สำนักงานวิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานและปัญหาในวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

2.1 หลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง เนื่องจาก กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่น และไม่เป็นทางการดังเช่นศาล แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการคือ คู่กรณีสามารถมีอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาให้เป็นตามการตกลงของคู่กรณีที่ต้องการให้กระบวนการระงับข้อพิพาทเหมาะสมกับเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามข้อตกลงของคู่สัญญาอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้น คำชี้ขาดอาจจะถูกเพิกถอนหรือปฏิเสธในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่ในความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการย่อมต้องมีขอบเขตในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการด้วย โดยต้องอยู่ในขอบเขตของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ซึ่งคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการต้องยึดถือเป็นหลักในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ในหลักการพื้นฐานที่เป็นหัวใจสำคัญของวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คือ

1.)หลักความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

2.)หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ

ฉะนั้นควรศึกษาถึงหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เพื่อเกิดความเข้าใจในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด เนื่องจากหลักการดังกล่าวยังเป็นหลักการที่สำคัญที่ใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดอีกด้วย

2.1.1 หลักความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

หลักความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งในการส่งเสริมประสิทธิภาพต่อการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เพราะความจำเป็นอย่างยิ่งที่การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่าง

ประเทศที่ต้องเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์มาตรฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาของแต่ละประเทศ ซึ่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่มีความคุ้นเคย หลักการดังกล่าวนี้ยังถือเป็นหัวใจของการอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่ที่แสดงถึงความเชื่อมั่นว่าคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้อย่างยุติธรรมและเป็นระเบียบเรียบร้อยสามารถนำไปสู่การระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม[1] เป็นเหตุผลหลักที่ทำให้คู่กรณีเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ไม่เพียงแต่คู่กรณีเท่านั้นที่มีความเป็นอิสระสามารถกำหนดวิธีพิจารณา แต่อนุญาโตตุลาการก็สามารถมีอิสระกำหนดวิธีพิจารณาได้ด้วยเช่นกัน แต่ต้องอยู่ภายใต้กรณีที่ไม่มีข้อตกลงของคู่กรณีกำหนดวิธีพิจารณาไว้ โดยหลักการความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาทั้งคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายต้นแบบ มาตรา 19 Determination of Rlues บัญญัติว่า

"1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this law, conduct the arbitration in such manner as it consider appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence"

หลักการนี้เป็นที่ยอมรับทั้งในประเทศที่ยอมรับกฎหมายต้นแบบนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ[2] หรือแม้แต่ประเทศที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ[3] ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 3 ประการ [4]คือ

---

[1] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994) p.564

[2] ประเทศเยอรมัน ,ZPO section 1042 (4)

[3] ประเทศเบลเยี่ยม , Judicial Code Article 1693 ,ประเทศอังกฤษ,England Arbitration Act 1996 section 34 (1) ,ประเทศฝรั่งเศส NCPC Article 1494, ประเทศเนเธอร์แลนด์ The Netherlands Arbitration Act 1986 Article 1036

1) คู่กรณีมีอิสระที่ตกลงในการกำหนดกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่ใช้สำหรับดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป ทั้งนี้อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบังคับ (Mandatory Provision)
2) ในกรณีไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณา ตามที่ตนเห็นสมควร ทั้งนี้อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบังคับ และไม่ใช่บทบังคับ
3) อำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวรวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

ซึ่งสามารถแยกหลักการอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ได้ 2 ประการ คือ หลักความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และหลักความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการกำหนดวิธีพิจารณา

2.1.1.1หลักความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

หลักความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นที่ยอมรับกันมานานว่าเป็นหัวใจของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเห็นได้จากในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เช่น Protocal Geneva 1923 Article 2 บัญญัติว่า " The arbitral procedure ,including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties ..." และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (New York Convention) มาตรา V 1 (d) เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ บัญญัติว่า "The arbitral procedure was not in accordance with agreement of the parties " จากอนุสัญญาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีย่อมทำให้คำชี้ขาดดังกล่าวไม่สามารถยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้

---

[4] Holtzmann, Howard M.and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary . p.564

การที่คู่กรณีมีอิสระสามารถตกลงกันใช้วิธีพิจารณาของสถาบัน หรือเลือกใช้เพียงกฎเกณฑ์ของสถาบันมาดัดแปลงโดยไม่ได้เลือกใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้เพื่อให้เหมาะสมกับเนื้อหาแห่งคดีของตน[5] หรือแม้กระทั่งเลือกใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาหรือกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ โดยอาจตกลงกันเฉพาะในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายกังวลเป็นพิเศษ โดยไม่นำกฎเกณฑ์ที่มีอยู่มาใช้กับการดำเนินกระบวนพิจารณาก็ได้[6] แต่ความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้กรอบของบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปนั่งพิจารณาคดี (lex loci arbitri) [7] เช่น ในกฎหมายต้นแบบ มาตรา 19 บัญญัติว่า "Subject to the Provision of this law ..." หรือในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 1036 บัญญัติว่า " Subject to the Provision of this Title ..."

ซึ่งคำว่า "Subject to" หมายถึง การตกลงเลือกวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาคดีนั้น บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมิได้จำกัดการตกลงเลือกวิธีพิจารณาของคู่กรณีไว้ทั้งหมด แต่หมายถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทบังคับเท่านั้นที่คู่กรณีไม่สามารถที่ตกลงกำหนดวิธีพิจารณาให้แตกต่างจากบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับของกฎหมายแห่งสถานที่พิจารณาอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับมีวัตถุประสงค์ที่ป้องกันหรือเยียวยามิให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการโดยมิชอบ เช่นการปฏิเสธความยุติธรรม หรือการละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา[8]และเพื่อให้ศาลมีบทบาทเข้ามา

---

[5] van Houtte, Hans, "Conduct of Arbitral Proceeding", in Essays on International Commercial Arbitration, ed.Petar Sarcevic, (Martinus Nijhoff, 1989), p.114

[6] มนู รักวัฒนกุล, หลักการพื้นฐานการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, วารสารนิติศาสตร์ ปี 32 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2545) :780

[7] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993) , p.371

[8] A/CN.9/207, para19

แทรกและควบคุมให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรม[9]

เมื่อบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับเป็นการกำหนดขอบเขตของความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่การที่พิจารณาว่าบทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับหรือไม่นั้นจะพิจารณาอย่างไร ซึ่งในกฎหมายอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศจะมีบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับที่แตกต่างกัน แต่จะสามารถพิจารณาในเบื้องต้นจากถ้อยคำของกฎหมายที่บัญญัติว่า "เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันเป็นอย่างอื่น" เป็นบทบัญญัติที่ไม่ใช่บทบังคับที่คู่กรณีสามารถตกลงกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่นได้ แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่า บทบัญญัติใดที่มิได้บัญญัติถึงถ้อยคำดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับทั้งหมด[10]

ในกฎหมายต้นแบบจะกำหนดแบ่งแยกระหว่างบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับและไม่ใช่บทบังคับโดยจะพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งบทบัญญัติที่ไม่ใช่บทบังคับในกฎหมายต้นแบบได้แก่มาตรา 2,3,11,13 เป็นต้นและบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับได้แก่ มาตรา 18,24(2),(3),27 เป็นต้น รวมถึงในพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ ค.ศ. 1996 ที่กำหนดบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 4(1) และตารางท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่การกำหนดถึงลักษณะของบัญญัติที่เป็นบทบังคับไม่สามารถกำหนดแต่เพียงการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ต้องให้มีการพัฒนาทางด้านทฤษฎีทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลด้วย[11]

---

[9] Park, William W., The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration, International and Comparative Law Quarterly 31 (1983): 21

[10] Broches, Aron, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers,1990) ,p.97

[11] Sanders, Het nieuwe arbitragerecht, at 4 et seq อ้างถึงใน Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration. p.372 และ Mustill Michael J. and Boyd, Stewart C.,Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition . (London: Butterworths, 2001),p.37

ในการกำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีจะไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาไว้ ดังนั้นคู่กรณีมีอิสระในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ที่ตกลงกันไว้ได้ตลอดเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือในระหว่างกระบวนพิจารณาก็ได้ ดังนั้นในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณา คู่กรณีอาจตกลงเกี่ยวกับกฎเกณฑ์กระบวนพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับต่อไปภายหน้า หรือแม้กระทั่งย้อนกลับไปใช้กฎเกณฑ์ที่เคยตกลงกันไปก่อนหน้านี้ก็ได้[12] แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศเบลเยี่ยมจะกำหนดกรอบระยะเวลาในการตกลงเลือกวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีในมาตรา 1693 (1) บัญญัติว่า "Without prejudice to the provision of Article1604, the parties may decide on rules of the arbitral procedure and on the place of arbitration. If the parties do not indicate their intention before the first arbitrator has accepted his office, the decision shall be matter for the arbitrators." ที่ให้คู่กรณีเลือกกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการก่อนที่อนุญาโตตุลาการคนแรกตกลงยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดวิธีพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการก็จะดำเนินการกำหนดกฎเกณฑ์ตามที่ตนเห็นสมควร[13] ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่เมื่อมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการและเริ่มดำเนินกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่ตนเองเห็นสมควร[14]

---

[12] van Houtte, Hans, "Conduct of Arbitral Proceeding", in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p.114

[13] Stone,Marcel, Demeulenaere,Bernadette, A handbook on International Commercial Arbitration in Belgium (Kluwer Law and Taxation,1989), p.74

[14] Sanders, " Chapter 12 : Arbitration", in Cappelletti (ed), IECI Vol XVI: Civil Procedure (Mohr Siebeck and Martinus Nijhoff 1996) para 157, 102-3 อ้างถึงใน Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. ,Kroll,Stefan M. ,Comparative International Commercial Arbitration , (Hague: Kluwer Law International ,2003), p.525

2.1.2 ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการกำหนดวิธีพิจารณา

เนื่องจากคู่กรณีอาจจะกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาที่ตนเองต้องการเป็นพิเศษได้ แต่คู่กรณีย่อมไม่สามารถตกลงกันได้อย่างครอบคลุมทั้งหมด ซึ่งส่วนใหญ่ประเด็นอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาจะไม่ได้กำหนดไว้ ฉะนั้นในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายในวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาเพื่ออุดช่องว่างตามที่ตนเองเห็นสมควร เพราะเมื่อพิพาทกันแล้วจะตกลงกันได้ยากแม้ในเรื่องวิธีพิจารณา[15] โดยที่อนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงความรวดเร็ว , ประหยัด และความยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทด้วย หลักความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายต้นแบบ มาตรา 19 (2) ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น

แม้ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่ตนเห็นสมควร แต่ความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการใช่ว่าจะสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างไม่มีขอบเขต อนุญาโตตุลาการต้องอยู่ในขอบเขตของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ และข้อตกลงของคู่กรณีในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการด้วย[16] ในหลักการของการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการอาจเสนอข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ความเห็นชอบ ซึ่งการให้ความเห็นชอบของคู่กรณีก็อาจจะกระทำในขั้นตอนเริ่มต้นของกระบวนพิจารณา เช่น ในกรณีที่มีข้อตกลงให้ทำ "ข้อกำหนดกรอบอำนาจ" (Terms of Reference) เป็นเอกสารที่อนุญาโตตุลาการร่างขึ้นในช่วงเริ่มต้นของการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยพิจารณาจากคำเสนอข้อพิพาทและคำคัดค้าน ตลอดจนคำคู่ความต่างๆที่คู่กรณียื่นต่ออนุญาโตตุลาการในเบื้องต้น และนำข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีตลอดจนประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นมาสรุปไว้ในเอกสารดังกล่าว โดยอาจกำหนดกรอบของวิธีพิจารณาข้อพิพาท และระบุข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้กับการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการต่อไปไว้ แล้วจึงให้คู่กรณีทุกฝ่าย รวมทั้งอนุญาโตตุลาการลงลายมือ

---

[15]ความเห็นของรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ให้ไว้ในวันที่ 9 มิถุนายน 2548 ในการตรวจร่างวิทยานิพนธ์ ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

[16] A/CN 9/216, para56

ซื่อไว้เป็นหลักฐาน[17] หรือมิฉะนั้นอนุญาโตตุลาการอาจได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณีโดยปริยายในระหว่างที่มีการประชุมเพื่อเตรียมพิจารณาคดี (pre-hearing conference) ที่เห็นด้วยในโครงสร้างในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยที่คู่กรณีมิได้คัดค้าน นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะเสนอกฎเกณฑ์ข้อบังคับในระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ความเห็นชอบก็ได้ แต่หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีความเห็นไม่ตรงกันในกฎเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการเสนอมา โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งคัดค้านไม่เห็นด้วยกับคู่กรณีอีกฝ่ายเห็นด้วยกับกฎเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการเสนอ อนุญาโตตุลาการต้องใช้ดุลพินิจของตนเองพิจารณาว่าจะปฏิบัติตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือตนเองจะลาออกจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่กรณีสามารถควบคุมการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่อาจก่อความไม่สะดวกในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี หรือค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นจากกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ ฉะนั้นถ้าในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาคดีกฎเกณฑ์ที่เคยตกลงกันก่อนหน้านี้ไม่มีความจำเป็นที่ใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจสร้างความยุ่งยากในการดำเนินคดีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถโต้แย้งคัดค้านได้ [18]

กรณีที่เกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ว่าอำนาจอนุญาโตตุลาการในการกำหนดวิธีพิจารณา หรือการรับฟังพยานหลักฐานต้องอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงของคู่กรณี และหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ ฉะนั้นหากคู่กรณีตกลงกันว่าพยานหลักฐานใดไม่ให้อนุญาโตตุลาการรับฟัง (Inadmissible) หรือพยานเอกสารชนิดใดเป็นพยานหลักฐานอันมีลักษณะเฉพาะ (The exclusive evidence) ที่อนุญาโตตุลาการต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามพยานเอกสารดังกล่าวเท่านั้นไม่สามารถนำพยานอื่นมาพิสูจน์แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงตามพยานเอกสารได้เว้นแต่พยานเอกสารนั้นเอง ซึ่งอนุญาโตตุลาการก็ต้องผูกพันและปฏิบัติตามข้อตกลงของคู่กรณี[19] แต่หากมิได้ตกลงกัน อนุญาโตตุลาการมีอิสระกำหนดกฎเกณฑ์ในการรับฟัง

---

[17] มนู รักวัฒนกุล, หลักการพื้นฐานดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, วารสารนิติศาสตร์ ปี 32 (ธันวาคม 2545): 782

[18] van Houtte, Hans, "Conduct of Arbitral Proceeding", in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic ,pp.114-115

พยานหลักฐาน และรวมถึงในกรณีหากคู่พิพาทตกลงให้นำกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาอันใดอันหนึ่งมาใช้ ซึ่งมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานรวมอยู่ด้วย อนุญาโตตุลาการย่อมจะต้องถูกผูกพันในการใช้กฎเกณฑ์ที่คู่พิพาทได้ตกลงเลือกไว้ดังกล่าว เช่น กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจคู่กรณีในการนำเสนอพยานหลักฐานเป็นการแถลงเป็นหนังสือ เช่น คำเบิกความของพยานใน UNCITRAL Arbitration Rules Article 25(5),American Arbitration Association Rule Article 32,Rule of London Court of International Arbitration Article 11.4 หรือคู่กรณีตกลงบังคับใช้กฎเกณฑ์การรับฟังพยานบอกเล่า (Hearsay Rules) หรือกฎหมายภายในลักษณะพยานก็ได้[20]

แต่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นที่ยอมรับว่าไม่ผูกพันนำกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของศาลมาใช้ และในทางปฏิบัติยกเว้นในคดีที่ทุนทรัพย์ไม่มากมักจะไม่นิยมที่จะใช้กฎเกณฑ์ในการแสวงหาข้อเท็จจริงของระบบกฎหมาย Common Law หรือระบบกฎหมาย Civil Law มาใช้โดยเฉพาะแต่เพียงอย่างเดียว เนื่องจาก ในปัจจุบันอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยปกติมักจะมีจำนวน 3 คน ซึ่งมาจากต่างเชื้อชาติและวัฒนธรรมรวมถึงมาจากประเทศที่มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ฉะนั้นคู่กรณีมักตั้งทนายความที่มีประสบการณ์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาแบบผสมผสานระหว่างระบบกฎหมายทั้งสองระบบ และมีความเชื่อมั่นที่ตกลงกับคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามที่จะกำหนดโครงสร้างในการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับคดีของตน และอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะไม่นำกฎเกณฑ์อันเป็นทางการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานมาใช้ และโดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการก็จะรับฟังพยานหลักฐานโดยพิเคราะห์จากน้ำหนักของพยานหลักฐานยิ่งกว่าการนำกฎเกณฑ์ที่ว่าพยานหลักฐานใดต้องห้ามมิให้รับฟังหรือไม่มาใช้ ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการจึงมักจะให้น้ำหนักในการรับฟังพยานเอกสารที่นำขึ้นในช่วงเวลาเดียวกัน (comtemporaneous documents) เช่น จดหมายติดต่อและบันทึกต่างๆซึ่งคู่กรณีห้ามแสดงในชั้นพิจารณา ทั้งนี้เอกสารดังกล่าวดังไม่ถูกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านความถูกต้องแท้จริง และในกรณีของการ

---

[19] Holtzmann, Howard M., The Conduct of Arbitral Proceedings in UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration: ICCA Congress Series No. 2. ed Pieter Sanders, (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984), p.133

[20] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary ,p.566

พิจารณาชั่งน้ำหนักคำให้การของพยานบุคคลก็เช่นเดียวกัน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมาจากในแต่ละประเทศที่มีวัฒนธรรมที่ต่างกัน ย่อมมีการพิจารณาชั่งน้ำหนักคำพยานที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคืออนุญาโตตุลาการบางคนอาจให้น้ำหนักแก่บันทึกถ้อยคำพยานน้อย เว้นแต่พยานบุคคลที่ได้ทำบันทึกจะได้มาปรากฏตัวต่อหน้าอนุญาโตตุลาการและได้มีการตรวจสอบจากคู่พิพาทอีกฝ่ายโดยการถามค้านพยานดังกล่าว อย่างไรก็ตามคำให้การพยานบุคคลซึ่งสอดคล้องกับพยานเอกสารนั้นโดยปกติแล้วถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักมาก[21]

2.1.2 หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ

2.1.2.1ความหมายและความสำคัญของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายวิธีพิจารณาและกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานดังเช่นศาล แต่มิได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นแนวทางในการดำเนินกระบวนพิจารณา ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวคือ Due Process หรือ แปลว่า หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา หมายถึง การดำเนินกระบวนพิจารณาโดยพิทักษ์สิทธิของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คือ ต้องรับฟังคดีทั้งสองฝ่ายโดยให้โอกาสคู่ความในการนำสืบคดีของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่จำเป็นต้องให้เวลาเท่ากันในการสืบคดี เพราะความจำเป็นที่ต้องใช้เวลาอาจไม่เท่ากัน[22] หากอนุญาโตตุลาการมิได้ปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ศาลมีบทบาทใช้อำนาจเข้ามาแทรกแซงกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การถอดถอนอนุญาโตตุลาการ , การเพิกถอนคำชี้ขาด หรือ ปฏิเสธยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการได้ เป็นต้น หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นที่ยอมรับทั้งอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ[23]

---

[21] Hunter, Martin, The Procedural Power of Arbitrators under the English 1996 Act, Arbitration International, Vol. 13 No 4, (1997): 351-352

[22] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ.พิมพ์ครั้งที่ 4,(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2545),หน้า 60

(New York Convention) Article V(1)(b) เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาและในกฎหมายต้นแบบมาตรา 18[24] รวมถึงกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน[25] เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีและก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยหลักการดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานที่มีอยู่ในระบบอำนวยความยุติธรรมในทุกระบบกฎหมายทั้ง Common Law และ Civil Law และเป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองแก่คู่กรณีที่ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและเป็นธรรมในการพิจารณาคดี

หากระบบการอำนวยความยุติธรรมใดปราศจากหลักการดังกล่าวแล้วเท่ากับว่าระบบอำนวยความยุติธรรมนั้นได้ปฏิเสธความยุติธรรม ที่มาของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา (Due Process) มาจากรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานในการดำเนินกระบวนพิจารณาต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย[26] ซึ่งแต่ละสังคมอาจให้คำจำกัดความของหลักดังกล่าวไว้แตกต่างกันโดยในประเทศอังกฤษอาจเรียกหลักการดังกล่าวว่า "Natural Justice"[27] หรือแปลว่า "ความยุติธรรมตาม

---

[23] New York Convention Article V (1) (b) บัญญัติว่า "The parties against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case."

[24] Model Law article 18 บัญญัติว่า "The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case."

[25] ประเทศเบลเยี่ยม ,Code Judicial article 1694 (1),ประเทศอังกฤษ, England Arbitration Act 1996 article 33 (1) (a)

[26] อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 8 ของ Schwebel, Stephen M. and Lahne, Susan G.,Public Policy and Arbitral Procedure in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration: ICCA Congress series on 3, ed. Pieter Sanders, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers,1987), p.208

[27] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นำหลักความยุติธรรมมาบัญญัติในมาตรา 17

ธรรมชาติ"[28]หรือ "หลักอันเป็นเนื้อแท้แห่งความยุติธรรม" หมายถึง หลักกฎหมายที่ว่าบุคคลใดก็ตามที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างบุคคล จักกระทำหน้าที่ของตนอย่างเป็นธรรม โดยสุจริต ปราศจากความลำเอียง อย่างเป็นกลาง และให้โอกาสคู่กรณีทุกฝ่ายเสนอคดีและพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มภาคภูมิ[29]

โดย Mustill&Boyd ยังกล่าวว่าหลักดังกล่าวแสดงถึงหลักของความยุติธรรม ฉะนั้นกรณีที่มีการกระทำขัดต่อหลักดังกล่าวควรเรียกว่า "ความไม่ยุติธรรม" (Unfairs) มากกว่าที่เรียกว่า "ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ" (Contrary to Natural Justice) ซึ่งบางครั้งอาจตีความแคบหรือกว้างจนเกินไป[30] ซึ่งทั้งหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ มีหลักการขั้นพื้นฐานเหมือนกัน[31] โดยหลักทั้งสองมีความสัมพันธ์กัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติเป็นหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณานั้นได้นำหลักการดังกล่าวมาจากธรรมนูญการปกครอง (magna carta) ของประเทศอังกฤษ[32] หลักดังกล่าวเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานที่ใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในศาลซึ่งผู้ที่เป็นผู้พิพากษาต้องยึดถือและปฏิบัติตาม เมื่อผู้พิพากษายึดในหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา และเมื่อศาลใช้หลักดังกล่าวในการตรวจสอบการอนุญาโตตุลาการ ถือว่าอนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักนี้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยเช่นเดียวกัน[33]

---

[28]พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ.หน้า 126

[29] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ , การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: โครงการสืบทอดตำราครูนิติศาสตร์ ชุดที่ 1 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2548),หน้า 640

[30] อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 17 ของ Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2ed. (London and Edinburgh: Butterworths, 1989), p.288

[31] Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A Guide to New ICC Rule of Arbitration. (Kluwer Law International, 1998), p.213

[32]Jackson, Paul. Natural Justice 2nd ed.(London: Sweet & Maxwell, 1979), p.10-11

หอสมุดกลาง สำนักงานวิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

โดยหลักการนี้ถือว่าเป็นหัวใจของกฎเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งหมด ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นธรรมนูญการปกครอง (magna carta) ของการดำเนินกระบวนพิจารณา และถือว่าเป็นบทบัญญัติอันมีลักษณะเป็นบทกฎหมายบังคับ ฉะนั้น อนุญาโตตุลาการจะใช้ดุลพินิจในการเลือกข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่ตนเองเห็นสมควรเนื่องจากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ อนุญาโตตุลาการต้องใช้ดุพินิจอยู่ภายใต้หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือในกรณีที่คู่กรณีจะตกลงกฎเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะในการดำเนินกระบวนพิจารณา ไม่สามารถจะตกลงกฎเกณฑ์ที่ขัดต่อหลักดังกล่าวได้ซึ่งความอิสระในการกำหนดกฎเกณฑ์ของคู่กรณีต้องอยู่ภายใต้หลักดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน[34]

แต่การให้โอกาสคู่กรณีในการนำเสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่ดังเช่นในกฎหมายต้นแบบที่ได้บัญญัติไว้อาจจะไม่เหมาะสม เนื่องจากถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบอาจเปิดช่องให้เกิดข้อโต้แย้งจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ไม่พอใจต่อคำชี้ขาดอาจหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นคัดค้านหรือต่อสู้ว่าว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เช่น ไม่ได้รับโอกาสในการคัดค้านพยานหลักฐานของอีกฝ่ายอย่างเต็มที่ หรือไม่ได้รับการจัดสรรเวลาในการนำสืบพยานหลักฐานในระยะเวลาที่เท่าเทียมกันกับอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจใช้เป็นเหตุผลในการพยายามร้องขอนำสืบพยานหลักฐานใหม่ๆ เป็นต้น[35]

เจตนารมณ์ที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีเท่าเทียมกันอย่างเต็มที่นั้น มิได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามข้อเรียกร้องที่ปราศจากเหตุผลอันสมควรของคู่กรณี โดยให้สิทธิแก่คู่กรณีในการขัดขวางกระบวนพิจารณาโดยพยายามเตะถ่วงกระบวนพิจารณาด้วยวิธีการต่างๆ เช่น พยายามยื่นคำคัดค้านหรือยื่นคำร้องแก้ไขคำคู่ความต่างๆ เข้ามา

---

[33] Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2nd ed, p.299

[34] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary ,p.559

[35] มนู รักวัฒนกุล, หลักการพื้นฐานดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, วารสารนิติศาสตร์ ปี 32 (ธันวาคม 2545): 776

ในกระบวนพิจารณา หรือยื่นขอสืบพยานเพิ่มเติมก่อนที่จะมีคำชี้ขาดเพียง 1 วัน เป็นต้น[36]หลักการดังกล่าวไม่ใช้บังคับเพียงในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ใช้บังคับถึงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วย[37]

2.1.2.2 หลักการพื้นฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา

หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นหัวใจหลักในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการต้องยึดถือและปฏิบัติตามเพื่อให้กระบวนพิจารณามีความเป็นธรรม ป้องกันมิให้มีเหตุเพิกถอนหรือทำลายคำชี้ขาดด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างทียมเทียมและไม่ได้รับสิทธิการนำเสนอพยานหลักฐานในคดีของตน ซึ่งหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นการจำกัดความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาของคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการ มิให้คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการกำหนดวิธีพิจารณาที่ขัดต่อหลักดังกล่าวที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับคำชี้ขาด โดยหลักการพื้นฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ใช้ในการอำนวยความยุติธรรมของการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการมีผู้เชี่ยวชาญในด้านการอนุญาโตตุลาการอธิบายถึงหลักการพื้นฐานของหลักดังกล่าวไว้ดังนี้

Rene' David ได้กล่าวว่า "แม้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาและกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานดังเช่นศาล โดยภายใต้กฎหมายหรือข้อตกลงของคู่กรณี คณะอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานบ้างประการในการอำนวยความยุติธรรม ซึ่งหลักการดังกล่าวมีอยู่ในทุกประเทศ ได้แก่

1) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสในการพิจารณาคดี
2) หลักในการโต้แย้งพยานหลักฐาน ในการนำเสนอพยานหลักฐานโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและอนุญาโตตุลาการต้องนำพยานหลักฐานนั้นมาประกอบการตัดสินคดี

---

[36] เรื่องเดียวกัน

[37] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary ,p.552

อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายได้รับโอกาสในการโต้แย้งพยานหลักฐานนั้นด้วย

3) อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินคดีโดยอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นของตนเองและไม่มอบอำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้บุคคลอื่นตัดสินแทน"[38]

Robert Merkin ยังยืนยันว่า "ส่วนใหญ่ในกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานและวิธีพิจารณาต้องอยู่ในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คู่กรณี 4 ประการคือ

(1) สิทธิของคู่กรณีที่ได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมจากอนุญาโตตุลาการ

(2) สิทธิของคู่กรณีให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นไปตามกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานตามที่ตกลงกัน

(3) สิทธิของคู่กรณีแต่ละฝ่ายที่ได้รับโอกาสในการเสนอคดีของตนและโต้แย้งพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(4) สิทธิของคู่กรณีในการได้รับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามมาตรฐานในการตัดสินคดีตามกฎหมายของศาล"[39]

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis , Stefan M. Kroll กล่าวว่า

"คู่กรณีทุกฝ่ายต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสอย่างเต็มที่หรืออย่างน้อยตามพฤติการณ์อันสมควรในการเสนอคดีของตน ซึ่งหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างเป็นธรรมแสดงถึงหลักการดังนี้

(1) คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตนตามพฤติการณ์อันสมควรและโอกาสในการโต้แย้งคดีของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) เพื่อหลีกเลี่ยงความล่าช้าในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยการกำหนดเวลาสั้นๆในการยื่นคำคู่ความและการเสนอข้อต่อสู้ด้วยวาจา

---

[38]David, Rene', Arbitration in International Trade. (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers,1985),p.291

[39] Merkin, Robert, Arbitration Law (London : Lloyd's of London press Ltd, 1991), pp.13-18

(3) ใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อทำคำชี้ขาด

(4) อนุญาโตตุลาการปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเป็นเท่าเทียมกันและเป็นธรรม"[40]

Mustill & Boyd กล่าวว่า มีหลักการพื้นฐาน 3 ประการต้องปฏิบัติคือ

"(1) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสอย่างเต็มที่ในการนำเสนอของตนให้แก่อนุญาโตตุลาการ

(2) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องทราบถึงรายละเอียดในคดีของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามและต้องได้รับโอกาสอย่างเต็มที่ในการนำตรวจสอบและโต้แย้งพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(3) คู่กรณีต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีโอกาสในการนำเสนอคดีของตนและตรวจสอบในคดีของฝ่ายตรงข้าม"

และทั้ง Mustill & Boyd ยังกล่าวอีกว่า

"ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาคดีโดยการเบิกความด้วยพยานบุคคลทั้งหมด ต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานดังนี้

(1) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับแจ้งถึงวันนัดพิจารณา

(2) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีโอกาสตามสมควรแก่พฤติการณ์ในการเสนอคดีพร้อมกับที่ปรึกษาและพยานบุคคลของตน

(3) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสนำเสนอคดีตลอดในกระบวนพิจารณา

(4) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสตามสมควรแก่พฤติการณ์ในการเสนอพยานหลักฐานและข้อโต้แย้งคัดค้านในการสนับสนุนข้อเท็จจริงของตน

(5) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีโอกาสตามสมควรแก่พฤติการณ์ในการตรวจสอบคดีของคู่ความอีกฝ่ายโดยการซักค้านพยานหลักฐาน"[41]

---

[40] Lew, Julian D.M., Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration.p.95

[41] Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2ed, pp.299, 301 และ Mustill Michael J. and Boyd, Stewart

หลักการดังกล่าวที่กล่าวมาข้างต้นเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยในประเทศต่างๆไม่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการกระทำการที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่บางกรณีเท่านั้นที่หลักการดังกล่าวอาจจะได้รับการยกเว้นตามพฤติการณ์อันสมควร[42] เช่น การนำเสนอพยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือยเกินไป ,การนำเสนอพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี หรือการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยได้รับการแจ้งกำหนดวันพิจารณาโดยชอบแล้ว เป็นต้น

ฉะนั้นสรุปได้ว่า จากหลักการพื้นของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ คือ

1) สิทธิที่ได้รับการปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเป็นธรรมและไม่ลำเอียง

2) สิทธิของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ต้องได้รับโอกาสนำเสนอคดีของตนอย่างเท่าเทียมกัน ตามสุภาษิตกฎหมายเรียกว่า "audi alteram partem"

3) หลักในการโต้แย้งพยานหลักฐาน (The principle of contradiction) คือสิทธิของคู่กรณีที่มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านพยานหลักฐานที่ยื่นเสนอโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง[43]โดยจะอธิบายหลักการดังกล่าวประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่อธิบายถึงหลักการดังกล่าวไว้ดังนี้

C.,Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition,(London: Butterworths ,2001) p.187

[43]Thantip Jongjakapun, The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed, (Bangkok : The Thai Arbitration Institution), p.410

[43] van Houtte, Hans, Conduct of Arbitral Proceeding, in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic,p.126

1) สิทธิที่ได้รับการปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองอย่างเป็นธรรมและไม่ลำเอียง

หลักการดังกล่าวไม่เพียงแต่อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งฝ่ายอย่างเป็นธรรมแล้ว แต่ยังหมายความรวมถึงสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่เลือกผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทของตน ที่ต้องอยู่ภายใต้ของหลักการพื้นฐานดังกล่าวด้วย

โดยการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและลำเอียงต่อคู่กรณีสามารถเป็นไปได้หลายกรณี ได้แก่

1.1) สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับสิทธิดังกล่าวอย่างเป็นธรรม เช่น สิทธิในการมีส่วนรวมในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในคดีระหว่าง Socie'te's BKMI และ Siemens กับ Socie'te' Dutco คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในคดีนี้คือ บริษัท BKMI และบริษัท Siemens คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองได้ใช้สิทธิเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการของแต่ละฝ่ายระหว่างคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องด้วย ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองได้คัดค้านว่า บริษัท Dutco ยื่นข้อเรียกร้องให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองฝ่ายละฉบับแยกต่างจากกัน แต่ร้องขอให้หอการค้านานาชาติ (ICC) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวในฐานะที่เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองโดยไม่ให้สิทธิแก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองในการเสนอรายชื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดให้มีองค์คณะอนุญาโตตุลาการสามคน ให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎเกณฑ์ของสถาบันหอการค้านานาชาติ (ICC) ทั้งบริษัท BKMI และบริษัท Siemens ยืนยันว่าข้อเรียกร้องดังกล่าวที่ยื่นต่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองโดยบริษัท Dutco ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองต้องดำเนินกระบวนพิจารณาแยกต่างหากกันเป็นสองคดี ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะเสนอรายชื่อบุคคลผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนได้ อนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดบางส่วน (Partial Award) มีคำสั่งว่ากระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์และมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการแบบพหุภาคี (Multi-party Arbitration) คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองคัดค้านการบังคับคำชี้ขาด โดยศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสตัดสินว่าสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกละเมิดและปฏิเสธการเพิกถอนคำชี้ขาด แต่ศาลสูงของฝรั่งเศสกลับคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ว่า สิทธิของคู่กรณีในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่ละฝ่ายอย่างเป็นธรรมถูกละเมิดจริงซึ่งถือว่าเป็นการขัดต่อหลัก

ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (International Public Policy) และจะตกลงสละสิทธิดังกล่าวไม่ได้[44]

1.2) ในกรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงฝ่ายเดียวเช่น คำพิพากษาของศาลสูงประเทศเยอรมันเมื่อ วันที่ 15 พฤษภาคม 1986 ตัดสินว่า ความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวข้องกับกระบวนพิจารณาภายในประเทศเยอรมันคือ หน้าที่ในการบริหารความยุติธรรมอย่างเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการรวมถึงผู้พิพากษาด้วย แต่ในกรณีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ 1950 ตามมาตรา 7 (England Arbitration Act 1950) ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหลักความสงบเรียบร้อยภายในประเทศเยอรมัน โดยศาลสูงพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่พิสูจน์ให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการวางตัวไม่เป็นกลางอย่างไร และในการเสนอชื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องแต่เพียงฝ่ายเดียวเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ[45]

1.3) อนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการนำเสนอพยานหลักฐานหรือได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม เช่น ในประเด็นพิพาทเดียวกันอนุญาโตตุลาการเรียกพยานหลักฐานจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่เรียกพยานหลักฐานจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ในคดีระหว่าง L' office National du The et Sucre และ Phillippine Sugar Trading (London) Ltd. ที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินแล้วว่า ผู้ซื้อน้ำตาลต้องรับผิดในการปฏิเสธไม่ยอมรับน้ำตาลที่ส่งมาจากผู้ขาย แต่ในการกำหนดค่าเสียหายอนุญาโตตุลาการได้เรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับค่าการตลาดจากผู้ขายฝ่ายเดียว แต่ไม่ได้เรียกพยานหลักฐานของฝ่ายผู้ซื้อ ถือว่าอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยมิชอบในการใช้อำนาจเรียกพยานหลักฐานของฝ่ายผู้ขายเพียงฝ่ายเดียวแต่ไม่เรียกพยานหลักฐานของผู้ซื้อในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับค่าการตลาดเพื่อกำหนดความเสียหาย[46]และในคดีระหว่าง Totem Marine Tug and Barge , Inc v. North America Tawing ,

---

[44] Mantilla-Serrano,Fernando, Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International, Vol. 20 No (4) (2004): 342-343

[45] Ibid

[46] Thantip Jongjakapun, The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed ,pp.410-411

Inc หลังจากที่มีการนำสืบพยานหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเรียบร้อยแล้ว แต่องค์คณะอนุญาโตตุลาการทั้ง 3 คน พบว่ามีการคำนวณรายได้จากการเดินเรือที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหายแตกต่างกัน อนุญาโตตุลาการคนหนึ่งในองค์คณะอนุญาโตตุลาการจึงดำเนินการติดต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเพื่อให้คำนวณค่าเสียหายโดยปราศจากการแจ้งคู่กรณีอีกฝ่ายให้ทราบถึงการติดต่อกับคู่กรณีดังกล่าวและทำคำชี้ขาดโดยใช้ข้อมูลจากคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า เป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยมิชอบ โดยคู่กรณีทุกฝ่ายในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีสิทธิที่ได้รับโอกาสในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม[47]

1.4) ในกรณีการปกปิดพยานหลักฐานที่ได้รับจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะสืบพยานด้วยพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร โดยไม่เปิดเผยต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ในคดี Gerland and Lyn Jones Ltd. กับ Winwood ที่ อนุญาโตตุลาการคนหนึ่งในองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้รับจดหมายจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง แต่ไม่ได้เปิดเผยจดหมายดังกล่าวให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ[48] และในคดีระหว่างบริษัทสัญชาติเยอรมัน F. กับ บริษัทสัญชาติฝรั่งเศส P. ดำเนินกระบวนพิจารณาภายใต้ข้อบังคับสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน และได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงหนึ่งคนในการวินิจฉัยข้อพิพาทตามพยานเอกสารเท่านั้น ซึ่งบริษัทสัญชาติฝรั่งเศส P. ได้ยื่นเสนอจดหมายฉบับหนึ่งให้แก่อนุญาโตตุลาการ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ส่งจดหมายฉบับดังกล่าวให้แก่บริษัทสัญชาติเยอรมัน F. ทำให้ไม่ทราบว่ามีจดหมายดังกล่าวที่ใช้เป็นหลักฐานในคดีนั้นอยู่ด้วย เมื่อบริษัทสัญชาติเยอรมัน F. จึงได้ยื่นจดหมายของรัฐมนตรีแห่งประเทศเยอรมันเพื่อใช้ในการหักล้างจดหมายที่เป็นพยานหลักฐานดังกล่าวแต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้รับฟังจดหมายที่บริษัทสัญชาติเยอรมัน F.ยื่นไว้ ในที่สุดคำชี้ขาดตัดสินให้บริษัทสัญชาติฝรั่งเศส P. เป็นฝ่ายชนะคดี

---

[47] Schwebel, Stephen M. and Lahne, Susan G.,Public Policy and Arbitral Procedure in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration: ICCA Congress series on 3. ed. Sanders, Pieter,p.220

[48] Thantip Jongjakapun,The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed ,p.411

แต่คำชี้ขาดดังกล่าวไม่สามารถบังคับได้ เนื่องจากคำชี้ขาดขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยความเป็นธรรม (Fair Hearing)[49]

2) **สิทธิของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้รับโอกาสนำเสนอคดีของตนอย่างเท่าเทียมกัน**

2.1) สิทธิของคู่กรณีในการนำเสนอคดีโดยตัวแทน คู่กรณีสามารถนำเสนอคดีของตนโดยให้ตัวแทนดำเนินกระบวนพิจารณาแทนไม่ว่าเป็นทนายความ หรือที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านต่างๆ เพื่อให้ตนเองมีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะคดีที่มีประเด็นพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยตัวแทนสามารถเสนอความคิดเห็นของตนเองเพื่อช่วยเหลือคู่กรณีในการสืบพยานและเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายด้วย ดังนั้นสิทธิในการนำเสนอคดีของตนโดยตัวแทนของคู่กรณีถือว่าเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่ แต่เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทของเอกชนที่มีวัตถุประสงค์รักษาความลับของคู่กรณีได้ ในกรณีที่ประสงค์จะรักษาความลับในระหว่างพิจารณาคดีก็ต้องดำเนินคดีแบบลับ (in camera) โดยผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีรวมทั้งตัวแทนของคู่กรณีไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ตัวแทนของคู่กรณีเข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ก็ได้ โดยคู่กรณีตกลงกันอย่างชัดแจ้งไม่นำเสนอคดีโดยตัวแทนก็ได้ โดยเฉพาะเป็นคดีที่มีประเด็นพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเท่านั้น ฉะนั้นหากอนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจตัดสิทธิไม่ให้มีการนำเสนอคดีโดยตัวแทนของคู่กรณีอาจส่งผลให้คำชี้ขาดได้โดยคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีอาจโต้แย้งว่าตนเองไม่ได้รับสิทธิในการเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่[50]

2.2)สิทธิในการได้รับแจ้งกำหนดพิจารณา ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะมิชอบ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทราบถึงกำหนดการวัน เวลา และสถานที่ที่ตนเองจะต้องได้เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[51]อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดวัน เวลา และ

---

[49] Sanders, Pieter, Yearbook Commercial Arbitration ,(Hague : Kluwer Law International,1977) (Vol. II), p. 241

[50] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration 3rd ed (London: Sweet & Mexwell ,1999) pp.330-331

สถานที่ในการพิจารณาให้แก่คู่กรณีทราบ ซึ่งวิธีการแจ้งกำหนดพิจารณาคดีไปเป็นโดยชอบด้วยแล้วแต่วิธีการตามกฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีใช้บริการ หรือกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศโดยเฉพาะกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษการแจ้งกำหนดพิจารณาโดยชอบ (Due Notice) ทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีฝ่ายเดียวได้[52]

ในกรณีที่มีการนำสืบเฉพาะพยานเอกสารเท่านั้น หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องกำหนดตารางเวลาให้คู่กรณียื่นคำคู่ความรวมถึงพยานหลักฐาน และต้องทราบว่าคู่กรณีได้ทราบถึงกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว และต้องแจ้งคู่กรณีทั้งสองทราบถึงวันนัดประชุมเตรียมคดีเพื่อตรวจสอบพยานหลักฐาน โดยต้องกำหนดเวลาให้แก่คู่กรณีมีเวลาอย่างเพียงพอในการยื่นคำคู่ความและการเตรียมคดีของแต่ละฝ่าย[53] การไม่ได้แจ้งให้คู่กรณีทราบถึงกำหนดพิจารณาอาจส่งผลให้คู่กรณีไม่ทราบถึงกระบวนพิจารณาในแต่ละนัดของตนและทำให้สูญเสียสิทธิในการเสนอและโต้แย้งคัดค้านพยานหลักฐานในคดีของตนได้ แต่โดยส่วนใหญ่การที่คู่กรณีไม่ทราบถึงกำหนดพิจารณามักเกิดจากความเข้าใจผิดหรือการสื่อสารคลาดเคลื่อนของคู่กรณีกับอนุญาโตตุลาการมากกว่าที่อนุญาโตตุลาการจะไม่แจ้งให้คู่กรณีได้ทราบถึงกำหนดพิจารณา เช่น ในวันพิจารณาคดีนัดแรกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ในวันที่สองของการพิจารณาคดีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับการแจ้งกำหนดวันพิจารณาคดีนัดต่อไป เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเข้าใจว่าคู่กรณีได้ทราบวันนัดพิจารณาคดีนัดต่อไปแล้ว หรืออาจเป็นกรณีที่คู่กรณีเข้าใจผิดว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีนั้นมีการนำสืบพยานหลักฐานใช้พยานเอกสารเท่านั้นจึงไม่ได้มีการนำพยานบุคคลนำสืบ ทั้งที่ความจริงได้มีการนำสืบพยานบุคคล เป็นต้น[54]ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดความผิดพลาดในการสื่อสารระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและอนุญาโตตุลาการ จึงต้องมีการแจ้งให้คู่กรณีได้ทราบถึงวัน

---

[51] Mustill, Michael J. and Boyd, Steward C., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2nd ed, p.302

[52] Mustill Michael J. and Boyd, Stewart C.,Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition,p.187

[53] Thantip Jongjakapun,The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed ,p.412

[54] Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2nd ed, p.302

เวลา และสถานที่ในการพิจารณาคดีทุกนัด อีกทั้งยังต้องแจ้งให้ทราบถึงวิธีการนำสืบพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการด้วย[55]

2.3) สิทธิในการนำเสนอข้อต่อสู้และพยานหลักฐานของตน ในการวินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานที่ต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีในการนำเสนอพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ของตน อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสิทธิในการนำเสนอทั้งข้อต่อสู้และพยานหลักฐานโดยไม่มีเหตุอันสมควร มิฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกเพิกและเป็นเหตุให้ถูกปฏิเสธในการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของศาลในต่างประเทศได้ แต่หากมีพฤติการณ์อันสมควรแก่เหตุที่คู่กรณีมีเจตนาที่ใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อเป็นการถ่วงเวลา หรือใช้สิทธิของตนจนทำให้กระบวนพิจารณาคดีต้องล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายเกินสมควรอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจในการจำกัดสิทธิดังกล่าวของคู่กรณีตามพฤติการณ์อันสมควรแก่เหตุได้ ซึ่งสามารถแบ่งแยกสิทธิในการนำเสนอข้อต่อสู้และสิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐาน

2.3.1) สิทธิในการนำเสนอข้อต่อสู้ คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสในการนำเสนอข้อต่อสู้ของตนเพื่อเป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ถ้าอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทก่อนที่มีการนำเสนอข้อต่อสู้ของคู่กรณีคำชี้ขาดย่อมอาจถูกเพิกถอนได้[56] แต่สิทธิในการนำเสนอข้อต่อสู้ของคู่กรณีต้องเป็นไปตามพฤติการณ์อันสมควรโดยมิให้คู่กรณีนำเสนอข้อต่อสู้ของตนจนเกินขอบเขต

โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการไม่ใช้อำนาจเข้าไปขัดขวางหรือแทรกแซงการดำเนินกระบวนพิจารณาของคู่กรณีอย่างไม่เป็นธรรม แต่อนุญาโตตุลาการมีสิทธิที่จะพิจารณาถึงค่าใช้จ่าย และความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนพิจารณาของคู่กรณี โดยจะพยายามให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายนำเสนอข้อต่อสู้ให้ตรงกับประเด็นข้อพิพาท และป้องกันมิให้คู่กรณีนำเสนอข้อต่อสู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท โดยเฉพาะในกรณีที่มีการนำสืบเฉพาะพยานเอกสารซึ่งการนำสืบโดยพยานเอกสารมีความรวดเร็วและประหยัดกว่าการนำสืบพยานบุคคล ในทางปฏิบัติต้องให้โอกาสคู่กรณี

---

[55] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew , A practice approach to Arbitration Law . (Blackstone Press Limited ,1999), p. 250

[56] Thantip Jongjakapun,The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed ,p.413

แต่ละฝ่ายในการนำเสนอคดีและให้โอกาสได้มีการโต้แย้งพยานหลักฐานที่คู่กรณีอีกฝ่ายนำเสนอมา ดังนั้นคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีการเสนอข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน ข้อเรียกร้องแย้ง และคำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งอยู่เสมอซึ่งทำให้ต้องใช้เวลานานในการดำเนินกระบวนพิจารณา ฉะนั้น อนุญาโตตุลาการไม่อนุญาตให้ยื่นฟ้องขอเพิ่มเติมคำคู่ความต่างๆ หรือคำร้องขอขยายเวลาในการยื่นคำคู่ความ หากมีพฤติการณ์ที่เชื่อได้ว่าจำเลยต้องการถ่วงเวลา อีกทั้งในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกประเด็นใหม่ขึ้นมาภายหลังจากที่มีการนำสืบพยานหลักฐานเรียบร้อยแล้ว แต่อนุญาโตตุลาการยังมิได้ทำคำชี้ขาด โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธมิให้ยกประเด็นใหม่เป็นประเด็นข้อพิพาท เว้นแต่มีเหตุอันสมควรว่าเหตุใดจึงไม่สามารถหยิบยกประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวในเวลาที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาได้[57]

2.3.2) สิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐาน เป็นสิทธิของคู่กรณีแต่ละฝ่ายที่นำเสนอพยานหลักฐานของตน โดยอนุญาโตตุลาการไม่สามารถตัดสิทธิมิให้คู่กรณีนำเสนอพยานหลักฐานที่ควรรับฟัง มิฉะนั้นกระบวนพิจารณาจะเป็นไปโดยมิชอบ และคำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนในที่สุด[58] อนุญาโตตุลาการมีอิสระไม่อยู่ภายใต้อำนาจของคู่กรณีในการใช้ดุลพินิจรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน รวมถึงความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความเห็นที่แตกต่างกัน และมีอิสระที่จะนำความเห็นที่แตกต่างกันของพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวมาประกอบกันเพื่อนำตัดสินข้อพิพาท โดยต้องให้มีการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่กรณีแต่ละฝ่ายอย่างเต็มที่ และมีอิสระในการสรุปพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งฝ่ายนำเสนอเพื่อใช้ในการทำคำชี้ขาด[59] แต่สิทธิของคู่กรณีในการนำเสนอพยานหลักฐานย่อมมีขอบเขตในการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อมิให้กระบวนพิจารณาล่าช้า และประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนพิจารณา ฉะนั้นหากพยานหลักฐานที่นำเสนอทีไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการย่อมมีสิทธิในการปฏิเสธพยานหลักฐานดังกล่าว หรือเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณา โดยได้มีการแจ้งวันนัดพิจารณาโดยชอบแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายนั้นปฏิเสธไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือเสนอหลักฐาน อนุญาโตตุลาการ

---

[57] Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2nd ed,p.305

[58] Thantip Jongjakapun,The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed, p.414

[59] Grant-Kennedy, Tomas, Arbitration and Natural Justice, The New Zealand Law Journal. (May 2003): 88

ย่อมมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวทันทีที่ทราบว่าคู่กรณีตั้งใจขาดนัดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ หรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำเสนอนั้นเพียงสนับสนุนข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการได้ทำการสรุปข้อเท็จจริงจนเป็นที่ยุติเรียบร้อยแล้วและพยานหลักฐานมีจำนวนมากเกินไปไม่เหมาะสมกับประเด็นข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิเสธพยานหลักฐานที่ไม่จำเป็นในการดำเนินกระบวนพิจารณาได้[60]

3.) **สิทธิของคู่กรณีในการโต้แย้งพยานหลักฐาน**

คู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิได้รับโอกาสในการโต้แย้งข้อต่อสู้และพยานหลักฐานที่คู่กรณีอีกฝ่ายเสนอ มีหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1.) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับทราบถึงข้อต่อสู้และพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอมา เพื่อจะได้ทราบในทุกประเด็นของการพิจารณาคดี

2.) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสในการโต้แย้งข้อต่อสู้และพยานหลักฐาน โดยการซักค้าน และนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้าง และให้โอกาสในการคัดค้านข้อต่อสู้ของคู่กรณีอีกฝ่ายทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงละข้อกฎหมายโดยการคำคู่ความโต้ตอบกัน[61]

อนุญาโตตุลาการต้องให้คู่กรณีได้มีโอกาสได้อธิบายและโต้แย้งพยานหลักฐานที่คู่กรณีอีกฝ่ายได้เสนอมา และอนุญาโตตุลาการต้องไม่อาศัยพยานหลักฐานที่คู่กรณีอีกฝ่ายไม่มีโอกาสได้อธิบายและโต้แย้งพยานหลักฐานดังกล่าวมิฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนได้ แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการต้องกระทำเพียงเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้โต้แย้งพยานหลักฐานที่คู่กรณีอีกฝ่ายเสนอมาเท่านั้น แต่ไม่มีหน้าที่แนะนำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายเพื่อสืบหาข้อเท็จจริงในคดีของคู่กรณีดังกล่าว โดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการที่นำสืบโดยใช้พยานเอกสารเท่านั้น ถ้าคู่กรณีไม่ได้ร้องขอสำเนาพยานเอกสาร

---

[60] Thantip Jongjakapun, The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed ,pp.414-415

[61] Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2nded, p.308

ของคู่กรณีอีกฝ่ายจากอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่ต้องจัดหาสำเนาของคำร้องและพยานเอกสารให้แก่คู่กรณีดังกล่าว[62]

แต่หากในกรณีที่มีการนำสืบพยานบุคคลในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการให้โอกาสคู่กรณีอีกฝ่ายในการซักค้านพยานบุคคลนั้นไม่มีประโยชน์ในการตัดสินคดี ก็สามารถไม่ให้คู่กรณีดังกล่าวซักค้านพยานได้โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ดังเช่นในคดีระหว่าง Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basic, Inc. ซึ่งคู่กรณีทั้งสองเป็นบริษัทยา โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามสถาบันหอการค้านานาชาติ (ICC) โดยได้พิจารณาคดีที่ประเทศฝรั่งเศส ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า การที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่ให้ดำเนินการซักค้านพยานบุคคลในวันถัดไปของคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยในหลักการดังกล่าวอนุญาโตตุลาการต้องให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีโอกาสในการนำเสนอข้อต่อสู้และพยานหลักฐาน และการที่อนุญาโตตุลาการตัดมิให้รับฟังพยานหลักฐานถือว่าเป็นการสูญเสียหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า การตัดมิให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นเป็นการทำลายการดำเนินกระบวนพิจารณาที่เป็นธรรม ศาลอุทธรณ์ เห็นว่าจำเลยยังได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตนอยู่ และอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่า แม้ว่าจะคัดค้านการตัดสิทธิซักค้านพยานบุคคล แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมิได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้พยานบุคคลดังกล่าวอยู่ที่เมือง Paris โดยที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทราบว่าพยานดังกล่าวกำลังจะเดินทางออกจากเมืองดังกล่าว และยังเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้ข้อเท็จจริงจากการนำสืบพยานบุคคลนั้นในการตัดสินคดี[63]

นอกจากนี้ไม่รับฟังพยานหลักฐานเพียงฝ่ายเดียวโดยมิให้คู่กรณีอีกฝ่ายได้รับโอกาสในการโต้แย้งพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความโปร่งใส หมายความว่า อนุญาโตตุลาการต้องไม่สร้างความประหลาดใจให้แก่คู่กรณีในการวินิจฉัยข้อพิพาท กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยให้คู่กรณีได้ทราบถึงพยานหลักฐานที่ใช้ในการ

---

62 Thantip Jongjakapun, The Rule of Natural Justice in Arbitration Hearings, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2nd ed, p.416

63 Mantilla-Serrano,Fernando,Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International. Vol. 20 No (4) (2004): 344-345

T 22490115

ตัดสินข้อพิพาท เพื่อให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบถึงทุกประเด็นในคดี และได้มีโอกาสโต้แย้งและอธิบายทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่มาปรับใช้กับคดี โดยเฉพาะในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเสนอพยานหลักฐานใหม่หลังจากที่มีการแถลงปิดคดีแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินเลือกว่าไม่นำพยานหลักฐานดังกล่าวมาพิจารณา หรือถ้าพยานหลักฐานดังกล่าวมีประโยชน์ต่อคดี ก็อาจตัดสินใจให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ทราบถึงพยานหลักฐานดังกล่าวมีอยู่และเกี่ยวข้องกับคดี และต้องกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเตรียมพยานหลักฐานมาหักล้างแล้วอนุญาโตตุลาการจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาหลักฐานเพื่อตัดสินข้อพิพาท[64] รวมถึงการใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินคดี ไม่ว่าความรู้ความเชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการขัดแย้งต่อพยานหลักฐานที่คู่กรณีที่สองฝ่ายนำสืบ หรืออนุญาโตตุลาการได้ใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญจากข้อเท็จจริงที่ได้จากการเดินเผชิญสืบ ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยให้คู่กรณีแต่ละฝ่าย เพื่อที่จะสามารถนำพยานหลักฐานมาโต้แย้งคัดค้านในประเด็นที่อนุญาโตตุลาการจะใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญในการตัดสินคดี[65]

2.2แนวคิดพื้นฐานและความสำคัญของการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

2.2.1 แนวคิดพื้นฐานในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

กระบวนพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เกิดจากความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ตกลงกันให้ข้อพิพาทนั้นได้ระงับโดยการอนุญาตตุลาการ ซึ่งบรรยากาศในการตกลงกันเพื่อทำสัญญาต่างๆในตอนต้นย่อมมีบรรยากาศที่มีแต่ความเป็นฉันท์มิตรระหว่างกัน แต่บรรยากาศดังกล่าวอาจถูกลืมไปเป็นอดีตทันทีที่เกิดข้อขัดแย้งระหว่างคู่สัญญากันจนกลายเป็นข้อพิพาท ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่คู่กรณีไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา บางครั้งอาจเรียกได้ว่าการการขาดนัดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่แสดงถึงเป็นการขัดแย้งกับลักษณะของความตกลงยินยอมของกระบวนพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

---

[64] Ibid,pp.352-353

[65] Bernstein, Ronald, Tackaberry, John and Marriott, Arthur L., Handbook of Arbitration Practice 3rd ed, (London: Sweet & Maxwell,1998),pp 84-86

การขาดนัด (Default) ซึ่งหมายถึงการจงใจปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือยื่นคำคัดค้าน หรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกระบวนพิจารณาแต่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งบางประการของอนุญาโตตุลาการ หรือการปฏิเสธในการยื่นข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องโดยทุกครั้งคู่กรณีได้รับทราบการแจ้งกำหนดพิจารณาโดยชอบให้ปฏิบัติเช่นนั้นแล้ว[66]

คู่กรณีปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ โดยการปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือขาดนัดพิจารณา เพื่อสร้างอุปสรรคและขัดขวางมิให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปได้ด้วยความรวดเร็ว โดยคู่กรณีไม่ว่าเป็นฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่ถูกเรียกร้องย่อมเป็นฝ่ายที่ขาดนัดได้แต่ส่วนใหญ่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดก็คือคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้อง ดังนั้นเพื่อมิให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการต้องเสียไปเพียงเพราะคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการจึงย่อมมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว (ex parte proceedings) โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลก่อน และอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดนี้ก็เป็นสิ่งที่อนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ แม้สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ระบุไว้ แต่ถ้าหากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาคดีโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่ได้ ดังนี้อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจที่พิจารณาคดีโดยขาดนัดได้[67] อำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ[68] ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณามาเข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้

---

[66] Tunik,Deniel E., Default Proceedings In International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, 1(2) (1998), p.86

[67] อนันต์ จันทรโอภากร.กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล.(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า110

[68] เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษมาตรา 41 (England Arbitration Act 1996 Article 41, กฎหมายการอนุญาโตตุลาการประเทศเยอรมันที่แก้ไขและมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1998 คือ บรรพ 10 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1048 (ZPO, Article 1048)

เพราะในกรณีนี้เป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งไม่สามารถบังคับตัวบุคคลเนื่องจากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้[69]

แต่อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวโดยพิจารณาเพียงข้อต่อสู้และพยานหลักฐานของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว อำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัด ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติทั้งอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาที่เกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับคำชี้ขาด โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวกับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่อนุญาโตตุลาการยึดถือไว้เป็นหลักในการดำเนินกระบวนพิจารณามีความขัดแย้งกันหรือไม่ที่อาจส่งผลต่อการบังคับคำชี้ขาด รวมทั้งในประเด็นที่เกี่ยวกับอำนาจอนุญาโตตุลาการกับอำนาจของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวเพื่อตัดสินข้อพิพาทมีแนวทางปฏิบัติเหมือนกันหรือไม่[70]

2.2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณากับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจาณาฝ่ายเดียว

หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า เป็นหลักการพื้นฐานและถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่ต้องยึดถือและปฏิบัติ ซึ่งก่อนที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีนำเสนอข้อต่อสู้และพยานหลักฐานต่างอย่างเต็มที่ อีกทั้งต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายต้องได้รับโอกาสทราบข้อต่อสู้หรือข้ออ้างและพยานหลักฐานต่างๆของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยถึงความรู้ความเชี่ยวชาญของตนที่ต้องใช้ในการวินิจฉัยตัดสินคดีด้วย เพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้มีโอกาสต่อสู้โต้แย้งในทุกประเด็นของคดี หลักการดังกล่าวเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีทุกฝ่ายให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยชอบและเป็น

---

[69] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการ พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 77

[70] Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration , pp.544-545

ธรรม แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยหลักการดังกล่าวเพื่อพยายามสร้างอุปสรรคและความยุ่งยากในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการมิให้เป็นไปด้วยความรวดเร็วและความเรียบร้อย ซึ่งถือว่าไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีที่ตกลงกันไว้

ฉะนั้นมีข้อสังเกตว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่จากการกระทำของคู่กรณีดังกล่าว อนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาแม้มีเพียงคู่กรณีฝ่ายเดียว เพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว เพื่อให้สอดคล้องวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือไม่

แม้ว่าในหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาต้องการให้อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองอย่างเต็มที่ในการนำเสนอคดีของตนก่อนตัดสินคดีและทำคำชี้ขาด แต่หลักดังกล่าวไม่ห้ามอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวในการตัดสินข้อพิพาทลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการต้องพิสูจน์ว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวได้รับการแจ้งกำหนดพิจารณาโดยชอบ และได้กำหนดเวลาในการเตรียมคดีของคู่กรณีดังกล่าวอย่างเพียงพอ[71]โดยมีศาลในประเทศต่างๆได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณากับการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวเช่น ศาลอุทธรณ์ของประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสินไว้ว่า เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับทราบถึงการแจ้งกำหนดการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้เข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือมิได้ให้ตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวเข้าร่วมกระบวนพิจารณา คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่สามารถยกข้อต่อสู้โดยอาศัยมูลเหตุที่ว่า มีการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา แม้ว่าคู่กรณีดังกล่าวจะอ้างว่าการที่ปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทและกระบวนพิจารณามีความผิดปกติเกิดขึ้น จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวศาลอุทธรณ์ในประเทศฝรั่งเศสใช้ในการลงโทษคู่กรณีที่พยายามทำทุกวิถีทางเพื่อหลีกเลี่ยงผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลัก และสร้างความล่าช้าโดยใช้วิธีการเตะถ่วงมิให้กระบวนพิจารณาดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้ ดังนั้นจึงให้อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้หากคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้รับแจ้ง

---

[71]David,Rene', Arbitration in International Trade.p.293

กำหนดพิจารณาได้รับการแจ้งกำหนดการพิจารณาโดยชอบ หรือคู่กรณีปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาซึ่งคู่กรณีดังกล่าวได้รับแจ้งให้ร้องขอเข้าร่วมกระบวนพิจารณา การที่อนุญาโตตุลาการสามารถใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา

อีกทั้ง ในคดีระหว่าง International Association of Heat & Frost v. General Pipe Covering,Inc. ศาลชั้นต้นของประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินไว้ในชั้นที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกระบวนพิจารณาคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมิได้เข้าร่วมกระบวนพิจารณาด้วย และคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องโต้แย้งคัดค้านว่า กระบวนพิจารณาดังกล่าวขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา เพราะคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ได้นำเสนอคดีของตน แต่ศาลชั้นต้นตัดสินว่า ในหลักดังกล่าวต้องการเพียงให้อนุญาโตตุลาการได้แจ้งให้ทราบถึงกำหนดการพิจารณาเพื่อให้โอกาสในการนำเสนอคดี และคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่อาจทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเสียไปเพียงเพราะคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา[72]

แต่การที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวมีลักษณะในการตัดสิทธิมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณามิให้นำเสนอข้อต่อสู้และพยานหลักฐานของตนถือว่าการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการเป็นการกระทบกระเทือนถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ฉะนั้น อนุญาโตตุลาการควรใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทจากพยานหลักฐานเพียงฝ่ายเดียวเพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาข้างต้น อนุญาโตตุลาการต้องพิสูจน์และยืนยันได้ว่าพฤติการณ์ใดของคู่กรณีที่ถือว่าเป็นการจงใจปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาให้ได้ว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ที่คู่กรณีดังกล่าวไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[73]ซึ่งอนุญาโตตุลาการยากที่จะพิจารณาได้ว่าคู่กรณีใดที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณานั้นจงใจปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[74]

---

[72]van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers,1991) pp.107-108, 232

[73]Ibid, p.109

เพื่อที่อนุญาโตตุลาการควรจะใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อมิให้คำชี้ขาดถูกเพิกถอนได้โดยง่าย เนื่องจากโดยทั่วไปสามารถสันนิษฐานได้ว่า หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งใจปฏิเสธ (Boycotts) ที่ใช้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เพื่อที่ตั้งใจโต้แย้งคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เนื่องจากอาศัยมูลเหตุแห่งการปฏิเสธของการยอมรับหรือการบังคับคำชี้ขาด คือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสอย่างเต็มที่ที่จะนำเสนอคดีของตน[75] ฉะนั้นเพื่อให้คำชี้ขาดมีความสอดคล้องกับมูลเหตุดังกล่าวคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจึงไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ[76]

2.2.2.2แนวคิดเชิงเปรียบเทียบระหว่างศาลและการอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

การขาดนัดพิจารณาเป็นที่รู้จักอย่างดีในการดำเนินคดีทางศาล แต่อย่างไรก็ตามในการดำเนินคดี ศาลมีอำนาจในการบังคับการ (Coercive Power) เหนือทรัพย์สินหรือเหนือบุคคลต่างๆ ได้ ซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐได้มอบหมายให้ศาลยุติธรรมภายในโดยเฉพาะเท่านั้นที่มีอำนาจทำได้[77] ดังนั้นศาลจึงสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวโดยปราศจากการเข้าร่วมกระบวนพิจารณาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (ex parte proceedings)[78] โดยไม่ขัดต่อหลักความยุติธรรมใน

---

[74] โปรดดูหัวข้อ 2.3.1

[75] โปรดดูในเชิงอรรถที่ 25

[76] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration ,p.336

[77] นฤมล กิจสินธพชัย.มาตราคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 69

[78] คำว่า "ex parte" มักใช้ในประเทศอังกฤษ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law หมายถึงการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยตัดสินข้อพิพาทในเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งแตกต่างจากคำว่า "Default" ซึ่งสันนิษฐานไว้ว่า เป็นการพิจารณาโดยรวบรัดซึ่งมิได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งคำว่า"ex parte proceeding" หมายถึงการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวปราศจากการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบและตั้งใจดำเนินกระบวนพิจารณาลับหลังคู่กรณีที่ขาดนัดแต่ในการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดไม่สามารถดำเนิน

การดำเนินกระบวนพิจารณา แต่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดไม่เหมือนกับการดำเนินคดีในศาล เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทมาจากข้อตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเท่านั้น ฉะนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา การที่อนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวนั้นย่อมต้องกระทบกระเทือนถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา[79]

ลักษณะการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดระหว่างศาลกับการอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกัน เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาที่ศาลใช้การดำเนินกระบวนพิจารณา มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนที่ว่ากรณีใดบ้างที่ถือว่าจำเลยขาดนัดโดยใช้กำหนดเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณา และบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดถึงผลของการที่จำเลยขาดนัดด้วย เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 197 บัญญัติว่า "เมื่อจำเลยได้รับหมายเรียกให้ยื่นคำให้การ จำเลยมิได้ยื่นคำให้การภายในระยะเวลาที่กำหนดตามกฎหมายหรือตามคำสั่งศาล ให้ถือว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ" ซึ่งมาตรา 177 บัญญัติระยะเวลาในการยื่นคำให้การว่า "เมื่อได้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องให้จำเลยแล้ว ให้จำเลยทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายใน 15 วัน" เป็นต้น แต่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดนั้น ไม่มีกำหนดเวลาที่ชัดเจนที่ถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัด เช่นคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอาจเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพื่อคัดค้านเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการ และทันทีที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนว่าตนเองมีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทแล้วคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องก็จะไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอีก ซึ่งในการดำเนินคดีทางศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาจะกำหนดหน้าที่ให้คู่ความอย่างชัดเจนโดยใช้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี

กระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวโดยไม่มีการบอกกล่าวโดยชอบให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ได้อาจขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 1 ของ van den Berg, Albert Jan ,Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.207 และในเชิงอรรถที่ 10 ของ Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2ed.p.537 และในเชิงอรรถที่16 ของ Mustill Michael J. and Boyd, Stewart C..Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition.p.44.

[79] Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A.and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration ,p.544

แต่การอนุญาโตตุลาการมีการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ค่อนข้างยืดหยุ่นมากพอสมควร เพื่อที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระมากพอที่ขยายระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาของคู่กรณี กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการพยายามตัดสินข้อพิพาทโดยให้คู่กรณีทุกฝ่ายเข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงผลที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามระยะเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้[80] โดยเฉพาะคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาการเรียกร้องระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา(Iran – United States Claims Tribunal) ที่ขยายระยะเวลาในการยื่นคำให้การถึง 4-5 ครั้งก่อนที่จะพิจารณาบังคับใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rule) มาตรา 28 บัญญัติถึงการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว[81]ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดความล่าช้าในการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และถือว่าเป็นการขยายกำหนดระยะเวลาให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องที่ขาดนัดเป็นการเปิดโอกาสให้จำเลยเตะถ่วงกระบวนพิจารณาให้ล่าช้าอีกด้วย[82]

นอกจากนั้นในการตัดสินข้อพิพาทโดยขาดนัด อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการทำคำชี้ขาดตัดสินให้คู่กรณีที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเป็นฝ่ายชนะคดีโดยขาดนัด (Default Award) ได้ ดังเช่นศาลที่มีอำนาจตัดสินและทำคำพิพากษาให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาชนะคดีโดยขาดนัดได้โดยไม่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี (Default Judgment)[83] เนื่องจากอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งเพื่อตัดสินข้อพิพาท โดยมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทมาจากความยินยอมของคู่สัญญา ซึ่งมีสถานะแตกต่างกับผู้พิพากษาของศาลที่กำหนดบทบาทในการกระบวนพิจารณาคดีของคู่ความโดยกฎหมาย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจตัดสินคดีอย่างรวบรัด (Summary) ดังเช่นศาลที่มีอำนาจตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเป็นฝ่ายชนะคดี

---

[80] Tunik,Deniel E., Default Proceedings In International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review 1998, 1(2), pp.86-87

[81] van Hof, Jacomijn J., Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by Iran-U.S. Claims Tribunal (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers,1993) ,p.200

[82] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration ,p. 470

[83] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration 3rd ed, p.337

โดยขาดนัดได้โดยที่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่ต้องสืบพยานหลักฐานซึ่งการตัดสินดังกล่าวไม่ได้มีการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี

ต่างจากการอนุญาโตตุลาการที่อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดก็ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ตัดสินข้อพิพาทในเนื้อหาแห่งคดีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ดังนั้นเว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น (ไม่ว่าโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ) อนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจในการตัดสินคดีให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาชนะคดีโดยขาดนัดโดยไม่ตัดสินในเนื้อหาแห่งคดี[84] ซึ่งคำชี้ขาดโดยขาดนัดมีส่งผลกระทบมากกว่าคำพิพากษาโดยขาดนัด ซึ่งโดยทั่วไปในการดำเนินคดีทางศาล คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดสามารถอุทธรณ์เพิกถอนคำพิพากษาโดยขาดนัดได้ แต่ในการอุทธรณ์คำชี้ขาดโดยขาดนัดไม่สามารถทำได้ เนื่องจาก ทันทีที่อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพาทโดยฝ่ายเดียวเป็นที่เรียบร้อยแล้วอำนาจของอนุญาโตตุลาการย่อมสิ้นสุดลง ดังนั้นการขอให้พิจารณาคดีใหม่ในการอนุญาโตตุลาการหรืออุทธรณ์ในคำชี้ขาดโดยขาดนัดย่อมไม่สามารถทำได้[85]แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิสูจน์ให้เห็นว่าไม่ได้จงใจที่ขาดนัดพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการก็ตาม

2.2.2 ความสำคัญของอำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

ข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ในการในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่ว่า โอกาสที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะบกพร่องต่อหน้าที่ในปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว แต่ส่วนมากทั้งคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการจะร่วมมือกันในการระงับข้อพิพาทด้วยความสุจริตเพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินต่อไปด้วยความเรียบร้อย แต่บางครั้งคู่กรณีบางคนซึ่งคำนึงผลประโยชน์จำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึง

---

[84]van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5,p.206

[85]van Houtte, Hans, Conduct of Arbitral Proceeding, in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p.123

พยายามสร้างความล่าช้าหรือทำลายกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ[86] หรือในบางครั้งคู่กรณีบางคนไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายมากในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยเฉพาะในต่างประเทศ โดยคู่กรณีนั้นอาจจะเป็นทั้งคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องและคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้อง คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจเป็นฝ่ายที่ร้องขอให้เริ่มต้นกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการและหลังจากนั้นก็ปฏิเสธที่จะยื่นข้อเรียกร้อง ในกรณีเช่นนี้ต้องมีมาตรการเยียวยาคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจากการกระทำที่คุกคามอย่างต่อเนื่องของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่หยุดชะงักไม่มีความคืบหน้า แต่ในทางตรงกันข้ามคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องอาจเลือกใช้วิธีขัดขวางต่อต้านการอนุญาโตตุลาการโดยการไม่ยื่นคำคัดค้าน หรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือไม่ให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณา ในกรณีดังกล่าวต้องมีการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินคดีต่อไปเพื่อให้สามารถตัดสินข้อพิพาทได้ หรือมิฉะนั้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะเป็นเพียงเศษกระดาษ ฉะนั้นต้องบัญญัติให้อาวุธ (Teeth) แก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวและตัดสินคดีทำคำชี้ขาดต่อไป ถ้าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ[87]

อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวมีความสำคัญอย่างยิ่งเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ[88] มิฉะนั้นเป็นการเปิดช่องให้คู่กรณีที่มีเจตนาไม่สุจริตที่ต้องการทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้าโดยวิธีการเตะถ่วงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และสร้างความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา หากอนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวได้อาจจะเป็นไปได้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่สุจริตจะพยายามหลบเลี่ยงหน้าที่และความผูกพันตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันไว้เพียงเพราะมีการปฏิเสธ

---

[86] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.21

[87] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary,p.689

[88] Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration ,p.546

หรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ[89]ความสำคัญของการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการเป็นการรักษามิให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องเสียไปและไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีที่ต้องการให้กระบวนพิจารณาการอนุญาตตุลาการล่าช้าโดยใช้วิธีเตะถ่วง (dilatoriness)

2.3 ปัญหาในวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ก็เป็นที่ยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว แต่การใช้อำนาจดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการย่อมเกิดปัญหาขึ้นอยู่เสมอ 2 ประการ ได้แก่ ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวที่เป็นการลงโทษสำหรับคู่กรณีที่มีเจตนาไม่สุจริตที่ปฏิเสธในการเข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ในการพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่นั้น เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่ต้องพิจารณา แต่ไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะพิจารณาสำหรับในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่จะสามารถแยกแยะพฤติการณ์ของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นเต็มใจที่จะเข้าร่วมกระบวนพิจารณาและให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือไม่ และปัญหาอีกประการหนึ่งที่ย่อมเกิดขึ้นอยู่เสมอในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดคือ เมื่ออนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าคู่กรณีดังกล่าวมีเจตนาที่จงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ดังนั้นการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวต่อไปเพื่อตัดสินข้อพิพาทโดพิจารณาจากข้อต่อสู้และพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้นำเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ ปัญหาคือบทบาทและแนวทางของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเป็นอย่างไร เพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาที่พยายามขัดขวางการบังคับคำชี้ขาดดังกล่าวได้ ซึ่งปัญหาทั้งสองประการดังกล่าวมีความสำคัญต่อกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด เพื่อเข้าใจในการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว และบทบาทหน้าที่และแนวทางของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

---

[89] Sutton, David St. John and others, Russell on Arbitration 21st ed (London : Sweet& Maxwell, 1997), para5-216 p.241

2.3.1 ปัญหาพฤติการณ์ของคู่กรณีที่ถือว่าจงใจปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดระยะเวลาให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามในกระบวนพิจารณาไม่ว่า การยื่นข้อรียกร้อง, ข้อคัดค้าน,ยื่นพยานหลักฐาน และกำหนดวันเวลาสถานที่ให้คู่กรณีทั้งสองเข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามระยะเวลาต่างๆในกระบวนพิจารณาต้องเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาแยกแยะระหว่างคู่กรณีฝ่ายที่จงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือคู่กรณีเพียงแต่ไม่มาในวันนัดพิจารณา ถ้าในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดแจ้งมาล่วงหน้าว่าตนเองจะไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แสดงว่าคู่กรณีดังกล่าวจงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาแน่นอนซึ่งอนุญาโตตุลาการย่อมสามารถใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ แต่ในทางตรงกันข้าม คู่กรณีฝ่ายใดเพียงแต่ไม่มาตามวันเวลาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการควรไต่สวนให้แน่ใจก่อนว่าเหตุใดคู่กรณีดังกล่าวไม่มาวันนัดพิจารณาก่อนที่ตัดสินใจใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ในกรณีเช่นนี้มีโอกาสเป็นไปได้เสมอว่าการที่ไม่มาในวันนัดนั้นอาจเกิดความไม่ตั้งใจหรือ อาจมีเหตุอันสมควรที่ไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ควรรีบเร่งดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว เว้นแต่ว่าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่ต้องการที่ต่อสู้คดี แต่หากอนุญาโตตุลาการยังมีข้อสงสัยว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวจงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ก็ควรสั่งให้เลื่อนคดีออกไปก่อน และหากการเลื่อนคดีส่งผลกระทบต่อคู่กรณีอีกฝ่ายด้วยอนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดรับผิดชอบเรื่องค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น หากอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวโดยมิชอบอาจทำให้คำชี้ขาดนั้นถูกทำลายในภายหลังได้[90]

ดังนั้น ถ้าหากพฤติการณ์ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ ซึ่งการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาดังที่กล่าวข้างต้น ฉะนั้นการจะใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดจงใจปฏิเสธเจ้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ แต่การพิจารณาถึงพฤติการณ์ของคู่กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องวินิจฉัยยากสำหรับ

---

[90] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, (London : LLP, 1996), p.46

อนุญาโตตุลาการที่จะตัดสิน ซึ่งบางครั้งพฤติการณ์ของคู่กรณีไม่ชัดเจนว่าจงใจที่ปฏิเสธเข้ารวมกระบวนพิจารณาหรือไม่ แต่บางครั้งคู่กรณีแสดงออกอย่างชัดเจนว่าตนไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา

แต่ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis , Stefan M. Kroll ได้แบ่งแยกพฤติการณ์ของคู่กรณีที่ถือว่าปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาไว้ 4 กรณีดังนี้ (1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา เนื่องจาก อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดี, (2) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตอบปฏิเสธที่ติดต่อกับอนุญาโตตุลาการ หรือปฏิเสธที่ปฏิบัติตามคำสั่งกระบวนพิจารณา เช่น การยื่นคำคู่ความ หรือการยื่นพยานหลักฐาน, (3) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีการบอกกล่าวว่าตนเองไม่เต็มใจที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่เป็นการสร้างความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร ถือว่าคู่กรณีดังกล่าวละทิ้งสิทธิในการนำเสนอคดีของตน, (4) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสร้างความยุ่งเหยิงให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมากจนทำให้ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาได้อย่างเรียบร้อย[91] พฤติการณ์ดังกล่าวของคู่กรณีมีลักษณะดังต่อไปนี้

2.3.1.1 คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดี

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทของคู่กรณีที่ต้องอาศัยสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่กรณีเป็นพื้นฐานเบื้องต้น ก็ต่อเมื่อสัญญามีผลสมบูรณ์และผูกพันคู่กรณีแล้ว และกฎหมายมีบทบาทส่งเสริมเพิ่มเติมขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น[92] ดังนั้นถ้าหากข้อสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ก็ย่อมส่งผลถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวได้ ซึ่งนอกจากกรณีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ที่ส่งผลต่ออำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการแล้วยังรวมถึงกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นก่อนที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ตกลงในสัญญา เช่น เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นควร

---

[91] Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration ,pp.547-548

[92] อนันต์ จันทรโอภากร ,กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล.หน้า 100

เจรจาไกล่เกลี่ยก่อนภายใน 90 วัน หากเจรจาไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการต่อไป เป็นต้น ข้อตกลงดังกล่าวมักพบในสัญญาก่อสร้างที่ให้วิศวกร หรือบุคคลที่สามเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทก่อนที่จะให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ หากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวแล้วให้ข้อพิพาทระงับโดยการอนุญาโตตุลาการทันที ถือว่าการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถเกิดขึ้นมาได้ หากมีการยื่นข้อพิพาทที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวก่อนอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นได้ [93]และคำชี้ขาดอาจถูกทำลายหรือถูกเพิกถอนได้

เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพาทของตนก็อาจคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยสามารถทำได้หลายวิธี[94] ซึ่งวิธีการของคู่กรณีที่ต้องการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการขาดนัดมักใช้วิธีต่อต้านไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนพิจารณาในชั้นแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนพิจารณา (Boycott) หรือเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพียงเพื่อยื่นคำร้องคัดค้านขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เพื่อที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดหรือโต้แย้งคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมูลเหตุที่ว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวพฤติการณ์ดังกล่าวของคู่กรณีนี้สามารถวินิจฉัยได้อย่างชัดเจนว่า คู่กรณีดังกล่าวจงใจปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[95]

---

[93] Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration ,p. 514

[94] Alan Redfern และ Martin Hunter ระบุถึงวิธีการคัดค้านเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของจำเลยไว้ 4 วิธี คือ

1) การต่อต้านไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ต้น
2) การยื่นคำคัดค้านขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการต่อคณะอนุญาโตตุลาการ
3) การคำคัดค้านขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการต่อศาล
4) การคัดค้านคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยไม่มีเขตอำนาจ

[95] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p.337

พฤติการณ์ของคู่กรณีที่ต้องการคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยการต่อต้านไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ดังเช่น คดีโอนกิจการบริษัทน้ำมันทั้งสามบริษัทเป็นของรัฐบาลลิเบีย ได้แก่บริษัท British Petroleum Company Ltd. (BP), บริษัท Texaco Overseas Petroleum Company (TEXACO) และ บริษัท Libyan America Oil Company (LIAMCO)

ในคดีแรกระหว่างบริษัท British Petroleum Company Ltd. (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า บริษัท BP.) กับรัฐบาลลิเบีย มีการตัดสินทำคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1973 โดยผู้พิพากษา LAGERGERN บริษัท BP. เริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการตามข้อสัญญา 28 ของสัญญาสัมปทาน โดยเริ่มเรียกร้องให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและร้องขอให้รัฐบาลลิเบียแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน แต่ทางรัฐบาลลิเบียไม่ติดต่อกลับมาแต่อย่างใด หลังจากเวลาผ่านไป 90 วัน ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) จึงต้องแต่งตั้งผู้พิพากษา LAGERGERN เป็นอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว แล้วอนุญาโตตุลาการแจ้งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายวันประชุมเพื่อเตรียมคดี แต่ทางรัฐบาลลิเบียไม่เข้าร่วมประชุมดังกล่าวและวันพิจารณาคดีต่อไปด้วย แต่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียว ในขณะที่ได้สำเนาพยานหลักฐานและเอกสารทั้งหมดที่ใช้ในการพิจารณาและตัดสินคดีให้แก่ทางรัฐบาลลิเบีย

ในคดีที่สองระหว่าง บริษัท Texaco Overseas Petroleum Company (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า บริษัท TEXACO)กับ รัฐบาลลิเบีย เมื่อวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1977 ซึ่งรัฐบาลลิเบียไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน เมื่อบริษัท TEXACO เริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการตามข้อสัญญา 28 ของสัญญาสัมปทาน และบริษัท TEXACO ต้องร้องขอให้ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) โดยรัฐบาลลิเบียยื่นข้อคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการต่อประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอนุญาโตตุลาการว่า รัฐบาลไม่ใช่คู่สัญญาในสัญญาสัมปทานและไม่มีข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทใดที่เกิดจากสัญญาสัมปทาน แต่อย่างไรก็ตามได้แต่งตั้ง ศาสตราจารย์ DUPUYเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ในการดำเนินกระบวนพิจารณาหลายๆครั้ง ได้แจ้งให้รัฐบาลลิเบียทราบถึงกำหนดพิจารณาทุกครั้ง และขยายเวลาให้ยื่นข้อต่อสู้ แต่รัฐบาลลิเบียไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่อนุญาโตตุลาการส่งสำเนาพยานหลักฐานและเอกสารทั้งหมดที่ใช้ในการพิจารณาและตัดสินคดีให้แก่ทางรัฐบาลลิเบีย

ในคดีที่สามระหว่างบริษัท Libyan America Oil Company (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า บริษัท LIAMCO) กับรัฐบาลลิเบีย บริษัท LIAMCO ดำเนินการดังเช่นคดีดังกล่าวข้างต้นซึ่งรัฐบาลลิเบียไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน จนกระทั่งประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ต้องแต่งตั้ง Dr. MAHMASSANI เป็นอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวอีกครั้ง และรัฐบาลลิเบียไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาจนกระทั่งมีการตัดสินข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 12 เมษายน ค.ศ.1977[96]

ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวของรัฐบาลลิเบียมีเจตนาจงใจที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่แรก เนื่องจากเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของตนที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการอนุญาโตตุลาการ แต่มีบางกรณีที่คู่กรณีเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจยื่นคำคัดค้านเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการต่ออนุญาโตตุลาการ หลังจากที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนเองแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอีกต่อไป ดังเช่นคดีระหว่าง Catz International B.V. v. Vaccaro S.p.A. ที่ว่า เมื่อวันที่ 12 เมษายน 1973 มีการตกลงซื้อขายเหล้าผลไม้ระหว่างบริษัททั้งสองโดยผ่านทางตัวแทนชาวอิตาลีและทำสัญญาซื้อขายโดยติดต่อกันผ่านโทรสาร ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสมาคม The Netherland Dried Fruit Association ต่อมาเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 1973 ทางบริษัท Vaccaro S.p.A.ไม่ยอมส่งสินค้าให้หากทางบริษัท Catz International B.V. ไม่ยอมชำระราคาสินค้าที่สูงกว่าที่ตกลงกัน ซึ่งบริษัท Catz International B.V. ไม่สามารถยอมรับที่ชำระราคาดังกล่าวได้ จึงเริ่มร้องขอให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ โดยบริษัท Catz International B.V. ร้องขอให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งทางสมาคมดังกล่าวเป็นผู้แจ้งให้บริษัท Vaccaro S.p.A. ตั้งแต่งอนุญาโตตุลาการด้วยเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 1973 และเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 1973 ประธานคณะอนุญาโตตุลาการแจ้งให้บริษัท Vaccaro S.p.A. เสนอข้อต่อสู้เป็นหนังสือก่อนวันที่ 30 ตุลาคม 1973 และให้เข้าร่วมกระบวนการสืบพยานในวันที่ 6 พฤศจิกายน 1973 ที่เมือง Rotterdam แต่ทางบริษัท Vaccaro S.p.A. ทำจดหมายแจ้งกลับมาเมื่อวันที่ 18 และ 30 ตุลาคม 1973 โดยคัดค้านเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการว่า ไม่มีการตกลงทำสัญญาซื้อขาย

---

[96] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5.pp.229-230

และอ้างว่าศาลในประเทศ อิตาลีเท่านั้นที่สามารถตัดสินข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าวได้ และบริษัท Vaccaro S.p.A ไม่เข้าร่วมกระบวนการสืบพยานในวันและสถานที่ดังกล่าว[97]

โดยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือ เข้าร่วมกระบวนพิจารณาก็เพียงแต่ยื่นคำคัดค้านเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เนื่องจากถ้าคู่กรณีฝ่ายนั้นได้เข้าร่วมกระบวนพิจารณาคดีทั้งก็อาจเสี่ยงต่อการถูกแปลความไปในทางที่ว่า คู่กรณีฝ่ายนั้นยอมรับอำนาจอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย[98] เนื่องจากกฎหมายในบางประเทศหากเข้าร่วมกระบวนพิจารณาแต่ไม่ยื่นคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ไม่สามารถยื่นคัดค้านในมูลเหตุดังกล่าวเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลได้อีกทั้งต่ออนุญาโตตุลาการและต่อศาล ได้แก่ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 1052 (2),(3) และ มาตรา 1065 [99]

---

[97] Sanders, Pieter, Yearbook Commercial arbitration. (Deventer : Kluwer International, 1979) (Vol. IV),pp.216-218

[98] ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล, อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง. (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545),หน้า 19

[99] The Netherland Arbitration Act, Article 1052 Pleas as to the jurisdiction of the arbitral tribunal บัญญัติว่า

(2) A party who appeared in the arbitral proceedings shall raise a plea that the arbitral tribunal lacks jurisdiction on the ground that there is on valid arbitration agreement, unless the plea is made on the ground that the dispute is not capable of settlement by arbitration by virtue of article 1020 (3), before submitting a defence; thereafter that party will be barred from raising this plea in the arbitral proceedings or in proceedings before the court.

(3) A party who has participated in constitution of arbitral tribunal may not, in the arbitral proceedings or in proceedings before the court, raise a plea that the arbitral tribunal lacks jurisdiction on the ground that the arbitral tribunal is constituted in violation of the applicable rules. A party who has made an appearance in the arbitral proceedings and who has not participated in the constitution of the arbitral tribunal, shall raise the plea that arbitral tribunal lacks jurisdiction on the ground that arbitral tribunal is constituted in

Pieter Sanders กล่าวว่า "เมื่อคู่กรณีดังกล่าวไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาก็เพื่อที่ต้องการยกเหตุโต้แย้งคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลในภายหลังโดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวก็ได้"[100] ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการต้องไต่สวนอย่างรอบครอบในการวินิจฉัยถึงเขตอำนาจของตนเองว่าสามารถที่ตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องยากที่วินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในกรณีที่จำเลยขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่แรก[101]

2.3.1.2คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะตอบกลับต่อการติดต่อของอนุญาโตตุลาการ หรือปฏิเสธที่ปฏิบัติตามคำสั่งกระบวนพิจารณา เช่น การยื่นคำคู่ความหรือการยื่นพยานหลักฐาน

พฤติการณ์ดังกล่าวของคู่กรณีดังกล่าวมักเกิดขึ้นในช่วงระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาภายหลังจากที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเรียบร้อยแล้ว เมื่อเริ่ม

---

violation of the applicable rules, before submitting a defence ; thereafter that party will be barred from raising this plea in the arbitral proceedings or in proceedings before the court.

Article 1065 – Grounds for setting aside บัญญัติว่า"

(1) Setting aside of award can take place only on one or more the following grounds;

(a) absence of a valid arbitration agreement;

(b) the arbitral tribunal was constituted in violation of the rules applicable thereto;...

(2) The ground mentioned in paragraph (1) (a) above shall not constitute a ground for setting aside in the case mentioned in article 1052 (2).

(3) The ground mentioned in paragraph (1) (b) above shall not constitute a ground for setting aside in the case mentioned in article 1052 (3). ...

[100] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration,p.474

[101] First secretariat note possible feature of a Model Law, A/CN.9/207,para 81

ดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นจัดการประชุมในเบื้องต้นเพื่ออธิบายและกำหนดรูปแบบกระบวนพิจารณาและกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการดำเนินกระบวนพิจารณา รวมถึงกำหนดเวลาในการยื่นข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน และพยานหลักฐาน โดยอยู่ภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ[102]

เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน หรือยื่นพยานหลักฐาน ภายในกำหนดเวลาที่อนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ อนุญาโตตุลาการก็ติดต่อไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดเป็นการให้โอกาสแก่คู่กรณีเพื่อสอบถามถึงเหตุผลว่ามีการขาดนัดดังกล่าวนั้นมีเหตุสมควรหรือไม่ และถ้าหากคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดกล่าวตอบปฏิเสธอย่างชัดเจนที่ติดต่อกลับไปยังอนุญาโตตุลาการ ต้องถือว่าพฤติการณ์คู่กรณีดังกล่าวจงใจปฏิเสธที่ยื่นคำคู่ความ[103] รวมถึงในกรณีอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามโดยเฉพาะกรณีที่ออกคำสั่งโดยกำหนดเวลาให้ยื่นพยานหลักฐานหรือเอกสารที่ใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาและคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดตอบปฏิเสธที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ซึ่งเป็นการออกคำสั่งเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการตัดสินข้อพิพาทให้รวดเร็วมากขึ้น โดยเฉพาะคำสั่งในการกำหนดเวลาในกระบวนพิจารณาเพื่อช่วยเหลือให้อนุญาโตตุลาการในการกำหนดบทลงโทษให้แก่คู่กรณีที่ปฏิเสธให้ความร่วมมือหรือคู่กรณีที่พยายามใช้วิธีเตะถ่วงให้กระบวนพิจารณาคดีล่าช้า โดยพฤติการณ์ดังกล่าวกำหนดไว้ในกฎหมายต้นแบบ มาตรา 25 บัญญัติว่า

" Unless otherwise agree by the parties , if , without showing sufficient cause

(a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23(1) , the arbitral tribunal shall terminate the proceedings ;

(b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23(1) , the arbitral tribunal shall continue the proceeding without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;

---

[102] Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration,p.531

[103] Sanders, Pieter, Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules, in Yearbook Commercial Arbitration ,(Hague : Kluwer Law International,1977), (Vol.II), p.206

(c) any party fails to appear at hearing or produce documentary evidence , the arbitral tribunal may continue the proceeding and make the award on the evidence before it."

พฤติการณ์ดังกล่าวของคู่กรณีสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องและฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง และสามารถพิจารณาได้อย่างชัดเจนว่าพฤติการณ์ของคู่กรณีดังกล่าวถือว่าจงใจปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดได้เพื่อตัดสินข้อพิพาท [104]

2.3.1.3. **คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีการบอกกล่าวว่าตนเองไม่เต็มใจที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่เป็นการสร้างความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร ถือว่าคู่กรณีดังกล่าวละทิ้งสิทธิในการนำเสนอคดีของตน**

พฤติการณ์ดังกล่าวของคู่กรณีโดยเฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง มักจะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาหลังจากมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนเรียบร้อยแล้ว เริ่มกำหนดวันเวลาและสถานที่ในการพิจารณาคดีให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบโดยชอบแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไม่มาในวันนัดพิจารณาทั้งนี้รวมถึงไม่ให้ตัวแทนของตนเข้าร่วมด้วย และเมื่ออนุญาโตตุลาการติดต่อสอบถามไปยังคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวก็ไม่มีการติดต่อกลับมายังอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แล้วก็ไม่เข้าร่วมตลอดเวลาที่ดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการซึ่งพฤติการณ์ของคู่กรณีไม่ชัดเจนและยากที่พิจารณาได้อย่างแม่นยำว่าคู่กรณีดังกล่าวจงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ อนุญาโตตุลาการต้องใช้ดุลพินิจอย่างดีที่สุดในการสร้างสมดุลระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยอาศัยจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อที่ดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว[105]

เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะขยายระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาในการยื่นเอกสารและคำคู่ความต่างๆและให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดเข้าร่วม

---

[104] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration,p.337

[105] Ibid

กระบวนพิจารณา เพื่อหลีกเลี่ยงข้อโต้แย้งที่ว่าดำเนินกระบวนพิจารณาโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Hearing)[106] และพยายามตัดสินข้อพิพาทโดยต้องการให้คู่กรณีทุกฝ่ายเข้าร่วมกระบวนพิจารณา [107]แต่การขยายระยะดังกล่าวเป็นการสร้างความล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่ง อนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจอิสระอย่างเต็มที่ที่จะขยายระยะเวลาที่กำหนดไว้เว้นแต่มีข้อตกลงกำหนดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการขยายระยะเวลาไว้เป็นอย่างอื่น[108] โดยเฉพาะในทางปฏิบัติของศาลอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาการเรียกร้องระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (Iran – United States Claims Tribunal) ให้ขยายกำหนดระยะเวลาให้แก่คู่กรณี 3 ครั้ง โดยกำหนดระยะเวลาครั้งละ 3 เดือนโดยปราศจากเหตุผลใด จนอนุญาโตตุลาการฝ่ายสหรัฐอเมริกาไม่พอใจกับการขยายระยะเวลาดังกล่าวอย่างน้อยควรที่ให้เหตุผลถึงการขยายระยะเวลา[109]โดยเป็นอำนาจของประธานอนุญาโตตุลาการเพียงผู้เดียวที่จะขยายระยะเวลาในกระบวนพิจารณาได้[110]

ตัวอย่างของพฤติการณ์ของคู่กรณีดังกล่าว คือ คดีระหว่าง Liberian Eastern Timber Corporation (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า LETCO) กับ รัฐบาลไลบีเรีย ตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ภายใต้ข้อบังคับของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ ค.ศ.1984

เมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 1983 บริษัท LETCO ยื่นคำร้องขอให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการให้แก่เลขาธิการของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า

---

[106] ในเชิงอรรถที่ 101ของ Lew, Julian D.M. , Mistelis, Loukas A.and Kroll, Stefan M. , Comparative International Commercial Arbitration. p.546

[107] Tunik,Deniel E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review 1998, 1(2), p.86

[108] van Hof, Jacomijn J., Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by Iran-U.S. Claims Tribunal. p.157

[109] Baker, Stewart A. and Davis, Mark D., Arbitral Proceedings under the UNCITRAL Rules – The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal, The George Washington Journal of International Law and Economics , Vol. 23 (1989), p.297

[110] Hunter, Martin, The Procedural Power of Arbitrators under the English 1996 Act, Arbitration International. Vol. 13, No 4, p. 357

เลขาธิการ) การยื่นคำร้องดังกล่าวเพื่อต้องการให้มีการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสัญญาสัมปทานป่าไม้ที่ลงนามเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 1970 ในข้อที่ 4 ของสัญญาดังกล่าวให้ข้อพิพาทซึ่งเกิดจากสัญญาอยู่ภายใต้ข้อบังคับของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า ข้อบังคับ) ทันทีที่เลขาธิการได้รับคำร้องขอให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ได้สำเนาคำร้องและเอกสารที่เกี่ยวข้องส่งไปยังรัฐบาลไลบีเรียแล้วเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้แต่งตั้งเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 1983 ซึ่งหลังจากการลาออกของ Frank Church จึงมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการใหม่เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1984 ประกอบด้วย นายJorge Goncalves Pereira ซึ่งเสนอแต่งตั้งโดยบริษัท LETCO และนาย Alan Redfern ซึ่งแต่งตั้งโดยรัฐบาลไลบีเรีย และนาย Bernardo M. Cremades ซึ่งแต่งตั้งโดยคณะที่ปรึกษาของศูนย์ฯ

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาดังกล่าวคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอคดีของตนโดยผ่านตัวแทนทนายความ โดยทางบริษัท LETCO ให้นาย Robert L. Simpson เป็นตัวแทนในการนำเสนอคดี แต่ทางรัฐบาลไลบีเรียสละสิทธิในการแต่งตั้งตัวแทนในการนำเสนอคดี แม้ว่าในเมื่อเริ่มกระบวนพิจารณาทางรัฐบาลไลบีเรียได้ตั้งนาย Jan Paulsson ทนายความของบริษัท Coudert Brothers แต่อย่างไรก็ตามทางบริษัท Coudert Brothers ส่งโทรสารเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 1983 ว่าไม่เป็นตัวแทนให้รัฐบาลไลบีเรียอีกต่อไป ซึ่งรัฐบาลไลบีเลียได้รับทราบถึงการลาออกของตัวแทนโดยทางเลขาธิการได้ส่งโทรสารแจ้งกลับไปเมื่อวันที่ 4 มกราคม 1984 และในโทรสารดังกล่าวยังแจ้งให้รัฐบาลไลบีเรียตั้งตัวแทนคนใหม่ แต่เมื่อวันที่ 10 มกราคม 1984 กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการต้องหยุดชะงัก ชั่วคราวเพื่อให้รัฐบาลไลบีเรียแต่งตั้งตัวแทนคนใหม่ แม้ว่าจะมีการร้องขออีกครั้งแต่ทางรัฐบาลไลบีเรียไม่แต่งตั้งตัวแทนคนใหม่

เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 1983 ประธานอนุญาโตตุลาการส่งโทรสารให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับประเด็นในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามข้อ 20 ของข้อบังคับ รวมทั้งกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในวันที่ 21 พฤษภาคม 1984 คณะอนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาในการประชุมเบื้องต้นก่อนพิจารณาที่กรุงวอชิงตัน แม้ว่ามีการแจ้งให้ทราบถึงวันเวลาและสถานที่ดังกล่าวโดยชอบ แต่รัฐบาลไลบีเรียไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาในวันดังกล่าว ในระหว่างการประชุมอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการตามข้อ 42 (2) ของข้อบังคับ โดยตกลงให้เวลาแก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอีก 30 วันซึ่งครบกำหนดเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 1984 เพื่อให้รัฐบาลไลบีเรียนำเสนอคดีของตน แต่เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวรัฐบาล

ไลบีเรียยังไม่นำเสนอคดีของตน หลังจากนั้นอนุญาโตตุลาการร้องขอให้คู่กรณีทั้งสองยื่นข้อต่อสู้เกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 1984 ทางบริษัท LETCO ได้ยื่นข้อเสนอสนับสนุนขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แต่ทางรัฐบาลไลบีเรียไม่ยื่นข้อต่อสู้ดังกล่าว

เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 1984 อนุญาโตตุลาการออกคำสั่งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นพยานหลักฐานเพิ่มเติมในบางประเด็นโดยแจ้งทางโทรสาร นาย Robert L. Simpson ยื่นคำร้องขอขยายเวลาในการยื่นพยานหลักฐานดังกล่าวซึ่งได้รับอนุญาตและมีการแจ้งไปยังรัฐบาลไลบีเรียด้วย เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 1985 ทางบริษัท LETCO ยื่นพยานหลักฐานเพิ่มเติม เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 1985 อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาที่กรุงลอนดอน ในการประชุมครั้งนี้อนุญาโตตุลาการตกลงประเด็นเกี่ยวกับกระบวนพิจารณารวมถึงตั้งบริษัทบัญชี คือ บริษัท Peat Marwick Mitchell & Co เพื่อตรวจสอบและรายงานค่าเสียหายตามข้อเรียกร้องของบริษัท LETCO และอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นพยานหลักฐานและข้อมูลเพิ่มเติม และยังร้องขอให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ความเห็นเกี่ยวกับการตั้งบริษัทบัญชีดังกล่าวด้วย

เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 1985 อนุญาโตตุลาการนัดพิจารณาอีกครั้งที่กรุงปารีส เพื่อที่จะพิจารณาไต่สวนในประเด็นที่ยังไม่เป็นที่ยุติ โดยมีการแจ้งโดยผ่านทางโทรสารเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 1985 ว่าจะมีการพิจารณาอีกครั้งที่กรุงปารีส ในวันที่ 9,10 ธันวาคม 1985 และให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นพยานหลักเพิ่มเติมที่ใช้ในการอ้างอิงคดีได้ ในการพิจารณานี้อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาจากการแถลงนำเสนอพยานบุคคลต่างๆที่เกี่ยวกับประเด็นที่ว่าบริษัท LETCO ได้ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ และรายงานของบริษัท Peat Marwick Mitchell & Co มีความสมบูรณ์หรือไม่ซึ่งรายงานดังกล่าวได้นำเสนอก่อนหน้านี้แล้ว แต่รัฐบาลไลบีเลียไม่มีการติดต่อกลับมายังอนุญาโตตุลาการเลยสักครั้งและไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการใดๆซึ่งต่างจากบริษัท LETCO ได้นำเสนอคดีของตนตลอดเวลา ในที่สุดอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ทางบริษัท LETCO เป็นฝ่ายชนะคดีโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ทางบริษัท LETCO นำสืบฝ่ายเดียวและอนุญาโตตุลาการเรียกมาเพิ่มเติมเพื่อวินิจฉัยในบางประเด็นที่ยังมีข้อสงสัย

จากพฤติการณ์ของรัฐบาลไลบีเรียไม่มีการติดต่อกลับจากการแจ้งร้องขอเพื่อให้ดำเนินกระบวนพิจารณาและไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ต้นจนสิ้นสุดกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าในชั้นเริ่มต้นกระบวนพิจารณาได้มีการแต่งตั้งบริษัท Coudert

Brothers ในการนำเสนอคดีแทน นอกจากนี้ยังแต่งตั้งนาย Alan Redfern เป็นหนึ่งในองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรัฐบาลไม่เคยแจ้งถึงเหตุที่ไม่ต้องการเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสร้างความยากลำบากมากให้แก่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินใจใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัด[111]

นอกจากคดีดังกล่าวที่ยังมีพฤติการณ์ของคู่กรณีที่พยายามเตะถ่วงกระบวนพิจารณาให้ล่าช้าโดยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ เช่นในคดีระหว่าง Grangeford Structures Limited (คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง) กับ S.H. Limited (คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง) โดยมีข้อเท็จจริงที่ว่าในการประชุมเพื่อเตรียมคดีเบื้องต้นในวันที่ 16 พฤษภาคม 1985 ตัวแทนของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมในการประชุมดังกล่าว และได้ตกลงร่วมกันที่จะส่งเอกสารที่ระบุถึงวันและรับรองในเรื่องทุนทรัพย์ที่พิพาทกันและการชำระเงินตามสัญญาให้แก่อนุญาโตตุลาการ แต่เอกสารดังกล่าวก็ไม่สามารถส่งมาได้ ในวันที่ 16 กรกฎาคม 1985ได้มีการบอกกล่าวไปยังคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่กำหนดวันที่ 2 สิงหาคม 1985 เป็นวันที่ส่งเอกสารดังกล่าว แต่อนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้รับเอกสารแต่อย่างใดดังนั้นจึงมีการบอกกล่าวถึงวันที่ให้ยื่นคำคู่ความซึ่งทั้งสองฝ่ายก็ส่งคำคู่ความรวมถึงข้อเรียกร้องแย้งด้วย แต่ข้อเรียกร้องแย้งที่ยื่นมาโดยคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ชัดเจนและประเด็นที่กำหนดในข้อเรียกร้องแย้งก็ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาท ในวันที่ 7 มกราคม 1986 อนุญาโตตุลาการจึงได้บอกกล่าวให้ทางทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้ทำการแก้ไขในคำคัดค้านและข้อเรียกร้องแย้งอีกครั้งโดยกำหนดเวลาในการยื่นคำคัดค้านและข้อเรียกร้องแย้งภายใน 21 วันนับแต่ได้รับการบอกกล่าวนี้ รวมถึงให้ยื่นรายการเอกสารที่ใช้ในการพิจารณาคดีภายใน 31 วันนับแต่ที่ได้รับการบอกกล่าวนี้ด้วยเช่นกัน โดยจะไม่มีการขยายเวลาในการยื่นคำคู่ความดังกล่าวอีก เว้นแต่มีเหตุอันสมควร และถ้าไม่ได้มีการแก้ไขให้เสร็จตามกำหนดเวลาอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป

ในวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 1986 อนุญาโตตุลาการได้บอกกล่าวแก่คู่กรณีว่า ยังไม่ได้รับคำคัดค้านและข้อเรียกร้องที่ให้ไปแก้ไขเลยหรือไม่ได้มีการติดต่อจากทางทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง อนุญาโตตุลาการเสนอให้มีการพิจารณาคดีในวันศุกร์ที่ 7 มีนาคม 1986 เวลา 10.30 น. ที่กรุงดับบลิน และก็ไม่มีการติดต่อใดๆจากทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจนกระทั่ง

---

[111] International Legal Materials Judicial and Similar Proceedings. 26 May ,1987,pp.649-651

ในสองวันก่อนที่มีการพิจารณาคดี ทางทนายความนั้นได้แจ้งมายังอนุญาโตตุลาการว่าตนเองยังไม่พร้อมที่จะยื่นข้อเรียกร้องแย้งและร้องขอให้เลื่อนคดีในวันดังกล่าวโดยไม่มีการแจ้งถึงเหตุผลใดๆที่ไม่สามารถยื่นข้อเรียกร้องและคำคัดค้านภายในเวลาที่กำหนดได้ ในวันพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการเริ่มดำเนินกระบวนพิจารณาและทางทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้ร้องขอให้เลื่อนคดีเพื่อให้เตรียมทำคำคัดค้านและข้อเรียกร้องแย้ง โดยทนายความฝ่ายที่เรียกร้องก็คัดค้านการเลื่อนคดี และอนุญาโตตุลาการจึงเลื่อนคดีออกไปทันทีเป็นเวลา 14.15 น. ในวันเดียวกันเพื่อให้ทนายความได้ปรึกษากับคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องก่อน และเมื่อถึงเวลาดังกล่าวทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องได้ร้องขอให้เลื่อนคดีอีกครั้ง แต่คำร้องดังกล่าวถูกปฏิเสธและทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจึงขอถอนตัวออกจากกระบวนพิจารณา ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงได้ดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวจนทำคำชี้ขาดโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเท่านั้น[112]

จากในคดีดังกล่าวเห็นได้ว่าพฤติการณ์ของคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องใช้วิธีการเตะถ่วงโดยพยายามเลื่อนคดีและไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการทำให้กระบวนพิจารณาต้องล่าช้าโดยใช่เหตุ ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวนี้ยากที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้ว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวจงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ ดังนั้นก่อนใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวอนุญาโตตุลาการของพิจารณาจากพฤติการณ์ของคู่กรณีและข้อเท็จจริงอื่นประกอบกันก่อนเพื่อให้แน่ใจว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่ต้องการที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาแล้วจึงสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้อย่างถูกต้องสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา

2.3.1.4คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสร้างความยุ่งเหยิงให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมากจนทำให้ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาได้อย่างเรียบร้อย

เป็นกรณีที่คู่กรณีทุกฝ่ายเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้สร้างความยุ่งเหยิงหรือความสับสนในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการจนทำให้อนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้อย่างเรียบร้อย ในทางปฏิบัติ

---

[112] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague : Kluwer Law International, 1991), (Vol. XVI), p. 151-153

พฤติการณ์ของคู่กรณีดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นได้ยากแต่ในทางทฤษฎีแล้วกรณีดังกล่าวย่อมสามารถเกิดขึ้นได้ เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้แล้วอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดมาใช้กับคู่กรณีที่สร้างความสับสนให้แก่กระบวนพิจารณาโดยถือว่าคู่กรณีดังกล่าวปฏิเสธที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[113]

2.3.2ปัญหาแนวทางและบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาการโดยขาดนัด

2.3.2.1 แนวทางของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเหมือนดังเช่นศาลที่สามารตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเป็นฝ่ายชนะคดีทันทีที่คู่กรณีอีกฝ่ายขาดนัด เนื่องจากหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเกิดจากข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยินยอมให้ข้อพิพาทนั้นชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ ฉะนั้นแม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะขาดนัดพิจารณาก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาจนเสร็จสิ้น แต่ปัญหาคือ ทั้งในกฎหมายต้นแบบ[114] กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ[115] รวมถึง

---

[113] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration 3rd ed, p.337

[114] Model Law, Article 25 (b) บัญญัติว่า "...the arbitral tribunal shall continue the proceeding without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations"

[115]The English Arbitration Act 1996, Article 41 (4) บัญญัติว่า

"If without showing sufficient cause a party-

(a) fails to attend or be represented at an oral hearing of which due notice was given,

the tribunal may continue the proceedings in the absence of that party or, as the case may be, without any written evidence or submissions on his behalf, and may make an award on the basis of the evidence before it."

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ[116] บัญญัติแต่เพียงผลของการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดว่า ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปตามพยานหลักฐานที่นำเสนอก่อนหน้านี้ แต่ไม่ได้บัญญัติถึงแนวทางในการตัดสินข้อพิพาทเพื่อทำคำชี้ขาดโดยฝ่ายเดียวต้องมีแนวทางอย่างไร[117] รวมถึงบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการนำสืบพยานหลักฐานจากคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาซึ่งต้องวางตัวอย่างไรเพื่อมิให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมิชอบ

ในเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาถึงสาระแห่งคดีเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดในเนื้อหาของข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นจงใจที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาและต้องแน่ใจว่าข้อต่อสู้และพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้ยื่นไว้เรียบร้อยในชั้นให้ยื่นคำคู่ความ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาได้อย่างรวบรัดมากขึ้นเพื่อที่ตรวจสอบข้อเรียกร้องและกำหนดประเด็นข้อพิพาทได้โดยอยู่บนพื้นฐานการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ซึ่งแนวทางที่ดีที่สุดในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเพียงฝ่ายเดียวเพื่อตัดสินข้อพิพาท คือ ผู้ที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาต้องพิสูจน์คดีของตนให้ปรากฏทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายจนเป็นที่พอใจแก่อนุญาโตตุลาการ แล้วอนุญาโตตุลาการต้องไต่สวนและสืบ

---

[116] ICC Arbitration Rules, Article 6 (3) - Effect of the Arbitration Agreement บัญญัติว่า "If any of the parties refuses or fails to take part in the arbitration or any stage thereof, the arbitration shall proceed notwithstanding such refusal or failure." และ LCIA Arbitration Rules, Article 15.8 – Submission of Written Statement and Document บัญญัติว่า "If the Respondent fails to submit a Statement of Defence or the Claimant a Statement of Defence to Counterclaim, or if at any point any party fails to avail itself of the opportunity to present its case in the manner determined by Article 15.2 to 15.6 or directed by the Arbitral tribunal, the Arbitral Tribunal may nevertheless proceed with the arbitration and make award."

[117] Baker,Stewart A. and Davis,Mark D., Arbitral Proceedings under the UNCITRAL Rules-The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal, The George Washington Journal of International Law and Economics, Vol. 23 (1989),pp.344-345

พยานหลักฐานเพื่อให้ทราบถึงประเด็นทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณานำเสนอให้ปรากฏอย่างชัดเจน เพื่อที่สามารถตัดสินข้อพิพาทได้อย่างมีเหตุมีผล[118]

แนวทางดังกล่าวได้นำไปใช้ในการตัดสินข้อพิพาทในคดีระหว่าง Liberian Eastern Timber Corporation กับ รัฐบาลไลบีเรีย ซึ่งในคดีดังกล่าวรัฐบาลไลบีเรียไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณามีเพียงบริษัท LETCO ที่นำเสนอข้อเรียกร้องและพยานหลักฐานเพียงฝ่ายเดียว โดยอนุญาโตตุลาการต้องไม่กำหนดประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเองโดยไม่มีการไต่สวนพยานหลักฐานให้ปรากฏจนเป็นพอใจแก่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาไต่สวนสืบพยานหลักฐานอย่างรอบคอบในการตัดสินข้อพิพาทด้วย[119]

แต่เมื่อทราบถึงแนวทางในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดของอนุญาโตตุลาการเพื่อใช้ในการตัดสินข้อพิพาทโดยวินิจฉัยจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาขึ้นมาว่า เมื่อใดที่อนุญาโตตุลาการจะสามารถพิจารณาข้อเรียกร้องที่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่นำเสนอมาจนเป็นที่น่าพอใจแก่อนุญาโตตุลาการ และต้องใช้ระยะมากน้อยเพียงใดที่สามารถกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

ในกรณีดังกล่าวขึ้นอยู่กับรูปแบบของกระบวนการยื่นคำคู่ความและคำเบิกความของพยานที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องของตน ถ้าในกระบวนการดังกล่าวคู่กรณีดังกล่าวสามารถยื่นข้อเรียกร้องและคำเบิกความพยานหลักฐานได้พร้อมและคลอบคลุมในทุกประเด็นแห่งคดีที่จะต้องวินิจฉัย อนุญาโตตุลาการก็สามารถสรุปประเด็นแห่งคดีได้อย่างรวดเร็วและสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาได้อย่างเต็มรูปแบบก่อนที่จะทำคำชี้ขาดในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการสามารถทราบถึงประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้อย่างรวดเร็ว แต่ในทางตรงกันข้ามมีการยื่นเฉพาะข้อเรียกร้องเพียงเพื่อให้ทราบถึงประเด็นเท่านั้น แต่ไม่ยื่นคำเบิกความ

---

[118] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration 3rd ed ,p.338

[119] International Legal Materials Judicial and Similar Proceedings, 26 (May ,1987): 656

พยานและหลักฐานเอกสารอื่นๆ ซึ่งเป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องนั่งพิจารณาในการนำสืบพยานบุคคลอีกซึ่งทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้าออกไปจนกว่าคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาจะพิสูจน์ให้ได้จนสิ้นภาระการพิสูจน์ในข้อเรียกร้องของตน[120] ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการวิเคราะห์และประเมินพยานหลักฐานให้ปรากฏถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการไม่สามารถพิจารณาว่าการที่คู่กรณีขาดนัดพิจารณาถือว่าเป็นการยอมรับในข้อเท็จจริงที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเรียกร้อง ดังนั้นผลคือคณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาอย่างรอบคอบในข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่นำเสนอโดยคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจาณาและต้องไต่สวนให้ได้ว่าพยานหลักฐานดังกล่าวเพียงพอที่จะตัดสินชี้ขาดให้คู่กรณีดังกล่าวเป็นฝ่ายชนะคดีได้หรือไม่ หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าพยานหลักฐานที่ยื่นมานั้นไม่เพียงพอที่ตัดสินคดี ก็ต้องมีหน้าที่เรียกให้มีการพิจารณาพยานหลักฐานจากคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจาณาเพิ่มเติมเพื่อพิสูจน์ประเด็นแห่งคดีของตน[121]อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่นำเสนอโดยคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวทราบและให้เหตุผลว่าเหตุใดจึงต้องปฏิเสธพยานหลักฐานดังกล่าวเพื่อให้คู่กรณีได้นำพยานหลักฐานมาโต้แย้งถึงเหตุแห่งการปฏิเสธพยานหลักฐานด้วยและหลีกเลี่ยงข้อกล่าวหาอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยมิชอบ

ซึ่งแนวทางในการดำเนินกระบวนพิจารณาและตัดสินทำคำชี้ขาดโดยขาดนัดของอนุญาโตตุลาการ ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหนึ่งได้กำหนดแนวทางดังกล่าวไว้คือ The Chartered Institute of Arbitrator Guideline No. 5 (For Arbitration as to Proceedings and Making Award in Default of Party Participation) ได้กำหนดแนวทางไว้ สองกรณี คือ 1.) คู่กรณีฝ่ายใดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่ในชั้นแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนถึงเสร็จสิ้นกระบวนพิจารณา, 2.)คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณาในชั้นใดชั้นหนึ่งในระหว่างกระบวนพิจารณา,

---

[120] Redfern, Alan and Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration 3rd ed, p.338

[121] Tunik, Deniel E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review 1(2),(1998): 88-89

ในกรณีแรกมีแนวทางปฏิบัติดังนี้

1.)อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเกิดจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยต้องใช้ความระมัดระวังตรวจสอบให้แน่ใจว่าข้อพิพาทเกิดจากสัญญาที่พิพาทกัน และคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติขั้นตอนในกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นที่กำหนดในสัญญาให้เรียบร้อยแล้ว เช่น ข้อสัญญากำหนดให้ต้องมีการเจรจาก่อน 60 วันถึงจะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2.)อนุญาโตตุลาการต้องแน่ใจว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับทราบถึงแนวทางการดำเนินกระบวนพิจารณา และกำหนดวัน เวลาที่ใช้บังคับในกรณีที่คู่กรณีขาดนัด อนุญาโตตุลาการควรชี้แจงถึงแนวทางในการดำเนินกระบวนพิจารณาว่ามีแนวทางอย่างไร

3.)อนุญาโตตุลาการควรเก็บรักษาบันทึกที่เกี่ยวกับเอกสารทั้งหมดที่ใช้ติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด

4.)อนุญาโตตุลาการควรเอาใจใส่ไม่ให้ดำเนินกระบวนพิจารณาไปในลักษณะเหมือนเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด และควรตรวจสอบให้แน่ใจว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้ทราบถึงวันและเวลาตามตารางนัดพิจารณา

และถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถติดต่อได้ หรือไม่มีการติดต่อกลับมายังอนุญาโตตุลาการ มีแนวทางดังนี้

1.)อนุญาโตตุลาการควรแจ้งคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาว่า ไม่มีการติดต่อกลับมายังอนุญาโตตุลาการ และนั้นคือหลักฐานอย่างหนึ่งที่แสดงว่าคู่กรณีอีกฝ่ายกำลังจะขาดนัด

2.)อนุญาโตตุลาการต้องแน่ใจว่าการบอกกล่าวทุกครั้ง รวมถึงคำสั่งในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ได้มีการติดต่อไปยังสำนักงานที่มีการจดทะเบียนไว้ หรือที่อยู่ล่าสุดในการประกอบอาชีพ หรือในภูมิลำเนาของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด

ในกรณีที่สองมีแนวทางปฏิบัติตามปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการขาดนัดต่างๆ ดังนี้

1.)ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ซึ่งได้รับการบอกกล่าวตามพฤติการณ์อันสมควรในการดำเนินกระบวนพิจารณา และได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีอย่างเพียงพอแล้ว อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

2.)ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องแน่ใจว่าคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้นำเสนอพยานหลักฐานตามประเด็นที่ปรากฏในคำคู่ความแล้ว

3.) อนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินกระบวนพิจารณา ถ้าหากพยานเอกสารที่นำสืบเพียงพอที่ตัดสินข้อพิพาท ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมร้องขอหรือพยานเอกสารดังกล่าวยังไม่ชัดเจนอาจมีการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้

4.)ในชั้นทำคำชี้ขาดต้องให้เหตุผลในการตัดสินข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการต้องพยายามเท่าที่เป็นไปได้ที่อ้างถึงเนื้อหาของคำชี้ขาดที่สำคัญที่ ถูกยกขึ้นพิจารณาเป็นประเด็นแห่งคดีที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณายื่นคำคู่ความไว้ก่อนหน้านี้ ถ้าในประเด็นนั้นภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาและคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่นำพยานหลักฐานมาสนับสนุนในประเด็นดังกล่าวทำให้ประเด็นดังกล่าวไม่ต้องยกขึ้นมาพิจารณา แต่ถ้าประเด็นแห่งคดีที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณายื่นมาก่อนหน้า อนุญาโตตุลาการเห็นว่าควรมีการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์เพิ่มเติมและต้องพิจารณาทำคำชี้ขาด เช่น ยกประเด็นขึ้นเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณานำพยานหลักฐานเพื่อค้นหาคำตอบในประเด็นดังกล่าวมาสนับสนุน และอ้างคำตอบที่ได้จากพิจารณาดังกล่าวในเหตุผลของการทำคำชี้ขาดด้วย

5.)อนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่ต้องเตือนล่วงหน้าให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดให้ทราบว่า กำลังเตรียมคำชี้ขาดแล้ว[122]

2.3.2.2 บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดโดยเฉพาะในการสืบพยานและไต่สวนในข้อเรียกร้องและพยานหลักฐานเพื่อหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งมาไม่ควรทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาและทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาและไม่ควรปฏิบัติต่อคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณารวมถึงพยานบุคคลที่นำเสนอโดยคู่กรณีดังกล่าวดังเช่นพยานปรปักษ์โดยซักค้านพยานดังกล่าวในลักษณะประหนึ่งว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณามาเข้าร่วมกระบวนการดังกล่าวด้วยตนเอง[123]

---

[122] Cato, Mark D., Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearings Problem 3 rd ed,(London:LLP,2002),pp.1319-1320

ดังนั้นเพื่อมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาโดยมิชอบเนื่องจากเกิดความลำเอียงในการตัดสินคดีของอนุญาโตตุลาการทำให้เป็นเหตุทำลายหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการต้องไม่ทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณา ซึ่ง Lord Denning ได้กล่าวถึงบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ในคดี Mediterranean & Eastern Export Co. v. Fortress Forbrics (Manchester) Ltd.(1948) ว่า "อนุญาโตตุลาการต้องไม่ปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด โดยอนุญาโตตุลาการไม่ควรทำเพื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องโดยพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องทำอะไรและควรทำอะไรเพื่อตนเอง หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องไม่แสวงหาพยานหลักฐานให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง โดยต้องตัดสินชี้ขาดจากพยานหลักฐานที่นำเสนอต่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น อนุญาโตตุลาการสามารถและควรใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญทั้งในการทำความเข้าใจในพยานหลักฐานที่นำเสนอ เช่น จดหมายที่นำเสนอมา , ธรรมเนียมประเพณีทางการค้า และค่าการตลาด เป็นต้น และนำความรู้ความเชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการเพื่อประโยชน์ในการตัดสินคดี แต่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเพื่อที่แสวงหาพยานหลักฐานให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องซึ่งตนเองสละสิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานให้แก่ตนเอง ดังนั้นอนุญาโตตุลาการต้องละทิ้งบทบาทที่มีลักษณะลำเอียง และบทบาทของทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด โดยไม่ใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญของตนเพื่อทำลายน้ำหนักหรือสร้างอคติต่อพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องและต้องให้โอกาสพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องได้มีโอกาสตอบคำถามและได้ให้โอกาสพยานดังกล่าวได้แสดงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญของตนเพื่อหักล้างความรู้ความเชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนั้นๆ"[124]

ในกรณีบทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นว่าอนุญาโตตุลาการควรมีบทบาทในพิจารณาคดีดังกล่าวอย่างไร

---

[123] Tunik, Deniel E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review 1(2),(1998): 88-89และ Hunter, Martin, The Procedural Power of Arbitrators under the English 1996 Act, Arbitration International, Vol.13 No. 4 (1997): 359

[124] Cato, Mark D., Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearings Problem 3 rd ed,p.1317

แนวทางหนึ่งที่ต้องพิจารณาถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณา คือ ต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายระหว่าง Common Law กับ Civil Law ทั้งสองระบบจะมีรูปแบบการพิจารณาคดีที่ความแตกต่างกันโดยในระบบ Common Law มีลักษณะเป็นระบบกล่าวหา คือ ผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลาง (passive) โดยจะเป็นเพียงผู้รับฟังพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอต่อศาลและตัดสินคดีตามพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอมา โดยที่ผู้พิพากษาจะไม่แสวงหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายด้วยตนเองให้แตกต่างจากที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอมา ตรงกันข้ามกับระบบกฎหมาย Civil Law มีลักษณะเป็นระบบไต่สวน ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่ไต่สวนแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงที่ใกล้ความจริงมากที่สุด (active) ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางและค่อนข้างยืดหยุ่นในการสืบพยาน ซึ่งระบบกฎหมายดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดี คือถ้าอนุญาโตตุลาการมีความคุ้นเคยและมีภูมิหลังเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะมีบทบาทในการพิจารณาคดีเป็นไปตามระบบกฎหมายนั้น[125]

ในแนวทางและผลของการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด บทบาทของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถมีบทบาทวางเฉย (passive) ตามระบบกล่าวหาได้ดังนั้น บทบาทของอนุญาโตตุลาการควรมีลักษณะไปในทางไต่สวน (active) โดยอนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายเริ่มกระบวนพิจารณาซึ่งต้องไต่สวนถึงพยานหลักฐานและข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ซึ่งภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาด้วย[126] บทบาทของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานให้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายปรากฏต่ออนุญาโตตุลาการจนเพียงพอที่สามารถตัดสินข้อพิพาทได้ แต่ต้องไม่ใช่เป็นทนายของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดดังเช่นคดีข้างต้นในการพิจารณาพยานหลักฐาน ซึ่งบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดควรต้องวางตัวเป็นกลางให้มากที่สุดแต่ไม่ใช่บทบาทวางเฉย

---

[125] Bernardini, Piero, The Role of the International Arbitrator, Arbitration International, Vol. 20 No.2 (2004): 113 -114

[126] Schreuer, Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary. (London: Cambridge University Press, 2001), p.698

แต่บทบาทของอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะไต่สวนต้องคำนึงถึงภาระการพิสูจน์ด้วย ซึ่งคู่กรณีเข้าร่วมกระบวนพิจารณาไม่ได้ยกเว้นที่ไม่ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามภาระการพิสูจน์มาตกแก่คู่กรณีดังกล่าวด้วยจนกว่าทำให้อนุญาโตตุลาการพอใจต่อพยานหลักฐานที่นำสืบให้ปรากฏตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย[127] ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการไม่ควรใช้ดุลพินิจยกคำคัดค้านมาเป็นประเด็นแห่งคดีเพื่อพิจารณาเอง ถ้าหากภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดถือว่าเป็นข้อจำกัดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่พิสูจน์ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาต้องพิสูจน์ตามข้อเรียกร้องอย่างเพียงพอตามภาระการพิสูจน์ ซึ่งการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ส่งผลต่อภาระการพิสูจน์ ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่มีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างตามคำคัดค้านซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดมีภาระการพิสูจน์ตามคำคัดค้าน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสามารถพิสูจน์ข้อเรียกร้องของตนได้อย่างเพียงพอแล้ว อนุญาโตตุลาการไม่ควรยกข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับคำคัดค้านที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นมีภาระการพิสูจน์ ยกตัวอย่างเช่น

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกร้องค่าเสียหายจากการละเมิดสัญญาคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องกล่าวอ้างประเด็นเหตุสุดวิสัยในคำคัดค้าน ต่อมาก็ขาดนัดพิจารณา ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการควรไต่สวนว่า ในประเด็นดังกล่าวของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นสามารถยกเหตุสุดวิสัยมาพิจารณาหรือไม่ ในทางนำสืบพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวนั้นทำให้ปรากฏถึงข้อเท็จจริงซึ่งสอดคล้องกับข้อกล่าวอ้างของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องโดยเหตุสุดวิสัยเพื่อยกเว้นความรับผิดในการปฏิบัติตามหน้าที่ผูกพันตามสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปลูกหนี้ต้องมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นที่ตนเองกล่าวอ้างในคำคัดค้าน ดังนั้นโดยหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไม่ควรยกประเด็นเรื่องเหตุสุดวิสัยในกรณีคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ในทำนองเดียวกัน ถ้าประเด็นดังกล่าวอาจถูกยกขึ้นมาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าโดยคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมานำพยานหลักฐานมาสืบถึงประเด็นดังกล่าวให้ปรากฏแก่อนุญาโตตุลาการ แล้วต่อมาคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการควรไต่สวนเพียงว่า คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องปฏิบัติตามหน้าที่พิสูจน์ให้ข้อเท็จจริงปรากฏได้หรือไม่ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ปรากฏข้อเท็จจริงประเด็นในเรื่องเหตุสุดวิสัยได้ ประเด็นดังกล่าวไม่สามารถนำมาพิจารณาตัดสิน

---

[127]Kaplan, Neil, ed., Arbitration in Hong Kong a practical Guide. (Hong Kong : Sweet & Mexwell, 2003), p. 335

คดีได้ โดยปราศจากการร้องขอให้คู่กรณีเข้าร่วมกระบวนพิจารณานำพยานมาพิสูจน์ถึงสาระสำคัญของประเด็นดังกล่าวเพิ่มเติม แนวทางดังกล่าวนำมาใช้เช่นเดียวกันในประเด็นอายุความ เว้นแต่เมื่อบังคับใช้กฎหมายแล้ว และกฎหมายนั้นบัญญัติว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องมีภาระการพิสูจน์ว่าข้อเรียกร้องของตนยื่นภายในอายุความ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจยกประเด็นในเรื่องอายุความมาพิจารณาตัดสินคดีได้ แต่ถ้าเมื่อปรับใช้กฎหมายแล้วหากประเด็นอายุความนั้นทำให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ควรยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเองและร้องขอพยานหลักฐานจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องมาพิสูจน์ถึงประเด็นดังกล่าวด้วย เมื่อตัดสินชี้ขาดแล้วอนุญาโตตุลาการไม่ควรปรับลดจำนวนทุนทรัพย์ในคำชี้ขาดตามหลักความประมาทเลินเล่อที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีส่วนทำให้เกิดขึ้นถ้าไม่มีการยกประเด็นอายุความและนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์โดยคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง[128]

ในประเทศไทยแม้จะเป็นระบบกฎหมาย Civil Law แต่ในการพิจารณาพยานหลักฐานคุ้นเคยกับระบบกฎหมาย Common Law ส่งผลให้บทบาทการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นลักษณะวางเฉย (passive) ให้คู่กรณีเสนอพยานหลักฐาน และให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายซักค้านพยานหลักฐานของฝ่ายตรงข้าม โดยมักจะไม่เข้ามีส่วนในการแสวงหาพยานหลักฐานมากนัก แต่ในปัจจุบันที่มีการตั้งศาลปกครองขึ้น บทบาทดังกล่าวย่อมลดน้อยลงทำให้บทบาทที่มีลักษณะไต่สวนในการแสวงหาพยานหลักฐานมีมากขึ้น ซึ่งย่อมส่งผลถึงบทบาทของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้มีบทบาทในลักษณะไต่สวนมากขึ้นย่อมสอดคล้องกับแนวทางของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวที่เน้นให้มีการแสวงหาพยานหลักฐานให้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายปรากฏแก่ตนเอง[129]

---

[128] Tunik,Deniel E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review 1(2),(1998): 89-90

[129] โปรดดูหัวข้อ 4.2.3 ในบทที่ 4