

บทที่ 3

บทบาทอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศในการค้นหาข้อเท็จจริง

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่พิพาทที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นไปตามหลักความประสงค์ของคู่ความและเนื่องจากการระงับข้อพิพาททางแพ่งนั้นเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความ ที่ถือว่าเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำข้อขัดแย้งมาพิจารณาหรือไม่ โดยวิธีใด เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดีและทิศทางการเป็นไปของกระบวนการพิจารณา

การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปเป็นไปดำเนินการโดยมีความเป็นทางการน้อย และปกปิดมากกว่ากระบวนการทางศาล บทบาทของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ถูกกำหนดโดยกฎหมายวิธีพิจารณา แต่เป็นการตกลงใจของคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้มีการปรับปรุงตามความจำเป็นและความคาดหวังของคู่พิพาท UNCITRAL Model Law ได้กำหนดให้คู่พิพาทสามารถกำหนดข้อบังคับให้สอดคล้องกับความต้องการ อย่างไรก็ตามมีหลักเกณฑ์ที่เสริมให้สมบูรณ์ในกรณีที่คู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการหรือข้อบังคับประสบความล้มเหลว¹

ปัจจัยสำคัญที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมเป็นที่แพร่หลายคือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการซึ่งมีลักษณะยืดหยุ่นกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในรูปแบบที่เหมาะสมกับข้อพิพาทและสอดคล้องกับความต้องการของคู่พิพาท หากคู่พิพาทมิได้มีการตกลงกันกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถดำเนินการพิจารณาตามที่เห็นสมควรภายในกรอบแห่งความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ จึงมักจะมีการบัญญัติหลักการพื้นฐานไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการได้ใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

¹ Hon Van houtte , Conduct of Arbitral Proceeding Essays on International Commercial Arbitration , edited by Peter Sarcevice (London :Graham & Trotman Limited,1989),p. 113.

กฎหมายที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตโตตุลาการได้แก่กฎหมายของประเทศที่ทำการพิจารณา เว้นแต่คู่พิพาทจะได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นและกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เองอนุญาตให้เลือกกฎหมายประเทศอื่นมาใช้ในการพิจารณา คู่พิพาทอาจมีการตกลงกำหนดวิธีพิจารณาโดยละเอียดหรือยอมรับข้อบังคับการอนุญาตโตตุลาการของสถาบันอนุญาตโตตุลาการจากสถาบันใดสถาบันหนึ่งมาใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา แม้ข้อบังคับอนุญาตโตตุลาการจะไม่ใช้กฎหมายก็ตาม แต่กระบวนการพิจารณาทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศที่ทำการพิจารณาและอนุญาตโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการอย่างเป็นธรรม โดยการให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม ให้โอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเต็มที่

อนุญาตโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งและยอมรับในการจะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องมีการกำหนดวัน เวลา สถานที่ในการพิจารณาคดี คู่พิพาทอาจทำการตกลงกำหนดเองหรือมิฉะนั้น อนุญาตโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดโดยจะทำการปรึกษาทุกฝ่ายเพื่อความสะดวกของคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และเมื่อมีการกำหนดวัน เวลา สถานที่ในการพิจารณา ต้องมีการบอกกล่าวแก่คู่กรณีให้ทราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควรโดยวิธีการใด ๆ ที่เหมาะสม เช่น การส่งไปรษณีย์ลงทะเบียน เพื่อที่เมื่อคู่พิพาทที่ได้รับแจ้งกำหนดการแล้วจะได้มีการเตรียมการเพื่อเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ในทางตรงข้ามหากคู่พิพาทไม่ได้รับแจ้งกำหนดเวลาที่เหมาะสมและได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณารวมถึงมีการทำคำชี้ขาด คำชี้ขาดดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้เพราะคู่พิพาทไม่ได้รับการแจ้งเกี่ยวกับการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ เนื่องจากกระบวนการพิจารณาไม่ได้ให้โอกาสคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ตลอดเวลาที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาตโตตุลาการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างเป็นธรรม และเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ และหากปรากฏว่าอนุญาตโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่ให้โอกาสคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานมาสู้ หรือปฏิเสธในการที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสาระสำคัญแห่งคดี โดยไม่มีเหตุผล หรือมีกรณีที่อนุญาตโตตุลาการกำหนดวิธีพิจารณาคดีที่ไม่ถูกต้อง หรือ กระทำการมิชอบอย่างใด ๆ อันมีผลทำให้เป็นการเสียสิทธิของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขัดต่อกฎหมายและความยุติธรรม พฤติการณ์ดังกล่าวจะนำไปสู่การคัดค้านคำชี้ขาดและถูกเพิกถอนคำชี้ขาดที่ได้มาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นมิชอบดังกล่าว

ในชั้นวิธีพิจารณาอนุญาตโตตุลาการ คณะอนุญาตโตตุลาการต้องให้คู่พิพาทได้รับการพิจารณาที่เป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ กล่าวคือ ต้องให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้มีโอกาสเสนอ

ข้ออ้าง ข้อเท็จจริงของตนซึ่งเป็นไปตามหลักการฟังความสองฝ่ายโดยต้องให้ทั้งสองฝ่ายได้เสนอ ข้อมูลของตนแต่ไม่จำเป็นต้องใช้เวลาเท่า ๆ กันแก่ทั้งสองฝ่ายเพราะแต่ละฝ่ายอาจจะมีพยาน จำนวนต่างกัน สิ่งสำคัญ คือการให้โอกาสในการนำเสนอข้อเท็จจริง และอนุญาโตตุลาการเองจะต้องไม่เอนเอียงและต้องไม่มีอคติ ซึ่งวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมถือเป็นหัวใจของความยุติธรรมและเป็นหลักที่สำคัญที่สุดของกฎหมาย การคำนึงถึงหลักที่คู่พิพาทจะได้รับโอกาสที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และเป็นธรรม ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ การไม่มีผลประโยชน์ หรือส่วนได้เสียในข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

นอกจากการให้ความเป็นธรรมในการรับฟังการนำเสนอข้อเท็จจริงแล้ว ยังมีมาตรการในการทำให้เกิดความเป็นธรรมดังกล่าว คือ การให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ในทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะทำหน้าที่อย่างเดียวกัน ในการทำคำชี้ขาดเพื่อการตัดสินข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการในการทำคำชี้ขาดให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการทำคำชี้ขาด ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กระบวนการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างเรียบร้อย มีความยุติธรรม ได้แก่บทกฎหมายที่กำหนดให้คำชี้ขาดต้องกระทำขึ้นโดยเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดต้องแสดงเหตุแห่งการวินิจฉัย หรือเหตุผลในการตัดสินข้อพิพาท หรือกำหนดให้คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ

3.1. กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศจะแตกต่างกันไป ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ใหญ่ๆคือ กลุ่มแรก เป็นกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ หรือกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาพูด ซึ่งอาจเรียกได้กว้างๆว่ากลุ่มระบบ common law และกลุ่มที่สองคือกลุ่มระบบ civil law ซึ่งเป็นประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปและประเทศอื่นๆทั่วโลกที่ได้รับอิทธิพลจากภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ญี่ปุ่น ประเทศส่วนใหญ่ในแอฟริกาและประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกา²

²Siegfried H. Elsing and John M. Townsend "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration," Arbitration International vol. 18 no. 1 , 59 (2002).

การเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงตามวิธีการที่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการและตรวจสอบรวมกับการรับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทโดยบทบาทของอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศ common law และกลุ่มประเทศ civil law มีความแตกต่างกันดังนี้

3.1.1 การเริ่มต้นคดี

ระบบคอมมอนลอว์ เช่นใน สหรัฐอเมริกาข้อเรียกร้องนั้นเป็นข้อเรียกร้องที่สั้นและง่าย โดยมีสมมุติฐานคือ คำร้องเป็นเพียงกรอบของข้อเท็จจริงและการร้องขอ ซึ่งเพียงพอที่จะให้เป็นผู้ข้อมูลแก่ฝ่ายตรงข้ามในการจัดเตรียมคำคัดค้านเท่านั้น ส่วนรายละเอียดของการเรียกร้อง พยานเอกสารต่างๆจะมีการนำเสนอในขั้นตอนการพิจารณาคดีในขั้นตอนการพิจารณาข้อเท็จจริง³

ระบบซีวิลลอว์ เป็นไปในทางตรงกันข้ามคำร้องจะมีการให้รายละเอียดข้อมูลก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยมีความคาดหวังว่า การเริ่มต้นของคำร้อง คำบอกกล่าวที่เรียกร้องในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะไม่เป็นเพียงคำบอกกล่าว ข้อเท็จจริงและกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่เรียกร้อง แต่ยังรวมถึงสำนวนเอกสารหลักฐานที่เชื่อถือได้ซึ่งประกอบด้วยพยานเอกสารหลักฐาน รายละเอียดต่างๆให้มากที่สุด

การเชื่อมโยงกันของทั้ง 2 ระบบ คือ คู่พิพาทต้องติดตามเมื่อได้รับการเสนอเรื่องเพื่อเรียกร้องก่อนจะรู้สัญชาติของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกี่ยวพันกับการให้ข้อมูลในคำร้อง ซึ่งไม่จำเป็นต้องประกอบด้วยพยานเอกสาร หลักฐาน รายละเอียด เช่นเดียวกับซีวิลลอว์ แต่ต้องมีรายละเอียดของคำร้องขอและเอกสารที่เกี่ยวข้อง⁴

³ Siegfried H. Elsing and John M. Townsend. *Ibid.* p 60.

⁴ Siegfried H. Elsing and John M. Townsend. *ibid* p 60.

3.1.2 กระบวนการเปิดเผยข้อมูลด้วยเอกสาร

ระบบคอมมอนลอร์เช่นในสหรัฐอเมริกามีความโน้มเอียงในการค้นหาพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องหลังจากมีข้อเรียกร้อง โดยเชื่อว่าสิทธิในการค้นหาข้อเท็จจริงจะเป็นประโยชน์หลังจากการเริ่มต้นคดี

ในระบบซีวิลลอร์คู่พิพาทได้รับเอกสารซึ่งอยู่ในความครอบครองของฝ่ายตรงข้ามเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อเรียกร้องที่เป็นข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานถ้าคู่พิพาทร้องขอพยานหลักฐานที่ต้องการ ซึ่งนักกฎหมายซีวิลลอร์และอนุญาโตตุลาการยอมรับว่ามีเหตุผลในการอนุญาตให้คู่พิพาทร้องขอเอกสารจากคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม

3.1.3 การใช้เอกสารหลักฐานในการพิจารณาคดี

ในระบบซีวิลลอร์นั้นให้ความสำคัญกับการสืบพยานด้วยเอกสาร โดยทนายจะนำเสนอพยานเอกสารต่ออนุญาโตตุลาการอย่างชำนาญโดยเป็นเอกสารซึ่งมีการจัดเป็นชุดเพื่อการสืบพยาน เอกสารดังกล่าวจะประกอบด้วย เอกสารต้นฉบับเพื่อใช้ในการสืบพยาน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการได้รับฟัง โดยไม่มีคำแนะนำพยานก่อน

ในส่วนระบบคอมมอนลอร์ซึ่งเน้นการสืบพยานด้วยวาจาเป็นหลัก ดำเนินการอย่างตรงกันข้ามอาจเสนอเป็นเอกสารที่เหมือนกันต่ออนุญาโตตุลาการ แต่จะเป็นเอกสารต้นฉบับที่แท้จริง การนำเสนอ และอธิบายคำให้การของพยาน

แนวทางปฏิบัติของทั้งสองระบบที่มาเชื่อมโยงกันคือการนำเสนอพยานหลักฐานสำหรับคู่พิพาทแต่ละฝ่ายที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการและเอกสารซึ่งตั้งใจใช้คัดค้านฝ่ายตรงข้ามซึ่งใช้เป็นพยานหลักฐานในการสืบพยานโดยปราศจาก การกำหนดรูปแบบ และเป็นเอกสารที่แท้จริง

3.1.4 คำให้การพยานบุคคล

มีความแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยระหว่างกระบวนการของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

ระบบซีวิลลอว์อนุญาตตุลาการจะอ่านสำนวนหลักฐานซึ่งคู่พิพาทยอมรับในการสืบพยาน สำนวนดังกล่าวอาจรวมถึงคำให้การของพยานบุคคลหรือพยานบุคคลอาจมาให้ปากคำในการสืบพยาน เพื่อให้มีการอธิบายและมีการสอบถามโดยอนุญาตตุลาการ บทบาททนายของคู่พิพาทถูกจำกัดโดยศาลเนื่องจากศาลจะเป็นผู้ถามคำถามพยานเอง ความคิดของพยานบุคคลถูกนำเสนอโดยทนาย สำหรับคู่พิพาทในการถามและตอบโดยตรงตามแบบของกฎหมาย คอมมอนลอว์ ซึ่งระบบซีวิลลอว์เห็นว่ามีชัดเจนและไม่ชอบ แนวความคิดของพยานบุคคล มีความต้องการที่จะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับเอกสารคำให้การ คำแถลง โดยมีนักกฎหมายในรูปแบบคอมมอนลอว์เป็นผู้ดำเนินการซักค้าน

ในระบบคอมมอนลอว์อนุญาตตุลาการจะรับฟังพยานที่คู่พิพาทเสนอขึ้นมา โดยมีแนวโน้มที่จะมีความเชื่อถือหากพยานบุคคลได้มีการสาบานตัวก่อนที่จะให้การ ส่วนระบบซีวิลลอว์นั้นมีความเชื่อว่า พยานที่ดีที่สุดมาจากเอกสารระบบซีวิลลอว์ให้ความสำคัญในคำให้การของพยานบุคคลซึ่งให้การในคดีที่มีความสำคัญมาก ซึ่งเปรียบเทียบกับระบบคอมมอนลอว์ นักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับคำให้การของพยานบุคคลและพยายามที่จะทำลายหรือล้มล้าง ความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลโดยการซักค้าน เพื่อให้อนุญาตตุลาการเห็นใจ สงสาร

ความเชื่อมโยงในทางปฏิบัติของทั้งสองระบบคือ ปัจจุบันถือเป็นเรื่องปกติในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับคำให้การโดยตรงทั้งหมดของพยานบุคคลของคู่พิพาท ซึ่งได้รับการยอมรับจากอนุญาตตุลาการให้มีการเขียนคำให้การในการสืบพยาน ในทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้การสืบพยานใช้เวลาสั้นลง และช่วยจำกัดการกระทำที่พยานไม่มีโอกาสเตรียมตัวในการให้ถ้อยคำ อนุญาตตุลาการตามปกติโดยเฉพาะนักกฎหมายคอมมอนลอว์ อนุญาตให้มีการลดการให้การโดยตรงของพยานบุคคล และคำให้การดังกล่าวปกติใช้เวลาประมาณ 15 -30 นาที⁵

⁵Siegfried H. Elsing and John M. Townsend. Ibid. p 64

3.1.5 พยานผู้เชี่ยวชาญ

ประเด็นที่มีความแตกต่างกันเกี่ยวกับแนวคิดในเรื่องความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในระบบคอมมอนลอว์ เช่นใน สหรัฐอเมริกา มีแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ โดยแต่ละฝ่ายคาดหมายที่จะหาผู้เชี่ยวชาญของตน ในประเด็นที่อนุญาตตุลาการต้องการข้อมูลทางเทคนิคหรือมีคำอธิบาย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องเกี่ยวกับข้อมูลหรือคำอธิบาย

ในระบบซีวิลลอว์อนุญาโตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเอง ซึ่งจะใช้ในการดำเนินการตรวจสอบประเด็นที่มีข้อโต้แย้งรุนแรง การไต่สวนที่มีความละเอียดซับซ้อน ผู้เชี่ยวชาญของคณะอนุญาโตตุลาการจะรายงานการตรวจสอบให้คณะอนุญาโตตุลาการ ขณะเดียวกันที่คู่พิพาทอาจได้รับโอกาสในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญของคณะอนุญาโตตุลาการ

ความเชื่อมโยงกันของทั้ง 2 ระบบ คืออนุญาโตตุลาการในปัจจุบันคาดหมายที่จะได้ให้ผู้เชี่ยวชาญที่เสนอโดยคู่กรณี ทั้งการรายงานด้วยเอกสารหรือการรับฟังในการสืบพยานด้วย คำให้การด้วยวาจาหรือทั้ง 2 อย่าง แต่หากเป็นรายงานที่ความขัดแย้งกันของผู้เชี่ยวชาญ จะมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการเพื่อการแก้ปัญหาความขัดแย้ง ซึ่งการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการอาจอนุญาตให้คู่พิพาทมีโอกาสในการซักถามปัญหา หลังการได้รับรายงาน และอนุญาโตตุลาการอาจจะอนุญาตให้คู่พิพาท เรียกผู้เชี่ยวชาญฝ่ายตน มาคัดค้านหรือสอบถามประเด็นที่ผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการได้รายงานไว้⁶

3.1.6 ข้อโต้แย้งทางกฎหมาย

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ มีความแตกต่างกันในเรื่องประเด็นกฎหมายที่ถูกลำเสนอ

นักกฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวโน้มที่จะยอมรับการอ้างถึงอำนาจ ซึ่งเขาเชื่อถือและนำเสนอข้อโต้แย้งของกฎหมายในรายละเอียด การนำเสนอประเด็นที่ขัดแย้งต่อคณะอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มหรือเมื่อได้มีการพิจารณาด้วยวาจาแล้วในตอนจบของข้อถกเถียงด้วยวาจา

⁶Siegfried H. Elsing and John M. Townsend. Ibid. p 65

ซึ่งเป็นคำถามอย่างสมบูรณ์ครบถ้วน โดยที่นักกฎหมายคอมมอนลอว์ มีแนวโน้มที่จะได้รับการตัดสินใจโดยศาลเพื่อแก้ไขปัญหาข้อโต้แย้งทางกฎหมาย

ในส่วนนักกฎหมายซีวิลลอว์ มีความเห็นตรงกันข้ามโดยคาดหวังที่จะให้มีการสืบพยานโดยมีรายละเอียดเป็นแนวทางของประเด็นที่มีการนำมากล่าวถึงอย่างสมบูรณ์ โดยการนำเสนอประเด็นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่เริ่มต้นหรือในตอนจบลงด้วยสืบพยานด้วยวาจา ซึ่งมีรายละเอียดตามกรอบแนวทาง จะมีการจัดบันทึกคำร้องในการนำเสนอในการโต้เถียงทางกฎหมาย ไม่เพียงคำให้การที่เรียกหรือคัดค้านที่มีการจัดส่งให้ตั้งแต่เริ่มคดียิ่งไปกว่านั้น อำนาจที่นักกฎหมายซีวิลลอว์จะอ้างถึงเพื่อสร้างความเชื่อถือ หลังจากประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย จะมีแนวโน้มที่จะถูกให้ความเห็นในตัวบทกฎหมายโดยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายหรือนักวิจารณ์ไม่ได้ตัดสินใจโดยศาล⁷

3.2. การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มจากข้อตกลงของคู่ความที่จะเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีการกำหนดบังคับว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรโดยเฉพาะคู่กรณีมีสิทธิอย่างเต็มที่ในการตกลงกำหนดกระบวนการพิจารณาที่จะใช้ในแต่ละขั้นตอน รวมถึงการตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการอย่างไรก็สามารถทำได้โดยอยู่ภายใต้หลักการไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ใน UNCITRAL Model Law หรือกฎหมายแม่แบบ ได้กำหนดหลักการที่สำคัญคือ

มาตรา 19 คู่พิพาทมีสิทธิอย่างเต็มที่ ในการตกลงกำหนดกระบวนการพิจารณาที่จะใช้ในแต่ละขั้นตอน รวมถึงตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการได้ภายใต้หลักการที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี⁸

มาตรา 18 คู่พิพาทต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและได้รับโอกาสในการนำเสนอข้อมูลในคดีของตนอย่างเต็มที่⁹

⁷ Siegfried H. Elsing and John M. Townsend. *Ibid.* p 65

⁸ Prof. Peter Sandirs, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation* . (Netherlands: Kluwer Law International, 2004) p. 261-262.

⁹ Prof. Peter Sandirs. *Ibid.* p. 261.

มาตรา 12 อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเปิดเผยข้อมูลของตน ระหว่างที่ปฏิบัติหน้าที่ให้คู่กรณีทราบ¹⁰

ในสถานการณ์ดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น มาตรา 24 ได้กำหนดว่าหากไม่มีความตกลงของคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถตัดสินใจรับฟังพยานด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ และคำให้การ เอกสาร ข้อมูลที่คู่พิพาทฝ่ายใดส่งให้อนุญาโตตุลาการ จะต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย¹¹

การที่มาตรา 19(1) บัญญัติว่าคู่พิพาทมีสิทธิในการตกลงดำเนินกระบวนการพิจารณาและคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการตามที่คู่พิพาทได้ตกลงนั้น

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกำหนดไว้หากในเรื่องใดที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงไว้หรือไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ จึงจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด ต่อไป

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้มีความตกลงกำหนดกระบวนการพิจารณาดังกล่าวไว้ กฎหมายแม่แบบ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการไว้ คือ มาตรา 19(2) บัญญัติไว้ว่าในกรณีที่คู่พิพาทไม่มีความตกลงของคู่กรณี คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาตามความเหมาะสม ซึ่งอำนาจอนุญาโตตุลาการรวมถึงอำนาจในการตัดสินใจ การรับฟังพยานหลักฐาน การชี้แจงนำพยานหลักฐาน

หลักใน มาตรา 19 นั้นเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญา ซึ่งสามารถกำหนดกระบวนการพิจารณาได้ตามความต้องการและความเหมาะสม ในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตน คู่สัญญามีอิสระที่จะเป็นผู้กำหนด และในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้กำหนดเลือกไว้ในสัญญา คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาเลือกหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับกับกรณี (procedure autonomy by recognizing the parties' freedom) ในการเลือกกฎหมายจะต้องเป็นไปตามหลักพื้นฐานของความเป็นธรรมคือ คู่พิพาทต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และมีโอกาสนำเสนอข้ออ้างข้อเท็จจริงของตนอย่างเต็มที่ และถือกันว่า มาตรา 19 เป็นบทบัญญัติสำคัญที่สุดของกฎหมายแม่แบบ เนื่องจากการสร้างหลักในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี เป็นการวางหลักแนวความคิดที่ว่าคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับกรณีของตนได้ตามความต้องการและความเหมาะสม

¹⁰Prof.Peter Sandirs. *Ibid.*259.

¹¹Prof.Peter Sandirs. *Ibid.*263.

โดยคู่สัญญาอาจดำเนินการโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาประสงค์จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตนซึ่งอาจเป็นการรับหลักเกณฑ์มาตรฐานจากสถาบันอนุญาโตตุลาการใดสถาบันหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาจะได้รับประโยชน์สูงสุดจากการให้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือจากการอนุญาโตตุลาการของสมาคม หอการค้าต่างๆ โดยคู่สัญญาเหล่านั้นสามารถเลือกหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและตนคุ้นเคย ตลอดจนสามารถเลือกใช้วิธีพิจารณาที่คิดว่าให้ความยุติธรรมทั้งสองฝ่ายมากที่สุด ซึ่งถือเป็นหลักที่สำคัญของระบบกฎหมาย

นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดเลือกวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีไว้ ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการเลือกหรือกำหนดวิธีพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมกับกรณี โดยให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกวิธีพิจารณาจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์พื้นฐานของความเป็นธรรมเนื่องจากกฎหมายแม่แบบไม่ได้จำกัดหลักเกณฑ์ในเรื่องกระบวนการพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีไว้อย่างชัดเจน อันจะเป็นสิ่งที่ช่วยให้อนุญาโตตุลาการสามารถเลือกหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่สุดในแต่ละคดีมาปรับใช้ได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน หรืออื่นๆ

ในทางปฏิบัตินั้น อนุญาโตตุลาการสามารถเลือกและใช้วิธีพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมหรืออย่างน้อยที่สุดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมรับมาปรับใช้กับกรณีได้ เช่น เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาจากกลุ่มประเทศคอมมอนเวลท์ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการกำหนด ในส่วนของขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดีมากกว่ากรณีที่คู่สัญญามาจากกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ เนื่องจากในกลุ่มประเทศคอมมอนเวลท์มีรูปแบบของการดำเนินกระบวนการแบบกล่าวหาหรือหากคู่สัญญามาจากกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายต่างกันอนุญาโตตุลาการก็สามารถใช้วิธีพิจารณาแบบผสม (mix procedure) ซึ่งสามารถจะเลือกใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ ของแต่ละระบบกฎหมายที่เหมาะสมกับกรณีและสามารถที่จะนำเทคนิคที่เป็นที่นิยมใช้กันอยู่ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีได้ เช่น การให้โอกาสในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่ การปล่อยให้มีการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีอย่างอิสระ ก็เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การอนุญาโตตุลาการซึ่งมาตรา 19 เป็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงจากคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสมเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเร็วขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจจำกัดจำนวนของพยานเอกสาร และใช้การซักถามพยาน การงดใช้ข้อบังคับเกี่ยวกับพยาน

และใน UNCITRAL Arbitration Rules 1976 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องไว้ดังนี้

มาตรา 15 คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการตามที่เห็นว่าเหมาะสม โดยคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และได้รับโอกาสให้เสนอข้ออ้างข้อเท็จจริงของตนอย่างเต็มที่¹²

มาตรา 24 คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริง เพื่อการสนับสนุนข้ออ้างข้อคัดค้านของตน อนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายส่งข้อมูลเอกสารพยานหลักฐานอื่นๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ตลอดเวลาในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วย¹³

มาตรา 25 กระบวนการพิจารณาทำโดยลับ อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะตัดสินใจในการยอมรับพยานเอกสาร หรือคำให้การหรือหลักฐานที่มีการนำเสนอ¹⁴

มาตรา 15 วรรค 1 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเต็มที่ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในรูปแบบใดก็ได้ตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการพิจารณา คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และมีโอกาสในการนำเสนอข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงของพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่

3.3. กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการ มีดังนี้

3.3.1 การเริ่มต้นคดี

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีการนำเสนอประเด็นข้อพิพาทที่ชัดเจน เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดให้ถูกต้องเป็นไปตามประเด็นที่พิพาทรวมถึงคำร้องคำขอนั้น ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องจะต้องยื่นเอกสารที่เรียกว่าข้อเรียกร้อง (Statement of Claims) ต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกำหนดไว้ โดยคำขอนั้นต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงที่เป็นการสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นที่เป็นข้อพิพาท และคำขอบังคับที่ ต้องการให้คณะอนุญาโตตุลาการบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ

¹² Prof. Peter Sandirs. *Ibid* 243.

¹³ Prof. Peter Sandirs. *Ibid* 246.

¹⁴ Prof. Peter Sandirs. *Ibid* 247.

ส่วนฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะต้องยื่นเอกสารที่เรียกว่าคำคัดค้าน (Statement of defence) ซึ่งคำคัดค้านดังกล่าวจะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของตนว่ามีประเด็นอะไรบ้างที่จะเป็นการโต้แย้งข้ออ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง

ซึ่งตามแนวทางของ UNCITRAL Model Law ไม่ได้กำหนดระยะเวลาของการยื่นคำร้องไว้อย่างชัดเจน โดย มาตรา 23 ได้บัญญัติถึงข้อเรียกร้องและคำคัดค้านว่า ภายในเวลาที่คู่พิพาทตกลงกัน หรือตามความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการ ผู้เรียกร้องสามารถแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องของตน และผู้ถูกกล่าวหาจะสามารถเสนอคำคัดค้าน และถ้าคู่พิพาทไม่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นคู่พิพาทอาจยื่นคำให้การของตนเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้อง หรือพยานหลักฐานอื่นใด

นอกจากข้อตกลงของคู่พิพาท คู่พิพาทฝ่ายใดอาจแก้ไข เพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ของตนในระหว่างกระบวนการพิจารณา นอกจากว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติม ทำให้กระบวนการล่าช้า ในทางกฎหมายมิได้มีการกำหนดลำดับของการยื่นข้อเรียกร้องและคำคัดค้านไว้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะต้องยื่นคำคัดค้านภายในระยะเวลาภายหลังจากที่ได้รับข้อเรียกร้องของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว เนื่องจากฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจำเป็นต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงและประเด็นข้อพิพาทในข้อเรียกร้องเสียก่อนจึงจะสามารถทำคำคัดค้านได้ถูกต้องตรงตามประเด็นที่ถูกเรียกร้อง การยื่นข้อเรียกร้องและคำคัดค้านดังกล่าว คู่พิพาทจะแนบเอกสารที่สำคัญและเกี่ยวข้องไปด้วยก็สามารถทำได้

3.3.2 การค้นหาข้อเท็จจริง

การดำเนินการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีกระบวนการที่ไม่เป็นทางการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยวิธีการที่เหมาะสมนั้น คู่กรณีอาจตกลงกำหนดข้อบังคับในเรื่องพยานหลักฐานที่จะดำเนินการโดยคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเป็นความตกลงในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือการตกลงกันในภายหลัง อาจมีข้อบังคับในการค้นหาข้อเท็จจริงและค้นหาพยานหลักฐาน คำให้การพยาน หรือการพิสูจน์พยานบุคคล หรืออาจตกลงให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามระเบียบข้อบังคับของศาลก็ได้

ในข้อเท็จจริง บ่อยครั้งที่ไม่ได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวในรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการพิจารณาข้อเรียกร้องและคำคัดค้าน ตลอดจน พยานหลักฐานที่สนับสนุน ข้ออ้าง ข้อเท็จจริง ข้อคัดค้านของคู่พิพาท เพื่อพิจารณา

กำหนดประเด็นข้อพิพาท และการกำหนดกระบวนการพิจารณา รายการพิสูจน์ การระงับพยานที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาทนั้น

กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับ ข้อพิพาททางเลือกที่มีความยืดหยุ่น ไม่เป็นทางการมากกว่ากระบวนการทางศาล และตามมาตรา 24 ของ UNCITRAL Model Law ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าหากไม่มีความตกลงของคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดให้การสืบพยานหรือฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรืออาจจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการรับฟังเพียงเอกสารก็ได้ และคู่พิพาทต้องได้รับทราบกำหนดนัดล่วงหน้าในการสืบพยานหรือตรวจสอบวัตถุ สถานที่ หรือเอกสารอย่างอื่นอย่างเหมาะสม

ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในเวลาที่กำหนดเพื่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของกรณีโดยวิธีการที่เหมาะสมหลังจากที่ได้มีการศึกษาเอกสาร คำร้อง คำคัดค้านของคู่พิพาท พร้อมเอกสารหลักฐานประกอบทั้งหมดที่คู่พิพาทได้ยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามกำหนด คณะอนุญาโตตุลาการจะรับฟังคู่พิพาทโดยพร้อมกันหากมีการร้องขอจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และหากไม่มีการร้องขออาจมีการตัดสินใจที่จะรับฟังก็ได้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวคู่พิพาทอาจมีความตกลงให้มีการสืบพยานด้วยเอกสารอย่างเดียว หรือสืบพยานด้วยวาจา หรือให้มีการดำเนินการแบบผสมก็ได้ อาจให้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญขึ้นเพื่อให้ความเห็นในประเด็นที่สำคัญ

(1) การประชุมก่อนการพิจารณาคดี

เป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์มากที่สุดซึ่งอนุญาโตตุลาการ ต้องเรียกคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายมาประชุมในช่วงที่เป็นเวลาในการเตรียมการ และมีรายละเอียดของกระบวนการ รวมถึงการค้นหาข้อเท็จจริง อาจมีการโต้แย้งและการกำหนดประเด็นไปได้อย่างรวดเร็ว.การประชุมก่อนการพิจารณาสมากรดำเนินการ.เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริง อนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์อาจใช้การประชุมนัดพร้อมและโอกาสอื่นๆ เพื่อการโต้แย้ง และปฏิเสธประเด็นของข้อเรียกร้องก่อนการดำเนินการพิจารณานักกฎหมายควรจะมีเอกสารทั้งหมด และพยานหลักฐานอื่นเท่าที่สามารถที่จะมีได้ไว้ในมือก่อนการพิจารณาคดี¹⁵

¹⁵Domke. Domke on Commercial Arbitration Database Update August.2007
28.5 Prehearing conference <http://web2.westlaw.com.p1>.

ซึ่งกระบวนการเตรียมการก่อนการพิจารณาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้พยานได้มีโอกาสเตรียมตัวในการให้ถ้อยคำเกี่ยวกับข้อเท็จจริง เป็นการลำดับพยานเอกสารของฝ่ายตรงข้ามและเรียงลำดับคำให้การ พยานบุคคลซึ่งได้รับการยอมรับจากอนุญาโตตุลาการ อาจมีการถามคำถามเกี่ยวกับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคำให้การและการดำเนินคดี คู่พิพาทอาจตกลงที่จะไม่เรียกพยานบุคคลซึ่งมีคำให้การที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นโดยเฉพาะเมื่อเอกสารมีบทบาทในการเสริมข้อเท็จจริงและสามารถยอมรับโดยมีเงื่อนไข ในเวลาเดียวกันหลังจากการโต้เถียงกันในประเด็นแล้ว อนุญาโตตุลาการสามารถสอบถามหรือมีความตกลงระหว่างคู่พิพาทแต่ละฝ่ายว่าจะใช้เวลาเท่าใดประมาณความยาวที่การซักค้านสามารถทำได้¹⁶

(2) ภาระการพิสูจน์และมาตรฐานการพิสูจน์

ในทางปฏิบัติแล้วการอนุญาโตตุลาการต้องให้คู่พิพาทได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงของแต่ละฝ่าย อาจมีข้อยกเว้นเรื่องที่ไม่ต้องพิสูจน์คือเป็นเรื่องที่ทราบกันอย่างแน่นอนแล้ว การยอมรับภาระการพิสูจน์อยู่ที่ประเด็นของเรื่อง ตามมาตรา 28 ของกฎหมายแม่แบบได้กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ขึ้นกับประเด็นที่มีความแตกต่างกันซึ่งระบบซีวิลลอว์ คำนึงถึงตัวบทกฎหมายที่ใช้ ขณะที่ระบบคอมมอนลอว์คำนึงถึงประเด็นวิธีการดำเนินการ

ในส่วนมาตรฐานการพิสูจน์ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญยิ่งกว่าและไม่เพียงแต่อาจเป็นปัจจัยสำคัญของการใช้กฎหมายแต่ ยังมีผลต่อความเชื่อมั่นภายในเกี่ยวกับมาตรฐานการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการด้วย¹⁷

(3) การรับฟังพยานหลักฐาน

การรับฟังพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการ จะต้องดำเนินการโดยให้ทุกฝ่ายได้รับทราบข้อมูลที่เพียงพอ เมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับพยานหลักฐานหรือเอกสารจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ต้องส่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งในทันที เพื่อมิให้มีการที่พยานไม่มีโอกาสเตรียมตัวในการให้ถ้อยคำเกี่ยวกับข้อเท็จจริง เพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายมีโอกาสเสนอคำคัดค้านอย่างเท่าเทียมกัน

สิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันนั้น อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสคู่พิพาทในการเสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่ รวมถึงการให้สิทธิในการถามค้านอย่างสมบูรณ์ซึ่งจะเป็นการถามค้านเพื่อหักล้างความน่าเชื่อถือ

¹⁶ Ibid ,p1.

¹⁷ Julian DM.Lewgc,Loukas.A Mistelis,Stefan M .Kroll.Comparative International Commercial Arbitration, (United Kingdom: Kluwer Law International. .2003).p.560-561.

ของพยานของคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม โดยการคัดค้านพยานต้องไม่ใช่พยานที่เกี่ยวข้องกับคดีที่คู่พิพาทเคยใช้ในการพิจารณาคดีอนุญาตตุลาการที่ตนเคยเป็นคู่พิพาทมาแล้ว เพราะคู่พิพาทสามารถที่จะคัดค้านได้ในการพิจารณาคดีอนุญาตตุลาการในคดีก่อนได้อยู่แล้ว

UNCITRAL Model Rules ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของอนุญาตตุลาการที่ต้องรับฟังพยานหลักฐานและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่พิพาทได้นำเสนอมา หน้าที่ในการนำสืบตามประเด็นพิพาทที่คู่พิพาทได้กำหนดไว้ ซึ่งอนุญาตตุลาการจะมีการจัดเตรียมกำหนดขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาในการรับฟังพยานหลักฐานหากคู่พิพาทตกลงให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการรับฟังการสืบพยานด้วยวาจา ต้องมีการระบุชื่อ ที่อยู่ของพยาน เพื่อสามารถแจ้งต่อคู่พิพาทให้ทราบ อนุญาตตุลาการมีอำนาจให้คู่พิพาทจัดทำบัญชีระบุพยานที่จะนำสืบเพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายมีโอกาสได้รับข้อมูล เพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายได้มีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงต้องเปิดเผยพยานหลักฐานให้คู่พิพาททุกฝ่ายได้ทราบ เพื่อให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสในการโต้แย้งคัดค้านพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่

อนุญาตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทจัดส่งพยานหลักฐานล่วงหน้าแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งในการเตรียมคดีที่จะนำเสนอพยานหลักฐานต่ออนุญาตตุลาการเพื่อไม่ให้เกิดข้อสงสัยในพยานหลักฐานซึ่งเกิดจากการใช้ประโยชน์ จากเทคนิคทางพยานหลักฐาน อนุญาตตุลาการจะมีอำนาจในการกำหนดระยะเวลาแก่คู่พิพาทเพื่อการดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานของคู่พิพาทซึ่งอนุญาตตุลาการสามารถมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้ โดยการรับฟังและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่พิพาทนำเสนอว่ามีน้ำหนักน่าเชื่อถือเพียงใด การใช้ดุลพินิจของอนุญาตตุลาการดังกล่าวต้องอยู่บนหลักการฟังความสองฝ่ายและความเท่าเทียมกันของคู่กรณี

คณะอนุญาตตุลาการอาจดำเนินการสืบพยานในสถานที่ต่าง ๆ ได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมตามประเด็นของข้อพิพาท รวมถึงอาจตรวจสอบพยาน สถานที่ได้ตามที่ต่าง ๆ ตามความจำเป็น และเหมาะสม ซึ่งคู่พิพาทอาจตกลงกำหนดรูปแบบของการรับฟังพยานหลักฐานได้ว่าจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาโดยรับฟังพยานด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษรหรืออย่างใดอย่างหนึ่ง

ระบบซีวิลลอว์การรับฟังพยานจะรับฟังพยานเอกสาร ซึ่งได้สรุปและส่งให้คู่พิพาทแล้ว โดยอนุญาตตุลาการมีอำนาจค้นหาความจริงมีหน้าที่ชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานและพิสูจน์ความแท้จริงของพยานหลักฐานตามที่ผู้เชี่ยวชาญได้ให้ความเห็นหรือทำรายงานยื่นต่อศาล แต่ในระบบคอมมอนลอว์อนุญาตตุลาการจะรับฟังพยานที่คู่พิพาทเสนอขึ้นมา

สำหรับการรับฟังพยานหลักฐานด้วยวาจา บางครั้งจะให้มีการสรุปเนื้อหาที่จะสืบพยานตามระบบของกฎหมายแต่ละประเทศ

ระบบซีวิลลอว์อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจออกหมายเรียกพยานเพื่อมาให้การ แต่จะขอให้ศาลออกหมายเรียกแทน อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการมักจะริเริ่มให้มีการเสนอพยานหลักฐานมากกว่าระบบคอมมอนลอว์

ในระบบซีวิลลอว์พยานจะถูกเรียกมาให้การโดยศาลมากกว่าคู่ความ และศาลจะเป็นผู้ถามพยานเพื่อความสมบูรณ์ของพยาน และจะรายงานต่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการ แต่อาจยืดหยุ่นที่ให้อนุญาโตตุลาการถามพยานได้โดยตรง

ระบบคอมมอนลอว์ ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะไม่ใช้ระบบลูกขุนในข้อพิพาททางธุรกิจเพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น โดยให้คู่พิพาทตรวจสอบพยานหลักฐานซึ่งกันและกันก่อนพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการจะรับฟังพยานเอกสารมากกว่าพยานบอกเล่า ซึ่งต่างจากระบบซีวิลลอว์

(4) การตรวจสอบหาความจริงและการซักค้าน¹⁸

การตรวจสอบพยานบุคคลถูกกระทำโดยทนายผู้ซึ่งต้องการทำลายความเชื่อถือของพยานบุคคล มากกว่าจะแนะนำหรือช่วยเหลือพวกเขา อนุญาโตตุลาการจะมีการตรวจสอบพยานบุคคลในเวลาใดและอาจเรียกพยานบุคคลมาให้ปากคำเพิ่มเติมอีกถ้ามีการร้องขอ การซักค้านควรจะทำให้เหนื่อยและควรจะตรงประเด็น โดยคิดว่า "ถ้าคุณไม่รู้คำตอบ ก็ไม่ควรถาม" ซึ่งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจควรจะสรุปกับทนายก่อนว่าจะใช้เวลาในการตรวจสอบหาความจริง และซักค้านพยานเท่าใด

(5) การเลื่อนการพิจารณา

การยินยอมให้มีการเลื่อนการพิจารณานั้น กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออนุญาโตตุลาการเชื่อว่าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือทั้ง 2 ฝ่าย ควรจะยอมรับการเพิ่มขึ้นของพยานหลักฐาน เพื่อความสะดวกในการตัดสินใจเกี่ยวกับข้อพิพาท การที่คู่พิพาทมีการร้องขอเลื่อนการพิจารณา ซึ่งการร้องขอดังกล่าวจำเป็นต้องแสดงเหตุผลที่เพียงพอ อนุญาโตตุลาการต้องให้คู่พิพาทฝ่ายอื่นได้มีโอกาสในการแสดงความเห็นหรือคัดค้านการเลื่อนการพิจารณาด้วยโดยอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาถึงข้อบังคับในการร้องขอเลื่อนการพิจารณาแต่อย่างไรก็ตามจะไม่มีมีการเลื่อนการพิจารณาเกิดขึ้นก่อนวันที่มีคำชี้ขาดประเด็นในการขอยกเลิกคำชี้ขาด¹⁹

¹⁸ Domke ,*supra note*15, p.1.

¹⁹ Domke, *Ibid*15,p1.

(6) ตัวแทนในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการที่จะตัดสินใจในเรื่องข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายโดยไม่สามารถให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนได้ การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการด้วยตนเองในบางสถานการณ์เช่น เมื่อมีการคำนวณกระบวนการจัดทำบัญชีที่เหมาะสมหรือคุณภาพของสินค้าที่เกี่ยวข้อง อาจเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องปรึกษากับบุคคลภายนอกเช่นบริษัทตรวจสอบหรือนักบัญชี อนุญาโตตุลาการจำเป็นที่จะต้องได้รับการยอมรับจากคู่พิพาทเนื่องจากไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่จากตัวแทนเพราะว่าการตัดสินใจในตอนสุดท้ายยังคงเป็นของอนุญาโตตุลาการ²⁰ เช่นเมื่อผู้ตรวจสอบบัญชีทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทในประเด็นมูลค่าของงานก่อสร้างและให้ผู้ช่วยของเขาได้ปฏิบัติหน้าที่หลายอย่างให้แต่ไม่ใช่เป็นผู้แทนของเขา เพราะประเด็นปัญหาและการตัดสินใจที่สำคัญถูกทำโดยอนุญาโตตุลาการเอง และคู่พิพาทก็ต้องตระหนักถึงหน้าที่ความรับผิดชอบหากมีข้อตกลงของคู่พิพาทที่ยอมให้มีการใช้ผู้ช่วย ควรให้มีการทำเป็นหนังสือและให้มีการจ่ายเงินในการให้บริการ ยิ่งไปกว่านั้นคู่พิพาทควรมีการกำหนดหรือเป็นผู้ให้คำแนะนำ การยอมรับรายงานโดยบุคคลภายนอกหรือตัวแทนในบางกรณี อนุญาโตตุลาการสามารถมีความเห็นและรายงานที่เห็นว่ามี ความจำเป็น²¹ และอนุญาโตตุลาการเมื่อยอมรับที่จะปฏิบัติหน้าที่จะต้องเลิกหลีกเลี่ยงในการปรึกษาหารือเป็นส่วนตัวกับคู่พิพาทหรือทนายที่ไม่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะกับทนายซึ่งเป็นตัวแทนของคู่พิพาท โดยปราศจากการให้ข้อมูลกับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งของคู่พิพาทในเรื่องความลำเอียงของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องวางตัวเป็นกลาง

(7) ความเป็นอิสระในการตรวจสอบหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการในการใช้ความรู้ทางการค้าโดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการในกรณีการค้ำประกันในบางครั้งเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบหรือสืบสวนบุคคล หรือสถานที่ต่างๆเช่นที่โกดังหรือบริเวณก่อสร้างในการสืบสวนปกติอนุญาโตตุลาการจะต้องอนุญาตให้คู่พิพาทได้เสนอพยานหลักฐานและมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการไม่สามารถรับพยานหลักฐานทุกชนิดนอกการพิจารณาคดีโดยปราศจากความยินยอมของคู่พิพาทแม้ว่าเป็นการสอบสวนโดยส่วนตัวแต่อนุญาโตตุลาการอาจยอมรับคำให้การหรือพยานหลักฐานจากคู่พิพาทได้หากได้ให้อีกฝ่ายได้มีโอกาสในการตรวจสอบหรือแสดงความคิดเห็น ในกรณีที่คู่พิพาทมีความตกลงไม่เข้าร่วมในการ

²⁰ Domke, ibid. p.1.

²¹ Domke, ibid. p. 1.

สืบสวน อนุญาตตุลาการควรรายงานข้อสังเกตให้คู่พิพาททราบถึงการพิจารณาอื่น ซึ่งคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายได้ให้โอกาสในการแสดงความคิดเห็นในการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาตตุลาการ

การสืบสวนซึ่งเป็นอิสระโดยอนุญาตตุลาการนั้นอนุญาตตุลาการอาจไม่สามารถยืนยันคำชี้ขาดของเขาได้ ถ้าไม่ได้รับการยอมรับจากคู่พิพาทเนื่องจากหลังจากการพิจารณาพยานหลักฐานที่น่าเสนอโดยคู่พิพาท²²

กระบวนการอนุญาตตุลาการนั้นการยอมรับและไม่ยอมรับพยานหลักฐานไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับที่เครื่องครัด ในกระบวนการอนุญาตตุลาการจะไม่ถูกจำกัด โดยข้อบังคับของการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือข้อบังคับเกี่ยวกับพยานเพราะการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการไม่ต้องดำเนินการอย่างเคร่งครัดเช่นกระบวนการศาล และไม่ใช้การดำเนินการอย่างเป็นทางการในกรณีที่คุณกรณีไม่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่น

อนุญาตตุลาการมีดุลพินิจ ที่จะยอมรับฟังพยานหลักฐานใด ๆ ที่คู่พิพาทนำเสนอ ทั้งพยานบุคคลและพยานเอกสาร โดยไม่ถูกจำกัดโดยข้อบังคับเกี่ยวกับพยานหลักฐาน และตลอดจนพิจารณาสามารถดำเนินการกระบวนการพิจารณาได้อย่างอิสระยิ่งกว่านั้น อนุญาตตุลาการอาจตัดสินใจในตอนท้ายในการยอมรับและค้นหาพยานหลักฐาน ศาลจะไม่ทบทวนการใช้ดุลพินิจในเรื่องการยอมรับพยานหลักฐานไม่ใช่ประเด็นที่ถูกทบทวนการกระทำโดยศาลเนื่องจากเป็นเรื่องที่ทำให้เสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและเป็นการใช้เทคนิคที่ทำให้ล่าช้า²³

กระบวนการอนุญาตตุลาการนั้นมีหลักการที่ไม่เคร่งครัดกับกฎหมายหรือวิธีพิจารณาพยานหลักฐานจากการบอกเล่านั้นได้มีคำพิพากษาที่เห็นว่าอนุญาตตุลาการสามารถรับฟังได้ ในกรณี *Petroliam Separating Co.V. Interamerican Refining Corp* ศาลมีความเห็นว่า “ดูเหมือนกับอนุญาตตุลาการได้ยอมรับพยานบอกเล่าจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งเขามีสิทธิทำได้ถ้าคู่กรณีต้องการที่จะใช้เทคนิคเขาคงจะไม่รวมข้อตกลงอนุญาตตุลาการเข้าไว้ในสัญญา”²⁴

อนุญาตตุลาการไม่ควรจะต้องรับพยานหลักฐานทุกชนิดที่ได้มีการนำเสนอ และมีหน้าที่ในการตัดสินใจ หลังจากได้พิจารณาอย่างระมัดระวังว่าพยานหลักฐานที่ถูกเสนอมาโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นเรื่องที่ตรงประเด็นหรือเป็นหลักฐานสำคัญของฝ่ายตรงข้ามหรือไม่ พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นควรจะได้รับยอมรับในกระบวนการอนุญาตตุลาการแต่อย่างไรก็ตามการ

²²Domke, *Ibid* ,p1.

²³Domke, *Ibid* ,p1.

²⁴Domke, *Ibid*,p1.

ตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการที่มีการตรวจสอบคุณค่าและความจริงแท้ของพยานหลักฐานเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะตัดสินใจในประเด็นข้อพิพาทและการตีความข้อบังคับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ²⁵

พยานหลักฐานที่ถูกนำเสนอโดยคู่พิพาทนั้นไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เหมาะสมกับข้อมูล การร้องขอให้พิสูจน์หรือไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงถูกนำเสนอในการอนุญาโตตุลาการแม้ว่าการที่จะรับฟังประเด็นพยานวัตถุ อาจถูกคัดค้านว่าการปฏิบัติไม่ถูกต้อง และนำไปสู่การคัดค้านขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด แต่การปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานไม่เป็นการเพียงพอที่จะยกเลิกคำชี้ขาด ศาลจะไม่ยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากความผิดพลาดในการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการ เรื่องการเสนอพยานหลักฐานที่ตรงประเด็นและสำคัญ เป็นเรื่องเฉพาะของประเด็นพยานหลักฐานที่คู่พิพาทจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ที่เหมาะสมที่จะคัดค้านหรือยกเลิกคำชี้ขาด และการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการในการยอมรับหรือไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับเทพ ในหลักทั่วไปไม่ใช่การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ พยานหลักฐานซึ่งถูกปฏิเสธจะต้องเป็นประเด็นที่ชัดเจนว่าเป็นประเด็นปัญหา

การนำเสนอพยานหลักฐานต่ออนุญาโตตุลาการและบทบาทในเชิงรุกยอมรับพยานหลักฐานนั้น อนุญาโตตุลาการไม่ควรยอมรับพยานหลักฐานฝ่ายเดียวจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง และกีดกันหรือปฏิเสธพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่ออนุญาโตตุลาการพอใจว่า พยานหลักฐานที่ได้รับเหมาะสมในการรับฟัง และยอมรับพยานหลักฐานเพิ่มเติมซึ่งศาลไม่ค่อยที่จะมีคำตัดสินยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากอนุญาโตตุลาการยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการสาบานตัวหรือการที่พยานหลักฐานแตกต่างจากคำร้องขอโดยคู่พิพาท²⁶ และบ่อยครั้งที่คำชี้ขาดจะถูกยกเลิกเพราะอนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับการนำเสนอพยานหลักฐานซึ่งศาลเชื่อว่าเป็นประเด็นสำคัญการได้รับการโต้แย้งจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการว่าพยานหลักฐานควรจะได้รับ การยอมรับ อนุญาโตตุลาการ จะมีคำแนะนำแก่คู่กรณีว่าเขาได้ซึ่งน้ำนักพยานหลักฐานอย่างเป็นธรรมแล้วอนุญาโตตุลาการไม่ควรจะแนะนำโดยมีความเห็นเกี่ยวกับคุณค่าหรือน้ำหนักของพยานหลักฐานที่ได้รับมิฉะนั้นจะเป็นการบอกให้รู้ถึงผลสุดท้ายของการตัดสินใจก่อนกำหนด ซึ่งเหมือนกับสถานการณ์ที่อนุญาโตตุลาการอาจไม่ได้ตรวจดูคำให้การของ

²⁵ Domke, *Ibid*, p1.

²⁶ Domke, *Ibid*, p1.

พยานบุคคลซึ่งเขาคิดว่าไม่เป็นจริง ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องบันทึกว่าคู่พิพาทควรจะคัดค้าน การปฏิเสธของอนุญาโตตุลาการในการยอมรับพยานหลักฐานมีฉะนั้นคู่พิพาทอาจถูกคิดว่าเขาได้สละสิทธิในการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการเรียกพยานหลักฐานและอนุญาโตตุลาการอาจให้หมายของคู่พิพาทเพิ่มเติมพยานหลักฐานซึ่งเขาพิจารณาว่าเกี่ยวกับประเด็น²⁷

อนุญาโตตุลาการ คนใดคนหนึ่งควรจะไม่สามารถยอมรับพยานหลักฐานที่ไม่ได้เสนออนุญาโตตุลาการทุกคนและคู่กรณี ยกเว้นแต่ว่าเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้มีส่วนร่วมในการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือเขาสละสิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานซึ่งการสละสิทธินั้นไม่จำเป็นต้องใช้การเขียนหนังสือ²⁸ ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการยอมรับพยานหลักฐานเป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากคู่พิพาทมีความคาดหวังว่าจะได้อาศัยความรู้ความชำนาญของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทเป็นหลักในการเลือกผู้ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการ²⁹

เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะกรณีซึ่งอนุญาโตตุลาการอาจคาดหวังที่จะเปลี่ยนแปลงตัดสินใจในเรื่องพยานหลักฐานเช่นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเรื่องการก่อสร้าง ซึ่งได้มีการตกลงในครั้งแรกที่จะไปดู ที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง แต่หลังจากเปลี่ยนใจที่จะไม่ไปนั้น ไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ในบางครั้งคู่กรณีมีความหวังว่าจะนำเสนอพยานหลักฐานที่มากขึ้นให้อนุญาโตตุลาการควรมีการยืนยันความคิดเห็น หลังจากการดำเนินการพิจารณาเอกสารจำนวนมากมายว่าพยานหลักฐานที่จะเสนอเพิ่มขึ้นควรจะจำเป็นจริงๆ

(8) การรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการคือ การระงับข้อพิพาทในทางการค้าซึ่งมักเป็นเรื่องเฉพาะกรณี เช่น สัญญาก่อสร้างที่มีความซับซ้อน สัญญาการจ้างแรงงาน สัญญาการขนส่งทางทะเล เงินทุน การประกันภัย หรืออื่นๆ ดังนั้นนอกจากการเลือกอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาโดยคำนึงถึงคุณสมบัติที่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้น เพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะเรื่องสามารถเข้าใจและตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรมแล้ว ในบางกรณีมีความจำเป็นต้องแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เพื่อให้ความเห็นในประเด็นที่เป็นปัญหาสำคัญของข้อพิพาท ในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว UNCITRAL Model Law

²⁷ Domke, *ibid* 15.p1.

²⁸ Domke, *ibid* 15.p1.

²⁹ Domke, *ibid* 15.p1.

ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 26 หากไม่มีข้อตกลงของคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการอาจตั้งผู้เชี่ยวชาญหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น เพื่อให้จัดทำรายงานในประเด็นที่กำหนดเพื่อจัดส่งให้คณะอนุญาโตตุลาการในการตัดสินใจและคู่พิพาทต้องให้เอกสาร หลักฐานแก่ผู้เชี่ยวชาญเพื่อการตรวจสอบของผู้เชี่ยวชาญ และหากเป็นคำร้องขอของคู่พิพาทหรือคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นหลังจากได้ทำความเห็นเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทมีสิทธิในการซักถามผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ ด้วย

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการที่คู่พิพาทได้พิสูจน์ข้ออ้าง ข้อเท็จจริงของตนได้ในหลายรูปแบบ ซึ่งการใช้ผู้เชี่ยวชาญเป็นการนำไปสู่การเพิ่มค่าใช้จ่ายสำหรับคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องควบคุมการใช้ผู้เชี่ยวชาญ โดยในขณะเดียวกันก็ต้องอนุญาตให้มีการใช้ผู้เชี่ยวชาญเพื่อความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องสร้างความมั่นใจว่าการตั้งผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งมีความเป็นกลางโดยผู้เชี่ยวชาญบางคนมีความคิดว่าเป็นผู้มาจากการสนับสนุนของคู่พิพาท การทำความเห็นอาจไม่มีความเป็นกลาง ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาถึงพยานหลักฐานที่ได้รับความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญที่เชื่อถือได้

ในบางครั้งคู่พิพาทมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญฝ่ายตนเข้ามาและมีการทำรายงานความเห็นในประเด็นเดียวกับผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการ ในบางครั้งมีการให้ผู้เชี่ยวชาญของคู่พิพาท เข้ามาซักถามผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการและทำลายความน่าเชื่อถือของผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการ หากความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญของคู่พิพาทที่เสนอขัดแย้งกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่อนุญาโตตุลาการแต่งตั้ง หรือขัดแย้งกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญของคู่พิพาทฝ่ายอื่นอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ชี้ขาดความเห็นดังกล่าวดังนั้นหากไม่มีความตกลงเป็นอย่างอื่นของคู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการ พยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้เข้าฟังการพิจารณาหรือยื่นพยานหลักฐานไม่สามารถรับฟังได้ในคณะอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่ข้อพิพาทเป็นประเด็นที่มีความยุ่งยากซับซ้อน เกี่ยวกับประเด็นทางด้านเทคนิคที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น การก่อสร้างโครงการใหญ่ๆ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นเพื่อใช้ประกอบการวินิจฉัยชี้ขาด อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะหาพยานผู้เชี่ยวชาญเพิ่มเติม เพื่อประกอบคำวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตนเอง แม้เสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาไปแล้วแต่ต้องไม่ใช่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่พิพาทมีหน้าที่นำเสนอซึ่งคู่พิพาทสามารถถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญได้เช่นกันและกรณีที่มีข้อพิพาทที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย คู่พิพาทอาจจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญของตนเพื่อการนำเสนอข้อมูลของฝ่ายตนและมีความเห็น

โต้แย้งความเห็นของอนุญาโตตุลาการได้ โดยหากความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญของคู่พิพาทที่เสนอขัดแย้งกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่อนุญาโตตุลาการแต่งตั้ง หรือขัดแย้งกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญของคู่พิพาทฝ่ายอื่นอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ชี้ขาดความเห็นดังกล่าว

คู่พิพาทมีหน้าที่เสนอพยานหลักฐานในการพิจารณาสืบพยาน ซึ่งคู่พิพาทต้องรู้ถึงเนื้อหาและที่มาของพยานเหล่านั้น อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะรับฟังพยานหลักฐานหลังเสร็จสิ้นการพิจารณาโดยปราศจากการถามค้าน จึงต้องทำด้วยความชำนาญ โดยอนุญาโตตุลาการต้องให้อีกฝ่ายได้มีโอกาสถามค้านและเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่ออธิบายประเด็นข้อพิพาทเสมือนกับให้สิทธิอย่างสมบูรณ์ในการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิของคู่พิพาทในการที่จะได้รับทราบรายงานพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือเนื้อหาของพยานหลักฐานซึ่งอนุญาโตตุลาการใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

ในการรับฟังพยานหลักฐาน จากผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทสามารถถามค้านได้ ยกเว้นพยานซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับข้อมูลด้านเทคนิคคู่พิพาทไม่มีสิทธิถามค้าน ซึ่งถือว่าพยานที่ไม่ใช่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่สามารถถามค้านได้หลังเสร็จกระบวนการสืบพยาน คู่พิพาทต้องมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ในการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ ของคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม โดยที่จะต้องมีการหยิบยกความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมาถกเถียงกันในวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การยึดถือตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเพียงอย่างเดียว

(9) คำให้การเป็นหนังสือ

เป็นบทบาทที่สำคัญของพยานหลักฐานในการอนุญาโตตุลาการเมื่อพยานบุคคลไม่สามารถที่จะเข้ามาในการพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการอาจยอมรับคำให้การเป็นหนังสือ ถ้าเขาเลือกที่จะรับ แต่จะไม่ใช่เป็นความต้องการที่ทำเช่นนั้น และไม่เป็นการพิจารณาที่ผิดระเบียบ หากเขาปฏิเสธมีรับคำให้การเป็นหนังสือภายใต้ข้อบังคับ 34 a ของ The American Arbitration (AAA) ข้อบังคับอนุญาโตทางการค้า อนุญาโตตุลาการอาจยอมรับและพิจารณาพยานหลักฐานของพยานบุคคลโดยการประกาศ หรือคำให้การเป็นหนังสือ ในการพิจารณาน้ำหนักที่จะให้พยานหลักฐานซึ่งเป็นคำให้การที่เป็นหนังสือ อนุญาโตตุลาการควรคำนึงถึงว่าพยานบุคคลไม่อยู่ภายใต้การซักค้าน ในบางครั้งคู่พิพาทต้องใช้คำให้การเป็นหนังสือเพราะพยานบุคคลไม่สามารถทำได้โดยมีเหตุผลที่รับฟังได้

(10) การค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ (The Court of the International Chamber of Commerce: ICC)

ในส่วนการค้นหาข้อเท็จจริงของ ICC มาตรา 14(1) ได้กำหนดกรอบสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาและให้อำนาจอย่างกว้างๆ สำหรับอนุญาโตตุลาการ

“อนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาภายในเวลาอันรวดเร็วเท่าที่เป็นได้ เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงของกรณีโดยวิธีการที่เหมาะสม หลังจากศึกษาเอกสารที่คู่กรณีได้ส่งมอบทั้งหมด อนุญาโตตุลาการจะรับฟังคู่พิพาทพร้อมกันถ้าฝ่ายใดร้องขอ และหากไม่ได้มีการร้องขอ อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินใจที่จะมีการรับฟังก็ได้”

ในส่วนที่เพิ่มเติม อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินใจที่จะรับฟังบุคคลอื่นในการนำเสนอของคู่พิพาทหรือการให้เข้าร่วมของคู่พิพาทที่ขาดนัดโดยมีหมายเรียกตัว³⁰

อนุญาโตตุลาการของ ICC มีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างทันที อุปสรรคในการดำเนินการไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ในกระบวนการในระบบคอมมอนลอว์ที่ศาลมีบทบาทในทางที่ไม่มีการดำเนินการในการค้นหาข้อเท็จจริง ที่คู่พิพาทอาจมองดูว่าเหมาะสมในการนำเสนอซึ่งในทางตรงข้าม ICC. ดำเนินกระบวนการตามระบบซีวิลลอว์ภายใต้การที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการมีคำสั่งในการดำเนินการสอบสวน เพื่อหาข้อเท็จจริงภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC มีดุลพินิจในการทำหน้าที่และอำนาจในการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการที่เหมาะสม³¹

ซึ่งมาตรา 14(1) นั้น อนุญาโตตุลาการมีอำนาจ 2 ประการ คือ การรับฟังคู่พิพาทและการสืบพยานบุคคล แนวคิดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ ICC. Rules สอดคล้องกับการตรวจสอบต่อการระหว่างประเทศ โดยคู่พิพาทจะต้องได้รับโอกาสในการอธิบายให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดีของตน ซึ่ง Article 14 ของข้อบังคับต้องการให้อนุญาโตตุลาการจะต้องรับฟังคู่พิพาทเท่าที่ได้รับการร้องขอ³²

การรับฟังพยานบุคคล อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการรับฟังพยานบุคคล ซึ่งไม่ใช่หน้าที่ที่จำเป็น ข้อบังคับกำหนดให้อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินใจในการรับฟังบุคคลฝ่ายที่ 3 ดังนั้นหากคู่พิพาทร้องขอ แล้วไม่เพียงแต่ ICC. จะไม่ปฏิเสธแล้ว ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ คือต้องการให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีความพึงพอใจว่าได้มีการให้โอกาสอย่างเต็มที่และเป็นธรรมในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตนแล้ว การมีดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการไม่

³⁰ W.Laurence Craig, William W.Parle and Jan Paulsson. International Commercial Arbitration ,(London :Kluwer Law International), p374.

³¹ *Ibid*,p.374.

³² *Ibid*,p.374.

รับฟังพยานบุคคลที่มีจำนวนมาก เพื่อเป็นการป้องกันคำให้การที่มีเพิ่มขึ้นและเป็นการจำกัดขอบเขตของการพิจารณามากกว่าจะเป็นอุปสรรคของพยานบุคคลด้วยตนเอง³³

การที่อนุญาตโตตุลาการของ ICC. ได้รับอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยใช้วิธีการที่เหมาะสมทั้งหมด ซึ่งอนุญาตโตตุลาการของ ICC. ทั้งหมดคือนักกฎหมายซึ่งอนุญาตโตตุลาการดำเนินการภายใต้กรอบกฎหมาย เป็นกระบวนการที่เขาคุ้นเคย ซึ่งดำเนินการพิจารณาอย่างยืดหยุ่น มีโอกาสในการรับแนวคิดคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ในการค้นหาข้อเท็จจริง

เมื่อได้มีการศึกษามุมมองจากศาล จึงมีการเชื่อมรวมกันระหว่าง 2 ระบบ โดยมีการแลกเปลี่ยนเอกสารและข้อตกลงก่อนการดำเนินการพิจารณา และในส่วนของดำเนินการพิจารณาพิจารณาที่มีการตรวจสอบและซักค้าน พยานบุคคล

การตัดสินใจดำเนินการพิจารณา อนุญาตโตตุลาการของ ICC จะตั้งองค์ประกอบหลายอย่างเช่น ความซับซ้อนข้อพิพาท ความคิดเห็นของคู่พิพาท สัญญาจากข้อพิพาทและข้อตกลง ในทุกกรณีอนุญาตโตตุลาการต้องเชื่อมั่นว่าส่วนสำคัญพื้นฐานคือ เคารพการดำเนินการพิจารณาที่เป็นธรรม เพื่อให้คำชี้ขาดมีผลบังคับได้ โดยมีหลักพื้นฐานที่สำคัญคือ “arbitral due process” รวมถึงสิทธิในการได้รับฟัง การได้รับข้อมูล ข้อถกเถียงของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาที่เหมาะสม สิทธิในการได้รับคำชี้ขาด ซึ่งมีพื้นฐานจากหน้าที่ของอนุญาตโตตุลาการ และคำตัดสินไม่ใช่อย่างอื่น³⁴

หลักการที่อาจนำมาใช้ในทุกระดับของการดำเนินการพิจารณาคณะอนุญาตโตตุลาการควรจะเชื่อมั่นว่าความเชื่อถือในกระบวนการพยานเอกสารที่เกี่ยวข้อง การดำเนินการหาพยานหลักฐาน การซักถามพยาน อนุญาตโตตุลาการค่อนข้างมีความสามารถที่จะให้มีการนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเป็นกลางตามหลัก due Process ซึ่งในรายงานการศึกษาของ Jean Robert ได้ยืนยันหลัก 6 ประการในการค้นหาและปฏิบัติพื้นฐานสำหรับการอนุญาตโตตุลาการ คือ³⁵

1) ข้อบังคับของการดำเนินการพิจารณาไม่ควรจะลอกเลียนแบบของศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งควรจะพัฒนาทางปฏิบัติพื้นฐานซึ่งเกี่ยวกับกรณีที่อยู่ในความรับผิดชอบ

³³ W.Laurence Craig, William W. Parle and Jan Paulsson. Ibid.p.375.

³⁴ W.Laurence Craig, William W. Parle and Jan Paulsson .Ibid.p.383.

³⁵ W.Laurence Craig, William W. Parle and Jan Paulsson. Ibid.p.384.

2) เนื่องจากสภาพทางภูมิศาสตร์ที่แบ่งคู่พิพาทและสมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการ ความสำคัญของเอกสารควรมีการให้ความสำคัญและอนุญาโตตุลาการไม่ควรจะโอนความรับผิดชอบที่สำคัญในการตีความของเขาเกี่ยวกับพยานบุคคล

3) นับแต่ได้รับข้อมูลของข้อพิพาทโดยการตรวจสอบเอกสาร อนุญาโตตุลาการ อาจมีบทบาทที่สำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการรับฟังพยานด้วยวาจา มากกว่าที่ ศาลในระบบคอมมอนลอว์ดำเนินการ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาอาจมีในการพัฒนาเรื่อง พยานหลักฐาน โอกาสในการซักค้านเป็นพื้นฐานในการปฏิบัติ

4) คำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องไม่ให้น้ำหนักมาก

5) คณะอนุญาโตตุลาการควรจะตัดสินใจให้มีการประเมินของผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เหมาะสมที่สุดของข้อพิพาท ผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นกลางที่ถูกแต่งตั้งโดยคณะอนุญาโตตุลาการ จะส่งรายงานที่จะเป็นประโยชน์ในการซักถามพยาน หรือพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่กรณี

6) ในทุกกรณีคู่พิพาทควรจะตกลงกันเอง หรืออนุญาโตให้อนุญาโตตุลาการพิสูจน์ กระบวนการในการหาพยานหลักฐาน ซึ่งในการที่ข้อบังคับ ICC Ruls มาตรา 14(1) ได้อนุญาตให้ อนุญาโตตุลาการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของกรณีโดยวิธีที่เหมาะสมที่สุด ใน ICC. Ruls คู่กรณีได้ตกลง ให้อนุญาโตตุลาการตัดสินใจในการค้นหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการที่เหมาะสม รวมถึงการดำเนิน กระบวนการพิจารณา หรือกระบวนการอื่น

การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีผลประโยชน์หรือความลำเอียง ของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบของการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งไม่ใช่ ตุลาการโดยได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาท โดยที่ศาลมองว่า การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการจนมีคำชี้ขาดเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากความสามารถ ของอนุญาโตตุลาการ หลังจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ภายใต้หลักการ ความเท่าเทียมกัน และคำชี้ขาดอาจถูกคัดค้านได้ ซึ่งการถูกคัดค้านคำชี้ขาดหรือถูกตัดสินให้ไม่มีผล อยู่บนพื้นฐานของการที่อนุญาโตตุลาการตัดสินอย่างลำเอียง มีผลประโยชน์ หรือไม่เป็นกลาง อยู่ข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในการค้นหาความจริงโดยวิธีที่เหมาะสมอย่างหลากหลาย ใน ข้อบังคับ ICC จะไม่กำหนดรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่จะกำหนด ขอบเขตไว้กว้างในการควบคุมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการและให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ ควบคุมเพื่ออุดช่องว่างของกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ หลังจากที่ได้ตรวจสอบและ

รับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทแล้ว อนุญาโตตุลาการจะใช้เวลาให้น้อยที่สุดในการใช้
 วิจารณ์ฎานที่จะรับฟังพยานหลักฐาน โดยต้องสืบข้อเท็จจริงให้รู้แน่ในทันที³⁶

อนุญาโตตุลาการจะมีบทบาทและอำนาจในการค้นหาความจริงโดยวิธีการที่เหมาะสม
 โดยจะแตกต่างกันออกไปแต่ละประเภทของอนุญาโตตุลาการ เช่น อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจ
 จำกัดในการตรวจสอบสินค้าหรือศึกษาข้อมูล เพราะถือว่าการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวไม่ใช่
 หน้าที่ที่จำเป็นของอนุญาโตตุลาการ หรือมีอำนาจฟังพยานซึ่งเป็นบุคคลที่สามได้ก็ต่อเมื่อเป็น
 ความต้องการของคู่พิพาท³⁷

คดี Dalmia Dairy Industries, Ltd, (India) V. Nation Bank of Pakistan.³⁸

ศาสตราจารย์ ปีแอร์ ลาลีฟ(Piere Lalive) ซึ่งได้เป็นอนุญาโตตุลาการนายเดี่ยวปฏิเสธ
 ที่จะรับฟังพยานทางวาจาที่เสนอโดยธนาคารผู้ถูกเรียกร้อง ซึ่งพิพาทกันว่าธนาคารไม่ยอมรับผิดต่อการ
 ค่าประกันในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งพยานหลักฐานนั้นพยายามที่จะอธิบายขยายการกระทำของ
 ผู้เรียกร้อง โดยได้มีเอกสารข้อมูลถึงแปดชุด มากกว่าพันหน้าซึ่งอนุญาโตตุลาการกล่าวว่าการ
 นำเสนอพยานดังกล่าวถือว่าการเกินความจำเป็น เพราะข้อเท็จจริงทั่ว ๆ ไปไม่เกี่ยวกับ
 ประเด็นที่พิพาท โดยธนาคารได้โต้แย้งคำชี้ขาดต่อศาลในประเทศอังกฤษที่จะให้มีการบังคับตาม
 คำชี้ขาดของที่ให้ Dalmia เป็นฝ่ายชนะคดี ซึ่งศาลประเทศอังกฤษระมัดระวังที่จะทบทวนคำชี้ขาด
 โดยเห็นว่าเป็นความอิสระของอนุญาโตตุลาการ และหากว่าจากการทบทวนคำชี้ขาดโดยเห็นว่าเป็น
 เป็นความอิสระของอนุญาโตตุลาการ และหากว่าจากการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็
 จะไม่ทำให้อะไรดีขึ้นกว่าเดิม เพราะได้มีการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามกฎหมายของประเทศ
 อินเดียแล้วได้ให้เหตุผลในความเห็นไว้มากกว่า 120 หน้า จึงเห็นว่าการเสนอพยานหลักฐานทาง
 วาจาของธนาคารขัดต่อหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินว่าการได้รับฟัง
 พยานหลักฐานทางวาจาดังกล่าวนี้ถือเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ โดยทั้งนี้แล้ว
 อนุญาโตตุลาการมักจะไม่นิเสธการรับฟังพยานหลักฐาน เหตุผลของอนุญาโตตุลาการก็ต้องการ
 ให้คู่พิพาทพอใจในโอกาสเสนอพยานหลักฐาน ความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจในการรับฟัง

³⁸ สิทธิชัย ด่านพัฒนามงคล, "หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนด
 กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ"(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 ,2548),น.78.

พยานของอนุญาติตตุลาการบ่อยครั้งที่เคยป้องกันพยานคั่งค้าง และจำกัดขอบเขตของการรับฟังพยานมากกว่าที่จะปิดกั้นการสืบพยานของคู่พิพาท

ดุลพินิจการปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานซึ่งกระทบต่อการทำคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาต่อศาลในสหรัฐอเมริกา ว่าหากพยานหลักฐานที่อนุญาติตตุลาการไม่รับฟังนั้นอาจเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญเท่ากับพยานหลักฐานที่รับฟังเข้ามา จึงสามารถรับฟังเป็นพยานได้ เพราะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่อนุญาติตตุลาการไม่หยิบยกข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาชี้ขาด

การแสวงหาข้อเท็จจริงของอนุญาติตตุลาการนั้นต้องมีวิธีการที่เหมาะสม โดยต้องปรับใช้ให้เข้ากับพฤติการณ์ของข้อพิพาทที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ ซึ่งคณะกรรมการของ ICC กล่าวว่า การเลือกใช้วิธีการอนุญาติตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมตามสัญชาติของอนุญาติตตุลาการในระบบ Common Law หรือ Civil Law และในการค้นหาความจริงของอนุญาติตตุลาการนั้น อนุญาติตตุลาการมีหน้าที่เหมือนกับศาลที่ต้องกระตือรือร้นวางเฉยไม่ได้และไม่ผูกมัดกับแบบหรือคำร้องคำขอของผู้ใดเป็นการค้นหาความจริงในเนื้อหา

คดี Debater V. Shah 194 WIS. 2d 104,533 N.W.2d 464,67 ALR 5 th 701(1995) ศาลมีความเห็นว่าการมีพยานหลักฐานแสดงถึงความไม่เป็นกลางของอนุญาติตตุลาการไม่ใช่การที่คู่พิพาทมีการร้องเรียนว่าอนุญาติตตุลาการเคยได้รับการสนับสนุนเงินบริจาค จากสมาชิกของบริษัทที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นผู้แทนของคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม ซึ่งการบริจาคมีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานและสามารถตรวจสอบได้โดยคู่พิพาทผู้ร้องตลอดเวลาก่อนและ ระหว่างการดำเนินกระบวนการอนุญาติตตุลาการ

คดี Arizona Elec Power Co-op , Inc V. Berkeley, 159 F 3d 988 (9 th Cir. 1995) (applying Arizona law)

ความสัมพันธ์ทางสังคมระหว่างอนุญาติตตุลาการกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวได้สิ้นสุดไปในหลายปีก่อนที่จะเริ่มการดำเนินกระบวนการอนุญาติตตุลาการ ไม่เป็นสาเหตุในการยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาติตตุลาการ เนื่องจากความลำเอียงผลประโยชน์หรือความไม่เป็นกลาง

(11) การพิจารณาโดยขาดนัด

ในเรื่องการพิจารณาโดยที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดนั้น ในทางปฏิบัติเมื่อมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นมักจะมีปัญหาได้เถียงกันอยู่เสมอว่าอนุญาติตตุลาการจะมีอำนาจสั่งในเรื่องคู่พิพาทขาดนัดแล้วดำเนินการพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งตัวอย่างของกรณีการ

พิจารณาโดยขาดนัด เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการโดยระบุไว้ว่าให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตน ซึ่งฝ่ายโจทก์ได้ตั้งอนุญาโตตุลาการของตน แต่ฝ่ายจำเลยกลับไม่ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการของตนภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้

บทบัญญัติในเรื่องของการพิจารณาคดีโดยขาดนัด (ex-parte procedure) ได้ปรากฏขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนของอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในอนุสัญญาวอชิงตัน เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของศูนย์กลางระงับข้อพิพาทอันสืบเนื่องจากการลงทุน (International Center on Settle of Investment Dispute หรือ ICSID) นั้นอาจมีกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมการพิจารณา แต่อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาคดีต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักเกิดจากคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยินยอมเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพราะเข้าใจว่าเมื่อตนไม่ยินยอมเข้าร่วมการพิจารณาเสียแต่ต้นแล้ว หากต่อมาแพ้คดีก็จะไม่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพราะว่าตนไม่ได้เข้าไปร่วมในการพิจารณาคดีนั่นเอง

ในเรื่องนี้อนุสัญญาวอชิงตันได้มีบทบัญญัติในมาตรา 45 ว่า

1) การละเลยของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยการไม่ปรากฏตัวหรือไม่เสนอพยานหลักฐานในคดีของตนไม่ถือว่าเป็นการยอมรับตามที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง

2) ถ้าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งละเลยโดยการไม่ปรากฏตัวหรือไม่เสนอพยานหลักฐานในชั้นใดของกระบวนการพิจารณา คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินปัญหาที่เสนอและทำคำชี้ขาด แต่ก่อนที่จะทำคำชี้ขาด ให้คณะอนุญาโตตุลาการบอกกล่าวแก่คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมการพิจารณาว่าให้เข้าร่วมการพิจารณาโดยกำหนดระยะเวลาหนึ่งให้เพื่อให้โอกาสคู่พิพาทฝ่ายนั้นเข้าร่วมการพิจารณา เว้นแต่เป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าคู่พิพาทฝ่ายนั้นตั้งใจที่จะไม่เข้าร่วมการพิจารณา”

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดละเลยหรือปฏิเสธไม่เข้าร่วมในการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการพิจารณาไปได้ โดยคู่พิพาทเพียงฝ่ายเดียว หลังจากที่ยกกล่าวกำหนดพิจารณาเป็นระยะเวลาอันสมควรให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขาดนัดทราบแล้ว

ซึ่งการพิจารณาโดยการขาดนัดนี้เป็นข้อสันนิษฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทจะมีความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เนื่องจากการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่กรณีที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณี แต่อย่างไรก็ตามมีผู้ไม่เข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาอยู่ฝ่ายหนึ่งซึ่งส่วนใหญ่จะ

เป็นฝ่ายผู้ถูกเรียกร้องที่จะปฏิเสธหรือไม่รับรู้กระบวนการอนุญาตตุลาการ ซึ่งสถานการณ์การขาดนัดของคู่พิพาท ซึ่งทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าออกไปผลของการขาดนัดของคู่พิพาทเป็นปัญหาต่อทั้งคณะอนุญาตตุลาการและคู่พิพาทในเรื่องการบังคับของคำชี้ขาด

ในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดขึ้นจากความตกลงยอมรับของคู่พิพาท ซึ่งถูกนำมาพิจารณาในหลักของความยุติธรรมหรือ Due Process ว่าคณะอนุญาตตุลาการจะสามารถมีคำชี้ขาดเนื่องจากการขาดนัดได้หรือไม่ เป็นเรื่องสำคัญว่าคณะอนุญาตตุลาการจะมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาตามกำหนด ซึ่งกฎหมายอนุญาตตุลาการและข้อบังคับอนุญาตตุลาการได้มีการกำหนดกระบวนการพิพาทโดยขาดนัดไม่เป็นที่น่าสงสัยในการดำเนินกระบวนการพิพาท

เป็นเรื่องสำคัญสำหรับอนุญาตตุลาการในการใช้อำนาจในการทำคำชี้ขาดโดยกรณีขาดนัด ซึ่งมี 4 สภาพการณ์ที่แบ่งเรื่องไม่เข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คือ

- 1) เมื่อคู่พิพาทปฏิเสธที่จะมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและคณะอนุญาตตุลาการมีความเห็นโดยไม่มีอำนาจ
- 2) เมื่อคู่พิพาทปฏิเสธที่จะดำเนินการของการของคณะอนุญาตตุลาการ หรือการยอมรับการกระบวนการพิจารณา เช่น การยอมรับคำร้องขอ หรือการจัดส่งเอกสารพยานหลักฐาน
- 3) เมื่อคู่พิพาทไม่แสดงว่าไม่เต็มใจที่จะเข้าร่วม แต่ได้มีการกระทำที่โดยไม่มีเหตุผลแสดงให้เห็นว่าเขาละทิ้งสิทธิของตนในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตน
- 4) เมื่อคู่พิพาทไม่อยู่ในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

การมีกฎหมายหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการขาดนัดทำให้อนุญาตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปและไปมีคำชี้ขาดได้การพิจารณาโดยขาดนัดขึ้นกับเงื่อนไข 2 ประการ คือ

- 1) คู่พิพาทไม่ได้มีข้อตกลงในเรื่องการขาดนัด
- 2) บทบัญญัติดังกล่าวจะใช้เมื่อคณะอนุญาตตุลาการพิจารณาแล้วว่าการขาดนัดไม่มีเหตุผลที่เพียงพอ

ในส่วนของกฎหมายแม่แบบนั้นได้มีการกล่าวถึงเรื่องของการพิจารณาโดยขาดนัดไว้ใน Article 25 ได้บัญญัติถึงกรณีที่คู่พิพาทขาดนัด ดังนี้

กรณีผู้กล่าวหาไม่เสนอข้ออ้าง ข้อเท็จจริงของตนให้คณะอนุญาตตุลาการ คณะอนุญาตตุลาการยุติกระบวนการอนุญาตตุลาการ

กรณีผู้ถูกกล่าวหาไม่ส่งคำคัดค้านของตนให้อนุญาตศาล การ คณะอนุญาโตตุลาการ จะดำเนินกระบวนการพิจารณาจะดำเนินกระบวนการต่อไปถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านเป็นการยอมรับข้อกล่าวหา

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใด ขาดนัดสืบพยานหรือขาดนัดพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการยังคงดำเนินกระบวนการและมีคำชี้ขาดจากพยานหลักฐานที่มีมาก่อนนั้น

ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงสามารถดำเนินกระบวนการและมีคำชี้ขาดได้ ซึ่งการมีคำชี้ขาดต้องอยู่ภายใต้หลักการให้โอกาสคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันและเป็นธรรม ซึ่งในการพิจารณาโดยขาดนัดนั้น อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าคู่พิพาทที่ขาดนัดนั้น มีเหตุผลที่เพียงพอหรือไม่

ญี่ปุ่นได้มีบัญญัติถึงกรณีขาดนัดของคู่พิพาทไว้ใน มาตรา 33 โดยบัญญัติว่าหาก คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ส่งคำร้องภายในระยะเวลาที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด โดยไม่มีเหตุผลที่สมควรคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และหากผู้ถูกเรียกร้องไม่ได้ยื่นคำคัดค้านภายในเวลาที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปโดยไม่ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าวเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องและในกรณีที่ คู่พิพาทฝ่ายใดขาดนัดพิจารณาหรือขาดนัดสืบพยาน คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปและทำคำชี้ขาด โดยใช้พยานหลักฐานที่ได้รับมาก่อนนั้น

ในเยอรมันได้มีการบัญญัติเรื่องการขาดนัดของคู่พิพาทไว้ใน Section 1044 ในสาระสำคัญเดียวกับญี่ปุ่น

การขาดนัดระหว่างฝ่ายเรียกร้องและฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะมีผลต่างกัน

ในมาตรา 25 (a) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่เสนอข้ออ้าง ข้อเท็จจริงของตนให้อนุญาตศาล คณะอนุญาโตตุลาการจะยุติกระบวนการอนุญาโตตุลาการและมีคำสั่งให้ คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องจ่ายเงินค่าใช้จ่ายและคำสั่งยุติการดำเนินกระบวนการก็ไม่ใช้คำสั่งอัตโนมัติทันที แต่คณะอนุญาโตตุลาการต้องมีการเตือนฝ่ายเรียกร้องอย่างน้อย 1 ครั้ง หรือ 2 ครั้ง ก่อนยุติกระบวนการพิจารณา

ในมาตรา 25 (b) กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่เสนอข้อคัดค้านในเวลาที่กำหนด คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถยอมรับเอกสารที่เสนอมาล่าช้าได้ ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยอมรับและไม่รับรู้การติดต่อของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีดังกล่าวภายใต้ มาตรา 25 (b) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวต่อไป และมีคำชี้ขาด

การที่ไม่เสนอข้อคัดค้านในเวลาที่กำหนดดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้อง คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาพยานหลักฐาน ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านได้เสนอคำคัดค้านไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในลักษณะนี้เป็นบทบัญญัติซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการขาดนัดยื่นคำให้การ ของจำเลยในการดำเนินคดีทางศาล กล่าวคือ ในการดำเนินคดีทางศาลนั้นหากจำเลยขาดนัด ยื่นคำให้การแล้วให้ถือเสมือนว่าจำเลยยอมรับข้อกล่าวหาของโจทก์ อย่างไรก็ตามสิ่งนี้ได้ หมายความว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจในการทำคำชี้ขาดในส่วนของการขาดนัดยื่น คำให้การนี้ และจะต้องถือเสมือนว่าการขาดนัดเช่นนี้เป็น การปฏิเสธคำกล่าวหาของโจทก์ ทั้งหมดเสนอไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้องแน่ใจว่าการขาด นัดของคู่พิพาทนั้นได้มีการบอกกล่าวอย่างเหมาะสมอย่างน้อยด้วยจดหมายลงทะเบียน

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่คัดค้านขาดนัดในการพิจารณา หรือในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่มีเหตุผลที่สมควรภายใต้มาตรา 25 (C) คณะอนุญาโตตุลาการ จะดำเนินกระบวนการต่อไปและมีคำชี้ขาด โดยใช้ข้อเท็จจริงพยานหลักฐานที่ได้รับมาก่อนหน้า นั้นมาตรา 25 (c) ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการไปฝ่ายเดียว และทำคำชี้ขาดภายใต้พยานที่ได้นำเสนอมาก่อนหน้านี้ ในทางปฏิบัติอำนาจนี้ได้หมายรวมถึง อำนาจในการพิจารณาทำคำชี้ขาดโดยไม่ยอมรับหรือไม่พิจารณาถึงพยานเอกสารที่ได้มีการ นำเสนอสู่ออนุญาโตตุลาการโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดภายหลังระยะเวลาตามที่กำหนดไว้สำหรับ การนำเสนอพยานเอกสารเหล่านั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดมิได้นำเสนอพยานเอกสาร ดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีอำนาจในการทำคำชี้ขาดได้ภายใต้ หลักเกณฑ์พื้นฐานของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาตามที่กำหนดไว้ใน article 19(3)

บทบัญญัติในมาตรา 25 นี้เป็นบทบัญญัติในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะฝ่ายจำเลยมิได้เข้าร่วมในการพิจารณาคดี บทบัญญัติในมาตรานี้มิใช่บทบัญญัติตายตัว ขึ้นอยู่กับผลที่ตามมาของการขาดนัดพิจารณาดังกล่าว และมีขึ้นเพื่อเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่ คู่สัญญาในการดำเนินกระบวนการของการอนุญาโตตุลาการ และมีขึ้นเพื่อผสมผสาน กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ เนื่องจากว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของ บางประเทศไม่ยอมรับและบังคับตาม “คำชี้ขาดที่เกิดจากการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว” (ex parte awards) ซึ่งแน่นอนว่าไม่เพียงแต่ประเทศเหล่านี้จะปฏิเสธที่จะยอมรับคำชี้ขาดที่เกิดจากการ พิจารณาคดีโดยขาดนัดนี้ แต่ยังไม่ยอมรับข้อกำหนดพื้นฐานที่ว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดได้รับ แจ้งหรือได้รับการบอกกล่าวถึงการพิจารณาดังกล่าว แต่ก็ยังไม่เข้าร่วมในการพิจารณาในครั้งนั้น

โดยไม่แสดงเหตุผลที่สมควรสำหรับการขาดนัดดังกล่าว ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นขาดนัดพิจารณา และให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาคดีโดยฝ่ายเดียวได้

เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่คัดค้านขาดนัดในการจัดส่งพยานเอกสาร คณะอนุญาโตตุลาการอาจใช้ มาตรา 27 ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้มีการส่งพยานเอกสาร หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปและมีคำชี้ขาดโดยใช้ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ได้รับมาก่อนหน้านั้น หากคู่พิพาทได้รับคำสั่งถึงที่สุดหลังจากคู่พิพาทขาดนัดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวภายในเขตอำนาจและการตัดสินใจในประเด็นพิพาท เป็นสิ่งสำคัญในการให้ข้อสังเกตในการขาดนัดของคู่พิพาทสำหรับกระบวนการพิจารณาทุกขั้นตอน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไม่ลำเอียงและเป็นธรรมระหว่างคู่พิพาทตลอดเวลา

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าแนวความคิดในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียวเป็นสิ่งที่มิประโยชน์เป็นอย่างมากสำหรับการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากสามารถช่วยในการลดโอกาสที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการจะเตะถ่วงคดี หรือถ่วงเวลาในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้ล่าช้าออกไปจะใช้โอกาสนี้มาเป็นเหตุในการยืดเวลาออกไปได้

ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศจะต้องไม่ดำเนินการให้เป็นการล่าช้าและทุจริตในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดในกรณีขาดนัดมีผลต่อการอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับอนุญาตให้หยุดรอกหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่กระตือรือร้นในการร่วมกระบวนการพิจารณา แต่ต้องมีพยานหลักฐานว่าคู่พิพาทจงใจขาดนัด ดังนั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงต้องมีการบอกกล่าวให้คู่พิพาทได้ทราบผลของการขาดนัดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและหลักของความยุติธรรม คือ Due Process จะต้องมีการใช้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาเพื่อมีคำชี้ขาดโดยขาดนัด

การที่อนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่หยิบยกพยานหลักฐานขึ้นสำคัญแห่งคดีขึ้นพิจารณาเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ที่มุ่งหมายให้คู่พิพาทมีโอกาสเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา และมีโอกาสเสนอพยานหลักฐานของตนเพื่อให้อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม หากปรากฏว่าการตัดสินใจชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการกระทำไปโดยไม่พิจารณาพยานหลักฐานสำคัญที่จะมีผลต่อการแพ้ชนะแก่ข้อพิพาท ไม่ว่าจะอนุญาโตตุลาการจะจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ตาม คำชี้ขาดที่ได้มานั้นไม่สมควรมีผลบังคับโดย

สมบูรณ์เนื่องจากกระบวนการได้มาซึ่งคำชี้ขาดขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน การวินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่พิจารณาพยานหลักฐานสำคัญแห่งข้อพิพาท อาจนำไปสู่การตัดสินชี้ขาดไปโดยอำเภอใจและปราศจากเหตุผล แม้จะให้โอกาสคู่พิพาทนำเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ อย่างเต็มที่ แต่ในชั้นวินิจฉัยชี้ขาดกลับไม่หยิบยกพยานหลักฐานอันสำคัญขึ้นพิจารณาเลย ความถูกต้องและเป็นธรรมจะไม่อาจเกิดขึ้นได้ ผลแห่งคำชี้ขาดที่ได้มาจากกระบวนการอันมิชอบ เช่นนี้จึงเป็นเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดและนำไปสู่การเพิกถอนคำชี้ขาดของศาล เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น จะเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยอันเกี่ยวข้องด้วยความถูกต้องเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

อย่างไรก็ตาม หากอนุญาโตตุลาการให้สิทธิคู่พิพาทในการเข้าร่วมกระบวนการ และนำเสนอพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันแล้ว แต่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถนำพยานของตนมานำสืบในการดำเนินกระบวนการตามวันนัดที่ได้ตกลงกัน และอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะเลื่อนวันนัดพิจารณาข้อพิพาทไปเป็นวันอื่น กรณีนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการไปโดยชอบด้วยกฎหมายทุกประการแล้ว การที่คู่พิพาทไม่สามารถนำพยานมานำสืบได้ในวันนัดถือความรับผิดชอบตามที่ของคู่พิพาทนั้นเองที่ต้องตระเตรียมการเสนอพยานหลักฐานฝ่ายตนให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา กรณีเช่นนี้ศาลประเทศสหรัฐอเมริกา จึงยกคำร้องขอของเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพราะคำชี้ขาดที่ได้กระทำขึ้นแม้มิได้รับฟังพยานปากสำคัญที่คู่พิพาทจะนำเสนอ แต่วินิจฉัยชี้ขาดไปตามพยานหลักฐานอื่นถือเป็นคำชี้ขาดที่สมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ทั้งนี้ ศาลถือว่าเป็นการถูกต้องที่อนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญกับวันกำหนดนัดพิจารณาที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าโดยพิจารณาจากความสะดวกของทุกฝ่ายแล้ว และกรณีดังกล่าวแม้พยานปากสำคัญจะมาให้การตามวันนัดไม่ได้ก็อาจใช้วิธีการเขียนคำพยานที่ตั้งใจจะให้การโดยจัดทำเป็นเอกสารและรับรองความถูกต้องมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการเลื่อนกำหนดวันนัดพิจารณาไป ศาลจึงยกคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดและถือว่าอนุญาโตตุลาการดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปตามหลัก Due process แล้ว และการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการยังส่งเสริมให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยรวดเร็วอีกด้วย(คดีParson&Whittmore Overseas Co,Inc V .Societe General de l Industrie du Papier (RAKTA)12 th CIR 1974)

กรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่ให้คู่พิพาทถามค้านพยานของฝ่ายตรงข้าม โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลว่าการอนุญาตให้ถามค้านพยานเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสมกับวิธีระงับข้อพิพาทที่ต้องการความรวดเร็ว แต่อนุญาโตตุลาการใช้วิธีอนุญาตให้คู่พิพาทยื่นคำให้การ

พยานที่ระบุข้ออ้างข้อเถียงในประเด็นที่พาทกันโดยนำเสนอเหตุผลหักล้างพยานฝ่ายตรงข้ามลงในคำให้การพยานดังกล่าวแทน เพื่อความเป็นธรรมและไม่ล่าช้า ศาลเห็นว่าอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดด้วยความเป็นธรรมแล้ว และไม่เป็นการขัดต่อหลัก Due process แต่อย่างใด (Generica Ltd V Phamaceutical Basics Inc(PBI))

คดี Chrobak v. Edward D. Jones'n Co., 46 Ark App.105, 878 S.W. 2d 760 (1994)

ฝ่ายผู้ร้องเกี่ยวกับข้อพิพาทหลักทรัพย์อ้างว่ามีสมาชิกคนหนึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางแต่ศาลให้ความเห็นว่าฝ่ายผู้ร้องไม่ทำให้ศาลพอใจในการที่จะแสดงให้เห็นว่าคำชี้ขาดควรยกเลิกตามที่ Ark. Code Am 16 – 108-212 (a) , ซึ่งจะมีการอนุญาตให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดได้หากปรากฏว่ามีความไม่เป็นกลางที่ชัดเจนโดยอนุญาโตตุลาการที่ถูกตั้งให้เป็นกลางหรือมีการฉ้อโกงหรือปฏิบัติโดยไม่เหมาะสมทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

คดี Betz v. Pankon, 31 Cal . App. 4th 1503, 38 Cal Rptr. 2d 107 (1st Dist 1995) reh'g denied, (Feb 17 , 1995)

ฝ่ายผู้ร้องอ้างว่าประธานอนุญาโตตุลาการลำเอียงเนื่องด้วยผลประโยชน์ทางห้างหุ้นส่วนของบริษัทกฎหมายซึ่งเป็นตัวแทนฝ่ายผู้คัดค้านในกระบวนการพิจารณา ก่อนมีการอนุญาโตตุลาการภายใต้การไต่สวน แต่มันไม่เป็นข้อพิพาทเพราะในระหว่างที่ฝ่ายผู้คัดค้านที่มีตัวแทนถึงคือบริษัทกฎหมาย ซึ่งอนุญาโตตุลาการนั้นเคยทำงานอยู่ สาขาของอนุญาโตตุลาการนั้นมีนายประมาณ 130 คน และในระหว่างการรับฟังพยานหลักฐานของการอนุญาโตตุลาการ ตัวอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้เป็นสมาชิกของบริษัทกฎหมายนั้นแล้ว และไม่เคยพบปะฝ่ายตรงข้ามและไม่ทราบว่าเป็นบริษัทที่เคยทำงานเป็นตัวแทนให้ฝ่ายผู้คัดค้าน ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลที่จะไปอนุมานว่าตัวอนุญาโตตุลาการได้ไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของฝ่ายตรงข้ามซึ่งไม่ถือว่าเป็นความลำเอียง

คดี Debater V. Shah 194 WIS. 2d 104,533 N.W.2d 464,67 ALR 5 th 701(1995) ศาลมีความเห็นว่าการมีพยานหลักฐานแสดงถึงความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การที่คู่พิพาทมีการร้องเรียนว่าอนุญาโตตุลาการเคยได้รับการสนับสนุนเงินบริจาค จากสมาชิกของบริษัทที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นผู้แทนของคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม ซึ่งการบริจาค.มีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานและสามารถตรวจสอบได้โดยคู่พิพาทผู้ร้องตลอดเวลา ก่อนและ.ระหว่างการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

คดี Arizona Elec Power Co-op , Inc V. Berkeley, 159 F 3d 988 (9 th Cir. 1995) (applying Arizona law)

ความสัมพันธ์ทางสังคมระหว่างอนุญาตอุตสาหกรรมกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าว ได้สิ้นสุดไปในหลายปีก่อนที่จะเริ่มการดำเนินกระบวนการอนุญาตอุตสาหกรรม ไม่เป็นสาเหตุในการยกเลิก คำชี้ขาดของอนุญาตอุตสาหกรรม เนื่องจากความลำเอียงผลประโยชน์หรือความไม่เป็นกลาง