non-neutral arbitrator) อาจมีความเห็นโน้มเอียงไปในทางเป็นประโยชน์ต่อคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่พิพาทฝ่ายอื่นแต่อย่างใด เนื่องจากมีอนุญาโตตุลาการคนที่สามทำหน้าที่เป็นคนกลาง

1.2 แนวความคิดที่เน้นเฉพาะให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่า ใน The Arbitration Act 1996 ของประเทศอังกฤษ ได้มีแนวความคิดว่าอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง โดยมีได้กล่าวถึงความเป็นอิสระไว้ในบทบัญญัติใน The Arbitration Act 1996 แต่อย่างใด ดังนั้นใน The Arbitration Act 1996 จึงได้กำหนดหน้าที่อนุญาโตตุลาการแต่เพียงว่าให้อนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางตามบทบัญญัติมาตรา 33²¹ เนื่องจากเหตุผลที่ได้กล่าวไปในตอนต้นแล้วว่าผู้ร่าง (Departmental Advisory Committee on Arbitration Law : DAC) เห็นว่าการที่คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งโดยธรรมชาติแล้วคู่พิพาทจะแต่งตั้งบุคคลที่มีความคิดเห็นหรือทัศนคติคล้ายกัน อีกทั้งปัญหาเรื่องความเป็นอิสระมีข้อถกเถียงที่ไม่มีที่สิ้นสุด ทำให้ผู้ร่างเห็นว่าควรมีหลักเกณฑ์ในเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ โดยคู่พิพาทสามารถร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนอนุญาโตตุลาการหากมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางได้²² นอกจากนี้ภายหลังจากที่ได้มีการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปแล้วหากคู่พิพาทพบว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและเป็นกลางในขณะนั้นเป็นองค์คณะอนุญาโตตุลาการการอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดนั้นก็ถือว่ามีเหตุร้ายแรง อันอาจส่งผลกระทบต่ออนุญาโตตุลาการได้

²¹ 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."

²² สืบค้นจาก, <<http://ld.practicallaw.com/jsp/glossary.jsp?category=D>>

1.3 แนวความคิดที่เน้นเฉพาะให้อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระ

ในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน ICC ข้อที่ 7²³ ได้วางหลักเกณฑ์ให้อนุญาตตุลาการทุกคนต้องมีและดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระจากคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้หน้าที่ของอนุญาตตุลาการจึงต้องมีและดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระตลอดเวลาในการดำเนินการอนุญาตตุลาการ ซึ่งพิจารณาจากการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการโดยอนุญาตตุลาการต้องเปิดเผยข้อความจริงที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการในระหว่างการอนุญาตตุลาการ โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่พิพาทซึ่งมีปัจจัยในการพิจารณาได้หลายอย่าง อาทิ เช่น ผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการเป็นบิดาของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง หรืออนุญาตตุลาการเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทคู่พิพาท เป็นต้น อีกทั้งอนุญาตตุลาการต้องหลีกเลี่ยงพฤติกรรมอันอาจส่งผลกระทบต่อการทำหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระของตน ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงพฤติกรรมอันกระทบต่อความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการในภายหลัง

2. หน้าที่ของอนุญาตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าอนุญาตตุลาการมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระซึ่งแตกต่างตามแนวความคิดของกฎหมายอนุญาตตุลาการของแต่ละประเทศ ข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันแต่ละสถาบัน หรือประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาตตุลาการ แต่อย่างไรก็ดีการที่กฎหมาย ข้อบังคับของแต่ละสถาบัน หรือประมวลจริยธรรมได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดหน้าที่ให้อนุญาตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระแต่เพียงอย่างเดียวนั้นคงไม่เพียงพอที่จะควบคุมดูแลผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการได้ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือ ความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายมั่นใจในการอนุญาตตุลาการ ดังนั้นในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) กฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศเยอรมนี

²³ Article 7(1) of ICC Arbitration Rules 1998 “ Every arbitrator must be and remain independent of the parties involved in the arbitration.”

ประเทศอังกฤษและประเทศไทย รวมไปถึงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ London Court International of Arbitration ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ American Arbitration Association และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC Arbitration และ ประมวลจริยธรรมของ AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes จึงได้วางกฎเกณฑ์กำหนดหน้าที่ให้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ดังนี้

2.1 บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ

2.1.1 กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และ UNCITRAL Arbitration Rules

ได้กำหนดหน้าที่บุคคลที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการให้เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับพฤติกรรมในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ และได้กำหนดหน้าที่แก่อนุญาโตตุลาการให้เปิดเผยพฤติกรรมซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ นับแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอดการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยทันที²⁴ จะเห็นได้ว่าในกฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law) และ UNCITRAL Arbitration Rules ได้กำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของบุคคล ไว้ดังนี้

ก่อนที่จะมีการแต่งตั้ง บุคคลผู้ได้รับการทาบทามเป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ใครคือผู้ที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นให้พิจารณาจากผู้ที่มีความเป็นไปได้ที่จะรับการแต่งตั้ง

ภายหลังการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งหรือคัดเลือกมาแล้วก็มีหน้าที่เช่นเดียวกันในการเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่คู่พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงไม่ว่าก่อนหรือหลังการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ และหลีกเลี่ยงการขัดขวางกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทมักใช้อ้างเป็นเหตุในการประวิงคดีได้ นอกจากนี้การเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่คู่พิพาทนั้นมีความสำคัญในเรื่องกฎหมายปิดปาก (Estoppel) เมื่อผู้ได้รับการทาบทามได้ยอมรับการแต่งตั้ง

²⁴ Article 12 paragraph 1 of UNCITRAL Model Law , Article 9 of UNCITRAL Arbitration Rules 1976.

อนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอาจถูกปิดปากกล่าวคือไม่สามารถยกข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ดังกล่าวขึ้นเป็นข้อคัดค้านถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมาได้ หากคู่พิพาทได้ทราบข้อเท็จจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและเป็นอิสระและประสงค์ที่จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการแต่ไม่ได้ทำการคัดค้านภายในเวลาที่กฎหมายหรือข้อบังคับได้กำหนดไว้

แม้ในบทบัญญัติมาตรา 9 ของ UNCITRAL Arbitration Rules²⁵ จะมีได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัดว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงตลอดระยะเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนับแต่ได้รู้ถึงพฤติการณ์เช่นนั้นทันที และก็มีได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัดถึงหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้ซึ่งได้รับการทบทวนให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะได้รับการเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตาม บุคคลซึ่งได้รับการทบทวนให้เป็นอนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหากมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ ไม่ว่าจะพฤติการณ์ดังกล่าวจะเกิดภายหลังที่ถูกทบทวนหรือเสนอชื่อให้เป็นอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่หากพฤติการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นก็มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริง โดยพฤติการณ์ซึ่งต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นต้องเป็นพฤติการณ์ซึ่ง “น่าจะ” (Likely) มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระโดยพิจารณาประกอบกับมาตรา 10(1) วางหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการหากพบพฤติการณ์ซึ่งยังคงมีอยู่และมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ²⁶ จะเห็นได้ว่ามาตรา 9 และมาตรา 10(1) ได้วางกฎเกณฑ์ไว้สอดคล้องกัน

อย่างไรก็ดีผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตว่าแม้มาตรา 9 มีได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงระหว่างตนเองกับคู่พิพาททุกกรณี เพียงแต่เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระเท่านั้น

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Article 10 (1) of UNCITRAL Arbitration Rules “ Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.”

2.1.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act)

บทบัญญัติใน German Arbitration Act มาตรา 1036(1)²⁷ ก็ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อความจริงเช่นกัน นอกจากนี้ก็ได้มีการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการ และบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเหมือนดังเช่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) โดยผู้ที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงหากมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระทั้งนี้พฤติการณ์ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในภายหลังที่ถูกทาบทามหรือเสนอชื่อให้เป็นอนุญาโตตุลาการ แต่พฤติการณ์นั้นจะต้องเกิดขึ้นก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการในภายหลังหรือไม่ก็ตาม

นอกจากนี้เมื่อบุคคลได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ โดยหน้าที่ดังกล่าวมีอยู่ตลอดระยะเวลาในการอนุญาโตตุลาการ

2.1.3 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย (The Arbitration Act 1996)

ในมาตรา 1(a) ของ The Arbitration Act 1996 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและระงับข้อพิพาทโดยองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง²⁸ และมาตรา 24 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุในการ

²⁷ Article 1036 (1) of The German Arbitration Act “ When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.”

²⁸ 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.”

ถอดถอนอนุญาโตตุลาการกรณีที่คู่พิพาทพบว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง²⁹ แม้ว่า The Arbitration Act 1996 กำหนดให้คู่พิพาทและศาลจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง แต่ใน The Arbitration Act 1996 ก็ได้กล่าวถึงหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหากมีเหตุการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ³⁰ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ที่ได้กำหนดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหากมีเหตุการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ เนื่องจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีเหตุการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระถือเป็นมาตรการควบคุมดูแลอย่างหนึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการต้องระลึกรวบรวมข้อมูลในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระอันจะทำให้คู่พิพาทมั่นใจในอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ยังเป็นประโยชน์ในการจำกัดขอบเขตในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วย

แม้ว่าบทบัญญัติใน The Arbitration Act 1996 จะไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่กระทบต่อความเป็นกลาง (Impartiality) ของอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ทั้งนี้คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษมักนำหลักเกณฑ์ของสถาบันที่สำคัญๆ ซึ่งได้ระบุหลักเกณฑ์ในเรื่องการเปิดเผยข้อเท็จจริงมาผนวกกับข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อมิให้มีการกล่าวอ้างว่าไม่มีการตกลงและไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหากมีเหตุการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษา คือ คดี AT&T³¹ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า หากในระบบ Common Law มิได้มีการกล่าวถึงประเด็นใดไว้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตของสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ตกลง

²⁹ Article 24 of The Arbitration Act 1996 “ (1) 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”

³⁰ Gillian Eastwood, “A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators,” *Arbitration International*, Vol 17, No.3. pp.297-300.

³¹ สืบค้นจาก, <<http://www.aeberli.com/cases/atandt.htm>>

กันไว้โดยชัดแจ้ง (รวมถึงการให้มีการนำข้อบังคับของสถาบัน หรือ ข้อตกลงการอนุญาตตุลาการ มาปรับใช้ด้วยเช่นกัน)

2.1.4 กฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศไทย

ในเรื่องการเปิดเผยข้อความจริงของอนุญาตตุลาการนั้น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มิได้บัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องเปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจแสดงให้เห็นว่าตนไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระต่อคู่พิพาท ทำให้เกิดปัญหาว่าอนุญาตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงในเรื่องความเป็นกลางหรือเป็นอิสระหรือไม่

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 บทบัญญัติในเรื่องของการเปิดเผยข้อความจริงของอนุญาตตุลาการนั้น ได้นำหลักการมาจากในมาตรา 12 วรรคแรก ของ UNCITRAL Model Law³² ซึ่งนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยวางหลักให้บุคคลที่ได้รับการทาบทามหรือแต่งตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการ บุคคลนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายในการเปิดเผยข้อความจริงบางประการ ซึ่งอาจมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน เนื่องจากอาจกระทบต่อการพิจารณาคดีพิพาทในแง่ที่อาจทำให้คู่พิพาทไม่ได้รับความยุติธรรม ยกตัวอย่างเช่น ผู้ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาตตุลาการเป็นญาติกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง บุคคลดังกล่าวก็มีหน้าที่ตามกฎหมายในการเปิดเผยข้อความจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระได้

ดังนั้นหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาตตุลาการนั้นมีอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวต้องเปิดเผยข้อความจริงโดยทันทีที่ได้ทราบพฤติการณ์ซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรคัดค้านอนุญาตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระได้ เว้นแต่จะได้มีการแจ้งให้คู่พิพาททราบล่วงหน้า

³² *Supra* Note 3.

2.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อความจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ

2.2.1 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามข้อบังคับของ London Court International of Arbitration: LCIA Rules 1998

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้คล้ายคลึงกับกฎหมายแม่แบบโดยในข้อบังคับได้กำหนดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการทุกคนในองค์คณะต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระและต้องไม่กระทำการเช่นทนายความของคู่พิพาท อีกทั้งได้กำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงไว้ในข้อบังคับ 5.3³³ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

- ก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งโดยศาลของ LCIA³⁴ อนุญาโตตุลาการแต่ละท่านต้องกรอกประวัติเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่การงานในอดีตและปัจจุบัน และลงนามในแถลงการณ์ว่าตนนั้นไม่มีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ

³³ Article 5.3 of London Court International of Arbitration: LCIA Rules 1998
 “Before appointment by the LCIA Court, each arbitrator shall furnish to the Registrar a written résumé of his past and present professional positions; he shall agree in writing upon fee rates conforming to the Schedule of Costs; and he shall sign a declaration to the effect that there are no circumstances known to him likely to give rise to any justified doubts as to his impartiality or independence, other than any circumstances disclosed by him in the declaration. Each arbitrator shall thereby also assume a continuing duty forthwith to disclose any such circumstances to the LCIA Court, to any other members of the Arbitral Tribunal and to all the parties if such circumstances should arise after the date of such declaration and before the arbitration is concluded.”

³⁴ ศาลของ LCIA เป็นองค์กรบริหารหน่วยงานโดยมีประธานหรือรองประธานของ LCIA หรือคณะบุคคลจำนวนสามหรือห้าคนซึ่งถูกแต่งตั้งโดยประธานหรือรองประธานทำหน้าที่เพื่อมาทำหน้าที่ซึ่งประธานมอบหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในข้อบังคับข้อที่ 3.1 ของ London Court International of Arbitration: LCIA Rules 1998

- ภายหลังที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและก่อนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระต่อศาลของ LCIA สมาชิกในองค์คณะอนุญาโตตุลาการ และคู่พิพาททุกฝ่าย

จะเห็นได้ว่าหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อความจริงในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระมีอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าก่อนที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการและเมื่อได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้วอนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงหากมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ ก่อนการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง

2.2.2 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ American Arbitration Association Rules: AAA Rules 2009

ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ในการเปิดเผยพฤติการณ์ของอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่เกี่ยวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีหน้าที่การเปิดเผยพฤติการณ์ในเรื่องดังกล่าวนี้ในข้อบังคับดังกล่าวมิได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงแต่เพียงผู้เดียว แต่ยังสามารถกำหนดให้ผู้ที่ทำหน้าที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยข้อความจริงกรณีที่พบว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีเหตุอันควรสงสัยซึ่งอาจกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระด้วยเช่นกัน³⁵ เหตุที่ข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจจะกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าบุคคลที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอาจทราบข้อมูลหรือข้อเท็จจริงอันอาจกระทบต่อความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระต่อการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากบุคคลนั้นอาจมีการติดต่อ หรือรู้จักผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่เป็น

³⁵ Section R-16 of American Arbitration Association Rules 2009 “(a) Any person appointed or to be appointed as an arbitrator shall disclose to the AAA any circumstance likely to give rise to justifiable doubt as to the arbitrator's impartiality or independence, including any bias or any financial or personal interest in the result of the arbitration or any past or present relationship with the parties or their representatives. Such obligation shall remain in effect throughout the arbitration.”

อนุญาโตตุลาการกันมาก่อนไม่ว่าในด้านส่วนตัว หรือในการประกอบอาชีพ ซึ่งมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและมีผลต่อความเชื่อมั่นต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง บุคคลที่ได้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเช่นกัน เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้รับทราบและได้พิจารณาต่อไป

นอกจากนี้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ AAA ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในเรื่องที่เกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระด้วยเช่นกัน ซึ่งรวมถึงกรณีที่พบว่าอนุญาโตตุลาการมีความลำเอียง หรือส่วนได้เสียทั้งทางด้านการเงินและส่วนได้เสียในเรื่องส่วนตัวอันเนื่องมาจากการที่ได้มีการอนุญาโตตุลาการ หรือความสัมพันธ์กับคู่พิพาทหรือตัวแทนของคู่พิพาทในอดีตหรือปัจจุบัน³⁶ โดยหน้าที่ในการเปิดเผยพฤติการณ์ดังกล่าวนั้นในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ AAA ได้วางหลักให้มีตลอดการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้มีการรับแจ้งข้อมูลจากแหล่งข้อมูลอื่น หน่วยงานอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA จะทำการแจ้งข้อมูลดังกล่าวให้คู่พิพาททุกฝ่ายทราบ และจะทำการแจ้งข้อมูลดังกล่าวให้แก่อนุญาโตตุลาการและผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทราบโดยคำนึงถึงความเหมาะสม³⁷

ในการเปิดเผยข้อความจริงนั้น หากมีเหตุที่ต้องมีการตีความว่าอนุญาโตตุลาการควรเปิดเผยพฤติการณ์หรือข้อความจริงนั้นหรือไม่ ในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการวางหลักเกณฑ์ให้อนุญาโตตุลาการควรเปิดเผยพฤติการณ์หรือข้อความจริงนั้น³⁸ เพื่อให้คู่พิพาทอนุญาโตตุลาการในองค์คณะอนุญาโตตุลาการ และศาลของ AAA ได้พิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Section R-16 of American Arbitration Association Rules 2009 “(b) Upon receipt of such information from the arbitrator or another source, the AAA shall communicate the information to the parties and, if it deems it appropriate to do so, to the arbitrator and others.”

³⁸ Section R-16 of American Arbitration Association Rules 2009 “(c) In order to encourage disclosure by arbitrators, disclosure of information pursuant to this Section R-16 is not to be construed as an indication that the arbitrator considers that the disclosed circumstance is likely to affect impartiality or independence.”

2.2.3 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระตามข้อบังคับของ ICC Arbitration Rules 1998

เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นในความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ได้วางกฎเกณฑ์ในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการโดยการเปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้ที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อบังคับที่ 7(2)³⁹ โดยผู้ที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงต่างๆ เพื่อให้อยู่ “ในความรับรู้ของคู่พิพาท” หรือ “ในสายตาของคู่พิพาท” (in the eyes of any of the parties)⁴⁰ และ เมื่อได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการแล้วยังคงต้องมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงตามข้อบังคับที่ 7(3)⁴¹ อีกทั้งต้องมีการลงนามรับรองเพื่อให้คู่พิพาทตกลงในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการโดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก่อนได้รับการแต่งตั้งหรือรับรองให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ซึ่งได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการต้องลงนามรับรองสถานะในเรื่องความเป็นอิสระและเปิดเผยข้อเท็จจริงเหตุการณ์ใดๆ เป็นลายลักษณ์อักษรต่อสำนักเลขาธิการ ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระแก่คู่พิพาท โดยในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้จำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงหรือ

³⁹ Article 7(2) of ICC Arbitration Rules 1998 “Before appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of independence and disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties. The Secretariat shall provide such information to the parties in writing and fix a time limit for any comments from them.”

⁴⁰ ในความรับรู้ของคู่พิพาท หรือในสายตาของคู่พิพาท (in the eyes of any of the parties) นั้นมีวัตถุประสงค์ที่กระตุ้นให้อนุญาโตตุลาการทำใจให้กว้างและเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนอาจจะไม่คิดว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อความเป็นอิสระของตน แต่คู่พิพาทอาจคิดเช่นนั้นก็ได้ตามสายตาของคู่พิพาท, วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น.133.

⁴¹ Article 7(3) of ICC Arbitration Rules 1998 “An arbitrator shall immediately disclose in writing to the Secretariat and to the parties any facts or circumstances of a similar nature which may arise during the arbitration.”

พฤติกรรมในอดีตและในปัจจุบันไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมเกี่ยวกับเรื่องการเงิน การประกอบอาชีพ การเป็นทนายความหรือมีความสัมพันธ์อื่นใดกับคู่พิพาท เพื่อให้คู่พิพาทพิจารณา⁴²

อย่างไรก็ดีหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างการอนุญาตตุลาการว่าข้อความจริงที่อนุญาตตุลาการต้องเปิดเผยเนื้อหาข้อมูลมากน้อยเพียงไร และการเปิดเผยข้อมูลของอนุญาตตุลาการเป็นการเพียงพอหรือไม่ที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องความเป็นอิสระ เนื่องจากอนุญาตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้ข้อบังคับของ ICC ถูกเรียกร้องให้มีการเปิดเผยข้อความจริงมากขึ้น เพื่อให้คู่พิพาทได้ทำการพิจารณาพฤติกรรมหรือข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวกับความเป็นอิสระ โดย ICC จะไม่แต่งตั้งหรือรับรองผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาตตุลาการจนกว่าจะได้มีการตรวจสอบและมีการลงนามในคำแถลงเพื่อยอมรับ เมื่อผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาตตุลาการได้เปิดเผยเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมใดๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระแล้ว สำนักเลขาธิการก็จะทำการแจ้งข้อมูลให้แก่คู่พิพาททราบเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาเพื่อให้คู่พิพาททำความเข้าใจ โดยสำนักเลขาธิการมีอิสระในการกำหนดระยะเวลาเพื่อให้คู่พิพาททำความเข้าใจโดยพิจารณาตามความเหมาะสม โดยระยะเวลาซึ่งสำนักเลขาธิการกำหนดไว้จะไม่เกินกว่า 15 วัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมและเวลาตามปฏิทินซึ่งศาลของ ICC⁴³ นั้นพิจารณา ในกรณีที่อนุญาตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้เสนอชื่อก็จะได้รับการรับรองตามปกติ⁴⁴

⁴² Erik Schäfer, Herman Verbist, and Chrispher Imhoos, ICC Arbitration in Practice, (The Netherlands: Kluwer Law International.Stämpfli Publishers Ltd., 2005), p.46.

⁴³ ศาลของ ICC เป็นหน่วยงานอนุญาตตุลาการของ ICC ซึ่งอำนาจหน้าที่ของศาลคือการจัดการให้มีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศโดยการอนุญาตตุลาการตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของ ICC ในกรณีที่มีการระบุไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ ศาลของ ICC ต้องจัดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการตามข้อบังคับนี้สำหรับธุรกิจที่มีใช้ธุรกิจระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในข้อบังคับข้อที่ 1 ของ ICC Arbitration Rules 1998

⁴⁴ ในปี 1990 เลขาธิการของ ICC โดย Stephen Bond ได้รายงานว่ามีมากกว่าร้อยละ 95 ของคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่ถูกเปิดเผยโดยผู้จะเป็นอนุญาตตุลาการ และคู่พิพาทไม่คัดค้านการรับรอง ดูเชิงอรรถที่ 27 Bond, The ICC Arbitrator's Statement of Independence: A response to Prof. Aliain Hirsch. ASA Bull, (1990), pp.226 and 232,

ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการอาจมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ไม่แน่นอนและยากแก่การพิจารณาว่าควรมีการเปิดเผยข้อความจริงหรือไม่ จึงจำเป็นต้องมีการทำความเข้าใจในเรื่องการเปิดเผยข้อความจริงตามสมควรเพื่อรับความเห็นจากคู่พิพาท ซึ่งการพิจารณาว่าข้อความจริงใดหรือพฤติการณ์ใดบ้างที่มีเหตุอันควรต่อการเปิดเผย เนื่องจากเป็นเรื่องละเอียดอ่อนมากในทางปฏิบัติ และไม่มีแนวปฏิบัติหรือข้อบังคับใดที่สามารถระบุได้ชัดในเรื่องการเปิดเผยข้อความจริงหรือพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระ อีกทั้งศาลก็ได้ยืนยันว่าการพิจารณาแต่เพียงทฤษฎีเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัตินั้นไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีความเป็นอิสระหรือไม่ ซึ่งในแบบฟอร์มในคำแถลงเรื่องความเป็นอิสระของผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้มีการเตือนผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการว่าหากมีข้อสงสัยใดควรมีการเปิดเผยเสีย

ภายหลังที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระ ดังนั้นหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ก็ยังไม่ยุติลง ตราบใดที่มีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ซึ่งมีลักษณะอาจก่อให้เกิดความสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระเกิดขึ้นในระหว่างการอนุญาโตตุลาการโดยแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้สำนักเลขาธิการทราบโดยไม่ชักช้า⁴⁵ ซึ่งข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ก็ยังกำหนดหน้าที่ในระหว่างการอนุญาโตตุลาการโดยให้อนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งมีลักษณะในทำนองเดียวกันกับหลักเกณฑ์ในข้อบังคับที่ 7(2)

quoted in Yves Derains, Eric A.Schwartz, A Guide to the ICC Rules of arbitration, Second Edition (The Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p.124.

⁴⁵ Article 7(3) of ICC Arbitration Rules 1998 “ An arbitrator shall immediately disclose in writing to the Secretariat and to the parties any facts or circumstances of a similar nature which may arise during the arbitration”

2.2.4 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระตามประมวลจริยธรรมของ AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes

ในประมวลจริยธรรม⁴⁶ ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆ อันอาจกระทบต่อความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการโดยผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ และเมื่อได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการเปิดเผยความจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ เช่น กรณีอนุญาโตตุลาการทราบว่าตนเองมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเกี่ยวกับการเงิน เกี่ยวกับบุคคล หรือเกี่ยวกับคดีพิพาท, เมื่อทราบว่าตนยังคงมีความสัมพันธ์ในเรื่องเกี่ยวกับการเงิน การงาน หรือความสัมพันธ์ส่วนตัว หรือในอดีตอนุญาโตตุลาการเคยมีความเกี่ยวพันในเรื่องการเงิน การงาน หรือความสัมพันธ์ส่วนตัว ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวนี้มีเหตุอันควรสงสัยซึ่งอาจกระทบต่อความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ โดยหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้อาจเป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาท ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบัน หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องนำมาปรับใช้แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ดังกล่าวนี้มีอยู่ตลอด แม้หลังการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงทันทีหากมีการกล่าวอ้างหรือมีการตรวจสอบอีกครั้งหรือพบว่ามีพฤติการณ์ที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ⁴⁷ นอกจากนี้หากอนุญาโตตุลาการสงสัยว่าควรเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือไม่ในประมวลจริยธรรมนี้ก็ไม่ได้ให้ทางออกว่าควรเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นเสีย⁴⁸ เพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายและองค์คณะอนุญาโตตุลาการคนอื่นๆ ได้รับทราบและตัดสินใจว่าควรดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่

⁴⁶ Canon II of AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.

⁴⁷ Canon II (C) of AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes provides that The obligation to disclose interests or relationships described in paragraph A is a continuing duty which requires a person who accepts appointment as an arbitrator to disclose, as soon as practicable, at any stage of the arbitration, any such interests or relationships which may arise, or which are recalled or discovered.

⁴⁸ CANON II (D) of AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes provides that Any doubt as to whether or not disclosure is to be made should be resolved in favor of disclosure.

เปิดเผยข้อความจริงนั้นหรือไม่ ไม่ว่าคู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงแล้ว หากคู่พิพาทไม่คัดค้านภายในระยะเวลาที่มีการกำหนดไว้ก็ไม่สามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุดังกล่าวได้อีกในภายหลัง เว้นเสียแต่คู่พิพาทจะยกเหตุอื่นขึ้นมากล่าวอ้างในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

จะเห็นได้ว่า AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ในประมวลจริยธรรมได้กำหนดรายละเอียดพฤติกรรมในการเปิดเผยข้อความจริงไว้เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติไว้ค่อนข้างชัดเจน อีกทั้งยังวางหลักเกณฑ์ไว้เพื่อป้องกันกรณีที่มีปัญหาว่าข้อความจริงใดควรเปิดเผยหรือไม่ควรเปิดเผย ในประมวลจริยธรรมก็ได้แก้ปัญหาโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าต้องมีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ดีในเรื่องหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระ โดยใน AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ได้กำหนดข้อยกเว้นเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้ ในกรณีที่คู่พิพาทได้มีการตกลงกันไว้เมื่อมีองค์คณะอนุญาโตตุลาการ 3 คน โดยอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง ก็ยังคงมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงอันเกี่ยวกับผลประโยชน์ในเรื่องต่างๆ รวมถึงความสัมพันธ์อันอาจจะกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระไม่เฉพาะเพื่อผลประโยชน์ของคู่พิพาทซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ยังคงต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่พิพาทฝ่ายอื่นและอนุญาโตตุลาการเอง เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้ทราบถึงความลำเอียงที่ยังคงมีอยู่หรือปรากฏว่ามีความลำเอียง⁴⁹ แต่ทั้งนี้ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการ

⁴⁹ CANON X (B)(1) of AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes “Canon X arbitrators should disclose to all parties, and to the other arbitrators, all interests and relationships which Canon II requires be disclosed. Disclosure as required by Canon II is for the benefit not only of the party who appointed the arbitrator, but also for the benefit of the other parties and arbitrators so that they may know of any partiality which may exist or appear to exist”

อนุญาโตตุลาการนั้นไม่กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่แต่อย่างใด แม้ว่าคำร้องขอถอดถอนนั้นจะกระทำโดยคู่พิพาทที่ไม่ได้แต่งตั้งตนก็ตาม⁵⁰

ในการพิจารณาการเปิดเผยข้อความจริงของอนุญาโตตุลาการผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในแต่ละสถาบันได้วางหลักเกณฑ์ให้อนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อความจริงเฉพาะเรื่องที่ตนคิดว่าพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระอันจะส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ในคดีพิพาท หากอนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อความจริงเพราะเชื่อว่าพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงนั้นไม่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระก็ย่อมถือเป็นดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการแต่ละท่าน มิใช่เป็นดุลยพินิจของคู่พิพาทแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากคู่พิพาทไม่เชื่อมั่นในอนุญาโตตุลาการโดยเชื่อว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้โดยต้องมีพยานหลักฐานมาแสดงเพื่อพิสูจน์ว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องดังกล่าวจริงมิใช่เพียงแต่กล่าวอ้างโดยปราศจากพยานหลักฐานซึ่งจะทำให้เกิดความล่าช้าในการระงับข้อพิพาท

3. ข้อควรพิจารณาพฤติการณ์อันกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

แนวทางในการพิจารณาพฤติการณ์ซึ่งอาจจะกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องและอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาก่อนที่จะรับการแต่งตั้งหรือเสนอชื่อ และตลอดการวางตัวของอนุญาโตตุลาการในขณะปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้คู่พิพาทเกิดความมั่นใจว่าอนุญาโตตุลาการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรืออิสระ โดยควรพิจารณาถึงพฤติการณ์หรือข้อความจริงที่เกี่ยวข้องเพื่อเปิดเผยแก่คู่พิพาทและผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ ดังนี้

⁵⁰ CANON X (B)(2) of AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes “Canon X arbitrators are not obliged to withdraw under paragraph G of Canon II if requested to do so only by the party who did not appoint them.”

3.1 พฤติการณ์และเหตุอันควรสงสัยอันอาจเป็นเหตุให้อนุญาตตุลาการขาดความเป็นกลาง และ/หรือความเป็นอิสระ

พฤติการณ์และเหตุอันควรสงสัยอันกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ พิจารณาได้ดังนี้

3.1.1 อนุญาตตุลาการมีส่วนได้เสียในทางการเงินกับคู่พิพาท

ในกรณีที่อนุญาตตุลาการมีส่วนได้เสียในทางการเงินกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด, ส่วนได้เสียในโครงการ หรือ ข้อพิพาท หรือทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาให้แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นปัจจัยหนึ่งทำให้ผู้ได้รับการเสนอชื่อให้เป็นอนุญาตตุลาการ หรืออนุญาตตุลาการ นั้นขาดคุณสมบัติทันที เนื่องจากสันนิษฐานได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีความใกล้ชิดหรือมีผลประโยชน์ร่วมกันในทางการเงิน ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่มุ่งใจให้มีการตัดสินใจเพื่อเอื้อกับผลประโยชน์ในโครงการหรือคดีพิพาท ตัวอย่างเช่น อนุญาตตุลาการเป็นผู้ถือหุ้น หรือลูกจ้างของคู่พิพาท เป็นต้น นอกจากนี้การที่อนุญาตตุลาการที่มีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทเป็นเวลานานไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในทางการเงินที่จ้างหรือเป็นตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจมีอิทธิพลต่อคดีพิพาท เนื่องจากอาจมีการปกปิดพยานหลักฐาน หรือมีจิตใจเอนเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายเสียเปรียบไม่ได้รับความเป็นธรรมส่งผลกับการอนุญาตตุลาการและการทำคำชี้ขาด

กรณีที่อนุญาตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจก็เป็นเหตุอันควรพิจารณาเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ เช่น อนุญาตตุลาการเป็นเจ้าของรายใหญ่ของคู่พิพาทซึ่งเป็นเหตุให้อนุญาตตุลาการขาดคุณสมบัติ ในคดี *Forges et Ateliers de Commentry Oissel v. Hydrocarbon Engineering*. ที่อนุญาตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นคนแต่งตั้งนั้นเป็นพนักงานของบริษัทซึ่งเป็นเจ้าของรายใหญ่ของคู่กรณีพิพาท⁵¹ ทั้งนี้อนุญาตตุลาการอาจเกิดอคติในการรับข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ ในคดีนี้มีข้อสังเกตว่าอนุญาตตุลาการนั้นบกพร่องต่อหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริง

นอกจากนี้ในคดี *Ander Jikén v. Ericsson AB* ได้ตัดสินว่าประธานในองค์คณะอนุญาตตุลาการเคยทำหน้าที่ซึ่งทำงานเป็นที่ปรึกษาให้กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งในคดีหนึ่งโดยในนั้นประธานอนุญาตตุลาการได้รับค่าตอบแทนร้อยละ 20 ของรายได้ อีกทั้งสำนักงานที่ปรึกษา

⁵¹ Doak Bishop and Lucy Reed, *supra* note 7, pp. 408-409.

กฎหมายซึ่งประธานอนุญาโตตุลาการเคยทำอยู่ได้มีการติดต่อกับบริษัทคู่พิพาทมาเป็นเวลานาน พฤติการณ์ดังกล่าวถือว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง⁵²

ข้อสังเกตในเรื่องของการพิจารณาเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เพียงแต่พิจารณาตั้งแต่กระบวนการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาภายหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งถึงกระบวนการทำคำชี้ขาดชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความลำเอียง หากปรากฏข้อเท็จจริงใดอันเป็นการแสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการได้มีส่วนได้เสียทางการเงินกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็เป็นเหตุอันควรให้คู่พิพาทอีกฝ่ายคัดค้านและขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ในเวลาต่อมาได้

3.1.2 อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทเป็นเครือญาติกัน

กรณีที่มีอนุญาโตตุลาการมีสายสัมพันธ์ภายในครอบครัวกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยมีความใกล้ชิดกันนั้นถือเป็นปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาเรื่องการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการด้วย ในด้านความสัมพันธ์ทางครอบครัวซึ่งใกล้ชิดกันนั้นพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงว่าอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทมีสายสัมพันธ์ในฐานะที่เป็น คู่สมรส บิดามารดา ปู่ย่าตายาย ลูกหลาน ญาติสายเลือดเดียวกัน ลูกพี่ลูกน้องอันดับแรก หลานชาย หลานสาว รวมถึงพี่สะใภ้ หลานสะใภ้หรือไม่

ในเรื่องสายสัมพันธ์ภายในครอบครัวใกล้ชิดระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทนั้นมีข้อควรพิจารณา ดังนี้ ก) บุคคลในครอบครัวเป็นที่น่าไว้วางใจกว่าบุคคลอื่น ข) ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางการเงินกับคู่พิพาทซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัว ค) อนุญาโตตุลาการมักตัดสินใจเข้าข้างสมาชิกในครอบครัว ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ทำให้กระทบต่อความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ⁵³

กรณีที่อนุญาโตตุลาการมีสายสัมพันธ์ภายในครอบครัวซึ่งใกล้ชิดกับคู่พิพาท อันเป็นเหตุให้คู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามคัดค้านโดย ICC เคยปฏิเสธที่จะรับรองอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทซึ่งเป็นคู่สมรส พี่ชาย หลาน หรือ บุคคลที่ทำงานร่วมกัน หรือเคยเป็นหุ้นส่วนในสำนักงานกฎหมายด้วยเช่นกัน โดยในคดี *Centrozap v. Oris* พบว่าภรรยาของอนุญาโตตุลาการในคดีเป็นผู้ช่วย

⁵² สืบค้นจาก, <<http://www.iflr.com/Article/2176818/Sweden-Two-different-arbitration-cases.html>>

⁵³ Doak Bishop and Lucy Reed, *supra* note 7, pp. 410-411.

ทนายความของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง แต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติ⁵⁴

อย่างไรก็ดีกรณีที่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติ แต่ไม่ได้มีความสนิทสนมหรือความใกล้ชิดแต่อย่างใด ผู้ที่ได้รับเสนอชื่อหรือได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้น เนื่องจากคู่พิพาทอีกฝ่ายอาจอาศัยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุในการคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเช่นกัน ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาททุกฝ่ายจำเป็นต้องตรวจสอบอย่างละเอียดเช่นเดียวกับกรณีที่อนุญาโตตุลาการเคยได้ดำเนินธุรกิจร่วมกับคู่พิพาทในอดีต โดยอนุญาโตตุลาการต้องแถลงในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตนกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่าย หรือ บุคคลที่เกี่ยวข้องรับทราบว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ไม่กระทบถึงการตัดสินใจในคดีพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยความเป็นกลาง⁵⁵

3.1.3 อนุญาโตตุลาการเคยมีบทบาทสำคัญในคดีพิพาท

กรณีอนุญาโตตุลาการเคยปฏิบัติหน้าที่ในการตัดสินใจหรือมีบทบาทในการควบคุมดูแล โครงการ หรือข้อพิพาทของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ตัวอย่างเช่น สถาปนิก หรือผู้ดำเนินโครงการในการก่อสร้าง หรือทนายความผู้ร่างสัญญาหรืออนุมัติสัญญาในคดีพิพาท หรือเคยเป็นวิศวกรที่ปรึกษาผู้ซึ่งอนุมัติแผนงานหรือโครงการ หรือเคยเป็นทนายความซึ่งทำหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือให้คำแนะนำแก่คู่พิพาทเกี่ยวกับคดีพิพาท เนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโครงการหรือข้อพิพาทเดิม ซึ่งอาจนำข้อมูลที่เคยทราบนำมาพิจารณานอกเหนือไปจากการรับฟังพยานอันมีผลต่อการตัดสินใจในคดีพิพาท หรือผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการอาจเอนเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายที่เคยร่วมงานด้วยซึ่งทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ได้รับความเป็นธรรม

แต่อย่างไรก็ดี ICC เคยปฏิเสธที่จะรับรองอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเสนอชื่อ เนื่องจากมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีพิพาท เช่น เคยทำหน้าที่แปลการยอมตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี หรือเคยให้ความเห็นทางกฎหมายแก่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือมี

⁵⁴ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Forth Edition, (London : Sweet & Maxwell), p.209.

⁵⁵ Doak Bishop and Lucy Reed, *supra* note 7, pp.418.

ผลประโยชน์ร่วมกันในบริษัทซึ่งตนทำงานอยู่หรือเป็นเจ้าของนี้ของคู่พิพาท เป็นต้น⁵⁶ นอกจากนี้ French Cour de Cassation ได้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Consorts Ury v. Galeries Lafayette กรณีที่อนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนได้เคยเป็นที่ปรึกษาในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อพิพาทแก่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งตนขึ้นมา⁵⁷

3.1.4 อนุญาโตตุลาการเคยมีบทบาทสำคัญในการเขียนบทความซึ่งเกี่ยวกับคดีพิพาท

กรณีบุคคลที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการเคยมีบทบาทเกี่ยวกับคดีพิพาท เช่น เคยเขียนบทความหรือแสดงความคิดเห็นโดยกล่าวอ้างประเด็นในคดีพิพาทโดยเฉพาะและแนะนำทางออกที่เหมาะสม ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากการนำความรู้ซึ่งตีพิมพ์ในบทความหรือการบรรยายมาใช้กับประเด็นข้อพิพาท เช่น บทความในวารสารทางกฎหมายซึ่งเขียนโดยศาสตราจารย์ทางกฎหมายโดยให้ความเห็นว่าควรนำกฎหมายอะไรมาปรับใช้ในเรื่องดังกล่าว ซึ่งกรณีนี้ไม่ทำให้ศาสตราจารย์ซึ่งถูกแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีต้องขาดคุณสมบัติไปเนื่องจากไม่ได้มีการอ้างอิงถึงข้อพิพาทโดยตรง⁵⁸

ดังนั้นอนุญาโตตุลาการซึ่งเคยเขียนบทความเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายหรือ ประเด็นในเรื่องทางการค้าที่เกี่ยวกับคดีพิพาท トラบดีที่งานเขียนหรืองานปาฐกถาไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงประเด็นในคดีที่คู่พิพาทพิพาทกันอนุญาโตตุลาการก็สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้โดยคู่พิพาทไม่อาจนำผลงานดังกล่าวมาเป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ไม่ควรนำผลงานดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาปะปนกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือทำให้เกิดผลเสียแก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการเองก็มีอิสระที่จะเปลี่ยนทัศนคติได้ตลอดเวลาโดยไม่ผูกพันกับงานเขียนของตนก่อนหน้านี้ และอนุญาโตตุลาการสามารถแสดงความประสงค์ที่จะไม่นำงานเขียนไปใช้กับข้อพิพาทในคดีได้

อย่างไรก็ดีหากบทความที่อนุญาโตตุลาการเคยเขียนไว้ได้รับการริเริ่มหรือได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งหรือเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ หรือได้รับการสนับสนุนจากสมาคมการค้าที่ดี กรณีนี้ควรพิจารณาในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระประกอบ แม้ว่าบทความดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวเฉพาะเจาะจงถึงคู่พิพาทก็ตาม⁵⁹

⁵⁶ *Ibid*, pp.410-411.

⁵⁷ *Ibid*.

⁵⁸ *Ibid*, p. 411.

⁵⁹ *Ibid*, pp. 412-413.

เนื่องจากการที่คู่พิพาทสนับสนุนให้มีการเขียนบทความในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาท คู่พิพาทฝ่ายนั้นอาจมีผลประโยชน์แอบแฝงในการนำบทความหรืองานเขียนมาใช้สนับสนุนคดีที่ตนพิพาทได้

3.1.5 บุคคลซึ่งเป็นปฏิปักษ์กับคู่พิพาท

ในการพิจารณาเรื่องการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนอกจากจะพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ในเรื่องหน้าที่การงาน ครอบครัว และทางการเงินของอนุญาโตตุลาการแล้ว ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาท กรณีที่อนุญาโตตุลาการเป็นปฏิปักษ์กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้น ย่อมอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามได้ ตัวอย่างเช่น ศาลสหรัฐได้เพิกถอนคำชี้ขาดในคดี Sun Ref. & Mkt. Co. v. Statheros Shipping Corp. เนื่องจากประธานอนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่เป็นตัวแทนและพยานในบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นปฏิปักษ์กับคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการในคดีปัจจุบัน ในคดีนั้นอนุญาโตตุลาการเคยเจรจาและลงนามในสัญญากับคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในเรื่องอื่น ด้วยเหตุดังกล่าวศาลเห็นว่าการทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการอนุญาโตตุลาการกับการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการอาจเป็นผลร้ายแก่คู่พิพาทอีกฝ่าย เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติ⁶⁰

3.1.6 กรณีอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทประกอบวิชาชีพหรือทำงานร่วมกัน รวมถึงการทำงานในสาขาของคู่พิพาท

การที่คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นคู่พิพาทจะแต่งตั้งผู้ที่มีความเชี่ยวชาญมาเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นคู่พิพาทอาจจะพิจารณาจากอนุญาโตตุลาการซึ่งเคยทำงานร่วมกัน หรือเป็นเจ้าของที่ หรือนายจ้าง หรืออาจอยู่ในสมาคมการค้าในสายต่างๆ หรือ ได้ทำงานเกี่ยวกับบทความ กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นลูกจ้างหรือที่ปรึกษาของคู่พิพาท เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นนั้นมีความสนใจที่จะพบปะกันในหมู่วิชาชีพเดียวกันทำให้มีโอกาสคบค้าสมาคมอันเนื่องมาจากสนใจในธุรกิจ หรือเห็นว่ามีทักษะความชำนาญในเรื่องหนึ่งเป็นพิเศษ ซึ่งบุคคลที่ทำงานในแวดวงสาขาอาชีพเดียวกันจะทราบกันดีว่าอนุญาโตตุลาการคนใดมีความเชี่ยวชาญด้าน

⁶⁰ Doak Bishop and Lucy Reed, pp.411-412, สืบค้นจาก, <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration/SelectingArbitrators.pdf>. p.16>

ใด อีกทั้งผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นมีจำนวนไม่มาก และเป็นที่ทราบกันดีว่าบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นมาจากสถาบันหรือสมาคมใด⁶¹

อย่างไรก็ดีกรณีอนุญาโตตุลาการทำงานอยู่ในสาขาหนึ่งซึ่งเป็นสาขาของคู่พิพาทโดยคู่พิพาทเป็นเจ้าของหรือเป็นหุ้นส่วนซึ่งมีอำนาจในการบริหารจัดการ กรณีนี้ต้องมีการตรวจสอบข้อมูลอย่างละเอียด หากอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งซึ่งทำงานอยู่ในสาขาของคู่พิพาทไม่เคยเกี่ยวข้องกับคดีที่พิพาทกันมาก่อน ก็ไม่มีเหตุอันควรคัดค้านในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้ร่วมงาน หรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในด้านการเงินกับคู่พิพาทในสำนักงาน กรณีนี้มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีที่อนุญาโตตุลาการทำหน้านั้นเคยทำหน้าที่หรือทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาให้กับสำนักงานของคู่พิพาทซึ่งได้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระได้เช่นกัน

ในเรื่องของความสัมพันธ์กันในระหว่างสาขานั้นมีหลายระดับและปัจจัยในการพิจารณาเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการก็ย่อมจะแตกต่างกัน แต่ทั้งนี้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการควรเปิดเผยข้อมูลและทบทวนความสัมพันธ์ในระหว่างสาขากับสำนักงานใหญ่ด้วย เนื่องจากอาจเป็นเหตุให้ตนเองถูกคัดค้านในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระได้⁶²

3.1.7 กรณีที่อนุญาโตตุลาการประกอบธุรกิจการค้าหรืออุตสาหกรรมประเภทเดียวกับคู่พิพาท หรืออยู่ในฐานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ

กรณีที่อนุญาโตตุลาการประกอบธุรกิจการค้าหรืออุตสาหกรรมประเภทเดียวกับคู่พิพาท ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทระหว่างบริษัท ก ซึ่งเป็นบริษัทเกี่ยวกับพลังงานระหว่างประเทศและบริษัท ข ซึ่งมีรัฐเป็นเจ้าของธุรกิจน้ำมัน มีประเด็นปัญหาที่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของบริษัท ก บริษัท ก ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งมาจากบริษัทเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจพลังงานเช่นเดียวกับ บริษัท ก กรณีเช่นนี้ไม่เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากบริษัท ก ถูกตัดสิทธิ เนื่องจากบริษัทเอกชนที่ ก เลือกให้ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น ปัจจุบันไม่ได้มีข้อพิพาทกับบริษัท ข แต่อย่างใด โดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งสามารถนำความรู้ความเชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้าหรือในการประกอบอุตสาหกรรมมา

⁶¹ Doak Bishop and Lucy Reed, *Ibid*, pp. 413-414.

⁶² *Ibid*, pp. 419-420.

ช่วยแก้ไขปัญหา อันเป็นความมุ่งหมายที่ต้องการให้มีผู้เชี่ยวชาญอยู่ในองค์คณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามหากอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากบริษัทซึ่งมีข้อพิพาทกับบริษัท ข ในประเด็นเดียวกันหรือ ในโครงการเดียวกัน หรืออนุญาโตตุลาการนั้นมาจากบริษัท, สมาคม, กิจกรรมร่วมค้า ซึ่งมีข้อพิพาทในโครงการ หรือ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวอันอาจมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมทางการเงินในคดีพิพาท⁶³

กรณีที่รัฐดูแลกิจการหรือถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น รัฐควบคุมดูแลกิจการด้านสื่อโทรคมนาคม ในกรณีที่เกิดข้อพิพาท รัฐอาจแต่งตั้งให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในการระงับข้อพิพาท เช่น หน่วยงานที่ดูแลกิจการโทรคมนาคม หรือ อัยการมาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการซึ่งมีเจ้าหน้าที่รัฐดูแลรับผิดชอบ มีประเด็นปัญหาว่าเจ้าหน้าที่รัฐหรืออัยการที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะมีความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระหรือไม่ เนื่องจากหน่วยงานราชการหรือรัฐอาจเข้ามาแทรกแซงในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการซึ่งอาจทำให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ขาดความเป็นกลางและ/หรือขาดความเป็นอิสระได้ อีกทั้งเอกชนซึ่งเป็นคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามอาจไม่เชื่อมั่นในอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกันซึ่งประเด็นดังกล่าวมีข้อโต้แย้งว่าในกรณีที่รัฐมีข้อพิพาทกับเอกชนและมีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นรัฐควรแต่งตั้งให้พนักงาน ลูกจ้างของรัฐ รวมไปถึงอัยการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ด้วยคู่พิพาททุกฝ่ายมีโอกาสใช้ดุลยพินิจในการเลือกบุคคลเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยเห็นว่าบุคคลนั้นมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระคู่พิพาทอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อหน่วยงานหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่อยู่ในขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือในขณะที่มีผู้ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการได้ทำการเปิดเผยข้อเท็จ แต่หากคู่พิพาทได้รับทราบข้อเท็จจริงในขณะที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นอัยการหรือเป็นลูกจ้างของหน่วยงานรัฐ แต่มิได้ทำการคัดค้านในขณะที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าคู่พิพาททุกฝ่ายตกลงที่จะให้บุคคลซึ่งคู่พิพาทได้ทาบทามหรือแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้

⁶³ *Ibid*, pp.414-415.

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าในการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ควรให้อีกฝ่ายพิพาททุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันโดยหน่วยงานเอกชนก็มีโอกาสที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากหน่วยงานเอกชนด้วยตนเอง ซึ่งอาจจะเป็นลูกจ้าง หรือทนายความในหน่วยงานให้เข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และในทางกลับกันผู้เขียนก็เห็นว่าหน่วยงานรัฐเองก็มีโอกาสที่จะแต่งตั้งบุคคลในหน่วยงานตนรวมไปถึงอัยการเข้ามาทำหน้าที่ในการอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน หากคู่พิพาททุกฝ่ายรับทราบข้อมูลดังกล่าวในขณะที่ได้มีการเปิดเผยข้อความจริงหรือในขั้นตอนของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่ไม่ได้ทำการคัดค้าน ก็ถือว่าคู่พิพาททุกฝ่ายไม่สงสัยในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทได้ทำการแต่งตั้ง

3.1.8 ความสัมพันธ์อนุญาโตตุลาการกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ความสัมพันธ์อนุญาโตตุลาการกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีที่สถาบันอนุญาโตตุลาการได้แต่งตั้งคณะกรรมการของสถาบันให้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น กรณีดังกล่าวไม่ทำให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติ ตราบเท่าที่ไม่ปรากฏความมีความลำเอียงและมีความมีอคติ โดยศาลสหรัฐอเมริกา ได้ตัดสินไว้ในคดี *Tamari v. Bache Halsey Stuart, Inc.*⁶⁴ ว่าการที่คู่พิพาทได้ให้เลขาธิการของสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งมีรายชื่อในสถาบันนั้นไม่ก่อให้เกิดอนุญาโตตุลาการเกิดความความลำเอียงหรือความมีอคติแต่อย่างใด เนื่องจากสถาบันหรือหน่วยงานอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาท⁶⁵

3.1.9 ความสัมพันธ์ทางธุรกิจในอดีต

กรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับคู่พิพาทในอดีตนั้นรวมถึงการที่อนุญาโตตุลาการเคยเป็นตัวแทนหรือเคยเป็นที่ปรึกษากับคู่พิพาทที่แต่งตั้ง ซึ่งกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับคู่พิพาทมาก่อนนั้นเป็นเหตุให้ต้องพิจารณาเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน ในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีความลำเอียงหรือขาดความเป็นอิสระหรือไม่นั้นพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางธุรกิจในอดีตนั้นมีผลต่อการตัดสินที่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เช่น อนุญาโตตุลาการเคยเป็นที่ปรึกษาทางด้านกฎหมายในประเด็นหรือที่เกี่ยวกับประเด็นที่พิพาทกันอยู่ในปัจจุบัน หรืออาจมีการหยิบยกขึ้นมาเกี่ยวธุรกิจอนาคต ตัวอย่างเช่น ทนายความกับลูกความ ซึ่งสำนักงานกฎหมายของอนุญาโตตุลาการเคยรับปรึกษาปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายแก่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้ที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอาจมีผลต่อคำ

⁶⁴ สืบค้นจาก, <<http://www.altlaw.org/v1/cases/483139>>

⁶⁵ Doak Bishop and Lucy Reed, *supra* note 7, pp. 415-417.

ชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจเป็นการถือต่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจในอนาคตแก่คู่พิพาทซึ่งได้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการเคยเป็นตัวแทนของคู่พิพาทในอดีตซึ่งจะมีผลต่อการตัดสินได้เช่นกัน

ในคดี *Universal Picture v. Inex Films & Inter-Export* ศาลฝรั่งเศสได้ตัดสินว่า หน่วยงานสหรัฐอเมริกาซึ่งเคยร่วมงานกับบริษัทแม่ของคู่พิพาทซึ่งระยะเวลาผ่านมา 5 ปีแล้ว ซึ่งในคดีนี้อนุญาโตตุลาการซึ่งเคยเป็นนักกฎหมายของบริษัทแม่ของคู่พิพาทนั้นได้เปิดเผยข้อเท็จจริงก่อนที่จะมีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ไม่มีการคัดค้านแต่อย่างใดจนกระทั่งได้มีคำชี้ขาด เนื่องจากศาลเห็นว่าคู่พิพาทได้รับทราบข้อความจริงมาก่อนแล้วแต่ไม่ได้ทำการคัดค้านจึงถือว่าคู่พิพาทสละสิทธิ แต่ในคดี *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.* ศาลสูงของสหรัฐได้เพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากประธานในองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้เปิดเผยข้อมูลให้ทราบว่าตนเคยเป็นที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมาเป็นระยะเวลามากกว่าสี่ถึงห้าปีและยุติหน้าที่ดังกล่าวก่อนที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงหนึ่งปีเท่านั้น⁶⁶ ซึ่งในคดีนี้ผู้เขียนเห็นว่าประธานอนุญาโตตุลาการไม่ได้เปิดเผยข้อความจริงในเรื่องที่ตนเคยเป็นที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหากคู่พิพาทอีกฝ่ายได้รับรู้ อาจทำการคัดค้านประธานอนุญาโตตุลาการผู้นั้นว่ามีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระในขณะที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ได้

นอกจากนี้ ICC ได้ปฏิเสธการรับรองผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งเคยทำงานกับคู่กรณีพิพาทมาก่อนหน้านั้นโดยเห็นว่าคู่พิพาทอาจมีส่วนได้เสียในการแต่งตั้งบุคคลซึ่งเคยทำงานร่วมกันให้เป็นอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท⁶⁷

3.1.10 กรณีมีสำนักงานร่วมกันแต่นักกฎหมายไม่ได้ทำงานร่วมกัน

กรณีที่สำนักงานกฎหมายหรือใช้สถานที่ในการทำงานร่วมกันแต่นักกฎหมายผู้ซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษา และอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้ทำงานร่วมกัน ก็ไม่เป็นเหตุในการคัดค้านเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในประเทศอังกฤษ อนุญาโตตุลาการไม่ว่าคู่พิพาทจะเป็นผู้แต่งตั้งหรือไม่รวมไปถึงผู้ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาจะทำงานอยู่ในสำนักงานเดียวกัน (chamber) แต่ได้มีการแยกการทำงานกันเป็นอิสระต่อกันโดยการทำงานจะ

⁶⁶ สืบค้นจาก , <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=393&invol=145>>

⁶⁷ Doak Bishop and Lucy Reed, *supra* note 7, pp. 417-418.

มีความเป็นส่วนตัว ดังนั้นในการทำงานของอนุญาโตตุลาการจึงไม่ปะปนกับอนุญาโตตุลาการหรือ หน่วยงานอื่นๆ ในสำนักงาน จึงสามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ใน สำนักงานยังได้รับการฝึกอบรมในการทำงานโดยให้มีการแยกแยะการทำงานกับอนุญาโตตุลาการ และหน่วยงานไม่ให้มีการปะปนซึ่งกันและกัน⁶⁸ ยกตัวอย่างเช่นในคดี *Laker Airways Incorporated v. FLS Aerospace Ltd and another*. คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ร้องคัดค้าน อนุญาโตตุลาการว่าอนุญาโตตุลาการนั้นขาดความเป็นกลางโดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการ เคยฝึกงานอยู่ในสำนักงานเดียวกันกับที่ปรึกษาของคู่พิพาทอีกฝ่าย อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการ ผู้ถูกคัดค้านแก้ข้อกล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการทำงานในสำนักงานที่นั่นเพียงลำพังแต่ได้มีการใช้ สำนักงานร่วมกันและมีเสมียนร่วมกันเท่านั้น ศาลในคดีนี้ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าในมาตรา 24 แห่ง The Arbitration Act 1996 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลถอดถอนอนุญาโตตุลาการกรณีที่ อนุญาโตตุลาการมีพฤติกรรมที่ปรากฏอยู่ในขณะนั้นอันเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยในเรื่องความ เป็นกลาง อย่างไรก็ตามพฤติการณ์ที่คู่พิพาทกล่าวอ้างนั้นไม่ได้แสดงถึงการปฏิบัติหน้าที่ของ อนุญาโตตุลาการในขณะนั้นว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความลำเอียงแต่อย่างใด⁶⁹

แต่หากเป็นที่ชัดเจนอยู่แล้วว่าในสำนักงานดังกล่าวมีการจัดการร่วมกันการที่ ติดต่อกันระหว่างที่ปรึกษาของคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งและอนุญาโตตุลาการ อย่างเช่น ในประเทศ สหรัฐอเมริกามีการใช้สำนักงานร่วมกัน แม้นักกฎหมายจะไม่ได้ทำงานร่วมกัน ทำให้ต้องเปิดเผย มูลดังกล่าวและมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอย่างละเอียด ในการเปิดเผยข้อมูลนั้นต้อง บอกรายละเอียดในการดำเนินการจัดการของสำนักงาน และจำนวนของผู้ที่ทำงานอยู่ในสำนักงาน พิจารณาห้องของผู้ที่เป็นที่ปรึกษาและอนุญาโตตุลาการว่าทำงานอยู่ในห้องร่วมกันหรืออยู่ห้อง ใกล้เคียงหรือไม่ และสามารถได้ยินเสียงในเวลาสนทนาหรือไม่ อีกทั้งพิจารณาเพิ่มเติมว่าใน สำนักงานนั้นมีบริการให้คำปรึกษาและการหาข้อมูลของอนุญาโตตุลาการนั้นได้ให้เจ้าหน้าที่หรือ ผู้ช่วยคนเดียวกันช่วยในการหาข้อมูลหรือนำส่งข้อมูลซึ่งประเด็นที่พิพาทกันหรือไม่ เนื่องจากเรื่อง ที่เป็นความลับของคู่กรณีพิพาทอาจล่วงรู้ถึงบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษา หรือ ผู้ที่ทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อคดีพิพาทได้ กรณีเช่นนี้คู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันใน เรื่องการดำเนินกระบวนการเพื่อหลีกเลี่ยงการติดต่อสื่อสารที่ไม่เหมาะสม หรือพิจารณาแต่งตั้ง บุคคลอื่นทำหน้าที่แทนอนุญาโตตุลาการตามความเหมาะสม ทั้งนี้เพื่อป้องกันการหยิบยกมาเป็น

⁶⁸ *Ibid*, pp. 420-421.

⁶⁹ สืบค้นจาก, <<http://www.aeberli.com/cases/laker.htm>>

ประเด็นในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการจะกระทำได้เพียงการดำเนินการในสำนักงานเท่านั้นไม่ควรก้าวล่วงให้อนุญาโตตุลาการเปิดเผยถึงเนื้อหาของคดีพิพาท จำนวนคดีพิพาท หรือแม้กระทั่งอนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่ในการตัดสินคดีอะไรมาบ้างแล้วเนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาความลับของคู่พิพาทด้วยเช่นกัน

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นในเรื่องของพฤติกรรมและเหตุอันควรสงสัยอันอาจเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลาง และ/หรือความเป็นอิสระ เป็นเพียงข้อสังเกตเบื้องต้นเพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการได้ทำการศึกษาและนำไปเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ แต่ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าคู่พิพาทยังต้องพิจารณาถึงพยานหลักฐานอันสนับสนุนเหตุอันควรสงสัยไม่ใช่เพียงแต่กล่าวอ้างโดยไม่มีพยานหลักฐานมาสนับสนุนแต่อย่างใด

4. แนวในการวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือ ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

4.1 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการตาม UNCITRAL Model Law

ในบทบัญญัติมาตรา 12 (2)⁷⁰ ก็ได้วางหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรืออนุญาโตตุลาการไม่มีคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน คู่พิพาทมีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งหรือมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง เว้นแต่คู่พิพาทเพิกถอนพฤติการณ์ดังกล่าวภายหลังการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติมาตรา 12 (2) มิได้จำกัดสิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทฝ่ายอื่นเป็นผู้แต่งตั้งเท่านั้น แต่เป็นที่ชัดแจ้งแล้วว่าอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านโดยคู่พิพาทฝ่ายที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งได้ หากพบในภายหลังว่าอนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ

⁷⁰ *Supra* Note 3.

ใน UNCITRAL Rules ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ในมาตรา 10⁷¹ ไว้ดังนี้

- (1) อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านหากมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ
- (2) คู่พิพาทอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้แต่งตั้งได้เพียงกรณีที่คู่พิพาทได้รู้ภายหลังจากการแต่งตั้ง

UNCITRAL Rules ได้นำคำว่า “Justifiable” หรือ “มีเหตุอันควร” ซึ่งเป็นการกำหนดนิยามในเรื่อง “ความสงสัย” ซึ่งมีผลในเรื่องของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ส่วนการที่คู่พิพาทคิดว่าอนุญาโตตุลาการมีความลำเอียงถือเป็นเรื่องอัตวิสัยซึ่งคู่พิพาทมีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ทันที โดยผู้มีหน้าที่ได้อธิบายในเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1995 ไว้ดังนี้ “กรณีที่คู่พิพาทมีเหตุสงสัยในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการนั้น การใช้คำว่า “Justifiable” นั้นอาจมีขอบเขตกว้างเกินไป จึงได้เสนอให้มีการใช้คำอื่น เช่น ความสงสัยซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อได้ อีกนัยหนึ่งนั้นผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นเพียงพอและเหตุที่สนับสนุนในเรื่องความสงสัยนั้น โดยเหตุต้องสอดคล้องกับหลักเหตุผล ดังนั้นการแจ้งข้อมูลนั้นต้องแสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ อีกทั้งมีพฤติการณ์ที่ชัดเจนซึ่งเหตุร้ายแรงอันควรที่จะมีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ⁷²

ในเรื่องเหตุแห่งการคัดค้านกรณีมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามวรรคหนึ่ง มาตรา 10 ก็มีได้มีการกำหนดไว้เป็นแนวทาง เนื่องจากผู้ร่าง UNCITRAL Rules เห็นว่าการเพิ่มเงื่อนไขเข้าไปในบทบัญญัติดังกล่าวจะทำให้เกิดความชัดเจน โดยได้มีความพยายามยกตัวอย่างในเรื่องความไม่เป็นกลางและความลำเอียงอันก่อให้เกิดเหตุอันควรสงสัยแก่คู่พิพาท ดังนี้ ประการแรก เป็นเรื่องส่วนตัวเสียทางการเงินหรือส่วนตัวเสียระหว่าง

⁷¹ Article 10 of UNCITRAL Model Rules “1. Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrators impartiality or independence.

2. A party may challenge the arbitrator appointed by him only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

⁷² อ้างจาก Challenge Decision of 11 January 1995 ,para 23, reprinted in 1997 YCA 227, 234. David D. Caron, Lee M. Caplan, and Matti Pellonpää, *supra* note 4, p. 210.

อนุญาตตุลาการกับคู่พิพาทซึ่งมีผลกับการอนุญาตตุลาการ ประการที่สองเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางครอบครัว รวมไปถึงความสัมพันธ์ในทางธุรกิจกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือเป็นที่ปรึกษาหรือตัวแทนของคู่พิพาท อย่างไรก็ตามความพยายามที่จะกำหนดแนวทางหรือพฤติกรรมซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการนั้นถือเป็นภารกิจที่เป็นไปได้ยาก เนื่องจากคณะกรรมการมีความเห็นไม่ลงรอยกัน จึงได้มีความพยายามที่จะหยิบยกตัวอย่างข้อเท็จจริงในคดีมาพิจารณาเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ทั้งนี้คณะกรรมการผู้ร่างได้แนะนำให้มีการแยกพฤติกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยไว้ โดยได้มีการกำหนดเรื่องพฤติกรรมซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเงินโดยตรงหรือความสัมพันธ์ใกล้ชิดของบุคคล เช่น ความสัมพันธ์ภายในครอบครัวระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่พิพาทที่ใกล้ชิดกันซึ่งเป็นเหตุให้การคัดค้านอนุญาตตุลาการเป็นผลสำเร็จ แต่อย่างไรก็ดีการที่หยิบยกข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมอื่นเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเป็นเหตุให้มีการคัดค้านอนุญาตตุลาการว่าขาดคุณสมบัติในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่นั้น ยังหาข้อสรุปไม่ได้ว่าควรพิจารณาถึงมูลเหตุหรือพฤติกรรมในการคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ยังคงปรากฏอยู่ หรือควรพิจารณาจากพฤติกรรมหรือข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มีการคัดค้านซึ่งอาจเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมในอดีต และได้กล่าวต่อไปว่าความพยายามที่จะให้มีการแยกพฤติกรรมในการคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นไม่ได้ช่วยให้ลดภาระในการพิสูจน์ของคู่พิพาทลงแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีการกำหนดรายละเอียดซึ่งเป็นมูลเหตุในการคัดค้านอนุญาตตุลาการ แต่ยังคงสงวนไว้ในส่วนของบททั่วไปในเรื่องเหตุแห่งการคัดค้านในวรรคหนึ่งของมาตรา 10

หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้มีกฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาตตุลาการอื่นได้นำไปบัญญัติไว้คล้ายคลึงกัน นอกจากนี้กฎหมายอนุญาตตุลาการในบางประเทศได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาตตุลาการ ซึ่งศาลสามารถถอดถอนอนุญาตตุลาการหากมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระได้

4.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act)

การตัดสินของ Naumburg Higher Regional Court ⁷³ ได้กล่าวถึงมาตรฐานในการ
ร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการ สิทธิในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่ใน
มาตรา 1036 (2) ⁷⁴ ซึ่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นคู่พิพาทจะกระทำได้อีกเมื่อพฤติการณ์
ยังคงมีอยู่อันเป็นเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือขาดคุณสมบัติ
ตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ ทั้งนี้คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้แต่งตั้งหรือมี
ส่วนร่วมในการแต่งตั้งด้วยเหตุผลที่คู่พิพาทฝ่ายนั้นได้รู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านภายหลังที่ได้มีการ
แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว จะเห็นได้ว่า ในมาตรา 1036 (2) ได้นำหลักเกณฑ์ของมาตรา 12 (2)
ของ UNCITRAL Model Law ⁷⁵ มาใช้บังคับ ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 1036 (1) ในเรื่องการเปิดเผย
ข้อความจริงของบุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของ
German Arbitration Act ได้วางขอบเขตในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้อย่างแคบหาก

⁷³ Anne K. Hoffmann, "Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators : The
standard Applicable Under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the
German Approach," *Arbitration International*, Vol.21, No.3, (2005), pp.430-435.

⁷⁴ Article 1036 (2) of The German Arbitration Act "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
he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment
has been made."

⁷⁵ 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
he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment
has been made."

เปรียบเทียบกับบทบัญญัติในมาตรา 1036 (1) ที่ต้องการให้มีการเปิดเผยพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบันอันมีเหตุกระทบกับเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ และเป็นเหตุให้มีการคัดค้าน ทั้งนี้ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในเรื่องหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงของอนุญาโตตุลาการอันอาจกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ

อย่างไรก็ดี Naumburg Higher Regional Court ก็ได้ชี้ชัดในเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นว่าคู่พิพาทสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการเฉพาะกรณีที่พบว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีความลำเอียงจริงๆ หรือ กรณีที่อนุญาโตตุลาการกล่าวว่าตนเองมีความลำเอียง แต่จะพิจารณาจากการที่คู่พิพาทยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยได้แสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งการคัดค้านซึ่งเหตุผลที่คู่พิพาทกล่าวอ้างในคำร้อง ซึ่งคู่พิพาทเกรงว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความลำเอียงและมีความเป็นกลางได้ ในการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ไว้ดังนี้

แนวทางประการแรก การนำหลักการในเรื่องความเป็นมาตรฐานอัตวิสัยและภาวะวิสัยมาผสมผสาน ซึ่งหลักนี้คู่พิพาทจะประเมินข้อเท็จจริงที่ปรากฏและเหตุผลนำมาประกอบการพิจารณา ซึ่งเป็นการยากในทางปฏิบัติในการเปิดเผยข้อความจริง อีกทั้งในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นศาลสามารถคาดการณ์ได้ว่าอะไรเป็นสาเหตุให้คู่พิพาทนำมาเป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่เดียวกันศาลก็ต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้ของพฤติกรรมและเหตุผลที่แสดงว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีเหตุอันควรคัดค้าน กรณีนี้ผู้ที่จะตัดสินหรือผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินจำเป็นต้องคำนึงว่าหากตนเองไปอยู่ในสถานการณ์เดียวกับคู่พิพาทและพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวในฐานะบุคคลภายนอกจะยื่นคำร้องคัดค้านหรือไม่ นอกจากนี้เหตุในการเปิดเผยข้อความจริงหรือพฤติการณ์ในการคัดค้านนั้นยังคงมีอยู่ ซึ่งเป็นการยากที่จะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้กับการตรวจสอบอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากต้องพิจารณาข้อเท็จจริงกับภาวะวิสัยของแต่ละอนุญาโตตุลาการแต่ละท่านซึ่งเป็นการยากและไม่ได้รับความนิยม

แนวทางประการที่สอง The Higher Regional Court นำการตรวจสอบเรื่องอัตวิสัยและภาวะวิสัยโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ในการเปิดเผยข้อความจริงกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเห็นไม่สอดคล้องกับถ้อยคำในมาตรา 1036(1) และมาตรา 1036 (2) โดยได้อธิบายว่าถ้อยคำในมาตรา 1036(1) นั้นมีความหมายกว้างกว่าในมาตรา 1036 (2) ดังนั้นในการตรวจสอบจึงมีความแตกต่างกัน ซึ่งในปัจจุบันวิธีการในการตรวจสอบอัตวิสัยและภาวะวิสัยนั้นจะต้องระบุเหตุผลและข้อเท็จจริง โดยในการเปิดเผยข้อความจริงของผู้ที่ได้รับการทบทวนหรือผู้ที่

จะได้รับการแต่งตั้งนั้นต้องแสดงให้เห็นถึงพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วจึงแตกต่างจากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทต้องแสดงให้เห็นถึงพฤติการณ์ที่ยังคงมีอยู่อันเป็นเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ทำให้เกิดข้อถกเถียงในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจเกิดข้อกังขาแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายที่ได้ทราบข้อเท็จจริงว่าอนุญาโตตุลาการเคยติดต่อหรือรู้จักเป็นการส่วนตัว หรือเคยมีผลประโยชน์ทางการเงินมาก่อนที่จะได้มีการแต่งตั้งแต่มิได้มีการเปิดเผยข้อความจริงนั้น หากคู่พิพาทอีกฝ่ายมาคัดค้านในภายหลังภายหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงไปแล้ว คู่พิพาทจะคัดค้านในภายหลังได้หรือไม่ เนื่องจากคู่พิพาทอาจขาดความเชื่อมั่นต่ออนุญาโตตุลาการ และมีผลต่อการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาด

แนวทางประการที่สาม ศาลกล่าวไว้อย่างแข็งขันในการที่จะตัดสินอนุญาโตตุลาการว่ามีความลำเอียงหรือไม่นั้น ผู้ที่รู้ดีที่สุดก็คืออนุญาโตตุลาการท่านนั่นเอง ทั้งนี้ในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์อันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่นั้น ได้มีการนำหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบดังกล่าวมาพิจารณาคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ แม้คู่พิพาทจะยื่นคำร้องว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรคัดค้านการอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้ผู้ที่ทราบดีที่สุดในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการนั้นขาดคุณสมบัติหรือไม่นั้น ก็คือผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาว่าตนเองนั้นมีความลำเอียงหรือไม่ ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาตนเองตลอดเวลาในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ว่ามีความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่

แนวทางประการสุดท้าย คู่พิพาทต้องให้ความสนใจในเรื่องความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและเชื่อมั่นในองค์คณะซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นเพื่อทำคำวินิจฉัยชี้ขาด ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงทุกกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือเป็นอิสระ โดยแนวความคิดนี้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอิสระและความสนใจในการเปิดเผยข้อมูลซึ่งในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวไม่เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการนั้นขาดคุณสมบัติโดยทันที และไม่ใช่ว่าทุกกรณีที่อนุญาโตตุลาการเปิดเผยพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยจะทำให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติ ทั้งนี้การเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งไม่นำไปปรับใช้กับหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบอัตวิสัยและภาวะวิสัยอัตวิสัย

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นนั้นไม่ได้กำหนดให้ผู้ที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากแนวทางที่ได้วางไว้ ซึ่ง Higher Regional Court ได้พิจารณาคดีที่อนุญาโตตุลาการเคยปฏิบัติ

หน้าที่เป็นที่ปรึกษาให้แก่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาทและการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้สิ้นสุดไปก่อนที่จะได้เริ่มการอนุญาตตุลาการ ไม่มีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยตามคำร้องที่คู่พิพาทคัดค้านอนุญาตตุลาการ แต่หากผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการได้รับเป็นที่ปรึกษาให้แก่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในระหว่างดำเนินการอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทฝ่ายอื่นมีสิทธิคัดค้านอนุญาตตุลาการได้⁷⁶

ผู้เขียนเห็นว่าผู้ซึ่งมีหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าอนุญาตตุลาการมีความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระมีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทคัดค้านนั้นมีความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือไม่ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหลายอย่างประกอบกับการพิจารณา เช่น อนุญาตตุลาการมีส่วนได้เสียในทางการเงิน หรือมีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจส่งผลในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ ทำให้คู่พิพาทไม่เชื่อมั่นในอนุญาตตุลาการและการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้อนุญาตตุลาการก็มีบทบาทสำคัญในการสร้างความเชื่อมั่นให้คู่พิพาทได้ โดยดำเนินการอนุญาตตุลาการด้วยมุ่งหมายจะสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่บทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อบังคับอนุญาตตุลาการของแต่ละสถาบันได้วางหลักเกณฑ์ไว้

4.3 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้นได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานของอนุญาตตุลาการไว้เช่นกัน กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรม โดยต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ในระหว่างการดำเนินการอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักฐานซึ่งคู่พิพาททุกฝ่ายได้เสนอมา ทั้งนี้อนุญาตตุลาการจะนำเอาข้อเท็จจริงใดซึ่งตนได้รับรู้มานอกเหนือจากการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการอันเนื่องมาจากมีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมิได้ หากผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการไม่ตั้งมั่นอยู่ในความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้ว ก็จะทำให้กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่เป็นเหตุให้คู่พิพาทขาดความเชื่อมั่นและอาจคัดค้านคุณสมบัติของ

⁷⁶ สืบค้นจาก, <http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&country_results=1&kh_publications_id=56&chapters_id=1437>

อนุญาตตุลาการได้ในภายหลัง ซึ่งในกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศไทยได้กล่าวถึงเหตุในการคัดค้านอนุญาตตุลาการไว้โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.3.1 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ในช่วงที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ใช้บังคับนั้นได้มีการกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการไว้โดยเป็นเหตุทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ในมาตรา 14 วรรคสามซึ่งพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม ทั้งนี้เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยพิจารณาประกอบกับมาตรา 14 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้ดังนี้

- (1) ถ้ามีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยรู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
- (5) ถ้าเป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลมาแล้ว หรือเป็นอนุญาตตุลาการมาแล้ว
- (6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณา ซึ่งอนุญาตตุลาการผู้นั้นเองหรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาของอนุญาตตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
- (7) ถ้าอนุญาตตุลาการเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- (8) เหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม เป็นต้นว่า การทุจริต หรือขาดความเป็นอิสระ

อย่างไรก็ดี รองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร ได้ตั้งข้อสังเกตเหตุในการคัดค้านไว้ใน (7) ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีที่อนุญาตตุลาการ เป็นลูกจ้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้ ดังนั้นในกรณีที่คู่ความเป็นนิติบุคคลและประสงค์จะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่หรือพนักงานในนิติบุคคลนั้นเป็นอนุญาตตุลาการ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะอ้างเป็นเหตุคัดค้านตาม (7) นี้คงจะไม่ได้ แต่ถ้าอนุญาตตุลาการผู้นั้นเป็นผู้แทนของนิติบุคคลก็จะถูกคัดค้านตาม (4) อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่หรือพนักงานในนิติบุคคลอาจไม่ใช่ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ก็จะไม่ต้องด้วยเหตุในข้อ (4) และข้อ (7) แต่เมื่ออนุญาตตุลาการมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่หรือพนักงานของนิติบุคคล ก็คือเป็นลูกจ้างของนิติบุคคลนั้น โอกาสที่จะถูกนายจ้างครอบงำย่อมจะต้องมีสูงมาก ทำให้อนุญาตตุลาการขาดความเป็นอิสระ ซึ่งการขาดความเป็นอิสระนี้ถือว่าเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาและชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียความยุติธรรมไปได้ตามในข้อ(8)⁷⁷ อย่างไรก็ตามในเรื่องการรับค่าป่วยการจากคู่กรณีนั้นไม่ถือว่าเป็นการทุจริต เนื่องจากเป็น การใช้สิทธิตามกฎหมาย⁷⁸

แต่หากคู่พิพาททุกฝ่ายตกลงยินยอมที่จะถอดถอนอนุญาตตุลาการในกรณีนั้นการถอดถอนไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งในข้างต้นแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นไปตามความตกลงของคู่พิพาท

ข้อสังเกต กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ การที่บทบัญญัติในเรื่องเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามาปรับใช้กับอนุญาตตุลาการนั้นจะทำให้มาตรฐานในการตรวจสอบอนุญาตตุลาการนั้นเทียบเท่ากับผู้พิพากษาทำให้เกิดข้อสงสัยว่ามาตรฐานในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระนั้นต้องเทียบเท่ากับผู้พิพากษาหรือไม่

มีผู้เห็นว่าอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งนั้นไม่จำเป็นต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระเคร่งครัดอย่างเช่นผู้พิพากษา เนื่องจากในการแต่งตั้งคู่พิพาทจำเป็นต้องติดต่อบุคคลซึ่งตนได้ทราบทราบดีให้เป็นอนุญาตตุลาการ โดยต้องมีการสอบถามรายละเอียดข้อเท็จจริงก่อนที่จะรับทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ทำให้ผู้ที่ได้รับการทราบทราบดีเป็นอนุญาตตุลาการได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีข้อพิพาทไปแล้วบางส่วน กรณีนี้อาจทำให้ผู้ที่จะเป็นอนุญาตตุลาการนั้นเอนเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายที่ตนได้ทำการติดต่อดูด้วย หากผู้ที่จะเป็น

⁷⁷ อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 87.

⁷⁸ เพิ่งอ้าง, น. 88.

อนุญาโตตุลาการไมใช่ นักกฎหมายอาจเข้าใจว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งหรือเสนอชื่อนั้นกระทำการเป็นตัวแทนหรือที่ปรึกษาของคู่พิพาทที่แต่งตั้งหรือเสนอชื่อตนได้

4.3.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ในมาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้ต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไว้ทั้งนี้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้นำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาปรับใช้โดยกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้ “อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น” อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็มิได้กล่าวถึงรายละเอียดซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้เหมือนดังเช่นที่มาตรา 14 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้กำหนดไว้ซึ่งเทียบเคียงกับหลักเกณฑ์ในการคัดค้านคุณสมบัติของผู้พิพากษามาตาม มาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อย่างไรก็ตามมีข้อควรพิจารณาว่าการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นำกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะทำให้ปัญหาเรื่องการคัดค้านความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการหมดไปหรือไม่ และบทบัญญัติมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นั้นสอดคล้องกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในเรื่องข้อควรพิจารณาเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในบทต่อไป

4.4 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ London Court International of Arbitration: LCIA

หลักเกณฑ์ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ได้กล่าวถึงการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้โดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีมีเหตุอันควรสงสัยอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ กรณีที่มีการคัดค้านว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระคู่พิพาทต้องแสดงเหตุหรือพฤติการณ์ซึ่งมีอันควรสงสัยในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทใดฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ได้มีการสรุปเกี่ยวกับ

ประเด็นในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาในเรื่องการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระไว้ดังนี้

4.4.1 แนวคำวินิจฉัยในเรื่องความเป็นกลาง

คดีซึ่งได้มีการพิจารณาคัดค้านความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ในเรื่องการสืบพยานของอนุญาโตตุลาการ อันกระทบกับความยุติธรรมและเป็นกลางของคู่พิพาท ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการของอนุญาโตตุลาการก่อนหรือหลังการรับฟังพยาน

ในคำวินิจฉัยที่ 13, 14 และ 16 (วันที่ 3 กรกฎาคม และวันที่ 18 ธันวาคม 2003 และ 18 กุมภาพันธ์ 2004)⁷⁹ ซึ่งในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการซึ่งแยกเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสรุปได้ดังนี้ ประเด็นแรก ผู้ร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการกล่าวหาอนุญาโตตุลาการไม่ใช้เวลาแก่ผู้ร้องอย่างเพียงพอในการเตรียมเอกสาร โดยผู้ร้องเคยได้ขอขยายเวลาในการเตรียมเอกสารเนื่องจากที่ปรึกษาของผู้ร้องลาออก ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการได้ขยายระยะเวลาโดยมีกำหนดไว้หลายครั้ง ซึ่งผู้ร้องก็ได้นำส่งเอกสารดังกล่าวแต่อย่างใด LCIA จึงได้ปฏิเสธคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการเนื่องจากผู้ร้องมิได้พิสูจน์ให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์ใดๆ อันมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง ความเป็นอิสระหรือความยุติธรรมแต่อย่างใด

ในประเด็นที่สอง และประเด็นที่สามนั้น คู่พิพาทได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยกล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่ 10.2⁸⁰ อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและเป็นกลางระหว่างคู่พิพาท ซึ่งเป็นเหตุให้คู่พิพาทคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

⁷⁹ Geoff Nichlas, Constantine Partasides, *supra* note 6, pp. 34-35.

⁸⁰ Article 10.2 of LCIA Arbitration Rules 1998 “If any arbitrator acts in deliberate violation of the Arbitration Agreement (including these Rules) or does not act fairly and impartially as between the parties or does not conduct or participate in the arbitration proceedings with reasonable diligence, avoiding unnecessary delay or expense, that arbitrator may be considered unfit in the opinion of the LCIA Court.”

ตามข้อบังคับที่ 10.3⁸¹ ซึ่งในประเด็นที่สองผู้ร้องได้กล่าวหาอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความมีประสิทธิภาพในการทำงาน โดยผู้ร้องอ้างว่าอนุญาโตตุลาการไม่ให้โอกาสแก่คู่พิพาททุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย เช่นไม่ให้ผู้ร้องดำเนินการส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตไปให้อนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ได้มีการพิจารณาแล้วเห็นว่ายังมีการติดต่อด้วยวิธีการอื่นอีกมากมาย นอกจากนี้ยังไม่พบสาระสำคัญในการร้องทุกข์ของผู้ร้องอันแสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ เห็นว่าผู้ร้องกล่าวหาอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากเหตุผลโดยซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ร้องพยายามที่จะรบกวนการและกีดกันการดำเนินการอนุญาโตตุลาการและการสืบพยานแสดงให้เห็นว่าผู้ร้องขาดความเข้าใจในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการที่ผู้ร้องได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการว่าไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและเป็นกลาง โดยหนึ่งในรื่องประธานของ LCIA ซึ่งถูกแต่งตั้งให้ตัดสินคำคัดค้าน โดยได้สรุปว่าคำร้องคัดค้านของผู้ร้องนั้นปราศจากเหตุผล และเห็นว่าอนุญาโตตุลาการได้กระทำภายในขอบอำนาจและได้วินิจฉัยคดีอย่างเหมาะสมแล้วโดยไม่มีเหตุที่แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่เป็นกลาง⁸²

(2) ในการสืบพยานของอนุญาโตตุลาการ

LCIA ได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความความเป็นกลางซึ่งเกี่ยวกับการสืบพยานของอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ร้องได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกแต่งตั้งโดย LCIA โดยกล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง ดังนี้

- อนุญาโตตุลาการได้พบกับที่ปรึกษาของผู้ร้องเป็นการส่วนตัวในระหว่างพักการสืบพยาน

ในคดีดังกล่าวได้มีการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของข้อบังคับซึ่งคู่พิพาทยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่อง

⁸¹ Article 10.3 of LCIA Arbitration Rules 1998 “ An arbitrator may also be challenged by any party if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. A party may challenge an arbitrator it has nominated, or in whose appointment it has participated, only for reasons of which it becomes aware after the appointment has been made.”

⁸² Geoff Nichlas, Constantine Partasides, *supra* note 6, p.35.

ความเป็นกลาง ตามข้อบังคับข้อที่ 10.1⁸³ ดังต่อไปนี้ “กรณีแรกพิสูจน์ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีความลำเอียงจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยเป็นเหตุให้คู่พิพาทได้ยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการหรือไม่”

ทั้งนี้ผู้วินิจฉัยได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว แม้ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะไม่ได้แสดงให้เห็นว่าได้มีการพบปะกันบ่อยครั้งอันจะทำให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีความลำเอียงจริง อย่างไรก็ตามในการพบปะกันระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทเป็นการส่วนตัวนั้นย่อมไม่ได้รับการยอมรับ ซึ่งพฤติการณ์ในการพบปะกันในสถานที่ได้นั้นพิจารณาเรื่องคุณธรรมภายในจิตใจของอนุญาโตตุลาการและควรคำนึงถึงความเหมาะสมประกอบ เมื่อพิจารณาจากคำร้องของผู้คัดค้านแล้วเห็นว่าอนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติเนื่องจากพบว่ามี ความลำเอียง⁸⁴

(3) การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมต่อคู่พิพาททุกฝ่าย

ภายใต้ข้อบังคับของ LCIA การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและความเป็นกลางระหว่างคู่พิพาททุกฝ่ายซึ่งระบุไว้ในข้อบังคับที่ 10.2 ส่วนในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้ระบุไว้ในข้อบังคับที่ 10.3 จะเห็นได้ว่าข้อบังคับทั้งสองข้อนั้นในทางปฏิบัติมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมระหว่างคู่พิพาทก็มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง ซึ่งในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของ LCIA หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่ 10.2 โดยแน่ชัด ก็เท่ากับว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางอันเป็นเหตุให้คู่พิพาทคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับที่ 10.3 ยกตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยซึ่งมีการกล่าวหาอนุญาโตตุลาการเรื่องการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่ 10.2 คำวินิจฉัยที่ 10 วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2002 ซึ่งผู้คัดค้านกล่าวหา

⁸³ Article 10.1 of LCIA Arbitration Rules 1998 “If either (a) any arbitrator gives written notice of his desire to resign as arbitrator to the LCIA Court, to be copied to the parties and the other arbitrators (if any) or (b) any arbitrator dies, falls seriously ill, refuses, or becomes unable or unfit to act, either upon challenge by a party or at the request of the remaining arbitrators, the LCIA Court may revoke that arbitrator's appointment and appoint another arbitrator. The LCIA Court shall decide upon the amount of fees and expenses to be paid for the former arbitrator's services (if any) as it may consider appropriate in all the circumstances.”

⁸⁴ Geoff Nichlas, Constantine Partasides, *supra* note 6, pp. 37-39.

อนุญาตตุลาการว่าการสืบพยานนั้นขาดผู้ร้องและอนุญาตตุลาการไม่ดำเนินการจัดส่งหนังสือบอกกล่าวให้ผู้ร้องในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ LCIA ได้วินิจฉัยว่าอนุญาตตุลาการไม่ดำเนินการแจ้งข้อมูลในเรื่องการรับฟังพยานแก่คู่พิพาทนั้นถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่ 10.2 และการที่อนุญาตตุลาการพบปะพูดคุยกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีคู่พิพาทฝ่ายอื่นอยู่ด้วย ถือว่าการกระทำการดังกล่าวไม่เหมาะสม พิจารณาแล้วเห็นว่าอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความเป็นธรรม ซึ่งส่งผลต่อความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการเช่นกัน

4.4.2 แนวคำวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นอิสระ

แนวคำวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นอิสระ ดังนี้

(1) กรณีที่อนุญาตตุลาการทำงานอยู่ในสำนักงานทนายความเดียวกันกับตัวแทนของคู่พิพาท ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของ LCIA ที่ 15 วันที่ 24 ธันวาคม 2003 ซึ่ง LCIA ไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้านอนุญาตตุลาการซึ่งผู้ร้องเป็นผู้เสนอชื่ออนุญาตตุลาการ โดยอนุญาตตุลาการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าใน 4 ปีก่อนเคยเป็นผู้ถือหุ้นในสำนักงานกฎหมายและเคยทำงานให้กับผู้ร้องในสำนักงานกฎหมาย แต่อนุญาตตุลาการไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่โดยอนุญาตตุลาการทำงานในสำนักงานกฎหมายนั้นเพียง 6 เดือนเท่านั้นแล้วจึงย้ายไปทำงานที่อื่น โดยอนุญาตตุลาการได้อธิบายหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายซึ่งรวมถึงรายละเอียดการไปพบลูกค้าของผู้ร้องอันเกี่ยวข้องกับงานที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งปรากฏว่าเป็นโครงการอันเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ได้มีการอนุญาตตุลาการ⁸⁵

อย่างไรก็ดีอนุญาตตุลาการได้กล่าวว่าตั้งแต่ปี 1999 อนุญาตตุลาการก็ได้มีการติดต่อกับลูกค้าคนใดของผู้ร้องอีก ทั้งนี้ LCIA เห็นว่าในประเด็นเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการนั้นแตกต่างจากประเด็นปัญหาเรื่องความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการ ซึ่งในประเด็นเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการมี 2 ความเห็นกล่าวคือฝ่ายที่เห็นว่าการที่ผู้ร้องเป็นลูกค้าในสำนักงานกฎหมายที่อนุญาตตุลาการเคยทำงานให้นั้นเป็นการทำงานที่ผูกพันผู้ทำงานเพียงระยะเวลาไม่นานก็อาจทำให้เป็นอุปสรรคในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการทั้งนี้คู่พิพาทอาจมีการแทรกแซงการทำงานของอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เห็นว่าควรพิจารณากรณีที่อนุญาตตุลาการรู้จักกันเป็นการส่วนตัวกับคู่พิพาทโดยควรคำนึงเรื่องความเป็นกลางประกอบด้วย ทั้งนี้ต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่พิพาท หากอนุญาตตุลาการได้มีการติดต่อกับลูกค้าหรือตัวแทนของคู่พิพาทกันเป็นเวลานานอยู่เสมอ พฤติการณ์ดังกล่าวก็เป็นอุปสรรคในเรื่องความเป็นกลางได้ แต่

⁸⁵ *Ibid*, p. 27.

อย่างไรก็ดีเมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า อนุญาโตตุลาการการทำงานให้กับผู้ร้องเพียงช่วงเวลาสั้นๆ และไม่ได้มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกันอีกอันจะเป็นเหตุให้กระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระแต่อย่างใด อนุญาโตตุลาการจึงไม่ขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทคัดค้าน

(2) อนุญาโตตุลาการเคยรู้จักกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือเคยเป็นที่ปรึกษากับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมาก่อน

ศาลของ LCIA ได้มีคำวินิจฉัยโดยไม่เห็นด้วยกับการคัดค้านของผู้ร้องในวันที่ 3 ตุลาคม 1997 โดยผู้ร้องได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนได้แต่งตั้งก่อนหน้านี้ว่า อนุญาโตตุลาการเคยเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญให้กับคู่พิพาท ซึ่งศาลของ LCIA ได้ปฏิเสธคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการของผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่าการที่อนุญาโตตุลาการเคยเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญให้กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมาก่อนซึ่งไม่เกี่ยวกับคดีที่พิพาทกันอยู่ และแม้ในหลายปีก่อน อนุญาโตตุลาการเคยเป็นทนายความให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายอันทำให้มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง อย่างไรก็ตามคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้ยืนยันชัดเจนแล้วว่าตนนั้นมีความเป็นอิสระจากคู่พิพาททุกฝ่าย นอกจากนี้ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการก็รับฟังไม่ได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีก่อนหน้านี้จะกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระในคดีใหม่แต่อย่างใด⁸⁶ อนุญาโตตุลาการจึงไม่ขาดคุณสมบัติในเรื่องความเป็นอิสระตามที่คู่พิพาทกล่าวอ้าง

4.5 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของ American Arbitration Association: AAA

ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2000 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องมูลเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งมีได้กล่าวไว้โดยละเอียดเพียงแต่ได้วางหลักให้คู่พิพาทมีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ แต่เมื่อพิจารณาจากข้อบังคับในข้อที่ 8 วรรคแรก⁸⁷

⁸⁶ *Ibid*, pp. 28-29.

⁸⁷ Article 8 of American Arbitration Association Rules 2000 “1. A party may challenge any arbitrator whenever circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. A party wishing to challenge an arbitrator shall send notice of the challenge to the administrator within 15 days after

จะเห็นได้ว่าคู่พิพาทต้องแสดงพฤติการณ์ซึ่งยังคงมีอยู่และมีเหตุอันควรสงสัยอนุญาตตุลาการโดยพฤติการณ์นั้นต้องกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ อย่างไรก็ตามในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2009 ข้อที่ R-17 (a)(iii)⁸⁸ ก็ได้วางหลักเกณฑ์การคัดค้านอนุญาตตุลาการไว้โดยตรงกรณีที่อนุญาตตุลาการมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่คู่พิพาทมีได้มีข้อตกลงไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องมาตรฐานความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทก็มีสิทธิคัดค้านอนุญาตตุลาการคนดังกล่าวได้ และหากผู้ที่เกี่ยวข้องได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วปรากฏว่าอนุญาตตุลาการลำเอียงหรือขาดความเป็นอิสระ อนุญาตตุลาการก็ถือว่าขาดคุณสมบัติตามข้อบังคับข้อที่ R-17 (a)(i)⁸⁹

4.6. แนวในการวินิจฉัยเรื่องความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการของประเทศไทย (The Arbitration Act 1996)

อนุญาตตุลาการในประเทศไทยเกิดขึ้นหลังวันที่ 31 มกราคม 1997 โดย The Arbitration Act 1996 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการถอดถอนอนุญาตตุลาการไว้ กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอต่อศาลโดยแสดงให้เห็นว่าอนุญาตตุลาการมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง โดยก่อนหน้าที่ The Arbitration Act 1996 จะใช้บังคับนั้น The Arbitration Act 1950 ได้มีหลักเกณฑ์ให้ศาลถอดถอนอนุญาตตุลาการหากอนุญาตตุลาการประพฤติตนไม่เหมาะสม หรือดำเนินการอนุญาตตุลาการไม่เหมาะสม โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่เพียงแต่ปรับใช้กับเรื่องความประพฤติและการดำเนินการอนุญาตตุลาการที่ไม่เหมาะสมเท่านั้น แต่ยังนำไปปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยหรือคาดหมายได้ว่าอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่เป็นธรรม⁹⁰

being notified of the appointment of the arbitrator or within 15 days after the circumstances giving rise to the challenge become known to that party.”

⁸⁸ *supra* note 12.

⁸⁹ *supra* note 10.

⁹⁰ Gillian Eastwood, *supra* note 30, p. 288.

อย่างไรก็ดีเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้อนุญาโตตุลาการนั้นมีมาตรฐานในเรื่องความเป็นกลางเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในมาตรา 24 ของ The Arbitration Act 1996 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทร้องขอต่อศาลเพื่อให้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้หากพบว่าอนุญาโตตุลาการมีพฤติกรรมซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง อย่างไรก็ตามรายงานของ DAC ก็มีได้วางแนวทางแนะนำการตีความหรือการตรวจสอบไว้แต่อย่างใดซึ่ง Rix J. ในคดี *Laker v. FLS*⁹¹ ได้กล่าวว่า เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะต้องการให้ศาลได้ตรวจสอบพฤติกรรมดังกล่าวมีอยู่จริงหรือไม่และใช้ดุลยพินิจว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือไม่ หากไม่สามารถตรวจสอบได้หรือมีพฤติกรรมมาสนับสนุนไม่เพียงพอที่จะชี้ชัดก็ไม่สามารถที่จะกล่าวหาอนุญาโตตุลาการผู้นั้นว่าขาดความเป็นกลางได้

อย่างไรก็ดีการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบ Common Law มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบความลำเอียงของผู้พิพากษามาปรับใช้ในการตรวจสอบความลำเอียงของอนุญาโตตุลาการ ซึ่ง Rix J. ได้กล่าวไว้มี 3 หลักเกณฑ์ กล่าวคือ 1) ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทที่มีอย่างต่อเนื่องส่งผลให้เกิดความลำเอียง (Relating in turn to actual bias) 2) กฎเกณฑ์ในคดี *Dimes* (Judge in his own cause Bias) และ 3) กรณีที่ปรากฏว่ามีความลำเอียง (Apparent Bias) ภายใต้กฎเกณฑ์ในคดี *R v. Gough*⁹² ซึ่งได้มีการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้กับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนำไปได้มีการอธิบายหลักเกณฑ์ดังกล่าวดังนี้

1) ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทที่มีอย่างต่อเนื่องส่งผลให้เกิดความลำเอียง (Relating in turn to actual bias) ซึ่งในประเด็นนี้ยากแก่การพิสูจน์

ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะพิสูจน์ว่าอนุญาโตตุลาการมีความลำเอียงแท้จริงหรือไม่นั้น เนื่องจากการเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องอัศจรรย์ กล่าวคือ ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่จะทราบดีว่าตนมีความลำเอียงหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดีหากพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับพฤติกรรมซึ่งอนุญาโตตุลาการได้แสดงออกมาในระหว่างการอนุญาโตตุลาการ อาจช่วยให้ศาลได้พิจารณาตรวจสอบความลำเอียงของอนุญาโตตุลาการ แต่อาจนำมาใช้ได้ไม่มีประสิทธิภาพอย่างเต็มที่ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่อนุญาโตตุลาการนั่งเป็นองค์คณะเพียงคนเดียว

⁹¹ *Ibid*, p.302.

⁹² สืบค้นจาก, <<http://www.theinquiry.ca/Inquiry%20R%20V%20Gough%20Woolf.pdf>>

ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง(เป็นญาติสนิทกับกับอนุญาตตุลาการ)เป็นผู้แต่งตั้งร่วมกับคู่พิพาทอีกฝ่าย (โดยที่คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบดีว่าอนุญาตตุลาการท่านนั้นเป็นญาติกับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง และอนุญาตตุลาการก็ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว) ผลปรากฏว่าในคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น อนุญาตตุลาการได้ชี้ขาดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้เป็นญาติกับตนเป็นผู้ชนะคดี จากพฤติการณ์ที่ผู้เขียนยกตัวอย่างแสดงอนุมานได้ว่าอนุญาตตุลาการอาจไม่มีความลำเอียง

จากตัวอย่างดังกล่าวหากอนุญาตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้คู่พิพาทอีกฝ่าย ซึ่งเป็นญาติของตนชนะคดี คู่พิพาทอีกฝ่ายได้ทำการคัดค้านอนุญาตตุลาการ (ทั้งที่ข้อเท็จจริงนั้น ได้ปรากฏแล้วว่าคู่พิพาทฝ่ายที่เสียประโยชน์ในการอนุญาตตุลาการครั้งนี้ได้ทราบว่า อนุญาตตุลาการที่ตนร่วมแต่งตั้งนั้นเป็นญาติสนิทกับคู่พิพาทอีกฝ่าย) โดยกล่าวหาว่า อนุญาตตุลาการมีความลำเอียง ปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความเป็นกลาง ทำให้ตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในการอนุญาตตุลาการในครั้งนี้ แต่ข้อเท็จจริงอนุญาตตุลาการได้พิสูจน์ให้เห็นว่าคู่พิพาทได้ร่วมกันแต่งตั้งตนเนื่องจากเป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีพิพาทเรื่องนั้นและตนได้ดำเนินการ อนุญาตตุลาการด้วยความเป็นธรรมโดยให้โอกาสแก่คู่พิพาททุกฝ่ายในการเสนอพยานหลักฐาน มาพิสูจน์และดำเนินการอนุญาตตุลาการภายในระยะเวลาที่เหมาะสม จากข้อเท็จจริงทั้งหมดแม้ อนุญาตตุลาการจะแสดงให้เห็นว่าอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความลำเอียงทั้งปวง แต่ก็อาจสร้างความเคลือบแคลงสงสัยแก่ศาลหรือคู่พิพาทฝ่ายที่เสียประโยชน์ได้ หากพิจารณาแต่เพียงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการกับพฤติการณ์ซึ่งอนุญาตตุลาการ ได้แสดงออกมาในระหว่างการอนุญาตตุลาการคงไม่เพียงพอที่จะทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่เสีย ประโยชน์เชื่อมั่นในการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องอติวิสัย ยากแก่การ พิสูจน์มีเพียงแต่ผู้ซึ่งทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการเท่านั้นที่รู้ว่าตนมีความลำเอียงหรือไม่

จากตัวอย่างดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะร่วมกัน แต่งตั้งอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นญาติหรือมีความสัมพันธ์ซึ่งสนิทแนบแน่นกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดขึ้นเป็นอนุญาตตุลาการ แต่หากเกิดข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้ที่ได้รับการ ทาบทามหรือแต่งตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการเป็นญาติหรือมีความสัมพันธ์สนิทสนมกับคู่พิพาท ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ไม่ควรรับการแต่งตั้งดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดคำครหาหรือเกิด ข้อสงสัยในการการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการได้

2) กฎเกณฑ์ใน Dimes (Judge in his own cause'bias)

ในกลางศตวรรษที่ 19 ได้มีข้อสรุปกรณีที่อนุญาตตุลาการกับคู่พิพาทที่มีส่วนได้เสีย ในทางด้านการเงินโดยตรงย่อมส่งผลกระทบต่อเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการอันจะ

ก่อให้เกิดความลำเอียงได้ ทั้งนี้ได้มีการศึกษาจากในคดี *Dimes v. Proprietor of the Grand Junction Canal*⁹³ ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาในคดีนั้นเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทของจำเลย House of Lords จึงตัดสินว่า ผู้พิพากษานั้นขาดคุณสมบัติ โดยกล่าวว่า “No man is to be a judge in his own cause” ห้ามมิให้บุคคลใดทำหน้าที่ตัดสินในคดีที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ กรณีที่ผู้ทำหน้าที่ตัดสิน (ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ) มีผลประโยชน์ทางการเงิน หรือมีผลประโยชน์อื่นใดอันเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทในคดี ในปัจจุบันได้มีการพัฒนาเกี่ยวกับทฤษฎี โดยพิจารณาผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียทางอ้อมระหว่างผู้ทำหน้าที่ตัดสินกับคู่พิพาทนั้น ในการพิจารณาในเรื่องการมีส่วนได้เสียนั้นไม่ควรไกลเกินไป ทั้งนี้ให้คำนึงถึงเหตุใกล้ชิด (Proximity) ระหว่างผลประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียและความมุ่งหมายในการดำเนินการพิจารณา ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่เพียงแต่ปรับใช้กับส่วนได้เสียอันเกี่ยวกับคดีหรือส่วนได้เสียทางการเงินเท่านั้น แต่ยังปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างผู้ทำหน้าที่ตัดสินและคู่พิพาทด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ได้มีการอธิบายเรื่องเหตุใกล้ชิด (Proximity)⁹⁴ ซึ่งได้มีการสรุปไว้ในคดี *Locabail*⁹⁵ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้มีการอธิบายว่า บริบทแวดล้อมในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติหรือไม่นั้น ไม่เพียงแต่พิจารณากรณีที่ศาลเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ก่อนที่มีการตัดสินเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับคู่พิพาทนั้นมีผลต่อการตัดสินหรือไม่ โดยยกตัวอย่าง ในคดี *Clenae Pty Ltd and other v. Australia & New Zealand Banking Group Ltd* (1999)⁹⁶ ซึ่งในคดีนี้ผู้พิพากษาเป็นหุ้นส่วนในธนาคารซึ่งเป็นคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ผู้ร้องคัดค้านกล่าวอ้างว่าผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในทางการเงินเนื่องจากเป็นผู้ถือหุ้นในธนาคาร แต่อย่างไรก็ดีผู้พิพากษามีหุ้นจำนวนน้อยและได้เงินปันผลเพียงเท่าที่ลงทุนไปเมื่อเทียบ

⁹³ Gillian Eastwood, *supra* note 30, p. 303.

⁹⁴ *Ibid* , pp.303-304; Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, (The Netherlands: KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2003)pp.306-307.

⁹⁵ สืบค้นจาก, <<http://www.uniset.ca/lloydata/css/2000QB451.html>>

⁹⁶ สืบค้นจาก,<http://www.hcourt.gov.au/registry/matters/matters_june_2000.htm>

กับบริษัทที่มีขนาดใหญ่จึงไม่มีผลต่อการดำเนินคดีซึ่งกรณีนี้ถือเป็นข้อยกเว้นที่ยอมรับได้

ทั้งนี้ผู้ให้ความเห็นว่าหากผู้พิพากษามีส่วนได้เสียเกี่ยวกับการเงินโดยตรงแล้วแม้ว่าจะเป็นจำนวนเล็กน้อยก็ตามก็ถือว่าผู้พิพากษาดังกล่าวขาดคุณสมบัติซึ่งนำมาปรับใช้กับอนุญาโตตุลาการ

ในบางกรณีที่ศาลตัดสินว่าผู้ตัดสินแม้มีส่วนได้เสียในประโยชน์ทางการเงินแต่ก็ไม่ได้ทำให้ขาดคุณสมบัติเนื่องจากไม่ได้เกี่ยวข้องกับคดีพิพาทโดยตรงและข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นใกล้เคียงกว่าที่จะเป็นเหตุให้ผู้ทำหน้าที่ตัดสินขาดคุณสมบัติได้ ยกตัวอย่างในคดี AT&T จากข้อเท็จจริงอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นผู้บริหารในบริษัทของผู้แข่งขันของคู่พิพาทแต่อย่างใด เป็นเพียงผู้ถือหุ้นของ Nortel ซึ่งเป็นผู้แข่งขันของบริษัท AT&T ศาลกล่าวว่าข้อกล่าวหาดังกล่าวไม่เพียงพอที่ทำให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติ ซึ่งศาลอุทธรณ์สนับสนุนของ Longmore J โดยกล่าวว่า Nortel ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่ได้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีพิพาท ยิ่งไปกว่านั้นก็ได้มีการกล่าวถึงรายละเอียดว่าอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีส่วนได้เสียอย่างไรในการเป็นผู้ถือหุ้นอันจะกระทบกับคดีพิพาท⁹⁷

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลได้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการเนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียกรณีอื่นแม้จะไม่ใช่ว่ามีส่วนได้เสียทางการเงิน โดย Lord Bromne-Wilkinson ได้กล่าวต่อแม้จะไม่ใช่ว่ามีส่วนได้เสียทางการเงินหรือทางเศรษฐกิจ แต่หากอนุญาโตตุลาการมีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดี และได้ตัดสินข้อพิพาทอันเป็นการเอื้อประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายนั้น ทำให้กระทบต่อความเชื่อมั่นต่อส่วนรวมในการบริหารงานยุติธรรม และทำให้ความเชื่อมั่นต่อการบริหารงานยุติธรรมลดน้อยลงอันก็เป็นผลให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติได้เช่นกัน

3) กรณีที่ปรากฏว่ามีความลำเอียง (Apparent Bias) ภายใต้กฎเกณฑ์ ในคดี R v. Gough

ก่อนเกิดคดี Gough ในปี 1993 นั้นได้มีแนวทางการตรวจสอบความลำเอียงของผู้ทำหน้าที่ตัดสินคดีพิพาท อยู่สองแนวทาง ดังนี้ แนวทางที่หนึ่ง คือ ต้องมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดมีความลำเอียง แนวทางที่สอง คือ ต้องเป็นที่ปรากฏชัดแจ้งแล้วว่าผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดมีความลำเอียง อย่างไรก็ตามในคดี Gough⁹⁸ ถูกนำมาปรับใช้ในการตรวจสอบ

⁹⁷ Gillian Eastwood, *supra* note 30, pp. 304-305.

⁹⁸ *Ibid*, pp. 306-307.

ความลำเอียงของผู้ที่ทำหน้าที่ในการตัดสินข้อพิพาทในประเทศอังกฤษ ซึ่งคดี Gough ได้มีข้อเท็จจริงที่ปรากฏในชั้นอุทธรณ์ว่าหนึ่งในคณะลูกขุนของคดีนี้เป็นเพื่อนบ้านกับน้องชายของจำเลยซึ่งโดนข้อกล่าวหาว่ามีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดในคดีและระหว่างดำเนินคดีลูกขุนที่ถูกกล่าวหาได้เห็นรูปของจำเลยและน้องชายของจำเลยในคดีปล้นทรัพย์ซึ่งอ้างว่าเป็นเพื่อนบ้านกัน และจำเลยเคยจอดรถอยู่หน้าบ้านของคณะลูกขุนเป็นเวลาหลายเดือน แต่ในคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษรของลูกขุนซึ่งสาบานว่าตนเองรู้จักกับน้องชายของจำเลยแต่รู้จักอีกชื่อหนึ่ง และแม้จะได้รู้จักภรรยาของน้องชายจำเลยมาเป็นเวลา 2 ปี แต่รูปของจำเลยและน้องชายที่นำมาแสดงไม่ชัดทำให้ตนจำไม่ได้ นอกจากนี้การที่จำเลยเป็นเพื่อนบ้านของตนจริงก็ได้ส่งผลหรือมีอิทธิพลต่อความคิดในการเป็นหนึ่งในคณะลูกขุนแต่อย่างใด ศาลอุทธรณ์ได้ยกคำร้องโดยเห็นว่าผู้อุทธรณ์มิได้แสดงให้เห็นว่าลูกขุนขาดความเป็นกลางอันส่งผลกระทบต่อคดีแต่อย่างใด โดยในคดีนี้ Lord Goff ได้ให้ความเห็นว่ากรณีที่มีการกล่าวหาหรือมีคำร้องว่าผู้พิพากษาหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดในองค์คณะมีพฤติกรรมหรือมีเหตุอันเป็นไปได้ว่าจะเกิดความลำเอียงซึ่งเกิดขึ้น ผู้พิพากษาหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดในองค์คณะควรตระหนักว่าจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหรือไม่ และในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้พิพากษาหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดในองค์คณะควรพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงในคดีว่ามีผู้พิพากษาหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดในองค์คณะมีความลำเอียงหรือไม่ ทั้งนี้ Lord Goff ได้ให้ความเห็นว่า การตรวจสอบคุณสมบัติของลูกขุนก็ต้องนำมาตามมาตรฐานการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้พิพากษามาปรับใช้ด้วยเช่นกัน ซึ่งระดับมาตรฐานการตรวจสอบคุณสมบัติของศาลและองค์คณะผู้พิพากษาใช้ระดับมาตรฐานของผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดมาเป็นเกณฑ์พิจารณาโดยพิจารณาจากพฤติกรรมแวดล้อมซึ่งนำมาเป็นหลักฐาน โดยไม่จำเป็นต้องใช้ระดับมาตรฐานวิญญาณ

การตรวจสอบความลำเอียงของอนุญาโตตุลาการ

ในปี ค.ศ.1938 ได้มีการตัดสินในคดี Catalina⁹⁹ โดยศาลได้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการซึ่งพบว่ามีความลำเอียง แม้ว่าจะได้มีการตัดสินไว้ชัดเจนแล้วในคดี Sussex Justices¹⁰⁰ ซึ่ง Lord Hewart ได้แสดงความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่เพียงแต่ทำหน้าที่ในการ

⁹⁹ David Sandy. "Independence, Impartiality, Arbitration and Human Right Act in England," *Arbitration International*, Vol. 20, No.3, pp.310-311.

¹⁰⁰ สืบค้นจาก, <http://www.supremecourtofappeal.gov.za/judgments/sca_2004/2002_593.pdf>

วินิจฉัยข้อพิพาทเท่านั้น แต่ควรทำให้เห็นอย่างชัดเจนและไม่เป็นที่สงสัยในการปฏิบัติหน้าที่การเป็นอนุญาโตตุลาการ โดยได้มีการหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดี Gough มาปรับใช้ในการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏว่ามีความลำเอียง ซึ่งในคดี Laker ศาลได้ตัดสินโดยนำมาตรา 24 ของ The Arbitration Act 1996 มาพิจารณา กรณีมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง อีกทั้งได้มีการกล่าวอ้างถึงหลักเกณฑ์ในคดี Gough ว่ามีผลกับการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการด้วย ในคดีนี้คู่พิพาทได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการเพราะมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นทนายความอยู่ในสำนักงานทนายความที่เดียวกับที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายอื่นในการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ศาลเห็นว่าคำร้องดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงโต้แย้งที่แสดงให้เห็นถึงพฤติการณ์อันเป็นเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการอันแสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการและที่ปรึกษาของคู่พิพาทอีกฝ่ายนั้นเคยทำงานอยู่สำนักงานทนายความที่เดียวกัน ศาลพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าไม่ปรากฏว่ามีความลำเอียงแต่อย่างใด¹⁰¹ นอกจากนี้ในคดี Rustar Trading LTD. v. Gill & Duffus S.A. อนุญาโตตุลาการถูกกล่าวหามีส่วนได้เสียกับคู่พิพาทเนื่องจากเคยเป็นผู้บริหารในบริษัทคู่พิพาทในคดี แต่ทั้งนี้คู่พิพาทไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเพียงพอ โดยศาลที่ตัดสินในคดีเห็นว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนที่จะมีคดีพิพาทเกิดขึ้น อีกทั้งสิ่งที่คู่พิพาทกล่าวอ้างไม่ได้แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการขาดความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่อีกหรือมีพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางจึงได้ยกคำร้องเสีย¹⁰²

4.7. แนวการวินิจฉัยเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC

ในการดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินการถอดถอนอนุญาโตตุลาการนั้น อำนาจในการตัดสินอนุญาโตตุลาการว่าขาดคุณสมบัติหรือไม่นั้นเป็นอำนาจศาลของสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งมีขึ้นเพื่อดำเนินงานภายในองค์กรและจัดการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ¹⁰³

¹⁰¹ Gillian Eastwood, *supra* note 30, p. 311.

¹⁰² สืบค้นจาก, <<http://www.simic.net.cn/upload/2008-07/20080707155237181.pdf>>

¹⁰³ Erik Schäfer, Herman Verbist, and Chrispher Imhoos, *supra* note 42, p.62.

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่าข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC นั้นแตกต่างจากกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ซึ่งในข้อบังคับที่ 11 ได้กล่าวถึงคู่พิพาทซึ่งมีสิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระหรือเหตุอื่นใด ในขณะที่เดียวกันข้อบังคับอื่นๆ (ซึ่งรวมถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการ) โดยปกติแล้วก็จะกล่าวถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระและ/หรือความเป็นกลาง แต่ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ก็มีได้ระบุถึงพฤติการณ์อันเป็นมูลเหตุแห่งการคัดค้านไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลยพินิจในการตัดสินในคดีที่ได้มีการคัดค้านหรือถอยถอนอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาถึงความเหมาะสมด้วย และแม้ว่าข้อบังคับของ ICC มิได้กล่าวถึงความเป็นกลางไว้ชัดเจน แต่อนุญาโตตุลาการของ ICC สามารถถูกคัดค้านในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่เป็นกลางรวมไปถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสมโดยพิจารณาจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายและข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการประกอบ หากปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์หรือคู่พิพาทพบข้อเท็จจริงอื่นใดอันทำให้อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง

การคัดค้านอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ในการพิจารณากรณีที่อนุญาโตตุลาการถูกกล่าวหาว่าขาดความเป็นอิสระหรือมีเหตุอื่นตามมาตรา 11(1) โดยข้อบังคับได้เปิดโอกาสให้คู่พิพาทคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุอื่นได้ เช่น การที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระและความลำเอียง หรืออนุญาโตตุลาการไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความเป็นธรรม ตามข้อบังคับที่ 15 (2)¹⁰⁴ รวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการที่อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ เช่น อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอย่างสนิทสนม หรือ เคยเป็นที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์นั้นควรเปิดเผยให้คู่พิพาทและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับทราบแต่ก็มิได้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว ก็เป็นเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาว่าควรรับคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ โดยศาลอาจพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาของ การคัดค้านไปพร้อมกันด้วย ซึ่งพิจารณาจากคำแถลงของผู้ร้องคัดค้านที่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรอันได้มีการระบุข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นเหตุแห่งการคัดค้านไว้

¹⁰⁴ Article 15 (2) of ICC Arbitration Rules 1998 “ In all cases, the Arbitral Tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.”

ในการตรวจสอบพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายแต่ละประเทศ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในพฤติการณ์เดียวกันก็ยังมี ความแตกต่างกันทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้มีหน้าที่ในการวินิจฉัย