

การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและ ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

DISCLOSURE IN IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE OF ARBITRATOR

นิติ พูลเพียร*

Niti Nerangchamng

บทคัดย่อ

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกิดจากความสมัครใจของคู่พิพาท โดยคู่พิพาทตกลงกันไว้ด้วยการทำเป็นสัญญา ซึ่งคู่พิพาทมีความคาดหวังว่าการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่พิพาทในการพิจารณาและการทำคำชี้ขาด มาตรการที่สำคัญที่ทำให้คู่พิพาทมีความรู้สึกกว่าตนเองได้รับความเป็นธรรมจากการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและเป็นการตรวจสอบคณะอนุญาโตตุลาการก็คือการเปิดเผยข้อเท็จจริงใน

*บทความนี้เรียบเรียงมาจากวิทยานิพนธ์เรื่อง, “การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2554.

ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังมีความไม่ชัดเจนและเพียงพอ บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาเรื่องดังกล่าว เพื่อที่จะได้ ก่อให้เกิดประโยชน์ทางวิชาการและเป็นแนวปฏิบัติในการอนุญาโตตุลาการต่อไป

จากการศึกษาพบว่า กฎหมาย ข้อบังคับ และประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการเปิดเผย ข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศได้มีการกำหนด แนวทางการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ทำให้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการดำเนินการไปด้วยความถูกต้องและเป็นธรรม กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง ให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการสามารถทราบรายละเอียดหรือแนวทางในการเปิดเผยข้อเท็จจริงใน เหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนที่จะต้องเปิดเผยให้แก่คู่พิพาท คณะ อนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการทราบได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทความนี้จึงได้มีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยกำหนดขอบเขตเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เกิดความชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องความสัมพันธ์ทางการเงิน ทาง ธุรกิจ ทางวิชาชีพ ทางครอบครัว รวมถึงบุคคลที่อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบ เพื่อให้บุคคลนั้นมีโอกาสคัดค้านหรือตรวจสอบอนุญาโตตุลาการได้ ตลอดจนหน้าที่ของ อนุญาโตตุลาการที่ต้องขวนขวายหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์หรือความขัดแย้งทาง ผลประโยชน์ต่างๆ ด้วย นอกจากนี้ ผู้เขียนเสนอให้ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองควรนำ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ สมาคมทนายความระหว่างประเทศ (International Bar Association หรือ IBA) มาเป็น แนววินิจฉัยในการพิพากษาคดีเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็น อิสระของอนุญาโตตุลาการ

ABSTRACT

Arbitration is an alternative disputes resolution arising from the voluntary of the parties which the parties agreed by the contract. The parties are expected that the arbitrator shall be impartial and independence. In particular, the arbitrator is a person

who has gained the confidence of the parties in procedure and making an award. The great measure for the parties to have a feeling that they have been made of fairness from the arbitral tribunal and to examine the arbitral tribunal is, disclosure in impartiality and independence of arbitrator. However, the Arbitration Act of B.E 2545 and the rules of arbitration institution are not only inadequacy but also vagueness. This article aims to study on such problems for the benefits of the academic and practicable guidelines in arbitration.

The study reveals that the laws, the rules and the code of ethics on disclosure in impartiality and independence of the arbitrator in foreign countries, have set clearly guidelines for the disclosure of arbitrator. Due to that process, the arbitration procedure shall be proceeded with justice and fairness, the person appointed as the arbitrator shall know details or guidelines for disclosing the circumstances that likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence to the parties, arbitral tribunal or arbitration institution.

Therefore, the suggestion from this thesis is to amend the Arbitration Act of B.E 2545, by scoping of the disclosure in impartiality and independence of the arbitrator for clarifying: relationship in business, professional, financial and family, including any concerning persons which the arbitrator shall inform such facts for the opportunity to challenge or examine the arbitrator. In addition, the arbitrator has a duty to find the facts about the relationship or conflict of interests as well. Moreover, the author suggests that the Courts of Justice and the Administrative Court should adopt guidelines on conflict of interest of international arbitration, the International Bar Association or IBA for trial and making decision relating to the disclosure in impartiality and independence of arbitrator's case.

ศาสตราจารย์ ไคลฟ์ สมิททอฟฟ์ (Clive Schmitthoff) กล่าวว่า “เกือบจะเป็นสัจธรรมที่จะกล่าวว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นดีกว่าศาล การระงับข้อพิพาทดีกว่าการอนุญาโตตุลาการ และการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทดีกว่าการระงับข้อพิพาท” แต่ในความเป็นจริงนั้น ก็ไม่เคยปรากฏว่ามีนักกฎหมายท่านใดในโลกที่สามารถร่างสัญญาป้องกันข้อพิพาทได้ทุกแง่มุมและทุกกรณี แม้กระทั่งกรรมธรรม์ประกันภัยทางทะเลของ Lloyd

แหล่งลอนดอนซึ่งใช้บังคับมากกว่าร้อยปียังคงมีการตีความกันตลอดเวลาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น การตั้งความหวังว่าการยกร่างสัญญาที่จะป้องกันข้อพิพาทโดยเด็ดขาดจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก¹ กล่าวคือ ถึงแม้จะยกร่างสัญญาให้รัดกุมมากเพียงใดก็ตามข้อพิพาทย่อมเกิดขึ้นอยู่เสมอๆ

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีอาจจะรับข้อพิพาทโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาล (Litigation) กล่าวคือ เป็นกระบวนการรับข้อพิพาทในศาล หรือคู่กรณีอาจจะรับข้อพิพาทโดยการเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation หรือ Conciliation) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งเป็นการรับข้อพิพาทนอกศาลก็ได้

การอนุญาโตตุลาการ เป็นการรับข้อพิพาททางเลือกนอกศาลโดยเป็นการรับข้อพิพาททางแพ่งโดยคู่กรณีตกลงกันไว้ด้วยการทำเป็นสัญญาทั้งนี้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตให้มอบข้อพิพาทดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยและทำคำชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในคราวนั้นด้วยหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การรับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ส่วนการมอบอำนาจเช่นว่าอาจจะกระทำกันโดยตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเลยหรือในสัญญาอื่นๆ ต่างหาก เช่น สัญญาที่คู่สัญญานั้นตกลงทำขึ้นเพื่อกิจการระหว่างกันและจะถือว่าข้อสัญญาต่างหากนั้นนับเข้าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน ทั้งนี้คู่พิพาทอาจตกลงกันรับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการโดยดำเนินการกันเอง (Ad hoc Arbitration) หรืออาจจะใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) ก็ได้

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการรับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545² โดยยึดถือกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ค.ศ. 1985 เป็นหลัก³ กฎหมาย

¹ วิชัย อริยะนันท์ทะกะ, “การรับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1),” ตุลพาห 3, 44 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 107.

² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119/ตอนที่ 39 ก/หน้า 1/29, เมษายน 2545.

³ United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006,

ต้นแบบนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 2006 อันเป็นเวลาหลังจากที่พระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกาศใช้แล้ว เมื่อผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการมี
ความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก เพราะอนุญาโตตุลาการต้องม
ีความเป็นกลางและเป็นอิสระ (impartiality and independence) ด้วยเหตุผลนี้กฎหมายต้นแบบ
จึงได้กำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนอนุญาโตตุลาการในเรื่องของความเป็นกลางและความเป็น
อิสระของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 12

นอกจากนี้ ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการ
แต่งตั้งจากคู่พิพาท หรืออนุญาโตตุลาการที่คู่ความตั้ง (party appointed arbitrators or partisan
arbitrators) และให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งมานั้นแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม
ซึ่งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนกลาง กฎหมายในต่างประเทศส่วน
ใหญ่ รวมถึงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างก็ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่รับ
การแต่งตั้งจากคู่พิพาทจะต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ กล่าวคือคณะอนุญาโตตุลาการ
มีหน้าที่ร่วมกันในการปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน โดยอนุญาโตตุลาการทุกคนย่อมมี
หน้าที่ในการรักษาความเป็นกลางและความเป็นอิสระเช่นเดียวกัน ไม่ว่าอนุญาโตตุลาการจะ
ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทโดยตรงหรือไม่ก็ตาม เช่น ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของ
สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม⁴ หรือ ICC Rules Article 11 (1) ที่ได้กำหนด
ว่า “อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องมีและดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระจากคู่พิพาท
ที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการ”⁵

at [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration /ml-arb/07-86998 Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), (last
visited 6 January 2012).

⁴ ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ข้อ 8.

“อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องวางตนเป็นกลาง
และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระและให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย.”

⁵ ICC Rules, Article 11 (1);

“Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties
involved in the arbitration”.

หลักความเป็นกลาง

ไชยวัฒน์ บุญนาค กล่าวว่า ความเป็นกลางต้องไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแม้ฝ่ายนั้นจะเป็นฝ่ายที่เสนอข้อตนให้เป็นอนุญาโตตุลาการ⁶

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์ อธิบายว่า คำว่าเป็นกลางในทางปฏิบัติของนานาประเทศมักใช้กับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งมีความหมายในทางการเมืองและวัฒนธรรม เพราะคู่กรณีมีสัญชาติแตกต่างกัน ในความหมายนี้คำว่าเป็นกลางหมายถึงอนุญาโตตุลาการควรมีสัญชาติอื่นที่ไม่ใช่มีสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น อนุญาโตตุลาการคนเดียว (ถ้ามีอนุญาโตตุลาการเพียงหนึ่งคน) หรือ ประธานอนุญาโตตุลาการ (ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการหลายคน) ต้องไม่มีสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และในทางปฏิบัติของสถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับระหว่างประเทศมักมีข้อบังคับ อนุญาโตตุลาการที่กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่น หอการค้านานาชาติ และศาลอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน

อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติของ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับที่กล่าวมาแล้ว แต่น่าจะหมายถึง ต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางไม่เข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายใดในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี⁷

Julian D.M. Lew อธิบายว่า ความเป็นกลาง (Impartiality) ของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องพิจารณาจากการมีอคติหรือความเอนเอียง (bias and prejudice) ของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่พิพาทหรือต่อประเด็นพิพาท ดังนั้น ความเป็นกลางจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจ (state of mind) และเป็นนามธรรม อีกทั้งยังเป็นเกณฑ์ทางอัตวิสัย (subjective test) ซึ่งยากแก่การพิสูจน์⁸

⁶ ไชยวัฒน์ บุญนาค, อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552), หน้า 74.

⁷ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 109.

⁸ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration (Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 258.

ผู้เขียนเห็นว่า “ความเป็นกลาง” หมายถึง การที่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปราศจากอคติ⁹ ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแม้ฝ่ายนั้นจะเป็นผู้เสนอข้อตนก็ตาม

แต่อย่างไรก็ดี แม้จะนิยามความหมายของหลักความเป็นกลาง (Impartiality) ไว้เช่นใด เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับจิตสำนึกอันแสดงออกมาในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในทางปฏิบัติเป็นหลักการที่สามารถประเมินได้ยากกว่าการกระทำว่าอย่างไรหรือเช่นใด จึงจะสามารถถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นกลาง

นอกจากนี้ การพิจารณาหลักความเป็นกลาง (impartiality) มักดำเนินไปพร้อมกับการพิจารณาหลักความเป็นอิสระ (independence) เสมอ แต่หลักการทั้งสองมิใช่หลักเดียวกันและไม่อาจใช้แทนกันได้อย่างเต็มที่นัก ตัวอย่างเช่น อนุญาโตตุลาการที่ไม่มีความสัมพันธ์ทั้งด้านการเงิน และส่วนตัวกับคู่พิพาทถือได้ว่าเป็นอิสระในตัวเอง แต่อาจมีเจเนอเอียงหรือมีอคติทำให้ขาดความเป็นกลางในการชี้ตัดสินก็เป็นได้¹⁰

ส่วนในเรื่องของการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการขาดความเป็นกลาง ในคดี ANR Coal Co. v Cogentrix of North Carolina Inc 173 F.3d 493 (4th Cir 1999) ศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาที่สำคัญซึ่งศาลจำเป็นต้องตรวจสอบไว้ 4 ประการ ดังนี้¹¹

1. ขอบเขตและลักษณะของส่วนได้เสียของอนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นด้านการเงินหรือด้านอื่น (the extent and character of the personal interest, pecuniary or otherwise, of the arbitrator in the proceeding)

⁹ “อคติ เป็นสภาวะของจิตใจที่ทำให้ไม่สามารถตัดสินอย่างเป็นกลางเพราะความกลัว ความเกลียด ความโกรธ ความหลง หรือความโลภ ความรู้สึกที่มีต่อตัวความหรือลักษณะของเรื่อง,” ใน พิชัยศักดิ์ หวังนุกุล, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 28.

¹⁰ จุฑาพรรณ สุทธิรัตน์, “เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษากรณีตามมาตรา 40 (2) (ข),” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 16.

¹¹ Keisha I. Patrick, “A New Era of Disclosure: California Judicial Council Enacts Arbitrator Ethics Standards,” Journal of Dispute Resolution 1 (2003): 277.

2. ความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทฝ่ายที่อนุญาโตตุลาการถูกกล่าวหาว่าเข้าข้าง (the directness of the relationship between the arbitrator and the party he is alleged to favor)

3. ความเกี่ยวพันระหว่างความสัมพันธ์นั้นกับการอนุญาโตตุลาการ (the connection of that relationship to the arbitration)

4. ความใกล้ชิดของระยะเวลาระหว่างความสัมพันธ์นั้นกับกระบวนการพิจารณา (the proximity in time between the relationship and the arbitration proceeding)

ในคดี R. v. Butler, (1953) 53 SR (NSW) 328 at 331. ศาลออสเตรเลียวินิจฉัยว่าการที่อนุญาโตตุลาการทะเลาะกับทนายของคู่พิพาทและเป็นปรปักษ์ (antagonize) ย่อมแสดงให้เห็นถึงเหตุของการขาดความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการก็เหมือนดังเช่นกรรมกรที่ไม่ควรลงไปพัวพันกับการระงับข้อพิพาทเสียเอง (should not descend in dust of the arena)¹²

หลักความเป็นอิสระ

ไชยวัฒน์ บุนนาค กล่าวว่า ความเป็นอิสระ หมายความว่าไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือควบคุมของผู้ใดในลักษณะที่อาจถูกผู้นั้นเข้ามาครอบงำหรือแทรกแซงในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้¹³

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ อธิบายว่า คำว่าเป็นอิสระในทางปฏิบัติของนานาประเทศหมายถึงไม่มีความสัมพันธ์กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะในทางส่วนตัว สังคม และทางการเงิน เพราะการที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอาจทำให้อนุญาโตตุลาการลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายที่ตนมีความสัมพันธ์ได้¹⁴

¹² Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2nd ed. (Netherlands: Kluwer Law International, 2001), p. 338.

¹³ ไชยวัฒน์ บุนนาค, เรื่องเดิม, หน้า 74.

¹⁴ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 109.

Julian D.M. Lew อธิบายว่า ความเป็นอิสระต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ทั้งในอดีตและปัจจุบันระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาท ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจมีผลต่อการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁵

ผู้เขียนมีความเห็นว่า “ความเป็นอิสระ” คือการไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือการบังคับบัญชาของผู้ใดผู้หนึ่งในการทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของตน

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการมีความหมายที่ต่างกัน¹⁶ และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งก็ยังได้กำหนดให้คู่พิพาทสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้โดยอ้างถึงเฉพาะแต่เพียงเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลาง¹⁷ แต่ก็มี นักกฎหมายอีกฝ่ายให้ความเห็นว่า ความแตกต่างระหว่างความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนี้หาใช้สาระสำคัญในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่¹⁸ ทั้งความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ยังหมายรวมถึง ความเป็นอิสระจากคู่พิพาทเช่นกัน¹⁹ การพิจารณาถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจึงเปรียบดั่งการมองเหรียญที่มีสองด้านซึ่งแต่ละด้านอยู่ตรงข้ามกัน (opposite side of the same coin) จึงควรที่จะพิจารณาความเป็นกลางและความเป็นอิสระว่าเป็นสิ่งเดียวกัน เพื่อใช้ในการประเมินความมีอคติของอนุญาโตตุลาการ²⁰ ซึ่งสอดคล้องกับสมาคมทนายความระหว่างประเทศ (International Bar Association หรือ IBA) ได้กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Ethics for International

¹⁵ Lew, Mistelis and Kroll, op. cit., p. 261.

¹⁶ Rubino-Sammartano, op. cit., pp. 330-331.

¹⁷ English Arbitration Act 1996, Section 24.

¹⁸ Christopher Koch, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators,” Journal of International Arbitration 20, 4 (2003): 327-332.

¹⁹ Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1981), p. 377.

²⁰ Alan Redfern and others, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), pp. 238-239.

Arbitrators) ไว้ว่าอนุญาโตตุลาการต้องปราศจากอคติโดยมีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาอยู่สองประการคือ ความเป็นกลางและความเป็นอิสระ²¹

ในเรื่องหลักความเป็นอิสระ (Independence) เป็นหลักการที่สามารถพิจารณาได้จากความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างตัวอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทในทางอาชีพหรือส่วนตัว มีการแบ่งผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียระหว่างกันหรือไม่ โดยอนุญาโตตุลาการแสดงให้เห็นได้ว่าสามารถดำรงตนโดยมิได้อยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ใดอันจะนำไปสู่การเอนเอียงเข้าข้างกันได้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีก็เป็นการลำบากในการทำความเข้าใจและการหาหลักเกณฑ์มาวัดความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีมีข้อพิพาทกันและคู่พิพาท 2 ฝ่าย มีสัญชาติต่างกัน แต่มีฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติเดียวกับอนุญาโตตุลาการ กรณีเช่นนี้ไม่ใช่เรื่องแน่นอนเสมอไปที่จะตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาชี้ขาดเข้าข้างฝ่ายที่มีสัญชาติเดียวกัน หรืออนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทฝ่ายที่เป็นคนของชาติที่ไม่ลงรอยกันก็ไม่จำเป็นต้องมีความขัดแย้ง หรือเกลียดกันจนนำไปสู่การพิจารณาชี้ขาดที่ไม่เป็นธรรมเสมอ²²

หลักการเปิดเผยข้อเท็จจริง

เมื่ออนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่พิพาทในการพิจารณาและทำการคำชี้ขาดแล้ว กระบวนการที่สำคัญที่ทำให้คู่พิพาทมีความรู้สึกว่าได้ได้รับความเป็นธรรมจากการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว และยังถือว่าเป็นการตรวจสอบคณะ

²¹ IBA Ethics for International Arbitrators

(1) Fundamental Rule

Arbitrator shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes, and be and shall remain free from bias.

Element of Bias;

The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence...”

²² จุฑาวรรณ สุทธิรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 16-17.

อนุญาโตตุลาการด้วยก็คือ การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการ

การที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงก็เพื่อเปิดโอกาสให้คู่ความ คัดค้านซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่าย เพราะหากปล่อยไว้ให้ต้องไปทำลายคำชี้ขาดเมื่อคดีเสร็จแล้ว คู่ความจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก เพราะต้องไปสู้กันในชั้นศาลในเรื่องความสมบูรณ์ของคำชี้ขาด และต้องไปสู้กันในเรื่องข้อพิพาทใหม่ เมื่อคำชี้ขาดถูกทำลายไป เพราะความเอนเอียงพึง ปรากฏ²³

ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับได้กำหนดให้บุคคลซึ่งจะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการมี หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็น อิสระของตน (Duty of Disclosure) โดยหน้าที่ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ เหมาะสมเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และเพื่อช่วยรับรองว่าการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการจะไม่เกิดขึ้นบ่อยจนเกินไป ดังที่ศาลอุทธรณ์แห่งปารีสเคยวินิจฉัยว่า เมื่อ อนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาท มิได้โต้แย้ง การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์²⁴

ในปัจจุบัน การเปิดเผยข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็น อิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นมาตรการอันสำคัญยิ่งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยหน้าที่ ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการปรากฏตามกฎหมายและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ในหลายๆ ประเทศรวมถึงกฎหมายต้นแบบ²⁵ (Model Law) ของคณะกรรมการการการค้าระหว่าง ประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ค.ศ. 1985, ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1987 (Rules of Ethics for International arbitrators 1987) และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทาง ผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2004 (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004)

²³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, เรื่องเดิม, หน้า 60.

²⁴ วโรตม ศิริมณีธรรม, “การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 55.

²⁵ Model Law, Article 12 (1).

นอกจากนี้ หากคู่พิพาทได้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (Term of Reference)²⁶ ว่า คู่พิพาทต่างสละสิทธิ์ในการคัดค้านในเหตุเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และ/หรือการขาดความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทฝ่ายตนแต่งตั้งก็ย่อมทำได้²⁷

1. การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

1) บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็น เหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว²⁸ ทั้งอนุญาโตตุลาการนั้นอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมีได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น²⁹

2) ถ้าหากคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม และหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัย

²⁶ “ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการอนุญาโตตุลาการนี้โดยปกติจะปรากฏอยู่ในข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง หากทำขึ้นเมื่อมีข้อพิพาทแล้วจะทำโดยละเอียด กล่าวคือ กำหนดในเรื่องประเด็นข้อพิพาทด้วย แต่ถ้าเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ที่ทำก่อนที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เพื่อใช้กับข้อพิพาทในอนาคต ส่วนใหญ่จะมีเพียงข้อความสั้นๆ,” ดูพิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, เรื่องเดิม, หน้า 171.

²⁷ คดี WALTER BAU AG (IN LIQUIDATION) V. THE KINGDOM OF THAILAND, at <http://italaw.com/documents/WalterBauThailandAward.pdf>, (last visited 6 January 2012).

²⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 19 วรรคสอง

²⁹ มาตรา 19 วรรคสาม

คำคัดค้านนั้น ซึ่งการที่คณะอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคำคัดค้านเป็นไปตามหลัก “competence de la competence”³⁰

3) ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในข้างต้นไม่บรรลุผลหรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือนับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม แล้วแต่กรณี และเมื่อศาลได้สวนคำคัดค้านนั้นแล้วให้มีคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น และในระหว่างการพิจารณาของศาลคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น³¹

4) สำหรับสถาบันอนุญาโตตุลาการของสำนักงานศาลยุติธรรม ได้จัดทำประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นข้อแนะนำและแนวทางปฏิบัติแก่นุญาโตตุลาการทั้งหลาย รวมตลอดถึงผู้ประนีประนอมข้อพิพาททั้งในด้านการปฏิบัติหน้าที่และการครองตนในสังคม โดยประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีทั้งสิ้น 43 ข้อ ซึ่งจริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงได้กำหนดไว้ในหมวด 3 ข้อ 12 ถึง ข้อ 15 โดยข้อ 12 กำหนดให้บุคคลที่ได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยอันสมควรในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตนเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือผลประโยชน์อื่นใดไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในผลของการอนุญาโตตุลาการ

นอกจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว อนุญาโตตุลาการยังต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับฐานะทางการเงินและธุรกิจไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน, ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาชีพและความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือทางสังคม ซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวผู้ที่ได้รับการร้องขอให้เป็น

³⁰ Competence de la competence คือ ความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยประเด็นที่ว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทนั้นๆ หรือไม่ ดูพิชัยศักดิ์ ทรายงกูร, เรื่องเดิม, หน้า 41.

³¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 20 วรรคสอง.

อนุญาโตตุลาการเอง สมาชิกในครอบครัว นายจ้าง หรือผู้ร่วมธุรกิจของตนจะมีความเกี่ยวข้องกับ อนุญาโตตุลาการคนอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทนายความ หรือบุคคลที่มาเป็นพยานในคดี³²

ทั้งนี้ข้อ 13 ยังกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ขวนขวายในข้อเท็จจริงที่ตนต้องเปิดเผย ตามข้อ 12 ด้วย³³ และหากข้อเท็จจริงใดๆที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยตามข้อ 12 นั้น เพิ่งเกิดขึ้น หรือเพิ่งนึกได้ หรือเพิ่งทราบ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยด้วยเช่นกัน³⁴

ส่วนการเปิดเผยข้อเท็จจริงตามข้อ 12 และ ข้อ 14 ให้อนุญาโตตุลาการทำเป็นหนังสือ แจ้งต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ต้อง แจ้งข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยต่อคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการคนอื่น³⁵

2. การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ในต่างประเทศ

1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายเอกภาพว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Uniform Arbitration Act 2000 หรือ UAA 2000) เป็นกฎหมายต้นแบบที่สร้างขึ้นโดยคณะกรรมการที่ตั้งโดย National Conference of Commissioners on Uniform States Laws หรือ NCCUSL ของสหรัฐอเมริกา กฎหมายต้นแบบ นี้ร่างเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1955 และได้มีการแก้ไขล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 2000 ซึ่งเป็นกฎหมาย เกี่ยวด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการในประเทศ สหรัฐอเมริกามีแนวทางเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อันส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการใน สหรัฐอเมริกามีความเป็นเอกภาพ

โดยหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงตาม UAA 2000 บัญญัติไว้ในมาตรา 12 ดังนี้³⁶

³² ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ข้อ 12.

³³ ประมวลจริยธรรม ข้อ 13.

³⁴ ข้อ 14.

³⁵ ข้อ 15.

³⁶ Section 12, Disclosure by arbitrator;

“(a) Before accepting appointment, an individual who is requested to serve as an arbitrator, after making a reasonable inquiry, shall disclose to all parties to the agreement to arbitrate and arbitration proceeding and to any other arbitrators any known

(เอ) บุคคลใดที่ได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ก่อนที่จะเข้ารับหน้าที่ จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ แก่คู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการคนอื่นในการพิจารณาและตัดสินชี้ขาด

facts that a reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the arbitrator in the arbitration proceeding, including:

(1) a financial or personal interest in the outcome of the arbitration proceeding; and

(2) an existing or past relationship with any of the parties to the agreement to arbitrate or the arbitration proceeding, their counsel or representatives, a witness, or another arbitrators.

(b) An arbitrator has a continuing obligation to disclose to all parties to the agreement to arbitrate and arbitration proceeding and to any other arbitrators any facts that the arbitrator learns after accepting appointment which a reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the arbitrator.

(c) If an arbitrator discloses a fact required by subsection (a) or (b) to be disclosed and a party timely objects to the appointment or continued service of the arbitrator based upon the fact disclosed, the objection may be a ground under Section 23 (a) (2) for vacating an award made by the arbitrator.

(d) If the arbitrator did not disclose a fact as required by subsection (a) or (b), upon timely objection by a party, the court under Section 23(a)(2) may vacate an award.

(e) An arbitrator appointed as a neutral arbitrator who does not disclose a known, direct, and material interest in the outcome of the arbitration proceeding or a known, existing, and substantial relationship with a party is presumed to act with evident partiality under Section 23 (a) (2).

(f) If the parties to an arbitration proceeding agree to the procedures of an arbitration organization or any other procedures for challenges to arbitrators before an award is made, substantial compliance with those procedures is a condition precedent to a [motion] to vacate an award on that ground under Section 23 (a) (2).”

ข้อพิพาท ซึ่งข้อเท็จจริงนั้นอาจทำให้วิญญาณพึงสงสัยถึงความเป็นกลางของตนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้รวมถึง:

(1) ผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางส่วนตัวไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในผลของการอนุญาโตตุลาการ และ

(2) ความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน ตลอดจนความสัมพันธ์กับที่ปรึกษา ตัวแทน พยาน หรืออนุญาโตตุลาการคนอื่น

(บี) อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่คู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการคนอื่นในการพิจารณาและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ในข้อเท็จจริงที่ตนพึงทราบในภายหลังที่ตนทำหน้าที่อันอาจทำให้วิญญาณพึงสงสัยถึงความเป็นกลางของตนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(ซี) หากอนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อเท็จจริงตาม (เอ) หรือ (บี) และคู่พิพาทคัดค้านการแต่งตั้งทันทีหรือยังคงทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่เปิดเผยนั้น การคัดค้านนั้นอาจเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 23 (เอ) (2) ได้

(ดี) หากอนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงตาม (เอ) หรือ (บี) ภายในระยะเวลาที่คู่ความกำหนด ศาลอาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 23 (เอ) (2)

(อี) อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียว ไม่เปิดเผยผลประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในผลการดำเนินการอนุญาโตตุลาการหรือความสัมพันธ์ที่สำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในอดีตหรือปัจจุบัน ให้สันนิษฐานว่ากระทำด้วยความไม่เป็นกลางตามมาตรา 23 (เอ) (2)

(เอฟ) หากคู่พิพาทที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการตกลงใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอื่นใดในการคัดค้านต่ออนุญาโตตุลาการก่อนที่จะทำคำชี้ขาดตามขั้นตอนที่สำคัญที่เป็นเงื่อนไขในเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 23 (เอ) (2)

2) สมาคมทนายความระหว่างประเทศ (International Bar Association - IBA)

(1) ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Rules of Ethics for International Arbitrators)

IBA ได้จัดทำประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เมื่อปี ค.ศ. 1987 (Rules of Ethics for International Arbitrators) ซึ่งมีทั้งหมด 9 ข้อ โดยหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงกำหนดไว้ในข้อ 4 ดังนี้

“4.1 อนุญาตตุลาการที่คาดหวังว่าจะได้รับการแต่งตั้งควรเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดหรือเหตุการณ์ที่อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยอันสมควรถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน การมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะสร้างความมีอคติและอาจถูกเพิกถอนด้วยเหตุขาดคุณสมบัติ ถึงแม้การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์จะไม่ถูกเพิกถอนด้วยเหตุคุณสมบัติก็ตาม

4.2 อนุญาตตุลาการที่คาดหวังว่าจะได้รับการแต่งตั้งควรเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ

(ก) ความสัมพันธ์ทางธุรกิจในอดีตหรือปัจจุบันไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมดังที่กำหนดในข้อ 3.3 รวมถึงการแต่งตั้งก่อนเป็นอนุญาตตุลาการกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตัวแทนของคู่พิพาท หรือคนรู้จักที่จะเป็นพยานที่สำคัญในการอนุญาตตุลาการหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงถึงความสัมพันธ์ในปัจจุบันต้องเปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัด แต่เฉพาะความสัมพันธ์ในอดีตต้องเปิดเผยในกรณีที่เป็นเรื่องสำคัญเกี่ยวกับวิชาชีพของอนุญาตตุลาการหรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจ การมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงในความสัมพันธ์ทางอ้อมไม่เป็นเหตุให้อนุญาตตุลาการที่จะได้รับการแต่งตั้งถูกถอดถอน เว้นแต่เป็นกรณีที่ได้รับการตรวจสอบความเหมาะสมโดยการสอบถามข้อมูล

(ข) ลักษณะและระยะเวลาของความสัมพันธ์ทางสังคมที่สำคัญต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลที่รู้จักกันที่จะเป็นพยานสำคัญในการอนุญาตตุลาการ

(ค) ลักษณะของความสัมพันธ์ก่อนๆ กับเพื่อนอนุญาตตุลาการใดๆ (รวมถึงการทำงานร่วมกันก่อนเป็นอนุญาตตุลาการ)

(ง) ขอบเขตของความรู้ความเข้าใจก่อนหน้านี้ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท

(จ) ขอบเขตของภาระผูกพันใดๆ ที่อาจมีผลต่อความพร้อมของตนในการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการตามที่อาจคาดการณ์อย่างมีเหตุมีผล

4.3 หน้าที่ของการเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นหน้าที่ต่อเนื่องตลอดทั้งกระบวนการอนุญาตตุลาการเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ใหม่

4.4 การเปิดเผยข้อเท็จจริงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและแจ้งให้คู่พิพาททุกฝ่ายและอนุญาตตุลาการทราบ เมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้ง ข้อเท็จจริงที่เปิดเผยก่อนหน้านี้ที่มีต่อคู่พิพาทต้องแจ้งให้อนุญาตตุลาการอื่นๆ ทราบด้วย”

(2) แนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration)

IBA นอกจากจะได้จัดทำประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น IBA ยังได้กำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยกำหนดขึ้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 ผ่านการประชุมสมาคมทนายความระหว่างประเทศ ซึ่งแนวทางดังกล่าวคณะทำงานได้กำหนดแนวทางในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์และการเปิดเผยข้อเท็จจริงขึ้น เพื่อให้อนุญาโตตุลาการทราบถึงแนวทางในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ตลอดจนสร้างแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

แนวปฏิบัติของ IBA ดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 ส่วน โดยส่วนแรกเป็นหลักทั่วไป 7 ข้อ ส่วนที่สองเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการกำหนดอยู่ในหลักทั่วไปข้อที่ 3 ดังนี้

หากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดอาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระในสายตาของคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์นั้นต่อคู่พิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบอำนาจ และอนุญาโตตุลาการคนอื่นด้วย³⁷ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องพยายามนำตนเองเข้ามาอยู่ในฐานะของคู่พิพาท (try to put himself in the shoes of the parties) และตัดสินใจว่าพฤติการณ์ใดที่อาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตน³⁸

นอกจากนี้ หากอนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระจากคู่พิพาท ก็มิได้หมายความว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวหมายถึงการยอมรับในความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการ หากมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์เกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อเท็จจริง อนุญาโตตุลาการก็ควรที่จะปฏิเสธในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการหรือลาออกจากการทำหน้าที่ดังกล่าว

³⁷ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration : 3(a)

³⁸ Margaret L. Moses, The Principle and Practice of International Commercial Arbitration (New York: Cambridge University, 2008), p. 132.

ในส่วนที่สองของแนวปฏิบัติดังกล่าว ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยข้อเท็จจริงไว้ในสี่ต่าง ๆ รวมทั้งสิ้น 3 สี ซึ่งได้แก่ สีแดง สีส้ม และสีเขียว ดังนี้

1) สีแดง (Red List)

Red List ได้กำหนดพฤติกรรมเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ออกเป็นสองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ กรณีแรก Non-Waivable Red List³⁹ ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ตามแนวนี้จะต้องปฏิเสธการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทนั้น กล่าวคือ ถึงแม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะเปิดเผยข้อเท็จจริงแล้วก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ยังไม่สามารถเป็นผู้ชี้ขาดในข้อพิพาทของตนได้ เช่น อนุญาโตตุลาการเป็นผู้จัดการ ผู้บริหารหรือกรรมการระดับสูงที่มีอำนาจควบคุมเหนือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรืออนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางการเงินที่สำคัญต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือในผลของข้อพิพาทในคดีนั้น

กรณีที่สอง Waivable Red List⁴⁰ หรืออนุญาโตตุลาการบางท่านเรียกว่า สีชมพู (Pink list)⁴¹ เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงแล้วแต่ก็ยังไม่สามารถทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้จนกว่าจะได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากคู่พิพาท ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการมีความเกี่ยวพันในข้อพิพาท หรือมีผลประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในข้อพิพาท และความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่พิพาทหรือที่ปรึกษา เช่น อนุญาโตตุลาการเคยเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออนุญาโตตุลาการถือหุ้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบริษัทในเครือก็ตาม หรืออนุญาโตตุลาการเป็นทนายความในสำนักงานกฎหมายเดียวกันกับที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

³⁹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of General Standards: Non-Waivable Red List.

⁴⁰ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of General Standards: Waivable Red List.

⁴¹ Margaret L. Moses, op. cit., p. 133.

1) สีส้ม (Orange List)

Orange List⁴² ได้กำหนดพฤติการณ์เกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทในอดีต ความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการคนอื่น เช่น อนุญาโตตุลาการกับอนุญาโตตุลาการคนอื่นทำงานในสำนักงานกฎหมายเดียวกัน หรืออนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการมากกว่า 2 ครั้งให้กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายใน 3 ปี หรืออนุญาโตตุลาการเคยเป็นผู้พิพากษาคัดสินคดีแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายใน 3 ปี เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากอนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ 3 ครั้งให้กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิน 5 ปี ย่อมอยู่ใน Green List ซึ่งจะกล่าวในข้อถัดไป

2) สีเขียว (Green List)

Green List⁴³ ได้กำหนดแนวพฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อนุญาโตตุลาการไม่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง เช่น อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับอนุญาโตตุลาการคนอื่นโดยเป็นสมาชิกในสมาคมวิชาชีพหรือองค์กรทางสังคมเดียวกัน หรืออนุญาโตตุลาการเคยทำงานร่วมกับอนุญาโตตุลาการคนอื่นหรือที่ปรึกษาของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในฐานะอนุญาโตตุลาการหรือที่ปรึกษาร่วมกัน

3. การฟ้องร้องอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริง

หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ของอนุญาโตตุลาการเป็นองค์ประกอบสำคัญในเรื่องของความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ มาตรา(1) 12⁴⁴ ของกฎหมายต้นแบบ) UNCITRAL Model Law)

⁴² IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of General Standards: Orange List.

⁴³ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of General Standards: Green List.

⁴⁴ “Model Law Article 12 (1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give
นิติ พูลเพียร

กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงตั้งแต่ได้รับการแต่งตั้งจนกระทั่งเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า IBA ได้กำหนดแนวทางในการตรวจสอบที่เป็นรูปธรรมของความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยการเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เปิดเผยจะเป็นในลักษณะทัศนคติของบุคคลภายนอกหรือวิญญูชนที่มีความรู้ความเข้าใจเดียวกันกับข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ IBA ข้อ 4 ยังแบ่งแยกประเภทโดยเฉพาะเจาะจงของพฤติการณ์ต่างๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริง ความยินยอมของคู่พิพาท หรือบทสันนิษฐานของความยินยอมในกรณีที่ไม่มี การคัดค้านภายในเวลาที่กำหนด⁴⁵

การฟ้องร้องอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงอาจนำไปสู่การร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ หรืออย่างน้อยก็ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการถูกยกเลิกไป โดยคณะทำงานของ IBA ได้ให้ความเห็นว่า การคัดค้านในภายหลังโดยอ้างว่าการที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ทำให้เกิดความสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ จะไม่ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการหลุดพ้นจากตำแหน่ง ขาดคุณสมบัติ หรือคำชี้ขาดถูกทำลายไปโดยอัตโนมัติ กล่าวคือ คณะทำงานของ IBA เห็นว่า การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระไปได้

ศาลฝรั่งเศสเคยตัดสินคดีที่อนุญาโตตุลาการถูกฟ้องร้องในประเด็นที่มิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่า อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก่คู่พิพาทในผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งนำไปสู่การคัดค้านคำชี้ขาดและคำชี้ขาดดังกล่าวถูกเพิกถอนไปในที่สุด ในคดี *Raoul Duval v. V*, 1996 Rev. Arb. 41.

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".

⁴⁵ Michael Hwang, "Claims against arbitrators for breach of ethical duties," Contemporary issues in international arbitration and mediation (2007): 237.

โดยมีข้อเท็จจริงว่า ประธานอนุญาโตตุลาการได้ทำงานให้แก่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งในวันภายหลังจากที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น ประธานอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าวมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงนี้แก่คู่พิพาทว่า ตนจะเริ่มเข้าร่วมงานกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งภายหลังการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดถูกคัดค้านบนพื้นฐานของความมิชอบด้วยหลักอนุญาโตตุลาการ นาย Duval ได้ยื่นฟ้อง อนุญาโตตุลาการเพื่อให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว ศาลชั้นต้นกรุงปารีส ได้พิพากษาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบตามสัญญาในการจ่ายค่าเสียหายและค่าธรรมเนียมที่ จ่ายให้แก่อนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการ รวมถึงค่าฤชาธรรมเนียมในการต่อสู้คดี ด้วย ซึ่งศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุดก็เห็นพ้องด้วยเช่นกัน⁴⁶

ในขณะที่ศาลสูงสุดของประเทศออสเตรเลีย ได้ตัดสินในคดี H GmbH v HON, RPS (2/1999) ว่าความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการจะคุ้มครองเฉพาะการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพียงเท่านั้น หาได้มีการขยายขอบเขตความคุ้มกันถึงการที่อนุญาโตตุลาการฝ่าฝืนในการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงไม่ ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาตามหน้าที่ อนุญาโตตุลาการ⁴⁷

นอกจากนี้ศาลฟินแลนด์ก็ได้ตัดสินให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าเสียหาย แก่คู่พิพาทในความเสียหายที่เกิดจากการที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ด้วยเช่นกัน ในคดี Urho, Sirkka and Jukka Ruola v. X, KKO 2005:14. โดยโจทก์สามารถคัดค้านคำชี้ขาดโดยอ้างว่าคำชี้ขาดนั้นเกิดจากความมีอคติของ อนุญาโตตุลาการ โดยก่อนที่โจทก์จะได้ยื่นฟ้องต่อศาลสูงสุดฟินแลนด์ โจทก์ได้ยื่นฟ้อง อนุญาโตตุลาการโดยตรงในค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจาก อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนเคยให้ความเห็นทางกฎหมายแก่บริษัทจำเลย หลายครั้งและสถาบันการเงินที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ ศาลสูงสุดฟินแลนด์ ตัดสินว่า การที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นย่อมเป็นการผิดสัญญาให้ ชำระค่าใช้จ่ายของโจทก์ในการฟ้องร้องคดีและค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ⁴⁸

อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกา การฟ้องร้องคดีต่ออนุญาโตตุลาการในเรื่องการ มิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงไม่ทำให้อนุญาโตตุลาการสูญเสียความคุ้มกันของตนไป กล่าวคือ ภายใต

⁴⁶ Michael Hwang, Ibid., p. 237.

⁴⁷ Lew, Mistelis and Kroll, op. cit., p. 271.

⁴⁸ Michael Hwang, op. cit., p. 238.

มาตรา) 14 ซี⁴⁹ ของกฎหมายเอกภาพว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Uniform Arbitration Act 2000) หากอนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 12 หาเป็นเหตุให้สูญเสียซึ่งความคุ้มกันภายใต้มาตรา 14 ไม่ ส่วนการเยียวยาการที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นให้เป็นไปตามมาตรา 23⁵⁰

ในคดี Pullara v. American Arbitration Association, Paxson & Associates, P.C., and Stephen B. Paxson, 191 S.W.3d 903 (Tex. App.-Texarkana 2006). โจทก์) Pullara ยื่นฟ้องอนุญาโตตุลาการและ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน) AAA) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางวิชาชีพกับสมาคมการค้าแห่งหนึ่ง โดยโจทก์อ้างว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ตนจะต้องทราบในขณะที่ตนเองเลือกตามที่ AAA ได้ส่งบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการมาให้ตน แต่อย่างไรก็ตาม โจทก์มิได้ยื่นคำร้องขอคัดค้านคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนด เนื่องจากโจทก์เพิ่งทราบว่า อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวเมื่อล่วงระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้อ่านคำชี้ขาด กล่าวคือมิได้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ศาลอุทธรณ์มลรัฐเท็กซัสตัดสินให้ อนุญาโตตุลาการและ AAA ต่างได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องคดีในเรื่องการขาดความเป็นกลาง⁵¹

ในคดี Positive Software Solutions Inc. v. New Century Mortgage Corp. มีข้อเท็จจริงว่าอนุญาโตตุลาการคนเดียวที่เคยเป็นคณะที่ปรึกษาของจำเลยในบริษัทกฎหมายมากกว่าสิบปี อนุญาโตตุลาการและคณะที่ปรึกษาของจำเลยมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงในความสัมพันธ์ ดังกล่าว อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดโดยเป็นประโยชน์แก่จำเลย เมื่อโจทก์ทราบในภายหลังถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงฟ้องต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาด ศาลชั้นต้นของสหรัฐ (Federal District Court) เพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวด้วยเหตุที่ว่าความสัมพันธ์ทางวิชาชีพย่อมเป็นเหตุผลเพียงพอที่ก่อให้เกิดความมีอคติได้ (create a reasonable impression of possible bias) และการที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงในความสัมพันธ์นั้นเป็นการตัดโอกาสโจทก์ในการเลือกอนุญาโตตุลาการ ศาลอุทธรณ์เซอร์กิตที่ 5 และศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาก็พากลับ

⁴⁹ Uniform Arbitration Act 2000;

“Section 14 (c) The failure of an arbitrator to make a disclosure required by Section 12 does not cause any loss of immunity under this section”.

⁵⁰ Michael Hwang, op. cit., p. 238.

⁵¹ Ibid., p. 240.

ว่า การมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงเพียงเล็กน้อย) trivial) หรือความสัมพันธ์ที่มิได้เป็นสาระสำคัญ (insubstantial relationships) ของอนุญาโตตุลาการย่อมไม่เป็นเหตุอันเพียงพอที่จะให้เพิกถอน คำชี้ขาด กล่าวคือ ความสัมพันธ์ที่จะเป็นเหตุให้เพิกถอนได้นั้นต้องเป็นความเกี่ยวพันอย่าง ลดทราว่าศอกที่มีนัยสำคัญต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง) significant compromising connection to a party)⁵² กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการไม่ทำหน้าที่ตามที่ควรนั่นเอง

สภาพปัญหา

1. ปัญหาเกี่ยวกับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน (Institutional Arbitration) คือการดำเนินการ กระบวนการพิจารณาและทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอยู่ภายใต้การดูแลและปฏิบัติตาม ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการระดับประเทศ เช่น AAA (American Arbitration Association) หรือ ระดับระหว่างประเทศ เช่น ICC (International Chamber of Commerce) โดยปกติสถาบันอนุญาโตตุลาการจะให้ความช่วยเหลือในเรื่องของการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการกระบวนการพิจารณาตลอดจนการดำเนินการเพื่อให้คำ ชี้ขาดนั้นมีผลใช้บังคับ⁵³

อย่างไรก็ตาม สถาบันอนุญาโตตุลาการจะรับผิดชอบเฉพาะการจัดการกระบวนการ พิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีอำนาจใดๆ ที่จะเข้าไป ดำเนินการแทรกแซงการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง ขึ้นมาแต่อย่างใดไม่⁵⁴

กรณีที่คู่พิพาทตกลงใช้การอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน คู่พิพาทจะต้องปฏิบัติ ตามระเบียบข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทต่างตกลงกันนำมาใช้บังคับแก่ ข้อพิพาท ซึ่งในประเทศไทยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง ไม่ว่าจะเป็นสถาบัน อนุญาโตตุลาการของสำนักงานศาลยุติธรรม สมาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่ง ประเทศไทย องค์การอนุญาโตตุลาการของสมาคมการค้าต่างๆ หรือองค์กรที่อยู่ในความกำกับ

⁵² Ibid., p. 239.

⁵³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, เรื่องเดิม, หน้า 93.

⁵⁴ สรรวิศ ลิ้มปริงเ็น, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545), หน้า 13.

ดูแลของหน่วยงานของรัฐ แต่ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้มิได้มีการบังคับใช้เป็นการทั่วไปดังเช่นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นอกจากนี้แต่ละสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างก็มีหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน จึงหาทำให้การเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปในแนวทางหรือมาตรฐานเดียวกันไม่

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่พิพาทว่าในการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ปราศจากความมีอคติ หากคู่พิพาทรู้สึกว่าได้ได้รับความเป็นธรรมและความเป็นกลางจากอนุญาโตตุลาการแล้ว ปัญหาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการก็จะบรรเทาลง

2. ปัญหาขอบเขตและความชัดเจนในการเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 ดังนี้

1) บุคคลที่อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบ

คู่พิพาทมีความสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่พิพาทได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามความประสงค์ของตนแล้ว ความคาดหวังของคู่พิพาทก็คือการได้รับกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการด้วยความเป็นธรรม หากข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการแจ้งให้คู่พิพาททราบนั้น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุอันควรสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการจะขาดความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระ คู่พิพาทฝ่ายนั้นมีสิทธิที่จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามมิใช่ว่าเหตุที่คู่พิพาทคัดค้านนั้น คณะอนุญาโตตุลาการหรือศาลจะต้องเพิกถอนอนุญาโตตุลาการเสมอไป

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการย่อมจะต้องมีสิทธิที่จะได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงจากอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการได้รับรู้และร่วมกันตรวจสอบถึงพฤติกรรม ที่อาจส่อให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการผู้นั้นมีพฤติการณ์ส่อไปในทางขาดความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระหรือไม่ ทั้งยังเป็นมาตรการโดยอ้อมให้อนุญาโตตุลาการดำรงตนอยู่ใน

กรอบ ไม่ออกนอกกลุ่มนอกทางเนื่องจากตนจะอยู่ภายใต้สายตาของเพื่อนคณะอนุญาโตตุลาการด้วยกันเอง

ส่วนสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือศูนย์อนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทเลือกใช้ อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration) ในข้อบังคับบางแห่ง⁵⁵ กำหนดให้ อนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระด้วย ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่ข้อบังคับกำหนดให้อนุญาโตตุลาการแจ้งให้ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการทราบ ก็เพื่อให้ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นศูนย์กลางในการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงไว้เป็น ฐานข้อมูล (data base) นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการก็ต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงของ อนุญาโตตุลาการที่เปิดเผยอย่างเคร่งครัด

2) ลักษณะของข้อเท็จจริง

บุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการย่อมมีหน้าที่ที่จะต้อง เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนซึ่ง ใน กฎหมายของอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศ ได้กำหนดให้การเปิดเผยข้อเท็จจริงของ อนุญาโตตุลาการเริ่มตั้งแต่ตนได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งเสร็จสิ้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการพึงทราบหรือมีข้อเท็จจริงใดๆ เกิดขึ้นใหม่ในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผย ข้อเท็จจริงนั้นด้วย

ข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยแก่คู่พิพาท ย่อมจะต้องเป็นข้อเท็จจริง ในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ หากข้อเท็จจริง ใดอนุญาโตตุลาการพิจารณาไตร่ตรองอย่างละเอียดรอบคอบแล้วว่า ข้อเท็จจริงนั้นมิได้เป็นเหตุ อันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องเปิดเผย ข้อเท็จจริงดังกล่าว อย่างไรก็ตามย่อมเป็นความยากลำบากของตัวอนุญาโตตุลาการเองที่จะ ตัดสินใจด้วยตนเองว่าข้อเท็จจริงใดควรจะต้องเปิดเผยหรือไม่ เพราะฉะนั้นแม้ข้อเท็จจริงเพียง เล็กน้อยอนุญาโตตุลาการก็ควรที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นนั้นแล้ว

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเงิน (financial) ความสัมพันธ์ประเภท นี้อยู่เป็นที่ยอมรับในสายตาของบุคคลภายนอกที่มองมายังอนุญาโตตุลาการผู้ที่ทำหน้าที่

⁵⁵ AAA R- 16 (a), LCIA Rule 5.3, NAI Article 11 (2), -SCC Article 14, DIS Section 16.3 and ICC Article 11 (2).

พิจารณาและทำคำชี้ขาดซึ่งจะต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ หากอนุญาโตตุลาการ ปกปิดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ประเภทนี้ ย่อมเป็นการยากที่จะปฏิเสธได้เลยว่าตนได้ทำ หน้าที่โดยสุจริตหรือไม่ คู่พิพาทอาจมองไปถึงการรับสินบนจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเลยก็เป็นได้ ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์เกี่ยวกับผลประโยชน์หรือความสัมพันธ์ทางการเงิน ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นต่อคู่พิพาท

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการแต่ละคนอาจประกอบธุรกิจส่วนตัว หรือมีการถือหุ้นอยู่ในองค์กรธุรกิจ เช่น การถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือ บริษัท (มหาชน) จำกัด หรืออยู่ในรูปแบบของคณะบุคคลอย่างอื่น เช่น จัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล เป็นต้น การถือหุ้นหรือมีหุ้นส่วนใน ลักษณะของการมีอำนาจครอบงำกิจการ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการบริหารงานใน องค์กรธุรกิจ หากเกิดข้อพิพาทขึ้นไม่ว่าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับ อนุญาโตตุลาการย่อมทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเกิดความมีอคติขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่นาย เอ เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ก. และบริษัท ก. ก็เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ข. ดังนั้น หากบริษัท ข. มีข้อพิพาทเกิดขึ้นและแต่งตั้งนาย เอ เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว นาย เอ จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ว่าตนเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ก. และบริษัท ก. เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ใน บริษัท ข. ด้วย เนื่องจากว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายอาจสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระใน กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากนาย เอ มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับบริษัท ข. อย่างมี นัยสำคัญ

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางวิชาชีพ อนุญาโตตุลาการเป็นวิชาชีพ อย่างหนึ่ง แต่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการมิได้ทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการเป็นอาชีพหลักเพียงอย่างเดียว กล่าวคือ บุคคลนั้นอาจประกอบอาชีพอย่างอื่น จนมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือสาขานั้นๆ หรือประกอบอาชีพทนายความ อาจารย์ หรือ พนักงานอัยการ เป็นต้น เพราะฉะนั้นบุคคลเหล่านั้นย่อมมีความสัมพันธ์ทางวิชาชีพกับ บุคคลภายนอกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะพนักงานอัยการที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการใน การพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท ระหว่างหน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจไม่ว่าในคดีแพ่งและคดี ปกครองกับหน่วยงานเอกชน อาจทำให้พนักงานอัยการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ได้ เนื่องจากว่าแนวคิดหรือ หลักในการดำเนินคดีที่จะรับว่าต่างหรือแตกต่างให้คือการที่พนักงาน อัยการต้องรักษาผลประโยชน์ของรัฐและประชาชนเป็นสำคัญ

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง การที่นายจ้างได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในขณะที่ลูกจ้างเป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากนายจ้างและลูกจ้างมีความไม่ลงรอยกัน นายจ้างไม่ชอบลูกจ้างผู้นั้นไม่ว่าด้วยเหตุใดๆก็ตาม กระบวนการใดที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้กระทำลงไปถึงแม้ว่าจะชอบด้วยเหตุและผล ลูกจ้างผู้นั้นที่เป็นคู่พิพาทอาจสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระก็ได้

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ย่อมเป็นกรณีที่อาจทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายเกิดความสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระขึ้นได้ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวไม่ว่าจะเป็นทางบิดามารดา คู่สมรส บุตร หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ดังกล่าว เช่น ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบิดาของตน อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ต่อคู่พิพาทด้วย มิฉะนั้นแล้วคู่ความฝ่ายนั้นอาจสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้

อย่างไรก็ตาม นอกจากอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ต่างๆที่ตนมีกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว อนุญาโตตุลาการจำต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของตนที่มีต่อพยานหรืออนุญาโตตุลาการคนอื่นอีกด้วย เนื่องจากว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องรับฟังพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท หากอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับพยานแต่ไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงอาจทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้ เช่น อนุญาโตตุลาการกับพยานมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างกับลูกจ้างกัน กล่าวคือหากอนุญาโตตุลาการเป็นนายจ้างและพยานเป็นลูกจ้าง อนุญาโตตุลาการย่อมมีอิทธิพลต่อพยานในการเบิกความหรือให้ถ้อยคำต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้

3. วิเคราะห์คำพิพากษาและคำสั่งเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการ

1) วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553⁵⁶

การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ ว. มิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของ ว. ให้คู่พิพาททราบเกี่ยวกับการได้รับสิทธิให้เข้าซื้อหุ้นของบริษัทคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง เป็นการขัดต่อหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นาย ว. จึงขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นอิสระย่อมไม่อาจทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการรวมทั้งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการได้

ผู้เขียนเห็นว่า จริงอยู่ที่ศาลฎีกากล่าวว่า “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 ได้วางหลักว่า อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ และต้องมีคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน ดังนั้น คุณสมบัติเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระนี้จึงเป็นคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการทุกคน ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดหรือได้รับการแต่งตั้งจากผู้ใด คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระจึงเป็นคุณสมบัติที่สำคัญที่จะเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาท หากอนุญาโตตุลาการปราศจากเสียหรือมิได้ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้ว คู่พิพาทก็จะไม่ได้รับความเป็นธรรมและจะส่งผลให้การอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการยอมรับ”

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า ถึงแม้ว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัย (justifiable doubts) ถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดก็ตาม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการทุกคนมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงถึงแม้ข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยก็ตามในสายตาของอนุญาโตตุลาการเอง แต่การที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวก็หาได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นขาดความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระทุกกรณีเสมอไปไม่

⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553.

แม้ ว. ประธานอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าตนไม่มีส่วนได้เสียในการซื้อหุ้นในกิจการของคู่พิพาทของ จ. ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของ ว. แต่ ว. มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนให้คู่พิพาททราบ การที่ ว. ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการขัดต่อหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

แต่ยังคงต้องพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวที่อนุญาตตุลาการมิได้เปิดเผยนั้นทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการหรือไม่ กล่าวคือ ศาลหรือคณะอนุญาตตุลาการต้องพิจารณาในรายละเอียดของข้อเท็จจริงนั้นๆ ด้วยว่า เหตุผลดังกล่าวเพียงพอที่จะทำให้การทำหน้าที่อนุญาตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระหรือไม่

เมื่อพิจารณารายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีนี้เปรียบเทียบกับคดี AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. V Saudi Cable Company [2000] 2 All ER (Comm) 625⁵⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า คู่พิพาททั้งสองฝ่ายทำสัญญาร่วมกันประมวลโครงการสื่อสารโทรคมนาคมจากรัฐบาลซาอุดีอาระเบีย แต่ต่อมาได้เกิดข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าวขึ้น คู่พิพาทจึงได้ยื่นข้อพิพาทให้คณะอนุญาตตุลาการวินิจฉัยภายใต้ข้อบังคับของ ICC ณ กรุงลอนดอน โดยประธานอนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยความตกลงของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ต่อมาคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้คัดค้านประธานอนุญาตตุลาการโดยอ้างเหตุที่ว่าประธานอนุญาตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนเป็นกรรมการและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท Nortel ซึ่งแพ้การประมวลงานดังกล่าวเนื่องด้วยความผิดพลาดโดยมิได้ตั้งใจ ต่อมา ICC Court ได้ยกคำคัดค้านดังกล่าว และให้ AT&T จ่ายค่าเสียหายแก่ Saudi Cable เป็นจำนวนเงิน 30 ล้านเหรียญ หลังจากนั้น AT&T จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลอังกฤษเพื่อขอให้เพิกถอนอนุญาตตุลาการและเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศอังกฤษก็ได้ปฏิเสธการคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้น โดยให้เหตุผลว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวยังไม่เพียงพอต่อการถอดถอนประธานอนุญาตตุลาการผู้นั้นได้ กล่าวคือ การที่อนุญาตตุลาการเป็นกรรมการในบริษัทดังกล่าวเป็นเพียงเรื่องบังเอิญในทางวิชาชีพเท่านั้นเนื่องจากมีความสัมพันธ์ที่จำกัดและไม่ใช่ตำแหน่งกรรมการที่สำคัญ อีกทั้งยังถือหุ้นเพียงเล็กน้อย

นอกจากนี้ในคดี ANR Coal Co. v Cogentrix of North Carolina Inc. 173 F.3d 493 (4th Cir 1999) ศาลสหรัฐอเมริกา กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาที่สำคัญซึ่งศาลจำเป็นต้องตรวจสอบไว้ 4 ประการ ซึ่งหนึ่งในสี่ประการดังกล่าวคือ ความใกล้ชิดของระยะเวลาระหว่างความสัมพันธ์นั้นกับกระบวนการพิจารณา (the proximity in time between the relationship and the arbitration proceeding)

⁵⁷ Lew, Mistelis and Kroll, op.cit., pp. 306-307.

จากทั้งสองคดีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ศาลได้ใช้ข้อพิจารณาว่าจำนวนหุ้นที่ อนุญาตตุลาการถือมีจำนวนมาน้อยเพียงใด เมื่อพิจารณาในคดีนี้อนุญาตตุลาการเป็นเพียง คนกลางในการเปลี่ยนถ่ายการถือหุ้นให้แก่ จ. กล่าวคือ เป็นเพียงการซื้อในนามของ อนุญาตตุลาการเท่านั้นและอนุญาตตุลาการก็ได้เซ็นชื่อถือหุ้นให้ จ.ไปแล้ว ทั้งระยะเวลาใน การครอบครองหุ้นของอนุญาตตุลาการก็มีเพียงเล็กน้อยตลอดจนมิได้เข้าไปมีอำนาจใดๆ ใน การดำเนินงานของบริษัท ช.และบริษัท ท.ไม่ ประกอบกับแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทาง ผลประโยชน์ในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของ IBA ในส่วนของ สีเขียว (Green List) ข้อ 4.5.2⁵⁸ ได้กำหนดแนวปฏิบัติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่ อนุญาตตุลาการไม่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหากอนุญาตตุลาการถือหุ้นในจำนวนที่มีได้เป็น สารสำคัญหรือเพียงเล็กน้อย (insignificant amount of shares) ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งคดีนี้ ว. เป็นประธานอนุญาตตุลาการถือหุ้นของบริษัท ช. และบริษัท ท. เพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆหรืออาจจะกล่าวได้ว่าไม่ได้ถือหุ้นเลยก็ได้ย่อมเป็น ประโยชน์ยิ่งกว่าแนวปฏิบัติของ IBA ที่กำหนดแนวทางไว้เสียอีก นอกจากนี้ การที่ ว. ได้ขาด จากการเป็นผู้ถือหุ้นตั้งแต่ปี 2538 ซึ่งเป็นระยะเวลานานกว่า 5 ปี ก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็น อนุญาตตุลาการ ความใกล้ชิดของระยะเวลาดังกล่าวกับกระบวนการพิจารณาอ้อมห่างกัน อย่างมาก ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงยังไม่เพียงพอต่อการถอดถอนอนุญาตตุลาการที่ศาลฎีกามี คำพิพากษามานั้น ผู้เขียน ไม่เห็นพ้องด้วย

2) วิเคราะห์คำสั่งศาลปกครองกลางที่ ค. 2/2554⁵⁹

⁵⁸ “4. Green List; Contacts between the arbitrator and one of the parties;

4.5.2 The arbitrator holds an insignificant amount of shares in one of the parties or an affiliate of one of the parties, which is publicly listed”.

⁵⁹ บริษัท ทูมูฟ จำกัด ผู้ร้อง ยื่นคำร้องว่า อ. ผู้คัดค้านที่ 4 ดำรงตำแหน่งพนักงาน อัยการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการโดยได้รับการแต่งตั้งจากบริษัท กสทช จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้านที่ 5 มีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ชั้นพิจารณา ของศาลได้มีคำสั่งเรียกให้ อ. ทำคำให้การแก้คำร้อง อ. ได้มอบอำนาจให้ ม. ซึ่งเป็นพนักงาน อัยการดำเนินคดีปกครองจนถึงที่สุดและดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแทน อ. ในคดีดังกล่าว ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ม. เป็นพนักงานอัยการที่ดำเนินคดีในชั้นอนุญาตตุลาการแทนผู้คัดค้านที่ 5 อันเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้านที่ 5 โดยมี อ. เป็นอนุญาตตุลาการ ทั้ง ม. ยังเป็น นิติ พูลเพียร

ในระหว่างพิจารณาคดีนี้ ศาลให้ อ. ผู้คัดค้านที่ 4 ซึ่งเป็นพนักงานอัยการในฐานะ อนุญาตตุลาการยื่นคำให้การเพื่อแก้คำร้องในประเด็นเกี่ยวกับเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็น กลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ แต่ อ. ได้มอบอำนาจให้ ม. ซึ่งเป็นพนักงาน อัยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีดังกล่าวแทนตน ซึ่ง ม. ยังมีฐานะเป็นผู้รับมอบอำนาจของ ผู้คัดค้านที่ 5 ด้วย ดังนั้น ม. จึงเป็นผู้รับมอบอำนาจของผู้คัดค้านที่ 4 และผู้คัดค้านที่ 5 ในคดี ดังกล่าว นอกจากนี้ ม. ยังดำเนินคดีแทนผู้คัดค้านที่ 5 ในชั้นอนุญาตตุลาการ ซึ่งมี อ. เป็น อนุญาตตุลาการอีกประการหนึ่ง ประเด็นจึงมีว่าการที่ อ. มอบอำนาจให้ ม. มีเหตุอันควรสงสัย ถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า การอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยคำนึงถึงคุณสมบัติ ของอนุญาตตุลาการเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญหรือ ประสบการณ์ก็ตาม อันเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของบุคคลแต่ละคนที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ อนุญาตตุลาการจะมีการมอบอำนาจหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นทำหน้าที่แทนตนหาได้ไม่ ทั้งยัง พึงต้องระมัดระวังถึงความสัมพันธ์ของตนกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ด้วย เมื่อ อ. เป็นพนักงานอัยการที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการซึ่งเป็นข้อ พิพาทที่มีผู้ร้องและผู้คัดค้านที่ 5 เป็นคู่พิพาทอยู่ เพราะฉะนั้น อ. จะมอบอำนาจหรือมอบหมาย ให้บุคคลอื่นดำเนินคดีแทนในคดีดังกล่าวแทนตนไม่ได้ เมื่อบุคคลอื่นที่ตนมอบอำนาจนั้นเป็น พนักงานอัยการที่ดำเนินคดีแทนผู้คัดค้านที่ 5 โดยเป็นคู่พิพาทกับผู้ร้อง ซึ่งอาจมีความขัดแย้ง ทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ได้ การกระทำดังกล่าวของ อ. ย่อมมีเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลางและความเป็นอิสระอย่างชัดเจน

ที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งว่า พฤติการณ์ดังกล่าวของ อ. ถือได้ว่ามีเหตุอันควร สงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ผู้เขียนเห็นพ้องด้วย

ผู้รับมอบอำนาจของผู้คัดค้านที่ 5 ในการยื่นคำให้การแก้คำร้องคัดค้านอนุญาตตุลาการในคดี ดังกล่าวอีกด้วย พฤติการณ์ดังกล่าวของ อ. ถือได้ว่ามีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือ ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

สรุปและข้อเสนอแนะ

สรุป

จากการศึกษาพบว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริงในกฎหมายของต่างประเทศมีการบัญญัติแนวทางและหลักเกณฑ์ของข้อเท็จจริงที่อนุญาตตุลาการพึงเปิดเผยรวมถึงข้อบังคับขององค์กรระหว่างประเทศก็ได้กำหนดข้อบังคับไว้เช่นเดียวกัน เช่น แนวทางของสมาคมทนายความระหว่างประเทศ (IBA) ซึ่งในประเทศไทยคงมีเพียงประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการหรือสำนักงานศาลยุติธรรม แต่ยังไม่มียกใช้บังคับเป็นการทั่วไปดังเช่นพระราชบัญญัติ กล่าวคือ หากคู่สัญญาได้กำหนดให้ใช้การอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาตตุลาการก็มิอาจใช้บังคับได้ แต่ในกรณีที่ต่างสถาบันอนุญาตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการย่อมไม่อาจที่จะใช้บังคับได้ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ในการที่อนุญาตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนนั้น อนุญาตตุลาการจำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง คณะอนุญาตตุลาการที่ร่วมกันพิจารณาและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทด้วยกันตลอดจนสถาบันอนุญาตตุลาการในกรณีที่เป็นการอนุญาตตุลาการภายใต้สถาบัน (Institutional Arbitration)

สำหรับลักษณะของข้อเท็จจริงที่อนุญาตตุลาการจะต้องเปิดเผยแก่คู่พิพาท คณะอนุญาตตุลาการ หรือสถาบันอนุญาตตุลาการนั้น จะต้องเป็นความสัมพันธ์ทางวิชาชีพ ทางธุรกิจ ทางครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้อาจส่งผลให้อนุญาตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้

ส่วนการที่อนุญาตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริง อาจทำให้อนุญาตตุลาการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ซึ่งศาลฝรั่งเศสได้ตัดสินให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบตามสัญญาโดยให้อนุญาตตุลาการจ่ายค่าเสียหายในค่าธรรมเนียมที่จ่ายให้แก่อนุญาตตุลาการอื่นและสถาบันอนุญาตตุลาการ ซึ่งศาลสูงสุดของออสเตรเลียและศาลฟินแลนด์ก็วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนขอเสนอแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาการเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ ดังนี้

นิติ พูลเพียร

1. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19

ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดแนวทางหรือกรอบให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงประเภทใดควรเปิดเผยแก่คู่พิพาทไว้อย่างชัดเจนดังนี้

“อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการ ต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน

ข้อเท็จจริงตามวรรคสอง ให้หมายความรวมถึง ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเงิน ธุรกิจ วิชาชีพ นายจ้าง ลูกจ้าง ครอบครัว ไม่ทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งในอดีตและปัจจุบัน กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการคนอื่น ทนายความ และพยานในคดี

นับแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หากมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ใหม่เกิดขึ้น บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการทราบล่วงหน้าแล้ว

บุคคลซึ่งได้รับการร้องขอให้เป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องขวนขวายเพื่อให้ตนเองได้ทราบข้อเท็จจริงตามวรรคสาม และมีหน้าที่แจ้งเป็นหนังสือต่อคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการคนอื่น

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น”

เหตุที่ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 เนื่องจากว่า มาตรา 19 (เดิม) มิได้กำหนดแนวทางหรือกรอบให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงประเภทใดควรเปิดเผยแก่คู่พิพาทไว้อย่างชัดเจน จะมีก็เพียงแต่จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการที่กำหนดแนวทางการเปิดเผยข้อเท็จจริงของสถาบันอนุญาโตตุลาการของสำนักงานศาลยุติธรรม แต่ก็มีข้อบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะมีสภาพบังคับใช้เฉพาะกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีผลบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการได้เป็นการทั่วไป

นอกจากนี้ การที่ผู้เขียนบัญญัติคำว่า “...ให้หมายความรวมถึง...” ตามมาตรา 19 วรรคสาม มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะอุดช่องว่างของกฎหมาย กล่าวคือ เป็นกรณีที่บัญญัติเพื่อป้องกันมิให้อนุญาตตุลาการยกขึ้นอ้างซึ่งข้อเท็จจริงอื่นใดที่เกี่ยวกับเหตุอันควรสงสัยถึงความ เป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ ทั้งยังเป็นการ รักษาสิทธิของคู่พิพาทอีกทางหนึ่ง

ส่วน ความสัมพันธ์ของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็น อนุญาตตุลาการ โดยหลักการแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า อนุญาตตุลาการควรที่จะต้องเปิดเผย ข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนในความสัมพันธ์ ดังกล่าวทุกกรณี เนื่องจากว่าอนุญาตตุลาการจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงของตนเองโดยการ พยายามเข้าไปอยู่ในสถานะของคู่พิพาท แล้วพิจารณาว่าหากตนเป็นคู่พิพาทแล้วข้อเท็จจริงนั้น จะเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่ แล้วจึงเปิดเผยข้อเท็จจริง นั้นทุกกรณี มิใช่ตัดสินด้วยตนเองว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมิใช่สาระสำคัญที่จะทำให้คู่พิพาทฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้

2. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทำหน้าที่ของพนักงานอัยการในฐานะอนุญาตตุลาการ

ในกรณีของพนักงานอัยการที่ทำหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ ผู้เขียนขอเสนอ แนวทาง ไว้ 2 ประการดังนี้

แนวทางประการแรก สำนักงานอัยการสูงสุดควรออกระเบียบโดยมีการแก้ไขใหม่แทน ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่งของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 68 (เดิม) โดยพนักงานอัยการไม่ควรรับทำหน้าที่อนุญาตตุลาการในข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับหน่วยงานภาคเอกชน กล่าวคือ พนักงานอัยการควรรับทำหน้าที่อนุญาตตุลาการเฉพาะข้อ พิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน เนื่องจากว่าพนักงานอัยการย่อมใช้แนวคิดหรือหลักการใน การรักษาผลประโยชน์ของรัฐมาปรับใช้ได้กับการระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดี พนักงานอัยการย่อมมีความเหมาะสมที่จะทำหน้าที่ในฐานะ อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานภาคเอกชนด้วยกัน ซึ่งเป็นการเปิด โอกาสให้ภาคเอกชนได้เข้าถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ ภาคเอกชนสามารถแต่งตั้งพนักงานอัยการผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญหรือ ประสบการณ์ในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น รวมถึงพนักงานอัยการในฐานะอนุญาตตุลาการเองก็ได้เพื่อ ช่วยเหลืองานทางด้านกฎหมายให้แก่ภาคเอกชนและประชาชนได้อีกทางหนึ่ง

แนวทางประการที่สอง หากมีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานภาครัฐและหน่วยงานภาคเอกชนเกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นควรให้คณะรัฐมนตรีมีมติให้ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจที่มีข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีปกครองที่ต้องใช้อำนาจตุลาการในการระงับข้อพิพาท ให้หน่วยงานนั้นๆ แต่งตั้งนักกฎหมายที่มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน หรืออาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายในมหาวิทยาลัยทำหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านว่าทำหน้าที่ของพนักงานอัยการในฐานะอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระได้ นอกจากนี้ยังเป็นการเปิดโอกาสให้นักกฎหมายและอาจารย์ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ด้านกฎหมาย ทำหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ

3. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาล

ผู้เขียนเสนอให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมควรยึดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2004 ของ IBA (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004) เป็นข้อพิจารณาในการวินิจฉัยคดีว่า การที่อนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ อนุญาโตตุลาการผู้นั้นจะขาดความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระหรือไม่ เนื่องจากแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ฯ ของ IBA นั้น เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศและมีรายการที่มีการแบ่งแยกว่าข้อเท็จจริงใดอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยหรือไม่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่คู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลสามารถนำมาเป็นข้อพิจารณาและแนวทางในการวินิจฉัยได้

4. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ผู้เขียนเสนอให้สถาบันอนุญาโตตุลาการควรที่จะมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ ในกรณีที่บุคคลได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงในเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตน สถาบันอนุญาโตตุลาการก็ควรที่จะต้องตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงนั้นๆ ตลอดจนข้อเท็จจริงในอดีตที่อนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่มาก่อนว่าข้อเท็จจริงตรงกันหรือไม่เพียงใด