บทที่ 3

การดำเนินกระบวนพิจารณาและการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 2. พิจารณาถึง การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีเจตนาไม่สุจริต พยายามสร้างอุปสรรคทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการล่าช้า โดยการปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือขาดนัด ซึ่งพฤติการณ์ของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดอาจจะไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่กระบวนพิจารณาในชั้นแรก คือ กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรืออาจจะปฏิเสธการเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอยู่ในช่วงระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณา ซึ่งการขาดนัดในช่วงระหว่างกระบวนพิจารณานั้นสามารถเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบ คือ 1) การขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง, 2)การขาดนัดยื่นคำคัดค้าน ,3)การขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณา และ 4)การขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน ซึ่งการขาดนัดในการอนุญาโตตุลาการแต่ละช่วงของกระบวนพิจารณานั้นจะมีหลักเกณฑ์และมาตรการเยียวยาแก้ไขในการขาดนัดที่แตกต่างกัน ฉะนั้นในบทที่ 3. จะกล่าวถึงการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการขาดนัดตั้งแต่ในการกระบวนพิจารณาในการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการ จนถึงการขาดนัดระหว่างกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งจะศึกษาการบังคับคำชี้ขาดโดยขาดนัดที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว โดยลักษณะของคำชี้ขาดดังกล่าวขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา (due process) ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีสามารถยกเป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ฉะนั้นต้องพิจารณาถึงการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดที่ภายในและต่างประเทศด้วย

1. การขาดนัดก่อนเริ่มต้นกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

1.1.1 ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ได้ตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีสถานะเป็นองค์กรถาวรในการระงับข้อพิพาทดังเช่นศาล ดังนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อให้มีวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทได้ตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้ โดยทั้งสองฝ่ายมีความเป็นอิสระที่สามารถตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ว่าอนุญาโตตุลาการควรได้รับการแต่งตั้งโดยวิธีการ

อย่างไร ซึ่งทั้งกฎหมายต้นแบบ[1]และกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ[2]ยอมรับหลักการความเป็นอิสระ (party autonomy) ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ในวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักแห่งความเสมอภาคของคู่กรณีในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อมิให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบซึ่งกันและกัน และหลักความยุติธรรมในกระบวนพิจารณาที่เกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีในการมีส่วนรวมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเช่น ต้องมีการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามจำนวนที่คู่กรณีตกลงกันไว้ ดังนั้นแม้ว่าคู่กรณีมีอิสระในการตกลงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่หากคู่กรณีตกลงวิธีการแต่งตั้งขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาคของคู่กรณีอาจทำให้ความตกลงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ[3]หรือเป็นการตกลงที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมในกระบวนพิจารณาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทำให้คำชี้ขาดต้องถูกทำลายในที่สุด[4]

แต่ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมิได้ตกลงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศเข้าไปมีบทบาทในการกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของคู่กรณี โดยวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับจำนวนของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันไว้ จากหลักการพื้นฐานข้างต้นในวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่จะต้องให้สิทธิแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้ามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่หากมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีเจตนาไม่สุจริตที่จะร่วมมือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ตามเวลาที่กำหนดจนทำให้เกิดความล่าช้า ซึ่งเป็นการอาศัยข้อได้เปรียบของการอนุญาโตตุลาการเมื่อเปรียบกับศาลคือคู่กรณีมีอำนาจควบคุมกระบวนพิจารณา

---

[1]กฎหมายต้นแบบในมาตรา 11(2)

[2]ประเทศอังกฤษ,England Arbitration Act section 16(1) ,ประเทศเยอรมัน, ,ZPO section 1035 (1),ประเทศสหรัฐอเมริกา, FAA section 5

[3]อนันต์ จันทรโอภากร,ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 33 ฉบับที่2 (มิถุนายน 2546): 276

[4]เนื่องจากเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (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...."

อนุญาโตตุลาการและลักษณะของกระบวนพิจารณาที่ค่อนข้างยืดหยุ่นใช้เป็นการสร้างอุปสรรค หรือความล่าช้าโดยมิชอบต่อการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือแม้ว่าความล่าช้าในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมิได้เกิดจากกรณีที่จงใจปฏิเสธที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่อาจเป็นกรณีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีเหตุอันสมควรที่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ทันตามที่เวลากำหนดไว้จนทำให้เกิดความล่าช้าในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้เช่น ข้อตกลงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ชัดเจนจนต้องมีการตีความเกิดขึ้นหรือ คู่กรณีทั้งสองไม่สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ตามกำหนดเวลาก็ตาม ย่อมส่งผลให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการล่าช้าเช่นเดียวกัน[5] ซึ่งเมื่อการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการล่าช้าย่อมทำให้กระบวนพิจารณาอื่นๆล่าช้าตามไปด้วย ดังนั้นไม่ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะจงใจไม่ร่วมมือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตามควรต้องมาตรการแก้ไขเยียวยาในการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในการแต่งตั้งโดยต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์และกระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่วนมากคู่กรณีจะตกลงจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการ 1 หรือ 3 คน มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1.1.1 กระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

โดยกระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับจำนวนของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกัน ซึ่งส่วนมากคู่กรณีจะตกลงจำนวนอนุญาโตตุลาการ 1 หรือ 3 คน มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1.1.1.1 การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คน

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาท โดยทั่วไปหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวก็ต้องปรับใช้ตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันตก

---

[5] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers,1991), p.86

ลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว แนวคิดในการแต่งตั้งดังกล่าวเป็นที่ยอมรับทั้งในกฎหมายต้นแบบ ตามมาตรา 11(3)(b) บัญญัติว่า " in an arbitration with sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or the other authority specified in Article 6" เหตุที่บัญญัติให้วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันแต่งตั้ง เนื่องจากต้องการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายพยายามที่จะตกลงกันเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวก่อน และหากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้แล้วจึงให้ศาลหรือ องค์กรที่มีอำนาจเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว[6] ซึ่งวิธีการแต่งตั้งดังกล่าวเป็นที่ยอมรับทั้งประเทศที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายภายในตามกฎหมายต้นแบบด้วย เช่น ประเทศอังกฤษ[7],ประเทศเบลเยี่ยม[8] เป็นต้น แต่ในประเทศดังกล่าวบัญญัติวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเดียวไว้แตกต่างจากกฎหมายต้นแบบที่ได้กำหนดระยะเวลาในการตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งการกำหนดระยะเวลานั้นมีผลต่อการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวด้วย

นอกจากนั้นส่วนใหญ่ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการยังกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว เช่น ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC) ข้อ 8 (3) บัญญัติว่า

"Where the parties have agreed that the dispute shall be settled by a sole arbitrator, they may, by agreement, nominate the sole arbitrator for confirmation. If the parties fail to nominate a sole arbitrator within 30 days from the date when the Claimant's Request for Arbitration has been received by the other party, or within such additional

---

[6]Second working group report: A/CN.9/232,para 88

[7]ประเทศอังกฤษ,England Arbitration Act 1996 section 16(3) " If the tribunal is to consist of a sole arbitrator , the parties shall jointly appoint the arbitrator not later than 28 days after service of a request in writing by either party to do so.

[8]ประเทศเบลเยี่ยม , Judicial Code Article 1684 (2) "If the parties have agree that there shall be a sole arbitrator and they have not appointed him by mutual consent within a period of one month from the notice..."

time as may be allowed by the Secretariat, the sole arbitrator shall be appointed by the Court"

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจตกลงร่วมกันเสนอชื่อผู้จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้ ซึ่งคู่กรณีอาจเสนอให้บุคคลใดก็ได้เป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียว โดยไม่จำเป็นต้องเลือกจากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการของสถาบัน ไม่จำกัดสัญชาติหรือคุณสมบัติของบุคคลนั้น เพียงให้ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวต้องเป็นอิสระและเป็นกลาง และสามารถที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาข้อบังคับของสถาบันได้ แต่อย่างไรก็ตามคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ไม่มีสิทธิอย่างแท้จริงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว มีสิทธิแต่เพียงเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งในชั้นที่สุดผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการต้องได้รับการยืนยันการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจากสำนักงานอนุญาโตตุลาการ (The Court of Arbitration) หรือเลขาธิการของสถาบัน ในทางปฏิบัติในอดีต สำนักงานอนุญาโตตุลาการก็ยืนยันตามบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอชื่อมาเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียว เว้นแต่มีพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการและมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ[9] แต่หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวได้ภายในกำหนดเวลา 30 วันต้องให้สำนักงานอนุญาโตตุลาการเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน

แต่มีข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการบางสถาบันที่มิได้กำหนดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว แต่ให้ทางสถาบันเป็นผู้แต่งตั้งผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวเลย เว้นแต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงวิธีการแต่งตั้งไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ข้อ 16 (5) ของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงสตอคโฮม (Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute) บัญญัติว่า " Where the dispute is to be decided by a sole arbitrator, the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute shall make the appointment, unless otherwise agreed by the parties" ซึ่งข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการแห่งลอนดอน (London Centre of International Arbitration) ข้อ 5 (4) กำหนดให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นหน้าที่ของสถาบันตั้งแต่เริ่มต้น ทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

---

[9] Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A Guide to New ICC Rule of Arbitration, (Hague: Kluwer Law International, 1998), p.137

ไม่ต้องพยายามบรรลุข้อตกลงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่สามารถให้สถาบันดังกล่าวทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ทันที ซึ่งกระบวนการนี้รวดเร็วกว่ากระบวนการแต่งตั้งในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ เป็นการมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้อิทธิพลเหนือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย แม้ว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นไปได้ที่อาจตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวได้[10]

ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rule) ได้กำหนดให้มีรายละเอียดค่อนข้างมากในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว เนื่องจากข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้มีการดำเนินการเหมือนดังเช่นสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ และข้อบังคับนั้นไม่ได้ทำขึ้นเพื่อใช้สำหรับในการบริหารสถาบันอนุญาโตตุลาการ[11] ดังนั้นข้อบังคับดังกล่าวจึงได้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีต้องตกลงแต่งตั้งผู้มีอำนาจแต่งตั้ง (Appointing Authority)ด้วยเว้นแต่คู่กรณีทั้งสองได้มีการตกลงแต่งตั้งไว้แล้วล่วงหน้า ซึ่งผู้มีอำนาจแต่งตั้งมีบทบาทสำคัญโดยเฉพาะในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยที่ผู้มีอำนาจแต่งตั้งควรได้กำหนดให้มีผู้มีอำนาจแต่งตั้งให้เร็วที่สุดทันทีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะเริ่มดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ[12]

ซึ่งในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวตามข้อบังคับดังกล่าวในข้อ 6 โดยเริ่มจากได้มีการแจ้งให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีฝ่ายผู้เรียกร้องต่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง อาจจะแจ้งถึงข้อเสนอให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวด้วย ซึ่งในข้อเสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอาจจะประกอบด้วยรายชื่อผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการและรายชื่อ

---

[10]Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. and Kroll, Stefan M. .Comparative International Commercial Arbitration . (Hague: Kluwer Law International ,2003), p.245

[11] Sanders, Pieter, Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules, in ed. Pieter Sanders.Yearbook Commercial Arbitration ,(Hague : Kluwer Law International), (Vol.II) 1977,p.174

[12]Baker, Stewart A. and Davis, Mark D., Establishment of an Arbitral Tribunal Under the UNCITRAL Rule: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal, The International Lawyer. Vol.23,No.1 (1989): 94

สถาบันหรือบุคคลที่จะให้เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งด้วย และภายในเวลา 30 วันนับแต่ที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับการแจ้งให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวได้ ก็ต้องให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งเข้ามีบทบาทช่วยเหลือแต่งตั้ง แต่ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงให้บุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งไว้ หรือคู่กรณีทั้งสองไม่สามารถตกลงผู้มีอำนาจแต่งตั้งได้ภายในเวลาดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยื่นคำร้องไปยังเลขาธิการของศาลอนุญาโตตุลาการประจำ ณ กรุงเฮก (The Hague) ให้แต่งตั้งผู้มีอำนาจแต่งตั้งให้[13] ในข้อบังคับไม่ได้ระบุข้อมูลที่ต้องใช้ในการเลือกผู้มีอำนาจแต่งตั้งด้วย

แต่ในทางปฏิบัติในการร้องดังกล่าวควรอธิบายถึงเหตุจะต้องมีการแต่งตั้งผู้มีอำนาจแต่งตั้ง และควรยื่นพร้อมเอกสารที่ใช้ตามข้อบังคับในข้อ 8 (1) เช่น สำเนาการแจ้งให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (notice of arbitration), สัญญาที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (ถ้าไม่ได้ตกลงในสัญญาหลัก) เป็นต้น[14] หลังจากนั้นผู้มีอำนาจแต่งตั้งเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยอาศัยวิธีการเสนอชื่อแบบบัญชีรายชื่อซึ่งจะทำให้คู่กรณีเข้ามามีอิทธิพลต่อกระบวนการแต่งตั้งมากยิ่งขึ้น

1.1.1.2 การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คน

โดยปกติอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คนประกอบด้วย อนุญาโตตุลาการฝ่ายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ฝ่ายละ 1 คนและอนุญาโตตุลาการผู้เป็นประธาน 1 คน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการ 3 คนมักใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาจากระบบกฎหมายและวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน เพื่อที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนได้ดังนั้นในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคู่กรณีแต่ละคนมีสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน เช่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อสร้างอุโมงค์ลอดช่องแคบระว่างประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส

---

[13]Ibid, p.96

[14]Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration. (London: Sweet & Maxwell, 2004),p.229

กำหนดให้ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างแต่ละคนมีสิทธิในการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ 1 คน[15] ในกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดกระบวนการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คน ดังนั้น กฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเข้ามามีบทบาทกำหนดกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คนบังคับใช้ โดยมักกำหนดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของแต่ละฝ่าย และอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตั้งร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้เป็นประธานอีกหนึ่งคนรวมเป็น 3 คน ซึ่งทั้งกฎหมายต้นแบบ[16]และกฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์[17] ประเทศอังกฤษ[18]เป็นต้น

แต่ในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่ได้บัญญัติถึงกระบวนการแต่งคณะอนุญาโตตุลาการ 3 คนในลักษณะดังกล่าว ในมาตรา 1027 บัญญัติให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้ง 3 คน เนื่องจากหากให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนซึ่งอาจทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งมากกว่าที่เป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เป็นอิสระและเป็นกลาง ซึ่งเป็นเหตุผลที่กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศเนเธอร์แลนด์บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการทั้งสามคนรวมทั้งประธานอนุญาโตตุลาการต้อง

---

[15] Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. and Kroll, Stefan M. .Comparative International Commercial Arbitration.p.248

[16]กฎหมายต้นแบบ มาตรา 11 (3)(a) บัญญัติว่า" in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator"

[17] Concordat Article 11(3) บัญญัติว่า" Unless otherwise agreed, each party designates an equal number of arbitrators, and the arbitrators so designated unanimously elect a chairman"

[18] ประเทศอังกฤษ,England Arbitration Act 1996 section 16 (4) บัญญัติว่า" If the arbitral is to consist three arbitrators – (a) each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so, and (b) the two so appointed shall forthwith appoint a third arbitrator as the chairman of the tribunal."

ได้รับการแต่งตั้งโดยความตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย[19]

แต่ในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คนตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันต่างๆส่วนใหญ่มักจะเข้ามามีบทบาทและแทรกแซงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก ยกตัวอย่างเช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC) ข้อ 8 (4) ที่บัญญัติไว้ให้สิทธิแก่คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการของตน แต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีที่แท้จริงบัญญัติไว้ในข้อ 7 โดยให้สำนักอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นผู้ตัดสินยืนยันการแต่งตั้งโดยไม่ต้องให้เหตุผลว่าเหตุใดถึงแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการ โดยก่อนที่ผู้ที่ถูกเสนอชื่อให้แต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นต้องลงลายมือชื่อในคำแถลงให้แสดงให้เห็นถึงความเป็นอิสระและเป็นกลางของตนเอง ซึ่งคำแถลงดังกล่าวจะต้องให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายเห็นชอบด้วย เนื่องจาก สำนักงานอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาตรวจสอบผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องเป็นอิสระและเป็นกลาง ซึ่งกระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีประโยชน์ในทางปฏิบัติถ้าสถาบันเห็นว่าผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่เป็นอิสระจริง ก็ทำการคัดค้านมิให้บุคคลนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการทันที เป็นวิธีที่เหมาะสมกว่าที่จะให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยกเหตุคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลเดียวกันอีกในกระบวนพิจารณาลำดับขั้นต่อไปส่งผลให้กระบวนพิจารณาล่าช้า นอกจากนั้นในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามผู้ที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการก็ต้องแต่งตั้งโดยสำนักอนุญาโตตุลาการหากคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งในการแต่งตั้งดังกล่าวจะไม่มีการปรึกษาทั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งทั้งสองคนหรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยทำให้คู่กรณีนั้นไม่มีอิทธิพลในการกระบวนการแต่งตั้งได้ไม่ว่าโดยตรงและโดยอ้อม

แต่ในข้อบังคับของศูนย์อนุญาโตตุลาการแห่งลอนดอน ทีได้ให้สิทธิแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพียงในการเสนอชื่อผู้ที่มาเป็นอนุญาโตตุลาการได้หากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ ตามข้อ 1.1 (e) และข้อ 2.1 (d) แต่ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดไว้ให้คณะอนุญาโตตุลาการทั้งสามคนต้องได้รับการแต่งตั้งโดยสำนักอนุญาโตตุลาการ หรือที่เรียกว่า the LCIA Court เป็นความแตกต่างกับข้อบังคับของหอการค้านานาชาติที่ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอผู้

---

[19] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993), p.212

ที่เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนได้บ้าง[20] ดังนั้นถ้าหากคู่กรณีที่ใช้บริการของสถาบันและไม่ต้องการให้กระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้ง 3 คนเป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันดังกล่าวก็ต้องตกลงวิธีการแต่งตั้งไว้เป็นอย่างอื่นที่ทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสิทธิในเสนอแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการมากขึ้นและลดบทบาทของสำนักอนุญาโตตุลาการในการแต่งตั้งให้ลดน้อยลง

กระบวนการแต่งตั้งของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแตกต่างจากกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 7. ซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนได้โดยตรงปราศจากการควบคุมตรวจสอบใดๆ การแต่งตั้งดังกล่าวไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการฝ่ายที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีไม่มีความเป็นอิสระหรือไม่เป็นกลาง แต่ส่งผลเพียงว่าการคัดค้านอนุญาโตตุลาการคู่กรณีต้องยกเหตุคัดค้านอนุญาโตตุลาการในช่วงเวลากระบวนพิจารณาอื่นมิใช่ในกระบวนการแต่งตั้ง[21]โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน นับแต่ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วันและอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนก็จะต้องร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามให้เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ

1.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะสังเกตเห็นว่า กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ว่า 1 คนหรือ 3 คน ก็ต้องให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันใช้สิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมใช้สิทธิของตนในการร่วมมือกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาจะทำให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการล่าช้า ซึ่งย่อมส่งผลให้การดำเนินกระบวนพิจารณาต่างๆล่าช้าตาม

---

[20] Newmark, Chistopher and Hill, Richard, The Appointment of Arbitrators in International Arbitration, International Arbitration Law Review, 7(3), (2004): 76

[21] Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. ,and Kroll, Stefan M. ,Comparative International Commercial Arbitration, pp.248-251

ไปด้วย เพื่อให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพต้องมีมาตรการแก้ไขเยียวยาในกรณีเช่นนี้ แต่ก่อนที่ใช้มาตรการแก้ไขต้องพิจารณาแล้วว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่ยอมหรือปฏิเสธที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือที่เรียกว่า ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณา 2 ประการคือ ได้มีการแจ้งโดยชอบให้คู่กรณีได้ใช้สิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา เพื่อมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโต้แย้งได้ภายหลังว่าคำชี้ขาดมิชอบเนื่องจากตนเองไม่ได้รับการแจ้งถึงสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้และไม่สามารถใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

1.2.1 การได้รับแจ้งโดยชอบให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะต้องดำเนินการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยร้องขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียววินิจฉัยข้อพิพาท หรือแจ้งคู่กรณีอีกฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนในกรณีที่ตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการ 3 คน หากไม่มีการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบและร้องขอให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะถือว่าดำเนินกระบวนพิจารณามิชอบเนื่องจากคู่กรณีดังกล่าวต้องเสียสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตน ซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับการแจ้งโดยชอบดังกล่าวด้วย[22] และยังอาจทำให้คำชี้ขาดขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาย่อมส่งผลให้คำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนและปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศได้[23]ซึ่งการแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้ทราบโดยชอบนั้นย่อมต้องเป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายภายในต่างๆที่เกี่ยวข้อง การแจ้งนั้นอาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นทางการหรือไม่เป็นทางก็ได้ เช่น อาจใช้จดหมายธรรมดา จดหมายลงทะเบียน โทรเลข แต่ควรมีหลักฐานในการแจ้งด้วย มิฉะนั้นอาจจะไม่มีหลักฐานในการแจ้งที่เพียงพอได้[24] ซึ่งหลักฐานในการแจ้งนั้นย่อมใช้ในกระบวนการบังคับคำชี้

---

[22] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew , A practice approach to Arbitration Law. (London : Blackstone Press Limited ,1999), p.104

[23] โปรดดูเชิงอรรถที่ 4

[24] เสาวนีย์ อัศวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ

ขาดเพื่อโต้แย้งคู่กรณีที่อาจคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุว่าตนไม่ทราบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

นอกจากที่ควรต้องมีหลักฐานในการแจ้งสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบแล้ว การพิจารณาว่ามีการแจ้งสิทธิโดยชอบหรือไม่นั้นยังต้องคำนึงวิธีการส่งตามกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันนั้นๆด้วย เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 7 กำหนดให้ต้องส่งลำนักงาน ภูมิลำเนาหรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้หรือถ้าไม่ปรากฏที่อยู่ซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ข้างต้นแม้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าได้ส่งไปยังสำนักงานทำการ หรือภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือไปรษณีย์ตอบรับ ถ้าเป็นการส่งภายในประเทศ หรือโดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว

วิธีการส่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติวิธีการส่งเกือบเหมือนกับในกฎหมายต้นแบบตามมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติไว้แตกต่างตรงที่กำหนดให้เฉพาะการส่งภายในประเทศต้องทำโดยไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือไปรษณีย์ตอบรับอาจเป็นการคุ้มครองผู้รับและผู้ส่งมากกว่าซึ่งเป็นวิธีการที่เหมาะสมกับประเทศไทย แต่ในวิธีการส่งไปต่างประเทศนั้นยังคงยึดหลักการเดียวกับกฎหมายต้นแบบที่ใช้หลัก Mail Box คือ การส่งมีผลเมื่อส่ง และมีการสืบหาตามสมควรแล้วในกรณีที่ไม่ทราบที่อยู่แน่ชัด เนื่องจากการส่งไปยังต่างประเทศนั้นอาจจะพิสูจน์ได้ยาก[25]ดังนั้นหากคู่กรณีฝ่ายได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายใช้สิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไปยังสถานที่ดังกล่าวตามกฎหมายข้างต้นแล้ว หรือในกรณีไม่ปรากฏที่อยู่แต่สืบหาตามสมควรแล้วส่งไปยังที่อยู่แห่งสุดท้ายที่ทราบถือว่าคู่กรณีได้รับแจ้งโดยชอบให้ใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ดังเช่น คดีในประเทศฮ่องกงระหว่าง Fung Sang Trading Ltd.(คู่กรณีฝ่ายเรียกร้อง) กับ Kai Sun Sea

---

อนุญาโตตุลาการ.พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 175

[25]นรีลักษณ์ แพไชยภูมิ, ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 37-38

Product & Food Co.Ltd.(คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง) เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 1991 ทนายความของฝ่ายเรียกร้องได้ส่งจดหมายแจ้งถึงการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไปยังสำนักงานที่จดทะเบียนซึ่งมีแจ้งกลับมาว่าได้มีการย้ายที่อยู่ ไม่ทราบที่อยู่ใหม่ และเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 1991 ทนายความของคู่กรณีฝ่ายเรียกร้องแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนไปยังที่อยู่เดิม และได้ส่งไปยังที่อยู่ของคู่กรณีอีกฝ่ายที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อขายด้วย แต่คู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไม่ได้แต่งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาและคู่กรณีฝ่ายเรียกร้องต้องร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง ศาลเห็นว่าการส่งจดหมายบอกกล่าวแก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งสองฉบับตามที่อยู่ดังกล่าวไว้ถือว่าเป็นแจ้งโดยชอบแล้วตามกฎหมายเป็นการส่งตามที่อยู่ของสำนักงาน ภูมิลำเนา หรือที่อยู่ตามไปรษณีย์[26]

1.2.2 คู่กรณีไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา

หลักในการพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาถึงคู่กรณีได้รับแจ้งร้องขอให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงกรอบระยะเวลาในการใช้สิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยเพื่อมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในทางที่ผิดและสร้างความล่าช้าในการดำเนินกระบวนพิจารณา ดังนั้นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามข้อตกลงที่คู่กรณีตกลงกันไว้ แต่ถ้าคู่กรณีดังกล่าวซึ่งได้รับการแจ้งให้ใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยชอบและไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดไว้ ย่อมถือว่าคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งระยะเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการต้องกำหนดให้เหมาะสมและกระชับเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ใช้เวลาในการคัดเลือกแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนได้อย่างเพียงพอ ระยะเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็จะแตกต่างกันขึ้นอยู่กับจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันไว้ โดยในกฎหมายต้นแบบตาม มาตรา 11 (3) (a) ได้กำหนดเวลาแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ 3 คนไว้เป็นเวลา 30 วันนับแต่วันที่คู่กรณีอีกฝ่ายได้รับการแจ้งให้ใช้สิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนซึ่งในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบมีผู้เห็นว่าระยะเวลา 30 วันอาจจะสั้น

---

[26]van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration. (Hague : Kluwer Law International, 1992) (Vol. XXVII), p. 293

เกินไปสำหรับในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแม้ว่าในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารสามารถทำได้อย่างรวดเร็วก็ตาม[27]แต่มีผู้เห็นว่าระยะเวลา 30 วันมีความเหมาะสมแล้วกับแนวทางปฏิบัติโดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีที่อยู่ห่างไกลกันมาก[28]ในระยะเวลาดังกล่าวบางกรณีอาจจะยาวเกินไปก็ได้เนื่องจากข้อพิพาทที่ต้องการให้มีการระงับให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อรักษาคุณภาพของสินค้าที่อาจจะเน่าเสียได้ง่าย[29]

แต่ในกฎหมายบางประเทศเช่นกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศเนเธอร์แลนด์ ในมาตรา 1027 (2) ได้กำหนดเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ไว้ 2 เดือนนับแต่เริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการและระยะเวลาอาจจะขยายให้เป็นเวลา 3 เดือนในกรณีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาหรือมีที่อยู่นอกประเทศเนเธอร์แลนด์ เหตุที่กำหนดระยะเวลาดังกล่าวไว้เนื่องจาก บ่อยครั้งที่ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการย่อมต้องมีความล่าช้าเกิดขึ้นอยู่เสมอโดยเฉพาะกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่พิจารณาคดีในประเทศเนเธอร์แลนด์จึงกำหนดให้มีระยะเวลาโดยให้มีการขยายเวลาได้[30]

ในกฎหมายต้นแบบได้กำหนดเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เฉพาะในกรณีที่มีจำนวน 3 คนเท่านั้น แต่มิได้กำหนดเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 1 คนไว้ตามมาตรา 11 (3) (b) เพียงแต่บัญญัติว่า "ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้" แตกต่างจากในกฎหมายอื่นเช่น ประเทศอังกฤษ ได้กำหนดเวลาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวไว้อย่างชัดเจนโดยในมาตรา 16 (1) ของพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ 1996 (English Arbitration Act 1996) กำหนดเวลาไว้ 28 วันและหากไม่สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวได้ภายใน

---

[27]Voskuil, C.C.A. and Freedberg-Swartzberg, Judith Ann, in Essays on International Commercial Arbitration, ed.Petar Sarcevic, (Martinus Nijhoff, 1989), p. 76

[28] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.87

[29] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, pp.214-215

[30] Voskuil, C.C.A. and Freedberg-Swartzberg, Judith Ann, in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 77

เวลาดังกล่าวก็สามารถร้องขอขยายเวลาในการแต่งตั้งได้ต่อศาลตามมาตรา 79 ซึ่งการที่กำหนดเวลาไว้ 28 วันเพื่อความยุติธรรมและความเหมาะสมตามพฤติการณ์แห่งคดี และเพื่อลดโอกาสที่ระยะเวลาสิ้นสุดในวันหยุดราชการด้วย[31]

1.3 มาตรการเยียวยาแก้ไขในการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายต้นแบบ กฎหมายภายในและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

1.3.1 การขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายต้นแบบ

ภายใต้กฎหมายต้นแบบเมื่อพิจารณาแล้วว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ว่าในกรณีที่ตกลงให้อนุญาโตตุลาการ 3 คน หรือ 1 คนซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมิได้ตกลงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายต้นแบบจะบัญญัติมาตรการเยียวยาแก้ไขโดยให้ศาลเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 11 (3) (a)(b)[32] ในกรณีที่ตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีจำนวน 3 คนเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในกำหนดเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือร้องขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ซึ่งรวมถึงกรณีที่คู่กรณีตกลงให้มี

---

[31]Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill, Arbitration International. Vol. 13 No 3, (1997): 289

[32] ในกฎหมายต้นแบบ มาตรา 11 (3) บัญญัติว่า

"Failing such agreement .

(a) in an arbitration with three arbitrators, ...if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by court or other authority specified in article 6."

อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวกำหนดให้ศาลมีบทบาททำหน้าที่ช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมร่วมตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

แต่มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่ตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ตามกฎหมายต้นแบบไม่ได้กำหนดเวลาว่าต้องร่วมกันแต่งตั้งจนถึงเมื่อใดจึงจะถือว่าไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งที่ทำให้คู่กรณีสามารถร้องขอต่อศาลให้เข้ามาช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ อาจมีปัญหาว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอต่อศาลได้ทันทีหรือไม่ถ้าข้อเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการถูกคู่กรณีอีกฝ่ายปฏิเสธหรือต้องผูกพันให้ต้องมีการเจรจาให้มีการตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกครั้ง[33] ในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบเห็นว่า ไม่ควรกำหนดเวลาไว้เนื่องจากกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวต้องการให้มีการตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเมื่อใดที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นไม่สามารถตกลงกันโดยพิจารณาจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลให้เข้ามาช่วยเหลือแต่งตั้งย่อมถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันได้[34]

นอกจากนี้ ยังมีข้อถกเถียงกันว่า ในถ้อยคำตามมาตรา 11 (3) (a) อาจตีความได้ว่าหากเวลา 30 วันสิ้นสุดลงสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจะตกไปอยู่กับศาลทันทีหรือไม่ และอาจมีความหมายว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาไม่มีสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนได้เมื่อเวลาดังกล่าวหมดลง[35]ซึ่งการตีความดังกล่าวนั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบ และไม่ใช่ความตั้งใจของผู้ร่างกฎหมายต้นแบบ ซึ่งในประเด็นนี้สามารถพิจารณาแบ่งได้ 2 กรณีคือ

ในกรณีที่หนึ่งเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่คู่กรณีอีกฝ่ายนั้นยังไม่ได้ร้องขอต่อศาลให้ทำการช่วยเหลือแต่งตั้ง อาจถือได้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและไม่ได้ร้องขอต่อศาลตกลงขยายเวลาให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งได้มี

---

[33] Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. and Kroll, Stefan M. .Comparative International Commercial Arbitration. p.247

[34] Commission Report A/401/17 (21 August 1985) para.103

[35] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5.p.75

โอกาสแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายหลังกำหนดเวลาสิ้นสุดลง[36] โดยที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งยังมีอำนาจโดยสมบูรณ์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน และเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายหลังจากที่มีการยื่นคำร้องขอต่อศาลแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำร้องอาจถอนคำร้องหรือเมื่อศาลได้รับการแจ้งว่ามีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ศาลอาจยืนยันการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดก็ได้

ในอีกกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนแล้วได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้แล้ว ต่อมาคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งนั้นได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ฉะนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำร้องอาจต้องถอนคำร้อง หรือศาลอาจต้องยืนยันการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้ง[37]จากแนวทางดังกล่าวเห็นได้ว่าสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งยังสมบูรณ์อยู่โดยสิทธิดังกล่าวมิได้ไปอยู่กับศาลทันทีหลังจากกำหนดเลา 30 วันสิ้นสุดลง เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้ขาดนัดแต่งตั้งจะคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นการตีความกฎหมายการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 1035(3) (ซึ่งกฎหมายได้ยึดหลักการจากกฎหมายต้นแบบ มาตรา 11(4)) ของศาลในประเทศเยอรมันที่พิจารณาว่าเมื่อเวลา 30 วันนั้นหมดลงสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะตกอยู่กับศาลเพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้วิธีการเตะถ่วงกระบวนพิจารณาโดยการไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในกำหนดเวลา แต่เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งนั้นได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนแล้วภายหลังจากเวลาสิ้นสุดลงและคู่กรณีอีกฝ่ายมิได้คัดค้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีดังกล่าว ถือว่าเป็นความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยที่ศาลไม่ควรมีบทบาทเข้าไปแทรกแซงในกรณีดังกล่าว[38]

---

[36] 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) , pp.361-362

[37] Voskuil, C.C.A. and Freedberg-Swartzberg, Judith Ann, in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 76

[38] Bayerisches Obertes Landesgericht 16 January 2002 in

1.3.2การขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายภายใน

ในกรณีที่คู่กรณีไม่ยอมหรือปฏิเสธในการแต่งอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นอุปสรรคในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศส่วนใหญ่ไม่ว่ายึดตามกฎหมายต้นแบบหรือไม่ก็ตามจะบัญญัติให้ศาลเข้าไปมีบทบาทในการช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีดังกล่าว แต่มีบางประเทศที่มีมาตรการเยียวยาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เพิ่มเติมจากการให้ศาลเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกด้วย เช่น

- ในประเทศอังกฤษ มาตรการเยียวยากรณีที่คู่กรณีขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ มี 2 ประการ คือ มาตรการเยียวยาโดยการช่วยเหลือตนเอง (self-help measure) ตามมาตรา 17 [39] และมาตรการที่ให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 18 ใช้บังคับในกรณีที่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้โดยทั่วไป

มาตรการเยียวยาโดยการช่วยเหลือตนเอง บังคับใช้กับกรณีที่ตกลงจำนวนอนุญาโตตุลาการ 3 คน โดยที่คู่กรณีไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนภายในกำหนดเวลาโดยให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจากกรณีดังกล่าวแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (sole arbitration) ทั้งที่ข้อตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวน 3 คน แต่บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติลักษณะบังคับ ดังนั้นเมื่อคู่กรณีมิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา 14 วันในกรณีที่มิได้กำหนดเวลาไว้ และเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนแล้วต้องมีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรถึงคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งให้ทราบว่าจะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหากไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือไม่มีการบอกกล่าวกลับมาว่าได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วภายในเวลา 7 วันติดต่อกัน และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

---

www.//daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/v05/878/28/PDF/v0587828.pdf?open

[39] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5.p.77

จะผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเหมือนดังที่อนุญาโตตุลาการได้แต่งตั้งตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอาจร้องขอเพิกถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ต่อศาลซึ่งควรร้องขอต่อศาลทันทีมิฉะนั้นอาจเป็นผลทำให้สูญเสียสิทธิในการคัดค้านได้ โดยมูลเหตุที่สามารถเพิกถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวคือ อาจมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก่อนเวลา 7 วันสิ้นสุดลง และมีการบอกกล่าวให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยมิชอบ[40]

มาตรการที่ให้อำนาจแก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการที่คู่กรณีอีกฝ่ายนั้นไม่ยอมหรือปฏิเสธที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวทั้งที่มีการตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวน 3 คนนั้นย่อมส่งผลถึงการปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในมูลเหตุที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงและอาจรวมถึงความเป็นอิสระและเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ แม้ว่ามาตรการตามบทบัญญัติดังกล่าวมีประโยชน์กับข้อพิพาททางพาณิชย์นาวีที่เป็นการกระตุ้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนดีกว่าที่ให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวให้คู่กรณีอีกฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ซึ่งเป็นเหตุผลที่ยังคงมาตรการดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 17 ไว้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจากการที่คู่กรณีอีกฝ่ายขาดนัดแต่งตั้งเกรงว่าคำชี้ขาดที่เกิดจากการตัดสินของอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวตามมาตราดังกล่าวไม่สามารถบังคับคำชี้ขาดได้ในต่างประเทศก็มีสิทธิที่ยื่นคำร้องขอต่อศาลตามมาตรา 18 ให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ได้ แม้ว่ามีการส่งคำบอกกล่าวไปตามมาตรา 17 แล้วก็ตาม[41]

ในกรณีที่ตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวและคู่กรณีไม่ได้กำหนดกระบวนการแต่งตั้งไว้เป็นอย่างอื่น คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน

---

[40] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew, A practice approach to Arbitration Law. p.106-107

[41] Mustill, Michael J. and Boyd, Stewart C., Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition. p.283

เวลา 28 วัน คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามารถร้องขอต่อศาลเข้ามาช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามมาตรา 18(3)[42] ซึ่งส่วนใหญ่ศาลจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวเองตามมาตรา 18 (3)(d) แต่ยอมรับว่าศาลมีอำนาจตามมาตรา 18 (3) (a) ที่ให้คำแนะนำแก่คู่กรณีให้ตกลงแต่งตั้งโดยใช้ระบบบัญชีรายชื่อได้ซึ่งเป็นวิธีที่เหมาะสมในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมที่ตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว แต่อาจไม่เหมาะสมกับกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวเลย

- ในประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรการเยียวกรณีการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งตาม Federal Arbitration Act และในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในรัฐอื่นของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวพยายามให้ศาลเข้ามามีบทบาทในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการให้น้อยที่สุดและให้ศาลใช้อำนาจในการการตีความและบังคับใช้กฎหมายไปในทางที่สนับสนุนความเป็นอิสระของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้มากที่สุด[43] ดังนั้นศาลจึงมีบทบาทที่ช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นโดยเฉพาะกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตาม มาตรา 5 ของ Federal Arbitration Act บัญญัติไว้ว่า หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมิได้ตกลงในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือคณะอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาดตามแต่กรณี ซึ่งผู้ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการมีผลเหมือนดังที่แต่งตั้งตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ดังนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการศาลทำการแต่งตั้งอนุโตตุลาการแทนคู่กรณีดังกล่าว โดยทั่วไปศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาค่อนข้างผ่อนปรนให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในเวลาที่กำหนดสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนได้แม้เลยเวลาที่กำหนดไม่ถือเป็นการดัดสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ก็ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งไม่มีเจตนาที่ทำให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการล่าช้าหรือเจตนาไม่สุจริตต่างๆ แต่อย่างไรก็ตามหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกำหนดเวลาที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องแต่งตั้ง

---

[42] Sutton, David St. John and others, Russell on Arbitration 21st ed (London : Sweet& Maxwell, 1997), para4-062

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

สำนักงานวิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ศาลจะตีความข้อตกลงอย่างเคร่งครัดโดยหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนตามเวลาที่ตกลง ศาลจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวโดยถือว่าสละสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ[44]

- ในประเทศฝรั่งเศส กำหนดมาตรการเยียวกรณีการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้บทบาทของศาลในการช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยกฎหมายดังกล่าวจะบังคับใช้แบ่งแยกระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างเทศ ดังนั้นมาตรการเยียวกรณีขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศภายในประเทศบัญญัติในมาตรา 1444 และในกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใช้บังคับในมาตรา 1493 วรรค 2[45] ซึ่งทั้งสองมาตราบัญญัติว่า เมื่อเกิดความยุ่งยากในการ

---

[44] Born, Gary, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. (Hague: Transnational Publishers, Kluwer Law International,2001), p.624

[45] Code of Civil Procedure Book IV Arbitration Article 1444 บัญญัติว่า " If, after the dispute has arisen, the constitution of the arbitral tribunal encounters a difficulty due to the acts of one the parties or with respect to the functioning of the method of appointment, the President of the Tribunal de Grande Instance shall appointment the or arbitrators.

Nevertheless, this appointment may be made by the President of the Tribunal de Commerce if the agreement expressly so provides.

If the arbitration clause is either manifestly null, of if it is not adequate for the purpose of constituting the arbitral tribunal, the President shall so determine and declare that no appointment is to be made."

Article 1493 บัญญัติว่า "The arbitration agreement may, directly or by reference to a set of arbitration rules, appoint one or more arbitrators or provide the manner for their appointment.

It any difficulty arises in the constitution of the arbitral tribunal with respect to an arbitration taking place in France, or to one for which the parties have agreed that

แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน หรือไม่ยอมตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว ในกรณีเช่นนี้มาตราดังกล่าวบัญญัติให้ประธานศาลชั้นต้น (President of the Tribunal of First Instance) เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน โดยทั่วไปจะมีคำสั่งให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนก่อนแต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ประธานศาลชั้นต้นเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งดังกล่าว[46]

1.3.3การขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Institution) หากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการข้อบังคับของทางสถาบันต่างๆกำหนดมาตรการเยียวยาโดยส่วนใหญ่ถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น หากข้อบังคับนั้นมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีหน้าที่บริหารงานและช่วยเหลือดูแลคู่กรณีซึ่งองค์กรภายในของสถาบันต่างๆจะเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL Arbitration Rules ที่มิได้มีสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดูแลดังนั้นมาตรการเยียวยาในกรณีนี้จึงค่อนข้างซับซ้อนพอสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับข้อบังคับของสถาบันต่างๆ

- ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC) เป็นการอนุญาโตตุลาการโดยใช้สถาบันเป็นผู้บริหารและช่วยเหลือดูแลการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น

French procedural law should apply, either party may, in the absence of a clause of a clause to the contrary, apply to the President of the Tribunal de Grande Instance of Paris in the manner set forth in Article 1457"

[46] Gaillard, Emmanuel and Savage, John, eds., Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.para.858

เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามเวลาที่กำหนดไว้ สำนักอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ หรือที่เรียกว่า The Court of International Chamber of Commerce มีบทบาทช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนสำหรับกรณีที่ตกลงจำนวนอนุญาโตตุลาการ 3 คน ตามข้อ 8(4) รวมถึงในกรณีตกลงจำนวนอนุญาโตตุลาการคนเดียว โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมร่วมกันตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวภายในกำหนดเวลา 30 วันตามข้อ 8(3) ของข้อบังคับดังกล่าว ซึ่งสำนักอนุญาโตตุลาการเป็นผู้เสนอชื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวเช่นกัน ในการแต่งตั้งของสำนักอนุญาโตตุลาการมักจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ที่มีสัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งหรืออย่างน้อยต้องเป็นผู้ที่มีความคุ้นเคยกับระบบกฎหมายของคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวด้วย[47]

- ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association หรือที่เรียกว่า AAA) กระบวนการเยียวยาในกรณีที่มีการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะเหมือนกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ที่ให้เป็นหน้าที่ของสมาคมในการในการช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน ตามข้อ 14 ของข้อบังคับดังกล่าวบัญญัติว่า หากข้อตกลงของคู่กรณีกำหนดเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาทางสำนักอนุญาโตตุลาการต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน แต่หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้กำหนดเวลาทางสำนักอนุญาโตตุลาการต้องแจ้งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน 10 วัน หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาดังกล่าวทางสำนักอนุญาโตตุลาการจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้ง[48]

- ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) เนื่องจากเป็นการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ที่ไม่มีองค์กรหรือสถาบันบริหารในการช่วยเหลือดูแล โดยปกติในกระบวนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ นอกจากคู่กรณีต้องร่วมกันเสนอแต่งตั้ง

---

[47] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.94

[48] Ibid, p.100

อนุญาโตตุลาการแล้วยังต้องแต่งตั้งผู้มีอำนาจแต่งตั้ง (Appointment Authority) ด้วยดังที่กล่าวมาข้างต้น ฉะนั้นในกรณีที่ตกลงคณะอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คนเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในเวลา 30 วัน หากไม่ได้ตกลงแต่งตั้งผู้มีอำนาจดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาต้องอาจต้องร้องขอต่อเลขาธิการศาลอนุญาโตตุลาการประจำ ณ กรุงเฮก (The Hague) เพื่อที่แต่งตั้งผู้มีอำนาจแต่งตั้งทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ 7 (2) ของข้อบังคับดังกล่าว

ส่วนในกรณีตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียวถ้าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลา 30 วันนับแต่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้เสนอผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ต้องให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาร้องขอต่อเลขาธิการเช่นกันในการแต่งตั้งผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหากมิได้ตกลงแต่งตั้งผู้มีอำนาจดังกล่าว ซึ่งในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสในการตกลงแต่งตั้งผู้มีอำนาจแต่งตั้งได้ในช่วงเวลาที่ข้อบังคับเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันเสนอชื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว แต่ในกรณีที่ตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คนคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมไม่มีเวลาที่จะตกลงถึงความเป็นไปได้ของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งร่วมกันก่อนที่จะพบว่าไม่สามารถที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นได้ อีกทั้งข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจดังกล่าวก็ไม่เปิดโอกาสให้มีการตกลงเลือกผู้มีอำนาจแต่งตั้งในกรณีที่คู่กรณีขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเห็นว่าเป็นการเสียเวลาเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนแล้วมีโอกาสเป็นไปได้น้อยที่ตกลงแต่งตั้งบุคคลหรือสถาบันเพื่อมาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนอนุญาโตตุลาการของตน[49]

---

[49] Baker, Stewart A. and Davis, Mark D., Establishment of an Arbitral Tribunal Under the UNCITRAL Rule: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal, The International Lawyer, Vol.23,No.1, (1989),pp.96-97

1.4ข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาแก้ไขในการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของศาลที่วินิจฉัยความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

จากที่กล่าวในบทที่แล้วว่าเหตุหนึ่งที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ในชั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเพราะข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ดังนั้นคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวจึงไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนเพื่อมิให้ถือว่าตนเองยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการจนทำให้เสียสิทธิในการคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในชั้นกระบวนพิจารณาต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งที่เห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ยื่นคำร้องขอคัดค้านต่อศาลเพื่อมิให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนฝ่ายของตนและให้วินิจฉัยข้อตกลงดังกล่าวด้วย

กฎหมายการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นในแนวทางเดียวกัน ในกรณีศาลที่ได้รับการร้องขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ มีประเด็นว่า ศาลจะให้โอกาสคู่กรณีในการโต้แย้งคัดค้านมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นที่คัดค้านได้หรือไม่ หรือประเด็นดังกล่าวที่คัดค้านควรรอการวินิจฉัยไปจนกว่ามีการทำคำชี้ขาดสำเร็จแล้วให้คู่กรณีคัดค้านเพิกถอนคำชี้ขาดในภายหลัง ซึ่งประเด็นนี้มีแนวคิดเป็น 2 แนวทางคือ

แนวคิดที่หนึ่ง Pieter Sanders และ Albert Jan van den berg เห็นว่าอาจเป็นช่องทางที่คู่กรณีฝ่ายไม่ต้องการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นใช้เป็นวิธีเตะถ่วงกระบวนพิจารณา โดยการคัดค้านถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่จะส่งผลต่ออำนาจอนุญาโตตุลาการดังกล่าวควรให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยในชั้นต่อไป แนวคิดได้บัญญัติเป็นกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศเนเธอร์แลนด์ ตามมาตรา 1027(4) บัญญัติว่า"The President or the third person shall appoint the arbitrator or arbitrators without regard to the question whether or not there is a valid arbitration agreement." ซึ่งหลักนี้ป้องกันวิธีการเตะถ่วงของคู่กรณีและต้องการให้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่ทำได้

ดังนั้นตามหลักการนี้ประเด็นเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ควรให้มีการวินิจฉัยในชั้นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของศาล[50]

แนวคิดที่สอง Emmanuel Gaillard เห็นว่า แม้ว่ามีความเสี่ยงที่ทำให้เกิดความล่าช้าในการที่ศาลจะพิจาณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่ามีความสมบูรณ์หรือไม่ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่แนวคิดนี้ให้ศาลที่สนับสนุนในการช่วยเหลือแต่งตั้งมีอำนาจพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในเบื้องต้นดีกว่าให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่สมบูรณ์ทำให้คู่กรณีไม่ต้องรอคอยเป็นเวลานาน ซึ่งในประเด็นข้อสัญญาที่สมบูรณ์หรือไม่จะไม่ได้วินิจฉัยจนกว่ามีการร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดในเหตุที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ที่อาจต้องใช้เวลานานหลายปี[51]

แนวคิดนี้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายของประเทศที่มีหลักการที่ให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนได้ อย่างไรก็ตามก็บัญญัติให้ศาลมีอำนาจปฏิเสธทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมีความไม่สมบูรณ์อย่างชัดเจน แนวคิดนี้ใช้ในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 179(3) ที่บัญญัติว่า "The judge if requested, shall make the appointment unless a summary examination shows that an arbitration agreement exists between the party." กฎหมายดังกล่าวบัญญัติไว้เพียงว่าให้อำนาจศาลวินิจฉัยเบื้องต้น (prima facie) ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์หรือไม่ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดน บัญญัติว่า "where a party has requested that the District Court appoint an arbitrator pursuant to section 12, third paragraph or section 14 or 17 , the Court may reject the request on the grounds that the arbitration is not legally permissible only where such is manifest."[52]

---

[50]Sanders, Pieter and van den Berg, The Netherlands Arbitration Act 1986. (Hague : Kluwer Law International,1986), p.17

[51]van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.72

[52] Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. and Kroll, Stefan M. ,Comparative

แนวคิดนี้ยังนำมาบัญญัติในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1444 ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ การบังคับใช้มาตรา 1444 ดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้หรือไม่ยังมีข้อโต้แย้งในการบังคับใช้อยู่ แต่แนวคิดส่วนใหญ่เห็นว่า ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ศาลที่ช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามารถทบทวนตรวจสอบในข้อเท็จจริงเบื้องต้นถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ ว่าข้อตกลงนั้นมีความสมบูรณ์เพียงพอที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ แต่มิได้วินิจฉัยว่าข้อตกลงมีผลบังคับใช้เพียงพอที่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่[53] แม้กฎหมายต้นแบบไม่ได้บัญญัติโดยตรงที่ให้ศาลที่ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการควรที่ต้องวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก่อนที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และมีบทบัญญัติที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของตนเองตามมาตรา 21 (2) และกฎหมายต้นแบบยังบัญญัติอีกว่าเมื่อคู่กรณีเข้าร่วมกระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถือว่าสละสิทธิคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ[54]

แต่มีกฎหมายการอนุญาโตตุลาการบางประเทศ ได้บัญญัติกฎหมายตามหลักการของกฎหมายต้นแบบซึ่งไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่ให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในชั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งยื่นคำร้องคัดค้านถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อมิให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตน ศาลมีอำนาจวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้นได้ เช่นคดีในศาลสูงสุดของประเทศอินเดียและศาลสูงในเมืองมิวนิคของประเทศเยอรมันได้ตีความกฎหมายที่บัญญัติตามกฎหมายต้นแบบ[55]หรือแม้กระทั่งศาลในประเทศญี่ปุ่นยังเห็นว่าการวินิจฉัยในประเด็น

International Commercial Arbitration, p.353

[53] Gaillard, Emmanuel and Savage, John, ed., Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, para851-855

[54] Lew ,Julian D. M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. .Comparative International Commercial Arbitration, p.353

[55] Mody,Zia J. and Arvind, T.T., Case Comment Wellington Associates Ltd v. Kirit Mehta, International Arbitration Law Review,2000, 3(4), N.52-53 and Bayerisches

ความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องได้รับการพิจารณาก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งตามที่มีการร้องขอต่อศาลด้วย[56]เมื่อศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์เพียงพอที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ก็ต้องยกคำร้องขอของคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอแต่งตั้ง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่สองที่ควรให้ศาลวินิจฉัยถึงประเด็นความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ในชั้นที่มีการร้องขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งเพื่อได้พิจารณาว่าข้อตกลงนั้นมีความสมบูรณ์เพียงพอที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก่อนแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเมื่อศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์ก็ต้องถือว่าเป็นการวินิจฉัยถึงเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการด้วยตั้งแต่แรก จะส่งผลดีแก่คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้วแต่ต่อมาคำชี้ขาดต้องถูกเพิกถอนด้วยเหตุที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ถึงแม้ว่าแนวคิดดังกล่าวจะเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายไม่สุจริตใช้เป็นช่องทางในการเตะถ่วงกระบวนพิจารณาทำให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นล่าช้าออกไปก็ตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแล้วจะเห็นได้ว่าแม้มีความล่าช้าเกิดขึ้นเพื่อจะวินิจฉัยในประเด็นความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแต่ดีกว่าที่ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยที่ตนเองอาจไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์และต้องถูกทำลายคำชี้ขาดในภายหลัง แนวคิดนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้กับพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้อีกด้วยโดยรายละเอียดจะกล่าวต่อไป[57]

2. การขาดนัดในระหว่างกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว ในระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งจะเริ่มต้นตั้งแต่ในชั้นการยื่นคำคู่ความ ซึ่งโอกาสที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขาดนัดใน

Obertes Landesgericht 28 February 2002 in Kroll, Stefan, Case Comment Germany : Arbitration Clause, International Arbitration Law Review.2002. 5(4), N.41

[56] Case No. 2003 (WA) 2146 of the Tokyo District Court of Japan in www.Kluwer arbitration.com/arbitration/arb/newsletter/

[57] โปรดดูหัวข้อ 4.2.1.1 ในบทที่ 4

ระหว่างกระบวนพิจารณานั้นมี 4 กรณีเป็นไปตามที่กฎหมายต้นแบบได้กำหนดไว้ คือ 1) ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายผู้เรียกร้องได้เริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ แต่ต่อมาก็ไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้องแต่ประการใด , 2) ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลา ,3) ในกรณีคู่กรณีฝ่ายผู้เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายผู้ถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา , 4) ในกรณีคู่กรณีฝ่ายผู้เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายผู้ถูกเรียกร้องไม่ยื่นพยานหลักฐานภายในกำหนดเวลา เมื่อกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นจะมีมาตรการเยียวยาที่แตกต่างกันซึ่งจะต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปแม้ว่าจะไม่ได้รับความร่วมมือจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่การใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา เนื่องจากเป็นการตัดสิทธิมิให้คู่กรณีนำเสนอคดีของตน เพื่อมิให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดังกล่าวในทางมิชอบ จึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ดังนั้นจึงต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเพียงฝ่ายเดียวทั้งในกฎหมายต้นแบบและกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ

2.1อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวมาจาก 2 กรณีคือ 1)อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ และ 2) อำนาจของคู่กรณีที่มาจากกฎหมายที่บังคับใช้ อาจเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมักจะเป็นกฎหมายของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการ (lex loci arbitri)

2.1.1อำนาจที่มาจากข้อตกลง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ในหลักความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณา ในหลักดังกล่าวให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาไว้ในข้อตกลงได้ (party autonomy) ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนพิจารณาให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงไว้ โดยต้องอยู่ในขอบเขตที่ว่าบทบัญญัตินั้นต้องมิใช่เป็นบทบัญญัติลักษณะบังคับ โดยทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่าบทบัญญัติในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดนั้นไม่ใช่เป็นบทบัญญัติที่เป็นลักษณะบังคับที่ไม่สามารถตกลงกระบวนพิจารณาให้แตกต่างได้ ดังนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายย่อมมี

อิสระที่ตกลงมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว หรือมีอิสระที่จะกำหนดกระบวนพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้าได้ โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมกับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในธุรกรรมทางการพาณิชย์บางชนิดที่อาจมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดกระบวนพิจารณาไว้เป็นพิเศษเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[58]

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้โดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งการมอบอำนาจโดยตรงคือการที่คู่กรณีตกลงกันโดยชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการต่างๆได้โดยอาจจะตกลงในรูปของข้อตกลง หรือข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือในรูปของสัญญาที่กำหนดแยกออกมาจากสัญญาหลักอีกฉบับ หรือคู่กรณีอาจจะมอบอำนาจให้โดยปริยาย คือเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันไว้[59] ซึ่งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆได้กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวไว้อย่างชัดเจน เช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ของ UNCITRAL Arbitration Rules ข้อ 28 เป็นต้น

2.1.2 อำนาจที่มาจากกฎหมายที่ปรับใช้แก่กรณี

เป็นที่ยอมรับประการหนึ่งว่า ในระบบกฎหมายการอนุญาโตตุลาการมีส่วนช่วยส่งเสริมอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยให้อำนาจโดยตรงแก่อนุญาโตตุลาการ หรือให้อำนาจแก่ศาลภายในดำเนินการใช้อำนาจในนามของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือคู่กรณี หรืออาจรวมวิธีการทั้งสองอย่างไว้ในกฎหมาย เช่นกฎหมายอังกฤษ เป็นต้นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่มาจากกฎหมายที่ปรับใช้แก่กรณี อาจเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ ได้แก่กฎหมาย

---

[58] Holtzmann, Howard M."The Conduct of Arbitral Proceedings", in UNCITRAL 's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration: ICCA Congress series on. 2, ed. Pieter Sanders, (Deventer : Kluwer,1984), p.150

[59] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration,p.279

แห่งถิ่นที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ มักจะเป็นกฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ[60]

แต่อาจเกิดปัญหาโดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดชัดเจนเพียงพอที่จะพิจารณาตัดสินว่าอำนาจอนุญาโตตุลาการนั้นต้องใช้กฎหมายใดบังคับระหว่างกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนำมาพิจารณาถึงอำนาจของคู่กรณีทั้งสองที่มอบให้แก่อนุญาโตตุลาการ กฎหมายดังกล่าวอาจเป็นการขยาย หรือจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติวิธีที่ดีที่สุดควรพิจารณาถึงกฎหมายที่บังคับใช้แก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แล้วจึงพิจารณาถึงกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องพิจารณาว่าอำนาจใดที่คู่กรณีตกลงมอบให้แก่อนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปอำนาจดังกล่าวอยู่ในข้อตกลง หรือในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควรต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวให้อำนาจหรือจำกัดอาจที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องใช้บังคับเกี่ยวกับความสมบูรณ์ ผลใช้บังคับและการตีความข้อตกลงที่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแล้วก็ต้องพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่ากฎหมายดังกล่าวให้อำนาจหรือจำกัดอำนาจแก่คู่กรณีตกลงมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการ[61] ย่อมส่งผลถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวด้วยโดยต้องคำนึงถึงกฎหมายดังกล่าว โดยมากมักพิจารณาตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงกระบวนพิจารณาไว้เป็นอย่างอื่น และไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

---

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

[61] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration,p.282

ดังนั้นถึงแม้ว่าคู่กรณีมิได้ตกลงมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว แต่เมื่อกฎหมายของประเทศนั่งพิจารณาบัญญัติให้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจอย่างชัดเจนแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณา ดังเช่นประเทศฝรั่งเศส หรือในประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1950 มาตรา 12 (1) หรือในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญก็ตาม แต่อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวย่อมเกิดจากอำนาจที่เกิดจากการเป็นอนุญาโตตุลาการในตัวเอง (inherent power) อนุญาโตตุลาการทุกคนมีอำนาจภายใต้หน้าที่ของตนตามเหตุผลอันสมควร มิฉะนั้นอาจไม่ธรรมคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[62]ซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีหน้าที่ร่วมกันในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการดังเช่นศาลสูงสุดของประเทศไอร์แลนด์ที่วินิจฉัยโดยการตีความจากหลักสุจริตตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ว่า

"เป็นที่ยอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการด้วยกระบวนพิจารณาที่เป็นธรรม และให้สิทธิแก่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทด้วยความรวดเร็ว ซึ่งสำหรับอนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่สร้างความสมดุลระหว่างในปัจจัยทั้งสองประการดังกล่าวซึ่งอาจส่งผลต่อระยะเวลาการทำคำชี้ขาดด้วย อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในตัวเองในการออกคำสั่งที่กำหนดวันพิจารณาและดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างเหมาะสมในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเนื่องจากถูกปฏิเสธไม่ให้เลื่อนคดี ซึ่งไม่มีมาตรการลงโทษใดๆต่ออนุญาโตตุลาการที่ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา การดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวไม่เป็นการลงโทษใดๆมากไปกว่าตัดสินข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายเดียว"[63]

---

[62]Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators,(London:LLP,1996), p.38

[63]Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, p.472

2.2แนวคิดและหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายต้นแบบ

แนวคิดในการร่างมาตรา 25 ของกฎหมายต้นแบบบัญญัติว่า "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;

(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."

ในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบคณะกรรมาธิการได้พิจารณาถึงในกรณีที่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปและตัดสินข้อพิพาททำคำชี้ขาดจากคู่กรณีฝ่ายเดียวหรือไม่ โดยที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงมอบอำนาจอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

โดยทั่วไปตามหลักการพื้นฐานในข้อตกลงที่คู่กรณีให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยหลักแล้วแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นคำคู่ความหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวต่อไปได้ แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่ากฎหมายต้นแบบควรมีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป แต่มีความเห็นในทางตรงข้ามว่าไม่ควรกำหนดให้มีบทบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ซึ่งอาจส่งผลทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถเป็นยอมรับได้โดยง่ายในบางประเทศที่ไม่ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาโดยขาดนัด (ex parte judgment) แต่ถ้าต้องการให้มีบทบัญญัติดังกล่าวควรให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาพฤติการณ์แห่งคดีว่า ควรที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวหรือไม่ แต่ในประเด็นนี้มีความเห็นว่าอาจจะส่งผลทำให้เกิดความล่าช้าและสร้างความสับสนในการดำเนินกระบวนพิจารณา เนื่องจากในการ

อนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศไม่ควรที่ให้ศาลเข้ามามีบทบาทแทรกแซงกระบวนพิจารณามากจนเกินไป เป็นตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบที่ต้องการให้ศาลเข้ามามีบทบาทให้น้อยที่สุดในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมาธิการร่างจึงมีความเห็นว่าควรพยายามวางหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการใช้อำนาจดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการก่อนหากไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ได้สำเร็จก็ต้องให้กฎหมายวิธีพิจารณาของแต่ละประเทศวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อไป สุดท้ายคณะกรรมการร่างเห็นว่าไม่ควรให้อำนาจศาลมาพิจารณาวางหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เนื่องจากอาจทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้า[64]ดังนั้นจึงได้วางหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว

ถ้าหากพิจารณาถึงถ้อยคำในกฎหมายต้นแบบที่ว่า "มีเหตุอันสมควร" ในมาตรา 25 เป็นถ้อยคำที่แสดงให้เห็นว่า ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาในแต่ละคดีว่าการขาดนัดนั้นมีเหตุอันสมควรหรือไม่ ซึ่งเหมือนดังเช่นถ้อยคำในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เช่น "อย่างเท่าเทียม" หรือ"เปิดโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐาน" ตามมาตรา 18 ถ้อยคำดังกล่าวกฎหมายต้นแบบให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดุลพินิจพิจารณาว่า ตนเองได้ปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ หรือ ได้เปิดโอกาสให้นำเสนอพยานหลักฐานอย่างเต็มที่หรือไม่ โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลที่เป็นผู้วินิจฉัย ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามกฎหมายต้นแบบรวมถึงเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายต้นแบบในมาตรา 5 บัญญัติว่า ศาลไม่ควรเข้ามาแทรกแซงยกเว้นบทบัญญัติตามกฎหมายให้อำนาจศาล คณะกรรมาธิการร่างไม่ต้องการให้ศาลเข้ามาแทรกแซงในการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการฝ่ายเดียว นั้นคือเจตนารมณ์ของคณะกรรมาธิการที่ไม่ต้องการให้เกิดความล่าช้าและสร้างความสับสน ดังนั้นจึงได้กำหนดบทบาทให้ศาลให้มีบทบาทให้น้อยที่สุด[65] ซึ่งการที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวนั้นเป็นการใช้อำนาจที่กระทบกระเทือนต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาอาจส่งผลทำให้

---

[64]First Working Group Report, A/CN.9/216, para.71

[65]Holtzmann, Howard M."The Conduct of Arbitral Proceedings" , in UNCITRAL 's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration in ICCA Series No 2. ed. Pieter Sander, (Deventer: Kluwer and Taxation Plubishers,1984), p.150

คำชี้ขาดถูกทำลายได้ ฉะนั้นทางเลขาธิการคณะกรรมาธิการได้กำหนดแนวทางที่เป็นมาตรการคุ้มครองเพื่อให้แน่ใจว่าอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจด้วยความเป็นธรรมในการจำหน่ายคดีหรือดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว[66]จึงต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวไว้ดังนี้

2.2.1คู่กรณีได้รับแจ้งวันนัดโดยชอบและการกำหนดเวลาในการเตรียมคดีอย่างเหมาะสมตามพฤติการณ์แห่งคดี

ในการดำเนินกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งให้คู่กรณีทุกฝ่ายได้ทราบถึงวันนัดพิจารณา และต้องกำหนดเวลาให้แก่คู่กรณีอย่างเพียงพอตามความเหมาะสมของประเด็นข้อพิพาทนั้น เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายต้นแบบได้คำนึงถึงหลักดังกล่าวที่ต้องการให้มีบอกกล่าวล่วงหน้าแก่คู่กรณีให้เป็นหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวตั้งแต่เริ่มแรกที่บัญญัติมาตรา 25 ซึ่งในช่วงแรกของการร่างบทบัญญัตินี้ได้มีการบัญญัติกำหนดเวลาขั้นต่ำในการบอกกล่าวล่วงหน้าไว้ เช่น 20 วัน หรือ 40 วัน แต่ต่อมาเห็นว่าไม่ควรบัญญัติกำหนดเวลาในการบอกกล่าวล่วงหน้าดังกล่าว เนื่องจากต้องการให้กระบวนพิจารณามีความยืดหยุ่นเพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์แต่ละคดี ซึ่งในขั้นสุดท้ายของการร่างกฎหมายต้นแบบในมาตราดังกล่าวจึงไม่ได้กำหนดเวลาในการบอกกล่าวล่วงหน้าไว้[67]

ในมาตรา 25 (a),(b) ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าคู่กรณีต้องได้รับการบอกกล่าววันนัดล่วงหน้าโดยชอบด้วย เหมือนดังเช่นในมาตรา 25(c) ซึ่งแม้อนุมาตราดังกล่าวจะไม่มีการบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าคู่กรณีต้องได้รับแจ้งโดยชอบก็ตาม แต่ได้ในอ้างถึงในบทบัญญัติมาตรา 24(2) ให้มีความสอดคล้องกันโดยแสดงให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องแจ้งวันนัดล่วงหน้าอย่างเพียงพอในการยื่นพยานหลักฐานด้วย ซึ่งในชั้นร่างขั้นสุดท้ายในมาตรา 25 (a),(b) ได้บัญญัติให้เพียงอนุญาโตตุลาการต้องกำหนดระยะเวลาในการยื่นข้อเรียกร้องและคำคัดค้านไว้ด้วยโดยอ้างถึงบทบัญญัติมาตรา 23 (1) เท่านั้น

---

[66] First Secretariat Note, A/CN.9/207, para.80

[67] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary,p.699

ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการร่างให้ข้อสังเกตว่า แม้บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าคู่กรณีต้องได้รับการแจ้งวันนัดล่วงหน้าโดยชอบ แต่เมื่อมีการขาดนัดพิจารณาไม่ว่าเป็นการขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องหรือ การขาดนัดยื่นคำคัดค้าน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่กรณีได้รับแจ้งล่วงหน้าโดยชอบแล้ว รวมถึงการขาดนัดยื่นพยานหลักฐานด้วยได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่กรณีดังกล่าวได้รับการแจ้งให้ยื่นพยานหลักฐานภายในกำหนดเวลาที่กำหนดอย่างเพียงพอตามหลักการพื้นในการดำเนินกระบวนพิจารณา ตามมาตรา 18 ของกฎหมายต้นแบบ[68] โดยเหตุที่ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนถึงการแจ้งวันนัดล่วงหน้าในมาตรา 25 (a),(b) เนื่องจาก กฎหมายต้นแบบนั้นไม่ต้องการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัด และไม่ได้บัญญัติถึงแนวทางที่เกี่ยวกับในประเด็นที่ว่าหลักเกณฑ์อย่างไรที่ถือว่าคู่กรณีนั้นขาดนัด และควรดำเนินการพิจารณาอย่างไรในการตัดสินข้อพิพาทและการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัด ดังนั้นคณะกรรมาธิการร่างจึงเห็นควรว่ากฎหมายต้นแบบไม่จำเป็นต้องการบัญญัติรายละเอียดกระบวนพิจารณาโดยขาดนัด[69]โดยให้แต่ละประเทศบัญญัติรายละเอียดในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการเอง

2.2.2 คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ในบทบัญญัติมาตรา 25 ได้บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือไม่ยื่นคำคู่ความ หรือไม่ยื่นพยานหลักฐานภายในเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งถ้อยคำที่ว่า"ไม่มีเหตุอันสมควร" (without showing sufficient cause) ได้บัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับ ข้อ 28 (1) ของ ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rule) โดยให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่พิจารณาว่าเหตุแห่งการขาดนัดนั้นเป็นเหตุที่สมควรหรือไม่[70]หากพิจารณาแล้ว

---

[68] Seventh Secretariat Note Analytical Commentary on Draft Text A/CN.9/264, para.5

[69] Fifth Working Group Report A/CN.9/246, para.84

[70] Holtzmann, Howard M."The Conduct of Arbitral Proceedings", in UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration :ICCA Series No. 2, ed. Pieter Sanders p.149

ว่าคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดโดยไม่มีเหตุอันสมควรก็ต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปตามที่กฎหมายต้นแบบบัญญัติไว้ในมาตรา 25 ซึ่งเป็นการคุ้มครองคู่กรณีที่มิได้ตั้งใจหรือละเลยหรือมีเหตุสุดวิสัยที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาให้เป็นตามกำหนดเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ได้[71] โดยการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ ครอบคลุมถึงกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายขาดนัดไม่ว่าในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องได้เริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ แต่ต่อมาก็ไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้อง หรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลา หรือ ในกรณีคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือ ในกรณีคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นพยานหลักฐานภายในกำหนดเวลา[72]

ในประเด็นที่พิจารณาในถ้อยคำว่า "ไม่แสดงถึงเหตุอันสมควร" ควรบัญญัติในกฎหมายต้นแบบหรือไม่นั้นเป็นประเด็นที่ถกเถียงในมากในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบ ทางตัวแทนของประเทศออสเตรเลียเห็นว่า อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจที่ชัดเจนในการสั่งให้ขยายระยะเวลาตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ในแต่ละคดี จึงควรที่จะตัดถ้อยคำที่ว่า "ไม่แสดงถึงเหตุอันสมควร" และบัญญัติถ้อยคำแทนก่อนคำว่า "ถ้า" ว่า "หรือมิฉะนั้นให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ออกคำสั่ง" (or otherwise ordered by the arbitral tribunal) แต่ตัวแทนของประเทศฝรั่งเศสกล่าวว่าตามถ้อยคำ"ไม่แสดงถึงเหตุอันสมควร" ก็เป็นการให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจอย่างเพียงพอในกรณีที่คู่กรณีไม่ดำเนินการตามเวลาที่กำหนด และ ผู้สังเกตการณ์ของ ICCA เข้าใจว่าบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงให้อนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจให้ระยะเวลาแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดโดยมิได้ตั้งใจและการขยายเวลานั้นไม่ทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้าจนเกินไป ดังนั้นประธานคณะกรรมาธิการร่างเสนอแนะว่าควรบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนโดยมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุพินิจในดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดและให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดมีความยืดหยุ่นมากขึ้น[73]

---

[71]van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.109

[72]Sanders, Pieter, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation 2nd ed and expand ed, (Hague, Kluwer Law International: 2004), p.111

นอกจากนั้นยังมีประเด็นที่ตัวแทนของประเทศเซร่า ลีโอน เห็นว่าในปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาที่คู่กรณีฝ่ายขาดนัดต้องแสดงต้องเหตุอันสมควรที่ขาดนัดนั้น ถ้าหากเหตุนั้นได้แสดงต่ออนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดเวลาไว้ตามมาตรา 23(1) หากมีเวลายังมีเหลือต้องให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดปฏิบัติภายในเวลาที่เหลือ แต่ถ้าหากมีการแจ้งเหตุดังกล่าวภายหลังจากที่ระยะเวลาสิ้นสุดลงอาจถือว่าเป็นการขยายเวลาโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกัน ดังนั้นทางที่ดีควรตัดถ้อยคำว่า "ไม่แสดงถึงเหตุอันสมควร"[74] ซึ่งคณะกรรมาธิการร่างมีความเห็นในรายงานคณะกรรมาธิการว่า มาตรา 25 ได้บัญญัติชัดเจนแล้วว่าเพื่อที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวก็ต้องแสดงต่ออนุญาโตตุลาการว่าตนเองมีเหตุอันสมควรที่จะไม่ได้ปฏิบัติตามระยะเวลาที่กำหนด และเหตุอันสมควรที่ทำให้เกิดความล่าช้าต้องเกิดขึ้นก่อนเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามในประเด็นที่ว่าเมื่อใดควรแจ้งเหตุแห่งการขาดนัดต่ออนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่าในมาตราดังกล่าวจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเหตุแห่งการขาดนัดนั้นต้องได้รับการวินิจฉัยก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะตัดสินว่าควรที่ดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวหรือไม่ ในการที่กำหนดเวลาในการแสดงถึงเหตุแห่งการขาดนัดเป็นเรื่องที่ยากและควรให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจประเมินถึงเหตุของความล่าช้าและใช้อำนาจขยายเวลาเพื่อให้โอกาสแก่คู่กรณีที่ต้องยื่นคำคู่ความหรือเสนอพยานหลักฐาน[75]

2.2.3หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายภายใน

- ในประเทศอังกฤษ ในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการนั้นอนุญาโตตุลาการต้องยึดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหัวใจหลักในการตัดสินคดีโดยเฉพาะในคดีที่ต้องมีการสืบพยานบุคคล คือ ต้องมีการบอกกล่าวโดยชอบและเหมาะสมในการดำเนินกระบวนพิจารณา และคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสอย่างเหมาะสมในการนำเสนอคดีร่วมกับทนายความ ที่ปรึกษา และพยานบุคคล และ

---

[73] Broches, Aron, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, (Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers,1990) ,p.130

[74] A/CN.9/SR. 325, para.1

[75] Commission Report A/40/17, para.213

รวมถึงการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับโอกาสในการเสนอคดีและพยานหลักฐานสนับสนุนคดีของตน ฉะนั้นเมื่อการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเป็นการตัดสิทธิมิให้คู่กรณีอีกฝ่ายต่อสู้คดีของตนได้ ถือว่าเป็นขัดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ฉะนั้นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเป็นไปตามหลักดังกล่าว อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาแล้วว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นจงใจที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาก่อนที่ดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวดังคำพิพากษาในคดีระหว่าง Montrose Canned Foods Ltd. v. Eric Wells (Merchants) Ltd. ที่ว่า

"อนุญาโตตุลาการต้องทราบให้แน่ชัดก่อนที่ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปว่า ตราบเท่าที่ยังไม่ได้ตัดสินข้อพิพาทต้องให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้ทราบถึงคดีของตนและมีโอกาสที่นำเสนอพยานหลักฐานต่อสู้ได้ แต่เมื่อยังไม่แน่ชัดว่าหรือยังไม่คำอธิบายที่ชัดเจนจากคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดว่า คู่กรณีดังกล่าวตั้งใจที่ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปโดยปราศจากการเสนอพยานหลักฐานของตนเองต่ออนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวก็ยังต้องยึดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่หากแน่ชัดแล้วว่าคู่กรณีดังกล่าวไม่ต้องการต่อสู้คดีก็ทำให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวโดยตัดสินคดีจากพยานหลักฐานและข้อโต้แย้งของคู่กรณีฝ่ายเดียว"[76]

กฎหมายการอนุญาโตตุลาการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดไว้ในมาตรา 41 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดโดยเฉพาะในมาตรา 41(4)[77] ซึ่งมาตราดังกล่าวให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว โดย

---

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

[77] มาตรา 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, or

(b) where matters are to be deal with in writing, fails after due notice to submit written evidence or make written submissions, "

มีหลักเกณฑ์ 2 ประการคือ เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นต้องได้รับแจ้งกำหนดวันพิจารณาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว และอนุญาโตตุลาการต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดนั้นมีเหตุอันสมควรที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา หรือไม่ยื่นพยานหลักฐาน หรือไม่ยื่นคำคู่ความหรือไม่[78] ซึ่งเป็นไปได้ที่การให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ตามมาตรา 41 อาจเกิดข้อขัดแย้งในหลักการตามมาตรา 33(1)(a) ที่ให้อนุญาโตตุลาการกระทำการด้วยความเป็นธรรมและให้โอกาสแก่คู่กรณีแต่ละฝ่ายในการเสนอคดีของตน หรือเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายนำพยานหลักฐานมาโต้แย้งได้ ในประเด็นนี้ทางคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ เห็นว่าโดยหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ แต่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หลักดังกล่าวต้องจำกัดด้วยเหตุผลบางประการ ถ้าไม่มีเหตุผลที่ดีที่ขาดนัดจะไม่ได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตน เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายอื่นอนุญาโตตุลาการย่อมต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป[79]

- ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ในพระราชบัญญัติได้บัญญัติแบ่งแยกกรณีของการขาดนัดโดยแบ่งระหว่างการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องกับการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง[80]ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดในมาตรา 1040 ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า

"(1) If the claimant, without showing good cause, fails to communicate his statement of claim or duly to explain the claim, in spite of having had a reasonable opportunity to do so, the arbitral tribunal may terminate the arbitral proceedings by means of an award.

---

[78] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew, A practice approach to Arbitration Law . p.143

[79] Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill, Arbitration International. Vol. 13 No 3,(1997), p.307

[80] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration. (Deventer : Kluwer International,1987), (Vol.XIII) ,p.21

(2) If the respondent, without showing good cause, fails to submit his defence, in spite of having had a reasonable opportunity to do so, the arbitral tribunal may award forthwith."

มาตราดังกล่าววางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนที่ว่า ไม่ว่าในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง หรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านภายในเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจตามมาตราดังกล่าวในการยุติกระบวนพิจารณาหรือดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาแล้วว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นต้องได้รับโอกาสอย่างเพียงพอในการเตรียมคดีโดยต้องได้รับแจ้งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาโดยชอบ และคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่า คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ว่าเป็นกรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องไม่มีเหตุอันสมควรในการยื่นข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านด้วย และในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวควรให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้มีโอกาสในการนำเสนอคดีของตนเสมอ[81]

- ในประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติกฎหมายการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติของการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ซึ่งในอดีตมิได้บัญญัติถึงการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัด[82] มีบทบัญญัติดังกล่าวคล้ายกับกฎหมายต้นแบบ แต่ที่แตกต่างคือ บัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการไต่สวนถึงเหตุของคู่กรณีขาดนัดพิจารณาในทุกกรณีว่ามีเหตุสมควรหรือไม่อย่างชัดเจน ในมาตรา 1048 (4) บัญญัติว่า " Any default which has been justified to tribunal's satisfaction will be disregarded. Apart from that, the parties may agree otherwise on the consequences of default." เมื่ออนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดตามมาตรา 1048 (1),(2),(3) มีเหตุผลอันสมควรในการขาดนัด

---

[81] Sanders, Pieter and van den Berg, Albert Jan, The Netherlands Arbitration Act 1986. (Hague : Kluwer Law International,1986), p.17

[82] Sandrock, Otto, Procedural Aspects of New German Arbitration Act, Arbitration International, Vol. 14, No 1,(1998), p.35

อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจตามมาตราดังกล่าวที่ให้ยุติกระบวนพิจารณาหรือดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียว[83]

นอกจากกฎหมายต้นแบบหรือกฎหมายภายในต่างๆข้างต้นที่แสดงให้เห็นว่าในการใช้อำนาจในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการฝ่ายเดียวต้องคำนึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของในการใช้อำนาจดังกล่าว บทบัญญัติดังที่กล่าวมาข้างต้นมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นมาตรการลงโทษแก่คู่กรณีฝ่ายที่จงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้อย่างถูกต้องแล้ว ซึ่งข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่างๆมีมาตรการลงโทษโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการลงโทษที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาแต่ต้องใช้อำนาจดังกล่าวต้องอยู่ในพื้นฐานหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาดังเช่น ข้อ 28 (2),(3) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules)[84] หรือในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 6(3) ที่แม้จะกำหนดเพียงว่า ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ปฏิเสธหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ต้น หรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาในขั้นใดๆก็ตาม อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยไม่ต้องคำนึงถึงการปฏิเสธหรือการไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาดังกล่าวก็ตาม แต่ต้องเป็นที่เข้าใจว่าโดยสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่กรณีทุกฝ่ายได้รับการบอกกล่าวโดยชอบในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการตามข้อ 3 แต่อย่างไรก็ตามทั้งข้อ 6(3) และข้ออื่นๆในข้อบังคับไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณี

---

[83]Glossner, Ottoarndt, The Cooperation Between Arbitrators and the Courts: Examples Drawn from the New German Law in Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention: ICCA Congress Series No 9. , ed. Albert Jan van den Berg, (Hague: Kluwer Law International, 1999), p.423

[84]Fortier, L. Yves, The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics in Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention: ICCA Congress Series No 9., ed. Albert Jan van den Berg, p.405

ใดถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับการบอกกล่าวโดยชอบ[85]อนุญาโตตุลาการต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าคู่กรณีนั้นได้รับการบอกกล่าวโดยชอบหรือไม่

ในข้อ 21(2) กำหนดให้คำนึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาเหมือนกับข้อ 28 (2) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ที่ให้ต้องคำนึงว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับการบอกกล่าวโดยชอบแล้วและต้องไม่มีเหตุอันสมควรในการขาดนัดพิจารณาด้วย ซึ่งตรงกันข้ามกับข้อ 6(3) ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ในข้อ 21(2) กำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนในการดำเนินกระบวนพิจาณาฝ่ายเดียวว่าการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งเหตุดังกล่าวต้องแสดงให้อนุญาโตตุลาการเห็นเพื่อมิให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว การพิจารณาถึงเหตุแห่งการขาดนัดต้องให้อนุญาโตตุลาการพิจาณาตามพฤติการณ์แห่งแต่ละคดีไปว่าเหตุแห่งการขาดนัดใดบ้างที่เป็นเหตุที่ดีเพียงพอเพื่อให้มีการเลื่อนคดีเพื่อต้องการให้แน่ใจว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีอย่างเพียงพอตามความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ซึ่งบ่อยครั้งที่อนุญาโตตุลาการผ่อนผันให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอคดี เว้นแต่ปรากฏแก่อนุญาโตตุลาการว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีพฤติการณ์ที่จงใจให้กระบวนพิจารณาล่าช้า[86]

2.3 การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดภายใต้กฎหมายต้นแบบ, กฎหมายภายในของประเทศ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ดังที่กล่าวข้างต้นว่าลักษณะการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการนั้นมี 4 ลักษณะคือ 1) ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายผู้เรียกร้องได้เริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ แต่ต่อมาก็ไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้องแต่ประการใด , 2) ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลา ,3) ในกรณีคู่กรณีฝ่ายเรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา , 4) ในกรณีคู่กรณีฝ่ายเรียกร้อง

---

[85] Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A Guide to New ICC Rule of Arbitration. p.103

[86] Ibid, p.267

หรือคู่กรณีฝ่ายผู้เรียกร้องไม่ยื่นพยานหลักฐานภายในกำหนดเวลา ซึ่งผลและมาตรการเยียวยาของการขาดนัดในแต่ละกรณีจะแตกต่างกันไม่ว่า ในกฎหมายต้นแบบ ,กฎหมายภายในของประเทศต่างๆ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ ด้วย

2.3.1 การขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง

เป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการไม่ดำเนินการต่างๆที่จำเป็นสำหรับการเรียกร้องของตน กล่าวคือ ไม่ยื่นข้อเรียกร้องที่แสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาทและคำขอบังคับของตน มีลักษณะเช่นเดียวกับการทิ้งฟ้องของโจทก์ในการฟ้องคดีต่อศาล[87]ซึ่งทั้งกฎหมายต้นแบบ หรือกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ หรือข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งยุติกระบวนพิจารณา แต่อาจจะแตกต่างกันบ้างในหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจยุติกระบวนพิจารณาตามแนวคำพิพากษาดังเช่นในประเทศอังกฤษที่ในอดีตเกิดคดีที่เป็นปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจยุติกระบวนพิจารณาเนื่องจากความล่าช้าของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ดำเนินการใดๆตามข้อเรียกร้อง

2.3.1.1การขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องภายใต้กฎหมายต้นแบบ

เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเริ่มต้นดำเนินการอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ต่อมาคู่กรณีดังกล่าวไม่ยอมยื่นข้อเรียกร้องภายในเวลาที่กำหนดและไม่มีเหตุสมควรที่จะขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง ในกรณีเช่นนี้ ภายใต้กฎหมายต้นแบบ มาตรา 25(a) บัญญัติว่า

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

ในการร่างมาตรานี้ได้บัญญัติว่า เมื่อคู่กรณีดังกล่าวไม่ยื่นข้อเรียกร้องหรือไม่ดำเนินการใดๆตามข้อเรียกร้อง อนุญาโตตุลาการต้องยกข้อเรียกร้องนั้นและกระบวนพิจารณาการ

---

[87]เสาวนีย์ อัศวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 144

อนุญาโตตุลาการต้องยุติ เพื่อป้องกันมิให้การบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการหยุดชะงัก หรือที่เรียกว่า "sleeping dog arbitration" จนเกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่าย ในการร่างกฎหมายต้นแบบขั้นแรก บัญญัติว่า "ให้อนุญาโตตุลาการต้องออกคำสั่งให้ยุติกระบวนพิจารณา" เหมือนกับในกรณีของการขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องตามข้อ 28 (1) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ UNCITRAL Arbitration Rules ให้อนุญาโตตุลาการออกคำสั่งยุติกระบวนพิจารณา ในทำนองเดียวกับบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งเกี่ยวกับการยุติกระบวนพิจารณาในกฎหมายต้นแบบก็บัญญัติให้ยุติกระบวนพิจารณาโดยการออกคำสั่งเท่านั้น

ในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบมีความเห็นว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนพิจารณาได้โดยทันทีไม่จำเป็นที่ต้องมีคำสั่งยุติกระบวนพิจารณาจากอนุญาโตตุลาการ โดยในความเห็นของ Howard M. Holtzmann ที่ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาอาจเกิดขึ้นก่อนที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังนั้นควรบัญญัติให้ชัดแจ้งว่ากระบวนพิจารณาควรยุติทันทีเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลา ซึ่งในร่างมาตราดังกล่าวควรบัญญัติว่า "กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการถือว่ายุติ"[88] แต่ในสุดท้ายบทบัญญัติดังกล่าววางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนให้อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ยุติกระบวนพิจารณาซึ่งทำให้ในกรณีคู่กรณีขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง ต้องมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการก่อนเพื่อให้มีการออกคำสั่งยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดี ซึ่งย่อมเกิดความยุ่งยากหากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยังมิได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่ต่อมาคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง ซึ่งอาจเกิดปัญหาได้ว่า เมื่อยังไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่สามารถออกคำสั่งดังกล่าวได้กระบวนพิจารณาจะยุติได้หรือไม่[89]

คำสั่งที่ให้กระบวนพิจารณายุติลงนั้นอนุญาโตตุลาการไม่ควรมีคำสั่งดังกล่าวทันทีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้อง อนุญาโตตุลาการต้องเตือนให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอย่าง

---

[88]Holtzmann, Howard M."The Conduct of Arbitral Proceedings", in UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration :ICCA Series No. 2, ed. Pieter Sanders, pp.150-151

[89] van Houtte, Hans, "Conduct of Arbitral Proceeding", in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Pater Sarcevic, p.122

น้อยหนึ่งครั้งเพื่อให้ทราบถึงผลของการที่ขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องว่า หากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องอนุญาโตตุลาการต้องมีคำสั่งยุติกระบวนพิจารณา ซึ่งโดยปกติอนุญาโตตุลาการต้องมีการเตือนคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสองครั้งก่อนที่มีคำสั่งดังกล่าว[90]

2.3.1.2 การขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องภายใต้กฎหมายภายใน

- ในประเทศอังกฤษ ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องนั้นไม่ยื่นข้อเรียกร้องหรือไม่ดำเนินการใดๆตามข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลานั้น มีหลักเกณฑ์พิจารณาในการยกข้อเรียกร้องได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายนั้นได้พัฒนามาจากคำพิพากษา เนื่องจากในอดีตการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการประสบปัญหาความล่าช้าอย่างมาก โดยเฉพาะในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามกำหนดเวลาโดยนำหลักที่ได้จากการตัดสินคดีในศาลคือ ในคดีระหว่าง Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons ได้วางหลักเกณฑ์ที่ให้สิทธิจำเลยในการร้องขอยกข้อเรียกร้องเพื่อให้ดำเนินคดีทางศาลโดยต้องพิสูจน์ให้ปรากฏแก่ศาลสามประการคือ 1) มีความล่าช้าจนผิดปกติและ 2)ความล่าช้านั้นไม่ได้เกิดจากเหตุอันสมควร และ 3) ความล่าช้าอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง และในคดี Birkett v. James ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากหลักในคำพิพากษาดังกล่าวคือ ศาลย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าควรที่ยกข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือไม่[91] ซึ่งมีการนำหลักการดังกล่าวใช้กับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่าง Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Copn.Ltd., โดยคำพิพากษาของสภาขุนนาง (House of Lord) ซึ่งตัดสินตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะยกข้อเรียกร้องและให้ดำเนินคดีทางศาล เว้นแต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไว้แต่ในทางปฏิบัติยากที่จะการตกลงกันไว้ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 5 กฎหมายการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979 บัญญัติไม่ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้องได้โดยตรงแต่ต้องร้องขอต่อ

---

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

[91]Vis, Willem, Want of Prosecution in English Commercial Arbitration in The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration, eds. Jan C. Schultz and Albert Jan van den Berg, (Denventer: Kluwer Law and Taxation Publishers,1981),p.311

ศาลสูงเพื่อให้มีการยกข้อเรียกร้องเพื่อให้ดำเนินคดีทางศาลในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินการตามข้อเรียกร้อง[92] และต่อมาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการอนุญาโตตุลาการอีกเพื่อให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการโดยตรงในการยกข้อเรียกร้องและให้ดำเนินคดีทางศาลตาม มาตรา 102 ของ Courts and Legal Services Act 1990 ซึ่งเพิ่มเติมมาตรา 13A ของกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 และ มาตรา 41 (3) ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 บัญญัติตามหลักการในการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ยกข้อเรียกร้องของมาตรา 13 A ดังกล่าวโดยบัญญัติว่า

"If the tribunal is satisfied that there has been inordinate and inexcusable delay on the part of the claimant in pursing his claim and that the delay-

(a) give rise, or is likely to give rise, to a substantial risk that it is not possible to have a fair resolution of the issue in that claim, or

(b) has caused, or is likely to cause, serious prejudice to the respondent,

the tribunal may make an award dismissing the claim."

ซึ่งมาตรานี้ยังใช้บังคับรวมถึงข้อเรียกร้องแย้งของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องด้วย โดยอนุญาโตตุลาการอาจยกข้อเรียกร้องแย้งให้ดำเนินคดีทางศาลได้และให้ข้อเรียกร้องยังคงอยู่ มาตรา 41(3) วางหลักว่า เว้นแต่คู่กรณีตกลงไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการมีอำนาจยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดีเพื่อให้ดำเนินคดีทางศาลได้โดยคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องยื่นคำร้องขอให้ยกข้อเรียกร้อง และเป็นหน้าที่ของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องที่ต้องนำหลักฐานมาพิสูจน์ให้อนุญาโตตุลาการเห็นตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 41(3)[93] เห็นว่า การดำเนินกระบวนการของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องล่าช้า โดยเฉพาะในกรณีไม่ยื่นข้อเรียกร้องให้ตามกำหนดเวลา ซึ่งต้องพิสูจน์ว่าจากการกระทำที่คู่กรณีดังกล่าวไม่ยื่นข้อเรียกร้องเป็นการทำให้เกิดความล่าช้าจนผิดปกติ (inordinate delay) โดยความหมายของความล่าช้าที่ผิดปกติ ซึ่งผู้พิพากษา Cumming Bruce ได้ให้คำนิยามดังกล่าวในคดีระหว่าง Tabata v. Hetherington ไว้ว่า ความล่าช้าเป็นการใช้เวลาที่

---

[92] Ibid, p.317

[93] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew, A practice approach to Arbitration Law , p.137

ยาวนานเกินกว่าที่ใช้ในในศาลและอนุญาโตตุลาการจะยอมรับได้ นอกจากนั้นยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าความล่าช้าที่ผิดปกติยังอยู่ในช่วงเวลาที่อายุความหรือระยะเวลาในการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นสิ้นสุดแล้วหรือไม่ แต่หากยังไม่หมดอายุความหรือระยะเวลาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงให้เริ่มต้นกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการต้องมีพฤติการณ์พิเศษเท่านั้นที่อนุญาโตตุลาการสามารถยกข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องได้ ดังนั้นจึงเป็นไปได้ยากที่อนุญาโตตุลาการจะยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดีก่อนที่ระยะเวลาหรืออายุความสิ้นสุดลง เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยังมีสิทธิดำเนินการตามข้อเรียกร้องของตนในระหว่างที่อายุความหรือระยะเวลาในการเริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการนั้นยังไม่สิ้นสุด แต่ถ้าต่อมาคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องย่อมต้องมีหน้าที่ดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างรวดเร็ว[94]

เมื่อพิจารณาแล้วว่าการที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ดำเนินการตามข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาเป็นความล่าช้าที่ผิดปกติ และยังต้องพิจารณาความล่าช้าดังกล่าวเป็นความล่าที่ไม่มีเหตุอันสมควร (inexcusable delay) หมายความว่า การกระทำของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องที่ทำให้เกิดความล่าช้านั้นไม่มีเหตุอันสมควรในการไม่ยื่นข้อเรียกร้องหรือไม่ดำเนินการตามข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนด เช่น คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเจ็บป่วยจนไม่สามารถกระทำการดังกล่าวได้หรือเหตุสุดวิสัย หรือสาเหตุที่ทำให้เกิดความล่าช้าเกิดจากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องสร้างอุปสรรคไม่ให้ดำเนินการตามข้อเรียกร้องได้ แต่ถ้าในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องตกเป็นบุคคลล้มละลายก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุอันสมควรที่ทำให้เกิดความล่าช้า หรือแม้กระทั่งการกระทำไม่สามารถยื่นข้อเรียกร้องคือคำสั่งของศาลที่ห้ามมิให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องก็ตาม หรือความล่าช้าดังกล่าวจะเกิดจากความผิดพลาดของทนายความหรือที่ปรึกษาของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ว่าตนสามารถฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายก็ไม่ถือว่าเป็นความล่าช้าไม่มีเหตุอันสมควร[95] หรืออ้างว่าคู่กรณีที่สองฝ่ายยังตกลงเจรจาไม่สำเร็จจึง

---

[94] Mustill Michael J. and Boyd, Stewart C., Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition,p.319

[95] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew, A practice approach to Arbitration Law. p.138

ต้องใช้เวลายาวนานเพื่อเจรจาตกลงกันก็ไม่ถือว่าเป็นความล่าช้าที่มีเหตุอันสมควรเพราะการเจรจาสามารถทำการควบคู่ไปกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้[96]

นอกจากที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องพิสูจน์แล้วว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสร้างความล่าช้าโดยผิดปกติและไม่มีเหตุอันสมควรแล้ว ยังต้องพิสูจน์ต่อไปว่าความล่าช้าที่ผิดปกติและไม่มีเหตุอันสมควรเป็นเหตุให้เกิดหรืออาจเป็นเหตุให้เกิดความเสี่ยงจนทำให้ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาในประเด็นตามข้อเรียกร้องได้อย่างเป็นธรรม (substantial risk that it is not possible to have a fair resolution of the issue) โดยพิสูจน์ว่าจากความล่าช้าของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องทำให้พยานบุคคลได้เสียชีวิตไป หรือได้หายตัวไปหรือแม้กระทั่งยากที่จะติดต่อกับพยานบุคคลดังกล่าวและโอกาสที่นำพยานนั้นมาพิสูจน์ก็ลดน้อยลง ส่วนพยานเอกสารเช่นรายงานวิจัย หรือรายงานต่างๆอาจถูกทำลาย เสียหาย หรือสูญหายไม่สามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานได้ หรือในกรณีที่ต้องมีการเดินเผชิญสืบในสถานที่เกิดเหตุ ซึ่งจากความล่าช้าของคู่กรณีฝ่ายเรียกร้องร่องรอยของสถานที่ที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานลบเลือนจนไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ [97]

หรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์อีกทางหนึ่งที่เป็นผลมาจากความล่าช้าที่ผิดปกติและไม่มีเหตุอันสมควรทำให้เป็นเหตุหรืออาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอย่างมาก (serious prejudice) ความเสียหายที่เกิดจากความล่าช้าดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบทั้งคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องและคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง ตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 41(3) (b) ยกตัวอย่างเช่น คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆโดยความล่าช้าดังกล่าวอาจส่งผลเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อชื่อเสียงของตนจากการดำเนินคดีเป็นระยะเวลานานกว่า 11 ปีครึ่ง และความเสียหายนั้นอาจรวมถึงความเสียหายต่อสถานะภาพทางการเงินของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องโดยเงินทุนที่ใช้ในการดำเนินคดีนั้นลดน้อยลงจากความล่าช้าดังกล่าว แต่ในกรณีที่มีการเลื่อนคดีในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจนทำให้เกิดความเสียหายต่อสถานะภาพทางการเงินบ้างไม่ถือว่าเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง โดยอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความล่าช้านั้นส่งผลต่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเท่านั้นไม่ควรจะพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อคู่กรณีฝ่ายที่

---

[96] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, p.124

[97] Ibid, p.125

เรียกร้องด้วยจนทำให้ต้องยกคำร้องขอที่ให้ยกข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเนื่องจากความล่าช้านั้นคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องได้รับความเสียหายมากกว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเกิดความเสียหายต้องพิจารณาเฉพาะความเสียหายในภาพรวมของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเท่านั้น เมื่อพิจารณาแล้วเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ต้องยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดีโดยคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการให้ยกข้อเรียกร้องซึ่งตนต้องเป็นผู้ที่มีหน้าที่พิสูจน์ให้ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจนอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเป็นตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 41(3)[98]

เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้นำหลักฐานมาพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวไว้ข้างต้นตามที่ได้ยื่นคำร้องขอให้ยกข้อเรียกร้องแล้วอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินว่าควรที่จะยกข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือไม่ แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องสามารถนำหลักฐานมาพิสูจน์ได้ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยไม่จำเป็นต้องยกข้อเรียกร้องตามคำร้องขอ หากมีพฤติการณ์ที่ว่า คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมีส่วนทำให้เกิดความล่าช้า เช่น คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยอมยื่นคำร้องขอให้ยกข้อเรียกร้องโดยปล่อยให้เวลาล่วงเลยเป็นเวลายาวนาน เป็นต้น[99]

- ในประเทศเนเธอร์แลนด์ เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาโดยปราศจากเหตุอันสมควร โดยคู่กรณีดังกล่าวได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตนอย่างเหมาะสมแล้ว อนุญาโตตุลาการมีอำนาจยกข้อเรียกร้องและสั่งให้ยุติกระบวนพิจารณาซึ่งอาจทำในรูปของคำสั่งหรือคำชี้ขาดก็ได้ซึ่ง[100]ตามมาตรา 1040 บัญญัติว่า

"If the claimant, without showing good cause, fails to communicate his statement of claim or duly to explain the claim, in spite of having had a reasonable opportunity to do so, the arbitral tribunal may terminate the arbitral proceedings by means of an

---

[98] Tweeddale, Karen and Tweeddale, Andrew, A practice approach to Arbitration Law. p.142

[99] Cato, Mark D., Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearings Problem. p. 228

[100] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration. p. 471

arbitral award." ตามมาตราดังกล่าวบัญญัติเพื่อวัตถุประสงค์ไม่ให้กระบวนพิจารณาหยุดชะงัก เปรียบเสมือนว่า คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเป็นสุนัขที่นอนหลับไม่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (sleeping dog arbitrations) โดยอนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการสั่งยุติกระบวนพิจารณาโดยคำชี้ขาด หากเป็นคำชี้ขาดย่อมเหมาะสมต่อการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องที่ขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องต้องรับผิดต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความล่าช้าดังกล่าว[101]

- ในประเทศเยอรมัน กฎหมายการอนุญาโตตุลาการนั้นได้นำกฎหมายต้นแบบมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายเรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องหรือไม่ดำเนินการใดๆ ตามข้อเรียกร้องภายในเวลาที่กำหนดไว้โดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามมาตรา 1048 บัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ยุติกระบวนพิจารณาเช่นเดียวกับในกฎหมายต้นแบบมาตรา 25 (1) และยังมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับมาตราดังกล่าวที่ให้อนุญาโตตุลาการต้องคำสั่งยุติกระบวนพิจารณาโดยอาจทำเป็นคำชี้ขาดที่ไม่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีก็ได้ ถ้าอนุญาโตตุลาการตัดสินที่ยุติกระบวนพิจารณาถ้าหากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 1056 (1)[102]

2.3.1.3การขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ

-ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ได้บัญญัติในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายเรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาไว้ว่า เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นอนุญาโตตุลาการต้องออกคำสั่งยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดี ตามข้อ 28 (1) ที่บัญญัติว่า

---

[101] Sanders,Pieter and van den Berg, Albert Jan, The Netherlands Arbitration Act 1986, p.23

[102] Glossner, Ottoarndt, The Cooperation Between Arbitrators and the Courts: Examples Drawn from the New German Law in Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention: ICCA Congress Series No 9. .p.423

" (1) If, within the period of time fixed by the arbitral tribunal, the claimant has failed to communicate his claim without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings." ในการร่างข้อบังคับดังกล่าวในชั้นแรก เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่กำหนดในข้อบังคับอย่างชัดแจ้งในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดเรียกร้อง ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจดำเนินการจัดการกรณีดังกล่าวตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดี แต่ในชั้นสุดท้ายในการร่างข้อบังคับคณะกรรมาธิการร่างแนะนำให้กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง ข้อบังคับดังกล่าวข้างต้นจะแก้ปัญหาได้ทันทีที่การเริ่มดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องดำเนินการยื่นข้อเรียกร้องภายในเวลาอันสมควรมิฉะนั้นทำให้กระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการต้องหยุดชะงักเท่านั้น และไม่ควรให้มีการใช้การอนุญาโตตุลาการเพียงแต่ข่มขู่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในทางปฏิบัติกรณีเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ยาก[103]

แต่ก่อนที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจตามข้อบังคับดังกล่าวต้องพิจารณาว่า คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลามีเหตุอันสมควรหรือไม่ที่ขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง เป็นการที่อนุญาโตตุลาการควรให้โอกาสคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสอบถามถึงเหตุดังกล่าวก่อน เพื่อมิให้ใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนพิจารณาในทางผิดและสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ซึ่งก่อนที่จะยุติกระบวนพิจารณาต้องแจ้งถึงคำสั่งดังกล่าวให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายรับทราบ บางครั้งทำในรูปของจดหมายสอบถามถึงเหตุแห่งการขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องประกอบกับแจ้งว่าหากไม่แจ้งถึงเหตุอันสมควรในการกระทำดังกล่าว อนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งยุติกระบวนพิจารณา[104]

---

[103] 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) ,pp.197-198

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

แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องแสดงถึงเหตุอันสมควรในการที่ขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง อนุญาโตตุลาการจะขยายเวลาในการยื่นข้อเรียกร้องได้ ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวมีข้อสังเกต 2 ประการ คือ 1) ข้อบังคับดังกล่าวกำหนดบังคับให้อนุญาโตตุลาการต้องยุติกระบวนพิจารณาโดยมิให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเป็นอย่างอื่น, 2) ในการขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องส่งผลให้อนุญาโตตุลาการต้องออกคำสั่งยุติกระบวนพิจารณาไม่เป็นคำสั่งที่วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี[105]

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ มิได้บัญญัติถึงกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในเวลาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่มีบทบัญญัติใกล้เคียงซึ่งนำมาปรับใช้ในกรณีนี้ ตามข้อ 6(3) บัญญัติว่า " If any of parties refuses or fails to take part in the arbitration or any stage thereof, the arbitration shall proceed notwithstanding such refusal or failure."

ในข้อดังกล่าวใช้บังคับแก่คู่กรณีทุกฝ่ายในทางทฤษฎีย่อมรวมถึงการที่คู่กรณีฝ่ายเรียกร้องขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องด้วย ข้อบังคับนี้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพื่อตัดสินข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตามหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นหากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปตามข้อเรียกร้องแย้งต้องจ่ายค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนพิจารณาหากยังไม่ได้จ่ายค่าใช้จ่ายดังกล่าว ในกรณีที่มีการจ่ายค่าใช้จ่ายทั้งหมดแล้วตามข้อบังคับดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดุลพินิจที่ดำเนินคดีฝ่ายเดียวต่อไปได้ หรืออาจยุติข้อเรียกร้องในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามกำหนดเวลา[106]

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง โดยให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งให้ยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดีนั้นได้ ตามข้อ 56 (a) บัญญัติว่า " (a) If the Claimant, without showing good cause, fails to submit its, Statement of Claim in accordance with Article 41, the Tribunal shall terminate the

---

[105] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, p. 78

[106] Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A Guide to New ICC Rule of Arbitration, p.103

proceedings." เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ในข้อบังคับดังกล่าวกำหนดไว้เหมือนกับข้อ 28(1) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ที่ไม่ให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจไว้เป็นอย่างอื่นนอกจากที่มีคำสั่งให้ยุติกระบวนพิจารณา ดังนั้นอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้ดุลพินิจที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้ ไม่เหมือนในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาก็ตาม[107]

2.3.1.4ข้อสังเกตเกี่ยวกับผลของคำสั่งยุติกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในกรณีคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลา ทั้งกฎหมายต้นแบบ ,กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่างๆส่วนใหญ่จะบัญญัติไปในแนวทางเดียวกันที่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการที่ยกข้อเรียกร้องและจำหน่ายคดีโดยอาจการออกคำสั่งอาจทำในรูปของคำชี้ขาดหรือคำสั่งยุติกระบวนพิจารณา แต่มีประเด็นว่า เมื่ออนุญาโตตุลาการต้องมีคำสั่งยกข้อเรียกร้องและยุติกระบวนพิจารณาเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง อนุญาโตตุลาการจะตัดสินในเนื้อหาประเด็นข้อพิพาทได้หรือไม่ และมีผลอย่างไรต่อข้อเรียกร้องเดิมที่ถูกอนุญาโตตุลาการยกและยุติกระบวนพิจารณาไปแล้ว

ในบางประเทศกฎหมายการอนุญาโตตุลาการจะบัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการยกข้อเรียกร้องและยุติกระบวนพิจารณา ซึ่งมีอำนาจใช้ดุลพินิจในรูปของคำชี้ขาดหรือคำสั่งก็ได้ เช่นประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศอังกฤษ เป็นต้น โดยเฉพาะประเทศอังกฤษตามมาตรา 41(3) บัญญัติให้ยกข้อเรียกร้องและดำเนินคดีทางศาลในรูปของคำชี้ขาด เป็นการแสดงถึงความแตกต่างระหว่างกระบวนพิจารณาทางศาลและการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ไม่มีการดำเนินการตามคำฟ้องหรือข้อเรียกร้อง เนื่องจากกรณีที่ผู้พิพากษายกคำฟ้องเพราะทิ้งฟ้องเพื่อให้ดำเนินคดีใหม่ทำเป็นรูปของคำสั่ง แต่ถ้าเป็นการยกข้อเรียกร้องของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าทำในรูปของคำสั่ง

---

[107] Paisley, Kathleen, Commence of the Arbitration and Conduct of the Arbitration, American Review International Arbitration (Vol. 9) (1998):150

หรือคำชี้ขาดก็ตามไม่ถือว่าเป็นยกข้อเรียกร้องในทางที่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทที่ทำให้มีผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (res judicata)[108] ซึ่งการยกข้อเรียกร้องและยุติกระบวนพิจารณาในกรณีดังกล่าวนี้เป็นเหตุผลทางวิธีพิจารณาเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงในเนื้อหาแห่งคดี[109] ฉะนั้นเมื่อการยกข้อเรียกร้องและยุติกระบวนพิจารณาไม่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีย่อมส่งผลให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจึงมีสิทธินำข้อเรียกร้องเดิมที่ถูกยกไปแล้วนำมาฟ้องใหม่ได้ภายในระยะเวลาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้โดยไม่ถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำหรือฟ้องซ้ำเพราะไม่นำหลัก ne bis in idem มาใช้ โดยหากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องการนำข้อเรียกร้องเดิมมายื่นฟ้องใหม่ต้องยื่นข้อเรียกร้องดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการองค์คณะใหม่ จะไม่สามารยื่นต่ออนุญาโตตุลาการที่เป็นองค์คณะเดิมได้ เนื่องจาก เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ยกข้อเรียกร้องและยุติกระบวนพิจารณาลงต้องถือว่าหน้าที่ของตนสิ้นสุดลงแล้ว จึงไม่สามารถนำข้อเรียกร้องเดิมมายื่นฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้[110]

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นที่แสดงเห็นว่าเมื่อคู่กรณีสั่งให้ยกข้อเรียกร้องแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมสิ้นสุดหน้าที่ในการวินิจฉัยในข้อเรียกร้องในประเด็นดังกล่าว ดังนั้น อนุญาโตตุลาการไม่ควรยกข้อเรียกร้องที่ทำให้เกิดความเสียหายโดยเฉพาะในการยกข้อเรียกร้องโดยการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทด้วยอาจส่งผลให้คู่กรณีทั้งสองไม่สามารถนำข้อเรียกร้องเดิมมาฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการองค์คณะใหม่ได้ แต่มีคดีระหว่าง Hotel and Hotel v. Joint Venture Co. and Joint Venture Co.ตามคำชี้ขาดของหอการค้านานาชาติ (ICC) ในคดีดังกล่าวสามารถเทียบเคียงกับการที่อนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้องเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ดำเนินการตามข้อเรียกร้องของตนภายในกำหนดเวลา โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยประเด็นในข้อเรียกร้องที่ตนได้ยกไปแล้วเนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยมากำหนดค่าเสียหายอีก อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีได้ โดยในคดีดังกล่าวมีประเด็นที่เกี่ยวข้องคือ ทางบริษัท Hotel, Inc ซึ่งเป็น คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ได้เรียกร้องค่าเสียหายต่ออนุญาโตตุลาการจากการที่บริษัท German Co. และ กิจการร่วมค้า Switzerland ซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องลงมติในที่ประชุม

---

[108] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, p.131

[109] Mustill, Michael J. and Boyd, Stewart C.,Commercial Arbitration 2001 Companion to the Second Edition,p.319

[110] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, p. 471

ใหญ่ให้ตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องออกจากการเป็นกรรมการของกิจการร่วมค้า Monaco แต่อนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้องในประเด็นดังกล่าวเนื่องจากในประเด็นนี้ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้อำนาจวินิจฉัยได้ถือว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นนี้ได้ แต่ในการกำหนดค่าเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจะได้รับ อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวมาวินิจฉัยเพื่อกำหนดค่าเสียหายโดยเห็นว่าไม่ทำให้เกิดความเสียหายเนื่องจากเป็นสิทธิในอนาคตของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องควรต้องนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายด้วย ในประเด็นที่อนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้องนั้นเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการด้วย[111]

2.3.2 การขาดนัดยื่นคำคัดค้าน

เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน ทั้งกฎหมายต้นแบบ หรือ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศบัญญัติถึงผลของการขาดนัดยื่นคำคัดค้านโดยไม่ถือเป็นการยอมรับข้อเรียกร้อง แต่ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่างไม่ได้กำหนดถึงผลของการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลาหรือการไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา

2.3.2.1 การขาดนัดยื่นคำคัดค้านภายใต้ กฎหมายต้นแบบ

เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลาและไม่มีเหตุอันสมควรที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้าน ในกรณีเช่นนี้ ภายใต้กฎหมายต้นแบบ ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียว โดยการที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้านนั้นไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ตามมาตรา 25 (b) บัญญัติว่า "(b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23 (1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;"

---

[111] Arnaldez, Jean-Jacques, Derains, Yves and Hascher, Dominique, Collection of ICC Arbitral Award 1996-2004.(Hague : Kluwer Law International, 2003), pp.7,28-29

ในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบคณะทำงานได้พิจารณาแนวทางที่บัญญัติถึงผลของการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 23 ไว้ 3 แนวทาง ได้แก่ แนวทางที่ 1 คือ ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยถือว่าเป็นการปฏิเสธข้อเรียกร้อง จากแนวทางดังกล่าวเป็นการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องพิสูจน์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามข้อเรียกร้อง แนวทางที่ 2 คือ บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าการขาดนัดยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง และแนวทางที่ 3 คือ ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ใดๆทางกฎหมายในกรณีของการขาดนัดยื่นคำคัดค้าน บัญญัติเพียงแต่ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป ซึ่งสุดท้ายคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายต้นแบบเลือกแนวทางที่ 2 โดยให้เหตุผลที่ว่า แนวทางนี้เป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ในการที่ประเทศระบบกฎหมาย Civil law นำกฎหมายต้นแบบมาบัญญัติเป็นกฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายในของตน เนื่องจากในกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil Law ที่ถือว่าการขาดนัดยื่นคำให้การของจำเลยในศาลถือว่าเป็นการยอมรับคำฟ้องของโจทก์[112]และเป็นแนวทางที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ซึ่งเลขาธิการแนะนำว่าอนุญาโตตุลาการไม่ควรถูกผูกมัดให้ปฏิบัติในกรณีที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้าน โดยถือว่าเป็นการปฏิเสธข้อเรียกร้องและในข้อเท็จจริงในทุกประเด็น อาจเป็นไปว่าสามารถพิสูจน์เพียงในประเด็นหลักๆของข้อเรียกร้องก็ได้ ในทำนองเดียวกันไม่ควรตีความบทบัญญัติดังกล่าวไปในทางที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีดุลพินิจพิจารณาถึงเหตุแห่งการขาดนัด และไม่มีอำนาจร่างคำปฏิปักษ์จากขาดนัดได้[113] บางทีในการตีความที่ดีที่สุดของบทบัญญัติที่ว่า การที่ไม่ยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้อง คือให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในการใช้ดุลพินิจเขียนคำปฏิปักษ์ได้ แต่ไม่ใช่จากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคัดค้าน แต่จากพฤติการณ์ของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ดำเนินการใดๆที่จะติดต่อกลับไปยังอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประกอบกับการที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องดำเนินการตามข้อเรียกร้องของตนแล้ว ดังนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมีเจตนาไม่สุจริตต้องได้รับการลงโทษในกรณีที่ไม่

---

[112] Broches, Aron, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, p.130-131

[113] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E, A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p.700

ยื่นคำคัดค้าน ไม่ว่าในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องตั้งใจขาดนัดยื่นคำคัดค้านไม่ควรให้มีการปฏิเสธการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้[114]

2.3.2.2 การขาดนัดยื่นคำคัดค้านภายใต้ กฎหมายภายใน

-ในประเทศอังกฤษ เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 41 (4) (b) ทีบัญญัติว่า เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน มาตราดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพื่อตัดสินข้อพิพาทฝ่ายเดียว โดยมิได้บัญญัติว่า การขาดนัดยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องดังเช่นกฎหมายต้นแบบ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดเวลาอีกอนุญาโตตุลาการต้องออกคำสั่งเด็ดขาด (peremptory order)[115]และหากยังไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ตามมาตราดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ ในถ้อยคำที่ว่า "may make award on the basis of evidence before it "มีความสำคัญหมายความว่า คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยังคงต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามข้อเรียกร้องของตน ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมาในวันสืบพยานของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ย่อมมีสิทธิซักค้านพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องนำสืบตามประเด็นในข้อเรียกร้องได้แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะไม่ได้ยื่นคำคัดค้านอย่างเป็นทางการก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะไม่สามารถกล่าวอ้างยกประเด็นขึ้นใหม่นอกเหนือจากข้อเรียกร้องว่า เหตุผลที่ไม่จ่ายเงินเนื่องจากงานที่ให้ก่อเสร็จสร้างนั้นชำรุดบกพร่อง เพราะคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสูญเสียโอกาสในการยื่นคำคัดค้านแล้วเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการที่ให้ยื่นคำคัดค้านแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องสามารถซักค้านในประเด็นที่เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหายที่เรียกร้องได้[116]

---

[114]van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5.p.109

[115] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators. p. 36

[116] Cato, Mark D., Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearings Problem. 3 rd ed, pp. 680-681

-ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดไม่ได้ยื่นคำคัดค้านตามมาตรา 1040 (2),(3)[117]เมื่อคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดไม่ยื่นคำคัดค้านโดยไม่มีเหตุอันสมควร แม้ว่าจะได้รับโอกาสอย่างเหมาะสมตามพฤติการณ์แห่งคดีก็ตาม ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียว แม้ว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงผลของการขาดนัดยื่นคำคัดค้านดังเช่นตามกฎหมายต้นแบบซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องนำเสนอพยานหลักฐานให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิสูจน์ตามข้อเรียกร้องของตน แต่บัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสามารถชนะคดีได้โดยขาดนัด แต่หากข้อเรียกร้องต้องชอบด้วยกฎหมายหรือต้องมีมูล โดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการร้องขอให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเพิ่มเติมพยานหลักฐานได้เพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องดังกล่าว ซึ่งหมายความว่าการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องตามข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องได้ทันที[118]

- ประเทศเบลเยี่ยม ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้ตามมาตรา 1695 ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับหมายเรียกโดยชอบแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่ยื่นข้อต่อสู้ของตนภายในเวลาที่กำหนดไว้โดยไม่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาตัดสินคดีฝ่ายเดียว เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายได้ร้องขอให้เลื่อนคดี บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับในฐานะคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องทั้งตามข้อเรียกร้อง หรือ ข้อเรียกร้องแย้ง แต่มาตราดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงกระบวนพิจารณาขาดนัดอย่างชัดเจนเหมือนดังเช่นกฎหมายต้นแบบ บทบัญญัติก็ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในดำเนินกระบวนพิจารณาและตัดสินคดีฝ่าย

---

[117]ประเทศเนเธอร์แลนด์, The Netherland Arbitration Act 1986 Article 1040

" (2) If the respondent, without showing good cause, fails to submit his defence, in spite of having been given a reasonable opportunity to do so, the arbitral tribunal may render an award forthwith.

(3) In the circumstance mentioned in paragraph (2) above, the arbitral tribunal shall render an award in favor of the claimant, unless it considers the claim to be unlawful or unfounded. Before rendering an award, the arbitral tribunal may require the claimant to produce evidence in support of one or more of his allegation."

[118] Sanders, Pieter and van den Berg, Albert Jan, The Netherlands Arbitration Act 1986. p.23

เดียว ภายหลังจากพิจารณาถึงคำอธิบายของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและไม่มีการร้องขอของคู่กรณีอีกฝ่ายที่ไม่ได้ขาดนัดยื่นคำคัดค้านให้เลื่อนคดีออกไปเพื่อที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นมีโอกาสที่จะเสนอคดีของตน ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการควรดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยตัดสินข้อพิพาทจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้ขาดนัดฝ่ายเดียว[119]

2.3.2.3**การขาดนัดยื่นคำคัดค้านตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ**

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ได้บัญญัติถึงกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านโดยให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพื่อตัดสินข้อพิพาท ตามข้อ 28 (1) บัญญัติว่า" If, within the period of time fixed by the arbitral tribunal, the respondent has failed to communicate his statement of defence without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal shall issue an order that proceedings continue." ข้อบังคับดังกล่าวมีขึ้นเพื่อมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องกระทำการที่ทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้า หรือหยุดชะงักโดยการปฏิเสธยื่นคำคัดค้านภายในเวลาที่กำหนดโดยปราศจากเหตุอันสมควร[120] อนุญาโตตุลาการต้องมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่มีดุลพินิจไว้เป็นอย่างอื่นต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเท่านั้น

แต่ถ้ากรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านเนื่องจากมีเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป แต่ต้องขยายเวลาให้มีการยื่นคำคัดค้านใหม่ก่อน แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านโดยไม่มีเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามภาระการพิสูจน์ของตน หากไม่สามารถนำพยานหลักฐาน

---

[119] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5.p. 205

[120] van Hof, Jacomijn J., Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by Iran-U.S. Claims Tribunal, p. 199

มาพิสูจน์ได้ คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมีสิทธิชนะคดีได้โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีการขาดนัดยื่นคำคัดค้านของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง แต่การที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้านของคู่กรณีดังกล่าวไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการต้องตัดสิทธิคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้านในการดำเนินกระบวนพิจารณาอีกต่อไป แต่ถ้าคู่กรณีดังกล่าวต้องการเข้าร่วมกระบวนพิจารณาภายหลังจากการขาดนัดยื่นคำคัดค้านได้ ซึ่งคู่กรณีดังกล่าวย่อมไม่มีสิทธิในการยื่นคำคัดค้านภายหลังเวลาที่กำหนด รวมถึงอาจถูกตัดสิทธิไม่ให้ยกข้อต่อสู้เพิ่มเติมที่สามารถยกขึ้นได้ภายในเวลาที่ยื่นคำคัดค้าน[121]

-ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสมาคมการอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ที่มีโครงสร้างของข้อบังคับดังกล่าวสำคัญยึดหลักมาจากข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ตามข้อ 28(1) เพื่อให้กระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความยืดหยุ่นมากขึ้น[122] ได้บัญญัติถึงในกรณีที่คู่กรณีขาดนัดยื่นคำคัดค้านเช่นเดียวกัน ตามข้อ 23(1) บัญญัติว่า " If a party fails to file a statement of defence within the established by the tribunal without showing sufficient cause for such failure, as determined by the tribunal, the tribunal may proceed with the arbitration." เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นคำคัดค้านภายในเวลาที่กำหนดโดยปราศจากเหตุอันสมควร และถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยังไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาภายหลังอีก ข้อบังคับดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปและยอมรับข้อเรียกร้องและพยานหลักฐานที่พิสูจน์ตามข้อเรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินและทำคำชี้ขาด แต่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดต้องได้รับการบอกกล่าวถึงความก้าวหน้าของกระบวนพิจารณา ซึ่งหากคู่กรณีดังกล่าวเลือกที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาก็ต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป[123]

---

[121]Thomas, D. Rhidian,Default Powers of Arbitrators. p.79

[122]Smit, H. and Pechota, V., ed. Arbitration Rules – National Institutions. (London: Sweet & Maxwell, 1998), p. 1-128

[123] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.128

ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ ข้อ 6. ของสมาคมการอนุญาโตตุลาการอเมริกัน คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องยื่นคำคัดค้านภายในเวลา 7 วัน หลังจากได้รับการบอกกล่าวจากทางสมาคมฯที่ให้ยื่นคำคัดค้านโดยตรงต่อสมาคมซึ่งต้องส่งสำเนาคำคัดค้านไปให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องทันที หากไม่ยื่นคำคัดค้านภายในเวลาส่งผลเพียงถือว่าเป็นการสันนิษฐานว่าเป็นการปฏิเสธข้อเรียกร้อง ข้อบังคับกำหนดอย่างชัดแจ้งมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องใช้วิธีการไม่ยื่นคำคัดค้านหรือยื่นล่าช้าที่เป็นการเตะถ่วงกระบวนพิจารณา[124]

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ตามข้อ 6(3) การที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านไม่เป็นสร้างอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ยังคงหลักการเดิมจากข้อ 8(2) ของข้อบังคับเดิม แต่แตกต่างที่ในข้อ 6(3) กำหนดรวมถึงการปฏิเสธและไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่แรกหรือกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในขั้นใดๆก็ตาม (any stage)[125]ซึ่งหลักการที่เกี่ยวกับคำพิพากษาโดยขาดนัดที่ให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาชนะคดีทันทีที่คู่กรณีอีกฝ่ายไม่ยื่นคำคัดค้านนั้นไม่สามารถนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินข้อพิพาทตามข้อเรียกร้องโดยคู่กรณีอีกฝ่ายต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามหน้าที่นำสืบของตนซึ่งอาจเป็นการสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง แต่กระบวนพิจารณาดังกล่าวไม่สร้างภาระมากจนเกินไปสำหรับคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องที่ต้องการให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างรวดเร็ว แต่ในข้อดังกล่าวเป็นมาตรการจัดการแก่คู่กรณีฝ่ายที่สร้างความล่าช้าให้แก่กระบวนพิจารณา[126]โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องรับภาระในการชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าแทนคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องหรือค่าใช้จ่ายที่เหลือที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยังไม่ได้ชำระแก่ทางสถาบัน[127]

---

[124] Smit, H. and Pechota, V., Arbitration Rules – National Institutions,p.1-79

[125] Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A Guide to New ICC Rule of Arbitration. p.102

[126] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.121

[127] Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A Guide to New ICC Rule of Arbitration. p.103

2.3.3 การขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่มาในวันนัดพิจารณาหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่ต้น โดยปราศจากเหตุอันสมควร ทั้งกฎหมายต้นแบบ หรือกฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายใน หรือข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวและตัดสินข้อพิพาทจากพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นมาก่อนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณา

2.2.3.1การขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายต้นแบบ

ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ยื่นคำคู่ความเรียบร้อยแล้ว แต่ต่อมาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตามที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ ในกรณีเช่นนี้ ตามกฎหมายต้นแบบ มาตรา 25 (c) บัญญัติว่า "any party fails to appear at a hearing ..., the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it." บทบัญญัติดังกล่าวให้อาวุธแก่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยตัดสินข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นไว้ก่อนที่มีการขาดนัดไม่เข้าร่วมวันนัดพิจารณา โดยพิจารณาแล้วเห็นว่าคู่กรณีที่ขาดนัดได้รับการบอกกล่าวกำหนดวันพิจารณาล่วงหน้าแล้วโดยชอบตามมาตรา 24

2.3.3.2การขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายภายในของประเทศ

- ในประเทศอังกฤษ เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาภายหลังจากได้ยื่นคำคู่ความไว้แล้วนั้นในมาตรา 41(4)(a)[128] ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนิน

---

[128] ประเทศอังกฤษ, England Arbitration Act 1996 section 41 4 (a) 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

กระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวตัดสินข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่ปรากฏแก่อนุญาโตตุลาการ โดยพยานหลักฐานที่ยื่นไว้ก่อนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณาต้องนำมาพิจารณารับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเพื่อตัดสินข้อพิพาทด้วยซึ่งขึ้นอยู่กับภาระการพิสูจน์ว่าสามารถพิสูจน์ตามที่ตนมีหน้าที่หรือไม่ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่แรกที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดจะไม่ได้ยื่นพยานหลักฐานไว้เลย อย่างที่ทราบแล้วว่าการปฏิเสธหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาไม่ส่งผลให้ตัดสินคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจาณาชนะคดีได้ทันที ดังนั้นเป็นไปได้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณานั้นอาจเป็นผู้ชนะคดีก็ได้[129]โดยพิจารณาได้ดังนี้

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดพิจารณาก่อนที่ตัดสินชี้ขาดตามข้อเรียกร้องโดยทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณา 2 ประการคือ 1) คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยื่นพยานหลักฐานอย่างเพียงพอให้ปรากฏถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไว้เบื้องต้นตามข้อเรียกร้อง และ 2) อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาถึงพยานหลักฐานใดๆก็ตามที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเคยยื่นไว้ก่อนหน้าที่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวขาดนัดไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณา รวมถึงข้อเรียกร้องแย้งของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยื่นไว้ก่อนที่ตนจะขาดนัดพิจารณา โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างข้อเรียกร้องแย้งดังกล่าวด้วย[130]

ในกรณีหากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดในกระบวนพิจารณาโดยปกติไม่ค่อยปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดในการอนุญาโตตุลาการในการตัดสินทำคำชี้ขาดต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ได้ยื่นไว้ก่อนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณา ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่พิจารณาพยานหลักฐานดังกล่าวแม้กระทั่งคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา และหากพยานหลักฐานที่ยื่นไว้นั้นเพียงพอที่พิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเบื้องต้นได้ตามข้อเรียกร้อง ซึ่งเป็นหน้าที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องนำพยานหลักฐานมาโต้แย้ง

---

the absence of or, as the case may be, without any written evidence or submission on his behalf, and may make award on the basis of evidence before it."

[129] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators. p. 46

[130] Cato, Mark D., Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearings Problem. 3 rd ed, p. 1324

หักล้างแต่ถ้าไม่สามารถทำได้ อนุญาโตตุลาการไม่เพียงมีอำนาจเท่านั้นแต่มียังหน้าที่ที่ต้องตัดสินข้อพิพาทให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องชนะคดีได้แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจะขาดนัดพิจารณา แต่ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่มาในวันนัดพิจารณา และถ้าพยานหลักฐานที่ได้ยื่นไว้ก่อนที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะขาดนัดพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินข้อพิพาทนั้นเว้นแต่คู่กรณีแต่ละฝ่ายยังไม่ทราบถึงพยานหลักฐานที่ยื่นมาก่อนหน้านี้ และยังไม่ได้มีโอกาสโต้แย้งพยานหลักฐานดังกล่าว อนุญาโตตุลาการควรที่จะสั่งให้เลื่อนคดีออกไปก่อน และให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบภาระค่าใช้จ่ายในการที่เลื่อนคดีออกไปฝ่ายละครึ่งหนึ่ง[131]

- ในประเทศสวีเดน เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณาภายหลังจากได้ยื่นคำคู่ความไว้แล้วนั้นในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1999 มาตรา 24 บัญญัติว่า "Where one of the parties, without valid cause, fail to appear at hearing..., such failure shall not prevent the proceeding from continuing of the arbitrators, nor a resolution of the dispute on the existing materials." มาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่ทำให้กระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งบัญญัติอย่างชัดเจนเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยปราศจากเหตุโดยชอบก็ไม่เป็นเหตุมิให้กระบวนพิจารณาหยุดชะงักได้ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป แต่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาชนะคดีโดยขาดนัดทันทีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา โดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้เพื่อตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวตามพยานหลักฐานที่มี[132]

-ในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าถึงวันเวลาและสถานที่ในการพิจารณาคดีโดยชอบ และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาทั้ง Uniform Arbitration Act section 5 (a) และกฎหมายของNew York, Civil Practice Law and

---

[131]Mustill, Michael J. and Boyd, Steward c., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 2ed. (London and Edinburgh: Butterworths, 1989), p.345-346

[132]Hober, Kaj, Arbitration Reform in Sweden, Arbitration International, 2001, (Vol. 17) (No 4): 371

I 22490115

Rules section 7506 (c)[133] ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว แม้ในขณะที่ตาม Federal Arbitration Act ไม่ได้บัญญัติชัดเจนถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็ตาม ทั้งยังบัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจาณาอาจร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจในการออกคำสั่งบังคับให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวมาเข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ศาลบังคับคำชี้ขาดโดยขาดนัดดังกล่าวก็ต่อเมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดถึงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ หรือ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับบัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้[134] ซึ่งรวมถึงคำชี้ขาดที่ตัดสินโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานพียงฝ่ายเดียวย่อมสามารถบังคับได้โดยต้องพิจารณาว่าคู่กรณีแต่ละฝ่ายนั้นต้องได้รับทราบการบอกกล่าวล่วงหน้าถึงวันนัดพิจารณาโดยชอบแล้ว และได้กำหนดเวลาในการเตรียมคดีของคู่กรณีแต่ละฝ่ายอย่างเหมาะสม ซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวย่อมสมบูรณ์เพียงพอที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะบังคับตามคำชี้ขาดโดยขาดนัดได้[135]

---

[133] Uniform Arbitration Act section 5 (a) "The arbitrators shall appoint a time and place for the hearing and cause notification to the parties to be served personally or by registered mail not less tan five days before the hearing. Appearance at the hearing waives such notice. The arbitrators may adjourn the hearing from time to time s necessary and, on request of a party and for good cause, or upon their own motion may postpone the hearing to a time no later than the date fixed by the agreement for making the award unless the parties consent to a later date. The arbitrators may hear and determine the controversy upon the evidence produced notwithstanding the failure of a party duly notified to appear. The court on application may direct the arbitrators o proceed promptly with the hearing and determination of controversy." กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของ New York, Civil Practice Law and Rules section 7506 (c) "...Notwithstanding the failure of a party duly notified to appear , the arbitrator may hear and determine the controversy upon the evidence produced

[134] Shifman, Betty E., United States in National Arbitration Laws, ed. H. Smit and V. Pechta. ,(London: Sweet & Maxwell, 1998), p. U.S.A C-5

[135] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration:

2.3.3.3การขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ตามข้อ 28 (2) กำหนดว่า "If one of the parties, duly notified under there Rules, fails to appear at a hearing without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration." จากข้อดังกล่าวเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณาโดยไม่มีเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้เมื่อคู่กรณีดังกล่าวได้รับทราบการบอกกล่าวในวันนัดพิจารณาดังกล่าวโดยชอบตามข้อบังคับแล้ว ในกรณีที่มีการสืบพยานบุคคลอนุญาโตตุลาการต้องแจ้งให้คู่กรณีทุกฝ่ายทราบถึงวันเวลาและสถานที่ในวันนัดพิจารณาล่วงหน้าอย่างเหมาะสม ซึ่งการบอกกล่าวล่วงหน้านั้นเหมาะสมหรือไม่เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าคู่กรณีจงใจที่จะขาดนัดพิจารณาหรือไม่ หากคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ได้แสดงให้เห็นว่าตนเองตั้งใจที่จะไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ทำให้อนุญาโตตุลาการยากที่จะพิจารณาได้ว่า คู่กรณีฝ่ายนั้นจงใจหรือไม่ที่ขาดนัดพิจารณา ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการควรเลื่อนคดีไปก่อน และสอบถามไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ ข้อ 28 (2) ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว หากพิจารณาตามข้อบังคับดังกล่าวแล้วเห็นว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่ใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้ แต่เมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินใจที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวแล้วก็ต้องพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและตัดสินข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอมาก่อนหน้านี้[136] แต่ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณาโดยปราศจากเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการต้องเลื่อนคดีออกไปและแจ้งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบถึงวันนัดพิจารณาคดีใหม่ และถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยังขาดนัดพิจารณาอีกอนุญาโตตุลาการควรยุติกระบวนพิจารณาลง[137]

ICCA Congress Series on 5. p.239

[136] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, pp.79-80

[137] van Hof, Jacomijn J., Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by Iran-U.S. Claims Tribunal, p.199

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC) ตามข้อ 6(3) กำหนดว่า " If any of parties refuses or fails to take part in the arbitration or any stage thereof, the arbitration shall proceed notwithstanding such refusal or failure." และข้อ 21. กำหนดว่า " If any of the parties, although duly summoned, fails to appear without valid excuse, the Arbitral Tribunal shall have the power to proceed with the proceed with the hearing." จากข้อดังกล่าวเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยไม่มีเหตุอันสมควรซึ่งได้รับหมายแจ้งกำหนดวันพิจารณาโดยชอบ ก็ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวต่อไปได้โดยต้องคำนึงว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้รับโอกาสเสนอคดีอย่างเต็มที่ โดเลขาธิการของหอการค้านานาชาติ แนะนำให้อนุญาโตตุลาการที่เผชิญกับกรณีดังกล่าวและความยากลำบากที่ทำให้เกิดปัญหาในการบอกกล่าวล่วงหน้าถึงวันนัดพิจารณา ซึ่งต้องพิสูจน์ว่าได้มีการบอกกล่าวให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจาณาทราบแล้วโดยชอบ ปัญหาดังกล่าวแก้ไขได้ถ้ามีการบอกกล่าวล่วงหน้าตามข้อ 3(2) ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าการบอกกล่าวล่วงหน้าที่ดำเนินการโดยเลขาธิการของหอการค้านานาชาติถือว่าเป็นการบอกกล่าวโดยชอบ เพื่อป้องกันมิให้คำชี้ขาดโดยขาดนัดอาจถูกทำลายและความสมบูรณ์ของคำชี้ขาด[138]

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตามข้อ 23 (3) " If a party, duly invited to produce evidence or take any other steps in the proceedings, fails to do so within the time established by the tribunal without showing sufficient cause for such failure, as determined by the tribunal, the tribunal may make the award on the evidence before it" และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ ข้อ 30 ของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ในกรณีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับการแจ้งให้ทราบถึงกำหนดวันพิจารณาโดยชอบแล้ว คู่กรณีดังกล่าวไม่เข้าร่วมในกระบวนพิจารณาโดยปราศจากเหตุอันสมควรซึ่งในกรณีเช่นนี้ข้อดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวได้เพื่อตัดสินข้อพิพาทจากพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ยื่นไว้ก่อนหน้านี้ หรือแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาจะเคยขาดนัดยื่นคำคัดค้านมาก่อนก็ตามไม่เป็นเหตุให้ตัดสินให้คู่กรณีฝ่าย

---

[138] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.236

ที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาชนะคดีโดยขาดนัดโดยที่ไม่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบตามข้อเรียกร้อง[139] เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับการบอกกล่าวโดยชอบ กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการฝ่ายเดียวเพื่อตัดสินคดีโดยขาดนัด ตรงกันข้ามกับหลักการกระบวนพิจารณาในศาล

2.3.4 การขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน

ในกรณีนี้อาจเกิดขึ้นทั้งคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง หรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ให้ความร่วมมือหรือปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สร้างความล่าช้าโดยการไม่ยื่นพยานหลักฐานภายในเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดถือว่าเป็นวิธีการเตะถ่วงกระบวนพิจารณาอย่างหนึ่ง การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเป็นการขัดแย้งต่อหน้าที่ความผูกพันตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติตามคำสั่งเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ดังเช่นคำพิพากษาเก่าในประเทศเยอรมันได้กล่าวถึงอย่างชัดเจนว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ความผูกพันปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สามารถตัดสินข้อพิพาทได้[140] ทั้งกฎหมายต้นแบบและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการยอมรับในหลักการที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยไม่ต้องรับฟังหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน หรือ ในกฎหมายต้นแบบ และกฎหมายภายในของบางประเทศที่บัญญัติให้ศาลมีบทบาทบังคับคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวยื่นพยานหลักฐานได้

2.3.4.1การขาดนัดยื่นพยานหลักฐานภายใต้กฎหมายต้นแบบ

เมื่อคู่กรณีทั้งสองต้องยื่นพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนประเด็นข้อพิพาทของคู่กรณีแต่ละฝ่าย รวมถึงตามที่อนุญาโตตุลาการต้องการ โดยอนุญาโตตุลาการจะออกคำสั่งให้ยื่นพยานหลักฐานตามกำหนดเวลา แต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นพยานหลักฐาน ซึ่งถือว่าคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน ในกรณีเช่นนี้ตามกฎหมายต้นแบบ มาตรา 25 (c) บัญญัติว่า

---

[139] Smit, H. and Pechota, V., Arbitration Rules – National Institutions, p. 1-79

[140] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.203

"any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it." จากมาตราดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป โดยอนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่กรณีดังกล่าวที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานได้แม้ว่าในมาตราดังกล่าวจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนก็ตามโดยคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายต้นแบบให้ข้อสังเกตว่า ทางคณะกรรมาธิการไม่ต้องการบัญญัติเพิ่มเติมถึงผลของพยานที่อยู่ในความครอบครองคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดและคู่กรณีฝ่ายนั้นปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ให้ยื่นพยานหลักฐาน อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชัดเจนที่ตีความและสรุปข้อเท็จจริงให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานเสียเปรียบอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในมาตรา 25 (c)[141] ดังนั้นนอกจากที่อนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายต่อไปและทำคำชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่มีการยื่นต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจสรุปข้อเท็จจริงให้มีผลปฏิปักษ์ต่อคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวได้

นอกจากอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 25(c) อนุญาโตตุลาการก็ยังมีอำนาจให้คู่กรณีฝ่ายที่ทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้าโดยการไม่ยื่นพยานหลักฐานโดยการต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น แม้ว่าในกฎหมายต้นแบบจะไม่บัญญัติถึงค่าใช้จ่ายดังกล่าวแต่ก็ไม่ตัดสิทธิที่ให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากความล่าช้าในกระบวนพิจารณา[142] และหากพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมยื่นเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญซึ่งควรที่นำมาพิจารณาตัดสินคดี อนุญาโตตุลาการสามารถร้องขอต่อศาลให้ช่วยเหลือในบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการในการยื่นพยานหลักฐานมาตรา 27

---

[141] Holtzmann, Howard M. and Neuhaus, Joseph E., A Guide to the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary ,pp. 700-701

[142] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.207

2.3.4.2การขาดนัดยื่นพยานหลักฐานภายใต้กฎหมายภายใน

-ในประเทศอังกฤษ ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นพยานหลักฐานภายในเวลาที่กำหนด แต่คู่กรณีดังกล่าวไม่ยื่นพยานหลักฐาน มาตรา 41 (4)(b) บัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้โดยพิจารณาตัดสินคดีนั้นได้ โดยแนวทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งแรกให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามก่อน และถ้าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งแรกอนุญาโตตุลาการจะออกคำสั่งในลักษณะที่มีเงื่อนเวลาให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่ง ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว หรือเรียกว่า คำสั่งที่มีลักษณะถ้าไม่ปฏิบัติตาม (unless order)[143] และหากอนุญาโตตุลาการต้องการลงโทษแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานควรกำหนดให้ชัดเจนถึงผลของการที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการที่ให้ยื่นหลักฐานโดยปราศจากเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งที่กำหนดเวลาให้คู่กรณีปฏิบัติตามเวลาที่กำหนดในลักษณะคำสั่งเด็ดขาด (peremptory order) เพื่อให้กระบวนพิจารณามีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยทำให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด ยกตัวอย่างเช่นอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งโดยปกติให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นพยานผู้เชี่ยวชาญภายในเวลาที่กำหนด และถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นพยานผู้เชี่ยวชาญโดยปราศจากตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการอาจออกคำสั่งเด็ดขาดให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวโดยกล่าวในคำสั่งดังกล่าวว่า โดยคำสั่งเด็ดขาดนี้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานดังกล่าวยังไม่ยื่นรายงานของผู้เชี่ยวชาญภายในเวลาที่กำหนดไว้ คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่มีสิทธิอ้างพยานหลักฐานดังกล่าวได้

กฎหมายการอนุญาโตตุลาการมาตรา 41(7) บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีทางเลือกที่ดำเนินการในการออกคำสั่งเด็ดขาดให้มีผลเป็นการลงโทษคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวได้ 4 ประการ คือ 1) มีคำสั่งให้คู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใดๆซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น เช่น คำสั่งให้ยื่นคำคัดค้านและคู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไม่ปฏิบัติตามภายในเวลาที่กำหนด แต่ต่อมายื่นคำคัดค้านภายหลังเวลาดังกล่าว อนุญาโตตุลาการสั่งให้คู่กรณีฝ่ายถูกเรียกร้องไม่สามารถดำเนินการตามข้อต่อสู้ในคำคัดค้านหรือ

---

[143] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, pp.3-4

มิฉะนั้นห้ามมิให้เสนอพยานหลักฐานสนับสนุนข้อเท็จจริง หรือถ้าคำสั่งให้ยื่นคำเบิกความของพยานให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่ยื่นภายในกำหนดเวลา อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่กรณีฝ่ายนั้นไม่สามารถอ้างอิงในประเด็นของคำเบิกความดังกล่าวได้ หรือไม่สามารถนำพยานดังกล่าวมาเบิกความได้, 2) ทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่กรณีไม่กระทำตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์อันสมควร เช่น ถ้าคำสั่งนั้นให้พยานเอกสารใดและคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่ยื่นพยานภายในกำหนดเวลา อนุญาโตตุลาการอาจสรุปในประเด็นที่ให้ยืนพยานเอกสารนั้นให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวนั้นแพ้ในประเด็นนั้น และนำข้อสรุปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของตนตามคำสั่งดังกล่าว, 3) ดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดยชอบ ซึ่งคำว่า "โดยชอบ" ดังกล่าว หมายถึงพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ยื่นมาภายในเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ ฉะนั้นพยานหลักฐานที่ยื่นมาภายหลังจากที่เวลากำหนดไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป, 4) ให้จ่ายเงินค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากผลของการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการได้คำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมควรจะยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นมาภายหลังเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดแต่ต้องให้คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นพยานหลักฐานล่าช้าดังกล่าวต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายของคู่กรณีอีกฝ่ายที่เกิดเพราะความล่าช้าดังกล่าว[144]

- ในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นพยานหลักฐานไม่ทำให้การกระบวนพิจารณาล่าช้าหรือทำให้ความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดนั้นเสียไปโดยให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปและให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกหมายเรียกพยานได้ ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลกลาง (Federal Arbitration Act) มาตรา 7 ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกหมายเรียกพยานมาเบิกความต่ออนุญาโตตุลาการ หรือในบางกรณีให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งยื่นพยานเอกสารต่างๆให้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานในคดี หากบุคคลใดได้รับหมายเรียกดังกล่าวจากอนุญาโตตุลาการปฏิเสธหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหมายดังกล่าว ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจบังคับให้บุคคลดังกล่าวมาเบิกความต่ออนุญาโตตุลาการหรือลงโทษบุคคลดังกล่าวในฐานที่ละเมิดอำนาจศาลดังเช่นกฎหมายบัญญัติเพื่อเป็นหลักประกันให้พยานมาเบิกความหรือเป็นการลงโทษในฐานที่ละเลยหรือปฏิเสธมาเบิกความต่อศาลในประเทศ

---

[144] Cato, Mark D., Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearings Problem, 3 rd ed, pp. 673-674

สหรัฐอเมริกา[145] นอกจากที่ศาลสามารถใช้อำนาจลงโทษแก่คู่กรณีที่ไม่ยื่นพยานหลักฐานในฐานละเมิดอำนาจศาลแล้ว อนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจสรุปข้อเท็จจริงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานซึ่งคำชี้ขาดสามารถบังคับได้ซึ่งเป็นอำนาจดังกล่าวไม่ใช่มาจากกฎหมายการอนุญาโตตุลาการโดยตรงแต่มาจากแนวคำพิพากษาของศาล[146]

-ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของยื่นพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ค.ศ. 1987 มาตรา 184 บัญญัติว่า "The arbitral tribunal shall itself take the evidence. Where the assistance of state authorities is needed for taking evidence, the arbitral tribunal, or a party with the consent of the arbitral tribunal may request the assistance of the court at the seat of arbitral tribunal; such court shall apply its own law."ให้อนุญาโตตุลาการร้องขอหรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ยื่นคำร้องขอจากศาลในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีได้ซึ่งศาลมีอำนาจในการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการซึ่งอำนาจดังกล่าวไม่มีในอนุญาโตตุลาการ โดยศาลมีบทบาทหน้าที่ช่วยเหลือให้กระบวนพิจารณามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นพยานหลักฐานล่าช้า แต่ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นไปได้ยากที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ให้ยื่นพยานหลักฐานอยู่ในภายในเขตอำนาจของศาลในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการสามารถร้องขอศาลในประเทศสวิสเซอร์แลนด์เป็นขั้นตอนแรกเพื่อให้ศาลดังกล่าวร้องขอความช่วยเหลือจากศาลในต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงเฮกในการสืบพยานต่างประเทศในทางการแพ่งและพาณิชย์ (Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matter 1970) แต่ในทางปฏิบัติคำร้องขอต่อศาลดังกล่าวค่อนข้างเกิดขึ้นได้ยากเนื่องจาก กระบวนพิจารณาในการดำเนินการตามร้องขอดังกล่าวนั้นล่าช้าและมีความยุ่งยาก ดังนั้นอนุญาโตตุลาการมักจะดำเนินเขียนคำปฏิปักษ์จากการที่คู่กรณีไม่ยื่นพยานหลักฐานมากกว่าที่ร้องขอต่อศาลดังกล่าว ฉะนั้นเมื่อ

---

[145] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.211

[146] Born, Gary, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. p.489

อนุญาโตตุลาการออกคำสั่งให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นพยานหลักฐาน และคู่กรณีฝ่ายนั้นปฏิเสธคำสั่งดังกล่าว อนุญาโตตุลาการอาจร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 184 หรืออาจเพียงเขียนคำปฏิปักษ์ต่อคู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว[147]

2.3.4.3การขาดนัดยื่นพยานหลักฐานตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ

- ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rule) ตามข้อ 28 (3) บัญญัติว่า " If one of the parties, duly invited to produce documentary evidence, fails to do so within the established period of time, without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal may the award on before it." จากข้อดังกล่าว หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับแจ้งให้ยื่นพยานหลักฐานโดยชอบแต่ไม่ยื่นตามที่อนุญาโตตุลาการกำหนดเวลาไว้โดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียวตามพยานหลักฐานที่มีอยู่ต่อไป[148]ดังนั้นการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดยื่นพยานหลักฐานภายในกำหนดเวลาโดยเหตุอันสมควรจึงไม่สามารถถือว่าเป็นวิธีการที่ทำให้ปฏิเสธกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการได้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเมื่อคู่กรณีขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน ให้สันนิษฐานได้ว่าพยานหลักฐานที่คู่กรณีดังกล่าวไม่ยอมยื่นนั้นต้องมีข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน[149]

-ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ตามข้อ 56 (d) กำหนดว่า "If a party, without showing good cause, fails to comply with any provision of, or requirement under, these Rules or any direction given by the Tribunal,

---

[147]Roney, David P. and Muller,Anna K., The Arbitral Procedure in International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners, eds. Gabrielle Kohler-Kaufmann and Blaise Stucki, (Hague: Kluwer Law International,2004), pp.59-61

[148] Sanders, Pieter, Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules, in Yearbook Commercial Arbitration ,ed. Pieter Sanders, p.207

[149] Thomas, D. Rhidian, Default Powers of Arbitrators, pp. 80-81

the Tribunal may draw the inferences therefrom that it considers appropriate." ข้อบังคับดังกล่าวให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการคำสั่งปฏิปักษ์เพื่อให้เป็นผลเสียแก่รูปคดีของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานอย่างชัดเจนแม้ว่าข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการองค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลกที่เกี่ยวกับกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดจะยึดหลักการเดียวกับข้อ 28 ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules) ก็ตาม ซึ่งข้อบังคับส่วนใหญ่จะไม่ได้กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการทำคำปฏิปักษ์อย่างชัดเจนในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ก็ถือว่ามีอำนาจดังกล่าวโดยปริยายในข้อบังคับต่างๆ แต่การกำหนดอำนาจดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในข้อบังคับนี้เป็นการยืนยันถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวและเป็นปรับปรุงข้อบังคับให้ดีขึ้นกว่าข้อบังคับอื่นๆ เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับหรือคำสั่งใดๆของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจทำคำปฏิปักษ์ต่อการขาดนัดยื่นพยานหลักฐานเพื่อเหมาะสมแก่พฤติการณ์แก่คดี ยกตัวอย่างเช่น อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นพยานเอกสารแต่คู่กรณีดังกล่าวไม่ยื่นพยานเอกสารภายในเวลาที่กำหนดไว้โดยปราศจากเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจสรุปข้อเท็จจริงจากพยานเอกสารดังกล่าวให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นเสียเปรียบในเชิงคดีได้[150]

- ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ ข้อ 30 ของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นพยานหลักฐาน อนุญาโตตุลาการไม่สามารถตัดสินคำชี้ขาดเพียงเพราะคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดเท่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องร้องขอให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาให้ยื่นพยานหลักฐานเพื่อที่ตัดสินข้อพิพาทในเนื้อหาแห่งคดีตามข้อบังคับดังกล่าวกำหนดว่า "... the arbitrator shall require the party who is present to submit such evidence as the arbitrator may require for the making of an award." นอกจากนั้นหากอนุญาโตตุลาการต้องการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นพยานหลักฐานที่จำเป็นในการตัดสินคดี อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจออกหมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสารได้ด้วยตนเอง หรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้อนุญาโตตุลาการออกหมายเรียกดังกล่าวในข้อ 31 ของข้อบังคับดังกล่าวกำหนดว่า "... the arbitrator may deem necessary to an

---

[150] Paisley, Kathleen, Commence of the Arbitration and Conduct of the Arbitration. American Review International Arbitration. (Vol. 9) (1998):151

understanding and determination of dispute, and an arbitrator or other person authorized by law to subpoena witness or documents may do so upon the request of any party or independently" ซึ่งข้อบังคับที่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการออกหมายเรียกนั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับได้ตามข้อบังคับดังกล่าว เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นพยานหลักฐานตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายและอนุญาโตตุลาการซึ่งสร้างความยุ่งยากให้แก่กระบวนพิจารณา และไม่สามารถเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นจากพยานหลักฐานจากคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว[151]

2.3.4.4ข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานภายหลังจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน

ในการกำหนดระยะเวลายื่นพยานหลักฐานอาจจะกำหนดโดยข้อตกลงของคู่กรณีหรือในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกำหนดระยะเวลาไว้ซึ่งก็เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการกำหนดเวลาให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นพยานหลักฐาน โดยต้องยึดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาไว้ในการกำหนดเวลาดังกล่าวให้เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีของแต่ละฝ่าย มิฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกทำลายด้วยเหตุที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่อสู้คดีอย่างเหมาะสม เมื่ออนุญาโตตุลาการได้กำหนดเวลาให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายยื่นพยานหลักฐานซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งย่อมถือว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นขาดนัดยื่นพยานหลักฐานโดยอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพื่อตัดสินข้อพิพาท แต่มักเกิดปัญหาตามมาคือ คู่กรณีฝ่ายไม่ยื่นพยานหลักฐานภายในเวลาที่กำหนดไว้ในตอนแรก ต่อมาภายหลังจากเวลาที่กำหนดคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวยื่นพยานหลักฐานต่ออนุญาโตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการควรยอมรับพยานหลักฐานดังกล่าวมารับฟังเพื่อตัดสินข้อพิพาทได้หรือไม่

ถ้าตราบใดก็ตามที่อนุญาโตตุลาการกำหนดเวลาให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเตรียมคดีเพื่อยื่นพยานหลักฐานอย่างเพียงพอเหมาะสมกับพฤติการณ์แก่คดี และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่น

---

[151] Smit, H. and Pechota, V., Arbitration Rules – National Institutions, p. 1-79

พยานหลักฐานภายในกำหนดเวลาซึ่งได้การบอกกล่าวถึงหน้าที่ความผูกพันของตนที่ต้องปฏิบัติคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการควรที่ปฏิเสธไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ยื่นมาภายหลังเวลาที่กำหนดมาพิจารณาตัดสินคดีโดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา[152]แต่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจยอมรับพยานหลักฐานที่ยื่นภายหลังจากเวลาหมดลง หากในข้อตกลงไม่ได้กำหนดเวลาไว้ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตาม โดยทั่วไปแล้วคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกทำลายหรือที่ถูกปฏิเสธที่จะบังคับตามโดยศาล เมื่ออนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจที่ยอมรับพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำสั่งยื่นมาซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม ดังนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นพยานหลักฐานหลังจากเวลาที่กำหนดอนุญาโตตุลาการต้องขยายเวลาให้อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อเตรียมคดีในการโต้แย้งพยานดังกล่าว[153]

แต่อนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่ผูกพันยอมรับพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นภายหลังเวลาที่กำหนดถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานเนื่องจากมีเหตุอันสมควรที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ยื่นพยานหลักฐานตามเวลาที่กำหนด ในทางตรงกันข้ามดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าหากคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควรที่ไม่ยื่นพยานหลักฐานตามที่คำสั่งอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ยื่นมาภายหลังจากเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ได้ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเหตุอันสมควรที่ทำให้เกิดความล่าช้าต้องถูกตรวจสอบโดยศาลอีกครั้งในกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการได้มีการปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือไม่

แม้ว่าจะไม่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจขยายเวลาหลายๆครั้งก็ตาม แต่บางครั้งอนุญาโตตุลาการเกรงว่าคำชี้ขาดนั้นถูกทำลายถ้าปฏิเสธไม่ให้ขยายเวลาในการยื่นพยานหลักฐานซึ่งอาจขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยเฉพาะในทางปฏิบัติของศาลอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาการเรียกร้องระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (Iran – United

---

[152] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.205

[153] Gaillard, Emmanuel and Savage, John, eds, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, para.1269

States Claims Tribunal) ที่ขยายเวลา 2-3 ครั้งเพื่อให้โอกาสคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอนั้นยื่นพยานหลักฐาน ก่อนที่ต่อมาอนุญาโตตุลาการต้องตัดสิทธิไม่ให้ยื่นพยานหลักฐานที่ตัดสินข้อพิพาท[154]ซึ่งหลักเกณฑ์ตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาต้องการเพียงว่าการกำหนดเวลาในครั้งแรกที่ให้ยื่นพยานหลักฐานนั้นเพียงพอที่ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเตรียมคดีเพื่อยื่นพยานหลักฐานได้หรือไม่เท่านั้น ดังเช่นประธานอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของหอการค้านานาชาติกล่าวไว้ว่า

"อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องยึดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ให้สิทธิแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่ แต่อนุญาโตตุลาการต้องตระหนักว่ากระบวนพิจารณานั้นต้องดำเนินไปอย่างต่อเนื่องและเหมาะสมเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการเตะถ่วงกระบวนพิจารณา ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับโอกาสอย่างเหมาะสมในการเตรียมคดีแล้วแต่ยังยื่นคำร้องขอขยายเวลาตั้งแต่ในขั้นเริ่มต้นกระบวนพิจารณาทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นล่าช้าโดยปราศจากถึงเหตุอันสมควร ฉะนั้นเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยไม่ต้องคำนึงคำร้องขยายเวลาที่สร้างความล่าช้า"[155]

แต่อาจเกิดปัญหามากขึ้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานภายในเวลาที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่ง ต่อมาภายหลังปิดกระบวนพิจารณาแต่ก่อนที่ทำคำชี้ขาด เป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวยื่นพยานหลักฐานแก่อนุญาโตตุลาการฝ่ายที่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวแต่งตั้งเพื่อเป็นการพยายามที่กดดันให้อนุญาโตตุลาการเปิดกระบวนพิจารณาใหม่ซึ่งทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้า ในกรณีนี้สามารถแก้ไขได้โดยอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเตือนล่วงหน้าแก่คู่กรณีอย่างชัดเจนถึงเวลาในการยื่นพยานหลักฐานที่จะสิ้นสุดหลังจากวันเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนด ซึ่งเรียกคำสั่งดังกล่าวว่าคำสั่งปิดกระบวนพิจารณา[156](closure of hearing) ตามมาตรา 1468 ของ

---

[154] van Hof, Jacomijn J., Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by Iran-U.S. Claims Tribunal, pp.201-202

[155] Gaillard, Emmanuel and Savage, eds., John, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, para.1270

[156] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.210

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส หรือ ข้อ 29 ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจภายหลังจากที่มีคำสั่งดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีแต่ละฝ่ายไม่มีสิทธิที่จะยื่นพยานหลักฐานใดๆไม่ว่าเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย เว้นแต่พยานหลักฐานที่ใหม่ คือพยานหลักฐานที่สามารถหาได้ในเวลาแรกหลังจากที่มีคำสั่งปิดกระบวนพิจารณา[157]ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการย่อมมีดุลพินิจใช้อำนาจเปิดกระบวนพิจารณาตามคำร้องขอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ยื่นพยานใหม่

แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วว่าพยานหลักฐานนั้นไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิจารณา หรือการเสนอประเด็นใหม่นั้นเป็นวิธีการที่พยายามทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้า โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการมักจะตัดสินข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องประเด็นแห่งคดีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ ถ้าพยานหลักฐานที่ยื่นมานั้นไม่มีคุณค่าให้การวินิจฉัยหรือเป็นพยานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจถูกลงโทษโดยต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการและตัดสินทำคำชี้ขาดให้ต้องรับผิดในดอกเบี้ย[158] แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วว่าพยานหลักฐานที่ยื่นนั้นเพิ่งพบภายหลังจากที่มีคำสั่งปิดกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องมีคำสั่งให้เปิดกระบวนพิจารณาใหม่ หรืออย่างน้อยควรให้คู่กรณีอีกฝ่ายยื่นพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งพยานหลักฐานใหม่ มิฉะนั้นอนุญาโตตุลาการอาจถือว่าปฏิบัติขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยความเป็นธรรม[159]

3.การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนโดยขาดนัด ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น และข้อบังคับของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

---

[157] Roney, David P. and Muller,Anna K., The Arbitral Procedure in, International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners, eds. Gabrielle Kohler-Kaufmann and Blaise Stucki, p.68

[158] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration,p.387

[159] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.205

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of States 1965)[160]เกิดขึ้นโดยการริเริ่มและสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา หรือธนาคารโลก โดยอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้แล้วแต่ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว นอกจากอนุสัญญาวอชิงตันที่เป็นกฎหมายหลักในการอนุญาโตตุลาการแล้วในการระงับข้อพิพาทการอนุญาโตตุลาการยังมีข้อบังคับอีกเพื่อเป็นการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมจากบทบัญญัติในอนุสัญญาได้แก่ ข้อบังคับของศูนย์การะงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศทำขึ้นโดยคณะกรรมการบริหาร (Administrative Council) เป็นการกำหนดรายละเอียดต่างๆที่เกี่ยวกับกระบวนการในการอนุญาโตตุลาการ โดยมีศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for Settlement of Investment Dispute) มีชื่อย่อว่า "ICSID"[161] จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1965 ตามความในข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น หรือที่เรียกว่า อนุสัญญาวอชิงตัน โดยศูนย์ฯทำหน้าที่ในการจัดการและอำนวยความสะดวกในการประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนชาติของรัฐภาคีอื่น ซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ยินยอมเป็นหนังสือที่เสนอจะข้อพิพาทต่อศูนย์ฯ[162]

บทบัญญัติในอนุสัญญาวอชิงตันและข้อบังคับนั้นได้กำหนดมาตรการในการป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการที่เป็นในลักษณะเตะถ่วงกระบวนพิจารณาซึ่งเป็นการปฏิเสธหน้าที่และความผูกพันตามอนุสัญญา เพื่อให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพและเป็นไปอย่างเรียบร้อย โดยคู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณามักเป็นรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากเห็นว่าการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งรัฐเป็นคู่กรณีนั้นถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐ หรือการที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา

---

[160]ซึ่งต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า "อนุสัญญาวอชิงตัน" แทน

[161]ซึ่งต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะใช้คำว่า "ศูนย์ฯ" แทน

[162]นฤมล กิจสินธพชัย. มาตราคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ. หน้า. 50

การอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลทางการเมืองภายในของรัฐ[163]การไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นมักไม่มีเจตนาที่ปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่แรก แต่ด้วยเหตุความขัดแย้งหรือการก่อการจลาจลภายในประเทศดังกล่าวทำให้ไม่อาจเข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือสร้างความล่าช้าให้แก่การอนุญาโตตุลาการ[164]

ซึ่งกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาอาจเกิดขึ้นในกระบวนพิจารณาใดๆก็ได้ เช่นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่เริ่มต้นในชั้นกระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนสิ้นสุดกระบวนพิจารณาคดี ดังเช่นในคดีระหว่าง Kaiser Bauxite v. Jamaica ซึ่งรัฐบาลจาไมก้าไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่แรกและกระบวนพิจารณาใดๆเลยโดยไม่เข้าร่วมกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือเข้าร่วมพิจารณาคดีซึ่งรวมถึงในชั้นพิจารณาถึงประเด็นเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการด้วย หรืออาจเป็นอีกกรณีหนึ่งดังเช่นในคดีระหว่าง AGIP v. Congo ที่ทางรัฐบาลคองโกขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่ต่อมาก็เข้าร่วมกระบวนพิจารณาคดี หรือในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่ภายหลังที่ดำเนินกระบวนพิจารณาก็พยายามเตะถ่วงกระบวนพิจารณาโดยการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการทำให้กระบวนพิจารณานั้นต้องใช้เวลายาวนานดังเช่นคดีระหว่าง Benvenuti & Bonfant v. Congo ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและทางรัฐบาลคองโกก็เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ จนกระทั่งอนุญาโตตุลาการต้องใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาคดีฝ่ายเดียว แต่ในกระบวนพิจารณาชั้นต่อมาทางรัฐบาลคองโกก็เริ่มที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ[165] ในกรณีเช่นนี้ย่อมเกิดขึ้นเหมือนในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศเช่นกัน ฉะนั้นในการพิจารณาถึงกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนโดยขาดนัดนั้นควรศึกษาตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนถึงกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการด้วย

---

[163] Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, p. 471

[164] Schreuer, Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, (London: Cambridge University Press, 2001), p.696

[165] Ibid,p.709

3.1การขาดนัดก่อนดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

3.1.1 การขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามอนุสัญญาวอชิงตัน เป็นคดีระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐอีกชาติหนึ่ง เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการแรกของการดำเนินคดีตามอนุสัญญานี้คือ การยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำร้องดังกล่าวประกอบไปด้วยประเด็นข้อพิพาท,ระบุชื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และความยินยอมของคู่กรณีในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และเลขาธิการจะจดทะเบียนคำร้องขอไว้ เว้นแต่ว่าตรวจสอบพบว่า จากข้อมูลในคำร้องนั้นข้อพิพาทอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุน จะแจ้งต่อคู่กรณีที่จดทะเบียนทันที โดยภายหลังจากที่รับจดทะเบียนแล้วอนุญาโตตุลาการต้องจัดตั้งให้ได้เร็วที่สุดเท่าที่ทำได้ ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีเพียงคนเดียว คู่กรณีอาจจะตกลงกระบวนพิจารณาแต่งตั้งเองได้ แต่หากมิได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการและวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ทางอนุสัญญาวอชิงตันจะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ 3 คน ให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละคน และอนุญาโตตุลาการที่เป็นประธานองค์คณะจะต้องเลือกโดยให้คู่กรณีตกลงร่วมกันทำข้อตกลงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้เป็นประธานตามมาตรา 37

เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนภายในกำหนด 90 วันหลังจากมีการบอกกล่าวการจดทะเบียนคำร้องขอตามความในมาตรา 36(3) ต้องให้ประธานสภาบริหารเข้ามาช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 38[166] ของอนุสัญญาวอชิงตัน โดยประธานสภาที่ปรึกษาบริหารจะ

---

[166] มาตรา 38 บัญญัติว่า" If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of

แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ หลังจากได้ปรึกษากับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหากทำได้โดยต้องพยายามอย่างดีที่สุดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในเวลา 30 วัน และแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ โดยระยะเวลาดังกล่าวในการแต่งอนุญาโตตุลาการแทนของประธานสภาที่ปรึกษาเป็นวิธีการไม่ให้กระบวนการแต่งตั้งล่าช้าจนเกินไป แต่ในความเป็นจริงเวลาทั้งหมดที่ใช้ในการแต่งตั้งในกรณีนี้เป็นเวลาประมาณ 6-8 เดือน แสดงว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจะไม่ได้ร้องขอให้ประธานสภาที่ปรึกษาแต่งตั้งให้ทันทีที่เวลา 90 วันดังกล่าวสิ้นสุดลง[167] ซึ่งไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ที่มาตราดังกล่าวต้องการให้กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยประธานสภาที่ปรึกษาดังกล่าวเป็นไปด้วยความรวดเร็วได้

ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งโดยแต่งตั้งบุคคลที่ไม่มีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งและไม่มีสัญชาติของคู่กรณีรัฐภาคีที่คนชาติของตนเป็นผู้ลงทุนและมีกรณีพิพาท ตามข้อบังคับที่ 4(4) กระบวนการนี้เป็นมาตรการป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมให้ความร่วมมือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้เลขาธิการศูนย์ฯอาจเสนอชื่อผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการจากนอกบัญชีรายชื่อซึ่งต้องพิจารณาถึงความจำเป็นในกรณีนี้เป็นพิเศษ ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อให้เป็นอนุญาโตตุลาการอาจร้องขอให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมก่อนที่มีการแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการก็ได้[168]

3.2 การขาดนัดในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

---

the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute."

[167] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.96

[168] Reed, Lucy, Paulsson, Jan and Blackaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration. (Hague: Kluwer Law International, 2004), p.79

ดังที่กล่าวที่มาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมาในช่วงดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการนั้นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีโอกาสที่จะขาดนัดในช่วงดังกล่าวได้มี 4 ลักษณะของการขาดนัดทั้งการขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง,การขาดนัดยื่นคำคัดค้านของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง,กรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณา และ กรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน ซึ่งในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดตามอนุสัญญาวอชิงตันต้องปรับใช้ในมาตรา 45 บัญญัติว่า

"1. Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions.

2. If a party fail to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfy that that party dose not intend to do so." และข้อบังคับที่ 42 ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยขาดนัด

3.2.1 การใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา

ในมาตราดังกล่าวกำหนดกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดค่อนข้างละเอียดกว่าในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศต่างๆในมาตราดังกล่าวประกอบด้วยหลักการสามประการคือ

1.) หลักที่หนึ่งคือ หลักที่ว่ากระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการย่อมต้องดำเนินต่อไปแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ให้ความร่วมมือในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งในประโยคแรกของมาตรา 45 (2) ได้บัญญัติถึงหลักการดังกล่าว

2.) หลักการที่สองคือ หลักการพิจารณาพยานหลักฐาน โดยข้อต่อสู้ของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาจะไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องเพียงเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ให้ความ

ร่วมมือหรือไม่ยกคำคัดค้านต่อสู้กับข้อเรียกร้องซึ่งหลักการนี้ในมาตรา 45(1) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

3) หลักการที่สาม คือหลักที่คุ้มครองผลประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ซึ่งมาตรา 45(2) วรรค สองบัญญัติไว้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างรวดเร็วและการเปิดโอกาสโดยการกำหนดเวลาให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นได้มีโอกาสเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอีกครั้ง ในชั้นร่างอนุสัญญาวอชิงตันมาตรา 45 ให้ความสำคัญในการที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยไม่ใช่ความผิดของคู่กรณีดังกล่าว และคำนึงถึงการบอกกล่าวคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยชอบมิฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนได้ การที่กำหนดให้เวลาแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเว้นแต่อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นตั้งใจที่ไม่ให้ความร่วมกับอนุญาโตตุลาการอย่างเช่นในกรณีที่มีการบอกกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการว่าตนเองจะไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา[169]

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวตามมาตรา 45 นี้ขึ้นอยู่กับการร้องขอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้ ซึ่งในระหว่างการร่างอนุสัญญาวอชิงตันมีผู้เสนอในประเด็นที่ว่าเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพื่อตัดสินข้อพิพาทและทำคำชี้ขาด แต่ข้อเสนอถูกคัดค้านโดยสมาชิกหลายคนในคณะกรรมการร่างนั้นเห็นว่าอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปต่อเมื่อได้รับการร้องขอจากคู่กรณีก่อน โดยอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้ด้วยตนเองในกรณีที่มีการขาดนัด ถ้าไม่มีการร้องขอของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาให้ดำเนินกระบวนพิจารณาตัดสินข้อพิพาทตามประเด็นที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาด หรือไม่มีการร้องให้ยุติกระบวนพิจารณาในกรณีนี้ต้องดำเนินการตามข้อบังคับที่ 45 กำหนดว่าเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ดำเนินการใดๆตามกระบวนพิจารณาภายใน 6 เดือนโดยประมาณ ทำให้กระบวนพิจารณาจะยุติ[170]

---

[169] Schreuer, Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, p.694, 716

[170] Ibid, p.710

กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนตามอนุสัญญาวอชิงตันอาจจะยุติกระบวนพิจารณาได้ 3 ประการ คือ 1.) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ยุติกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการจะอนุญาตตามคำร้องขอก็ต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านตามข้อบังคับของศูนย์ฯ ข้อที่ 44 , 2.) กระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการถือว่ายุติก็ต่อเมื่อคู่กรณีไม่ดำเนินการใดๆภายในเวลา 6 เดือน หรือกำหนดเวลาอื่นที่ตกลงกันระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและอนุญาโตตุลาการเห็นชอบด้วยตามข้อบังคับของศูนย์ฯข้อที่ 45, 3.) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจจะตกลงประนีประนอมข้อพิพาทได้และร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ทำคำชี้ขาดตามยอม ตามข้อบังคับของศูนย์ฯ ข้อที่ 43[171]

3.2.1.1 ข้อสังเกตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดทางการลงทุน

ในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ก่อนที่ตัดสินในเนื้อหาแห่งคดี อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาถึงว่าตนเองมีเขตอำนาจหรือไม่นั้น ซึ่งไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องเขตอำนาจของตนเองเสมอ โดยทั่วไปเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและได้ยื่นข้อเรียกร้อง,คำคัดค้าน และข้อเรียกร้องแย้ง หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้โต้แย้งคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังนั้นในการพิจารณาคดีก็จะไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเรื่องเขตอำนาจดังกล่าว ถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนเองอาจจะไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทตามขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้โต้แย้งถึงประเด็นดังกล่าวไว้ อนุญาโตตุลาการอาจสอบถามไปยังคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ยืนยันเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่สามารถพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนเองอาจจะไม่มีอำนาจดังกล่าวๆได้ ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้ หากอนุญาโตตุลาการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทไปโดยไม่แน่ชัดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีขอบเขตให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทหรือไม่อาจทำให้

---

[171] Reed, Lucy, Paulsson, Jan and Blackaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, p.87

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยที่ตนไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดี (extra petita) หรือเกินเขตอำนาจที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาคดีได้ (ultra petita) ส่งผลให้คำชี้ขาดถูกทำลายในภายหลังได้[172] ฉะนั้นในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ยกประเด็นโต้แย้งเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาวินิจฉัยถึงเขตอำนาจของตนในการวินิจฉัยข้อพิพาท

ในกรณีเช่นนี้ตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการควรจะพิจารณาวินิจฉัยประเด็นเขตอำนาจของตนที่จะวินิจฉัยถึงข้อพิพาท ซึ่งการอนุญาโตตุลาการเกิดมาจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาท ดังนั้นจึงต้องเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์และมีผลใช้บังคับได้เพียงพอหรือไม่ ในประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเขตอำนาจตนเองถึงความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมอยู่ในหลักที่ว่า เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องที่ต้องยึดและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด[173]ซึ่งการที่อนุญาโตตุลาการควรต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจของตนเองในการวินิจฉัยมีความสำคัญเพราะในการบังคับตามคำชี้ขาดโดยขาดนัด คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณามักอ้างเหตุผลในการเพิกถอนคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท[174]

ส่วนใหญ่คู่กรณีที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา เนื่องจากเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่เขตอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของตน โดยคู่กรณีดังกล่าวจะโต้แย้งว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลใช้บังคับ หรือเป็นโมฆะ เหตุการณ์ดังกล่าวมักจะเกิดกับคดีระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐบาลของอีกชาติหนึ่งซึ่งมักจะโต้แย้งถึงเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นในการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนภายใต้อนุสัญญาวอชิงตัน มาตรา 45 และข้อบังคับของศูนย์ฯ ข้อ 42 (4) บัญญัติว่า

---

[172] Lew ,Julian D. M. , Mistelis,Loukas A. and Kroll, Stefan M. ,Comparative International Commercial Arbitration, p.330

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

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

"The Tribunal shall examine the jurisdiction of the Centre and its own competence in the dispute and, if it is satisfied, decide whether the submissions made are well-founded in fact and in law. To this end, it may, at any stage of proceeding, call on the party appearing to file observations, produce evidence or submit oral explanations."

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับการร้องขอให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียวโดยการร้องขอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ในขั้นตอนแรกที่อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาวินิจฉัยคือเขตอำนาจของศูนย์ฯและอำนาจของตนเองในการวินิจฉัยข้อพิพาทในทุกขั้นตอนของคู่กรณีที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามข้อบังคับของศูนย์ฯข้อ 42 (4) แม้ว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะไม่ได้ยกประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็ตาม ในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามปกติที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจที่จะยกประเด็นเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทเองก็ได้ตามข้อบังคับของศูนย์ฯ ข้อ 41(2) แต่อนุญาโตตุลาการมักไม่ค่อยกระทำ โดยปกติทั่วไปอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวก็ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกประเด็นโต้แย้งคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดนั้นอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยถึงเขตอำนาจของศูนย์ฯและอำนาจของตนเองในการวินิจฉัย หมายความว่า การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาไม่สามารถตีความได้ว่าคู่กรณีดังกล่าวยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว

อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวอย่างรอบคอบ ดังเช่นในคดีบริษัทผู้ผลิตแร่บอกไซด์ทั้งสามได้แก่ บริษัท Alcoa Minerals of Jamaica , บริษัท Kaiser Bauxite และบริษัท Reynolds Jamaica กับรัฐบาลจาไมก้า ในวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1974 ทางศูนย์ฯได้รับจดทะเบียนตามคำร้องขอให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ โดยบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนสัญชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อรัฐบาลจาไมก้า แม้ว่าทั้งสามคดีจะไม่ได้มีการรวมคดีกัน แต่ได้พิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการองค์คณะเดียวกันเพราะคดีมีข้อเท็จจริงเดียวกัน โดยขอพิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงของบริษัท Alcoa Minerals of Jamaica ที่ว่า ทางบริษัทกับทางรัฐบาลจาไมก้าเข้าทำสัญญาสร้างโรงงานถลุงแร่อะลูมิเนียมด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง เพื่อแลกกับการที่รัฐบาลจะให้ประโยชน์ทางด้านภาษีและอนุญาตทำเหมืองแร่บอกไซด์เป็นเวลา 25 ปี ซึ่งตาม

สัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามข้องคับศูนย์ฯ ในปีค.ศ. 1974 รัฐบาลจาไมก้าเรียกเก็บภาษีจากการทำเหมืองแร่บอกไซด์โดยการประกาศกฎหมายจัดเก็บภาษีในการผลิตแร่บอกไซด์ทำให้ทางบริษัทต้องจ่ายภาษีเพิ่มขึ้นเป็น 9 เท่า ซึ่งทางบริษัทเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนสัญญา ดังนั้นทางบริษัทต้องดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาวอชิงตัน รัฐบาลจาไมก้าได้ลงนามในอนุสัญญาวอชิงตันในปี 1965 และให้สัตยาบันในปี ค.ศ. 1966 โดยปราศจากข้อสงวน ภายหลังจากทำสัญญากับทางบริษัทได้ไม่นานทางรัฐบาลจาไมก้าแจ้งไปที่ศูนย์ฯ ตามมาตรา 25(4) ของอนุสัญญาวอชิงตันว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดขึ้นไม่ถือว่าอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ฯ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าทางรัฐบาลจาไมก้าพยายามทำให้ศูนย์ฯไม่เขตอำนาจในการพิจารณาถึงข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นระหว่างบริษัทกับทางรัฐบาลจาไมก้า

เมื่อเริ่มการอนุญาโตตุลาการทางรัฐบาลจาไมก้าไม่ดำเนินการใดๆตามคำร้องขอของทางบริษัทโดยรัฐบาลจาไมก้าปฏิเสธที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ยื่นข้อโต้แย้งในเขตอำนาจของศูนย์และอนุญาโตตุลาการ และไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาใดๆในการอนุญาโตตุลาการ ทางบริษัทร้องขอให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยถึงประเด็นอำนาจของศูนย์ฯและเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทในขั้นตอนแรกตามข้อบังคับของศูนย์ฯข้อ 42(4) โดยอนุญาโตตุลาการร้องขอให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นคำคู่ความในประเด็นเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทางบริษัทได้ยื่นข้อเรียกร้องในประเด็นดังกล่าว แต่ทางรัฐบาลจาไมก้าไม่ยื่นคำคัดค้านแต่อย่างใด โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยในเขตอำนาจของศูนย์ฯและตนเองไว้ 2 ประเด็นคือ ในประเด็นแรก ข้อพิพาทนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศูนย์ฯหรือไม่ และประเด็นที่สองคือ การที่รัฐบาลจาไมก้าได้แจ้งต่อศูนย์ซึ่งมีผลเป็นการถอนข้อพิพาททางการลงทุนที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติจากความยินยอมที่ให้ไว้ก่อนหน้านี้หรือไม่ อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า ข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นจากการลงทุนโดยตรง เพราะการดำเนินงานของบริษัทอยู่ในความหมายโดยปกติของคำว่า "การลงทุน" ที่เป็นการเคลื่อนย้ายทุนไปยังประเทศจาไมก้า โดยการทำเหมืองแร่เป็นการเคลื่อนย้ายทุนอย่างหนึ่งจากการทำสัญญาต่อรัฐดังกล่าว ฉะนั้นจึงอยู่ในเขตอำนาจของอนุสัญญาวอชิงตัน ซึ่งเป็นไปตามเจตนาของอนุสัญญาวอชิงตันที่ไม่ให้คำนิยามของคำว่า การลงทุน ซึ่งผู้ร่างตั้งใจว่าให้เป็นดุลพินิจของคู่กรณีที่ตกลงในขณะที่ทำสัญญาว่ากิจการใดเป็นการลงทุนซึ่งตนยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดจากกิจการนั้นต่อศูนย์ฯ และในประเด็นที่สองอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาตามมาตรา 25 (1) บัญญัติว่า "เมื่อคู่กรณีทั้งสองให้ความยินยอมแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจถอนความยินยอมของตนได้โดยการกระทำของฝ่ายเดียว" การที่

รัฐบาลจาไมก้าแจ้งต่อศูนย์ฯเมื่อปี ค.ศ. 1974 ว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติไม่สามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาวอชิงตันได้ ถือได้ว่าเป็นความพยายามที่ถอนความยินยอมฝ่ายเดียวของรัฐบาลจาไมก้า และยังเห็นว่าการแจ้งดังกล่าวเป็นเพียงการดำเนินการในอนาคตโดยแจ้งข้อมูลต่อศูนย์ฯและความเป็นไปได้ทางการลงทุนในอนาคตที่เกี่ยวข้องกับเหมืองแร่และทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆของประเทศจาไมก้าที่อาจจะสงวนสิทธิไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ฯ[175] และเมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินแล้วว่าทางศูนย์ฯและตนเองมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยถึงข้อพิพาทดังกล่าว ก็จะกำหนดวันและเวลาในการยื่นคำคู่ความเพื่อพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดี แต่สุดท้ายอนุญาโตตุลาการได้รับคำร้องขอให้ยุติกระบวนพิจารณาทางบริษัทได้ตกลงร่วมกันกับรัฐบาลจาไมก้าต้องการให้กระบวนพิจารณาสิ้นสุดลง ส่วนในคดีของบริษัท Bauxite และบริษัท Reynolds Jamaica ทางบริษัททั้งสองร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ยุติกระบวนพิจารณา[176]

แนวทางตามข้อบังคับดังกล่าวของศูนย์ฯที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยถึงประเด็นในเรื่องเขตอำนาจของตนเองในการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ว่าในประเด็นดังกล่าวจะได้มีการโต้แย้งโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ตาม ถือว่าเป็นการลดความเสี่ยงในการสูญเสียค่าใช้จ่ายและเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการจนได้มีการตัดสินทำคำชี้ขาดโดยขาดนัดซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวอาจถูกทำลายหรือถูกปฏิเสธในการบังคับคำชี้ขาดโดยศาล เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท[177] ดังนั้นในทุกขั้นตอนของกระบวนพิจารณาที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมดังที่จะกล่าวต่อไปนี้อนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่วินิจฉัยเขตอำนาจของตนเองและศูนย์ฯว่ามีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่ก่อนที่จะมีการวินิจฉัยถึงในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี

---

[175] Tupman, Michael W., Case Studies in Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, International and Comparative Law Quarterly, 35 (1986): 820-821

[176] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.123

[177] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 447

3.2.2 การขาดนัดยื่นข้อเรียกร้อง

ในกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการแล้วแต่ไม่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยการไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งรวมถึงข้อเรียกร้องแย้งด้วย[178] ในกรณีเช่นนี้หากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องการที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาก็ต้องร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ดำเนินกระบวนพิจารณาคดีต่อไป ตามมาตรา 45 เช่นเดียวกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องร้องให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป หรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอาจร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ยุติกระบวนพิจารณาก็ได้ตามข้อบังคับที่ 44[179]

แต่ในมาตรา 45 ไม่ได้บัญญัติครอบคลุมถึงกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือแจ้งต่ออนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนว่าจะไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ซึ่งการที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการแล้วต่อมาก็ไม่ยื่นข้อเรียกร้องถือว่าเป็นการใช้สถาบันการอนุญาโตตุลาการบีบบังคับคู่กรณีอีกฝ่ายให้ปฏิบัติตามโดยใช้ต้นทุนต่ำที่สุดอย่างหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ตามข้อบังคับที่ 45 สามารถนำมาปรับใช้ถือว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ดำเนินอย่างใดอย่างหนึ่งตามกระบวนพิจารณาภายใน 6 เดือนโดยประมาณต้องถือว่ากระบวนพิจารณาต้องยุติ[180]

---

[178] Schreuer, Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, pp.700-701

[179] ข้อบังคับของศูนย์ฯ ข้อ 44 ที่ว่า "If a party requests the discontinuance of the proceeding, the Tribunal, or the Secret-General if has not yet been constituted, shall in an order fix a time limit within which the other party may state whether it opposes the discontinuance. If no objection is made in writing within the time limit, the other party shall be deemed to have acquiesced in the discontinuance and the Tribunal, of if appropriate the Secretary-General, shall in an order take note of the discontinuance of the proceeding. If objection is made, the proceeding shall continue"

[180] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, pp.237-238

3.2.3 การขาดนัดยื่นคำคัดค้าน

การที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการสร้างอุปสรรคหรือสร้างความล่าช้าให้แก่กระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้ในมาตรา 45 ของอนุสัญญาวอชิงตัน และข้อบังคับที่ 42 บัญญัติครอบคลุมถึงในกรณีที่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยไม่ปรากฏตัวหรือไม่เสนอพยานหลักฐานในขั้นใดของกระบวนพิจารณา ซึ่งการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านต่ออนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยไม่เสนอพยานหลักฐานตามมาตราดังกล่าว กระบวนการในยื่นคำคู่ความต้องดำเนินการตาม ข้อ 31 ของข้อบังคับดังกล่าวโดยกำหนดว่า นอกจากที่มีการยื่นคำร้องขอให้ดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นหนังสือ การยื่นคำคู่ความไม่ว่าข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านต้องยื่นภายในกำหนดเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้

มาตรา 45 ของอนุสัญญาวอชิงตันบัญญัติว่าแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ในกรณีเช่นนี้เหมือนดังการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านสร้างความยากลำบากโดยให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวและอนุญาโตตุลาการ[181] โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจร้องขอให้อนุญาโตตุลาการตัดสินปัญหาที่เสนอและทำคำชี้ขาด โดยก่อนที่ทำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้านว่าให้เข้าร่วมการร่วมกระบวนพิจารณาโดยกำหนดระยะเวลาหนึ่งให้เพื่อให้โอกาสคู่กรณีฝ่ายนั้นเข้าร่วมกระบวนพิจารณา เว้นแต่อนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวจงใจที่ไม่จะเข้าร่วมการพิจารณา เพื่อให้สอดคล้องกับในกรณีที่ถือว่าการที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้อง อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาการวินิจฉัยเขตอำนาจของศูนย์ฯและวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ โดยการที่อนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาจากการ

---

[181] Reed, Lucy, Paulsson, Jan and Blackaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, p.87

พิสูจน์ของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาให้ปรากฏได้ตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย อนุญาโตตุลาการอาจร้องขอให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณายื่นพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวได้[182]

3.2.4 การขาดนัดเข้าร่วมกระบวนพิจารณา

การที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาในชั้นสืบพยานหลักฐานซึ่งอาจมีการยื่นคำคู่ความเพื่อยกเป็นประเด็นให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยมาตรา 45 (2) ของอนุสัญญาวอชิงตันบัญญัติไว้จัดการความล่าช้าหรืออุปสรรคในกรณีดังกล่าว เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา คู่กรณีอีกฝ่ายอาจร้องขอตามมาตราดังกล่าวซึ่งบัญญัติว่าถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือเสนอพยานหลักฐานในขั้นใดในกระบวนพิจารณา คู่กรณีอีกฝ่ายอาจร้องขอให้อนุญาโตตุลาการตัดสินปัญหาและทำคำชี้ขาดถ้าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเป็นฝ่ายที่ขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ซึ่งถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอาจร้องขอให้อนุญาโตตุลาการยุติกระบวนพิจารณาก็ได้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเป็นฝ่ายที่ขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจร้องขอให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพื่อให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนและของศูนย์และตัดสินทำคำชี้ขาด โดยอนุญาโตตุลาการต้องบอกกล่าวคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา และต้องให้เวลาให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวเพื่อให้โอกาสเข้าร่วมกระบวนพิจารณา เว้นแต่พิจารณาแล้วเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นจงใจที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา

เมื่อพิจารณาแล้วว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินปัญหาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าปัญหานั้นยื่นมาโดยคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ถ้าในชั้นแรกคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกระบวนพิจารณาและมีการยื่นคำคู่ความแล้ว แต่ต่อมาคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาทำให้อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาตัดสินในปัญหาที่ยกขึ้นมาด้วย ฉะนั้นแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง

---

[182] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5. p.123

ทิ้งคดีและต่อมาขาดนัดพิจารณา คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอาจตัดสินใจไม่ยุติกระบวนพิจารณา แต่ประเด็นที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยกขึ้นมาในคำคู่ความแล้วก็ต้องตัดสินในประเด็นดังกล่าวด้วย ในกรณีเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องที่ให้ดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อตัดสินข้อพิพาทอาจจะเสี่ยงที่ถูกตัดสินให้แพ้คดีแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา แต่ถ้าภาระการพิสูจน์ในประเด็นนั้นตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องที่ขาดนัดพิจารณาย่อมทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้เปรียบในการพิจารณาตัดสินคดีที่มีผลเป็นการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทดังกล่าว[183]

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียวนั้นอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาด้วย โดยแสดงให้เห็นว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้รับโอกาสในการเสนอคดีอย่างเหมาะสม หากไม่ปฏิบัติตามหลักดังกล่าวแล้วคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวอาจถูกยกเลิกได้โดยมูลเหตุที่ว่ามีการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ผิดอย่างร้ายแรง คือคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณา

3.2.5 การขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน

อนุสัญญาวอชิงตันและข้อบังคับของศูนย์ฯได้บัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการจัดการกับความล่าช้าและอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการในการยื่นพยานหลักฐาน ในมาตรา 44 ของอนุสัญญาวอชิงตันบัญญัติว่า "การดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในส่วนนี้ และเว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้เป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่มีผลในวันที่คู่กรณีได้ให้ความยินยอมต่อการอนุญาโตตุลาการ หากมีปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความเกิดขึ้น ซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติในส่วนนี้ หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ หรือกฎเกณฑ์ใดที่คู่กรณีตกลงกัน ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหานั้น" ในข้อ 25 ของข้อบังคับของศูนย์ฯให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการกำหนดวันพิจารณาและมีอำนาจขยายเวลาที่กำหนดได้ซึ่งอำนาจดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นของผู้ที่เป็นประธานของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อบังคับกำหนดมาตรการลงโทษแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่

---

[183] Schreuer, Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, pp.713-714

ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการที่ให้ยื่นพยานหลักฐาน เช่น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นพยานหลักฐานหลังจากเวลาที่กำหนดอาจไม่สามารถรับฟังมาพิจารณาตัดสินคดีได้ แต่เพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่ไม่มีเจตนาปฏิเสธไม่ยื่นพยานหลักฐาน ข้อบังคับมีลักษณะยืดหยุ่นและให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงพฤติการณ์พิเศษและหลังจากที่ให้โอกาสแก่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวในการนำเสนอพยานหลักฐาน ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวโดยไม่ได้ตั้งใจ อนุญาโตตุลาการอาจจะให้เวลาเพื่อให้โอกาสแก่คู่กรณีดังกล่าวปฏิบัติตามอีกครั้งอาจสร้างความล่าช้าแก่กระบวนพิจารณาบ้าง ซึ่งอนุญาโตตุลาการก็ควรที่จะปฏิบัติตามดังเช่นในกรณีดังกล่าว มิฉะนั้นอาจจะทำให้เสี่ยงต่อการถูกยกเลิกได้เนื่องจากขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา[184]

ในการดำเนินหลายๆขั้นตอนในการดำเนินกระบวนพิจารณา รวมถึงการยื่นพยานหลักฐาน ข้อ 33 ของข้อบังคับให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่เห็นว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆควรร้องขอให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นพยานหลักฐาน และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ความผูกพันที่ต้องร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการให้ยื่นพยานหลักฐานและอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาถึงผลของการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามความผูกพันดังกล่าวและเหตุผลที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติได้แสดงต่ออนุญาโตตุลาการ แม้ว่าไม่ได้กำหนดบทลงโทษอย่างชัดเจนกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่ได้ให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการเหมือนดังเช่นในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ตาม แต่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำปฏิปักษ์จากการที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งในการยื่นพยานหลักฐานและจากการที่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่ให้ความร่วมมืออาจส่งผลถึงการคำนวณค่าใช้จ่ายในการดำนินกระบวนพิจารณา ยกตัวอย่าง ในคดีระหว่าง AGIP v. Congo เป็นกรณีที่รัฐบาลคองโกไม่ปฏิบัติตามคำสั่งในมาตรการชั่วคราวที่ให้ยื่นพยานเอกสารต่างๆเพื่อใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งส่งผลต่อการประเมินค่าเสียหายในคำชี้ขาด[185]

---

[184] van den Berg, Albert Jan, Preventing Delay and Disruption of Arbitration: ICCA Congress Series on 5, p.219

[185] Reed, Lucy, Paulsson, Jan and Blackaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, p.85

แม้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังยืนยันที่ไม่ปฏิบัติคำสั่งของอนุญาโตตุลาการก็ตามไม่สามารถห้ามมิให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดไม่ได้ โดยมาตรา 45 ของอนุสัญญาวอชิงตันถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือไม่ยื่นพยานหลักฐานในกระบวนพิจารณาใดๆ คู่กรณีอีกฝ่ายอาจร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้ตัดสินปัญหาที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาดได้

เมื่อพิจารณาจากกระบวนพิจาณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดภายในอนุสัญญาวอชิงตันจะเห็นได้ว่ากระบวนพิจารณาโดยขาดนัดนั้นมีรายละเอียดค่อนข้างมากทำให้การระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ฯภายใต้อนุสัญญาดังกล่าวประสบความสำเร็จในขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัด และเหตุผลที่สำคัญคือประเทศกำลังพัฒนาที่เข้ามาเป็นคู่ความมักจะเตะถ่วงเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองของตนให้นานที่สุดเท่าที่จะทำได้ซึ่งมักเป็นคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด ส่วนฝ่ายเอกชนจะต้องคำนวณดอกเบี้ยของเงินที่ต้องปล่อยให้นิ่งเฉยในระหว่างคดีเข้าไปในค่าใช้จ่ายด้วย[186] แม้มาตราดังกล่าวและข้อบังคับต่างๆของศูนย์ฯเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาโดยขาดนัดที่ใช้บังคับกับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาคือให้ดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายร้องขอแล้วเพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินไปอย่างรวดเร็วก็ตาม แต่โดยมากอนุญาโตตุลาการมักใช้ดุลพินิจที่ขยายเวลาและเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่ขาดนัดให้เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพื่อประโยชน์ในการบังคับคดีตามคำชี้ขาดในภายหลัง

4.การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

4.1 ความหมายของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมีโอกาสที่จะตัดสินข้อพิพาทโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมหรือปฏิเสธเข้าร่วมกระบวนพิจารณา การไม่เข้าร่วมหรือปฏิเสธการเข้าร่วมกระบวนพิจารณาอาจเริ่มตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนพิจารณา คือ ไม่เข้าร่วมกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการที่คู่กรณีไม่เข้าร่วมกระบวน

---

[186]วิชัย อริยะนันทกะ,การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ ใน <u>รวมบทความ ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม</u> 2 ,พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม,2540), หน้า 334

พิจารณาอาจเกิดขึ้นในชั้นกระบวนพิจารณาคดีก็ได้ โดยอาจเกิดจากการเปลี่ยนใจที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณากะทันหัน หรือเกิดจากแนวนโยบายของแต่ละประเทศ การที่คู่กรณีปฏิเสธไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาทำให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างยากลำบากมากขึ้น ซึ่งเป็นการบังคับให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในเชิงรุกเพื่อที่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผลของการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทตามพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาที่ต้องพิสูจน์ตามภาระการพิสูจน์ของตน และอนุญาโตตุลาการต้องเรียกพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ในข้อกฎหมายจนกระทั่งสามารถตัดสินคดีโดยฝ่ายเดียวได้ บทบาทของอนุญาโตตุลาการมิใช่ตรายางที่จะพิจารณาตามข้อเรียกร้องโดยไม่ต้องพิสูจน์โดยพยานหลักฐานได้ โดยอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องตัดสินตามข้อเรียกร้องที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยื่นมา ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาไม่ให้ความร่วมมือแก่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินคดี อนุญาโตตุลาการก็ต้องพยายามตัดสินข้อพิพาทด้วยตนเอง[187]

ดังที่กล่าวมาแล้วในการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาโดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวนั้นต้องการที่จะยกเหตุที่สามารถปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ว่า ขัดต่อเหตุแห่งความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ซึ่งระบบการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันยอมรับการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดก็ต่อเมื่อ คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสในการเสนอคดีและโอกาสโต้แย้งข้อต่อสู้ของคู่กรณีอีกฝ่าย ดังนั้นถ้ามีหลักฐานว่าสำเนาของการบอกกล่าวและคำคู่ความต่างๆที่ใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ส่งให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดตามเวลาและได้มีการบันทึกเป็นหลักฐานการส่งและคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดเพียงแต่ปฏิเสธที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา คำชี้ขาดโดยขาดนัดจะสามารถบังคับได้โดยง่าย[188]

---

[187] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration. p.446

[188] Lew ,Julian D. M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. .Comparative International Commercial Arbitration. p.637

4.2 ประเภทของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด

จากนิยามของคำชี้ขาดโดยขาดนัด นั้นอาจเกิดจากคู่กรณีไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาตั้งแต่แรกในชั้นการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ อาจเกิดจากคู่กรณีไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาในชั้นพิจารณาคดี ดังนั้นจึงสามารถแยกประเภทของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดไว้ 2 ประเภท คือ

4.2.1คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

คำชี้ขาดดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนโดยทางแก้ของกรณีเช่นนี้ดังที่กล่าวมาข้างต้นให้ศาลเข้ามาเป็นบทบาทเข้ามาช่วยเหลือในการแต่งตั้งเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดอาจเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพื่อตัดสินข้อพิพาทก็ได้ แต่คำชี้ขาดดังกล่าวค่อนข้างมีปัญหา คือ คำชี้ขาดที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว (sole arbitrator) ส่วนใหญ่เป็นคำชี้ขาดที่มีการพิจารณาตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษซึ่งมีโอกาสที่ถูกคัดค้านหรือปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้หลายเหตุด้วยกัน อนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาเพียงฝ่ายเดียวอาจถูกกล่าวหาได้ว่าไม่มีความเป็นกลาง แม้ว่าในหลายประเทศยอมรับว่าในการอนุญาโตตุลาการอาจมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวได้แต่คำชี้ขาดที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งเพียงฝ่ายเดียวอาจมีปัญหาในเรื่องความเป็นกลาง[189] การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวนั้นไม่เพียงขัดต่อหลักความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ แต่อาจจะขัดต่อข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการที่กำหนดองค์คณะของอนุญาโตตุลาการ[190]ฉะนั้นจึงควรพิจารณาการบังคับคำชี้

---

[189] 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.214

[190] Lew ,Julian D. M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. ,Comparative International Commercial Arbitration, p.250

ขาดที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวในต่างประเทศจะกล่าวต่อไป[191]

4.2.2 คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธหรือไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ

คำชี้ขาดดังกล่าวเป็นผลมาจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนใดๆในกระบวนพิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการย่อมจะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปเพียงฝ่ายเดียวซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวมีลักษณะขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา ดังนั้นคำชี้ขาดที่ตัดสินจากการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดมักอ้างถึงเหตุที่ขัดต่อหลักดังกล่าวเพื่อที่คัดค้านการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาคดีอย่างรอบคอบเพื่อให้แน่ใจว่า คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้รับโอกาสในการเสนอคดีอย่างเต็มที่และเหมาะสมแก่พฤติการณ์แก่คดี ถ้าอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาชนะคดี เพื่อให้คำชี้ขาดนั้นสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในการทำคำชี้ขาดโดยขาดนัดนั้นต้องบรรยายถึงรายละเอียดในการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และบรรยายถึงความพยายามในการติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดให้ทราบถึงความคืบหน้าของคดี เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้มีโอกาสนำเสนอข้อโต้แย้งและพยานหลักฐานของตนได้ ยิ่งไปกว่านั้นเหตุผลในคำชี้ขาดควรสะท้อนถึงข้อเท็จจริงที่ให้อนุญาโตตุลาการกล่าวอย่างชัดแจ้งถึงเหตุที่ตัดสินเนื้อหาแห่งคดีเพื่อแสดงว่า เหตุผลในการวินิจฉัยได้ตัดสินตามข้อเรียกร้องที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ[192]

4.3 การบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958

ในปัจจุบันอนุสัญญาระหว่างที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ประเทศส่วนใหญ่เป็นภาคี คือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับคำ

---

[191] โปรดดูในหัวข้อ 4.3.1.2 ในบทที่ 4

[192] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 446

ชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 หรือที่เรียกว่าอนุสัญญานิวยอร์ก และส่วนมากประเทศต่างๆได้บัญญัติกฎหมายภายในตามอนุสัญญาดังกล่าว ฉะนั้นควรศึกษาถึงการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด ตามอนุสัญญาดังกล่าวว่ามีเหตุที่ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวถูกร่างโดยสหประชาชาติ เพื่อแก้ปัญหาในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญาเจนีวาที่ให้บังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศง่ายและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยลักษณะเด่นของอนุสัญญาดังกล่าวในการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด 3 ประการ คือ 1) การจำกัดเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด, 2) ศาลในประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่สามารถทบทวนในเนื้อหาข้อพิพาทในคำชี้ขาดได้ , 3) ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี[193]

ในอนุสัญญานิวยอร์กมาตรา 5 บัญญัติถึงมูลเหตุที่ศาลภายในประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมาตรา 5(1) บัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดอ้างมูลเหตุแห่งการปฏิเสธในขณะที่มาตรา 5(2) บัญญัติศาลสามารถยกมูลเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้เอง โดยคู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด สามารถอ้างมูลเหตุได้สามกรณี คือ ในสองกรณีแรกเป็นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของหลักความยุติในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามมาตรา 5(1)(a) คือ 1.) การไม่บอกกล่าวโดยชอบในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ, 2.) ไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้ 3.)ในมูลเหตุแห่งการปฏิเสธตามาตรา 5(1)(d) ที่คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวพิสูจน์ว่าองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณามิได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหากไม่มีการตกลงกัน ในมาตรา 5(2) บัญญัติให้อำนาจศาลที่ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเองได้โดยคู่กรณีไม่ต้องกล่าวอ้าง ถ้าศาลเห็นว่าการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดนั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศ ซึ่งในความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศด้านวิธีสบัญญัติย่อมเกี่ยวข้องกับมาตรา 5(1)(b) และ 5(1)(d) ฉะนั้นในกรณีเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับมูลเหตุดังกล่าวไม่คัดค้านว่าตนเองถูกละเมิดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาต้องถือว่าสละ

---

[193] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 2003) (Vol.XXVIII), p.660

สิทธิ แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากเกิดการละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างรุนแรงเช่น ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคู่กรณีฝ่ายหนึ่งถูกตัดสิทธิไม่ให้เสนอพยานหลักฐานใดๆก็ตาม ดังนั้นแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวจะสละสิทธิหรือได้รับอย่างชัดเจนถึงการละเมิดดังกล่าว ศาลย่อมมีอำนาจยกเหตุแห่งการละเมิดนั้นได้เองตามมาตรา 5(2) ของอนุสัญญานิวยอร์ก[194] ดังนั้นการอ้างถึงเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด มีสามประการดังที่กล่าวมาแล้วดังนี้

4.3.1เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดของผู้คัดค้านต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดดังกล่าวมักถูกปฏิเสธตามบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้ เนื่องจากคำชี้ขาดดังกล่าวมีเหตุให้คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านต้องยกเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ 2 ประการ ตามมาตรา V (b),(d) ตามอนุสัญญาดังกล่าวดังต่อไปนี้

4.3.1.1 การขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา

มาตรา 5 (1)(b) ของอนุสัญญานิวยอร์กบัญญัติว่า "the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitration or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case" ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น มูลเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ต้องการให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินไปอย่างเรียบร้อยโดยให้มีการบอกกล่าวโดยชอบแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายและดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยความเป็นธรรม การบอกกล่าวล่วงหน้าโดยมักถูกยกเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด บทบัญญัตินี้ต้องการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับกระบวนพิจารณาด้วยความเป็นธรรม ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาจากแต่ละ

---

[194] Mantilla-Serrano,Fernando, Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arbitration International. Vol. 20 No. (4) (2004): 338-339

ประเทศที่แตกต่างกันต้องการได้รับความมั่นใจในการอนุญาโตตุลาการที่ถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนพิจารณาโดยความเป็นธรรม ดังนั้นทั้งอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องยึดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาตั้งแต่เริ่มการอนุญาโตตุลาการ[195]

แต่มีประเด็นปัญหาในมูลแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณานั้นควรยึดถือแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาใด ซึ่งคำชี้ขาดที่เกิดจากการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ต่างประเทศย่อมเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎมายที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาคดี หรือกฎหมายที่คู่กรณีตกลงใช้บังคับในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายในประเทศที่คู่กรณีได้ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าในทุกประเทศจะต้องยึดถือหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่แนวทางปฏิบัติตามหลักดังกล่าวย่อมจะแตกต่างกันไป ฉะนั้นแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมใดที่ต้องยึดนำมาใช้ในการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ตามบทบัญญัตินี้ในอนุสัญญานิวยอร์กไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนเพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าต้องใช้แนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมใด ไม่ว่าเป็นแนวบรรทัดฐานที่ยึดปฏิบัติอย่างชัดเจนตามกฎหมายที่คู่กรณีตกลงใช้บังคับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ หรือตามกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาที่สามารถนำมาบังคับใช้ได้[196] ซึ่งในประเด็นนี้มีแนวความคิดที่แตกต่างกัน ในแนวคิดหนึ่งเห็นว่า ในมาตรานี้อยู่บนหลักเกณฑ์ที่ว่ากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริง (truly international rule) โดยหลักเกณฑ์นี้จะไม่ยึดติดกับแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามกฎหมายภายในของประเทศใดๆ แต่จะยึดถือตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่นานาประเทศยอมรับกัน แนวคิดนี้สนับสนุนให้ไม่ควรนำแนวบรรทัดฐานของประเทศใดประเทศ

---

[195] Ibid, p.532

[196] Lew ,Julian D. M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration, p.711

หนึ่งที่มีหลักเกณฑ์ใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อดำเนินกระบวนพิจารณาได้อย่างเรียบร้อย แต่อย่างไรก็ตามศาลในประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดอาจนำแนวคิดในหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาของประเทศดังกล่าวมาปรับใช้ให้สอดคล้องตามกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย แต่ศาลของแต่ละประเทศไม่ได้ยึดตามแนวคิดดังกล่าว แต่ส่วนใหญ่ยึดตามแนวบรรทัดฐานของประเทศของตนที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว[197]ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยึดตามแนวบรรทัดฐานตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาของประเทศของตนเท่านั้นโดยตีความอย่างเคร่งครัดว่ามาตรานี้ของอนุสัญญานิวยอร์กใช้บังคับจำกัดในการบังคับตามหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานตามประเทศของตนเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดข้างต้นที่ให้ยึดตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริงนั้นน่าแนวทางที่ดีที่สุดสามารถนำมาบังคับใช้ได้ตามอนุสัญญานิวยอร์ก[198]ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ความยุติธรรมขั้นพื้นฐานในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาระหว่างประเทศ (international due process) หมายความถึง หลักการปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน, การบอกกล่าวอย่างเป็นธรรมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินกระบวนพิจารณา และให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการต่อสู้อย่างเป็นธรรม และให้คู่กรณีทั้งสองได้มีโอกาสที่จะโต้แย้งพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายอย่างเป็นธรรม และรวมถึงหากอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวต้องพิจารณาถึงว่าคู่กรณีได้รับการบอกกล่าวเป็นธรรมแล้ว และคู่กรณีได้รับโอกาสในการต่อสู้คดี[199]

---

[197] van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial interpretation. (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981), p.298

[198] Lew ,Julian D. M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. ,Comparative International Commercial Arbitration. p.711

[199] 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, p.216

มาตรานี้บัญญัติอย่างชัดแจ้งเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นสารบัญญัติ และไม่ใช่บทบัญญัติที่ให้เลือกกฎหมายดังนั้นคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวที่ยึดแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาของประเทศตนนั้นเป็นแนวทางที่ไม่ถูกต้อง ความเป็นจริงนั้นอนุสัญญานิวยอร์กได้สร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นสารบัญญัติระหว่างประเทศ (international substantive rules) และพิจารณาว่าการละเมิดกฎเกณฑ์นั้นเพียงพอที่สามารถปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้[200] ตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาจะได้รับพิจารณาอยู่เสมอว่าเป็นการสะท้อนถึงหลักความยุติธรรมพื้นฐานในการดำเนินกระบวนพิจารณา หลักดังกล่าวจึงมาจากในส่วนของหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งศาลมีอำนาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นได้เอง[201] ดังนั้นศาลจะพิจารณายอมรับว่ามีการละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาต้องเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์กระทบกระเทือนต่อหลักดังกล่าวอย่างร้ายแรงเท่านั้น ถึงจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้

และการบังคับใช้ในมาตรานี้ที่เป็นมูลเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยศาลต้องตีความว่าการละเมิดตามแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาของภายในประเทศไม่จำเป็นต้องถือว่าเป็นการละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาในกรณีบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ[202] ศาลต้องพิจารณาเพียงว่ากระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปตามข้อตกลงโดยชอบหรือไม่ และอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือไม่ และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่[203] ซึ่งเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 5 (1) (b) แบ่งได้ 2 กรณี

---

[200] Gaillard, Emmanuel and Savage, John, eds, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, para.1096

[201] van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial interpretation, p.298

[202] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 2003) (Vol. XXVIII), p.654

[203] Redfern ,Alan and Hunter ,Martin with Blackaby ,Nigle and Partasides ,Constantine , Law and Practice of International Commercial Arbitration, p.533

1) การบอกกล่าวโดยชอบ

ขั้นตอนที่เริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการคือมีการบอกกล่าวเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายการบอกกล่าวล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยชอบ ในกรณีที่คู่กรณีที่จะได้รับการบอกกล่าวโดยชอบนั้นมีส่วนสำคัญในการตัดสินถึงผลที่ตามภายหลังที่มีคำชี้ขาดว่าสามารถบังคับได้หรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา มักจะคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดโดยอ้างว่า ตนเองได้รับการบอกกล่าวโดยมิชอบและไม่เหมาะสม[204]

ปัญหาว่าเมื่อไรที่จะถือว่าได้มีการบอกกล่าวโดยชอบหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ทั้งนี้อาจสังเกตว่าการบอกกล่าวล่วงหน้าเพียงพอที่จะทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ แต่โดยทั่วไปยอมรับกันว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยเอกชน การบอกกล่าวล่วงหน้าไม่จำเป็นทำโดยรูปแบบที่เคร่งครัดเหมือนกับการดำเนินคดีทางศาลหรือกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังเช่น ในคำพิพากษาศาลของประเทศเม็กซิโก ตัดสินว่าการที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องส่งการบอกกล่าวทางจดหมายตามข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการก็ถือว่าเป็นการสละสิทธิหลักเกณฑ์ในการส่งตามกฎหมายภายในของประเทศเม็กซิโก ดังนั้นวิธีการส่งการบอกกล่าวดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศเม็กซิโกแม้ว่าการส่งการบอกกล่าวดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายของประเทศเม็กซิโก[205]แม้ว่าการส่งการบอกกล่าวแบบธรรมดาเป็นการบอกกล่าวโดยชอบ แต่เพื่อเป็นการใช้เป็นหลักฐานเพื่อป้องกันการโต้แย้งคัดค้านในการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยอ้างว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ได้รับการบอกกล่าว ดังนั้นควรที่ส่งการบอกกล่าวแบบลงทะเบียนตอบรับ

---

[204] 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, p.217

[205] Sanders, Pieter, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 1979) (Vol.IV), p.301

หรือส่งโดยโทรสาร[206] แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้รับการบอกกล่าวหรือมีการบอกกล่าวให้ดำเนินกระบวนพิจารณาแต่คู่กรณีดังกล่าวได้รับการบอกกล่าวภายหลังที่ตัดสินทำคำชี้ขาดไปแล้วย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา

นอกจากที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้รับการบอกกล่าวโดยชอบแล้ว คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีโอกาสเตรียมคดีอย่างเหมาะสมโดยต้องมีการกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวมีความเหมาะสมเพียงพอหรือไม่ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเข้าร่วมกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีคือ ต้องพิจารณาว่าการบอกกล่าวนั้นเป็นการเพียงพอที่คู่กรณีจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือเข้าร่วมการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งรวมทั้งจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ดีหรือเตรียมตัวในการเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการได้ดีหรือไม่ด้วย ดังเช่น ศาลในประเทศอิตาลีที่พิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้เนื่องจากการให้เวลาล่วงหน้า 20 วัน เพื่อเตรียมการเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการเพียงพอ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเห็นว่าเป็นการบอกกล่าวล่วงหน้าที่ไม่เพียงพอที่จะต่อสู้คดีก็ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าไม่เพียงพอเพราะเหตุใด แต่ศาลอุทธรณ์เนเปิลส์ อิตาสี พิพากษาว่า การบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเวลา 1 เดือนนั้นไม่เพียงพอ เพราะฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอยู่ในถิ่นที่มีแผ่นดินไหวขนาดใหญ่และได้รับผลกระทบจากแผ่นดินไหว จึงปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ[207]

2) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเสนอคดีของตน

ก่อนหน้าที่มาตราบัญญัติขึ้นในชั้นร่างอนุสัญญานั้นบัญญัติไว้ว่า "ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในเวลาที่เพียงพอที่ผู้ซึ่งจะถูกบังคับจะนำเสนอคดีของตนได้" แต่ต่อมาในที่ประชุมร่างอนุสัญญานิวยอร์กในขั้นสุดท้ายนั้นถ้อยคำที่ขีดเส้นใต้นั้นถูกแก้ไขโดยผู้แทนจากประเทศเนเธอร์แลนด์โดยให้แก้ไขและให้บัญญัติแทนว่า "หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้า

---

[206] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 2003) (Vol.XXVIII), p.655

[207] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 1985) (Vol.X), pp.461-462

ต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งบทบัญญัตินี้เพื่อให้ครอบคลุมถึงในกรณีที่แม้ว่าคู่กรณีได้รับการบอกกล่าวโดยชอบและกำหนดเวลาที่เหมาะสมในการเตรียมคดี คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวอาจไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาได้เพราะ ไม่สามารถออกหนังสือเดินทางเข้าประเทศที่มีการนั่งพิจารณา หรือสาเหตุอื่นที่ไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาเนื่องจากเหตุสุดวิสัยต่างๆ หรือ เมื่อเข้าร่วมกระบวนพิจารณาแล้วแต่อาจไม่มีโอกาสอย่างเพียงพอในการต่อสู้คดี ซึ่งผลของบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงในกรณีผิดปกติของกระบวนพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ และได้วางหลักที่ให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกัน[208]

ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อเกิดความเป็นธรรม ฉะนั้นในกระบวนพิจารณานั้นคู่กรณีไม่มาในวันพิจารณาก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจใดๆรวมทั้งการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวต้องไต่สวนและพิจารณาแล้วว่าเหตุใดคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่มาในวันนัดพิจารณา ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ควรเร่งรีบตัดสินใจดำเนินกระบวนพิจารณาไปฝ่ายเดียว ในกรณีเช่นนี้หากคู่กรณีไม่สามารถเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุอื่นๆ โดยไม่ใช่ความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น ก็ทำให้การอนุญาโตตุลาการนั้นใช้บังคับไม่ได้และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นย่อมบังคับกับคู่กรณีมิได้และเป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้หากคู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับคัดค้านต่อศาลโดยอ้างเหตุดังกล่าวและนำสืบพิสูจน์ให้เห็นได้จริงตามที่กล่าวอ้าง เช่นคู่กรณีไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการได้เนื่องจากมีสงครามกลางเมืองและคู่กรณีไม่สามารถเดินทางออกนอกประเทศในขณะที่มีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงไม่ได้เข้าร่วมการพิจารณาทำให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว โดยคู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมโดยไม่ใช่ความผิดของตนย่อมสามารถคัดค้านและขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด[209]

แต่ถ้าภายหลังจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าโดยชอบ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาหรือยังนิ่งไม่ดำเนินการใดๆในการพิจารณาคดี ต้อง

---

[208]van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial interpretation. p.306

[209]เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. หน้า 178

ถือว่าคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวตั้งใจละทิ้งโอกาสของตนในการพิจารณาคดี ซึ่งกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาภายหลังจากได้รับการบอกกล่าวโดยชอบนั้นไม่เป็นอุปสรรคในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ดังเช่นในคดีระหว่าง Biotronick กับ Medford ทาง Biotronick เป็นบริษัทในประเทศเยอรมันได้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยได้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของหอการค้านานาชาติในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งทาง Medford ได้รับการบอกกล่าวให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ในชั้นที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวทาง Medford โต้แย้งว่า สิทธิและหน้าที่ของตนยังไม่ถึงกำหนดและไม่สามารถคำนวณได้จนกว่าที่ข้อตกลงเช่นนั้นจะสิ้นสุดลง ศาลชั้นต้นบังคับตามคำชี้ขาดนั้นโดยให้เหตุผลองค์ประกอบขั้นพื้นฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาคือการบอกกล่าวในการพิจารณาและการได้รับโอกาสในการต่อสู้คดี ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของทาง Medford ที่อ้างว่าขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาแต่เนื่องจากทาง Medford ได้รับการบอกกล่าวโดยชอบแล้ว แต่เลือกที่ไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณา ทาง Medford ไม่สามารถกล่าวอ้างถึงหลักดังกล่าวได้[210]

นอกจากนั้นโดยทั่วไปที่ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่าอนุญาโตตุลาการปฏิเสธเลื่อนคดีเพราะพยานของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนพิจารณาตามวันนัดพิจารณาดังเช่นในคดีของศาลอุทธรณ์ของเมืองฮัมบูกค์ตัดสินว่าที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธเลื่อนคดีเนื่องจากพยานอยู่ระหว่างเดินทางโดยแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวให้ทำคำเบิกความของพยานแต่คู่กรณีดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติ[211]หรือในศาลอุทธรณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่าอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยปฏิเสธไม่ให้กระบวนพิจารณาดำเนินไปอย่างล่าช้าเพื่อให้ดำเนินกระพิจารณาตามตารางการสืบพยานที่กำหนดไว้เนื่องจากพยานต้องไปสอนหนังสือที่มหาวิทยาลัยใน

---

[210]Inoue, Osamu, The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award in United States Federal Courts: A proposal For a Standard, American Review International Arbitration, (11) (2000): 250

[211]van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial interpretation, p. 309

ประเทศอียิปต์ ศาลให้เหตุผลว่าสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาไม่ถูกละเมิดโดยอนุญาโตตุลาการเพราะ 1) การที่ไม่สามารถนำพยานเข้าสืบได้เป็นความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้ในการอนุญาโตตุลาการ, 2) การสอนหนังสือยากที่จะถือเป็นอุปสรรคในการเข้าร่วมที่ต้องร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้เลื่อนคดีให้พยานดังกล่าวเข้าร่วมพิจารณาคดี และ 3) คู่กรณีฝ่ายนั้นสามารถทำคำเบิกความของพยานยื่นต่ออนุญาโตตุลาการได้[212]

ส่วนในกรณีที่ทนายความลาออกจากการทำหน้าที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ในกรณีนี้ถ้ากระบวนพิจารณาที่ได้กำหนดวันไว้ล่วงหน้าก่อนที่มีการลาออก อนุญาโตตุลาการต้องเลื่อนคดีถ้าหากคู่กรณีนั้นไม่มีเวลาอย่างเพียงพอที่หาทนายความคนใหม่เพื่อเตรียมคดีได้ทัน แต่ถ้าระยะเวลาระหว่างการลาออกของทนายความและในวันนัดพิจารณาเป็นระยะเวลาเพียงพอที่คู่กรณีจะสามารถหาทนายความคนใหม่ได้ทันและเตรียมคดีได้ตามเวลาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปแม้ว่าคู่กรณีดังกล่าวจะไม่มีทนายความหรือถ้าทนายความอ้างว่าเวลาเตรียมคดีไม่เพียงพอ ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินตามคำชี้ขาดแม้ว่าคู่กรณีไม่มีทนายความหรือไม่เสนอต่อสู้คดีด้วยตนเองไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา[213]

4.3.1.2 ความผิดปกติในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 5 (1) (d) ของอนุสัญญานิวยอร์กบัญญัติว่า "the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country

---

[212] Martinez, Ramona, Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nation Convention of 1958: The "Refusal" Provisions, The International Lawyer, (Summer 1990):500

[213] Raeschke-Kessler, Hilmar, The New German Arbitration Act v. Old German Case Law: Which case Law of the Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) is to be Applied to The New Act?, Arbitration International, Vol. 14, No.1,(1998): 55

where the arbitration took place;" องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณามิได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหากไม่มีการตกลงกัน เป็นมูลเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ หมายความว่าถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงในกรณีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไว้ การพิจารณาว่ามีการผิดปกติในการแต่งตั้งหรือกระบวนพิจารณาหรือไม่ต้องพิจารณาตามข้อตกลงเท่านั้น แต่หากคู่กรณีไม่ตกลงในกรณีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาการพิจารณาว่ามีการผิดปกติหรือไม่ต้องพิจารณาจากกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณา[214]ในกรณีที่คำชี้ขาดโดยขาดนัดมักอ้างเหตุแห่งการปฏิเสธในการบังคับดังกล่าว คือคำชี้ขาดที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายในประเทศอังกฤษที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณามาบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวโดยให้คู่กรณีอีกฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายเดียว ถือได้ว่าองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลง ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นโดยทั่วไปแล้วทั้งกฎหมายการอนุญาโตตุลาการแต่ละประเทศรวมทั้งข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการตกลงจำนวนอนุญาโตตุลาการ 3 คน เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในกำหนดเวลา สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีดังกล่าวจะโอนให้แก่ศาลหรือในกรณีดำเนินตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ ทางสถาบันฯจะเป็นผู้ช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลง

ในกรณีนี้เป็นการแสดงถึงบทบาทของกฎหมายในประเทศที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาในการบังคับใช้กับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการภายใต้มาตรา 5 (1) (d) สามารถแบ่งแยกได้ 2 บทบาท คือ 1.) บทบาทที่เป็นลักษณะสนับสนุน, 2.) บทบาทที่เป็นลักษณะที่ใช้อุดช่องว่าง ในกรณีที่กฎหมายมีบทบาทเป็นการสนับสนุนกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีไม่ได้ตกลงกระบวนพิจารณากันไว้กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาต้องนำมาใช้ ส่วนในกรณีที่มีบทบาทลักษณะที่ใช้อุดช่องว่างใช้ในกรณีใดที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ในเรื่องใดเป็นพิเศษ กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาสามารถใช้อุดช่องว่างที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ได้ ในกรณีของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายที่

---

[214] van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial interpretation, p.323

อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาจะมีบทบาทที่เป็นลักษณะอุดช่องว่างเพื่อเป็นทางแก้ไขในกรณีที่มีการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ[215] ดังเช่นศาลในประเทศสเปนตัดสินในมูลเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 5 (1) (d) มีข้อเท็จจริงตามสัญญาเช่าเรือที่กำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ให้นั่งพิจารณาในประเทศอังกฤษโดยมีองค์คณะอนุญาโตตุลาการจำนวน 2 คน คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน และในกรณีอนุญาโตตุลาการแต่ละคนนั้นมีความเห็นไม่ตรงกันต้องแต่งตั้งผู้ชี้ขาด ในกรณีคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจึงแต่งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลสูงสุดของประเทศสเปนยกข้อโต้แย้งของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอ้างว่าองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นตามข้อตกลง โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษที่อนุญาโตตุลาการต้องนั่งพิจารณาคดีบัญญัติให้สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ถือว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้วในประเทศที่นั่งพิจารณาคดีถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในกำหนดเวลา ซึ่งศาลยังให้เหตุผลเพิ่มเติมว่าความสมบูรณ์ของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวถือว่ามีน้ำหนักมากกว่าที่ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการดังนั้นคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถบังคับได้ในประเทศสเปน[216]

คำชี้ขาดโดยขาดนัดแต่งตั้งตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษสามารถบังคับได้ในต่างประเทศโดยกำหนดข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายการอนุญาโตตุลาการให้ใช้บังคับกับกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนเองทำให้คำชี้ขาดนั้นไม่สามารถถูกปฏิเสธการบังคับได้ตามมาตรานี้[217]

---

[215]Ibid, p.325

[216]van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration. (Hague: Kiuwer Law international, 1986)(Vol.XI) , p.528

[217]Lew ,Julian D. M. , Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. ,Comparative International Commercial Arbitration. p.250

4.3.2 เหตุแห่งการปฏิเสธคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดของศาล

4.3.2.1หลักความสงบเรียบร้อย

แม้ว่าคู่กรณีจะไม่ยกเหตุดังกล่าวเพื่อปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด แต่ศาลอาจยกเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้เองตามมาตรา V (2) (b) บัญญัติว่า

"Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country."

หลักความสงบเรียบร้อยเป็นหลักที่ไม่สามารถโต้แย้งหักล้างหลักนี้ได้ และเมื่อพิสูจน์ได้ว่ามีการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยแล้วประเด็นอื่นก็ไม่ต้องพิจารณาอีกต้องปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ฉะนั้นหลักนี้ต้องตีความอย่างเคร่งครัด ความเป็นจริงแล้วต้องตีความถึงหลักดังกล่าวเพียงแค่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดที่สอดคล้องกับหลักความสงบเรียบร้อยระว่างประเทศ(international public policy หรือ ordre public international) เท่านั้น[218]ความแตกต่างระหว่างหลักความสงบเรียบร้อยภายในประเทศกับระหว่างประเทศ คือ กรณีใดที่เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยภายในประเทศไม่เป็นจำเป็นต้องเป็นหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ จากการแบ่งแยกดังกล่าวทำให้กรณีที่ถือว่าอยู่ภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศมีจำนวนน้อยกว่ากรณีที่ถือว่าเป็นหลักความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ[219]

---

[218] Ibid, p. 721

[219] van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 2003 (Vol.XXVIII), p.665

ซึ่งทางที่ประชุมของสมาคมทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้จัดทำรายงานและทางแก้ในกรณีหลักความสงบเรียบร้อยเป็นอุปสรรคในการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ได้เสนอว่าหลักความสงบเรียบร้อยซึ่งสามารถกำหนดกฎเกณฑ์และแนวคิดของหลักดังกล่าวได้แก่ กฎหมายที่เป็นลักษณะบังคับ (mandatory laws) , หลักกฎหมายขั้นพื้นฐาน, แนวนโยบายสาธารณะหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน,ผลประโยชน์ของรัฐหรือความสัมพันธ์ระว่างประเทศ กฎเกณฑ์และแนวคิดนี้รวมอยู่ในขอบเขตของหลักความสงบเรียบร้อย ซึ่งควรแบ่งแยกได้สองกรณี คือ หลักความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวกับสารบัญญัติ และหลักความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวกับวิธีสบัญญัติ ดังนั้นในกรณีที่ผู้คัดค้านหรือศาลจะยกเหตุแห่งการปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดโดยเหตุที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยนั้น ต้องเป็นการละเมิดในหลักความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวกับวิธีสบัญญัติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิธีสบัญญัติ ได้แก่ หลักดำเนินกระบวนพิจารณาขั้นพื้นฐานดังเช่นหลักสิทธิของคู่กรณีที่ได้รับการพิจารณาคดี ความลำเอียงของอนุญาโตตุลาการ,คำชี้ขาดที่ไม่มีเหตุผล, และความผิดปกติในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการละเมิดหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา เป็นต้น[220]

ซึ่งหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิธีสบัญญัติที่มักอ้างในการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด คือ หลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งเป็นหลักขั้นพื้นฐานในการดำเนินคดี แต่ศาลในประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดต้องควรต้องยึดถือหลักดังกล่าวใด ทางที่ประชุมดังกล่าวได้แนะนำถึงแนวทางของศาลในประเทศที่ร้องขอบังคับคำชี้ขาดที่จะตรวจสอบถึงความถูกต้องของคำชี้ขาดโดยอ้างหลักความสงบเรียบร้อยนั้น ศาลต้องปรับหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานของประเทศตนเท่านั้นที่จะต้องสอดคล้องกับหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยไม่ต้องปรับตามกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา หรือ กฎหมายของสถานที่ปฏิบัติตามสัญญาหรือกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาคดี ฉะนั้นหากคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานตามกฎหมายของ

---

[220] Sheppard, Audley, Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Arbitration International, Vol. 19, No.2, (2003): 228,239

ประเทศที่ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดแล้วยังต้องเป็นการละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับวิธีสบัญญัติด้วยนั้นคือหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา[221]

ศาลในประเทศเยอรมันนั้นตีความถึงการปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในกรณีที่ละเมิดต่อหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศของประเทศเยอรมันว่า

"การละเมิดหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศเยอรมันก็ต่อเมื่อถ้าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการกระทบระเทือนต่อรากฐานของรัฐและเศรษฐกิจ หรือขัดต่อหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานของประเทศเยอรมัน ฉะนั้นหากมีการละเมิดต่อกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติที่อนุญาโตตุลาการปรับใช้เท่านั้นไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย"

ดังเช่นในกรณีมีการอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศเยอรมัน คำชี้ขาดจะต้องถูกเพิกถอนเนื่องจากการที่คำชี้ขาดนั้นถูกร่างโดยที่ปรึกษาหรือเลขาที่แต่งตั้งโดยอนุญาโตตุลาการ โดยที่ปรึกษาหรือเลขานั้นได้เข้าร่วมพิจารณาคดีและซักถามคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและให้คำแนะนำแก่อนุญาโตตุลาการในการปรับใช้กฎหมายและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน แต่ในกรณีเช่นนี้หากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลในประเทศเยอรมันไม่ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเพราะในกรณีดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดต่อหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ[222]การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดนั้นอาจถูกปฏิเสธได้หากมีการละเมิดต่อหลักการขั้นพื้นฐานในการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ

---

[221] Mayer, Pierre and Sheppard, Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Arbitration International, Vol. 19, No.2, (2003):258-259

[222] Raeschke-Kessler, Hilmar, The New German Arbitration Act v. Old German Case Law: Which case Law of the Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) is to be Applied to The New Act?, Arbitration International, Vol. 14, No.1,(1998): 55-56

เหตุที่ศาลนั้นสามารถยกขึ้นเพื่อปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด เนื่องจากคำชี้ขาดดังกล่าว เกิดจากกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้นำเสนอคดีของตนเองจะสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ทุกประเทศต้องยึดเป็นหลักการพื้นฐานในการอำนวยความยุติธรรมในการดำเนินคดีซึ่งก็ถือได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ หลักดังกล่าวต้องการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสนำเสนอคดีของตนอย่างมีประสิทธิภาพและเท่าเทียมกัน แต่ถ้าหลังจากที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับหมายแจ้งให้ทราบถึงกำหนดพิจารณาโดยชอบ ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธหรือยังไม่ดำเนินกระบวนพิจารณาในส่วนของตนต้องถือว่าคู่กรณีดังกล่าวตั้งใจละทิ้งสิทธิในการนำเสนอคดีของตน ซึ่งการการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด หากคู่กรณีได้รับทราบกำหนดวันนัดพิจารณาโดยชอบ ประเทศต่างๆส่วนใหญ่ก็จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดดังกล่าว

ดังเช่นศาลสูงสุดในประเทศสเปนได้พิพากษาว่าผู้คัดค้านโต้แย้งตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้ไม่ควรบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีการพิจารณาลับหลังคู่กรณี เพราะเหตุที่มีการขาดนัด ศาลสูงสุดกล่าวว่าผู้คัดค้านต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้รับการบอกกล่าวโดยชอบในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีอื่นที่ตนไม่สามารถไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาแต่ผู้คัดค้านไม่ได้พิสูจน์ดังที่กล่าวไว้และในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานิวยอร์กนั้น จะไม่ใช้หลักการดังกล่าว ถ้าสามารถยอมให้ปรับใช้กับกฎหมายภายในประเทศได้ทำให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไม่สามารถบังคับในประเทศสเปนได้โดยเหตุที่ไม่ให้ความร่วมมือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือในอีกคดีตามคำพิพากษาของศาลสูงในประเทศสเปนที่กล่าวว่า คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดไม่เป็นผลให้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยทันทีเว้นแต่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่ได้รับการบอกกล่าว หรือได้รับการบอกกล่าวที่ไม่เหมาะสม เช่นไม่มีรายละเอียดที่จำเป็นในการต่อสู้คดี [223]

---

[223]van den Berg, Albert Jan, Yearbook Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law international, 1986) (Vol.X), pp. 464-465

นอกจากคำชี้ขาดโดยขาดนัดที่เกิดจากการไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาแล้วที่อาจถูกยกขึ้นโดยอ้างตามหลักความสงบเรียบร้อยได้ ยังรวมถึงคำชี้ขาดที่เกิดจากการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในกรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator) จากคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมักถูกอ้างหลักความสงบเรียบร้อยโดยกล่าวว่าอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งในกรณีดังกล่าวนั้นอาจตัดสินลำเอียงเข้าข้างฝ่ายคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนขึ้นมา และอ้างว่าคำชี้ขาดที่เกิดจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวในกรณีนี้ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย ในกรณีนี้ศาลสูงสุดของประเทศเยอรมันได้ตีว่าถึงหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศมาปรับใช้ในกรณีนี้อย่างชัดเจน มีข้อเท็จจริงที่ว่า ในเดือนกันยายน 1996 คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องสัญชาติเยอรมันเจรจาขอเช่าเรือกับเจ้าของเรือสัญชาติเนเธอร์แลนด์ที่เป็นคู่กรณีฝ่ายเรียกร้องใช้ในการขนส่งเนื้อหมูแช่แข็งจากประเทศเม็กซิโกไปยังประเทศรัสเซียโดยทำสัญญาเช่าเรือแบบ GENCON ซึ่งกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ปฏิบัติตามสัญญา ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องที่เป็นเจ้าของเรือแจ้งการบอกล่าวไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องว่าเกิดค่าเสียหายขึ้นจากการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถเจรจากันได้ ทางคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเริ่มการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของทางสมาคมการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์นาวีแห่งประเทศลอนดอน และทางคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องแต่งตั้งกัปตัน H. เป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ทางคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ได้แต่งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ในที่สุดในคดีนี้ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว และตัดสินทำคำชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องชนะคดี ซึ่งต่อมาเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องร้องขอให้ศาลในประเทศเยอรมันบังคับตามคำชี้ขาดที่เกิดจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนจากคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว โดยทางคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องโต้แย้งคัดค้านปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดโดยอ้างว่าคำชี้ขาดดังกล่าวมีการตัดสินโดยความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุดเห็นว่าการที่อนุญาโตตุลาการแต่งตั้งโดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเพียงเดียวตัดสินทำคำชี้ขาดไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักการขั้นพื้นฐานของประเทศเยอรมันและไม่เป็นการละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามมาตรา 5(2)(b) ของอนุสัญญานิวยอร์ก เนื่องการบังคับใช้ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายเดียวแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวได้ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน[224]

---

[224] van den Berg, Albert Jan. Yearbook Commercial Arbitration. (Hague: Kluwer