



ความลับในกระบวนการอนุญาตโครงการ

โดย

นายเขื่อนแก้ว ศิริมหาพฤกษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2553

ฉบับที่ ๑๒๓๔๕๖๗๘๙

205091

ความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2553

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

THE ASSUMPTION UNIVERSITY LIBRARY

SECRECY IN ARBITRATION PROCEDURE



**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
GRADUATE SCHOOL OF LAW
ASSUMPTION UNIVERSITY**

MAY 2011

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ : ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
(SECRECYN IN ARBITRATION PROCEDURE)

ชื่อผู้เขียน : นายเชื่อนันท์ ศิริมหาพฤกษ์

ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)

คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ :

- | | |
|---------------------------------------|---------------|
| 1. ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร | ประธานกรรมการ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ | กรรมการ |
| 3. นายวรวุฒิ ทวาทสิน | กรรมการ |

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ อนุมัติให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ณัฐพงศ์ โปษะบุตร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ดร.ชาญวิทย์ สุวรรณะบุญย์)

..... กรรมการ
(ดร.รุ่งแสง กฤตยพงษ์)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ)

..... กรรมการ
(นายวรวุฒิ ทวาทสิน)

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ : ความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ
 ชื่อผู้เขียน : นายเชื่อนันท์ ศิริมหาพฤกษ์
 ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
 ปีการศึกษา : 2553

คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ :

- | | |
|---|---------------|
| 1. ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร | ประธานกรรมการ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ทกะ | กรรมการ |
| 3. นายวรวิทย์ ทวาทสิน | กรรมการ |

บทคัดย่อ

การรักษาความลับเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้คู่พิพาทไว้วางใจในการที่จะใช้การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาตตุลาการ และเนื่องจากการรักษาความลับนี้เอง การดำเนินกระบวนการของการอนุญาตตุลาการจึงไม่อาจเปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาคือคู่กรณี และบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษา อนุญาตตุลาการ และพยาน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการยังไม่เพียงพอ วิทยานิพนธ์นี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาเรื่องขอบเขตการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ เพื่อจะได้เป็นประโยชน์ทางวิชาการและแนวปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาตตุลาการต่อไป

จากการศึกษากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของต่างประเทศพบว่า ในประเทศที่มีการกำหนดให้มีการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะบัญญัติไว้ในกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการก็ตาม สามารถสร้างความเข้าใจในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดังกล่าวสามารถทราบได้อย่างชัดเจนว่าข้อเท็จจริงใดต้องรักษาเป็นความลับ และบุคคลใดบ้างต้องรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้การกำหนดเรื่องรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการยังทำให้นานาประเทศมีความไว้วางใจที่จะเข้ามาใช้บริการทางอนุญาตตุลาการของประเทศนั้น ๆ อีกด้วย

วิทยานิพนธ์นี้จึงได้มีการเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในสอง เรื่องด้วยกัน คือประการแรกเรื่อง ที่จะต้องรักษาเป็นความลับ และบุคคลที่จะต้องทำหน้าที่รักษาความลับในกระบวนการ อนุญาตตุลาการ โดยกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะเป็น อนุญาตตุลาการ เจ้าหน้าที่ คู่กรณี ตัวแทนของคู่กรณี พยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือ ผู้ช่วยเหลือในการอนุญาตตุลาการ ต้องรักษาความลับไว้ซึ่งบรรดาข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับการดำเนิน กระบวนการอนุญาตตุลาการ เว้นแต่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือคู่กรณีจะตกลง เป็นอย่างอื่น ประการที่สองคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องได้รับความคุ้มครองเป็นความลับ แต่อาจจะเปิดเผยได้หากได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกฝ่าย เพื่อเป็นผลทำให้ ไม่ว่าข้อพิพาทใด ก็ตามที่ระงับโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ และไม่ว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการ อนุญาตตุลาการจะอยู่ในฐานะใดก็ตาม ก็ย่อมจะต้องมีการรักษาความลับ อีกทั้งไม่ว่า อนุญาตตุลาการนั้นจะมีได้ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการใดเลย หรือมีการใช้บริการ แต่ สถาบันไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ การอนุญาตตุลาการดังกล่าว ก็ต้องมีหน้าที่รักษา ความลับตามกฎหมายเช่นเดียวกัน



Thesis Title	:	Secrecy in Arbitration Procedure	
Author Name	:	Mr.Khuankhan Sirimahaphruek	
Degree	:	Master of Laws (Business Law)	
Academic Year	:	2010	
Advisory Committee	:		
		1. Prof. Phijaisakdi Horayangkura	Chairperson
		2. Prof. Vichai Ariyanuntaka	Member
		3. Mr.Voravuthi Dvadasin	Member

ABSTRACT

The secrecy, or confidentiality, protection is the material principle to ensure the parties to access the dispute settlement of arbitration. Due to maintaining such secrecy, the arbitration procedure can not be disclosed to public, so called the privacy of hearings. Consequently, persons who enjoy the rights on the proceedings are merely parties and concerning persons, for instant, lawyers, counselors and witnesses. However, the relating laws on secrecy protection of arbitration are not adequate. This thesis aims to study on the scope of the secrecy protection of arbitration procedure for benefits of the academic and practicable guidelines to arbitration proceedings.

According to the study of laws, rules, regulations and code of ethics on secrecy protection of arbitration procedure in foreign countries, it has been found that the concerning persons of arbitration procedure in such foreign countries that expressly impose secrecy protection of arbitration in legal provisions, rules, regulations or code of ethics are capable to efficiently understand the arbitration proceedings. Because such persons can explicitly realize what facts shall be preserved and who shall be responsible for secrecy protection in arbitration procedure. Moreover, the placement of secrecy protection in arbitration procedure is to ensure other countries to access the dispute settlement of arbitration in such countries.

Therefore, the suggestion from this thesis is to amend the Arbitration Act of B.E 2545. Due to clarifying of the provision, there are 2 aspects, as follows; firstly, what subject shall be preserved and who shall be responsible for secrecy protection in arbitration procedure. In the other word, the duty of the concerning persons in arbitration such as arbitrators, officials, parties, agents of parties, hearsay and expert witnesses or counselors in arbitration to maintain the privacy of any information in arbitration procedure shall be imposed ,except there are the provisions that have been authorized or parties agree to do so. Secondly, although the arbitration awards shall be protected in privacy, such information might be disclosed if it has been approved by every concerning party according to the principle that any dispute settlement of arbitration and any concerning person shall enjoy the secrecy protection. Even if the arbitrator is not set forth by the institution of arbitration or accesses to such institution but there is no regulation on secrecy protection, the arbitrator shall also be responsible for secrecy protection by law.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร ท่านศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ และท่านอาจารย์วรวิทย์ ทวาทสิน เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสามได้ให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็นต่างๆ ตรวจแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ ตลอดจนแนะนำหนังสือและเอกสารวิชาการ ที่เป็นประโยชน์ ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ชาญวิทย์ สุวรรณบุญย์ ที่ให้คำแนะนำ ชี้แนะ และเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.รุ่งแสง กฤตยพงษ์ ในคำแนะนำและรับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และขอขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ ธีรพงศ์ โปษะบุตร สำหรับคำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ยังขอขอบคุณคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ รวมทั้งเพื่อนๆ ชั้นปริญญาโท รหัส 511 ทุกคนที่กรุณาให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่างๆ ตลอด ระยะเวลาที่ศึกษาอีกทั้งขอขอบคุณ คุณวีรยา ศรีจันทร์ ที่เอื้อเฟื้อเอกสาร บทความต่างๆ รวมทั้ง ให้คำปรึกษาเป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา ที่ให้กำเนิด เลี้ยงดู ให้กำลังใจ และสนับสนุน การศึกษาของผู้เขียนด้วยดีตลอดมา

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงจะเป็นประโยชน์บ้างพอสมควร หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

เจื่อนพันธ์ ศิริมหาพฤกษ์

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ฉ
กิตติกรรมประกาศ	ช
สารบัญตาราง	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	3
1.4 สมมติฐานการศึกษา	3
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
บทที่ 2 แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการรักษาความลับ ในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการ	5
2.1 แนวความคิดเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการ	5
2.1.1 ความหมาย	6
2.1.2 วัตถุประสงค์ของการรักษาความลับ	8
2.1.3 ข้อมูลที่ต้องรักษาเป็นความลับ	9
2.1.4 บุคคลที่มีหน้าที่รักษาความลับ	12

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.2	แนวความคิดเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการ อนุญาตตุลาการในประเทศไทย.....	14
2.2.1	การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการประเทศไทย....	15
2.2.2	บุคคลที่ต้องรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ในประเทศไทย.....	20
2.3	หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการ อนุญาตตุลาการ.....	26
2.3.1	หลักสุจริต.....	27
2.3.2	หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา.....	31
2.3.3	หลักความรับผิดชอบทางละเมิด.....	33
2.4	ข้อยกเว้นของหลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ.....	41
2.4.1	ข้อยกเว้นโดยความยินยอมของคู่กรณี.....	41
2.4.2	ข้อยกเว้นโดยกฎหมายบังคับให้ต้องเปิดเผย.....	43
2.4.3	ข้อยกเว้นโดยอำนาจศาล.....	46
บทที่ 3	การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ.....	53
3.1	การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์.....	53
3.1.1	ประเทศอังกฤษ.....	54
3.1.2	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	59
3.1.3	ประเทศออสเตรเลีย.....	62
3.2	การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ในกลุ่มประเทศซีวิลลอร์.....	63
3.2.1	ประเทศเยอรมัน.....	63
3.2.2	ประเทศสวีเดน.....	63

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2.3 ประเทศฝรั่งเศส.....	64
3.3 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ.....	65
3.3.1 WIPO Arbitration and mediation Center.....	65
3.3.2 The IBA Rules for international Arbitrators (IBA).....	69
3.3.3 ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ICSID).....	69
3.3.4 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน.....	70
3.3.5 หอการค้านานาชาติ (ICC).....	72
3.3.6 คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL).....	73
3.3.7 คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการทางการค้า และเศรษฐกิจระหว่างประเทศจีน (CIETAC).....	74
3.3.8 สมาคมอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ญี่ปุ่น (JCAA).....	75
บทที่ 4 ปัญหาการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย.....	76
4.1 ปัญหาการรักษาความลับเกี่ยวกับข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ..	76
4.1.1 ปัญหาการรักษาความลับในข้อเท็จจริงที่พิพาท.....	76
4.1.2 ปัญหาการรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐาน...	80
4.1.3 ปัญหาการรักษาความลับเกี่ยวกับคำสั่งและคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการ.....	82
4.2 ปัญหาการรักษาความลับของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ.....	83
4.2.1 ปัญหาการรักษาความลับของคู่กรณี.....	83
4.2.2 ปัญหาการรักษาความลับของที่ปรึกษา และทนายความ.....	84

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.3 ปัญหาการรักษาความลับของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ.....	86
4.2.4 ปัญหาการรักษาความลับของพยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ.....	88
4.2.5 ปัญหาการรักษาความลับของเจ้าหน้าที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ.....	89
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	99
5.1 บทสรุป.....	99
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	108
บรรณานุกรม	110
ประวัติผู้เขียน	113



สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่

- | | | |
|---|--|----|
| 1 | เปรียบเทียบเกี่ยวกับการรักษาความลับของการอนุญาตไต่สวนการในต่างประเทศ | 90 |
| 2 | เปรียบเทียบการรักษาความลับของการอนุญาตไต่สวนการในประเทศไทย | 96 |



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการ มาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างกันตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณา และคู่กรณีย่อมผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทนั้น โดยข้อได้เปรียบด้านหนึ่งของอนุญาโตตุลาการเมื่อเทียบกับศาล คือ กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นความลับที่มีผลดีทำให้ข้อมูลด้านคดีต่างๆ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ทำให้คู่กรณีสามารถทำธุรกิจกันต่อไปได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเมื่อเป็นความลับก็สามารถรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีเอาไว้ได้

ในทางประวัติศาสตร์ ก่อนที่จะมีกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็นรูปธรรม แนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความลับในข้อพิพาท ได้เป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้ว โดยแต่เดิมการระงับข้อพิพาทอยู่ในรูปแบบของผู้นำเป็นผู้ไกล่เกลี่ย หากไม่สำเร็จจะสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่กรณี และตัดสิน ซึ่งก็คือวิธีการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง โดยในทวีปยุโรปยอมรับว่าการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและเคร่งครัดต่อเรื่องความลับในการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก มีข้อพิพาทมากมายที่ได้ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแล้วจะต้องดำเนินตามทัศนคติดังกล่าวนี้¹

ในศตวรรษที่ 19 ถึงศตวรรษที่ 20 การอนุญาโตตุลาการได้นำมาใช้เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทอย่างต่อเนื่อง ทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ แม้แต่ในเวทีแห่งการค้าระหว่างประเทศ ก็มักจะทำการเจรจาทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างกัน โดยระบุข้อสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของตน อีกทั้งในระบบการค้าระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันว่าเหตุที่ระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาของตน เนื่องมาจากเหตุผลในการรักษาความลับของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 1 - 2.

ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในช่วงกลางทศวรรษที่ 1980 ประเด็นในเรื่องการปกปิดความลับมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างยิ่ง และมีผลกระทบต่อเอกสารที่ถูกสร้างขึ้น หรือถูกเปิดเผยในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับการยอมรับ จนกระทั่งมีความเห็นกันว่า “การอนุญาโตตุลาการเป็นการพิจารณาข้อพิพาทที่เป็นเรื่องภายในและวิธีแห่งการสันติวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องบัญชีและธุรกรรมการค้าขายอื่นๆ ด้วย ซึ่งการตัดสินอาจเป็นเรื่องที่ยาก และอาจทำไม่ได้ในการพิจารณาคดีโดยศาลตามกฎหมาย”²

ในปัจจุบันการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้นานาชาติประเทศยอมรับว่าเป็นจุดเด่นของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ไม่เฉพาะข้อพิพาทระหว่างเอกชนในประเทศเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงข้อพิพาทระหว่างประเทศอีกด้วย

เกี่ยวกับเรื่องความลับนี้เอง เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการไม่อาจเปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณี และบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษา อนุญาโตตุลาการ และพยานเท่านั้น การรักษาความลับดังกล่าว จึงมีปัญหว่า ขอบเขตของการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้นมีขอบเขตกว้างขวางมากน้อยเพียงใด เพราะในกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ทั้งด้วยกฎหมายและทางปฏิบัติ มักไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้ การพิจารณาเรื่องความลับจึงต้องไปพิจารณาตามกฎหมายอื่นๆ เช่น หลักกฎหมายสัญญาในกรณีมีความตกลงกันชัดแจ้งให้รักษาความลับ ซึ่งก็จะมีปัญหาต่อไปว่าหากไม่ได้ตกลงกันชัดแจ้งจะถือโดยปริยายได้หรือไม่ว่าคู่สัญญาตกลงกันรักษาความลับ

ในต่างประเทศมีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ อังกฤษ เห็นว่าความลับต้องมีในกระบวนการอย่างเคร่งครัดเพื่อรักษาสัมพันธภาพอันดีของคู่กรณีเอาไว้ ส่วนบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และสวีเดน เห็นว่า ความลับไม่ใช่เรื่องที่เคร่งครัด สามารถมีข้อยกเว้นได้ในบางกรณี

ในประเทศไทยนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายต้นแบบ (Model Law ของ UNCITRAL) ที่ไทยใช้ในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้นมา ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน

² M.J. Musstill and S.C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England (London: Butterworths, 1982), p. 433.

ผู้เขียนเกิดแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวว่า การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการควรมีขอบเขตอย่างไร เรื่องใดในกระบวนการที่เปิดเผยได้ เรื่องใดที่ไม่ควรเปิดเผย เป็นเรื่องที่สมควรนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ ตลอดจนสรุปและเสนอแนะ เพื่อจะได้เป็นประโยชน์ทางวิชาการและแนวปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาตตุลาการต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อแสวงหาความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการ แนวคิด เกี่ยวกับการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาตตุลาการ
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ตลอดจนการดำเนินการรักษาความลับของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการ
3. เพื่อศึกษากรณีกเว้นที่สามารถเปิดเผยข้อมูลของกระบวนการอนุญาตตุลาการ
4. เพื่อศึกษาความรับผิดชอบของบุคคลที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย เมื่อมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ
5. เพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะแนวทางในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบในการกำหนดสภาพบังคับ และขอบเขตในการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาตตุลาการ

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

รายงานวิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาเพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการ แนวคิด และทฤษฎีของการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการ และแนวคิด หลักเกณฑ์ ตลอดจนการดำเนินการรักษาความลับของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการ เพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะแนวทางในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบในการกำหนดกระบวนการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการ

1.4 สมมติฐานการศึกษาวิจัย

ความลับในการอนุญาตตุลาการควรมีขอบเขตเพียงใด เป็นเรื่องที่ยังไม่มีความชัดเจน ในกฎหมายภายในไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ ทั้งข้อบังคับของสถาบันต่างๆ ก็ไม่ได้กล่าวถึง จะมีก็แต่กฎหมายอื่นและระเบียบข้อบังคับที่กระจัดกระจาย ที่นำมาใช้ได้ แต่ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับต่างๆ ในเรื่องการรักษาความลับในการพิจารณาคืออนุญาโตตุลาการ และกำหนดให้บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ ต้องรักษาความลับเอาไว้ ส่วนของคำชี้ขาดนั้นเห็นว่า หากคู่กรณีไม่ประสงค์จะเปิดเผยก็ควรต้องให้เป็นไปตามนั้น แต่ควรกำหนดให้มีโอกาสที่จะมีการเปิดเผยได้โดยสถาบันต่างๆ ที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษาเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าวิเคราะห์ข้อมูลจากตำรา ตำบทยกฎหมาย คำพิพากษาของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เอกสารการสัมมนา บทความ วารสาร ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อกำหนดแนวทาง ในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบในการกำหนดกระบวนการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบเกี่ยวกับหลักการ แนวคิด เกี่ยวกับการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
2. ทำให้ทราบหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ตลอดจนการดำเนินการรักษาความลับของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ
3. เพื่อให้ทราบกรณียกเว้นที่สามารถเปิดเผยข้อมูลของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
4. ทำให้ทราบความรับผิดชอบของบุคคลที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย เมื่อมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
5. เพื่อให้ทราบแนวทางในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบในการกำหนดสภาพบังคับ และขอบเขตในการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
6. ก่อให้เกิดประโยชน์ในการสร้างผลงานทางวิชาการแก่สถาบันการศึกษาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการรักษาความลับ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2.1 แนวความคิดเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

แนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความลับในข้อพิพาท เป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้ว ก่อนที่จะมีกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็นรูปธรรม โดยแต่เดิมการระงับข้อพิพาทก็อยู่ในรูปแบบของผู้นำเป็นผู้ไกล่เกลี่ย หากไม่สำเร็จจะสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่กรณี และตัดสิน ซึ่งก็คือวิธีการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง โดยในทวีปยุโรปยอมรับว่าการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่ให้ความสำคัญ และเคร่งครัดต่อเรื่องความลับในการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก มีข้อพิพาทมากมายที่ได้ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแล้วจะต้องดำเนินตามทัศนคติดังกล่าวนี้³

ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในช่วงกลางทศวรรษที่ 1980 ประเด็นในเรื่องการปกปิดความลับมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างยิ่ง และมีผลกระทบต่อเอกสารที่ถูกสร้างขึ้น หรือถูกเปิดเผยในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับยอมรับ จนกระทั่งมีความเห็นกันว่า “การอนุญาโตตุลาการเป็นการพิจารณาข้อพิพาทที่เป็นเรื่องภายในและวิธีแห่งการสันติวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องบัญชีและธุรกรรมการค้าขายอื่นๆ ด้วย ซึ่งการตัดสินอาจเป็นเรื่องที่ยาก และอาจทำไม่ได้ในการพิจารณาคดีโดยศาลตามกฎหมาย”⁴

ในศตวรรษที่ 19 จนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 20 การอนุญาโตตุลาการได้นำมาใช้เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทอย่างต่อเนื่อง ทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ แม้แต่ในเวทีแห่งการค้าระหว่างประเทศ ก็มักจะทำการเจรจาทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างกัน โดยระบุข้อสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของตน อีกทั้งในระบบการค้าระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันว่าเหตุที่ระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาของตนเนื่องมาจากเหตุผลในการรักษาความลับของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

³ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 1 - 2.

⁴ M.J. Musstill and S.C. Boyd, op.cit., p. 433.

ในปัจจุบันการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ จึงเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้นานาชาติยอมรับว่าเป็นเป็นจุดเด่นของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ไม่เฉพาะข้อพิพาทระหว่างเอกชนในประเทศเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงข้อพิพาทระหว่างประเทศอีกด้วย⁵

2.1.1 ความหมาย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 มีการบัญญัติคำศัพท์คำว่า “ลับ” หมายความว่า อยู่ในที่พื้นตา ที่ปกปิด หรือควรปกปิด

พจนานุกรมของ Webster’s ฉบับ New World Dictionary of the American Language ได้ให้นิยามไว้ว่า

“Secret” หมายถึง สิ่งที่ไม่เป็นที่รับรู้ของผู้อื่น อาจจะเป็นที่รับรู้เพียงเฉพาะกลุ่มคน เช่น สองถึงสามคนเท่านั้น และต้องเป็นสิ่งสำคัญที่ถูกปิดบังซ่อนเร้นเอาไว้ (Not to be made known to other, known to only a few people, hidden)

ตามพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษของ Black’s Law Dictionary ให้คำอธิบายว่า

“Confidential” หมายถึง ความเชื่อถือ ความไว้วางใจต่อกันของบุคคลโดยมีเจตจำนงที่เก็บไว้เป็นความลับหรือรักษาความลับ (In trusted with the confidence of another or with his secret affairs or proposes; intended to be held in confidence or kept secret; done in confidence) ส่วน “Confidentiality” หมายถึง สถานะที่ได้รับความเชื่อถือให้รักษาความลับระหว่างบุคคลเป็นการส่วนตัว และไม่เปิดเผยต่อสาธารณะชน (State or quality of being confidential; treated as private and not for publication)

S. J. Warwick ได้กล่าวถึงคำว่า “Confidentiality” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากคำในภาษาละติน 2 คำ คือ “con” ที่หมายถึงความสมบูรณ์ และคำว่า “fidere” ที่หมายถึง เชื่อถือและไว้วางใจ ดังนั้น คำว่า “Confidence” จึงหมายถึง การติดต่อสื่อสารกันและกันที่เป็นความลับ⁶

ในทางกฎหมาย มีนักวิชาการทางกฎหมายที่ได้พยายามให้คำอธิบายความหมายของคำว่า “ความลับ” ไว้ในคำอธิบายกฎหมายไว้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการทำความเข้าใจดังต่อไปนี้

⁵ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, “ทำไมถึงต้องใช้อนุญาตตุลาการ,” รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (กรุงเทพมหานคร: สามย่านวิทยาพัฒนา, 2540), หน้า 32 – 34.

⁶ S J Warwick, “A Vote for no Confidence,” Journal of Medical Ethics 15 (May 1989): 184.

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “ความลับ” หมายถึงข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์ต่อคนทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าตัวประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ ฉะนั้นการถือเอาข้อเท็จจริงใดเป็นความลับจึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัดถ้าเป็นสิ่งที่รู้กันโดยทั่วไป เช่นหลักการทางวิทยาศาสตร์เรื่องแรงโน้มถ่วงของโลกของอริสโตเติลย่อมไม่มีความลับ⁷

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายความหมายของ “ความลับ” ไว้ว่า หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลอันจำกัด ฉะนั้นสิ่งที่มีความลับของบุคคลหนึ่งอาจไม่ใช่ความลับของอีกบุคคลหนึ่งก็ได้⁸

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ได้อธิบายว่า “ความลับ” หมายถึงข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงจำกัด ความลับประกอบด้วยสาระ 3 ประการ คือ

1. ความไม่ค่อยรู้กันของข้อเท็จจริง
2. เจตจำนงที่จะเก็บไว้เป็นความลับ และ
3. การเก็บข้อเท็จจริงนั้นไว้เป็นความลับเป็นผลประโยชน์ของเจ้าของข้อเท็จจริง

นั้น⁹

พ.ต.ต.สุวัณชัย ใจหาญ อธิบายความหมายว่าความลับ หมายถึง ข้อเท็จจริงที่บุคคลมีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีประโยชน์ได้เสียอันชอบธรรม ประสงค์จะปกปิดไว้ไม่ให้ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลอื่น หรือนอวงของบุคคลเหล่านั้น การที่จะถือว่าข้อเท็จจริงใดเป็นความลับ ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและฐานะของบุคคล สิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่ง อาจไม่มีความลับของของอีกบุคคลหนึ่งก็ได้¹⁰

⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 250.

⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 239-240.

⁹ คณิต ฒ นกร, กฎหมายอาญาความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), หน้า 276.

¹⁰ สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายและว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง มาตรา 288 ถึงมาตรา 333 (กรุงเทพมหานคร: การพิมพ์พระนคร, 2529), หน้า 344.

Professor Francois Dessemontet อธิบายเกี่ยวกับ “ความลับ” ว่าความลับหรือข้อมูลลับนั้น จะถูกเก็บรักษาเป็นความลับ โดยจะเป็นความลับเสมอ อันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของข้อมูลนั้น ต้องไม่เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไป หรือบุคคลโดยบุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้หากมิใช่บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง และคำจำกัดความของ “ความลับ” นั้นจะไม่แปรผันไป ไม่ว่าจะปรากฏในประเทศใดย่อมเข้าใจได้ในความหมายอย่างเดียวกัน

จากคำจำกัดความ และคำอธิบายเกี่ยวกับคำว่า “ความลับ” ดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็น ว่าความหมายและลักษณะของ “ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” หมายถึงสิ่งที่ไม่เปิดเผยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ หรือกฎหมาย บังคับมิให้เปิดเผยไปยังบุคคลอื่นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเรื่องนั้น

2.1.2 วัตถุประสงค์ของการรักษาความลับ

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีวัตถุประสงค์หลัก ดังนี้¹¹

1. รักษาความเป็นส่วนตัวของคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีไม่ประสงค์จะเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อบุคคลภายนอก ซึ่งอาจเป็นเพราะมีการกล่าวหากันเรื่องความไม่สุจริต การหลอกลวง การขาดความสามารถ การขาดแหล่งเงินทุน และอื่น ๆ ที่คู่กรณีประสงค์จะไม่เปิดเผย ทั้งนี้ เพราะเป็นการระงับข้อพิพาทที่เอกชนปรารถนาที่จะระงับเรื่องของตนกับคู่กรณี โดยไม่ประสงค์จะถูกตรวจสอบจากสาธารณชน

2. คู่กรณีไม่ประสงค์ให้คดีของตนเป็นบรรทัดฐาน หากเกิดข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันในคดีต่อไป เพราะอาจเกิดกรณีพิพาทดังกล่าวขึ้นกับตนอีก กล่าวคือหากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ แม้ข้อเท็จจริงในคดีหลังจะเหมือนกับคดีแรก ก็ย่อมจะเป็นผลให้คำวินิจฉัยใช้เป็นบรรทัดฐานไม่ได้ หรือแม้แต่เพียงเป็นตัวอย่งในการตีความก็ยังทำได้ยาก เพราะคำวินิจฉัยเป็นความลับเสียแล้ว

3. คู่กรณีไม่ต้องการให้เกิดความเสียหายที่จะถูกสาธารณชนเพ่งเล็งว่าตนต้องแพ้ในคดีเรื่องอื่นๆ ที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ คู่กรณีต้องการให้เป็นความลับเพราะแม้แพ้ในคดีเรื่องหนึ่ง แต่คดีเรื่องอื่น แม้จะมีข้อเท็จจริงคล้ายกัน ก็อาจจะไม่แพ้คดีก็เป็นได้

4. คู่กรณีต้องการรักษาความลับทางธุรกิจการค้าของตน เพราะเป็นเรื่องที่อ่อนไหวต่อความรู้สึกของคนทั่วไป และเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ แม้ผลของคดีจะเป็นประการใด ความสัมพันธ์ทางธุรกิจของคู่กรณีก็ยังสามารถดำเนินต่อไปได้

¹¹ Cindy G. Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration,” *American Review of international Arbitration* 14 (June 2003): 121 – 123.

2.1.3 ข้อมูลที่ต้องรักษาเป็นความลับ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต้องมีการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัวของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา ซึ่งหน้าที่การรักษาความลับ หรือข้อมูลที่ต้องรักษาเป็นความลับอาจเกิดจากการตกลงกันระหว่างคู่พิพาท หรือเกิดจากกฎหมายบางฉบับ¹²

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการคู่กรณีสามารถระบุเรื่องการรักษาความลับไว้เป็นข้อบังคับต่างหาก หรือระบุไว้ในสัญญาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้ทำขึ้นระหว่างกันก็ได้ โดยอาจกำหนดให้ข้อมูลทั้งหมด หรือบางส่วนของที่กระทำขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมต้องเป็นไปตามการแสดงเจตนาของคู่กรณี

ข้อมูลที่จะเป็นความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

1. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เรื่องที่เป็นปัญหาระหว่างคู่พิพาท และเรื่องที่ได้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด เรื่องชื่อของคู่พิพาทว่ามีใครบ้าง พิพาทเรื่องใด รายละเอียดเรื่องพิพาทมีอยู่อย่างไร ย่อมเป็นเรื่องที่คู่ความต้องการให้เป็นความลับ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความเสียหายชื่อเสียงของคู่กรณีได้ เช่น การกล่าวอ้างถึงความประมาทเลินเล่อของคู่กรณีที่ เป็นผู้ประกอบการค้า การลงทุน หรือสูตรทางเคมี หรือส่วนผสมของสินค้าอื่นๆ ย่อมทำให้สาธารณชนสงสัยที่จะใช้สินค้า หรือใช้บริการดังกล่าวได้

2. กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา หมายถึง การพิจารณาข้อพิพาทต้องกระทำเป็นการลับ และไม่อนุญาตให้บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าไปร่วมในการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ¹³ นอกจากนี้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากต้องเป็นการลับแล้ว หากมีสิ่งอื่น ๆ เกิดขึ้นนอกเหนือจากกระบวนการพิจารณา โดยหลักก็ต้องรักษาเป็นความลับด้วย เช่น บัญชีพยานหลักฐาน บันทึกเหตุการณ์ต่าง ๆ คำร้อง คำโต้แย้ง คำแถลงการณ์ของคู่กรณี บันทึกการสืบพยานของคู่กรณีและพยานของคู่กรณี ทั้งนี้ เพราะสภาพของอนุญาโตตุลาการและพยานหลักฐานที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการย่อมจะต้องเกี่ยวข้องกับความลับได้ โดยเฉพาะวัตถุพยานและคำเบิกความ ความเห็นของพยาน สภาพของพยานต่างๆ ย่อมต้องรักษาเป็นความลับ เช่นเดียวกับเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาท

¹² Julian D.M. Lew Q.C., Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (New York: Kluwer Law International, 2003), p. 283.

¹³ Peter Sheridan, "Private and Confidential: A Benefit of Arbitration," Construction Law Journal 16 (January 1996): 171.

เพราะย่อมเป็นความประสงค์ของคู่กรณีที่ไม่ต้องการให้พยานหลักฐานถูกเปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ เนื่องจากคู่กรณีมีสิทธิที่จะรักษาความเป็นส่วนตัวของตน¹⁴

อย่างไรก็ตาม พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่เข้าไปเบิกความในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อพิจารณาว่าจำเป็นต้องรักษาความลับในคดีหรือไม่ เพราะคู่กรณีอาจประสงค์จะไม่ให้พยานดังกล่าวนำความลับที่ล่วงรู้จากการเข้าไปเป็นพยานเบิกความในคดีไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แต่บุคคลที่เป็นพยานอาจเข้าใจว่าเป็นเรื่องที่ตนเปิดเผยได้ หากมิได้ทำให้ผู้อื่นเสียหาย¹⁵ ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดเผยเรื่องดังกล่าวโดยพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญควรมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับไว้โดยเฉพาะเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ใช้พิจารณาว่าเรื่องใดที่เปิดเผยได้ หรือเปิดเผยได้ในขอบเขตเพียงใด หรือเรื่องใดที่ห้ามเปิดเผยเด็ดขาด

3. คำสั่งระหว่างพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือคำสั่งของอนุญาโตตุลาการนั้น หากไม่ทำให้ข้อพิพาทเสร็จสิ้นไปจากกระบวนการพิจารณา คำสั่งนั้นย่อมเรียกว่า “คำสั่งระหว่างพิจารณา” ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ยังควรเป็นความลับหากการอนุญาโตตุลาการนั้นยังไม่สิ้นสุดลง แต่สำหรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญเพราะเป็นผลของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจมีข้อถกเถียงกันได้ว่ายังควรเป็นความลับอยู่หรือไม่ เพราะการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงแล้ว แต่คู่กรณีอาจก็อาจยังคงมีความประสงค์ที่ยังคงต้องรักษาความลับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอยู่เนื่องจากไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ว่ามีข้อพิพาทระหว่างกันและเป็นข้อพิพาทเรื่องใดตลอดจนมีรายละเอียดและสิ้นสุดลงอย่างไร จนกระทั่งมีผู้กล่าวว่า “ควรสังเกตด้วยว่าเรื่องการรักษาความลับนี้เอง อาจเป็นเครื่องทำลายสิ่งอื่นได้ การรักษาความลับทำให้ไม่สามารถเผยแพร่เหตุผลแห่งการชี้ขาดอันจะเป็นการเพิ่มพูนความรู้ของผู้ชี้ขาดรายอื่นในข้อพิพาทที่มีลักษณะเช่นเดียวกันอันจะทำให้การตัดสินใจของผู้ชี้ขาดรายอื่นทำได้เร็วขึ้นในทางปฏิบัติมีการตีพิมพ์คำชี้ขาด ในเมื่อคู่กรณีอนุญาตโดยตีพิมพ์โดยเต็มหรือกรองข้อเท็จจริงออกมาบางส่วน การตีพิมพ์โดยเต็มเป็นการทำลายการรักษาความลับของคู่กรณี หากตีพิมพ์โดยกรองข้อเท็จจริงออกยังไม่เปิดช่องให้เดาได้ว่าใครคือผู้พิพาทและทำให้ได้ข้อเท็จจริงไม่ครบ ไม่อาจเพิ่มพูนความรู้ของอนุญาโตตุลาการคนอื่นๆ ได้

¹⁴ Michael Collins Q.C., “Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings,” Texas International Law Journal 30 (April 1995): 121 – 122.

¹⁵ Alexis C. Brown, “Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration,” American University International Law Review 16 (March 2001): 1006 – 1008.

11949 ๒๐. 2

เต็มที่”¹⁶ ดังนั้น โดยปกติหากจะมีการพิมพ์และเผยแพร่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพื่อประโยชน์ในวงการกฎหมายและการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการก็เป็นที่น่าพิจารณาว่าจะสามารถกระทำได้หรือไม่

ในข้อบังคับขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World International Property Organization – WIPO) มีบทบัญญัติที่ได้กำหนดเรื่องความลับการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนคือ WIPO Arbitration Rules ใน Article 52¹⁷ ที่ได้ให้ความคุ้มครองข้อมูลที่ได้ใช้ หรือ

¹⁶ พิชัยศักดิ์ หราชานุกูล, เรื่องเดิม.

¹⁷ WIPO Arbitration Rules Article 52

(a) For the purposes of this Article, confidential information shall mean any information, regardless of the medium in which it is expressed, which is:

- (i) in the possession of a party;
- (ii) not accessible to the public;
- (iii) of commercial, financial or industrial significance; and
- (iv) treated as confidential by the party possessing it.

(b) A party invoking the confidentiality of any information it wishes or is required to submit in the arbitration, including to an expert appointed by the Tribunal, shall make an application to have the information classified as confidential by notice to the Tribunal, with a copy to the other party. Without disclosing the substance of the information, the party shall give in the notice the reasons for which it considers the information confidential.

(c) The Tribunal shall determine whether the information is to be classified as confidential and of such a nature that the absence of special measures of protection in the proceedings would be likely to cause serious harm to the party invoking its confidentiality. If the Tribunal so determines, it shall decide under which conditions and to whom the confidential information may in part or in whole be disclosed and shall require any person to whom the confidential information is to be disclosed to sign an appropriate confidentiality undertaking.

(d) In exceptional circumstances, in lieu of itself determining whether the information is to be classified as confidential and of such nature that the absence of special measures of protection in the proceedings would be likely to cause serious harm to the party invoking its confidentiality, the Tribunal may, at the request of a party or on its own motion and after consultation with the parties, designate a confidentiality advisor who will determine whether the

ได้เปิดเผยในกระบวนการอนุญาตตุลาการทั้งหมด และกำหนดให้บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับจากการอนุญาตตุลาการ และข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือได้มาระหว่างการอนุญาตตุลาการ

การกำหนดขอบเขตข้อมูลที่เป็นความลับของอนุญาตตุลาการ ซึ่งจะได้รับ ความคุ้มครองและรักษาให้เป็นความลับโดยให้ครอบคลุมข้อมูลทั้งหมดในการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีเกรงว่าอาจมีการนำข้อมูลในการอนุญาตตุลาการไปใช้ หรือสร้างความเสียหายต่อ คู่กรณีในภายหลัง โดยข้อพิพาทของการอนุญาตตุลาการส่วนมากจะมีความสำคัญต่อสังคม เศรษฐกิจ และการพาณิชย์ ไม่เพียงส่งผลกระทบภายในประเทศเท่านั้นแต่ส่งผลกระทบระหว่าง ประเทศด้วย ดังนั้นจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อมูลที่เป็นความลับ ได้แก่

1. ข้อมูลที่จะถือว่าเป็นความลับ ได้รับความคุ้มครองจะต้องมิใช่ข้อมูลที่ สาธารณชนที่ไปเป็นเจ้าของ (Public Domain Information) ดังนั้นถ้าข้อมูลนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่าย สามารถทราบถึงข้อมูลแล้วก็จะไม่ถือว่าเป็นความลับ ย่อมไม่ก่อเกิดหน้าที่รักษาความลับที่เกี่ยวกับ ข้อเท็จจริงนั้น

2. การนำเสนอข้อมูลของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในการอนุญาตตุลาการจะไม่ได้รับความ คุ้มครองในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายนั้นได้เคยใช้ข้อมูลนั้นอย่างเปิดเผยมาก่อนแล้ว

3. การรักษาความลับไม่มีข้อจำเป็นอีกต่อไป ถ้าข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการ ประenomข้อพิพาทคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผย และต่อมาไม่มีการขัดขวางการให้ข้อมูลนั้นโดย บุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาตตุลาการ

2.1.4 บุคคลที่มีหน้าที่รักษาความลับ

ในกรณีที่มีข้อจำเป็นต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ สิ่งที่ต้องพิจารณา ต่อไปคือ บุคคลใดบ้างมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ

information is to be so classified, and, if so, decide under which conditions and to whom it may in part or in whole be disclosed. Any such confidentiality advisor shall be required to sign an appropriate confidentiality undertaking.

(e) The Tribunal may also, at the request of a party or on its own motion, appoint the confidentiality advisor as an expert in accordance with Article 55 in order to report to it, on the basis of the confidential information, on specific issues designated by the Tribunal without disclosing the confidential information either to the party from whom the confidential information does not originate or to the Tribunal.

ในเรื่องนี้มีบุคคลสามกลุ่มที่มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการและมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณี หรือที่ปรึกษาที่เข้าไปช่วยเหลือคู่กรณีในการเข้าไปดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือทนายความ อนุญาโตตุลาการ และบุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ เช่น พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าบุคคลทั้งสองกลุ่มนี้มีหน้าที่หรือไม่อย่างไรในการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการ¹⁸

สำหรับคู่กรณีนั้นโดยหลักย่อมประสงค์ที่จะรักษาความลับของตนในการอนุญาโตตุลาการ และโดยหลักแล้วคู่กรณีมีหน้าที่ต้องไม่เปิดเผยสิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการต่อบุคคลภายนอก ซึ่งในหลายๆ ประเทศ เช่น อังกฤษยึดถือตามหลักนี้อย่างเคร่งครัด แต่ก็มีความเห็นในประเทศอื่นที่เห็นว่าหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการจะเปิดเผยเรื่องของตนให้บุคคลภายนอกรู้ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ให้บุคคลภายนอกรับรู้ และไม่มีข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวไว้ ก็อาจมีปัญหาได้ ซึ่งก็ต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายในเรื่องดังกล่าวบัญญัติไว้ว่าอย่างไรก็จะเป็นไปตามนั้น หรือหากใช้บริการการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดก็ต้องดูข้อบังคับของสถาบันกำหนดไว้อย่างไร และที่ปรึกษาของคู่กรณีที่เข้าช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการก็เป็นที่น่าใจกันว่าต้องรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีโดยต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนทนายความนั้นในประเทศต่างๆ ก็จะมีข้อบังคับของสมาคมหรือสหภาพทนายความในเรื่องมรรยาทของทนายความที่ต้องรักษาความลับของลูกค้าในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับคดี ซึ่งก็รวมถึงในเรื่องที่ตนทำหน้าที่ทนายความในการอนุญาโตตุลาการด้วย¹⁹

ส่วนอนุญาโตตุลาการนั้นมีหลักเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในนานาประเทศว่ามีหน้าที่หรือจริยธรรมที่จะต้องรักษาความลับของคู่กรณี ซึ่งมักจะมีประมวลจริยธรรมหรือข้อบังคับของสถาบันต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้

¹⁸ Hans Smit, "Confidentiality Articles 73 to 76," American Review of International Arbitration 9 (March 1998): 233 – 234.

¹⁹ Cindy G. Buys, "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration," American Review of International Arbitration 14 (June 2003): 121.

สำหรับบุคคลอื่นๆ เช่น พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ นั้น ในนานาประเทศยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าบุคคลเหล่านั้นมีหน้าที่ต้องรักษาความลับที่ตนรู้จากการเข้าร่วมเป็นพยานในการอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่²⁰

2.2 แนวความคิดเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

หลักการการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยถือเป็นหลักที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง และเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการ โดยเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยตรงด้วย คือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการปกติต้องกระทำโดยลับ ซึ่งแม้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นั้น ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นความลับหรือไม่ และคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ และพยานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญต้องรักษาความลับที่เกี่ยวกับกรณีพิพาทที่ตนได้รับรู้ในการเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องทำโดยลับ เพราะเป็นหลักการที่รู้กันโดยทั่วไป โดยคู่พิพาทสามารถกำหนดไว้ในสัญญาาระบับข้อพิพาทระหว่างกันได้ ตลอดจนเป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำสุด ที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติ เพราะเป็นเหตุแห่งการคัดค้านตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ การถอดถอน ความรับผิดชอบ และความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย ซึ่งหน้าที่ในการรักษาความลับนี้ถือเป็นหน้าที่อันสำคัญยิ่งและเป็นจุดมุ่งหมายของการอนุญาโตตุลาการ อันทำให้กระบวนการพิจารณาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาโดยทางศาล ทำให้เป็นที่เชื่อถือ และนิยมอย่างแพร่หลายในวงการธุรกิจการค้าการลงทุน เนื่องจากสามารถรักษาความลับ และชื่อเสียงในวงการธุรกิจการค้าได้เป็นอย่างดี

การรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เพราะการอนุญาโตตุลาการทำขึ้นในประเทศใดก็จะใช้กฎหมาย

²⁰Alexis C. Brown, "Presumption Meets Reality; An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration," American University Law Review 16 (March 2001): 1006-1007.

ในท้องถิ่นที่มีการอนุญาตตุลาการ²¹ เว้นแต่กรณีจะตกลงกันให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่น นอกจากนั้นอาจต้องมีกฎหมายอื่นๆ ที่เข้าไปเกี่ยวข้องในการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิด ประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดว่าด้วยการเปิดเผยความลับ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า หากข้อพิพาทเป็นเรื่องความลับทางการค้า รวมทั้งอาจมีระเบียบข้อบังคับอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ และข้อบังคับของสหภาพนายความ ซึ่งสามารถอธิบายเป็นลำดับได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

1. ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

กฎหมายอนุญาตตุลาการของไทยที่ใช้บังคับกันอยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นไม่มีบทบัญญัติเรื่องการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการจะต้องทำเป็นความลับหรือไม่ และกรณี อนุญาตตุลาการ และพยานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญต้องรักษาความลับที่เกี่ยวกับกรณีพิพาทที่ตนได้รับรู้ในการเข้าร่วมในการอนุญาตตุลาการหรือไม่ แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติของการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่า อนุญาตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลใดๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าร่วมในการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ บุคคลต่างๆ ที่เข้าร่วมในการพิจารณานั้นต้องเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทหรือในการอนุญาตตุลาการ เช่น คู่กรณี อนุญาตตุลาการ ทนายความ ที่ปรึกษา หรือผู้ช่วยเหลือของคู่กรณี พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ

ส่วนกรณีของการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการแม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำคำชี้ขาดเอาไว้ แต่ก็มิได้กำหนดว่าต้องรักษาไว้เป็นความลับหรือไม่เช่นเดียวกัน

2. ตามข้อบังคับและประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของประเทศไทยได้กำหนดไว้เป็นหน้าที่ตามข้อบังคับ และประมวลจริยธรรม โดยในข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วย

²¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 57.

อนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการมีการกำหนดให้การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำการเป็นการลับ และคู่พิพาทจะไม่อ้างอนุญาตตุลาการเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการได้²²

ส่วนในประเทศไทยที่มีการระบุถึงการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ อีกกรณีหนึ่งได้แก่ ประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือ อนุญาตตุลาการที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการในสถาบันดังกล่าวนี้ก็ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมด้วย แม้ประมวลจริยธรรมจะเป็นเพียงข้อแนะนำและแนวทางปฏิบัติแก่อนุญาตตุลาการก็ตาม โดยในประมวลจริยธรรมดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับของอนุญาตตุลาการ คือต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย²³ โดยบุคคลที่ได้รับทราบทามเป็นอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆที่ตนได้มาจากการทราบทามนั้น²⁴ และ

²² ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ

ข้อ 22 การสืบพยานให้เป็นไปตามวิธีการต่อไปนี้

(1) ให้คู่พิพาทยื่นเสนอพยานเอกสารต่างๆ เพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนต่ออนุญาตตุลาการตามวันเวลาที่อนุญาตตุลาการกำหนด ในกรณีที่เห็นสมควร อนุญาตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทส่งเอกสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทให้ก็ได้

(2) การสืบพยานบุคคลให้กระทำโดยอนุญาตตุลาการ ให้อนุญาตตุลาการบันทึกคำพยานโดยย่อเพื่ออ่านและให้พยานลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐานแล้วเก็บรวมไว้ในสำนวนอนุญาตตุลาการจะให้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากสถาบันช่วยบันทึกคำพยานก็ได้ การบันทึกคำพยานดังกล่าวอาจใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดก็ได้ โดยความยินยอมของคู่พิพาท

(3) การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำการเป็นการลับ

ข้อ 24 คู่พิพาทจะไม่อ้างอนุญาตตุลาการเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการ

²³ ข้อ 40 อนุญาตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย

²⁴ ข้อ 41 บุคคลที่ได้รับทราบทามเป็นอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆ ที่ตนได้มาจากการทราบทามนั้น

อนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท²⁵

ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้จะมีข้อบังคับและประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม แต่สำหรับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น อนุญาตตุลาการย่อมไม่อยู่ในบังคับของประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้ย่อมขาดความชัดเจนว่า ในการอนุญาตตุลาการของสถาบันอื่นๆ หรือที่คู่กรณีดำเนินการกันเองว่า อนุญาตตุลาการจะต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการหรือไม่ หากต้องรักษาความลับจะมีขอบเขตในการรักษาความลับมากน้อยเพียงใดและมีข้อยกเว้นหรือไม่

3. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

ในปัจจุบันในประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตตุลาการที่กำหนดให้บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ แต่ถ้าข้อพิพาทที่จะระงับโดยการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติว่าเรื่องดังกล่าวเป็นความลับ บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องก็ต้องทำการอนุญาตตุลาการเรื่องดังกล่าวอย่างเป็นความลับ โดยประเทศไทยมีกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีบทบัญญัติให้บุคคลต่างๆ ต้องรักษาความลับ คือ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ซึ่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้าฯ นี้ ใช้บังคับการรักษาทางการค้าไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดทราบใดที่ข้อมูลนั้นยังเป็นความลับทางการค้าอยู่ แม้ในชั้นที่มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการก็ตาม บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความลับดังกล่าวรวมทั้งอนุญาตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องรักษาความลับดังกล่าว

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติต่างๆ ที่จำเป็นตั้งแต่คำนิยาม การคุ้มครองความลับทางการค้า การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า การดูแลความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐ คณะกรรมการความลับทางการค้า พนักงานเจ้าหน้าที่ และบทกำหนดโทษ โดยบทบัญญัติที่สำคัญที่เกี่ยวกับการรักษาความลับที่ควรกล่าวถึง ได้แก่

คำนิยาม คำว่า “ความลับทางการค้า” หมายถึงข้อมูลทางการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็น

²⁵ ข้อ 42 อนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาด และไม่ให้ผู้ใดทราบผลคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท

ข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับและเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้า โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

ความลับดังกล่าวนี้มีบทบัญญัติให้การคุ้มครองมิให้มีการละเมิดความลับทางการค้า เช่น การกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไปหรือใช้ความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน เช่น การผลิตสัญญา การกระทำที่จงใจให้ละเมิดความลับ การดัดสินบน การข่มขู่ การฉ้อโกง การลักทรัพย์ การรับของโจร การโจรกรรมโดยวิธีการใดๆ รวมทั้งทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นการละเมิดความลับทางการค้า

นอกจากนี้การคุ้มครองความลับทางการค้ามีข้อจำกัดบางประการ คือ อาจมีการเปิดเผยข้อมูลในการกระทำบางอย่างที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดความลับทางการค้า เช่น ผู้รับรู้ข้อมูลทางการค้าโดยนิติกรรมและไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้า หรือการเปิดเผยข้อมูลด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น เพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ การเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้าในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและในกรณีดังกล่าวหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้นหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ความลับทางการค้านั้นไป ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม

ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิในความลับทางการค้ามีสิทธิดำเนินการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ละเมิดระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าชั่วคราว และฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งห้ามผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า และฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้ โดยการฟ้องคดีนั้นต้องกระทำภายในกำหนดเวลา 3 ปี นับแต่วันที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้ารู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิดซึ่งต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มีการทำละเมิด

สำหรับภาระการพิสูจน์นั้นไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะจึงเป็นไปตามหลักทั่วไปในกฎหมายลักษณะพยาน คือ ผู้ที่ฟ้องคดีซึ่งกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดต้องเป็นผู้ที่มีภาระพิสูจน์ คือนำพยานหลักฐานไปนำเสนอประกอบข้ออ้างของตนว่ามีการกระทำละเมิดความลับทางการค้า และมีการกำหนดให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าต้องเสียค่าตอบแทนในจำนวนที่เหมาะสม

บทบัญญัติที่สำคัญที่ทำให้การรักษาความลับทางการค้าเกิดผล คือ บทบัญญัติซึ่งกำหนดโทษผู้ที่ขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ และบทลงโทษผู้เปิดเผยความลับทางการค้า โดยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 31-38 ดังนี้

มาตรา 33 ผู้ใดเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไปในประการที่ทำให้ความลับทางการค้านั้นสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า โดยเจตนาถ่วงเวลาให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับความเสียหายในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสารการกระจายเสียง หรือการแพร่ภาพ หรือการเปิดเผยด้วยวิธีอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 34 ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ในการดูแลรักษาความลับทางการค้า ตามระเบียบที่ออกตามความในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้น เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 35 ผู้ใดเปิดเผยข้อเท็จจริงใดเกี่ยวกับกิจการของผู้ควบคุมความลับทางการค้าอันเป็นข้อเท็จจริงที่ตามปกติวิสัยจะถึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ซึ่งตนได้มาหรือล่วงรู้เนื่องจากการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการหรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี

ผู้ใดได้มาหรือล่วงรู้ข้อเท็จจริงใดจากบุคคลตามวรรคหนึ่งเนื่องในการปฏิบัติราชการหรือการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี แล้วเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

มาตรา 36 ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลถ้ากระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เกิดจากการสั่งการกระทำ หรือไม่สั่งการหรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย

ดังนั้นในกรณีที่มีการอนุญาตตุลาการข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องความลับทางการค้าบุคคลต่างๆที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณี อนุญาตตุลาการ พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้รับรู้ความลับทางการค้าจากการเข้าร่วมในการอนุญาตตุลาการ ก็ต้องมีหน้าที่ไม่เปิดเผยความลับเหล่านั้นต่อบุคคลภายนอก มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความลับทางการค้าและอาจมีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ได้

4. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันให้คู่กรณีและบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ที่ปรึกษาของคู่กรณี อนุญาตตุลาการ พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ ต้องรักษาความลับในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยใช้หลักกฎหมายใน

ลักษณะสัญญา กล่าวคือ อาจมีการตกลงกันในการทำสัญญาหลักระหว่างคู่กรณี โดยในการทำสัญญาต่างๆ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าหรือสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทอื่น ๆ ที่มีการระบุให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และระบุให้ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ โดยให้รู้เรื่องที่พิพาทและรายละเอียดต่างๆ กันเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ซึ่งอาจทำก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและระบุให้บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากมีบทบัญญัติในสัญญาไม่ว่าจะในสัญญาหลักหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ดำเนินการลับ อนุญาโตตุลาการและศาลก็ต้องปฏิบัติตามหรือบังคับตามนั้น

นอกจากนั้น ในกรณีที่มีการใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการข้อบังคับเหล่านั้นก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างคู่กรณี ซึ่งคู่กรณีก็ต้องผูกพันปฏิบัติตามข้อบังคับเหล่านั้น และหากมีข้อบังคับให้ต้องมีการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการที่สถาบันของตน²⁶

2.2.2 บุคคลที่มีหน้าที่รักษาความลับในประเทศไทย

บุคคลที่มีหน้าที่รักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย มีด้วยกันสามกลุ่ม เพราะเป็นกลุ่มที่มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการและมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ กลุ่มแรกได้แก่คู่กรณี หรือที่ปรึกษาที่เข้าไปช่วยเหลือคู่กรณีในการเข้าไปดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ กลุ่มที่สองได้แก่ทนายความอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นผู้ดำเนินกระบวนการชั้นอนุญาโตตุลาการโดยตรง และกลุ่มที่สามได้แก่บุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ เช่น พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ²⁷ ซึ่งจะได้ลำดับอธิบายดังนี้

1. คู่กรณี

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้น ได้ก็แต่โดยอาศัยสัญญาระหว่างคู่กรณีซึ่งหลักทั่วไปของสัญญาก็คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัคร

²⁶ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 85.

²⁷ Cindy G. Buys, op.cit., pp. 121 – 123.

ใจ และเจตนาที่แสดงออกต้องตรงกัน และเป็นที่ยอมรับกันในหลายประเทศว่าเจตนาในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง ไม่ใช่โดยปริยาย²⁸

กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ให้คู่กรณีและที่ปรึกษาของคู่กรณีรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องนี้ โดยผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักการคู่กรณีก็ย่อมประสงค์ที่จะรักษาความลับของตนในการอนุญาตตุลาการอยู่แล้ว คู่กรณีมีหน้าที่ต้องไม่เปิดเผยสิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการอนุญาตตุลาการต่อบุคคลภายนอก ซึ่งหากว่าคู่กรณี ตกลงกันแต่แรกเกี่ยวกับสภาพบังคับดังกล่าวย่อมเป็นที่ยุติได้ แต่หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการจะเปิดเผยเรื่องของตนให้บุคคลภายนอกรู้ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ให้บุคคลภายนอกรับรู้และไม่มีข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวไว้ ก็อาจมีปัญหาขึ้นมาได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายในเรื่องอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า กฎหมายอาญา หรือหากใช้บริการการอนุญาตตุลาการของสถาบันใดก็ต้องดูข้อบังคับของสถาบันกำหนดไว้อย่างไร

2. หมายความ

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ หมายความเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีพิพาทให้ดำเนินการในกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการ และมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ แทนคู่ความได้ตามสมควร คู่กรณีพิพาทอาจไม่เคยมาร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาเลยก็ได้ โดยมอบอำนาจให้หมายความเป็นผู้ดำเนินการแทน แต่คงไม่ได้หมายความว่าเมื่อตัวความตาย หมายความจะมีอำนาจดำเนินคดีตลอดไป เพราะหมายความเป็นเพียงตัวแทน เมื่อตัวการถึงแก่ความตาย สัญญาตัวแทนย่อมระงับ²⁹

หมายความจะต้องรักษาความลับของลูกความที่ตนได้รับจากการทำหน้าที่หมายความในคดีที่มีการอนุญาตตุลาการหรือไม่นั้น ในประเทศไทยมีข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ.2529 ข้อ 11³⁰ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ.

²⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), หน้า 30.

²⁹ ไชยวัฒน์ บุญนาค, อนุญาตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (กรุงเทพมหานคร: บริษัททรัพย์สุรีย์จำกัด, 2552), หน้า 39.

³⁰ ข้อบังคับสภาพนายความ ว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 11 เปิดเผยความลับของลูกความที่รับรู้ในหน้าที่ของนายความ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

2528 มาตรา 27 (3) และมาตรา 51³¹ ที่บังคับเฉพาะทนายความ ซึ่งก็สามารถนำมาใช้กับทนายความ ซึ่งทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการได้ด้วย โดยข้อบังคับข้อ 11 ดังกล่าวระบุ ให้ทนายความต้องรักษาความลับของตัวความ โดยไม่เปิดเผยความลับต่างๆที่ได้รับรู้จากการเป็น ทนายความต่อบุคคลภายนอก เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากลูกความหรือโดยอำนาจศาล หากกระทำการฝ่าฝืนเป็นการผิดมรรยาททนายความ ซึ่งอาจถูกลงโทษ ตั้งแต่ภาคทัณฑ์ ห้ามการเป็น ทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือลบชื่อออกจากการเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติ ทนายความได้³²

³¹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

มาตรา 27 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(3) ออกข้อบังคับสภาพทนายความเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และข้อบังคับว่าด้วย

(ก) การเป็นสมาชิกและการขาดจากสมาชิกของสภาพทนายความ

(ข) การเรียกเก็บและชำระค่าบำรุงและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ

(ค) การแจ้งย้ายสำนักงานของทนายความ

(ง) การประชุมคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการ

(จ) เรื่องอื่น ๆ อันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาพทนายความ หรืออยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาพทนายความตามกฎหมายอื่นรวมทั้งการแต่งตั้งการบังคับบัญชาการรักษาวินัย และการออกจากตำแหน่งของพนักงานสภาพทนายความ

มาตรา 51 ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ การกำหนดมรรยาททนายความให้สภาพทนายความตราเป็นข้อบังคับ

ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาพทนายความตราขึ้นตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ

³² พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

มาตรา 52 โทษผิดมรรยาททนายความมี 3 สถาน คือ

(1) ภาคทัณฑ์

(2) ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ

(3) ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

ในกรณีประพฤติผิดมรรยาททนายความเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรกถ้าผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามมาตรา 66 มาตรา 67 หรือมาตรา 68 แล้วแต่กรณีเห็นว่ามีเหตุอันควรงดโทษ จะงดโทษให้โดยว่ากล่าวตักเตือน หรือให้ทำ ทัณฑ์บนเป็นหนังสือไว้ก่อนก็ได้

ส่วนในทางอาญามีบทบัญญัติเกี่ยวกับทนายความที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องการเปิดเผยความลับไว้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าคุ้มครองความลับในทางคดีอนุญาตตุลาการ โดยสามารถนำมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปรับใช้ได้ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตริย์ คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่ามาตรการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ แม้จะได้มีกฎหมายและข้อบังคับกำหนดไว้แล้วก็ดี แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังมิได้มีความชัดเจน และจัดรวมให้อยู่ในหมวดหมู่ประเภทเดียวกัน ซึ่งจะสะดวก และเข้าใจได้ดีกว่าในทางปฏิบัติ

3. อนุญาตตุลาการ

ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้กำหนดความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้อย่างชัดเจน มีเพียงความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาของอนุญาตตุลาการที่บัญญัติไว้กว้างๆ ดังนี้

มาตรา 23 “อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาตตุลาการเพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการอันไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 23 ดังกล่าวนี้นี้เป็นการวางหลักให้อนุญาตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของตน กล่าวคือ ระบุตามปกติอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งหากปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องและไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากไม่มีการกระทำที่ไม่ถูกต้องแต่จะรับผิดในทางแพ่งก็ต่อเมื่อกระทำหน้าที่โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และรับผิดในทางอาญาต่อเมื่อมีการกระทำในลักษณะที่เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือ

ผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ และกำหนดความรับผิดชอบสำหรับบุคคลที่ให้ หรือรับว่าจะให้ ประโยชน์แก่อนุญาโตตุลาการด้วย

การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งตามบทบัญญัติมาตรา 23 นี้มีความแตกต่างจาก เรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่าบุคคล จะต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายละเมิดก็ต่อเมื่อกระทำการอันใดเป็นการล่วงสิทธิของผู้อื่น โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ และก่อให้เกิดความเสียหายจากการกระทำนั้น ตามมาตรา 23 นี้มีลักษณะ เช่นเดียวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางแพ่งมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ที่บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิด ในทางแพ่งก็ต่อเมื่อกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และทำให้เสียหายซึ่งอาจ เป็นเพราะอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่คล้ายกับเจ้าหน้าที่รัฐแม้ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม เพราะการตัดสินใจขาดข้อพิพาทมีลักษณะเป็นกึ่งตุลาการ³³

มีข้อพิจารณาว่าจะสามารถปรับใช้มาตรา 23 กับกรณีการเปิดเผยความลับของ อนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า อนุญาโตตุลาการผู้เปิดเผยความลับสามารถมีความรับ ผิดตามมาตรา 23 นี้ได้ แต่ผู้กล่าวหาจำเป็นต้องมีการพิสูจน์ว่าได้กระทำไปโดยเป็นการโดยหน้าที่อัน เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่

กรณีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยมีการใช้บริการของสถาบัน อนุญาโตตุลาการตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของ อนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการ ที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ในสถาบันดังกล่าวนั้นก็ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม อนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมด้วย แม้ประมวลจริยธรรม จะเป็นเพียงข้อแนะนำและแนวทางปฏิบัติแก่อนุญาโตตุลาการก็ตาม โดยในประมวลจริยธรรม ดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการ คือต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มา ในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนหรือ ผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย³⁴ โดยบุคคลที่ได้รับทราบตามเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับ

³³ สุทธาสินี สุภา, “ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ระงับข้อพิพาทในข้อพิพาททาง พาณิชย์ระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 82.

³⁴ ข้อ 40 อนุญาโตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาและคู่พิพาท ระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย

ใดๆ ที่ตนได้มาจากการทาบตามนั้น³⁵ และอนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท³⁶

ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้จะมีประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม กำหนดให้ต้องปฏิบัติ แต่ก็มิได้กำหนดสภาพบังคับเอาไว้ว่าหากมีการฝ่าฝืนจะได้รับผลประการใด และหากการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาตตุลาการในประเทศไทยที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น อนุญาตตุลาการย่อมไม่อยู่ในบังคับของประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้ย่อมขาดความชัดเจนว่าในการอนุญาตตุลาการของสถาบันอื่นๆ หรือที่คู่กรณีดำเนินการกันเองว่า อนุญาตตุลาการจะต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการหรือไม่ หากต้องรักษาความลับจะมีขอบเขตในการรักษาความลับมากน้อยเพียงใดและมีข้อยกเว้นหรือไม่

4. เจ้าหน้าที่สถาบัน

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ การดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับคดี เช่น งานประสาน งานธุรการต่างๆ รวมทั้งงานที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาโดยตรง เช่น การพิมพ์สำนวนคดี งานอำนวยความสะดวกต่อการสืบพยานต่างๆ ในคดี ย่อมหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่เจ้าหน้าที่ต่างๆ ในสถาบันนั้นๆ ที่จะต้องรับทราบความลับในกระบวนการต่างๆ

กฎหมายระเบียบข้อบังคับของสถาบันต่างๆ มิได้มีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการต่อเจ้าหน้าที่เอาไว้ แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ของสถาบันอนุญาตตุลาการเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการช่วยเหลือในการดำเนินการต่างๆ ตลอดจนให้คำแนะนำเพื่อให้การระงับข้อพิพาทสามารถกระทำได้โดยสะดวกจนกระทั่งเสร็จสิ้น ดังนั้นการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของสถาบัน ก็เป็นการกระทำโดยมีหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของสถาบันมีหลายสาขาวิชาชีพ อาทิ นักกฎหมาย นักบัญชี นักการ เป็นต้น ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่เข้าร่วมในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่ให้ความสะดวก ให้คำแนะนำต่างๆ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนั้นคือ นิติกร ซึ่งเป็นนักกฎหมาย แต่

³⁵ ข้อ 41 บุคคลที่ได้รับทาบตามเป็นอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับใด ๆ ที่ตนได้มาจากการทาบตามนั้น

³⁶ ข้อ 42 อนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาด และไม่ให้ผู้ใดทราบผลคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท

ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ในตำแหน่งอื่นๆ แม้มิได้เข้าร่วมการดำเนินการพิจารณาด้วยต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการพิจารณาให้เป็นความลับ โดยการดำเนินการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการกระทำเป็นความลับอยู่แล้ว³⁷

5. พยานบุคคลในคดี

พยานบุคคล ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บังคับเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว แม้แต่ในนานาประเทศยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าบุคคลเหล่านั้นมีหน้าที่ต้องรักษาความลับที่ตนรู้จากการเข้าร่วมเป็นพยานในการอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่³⁸

ในแนวทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการนำพยานบุคคลเข้าเบิกความ พยานบุคคลดังกล่าวต้องปฏิญาณตนก่อนการเบิกความว่าจะให้การตามความสัตย์จริงทุกประการ แต่มิได้กล่าวถึงประเด็นในการรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ ไม่นำไปเปิดเผยซึ่งแนวความคิดในเรื่องการรักษาข้อมูลทางคดี ของคู่กรณีพิพาทเป็นหลักในทางจริยธรรมที่พยานบุคคลควรต้องคำนึงถึงและยึดถือปฏิบัติ โดยคู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นฝ่ายที่นำพยานบุคคลมาเบิกความควรต้องแจ้งถึงหลักการและวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการให้พยานบุคคลทราบ ซึ่งการสืบพยานในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการพิจารณาลับอยู่แล้ว³⁹

2.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณี ที่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตัดสินข้อพิพาท โดยการตกลงกันของคู่กรณีเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งหลักทั่วไปคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นต้องตรงกัน และเป็นที่ยอมรับกันในหลายประเทศว่า เจตนาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ใช่โดยปริยาย ส่วนคู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญามากน้อยเพียงใด

³⁷ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ,” วารสารบัณฑิต 51 (กันยายน 2538): 149 - 192.

³⁸ Alexis C. Brown, Ibid.

³⁹ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม.

เป็นเรื่องกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ และกฎหมายของนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้⁴⁰

ในทางปฏิบัติ การอนุญาตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจของนานาประเทศนั้นเกิดขึ้นจากสัญญาเสมอ หากไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการคู่กรณีพิพาทก็จะไม่ถูกบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทของตนด้วยวิธีการดังกล่าว และคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องดำเนินการทางอนุญาตตุลาการมิได้ แต่ถ้ามีสัญญาอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์แต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญาอนุญาตตุลาการ เช่น ฟ้องคดีต่อศาล โดยมียอมดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบังคับให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่บิดพลิ้วปฏิบัติตามสัญญาอนุญาตตุลาการได้ นอกจากนั้น หากไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์แต่มีการอนุญาตตุลาการจนเสร็จสิ้นและมีคำชี้ขาดแล้วคำชี้ขาดนั้นก็จะไม่ผูกพันคู่กรณีที่พิพาทแต่อย่างใด เพราะอนุญาตตุลาการกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ เนื่องจากอำนาจของอนุญาตตุลาการต้องเกิดจากสัญญาของคู่กรณีเท่านั้น⁴¹

ดังนั้น หลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการย่อมต้องอาศัยหลักทางกฎหมายดังต่อไปนี้

2.3.1 หลักสุจริต⁴²

หลักสุจริตเกิดจากความจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อให้มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมบนบรรทัดฐานทางศีลธรรมหรือทางกฎหมาย โดยต้องปฏิบัติต่อผู้อื่นให้ถูกต้องสมควรเหมือนกับที่ตนเองพึงปฏิบัติต่อตนเองแต่ในอดีตการยอมรับกฎเกณฑ์ร่วมกัน เรียกว่า กฎหมายธรรมชาติ ซึ่งไม่มีความชัดเจนเพราะเกิดจากแนวปฏิบัติในทางธรรมชาติ ในสมัยโรมันจึงเกิดแนวคิดกฎหมายต้องมีความชัดเจนจึงรวบรวมกฎเกณฑ์ในทางธรรมชาติมาบัญญัติเป็นกฎหมาย แล้วบรรจุเอา “หลักสุจริต” ไว้ในกฎหมายสิบสองโต๊ะหรือกฎหมายแพ่งโรมัน ซึ่งถือเป็นกฎหมายแพ่งฉบับแรกของโลก

การที่หลักสุจริตพัฒนามาจากกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ ดังนั้นจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป และมีความไม่ชัดเจน หลักสุจริตจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายยุติธรรม ไม่ปรากฏชัด

⁴⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 11.

⁴¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 5.

⁴² สุจิต ปัญญาพฤกษ์, “การใช้สิทธิโดยสุจริต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 51 – 60.

แจ้งในแง่ของความถูกต้องที่สามารถชี้ได้ด้วยตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ต้องอาศัยผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้ตัดสินใจชี้ชัดแย้ง หลักสุจริตจึงต้องมีการปรับใช้จากดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละคดี จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้หลักสุจริตทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความยืดหยุ่นเพราะสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหลักสุจริตจะทำให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เกิดความยุติธรรม

ในระบบกฎหมายภาคพื้นทวีปยุโรป หลักสุจริตเป็นต้นแบบแก่กฎหมายประเทศต่างๆ ระบบกฎหมายโรมันเป็นต้นแบบของกฎหมายในภาคพื้นยุโรป กล่าวคือ ในช่วงแรกนำมาเป็นต้นแบบต่อมาจึงพัฒนามาปรับใช้กับระบบกฎหมายของตน จึงมีฐานะเป็นหลักจริยธรรมสากล มีการยอมรับหลักสุจริตเป็นหลักจริยธรรมสากล ซึ่งประกอบด้วยหลักความยุติธรรมและหลักความเป็นเหตุเป็นผล คือ มองว่าการเกิดกฎหมายต้องมีหลักสุจริต ประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป จึงได้รับหลักสุจริตที่เป็นจริยธรรมสากลมาบัญญัติเป็นกฎหมายของประเทศนั้นๆ

การปรับใช้กับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เมื่อมีการนำเอาหลักสุจริตมาใช้กับประเทศต่างๆ จึงเริ่มมีการศึกษาแนวคิดต่างๆ พร้อมกับการพัฒนาสังคมและการเมือง นักปราชญ์ในยุคนี้จึงได้นำเอาแนวความคิดที่อธิบายกฎหมายธรรมชาติมาพัฒนาจนนำไปสู่กฎหมายสมัยใหม่ แล้วนำมาประมวลจนมาเป็นประมวลกฎหมาย หรือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพื่อให้มีความเป็นระบบ มีความชัดเจนแน่นอน และได้นำเอาหลักศีลธรรมและความยุติธรรมเข้ามาเพื่อทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นสามารถใช้ได้กับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป หลักสุจริตจึงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการใช้การตีความกฎหมายในบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน หรือที่มีการเปลี่ยนแปลงไป

ในกฎหมายไทยแต่เดิมประเทศไทยได้นำเอาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มาใช้แต่ด้วยความไม่มีความชัดเจนจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ ในปลายรัชกาลที่ 6 จึงได้นำกฎหมายภาคพื้นยุโรป ในระบบซีวิลลอว์ ที่มีรากฐานมาจากโรมันมาใช้⁴³ โดยการนำหลักกฎหมายมาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมาย ซึ่งในบรรพ 1 และบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีชาวฝรั่งเศสช่วยร่างกฎหมาย ทำให้ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส และจากการนำระบบประมวลกฎหมายมาใช้ส่งผลให้หลักสุจริตมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยหลายประการ กล่าวคือ

⁴³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 250 – 252.

กฎหมายแพ่งไทยใช้หลักสุจริตเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการใช้และการตีความ การรับรองหลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งไทยในประมวลกฎหมาย ทั้งหลักสุจริตทั่วไปและหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง⁴⁴

1. หลักการสำคัญของหลักสุจริต ได้แก่

- 1) เป็นรากฐานของกฎหมายเอกชนทั้งระบบ⁴⁵ ไม่ว่าส่วนใดของกฎหมายต้องสุจริตก่อนก่อนนิติสัมพันธ์กัน
- 2) เป็นหลักในการใช้ดุลพินิจของศาล เพราะหลักสุจริตไม่ชัดเจน เป็นกฎหมายทั่วไป จึงต้องอาศัยศาลมาตีความเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม
- 3) เป็นหลักในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องเข้ากับสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

2. ลักษณะทั่วไปของหลักสุจริต ได้แก่

- 1) เป็นรากฐานของระบบกฎหมายแพ่ง ไม่ว่าหลักกฎหมายใดๆ จะขัดหรือแย้งหลักสุจริตมิได้
- 2) เป็นกฎหมายยุติธรรม คือมีบทบัญญัติกว้างๆ เพื่อให้ศาลทำให้เกิดความชัดเจนหรือสมบูรณ์ หลักสุจริตจึงเป็นหลักกฎหมายยุติธรรมเพื่อเป็นการเสริมกฎหมายหรือสัญญาเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์และเป็นธรรมแก่คู่กรณี
- 3) เป็นหลักทั่วไปไม่ชัดเจน มีลักษณะเป็นนามธรรมคลุมเครือเพื่อให้นำไปวินิจฉัยในแต่ละคดีได้
- 4) เป็นหลักปรับใช้ตามเหตุผลของเรื่อง เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ตามแต่ละกรณี แม้ว่ากฎหมายนั้นจะชัดเจนแล้ว แต่ก็ต้องปรับใช้หลักสุจริตเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม
- 5) มีมาตรฐานทางศีลธรรมสูง กล่าวคือหลักสุจริตมีมาตรฐานสูงกว่าศีลธรรมทั่วไปเพราะการกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรม แต่กลับไม่อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต
- 6) เป็นมาตรฐานความเป็นธรรมในสังคม ซึ่งการจะเกิดความเป็นธรรมในสังคมจะต้องมีความไว้วางใจระหว่างคนในสังคม กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถคาดหมายได้ว่า

⁴⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม โดย ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 42.

⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์ และคอมมอนล่อว์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 52.

คู่สัญญาที่จะเข้ามาผูกพันด้วย ย่อมจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคม ทั้งต้องมีการการรักษาสัจจะ กล่าวคือเมื่อมีความสัมพันธ์ การรักษาความสัมพันธ์นั้นก็ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อมั่น ซึ่งถ้าฝ่ายใดไม่รักษาสัจจะก็จะมีมาตรการในการลงโทษ เช่น การไม่ชำระหนี้ก็ต้องรับผิดชอบในเรื่องดอกเบี้ย

3. ประเภทของหลักสุจริต⁴⁶

1) หลักสุจริตทั่วไป เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ เพื่อความเป็นธรรมในสังคม โดยให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความยุติธรรม เช่น มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 242 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1135 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2 ของกฎหมายแพ่งสวิตเซอร์แลนด์

2) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เป็นหลักที่นำมาใช้ในกรณีเฉพาะเรื่องหนึ่งเรื่องใด เพื่อพิจารณาเกี่ยวกับความรู้ถึงข้อเท็จจริงที่มีความหมายในทางกฎหมายบางประการ เช่น มาตรา 412 มาตรา 413 มาตรา 1299 มาตรา 1300 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4. รูปแบบที่สำคัญของหลักสุจริต

หลัก *exceptio doli* คือ หลักที่ใช้เป็นข้อต่อสู้พิเศษ เพื่อยกเว้นความรับผิดตามสัญญา เช่น หลักการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย หรือการโอนหุ้น หากเป็นการซื้อขายแต่แสดงเจตนาว่าให้ ก็สามารถเพิกถอนได้ (เจตนาลวง)

หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ (*Estoppel*) ซึ่งเป็นหลักของระบบกฎหมาย *common law* โดยลงโทษคู่ความฝ่ายหนึ่งที่จะไม่ให้กล่าวอ้างหรือปฏิเสธข้อความบางเรื่องที่มีผลหรือสืบเนื่องมาจากการกระทำผิดของตน เป็นไปตามหลัก “ไม่มีผู้ใดอาจถือเอาประโยชน์จากการกระทำผิดของตน” เช่น หลักลาภมิควรได้ หรือกรณีที่ความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินนั้นเป็นอันประจักษ์แล้วในเวลาที่ผู้ขายส่งมอบ แล้วผู้ซื้อได้รับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่ติดเงื่อนไข ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว

หลัก *clausula rebus sic stantibus* ซึ่งมีหลักการสำคัญคือกรณีที่รากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากและคู่กรณีมีอาจคาดเห็นมาก่อนว่าจะเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้น ถ้าคู่กรณี

⁴⁶ จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 66.

คาดเห็นก่อนที่จะกำหนดสัญญาในลักษณะอื่น หลักนี้ส่งผลให้คู่สัญญาผูกพันตามสัญญาตราบเท่าที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงเท่านั้น

หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นหลักที่กำหนดความรับผิดชอบที่จะเกิดสัญญา เพราะหากผู้จะเข้าทำสัญญาจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย ฝ่ายที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อต้องรับผิดชอบ เช่น ความรับผิดชอบตามสัญญาจะซื้อจะขาย

หลักเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of rights) กล่าวคือการใช้สิทธิของคนในสังคมจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้มีขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิของปัจเจกชน ไม่ให้กระทบต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม เป็นแนวคิดของการควบคุมโดยเจตนารมณ์ของสังคมตามหลักนิติรัฐของฝรั่งเศส

หลักสุจริตกับการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่ามีความสอดคล้องกัน เพราะ หลักสุจริต เป็นกฎหมายยุติธรรมโดยคำนึงถึงหลักความเป็นธรรม บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ การตีความข้อสัญญาให้เป็นไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย จึงต้องตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นหลักตามความเป็นธรรมของสังคม ดังนั้น การทำอนุญาโตตุลาการกัน แม้มิได้ตกลงเรื่องการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ หรือตกลงไว้ แต่ไม่ชัดเจนว่าต้องการให้เรื่องใดบ้างเป็นความลับ การเปิดเผยความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริตนี้

2.3.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of the will) มาจากแนวความคิดที่ว่า “เจตนาเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์” หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิจะแสดงเจตนาอย่างใดก็ได้ในทางแพ่ง โดยมีความสอดคล้องกับหลักอิสระในทางแพ่งและหลักอิสระในการทำสัญญา⁴⁷ กฎหมายแพ่งทำหน้าที่เพียงเข้ามากำกับกับการสร้างนิติกรรมสัญญาเท่านั้น โดยกำหนดเงื่อนไขไว้กว้างๆ ว่าอย่างไรเป็นนิติกรรมสัญญาแล้วให้เอกชนสามารถแสดงเจตนาออกมาเพื่อผูกนิติสัมพันธ์กัน อันจะเป็นการก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย⁴⁸

⁴⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายลักษณะมูลหนี้ หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 23.

⁴⁸ วิริยะ เกิดศิริ, นิติกรรมสัญญาและหนี้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 6.

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา(Autonomy of the will) มีความสำคัญมากกับการทำสัญญาในปัจจุบัน และถือได้ว่ากฎหมายยอมรับหลักนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เข้าทำสัญญา โดยจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 149 มาตรา 150 และมาตรา 151⁴⁹ ที่แม้มิได้บัญญัติเอาไว้ตรง ๆ ว่าใช้หลักนี้ แต่ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าการทำสัญญานั้น หากได้มีการแสดงเจตนาต่อกันแล้ว แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ แต่หากมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว สัญญานั้นย่อมมีฐานะบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา เพราะกฎหมายเคารพและให้ความสำคัญต่อเจตนาของคู่กรณีนั่นเอง

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ เกี่ยวกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of the will) จะพบได้น้อยมาก เพราะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษนั้น สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ คำเสนอ สนอง เจตนา ในการก่อนิติสัมพันธ์ และหลักสิ่งตอบแทน กล่าวคือ หากไม่มีการตอบแทนกันและกัน สัญญาที่ทำขึ้นย่อมไม่มีผลบังคับได้ เนื่องจากตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษการแสดงเจตนาต่อกันและกันนั้นไม่เพียงพอต่อการจะก่อผลผูกพันทางกฎหมาย⁵⁰

ความเกี่ยวพันกันระหว่างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา(Autonomy of the will) กับการรักษาความลับในกระบวนการมีความสำคัญยิ่ง เพราะในการทำสัญญาคู่กรณี ย่อมตกลงกันให้ชัดเจนเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการได้ และหากมีการเปิดเผยในเรื่องที่สัญญาได้ตกลงกันเป็นความลับแล้ว ย่อมเป็นการผิดสัญญาทางแพ่ง ซึ่งอาจต้องมีการชดเชยค่าเสียหายตามกฎหมายนั่นเอง

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 149 นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา 151 การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

⁵⁰ กัณณิกา เรืองนิติวิทย์, “หลัก consideration ตามกฎหมายอังกฤษ: ศึกษาความเสื่อมคลายในการบังคับใช้,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 203.

2.3.3 หลักความรับผิดทางละเมิด

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในคดีละเมิด แต่เดิมกฎหมายละเมิดกับกฎหมายอาญามีได้แยกออกจากกัน แต่เมื่อมีความคิดว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อสังคมควรเป็นหน้าที่ของรัฐ ส่วนการชดเชยเยียวยาความเสียหายควรให้ผู้เสียหายมีโอกาสเรียกร้องเอาจากผู้ก่อเหตุละเมิดนั้นได้เป็นการส่วนตัว ทำให้กฎหมายอาญาและกฎหมายละเมิดแยกออกจากกันโดยมีความมุ่งหมายที่ต่างกัน และการกำหนดว่าอะไรจะเป็นความผิดอาญาซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐเป็นผู้กำหนดและต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำเหล่านี้กระทำได้ ถ้าฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ หากมิได้มีการกำหนดว่าอะไรเป็นความผิดแล้ว จะลงโทษผู้กระทำได้⁵¹ ดังนั้น แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในคดีละเมิดจึงมีลักษณะดังนี้

1. การทำให้ผู้เสียหายกับคืนสู่ฐานะเดิม

การทำให้ผู้เสียหายกับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution in intergrum) หมายถึง การเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้น ซึ่งการที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้นนั้นมีหลายวิธี เช่น เมื่อเอาทรัพย์สินไป การทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก็คือ การคืนทรัพย์สินให้เขา ถ้าคืนเป็นตัวทรัพย์สินไม่ได้ก็ต้องคืนเป็นราคา เป็นต้น⁵² นอกจากนี้ ความรับผิดในละเมิดนั้นผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้มีการชดเชยและเยียวยาเพื่อความเสียหายนั้นได้จนหมดสิ้นโดยการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และกำหนดให้ผู้กระทำชดเชยเป็นค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนโดยมิใช่โทษเพื่อการปราบปรามให้เจ็ดหลาบและป้องปรามมิให้ผู้กระทำความผิดเช่นนั้นดังเช่นการลงโทษทางอาญา⁵³

ส่วนความมุ่งหมายในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายในละเมิดนั้นขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ว่า จะต้องมีความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำละเมิด หรือมีการกระทำโดยไม่มีอำนาจทำให้เกิดขึ้นจึงจะมีการเรียกให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดชอบชดเชยได้ ในเรื่องดังกล่าวในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ยังคงถือว่าการจะเป็นละเมิดต้องมีกฎหมายกำหนดเป็น

⁵¹ สุขุม สุภณิตย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2550), หน้า 2.

⁵² ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควารได้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 253.

⁵³ สุขุม สุภณิตย์, เรื่องเดิม, หน้า 3.

เรื่องๆ ไป เหมือนคดีอาญา ในขณะที่ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ไม่ถือนั้น แต่พยายามจะกำหนดลักษณะแห่งการกระทำอันถือว่าเป็นละเมิดขึ้นไว้เป็นหลักทั่วไป ถ้ามีกรณีเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเมื่อใดก็ปรับบทได้ว่าเป็นละเมิด และเรียกให้เยียวยาได้⁵⁴

2. การลงโทษผู้กระทำละเมิด

ในบางกรณีการเยียวยาความเสียหายในละเมิด กล่าวคือ การทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมยังไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้บังคับกับลักษณะของการกระทำละเมิดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมและทำลายความปลอดภัยในสังคมจึงเกิดหลักเกี่ยวกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดที่เรียกว่า “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (Punitive Damages) หรือที่ “ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง” (Exemplary Damages) หรือ “ค่าเสียหายเชิงแก้แค้น” (Vindictive Damages) โดยประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่มีการนำเอาหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้มาใช้ในศาลโดยมีการพัฒนามาจากหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งเริ่มขึ้นจากการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดี (Immoral Act) การใช้มาตรฐานกฎเกณฑ์ศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นเครื่องชี้ว่าสิ่งใดละเมิดหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) นั้น เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายธรรมดาที่กำหนดให้ผู้ละเมิดต้องชดเชยแก่ผู้เสียหายเพื่อตอบแทนความรุนแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำละเมิด ทั้งนี้ ในประเทศอังกฤษเคยมีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เช่น คดีระหว่าง Huckle V. Money, (1963) วางหลักว่า จำเลยควบคุมตัวโจทก์ไว้โดยไม่มีหมายและปราศจากอำนาจประมาณ 6 ชั่วโมง ศาลอังกฤษเห็นว่าเป็นการก่ออันตรายต่อประชาชน จึงเห็นพ้องกับลูกขุน กำหนดค่าเสียหายให้เป็นเงิน 300 ปอนด์ คดีนี้ถือว่าเป็นที่มาของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

นอกจากนี้ ในหลายประเทศที่ใช้กฎหมายทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์มีแนวโน้มว่าจะให้การยอมรับการเยียวยาความเสียหายในลักษณะที่เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษมากขึ้นสำหรับคดีละเมิดบางประเภท ได้แก่ ในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ เช่น สหรัฐอเมริกาได้กำหนดการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นโทษซึ่งนอกจากโจทก์จะได้รับการแก้ไขเยียวยาสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดโดยตรงแล้ว ศาลอาจกำหนดให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายในลักษณะเป็นการลงโทษจำเลยเพิ่มขึ้นอีกในคดีละเมิดบางประเภท เช่น คดีที่จำเลยมีจิตใจหรือเจตนาที่ไม่ดีในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นซึ่งได้แก่ คดีเกี่ยวกับการข่มขืนใจและ

⁵⁴ สุขุม สุภณิตย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

ทำร้ายร่างกาย (Assault และ Battery) หมิ่นประมาทและดูหมิ่น (Libel และ Slander) บุกรุก (Trespass) และการรบกวนความปกติสุขของผู้อื่น (Nuisance) เป็นต้น

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบชดเชย เช่น ฝรั่งเศสไม่มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในคดีแพ่ง คงยึดหลักค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาและละเมิดทั่วไป โดยยึดหลักค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่แท้จริง และยอมรับในการกำหนดค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน (Damages for Non-Pecuniary) และค่าเสียหายทางศีลธรรม (Moral Damages)

ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิด มีแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในละเมิดมีที่มาจากแนวคิดทางศีลธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งทฤษฎีว่าด้วยความยุติธรรมประเภทหนึ่งของอริสโตเติลที่ว่าความยุติธรรมเฉพาะเรื่องซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประการแรก ความยุติธรรมแบบแบ่งส่วนปันส่วนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง และประการที่สอง ความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนทดแทนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองด้วยกัน และความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนทดแทนนี้เองเป็นพื้นฐานทางแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในละเมิด กล่าวคือ การแบ่งส่วนปันส่วนทรัพย์สิน ชื่อเสียง เกียรติยศ ตำแหน่งและผลประโยชน์หรือความสุขอื่นระหว่างเอกชนซึ่งเป็นสมาชิกในสังคม และเมื่อแบ่งส่วนปันส่วนกันเรียบร้อยแล้วก็เป็นอันรู้ว่าส่วนของใครของมัน ถ้าผู้หนึ่งทำให้ส่วนของอีกผู้หนึ่งเสียหายก็ต้องชดเชยให้ดีขึ้น

สำหรับความรับผิดชอบในละเมิดเกิดจากการละเมิดหน้าที่ (Breach of Duty) หมายความว่า บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ผู้ใดมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำจึงเป็นละเมิด หน้าที่ ความรับผิดชอบในละเมิดจึงเป็นนิติเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดมีความรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดหน้าที่ ดังนั้น ผู้เสียหายจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตน ดังนั้น ละเมิด จึงหมายถึง การประทุษร้ายหรือกระทำผิดในทางแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งก็คือ การป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อกัน โดยให้บุคคลที่ต้องเสียหายบังคับสิทธิของตนเองแก่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผู้ต้องรับผิดชอบและบังคับให้คืนสู่สภาพก่อนมีการละเมิดเกิดขึ้นเท่าที่จะเป็นไปได้ อนึ่ง ทฤษฎีความรับผิดชอบในละเมิดมีทั้งหมด 3 ทฤษฎีด้วยกัน ได้แก่ ทฤษฎีรับภัย (Risk Theory) ทฤษฎีความผิด (Fault Theory) และทฤษฎีความรับผิดชอบเคร่งครัด (Strict Liability)⁵⁵

⁵⁵ ไพจิตร ปุณณพินธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 1-2.

1. ทฤษฎีรับภัย

ทฤษฎีความรับผิดในละเมิดเริ่มจากความรับผิดเมื่อมีความเสียหายซึ่งมีที่มาจากทฤษฎีรับภัย (Risk Theory) โดยทฤษฎีดังกล่าวมีความมุ่งหมายให้ผู้กระทำความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยมิได้คำนึงว่าผู้ละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วยหรือไม่ เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้ก่อแล้วก็ควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำละเมิด ไม่ว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะผิดหรือถูก เนื่องจากเมื่อบุคคลได้กระทำการใดๆ แล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง กล่าวคือ อาจมีผลดีหรือผลเสียเกิดขึ้นตามก็ได้ ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบแห่งความเสี่ยงภัยนั้น หากมีภัยหมายถึงความเสียหายเกิดขึ้น ผู้นั้นก็ต้องรับเคราะห์จากความเสียหายนั้น

ทั้งนี้ เหตุที่ทฤษฎีรับภัยไม่คำนึงถึงความผิดเนื่องจากต้องการคุ้มครองความเสียหาย กล่าวคือ ลดภาระของผู้เสียหายในการนำสืบความผิดของผู้กระทำความผิด เนื่องจากในบางกรณีการนำสืบถึงความผิดของผู้กระทำละเมิดเป็นไปได้ด้วยความยากลำบากหรือไม่อาจนำสืบได้ จึงทำให้ไม่ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าหากใช้ทฤษฎีรับภัย ผู้เสียหายย่อมได้รับความเป็นธรรมในการได้รับค่าสินไหมทดแทน⁵⁶ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีรับภัยไม่มีอิทธิพลโดยตรงต่อกฎหมายไทยแต่อย่างใด⁵⁷

2. ทฤษฎีความผิด

ทฤษฎีความผิด (Fault Theory) เป็นการกำหนดความรับผิดบนพื้นฐานของความผิด ความรับผิดประเภทนี้วางหลักไว้ว่า ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการกระทำของตนเป็นความผิด หลักดังกล่าวคือ หลักไม่มีความรับผิดถ้าปราศจากความผิด ซึ่งต่างจากทฤษฎีรับผิดที่ถือว่าอาจมีความรับผิดได้ แม้ไม่มีความผิดก็ตาม (Liability without Fault) และพื้นฐานจากการกระทำความผิดต่อศีลธรรมเกินกว่าที่จะลงโทษมนุษย์ได้ โดยพิจารณาถึงผลแห่งการกระทำแต่ไม่พิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาทำร้ายหรือไม่⁵⁸

ความผิด (Fault) หมายถึง การกระทำอันมิชอบหรือการกระทำที่เป็นความผิด ความผิดซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพทางใจของการกระทำของคน โดยปกติแล้ว บุคคลย่อมมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีว่าการกระทำของตนเองนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้อื่นหรือไม่ ถ้าบุคคลรู้สึกว่าการกระทำของตนเองนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้อื่น แล้วยังกระทำอีกหรือละเลยไม่

⁵⁶ ประสิทธิ์ จงวิจิต, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), หน้า 30.

⁵⁷ สุขุม สุขนิตย์, เรื่องเดิม, หน้า 10.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

พิจารณาเสียก่อนแล้วจึงกระทำลงไป การกระทำนั้นสังคมถือว่าน่าตำหนิหรือเป็นความผิด ตรงกันข้าม ถ้าการกระทำของเขานั้นสังคมถือว่าไม่น่าตำหนิหรือไม่มีความผิด การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด จึงไม่ต้องรับผิดชอบ ดังนั้น องค์ประกอบของความรับผิดชอบพื้นฐานของความผิดมี 2 ประการคือ

ประการแรก องค์ประกอบทางการกระทำซึ่งได้แก่ การกระทำโดยผิดกฎหมาย ใ้บุคคลอื่นเสียหาย

ประการที่สอง องค์ประกอบทางจิตใจซึ่งได้แก่ การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเอง และแม้ว่าผลเสียหายที่เกิดขึ้นจะมากหรือน้อยไปกว่าความคาดคิด ย่อมถือว่าเป็นการจงใจ

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำโดยขาดความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

ทั้งนี้ ทฤษฎีความผิดมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย⁵⁹ นอกจากนี้ที่มาของทฤษฎีดังกล่าวเกิดจากหลักที่ว่า “บุคคลจะถูกตำหนิก็ต่อเมื่อเขากระทำผิด” ดังนั้น บุคคลใดกระทำความผิดและก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน⁶⁰

สำหรับความรับผิดชอบพื้นฐานของความผิดตามกฎหมายไทยนั้นมีข้อพิจารณา 3 ประการด้วยกันได้แก่ ประการแรก มีความเสียหาย ประการที่สอง มีการกระทำที่ผิด และประการสุดท้ายความสัมพันธ์แห่งเหตุผลระหว่างความผิดกับความเสียหาย⁶¹ ซึ่งสามารถแยกหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในละเมิดในรายละเอียดได้ดังนี้

- 1) ผู้กระทำละเมิดเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล
- 2) มีการกระทำที่รู้สำนึก กล่าวคือ ผู้กระทำที่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนั้นจะต้องมีการกระทำตามกฎหมาย คือ การกระทำโดยรู้สำนึกว่าตนกำลังทำอะไรอยู่
- 3) มีความผิด (Fault) กล่าวคือ มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ สำหรับการกระทำโดยจงใจ หมายถึง รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนการ

⁵⁹ สุขุม สุภณิตย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁶⁰ ประสิทธิ์ จงวิจิต, เรื่องเดิม, หน้า 31.

⁶¹ จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 70-71.

กระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้นหมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจ แต่เป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงลักษณะที่บุคคลมีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย กล่าวคือ ระดับความระมัดระวังจะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำความเสียหายนั้น

4) มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นซึ่งได้แก่ ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด รวมทั้งความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของบุคคลอื่น

5) มีความสัมพันธ์แห่งเหตุผลระหว่างความผิดกับความเสียหาย

6) ผู้กระทำได้รับผิดเพื่อละเมิด ก็คือ การชดใช้ค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งได้แก่ มีความเสียหายที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน

3. ทฤษฎีความรับผิดโดยปราศจากความผิด

ทฤษฎีความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without Fault) หรือความรับผิดโดยข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย (Présomption Légale de Faute)⁶² หรือความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ซึ่งเป็นความรับผิดโดยไม่มีความผิด ความรับผิดลักษณะนี้มีหลายชื่อเรียกด้วยกัน เช่น หรือความรับผิดโดยผลแห่งกฎหมาย (Liability Imposed by the Law) หรือ Absolute Liability⁶³ ความรับผิดโดยข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมายจึง หมายถึง ความรับผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดทั้งที่ไม่มี ความผิด กรณีที่จะถือเป็นความรับผิดเด็ดขาดต่อเมื่อมิใช่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยมีเจตนาดี หรือเจตนาร้าย และไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็ไม่พ้นจากความรับผิด เนื่องจากรากฐานแห่งแนวคิดดังกล่าว เริ่มมาจากการที่จำเลยก่อให้เกิดความเสียหายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ต่อสมาชิกในสังคม

เหตุผลของการกำหนดความรับผิดโดยปราศจากความผิดนี้ขึ้นก็เนื่องจากความเสียหายอันเกิดจากเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นบ่อยหรือเกิดขึ้นได้ง่าย แต่ผู้เสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงสาเหตุที่เกิดขึ้นหรือพิสูจน์ได้ยาก นอกจากนี้ อาจเป็นไปได้ว่าเหตุที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในความรู้เห็น

⁶² ไพจิตร บุญญพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 2.

⁶³ แท้จริงแล้วคำว่า Absolute Liability เป็นคำที่ใช้เรียกหลักความรับผิดที่ไม่มีข้อยกเว้นใดๆ แตกต่างจาก Strict Liability ซึ่งแม้จะไม่ต้องอาศัยหลักจงใจหรือประมาทเลินเล่อมาวินิจฉัยความรับผิด แต่ก็มีข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดในบางกรณี เช่น เหตุสุดวิสัย หรือความผิดเกิดจากผู้เสียหายเอง เป็นต้น

ของจำเลยแต่ผู้เดียวที่เป็นผู้ก่อขึ้น ผู้เสียหายอาจพิสูจน์ได้ว่าเหตุเช่นนั้นได้เกิดขึ้นจริง แต่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นได้อย่างไรซึ่งจะเป็นการแสดงถึงมูลกรณีหรือที่มาแห่งความประมาทเลินเล่อของจำเลย

แต่เดิมตามทฤษฎีของระบบคอมมอนลอว์มีความคิดเห็นกันว่า บุคคลใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลอื่นนั้นทุกกรณีไป โดยไม่คำนึงถึงความผิดของผู้กระทำ จนกระทั่งต่อมาความรับผิดชอบในละเมิดของระบบคอมมอนลอว์ได้พัฒนามาเป็นหลัก “ไม่มีความรับผิดชอบถ้าปราศจากความผิด” ซึ่งเป็นความรับผิดชอบพื้นฐานของความผิด กล่าวคือ ความรับผิดชอบในความเสียหายที่คำนึงถึงความผิดหรือ ประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ ความเสียหาย อย่างไรก็ตาม หลักไม่มีความรับผิดชอบถ้าปราศจากความผิดได้เปลี่ยนแปลงมาสู่การให้การยอมรับหลักที่ในบางกรณีจำเลยจะต้องรับผิดชอบแม้ไม่ได้ทำผิดศีลธรรม และจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังแล้วซึ่งเรียกหลักที่เกิดขึ้นใหม่นี้ว่า “ความรับผิดชอบเด็ดขาด” (Strict Liability) ซึ่งเป็นความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด

หลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict Liability) เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์โดยมีรากฐานมาจากคำพิพากษาในคดี Rylands v. Fletcher (1868) โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ความว่า ไรแลนด์ (Rylands) ได้จ้างผู้รับเหมาก่อสร้างและวิศวกรให้ก่อสร้างเขื่อนในที่ดินของไรแลนด์ ในระหว่างปฏิบัติงานนั้นเองต้องมีการขุดเจาะที่ดินของไรแลนด์ที่ติดกับเหมืองแร่ของเฟลทเชอร์ (Fletcher) ปรากฏว่า เขื่อนที่ได้ก่อสร้างไว้นั้นรับน้ำหนักไม่ได้ จึงถล่มและไหลบ่าเข้าไปท่วมเหมืองแร่ของเฟลทเชอร์ คดียุติว่าไรแลนด์มิได้ประมาทเลินเล่อ แม้ว่าผู้รับเหมาก่อสร้างจะมีส่วนประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่เฟลทเชอร์ได้ฟ้องไรแลนด์ให้รับผิดชอบแม้ไม่มีความผิด ศาลสูงสุดของอังกฤษหรือศาลแห่งสภาขุนนาง (House of Lords) ได้วินิจฉัยให้ไรแลนด์ต้องรับผิดชอบโดยพิพากษาขึ้นตามศาลล่างว่า ผู้ใดก็ตามที่ได้นำทรัพย์สินสิ่งของใดมาไว้ในที่ดินของตน หากการเก็บรักษาทรัพย์สินสิ่งนั้นไม่ดีพอและเป็นเหตุให้การหลุดพ้นหรือถ่วงล้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลธรรมดาอันเกิดจากการที่ทรัพย์สินสิ่งของถ่วงล้าเข้าไปเช่นนั้น โดยให้จำเลยต้องมีความรับผิดชอบฐานละเมิดโดยเคร่งครัด แม้ว่าจำเลยจะมีได้มีความประมาทเลินเล่อก็ตาม⁶⁴

สำหรับหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดหรือหลักความรับผิดชอบโดยข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมายหรือในระบบชีวิตล่อว์ได้ให้การยอมรับความรับผิดชอบประเภทนี้ใน

⁶⁴ ประพจน์ คล้ายสุบรรณ, แนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคดีสิ่งแวดล้อม, ใน <http://www.Admincourt.go.th/09ARTICLE/vichakan/larklaw.20081020.pdf>, (last visited 10 August 2010).

เรื่องความรับผิดเนื่องจากมีอันตรายสาธารณะ เช่น ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้ว่า “ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้เป็นเจ้าของ ผู้ควบคุม ผู้ดำเนินการจะต้องรับผิดในความเสียหาย แม้ว่าจะไม่ได้ปฏิบัติผิดกฎหมายก็ตาม” เช่น การรถไฟ การเดินเรือ ซึ่งถือว่าเป็นการขนส่งคนจำนวนมาก ผู้ควบคุมดำเนินการจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ หรืออันตรายจากมันตภาพรังสีที่จำเป็นต้องใช้ระมัดระวังเป็นพิเศษสำหรับการดำเนินกิจการนั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากกิจการเหล่านี้ กฎหมายเยอรมันสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ดำเนินการนั้นเป็นต้องรับผิดและยังปรากฏในกรณีความรับผิดของผู้ประกอบสินค้าที่กฎหมายถือว่าผู้ผลิตสินค้ามีหน้าที่ที่จะต้องผลิตสินค้าหรือสิ่งของให้เกิดความปลอดภัยแก่ผู้บริโภค เป็นต้น

ส่วนประเทศไทยนั้นหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดหรือความรับผิดบนพื้นฐานของข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติเหตุให้บุคคลต้องรับผิดในการกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือทรัพย์สินวัตถุสิ่งของซึ่งกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติไว้ในเรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (มาตรา 425- 427, 429-431) และความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือวัตถุสิ่งของ (มาตรา 433-437) ก็โดยที่มีแนวคิดว่าคุณค่าจะต้องมีส่วนผิดอยู่ด้วยในการที่เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือมีความบกพร่องในการควบคุมดูแล (défaut de surveillance) จึงเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นโดยบุคคลที่อยู่ได้บังคับบัญชาควบคุมดูแลของบุคคลที่ต้องรับผิดนั้น หรือโดยวัตถุสิ่งของของตนหรือตนได้ควบคุมดูแล ที่ว่า “อาจมีส่วนผิด” หมายถึงยังไม่แน่นอนว่าความเสียหายจะเกิดจากความผิดของบุคคลนั้นๆ ด้วยหรือไม่ ไม่ใช่เรื่อง “มีส่วนผิด” จึงเกิดข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมายขึ้น และเป็นคนละเรื่องกับข้อสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422⁶⁵ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดจะเป็นข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาด (juris tantum) นั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ฉะนั้น ที่ว่าข้อสันนิษฐานความผิดจึงไม่เกี่ยวกับบุคคลกระทำละเมิดอันเป็นความรับผิดของบุคคลในการกระทำของตนเองตามมาตรา 420 ซึ่งวางหลักให้ผู้กระทำต้องจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น แต่ข้อสันนิษฐานของความผิดนั้นเป็นความรับผิดที่ผู้กระทำผิดไม่ต้องมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเรียกความผิดชนิดนี้ว่า ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)⁶⁶

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 422 ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นแต่ความฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์ เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านว่าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด

⁶⁶ ไพจิตร บุญญพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 3.

2.4 ข้อยกเว้นของหลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ

ในเรื่องความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการที่จะก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับสามารถพิจารณาได้ 2 ประการ ประการแรกเกิดจากความสัมพันธ์ทางวิชาชีพระหว่างอนุญาตตุลาการและผู้มีข้อพิพาท เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของทนายความต่อลูกค้า แพทย์ต่อคนไข้ นักบัญชีต่อลูกค้า การรักษาความลับเป็นหน้าที่ที่จะต้องไม่เปิดเผยความลับของข้อมูลที่ได้จากการสื่อสาร การรับเอกสารใดๆ หรือจากการแถลงบอกเล่าในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ประการที่สองเกิดจากความสัมพันธ์ที่เชื่อว่าอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่กึ่งตุลาการได้รับความเคารพเชื่อถือ ก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ และมีความรับผิดชอบในการรับรู้ รับทราบ และเก็บรักษาข้อมูลเป็นความลับ

ตามหลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ แม้คู่พิพาทและบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะมีกฎหมายเฉพาะบทบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า หรือโดยมีข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ หรือมีสัญญาระหว่างคู่กรณีคือบุคคลที่เกี่ยวข้องที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ ก็อาจมีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการได้ ด้วยเหตุต่างๆ ดังนี้

2.4.1 ข้อยกเว้นโดยความยินยอมของคู่กรณี

อนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่เรียกว่าอนุญาตตุลาการ มาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างกัน⁶⁷ ดังนั้น หลักความยินยอมย่อมเป็นข้อยกเว้นของหลักความลับในการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีอาจตกลงให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย หรืออาจให้เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการในการอนุญาตตุลาการ เช่น ให้เปิดเผยเอกสาร หรือให้พิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ ทั้งนี้ เพราะการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของคดีแพ่ง ซึ่งตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาแล้ว คู่พิพาทย่อมสามารถตกลงกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนได้ แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมของคู่กรณีที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการจะต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ไม่

⁶⁷ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 1 - 2.

ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และสำนึกในศีลธรรมอันดีงาม และความยินยอมนั้นต้องมีมาก่อนแล้ว หรือมีขึ้นในขณะการกระทำการอันเป็นการเปิดเผยความลับ⁶⁸

หลักความยินยอมจึงเป็นข้อยกเว้นประการแรกของหลักความลับในการอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณีอาจตกลงให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย หรืออาจให้เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการในการอนุญาโตตุลาการ เช่น ให้เปิดเผยเอกสาร หรือให้พิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

ตามกฎหมายของต่างประเทศ หน้าที่ในการรักษาความลับปรากฏอยู่ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ทั้งใน The IBA Rules of Ethics for International Arbitration และ Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) ได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับไว้เช่นเดียวกัน ทั้งในระหว่างกระบวนการพิจารณา และภายหลังกระบวนการพิจารณา โดยใน AAA ได้กำหนดแนวปฏิบัติแก่อนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาเพื่อหาประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์เพื่อบุคคลอื่นด้วย ในการเปิดเผยความลับจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณี หรือมีกฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเท่านั้น

ในหลักเกณฑ์ของ WIPO Arbitration Rules Article 52 (a) ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เช่นเดียวกับในประมวลจริยธรรมของ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators และจริยธรรมของ AAA Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes โดยกำหนดให้การเปิดเผยความลับโดยหลักทั่วไปจะกระทำมิได้ ยกเว้นแต่ในกรณีต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณี หรือมีกฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเท่านั้น

ตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ของประเทศไทย ได้กำหนดไว้ในหมวด 8 ในจริยธรรมในเรื่องการรักษาความลับ

ข้อ 45 กำหนดไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการอยู่ในฐานะเป็นที่ไว้วางใจของคู่กรณี ดังนั้นไม่ว่าเวลาใดจะต้องไม่นำข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นให้เป็นทางเสียประโยชน์แก่ผู้อื่น” ส่วนในข้อ 46 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ยกเว้นไว้ โดยกำหนดว่า เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นอนุญาโตตุลาการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดไว้เป็นความลับ

⁶⁸ จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 73.

จากเนื้อความตามข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ทางจริยธรรมในการเก็บรักษาความลับการอนุญาโตตุลาการไว้ แต่อย่างไรก็ตามหากมองหลักพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการแล้วเกิดขึ้นจากหลักของสัญญา ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ให้อนุญาโตตุลาการสามารถเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการได้ หรือให้คู่กรณี บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการได้โดยกำหนดเงื่อนไขอันทำให้สามารถเปิดเผยได้ กรณีเช่นนี้ย่อมมีผลบังคับได้ ดังนั้นหากคู่สัญญามีข้อตกลงดังกล่าวเอง และอนุญาโตตุลาการนำความลับดังกล่าวไปเปิดเผย อนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ต่อการเปิดเผยความลับนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้จากหลักการเรื่องความยินยอมดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดบางฐานนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ หรือ เป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำได้ ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของศาล แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และสำนึกในศีลธรรมอันดีงาม และความยินยอมนั้นต้องมีมาก่อนแล้ว หรือมีขึ้นในขณะที่การกระทำการอันเป็นการเปิดเผยความลับ

2.4.2 ข้อยกเว้นโดยกฎหมายบังคับให้ต้องเปิดเผย

การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ ถือเป็นการเปิดเผยความลับที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย จึงมีความชอบธรรมที่จะกระทำได้โดยไม่มี ความผิด แม้การกระทำนั้นจะเข้าลักษณะของบทบัญญัติในกฎหมายว่าเป็นความผิดก็ตาม กล่าวคือ โดยหลักแห่งกฎหมายทั่วไปนั้นเรื่องอำนาจที่กระทำได้ตามกฎหมายได้บัญญัติไว้ใจความว่า การกระทำการใด หรือการปฏิบัติหน้าที่ใดที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ถือเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด

กฎเกณฑ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก(World International Property Organization – WIPO) ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ใน WIPO Arbitration Rules ให้อนุญาโตตุลาการคู่กรณี และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของการอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาความลับ กล่าวคือใน Article 52(a) ว่าต้องรักษาข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ข้อมูลข้อความที่ได้ใช้ หรือเปิดเผยระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้เป็นความลับ แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ภายในตัวเอง โดยกำหนดข้อยกเว้นให้เปิดเผยความลับได้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลในกระบวนการทางศาล หรือการดำเนินการอื่นๆ หรือ โดยกฎหมายกำหนด หรือคู่พิพาทได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น

นอกจากนี้ในข้อพิพาทประเภทมหาชนหรือกึ่งมหาชนที่เกี่ยวข้องกับการค้า การลงทุน ก็อาจมีข้อบังคับของสถาบันที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทดังกล่าว ที่อนุญาต หรือผ่อนคลายความเข้มงวดในการรักษาความลับ เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID)⁶⁹

ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) ดังกล่าวนี้นี้ไม่ได้บังคับให้การพิจารณาทั้งหมดต้องทำเป็นความลับ แต่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระบุว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ตัดสินโดยความยินยอมของกลุ่มว่าบุคคลใดนอกจากผู้กรณี ตัวแทน ทนายความ และที่ปรึกษา พยานบุคคล และผู้เชี่ยวชาญ และเจ้าหน้าที่ของศูนย์ฯ อาจเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอย่างน้อยในสองคดีเห็นว่าในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - ICSID Convention) อันเป็นอนุสัญญาที่ก่อตั้งศูนย์ดังกล่าว หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) ไม่ได้ระบุว่าการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) เป็นความลับ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) อยู่ในดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคดี⁷⁰

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในข้อ 48 (5) ของอนุสัญญาฯ ดังกล่าวนั้นห้ามการพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมของกลุ่มกรณี⁷¹

⁶⁹ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนก่อตั้งขึ้นโดยธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนาหรือเรียกว่าธนาคารโลก เพื่ออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในรัฐอื่น.

⁷⁰ Cindy G. Buys, op.cit., p 134.

⁷¹ ICSID Convention, Regulation and Rules

Article 48

(1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.

ในประเทศไทย กฎหมายที่มีบทบังคับให้ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลบางประการต่อบุคคลภายนอก ไม่เว้นแม้แต่กระบวนการอนุญาตตุลาการ ได้แก่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ซึ่งมีบทบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐ ซึ่งหมายถึง ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาคดี องค์การควบคุมการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นที่กำหนดในกฎหมายกระทรวง ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารต่อบุคคลภายนอกในบางกรณี แม้จะเป็นข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน เช่น การเปิดเผยข้อมูลต่อศาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอเข้าถึงจริงดังกล่าว⁷² ซึ่งสามารถนำมาใช้กับการอนุญาตตุลาการที่ใช้บริการสถานบันที่อยู่ในความดูแลของ

(2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it.

(3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.

(4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.

(5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties

⁷² พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540

มาตรา 24 หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือของเจ้าของข้อมูลที่ไม่ไว้ล่วงหน้าหรือในขณะนั้นมิได้ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยดังต่อไปนี้

(1) ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของตน เพื่อการนำไปใช้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น

(2) เป็นการใช้ข้อมูลตามปกติภายในวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้น

(3) ต่อหน่วยงานของรัฐที่ทำงานด้วยการวางแผน หรือการสถิติ หรือสำมะโนต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ไม่ให้เปิดเผยต่อไปยังผู้อื่น

(4) เป็นการให้เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัย โดยไม่ระบุชื่อหรือส่วนที่ทำให้รู้ว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับบุคคลใด

(5) ต่อหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง เพื่อการตรวจดูคุณค่าในการเก็บรักษา

ทางราชการ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม อาจจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูล ที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งได้แม้ไม่ได้รับการยินยอมจาก คู่กรณีที่เป็นเจ้าของข้อมูล เช่น ต้องเปิดเผยต่อศาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอข้อเท็จจริงดังกล่าว

2.4.3 ข้อยกเว้นโดยอำนาจศาล

ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เช่น การฟ้องเพื่อ เพิกถอนคำชี้ขาดหรือการฟ้องคดีเพื่อบังคับตามคำชี้ขาด ทั้งผู้ที่ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีจำเป็นต้อง สืบพยานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสารหรือพยานบุคคล และเสนอเอกสารบางอย่าง ต่อศาล เช่น คำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ และนอกจากนั้นต้องมีการพิสูจน์เรื่องต่างๆ ตามที่กล่าวอ้างซึ่งก็อาจต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการด้วย หากมีสาเหตุต่างๆ ที่ต้องมีการพิสูจน์ข้อมูลที่เป็นเรื่องลับในกระบวนการ พิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เช่น ไม่มีการแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้า โดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณีไม่ สามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้เพราะเหตุอื่นๆ

ตามบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องศาลมี อำนาจในการเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการแสดงถึงความลับของคู่กรณีได้ หากไม่ ยอมแสดงต้องแสดงเหตุผลของการไม่เปิดเผยข้อมูลเหล่านั้น หากไม่มีเหตุผลอันสมควร ศาล สามารถบังคับให้เปิดเผยความลับของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นดุลย พินิจของศาล และขึ้นอยู่กับแนวนโยบายของรัฐด้วย หากศาลพิจารณาเห็นสมควรว่ามีความ

(6) ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อการป้องกันการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การ สืบสวน การสอบสวน หรือการฟ้องคดี ไม่ว่าเป็นคดีประเภทใดก็ตาม

(7) เป็นการให้ซึ่งจำเป็น เพื่อการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของ บุคคล

(8) ต่อศาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตาม กฎหมายที่จะขอข้อเท็จจริงดังกล่าว

(9) กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง (3) (4) (5) (6) (7) (8) และ (9) ให้มี การจัดทำบัญชีแสดงการเปิดเผยกำกับไว้กับข้อมูลข่าวสารนั้น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กำหนดในกฎกระทรวง

จำเป็นต้องเปิดเผยความลับผู้ที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นอนุญาตตุลาการ คู่กรณี บุคคลที่เกี่ยวข้องอื่นๆ หากเปิดเผยความลับของการอนุญาตตุลาการย่อมไม่มีความผิดฐานเปิดเผยความลับ

ในเรื่องการเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาลนั้น มีคดีซึ่งผู้พิพากษาได้บัญญัติถึงเหตุในการเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาลไว้ในคดีที่ผู้พิพากษา Phillip ได้ตัดสินไว้ในคดีประกันภัย NYK ซึ่งได้ตั้งข้อสังเกตว่าลักษณะของขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นเรื่องที่ใช้บังคับกับเอกสารเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ และข้อมูลของการอนุญาตตุลาการไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ก็ยังเป็นสิ่งที่ไม่ชัดเจนนัก เขากล่าวว่าสำหรับตัวเขาแล้วเป็นสิ่งที่แน่นอนว่าหน้าที่ยังคงมีอยู่โดยเกิดขึ้นจากถ้อยคำของสัญญา หรืออาศัยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาสิ่งที่ชัดเจน ก็คือหน้าที่ในการรักษาความลับนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้วย

อย่างไรก็ตามสำหรับแนวคิดในเรื่องการเปิดเผยความลับ โดยอำนาจศาลนั้น ก็มีนักวิชาการทางอนุญาตตุลาการได้จำแนกหลักการคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว โดยอาศัยประสบการณ์จากการเคยเป็นผู้พิพากษาในอดีตว่าอำนาจศาลในการสั่งให้เปิดเผยความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการนั้นมีแนวปฏิบัติออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่⁷³

1. กลุ่มที่ถือว่าอนุญาตตุลาการ คู่กรณี ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการในข้อพิพาท ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ซึ่งเป็นการปฏิบัติโดยมีกฎหมายบัญญัติรับรองหลักการเบื้องต้นนี้ ผู้ที่เปิดเผยจะไม่มี ความผิดในฐานที่เปิดเผยความลับแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติรับรองหลักการเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาลนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีงาม หรือเป็นกฎหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐตามนโยบายอันชอบธรรม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะให้การเปิดเผยความลับ เป็นดุลยพินิจของศาล โดยศาลจะชั่งน้ำหนักตามหลักแห่งความเป็นสัดส่วนกัน หากเรื่องดังกล่าวเป็นส่วนได้เสียของเอกชนมากกว่า การขอให้เปิดเผยความลับของคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการเพื่อประโยชน์ทางคดี กรณีเช่นนี้สามารถอ้างเอกสิทธิ์ของคู่กรณีที่ตนไม่ควรเปิดเผยความลับของการอนุญาตตุลาการได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเอกชนต่อเอกชน ไม่มีเหตุสมควรที่จะอ้างประโยชน์ของเอกชนใดให้เหนือกว่าเอกชนอื่น

2. กลุ่มที่ถือว่า การอนุญาตตุลาการมีความสำคัญอย่างยิ่ง ด้วยเหตุแห่งวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาตตุลาการเอง ดังนั้นการอนุญาตตุลาการ คู่กรณี และบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องไม่เปิดเผยความลับของคู่กรณีโดยเด็ดขาด เพราะการเปิดเผยความลับของคู่กรณีใน

⁷³ Julian D. M. Lew Q.C., Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, op.cit., p. 113.

การอนุญาตตุลาการ ในการที่ตนมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ทำให้ตนมีความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่ง และอาญาได้ และถือว่าเป็นเรื่องที่เป็นเอกสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยความลับนั้นก็ได้

ในประเทศไทยหากเป็นคดีแพ่ง เมื่อมีกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เช่น การฟ้องเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด หรือการฟ้องคดีเพื่อบังคับตามคำชี้ขาด ทั้งผู้ที่ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีจำเป็นต้องสืบพยานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสารหรือพยานบุคคล และเสนอเอกสารบางอย่างต่อศาล เช่น คำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาตตุลาการ และนอกจากนั้นต้องมีการพิสูจน์เรื่องต่างๆ ตามที่กล่าวอ้าง ซึ่งก็อาจต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการด้วย เนื่องจากการพิจารณาคดีแพ่งจะต้องกระทำโดยเปิดเผย โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 36 บัญญัติว่า

“การนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำในศาลต่อหน้าคู่ความ และโดยเปิดเผย เว้นแต่

(2) ในคดีเรื่องใดเพื่อความเหมาะสม หรือเพื่อคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ ถ้าศาลเห็นสมควรจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคดีซึ่งปรากฏจากคำคู่ความ หรือคำแถลงการณ์ของคู่ความ หรือจากคำพยานหลักฐานที่สืบมาแล้ว ศาลจะมีคำสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้

(ก) ห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมด หรือแต่บางส่วน แล้วดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผย หรือ

(ข) ห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่นว่านั้น...

ไม่ว่าศาลจะได้มีคำสั่งตามอนุมาตรา (2) นี้หรือไม่ คำสั่งหรือคำชี้ขาดคดีของศาลนั้น ต้องอ่านในศาลโดยเปิดเผย และมีให้ถือว่าการออกโฆษณาทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคำพิพากษานั้น หรือย่อเรื่องแห่งคำพิพากษาโดยเป็นกลางและถูกต้องนั้นเป็นผิดกฎหมาย”

นอกจากนี้ กรณีข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ก็มีข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดการพิจารณาคดีเป็นการลับ โดยให้ความสำคัญกับธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ อันเกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตตุลาการ ได้แก่

“ข้อ 24. เพื่อความเหมาะสม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศของคู่ความ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจมีคำขอ หรือถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรที่จะให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่างๆ ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคดี ศาลจะมีคำสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้

(1) ห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแล้วดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผย หรือ

(2) ห้ามมิให้โฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่างๆ เช่นว่านั้น

ไม่ว่าศาลจะได้มีคำสั่งดังกล่าวหรือไม่ คำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดคดีของศาลต้องอ่านในศาลโดยเปิดเผย และมีให้ถือว่า การออกโฆษณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแห่งคำสั่งหรือคำพิพากษานั้น หรือย่อเรื่องแห่งคำสั่งหรือคำพิพากษา โดยเป็นกลางและถูกต้องนั้นเป็นการผิดกฎหมาย”

ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีคดีแพ่ง หากมีการฟ้องเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด หรือการฟ้องคดีเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาล ศาลอาจใช้อำนาจตามมาตรา 36(2) เพื่อให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับได้ โดยอ้างเหตุเรื่องความเหมาะสม เนื่องจากหลักการสำคัญของอนุญาโตตุลาการคือการรักษาความลับของคู่พิพาท เพื่อให้ดำเนินความสัมพันธ์ของคู่พิพาทต่อไปได้นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม เคยมีกรณีที่มีการฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549⁷⁴ และมีการเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะอีกด้วย

⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ผู้คัดค้านเป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายมหาชนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนกับผู้ร้องทั้งสาม ผู้คัดค้านทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นองค์กรนิติบุคคลข้อ 17 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 บัญญัติให้มีผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้กระทำการในนามผู้คัดค้านในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกและเป็นผู้กระทำการแทนผู้คัดค้านตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การใช้อำนาจของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งกระทำการในนามผู้คัดค้านจะผูกพันผู้คัดค้านต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ นอกจากจะต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งกำหนดไว้เป็นไปตามระเบียบวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบและข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว การใช้อำนาจของผู้คัดค้านจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการบิดผันอำนาจทางหนึ่งทางใดอีกด้วย

ผู้คัดค้านโต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยว่า นิติกรรมหรือสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนหากมีการทำขึ้นเพราะกลฉ้อฉลก็เป็นเพียงโมฆียะ เมื่อไม่มีการบอกล้าง ก็ไม่ทำให้สัญญาจ้างดังกล่าวตกเป็นโมฆะนั้นไม่ชอบ โดยผู้คัดค้านอ้างทำนองเดียวกันกับที่ได้ยกข้อต่อสู้ไว้แล้วว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน มีการทุจริตและประพฤติดมิชอบ เอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ มีเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ร้อง โดยเฉพาะ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการของผู้คัดค้านในขณะนั้น และเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างดังกล่าวในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบหลายประการ ทั้ง ศ. และเจ้าหน้าที่อื่นและเจ้าหน้าที่รัฐหน่วยอื่นๆ รับประโยชน์จากผู้ร้อง สัญญาจ้างดังกล่าวจึงตกเป็น

หากกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการไปคาบเกี่ยวกับคดีอาญากฎหมายให้อำนาจศาลตามกฎหมายของประเทศไทยไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 231⁷⁵ ที่ได้ให้อำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจบังคับให้คู่ความแถลง หรือส่งพยานหลักฐานอย่าง

โมฆะ เป็นการกล่าวอ้างว่า การใช้อำนาจของ ศ. และเจ้าหน้าที่รัฐคนอื่นดังกล่าวกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ซึ่งเป็นกฎหมายฝ่ายมหาชน เป็นการโต้แย้งว่า คำพิพากษาศาลชั้นต้นในส่วนนี้ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 290 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งผู้คัดค้านย่อมอุทธรณ์ได้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 45 (2) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างเดียวกับพ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 26 (2) ศ. ช่วยเหลือผู้ร้องโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องจัดให้จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และขณะเดียวกันการที่ผู้ร้องเพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นของบริษัท ท. ให้แก่ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมีสิทธิซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการะคุณก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนถือได้ว่าผู้ร้องได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง กรณีต้องถือว่า ในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้อง ผู้ร้องใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้นหากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนชอบที่ศาลชั้นต้นจะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 44 ดังนั้นคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 231 เมื่อคู่ความ หรือผู้ใดจะต้องการ หรือส่งพยานหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) เอกสารหรือข้อความที่ยังเป็นความลับในราชการอยู่
- 2) เอกสารหรือข้อความซึ่งได้มา หรือทราบเนื่องจากอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

หนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความลับซึ่งได้มา หรือรับรู้มาจากการใช้วิชาชีพ หรือหน้าที่ของบุคคลที่ ต้องรักษาความลับ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในประเทศไทยได้กำหนดหลักการให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่จะไม่ ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความลับ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ยังบัญญัติให้ อำนาจศาลที่จะกำหนดให้บุคคลเปิดเผยความลับได้อีกด้วย ดังนั้นการพิจารณาคดีหาก อนุญาตตุลาการ คู่กรณี บุคคลที่เกี่ยวข้องที่ได้ทราบซึ่งความลับของคู่กรณีเนื่องมาจากหน้าที่ของ ตนไม่ยอมเปิดเผยความลับของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องดังกล่าว ศาลอาจมีอำนาจที่จะเรียกมาแถลงเหตุผล ที่ไม่ยอมเปิดเผยและถ้าเห็นว่าไร้เหตุผล ศาลก็มีอำนาจบังคับให้เปิดเผยความลับของคู่กรณี ที่เกี่ยวข้องได้ ซึ่งการเปิดเผยความลับในการอนุญาตตุลาการโดยอำนาจศาลนั้น อนุญาตตุลาการ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ได้ทำการเปิดเผยก็ไม่มีผลกระทบทั้งทางแพ่งและทางอาญา

สำหรับกรณีที่ศาลสั่งให้เปิดเผยข้อมูลในนานาประเทศนั้น จากการสำรวจคดีใน ประเทศต่างๆ ในเรื่องนี้แสดงให้เห็นว่าศาลส่วนใหญ่ยืนยันว่า ความลับในการอนุญาตตุลาการ เป็นหลักกฎหมายสำคัญในการอนุญาตตุลาการทางการพาณิชย์ หลักการนี้รวมทั้งการพิจารณาคดี ในศาลอังกฤษ ศาลแคนาดา และศาลสตอร์กโฮม และที่อื่นๆ แต่ก็มีศาลในบางประเทศที่พยายาม ถ่วงดุลโดยการสร้างหลักหรือให้ความเห็นในทางที่จำกัดหรือปฏิเสธหลักความลับในการ อนุญาตตุลาการ ซึ่งโดยมากศาลมักให้ความสำคัญกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น ถ้า คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือองค์กรของรัฐ การรักษาความลับไม่ให้บุคคลภายนอกหรือสาธารณชน ได้รับรู้ อาจไม่ถูกต้อง เนื่องจากไม่ใช่เรื่องระหว่างคู่กรณีเท่านั้น เพราะรัฐหรือองค์กรของรัฐย่อม ทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ของประชาชนหรือแทนประชาชนโดยส่วนรวม ประชาชนเป็นผู้มีส่วนได้ เสียด้วย ข้อพิพาทของรัฐหรือองค์กรของรัฐกับเอกชนจึงไม่ใช่เรื่องความลับ รัฐ หรือ องค์กรของ รัฐจึงมีหน้าที่ต่อสาธารณชนที่ต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมของรัฐหรือองค์กรของรัฐ ดังนั้น หลักเรื่องความลับในการอนุญาตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวจึงมีข้อจำกัด ซึ่ง เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน

จากข้อยกเว้นที่กล่าวมาทั้งหมด แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าตามหลักโดยทั่วไปการ อนุญาตตุลาการต้องเป็นความลับเสมอ แต่ความลับของการอนุญาตตุลาการมิได้กำหนดเป็น

3) วิธีการ แบบแผนหรืองานอย่างอื่น ซึ่งกฎหมายคุ้มครองไม่ยอมให้เปิดเผยคู่ความ หรือบุคคลนั้นมีอำนาจไม่ยอมให้การส่งพยานหรือหลักฐาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น

ถ้าคู่ความ หรือบุคคลใดไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานดังกล่าว ศาลมีอำนาจ ออกหมายเรียกเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับมาแถลงต่อศาล เพื่อวินิจฉัยว่าการไม่ ยอมนั้นมีเหตุผลจำจนหรือไม่ ถ้าเห็นว่าไร้เหตุผลให้ศาลบังคับให้ฯ การ หรือส่งพยานหลักฐานนั้น

หลักบังคับเด็ดขาดอย่างแท้จริง ได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นข้อยกเว้นโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผย
ได้ไว้ด้วย ดังนั้นการเปิดเผยหรือใช้ข้อความจากการอนุญาตตุลาการภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมาย
บัญญัติรับรองไว้ ย่อมไม่ทำให้เป็นการกระทำผิดหน้าที่ ไม่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด



บทที่ 3

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ

3.1 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์

หลักการอนุญาตตุลาการ และแนวทางในการคุ้มครองความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์ มีหลักปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวนี้มาช้านานแล้ว ซึ่งหลักทฤษฎีที่ให้ความคุ้มครองในความลับของการอนุญาตตุลาการด้วย ซึ่งมีข้อพิจารณาในภาพรวมได้ 4 ประการดังนี้

ประการแรก การกำหนดความรับผิดชอบของการอนุญาตตุลาการกรณีเปิดเผยความลับในการประณอมข้อพิพาท อนุญาตตุลาการอาจต้องรับผิดชอบโดยผลแห่งสัญญา สัญญาอาจถูกทำขึ้นตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณา หรืออาจทำขึ้นในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยขอให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้ การกำหนดความรับผิดชอบนี้ทำให้เกิดหนี้ต้องผูกพันตามสัญญาระหว่างคู่กรณี และอนุญาตตุลาการในการรักษาความลับ ดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องผูกพันตนในการรักษาความลับ หากคู่สัญญาละเมิดไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นย่อมต้องมีความรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามมีข้อเสียอยู่ประการหนึ่งคือ คู่สัญญาอาจไม่ได้รับการคุ้มครองในกรณีมีการเปิดเผยโดยบุคคลที่สาม ซึ่งรับข้อมูลในการอนุญาตตุลาการด้วย เนื่องจากสัญญามีผลบังคับเฉพาะแต่คู่สัญญาเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกด้วย

ประการที่สอง การกำหนดความรับผิดชอบของการอนุญาตตุลาการที่เปิดเผยความลับในการอนุญาตตุลาการโดยบทบัญญัติของรัฐ ซึ่งในแต่ละรัฐมีรูปแบบและระดับการให้ความคุ้มครองแตกต่างกัน เช่น กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทนอกศาลของมลรัฐ Texas มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองความลับจากการเปิดเผยข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในการอนุญาตตุลาการ ดังนั้นเอกสารบันทึกต่างๆ ที่ใช้ในกระบวนการนี้จะถือเป็นความลับตลอดจนผู้เข้าร่วมในการพิจารณาทุกคนจะไม่ถูกเรียกให้เป็นพยานให้ปากคำในศาล หรือกระบวนการอื่นใดที่ขัดต่อการรักษาความลับ และยังคงคุ้มครองการเปิดเผยข้อมูลที่เกิดขึ้นระหว่างการอนุญาตตุลาการต่อบุคคลทั่วไปด้วย รวมทั้งต่อศาล อัยการ และตัวแทนของหน่วยงานฝ่ายบริหาร

ประการที่สาม การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคอมมอนลอร์ ในการพิจารณาคดีของศาลจะมีหลักการในเรื่องพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีที่จะต้องนำสืบ (Relevancy Rule) ซึ่งมีหลักการให้ศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานภายใต้ข้อสันนิษฐานสันนิษฐานว่า

ข้อมูลที่เสนอเป็นพยานไม่มีความเกี่ยวข้องกับโจทก์ที่ทำการกล่าวอ้าง ในประเทศที่มีการใช้กฎหมายระบบ ซีวิลลอว์ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้มีความหมายกว้างขวางและกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนการตีความต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก ส่วนในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ นั้นมีหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลซึ่งได้วางแนวทางในเรื่อง Relevancy ให้ศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานภายใต้ข้อสันนิษฐานไว้ค่อนข้างชัดเจน เนื่องจากระบบคอมมอนลอว์ใช้การพิจารณาคดีในระบบลูกขุน ดังนั้นจึงมีการวางกฎเกณฑ์ในการนำเสนอพยานหลักฐานค่อนข้างเคร่งครัด พยานหลักฐานบางประเภทถึงแม้มีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี แต่มีความเสี่ยงที่อาจทำให้คณะลูกขุนซึ่งเป็นสามัญชนพิจารณาตัดสินได้แก่ประเด็นในคดี พยานหลักฐานบางประเภทที่ทำให้เกิดอคติได้ง่าย ดังนั้นกฎหมายคอมมอนลอว์ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับพยานหลักฐานจากกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ได้รับและข้อเสียที่อาจเกิดขึ้น

ประการที่สี่ การให้เอกสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลักษณะพยาน โดยพิจารณาว่าถึงแม้อนุญาตตุลาการและคู่กรณีจะได้ทำสัญญาในการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่ทำขึ้นในกระบวนการอนุญาตตุลาการต่อบุคคลภายนอก แต่ก็ไม่มีหลักประกันอันใดจะยืนยันว่าจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์จึงมีความจำเป็นต่อการรักษาความลับ

หลักของความลับของอนุญาตตุลาการในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ สามารถพิจารณาได้ตามหลักที่ปรากฏในประเทศต่างๆ ดังต่อไปนี้

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมีการยอมรับหลัก Common Law โดยเป็นหลักจารีตประเพณีของกฎหมายอังกฤษที่อนุญาตตุลาการจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสถานะผู้พิพากษา ภายใต้เงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีสำหรับความผิดพลาดหรือการ ละเว้นใดๆ ไม่ว่าเนื่องจากการขาดความสามารถ ความไม่เอาใจใส่ไม่ระมัดระวัง หรือความประมาทเลินเล่อก็ตาม

ประเทศอังกฤษยึดถือโครงสร้างระบบกฎหมายของตนเอง ในขณะที่หลายประเทศใช้หลักการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาตตุลาการ(UNCITRAL Model Law of 1985) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายสากลที่ได้รับการยอมรับ และใช้อย่างกว้างขวางเป็นหลักการทางอนุญาตตุลาการภายใต้หลักการของกฎหมายต้นแบบ ซึ่งหลายประเทศได้ประยุกต์นำไปใช้กับกฎหมายในประเทศเช่น ออสเตรเลีย เบลีซ บัลแกเรีย เป็นต้น

สำหรับหลักความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษจะพบว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทของเอกชน และการให้ความคุ้มครองรักษาความลับก็เป็นสิ่งที่มีอยู่และควบคู่ไปกับกระบวนการดังกล่าว ซึ่งการรักษาความลับนอกจากจะผูกพันคู่กรณีแล้ว ยังขยายครอบคลุมเอกสารที่ได้เปิดเผยเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบก่อนการไต่สวน และเอกสารที่เกิดขึ้นในการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการเอง รวมทั้งคำฟ้อง และการยื่นเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาล

ในเรื่องการพิสูจน์พยานบุคคล และกิริยาท่าทางที่พยานบุคคลได้แสดงออกให้ อนุญาโตตุลาการเห็น การรักษาความลับยังครอบคลุมถึงรายการบัญชีระบุพยาน และการได้เถียงกันในการบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และที่สุดรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วยสถานะของพยานบุคคลในการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่มีการพิจารณากัน ในกรณีของ พยานผู้เชี่ยวชาญที่ถูกคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกมาให้การในชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยมีหลักการพื้นฐานที่กำหนดไว้คือพยานบุคคลเช่นนั้น ไม่เฉพาะมีหน้าที่ต้องเคารพต่อหลักการในการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกตนเข้ามาในคดีเท่านั้น และยังต้องรักษาความลับของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย คู่กรณีต่างมีหน้าที่ต่างตอบแทนในการรักษาความลับของพยานบุคคลของตัวคู่กรณีด้วยเช่นกัน

หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการยังรวมไปถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วย โดยยอมรับว่าในกระบวนการยุติธรรมจะไม่มีกรณีที่พิจารณาโดยเด็ดขาดซึ่งจิตสำนึกอันดีงามและการยอมรับตามคำชี้ขาดต้องอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่าคำชี้ขาดจะบริสุทธิ์ยุติธรรม การดำเนินกระบวนการพิจารณาทุกประการต้องกระทำเป็นความลับ และเชื่อถือได้ ซึ่งเป็นการรับรู้โดยจารีตประเพณีว่าคู่กรณีโดยส่วนมากจะนิยมใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยรับรู้ว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เป็นความลับ และเชื่อถือได้ สามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในการระงับข้อพิพาท

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง โดยมีการแก้ไข The Arbitration Act 1996 ในปี 2001 โดยในการปรับปรุงพิจารณาหลักใน Section 14 ซึ่งได้กล่าวถึงความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย โดยหลักการความลับของอนุญาโตตุลาการ กำหนดให้คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการสามารถระบุในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ว่าต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ล่วงรู้ หรือเผยแพร่สู่บุคคลที่สาม ซึ่งในประเทศอังกฤษแนวความคิดเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง และมีการศึกษาเพื่อทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ เพื่อสามารถชักจูงใจต่อ

การระงับข้อพิพาททางการค้าได้ เช่นในคดี Dolling-baker & Merrett ศาลได้ให้ความเห็นยืนยันว่าระหว่างคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการข้อมูลทุกประการต้องเป็นความลับ

ตามกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ The Arbitration Act 1996 ของอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ในการแยกความแตกต่างเรื่องความสัมพันธ์ของความเป็นส่วนตัว (Privacy) และความลับ (Confidentiality) ไว้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดย Lord Saville ได้อธิบายไว้ว่า

“หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นหลักแห่งเหตุผลที่พัฒนา และเป็นรากฐานแห่งกฎที่สำคัญที่สุด การอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการต้องกระทำเป็นความลับ จะได้รับความคุ้มครองรักษาให้เป็นความลับบนหลักมาตรฐานที่กำหนดโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่หากกรณีผู้ใดที่มีได้ถูกผูกมัดโดยข้อตกลงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ให้ความคุ้มครองโดยกฎหมาย ต้องมีการพิจารณาว่าคู่กรณีได้รับความคุ้มครองอย่างไร ภายในหลักเกณฑ์แห่งการอนุญาโตตุลาการทางการค้าว่าจะมีหลักประกันการคุ้มครองรักษาความลับหรือไม่

กรณีบุคคลที่มีใช้คู่กรณีต้องการรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การเก็บรักษาข้อมูลโดยการคุ้มครองให้เป็นความลับ ต้องล่วงรู้เฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูล ซึ่งย่อมต้องการความยุติธรรม ความถูกต้อง และส่วนใหญ่เป็นข้อมูลเกี่ยวกับภาพลักษณ์อันจะกระทบกระเทือนต่อธุรกิจการเงินการค้าของคู่กรณี ดังนั้นหลักของความลับของการอนุญาโตตุลาการ และการรักษาความลับต้องเป็นข้อจำกัดทางกฎหมาย

มาตรการที่ดีที่สุดในการรักษาคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการ คือ ต้องทำให้รัฐมีหลักมาตรฐานเกี่ยวกับความลับ และการคุ้มครองรักษาให้เป็นความลับ”

ตาม The Arbitration Act 1996 ใน Section 14 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การห้ามเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดไว้ดังนี้

ข้อหนึ่ง ตามอนุมาตรา 2 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการตกลงโดยคู่กรณีหรือไม่ จะมีการเผยแพร่ เปิดเผย หรือใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาภายใต้ข้อตกลงหรือคำชี้ขาดไม่ได้

ข้อสอง กำหนดว่าการเผยแพร่ เปิดเผย หรือใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะกระทำได้ใน 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีแรกการเผยแพร่ เปิดเผย หรือการใช้ข้อมูลอันเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการมีกฎหมายอนุมัติ กรณีที่สองโดยความยินยอมของคู่กรณี

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ของความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน โดยหลักดังกล่าวมิใช่หลักที่มีสภาพบังคับโดยเด็ดขาด มีข้อยกเว้นอันทำให้การเปิดเผย หรือใช้ข้อมูลที่เป็นความลับของการ

อนุญาตตุลาการสามารถกระทำได้ไม่มีความผิด แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศอังกฤษก็มีได้กำหนดบทลงโทษ หรือมาตรการในการเอาผิดไว้แต่อย่างใด

หลักการเรื่องความลับของการอนุญาตตุลาการในประเทศอังกฤษสามารถพิจารณาได้จากคำตัดสิน และคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งหลักความลับของการอนุญาตตุลาการนี้ประเทศอังกฤษยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐาน ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการต้องผูกพันจากหน้าที่โดยทั่วไปในการรักษาความลับ

คดีระหว่าง Associated Electric and Insurance Limited (Aegis) ซึ่งได้เข้าทำข้อตกลงกับ The European reinsurance Company of Zurich (European Re) โดย European Re ได้ถือว่าคำตัดสินเรื่องจำนวนค่าเสียหายที่ฝ่าย Aegis ได้ยอมรับไว้แล้วผิดพลาด โดยคำตัดสินได้ถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งโดยศาล Bermudian โดยกระบวนการพิจารณากระทำโดยคณะกรรมการลับในข้อตกลงอนุญาตตุลาการข้อแรกระบุว่าคู่พิพาท ทนายความ คณะอนุญาตตุลาการและกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการทั้งปวงตกลงให้ “กำหนดเป็นหลักทั่วไปในการรักษาความลับส่วนบุคคล และความลับในการอนุญาตตุลาการ” โดยหลักการนี้รวมถึงข้อมูลทุกชนิดเอกสารประเภท และผลในทางคดีในการอนุญาตตุลาการต้องไม่ถูกเปิดเผยรวมถึงระบุให้ข้อมูลที่เป็นของปัจเจกบุคคล เอกลักษณ์เฉพาะบุคคล ข้อมูลที่รวม หรือแยกเป็นส่วน จะต้องไม่นำมาเป็นข้อมูลในการอนุญาตตุลาการระหว่าง Aegis และ European Re คณะกรรมการลับได้วินิจฉัยหลักการขนส่งทางเรือของ Ali จาก Aegis Case โดยนำหลักพื้นฐานหลายประการมาพิจารณา และพบว่ามีความเอนเอียงของฝ่าย European Re โดยหลักการรักษาความลับกำหนดให้ทุกฝ่ายต้องเคารพหลักความลับของอนุญาตตุลาการ อันเป็นพื้นฐาน และเป็นจุดมุ่งหมายของการอนุญาตตุลาการด้วย โดยจุดมุ่งหมายอันมีประสิทธิภาพของการอนุญาตตุลาการ คือการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี จุดมุ่งหมายของข้อตกลงในการรักษาความลับ คือ การปกป้องคุ้มครองข้อมูล และรายละเอียดทางคดีในกระบวนการอนุญาตตุลาการได้อย่างแท้จริง และความเชื่อถือว่าจะได้รับ ความคุ้มครองตามสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายในคำชี้ขาด ได้รับ ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจะไม่ถูกละเมิดซึ่งล้วนเป็นหลักการคุ้มครองรักษาความลับทั้งสิ้น รวมถึงข้อตกลงของคู่กรณีในการยอมรับคำชี้ขาดด้วย ซึ่งคดีดังกล่าวนี้เป็นการยืนยันถึงหลักความลับของการอนุญาตตุลาการ โดยศาลก็ยอมรับและดำเนินการตามหลักความลับของการอนุญาตตุลาการด้วย

ในคดี Dolling-Baker v. Merrett ศาลอุทธรณ์อังกฤษ พิพากษาว่าคู่กรณีมีหน้าที่โดยปริยายต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการหากตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือเป็นเรื่องที่โจทก์ปรารถนาจะรู้ค่าแถลงของพยานบุคคลที่ส่งในการ

พิจารณาอนุญาตตุลาการก่อนหน้าที่จะมีการฟ้องร้องคดีต่อศาล รวมถึงบัญชีระบุพยานและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งต่อไปนี้เป็นถ้อยคำในคำพิพากษาของผู้พิพากษา Parker

“ประเด็นของคดีไม่ได้อยู่ที่การอ้างถึงความคุ้มกันต่อเอกสารที่เตรียมขึ้น หรือใช้ในกระบวนการอนุญาตตุลาการและไม่ได้อยู่ที่ว่าเอกสารที่เป็นความลับที่ต้องนำมาใช้ในศาลเท่านั้น แต่ประเด็นอยู่ที่ลักษณะของการอนุญาตตุลาการของเอกชนต่างหากว่าประกอบด้วยหน้าที่โดยนัยที่จะต้องเก็บรักษาเอกสารที่ใช้ในกระบวนการ และจะไม่ใช้เอกสารเหล่านั้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่น นอกจากเพื่อระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ ในระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ แม้ว่าการพิจารณาจะเป็นเรื่องของความยินยอมและสมัครใจของคู่ความ แต่โดยลักษณะของอนุญาตตุลาการแล้ว คู่ความมีหน้าที่โดยนัยที่จะไม่เปิดเผย หรือใช้เอกสารที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการด้วยวัตถุประสงค์อื่นใด ไม่ว่าด้วยวิธีการใดๆ ทั้งนี้จะต้องเก็บรักษาเป็นความลับด้วยอาศัยความเห็นชอบร่วมกันของคู่กรณีหรือโดยคำสั่งของศาล ข้อกำหนดนี้ยังคงเป็นของที่จำเป็นอยู่เช่นเดียวกับกรณีที่ธนาคารเก็บรักษาความลับของลูกค้า ข้าพเจ้ามิได้ไปไกลถึงขนาดจะให้คำนิยามอย่างชัดเจนถึงขอบข่ายแห่งหน้าที่อันนี้มันยังไม่มีคามจำเป็นในปัจจุบันที่ต้องทำอย่างนั้น แต่มันมีตัวอย่างที่ค่อนข้างสมบูรณ์ปรากฏแล้วว่าความจริงเอกสารที่ใช้อยู่ในการอนุญาตตุลาการ จะไม่ถูกนำไปอ้างถึงความลับหรือเอกสิทธิ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางคดีต่อไปภายหลัง ข้าพเจ้าทราบก็เป็นการมากพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องถามหาความคุ้มกัน หรืออ้างวัตถุประสงค์อื่นเพื่อประโยชน์สาธารณะใดๆ แต่มันเป็นเรื่องของอำนาจโดยนัยที่จะเกิดลักษณะของการอนุญาตตุลาการด้วยตัวของมันเองเมื่อมีปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องการนำเอาเอกสารมาพิสูจน์ต่อกันในศาลตามบัญชีระบุพยานหรือคำให้การศาลฟังต้องเคารพความมืออยู่ของหน้าที่ในการรักษาความลับทางอนุญาตตุลาการนี้ โดยอาจมีข้อจำกัดอยู่บ้างบางประการกล่าวคือ บางครั้งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมก็จำเป็นต้องให้มีการเปิดเผยและตรวจเอกสารดังกล่าวได้ กล่าวโดยสรุปได้ว่าศาลจะต้องพิจารณาคำขอด้วยเหตุผลหลายประการว่า การที่จะถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีจำเป็น หรือคุ้มค่าหรือไม่ หากต้องละเมิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่ในการรักษาความลับในทางอนุญาตตุลาการ

จะเห็นได้ว่าจากคำตัดสินของผู้พิพากษา Parker ได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนในความคิดที่ว่าเอกสารของอนุญาตตุลาการต้องเก็บรักษาเป็นความลับอย่างถาวร ซึ่งแนวคำพิพากษาของผู้พิพากษา Parker สนับสนุนหลักทฤษฎีอรรถประโยชน์ ที่ว่าหากเอกสารที่ใช้ หรือส่งมอบในการอนุญาตตุลาการเมื่อพ้นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ไม่เป็นประโยชน์ในการเก็บรักษาอีกต่อไป ก็มีการเปิดเผยคำชี้ขาดบางส่วนได้ อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา Parker ได้สร้างหลักความลับของการอนุญาตตุลาการจากคำตัดสินของเขาเอง โดยเป็นหลักการที่ว่าด้วยหน้าที่โดยนัยที่ต้องผูกพันคู่กรณีในการอนุญาตตุลาการให้ต้องเก็บรักษาความลับของเอกสารเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการไว้

ซึ่งผู้พิพากษา Parker ไม่ได้ประสงค์จะให้คำนิยามในเรื่องหน้าที่ดังกล่าวไว้แต่อย่างใด รวมทั้งยอมรับว่ามีข้อยกเว้นบางประการที่สามารถเปิดเผยความลับของการอนุญาตไต่สวนการได้ เช่นการเปิดเผยโดยความยินยอมของกลุ่ม และตามคำสั่งศาล ซึ่งยังได้พูดถึงคำสั่งศาลที่สั่งให้เปิดเผยพยานตามกระบวนการ Discovery และโดยที่กลุ่มยื่นคำร้องขอต่อศาลในสถานการณ์พิเศษซึ่งเป็นข้อยกเว้นในการที่ศาลต้องเคารพหลักการรักษาความลับดังกล่าว

นอกจากนี้ศาลอังกฤษในหลายคดีวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตไต่สวนการว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการต้องทำเป็นความลับ เช่น Oxford Shipping Co. Ltd. V. Nippon Yusen Kaisha อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการรักษาความลับ ไม่จำเป็นต้องขยายไปถึงคำชี้ขาด เช่น ในคดี Hassneh Ins. Co. of Israel & Others v. Stuart J Mew ศาลพิพากษาว่า เฉพาะเอกสารที่สร้างขึ้นเพื่อการอนุญาตไต่สวนการเท่านั้นที่เป็นความลับ ส่วนเอกสารอื่นๆ และคำชี้ขาดอาจถูกเปิดเผยได้ในบางกรณี

ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ การดำเนินกระบวนการอนุญาตไต่สวนการ การปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาตไต่สวนการจะต้องสอดคล้องกับความหมายของสัญญาอนุญาตไต่สวนการ นั่นคือคู่สัญญาจะต้องเก็บรักษาข้อมูลความลับที่ได้จากการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำฟ้อง พยานหลักฐานในลักษณะการบันทึกพยาน โดยลายลักษณ์อักษร และคำชี้ขาด เว้นเสียแต่จะเปิดเผยความลับนี้ได้เมื่อมีความจำเป็นต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ ซึ่งเชื่อได้ว่าการปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวนี้สอดคล้องกับการอนุญาตไต่สวนการระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ แม้จะไม่ใช่อำนาจอนุญาตไต่สวนการของทุกประเทศก็ตาม

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การอนุญาตไต่สวนการได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากในสหรัฐอเมริกา ในฐานะเป็นทางเลือกในการดำเนินคดี และอนุญาตไต่สวนการจะถูมองว่าเป็นเสมือนผู้พิพากษาที่ถูกเลือกโดยคู่สัญญา นอกจากนั้นยังมีผู้เปรียบอนุญาตไต่สวนการว่าอาจมีอำนาจเทียบเท่าผู้พิพากษาและในบางครั้งอาจมีอำนาจมากกว่าด้วย ดังนั้นในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นซึ่งโดยปกติคู่สัญญามักจะเลือกใช้เวทีของทางอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะเป็นวิธีที่รวดเร็วกว่าการดำเนินการทางศาล เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า ให้ความมั่นใจได้มากกว่า และเป็นทางที่น้อยกว่าด้วย นอกจากนั้นคู่สัญญาสามารถเลือกบุคคลที่มีอำนาจในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่มีอยู่ซึ่งก็คืออนุญาตไต่สวนการ โดยอนุญาตไต่สวนการที่คู่สัญญาเลือกขึ้นอันเนื่องมาจากความมุ่งหวัง 2 ประการกล่าวคือ

ประการแรก อนุญาตไต่สวนการเป็นบุคคลที่คู่สัญญาไว้วางใจ และมีความเชื่อมั่น

ประการที่สอง ตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขาเฉพาะเรื่อง และมักมีคุณสมบัติดีกว่าผู้พิพากษาที่ตัดสินคดี

เหตุผลที่สำคัญกว่าเหตุผลอื่นใดที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับอย่างมากในสหรัฐอเมริกา คือ การสามารถรักษาความลับทางการค้าได้เป็นอย่างดี⁷⁶ เพราะในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมากกว่าศตวรรษ และในประมาณมากกว่าร้อยปีที่ผ่านมการอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับว่าเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพมาก ได้รับความนิยมในการระงับข้อพิพาทรูปแบบที่หลากหลาย เช่น ข้อพิพาททางแรงงาน ข้อพิพาททางด้านการก่อสร้าง เป็นต้น และการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่มีการใช้อย่างแพร่หลายพร้อมกับการพัฒนาการด้านหลักการ กฎ ระเบียบ ให้ทันสมัยอยู่ตลอด มีมาตรฐานที่เหมาะสมกับข้อพิพาทในหลายๆ ประเทศรวมถึงหลักการในเรื่องการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของกลุ่มด้วย โดยสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกา (American Arbitration Association—AAA) ได้รับรองยืนยันว่าการอนุญาโตตุลาการได้กลายเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่มีผู้คนนิยมมากกว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาล เพราะคนทั่วไปคิดว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะในศาลเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากมาก ซึ่งจากพัฒนาการที่เติบโตอย่างต่อเนื่องของการอนุญาโตตุลาการนี้เอง ทำให้การอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยที่คู่พิพาทจะเลือกใช้เสมอมา โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา มีคดีที่เลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมากกว่าศาลเสียอีก⁷⁷

นอกจากความรวดเร็วในการพิจารณาข้อพิพาท และความเชื่อถือในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการแล้ว หลักในเรื่องของความลับของการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจะได้รับความคุ้มครอง และรักษาข้อมูลในข้อพิพาทเป็นหลักการที่สำคัญที่สุด ถือเป็นรากฐานของการอนุญาโตตุลาการ

ในสหรัฐอเมริกายอมรับว่าในการอนุญาโตตุลาการหากมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับอย่างแท้จริงเป็นข้อมูลในข้อพิพาทโดยปราศจากอำนาจจะกระทำมิได้ ซึ่งหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการจะครอบคลุมหลักความยุติธรรม ความถูกต้อง รักษาไว้ซึ่งหลักแห่งจริยธรรม ซึ่งเป็นหลักของจิตสำนึกอันดีงามที่อยู่เหนือความลับของการอนุญาโตตุลาการ โดยต้องไม่เปิดเผยในสิ่งที่ได้ยิน รับรู้จากข้อพิพาท ในข้อเท็จจริงความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นหลักการที่ประสานอยู่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

⁷⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, เรื่องเดิม, หน้า 39.

⁷⁷ Richard P. Flake, *The Mediation and Arbitration Process: a View from the Neutrals Perspective* (London: Oxford University Press, 1998), p 3.

ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายมากกว่า 250 ฉบับ ที่บัญญัติในเรื่องการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ โดยสามารถแยกเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองการเปิดเผยความลับโดยทั่วไป และกฎหมายในลักษณะพิเศษที่ให้การรักษาความคุ้มครองความลับในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งออกมาในรูปแบบของกฎหมายมลรัฐที่กำหนดการให้เอกสิทธิ์แก่การอนุญาโตตุลาการ โดยข้อมูลใดๆ ที่ได้ใช้หรือเปิดเผยในการอนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในภายหลังกระบวนการยุติธรรมอื่น กฎหมายที่ปรากฏในรูปแบบกฎหมายมลรัฐเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกปกครองในรูปแบบมลรัฐ โดยหลักเกณฑ์ของแต่ละมลรัฐอาจไม่เหมือนกันก็ได้ เช่นใน Chicago ใช้หลักของ NAFTA โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ Chapter 11 กล่าวถึงหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการจะได้รับการกล่าวถึงว่าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์และการได้เปรียบเสียเปรียบในการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ และเป็นเหตุผลหลักที่ในวงธุรกิจการค้าระหว่างประเทศเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ โดยมีคำกล่าวไว้ว่า

“หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นลักษณะเฉพาะที่มีความสำคัญยิ่งเป็นหลักการอันมีคุณค่าสูงสุดของการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ

ความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ปรากฏโดยปริยาย และเป็นการกำหนดในข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้”

นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักการที่อนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับไว้ใน ประมวลจริยธรรม คือ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกา (American Arbitration Association – AAA)

สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกาได้แก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่เพื่อให้เกิดความโปร่งใสแต่ก็ยังคงรักษาหลักการเรื่องความลับของอนุญาโตตุลาการอยู่ใน ข้อ 27.4 ได้แก่

“คำชี้ขาดนั้นถือว่าเป็นความลับ จะมีการเปิดเผยมิได้เว้นแต่คู่กรณียินยอมให้เปิดเผย หรือมีกฎหมายบังคับให้เปิดเผย แต่ก็มีข้อบังคับว่า เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้บริหารสมาคมอาจพิมพ์หรือให้สาธารณชนเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับคำชี้ขาดที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว แต่ให้ปิดชื่อของคู่กรณีและสิ่งอื่นๆที่จะบ่งถึงคู่กรณี หรือคำชี้ขาดที่ได้เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้วเพราะมีการบังคับตามคำชี้ขาดในศาลหรือโดยวิธีอื่น”

ในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (ข้อตกลง TRIPs) มาตรา 39 กำหนดข้อมูลซึ่งเจ้าของมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของสหรัฐอเมริกาจะมีวิธีการกล่าวถึงในเรื่องของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และยังกำหนดภาระหน้าที่ให้กับสมาชิกในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งหมายความว่าขณะนี้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องการรักษาความลับ โดยเฉพาะความลับทางการค้า โดยจากหลักการของ

TRIPs ได้แบ่งการพิจารณาเป็น 3 ส่วน คือ ในส่วนที่จะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างในการปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริง ส่วนที่สองจะเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ของความลับ เช่น เป็นแนวทางที่รัฐคุ้มครอง และส่วนที่สามจะเป็นขอบเขตของข้อมูลที่จะได้รับคุ้มครองตามหลักเกณฑ์ของความลับ

สำหรับคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกามีคดีต่างๆ เช่น *Panhandle Eastern Corp.*⁷⁸ ซึ่งศาลพิพากษาว่า ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้งว่าคู่กรณีต้องรักษาความลับสำหรับเอกสารที่เสนอในการอนุญาตอุตสาหกรรม ดังนั้นเอกสารดังกล่าวอาจถูกนำเสนอในคดีต่อมาได้ แต่คู่กรณีสามารถตกลงกันทำสัญญาเพื่อรักษาความลับในสัญญา อย่างไรก็ตามพบว่าหากมีหน้าที่ต้องรักษาความลับอยู่จริง ก็ต้องมีข้อยกเว้นในเรื่องของผลประโยชน์สาธารณะ และอาจมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเปิดเผยข้อมูลในการอนุญาตอุตสาหกรรม หรือกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องรับผิดชอบต่อสาธารณะจึงต้องเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ต่อสาธารณะ⁷⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ยอมรับหลักความลับของการอนุญาตอุตสาหกรรมว่ามีผลสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตอุตสาหกรรม เมื่อได้รับรู้ข้อมูลใดในข้อพิพาทจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาตอุตสาหกรรมและบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในข้อพิพาทย่อมเกิดหน้าที่ความรับผิดชอบที่ถูกผูกมัดขึ้นโดยปริยายในการอนุญาตอุตสาหกรรมนั้นเองให้ต้องรักษาเป็นความลับ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะมีบทบัญญัติที่กำหนดหลักความลับของการอนุญาตอุตสาหกรรมไว้มากมาย แต่ยังไม่มีการและบทลงโทษที่ชัดเจนเพียงพอในการยืนยันว่าข้อมูลในกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตอุตสาหกรรมจะไม่เป็นที่ล่วงรู้หรือเปิดเผยต่อสาธารณชน หรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง

3.1.3 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลีย มีแนวคิดเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือโดยหลักคู่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตอุตสาหกรรม หากไม่มีการตกลงกันอย่างชัดแจ้งในสัญญาอนุญาตอุตสาหกรรม ว่าคู่กรณีมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตอุตสาหกรรม เช่น คดี *Esso Australia Res. Ltd V. Plowman* ซึ่งศาลพิพากษาว่าคู่กรณีไม่มีหน้าที่อย่างเด็ดขาดที่ต้องรักษาความลับเกี่ยวกับเอกสารและข้อมูลที่เสนอในการอนุญาตอุตสาหกรรม

⁷⁸ *United States v. Panhandle Eastern Corp.* 118. F.R.D. 346 (D. Del. 1998).

⁷⁹ *Esso Australia Resources Ltd. V. Plowman*, (1995) 128 A.L.R.391 (1995), 11 (3) *Arbitration International*.

3.2 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

3.2.1 ประเทศเยอรมัน

กฎหมายของประเทศเยอรมันมีการให้ความคุ้มครองในเรื่องเอกสิทธิ์ของความลับทางการค้าและธุรกิจ⁸⁰ โดยมักจะมีการกล่าวอ้างเสมอในคดีแพ่ง ทั้งนี้เพราะภายใต้กฎหมายเยอรมันไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลที่จะทำการพิจารณาคดีและเข้าไปตรวจสอบข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าได้⁸¹ ฉะนั้น หากเป็นการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าจึงสามารถอ้างเรื่องความลับดังกล่าวเพื่อจะไม่ต้องเปิดเผยในศาลได้ และนอกจากนี้ประเทศเยอรมันก็มักมีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองความลับที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีการกำหนดให้คุ้มครองความลับซึ่งจะเป็นข้อบังคับที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ และศาลต้องปฏิบัติตาม มีหลายคดีที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือเงื่อนไขเวลาของสัญญาอยู่บนหลักของการคุ้มครองความลับในการอนุญาโตตุลาการ และสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ มักกำหนดข้อกำหนดอย่างเคร่งครัดในการคุ้มครองความลับ เช่น ข้อบังคับคณะอนุญาโตตุลาการเยอรมัน⁸²

3.2.2 ประเทศสวีเดน

สวีเดน เป็นประเทศที่มีการยอมรับหลักการเรื่องความลับในสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยศาลในประเทศสวีเดนเองก็มีคำพิพากษายืนยันว่า คู่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีการตกลงกันอย่างชัดแจ้งในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ว่าคู่กรณีมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ⁸³

⁸⁰ อนันต์ จันทโรภากร, “ปัญหาเอกสิทธิ์ของพยานหลักฐานในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ,” วารสารอนุญาโตตุลาการ 3 (มีนาคม 2551): 1 – 2.

⁸¹ Zivilprozessordnung § 843.

(3) testimony can be refused with regard to questions which the witness could not answer without disclosing a business secrets.

⁸² Richard P. Flake, op.cit.

⁸³ Jan Paulsson and Nigel Rawding, “The Trouble with Confidentiality,” Arbitration International 11 (March 1995): 303 – 312.

ในคดี Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. V. A.I. Trade Finance Inc.,⁸⁴ ศาลสูงสวีเดน พิพากษาว่า คู่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตไต่สวนการตามข้อบังคับของคณะกรรมการการเศรษฐกิจแห่งสหประชาชาติสำหรับยุโรป (United Nations Economic Commission for Europe) และกฎหมายสวีเดน กระบวนการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการเป็นเรื่องของเอกชน แต่หมายความว่าเพียงบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาและเข้าถึงเอกสาร แต่ไม่ได้ทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องรักษาความลับ ดังนั้น การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเพียงพิมพ์คำชี้ขาดไม่ทำให้สัญญาอนุญาตไต่สวนการใช้บังคับไม่ได้ และคู่กรณีจะใช้เหตุผลดังกล่าวเป็นข้ออ้างเพื่อหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการหรือเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการมิได้⁸⁵

3.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสก็ยอมรับหลักการในเรื่องของความลับของการอนุญาตไต่สวนการไว้ โดยหลักเกณฑ์ในการรักษาความลับ และคุ้มครองความลับของการอนุญาตไต่สวนการแทรกซึมอยู่ภายในกระบวนการอนุญาตไต่สวนการ ซึ่งอยู่ภายใต้คณะอนุญาตไต่สวนการ ที่ปรึกษาในคดี และอนุญาตไต่สวนการอยู่ในสถานะที่เคร่งครัดอย่างยิ่ง และต้องให้ความสำคัญกับการรักษาความลับในคดี

ในด้านข้อเท็จจริงในคดี เมื่อมีการฟ้องร้องคดี ตลอดจนก่อนที่คณะอนุญาตไต่สวนการจะตัดสินมีคำชี้ขาด จะมีเรื่องของความลับในกระบวนการอนุญาตไต่สวนการมาเกี่ยวข้องโดยตลอด เช่น ในกระบวนการอนุญาตไต่สวนการ คดีระหว่างผู้ออกใบอนุญาต และผู้ขอใบอนุญาตทางเทคโนโลยีซึ่งใบอนุญาตเป็นสิ่งที่บ่งบอกแหล่งที่มา ที่ตั้ง สำนักงาน โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจเปิดเผยต่อคณะอนุญาตไต่สวนการถึงข้อเท็จจริงซึ่งนำมาซึ่งการฟ้องคดี รวมถึงสิทธิบัตรอันมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ของเทคโนโลยีนั้นก่อนที่จะดำเนินกระบวนการทางอนุญาตไต่สวนการ

ในด้านพยานหลักฐาน กระบวนการอนุญาตไต่สวนการภายใต้ข้อตกลงฝ่ายผู้เสนอข้อพิพาทได้รับรู้รายละเอียดเกี่ยวกับตัวเรื่อง แต่จะไม่ได้รับรู้รายละเอียดที่ฝ่ายผู้ค้าน ได้ให้ข้อเท็จจริงไว้กับคณะอนุญาตไต่สวนการจนกว่าฝ่ายผู้ค้านจะยืนยันได้เปิดเผยความลับทางการผลิตได้ โดยตามกฎหมายกำหนดให้คณะอนุญาตไต่สวนการต้องเคารพ และปฏิบัติตาม Article 38 ของกระบวนการ

⁸⁴ Bulgarian Foreign Trade Bank, v. A I Trade Finance Inc. (Stockholm City Court 1998), reproduced in 13 (11) International Arbitration Report, A – I (1998).

⁸⁵ Hans Smit, “Breach of Confidentiality as a Ground for Avoidance of the Arbitration Agreement,” *American Review of International Arttitration* 11 (December 2000): 567.

ทางแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐ และข้อบัญญัติอื่นๆ ก็ได้ให้ความคุ้มครองความลับในทางการค้าในเรื่องของสิทธิบัตร และสิ่งประดิษฐ์

ในส่วนของการค้าขาย และกระบวนการการค้าขาย มีหลักเกณฑ์ว่า เมื่อการค้าขายตัดสินในทางคดีแล้ว และได้มีการเผยแพร่การค้าขายนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นประเด็นที่นำมาพิจารณาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงองค์รวมในทางกฎหมายแล้ว ประเทศฝรั่งเศสจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองกับความลับของกลุ่มพิพาท และความลับในทางธุรกิจด้วย เพราะหากพิจารณาภายใต้หลักสุจริต การเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้มีความสำคัญประหนึ่งการเปิดเผยชื่อของกลุ่มพิพาทเลยทีเดียว⁸⁶

การให้ความคุ้มครองรักษาความลับของการค้าขาย หรือกระบวนการของการการค้าขายนั้นหมายรวมถึงการที่คู่กรณีในคดีต้องรักษาความลับด้วย หากคู่กรณีฝ่ายใดเปิดเผยการค้าขายซึ่งประกอบด้วยความลับในทางคดีต่อสาธารณชน หรือบุคคลที่สาม ย่อมเป็นสิ่งที่ผิดต่อหลักคุ้มครองความลับของการอนุญาตไต่สวนการด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ในประเทศฝรั่งเศสจะยอมรับ และมีบทบัญญัติในเรื่องความลับของการอนุญาตไต่สวนการกำหนดไว้หลายกฎเกณฑ์ แต่ก็ยังไม่มี ความชัดเจนในบทบังคับ และไม่มีสภาพบังคับเด็ดขาด อีกทั้งไม่ได้กำหนดบทลงโทษหากเปิดเผยความลับไว้ในกฎของอนุญาตไต่สวนการอย่างชัดเจนแต่ประการใด

3.3 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตไต่สวนการของสถาบันอนุญาตไต่สวนการ

3.3.1 องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization–WIPO)

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization – WIPO) มีการกำหนดกฎเกณฑ์ของ WIPO Arbitration and Mediation Center ใน Arbitration Rule: Confidentiality โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของการอนุญาตไต่สวนการไว้ใน Article 73-76 ดังนี้

Article 73 ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องความลับของการอนุญาตไต่สวนการไว้ดังนี้⁸⁷

⁸⁶ เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, “ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตไต่สวนการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 128.

⁸⁷ Article 73

“ในกรณีที่มีความจำเป็นที่ศาลต้องพิจารณาข้อขัดแย้งของการอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาด จะไม่มีการเปิดเผยข้อมูลใดๆ โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อกู่พิพาทฝ่ายอื่น เว้นแต่มี บทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้อำนาจไว้ หรือเป็นบุคคลที่มีอำนาจเท่ากับ อนุญาโตตุลาการ และ

1. เปิดเผยไม่เกินกว่ากฎหมายที่กำหนด
2. เมื่อตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ถ้าการเปิดเผยข้อมูลระหว่างกระบวนการ พิจารณาเปิดเผยหลังเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาจะต้องแสดงรายละเอียดที่เปิดเผย และอธิบาย เหตุผลประกอบ

3. นอกจากที่กำหนดไว้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ หรือต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ ต้องคำนึงถึงจุดมุ่งหมายของความเชื่อใจซึ่งกันและ กัน ข้อผูกพันในหลักสุจริต หรือความยุติธรรมต่อบุคคลภายนอก

Article 74 ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการเปิดเผยความลับระหว่างกระบวนการ อนุญาโตตุลาการไว้ได้แก่⁸⁸

(a) Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only:

- (i) by disclosing no more than what is legally required; and
- (ii) by furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it.

(b) Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party.

⁸⁸ Article 74

(a) In addition to any specific measures that may be available under Article 52, any documentary or other evidence given by a party or a witness in the arbitration shall be treated as confidential and, to the extent that such evidence describes information that is not in the public domain, shall not be used or disclosed to any third party by a party whose access to that

“นอกเหนือจากกระบวนการวิธีเฉพาะที่กำหนดใน Article 52 แล้วบรรดาสารพ เอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นใดที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเสนอ หรือพยานบุคคลในการ อนุญาตโตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองให้เป็นความลับ และข้อมูลอันใดเป็นพยานหลักฐานใดๆ จะไม่อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐ จะไม่ถูกใช้ หรือเปิดเผยสู่คู่กรณีฝ่ายที่สาม ซึ่งเป็นข้อมูลอันได้มา จากการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตโตตุลาการ โดยปราศจากความยินยอมให้ เปิดเผยของคู่พิพาทฝ่ายอื่นๆ หรือคำสั่งของศาล

พยานที่ถูกเรียกโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องไม่ถูกขอให้พยานของคู่พิพาทอีก ฝ่ายหนึ่ง และในการเข้ามาเป็นพยานบุคคลก่อนที่จะให้ข้อมูลอันเป็นพยานหลักฐาน หรือข้อมูลอื่น ในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการต้องให้พยานปฎิญาณตน คู่กรณีฝ่ายที่เรียกพยานเช่นเดียวกับ พยานบุคคลต้องรับผิดชอบในรายละเอียดที่พยานบุคคลนั้นแถลง พยานบุคคลต้องรักษาความลับ ในระดับเดียวกันที่คู่กรณีกระทำ

Article 75 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของคำชี้ขาดไว้ ดังนี้⁸⁹

“คำชี้ขาดต้องได้รับความคุ้มครองในหลักของการรักษาความลับ โดยคู่กรณีทุก ฝ่ายและจะเปิดเผยได้ในกรณีดังนี้เท่านั้น

1. ความเห็นชอบ ยินยอมของคู่กรณีทุกฝ่าย หรือ

information arises exclusively as a result of its participation in the arbitration for any purpose without the consent of the parties or order of a court having jurisdiction.

(b) For the purposes of this Article, a witness called by a party shall not be considered to be a third party. To the extent that a witness is given access to evidence or other information obtained in the arbitration in order to prepare the witness's testimony, the party calling such witness shall be responsible for the maintenance by the witness of the same degree of confidentiality as that required of the party.

⁸⁹ Article 75

The award shall be treated as confidential by the parties and may only be disclosed to a third party if and to the extent that:

- (i) the parties consent; or
- (ii) it falls into the public domain as a result of an action before a national court or other competent authority; or
- (iii) it must be disclosed in order to comply with a legal requirement imposed on a party or in order to establish or protect a party's legal rights against a third party.

2. อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐเสมือนผลของการกระทำของศาลแห่งรัฐ
3. จำต้องเปิดเผยตามที่ได้อินยอมของคู่พิพาทอันเป็นความต้องการที่ชอบด้วยกฎหมายหรือตามคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือเพื่อป้องกันสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของคู่กรณีต่อฝ่ายที่สาม”

Article 76 ได้วางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองรักษาความลับ โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการไว้ได้แก่⁹⁰

“ยกเว้นคู่พิพาทจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้สถาบันอนุญาโตตุลาการต้องคุ้มครองรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ในคำชี้ขาด และบรรดาสรรพข้อมูลในการอนุญาโตตุลาการที่มาอยู่ในอำนาจแห่งรัฐ เอกสารต่างๆ หรือพยานหลักฐานอื่นใดที่ได้ใช้เปิดเผยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกจากความจำเป็นในการพิจารณาหรือ โดยกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

นอกจากที่กำหนดไว้แล้ว สถาบันอนุญาโตตุลาการจะรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งข้อมูลทางสถิติแล้วจัดพิมพ์ไว้ใช้ในการดำเนินการของสถาบันเองก็ได้แต่ทั้งนี้ข้อมูลเหล่านี้ต้องไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน หรือต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

จากหลักเกณฑ์ของ WIPO พิจารณาได้ว่าค่อนข้างมีความชัดเจน และมีรายละเอียดที่สามารถแจกแจงกระบวนการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้เป็นกระบวนการวิธี แต่ทั้งนี้ก็ได้กำหนดบทลงโทษหรือมาตรการบังคับเด็ดขาดแต่อย่างใด

⁹⁰ Article 76

(a) Unless the parties agree otherwise, the Center and the arbitrator shall maintain the confidentiality of the arbitration, the award and, to the extent that they describe information that is not in the public domain, any documentary or other evidence disclosed during the arbitration, except to the extent necessary in connection with a court action relating to the award, or as otherwise required by law.

(b) Notwithstanding paragraph (a), the Center may include information concerning the arbitration in any aggregate statistical data that it publishes concerning its activities, provided that such information does not enable the parties or the particular circumstances of the dispute to be identified.

3.3.2 The IBA Rules for international Arbitrators (IBA)

แนวทางในการรักษาความลับของประมวลจริยธรรม The IBA Rules for International Arbitrators (IBA) ได้กำหนดที่ในการรักษาความลับไว้เช่นเดียวกับ AAA Code กล่าวคือ กำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้ทั้งระหว่าง และภายหลังการพิจารณา โดยการเตือนอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาระหว่างการพิจารณาหาประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์แก่ผู้อื่น

อีกทั้งกฎแห่งจริยธรรมเหล่านี้ ได้วางแผนในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกระทำผิดสร้างความเสียหายต่อคู่พิพาทไว้ว่า อนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายของรัฐ เว้นแต่จะได้กระทำอย่างจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมายและการลงโทษตามปกติของการละเมิด กฎแห่งจริยธรรมดังกล่าว คือ ถอดถอนจากตำแหน่งโดยไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าตอบแทนใดๆ⁹¹

3.3.3 ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ICSID)

ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) ก่อตั้งขึ้นโดยธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนาหรือเรียกว่าธนาคารโลก เพื่ออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในรัฐอื่น โดยในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ดังกล่าวนี้ไม่ได้บังคับให้การพิจารณาทั้งหมดต้องทำเป็นความลับ แต่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระบุว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ตัดสินใจโดยความยินยอมของคู่กรณีว่า บุคคลใดนอกจากคู่กรณี ตัวแทน ทนายความ และที่ปรึกษาพยานบุคคล และผู้เชี่ยวชาญ และเจ้าหน้าที่ของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) อาจเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนั้น คณะอนุญาโตตุลาการอย่างน้อยในสองคดีเห็นว่าในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States- ICSID Convention หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) ไม่ได้ระบุว่าอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ ดังนั้น จึงดูเหมือนว่าหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน

⁹¹ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 192.

(International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) นั้นอยู่ในดุลพินิจของ คณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคดี

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในข้อ 48 (5) ของอนุสัญญาฯ ดังกล่าวนั้นห้ามการพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอม ของคู่กรณี⁹²

3.3.4 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration – LCIA) มีข้อบังคับเรื่องอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ลอนดอน โดยข้อบังคับดังกล่าวจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับหน้าที่ของคู่กรณีในการ รักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการที่สถาบัน เช่น กำหนดนัดพิจารณาและการพิจารณาทุกนัด เป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันและคณะอนุญาโตตุลาการตั้งเป็นอย่างอื่น (ข้อ 19)⁹³ คู่กรณี

⁹² ICSID Convention, Regulation and Rules

Article 48

(1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.

(2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it.

(3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.

(4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.

(5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties

⁹³ LCIA Arbitration Rules

Article 19 – Hearings

19.1 Any party which expresses a desire to that effect has the right to be heard orally before the Arbitral Tribunal on the merits of the dispute, unless the parties have agreed in writing on documents-only arbitration.

19.2 The Arbitral Tribunal shall fix the date, time and physical place of any meetings and hearings in the arbitration, and shall give the parties reasonable notice thereof.

และอนุญาโตตุลาการต่างมีหน้าที่รักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาและเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการชี้ขาด (ข้อ 30)⁹⁴

19.3 The Arbitral Tribunal may in advance of any hearing submit to the parties a list of questions which it wishes them to answer with special attention.

19.4 All meetings and hearings shall be in private unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Tribunal directs otherwise.

19.5 The Arbitral Tribunal shall have the fullest authority to establish time-limits for meetings and hearings, or for any parts thereof

⁹⁴ Article 30 - Confidentiality

30.1 Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain - save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.

30.2 The deliberations of the Arbitral Tribunal are likewise confidential to its members, save and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12 and 26.

30.3 The LCIA Court does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal. Rules, save where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party.

31.2 After the award has been made and the possibilities of correction and additional awards referred to in Article 27 have lapsed or been exhausted, neither the LCIA, the LCIA Court (including Its President, Vice-Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator or expert to the Arbitral Tribunal shall be under any legal obligation to make any statement to any person about any matter concerning the arbitration, nor shall any party seek to make any of these persons a witness in any legal or other proceedings arising out of the arbitration.

3.3.5 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce - ICC)

หอการค้านานาชาติ(International Chamber of Commerce – ICC) เป็นองค์กรเอกชนนานาชาติของโลก ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นกระบอกเสียงให้แก่ภาคธุรกิจต่างๆ จากทุกภูมิภาคทั่วโลก โดยภารกิจหลักคือการส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงการช่วยให้องค์กรธุรกิจสามารถเผชิญกับความท้าทายและโอกาสในยุคโลกาภิวัตน์

หอการค้านานาชาติ(International Chamber of Commerce – ICC) มีแนวคิดว่าการค้าเป็นพลังผลักดันที่ทำให้เกิดความสงบและความเจริญรุ่งเรือง จึงมีการก่อตั้งองค์กรนี้ในต้นศตวรรษที่ผ่านมา โดยการรวมตัวกันของกลุ่มผู้นำทางธุรกิจที่มีสายตากว้างไกลที่เรียกตนเองว่า “พ่อค้าแห่งสันติภาพ” ตั้งแต่เริ่มก่อตั้งในปี ค.ศ.1919 ปัจจุบันหอการค้านานาชาติ(International Chamber of Commerce – ICC) มีสมาชิกและเครือข่ายเป็นองค์กรธุรกิจหลายพันราย ในกว่า 130 ประเทศทั่วโลก โดยคณะกรรมการประจำชาติจะทำงานร่วมกับสมาชิกเพื่อรวบรวมปัญหาต่างๆ ที่จะมีผลกระทบต่อธุรกิจ และเสนอวิธีการแก้ไขต่อภาครัฐบาลในมุมมองของ หอการค้านานาชาติ

เกี่ยวกับเรื่องความลับของอนุญาโตตุลาการ มีการถกเถียงกันในกลุ่มผู้ร่างเกี่ยวกับขอบเขตการรักษาความลับ แต่ไม่อาจตกลงกันได้ในเรื่องหน้าที่ทั่วไปในการรักษาความลับว่าผูกพันผู้เข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการทุกคนของหอการค้านานาชาติหรือไม่ จึงใช้หลักที่ว่ากระบวนการพิจารณาในข้อพิพาททางธุรกิจและเรื่องส่วนตัว ตลอดจนความลับทางการค้าให้เป็นความลับ⁹⁵

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อบังคับที่ 21.3 กำหนดว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นความลับ บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องจะเข้าไปร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้ เว้นแต่คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการให้ความยินยอม และในข้อบังคับที่ 20.7 กำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าและข้อมูลที่เป็นความลับก็ได้ นอกจากนั้นในเรื่องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีการกำหนดไว้ในข้อบังคับที่ 28.2 ว่าสำเนาเพิ่มเติมของคำชี้ขาดที่ได้รับรองสำเนาถูกต้องโดยเลขาธิการต้องมีพร้อมที่จะจัดส่งให้คู่พิพาทได้ทุกเมื่อ หากคู่พิพาทร้องขอ และยังให้อำนาจหอการค้านานาชาติอาจมีการพิมพ์ได้โดยเป็นคำชี้ขาดที่ดัดแปลงแล้วและปกปิดชื่อของคู่กรณี

⁹⁵ Cindy G. Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration,” *American Review of international Arbitration* 14 (May 2003): 121 – 123.

3.3.6 คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL)

คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) เป็นองค์กรภายใต้การสนับสนุนของสหประชาชาติ จัดตั้งขึ้นโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี 1966 ด้วยแนวคิดที่ว่า กฎหมายที่ว่าด้วยการค้าของแต่ละประเทศนั้น สร้างอุปสรรคในการขับเคลื่อนทางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น คณะกรรมาธิการนี้จะเป็นกลไกสำคัญของสหประชาชาติเพื่อเข้ามาแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในการลดและขจัดอุปสรรคเหล่านั้น

คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) ได้ทำการร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in 1985 ซึ่งเป็นข้อตกลงอันเกี่ยวข้องด้วยกฎหมายอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL เพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) เป็นข้อบังคับที่คู่กรณีอาจเลือกใช้สำหรับคู่กรณีพิพาทที่ตกลงกันตั้งอนุญาโตตุลาการกันเอง (ad hoc arbitration) โดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ⁹⁶ กำหนดเรื่องการรักษาความลับไว้ในข้อบังคับที่ 25.4 ให้ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยทำเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ส่วนในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น⁹⁷ ข้อบังคับที่ 32.5 กำหนดว่าห้ามพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่กรณี⁹⁸

⁹⁶ Cindy G. Buys, op.cit., pp. 121 – 123.

⁹⁷ UNCITRAL Arbitration Rules

Article 25

4. Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined

⁹⁸ UNCITRAL Arbitration Rules

Article 32

1. In addition to making a final award, the arbitral tribunal shall be entitled to make interim, interlocutory, or partial awards.

3.3.7 คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและเศรษฐกิจระหว่างประเทศของจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC)

กฎหมายและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีหลักการเรื่องการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและเศรษฐกิจระหว่างประเทศของจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC) ซึ่งมีบทบาทมากในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่มีขึ้นในประเทศไทย ก็ได้มีข้อบังคับที่แตกต่างจากในอดีต และคล้ายคลึงกับประเทศต่างๆ ในทางยุโรป คือ ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการลับ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันให้ดำเนินกระบวนการโดยเปิดเผย (ข้อ 36)⁹⁹ นอกจากนั้นหากมีการพิจารณาเป็นความลับคู่กรณี ตัวแทนของคู่กรณี พยาน

2. The award shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out the award without delay.

3. The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given.

4. An award shall be signed by the arbitrators and it shall contain the date on which and the place where the award was made. Where there are three arbitrators and one of them fails to sign, the award shall state the reason for the absence of the signature.

5. The award may be made public only with the consent of both parties.

6. Copies of the award signed by the arbitrators shall be communicated to the parties by the arbitral tribunal.

7. If the arbitration law of the country where the award is made requires that the award be filed or registered by the arbitral tribunal, the tribunal shall comply with this requirement within the period of time required by law.

⁹⁹ CIETAC Rules Article 36 Evidence

1. Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim, defense or counterclaim.

2. The arbitral tribunal may specify a time period for the parties to produce evidence and the parties shall produce evidence within the specified time period. The arbitral tribunal may refuse to admit any evidence produced beyond the period. If a party has difficulties to produce evidence within the specified time period, it may apply for an extension before the expiration of the period. The arbitral tribunal shall decide whether or not to extend the time period.

บุคคล อนุญาโตตุลาการและพยานผู้เชี่ยวชาญ ต้องไม่เปิดเผยเนื้อหาของคดีหรือวิธีพิจารณาต่อบุคคลภายนอก (ข้อ 37)¹⁰⁰

3.3.8 สมาคมอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ญี่ปุ่น (Japan Commercial Arbitration Association–JCAA)

สมาคมอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ญี่ปุ่น (Japan Commercial Arbitration Association – JCAA) ได้กำหนดข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์โดยกำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นความลับ และอนุญาโตตุลาการเจ้าหน้าที่สมาคม คู่กรณี ผู้แทน หรือผู้ช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับคดีอนุญาโตตุลาการหรือข้อเท็จจริงที่ได้รับจากการเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการ (ข้อ 40)¹⁰¹

3. If a party having the burden of proof fails to produce evidence within the specified time period, or the produced evidence is not sufficient to support its claim or counterclaim, it shall bear the consequences thereof.

¹⁰⁰ CIETAC Rules Article 37 Investigation by the Arbitral Tribunal

1. The arbitral tribunal may, on its own initiative, undertake investigations and collect evidence as it considers necessary.

2. When investigating and collecting evidence by itself, the arbitral tribunal shall promptly notify the parties to be present at such investigation if it considers it necessary. In the event that one or both parties fail to be present, the investigation and collection shall proceed without being affected.

3. The arbitral tribunal shall, through the Secretariat of the CIETAC, transmit the evidence collected by itself to the parties and afford them an opportunity to comment.

¹⁰¹ JCAA Rules 40 Closed Proceedings; Obligation of Confidentiality

1. Arbitral proceedings, and records thereof, shall be closed to the public.

2. The arbitrators, the officers and staff of the Association, the parties and their representatives or assistants shall not disclose facts related to arbitration cases or facts learned through arbitration cases except where disclosure is required by law or required in court proceedings.

บทที่ 4

ปัญหาการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยเป็นหลักการสำคัญ เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตตุลาการไม่อาจเปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณี และบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษาอนุญาตตุลาการ และพยานเท่านั้น แต่ถึงกระนั้น การรักษาความลับดังกล่าว ก็มีปัญหาว่า ขอบเขตของการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการนั้นมีขอบเขตน้อยเพียงใด เพราะในกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับต่างๆ ของอนุญาตตุลาการในประเทศไทย ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้ โดยอาจแยกพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยได้ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการรักษาความลับเกี่ยวกับข้อมูลในกระบวนการอนุญาตตุลาการ

4.1.1 ปัญหาการรักษาความลับในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาท

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ กล่าวโดยทั่วไปแล้ว ย่อมหมายถึงเรื่องต่างๆ ต่อไปนี้

1. ข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาพิพาทกันระหว่างคู่กรณี
2. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่ได้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาด
3. ข้อเท็จจริงเรื่องชื่อของคู่พิพาทว่ามีใครบ้าง พินิจพิเคราะห์เรื่องใด รายละเอียดเรื่อง

พิพาทมีอยู่อย่างไร

เรื่องต่างๆ เหล่านี้ในกระบวนการย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่ความต้องการให้เป็นความลับ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความเสื่อมเสียชื่อเสียงของคู่กรณีได้ เช่น การกล่าวอ้างถึงความประมาทเลินเล่อของคู่กรณีที่เป็นผู้ประกอบการค้า การลงทุน หรือสูตรทางเคมี หรือส่วนผสมของสินค้าอื่นๆ หากมีการเผยแพร่ออกไป ย่อมทำให้สาธารณชนสงสัยที่จะใช้สินค้า หรือใช้บริการของผู้ประกอบการดังกล่าวได้

การรักษาความลับในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

ไว้ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะกฎหมายต้นแบบ (Model Law ของ UNCITRAL) ที่ไทยใช้ในการร่าง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ขึ้นมา ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน

ในประเทศไทยกรณีที่มีการระบุดึงการรักษาความลับในข้อเท็จจริงของ กระบวนการอนุญาโตตุลาการกรณีหนึ่งได้แก่ ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ในข้อ 41 ดังนี้

ข้อ 41 กำหนดว่า “บุคคลที่ได้รับทราบทามเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับ ใดๆ ที่ตนได้มาจากการทามทามนั้น”

ส่วนกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการรักษาความลับเอาไว้ และมีสภาพบังคับทาง อาญา ได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ซึ่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้าฯ นี้ ใช้บังคับการรักษาทางการค้าไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดตราบใดที่มีข้อมูลนั้นยังเป็นความลับทาง การค้าอยู่ แม้ในชั้นที่มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ตาม บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง กับความลับดังกล่าวรวมทั้งอนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องรักษาความลับดังกล่าว

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 คำว่า “ความลับทางการค้า” หมายถึง ข้อมูลทางการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งปกติแล้วต้อง เกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้า โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็น ความลับ¹⁰²

ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิในความลับทางการค้ามีสิทธิดำเนินการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่ง ให้ผู้ละเมิดระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าชั่วคราว และฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้มีคำสั่งห้ามผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า และฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้ โดยการฟ้องคดีนั้นต้องกระทำภายในกำหนดเวลา 3 ปี นับแต่

¹⁰² มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ความลับทางการค้า” หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยัง เข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มี ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้า ได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

วันที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้ารู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิดซึ่งต้องเกิน 10 ปี นับแต่วันที่มีการทำละเมิด¹⁰³

สภาพบังคับที่ทำให้การรักษาความลับทางการค้าเกิดผล คือ บทบัญญัติซึ่งกำหนดโทษผู้ที่ขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ และบทลงโทษผู้เปิดเผยความลับทางการค้า โดยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 31 ถึงมาตรา 38 ดังนี้

มาตรา 33 บัญญัติว่า “ผู้ใดเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไปในประการที่ทำให้ความลับทางการค้านั้นสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า โดยเจตนาอันแก่แก่ให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับความเสียหายในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสารการกระจายเสียง หรือการแพร่ภาพ หรือการเปิดเผยด้วยวิธีอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 34 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ในการดูแลรักษาความลับทางการค้า ตามระเบียบที่ออกตามความในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้น เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น โดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 35 บัญญัติว่า “ผู้ใดเปิดเผยข้อเท็จจริงใดเกี่ยวกับกิจการของผู้ควบคุมความลับทางการค้าอันเป็นข้อเท็จจริงที่ตามปกติวิสัยจะถึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ซึ่งตนได้มาหรือล่วงรู้เนื่องจากการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการหรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี

ผู้ใดได้มาหรือล่วงรู้ข้อเท็จจริงใดจากบุคคลตามวรรคหนึ่งเนื่องในการปฏิบัติราชการหรือการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี แล้วเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

มาตรา 36 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลถ้ากระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เกิดจากการสั่งการกระทำ หรือไม่สั่งการหรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย”

¹⁰³ มาตรา 10 ห้ามมิให้ฟ้องคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเมื่อพ้นกำหนด สามปีนับแต่วันที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกละเมิดสิทธิรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำ ละเมิด แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีการละเมิด

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในกรณีที่มีการอนุญาตตุลาการข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องความลับทางการค้า บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณี อนุญาตตุลาการ พยาน บุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้รับความลับทางการค้าจากการเข้าร่วมในการอนุญาตตุลาการ ก็ต้องมีหน้าที่ไม่เปิดเผยความลับเหล่านั้นต่อบุคคลภายนอก มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความลับทางการค้าและอาจมีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ได้

อย่างไรก็ตามเรื่องการเปิดเผยความลับทางการค้านั้น มีข้อยกเว้นที่กฎหมายอนุญาตให้มีการเปิดเผยความลับได้ในบางกรณี โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ดังนี้

มาตรา 7 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แก่ความลับทางการค้า มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

(1) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้ความลับทางการค้านั้นได้มาโดยทางนิติกรรม โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น

(2) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้นในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือ

(ข) ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและในกรณีดังกล่าว หน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ความลับทางการค้านั้นไป ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ ที่ไม่เป็นธรรม

(3) การค้นพบอิสระ ซึ่งได้แก่ การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ใช้วิธีการประดิษฐ์หรือจัดทำขึ้นด้วยความรู้ความชำนาญของผู้ค้นพบนั่นเอง หรือ

(4) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ ซึ่งได้แก่ การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป เพื่อค้นคว้าหาวิธีที่ผลิตภัณฑ์นั้นได้รับการประดิษฐ์ จัดทำ หรือพัฒนา แต่ทั้งนี้ บุคคลซึ่งทำการประเมิน และศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวจะต้องได้ผลิตภัณฑ์เหล่านั้นมาโดยวิธีที่สุจริต

การกระทำตาม (4) ไม่อาจถูกยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ถ้าบุคคลซึ่งทำวิศวกรรมย้อนกลับดังกล่าวได้ทำสัญญากับเจ้าของความลับทางการค้าหรือผู้ขายผลิตภัณฑ์ที่ทำวิศวกรรมย้อนกลับไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง”

จากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมเกี่ยวกับการรักษาความลับ

ในข้อเท็จจริงแห่งคดี ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้กำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขต และสภาพบังคับในการรักษาความลับ และประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 41 กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ แต่สำหรับข้อพิพาทที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น การรักษาความลับในข้อเท็จจริงย่อมไม่อยู่ในบังคับของประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้ย่อมขาดความชัดเจนว่า ในการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่นๆหรือที่คู่กรณีดำเนินการกันเอง ข้อเท็จจริงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับหรือไม่และหากมี ขอบเขตในการรักษาความลับจะมีมากน้อยเพียงใดและมีข้อยกเว้นหรือไม่

ส่วนกฎหมายที่มีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับและมีบทลงโทษที่ชัดเจน อันได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีขอบเขตใช้บังคับเฉพาะเรื่องทางการค้าเท่านั้น จึงไม่อาจที่จะไปบังคับกับข้อพิพาทประเภทอื่นที่มีใช่เรื่องการค้า ที่มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เช่น ข้อพิพาทที่มีการเรียกค่าเสียหายตามสัญญาอื่นที่มีใช่ทางการค้า หรือข้อพิพาทกรณีละเมิด เหล่านี้ย่อมไม่อาจที่จะใช้กฎหมายดังกล่าวเข้าไปบังคับเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

4.1.2 ปัญหาการรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐาน

กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หมายถึง ขั้นตอนและรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอาจจำแนกเป็นกระบวนการต่างๆ ดังนี้

1. คำร้อง คำโต้แย้ง หรือคำแถลงการณ์ของคู่กรณี
2. บัญชีระบุพยานหลักฐาน
3. บันทึกการสืบพยานของคู่กรณี

โดยหลักทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ คำร้อง คำโต้แย้ง หรือคำแถลงการณ์ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การระบุพยานหลักฐาน และพยานหลักฐานที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการย่อมจะต้องเป็นความลับ ไม่ว่าจะเป็นวัตถุพยานและคำเบิกความ ความเห็นของพยาน สภาพของพยานต่างๆ เช่นเดียวกับเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาท เพราะย่อมเป็นความประสงค์ของคู่กรณีที่ไม่ต้องการให้พยานหลักฐานถูกเปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ เนื่องจากคู่กรณีมีสิทธิที่จะรักษาความเป็นส่วนตัวของตน

อย่างไรก็ตาม พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่เข้าไปเบิกความในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อพิจารณาว่าจำเป็นต้องรักษาความลับในคดีหรือไม่ เพราะคู่กรณีอาจ

ประสงค์จะไม่ให้พยานดังกล่าวนำความลับที่ล่วงรู้จากการเข้าไปเป็นพยานเบิกความในคดีไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แต่บุคคลที่เป็นพยานอาจเข้าใจว่าเป็นเรื่องที่ตนเปิดเผยได้ หากมิได้ทำให้ผู้อื่นเสียหาย¹⁰⁴ ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดเผยเรื่องดังกล่าวโดยพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญควรมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับไว้โดยเฉพาะเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ใช้พิจารณาว่าเรื่องใดที่เปิดเผยได้ หรือเปิดเผยได้ในขอบเขตเพียงใด หรือเรื่องใดที่ห้ามเปิดเผยเด็ดขาด

ในประเทศไทยเกี่ยวกับการยื่นพยานหลักฐานในชั้นอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกันหรือที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด ถ้าคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับของตน ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องแสดงในคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยานที่ระบุถึงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมาด้วยก็ได้ และวิธีการสืบพยานมาตรา 30 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานหรือฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรือจะดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้”

ในเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมิได้บัญญัติไว้ จะมีแต่เพียงการรักษาความลับที่ได้กำหนดไว้เป็นหน้าที่ตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 22 และข้อ 24 ดังนี้

ข้อ 22 กำหนดว่า “การสืบพยานให้เป็นไปตามวิธีการต่อไปนี้

(1) ให้คู่พิพาทยื่นเสนอพยานเอกสารต่างๆ เพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนต่ออนุญาโตตุลาการตามวันเวลาที่อนุญาโตตุลาการกำหนด ในกรณีที่เห็นสมควร อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทส่งเอกสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทให้ก็ได้

(2) การสืบพยานบุคคลให้กระทำโดยอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการบันทึกคำพยานโดยย่อเพื่ออ่านและให้พยานลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐานแล้วเก็บรวมไว้ในสำนวน อนุญาโตตุลาการจะให้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากสถาบันช่วยบันทึกคำพยานก็ได้ การบันทึกคำพยานดังกล่าวอาจใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดก็ได้ โดยความยินยอมของคู่พิพาท

(3) การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำเป็นการลับ”

ข้อ 24 กำหนดว่า “คู่พิพาทจะไม่อ้างอนุญาโตตุลาการเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ”

¹⁰⁴ Alexis C. Brown, op.cit., p. 1006.

นอกจากนี้กรณีที่มีการระบุถึงการรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานของกระบวนการอนุญาตตุลาการได้แก่ ประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ในข้อ 40 ที่กำหนดว่า “อนุญาตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย”

ส่วนกฎหมายอื่นเกี่ยวกับการรักษาความลับในข้อพิพาททางการค้า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้บัญญัติคุ้มครองการรักษาความลับกรณีดังกล่าวเช่นเดียวกันกับการรักษาความลับในข้อเท็จจริงที่พิพาทดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในข้อ 4.1.1

จากกฎหมาย ขอบังคับ และประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการดังกล่าว การรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานแห่งคดี ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้กำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขต และสภาพบังคับในการรักษาความลับ ซึ่งแม้จะมีข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ ข้อ 22 และข้อ 24 และประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 40 กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ แต่สำหรับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาตตุลาการในประเทศไทยที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น การรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานย่อมไม่อยู่ในบังคับของทั้งข้อบังคับ และประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปว่า แม้ว่าจะมีการใช้บริการของสถาบันที่มีข้อบังคับ และประมวลจริยธรรมกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้ก็ตาม แต่ประมวลจริยธรรมก็ใช้กับบุคคลผู้เป็นอนุญาตตุลาการเท่านั้น ทั้งประมวลจริยธรรมก็มิได้มีสภาพบังคับหรือโทษที่บังคับเป็นรูปธรรมชัดเจนอันจะทำให้เข้าใจได้ว่าการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่กระทำไม่ได้แต่อย่างใด

4.1.3 ปัญหาการรักษาความลับเกี่ยวกับคำสั่งและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

คำสั่งและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หมายถึง คำสั่งหรือคำตัดสินของอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอต่อตนเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายใดกระทำการใดๆ เช่น กระทำการงดเว้นกระทำการ โอนกรรมสิทธิ์ ส่งมอบทรัพย์สิน หรืออื่นๆ¹⁰⁵ โดยคำสั่งของอนุญาตตุลาการ

¹⁰⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 148.

นั้น หากไม่ทำให้ข้อพิพาทเสร็จสิ้นไปจากกระบวนการพิจารณา คำสั่งนั้นย่อมเรียกว่า “คำสั่งระหว่างพิจารณา” ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ยังควรเป็นความลับหากการอนุญาตโตตุลาการนั้นยังไม่สิ้นสุดลง

ในประเทศไทยกรณีที่มีการระบุถึงการรักษาความลับในข้อเท็จจริงในเรื่องคำสั่งและคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการได้แก่ ประมวลจริยธรรมของอนุญาตโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ในข้อ ข้อ 42 กำหนดว่า “อนุญาตโตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดและไม่ให้ผู้ใดทราบผลคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท”

ผู้เขียนเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญเพราะเป็นผลของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการนั้นอาจมีข้อพิจารณาได้ว่าควรเป็นความลับในทุกๆ ประการหรือไม่ และในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายคลึงกับคำกล่าวของนักวิชาการท่านหนึ่งว่า “ควรสังเกตด้วยว่าเรื่องการรักษาความลับนี้เอง อาจเป็นเครื่องทำลายสิ่งอื่นได้ การรักษาความลับทำให้ไม่สามารถเผยแพร่เหตุผลแห่งการชี้ขาด อันจะเป็นการเพิ่มพูนความรู้ของผู้ชี้ขาดรายอื่น ในข้อพิพาทที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน อันจะทำให้การตัดสินใจของผู้ชี้ขาดรายอื่นทำได้เร็วขึ้น ในทางปฏิบัติมีการตีพิมพ์คำชี้ขาด ในเมื่อคู่กรณีอนุญาตโดยตีพิมพ์โดยเต็มหรือกรองข้อเท็จจริงออกมาบางส่วน การตีพิมพ์โดยเต็มเป็นการทำลายการรักษาความลับของคู่กรณี หากตีพิมพ์โดยกรองข้อเท็จจริงออกยังไม่เปิดช่องให้เขาได้ว่าใครคือผู้พิพาทและทำให้ได้ข้อเท็จจริงไม่ครบ ไม่อาจเพิ่มพูนความรู้ของอนุญาตโตตุลาการคนอื่นๆ ได้เต็มที่”¹⁰⁶ ดังนั้น หากจะมีการพิมพ์และเผยแพร่คำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการเพื่อประโยชน์ในวงการกฎหมายและการพัฒนากฎหมาย อนุญาตโตตุลาการก็เป็นที่น่าพิจารณาถึงขอบเขต และเนื้อหาสาระว่าคำชี้ขาดส่วนใดสามารถเผยแพร่สู่สาธารณชนได้ และส่วนใดที่จำเป็นต้องรักษาเป็นความลับโดยเคร่งครัด ทั้งนี้ก็เพื่อพัฒนาความรู้เรื่องอนุญาตโตตุลาการแก่ผู้ที่มีความสนใจ อันจะเป็นการพัฒนากระบวนการอนุญาตโตตุลาการในประเทศไทยนั่นเอง

4.2 ปัญหาการรักษาความลับของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการ

4.2.1 ปัญหาการรักษาความลับของคู่กรณี

คู่กรณี หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาทในข้อพิพาทที่จะมีการอนุญาตโตตุลาการนั้น โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลซึ่งกระทำการ โดยผ่านทางผู้แทนนิติบุคคล¹⁰⁷ ซึ่งสำหรับ

¹⁰⁶ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, เรื่องเดิม, หน้า 32 -34.

¹⁰⁷ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 148.

คู่กรณีนั้นโดยหลักย่อมประสงค์ที่จะรักษาความลับของตนในการอนุญาตตุลาการ และโดยหลักแล้วคู่กรณีมีหน้าที่ต้องไม่เปิดเผยสิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการอนุญาตตุลาการต่อบุคคลภายนอก โดยหากมีการตกลงกันไว้ชัดเจนระหว่างคู่กรณีว่าจะไม่เปิดเผยความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ย่อมไม่เป็นปัญหาเพราะหากฝ่ายใดผิดข้อตกลงดังกล่าว อีกฝ่ายย่อมฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งฐานผิดสัญญาได้

แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีปัญหาว่าหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการจะเปิดเผยเรื่องของตนให้บุคคลภายนอกรู้ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ให้บุคคลภายนอกรับรู้ และไม่มีข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวไว้ การเปิดเผยดังกล่าวจะถือว่าการผิดสัญญากันหรือไม่ กรณีผู้เขียนเห็นว่าแม้ไม่มีการตกลงกันไว้ชัดเจนระหว่างคู่กรณีว่าจะไม่เปิดเผยความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ แต่ก็อาจถือว่าการตกลงกันโดยปริยายว่าต้องรักษาความลับ เพราะโดยปกติประเพณีแล้วคู่กรณีย่อมต้องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการเอาไว้โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 368 ที่บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” หรือหากไม่ปรับเข้ากับเรื่องผิดสัญญาก็อาจปรับเข้ากับเรื่องความรับผิดทางละเมิด ถ้าการเปิดเผยนั้นกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ที่บัญญัติว่า “ผู้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” พร้อมกันนั้นหากเป็นอนุญาตตุลาการที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ ก็ต้องดูระเบียบข้อบังคับของสถาบันนั้นด้วยว่ามีการกำหนดห้ามคู่กรณีเปิดเผยความลับหรือไม่ อย่างไร

4.2.2 ปัญหาการรักษาความลับของที่ปรึกษา และทนายความ

ทนายความหมายถึงบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีพิพาทให้ดำเนินการในกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ และมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ แทนคู่ความได้ตามสมควร คู่กรณีพิพาทอาจไม่เข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาเลยก็ได้ โดยมอบอำนาจให้ทนายความเป็นผู้ดำเนินการแทน¹⁰⁸ ซึ่งโดยหลักแล้วทนายความย่อมมีหน้าที่ในการรักษาความลับ เพราะเป็นหน้าที่ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการด้วย การรักษาความลับของลูกความของตนที่เป็นตัวการเป็นจริยธรรมที่

¹⁰⁸ มารุต บุญนาค, วิชาว่าความและมรรยาททนายความ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 485.

สำคัญอย่างยิ่งสำหรับทนายความ ซึ่งทนายความนอกจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายควบคุมมรรยาทซึ่งเรียกว่าข้อบังคับ ว่าด้วยมรรยาททนายความแล้ว ทนายความต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมของนักกฎหมาย และจารีตประเพณีที่ดำรงซึ่งถือเป็นข้อปฏิบัติของทนายความอีกด้วย

ด้วยเหตุผลที่ว่าวิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่เกี่ยวกับความบริสุทธิ์ยุติธรรมของบ้านเมือง ความทุกข์ยากของประชาชนและความถูกต้องเป็นธรรมของบุคคลที่อยู่ร่วมกันในสังคม ทนายความจึงต้องใช้ความรู้คู่คุณธรรมด้วย การใช้ความรู้ไปในทางแสวงหาผลประโยชน์หรือทรัพย์สินใส่ตนแต่เพียงอย่างเดียว เช่น นำความลับที่ได้รับรู้ออกมาเปิดเผยเพื่อแลกกับผลประโยชน์ตอบแทน ถือว่าเป็นการประกอบวิชาชีพที่ยังไม่ถึงพร้อมด้วยอุดมการณ์ของนักกฎหมายอย่างแท้จริง เมื่อแนวคิดในเรื่องจริยธรรมของทนายความเป็นไปในทางการรักษาความยุติธรรมตรงกับแนวความคิดของอนุญาโตตุลาการและศาลแล้ว คดีของทนายความจะประสบความสำเร็จตามที่ตนได้ให้คำแนะนำไว้กับลูกค้าเสมอ เมื่อทนายความปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง ซื่อสัตย์ เกียรติคุณของทนายความก็จะเป็นที่รับรู้ของประชาชนโดยทั่วไป และนั่นคือความสำเร็จในวิชาชีพของทนายความอย่างแท้จริง ผู้เขียนเห็นว่าผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความที่จะประสบความสำเร็จในทางการทำงานนั้นจะต้องใช้ความรู้คู่คุณธรรมและมีจริยธรรมนำวิชาชีพของตนเองเสมอ

ในประเทศไทยมีข้อบังคับสภาพทนายความว่า ด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 ข้อ 11 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 27 (3) และมาตรา 51 ที่บังคับเฉพาะทนายความ ซึ่งก็สามารถนำมาใช้กับทนายความซึ่งทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย¹⁰⁹ โดยข้อบังคับข้อ 11 ดังกล่าวระบุให้ทนายต้องรักษาความลับของตัวความ โดยไม่เปิดเผยความลับต่างๆที่ได้รับรู้จากการเป็นทนายความต่อบุคคลภายนอก เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากลูกค้าหรือโดยอำนาจศาล หากกระทำการฝ่าฝืนเป็นการผิดมรรยาททนายความ ซึ่งอาจถูกลงโทษ ตั้งแต่ภาคทัณฑ์ ห้ามการเป็นทนายความเป็นกำหนดไม่เกินสามปี หรือลบชื่อออกจากการเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความได้¹¹⁰

¹⁰⁹ Cindy G. Buys, op.cit., pp. 121 – 123.

¹¹⁰ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

มาตรา 52 โทษผิดมรรยาททนายความมี 3 สถาน คือ

- (1) ภาคทัณฑ์
- (2) ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ
- (3) ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

ส่วนในทางอาญามีบทบัญญัติเกี่ยวกับทนายความที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องการเปิดเผยความลับไว้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าคุ้มครองความลับในทางคดีอนุญาโตตุลาการ โดยสามารถนำมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปรับใช้ได้ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้ว เปิดเผยความลับนั้นในประการ ที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ส่วนกรณีที่ทนายความได้ให้การช่วยเหลือตัวความในคดีอนุญาโตตุลาการที่เป็นข้อพิพาททางการค้า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้บัญญัติความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้เปิดเผยความลับทางการค้าเอาไว้เช่นเดียวกัน ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 4.1.1

4.2.3 ปัญหาการรักษาความลับของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ

ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคนที่ถูกคัดเลือกขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี และอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นคนกลางที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยมิใช่คู่กรณีของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด¹¹¹ โดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีหลักเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ามีหน้าที่และจริยธรรมที่จะต้องรักษาความลับของคู่กรณี ซึ่งมักจะมีประมวลจริยธรรมหรือข้อบังคับของสถาบันต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้กำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้อย่างชัดเจน มีเพียงความรับผิดทางแพ่ง และทางอาญาของอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้กว้าง ๆ ดังนี้

มาตรา 23 “อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

ในกรณีประพฤติดิฉิมนรยาททนายความเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรกถ้าผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามมาตรา 66 มาตรา 67 หรือมาตรา 68 แล้วแต่กรณีเห็นว่ามีเหตุอันควรงดโทษ จะงดโทษให้โดยว่ากล่าวตักเตือน หรือให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือไว้ก่อนก็ได้

¹¹¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 10.

อนุญาตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีขอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาตตุลาการ เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการอันไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

กรณีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ โดยมีการใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการตัวผู้เป็นอนุญาตตุลาการย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือ อนุญาตตุลาการที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการในสถาบันดังกล่าวนั้นก็ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมด้วย แม้ประมวลจริยธรรมจะเป็นเพียงข้อแนะนำและแนวทางปฏิบัติแก่อนุญาตตุลาการก็ตาม โดยในประมวลจริยธรรมดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับของอนุญาตตุลาการ คือต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย¹¹² โดยบุคคลที่ได้รับทราบทามเป็นอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆ ที่ตนได้มาจากการทราบทามนั้น¹¹³ และอนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท¹¹⁴

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้มีการบัญญัติเรื่องการรักษาความลับไว้ จึงจำต้องใช้มาตรา 23 เข้ามาปรับกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งมาตรา 23 ดังกล่าวนี้นี้เป็นการวางหลักให้อนุญาตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตน กล่าวคือ ระบุว่าตามปกติอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งหากปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้อง และไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากไม่มีการกระทำที่ไม่ถูกต้องแต่จะรับผิดชอบในทางแพ่งก็ต่อเมื่อกระทำ

¹¹² ข้อ 40 อนุญาตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย

¹¹³ ข้อ 41 บุคคลที่ได้รับทราบทามเป็นอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆ ที่ตนได้มาจากการทราบทามนั้น

¹¹⁴ ข้อ 42 อนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาด และไม่ให้ผู้ใดทราบผลคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท

หน้าที่โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อมีการกระทำในลักษณะที่เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่ควรบัญญัติให้ชัดเจนเพื่อเป็นการส่งเสริมภาพลักษณ์ของอนุญาตตุลาการในประเทศไทย ให้ปรากฏต่อนานาชาติ

ส่วนประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม ที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติ แต่ก็มิได้กำหนดสภาพบังคับเอาไว้ว่าหากมีการฝ่าฝืนจะได้รับผลประการใด และหากการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาตตุลาการในประเทศไทยที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น อนุญาตตุลาการย่อมไม่อยู่ในบังคับของประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้ย่อมขาดความชัดเจนว่า ในการอนุญาตตุลาการของสถาบันอื่นๆ หรือที่คู่กรณีดำเนินการกันเอง อนุญาตตุลาการจะต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการหรือไม่

กฎหมายที่มีการบัญญัติสภาพบังคับไว้ชัดเจน โดยใช้บังคับกับบุคคลที่เป็นอนุญาตตุลาการทางการค้า ได้แก่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ได้บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้เปิดเผยความลับทางการค้าเอาไว้ ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 4.1.1

4.2.4 ปัญหาการรักษาความลับของพยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ

กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานมาเสนอต่ออนุญาตตุลาการเพื่อแสดงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ได้โดยอาจนำพยานบุคคลหรือพยานเอกสารมาเสนอก็ได้ ในส่วนของการนำพยานบุคคลเข้ามาเพื่อเบิกความ พยานต้องทราบถึงความจริงในพฤติการณ์แห่งคดี ดังนั้นข้อมูลต่างๆ ที่พยานบุคคลได้นำมาเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น

พยานบุคคล หมายถึง พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากคำเบิกความของบุคคลต่อศาล โดยผู้ที่มาเบิกความเป็นพยานเรียกว่า พยาน (Witness) แต่ตัวบุคคลไม่ใช่พยานหลักฐาน ถ้อยคำหรือข้อเท็จจริงที่บุคคลผู้นั้นเบิกความต่อศาลถือเป็นพยานหลักฐาน แม้ศาลจะได้บันทึกคำเบิกความไว้ในเอกสารก็ยังเรียกว่าเป็น “พยานบุคคล” แต่หากนำเอกสารที่บันทึกถ้อยคำพยานนั้นไปใช้ในคดีเรื่องอื่น พยานหลักฐานนั้นก็จะเรียกว่า “พยานเอกสาร” ส่วนพยานผู้เชี่ยวชาญ หมายถึงพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่ง และมาให้ถ้อยคำโดยการให้ความเห็น¹¹⁵

¹¹⁵ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 240.

ในแนวทางปฏิบัติของพยานบุคคลในกระบวนการอนุญาตตุลาการ เมื่อมีการนำพยานบุคคลเข้าเบิกความ พยานบุคคลดังกล่าวต้องปฎิญาณตนก่อนการเบิกความว่าจะให้การตามความสัตย์จริงทุกประการ แต่มิได้กล่าวถึงประเด็นในการรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ ไม่นำไปเปิดเผยซึ่งแนวความคิดในเรื่องการรักษาข้อมูลทางคดีของคู่มือพิพาทเป็นหลักในทางจริยธรรมที่พยานบุคคลควรต้องคำนึงถึงและยึดถือปฏิบัติ โดยคู่มือพิพาทซึ่งเป็นฝ่ายที่นำพยานบุคคลมาเบิกความควรต้องแจ้งถึงหลักการและวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการให้พยานบุคคลทราบ ซึ่งการสืบพยานในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นการพิจารณาลับอยู่แล้ว

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญ ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ จะมีก็แต่เพียงพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ได้บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้เปิดเผยความลับทางการค้าเอาไว้ ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 4.1.1

4.2.5 ปัญหาการรักษาความลับของเจ้าหน้าที่สถาบันอนุญาตตุลาการ

กฎหมายระเบียบข้อบังคับของสถาบันต่าง ๆ มิได้มีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการต่อเจ้าหน้าที่เอาไว้ แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ของสถาบันอนุญาตตุลาการ เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการช่วยเหลือในการดำเนินการต่างๆ ตลอดจนให้คำแนะนำ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทสามารถกระทำได้โดยสะดวกจนกระทั่งเสร็จสิ้น ดังนั้นการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของสถาบันเป็นการกระทำโดยมีหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของสถาบันมีหลายสาขาวิชาชีพ เช่น นักกฎหมาย นักบัญชี นักการ เป็นต้นซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งเข้าร่วมในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาด้วย โดยเป็นผู้ที่ให้ความสะดวก และให้คำแนะนำต่างๆ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท คือนิติกร ซึ่งเป็นนักกฎหมาย แต่ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ในตำแหน่งอื่นๆ แม้มิได้เข้าร่วมการดำเนินการกระบวนการพิจารณาด้วยต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณาให้เป็นความลับ โดยการดำเนินการกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการกระทำเป็นความลับอยู่แล้ว¹¹⁶

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ ที่มีการใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ การดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับคดี เช่น งานประสาน งานธุรการต่าง ๆ รวมทั้งงานที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาโดยตรง เช่น การพิมพ์สำนวนคดี งานอำนวยความสะดวกต่อการสืบพยานต่าง ๆ ในคดี ย่อมหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่เจ้าหน้าที่ต่างๆ ในสถาบันนั้นๆ ที่จะต้องรับทราบความลับในกระบวนการต่างๆ ของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

¹¹⁶ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 127.

ในประเทศไทย กฎหมายระเบียบข้อบังคับของสถาบันต่างๆ มิได้มีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการต่อเจ้าหน้าที่เอาไว้ ผู้เขียนเห็นว่าย่อมขาดความชัดเจนว่าหากเจ้าหน้าที่เปิดเผยความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะมีผลประการใดต่อตัวผู้เป็นเจ้าหน้าที่หรือไม่ หรือจะปรับบทเข้ากับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323 ได้หรือไม่ หากเจ้าหน้าที่ของสถาบันเป็นข้าราชการมีหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ และเจตนาเปิดเผยความลับที่ตนได้ล่วงรู้มาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียหาย¹¹⁷

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบเกี่ยวกับการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

ประเทศ / สถาบัน	กฎหมาย	ข้อบังคับ / ข้อตกลง	ประมวล จริยธรรม
อังกฤษ	The Arbitration Act 1996 Section 14 กำหนดให้คู่กรณีสามารถระบุในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ว่าต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ล่วงรู้หรือเผยแพร่สู่บุคคลที่สาม		

¹¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 บัญญัติว่า “ผู้ใดล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการ ที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ประเทศ / สถาบัน	กฎหมาย	ข้อบังคับ / ข้อตกลง	ประมวลจริยธรรม
อังกฤษ	The Arbitration Act 1996 Section 14 กำหนดให้คู่กรณีสามารถระบุใน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ว่าต้อง ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็น ความลับ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือ เปิดเผยในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ ล่วงรู้ หรือเผยแพร่สู่บุคคลที่สาม		
สมาคม อนุญาโตตุลาการ อเมริกา (American Arbitration Association – AAA)	 มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ SINCE 1969		คำชี้ขาดเป็นความลับ จะมีการเปิดเผยมิได้เว้น แต่คู่กรณียินยอมให้ เปิดเผยหรือมีกฎหมาย บังคับให้เปิดเผย เว้นแต่ คู่กรณีจะตกลงกันเป็น อย่างอื่น ผู้บริหาร สมาคมอาจพิมพ์หรือ ให้สาธารณชนเข้าถึง ข้อมูลเกี่ยวกับคำชี้ขาด ที่ได้รับการคัดเลือก แล้ว แต่ให้ปิดชื่อของ คู่กรณีและสิ่งอื่นๆที่จะ บ่งถึงคู่กรณี หรือคำชี้ ขาดที่ได้เปิดเผยต่อ สาธารณชนแล้ว

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ประเทศ / สถาบัน	กฎหมาย	ข้อบังคับ / ข้อตกลง	ประมวล จริยธรรม
ข้อตกลง TRIPs		กำหนดให้สมาชิกในการให้ ความคุ้มครองความลับ ทางการค้า	
องค์การ ทรัพย์สินทาง ปัญญาโลก (WIPO)		ข้อ 75 คำชี้ขาดต้องได้รับการ รักษาความลับ โดยคู่กรณีทุก ฝ่ายเว้นแต่ 1. ความยินยอมของคู่กรณีทุก ฝ่าย หรือ 2. อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐ 3. จำต้องเปิดเผยตามที่ได้ ยินยอมของคู่พิพาท ข้อ 76 ยกเว้นคู่พิพาทจะได้ ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้ สถาบันอนุญาโตตุลาการต้อง คุ้มครองรักษาความลับใน การอนุญาโตตุลาการ ในคำชี้ ขาด และบรรดาสารพข้อมูล ในการอนุญาโตตุลาการที่มา อยู่ในอำนาจแห่งรัฐ เอกสาร ต่างๆ หรือพยานหลักฐานอื่น ใดที่ได้ใช้เปิดเผยใน กระบวนการ อนุญาโตตุลาการนอกจาก ความจำเป็นในการพิจารณา หรือ โดยกฎหมายกำหนด เป็นอย่างอื่น	

ตารางที่ 1 ต่อ

ประเทศ / สถาบัน	กฎหมาย	ข้อบังคับ / ข้อตกลง	ประมวลจริยธรรม
The IBA Rules for International Arbitrators (IBA)			อนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มครองจากความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายของรัฐ เว้นแต่จะได้กระทำอย่างจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมาย
ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ICSID)		ห้ามการพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมของคู่กรณี	
ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration – LCIA)		กำหนดนัดพิจารณาและการพิจารณาทุกนัดเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันและคณะอนุญาโตตุลาการตั้งเป็นอย่างอื่นคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการต่างมีหน้าที่รักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาและเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการชี้ขาด	

ตามรางที่ 1 (ต่อ)

ประเทศ / สถาบัน	กฎหมาย	ข้อบังคับ / ข้อตกลง	ประมวลจริยธรรม
หอการค้า นานาชาติ (International Chamber of Commerce - ICC)		ข้อ 21.3 กระบวนพิจารณา ของอนุญาโตตุลาการต้องทำ เป็นความลับ บุคคลที่ไม่ เกี่ยวข้องจะเข้าไปร่วมในการ พิจารณาของ อนุญาโตตุลาการมิได้ เว้นแต่ คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการ ให้ความยินยอม ข้อ 20.7 คณะ อนุญาโตตุลาการอาจกำหนด มาตรการเพื่อคุ้มครอง ความลับทางการค้าและ ข้อมูลที่เป็นความลับก็ได้ นอกจากนั้นในเรื่องของคำชี้ ขาดของอนุญาโตตุลาการ ข้อ 28.2 สำเนาเพิ่มเติมของ คำชี้ขาดที่ได้รับรองสำเนา ถูกต้องโดยเลขาธิการต้องมี พร้อมที่จะจัดส่งให้คู่พิพาท ได้ทุกเมื่อ หากคู่พิพาทร้อง ขอ และยังให้อำนาจ หอการค้านานาชาติอาจมีการ พิมพ์ได้โดยเป็นคำชี้ขาดที่ ดัดแปลงแล้วและปกปิดชื่อ ของคู่กรณี	

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ประเทศ / สถาบัน	กฎหมาย	ข้อบังคับ / ข้อตกลง	ประมวลจริยธรรม
คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNICITRAL)		ข้อ 25.4 ให้ต้องดำเนินการระบวณพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยทำเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ส่วนในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อ 32.5 กำหนดว่าห้ามพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่กรณี	
คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและเศรษฐกิจระหว่างประเทศของจีน (CIETAC)		ข้อ 36 ให้ดำเนินการระบวณพิจารณาเป็นการลับ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันให้ดำเนินการระบวณพิจารณาโดยเปิดเผย ข้อ 37 หากมีการพิจารณาเป็นความลับคู่กรณีตัวแทนของคู่กรณี พยานบุคคล อนุญาโตตุลาการ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ต้องไม่เปิดเผยเนื้อหาของคดีหรือวิธีพิจารณาต่อบุคคลภายนอก	
สมาคมอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ญี่ปุ่น (JCAA)		การดำเนินการระบวณพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นความลับ และอนุญาโตตุลาการเจ้าหน้าที่สมาคม คู่กรณี ผู้แทน หรือผู้ช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับคดีอนุญาโตตุลาการหรือข้อเท็จจริงที่ได้รับจากการเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการ	

ตารางที่ 2 กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย

กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และ ประมวล จริยธรรม	ข้อเท็จจริงที่ต้องรักษาเป็น ความลับ	บุคคลที่ต้องรักษา ความลับ	ความลับในคำชี้ขาด
ประมวล จริยธรรม อนุญาตตุลาการ ของสถาบัน อนุญาตตุลาการ สำนักงานศาล ยุติธรรม	ข้อมูลที่ได้มาในระหว่าง การพิจารณา และได้มาจากการ ทบทวน	ข้อ 40 อนุญาตตุลาการต้อง ไม่นำข้อมูลที่ได้มาใน ระหว่างการพิจารณา และคู่พิพาทระบุว่า เป็นความลับ ไปใช้ เพื่อแสวงหา ผลประโยชน์สำหรับ ตนเองหรือผู้อื่นหรือ ทำให้ผู้อื่นเสียหาย ข้อ 41 บุคคลที่ได้รับ ทบทวนเป็น อนุญาตตุลาการต้อง รักษาความลับใด ๆ ที่ ตนได้มาจากการ ทบทวนนั้น	ข้อ 42 อนุญาตตุลาการต้อง ไม่ให้ผู้ใดทราบถึง แนวการวินิจฉัยของ ตนก่อนทำคำชี้ขาด และไม่ให้ผู้ใดทราบ ผลคำชี้ขาดก่อนส่ง สำเนาคำชี้ขาดให้ คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่ เปิดเผยคำชี้ขาด เว้น แต่จะได้รับความ ยินยอมจากคู่พิพาท
พระราชบัญญัติ ความลับทาง การค้า พ.ศ.2545	ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิใน ความลับทางการค้ามีสิทธิ ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มี คำสั่งห้ามผู้นั้นละเมิดสิทธิ ในความลับทางการค้า และ ฟ้องเรียกค่าสินไหม ทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิ ในความลับทางการค้าได้		

ตารางที่ 2 (ต่อ)

กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และประมวล จริยธรรม	ข้อเท็จจริงที่ต้องรักษาเป็น ความลับ	บุคคลที่ต้องรักษา ความลับ	ความลับในคำ ชี้ขาด
ข้อบังคับสำนักงานศาล ยุติธรรมว่าด้วย อนุญาตไต่สวนการ สถาบันอนุญาตไต่สวนการ	ข้อ 22(3) การสืบพยานและ กระบวนการพิจารณาให้กระทำ เป็นการลับ ข้อ 24 คู่พิพาทจะไม่อ้าง อนุญาตไต่สวนการเป็นพยาน ในกระบวนการพิจารณาชั้นศาล เกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูล แห่งกระบวนการพิจารณาในชั้น อนุญาตไต่สวนการ		
ข้อบังคับสภา ทนายความว่า ด้วย มรรยาททนายความ พ.ศ.2529	ทนายความต้องรักษา ความลับของตัวความ โดย ไม่เปิดเผยความลับต่างๆที่ ได้รับรู้จากการเป็นทนายต่อ บุคคลภายนอก เว้นแต่ ได้รับอนุญาตจากลูกความ หรือโดยอำนาจศาล	ทนายความ	

ตารางที่ 2 (ต่อ)

กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และประมวล จริยธรรม	ข้อเท็จจริงที่ต้องรักษาเป็น ความลับ	บุคคลที่ต้องรักษา ความลับ	ความลับในคำ ชี้ขาด
ประมวลกฎหมายอาญา		มาตรา 323 ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตริ์กร คนจำนำยยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ให้นุ้กคลหรือคณะบุคคลที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ มาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างกันตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณา และคู่กรณียอมผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทนั้น โดยอนุญาโตตุลาการมีหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นความลับที่มีผลดีทำให้ข้อมูลด้านคดีต่างๆ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ทำให้คู่กรณีสามารถทำธุรกิจกันต่อไปได้ สามารถรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีเอาไว้ได้ และเนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่อาจเปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณี และบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษา อนุญาโตตุลาการ และพยานเท่านั้น การรักษาความลับดังกล่าว มีข้อพิจารณาถึงขอบเขตของการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้นมีขอบเขตกว้างขวางมากน้อยเพียงใด

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศมีความแตกต่างกัน ส่วนในประเทศไทยนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน

5.1 บทสรุป

แนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความลับในข้อพิพาท เป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้วก่อนที่จะมีกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในช่วงกลางทศวรรษที่ 1980 ประเด็นในเรื่องการปกปิดความลับมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างยิ่ง และมีผลกระทบต่อกเอกสารที่ถูกสร้างขึ้น หรือถูกเปิดเผยในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับการยอมรับ จนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 20 การอนุญาโตตุลาการได้นำมาใช้เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทอย่างต่อเนื่อง ทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

“ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” หมายถึงสิ่งที่ไม่เปิดเผยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ หรือกฎหมายบังคับมิให้เปิดเผยไปยังบุคคลอื่นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเรื่องนั้น

5.1.1 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีวัตถุประสงค์หลัก คือ

1. รักษาความเป็นส่วนตัวของคู่กรณี
2. คู่กรณีไม่ประสงค์ให้คดีของตนเป็นบรรทัดฐาน หากเกิดข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน

ในคดีต่อไป

3. คู่กรณีไม่ต้องการให้เกิดความเสี่ยงที่จะถูกสาธารณชนเพ่งเล็งว่าตนต้องแพ้ในคดีเรื่องอื่นๆ ที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน

4. คู่กรณีต้องการรักษาความลับทางธุรกิจการค้าของตน

ข้อมูลที่จะเป็นความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาท กระบวนพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา และคำสั่งระหว่างพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ส่วนบุคคลที่ต้องรักษาความลับได้แก่บุคคลสามกลุ่มที่มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการและมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณี หรือที่ปรึกษาที่เข้าไปช่วยเหลือคู่กรณีในการเข้าไปดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือทนายความอนุญาโตตุลาการ และบุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ เช่น พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ

5.1.2 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

1. ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นความลับหรือไม่ และคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ และพยานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญต้องรักษาความลับที่เกี่ยวกับกรณีพิพาทที่ตนได้รับรู้ในการเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่

2. การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้กำหนดไว้เป็นหน้าที่ตามข้อบังคับ และประมวลจริยธรรม โดยในข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการมีการกำหนดให้การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำการเป็นการลับ และคู่พิพาทจะไม่อ้างอนุญาโตตุลาการเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ ส่วนในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในสถาบันดังกล่าวนี้ก็ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมด้วย โดยในประมวลจริยธรรมดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการ คือต้องไม่นำ

ข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยบุคคลที่ได้รับทราบตามเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆ ที่ตนได้มาจากการทราบตามนั้น และอนุญาโตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท

3. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ใช้บังคับการรักษาทางการค้าไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดทราบใดที่มีข้อมูลนั้นยังเป็นความลับทางการค้าอยู่ แม้ในชั้นที่มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ตาม บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความลับดังกล่าวรวมทั้งอนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องรักษาความลับดังกล่าว

ความลับดังกล่าวนี้มีบทบัญญัติให้การคุ้มครองมิให้มีการละเมิดความลับทางการค้า เช่น การกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไปหรือใช้ความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ซึ่งบทบัญญัติที่สำคัญที่ทำให้การรักษาความลับทางการค้าเกิดผล คือ บทบัญญัติซึ่งกำหนดโทษผู้ที่ขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ และบทลงโทษผู้เปิดเผยความลับทางการค้า โดยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 31-38

4. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา กล่าวคือในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันให้คู่กรณีและบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ที่ปรึกษาของคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ ต้องรักษาความลับในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยใช้หลักกฎหมายในลักษณะสัญญา

5.1.3 ความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจมีการเปิดเผยข้อมูลได้ ด้วยเหตุต่างๆ ดังนี้

1. โดยความยินยอมของคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีอาจตกลงให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย หรืออาจให้เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการในการอนุญาโตตุลาการ
2. การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ กล่าวคือ ตามกฎหมายได้บัญญัติมีใจความว่า การกระทำการใด หรือการปฏิบัติหน้าที่ใดที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ถือเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ผู้กระทำให้อำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย
3. โดยอำนาจศาล เช่น การฟ้องเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดหรือการฟ้องคดีเพื่อบังคับตามคำชี้ขาด ทั้งผู้ที่ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีจำต้องสืบพยานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสารหรือพยานบุคคล และเสนอเอกสารบางอย่างต่อศาล เช่น คำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ และ

นอกจากนั้นต้องมีการพิสูจน์เรื่องต่างๆ ตามที่กล่าวอ้างซึ่งก็อาจต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการด้วย

5.1.4 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยมีการแก้ไข The Arbitration Act 1996 ในปี 2001 โดยในการปรับปรุงพิจารณาหลักใน Section 14 ซึ่งได้กล่าวถึงความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย โดยหลักการความลับของอนุญาโตตุลาการกำหนดให้คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการสามารถระบุในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ว่าต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือเปิดเผยในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ล่วงรู้ หรือเผยแพร่สู่บุคคลที่สาม ศาลอังกฤษในหลายคดีวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นความลับ เช่น Oxford Shipping Co. Ltd. V. Nippon Yusen Kaisha อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการรักษาความลับไม่จำเป็นต้องขยายไปถึงคำชี้ขาด เช่น ในคดี Hassneh Ins. Co. of Israel & Others v. Stuart J Mew ศาลพิพากษาว่า เฉพาะเอกสารที่สร้างขึ้นเพื่อการอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่เป็นความลับ ส่วนเอกสารอื่นๆ และคำชี้ขาดอาจถูกเปิดเผยได้ในบางกรณี

สหรัฐอเมริกายอมรับว่าในการอนุญาโตตุลาการหากมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับอย่างแท้จริงเป็นข้อมูลในข้อพิพาทโดยปราศจากอำนาจจะกระทำมิได้ ซึ่งหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายมากกว่า 250 ฉบับ ที่บัญญัติในเรื่องการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ โดยสามารถแยกเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองการเปิดเผยความลับโดยทั่วไป และกฎหมายในลักษณะพิเศษที่ให้การรักษาความคุ้มครองความลับในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งออกมาในรูปแบบของกฎหมายมลรัฐที่กำหนดการให้เอกสิทธิ์แก่การอนุญาโตตุลาการ โดยข้อมูลใดๆ ที่ได้ใช้หรือเปิดเผยในการอนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในภายหลังกระบวนการยุติธรรมอื่น กฎหมายที่ปรากฏในรูปแบบกฎหมายมลรัฐเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกปกครองในรูปแบบมลรัฐ โดยหลักเกณฑ์ของแต่ละมลรัฐอาจไม่เหมือนกันก็ได้

ประเทศออสเตรเลีย มีแนวคิดเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือโดยหลักคู่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีการตกลงกันอย่างชัดเจนในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ว่าคู่กรณีมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ เช่น คดี Esso Australia Res. Ltd V. Plowman ซึ่งศาลพิพากษาว่าคู่กรณีไม่มีหน้าที่อย่างเด็ดขาดที่ต้องรักษาความลับเกี่ยวกับเอกสารและข้อมูลที่เสนอในการอนุญาโตตุลาการ

5.1.5 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ในกลุ่มประเทศจีวีแอล

ประเทศเยอรมันมีการให้ความคุ้มครองในเรื่องเอกสิทธิ์ของความลับทางการค้าและธุรกิจ¹¹⁸ โดยมักจะมีการกล่าวอ้างเสมอในคดีแพ่ง ทั้งนี้เพราะภายใต้กฎหมายเยอรมันไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลที่จะทำการพิจารณาคดีและเข้าไปตรวจสอบข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าได้ ฉะนั้น หากเป็นการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาตตุลาการทางการค้าจึงสามารถอ้างเรื่องความลับดังกล่าวเพื่อจะไม่ต้องเปิดเผยในศาลได้

สวีเดน เป็นประเทศที่มีการยอมรับหลักการเรื่องความลับในสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยศาลในประเทศสวีเดนเองก็มีคำพิพากษายืนยันว่า คู่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ หากไม่มีการตกลงกันอย่างชัดแจ้งในสัญญาอนุญาตตุลาการ ว่าคู่กรณีมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ

ประเทศฝรั่งเศสก็ยอมรับหลักการในเรื่องของความลับของการอนุญาตตุลาการ โดยในด้านข้อเท็จจริงในคดี เมื่อมีการฟ้องร้องคดี ตลอดจนก่อนที่คณะอนุญาตตุลาการจะตัดสินมีคำชี้ขาด จะมีเรื่องของความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการมาเกี่ยวข้องโดยตลอด เช่น ในกระบวนการอนุญาตตุลาการ คดีระหว่างผู้ออกใบอนุญาต และผู้อับใบอนุญาตทางเทคโนโลยีซึ่งใบอนุญาตเป็นสิ่งที่บ่งบอกแหล่งที่มา ที่ตั้ง สำนักงาน โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจเปิดเผยต่อคณะอนุญาตตุลาการถึงข้อเท็จจริงซึ่งนำมาซึ่งการฟ้องคดี รวมถึงสิทธิบัตรอันมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ของเทคโนโลยีนั้นก่อนที่จะดำเนินกระบวนการทางอนุญาตตุลาการ ในด้านพยานหลักฐาน กระบวนการอนุญาตตุลาการภายใต้ข้อตกลงฝ่ายผู้เสนอข้อพิพาทได้รับรู้รายละเอียดเกี่ยวกับตัวเรื่อง แต่จะไม่ได้รับรู้รายละเอียดที่ฝ่ายผู้ค้าน ได้ให้ข้อเท็จจริงไว้กับคณะอนุญาตตุลาการ จนกว่าฝ่ายผู้ค้านจะยืนยันได้เปิดเผยความลับทางการผลิตได้ ในส่วนของคำชี้ขาด และกระบวนการมีคำชี้ขาด มีหลักเกณฑ์ว่า เมื่อคำชี้ขาดตัดสินในทางคดีแล้ว และได้มีการเผยแพร่คำชี้ขาดนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นประเด็นที่นำมาพิจารณาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงองค์รวมในทางกฎหมายแล้ว ประเทศฝรั่งเศสจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองกับความลับของคู่พิพาท และความลับในทางธุรกิจด้วย

¹¹⁸ อนันต์ จันทโรภากร, “ปัญหาเอกสิทธิ์ของพยานหลักฐานในการอนุญาตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ,” วารสารอนุญาตตุลาการ 3 (กรกฎาคม 2551): 1 – 2.

5.1.6 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization – WIPO) มีการกำหนดกฎเกณฑ์ของ WIPO Arbitration and Mediation Center ใน Arbitration Rule: Confidentiality โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของอนุญาโตตุลาการไว้ใน Article 73-76 เช่น จะไม่มีการเปิดเผยข้อมูลใดๆ โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อกับคู่พิพาทฝ่ายอื่น เว้นแต่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อนุญาโตตุลาการให้อำนาจไว้ หรือเป็นบุคคลที่มีอำนาจเท่ากับอนุญาโตตุลาการ หรือบรรดาบรรพ เอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นใดที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเสนอ หรือพยานบุคคลในการ อนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองให้เป็นความลับ และข้อมูลอันใดเป็นพยานหลักฐานใดๆ จะ ไม่อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐ จะไม่ถูกใช้ หรือเปิดเผยสู่คู่กรณีฝ่ายที่สาม ซึ่งเป็นข้อมูลอันได้มาจากการ เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยปราศจากความยินยอมให้เปิดเผยของ คู่พิพาทฝ่ายอื่นๆ หรือคำสั่งของศาล และพยานบุคคลต้องรักษาความลับในระดับเดียวกันที่คู่กรณี กระทำ

The IBA Rules for International Arbitrators (IBA) ได้กำหนดที่ในการรักษาความลับ ไว้เช่นเดียวกับ AAA Code กล่าวคือ กำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้ทั้งระหว่าง และภายหลังการ พิจารณา โดยการเตือนอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาระหว่างการพิจารณา หาประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์แก่ผู้อื่น

ของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) ไม่ได้ระบุว่าอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ ดังนั้น จึงดูเหมือนว่าหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการ ระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) นั้นอยู่ในดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคดี ส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ ในข้อ 48 (5) ของอนุสัญญาฯ ดังกล่าวนั้นห้ามการพิมพ์คำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมของคู่กรณี

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration – LCIA) มีข้อบังคับเรื่องอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่าง ประเทศที่ลอนดอน โดยข้อบังคับดังกล่าวจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับหน้าที่ของคู่กรณีในการรักษา ความลับของการอนุญาโตตุลาการที่สถาบัน เช่น กำหนดนัดพิจารณาและการพิจารณาทุกนัดเป็น ความลับ เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันและคณะอนุญาโตตุลาการสั่งเป็นอย่างอื่น คู่กรณีและ

อนุญาโตตุลาการต่างมีหน้าที่รักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาและเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการชี้ขาด

หอการค้านานาชาติ มีข้อบังคับกำหนดว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นความลับ บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องจะเข้าไปร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้ เว้นแต่คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการให้ความยินยอม และกำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าและข้อมูลที่เป็นความลับก็ได้ นอกจากนี้ในเรื่องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีการกำหนดไว้ว่าสำเนาเพิ่มเติมของคำชี้ขาดที่ได้รับรองสำเนาถูกต้องโดยเลขาธิการต้องมีพร้อมที่จะจัดส่งให้คู่พิพาทได้ทุกเมื่อ หากคู่พิพาทร้องขอ และยังให้อำนาจหอการค้านานาชาติอาจมีการพิมพ์ได้โดยเป็นคำชี้ขาดที่ดัดแปลงแล้วและปกปิดชื่อของคู่กรณี

คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) กำหนดเรื่องการรักษาความลับไว้ในข้อบังคับ โดยให้ต้องดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยทำเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ส่วนในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นกำหนดว่าห้ามพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่กรณี

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยที่ใช้ข้อบังคับกันอยู่ในปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นไม่มีบทบัญญัติเรื่องการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ว่าการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นความลับหรือไม่ และคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ และพยานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญต้องรักษาความลับที่เกี่ยวกับกรณีพิพาทที่ตนได้รับรู้ในการเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่

กรณีที่อนุญาโตตุลาการที่มีการใช้บริการจากสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กำหนดเกี่ยวกับเรื่องความลับไว้ว่าการสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำการลับ และคู่พิพาทจะไม่อ้างอนุญาโตตุลาการเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ

อีกกรณีที่มีการกำหนดเรื่องความลับเอาไว้ คือประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการของสำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในสถาบันดังกล่าวนั้นก็ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ของสถาบัน แม้จะเป็นเพียงข้อแนะนำและแนวทางปฏิบัติแก่อนุญาโตตุลาการก็ตาม โดยอยู่ใน หมวด 8 ข้อ 40 – ข้อ 42 อนุญาโตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยบุคคลที่ได้รับ

ทราบตามเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆที่ตนได้มาจากการทราบเช่นนั้น และอนุญาโตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้ผู้พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท

กฎหมายอีกฉบับที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาความลับ คือพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ซึ่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้านี้ ใช้บังคับกับการรักษาทางการค้า ไม่ว่า จะอยู่ในขั้นตอนใด บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความลับดังกล่าวรวมทั้งอนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องรักษาความลับดังกล่าว โดยมีบทบัญญัติที่สำคัญที่ทำให้การรักษาความลับทางการค้าเกิดผล คือ บทบัญญัติซึ่งกำหนดโทษผู้ที่ขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ และบทลงโทษผู้เปิดเผยความลับทางการค้า

กฎหมายสัญญาก็เป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับได้ กล่าวคือ อาจมีการตกลงกันในการทำสัญญาหลักระหว่างคู่กรณี โดยในการทำสัญญาต่างๆ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าหรือสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทหรืออื่นๆที่มีการ ระบุให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และระบุให้ต้องรักษาความลับในการ อนุญาโตตุลาการ โดยให้รู้เรื่องที่พิพาทและรายละเอียดต่างๆ กันเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งก็ต้อง เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี

ปัญหาเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้กำหนดเกี่ยวกับการรักษา ความลับไว้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขต และสภาพบังคับในการรักษาความลับ ซึ่งแม้จะมีข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 22 และข้อ 24 และประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 40 กำหนดเกี่ยวกับ เรื่องดังกล่าวไว้ แต่สำหรับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยที่มีได้ดำเนินการที่ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น การรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาและ พยานหลักฐานย่อมไม่อยู่ในบังคับของทั้งข้อบังคับ และประมวลจริยธรรมของสถาบัน อนุญาโตตุลาการดังกล่าว อีกทั้งแม้ว่าจะมีการใช้บริการของสถาบัน ที่มีข้อบังคับ และประมวล จริยธรรมกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้ก็ตาม แต่ประมวลจริยธรรมก็ใช้กับบุคคลที่เป็น อนุญาโตตุลาการเท่านั้น ทั้งประมวลจริยธรรมก็มีได้มีสภาพบังคับ หรือโทษที่บังคับเป็นรูปธรรม ชัดเจนอันจะทำให้เข้าใจได้ว่าการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่กระทำไม่ได้แต่อย่างใด

ส่วนประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 41 กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ แต่สำหรับข้อพิพาทที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนั้น การรักษาความลับในข้อเท็จจริงย่อมไม่อยู่ในบังคับของประมวลจริยธรรม

ของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้ย่อมขาดความชัดเจนว่า ในการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่นๆ หรือที่คู่กรณีดำเนินการกันเอง ข้อเท็จจริงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับหรือไม่และหากมี ขอบเขตในการรักษาความลับจะมีมากน้อยเพียงใดและมีข้อยกเว้นหรือไม่

ส่วนกฎหมายที่มีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับและมีบทลงโทษที่ชัดเจน อันได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีขอบเขตใช้บังคับเฉพาะเรื่องทางการค้าเท่านั้น จึงไม่อาจที่จะไปบังคับกับข้อพิพาทประเภทอื่นที่มีใช้เรื่องการค้า ที่มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เช่น ข้อพิพาทที่มีการเรียกค่าเสียหายตามสัญญาอื่นที่มีใช้ทางการค้า หรือข้อพิพาทกรณีละเมิด เหล่านี้ย่อมไม่อาจที่จะใช้กฎหมายดังกล่าวเข้าไปบังคับเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

นอกจากนั้น เรื่องการเผยแพร่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการพิมพ์และเผยแพร่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพื่อประโยชน์ในวงการกฎหมายและการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการก็เป็นที่น่าพิจารณาถึงขอบเขต และเนื้อหาสาระว่าคำชี้ขาดส่วนใดสามารถเผยแพร่สู่สาธารณชนได้ และส่วนใดที่จำเป็นต้องรักษาเป็นความลับโดยเคร่งครัด ทั้งนี้ก็เพื่อพัฒนาความรู้เรื่องอนุญาโตตุลาการแก่ผู้ที่มีความสนใจ อันจะเป็นการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั่นเอง

ปัญหาการรักษาความลับของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ประกอบด้วยบุคคลสามประเภทที่มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการ และมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณี หรือที่ปรึกษาที่เข้าไปช่วยเหลือคู่กรณีในการเข้าไปดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือทนายความ อนุญาโตตุลาการ และบุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ เช่น พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งในประเทศไทยมีเพียงข้อบังคับสภาพทนายความว่า ด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 ข้อ 11 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 27 (3) และมาตรา 51 ให้อำนาจแก่ทนายความในการรักษาความลับ และในประมวลจริยธรรม อนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการ คือต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยบุคคลที่ได้รับทราบเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับใดๆ ที่ตนได้มาจากการทบทวนนั้น และอนุญาโตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท โดยผู้เขียนเห็นว่าประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการในสำนักงานศาลยุติธรรม ที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติมิได้กำหนดสภาพบังคับเอาไว้ว่าหากมีการฝ่าฝืนจะได้รับผลประการใด และหากการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยที่มีได้ดำเนินการที่สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาล

ยุติธรรมนั้น อนุญาตตุลาการย่อมไม่อยู่ในบังคับของประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการ ดังกล่าว กรณีนี้ย่อมขาดความชัดเจนว่า ในการอนุญาตตุลาการของสถาบันอื่นๆ หรือที่ผู้กรณี ดำเนินการกันเอง อนุญาตตุลาการจะต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการหรือไม่

ส่วนกรณีพยานบุคคลในการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการก็ดี เจ้าหน้าที่ที่ให้บริการด้านอนุญาตตุลาการก็ดี ในกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และประมวลจริยธรรม ไม่มีการกำหนดหน้าที่แก่พยานบุคคล และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวในการรักษาความลับแต่อย่างใด กฎหมายเพียงหนึ่งเดียวที่อาจเข้ามากำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่อนุญาตตุลาการ ได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เท่านั้น จึงเป็นกรณีที่ขาดความชัดเจนที่จะปรับใช้ กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความลับต่อบุคคลดังกล่าว

5.2 ข้อเสนอแนะ

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการมีปัญหาหลายประการ ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 4 ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว เนื่องจากในประเทศไทย นั้น ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดเรื่องการรักษาความลับไว้ในกฎหมาย ทำให้ขาดความชัดเจนใน 2 เรื่องด้วยกัน คือ

1. เรื่องที่จะต้องรักษาเป็นความลับ
2. บุคคลที่จะต้องทำหน้าที่รักษาความลับ

ดังนั้น ผู้เขียนเสนอแนะแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวในเรื่องต่างๆ ดังนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะในข้อกฎหมาย

กฎหมายที่ควรจะบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 อันเป็นกฎหมายที่บังคับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งเมื่อมีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะเป็นผลทำให้ ไม่ว่าข้อพิพาทใดก็ตามที่ระงับโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ และไม่ว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาตตุลาการจะอยู่ในฐานะใดก็ตาม ก็ย่อมจะต้องมีการรักษาความลับ ไม่ได้จำกัดเฉพาะข้อพิพาททางการค้าอีกต่อไป อีกทั้ง ไม่ว่าอนุญาตตุลาการนั้นจะมีได้ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการใดเลย หรือมีการใช้บริการ แต่สถาบันไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ การอนุญาตตุลาการดังกล่าว ก็ต้องมีหน้าที่รักษาความลับตามกฎหมายเช่นเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังต่อไปนี้

“อนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ คู่กรณี ตัวแทนของคู่กรณี พยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการ ต้องรักษาความลับไว้ซึ่งบรรดาข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น เว้นแต่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือคู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น”

5.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการเผยแพร่คำชี้ขาด

กรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อเป็นการพัฒนาความรู้ทางวิชาการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ สถาบันต่างๆ ที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการควรมีการกำหนดข้อบังคับให้ชัดเจนเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อเท็จจริงและเหตุผลแห่งคำชี้ขาด โดยอาจเปิดช่องให้มีการพิมพ์เผยแพร่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่กรณีตกลงอนุญาต แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการเผยแพร่คำชี้ขาดควรเปิดเผยเฉพาะข้อเท็จจริงโดยสรุป และเหตุผลแห่งคำชี้ขาดเท่านั้น แต่จำเป็นต้องปกปิดชื่อ และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่อาจนำไปสู่การทราบตัวบุคคลที่เป็นคู่กรณีได้ เพื่อเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่กรณี และยังไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีของคู่กรณีต่อไป

ผู้เขียนเสนอว่าลักษณะของข้อบังคับควรกำหนดดังต่อไปนี้

“คำชี้ขาดต้องได้รับความคุ้มครองเป็นความลับ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกฝ่าย”

5.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการให้อำนาจศาลเปิดเผยความลับ

กรณีที่ศาลมีการพิจารณาคดีเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ เช่น หากมีการฟ้องเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด หรือการฟ้องคดีเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาล ผู้เสนอเห็นว่าหากเป็นคดีแพ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สถาบันตุลาการควรกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องดังกล่าว โดยให้ศาลที่มีเขตอำนาจใช้อำนาจตามมาตรา 36 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อให้มีการพิจารณาคดีเป็นการลับได้ โดยอ้างเหตุเรื่องความเหมาะสม เนื่องจากหลักการสำคัญของอนุญาโตตุลาการคือการรักษาความลับของคู่พิพาท เพื่อให้ดำเนินความสัมพันธ์ของคู่พิพาทต่อไปได้นั่นเอง เว้นแต่คดีนั้นจะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงแห่งคดี หรือคู่พิพาทตกลงกันโดยชัดแจ้งให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงแห่งคดีได้

บรรณานุกรม

หนังสือ

กิตติศักดิ์ ปรกติ. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์ และคอมมอนล่อว์.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546.

จำรูญเนติศาสตร์, หลวง. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. ที่ระลึกในงานพระราชทานเพลิง

ศพหลวงจำรูญเนติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย, 2518.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. สารบัญรู้เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของ

ต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

ไชยวัฒน์ บุญนาค. อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ทรัพย์สุริย์ จำกัด,

2552.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการหาคำ และรายชื่อ

กับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า. กรุงเทพมหานคร: สามย่านวิทย์

พัฒนา, 2540.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน – ไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551.

วรรณชัย บุญบำรุง. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.

วรรณชัย บุญบำรุง. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.

วรรณชัย บุญบำรุง. หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ

แพ่ง เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.

วิริยะ เกิดศิริ. นิติกรรมสัญญาและหนี้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

ศันนัทกรณ์ โสถิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

สรวิศ ลิ้มปรงษ์. อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545.

สุขุม สุขนิติย์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2550.
เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

Redfern, A. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet Maxwell, 2004.

Julian, D. M. Lew, Q.C., Mistelis, L.A. and Kröll, S.M. Comparative International Commercial Arbitration. New York: Kluwer Law International, 2003.

บทความ

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. วารสารบทบัญญัติ 41, 3 (กันยายน 2535): 5 – 15.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและการเจรจาต่อรอง. วารสารบทบัญญัติ 41, 1 (มีนาคม 2535): 61 – 66.

วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ. วารสารบทบัญญัติ 51 (กันยายน 2538): 149 - 192.

Brown, A. C. Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration. American University Law Review. 16 (March 2001): 970 – 1225.

Buys, C. G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. American Review of international Arbitration 14 (May 2003): 121 – 123.

Smit, H. Confidentiality Articles 73 to 76. American Review of International Arbitration. 9 (March 1998): 230 - 241.

Collins, M. Q.C. Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings. Texas International Law Journal. 30 (April 1995): 110 – 125.

Sheridan, P. Private and confidential: A Benefit of Arbitration. Construction Law Journal, 16 (January 1996): 165 - 175.

วิทยานิพนธ์

กัณณิกา เรืองนิติวิทย์. หลัก consideration ตามกฎหมายอังกฤษ: ศึกษาความสัมพันธ์ในการบังคับใช้. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล. ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

พีรพล ศรีสิงห์. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

สถาพร มีสะอาด. การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่กฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

สุจิต ปัญญาพฤษ. การใช้สิทธิโดยสุจริต. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

สุธาสนี สุภา. ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ระνομข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

สื่อไม่ตีพิมพ์

ประพจน์ คล้ายสุบรรณ. แนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคดีสิ่งแวดล้อม. ใน <http://www.Admincourt.go.th/09ARTICLE/vichakan/larklaw.20081020.pdf>. (last visited 10 August 2010).

ประวัติผู้เขียน

- ชื่อ – สกุล : นายเชื่อนจันทร์ ศิริมหาพุกษ์
- วันเดือนปีเกิด : 10 พฤษภาคม 2528
- สถานที่เกิด : กรุงเทพมหานคร
- วุฒิการศึกษา : ประถมศึกษา โรงเรียนวัดอมรินทราราม
มัธยมศึกษาตอนปลาย โรงเรียนทวิธาภิเศก
นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
รุ่นที่ 33 ปีการศึกษา 2549
เนติบัณฑิต สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551
ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ
แห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 32 พุทธศักราช 2551
- ประวัติการทำงาน : นิติกรศาลฎีกา (พ.ศ. 2550 - 2552)

