

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยกับหลักความโปร่งใสของ
อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ
ระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน

The Confidentiality of the Procedures of Thai Arbitration and the
Principle of Transparency under the Convention on Transparency in
Treaty-based Investor-State Arbitration



การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยกับหลักความโปร่งใสของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน

The Confidentiality of the Procedures of Thai Arbitration and the Principle of Transparency under the Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration



หทัยชนก ชอบผล

การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2557



©2558

หทัยชนก ชอบผล

สงวนลิขสิทธิ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เรื่อง การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของไทยกับหลักความโปร่งใสของ
อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและ
รัฐผู้รับการลงทุน

ผู้วิจัย ททัชชนก ขอบผล

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

อาจารย์ที่ปรึกษา

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริชัย มงคลเกียรติศรี)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

(อาจารย์ชวลิต อรรถศาสตร์)

ผู้เชี่ยวชาญ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นาถนิรันดร์ จันทรงาม)

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)

รองอธิการบดีฝ่ายวิชาการ
รักษาการคณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

8 กันยายน 2558

พหัยชนก ชอบผล. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, กันยายน 2558, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยกับหลักความโปร่งใสของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน (96 หน้า) อาจารย์ที่ปรึกษา: ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริชัย มงคลเกียรติศรี

บทคัดย่อ

หลักความโปร่งใสของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้อง กระบวนการพิจารณา รวมถึงการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีในอนุสัญญาเรื่องความโปร่งใสฯ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะนำหลักความโปร่งใสในอนุสัญญานี้มาใช้ประกอบในการระงับข้อพิพาทได้ โดยในปี ค.ศ. 2013 มีการนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาท UNCITRAL Arbitration Rules ซึ่งเป็นการนำหลักความโปร่งใสนี้มีการนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าการลงทุนด้วย โดยในส่วนของกรณีศึกษาอิสระนี้ได้ทำการศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติ ของรัฐอื่น (ICSID) การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศผ่านทางสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ICC) และ UNCITRAL Arbitration Rules นำมาทำการเปรียบเทียบกับอนุสัญญาเรื่องความโปร่งใสฯ โดยทำการเปรียบเทียบความแตกต่างกันในการนำหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสที่นำมาปรับใช้ใน ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules

นอกจากนี้ยังได้ทำการศึกษาหลักการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการของไทยอีกด้วย ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทยหากข้อพิพาทเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับทางด้านการค้าและการลงทุนการอนุญาโตตุลาการของไทยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการรวมถึงรักษาความลับในส่วนของข้อมูลที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ โดยการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการนั้นแม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่มีการกำหนดไว้ใน กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประมวลจริยธรรมในการรักษาความลับเท่านั้น การรักษาความลับควรจะมีการกำหนดบทบัญญัติให้ชัดเจนโดยต้องมีการกำหนดในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ สำหรับหลักความโปร่งใสนั้น การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทยอาจเป็นการขัดกันกับการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการของไทย เพราะ หลักความโปร่งใสนั้นเน้นในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลและการเปิดเผย

กระบวนการพิจารณา การนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ในการอนุญาตตุลาการของไทยอาจเกิดความยุ่งยากในส่วนของการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของไทย หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาเรื่องความโปร่งใสในการอนุญาตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา ควรจะนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองในกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับรัฐ ผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุน หากมีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ และนำหลักความโปร่งใสมาใช้เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทด้วยแล้ว ย่อมเป็นผลดีกับทั้งฝ่ายรัฐและผู้รับการลงทุน เพราะผู้รับการลงทุนสามารถตรวจสอบกระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการได้ เพื่อเป็นการกำหนดการบังคับใช้หลักความโปร่งใสเฉพาะในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการในกรณีพิพาทของสัญญาทางปกครองเท่านั้น ส่วนการระงับข้อพิพาททางการค้าก็ให้เป็นไปตามกระบวนการอนุญาตตุลาการของไทยเช่นเดิม

ดังนั้น ประเทศไทยควรจะเข้าร่วมเป็นภาคีนี้ การที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีและมีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการอนุญาตตุลาการของไทยก็ย่อมเป็นผลดีกับรัฐที่รับการลงทุนในเรื่องของความโปร่งใส โดยอาจมีการปรับปรุงเพิ่มเติมโดยนำหลักความโปร่งใสบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ และยังต้องมีการกำหนดในเรื่องของการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการเพื่อให้มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายด้วย

คำสำคัญ: ความโปร่งใส, การรักษาความลับ, อนุญาตตุลาการ

Chobpol, H. LL.M., September 2015, Graduate School, Bangkok University.

The Confidentiality of the Procedures of Thai Arbitration and the Principle of Transparency under the Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (96 pp.)

Advisor: Asst.Prof. Sirichai Mongkolkiatsri, Ph.D.

ABSTRACT

The principle of transparency under the Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration The principle of transparency is objective to public documents due to disclosure procedure to award arbitration. In disputes arbitration if parties join as associate members or parties agree to do transparency in disputes arbitration. Transparency apply disputes trade and investment. In 2013 UNCITRAL arbitration Rule implementation of the transparency. Therefore, this independent study researching International Centre for the Settlement of Investment Dispute-ICSID and International Chamber of Commerce- ICC for compare to the principle of transparency.

Then, researching disputes settlement with International Commercial and investment arbitration of Thailand system. One of the main purpose confidentiality for the procedures of Thai arbitration include confidentiality for document use to in arbitration. The confidentiality not establish Arbitration Acts but impose confidentiality protection of arbitration in legal provision rules regulation or code of ethics. The principle of transparency use to settlement of disputes between investors and the States example the administrative contract. It's can dispute arbitration and use to principle of transparency .in which more benefit state and investors because the investors checklist procedure arbitration. But the principle of transparency used with arbitration system in Thai it conflict in confidentiality arbitration, because Thailand not join the member in the Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Soon joining in 2016.

Therefore, the suggestion from independent study Thailand will to joining in member or not joining it. since the party consent procedure in Thailand of both

agree bring transparency dispute with UNCITRAL Arbitration Rules , UNCITRAL Arbitration Rules apply principle in transparency and Thailand join member in UNCITRAL Arbitration Rules or domestic law Arbitration act Implementation of the transparency Last one the transparency is benefit for state.

Keywords: Transparency, Confidentiality, Arbitration



กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ด้วยความเมตตาจากท่านอาจารย์ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศิริชัย มงคลเกียรติศรี และท่านอาจารย์ชวลิต อรรถศาสตร์ ที่ให้ความกรุณาและสละเวลาอันมีค่า ยิ่งในการมาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และยังคงคอยช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ และตรวจสอบเนื้อหาและแสดงความคิดเห็นชี้แนะในจุดที่ผู้เขียนมีความบกพร่องในเนื้อหา ทำให้เนื้อหาที่มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างมาก

ขอขอบพระคุณ อาจารย์ อานนท์ ศรีบุญโรจน์ ที่คอยแนะนำแหล่งที่มาของบทความต่างประเทศ

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ ครูบาอาจารย์ทุกท่านที่เป็นเจ้าของหนังสืองานวิจัยและบทความต่าง ๆ ซึ่งเป็นแนวทางและเป็นประโยชน์ในการศึกษาของผู้เขียน

สุดท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ ผู้ให้กำลังใจ สนับสนุนและให้ความสำคัญ เรื่องการศึกษามาโดยตลอด คณาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้และขอบคุณสำหรับกำลังใจจากทุกท่านรวมทั้งพี่ ๆ และเพื่อน ๆ ที่มีให้กันเสมอมา

ทั้งนี้ หากงานวิจัยฉบับนี้สามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ ผู้เขียนขอมอบส่วนดีนั้นเป็นกตัญญูแต่คุณพ่อ คุณแม่ อันเป็นที่รักยิ่ง รวมทั้งผู้มีพระคุณทุกท่าน หากงานวิจัยฉบับนี้มีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับข้อผิดพลาดบกพร่องดังกล่าวไว้แต่เพียงผู้เดียว และกราบขออภัยในความผิดพลาดมา ณ ที่นี้ด้วย

หทัยชนก ชอบผล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ฉ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	5
1.4 สมมติฐานการศึกษาวิจัย	5
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย	6
1.6 นิยามศัพท์	6
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)	8
2.1 แนวความคิดของหลักความโปร่งใส	8
2.2 ความเป็นมาของหลักความโปร่งใส	9
2.3 ความหมายของหลักความโปร่งใส	12
2.4 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน	22
2.5 สรุปเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน	33
บทที่ 3 การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย	38
3.1 อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย	38
3.2 ข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ	40

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 (ต่อ) การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของประเทศไทย	
3.3 ความหมายของอนุญาตตุลาการ	44
3.4 กระบวนการการระงับข้อพิพาท	45
3.5 หลักการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ	50
3.6 ผู้มีหน้าที่รักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ	56
3.7 หลักในการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาตตุลาการของประเทศไทย	57
บทที่ 4 วิเคราะห์ความแตกต่างของกฎหมายในเรื่องของการรักษาความลับระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการอนุญาตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของไทย	68
4.1 วิเคราะห์การรักษาความลับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการอนุญาตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของไทย	72
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	86
5.1 บทสรุป	86
5.2 ข้อเสนอแนะ	90
บรรณานุกรม	92
ประวัติผู้เขียน	96
เอกสารข้อตกลงว่าด้วยการอนุชตให้ใช้สิทธิในรายงานการค้นคว้าอิสระ	

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีมานานแล้วในสังคมมนุษย์ตั้งแต่เริ่มต้นและเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนองค์กรอื่น ๆ ที่สำคัญคือเกิดขึ้นก่อนศาลอันเป็นองค์กรหลักของทางการที่มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทของสังคมในปัจจุบัน¹

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่ง (Alternative to Dispute Resolution-ADR) ไม่ใช่เป็นการระงับข้อพิพาททางศาลแต่เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันทำสัญญาที่เรียกว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้² ซึ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการของไทย มี 2 ประเภท คือ

1) ข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง คู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีแพ่งที่เกี่ยวกับธุรกิจและการค้า แต่ในปัจจุบันมีคดีเพิ่มจำนวนมากขึ้น กระบวนการพิจารณาของศาลก็เกิดความล่าช้าในกระบวนการพิจารณา อีกทั้งการค้าส่วนใหญ่มักจะเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ เมื่อเกิดกรณีพิพาทจึงต้องนำทั้งกฎหมายภายในของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ คู่สัญญาสามารถเลือกบุคคลที่จะทำการวินิจฉัยชี้ขาด โดยบุคคลนั้นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความรู้เฉพาะด้าน นอกจากนั้นการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการยังรักษาความลับทางการค้าอีกด้วยซึ่งดีกว่าการนำคดีความขึ้นสู่ศาลที่จะต้องมีการพิจารณาแบบเปิดเผย

2) ข้อพิพาทสัญญาทางปกครอง หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและหน่วยงานของรัฐ รวมถึงรัฐวิสาหกิจโดยเป็นการตกลงระหว่างคู่สัญญาให้นำการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมาใช้ ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาหลักระหว่างรัฐกับเอกชนโดยมีการเพิ่มเติมข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการให้กำหนดไว้ในสัญญาหลักที่รัฐและเอกชนตกลงกัน ตาม พระราชบัญญัติ

¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), 18.

² เรื่องเดียวกัน, 50.

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15³ เช่น ในคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 1/2546 คดีระหว่างทางการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (รัฐวิสาหกิจ) กับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี⁴

โดยการระงับข้อพิพาทนั้นต้องมีการแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งในและต่างประเทศ โดยในที่นี่ จะกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับการลงทุนและธุรกิจการค้าระหว่าง ประเทศ (Investment and International Business Transaction) การระงับข้อพิพาทนั้นยังมี หลักเกณฑ์ที่เป็นสาระสำคัญ คือ รักษาความลับโดยไม่ทำการเปิดเผยต่อสาธารณชนเพราะข้อมูล ไม่ได้เป็นข้อมูลทั่วไป แต่เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องในทางธุรกิจ ในเชิงการค้าพาณิชย์ หากมีการเปิดเผย ข้อมูลหรือนำความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจหรือ ชื่อเสียงของคู่สัญญาและยังเป็นการละเมิดความลับทางการค้าอีกด้วย⁵ บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องใน กระบวนการพิจารณาที่สามารถรับข้อมูลที่เป็นความลับต่อสาธารณชนนั้น ได้แก่ คู่กรณีและบุคคลอื่น ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะทนายความที่ปรึกษา อนุญาโตตุลาการ และ พยาน เท่านั้นซึ่งกรณีดังกล่าว สามารถรักษาความลับในทางธุรกิจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้เป็นอย่างดี

ปัจจุบันประเทศไทยเป็นประเทศผู้ได้รับการลงทุนจากนักลงทุนต่างประเทศเป็นความสัมพันธ์ ระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐที่ได้รับการลงทุน ทางด้านสาธารณะประโยชน์ต่าง ๆ เป็นประโยชน์สาธารณะ เมื่อมีกรณีพิพาททางการลงทุนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำมาใช้ โดยการระงับ ข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นอาจมีการตกลงให้ใช้กฎเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการที่จัดทำขึ้น ให้อยู่ในรูปของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่าง ประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL ARBITRATION RULES) ถือเป็นกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ หนึ่งที่ได้รับการนิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับลงทุนระหว่างประเทศ โดย ปัจจุบันมีการนำหลักของความโปร่งใสมาใช้ใน UNCITRAL ARBITRATION RULES โดยเพิ่มเติมหลัก ความโปร่งใสในปี 2013 หรือกฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการภายใต้การระงับข้อพิพาทโดยศูนย์การ ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment Dispute-ICSID) ซึ่งเป็นอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ กับคนชาติของรัฐอื่น หรือกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยสภาหอการค้า

³ มาตรา 15 “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”.

⁴ เรื่องเดียวกัน, 71.

⁵ เรื่องเดียวกัน, 12.

นานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) โดย ICSID และ ICC ได้นำหลักเกณฑ์ของหลักความโปร่งใสมาใช้ในบางมาตราด้วย⁶ หลักความโปร่งใสถือเป็นหลักที่สำคัญที่สุดในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากเกี่ยวข้องในเรื่องของผลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้ที่เกี่ยวข้องรวมถึงผู้ที่ไม่ใช่คู่สัญญาและประชาชน การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ก่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ เพราะสามารถป้องกันการทุจริตที่เกิดขึ้นระหว่างการลงทุนของรัฐกับเอกชนได้ เนื่องจาก ในอดีตการทำสัญญาทางปกครองที่มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจะมีการเก็บรักษาข้อมูลและรักษาความลับของข้อมูล แต่เมื่อนำหลักความโปร่งใสมาใช้ก็มีการเปิดเผยข้อมูลบางอย่าง ไม่ว่าจะในส่วนของการพิจารณาหรือคำชี้ขาดให้ประชาชนได้รับทราบข้อมูลซึ่งประเทศไทยก็เล็งเห็นความสำคัญในเรื่องของหลักความโปร่งใสจึงได้มีแนวโน้มในการลงนามและเข้าร่วมเป็นภาคี ในปี ค.ศ. 2016 จะเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน⁷ (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) ที่กระทรวงยุติธรรม ได้ส่งผู้แทนระดับสูงเข้าร่วมประชุมดังกล่าวด้วย ได้แสดงความพร้อมที่จะเป็นเจ้าภาพในการพิจารณาความพร้อมของไทยในการลงนามและการเข้าภาคีอนุสัญญาฯ ในอนาคต⁸ ซึ่งร่างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ จะให้ความสำคัญในการจัดเก็บข้อมูลแบบออนไลน์และเปิดเผยกระบวนการพิจารณา คำชี้ขาดในทางอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะ เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวเป็นการลงทุนที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นรถไฟฟ้าความเร็วสูง ทางด่วนยกระดับ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทับทรัพยากรทางธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนได้นำหลักของความโปร่งใสมาใช้ทั้งในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูลและกระบวนการพิจารณาที่สามารถเปิดเผยต่อสาธารณชนได้และอาจจะมีผลเป็นการขัดกับข้อบังคับทางอนุญาโตตุลาการของไทยในการรักษาความลับ เนื่องจากหลักสำคัญในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ คือการรักษาความลับ อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ อาจมีผลเป็นการขัดกันของกฎหมายและข้อบังคับ

⁶ Argen, R. D., **Ending Blind Spot Justice: Broadening The Transparency Trend In International** [Online], 1 April 2015. Available from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393188.

⁷ ตูลย์ ไตรโรธรัส, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง ความท้าทายในการพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ:กรณีศึกษา UNCITRAL (สถาบันการต่างประเทศสวทว. วัชรวิภา) [Online], 1 เมษายน 2558. แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/dvifa/contents/filemanager/files/nbt/nbt6/IS/IS6017.pdf>.

⁸ เรื่องเดียวกัน, 26.

เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม และข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ หลักตามกฎหมายและข้อบังคับของไทยเน้นการคุ้มครองข้อมูลและการรักษาความลับที่เป็นความลับทางธุรกิจ หากได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณะชนแล้วอาจได้รับความเสียหายต่อฝ่ายรัฐและฝ่ายผู้ลงทุนได้ สำหรับประเทศไทยมีการรักษาความลับทางการค้า รักษาชื่อเสียงทางการค้า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องพิพาท การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณา พยานหลักฐาน กระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาด ที่ระบุในกฎหมายภายใน ส่วนในอนุสัญญาที่มีการเปิดเผยข้อมูลข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับกรณีพิพาท พยานหลักฐานและอื่น ๆ ที่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาที่กำหนดให้มีการเปิดเผยการเข้าเป็นภาคีสัญญานี้ อาจส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในของประเทศไทย นอกจากนั้นแล้ว UNCITRAL ARBITRATION RULES ถือเป็นถือเป็นกฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการหนึ่งที่ได้รับค่านิยมในการเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับลงทุนระหว่างประเทศและได้มีการนำหลักของความโปร่งใสมาใช้ ส่วนการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนโดย ICSID และ ICC จะมีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับหรือไม่อย่างไร ผู้ศึกษาจะต้องศึกษาถึงการนำมาใช้ว่ามีการนำมาใช้ในข้อบทใดและการนำมาใช้ดังกล่าวนี้มีความครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความโปร่งใสแล้วหรือไม่

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงอยากศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ว่ามีขอบเขตในการคุ้มครองข้อมูลและเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับต่อสาธารณะอย่างไร และเมื่อนำหลักความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องความโปร่งใสฯ เปรียบเทียบกับการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททั้ง UNCITRAL ARBITRATION RULES ICSID และ ICC ว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความโปร่งใสแล้วหรือไม่ และเปรียบเทียบ หลักการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ กับกฎหมายและข้อบังคับทางอนุญาโตตุลาการของไทยแล้วจะเป็นการขัดกันของกฎหมายหรือไม่ หากเป็นการขัดต่อกฎหมายแล้วจะนำหลักของกฎหมายหรือข้อบังคับใดมาใช้เป็นหลัก พร้อมทั้งสรุปและเสนอแนะ เพื่อเป็นประโยชน์ในการที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมอนุสัญญานี้ต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration และเปรียบเทียบการนำหลักความโปร่งใสที่นำมาใช้กับ ICSID ICC และ UNCITRAL ARBITRATION RULES

1.2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ กฎหมาย ข้อบังคับ ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับกฎและข้อบังคับทางอนุญาโตตุลาการ

1.2.4 เพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางในการนำกฎ ข้อบังคับ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการรักษาความลับให้เป็นไปไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายภายในของประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

รายงานวิจัยฉบับนี้ ศึกษาการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงเปรียบเทียบการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ใน ICSID ICC และ UNCITRAL ARBITRATION RULES รวมไปถึงศึกษาเปรียบเทียบการรักษาความลับของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของไทยกับการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะแนวทางในการนำกฎ ข้อบังคับ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการรักษาความลับให้เป็นไปไปในทั้งอนุสัญญาและกฎหมายภายในของประเทศไทย

1.4 สมมติฐานการศึกษาวิจัย

การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ภายใต้การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนใน ICSID ICC และ UNCITRAL ARBITRATION RULES หลักความโปร่งใสกับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนมีความแตกต่างกันในกรณีของการเปิดเผยข้อมูลที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักความโปร่งใสบางประการก่อให้เกิดการขัดกันในส่วนของการเปิดเผยข้อมูล การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ในทางการค้าและการลงทุน หากจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้บังคับด้วยนั้น หลักการระงับข้อพิพาท ICSID ICC และ UNCITRAL ARBITRATION RULES จะต้องสอดคล้องกับหลักความโปร่งใสด้วยจึงจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้บังคับในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนได้ นอกจากนี้ยังอีกประการหนึ่งที่สำคัญในการอนุญาโตตุลาการของไทย คือ การเก็บรักษาความลับ หากประเทศไทยได้เข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน หลักในเรื่องของความโปร่งใสที่กำหนดการเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการพิจารณา ค่าชี้ขาด การอนุญาโตตุลาการของไทยเน้นการรักษาความลับ แต่หลักความโปร่งใสเน้นการเปิดเผยข้อมูล ดังนั้น การนำหลักความโปร่งใสเข้าร่วมกับกับการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้นเป็นการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการกับ

อนุสัญญา หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการนำกฎหมายภายในและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ มาทำการอนุวัติการให้สอดคล้องกับหลักความโปร่งใส เพื่อจะได้นำมาใช้บังคับได้โดยไม่เป็นการขัดกันของกฎหมาย

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษาเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจาก ตำรา ตำบทยกฎหมายในอนุสัญญา ข้อบังคับ ระเบียบต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการ เอกสาร บทความ วารสาร ตลอดจนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เพื่อศึกษาและกำหนดแนวทางในการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และยังเป็นการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Study) โดยศึกษาเปรียบเทียบการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ใน ICSID ICC และ UNCITRAL ARBITRATION RULES ว่ามีลักษณะที่ตามหลักความโปร่งใสอย่างไรบ้างและศึกษาการรักษาความลับจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน เปรียบเทียบกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ของไทย

1.6 นิยามศัพท์

1) ความโปร่งใส (Transparency) หมายถึง การเปิดเผยข้อมูลในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาจนถึงคำชี้ขาด ซึ่งข้อมูลที่เปิดเผยได้นั้นต้องเป็นไปตามที่อนุสัญญากำหนดว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนได้กำหนดไว้ ส่วนข้อมูลใดที่ไม่สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะชนได้ก็ให้เป็นไปตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ โดยการเปิดเผยข้อมูลก็เพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะที่นักลงทุนกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้ทำการตกลงในนโยบายสาธารณะ

2) การรักษาความลับ (Confidentially) หมายถึง การรักษาข้อมูลที่สำคัญที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นหัวใจสำคัญในการอนุญาโตตุลาการของไทย โดยข้อมูลที่ต้องรักษาความลับ ได้แก่ ความลับทางการค้า ความลับทางธุรกิจ ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องร้องต่อศาลอาจมีข้อมูลบางส่วนถูกเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกได้ ดังนั้น การรักษาความลับในระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทยจึงมีความสำคัญต่อตัวคู่กรณี

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) เพื่อให้ทราบถึงการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ทราบถึงการนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับใน ICSID ICC และ UNCITRAL ARBITRATION RULES

- 2) เพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์ กฎหมาย ข้อบังคับ ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาตตุลาการ
- 3) เพื่อเปรียบเทียบการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับกฎและข้อบังคับทางอนุญาตุลาการของไทย
- 4) เพื่อให้ทราบแนวทางในการนำกฎ ข้อบังคับ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการรักษาความลับให้เป็นไปในทิศทางทั้งอนุสัญญาและกฎหมายภายในของประเทศไทย
- 5) ก่อให้เกิดประโยชน์ทางด้านวิชาการในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน



บทที่ 2

อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุน และรัฐผู้รับการลงทุน (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)

2.1 แนวความคิดของหลักความโปร่งใส

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น โดยหลักจะรักษาความเป็นส่วนตัวในกระบวนการพิจารณา เช่น หลักของ The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (“ICC”) ยกตัวอย่างเช่น ในกระบวนการพิจารณาหากคู่กรณีฝ่ายใดทำการร้องขอให้กระบวนการพิจารณากระทำเป็นความลับแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องรักษาความลับในกระบวนการพิจารณา หากเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาแล้วไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ ในส่วนของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่โดยหลักไม่ให้มีการเผยแพร่ตีพิมพ์ไปสู่สาธารณะ แต่มีข้อยกเว้น คือ คู่กรณีอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้ เนื่องจากตามบททั่วไปของ ICC นั้นไม่มีบทบัญญัติในเรื่องของการรักษาความลับ ดังนั้น คู่กรณีจึงสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้¹

หลักความโปร่งใสมีขึ้นเพราะ การอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เกี่ยวข้องกับภาษี และอาจมีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทางด้านทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม เนื่องจากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้มีการตกลงทำสัญญากับผู้ลงทุนชาวต่างชาติเพื่อให้ผู้ลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตน โดยสัญญาในแต่ละโครงการส่วนใหญ่จะมีความเกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะซึ่งอำนาจความสะดวกที่ต้องมีการลงทุนเงินจำนวนมาก ดังนั้นด้วยจำนวนเงินและการลงทุนที่มีมูลค่าสูงประกอบกับเงินในการลงทุนก็อาจเกี่ยวข้องกับเงินภาษีของประชาชน เกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อม เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของคนในชาติ เมื่อรัฐและผู้ลงทุนเกิดข้อพิพาทไม่ว่ากรณีใดกรณีหนึ่ง

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีส่วนที่สำคัญประการหนึ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ คือ การรักษาความลับของคู่กรณี การลงทุนที่เกี่ยวข้องกับนโยบายประโยชน์สาธารณะอาจมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีการทุจริตเกิดขึ้น การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ แต่ใน

¹ Argen, R. D., **Ending Blind Spot Justice: Broadening The Transparency Trend In International** [Online], 29 March 2015. Available from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393188.

ปัจจุบันมีการให้ความสำคัญกับหลักความโปร่งใส โดยนำหลักความโปร่งใสมาเป็นเครื่องมือสร้างความมั่นใจให้กับประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนชาวต่างชาติ เพื่อให้ประชาชนและนักลงทุนชาวต่างชาติเข้าถึงข้อมูลและตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลให้ทำงานอย่างมีประสิทธิภาพและป้องกันการทุจริต² หลักความโปร่งใสควรจะนำมาใช้ร่วมกับการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนและรัฐภายใต้สนธิสัญญาการคุ้มครองการลงทุน (สนธิสัญญาครอบคลุมไปถึงสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนรวมถึงข้อตกลงการค้าเสรี ข้อตกลงทางเศรษฐกิจการค้าและการลงทุน โดยการบังคับใช้หลักความโปร่งใสใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2014 ยกเว้นว่าหากจะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ก่อนวันที่ 1 เมษายน 2014 ต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงที่จะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนและรัฐ โดยอยู่ภายใต้สนธิสัญญาการคุ้มครองการลงทุน หรือ คู่สัญญาได้ตกลงทำสนธิสัญญาหรือสนธิสัญญาพหุภาคีได้มีการตกลงก่อนวันที่ 1 เมษายน 2014 ก็ให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ร่วมกันกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนและสนธิสัญญาพหุภาคี Multilateral Treaty ได้ ดังนั้นจึงจะต้องศึกษาหลักความโปร่งใสเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนในหลักดังกล่าวเพื่อที่จะศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน

2.2 ความเป็นมาของหลักความโปร่งใส

ในปี 2013 คณะกรรมาธิการสหประชาชาติกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้นำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน และมีหลายประเทศได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ประเทศที่เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวได้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนได้ แต่ถ้าคู่กรณีประสงค์นำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการก็สามารถตกลงให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้ ซึ่งประเทศไทยจะมีการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวในปี 2016 หลักความโปร่งใสมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2014³ เป็นต้นไป สำหรับสนธิสัญญา

² New UNCITRAL Arbitration Rules On Transparency: Application, Content And Next Steps [Online], 29 March 2015. Available from <http://www.iisd.org/itn/2013/09/18/new-uncitral-arbitration-rules-on-transparency-application-content-and-next-steps-2/>.

³ Transparency Registry a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration [Online], 30 July 2015. Available from <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>.

คุ้มครองการลงทุนที่มีขึ้นจากความตกลงของคู่กรณีหลักจากวันที่ 1 สามารถนำกฎความโปร่งใสมาใช้บังคับในสนธิสัญญาได้ ส่วนสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 เมษายน 2014 นั้น ก็สามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้ได้ ถ้าคู่สัญญาในสนธิสัญญาหรือคู่สัญญาที่มีข้อพิพาทได้มีการตกลงกันให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับร่วมกันสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน โดยหลักของความโปร่งใสถูกนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ มีทั้งหมด 8 ข้อบท คือ ข้อบทที่ 1 เป็นหลักความโปร่งใสที่นำมาใช้ควบคุมกำหนดขอบเขตและการนำหลักมาใช้บังคับ ข้อบทที่ 1 เป็นบททั่วไปของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยนำหลักความโปร่งใสเพิ่มเติมในการแก้ไข ในส่วนของรายละเอียดที่เกี่ยวกับหลักความโปร่งใสจะมี 3 ข้อบท ที่จะกล่าวถึงการเปิดเผยข้อมูลการเปิดกว้างของข้อมูล นั่นก็คือ ข้อบทที่ 2, 3 และ 6 ส่วนอีกสองข้อบทที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในข้อพิพาท คือ ข้อบทที่ 4 และ 5 และมีข้อยกเว้นในการเปิดเผยข้อมูล คือ ข้อบทที่ 7 และการจัดการเกี่ยวกับข้อมูลที่เปิดเผยโดยมีพื้นที่การเก็บข้อมูล คือ ข้อบทที่ 8

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor-State Dispute Settlement-ISDS) เป็นกลไกภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือความตกลงการค้าเสรีกับรัฐบาลของประเทศที่ตนเข้าไปลงทุน เช่น หากรัฐภาคีละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดในความตกลงฯ ส่งผลให้การลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายอย่างแล้ว นักลงทุนก็จะมีสิทธิใช้กลไก ISDS ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งได้แก่ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ภายใต้ต้องค์กรและกฎระเบียบและวิธีการดำเนินการที่กำหนดในความตกลง เช่น UNCITRAL Arbitration Rules หรือ ICSID หรือ ICC⁴ ซึ่งการระงับข้อพิพาทนั้นโดยหลักการพิจารณา ยังไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลกระบวนการพิจารณา คำชี้ขาด หรือเอกสารอื่น ๆ ได้ ต้องเก็บรักษาข้อมูลเป็นความลับ แต่ต่อมาคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ได้เสนอให้มีการนำหลัก UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State-Arbitration มาใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (ISDS)⁵ โดยการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐและผู้ลงทุนให้คู่สัญญาทำการตกลงที่จะนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้⁶ นอกจากนั้นก็

⁴ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน [Online], 8 เมษายน 2558. แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf>.

⁵ Krajewski, M., & Alexander, F., **Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective** Universität Erlangen Nürnberg [Online], 8 April 2015. Available from <http://ssrn.com/abstract=2519995>.

⁶ Argen, R. D., **Ending Blind Spot Justice: Broadening The Transparency Trend In International** [Online], 16.

มีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้กับข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า (North America Free Trade Area: NAFTA) ในการอนุญาโตตุลาการของเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชนโดยให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลระหว่างข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดย UNCITRAL ได้ยอมรับหลักความโปร่งใสมาใช้ใน UNCITRAL Arbitration Rules as adopted in 2013

ตามข้อบทที่ 1 (4)⁷ “สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ที่มีการตกลงตามสนธิสัญญาการคุ้มครองการลงทุนหรือนักลงทุน ก็ให้นำหลักอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน (หลักเรื่องความโปร่งใส) ภายใต้ข้อบทที่ 1 มาใช้บังคับได้”

วัตถุประสงค์ในการนำหลักความโปร่งใสใช้ในการอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL Arbitration Rules โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในบททั่วไปของการอนุญาโตตุลาการในข้อบทที่ 1 (4) เพื่อให้ให้นำหลักความโปร่งใสใช้ในข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อเป็นการพัฒนาความมีประสิทธิภาพของการกำกับดูแลกิจการที่ดี รวมไปถึงการป้องกันการทุจริตที่จะเกิดขึ้น ในกรณีที่ผู้ลงทุนเข้ามาลงทุนเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะในรัฐ

กฎของความโปร่งใส

เป็นกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้กับสนธิสัญญาระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาและนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับผู้ลงทุน โดยวัตถุประสงค์ของความโปร่งใส คือ การอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เกี่ยวข้องกับภาษี และอาจมีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทางด้านทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม เนื่องจาก รัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้มีการตกลงทำสัญญากับผู้ลงทุนชาวต่างชาติเพื่อให้ผู้ลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตน โดยสัญญาในแต่ละโครงการส่วนใหญ่จะมีความเกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะ สิ่งอำนวยความสะดวกที่ต้องมีการลงทุนเงินจำนวนมาก

โดยหลักความโปร่งใสเป็นกลไกช่วยให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูล หรือในกรณีที่เรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาให้ข้อมูลหรือเป็นพยานบุคคล โดยการเปิดเผยข้อมูลตามหลักดังกล่าวไม่ได้เป็นการเปิดเผยข้อมูลในทุกกรณี เนื่องจากมีการกำหนดว่าหากข้อมูลใดเป็นข้อมูลที่ต้องรักษาความลับแล้วก็จะมีการรักษาความลับของข้อมูลดังกล่าว จะเห็นได้ว่าภายใต้หลักความโปร่งใสก็ยังคงมีการคุ้มครอง

⁷ 4. For investor-State arbitration initiated pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors, these Rules include the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”), subject to article 1 of the Rules on Transparency.

ข้อมูลที่เป็นความลับไว้ ส่วนกรณีใดที่สามารถเปิดเผยได้ก็จะทำการเปิดเผยให้ประชาชนทราบได้ ซึ่งโดยหลักเมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองที่รัฐกับเอกชน (ผู้ลงทุน) ตกลงกัน หากคู่กรณีผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือเกิดการทุจริตโดยตัวบุคคล เมื่อเกิดกรณีพิพาทประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ คู่กรณีนำหลักเรื่องความโปร่งใสมาบังคับใช้ได้ ถ้าหากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนไม่ได้จำกัดการนำหลักในเรื่องของความโปร่งใสมาใช้ แต่ถ้าสนธิสัญญาการลงทุนกำหนดไว้เป็นอย่างไรก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนด้วย⁸

2.3 ความหมายของหลักความโปร่งใส

การรักษาความลับเป็นสิ่งสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ โดยหลักแล้วบุคคลที่เป็นคู่กรณีต้องการให้มีการรักษาความลับในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา⁹ หลักความโปร่งใสที่นำมาปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนนั้น มีทั้งในส่วนของปกป้องผลประโยชน์ทางด้านสาธารณะ และการให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วม หลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการเป็นการแก้ปัญหาในการทุจริตในการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับผู้ลงทุน เนื่องจากในอดีตมีการทุจริตของรัฐและหน่วยงานของรัฐที่เกิดจากการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติซึ่งในประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยควรจะนำหลักความโปร่งใสมาใช้เพื่อเป็นพื้นฐานในการกำกับดูแลและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน

จากที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ของความโปร่งใส เป็นหลักที่เกิดขึ้นเพื่อเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะเพื่อให้ทราบเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กระบวนการพิจารณา คำชี้ขาดและการร้องขอเอกสารต่าง ๆ ในการอนุญาโตตุลาการเพื่อนำมาเปิดเผยต่อสาธารณะและนำหลักความโปร่งใสมาใช้แก้ปัญหาในการทุจริตและกำกับดูแลการทำงานของรัฐบาล ซึ่งที่กล่าวมาข้างต้นถือเป็นหลักสำคัญของความโปร่งใส ดังนั้นหลักเกณฑ์ของความโปร่งใส

หลักเกณฑ์ของหลักความโปร่งใสจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน (Convention on Transparency in

⁸ FAQ-UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [Online], 10 April 2015. Available from http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_FAQ.html.

⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์ , “ความลับการอนุญาโตตุลาการ”, ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี**, (กรุงเทพฯ: พิธิษฐ์การพิมพ์, 2549), 46.

Treaty-based Investor-State Arbitration) นักวิชาการแบ่งหลักเกณฑ์ของความโปร่งใส สามารถแบ่งออกได้ 3 ประเภท ดังนี้

- 1) การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ (Publication of Documents)
- 2) บุคคลภายนอกสามารถเข้ามาร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (Amicus Curiae)
- 3) การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open Hearing)¹⁰

หลักเกณฑ์ของความโปร่งใส 3 ประการ เมื่อศึกษาในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน แล้วก็สามารถจำแนกได้ 3 ประการดังนี้

2.3.1 การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ (Publication of Documents)

2.3.1.1 ข้อบทที่ 3 การเผยแพร่ข้อมูล

ภายใต้ ข้อบทที่ 7 เอกสารที่สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะตามหลักความโปร่งใส ได้แก่

- 1) หนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้า เช่น ผู้ร้องมีหนังสือแจ้งไปยังผู้คัดค้านว่าต้องการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ โดยในหนังสืออาจมีรายชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ รายละเอียดเกี่ยวกับข้อพิพาทและข้อเรียกร้องโดยย่อ, หนังสือบอกกล่าวให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ¹¹
- 2) หนังสือตอบรับเพื่อแจ้งให้ทราบ เช่น คู่กรณีอีกฝ่ายตกลงที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ
- 3) คำฟ้องเรียกค่าเสียหาย คำให้การของผู้คัดค้าน
- 4) คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องของคู่กรณีพิพาท
- 5) รายงานผู้เชี่ยวชาญและบันทึกบัญชีพยาน สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการจึงจะสามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้
- 6) การเขียนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การโดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาท หรือไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญาหรือบุคคลภายนอก
- 7) การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา การเปิดเผยข้อมูลหรือบันทึกข้อมูลในกระบวนการพิจารณานั้นจะต้องใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่

¹⁰ Levander, S., “Resolving ‘Dynamic Interpretation’: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules On Transparency”, *Columbia Journal of Transnational Law* 52, 2(2014): 506-541.

¹¹ อนันต์ จันทร์โอภากร, *กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล*, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536), 94.

ในการเปิดเผยข้อมูล หากเปิดเผยแล้วรูปคดีจะเสียหายต่อคู่กรณีพิพาทหรือไม่ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือความสมบูรณ์ในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ พิจารณา ตามข้อบทที่ 6 และข้อบทที่ 7 (6) และ (7) และคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ¹²

ในส่วนของ หนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในการอนุญาโตตุลาการนั้นมีรายละเอียดในการเปิดเผยข้อมูลเพิ่มเติม ตามข้อบทที่ 2 ของหลักความโปร่งใสด้วย

2.3.1.2 ข้อบทที่ 2

เมื่อผู้ร้องได้ทำการแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้คัดค้านทราบ เพื่อทำการการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้อีกฝ่ายทราบว่าตนได้รับหนังสือการแจ้งให้ทราบหรือมีหนังสือตอบรับแก่อีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อได้มีการส่งหนังสือแจ้งให้ผู้คัดค้านทราบและผู้คัดค้านได้รับหนังสือและมีการตอบรับหนังสือเพื่อแจ้งให้ทราบแล้ว เมื่อเกิดการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อมูลพื้นฐานที่สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะชน ได้แก่ ชื่อของคู่กรณีพิพาท ด้านการเงินที่เกี่ยวข้องและสนธิสัญญาที่ตกลงกัน ที่สนับสนุนว่าการอนุญาโตตุลาการคู่กรณีพิพาทจะต้องเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ¹³

¹² Article 3. Publication of documents

1. Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.

2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal.

¹³ Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings

Once the notice of arbitration has been received by the respondent, each of the disputing parties shall promptly communicate a copy of the notice of arbitration to the repository referred to under article 8. Upon receipt of the notice of arbitration from the respondent, or upon receipt of the notice of arbitration and a record of its transmission to the respondent, the repository shall promptly make available to the public information regarding the name of the disputing parties, the economic Sector involved and the treaty under which the claim is being made.

จากข้อบทที่ 2 เป็นการเปิดเผยข้อมูลโดยทันทีและเป็นข้อบังคับในการเปิดเผยข้อเท็จจริงในการอนุญาโตตุลาการ เมื่อผู้ร้องได้ส่งหนังสือแจ้งให้ทราบให้ผู้คัดค้านแล้ว ผู้คัดค้านก็ต้องมีหนังสือแจ้งให้ทราบเช่นกัน เมื่อได้รับการแจ้งเป็นหนังสือแล้ว มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในหนังสือการแจ้งให้ทราบ ไม่ว่าจะเป็ข้อของคู่กรณีพิพาท ด้านการเงินที่เกี่ยวข้องและสนธิสัญญาที่ตกลงกัน ก่อนที่จะมีการเปิดเผยข้อมูล จะต้องมีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการก่อน หากไม่มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการและการเผยแพร่ข้อมูลก่อนจัดตั้ง คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจในการพิจารณาว่าข้อมูลใดที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ทำให้ข้อมูลที่ต้องรักษาเป็นความลับอาจถูกเปิดเผยได้ ซึ่งกรณีตามข้อบทที่ 2 นี้ คู่กรณีพิพาทอาจไม่นำหลักความโปร่งใสมาใช้ แต่ให้ทำการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการเปิดเผยข้อมูล หรือคู่กรณีอาจนำหลักความโปร่งใสมาใช้ได้และได้มีการการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถเปิดเผยข้อมูล ตามข้อบทที่ 3 ได้เช่นเดียวกัน¹⁴

ในการเปิดเผยข้อมูล ตาม ข้อบทที่ 3 หากมีการเปิดเผยข้อมูลตั้งแต่เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้วนั้นก็ไม่ว่าจำเป็นที่จะต้องมีการนำเสนอเปิดเผยข้อมูลที่ตกลงมาข้างต้นอีก เพราะมีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณามาตั้งแต่ต้นแล้ว นอกจากนั้นแล้วการเปิดเผยข้อมูลยังต้องมีการพิจารณาว่า

1) เอกสารที่มีการเผยแพร่ต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นเอกสารที่เป็นความลับหรือเป็นข้อมูลที่ได้รับ ความคุ้มครองตาม ข้อบทที่ 7 หรือไม่ หากข้อมูลนั้นเป็นความลับ ตามข้อบทที่ 7 แล้ว จะไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว เพราะ ข้อบทที่ 3 อยู่ภายใต้ข้อบทที่ 7 เนื่องจากข้อมูลตามข้อบทที่ 7 ได้รับการยกเว้นไม่ให้เปิดเผยต่อสาธารณะ

2) ในการเปิดเผยข้อมูลหรือประเด็นการพิจารณา เมื่อได้ทำการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว การเปิดเผยมี 2 ประเภท คือ

2.1) หนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องพิจารณาตามข้อบทที่ 2 คือ ต้องมีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการก่อนมีการเปิดเผยข้อมูล

2.2) จากข้อบทที่ 3 (3) การเปิดเผยข้อมูลจะต้องมีการพิจารณาด้วยว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจของตนหลังจากที่มีการปรึกษากับคู่กรณีพิพาทเป็นการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นข้อมูลเฉพาะ หากข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับไม่สามารถเปิดเผยได้ ตามที่ระบุใน ข้อบทที่ 7 ก็จะไม่เปิดเผย

¹⁴ New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps [Online], 15 April 2015. Available from http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL1.pdf. August 2013.

แต่ในส่วนขอข้อบทที่ 3 (1) หรือ (2) ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบทที่ 3 (3)¹⁵ เพราะไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็น การเฉพาะ เป็นข้อมูลที่สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ หรือเมื่อบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการ เปิดเผยข้อมูล

2.3.2 บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (Amicus Curiae)

Amicus Curiae หมายถึง บุคคล หรือ กลุ่มบุคคล หรือองค์กรใดก็ได้ที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณี ในคดีพิพาท และมีความสนใจที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา¹⁶ ไม่ได้อยู่ในฐานะคู่ความ หรือ พยานในศาล แต่ศาลอาจอนุญาตให้เสนอความเห็นโดยทำเป็นบันทึกเกี่ยวกับข้อกฎหมายหรือให้ข้อมูล เกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด ๆ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการไต่สวนคดี เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีของ ศาลได้ในบางกรณีโดยเฉพาะในศาลระหว่างประเทศ ศาลอาจอนุญาตให้ที่ปรึกษาศาลเข้าร่วมใน กระบวนการในชั้นพิจารณาไต่สวนหรือในชั้นอุทธรณ์ได้¹⁷

บุคคลภายนอกมีบทบาทสำคัญในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐตามกฎหมาย ข้อมูล ความเห็นที่บุคคลภายนอกได้เสนอ แม้จะเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียในคดีก็ตาม¹⁸

บุคคลภายนอก ตามหลักความโปร่งใส ข้อบทที่ 4 คือ บุคคลภายนอกจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ เป็นบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทกับคู่กรณีหรือไม่มีส่วนได้เสียหรือ ประโยชน์ที่บุคคลภายนอกจะได้รับในการอนุญาตไต่สวนการ จึงจะสามารถยื่นคำฟ้อง ยื่นคำร้องของ แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การได้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะอนุญาต บุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญา (บุคคลภายนอก) เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ ต้องมีการปรึกษากับคู่กรณีพิพาทด้วย หากคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาต บุคคลภายนอกสามารถ ยื่น คำฟ้อง ยื่นคำร้องของแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ ซึ่งบุคคลภายนอกจะ ยื่นฟ้องหรือยื่นคำร้องเพิ่มเติมนั้น ต้องมีการระบุประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายใน

¹⁵ Article 3 Publication of documents

3. Subject to article 7, the arbitral tribunal may decide, on its own initiative or upon request from any person, and after consultation with the disputing parties, whether and how to make available exhibits and any other documents provided to, or issued by, the arbitral tribunal not falling within paragraphs 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specified site.

¹⁶ Legal Information Institute [LII] [Online], 23 September 2015. Available from https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae.

¹⁷ วิชัย ศรีรัตน์, ลาวัลย์ ถนัดศิลป์กุล และทศพล ทรรศนกุลพันธ์, ผู้รวบรวมเรียบเรียง, ศัพท์สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2555), 15.

¹⁸ การระงับข้อพิพาท [Online], 23 กันยายน 2558. แหล่งที่มา http://tdri.or.th/archives/download/reports/published/s44/ch14_dispute_settlement.pdf.

การอนุญาตตุลาการเพิ่มเติมโดยการยื่นคำฟ้อง หรือคำร้องเพิ่มเติมจะต้องเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท เพื่อเป็นประโยชน์ต่ออนุญาตตุลาการในการพิจารณา หากไม่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทแล้ว อนุญาตตุลาการจะไม่นำมาพิจารณา¹⁹

แม้ว่า ในข้อบทที่ 5²⁰ ของหลักความโปร่งใส ได้กำหนดว่าคณะอนุญาตุลาการจะรับรองว่าบุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาจะไม่ทำให้เกิดความสับสนหรือกระทำการใดที่ไม่เหมาะสมในการอนุญาตตุลาการหรือไม่มีอคติใด ๆ ต่อคู่กรณีพิพาท และรับรองว่าคู่กรณีพิพาทได้รับความเป็นธรรมจากการที่บุคคลภายนอกเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาแล้วก็ตาม แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าบุคคลภายนอกเป็นผู้ร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตนเองแต่ไม่มีส่วนได้

¹⁹ Article 4. Submission by a third person

1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty (“third person(s)”), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute.

2. A third person wishing to make a submission shall apply to the arbitral tribunal, and shall, in a concise written statement, which is in a language of the arbitration and complies with any page limits set by the arbitral tribunal:

(a) Describe the third person, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities and any parent organization (including any organization that directly or indirectly controls the third person);

(b) Disclose any connection, direct or indirect, which the third person has with any disputing party;

²⁰ Article 5. Submission by a non-disputing Party to the treaty

1. The arbitral tribunal shall, subject to paragraph 4, allow, or, after consultation with the disputing parties, may invite submissions on issues of treaty interpretation from a non-disputing Party to the treaty.

2. The arbitral tribunal, after consultation with the disputing parties, may allow submissions on further matters within the scope of the dispute from a non-disputing Party to the treaty. In determining whether to allow such submissions, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant, the factors referred to in article 4, paragraph 3, and, for greater certainty, the need to avoid submissions which would support the claim of the investor in a manner tantamount to diplomatic protection.

3. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party.

เสียในคดี เมื่อเปรียบกับการร้องสอดของคดีแพ่ง กรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตน โดยบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาในคดีได้นั้น เพราะตนมีสิทธิเรียกร้อง ได้แย้งทางกฎหมายหรือมีส่วนได้เสียในทางกฎหมายจึงจะสามารถเข้ามาร่วมในคดีได้²¹ ซึ่งแตกต่างกับหลัก Amicus Curiae โดยหลักความโปร่งใสที่อนุญาตให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดีได้นั้น ถ้าหากบุคคลภายนอกมีอคติ ไม่เป็นกลางกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว กระบวนการพิจารณาก็อาจไม่ถูกต้อง เทียบธรรม จึงมีความเห็นว่าบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาร่วมในกระบวนการนอกจากจะต้องมีความเป็นกลางและไม่ได้มีส่วนได้เสียกับตัวคู่กรณี หากบุคคลภายนอกมีส่วนได้เสียกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วมีการยื่นคำฟ้อง ยื่นคำร้องเพิ่มเติม ก็อาจทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเสียเปรียบได้ เป็นการยุ่งยากต่อคณะอนุญาโตตุลาการที่จะต้องหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะได้มีการรับรองแล้ว แต่ถ้าหากบุคคลภายนอกกระทำการที่ไม่เหมาะสมหรือมีอคติต่อคู่กรณีพิพาทแล้ว กรณีนี้อาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องรับผลจากกรณีที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการถูกถอดถอนจากการพิจารณา ส่งผลเสียต่อการพิจารณาคดี ซึ่งย่อมไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อคณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าบุคคลภายนอกจึงไม่ควรเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท ทั้งทางด้านการทำงาน เกี่ยวข้องในเรื่องของสัญญา เกี่ยวข้องกับคู่กรณีไม่ว่าจะในเรื่องผลประโยชน์ที่ไม่สุจริตกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือความสัมพันธ์ทางด้านเครือญาติ หรือเป็นสามีหรือภรรยา

2.3.3 การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open Hearing)

กระบวนการพิจารณาเพื่อนำเสนอพยานหลักฐานหรือการโต้แย้งให้เป็นเปิดเผยต่อสาธารณะ คณะอนุญาโตตุลาการจัดการอำนวยความสะดวกเท่าที่จำเป็นและสามารถทำได้ เพื่อให้ประชาชนเข้าถึงการพิจารณา (รวมถึงการเข้าร่วมประชุมผ่านวิดีโอหรืออื่น ๆ ที่เหมาะสม) อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะปรึกษาคู่กรณีพิพาทเพื่อตัดสินใจว่าจะให้เปิดเผยการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ หากในกรณีที่มีความจำเป็นในการปกป้องข้อมูลหรือความสมบูรณ์ของกระบวนการ

²¹ มาตรา 57 “บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความอาจเข้ามาเป็นคู่ความ ได้ด้วยการร้องสอด

(1) ด้วยความสมัครใจเองเพราะเห็นว่าเป็นการจำเป็น เพื่อยัง ให้ได้รับความรับรอง คຸ່ມครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณา หรือเมื่อตน มีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวเนื่องด้วยการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีนั้น

(2) ด้วยความสมัครใจเอง เพราะตนมีส่วนได้เสียตามกฎหมาย ในผลแห่งคดีนั้น โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนมี คำพิพากษาอนุญาตเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม หรือเข้า แทนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียทีเดียวโดยได้รับความยินยอมของ คู่ความฝ่ายนั้น แต่ทว่าแม้ศาลจะได้อนุญาตให้เข้าแทนที่กันได้ก็ตาม คู่ความฝ่ายนั้นจำต้องผูกพันตนโดยคำพิพากษาของศาลทุกประการ เสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการเข้าแทนที่กันเลย”.

อนุญาโตตุลาการ ตามข้อบทที่ 7 คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการส่วนตัวในการพิจารณาที่
ต้องมีการป้องกันเป็นความลับ²²

โดยมีข้อจำกัด ตามข้อบทที่ 6 มี 2 ประการ ได้แก่

- 1) ปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับ ตาม ข้อบทที่ 7
- 2) การรักษาความลับข้อมูลที่เป็นความลับหรือการปกป้องข้อมูล ประกอบด้วย²³:

²² Article 6. Hearings

1. Subject to article 6, paragraphs 2 and 3, hearings for the presentation of evidence or for oral argument (“hearings”) shall be public.

2. Where there is a need to protect confidential information or the integrity of the arbitral process pursuant to article 7, the arbitral tribunal shall make arrangements to hold in private that part of the hearing requiring such protection.

3. The arbitral tribunal shall make logistical arrangements to facilitate the public access to hearings (including where appropriate by organizing attendance through video links or such other means as it deems appropriate). However, the arbitral tribunal may, after consultation with the disputing parties, decide to hold all or part of the hearings in private where this becomes necessary for logistical reasons, such as when the circumstances render any original arrangement for public access to a hearing infeasible.

²³ Article 7 2. Confidential or protected information consists of:

- (a) Confidential business information;
- (b) Information that is protected against being made available to the public under the treaty;
- (c) Information that is protected against being made available to the public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; or
- (d) Information the disclosure of which would impede law enforcement.

4. The arbitral tribunal, after consultation with the disputing parties, shall make arrangements to prevent any confidential or protected information from being made available to the public, including by putting in place, as appropriate:

(a) Time limits in which a disputing party, non-disputing Party to the treaty or third person shall give notice that it seeks protection for such information in documents;

(b) Procedures for the prompt designation and redaction of the particular confidential or protected information in such documents; and

2.1) ความลับทางธุรกิจ

2.2) การป้องกันการเปิดเผยข้อมูลภายใต้สนธิสัญญา หากสนธิสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีการกำหนดไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลแล้ว คู่กรณีก็ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา

2.3) ข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองที่สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้ คือ ในกรณีที่เป็นข้อมูลของฝ่ายผู้คัดค้าน การเปิดเผยข้อมูลให้อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศผู้คัดค้านหรือตามที่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดในการเปิดเผยข้อมูล

2.4) การเปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมาย

ข้อ 3 คณะอนุญาโตตุลาการหลังจากได้มีการปรึกษาคู่กรณีพิพาทจะให้มีการป้องกันข้อมูลหรือรักษาความลับจากการเปิดเผยให้ประชาชนทราบรวมถึง

1) จำกัดเวลาในการปกป้องข้อมูลของ คู่กรณีพิพาท ผู้ที่ไม่ใช่คู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญา หรือ บุคคลภายนอก

2) การแก้ไขและเพิ่มเติมข้อมูลที่เฉพาะเจาะจงต่อรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับหรือปกป้องข้อมูลนั้น

3) กระบวนการพิจารณาที่เป็นการส่วนตัวต้องมีการร้องขอตาม ข้อบทที่ 6 (2) คือ ในกรณีที่มีความจำเป็นในการปกป้องข้อมูลหรือความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 4 คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดว่าข้อมูลนั้นจะไม่มีเปิดเผยต่อสาธารณะหรือเอกสารนั้นไม่ควรมีการเปิดเผยได้ แต่ถ้าคู่กรณีพิพาท ผู้ที่ไม่ใช่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลภายนอกยินยอมที่จะให้มีการบันทึกกระบวนการพิจารณาทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนก็ได้

ข้อ 5 รัฐผู้คัดค้านเรียกร้องเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ การเปิดเผยข้อมูลนั้นไม่เป็นการขัดต่อการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ

(c) Procedures for holding hearings in private to the extent required by article 6, paragraph 2.

Any determination as to whether information is confidential or protected shall be made by the arbitral tribunal after consultation with the disputing parties.

5. Where the arbitral tribunal determines that information should not be redacted from a document, or that a document should not be prevented from being made available to the public, any disputing party, non-disputing Party to the treaty or third person that voluntarily introduced the document into the record shall be permitted to withdraw all or part of the document from the record of the arbitral proceedings.

6. Nothing in these Rules requires a respondent State to make available to the public information the disclosure of which it considers to be contrary to its essential security interests.

ปกป้องความสมบูรณ์ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ตามที่กำหนดใน ข้อบทที่ 7 ในเรื่องของการปกป้องความสมบูรณ์ของอนุญาโตตุลาการ คือ ถ้าข้อมูลดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในการอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดใน ข้อบทที่ 6 จะไม่มีการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 2 ถึง 6 และหากการเปิดเผยข้อมูลนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะอาจเป็นการขัดขวางการรวบรวมหรือผลของพยานหลักฐาน ทำให้เกิดการข่มขู่พยานหลักฐาน ข่มขู่ทนายความที่เป็นตัวแทนของคู่กรณีพิพาทหรือสมาชิกคณะอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีอื่น ๆ คณะอนุญาโตตุลาการอาจใช้ดุลพินิจของตนหรือกรณีที่ได้มีการปรึกษาคู่พิพาทแล้วที่จะยับยั้งการเปิดเผยข้อมูลต่อประชาชน²⁴

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลักความโปร่งใสที่บัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน สามารถแยกหลักเกณฑ์ทั้งหมดได้ 3 ประการ ซึ่งทั้งสามประการนี้เป็นการเปิดเผยข้อมูลการเข้าถึงและการให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ซึ่งในปัจจุบันมีการนำหลักของความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดย UNCITRAL ARBITRATION RULES โดยเพิ่มเติมหลักความโปร่งใสในปี 2013 และยังมี การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เป็นการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น และการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศผ่านทางสภาหอการค้านานาชาติ (ICC) ซึ่งการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน สามารถจำแนกได้ ดังนี้

²⁴ Article 7 Integrity of the arbitral process

6. Information shall not be made available to the public pursuant to articles 2 to 6 where the information, if made available to the public, would jeopardise the integrity of the arbitral process as determined pursuant to paragraph 7.

7. The arbitral tribunal may, on its own initiative or upon the application of a disputing party, after consultation with the disputing parties where practicable, take appropriate measures to restrain or delay the publication of information where such publication would jeopardise the integrity of the arbitral process because it could hamper the collection or production of evidence, lead to the intimidation of witnesses, lawyers acting for disputing parties, or members of the arbitral tribunal, or in comparably exceptional circumstances.

2.4 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน

รูปแบบในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น มี 2 รูปแบบ คือ

1) การอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจเป็นกระบวนการที่คู่กรณีต้องดำเนินการด้วยตนเองตั้งแต่เริ่มในกระบวนการจนกว่าจะสิ้นสุดกระบวนการ นอกจากนั้นแล้วคู่กรณีต้องทำความตกลงร่วมกันเกี่ยวกับขั้นตอน กระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ต่อมาคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้กำหนดให้นำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ เช่น UNCITRAL Arbitration Rules โดยคู่กรณีต้องเลือกใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการโดยกำหนดไว้ในสัญญาหลักของตน และ มาตรฐานแห่งการระงับข้อพิพาทของ (ECAFE Rules of International Commercial Arbitration and the ECAFE Standard for Conciliation) หรือที่เรียกว่า ECAFE Rules เพื่อให้คู่กรณีประสงค์ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ต้องใช้สถาบัน เนื่องจากองค์การสหประชาชาติไม่ใช่สถาบันที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการเหมือนกับสถาบันอื่น ๆ การอนุญาโตตุลาการนอกศาลนี้มีข้อดี คือ นักธุรกิจอาจไม่มั่นใจในการระงับข้อพิพาทผ่านสถาบัน เพราะเห็นว่าคำชี้ขาดของสถาบันนั้นจะขึ้นอยู่กับหัวหน้าของสถาบันหรือมีแนวโน้มเอนเอียงไปยังฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²⁵

2) การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institution Arbitration)

สถาบันอนุญาโตตุลาการ ทำหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกและดูแลการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คือสถาบันจะรับผิดชอบเฉพาะกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจแทรกแซงการวินิจฉัยชี้ขาดของข้อพิพาทที่คู่กรณีแต่งตั้งขึ้น สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละสถาบันจะมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเป็นของตนเอง ซึ่งสถาบันการอนุญาโตตุลาการนั้นแบ่งได้ 3 ประเภท

2.1) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นที่ก่อตั้งโดยกฎหมายระหว่างประเทศมีสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ICSID

2.2) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยสภาพของโครงสร้างขององค์กร เช่น สภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) หรือ ICC

²⁵ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536), 31.

2.3) สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ มีสำนักงานอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าสถาบันเหล่านี้จะไม่ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยสถาบันที่มีชื่อเสียง ได้แก่ American Arbitration Association (AAA)²⁶

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศมีหลายรูปแบบ แต่รูปแบบการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมมักจะเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอาศัยข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เช่น ICSID และ ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules ซึ่งปัจจุบันมีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ทั้งการระงับข้อพิพาท โดยให้สิทธิกับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาเข้ามาร่วมในกระบวนการระงับข้อพิพาท (Amicus Curiae) สามารถเปรียบเทียบกับหลักความโปร่งใสดังต่อไปนี้

2.4.1 การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID)

ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ตั้งอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนจัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น เกิดขึ้นโดยความร่วมมือระหว่างรัฐตามความตกลงในรูปของอนุสัญญา ICSID จึงเป็นสถาบันระหว่างประเทศโดยแท้ เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ²⁷ ก่อตั้งขึ้นโดยธนาคารโลก (World Bank) มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนระหว่างประเทศในประเทศที่กำลังพัฒนาและเพื่ออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐ²⁸

ศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนนี้มีทั้งการประนีประนอมและการอนุญาโตตุลาการ โดยใน ข้อบทที่ 25 วรรค 1 สนธิสัญญานี้ได้มีการลงนามและให้สัตยาบัน สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ 14 ตุลาคม ในปี 1966 มีประเทศให้สัตยาบันทั้งหมด 20 ประเทศ ต่อมาในวันที่ 10 เมษายน 2006 มี 143 ประเทศมีการให้สัตยาบัน รวมถึงประเทศไทยก็ได้มีการลงนามนี้ด้วย²⁹ โดยในปี 2006 ได้มีการแก้ไขโดยนำหลักความโปร่งใสมาใช้ นอกจากนั้นแล้วข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น คู่กรณีจะต้องยอมรับอำนาจศูนย์ระหว่างประเทศเป็นลายลักษณ์อักษรแยกต่างหากจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น การเข้าเป็นภาคียังไม่ถือเป็นการยอมรับอำนาจจากศูนย์การ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, 30.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, 27.

²⁸ Icsid Convention, Regulations and Rules [Online], 18 April 2015. Available from https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

²⁹ Ibid, 5.

ระงับข้อพิพาท คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องให้ความยินยอมด้วย³⁰ และศูนย์การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นคู่สัญญาอาจจะตกลงให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยมี ข้อบทที่ 6 ของ ICSID กำหนดโดยให้นำหลักของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับใน ICSID ด้วย³¹

2.4.1.1 การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ (Publication of Documents)

ตาม ข้อบทที่ 48 (5) “ศูนย์การระงับข้อพิพาทจะไม่เปิดเผยคำชี้ขาดหากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณี”³²

นอกจากนั้นแล้วยังมีการกำหนดอยู่ในการบริหารและการเงินในกฎระเบียบของ ICSID ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหากการเปิดเผยจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุน³³ จากหลักของ ICSID ที่มีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในเรื่องของการเผยแพร่คำชี้ขาด จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ถ้าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ยินยอมแล้ว ศูนย์การระงับข้อพิพาทมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับในคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการเปิดเผยคำชี้ขาดโดยใช้ดุลยพินิจของตนไม่ได้ แต่ หลักของ ICSID มีข้อยกเว้น คือ คำชี้ขาดนั้นสามารถเปิดเผยได้ถ้ามีเหตุผลทางกฎหมายประกอบ โดยมีความคิดเห็นของ Professor Schreuer

As explained by Professor Schreuer, the idea was to permit the Secretariat to identify certain aspects of the practice under the Convention in order to shed light on its application. Following a further

³⁰ เอก ยิ้มฉาย, ผลกระทบของร่างความตกลงเขตการค้าเสรี [FTA] ไทย-สหรัฐอเมริกา : เรื่องการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน [ICSID] (วิทยานิพนธ์ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 79.

³¹ Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals of Other States Article 6 (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules);

³² Article 48 (5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

³³ ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL REGULATIONS Regulation 22

22 (2) “ Ifboth parties to a proceeding consent to the publication of:

(b) arbitral awards; or the Secretary-General shall arrange for the publication thereof, in an appropriate form with a view to furthering the development of international law in relation to investments.”

revision in 2006, the added sentence in Rule 48(4) was modified to require the Centre to publish “excerpts of the legal reasoning of the Tribunal”.

ดังนั้น โดยหลักแล้วคำชี้ขาดไม่สามารถเปิดเผยได้หากไม่ได้รับความยินยอมจาก คู่กรณี แต่ภายใต้กฎการอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ยังสามารถเปิดเผยคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีเหตุผลทางกฎหมายด้วยจึงจะสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ ตามที่มีบทบัญญัติสนับสนุนไว้ในข้อบทที่ 48 (4)³⁴ ซึ่งจะเห็นว่าการเปิดเผยคำชี้ขาดจะกระทำได้ต้องเป็นไปตามที่ ICSID กำหนด ส่วนในกรณีของการเปิดเผยข้อมูลทั่วไปที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของศูนย์ การลงทะเบียนคำร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ คำพิพากษาอาจมีการบันทึกลงในข้อมูลออนไลน์เพื่อเผยแพร่ต่อประชาชน แต่ถ้าหากไม่ได้มีการบันทึกข้อมูลแบบออนไลน์ เมื่อได้มีการแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบว่าจะมีการเปิดเผยข้อมูล คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจในการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการเปิดเผยคำชี้ขาด

ซึ่งแตกต่างจากหลักของความโปร่งใสในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ได้มีการกำหนดไว้ว่า คำชี้ขาดสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ทันที ตามข้อบทที่ 3 และหากมีบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาด สามารถเปิดเผยได้โดยไม่ต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูล เนื่องจากข้อมูลนี้ไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ตามที่มีการกำหนดไว้ในข้อบทที่ 3 (3)

2.4.1.2 บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (Amicus Curiae)

การนำหลักความโปร่งใสมาใช้เป็นหลักการส่งเสริมให้มีการนำบุคคลภายนอกเข้ามา โดยส่วนใหญ่จะเป็นการลงทุนที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของสาธารณะมักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนเป็นสำคัญ การที่ยอมรับข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานจากบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่กรณี ก็เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกได้มีส่วนร่วม โดยบุคคลภายนอกเข้ามาเพื่อนำเสนอข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน เพื่อจะให้ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริง พยานหลักฐานจากหลายฝ่ายเพื่อให้ได้ตัดสินคำชี้ขาดอย่างเป็นธรรมมากที่สุด ซึ่งบุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญมากกว่าคู่กรณี เนื่องจากเป็นการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุน แต่อย่างไรก็ตามข้อมูล

³⁴ Article 48(4) of Procedure for Arbitration Proceeding (Arbitration Rules) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

หรือพยานหลักฐานของบุคคลภายนอกอาจจะไม่ถูกต้องและไม่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทได้ ดังนั้น เป็นหน้าที่ของศาลในการพิจารณาต่อไป หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะต้องนำกฎในการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับ คือ

ข้อบทที่ 32 (2) “กฎของอนุญาโตตุลาการได้กำหนดให้บุคคลภายนอกให้คำแนะนำและคัดค้าน รวมทั้งในเรื่องของพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ในระหว่างที่มีการเบิกความเจ้าหน้าที่ศาลจะสังเกตการณ์พิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วน....³⁵”

ข้อบทที่ 37 (2) “หลังจากที่ได้มีการปรึกษากับคู่กรณีพิพาทแล้ว ศาลอนุญาโตให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลอื่น ๆ ให้เรียกว่าบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทยื่นคำคู่ความ (A Written Submission) โดยคำร้องต้องอยู่ในขอบเขตของข้อพิพาท และต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้

1) บุคคลที่ไม่ใช่คู่กรณีพิพาทยื่นคำร้องโดยคำร้องต้องกำหนดปัญหาหรือประเด็นทางกฎหมายเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างจากกรณีคู่สัญญายื่นคำร้อง

2) บุคคลที่ไม่ใช่คู่กรณีพิพาทยื่นคำร้องจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของข้อพิพาท

3) บุคคลที่ไม่ใช่คู่กรณีพิพาทที่มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณานี้

ศาลจะรับรองว่าบุคคลที่สามเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยไม่ทำให้เกิดความสับสนหรือกระทำการใดที่ไม่เหมาะสมในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่มีอคติใด ๆ ต่อคู่กรณีพิพาท”³⁶

³⁵ Article 32(2) of Procedure for Arbitration Proceeding (Arbitration Rules) Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.

³⁶ Rule 37 of Procedure for Arbitration Proceeding (Arbitration Rules) Visits and Inquiries; Submissions of Non-disputing Parties

(2) After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non-disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;

(b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;

ตามข้อบทที่ 32 อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการยอมให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา อย่างไรก็ตามข้อบทที่ 37 ก็วางหลักให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา หากศาลต้องการให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาจะต้องปรึกษาคู่กรณีพิพาท และศาลใช้อำนาจในการพิจารณา โดยอาจพิจารณาให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมได้ โดยบุคคลภายนอกจะต้องมีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาครั้งนี้ และการยื่นคำร้องต้องอยู่ในขอบเขตของข้อพิพาทโดยมีการกำหนดประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายด้วย หลักนี้สอดคล้องกับเป็นหลักเกณฑ์ความโปร่งใส คือ บุคคลภายนอกขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตนเอง โดยหลักแล้วบุคคลภายนอกที่จะเข้าร่วมกระบวนการพิจารณานั้นต้องได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการและมีการปรึกษากับคู่กรณีแล้ว ซึ่งจากที่ได้กล่าวมาแล้วในกรณีของบุคคลภายนอก แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าบุคคลภายนอกควรจะเป็นบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท และไม่มีส่วนได้เสียทางด้านสิทธิและหน้าที่ หากบุคคลภายนอกมีความสัมพันธ์ทางด้านเครือญาติ หรือมีผลประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่สุจริตกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้

2.4.1.3 การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open Hearing)

ศูนย์การระงับข้อพิพาท ICSID หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะต้องนำกฎในการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับ ซึ่งกฎของการอนุญาโตตุลาการมีหลักความโปร่งใสที่จะนำมาใช้บังคับใน ICSID คือ

ข้อบทที่ 38 การรักษาความลับในกระบวนการพิจารณา

การนำเสนอกระบวนการพิจารณาในกรณีพิพาทของคู่กรณี กระบวนการพิจารณาจะต้องรักษาเป็นความลับ³⁷

กระบวนการพิจารณาของ ICSID ที่มีเป็นการระงับข้อพิพาทในทางอนุญาโตตุลาการมีการปกปิดกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ ต่างจากหลักความโปร่งใสที่ให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา การเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นให้มีการ

(c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.

The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.

³⁷ Rule 38 Closure of the Proceeding

(1) When the presentation of the case by the parties is completed, the proceeding shall be declared closed.

เปิดเผยต่อสาธารณะ แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้น ตามข้อบทที่ 7 เนื่องจากจะต้องมีการปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาเป็นความลับหรือเพื่อรักษาความสมบูรณ์ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2.4.2 การระงับข้อพิพาทการอนุญาโตตุลาการแห่งสภาหอการค้านานาชาติ (ICC)

หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1919 โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อเสริมสร้างบทบาทของวิสาหกิจเอกชน (Private Enterprise) และเพื่อพัฒนาและปรับปรุงสถานะแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หอการค้านานาชาติจึงได้ดำเนินการเพื่อสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างนักธุรกิจและองค์กรธุรกิจต่าง ๆ บริการประเภทหนึ่งของหอการค้านานาชาติ คือ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ โดยมีกฎเกณฑ์ของตนเอง เรียกว่า ICC Rules of Arbitration มีสมาชิก 130 ประเทศทั่วโลก³⁸

2.4.2.1 การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ (Publication of Documents)

ข้อบทที่ 34 (2) “การบอกกล่าว การเก็บรักษา และการบังคับตามคำชี้ขาดสำเนาเพิ่มเติมของคำชี้ขาดซึ่งเลขานุการรับรองความถูกต้อง ต้องมีพร้อมที่จะจัดส่งให้แก่บรรดาคู่พิพาท ในเวลาใด ๆ หากมีการร้องขอ แต่ห้ามมิให้ส่งให้แก่บุคคลอื่น”³⁹

ตามหลักเกณฑ์ของความโปร่งใส นั้น การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ ตามข้อบทที่ 3 และหากมีบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดสามารถเปิดเผยได้โดยไม่ต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูล เนื่องจากข้อมูลนี้ไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ตามที่มีการกำหนดไว้ในข้อบทที่ 3 (3) แตกต่างจากหลักของการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการโดยหลัก ICC นั้นในส่วนของคำชี้ขาดให้ส่งสำเนาเฉพาะคู่กรณีพิพาทเมื่อมีการร้องขอ แต่ห้ามมิให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้มาตรการในมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าและการรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ แต่เนื่องจากตามบททั่วไปของ ICC นั้นไม่มีบทบัญญัติในการรักษาความลับที่ใช้บังคับกับคู่กรณี แต่คู่กรณีอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้เพื่อทำการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จากบทความดังต่อไปนี้

[...] In contrast with ordinary courtroom proceedings under public and media gaze, ICC does not divulge details of an arbitration case and

³⁸ อนันต์ จันทร์โสภาส, “เรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ”, นิตยสารกระทรวงยุติธรรม 37, 2 (มีนาคม-เมษายน 2533): 70.

³⁹ มาตรา 34(2) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ.

keeps the identities of the parties completely confidential. So your business remains nobody else's business. Sometimes, of course, parties will publicize an award – but ICC's lips are always sealed. If you wish, you may also enter into a confidentiality agreement with the opposing party as an additional safeguard⁴⁰.

2.4.2.2 บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (Amicus Curiae)

ข้อบทที่ 26 (3) “การนั่งพิจารณาคดีคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเต็มที่ในการควบคุมกระบวนการพิจารณา โดยบรรดาคู่พิพาทมีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณา บุคคลใดซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะเข้าฟังการพิจารณาไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะอนุญาโตตุลาการและบรรดาคู่พิพาท⁴¹”

หลักเกณฑ์ความโปร่งใส คือ บุคคลภายนอกขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยตนเองโดยไม่มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาท โดยหลักแล้วคณะอนุญาโตตุลาการต้องมีการปรึกษากับคู่กรณีแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา บุคคลภายนอกที่จะเข้าร่วมกระบวนการพิจารณานั้น จะต้องได้รับความยินยอมจาก แตกต่างจากหลักของการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการโดยหลัก ICC คู่กรณีสามารถเข้าร่วมได้ในการระงับข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการ บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาร้องขอเข้ามาด้วยตนเองเพื่อเข้ามาในกระบวนการพิจารณาไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทจะยินยอมให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาก็สามารถกระทำได้ ตามข้อบทที่ 26 (3) ของ ICC ผู้ศึกษาเห็นว่า หากบุคคลภายนอกเป็นผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาแล้ว บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับร้องขอเพื่อเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก็สามารถกระทำได้ เพราะบุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทเข้าร่วมในการพิจารณาย่อมมีประโยชน์ในการให้ข้อเสนอแนะ ความคิดเห็น ในการตัดสินคำชี้ขาด

2.4.2.3 การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open Hearing)

ข้อบทที่ 22 (3) “การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการหากคู่พิพาทฝ่ายใดร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับการรักษาความลับในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

⁴⁰ Cf. the statement of the International Chamber of Commerce on its official arbitration homepage under, **More advantages of arbitration** [Online], 23 April 2015. Available from <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5327/index.html>.

⁴¹ มาตรา 26(3) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ.

หรือมีคำสั่งอื่นใดอันเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และสามารถกำหนดมาตรการคุ้มครองความลับทางการค้าและข้อมูลที่เป็นความลับ”⁴²

หลักเกณฑ์ความโปร่งใส คือ การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา หลักความโปร่งใสที่ให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาตามข้อบทที่ 6 การเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นให้มีการเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้น ตามข้อบทที่ 7 เนื่องจากจะต้องมีการปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาเป็นความลับหรือเพื่อรักษาความสมบูรณ์ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แตกต่างจากหลักของการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการโดยหลัก ICC ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหากว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีการร้องขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับหรือต้องการให้เก็บรักษาข้อมูลได้เป็นความลับไม่ให้มีการเปิดเผย คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำตามคำร้องขอของคู่กรณี โดยผู้ศึกษาเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าจะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยกระบวนการพิจารณาก็ได้โดยที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องร้องขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ เพราะในการอนุญาโตตุลาการสิ่งที่สำคัญที่สุด คือ การรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการต้องทราบว่าข้อมูลใดหรือกระบวนการใดควรเก็บไว้เป็นความลับ ข้อมูลใดสามารถเปิดเผยได้

2.4.3 การระงับข้อพิพาทโดย UNCITRAL Arbitration Rules

การอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นจะมีการนำหลักความโปร่งใส UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”), มาใช้ร่วมกัน โดยมีการแก้ไขในปี 2013⁴³ ดังนี้

2.4.3.1 การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ (Publication of Documents)

ข้อบทที่ 34 (5) “คำชี้ขาดอาจจะมีการเผยแพร่ต่อสาธารณะได้โดยต้องได้รับความยินยอมจาก คู่สัญญาทั้งหมด หรือ ในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอให้มีการเปิดเผยโดยหน้าที่ทางกฎหมาย หรือปกป้องสิทธิในทางกฎหมาย หรือ เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางกฎหมาย หรือเกี่ยวกับผู้มีอำนาจอื่น ๆ”⁴⁴

⁴² มาตรา 22(3) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ.

⁴³ Article 1 (4) For investor-State arbitration initiated pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors, these Rules include the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”).

⁴⁴ Article 34 (5) An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority.

ตามหลักเกณฑ์ของความโปร่งใส นั้น การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ ได้มีการกำหนดไว้ว่า คำชี้ขาดสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ ตามข้อบทที่ 3 และหากมีบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาด สามารถเปิดเผยได้โดยไม่ต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูล เนื่องจากข้อมูลนี้ไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ตามที่มีการกำหนดไว้ในข้อบทที่ 3 (3) แต่ในหลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ข้อ 34 (5) คำชี้ขาดเปิดเผยต่อสาธารณะได้โดยต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งหมด หรือ ในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอให้มีการเปิดเผยโดยหน้าที่ทางกฎหมายหรือปกป้องสิทธิในทางกฎหมายหรือเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางกฎหมายหรือเกี่ยวกับผู้มีอำนาจอื่น ๆ คือ เปิดเผยคำชี้ขาดตามหลักความโปร่งใสแต่มีเงื่อนไขคือต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

2.4.3.2 บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (Amicus Curiae)

ข้อบทที่ 17 (5) “คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำตามคำร้องขอจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ร้องขอให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาหรือคำร้องขอของบุคคลภายนอกที่ขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา เว้นแต่ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหลังจากที่บุคคลภายนอกเข้าร่วมตามที่คู่สัญญาร้องขอ หรือบุคคลภายนอกขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาจะไม่ได้รับอนุญาต เพราะเป็นผู้ที่มีความเอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดเพียงฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายได้”⁴⁵

ส่วนข้อบทที่ 17 (5) มีลักษณะเดียวกันกับหลักเกณฑ์ความโปร่งใส คือ บุคคลภายนอกขอเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา ตามหลักเกณฑ์ของความโปร่งใส จากทั้งข้อบทที่ 4 และ 5 เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา โดยข้อบทที่ 4 เป็นข้อกำหนดในกรณีที่บุคคลเป็นบุคคลภายนอกไม่มีความเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท โดยหลักแล้วบุคคลภายนอกที่จะเข้าร่วมกระบวนการพิจารณานั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการและมีการปรึกษากับคู่กรณีแล้ว แต่ในหลักของ UNCITRAL Arbitration Rules คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจมีการร้องขอให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาหรือบุคคลภายนอกขอเข้าร่วมด้วยตนเอง โดยบุคคลภายนอกไม่มีส่วนได้เสียในคดีพิพาทดังกล่าว แล้วคณะอนุญาโตตุลาการอาจจะให้เข้าร่วมหรือ

⁴⁵ Article 17 (5) The arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that Article joinder should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration.

ไม่ให้เข้าร่วมในการพิจารณาก็ได้ หากให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมแล้วปรากฏว่าบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่มีความเอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ก็อาจจะให้บุคคลภายนอกออกจากกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งหลักการนำบุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ตามหลัก UNCITRAL Arbitration Rules แตกต่างกับการร้องสอดตามคดีแพ่งของไทย คือ ในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตนโดยเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทนั้น เนื่องจากตนมีสิทธิเรียกร้องในการโต้แย้งทางกฎหมายหรือมีส่วนได้เสียในทางกฎหมายหรือกรณีที่อยู่ความร้องขอให้ศาลเรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณา ตาม มาตรา 57 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴⁶ ประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่คล้ายกับแนวคิดเรื่อง Amicus Curiae ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57 ซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีใช้คู่ความในคดีอาจเข้ามาเป็นคู่ความได้ด้วยการร้องสอดด้วยความสมัครใจ แต่ต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียตามผลแห่งคดีหรือเพื่อขอรับความคุ้มครองสิทธิของตนต่อศาลเท่านั้น มิใช่เป็นบุคคลภายนอกทั่วไปที่มีได้มีส่วนได้เสีย ตามหลัก Amicus Curiae หลัก Amicus Curiae จึงไม่สามารถนำมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาความในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศไทย

⁴⁶ มาตรา 57 “บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความอาจเข้ามาเป็นคู่ความ ได้ด้วยการร้องสอด

(1) ด้วยความสมัครใจเองเพราะเห็นว่าเป็นการจำเป็น เพื่อยัง ให้ได้รับความรับรอง คุ้มครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณา หรือเมื่อตน มีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวเนื่องด้วยการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีนั้น

(2) ด้วยความสมัครใจเอง เพราะตนมีส่วนได้เสียตามกฎหมาย ในผลแห่งคดีนั้น โดยยื่นคำร้องขอต่อศาล ไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนมี คำพิพากษาขออนุญาตเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม หรือเข้า แทนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียทีเดียวโดยได้รับความยินยอมของ คู่ความฝ่ายนั้น แต่ว่าแม้ศาลจะได้อนุญาตให้เข้าแทนที่กันได้ก็ตาม คู่ความฝ่ายนั้นจำต้องผูกพันตนโดยคำพิพากษาของศาลทุกประการ เสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการเข้าแทนที่กันเลย

(3) ด้วยกฎหมายเรียกให้เข้ามาในคดี

(ก) ตามคำขอของคู่ความ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำเป็นคำร้องแสดงเหตุว่าตนอาจฟ้องหรือถูกคู่ความ เช่นว่า นั้นฟ้องตนได้เพื่อการใช้สิทธิไล่เบียด หรือเพื่อใช้ค่าทดแทน ถ้าหากศาลพิจารณาให้คู่ความเช่นว่านั้นแพ้คดี หรือ

(ข) โดยคำสั่ง ของศาล เมื่อศาลนั้นเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีคำขอในกรณีที่กฎหมายบังคับให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดีศาล เห็นจำเป็นที่จะเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี เพื่อประโยชน์แห่ง ความยุติธรรม แต่ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีดังกล่าวแล้วให้เรียกด้วยวิธียื่นคำร้อง เพื่อให้หมาย เรียกพร้อมกับคำฟ้องหรือคำให้การ หรือในเวลาใด ๆ ต่อมาก่อน มีคำพิพากษาโดยได้รับอนุญาตจากศาลเมื่อศาลเป็นที่พอใจว่าคำร้อง นั้นไม่อาจยื่นก่อนนั้นได้การส่งหมายเรียกบุคคลภายนอกตามอนุมาตรานี้ ต้องมีสำเนา คำขอ หรือคำสั่งของศาลแล้วแต่กรณี และคำฟ้องตั้งต้นคดีนั้นแนบ ไปด้วยบทบัญญัติ ในประมวลกฎหมายนี้ไม่ตัดสิทธิของเจ้าหนี้ในอัน ที่จะใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ และที่จะเรียกลูกหนี้ให้เข้ามาในคดีตั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”.

แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำบุคคลภายนอกเข้ามาร่วมในคดีหรือบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียร้องขอเข้ามาร่วมในคดีนั้น กระทำได้ภายใต้กระบวนการพิจารณาตามการอนุญาตตุลาการ เพื่อประกอบการพิจารณาคดีด้วยโดยมีเงื่อนไขว่าการยื่นข้อมูลดังกล่าวจะต้องไม่กระทบสิทธิของคู่กรณีในคดี

2.4.3.3 การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open Hearing)

ข้อบทที่ 28 (3) “การพิจารณาจะมีการเปิดเผยได้ เว้นแต่คู่กรณีจะมีการตกลงเป็นอย่างอื่น”⁴⁷

ในข้อบทที่ 28 (3) เป็นการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา ตามหลักเกณฑ์ของหลักความโปร่งใส การนำเสนอพยานหลักฐาน การเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นให้มีการเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้น ตามข้อบทที่ 7 เนื่องจากจะต้องมีการปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาเป็นความลับหรือเพื่อรักษาความสมบูรณ์ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ในหลักของ UNCITRAL Arbitration Rules การพิจารณามีการเปิดเผยได้ แต่ถ้าคู่สัญญาตกลงที่จะไม่ให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา ก็สามารถทำได้

2.5 สรุปเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับ การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน

เมื่อได้ทำการศึกษาแล้วพบว่ามีการการนำหลักความโปร่งใสจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules จะเห็นได้ว่าแต่ละอนุสัญญามีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้เพียงบางกรณีเท่านั้น ซึ่งจะได้อธิบาย ดังต่อไปนี้

2.5.1 การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ

โดยหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ตามข้อบทที่ 3 สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้ทันทีหรือถ้าหากบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา ก็สามารถในการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้

⁴⁷ Article 28 (3) Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses, including expert witnesses, during the testimony of such other witnesses, except that a witness, including an expert witness, who is a party to the arbitration shall not, in principle, be asked to retire.

โดยต้องเป็นเป็นข้อมูลในส่วนของข้อบทที่ 3 (1) หรือ (2) คือ คำฟ้องของผู้ร้อง คำให้การของผู้คัดค้าน คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องของคู่กรณีพิพาท การเขียนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การโดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาท หรือไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญา หรือบุคคลที่สาม กระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาด โดยข้อมูลเหล่านี้ไม่ตกอยู่ภายใต้ ข้อบทที่ 3 (3) เพราะไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นการเฉพาะจึงสามารถเปิดเผยข้อมูลได้โดยไม่ต้องใช้ดุลพินิจในการอนุญาตโตตุลาการก็สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้

ส่วนรายงานผู้เชี่ยวชาญและบันทึกบัญชีพยาน สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการก็จะสามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้

ส่วนหนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้า หนังสือตอบรับเพื่อแจ้งให้ทราบนั้นเป็นไปตามข้อบทที่ 2 คือ เมื่อการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อมูลดังกล่าวก็สามารถเปิดเผยได้

เมื่อพิจารณาแล้วว่ามีข้อมูลใดที่สามารถเปิดเผยได้ ต้องมีการพิจารณาไปอีกด้วยว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับหรือไม่โดยคณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจของตนเพื่อพิจารณา หากข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับไม่สามารถเปิดเผยได้ ตามที่ระบุใน ข้อบทที่ 7 คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่ทำการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อสาธารณะ

หลักของสนธิสัญญาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น การเปิดเผยข้อมูลทั่วไปที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของศูนย์ การลงทะเบียนคำร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ย หรือการอนุญาโตตุลาการ สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ แต่ถ้าเกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีจึงจะเปิดเผยคำชี้ขาดได้ ตามข้อบทที่ 48 (5) แต่ถ้าหากมีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้วคำชี้ขาดก็สามารถเปิดเผยได้หากว่ามีเหตุผลทางกฎหมายประกอบ ตามสนธิสัญญา ICSID ไม่ได้นำหลักความโปร่งใสมาใช้กับทุกกรณี การเปิดเผยข้อมูลเป็นการเปิดเผยเพียงบางส่วนเท่านั้น ซึ่งข้อมูลที่เปิดเผยได้นั้นก็เป็นเรื่องทั่ว ๆ ไป

หลักของการระงับข้อพิพาทการอนุญาโตตุลาการแห่งสหภาพการค้านานาชาติ ข้อบทที่ 34 (2) คำชี้ขาดให้ส่งสำเนาเฉพาะคู่กรณีพิพาทเมื่อมีการร้องขอ แต่ห้ามไม่ให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แม้จะห้ามไม่ให้มีการเปิดเผย แต่บททั่วไปของ ICC นั้นไม่มีบทบัญญัติในการรักษาความลับที่ใช้บังคับกับคู่กรณี คู่กรณีอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้ เพื่อทำการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ข้อบทที่ 34 (5) คำชี้ขาดเปิดเผยต่อสาธารณะได้

- 1) ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งหมด หรือ
- 2) ในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอให้มีการเปิดเผยโดยหน้าที่ทางกฎหมาย หรือ
- 3) ปกป้องสิทธิในทางกฎหมาย หรือ เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางกฎหมาย หรือเกี่ยวกับผู้มีอำนาจอื่น ๆ

ต้องเป็นไปตามกรณีใดกรณีหนึ่งจึงจะสามารถเปิดเผยคำชี้ขาดได้ หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules เป็นการนำหลักความโปร่งใสมาอนุวัติการทั้งหมดจึงมีการเปิดเผยข้อมูลคำชี้ขาด แม้ว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการจะแตกต่างกัน

2.5.2 บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (Amicus Curiae)

โดยหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ตามข้อบทที่ 4 และ 5 โดยบุคคลภายนอกเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นนิติบุคคลก็ได้และต้องเป็นบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีหรือไม่มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์ที่บุคคลภายนอกจะได้รับในการอนุญาโตตุลาการ จึงจะสามารถยื่นคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ โดยต้องมีการระบุประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย โดยบุคคลภายนอกเป็นผู้ร้องขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง ผู้ศึกษาเห็นว่าบุคคลภายนอกเป็นผู้ร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตนเองโดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท โดยผู้ที่มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาท ได้แก่ คู่กรณีพิพาท บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท ทั้งทางด้านการทำงาน เกี่ยวข้องในเรื่องของสัญญา บุคคลเกี่ยวข้องกับคู่กรณีไม่ว่าจะในเรื่องผลประโยชน์กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือความสัมพันธ์ทางด้านเครือญาติ หรือเป็นสามีหรือภรรยา เมื่อเปรียบเทียบกับการร้องสอดของคดีแพ่ง ในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตนโดยมีส่วนเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท เนื่องจากตนมีสิทธิเรียกร้องในการโต้แย้งทางกฎหมายหรือมีส่วนได้เสียในทางกฎหมาย การที่บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของหลักความโปร่งใสกับการร้องสอดในคดีแพ่งจึงมีความแตกต่างกัน และในกรณีหลักความโปร่งใสคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาว่าจะให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในการพิจารณาหรือไม่ หากให้เข้าร่วม คณะอนุญาโตตุลาการต้องรับรองว่าบุคคลภายนอกจะไม่ทำให้เกิดความสับสนหรือกระทำการใดที่ไม่เหมาะสมในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่มีอคติใด ๆ ต่อคู่กรณีพิพาท และรับรองว่าคู่กรณีพิพาทได้รับความเป็นธรรมจากการที่บุคคลภายนอกเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา

หลักของสนธิสัญญาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นตามข้อบทที่ 32 (2) และ 37 (2) บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง ซึ่งศาลต้องการให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาหรือไม่ จะต้องปรึกษาคู่กรณีพิพาท และศาลใช้อำนาจในการพิจารณาอาจพิจารณาให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมได้ โดยบุคคลภายนอกจะต้องมีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณา และการยื่นคำร้องต้องอยู่ในขอบเขตของข้อพิพาทโดยมีการกำหนดประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายด้วย ใช้หลักการเดียวกับหลักความโปร่งใส

หลักของการระงับข้อพิพาทการอนุญาโตตุลาการแห่งสภาหอการค้านานาชาติ ตามข้อบทที่ 26 (3) บุคคลภายนอกซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะเข้าฟังการพิจารณาไม่ได้ แต่ถ้าหาก

ได้รับความเห็นชอบจากคณะอนุญาโตตุลาการและบรรดาคู่พิพาทก็สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งในกรณีนี้เห็นได้ว่า หลักของ ICC ส่วนใหญ่จะมุ่งเก็บรักษาความลับ ทั้งกรณีการไม่เปิดเผยข้อมูลและการไม่ให้บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าร่วมการพิจารณา แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า ข้อบทที่ 26 (3) ของ ICC หากเป็นบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทแล้วแม้ไม่ได้มีบทบัญญัติใด ๆ ตามหลัก ICC ข้อบทที่ 26 บุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถเข้าร่วมได้หากว่าบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องทำการร้องขอเพื่อเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา เพราะเห็นว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทเข้าร่วมในการพิจารณาย่อมมีประโยชน์ในการตัดสินคำชี้ขาด

หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ตาม ข้อบทที่ 17 (5) บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้โดยจะเป็นบุคคลภายนอกที่ร้องขอเข้าร่วมด้วยตนเองหรือคู่กรณีร้องขอให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา เมื่อมีการร้องขอแล้วคณะอนุญาโตตุลาการก็อาจให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาหรือไม่ให้เข้าร่วมก็ได้ ถือเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จะเห็นได้ว่าบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถร้องขอด้วยตนเองและเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ซึ่งต่างจากหลักของ ICSID ที่บุคคลภายนอกจะเข้าร่วมได้นั้นจะต้องมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทหรือมีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวและแตกต่างกับการร้องขอของไทย คือ บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาเองด้วยความสมัครใจที่จะเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมหรือเข้ามาเพราะเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองหรือโต้แย้งสิทธิของตนเอง โดยที่บุคคลภายนอกมีความเกี่ยวข้องกับคดีนั้นหรือในกรณีที่คู่ความเรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดี

2.5.3 การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open Hearing)

โดยหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ตามข้อบทที่ 6 คณะอนุญาโตตุลาการปรึกษาคู่กรณีพิพาทเพื่อตัดสินใจว่าจะให้เปิดเผยกระบวนการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ หากต้องการปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับหรือความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามข้อบทที่ 7 คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นการส่วนตัวในการพิจารณาที่ต้องมีการป้องกันเป็นความลับ

หลักของสนธิสัญญาการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ตามข้อบทที่ 38 (1) กระบวนการพิจารณาจะต้องรักษาเป็นความลับจากหลักของ ICSID นี้เห็นได้ว่า ให้ความสำคัญในกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมาก แต่ในกรณีของคำชี้ขาดจะสามารถเปิดเผยได้ จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี

หลักของการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการแห่งสหภาพการค้านานาชาติ ตามข้อบทที่ 22 (3) หากคู่กรณีร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่ให้เปิดเผยกระบวนการพิจารณาแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามคำขอของคู่กรณี

หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ตามข้อบทที่ 28 (3) กระบวนการพิจารณา
สามารถเปิดเผยได้ แต่ถ้าคู่กรณีจะตกลงไม่ให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาก็สามารถตกลงเป็น
อย่างอื่นได้



บทที่ 3

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการของประเทศไทย

3.1 อนุญาตตุลาการในประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ ในกฎหมาย ตราสามดวง โดยเรียกว่า “อนุญาตตุลาการ” ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของตุลาการ (กระลาการ) คือเป็นตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น และตัดสินความผิดทุกอย่างที่ไม่มีโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยโปรดเกล้าแต่งตั้งให้ทำหน้าที่แทนพระองค์ เมื่ออนุญาตตุลาการตัดสินอย่างไรแล้ว คู่ความไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้ เพราะมีกฎหมายตราสามดวงบัญญัติไว้

ดังจะเห็นจากถ้อยคำในกฎหมายตราสามดวงที่กล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้นถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซ้ หาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง” และข้อความในอีกวรรคหนึ่งกล่าวว่า “อันว่ากระลาการแลคู่ความมันยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้น คู่ความมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาให้บังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นคนทั้งสองกอปรด้วยอุตสาหย์ยอมให้ผู้นั้นบังคับ¹”

กฎหมายตราสามดวงมีการบังคับใช้เรื่อยมา จนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายไทยทัดเทียมกับอารยประเทศในตะวันตก โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนั้น ได้นำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 หมวดที่ 19 มาตรา 116-121 ซึ่งทำให้รัฐเข้าไปแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการมากขึ้น และพยายามที่จะจำกัดการใช้อนุญาตตุลาการโดยจะต้องมีข้อพิพาทอยู่ในชั้นศาลขั้นต้นแล้ว คู่ความเห็นพ้องต้องกันและร้องขอต่อศาลให้เชิญผู้หนึ่งผู้ใดคนเดียวหรือหลายคนมาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อตัดสินคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการจึงถูกควบคุมโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด (มาตรา 118) มาตรา 116 และ มาตรา 117 เมื่ออนุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดข้อพิพาท ก็จะต้องนำคำชี้ขาดมาเสนอต่อศาลให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียก่อนจึงจะมีผลบังคับได้ แต่ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องศาลก็จะไม่พิพากษาให้ (มาตรา 120) เมื่อศาลพิพากษาให้ที่เป็นที่สุดไม่สามารถอุทธรณ์ได้ เว้นแต่คำพิพากษาจะไม่ถูกต้องตรงกันตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ต่อมาใน ปี ร.ศ. 127 ได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติ ร.ศ. 115 โดยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 มีการเพิ่มเหตุในการอุทธรณ์ คือ กรณีที่อนุญาตตุลาการทุจริตและ

¹ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม), 6.

คำชี้ขาดไม่ได้เป็นไปโดยสุจริต ต่อมาทั้ง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 และ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127”²

แต่ในปัจจุบันถ้ามีข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิทางแพ่งโดยทั่วไปจะใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือถ้ามีข้อพิพาททางอาญาก็จะใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประกอบการพิจารณา ซึ่งคู่พิพาทจะต้องดำเนินคดีในศาลแพ่ง ศาลอาญาหรือศาลจังหวัดตาม พระธรรมนูญศาลยุติธรรมแล้ว โดยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในศาลได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-222 แต่หากเป็นข้อพิพาทในด้านการลงทุน คู่พิพาทสามารถจะดำเนินคดีได้ตามกฎหมายพิเศษ รวมทั้งการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาลได้ โดยการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลายครั้ง โดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล จึงอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 2545 มีต้นแบบ จากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการ อนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งจัดทำขึ้นโดย UNCITRAL เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปเป็นแนวทาง เพื่อให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศของตนเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ หรือ Model law โดยโครงสร้างของกฎหมายต้นแบบนี้ยังคงยึดแนวความคิดของ New York Convention และ UNCITRAL Arbitration Rules และประเทศไทยก็ตกลงเข้าร่วมเป็นภาคีของ New York Convention และ UNCITRAL Arbitration Rules ด้วย

แม้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยจะไม่ได้กำหนดว่าข้อพิพาทใดบ้างที่คู่กรณีสามารถ ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ แต่การอนุญาโตตุลาการทั่วไปเป็นการระงับข้อพิพาทใน ทางแพ่ง และตามที่กำหนดในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ³ ได้ระบุถึงเหตุผลของ การตราพระราชบัญญัติเพิ่มเติม คือ การระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งการ

² เรื่องเดียวกัน, 6-9.

³ หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่าง ประเทศแต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลัก กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่า ด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง สหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท.

อนุญาโตตุลาการมีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่ง ทางธุรกิจระหว่างประเทศ เกิดจากการตกลงทำสัญญากัน โดยในการตกลงทำสัญญานั้น หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีการตกลงไม่ว่าตกลงก่อนหรือหลังเกิดข้อพิพาท ในสัญญาว่าหากเกิดกรณีพิพาทให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น การประกอบธุรกิจ⁴ เกิดขึ้นเพื่อแสวงหาผลกำไร และเป็นตัวขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ การประกอบธุรกิจในสังคมที่เจริญแล้วจึงมีทั้งการประกอบธุรกิจแบบธรรมดา ไปจนถึงธุรกิจแบบซับซ้อน เช่น การซื้อขาย การก่อสร้าง การขนส่ง การให้เช่าซื้อ การรับจ้างทำของ การลงทุน ฯลฯ โดยการประกอบธุรกิจนั้นอาจเกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือรัฐกับเอกชน ในปัจจุบันมีการประกอบธุรกิจเกิดขึ้นมากมายทั้งในประเทศและการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ⁵ หากมีกรณีพิพาท ข้อขัดแย้งที่เกิดจากการไม่กระทำการตามข้อตกลงที่ตกลงไว้ในสัญญา ผิดสัญญา หรือเกิดจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่สุจริต ทำให้การประกอบธุรกิจดังกล่าวไม่สามารถกระทำการต่อไปได้ ก่อให้เกิดข้อพิพาทขึ้น⁶ เมื่อเกิดข้อพิพาททางธุรกิจ ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถระงับข้อพิพาทได้หลายกรณีแต่มีบางกรณีที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

3.2 ข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีตกลงทำสัญญาแล้ว อาจมีการตกลงก่อนจะเกิดข้อพิพาท เรียกว่า ข้อพิพาทในอนาคตหากเกิดกรณีพิพาทขึ้นจะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการหรือมีการตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายหลังที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ คือ เป็นการตกลงเมื่อกรณีพิพาทเกิดขึ้นแล้ว เป็นการตีความมาจาก มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ⁷ แม้ว่ามาตรา 11 จะกำหนดเพียงว่าเป็นสัญญาที่ตกลงให้ระงับข้อพิพาทหรือเป็นนิติสัมพันธ์ทางสัญญา

⁴ การประกอบธุรกิจ คือ การกระทำกิจกรรมของมนุษย์เพื่อผลิตหรือให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือบริการและการนำทรัพย์สินหรือบริการนั้นไปจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคเพื่อแสวงหาผลกำไร.

⁵ ธุรกิจระหว่างประเทศ คือ กิจกรรมของมนุษย์ที่กระทำขึ้นเพื่อผลิตหรือให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือบริการและการนำทรัพย์สินหรือบริการนั้นไปขายหรือจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคไปต่างประเทศ เพื่อแสวงหากำไร ตลอดจนการลงทุนในต่างประเทศและในเรื่องธุรกิจระหว่างประเทศนั้นมักจะแบ่งแยกออกเป็นสองเรื่องใหญ่ ๆ คือ การค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศ.

⁶ เสาวนีย์ อัครวิจารณ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), 2.

⁷ มาตรา 11 “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้”.

หรืออื่น ๆ ซึ่งนิติสัมพันธ์ทางสัญญามิได้มีข้อจำกัดว่าสัญญาที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ต้องเป็นสัญญาประเภทใดบ้าง ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใดก็สามารถตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้ เช่น สัญญาก่อสร้าง สัญญาร่วมทุน สัญญาซื้อขายที่มีทุนทรัพย์สูง สัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา⁸ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการโดยการตกลงนี้เป็นการตกลงแยกต่างหากจากสัญญาหลัก

พิจารณาจาก มาตรา 11 ไม่ได้ระบุว่า การระงับข้อพิพาทต้องเป็นการระงับข้อพิพาทในทางแพ่ง แต่เมื่อพิจารณาจาก มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต”..... เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาหรือข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้นจะต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งซึ่งการระงับข้อพิพาทต้องเป็นข้อพิพาทในทางแพ่งที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา 150 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนการระงับข้อพิพาททางอาญา การกระทำความผิดทางอาญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิต สิทธิ เสรีภาพโดยตรงของประชาชนและมีโทษกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติอย่างชัดเจน เช่น การฆ่าผู้อื่น ประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส การลักทรัพย์ วางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ซึ่งฐานความผิดที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นคดีที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรอิสระจะต้องเป็นผู้ทำหน้าที่ให้ความยุติธรรมต่อประชาชน เนื่องจากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ถ้าหากเป็นข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ข้อพิพาทในทางแพ่งสามารถแยกส่วนมอบให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้ในส่วนของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ตาม พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 15 “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา” สัญญาทางปกครอง ตาม มาตรา 3 ของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้คำนิยามในมาตรา 3 “สัญญาทางปกครอง หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

⁸ อรดา วงศ์อำไพวิทย์, ความลับของการอนุญาโตตุลาการ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 41.

สัญญาทางปกครองโดยวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและรัฐหรือฝ่ายปกครอง เข้าทำสัญญาโดยรัฐเป็นผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ ความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชนจึงไม่อาจ ตั้งอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ของกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาและหลัก ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ⁹ ปัจจุบันได้มีการให้ความสำคัญในเรื่องของ หลักสุจริต ความโปร่งใส ในเรื่องของนักลงทุนที่เข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับประโยชน์สาธารณะที่ประชาชนจะได้รับประโยชน์จากการลงทุนดังกล่าว เนื่องจากประเทศไทยเป็น ประเทศที่กำลังพัฒนาในด้านการลงทุนโครงสร้างพื้นฐานของสาธารณูปโภค สิ่งอำนวยความสะดวก โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ไม่ว่าจะป็นรัฐ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ทำสัญญากับเอกชนที่มีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยการทำ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น เรียกว่าสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครอง ได้แก่

1) สัญญาสัมปทาน คือหน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะให้ เอกชนมาจัดทำบริการสาธารณะหรือให้เอกชนมาร่วมกับรัฐ เช่น ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ กรมทาง หลวง กระทรวงคมนาคมมอบสัมปทานให้บริษัทเอกชน บริษัท บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี บริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) และบริษัท วัลเทอร์เบา เอจี เป็นผู้ก่อสร้าง

2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ รัฐมีหน้าที่โดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือรัฐตกลงทำสัญญาให้เอกชนเข้ามาทำกิจการแทนตนเอง เช่น รัฐจัดทำบริการทางด้านโทรคมนาคม ทางด้านขนส่งไม่ว่าจะเป็นทางบก เช่น บริการรถร่วมองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (รถร่วม ขสมก)

3) สาธารณูปโภค คือหน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนสร้างหรือซ่อมแซมสาธารณูปโภค เช่น การไฟฟ้า น้ำประปา

4) ผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ รัฐยินยอมให้เอกชนแสวงหาผลประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติ เช่น กรมทรัพยากรธรณีมอบสัมปทานให้ บริษัท ยูเนียนออยล์ ไทยแลนด์ ปัจจุบันคือ บริษัท ยูโนแคล ไทยแลนด์ จำกัดสำรวจพบก๊าซธรรมชาติและก๊าซธรรมชาติเหลวในอ่าวไทย

โดยหลักสัญญาทางปกครองเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วคู่กรณีต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมหรือ ศาลปกครอง แต่ต่อมาเมื่อมติคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ว่ามติ คณะรัฐมนตรีดังกล่าวที่กำหนดให้สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดใน

⁹ โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง 4, 1(มกราคม – เมษายน 2547): 21.

สัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป¹⁰

โดยหลักสัญญาทางปกครองที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ เมื่อเกิดกรณีพิพาทจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ตามมาตรา 9 (4) ของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹¹ ส่วนสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาปกครอง หากเกิดกรณีพิพาทศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคือ ศาลยุติธรรม แต่เมื่อมีมติคณะรัฐมนตรี หากเกิดกรณีพิพาทโดยที่รัฐและเอกชนได้ตกลงทำสัญญาทางปกครอง ถ้าหากมีความจำเป็นหรือข้อเรียกร้องของคู่กรณีอีกฝ่าย คู่กรณีสามารถตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ โดยการนำข้อพิพาทไปสู่อนุญาโตตุลาการจะต้องมีการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวไม่ตกเป็นโมฆะเนื่องจาก มาตรา 15 ของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ให้อำนาจคู่สัญญาอาจตกลงให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทได้

ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต้องพิจารณาด้วยว่าสามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ข้อพิพาทในทางแพ่งของไทยที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนตกลงสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ โดยสัญญาทางปกครองนี้ต้องมีเหตุจำเป็นหรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้มีการอนุญาโตตุลาการ ต้องได้รับความเห็นชอบจากมติคณะรัฐมนตรี ส่วนข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำผิดทางอาญานั้นไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากการกระทำความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาคดีทางอาญา

¹⁰ มติคณะรัฐมนตรี เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน [Online], 31 พฤษภาคม 2558. แหล่งที่มา http://www.cabinet.soc.go.th/doc_image/2547/1972241.pdf.

¹¹ มาตรา 9 (4) ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้
(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.

3.3 ความหมายของอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันด้วยใจสมัคร เสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่ปรากฏและคู่กรณียอมผูกพันที่จะ ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น¹²

การอนุญาโตตุลาการ ใน Black 's Law Dictionary หมายถึง การเสนอข้อพิพาทให้บุคคล ที่สามที่เป็นกลางและได้รับเลือกจากคู่กรณีพิพาท โดยตกลงกันว่า จะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน¹³

การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่ง อาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็น ผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการ นั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามกฎของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Lex Arbitri) และข้อบังคับที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่า ด้วยการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ย่อมเป็น อนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม¹⁴

โดยสรุป อนุญาโตตุลาการ หมายถึง การระงับข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทนอกศาล โดย คู่กรณีสมัครใจตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่กำลังจะเกิดในอนาคต โดยนำกรณี พิพาทให้บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเพียงคนเดียวหรือเป็นกลุ่มคณะ ที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการ เป็น ผู้ทำการวินิจฉัย ทำคำชี้ขาด เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาล

¹² เสาวนีย์ อัครวิโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ”, ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 สถาบัน อนุญาโตตุลาการ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), 4.

¹³ อนันต์ จันทโรภากร, **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล**, 10.

¹⁴ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, **พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2545), 19.

3.4 กระบวนการการระงับข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาทนั้น มี 2 แบบ คือ การระงับข้อพิพาทโดยศาล และการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาล

3.4.1 การระงับข้อพิพาทโดยศาล (Litigation)

คือ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธินำข้อพิพาทของตนไปฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยมีพยานหลักฐานสนับสนุนและคู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหามีโอกาสต่อสู้คดีโดยมีพยานหลักฐานสนับสนุนแก้ข้อกล่าวหาของตนเช่นกัน¹⁵

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว คู่กรณีก็ทำการตกลงให้เสนอข้อพิพาท โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลและเมื่อศาลเห็นว่าไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายและหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดก็จะอนุญาตตามคำขอนั้น¹⁶ โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด คู่ความฝ่ายหนึ่งฟ้องคดี (โจทก์) โดยเสนอคำฟ้องต่อศาลแล้ว คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง (จำเลย) จะต้องทำคำให้การเพื่อโต้แย้งในคำฟ้องของโจทก์ โดยคู่ความทั้งสองฝ่ายต้องเป็นผู้นำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการนำบุคคลเข้าสืบ การยื่นบัญชีระบุพยาน เพื่อนำมาเป็นหลักฐานในการประกอบการพิจารณาของศาลด้วย เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาแล้วให้บังคับตามคำชี้ขาดของศาล คู่ความฝ่ายที่แพ้จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของศาล หากไม่ปฏิบัติตามแล้วคู่ความฝ่ายที่ชนะสามารถบังคับโดยนำคำชี้ขาดของศาลยื่นต่อศาล เพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดีต่อจำเลย เพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการตามคำพิพากษาต่อจำเลย แต่ถ้าหากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่พอใจในคำพิพากษาของศาล ก็สามารถอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปได้

จะเห็นได้ว่าแม้จะมีความเป็นธรรม มีความเป็นกลาง และเป็นไปตามกฎหมายที่ศักดิ์สิทธิ์ ยุติธรรม แต่ด้วยขั้นตอนการฟ้องของศาลมีหลายขั้นตอนและเป็นขั้นตอนที่ค่อนข้างซับซ้อน เหมาะกับกรณีพิพาททั่วไปที่ไม่ต้องมีความรู้ความชำนาญเฉพาะทางธุรกิจ และยังทำให้ระยะเวลาในการดำเนินการยาวนานหากมีการอุทธรณ์ หรือฎีกา ต่อไป ซึ่งจะทำให้การประกอบธุรกิจของคู่ความทั้งสองฝ่ายหยุดชะงักลงได้ ก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านธุรกิจ และปัจจุบันคดีในศาลมีจำนวนมาก ประกอบกับบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านธุรกิจก็มีไม่เพียงพอ และยังไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ขอคู่กรณีได้ เพราะมีการต่อสู้ด้วยกระบวนการยุติธรรมเป็นเวลานาน ธุรกิจที่ร่วมกันก็

¹⁵ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, 7.

¹⁶ มาตรา 210 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง “บรรดาคดีทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นคู่ความจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็น ทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือ หลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นว่านั้นต่อศาล

ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ผิดกฎหมาย ให้ศาลอนุญาโต ตามคำขอ นั้น”.

ต้องหยุดลงเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น นอกจากนั้นแล้ว การพิจารณาโดยศาลยังเป็นการกระทำที่เปิดเผย โดยประชาชนที่มีความสนใจสามารถเข้าร่วมรับฟังได้ทำให้ไม่ได้รับการรักษาความลับและเสียชื่อเสียงในทางธุรกิจ

3.4.2 การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR)

เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งคู่กรณีทำการตกลงในข้อสัญญาที่ทำขึ้น โดยกำหนดว่า หากเกิดกรณีพิพาทให้มีการระงับข้อพิพาท โดยการระงับข้อพิพาททางเลือกมีวิธีที่นิยมใช้ดังต่อไปนี้

3.4.2.1 การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

คือ เป็นวิธีการพื้นฐานเมื่อเกิดความไม่เข้าใจหรือขัดแย้งระหว่างกัน เมื่อเกิดความคิดเห็นที่ไม่ตรงกัน ปกติคู่ความจะพยายามพูดคุยปรับความเข้าใจกันก่อนเป็นธรรมดา หากสามารถหาจุดที่ทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องต้องกันได้ ปัญหา ก็จะจบลงและถือได้ว่าการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว วิธีการนี้ถือเป็นวิธีการที่ทำได้โดยง่ายที่สุด ไม่ต้องมีพิธีรีตองอะไรมากมายสามารถทำที่ไหนก็ได้ที่คู่กรณีสะดวกเจรจา อย่างไรก็ตาม การเจรจาต้องอาศัยความร่วมมือของทั้งสองฝ่ายในการมานั่งร่วมโต๊ะเจรจา หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมพร้อมใจเข้าร่วมการเจรจาก็ไม่สามารถบีบบังคับได้¹⁷

การเจรจานั้นสามารถทำได้อย่างรวดเร็ว ขั้นตอนไม่ยุ่งยากและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ การเจรจาเหมาะกับข้อพิพาทที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน เป็นเพียงหลักปฏิบัติทั่ว ๆ ไป หรือกรณีพิพาทที่มีทุนทรัพย์น้อย โดยส่วนใหญ่คู่กรณีไม่สามารถตกลงเจรจายุติข้อพิพาทกันได้แล้ว เนื่องจากความเห็นของทั้งสองฝ่ายที่มีความคิดเห็นไม่ตรงกันตั้งแต่เริ่มเกิดกรณีพิพาท การกำหนดข้อตกลงหรือการเจรจาที่จะให้สมประโยชน์ทั้งสองฝ่ายก็เป็นไปได้ยากและต่างฝ่ายต่างไม่ยินยอมในข้อตกลงดังกล่าว การเจรจาจึงอาจเป็นไปได้ยากหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ยอมรับในความคิดเห็นซึ่งกันและกัน และหากการเจรจาไม่เป็นผลสำเร็จคู่กรณีอาจใช้วิธีอื่นในการระงับข้อพิพาทได้

3.4.2.2 การไกล่เกลี่ย (Mediation)

คือ การที่บุคคลภายนอก (Third Party) เป็นที่ยอมรับ เป็นอิสระ เป็นกลาง และไม่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทหรือเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรอง เพื่อช่วยให้คู่พิพาทบรรลุข้อตกลงในการระงับประเด็นต่าง ๆ ของข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของเขาเอง การไกล่เกลี่ยที่สำเร็จผล คือ การที่คู่พิพาทลงนามในข้อตกลงหรือสัญญาเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติ

¹⁷ สรวิต ลิ้มปริงซี, “Cyberspace: พรหมแดนใหม่ของการระงับข้อพิพาททางเลือก” ใน *รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี* (กรุงเทพฯ: พิสิษฐ์การพิมพ์, 2549), 133.

หน้าที่ในภายหน้า ข้อตกลงดังกล่าว กระทำในรูปของสัญญาซึ่งเมื่อมีการลงนามก็มีผลผูกพันและบังคับกันได้

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีพื้นฐานและหลักเกณฑ์ต่างจากวิธีอนุญาโตตุลาการ คือ ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการในฐานะคนกลาง เป็นผู้ช่วยเหลือเกื้อกูล (Facilitator) จุดประสงค์ของการช่วยเหลือก็เพื่อให้ข้อพิพาทระงับไปด้วยความสมัครใจ เป็นชัยชนะของทั้งสองฝ่าย (Win/Win Settlement) โดยคู่พิพาทยอมรับการตกลงที่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าจะไม่มีฝ่ายใดได้ประโยชน์ไปครบถ้วนก็ตาม แม้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ให้คำแนะนำหรือคำตัดสินหรือมีการออกความเห็นว่าคุณพิพาทควรตกลงกันอย่างไรก็ตาม แต่ผู้ไกล่เกลี่ยมักจะเสนอแนวคิดริเริ่มโดยใช้การสอบถามที่มีความชำนาญ แยกข้อเท็จจริงสำคัญ ๆ ออกจากข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้อง และมุ่งคำนึงถึงประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคุณพิพาทยิ่งกว่าประเด็นบางอย่าง¹⁸

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วเช่นกัน เนื่องจากมีขั้นตอนที่ไม่ยุ่งยากและสามารถดำเนินการได้ในเวลาอันสั้น มีบุคคลภายนอกเข้ามาช่วยในการไกล่เกลี่ย ทำให้สามารถยุติข้อตกลงได้ง่ายขึ้นเนื่องจากมีบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นตัวกลางในการนำเสนอความคิดเห็น ให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย การนำบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียมาไกล่เกลี่ยนั้นย่อมเป็นผลดีต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เนื่องจาก บุคคลภายนอกสามารถที่จะเสนอความเห็นที่เป็นกลางมากขึ้น อาจทำให้ทั้งสองฝ่ายยินยอมที่จะตกลงระงับข้อพิพาทมากขึ้น และบุคคลภายนอกที่เข้ามาไกล่เกลี่ยนั้น จะต้องมีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทด้วย โดยการไกล่เกลี่ยสามารถระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนขึ้นมาในอีกระดับหนึ่ง โดยอาจมีประเด็นที่ต้องพิจารณามากขึ้น

ดังนั้น ทั้งการเจรจาและการไกล่เกลี่ยแม้จะมีตกลงในข้อสัญญาให้มีการเจรจาหรือการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาท คู่กรณีก็จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ได้มีการตกลงกันก่อน แต่ถ้าหากคู่กรณีไม่เห็นด้วยหรือไม่ยินยอมในข้อตกลงของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจากการเจรจา หรือไม่ยอมรับความคิดเห็นของบุคคลภายนอกในการไกล่เกลี่ยแล้ว ทั้งสองกรณีนี้ก็ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างแท้จริง แต่เป็นเพียงทางเลือกที่ทำให้คู่กรณีไม่ต้องยุ่งยากวุ่นวายในการฟ้องร้องคดีต่อศาลเท่านั้น ถ้าหากทั้งสองกรณีนี้ไม่สามารถระงับข้อพิพาทก็ต้องนำมาสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นต่อไป

¹⁸ สม อินทร์พยุง, “ทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางการค้านอกศาล” ใน **รวมบทความ ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี** (กรุงเทพฯ: พิธิษฐ์การพิมพ์, 2549), 113.

3.4.3.3 อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลที่ได้รับอนุญาตจากคู่ความให้มาพิจารณาและตัดสินข้อพิพาท แก่คู่ความ เกิดจากคำว่า อนุญาต+ ตลาการ เมื่อสนธิจึงเกิดเป็นคำว่า อนุญาโต หมายถึง บุคคลและกระบวนการพิจารณาและตัดสินคดี¹⁹

การอนุญาโตตุลาการ คือ เป็นกระบวนการใช้ในการระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อน โดยคู่กรณีจะต้องแต่งตั้งบุคคลขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการ โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้เป็นข้อมูลในการวินิจฉัย โดยจะมีบุคคลที่สามที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางในกระบวนการระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกัน แต่ภาระหน้าที่ และบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย และอนุญาโตตุลาการ มีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ความคิดเห็น ของผู้ไกล่เกลี่ย เป็นเพียงข้อเสนอแนะวิธีการแก้ไขปัญหาเท่านั้น ซึ่งไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้าม ความเห็นของอนุญาโตตุลาการ ที่เรียกว่า คำชี้ขาด (Arbitral Award) นั้นมีผลผูกพันเป็นยุติคู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที แม้หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามอีกฝ่ายหนึ่งสามารถให้บังคับตามคำชี้ขาดได้โดยทำการร้องขอต่อศาล²⁰

ดังนั้น วิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เป็นที่นิยมใช้ในปัจจุบัน เนื่องจาก คู่กรณีสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการ โดยเน้นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ สามารถเลือกวิธีพิจารณาได้ โดยการเลือกข้อบังคับของสถาบันหรือข้อบังคับที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ เฉพาะกิจ เช่น UNCITRAL ค.ศ. 1976 โดยในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ เหมาะกับการระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อน แต่อาจมีผลเสีย ในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่สูง จึงอาจจะเหมาะสมกับข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์เป็นจำนวนมาก และอนุญาโตตุลาการยังต้องมีคุณสมบัติในเรื่องของความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ตาม มาตรา 19 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คือ

ความเป็นกลางนั้น หมายถึง การวางตัวเป็นกลางไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ปฏิบัติต่อคู่พิพาทและผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเสมอเหมือนกันทุกประการ

ส่วนความเป็นอิสระ หมายถึง การที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน โดยความสัมพันธ์นั้นอาจจะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระใน

¹⁹ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์, 2549), 8.

²⁰ สรวิต ลิ้มปรีงซี, “Cyberspace: พรหมแดนใหม่ของการระงับข้อพิพาททางเลือก” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี, 135.

การทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท ความเป็นอิสระในการอนุญาโตตุลาการเป็นหลักประกันหนึ่งว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีส่วนได้เสียในคดี แม้ว่าความอิสระจะแตกต่างจากหลักความเป็นกลางแต่ก็มีความสัมพันธ์ กล่าวคือ ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการอาจจะเป็นเงื่อนไขของความเป็นกลางได้²¹

เมื่ออนุญาโตตุลาการมีทั้งความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้วอนุญาโตตุลาการยังมีหน้าที่รักษาความลับในกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เพราะถือเป็นบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทด้วย บุคคลภายนอกไม่สามารถเข้าถึงข้อเท็จจริงจากกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้ นอกจากนั้น แล้วยังช่วยประหยัดเวลาในการพิจารณา เพราะ มีอนุญาโตตุลาการผู้เชี่ยวชาญมาทำการพิจารณากรณีพิพาท เมื่อพิจารณาและอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นจะผูกพันคู่กรณี ทำให้ข้อพิพาทนั้นระงับสิ้นไป โดยการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นยังสามารถนำไปใช้บังคับได้ในหลายประเทศแม้ประเทศนั้น จะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (New York Convention 1958) โดยคำชี้ขาดที่นำมาใช้บังคับนั้นเป็นคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ อันเป็นอาณาเขตของรัฐอื่นหรือคำชี้ขาดเกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่ง โดยที่ประเทศเหล่านี้ต้องเป็นภาคีใน New York Convention 1958 ตาม ข้อบทที่ 1 วรรคหนึ่ง²² ประเทศไทยได้มีการลงนามใน New York Convention เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกแล้วต้องมีกฎหมายภายในของตนเองอนุวัติการตาม New York Convention ซึ่งได้แก่ มาตรา 41 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยอมรับว่าประเทศภาคีสมาชิกต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีผลผูกพัน สามารถบังคับตามคำชี้ขาดจากต่างประเทศไปใช้บังคับในกรณีพิพาทระหว่างประเทศไทยที่เป็นภาคีใน New York Convention กับประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีได้ ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งประเทศไทยก็เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ด้วย โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการอนุวัติการจากอนุสัญญาดังกล่าว

²¹ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2558), 138-141.

²² อนุสัญญานี้จะใช้แก่การยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นในอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งนอกจากรัฐที่ถูกลงนามการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดเท่านั้น และซึ่งเกิดจากข้อแตกต่างระหว่างบุคคลไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล อนุสัญญานี้จะใช้บังคับแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งในรัฐที่ถูกลงนามการยอมรับนับถือและการใช้บังคับนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในด้วย.

3.5 หลักการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ

3.5.1 ความหมายของความลับ

Secret ตามความหมายของ Black's Law Dictionary หมายถึง

1) Something that is kept from the knowledge of others or shared only with those concerned. See STATE SECRET; TRADE SECRET.

2) Information that cannot be disclosed without a breach of trust; specific information that is acquired in the attorney-client relationship and that either (1) the client has requested be kept private or (2) the attorney believes would be embarrassing or likely to be detrimental to the client if disclosed. * Under the ABA Code of Professional Responsibility, a lawyer usu. cannot reveal a client's secret unless the client consents after full disclosure.²³

สรุป 1) เป็นข้อมูลที่สำคัญที่และเป็นข้อมูลเฉพาะของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น เช่น ความลับของทางราชการ ความลับทางการค้า

2) เป็นข้อมูลที่ไม่สามารถเปิดเผยได้หากไม่ได้รับความยินยอม, โดยข้อมูลนี้อาจเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทนายความและลูกความ และในกรณีอื่น ๆ เช่น ลูกความร้องขอให้ปกปิดข้อมูลไว้เป็นความลับหรือทนายความเห็นว่าอาจเป็นอันตรายต่อลูกความหากมีการเปิดเผยข้อมูล

Confidence ตามความหมายของ Black's Law Dictionary หมายถึง A communication made in trust and not intended for public disclosure; specif., a communication protected by the attorney-client or similar privilege <the confidences between lawyer and client²⁴

สรุป เป็นการให้ความเชื่อมั่นกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งในการรักษาความลับและไม่มีการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ, เป็นการรักษาความลับของทนายความและลูกความ

Confidentiality ตามความหมายของ Black's Law Dictionary หมายถึง

²³ Garner, B. A., **Black's law dictionary** [Online], 28 September 2015. Available from http://international.westlaw.com/result/default.wl?mt=WLIGeneralSubscription&db=BLACKS&eq=search&rs=WLIN15.07&origin=Search&method=TNC&fmqv=s&rp=/Search/default.wl&sp=THA-MM-2002&rltdb=CLID_DB1163932452289&srch=TRUE&query=CA%28SECRET%29&vr=2.0&rlt=CLID_ORYRLT979133452289&action=Search&fn=_top&service=Search&sv=Split&utid=15.

²⁴ Ibid.

1) Secrecy; the state of having the dissemination of certain information restricted.

2) The relation between lawyer and client or guardian and ward, or between spouses, with regard to the trust that is placed in the one by the other.²⁵

สรุป 1) ความลับของทางราชการ เช่น ข้อมูลของรัฐที่มีกำหนดไม่ให้มีการเปิดเผย ข้อมูลต่อสาธารณะ

2) ความสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกความหรือระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ในความดูแลโดยบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ

Confidence หมายถึง

1) “The information must be of a confidential nature

2) The information must have been communicated in circumstances importing an obligation of confidence

3) There must be unauthorized use of the information²⁶”

สรุป ข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญและต้องปกปิดเป็นความลับโดยบุคคลที่มีหน้าที่รักษาความลับและการจะนำข้อมูลมาเปิดเผยจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลนั้นด้วย ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน “คำว่า ลับ หมายถึง ที่อยู่ในที่พ้นตา, ที่อยู่ในที่ซึ่งแลไม่เห็น, เช่น ที่ลับ ประตูลับ หายลับ, ที่ปกปิดหรือควรปกปิด เช่น ความลับ หนังสือลับ ห้องลับ, มีสิ่งใดสิ่งหนึ่งบังอยู่ เช่น ของอยู่ลับฝา พระอาทิตย์ลับเหลี่ยมเขา”

ความหมายของความลับ ไม่ได้กำหนดไว้ในคำนิยามของกฎหมาย แต่นักกฎหมายหลายท่านก็ได้นิยามความหมายของคำว่า “ความลับ” ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ความลับ หมายถึง “ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์ต่อคนทั่วไปและเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ ฉะนั้นการถือเอาข้อเท็จจริงใดเป็นความลับจึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับในวงจำกัด ถ้าเป็นสิ่งที่รู้กันโดยทั่วไป เช่น หลักการทางวิทยาศาสตร์ เรื่องแรงโน้มถ่วงของโลกอริสโตเติล ย่อมไม่เป็นความลับ²⁷”

²⁵ Ibid.

²⁶ Toulson, R., & Phipps, C., **Confidentiality**, (London: Sweet & Maxwell, 1996), 39.

²⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมาย ภาค 2**, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสถานกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสถาน, 2548), 250.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร ความลับ หมายถึง “ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงจำกัด ความลับนั้นประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ ความไม่ค่อรู้กันของข้อเท็จจริง, เจตจำนงที่จะเก็บไว้เป็นความลับและความลับนั้นเป็นผลประโยชน์ของเจ้าของข้อเท็จจริง อาทิ ความลับทางการค้า (Trade Secret)²⁸”

เมื่อพิจารณาจากความหมายแล้ว ความลับ หมายถึง ข้อมูลที่มีความสำคัญโดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่รู้ข้อมูลดังกล่าว หากข้อมูลนั้นมีการเปิดเผยต่อบุคคลอื่น ๆ แล้ว จะก่อให้เกิดผลเสียต่อกูร์ณี โดยการรักษาความลับนั้นบุคคลที่เกี่ยวข้องอาจมีหน้าที่ในการรักษาความลับหรือข้อมูลนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องรักษาความลับ

3.5.2 เหตุที่ต้องมีการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ

การรักษาความลับเป็นเรื่องที่ได้รับความสนใจมากและบทบัญญัติของต่างประเทศก็มีไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับในเรื่องของการรักษาความลับหรือความเป็นส่วนตัวของการอนุญาตตุลาการ จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา หากกูร์ณีได้ตกลงให้รักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องก็ต้องรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการ ในทวีปยุโรปส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสวีเดนและแลนด์ เห็นว่าการรักษาความลับต้องรักษาความลับอย่างเคร่งครัด แต่ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย เห็นว่าการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องเคร่งครัด ประเทศอังกฤษ เห็นว่าการอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นความลับและบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต้องรักษาความลับ²⁹

การรักษาความลับยังคงเป็นประเด็นที่น่าสนใจแม้ว่าในประเทศไทยจะเห็นว่าการรักษาความลับเป็นสิ่งที่เคร่งครัดของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาต้องรักษาความลับให้กับกูร์ณี วิธีการระงับข้อพิพาทจากที่กล่าวมาข้างต้นมีทั้งวิธีการระงับข้อพิพาททั้งวิธีการในศาลและวิธีการนอกศาล การระงับข้อพิพาทในศาลนั้น ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องเป็นการกระทำโดยเปิดเผยและเปิดโอกาสให้ประชาชนบุคคลภายนอกเข้ารับฟังกระบวนการพิจารณาได้ และเมื่อนาคดีขึ้นสู่ศาลเมื่อศาลมีคำชี้ขาดพิพากษาแล้ว คำพิพากษาก็มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ทำให้กูร์ณีไม่สามารถปกปิดข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า ทางด้านชื่อเสียงของธุรกิจ ธุรกิจ ความน่าเชื่อถือได้ และไม่สามารถปกปิดคำพิพากษาของศาลของตนได้ หากกูร์ณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายแพ้คดี กรณีข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยนั้นอาจทำให้บริษัท ชื่อเสียงของบริษัทฝ่ายผู้แพ้คดีเสียหาย แต่หากเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการแล้ว จะมีการปกปิดกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ

²⁸ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 276.

²⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความลับการอนุญาตตุลาการ” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ ฉบับ 15 ปี, 45.

และไม่มี การเปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่ คู่กรณีอาจตกลงกันให้มีเปิดเผยการพิจารณา และคำชี้ขาดก็ได้³⁰ โดยการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับ เช่น คู่กรณี อนุญาโตตุลาการ ทนายความ พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น หากเป็นบุคคลที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทแล้วจะไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ ในเรื่องของการรักษาความลับนั้นเป็นสิ่งสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ด้วยกันหลักความโปร่งใสก็มีส่วนสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากปัจจุบันหลักความโปร่งใสเป็นเรื่องที่ทั่วโลกให้ความสำคัญ เช่น ในเรื่องของการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ในเรื่องที่เป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อเกิดกรณีพิพาทประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ก็อาจมีการตกลงให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการได้ ตามหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กรณีนี้เป็นเรื่องของการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการเปิดเผยข้อมูล แต่การอนุญาโตตุลาการของไทยการรักษาความลับในกรณีพิพาทเป็นสิ่งที่สำคัญ คือ เมื่อคู่พิพาทได้ตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว การอนุญาโตตุลาการมีข้อดี คือ การรักษาความลับโดยการรักษาความลับต้องพิจารณาด้วยว่าเรื่องใดต้องมีการปกปิดเป็นความลับ ซึ่งการรักษาความลับมีข้อดีตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ยังมีเหตุที่จะต้องมีการรักษาความลับอีกหลายประการซึ่งเหตุที่จะต้องมีการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ แบ่งออกเป็น 4 ประการ ดังต่อไปนี้

1) คู่กรณีต้องการให้การระงับข้อพิพาทดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับไม่ต้องการให้เปิดเผยต่อบุคคลภายนอก อาจเป็นเพราะเงินทุนหมุนเวียนของบริษัทมีน้อยถ้าหากบุคคลภายนอกทราบ อาจทำให้ไม่เป็นที่น่าเชื่อถือต่อคู่ค้าทางธุรกิจ หรือบุคคลที่กำลังจะเข้าร่วมทำธุรกิจด้วย เนื่องจากการตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทเกิดจากการตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงเป็นเรื่องส่วนตัวของคู่กรณีและบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

2) คู่กรณีเมื่อเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว ถ้าคู่กรณีมีความเกี่ยวข้องกับคดีอื่นที่มีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกับคดีของตนเองแล้ว หากจะมีการนำคำชี้ขาดในคดีอื่นมาใช้ในคดีของคู่กรณีนั้นไม่ได้

³⁰ ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 42 “อนุญาโตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดและไม่ให้ผู้ใดทราบผลของคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีพิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท”.

ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ต่างจากคำพิพากษาคดีในชั้นศาล เมื่อผู้พิพากษามีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วก็สามารถทำการเผยแพร่คำพิพากษาได้ ไม่ว่าจะในรูปแบบของฎีกา หรือในรูปแบบออนไลน์ เป็นต้น ดังนั้นการจะนำคำตัดสินในคดีก่อนมาเป็นบรรทัดฐานในคดีใหม่ย่อมไม่สามารถทำได้ และการรักษาความลับก็เป็นผลดีในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย เพราะแต่ละกรณีหรือคดีต่าง ๆ ย่อมมีข้อเท็จจริงที่ซับซ้อนแตกต่างกันนอกจากนั้นแล้วในการอนุญาโตตุลาการในเรื่องของข้อพิพาททางธุรกิจนั้นยังต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในและ อนุสัญญาที่คู่กรณีตกลงที่จะนำมาใช้ในการตัดสินในแต่ละคดีย่อมต้องใช้กฎหมายของแต่ละประเทศเข้ามาพิจารณาร่วมกัน แม้ข้อเท็จจริงเหมือนหรือคล้ายกันแต่กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณา ก็อาจมีความแตกต่างได้

3) คู่กรณีต้องการให้การให้การอนุญาโตตุลาการเป็นความลับ หากมีการเปิดเผยต่อสาธารณะ ก็จะเป็นเฉพาะเรื่องของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐ ซึ่งการเปิดเผยข้อพิพาทของรัฐเป็นการการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ เนื่องจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับรัฐส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับประชาชนในเรื่องของผลประโยชน์สาธารณะ

4) การรักษาความลับเป็นการรักษาข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า³¹

3.5.3 การรักษาความลับในขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ

จากเหตุผลทั้ง 4 ข้อ เห็นได้ว่าการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ มุ่งเน้นในการรักษาความลับทางด้านใดบ้าง และการรักษาความลับในขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นจนจบกระบวนการมีข้อมูลใดบ้างที่จะต้องรักษาเป็นความลับ ซึ่งแบ่ง ออกได้เป็น 3 ประการ คือ

3.5.3.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่อ

อนุญาโตตุลาการ

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นเรื่องปัญหาพิพาทระหว่างคู่กรณีและมีการตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด ตั้งแต่บุคคลใดเป็นคู่กรณีพิพาท พิพาทกันเรื่องใด และรายละเอียดในเรื่องที่พิพาท ซึ่งบางครั้งอาจเป็นความลับ เพราะคู่กรณีไม่ต้องการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก อนุญาโตตุลาการจะสอบถามในเรื่องของ ชื่อของคู่กรณีพิพาท เรื่องที่พิพาทกัน แต่ในการอนุญาโตตุลาการนี้หากคู่กรณีพิพาทประสงค์ที่จะให้เป็นการเก็บรักษาข้อมูลเป็นความลับแล้ว โดยที่คู่กรณีไม่ต้องการให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณี เช่นความลับทางการค้า การตลาด การลงทุน สูตรทางเคมีของสินค้า ส่วนผสม

³¹ Buys, C. G., *The tension between confidentiality and transparency in international arbitration* [Online], 6 June 2015. Available from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330243.

ต่าง ๆ ของสินค้าหรืออื่น ๆ³² แม้จะเป็นเพียงชื่อของคู่กรณีพิพาทที่เป็นเรื่องเพียงเล็กน้อยก็ต้องเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ

3.5.3.2 กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณา

การพิจารณาต้องกระทำเป็นความลับ และไม่อนุญาตให้บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากจะต้องทำเป็นความลับแล้ว หากมีสิ่งต่าง ๆ หรือเหตุการณ์ใด ๆ ที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ เช่น บันทึกเหตุการณ์และบันทึกบัญชีพยานหลักฐาน คำร้อง คำโต้แย้ง คำแถลงการณ์ของคู่กรณี บันทึกการนำสืบของคู่กรณีและพยาน³³

ในความเห็น Alexis C. Brown ให้ความคิดเห็นว่า พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ที่เข้าไปเบิกความในชั้นอนุญาโตตุลาการ ก็มีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับที่ได้รับฟังจากการเป็นพยานในคดีด้วยหรือไม่ ท่านเห็นว่าการเปิดเผยนั้นจะเปิดเผยได้ต้องมีขอบเขตที่กำหนดโดยจะเปิดเผยได้ในกรณีใดและการเปิดเผยเปิดเผยได้มากน้อยเพียงใด³⁴ แต่ในความคิดเห็นส่วนตัวเห็นว่าการพิจารณาข้อพิพาทต้องกระทำเป็นความลับ แม้ว่าในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องของกระบวนการพิจารณาต้องทำเป็นความลับ แต่เป็นที่เข้าใจว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการจะต้องรักษาความลับในการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ ในส่วนของพยานหลักฐานในคดีเป็นสิ่งที่สำคัญมาก ในการพิจารณา เพราะคู่พิพาทจะต้องนำพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานเอกสารมาใช้ในการพิจารณาคดี คู่กรณีเป็นผู้นำบุคคลภายนอกเข้ามา นั่นก็คือ พยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญ ส่วนพยานเอกสารนั้นเป็นกรณีที่ต้องการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอยู่ในความดูแลของบุคคลภายนอก ดังนั้นจากความคิดเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่าพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญควรมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับที่ได้รับฟังจากการเป็นพยาน เนื่องจากตนได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการแล้วก็ถือว่าเป็นบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาด้วย แม้ว่าในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ จะไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องของกระบวนการพิจารณาต้องทำเป็นความลับหรือไม่และยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องของพยานที่เป็นบุคคลภายนอกว่าจะมีขอบเขตในการเปิดเผยข้อมูลได้แค่ไหนอย่างไร

³² เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความลับการอนุญาโตตุลาการ” ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี**, 46.

³³ เรื่องเดียวกัน, 46.

³⁴ Brown, A. C., “Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration”, **American University International Law Review** 16, 4(February 2001): 1006-1008.

3.5.3.3 คำสั่งระหว่างการพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

คำสั่งระหว่างการพิจารณา คือ คำสั่งที่มีขึ้นในกระบวนการพิจารณาที่ไม่เสร็จสมบูรณ์แล้วไม่ได้ทำให้คดีนั้นเสร็จไป คำสั่งของอนุญาโตตุลาการนั้นอาจเป็นเรื่องที่ยังควรเป็นความลับ หากการอนุญาโตตุลาการนั้นยังไม่สิ้นสุดลง

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งสำคัญ เพราะเป็นผลของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจมีข้อถกเถียงกันได้ว่ายังควรเป็นความลับหรือไม่³⁵ เพราะการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงแล้ว แต่คู่กรณีอาจมีความประสงค์ที่ยังต้องการรักษาความลับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาด เนื่องจากไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ว่ามีข้อพิพาทระหว่างกัน และเป็นข้อพิพาทเรื่องใด ตลอดจนมีรายละเอียดและสิ้นสุดลงอย่างไร ดังนั้นโดยปกติหากจะมีการพิมพ์และเผยแพร่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี แต่ก็มีอีกด้านเห็นว่าควรมีการตีพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อประโยชน์ในวงการกฎหมายและการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการ³⁶ แม้จะไม่มีนิยามบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่อาจสรุปความหมายได้ว่า เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อเท็จจริง พยานหลักฐานแล้ว ก็จะมีการตัดสินคำชี้ขาดขึ้นโดยคำชี้ขาดนั้นย่อมมีผลผูกพันบุคคลทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตาม แต่ถ้าหากว่าคู่กรณีที่หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติแล้วแต่ไม่ได้ทำตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะต้องมีกระบวนการบังคับคำชี้ขาดซึ่ง การบังคับคำชี้ขาดนั้นจะต้องอาศัยศาล โดยศาลจะพิจารณาว่าคำชี้ขาดนั้นสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่ หากบังคับได้ศาลจะเป็นผู้ดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาด

3.6 ผู้มีหน้าที่รักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ

บุคคลที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับจะเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็น อนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีนั้นมีหน้าที่ในการรักษาความลับตามหลักทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ ส่วนบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทที่คู่กรณีนำเข้ามาในคดี ไม่ว่าจะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ พยานบุคคล บุคคลภายนอกไม่มีหน้าที่ผูกพันใด ๆ ในการรักษาความลับเว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ³⁷

³⁵ พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร, “ทำไมต้องใช้อนุญาโตตุลาการ” ใน *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า* (กรุงเทพฯ: สามย่านวิทยาพัฒนา, 2540), 32-34.

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁷ Buys, C. G., *The tension between confidentiality and transparency in international arbitration* [Online], 123-124.

สำหรับคู่กรณี หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาทในข้อพิพาทที่จะมีการอนุญาโตตุลาการนั้น โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งกระทำการโดยทางผู้แทนนิติบุคคล โดยหลักแล้วคู่กรณี ต้องไม่เปิดเผยสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการต่อบุคคลภายนอก ซึ่งในหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษยึดถือตามหลักนี้อย่างเคร่งครัด แต่ก็มีให้เห็นในประเทศอื่น ๆ ที่เห็นว่า หาก คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการจะเปิดเผยเรื่องของตนให้บุคคลภายนอกรู้ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ ประสงค์จะให้บุคคลภายนอกรับรู้และไม่มีข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวไว้ ก็อาจมีปัญหาคือ ซึ่งก็ต้อง พิจารณาว่ามีกฎหมายในเรื่องดังกล่าวบัญญัติไว้อย่างไรจะเป็นตามนั้น³⁸ เช่น กรณีที่ให้บุคคลภายนอก เข้าร่วมการพิจารณา ตามหลักของ ICC ข้อบทที่ 26 (3) โดยหลักแล้วบุคคลภายนอกไม่สามารถเข้าร่วมได้ แต่ถ้าหากคณะอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีพิพาทยินยอมก็สามารถให้บุคคลภายนอกเข้าร่วม ได้

ส่วนบุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาต้องรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีโดย ต้องรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ หมายความว่า ในประเทศต่าง ๆ ก็จะมีข้อบังคับของสมาคม หรือ สภานายความ ใน เรื่องมรรยาทของนายความที่ต้องรักษาความลับของลูกค้าในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับคดี ซึ่งก็รวมถึงในเรื่องที่ตนทำหน้าที่ที่นายความในการอนุญาโตตุลาการ

3.7 หลักในการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น ในเรื่องของการรักษา ความลับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ พยาน ต้องรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทที่ตนเข้าร่วมหรือไม่ เนื่องจากไม่ มีการกำหนดเป็นบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่มีการกำหนดการ รักษาความลับอยู่ใน ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงาน ศาลยุติธรรม และกำหนดไว้ในข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบัน อนุญาโตตุลาการ³⁹ กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็เป็นเพียงทางเลือกในการระงับ ข้อพิพาทเท่านั้น ไม่ได้มีผลบังคับในตัวบทกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในเรื่องของ

³⁸ Ibid, 48.

³⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความลับการอนุญาโตตุลาการ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่าง ประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี*, 46.

การรักษาความลับแต่อย่างใด การอนุญาตตุลาการนั้นเป็นการรักษาความลับก็ต่อเมื่อ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการตระหนักถึงหลักถึงจริยธรรมและจรรยาบรรณในวิชาชีพของตนด้วย⁴⁰

3.7.1 ความหมายของหลักจริยธรรม

จริยธรรมของอนุญาตตุลาการก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ออกระเบียบให้อนุญาตตุลาการยึดถือปฏิบัติตามในการประกอบวิชาชีพของตน ซึ่งในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ ก็มีหลักจริยธรรมแฝงอยู่คือ หลักความเป็นกลาง ความมีอิสระ ตาม มาตรา 19 และการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในการรับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ตาม มาตรา 25 ซึ่งหลักจริยธรรมที่แทรกอยู่ในพระราชบัญญัตินี้ อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดี เพื่อให้การพิจารณาคดีและคำชี้ขาดทรงไว้ซึ่งความสุจริตและความยุติธรรมในการอนุญาตตุลาการ นอกจากนั้นแล้วหลักจริยธรรมยังมีการกำหนดเป็นประมวลจริยธรรมและข้อบังคับโดยการนำหลักของประมวลจริยธรรมและข้อบังคับมาใช้ได้นั้น ต้องเป็นการอนุญาตตุลาการที่ได้ดำเนินการที่สถาบันอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการมีกฎเกณฑ์และระเบียบที่ใช้บังคับร่วมกัน คือ ประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กับ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ แต่ถ้าหากอนุญาตตุลาการไม่ได้อยู่ในบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ แต่อยู่ในบังคับของสถาบันอื่น ๆ เช่นสภาหอการค้าไทย กรณีดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามที่สถาบันนั้น ๆ เป็นผู้กำหนดข้อบังคับ

จริยธรรม หมายถึง ธรรมที่เป็นข้อประพฤติ ศีลธรรมอันดี⁴¹

วิชาชีพต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นวิชาชีพกฎหมาย แพทยศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ สถาปัตยกรรมศาสตร์ หรือวิชาชีพบัญชี ต่างก็มีหลักจริยธรรมของตนเพื่อจะได้ยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพ วิชาชีพกฎหมายมีนักกฎหมายหลายสาขา แม้ว่าจริยธรรมบางข้อจะเป็นหลักทั่วไปสำหรับนักกฎหมายทุกสาขาจะต้องถือปฏิบัติ แต่เมื่อมีนักกฎหมายแต่ละสาขาซึ่งมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกัน ก็ต้องมีหลักจริยธรรมของแต่ละสาขาแตกต่างกันออกไปด้วย ฉะนั้นจริยธรรมของผู้พิพากษา ก็จะแตกต่างกับจริยธรรมของพนักงานอัยการหรือของทนายความ อนุญาตตุลาการนั้นทำหน้าที่คล้าย ๆ กิ่งตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาททำนองเดียวกับผู้พิพากษา ยิ่งในข้อพิพาททางการค้ามีความนิยมเป็นอย่างสูงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ เพื่อความเชื่อมั่นในการระงับข้อพิพาท

⁴⁰ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “จริยธรรมของอนุญาตตุลาการ” ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 2 สถาบันอนุญาตตุลาการ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), 120.

⁴¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542, 291.

ทางการค้าโดยอนุญาโตตุลาการ จำเป็นอย่างยิ่งที่ตัวผู้ดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณธรรม จริยธรรม ดังนั้น จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการทางการค้าเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อ

- 1) ดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของอนุญาโตตุลาการ
- 2) ก่อให้เกิดความเชื่อถือ ความมั่นใจของประชาชนชนต่องานอนุญาโตตุลาการ⁴²

อนุญาโตตุลาการนั้นไม่ใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ใช่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาด ข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ⁴³

ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการพิจารณาอย่างเป็นความลับ โดยบุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องไม่สามารถเข้าร่วมในการพิจารณาได้ เว้นแต่จะเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องก่อนจะพิจารณาถึงหลักในการรักษาความลับ เราจึงจำเป็นต้องศึกษาขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการของไทย ซึ่งแบ่งออกได้ ดังนี้

- 1) เริ่มตั้งแต่คู่กรณีมีการตกลงในข้อสัญญาโดยทำเป็นหนังสือหรือทำในรูปแบบของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ว่าหากเกิดกรณีพิพาทหรือภายหลังเกิดกรณีพิพาทแล้วจะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

- 2) เมื่อเกิดกรณีพิพาทแล้วคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจะต้องฟ้องคดีและมีการเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการ ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายก็ยื่นคำให้การต่อคำฟ้อง โดยการฟ้องนั้นจะต้องพิจารณาถึงอายุความในการฟ้องร้องด้วย ตาม มาตรา 193/14 อายุความย่อมระงับคดีในกรณีดังต่อไปนี้ ตาม มาตรา 193/14 (4) เจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา

ระหว่างที่อายุความเริ่มนับ ก่อนที่สิทธิเรียกร้องจะขาดอายุความ ได้มีเหตุตาม (4) เจ้าหนี้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการจัดการ คือ เมื่อเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ โดยการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว มีผลทำให้อายุความระงับคดีลง เมื่ออายุความระงับคดีลงก็จะมีการนับอายุความใหม่ โดยอายุความก็จะมีการกำหนดอายุความเดิม เมื่อได้มีการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้ว ตาม มาตรา 193/14 (4) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก็เริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 27 โดยการเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ มี 4 กรณี ดังนี้

- 2.1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ถือเอาวันที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือแจ้งนั้นเป็นการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีผลให้อายุความระงับคดีลง หากคู่กรณีมีความประสงค์จะตกลงด้วยวาจาว่าจะ

⁴² วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 สถาบันอนุญาโตตุลาการ*, 122.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, 120.

เสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยวาจาแล้ว หากมีการตกลงด้วยวาจา ระหว่างคู่กรณีแล้ว แล้วคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ได้ทำการคัดค้านแล้วยังคงดำเนินกระบวนการต่อไป โดยไม่คัดค้านให้ถือว่าคู่กรณีสละสิทธิในการคัดค้านตาม มาตรา 8 และหากตกลงด้วยวาจาแล้วเมื่อ พิจารณาจาก มาตรา 27 กำหนดโดยชัดแจ้งว่าให้ทำเป็นหนังสือ เนื่องจากบทบัญญัติ มาตรา 27 บังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือเพียงอย่างเดียวเท่านั้น คู่กรณีไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้⁴⁴

2.2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้ง อนุญาตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท เป็นการบอก กล่าวให้ตั้งคณะอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือเป็นคณะอนุญาตตุลาการก็ได้ โดยหนังสือบอกกล่าว จะต้องระบุด้วยว่าเป็นการระงับข้อพิพาทในเรื่องใด และการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ ให้ ถือวันที่ได้มีการบอกกล่าวเป็นหนังสือ โดยวันบอกกล่าวอาจตีความได้ว่าเป็นวันที่มีการส่งหนังสือไป ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง มีผลให้อายุความสะดุดหยุดลง⁴⁵

2.3) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งต่อคณะอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท กรณี นี้เป็นกรณีที่คู่กรณีได้มีการตกลงในข้อสัญญาแล้วว่าหากเกิดข้อพิพาทจะให้มีการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาตตุลาการและได้กำหนดคณะอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว⁴⁶

2.4) คู่กรณีพิพาทเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาตตุลาการโดยการเสนอข้อพิพาทต่อ สถาบันอนุญาตตุลาการในไทยนั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกสถาบันที่จะระงับข้อพิพาทของตน โดยมีการกำหนดไว้ในสัญญา เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทแล้วสถาบันอนุญาตตุลาการก็จะดำเนินการ ตามข้อบังคับของแต่ละสถาบันต่อไป โดยสถาบันอนุญาตตุลาการของไทย เช่น สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม⁴⁷

จะต้องมีการแจ้งให้สถาบันทราบด้วย ส่วนคู่กรณีฝ่ายที่ถูกฟ้องจะต้องมีการแต่งตั้ง อนุญาตตุลาการเช่นเดียวกัน โดยการทาบทามบุคคลให้เข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องมีการ แจ้งรายละเอียดของข้อพิพาท ชื่อของคู่กรณี โดยที่ผู้ที่ถูกทาบทามจากคู่ความนั้นมีสิทธิที่จะเป็น อนุญาตตุลาการหรือไม่เป็นอนุญาตตุลาการก็ได้ โดยอนุญาตตุลาการ อาจคำนึงถึง ความเชี่ยวชาญ ในการพิจารณาคดีเมื่อได้ทราบถึงรายละเอียดที่มีการพิพาทกัน ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ความกับตัว อนุญาตตุลาการหรือบุคคลอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องรู้จักกับคู่ความ หรืออนุญาตตุลาการมีความ

⁴⁴ รัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, 194-195.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, 195.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, 196.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, 197.

เกี่ยวข้องในทางด้านธุรกิจกับคู่ความ กรณีนี้อนุญาโตตุลาการอาจเลือกถอนตัวออกจากการเป็นอนุญาโตตุลาการได้ทันที

4) หลังจากนั้นก็เข้าสู่กระบวนการพิจารณา จะต้องมีการนัดพิจารณาโดยต้องทำเป็นหนังสือเพื่อแจ้งให้กับคู่ความและอนุญาโตตุลาการทราบ⁴⁸ เพื่อให้คู่พิพาทเตรียมต่อสู้คดี โดยคู่พิพาทต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และต้องเสนอฝ่ายที่เรียกร้องจะต้องแสดงพยานหลักฐานไม่ว่าจะในประเด็นข้อพิพาท ส่วนอีกฝ่ายก็ต้องยกข้อต่อสู้ของตนกล่าวอ้างเพื่อโต้แย้งประเด็นข้อพิพาทของฝ่ายที่เรียกร้อง โดยอาจยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยานอื่น ๆ เข้ามาอ้างได้ หลังจากนั้นก็จะมีการสืบพยานของคู่กรณี โดยมีการส่งคำพยานให้กับคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามและคณะอนุญาโตตุลาการพยานก็จะเข้ามาในคดี หลังจากนั้นคู่กรณีอีกฝ่ายก็จะทำการถามค้าน ส่วนคู่กรณีที่น่าพยานเข้ามาสืบก็จะถามติง และหากคู่กรณีอีกฝ่ายมีพยานก็จะมีการสืบพยานเช่นเดียวกันและมีการถามค้านและถามติง

5) คำชี้ขาด ต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ ถ้ามีการลงลายมือชื่อไม่ครบต้องมีการบันทึกโดยอนุญาโตตุลาการร่วมองค์คณะหรือบันทึกโดยผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ และต้องมีเหตุผลที่ชัดเจน ตาม มาตรา 37 วรรคแรกและวรรคสอง⁴⁹ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และคำชี้ขาดมีผลเมื่อมีสำเนาส่งไปถึงคู่กรณี โดยเมื่อมีคำชี้ขาดแล้วคู่กรณีฝ่ายที่แพ้จะต้องกระทำการหรือละเว้นกระทำการนั้น ๆ หากไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดคู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะร้องขอต่อศาลศาลก็จะพิจารณาว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ซึ่งคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ในกรณีที่เป็นการคดีของต่างประเทศ ประเทศที่ทำคำชี้ขาด คู่กรณียอมผูกพันคำชี้ขาดนั้น แล้วคำชี้ขาดก็มีผลบังคับใช้กับประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของ New York Convention คำชี้ขาดของประเทศที่ทำคำชี้ขาดอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยภายในประเทศได้ คำชี้ขาดที่นำมาบังคับใช้ในไทยนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, 220.

⁴⁹ มาตรา 37 “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการถ้า คณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียข้าง มากถือว่าเพียงพอแล้วแต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการ วินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดเจน แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญา อนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอม ยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46”.

ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายได้ และการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดต้องทำภายในกำหนดเวลา 3 ปี นับแต่วันที่คำชี้ขาดไปถึงตน⁵⁰

3.7.2 การรักษาความลับในขั้นตอนการอนุญาตตุลาการของไทย

เป็นการรักษาความลับโดยนำประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กับ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการมาใช้ โดยการรักษาความลับจะเริ่มตั้งแต่กระบวนการแรกจนถึงคำชี้ขาด ซึ่งสามารถแจกแจงได้ ดังต่อไปนี้

3.7.2.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่อ

อนุญาตตุลาการ

หนังสือบอกกล่าวให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการ หนังสือบอกกล่าวในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ข้อเท็จจริงที่พิพาทกัน ชื่อของคู่กรณีพิพาท พิพาทเรื่องใด โดยอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับตามที่กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ ของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 41⁵¹

เมื่อคู่กรณีได้ทำการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเกิดจากการที่คู่กรณีให้ความไว้วางใจแล้วว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับของคู่กรณีตั้งแต่เริ่มเสนอข้อพิพาทไปจนถึงทำคำชี้ขาดในคดี ไม่ว่าจะในเรื่องของประเด็นข้อเท็จจริง ประเด็นทางกฎหมาย เอกสารต่าง ๆ แต่การรักษาความลับของอนุญาตตุลาการเป็นเพียงในทางปฏิบัติที่ใช้ในการอนุญาตตุลาการ หากจะนำ ข้อ 41 มาใช้บังคับได้นั้นจะต้องเป็นการระงับข้อพิพาทผ่านทางสถาบันอนุญาตตุลาการเท่านั้นจึงจะนำประมวลจริยธรรมมาใช้บังคับได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวเห็นว่าหากหลักตามข้อ 41 สามารถรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท รักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทได้ก็ควรจะมีการบัญญัติให้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ เพื่อให้มีผลใช้บังคับโดยทั่วกัน เนื่องจากการกำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมนั้นยังเป็นการกำหนดการบังคับใช้เฉพาะการอนุญาตตุลาการผ่านทางสถาบันอนุญาตตุลาการเท่านั้น

⁵⁰ มาตรา 42 “เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการให้คู่พิพาทนั้นยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลรับคำร้องดังกล่าวให้รับทำการไต่สวนและมีคำพิพากษาโดยพลัน”.

⁵¹ ข้อ 41 “บุคคลที่ได้รับทาบทามเป็นอนุญาตตุลาการต้องรักษาความลับใด ๆ ที่ตนได้มาจากทาบทามนั้น”.

3.7.2.2 กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณา

โดยผลของ มาตรา 29 และ 30⁵² นั้น คู่กรณีฝ่ายที่ฟ้องร้องต้องเสนอข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประเด็นข้อพิพาทที่เป็นการเรียกร้องสิทธิของตน เช่นเดียวกับการฟ้องร้องคดีต่อศาล ตามหลักกฎหมายที่ได้กำหนดว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ”⁵³ ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกฟ้องต้องแสดง คำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน โต้แย้งสิทธิและหน้าที่ของตน คู่กรณีอาจแนบเอกสารหรือบัญชีระบุ พยาน ที่ระบุถึงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมาด้วยก็ได้ เมื่อมีการยื่น เอกสารพยานหลักฐานภายในระยะเวลาที่กำหนด ต่าง ๆ แล้ว ถ้าคู่กรณีพิพาทไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่น อนุญาตตุลาการอาศัยพยานเอกสารหรือพยานวัตถุเพื่อใช้ในวิธีการสืบพยานเพื่อทำการพิจารณาข้อ พิพาทที่เกิดขึ้น โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทโดยอาศัยพยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ที่คู่กรณีนำเข้ามาในคดี ซึ่งก็คืออาจเป็นพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือหากพยานเอกสาร เพียงพอแล้วอาจรับฟังเฉพาะพยานเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่น ๆ การส่งสำเนา ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร จะต้องมีการส่งสำเนาให้กับ คณะอนุญาโตตุลาการ และคู่กรณีจะต้องส่งสำเนาให้แก่ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

เมื่อพิจารณาในเรื่องของการเสนอพยานหลักฐานและการสืบพยานแล้ว จะเห็นได้ว่า ตาม มาตรา 29 และ มาตรา 30 ไม่มีการกำหนดในเรื่องของการรักษาความลับไว้แต่อย่างใด มีเพียง ใน มาตรา 30 ที่ระบุแต่เพียงว่าให้มีการส่งสำเนาให้กับคณะอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีเท่านั้น แต่ก็ ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าการส่งสำเนาเอกสารดังกล่าวสามารถส่งให้แก่ พยานบุคคลที่ คู่กรณีนำเข้ามาเพื่อสืบพยานในกรณีพิพาทได้หรือไม่ เมื่อ มาตรา 30 ตามพระราชบัญญัติ

⁵² มาตรา 29 “ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกันหรือที่คณะอนุญาโตตุลาการ กำหนด ถ้าคู่พิพาทมิได้ ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อ สนับสนุนข้อเรียกร้องประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับของตน ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้อง แสดงในคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจ แนบเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยาน ที่ระบุถึงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมา ด้วยก็ได้”.

มาตรา 30 “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะ สืบพยานหรือฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรือ จะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้”.

ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือข้อมูลทั้งหมดที่คู่พิพาทฝ่ายใดเสนอ ต่อคณะอนุญาโตตุลาการ จะต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ให้รวมถึงรายงานของผู้ เชี่ยวชาญหรือเอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งคณะ อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ประกอบการชี้ขาดด้วย”.

⁵³ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2551), 111.

อนุญาโตตุลาการ ไม่ได้มีการระบุถึงบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง แต่ระบุเพียงคู่กรณีพิพาท จึงต้องนำ ข้อบังคับของสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ที่ได้มีการ ระบุในเรื่องของการพิจารณาและการสืบพยานไว้ว่า ต้องกระทำเป็นความลับ ข้อบังคับสำนักงานศาล ยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ตาม ข้อ 22 (3) การสืบพยานและ กระบวนพิจารณาให้กระทำเป็นการลับ และตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการสถาบัน อนุญาโตตุลาการ ข้อ 40 อนุญาโตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาและคู่พิพาท ระบุว่า เป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย ซึ่ง ทั้งมาตรา 22 (3) และข้อ 40 เป็นการกำหนดให้มีการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาด คือ อนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องในคดี จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับนี้และตามประมวลจริยธรรมนี้ แม้ว่าหากไม่ได้ปฏิบัติตามอาจไม่มีบทลงโทษที่ชัดเจน แต่ควรปฏิบัติในการประกอบอาชีพของตน ตามหน้าที่ทางจริยธรรม ดังนั้นการจะเก็บรักษาความลับในเรื่องของการเสนอพยานหลักฐานและการ สืบพยานนั้น ได้มีการนำข้อบังคับซึ่งได้มีการกำหนดในขอบเขตของการรักษาความลับไว้

3.7.2.3 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการพิจารณาสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาโตตุลาการได้มีการทำคำชี้ขาด โดยคำชี้ขาด ในที่นี้ต้องทำให้คดีเสร็จสิ้นไป โดยไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือเป็นคำสั่งระหว่างการพิจารณา หากเป็นคำสั่งระหว่างการพิจารณาไม่ถึงว่าคดีเสร็จสิ้นลง⁵⁴ ซึ่งมาตรา 38 ก็ไม่ได้มีการระบุว่า เมื่อมี คำชี้ขาดเกิดขึ้นแล้ว ให้มีการปกปิดหรือรักษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นความลับ เมื่อไม่ได้ มีการระบุไว้ในพระราชบัญญัติ จึงต้องนำตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 42 มาใช้บังคับ คือ อนุญาโตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ ขาดและไม่ให้ผู้ใดทราบผลของคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีพิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำ

⁵⁴ มาตรา 38 “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือโดยคำสั่ง ของคณะอนุญาโตตุลาการตามวรรคสอง

คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาเมื่อ

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง ได้คัดค้านการถอนข้อ เรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องใน การที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น

(2) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา

(3) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการ พิจารณาต่อไปหรือไม่อาจดำเนิน กระบวนพิจารณาต่อไปได้

ภายใต้บังคับมาตรา 39 และมาตรา 40 วรรคสี่ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงพร้อมกับการ ยุติของกระบวนการพิจารณา”.

ชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท เห็นได้ว่าตามข้อ 42 ในเรื่องของการรักษาความลับในเรื่องของคำชี้ขาดนั้น อนุญาโตตุลาการไม่ควรผู้ใดทราบถึงแนวทางการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการก่อนทำคำชี้ขาด เพราะ หากมีบุคคลภายนอกทราบแนวทางการวินิจฉัยแล้วไปบอกให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ คู่กรณีอีกฝ่ายอาจจะมีช่องทางที่จะทำให้ตนเป็นฝ่ายชนะคดีได้ และหากบุคคลภายนอกทราบผลของคำชี้ขาดแล้วอาจทำให้ฝ่ายที่แพ้คดีได้รับความเสียหายทางด้านธุรกิจและชื่อเสียงได้ แต่การเปิดเผยคำชี้ขาดได้หรือไม่ นั้น โดยหลักคืออนุญาโตตุลาการจะไม่เปิดเผยคำชี้ขาด แต่ถ้าจำเป็นที่จะต้องมีการเปิดเผยอาจเพื่อให้เป็นกรณีศึกษาจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีเท่านั้น จะเห็นได้ว่าการรักษาความลับในส่วนของคำชี้ขาดไม่ได้กำหนดอย่างเคร่งครัด แต่ขึ้นอยู่กับความยินยอมของคู่กรณีที่มีความประสงค์ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดหรือไม่ ซึ่งในความคิดเห็นส่วนตัวเห็นว่าการเปิดเผยคำชี้ขาดเพื่อใช้เป็นกรณีศึกษา สามารถกระทำได้ เนื่องจากเป็นประโยชน์ในทางการศึกษาและยังเป็นแนวทางในการก่อให้เกิดประเด็นกฎหมายใหม่ ๆ เพื่อใช้ในการวิเคราะห์และนำมาร่างเป็นกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายต่อไป โดยแนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจาก ศาสตราจารย์ จรัญ ภักดีธนากุล “การที่ไม่เปิดเผยหรือเป็นความลับทั้งหมดมีจุดอ่อนในแง่ที่ว่าในขณะที่เราไม่สามารถสร้าง Jurisprudence ในระบบอนุญาโตตุลาการได้ จะเป็นไปได้หรือไม่ที่เราจะยกเว้นในเรื่องความลับให้เฉพาะในส่วนของคำชี้ขาดบางส่วนบางตอน อาจจะไปปิดชื่อของผู้เกี่ยวข้อง หลังจากกระยะหนึ่งแล้วให้มีการเผยแพร่เหมือนกับ Law Report ของต่างประเทศหรือคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย⁵⁵”

โดยสรุปการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยไม่ได้มีกฎหมายกำหนดในเรื่องของการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนในเรื่องของการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยการเสนอข้อพิพาท ชื่อของคู่กรณี ความลับทางธุรกิจ ความลับทางการค้า พิพาทกันเรื่องใด และรายละเอียดในเรื่องที่พิพาท ต้องมีการรักษาเป็นความลับตามวัตถุประสงค์ของคู่สัญญา กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานการสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำเป็นการลับบุคคลที่เกี่ยวข้องที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต้องรักษาความลับที่ได้ทราบในกระบวนการพิจารณา ส่วนคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการหากจะทำการเผยแพร่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี จากกระบวนการเริ่มต้นในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจนถึงมีคำชี้ขาด แม้ว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องของการรักษาความลับ แต่มีประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กับ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวเป็นหลักจริยธรรมที่ใช้บังคับกับ

⁵⁵ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ” ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ**, 130.

กระบวนการที่จะต้องรักษาความลับและบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทให้รักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นตัวคู่กรณี อนุญาตตุลาการ พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ มีความแตกต่างจากการรักษาความลับในการอนุญาตตุลาการของไทย เนื่องจากหลักความโปร่งใสจะเน้นในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลหลักความโปร่งใส ตั้งแต่เริ่มต้นเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ กระบวนการพิจารณา จนถึงคำชี้ขาด แต่การเปิดเผยข้อมูลหรือหลักความโปร่งใสไม่ได้เป็นการเปิดเผยในทุกกรณี การเปิดเผยดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อป้องกันการทุจริต คอร์รัปชันในการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐที่ได้รับการลงทุน เพราะการอนุญาตตุลาการของไทยเมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ จากการศึกษาการอนุญาตตุลาการของไทยในเรื่องของการรักษาความลับก็ค่อนข้างที่จะปกปิดข้อมูลในกระบวนการพิจารณาทั้งหมด ทำให้การตรวจสอบข้อเท็จจริง ข้อมูลต่าง ๆ เป็นไปได้ยาก และเป็นกร่งายที่จะเกิดการทุจริตในการลงทุนต่าง ๆ ซึ่งจากอนุสัญญานี้แม้ว่าจะเป็นการเปิดเผยข้อมูลแต่หากอนุสัญญามีการกำหนดไว้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่ต้องรักษาความลับ ก็จะต้องรักษาความลับในข้อมูลดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะได้กล่าวเปรียบเทียบหลักการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการของไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ ในบทต่อไป

บทที่ 4

วิเคราะห์ความแตกต่างของกฎหมายในเรื่องของการรักษาความลับระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนกับการอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของไทย

การลงทุนที่ดีนั้น ต้องเป็นประโยชน์ต่อทั้งตัวผู้ลงทุนและผู้รับการลงทุน เนื่องจากมีการใช้ทรัพยากรของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นประเทศกำลังพัฒนาและเพื่อให้การลงทุนเกิดประโยชน์สูงสุดแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงต้องทำให้ทรัพยากรนั้นเกิดประโยชน์สูงสุด แต่ในทางตรงกันข้ามก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบทางด้านการลงทุนได้เช่นเดียวกัน ส่งผลให้เกิดกรณีพิพาทเกิดขึ้น เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคู่กรณีอาจตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ เมื่อประเทศไทยเป็นรัฐผู้ได้รับการลงทุนจากนักลงทุนชาวต่างชาติในส่วนของสิ่งอำนวยความสะดวกทางด้านสาธารณสุข ภาค ประเทศไทยลงทุนในส่วนของทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนนักลงทุนลงทุนโดยการนำเงินมาลงทุนหรือเทคโนโลยีขั้นสูงมาใช้ ประเทศไทยจึงได้รับการพัฒนาและมีเงินทุนเข้ามาสู่ระบบเศรษฐกิจมากขึ้น แม้ว่ารัฐที่รับการลงทุนจะได้ประโยชน์จากเงินทุน สิ่งอำนวยความสะดวกและเทคโนโลยีที่ได้รับการเรียนรู้จากนักลงทุนต่างชาติ แต่ประเทศที่รับการลงทุนก็ได้รับความเสียหายในเรื่องของทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นสัมปทานการปิโตรเลียม สัมปทานการทำเหมืองแร่ การลงทุนนั้นอาจก่อให้เกิดกรณีพิพาทขึ้นไม่ว่าจะในเรื่องของการขัดกันของผลประโยชน์ทางการลงทุน รวมไปถึงการขัดกันในเรื่องผลประโยชน์ทาง ทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของประชาชนในประเทศผู้รับการลงทุน การระงับข้อพิพาทในกรณีของรัฐอธิปไตยเป็นคู่กรณีกับเอกชนผู้ลงทุนนั้น ย่อมเป็นที่หวั่นเกรงต่อนักลงทุนได้ว่า รัฐซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนผู้ลงทุนอาจใช้อำนาจในทางที่มีขอบอันทำให้นักลงทุนนั้นไม่ได้รับความยุติธรรมและได้รับการคุ้มครองการลงทุนตามที่นักลงทุนพึงประสงค์จากสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ดังนั้น การระงับข้อพิพาทจึงต้องมีความเป็นกลางและการระงับข้อพิพาทนั้นต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติว่าตนจะได้รับการคุ้มครองการลงทุนภายในรัฐผู้รับการลงทุนอย่างแท้จริง ดังนี้ การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนจึงเป็นการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรหรือสถาบันอื่นที่ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐที่ผู้ลงทุนมีสัญชาติหรือเป็นคนชาติของรัฐนั้น

การนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ก็เพื่อประโยชน์ของประชาชนในรัฐผู้รับการลงทุน ในเรื่องของประโยชน์สาธารณะที่ได้ทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน โดยการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายหากเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ หรือกรณีที่คู่กรณีตกลงภายใต้สนธิสัญญาใดสนธิสัญญาหนึ่งแล้วเกิดกรณีพิพาทขึ้นและคู่กรณีตกลงที่จะนำหลักความโปร่งใส

มาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ การนำหลักความโปร่งใสเข้ามาเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทนั้น คู่กรณีสามารถตกลงให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ได้หากสนธิสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองตกลงกันไม่ได้จำกัดหรือห้ามนำหลักความโปร่งใสมาใช้ ซึ่งเมื่อคู่กรณีตกลงที่จะให้นำหลักความโปร่งใสเข้ามาประกอบในการระงับข้อพิพาทแล้ว คู่กรณีจะต้องยอมรับในบทบัญญัติในแต่ละมาตรา ที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน¹

ซึ่งการเลือกรูปแบบการระงับข้อพิพาทก็มีการระงับข้อพิพาทหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลยุติธรรมภายในประเทศ การประนีประนอมยอมความ และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีหรือยอมรับข้อบังคับที่เป็นสากลของ UNCITRAL Arbitration Rules และ ICC และประเทศไทยได้ลงนามใน ICSID การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีสามารถตกลงที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทตามหลัก UNCITRAL Arbitration Rules ICSID และ ICC ก็ได้

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหากเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) คู่พิพาทเป็นบุคคลสัญชาติเดียวกันเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวข้องภายในประเทศ การบังคับใช้กฎหมายก็ต้องนำกฎหมายภายในมาใช้บังคับ อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินชี้ขาดตามกฎหมายภายใน แต่ถ้าหากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) คู่พิพาทมีสัญชาติต่างกันและมีกรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ทั้งประเทศที่เป็นคู่กรณีพิพาทหรือประเทศที่เกี่ยวข้องในกรณีพิพาท ถ้าหากคู่กรณีเป็นผู้มีสัญชาติไทยแต่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นคู่กรณีสัญชาติอื่น กฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาของคู่กรณีอาจจะไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายภายในมาใช้บังคับก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน กฎหมายภายในของแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกัน หากอนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับ ประเทศอื่นอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมในการตัดสินชี้ขาดก็ได้ ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องพิจารณาทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถ้าหากว่ากฎหมายภายในขัดต่อ

¹ Article 1 Scope of application

2. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when:

(a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or

(b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

กฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็ต้องใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ในวรรคสองแห่ง มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถ้าคู่สัญญาได้กำหนดให้นำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับกรณีพิพาท “กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา” (Governing Law) ให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายของประเทศนั้นตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน แต่ ถ้าคู่กรณีไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในเมื่อเกิดกรณีพิพาทแล้วก็ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามกฎหมายภายในของไทย แต่ถ้าหากกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทแตกต่างจากกฎหมายของแต่ละประเทศ อนุญาโตตุลาการต้องนำหลักของการขัดกันของกฎหมายมาใช้ โดยแบ่งเป็น 1 หลักการขัดกันของกฎหมายว่าด้วยกฎหมายของประเทศที่ตั้งการดำเนินการกระบวนพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการกระบวนอนุญาโตตุลาการในประเทศใดต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับ 2 หลักการขัดกันของกฎหมายว่าด้วยประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด²

ผู้ศึกษาเห็นว่าการระงับข้อพิพาทโดยที่คู่กรณีสัญชาติไทยแต่อีกฝ่ายเป็นสัญชาติอื่นตกลงให้นำ UNCITRAL Arbitration Rules ICSID หรือ ICC มาใช้ในการระงับข้อพิพาทก็ให้ระงับข้อพิพาทตามที่คู่กรณีได้ตกลงกัน โดยประเทศไทยก็เป็นภาคี UNCITRAL Arbitration Rules ICC และได้มีการลงนามใน ICSID การตั้งกระบวนพิจารณาในไทยโดยนำหลักการระงับข้อพิพาทที่ไทยเข้าร่วมเป็นภาคีนั้นมาใช้ในการระงับข้อพิพาทสามารถทำได้ เพราะไทยเข้าร่วมเป็นภาคีหรือยอมรับข้อบังคับที่เป็นสากลการบังคับใช้สามารถที่จะตกลงให้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินได้ เนื่องจากประเทศหลายประเทศก็เข้าร่วมเป็นสมาชิกหรือยอมรับสนธิสัญญาและข้อบังคับดังกล่าวแล้ว การนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ในการอนุญาโตตุลาการนั้น ทั้งหลักของความโปร่งใสและการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เมื่อตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการโดยการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาหรือข้อบังคับ ดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าควรนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ย่อมกระทำได้โดยต้องเป็นการระงับข้อพิพาท แบบ UNCITRAL Arbitration Rules เนื่องจาก ข้อบังคับดังกล่าวได้นำหลักของความโปร่งใสมาใช้บังคับแล้ว แต่ในส่วนของ ICSID และ ICC จากที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบแล้วปรากฏว่า การระงับข้อพิพาททั้งสองยังคงมีหลักการที่แตกต่างบางกรณีกับหลักความโปร่งใสทั้งในเรื่องของหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูลที่อาจเปิดเผยได้เพียงบางส่วน การนำบุคคลภายนอกเข้ามาในกระบวนพิจารณา ICSID ยอมรับให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมได้ แต่ ICC ไม่ให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนพิจารณาเว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบ ส่วนการเปิดเผยกระบวนพิจารณา ทั้ง ICSID และ ICC ต้องการให้กระบวนพิจารณานั้นเป็นความลับ

² สรวิต ลิ้มปริงชี , คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ [Online], 11 กรกฎาคม 2558. แหล่งที่มา <http://elib.coj.go.th/Article/arbitration1.pdf>.

ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในหลักความโปร่งใส แล้วคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงให้นำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ควบคู่กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ก็สามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสข้อบทที่ 1 (7)³ การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในกรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน เป็นสิ่งที่จำเป็นเนื่องจาก กรณีพิพาทของรัฐกับเอกชนนั้นจะต้องโปร่งใสประชาชนรับรู้ในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้ ประชาชนสามารถตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลได้ เพราะเป็นสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ส่วนได้เสียของประชาชนของประเทศผู้รับการลงทุน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบกรณีพิพาทได้ แต่ในการอนุญาโตตุลาการของไทยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ หากคู่กรณีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทย หากจะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ร่วมด้วยนั้นย่อมเป็นการขัดกันของกฎหมายโดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะในส่วนของการรักษาความลับที่การอนุญาโตตุลาการของไทยให้ความสำคัญและถือเป็นข้อดีในการอนุญาโตตุลาการ นักลงทุนเลือกที่จะระงับข้อพิพาท เพราะ การรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาแต่หากนำหลักความโปร่งใสมาใช้แล้วจะต้องมีการเปิดเผยข้อมูลหลายประการไม่ว่าจะเป็นในส่วนของคำคู่ความ การให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ทั้งการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา จะตกลงให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้จึงไม่สามารถกระทำได้ เพราะ หลักการความโปร่งใสเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะตั้งแต่เริ่มการอนุญาโตตุลาการไปจนถึงคำชี้ขาด แต่ในขณะที่กฎหมายภายในของไทย คือพระราชบัญญัติและข้อบังคับที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 มีวัตถุประสงค์ในการปกปิดและรักษาความลับของคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณา ไปจนถึงคำชี้ขาด แม้ว่าการรักษาความลับตามกฎหมายภายในของไทยจะไม่ได้มีบทบัญญัติในการกำหนดที่ชัดเจนแต่ในทางจรรยาบรรณของผู้ที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องทำการรักษาความลับของคู่กรณีและกระบวนการพิจารณาไว้ ซึ่งในบทนี้จะได้กล่าวถึงความแตกต่างในการรักษาความลับตามอนุสัญญาและการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการของไทยทั้งระบบต่อไป

³ 7. Where the Rules on Transparency apply, they shall supplement any applicable arbitration rules. Where there is a conflict between the Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision in these Rules, where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail.

4.1 วิเคราะห์การรักษาความลับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของไทย

4.1.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

ผู้ร้องส่งหนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้าแก่ผู้คัดค้านว่าจะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและผู้คัดค้านได้ตอบรับหนังสือเพื่อแจ้งให้ทราบแล้ว ทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านต้องทำหนังสือแจ้งให้อีกฝ่ายทราบว่าตนได้รับหนังสือแล้ว เมื่อทั้งสองฝ่ายได้รับหนังสือแจ้งแล้วตามที่บัญญัติ ข้อบทที่ 2⁴ ของหลักความโปร่งใสในนั้น เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับหนังสือแล้ว ก็สามารถเปิดเผยข้อมูลได้โดยทันทีและเป็นข้อบังคับในการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็ชื่อของคู่กรณีพิพาท ด้านการเงินที่เกี่ยวข้องและสนธิสัญญาที่ตกลงกัน แต่ก่อนที่จะเปิดเผยข้อมูลจะต้องมีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการก่อน ซึ่งหมายความว่า คู่กรณีพิพาทต้องได้มีการตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาก่อนหรือในขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้นไม่ว่าคู่กรณีจะตกลงทำสนธิสัญญาใด แต่คู่กรณีเลือกที่จะตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้โดยภายใต้สนธิสัญญาที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้บังคับให้เป็นให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง กรณีดังกล่าวคู่กรณีสามารถตกลงให้เป็นอย่างอื่นตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีได้ ซึ่งเมื่อคู่กรณีได้ยินยอมที่จะให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ก็เท่ากับว่าคู่กรณียินยอมที่จะให้มีการเปิดเผยชื่อของตนเอง และฐานะการเงินของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยไม่ได้ถือว่าชื่อของตนหรือฐานะทางการเงินจะทำให้ตนเสื่อมเสียชื่อเสียงทางด้านธุรกิจ

ส่วนการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น ข้อเท็จจริงไม่ว่าจะเป็นปัญหาพิพาทระหว่างคู่กรณี ชื่อของคู่กรณีพิพาท เรื่องที่พิพาทและรายละเอียดของข้อเท็จจริง ฐานะทางการเงินของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่กรณีไม่ต้องการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณี โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยอมมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลของตนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอีกฝ่ายหนึ่งให้บุคคลภายนอกทราบแล้ว กรณีนี้อาจทำให้คู่กรณีอีกฝ่าย

⁴ Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings

Once the notice of arbitration has been received by the respondent, each of the disputing parties shall promptly communicate a copy of the notice of arbitration to the repository referred to under article 8. Upon receipt of the notice of arbitration from the respondent, or upon receipt of the notice of arbitration and a record of its transmission to the respondent, the repository shall promptly make available to the public information regarding the name of the disputing parties, the economic sector involved and the treaty under which the claim is being made.

ได้รับความเสียหายหากบุคคลภายนอกนำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องพิพาทไปพูดคุยกับบุคคลอื่น ๆ ก็อาจทำให้ธุรกิจของอีกฝ่ายได้รับผลกระทบ

นอกจากนั้นแล้วผู้ที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับ คือ อนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่กรณีได้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับของคู่กรณีตามหลักของจริยธรรม⁵ เนื่องจาก การรักษาความลับไม่ได้มีการกำหนดอย่างชัดเจนในทางกฎหมาย แต่การรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตามจรรยาบรรณในอาชีพของตน บุคคลที่ได้รับการทาบทาม คือ อนุญาโตตุลาการ การอนุญาโตตุลาการต้องทำผ่านทางสถาบันอนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมเท่านั้น แต่ถ้าทำการอนุญาโตตุลาการผ่านสถาบันอื่นหรืออนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่สถาบันก็ไม่สามารถบังคับได้ จะเห็นได้ว่าการรักษาความลับในส่วนของการฟ้องคดีที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการของไทย เน้นในเรื่องของการรักษาความลับ แต่ก็ไม่ได้ครอบคลุมและไม่มีความชัดเจนในเรื่องของกฎหมาย ข้อบังคับ ในการรักษาความลับ ยังคงเป็นไปในทางปฏิบัติของ อนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้มีผลบังคับ หากประเทศไทยต้องการรักษาความลับในส่วนนี้ควรจะต้องมีการระบุให้ชัดเจนใน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าในเรื่องของการเปิดเผยชื่อของคู่กรณีพิพาทหรือฐานะทางการเงิน แม้จะเป็นผลเสียทางด้านชื่อเสียง แต่ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบในเรื่องของกระบวนการพิจารณาคดี เพราะไม่ได้มีการเปิดเผยในข้อกฎหมาย จึงไม่น่าจะมีผลกระทบต่อคดี การเปิดเผยชื่อของคู่กรณีพิพาท แม้จะเป็นผลเสียต่อบริษัทของนักลงทุนชาวต่างชาติ แต่แสดงให้เห็นว่าบริษัทที่เกิดกรณีพิพาทนั้นอาจมีการทุจริตไร้ซึ่งหลักธรรมาภิบาล และกลับเป็นผลดีต่อตัวของบริษัทเอกชนอื่น ๆ ให้ตระหนักถึงหลักธรรมาภิบาล หากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เนื่องจากบริษัทจะต้องยึดถือหลักพื้นฐานของการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) ได้แก่

1) หลักนิติธรรม (The Rule of Law) คือ การปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติ การไม่ทำตามอำเภอใจ การไม่ละเมิดกฎหมาย และการไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น การที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ละเมิด ผิดสัญญาที่ได้ทำการตกลงกันจนก่อให้เกิดการทุจริต เกิดการคอร์รัปชัน จนทำให้ต้องมีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ การนำหลักนิติธรรมมาใช้กับคู่กรณีเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญา เมื่อคู่กรณีปฏิบัติตามกฎหมายและไม่ละเมิดกฎหมายแล้วนั้น ก็ย่อมเป็นการระงับข้อพิพาทไม่ให้เกิดการทุจริตของคู่กรณีเป็นหลักที่ทำให้เกิดความโปร่งใส

2) หลักคุณธรรม (Morality) คือ ในระดับกิจการ หลักคุณธรรมคือ การทำธุรกิจด้วยความมีจริยธรรมทางธุรกิจ ซึ่งหมายถึง มาตรฐานทางศีลธรรมคุณธรรมที่ใช้กับองค์กรทางธุรกิจ ปัญหา

⁵ “ข้อ 41 “บุคคลที่ได้รับทาบทามเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับใด ๆ ที่ตนได้มาจากกราทาบทามนั้น”.

จริยธรรมธุรกิจที่เกิดขึ้นกับกิจการ เช่น การปกปิดข้อเท็จจริง หรือตกแต่งตัวเลขทางบัญชีเพื่อหวังประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง การฟอกเงิน การหลบเลี่ยงหนีภาษีการละเลยไม่ดูแลด้านความปลอดภัยในสถานที่ทำงาน การเลือกปฏิบัติหรือมีสองมาตรฐานในการบริหารงานบุคคล

3) หลักความโปร่งใส (Accountability) คือ ความถูกต้อง ชัดเจน ปฏิบัติตามหลักการที่ควรจะเป็น รวมถึงการสร้างควมไว้วางใจซึ่งกันและกัน มีกระบวนการตรวจสอบความถูกต้องได้ รวมทั้งการให้และรับข้อมูลที่เป็นจริงตรงไปตรงมา ทันเวลาในระดับกิจการ อาจแปลความหมายของ “Accountability” ว่าเป็น “ความรับผิดชอบที่ อธิบายได้” ซึ่งเป็นภาระบทบาทของผู้บริหารในแง่ข้อผูกพันหรือความเต็มใจที่จะยอมรับความรับผิดชอบ รวมทั้งความสามารถในการรายงานชี้แจงให้เหตุผลเพื่ออธิบายการกระทำของตนเองและสามารถตอบคำถามของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้ในทุกที่ทุกโอกาส เพื่อแจกแจงอธิบายการกระทำทั้งหมดที่ตน

4) หลักการมีส่วนร่วม (Participation) คือ การให้โอกาสบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ที่สำคัญรวมทั้งการเปิดรับฟังความคิดเห็น เพื่อรับคำแนะนำมาร่วมวางแผน และปฏิบัติให้บรรลุวัตถุประสงค์ในระดับสังคม ซึ่งประกอบด้วยบุคคลหลากหลายและมีความคิดเห็นที่แตกต่างหลักการมีส่วนร่วมจะช่วยประสานความคิดเห็นหรือความต้องการที่แตกต่างเพื่อยุบย่นพื้นฐานโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมในระดับกิจการ บริษัทจะกำหนดให้มีคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยบุคคลที่มีประสบการณ์หลากหลายช่วยบริหารงานขององค์กรให้บรรลุวัตถุประสงค์

5) หลักความรับผิดชอบ (Responsibility) คือ ความรับผิดชอบในงานของตน ความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง รวมถึงการตระหนัก และสำนึกในสิทธิและหน้าที่

6) หลักความคุ้มค่า (Cost –Effectiveness or Economy) คือ ในระดับกิจการ คือ การบริหารจัดการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดหรือเกิดมูลค่ามากที่สุด เช่นการใช้พลังงานอย่างคุ้มค่า และรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้ยั่งยืน⁶

จากหลักธรรมาภิบาล ดังกล่าวนี้จะทำให้บริษัทต่าง ๆ ตระหนักถึงความสำคัญ ในการสร้างความชัดเจนขององค์กรไม่ให้เกิดการทุจริตในองค์กรของตน หรือทุจริตต่อการลงทุนที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หากเอกชนยึดถือหลักธรรมาภิบาลดังกล่าว กรณีในการทุจริตก็จะลดน้อยลงไป เพราะหลักดังกล่าวเป็นกลไกที่ใช้ในการตรวจสอบการทำงานขององค์กรเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและมีประสิทธิภาพ การเปิดเผยข้อมูลให้ประชาชนทราบก็เป็นผลดีให้บริษัทตระหนักว่าหากบริษัทของตนเสื่อมเสียชื่อเสียงขาดความเชื่อมั่นจากผู้ลงทุนแล้ว บริษัทไม่ควรที่จะกระทำการใด ๆ ที่เป็นการเสื่อมเสียต่อชื่อเสียง การปกปิดเป็นความลับในส่วนนี้ผู้ศึกษาจึงไม่เห็นด้วย เพราะการปกปิดก็เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้

⁶ ศิลปพร ศรีจันเพชร, หลักการพื้นฐานของธรรมาภิบาล [Online], 20 มิถุนายน 2558. แหล่งที่มา <http://km.citu.tu.ac.th/km/wp-content/uploads/2011/12/CorporateGovernance2.pdf>.

บริษัทที่กระทำผิดไม่ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง ในขณะที่บริษัทได้ทำการทุจริตจริง หากเป็นเช่นนี้แล้วการทุจริตก็เกิดขึ้นได้ง่าย เพราะ มุ่งแต่รักษาความลับให้กับผู้กระทำผิด

4.1.2 กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณา

หลังจากที่ทั้งสองฝ่ายจัดตั้งอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณา ซึ่งในกระบวนการพิจารณา จะมีคำฟ้องของผู้ร้อง คำให้การของผู้คัดค้าน คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องของคู่กรณีพิพาท การเขียนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การโดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทหรือไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญาหรือบุคคลที่สาม เป็นประเด็นหลักในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ หากเป็นข้อมูลที่กำลังมาข้างต้น ในส่วนของข้อบทที่ 3 (1) หรือ (2) คือ คำฟ้องของผู้ร้อง คำให้การของผู้คัดค้าน คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องของคู่กรณีพิพาท การเขียนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การโดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทหรือไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญาหรือบุคคลที่สาม ไม่ตกอยู่ภายใต้ ข้อบทที่ 3 (3) เพราะไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นการเฉพาะ จึงสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้⁷

นอกจากนั้นแล้วตามหลักความโปร่งใสบุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยขอเข้าร่วมด้วยตนเองและต้องเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทดังกล่าวและบุคคลภายนอกสามารถ ยื่นคำฟ้อง หรือ ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง หรือยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ ซึ่งบุคคลภายนอกจะยื่นฟ้องหรือยื่นคำร้องเพิ่มเติม นั้น กระบวนการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะอนุญาตบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญา (บุคคลภายนอก) ต้องมีการปรึกษากับคู่กรณีพิพาทด้วย ตาม ข้อบทที่ 4⁸ หากคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาตบุคคลภายนอกสามารถ ยื่นคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ

⁷ Article 3. Publication of documents

3. Subject to article 7, the arbitral tribunal may decide, on its own initiative or upon request from any person, and after consultation with the disputing parties, whether and how to make available exhibits and any other documents provided to, or issued by, the arbitral tribunal not falling within paragraphs 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specified site.

⁸ Article 4. Submission by a third person

1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty (“third person(s)”), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute.

รายงานผู้เชี่ยวชาญและบันทึกบัญชีพยานสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการจึงจะสามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้⁹

ในกระบวนการพิจารณาตามอนุสัญญานี้ไม่ได้มีการบังคับให้มีการเปิดเผยข้อมูลกระบวนการพิจารณาแบบเด็ดขาด แต่การเปิดเผยข้อมูลหรือบันทึกข้อมูลในกระบวนการพิจารณานั้นจะต้องใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ในการเปิดเผยข้อมูล หากเปิดเผยแล้วรูปคดีจะเสียหายต่อคู่กรณีพิพาทหรือไม่ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือความสมบูรณ์ในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากว่าไม่มีผลกระทบใด ๆ อนุญาโตตุลาการก็อาจเปิดเผยหรือบันทึกข้อมูลได้ แต่ถ้าหากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่ควรเปิดเผยข้อมูลในการพิจารณาก็ถือเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการกำหนดว่าข้อมูลนั้นจะไม่มีเปิดเผยต่อสาธารณะหรือเอกสารนั้นไม่ควรมีการเปิดเผยได้ แต่ถ้าคู่กรณีพิพาทหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทยินยอมที่จะให้มีการบันทึกกระบวนการพิจารณาทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน ก็ให้เป็นไปตามความประสงค์ของคู่กรณีและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ตาม ข้อบทที่ 7 (4) แต่ท้ายสุดคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเอง ซึ่งถ้าหากอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจให้มีการเปิดเผยข้อมูลก็จะมี ข้อบทที่ 7¹⁰ กำหนดถึงข้อมูลที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถเปิดเผยในกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งได้แก่

2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal.

⁹ Article 3 Publication of documents

2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal.

¹⁰ 2. Confidential or protected information consists of:

- (a) Confidential business information;
- (b) Information that is protected against being made available to the public under the treaty;
- (c) Information that is protected against being made available to the public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; or
- (d) Information the disclosure of which would impede law enforcement.

- 1) ความลับทางธุรกิจ
- 2) การป้องกันการเปิดเผยข้อมูลภายใต้สนธิสัญญา หากสนธิสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีการกำหนดไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลแล้ว คู่กรณีก็จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา
- 3) ข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองที่สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้ คือ ในกรณีที่เป็นข้อมูลของฝ่ายผู้คัดค้าน การเปิดเผยข้อมูลให้อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศผู้คัดค้านหรือตามที่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดในการเปิดเผยข้อมูล หากเป็นข้อมูลทางราชการที่ต้องรักษาเป็นความลับก็ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ซึ่งข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ ตามหมวด 2 มาตรา 15¹¹ เป็นข้อมูลข่าวสารที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ ในกรณีพิพาทของนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนเกี่ยวกับการลงทุนในส่วนของสัญญาทางปกครอง
- 4) การเปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมาย

¹¹ มาตรา 15 “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(2) การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับการฟ้องคดี การป้องกัน การปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ หรือการรู้แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสารหรือไม่ก็ตาม

(3) ความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการเรื่องหนึ่งเรื่องใด แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการทำความเข้าใจหรือคำแนะนำภายในดังกล่าว

(4) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด

(5) รายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร

(6) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผย หรือข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ให้มาโดยไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

(7) กรณีอื่นตามที่กำหนดให้พระราชกฤษฎีกา

คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ แต่ต้องระบุไว้ด้วยว่าที่เปิดเผยไม่ได้เพราะเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใดและเพราะเหตุใด และให้ถือว่ากรณีคำสั่งเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นดุลพินิจโดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา แต่ผู้ขออาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”.

ในส่วนของการอนุญาตตุลาการของไทย ในเรื่องของกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณานั้น การพิจารณาต้องกระทำเป็นความลับ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้น นอกจากจะต้องทำเป็นความลับแล้ว ในส่วนของเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าจะป็น คำฟ้องของโจทก์ คำให้การของจำเลย คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องของคู่กรณีพิพาท บันทึกเหตุการณ์และบันทึกบัญชีพยานหลักฐาน คำแถลงการณ์ของคู่กรณี บันทึกการนำสืบของคู่กรณีและพยาน จะต้องปกปิดข้อมูลไว้เป็นความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อบุคคลภายนอก ผู้ศึกษาเห็นว่า การจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาปรับใช้ในการดำเนินการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาสามารถกระทำได้ แต่จะต้องกำหนดในส่วนของกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุน โดยการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาต้องให้อุญาตตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการเปิดเผย หากก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการหรือไม่ หากไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในการอนุญาตตุลาการแล้วก็สามารถเปิดเผยหรือบันทึกข้อมูลในกระบวนการพิจารณาได้

บุคคลภายนอกไม่สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้และไม่สามารถ ยื่นคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การเข้ามาในกระบวนการพิจารณาได้เลย เนื่องจาก ไม่อนุญาตให้บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ แต่หากนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ให้บุคคลภายนอกก็สามารถ เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ บุคคลภายนอกสมัครใจที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง ซึ่งหลักการนี้แตกต่างกับการร้องสอดในคดีแพ่งที่บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาด้วยตนเองเพราะตนเองอาจได้รับผลกระทบจากคำตัดสินของศาลด้วย มีสิทธิเรียกร้องในการโต้แย้งทางกฎหมายหรือมีส่วนได้เสียในทางกฎหมาย โดยการร้องสอดเข้ามาในคดีนั้น คู่กรณีมีหน้าที่เสนอข้อมูลพยาน หลักฐานให้แก่ศาล ศาลทำหน้าที่พิจารณาคดี ส่วนบุคคลภายนอกที่เสนอตนเข้ามาในคดี ศาลจะอนุญาตเฉพาะผู้ที่มีส่วนได้เสียในคดีเท่านั้นที่สามารถร้องสอดเข้ามาในคดีได้ หลัก Amicus Curiae จึงไม่สามารถนำมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาความในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศไทย

แต่การนำบุคคลภายนอกเข้ามาร่วมในคดีก็สามารถกระทำได้ เนื่องจากภายใต้กระบวนการพิจารณาตามการอนุญาตตุลาการถือเป็นสัญญาที่คู่กรณีสามารถตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายและกระบวนการพิจารณาคดีใด ๆ ได้โดยข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม ดังนั้นการให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาจึงสามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้วิธีพิจารณาความของอนุญาตตุลาการ เพื่อประกอบการพิจารณาคดีด้วยโดยมีเงื่อนไขว่าการยื่นข้อมูลดังกล่าวจะต้องไม่กระทบสิทธิของคู่กรณีในคดี หากจะนำหลักความโปร่งใสในส่วนของการให้บุคคลภายนอกเข้ามาในกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการแล้ว การให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามาในคดีได้นั้นควรกำหนดไว้เฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทาง

ปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนที่รัฐได้รับเท่านั้น เนื่องจาก การลงทุนดังกล่าวเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ บุคคลภายนอกดังกล่าว อาจเป็นประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนที่ประสงค์จะเข้ามาในกระบวนการพิจารณา โดยที่ประชาชนเป็นเพียงบุคคลภายนอก ที่ไม่มีส่วนได้เสียจากการทุจริตในการลงทุนทางประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นหรืออาจเป็นนักลงทุนชาวต่างชาติคนอื่น ๆ โดยการเข้ามาของบุคคลภายนอกนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีด้วย เพราะหากเป็นบุคคลมีอคติต่อคู่กรณีแล้วก็ไม่อาจเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้

แม้กฎหมายของไทยจะไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องของการรักษาความลับในขั้นตอนของการพิจารณาและการสืบพยาน แต่มีข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ตาม ข้อ 22 (3)¹² ข้อ 40¹³ ซึ่งทั้งมาตรา 22 (3) และข้อ 40 อนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องในคดี จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับนี้และตามประมวลจริยธรรมนี้ หากไม่ได้ปฏิบัติตามอาจไม่มีบทลงโทษที่ชัดเจน แต่ควรปฏิบัติในการประกอบอาชีพของตน ตามหน้าที่ทางจริยธรรม ดังนั้นการจะเก็บรักษาความลับในเรื่องของการเสนอพยานหลักฐานและการสืบพยานนั้น ได้มีการนำข้อบังคับซึ่งได้มีการกำหนดในขอบเขตของการรักษาความลับไว้

ส่วนบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาและการสืบพยาน ต้องรักษาความลับที่ตนได้มาจากการทาบถาม ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีการกำหนดไว้ในจริยธรรมในเรื่องของการรักษาความลับ ได้แก่ คู่กรณี คือ คู่กรณีเลือกระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อรักษาความลับของข้อพิพาทที่เสนอในกระบวนการพิจารณา เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้เสนอข้อพิพาทแล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบถึงข้อมูลในกระบวนการพิจารณาแล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรักษาความลับทั้งข้อพิพาท และกระบวนการพิจารณาคดี

ส่วนอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาความลับในกระบวนการพิจารณา เพื่อให้การรักษาความลับเป็นรูปธรรมโดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า อนุญาโตตุลาการควรเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแบบลับ (Trial and Hearing in Camera) โดยการพิจารณาแบบลับนี้ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการจำกัดการรับรู้ของผู้ไม่มีส่วนได้เสีย เพราะเมื่อจำกัดการรับรู้แล้วก็ทำให้โอกาสการนำไปใช้ลดน้อยลง เพราะฉะนั้นจึงเป็นการจำกัดการใช้ด้วยนั่นเอง¹⁴ โดยการรักษาความลับของอนุญาโตตุลาการนั้น เมื่อมีการระงับข้อพิพาททางสถาบันแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตาม

¹² ข้อ 22 (3) “การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำเป็นการลับ”.

¹³ ข้อ 40 “อนุญาโตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย”.

¹⁴ เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), 181.

ข้อบังคับ และประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีการกำหนดว่าจะไม่นำข้อมูลที่เข้ามา
ในระหว่างการศึกษาพิจารณาเปิดเผย และในการสืบพยานให้กระทำการเป็นความลับ

ทนายความเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีพิพาทให้ดำเนินการในกระบวนการพิจารณา
และมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ แทนคู่ความได้ตามสมควร¹⁵ ทนายความ
มีหน้าที่ในการรักษาความลับของลูกความและรักษาความลับในกระบวนการพิจารณา เนื่องจากทนายความ
มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมของทนายความ เรียกว่าข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วย
มรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 11¹⁶ คือ ทนายความต้องรักษาความลับของคู่ความ โดยไม่เปิดเผย
ความลับที่ตนได้รับรู้ตามหน้าที่ที่เข้าเป็นทนายความในคดี แต่ถ้าได้รับอนุญาตจากคู่ความและศาล
แล้วก็สามารถเปิดเผยข้อมูลได้ หากว่าทนายความกระทำการฝ่าฝืนแล้วจะมีบทลงโทษ ตาม
พระราชบัญญัติทนายความ มาตรา 51 ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาท
ทนายความ การกำหนดมรรยาททนายความให้สภาทนายความ ตราเป็นข้อบังคับประกอบกับมาตรา
52 มาตรา 52 โทษผิดมรรยาททนายความมี 3 สถาน คือ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ห้ามทำการเป็นทนายความ
มีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ(2) ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ (3) ลบชื่อออก
จากทะเบียนทนายความ

ในส่วนของการสืบพยานจะมีทั้งพยานบุคคล พยานบุคคล หมายถึง พยานหลักฐานที่เกิดขึ้น
จากคำเบิกความของบุคคลต่อศาลโดยผู้ที่มาเบิกความ เรียกว่า พยาน ส่วนถ้อยคำหรือข้อเท็จจริงที่
บุคคลนั้นเบิกความเรียกว่าพยานหลักฐาน โดยเมื่อเบิกความแล้วจะมีการบันทึกคำเบิกความไว้ใน
เอกสาร แต่ถ้ามีการนำเอกสารนั้นไปใช้ในคดีเรื่องอื่น เรียกว่า พยานเอกสาร

พยานผู้เชี่ยวชาญ หมายถึง บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญและเข้ามาเบิกความในคดีเพื่อเสนอ
ความคิดเห็นและให้ความรู้ โดยหลักจะไม่มีกรับถ้อยคำของพยานที่เป็นไปในลักษณะความคิดเห็น
แต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99¹⁷ ศาลสามารถรับฟังความเห็นของพยาน
ผู้เชี่ยวชาญได้ เมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณา ก่อนที่พยานจะทำ

¹⁵ มารุต บุณนาค, **วิชาว่าความและมรรยาททนายความ**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2545), 485.

¹⁶ ข้อ 11 “เปิดเผยความลับของลูกความที่รับรู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก
ลูกความนั้นแล้วหรือโดยอำนาจศาลนั้น”.

¹⁷ มาตรา 99 “ถ้าศาลเห็นว่า จำเป็นที่จะต้องตรวจบุคคล วัตถุ สถานที่ หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญตามที่บัญญัติไว้
ในมาตรา 129 และ 130 เมื่อศาลเห็นสมควรไม่ว่าการพิจารณาคดีจะอยู่ในชั้นใดหรือเมื่อมีคำขอของคู่ความฝ่ายใด
ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 87 และ 88 ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งกำหนดการตรวจหรือการแต่งตั้ง
ผู้เชี่ยวชาญเช่นว่านี้ได้”

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ตัดสิทธิของคู่ความในอันที่จะเรียกบุคคลผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญมาเป็นพยาน
ฝ่ายตนได้”.

การเบิกความ พยานต้องสาบานหรือปฏิญาณตนก่อนเบิกความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 112¹⁸ เพราะกฎหมายไม่ต้องการให้พยานกล่าวเท็จต่อศาล พยานต้องเบิกความด้วยความสัตย์จริง หากพยานเบิกความเท็จก็มีกฎหมายกำหนดโทษไว้ ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 171¹⁹ แต่ในการปฏิญาณตนก็ไม่ได้กล่าวถึงว่าพยานที่เข้ามาเบิกความจะต้องทำการรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาหรือสืบพยาน ดังนั้น คู่กรณีนำพยานซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาในกระบวนการพิจารณา ต้องแจ้งถึงหลักการและวัตถุประสงค์ในการอนุญาตตุลาการให้พยานบุคคล ทราบว่าการสืบพยานในกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นการพิจารณาที่เป็นความลับ

4.1.3 คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

หลักของความโปร่งใสในคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ ได้มีการกำหนดไว้ใน ข้อบทที่ 3 หากมีการเปิดเผยเอกสารสามารถเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดต่อสาธารณะได้ และหากมีบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาด สามารถเปิดเผยได้โดยไม่ต้องให้คณะอนุญาตตุลาการใช้ดุลพินิจพิจารณาในการเปิดเผย แต่ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่มีการบันทึกลงในข้อมูลออนไลน์เพื่อเผยแพร่ต่อประชาชน อย่างเช่น Merrill & Ring Forestry L.P., vs. The Government of Canada²⁰ เป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับคนชาติอื่น (ICSID) ในคดีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการลงทุน เมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว การยอมรับและบังคับคำชี้ขาด มีการแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1) การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ และการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศ ภายใต้หลักของ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards 1958 (“New York Convention”) และ
- 2) การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law)

สำหรับประเทศไทยที่เข้าร่วมลงนามใน New York Convention ดังกล่าว ไม่มีความจำเป็นต้องนำการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของกฎหมายต้นแบบไปใช้²¹ เพราะกฎหมายต้นแบบ

¹⁸ มาตรา 112 “ก่อนเบิกความ พยานทุกคนต้องสาบานตนตามลัทธิ ศาสนาหรือจารีตประเพณีแห่งชาติของตนหรือกล่าวคำปฏิญาณว่าจะให้การตามสัตย์จริงเสียก่อน”.

¹⁹ มาตรา 171 “ผู้ใดขัดขืนคำสั่งของศาล ให้สาบาน ปฏิญาณ ให้ถ้อยคำ หรือเบิกความ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

²⁰ Merrill & Ring Forestry L.P., vs. Canada [Online], 4 July 2015. Available from http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/merrill_ring_forestry_l.p.html.

²¹ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2558), 324.

กำหนดมาตรา 35 (1) “ภายใต้บังคับบทบัญญัติ มาตรา 36 “คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ให้มีผลผูกพันและสามารถบังคับได้เมื่อมีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ²²” เห็นได้ว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบนั้นไม่ได้มีการจำแนกคำชี้ขาดต่างประเทศและคำชี้ขาดภายในประเทศ ซึ่งแตกต่างจากหลักของ New York Convention ที่มีการแยกคำชี้ขาดภายในประเทศและคำชี้ขาดต่างประเทศ

นอกจากนั้นและบทบัญญัติ 35 (1) ยังไม่สอดคล้องกับหลัก New York Convention ตามข้อ 1 (3) ที่จะบังคับใช้คำชี้ขาดตามหลัก New York Convention เฉพาะประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกด้วยกันเท่านั้น เมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีใน New York Convention เมื่อมีการพิจารณาและอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด โดยการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นยังสามารถนำไปใช้บังคับได้ในหลายประเทศ แม้ประเทศนั้นจะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยคำชี้ขาดที่นำมาใช้บังคับนั้นเป็นคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศอันเป็นอาณาเขตของรัฐอื่นหรือคำชี้ขาดเกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยที่ประเทศเหล่านี้ต้องเป็นภาคีใน New York Convention 1985 ประเทศไทยได้มีการลงนามใน New York Convention ต้องยอมรับว่าประเทศภาคีสมาชิกต้องยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพัน สามารถบังคับตามคำชี้ขาดจากต่างประเทศไปใช้บังคับในกรณีพิพาทระหว่างประเทศไทยที่เป็นภาคีใน New York Convention กับประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีได้ ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับในการระงับข้อพิพาท แล้วมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเมื่อประเทศไทยอยู่ภายใต้หลัก New York Convention ผู้ศึกษาเห็นว่า ในส่วนของการบังคับคำชี้ขาดที่ได้มีการนำหลักความโปร่งใมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดจากต่างประเทศที่มีการนำหลักความโปร่งใมาใช้ สามารถนำมาใช้บังคับกับประเทศไทยที่เป็นภาคีของ New York Convention ได้ เพราะ การนำคำชี้ขาดมาใช้ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เพียงแต่ประเทศอื่นที่เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและเป็นภาคีใน New York Convention เมื่อได้ทำคำชี้ขาดที่ได้นำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ในกระบวนการพิจารณาแล้วก็สามารถนำคำชี้ขาดมาใช้บังคับกับประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของ New York Convention ได้

²² 35 (1) “An arbitration award ,irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and , upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provision of this article and of article 36.

ส่วนการอนุญาตตุลาการของไทยการในเรื่องของคำชี้ขาด ตามประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการสถาบันอนุญาตตุลาการ ข้อ 42²³ แม้จะไม่ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาด เพราะอาจจะส่งผลกระทบต่อทางด้านชื่อเสียงและธุรกิจหากบุคคลภายนอกทราบถึงคำชี้ขาดในการตัดสินว่าฝ่ายใดแพ้ ฝ่ายใดชนะ แต่ยังมีข้อยกเว้นสามารถเปิดเผยคำชี้ขาดได้ ถ้าคู่กรณีให้ความยินยอม แต่ถ้าหากคู่กรณีไม่พอใจในคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยหลักไม่สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาได้ ตามพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45²⁴ แต่มีข้อยกเว้นสามารถอุทธรณ์ได้หากว่าเป็นไปตามมาตรา 45 (1)-(5) ซึ่งการอุทธรณ์ต่อศาลนั้นจะต้องมีการเปิดเผยการพิจารณา รวมไปถึงเมื่อมีคำพิพากษาที่จะต้องมีการตีพิมพ์เผยแพร่คำพิพากษาของศาล แม้ว่าการอนุญาตตุลาการจะปกปิดไม่ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดก็ตาม จากความคิดเห็นส่วนตัวที่ได้กล่าวมาแล้วจากบทที่ 3 การเปิดเผยคำชี้ขาดนั้นถือเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาในกรณีของคดีที่เกิดขึ้น เพื่อนำไปใช้ประกอบในการพิจารณาคดีอื่น ๆ ต่อไป

โดยสรุป การอนุญาตตุลาการของไทย มุ่งเน้นในเรื่องของการรักษาความลับตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณาไปจนถึงคำชี้ขาดโดยอาศัยข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการและประมวลจริยธรรมของสถาบันอนุญาตตุลาการในการรักษาความลับ เพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อคู่กรณี นอกจากนั้นแล้วหลักการระงับข้อพิพาทตามอนุญาตตุลาการ ยังเป็นหลักของจารีตประเพณี ของการอนุญาตตุลาการของไทย ว่าการอนุญาตตุลาการของไทยต้องเป็นการรักษาความลับ ตามมาตรา 368²⁵ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในหลักของความโปร่งใสจะเป็นการเปิดเผย ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาไปจนถึงคำชี้ขาด โดยการเปิดเผยจะเป็นการเปิดเผยในด้านข้อมูล

²³ ข้อ 42 “อนุญาตตุลาการต้องไม่ให้ผู้ใดทราบถึงแนวทางการวินิจฉัยของตนก่อนทำคำชี้ขาดและไม่ให้ผู้ใดทราบผลของคำชี้ขาดก่อนส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีพิพาท ทั้งจะต้องไม่เปิดเผยคำชี้ขาด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท”.

²⁴ มาตรา 45 “ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราช บัญญัตินี้ เว้นแต่

(1) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(2) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(3) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ

(4) ผู้พิพากษา หรือตุลาการซึ่งพิจารณาคดีนั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำ พิพากษา หรือ

(5) เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท ตามมาตรา 16

การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อ ศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี”.

²⁵ มาตรา 368 “สัญญาที่ห้ามไม่ให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”.

เอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดี รวมไปถึงคำชี้ขาด และยังเปิดกว้างให้บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องในคดีสามารถยื่นคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ แต่ในการเปิดเผยข้อมูล เปิดเผยเอกสาร หรือบุคคลภายนอกขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นต้องอาศัยอำนาจของอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าเห็นเหมาะสมหรือสมควรหรือไม่ที่จะให้มีการเปิดเผยข้อมูล หรือหากมีบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยข้อมูลแล้วคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการปรึกษาคู่กรณีพิพาทด้วย นอกจากนี้แล้วในกระบวนการพิจารณาถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่ควรเปิดเผยข้อมูลในการพิจารณา แต่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องยินยอมที่จะให้มีการบันทึกการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนก็สามารถเปิดเผยกระบวนการพิจารณาได้ เนื่องจากอนุสัญญาได้มีการกำหนดไว้ ตามข้อบทที่ 7 (4) จะเห็นได้ว่าการนำหลักความโปร่งใสมาใช้แม้จะเป็นการเปิดกว้างให้มีการเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการพิจารณา แต่การเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ก็ยังมีข้อจำกัดโดยจะต้องพิจารณาด้วยว่าข้อมูลนั้นไม่เป็นข้อมูลต้องห้ามตามที่อนุสัญญานี้ได้มีการกำหนดไว้ในข้อบทที่ 7 หากเป็นข้อมูลต้องห้ามก็ไม่สามารถนำข้อมูลมาเปิดเผยต่อสาธารณะได้

การนำหลักความโปร่งใสมาใช้จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับประเทศไทย แม้ว่าการนำหลักความโปร่งใสมาใช้จะเป็นการเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด แต่ยังมีการปกปิดข้อมูลที่มีความสำคัญในทางธุรกิจที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ และยังมีผู้เชี่ยวชาญทางด้านธุรกิจและการค้า ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างถูกต้องและรวดเร็ว แต่ในขณะที่การพิจารณาโดยศาลนั้นเป็นการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาต่อบุคคลภายนอกโดยเปิดเผยกระบวนการพิจารณาไม่ได้มีการกำหนดในส่วนของการปกปิดข้อมูลทางการค้าทางธุรกิจ ขาดผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านธุรกิจทำให้กระบวนการพิจารณาอาจไม่ถูกต้องไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนและการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ล่าช้า ทำให้คู่กรณีพิพาทที่ต้องการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนจึงเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลแทนที่จะระงับข้อพิพาททางศาล

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการของไทยจะมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความลับ แต่การนำหลักความโปร่งใสใช้ก็ไม่อาจทำให้อัตลักษณ์ในการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยเสียไป การนำหลักความโปร่งใสมาจึงต้องนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองในกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนกับการลงทุนของนักลงทุนชาวต่างชาติ เนื่องจาก หากเป็นสัญญาทางปกครองเป็นการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนชาวต่างชาติ หากการอนุญาโตตุลาการยังคงรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาจะยิ่งทำให้การตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลเป็นการยุ่งยาก ประชาชนเข้าถึงผลประโยชน์สาธารณะที่เป็นสิทธิเบื้องต้นของตนได้ยาก เพราะประเทศไทยยังคงเป็นประเทศผู้รับการลงทุนทางด้านสาธารณะประโยชน์จากนักลงทุนต่างชาติ และตามกฎหมายภายในของไทยในเรื่องของสัญญาทางปกครองก็ยังคงบัญญัติไว้ว่าให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ การเพิ่มเติม

ในส่วนของความโปร่งใส ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยข้อมูล ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมรับรู้กรณีพิพาท การให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา ย่อมส่งผลดีต่อการลงทุนของรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ แต่การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการของไทยที่เกี่ยวกับทางการค้าอาจไม่เป็นผลดี แม้ว่าหลักความโปร่งใสจะได้มีการปกปิดกำหนดข้อมูลที่ไม่ให้มีการเปิดเผยต่อสาธารณะ เช่น ความลับทางการค้า แต่การให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามาในคดีหรือการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา ก็ย่อมไม่เป็นผลดีต่อธุรกิจการค้าของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ก็ควรกำหนดขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น เพราะ การเปิดเผยข้อมูลนั้นทำให้รัฐบาลตระหนักถึงหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) คือ การปกครอง การบริหาร การจัดการ การควบคุมดูแล กิจกรรมต่าง ๆ ให้เป็นไปในครรลองธรรม นอกจากนี้ยังหมายถึงการบริหารจัดการที่ดี ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้ทั้งภาครัฐและเอกชน ธรรมที่ใช้ในการบริหารงานนี้ รวมถึง ศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม และความถูกต้องชอบธรรมทั้งปวง ซึ่งวิญญูชนพึงมีและพึงประพฤติปฏิบัติ อาทิ ความโปร่งใส ตรวจสอบได้ รัฐบาลที่โปร่งใสตรวจสอบได้ ย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนและประชาชน ตลอดจนส่งผลดีต่อเสถียรภาพของรัฐบาล

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนและเปรียบเทียบกับอนุญาโตตุลาการของไทยแล้ว จึงพบปัญหาหลายประการ ไม่ว่าจะในส่วนของเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่าง การใช้บังคับที่แตกต่างกัน การนำหลักความโปร่งใสมาใช้เพียงบางกรณีในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน หรือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของไทยที่มุ่งเน้นในเรื่องของการรักษาความลับ ในขณะที่หลักความโปร่งใสนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการเปิดเผยข้อมูลเปิดเผยกระบวนการพิจารณา ซึ่งแตกต่างกับการอนุญาโตตุลาการของไทย ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทพร้อมกันได้ มาจากหลายสาเหตุ ดังต่อไปนี้

5.1.1 สรุปการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคู่กรณีจะตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดย UNCITRAL Arbitration Rules หรือระงับข้อพิพาทโดย ICSID หรือ ICC การระงับข้อพิพาทหากเกิดกระบวนการพิจารณาในประเทศไทย การใช้บังคับของกฎหมายก็ย่อมจะต้องบังคับให้เป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงให้นำกฎหมายหรือข้อบังคับนั้นมาใช้ในสัญญาของตน แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงว่าจะให้นำกฎหมายใดมาใช้ก็ให้นำกฎหมายภายในของไทยมาใช้ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีหรือยอมรับข้อบังคับที่เป็นสากลของ UNCITRAL Arbitration Rules และ ICC และประเทศไทยลงนามใน ICSID การบังคับใช้สามารถที่จะตกลงให้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากประเทศหลายประเทศก็เข้าร่วมเป็นสมาชิกหรือมีการให้สัตยาบันแล้ว จากที่ได้ศึกษาแล้วนั้นการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน ไม่ว่าจะเป็น UNCITRAL Arbitration Rules ICSID และ ICC ได้นำหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสมาปรับใช้ทั้งการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ การให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา และการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา โดยการนำหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน การบังคับใช้ย่อมแตกต่างกัน โดยแบ่งออกได้เป็น 3 หลักเกณฑ์

1) การเปิดเผยข้อมูลสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ กรณีของ ICSID การเปิดเผยข้อมูลเป็นการเปิดเผยข้อมูลทั่วไปเพียงบางส่วนเท่านั้น เช่น การดำเนินงานของศูนย์ การลงทะเบียนคำ

ร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ แต่ถ้าเกี่ยวข้องกับ คำชี้ขาดต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีจึงจะเปิดเผยคำชี้ขาดได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าหากมีการระงับ ข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้วคำชี้ขาดก็สามารถเปิดเผยได้หากว่ามีเหตุผลทางกฎหมาย ประกอบ ส่วน ICC คำชี้ขาดให้ส่งสำเนาเฉพาะคู่กรณีพิพาทเมื่อมีการร้องขอ แต่ห้ามไม่ให้มีการเปิดเผย ต่อบุคคลภายนอก แต่บททั่วไปของ ICC นั้นไม่มีบทบัญญัติในการรักษาความลับที่ใช้บังคับกับคู่กรณี คู่กรณีอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้ UNCITRAL Arbitration Rules การเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ขาดเปิดเผยต่อสาธารณะได้ต้องได้รับความยินยอม จากคู่สัญญาทั้งหมด หรือ คู่สัญญากร้องขอให้มีการเปิดเผยโดยหน้าที่ทางกฎหมาย

2) บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นในกรณีที่ UNCITRAL Arbitration Rules ให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาหรือ บุคคลภายนอกร้องขอเพื่อเข้าร่วมในการพิจารณา ส่วน ICSID บุคคลภายนอกที่จะเข้าร่วมกระบวนการ พิจารณาต้องเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท ส่วนหลักของ ICC บุคคลภายนอกซึ่งไม่ เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะเข้าฟังการพิจารณาไม่ได้ เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากคณะ อนุญาโตตุลาการและบรรดาผู้พิพาท หากบุคคลภายนอกเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา แล้ว บุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องร้องขอเพื่อเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก็สามารถกระทำได้ เพราะ บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทเมื่อได้เข้าร่วมในการพิจารณาย่อมมีประโยชน์ในการตัดสินคำชี้ ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีของกระบวนการเปิดเผยการพิจารณา

3) การเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการพิจารณาที่ UNCITRAL Arbitration Rules ได้กำหนด ให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาตามหลักความโปร่งใส ส่วน ICSID ต้องปกปิดกระบวนการ พิจารณาไว้เป็นความลับ และ ICC หากคู่กรณีร้องขอให้ปกปิดกระบวนการพิจารณาต้องทำการปกปิด เป็นความลับ ผู้ศึกษาเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องร้องขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็น ความลับ คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าจะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยกระบวนการพิจารณาก็ได้ การอนุญาโตตุลาการสิ่งสำคัญที่สุด คือ การรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการ ต้องทราบว่าข้อมูลใดหรือกระบวนการใดควรเก็บไว้เป็นความลับ ข้อมูลใดสามารถเปิดเผยได้ จะเห็น ได้ว่าทั้งการระงับข้อพิพาท ICSID และ ICC นั้น ต้องการปกปิดกระบวนการพิจารณาเพราะต้องการ รักษาความลับในกระบวนการพิจารณาอยู่ แม้ว่าจะมีการนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้บางกรณี ซึ่ง แตกต่างจากหลักของ UNCITRAL Arbitration Rules

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมีการนำหลักความโปร่งใสเข้ามาบังคับใช้ก็สามารถ กระทำได้โดยการที่คู่กรณีนั้นเป็นต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วย การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน และการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่ กับการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่จะไม่ขัดกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ คือ การระงับ

ข้อพิพาทโดย UNCITRAL Arbitration Rules เพราะ UNCITRAL Arbitration Rules ได้นำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ ทั้งในส่วนของ การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ การให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา และ การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา ส่วนหลักกระบวนข้อพิพาทผ่านทางสถาบัน ไม่ว่าจะเป็น ICSID หรือ ICC นั้น เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบแล้วการนำหลักเกณฑ์บางประการของหลักความโปร่งใสมาใช้ใน ICSID และ ICC มีกรณีที่มีการสงวนเพื่อต้องการรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ จึงยังคงขัดกับการระงับข้อพิพาทแบบ ICSID และ ICC อยู่ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททั้ง ICSID และ ICC ด้วย หากคู่กรณีเลือกการระงับข้อพิพาท แบบ ICSID และ ICC แล้วมีการตกลงให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่ในการระงับข้อพิพาทแล้วการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทแบบ ICSID และ ICC จะได้มีความสอดคล้องในส่วนของ การเปิดเผยข้อมูล ซึ่งในปัจจุบันการนำหลักเกณฑ์ของหลักความโปร่งใสมาปรับใช้กับหลักของ ICSID และ ICC เป็นการนำมาปรับใช้บางกรณีเท่านั้นซึ่งอาจเป็นการขัดกับหลักความโปร่งใสที่จะนำมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาททั้ง ICSID และ ICC ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททั้ง ICSID และ ICC

5.1.2 สรุปการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน กับการอนุญาโตตุลาการของไทยแล้ว

กฎหมายภายในของไทย ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใช้ในบังคับกับการอนุญาโตตุลาการของไทย คู่กรณีตกลงที่จะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่ไปในการกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยแล้วย่อมเป็นไปได้ยาก เพราะ กฎหมายภายในของไทยมีเจตนารมณ์ในเรื่องของการปกปิดข้อมูล การรักษาความลับ การนำหลักความโปร่งใสมาใช้เป็นการขัดกันกับกฎหมายภายในของไทยในเรื่องของการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจาก การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น เป็นการรักษาความลับตั้งแต่ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องพิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ เช่น ชื่อของคู่กรณีพิพาท ข้อเท็จจริงในกรณีพิพาท จำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกัน กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณา ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากจะต้องทำเป็นความลับแล้ว ในส่วนของเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าจะเป็น คำฟ้องของผู้ร้อง คำให้การของผู้คัดค้าน คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องของคู่กรณีพิพาท บันทึกเหตุการณ์และบันทึกบัญชีพยานหลักฐาน คำแถลงการณ์ของคู่กรณี บันทึกการนำสืบของคู่กรณีและพยาน จะต้องปกปิดข้อมูลไว้เป็นความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อบุคคลภายนอก แม้กฎหมายจะไม่ได้มีการกำหนด ในเรื่องของการรักษาความลับในขั้นตอนของการพิจารณาและการสืบพยานก็ตาม รวมไปถึงตัวบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็น อนุญาโตตุลาการ ทนายความ พยาน

บุคคล บุคคลที่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาจะต้องรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาที่ตนได้ทราบในขณะที่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วย รวมไปถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทย ก็ให้มีการปกปิดไม่ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดต่อสาธารณะ แม้การรักษาความลับจะไม่ได้มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่มีการกำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม และ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยการนำหลักของการรักษาความลับมาใช้นั้นต้องเป็นการระงับข้อพิพาทผ่านทางสถาบันอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากไม่ได้เป็นการระงับข้อพิพาทผ่านทางสถาบันแล้วก็ไม่สามารถนำหลักการรักษาความลับมาใช้บังคับได้ ในขณะที่หลักความโปร่งใสเน้นไปในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลพิพาท เปิดเผยกระบวนการพิจารณา การให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา และการเปิดเผยคำชี้ขาด ซึ่งหลักความโปร่งใสหากจะนำมาใช้ร่วมกันในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทยย่อมเป็นการขัดกันกับกฎหมายภายในของไทย เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกันในส่วนของอนุญาโตตุลาการของไทยที่ต้องการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการ การนำหลักความโปร่งใสสามารถนำมาปรับใช้ควบคู่ในการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการของไทยได้ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของกระบวนการเปิดเผยข้อมูล ตั้งแต่เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ชื่อของคู่กรณีพิพาท ฐานะทางการเงินของคู่กรณี และคำชี้ขาด สามารถเปิดเผยได้ เพราะไม่ได้เป็นการเปิดเผยในข้อกฎหมาย และไม่เป็นผลกระทบกระบวนการพิจารณาที่สำคัญ เพราะการเปิดเผยข้อมูลเหล่านั้นนอกจากจะเป็นผลดีต่อการป้องกันการทุจริตแล้วยังเป็นผลดีในการเข้าถึงข้อมูลของคำชี้ขาดเพื่อศึกษาหรือเพื่อเปรียบเทียบกับคดีอื่น ๆ ได้อีกด้วย เป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจและนักศึกษา ส่วนการให้บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นไม่ได้มีส่วนได้เสียคดี สามารถให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเข้ามามีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าตามระบบกฎหมายของไทยจะไม่ยินยอมให้บุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีทำการร้องสอด แต่การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถนำบุคคลภายนอกเข้ามาร่วมได้เนื่องจากภายใต้กระบวนการพิจารณาตามการอนุญาโตตุลาการถือเป็นสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายหรือข้อบังคับใดในการระงับข้อพิพาท ได้โดยข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม การนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ควบคู่กับการอนุญาโตตุลาการของไทย ในกรณีที่ให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นเป็นประโยชน์อย่างมาก เพราะการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาททางการลงทุนนั้นต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ ผู้เชี่ยวชาญ เข้ามาในคดี เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นแสดงความคิดเห็น ข้อเสนอแนะ การนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ควบคู่กับการอนุญาโตตุลาการของไทยจะส่งผลให้นักลงทุนและประชาชนสามารถตรวจสอบการทำงานของรัฐได้ โดยการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควรนำมาปรับใช้

เฉพาะในส่วนของสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น เพราะ การลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในแต่ละโครงการมีมูลค่าจำนวนเม็ดเงินมหาศาลประกอบกับเป็นสาธารณูปโภคที่เกี่ยวข้องกับประชาชนโดยตรง การระงับข้อพิพาทในกรณีพิพาททางการลงทุนดังกล่าวจึงต้องมีความโปร่งใส สุจริต สามารถตรวจสอบได้ การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในดังนั้นการที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ ในปี 2016 ที่จะถึงนี้ ผู้ศึกษาเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งในการเข้าร่วม เพราะเมื่อประเทศไทยเข้าร่วมในอนุสัญญานี้แล้ว การอนุญาโตตุลาการของไทยจะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสม เพื่อให้ให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการของไทยได้ นอกจากนั้นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในเรื่องของการรักษาความลับ แทนการนำประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กับ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการมาใช้รักษาความลับในกระบวนการพิจารณาหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาต้องรักษาความลับ ควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการรักษาความลับทั้งในเรื่องของบุคคลที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับ กระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาด

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) การระงับข้อพิพาททางการลงทุน ทั้ง ICC และ ICSID โดยนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ เพื่อให้คู่กรณีจะสามารถนำการระงับข้อพิพาทของ ICC และ ICSID มาใช้ในการระงับข้อพิพาทร่วมกับหลักความโปร่งใส ถึงแม้ว่าคู่กรณีจะสามารถเลือกที่จะนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้แม้จะไม่ใช่ภาคีในหลักความโปร่งใสโดยการตกลงกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ตกลงให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ แต่การนำหลักความโปร่งใสเข้าร่วมกันในการระงับข้อพิพาทของ ICC และ ICSID ก็ยังมีหลักเกณฑ์ที่ไม่สอดคล้อง เช่น การเปิดเผยกระบวนการพิจารณาหลักความโปร่งใสกำหนดให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาได้แต่ในการระงับข้อพิพาทของ ICC และ ICSID ต้องปกปิดกระบวนการพิจารณาไว้เป็นความลับหลักเกณฑ์ที่ไม่สอดคล้องนี้ทำให้การนำหลักความโปร่งใสมาใช้เกิดความยุ่งยาก ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะปรับปรุงให้นำหลักเกณฑ์ความโปร่งใสเข้ามาใช้ในการระงับข้อพิพาท ICC และ ICSID ด้วย

2) ประเทศไทยสามารถเข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อนำหลักของความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน เมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว ประเทศไทยจะต้องยอมรับหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับในอนุสัญญานั้นด้วยและหากกฎหมายภายในขัดกับอนุสัญญาแล้ว ก็จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดให้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดย

การอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในเรื่องของสัญญาทางปกครอง รวมถึงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการรักษาความลับเพิ่มเติมในหมวด 4 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการและหมวด 5 คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 หรือ

3) ประเทศไทยอาจจะไม่เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน แต่ถ้าหากกรณีพิพาทตกลงที่จะให้นำหลักของความโปร่งใสมาใช้ก็สามารถทำได้ ผู้เขียนเห็นว่าการจะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ย่อมทำได้ โดยต้องเป็นการระงับข้อพิพาท UNCITRAL Arbitration Rules เนื่องจากข้อบังคับดังกล่าวได้นำหลักของความโปร่งใสมาใช้บังคับแล้วและประเทศไทยก็เข้าร่วมเป็นภาคีใน UNCITRAL Arbitration Rules ด้วย

ความคิดเห็นของผู้ศึกษา เมื่อประเทศไทยควรจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส เพื่อนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทย เนื่องจากการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการของไทยยังคงขัดกับอนุสัญญา จึงควรปรับปรุงแก้ไขโดยบัญญัติเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการขึ้น เพราะกฎหมายภายในของไทยไม่ได้มีการบัญญัติการรักษาความลับใน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรจะบัญญัติในเรื่องของการรักษาความลับแทนการนำประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กับข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการมาใช้รักษาความลับในกระบวนการพิจารณาหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาต้องรักษาความลับ ควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการรักษาความลับทั้งในเรื่องของบุคคลที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับ กระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาด เมื่อได้บัญญัติการรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการแล้วก็นำหลักความโปร่งใสเข้ามาแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในกรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่ไทยจะเข้าร่วมลงนามด้วย เมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีแล้วก็นำหลักความโปร่งใสมาใช้ร่วมกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้

บรรณานุกรม

- กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. (ม.ป.ป.). *การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน*. สืบค้นจาก <http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf>.
- เกรียงศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล. (2543). *ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- คณิต ณ นคร. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ติงศภัทย์. (2548). *คำอธิบายประมวลกฎหมาย ภาค 2*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสถานกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ตุลย์ ไตรโสรัส. (2557). *ความท้าทายในการพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ: กรณีศึกษา UNCITRAL (สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ) กระทรวงการต่างประเทศ*. สืบค้นจาก <http://www.mfa.go.th/dvifa/contents/filemanager/files/nbt/nbt6/IS/IS6017.pdf>.
- ทศพล วรรณกุลพันธ์, ลาวัลย์ ถนัดศิลป์ และวิชัย ศรีรัตน์. (2555). *ศัพท์สิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. (2558). *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2540). *ทำไมต้องใช้อนุญาโตตุลาการ รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า*. กรุงเทพฯ: สามย่านวิทยาพัฒนา.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2545). *พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2549). *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์.
- โกคิน พลกุล. (2547). *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย*. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4(1), 19-77.
- มารุต บุณนาค. (2545). *วิชาว่าความและมรรยาททนายความ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี*. (2549). กรุงเทพฯ: พิธีกรรมพิมพ์.

- รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2542). พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542. กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์ พับลิเคชันส์.
- ศิลปพร ศรีจันทเพชร. (2554). หลักการพื้นฐานของธรรมาภิบาล. *วารสารคณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี*, 33(125), 1-3.
- สรวิศ ลิ้มปริงชี. (2549). รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี. กรุงเทพฯ: พิธีกรรมการพิมพ์.
- สรวิศ ลิ้มปริงชี. (ม.ป.ป.). คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ. สืบค้นจาก <http://elib.coj.go.th/Article/arbitration1.pdf>.
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2547). มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน. สืบค้นจาก http://www.cabinet.soc.go.th/doc_image/2547/1972241.pdf.
- เสาวนีย์ อัครโรจน์. (2540). รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 สถาบันอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- เสาวนีย์ อัครโรจน์. (2554). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อนันต์ จันทโรภากร. (2536). กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- อนันต์ จันทโรภากร. (2533). การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. *นิตยสารกระทรวงยุติธรรม ดุลพาท*, 37(2).
- เอก ยิ้มฉาย. (2550). ผลกระทบของร่างความตกลงเขตการค้าเสรี [FTA] ไทย-สหรัฐอเมริกา: เรื่องการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน [ICSID]. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- Argen, R. D. (2015). *Ending blind spot justice: Broadening the transparency trend in international*. Retrieved from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393188.
- Brown, A. C. (2001). Presumption meets reality: An exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration. *American University International Law Review*, 16(4).

- Buyts, C. G. (2003). *The tension between confidentiality and transparency in international arbitration*. Retrieved from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330243.
- Cf. The statement of the International Chamber of Commerce on its official arbitration homepage under. (2013). *More advantages of arbitration*. Retrieved from <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5327/index.html>.
- Convention on transparency in treaty-based investor-state arbitration*. (n.d.). Retrieved from <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.
- FAQ-UNCITRAL rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration*. (2014). Retrieved from http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_FAQ.html.
- Garner, B. A. (2009). *Black's law dictionary*. Retrieved from <http://international.westlaw.com>.
- International center for settlement of investment disputes. (2006). *Icsid convention, regulations and rules*. Retrieved from https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.
- Krajewski, M., & Alexander, F. (2014). *Modalities for investment protection and investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective universität erlangen nürnberg*. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=2519995>.
- Legal Information Institute [LII]*. (n.d.). Retrieved from https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae.
- Levander, S. (2014). Resolving “dynamic interpretation”: An empirical analysis of the uncitral rules on transparency. *Columbia Journal of Transnational Law*, 52 (2), 506-541.
- Merrill & Ring Forestry L.P., vs. Canada*. (2008). Retrieved from http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/merrill_ring_forestry_l.p.html.
- New UNCITRAL arbitration rules on transparency: Application, content and next steps*. (2013). Retrieved from http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL1.pdf. August 2013.

New UNCITRAL arbitration rules on transparency: Application, content and next steps. (2013). Retrieved from <http://www.iisd.org/itn/2013/09/18/new-uncitral-arbitration-rules-on-transparency-application-content-and-next-steps-2/>.

Toulson, R., & Phipps, C. (1996). *Confidentiality*. N.P.: Sweet & Maxwell.

Uncitral. (n.d.). *Transparency registry a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration*. Retrieved from <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นางสาวหทัยชนก ชอบผล
อีเมล	Tangmay5111310106@hotmail.com
ประวัติการศึกษา	- ประถมศึกษา โรงเรียนสังข์ทองวิทยา - มัธยมศึกษาตอนปลาย โรงเรียนกาญจนาภิเษก วิทยาลัยกระบี่ - นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ รุ่น 7 ปีการศึกษา 2555
ประสบการณ์การทำงาน	- สหกรณ์บริการผู้ปฏิบัติงาน ท.ศ.ท จำกัด (พ.ศ. 2555) - พนักงานธนาคารกรุงไทย (พ.ศ. 2557)



มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในวิทยานิพนธ์/สารนิพนธ์

วันที่ 16 เดือน ธันวาคม พ.ศ. 2558

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) นพชัยชนก รอดผล อยู่บ้านเลขที่ 68

ซอย ถนน บางพล - ทุ่งโพธิ์ ตำบล/แขวง 177/พหล

อำเภอ/เขต 177/พหล จังหวัด อยุธยา รหัสไปรษณีย์ 81140

เป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ รหัสประจำตัว 7.560400157

ระดับปริญญา ตรี โท เอก

หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา คณะ นิติศาสตร์

ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ” ฝ่ายหนึ่ง และ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ตั้งอยู่เลขที่ 119 ถนนพระราม 4 แขวงพระโขนง เขตคลองเตย กรุงเทพมหานคร 10110 ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ” อีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลงทำสัญญากันโดยมีข้อความดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิขอรับรองว่าเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์หัวข้อ การศึกษาความล้มเหลวของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ กับ หลัก ความโปร่งใสของ...
...อันสืบมาว่าด้วย ความโปร่งใสของ...อันสืบมาว่าด้วย การอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่าง นักลงทุน และรัฐบาล
...การลงทุน

ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ (ต่อไปนี้เรียกว่า “สารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์”)

ข้อ 2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยปราศจากค่าตอบแทนและไม่มีกำหนดระยะเวลาในการนำสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา งาน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน

ข้อ 3. หากกรณีมีข้อขัดแย้งในปัญหาสิทธิในสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือมีเหตุขัดข้องอื่น ๆ เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ อันเป็นเหตุให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถนำงานนั้นออกจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาได้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยินยอมรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสิ้น

สัญญาที่ห้าขึ้นสองฉบับ มีข้อความเป็นอย่างเดียวกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจข้อความในสัญญาโดยละเอียดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อให้ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยาน และเก็บรักษาไว้ฝ่ายละฉบับ

ลงชื่อ.....ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ
(นางสาว นัทธนาภ หนองผด)

ลงชื่อ.....ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
(ดร.ชนันนา รอดสุทธิ)

ผู้อำนวยการสำนักหอสมุดและศูนย์การเรียนรู้

ลงชื่อ.....พยาน
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์กฤติกา ลีมลาลัย)
รองคณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

ลงชื่อ.....พยาน
(ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี)

ผู้อำนวยการหลักสูตร/ ผู้รับผิดชอบหลักสูตร