

บทที่ 3

คำนิยาม ลักษณะความลับของการอนุญาตตุลาการ และหลักความลับของการอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ

การรักษาความลับของอนุญาตตุลาการแม้มิได้บัญญัติชัดเจนไว้ในกฎหมาย เพื่อให้มีสภาพบังคับ และมีบทกำหนดโทษอย่างชัดเจน แต่เนื่องจากการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการเป็นจุดมุ่งหมายหมาย และวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการ การรักษาความลับได้บัญญัติไว้ในประมวลจริยธรรมซึ่งถือเป็นหน้าที่ตามจริยธรรมซึ่งจะเป็นกรอบ และแนวปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมที่เห็นได้ชัดเจน โดยคู่พิพาทสามารถกำหนดไว้ในสัญญาฉบับข้อพิพาทได้ ตลอดจนการรักษาความลับเป็นหน้าที่ของอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำสุดที่อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติในแง่การบังคับแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการ การถอนถอน ความรับผิดชอบ และความคุ้มกันด้วย

ความลับของการอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อมูลลับ (Confidentiality information) หรือ Unsolicited disclosed หรืออาจเป็นความลับทางการค้า หรือความลับส่วนตัว ซึ่งตามกฎหมาย และกฎเกณฑ์ของการอนุญาตตุลาการยังไม่มีข้อกำหนดหลักการที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวนี้ ดังนั้น ความหมาย นิยามของความลับของการอนุญาตตุลาการจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมากในการศึกษาเพื่อจะสามารถอธิบายถึงคุณลักษณะของความลับของการอนุญาตตุลาการ ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งในบทนี้จะศึกษาถึงคำนิยาม และความหมายของความลับของการอนุญาตตุลาการ ว่ามีความแตกต่าง หรือครอบคลุมความลับอื่น ๆ อย่างไร หรือไม่ เพื่อแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครอง ทำให้สามารถแยกแยะประเภทของข้อมูล ได้ว่าข้อมูลใดเป็นความลับของการอนุญาตตุลาการ สามารถเปรียบเทียบให้เห็นถึงลักษณะของข้อมูลประเภทต่าง ๆ ได้ ซึ่งมีความสำคัญต่อการเข้าใจลักษณะของความลับของการอนุญาตตุลาการ ได้ดียิ่งขึ้น และเมื่อศึกษารายละเอียดความลับของการอนุญาตตุลาการอย่างชัดเจนแล้ว จะได้ศึกษาถึงหลักความลับของการอนุญาตตุลาการในต่างประเทศ รวมถึงแนวทางในการรักษา คุ้มครองความลับตามกฎหมายของต่างประเทศอันจะเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย อีกทั้งเพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความลับของการอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นหลักที่สำคัญอย่างชัดเจนต่อไป

3.1 คำนิยาม และความหมายของความลับของการอนุญาตตุลาการ

3.1.1 ความหมายทั่วไปของความลับ

ความหมายของคำว่า “ความลับ” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 มิได้บัญญัติคำศัพท์ไว้โดยตรง แต่ได้มีการบัญญัติคำศัพท์คำว่า “ลับ” ไว้ในความหมายทำนองว่า หมายถึง อยู่ในที่พินดา, ที่อยู่ในที่ซึ่งไม่แลเห็น, ที่ปกปิดหรือควรปกปิด และเมื่อนำคำว่า “ความ” มาประกอบหน้าคำว่า “ลับ” ก็จะได้ความหมายว่า สิ่งที่อยู่พินดา, สิ่งที่ประสงค์จะซ่อนเร้น หรือสิ่งที่ควรปกปิดเหล่านี้ เป็นต้น

ความหมายของคำว่า “ความลับ” ในพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษก็ได้ให้นิยามของความลับไว้ โดยพจนานุกรมของ Webster’s ฉบับ New World Dictionary of the American Language ได้ให้คำนิยามไว้ว่า

“Secret” หมายถึง Not to be made known to other, known to only a few people, hidden

“Confidence” หมายถึง Trust, reliance, assurance, belief in one’s own abilities, the belief that another will keep a secret”

ตามนิยามของพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษของ Webster’s ได้ให้ความหมายของ secret ระบุว่าต้องเป็นสิ่งที่ไม่เป็นที่รับรู้ของผู้อื่น อาจจะเป็นที่รับรู้เพียงเฉพาะกลุ่มคน เช่น 2-3 คนเท่านั้น และต้องเป็นสิ่งที่ถูกปิดบังซ่อนเร้นไว้

ในส่วนนิยามของ Confidence ได้ให้ความหมายไว้สรุปได้ว่า เป็นความไว้วางใจต่อกัน เชื่อถือซึ่งกันและกัน โดยเชื่อมั่นว่าอีกบุคคลหนึ่งจะเก็บรักษาความลับเอาไว้ได้

ในส่วนของประเทศไทยในทางของกฎหมายไทยนั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดให้คำนิยาม หรือคำจำกัดความ หรือความหมายของคำว่า “ความลับ” ไว้โดยตรง อย่างไรก็ตามนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามให้คำอธิบายความหมายของคำว่า “ความลับ” ในทางกฎหมายไว้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทริย์ ได้อธิบายไว้ว่า “ความลับ” หมายถึงข้อเท็จจริง หรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์ต่อคนทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของ

เจ้าของความลับ ฉะนั้นการถือเอาข้อเท็จจริงใดเป็นความลับจึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด ถ้าเป็นสิ่งที่รู้กันโดยทั่วไป เช่น หลักการทางวิทยาศาสตร์เรื่องแรงโน้มถ่วงของโลกของอริสโตเติล ย่อมไม่มีความลับ

และท่านได้อธิบายความหมาย “การรักษาความลับ” ไว้ด้วยว่า หมายถึง การมอบหน้าที่ให้บุคคลหนึ่งรักษาข้อเท็จจริง หรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่บุคคลทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ การปกปิดอาจปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด (จิตติ ดิงศภัทริย์, 2539: 2156-2157)

ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ท่านได้ให้คำอธิบายความหมายของ “ความลับ” ไว้ว่า หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลอันจำกัด ฉะนั้นสิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่ง อาจไม่ใช่ความลับของอีกบุคคลหนึ่งก็ได้ (หยุด แสงอุทัย, 2537: 239-240)

ท่านดร.คณิต ณ นคร ท่านได้ให้คำอธิบายความหมายของ “ความลับ” ไว้ว่า หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงอันจำกัด ความลับนั้นประกอบด้วยสาระ 3 ประการ กล่าวคือ ความไม่ค้ำยู่กันของข้อเท็จจริง เจตจำนงที่จะเก็บไว้เป็นความลับ และผลประโยชน์ของการเก็บเป็นความลับ (คณิต ณ นคร, 2537: 126)

ท่านอาจารย์สุวัฒน์ ใจหาญ ท่านได้ให้คำอธิบายความหมายของ “ความลับ” ไว้ว่า หมายถึง ข้อเท็จจริงที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีผลประโยชน์ได้เสียอันชอบธรรม ประสงค์จะปกปิดไว้ไม่ให้ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลอื่น หรือนอกวงของบุคคลเหล่านั้นได้ การที่จะถือว่าอย่างไรเป็นความลับสำหรับบุคคลใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและฐานะของแต่ละบุคคล สิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่ง อาจไม่เป็นความลับสำหรับอีกบุคคลหนึ่งก็ได้ (สุวัฒน์ ใจหาญ, 2539: 344)

ท่านอาจารย์สุปิ่น พูลทรัพย์ ท่านได้ให้คำอธิบายความหมายของ “ความลับ” ไว้ว่า หมายถึง ข้อความหรือสิ่งที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ ไม่ยอมเปิดเผยเป็นการทั่วไป โดยจะยอมให้รู้ได้เฉพาะบุคคลเพียงบางคนอันจำกัดเท่านั้น แต่การจะถือว่าจะอะไรเป็นความลับของบุคคลนั้นย่อมไม่เหมือนกัน เพราะบางกรณีเป็นความลับของบุคคลหนึ่ง แต่อีก

บุคคลหนึ่งอาจไม่ถือว่าเป็นความลับก็ได้ ฉะนั้นข้อความ หรือสิ่งใดจะเป็นความลับหรือไม่ จึงต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์และฐานะของแต่ละบุคคลนั้น(สุปิ่น พูลทรัพย์, 2520: 451)

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศนั้น ได้มีนักกฎหมายต่างประเทศให้คำนิยามของคำว่า “ความลับ” ไว้เช่นเดียวกัน ดังนี้

ท่าน Professor Francois Dessemontet ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความลับ” ไว้ โดยสรุปได้ว่า ความลับ หรือข้อมูลลับนั้น จะถูกเก็บรักษาเป็นความลับ โดยจะเป็นความลับเสมอ อันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของข้อมูลนั่นเอง โดยข้อมูลนั้นต้องไม่เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไป หรือบุคคลโดยทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงข้อมูล หรือรับรู้ข้อมูลนั้นได้หากมิใช่บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง และคำจำกัดความของ “ความลับ” นั้น จะไม่แปรผันไป ไม่ว่าจะปรากฏในประเทศใดโดยอมเข้าใจได้ในความหมายอย่างเดียวกัน (Francois Dessemontet, 1999: 6)

ท่าน Lord Saville ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความลับ” ไว้ โดยสรุปได้ว่า ความลับนั้นเป็นหลักแห่งเหตุผลซึ่งบุคคลแต่ละบุคคลอาจมีเหตุผลแห่งความลับนั้นแตกต่างกัน ข้อมูลหนึ่งสำหรับบุคคลหนึ่งอาจเป็นความลับ แต่สำหรับอีกบุคคลหนึ่งอาจไม่เป็นความลับเลยก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ความลับจะเป็นความลับอยู่เสมอ ไปเมื่อล่วงรู้เฉพาะบุคคลที่เห็นว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับเท่านั้น และต้องไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนครบเท่าที่ต้องการให้เป็นความลับ (Lord Saville, 2000: 25)

ท่าน Professor Richard P. Flake ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความลับ” ไว้ว่า ความลับอาจอยู่ในลักษณะของข้อมูลที่เป็นรูปธรรม หรือนามธรรมก็ได้ หมายถึงว่าเป็นข้อมูลที่อยู่ภายใต้จิตสำนึก มิได้เปิดเผยต่อบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลที่ล่วงรู้กันเฉพาะกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่เปิดเผยต่อบุคคลทั่วไป โดยบุคคลที่ได้รับความเชื่อถือให้ล่วงรู้ข้อมูลเหล่านั้นต้องเก็บรักษาเป็นความลับระหว่างกัน (Professor Richard P. Flake, 1998: 7)

เมื่อพิจารณาความหมายของความลับจากคำอธิบายของทั้งเอกสารของไทย ของต่างประเทศ และตามที่ทั้งนักกฎหมายไทย และนักกฎหมายต่างประเทศได้ให้คำอธิบายไว้ดังกล่าวข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าความหมายที่ได้นำเสนอนั้นจะมีความหมายไปในทำนองเดียวกัน สรุปได้ว่า สิ่งที่จะเป็นความลับได้นั้น ต้องเป็นสิ่งที่ไม่ถูกพบ หรือเห็น หรือล่วงรู้ได้โดยง่าย ซึ่งสิ่งที่เป็นความลับอาจเป็นข้อความ ข้อเท็จจริงใด ๆ ที่อาจเป็นรูปธรรม หรือนามธรรม โดยเจ้าของความลับ หรือผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ หรือไม่ประสงค์จะเปิดเผยไปยังบุคคลอื่นที่

ไม่มีความเกี่ยวข้อง และสิ่งที่เป็นความลับนั้นจะได้รับการดูแลรักษาไว้ให้เป็นความลับต่อไปโดย อาจมีกฎหมายให้การคุ้มครองมิให้ถูกเปิดเผย

3.1.2 ประเภทของข้อมูลที่เป็นความลับ

ตามที่ได้ทำการศึกษาข้อมูลที่เป็นความลับนั้นสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ตามพื้นฐานของ ความสัมพันธ์ และตามประเภทของการบังคับใช้กฎหมายเพื่อดูแลคุ้มครองความลับเหล่านั้น ซึ่งสามารถแบ่งตามลักษณะออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

1. ความลับทางการค้า (Trade Secret)
2. ความลับส่วนบุคคล (Personal Confidence)
3. ความลับของรัฐ (Government Information)
4. ความลับในทางคดี (Case Secret)

ทั้งนี้ สามารถอธิบายถึงลักษณะของความลับ หรือข้อมูลลับทั้ง 4 ประเภทเบื้องต้นได้ ดังจะ นำเสนอดังต่อไปนี้

3.1.2.1 ความลับทางการค้า (Trade Secret)

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 3 ได้บัญญัติไว้ว่า “ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกัน โดยทั่วไป หรือยังเข้าไม่ถึงในหมู่ บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสม เพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

ดังนั้นพิจารณาจากนิยามตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 แล้ว จะเห็นได้ว่าความลับทางการค้าสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเด็น คือ ความลับทางการค้าและ ข้อมูลทางการค้า

ความลับทางการค้า คือ ข้อมูลทางการค้าที่เป็นความลับ ยังไม่รู้จักกันอย่าง แพร่หลาย เมื่อมีการกล่าวถึงข้อมูลนี้แล้วคนส่วนใหญ่ไม่สามารถเข้าใจได้ หรือเป็นข้อมูลที่ยังไม่ ทราบกันโดยทั่วไปในหมู่มุบุคคลซึ่งโดยปกติจะต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวเป็นกิจวัตร โดย ข้อมูลนี้จะต้องก่อประโยชน์ในการที่จะทำให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทน หรือประโยชน์อื่นใดในทาง

ธุรกิจ เพราะเหตุผลแห่งการเป็นความลับ ซึ่งเจ้าของความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ข้อมูลทางการค้า หมายถึง สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าจะสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปแบบใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย

กฎหมายจะให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้ข้อมูลโดยไม่ชอบ หรือล่วงรู้ข้อมูลโดยไม่มีสิทธิ์ล่วงรู้ได้ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เป็นเจ้าของความลับ เพราะฉะนั้นตราบที่ยังเป็นความลับอยู่ ความลับทางการค้าก็ยังไม่หมดสิ้นไป และเมื่อใดก็ตามที่กลายเป็นความรับรู้โดยทั่วไป หรือถูกเปิดเผย ความลับนั้นก็หมดสิ้นไป

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 สามารถแยกองค์ประกอบของความลับทางการค้าได้ 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก เป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว

ประการที่สอง เป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับ

ประการที่สาม ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อเก็บรักษาไว้เป็นความลับ

ทั้งนี้ ข้อมูลทางการค้าไม่ว่าจะเป็นความลับทางการค้าทุกประเภท ข้อมูลบางอย่างแม้เป็นข้อมูลทางการค้า แต่ก็อาจจะไม่เป็นข้อมูลทางการค้าที่เป็นความลับก็ได้ ถ้าไม่เข้าองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ ตามคำนิยามของความลับทางการค้านั้น ยกตัวอย่างเช่น สูตรในการผลิตโฟมล้างหน้า ย่อมเป็นข้อมูลทางการค้าของบริษัทผู้คิดสูตรดังกล่าวซึ่งยังไม่ได้รู้กันเป็นการทั่วไป และถือเป็นข้อมูลทางการค้าที่เป็นประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เพราะสูตรดังกล่าวทำให้สินค้าของบริษัทเป็นที่ยอมรับของผู้บริโภคว่าใช้แล้วได้ผลดีมีคุณภาพ แต่ถ้าเจ้าของสูตรดังกล่าวไม่ได้มีการใช้มาตรการในการผลิตโฟมล้างหน้าให้เป็นความลับทางการค้า โดยประกาศและโฆษณาให้เป็นที่ยุติกันโดยทั่วไปว่ามีสูตรในการผลิตอย่างไร กรณีเช่นนี้ย่อมไม่เป็นความลับทางการค้า

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ได้บัญญัติบทคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ด้วย โดยบุคคลที่ได้รับคุ้มครอง ได้แก่ ผู้ควบคุมความลับทางการค้า หมายถึง เจ้าของความลับทางการค้า และให้หมายถึงผู้ครอบครอง ควบคุม และดูแลรักษาความลับทางการค้าด้วย

เจ้าของความลับทางการค้า คือ ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า โดยไม่ได้เป็นการละเมิดความลับของผู้อื่น หรือเป็นผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบ หรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า และให้หมายถึงผู้รับโอนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดว่า บุคคลที่กล่าวมานี้จะต้องเป็นบุคคลเดียว ดังนั้นบุคคลหลายคนก็อาจเป็นเจ้าของความลับทางการค้าร่วมกันได้ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าร่วมกันนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ไม่ได้กำหนดแบบในเรื่องนี้ไว้ ดังนั้น จะทำความตกลงกันเป็นสัญญาต่อกันหรือไม่ก็ได้

ส่วนผู้ครอบครอง ควบคุม และดูแลรักษาความลับทางการค้าเป็นบุคคลที่ได้รับ ความไว้วางใจให้รับทราบ และมีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า

การกระทำอันถือเป็นการละเมิดตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 กำหนดให้การละเมิดความลับทางการค้ามีองค์ประกอบคือ

องค์ประกอบแรก มีการกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า

องค์ประกอบที่สอง โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า
องค์ประกอบที่สาม อันมีลักษณะขัดกันต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน
องค์ประกอบที่สี่ ผู้ละเมิดรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวปฏิบัติเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี มีการกระทำอันเป็นข้อยกเว้นว่าไม่ถือเป็นการละเมิดความลับทางการค้าตัวอย่างเช่น การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้รับความลับทางการค้ามาโดยนิติกรรม โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น หรือการเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น ในกรณีที่ทำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัย หรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ซึ่งมีได้มี

วัตถุประสงค์เพื่อการค้าโดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้ดำเนินการตามขั้นตอน เพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมแล้ว เป็นต้น

3.1.2.2 ความลับส่วนบุคคล (Personal Confidence)

ปัจจุบันกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ได้มีทั้งกฎหมาย หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองความลับส่วนบุคคล โดยมีกำหนดไว้ทั้งตามกฎหมายแพ่ง และกฎหมายอาญา เนื่องด้วยความสำคัญทั้งในแง่ของบุคคล กล่าวคือ ความลับส่วนบุคคลมีผลเกี่ยวเนื่องกับสิทธิอันเป็นส่วนบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ โดยตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 44 ได้บัญญัติรับรองไว้ว่าเป็นสิทธิตามกฎหมาย โดยถือเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ และเป็นสิทธิตามกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ลักษณะละเมิดแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษศาลมีอำนาจในการสั่งจำกัดการเผยแพร่สิ่งพิมพ์ทุกชนิดได้ หากเป็นเรื่องราวของผู้อื่นแม้จะผลิตออกมาในรูปแบบของวรรณกรรมแต่ถือเป็นสิ่งที่ล่วงละเมิดต่อความลับส่วนบุคคล หรือภาพถ่ายที่อาจสร้างความกระทบกระเทือนต่อชีวิตความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น หรือแม้กระทั่งเรื่องของบุคคลอื่นอันเป็นเรื่องส่วนบุคคลกับเหตุการณ์โดยเฉพาะเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งด้วย และศาลอังกฤษได้เคยตัดสินไว้ในข้อพิพาทหนึ่งด้วย โดยหลักการเรื่องความลับส่วนบุคคลนั้น ได้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลของศาลตอนหนึ่งว่า

“บุคคลสามารถที่จะดำรงชีวิตส่วนตัว ในลักษณะที่ไม่เป็นอันตรายต่อใครอย่างใดก็ได้ การถูกเปิดเผยต่อสังคมโดยไม่สมควรอาจจะทำลายความสุขในชีวิตของเขา หรือแม้แต่ความสำเร็จได้”

ความลับส่วนบุคคลนั้นเป็นเรื่องที่มีบทบาทอย่างมาก ซึ่งสามารถพิจารณาประสานควบคู่ไปกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าด้วยอันเป็นเรื่องในทางอุตสาหกรรมทางธุรกิจ โดยเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญในการป้องกันข้อมูลอันมีค่าในทางการค้าของผู้ที่เป็นเจ้าของ แต่สำหรับความลับส่วนบุคคลนั้น เป็นเรื่องที่มุ่งให้ความคุ้มครองในด้านชื่อเสียง เกียรติยศ และการดำรงอยู่โดยปกติสุขของบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการประสานควบคู่ไปกับหลักการส่งเสริมเสรีภาพส่วนบุคคล (Private of Right) ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในการคุ้มครองความลับส่วนบุคคลนี้ก็เพื่อมิให้ถูกกระทบกระเทือนด้วยการล่วงรู้ของผู้อื่น อย่างไรก็ตามความลับทางการค้ามักจะผนวกความลับส่วนบุคคลเข้ารวมด้วย หากความลับส่วนบุคคลมีองค์ประกอบของความลับ

ทางการค้าครบถ้วน แต่ความลับส่วนบุคคลบางประเภทอาจไม่ใช่ความลับทางการค้าก็ได้หากไม่ได้เป็นข้อมูลอันมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ เช่น นางสาว ก อ่านหนังสือเสริมความงามด้านสมุนไพรแล้วทดลองทำแชมพูจากชาเขียว โดยทดลองเล่น ๆ เพื่อใช้ส่วนบุคคลไม่ต้องการให้ผู้ใดล่วงรู้ เรื่องดังกล่าวนี้เป็นความลับส่วนบุคคล แต่จะเห็นได้ว่าความลับส่วนบุคคลดังกล่าวนี้ในขณะที่นางสาว ก ทดลองทำแชมพูจากชาเขียว ทำเล่น ๆ เพื่อใช้ส่วนบุคคลเท่านั้นยังไม่มียุทธศาสตร์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ ไม่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอันมีค่า มีราคา จึงไม่มีความลับทางการค้า เป็นเพียงความลับส่วนบุคคลเท่านั้น แต่หากต่อไปในอนาคตนางสาว ก ได้นำแชมพูดังกล่าวให้เพื่อนลองใช้ ได้ผลดีมาก มีสรรพคุณทำให้ผมเงางาม แก้ไขผมร่วงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นที่กล่าวขานจนกระทั่งมีโรงงานผลิตแชมพูมาติดต่อขอสูตร ความลับส่วนบุคคลข้างต้นของนางสาว ก จะกลายเป็นความลับทางการค้าทันที เนื่องจากมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามความลับส่วนบุคคลอาจถูกจำกัดสิทธิด้วยเหตุผลบางประการได้ อาทิ บุคคลบางประเภท บางสถานภาพต้องเป็นคนของสังคม เช่น เป็นนักการเมือง เป็นดารา นักแสดง เป็นต้น บุคคลเหล่านี้แม้จะมีความลับส่วนบุคคลแต่อาจถูกจำกัดสิทธิมากกว่าบุคคลโดยทั่วไปได้ ตามหลักของ Balancing of information ซึ่งเป็นหลักในเรื่องของความสมดุลในการรับรู้ข่าวสารของบุคคลซึ่งในประเทศอังกฤษให้ความสำคัญ และเคารพต่อหลักนี้ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้มีสถานภาพอยู่ระหว่างกึ่งกลางในส่วนที่ต้องรับผิดชอบต่อสังคม และมีชีวิตส่วนตัวที่ต่างแฉ่งไปจากบุคคลธรรมดาด้วย

คำว่า “ความลับส่วนบุคคล” สามารถแยกพิจารณาความหมาย และลักษณะได้จาก รากศัพท์ที่กล่าวคือ ความลับส่วนบุคคลประกอบด้วยคำสองคำประกอบกัน โดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้กำหนดความหมายไว้ว่า

ลับ หมายถึง สิ่งที่อยู่พ้นตา ที่อยู่ในที่ซึ่งแลไม่เห็น สิ่งที่มีความประสงค์จะซ่อนเร้น หรือสิ่งที่ถูกปกปิด เช่น ความลับ

ส่วน หมายถึง ขนาดพอเหมาะ ฝ่าย หรือข้าง

บุคคล หมายถึง คน (เฉพาะตัว) คนซึ่งสามารถมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

เมื่อรวมความแล้ว ความลับส่วนบุคคล หมายถึง เรื่องเฉพาะของบุคคลซึ่งมีความประสงค์จะเก็บ หรือปกปิดไว้เป็นการเฉพาะตัว ไม่เปิดเผยต่อบุคคลโดยทั่วไป

ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดนิยามของบุคคล และข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ว่า

บุคคล หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย และบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรมหรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้น หรือมีเลขหมายรหัสหรือสิ่งบ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้หนึ่งได้เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

ในเรื่องความลับส่วนบุคคลนั้น เป็นการยากลำบากที่จะกำหนดความเกี่ยวข้องที่ถูกต้องของความลับ (Confidence) กับเรื่องส่วนบุคคล (Privacy) เพราะปัญหาที่ปรากฏขึ้นต้องเป็นที่ชัดเจนก่อนว่าเรื่องส่วนตัวเป็นเรื่องอะไร ดังที่ Professor Ruth Gavison ได้กล่าวไว้ว่า การสูญเสียของความเป็นส่วนตัวจะเกิดขึ้นเมื่อคนอื่น ๆ ได้รับความรู้ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลอีกคนหนึ่ง และให้ความสนใจกับเขา

สำหรับประเทศไทยมีความตื่นตัว ยอมรับ และให้ความคุ้มครองต่อความลับส่วนบุคคลทั้งในด้านกฎหมายที่ให้การคุ้มครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อีกทั้งการกำหนดนโยบายในกิจการและโครงการต่าง ๆ ก็ให้ความสำคัญในการคุ้มครองความลับส่วนบุคคลด้วย เนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานที่จะสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ใช้บริการ อาทิเช่น นโยบายใบรับรองของ ทศท (Certificate Policy Statement) หรือ TOT CA โดยเป็นลักษณะของนโยบายใบรับรองของ ทศท คอร์ปอเรชั่น (TOT CA Certificate Policy “CP”) โดยนโยบายใบรับรองนี้จะใช้กับใบรับรองต่าง ๆ ที่ออกแก่หน่วยงานออกใบรับรองของ ทศท และหน่วยงานรับลงทะเบียนของ ทศท เท่านั้น นอกจากนี้ TOT CA ได้ริเริ่มกฎเกณฑ์การลงลายมือชื่อ และใบรับรองขึ้นเพื่อ TOT CA และ TOT RA โดย TOT RA จะใช้กฎเกณฑ์เหล่านี้เพื่อลงลายมือชื่อดิจิทัลใน ใบรับรอง และคำขอยกเลิกเพื่อผู้ใช้ทั่วไปและยื่นเสนอคำขอเหล่านี้แก่ TOT CA (www.ca.tot.co.th)

ในที่ที่ TOT CA และ TOT RA ได้เข้าถึงข้อมูลลับของอีกฝ่ายหนึ่ง พวกเขาจะต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดต่อข้อมูลดังกล่าวเหมือนการรักษาความลับ และจะไม่ (โดยไม่ได้รับอนุญาต

เป็นลายลักษณ์อักษรจากอีกฝ่ายหนึ่ง หรือคู่สัญญา) ทำสำเนา หรือเปิดเผยความลับดังกล่าวแก่บุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งชนิดที่ถือว่าเป็นข้อมูลที่เก็บเป็นความลับได้แก่

(1) ข้อมูลการบันทึก

ข้อมูลทั้งหมดที่ TOT CA และ TOT RA เก็บรวบรวมหรือถือครองจะใช้ในการสนับสนุนการดำเนินการ โครงสร้างของ TOT PKI เท่านั้น

(2) ข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับจุดประสงค์การบันทึกภายใต้นโยบายการออกใบรับรอง

ในส่วนหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการจดทะเบียนบุคลากร หลักสูตร และองค์กรฝึกอบรมด้านการมาตรฐาน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการรักษาความลับส่วนบุคคลไว้เช่นเดียวกัน โดยมีรายละเอียดกล่าวคือ ข้อมูลข่าวสารใด ๆ ของผู้ยื่นคำขอ/ ผู้ได้รับการจดทะเบียนที่กลุ่มจดทะเบียนบุคลากร หลักสูตร และองค์กรฝึกอบรมด้านการมาตรฐาน จะมีการกำหนดให้เป็นเอกสารลับ บุคคลใดที่ได้รับข้อมูลข่าวสารเหล่านี้ ไม่สามารถนำข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ ไปเผยแพร่ได้ โดยเป็นข้อมูลส่วนบุคคล และถือว่าข้อมูลข่าวสารนี้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจดทะเบียนบุคลากร หลักสูตร และองค์กรฝึกอบรมด้านการมาตรฐาน ในการรักษาความลับ ข้อมูลข่าวสาร และเอกสารต่าง ๆ ที่ได้รับในกระบวนการจดทะเบียนจะได้รับการกำหนดให้เป็นเอกสารลับอย่างเข้มงวด ผู้อำนวยการสำนักอาจกำหนดข้อยกเว้นได้ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษรจากบุคคลแต่ละบุคคล หน่วยงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้ว ผู้อำนวยการสำนักต้องกำหนดเงื่อนไข สถานที่ และบุคคลที่จะพิจารณาข้อมูลข่าวสารเหล่านี้ด้วย (www.tisi.go.th)

ในเรื่องแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการ วัดผล และการประเมินผลซึ่งเป็นกระบวนการของการจัดการศึกษา ประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญขั้นพื้นฐาน 3 ประการคือ จุดมุ่งหมาย (Education Objective - O) การ จัดประสบการณ์เรียนรู้ (Learning Experience - L) และการประเมินผล (Evolution - E) ซึ่ง ศาสตราจารย์ Bloom Benjamin S. ได้แสดงทัศนะไว้ว่างานการวัดผลประเมินผล ถือเป็นกระบวนการที่สำคัญอย่างหนึ่งในกระบวนการสอน เพราะเป็นขั้นตอนการตรวจสอบ และตัดสินคุณค่าของสิ่งใดสิ่งหนึ่งว่าดีหรือไม่อย่างไร โดยใช้วิธีการอย่างมีแบบแผน และอาศัยวิจารณ์ญาณของนักวัดผลเป็นสำคัญ เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจ ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดการตัดสินคุณค่าของสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้มีความผิดพลาดสร้างความเสียหายต่อผู้ถูกประเมินสิ่งสำคัญยิ่งที่ผู้ประเมินต้องมีและต้องคำนึงถึงคือ การรักษาความลับ โดยผู้ประเมินผลต้องรักษาความลับเกี่ยวกับการ วัดผลประเมินในส่วนที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ หรือถ้าเปิดเผยอาจส่งผลเสียหายต่อ

บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเกิดผลเสียหายต่องานในหน้าที่ เช่นการรักษาความลับส่วนบุคคลมิให้มีการคัดลอก หรือนำไปเผยแพร่ในทางที่ไม่ถูกต้อง การรักษาความลับของผลที่ได้จากการวัด

ในทางการแพทย์ก็เช่นเดียวกัน โดยเป็นที่ประจักษ์มาโดยตลอดว่าแพทย์ต้องเก็บข้อมูลอันได้มาจากการรักษาเยียวยาคนไข้ไว้เป็นความลับซึ่งเป็นจรรยาบรรณของแพทย์ประการหนึ่งด้วย และตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติซึ่งมีหลักพื้นฐานในการพิจารณาว่ามนุษย์ทุกคนสมควรได้รับการดูแลรักษาสุขภาพ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ในมาตรา 4 ได้ระบุถึงศักดิ์ศรีมนุษย์ที่ต้องได้รับการคุ้มครองในมาตรา 52 และตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้กำหนดในเรื่องการคุ้มครองรักษาความลับไว้ในมาตรา 7 ข้อ 3 ว่าให้หน่วยบริการ หน่วยบริการประจำตัวและครอบครัวมีหน้าที่ดังต่อไปนี้ ให้ข้อมูลอย่างเพียงพอแก่ญาติ เพื่อน ผู้เข้ารับบริการด้านสุขภาพในด้านเกี่ยวกับชื่อแพทย์ เจ้าหน้าที่สาธารณสุขผู้รับผิดชอบ ในการดูแลอย่างต่อเนื่องทางด้านสุขภาพ และสังคม ก่อนจำหน่ายออกจากหน่วยบริการ เครือข่ายหน่วยบริการ รวมทั้งการรักษาความลับของคนไข้อย่างเคร่งครัดด้วย

ดังนั้นในเรื่องความลับส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่มีมาช้านานควบคู่ไปกับการกำเนิดของมนุษย์ อีกทั้งความลับส่วนบุคคลยังเป็นเรื่องของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย บุคคลอื่นย่อมต้องให้ความเคารพ โดยเมื่อล่วงรู้ต้องไม่เปิดเผยหรือแพร่งพรายออกไปซึ่งทั้งกฎหมาย และหลักเกณฑ์ของทั้งในต่างประเทศ และประเทศไทยต่างยอมรับ ให้ความคุ้มครองต่อความลับส่วนบุคคลทั้งสิ้น

3.1.2.3 ความลับของรัฐ (Government Information)

โดยหลักการทั่วไปข้อมูลของทางราชการ โดยส่วนใหญ่จะถือว่าเป็นความลับของรัฐ เนื่องจากเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญไม่เฉพาะต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใด กลุ่มบุคคลหนึ่งเท่านั้น แต่เป็นข้อมูลที่มีความสำคัญโดยรวมต่อสาธารณชน ต่อสังคมที่รวมเป็นรัฐ ซึ่งในคำว่า “ความลับของรัฐ” สามารถแยกพิจารณาจากองค์ประกอบของรากศัพท์ได้ โดยตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า

ลับ หมายถึง สิ่งที่อยู่พินดา สิ่งที่มีความประสงค์จะซ่อนเร้น หรือสิ่งที่ถูกปกปิด
รัฐ หมายถึง แคว้น แคว้น บ้านเมือง ประเทศ

เมื่อรวมความดังกล่าวแล้ว ความลับของรัฐ จะหมายถึง สิ่งที่บ้านเมือง หรือสิ่งที่ประเทศมีความประสงค์จะเก็บรักษา หรือปกปิด ซ่อนเร้น ไว้เป็นความลับไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อเป็นความลับของรัฐ

ความลับของรัฐนั้นเป็นข้อมูลที่อาจเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ หรือแผนการปฏิบัติงานของรัฐ หรือนโยบายอันเป็นความลับ ซึ่งเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ หรือเป็นนโยบายความมั่นคงของประเทศชาติ โดยความลับเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลอันเกี่ยวข้องกับการเมืองเท่านั้น อาจเป็นข้อมูลที่มีคุณค่า เป็นสาระในเชิงเศรษฐกิจก็ได้ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับเงินตราของโรงกษาปณ์ เป็นต้น ข้อมูลเหล่านี้ต้องเกี่ยวข้องกับประชาชนโดยทั่วไปไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม และในขณะเดียวกันผู้ใช้ข้อมูลต้องเป็นรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น และต้องมีหน้าที่ในการประพฤติปฏิบัติตนให้ถูกต้อง จึงถือได้ว่าบุคคลเหล่านี้ได้รับความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่ในการ ใช้ข้อมูล และดูแลรักษาความลับของรัฐเหล่านี้ด้วย โดยการดูแลรักษาข้อมูลของรัฐให้เป็นความลับสามารถกระทำได้ 2 วิธีกล่าวคือ

วิธีที่หนึ่ง โดยการจำกัดการใช้ของข้อมูล (Limited the use)

วิธีที่สอง โดยการจำกัดการรับรู้ของข้อมูล (Limited the knowledge)

ทั้งนี้โดยจุดประสงค์ของการจำกัดการใช้ข้อมูลดังกล่าวเบื้องต้นเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าความลับจะไม่ถูกนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง ไม่ชอบด้วยเหตุผล หรือไม่เหมาะสมทางการเมือง ไม่เป็นประโยชน์ต่อคนส่วนใหญ่ และไม่ใช้แบบ โน้มเอียงมือคด หรือเป็นภัยอันตรายแรงต่อความมั่นคงของประเทศชาติ

อย่างไรก็ตามความลับของรัฐนั้นอาจเป็นความลับทางการค้าก็ได้ ในกรณีที่รัฐมีนโยบายเป็นเจ้าของ หรือ ให้ผลตอบแทนแก่บุคคลที่เปิดเผยมูลอันเป็นความลับทางการค้าให้แก่รัฐเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณชน และรัฐได้ทำการดูแลรักษาความลับเสมือนการดูแลรักษาความลับของรัฐ โดยทั่ว ๆ ไป แต่จะเห็นได้ว่าความลับของรัฐนั้นจะไม่เป็นความลับส่วนบุคคล เนื่องจากความลับของรัฐเป็นกรณีที่กระทบต่อสังคมแห่งรัฐโดยรวม มิใช่ข้อมูลส่วนบุคคล หรือของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลอันมีผลกระทบในวงจำกัดเท่านั้น

สิทธิในความลับของรัฐนั้น ถือว่าเป็นสิทธิทางกฎหมายชนิดหนึ่งซึ่งผู้เป็นเจ้าของคือ รัฐสามารถที่จะหวงกัมนิให้บุคคลอื่นเข้ามาล่วงรู้ หรือนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งถือเป็น Exclusive Right อย่างแท้จริงชนิดหนึ่ง และในขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นสิทธิโดยเด็ดขาด (Absolute

Right) ที่ผู้เป็นเจ้าของคือ รัฐมีสิทธิควบคุมอย่างเต็มที่ในการปกป้องความลับเหล่านี้ และห้ามมิให้ผู้ใดทำละเมิดได้

ในปัจจุบันแนวความคิดในเรื่องการรับรู้ข้อมูลข่าวสารเป็นเรื่องที่หลายประเทศในภูมิภาคเอเชีย และนานาชาติกำลังตื่นตัวและพยายามดำเนินการให้เป็นรูปธรรม อาทิเช่น ฟิลิปปินส์ซึ่งมีกฎหมายรับรองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารแล้ว ส่วนประเทศกัมพูชา อินโดนีเซีย เกาหลี และเนปาล เป็นประเทศที่พยายามผลักดันร่างพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร ส่วนในประเทศญี่ปุ่นพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีบทบาทมากในระดับท้องถิ่น แต่อย่างไรก็ตามสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และการเข้าถึงแหล่งข้อมูลในภูมิภาคเอเชียยังเป็นเรื่องใหม่ และยังมีปัญหาอยู่มาก ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะแนวความคิดในเรื่อง “ความลับของรัฐ” และแนวความคิดเรื่องสิทธิในการรับรู้ข่าวสารของประชาชน แม้ปัจจุบันแนวความคิดเรื่อง “ความลับของรัฐ” ซึ่งเป็นสิ่งที่ทรงพลังในหลายประเทศในภูมิภาคเอเชีย เช่น อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ และไทย ได้ถูกลดทอนพลังด้วยการเพิ่มระดับการศึกษาของประชาชนในประเทศ และการพยายามปฏิรูประบบราชการของรัฐ แต่แนวความคิดเรื่อง “ความลับของรัฐ” ก็ยังมีอยู่ในหลายประเทศ เช่น มาเลเซีย สิงคโปร์ และพม่า

ส่วนในประเทศไทยแม้จะเป็นประเทศแรกในเอเชียที่มีกฎหมายรับรองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการ แต่ประชาชนยังไม่ทราบขั้นตอนในการเรียกร้องสิทธิดังกล่าวอย่างเป็นทางการ และยังไม่มียุติวิธีใดทำหน้าที่ตัวแทนประชาชนผลักดันการเรียกร้องสิทธิดังกล่าวให้ดำเนินไปอย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรม ส่วนรัฐก็ยังคงยึดติดอยู่กับแนวความคิดเรื่อง “ความลับของรัฐ” อยู่มาก

ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2540 ได้กำหนดสิทธิการรับรู้หรือรับทราบข้อมูลข่าวสารของราชการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 58 ไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

หลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการนั้นแสดงให้เห็นทัศนะในระบอบประชาธิปไตย การให้ประชาชนมีโอกาสกว้างขวางในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐที่จำเป็น เพื่อที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็น และใช้สิทธิทางการเมืองได้โดยถูกต้องกับความจริงอันเป็นการส่งเสริมให้มีความเป็นรัฐบาลโดย

ประชาชนมากยิ่งขึ้นสมควรกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยมีข้อยกเว้นอันไม่ต้องเปิดเผยที่แจ้งชัดและจำกัดเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ หรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน ทั้งนี้เพื่อพัฒนาระบบประชาธิปไตยให้มั่นคงและจะยังผลให้มีประชาชนมีโอกาสรู้ถึงสิทธิหน้าที่ของตนอย่างเต็มที่ เพื่อที่จะปกป้องรักษาประโยชน์ของตนประการหนึ่งกับสมควรคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารของราชการ

ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ได้กำหนดนิยามของ “ข้อมูลข่าวสาร” “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” “หน่วยงานของรัฐ” “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ดังนี้

“ข้อมูลข่าวสาร” หมายความว่า สิ่งที่เกี่ยวข้องความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูลหรือสิ่งใด ๆ ไม่ว่าจะสื่อความหมายนั้น จะทำให้โดยสภาพของสิ่งนั่นเอง หรือโดยผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นพับ แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือวิธีการอื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้ปรากฏได้

“ข้อมูลข่าวสารของราชการ” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐ หรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจส่วนราชการ สังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์การควบคุมการประกอบอาชีพหน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ผู้ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ

นอกจากนี้ยังได้กำหนดลักษณะของข้อมูลข่าวสารที่ต้องเปิดเผยเป็นการทั่วไปได้แก่

- (1) ข้อมูลข่าวสารที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา
- (2) ข้อมูลข่าวสารที่ต้องลงพิมพ์ตามมาตรา 7 (4) คือตามกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบแบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎหมายให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ต้องลงพิมพ์

ตามมาตรา 7 (4) ยังไม่ได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา จะนำมาใช้ในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ใดไม่ได้ เว้นแต่ผู้นั้นได้รู้ถึงข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเป็นจริงมาก่อนเวลาพอสมควร

(3) ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐต้องจัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด เช่น ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว หรือแผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่กำลังดำเนินการ เป็นต้น

(4) ข้อมูลข่าวสารอื่นใดของราชการนอกเหนือจากข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9

(5) ข้อมูลข่าวสารที่คัดเลือกไว้ให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า (เอกสารประวัติศาสตร์) ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารราชการที่หน่วยราชการของรัฐไม่ประสงค์จะเก็บรักษาไว้ หรือข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยมิได้ ตามมาตรา 14 เมื่อมีอายุครบ 75 ปี และข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะเช่น การเปิดเผยจะก่อความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน ตามมาตรา 15 กำหนด เมื่อมีอายุครบ 20 ปี นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการจัดให้ข้อมูลข่าวสารนั้น ให้หน่วยงานของรัฐส่งมอบให้แก่ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา เพื่อให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า

สำหรับข้อมูลข่าวสารที่ให้เปิดเผยเป็นการเฉพาะ คือ ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติ สุขภาพ ประวัติอาชญากรรมหรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้น หรือมีเลขหมายรหัส หรือสิ่งบ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้ว ด้วย

สำหรับข้อมูลข่าวสารที่ไม่ต้องเปิดเผยตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ได้กำหนดไว้ดังนี้

(1) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่เปิดเผยไม่ได้ ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยไม่ได้

(2) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐอาจมีคำสั่งไม่ให้เปิดเผย โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของประชาชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

จากที่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ได้กำหนดลักษณะของข้อมูลข่าวสารที่ให้เปิดเผย และไม่ต้องเปิดเผยนั้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ จะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้แต่ต้องระบุด้วยว่าที่ไม่เปิดเผยไม่ได้เพราะเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใด และเพราะเหตุใด และให้ถือว่าการมีคำสั่งเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นดุลยพินิจ โดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา แต่ผู้ขออาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

เพื่อให้เกิดความมั่นใจ ชัดเจนในทางปฏิบัติว่าข้อมูลข่าวสารของราชการจะเปิดเผยต่อบุคคลใดได้ หรือไม่ภายใต้เงื่อนไขเช่นใด และสมควรมีวิธีการที่มีให้รู้ไหลให้หน่วยงานของรัฐกำหนดวิธีการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารนั้น ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ

ต่อมาในปี พ.ศ.2542 สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง ได้ออกระเบียบสำนักงานปลัดกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการ ไว้ให้ประชาชนเข้าดู พ.ศ. 2542 เพื่อให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ได้กำหนด กล่าวคือ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการ ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยก็ได้ โดยคำนึงถึงความสะดวกของประชาชนผู้ขอตรวจดูข้อมูลข่าวสารด้วย โดยในข้อ 12 กำหนดให้หน่วยงานในสำนักงานในสำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง และสำนักเลขานุการรัฐมนตรีจัดประเภทข้อมูลข่าวสารของราชการที่อยู่ในความรับผิดชอบส่งให้กองกลาง เพื่อรวบรวมและจัดระบบข้อมูลนั้นไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดู และให้กองคอมพิวเตอร์สนับสนุนการจัดระบบข้อมูลดังกล่าว โดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้สามารถเผยแพร่ข้อมูลให้กับประชาชนได้อย่างกว้างขวางและมีประสิทธิภาพ ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าข้อมูลข่าวสารของราชการ ใดจะเปิดเผยได้หรือไม่ ให้นำเสนอ กข. สป. กค. วินิจฉัยตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

โดยสรุปนั้น ข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับของรัฐ เป็นข้อมูลข่าวสารที่ลับมาก หรือลับที่มีคำสั่งให้ไม่เปิดเผยและอยู่ในความครอบครอง หรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐที่เกี่ยวกับเอกชน ซึ่งมีการกำหนดให้มีชั้นความลับ เป็นชั้น

ลับ ชั้นลับมาก หรือชั้นลับที่สุดตามระเบียบโดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและประโยชน์แห่งรัฐประกอบกัน โดยชั้นความลับของข้อมูลข่าวสารลับสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ชั้น คือ (พศ.สมพิศ สุขแสน, 2544: 4)

(1) ลับที่สุด (Top Secret) หมายความว่าถึง ข้อมูลข่าวสารลับ ซึ่งหากเปิดเผยทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์แห่งรัฐอย่างร้ายแรงที่สุด

(2) ลับมาก (Secret) หมายความว่าถึง ข้อมูลข่าวสารลับซึ่งหากเปิดเผยทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์แห่งรัฐอย่างร้ายแรง

(3) ลับ (Confidential) หมายความว่าถึง ข้อมูล ข่าวสารลับ ซึ่งหากเปิดเผยทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์แห่งรัฐ

3.1.2.4 ความลับในทางคดี (Case Secret)

ในกระบวนการยุติธรรม ข้อมูลใด ๆ ในคดีถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของความลับ หากปรากฏว่าข้อมูลที่ได้นำมาเปิดเผยในคดีนั้นคู่ความประสงค์ให้เป็นความลับ อนุญาโตตุลาการทางศาล การระงับข้อพิพาทส่วนใหญ่จะอนุญาตให้บุคคลโดยทั่วไปเข้ารับฟังการพิจารณาคดีได้ด้วย มิได้จำกัดเฉพาะแต่คู่ความ หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเท่านั้น ยกเว้น ในบางคดีที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน กระทบต่อชื่อเสียง เกียรติยศ และจิตใจของผู้เสียหาย เช่นคดีข่มขืน กระทำชำเรา คดีที่เกี่ยวข้องกับเชื้อพระวงศ์ เป็นต้น ในกระบวนการระงับข้อพิพาท ตลอดจนขั้นตอนต่าง ๆ ในทางศาลก็อาจต้องกระทำเป็นความลับ โดยการพิจารณาลับ ดังนั้นข้อมูลทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกับในทางคดีทั้งหมดย่อมถือเป็นความลับด้วย นอกจากมีการพิจารณาลับแล้ว ผู้ที่เกี่ยวข้องจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่ความ ผู้พิพากษา อัยการ และเจ้าหน้าที่ศาลที่รับผิดชอบสำนวนเท่านั้น

แต่ในกระบวนการระงับข้อพิพาทมิใช่มีเพียงโดยทางศาลเท่านั้น คู่กรณีอาจเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นได้ ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับ และเชื่อถืออย่างแพร่หลายไม่เฉพาะแต่ข้อพิพาทในเชิงพาณิชย์เท่านั้น ยังรวมถึงข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ข้อพิพาทส่วนบุคคลเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่ง และข้อพิพาทอื่น ๆ ด้วย เนื่องจากกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ทุกขั้นตอนตั้งแต่มีการเสนอข้อพิพาทได้รับการยอมรับว่าข้อมูลทุกประการถูกเก็บรักษาเป็นความลับ ตลอดจนการพิจารณาข้อพิพาทที่อนุญาตให้เฉพาะคู่กรณี พยานที่นำมาสืบพยาน อนุญาโตตุลาการ ทนายความของคู่กรณี และเจ้าหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่รับผิดชอบข้อพิพาท (ในกรณีที่คู่กรณีเลือกใช้บริการจากสถาบันอนุญาโตตุลาการ) เข้าร่วมการพิจารณาเท่านั้น และตลอดจนกระทั่งเสร็จสิ้นมีคำชี้ขาดของ

อนุญาโตตุลาการก็จะมีความลับ คำชี้ขาดจะไม่อนุญาตให้มีการพิมพ์เผยแพร่ได้ซึ่งต่างจากศาลที่จะพิมพ์เผยแพร่คำพิพากษาฎีกาเพื่อเป็นความรู้ในการศึกษา ดังนั้นข้อมูลต่าง ๆ ในกระบวนการระงับข้อพิพาท ถือเป็นความลับในทางคดี

คำว่า “ความลับในทางคดี” สามารถแยกพิจารณาความหมาย และลักษณะได้จาก รากศัพท์ที่กล่าวคือ ความลับในทางคดีประกอบด้วยคำสองคำประกอบกัน โดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้กำหนดความหมายไว้ว่า

ลับ หมายถึง สิ่งที่อยู่พ้นตา ที่อยู่ในที่ซึ่งแลไม่เห็น สิ่งที่มีความประสงค์จะซ่อนเร้น หรือสิ่งที่ถูกปกปิด เช่น ความลับ

ทาง หมายถึง ช่อง โอกาส แนว วิธีการ ฝ่าย ส่วน แนวทางหรือแบบอย่าง

คดี หมายถึง เรื่องที่พิพาทหรือกล่าวหากันในทางกฎหมาย เช่น คดีแพ่ง คดีอาญา หรือเรื่องที่ต้องดำเนินการตามกระบวนการพิจารณานับตั้งแต่เสนอคำฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้รับรอง คู่คุ้มครอง บังคับ หรือเพื่อการใช้ซึ่งสิทธิหรือหน้าที่

เมื่อผนวกรวมเป็นคำว่า “ความลับในทางคดี” จะหมายความว่า สิ่งที่มีความมีความประสงค์จะซ่อนเร้น ปกปิดเป็นความลับ ไม่ประสงค์จะเปิดเผย ซึ่งสิ่งที่เป็นความลับดังกล่าวนี้เป็นส่วนที่อยู่ หรือเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณานับตั้งแต่เสนอคำฟ้องต่อศาล อยู่ในเรื่องที่พิพาทหรือกล่าวหา

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าความลับในทางคดีซึ่งรวมถึงความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจเป็นความลับทางการค้า เนื่องจากข้อพิพาทส่วนมากจะเป็นเรื่องที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับนั้น เป็นข้อพิพาททางการค้า ซึ่งยังรวมถึงข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศด้วย จึงเป็นข้อมูลที่มีคุณค่า มีราคา และความลับของการอนุญาโตตุลาการอาจเป็นความลับส่วนบุคคล เนื่องจากข้อมูลระหว่างคู่กรณีทั้งหมด ย่อมมีข้อมูลที่ส่งผลกระทบต่อตัวบุคคลที่เป็นคู่กรณีนั่นเอง ทั้งในด้านชื่อเสียง ความเป็นอยู่ตามปกติสุขส่วนบุคคล เกียรติยศ เช่นในคดีทางแพ่งเรียกค่าเสียหาย หรือค่าทดแทนระหว่างบุคคล หรือในคดีอาญา เช่นคดีข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ซึ่งเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิขั้นมูลฐานของแต่ละบุคคล รวมทั้งความลับของการอนุญาโตตุลาการอาจเป็นความลับของรัฐได้ด้วย เช่นในคดีที่คู่ความพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ย่อมมีข้อมูลของรัฐอันเป็นข้อมูลที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นข้อมูลที่เกี่ยวเนื่องกับนโยบายของรัฐ เช่นคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างทางการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ เป็นต้น ซึ่งเป็นคดีที่ได้รับความสนใจจากสาธารณชนอย่างยิ่ง และจะเห็น

ได้ว่าข้อมูลคดีเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ เนื่องจากเป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของหน่วยงานราชการ ซึ่งเสมือนรัฐ เป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐ และเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชนด้วย

แต่ในทางกลับกันความลับทางการค้า ความลับส่วนบุคคล และความลับของรัฐนั้น อาจไม่เป็นความลับในทางคดี ซึ่งหมายความว่าอาจไม่เป็นความลับของการอนุญาตไต่สวนการ ในกรณีของความลับทางการค้า ความลับส่วนบุคคล และความลับของรัฐจะเป็นความลับในทางคดีต่อเมื่อเป็นข้อมูลที่น่ามาใช้ หรือเปิดเผยในกระบวนการยุติธรรมในทางคดี ในการระงับข้อพิพาท โดยบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูล หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียจากข้อมูลเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นในเชิงพาณิชย์ ในด้านสิทธิส่วนบุคคล หรือเป็นข้อมูลอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะกระทบต่อนโยบายแห่งรัฐ มีความประสงค์จะปกปิด ไม่เปิดเผย ต้องการเก็บรักษาข้อมูลเหล่านี้ให้เป็นความลับ และรวมความถึงข้อมูลเหล่านี้หากเป็นความลับในทางคดีแล้ว จะกลายเป็นความลับของการอนุญาตไต่สวนการเมื่อข้อมูลเหล่านี้ถูกใช้ หรือถูกเปิดเผยในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตไต่สวนการ

สิทธิในความลับทางคดีนั้นเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย หากคู่ความไม่ประสงค์จะเปิดเผย ต้องการให้เป็นความลับ ไม่ต้องการให้บุคคลอื่นใดมาล่วงรู้ หรือนำไปใช้โดยไม่ได้รับความยินยอม ย่อมมีสิทธิที่จะปกปิดมิให้ผู้ใดล่วงรู้ได้

หากพิจารณากฎหมายของไทยแล้วหลักการที่ให้ความคุ้มครองต่อความลับในทางคดีนั้น ในทางแพ่งไม่กฎหมายที่กำหนดบทบัญญัติไว้ชัดเจน อาจต้องพิจารณาปรับใช้กับบทบัญญัติในเรื่องละเมิดตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนในทางอาญามีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องการเปิดเผยความลับไว้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าคุ้มครองความลับในทางคดี โดยสามารถนำมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ได้ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดล่วงรู้ หรือ ได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตริกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชะนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...”

มาตรการทางกฎหมายอาญานี้ได้แจ้งตัวบุคคล ผู้ที่รู้ และเปิดเผยความลับออกเป็น คน ๆ แต่ก็มีได้บัญญัติชัดเจนว่าเป็นการเปิดเผยความลับทางคดี

ดังนั้นความลับในทางคดีหากจะกล่าวว่าจะใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีบทบัญญัติ ชัดเจนในการคุ้มครองรักษาความลับอย่างเดียวยังจะไม่เหมาะสม แต่หากกล่าวว่าจะใช้มาตรการ ทางจริยธรรม คุณธรรม หลักสุจริตทั้งในด้านเคารพนับถือต่อวิชาชีพของคนในกรณีของเจ้าหน้าที่ ทางกฎหมาย และเคารพต่อสิทธิของคู่ความ ในกรณีของคู่พิพาท น่าจะประสบผลสำเร็จอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไปตามหลักจารีตประเพณี และศีลธรรมในการรักษาความลับในทางคดี

3.1.3 ความลับของการอนุญาตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นกระบวนการระงับ ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีซึ่งในปัจจุบันได้รับการยอมรับว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททาง การพาณิชย์ที่มีประสิทธิภาพ และได้รับความนิยมน้อยแพร่หลาย โดยรวมไปถึงข้อพิพาทระหว่าง ประเทศด้วย ซึ่งมูลเหตุจูงใจหลายประการในการดึงดูดให้คู่พิพาทเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตตุลาการ แต่หลักการประการสำคัญยิ่งก็คือ สามารถรักษาความลับระหว่างคู่พิพาทได้ เป็นอย่างดี ซึ่งไม่เฉพาะแต่ความลับทางธุรกิจเท่านั้น

สำหรับนิยามการรักษาความลับตามพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษของ Black's Law Dictionary ให้คำอธิบายดังนี้

“Confidential : 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.”

“Confidentiality : State or quality of being confidential ; treated as private and not for publication.”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า “Confidential” หมายถึง ความเชื่อถือ ความไว้วางใจต่อกัน ของบุคคลโดยมีเจตจำนงที่เก็บไว้เป็นความลับ หรือรักษาความลับ ส่วน “Confidentiality” หมายถึง สถานะที่ได้รับความเชื่อถือให้รักษาความลับระหว่างบุคคลเป็นการส่วนตัว และไม่เปิดเผยต่อ สาธารณชน

การรักษาความลับในความหมายทั่วไปของกฎหมายไทย ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า “การรักษาความลับ” หมายถึง การมอบหน้าที่ให้บุคคลหนึ่งรักษาข้อเท็จจริง หรือวิธีการที่ไม่

ประจักษ์แก่บุคคลทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของ ความลับ การปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด (จิตติ ดิงศภักดิ์, 2539 : 2156 - 2157)

โดยหลักทั่วไปตามกฎหมายไทยแล้วความลับของการอนุญาตโตตุลาการมิได้มีการบัญญัติ อย่างชัดเจนในกฎหมายของอนุญาตโตตุลาการ และไม่มีบทลงโทษใด ๆ ทั้งสิ้น เป็นเพียงหลักการ และเหตุผลในทางจริยธรรมที่จะเคารพในการรักษาความลับ ซึ่งไม่เฉพาะแต่อนุญาตโตตุลาการ รวมถึงคู่พิพาท และบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย แต่อย่างไรก็ตามหลักการในเรื่องความลับของการ อนุญาตโตตุลาการสามารถกระทำได้หลายทางด้วยกัน ทั้งทางสัญญาในส่วนของข้อสัญญาจะจับข้อ พิพาทโดยวิธีการอนุญาตโตตุลาการ หรือโดยที่คู่กรณีตกลงทำสัญญาเพื่อรักษาความลับที่เกิดจาก กระบวนการจะจับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตโตตุลาการแยกต่างหากอีกฉบับหนึ่งก็ได้ มิได้มีกฎหมาย ห้ามไว้ (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ประเด็นในเรื่องความลับของการอนุญาตโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่มีมานานหลายศตวรรษแล้ว ซึ่งพิจารณาได้ในช่วงกลางทศวรรษที่ 1980 ประเด็นในเรื่องการปกปิดความลับที่มีความสัมพันธ์ต่อ กระบวนการอนุญาตโตตุลาการเป็นอย่างยิ่ง และมีความสัมพันธ์ต่อเอกสารที่ถูกสร้างขึ้น หรือถูกเปิดเผย ในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ จะไม่ได้รับการพูดถึงหรืออภิปรายเลย และเกือบจะ ไม่มีมีการกล่าวถึงความมีอยู่ของประเด็นดังกล่าวด้วย โดยจะเห็นได้จากดัชนีในงานเขียนที่เกี่ยวกับการ อนุญาตโตตุลาการ และอาจเปรียบเทียบได้กับการเก็บเกี่ยวพืชผลในพื้นที่อันแห้งแล้ว ซึ่งหมายความว่า การได้สวนในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการได้ยึดถือตามรูปแบบประเพณีดั้งเดิมที่ต้องทำเป็นการ เฉพาะตัว (held in private) (Neill, 1996: 287) การอนุญาตโตตุลาการเป็นการพิจารณาข้อพิพาทที่เป็นเรื่อง ภายใน และเป็นวิธีการแห่งสันติวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องบัญชี และธุรกรรมการค้าขายอื่น ๆ ด้วย ซึ่งการตัดสินใจเป็นเรื่องที่ยาก และอาจทำไม่ได้ในการพิจารณาคดี โดยศาลตามกฎหมาย (Mustill & Boyd, 1989: 433, 434)

สำหรับในแถบทวีปยุโรปตามทัศนคติโดยทั่วไปเป็นหลักการที่ยอมรับกันมาช้านานแล้ว ก่อนที่จะมีกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตโตตุลาการขึ้นเป็นรูปธรรม แต่เดิมการระงับข้อ พิพาทก็อยู่ในรูปแบบของผู้นำเป็นผู้ไกล่เกลี่ย หากไม่สำเร็จจะสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่กรณี และ ตัดสิน ซึ่งก็คือวิธีการอนุญาตโตตุลาการนั่นเอง โดยในทวีปยุโรปยอมรับว่ากระบวนการทาง อนุญาตโตตุลาการเป็นเรื่องที่ให้ความสำคัญและเคร่งครัดต่อเรื่องความลับในการอนุญาตโตตุลาการเป็น อย่างมาก ซึ่งมีคตินิยมมากมายที่ได้ทำการตัดสินแล้วจะดำเนินการตามทัศนคติดังกล่าวนี้ (Francois Dessemontet, 2000: 7)

ในศตวรรษที่ 19 จนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 20 การอนุญาตตุลาการได้ถูกใช้เป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เท่านั้น หากใช้กันในระบบกฎหมายแบบประมวลอีกด้วย ในบริบทแห่งเวทีการค้าระหว่างประเทศเป็นความจริงโดยแท้ว่าเป็นเรื่องที่ยากยิ่งที่คู่สัญญาจะทำการเจรจาทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างบริษัทหรือเอกชนด้วยกัน และโดยบริษัทหรือเอกชนที่เป็นคู่สัญญากันนั้นเป็นคนละสัญชาติกับจะทำสัญญาดังกล่าว โดยไม่ระบุข้อสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ ในสัญญาของตน อีกทั้งในระบบของการค้าระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันว่าเหตุที่ระบุข้อสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการในสัญญาของตน เนื่องมาจากเหตุผลในการรักษาความลับของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ (Neill, 1996: 287,288)

นักกฎหมายหลายท่านได้กล่าวถึงความลับของการอนุญาตตุลาการไว้ว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง อาทิเช่น

Richard P. Flake ได้กล่าวไว้ว่านอกจากความเร็วในการพิจารณาข้อพิพาท และความเชื่อถือในการอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการที่มีความสำคัญต่อการอนุญาตตุลาการ หลักในเรื่องความลับของการอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทจะได้รับความคุ้มครอง และรักษาข้อมูลในข้อพิพาท เป็นหลักการที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง และถือเป็นรากฐานของการอนุญาตตุลาการด้วย ในการอนุญาตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา หากมีการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับอย่างแท้จริง เป็นข้อมูลในข้อพิพาท โดยปราศจากอำนาจจะกระทำมิได้ ซึ่งหลักความลับของการอนุญาตตุลาการจะครอบคลุมหลักการยุติธรรม ความถูกต้องโดยต้องไม่เปิดเผยในสิ่งที่ได้ยิน หรือรับรู้จากข้อพิพาท ซึ่งในข้อเท็จจริง ความลับของการอนุญาตตุลาการเป็นหลักการที่ประสานอยู่ในกระบวนการวิธีของการอนุญาตตุลาการอยู่แล้ว ซึ่งคำนึงถึงหลักแห่งความถูกต้อง ความบริสุทธิ์ ยุติธรรม รักษาไว้ซึ่งหลักแห่งจริยธรรม ที่เป็นหลักของจิตสำนึกอันดีงามที่อยู่เหนือหลักความลับของการอนุญาตตุลาการ (Richard P. Flake, 1998: 134)

Francis Gurry ได้กล่าวถึงความลับของการอนุญาตตุลาการไว้ว่า การให้ความคุ้มครองรักษาความลับเป็นหลักอันอยู่บนพื้นฐานของหน้าที่อันสำคัญยิ่งสองประการในกระบวนการอนุญาตตุลาการกล่าวคือ (Francis Gurry, 1998: 122)

ประการแรก ในกระบวนการอนุญาตตุลาการสิทธิของคู่พิพาทเป็นสิ่งสำคัญยิ่ง เป็นส่วนหนึ่งของอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทต้องเคารพ และคำนึงถึง โดยตลอด ดังนั้นการรักษาความลับ รักษาข้อมูลของ

คู่พิพาทจึงเป็นสิ่งที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ถูกผูกพัน โดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันจะต้องเคารพสิทธิ และรักษาความลับของคู่พิพาท

ประการที่สอง เป็นหลักการอันสำคัญที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องให้ความสำคัญในการปกป้องสิทธิขั้นมูลฐานแก่คู่พิพาทในการคุ้มครอง รักษาความลับ

ความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นสิ่งที่ควบคู่ไปกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ในการรักษาความลับซึ่งโดยหลักการในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยหลัก 2 ประการ กล่าวคือ (Francois Dessemontet, 2000: 9, 10: <http://www.arbiter.com>)

ประการแรก ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมุ่งระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ซึ่งนอกจากจะสามารถระงับข้อพิพาทได้สำเร็จแล้ว ยังสามารถรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่กรณีไว้ได้ด้วย เป็นการระงับข้อพิพาทโดยวิธีละมุนละม่อม โดยในการระงับข้อพิพาทคู่กรณีต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้ข้อเท็จจริงที่เปิดเผยจะไม่นำไปเปิดเผยต่อสาธารณชน หรือใช้ในกระบวนการทางศาล ซึ่งในหลักการเช่นนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องวางหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ ให้มีความชัดเจน เพื่อเป็นหลักประกันแก่คู่กรณีว่าข้อมูลใด ๆ ที่มีการเปิดเผยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะไม่แพร่กระจายไปสู่บุคคลภายนอก เพื่อเป็นการรักษาสัมพันธภาพในทางการค้า ธุรกิจของคู่กรณี และเพื่อให้คู่กรณีเกิดความมั่นใจในการวางใจที่จะเปิดเผยข้อมูลต่ออนุญาโตตุลาการด้วย

ประการที่สอง หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการจะเป็นหลักที่ช่วยคุ้มครองผู้ที่เข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ ทั้งคู่กรณีเอง อนุญาโตตุลาการ ผู้แทนหรือทนายความของคู่กรณี รวมถึงเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ในการแถลง แสดงทัศนคติ แสดงข้อเท็จจริงใด ๆ ว่าข้อมูลทั้งหมดจะไม่ถูกเปิดเผยนอกเหนือไปจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการนี้เท่านั้น ถ้าปราศจากการรักษาความลับแล้วย่อมมีความเสี่ยงได้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดอาจใช้ข้อมูลอันได้จากการอนุญาโตตุลาการเพื่อนำไปเป็นข้อมูลในทางศาล หรือเพื่อการพิสูจน์ทำให้ได้เปรียบทางข้อมูล ก่อให้เกิดอคติ หรือกระทบกระเทือนต่อการต่อสู้คดีทางกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่งได้

ในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นประเด็นที่เป็นปัญหา มีการถกเถียงกันมาเป็นอย่างมากในเวลานี้ ซึ่งปัญหาที่จะพิจารณาคือกระบวนการพิจารณาโดยลับ และการรักษาความลับ โดยการอนุญาโตตุลาการเป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่เป็นความลับ เมื่อคู่พิพาทเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดย

การอนุญาตโดศุลาการ โดยปรารถนาให้กระบวนการต่าง ๆ เป็นความลับ โดยคู่พิพาทต้องตกลงยอมรับตามข้อบังคับของการอนุญาตโดศุลาการ

ในการพิจารณาตัดสินโดยอนุญาตโดศุลาการนั้น ผู้เข้าร่วมการพิจารณาตั้งแต่เริ่มต้น การสืบพยานจนกระทั่งมีคำชี้ขาดเสร็จสิ้นคดีจะมีเพียงคู่พิพาท ทนายความของคู่พิพาท คณะอนุญาตโดศุลาการ และบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในข้อพิพาทเท่านั้น โดยปกติคณะอนุญาตโดศุลาการจะสอบถามให้แก่ฝ่ายของคู่พิพาทแจ้งรายชื่อ และสถานะของบุคคลที่เข้าร่วมในการพิจารณาด้วย ซึ่งในกระบวนการพิจารณามีข้อมูลอันเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ต้องเก็บรักษาเป็นความลับ ซึ่งคู่พิพาทไม่ประสงค์ให้เปิดเผย และข้อมูลอันเป็นความลับนี้ไม่เฉพาะแต่ข้อมูลที่ไม่มีผู้ใดล่วงรู้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงรายละเอียดชื่อคู่พิพาท ชื่อเรียกร้องในสิทธิทางการค้า หรือสิทธิตามข้อพิพาทระหว่างกัน เป็นต้น

อนุญาตโดศุลาการ และที่ปรึกษามีหน้าที่ทั้งต้องพิจารณาตัดสินโดยลับ และคุ้มครองเก็บรักษาความลับ แม้จะปราศจากข้อตกลงในสัญญา แต่ยังคงมีหน้าที่ดังกล่าวโดยปริยายอันเป็นหน้าที่ทางจริยธรรม โดยต้องไม่เปิดเผยชื่อ และรายละเอียดต่าง ๆ ของข้อพิพาทในการอนุญาตโดศุลาการ รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทกันเองที่ต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกัน และไม่เปิดเผยความลับ และไม่นำข้อมูลในกระบวนการพิจารณาไปใช้ในการอื่น ๆ นอกจากการอนุญาตโดศุลาการด้วย

ในกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศไม่ได้กำหนดเรื่องความลับของการอนุญาตโดศุลาการ และการรักษา คุ้มครองความลับไว้ ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้มีผลระหว่างคู่พิพาทในกระบวนการทางอนุญาตโดศุลาการ การปฏิบัติตามกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายในการเก็บรักษาข้อมูลอันเป็นความลับที่เกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการพิจารณา

จากข้อมูลที่ได้ศึกษาทฤษฎีทางอนุญาตโดศุลาการที่ได้กำหนดหลักความลับของการอนุญาตโดศุลาการ เป็นหน้าที่ในการรักษาความลับของ “คณะอนุญาตโดศุลาการ” “ตัวของอนุญาตโดศุลาการ” “คู่พิพาท” ตามหลักเกณฑ์ของ **WIPO Rules** ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาความลับไว้อย่างชัดเจนใน Article 52 (a) โดยสรุปได้ว่า

“นอกจากคู่พิพาทจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้สถาบันอนุญาตโดศุลาการ, อนุญาตโดศุลาการ และคู่พิพาทรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตโดศุลาการ ข้อมูล ข้อความที่ได้ใช้ หรือเปิดเผยระหว่างกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตโดศุลาการ และข้อคิดเห็น คำชี้ขาดของคณะอนุญาตโดศุลาการไว้

เป็นความลับ ยกเว้นการดำเนินการที่จำเป็นต้องใช้ข้อมูลในกระบวนการทางศาล หรือการดำเนินการอื่น ๆ โดยกฎหมาย”

หลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตศาลอาทิเช่น ใน The English Electricity Industry Association Rules ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ไม่ปรากฏใน ICC Court, London Court of International Arbitration, Stockholm Chamber of Commerce, American Arbitration Association or UNCITRAL Arbitration Rules

ในการทำสัญญาทางการค้าจึงมีข้อพิจารณาว่าด้วยเหตุผลที่ยังไม่มีการกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีอยู่ในข้อกฎหมาย มีความชัดเจน มีสภาพบังคับ ดังนั้นควรกำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือไม่ เพื่อความแน่ชัดในการบังคับใช้ ความรวดเร็ว เพื่อให้คู่พิพาทเก็บรักษาข้อมูลทุกอย่างเป็นความลับอย่างรัดกุมในกระบวนการอนุญาตศาล

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความลับของการอนุญาตศาลนั้นเป็นความลับในทางคดีประเภทหนึ่ง และอาจเป็นทั้งความลับทางการค้า ความลับส่วนบุคคล และเป็นความลับของรัฐได้อีกด้วย หลักความลับของการอนุญาตศาลจึงมีความสำคัญ และมีผลต่อกระบวนการวิธีของอนุญาตศาล โดยแท้จริง เป็นทั้งเรื่องของหน้าที่ ความรับผิดชอบ เมื่อได้รับรู้ข้อมูลใดในข้อพิพาทจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาตศาล และบุคคลที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทย่อมเกิดหน้าที่ ความรับผิดชอบที่ถูกผูกมัดขึ้นโดยปริยายในการอนุญาตศาลให้ต้องเก็บรักษาเป็นความลับ

ในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการที่ชัดเจนเพียงพอในการยืนยันว่าข้อมูลในกระบวนการวิธีพิจารณาโดยอนุญาตศาลจะไม่เป็นที่ล่วงรู้ หรือเปิดเผยต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือต่อบุคคลภายนอก หรือจะไม่ถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์อื่นใด ไม่ว่าเพื่อตนเองเป็นการเฉพาะตัว หรือในทางการพาณิชย์ หรือเพื่อบุคคลอื่น รวมทั้งยังไม่มียกเว้นที่มีความชัดเจนเพียงพอ ดังนั้นวิธีการที่รัดกุม เป็นมาตรการที่จะผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ คือควรมีมาตรการกำหนดข้อตกลงอนุญาตศาลให้มีความครอบคลุมประเด็นดังกล่าวนี้ด้วย ซึ่งนอกจากจะเป็นการสร้างชัดเจนทางกฎหมาย อนุญาตศาลแล้ว ยังเป็นการสร้างความเชื่อมั่นในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตศาล ซึ่งจะสมประโยชน์ และตรงกับวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาตศาลอย่างแท้จริง นั่นคือ การรักษาความลับไว้ได้

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตความลับของการอนุญาตตุลาการ

3.2.1 หลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งของคู่กรณีพิพาทกันที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะในเรื่องข้อพิพาททางการค้า โดยเหตุผลที่ว่า การอนุญาตตุลาการมีการรักษาความลับในเชิงวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ เพื่อให้การรักษาความลับ โดยเฉพาะความลับในทางการค้าของบรรดานักธุรกิจที่มุ่งเน้นหาวิธีในการระงับข้อพิพาทที่จะให้ความคุ้มครองในการรักษาความลับในกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นรูปธรรมมากกว่าที่จะคุ้มครองความลับที่เป็นเพียงวัตถุประสงค์เท่านั้น จึงต้องพิจารณาหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

3.2.1.1 หลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่ในทางแพ่ง

ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่ได้รับการถกเถียงกันอย่างมากซึ่งไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายเก่าตลอดจนกฎหมายแม่แบบ ๆ และเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากอีกเรื่องหนึ่ง ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้วางหลักให้อนุญาตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของตน กล่าวคือ ระบุว่า ตามปกติอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งหากปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้อง แต่จะต้องรับผิดในทางแพ่งต่อเมื่อกระทำหน้าที่โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 23 วรรคหนึ่งว่า

“อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย”

ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของอนุญาตตุลาการนั้น ในสมัยเดิมเป็นเรื่องที่ถกเถียงกันว่าอนุญาตตุลาการควรมีความรับผิดหรือไม่ หากทำให้คู่กรณีต้องเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน ซึ่งมีสองความเห็นคือ อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ และอีกความเห็นหนึ่งคือ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อนุญาตตุลาการก็อาจต้องรับผิดตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด ซึ่งในประเทศไทยนั้นไม่ชัดเจนว่าเห็นตามความเห็นใด ดังนั้นในบทบัญญัติของกฎหมายใหม่นี้จึงเป็นการชัดชัดข้อสงสัยดังกล่าว โดยการบัญญัติว่าในการ

ปฏิบัติตามหน้าที่นั้นอนุญาโตตุลาการ ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งเป็นการคุ้มครองอนุญาโตตุลาการผู้กระทำการ โดยสุจริต อย่างไรก็ตามยังคงกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบเมื่อกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และทำให้คู่กรณีเสียหายจากการกระทำนั้น ซึ่งมีความแตกต่างจากเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายละเมิดก็ต่อเมื่อกระทำการใดอันเป็นการล่วงสิทธิของผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและก่อความเสียหายจึงต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายจากการกระทำนั้น แต่มีลักษณะเช่นเดียวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางแพ่ง มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ที่บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งก็ต่อเมื่อกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและทำให้รัฐเสียหาย ซึ่งอาจเป็นเพราะอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่คล้ายกับเจ้าหน้าที่ของรัฐแม้จะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม เพราะการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทมีลักษณะเป็นหน้าที่กึ่งตุลาการ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 :105)

อย่างไรก็ตามไม่ว่าความรับผิดชอบในทางแพ่ง หรือทางอาญานั้นแนวทางปฏิบัติในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบหากได้กระทำการไปโดยเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่โดยสุจริต เว้นแต่จะกระทำโดยทุจริต หรือประพฤติมิชอบ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 :107)

ปัจจุบันมีผู้วิจัยเสนอแนวความคิดในการเพิ่มบทบาทของการอนุญาโตตุลาการให้มากขึ้นโดยการนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเน้นไปที่เหตุผลของการรักษาความลับ และการเป็นส่วนตัวของการอนุญาโตตุลาการว่ามีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทประเภทนี้โดยเน้นที่เหตุผลในการรักษาความลับ โดยมีเหตุผลสนับสนุนสองประการดังนี้ (วิชัย อริยะนันทกะ, 2540: 339)

ประการแรกเหตุผลในการคุ้มครอง และป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทที่จะได้รับประโยชน์มากที่สุดจากการพิจารณาที่กระทำโดยลับ และไม่เปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็คือความลับทางการค้า (Trade Secret) ซึ่งอาจได้แก่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ Know-how เช่น สูตรเคมี เทคนิคในการช่าง หรือกระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรม เป็นต้น โดยเจ้าของข้อมูลดังกล่าวอาจไม่ต้องขอรับความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตร เพราะจะต้องมีการจดทะเบียน โดยต้องแลกเปลี่ยนกับการเปิดเผยข้อมูลให้แก่รัฐ หรือข้อมูลบางอย่างอาจจะยังไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตรได้ (วิชัย อริยะนันทกะ, 2540: 339)

ประการที่สอง เหตุผลในเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงธุรกิจของคู่กรณีสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น นอกจากความลับในทางการค้า เช่น ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตร การคุ้มครองความลับของการอนุญาตอุตสาหกรรม อาจไม่ส่งผลในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตรอย่างชัดเจน เพราะสิทธิทั้งสองอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะอยู่แล้ว นอกจากนั้นสิทธิทั้งสองประเภท เจ้าของอาจจะต้องมีการแสดงออกสู่สาธารณชนอยู่แล้ว เช่น ลิขสิทธิ์จะต้องมีการโฆษณางานให้ปรากฏต่อสาธารณชน หรือสิทธิบัตรต้องมีการแสดงรายละเอียดสิ่งประดิษฐ์ต่อรัฐเพื่อขอรับความคุ้มครอง จึงทำให้รายละเอียดของทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวไม่เป็นที่ปกปิด ทำให้สาธารณชนทั่วไปสามารถทราบรายละเอียดได้ (วิชัย อริยะนันทกะ, 2540: 340)

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองความลับในทางการอนุญาตอุตสาหกรรมเข้ามามีประโยชน์ในการคุ้มครองประโยชน์ทางธุรกิจต่อเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในมุมมองอื่น และรวมถึงเจ้าของความลับทางการค้าด้วย กล่าวคือ คู่แข่งทางการค้าของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่สามารถเข้ามาหาประโยชน์จากข้อมูลของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้มีการใช้กันในระหว่างการพิจารณาตีของอนุญาตอุตสาหกรรม และคำชี้ขาดที่ไม่เปิดเผยทำให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาไม่เกิดความเสียหาย หรือเสียเปรียบในการแข่งขันกับคู่แข่งทางการค้า ซึ่งจะแตกต่างกับกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมการพิจารณาได้ และมีการเปิดเผยคำพิพากษา ย่อมทำให้สถานะของข้อมูลนั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป อันส่งผลให้ข้อมูลนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายความลับทางการค้า

3.2.1.2 หลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่ในทางอาญา

ตามกฎหมายอนุญาตอุตสาหกรรมพ.ศ.2530 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตอุตสาหกรรมไว้โดยเฉพาะ ในกรณีที่ประพฤตินิยมชอบ แต่ถ้าการกระทำของอนุญาตอุตสาหกรรมเข้าองค์ประกอบของความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตราใด อนุญาตอุตสาหกรรมก็ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามบทบัญญัติมาตรานั้น ๆ เช่น การที่อนุญาตอุตสาหกรรม หลอกหลวงคู่กรณีฝ่ายหนึ่งว่าจะชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายนั้น โดยอนุญาตอุตสาหกรรมเรียกเอาทรัพย์สินจากคู่กรณีฝ่ายนั้น เช่นนี้อนุญาตอุตสาหกรรมย่อมมีความรับผิดชอบอันถือโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341

แต่ตามพระราชบัญญัติอนุญาตอุตสาหกรรม พ.ศ.2545 ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาตอุตสาหกรรมไว้อย่างชัดเจน โดยในกรณีของความรับผิดชอบทางอาญานั้น

อนุญาตตุลาการอาจต้องรับโทษทางอาญาได้ หากปรากฏว่าอนุญาตตุลาการนั้นเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่อนุญาตตุลาการของตน อนุญาตตุลาการมีความผิดทางอาญา แม้ว่าการเรียกรับสินบนนั้น จะเป็นเพื่อให้อนุญาตตุลาการทำหน้าที่ที่ต้องทำอยู่แล้วใน กระบวนการอนุญาตตุลาการ แต่การเรียกรับทรัพย์สินในที่นี้จะไม่รวมถึง “ค่าป่วยการ” ของ อนุญาตตุลาการที่มีสิทธิจะได้รับโดยชอบธรรมอยู่แล้วตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 และ 47 การ บัญญัติโทษทางอาญาสำหรับอนุญาตตุลาการนี้ก็เพื่อให้เกิดความสมดุลกัน เนื่องจากกฎหมาย ได้ให้เอกสิทธิและความคุ้มกันแก่อนุญาตตุลาการจากความรับผิดทางแพ่งแล้ว ด้วยเหตุนั้นและเชื่อว่า อนุญาตตุลาการได้ทำหน้าที่ของตนไปโดยสุจริต แต่หากอนุญาตตุลาการไม่ได้กระทำการไปโดย สุจริตตามที่กฎหมายให้ความเชื่อถือ โดยการเรียกรับสินบนจากผู้อื่น อนุญาตตุลาการก็อาจจะต้อง รับโทษทางอาญาด้วย โดยอาจถูกจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับตามมาตรา 23 วรรคสอง (สรวิศ ลิ้มปริงยี, 2545: 76)

ในขณะที่เดียวกันบุคคลที่ให้อภัย หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แก่อนุญาตตุลาการเพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบ ด้วยหน้าที่ก็อาจต้องรับโทษทางอาญาด้วย แต่ความรับผิดทางอาญาของบุคคลที่มีให้อ อนุญาตตุลาการนี้จะจำกัดอยู่เฉพาะกรณีให้การให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์นั้นเป็น ไปเพื่อจะจูงใจ ให้อนุญาตตุลาการทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่เท่านั้น หากเป็นการให้เพื่อจูงใจให้ อนุญาตตุลาการกระทำตามหน้าที่ที่อนุญาตตุลาการต้องทำอยู่แล้ว บุคคลนั้น ไม่มีความผิดทาง อาญา (แต่อนุญาตตุลาการอาจมีความผิด) โดยโทษที่จะ ได้รับความมาตรา 23 วรรคสาม ได้แก่ จำคุก ไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

สำหรับกฎหมายในต่างประเทศได้กำหนดหลักกฎหมายป้องกันไม่ให้ผู้มีหน้าที่รักษา ความลับเปิดเผยความลับไว้ด้วย ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้ผู้มีหน้าที่รักษา ความลับเปิดเผยความลับในทางการค้า เช่น ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาของมลรัฐแมสซาชูเซต (Massachusetts) ซึ่งบัญญัติเอาผิดกับผู้กระทำความผิดในการเปิดเผยความลับทางการค้า โดยถือว่า ความลับดังกล่าวเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเอาไว้ในกฎหมายที่มีชื่อว่า “Massachusetts Larceny Statutes” โดยกำหนดไว้ในมาตรา 30 ดังนี้ (ณัฐวัฒน์ ไบบัว, 2543: 11)

“บุคคลใดก็ตามที่กระทำการลักทรัพย์เกี่ยวกับความลับทางการค้าของผู้อื่นจะต้อง ได้รับโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ในเรือนจำมลรัฐ หรือ โดยปรับ ไม่น้อยกว่า 600 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน สองปี”

ส่วนในมาตรา 60 ของบทบัญญัติเดียวกัน กล่าวว่า บุคคลใดก็ตามที่ซื้อหรือขาย ความลับทางการค้าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ ไม่น้อยกว่า 500 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกินกว่า 2 ปี เป็นดุ้นอน (พีระพล ศรีสิงห์, 2544: 147)

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในมลรัฐนี้ถือว่าความลับทางการค้ามีรูปธรรมใน เชิงทรัพย์สิน หากบุคคลใดนำความลับทางการค้าไปแสวงหาประโยชน์ไม่ว่าจะในรูปของการนำไป เปิดเผยจนเป็นเหตุให้เสื่อมเสียแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของความลับทางการค้าแล้ว ให้ถือว่าเป็นการเอาไป ใน ความหมายของการลักทรัพย์ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้กำหนด

ในประเทศอิตาลีได้กำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาไว้ในมาตรา 622 (Disclosure of Professional Secrets) ในลักษณะที่เอาโทษกับบุคคลใดก็ตามที่รู้ว่าคนมีหน้าที่ที่จะต้องเก็บรักษา ความลับอันเนื่องมาจากตำแหน่งหรือฐานะหน้าที่ได้เปิดเผยความลับ และหากการกระทำนั้นก่อให้เกิด ความเสียหายดังนี้²⁶

“ผู้ใดได้รู้ความลับใด โดยเหตุผลจากตำแหน่งหรือฐานะหน้าที่ หรือจากวิชาชีพ หรือ ทางการค้า ได้เปิดเผยความลับนั้น โดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือได้ใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ ของตนเองหรือผู้อื่น ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับตั้งแต่ 12,000 ลีร์ ถึง 200,000 ลีร์

ความผิดทางอาญานี้จะสามารถดำเนินคดีได้เมื่อมีการร้องทุกข์โดยผู้เสียหาย”

นอกจากนั้นในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับ บุคคลใดที่เปิดเผยความลับ โดยบทบัญญัติในมาตราเหล่านี้ได้ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองความลับ ในทางการค้าไว้ในบทบัญญัติมาตรา 162 ดังนี้²⁷

มาตรา 162 “ผู้ใดต้องรักษาความลับทางธุรกิจหรือทางการผลิตอันเป็นผลมาจาก หน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมาย แต่กลับไขความลับนั้น โดยการไขความลับนั้นทำให้ผู้นั้นหรือ บุคคลอื่นได้ไปซึ่งประโยชน์ และมีการร้องทุกข์กล่าวโทษ ผู้นั้นต้องรับโทษจำคุกหรือโทษปรับ”

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศในส่วนของบทบัญญัติทางอาญาแล้ว จะเห็น ได้ว่าบทบัญญัติในมาตรากฎหมายของประเทศเทศต่าง ๆ ซึ่งมีบทบัญญัติในการคุ้มครองความลับ

²⁶ ดู เกรียงศักดิ์ อรุณศักดิ์ ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ วิทยานิพนธ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543 หน้า 135

²⁷ ดู เกรียงศักดิ์ อรุณศักดิ์ ได้อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 16

เหล่านี้ มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันกับมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย โดยมาตรา 324 องค์กรประกอบความคิดในส่วนของกรกระทำมีการเปิดเผยความลับที่ได้รู้มา โดยผู้กระทำเป็นผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพเป็นที่ไว้วางใจ และรู้ความลับโดยเหตุ นั้น ตำแหน่งหน้าที่ตามมาตรา 324 นั้น ไม่จำกัดเฉพาะเป็นเจ้าพนักงานเท่านั้น ดังนั้นจึงอาจเป็นเจ้าพนักงานหรือผู้อื่นที่มีหน้าที่โดยกฎหมาย หรือสัญญาด้วย (จิตติ ดิงศภัทย์, 2539: 2158)

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของต่างประเทศต่าง ๆ ข้างต้น ได้บัญญัติประเภทของความลับไว้อย่างกว้าง ๆ จึงต้องเข้าใจกฎหมายโดยการตีความว่าเป็นความลับทุกชนิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ในทางความลับต่อกัน (Confidential Information) ครอบคลุมไปถึงความลับในทางการค้า (Trade Secret) ซึ่งกว้างกว่าประเภทของความลับที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 324 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยระบุเฉพาะความลับทางการค้าที่เกี่ยวกับการอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือการนิมิตวิทยาศาสตร์ ซึ่งจัดเป็นประเภทหนึ่งของความลับในทางการค้า โดยไม่รวมถึงความลับทางการค้าในงานพาณิชย์กรรม หรือชนิดอื่น ๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าในต่างประเทศ²⁸

3.2.1.3 หลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่ในทางจริยธรรม

เหตุผลในทางจริยธรรมซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับในสาขาวิชาชีพต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมาย แพทย์ วิศวกร สถาปนิก หรือนักกฎหมาย ต่างมีจรรยาบรรณหรือมารยาทของวิชาชีพของตน เพื่อยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการประกอบอาชีพ ในส่วนของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ที่เกิดจากหลักของความไว้วางใจให้บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในสาขาวิชานั้น ๆ เข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีมอบให้ และอนุญาโตตุลาการยังเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่กึ่งตุลาการ (quasi - judicial) โดยในลักษณะของกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาททำนองเดียวกับผู้พิพากษา ดังนั้นย่อมต้องมีจรรยาบรรณเช่นเดียวกัน²⁹

ในส่วนของบุคคลอื่น ๆ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของสถาบัน รวมถึงนักกฎหมาย ทนายความของคู่กรณีพิพาท เป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจของคู่กรณีพิพาท ดังนั้นย่อมเป็นบุคคลที่มีหน้าที่อันเกิดจากหลักความไว้วางใจให้บุคคลที่เป็นเสมือนตัวแทนของตน

²⁸ ดู เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล ได้อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 16

²⁹ ดู เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล ได้อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 16

และบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งหน้าที่ซึ่งได้รับการคาดหวังว่าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรม รักษาความลับของกลุ่มพิพาท บุคคลเหล่านั้นย่อมมีหน้าที่ในทางจริยธรรมเช่นเดียวกัน

ในเรื่องความเป็นส่วนตัว และความลับ (privacy and confidentiality) เป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ (สถาพร มีสอาด, 2540: 87) ที่ว่าการอนุญาโตตุลาการช่วยรักษาความลับได้นั้น เนื่องจากเป็นจรรยาของอนุญาโตตุลาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้องที่จะต้องไม่แพร่งพรายเรื่องที่ตนนั่งพิจารณา หรือเคยพิจารณา หรือ ได้เคยรับรู้จากการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการจะเผยแพร่ได้เฉพาะเมื่อ และเท่าที่คู่กรณีจะอนุญาตเท่านั้น (Aschehoug, 1999: 151) ในขณะที่กระบวนการพิจารณาในศาลนั้นปกติการพิจารณาจะทำโดยเปิดเผย และคำพิพากษาของศาลปกติจะมีการตีพิมพ์เผยแพร่ต่อสาธารณชน นอกจากนี้ข้อสำคัญ คือ การอนุญาโตตุลาการ ไม่ปรากฏต่อสาธารณชน

เหตุผลในเรื่องการรักษาความลับนั้นนับว่าสำคัญไม่น้อย เพราะข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการให้มีการแพร่งพรายเพราะอาจกระทบต่อสัญญาที่ตนมีอยู่แล้ว หรือจะมีขึ้นในอนาคตเพราะผู้มีธุรกิจเกี่ยวข้องอาจขอให้ใช้หลักปฏิบัติอย่างเดียวกัน (paritpassu) กับตนได้โดยทั่วไป การอนุญาโตตุลาการรักษาความลับของกลุ่มพิพาทได้ดีกว่า เพราะการรักษาความลับเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญ และเป็นหน้าตาของวิธีการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในขณะที่การรักษาความลับของกลุ่มความนั้น เป็นข้อยกเว้นของการพิจารณาคดีในศาล และจำนวนผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการน้อยกว่าการพิจารณาคดีในศาล โดยส่วนใหญ่บุคคลที่เข้าร่วมพิจารณาคดีได้ คงมีเพียงคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ และพยานที่คู่กรณีนำมาเบิกความเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่สามารถเข้ามาฟังการพิจารณาคดีได้ เว้นแต่คู่กรณีจะอนุญาต หรือศาลอนุญาตให้บุคคลภายนอกเข้ามาฟังการพิจารณาคดี จะเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีโดยการอนุญาโตตุลาการถือว่าการพิจารณาโดยลับเสมอ (โสภณ รัตนกร, 2540: 46)

ในเรื่องที่การอนุญาโตตุลาการสามารถรักษาความลับได้นั้น เพราะเป็นจรรยาบรรณของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องไม่แพร่งพรายเรื่องที่ตนนั่งพิจารณา หรือเคยพิจารณา รวมทั้งคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการจะเผยแพร่ได้เฉพาะเมื่อ และเท่าที่คู่กรณีจะอนุญาตเท่านั้น ในต่างประเทศพิจารณาเปรียบเทียบกับ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes และ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators ก็ได้กำหนดจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการไว้ในการต้องมีความซื่อสัตย์ต่อความสัมพันธอันเป็นที่ไว้วางใจในหน้าที่ของการเป็นอนุญาโตตุลาการ และการรักษาความลับ โดยต้องไม่แสวงหาผลประโยชน์จากข้อมูลที่ได้มาระหว่างการเป็นอนุญาโตตุลาการ ต้องเก็บรักษาทุกสิ่งทุก

อย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดเป็นความลับ เว้นแต่จะตกลงกันหรือมีกฎหมายหรือ ข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และอนุญาโตตุลาการไม่ควรแจ้งผลคำชี้ขาดให้ผู้อื่นทราบล่วงหน้า

จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการนอกจากเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของผู้ที่จะ เป็นอนุญาโตตุลาการ ยังมีความสำคัญในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากหลัก จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับโดยตัวของตนเอง หากเป็นเพียงหน้าที่ทางศีลธรรม จรรยาเท่านั้น (moral obligation) อย่างไรก็ตามแม้หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงหลัก จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ อันก่อให้เกิดหน้าที่ทางศีลธรรม ไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมาย ที่จะมีสภาพ บังคับให้ต้องปฏิบัติ แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าหน้าที่ทางศีลธรรม อันเกิดจากจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการนี้ เป็นจารีตประเพณีที่ได้สืบทอดปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานแล้ว เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยปริยาย อยู่ภายใต้ การควบคุม รับรู้ของจิตสำนึกอันดีงามของผู้ปฏิบัติหน้าที่ และผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหลักความลับของการ อนุญาโตตุลาการมิใช่เพียงก่อก่อหลักจริยธรรมให้แก่อนุญาโตตุลาการ แต่ยังรวมถึงคู่กรณี ผู้ที่เกี่ยวข้องใน การอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักจริยธรรมแม้ไม่มีสภาพบังคับโดยเด็ดขาดอย่างเป็นทางการ แต่ก็มีสภาพบังคับภายในตัวเองในรูปของนามธรรมซึ่งต้องเคารพ และปฏิบัติตาม ถือได้ว่ามี บรรทัดฐานขั้นต่ำสุดของผู้ประกอบวิชาชีพอนุญาโตตุลาการที่ต้องปฏิบัติด้วย ทั้งนี้ หากพิจารณาถึง ความสำคัญยิ่งของหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสมควรอย่างยิ่งใน การกำหนดหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการนี้ให้มีความชัดเจน และมีสภาพที่บังคับอย่างเป็นทางการ ให้เป็นรูปธรรมให้จริงจังด้วย ซึ่งจะก่อผลที่ดี และสำคัญกล่าวคือ

ข้อหนึ่ง ดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของอนุญาโตตุลาการ

ข้อสอง ก่อให้เกิดความน่าเชื่อถือ ความมั่นใจของประชาชนต่อการอนุญาโตตุลาการ

3.2.2 ขอบเขตความลับของการอนุญาโตตุลาการ

ข้อมูล หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะถือว่าเป็นความลับของ การอนุญาโตตุลาการ จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจากการเปิดเผย การนำไปใช้ หรือเผยแพร่ ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ในทางใดภายนอกกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ตาม โดยมีหลักการที่สำคัญ 3 ประการ ในการนำมากำหนดขอบเขตความลับของการอนุญาโตตุลาการ ดังจะได้นำเสนอกล่าวคือ (Neill, 1997: <http://www.arbiter.wipo.int>.)

ประการแรก เรื่องข้อมูลที่ถือว่าให้รักษาเป็นความลับ

ประการที่สอง เรื่องบุคคลที่ต้องผูกพันในการรักษาความลับ

ประการที่สาม เรื่องข้อยกเว้นในการรักษาความลับ

3.2.2.1 เรื่องข้อมูลที่ต้องถือว่าให้รักษาเป็นความลับ

ตามปกติในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการสามารถระบุไว้เป็นข้อบังคับต่างหาก หรือระบุไว้ในสัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้ทำขึ้นระหว่างกัน โดยการกำหนดให้ข้อมูลทั้งหมด หรือบางส่วนที่กระทำขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ และต้องได้รับความคุ้มครองรักษาเป็นความลับด้วย อาจกล่าวได้ว่า เมื่อมีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการขึ้น ไม่ว่าจะข้อมูล หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ได้เปิดเผย และการสื่อสารระหว่างกันที่เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนข้อตกลงในการระงับข้อพิพาททั้งหลายทั้งปวงที่ได้จากการอนุญาโตตุลาการก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ

ตามบทบัญญัติที่ได้กำหนดเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนในต่างประเทศคือ บทบัญญัติ WIPO Arbitration Rules ใน Article 52 (a) ที่ได้ให้ความคุ้มครองข้อมูลที่ได้ใช้ หรือ ได้เปิดเผยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด และกำหนดให้บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับจากการอนุญาโตตุลาการ และข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือ ได้มาระหว่างการอนุญาโตตุลาการ

การกำหนดขอบเขตข้อมูลที่เป็นความลับของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะได้รับความคุ้มครอง และรักษาให้เป็นความลับโดยให้ครอบคลุมข้อมูลทั้งหมดในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีเกรงว่าอาจมีการนำข้อมูลในการอนุญาโตตุลาการไปใช้ หรือสร้างความเสียหายต่อคู่กรณีในภายหลัง โดยข้อพิพาทของการอนุญาโตตุลาการส่วนมากจะมีความสำคัญต่อสังคม เศรษฐกิจ และการพาณิชย์ ไม่เพียงส่งผลกระทบต่อภายในประเทศเท่านั้น แต่ส่งผลกระทบต่อระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อมูลเป็นความลับหรือไม่ (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

หลักเกณฑ์แรก ข้อมูลที่จะถือว่าเป็นความลับ และได้รับความคุ้มครองจะต้องมิใช่ข้อมูลที่สาธารณชนทั่วไปเป็นเจ้าของ (Public Domain Information) ดังนั้นถ้าข้อมูลนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถทราบถึงข้อมูลแล้วก็จะไม่ถือว่าเป็นความลับ ย่อมไม่ก่อให้เกิดหน้าที่รักษาความลับที่เกี่ยวข้องข้อเท็จจริงนั้น

หลักเกณฑ์ที่สอง การนำเสนอข้อมูลของกลุ่มฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการจะ
ไม่ได้รับความคุ้มครองในกรณีที่กลุ่มฝ่ายนั้น ได้เคยใช้ข้อมูลนั้นอย่างเปิดเผยมาก่อนแล้ว

หลักเกณฑ์ที่สาม การรักษาความลับไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป ถ้าข้อมูลที่เกิดขึ้นจาก
การระดมข้อพิพาทของกลุ่มฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผย และต่อมาไม่มีการขัดขวางการใช้ข้อมูลนั้น โดยบุคคล
ที่สาม หรือบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

3.2.2.2 เรื่องบุคคลที่ต้องผูกพันในการรักษาความลับ

การกำหนดเรื่องบุคคลที่ต้องผูกพันตนในการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการ
ก็เพื่อเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งว่าการรักษาความลับเป็นหลักการสำคัญในกระบวนการ
อนุญาโตตุลาการ และจะเป็นหลักการที่ปรากฏในลักษณะประสานกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
โดยตลอด ดังนั้นจึงมีความจำเป็นในการที่จะกำหนดให้บุคคลทุกคนที่มีความเกี่ยวข้องกับการ
อนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ ควรมีหน้าที่ผูกพันในการรักษาความลับของการ
อนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติ **WIPO Arbitration Rules** ใน Article 52 (a) ได้กล่าวถึงบุคคลที่
เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ตัวของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาท
ตัวแทน ผู้ให้คำแนะนำ และบุคคลอื่นใดที่ปรากฏอยู่ระหว่างการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้
กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการคู่กรณีสามารถนำมาบัญญัติไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ
ได้ เพื่อให้มีผลผูกพันนอกเหนือจากคู่กรณี และอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายในเรื่อง
สัญญาเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นที่มีหน้าที่ผูกพันต่อกัน แต่หลักความลับของอนุญาโตตุลาการจะขยายความ
ผูกพันไปถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องอื่น ๆ ด้วย คู่กรณีก็ควร ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ลงนามใน
ข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ (Confidentiality Agreements) ด้วย เพื่อที่จะส่งผลให้มีสภาพบังคับ
ถูกต้องตามกฎหมายเป็นการป้องกัน ในกรณีที่กฎหมายบางประเทศเปิดช่องให้ปฏิเสธได้ว่าบุคคลหนึ่ง
ไม่มีหน้าที่ หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับตามที่คู่กรณีได้กล่าวอ้าง

3.2.2.3 เรื่องข้อยกเว้นในการรักษาความลับ

โดยปกติภายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลที่มี
ความเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่พิพาทมีหน้าที่ต้องรักษาความลับอันเป็นข้อเท็จจริงที่
สัมพันธ์กับการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจมีข้อยกเว้นให้บุคคลไม่ต้องปฏิบัติตาม
หน้าที่ในการรักษาความลับ จากการศึกษาสามารถสรุปข้อยกเว้นในการรักษาความลับได้ 4 ประการ
ดังจะได้นำเสนอต่อไปนี้ (Macturk, 1996: 24 - 28)

ข้อยกเว้นประการแรก คือ โดยความตกลงของคู่กรณีให้ข้อมูลนั้นเป็นเรื่องทั่วไป ซึ่งไม่เป็นเรื่องความลับ และสามารถเปิดเผยต่อสาธารณชนได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการในเรื่องการรักษาข้อพิพาท

ข้อยกเว้นประการที่สอง คือ เพื่อบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทของการอนุญาโตตุลาการที่กำหนดอนุญาตให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ หากกระทำเพื่อได้ส่วนข้อเท็จจริงในการบังคับตามสัญญาการระงับข้อพิพาท เนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญของการรักษาความลับ คือ การช่วยให้คู่กรณีเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนภายใต้กระบวนการที่ไม่มีผลผูกมัด และให้โอกาสคู่กรณีในการพิจารณาค้นหาความเป็นไปได้ที่จะตกลงระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง

ข้อยกเว้นประการที่สาม คือ ตามหลักนโยบายสาธารณะ (Public Policy) จากการศึกษาพบว่าในแต่ละประเทศได้ให้คำจำกัดความคำว่า “นโยบายสาธารณะ” ไว้แตกต่างกัน เช่น ในประเทศอังกฤษ การใช้ข้อยกเว้นทั่วไปของการรักษาความลับตามกฎหมายอังกฤษได้พัฒนาภายใต้หลักการที่ว่า “there is no confidence as to the disclosure of inequity” ซึ่งในหลาย ๆ ประเทศมีการยอมรับถึงหลักการพื้นฐานทั่วไปที่ว่า สามารถเปิดเผยข้อมูลได้แม้ว่าจะระบุให้รักษาความลับก็ตาม หากการเปิดเผยนั้นมีประโยชน์ต่อสาธารณะ ก็ สามารถเปิดเผยได้ โดยไม่มีข้อยกเว้น (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ข้อยกเว้นประการที่สี่ คือ การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ โดยมีคำสั่งศาล หรือโดยกฎหมายกำหนดให้เปิดเผย ในกรณีการเปิดเผยโดยมีคำสั่งศาลนั้น ศาลมีความจำเป็นที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความสำคัญของการเปิดเผยความลับทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการอนุญาโตตุลาการในฐานะเป็นพยานหลักฐานต่อศาล และประโยชน์ในการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ เช่น ในคดีทางทรัพย์สินทางปัญญา คู่กรณีเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการปรากฏอยู่ในคดี Hayworth Inc. Vs Steelcase Inc. 12 F.3d 1090 (1993) เป็นการฟ้องร้องคดีให้รับผิดในการละเมิดต่อสิทธิบัตร 2 ครั้งด้วยกัน โดยการฟ้องครั้งแรกในปี 1985 Hayworth Inc. ฟ้อง Steelcase Inc. ในกรณีละเมิดต่อสิทธิบัตรของ Hayworth และในปี 1989 Steelcase Inc. ฟ้อง Hayworth Inc. ว่าละเมิดสิทธิบัตรของ Steelcase เช่นเดียวกันในคำตัดสินของศาลในคดีแรกให้สิทธิบัตรของ Hayworth มีผลสมบูรณ์ สามารถบังคับได้ และถูกละเมิดจริง ส่วนประเด็นพิจารณาอื่น ๆ ให้ร่วมกับคดีที่สอง ซึ่งต่อมาคู่กรณี ตกลงใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่เป็น

ความลับ และเอกสารการให้การของพยาน รวมถึงข้อมูลอื่น ๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะถูกรักษาให้เป็นความลับ (Gurry, 1996: <http://www.arbitrator.wipo.int>)

ต่อมาในปี 1992 Hayworth ฟ้องร้องบุคคลที่สามคือ บริษัท HMI ในกรณีละเมิดสิทธิบัตรในข้อเท็จจริงเดียวกับที่เคยฟ้องร้อง Steelcase Inc. ดังนั้นบริษัท HMI จึงอ้างพยานหลักฐานที่เกิดจากการฟ้องร้องคดีต่อศาลระหว่าง Hayworth กับ Steelcase Inc. เพื่อขอสรรพเอกสารทั้งหมด ซึ่งคาดหมายว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นจะแสดงถึงการประเมินเงินค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตร นโยบายของ Hayworth ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ความสำเร็จในด้านผลกำไร และทางการค้าของสินค้าที่มีสิทธิบัตร ซึ่งข้อดีของสินค้าที่มีสิทธิบัตรเมื่อเปรียบเทียบกับสินค้าเดิม และค่าใช้จ่ายในการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ทางอุตสาหกรรมขึ้นมาใหม่ (Gurry, 1996: <http://www.arbitrator.wipo.int>)

ศาลอุทธรณ์สหพันธรัฐแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินโดยปฏิเสธคำขอของบริษัท HMI ที่จะให้กระทำเช่นนั้น โดยได้อ้างเหตุผลประกอบ 2 ประการ คือ ประการแรก การเข้ามาในคดีของบริษัท HMI ไม่มีความชอบธรรมเพียงพอที่จะกระทำได้ ศาลได้วางหลักไว้ว่าผลประโยชน์สาธารณะไม่ควรทำลายหลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นนโยบายของรัฐที่จะส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนเอง เพื่อลดจำนวนคดีที่มาสู่ศาล และผลของการระงับข้อพิพาทนั้นสร้างความพึงพอใจแก่คู่กรณีทุกฝ่าย ประการที่สอง การอ้างหลักการรักษาความลับ ศาลกล่าวว่า “จริยธรรมในการอนุญาโตตุลาการ มีความแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาล โดยลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นการหาจุดพึงพอใจร่วมกันของคู่กรณี ความยินยอมที่มีจากคู่กรณีเป็นผลมาจากการรับรู้และเข้าใจในเนื้อหาของข้อมูล หรือท่าทีของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ดังนั้นเหตุผลที่จะขอใช้ข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถใช้ได้กรณีเช่นนี้” (Gurry, 1996: <http://www.wipo.int>)

ดังนั้นสรุปได้ว่าลักษณะของข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการได้ ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ และการตีความเรื่องหน้าที่ตามหลักสัญญา ส่วนข้อยกเว้นสองประการหลังนั้น เป็นผลมาจากกฎหมายบัญญัติอำนาจให้อันเป็นบทบังคับ (Mandatory Law) ซึ่งในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันตามเขตอำนาจของศาลที่จะให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ

3.2.3 หลักการที่ทำให้สามารถเปิดเผยความลับของการอนุญาโตตุลาการได้

การอนุญาโตตุลาการอาจมีกรณีที่สามารถเปิดเผยความลับที่ใช้ หรือเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการได้ โดยอาจมีข้อยกเว้นบางประการที่สามารถนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดชอบ หรือเป็นเหตุในการลบล้างความรับผิดชอบได้ แสดงให้เห็นว่ากรณีที่มีการบัญญัติความรับผิดชอบเพื่อคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการ ก็มีใช่ว่าการเปิดเผยความลับของการอนุญาโตตุลาการจะเป็นความผิดเด็ดขาดเสมอไป โดยปราศจากข้อยกเว้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบในกรณีเปิดเผยความลับไม่ใช่ความรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดโดยแท้จริง แม้มีข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถเปิดเผยความลับได้ ซึ่งผู้เขียนขอเสนอเหตุผลแห่งการยกเว้นทำให้สามารถเปิดเผยความลับได้ดังต่อไปนี้

3.2.3.1 กรณีเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้

การเปิดเผยความลับโดยมีกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ ถือเป็นกรณีเปิดเผยความลับที่เป็นกรณีปฏิบัติตามกฎหมาย จึงมีความชอบธรรมที่จะกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะเข้าลักษณะของบทบัญญัติในกฎหมายว่าเป็นความผิดก็ตาม กล่าวคือ โดยหลักแห่งกฎหมายทั่วไปนั้น เรื่องอำนาจที่กระทำได้ตามกฎหมายได้บัญญัติมีใจความว่า การกระทำการใด หรือการปฏิบัติหน้าที่ใดที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ถือเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด

ตามกฎเกณฑ์ของ WIPO Arbitration Rules ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้อนุญาโตตุลาการ คู่กรณี และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของการอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยได้กำหนดสาระไว้ใน Article 52 (a) ว่าต้องรักษาข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ข้อมูล ข้อความที่ได้ใช้ หรือเปิดเผยระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และข้อคิดเห็น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นความลับ แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ภายในตัวเอง โดยกำหนดข้อยกเว้นให้เปิดเผยความลับได้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลในกระบวนการทางศาล หรือการดำเนินการอื่น ๆ หรือโดยกฎหมายกำหนดหรือคู่พิพาทได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าตามหลักโดยทั่วไปการอนุญาโตตุลาการต้องเป็นความลับเสมอ แต่ความลับของการอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดเป็นหลักบังคับเด็ดขาดอย่างแท้จริง ได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นข้อยกเว้นโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้

ไว้ด้วย ดังนั้นการเปิดเผย หรือ ใช้ข้อความจากการอนุญาตตุลาการภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ ย่อมไม่ทำให้เป็นการทำผิดหน้าที่ ไม่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด

3.2.3.2 กรณีเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล

ตามบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องศาลมีอำนาจ ในการเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง ในการอนุญาตตุลาการแปลงถึงความลับของกลุ่มได้ หากไม่ยอมแปลงต้องแสดงเหตุผลของการไม่เปิดเผยข้อมูลเหล่านั้น หากไม่มีเหตุผลอันสมควร ศาลสามารถบังคับให้เปิดเผยความลับของกลุ่มที่เกี่ยวข้อง ในการอนุญาตตุลาการได้ ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาล ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐด้วย หากศาลพิจารณาเห็นสมควรว่ามีความจำเป็นต้องเปิดเผยความลับ ผู้ที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตตุลาการ ไม่ว่าจะอนุญาตตุลาการ กลุ่ม หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ หากเปิดเผยความลับของการอนุญาตตุลาการย่อมไม่มีความผิดฐานเปิดเผยความลับ (Rufenacht, 2001: <http://www.lexis-nexis.com>)

ในเรื่องการเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาลนั้น มีคดีซึ่งผู้พิพากษาได้บัญญัติถึงเหตุผลในการเปิดเผยความลับ โดยอำนาจศาลไว้ ในคดีที่ผู้พิพากษา Phillip ได้ตัดสินไว้ในคดีประกันภัย NYK ซึ่งได้ตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นเรื่องที่ใช้บังคับกับเอกสารเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ และข้อมูลของการอนุญาตตุลาการไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ก็ยังเป็นสิ่งที่ไม่ชัดเจนนัก เขากล่าวว่าสำหรับตัวเขาแล้วเป็นสิ่งที่แน่นอนว่าหน้าที่นั้นยังคงมีอยู่ โดยเกิดขึ้นจากถ้อยคำของสัญญา หรืออาศัยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา สิ่งที่ไม่ชัดเจน ก็คือหน้าที่ในการรักษาความลับนี้จักต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้วย (Neill, 1996: 295)

“ไม่ว่าบุคคลใดก็ตามที่ได้รับทราบ ข้อมูลที่เป็นความลับที่เกิดจากการอนุญาตตุลาการจะต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับเช่นเดียวกับตัวคู่สัญญา หรือกลุ่มด้วย

อย่างไรก็ตามอาจมีกรณียกเว้นให้บุคคลเหล่านี้ สามารถเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับที่เกิดจากการอนุญาตตุลาการได้ หากมีกรณีที่มีเหตุอันสมควร ซึ่งมีความจำเป็นต่อบุคคล หมู่่มากอย่างยิ่ง การเปิดเผยความลับ โดยเหตุผลเช่นนี้ ศาลย่อมมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะเปิดเผยหรือไม่”

ตามกฎหมายของประเทศไทย ได้บัญญัติอำนาจของศาล ในการใช้ดุลยพินิจบังคับให้การ หรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความลับซึ่งได้มา หรือรับรู้มาจากการ

ใช้วิชาชีพ หรือหน้าที่ของเขา โดยได้กำหนดบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 321 ดังนี้

“เมื่อคู่ความ หรือผู้ใดจะต้องให้การ หรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) เอกสารหรือข้อความที่ยังเป็นความลับในราชการอยู่
- (2) เอกสารหรือข้อความซึ่งได้มา หรือทราบเนื่องในอาชีพหรือในหน้าที่ของเขา
- (3) วิธีการ แบบแผนหรืองานอย่างอื่น ซึ่งกฎหมายคุ้มครองไม่ยอมให้เปิดเผย

คู่ความ หรือบุคคลนั้นมีอำนาจ ไม่ยอมให้การ หรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตจาก เจ้าหน้าที หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น

ถ้าคู่ความ หรือบุคคลใด ไม่ยอมให้การ หรือส่งพยานหลักฐานดังกล่าว ศาลมีอำนาจ ออกหมายเรียกเจ้าหน้าที หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับมาแถลงต่อศาล เพื่อวินิจฉัยว่าการ ไม่ยอมนั้นมีเหตุผลค้ำจุนหรือไม่ ถ้าเห็นว่าไร้เหตุผล ให้ศาลบังคับให้การ หรือส่งพยานหลักฐานนั้น”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดหลักการ ให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่จะ ไม่ยอมให้การ หรือส่งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความลับ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายมาตรานี้ยัง บัญญัติให้อำนาจศาลที่จะกำหนดให้บุคคลเปิดเผยความลับได้อีกด้วย ดังนั้น ในการพิจารณาคดีหาก อนุญาตโตตุลาการ คู่กรณี บุคคลที่เกี่ยวข้องที่ได้มา หรือทราบมาซึ่งความลับของคู่กรณีเนื่องมาจาก หน้าที่ของตน ไม่ยอมเปิดเผยความลับของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องดังกล่าว ศาลมีอำนาจที่จะเรียกมาแถลง เหตุผลที่ไม่ยอมเปิดเผย และถ้าเห็นว่าไร้เหตุผล ศาลก็มีอำนาจบังคับให้เปิดเผยความลับของคู่กรณี ที่เกี่ยวข้องได้ ซึ่งการเปิดเผยความลับในการอนุญาตโตตุลาการ โดยอำนาจศาลนั้น อนุญาตโตตุลาการ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ได้ทำการเปิดเผยก็ไม่มี ความผิดฐานเปิดเผยความลับ

สำหรับแนวความคิดในเรื่องการเปิดเผยความลับ โดยอำนาจศาลนั้น Julian D.M. Lew ได้เสนอแนวความคิดในเรื่องนี้ขึ้น โดยเกิดขึ้นจากความคิดเห็นในทางคดี และปัญหาข้อพิพาท ที่ประสบจากประสบการณ์ในการเป็นผู้พิพากษาในอดีตนี (Julian D.M. Lew, 1998: 113)

แนวความคิดแรกเห็นว่าอนุญาตโตตุลาการ คู่กรณี ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตโตตุลาการในข้อพิพาท ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ซึ่งเป็นการปฏิบัติ โดยมีกฎหมายบัญญัติรองรับหลักการเบื้องต้นนี้ ผู้ที่เปิดเผยจะ ไม่มีความผิดในฐานเปิดเผยความลับ แต่อย่างไร เนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติรองรับหลักการเปิดเผยความลับ โดยอำนาจศาลนั้นเป็น

บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย หรือสำนึกในศีลธรรมอันดีงาม หรือเป็นกฎหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐตามนโยบายอันชอบธรรม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะให้การเปิดเผยความลับ เป็นดุลยพินิจของศาล โดยศาลจะชั่งน้ำหนักตามหลักแห่งความเป็นสัดส่วนกัน หากเรื่องดังกล่าวเป็นส่วนได้เสียของเอกชนมากกว่า การขอให้เปิดเผยความลับของคู่กรณีในการอนุญาตไต่สวนการเพื่อประโยชน์ในทางคดี กรณีเช่นนี้สามารถอ้างเอกสิทธิ์ของคู่กรณีที่ตนไม่ควรเปิดเผยความลับของการอนุญาตไต่สวนการได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเอกชนต่อเอกชน ไม่มีเหตุสมควรที่จะอ้างประโยชน์ของเอกชนใดให้เหนือกว่าเอกชนอื่น ๆ

แนวความคิดหลังเห็นว่า การอนุญาตไต่สวนการมีความสำคัญอย่างยิ่ง ด้วยเหตุแห่งวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาตไต่สวนการเอง ดังนั้นอนุญาตไต่สวนการ คู่กรณี และบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องไม่เปิดเผยความลับของคู่กรณีโดยเด็ดขาด เพราะการเปิดเผยความลับของคู่กรณีในการอนุญาตไต่สวนการ ในการที่ตนมีหน้าที่ในการรักษาความลับ (duty of confidence) ทำให้ตนมีความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่ง และทางอาญาได้ และถือว่าเป็นเรื่องที่เป็นเอกสิทธิ์อื่น ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยความลับนั้นก็ได้

ในความคิดเห็นของผู้เขียนแล้ว เห็นด้วยกับแนวความคิดเห็นแรก โดยเห็นว่า ข้อมูล ข้อความใด ๆ ในการอนุญาตไต่สวนการโดยหลักย่อมเป็นความลับเสมอไป แต่ในกรณีที่เกิดผลอันสมควรพิจารณาในการชั่งน้ำหนักพิจารณาทั้งตามหลักการสัดส่วน และหลักแห่งเหตุผล หากเป็นกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลในการอนุญาตไต่สวนการจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ มิใช่เพื่อประโยชน์ต่อเอกชนใดเอกชนหนึ่งเฉพาะ ย่อมเป็นเหตุสมควรที่กฎหมายจะกำหนดบัญญัติรับรองให้เป็นเหตุที่ศาลมีดุลยพินิจในการให้เปิดเผยความลับได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาตามหลักแห่งสัดส่วน กล่าวคือ ชั่งน้ำหนักว่าต้องมีสัดส่วนของประโยชน์สาธารณะมากกว่า และพิจารณาตามหลักแห่งเหตุผลว่ามีเหตุสมควรอย่างยิ่งที่เป็นประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย และสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หากมีเหตุผลอันสมควรอย่างยิ่งตามกฎหมายย่อมเป็นดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาว่าสมควรให้เปิดเผยความลับของการอนุญาตไต่สวนการได้ แม้ว่าอนุญาตไต่สวนการจะมีเอกสิทธิ์ในการไม่จำเป็นต้องเปิดเผยความลับก็ตาม และการที่ได้เปิดเผยจะไม่เป็นเหตุที่ทำให้มีความรับผิดชอบไม่ว่าจะในทางแพ่ง หรือทางอาญา เนื่องด้วยมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้

3.2.3.3 กรณีเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิด โดยถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจในการจะกระทำได้ หรือเป็นเหตุปลงล้างความผิดของผู้กระทำ เช่น กรณีที่อนุญาตไตศุลกากรถูกกล่าวหาว่าประพฤติมิชอบในการดำเนินกระบวนการอนุญาตไตศุลกากร การเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายต้องมีการพิจารณาสาระสำคัญว่า การกระทำใดเป็นการกระทำเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมที่มีคุณค่ามากกว่าการถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบธรรม ซึ่งกฎหมายยอมรับและผู้กระทำไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายจากการเปิดเผยความลับ โดยให้เหตุผลว่าความสงบสุขของสังคมโดยส่วนรวมเป็นสิ่งที่เหนือกว่าเหตุผลส่วนบุคคล (คดี ฅ นคร, 2537: 126)

ข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดในประการนี้ เป็นเหตุในเรื่องความจำเป็นที่เป็นอำนาจให้กระทำได้นี้เป็นการพิจารณาการกระทำของผู้กระทำเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นเรื่องการเปิดเผยความลับเพื่อขจัดความอยุติธรรมที่ปรากฏชัดแจ้ง (Manifest Injustice) ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาตไตศุลกากรซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทโดยลับด้วย ทำให้ผู้กระทำความเชื่อถือในกระบวนการอนุญาตไตศุลกากร

ในคดีของศาลอังกฤษที่เกิดขึ้นได้ตัดสินตามคำตัดสินของผู้พิพากษา Colman ในคดีประกันภัย Hassneh กับ Mew และบริษัทประกันภัยกับ Lilud's Syndicate โดยในคดีเหล่านี้ได้พัฒนาก้าวหน้าไปจากพื้นฐานวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในคดี Dolling – Banker และได้แสดงให้เห็นขอบเขตจำกัดของข้อยกเว้นอื่น ๆ ของกฎว่าด้วยการรักษาความลับของเอกสารในการอนุญาตไตศุลกากร ข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องนั้นก็คือ การเปิดเผยเอกสารในกรณีที่ต้องอนุญาตไตศุลกากรร้องขอให้เปิดเผยเพื่อประโยชน์ของตัวเอง ข้อยกเว้นนี้ได้เกิดขึ้นโดยผู้พิพากษา Colman จากกฎหมายที่เกี่ยวกับหน้าที่ของนายธนาคารที่จะต้องเก็บความลับของลูกค้าของธนาคาร ในบางกรณีผู้พิพากษา Colman อาจพัฒนาข้อยกเว้นมาจากคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาอีกใหญ่สามคน คือ Banks, Scrutton and Atkin ซึ่งวินิจฉัยไว้ในคดี Tournier กับธนาคาร National Provincial and Union Bank แห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งข้อยกเว้นประการที่สามนี้เกี่ยวกับหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับของนายธนาคารตามคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา Banks ก็คือการเปิดเผยเพื่อประโยชน์ของธนาคาร (Neill, 1996: 293)

ในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นหลักการอันแสดงถึงความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด โดยพิจารณาบนพื้นฐานของหลักการซึ่งนำหลักประโยชน์

ระหว่างสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองกับประโยชน์ของสังคมนั้นเป็นหลักที่กำหนดขึ้นมา เพื่อคุ้มครองผู้กระทำมิให้ได้รับผลกระทบจากบทบัญญัติของกฎหมายในการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคม (เกรียงศักดิ์ อรุณรัชพิศาล, 2543: 141)

3.2.3.4 กรณีเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี

ในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับขึ้น โดยสามารถเกิดขึ้นได้ 2 ทาง กล่าวคือ ประการแรก เกิดจากความสัมพันธ์ทางวิชาชีพระหว่างอนุญาโตตุลาการและผู้มีข้อพิพาท เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของทนายความต่อลูกค้า แพทย์ต่อคนไข้ นักบัญชีต่อลูกค้า การรักษาความลับเป็นหน้าที่ที่จะต้องไม่เปิดเผยความลับของข้อมูลที่ได้จากการสื่อสาร การรับเอกสารใด ๆ หรือจากการแถลง บอกเล่าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ประการที่สอง เกิดจากความสัมพันธ์ที่เชื่อว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจ หน้าที่ถึงตุลาการได้รับความเคารพเชื่อถือ ก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ และมีความรับผิดชอบในการรับรู้รับทราบ และเก็บรักษาข้อมูลเป็นความลับ

ตามกฎหมายของต่างประเทศ หน้าที่ในการรักษาความลับมีพบว่าปรากฏอยู่ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ทั้งใน The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators และ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) ได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับไว้เช่นเดียวกันทั้งในระหว่างกระบวนการพิจารณา และภายหลังกระบวนการพิจารณา โดยใน AAA ได้เตือนอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาระหว่างการพิจารณาเพื่อหาประโยชน์ส่วนตัว หรือโยชน์เพื่อบุคคลอื่นด้วย ในการเปิดเผยความลับจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณี หรือมีกฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเท่านั้น

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

ตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ของประเทศไทย ได้กำหนดไว้ในหมวด 8 ในจริยธรรมในเรื่องการรักษาความลับ

ข้อ 45 กำหนดไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการอยู่ในฐานะเป็นที่ไว้วางใจของกลุ่มฯ ดังนั้นไม่ว่าเวลาใดจะต้องไม่นำข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นเพื่อให้เป็นทางเสียประโยชน์แก่ผู้อื่น”

ทั้งนี้ในข้อ 46 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ยกเว้นไว้ โดยกำหนดว่า เว้นแต่กลุ่มฯ จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดไว้เป็นความลับ

จากเนื้อความตามข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ทางจริยธรรมในการเก็บรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการไว้ แต่อย่างไรก็ตามหากมองหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการแล้วเกิดขึ้นจากหลักของสัญญา ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ให้อนุญาโตตุลาการสามารถเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการได้ หรือให้คู่กรณี บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการได้ โดยกำหนดเงื่อนไขอันทำให้สามารถเปิดเผยได้ กรณีเช่นนี้มีผลบังคับได้ ดังนั้นหากคู่สัญญามีข้อตกลงดังกล่าวเอง และหากอนุญาโตตุลาการนำความลับดังกล่าวไปเปิดเผย อนุญาโตตุลาการย่อมพ้นความรับผิดชอบ

ดังนั้นจะเห็นได้จากหลักการเรื่องความยินยอมดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดบางฐานนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำได้ ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของศาล แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมของกลุ่มฯ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีงาม และความยินยอมนั้นต้องมีมาก่อนแล้ว หรือมีขึ้นในขณะที่กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด นอกจากนั้นในทางปฏิบัติควรมีหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมไว้ในการเป็นหลักฐานเพื่อใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานให้พ้นความรับผิดชอบด้วย

3.2.3.5 กรณีเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อสร้างบรรทัดฐานของความยุติธรรมในความยินยอมของกลุ่มฯ

หลักการในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการ เป็นหลักการที่มีความสำคัญในการก่อให้เกิดทั้งหน้าที่ และความรับผิดชอบในการรักษาความลับดังที่ได้กล่าวมาโดยตลอดใน

ข้างต้นแล้ว โดยหลักเหตุผลในเรื่องการรักษาความลับมีพื้นฐานมาจากข้อเท็จจริงในข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการเองที่คู่กรณีย่อมไม่ยากให้ข้อมูลที่เปิดเผยได้ใช้ในการอนุญาโตตุลาการล่วงรู้ต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากจะกระทบต่อความสัมพันธ์ในทางธุรกิจการค้าและความลับในทางการค้าของคู่กรณีเองได้ การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับว่าสามารถรักษาความลับได้เป็นอย่างดีกว่าการระงับข้อพิพาทโดยศาล เพราะมีการจำกัดบุคคลที่จะมีส่วนเกี่ยวข้อง รับรู้เรื่องราวในข้อพิพาทของการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาจะดำเนินการอย่างเป็นทางการเฉพาะตัวหมายถึงไม่เปิดเผยสู่สาธารณชน ไม่มีการพิมพ์เผยแพร่หรือเผยแพร่ทางสื่อต่าง ๆ จึงเป็นเหตุผลที่สำคัญยิ่งในการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ได้ ยิ่งกว่านั้นหากพิจารณาหน้าที่ตามที่หลักจริยธรรมอนุญาโตตุลาการได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าอนุญาโตตุลาการต้องไม่แพร่งพรายเรื่องที่ได้รับรู้จากการพิจารณาคดี หรือเคยพิจารณาคำชี้ขาดนั้น

ตามกฎหมายของต่างประเทศก็ได้กำหนดหลักในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้หลายประเทศ เช่น ในประเทศญี่ปุ่น ข้อบังคับของ JCAA กำหนดให้อนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือคู่กรณี ตัวแทน หรือผู้ที่ต้องช่วยเหลือ จะต้องรักษาความลับซึ่งเป็นข้อเท็จจริงของคดีในการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal)

อย่างไรก็ดีในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการมีแนวความคิดว่าการไม่เปิดเผยหรือปิดเป็นความลับทั้งหมด ในส่วนของข้อมูล ข้อเท็จจริงใด ๆ อันเนื่องมาจากกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการ โดยถือเป็นความลับทั้งในการพิจารณา และความลับทั้งในด้านข้อมูลด้วย เป็นข้อค้อยที่ทำให้ไม่สามารถสร้าง Jurisprudence ในระบบอนุญาโตตุลาการได้ (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2540: 34) ดังนั้นหากจะยกเว้นในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้บางส่วนอาจเปิดเผยได้เมื่อผ่านระยะเวลาช่วงหนึ่งไปแล้ว ดังเช่นในกรณีคำพิพากษาของศาลที่มองว่าจะเป็นประโยชน์ เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีอื่น ๆ และเป็นวิทยาทานในการศึกษาด้วยในกรณีนี้ได้มีแนวความคิดซึ่งเป็นต่างกันดังมีรายละเอียดกล่าวคือ (Neill, 1997: 111 อ้างถึงในเกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล, 2543: 144)

แนวความคิดแรกเห็นว่า ในระบบอนุญาโตตุลาการหากมีการเปิดเผยคำชี้ขาดเพียงบางส่วน บางตอน มิได้เปิดเผยทั้งหมด เมื่อผ่านพ้นช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้วย่อมเป็นเรื่องที่กระทำได้ โดยมีหลักเหตุผลสนับสนุนทฤษฎีดังกล่าว คือ ทฤษฎีอรรถประโยชน์ โดยอธิบายว่าเมื่อผ่านพ้นช่วงระยะเวลาช่วงหนึ่งแล้ว เอกสิทธิ์ในการรักษาความลับจะหมดลงถ้าไม่มีประโยชน์ในการรักษา

ความลับอีกต่อไป แต่หากการเปิดเผยจะมีประโยชน์ต่อสาธารณะย่อมเป็นผลดีกว่าการเก็บรักษาไว้ โดยเปล่าประโยชน์ ซึ่งคล้ายกับกรณีของ Law Report ของต่างประเทศ (เจริญ ภักดีธนากุล อ้างถึงใน วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, 2538: 158) หรือกรณีที่ ICC และ ICISD ได้ลงพิมพ์โฆษณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการใน ICC Year Book Commercial Arbitration และ ICISD Review – Foreign Investment Law Journal อยู่เป็นประจำ ซึ่งเปรียบได้กับคำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่งในกรณีนี้อาจตกลงเป็นข้อกำหนดที่ชัดเจนในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ได้

แนวความคิดเห็นหลังเห็นว่าหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ เป็นหลักการที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นข้อมูลทุกประการ เอกสารทุกประเภทต้องได้รับการรักษาให้เป็นความลับ โดยหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการก่อให้เกิดหน้าที่แก่อนุญาโตตุลาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการในการมีหน้าที่ต้องคุ้มครอง รักษาข้อมูลทุกประการให้เป็นความลับตลอดไป โดยแนวความคิดหลังนี้สนับสนุนทฤษฎีความลับอันเป็นเด็ดขาด ซึ่งนำเสนอว่าทุกสิ่งในการอนุญาโตตุลาการที่ได้นำมาเปิดเผย หรือใช้ต้องเป็นความลับเสมอไป รวมถึงคำชี้ขาดด้วย โดยมีความเห็นในทางตรงข้ามกับทฤษฎีอรรถประโยชน์ ทฤษฎีความลับอันเป็นเด็ดขาดเห็นว่าประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง คือ การทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง นั่นคือ การรักษาความลับตลอดไป แม้ว่าระยะเวลาจะผ่านไปเท่าใด แต่ความลับของการอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นความลับไม่อาจเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกได้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดเห็นแรก ซึ่งสนับสนุนทฤษฎีอรรถประโยชน์ เนื่องจากให้ความสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ หากเมื่อผ่านพ้นระยะเวลาช่วงหนึ่งไปแล้วซึ่งต้องพิจารณาตามความเหมาะสมของแต่ละคดี ว่าเวลานานเท่าใดจึงไม่มีประโยชน์ในการรักษาความลับอีกต่อไป โดยต้องพิจารณาบนหลักการขั้นพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการคือ ในการเปิดเผยคำชี้ขาดบางส่วน บางตอน ต้องไม่กระทบต่อความลับของการอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป หมายถึง ไม่กระทบต่อความลับในทางการค้า ความลับส่วนบุคคลของคู่กรณี ความลับของรัฐ ในกรณีคู่กรณีเป็นรัฐ และไม่กระทบต่อความลับในทางคดี ซึ่งความลับทั้งหมดเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการที่มุ่งคุ้มครอง โดยการเปิดเผยคำชี้ขาดบางส่วน บางตอน ควรเป็นการเปิดเผยในส่วนที่ไม่กระทบต่อหลักความลับดังกล่าว เป็นส่วนที่เมื่อเปิดเผยแล้วเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง เช่นเพื่อเป็นกรณีศึกษา เพื่อนำมาเป็นคำวินิจฉัยบรรทัดฐาน เพื่อประโยชน์ในทางคดี น่าจะเป็นสิ่งที่เป็นผลดีต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป แต่หลักการทั้งหลายทั้งปวงนอกจากไม่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการ ต้องไม่ผิดต่อหลักความยินยอมของคู่กรณี

ด้วยการเปิดเผยดังกล่าวจึงจะสมประโยชน์ทั้งในด้านของประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการควบคู่กันด้วยอย่างแท้จริง

3.3 หลักความลับของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ และแนวทางในการคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

ในการศึกษาหลักความลับของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ จะขอกล่าวถึงหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นประเทศไทยกลุ่มคอมมอนลอร์ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มซีวิลลอร์ เพื่อให้เห็นถึงหลักความลับของอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ รวมทั้งมาตรการที่คุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการด้วย

3.3.1 หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ และแนวทางในการคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์หลักการในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการมีหลักปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวนี้มาช้านานแล้ว และมีหลักทฤษฎีที่ให้ความคุ้มครองในความลับของการอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งสามารถพิจารณาโดยรวมได้ดังนี้ (Francis Gurry, 2001: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ข้อหนึ่ง การกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการกรณีเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการอาจต้องรับผิดชอบโดยผลแห่งสัญญา สัญญาอาจถูกทำขึ้นตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณา หรืออาจทำขึ้นในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยขอให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้ การกำหนดความรับผิดชอบนี้ทำให้เกิดหนี้อันต้องผูกพันตามสัญญาระหว่างคู่กรณี และอนุญาโตตุลาการในการรักษาความลับ ดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องผูกพันตนในการรักษาความลับ หากคู่สัญญาละเมิดไม่ปฏิบัติตามสัญญาสามารถบังคับให้รับผิดชอบได้ อย่างไรก็ตามการคุ้มครองความลับโดยผลแห่งสัญญานั้นมีจุดด้อยกล่าวคือ คู่สัญญาอาจไม่ได้รับการคุ้มครองในกรณีมีการเปิดเผยโดยบุคคลที่สาม ซึ่งรับรู้ข้อมูลในการอนุญาโตตุลาการด้วย เนื่องจากสัญญามีผลบังคับเฉพาะแต่คู่สัญญาเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกด้วย (Francis Gurry, 2001: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ข้อสอง การกำหนดความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการกรณีเปิดเผยความลับในการอนุญาโตตุลาการโดยบทบัญญัติของรัฐ ซึ่งในแต่ละรัฐมีรูปแบบ และระดับการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่นกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทนอกจากศาลของมลรัฐ Texas มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองความลับจากการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเอกสารบันทึกต่าง ๆ ที่ใช้ในกระบวนการนี้จะถือเป็นความลับตลอดจนผู้เข้าร่วมในการพิจารณาทุกคนจะไม่ถูกเรียกให้เป็นพยานให้ปากคำในศาล หรือกระบวนการอื่นใดที่ขัดต่อการรักษาความลับ และยังคงคุ้มครองการเปิดเผยข้อมูลที่เกิดขึ้นระหว่างการอนุญาโตตุลาการต่อบุคคลทั่วไปด้วย รวมทั้งต่อศาล อัยการ และตัวแทนของหน่วยงานฝ่ายบริหาร (Francis Gurry, 2001: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ข้อสาม การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ในการพิจารณาคดีของศาลจะมีหลักการในเรื่องพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีที่จะต้องนำสืบ (Relevancy Rule) ซึ่งมีหลักการให้ศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานภายใต้ข้อสันนิษฐานว่า ข้อมูลที่เสนอเป็นพยานไม่มีความเกี่ยวข้องกับโจทก์ที่ทำการกล่าวอ้าง ในประเทศที่มีการใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้มีความหมายกว้างขวาง และกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจน การตีความต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก ส่วนในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้น มีหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลซึ่งได้วางแนวทางในเรื่อง Relevancy ให้ศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานภายใต้ข้อสันนิษฐานไว้ค่อนข้างชัดเจน ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาคดีในระบบลูกขุน ดังนั้นจึงมีการวางกฎเกณฑ์ในการนำเสนอพยานหลักฐานค่อนข้างเคร่งครัด พยานหลักฐานบางประเภทถึงแม้มีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี แต่มีอันตรายอาจทำให้เกิดลูกขุนซึ่งเป็นสามัญชนพิจารณาสับสนได้ในประเด็นแห่งคดี พยานหลักฐานบางประเภทที่อาจทำให้เกิดอคติได้ง่าย ดังนั้นกฎหมายคอมมอนลอว์ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับพยานหลักฐานจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์ที่ได้รับและข้อเสียที่อาจเกิดขึ้น (Francis Gurry, 2001: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ข้อสี่ การให้เอกสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลักษณะพยาน โดยพิจารณาว่าถึงแม้อนุญาโตตุลาการและคู่กรณีจะได้ทำสัญญาในการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อบุคคลภายนอก แต่ก็ไม่มีหลักประกันอันใดจะยืนยันว่าจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์จึงมีความจำเป็นต่อการรักษาความลับ

หลักความลับของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์สามารถแยกพิจารณาได้ตามหลักที่ปรากฏในประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.3.1.1 ประเทศอังกฤษ

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษยอมรับหลัก Common Law มาเป็นเวลาช้านานแล้ว โดยเป็นหลักการตีประเพณีของกฎหมายอังกฤษที่อนุญาโตตุลาการจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสถานะผู้พิพากษา ภายใต้เงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้อง ดำเนินคดีสำหรับความผิดพลาด หรือการละเว้นใด ๆ ไม่ว่าเนื่องจากการขาดความสามารถ ความไม่เอาใจใส่ ไม่ระมัดระวัง หรือความประมาทเลินเล่อก็ตาม

หลายประเทศใช้หลักการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Model Law of 1985) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายสากลที่ได้รับการยอมรับ และใช้อย่างกว้างขวางเป็นหลักการทางอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ ให้อิสระแก่คู่พิพาทในการสามารถเลือกใช้กระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการได้เอง ภายใต้หลักการของกฎหมายต้นแบบ ซึ่งหลายประเทศได้ประยุกต์นำไปใช้กับกฎหมายภายในประเทศ เช่น ออสเตรเลีย เบลอร์มิวดา บัลแกเรีย เป็นต้น ยกเว้นบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ที่ยึดถือโครงสร้างระบบกฎหมายของตนเอง

สำหรับหลักความลับของอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษจากการพิจารณาคดีเดิมจะพบว่าอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทของเอกชน และการให้ความคุ้มครองรักษาความลับก็เป็นสิ่งที่มีอยู่และควบคู่ไปกับกระบวนการดังกล่าว ซึ่งการรักษาความลับนอกจากจะผูกพันคู่กรณีแล้ว ยังขยายครอบคลุมเอกสารที่ได้ถูกเปิดเผยด้วย ซึ่งหมายถึงเอกสารที่ถูกสร้างขึ้นจากกระบวนการเปิดเผยเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบก่อนการไต่สวน และยังคงรวมถึงเอกสารที่เกิดขึ้นในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งรวมถึงคำฟ้อง และการยื่นเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาล (Neill, 1996: 290)

ในเรื่องการพิสูจน์พยานบุคคล และกิริยาท่าทางที่พยานบุคคลได้แสดงออกให้อนุญาโตตุลาการเห็น การรักษาความลับยังครอบคลุมถึงรายการบัญชีระบุพยาน และการโต้เถียงกันในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และที่สุดรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย สถานะของพยานบุคคลในการอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องที่มีการพิจารณากันในกรณีของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ถูกคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกมาให้การ ในชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยมีหลักการพื้นฐานที่กำหนดไว้คือ พยานบุคคลเช่นนั้นไม่เฉพาะมีหน้าที่ต้องเคารพต่อหลักการในการรักษาความลับใน

กระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกคนเข้ามาในคดีเท่านั้น และยังคงรักษาความลับของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย คู่กรณีต่างมีหน้าที่ต่างตอบแทนในการรักษาความลับของพยานบุคคลของตัวคู่กรณีด้วยเช่นกัน (Neill, 1996: 290)

หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการยังรวมไปถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย โดยยอมรับว่าในกระบวนการยุติธรรม จะไม่มีกรณีที่พิจารณาโดยขาดซึ่งจิตสำนึกอันดีงาม และการยอมรับตามคำชี้ขาดต้องอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่าคำชี้ขาดจะบริสุทธิ์ยุติธรรม การดำเนินกระบวนการพิจารณาทุกประการต้องกระทำเป็นความลับ และเชื่อถือได้ ซึ่งเป็นการรับรู้โดยจารีตประเพณีว่าคู่กรณีโดยส่วนมากจะนิยมใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยรับรู้ว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เป็นความลับ และเชื่อถือได้ สามารถรักษาความสัมพันธอันดีในการระงับข้อพิพาท (Professor Robert Merkin, 2000: [http://www.confidentiality .com](http://www.confidentiality.com))

อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการรักษาความลับนี้ไม่ได้เป็นหน้าที่โดยเด็ดขาด แต่ยังขึ้นอยู่กับข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นบางอย่างด้วย ข้อยกเว้นประการหนึ่งคือ เรื่องความยินยอม (Consent) ข้อยกเว้นประการที่สองคือ คำสั่งบังคับทางกฎหมายซึ่งหมายถึง คำสั่งศาลที่สั่งให้เปิดเผยเอกสาร ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ทำมาก่อนการนำคดีเสนอต่อศาล เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องดำเนินคดีกันในชั้นศาลต่อมาภายหลัง ข้อยกเว้นประการที่สามคือ การเปิดเผยโดยคำสั่งของศาล ข้อยกเว้นประการที่สี่คือ ความจำเป็นในการสร้าง หรือเปิดเผยเอกสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์อันชอบธรรมของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้จะใช้เฉพาะกับคำชี้ขาดโดยตัวของมันเอง และไม่อาจทำให้เกิดคำชี้ขาดได้ (Neill, 1996: 291)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยมีการแก้ไข The Arbitration Act 1996 ในปี 2001 โดยในการปรับปรุงได้พิจารณาหลักใน Section 14 ซึ่งได้กล่าวถึงความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย โดยหลักการความลับของอนุญาโตตุลาการกำหนดให้คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการสามารถระบุในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ว่าต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง หรือเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ล่วงรู้ หรือเผยแพร่สู่บุคคลที่สาม ซึ่งในประเทศอังกฤษแนวความคิดเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง และมีการศึกษาเพื่อให้ระบบอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ เพื่อสามารถชักจูงใจต่อการระงับข้อพิพาททางการค้าได้ เช่นในคดี Dolling – Baker & Merrett ศาลได้ให้ความเห็นยืนยันว่าระหว่างคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการข้อมูลทุกประการต้องเป็นความลับ

ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ The Arbitration Act 1996 ของอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ในการแยกความแตกต่าง และความสัมพันธ์ของความเป็นส่วนตัว (Privacy) และความลับ (Confidentiality) ไว้ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะได้กำหนดเป็นหลักแห่งกฎหมาย โดย Lord Saville ได้อธิบายไว้ว่า

“หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นหลักแห่งเหตุผลที่จะพัฒนากฎ และเป็นรากฐานแห่งกฎที่สำคัญที่สุด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า การอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการต้องกระทำเป็นความลับ และจะได้รับความคุ้มครองรักษาให้เป็นความลับบนหลักมาตรฐานที่กำหนดโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่หากกรณีที่มีผู้ใดที่มีได้ถูกผูกมัดโดยข้อตกลง จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ให้ความคุ้มครองโดยกฎหมาย ต้องมีการพิจารณาว่า คู่กรณีได้รับความคุ้มครองอย่างไร ภายในหลักเกณฑ์แห่งการอนุญาโตตุลาการทางการค้าว่าจะมีหลักประกันการคุ้มครองรักษาความลับหรือไม่

กรณีบุคคลที่มีใช้คู่กรณีต้องการรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ การเก็บรักษาข้อมูลโดยการคุ้มครองให้เป็นความลับ ต้องล่วงรู้เฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูล ซึ่งย่อมต้องการความยุติธรรม ความถูกต้อง และส่วนใหญ่เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภาพลักษณ์อันจะกระทบกระเทือนต่อธุรกิจการเงินการค้าของคู่กรณี ดังนั้นหลักของความลับของการอนุญาโตตุลาการ และการรักษาความลับต้องเป็นหลักอันเป็นข้อจำกัดทางกฎหมาย

มาตรการที่ดีที่สุดในการรักษาคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการ คือ ต้องทำให้รัฐมีหลักการมาตรฐานเกี่ยวกับความลับ และการคุ้มครองรักษาให้เป็นความลับ”

ตาม The Arbitration Act 1996 ใน Section 14 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การห้ามเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดไว้ดังนี้

ข้อหนึ่ง ตามอนุมาตรา (2) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการตกลงโดยคู่กรณีหรือไม่ให้ถือว่าจะไม่มีการเผยแพร่ เปิดเผย หรือใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาภายใต้ข้อตกลง หรือคำชี้ขาด

ข้อสอง เป็นข้อยกเว้น กำหนดว่าการห้ามเผยแพร่ เปิดเผย หรือใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะกระทำได้ใน 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีแรกการเผยแพร่ เปิดเผย หรือการใช้ข้อมูลอันเกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการมีกฎหมายอนุวัติ กรณีที่สอง โดยความยินยอมของคู่กรณี

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ของความลับของการอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจน โดยหลักดังกล่าวมิใช่หลักที่มีสภาพบังคับโดยเด็ดขาดด้วย มีข้อยกเว้นอื่นทำให้การเปิดเผย หรือใช้ข้อมูลที่เป็นความลับของการอนุญาตตุลาการสามารถกระทำได้ไม่เป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศอังกฤษก็ได้กำหนดบทลงโทษ หรือมาตรการในการเอาผิดไว้

หลักในเรื่องความลับของการอนุญาตตุลาการในประเทศอังกฤษสามารถพิจารณาได้จากคำตัดสิน และคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งหลักความลับของการอนุญาตตุลาการนี้ประเทศอังกฤษยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐาน ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการต้องถูกผูกพันจากหน้าที่โดยทั่วไปในการรักษาความลับ

คดีระหว่าง Associated Electric and Gas Insurance Limited (Aegis) ซึ่งได้เข้าทำข้อตกลงกับ The European Reinsurance Company of Zurich (European Re) โดย European Re ได้ถือว่าคำตัดสินเรื่องจำนวนค่าเสียหายที่ฝ่าย Aegis ได้ยอมรับไว้แล้วผิดพลาด โดยคำตัดสินได้ถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งโดยศาล Bermudian โดยกระบวนการพิจารณากระทำโดยคณะกรรมการลับในข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ข้อแรกระบุว่าคู่พิพาท ทนายความ คณะอนุญาตตุลาการ และกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการทั้งปวงตกลงให้ “กำหนดเป็นหลักทั่วไปในการรักษาความลับส่วนบุคคล และความลับในการอนุญาตตุลาการ” โดยหลักการนี้ให้รวมถึงข้อมูลทุกชนิด เอกสารทุกประเภท และผลในทางคดีในการอนุญาตตุลาการต้องไม่ถูกเปิดเผย รวมถึงระบุให้ข้อมูลที่ เป็นของปัจเจกบุคคล เอกกฤษณ์เฉพาะบุคคล ข้อมูลที่รวม หรือแยกเป็นส่วน จะต้องไม่นำมาเป็นข้อมูลในการอนุญาตตุลาการระหว่าง Aegis และ European Re” คณะกรรมการลับได้วินิจฉัยหลักการขนส่งทางเรือของ Ali จาก Aegis Case โดยนำหลักพื้นฐานหลายประการมาพิจารณา และพบว่ามีความเอนเอียงของฝ่าย European Re โดยหลักการรักษาความลับกำหนดให้ทุกฝ่ายต้องเคารพหลักความลับของอนุญาตตุลาการ อันเป็นหลักพื้นฐาน และเป็นจุดมุ่งหมายของการอนุญาตตุลาการด้วย โดยจุดมุ่งหมายอันมีประสิทธิภาพของการอนุญาตตุลาการ คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี จุดมุ่งหมายของข้อตกลงในการรักษาความลับ คือ การปกป้องคุ้มครองข้อมูล และรายละเอียดทางคดีในกระบวนการอนุญาตตุลาการได้อย่างแท้จริง และความเชื่อถือว่า จะได้รับความคุ้มครองตามสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายในคำชี้ขาด ได้รับความคุ้มครองสิทธิ

ส่วนบุคคลว่าจะไม่ถูกละเมิดซึ่งล้วนเป็นหลักการคุ้มครองรักษาความลับทั้งสิ้น รวมถึงข้อตกลงของคู่กรณีในการยอมรับคำชี้ขาดด้วย ซึ่งคดีดังกล่าวนี้เป็นการยืนยันถึงหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ โดยศาลก็ยอมรับและดำเนินการตามหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการด้วย

ในอีกคดีหนึ่งคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Dolling – Baker V. Merrett ผู้พิพากษา Parker ก็ยอมรับอย่างชัดเจนถึงความมีอยู่ของหน้าที่ผูกพันคู่กรณีที่พึงปฏิบัติในการอนุญาโตตุลาการ และป้องกันมิให้เปิดเผยหรือใช้เอกสารในการอนุญาโตตุลาการเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นตามอำเภอใจได้ โดยได้กล่าวไว้ว่าหน้าที่ดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากลักษณะของการอนุญาโตตุลาการเอง (Neill, 1996: 291)

ผู้พิพากษา Parker ได้ใช้หลักการดังกล่าวนี้กับเอกสารของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีการเปิดเผยตามกระบวนการ Discovery บางครั้ง โจทก์ปรารถนาจะรู้ค่าแถลงของพยานบุคคลที่ส่งในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก่อนหน้าที่จะมีการฟ้องร้องคดีต่อศาล รวมถึงบัญชีระบุนพยานและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่อไปนี้เป็นถ้อยคำในคำพิพากษาของผู้พิพากษา Parker

“ประเด็นของคดีไม่ได้อยู่ที่การอ้างถึงความคุ้มกันต่อเอกสารที่เตรียมขึ้น หรือใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้อยู่ที่ว่าเอกสารที่เป็นความลับจะต้องนำมาใช้ในศาลเท่านั้น แต่ประเด็นอยู่ที่ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการของเอกชนต่างหากว่าประกอบด้วยหน้าที่หรือหนี้โดยนัยที่จะต้องเก็บรักษาเอกสารที่ใช้ในกระบวนการ Discovery และจะไม่ใช้เอกสารเหล่านั้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกจากเพื่อระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าการพิจารณาจะเป็นเรื่องของความยินยอมและสมัครใจของคู่ความ แต่โดยลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่ความมีหน้าที่โดยนัยที่จะไม่เปิดเผยหรือใช้เอกสารที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการด้วยวัตถุประสงค์อื่นใด ไม่ว่าจะเป็วิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ทั้งนี้จะต้องเก็บรักษาเป็นความลับด้วยอาศัยความเห็นชอบร่วมกันของคู่กรณี หรือโดยคำสั่งของศาล ข้อกำหนดนี้ยังคงเป็นของที่จำเป็นอยู่เช่นเดียวกับกรณีที่นายธนาคารเก็บรักษาความลับของลูกค้า

ข้าพเจ้ามิได้ไปไกลถึงขนาดจะให้คำนิยามอย่างชัดเจนถึงขอบข่ายแห่งหน้าที่อันนี้ มันยังไม่มีคามจำเป็นในปัจจุบันที่ต้องทำถึงขนาดนั้น แต่มันมีตัวอย่างที่ค่อนข้างสมบูรณ์ปรากฏแล้วว่าความจริงเอกสารที่ใช้อยู่ในการอนุญาโตตุลาการ จะไม่ถูกนำไปอ้างถึงความลับหรือเอกสิทธิ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางคดีต่อไปภายหลัง ข้าพเจ้าทราบก็เป็นการมากพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องถามหาความคุ้มกัน หรืออ้างวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะใด ๆ แต่มันเป็นเรื่อง

ของอำนาจ โดยนัยที่เกิดจากลักษณะของการอนุญาตไตตุลาการด้วยตัวของมันเอง เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นในเรื่องการนำเอาเอกสารมาพิสูจน์ต่อกันในศาลตามบัญญัติระบุนุยกานหรือคำให้การ ศาลพึงต้องเคารพความมีอยู่ของหน้าที่ในการรักษาความลับทางอนุญาตไตตุลาการนี้ โดยอาจมีข้อจำกัดอยู่บ้าง บางประการกล่าวคือ บางครั้งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมก็จำเป็นต้องให้มีการเปิดเผย และตรวจสอบเอกสารดังกล่าวได้ กล่าวโดยสรุปได้ว่าศาลจะต้องพิจารณาด้วยเหตุผลหลายประการว่าการที่จะถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีจำเป็น หรือคุ้มค่าหรือไม่ หากต้องละเมิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่ในการรักษาความลับในทางอนุญาตไตตุลาการ”

จะเห็นได้ว่าจากคำตัดสินของผู้พิพากษา Parker ได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนในความคิดที่ว่าเอกสารของอนุญาตไตตุลาการต้องเก็บรักษาเป็นความลับอย่างถาวร ซึ่งแนวคำพิพากษาของผู้พิพากษา Parker สนับสนุนหลักทฤษฎีบรรดประโยชน์ที่ว่าหากเอกสารที่ใช้ หรือส่งมอบในการอนุญาตไตตุลาการเมื่อพ้นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ไม่เป็นประโยชน์ในการเก็บรักษาอีกต่อไป ก็ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดบางส่วนได้ อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา Parker ได้สร้างหลักความลับของการอนุญาตไตตุลาการจากคำตัดสินของเขาเอง โดยเป็นหลักการที่ว่าด้วยหน้าที่หรือหน้าที่โดยนัยที่ต้องผูกพันคู่กรณีในการอนุญาตไตตุลาการ ให้ต้องเก็บรักษาความลับของเอกสารเกี่ยวกับอนุญาตไตตุลาการไว้ ซึ่งผู้พิพากษา Parker ไม่ได้ประสงค์จะให้คำนิยามในเรื่องหน้าที่ดังกล่าวไว้แต่อย่างใด รวมทั้งยอมรับว่ามีข้อยกเว้นบางประการให้สามารถเปิดเผยความลับของการอนุญาตไตตุลาการได้ เช่น การเปิดเผยโดยความยินยอมของคู่กรณี และตามคำสั่งศาล ซึ่งยังได้พูดถึงคำสั่งศาลที่สั่งให้เปิดเผยพยานตามกระบวนการ Discovery และโดยที่คู่กรณียื่นคำร้องขอต่อศาลในสถานการณ์พิเศษซึ่งเป็นข้อยกเว้นในการที่ศาลต้องเคารพหลักการรักษาความลับดังกล่าว

โดยสรุปแล้วในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ภายในกระบวนการอนุญาตไตตุลาการ การปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาตไตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความหมายของสัญญาอนุญาตไตตุลาการ นั่นคือ คู่สัญญาจะต้องเก็บรักษาข้อมูลความลับที่ได้จากการพิจารณาของอนุญาตไตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำฟ้อง พยานหลักฐานในลักษณะการบันทึกคำพยาน โดยลายลักษณ์อักษร และคำชี้ขาด เว้นเสียแต่จะเปิดเผยความลับนี้ได้เมื่อมีความจำเป็นต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไตตุลาการ ซึ่งเชื่อได้ว่าการปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวนี้จะสอดคล้องกับการอนุญาตไตตุลาการระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ แม้จะไม่ใช่ว่าการอนุญาตไตตุลาการของทุกประเทศก็ตาม และจะเห็นได้ว่าแม้ในประเทศอังกฤษยอมรับ และกำหนดหลักความลับของการอนุญาตไตตุลาการไว้ในกฎหมายแล้ว แต่อย่างไรก็ตามยังไม่มียกเว้นอันจะเป็นบทบังคับและบทลงโทษต่อผู้เปิดเผยความลับของการอนุญาตไตตุลาการ โดยไม่มีอำนาจ

3.3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การอนุญาตตุลาการได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากในสหรัฐอเมริกา ในฐานะที่เป็นทางเลือกในการดำเนินคดี และอนุญาตตุลาการจะถูกมองว่าเป็นเสมือนผู้พิพากษาที่ถูกเลือกโดยคู่สัญญา นอกจากนี้ยังมีผู้เปรียบอนุญาตตุลาการว่าอาจมีอำนาจเทียบเท่าผู้พิพากษา และในบางครั้งอาจมีอำนาจมากกว่าด้วย ดังนั้นในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นซึ่งโดยปกติคู่สัญญามักจะเลือกใช้เวทีของการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะเป็นวิธีที่รวดเร็วกว่าการดำเนินการทางศาล เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า ให้ความมั่นใจได้มากกว่า และเป็นทางเลือกที่น้อยกว่าด้วย นอกจากนี้คู่สัญญาสามารถเลือกบุคคลที่มีอำนาจในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่มีอยู่ซึ่งก็คืออนุญาตตุลาการ โดยอนุญาตตุลาการที่คู่สัญญาเลือกขึ้นอันเนื่องมาจากความมุ่งหวัง 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก อนุญาตตุลาการเป็นบุคคลที่คู่สัญญาไว้วางใจ และมีความเชื่อมั่น

ประการที่สอง ตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นอนุญาตตุลาการเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขาเฉพาะเรื่อง และมักมีคุณสมบัติดีกว่าผู้พิพากษาที่ตัดสินคดี

เหตุผลที่สำคัญว่าเหตุผลอื่นใดที่ทำให้การอนุญาตตุลาการได้รับการยอมรับอย่างมากในสหรัฐอเมริกา คือ การสามารถรักษาความลับทางการค้าได้เป็นอย่างดี (Hausmaninger, 1999: 7 และพิชัยศักดิ์ หรยางกูร ในรวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, 2540: 39)

ในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าการอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมากกว่าศาล และในประมาณกว่าร้อยละ 70 ของการอนุญาตตุลาการได้รับการยอมรับว่าเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพมาก ได้รับการใช้เป็นวิธีในการระงับข้อพิพาทมากมาย เช่น ข้อพิพาททางแรงงาน ข้อพิพาททางด้านการค้าก่อสร้าง เป็นต้น และการอนุญาตตุลาการ เป็นกระบวนการที่มีการใช้อย่างแพร่หลายพร้อมกันกับมีพัฒนาการด้านหลักการ กฎ ระเบียบ ให้ทันสมัย อยู่ตลอด มีมาตรฐานที่เหมาะสมกับข้อพิพาทในหลาย ๆ ประเทศ รวมถึงหลักการในเรื่องการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่กรณีด้วย โดยสถาบัน AAA ได้รับรองและยืนยันว่าการอนุญาตตุลาการได้กลายเป็นวิธีในการระงับข้อพิพาทที่มีผู้นิยมมากกว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาล เพราะคนทั่วไปคิดว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะในศาลพาณิชย์เป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากมาก และจากพัฒนาการที่เติบโตอย่างต่อเนื่องของการอนุญาตตุลาการ ทำให้การอนุญาตตุลาการได้รับความนิยมที่คู่พิพาทจะเลือกใช้เสมอมา โดยในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีที่เลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมากกว่าศาลเสียอีก และจากการศึกษา สังคมความรู้ด้าน

อนุญาตตุลาการพบว่า การอนุญาตตุลาการจะสำเร็จได้ผลเมื่อคู่กรณี อนุญาตตุลาการ และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเข้าใจในหลักการของอนุญาตตุลาการ และเหตุผลของการอนุญาตตุลาการอย่างแท้จริง และนำไปปฏิบัติให้ถูกต้อง(Richard P.Flake, 1998: 3)

นอกจากความรวดเร็วในการพิจารณาข้อพิพาท และความเชื่อถือได้ในการอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของการอนุญาตตุลาการแล้ว หลักในเรื่องความลับของการอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีจะได้รับความคุ้มครอง และรักษาข้อมูลในข้อพิพาทเป็นหลักการที่สำคัญที่สุด ถือเป็นรากฐานของการอนุญาตตุลาการ

ในสหรัฐอเมริกายอมรับว่าในการอนุญาตตุลาการหากมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับอย่างแท้จริง เป็นข้อมูลในข้อพิพาทโดยปราศจากอำนาจจะกระทำมิได้ ซึ่งหลักความลับของการอนุญาตตุลาการจะครอบคลุมหลักความยุติธรรม ความถูกต้อง โดยต้องไม่เปิดเผยในสิ่งที่ได้ยิน หรือรับรู้จากข้อพิพาท ในข้อเท็จจริงความลับของการอนุญาตตุลาการเป็นหลักการที่ประสานอยู่ในกระบวนการวิธีของการอนุญาตตุลาการนั่นเอง ซึ่งคำนึงถึงความถูกต้อง บริสุทธิ์ ยุติธรรม รักษาไว้ซึ่งหลักแห่งจริยธรรม ซึ่งเป็นหลักของจิตสำนึกอันดีงามที่อยู่เหนือหลักความลับของการอนุญาตตุลาการ

ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายมากกว่า 250 ฉบับ (Richard P.Flake, 1998: 3) ที่บัญญัติในเรื่องการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการไว้ โดยสามารถแยกเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองการเปิดเผยความลับโดยทั่วไป และกฎหมายลักษณะพิเศษที่ให้การรักษาคู่ครองความลับในการอนุญาตตุลาการ ซึ่งออกมาในรูปแบบกฎหมายมลรัฐที่กำหนดการให้เอกสิทธิ์แก่การอนุญาตตุลาการ โดยข้อมูลใดๆ ที่ได้ใช้ หรือเปิดเผยในการอนุญาตตุลาการ จะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในภายหลังในกระบวนการยุติธรรมอื่น กฎหมายที่ปรากฏในรูปแบบกฎหมายมลรัฐเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาปกครองในรูปแบบมลรัฐ โดยหลักเกณฑ์ของแต่ละมลรัฐอาจไม่เหมือนกันก็ได้ เช่นใน Chicago ใช้หลักของ NAFTA โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของการอนุญาตตุลาการไว้ใน Chapter 11 สรุปได้ว่า ในประเด็นหลักความลับของการอนุญาตตุลาการจะได้รับการกล่าวถึงว่าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ และการได้เปรียบเสียเปรียบในการอนุญาตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ และเป็นเหตุผลหลักที่ในวงธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ จะเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ โดยมีคำกล่าวไว้ว่า (Richard P.Flake, 1998: 3)

“หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นลักษณะเฉพาะที่มีความสำคัญยิ่ง เป็นหลักการอันมีคุณค่าสูงสุดของการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ

ความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ปรากฏโดยปริยาย และเป็นการกำหนด ในข้อตกลงระดับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้” (Richard P.Flake, 1998: 3)

นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักในการที่อนุญาโตตุลาการต้อง รักษาความลับไว้ใน ประมวลจริยธรรม คือ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA)

หลักในเรื่องการรักษาความลับของ AAA Code กำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้ทั้ง ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา และภายหลังการพิจารณา โดยเป็นการเตือนอนุญาโตตุลาการ ไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาระหว่างการพิจารณาหาประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์ แก่ผู้อื่น หลักการดังกล่าวมิได้เป็นข้อบังคับที่มีสภาพบังคับ หรือบทลงโทษ เป็นแต่เพียงหลัก จริยธรรมทางวิชาชีพเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่าหน้าที่ในการเรื่องการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการ เป็นแนวคิดซึ่งได้เกิดขึ้นเป็นเวลานานมาแล้ว โดยพวกแองโกล – อเมริกา (Anglo - Americans) เป็นผู้ให้กำเนิดหน้าที่ในการรักษาความลับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยประกอบด้วยสาม แนวความคิดสำคัญดังนี้

ข้อหนึ่ง หน้าที่ในการรักษาความลับที่เกิดจากข้อเท็จจริงโดยปริยาย (implied in fact) เช่น กรณีคู่สัญญาผูกพันโดยผลของสัญญา

ข้อสองหน้าที่ในการรักษาความลับ ที่มาจากความสัมพันธ์โดยอาศัยหลักความ ไว้วางใจซึ่งกันและกัน (Fiduciary Relationship)

ข้อสามเจ้าของข้อมูลที่เป็นความลับ มีส่วนได้เสียในทางทรัพย์สิน (Property Interest) หรือสิทธิในทรัพย์สิน ในความลับทางการค้า ขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง และ เนื้อหาสาระของการให้ความคุ้มครอง อาจเปลี่ยนแปลงไปตามคดีแต่ละคดี โดยขึ้นอยู่กับ แนวความคิดที่นำมาใช้ (เกรียงศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล, 2542 : 129)

นอกจากนี้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในข้อกำหนดของ TRIPS มาตรา 39 ไม่ได้บังคับใช้ทั่วโลกโดยหลักนี้ไม่ได้ใช้บังคับทั่วโลก แนวความคิดเกี่ยวกับข้อมูลซึ่งเจ้าของ มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของสหรัฐอเมริกาจะมีวิธีกล่าวถึงในเรื่องของการแข่งขันอันไม่เป็น

ธรรม แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 39 ยังกำหนดภาระหน้าที่ให้กับสมาชิกในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งหมายความว่าขณะนี้ในประเทศสมาชิกมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องการรักษาความลับ โดยเฉพาะความลับทางการค้า โดยจากหลักการของ TRIPs ได้แบ่งการพิจารณาเป็น 3 ส่วน คือ ในส่วนที่จะกล่าวอ้างถึงตัวอย่างในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริง ส่วนที่สองจะเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของความลับ เช่น เป็นแนวทางที่รัฐคุ้มครอง และ ส่วนที่สามจะเป็นขอบเขตของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักเกณฑ์ของความลับ

จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ยอมรับหลักความลับของการอนุญาตอุตสาหกรรมว่ามีผลสำคัญต่อกระบวนการวิธีพิจารณาโดยอนุญาตอุตสาหกรรม เมื่อได้รับรู้ข้อมูลใดในข้อพิพาทจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาตอุตสาหกรรม และบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในข้อพิพาทย่อมเกิดหน้าที่ความรับผิดชอบที่ถูกผูกมัดขึ้น โดยปริยายในการอนุญาตอุตสาหกรรมนั้นเองให้ต้องรักษาเป็นความลับ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะมีบทบัญญัติที่กำหนดหลักความลับของการอนุญาตอุตสาหกรรมไว้มากมาย แต่ยังไม่มามีมาตรการที่ชัดเจนเพียงพอในการยืนยันว่าข้อมูลในกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตอุตสาหกรรมจะไม่เป็นที่ล่วงรู้ หรือเปิดเผยต่อสาธารณชน หรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นวิธีการที่รัดกุม และเป็นการผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือจำเป็นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ครอบคลุมถึงประเด็นนี้ด้วย (Richard P. Flake, 1998: 9)

ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ได้มีนักคิดนำเสนอแนวทางสนับสนุนหลักความลับของการอนุญาตอุตสาหกรรมไว้ดังต่อไปนี้

หลักแห่งการเปิดเผย ได้นำเสนอแนวความสัมพันธ์ระหว่างการเปิดเผย และการคุ้มครองความลับทางการค้าซึ่งเป็นสิ่งที่ซับซ้อน เช่น ผลหรือรายละเอียดซึ่งเป็นความลับในคดีก่อนที่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตอุตสาหกรรมจะไม่สามารถนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตอุตสาหกรรมในคดีอื่น ๆ ได้ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้เคยตัดสินไว้โดยตรงซ้ำในประเด็นที่น่าสนใจ ในการพิสูจน์ว่าจะเป็ข้อมูลที่เป็นความลับหรือไม่ คือให้พิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ที่จะร้องขอให้นำมาพิจารณาในคดีหลังต่อมา ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้เป็นวิธีที่ดีกว่าในการให้คำจำกัดความของ “ความลับ” กระบวนการวิธีของประเทศในภาคพื้นยุโรปจะใช้การอนุมาณ เช่น คณะอนุญาตอุตสาหกรรม หรือคณะผู้พิพากษาสมทบจะอนุมาณ หรือลงความเห็นสรุปจากข้อเท็จจริงเป็น หรือไม่เป็นความลับ และท้ายที่สุดก็ต้องนำมาพิจารณาตัดสินอีกครั้งว่าจะทำให้การตัดสินถูกต้องหรือไม่ ซึ่งถือเป็นวิธีการที่เหมาะสมกว่าวิธีการอื่น อย่างไรก็ตามวิธีการอนุมาณอาจมองได้ว่าจะได้ผลเป็นการทำนายมากกว่า ซึ่งจะแตกต่างจากการยืนยันโดยพยานหลักฐาน

หลักนโยบายแห่งรัฐ โดยได้นำเรื่องความเคร่งครัดในเรื่องการให้ความคุ้มครองความลับมาใช้ในกระบวนการวิธีทางอนุญาโตตุลาการ โดยศาลสามารถปรับใช้ได้ตามสถานการณ์ที่เหมาะสม

3.3.1.3 ประเทศสิงคโปร์³⁰

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่ยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างมาก และได้พัฒนาแนวทางของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาโดยตลอด โดยได้ตั้งศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ขึ้น (The Singapore International Arbitration Centre) หรือ The SIAC ขึ้นในปี ค.ศ.1991 และได้ประกาศใช้ The International Arbitration Act หรือ IAA ขึ้นตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ หรือ UNCITRAL Model Law ในปี 1995

ตามกฎหมายของ The SIAC ได้ระบุหลักในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ด้วยอย่างชัดเจน เช่น ในกระบวนการสืบพยานต้องกระทำโดยลับ โดยไม่อนุญาตให้มีการเผยแพร่ข้อมูลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดคู่สาธารณชน โดยเด็ดขาด

คู่กรณีจะได้รับการประกันว่าจะได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาข้อพิพาทอย่างรอบคอบ และจะได้รับความคุ้มครองด้านความลับ ตามกฎหมายของ The SIAC Rule 34.6 โดยแต่ละข้อพิพาทต้องพิจารณาและคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อแต่ละปัจเจกบุคคลในข้อพิพาททั้งด้านสถานภาพทางธุรกิจการค้า การเงิน ซึ่งจะเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงความมั่นคงด้านธุรกิจการค้าของคู่กรณี คำตัดสิน และกระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องเคารพต่อหน้าที่ในการคุ้มครองรักษาความลับของข้อพิพาทตามกฎหมายของ The SIAC Rule 34.6 ด้วย

สิงคโปร์มีหลักกฎหมายที่จะสนับสนุนกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่กว้างขวาง ทันสมัย ใสสะอาด ก้าวหน้า ซึ่งมีความมุ่งหวังจะเป็นศูนย์กลางที่เป็นผู้นำด้านการอนุญาโตตุลาการของโลก โดยสิงคโปร์ได้พัฒนา และให้ผู้พิพากษาได้เรียนรู้อย่างถ่องแท้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ จึงมีจำนวนผู้พิพากษาจำนวนมากที่เข้าใจ มีความเชี่ยวชาญในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมากมาย เพื่อรองรับต่อคดีทางการค้าระหว่างประเทศ

³⁰ <http://www.siac.org.sg/pdf/SIAC-intrafrules.pdf>.

สิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับลงนามเป็นสมาชิกในอนุสัญญาอนุกรมวินยอร์ก ค.ศ. 1958 โดยคำชี้ขาดของสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์จะสามารถใช้บังคับในประเทศมากกว่า 120 ประเทศ ที่เป็นสมาชิกภายใต้อนุสัญญาดังกล่าว เสมือนกับคำชี้ขาดของประเทศสมาชิกรุ่น ๆ โดยมีผลบังคับใช้ในประเทศสิงคโปร์เช่นเดียวกัน

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งได้นำแบบแผนระหว่างประเทศ และกฎในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมาร่างเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศ ทำให้สิงคโปร์เป็นประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการมาโดยตลอด ซึ่งเป็นการยืนยันได้ถึงความน่าเชื่อถือ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ดีอย่างยิ่ง

สำหรับหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา มีหลักกฎหมายที่ให้การรับรองคุ้มครองอย่างเต็มที่ตามกฎหมายของ The SIAC ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

หลักในเรื่องความเป็นอิสระของคู่พิพาท โดยคู่พิพาทมีอิสระอย่างเต็มที่ในการเลือกอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง คู่พิพาทมีอิสระในการเลือกกระบวนการวิธีในการระงับข้อพิพาท ซึ่งการอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์จะดำเนินการตามกฎหมายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายอื่นที่อยู่บนมาตรฐานของกฎต้นแบบอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งคู่พิพาทมีอิสระในการเลือกภาษาที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

สำหรับหลักในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

(ก) กฎหมายเกี่ยวกับความลับ ซึ่งจะคุ้มครองการละเมิด หรือการใช้ข้อมูลอันมีค่า โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นความลับทางการค้าซึ่งมีผลต่อการแข่งขันทางการค้าของคู่พิพาทในการได้ล่วงรู้ข้อมูลนั้น โดยหลักธรรมชาติของข้อมูลที่เป็นความลับมีขอบเขตที่กว้างขวางมาก รวมทั้งความลับของทางราชการที่มีความสำคัญ มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ หรือข้อมูลทางเทคนิคที่มีความพิเศษสำคัญต่อกระบวนการผลิต เป็นต้น

(ข) หลักกฎหมายจะให้ความคุ้มครอง และกำหนดโทษที่ชัดเจนยังไม่ปรากฏชัดเจน ในสิงคโปร์อาศัยหลักกฎหมาย Common Law และดุลยพินิจของศาลในการกำหนดโทษ

(ค) คำพูด และข้อมูลที่เป็นความลับจะมีลักษณะที่ไม่เป็นการล่วงรู้สู่สาธารณะ เป็นข้อมูลที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย โดยเกิดจากการกำหนดเป็นข้อกำหนดที่ชัดเจนในสัญญา



(ง) ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองความลับของการอนุญาตโตตุลาการ จะให้ความคุ้มครองยาวนานจนกระทั่งข้อมูลนั้นได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชน

สรุปได้ว่าแม้ในประเทศสิงคโปร์จะได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของการอนุญาตโตตุลาการไว้ค่อนข้างชัดเจน โดยบัญญัติว่าเป็นข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครอง แต่ในบทบังคับแล้วปรากฏว่าในเรื่องความลับของการอนุญาตโตตุลาการก็ยังไม่มียกกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษ หรือกำหนดโทษที่ชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

3.3.2 หลักความลับของการอนุญาตโตตุลาการ และแนวทางในการคุ้มครองความลับของการอนุญาตโตตุลาการในประเทศกลุ่มจีวีแอลวี

3.3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสก็ยอมรับหลักการในเรื่องของความลับของการอนุญาตโตตุลาการไว้ โดย François Dessemontet นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ในบทความว่า หลักเกณฑ์ในการรักษาความลับ และคุ้มครองความลับของการอนุญาตโตตุลาการแทรกซึมอยู่ภายในกระบวนการอนุญาตโตตุลาการหลายกระบวนการ ซึ่งอยู่ภายใต้คณะอนุญาโตตุลาการที่ปรึกษาในคดี และอนุญาโตตุลาการอยู่ในสถานะที่ต้องเคร่งครัดอย่างยิ่ง และต้องให้ความสำคัญกับการรักษาความลับในคดี (François Dessemontet, 1999: 133)

ในด้านข้อเท็จจริงในคดี ในความเป็นจริงเมื่อมีการฟ้องร้องคดี ตลอดจนถึงก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินมีคำชี้ขาดจะมีทัศนคติในเรื่องของความลับของการอนุญาตโตตุลาการมาเกี่ยวข้องโดยตลอด เช่น ในการอนุญาตโตตุลาการ ในคดีระหว่างผู้ขอใบอนุญาต และผู้ขอใบอนุญาตทางเทคโนโลยี ซึ่งใบอนุญาตเป็นสิ่งที่บ่งบอกแหล่งที่มาที่ตั้งสำนักงาน โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจเปิดเผยต่อคณะอนุญาโตตุลาการถึงข้อเท็จจริงซึ่งนำมาซึ่งการฟ้องร้องคดี รวมถึงสิทธิบัตรอันมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ของเทคโนโลยีนั้นก่อนที่จะดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นคู่พิพาทอื่น ๆ ในคดีไม่ได้รับข้อเท็จจริง หรือข้อสัญญาเกี่ยวกับความเป็นมาเหล่านี้

ในด้านพยานหลักฐาน ในการอนุญาตโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงฝ่ายผู้เสนอข้อพิพาทจะได้รับรู้รายละเอียดเกี่ยวกับตัวเรื่อง แต่จะไม่ได้รับรู้รายละเอียดที่ฝ่ายผู้คัดค้านได้ให้

ข้อเท็จจริงไว้กับคณะอนุญาโตตุลาการจนกว่าฝ่ายผู้คัดค้านจะยืนยันให้เปิดเผยความลับทางการผลิตได้ โดยตามกฎหมายกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องเคารพและปฏิบัติตาม Article 38 ของกระบวนการทางแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐ และข้อบัญญัติอื่น ๆ ก็ได้ให้ความคุ้มครองความลับในทางการค้าในเรื่องของสิทธิบัตร และสิ่งประดิษฐ์

สำหรับความยุ่งยากในการเผชิญหน้ากับพยานบุคคลซึ่งเข้าร่วมฟังการพิจารณาตัดสินด้วย โดยปราศจากการปฏิญาณตนเรื่องรักษาความลับ และปราศจากกฎที่กำหนดให้รักษาความลับ ซึ่งอาจารย์ Bullard Piere อาจารย์ด้านนิติศาสตร์ได้แสดงข้อโต้แย้งเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญไว้ใน *Chicaco Journal of International Law* ว่า

“เป็นเสมือนหนีอันเป็นภาระผูกพันที่มีใช้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้ใดผู้หนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการจะต้องเคารพต่อหลักในเรื่องความลับในการอนุญาโตตุลาการ แต่หมายรวมถึงทุกฝ่าย และทุกคนที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการมีหนีอันเป็นภาระผูกพันในการต้องเคารพปฏิบัติตามหลักนี้

อนุญาโตตุลาการท่านใดท่านหนึ่ง ซึ่งเป็นบุคคลในบัญชีรายชื่อที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้เลือกแล้ว จะเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ที่อยู่ในกระบวนการทางคดี ให้ผู้อื่นทราบไม่ได้ แม้ว่าตนจะได้รับคัดเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีถัดมาโดยมีคู่ความเดิมก็ตาม” (Francios (sic) Dessemontet, 1999: 134)

ในส่วนของคำชี้ขาด และกระบวนการมีคำชี้ขาด มีหลักเกณฑ์ว่า เมื่อมีคำชี้ขาดตัดสินในทางคดีแล้ว และได้มีการเผยแพร่คำชี้ขาดนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องเป็นประเด็นที่นำมาพิจารณาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงองค์รวมในทางกฎหมายแล้ว ต้องพิจารณาว่าจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองกับความลับของคู่พิพาท และความลับในทางธุรกิจด้วยหรือไม่ และเป็นสิ่งที่แน่ชัดว่าหากพิจารณาภายใต้หลักสุจริต จะไม่มีประโยชน์อันใด หากปราศจากการบ่งบอกบางประการที่ชี้วัดส่วนแบ่งทางการตลาดของคู่พิพาท แต่ในขณะเดียวกันการเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้มีความสำคัญประการหนึ่งการเปิดเผยชื่อของคู่พิพาทเลยทีเดียว (เกรียงศักดิ์ อรุณพงษ์พิศาล, 2543: 128)

การให้ความคุ้มครองรักษาความลับของคำชี้ขาด หรือกระบวนการของการมีคำชี้ขาดนั้นหมายรวมถึงการที่คู่กรณีในคดีต้องรักษาความลับด้วย หากคู่กรณีฝ่ายใดเปิดเผยคำชี้ขาด ซึ่งจะประกอบด้วยความลับในทางคดีต่อสาธารณชน หรือบุคคลที่สาม ย่อมเป็นสิ่งที่ผิดต่อหลักคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการด้วย

มีปรากฏในหลายประเทศว่าได้มีการยื่นข้อเรียกร้องต่อต้านกรณีมีการแยกค่าวิชาชีพที่เป็นคดีของชาวต่างชาติออกต่างหาก ซึ่งจะเป็นเหตุให้มีการเผยแพร่ค่าวิชาชีพเหล่านี้ได้ ดังนั้นศาลชั้นต้นในกรุงปารีสได้นำข้อเรียนนี้มาพิจารณาว่าหากข้อเรียกร้องแสดงให้เห็นถึงการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองความลับ ให้มีนโยบายคุ้มกัน และเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากความลับเปิดเผยเนื่องจากการเผยแพร่ค่าวิชาชีพ โดยศาลกรุงปารีสเห็นว่าการแยกค่าวิชาชีพดังกล่าวไม่ถูกต้องซึ่งได้ตัดสินเป็นหลักไว้ และการเผยแพร่ค่าวิชาชีพของชาวต่างชาติย่อมขัดต่อหลักคุ้มครองความลับ อีกทั้งกระทบต่อสิทธิในทางคดีด้วย

Françios (sic) Dessemontet ได้วางหลักแนวความคิดในเรื่องความลับของการอนุญาตโตตุลาการไว้ โดยได้นำเสนอหลักเกณฑ์เพื่อประกอบการศึกษาไว้ 2 หลักเกณฑ์ ดังนี้

หลักเกณฑ์แรก เรื่องการสร้างสมดุลให้กับผู้ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องทั้งหมด

หลักเกณฑ์ที่สอง เรื่องความเหมาะสม

หลักเกณฑ์แรก เรื่องการสร้างสมดุลให้กับผู้ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องทั้งหมด

เป็นการนำเสนอแนวทางทางการศึกษาว่าจำเป็นอย่างไรต้องมีหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองความลับของการอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งจะแตกต่างกับหลักกฎหมายอื่น ๆ ทั่วไป ซึ่งจากคดีต่าง ๆ และศาลของรัฐมักจะได้ยินเกี่ยวกับคดีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า ซึ่งมีปรากฏทั้งในประเทศฝรั่งเศส และประเทศทางตะวันออกของยุโรปที่เรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งจากความบากบั่นจนกระทั่งในที่สุดจึงมีการร่างข้อกำหนดนี้ นอกจากนี้กฎในการอนุญาตโตตุลาการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรของสมาคมอนุญาตโตตุลาการฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่อง “การสืบพยาน โดยลับ” ดังนั้นในฝรั่งเศสจะมีความตื่นตัวในการศึกษาหลักคุ้มครองความลับ และมีการเก็บรักษา และคุ้มครองความลับทางการค้าด้วย

ในทางตรงข้ามสิ่งที่เป็นเหตุผลที่เหมาะสมในการยืนยันถึงความสำคัญอย่างยิ่งของความต้องการทางกฎหมายที่ให้ผู้กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณชน เป็นเหตุผลที่เหมาะสมในการพิจารณาว่านโยบายของรัฐต่าง ๆ เป็นวิถีทางที่ดีที่สุดในการช่วยให้การคุ้มครองความลับทั้งหมดบรรลุผล เป็นเหตุผลที่เหมาะสมในการพิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายของการที่คู่พิพาทจะเปิดเผยข้อเท็จจริงในคดี ทั้งต้องพิจารณาถึงความสมดุลแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหากต้องการเก็บรักษาความลับ

หลักเกณฑ์ที่สอง เรื่องความเหมาะสม โดยได้นำเสนอหลักสนับสนุนหลักเกณฑ์นี้ได้แก่ หลักกฎหมายสากล ประกอบด้วยหลักแห่งเหตุในเรื่องหลักกฎหมายสัญญา ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าคู่กรณีมักต้องการเก็บรักษาความลับเพื่อสัมพันธ์ภาพในทางค้าธุรกิจในการทำสัญญาระหว่างกัน ซึ่งหลักที่เป็นที่เผยแพร่มาตรฐานของสัญญาจะมีระบุหลักดังกล่าวไว้ เช่น “คำเสนอ และคำสนองที่ต้องเป็นความลับโดยบุคคลที่เป็นคู่สัญญาระหว่างกันเท่านั้น จึงมีสิทธิในการติดต่อ และปฏิบัติตามกระบวนการในทางธุรกิจซึ่งจะล่วงรู้เฉพาะบุคคลในสัญญาเท่านั้น” (François(sic)Dessemontet, 1999: 135)

จะเห็นได้ว่าการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองความลับมิได้เกิดจากข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และหากการกำหนดสัญญาอนุญาโตตุลาการมีการกำหนดให้คุ้มครองความลับซึ่งจะเป็นข้อบังคับที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ และศาลต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีหลายคดีที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือเงื่อนไขของสัญญาอยู่บนหลักของการคุ้มครองความลับในการอนุญาโตตุลาการ บ่อยครั้งที่สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ จะได้รับการร้องขอให้กำหนดข้อกำหนดอย่างเคร่งครัดในการคุ้มครองความลับ เช่น เป็นที่รู้โดยทั่วไปในกฎหมายการค้าของสภาหอการค้าอเมริกัน กฎหมายการค้าของสภาหอการค้ายุโรป กฎอนุญาโตตุลาการสากลของกรมการประกันภัยประจำกรุงลอนดอน หรือกฎคณะอนุญาโตตุลาการทั้งในฝรั่งเศส และเยอรมัน (François(sic)Dessemontet, 1999: 135)

จากหลักแห่งสัญญาปรากฏว่ากฎของสถาบันจะจำกัดขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการบางประเภท เช่นอนุญาโตตุลาการ และบุคลากรทางการบริหาร ซึ่งคู่กรณียอมรับว่าอย่างน้อยสถาบันอนุญาโตตุลาการควรมีนโยบายในการให้ความคุ้มครองความลับ

ในหลักเกณฑ์ที่สอง เรื่องความเหมาะสม ยังมีหลักสนับสนุนในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความลับทางการค้าด้วย โดยมีหลักการคือ กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้ามีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสากลในการจะระบุความลับทางการค้าให้เป็นข้อกำหนด แม้ว่าจะมีสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิบัตร และลิขสิทธิ์จะมีมากกว่าหนึ่งร้อยปีแล้ว จึงได้รวมกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดในเรื่องความลับทางการค้าเข้ากับกฎเดิม (François(sic)Dessemontet, 1999: 135)

ตามกฎหมายของภาคพื้นยุโรปมีการคุ้มครองความลับทางการค้าซึ่งนำหลักเกณฑ์มาจากบทบัญญัติทางอาญา เช่น ตาม Articles 162 ของหลักกฎหมายอาญาสวิส เป็นต้น โดยตามกฎหมายทางการค้าของฝรั่งเศสเองจะกำหนดแนวทางคดีที่จะตัดสินคุ้มครองรักษาความลับโดยเหมาะสม หรือในกระบวนการทางแพ่งตามกฎหมายของรัฐ

ในหลักสนับสนุนหลักเกณฑ์ที่สอง เรื่องความเหมาะสมสุดท้าย คือ กฎของการอนุญาโตตุลาการ โดยมีสถาบันมากมายที่กำหนดคกฏเกณฑ์ในเรื่องความลับไว้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจหน้าที่ ซึ่งบทบัญญัติทางอนุญาโตตุลาการของ WIPO โดยผู้เชี่ยวชาญที่ศึกษาด้านอนุญาโตตุลาการ คือ Dr. J. Lew & Professor H. Smit ได้เขียนไว้ใน *Esso V. Plowman* เกี่ยวกับหลักคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการ โดยหลักความลับในการอนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถบังคับได้หากยังไม่มีมีการนำไปใช้ แม้ว่าในปัจจุบันคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการจะถูกขอให้คำนึงถึงกฎหมายเหล่านี้ด้วย (François(sic)Dessemontet, 1999: 135)

กฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการเองจะไม่ผูกพันคู่กรณีอย่างเด็ดขาด แต่อาจตกลงให้ขยายความคุ้มครองรวมถึงคู่กรณี ตลอดจนบุคคลอื่นในคดีด้วย เช่น อนุญาโตตุลาการเจ้าหน้าที่ นิติกร หรือบุคคลที่สามในคดีที่ต้องเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาทั้งปวง และพยานที่จะต้องปฏิญาณตนก่อนหน้าเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าจะต้องไม่เปิดเผยความลับ (François(sic)Dessemontet, 1999: 135)

ดังนั้นแม้ในประเทศฝรั่งเศสจะยอมรับ และมีบทบัญญัติในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในหลากหลายกฎเกณฑ์ แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนในบทบังคับ และไม่มีสภาพบังคับเด็ดขาด อีกทั้งไม่ได้กำหนดบทลงโทษหากเปิดเผยความลับไว้ในกฎของอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนด้วย

3.3.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

หลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการอาศัยหลักพื้นฐานของกฎหมายต้นแบบ UNCITRAL Model Law หรือไม่นั้น ในบทที่ 8 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของญี่ปุ่นไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายต้นแบบ ตั้งแต่กฎหมายได้ประกาศใช้จนกระทั่งได้มีการพัฒนาเป็นกฎหมายต้นแบบ

หลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาโตตุลาการบัญญัติอยู่ใน Article 786 – 805 ของบทบัญญัติวิธีพิจารณาพิเคราะห์ความแย้งในศาลชั้นต้น หมวดอนุญาโตตุลาการ³¹

³¹ <http://www.jseinc.org/>

สถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาททางการค้าของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดกฎของอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักกฎหมายต้นแบบ โดยอยู่ภายในหลักเกณฑ์ดังนี้

ประการแรก กรณีที่คู่พิพาทตกลงในกระบวนการวิธีทางการอนุญาโตตุลาการที่ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ภายใต้หลักกฎหมายต้นแบบ

ประการที่สอง กรณีคู่พิพาทตกลงโดยจะเคารพปฏิบัติตามกฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎของการระงับข้อพิพาททางการค้า และจะปฏิบัติตามกระบวนการวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายต้นแบบ

หลักในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการ ในบท 8 ของกฎหมายว่าด้วยกระบวนการวิธีทางการอนุญาโตตุลาการมิได้บัญญัติในเรื่องความลับของอนุญาโตตุลาการไว้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ และในคำชี้ขาด แต่ในหลักปฏิบัติมีหลักเกณฑ์ว่าอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับ ในส่วนของคำชี้ขาดเอกสารสำเนาตัวจริงของคำชี้ขาดจะถูกส่งให้คู่กรณี และต้นฉบับจะถูกเก็บรักษาไว้ในความปกครองดูแลของสถาบัน

สาเหตุที่หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีการคุ้มครองโดยกฎหมายเนื่องจากสาเหตุได้แก่ คู่พิพาทมีการตกลงเป็นอย่างอื่น

ตามกฎของ The Tokyo Maritime Arbitration Commission of Japan Shipping Exchange (TOMAC)³² ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งหลักการประกอบด้วย หลักแห่งความเป็นสากล (Internationalization) หลักหน้าที่ และความเป็นกลาง และผู้เชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการ และหลักแห่งความสะดวกรวดเร็วของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการ

หลักแห่งความเป็นสากล ให้ความสำคัญในหลัก 2 ประการ คือ การเปิดโอกาสให้ใช้อนุญาโตตุลาการชาวต่างประเทศ และ ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลักในการพิจารณาคดีภายใต้กฎของ TOMAC ซึ่งจะพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการเดินเรือ ซึ่งบุคคลที่จะได้รับคัดเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการไม่เฉพาะแต่สมาชิกที่ขึ้นทะเบียนไว้กับ TOMAC เท่านั้น แต่จะพิจารณาผู้เชี่ยวชาญด้านสาขาด้วย ใน Section 15 เรื่องการตั้งอนุญาโตตุลาการได้ระบุไว้ อย่างไรก็ตามผู้เชี่ยวชาญชาวต่างประเทศต้องเป็นบุคคลที่ขึ้นทะเบียนไว้ นอกจากนี้ต้องใช่วาญญี่ปุ่น

³² <http://www.jseinc.org/en/TOMAC/>

หลักการ ให้เลือกใช้ภาษาอังกฤษได้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการได้ โดยคู่พิพาทสามารถตกลงกัน กำหนดไว้ใน Section 26

ในด้านภาระหน้าที่ และความเชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการ กำหนดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไว้ โดยจะเป็นไปตามกฎของ TOMAC แต่ในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการ ต้องมีความยุติธรรม ไม่ลำเอียง จะเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ซึ่งได้ระบุหน้าที่ และความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการไว้ใน Section 17

ในเรื่องความสะดวก และรวดเร็วเป็นหลักที่ประจักษ์อยู่แล้วถึงหลักการของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการว่ามีความสะดวก รวดเร็ว มีความเป็นสากล และเชื่อถือได้ในเรื่องความลับในการพิจารณา และการคุ้มครองรักษาความลับซึ่งจะไม่มีบุคคลภายนอกอื่น ๆ เข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยกำหนดชัดเจนใน Section 20 เรื่องสิทธิตามกฎหมายของคู่พิพาท และความลับของการอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้บทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้มีสภาพบังคับโดยเด็ดขาดเช่นกัน ไม่มีบทลงโทษด้วย

3.3.3 หลักความลับของการอนุญาโตตุลาการตามหลักกฎหมายอื่น ๆ

3.3.3.1 กฎเกณฑ์ของ WIPO Arbitration and Mediation Center

ใน Arbitration Rules : Confidentiality ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนใน Article 73 – 76

Article 73 ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้สรุปได้ว่า

“ยกเว้นเฉพาะ ในกรณีที่มีความจำเป็นที่ศาลต้องพิจารณาข้อขัดแย้งของการอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาด จะไม่มีการเปิดเผยข้อมูลใด ๆ โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อคู่พิพาทฝ่ายอื่น ยกเว้นมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลที่มีอำนาจเพียงพออนุญาต และในกรณีดังนี้

ก.เปิดเผยไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด”

ข.เมื่อตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ถ้าการเปิดเผยข้อมูลระหว่างกระบวนการพิจารณาเปิดเผยหลังเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาจะต้องแสดงรายละเอียดที่เปิดเผย และอธิบายเหตุผลประกอบ

ค. นอกจากที่กำหนดไว้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเปิดเผยชื่อคู่พิพาทให้การอนุญาตตุลาการ หรือต่อคู่พิพาทฝ่ายที่สามไม่ได้ ต้องคำนึงถึงจุดมุ่งหมายของความเชื่อใจซึ่งกันและกัน ข้อผูกพันในหลักสุจริต หรือความยุติธรรมต่อคู่พิพาทฝ่ายที่สาม

Article 74 ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการเปิดเผยความลับระหว่างกระบวนการอนุญาตตุลาการไว้สรุปได้ว่า

“นอกเหนือจากกระบวนการวิธีเฉพาะที่กำหนดใน Article 52 แล้วบรรดาสรรพพยาน เอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นใดที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเสนอ หรือพยานบุคคลในการอนุญาตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองให้เป็นความลับ และข้อมูลอันใดเป็นพยานหลักฐานใด ๆ จะไม่อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐ จะไม่ถูกใช้ หรือเปิดเผยสู่คู่กรณีฝ่ายที่สาม ซึ่งเป็นข้อมูลอันได้มาจากการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการ โดยปราศจากความยินยอมให้เปิดเผยของคู่พิพาทฝ่ายอื่น ๆ หรือคำสั่งของศาล

พยานที่ถูกเรียกโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องไม่ถูกขอให้พยานของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ในการเข้ามาเป็นพยานบุคคลก่อนที่จะให้ข้อมูลอันเป็นพยานหลักฐาน หรือข้อมูลอื่นในกระบวนการอนุญาตตุลาการต้องให้พยานปฏิญาณตน คู่กรณีฝ่ายที่เรียกพยานเช่นเดียวกับพยานบุคคลต้องรับผิดชอบในรายละเอียดที่พยานบุคคลนั้นแถลง พยานบุคคลต้องรักษาความลับในระดับเดียวกับที่คู่กรณีกระทำ”³³

Article 75 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องความลับของคำชี้ขาดไว้สรุปได้ว่า

“คำชี้ขาดต้องได้รับความคุ้มครองในหลักของการรักษาความลับ โดยคู่กรณีทุกฝ่าย และจะเปิดเผยได้ในกรณีดังนี้เท่านั้น

- ก. ความเห็นชอบ ยินยอมของคู่กรณีทุกฝ่าย หรือ
- ข. อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐเสมือนผลของการกระทำของศาลแห่งรัฐ หรือ
- ค. จำต้องเปิดเผยตามที่ได้ยินยอมของคู่พิพาทอันเป็นความต้องการที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือเพื่อปกป้องสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของคู่กรณีต่อฝ่ายที่สาม”

Article 76 ได้วางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองรักษาความลับโดยสถาบันอนุญาตตุลาการไว้โดยสรุปได้ว่า

³³ <http://www.arbiter.wipo.int>

“ยกเว้นคู่พิพาทจะได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ให้สถาบันอนุญาโตตุลาการต้องคุ้มครองรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ ของคำชี้ขาด และบรรดาสรพข้อมูลในการอนุญาโตตุลาการที่ไม่อยู่ภายในอำนาจแห่งรัฐ เอกสารต่างๆ หรือพยานหลักฐานอื่นใดที่ได้ใช้เปิดเผยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกจากความจำเป็นในการพิจารณาหรือโดยกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

นอกจากที่กำหนดไว้แล้ว สถาบันอนุญาโตตุลาการจะรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งข้อมูลทางสถิติแล้วจัดพิมพ์ไว้ใช้ในการดำเนินการของสถาบันเองก็ได้ แต่ทั้งนี้ข้อมูลเหล่านี้ต้องไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน หรือต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของ WIPO มีความชัดเจน และละเอียดโดยได้แจกแจงกระบวนการความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้เป็นกระบวนการวิธี แต่ทั้งนี้ก็ได้กำหนดบทลงโทษหรือมาตรการบังคับเด็ดขาดแต่อย่างใด

3.3.3.2 แนวทางการรักษาความลับของประมวลจริยธรรม The IBA Rules for International Arbitrators (IBA)

IBA Rules ได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับไว้เช่นเดียวกับ AAA Code กล่าวคือ กำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้ทั้งระหว่าง และภายหลังการพิจารณา โดยเป็นการเตือนอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาระหว่างการพิจารณาหาประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์แก่ผู้อื่น

อีกทั้งกฎแห่งจริยธรรมเหล่านี้ ได้วางแบบแผนในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกระทำผิดสร้างความเสียหายต่อคู่กรณีพิพาทไว้ว่า อนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายของรัฐ เว้นแต่จะได้กระทำอย่างจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมาย และการลงโทษตามปกติของการละเมิด กฎแห่งจริยธรรมดังกล่าว คือ ถอดถอนจากตำแหน่ง โดยไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าตอบแทนใด ๆ (วุฒิปงษ์ เวชยานนท์, 2540: 151)