

## บทที่ 2

### อำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงเรื่องอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจากที่มาจากต่าง ๆ กัน ได้แก่ อำนาจหน้าที่ซึ่งเกิดจากสัญญา อำนาจหน้าที่ซึ่งเกิดจากกฎหมาย และอำนาจหน้าที่จากการเป็นอนุญาโตตุลาการเอง ทั้งนี้เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการต่อไป

#### 2.1 ส่วนนำ

อำนาจและหน้าที่ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้รับมา ไม่ว่าจะได้รับจากที่ใด ต่างก็เป็นสิ่งที่ทำให้อนุญาโตตุลาการมีสิทธิที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการไปได้โดยไม่ติดขัด เป็นเครื่องช่วยให้การอนุญาโตตุลาการสามารถอำนวยความสะดวกอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นเป้าประสงค์ที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการ

อำนาจหน้าที่ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้รับมานั้นสามารถแบ่งที่มาได้สองแหล่งคือ

1. อำนาจหน้าที่ที่ได้รับมาจากอำนาจของคู่กรณี (the autonomy of the parties) และ
2. อำนาจหน้าที่ที่ได้รับมาจากกฎหมาย (the laws)

อำนาจหน้าที่ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้รับมาจากคู่กรณีนั้นได้แก่อำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการข้อหนึ่งที่ปรากฏในสัญญาหลักหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นอีกหนึ่งฉบับแยกเป็นต่างหากจากสัญญาหลัก ตลอดจนความตกลงใด ๆ ที่จะหมายความได้ว่าคู่กรณีที่มีข้อพิพาทประสงค์จะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทและได้กำหนดอำนาจ-หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการแม้บางส่วนไว้ในความตกลงทั้งหลายที่กล่าวมานั้น ความตกลงเช่นกล่าวมานี้ถือได้ว่าเป็นความตกลงที่เป็นผลจากความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของผู้มีข้อพิพาทที่ได้เลือกและใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท ดังนั้นเจตนาดังกล่าวจึงเป็นเจตนาที่มีความศักดิ์สิทธิ์มากเพียงพอที่จะกำหนดอำนาจหน้าที่ ตลอดจนวิธีการเพื่อใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการนั้น ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการย่อมผูกพันแต่เฉพาะระหว่างคู่กรณีที่มีข้อพิพาทใน

สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเท่านั้นตามหลัก Privity of Contract ไม่มีผลผูกพันใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการกรณีอื่นเป็นการทั่วไปด้วย

ส่วนอำนาจหน้าที่ซึ่งอนุญาตตุลาการได้รับจากกฎหมายนั้นเป็นที่มาอีกแหล่งหนึ่งต่างหากจากอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมาจากคู่กรณี เพราะที่มาในส่วนนี้มักจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐรวมตลอดถึงหลักเกณฑ์ที่ออกโดยองค์การ องค์กร หรือสมาคมวิชาชีพแห่งใดแห่งหนึ่ง ไม่ใช่ข้อตกลงเฉพาะที่ผู้มีข้อพิพาทได้ทำขึ้นอย่างข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ ดังนั้นการอนุญาตตุลาการที่สร้างขึ้นโดยเลือกที่จะใช้กฎหมายของรัฐหรือกฎเกณฑ์ ข้อบังคับใด ๆ กฎหมายหรือกฎเกณฑ์เหล่านั้นทั้งหมดย่อมนำมาปรับใช้แก่การอนุญาตตุลาการเช่นว่านั้นทั้งหมดทั้งสิ้นเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายและหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแห่งดินที่ทำการอนุญาตตุลาการขึ้น

เนื่องจากความหลากหลายของแบบวิธีการคิดและความซับซ้อนของภาษา จึงมีการเรียกชื่อบางสิ่งบางอย่างต่าง ๆ กันไป อย่างเช่นคำว่า "อำนาจ" (Powers) ในที่นี้ผู้เขียนจึงหมายรวมตลอดถึงสิทธิ (Rights) ความชอบธรรมที่จะกระทำ (Authority) และเขตอำนาจ (Jurisdiction) ซึ่งคำเหล่านี้มิได้หมายความว่าตามปกติทั่วไป หากแต่เป็นการสรรหาถ้อยคำนำมาเรียกให้แตกต่างกันและใช้คำดังกล่าวเหล่านั้นเพื่อในการระบุถึงอำนาจหรือสิทธิของอนุญาตตุลาการนั่นเอง ตัวอย่างเช่นคำว่า เขตอำนาจ ตาม Article 25 (1) ของ ICSID Convention เป็นต้น<sup>1</sup>

Jame H. Carter ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ในเอกสารเสนอต่อที่ประชุมซึ่งจัดขึ้น ณ กรุงปารีสประเทศฝรั่งเศส<sup>2</sup> ว่าหน้าที่ของอนุญาตตุลาการนั้นถูกกำหนดไว้อย่างค่อนข้างดีแล้วในประมวลจริยธรรม (code of ethics) ขององค์กรต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาล (Alternate Dispute Resolution) เพียงแต่ยังไม่มีกรกล่าวถึงในเชิงข้อมูลผูกมัดทางจริยธรรม (ethical obligations) มากนัก โดย Carter เห็นว่าเรื่องสิทธิหน้าที่ของอนุญาตตุลาการนี้ควรจะเป็นเรื่องที่แยกต่างหากออกจากรองเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการ ในขณะที่เรื่องความไม่แน่นอนนี้ยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ Carter จึงได้เน้นเรื่อง

<sup>1</sup> อนันต์ จันทโรภากร, "อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น" ใน 60 ปี คณะกรรมการกฤษฎีกา (ม.ป.ท., ม.ป.ป), หน้า 465.

สิทธิและหน้าที่ (Rights and Obligations) ของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ถูกจัดว่าเป็น ประเด็นทางจริยธรรม ซึ่งมีหลักการว่าอนุญาโตตุลาการ “ควรจะ” ปฏิบัติหน้าที่อย่างไร ใน สถานการณ์หนึ่งซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อจะนำมาปรับใช้

แม้ว่าจะเป็นการยากและเป็นประเด็นที่โต้เถียงกันมากในสารัตถะว่าสิ่งใดเหมาะสม สิ่งใดควรเป็นหน้าที่ทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ในอเมริกาเอง American Arbitration Association (AAA) ก็ได้มีความพยายามรวบรวมและจัดทำหลักอันเป็นที่ยอมรับของ อนุญาโตตุลาการขึ้นมาเรียกว่า “Canons”<sup>3</sup> บัญญัติขึ้นบนพื้นฐานของคำว่า “ควร” คือ อนุญาโตตุลาการนั้นสมควรจะประพฤติเช่นไรในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ได้แก่

Canon I : อนุญาโตตุลาการ ควรจะดำรงไว้ซึ่งบุรณภาพและความเป็นธรรม ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

Cannon II : อนุญาโตตุลาการ ควรเปิดเผยข้อเท็จจริงในเรื่องประโยชน์ได้เสีย และความสัมพันธ์ ซึ่งเป็นประการที่น่าจะกระทบต่อความเป็นกลาง หรืออาจ จะก่อให้เกิดความลำเอียงหรืออคติใด ๆ

Cannon III : ในการติดต่อกับคู่ความทุกฝ่ายนั้น อนุญาโตตุลาการควรหลีกเลี่ยงความไม่เหมาะสมไม่ควรหรือสิ่งที่ไม่เหมาะสมไม่ควรนั้น

Cannon IV : อนุญาโตตุลาการ ควรดำเนินการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและ เฉลียวฉลาด

Cannon V : อนุญาโตตุลาการ ควรจะตัดสินใจอย่างยุติธรรม เป็นอิสระ และทำ ด้วยความรอบคอบ

Cannon VI : อนุญาโตตุลาการ ควรจะถือข้อสัจย์ต่อความสัมพันธ์บนพื้นฐาน ของความไว้วางใจ และการรักษาความลับอันได้มาในการดำรงตำแหน่งและ ปฏิบัติหน้าที่ของตน

---

<sup>2</sup>The 12th Joint Colloquium on International Arbitration, held in November 1995.

<sup>3</sup>Jame H.Carter, “Rights & Obligations of the Arbitrator”, in Dispute Resolution Journal, (January 1997), p.58.

ผู้วิจัยเห็นว่า บรรดาประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่าง ๆ แม้จะมีได้มีสภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างเต็มที่ในลักษณะเดียวกับกฎหมายบัญญัติประเภทอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติ ซึ่งอาจกำหนดโทษไว้เพื่อเอาผิดกับผู้กระทำฝ่าฝืน แต่ก็มีสภาพบังคับทางศีลธรรมหรือจริยธรรมซึ่งกำหนดกรอบการกระทำของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในคลองที่เหมาะสมและถูกต้อง อาจถือได้ว่าเป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบและเป็นที่ยอมรับประสงค์ แต่ในขณะเดียวกันประมวลจริยธรรมก็เป็นเพียงข้อกำหนดของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มิอาจถือเป็นเครื่องกำหนดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอย่างที่กฎหมายบัญญัติได้กำหนดไว้ให้อนุญาโตตุลาการต้องกระทำตาม

ดังนั้น ด้วยเหตุผลในเรื่องสภาพบังคับตามที่ได้กล่าวมา หากอนุญาโตตุลาการขาดตกบกพร่องในการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว จึงมีอาจถือว่าอนุญาโตตุลาการกระทำผิดหน้าที่อันจะถือเอาโทษานุโทษแก่อนุญาโตตุลาการได้

วิธีแก้ไขปัญหานี้ควรจะกลับไปใช้หลักเบื้องต้นในเรื่องของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ในขณะที่คู่กรณีพิพาททำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีพิพาทอาจกำหนดข้อความในสัญญาให้อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามที่เห็นสมควร เมื่อบุคคลภายนอกที่เป็นกลางตกลงรับเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทให้แล้วย่อมหมายถึงการที่บุคคลภายนอกนั้นยอมปฏิบัติตามสัญญารวมถึงการยอมปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมที่เลือกไว้ด้วย หากความปรากฏภายหลังว่าผู้เป็นอนุญาโตตุลาการยังคงประพฤติผิด ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในประมวลจริยธรรมเช่นว่านั้นอยู่ ก็เป็นการที่อนุญาโตตุลาการกระทำผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งจะมีสภาพบังคับแตกต่างจากการที่ข้อบังคับนั้นเป็นเพียงประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ฝ่ายเดียว

นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่อง 'อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่งตั้ง' (Party-appointed arbitrator) ในฐานะที่เป็น 'อนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลาง (Non-neutral arbitrator)' ซึ่งถือว่ามีสถานะเป็นคนว่าคดีที่แตกต่างให้คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนในระดับหนึ่งไม่

มากก็น้อย ซึ่งอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ ย่อมถูกยกเว้นจากหลักจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปที่เป็นกลาง

นอกจาก Code of Ethics ของ American Arbitration Association และ American Bar Association (AAA/ABA) ที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีการบัญญัติ Ethics for International Arbitrators โดย International Bar Association (IBA) ในปี 1987 ด้วย ซึ่งยังคงมีกลิ่นอายของความ เป็น Common Law อยู่มาก โดยเน้นถึงนิยามซึ่งจำกัดความคำว่า “อคติ” และหน้าที่ที่ต้องเปิดเผย (Disclosure obligation)

ทั้ง AAA/ABA Code of Ethics และ IBA Ethics ต่างมีทิศทางไปในเชิงเดียวกัน คือ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ค่อยได้กล่าวถึงสิทธิของอนุญาโตตุลาการไว้ Carter จึงได้ เสนอรายการของสิ่งที่ควรจะต้องเป็น สิทธิของอนุญาโตตุลาการซึ่งมีดังต่อไปนี้

#### สิทธิของอนุญาโตตุลาการ<sup>4</sup>

1. สิทธิในการจำกัดการเปิดเผยข้อมูลของอนุญาโตตุลาการในระดับพอสมควรกับเหตุการณ์
2. สิทธิในการปรับความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีผู้มีข้อพิพาทที่อาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นได้ตามสมควร
3. สิทธิที่จะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม
4. สิทธิในการชี้ขาดบนพื้นฐานการประเมินวินิจฉัย ประเด็นและหลักฐานที่จำเป็นโดยตัวอนุญาโตตุลาการเอง
5. สิทธิของอนุญาโตตุลาการฝ่ายข้างน้อยในการทำความเข้าใจกับคำชี้ขาด
6. สิทธิของอนุญาโตตุลาการในการถ่ายทอด “เรื่องเล่าจากการสู้รบ” อย่างเหมาะสม

---

<sup>4</sup> Ibid.

ในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการนำเสนอสิทธิของอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่ล้ากับประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ในลักษณะที่เป็นการ “จำกัดหน้าที่อนุญาโตตุลาการ” กล่าวคือ นำเอาสิทธิที่อนุญาโตตุลาการมีอยู่แล้วจากการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อมิให้อนุญาโตตุลาการถูกหน้าที่ตามประมวลจริยธรรมกำกับการกระทำอยู่แต่ฝ่ายเดียว ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าในสถานการณ์จริงของการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยใช้อำนาจถึงตุลาการต้องดำเนินการพิจารณาภายในขอบเขตและตามครรลองที่คู่กรณีผู้มีข้อพิพาท กำหนดหรือตกลงให้อำนาจไว้แก่อนุญาโตตุลาการ และในขณะเดียวกันอนุญาโตตุลาการก็ยังคงรับผิดชอบต่อผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายและต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินไปด้วยความสงบเรียบร้อยอีกด้วย ดังนั้นหากมีการจำกัดวงขอบแห่งกิจการของอนุญาโตตุลาการเคร่งครัดมากเกินไปนั้น อาจทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่อาจบรรลุเป้าประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่อุญัตติพิพาทได้ตามสมควรแก่กรณี

ในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลนั้น (Disclosure) ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการอาจมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีในทางใดทางหนึ่งก็ย่อมเป็นได้ แต่ในประเด็นนี้เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าความสัมพันธ์หรือผลประโยชน์ที่อนุญาโตตุลาการมีอยู่และจะต้องแจ้งหรือเปิดเผยให้ผู้มีข้อพิพาททราบ ก็เป็นแต่เฉพาะความสัมพันธ์หรือประโยชน์ได้เสีย อันจะมีผลกระทบต่ออย่างยิ่งกับการดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและเป็นข้อสำคัญขนาดที่ถ้าผู้มีข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้ว ก็คงคัดค้านการเป็นอนุญาโตตุลาการ ของอนุญาโตตุลาการคนนั้นเสียทันที ซึ่งมักมีคำแนะนำแก่อนุญาโตตุลาการว่า “ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยหรือไม่แน่ใจให้แจ้งเปิดเผยไว้ก่อน”<sup>5</sup>

เรื่องสิทธิในการติดต่อกับผู้มีข้อพิพาทนั้นผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะติดต่อกับคู่กรณีผู้มีข้อพิพาทได้ตลอดเวลาโดยไม่มีข้อจำกัดแต่การติดต่อนั้นต้องทำในลักษณะที่เปิดเผยและเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย อีกทั้งเป็นธรรมต่อการดำเนินการพิจารณาด้วย กล่าวคือ จะต้องมีการแจ้งการบอกกล่าวการพบปะการติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้ฝ่ายอื่นรับรู้รับทราบ ทั้งในเรื่อง วัน เวลา สถานที่ วิธีการ ตลอดจนวัตถุประสงค์ และเอกสาร พยานหลักฐานที่ได้รับ

<sup>5</sup> Michael F. Hoellering, “The Election of Arbitrators : The Experience of the AAA in the Confirmation/Appointment Stage of an Arbitration,” in ICC. The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators (1991), p.3 cited in ibid., p.59.

ถ้าหากมี และเปิดโอกาสเช่นเดียวกันนี้ให้กับคู่กรณีทุกฝ่าย อีกทั้งควรให้โอกาสฝ่ายอื่นที่มีใช้ฝ่ายที่ติดต่อกับอนุญาโตตุลาการได้แย้งคัดค้านหรือได้ชี้แจงได้ตามสมควรซึ่งข้อมูลหรือความใดที่อนุญาโตตุลาการได้รับ อันฝ่ายที่อาจได้แย้งคัดค้านได้นั้นพิจารณาเห็นว่าไม่เป็นคุณหรืออาจเป็นโทษต่อตนเอง ซึ่งสิทธิในข้อนี้ผู้วิจัยเห็นว่าสมควรนำไปปรับใช้กับอนุญาโตตุลาการทั้งประเภทเป็นกลางและไม่เป็นกลาง (Neutral and Non-neutral arbitrator) หรืออนุญาโตตุลาการที่ผู้มีข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งแต่งตั้ง (Party-appointed arbitrator) แต่ระดับของสภาพบังคับต่ออนุญาโตตุลาการทั้งสองประเภทรูปนั้นอาจแตกต่างกันไป สำหรับ neutral arbitrator นั้นชัดเจนว่า ควรจะเปิดเผยการติดต่อกับฝ่ายเดียวต่อทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ติดต่อในเรื่องใด ๆ เพราะไม่มีประเด็นใดที่สมควรจะเป็นความลับต่อกัน แต่ในประเด็นของ Non-neutral / Party-appointed arbitrators นั้น แตกต่างกัน ดังนี้

ก. ถ้าหากการติดต่อกับคู่กรณีผู้มีข้อพิพาทฝ่ายที่ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาหรือฝ่ายที่อนุญาโตตุลาการฝึกใฝ่อยู่นั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัวผู้แต่งตั้งกับผู้ถูกแต่งตั้งโดยแท้ โดยไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อความในกรณีพิพาท เช่น สัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการ การเจรจาต่อรองตอบแทน ฯลฯ ดังนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องแจ้งให้กับคู่ความฝ่ายอื่นเพื่อทราบถึงการติดต่อนั้น

ข. หากการติดต่อกับคู่กรณีผู้มีข้อพิพาท ฝ่ายที่ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาหรือที่อนุญาโตตุลาการฝึกใฝ่อยู่ เป็นเรื่องเกี่ยวเนื่องกับหรือมีผลกระทบต่อประเด็นในเนื้อความแห่งกรณีพิพาท เช่นการนำเสนอพยานหลักฐาน การให้ความเห็นเกี่ยวกับการตั้ง Umpire (ผู้ชี้ขาด) หรือ The Third Arbitrator (อนุญาโตตุลาการคนที่สาม) แล้วแต่กรณี ดังนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าสมควรให้ Non-neutral / Party-appointed arbitrator มีหน้าที่เสมือนหนึ่งตนเองเป็น Neutral arbitrator คือต้องบอกกล่าวการติดต่อกับฝ่ายเดียวเช่นว่านั้นให้ผู้มีข้อพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้รับทราบและให้โอกาสชี้แจงตามสมควร

ค. หากกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายที่มีได้ตั้งตนขึ้นมาหรือที่ตนมิได้ฝึกใฝ่อยู่ ผู้วิจัยเห็นว่าไม่น่าจะมีกรณีใดที่จะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับหรือมีผลกระทบต่อเนื้อความหรือการพิจารณากรณีพิพาท ดังนั้น หากมี การติดต่อกับฝ่ายเดียวดังกล่าวเกิดขึ้น อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งนั้นจะต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีฝ่ายอื่นทุกกรณีไป

ความเห็นของผู้วิจัยในส่วนนี้ อาจถูกโต้แย้งได้ว่า Non-neutral / Party-appointed arbitrator หรือคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งหรือที่อนุญาตโตตุลาการนั้นฝังใฝ่อยู่ อ้างว่าการติดต่อกับฝ่ายเดียวครั้งใดครั้งหนึ่งว่าเป็นการติดต่อพูดคุยกันเกี่ยวกับเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งกับคู่กรณีที่เป็นผู้แต่งตั้ง และมีได้บอกกล่าวแจ้งกับคู่กรณีฝ่ายอื่น ถึงการติดต่อ แต่ได้มีการลอบคุ้ยปรีक्षाเนื้อหาในคดีและให้ข้อมูลอย่างลับ ๆ ดังนี้ จะมีประโยชน์อะไรที่จะกำหนดหน้าที่ต้องแจ้ง *ex parte contact*

ปัญหานี้เป็นเรื่องทางความประพฤติ และการดำรงสถานะ และบทบาทของปัจเจกชน อันเป็นเรื่องนอกขอบเขตการวิจัยทางกฎหมายอันจะไม่ขอกลางถึง แต่ถ้าอภิปรายถึงในเชิงความเหมาะสมในการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของอนุญาตโตตุลาการที่ต้องแจ้งการติดต่อกับฝ่ายเดียวถ้าหากมีขึ้น จะเป็นการโน้มน้าวให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาททุกฝ่าย ตระหนัก และระมัดระวังในเรื่องความเหมาะสมของการติดต่อ พูดคุย สื่อสารไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ มากขึ้นเพราะเป็นการกำหนดหน้าที่ที่อนุญาตโตตุลาการจะต้องปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว

สำหรับสิทธิของอนุญาตโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการอนุญาตโตตุลาการในลักษณะที่ตนเห็นสมควรนั้นเป็นการตอบรับหน้าที่ที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม และด้วยความเฉลียวฉลาดรอบคอบ (Fairly and Diligently) กล่าวคือแม้อนุญาตโตตุลาการจะถูกผูกมัดด้วยหน้าที่ที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเฉลียวฉลาด แต่ลักษณะของการควบคุมการพิจารณาเป็นลักษณะเฉพาะตัวของอนุญาตโตตุลาการแต่ละคน แต่ละองค์ คณะซึ่งจะมีรูปแบบแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับความรู้ประสบการณ์ ลักษณะของข้อพิพาท และ/หรือ การตกลงของผู้มีข้อพิพาทเอง เราอาจพบตัวอย่างของสิทธินี้ ใน มาตรา 17 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2530<sup>6</sup> ซึ่งเปิดโอกาสให้อุญาตโตตุลาการใช้ดุลยพินิจของตนได้ในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติและตามที่คู่กรณีตกลงกันในสัญญาอนุญาตโตตุลาการ

<sup>6</sup> มาตรา 17 วรรคสอง

“...ในกรณีที่สัญญาอนุญาตโตตุลาการหรือกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นให้อุญาตโตตุลาการ มีอำนาจดำเนิน วิธีพิจารณาใดๆ ตามที่เห็นสมควรโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ”



อนุญาโตตุลาการที่ร่วมดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทมาตั้งแต่แรกควรได้รับสิทธิในการทำความเข้าใจกับคำชี้ขาดฉบับที่เป็นที่สุดด้วยเสียงข้างมากขององค์คณะ โดยมีให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการฉบับที่เป็นที่สุด โดยความเห็นแย้งเช่นนั้นควรจะต้องประกอบด้วย เหตุผลและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ดุจเดียวกับคำชี้ขาดฉบับที่เป็นที่สุด

ในเรื่องนี้มีความเห็นโต้แย้งอยู่บ้างในประเด็นที่ว่าหากอนุญาโตตุลาการให้ทำความเข้าใจต่อคำชี้ขาดหลักซึ่งตัดสินตามเสียงส่วนใหญ่ของคณะอนุญาโตตุลาการ จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อบูรณภาพ (Integrity) ของการอนุญาโตตุลาการเพราะเหตุว่า<sup>7</sup>

- 1) เป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการซึ่งได้มาจากการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ
- 2) มีแนวโน้มที่อนุญาโตตุลาการที่ทำความเข้าใจจะแสดงความเห็นในมุมมองของคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตน
- 3) ทำให้เกิดประเด็นข้อโต้แย้งต่อคำชี้ขาดที่เป็นหลัก

ตามข้อโต้แย้งนี้เมื่อพิเคราะห์ดูแล้วผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาโตตุลาการฝ่ายข้างน้อยสมควรที่จะได้รับสิทธิในการทำความเข้าใจ โดยเหตุผลคือ

(i) การทำความเข้าใจเป็น "สิทธิ" ของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่ "หน้าที่" ของอนุญาโตตุลาการอย่างการทำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจะทำหรือไม่ก็ได้ ถ้าเห็นว่าตนมีเหตุผลทั้งหลายที่จะสนับสนุนความคิดเห็นฝ่ายข้างน้อยและไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดแล้วก็สมควรมีสิทธิทำความเข้าใจประกอบคำชี้ขาดได้ อนุญาโตตุลาการ มีหน้าที่จะต้องรักษาความลับ (Confidentiality) ซึ่งตนได้ล่วงรู้มาจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (ดังรายละเอียดที่จะได้กล่าวต่อไป) อยู่แล้ว ดังนั้นการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนได้ล่วงรู้มาจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ย่อมตกอยู่ภายใต้ดุลยพินิจซึ่งมีมาตรฐานเดียวกันกับการใช้ดุลยพินิจเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างใดๆ ในการทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการผู้ทำหรือจะทำความเข้าใจย่อมต้องระมัดระวังในการเปิดเผยข้อเท็จจริงในความเห็นแย้งอย่างละเอียดถี่ถ้วน

<sup>7</sup> Jacques Werner, "Dissenting Opinions: Beyond Fears", 9 (4) *Journal of International Arbitration* 23 (1992), cited in *Supra* Note 3, p.63.

(ii) ประโยชน์และวัตถุประสงค์ประการสำคัญประการหนึ่งของการอนุญาตตุลาการ ก็คือ การอำนวยความสะดวกยุติธรรม ดังนั้นหลักสำคัญคือการเปิดโอกาสต่อผู้จนได้มาซึ่งคำชี้ขาดที่เป็นธรรมมากที่สุด ดังนั้นหากความเห็นแย้งมีเหตุผลน่าเชื่อถือหรือมีความเป็นธรรมมากกว่าจนก่อให้เกิดความสงสัยในคำชี้ขาดถึงขนาดที่โต้แย้งคัดค้านได้ ก็สมควรเปิดโอกาสให้มีการกระทำเช่นนั้นเสียด้วย

ในเรื่องที่ว่าด้วยการรักษาความลับ (Confidentiality) นั้น ปกติอนุญาตตุลาการต้องเก็บรักษาข้อมูลทุกอย่างเป็นความลับโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา กระบวนการและการตัดสินใจคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันระหว่างคู่กรณี หรือมี กฎเกณฑ์หรือกฎหมายใดอนุญาตหรือบังคับให้ต้องทำการเปิดเผยข้อมูลจากกระบวนการพิจารณา<sup>8</sup>

หน้าที่ของการรักษาความลับนี้ขยายไปถึงการพิจารณาขององค์คณะอนุญาตตุลาการ และผลของคำชี้ขาดก่อนที่จะมีการแจ้งให้คู่ความทุกฝ่ายรู้ตามขั้นตอนของการพิจารณาแล้ว (ห้ามอนุญาตตุลาการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาหรือผลของคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณีทราบก่อนเวลาที่จะมีคำชี้ขาดอย่างเป็นทางการ--ผู้วิจัย) และหน้าที่นี้ยังห้ามอนุญาตตุลาการใช้ข้อมูลเช่นว่านั้น เพื่อแสวงประโยชน์แก่ตนเองหรือเพื่อผู้อื่นหรือเพื่อทำการอันมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของผู้อื่น<sup>9</sup>

ในตอนท้าย Carter ได้สรุปไว้ว่า ethical code ที่ใช้อยู่ สามารถนำมากำหนดหน้าที่ของอนุญาตตุลาการได้โดยสะดวก แต่นำมากำหนดสิทธิของอนุญาตตุลาการได้ลำบาก สิทธิของอนุญาตตุลาการเหล่านั้น สามารถกำหนดขึ้น โดยการใช่อธิปไตยการตีความภาระหน้าที่ ข้อผูกพัน ภายใต้หลักของการมีเหตุผล (rule of reasonableness)

ในเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการ Michael J. Mustill และ Stewart C. Boyd ได้กล่าวไว้ว่า อำนาจของอนุญาตตุลาการนั้นเป็นวิถีทางที่จะยืนยันว่าเมื่ออนุญาตตุลาการได้ใช้

<sup>8</sup> Ibid., p.65.

<sup>9</sup> Ibid.

ดุลยพินิจแห่งตนไปในทางที่ถูกต้องแล้ว คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการจะยอมตนเพื่อฟัง และปฏิบัติตามดุลยพินิจนั้น ๆ<sup>10</sup> ซึ่งแตกต่างจากเรื่องของ “หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งเป็นวิถีทางที่อนุญาโตตุลาการ จะต้อง ปฏิบัติเพื่อมิให้ได้ชื่อว่าปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (Misconduct) ได้

Michael J. Mustill แบ่งลักษณะของอำนาจออกเป็น

### 1. อำนาจโดยชัดแจ้ง (Express Power)

เกิดจากการที่คู่กรณีตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างใด ๆ ในการดำเนินการ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททั้งนี้มีข้อจำกัดคือ

ประการที่หนึ่ง คู่กรณีจะตกลงกัน ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจหรือใช้อำนาจโดยชัด ต่อความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ไม่ได้

ประการที่สอง เหตุเพราะอำนาจเกิดจากความตกลงของคู่กรณีที่พิพาท อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจเหนือบุคคลภายนอกที่มิได้ตกลงเข้าร่วมในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อ พิพาท

ประการสุดท้าย อำนาจบางประการมีลักษณะเฉพาะของผู้พิพากษาเท่านั้น ('Which only a Judge can use') คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นนั้นด้วยมิได้

### 2. อำนาจโดยปริยาย (Implied Power)

อำนาจโดยปริยายส่วนมากจะอยู่ในเรื่องของการเรียกและการรับฟังพยานหลักฐาน (Procedural and Evidential Matters) ตลอดจน วิธีพิจารณา และ/หรือ กระบวนการสืบเนื่อง เกี่ยวข้องอย่างอื่น เช่น การสาบานตน ความเกี่ยวข้องและการยอมรับฟังพยานหลักฐาน เป็นต้น ซึ่งในส่วนนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติม และเรียบเรียงขึ้นใหม่และได้บัญญัติไว้ใน Section 34 of The Arbitration Act 1996 โดยมีเนื้อหาครอบคลุมทั้งในเรื่องพยานหลักฐาน และวิธี พิจารณาอื่น ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย

---

<sup>10</sup> Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration, (LONDON : BUTTERWORTHS, 1982), p. 254.

Mustill ยังได้กล่าวถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมาย Common Law โดยเฉพาะ ว่ามีการกล่าวกันว่านอกจากที่มีกฎหมายบัญญัติ (Statutory Law) แล้ว อนุญาโตตุลาการ ยังมีอำนาจจากความเป็น Common Law ในลักษณะเดียวกับที่ผู้พิพากษาในระบบ Common Law มี ซึ่ง Mustill เห็น ว่าเป็นอุปมาที่ไม่ถูกต้อง ดังมีเหตุผลโดยสังเขปคือ ในระบบ Common Law จะใช้คณะลูกขุนตัดสินปัญหาข้อเท็จจริง และผู้พิพากษาศิลปินปัญหาข้อกฎหมาย เมื่อมีปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิคเฉพาะ คู่ความจำเป็นต้องมอบการตัดสินให้กับผู้เชี่ยวชาญภายนอกเพื่อตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงบางส่วนแทนอนุญาโตตุลาการในการพิจารณานั้น คำตัดสินหรือความเห็นดังกล่าวศาลจะรับไว้ใช้ในสถานะเสมือนหนึ่งเป็นคำตัดสิน (Verdict) ของคณะลูกขุน

อย่างไรก็ดี เหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นนี้ไม่น่าไปใช้กับอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ของอนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมยังคงมีอำนาจตัดสินปัญหาข้อกฎหมาย โดยที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในเชิงวิधिพิจารณาบางส่วนของตนเอง ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่าเป็นส่วนเสริมเพิ่มเติม (Additional) ของอำนาจศาล ไม่ใช่การแทนที่ (substitute) อำนาจศาลเสียทั้งหมด และเป็น การที่ศาลยินยอมให้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นนั้น ไม่ใช่การที่ศาลมอบอำนาจให้ อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่แทน

Mustill ยังได้กล่าวถึงในเรื่องหน้าที่ (Duties) หรือพันธกรณี (Obligations) ของอนุญาโตตุลาการไว้อีกว่า<sup>11</sup> อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวัง (Duty to Take Care) โดย Mustill มุ่งเน้นถึง การหามาตรฐาน ในทางปฏิบัติว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องระมัดระวังในระดับใดจึงได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดี ในข้อกล่าวหาที่ว่าอนุญาโตตุลาการบกพร่องต่อการปฏิบัติหน้าที่ด้วยทักษะและความระมัดระวังตามสมควรและอะไรคือคุณสมบัติที่แบ่งแยกอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความคุ้มครองเช่นนั้นออกจากอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง

ตามความเห็นของ Mustill และ Boyd ได้แบ่งประเภทบุคคลที่จะพิจารณาออกเป็น 2 กลุ่ม

1. อนุญาโตตุลาการที่อาจได้หรือไม่ได้รับความคุ้มครอง

<sup>11</sup> Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd., Law and Practice of Commercial Arbitration. pp. 224-232.

2. ผู้มีวิชาชีพอื่นซึ่งอาจตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นในวงแห่งวิชาชีพของตนเองในลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับอนุญาโตตุลาการ (quasi-arbitrator, valuers)

หลังจากมีคดีขึ้นสู่ศาลจำนวนหนึ่งก็เริ่มปรากฏมีคำตัดสินที่เป็นแนวทางที่อาจเป็นที่ยอมรับทางใดทางหนึ่ง คือ

i) อนุญาโตตุลาการทุกคน และ valuers บางคนที่ทำหน้าที่ที่มีลักษณะตุลาการ (Judicial function) ย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยการกระทำนั้นต้องมีลักษณะของการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทบางประการ (adjudicate upon the existing formulated dispute)<sup>12</sup>

ii) ทั้งอนุญาโตตุลาการและ valuers อาจได้รับความคุ้มครองนี้หรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการทำหน้าที่อย่างตุลาการ (act judicially) กล่าวคือจะต้องสืบสาวราวเรื่องในประเด็นทั้งหลาย บรรดามี หรือ ชี้อาตตัดสินกรณีขัดแย้งกันซึ่งเสนอมาในลักษณะที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น (อนุญาโตตุลาการ ทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่ไม่ใช่ทุกคนที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อเท็จจริงซึ่งทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ<sup>13</sup>)

iii) อนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดีเพราะไม่มีเหตุผลของนโยบายสาธารณะใด (Reason of Public Policy) ที่จะนำมาอ้างเพื่อยกเว้นอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดชอบได้และไม่มีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการแบ่งแยกระหว่างอนุญาโตตุลาการและ valuers

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักของหน้าที่ที่อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางที่ (ii) น่าจะมีความเหมาะสมมากกว่าอีกสองแนวทางที่เหลือ เพราะเหตุว่าความคุ้มครองนั้นสมควรจะให้เพราะสาเหตุที่ว่าบุคคลนั้น “เป็นใคร” หรือถูกเรียกว่าอย่างไรแต่ความคุ้มครองนั้นควรคุ้มครองบุคคลโดยพิจารณาจากสิ่งที่เขากระทำ (การปฏิบัติ) ว่า “ทำหน้าที่อย่างไร” ดังนั้น อนุญาโตตุลาการที่สมควรจะได้รับความคุ้มครองจะต้องระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่และดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหลายซึ่งอยู่ภายใต้กำกับของตน

<sup>12</sup> Ibid., p.226.

<sup>13</sup> Lord Salmond cited in ibid.

เองในลักษณะที่เป็นลักษณะของตุลาการ (judicial function) และไม่ดำเนินการอย่างใดๆ ที่จะทำให้ตนเสียความคุ้มกันเช่นนั้นไป ดังนั้นแนวทางที่ให้ความคุ้มกันโดยดูจากการปฏิบัติมากกว่าการเรียกชื่อจึงมีความเหมาะสมมากกว่า

นอกจากหน้าที่ต้องระมัดระวังแล้ว Mustill และ Boyd ยัง กล่าวถึงหน้าที่ที่ต้องดำเนินการด้วยความเอาใจใส่ (Duty to Proceed Diligently) ในกรณีที่อนุญาตตุลาการมิได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ อนุญาตตุลาการที่ขาดประสิทธิภาพนั้นอาจถูกถอดถอนได้และอาจไม่ได้รับค่าธรรมเนียมสำหรับการเป็นอนุญาตตุลาการอีกด้วย อาจเป็นไปได้ถึงขนาดที่ว่าการพิจารณาที่เนิ่นช้าไปนาน อาจเป็นการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการได้ อีกทั้งการพิจารณาที่ล่าช้ายังก่อผลเสียต่อผู้มีข้อพิพาทอีกหลายประการ อันได้แก่ ทำให้เสียเวลาในการดำเนินการพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการ ทำให้ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้น พยานหลักฐานอาจสูญสลาย หรือยากต่อการนำมาเสนอด้วยความน่าเชื่อถือ

เหล่านี้เป็นตัวอย่างของความสำคัญของหน้าที่ที่ต้องเอาใจใส่ของอนุญาตตุลาการ หน้าที่ที่ต้องเอาใจใส่นี้เห็นได้ชัดว่าไม่อาจกำหนดลงไปโดยชัดแจ้งได้ว่าอย่างไรคือเอาใจใส่อย่างไรคือไม่เอาเป็นธุระ แต่ต้องพิจารณาประกอบกับหลายสิ่งเช่น ความตั้งใจ ทักษะ ความเฉลียวฉลาด ความรอบคอบ รอบรู้ ของอนุญาตตุลาการ เป็นต้น

หน้าที่สุดท้ายที่ Mustill และ Boyd กล่าวถึงคือ หน้าที่ที่ต้องไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Duty to Act Impartially) หน้าที่นี้เห็นและสามารถเข้าใจได้ชัดแจ้ง ชัดเจน แจ่มชัด แม้หากอนุญาตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดด้วยความฝักใฝ่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็อาจเป็นเหตุให้คำชี้ขาดนั้นสามารถถูกเพิกถอนได้ และอนุญาตตุลาการอาจถูกเข้าใจได้ว่าได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นเพื่อการกระทำเช่นนั้น และหากมีการฝักใฝ่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจริง อนุญาตตุลาการก็อาจต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดขึ้นหรือเป็นผลจากการฝักใฝ่นั้น

ความลำเอียงตามเหตุนี้มีได้ผูกอยู่แต่กับอคติจากความโลภหลงในลาภเท่านั้น แม้อคติจากความรัก ความเกลียดชังเป็นส่วนตัวอนุญาตตุลาการก็อาจกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นธรรมได้ ตลอดจนการที่อนุญาตตุลาการตัดสินใจโดยมิได้เข้าใจในประเด็นพิพาทที่นำเสนอมาอย่างถ่องแท้ คือสักแต่ว่าตัดสินใจไปแล้วเสร็จตามกำหนด หรือแม้แต่การที่

ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นผลเสียหรือไม่เป็นธรรมต่อฝ่ายหนึ่ง โดยมีได้มีเจตนาร้ายแสบแฝง  
อยู่ก็ตาม ก็เป็นการที่ปฏิบัติโดยยุติธรรมต่อผู้มีข้อพิพาทด้วย

ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ Alan Redfern และ Martin Hunter<sup>14</sup> ได้แบ่งแยก  
ไว้ดังนี้

### 1) อำนาจจากคู่กรณี

คู่กรณีอาจตกลงมอบหมายอำนาจแก่อนุญาโตตุลาการได้เท่าที่ไม่ขัดแย้งหรือเกินกว่าที่  
กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติรับรองไว้

- การมอบหมายทางตรง

คือการที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทตกลงกันโดยชัดแจ้ง (ซึ่งมักจะทำกันเป็นลายลักษณ์อักษร-  
ผู้วิจัย) ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจกระทำได้ โดยอาจทำในรูปของ Terms of References  
(TOR) หรือสัญญาแยกต่างหากอีกฉบับหนึ่ง

- การมอบหมายโดยปริยาย

เกิดขึ้นเมื่อการอนุญาโตตุลาการ ทำขึ้นตามกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบัน  
อนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยกฎหมายหรือข้อบังคับเหล่านี้กำหนด  
"อำนาจโดยชัดแจ้ง" ของอนุญาโตตุลาการไว้ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องรับไปปฏิบัติ "โดย  
ปริยาย" หากการอนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยอาศัยหรือภายใต้การอ้างอิงกฎหมายหรือข้อบังคับเช่น  
ว่านั้น

### 2) อำนาจที่ได้จากกฎหมาย

แม้คู่กรณีที่พิพาทจะมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดในเรื่องใด ๆ แล้ว  
ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรของรัฐก็ยังมีอำนาจตรวจสอบเพื่อรับรองและคุ้มครองความสงบเรียบร้อย  
ของสาธารณชนอยู่ และอำนาจเช่นว่านี้คู่กรณีก็มีอาจตกลงยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมี  
ได้เหมือนกับศาลยุติธรรม (เช่น ผู้มีข้อพิพาทจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาด  
บังคับเหนือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่มิได้สมัครใจเข้าในการอนุญาโตตุลาการหาได้ไม่ ผู้วิจัย)

<sup>14</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International  
Arbitration, 2<sup>nd</sup> ed, (LONDON : SWEET&MAXWELL, 1991), pp. 257-261.

สิ่งสำคัญก็คือการพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นลำพังแต่การพิจารณาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างเดียวนั้นเป็นไม่พอ ในการพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการต้องอาศัยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ และ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั่นเองด้วย (ทั้งนี้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นอาจจะเป็นตัวบทกฎหมายฉบับเดียวกันหรือไม่ก็ได้-ผู้วิจัย)

ในทางปฏิบัติ ลำดับการพิจารณาในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการเริ่มจากการพิจารณาสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อดูการก่อตั้งสิทธิและการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในเบื้องต้นโดยพิจารณารวมถึงกฎและระเบียบ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่ตัวสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นการใช้เพื่อพิจารณาการเพิ่มเติมหรือการจำกัดอำนาจที่คู่กรณีตกลงกันมอบให้อนุญาโตตุลาการ ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น ถ้าต้องมีการเลือก สถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณี จนเวลาผ่านไปเนิ่นช้าพอสมควรคู่กรณียังไม่เลือกหรือยังตกลงกันไม่ได้ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจประการใดหรือไม่เพียงใด เช่น จะให้อนุญาโตตุลาการเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไปได้ทันทีหรือต้องให้อนุญาโตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ชี้ขาดเบื้องต้นเกี่ยวกับเรื่องสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการให้ เป็นต้น

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) นั้น มักเกิดในกรณีที่ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นคนละที่กับสถานที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการมักเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งมีอำนาจเหนือข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ



## 2.2 หน้าที่ของอนุญาตตุลาการ

Redfern และ Hunter กล่าวถึงหน้าที่ของอนุญาตตุลาการไว้ โดยแบ่งออกได้ดังนี้

### (1) หน้าที่จากกรณีที่มิใช่ข้อพิพาท

การที่คู่กรณีจะกำหนดหน้าที่ก่อนอนุญาตตุลาการนั้น อาจกระทำได้ทั้งก่อนมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการและในระหว่างที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการอยู่<sup>15</sup> หากการกำหนดหน้าที่นั้นทำก่อนมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็จะเป็นข้อพิจารณาประการหนึ่งว่าบุคคลนั้นจะยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการให้แก่ผู้มีข้อพิพาทหรือไม่ แต่ถ้าเป็นการกำหนดหน้าที่เมื่อได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้วหรือเป็นการกำหนดหน้าที่เมื่อระหว่างที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการอยู่ก็เป็นการสมควรจะหาหรือและได้รับความเห็นชอบจากอนุญาตตุลาการในขณะนั้นว่าตน (อนุญาตตุลาการ) สามารถปฏิบัติหน้าที่เช่นนั้นได้หรือไม่ ถ้าคู่กรณียืนยันจะให้ปฏิบัติแต่อนุญาตตุลาการไม่สามารถดำเนินการตามที่คู่กรณีตกลงได้ก็ไม่มีทางเลือกนอกจากต้องลาออกจากการเป็นอนุญาตตุลาการ

ในทางเดียวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการ หากมีหน้าที่ใดของอนุญาตตุลาการกำหนดไว้ในกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการหรืออนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ และการอนุญาตตุลาการใช้หรือผูกพันตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับ เช่นว่านั้นอนุญาตตุลาการย่อมมีหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ นั้นด้วย

### (2) หน้าที่ตามกฎหมาย

ปกติวิชาชีพนั้น ผู้มีวิชาชีพมีหน้าที่ที่จะต้องประกอบวิชาชีพในระดับทักษะหรือความระมัดระวังที่เหมาะสมและจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายใดๆ ต่อผู้เสียหายจากการที่ผู้มีวิชาชีพไม่ได้ใช้ทักษะหรือความระมัดระวังเช่นนั้นในระดับที่เหมาะสม

- หน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังอันควร (Duty to act with due care) คู่กรณีที่ตั้งอนุญาตตุลาการย่อมตั้งบุคคลนั้นเพราะความไว้วางใจให้รับผิดชอบภาระหน้าที่อันสำคัญ อันคู่กรณีต้องมีการจ่ายค่าใช้จ่ายให้คนที่แต่งตั้งยอมคาดหมายให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังที่ดี ผู้ได้รับการแต่งตั้ง (อนุญาตตุลาการ) มีหน้าที่ทาง

<sup>15</sup> Ibid., p. 262.

ศีลธรรม (moral duty) ที่จะต้องปฏิบัติตามนั้น ปัญหาก็คือ เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย (legal duty) หรือไม่

ในการพิจารณาก็ต้องย้อนไปคำนึงถึงถึงสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นปัจจัยก่อความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาตตุลาการ ว่าถ้านิติสัมพันธ์ระหว่างสองฝ่ายเกิดขึ้นบนพื้นฐานของสัญญา อนุญาตตุลาการซึ่งได้รับค่าจ้างสำหรับทักษะและความระมัดระวังของตนเองก็สมควรจะต้องรับผิดชอบส่วนตัวหากตนบกพร่องในการทำหน้าที่เช่นนั้น

เมื่อบุคคลโดยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการแล้ว เขาย่อมต้องมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้สำเร็จลุล่วงไปตามบทบัญญัติของกฎหมายและสัญญาอนุญาตตุลาการเพราะเหตุที่ตนปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการเช่นนั้น การศึกษาในประเด็นนี้สามารถแยกพิจารณาเป็นหัวข้อโดยลำดับคือ

### 2.2.1 หน้าที่จากสัญญาอนุญาตตุลาการ

สัญญาอนุญาตตุลาการเป็นที่มาของหน้าที่ที่มีความสำคัญมากที่สุดอย่างหนึ่ง เพราะนอกจากจะทำขึ้นเป็นความตกลงลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นการแสดงเจตนาโดยแจ้งชัดแล้ว ยังเป็นการแสดงถึงความประสงค์ของผู้มีข้อพิพาทที่จะระงับข้อพิพาทโดยการมอบให้อุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดด้วย การแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้มีข้อพิพาทตั้งใจมอบข้อพิพาทกันให้อุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดโดยชัดแจ้งทำให้เกิดขอบอำนาจ (Scope of Jurisdiction) ที่อนุญาตตุลาการจะชี้ขาดเกินนั้นไม่ได้ เหตุเพราะตนมีหน้าที่จำกัดวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามที่ได้รับมอบหมายมาเท่านั้น ข้อจำกัดลักษณะนี้สามารถเทียบเคียงได้กับมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่กำหนดห้ามศาลมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง (ห้ามพิพากษาเกินคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้องของโจทก์) ส่วนประเด็นที่ว่าข้อพิพาทมีเป็นประการใดบ้างนั้นก็ต้องกลับไปดูสัญญาอนุญาตตุลาการหรือประเด็นจะเป็นตามที่มีข้อพิพาทตกลงรับกันเมื่อจะได้เริ่มให้มีการอนุญาตตุลาการขึ้น

อนึ่ง สัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นที่มาแห่งอำนาจนั้นจะเป็นข้อที่ทำไว้แต่คราวแรก ระหว่างผู้มีข้อพิพาทด้วยกันเองเมื่อได้ตกลงทำสัญญาหลักไว้ หรืออาจเป็นสัญญาหรือข้อ

สัญญาที่ทำขึ้นภายหลังมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะก็ได้<sup>16</sup>

นอกจากดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการยังเป็นหลักฐานเบื้องต้นในการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาทด้วยกันเอง (Schiedsvertrag)<sup>17</sup> และความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายกับอนุญาโตตุลาการ (Schiedsrichtervertrag)<sup>18</sup> สุดท้ายแล้วสัญญานั้นจะระบุอย่างไร

#### สัญญาระหว่างผู้มีข้อพิพาทด้วยกันเอง (Schiedsvertrag)

หลักทั่วไปเบื้องต้นในเรื่องนิติกรรมสัญญามีหัวข้อสำคัญที่เป็นองค์ประกอบอยู่หลายประการ เช่น ตัวผู้ทำนิติกรรม ความสามารถของผู้ทำนิติกรรม แบบแห่งนิติกรรม การใช้สิทธิในการแสดงเจตนา ความสมัครใจของคู่สัญญา ฯลฯ ซึ่งแม้จะมีประโยชน์หากจะได้กล่าวถึงโดยพิศดาร แต่ก็จะขอละไว้ เหตุว่าเป็นเรื่องที่ไกลจากประเด็นที่ตั้งใจจะศึกษาในหัวข้อนี้ไปหนัก คงมีแต่บางหัวข้อที่เห็นสมควรพูดถึงในที่นี้ได้แก่เรื่องนิติสัมพันธ์ เป็นต้น

ความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในระหว่างคู่สัญญาย่อมเกิดจากนิติสัมพันธ์อันเป็นต้นกำเนิดของความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิที่เกิดขึ้นระหว่างผู้มีข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิประเภทการก่อให้เกิดสิทธิ กล่าวคือก่อให้เกิดสิทธิระหว่างผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเพราะความสัมพันธ์ต่อกันในทางใดทางหนึ่งแก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางเพื่อให้บุคคลนั้นระงับข้อพิพาทที่รับมอบหมายมาด้วยสันติวิธีต่าง ๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ นอกจากนั้นความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิที่เกิดขึ้นยังเป็นความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิประเภทการระงับสิทธิ คือทำให้คู่กรณีไม่มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการไปเสนอต่อศาลให้พิจารณาตัดสินได้ และแม้ว่าผู้มีข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นได้เสนอเสนอต่อศาลให้พิจารณาตัดสินไปแล้ว ศาล

<sup>16</sup> เทียบ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ” ในรวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: BJ. Plate Processor, 2540), หน้า 4.

<sup>17</sup> โปรดดู “นิยามศัพท์” ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.7

<sup>18</sup> โปรดดู “นิยามศัพท์” ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.7

ก็ต้องมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย หากผู้มีข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นฝ่ายที่ถูกฟ้องร้องยื่นคำร้องต่อศาลขอให้จำหน่ายคดีก่อนวันสืบพยานหรือก่อนมีคำพิพากษาในกรณีที่ไม่มี การสืบพยานและศาลไม่พบเหตุที่จะทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเป็นโมฆะ หรือเหตุที่จะ ทำให้บังคับตามสัญญาไม่ได้จากการไต่สวนคำร้องเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี ผู้มีข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่จำกัดแต่เฉพาะบุคคลธรรมดา เท่านั้น เพราะตามกฎหมายแล้ว นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติที่เกิดสภาพบุคคลขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายเฉพาะต่าง ๆ อาทิ ร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. .... บุคคลสมมติเช่นว่านี้สามารถมีและใช้สิทธิบางประการตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ได้ เช่น วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง รวมตลอดถึงสิทธิ หน้าที่ทั้งหลายอย่างบุคคลธรรมดา ยกเว้นกรณีที่โดยสภาพแล้วมีแต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นจึงมีหรือใช้สิทธิเช่นว่านี้ได้ ที่สุด การแสดงออกซึ่งเจตนาของนิติบุคคลดังกล่าวจะต้องกระทำโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาผู้เป็นผู้แทนนิติบุคคลหรือเป็นตัวแทนของนิติบุคคลนั้น หรือเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบเท่านั้น

#### สัญญาระหว่างผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายกับอนุญาโตตุลาการ (Schiedsrichtervertrag)

เช่นเดียวกับสัญญาระหว่างผู้มีข้อพิพาทด้วยกันเอง สัญญาระหว่างผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายกับอนุญาโตตุลาการก็ถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกัน เป็นการก่อสิทธิแก่ผู้มีข้อพิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นบุคคลที่สาม และในขณะเดียวกันก็เป็นการก่อสิทธิแก่บุคคลที่สามที่จะรับเอาข้อพิพาทเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดโดยวิธีต่าง ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมาย

มีข้อที่สมควรพิจารณาคือ หากในขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นยังมิได้มีการแต่งตั้งผู้ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นแล้วหรือยัง ในปัญหาที่ผู้วิจัยมีความเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการยังไม่น่าจะเกิดขึ้น เพราะเมื่อผู้มีข้อพิพาทตั้งใจจะเลือกวิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและสมัครใจเข้าทำสัญญากันแล้ว แต่มิได้มีการระบอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นการแน่นอนก็ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความบริบูรณ์ของความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการ เหตุว่าเป็นการขาดคู่กรณีที่จะมีความสัมพันธ์ด้วย จะมีเกิดขึ้นก็แต่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีข้อพิพาทด้วยกันเองเท่านั้น

## 2.2.2 หน้าทีตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

### ก) หน้าทีต้องดำเนินการพิจารณา

ในการดำเนินการพิจารณานั้น มาตรา 17 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องฟังผู้มีข้อพิพาท กล่าวคือ ต้องเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายมีโอกาสแถลงข้อเท็จจริงหรืออธิบายข้อต่อสู้ในประเด็นพิพาทแต่ละประเด็น การเปิดโอกาสนี้ไม่จำเป็นต้องให้ระยะเวลาเท่ากันทุกฝ่าย แต่สิ่งสำคัญคือต้องให้โอกาสทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน<sup>19</sup>

### ข) หน้าทีต้องทำคำชี้ขาด

ตามมาตรา 20 อนุญาโตตุลาการมีหน้าที

(ข.1) ทำคำชี้ขาด เป็นหนังสือลงลายมือชื่อ

(ข.2) ระบุเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย

### ค) คำชี้ขาดนั้นต้องชี้ขาดในประเด็นพิพาท

การชี้ขาดจะทำได้เกินขอบอำนาจ (*Ultra Vires*) ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือที่ให้อำนาจโดยปริยายไม่ได้ เว้นแต่

(ค.1) เป็นการกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย ค่าปรวยการของอนุญาโตตุลาการ

(ค.2) ชี้ขาดตามที่ผู้มีข้อพิพาทประนีประนอมยอมความ หรือตกลงกันในภายหลัง

### ง) ต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในเวลากำหนด

(ง.1) ภายใน 180 วัน ตามมาตรา 21 วรรค 1

(ง.2) ตามที่ผู้มีข้อพิพาทตกลง

---

<sup>19</sup> UNCITRAL Model Law, Article 18.

### 2.2.3 หน้าที่จากการเป็นอนุญาโตตุลาการเอง

ก) หน้าที่ต้องระมัดระวัง (Duty to Take Care<sup>20</sup>, Duty to Act with Due Care<sup>21</sup>)  
การกระทำตาม 'หน้าที่ต้องระมัดระวัง' อย่างเคร่งครัด เป็นข้อสำคัญข้อหนึ่งในการอ้างความคุ้มกันจากความรับผิดที่เกิดจากการละเลยหน้าที่ หรือการละเมิด

การเป็นที่ปรึกษาโดยวิชาชีพ กับการเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นแตกต่างกัน การเป็นที่ปรึกษานั้น แม้ต้องการความชำนาญ ประสบการณ์ ความรู้ความสามารถ และความเข้าใจในปัญหา ดุจเดียวกับอนุญาโตตุลาการ แต่การให้คำปรึกษามีผลแต่เพียงเป็นการแนะแนว (Guideline) ให้ปฏิบัติเท่านั้น ผู้รับคำปรึกษาจะทำหรือไม่ทำก็ได้ แต่การอนุญาโตตุลาการมีผลลัพธ์เป็นคำชี้ขาด (Award) ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมาย (Legal Binding) ต้องปฏิบัติตาม ถ้าไม่ปฏิบัติตามอาจถูกฟ้องร้องบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้

ดังนั้นผู้มีข้อพิพาทย่อมคาดหวังให้อนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ ด้วยเหตุที่เป็นผู้มีวิชาชีพ (Professionals) เพราะเพียงแค่บอกว่าเป็นวิชาชีพ<sup>22</sup> ก็ทำให้เกิดหน้าที่ต่าง ๆ มากมาย

<sup>20</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> ed., p.264.

<sup>21</sup> Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, p.224.

<sup>22</sup> จิตติ ดิงศม์ทิพย์, "คดีของวิชาชีพทางกฎหมาย" เอกสารในการสัมมนาเรื่องจริยธรรมของนักกฎหมาย เสนอที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วันที่ 19-20 ธันวาคม 2528 (อัดสำเนา)

จิตติ ดิงศม์ทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร:บพิธการพิมพ์, 2523), หน้า 172.

บัญญัติ สุชีวะ, "จริยธรรมของนักกฎหมาย" เอกสารในการสัมมนาเรื่องจริยธรรมของนักกฎหมายเสนอที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วันที่ 19-20 ธันวาคม 2528 (อัดสำเนา)

ข) หน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความเอาใจใส่ (Duty to act with Due Diligence<sup>23</sup>, Duty to Proceed Diligently)

ผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องสามารถทำหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาได้โดยตลอดและสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี การปฏิบัติหน้าที่นี้ก็ต้องกระทำด้วยความรอบคอบและใช้ทักษะประกอบกับไหวพริบและความเฉลียวฉลาดอีกทั้งเอาใจใส่ กล่าวคือจะต้องให้ความสำคัญกับการเป็นอนุญาโตตุลาการในระดับที่เหมาะสมกับการได้รับความไว้วางใจ

ค) หน้าที่ที่ต้องเป็นกลางและไม่ลำเอียง (Duty to Act Neutrally and Impartially)

เน้นในเรื่องความยุติธรรมและหลักการให้โอกาสอย่างเท่าเทียมของอนุญาโตตุลาการว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการโดยปราศจากอคติทั้งปวง และจะต้องระมัดระวังไม่ให้การดำเนินกระบวนการก่อนผลเสียหายต่อคู่กรณีโดยไม่ตั้งใจ

ง) หน้าที่ทางจริยธรรม (Ethical Duties<sup>24</sup>)

โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่โดยไม่ขัดกับความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) และต้องปฏิบัติตามปกติประเพณีของการปฏิบัติในวงการต่าง ๆ สุดแล้วแต่จะเป็นหลักปฏิบัติในเรื่องใด ในทางเฉพาะที่ได้รวบรวมขึ้นอย่างเป็นทางการได้แก่การทำตามหลักของประมวลจริยธรรม (Code of Conducts) ของสถาบันต่างๆ เช่น Canons of American Arbitration Association เป็นต้น

ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ภาพรวมความรับผิดชอบในวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในกฎหมายฝรั่งเศสและไทย" เอกสารในการสัมมนาเรื่องสถาปนิก-วิศวกร และความรับผิดชอบทางกฎหมาย เสนอที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วันที่ 8 พฤศจิกายน 2528 (อัดสำเนา)

<sup>23</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed., p.268.

<sup>24</sup> Ibid.,p. 270.

## 2.2.4 หน้าทีจากบทบัญญัติของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

จากความพยายามของสมาคมอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา (American Arbitration Association) และเนติบัณฑิตยสภาของสหรัฐอเมริกา (American Bar Association) ได้เสนอร่าง "หลักอันเป็นที่ยอมรับ" (Canons) แก้ไขเพิ่มเติมในการรับรองความเป็นอิสระและเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ

หน้าที่ประการสุดท้ายอีกประการหนึ่งที่ผู้วิจัยเห็นว่า อนุญาโตตุลาการทุกคนควรจะ ต้องประพฤติปฏิบัติโดยพร้อมเพรียงกันและกระทำอย่างมีคุณภาพ นั่นคือ หน้าที่ที่ต้องเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ การให้ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนี้ไม่จำกัดเพียงแค่ การเป็นผู้สอนกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การให้ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนี้ ไม่จำกัดเพียงแค่การเป็นผู้สอนกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสถาบันการศึกษา ต่างๆ เท่านั้น แต่อนุญาโตตุลาการจะต้องให้การศึกษารหรือให้ความรู้กับบุคลากรใหม่ ๆ หรือแม้ แต่ผู้พิพากษาที่จะเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือจัดให้สถาบันที่รับผิดชอบมีการฝึกอบรม และพัฒนาอนุญาโตตุลาการในสังกัดของตน ซึ่งไม่จำกัดอยู่เพียงแค่การอบรมเกี่ยวกับความรู้ ทางกฎหมายเท่านั้น แต่ควรอบรมความรู้ในสาขาวิชาต่าง ๆ เช่น อนุญาโตตุลาการทางการก่อสร้าง อนุญาโตตุลาการในคดีปกครอง โดยถ้าหากเราเพิ่มจำนวนอนุญาโตตุลาการที่มีความ สามารถได้ ก็จะลดการใช้อนุญาโตตุลาการจากต่างประเทศไปได้มาก

## 2.3 อำนาจของอนุญาโตตุลาการ

อำนาจของอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้จากความตกลงของผู้มีข้อพิพาท ทั้งนี้ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้แก่กรณีนั่นเอง (Applicable Law)<sup>25</sup> แต่อย่างไรก็ดีอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเพียงพอที่จะใช้ชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ เช่นนั้นได้ กล่าวคือผู้มีข้อพิพาทได้มอบอำนาจในการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยของการอนุญาโตตุลาการให้แก่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ควบคุม เพราะเดิมผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายมี

<sup>25</sup> หมายถึงทั้งกฎหมายที่บังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการและกฎหมายของสถานที่ที่มีการอนุญาโตตุลาการด้วย



อำนาจเต็มที่<sup>26</sup> และรู้แจ้งโดยตลอดว่ารายละเอียดของข้อพิพาทมีอะไรบ้าง และปัญหาของข้อพิพาทอยู่ที่ไหน

เมื่อวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการดำเนินไป อนุญาโตตุลาการเองย่อมมีความเข้าใจในปัญหา จากการอธิบายหรือการนำเสนอเอกสารหลักฐานใด ๆ มากขึ้น จนถึงระดับที่มีมากพอที่จะแยกแยะว่าข้อเท็จจริงใดเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทหรือไม่ และสมควรจะใช้หลักหรือข้อกฎหมายใดในการพิจารณา

### 2.3.1 อำนาจที่ได้จากสัญญาอนุญาโตตุลาการ

#### ก) อำนาจโดยชัดแจ้ง (Express Power)

การอนุญาโตตุลาการนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความตกลงและเป็นไปตามความต้องการของผู้มีข้อพิพาท

อำนาจโดยตรง คืออำนาจที่ผู้มีข้อพิพาทตกลงกันโดยชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นว่านั้น โดยมักจะกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักนั่นเอง หรือทำเป็นสัญญาแยกต่างหากก็ได้<sup>27</sup> แต่เรามักไม่ค่อยพบเห็นความตกลงที่จะมอบข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอยู่แยกจากสัญญาเดิมอย่างเด็ดขาดเท่าใดนัก<sup>28</sup>

กระนั้นก็ดี การกำหนดเช่นว่านั้นย่อมตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ซึ่งกฎหมายมีอาจยอมให้เอกชนกำหนดอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการได้ทุกอย่างตามอำเภอใจ

ข้อกำหนดนั้นคือ

<sup>26</sup> ผู้มีข้อพิพาทจึงมีอำนาจในการเจรจาต่อรองหรือประนอมข้อพิพาทกันในเบื้องต้น

<sup>27</sup> โปรดดูรายละเอียดใน Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> ed. , pp.169-174.

<sup>28</sup> Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, p.75.

(1) ผู้มีข้อพิพาทจะตกลงกันให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ ไม่ว่าจะในกรณีใดก็ตามหากมีการมอบหมายอำนาจเช่นนั้นอนุญาตตุลาการต้องใช้อำนาจของตนในเรื่องของ “การวินิจฉัยเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการ โดยอนุญาตตุลาการเอง” (competence de la competence)<sup>29</sup> ปฏิเสธการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น หากอนุญาตตุลาการได้ชี้ขาดข้อพิพาทอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นไป ศาลก็มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้<sup>30</sup>

(2) ผู้มีข้อพิพาทจะตกลงกันให้อนุญาตตุลาการไปมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอกที่ไม่ได้ตกลงรู้เห็นในสัญญาอนุญาตตุลาการไม่ได้ เช่นจะไปเรียกมาร่วมการพิจารณา, ไปยึดอายัดทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือเรียกให้ส่งพยานหลักฐานใด ๆ เพื่อการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่ได้

(3) ผู้มีข้อพิพาทจะตกลงให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจที่ “ฟังสงวนไว้ให้แก่ศาลโดยเฉพาะ” ไม่ได้<sup>31</sup> เช่นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

ข้อยกเว้นเป็นกรณีที่กฎหมาย “ตีคลุม” ว่าอำนาจใดสงวนไว้แก่ศาลโดยเฉพาะแล้วผู้มีข้อพิพาทจะมอบให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเช่นนั้นหาได้ไม่

ด้วยเหตุที่อนุญาตตุลาการได้รับอำนาจมาแต่ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการส่วนหนึ่งนั้น เมื่ออนุญาตตุลาการจะวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นใด อนุญาตตุลาการก็ย่อมผูกพันแต่ในอำนาจที่สัญญาดังกล่าวได้ให้ไว้ในประเด็นนั้นเพราะคู่กรณีย่อมมิได้ให้อิสระแก่อนุญาตตุลาการอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดในการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทกัน ดังนั้นอำนาจของ

<sup>29</sup> โปรดดูรายละเอียดใน พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นทางทฤษฎี” ในรวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1, (2535), หน้า 11.

<sup>30</sup> มาตรา 24 แห่ง พระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530.

<sup>31</sup> Kursell v. Timber Operators and Contractors Ltd. (1923) 2 KB 202 cited in Michael J. Mustill, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, p.254.

อนุญาโตตุลาการจึงอาจถูกจำกัดโดยข้อกำหนดบางประการทั้งจากกฎหมายภายในของถิ่นที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือกฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่ตุลาการให้การอนุญาโตตุลาการนั้น เช่น ข้อจำกัดห้ามมอบข้อพิพาทในทางอาญาให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย (ไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำเช่นนั้นได้) ข้อจำกัดให้มอบเฉพาะข้อพิพาทในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเท่านั้น

### ข) อำนาจโดยปริยาย (Implied Power)

คืออำนาจที่ผู้มีข้อพิพาทไม่ได้ตกลงมอบให้อนุญาโตตุลาการเอง แต่เกิดจากการใช้การอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่มีกฎเกณฑ์หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการประจำอยู่แล้วและหลักเช่นว่านี้ได้กำหนดให้อำนาจแก้อนุญาโตตุลาการไว้ทั้งอำนาจโดยทั่วไป<sup>32</sup> และอำนาจโดยเฉพาะเจาะจงเป็นเรื่อง ๆ ไป

อำนาจโดยเฉพาะเจาะจงนี้รวมไปถึง อำนาจในการเลือกสถานที่ที่จะดำเนินการการอนุญาโตตุลาการ<sup>33</sup> การเลือกภาษาที่ใช้<sup>34</sup> การกำหนดระยะเวลาในการยื่นเอกสาร<sup>35</sup> การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ<sup>36</sup> และการเลือกกฎหมายที่จะบังคับแก่ข้อพิพาท<sup>37</sup> ด้วย

นอกจากนั้นยังเป็นอำนาจที่เกิดจากกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นอำนาจที่แม้มิได้ระบุในสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้ง อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจกระทำได้อยู่แล้ว ได้แก่

- 1) อำนาจที่จะให้ผู้อ้างพยานหลักฐานใดต้องยืนยันหลักฐาน (กรณีวัตถุพยานและพยานเอกสาร) หรือให้สัต์ยสาบาน (กรณีพยานบุคคล)
- 2) อำนาจที่จะเรียกฝ่ายใดให้นำส่งเอกสารใด ๆ อำนาจนี้รวมตลอดถึงการจะให้จัดทำเอกสารใด ๆ ที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นเอกสารที่เฉพาะเจาะจงและมีอำนาจเต็มทีใน

<sup>31</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, Article 15.1

<sup>32</sup> Ibid., Article 16.1

<sup>33</sup> Ibid., Article 17.1

<sup>34</sup> Ibid., Article 18.1 and 19.1

<sup>35</sup> Ibid., Article 27.1

<sup>37</sup> Ibid., Article 33.1

การสั่งให้ค้นหาเอกสารใด ๆ ที่อนุญาตตุลาการเห็นว่าเป็นเอกสารที่เฉพาะเจาะจงและมีอำนาจเต็มที่ในการสั่งให้ค้นหาเอกสารเช่นว่านั้น

3) อำนาจทั่ว ๆ ไปเป็นการกำหนดกว้าง ๆ ว่า หากอนุญาตตุลาการเห็นว่าสมควรต้องทำสิ่งใด เพื่อความจำเป็นในการตัดสินข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายแล้วย่อมกระทำได้ ทั้งนี้ อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นในเรื่อง "อำนาจที่ส่งมอบไว้ให้แก่ศาลโดยเฉพาะ" ด้วย

อย่างไรก็ตาม เรื่องของอำนาจนี้ เป็นการพิจารณาในหลักเกณฑ์ทั่วไป แต่หากมีกรณีเฉพาะเช่น เป็นการอนุญาตตุลาการทางการค้า หรืออนุญาตตุลาการระหว่างประเทศก็อาจให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการเป็นทางอื่นได้

### 2.3.2 อำนาจจากกฎหมายที่ปรับใช้แก่กรณี

ก) กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตตุลาการ (Governing law)

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตตุลาการได้แก่กฎหมายแห่งถิ่นที่มีการทำสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นขึ้น (*lex loci contractus*) เว้นแต่ผู้มีข้อพิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

ข) กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาตตุลาการโดยตรง (*lex arbitri*)

หลักเกณฑ์ในลักษณะนี้เป็นเพียงส่วนเสริมหรือข้อจำกัดเท่านั้น<sup>38</sup> มิใช่ตัวบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการโดยตรง

ในบางประเทศอาจจะมีการออกกฎหมายภายในเป็นการเฉพาะเพื่อควบคุมการอนุญาตตุลาการให้อยู่ในแนวเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ของไทย, The English Arbitration Act. 1950, 1975, 1979 และ 1996 ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น

<sup>38</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", p.261.

### 2.3.3 อำนาจตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

#### ก) อำนาจที่จะตั้งบุคคลภายนอกเป็นอนุญาโตตุลาการ

ตามมาตรา 11 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 กรณีเมื่อผู้มีข้อพิพาทไม่กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ กฎหมายมาตรานี้ให้แต่ละฝ่ายสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละหนึ่งคนและให้สิทธิแก่ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งทั้งสองคนร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกเป็นอนุญาโตตุลาการร่วมในองค์คณะได้อีกหนึ่งคน

#### ข) อำนาจในการไต่สวนตามสมควร

ตามมาตรา 17 ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะไต่สวนในข้อพิพาทที่เสนอมานั้นได้ตามสมควร เพียงพอที่จะชี้ขาดข้อพิพาททั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

#### ค) อำนาจดำเนินการพิจารณาใด ๆ ตามสมควร

มาตรา 17 วรรค 2 ให้อำนาจกว้าง ๆ แก่อนุญาโตตุลาการเป็นสิทธิที่จะเลือกวิธีพิจารณาตามที่เห็นสมควร โดยรวมตลอดถึงการใช้หลักแห่งความยุติธรรมด้วย (ex aequo et bono)

มาตรา 18 ให้สิทธิอนุญาโตตุลาการในการขอให้ศาลออกหมายและดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ในส่วนที่เป็นอำนาจของศาลได้

#### ง) อำนาจแก้ไขคำชี้ขาด

มาตรา 22 วรรค 2 อนุญาโตตุลาการมีสิทธิแก้ไขข้อผิดพลาดหลงเล็กน้อยเมื่อเห็นสมควรหรือเมื่อมีการร้องขอจากผู้มีข้อพิพาท

#### จ) อำนาจกำหนดค่าตอบแทน

ตามมาตรา 27 อนุญาโตตุลาการย่อมมีสิทธิจะได้ค่าปฎิการโดยอาจเป็นการตกลงหรือจะให้ศาลเป็นผู้กำหนดก็ได้ และถ้าหากมิได้กล่าวถึงไว้อนุญาโตตุลาการก็ยังมีสิทธิขอให้ศาลกำหนดให้ตามความเป็นธรรมได้ด้วย

### 2.3.4 อำนาจที่เกิดจากการเป็นอนุญาโตตุลาการเอง

#### ก) อำนาจที่จะถอนตัว<sup>39</sup>

หากความปรากฏในภายหลังว่า อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษไม่ว่าในรูปแบบใดกับผู้ที่มีข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจถูกตั้งรังเกียจหรือโต้แย้งคัดค้านได้ ตามมาตรา 14 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 อนุญาโตตุลาการก็อาจขอถอนตัวจากการพิจารณานั้นได้

#### ข) อำนาจในการดำเนินการพิจารณา<sup>40</sup>

เป็นอำนาจที่สามารถเลือกดำเนินการพิจารณาตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมและเป็นธรรมที่สุดต่อผู้ที่มีข้อพิพาททุกฝ่าย

#### ค) อำนาจในการชี้ขาด<sup>41</sup>

เป็นอำนาจที่สามารถวินิจฉัยข้อพิพาทจากพยานหลักฐานเท่าที่เห็นว่าจำเป็นต่อการชี้ขาดทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามการประเมินของอนุญาโตตุลาการเพียงอย่างเดียวรวมตลอดถึงการพิสูจน์อย่างใด ๆ ในประเด็นพิพาท

#### ง) อำนาจในการทำคำชี้ขาด

ในกรณีเป็นอนุญาโตตุลาการที่เป็นฝ่ายความเห็นข้างน้อยก็ย่อมทำคำชี้ขาดแนบท้ายคำชี้ขาดที่มีผลได้

นอกจากที่ได้อภิปรายมาโดยตลอดนี้ผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรมีสติเพิ่มเติมอีกคือ

<sup>39</sup> รางทำงานมีความเห็นว่าเป็น "หน้าที่" ที่จะต้องถอนตัวไม่ใช่ "สิทธิ" โปรดดู Martin Domke, p.208.

<sup>40</sup> อำนาจนี้ เกิดขึ้นหลังจากมี "หน้าที่" ที่จะต้องชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว แต่จะฟังพยานมากน้อยแค่ไหน

<sup>41</sup> อำนาจนี้คือ "อำนาจ" ที่จะเลือกดำเนินการพิจารณา หลังจากมี "หน้าที่" ที่ต้องดำเนินการพิจารณารับฟังพยานหลักฐานแล้ว สามารถจะเลือกดำเนินการอย่างไรก็ได้

#### 2.2.4 อำนาจในการกำหนดค่าตอบแทนตามสมควร (สิทธิของอนุญาโตตุลาการในการที่ได้รับค่าตอบแทน)

อนุญาโตตุลาการนั้น แม้จะมีได้ถือเรื่องค่าตอบแทนเป็นประการสำคัญ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าคู่กรณีที่เลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทจะต้องตอบแทนบุคคลภายนอกผู้เป็นกลางที่ตกลงยินยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ และได้มาปฏิบัติหน้าที่ของตนในกระบวนการพิจารณาให้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สุดแต่ความมากน้อยของการปฏิบัติ

การกำหนดค่าตอบแทนนี้ หากมิได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการกันไว้ก่อน จำต้องให้ตามความเหมาะสมกับระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยคำนวณจากเวลาที่ใช้ในการเดินทางและการนั่งพิจารณาในการนัดแต่ละครั้ง เวลาที่อนุญาโตตุลาการต้องใช้ในการศึกษา การเตรียมคดี และชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ตลอดจนเวลาในการพิจารณาชี้ขาดคดี เป็นอาทิ นอกจากประเด็นในเรื่องของเวลาดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น การคำนวณนับค่าตอบแทนสำหรับอนุญาโตตุลาการยังต้องพิจารณาถึงสถานะ ทักษะ ความรู้ ประสบการณ์ ของอนุญาโตตุลาการและมาตรฐานเดิมที่ดีปฏิบัติกันอยู่ ตลอดจนความยากง่าย ความสลับซับซ้อน อีกทั้งจำนวนบุคคล พยานบุคคล หรือพยานเอกสารเกี่ยวข้องกับคดีและสถานที่ในการทำการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ การกำหนดค่าตอบแทนดังกล่าว อนุญาโตตุลาการอาจกำหนดเองตามที่พิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม ดังนี้ จะเห็นได้ว่า ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนอกจากจะต้องมีความรู้ความสามารถที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทแล้ว อนุญาโตตุลาการควรจะต้องมีจริยธรรมอย่างยิ่งยวด มิฉะนั้น ก็เลสหามีผลต่อการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ในทางใดทางหนึ่งไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ซึ่งได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม การที่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดค่าตอบแทนแก่ตนเองไว้เป็นส่วนหนึ่งของค่าชี้ขาดนั้น อนุญาโตตุลาการควรจะต้องลงไว้ด้วยว่าคู่กรณีผู้มีข้อพิพาทฝ่ายใดจะเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายในการจ่ายค่าตอบแทนและรับผิดชอบค่าตอบแทนแก่อนุญาโตตุลาการ หรือถ้าคู่กรณีผู้มีข้อพิพาทจะต้องร่วมกันรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนเช่นนั้นแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ควรกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบระหว่างคู่กรณีที่ต้องรับผิดชอบทุกฝ่ายเอาไว้ในคำชี้ขาดด้วย

การกำหนดตัวเงินค่าตอบแทนนี้ รวมไปถึงค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่อนุญาโตตุลาการได้ใช้จ่ายไปล่วงหน้า และเกี่ยวข้องกับการพิจารณาข้อพิพาทนี้ด้วย

จากการศึกษาถึงหน้าที่และอำนาจอันทำให้เกิดความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่นั้น ที่มาของความรับผิดชอบที่สำคัญก็คือ สัญญาอนุญาตตุลาการ ในหลักการอื่นที่จะรองรับหน้าที่อื่นใดนอกจากสัญญาอนุญาตตุลาการก็คืออนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง อีกทั้งก่อปรด้วยคุณธรรม จริยธรรม จึงจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไปได้ด้วยความสมบูรณ์