

ข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผย

FACTS THAT SHALL BE DISCLOSED BY THE ARBITRATORS

ลีลา เกตุขุนทด¹

วันที่รับบทความ 17 มิถุนายน 2565, วันที่ไขบทความ 27 กรกฎาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ 22 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

เนื่องจากบทบาทของอนุญาโตตุลาการคือการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท จึงเรียกได้ว่าเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ ซึ่งในหลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมแล้ว ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ ดังนั้น เพื่อรักษาความเป็นกลางและความเป็นอิสระให้เกิดขึ้นได้จริง กฎหมายอนุญาโตตุลาการรวมทั้งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำหลายแห่ง จึงได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระ นอกจากนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยเองก็บัญญัติรับรองหลักการและหน้าที่ดังกล่าวเอาไว้เช่นกัน โดยปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 19 วรรค 2 ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้จะเริ่มต้นตั้งแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการและมีอยู่เรื่อยไปตลอดระยะเวลาที่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากถ้อยคำนี้แล้ว ดูจะเป็นเรื่องที่เป็นนามธรรมอยู่มาก เพราะไม่อาจทราบขอบเขตได้อย่างชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่า “ความเป็นกลาง” และอย่างไรคือการ “เป็นอิสระ” ซึ่งมักขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ที่ผ่านมา จึงมีความพยายามที่จะกำหนดแนวทางสำหรับข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยอยู่บ้างเช่นกัน ดังปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลไทย ความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมาย ตลอดจนเอกสารแนวทางของหน่วยงาน ซึ่งได้รับการยอมรับระดับระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งบทความฉบับนี้ผู้เขียนจะได้รวบรวมข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในลำดับต่อไป

คำสำคัญ : หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ, ข้อเท็จจริง, ความเป็นกลาง, ความเป็นอิสระ, อนุญาโตตุลาการ

¹ นางสาวลีลา เกตุขุนทด, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) (ธรรมศาสตร์), น.บ.ท., LL.M. Thammasart University อีเมล:leela.gedkhuntod@gmail.com

ABSTRACT

According to the general principle of arbitral proceedings, the arbitrators shall perform their duties with impartiality and independence. To ensure the impartiality and independence of arbitrators, most of the arbitration law and arbitration rules (of the well-known arbitration institutes) state that the arbitrators must disclose any facts or circumstances that probably undermine the arbitration or lead to prejudice.

This duty is outlined in the Thailand Arbitration Act BE.2545 (2002) Article 19 which provides that the duty of disclosure is commencing at the time of their appointment and throughout the arbitral proceedings. Notwithstanding the concepts of “**impartiality**” and “**independence**” are intangible and the court possesses its rights to exercise discretion base on a case by case.

To set up the standard and strengthen the arbitral proceedings in Thailand. This article mainly focuses on what ground/fact or circumstance that the arbitrator obliges to disclose and what extent shall be deemed as impartial and /or independent. This paper is to study precedent of the Thai Supreme Court, legal documents of reputable organizations and other relevant information such as legal opinion from both academic and practitioners in this field.

Keywords : arbitrators’ duty, fact, impartial, independence, arbitrators

แนวข้อเท็จจริงที่ต้องเปิดเผยตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยนั้น ที่ผ่านมาก็ได้มีการกำหนดแนวทางเพื่อการพิจารณาเอาไว้ ดังนี้

(1) การเทียบเคียงกับการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับแรกของประเทศไทย และได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 14 ซึ่งได้ระบุเอาไว้ อย่างชัดเจนว่า

“เมื่อได้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นโดยชอบแล้ว ห้ามมิให้ทอดถอนการตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น เว้นแต่คู่กรณี ทุกฝ่ายจะได้ยินยอมด้วย

อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการตั้งขึ้นโดยชอบอาจถูกคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการ ที่ศาลหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้ง คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ตั้ง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ แต่คู่กรณีฝ่ายใดจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งหาได้ไม่ เว้นแต่คู่กรณี ฝ่ายนั้นจะมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการ

เหตุแห่งการคัดค้านตามวรรคสองได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป

ในกรณีที่มีการคัดค้านตามวรรคสองให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และถ้าการคัดค้านฟังขึ้น ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนผู้ซึ่งถูกคัดค้านนั้น โดยวิธีเดียวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งถูกคัดค้าน”²

จึงเป็นกรณีที่ให้นำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามาบังคับใช้กับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบด้วย กรณีที่ผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนี้ ถ้าผู้พิพากษาเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นผู้บุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าในชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันกันทางแต่งงานได้เพียงสองชั้น³ ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานได้รู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวกับคดีนั้น ถ้าได้เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว, ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันในศาลอื่น หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว, ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง หรือ ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁴ นอกจากนี้ ยังเปิดโอกาสว่านอกจากเหตุข้างต้นแล้ว คู่ความอาจคัดค้านผู้พิพากษาได้หากปรากฏเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป⁵

อย่างไรก็ดี แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้น จะไม่ได้บัญญัติหลักการที่ให้นำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามาบังคับใช้โดยอนุโลม แต่ก็อาจถือเป็นแนวทางที่เป็นรูปธรรม และอาจเทียบเคียงเพื่อนำมาใช้เป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน⁶

(2) แนวทางของต่างประเทศ

(2.1) **International Bar Association (IBA)** Guidelines on conflicts of interest in international arbitration : International Bar Association หรือ IBA เป็นองค์กรวิชาชีพทางกฎหมาย ซึ่งก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1947 ปัจจุบันมีสมาชิกที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกว่า 80,000 ราย จาก International law firm ที่มีชื่อเสียงระดับโลก มีเนติบัณฑิตยสภาที่เป็นสมาชิกกว่า 190 แห่ง นอกจากนี้ยังมีกลุ่มวิชาชีพทางกฎหมายที่ครอบคลุมกว่า 170 ประเทศทั่วโลก จึงนับได้ว่าเป็นองค์กรที่มีความน่าเชื่อถือทางด้านกฎหมาย

อนึ่ง การมีผลประโยชน์ขัดกันในมูลความแห่งคดี หรือ Conflict of Interest ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นกัน รวมทั้งส่งผลกระทบต่อคู่พิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และถือเป็นข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยเช่นกัน

² ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 104 ตอนที่ 156 เผยแพร่เมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 25630, สืบค้นจาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2530/A/156/1.PDF>

³ “ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานได้เพียงสองชั้น” ในที่นี้ หมายถึง บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย บุตร และหลานของคู่สมรส ซึ่งหลานในที่นี้ หมายถึงบุตรของบุตรเท่านั้น

⁴ มาตรา 11 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁵ มาตรา 12 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁶ อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท : การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.138-139.

สำหรับเรื่อง Conflict of Interest IBA ก็ได้ออกแนวทางเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ขัดกันในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยจัดทำเป็น IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration เนื่องจากเล็งเห็นว่าในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ประเด็นเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ถือเป็นเหตุที่คู่พิพาทอ้างเพื่อคัดค้านอนุญาโตตุลาการมากขึ้น สำหรับผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการเองก็ไม่มีแนวโน้มว่าข้อเท็จจริงใดที่จำเป็นต้องเปิดเผย IBA จึงได้ตราแนวทางดังกล่าวขึ้นมา⁷

แนวทางฉบับนี้ วางหลักทั่วไปเอาไว้ว่า อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระ นับตั้งแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและหน้าที่ดังกล่าวจะต้องคงอยู่ตลอดระยะเวลาการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จนกระทั่งได้มีการทำคำชี้ขาดเรียบร้อยแล้ว หรือกระบวนการได้สิ้นสุดลงเพราะเหตุอื่น และอนุญาโตตุลาการต้องบอกปิดไม่รับดำเนินการในคดีอนุญาโตตุลาการ หรือปฏิเสธไม่ดำเนินการต่อ หากพบว่า มีเหตุสงสัยถึงอาจกระทบกับความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ นอกจากนี้ยังได้กำหนดหน้าที่ให้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุปว่า เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามแนวทางฉบับนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กลุ่มตามความรุนแรงที่อาจกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ

(1) Non – Waivable red list⁸ : ถือเป็นเหตุสำคัญที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิเสธไม่รับปฏิบัติหน้าที่ ส่วนนี้จะประกอบด้วยกรณีที่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีผลประโยชน์เป็นอย่างเดียวกัน หรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้แทนทางกฎหมายของคู่พิพาทในคดี, อนุญาโตตุลาการเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบและควบคุม หรือทำหน้าที่ในลักษณะคล้ายคลึงกันในทางควบคุมกำกับดูแลกิจการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง, อนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญ (significant financial interest) ร่วมกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผลลัพธ์แห่งคดี และอนุญาโตตุลาการได้ให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น เป็นประจำสม่ำเสมอ หรืออนุญาโตตุลาการได้รับรายได้ทางการเงินจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างมีนัยยะสำคัญ (significant financial income)

(2) Waivable red list⁹ : ถือเป็นเหตุสำคัญเช่นกัน แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าคู่พิพาทนั้นได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวและยอมรับที่จะให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากคู่พิพาทนั้นรับรู้และยินยอมให้ปฏิบัติหน้าที่ บุคคลดังกล่าวก็สามารถรับเป็นอนุญาโตตุลาการหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้¹⁰

ตัวอย่างของเหตุที่บัญญัติในบัญชีนี้ ได้แก่ กรณีที่อนุญาโตตุลาการเคยให้คำแนะนำทางกฎหมาย หรือให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น, อนุญาโตตุลาการเคยมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นมาก่อน, อนุญาโตตุลาการถือหุ้นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งเป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น, สมาชิกในครอบครัวที่ใกล้ชิด¹¹ กับอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์

⁷ IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration สืบค้นจาก https://sccinstitute.com/media/37100/iba_publications_arbitration_guidelines_2004.pdf.

⁸ Part II : practical application of the general standards 1. Non waivable red list

⁹ Part II : practical application of the general standards 2. Waivable red list

¹⁰ Article 4C IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration

¹¹ สมาชิกครอบครัวที่ใกล้ชิด (Close family member) ในที่นี้ หมายถึง คู่สมรส, คู่ชีวิต (life partner), พี่น้อง, บุตร, บิดามารดา นอกจากนี้ ให้รวมถึงสมาชิกอื่นๆ ในครอบครัวที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการด้วย

ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญในผลลัพธ์ของข้อพิพาท (outcome of the dispute), อนุญาโตตุลาการเป็นนักกฎหมายอยู่ในสำนักกฎหมายเดียวกันกับที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง, อนุญาโตตุลาการเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบและควบคุม หรือทำหน้าที่ในลักษณะคล้ายคลึงกันในทางควบคุมกำกับดูแลกิจการของบริษัทในเครือของคู่พิพาท¹² ถ้าบริษัทในเครือนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นที่ได้พิพาทกันในคดี, สำนักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการสังกัดอยู่มีความสัมพันธ์ทางการค้าอย่างมีนัยยะสำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น, อนุญาโตตุลาการได้ให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้นเป็นประจำสม่ำเสมอ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการ หรือสำนักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั้นสังกัดอยู่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญ, สมาชิกครอบครัวที่ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางการเงิน หรือผลประโยชน์ส่วนตัวอย่างมีนัยยะสำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น เป็นต้น

(3) Orange list¹³ : ถือเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้เช่นกัน แต่ไม่ถึงขั้นร้ายแรงเท่ากับกรณี (1) และ (2) กรณีนี้บุคคลดังกล่าวยังสามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นได้ หากปรากฏว่าคู่พิพาททราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว และยังมีความประสงค์ที่จะตั้งบุคคลดังกล่าวอยู่เช่นเดิม หรือเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้โต้แย้งหรือคัดค้านบุคคลดังกล่าวภายใน 30 วันนับแต่รับทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว¹⁴

ตัวอย่างของบัญชีนี้ เช่น กรณีที่ภายใน 3 ปี อนุญาโตตุลาการได้เคยปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมาย เคยให้คำแนะนำ คำปรึกษา ให้แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือได้รับการแต่งตั้งในเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนี้ แต่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาท หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทยังมีความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องอยู่, ภายใน 3 ปีนี้ อนุญาโตตุลาการได้เคยเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่ฝ่ายตรงข้ามคู่พิพาท หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทในเรื่องที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนี้, ภายใน 3 ปีนี้ อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ให้เป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทอื่นมากกว่า 2 ครั้ง, คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้มาจากสำนักงานกฎหมายแห่งเดียวกัน, นักกฎหมายในสำนักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทอื่นซึ่งมีคู่พิพาทเดียวกันกับคดีนี้, กรณีสมาชิกครอบครัวที่ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการเป็น partner หรือพนักงานในสำนักกฎหมายซึ่งเป็นตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

(4) Green List¹⁵ : เหตุที่ปรากฏในบัญชีนี้ อนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยแต่อย่างใด หากพฤติการณ์ของคดีนั้นไม่ได้ต้องการการปฏิบัติที่นอกเหนือจากกรณีทั่วไป

ตัวอย่างตามบัญชีนี้ ได้แก่ อนุญาโตตุลาการเคยแสดงความคิดเห็นทางกฎหมาย (เช่น ในบทความทางวิชาการ หรือการบรรยายทางวิชาการต่อสาธารณชน) ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ได้พิพาทกันในคดีเช่นกัน แต่ต้องไม่ใช่กรณีที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้โดยเฉพาะเจาะจง, อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางสังคมร่วมกับอนุญาโตตุลาการรายอื่น หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี ผ่านทางการเป็นสมาชิกในองค์กรวิชาชีพเดียวกัน หรือองค์กรทางการกุศลเดียวกัน, อนุญาโตตุลาการนั้นได้สอนในคณะ หรือโรงเรียนเดียวกันกับอนุญาโตตุลาการรายอื่นหรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี เป็นต้น

¹² บริษัทในเครือ (Affiliate) ในที่นี้ หมายถึง บริษัททั้งหมดที่อยู่ในกลุ่มบริษัทคู่พิพาท ซึ่งรวมถึงบริษัทแม่ด้วย

¹³ Part II : practical application of the general standards 3. Orange list

¹⁴ Article 4A IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration

¹⁵ Part II : practical application of the general standards 4. Green list

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า Guidelines ฉบับดังกล่าว เป็นแต่เพียงแนวทางเกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อนซึ่งผู้จะปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการสมควรเปิดเผยให้คู่พิพาทหรือ Appointing authority ทราบเท่านั้น ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด

(2.2) ข้อบังคับและแบบแสดงข้อเท็จจริงของ ICC (International Chamber of Commerce) : ICC Arbitration Rules 2021¹⁶ ซึ่งเป็นข้อบังคับว่าด้วยการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดย ICC ซึ่งเป็นข้อบังคับฉบับล่าสุด และเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2021 นั้น ได้กำหนดเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้เช่นกัน โดยปรากฏใน Article 11 กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระจากคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ก่อนกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือก่อนจะยืนยันรับรองว่าจะปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องลงนามในเอกสารฉบับหนึ่งเรียกว่า Statement of acceptance, availability, impartiality and independence รวมทั้งเปิดเผยเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเลขาธิการ ICC ถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมใดๆ ที่อาจทำให้เกิดคำถามหรือข้อสงสัยต่อความเป็นกลางและความอิสระของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเลขาธิการจะต้องเป็นผู้ที่แจ้งข้อมูลให้แก่คู่พิพาทนั่นเอง

อนึ่ง เมื่อพิจารณาประกอบจากแบบฟอร์มของ Statement of acceptance, availability, impartiality and independence หัวข้อเรื่อง “INDEPENDENCE and IMPARTIALITY” พบว่า หากมีกรณีที่มีความสัมพันธ์ในอดีตหรือปัจจุบันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางการเงิน ทางวิชาชีพ หรือข้อเท็จจริงใดๆ ก็ตาม ระหว่างผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาท หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาท หรือผู้แทน/ผู้รับมอบอำนาจของคู่พิพาท หรือบุคคลใดๆ ที่มีความเกี่ยวข้องในคดี ซึ่งการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นๆ จะต้องเป็นไปอย่างสมบูรณ์และเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ระยะเวลาที่เกี่ยวข้อง, ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจัดการทางการเงิน, รายละเอียดของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา, รวมทั้งเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง¹⁷

(2.3) ประเทศอังกฤษ : สำหรับประเทศอังกฤษ เวลส์และไอร์แลนด์เหนือ นั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ The Arbitration Act 1996¹⁸ ซึ่งใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศอังกฤษ เวลส์และไอร์แลนด์เหนือ ไม่ว่าจะเป็นคดีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติ รวมทั้งการเปิดเผยข้อมูลที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ถือเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ใน The Arbitration act 1996 ด้วยเช่นกัน

อนึ่ง ที่ผ่านมา เคยมีการวางแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเอาไว้ ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัท Halliburton กับ บริษัทประกันภัย Chubb Bermuda เกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ Deepwater Horizon ซึ่งแท่งขุดเจาะน้ำมันในอ่าวเม็กซิโกได้เกิดระเบิดขึ้นในปี ค.ศ. 2010 ทำให้เกิดภาวะน้ำมันรั่วไหลครั้งยิ่งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์ โดยแท่งขุดเจาะน้ำมันดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของ Transocean Holdings LLC บริหารจัดการโดย BP และให้บริการโดย Halliburton ต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ศาล US Federal court ได้ตัดสินว่า Halliburton ต้องรับผิดชอบในอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นคิดเป็นร้อยละ 3 ส่วน Transocean ร้อยละ 30 ในขณะที่ BP รับผิดชอบความเสียหายร้อยละ 67 Halliburton ซึ่งทั้ง Halliburton

¹⁶ ICC Arbitration Rules 2021, เข้าถึงเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2564, สืบค้นจาก https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_11.

¹⁷ 2017 & 2021 Rules – ICC Arbitrator statement acceptance, availability, impartiality and independence, เข้าถึงเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/06/ICC-Arbitrator-Statement-Acceptance-Availability-Impartiality-and-Independence-Arbitration-Rules-ENGLISH.pdf>.

¹⁸ “The Arbitration act 1996” เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

และ Transocean ได้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามนโยบายประกันความรับผิดที่ได้ทำกับ Chubb โดยเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจซึ่งดำเนินขึ้นที่ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ

ช่วงเดือนมกราคม 2015 Halliburton ได้เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ได้มีขึ้นกับ Chubb อย่างไรก็ดี คดีไม่สามารถทำความตกลงกันเรื่องประธานคณะอนุญาโตตุลาการในคดี ศาลสูงของประเทศไทยจึงได้พิจารณาแต่งตั้ง Mr.Kenneth Rokison QC ภายหลังจากการได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในคดีแล้ว Mr.Kenneth ได้ยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในอีก 2 คดี คดีแรก Chubb ได้แต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทกับ Transocean สำหรับข้อเรียกร้องในค่าเสียหายที่เกิดจากอุบัติเหตุ Deepwater Horizon ส่วนคดีที่สอง ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก Deepwater Horizon เช่นกัน แต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากบริษัทรวมค่ากับ Transocean กับบริษัทประกันภัยอื่น โดยข้อเท็จจริงเหล่านี้ Mr.Kenneth ไม่ได้เปิดเผยต่อ Halliburton ทราบ

Halliburton จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงของประเทศไทยเพื่อถอน Mr.Kenneth ออกจากการเป็นอนุญาโตตุลาการในคดี ภายใต้เงื่อนไขใน Article 24 (1)(a) ของ The Arbitration Act 1996 Halliburton ได้แย้งว่า การที่ Kenneth ยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการโดยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงให้ Halliburton ทราบอาจทำให้เกิดความอคติจากคำตอบแทนที่จะได้รับจาก Chubb รวมทั้ง ข้อมูลจาก Transocean ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของ Halliburton ซึ่งชุดข้อมูลดังกล่าวเหล่านี้ Chubb ยอมรับทราบแต่ Halliburton ไม่อาจรับทราบได้ ศาลสูงรวมทั้งศาลอุทธรณ์ปฏิเสธคำร้องดังกล่าว Halliburton ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาในคดีนี้ พิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ที่จะหรืออาจจะก่อให้เกิดความสงสัยว่าจะมีอคติในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ การได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีความเกี่ยวข้องกันนั้นย่อมเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องเปิดเผยโดยทั่วไป ศาลพิพากษาว่าไม่มีแนวทางปฏิบัติหรือประเพณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่แสดงว่าคู่พิพาทยินยอมให้บุคคลรับเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องหลายๆ คดีได้ โดยที่บุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง¹⁹

จากคำพิพากษาดังกล่าว Lord Hodge หนึ่งในผู้พิพากษาของคดีนี้ ได้อธิบายถึงหลักดังกล่าวเพิ่มเติมไว้ว่า การที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น อาจเป็นสิ่งที่แสดงถึงอคติหรือความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่ง Lord Hodge ในคดีนี้ได้อ้างถึง ความเห็นของท่านผู้พิพากษา Cockerill J ในคดี PAO Tatneft v Ukraine 2019 ที่ได้กล่าวเอาไว้ว่า “การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการนั้น อาจไม่ใช่สิ่งที่สามารถนำมาพิสูจน์ความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้ แต่การที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น อาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่นำมาพิจารณาความไม่เป็นกลางได้”²⁰ ยังได้พิจารณาถึงช่วงเวลาที่จำเป็นต้องทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงว่า การที่ศาลจะพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ทำหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น จะสามารถกระทำได้ที่ต่อเมื่อมีการอ้างถึงเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงและช่วงเวลาที่ทำให้หน้าที่นั้นยังมีอยู่ การที่จะตัดสินว่าเหตุการณ์นั้นๆ ก่อให้เกิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือไม่นั้น ไม่ควรที่จะทำการตัดสินโดยย้อนหลังรำลึกไปถึงเหตุการณ์นั้น กล่าวคือ เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลแล้ว ก็ควรมีการพิจารณา ณ เวลานั้นเลยว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือไม่²¹

¹⁹ “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 61 – 69.

²⁰ “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 117 – 118.

²¹ “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 119.

และ Lady Arden อีกหนึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้ มีความเห็นเพิ่มเติมต่อไปอีกว่า หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นมิใช่หน้าที่หลักหรือหน้าที่ที่เป็นหัวใจสำคัญ หน้าที่อันเป็นหลักสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นคณะอนุญาโตตุลาการนั้นคือการแสดงออกถึงความยุติธรรม ปราศจากอคติไม่เข้าข้างฝ่ายใด²²

(2.4) (Draft) Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement²³ :

ร่างจรรยาบรรณฉบับนี้เป็นผลงานการดำเนินการร่วมกันระหว่างคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL กับ ศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID) โดยเป็นร่างที่จัดทำขึ้นสำหรับการควบคุมจรรยาบรรณและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ตัดสินในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน โดยในเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อนและหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ปรากฏใน Article 5 ของร่างจรรยาบรรณฯ กล่าวคือ Candidates และ Adjudicators ต้องหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อนทั้งทางตรงและทางอ้อม ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์ต่างๆ ความสัมพันธ์ หรือประเด็นอื่นใดซึ่งพิจารณาได้ว่าอาจส่งผลกระทบต่อความอิสระและความเป็นกลางได้อย่างมีนัยยะสำคัญ

อนึ่ง การเปิดเผยข้อเท็จจริงเหล่านั้นจะต้องประกอบด้วย (1) ความสัมพันธ์ทางวิชาชีพ ธุรกิจ และความสัมพันธ์อื่นใดภายในช่วงเวลา 5 ปี ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท (และบริษัทในเครือ บริษัทแม่ หรือตัวแทน/นายหน้าที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท), ที่ปรึกษาของคู่พิพาท, Adjudicators ในปัจจุบันหรือในอดีต หรือผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินการกระบวนการ และบุคคลภายนอกอื่นใดที่ผลประโยชน์ทางการเงินกับผลของกระบวนการพิจารณา (2) ผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงหรือโดยอ้อมในกระบวนการพิจารณาหรือผลลัพธ์, และกระบวนการบริหารจัดการงานคดี การดำเนินคดีในศาลภายในประเทศ หรือการดำเนินการของคณะกรรมการ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่อาจถูกตัดสินโดยกระบวนการ ISDS (3) คดี ISDS และคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่ง candidate และ adjudicator ได้เคยเป็นหรือกำลังเป็นที่ปรึกษา, อนุญาโตตุลาการ, คณะกรรมการ, ผู้เชี่ยวชาญ, ผู้ไกล่เกลี่ย หรือผู้ประนอม และ (4) สื่อสิ่งพิมพ์ที่จัดทำโดย candidate และ adjudicators รวมทั้งสุนทรพจน์เรื่องที่เกี่ยวข้องซึ่งได้กล่าวในที่สาธารณะ

(2.5) Code of Conduct for arbitrators and mediators ของ CETA²⁴ : Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, the European Union and its member states หรือ CETA ได้ตราประมวลจริยธรรมฉบับนี้ขึ้นเพื่อใช้บังคับกับผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาท รวมทั้งผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเพื่อให้คู่พิพาทหรือคู่กรณีแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทด้วย โดยถือเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระเป็นกลาง และปราศจากอคติ รวมทั้งต้องหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อนไม่ว่าจะทั้งทางตรงหรือทางอ้อม นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ ความสัมพันธ์ หรือประเด็นที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นกลาง หรืออาจก่อให้เกิดอคติต่อการดำเนินการกระบวนการพิจารณาได้อีกด้วย

²² “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 160.

²³ “(Draft) Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2564, สืบค้นจาก https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf.

²⁴ “Code of Conduct for arbitrators and mediators ของ CETA”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2564, สืบค้นจาก, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-ADD-5/en/pdf#page=32>.

ประมวลฯ ฉบับนี้ ยังได้วางแนวทางเอาไว้อย่างคร่าวๆ ในกรณีของ Candidate ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ (คำนิยามปรากฏใน Article 1 ของประมวลฯ) ว่า ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดี หรือผลของการพิจารณาคดี, ผลประโยชน์ทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในศาล หรือการเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่น หรือคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนี้ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวครอบคลุมไปถึงนายจ้าง หุ้นส่วน องค์กรทางธุรกิจ ตลอดจนสมาชิกในครอบครัวของ Candidate ด้วย นอกจากนี้ Candidate ยังต้องเปิดเผยข้อมูลทางการเงิน ทางธุรกิจ ด้านวิชาชีพ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวและทางสังคมที่มีต่อคู่พิพาทที่มีผลประโยชน์ได้เสียในคดี หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาท หรือความสัมพันธ์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับนายจ้าง หุ้นส่วน องค์กรทางธุรกิจ หรือสมาชิกในครอบครัวของ Candidate ด้วย และจะต้องเปิดเผยสุนทรพจน์ซึ่งกล่าวในที่สาธารณะ การนำเสนอข้อมูลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนี้หรือที่อาจมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน (หน้าที่ดังกล่าวปรากฏแนวทางเอาไว้ใน Article 4 ของประมวลฯ)

(3) แนวคำพิพากษาของศาลไทย

ศาลไทยได้รองรับหลักความเป็นกลางและเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการว่าเป็นคุณสมบัติที่สำคัญเช่นกัน โดยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553 ได้รับรองเอาไว้ว่า

**ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญ
ที่จะเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาท
หากอนุญาโตตุลาการปราศจากเสียซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระแล้ว
คู่พิพาทก็จะไม่ได้รับความเป็นธรรมและกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ได้รับการยอมรับ**

ตัวอย่างเช่น

3.1 กรณีอนุญาโตตุลาการโอนหุ้นให้แก่คู่พิพาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553 ได้พิจารณาว่า แม้ผู้คัดค้านที่ 1 จะไม่ใช่ผู้ถือหุ้นที่แท้จริงของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดีอนุญาโตตุลาการนี้ก็ตาม แต่ผู้คัดค้านที่ 1 เป็นผู้ลงชื่อโอนหุ้นให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชาย่อมต้องรู้อยู่ก่อนแล้วว่าหุ้นของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ออกในนามของตนเอง แม้ผู้คัดค้านที่ 1 จะเห็นว่าตนไม่มีส่วนได้เสียในการซื้อหุ้นของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 แต่ผู้คัดค้านที่ 1 ก็มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนให้คู่พิพาททราบ การที่ผู้คัดค้านไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการขัดต่อหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ผู้คัดค้านที่ 1 จึงไม่อาจทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการรวมทั้งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการได้

3.2 กรณีเคยเป็นทนายความและว่าความในชั้นศาลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในเหตุการณ์เดียวกันกับข้อพิพาทในคดีนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3542/2561 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ส. ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเคยเป็นทนายความของ ฟ. ซึ่งประกอบธุรกิจประกันภัย และรับประกันภัยความเสียหายทรัพย์สินในเหตุการณ์เดียวกันกับคดีนี้ โดย ส. เป็นทนายความจำเลยในคดีดังกล่าว ให้การต่อสู้คดีในทำนองว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการก่อความไม่สงบของประชาชนที่ลุกฮือขึ้นต่อต้านรัฐบาลและเป็นการก่อการร้ายเข้าข้อยกเว้นความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งมีผลให้บริษัทประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ต่อมา ส. ได้มาเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ ย่อมมีแนวความคิดเห็นทำนองเดียวกับคดีที่ตนเคยเป็นทนายความในคดีดังกล่าว ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญต่อความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการหรือความสงสัยต่อความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงตั้งแต่เข้าเป็นอนุญาโตตุลาการ

ตลอดจนตลอดเวลาที่ยังคงดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการด้วย การที่ ส. ไม่เปิดเผยถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ร้อง ทั้งสิบสี่ไม่อาจทราบเพื่อที่จะได้มีโอกาสคัดค้านเสียตั้งแต่แรก นอกจากนี้การที่ ส. เป็นนายความจำเลยในคดีดังกล่าว แม้จำเลย ในคดีดังกล่าวกับผู้คัดค้านในคดีนี้เป็นคนละบริษัทกัน แต่เหตุการณ์ที่ต้องพิจารณาในคดีดังกล่าวกับคดีนี้เป็นเหตุการณ์ เดียวกัน ถือว่ามีผลประโยชน์ในทางคดีเกี่ยวข้องกัน ผู้คัดค้านย่อมคาดหวังว่า ส. น่าจะมีความคิดเห็นไปในทำนองเดียวกับคดี ดังกล่าวอันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้คัดค้าน การที่ ส. ไม่เปิดเผยถึงข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นกลาง และเป็นอิสระ หรือเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนตามมาตรา 19 จึงทำให้องค์ประกอบและ กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 40 (1) (จ) ย่อมส่งผลให้การยอมรับหรือการบังคับ ตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 (2) (ข) ศาลชอบที่จะ เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตรา 40

อย่างไรก็ดี คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองในบางคดี ที่อาจมีความสับสนที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นการ อำนาจการตามหลักความเป็นกลางและปราศจากอคติของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เช่น คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ ค. 3/2560 ที่วินิจฉัยว่า การที่ผู้คัดค้านที่ 2 ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นพนักงานอัยการเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายผู้คัดค้านที่ 6 ในข้อพิพาท หมายเลขดำที่ 52/2556 ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระบวนข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ไม่มีเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ดังนั้น การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้คัดค้านที่ 2 จึงไม่ขัดต่อมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

(4) การกำหนดเรื่องจริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของคณะอนุญาโตตุลาการ

4.1 ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม²⁵ : ประมวลจริยธรรมฯ ได้กำหนดถึงเรื่องจริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงเอาไว้ในหมวดที่ 3 ข้อ 12 กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับการร้องขอเป็นอนุญาโต-ตุลาการ ก่อนที่จะเข้ารับหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งในความรู้สึกของคู่พิพาทอาจก่อให้เกิดความสงสัยอันสมควร ในความเป็นอิสระและเป็นกลางของตนอันประกอบด้วยข้อเท็จจริงคือ (1) ต้องเป็นเรื่องผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ อื่นใดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในผลของการอนุญาโตตุลาการ (2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเงิน ธุรกิจไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาชีพ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือทางสังคม ซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลาง ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้ต้องเปิดเผยไม่ว่าผู้ได้รับการร้องขอจะเป็นอนุญาโตตุลาการเอง สมาชิกในครอบครัว นายจ้าง หรือผู้ร่วมธุรกิจ ของตนจะมีความเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการคนอื่น คู่พิพาทฝ่ายใด หน่วยงาน หรือบุคคลที่อาจต้องมาเป็นพยานในคดี

นอกจากหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงตั้งแต่ช่วงก่อนรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นๆ แล้ว ภายหลังจากที่ มีการแต่งตั้งหรือระหว่างกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องไม่เข้าไปมีความเกี่ยวพันไม่ว่ากับคู่พิพาทฝ่ายใด หรือบุคคลใดไม่ว่าด้านการเงิน ธุรกิจ อาชีพ หรือความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือสังคม อันอาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัย อันควร ในความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของตนในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ อนึ่ง ภายหลังจากคำชี้ขาด เรียบร้อยแล้ว ภายใต้อำนาจอันสมควร คณะอนุญาโตตุลาการควรที่จะหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามที่กล่าวไป ซึ่งอาจทำให้คู่กรณี หรือบุคคลอื่นเข้าใจได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการได้รับหรือคาดหวังที่จะได้รับ ผลประโยชน์เช่นนั้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวปรากฏในข้อ 10 วรรคหนึ่งและวรรคสองของประมวลจริยธรรมฯ

²⁵ “ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ” เข้าถึงเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/18870>.

4.2 ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558²⁶ : หลักการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและปราศจากอคติ รวมทั้งเป็นอิสระจากคู่พิพาทปรากฏกระจายตัวอยู่ในบทบัญญัติหลายข้อของข้อบังคับฉบับดังกล่าว โดยครอบคลุมตั้งแต่เรื่องก่อนที่จะได้รับการเสนอชื่อ เรื่อยไปจนกระทั่งภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ออกคำชี้ขาดเรียบร้อยแล้ว กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการต้องไม่เสนอตัวต่อคู่พิพาทเพื่อให้ได้รับการแต่งตั้ง แต่อาจแสดงเจตนาไว้เป็นการทั่วไป ต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้ (ข้อ 3), ด้านการปฏิบัติหน้าที่ อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทฝ่ายใด จะต้องวางตนเป็นกลางและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระ และให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย (ข้อ 6), ภายหลังได้รับการแต่งตั้งจนกระทั่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุด อนุญาโตตุลาการจะไม่เข้าไปมีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ว่าด้านธุรกิจ อาชีพ หรือความสัมพันธ์ทางครอบครัว อันอาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัยอันควรในความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของตนในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ (ข้อ 8) นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่รับของขวัญ หรือของกำนัล หรือประโยชน์อื่นใดจากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมด้วย (ข้อ 12)

อนึ่ง สำหรับแบบคำรับรองแสดงข้อเท็จจริงสำหรับบุคคลกรณีรับว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ในปัจจุบัน จะกำหนดเอาไว้ โดยมีรายละเอียดมากยิ่งขึ้น เช่น เป็นหรือเคยเป็นลูกจ้างของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือของบริษัท หรือหน่วยงานในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่, เป็นหรือเคยเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของคู่พิพาทหรือบริษัทหรือหน่วยงานในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่, เป็นหรือเคยเป็นที่ปรึกษา ผู้รับมอบอำนาจ ทนายความ หรือผู้รับจ้าง ผู้ให้บริการ หรือผู้ให้ความเห็นใดๆ แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือให้แก่บริษัทหรือหน่วยงานในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่ากระทำในนามส่วนตัวหรือหน่วยงานที่สังกัดหรือไม่, การเป็นเครือญาติกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (กรณีเป็นบุคคลธรรมดา) หรือกับที่ปรึกษา ผู้รับมอบอำนาจ หรือทนายความของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่, การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญซึ่งอาจขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทนี้, การมีผลประโยชน์ได้เสียไม่ว่าในทางใดๆ เกี่ยวข้องอยู่ในข้อพิพาทนี้ รวมทั้งเปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวเปิดเผยถึงเหตุอันใดซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและสมควรจะต้องเปิดเผยให้คู่พิพาททราบด้วย

ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้การเปิดเผยข้อเท็จจริงมีแนวทางที่ชัดเจนและสอดคล้องการดำเนินการในระดับสากลมากยิ่งขึ้น รวมทั้งเป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งระบบ สมควรให้หน่วยงานหรือสถาบันที่ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเข้าร่วมหารือและกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับแบบคำรับรองข้อเท็จจริงดังกล่าวโดยอาจมีการปรับปรุง เช่น การเพิ่มเติมข้อเท็จจริงใน Non waivable red list ของ IBA ซึ่งถือว่าเป็นเหตุที่มีความร้ายแรงและทำให้บุคคลดังกล่าวไม่อาจปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะอนุญาโตตุลาการได้เลยทีเดียว อาทิ การเป็นหรือเคยเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบและควบคุม หรือทำหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันในทางควบคุมกำกับดูแลกิจการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือการเพิ่มเติมเรื่องข้อเท็จจริงในตาม Waivable red list (เป็นกรณีที่บุคคลอาจรับเป็นอนุญาโตตุลาการได้ หากเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นให้คู่พิพาททราบแล้ว และคู่พิพาทยังคงให้ความยินยอมให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่) ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้มีบางส่วนที่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลไทยรวมทั้งศาลของต่างประเทศ เช่น กรณีที่อนุญาโตตุลาการเคยมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนั้นมาก่อน กล่าวคือ อาจเป็นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ระงอม หรือที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเคยให้ความเห็นในพฤติการณ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนี้, สมาชิกในครอบครัวที่ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ส่วนตนหรือผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น (ส่วนนี้มีความคล้ายคลึงกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา แต่เรื่องเหตุคัดค้านผู้พิพากษาจะมุ่งเน้นไปที่ความสัมพันธ์ที่มีต่อกันในเชิงลบ

²⁶ “ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558”, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนพิเศษ 149 ง เผยแพร่เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2558, เข้าถึงเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2558/E/149/21.PDF>.

หรือเชิงขัดแย้งมากกว่า เช่น มีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาซึ่งผู้พิพากษารายนั้นเอง หรือภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ ภริยา หรือ ญาติทางสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง) นอกจากนี้ อาจเพิ่มขอบเขตในกรณีที่มีความสัมพันธ์อย่างมีนัยยะสำคัญกับบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องในคดี ซึ่งนอกเหนือจากคู่พิพาทหรือบริษัทในเครือ อาทิ ที่ปรึกษา หรือพยานผู้เชี่ยวชาญในคดี เป็นต้น

นอกจากนี้ เนื่องจากการรับเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีใดๆ นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เพียงพอ (Availability) เพราะการที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณามากเกินไปอาจกระทบต่อระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในข้อพิพาทคดีนี้ด้วย ข้อเท็จจริงดังกล่าวควรเปิดเผยนับตั้งแต่ขั้นตอนที่ได้รับการเสนอชื่อโดยคู่พิพาท ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นอำนาจและสิทธิ์ขาดของคู่พิพาทที่จะตัดสินใจว่าสมควรจะแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในคดีหรือไม่นั่นเอง จะเห็นได้จากแบบฟอร์ม Statement of acceptance, availability, impartiality and independence ของ ICC นั้น จะเพิ่มเติมตารางกำหนดนัดล่วงหน้าถึง 3 ปี อย่างไรก็ดี เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย ก็อาจกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมคือ ต้องแจ้งกำหนดการล่วงหน้า ประมาณ 6 เดือน – 1 ปี เป็นต้น

บทสรุป

เรื่องการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น นับว่าเป็นเรื่องสำคัญ เพราะอาจเป็นเหตุนำไปสู่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น การกำหนดพอสั่งขេว่ากรณีใดที่อยู่ในขอบข่ายที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบ้าง ก็น่าจะเป็นการดีที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการรับทราบถึงหน้าที่ของตน นอกจากนี้ ยังเป็นการลดปัญหาการถูกคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่เพราะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ซึ่งอาจกระทบกับกระบวนการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งเป็นเหตุที่อาจถูกเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการยกระดับและส่งเสริมให้เกิดความเชื่อมั่นต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ก็น่าจะเป็นการดีหากหน่วยงานตลอดจนสถาบันที่ให้บริการด้านงานคดีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยจะวางแนวทางในการเปิดเผยข้อเท็จจริงและแบบคำรับรองการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นมาตรฐานร่วมกัน