

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ - ความสัมพันธ์เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ

INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION

- THE RELATIONSHIP BETWEEN POWER OF COMPETENT COURT AND ARBITRAL TRIBUNAL TO ORDER INTERIM MEASURES

กนกพรรณ ชลชลลิต¹

วันที่รับบทความ 1 มิถุนายน 2565, วันแก้ไขบทความ 15 กรกฎาคม 2565, วันที่รับบทความ 20 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด (Interim measures) นับเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความ เช่นเดียวกับการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในกระบวนการพิจารณาทางศาล กล่าวคือเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ขั้นตอนในช่วงก่อนหรือระหว่างการดำเนินการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการจนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (arbitration award) มักใช้ระยะเวลาสั้น ซึ่งในระหว่างนั้นอาจมีความจำเป็นต้องอาศัยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองหรือป้องกันความเสียหายที่กำลังเกิดหรืออาจเกิดแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเพื่อประโยชน์ในการบังคับตามคำชี้ขาดในอนาคต แต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยชัดแจ้ง จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงความสัมพันธ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย โดยการบัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยชัดแจ้งจะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ และทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสอดคล้องกับระดับสากลมากขึ้น ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจึงได้นำ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL (Model Law of International Commercial Arbitration)² และตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ กฎหมายญี่ปุ่น และกฎหมายเยอรมัน มานำเสนอ วิเคราะห์ พร้อมทั้งได้เสนอความคิดเห็นเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ : มาตรการคุ้มครองชั่วคราว, กระบวนการอนุญาโตตุลาการ, คณะอนุญาโตตุลาการ

¹ นางสาวกนกพรรณ ชลชลลิต, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) (ธรรมศาสตร์), น.บ.ท., LL.M. Thammasat University, LL.M. Chuo University อีเมล: kanokpan.chol@gmail.com

² กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] Model Law on International Commercial Arbitration: UNCITRAL Model Law) (ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “กฎหมายต้นแบบ”)

ABSTRACT

In arbitration proceedings, as in court proceedings, interim measures are an important instrument to protect the rights of the parties to arbitration from the time the dispute has arisen until the issuance of final award.

In recent years, many jurisdictions have been expressly recognized the arbitral tribunal's power to grant interim measures. However, under the Thai Arbitration Act B.E.2545, there is no provision regarding this matter. Consequently, the issue concerning the arbitral tribunal's power to grant interim measures, including the relationship between the competent courts' and arbitral tribunals' authority to order interim measures, under Thai law is yet controversial.

Also, it is necessary to clarify a relationship of the power to grant interim measures between competent court and arbitral tribunal to avoid potential inconsistency or contradiction of interim measures regarding the same matter.

The author is of opinion that the amendment of Thai Arbitration Act by providing a provision granting the arbitral tribunal power to issue interim measures will make Thai law be corresponded with the international standard and can resolve this problem.

This article will introduce and analyze the UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration, Japanese law, and German law as examples of explicit recognition of the arbitral tribunal's power to grant interim measures and then, propose an appropriate resolution regarding the relationship between competent court and arbitral tribunal ordered interim measures.

Keywords : interim measures, arbitration, arbitrators

บททั่วไป

ในการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งย่อมมีจุดเกาะเกี่ยวกับสองประเทศขึ้นไป นั้น หลักการที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปคือ หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่กรณีตกลงให้เป็น “สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration)” ดังนั้นในการพิจารณาเลือกสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีจึงต้องคำนึงว่าประเทศที่จะเลือกให้เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น มีเนื้อหาของกฎหมายอนุญาโตตุลาการและทางปฏิบัติของศาลที่เป็นไปในทางที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากน้อยเพียงใด ซึ่งย่อมครอบคลุมถึงประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยกล่าวคือหากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ย่อมต้องพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่เพียงใด และอำนาจของอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่³

³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554) 33-37, 79; พิศุทธิ์ อรรถกมล, ‘มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ’ ใน 65 ปี เกียรติขจร รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2557) 172-173.

ปัจจุบันหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่ นอกจากศาลแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่ กฎหมายต้นแบบ ฉบับค.ศ.1985⁴ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลายประเทศบัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโต- ตุลาการใน “การออก” มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กฎหมายญี่ปุ่น กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฮ่องกง กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายสิงคโปร์ เป็นต้น⁵

ทั้งนี้ นอกจากอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว เพื่อให้มาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพและสามารถบังคับใช้ได้จริงยิ่งขึ้น ในปี 2006 UNCITRAL ยังได้พิจารณา แก้ไขกฎหมายต้นแบบ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับ “การยอมรับและบังคับตาม” มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดย คณะอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย นอกจากนี้กฎหมายภายในของบางประเทศ เช่น เยอรมัน ฮ่องกง และสิงคโปร์ ยังกำหนดชัดแจ้ง ให้ศาลสามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่า ในปัจจุบันประเทศที่มีกฎหมายภายในเกี่ยวกับการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ยังมีจำนวนน้อยมากแม้แต่ประเทศที่มีบทบัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่น ญี่ปุ่น ก็ยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามมาตรการดังกล่าว⁶

สำหรับประเทศไทยมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยยึดเอากฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย แต่พระราชบัญญัตินี้กลับร่างมาแต่เพียงบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ⁷ โดยมีได้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการสั่งมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 17 ของกฎหมายต้นแบบมาบัญญัติไว้ด้วย⁸ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเห็นว่าผู้ที่ร่างกฎหมายจึงใจ ตัดความในมาตรา 17 ของกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ออกไป ย่อมสันนิษฐานได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ที่จะสงวน อำนาจเช่นว่าไว้ที่ศาลเท่านั้น⁹ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความเห็นแย้งจากอีกฝ่ายว่า แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดย ชัดแจ้ง แต่ตราบใดที่กฎหมายยังมีได้บัญญัติตัดอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

⁴ UNCITRAL Model Law (1985), art 17.

⁵ Japanese Arbitration Act (Act No.138 of 2003) (Japanese Arbitration Act), art 24. German Code of Civil Procedure, s 1041. Hong Kong Arbitration Ordinance, Part 6 Interim Measures and Preliminary Orders, art 35 et seq. French Code of Civil Procedure, art 1468. Singapore International Arbitration Act (IAA), s 12(1)(i).

⁶ อย่างไรก็ตาม ประเทศญี่ปุ่นได้มีการประชุมหารือเพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการลงในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งขณะนี้กำลังอยู่ในขั้นตอนรอเสนอร่างให้สภานิติบัญญัติพิจารณา

⁷ UNCITRAL Model Law (1985), art 9. Arbitration agreement and interim measures by court

“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.” และดู พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 วรรค 1.

“คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น...”

⁸ UNCITRAL Model Law (1985), art 17 Power of arbitral tribunal to order interim measures

“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 dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.”

⁹ พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรรถ 3) 175.

คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจทั่วไปในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้¹⁰ อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันประเด็นนี้ก็ยังไม่ใช่ที่ยุติและยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐาน¹¹ และแม้ว่าในเวลาต่อมาจะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2562 แต่ก็ยังมิได้มีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ส่งผลให้ในกรณีที่มีการตกลงให้ประเทศไทยเป็น “สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” (Place of arbitration) ซึ่งต้องปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย (lex arbitri) ยังคงมีปัญหาในการตีความว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หรือไม่ หรือแม้จะมีการยอมรับว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่หากมีการร้องขอให้ศาลไทยบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น ศาลไทยจะบังคับให้ได้หรือไม่ หรือกรณีที่มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการขัดกัน จะต้องถือตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของฝ่ายใด

ลักษณะและข้อจำกัดบางประการของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรการของคณะอนุญาโตตุลาการมีลักษณะแตกต่างกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลหลายประการ เช่น

(1) ขอบเขตของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่สามารถสั่งได้ กล่าวคือ ศาลไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของภูมินั้น ๆ ได้ ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการมิได้ถูกจำกัดให้ต้องออกมาตรการชั่วคราวเท่าที่กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำการอนุญาโตตุลาการกำหนด คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีอิสระในการกำหนดรูปแบบและรายละเอียดของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมากกว่าศาล ทำให้ลักษณะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจึงอาจมีขอบเขตที่กว้างและหลากหลายกว่าศาล

อย่างไรก็ดี กฎหมายอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจมีบทบัญญัติตัดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทไว้ เช่น ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดสังหาริมทรัพย์ชั่วคราวหรือคำสั่งให้คู่ความนำหลักประกันมาวางโดยอำนาจดังกล่าวถูกสงวนไว้ให้ศาลเท่านั้น¹² นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทได้ด้วยลักษณะข้อจำกัดทางอำนาจบางประการของอนุญาโตตุลาการเอง ซึ่งจะได้กล่าวถึงในข้อต่อไป

(2) ผลบังคับตามกฎหมาย โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ขณะที่ ในทางกลับกัน ตราปใดที่ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจบังคับไว้โดยชัดแจ้ง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ต้องอาศัยความสมัครใจในการปฏิบัติตามของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวเท่านั้น

¹⁰ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ออกข้อบังคับ TAI ข้อ 39 ว่าด้วยอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งระบุว่า การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล และการยื่นคำร้องขอต่อศาลดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด

¹¹ พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรรถ 3) 175.

¹² French Code of Civil Procedure, art 1468; พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรรถ 3) 174.

(3) ศาลสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้มีผลไปถึงบุคคลที่สามได้ ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความที่เป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไปบังคับบุคคลที่สาม เช่น คำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกได้

(4) คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลังจากได้รับการแต่งตั้ง ดังนั้น หากคู่กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนต้องร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และขอบังคับอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีไม่ได้กำหนดกลไกเรื่องอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไว้ คู่กรณีก็ย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการต่างมีข้อดีและข้อจำกัดที่แตกต่างกัน ซึ่งหากคู่กรณีต้องการขอคุ้มครองชั่วคราว คู่กรณีก็ต้องพิจารณาถึงบริบทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ตนต้องการร้องขอ เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่างประเภทกันอาจนำไปสู่หลักการหรือการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันทั้งในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการดังกล่าว ความจำเป็นในการบังคับตามมาตรการดังกล่าวและความสัมพันธ์ของคำสั่งที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้

เมื่อมีแนวคิดที่ว่าทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการต่างควรมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการได้ จึงมีความจำเป็นต้องวิเคราะห์ว่าความสัมพันธ์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการควรเป็นไปในลักษณะใดควรให้ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Free choice model) หรือควรให้การใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งเป็นการตัดอำนาจของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น กรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วให้ศาลทำหน้าที่เป็นเพียงส่วนเสริม (Court-subsidiary model)¹³ ทั้งนี้ กฎหมายแต่ละประเทศอาจมีหลักการและแนวคิดในการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันออกไป

กฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายต้นแบบ (ฉบับ ค.ศ.1985 และฉบับแก้ไข ค.ศ.2006)

ในกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ได้บัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลไว้ในมาตรา 9 และบัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้ในมาตรา 17¹⁴ แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากบทวิเคราะห์ร่างกฎหมายต้นแบบแล้วมีความเห็นว่าควรให้ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งเป็นการตัดอำนาจอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่ต่างกันอยู่แล้ว ในทางปฏิบัติการขัดกันของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของทั้งสององค์กรจึงเกิดขึ้นได้ยาก¹⁵ ดังนั้นจึงสันนิษฐานได้ว่าตามแนวคิดกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ต้องการให้ทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจควบคู่กันไป และให้คู่กรณีมีอิสระในการเลือกว่าจะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อองค์กรใด¹⁶

¹³ พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรรถ 3) 172.

¹⁴ ดู เชิงอรรถ 7; เชิงอรรถ 8.

¹⁵ Report of the Secretary-General, 'International Commercial Arbitration-Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration' (1985) UN Doc. A/CN.9/264, art 9, para 5.

¹⁶ UNCITRAL, 'UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings' (2016) Item 8(a), para 60. <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>> accessed 15 September 2020.

ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายต้นแบบ ในปี ค.ศ. 2006 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยศาล แต่ขณะเดียวกันก็ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 2006 ยังคงมีหลักการและแนวคิดเช่นเดียวกับกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ที่ให้ทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจควบคู่กันและให้อิสระแก่คู่ความในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว

ประเทศญี่ปุ่น¹⁷

ในส่วนของอำนาจศาล ประเทศญี่ปุ่นได้ยอมรับว่าศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในปีพ.ศ.2546 โดยมีแนวคำพิพากษาของศาลประจำกรุงโตเกียว ที่ระบุว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นการตัดสิทธิในการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล¹⁸ และในพระราชบัญญัติวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่งของญี่ปุ่นก็ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการได้¹⁹ ซึ่งในเวลาต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ก็มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการตัดสิทธิของคู่กรณีในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ว่าจะก่อนหรือในขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ²⁰

ในขณะที่อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ในอดีตไม่มีบทบัญญัติชัดแจ้งในเรื่องดังกล่าว ทำให้เกิดการตีความต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงการตัดอำนาจศาลในการชี้ขาดคดี แต่ไม่ได้ตัดอำนาจศาลในการสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไปด้วย และหากคู่ความต้องการร้องขอให้มีการคุ้มครองประโยชน์จะต้องไปร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว แต่ขณะเดียวกันอีกฝ่ายกลับมีความเห็นว่า แม้จะมีสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จนกระทั่งต่อมาเมื่อได้มีการรับเอามาตรา 17 ของกฎหมายต้นแบบ ฉบับค.ศ. 1985 เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการมาตราไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายโดยชัดแจ้ง จึงทำให้ปัญหาการตีความในเรื่องดังกล่าวหมดไป²¹

แต่เนื่องด้วยกฎหมายญี่ปุ่นยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการชั่วคราว จึงยังคงมีความเห็นแยกเป็น 2 แนว โดยแนวคิดแรกเห็นว่าควรให้คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทหลักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และศาลทำหน้าที่เป็นเพียงส่วนเสริม กล่าวคือหากมีความจำเป็นต้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้คู่กรณียื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการก่อน หากมีเหตุที่คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการเช่นว่าไม่ได้

¹⁷ See Japanese Arbitration Act (Act No.138 of 2003). ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต้นแบบ ฉบับปีค.ศ.1985

¹⁸ Tokyo Chiho Saibansho [Tokyo Dist. Ct.] Jul 19, 1954, Sho 29 no. 7, 5 Kakyu Saibansho Minji Saiban Reishu [KAMINSHU] 1110.

¹⁹ Japanese Civil Provisional Remedies Act (Act No. 91 of 1989), art 37 para 5.

²⁰ Japanese Arbitration Act, art 15.

²¹ Japanese Arbitration Act, art 24; See also Masaaki Kondo and others, *Chusaiho Konmentaru* [A Commentary on Arbitration Law] (Shojihomu 2003) 115.

จึงค่อยไปร้องขอต่อศาล (Court-subsidiary)²² ในขณะที่อีกแนวคิดหนึ่งมีความเห็นว่าตราบไต่ที่ไม่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นก็ให้คู่ความสามารถเลือกได้ว่าจะยื่นคำร้องต่อศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Free choice)²³

แต่ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแนวคิดของกฎหมายต้นแบบ ฉบับค.ศ. 1985 อันเป็นที่มาของกฎหมายญี่ปุ่น ซึ่งมีความเห็นว่าควรให้ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งตัดอำนาจอีกฝ่ายหนึ่ง จึงอาจกล่าวได้ว่าในมุมมองของกฎหมายญี่ปุ่นยังคงเห็นว่าควรให้ศาลและคณะอนุญาโตตุลาการต่างฝ่ายต่างมีอำนาจควบคู่กันไป โดยคู่กรณีมีสิทธิเลือกจะไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจากศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

ประเทศเยอรมัน²⁴

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันถูกบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (บรรพ 10 มาตรา 1025 - 1066) โดยมีกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ฉบับ ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย จึงส่งผลให้กฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งยอมรับทั้งอำนาจศาล²⁵ และอำนาจอนุญาโตตุลาการ²⁶ ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี ในเรื่องความสัมพันธ์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดย คณะอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายเยอรมันได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมจากกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ในเรื่องการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ด้วย โดยตัวบทมาตรา 1041 (2) ได้กำหนดว่า หากคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการมีคำร้องขอ ศาลอาจออกคำสั่งบังคับตาม

²² Kaoru Matsuura and Yoshimitsu Aoyama (eds), *Gendai Chusaiho no Ronten* [Issues in Modern Arbitration Law] (Yuhikaku 1998) 179-180; Tatsuya Nakamura, 'The Authority of the Arbitrator to Order Interim Measures (3-final): focusing on the maintenance of the status quo as per the contract' (1998) 45 vol 10 Japan Commercial Arbitration Journal 28, 32.

²³ Takeshi Kojima and Takashi Inomata, *Chusaiho* [Arbitration Law] (Nihonhyoronsha 2014) 266; Koichi Miki and Kazuhiko Yamamoto (eds), *Shinchusaiho no Riron to Jitsumu* [New Arbitration Law Theory and Practice], Opinion of Takeshi Kojima (Yuhikaku 2006) Jurist Zokan 266-267; Mugi Sekido, *Wakariyasui Kokusai Chusai no Jitsumu* [Easy-to-Understand: International Arbitration Practices] (Shojihomu 2019) 67; Asako Matoba, 'Interim Measures by Courts in Relation to International Commercial Arbitration: A Study of the Situation in Singapore' (2011) 1 Kyojo Journal of Law and Politics 51, 75. **エラー! ハイパーリンクの参照に誤りがあります**

²⁴ See Richard Kreindler and Johannes Schmidt, 'S 1033 – Arbitration Agreement and Interim Measures by Court', in Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Kröll and Patricia Nacimiento (eds) *Arbitration in Germany-The Model Law in Practice* (Wolters Kluwer Law & Business 2015) 133, 133-145; Jan Schäfer, 'S 1041– Interim Measures of Protection', in (n 24) 226, 226-237.

²⁵ German Code of Civil Procedure, s 1033 Arbitration Agreement and Interim Measures by Court

"It is not incompatible with an arbitration agreement for a court to grant, before or during arbitral proceedings, an interim measure of protection relating to the subject matter of the arbitration upon request of a party."

²⁶ German Code of Civil Procedure, s 1041 Interim Measures of Protection

"(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order such interim measures of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

(2) The court may, at the request of a party, permit enforcement of a measure referred to in subsection 1, unless application for a corresponding interim measure has already been made to a court. It may recast such an order if necessary of the purpose of enforcing the measure.

(3) The court may, upon the request, repeal or amend the decision referred to in subsection 2.

(4) If a measure ordered under subsection 1 proves to have been unjustified from the outset, the party who obtained its enforcement is obliged to compensate the other party for damage resulting from the enforcement of such measure or from his providing security in order to avoid enforcement. This claim may be put forward in the pending arbitral proceedings."

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่หากปรากฏว่าได้มีคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องที่เกี่ยวข้องต่อศาลแล้ว ทั้งนี้ศาลอาจเปลี่ยนแปลง (recast) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อประโยชน์ในการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว

เมื่อพิจารณาความในด้วยมาตรา 1041 (2) ในส่วนที่ว่า

“ศาลอาจออกคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่หากปรากฏว่าได้มีคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องที่เกี่ยวข้องต่อศาลแล้ว...”

ก็สามารถเข้าใจได้ว่าตามกฎหมายเยอรมันนั้น คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวทั้งต่อศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องเดียวกันได้ โดยถือว่าการใช้อำนาจของทั้งสองฝ่ายเป็นแบบต่างฝ่ายต่างมีอำนาจ และคู่กรณีก็มีอิสระในการเลือกว่าจะร้องขอต่อศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Free choice)

โดยมีข้อสังเกตคือ ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1041 ในกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องที่เกี่ยวข้องกันทั้งต่อศาลและต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ผลของการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นเช่นไรขึ้นอยู่กับช่วงเวลาที่ยื่นคำร้อง กล่าวคือ หากคู่ความยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไปยังคณะอนุญาโตตุลาการก่อน และคณะอนุญาโตตุลาการมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวออกมาก่อนที่คู่ความจะไปยื่นคำร้องขอในเรื่องเดียวกันต่อศาล ศาลอาจมีดุลพินิจที่จะบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่ทั้งนี้ ศาลจะมีคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เฉพาะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย (Principle of Legal Certainty) ซึ่งต้องการให้ผู้ที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถทราบล่วงหน้าถึงผลทางกฎหมายที่ตนจะต้องปฏิบัติตาม นั่นคือศาลจะไม่มีคำสั่งที่จะออกมาบังคับให้ปฏิบัตินอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการสั่งนั้นสามารถบังคับได้จริงภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการแก้ไขปรับเปลี่ยน (recast) ลักษณะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการออกให้เป็นวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลมีอำนาจกำหนดตามกฎหมายได้²⁷ ทั้งนี้ การแก้ไขมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเป็นการแก้ไขในเชิงรูปแบบ มิใช่การแก้ไขในเนื้อหาของคำสั่ง กล่าวคือ ศาลจะไม่ไปพิจารณาในเนื้อหาของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้นใหม่แล้วเปลี่ยนแปลงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่จะเป็นการแก้ไขรูปแบบวิธีการชั่วคราวให้สามารถบังคับได้ในขอบเขตของกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น²⁸

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ได้มีการตั้งข้อสังเกตว่าในทางปฏิบัติไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะแก้ไขรูปแบบคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการให้เข้ากับประเภทของวิธีการชั่วคราวตามกฎหมายได้ในทุกกรณี เพราะคณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลากหลายกว่านั้นมาก²⁹

²⁷ Jan Schäfer (n 24) 234.

²⁸ Jan Schäfer (n 24) 232.

²⁹ See Ronald Wong, 'Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration – A Critique on the International Arbitration Act' (2012)

ในทางกลับกัน หากเปลี่ยนเป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจะไม่สามารถบังคับตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการออกได้ เนื่องจากศาลจะไม่บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการที่ออกมาภายหลังจากที่คู่ความได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเรื่องเดียวกันนั้นต่อศาลแล้ว ทั้งนี้ การที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น มิได้ส่งผลให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการสิ้นผลไป แต่การที่ไม่สามารถบังคับใช้ตามกฎหมายได้อาจทำให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีความหมายในทางปฏิบัตินั่นเอง³⁰

ข้อสังเกตประการต่อมาคือ ในมาตรา 1041 (3) ได้กำหนดให้ศาลสามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งบังคับตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการหากคู่ความมีคำขอได้ด้วย ซึ่งกรณีนี้มิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการยกเลิกคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการที่ศาลได้สั่งไปก่อนหน้านี้ ส่งผลให้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการแม้จะยังคงอยู่แต่ก็ไม่อาจบังคับใช้ได้ จึงทำได้เพียงคาดหวังให้คู่กรณีอีกฝ่ายปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวโดยสมัครใจ หรือต้องยื่นคำร้องขอในเรื่องเดียวกันนี้ต่อศาลใหม่เท่านั้น

บทวิเคราะห์ และข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่อาจตีความว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้โดยถือเป็นอำนาจทั่วไปอันเกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ และแม้ว่ากฎหมายไทยมิได้กล่าวถึงกรณีที่มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการขัดกัน แต่ก็มีให้เห็นในเรื่องดังกล่าวว่า ในทางปฏิบัตินั้นกรณีจะเกิดการขัดกันของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นไปได้ยาก เพราะเหตุของการคุ้มครองของแต่ละฝ่ายนั้นโดยสภาพย่อมแตกต่างกันอยู่แล้ว แต่ถ้าหากขัดกันก็ย่อมต้องถือคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ³¹ ความเห็นดังกล่าวย่อมมีน้ำหนักในแง่ที่ว่าคำสั่งของศาลมีอำนาจบังคับทางกฎหมายจึงควรยึดคำสั่งของศาลเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าคณะอนุญาโตตุลาการย่อมอยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณาถึงความจำเป็น และประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสำหรับคดีนั้นๆ หากให้ยึดเอาคำสั่งของศาลเป็นหลักอาจจะเป็นการลดทอนความหมายของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งยังต้องพิจารณาว่าหลักการดังกล่าวขัดกับแนวคิดที่จะส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพและเป็นอิสระจากกระบวนการพิจารณาทางศาลหรือไม่อีกทางหนึ่งด้วย

ทั้งนี้ หากพิจารณาในแง่การพัฒนาระบบการอนุญาโตตุลาการให้เป็นอิสระและปราศจากการแทรกแซงของศาล โดยให้สามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในวันเดียวจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง แนวคิดที่ว่าให้ศาลเป็นเพียงส่วนเสริมอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Court-subsidiary) จึงย่อมมีน้ำหนักมากกว่า แต่เมื่อพิจารณาจากอีกแง่มุมหนึ่งกลับพบว่าในปัจจุบันข้อจำกัดของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการยังมีอยู่มากทำให้มีหลายกรณีที่คู่ความยังต้องพึ่งพาอำนาจศาลอยู่ เช่น กรณีที่ต้องอาศัยอำนาจบังคับตามกฎหมายของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลในการสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความอีกฝ่าย หรือมีคำสั่งบังคับไปยังบุคคลที่สาม เช่น

³⁰ Shunichiro Nakano, 'The Enforceability of Arbitral Tribunal Ordered Interim Measures – The Interpretation and Operation of Section 1041 of the German Code of Civil Procedure' (2002) 49 vol 8 Japan Commercial Arbitration Journal 9, 10; See also Jan Schäfer (n 24) 233.

³¹ エラー! ハイパーリンクの参照に誤りがあります。สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, บันทึกสรุปสาระสำคัญการอบรมนักกฎหมายทนายความและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ หัวข้อ “ข้อบังคับ 2017 : สิ่งสะท้อนถึงพัฒนาการล่าสุดของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย”(2560) (ความเห็นท่านสรวี ลิ้มปริงสี และท่านสุพจน์ รุ่งโรจน์) <<https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/123937>> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2563.

คำสั่งอายัดเงินในบัญชีเงินฝากธนาคารของจำเลย เป็นต้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้หากต้องยื่นขอคุ้มครองชั่วคราวจากคณะอนุญาโตตุลาการก่อน อาจจะไม่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ต้องการความจำเป็นเร่งด่วน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรให้ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นแบบต่างฝ่ายต่างมีอำนาจ และให้อิสระคู่ความในการพิจารณาตามความเหมาะสมและพฤติการณ์แห่งคดีว่าจะยื่นคำร้องต่อฝ่ายใด (Free choice) ซึ่งจะช่วยให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่า

อย่างไรก็ตาม แม้คู่ความจะมีอิสระในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว แต่หากคู่ความได้ยื่นคำร้องในเรื่องเดียวกัน ทั้งต่อศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ ก็จำเป็นจะต้องวิเคราะห์ว่าจะยึดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลหรือของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนได้นำกฎหมายเยอรมันมาแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน

โดยส่วนที่ 1 มีความเห็นว่า ควรนำแนวคิดของกฎหมายเยอรมันในเรื่องการให้อำนาจศาลในการแก้ไขมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ กล่าวคือให้ศาลออกคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ โดยหากศาลเห็นว่ามาตรการดังกล่าวอยู่นอกเหนือประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ศาลจะสั่งได้ แต่ยังสามารปรับรูปแบบของคำสั่งเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้ได้อยู่ ก็ให้ศาลมีอำนาจแก้ไขรูปแบบวิธีการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวให้สอดคล้องกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลมีอำนาจกำหนดได้ตามกฎหมาย

แต่ในส่วนที่ 2 ซึ่งกฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวมาก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องในเรื่องเดียวกันต่อศาลนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมเพราะแม้ว่าคู่กรณีจะได้อื่นคำร้องขอในเรื่องเดียวกันต่อศาลแล้ว แต่หากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องเดียวกันนั้นออกมาก่อนศาล ศาลก็ควรยึดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก เพราะเมื่อพิจารณาถึงสถานะของผู้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการย่อมอยู่ในสถานะที่รู้ข้อเท็จจริงของคดีมากกว่าศาล ดังนั้น หากมีการขอให้บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ และปรากฏว่ามีคำร้องขอในเรื่องเดียวกันต่อศาลอยู่ในระหว่างพิจารณา ผู้เขียนเห็นว่าควรให้ศาลยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่คู่กรณียื่นต่อศาล และให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการสั่ง ทั้งนี้ หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว ศาลอาจแก้ไขรูปแบบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ตามที่มีการวิเคราะห์ไปข้างต้น

อย่างไรก็ดี ข้อเสนอแนะของผู้เขียนในบทความฉบับนี้เป็นเพียงการนำเสนอประเด็นปัญหาและแนวทางเบื้องต้นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น การศึกษาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในเชิงลึกยังความจำเป็นต้องศึกษาแยกตามบริบทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่ละประเภท ซึ่งอาจนำไปสู่หลักการหรือการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันได้ทั้งในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการดังกล่าว การบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และความสัมพันธ์ของคำสั่งที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้ การพัฒนาระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในประเด็นเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็ยังมีอีกหลายประเด็นที่ต้องศึกษาและวิเคราะห์เพิ่มเติม เช่น เขตอำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อนำเสนอในโอกาสต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554).

ภาษาอังกฤษ

Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Kröll and Patricia Nacimiento (eds) Arbitration in Germany-The Model Law in Practice (Wolters Kluwer Law & Business 2015).

ภาษาญี่ปุ่น

Kaoru Matsuura and Yoshimitsu Aoyama (eds), Gendai Chusaiho no Ronten [Issues in Modern Arbitration Law] (Yuhikaku 1998).

Koichi Miki and Kazuhiko Yamamoto (eds), Shinchusaiho no Riron to Jitsumu [New Arbitration Law Theory and Practice] (Yuhikaku 2006) Jurist Zokan.

Masaaki Kondo and others, Chusaiho Konmentaru [A Commentary on Arbitration Law] (Shojihomu 2003).

Mugi Sekido, Wakariyasui Kokusai Chusai no Jitsumu [Easy-to-Understand: International Arbitration Practices] (Shojihomu 2019).

Takeshi Kojima and Takashi Inomata, Chusaiho [Arbitration Law] (Nihonhyoronsha 2014).

บทความ

ภาษาไทย

พิศุทธิ์ อรรถกมล, ‘มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ’ (2557) ใน 65 ปี เกียรติขจร รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2557) 175.

ภาษาญี่ปุ่น

Asako Matoba, ‘Interim Measures by Courts in Relation to International Commercial Arbitration: A Study of the Situation in Singapore’ (2011) 1 Kyojo Journal of Law and Politics 51.

Ronald Wong, ‘Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration – A Critique on the International Arbitration Act’ (2012) 24 Singapore Academy of Law Journal 499.

Shunichiro Nakano, ‘The Enforceability of Arbitral Tribunal Ordered Interim Measures – The Interpretation and Operation of Section 1041 of the German Code of Civil Procedure’ (2002) 49 vol 8 Japan Commercial Arbitration Journal 9.

Tatsuya Nakamura, ‘The Authority of the Arbitrator to Order Interim Measures (3-final): focusing on the maintenance of the status quo as per the contract’ (1998) 45 vol 10 Japan Commercial Arbitration Journal 28.

คำพิพากษา

Tokyo Chiho Saibansho [Tokyo Dist. Ct.] Jul 19, 1954, Sho 29 no. 7, 5 Kakyu Saibansho Minji Saiban Reishu [KAMINSHU] 1110.

อื่นๆ

ภาษาไทย

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, บันทึกสรุปสาระสำคัญการอบรมนักกฎหมาย ทนายความและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ หัวข้อ “ข้อบังคับ 2017 : สิ่งสะท้อนถึงพัฒนาการล่าสุดของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย”(2560) <<https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/123937>> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2563.

ภาษาอังกฤษ

UNCITRAL. Report of the Secretary-General on ‘International Commercial Arbitration-Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration’. UN Doc. A/CN.9/264.

———. ‘UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings’ (2016) <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>> accessed 15 September 2020.