

การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทย
กับหลักความโปร่งใสของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส
ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐ
ภายใต้สนธิสัญญา

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 ชอบพล

68 หมู่ 5 ตำบลเขาพนม อำเภอเขาพนม จังหวัดกระบี่ 81140,
เมลล์ติดต่อ: tangmay5111310106@hotmail.com

Hathaichanok Chobpol

68 Moo 5, Khao Phanom, Krabi,

E-mail: tangmay5111310106@hotmail.com

บทคัดย่อ

หลักความโปร่งใสของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณารวมไปถึงการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ ในปี ค.ศ. 2013 มีการนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาท UNCITRAL Arbitration Rules ซึ่งหลักความโปร่งใสนี้มีการนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุนด้วย โดยในส่วนของงานศึกษานี้ได้ทำการศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศผ่านทางสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และ UNCITRAL Arbitration Rules นำมาทำการเปรียบเทียบกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ เปรียบเทียบความแตกต่างกันในการนำหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสที่นำมาปรับใช้ใน International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID) International Chamber of Commerce (ICC) และ UNCITRAL Arbitration Rules นอกจากนั้นยังได้ทำการศึกษาหลักการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการของไทยอีกด้วย หากข้อพิพาทเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทางด้านการค้า



และการลงทุนการอนุญาตตุลาการของไทยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการรวมถึงรักษาความลับในส่วนของข้อมูลที่ใช้ในการอนุญาตตุลาการ แม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่มีการกำหนดไว้ในประมวลจริยธรรม การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการของไทยอาจเป็นการขัดกันกับการอนุญาตตุลาการของไทย หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ ควรจะนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองในกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนชาวต่างชาติที่เข้ามาลงทุน ก็ย่อมเป็นผลดีกับรัฐที่รับการลงทุนในเรื่องของความโปร่งใส โดยอาจมีการปรับปรุงเพิ่มเติมโดยนำหลักความโปร่งใสบัญญัติเพิ่มเติมไว้ใน พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ และยังต้องมีการกำหนดในเรื่องของการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาตตุลาการเพื่อให้มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายด้วย

คำสำคัญ: ความโปร่งใส, การรักษาความลับ, อนุญาตตุลาการ



Abstract

The principle of transparency under the Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration aims at reiterating the principle of fair and just process. This principle requires the parties to the disputes disclose evidence and information in the arbitral process. This principle was first introduced under the UNCITRAL arbitration Rules in 2013 . Therefore, this independent study will explore and compare this principle under the UNCITRAL rules, the International Centre for the Settlement of Investment Dispute rules (ICSID) and the International Chamber of Commerce rules (ICC).

Furthermore, this research will explore the Thai arbitration rules to determine whether they are compatible to the UNCITRAL transparency rules. Generally, disputes arising before arbitration in Thailand are mostly investment disputes, which the confidentiality is the major concern for parties to the disputes. Even though the confidentiality is regarded as a major concern for arbitration, it is not stated under the Arbitration Act BE, 2545 . Instead, this principle is provided under the Thailand 's Code of Ethics for arbitrators. This can be imply that if the arbitrators take the principle of transparency into account when examining disputes, Thailand can gain more benefits from this aspect. That means Thailand can ensure, at least, foreign investors that their cases will be examined under the principle of fair and just process. Accordingly Thailand should ratify and become a Member State to this Convention. In doing so, Thailand may have to amend its Arbitration Act in order to perform the obligations under the Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Keywords: Transparency, Confidentiality, Arbitration



1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันประเทศไทยให้ความสำคัญในเรื่องของการป้องกันการทุจริตและนำหลักความโปร่งใสมาบังคับใช้ ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการได้มีการนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้บังคับในการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการ¹ เพราะประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาและต้องได้รับการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติ ในเรื่องของสาธารณะประโยชน์อันมีความสะดวก สาธารณูปโภค เช่น รถไฟฟ้า รถไฟฟ้าใต้ดิน ทางด่วนดอนเมืองโทลล์เวย์ เป็นต้น ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นรัฐผู้ได้รับการลงทุน เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นคู่สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติอาจจะมีการตกลงก่อนหรือภายหลังที่ได้ตกลงทำสัญญาว่าหากเกิดกรณีพิพาทจะต้องระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการระงับข้อพิพาทอาจเลือกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) โดยอาศัยข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการแห่ง United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) หรือการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment of Dispute (ICSID) และการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยสภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC)

โดยหลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ได้มีการนำหลักความโปร่งใสเข้ามาปรับใช้ตั้งแต่ปี 2013 หากแต่ในส่วนของ ICSID และ ICC นั้น ผู้ศึกษาจะศึกษาถึงการนำมาใช้ว่ามีการนำมาใช้ในข้อบทใดและการนำมาใช้ดังกล่าวมีความครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความโปร่งใสแล้ว หรือไม่ เนื่องจากประเทศไทยได้แสดงความพร้อมที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) ในปี 2016² โดยหลักความโปร่งใสมีสาระสำคัญ คือเป็นการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณาไปจนถึงมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายภายในของไทย คือรักษาความลับใน

¹ Robert D. Argen, (n.d.), **Ending Blind Spot Justice: Broadening The Transparency Trend In International**, Retrieved April 1, 2015, from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393188

² ตุลย์ ไตรโสรัส, (n.d.), รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง ความท้าทายในการพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ: กรณีศึกษา UNCITRAL (สถาบันการต่างประเทศ เทเวศรศิวโรปกรณ์ กระทรวงการต่างประเทศ), สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2558, จาก <http://www.mfa.go.th/dvifa/contents/filemanager/files/nbt/nbt6/IS/IS6017.pdf>

กระบวนการพิจารณาจนถึงมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งอนุสัญญานี้ อาจจะเป็นการขัดกับกฎหมายภายในและข้อบังคับ เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรมและข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ อาจส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในและข้อบังคับของไทย เมื่อเกิดการขัดกันของกฎหมายแล้วกรณีดังกล่าวจะนำกฎ หรือข้อบังคับใดมาใช้บังคับต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส และเปรียบเทียบการนำหลักความโปร่งใสที่นำมาใช้กับ ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules
- 2) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์กฎหมายข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส กับกฎและข้อบังคับทางอนุญาโตตุลาการ
- 4) เพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางในการนำกฎ ข้อบังคับ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการรักษาความลับให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งอนุสัญญาและกฎหมายภายในของประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

รายงานวิจัยฉบับนี้ ศึกษาการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสรวมถึงเปรียบเทียบการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ใน ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules รวมไปถึงศึกษาเปรียบเทียบการรักษาความลับของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของไทยกับการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส เพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะแนวทางในการนำกฎ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์ในเรื่องของการรักษาความลับให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส มาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน

1.4 สมมุติฐานการศึกษาวิจัย

การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ภายใต้การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนใน ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนมีความแตกต่างในกรณีของการเปิดเผยข้อมูลที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักความโปร่งใสบางประการก่อให้เกิดการขัดกันในส่วนของการเปิดเผยข้อมูล หลักการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนจะต้องสอดคล้องกับหลักความโปร่งใสด้วยจึงจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้บังคับในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนได้ หากประเทศไทยได้เข้าร่วมใน



อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ร่วมกันกับการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้นเป็นการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในส่วนของการรักษาความลับ หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการนำกฎหมายภายในและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการมาทำการอนุวัติการให้สอดคล้องกับหลักความโปร่งใส

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษาเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจาก ตำรา ตีพิมพ์กฎหมายในอนุสัญญา ข้อบังคับ ระเบียบต่างๆของอนุญาโตตุลาการ เอกสาร บทความวารสาร ตลอดจนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เพื่อศึกษาและกำหนดแนวทางในการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และยังเป็นการวิจัยเชิงเปรียบเทียบ (Comparative study) โดยศึกษาเปรียบเทียบการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ใน ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules ว่ามีหลักเกณฑ์ตามหลักความโปร่งใสอย่างไรบ้างและศึกษาการรักษาความลับจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ เปรียบเทียบกับการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) เพื่อให้ทราบถึงการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ ทราบถึงการนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับใน ICSID ICC UNCITRAL Arbitration Rules
- 2) เพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์ กฎหมาย ข้อบังคับ ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
- 3) เพื่อเปรียบเทียบการรักษาความลับของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ กับกฎและข้อบังคับทางอนุญาโตตุลาการของไทย
- 4) เพื่อให้ทราบแนวทางในการนำกฎ ข้อบังคับ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการรักษาความลับให้เป็นไปในทิศทางทั้งอนุสัญญาและกฎหมายภายในของประเทศไทย
- 5) ก่อให้เกิดประโยชน์ทางด้านวิชาการในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ

2. ทฤษฎี และแนวคิดพื้นฐานของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนและรัฐภายใต้สนธิสัญญา

2.1 อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนและ รัฐภายใต้สนธิสัญญา (Convention on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration)

การรักษาความลับเป็นสิ่งสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ โดยหลักแล้วบุคคลที่เป็นคู่กรณีต้องการให้มีการรักษาความลับในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา³ หลักความโปร่งใสที่นำมาปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนนั้น มีทั้งในส่วนของการปกป้องผลประโยชน์ทางด้านสาธารณะและการให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วม หรือในกรณีที่เรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาให้ข้อมูล หรือเป็นพยานบุคคลในศาลได้

เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองที่รัฐกับเอกชน (ผู้ลงทุน) เกิดกรณีพิพาทสัญญา หรือเกิดการทุจริตโดยตัวบุคคล เมื่อเกิดกรณีพิพาทประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อเท็จจริงได้ เพราะกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นเกี่ยวข้องกับรัฐ โดยหลักทั่วไปแล้วข้อมูลของทางราชการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ นโยบายของรัฐ หรือข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือข้อมูลนั้นเจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลตามมาตรา 15⁴ ทำให้ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ การนำหลักเรื่องความโปร่งใสมาบังคับใช้สามารถนำมาใช้บังคับได้ถ้าหากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนไม่ได้จำกัดการนำหลักความโปร่งใสมาใช้โดยประเทศที่จะนำหลักความโปร่งใสใช้ต้องเป็นประเทศที่เป็นภาคีในอนุสัญญา และการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ต้องไม่เป็นการขัดกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน⁵

³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “ความลับการอนุญาโตตุลาการ,” ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี**, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิสิษฐ์การพิมพ์, 2549), 46

⁴ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 15 ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(2) การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ไม่ว่าจะเกี่ยวกับการฟ้องคดี การป้องกันการปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ หรือการรู้แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสารหรือไม่ก็ตาม

⁵ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Article 1 (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.



โดยหลักความโปร่งใสมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2014⁶ หลักความโปร่งใสยังมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักเกณฑ์ของความโปร่งใส สามารถแบ่งออกได้ 3 ประเภท ดังนี้

เมื่อนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เช่น ICSID ICC และ UNCITRAL Arbitration Rules สามารถเปรียบเทียบได้ว่าการระงับข้อพิพาท มีการนำหลักเกณฑ์ความโปร่งใสมาใช้บังคับ หรือไม่ เมื่อนำมาใช้แล้วมีความแตกต่าง หรือมีลักษณะเดียวกันกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ๔ หรือไม่อย่างไร ซึ่งจะได้ทำการเปรียบเทียบดังต่อไปนี้⁷

1) การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ

โดยหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ๔ ตามข้อบทที่ 3 การเปิดเผยข้อมูลไม่ว่าจะเป็นคำร้อง คำคัดค้านของผู้คัดค้านคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำร้อง และคำคัดค้าน การเขียนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำคัดค้านโดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาท หรือไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญา หรือบุคคลที่สาม กระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการตามข้อ 3 (1)⁸ สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนได้ แต่หากเป็นหนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้า หนังสือตอบรับเพื่อแจ้งให้ทราบก่อนเปิดเผยข้อมูลต้องมีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

⁶ Transparency Registry a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration Retrieved April 1, 2015, from <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>

⁷ Levander S., (n.d.), "Resolving "Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis Of The Uncitral Rules On Transparency," *Columbia Journal of Transnational Law*, 52 (2), 506-541.

⁸ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

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.

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

ตามข้อ 2⁹

รายงานผู้เชี่ยวชาญหรือบันทึกบัญชีพยานก็สามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้ทันที หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยข้อมูลก็สามารถเปิดเผยข้อมูลได้ตามข้อ 3 (2) โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อ 3 (3) เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาหรือมีบุคคลภายนอกร้องขอและหลังจากปรึกษาคู่กรณีพิพาทแล้วเอกสารหรือข้อมูลที่เป็นข้อมูลเฉพาะสามารถเปิดเผยได้ ส่วนข้อ 3 (1) และข้อ 3 (2) เป็นข้อมูลที่สามารถเปิดเผยได้ไม่ใช่ข้อมูลที่จะเป็นการเฉพาะโดยการเปิดเผยข้อมูลตามข้อ 3 นี้ จะต้องมีการพิจารณาด้วยว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับหรือไม่ หากข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับก็ไม่สามารถเปิดเผยได้ ตามที่ระบุใน ข้อ 7 (2) (a)¹⁰

หลักของ International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID) การเปิดเผยข้อมูลทั่วไปที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของศูนย์ การลงทะเบียนคำร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ย หรือการอนุญาโตตุลาการ สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ แต่หากเกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีจึงจะเปิดเผยคำชี้ขาดได้ตามข้อ 48 (5)¹¹ แต่หากมีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้วคำชี้ขาดหากว่ามีเหตุผลทางกฎหมายประกอบคำชี้ขาดนี้ก็สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ ซึ่งสนธิสัญญา ICSID ไม่ได้นำหลักความโปร่งใสมาใช้กับทุกกรณี การเปิดเผยข้อมูลเป็นการเปิดเผยเพียงบางส่วนเท่านั้นซึ่งข้อมูลที่เปิดเผยได้นั้นก็เป็นเรื่องทั่วไป

หลักของ ICC ไม่ได้นำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับเนื่องจาก ข้อ 34 (2)¹² คำชี้ขาด

⁹ New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, (n.d.). Content and Next Steps, Retrieved April 15, 2015, from http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL1.pdf. August 2013

¹⁰ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Article 7 Exception to transparency 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.

¹¹ International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID)

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

¹² ICC Rules of Arbitration

Article 34: Notification, Deposit and Enforceability of the Award

2) Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, but to no one else.



ให้ส่งสำเนาเฉพาะคู่กรณีพิพาทเมื่อมีการร้องขอ แต่ห้ามไม่ให้การเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แม้จะห้ามไม่ให้การเปิดเผยแต่บททั่วไปของ ICC นั้นไม่มีบทบัญญัติในการรักษาความลับที่ใช้บังคับกับคู่กรณี คู่กรณีอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้¹³ เพื่อทำการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ข้อ 34 (5) คำชี้ขาดเปิดเผยต่อสาธารณะได้¹⁴ (1) ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งหมด หรือ (2) ในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอให้มีการเปิดเผยโดยหน้าที่ทางกฎหมาย หรือ (3) ปกป้องสิทธิในทางกฎหมาย หรือ เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางกฎหมาย หรือเกี่ยวกับผู้มีอำนาจอื่น ๆ ต้องเป็นไปตามกรณีใดกรณีหนึ่งจึงจะสามารถเปิดเผยคำชี้ขาดได้ หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules เป็นการนำหลักความโปร่งใสมาอนุวัติการทั้งหมดจึงมีการเปิดเผยข้อมูลคำชี้ขาดแม้ว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการจะแตกต่างกัน

2) บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ (amicus curiae)

โดยหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ๔ ตามข้อ 4¹⁵ บุคคลภายนอกที่สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเป็นบุคคลธรรมดา หรือเป็นนิติบุคคลก็ได้และเป็นบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณี หรือไม่มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์ที่บุคคลภายนอกจะได้รับในการอนุญาโตตุลาการ บุคคลภายนอกเป็นผู้ร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตนเองเมื่อเปรียบกับการร้องขอของคดีแพ่งคือ บุคคลภายนอกร้องขอเข้าร่วมใน

¹³ Cf. the statement of the International Chamber of Commerce on its official arbitration homepage under “More advantages of arbitration”, Retrieved April 23, 2015, from <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5327/index.html>.

¹⁴ UNCITRAL Arbitration Rules

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”

¹⁵ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

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;

กระบวนการพิจารณาด้วยความสมัครใจของตน โดยบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาในคดีนั้นต้องมีสิทธิเรียกร้องโต้แย้งทางกฎหมาย หรือมีส่วนได้เสียในทางกฎหมายจึงจะสามารถเข้าร่วมในคดีได้ ซึ่งหลัก Amicus Curiae ในอนุสัญญาฯ คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะอนุญาตบุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ต้องมีการปรึกษากับคู่กรณีพิพาทด้วย หากให้เข้าร่วมคณะอนุญาโตตุลาการต้องรับรองว่าบุคคลภายนอกจะไม่ทำให้เกิดความสับสน หรือไม่มีอคติใดๆ ต่อคู่กรณีพิพาท และคู่กรณีพิพาทได้รับความเป็นธรรมจากการที่บุคคลภายนอกเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาตามข้อ 5¹⁶

หลักของ International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID) ตามข้อ 32 (2)¹⁷ และ ข้อ 37 (2)¹⁸ ศาลต้องการให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาจะต้องปรึกษาคู่กรณีพิพาท และศาลใช้อำนาจในการพิจารณาให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมได้โดยบุคคลภายนอกจะต้องมีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณา และการยื่นคำร้องต้องอยู่ในขอบเขตของข้อพิพาทโดยมีการกำหนดประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายด้วย ใช้

¹⁶ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

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

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

¹⁷ Rules of Procedure for Arbitration Proceeding (Arbitration Rules)

Article 32 (2) 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.

¹⁸ Rules of Procedure for Arbitration Proceeding (Arbitration Rules)

Article 37 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;

(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.



หลักการเดียวกับหลักความโปร่งใส

หลักของ ICC ตามข้อบท 26 (3) บุคคลภายนอกซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะเข้าฟังการพิจารณาไม่ได้ เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากคณะอนุญาโตตุลาการและบรรดา คู่กรณีพิพาท ซึ่งในกรณีนี้เห็นได้ว่า หลักของ ICC ส่วนใหญ่จะมุ่งเก็บรักษาความลับ ทั้งกรณี การไม่เปิดเผยข้อมูล การไม่ให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมการพิจารณา ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อบท 26 (3) ของ ICC หากเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาแล้วแม้ไม่ได้มีบทบาท บัญญัติใด ๆ ตามหลัก ICC บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถเข้าร่วมได้หากว่าบุคคล ภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องทำการร้องขอเพื่อเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา เพราะเห็นว่าบุคคลที่ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทเข้าร่วมในการพิจารณาย่อมมีประโยชน์ในการให้ข้อเสนอแนะ ความคิดเห็นในการตัดสินคำชี้ขาด

หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ตาม ข้อ 17 (5)¹⁹ บุคคลภายนอกสามารถ เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้โดยจะเป็นบุคคลภายนอกที่ร้องขอเข้าร่วมด้วยตนเอง หรือจะเป็น บุคคลภายนอกที่คู่กรณีร้องขอให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา โดยบุคคลภายนอกต้อง ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเมื่อร้องขอแล้วคณะอนุญาโตตุลาการก็อาจให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา หรือไม่ให้เข้าร่วมก็ได้ ส่วนของการร้องขอของไทยคือ บุคคลภายนอกร้องขอเข้ามาเองด้วยความ สมัครงใจที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยเข้ามาเป็นโจทก์ร่วม หรือจำเลยร่วม หรือเข้ามาเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง หรือโต้แย้งสิทธิของตนเองโดยที่บุคคลภายนอกมีความ เกี่ยวข้องกับคดีนั้น หรือในกรณีที่คู่ความเรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาซึ่งการร้องขอของไทย ต่างจากหลัก Amicus Curiae แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าการนำบุคคลภายนอกเข้ามาร่วมในคดี หรือ บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียร้องขอเข้ามาร่วมในคดีนั้นกระทำภายใต้กระบวนการพิจารณา ตามการอนุญาโตตุลาการ เพื่อประกอบการพิจารณาคดีด้วยโดยมีเงื่อนไขว่าการยื่นข้อ มูลดังกล่าวจะต้องไม่กระทบสิทธิของคู่กรณีในคดี

3) การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา (Open hearing)

โดยหลักของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนตามข้อ 6²⁰ คณะอนุญาโตตุลาการปรึกษา คู่กรณีพิพาท

¹⁹ UNCITRAL Arbitration Rules

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

²⁰ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

เพื่อดัดจริตใจว่าจะให้เปิดเผยกระบวนการพิจารณาทั้งหมด หรือบางส่วนก็ได้หากต้องการปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับ หรือความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ 7²¹ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการส่วนตัวในการพิจารณาที่ต้องมีการป้องกันเป็นความลับ

หลักของ International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID) ตามข้อ 38 (1)²² กระบวนการพิจารณาจะต้องรักษาเป็นความลับ จากหลักของ ICSID นี้เห็นได้ว่าให้ความสำคัญในกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมาก แต่ในกรณีของคำชี้ขาดจะสามารถเปิดเผยได้จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี

หลักของ ICC ตามข้อ 22 (3)²³ หากคู่กรณีร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่ให้เปิดเผยกระบวนการพิจารณาแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามคำขอของคู่กรณี

หลักของ UNCITRAL Arbitration Rules ตามข้อ 28 (3)²⁴ กระบวนการพิจารณาสามารถเปิดเผยได้ แต่ถ้าคู่กรณีจะตกลงไม่ให้มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาก็สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้

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.

²¹ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

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.

²² International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID)

Article 38 Closure of the Proceeding

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

²³ ICC Rules of Arbitration

Article 22: Conduct of the Arbitration

3) Upon the request of any party, the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings or of any other matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

²⁴ UNCITRAL Arbitration Rules

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



เมื่อศึกษาหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ กับการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนแล้วมีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการบางกรณีเท่านั้น ผู้เขียนจึงนำมาเปรียบเทียบเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งสรุปได้ดังนี้

2.2 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนและรัฐภายใต้สนธิสัญญากับการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทรูปแบบใด ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคี หรือยอมรับข้อบังคับที่เป็นสากลของ UNCITRAL Arbitration Rules และ ICC และประเทศไทยได้มีการลงนามใน ICSID การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการคู่กรณีสามารถตกลงที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทตามหลัก UNCITRAL Arbitration Rules ICSID หรือ ICC ก็ได้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบจากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่าหลักความโปร่งใสมีหลักการที่สอดคล้องกับ UNCITRAL Arbitration Rules ส่วน ICSID และ ICC นั้น นำหลักเกณฑ์ของความโปร่งใสมาปรับใช้ในบางกรณีเท่านั้น หลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูลที่อาจเปิดเผยได้เพียงบางส่วน กรณีของ ICSID การเปิดเผยข้อมูลเป็นการเปิดเผยข้อมูลทั่วๆ ไปเพียงบางส่วนเท่านั้น ถ้าเกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีจึงจะเปิดเผยคำชี้ขาดได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าหากมีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว คำชี้ขาดก็สามารถเปิดเผยได้หากว่ามีเหตุผลทางกฎหมายประกอบ ส่วน ICC คำชี้ขาดให้ส่งสำเนาเฉพาะคู่กรณีพิพาทเมื่อมีการร้องขอ แต่ห้ามไม่ให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แต่บททั่วไปของ ICC นั้นไม่มีบทบัญญัติในการรักษาความลับ คู่กรณีอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยสามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้บังคับได้ ส่วนกรณีบุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ในกรณี UNCITRAL Arbitration Rules ให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ส่วน ICSID บุคคลภายนอกที่จะเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต้องเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกรณีพิพาท ส่วนหลักของ ICC บุคคลภายนอกซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาจะเข้าฟังการพิจารณาไม่ได้ เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากคณะอนุญาโตตุลาการและบรรดาคู่พิพาท จะเห็นได้ว่าตามหลักของ ICSID และ ICC ยังไม่สอดคล้องกับหลักความโปร่งใส ส่วนการเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการพิจารณา ICSID ต้องปกปิดกระบวนการพิจารณาไว้เป็นความลับ ส่วน ICC หากคู่กรณีร้องขอให้ปกปิดกระบวนการพิจารณาต้องทำการปกปิดเป็นความลับ

ผู้ศึกษาเห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยที่คู่กรณีสัญชาติไทยแต่อีกฝ่ายเป็นสัญชาติอื่นตกลงให้นำ UNCITRAL Arbitration Rules ICSID หรือ ICC มาใช้ในการระงับข้อพิพาทก็ให้ระงับข้อพิพาทตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันสามารถระงับข้อพิพาทได้ เพราะไทยเข้าร่วมเป็นภาคี หรือ

ยอมรับข้อบังคับที่เป็นสากล การบังคับใช้สามารถที่จะตกลงให้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินได้ แต่การนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ในการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน การจะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ย่อมกระทำได้โดยต้องเป็นการระงับข้อพิพาท แบบ UNCITRAL Arbitration Rules แต่ในส่วนของ ICSID และ ICC จากที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบแล้วปรากฏว่า การระงับข้อพิพาททั้งสองยังคงมีหลักการที่แตกต่างบางกรณีกับหลักความโปร่งใส ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในหลักความโปร่งใส แล้วคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงให้นำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ควบคู่กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ก็สามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสฯ ข้อ 1 (7)²⁵

3. การรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

3.1 การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทย

การระงับข้อพิพาทโดยที่คู่กรณีสนใจ หรือตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการพิจารณากรณีพิพาทและมีคำชี้ขาดต่อไป การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทนอกศาล ซึ่งการระงับข้อพิพาทที่โดยการอนุญาโตตุลาการสามารถระงับข้อพิพาททางแพ่ง เช่น ทางการค้าและการลงทุนและระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย²⁶ การเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีผลดีเพราะสามารถเก็บรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของคู่กรณี ไม่ว่าจะเป็นความลับทางธุรกิจ ความลับในเรื่องที่พิพาทกัน ชื่อของคู่กรณีพิพาท คำร้อง คำคัดค้านกระบวนการระหว่างพิจารณา รวมไปถึงคำชี้ขาด การรักษาความลับในการอนุญาโตตุลาการของไทยก็ไม่ได้บัญญัติเป็นกฎหมายภายในหากแต่มีการกำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมหรือกำหนดไว้ในข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ทำให้การบังคับใช้ค่อนข้างจำกัดเมื่อไม่ได้บัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะประมวลจริยธรรมและข้อบังคับจะนำมาใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการอนุญาโตตุลาการที่ได้

²⁵ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Article 1 (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.

²⁶ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15



ดำเนินการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ควรคำนึงถึงหลักจริยธรรมและจรรยาบรรณในวิชาชีพของตนด้วย

3.2 วิเคราะห์ความแตกต่างของกฎหมายในเรื่องของการรักษาความลับระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและรัฐผู้รับการลงทุนกับการอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของไทย

เมื่อพิจารณาการอนุญาโตตุลาการของไทยแล้วพบว่ามีการรักษาความลับตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณาจนถึงทำคำชี้ขาด ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส เนื่องจากหลักความโปร่งใสจะเน้นในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูล การเปิดเผยดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อป้องกันการทุจริต คอร์รัปชันในการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐที่ได้รับการลงทุนเพราะการอนุญาโตตุลาการของไทยเมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทำให้ขัดกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ

หากคู่กรณีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของไทยและนำหลักความโปร่งใสมาใช้ร่วมด้วยนั้นย่อมเป็นการขัดกันของกฎหมายโดยสิ้นเชิง แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการของไทยจะมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความลับ แต่การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ก็ไม่ได้ทำให้ขัดกันในการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยเสียไป การนำหลักความโปร่งใสมาจึงต้องนำมาใช้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองในกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ การอนุญาโตตุลาการยังคงรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาจะยังทำให้การตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลเป็นการยุ่งยาก ประชาชนเข้าถึงผลประโยชน์สาธารณะที่เป็นสิทธิเบื้องต้นของตนได้ยากเพราะประเทศไทยยังคงเป็นประเทศผู้รับการลงทุนทางด้านการสาธารณะประโยชน์จากนักลงทุนต่างชาติและตามกฎหมายภายในของไทยในเรื่องของสัญญาทางปกครองก็ยังคงบัญญัติไว้ว่าให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ แต่การนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการของไทยที่เกี่ยวกับทางการค้าอาจจะไม่เป็นผลดีต่อธุรกิจการค้าของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ก็ควรกำหนดขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น ซึ่งสามารถวิเคราะห์ ได้ดังนี้

3.2.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

ผู้ร้องส่งหนังสือแจ้งให้ทราบล่วงหน้าแก่ผู้คัดค้านว่าจะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและผู้คัดค้านได้ตอบรับหนังสือเพื่อแจ้งให้ทราบแล้ว ทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านต้องทำ

หนังสือแจ้งให้อีกฝ่ายทราบว่าตนได้รับหนังสือแล้ว เมื่อทั้งสองฝ่ายได้รับหนังสือแจ้งแล้ว ตามอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ข้อ 2²⁷ ของหลักความโปร่งใส นั้น เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับหนังสือแล้วก็สามารถเปิดเผยข้อมูลได้โดยทันทีและเป็นข้อบังคับในการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นชื่อของคู่กรณีพิพาทด้านการเงินที่เกี่ยวข้องและสนธิสัญญาที่ตกลงกัน แต่ก่อนที่จะมีการเปิดเผยข้อมูลจะต้องมีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการก่อนซึ่งหมายความว่า คู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาก่อน หรือในขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้นไม่ว่าคู่กรณีจะตกลงตามสนธิสัญญาใดก็ตาม แต่คู่กรณีเลือกที่จะตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ โดยภายใต้สนธิสัญญาที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้บังคับให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง กรณีดังกล่าวคู่กรณีสามารถตกลงให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีได้

ส่วนการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้นเมื่อคู่กรณีได้ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว โดยคู่กรณีให้ความไว้วางใจให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่จะต้องรักษาความลับของคู่กรณีตั้งแต่เริ่มเสนอข้อพิพาท²⁸ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของประเด็นข้อเท็จจริงประเด็นทางกฎหมาย เอกสารต่าง ๆ เช่น หนังสือบอกกล่าวให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ ข้อเท็จจริงที่พิพาทกัน ชื่อของคู่กรณีพิพาท พินิจเรื่องใด ต้องรักษาความลับ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 41 ควรจะมีการบัญญัติให้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีผลใช้บังคับโดยทั่วกัน และผู้ศึกษาเห็นว่าในเรื่องของการเปิดเผยชื่อของคู่กรณีพิพาทหรือฐานะทางการเงินแม้จะเป็นผลเสียทางด้านชื่อเสียง แต่ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบในเรื่องของกระบวนการพิจารณาคดีเพราะไม่ได้มีการเปิดเผยในข้อกฎหมาย จึงไม่น่าจะมีผลกระทบต่อดคดี การเปิดเผยชื่อของคู่กรณีพิพาท แม้จะเป็นผลเสียต่อบริษัทของนักลงทุนชาวต่างชาติ แต่แสดงให้เห็นว่าบริษัทที่เกิดกรณีพิพาทนั้นอาจมีการทุจริตไร้ซึ่งหลักธรรมาภิบาล และกลับเป็นผลดีต่อตัวของบริษัทเอกชนอื่นๆ ให้ตระหนักถึงหลักธรรมาภิบาล หากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เนื่องจากบริษัทจะต้องยึดถือหลักพื้นฐานของการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good

²⁷ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Article 2 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.

²⁸ ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

"ข้อ 41 บุคคลที่ได้รับทราบตามเป็นอนุญาโตตุลาการต้องรักษาความลับใด ๆ ที่ตนได้มาจากการทราบตามนั้น"



Corporate Governance)

3.2.2 กระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณา

หลังจากที่ทั้งสองฝ่ายจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาซึ่งในกระบวนการพิจารณาจะมีคำร้องของผู้ร้อง คำคัดค้านของผู้คัดค้าน คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องและคำคัดค้าน การเขียนคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำคัดค้าน โดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาท หรือไม่ได้เป็นคู่กรณีพิพาทในสนธิสัญญา หรือบุคคลที่สาม เป็นประเด็นหลักในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการตามข้อ 3 (1) หรือ (2) สามารถเปิดเผยต่อสาธารณชนได้ โดยไม่ต้องใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ²⁹ โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อ 3 (3) เพราะไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นการเฉพาะ ส่วนรายงานผู้เชี่ยวชาญและบันทึกบัญชีพยานสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการก็จะสามารถเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะได้³⁰

ในกระบวนการพิจารณาตามอนุสัญญานี้ไม่ได้มีการบังคับให้มีการเปิดเผยข้อมูลกระบวนการพิจารณาแบบเด็ดขาด แต่จะต้องใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ หากเปิดเผยแล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือความสมบูรณ์ในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่ควรเปิดเผยข้อมูลในการพิจารณาก็ถือเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการกำหนดว่าข้อมูลนั้นหรือเอกสารจะไม่มีมีการเปิดเผยต่อสาธารณะนั้นก็สามารถกระทำได้และถ้าคู่กรณีพิพาท หรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทยินยอมที่จะให้มีการบันทึกกระบวนการพิจารณาทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน ก็ให้เป็นไปตามความประสงค์ของคู่กรณีและบุคคลที่เกี่ยวข้องตามข้อ 7 (4)³¹ ซึ่งข้อ 7 กำหนดถึงข้อมูลที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถเปิดเผยในกระบวนการพิจารณาได้³² เช่น ความลับทางธุรกิจสนธิสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมี

²⁹ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration
Article 3 Publication of documents

³⁰ เรื่องเดียวกัน 30

³¹ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration
Article 7

(4) 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.

³² ICC Rules of Arbitration

Article 34: Notification, Deposit and Enforceability of the Award

2) Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, but to no one else.

การกำหนดไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลแล้วคู่กรณีก็ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา ฯลฯ

ในส่วนของการอนุญาตตุลาการของไทยในเรื่องของกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณานั้นต้องกระทำเป็นความลับ ในส่วนของเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นคำร้องของผู้ร้อง คำคัดค้านของผู้คัดค้าน คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องและคำคัดค้าน บันทึกเหตุการณ์และบันทึกบัญชีพยานหลักฐาน คำแถลงการณ์ของคู่กรณีบันทึกการนำสืบของคู่กรณีและพยาน จะต้องปกปิดข้อมูลไว้เป็นความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อบุคคลภายนอก โดยมีข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการตามข้อ 22 (3)³³ และตามประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการข้อ 40³⁴ กำหนดไว้ ผู้ศึกษาเห็นว่าการจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาปรับใช้ในกรณีของการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาและการให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาสามารถทำได้โดยการเปิดเผยกระบวนการพิจารณานั้นต้องให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการเปิดเผย ส่วนการให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเข้ามาในกระบวนการพิจารณาก็สามารถทำได้ภายใต้การอนุญาตตุลาการโดยทั้งสองกรณีนี้ควรกำหนดไว้เฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนที่รัฐได้รับเท่านั้น เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนที่ประสงค์จะทราบถึงข้อมูลในกระบวนการพิจารณา หรือเข้ามาในกระบวนการพิจารณาที่ไม่มีส่วนได้เสียจากการทุจริตในการลงทุนทางประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นหรืออาจเป็นนักลงทุนชาวต่างชาติคนอื่น ๆ

3.2.3 คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

หลักของความโปร่งใสในคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ หากมีการเปิดเผยเอกสารสามารถเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดต่อสาธารณะได้และหากมีบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาด สามารถเปิดเผยได้โดยไม่ต้องให้คณะอนุญาตตุลาการใช้ดุลยพินิจพิจารณาในการเปิดเผยตามข้อ 3 (3)³⁵ เมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว การยอมรับและบังคับ

³³ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ ข้อ 22 (3) “การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำการลับ”

³⁴ ประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ ข้อ 40 “อนุญาตตุลาการต้องไม่นำข้อมูลที่ได้มาในระหว่างการพิจารณาและคู่พิพาทระบุว่าเป็นความลับไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย”

³⁵ Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration 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.



คำชี้ขาดมีการแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศและการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศภายใต้หลักของ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards 1958 (New York Convention) และ

2) การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law)

สำหรับประเทศไทยที่เข้าร่วมลงนามใน New York Convention ดังกล่าว ไม่มีความจำเป็นต้องนำการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของกฎหมายต้นแบบไปใช้³⁶ เพราะกฎหมายต้นแบบกำหนดข้อ 35 (1) “ภายใต้บังคับบทบัญญัติข้อ 36 “คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ให้มีผลผูกพันและสามารถบังคับได้เมื่อมีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ” ข้อ 35 (1) ยังไม่สอดคล้องกับหลัก New York Convention ตามข้อ 1 (3) เมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีใน New York Convention การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นสามารถนำไปใช้บังคับได้ในหลายประเทศแม้ประเทศนั้นจะไม่ได้เป็นภาคี ดังนั้นภาคีสมาชิกต้องยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่ามีผลผูกพันสามารถนำคำชี้ขาดจากต่างประเทศไปใช้บังคับในกรณีพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกกับประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าในส่วนของการบังคับคำชี้ขาดที่ได้มีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดจากต่างประเทศที่มีการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ สามารถนำมาใช้บังคับกับประเทศไทยที่เป็นภาคีของ New York Convention ได้

ส่วนการอนุญาโตตุลาการของไทยในเรื่องของคำชี้ขาดตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการข้อ 42 แม้จะไม่ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาด เพราะอาจจะส่งผลต่อทางด้านชื่อเสียงและธุรกิจหากบุคคลภายนอกทราบถึงคำชี้ขาดในการตัดสินว่าฝ่ายใดแพ้ ฝ่ายใดชนะ แต่ยังมีข้อยกเว้นสามารถเปิดเผยคำชี้ขาดได้ ถ้าคู่กรณีให้ความยินยอม แต่ถ้าหากคู่กรณีไม่พอใจในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยหลักไม่สามารถอุทธรณ์คำพิพากษา³⁷ แต่มีข้อยกเว้นสามารถอุทธรณ์ได้หากว่าเป็นไปตาม มาตรา 45 (1)-(5) ซึ่งการอุทธรณ์ต่อศาลนั้นจะต้องมีการเปิดเผยการพิจารณารวมไปถึงเมื่อมีคำพิพากษาก็จะต้องมีการตีพิมพ์เผยแพร่คำพิพากษาของศาล แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะปกปิดไม่ให้มีการเปิดเผยคำชี้ขาดก็ตาม

³⁶ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, (2558), คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม), 324.

³⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสโดยการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ นั่นหมายความว่าผู้ศึกษาเห็นว่าควรต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสจึงจะนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้ โดยการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดย UNCITRAL Arbitration Rules ได้นำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ทั้งในส่วนของการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ การให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา และการเปิดเผยกระบวนการพิจารณา จึงสามารถนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ควบคู่ในการระงับข้อพิพาทได้ ส่วนหลักการระงับข้อพิพาทผ่านทางสถาบัน ไม่ว่าจะเป็น ICSID หรือ ICC นั้น มีกรณีที่มีการสงวนเพื่อต้องการรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสจึงยังคงขัดกับการระงับข้อพิพาทแบบ ICSID และ ICC อยู่ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรจะนำหลักความโปร่งใสเข้ามาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททั้ง ICSID และ ICC ด้วย จะได้มีความสอดคล้องในส่วนของการเปิดเผยข้อมูล การนำหลักความโปร่งใสมาใช้เพียงบางกรณีอาจเป็นการขัดกับหลักความโปร่งใสที่จะนำมาใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาททั้ง ICSID และ ICC ก่อให้เกิดความยุ่งยาก ในการนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททั้ง ICSID และ ICC

ส่วนการนำหลักความโปร่งใสมาปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการของไทย ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักความโปร่งใสสามารถนำมาปรับใช้ควบคู่ในการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการของไทยได้ ในส่วนของการเปิดเผยข้อมูล ตั้งแต่เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปจนถึงคำชี้ขาดสามารถเปิดเผยได้ เพราะไม่ได้เป็นการเปิดเผยในข้อกฎหมายและไม่กระทบกระบวนการพิจารณาที่สำคัญและยังทำให้ผู้สนใจและนักศึกษาเข้าถึงข้อมูลของคำชี้ขาดเพื่อศึกษา หรือเพื่อเปรียบเทียบกับคดีอื่น ๆ ได้อีกด้วย ส่วนการให้บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเข้ามา ร่วมในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าตามระบบกฎหมายของไทยจะไม่ยินยอมให้บุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีทำการร้องสอด แต่เนื่องจากกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการถือเป็นสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันว่าจะใช้กฎหมาย หรือข้อบังคับใดในการระงับข้อพิพาท โดยข้อตกลงต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม ดังนั้นบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการได้ โดยการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ควรนำมาปรับใช้เฉพาะในส่วนของสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งในการเข้าร่วมเพราะเมื่อประเทศไทยเข้าร่วมในอนุสัญญานี้แล้ว การอนุญาโตตุลาการของไทยจะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสม เพื่อให้สามารถนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการของไทยได้และควรจะมีบัญญัติเรื่องของการรักษาความลับใน พระราชบัญญัติ



แทนการนำประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมกับข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการมาใช้รักษาความลับบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณา กระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาด ควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

บรรณานุกรม

- ตุลย์ ไตรโสรัส. (2557). ความท้าทายในการพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ: กรณีศึกษา UNCITRAL (สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ) กระทรวงการต่างประเทศ. สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2558, จาก http://www.mfa.go.th/dvifa/contents/file_manager/files/nbt/nbt6/IS/IS6017.pdf.
- รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ฉบับ 15 ปี. (2549). กรุงเทพฯ: พิธีสารการพิมพ์.
- รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ: นิติธรรม).
- สรวิศ ลิ้มปรงษ์. (ม.ป.ป.). คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ. สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2558, จาก <http://elib.coj.go.th/Article/arbitration1.pdf>.
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. (2558). คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- Convention on transparency in treaty-based investor-state arbitration.** (n.d.). Retrieved September 2, 2015, from <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.
- New UNCITRAL arbitration rules on transparency: Application, content and next steps.** (2013). Retrieved September 2, 2015 from <http://www.iisd.org/itn/2013/09/18/new-uncitral-arbitration-rules-on-transparency-application-content-and-next-steps-2/>.
- Argen, R. D. (2015). **Ending blind spot justice: Broadening the transparency trend in international.** Retrieved September 2, 2015 from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393188.
- Levander, S. (2014). Resolving “dynamic interpretation”: An empirical analysis of the uncitral rules on transparency. **Columbia Journal of Transnational Law**, 52 (2), 506-541.
- Uncitral. (n.d.). **Transparency registry a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration.** Retrieved September 2, 2015 from <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>.



Translated Thai References

Tull, T. (2014). **The challenge in developing the compatability of Thailand laws. with international rules. UNCITRAL Case. Ministry of Foreign Affairs.** Retrived August 15, 2015 from http://www.mfa.go.th/dvifa/contents/file_manager/files/nbt/nbt6/IS/IS6017.pdf. [in Thai]

Cases and Materials on Arbitration 15th Anniversary. Thai Arbitration Institute (2006). Bangkok: Pisit Publishing. [in Thai]

Cases and Materials on Arbitration 15th Anniversary. Thai Arbitration Institute. (1997). 2nd ed. Bangkok: Nititham Publishing House. [in Thai]

Sorawit, L. (n.d). **The Award and the Enforcement of the arbitral award.** Retrieved August 15, 2015 from <http://elib.coj.go.th/Article/arbritation1.pdf>. [in Thai]

Thawatchai, S. (2015). **Arbitration Act B.E. 2545** Bangkok : Nititham Publishing House. [in Thai]