ปัญหาบางประการในมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในการอนุญาโตตุลาการของไทย*

Problems concerning interim measures in Thai arbitration

ยศศจี คงบริรักษ์

Yossajee Khongborirak

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: yossajee_24_61@hotmail.com
(Received: December 9, 2022; Revised: January 26, 2023; Accepted: February 27, 2023)

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทั้งที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย จึงเกิดคำถามว่า “อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่” บทความนี้กล่าวถึงปัญหาบางประการของการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทย ได้แก่ ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายต่อไป

คำสำคัญ : มาตรการคุ้มครองชั่วคราว, อนุญาโตตุลาการ, กฎหมายแม่แบบ

---

* บทความนี้เรียบเรียงมาจากวิทยานิพนธ์เรื่อง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ ของหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The Arbitration Act B.E. 2545 (2002) does not explicitly stipulate that the arbitral tribunal has power to grant interim measures despite the fact that the act is based on UNCITRAL Model law on International Commercial Arbitration 1985. Thus, the question arises as to whether the arbitral tribunal has the power to grant interim measures. This article will discuss the problems concerning usage of interim measure in arbitration under Thai arbitration law as follows: the unclear provision of interim measures in the Arbitration Act B.E. 2545 and the enforcement of interim measures granted by arbitral tribunals. This article aims to be used as a guideline for amendment of Thai arbitration law.

Keywords : Interim Measure, Arbitral Tribunal, Model Law

1.ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ คือ มาตรการชั่วคราวในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมี คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่พิพาท และในขณะเดียวกันมาตรการชั่วคราวนี้ก็ช่วยให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ[1] กล่าวคือ ในช่วงระยะเวลาก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทอาจร้องขอการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการได้ เช่น คู่พิพาทอาจร้องขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาท หรือสั่งห้ามมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดหรือผิดสัญญา เป็นต้น ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีความสำคัญ เพราะมาตรการดังกล่าวช่วยป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่พิพาท และทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ เพราะคู่พิพาทยังคงมีทรัพย์สินที่สามารถนำมาบังคับชำระหนี้ได้[2]

---

[1] Shalaan Wael, “Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law” (Doctoral dissertation, Department of Law, University of Stirling, 2013), p. 17.

[2] Stephen M. Ferguson, “Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results,” in INT’l TRADE L.J 12, 55 (2003).

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law) หรือเรียกสั้น ๆ ว่ากฎหมายแม่แบบ (Model Law) ค.ศ. 1985 และฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 ต่างบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดแจ้งดังปรากฏใน Article 17 (ฉบับ ค.ศ. 1985) หรือ Article 17 และ Article 17A (ฉบับ ค.ศ.2006)[3] ซึ่งหลายประเทศก็มีการนำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายภายในประเทศ และกำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างชัดเจน เช่น ประเทศสิงคโปร์ (International Arbitration Act section 12(1)) ประเทศอาร์เจนตินา (Argentinian Law No. 27,449 on International Commercial Arbitration section 38) ประเทศเยอรมนี (The 10th book of the German Code of Civil Procedure section 1041) เป็นต้น[4] ทั้งนี้ประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่นำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายด้วยเช่นกัน แต่กระนั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กลับไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนดังเช่นประเทศที่กล่าวมา จึงนำไปสู่ปัญหาที่จะต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ประการที่สอง ปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

2. วัตถุประสงค์และสมมติฐานของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ทั้งในฉบับ ค.ศ. 1985 และฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 และตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และ

---

[3] United Nation, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006,” [Online] Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration [16 October 2021]

[4] United Nation, “Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006,” [Online]

Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status [21 October 2021]

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อเปรียบเทียบและวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยกับต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องมาตราการคุ้มครองชั่วคราวที่เกิดขึ้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยตั้งข้อสมมติฐานว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพได้

3. ผลการศึกษาวิจัย

3.1 ปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

(1) ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 บัญญัติว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม...” เมื่อพิจารณามาตรา 16 โดยตรง จะเห็นว่ามาตรา 16 นี้ ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพียงแต่บัญญัติให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวได้หากคู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทร้องขอ โดยยื่นคำขอดังกล่าวก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นพระราชบัญญัติที่ถูกตราขึ้นโดยนำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 1985 มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายแม่แบบฉบับดังกล่าวนั้น มีการบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ดังปรากฏใน Article 17 บัญญัติว่า “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the disputes. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure” แต่กระนั้นเมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถูกตราขึ้น ไม่ปรากฏบทบัญญัติดังกล่าวใน

พระราชบัญญัตินี้ แต่กลับปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะเช่นเดียวกับ Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งบัญญัติว่า “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.” จึงอาจสันนิษฐานได้ว่าการที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกที่จะร่างกฎหมายตาม Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบ และเลือกที่จะตัด Article 17 ออก เพราะผู้ร่างมีความประสงค์สงวนอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่ศาลเท่านั้น[5] โดยเป็นที่เข้าใจได้ว่าแนวความคิดในยุคดั้งเดิม (traditional idea) ต้องการสงวนอำนาจบางประการให้กับศาล เช่น การออกหมายเรียกพยานหรือคำสั่งให้มีการส่งเอกสารหรือวัตถุใดต่ออนุญาโตตุลาการ การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ดังปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 18 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่จำต้องอาศัยอำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยานให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาเช่นว่านั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

อย่างไรก็ดี มีแนวความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าว เพราะแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้เช่นกัน อีกทั้ง อำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นอำนาจทั่วไปในตัวอนุญาโตตุลาการ (inherent power) ในเมื่ออนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงควรมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ อำนาจของศาลควรถูกนำมา

[5] สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://hi-in.facebook.com/taiarbitration/videos/317574953436203/?comment_id=317647650095600 [21 ตุลาคม 2564] และ พิศุทธ์ อรรถกมล, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ”, **65 ปี เกียรติขจร: รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า 175.

ใช้เฉพาะกรณีที่อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้ได้เท่านั้น[6] เช่น อำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาว่าอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้หรือไม่[7]

(2) ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ตามที่กล่าวมาในข้อ 1 นำไปสู่ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนี้[8]

หากยึดแนวความเห็นแรกว่าศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าว ศาลจะไม่สามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้

หากยึดแนวความเห็นที่สองว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แสดงว่ากฎหมายไม่ได้จำกัดขอบเขตหรืออำนาจ อีกทั้ง อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นอำนาจทั่วไป (inherent power) ที่อนุญาโตตุลาการมีและสามารถใช้ได้ หากคู่พิพาทตกลงยินยอมให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น กระนั้น หากเกิดกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอก็ต้องนำคำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวดังกล่าวไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ต่อไป ปัญหาที่ตามมา คือ ศาลจะบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการสั่งหรือไม่ หรือศาลจะใช้คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลเห็นสมควรเองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 253 มาตรา 254 และมาตรา 264

3.2 บทวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกับการอนุญาโตตุลาการไทย

(1) ประเด็นความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงทฤษฎีที่รองรับสนับสนุนอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงแนวคิดและมาตรฐานการเพิ่ม

[6] Ibid.

[7] Ibid.

[8] Ibid.

ประสิทธิภาพในการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนข้อจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และจะขอกล่าวถึงประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกได้ หลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาฝ่ายเดียวเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการและศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยกับกฎหมายแม่แบบฉบับปี ค.ศ. 2006 กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ เพื่อจะนำมาออกแบบเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

สำหรับประเด็นนี้ สิ่งที่จะต้องพิจารณาอันดับแรก คือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาทฤษฎีที่สนับสนุนอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พบว่ามีสามทฤษฎี[9] ดังต่อไปนี้

ทฤษฎีแรก คือ ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional theory) อันเป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยว่ารัฐมีอำนาจในการควบคุมและออกกฎหมาย ระเบียบ หลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในเขตอำนาจหรือดินแดนของตน การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการจะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายในประเทศนั้น ๆ อนุญาตเท่านั้น[10] ในทฤษฎีนี้อนุญาโตตุลาการอาจมีอำนาจหรืออาจไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรัฐ ซึ่งในที่นี่คือ ศาลซึ่งเป็นผู้ปรับใช้และตีความกฎหมายว่ามีความเห็นในการตีความต่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 อย่างไร

ทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีสัญญา (The Contractual theory) อันเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา มุ่งเน้นในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา คู่สัญญาหรือคู่พิพาทจึงมีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้[11] หากคู่สัญญาหรือคู่พิพาทตกลงให้อำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจดังกล่าว และ

ทฤษฎีที่สาม คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง (The theory of Competence-Competence) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจ

---

[9] Shadat Mohmeded, “A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales” (Degree of Doctor of Philosophy in Law, Brunel University, 2014), p. 68-77.

[10] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 33-34.

[11] Ibid.

ของตน ซึ่งอำนาจนี้รวมถึงการวินิจฉัยถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เพราะฉะนั้น อนุญาโตตุลาการจะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ทฤษฎีนี้ได้หากอนุญาโตตุลาการพิสูจน์ได้ว่ามีข้อสันนิษฐานอันไม่อาจโต้แย้งได้ว่าคู่พิพาทมอบอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ[12]

นอกจากนี้ยังมีแนวคิดเรื่องการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดดังกล่าวแล้ว พบว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดี เมื่อเปรียบเทียบกับศาล อนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่จะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทมากกว่า อีกทั้งผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนจะมาเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดคดีข้อพิพาท[13] ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทรวมถึงการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว นอกจากนี้การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เป็นอิสระและปราศจากการแทรกแซงของศาล ทำให้การพิจารณาคดีเสร็จสิ้นไปในคราวเดียวจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง[14] ด้วยเหตุนี้เอง อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

อย่างไรก็ดี อำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดจากการที่คู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และมีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ รวมถึงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพราะฉะนั้น อำนาจอนุญาโตตุลาการจึงมีข้อจำกัด กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งที่บังคับได้แต่เฉพาะคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกคำสั่งที่มีผลไปบังคับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจในการกระทำใด ๆ หากยังไม่ได้รับการแต่งตั้ง และอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่กำหนดขึ้นหากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว[15] ด้วยเหตุนี้เอง ศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

---

[12] Mohmeded, S., “A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales,” p 77.

[13] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 12.

[14] กนกพรรณ ชลชวลิต, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: https://thac.or.th/th/ [14 ตุลาคม 2564]

[15] สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ”

เมื่อพิจารณากฎหมายแม่แบบฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 พบว่า Article 17 และ Article 17A ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พร้อมกำหนดประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการสามารถจำแนกออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ 1.) มาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบันหรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท อันเป็นมาตรการที่สั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายกระทำการบางอย่างหรือห้ามกระทำการบางอย่าง อาทิ อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทซึ่งเป็นคู่สัญญาปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อไปในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณา เช่น การดำเนินการก่อสร้าง หรือสั่งให้ละเว้นการกระทำบางอย่างจนกว่าจะมีคำชี้ขาด หรือสั่งในลักษณะที่จะป้องกันความเสียหายหรือสูญหายของสินค้า เช่น คำสั่งให้ขายสินค้าที่เน่าเสีย เป็นต้น[16] 2.) มาตรการที่ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 3.) มาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น คำสั่งยึดทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ คำสั่งห้ามมิให้คู่พิพาทยักย้ายถ่ายเททรัพย์สิน เป็นต้น[17] 4.) มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เช่น คำสั่งยึดเอกสารต่าง ๆ เป็นพยานหลักฐาน คำสั่งให้ตรวจสอบสินค้า ทรัพย์สิน เครื่องจักร สถานที่ หรือเอกสารใด ๆ เป็นต้น[18]

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษอันเป็นประเทศที่ไม่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย[19] พบว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตาม Arbitration Act 1996 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 48 กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันและคำสั่งให้ชำระเงินชั่วคราว (interim payment) คำสั่งให้จัดการทรัพย์สินใด ๆ อันเป็นประเด็นในกระบวนการพิจารณาและทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของหรืออยู่ใน

---

[16] Expert-Evidence, “Kinds of Interim Measures in Arbitration,” [Online] Available from: https://expert-evidence.com/kinds-of-interim-measures-in-arbitration/ [12 October 2021]

[17] Ibid.

18 Mika SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings,” in **Croat. Arbit. Yearb**. 23 (2016), p.77.

[19] Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, A Report on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1989), Chaired by The Rt Hon Lord Justice Mustill cited in Joseph Lee, “Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and Taiwan,” in **CONTEMP. Asia ARB**. J 6, 2 (2013), p.57.

ความครอบครองของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา คำสั่งให้คู่พิพาทสงวนรักษาพยานหลักฐานซึ่งอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของคู่พิพาทเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง คำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญา คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อการชำระเงินหรือจำหน่ายทรัพย์สินระหว่างคู่พิพาท คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งจะให้อนุญาโตตุลาการสามารถบังคับตามคำชี้ขาดในท้ายที่สุดได้ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ

อย่างไรก็ดี สำหรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอันเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน คือ คำสั่งขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Relief)[20] และคำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล (Mareva Injunction) ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกมาตรการดังกล่าวได้ คู่พิพาทจะต้องยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวประเภทดังกล่าวต่อศาลเท่านั้น[21] ส่วนอีกความเห็นหนึ่ง หากคู่พิพาทให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็สามารถออกมาตรการดังกล่าวได้[22] ซึ่งในทางปฏิบัติ หากคู่พิพาทจะขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรการประเภทนี้ คู่พิพาทส่วนใหญ่จะไปร้องขอต่อศาล เพราะคำสั่งประเภทดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก[23] ตัวอย่างเช่น คำสั่งให้ธนาคารอายัดเงินฝากในบัญชีคู่พิพาท และเป็นคำสั่งที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวประสงค์ให้ทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) เพื่อสร้างความประหลาดใจ (surprise) ให้กับคู่พิพาท

---

[20] คำสั่งขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน คือ คำสั่งที่ให้คู่พิพาทค้นสถานที่เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี (County Court Remedies Regulations 1991/1222 Explanatory Note) หรือ คำสั่งให้คู่พิพาทอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาในสถานที่ของตนเพื่อตรวจสอบ (Steven Gee, **Mareva Injunctions and Anton Piller Relief**, 4 ed. (London: Sweet & Maxwell, 1998), p.2.) cited in Wael, S., "Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law," p.100.

[21] DAC Report 1996 para 201 states "These Draconian powers (Mareva injunction) are best left to be applied by the Courts, and the provisions of the Bill with respect to such powers have been adjusted accordingly." cited in Wael, S., "Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law," p.100.

[22] Arbitration Act 1996 section 48 states that parties are free to agree on the powers exercisable by the tribunal as regards remedies. Section 48 (3) states that a tribunal can make a declaration as to any matter to be determined in the proceedings and section 48 (5) (a) states that the arbitral tribunal has the same powers as the courts to order or refrain from doing anything.

[23] Shaneen Parikh and Cyril Amarchand Mangaldas, "Obtaining Interim and Permanent Relief in International Ip Arbitration" [Online] Available from: https://www.iam-media.com/global-guide/the-guide-ip-arbitration/1st-edition/article/obtaining-interim-and-permanent-relief-in-international-ip-arbitration [6 November 2022]

อีกฝ่าย ทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่มีเวลาเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล หรือทำลายหรือซ่อนพยานหลักฐาน[24]

ส่วนมาตรการชั่วคราวประเภทห้ามมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการพิจารณาคดีในเขตอำนาจอื่นหากการดำเนินการดังกล่าวได้เริ่มต้นขึ้นในประเทศอังกฤษแล้ว หรือห้ามมิให้คู่พิพาทดำเนินคดีต่อศาลในประเทศอังกฤษเนื่องจากขัดกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (anti-suit injunction) คู่พิพาทส่วนใหญ่จะร้องขอต่อศาล เนื่องจากอำนาจดังกล่าวไม่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษ และอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ถูกมอบให้ศาลเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ[25]

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์อันเป็นประเทศที่ได้รับกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย พบว่า International Arbitration Act มาตรา 12(1) ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก อนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลายกรณี อันได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คำสั่งให้แสดงเอกสารและข้อเท็จจริงใด ๆ คำสั่งให้ทำคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร คำสั่งให้สงวนรักษา พิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว หรือจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของประเด็นข้อพิพาท คำสั่งให้สงวนรักษา คุ้มครองชั่วคราวซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นประเด็นในการพิจารณา คำสั่งให้วางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาท คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการเพื่อมิให้คำชี้ขาดตามกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาทจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินออกไป และคำสั่งห้ามกระทำการใด ๆ เป็นการชั่วคราว หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใด เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พบว่าศาลมีอำนาจน้อยกว่าอนุญาโตตุลาการเสียอีก เพราะศาลไม่มีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทจัดหาหลักประกัน และแสดงเอกสารใด ๆ[26] ซึ่งการจำกัดอำนาจนี้เป็นนโยบาย (long-standing policy) ของประเทศสิงคโปร์ที่ไม่ต้องการให้ศาลเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะคำสั่งทั้งสองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการพิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการโดยตรง อนุญาโตตุลาการจึงควรเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าว[27]

---

[24] Mohmeded, S., “A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales,” p.152.

[25] Ibid., p.150.

[26] International Arbitration Act section 12A (2) states that Subject to subsections (3) to (6), for the purpose of and in relation to an arbitration referred to in subsection (1), the General Division of the High Court has the same power of making an order in respect of any of the matters set out in section 12(1) (c) to (j) as it has for the purpose of and in relation to an action or a matter in the court.

[27] Ronald Wong, “Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration,” in SAcLJ 24(2012), p. 528.

จะเห็นว่า ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ล้วนเป็นคำสั่งที่ใช้บังคับระหว่างคู่พิพาทด้วยกันทั้งสิ้น ไม่มีคำสั่งใดที่กระทบถึงบุคคลที่สาม และคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ เพราะฉะนั้น หากประเทศไทยจะบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจะต้องกำหนดประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอย่างน้อยอนุญาโตตุลาการจะต้องสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวทั้ง 4 ประเภทที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบได้เป็นขั้นต่ำ

สำหรับหลักเกณฑ์การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายแม่แบบกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่า ประการแรก ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ (Harm not adequately reparable) โดยคำชี้ขาดของข้อพิพาทซึ่งความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ หมายถึง ความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้[28] และความเสียหายที่ยากต่อการเยียวยา กล่าวคือ ความเสียหายที่สามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้ แต่หากรออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะกระทำได้ยาก[29] ประการที่สอง ความเสียหายร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหายเท่ากันหรือความเสียหายสามารถเยียวยาโดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ คู่พิพาทฝ่ายยื่นคำขอจะไม่ได้รับการคุ้มครองชั่วคราว[30] ประการที่สาม มีความเป็นไปได้ตามควร (reasonable possibility) ที่คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะตามข้อเรียกร้อง ทั้งนี้ความเป็นไปได้ดังกล่าวจะต้องไม่ส่งผลต่อดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการต้องมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว31 ประการที่สี่ มีความจำเป็นเร่งด่วน (urgent) อนุญาโตตุลาการจะไม่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจนกว่าจะถึงเวลาที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นได้ หากความเสียหายดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นแม้อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรก้าวก่ายความสัมพันธ์ของคู่พิพาท[32]

---

[28] “Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A., & Allan Fosk Kaplún V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2,” (2016).

[29] Stephen Benz, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration,” in Georgetown Journal of International Law 50(2019), p.157-158.

[30] Jose F. SANCHEZ, “Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration,” in Journal of International Arbitration 37, 1 (2020), p. 69-71.

[31] Ibid., p.73-75.

[32] Ibid., p.62-63.

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดบัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถพบได้ในคำตัดสินคดีต่าง ๆ เช่น คดี Clarke L.J. in Cetelem SA v Roust Holdings Limited ได้วางหลักว่า ความจำเป็นเร่งด่วนเป็นปัจจัยหนึ่งในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และหลักเกณฑ์อื่น ๆ เช่น ความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ คู่พิพาทยินยอมให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายสิงคโปร์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงเรื่องหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จึงมีการนำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติมปี ค.ศ 2006 มาเป็นแนวทางในการพิจารณา[33] เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบมาปรับใช้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยได้

สำหรับการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) โดยหลักกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ในเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยชอบหรือศุภนิติกระบวน (Due Process) กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องรับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทหรือคู่ความทั้งสองฝ่ายโดยให้โอกาสในการนำสืบคดีของตนอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่จำต้องให้เวลาเท่ากัน และคู่พิพาทต้องมีสิทธิโต้แย้งพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งเสนอโดยคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดตามพยานหลักฐานนั้น ๆ[34] เพราะฉะนั้น การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทมีความประสงค์จะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ต้องให้โอกาสคู่พิพาทอีกฝ่ายในการแก้ต่างคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อน อย่างไรก็ดี การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นในกรณีฉุกเฉิน หากจะต้องรอพิจารณาพยานหลักฐานจากทั้งสองฝ่ายอาจไม่ทันการ และส่งผลเสียต่อคู่พิพาทฝ่ายร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ได้กำหนดเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการดังปรากฏใน Article 17B และ 17C ใน section 2 ซึ่งกำหนดว่าคำสั่งเบื้องต้น (preliminary order) อันเป็นคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างที่รออนุญาโตตุลาการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว[35] อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้แม้ไม่ได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบ แต่การ

---

[33] John Choong, Mark Mangan, and Nicholas Lingard, in **A Guide to the SIAC Arbitration Rules** (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.238.

[34] รุ่งระวี โสขุมา, “แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม” วิทยานิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 80.

[35] Waraporn Thong-intr, “เรื่องไม่ใหม่ที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยไม่มี : มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: https://www.wcclawoffice.com/post/2013/05/01/this-is-the-title-of-your-first-blog-post [27 ตุลาคม 2565]

ออกคำสั่งดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภายหลังอนุญาโตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งและสามารถแก้ไขยกเลิกคำสั่งได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้นำไปใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วย

เมื่อเปรียบเทียบเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีมาตราใดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ประกอบกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อ 25.1 กำหนดว่า “คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจตามที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวหลังจากที่อนุญาโตตุลาการให้โอกาสคู่กรณีทุกฝ่ายในการแก้ต่างต่อคำขอและเงื่อนไขที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรในพฤติการณ์นั้น...” แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวโดยอาศัยพยานหลักฐานจากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องฝ่ายเดียวได้

กฎหมายสิงคโปร์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ กฎหมายและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน SIAC ไม่ได้บัญญัติอนุญาตหรือห้ามอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวในเรื่องการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่สำหรับอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่สามารถยื่นไปยังอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินฝ่ายเดียวได้ เพราะฉะนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไม่สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ จึงมีผู้สันนิษฐานว่าอนุญาโตตุลาการในกรณีธรรมดาน่าจะไม่สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้เช่นกัน[36] อย่างไรก็ดี มีแนวความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า แม้กฎหมายทั้งสองประเทศไม่ได้บัญญัติเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ และไม่ได้บัญญัติห้ามศาลไม่ให้ใช้อำนาจดังกล่าวในขณะที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจ ทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลจึงมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียว (concurrent power)[37] เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาฝ่ายเดียวได้ และถึงแม้คู่พิพาทให้อำนาจอนุญาโตตุลาการพิจารณาฝ่ายเดียว แต่คู่พิพาทสามารถเลือกที่จะไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลฝ่ายเดียวได้เช่นกัน[38] ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากประเทศไทยจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ ก็จะต้องระบุในกฎหมายไว้อย่างชัดเจนว่า ในภายหลังหากคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งการขอคุ้มครองชั่วคราวประสงค์จะยกเลิก หรือแก้ไขมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอนุญาโตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งนั้น

---

[36] Choong, J., Mangan, M. and Lingard, N., in A Guide to the Siac Arbitration Rules, p.239.

[37] Joseph Lee, “Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and Taiwan,” in CONTEMP. Asia ARB. J 6, 2 (2013), p. 231.

[38] Ibid.

เมื่อมีแนวคิดว่าศาลและอนุญาโตตุลาการต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการได้ จึงต้องพิจารณาว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการควรมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใด กล่าวคือ ประการแรก ทั้งศาลและอนุญาโตตุลาการต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทสามารถเลือกได้ว่าจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวกับใคร (Free choice model) ดังปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้มีข้อดี คือ คู่พิพาทมีอิสระในการเลือกว่าจะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาตามความเหมาะสมและพฤติการณ์แห่งคดี[39] ประการที่สอง ศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีบทบาทหลักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ส่วนศาลมีบทบาทรอง ทำหน้าที่เพียงเข้ามาช่วยเหลือและสนับสนุนให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (Court-subsidiary model) ดังปรากฏในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษ มาตรา 44(5) และกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ มาตรา 12A(6) ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้มีข้อดี คือ กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ ศาลจะเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่จำเป็น[40] ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับรูปแบบนี้ เพราะการบัญญัติในลักษณะดังกล่าว ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียวอันเป็นการสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายแก่คู่กรณีอันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(2) ประเด็นการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมของคู่พิพาท คู่พิพาทมีอำนาจที่จะกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอันเป็นเรื่องของสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาด[41] เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติได้ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องนำคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไปยื่นต่อศาลให้บังคับให้ ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ ศาลจำเป็นต้องบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่

---

[39] กนกพรรณ ชลชวลิต, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ”

[40] Ibid.

[41] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า. 35-36.

เมื่อเปรียบเทียบปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พบว่าประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีลักษณะปัญหาใกล้เคียงกับประเทศไทย แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสาธารณรัฐประชาชนจีนจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แล้วสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล[42] แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าวได้ ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ไม่มีผลบังคับใช้ (binding-yet-unenforceable) เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้เอง คู่พิพาทจึงไม่นิยมใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน[43]

ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์หรือประเทศอังกฤษไม่ปรากฏว่ามีปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการเนื่องจากในสองประเทศดังกล่าวมีการบัญญัติกฎหมายรองรับสภาพบังคับของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน

ประเทศสิงคโปร์บัญญัติให้คำสั่งหรือมาตรการที่สั่งโดยอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะต้องมีผลบังคับเสมือนคำสั่งหรือมาตรการนั้นถูกสั่งโดยศาล[44] เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจึงจำต้องเข้ามาบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว ส่วนประเทศอังกฤษ Arbitration Act 1996 มาตรา 41 บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจบางประการในกรณีที่คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยไม่มีเหตุสมควร อำนาจบางประการที่กล่าวถึง คือ อำนาจในการออก “Peremptory Order” ซึ่งในบทความนี้ จะขอแปลคำนี้ว่า คำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อันเป็นอำนาจที่ให้อนุญาโตตุลาการกำหนดระยะเวลาที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรให้

---

[42] Arbitration Law of the People’s Republic of China section 28, 46 and 68

[43] RAYMOND GAO, “Bridging an Access-to-Justice Gap for International Commercial Dispute Resolution: Recent Developments of Interim Measures in Cross Border Chinese Arbitration,” in Colombia Journal of Transnational Law 59, 3 (2021), p.636-638.

[44] The International Arbitration Act: IAA article 12(6) states that in every case, the General Division of the High Court is to make an order under subsection (2) only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว กฎหมายก็ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะปฏิบัติได้สองประการ ได้แก่

1.) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตามมาตรา 41(6) (7) กล่าวคือ หากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นมาตรการชั่วคราวประเภทกำหนดหลักประกันเพื่อชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดยกข้อเรียกร้องของผู้ร้อง แต่หากเป็นกรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทอื่น อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น หรือทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควร หรือดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว หรือให้จ่ายค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

2.) อนุญาโตตุลาการอาจร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ โดยมีการแจ้งไปยังคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 42

จะเห็นได้ว่าการบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลดีต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการประกันว่าศาลสามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการรองรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ศาลจึง“อาจ”ไม่บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ แม้ในทางปฏิบัติคู่พิพาทส่วนใหญ่จะยินยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพราะคู่พิพาทมีความเกรงว่าหากตนไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการอาจทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่พิพาท (the possibility of drawing adverse inferences by arbitrators)[45] หรือหากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอทำให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม คู่พิพาทอาจไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอีกครั้งโดยนำคำสั่งอนุญาตมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการไปยื่นเป็นหลักฐานประกอบ แต่ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน นอกจาก

[45] Ali Yesilirmak, “Provisional Measures in International Commercial Arbitration” (Doctoral dissertation, University of London, 2003), p.309-310.

จะบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติให้อำนาจบางประการแก่อนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ เช่น จ่ายค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควร เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติให้อำนาจบางประการแก่อนุญาโตตุลาการ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเสร็จสิ้นไปในคราวเดียว ทำให้ศาลเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในการอนุญาโตตุลาการ

อีกประเด็นหนึ่งที่ควรพิจารณา คือ ศาลไม่สามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลที่สามได้ ตัวอย่าง คำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล (Mareva Injunction or freezing order) เนื่องจากคำสั่งประเภทดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามอันเป็นบุคคลภายนอก[46] เช่น คำสั่งให้ธนาคารอายัดเงินฝากในบัญชีของคู่พิพาท เพราะฉะนั้น คำสั่งประเภทดังกล่าว คู่พิพาทส่วนใหญ่จึงไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล[47]

นอกจากนี้ ในกรณีที่ทรัพย์สินของคู่พิพาทที่จะถูกบังคับอยู่ต่างประเทศ แม้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการจะออกในรูปแบบของคำชี้ขาดอันเป็นคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว คู่พิพาทสามารถร้องขอให้ศาลในต่างประเทศบังคับให้ได้ หากปรากฏว่าในประเทศดังกล่าวมีกฎหมายบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตัวอย่างประเทศสิงคโปร์ International Arbitration Act มาตรา 27(1) กำหนดว่า คำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) หมายถึง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในดินแดนของประเทศที่ลงนามในอนุสัญญา (อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958: New York Convention) ส่วนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (arbitral award) หมายความตามคำนิยามที่กำหนดในอนุสัญญาและยังหมายความรวมถึงคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) และมาตรา 29(1) กำหนดว่า ภายใต้หมวดนี้ คำชี้ขาด

---

[46] Shaneen Parikh and Cyril Amarchand Mangaldas, “Obtaining Interim and Permanent Relief in International Ip Arbitration,”

[47] Mohmeded, S., “A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales,” p.152.

ต่างประเทศอาจถูกบังคับใช้ในศาลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำในประเทศสิงคโปร์ที่อาจถูกบังคับใช้ตามมาตรา 19 แสดงให้เห็นว่าคำสั่งหรือมาตรการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) อันรวมถึงคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด หากออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าวให้ถือว่าเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) ที่ศาลในประเทศสิงคโปร์จะยอมรับและบังคับให้หากคำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) ไม่เข้ากรณีเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 31

ในกรณีประเทศที่คู่พิพาทร้องขอไม่ปรากฏกฎหมายในลักษณะดังกล่าว แม้ประเทศที่คู่พิพาทร้องขอจะเป็นประเทศสมาชิกในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 (“New York Convention”) ศาลในต่างประเทศอาจไม่บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งออกในรูปแบบของคำชี้ขาดอันเป็นคำชี้ขาดระหว่างพิจารณาให้(interim award) เพราะในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้กำหนดนิยามของคำชี้ขาด (Award) แต่จากการตีความมาตรา v(1)(e) ของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 ซึ่งกำหนดให้ศาลมีอำนาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งไม่ผูกพันคู่พิพาท[48] แสดงให้เห็นว่าคำชี้ขาดต้องไม่สามารถถูกยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือระงับในภายหลังได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคำชี้ขาดจะต้องมีลักษณะเสร็จเด็ดขาด (Final)[49] เพราะฉะนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา ไม่สอดคล้องกับนิยาม “คำชี้ขาด” ในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1985 เพราะคำชี้ขาดดังกล่าวไม่ได้ทำให้ข้อพิพาทระงับไปทั้งหมดหรือบางส่วน อีกทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลยังสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในภายหลังได้[50]

---

[48] Albert Jan van den Berg, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement,” in ICC International Court of Arbitration Bullentin 18, 2 (2007) p.26. cited in ศักรินทร์ บุญรอด, “การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 248.

[49] Martin J. Valasek and Jenna Anne de Jong, “Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions,” [Online] Available from: https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/6651d077/enforceability-of-interim-measures-and-emergency-arbitrator-decisions [4 December 2022]

[50] Albert Jan van den Berg, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement,” in ICC International Court of Arbitration Bullentin, 18, p.26. cited in ศักรินทร์ บุญรอด, “การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ,” หน้า 248.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ประเทศที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน และกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ในเรื่องดังกล่าว ตลอดจนกำหนดให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ ในขณะที่บางประเทศจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แล้วสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล เช่น ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนจะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ไม่มีผลบังคับใช้ (binding-yet-unenforceable) ในทำนองเดียวกันกับที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้าในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าสมควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้เทียบเท่ากฎหมายแม่แบบเป็นอย่างน้อย เพื่อให้คู่พิพาท สถาบันการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ รวมถึงศาลมีความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวไปในแนวทางและมาตรฐานเดียวกัน อันส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น