

ประสิทธิภาพและข้อจำกัดบางประการ  
ของคณะอนุญาโตตุลาการในการออก  
มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

วราลี โยธาวิจิตร



ประสิทธิภาพและข้อจำกัดบางประการของคณะอนุญาโตตุลาการ  
ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว\*  
Efficiency and Limitations of Arbitral Tribunals  
in Issuing Interim Measures

วราลี โยธาวิจิตร\*\*  
Waralee Yothawijith

บทคัดย่อ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวถือเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาคดีก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะออกคำสั่งชั่วคราว เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงทีตลอดจนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อันเป็นหลักประกันว่าคำสั่งจะสามารถบังคับได้ โดยลักษณะสำคัญประการหนึ่งของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ การใช้อำนาจในการบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่ง

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหามาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสวางค์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข.

This research article is a part of thesis “Issues of Interim Measures in Arbitration.” This Thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Chulalongkorn University. Associate Assistant Professor Dr.Pornson Liengboonlertchai is an advisor. Adjunct Professor Dr.Kamolchai Rattanasakalwong and Assistant Professor Dr.Tidarat Sinlapapiromsuk are examiners.

\*\*นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: Waralee.ytwj@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 1 พฤศจิกายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 กันยายน 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 10 พฤศจิกายน 2568.

อย่างไรก็ตาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 16<sup>1</sup> เพียงมาตราเดียว ทำให้ที่เกิตปัญหาการตีความว่า ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการนี้ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและบังคับตามคำสั่งของตนหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลจะต้องบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เนื่องจากสถานะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำสั่งที่ศาลอาจบังคับได้

จากการศึกษาพบว่า เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาทได้ตกลงหรือให้ความยินยอมไว้ อย่างไรก็ตามแม้จะมีการตีความในลักษณะดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจตุลาการบางส่วน (Quasi-Judicial) ซึ่งหากรัฐไม่ได้รับรองการใช้ อำนาจคุ้มครองชั่วคราว การออกคำสั่งดังกล่าวก็จะมีสถานะไม่แตกต่างจากการประนอมข้อพิพาทแต่อย่างใด นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังขาดอำนาจในการบังคับ (Lack of Coercive Power) ไปยังคู่พิพาท ฝ่ายที่ดื้อแพ่งและบุคคลภายนอก ดังนั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงไม่ได้ให้อำนาจ แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งหากกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ต้องการรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงปัญหาและลักษณะอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป

**คำสำคัญ:** คณะอนุญาโตตุลาการ, อำนาจกึ่งตุลาการ, มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

---

<sup>1</sup>พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ, มาตรา 16.

## Abstract

Interim Measures constitute a critically important mechanism in arbitral proceedings prior to the rendering of a final award by the arbitral tribunal. Their primary function is to prevent imminent and irreparable harm and to safeguard the rights and interests of both disputing parties, thereby ensuring that the eventual award remains enforceable. A defining characteristic of provisional measures lies in the exercise of coercive authority, compelling the parties to comply with the tribunal's orders.

However, under the Arbitration Act B.E. 2545 of Thailand, provisions concerning provisional or interim measures are contained solely in Section 16. This limited legislative framework gives rise to interpretive uncertainty as to whether arbitral tribunals under the Act are vested with the authority to grant and enforce provisional measures. Furthermore, it remains unsettled whether domestic courts are bound to enforce such interim orders, given that provisional measures do not constitute an award within the meaning of the Act and therefore do not fall within the scope of judicial enforcement.

Pursuant to the Contractual Theory, an arbitral tribunal may possess the authority to grant interim measures where the parties have expressly consented thereto. Notwithstanding such contractual consent, an arbitral tribunal is vested solely with limited quasi-judicial powers. In the absence of statutory recognition, any order issued would not constitute an enforceable judicial act but would effectively operate as a private settlement. Moreover, an arbitral tribunal lacks coercive power over non-compliant parties or third parties. Accordingly, the Thai Arbitration Act B.E. 2545 does not confer authority upon arbitral tribunals to issue interim measures. Recognition of such powers under arbitration law requires careful consideration of the tribunal's jurisdictional limits and the structural characteristics of arbitration to ensure the legitimacy and enforceability of interim measures.

**Keywords:** arbitral tribunal, quasi-judicial, interim measures

## 1. บทนำ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ นอกเหนือจากวิธีการดำเนินคดีทางศาล เนื่องด้วยลักษณะเฉพาะบางประการที่มีความสะดวก รวดเร็ว กระบวนการมีความสอดคล้องกับความต้องการของนักธุรกิจ และที่สำคัญคู่พิพาทมีเสรีภาพในการกำหนดวิธีพิจารณา รวมถึงคัดเลือกอนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาคดี จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเกิดจากเจตนาของคู่พิพาท (Party Autonomy) ที่ประสงค์จะผูกพันให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่พิพาทในรูปแบบของสัญญา แต่กระบวนการดังกล่าวไม่อาจดำเนินการโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐได้ และการอนุญาโตตุลาการถือเป็นองค์กรทางศาลของเอกชนที่รัฐได้ยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการก็เท่ากับเป็นการใช้อำนาจตุลาการที่รัฐได้ยอมรับ<sup>2</sup> ดังนั้น รัฐยังคงมีอำนาจควบคุมและกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการ ที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือดินแดนของตน ดังจะเห็นได้จากการมีผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ จะต้องเข้ามาควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีความเป็นธรรม ควบคุมเสรีภาพของคู่พิพาทให้เหมาะสมและเป็นธรรม อันเป็นการส่งเสริมให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความน่าเชื่อถือและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ถือเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาคดีก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะออกคำชี้ขาด เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงที ตลอดจนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อันเป็นหลักประกันว่าคำชี้ขาดจะสามารถบังคับได้ เพราะหากภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการออกคำชี้ขาดแล้วไม่สามารถบังคับได้ การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาก็จะไร้ผลไปในที่สุด อย่างไรก็ตาม ลักษณะสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องบังคับคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่สุจริตผ่านการใช้อำนาจรัฐ

สำหรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ปรากฏว่ามีบทบัญญัติเรื่องการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 16<sup>3</sup> เพียงมาตราเดียว โดยกำหนดให้คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ

<sup>2</sup>วรรณชัย บุญบำรุง, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 223.

<sup>3</sup>พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ, มาตรา 16.

อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลมีอำนาจในการจัดการตามคำร้องขอของคู่พิพาท อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะพบบัญญัติดังกล่าวได้รับรองอำนาจของศาลในการดำเนินการแต่ก็มิได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอำนาจเฉพาะของศาล (Exclusive Power) จึงทำให้ที่ผ่านมาเกิดปัญหาความลักลั่น ดังนี้

ประการแรก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด (Mandatory Provision)<sup>4</sup> คู่พิพาทย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) โดยอาศัยความตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จะเห็นได้จากการที่กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อความสะดวกของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา โดยไม่มีความจำเป็นต้องร้องขอต่อศาล และการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการนำกฎหมายแม่แบบมาเป็นต้นแบบในการตรากฎหมาย จึงมีการพยายามตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่ง<sup>5</sup> กำหนดไว้ว่า หากคู่พิพาทร้องขอมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาด อย่างไรก็ตาม กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ยังคงมีบทบัญญัติและบริบทที่แตกต่างไปจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งการตีความเช่นนั้น แท้ที่จริงแล้วคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ และจะเกิดปัญหาตามมาอย่างน้อยเพียงใดเมื่อพิจารณาตามบริบทของประเทศไทย

ประการที่สอง จากปัญหาความไม่ชัดเจนว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หากปรากฏว่าภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งหรือมีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจะต้องบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เนื่องจากสถานะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาดที่ศาลอาจบังคับได้

ด้วยเหตุแห่งปัญหาดังกล่าว กระบวนการอนุญาโตตุลาการแม้จะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากเหตุแห่งสัญญาแต่ถูกรับรองให้มีสภาพบังคับโดยรัฐ (State) รวมถึงการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจรัฐ (State power) ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษามาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

---

<sup>4</sup>สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, **บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด: Mandatory Provision** [Online], available URL: <https://tai.coj.go.th/th/content/article/detail/id/10082/iid/196977>, 2563 (มิถุนายน,12).

<sup>5</sup>ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2560, ข้อ 39.

## 2. ความสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หมายถึง มาตรการที่ศาลออกคำสั่งในระหว่างการพิจารณาให้คู่ความกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสิน เพราะมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เพื่อรักษาสีทธิของคู่ความ หรือคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความไม่ให้สิทธิและทรัพย์สินต่าง ๆ ได้รับความเสียหายซึ่งไม่อาจที่จะแก้ไขเยียวยาได้ในภายหลังไว้เป็นการชั่วคราว<sup>6</sup> อนึ่ง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวนั้นจะมีผลใช้บังคับเพียงชั่วคราวหนึ่ง คือ ในช่วงเวลาก่อนศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเท่านั้น นอกจากนี้ การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นดุลพินิจของศาล (A Discretionary Power of Court) ซึ่งจะกำหนดหรือไม่กำหนดก็ได้<sup>7</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายได้บัญญัติให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอรับความคุ้มครองโดยเร่งด่วนเพื่อลดความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีหรือก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีนั้น ซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและเหตุผลอันสมควร เหตุที่ศาลต้องมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลใช้ระยะเวลาค่อนข้างนานทำให้ในระหว่างการดำเนินกระบวนการดังกล่าว คู่ความฝ่ายที่ทราบว่าตนจะแพ้คดีอาจกระทำการบางอย่างกับทรัพย์สินหรือสิทธิของตน เพื่อหลีกเลี่ยงการที่ตนจะถูกบังคับคดีในอนาคต ดังนั้น ศาลจึงต้องออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอย่างทันท่วงที เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายที่แก้ไขได้ยากซึ่งแม้ศาลจะมีคำพิพากษาแล้วก็ไม่อาจบังคับให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้นไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการบังคับคดีตามคำพิพากษา ดังนั้น เมื่อศาลมีคำพิพากษาเรียบร้อยแล้วคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีย่อมต้องดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษานั้น ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดต่อไป<sup>8</sup>

<sup>6</sup>สุมนธา พันธสมบัติ, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 34.

<sup>7</sup>อภิรดี สุทธิสมณ, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 4-5.

<sup>8</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-7.

### 3. พัฒนาการการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีประวัติศาสตร์และพัฒนาการที่ยาวนาน แต่แนวความคิดเกี่ยวกับการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเริ่มปรากฏครั้งแรกในสมัยยุคกลางของอังกฤษ ที่มักจะมีข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินและต้องให้ศาลตัดสินว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของใคร ซึ่งโจทก์สามารถยื่นฟ้องและต้องแสดงพยานหลักฐานถึงการเป็นเจ้าของในที่ดิน จากนั้นศาลจึงจะออกคำสั่งเพื่อชี้ขาดกรรมสิทธิ์ ซึ่งการขอยื่นฟ้องดังกล่าว มีระยะเวลาที่ยาวนาน และเข้าถึงได้ยาก ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาการออกคำสั่ง Possessory Assizes<sup>9</sup> ซึ่งเป็นคำสั่งคุ้มครองผู้ถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยไม่ต้องแสดงถึงพยานหลักฐานในกรรมสิทธิ์ตั้งแต่ต้น ช่วยให้ผู้ที่เคยครอบครองโดยสงบสามารถเรียกร้องสิทธิคืนกลับมาก่อนได้ โดยไม่ต้องรอให้มีคำพิพากษา อันเป็นการบรรเทาผลกระทบที่เกิดขึ้นระหว่างช่วงเวลาที่ยังไม่มีคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการเมื่อศตวรรษที่ 20 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของนักธุรกิจ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการพัฒนาการค้าและธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ช่วงศตวรรษที่ 20 ในปี ค.ศ. 1915 ตลาดหลักทรัพย์แห่งบัวโนสไอเรส (Bolsa de Comercio) และหอการค้าสหรัฐอเมริกา (U.S. Chamber of Commerce) ได้มีการวางกลไกการระงับข้อพิพาทเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างนักธุรกิจในสหรัฐอเมริกาและอาร์เจนตินา (1915 Plan) โดยมอบอำนาจให้แก่คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการภายใต้หอการค้า จัดการกับการจำหน่ายสินค้าที่เน่าเสียง่ายหรือสินค้าตามฤดูกาล ซึ่งมาตรการดังกล่าวประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากในการช่วยเหลือนักธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงที่เศรษฐกิจถดถอย คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความไว้วางใจดังเช่นที่ผ่านมา ส่งผลให้อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงไม่ได้รับการยอมรับเช่นเดียวกัน ประกอบกับด้วยอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับเช่นเดียวกันกับศาล แต่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ค.ศ. 1980 การค้าเริ่มกลับมาฟื้นตัว การอนุญาโตตุลาการเริ่มได้รับความไว้วางใจมากยิ่งขึ้น แนวคิดการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองจึงเริ่มฟื้นตัว ซึ่งสะท้อนผ่านกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL MODEL LAW)

---

<sup>9</sup>Ali Yesilirmak, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration," (The degree of Doctor of Philosophy Queen Mary College University of London, 2003), p. 237.

#### 4. หลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการพิจารณาในศาลรวมทั้งของอนุญาโตตุลาการได้ถูกกำหนดขึ้นโดยหลักทฤษฎีหรือหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งแทรกซึมเป็นเนื้อเดียวกันอย่างใกล้ชิดในตัวของกฎหมายวิธีพิจารณาความ<sup>10</sup> ซึ่งในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลนั้น ศาลจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามหลักการพื้นฐานของการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือสถานะของคู่ความในคดีไม่ให้เกิดความเสียหายระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล แต่ในชั้นอนุญาโตตุลาการ การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังมีความแตกต่างตามกฎหมายภายในและแนวความคิดของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม หากคณะอนุญาโตตุลาการต้องออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแล้ว ในทางวิชาการมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็ต้องประกอบด้วย 5 หลักเกณฑ์<sup>11</sup>

##### 4.1 การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจ (Prima Facie Showing of Jurisdiction)

เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ คือ ปัจจัยแรกในการพิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หากคณะอนุญาโตตุลาการปราศจากขอบอำนาจในการดำเนินกระบวนการแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ที่ยังเป็นข้อถกเถียงและไม่แน่นอนว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจำเป็นที่จะต้องแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยขอบอำนาจของตนได้และพิจารณาในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อไปและต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษอย่างยิ่งในการพิจารณาถึงขอบอำนาจของตน<sup>12</sup> แต่ในกรณีนี้อาจนำมาซึ่งข้อเสียบางประการ กล่าวคือ หากคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนมีขอบอำนาจในการพิจารณาคดีอันเป็นไปตามหลักการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง ปรากฏว่าภายหลังปราศจากอำนาจ แต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอาจเสียหายตามคำสั่งดังกล่าว ตลอดจนคำชี้ขาดที่ออกมาบังคับแก่คู่พิพาทก็จะเปล่าประโยชน์ไปในที่สุด อันทำให้

<sup>10</sup>วรรณชัย บุญบำรุง, เรื่องเดิม, หน้า 128.

<sup>11</sup>Stephen Benz, "Strengthening Interim Measures in International Arbitration," *Georgetown Journal of International Law* (2019): 152.

<sup>12</sup>José María Abascal Zamora, "The Art of Interim Measures," *ICCA Congress Series International Arbitration* 13 (2006): 751-767.

คู่พิพาทเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายโดยไม่มีความจำเป็น ตัวอย่างคดี Pey Casado<sup>13</sup> เป็นคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่าตนมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาททำให้เกิดข้อสังเกตว่า กรณีนี้เป็น การชี้ขาดอำนาจแบบหมุนวน (Circular)<sup>14</sup> หรือไม่ ทั้งนี้ การวินิจฉัยว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจ สามารถกระทำได้โดยง่าย แม้ว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะได้พยายามคัดค้านถึงความถูกต้องของเขตอำนาจแล้วก็ตาม ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือคู่พิพาทมิใช่เหนือ ข้อพิพาท และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องถูกบังคับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยไม่ชอบ หรือ ตัวอย่างคดี Nicaragua v. United States of America (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua) ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้มีการนำ หลักเกณฑ์การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจ (Prima Facie)<sup>15</sup> มาปรับใช้ หรือในคดี ต่อมาในการพิจารณาออกคำสั่งซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการใน Iran-US Claims Tribunal ได้นำหลักเกณฑ์ ดังกล่าวมาปรับใช้เช่นเดียวกันกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณา ถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักเกณฑ์ประการแรกสุดที่สำคัญอย่างยิ่งใน การพิจารณา

#### 4.2 การแสดงพยานหลักฐาน (Prima Facie) ว่าคดีมีมูล (Merit)

การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น คู่พิพาทต้องแสดงพยานหลักฐาน (Prima Facie) และเหตุอันน่าเชื่อถือว่า การร้องขอของตนนั้นมีมูลหรือมีแนวโน้มว่าจะชนะคดีและควรได้รับการคุ้มครอง ในชั้นคุ้มครองชั่วคราว<sup>16</sup> อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการควรพิจารณาในเบื้องต้นภายใต้ขอบเขต ที่จำกัดเท่านั้นและใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ตัดสินคดีล่วงหน้า ตลอดจนคณะอนุญาโตตุลาการ ควรตัดสินใจหรือชั่งน้ำหนักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างสมเหตุสมผลในทางการค้า

---

<sup>13</sup>ITALAW, Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (I), ICSID Case No. ARB/98/2 [Online], available URL: <https://www.italaw.com/cases/829>, 2024 (May,12).

<sup>14</sup>สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, อำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง (Competence-competence): ที่มาและแนวคิดเบื้องต้น [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=-xKNaQv8YyE&t=1367s>, 2566 (ตุลาคม, 9).

<sup>15</sup>Carlos Argüello, The International Court of Justice's intrinsic powers to decide all cases brought before it [Online], available URL: <https://cil.nus.edu.sg/blogs/the-international-court-of-justices-intrinsic-powers-to-decide-all-cases-brought-before-it/>, 2025 (May, 2).

<sup>16</sup>Ali Yesilirmak, op. cit, p. 237.

ยกตัวอย่างเช่น หากผู้เรียกร้องซึ่งเป็นผู้รับอนุญาต (licensee) ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐาน (Prima Facie) ว่าการบอกเลิกสัญญาอนุญาต (License agreement) ไม่ถูกต้อง ในขณะที่ผู้คัดค้าน ซึ่งเป็นผู้ให้อุญาต (Licensor) มีเหตุผลในการบอกเลิกสัญญา การที่คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ผู้คัดค้านยังคงอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินหรือสิทธิที่ได้รับอนุญาตต่อไปนั้น ก็อาจจะไม่สมเหตุสมผล หรือในตัวอย่างคดี ICC case 9301<sup>17</sup> ที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ออกคำสั่งห้ามชั่วคราว ห้ามคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ร้อง เนื่องจากผู้ร้องสามารถพิสูจน์ได้ในเบื้องต้นว่าตนมีสิทธิเรียกร้อง (Merit) ในการห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าว ในทางตรงกันข้ามในคดี ICC Final Award 5804 of 1989<sup>18</sup> คำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกปฏิเสธ เนื่องจากผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคดีมีมูลได้ ทั้งนี้ สถาบันผู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือก (Chartered Institute of Arbitrators) ได้วางหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยในการออกมาตรการดังกล่าว สิ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการควรพิจารณา คือ การแสดงหลักฐานว่าคดีมีมูล (Prima Facie Showing of Merit) โดยคณะอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาคำร้องขอมาตรการชั่วคราวควรพิจารณาข้อมูลที่อยู่เบื้องหน้าว่าคดีของผู้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะในข้อพิพาทหรือไม่ และคณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรตัดสินและชี้ขาดระหว่างการร้องขอมาตรการนี้<sup>19</sup>

### 4.3 ความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm)

การออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งหากไม่มีการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ทันโดยคำชี้ขาด (Harm not Adequately Reparable) โดยทั่วไปแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราว หากคู่พิพาทที่ร้องขอมาตรการสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจะต้องเกิดความเสียหายร้ายแรงอย่างแน่นอน เพียงมีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้นก็ถือว่าเพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหลักการที่ใช้ในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มาตรฐานของคำว่า “ความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้” นั้น จะมีมาตรฐานต่ำกว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังจะเห็นได้จาก

<sup>17</sup>Ibid, p. 238.

<sup>18</sup>Ibid, p. 237.

<sup>19</sup>Chartered Institute of Arbitrator’s International Arbitration Practice Guidelines on the Application of Interim Measures, Article 2.

ในคดี Paushok V. Mongolia<sup>20</sup> โดยผู้เรียกร้อง (Paushok) ได้ยื่นหนังสือต่อ คณะอนุญาโตตุลาการ กล่าวหาว่าผู้คัดค้าน (Mongolia) ละเมิดข้อผูกพันภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐรัสเซียและรัฐบาลแห่งมองโกเลีย โดยการบังคับใช้กฎหมาย Windfall Profit Tax Law (WPT Law) รวมถึงกฎหมายแร่ 2549 ซึ่งได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว และคำสั่งห้ามชั่วคราว ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงคดีมีมูลและองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ความเสียหายที่มีอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm) โดยผู้คัดค้าน (Mongolia) ต่อสู้ว่าหากเกิดความเสียหายอย่างใด ๆ ขึ้นต่อผู้เรียกร้อง (Paushok) แล้ว ความเสียหายดังกล่าวสามารถเยียวยาได้ด้วยตัวเงิน แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการจ่ายเงินภาษี (WPT) มีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การล้มละลายและการสูญเสียการลงทุนของผู้เรียกร้อง (Paushok) ดังนั้น การพิจารณาถึงความเสียหายอันมีอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm) เพียงแต่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้น ก็ถือว่าเพียงพอแล้วที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่ง หรือในคดี PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea แม้ว่าฝ่ายผู้คัดค้านจะอ้างว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นสามารถเยียวยาได้ด้วยการจ่ายค่าเสียหายแต่คณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในที่สุด<sup>21</sup> ทั้งนี้ ตาม Article 17 A แห่งกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ไม่ได้กำหนดให้ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ เพียงแต่ มีแนวโน้มว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะไม่สามารถชดเชยได้อย่างเพียงพอด้วยค่าชดเชยหากไม่มีการสั่งมาตรการนี้ และความเสียหายดังกล่าวมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้นกับคู่พิพาท ที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งการพิจารณาถึงแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นนี้แสดงให้เห็นถึง การใช้เกณฑ์ที่ค่อนข้างยืดหยุ่นในการประเมินความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้น ในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการจึงมักถูกกล่าวว่ามีลักษณะยืดหยุ่นและข้อบังคับของ สถาบันอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้กำหนดถึงการใช้ดุลยพินิจไว้อย่างชัดเจน<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup>ITALAW, Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia [Online], available URL: <https://www.italaw.com/cases/816>, 2025 (March, 21).

<sup>21</sup>Yue-Zhen Li, (Interim Measures in International Arbitration: The Case for Applying High Standards) [Online], available URL: <https://aria.law.columbia.edu/interim-measures-in-international-arbitration-the-case-for-applying-high-standards/>, 2025 (March, 21).

<sup>22</sup>Ibid.

#### 4.4 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการนี้ถูกนำมาใช้เพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิและผลประโยชน์ของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้แน่ใจว่าคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกมามีความเหมาะสมและสมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะบรรลุ ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในทุกระบบกฎหมาย เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว หลักความได้สัดส่วนถือเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่ใช้ควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐภายใต้หลักนิติรัฐว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ทั้งนี้ การใช้ดุลยพินิจในการใช้อำนาจนั้นต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่สมเหตุสมผล<sup>23</sup> จะเห็นได้ว่าหลักการนี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาพิจารณาเมื่อมีการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยหลักการนี้มีใจความสำคัญว่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ร้องขอนั้น จะต้องไม่มากเกินไปเกินสัดส่วนกับประโยชน์ที่ผู้ร้องจะได้รับจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (Balance of Convenience) เมื่อมีการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ยกตัวอย่างคดี Paushok V. Mongolia ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักความได้สัดส่วนเข้ามาชั่งน้ำหนักระหว่างการบังคับใช้กฎหมาย Windfall Profit Tax Law (WPT) ในการเรียกเก็บภาษีที่สูงขึ้นและความเสียหายของเอกชน โดยในการชั่งน้ำหนักคณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าแม้ว่าผู้คัดค้าน (Mongolia) มีสิทธิในการบังคับใช้กฎหมายภาษี (WPT) แต่ก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบของกฎหมายดังกล่าวต่อการลงทุนต่างชาติ

#### 4.5 ความจำเป็นเร่งด่วน (Urgency)

การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ความจำเป็นเร่งด่วนถือเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่คู่พิพาทจำเป็นต้องแสดงให้เห็น คณะอนุญาโตตุลาการเห็น ซึ่งความจำเป็นเร่งด่วนถือเป็นปัจจัยที่สำคัญ ที่คณะอนุญาโตตุลาการนำมาพิจารณาในการออกมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีระหว่างกระบวนการพิจารณา โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาว่ามีความเร่งด่วนเพียงใด เช่น ในกรณีที่สินค้าเน่าเสียง่ายตามฤดูกาล หากเกิดข้อพิพาทขึ้นถือเป็นสถานการณ์ที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่อาจต้องได้รับการคุ้มครองชั่วคราวจากคณะอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างคดี Railroad

<sup>23</sup>วุฒิชัย จิตตานุ, “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล,”วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 8, 22 (มกราคม - เมษายน 2549): 47.

Development Corp. (RDC) v. Guatemala<sup>24</sup> โดย RDC ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และขอให้บังคับ Guatemala เก็บรักษาเอกสารบางอย่างที่ RDC เชื่อว่ามีความสำคัญต่อคดีพิพาทนี้ โดยมีมูลเหตุมีข้อมูลข่าวว่าเอกสารของรัฐบาล Guatemala บางฉบับได้ถูกขโมย ทำลาย หรือ สูญหายภายใต้รัฐบาลใหม่ ทั้งนี้ Guatemala คัดค้านว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เหมือนกับ กระบวนการค้นหาหลักฐานหรือข้อมูลในศาลของสหรัฐอเมริกาที่มีการค้นหาและเก็บรักษาหลักฐาน จำนวนมากอย่างเข้มงวด การขอให้เก็บรักษาเอกสารของ RDC ไม่มีความจำเป็นเร่งด่วนแต่ประการใด และท้ายที่สุดแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า คำร้องขอของ RDC ไม่มีเหตุจำเป็น เร่งด่วน จึงปฏิเสธที่จะออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หรือในตัวอย่างคดี Tokios Tokelés v. Ukraine<sup>25</sup> โดยผู้เรียกร้อง (Tokios Tokelés) ได้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อหยุดการดำเนินคดีอาญา การยึดทรัพย์สินและการตรวจสอบภาษีในยูเครน แต่คณะอนุญาโตตุลาการ ปฏิเสธคำร้องของผู้เรียกร้องเนื่องจากผู้เรียกร้องไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นเร่งด่วนได้

## 5. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไทย

### 5.1 การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530<sup>26</sup>

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประเทศไทยได้มีการตรา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และบังคับใช้แก่การอนุญาโตตุลาการมาเป็นระยะเวลา ที่ยาวนาน นับแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2530 แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมน้อยมากในการระงับข้อพิพาท แต่กลับยังมีรายละเอียดบางประการที่มีความบกพร่องและไม่มีลักษณะที่เป็นสากล นอกเหนือจากนี้ ยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในมาตรา 18 ดังนี้

“ในกรณีที่ต้องอาศัยอำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยาน ให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสาร หรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา หรือให้ชี้ขาด เบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ

---

<sup>24</sup>ITALAW, *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23 [Online], available URL: <https://www.italaw.com/cases/887>, 2025 (March, 21).

<sup>25</sup>ITALAW, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18 [Online], available URL: <https://www.italaw.com/cases/1099>, 2025 (March,21).

<sup>26</sup>ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 104 ตอนที่ 256 หน้า 1 ลงวันที่ 12 สิงหาคม 2530.

ให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นนั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือคณะอนุญาโตตุลาการแต่ยังคงปรากฏความบกพร่องหลายประการ และแม้ว่าศาลจะมีอำนาจในการช่วยเหลือคณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่กลับไม่เป็นที่แน่ชัดว่าสามารถบังคับได้เฉพาะในส่วนที่กระบวนการกระทำลงในประเทศไทยหรือสามารถบังคับใช้ได้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่กระทำลงในต่างประเทศ ยกตัวอย่าง หากมีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในต่างประเทศ และคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำเป็นต้องร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในประเทศไทย คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งต่อไปได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแม่แบบ<sup>27</sup> (UNCITRAL Model Law) กฎหมายของประเทศอังกฤษ<sup>28</sup> ประกอบกับมาตรา 18 และมาตรา 25 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นั้น ไม่ว่าจะกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศ ศาลย่อมมีหน้าที่และบทบาทในการช่วยเหลือสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงตามบทบัญญัติมาตรา 55 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้อพิพาทตามกฎหมายแพ่งจะต้องอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลที่มีอำนาจในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว<sup>29</sup>

นอกเหนือจากนี้ตามมาตรา 18 ยังบัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีสิทธิร้องขอความช่วยเหลือต่อศาลในการร้องขอวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างการพิจารณา และแม้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวจะบัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีสิทธิร้องขอวิธีการชั่วคราวต่อศาล แต่ในทางปฏิบัติกลับก่อให้เกิดปัญหาว่า หากคู่พิพาทร้องขอวิธีการชั่วคราวก่อนมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวสามารถแก้ไขโดยคู่พิพาทจะต้องเร่งดำเนินการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนเอง อันสามารถทำได้โดยฝ่ายเดียวและมีผลทันทีที่ได้รับการแต่งตั้งยินยอม จากนั้นจึงให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งเป็นผู้ยื่นคำขอคุ้มครองต่อศาลเอง<sup>30</sup>

<sup>27</sup>UNCITRAL Model Law, Article 1(2) และ Article 9.

<sup>28</sup>The English Arbitration Act of 1996, Section 2(3).

<sup>29</sup>นฤมล กิจสินธ์พชัย, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 172.

<sup>30</sup>วิชัย อริยะนันท์กะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ (เล่ม 2): 322.**

## 5.2 การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>31</sup>

ตามหัวข้อที่ก่อนหน้าจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ล้วนมีปัญหาและช่องว่างทางกฎหมาย จึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขและปรับปรุงในการอุดช่องว่างดังกล่าว ภายหลังจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 16 ดังนี้

“คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มี เขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่งถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว”

ตามมาตรา 16 บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาหลักเกณฑ์ ขอบกพร่องตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ในกรณีที่คู่ความไม่สามารถยื่นร้องขอมาตรการคุ้มครองต่อศาลได้ด้วยตนเองก่อนตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะต้องยื่นร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินการเท่านั้น โดยในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนอาจทำให้เกิดความล่าช้าในคดีได้ โดยเมื่อพิจารณาตามมาตรา 16 ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จะเห็นว่ามีการแก้ไขให้เป็นไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ปี ค.ศ. 1985 มาตรา 9 ซึ่งกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ไม่ได้แก้ไขตามมาตรา 17 ซึ่งเป็นมาตราที่ระบุถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง เป็นเรื่องผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการทำให้คู่พิพาทขอความช่วยเหลือจากศาลในการคุ้มครองชั่วคราวได้ ซึ่งคู่พิพาทจะต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ การพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลในการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงถือเป็นสิ่งสำคัญเช่นเดียวกัน โดยศาลที่มีเขตอำนาจนั้น หากเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมก็เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยมีข้อพิพาทเป็นเรื่องสัญญาทางปกครอง หรืออื่น ๆ ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองก็เป็นไปตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ มาตรา 16 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 2545 นี้

<sup>31</sup>ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119 ตอนที่ 39 ก ลงวันที่ 29 เมษายน 2545.

ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่า คำร้องขอมาตรการคุ้มครองของคู่พิพาทนั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์การ ในการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณานั้น ศาลจะหยิบยก เอกกฤษฎาหมายที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาประกอบ เนื่องจากในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้ มีการระบุว่า มาตรการคุ้มครองมีอะไรบ้าง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 3883-3884/2559 อันมีการวางหลักเอาไว้ว่า ระหว่างที่มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด หากคู่พิพาทฝ่ายใด เสียหายเพราะการกระทำของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง คู่พิพาทฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาล ที่มีเขตอำนาจ ขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 หรือ 264 ประกอบพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 ก็ได้ แต่ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเพียงว่าเข้าเหตุตามหลักเกณฑ์การขอคุ้มครองชั่วคราว หรือไม่เท่านั้น ส่วนเนื้อหาของข้อพิพาทเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

## 6. วิเคราะห์ปัญหาการตีความและการบังคับบัญชาของมติมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้น อนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าจะมีการตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ด้วยลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อตกลงของเอกชน และรัฐได้มอบอำนาจ ตุลาการเฉพาะในส่วนตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจในการบังคับ เช่นเดียวกับกับศาล และโดยลักษณะของมาตรการคุ้มครองนั้น จำเป็นที่ต้องอาศัยอำนาจในการ บังคับ ท้ายที่สุดแม้คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งดังกล่าว คำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการก็จะไร้ผลไปในที่สุด การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยคณะอนุญาโตตุลาการจึงมักถูกโต้แย้งถึงความเหมาะสม และเพื่อตอบคำถามดังกล่าว ผู้ศึกษา จะแยกพิจารณา ดังต่อไปนี้

### 6.1 อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับ ข้อพิพาทที่เอกชนตกลงทำขึ้น แต่จะมีผลบังคับใช้ได้ต้องอาศัยอำนาจของรัฐในการบังคับคดี<sup>32</sup> ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะมีลักษณะการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) และรัฐได้มอบอำนาจ ตุลาการเฉพาะในส่วนที่เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทโดยการรับฟังข้อเท็จจริงที่คณะอนุญาโตตุลาการ

<sup>32</sup>พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 1.

เห็นว่ายุติและนำข้อกฎหมายปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ซึ่งเป็นอำนาจตุลาการที่ไม่ได้มีส่วนบังคับกับเนื้อตัวร่างกายหรือเสรีภาพหรือทรัพย์สินของคู่พิพาท<sup>33</sup> อันเป็นอำนาจของรัฐโดยแท้ ทั้งนี้ อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) ถือเป็นการใช้อำนาจตุลาการอย่างหนึ่ง ซึ่งรัฐจำเป็นต้องเข้ามาตรวจสอบดูแล และลักษณะทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่องความตกลงที่ให้มิอนุญาโตตุลาการซึ่งนำไปสู่สภาพของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และประการที่สองลักษณะที่เกี่ยวกับอำนาจศาล<sup>34</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทโดยลักษณะของสัญญา แต่ภายหลังเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดแล้ว จะไม่มีอำนาจบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตาม ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือคู่พิพาทในการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงมีลักษณะเป็นเรื่องอำนาจรัฐไม่ใช่เป็นเรื่องสัญญาโดยแท้ โดยอาจพิจารณาในแง่ที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการใช้อำนาจตุลาการของรัฐ โดยรัฐมีหน้าที่ทำให้กฎหมายมั่นคง และมีสภาพบังคับเป็นรูปธรรม<sup>35</sup>

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในมาตรา 16 เพียงมาตราเดียว จึงได้มีการพยายามตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เมื่อคู่พิพาทร้องขอ<sup>36</sup> นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม (THAC) ได้มีความพยายามในการผลักดันให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ภายใต้แนวความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้เนื่องจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความตกลงดังกล่าวถือเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) และคู่พิพาทสามารถสร้างหลักเกณฑ์ใด ๆ ขึ้น เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นเมื่อมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่บทบังคับที่มีลักษณะเด็ดขาด (Mandatory Provision) หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

---

<sup>33</sup>วรรณชัย บุญบำรุง, **หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 32.

<sup>34</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

<sup>35</sup>เรื่องเดียวกัน.

<sup>36</sup>ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อ 39.

คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อันเป็นไปตามทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการตีความในลักษณะดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจตุลาการบางส่วน (Quasi-Judicial) ซึ่งหากรัฐไม่ได้รับรองการใช้อำนาจคุ้มครองชั่วคราวแล้ว การออกคำสั่งดังกล่าวก็มีสถานะไม่แตกต่างจากการประณอมข้อพิพาทแต่อย่างใด ประกอบกับแนวความคิดที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายไทยมีมาตั้งแต่ในขณะที่มีการเสนอให้มีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยสภานโยบายแห่งชาติเมื่อปี พ.ศ. 2521<sup>37</sup> ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และฉบับของกรมบังคับคดีได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้<sup>38</sup> แต่ในขณะนั้นมีนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วยที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาล แม้คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็ยังต้องให้ศาลพิพากษาอีกครั้งหนึ่งจึงจะบังคับได้ ดังนั้น มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ในต่างประเทศจะให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่แน่นอนขึ้นกับกฎหมายในของแต่ละประเทศ ซึ่งหากประเทศไทยต้องการพัฒนากฎหมายให้มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อไปในอนาคต การมอบอำนาจคุ้มครองชั่วคราวให้คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความระมัดระวังอย่างยิ่ง ซึ่งในทางวิชาการมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจักต้องประกอบด้วย 5 หลักเกณฑ์ และจากการศึกษาคดีตัวอย่างพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการมักจะใช้ดุลยพินิจที่ยืดหยุ่นในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเมื่อเปรียบเทียบกับศาล โดยหลักเกณฑ์ที่ผู้ศึกษาเห็นว่า จะเป็นปัญหาสำคัญสำหรับประเทศไทยในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Prima Facie Showing of Jurisdiction) ทั้งนี้ ประเทศไทยมีข้อพิพาทในลักษณะนี้เช่นเดียวกับตัวอย่างคดี Pey Casado ดังจะเห็นได้จากคดีหมายเลขดำที่ ค.1/2564

<sup>37</sup> นฤมล กิจสินทรพชัย, เรื่องเดิม, หน้า 186.

<sup>38</sup> ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับของกรมบังคับคดี พ.ศ...., มาตรา 38 บัญญัติว่า “ถ้ามีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งให้คู่กรณีกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุแห่งกรณีพิพาทนั้นได้.”

โดยกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม (THAC) เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563 เป็นข้อพิพาทเลขที่ A27/2020 ส่วนบริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) ได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) เป็นข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 93/2563<sup>39</sup> โดยผู้ศึกษาคาดว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการคนละแห่ง ทั้งนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากภูมิหลังประวัติศาสตร์การก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการ (TAI) เดิมก่อตั้งตามตามคำสั่งกระทรวงยุติธรรมที่ 302/2523 ในนามของสำนักงานอนุญาโตตุลาการภายใต้สังกัดของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการกระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมในขณะนั้น ตลอดจนมีนโยบายส่งเสริมและสนับสนุนให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ภายหลังปรากฏว่า เมื่อปี 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540<sup>40</sup> บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมเป็นอิสระ แยกตัวออกจากกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร ประกอบกับในขณะเดียวกันได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ขึ้น โดยมีการกำหนดให้โอนบรรดาอำนาจหน้าที่ของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม และสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหน่วยงานในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการจึงได้โอนไปสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม นับตั้งแต่ที่ศาลยุติธรรมได้แยกตัวออกมาจากการกระทรวงยุติธรรม ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ขึ้น โดยให้มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นผู้รักษาการ ซึ่งสถาบันดังกล่าวแยกเป็นเอกเทศจากหน่วยงานของศาล กรณีจึงมีปัญหว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดมีอำนาจในการพิจารณาด้วยปัญหาภูมิหลังดังกล่าว อาจทำให้เกิดข้อถกเถียงในเรื่องของเขตอำนาจ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีของคดี Pey Casado หากยังไม่เป็นข้อยุติว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดมีเขตอำนาจในการพิจารณาและคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไปยังคู่พิพาททั้งที่ตนปราศจากอำนาจในการดำเนินกระบวนการ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือคู่พิพาททำให้คู่พิพาทเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย กระบวนการขาดความน่าเชื่อถือ

---

<sup>39</sup>สำนักข่าวอิสรา, ฟ็องนิว 4 คดี! 'ไทยคม-ดีอีเอส' ยื่น 'ศาลปกครอง' ชี้ขาดข้อพิพาทดาวเทียม-ตั้งอนุญาโต [Online], available URL: <https://www.isranews.org/article/isranews-news/107413-DES-thaicom-contract-bank-Guarantee-news.html>, 2567 (มีนาคม, 19).

<sup>40</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 275.

เมื่อพิจารณาถึงบริบทปัญหาการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยถึงภูมิหลังของการเกิดขึ้นของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยแล้วหลักเกณฑ์ที่จะเป็นปัญหามากที่สุด คือ การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Prima Facie Showing of Jurisdiction) ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในบางกรณีจะเกิดปัญหาการชี้ขาดอำนาจแบบหมุนวน (Circular)<sup>41</sup> ทำให้เกิดคำถามตามมาว่าในกรณีนี้อาจถือว่า คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยปฏิบัติตามอำเภอใจ การเลือกปฏิบัติปราศจากความยุติธรรม ซึ่งเป็นการปิดกั้นให้คู่พิพาทในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) รวมถึงการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยธรรมชาติแล้ว คำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะสร้างความตึงเครียดระหว่างผลประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาทในระหว่างรอคำชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงการพิจารณาอย่างมีอคติอันกระทบต่อสิทธิของคู่พิพาทและไม่ควรเร่งรีบในการแก้ไขความตึงเครียดนี้โดยการใช้มาตรฐานที่ยืดหยุ่นในการพิจารณาคำร้อง นอกจากนี้เองในบริบทของต่างประเทศ หลักเกณฑ์ความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm) เป็นหลักเกณฑ์ที่มีปัญหาเช่นเดียวกัน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวยืดหยุ่นว่าศาลท้องถิ่น ทำให้ฝ่ายคู่พิพาทที่ถูกบังคับแม้จะมีการต่อสู้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นสามารถเยียวยาได้ด้วยคำชี้ขาด แต่ท้ายที่สุดแล้วก็ถูกบังคับจากการพิจารณาใช้มาตรฐานที่ยืดหยุ่นกว่าศาลท้องถิ่น ซึ่งหากศาลท้องถิ่นต้องบังคับใช้มาตรการชั่วคราวที่ออกมาโดยคณะอนุญาโตตุลาการด้วยมาตรฐานที่ยืดหยุ่นกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของศาลจะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจมากกว่าศาลท้องถิ่น และท้ายที่สุดแล้วเมื่อศาลต้องบังคับตามคำสั่งดังกล่าว ศาลอาจปฏิเสธการบังคับใช้ซึ่งการใช้มาตรฐานในการพิจารณาที่ยืดหยุ่นกว่าศาลท้องถิ่นอาจก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินคดีของอนุญาโตตุลาการได้ เพราะทำให้คู่พิพาทหรือบุคคลทั่วไปเคลือบแคลงสงสัยในการใช้อำนาจดังกล่าวและอาจนำไปสู่การเสื่อมความนิยมในการใช้ออนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทได้<sup>42</sup>

<sup>41</sup>สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, **อำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง Competence-competence** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=-xKNa Qv8YyE&t=1367s,2566> (ตุลาคม, 9).

<sup>42</sup>พลิชฐ์ อัครวัฒน์นาพร, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (3) : หลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ,” **วารสารกฤษฎีกา** 2, 1 (มกราคม 2565): 11.

## 6.2 อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการบังคับคู่พิพาท

ลักษณะสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐในการบังคับให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่สุจริตปฏิบัติตามคำสั่ง แต่ด้วยลักษณะของคณะอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการแต่งตั้งและความยินยอมของคู่พิพาท และรัฐเพียงแต่ให้การรับรองในส่วนของการบังคับตามคำชี้ขาดเพียงเท่านั้น ซึ่งความยินยอมของคู่พิพาท (Party Autonomy) ไม่อาจถือเป็นอำนาจรัฐได้ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการปราศจากอำนาจในการบังคับ (Lack of Coercive Power) เช่นเดียวกับศาล คณะอนุญาโตตุลาการจึงมักถูกโต้แย้งถึงประสิทธิภาพในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า รัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้รัฐมีหน้าที่จัดให้มีกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง แม้จะมีการแบ่งอำนาจตุลาการให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท แต่รัฐไม่อาจมอบอำนาจให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ เพราะหากรัฐปล่อยให้เอกชนมีอิสระในการที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติหน้าที่กันเองแล้ว ก็จะทำให้กฎเกณฑ์ของสังคมไม่มีความแน่นอน และตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ แนวความคิดที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายไทยมีมาตั้งแต่อดีต แต่ในขณะนั้นมีนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วยที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาล แม้คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็ยังต้องให้ศาลพิพากษาอีกครั้งหนึ่งจึงจะบังคับได้<sup>43</sup> ทั้งนี้ ตามแนวความคิดของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศแล้วต่างไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และเชื่อว่า คู่พิพาทจะปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อรักษาความหน้าเชื่อถือของตน<sup>44</sup> แต่ในอีกหลายกรณีเช่นเดียวกันที่คู่พิพาทไม่ได้ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการหากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่สุจริตหรืออยู่ในสภาวะล้มละลาย<sup>45</sup> ทั้งนี้ ความสามารถในการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีความซับซ้อน และเมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) หรืออีกชื่อหนึ่ง คือ อนุสัญญานิวยอร์ก (New York

<sup>43</sup> นฤมล กิจสินธพชัย, เรื่องเดิม, หน้า 187.

<sup>44</sup> Christa Mueller García, Antonio Ochoa Quintana (Mueller Abogados), *Who Prevails? The Powers of the Arbitrator With Respect to Court-Ordered Interim Measures in Mexico* [Online], available URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/20/who-prevails-the-powers-of-the-arbitrator-with-respect-to-court-ordered-interim-measures-in-mexico/>, 2024 (January, 20).

<sup>45</sup> José María Abascal Zamora, op. cit., pp. 758-759.

Convention) ต่างมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าคำสั่งชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับใช้ได้หรือไม่<sup>46</sup> โดยรากฐานของปัญหาจากอำนาจในการบังคับเป็นของรัฐ ซึ่งศาลสามารถบังคับใช้และมีผลโดยทันที ซึ่งการขาดอำนาจในการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้ อาจเป็นการซึ่งอาจลดทอนประสิทธิภาพและความรวดเร็วของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเสียเอง<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่บัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการบังคับ เว้นแต่ประเทศอังกฤษ ที่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งเด็ดขาดได้ (Peremptory Order) เพื่อบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งของตน แต่ท้ายที่สุดแล้วหากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจ 4 ประการ ซึ่งทำให้คำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับมากยิ่งขึ้น 1) มีคำสั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวข้องกับคำสั่ง 2) ทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่กระทำการตามคำสั่งตามพฤติการณ์อันสมควร 3) ดำเนินการพิจารณาทำคำสั่งชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว และ 4) ให้จ่ายเงินค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การอาศัยข้ออ้าง การทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์หรือดำเนินการทำคำสั่งชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง แม้ว่าจะกำหนดเอาไว้ในกฎหมายหรือไม่กำหนดเอาไว้ก็ตาม ตลอดจนการทำคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นอำนาจโดยตรงที่คู่พิพาทได้มอบให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการ และการจ่ายเงินค่าเสียหายนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้นจริงคณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถกำหนดเอาไว้ได้ในคำสั่งชี้ขาดไปในคราวเดียว และเมื่อศึกษาถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการบังคับต่อไป พบว่ามีปัญหาบางประการดังนี้

#### 6.2.1 นิยามความหมายของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ตามแนวความคิดของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการปราศจากอำนาจในการบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องร้องขอความช่วยเหลือจากศาลเพื่อบังคับตามคำสั่งดังกล่าว กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) จึงได้กำหนดให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการยอมรับและมีผลผูกพัน (Recognition and Enforcement) เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>48</sup> และต้องยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลมีอำนาจปรับเปลี่ยน

<sup>46</sup>James E Castello and Rami Chahine, **Enforcement of Interim Measures** [Online], available URL: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures>, 2023 (March, 21).

<sup>47</sup>Jonathan Hill, “Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award?,” **Journal of International Dispute Settlement** 9, 4 (December 2018): 2.

<sup>48</sup>UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, Article 17 H.

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการให้เหมาะสมตามข้อ 171 ซึ่งเหตุตาม 171 นั้น เป็นเหตุเดียวกันที่ระบุไว้ในข้อ v ตามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) อันเป็นการจำกัด อำนาจของศาลในการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลจะไม่พิจารณาทบทวนเนื้อหาสาระของมาตรการชั่วคราว ทำให้ในบางกรณี เมื่อพิจารณาถึงประสิทธิภาพในการบังคับใช้ คู่พิพาท มักจะยื่นร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลโดยตรง และภายหลังเมื่อมีการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ประสิทธิภาพและอำนาจในการบังคับใช้นั้นย่อมขึ้นอยู่กับศาลที่มีเขตอำนาจ<sup>49</sup> อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายแม่แบบนำเอาเหตุเดียวกันที่ระบุไว้ในข้อ v แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) มาปรับใช้นั้น ทำให้เกิดคำถามว่า อนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับตามคำชี้ขาด และรัฐภาคีรับรองการบังคับตามคำชี้ขาดโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และอนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้ระบุถึง ประเภทของคำชี้ขาดไว้อย่างครอบคลุม อีกทั้งไม่มีส่วนใดที่บัญญัติถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นคำชี้ขาด (Award) หรือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด (Partial Award) เมื่อพิจารณาต่อไปแล้ว หากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหมายถึงคำชี้ขาดก็อาจขัดแย้งต่อมาตรา 17(2) ตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เนื่องจากมีการกำหนดไว้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ วิธีการชั่วคราว (Temporary Measure) ซึ่งเป็นคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ก่อนที่จะมีการออกคำชี้ขาด โดยมีความเห็นแบ่งออกเป็น สองแนวความคิด ดังนี้

แนวความคิดแรก เห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ไม่ถือเป็นคำชี้ขาด (Award) โดยลักษณะเฉพาะของคำชี้ขาดแล้วจะต้องเป็นสิ่งสุดท้าย (Finality) ซึ่งเป็นการตัดสินข้อพิพาทและ ถูกออกในครั้งสุดท้าย และมีลักษณะแน่ชัดจะไม่ถูกพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ หากประกอบด้วย ลักษณะดังกล่าวจึงจะถือว่าเป็นคำชี้ขาด ยกตัวอย่าง คดี Resort Condominiums International Inc. (RCI) v. Ray Bolwell and Resort Condominiums (Australasia) Pty. Ltd. ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายทางการค้า โดย RCI ได้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในการสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหยุดใช้ชื่อที่คล้ายคลึงกัน จนกว่า จะมีคำชี้ขาด โดยศาลออสเตรเลียปฏิเสธการบังคับใช้ตามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ด้วยเหตุที่ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาด ซึ่งการพิจารณาของศาลออสเตรเลีย มีข้อสนับสนุนจากนักวิชาการหลายท่าน เช่น Berger เห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีลักษณะเป็นกระบวนการเท่านั้นและคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับ มาตรการเหล่านี้ไม่ได้มีผลผูกพันจึงไม่สามารถบังคับใช้ได้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาจากเขตอำนาจอื่น เช่น ศาลในตุนิเซีย คำสั่งที่สั่งว่ามาตรการคุ้มครอง

---

<sup>49</sup>Ibid.

ชั่วคราวไม่ถือเป็นคำชี้ขาดตามมาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)<sup>50</sup> และในประเทศสวิตเซอร์แลนด์เห็นว่า คำตัดสินเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวโดยทั่วไปมักขาดเงื่อนไขความเป็นที่ยุติหรือสิ่งสุดท้าย (Finality) ตามที่อนุสัญญานิวยอร์กกำหนด จึงไม่อาจนำมาพิจารณาอนุสัญญานิวยอร์กมาบังคับใช้ได้ เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันและประเทศแคนาดาที่ต่างเห็นว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาด

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด (Patial Award) และสามารถนำมาบังคับได้เสมือนหนึ่งเป็นคำชี้ขาด โดยที่คู่พิพาทสามารถยื่นคำขอให้ศาลบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแม้ว่าจะทำขึ้นในต่างประเทศโดยอาศัยฐานอำนาจจากอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) ได้ ตัวอย่างในคดี Pacific Reinsurance Management Corporation v Ohio Reinsurance Corporation ศาลยอมรับว่าคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Interim Final Order) มีลักษณะเป็นคำสั่งชั่วคราว (interim injunction) และเป็นคำชี้ขาดชั่วคราวที่สามารถได้รับการยืนยันหรือยกเลิกได้ โดยศาลเห็นว่า แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นคำสั่งชั่วคราว แต่คำสั่งดังกล่าวถือเป็นคำชี้ขาดที่สามารถยืนยันได้และเด็ดขาด แต่แนวทางนี้ทำให้ศาลต้องพบเจอกับปัญหาด้วยกันสองประการ คือ คำชี้ขาดที่ไม่มีความเข้มงวดเท่ากับศาลท้องถิ่นในประเทศอื่น และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาด ซึ่งหากยอมรับว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวคือคำชี้ขาดจะมีความหมายที่กว้างจนเกินไป ทั้งนี้กฎหมายในหลายประเทศไม่ได้นิยามอย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาด (Awards) และมาตรการชั่วคราว (Interim Measures) มีความสัมพันธ์หรือมีความแตกต่างกันอย่างไร

ในประเด็นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อยังไม่มีข้อสรุปแน่ชัดทั้งจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ อันแสดงให้เห็นการขาดเอกภาพในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าว ทั้งนี้ หากตีความตามบทนิยามของคำว่า “มาตรการคุ้มครองชั่วคราว” แล้ว ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับแนวความเห็นแรก เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่อาจถือเป็นคำชี้ขาดได้ เพราะขาดลักษณะของสิ่งสุดท้าย (Finality) เช่นเดียวกับคำชี้ขาดและอนุสัญญานิวยอร์กเอง (New York Convention) ก็บังคับใช้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาด ไม่ได้มีส่วนใดที่ใช้บังคับกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่อย่างใด และเหตุที่บัญญัติขอให้ศาลบังคับหรือเพิกถอนได้นั้น ถูกบัญญัติมาเพื่อการบังคับหรือการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเฉพาะ ทั้งนี้ หากไม่มีความชัดเจนแล้วอาจเกิดคำถามต่อไปในอนาคตว่า ในกรณีที่คู่พิพาทร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ที่มีกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้แล้ว ศาลแพ่งจะดำเนินการเรื่องนี้อย่างไร และมีวิธีการบังคับและใช้หลักเกณฑ์อย่างไร

<sup>50</sup> Jonathan Hill, op. cit., p. 8.

หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโต้แย้งว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่คำสั่งขาดและไม่อาจนำเหตุตามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) มาบังคับใช้ได้

#### 6.2.2 การบังคับในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีคู่พิพาทหลายฝ่ายหรือบุคคลภายนอก

ด้วยลักษณะของอนุญาโตตุลาการจะใช้บังคับได้เฉพาะคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น อันถือเป็นข้อจำกัดที่กลับกลายเป็นอุปสรรคสำคัญของคณะอนุญาโตตุลาการ ในการบังคับบุคคลที่สาม ซึ่งบ่อยครั้งที่ในกระบวนการนี้ มักจะมีคู่พิพาทหลายฝ่าย ยกตัวอย่างในกรณีที่มีการอายัดบัญชีธนาคารของลูกค้า เพื่อป้องกันการรั่วไหลของทรัพย์สิน หากคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก็จะบังคับได้เฉพาะคู่พิพาทในคดีเท่านั้น แต่ไม่สามารถบังคับธนาคารซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้

### 7. บทสรุป

จากการศึกษาแม้ว่าจะมีการตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามหลักทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) คู่พิพาทสามารถตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่หากรัฐไม่ได้รับรองอำนาจดังกล่าวไว้แล้ว คำสั่งดังกล่าวจะมีผลเสมือนเป็นการประนอมข้อพิพาททั่วไป ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพราะถึงคณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ต้องใช้อำนาจศาลในการบังคับกับคู่พิพาทฝ่ายที่โต้แย้งมักจะไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ท้ายที่สุดแล้วคู่พิพาทต้องกลับไปร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพื่อบังคับแก่คู่พิพาท

อย่างไรก็ตาม หากจะต้องปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไปในอนาคตเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อส่งเสริมการค้าและการลงทุน การมอบอำนาจคุ้มครองชั่วคราวให้คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความระมัดระวังอย่างยิ่ง เนื่องด้วยการใช้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย และเป็นการประกันว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ประกอบไปด้วย 5 หลักเกณฑ์ แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกลับพบว่าหลักเกณฑ์ที่เป็นปัญหาสำคัญสำหรับประเทศไทยในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Prima Facie Showing of Jurisdiction) ที่ก่อให้เกิดการชี้ขาดอำนาจแบบหมุนวน (Circular) เนื่องด้วยประวัติศาสตร์การจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

นอกจากนี้ ตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายของต่างประเทศ ยังคงขาดความเป็นเอกภาพและไม่แน่นอนเกี่ยวกับ เนื่องจากในแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายที่ต่างกั นออกไป ตลอดจนคำตัดสินที่ไม่มีความแน่นอนขาดบรรทัดฐานและบทบัญญัติและกฎหมายที่แน่นอน รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการบังคับนั้น ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดหรือแม้แต่กฎหมายแม่แบบเอง ที่สามารถให้คำจำกัดความได้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวชั่วคราวหากต้องถูกบังคับนั้นจะถือเป็นส่วนหนึ่งของ คำชี้ขาดหรือเป็นคำชี้ขาด ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่อาจถือเป็นคำชี้ขาด เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่สิ่งสุดท้าย ซึ่งขาดองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาว่าเป็น คำชี้ขาดจึงไม่สามารถนำอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) มาปรับใช้ได้ และในแต่ละประเทศ ยังให้อำนาจศาลและอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่ต่างกั น ซึ่งการร้องขอและการบังคับ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ขาดความเป็นเอกภาพนี้ จึงเป็นหน้าที่ของคู่พิพาทในการพิจารณาว่าตน จะต้องร้องขอมาตรการคุ้มครองจากศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ในหลาย ๆ ประเทศ มักจะเริ่มเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ด้วยเหตุต้องการส่งเสริมการลงทุน ให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนภายในประเทศ

ดังนั้น แม้ว่าประเทศต่าง ๆ จะเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราว แต่ในประเทศไทยหากยังไม่สามารถให้ความชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจของ คณะอนุญาโตตุลาการ ทำที่สุดแล้วหากคณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวออกมา ย่อมกระทบต่อสิทธิของคู่พิพาท รวมถึงข้อจำกัดอำนาจบางประการของคณะอนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจ ในการบังคับ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับไปยังบุคคลที่สามหรือกรณีที่มีคู่สัญญาหลายฝ่าย ซึ่งอำนาจบังคับนี้ ถือเป็นหัวใจสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยปัญหานี้เหล่านี้ อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือ ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งสถานการณ์ของการอนุญาโตตุลาการ ในประเทศไทยพบว่าอัตราการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในปี 2565 และปี 2566 มีอัตราสูงถึง ร้อยละ 100 และร้อยละ 106.67 นั้นหมายความว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ขาดเสถียรภาพ ซึ่งหากมีการตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวดังกล่าว โดยไม่พิจารณาถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว การให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการ ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็จะขาดเสถียรภาพยิ่งกว่าคำชี้ขาด

## บรรณานุกรม

- นฤมล กิจสินธพชัย. “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- พลิชฐ์ อัสววัฒนาพร. “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาตตุลาการ (3): หลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ.” **วารสารกฤษฎีกา** 2, 1 (มกราคม 2565): 11.
- สมุณฑา พันธสมบัติ. “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. “**บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด: Mandatory Provision.**” [Online]. Available URL: <https://tai.coj.go.th/th/content/article/detail/id/10082/iid/196977>, 2563 (มิถุนายน, 12).
- \_\_\_\_\_. “**อำนาจในการวินิจฉัยขออำนาจของตนเอง (Competence-competence): ที่มาและแนวคิดเบื้องต้น.**” [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=-xKNaQv8YyE&t=1367s>, 2566 (ตุลาคม, 9).
- สำนักข่าวอิสรา. “**ฟ้องนิว 4 คดี! ‘ไทยคม-ดีอีเอส’ ยื่น ‘ศาลปค.กลาง’ ชี้ขาดข้อพิพาทดาวเทียม-ตั้งอนุญาโต.**” [Online]. Available URL: <https://www.isranews.org/article/isranews-news/107413-DES-thaicom-contract-bank-Guarantee-news.html>, 2567 (มีนาคม, 19).
- วุฒิชัย จิตदानุ. “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล.” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 8, 22 (มกราคม-เมษายน 2549): 47.
- วรรณชัย บุญบำรุง. **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- \_\_\_\_\_. **หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- วิชัย อริยะนันท์กะ. “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ.” ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ เล่ม 2: หน้า 322**.
- อภิรดี สุทธิสมณ. “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีปกครอง.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

- Argüello, Carlos. **The International Court of Justice’s Intrinsic Powers to Decide All Cases Brought Before It** [Online]. Available URL: <https://cil.nus.edu.sg/blogs/the-international-court-of-justices-intrinsic-powers-to-decide-all-cases-brought-before-it/>, 2025 (May, 2).
- Benz, Stephen. “Strengthening Interim Measures in International Arbitration.” **Georgetown Journal of International Law** (2019): 152.
- Castello, James E. and Rami Chahine. **Enforcement of Interim Measures** [Online]. Available URL: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures>, 2023 (March, 21).
- Chartered Institute of Arbitrators. **International Arbitration Practice Guidelines on the Application of Interim Measures** [Online]. Available URL: <https://www.ciarb.org/media/jmzhwmca/4-applications-for-interim-measures-2015.pdf>, 2024 (January, 22).
- García, Christa Mueller and Antonio Ochoa Quintana (Mueller Abogados). “**Who Prevails? The Powers of the Arbitrator With Respect to Court-Ordered Interim Measures in Mexico**” [Online]. Available URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/20/who-prevails-the-powers-of-the-arbitrator-with-respect-to-court-ordered-interim-measures-in-mexico/>, 2024 (January, 20).
- Hill, Jonathan. “Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award?.” **Journal of International Dispute Settlement** 9, 4 (December 2018): 2.
- ITALAW. **Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23** [Online]. Available URL: <https://www.italaw.com/cases/887>, 2025 (March, 21).
- \_\_\_\_\_. **Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia** [Online]. Available URL: <https://www.italaw.com/cases/816>, 2025 (March, 21).
- \_\_\_\_\_. **Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18** [Online]. Available

URL: <https://www.italaw.com/cases/1099>, 2025 (March, 21).

\_\_\_\_\_. **Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (I)**, ICSID Case No. ARB/98/2 [Online]. Available URL: <https://www.italaw.com/cases/829>, 2024 (May, 12).

José María Abascal Zamora. “The Art of Interim Measures.” **ICCA Congress Series International Arbitration** 13 (2006): 751–767.

Li, Yue-Zhen. **Interim Measures in International Arbitration: The Case for Applying High Standards** [Online]. Available URL: <https://aria.law.columbia.edu/interim-measures-in-international-arbitration-the-case-for-applying-high-standards/>, 2025 (March, 21).

Yesilirmak, Ali. “Provisional Measures in International Commercial Arbitration.” Doctor of Philosophy Dissertation, Queen Mary College, University of London. 2003.

