

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการที่ได้ศึกษาในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีการกล่าวถึงอยู่ตลอดและทำให้เกิดความสงสัยแก่ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องว่าแท้ที่จริงแล้วอนุญาโตตุลาการนั้นปฏิบัติหน้าที่อย่างทนายความ ตัวแทน หรือผู้วินิจฉัยอรรถคดี ซึ่งหากคลายความสงสัยในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการได้แล้ว ก็จะทำให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาททุกฝ่ายและผู้ที่เกี่ยวข้องตระหนักถึงการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาในเรื่องของค่านิยมความเป็นกลางและความเป็นอิสระ แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ หลักกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่เกี่ยวข้องเพื่อมาพิจารณาประกอบกับในช่วงก่อนและภายหลังที่มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อสร้างความเข้าใจแก่บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการทุกฝ่าย

ในเรื่องค่านิยมคำว่า “ความเป็นกลาง” และ “ความเป็นอิสระ” ของอนุญาโตตุลาการนั้นในช่วงที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ใช้บังคับนั้นไม่ได้มีการกล่าวในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เพียงแต่กล่าวถึงในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมไว้ในมาตรา 17 และแนวความประพฤติของผู้พิพากษาโดยเทียบเคียงจากหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเห็นได้ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

ต่อมาประเทศไทยได้รับแนวความคิดและได้มีการนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการมากำหนดไว้ในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดค่านิยมในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้ ทั้งนี้ได้มีตำราและบทความกฎหมายทั้งภายในและต่างประเทศได้กล่าวถึง

คำนิยามในเรื่องความเป็นกลาง หมายถึง ปราศจากความลำเอียง (Unbiased) และไม่มีส่วนได้เสีย (disinterested) ส่วนคำนิยาม ความเป็นอิสระ (Independence) หมายความว่า

- 1) การไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือ อยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหนึ่งบุคคลใด
- 2) การไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด
- 3) การไม่พึ่งพาอาศัย หรือ ติดต่อกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามทั้งสองประกอบกับแนวความคิดเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้จะเห็นได้ว่า คู่พิพาทก็ควรคำนึงถึงการทาบตามบุคคลให้มาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียกับคู่พิพาทหรือมีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาท หรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของคู่พิพาท อันจะทำให้อนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ

นอกจากนี้ผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องระลึกไว้เสมอถึงหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยปราศความลำเอียง และไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิพาทกันอันอาจจะกระทบต่อความเป็นกลาง นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการต้องไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าจะเป็นคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ไม่มีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และไม่ทำการติดต่อกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอันอาจกระทบต่อความเป็นอิสระ

อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ซึ่งอาจกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้นำมาจากกฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law) โดยนำมากำหนดไว้ในมาตรา 19 วรรคสอง กล่าวคือ บุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อความจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับพฤติการณ์ในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาททำการคัดค้าน

นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อความจริงไม่ว่าก่อนหรือหลังการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้พิจารณาถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ หากคู่พิพาทมีเหตุอันควรสงสัยอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าวก็มีสิทธิทำการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ แต่หากคู่พิพาทเพิกเฉยไม่ทำการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่ได้มีการเปิดเผย คู่พิพาทในคดีจะนำเหตุดังกล่าวมาคัดค้านในภายหลังไม่ได้ เว้นเสียแต่จะมีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงใหม่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการนั้นมีอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงโดยทันทีที่ได้ทราบพฤติการณ์ซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางหรือความ

เป็นอิสระได้ เว้นแต่จะได้มีการแจ้งให้คู่พิพาททราบล่วงหน้า

ในกรณีที่มีปัญหาว่าข้อเท็จจริงใดอนุญาตตุลาการควรเปิดเผยหรือไม่ควรเปิดเผย นั้นในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอนุญาตตุลาการในต่างประเทศและข้อบังคับอนุญาตตุลาการแต่ละสถาบันนั้นได้วางหลักเกณฑ์กำหนดให้อนุญาตตุลาการมีดุลยพินิจในการเปิดเผยพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระให้คู่พิพาททราบเพื่อที่คู่พิพาทจะได้มีโอกาสยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาตตุลาการว่ามีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ อีกทั้งเป็นการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาข้อเท็จจริงว่าอนุญาตตุลาการนั้นขาดความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือไม่ แต่หากอนุญาตตุลาการไม่แน่ใจในพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงดังกล่าวว่าจะเปิดเผยหรือไม่ หลักเกณฑ์ของกฎหมายอนุญาตตุลาการในต่างประเทศและข้อบังคับอนุญาตตุลาการแต่ละสถาบันก็ได้กำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องเปิดเผยพฤติการณ์หรือข้อจริงนั้น อาทิเช่น อนุญาตตุลาการถือหุ้นอยู่ในบริษัทของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แต่การถือหุ้นของอนุญาตตุลาการนั้นไม่ทำให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการบริหารงานหรือมีอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ของบริษัทนั้นก็ตาม แต่เพื่อมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายใช้เหตุดังกล่าวในการคัดค้านอนุญาตตุลาการในภายหลังอันจะทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการอนุญาตตุลาการ ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาตตุลาการและอนุญาตตุลาการควรเปิดเผยข้อความจริงดังกล่าวให้คู่พิพาททราบ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าในการเปิดเผยข้อความจริงของอนุญาตตุลาการซึ่งบัพัญญัติของกฎหมายและข้อบังคับอนุญาตตุลาการในแต่ละสถาบันได้วางหลักเกณฑ์ให้อนุญาตตุลาการเปิดเผยข้อความจริงซึ่งตนคิดว่าพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดกับตนนั้นมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระอันจะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ในคดีพิพาท หากอนุญาตตุลาการไม่เปิดเผยข้อความจริงเพราะเชื่อว่าพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงนั้นไม่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระก็ย่อมถือเป็นดุลยพินิจของอนุญาตตุลาการแต่ละท่าน

เมื่ออนุญาตตุลาการได้เปิดเผยข้อความจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ทราบข้อเท็จจริงซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระ หรือคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพบว่าอนุญาตตุลาการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน ซึ่งในมาตรา 19 วรรคสาม ได้ให้สิทธิคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดคัดค้านอนุญาตตุลาการโดยยื่นคำคัดค้านต่อคณะอนุญาตตุลาการนับแต่วันที่ารู้ถึงการตั้งอนุญาตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม อย่างไรก็ตามหากคู่พิพาททุกฝ่ายไม่ประสงค์ที่จะให้อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ว่าเหตุผลใดก็ตาม

คู่พิพาทอาจตกลงกันเพื่อมิให้อนุญาตตุลาการดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้เช่นกัน

หากคำคัดค้านของคู่พิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่คู่พิพาทตกลงกัน หรือการยื่นคำคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่บรรลุผล หรือกรณีที่มิ้อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่เพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้าน หรือนับแต่วันที่ ได้รู้ถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม โดยศาลจะดำเนินการไต่สวนคำคัดค้าน ทั้งนี้ศาลอาจมีคำสั่งยอมรับหรือยกคำคัดค้านนั้น ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกว่าจะมีคำสั่งชี้ขาดได้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

เมื่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการ หรือศาล แล้วแต่กรณีพิจารณาแล้วเห็นว่า อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติหรือพบว่าอนุญาโตตุลาการนั้นขาดความเป็นกลางและเป็นอิสระตามคำคัดค้านของคู่พิพาท ก็จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการคนเดิม ซึ่งในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยให้ตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามวิธีการที่ได้กำหนดไว้สำหรับการตั้งอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ใช้วิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ถูกคัดค้านไป ซึ่งในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่นั้นคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการต่างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดไปแล้วแต่คู่พิพาทฝ่ายที่จะได้รับความเสียหายจากคำวินิจฉัยชี้ขาดเนื่องมาจากคู่พิพาททราบภายหลังว่าในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือมีเหตุบกพร่องตามกฎหมายจึงมีมาตรการในการเพิกถอนคำชี้ขาดขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 34 แห่ง UNCITRAL Model Law ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ โดยในหลายประเทศได้นำไปเป็นแนวทางในการเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งจะเป็นประโยชน์สำหรับคู่พิพาทฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับเพราะมิฉะนั้นคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจนำคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นไปบังคับในประเทศใดก็ได้ที่เป็นภาคีสัญญารุงนวยอร์ค ค.ศ.1958 ซึ่งไม่ใช่เฉพาะแต่ในประเทศไทยเท่านั้น และเมื่อศาลได้มีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาด ก็จะไม่มีการชี้ขาดที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนำไปใช้บังคับในประเทศใดๆ เพราะตามอนุสัญญากรุงนวยอร์ค ข้อที่ 5 (1) (e) ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลของประเทศภาคีสมาชิกสามารถปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้หากคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่คำชี้ขาดนั้นทำขึ้น นอกจากนี้วรรคสาม ของมาตรา 40 แห่ง

พระราชบัญญัติอนุญาติตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้วางหลักเกณฑ์กรณีที่คู่พิพาทประสงค์จะให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดคู่พิพาทต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาดตามที่กฎหมายบัญญัติ หากคู่พิพาทไม่ดำเนินการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ศาลจะมีคำสั่งยกคำร้องเนื่องจากพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือเป็นเรื่องของอายุความ อย่างไรก็ตามหากศาลเห็นว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาติตตุลาการหรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลสามารถยกขึ้นเองได้หากมีคดีอยู่ในศาลโดยที่คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านไม่ต้องกล่าวอ้างแต่อย่างใด

การตรวจสอบอนุญาติตตุลาการเมื่อคู่พิพาทได้กล่าวหาอนุญาติตตุลาการว่ามีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอันแสดงให้เห็นว่าอนุญาติตตุลาการนั้นขาดคุณสมบัติตามกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หรือขาดความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระนั้น ในการตรวจสอบนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นสถาบันอนุญาติตตุลาการหรือศาลต้องคำนึงถึงความรวดเร็วเพื่อป้องกันมิให้คู่พิพาทนำมาตรการดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการประวิงคดี อีกทั้งมีมาตรการในการควบคุมดูแลความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาติตตุลาการเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาหรือลดปัญหาจากการที่ศาลไม่ว่าภายในประเทศหรือต่างประเทศไม่ยอมรับและปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงมาตรฐานของต่างประเทศนำมาพิจารณาประกอบด้วย

หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาติตตุลาการนั้นแบ่งได้เป็น 3 ระบบด้วยกัน กล่าวคือ

ระบบซึ่งให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบ โดยเห็นว่าศาลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาติตตุลาการได้อย่างเหมาะสมเนื่องจากศาลเป็นหน่วยงานที่มีความเข้มแข็งและเป็นแบบอย่างในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ก็คือ ประเทศเยอรมนี ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศอังกฤษ และประเทศไทยในช่วงที่บังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาติตตุลาการ พ.ศ.2530

ระบบซึ่งให้สถาบันอนุญาติตตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบ เนื่องมาจากการที่คู่พิพาทได้ทำการตกลงกันให้นำข้อบังคับของสถาบันอนุญาติตตุลาการมาใช้บังคับ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาติตตุลาการก็กำหนดให้สถาบันอนุญาติตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัย หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดคัดค้านอนุญาติตตุลาการ เช่น ข้อบังคับอนุญาติตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อบังคับอนุญาติตตุลาการของสถาบัน ICC อันเนื่องมาจากอนุญาติตตุลาการมีเหตุอันควร

สงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ซึ่งประเทศที่มีกฎหมายยอมรับระบบนี้ หน่วยงานศาลก็จะไม่ไปก้าวล่วงแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสวีเดน ประเทศอังกฤษ เป็นต้น ระบบผสม ระบบนี้ยอมรับให้สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการและศาลมีส่วนร่วมในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ กรณีที่คู่พิพาทนำประเด็นปัญหาในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระให้สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาหากมีคำวินิจฉัยเป็นอย่างไรแล้ว คู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ร้องขอให้ศาลเข้ามาตรวจสอบได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)

อย่างไรก็ดีในระบบที่ให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบนั้นศาลอาจเข้ามาตรวจสอบในระหว่างที่มีคดีอยู่ในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีข้อดี กล่าวคือ เมื่อศาลได้วินิจฉัยในปัญหาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้วโอกาสที่จะมีการหยิบยกปัญหาเรื่องดังกล่าวก็เป็นไปได้ยากขึ้น เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใหม่ๆ เกิดขึ้น ส่วนข้อเสีย กล่าวคือ หากคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการร้องขอต่อศาลให้เข้ามาตรวจสอบในปัญหาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการย่อมทำให้เกิดความล่าช้าในการอนุญาโตตุลาการ

กรณีที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว หากคู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวก็มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้ตรวจสอบในปัญหาดังกล่าวได้ภายหลังจากที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทเรียบร้อยแล้วไม่ว่าจะเป็นกรณีคัดค้านการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาขอให้ศาลยอมรับและบังคับตาม ซึ่งข้อดีของระบบนี้ คือ สามารถควบคุมปัญหาการประวิงคดี และลดความล่าช้าในการอนุญาโตตุลาการได้ระดับหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดีหากศาลเห็นด้วยกับคำคัดค้านของคู่พิพาทที่หยิบยกขึ้นมาว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทคัดค้านนั้นมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ศาลก็จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือศาลอาจเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก่อให้เกิดผลเสียตามมาโดยคู่พิพาทต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ

จากการที่ได้ศึกษาในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ในเบื้องต้นไม่ว่าจะเป็นประชาชนและบุคคลในแวดวงที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการมักจะเข้าใจว่าอนุญาโตตุลาการนั้นปฏิบัติหน้าที่ดังเช่นทนายความ ที่ปรึกษา ตัวแทน หรือลูกจ้างของคู่พิพาท

ฝ่ายที่ได้มีการแต่งตั้งหรือมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งย่อมจะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระ เนื่องจากในการแต่งตั้งหรือเสนอชื่อบุคคลให้เป็นอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทจะค้ำประกันว่าในการอนุญาโตตุลาการบุคคลที่ตนได้แต่งตั้งหรือเสนอชื่อจะปกป้องผลประโยชน์ของคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งตนได้หรือไม่

แม้ว่ากฎหมายแม่แบบ(UNCITRAL Model Law) ซึ่งมีอิทธิพลเป็นอย่างมากเนื่องจากแต่ละประเทศนำหลักเกณฑ์ไปเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายหรือข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะหลักเกณฑ์ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามก็มีบางประเทศ และบางสถาบันอนุญาโตตุลาการได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระไว้แตกต่างกัน อันเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระที่แตกต่างกัน อาทิเช่น ในประเทศอังกฤษได้มีแนวความคิดว่าอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง โดยมีได้กล่าวถึงเรื่องความเป็นอิสระแต่อย่างใด หรืออีกกรณีหนึ่งคือ สถาบันอนุญาโตตุลาการของ ICC ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่า อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระ แต่มิได้มีการกล่าวถึงเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการไว้แต่อย่างใด ทำให้เกิดข้อถกเถียงในเรื่องความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของกฎหมายและกฎเกณฑ์ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

นอกจากนี้ผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการแต่ละท่านอาจมีแนวความคิดเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระที่แตกต่างกันไป ทำให้เกิดข้อสงสัยที่ตามว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นหน้าที่หรือคุณสมบัติ หากถือว่าความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทก็สามารถที่จะทำการตกลงแต่งตั้งให้บุคคลเข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระได้ในทางกลับกันคู่พิพาทอาจตกลงให้กันในเรื่องการสละความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาว่าความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่พึงปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทก็ไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือสละเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระได้

ในเรื่องการพิจารณาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นหน้าที่หรือคุณสมบัติซึ่งจะส่งผลต่อการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจากเหตุผลที่กล่าวไปในข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางโดยคู่พิพาทจะทำการตกลงยกเว้นไม่ได้ และหากอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ

เป็นกลางก็ย่อมจะส่งผลให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการท่านนั้นหรือคัดค้านคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตามในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการผู้เขียนเห็นว่า คู่พิพาทสามารถทำความตกลงกันที่จะสละได้ เนื่องจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทมักจะทำการแต่งตั้งบุคคลซึ่งตนเชื่อถือไว้วางใจให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ซึ่งโดยสภาพการแต่งตั้งบุคคลที่มีความใกล้ชิดหรือแต่งตั้งผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพล หรือบุคคลที่ได้มีการพึ่งพาอาศัยย่อมกระทบต่อความเป็นอิสระ แต่หากคู่พิพาทไม่ติดใจในเรื่องดังกล่าวและมีการตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรกันอย่างแจ้งชัดว่าจะให้อนุญาโตตุลาการมีคุณสมบัติในเรื่องความเป็นอิสระหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ ก็ไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำนิติกรรมสัญญา

2. ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 19 ในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้นำหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นแนวทางในการร่างผลก็คือ ทำให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 สอดคล้องกับหลักสากลมากขึ้นเนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศรวมถึงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบันได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นแนวทางในการทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท คู่พิพาทจะทำการแต่งตั้งบุคคลซึ่งตนรู้จักและเชื่อถือไว้วางใจให้เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ย่อมก่อให้เกิดความสงสัยว่าบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทให้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะมีความเป็นอิสระหรือไม่ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการอาจตกอยู่ภายใต้การควบคุมหรือ อยู่ภายใต้อิทธิพลของคู่พิพาท หรือได้มีการพึ่งพาอาศัย หรือ ได้ติดต่อกับคู่พิพาทซึ่งเป็นที่น่าสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการย่อมขาดความเป็นอิสระ อีกทั้งโดยสภาพของการอนุญาโตตุลาการย่อมแตกต่างกับการฟ้องร้องกันในศาลโดยคู่พิพาทไม่อาจเลือกหรือทาบทามบุคคลให้มาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาได้ ดังนั้นการที่วรรคหนึ่ง มาตรา 19 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ ย่อม

ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้บทบัญญัติในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทยสามารถใช้อย่างได้ผลอย่างแท้จริงจึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในส่วนความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาจากแนวความคิดในเรื่องความเป็นกลางของประเทศอังกฤษ ซึ่งปรากฏใน มาตรา 33 แห่ง The Arbitration Act 1996 ได้วางหลักให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดดังกล่าว โดยเห็นว่าความเป็นกลางเป็นสิ่งที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติและดำรงไว้อยู่ตลอดเวลาในขณะปฏิบัติหน้าที่เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาท กล่าวคือ ความเป็นกลางถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญ อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะตกลงยกเว้นหรือสละเสียมิได้ แต่ในทางกลับกันเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้นเมื่อพิจารณาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งโดยสภาพคู่พิพาทต่างฝ่ายจะแต่งตั้งบุคคลที่เชื่อถือหรือไว้วางใจให้มาทำหน้าที่ โดยผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นเพียงคุณสมบัติอย่างหนึ่งซึ่งคู่พิพาทสามารถทำการตกลงยกเว้นได้ทั้งนี้ คู่พิพาทควรตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างแจ้งชัด และกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้อนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทต้องคัดเลือกบุคคลโดยพิจารณาว่าบุคคลที่ได้รับการทาบทามนั้นต้องไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือ อยู่ภายใต้อิทธิพลของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ไม่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และไม่พึ่งพาอาศัยหรือ ติดต่อกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทอีกฝ่ายแต่งตั้งขึ้นมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระ คู่พิพาทฝ่ายนั้นก็มิสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระได้

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ “อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและความเป็นกลาง (Impartiality) ระหว่างคู่พิพาท ” ส่วนในเรื่องความเป็นอิสระควรเปิดโอกาสให้คู่พิพาททำการตกลงยกเว้นหรือสละเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้ โดยเห็นว่าความเป็นอิสระเป็นเพียงคุณสมบัติหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ ย่อมจะสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น และลดปัญหาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการว่ามีเหตุอันควรสงสัยเรื่องความเป็นอิสระหรือไม่ เนื่องจากคู่พิพาททุกฝ่ายได้ทราบและยอมรับถึงที่มาของอนุญาโตตุลาการในขณะที่มีการแต่งตั้ง

ผลที่ตามมาในการแก้ไขปรับปรุงเรื่องหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งต้องปฏิบัติต่อ คู่พิพาทด้วยความเป็นกลางก็คือ หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็ต้องมีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้อง กับหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนได้เสนอไว้ในตอนต้น กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีเพียงหน้าที่ในการ เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลาง โดยผู้เขียนเห็นว่าหากคู่พิพาทได้ ทำการตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติด้านความเป็นอิสระเพิ่มเติมก็ควรทำเป็น ลายลักษณ์อักษรและระบุถึงหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจมีเหตุ อันควรสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระเข้าไปด้วยเพื่อให้อนุญาโตตุลาการทราบถึงหน้าที่ดังกล่าว อย่างแจ่มชัด

ในเรื่องการพิจารณาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการว่าเป็นหน้าที่หรือคุณสมบัติซึ่งจะส่งผลต่อการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ จากเหตุผลที่กล่าวไปในข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ เป็นกลางโดยคู่พิพาทจะทำการตกลงยกเว้นไม่ได้ และหากอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ เป็นกลางก็ย่อมจะส่งผลให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการท่าน นั้นหรือคัดค้านคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตามในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการผู้เขียนเห็นว่า คู่พิพาทสามารถทำความตกลงกันที่จะสละได้ เนื่องจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทมักจะ ทำการแต่งตั้งบุคคลซึ่งตนเชื่อถือไว้วางใจให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ซึ่งโดยสภาพการแต่งตั้งบุคคลที่มี ความใกล้ชิดหรือแต่งตั้งผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพล หรือบุคคลที่ได้มีการพึ่งพาอาศัยย่อมกระทบต่อ ความเป็นอิสระ แต่หากคู่พิพาทไม่สนใจในเรื่องดังกล่าวและมีการตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร กันอย่างแจ่มชัดว่าจะให้อนุญาโตตุลาการมีคุณสมบัติในเรื่องความเป็นอิสระหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ก็ไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำนิติกรรมสัญญา