



**วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย ผลกระทบและปัญหาทางปฎิบัติ
เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย**

ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ถึงหลักกฎหมายและขอบ เขต เกี่ยวกับความรับผิดชอบของเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของประเทศต่าง ๆ แล้วนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมาย ผลกระทบและปัญหาทางปฎิบัติ เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย ซึ่งวิเคราะห์ ได้ 2 ส่วนคือ ส่วนแรก วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายถึงความหมายและขอบ เขตของความลับ ผู้เขียนพบว่า ความหมายและขอบ เขตของความลับไม่ชัดเจน การกำหนดความหมายกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับควมลับมีลักษณะแตกต่างกัน ส่วนที่สองผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงผลกระทบและปัญหาทางปฎิบัติ เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย โดยในส่วนของผลกระทบผู้เขียนจะวิเคราะห์ทั้งผลดีและผล เสียในการ เปิด เผยความลับนั้น ส่วนปัญหาทางปฎิบัตินั้นผู้เขียนได้แยกวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประการคือ

1. ความไม่ชัดเจนของขอบ เขตของความลับทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีแนวทางปฎิบัติที่ต่างกัน ซึ่งปัญหานี้เองทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เกิดความสับสนและไม่รู้ถึงแนวทางปฎิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมายได้

2. กฎหมายของฝ่ายบริหารบาง เรื่องมีบทบัญญัติไม่ส่งเสริมหรือสนับสนุนการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งปัญหานี้เกิดขึ้น เนื่องจากกฎหมายต่าง ๆ ของฝ่ายบริหารให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะค้น ยึดหรือบังคับให้มีการให้การ เพื่อให้ได้มาซึ่ง เอกสาร วัตถุหรือข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อให้ความจริงได้ปรากฏขึ้นหรือ เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ประกอบกับมีการกำหนดโทษไว้ในกฎหมายนั้น ๆ เพื่อลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฎิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เกิดความสับสนในทางปฎิบัติได้

3. การควบคุมมรรยาทหรือจริยธรรมทางวิชาชีพไม่ได้ใช้บังคับกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งหมด เพราะมีเพียงทนายความและข้าราชการเท่านั้นที่ถูกควบคุมมรรยาท จริยธรรมทางวิชาชีพกฎหมายหรือวินัยข้าราชการ ดังนั้น ในด้านการรักษาความลับของลูกความ ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นเปิดเผยความลับในลักษณะที่เป็นความผิดทางมรรยาท ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นก็จะไม่ต้องถูกควบคุมมรรยาทหรือจริยธรรมทางวิชาชีพและไม่มียกเว้นหรือสถาบันใด เข้าควบคุมหรือดำเนินการทางมรรยาทแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่กระทำผิดเหล่านี้

ซึ่งรายละเอียดต่าง ๆ ผู้เขียนจะได้กล่าวตามลำดับต่อไป และก่อนที่จะวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวกับการเปิดเผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนจะขอกำหนดขอบเขตความหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยก่อน โดยในส่วนของกฎหมายในประเทศไทย มีคำที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอยู่ 2 คำ คือ คำว่า "หมอความ" และ "ทนายความ" โดยมีการกำหนดไว้ดังนี้

"หมอความ" มีปรากฏอยู่ 2 แห่ง คือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 165(15) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 โดยได้มีการเทียบเคียงกับภาษาอังกฤษตรงกับคำว่า "lawyer" ซึ่งน่าจะหมายถึง นักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์อื่นนอกจากทนายความ¹ ซึ่งใช้ความรู้ทางกฎหมายเป็นวิชาการประกอบการงานที่ตนปฏิบัติในสาขาต่าง ๆ ทุกประเภทไม่เฉพาะแต่ผู้ที่ทำงานเกี่ยวกับศาลเท่านั้น²

¹ ฝอย มะลิขาว, "คำว่า "ทนายความ" มีความหมายตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่าอย่างไร" วารสารอัยการ ปีที่ 12 ฉบับที่ 134 (2532) หน้า 10.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

"ทนายความ" มีปรากฏอยู่หลายแห่งทั้งในประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมีการใช้ภาษาอังกฤษเทียบเคียงหลายคำ เช่น attorney และ counsel แต่อย่างไรก็ตามจุดประสงค์ก็คงหมายถึงทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 อันเป็นบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะการของไทย เท่านั้น เป็นสำคัญ³ ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 4 ว่าหมายถึง "ผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ"

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยควรหมายถึง ผู้ที่ประกอบอาชีพกฎหมายทุกสาขาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นหมอความหรือทนายความ อาทิเช่น ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ อาจารย์สอนวิชากฎหมาย ตำรวจ นิติกร เจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ พนักงานคุมประพฤติ ที่ปรึกษากฎหมาย ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ทั้งหน่วยงานของรัฐและเอกชน และผู้มีความรู้เฉพาะอย่าง เกี่ยวกับการทาสัญญา นิติกรรม ภาษีอากร แรงงาน หรือการติดตาม เร่งรัดหนี้สินต่าง ๆ เป็นต้น

4.1 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย คือ ความหมายและขอบ เขตของความลับไม่ชัดเจน ซึ่งปัญหานี้ผู้เขียนพบว่า กฎหมายและข้อบังคับ เกี่ยวกับความลับในปัจจุบันไม่ได้กำหนดขอบ เขตและ เนื้อหาของความลับไว้ให้ชัดเจนเพียงพอ การกำหนดความหมายของความลับในกฎหมายต่าง ๆ มีลักษณะแตกต่างกัน ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพของ

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ความลับใบทิ้ง ๆ ที่เป็นเรื่องความลับเหมือนกัน ซึ่งกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยมีกำหนดดังนี้คือ

กฎหมายอาญา มาตรา 323 กำหนดความผิดฐานเปิดเผยความลับของหมอความ และทนายความ ที่ได้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นหมอความหรือทนายความ

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231 กำหนดให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ที่ได้มาหรือทราบถึง เอกสารหรือข้อความลับ เนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92 กำหนดให้เอกสิทธิ์ เฉพาะทนายความที่ได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความซึ่ง เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับในฐานะที่เป็นทนายความ

ข้อบังคับทางมรรยาททนายความ ข้อ 11 กำหนดความผิดทางมรรยาทฐานเปิดเผยความลับของลูกความ ในกรณีที่ทนายความได้รู้ความลับนั้นในหน้าที่ของทนายความ

จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นจะ เห็นได้ว่า มีการกำหนดความหมายของ ความลับในลักษณะต่าง ๆ กัน และไม่มี ความชัดเจนเพียงพอ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะ ได้วิเคราะห์ในเบื้องต้นถึงลักษณะของ ความลับดังนี้

1) ลักษณะของการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและ ลูกความ

การติดต่อสื่อสาร (communication) ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายและลูกความ เป็นการติดต่อสื่อสารที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอยู่ในฐานะที่ ได้รับ ความไว้วางใจจากลูกความ ในการดูแลผลประโยชน์ให้แก่ลูกความและมีความ สัมพันธ์ซึ่งกันและกันในฐานะ ตาแหน่ง หน้าที่ ซึ่งต้องอาศัยความซื่อสัตย์ในการ ติดต่อสื่อสารนี้ เพื่อรักษาความลับของลูกความไว้ ดังนั้นการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคล

ดังกล่าวจึงถูกสันนิษฐานว่า ได้ทำขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายที่ลูกความจะได้ขอรับความช่วยเหลือจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย⁴ ซึ่งการติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้นนี้อาจแยกได้ 2 ประเภทคือ⁵

(1) การติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้นเป็นที่รู้จักอยู่ทั่วไป (public knowlege) หรือแม้ว่าจะไม่เป็นที่รู้จักทั่วๆไปแต่สามารถรู้ได้ง่าย เช่น เป็นบันทึกที่เก็บในห้องสมุดที่เปิดให้ประชาชนทั่วๆไปหาอ่านได้

(2) การติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้นเป็นความลับ ให้รู้เฉพาะบุคคลที่เขาไว้วางใจว่าจะเก็บเป็นความลับได้ และถือว่าความลับนั้นจะไม่ถูกเปิดเผยออกมาถ้าบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจนั้นไม่เปิดเผย

ดังนั้นลักษณะของการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนี้จึงมีขอบเขตกว้างขวางรวมไปถึงการติดต่อสื่อสารทุกอย่างไม่ว่าจะเป็นคำพูดในการสนทนา คำแนะนำทางกฎหมาย เอกสารที่ยื่นให้กัน หรือการติดต่อสื่อสารด้วยประการอื่นที่สามารถติดต่อได้มาหรือล่วงรู้ซึ่งข้อความในการติดต่อสื่อสารนั้นได้ และการติดต่อสื่อสารนี้ย่อมรวมทั้งการติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้นเป็นที่รู้จักอยู่ทั่วๆไปและการติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้นเป็นความลับด้วย

2) ข้อสันนิษฐานของการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ

การติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ได้กระทำขึ้นโดยเจตนาให้เป็นความลับเพื่อประโยชน์ของลูกความที่จะได้ปรึกษา หรือรับคำแนะนำทางกฎหมายอย่างอิสระ

⁴Joseph T. Alves, "Confidentiality in Social Work", p.21.

⁵Ibid.,

ความลับในภาษาอังกฤษมีอยู่หลายความหมายโดยขึ้นอยู่กับระดับของความลับ Black's law dictionary ได้ให้ความหมายของความลับในระดับธรรมดา (confidence) ไว้ในเบื้องต้นแล้วว่า หมายถึง "ความลับ ความไว้วางใจ มอบความลับให้ผู้อื่น โดยมีเจตนาให้เขาถือ เป็นความลับหรือ เก็บ เป็นความลับ"⁶

ความลับ (secret) หมายความว่า "ปกปิด, ซ่อนไว้ ไม่เปิดเผยแก่สาธารณะ, ปกปิดจากการล่วงรู้หรือการลึง กระทบของบุคคลโดยรู้ เฉพาะคนคนหนึ่งหรือสองสามคน และปกปิดจากบุคคลอื่น"⁷

ในสหรัฐอเมริกา มีการยอมรับอย่างกว้าง ๆ ในการกำหนดระดับความลับ เพื่อใช้ในการกำหนดหน้าที่ทางศีลธรรม (natural moral obligation) ของผู้ประกอบการวิชาชีพไว้ 3 ระดับคือ⁸

(1) ความลับโดยสภาพ (natural secret)

เป็นข้อเท็จจริงที่ถูกซ่อนหรือไม่เปิดเผยเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งถ้าเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายแก่ตัวเอง, เสียหายต่อการครอบครองหรืออื่น ๆ บุคคลที่ครอบครองความลับนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยความลับนั้น หน้าที่นี้เกิดขึ้นจากสภาพของข้อมูลที่เป็นความลับในตัวเอง โดยปราศจากคามั่นหรือสัญญาาระหว่างความเกี่ยวพันส่วนตัว (individuals involve)

⁶Black's law dictionary. Fifth edition, (St. Paul-Minn : West Publishing Company, 1979), p.269.

⁷Ibid., p.1213.

⁸Joseph T. Alves, "Confidentiality in Social Work", p.22-23.

(2) ความลับตามคำมั่นสัญญา (promised secret)

เป็นข้อเท็จจริงที่ถูกปิดบังหรือไม่เปิดเผย เกี่ยวกับบุคคล ซึ่งได้รู้โดยคู่ความ (party) และภายหลังคู่ความนั้นได้สัญญาว่าจะไม่เปิดเผย (promised not to disclose) ดังนั้นหน้าที่ว่าจะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงเกิดขึ้นจากคำมั่นซึ่งบุคคลคนหนึ่งทำถึงบุคคลอีกคนหนึ่ง ๑. บางครั้งความลับตามคำมั่นสัญญา อาจเป็นความลับโดยสภาพในเวลาเดียวกันก็ได้

(3) ความลับตามที่ได้รับมอบหมาย (committed secret)

เป็นข้อเท็จจริงที่ถูกปิดบังหรือไม่เปิดเผย เกี่ยวกับบุคคล ซึ่งบุคคลหนึ่งได้มอบความไว้วางใจแก่บุคคลอื่นภายหลังที่มีการตกลงกันโดยปริยายหรือโดยชัดแจ้งว่าจะไม่เปิดเผยต่อไป หรืออาจกล่าวได้ว่าข้อตกลงที่จะไม่เปิดเผยนั้นได้ถูกทำขึ้นก่อนที่เจ้าของความลับจะมอบความไว้วางใจแก่บุคคลอื่น ดังนั้นข้อตกลงจึงเป็นเหตุผลของการมอบความลับ ซึ่งผู้รับมอบมีหน้าที่ว่าจะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของ การเป็นตัวแทนที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องทำ การแทนลูกค้า และความลับที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรู้เรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีทุกอย่าง ทำให้ลูกค้าต้องมอบความไว้วางใจให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการมอบเอกสารหรือข้อมูลทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นความลับหรือไม่ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี ความลับในที่นี้จึงเข้าลักษณะเป็นความลับตามที่ได้รับมอบหมาย (committed secret) แต่อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงนั้นก็อาจเป็นความลับโดยสภาพในตัวมันเองก็ได้

นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาจากสภาพของความลับแล้ว อาจแบ่งความลับออกได้ 2 ชนิดคือ ความลับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือคดีโดยตรง และความลับที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือคดีโดยตรง

ความลับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือคดีโดยตรง นอกจากจะเป็นความลับโดยสภาพของตัวเองแล้ว ความลับนี้ยังเป็นตัวบ่งชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงหรือความจริงได้

โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการค้นหาความจริงหรือใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการพิสูจน์พยานหลักฐานใด ๆ ก็สามารถรู้ถึงความจริงได้ เช่น ข้อเท็จจริงที่นาย ก. ได้ฆ่า นาย ข. ถึงแก่ความตาย ถือว่าเป็นความลับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือคดีโดยตรง เพราะสามารถรู้ได้ว่าใครเป็นคนฆ่า นาย ข.

ความลับที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือคดีโดยตรง โดยสภาพของความลับแล้ว ไม่อาจบ่งชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงได้ทันที แต่อาจรู้ความจริงได้โดยการสืบสวนสอบสวน หรือใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการพิสูจน์พยานหลักฐานจึงจะสามารถรู้ถึงความจริงได้ เช่น นาย ก. ได้ฆ่า นาย ข. แล้ว ซ่อนอาวุธไว้ในป่า ข้อเท็จจริงที่ว่าอาวุธซ่อนอยู่ในป่า ถือว่าเป็นความลับที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือคดีโดยตรง เพราะต้องใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการพิสูจน์พยานหลักฐานจึงจะรู้ความจริงได้ว่า ใครเป็นคนฆ่า นาย ข. เป็นต้น

ในประเทศไทยความหมายของความลับมีกำหนดไว้ในกฎหมาย 2 ประเภท คือ

ในกฎหมายอาญา มีนักวิชาการให้ความหมายไว้หลายท่าน อาทิเช่น ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของ "ความลับ" ว่า

"ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิด โดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลอันจำกัด ฉะนั้นสิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่งอาจไม่ใช่ความลับของบุคคลอีกคนหนึ่งได้"⁹

⁹หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 394.

ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์ ให้ความหมายของ "ความลับ" ว่า
 "ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่คนทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของ
 ประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของ เจ้าของความลับ ซึ่งแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่า
 เจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่"¹⁰

ศาสตราจารย์คณิง ภาฯชย ให้ความหมายของ "ความลับ" ว่า
 "ข้อเท็จจริงที่รู้เฉพาะบุคคลบางคนโดยจำกัด หรือไม่เป็นที่เปิดเผยแก่คน
 อื่น ๆ เป็นข้อเท็จจริงซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องประสงค์จะปกปิด ดังนั้นข้อเท็จจริงใดจะ
 เป็นความลับหรือไม่ ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้น ถ้า
 ประสงค์จะปกปิดก็เป็นความลับ"¹¹

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้แยกองค์ประกอบของความลับไว้ว่า
 (1) เป็นความไม่ค่อรู้กันของข้อเท็จจริง คือมีลักษณะจำกัดไม่เป็นที่รู้กัน
 ทั่วไป
 (2) เจตนาที่จะเก็บไว้เป็นความลับ คือไม่ต้องการให้ความลับล่วงรู้ไป
 ถึงบุคคลภายนอกหรือบุคคลอื่นที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง
 (3) ผลประโยชน์ของการเก็บไว้เป็นความลับ คือหมายถึงการเก็บไว้เป็น
 ความลับจะได้ประโยชน์มากกว่าการเปิดเผยความลับนั้น¹²

¹⁰จิตติ ตังศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และ
 ภาค 3, หน้า 1836.

¹¹คณิง ภาฯชย, เอกสารประกอบคำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา 3,
 (กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายวิชาการ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
 2517), หน้า 3.

¹²คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 126.

ในกฎหมายลักษณะหยาน มีนักวิชาการได้ให้ความหมายของความลับเนื่อง
ในอาชญากรรมหรือตำแหน่งหน้าที่ไว้หลายท่าน อาทิ เช่น

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้ให้ความหมายของ "ความลับ" ว่า
"ข้อความใด ๆ ที่บุคคลคนหนึ่งได้แจ้งแก่ผู้มีอาชีพหรือหน้าที่นั้น ๆ เพื่อ
ปรึกษาหารือ หรือ เพื่อให้กระทำการกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ตน และเป็นที่เข้าใจ
ได้ว่าผู้แจ้งนั้นประสงค์จะให้ปกปิดไว้ เป็นความลับ"¹³

ดังนั้นอาจสรุปความหมายของความลับในเบื้องต้นได้ว่า "เป็นการติดต่อ
สื่อสารที่ไม่เป็นที่รู้กันทั่วไป และเจ้าของความลับหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีเจตจำนง
หรือสันนิษฐานได้ว่ามีเจตจำนงจะปกปิดไว้ เป็นความลับไม่ให้นำบุคคลภายนอกหรือบุคคล
อื่นที่ไม่เกี่ยวข้องได้ล่วงรู้"

อย่างไรก็ตาม การเปิดเผยความลับไม่ได้ถือว่าเป็นความผิดในทุกกรณี
ไป ความลับบางประเภทจะได้รับการยกเว้นว่าสามารถเปิดเผยได้โดยไม่มี ความผิด
เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่า การเปิดเผยแผนการของลูกความที่จะกระทำการ
ความผิดอาญาหรือฉ้อฉล หรือการเปิดเผยความลับของลูกความคนหนึ่งให้แก่ลูกความ
ร่วมอีกคนหนึ่งในเรื่องที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน เป็นข้อยกเว้นไม่มีความผิด เป็นต้น
สำหรับกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นนี้ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งทำให้เกิดปัญหา
ในการตีความได้ว่า ความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีขอบเขตของข้อยกเว้น
ในเรื่องใดบ้าง

ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2534 มาตรา 42 ซึ่งกำหนดว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการ
สื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

¹³ประมุข สุวรรณศรี, กฎหมายลักษณะหยาน, หน้า 79.

การตรวจ การกัก หรือการ เปิด เผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกันรวมทั้ง การกระทำด้วยประการอันใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมี ติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ เพื่อรักษาความ มั่นคงของรัฐ"

ดังนั้น เมื่อนายบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณา ความ และข้อบังคับทางมรรยาททนายความดังกล่าวมาวิเคราะห์แล้ว สามารถสรุป ความหมายและขอบเขตของความลับได้ว่าน่าจะหมายถึง "การติดต่อสื่อสารที่เป็น ความลับ ไม่เป็นที่รู้กันทั่วไป และเจ้าของความลับหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีเจตจำนง หรือสันนิษฐานได้ว่ามีเจตจำนงให้เก็บเป็นความลับ ไม่ให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลอื่น ที่ไม่เกี่ยวข้องได้ล่วงรู้ ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ล่วงรู้หรือได้รับมา เนื่องจาก การประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งในด้านการดำเนินคดีและดำเนินกิจการต่าง ๆ ที่ได้รับ มอบหมายจากลูกค้า ความ เว้นแต่การติดต่อสื่อสารนั้นได้รับการยกเว้นโดยอาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอัน ดีของประชาชน หรือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ"

4.2 วิเคราะห์ผลกระทบและปัญหาในทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับ ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ซึ่งผู้เขียนจะได้แยกวิเคราะห์ เป็น 2 ส่วนคือ

4.2.1 วิเคราะห์ผลกระทบ เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบ วิชาชีพกฎหมาย

ถ้าพิจารณาถึงผลกระทบ เกี่ยวกับการ เปิด เผยความลับของผู้ประกอบ วิชาชีพกฎหมายอาจเกิดผลดีผล เลี้ยงได้ดังนี้คือ

ผลดี

1) เพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง

ในระบบการค้นหาความจริงทำให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง ซึ่งแห่งคดีหรือทำให้ความจริงปรากฏขึ้นมา การ เปิด เผยความลับจะ เอื้ออำนวย

ประโยชน์ให้ศาลสามารถวินิจฉัยคดีได้อย่างถูกต้องและ เกิดความ เป็นธรรม และ
ทำให้สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

2) เพื่อประโยชน์ในการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

การควบคุมอาชญากรรม เป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพของ
กระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุม ระงับและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก
เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและ เสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตที่ถูกคุกคามจาก
ภัยอาชญากรรม¹⁴ การเปิดเผยความลับอาจทำให้ทราบสาเหตุหรือตัวผู้กระทำความ
ผิด และทำให้รัฐสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้ ซึ่งเป็น
ประโยชน์ต่อการควบคุมอาชญากรรมอย่างยิ่ง

ผลเสีย

1) กระทบต่อลูกความโดยตรง

ลูกความอาจได้รับความเสียหายจากการเปิดเผยความลับนี้
โดยตรง โดยอาจเสียชื่อเสียง เกียรติยศ ทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ก็ได้ เช่น สิทธิ
ในการปรึกษาหารือกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอย่างอิสระโดยปราศจากการแทรก
แซงหรือการถูกบังคับให้เปิดเผยภายหลัง และนอกจากนี้การเปิดเผยความลับ
ดังกล่าวยัง เป็นการทำลายคุณค่าของมนุษย์ที่สังคมควรรักษาไว้

2) กระทบต่อบุคคลภายนอก

การเปิดเผยความลับนี้อาจทำให้บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้อง
ในคดีได้รับความเสียหายได้ เช่นเดียวกับลูกความ

¹⁴ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2529), หน้า 2.

3) กระทบต่อผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย

ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายที่เปิดเผยความลับของลูกค้าย่อมมีความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 และถ้าเป็นทนายความจะมีความผิดมรรยาททนายความอีกด้วย และความผิดทั้งสองกฎหมายนี้อาจทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่สามารถประกอบอาชีพได้อีกต่อไป เพราะโทษทางประมวลกฎหมายอาญา คือ โทษจำคุกและปรับ ส่วนโทษฐานผิดมรรยาททนายความ ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทนายความ มาตรา 52 มี 3 สถานคือ

- 1) ภาคทัณฑ์
- 2) ห้ามทนายการเป็นทนายความกำหนดไม่เกิน 3 ปี
- 3) ลบชื่อจากทะเบียนทนายความ

4) กระทบต่อ Public Policy

หลักของ Public Policy หรือหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นอีกหลักหนึ่งซึ่งเป็นข้อยกเว้นการรับฟังพยานหลักฐานเพราะถือว่าเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของความลับ (Confidential Relationship)¹⁵ ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกับลูกค้า และความลับดังกล่าวยังเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านวิชาชีพ¹⁶ (Social Interest in the Ethics of the Professional) อีกด้วย เนื่องด้วยวิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพที่อาจกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ และถือว่าการเปิดเผยความลับของลูกค้าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์¹⁷ ในวิชาชีพทนายความก็ยังมี

¹⁵Adrian Keane, The Modern Law of Evidence. (London and Edinburgh:Butterworths, 1989), p.386-396.

¹⁶อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชน" บทบัญญัติคดี 32 (มีนาคม 2518) : 20.

¹⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.



หลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นการเฉพาะอยู่ว่า ทนายความจะต้องไม่เปิดเผยความลับของลูกความตน¹⁸

นอกจากนี้ การให้เอกสิทธิ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความยังเป็นเหตุผลพื้นฐานของความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การดำเนินการทางความยุติธรรม เป็นไปโดยถูกต้องในการช่วยให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ช่วยเหลือบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย ให้สามารถเปิดเผยความลับของตนได้อย่างอิสระและปลอดภัย

5) กระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชน (Human Right)

สิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องของสิทธิ มีผลเรื่องผลประโยชน์ หน้าที่ เอกสิทธิ์ หรือการกระทำอย่างอื่นที่อาจจะเกี่ยวเนื่องด้วย และคิดว่าจะระดับชั้นแห่งสิทธิมนุษยชน มีระดับความสำคัญเหนือสิทธิใด ๆ ทั้งหมด¹⁹ การเปิดเผยความลับของลูกความเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ดังบัญญัติสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 12 ซึ่งกำหนดว่า "บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกสอดโดยผลการในความเป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัวในเคหสถาน หรือในการสื่อสารหรือจะถูกหลอกลวงในเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกสอดหรือการหลอกลวงดังกล่าว"²⁰

¹⁸Frederick C. Hicks, Organization and Ethies of the Bench and Bar, (New York : The Lawyers Co-operation Publishing Co., 1932). p.329.

¹⁹จรัญ วัฒนานันท์, "สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีของมนุษย์: บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์แนวความคิด เรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีขั้วตะวันตก" วารสารกฎหมาย 10 (ธันวาคม 2528) : 74.

²⁰อภิรัตน์ เฟ็ชรศิริ, สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย, หน้า 12.

6) กระบดอหลักกระบวนการยุติธรรม (Due Process)

หลัก Due Process เป็นหลักแห่งกระบวนการยุติธรรม มุ่งเน้นความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรม²¹ และให้ความคุ้มครองกับบุคคลให้ดำเนินคดีไปด้วความยุติธรรม หลักไม่ให้การบริกปราตนเอง (against self-incrimination) เป็นเอกสิทธิ์ให้ความคุ้มครองพยานไม่ต้องตอบคำถามที่อาจทำใหตนต้องถูกฟ้องในคดีอาญาได้ เช่น ใน Fifth Amendment to the Federal Constitution บัญญัติไว้ว่า "No person..... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."²² ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องเป็นพยานให้การถึงความลับของลูกความ อาจทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายถูกฟ้องในคดีอาชวฐานเปิดเผยความลับได้ ซึ่งถือว่าขัดต่อ เอกสิทธิ์การคุ้มครองพยานที่จะไม่ให้การบริกปราตนเอง และถือว่าละเมิดต่อหลัก Due Process ด้วย

4.2.2 วิเคราะห์ปัญหาทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการเปิดเผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ในทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยไม่ค่อยมีปัญหาวนเรื่องการเปิดเผยความลับมากนัก คดีที่ขึ้นสู่ศาลที่พอจะอ้างอิงได้คือ คดีนิพากชาฎีกาที่ 587/2487 ซึ่งเป็นคดีครอบครัวและมรดก ศาลได้กล่าวพาดพิงถึงพยานคนหนึ่งซึ่ง เคยเป็นทนายความของลูกความคนก่อนกระทำผิดมรรยาททนายความโดยมาเบิกความถึง เรื่องที่ลูกความบอกแก่ตนถึง เรื่องสินเดิมโดยที่ลูกความไม่ได้อนุญาตและศาลก็ไม่ได้สั่งให้เปิดเผย

²¹ประธาน วัฒนวาณิชย์, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชวกรรมและกระบวนการยุติธรรม" วารสารนิติศาสตร์ 9(กันยายน-พฤศจิกายน 2520) : 152.

²²John C. Klotter and Carl L. Meier, Criminal Evidence for Police, p.132.

นอกจากนี้สภาพนายความได้เคยพิจารณา เรื่องร้องเรียนคดีมรรยาทนายความ เรื่องหนึ่ง เป็นคดีที่ 17/2533 โดยคณะกรรมการมรรยาทนายความได้พิจารณาว่า 'นายความซึ่งได้รู้ข้อเท็จจริงรายละเอียดเกี่ยวกับคดีและรับที่จะเป็นนายความแก่ต่างให้กับผู้กล่าวหาหากอุทนาย ก. ฟ้องเป็นจำเลย แต่การปรากฏว่านายความคนนี้กลับแปรเป็นนายความให้กับนาย ก. มาเป็นโจทก์ฟ้องผู้กล่าวหาเป็นจำเลย การกระทำของนายความผู้นี้เป็นการประพฤติผิดมรรยาทนายความฐานเปิดเผยความลับและใช้ความที่ได้รู้เรื่องแห่งคดีโดยหน้าที่กับคู่ความฝ่ายหนึ่ง แล้วภายหลังรับเป็นนายความและใช้ความรู้ที่ได้มาช่วยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง

แต่จากบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปิดเผยความลับในวิชาชีพกฎหมายของประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความและข้อบังคับด้านจรรยาบรรณหรือมรรยาทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ประกอบกับการวิเคราะห์ความหมายและขอบเขตของความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย พบว่ายังมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่หลายประการ ในกรณีนี้ผู้เขียนได้ทำการสัมภาษณ์ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหลายสาขา อาทิผู้พิพากษา พนักงานอัยการ อาจารย์คณะนิติศาสตร์ ตำรวจนิติกรและนายความ โดยเฉพาะสาขานายความได้สัมภาษณ์กรรมการในคณะกรรมการมรรยาทนายความ (คุณวิสิทธิ์ ส่งวัฒนา) และกรรมการตรวจพิจารณาคดีมรรยาทนายความในคณะกรรมการสภาพนายความ (คุณประเสริฐ ลีมีประเสริฐ) ซึ่งพอสรุปปัญหาได้ดังนี้

1. ความไม่ชัดเจนของขอบเขตของความลับทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีแนวทางปฏิบัติที่ต่างกัน

โดยเหตุที่กฎหมายและข้อบังคับทางมรรยาทในการประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายและขอบเขตของความลับไว้อย่างชัดเจน ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหลายคนเกิดความไม่แน่ใจว่าแนวทางใดที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือข้อบังคับทางมรรยาทได้ ในทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงมีลักษณะต่างคนต่างปฏิบัติโดยใช้จิตสำนึกและมรรยาทของตนเอง เป็นแนววินิจฉัย

จากการสัมภาษณ์ผู้เขียนพบว่ามีความเห็นในเรื่องนี้เป็นสองฝ่ายคือ
ฝ่ายแรก มีความเห็นว่าความลับมีขอบเขตที่กว้างรวมการติดต่อสื่อสาร
 ทุกประเภท ทุกรูปแบบ ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้รับ ให้นำหรือได้ล่วงรู้มาใน
 วิชาชีพของตน ไม่ว่าจะมีการว่าจ้างให้ดำเนินการหรือไม่ถ้าได้มีการปรึกษาหารือกัน
 ก็ถือว่าเป็นความลับ หรือสิ่งที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายสังเกตุได้ในขณะให้คำปรึกษา
 หารือก็ถือว่าเป็นความลับทั้งสิ้น ทั้งนี้เพราะถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย เป็นผู้ได้รับ
 ความไว้วางใจ เชื่อใจของผู้มาติดต่อ ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจึงมีหน้าที่เก็บรักษา
 ทุกสิ่งทุกอย่างไว้วางใจ เป็นความลับ

ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่าความลับไม่ควรมีขอบเขตที่กว้างเกินไป โดย
 มีความเห็นว่ากรณีดังต่อไปนี้ไม่ถือเป็นความลับคือ

(1) ชื่อ ลักษณะรูปพรรณหรือที่อยู่ของลูกค้าหรือผู้มาติดต่อ เพราะ
 บุคคลที่ต้องการทราบสามารถตรวจสอบได้จากทะเบียนประวัติของทางส่วนราชการที่
 ตรวจสอบชื่อและที่อยู่ของบุคคลได้อยู่แล้ว

(2) สภาพจิตใจหรือพฤติกรรมของลูกค้าหรือผู้มาติดต่อซึ่งผู้ประกอบการ
 วิชาชีพกฎหมายสังเกตุได้ในขณะที่ทำการติดต่อสื่อสารหรือปรึกษาหารือ เพราะถือว่า
 ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความสังเกตุละเอียดหยวนไม่เท่ากัน ประกอบกับอาจมี
 การนำเอาความรู้สึกนึกคิดของตนเข้ามาปะปนกับสิ่งที่ได้สังเกตุ จึงมีความเป็นไป
 ที่จะทำให้อธิบายเท็จจริงนั้น ๆ เปลี่ยนแปลงไป

(3) คดีล้มละลายหรือเรื่องที่ปรากฏในเอกสารมหาชน ซึ่งประชาชน
 ทั่วไปสามารถเข้าไปตรวจสอบได้

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สองว่า ความลับไม่ควร
 มีขอบเขตที่กว้างเกินไป การติดต่อสื่อสารบางประเภทไม่ควรจัดว่าเป็นความลับ
 โดยเฉพาะการติดต่อสื่อสารที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการให้กับลูกค้า
 ดังนั้นในส่วนชื่อ ลักษณะรูปพรรณหรือที่อยู่ของลูกค้า หรือการสังเกตุได้ของ
 ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ถือว่าเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการให้กับลูกค้า
 ย่อมไม่เป็นการเป็นความลับ เป็นต้น

2. กฎหมายของฝ่ายบริหารบาง เรื่องให้ความสำคัญกับการค้นหาความจริง เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษยิ่งกว่าการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมาย ซึ่งปัญหานี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐบางหน่วยงาน เช่น พนักงานสอบสวน เจ้าหน้าที่ศุลกากร เจ้าหน้าที่สรรพากรหรือเจ้าหน้าที่ของ บ.ป.บ. จะอ้างสิทธิหรืออำนาจตามกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้อง เปิด เผยความลับของลูกความ

ปัญหานี้เกิดขึ้น เนื่องจากกฎหมายต่าง ๆ ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการที่จะค้น ยึด หรือบังคับให้มีการให้การ เพื่อให้ได้มาซึ่ง เอกสาร วัตถุหรือข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อให้ความจริงได้ปรากฏขึ้น ประกอบกับการกำหนดโทษไว้ในกฎหมายนั้นสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม และในขณะเดียวกันผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีหน้าที่รักษาความลับของลูกความ และจะมีความผิดทางอาญาถ้าหาก เปิด เผยความลับของลูกความโดยลูกความไม่ได้อนุญาต หรือศาลไม่ได้สั่ง ท้าให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เกิดความลับสนงในทางปฏิบัติได้ ยกตัวอย่าง เช่น

(1) พนักงานสอบสวนอาศัยอำนาจตาม ปวิอ. มาตรา 69, มาตรา 70 และมาตรา 133 ในการออกหมายค้น เพื่อพบหรือยึดสิ่งของของลูกความหรือเรียกให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไปให้การในเรื่องที่เกี่ยวกับความลับของลูกความ และกำหนดโทษตาม ปอ. มาตรา 368 ฐานขัดคำสั่ง เจ้าพนักงานในกรณีที่ขัดขวางไม่ปฏิบัติตามหมายดังกล่าวนี้

(2) เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรอาศัยอำนาจตามประมวลรัษฎากร มาตรา 3 เบญจ ในการตรวจค้น ยึด หรืออายัดบัญชี เอกสารหรือหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือสันนิษฐานว่าเกี่ยวข้องกับภาษีอากรที่จะต้อง เสีย และกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 3 นว ถ้าไม่อำนวยความสะดวกหรือขัดขวาง เจ้าหน้าที่ที่กระทำการตามหน้าที่

(3) เจ้าหน้าที่ของ บ.ป.บ. อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 มาตรา 14(2) ในการเรียกบุคคลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่สืบสวนสอบสวนมาให้ถ้อยคำหรือส่งบัญชี เอกสารหรือวัตถุใด ๆ มาให้ถ้อยคำหรือส่งบัญชี เอกสารหรือวัตถุใด ๆ ที่จำเป็นแก่การสอบสวนและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 24 ถ้าไม่มาให้ถ้อยคำหรือส่งบัญชี เอกสารหรือวัตถุใด ๆ ที่เรียกหรือสั่งให้ส่ง

จากตัวอย่างที่ยกมานี้จะ เห็นได้ว่า กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้อง เปิด เผยความลับของลูกค้า ในขณะที่เดียวกันกฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความและข้อบังคับทางมรรยาท กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรักษาความลับของลูกค้าไว้ จะ เปิด เผยได้ เฉพาะแต่กรณีที่ศาลสั่งหรือได้รับอนุญาตจากลูกค้า เท่านั้น ดังนั้นถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เลือกปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็อาจมีความผิดตามกฎหมายอาญาและข้อบังคับทางมรรยาทได้ หรือกรณี เลือกปฏิบัติตามกฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความและข้อบังคับทางมรรยาท ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็อาจมีความผิดตามกฎหมายต่าง ๆ นั้นฐานขัดขวางไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้เช่นกัน

จากการสัมภาษณ์ดังกล่าวผู้เขียนพบว่ามีความ เห็นใน เรื่องนี้แตกต่างกัน เป็นสองฝ่ายคือ

ฝ่ายแรก มีความเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ อัน เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งจะ ไม่มีความผิดฐาน เปิด เผยความลับ และไม่ผิดข้อบังคับทางมรรยาท และถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่อาจอ้าง เอกลักษณ์ได้ เพราะ เอกลักษณ์จะอ้างได้ เฉพาะในศาล เท่านั้น

ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรักษาความลับของลูกค้าไว้ เพราะการ เปิด เผยความลับจะทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผิดทางอาญาและข้อบังคับทางมรรยาท ได้ และถือว่าเป็น เอกลักษณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่จำเป็นต้อง เปิด เผยความลับนั้น หรืออีกนัยหนึ่งไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐอันจะทำให้ต้อง เปิด เผยความลับของลูกค้า

ในกรณีนี้ผู้เขียนมีความ เห็นว่า ต้องพิจารณาออกเป็นสองส่วนคือ พิจารณา ถึงความผิดฐาน เปิด เผยความลับและพิจารณาถึง เอกลักษณ์ในการปฏิเสธการ เปิด เผยความลับ ซึ่งในส่วนแรก เป็นการพิจารณาว่า ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วจะมีความผิดฐาน เปิด เผยความลับหรือไม่ ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความ เห็นว่า ความลับควรถูกจำกัดขอบ เขตลงถ้ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อรักษาความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ เพื่อรักษา

ความมั่นคงของรัฐกำหนดให้มีการเปิดเผยความลับนั้น ตามปัญหาที่ยกมาทั้งสามข้อ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นบทกฎหมาย เพื่อรักษาความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือ เป็นบทกฎหมาย เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือไม่ ถ้าใช่ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นและถือว่าไม่มีความผิดฐานเปิดเผยความลับ ถ้าไม่ใช่จุดประสงค์ทั้งสองประการดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นและถือว่าไม่มีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนั้น ๆ ด้วย

ดังนั้น ตามปัญหานี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควรปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสืบสวนสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดทางอาญามาลงโทษ อันเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม (ตามปัญหาข้อ (1)) และปฏิบัติตามคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ของ ป.ป.บ. ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสืบสวนสอบสวนหาความจริงในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ (ตามปัญหาข้อ (3)) โดยไม่มีความผิดฐานเปิดเผยความลับของลูกความ ส่วนอำนาจของ เจ้าหน้าที่กรมสรรพากร เป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้เพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการจัดเก็บภาษีอากรเท่านั้น บทบัญญัติของมาตรา 3 เบญจ ที่ทางเจ้าหน้าที่จะใช้ได้นั้นควรจะใช้กับตัวผู้ที่ทางกรมสรรพากรจะจัดเก็บภาษีอากรเท่านั้น ไม่ควรจะมาบังคับใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่จำเป็นต้องเปิดเผยความลับนั้น (ตามปัญหาข้อ (2)) หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเปิดเผยความลับดังกล่าวย่อมมีความผิดฐานเปิดเผยความลับของลูกความได้

สำหรับในส่วนที่สองนั้น เป็นการพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะอ้าง เอกสิทธิ์ เพื่อปฏิเสธการเปิดเผยความลับของลูกความได้ เฉพาะแต่ในศาล เท่านั้นหรือไม่ ซึ่งถ้าพิจารณาถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและความอาญาของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายให้ทนายความหรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายปฏิเสธในศาล ถึงการเบิกความ การให้การหรือการส่งยานหลักฐานที่จะต้องนำมาเสนอต่อศาลได้

แต่ถ้ามองกลับไปถึงที่มาของ เอกสิทธิ์นี้แล้ว จะพบว่า เอกสิทธิ์ เป็นของลูกความ ลูกความจึงมีสิทธิที่จะปฏิเสธและขัดขวางบุคคลอื่นจากการเปิดเผยความลับได้ (ตามที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3) ดังนั้น ทนายความหรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะตัวแทนของลูกความ จึงมีหน้าที่ในการปฏิเสธการเปิดเผยความลับของลูกความด้วยการอ้าง เอกสิทธิ์ในนามของลูกความ และปฏิเสธการเปิดเผยความลับของลูกความไม่เฉพาะแต่ในศาล เท่านั้น แต่สามารถที่จะอ้าง เอกสิทธิ์กับ เจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกเหนือจากศาลได้อีกด้วย

3. ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ประกอบอาชีพอิสระ ไม่ได้รับราชการหรือไม่ได้ว่าความหรือดำเนินคดีในศาล แต่ประกอบธุรกิจ เป็นที่ปรึกษากฎหมายทางภาษีอากรหรือทรัพย์สินทางปัญญาหรือรับดำเนินการเอนกที่ดิน จัดทะเบียนบริษัท ห้างร้าน รับทาลัญญาต่าง ๆ หรืออื่น ๆ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เหล่านี้ไม่ได้ได้อยู่ภายใต้การควบคุมของสถาบันหรือองค์การทางวิชาชีพ และไม่ถึงว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอิสระ เหล่านี้ได้อยู่ภายใต้ข้อบังคับทางมรรยาทของสภาทนายความ เพราะสภาทนายความจะควบคุมมรรยาท เฉพาะทนายความที่ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจากสภาทนายความ เท่านั้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอิสระ เหล่านี้เปิดเผยความลับของลูกความ จะมีสถาบันหรือองค์การใดเข้าควบคุมหรือดำเนินการทางมรรยาทแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่กระทำผิด เหล่านี้

และ เนื่องจากการประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นอาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ โดยเฉพาะสภาพของอาชีพมีลักษณะเป็นการผูกขาด เพราะทำได้แต่เฉพาะผู้ที่มีความรู้ความชำนาญงานด้านกฎหมาย เท่านั้น และเนื่องจากกิจการด้านกฎหมาย เป็นกิจการที่จำเป็นแก่ประชาชนในปัจจุบันมาก ดังนั้น การผูกขาดถ้าไม่มีการควบคุมย่อมนำไปสู่การหาผลประโยชน์เกินขอบเขต การควบคุมจึงจำเป็นเพื่อมิให้มีการเอาเปรียบหรือหาผลประโยชน์เกินขอบเขตนั้น²³

²³ จิตติ ดิงศภิรักษ์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, หน้า 17.

ในส่วนนี้พบว่า ผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์อิสระ เหล่านี้บางส่วนอาจ เป็นสมาชิกของ เนติบัณฑิตยสภา และอีกหลายส่วนไม่ได้ เป็นสมาชิกของสถาบันใด เลย ซึ่งในส่วนของสมาชิกของ เนติบัณฑิตยสภานั้น จะมีคณะกรรมการ เนติบัณฑิตยสภาควบคุมดูแลความประพฤติของสมาชิก โดย เริ่มตั้งแต่การสมัคร เป็นสมาชิกจะต้องทำคำขอสมัครตามแบบที่กำหนดไว้ยื่นต่อ เลขาธิการ โดยมีสำเนาโฉนดที่ดิน เป็นสมาชิกมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 10 ปี ไม่น้อยกว่า 2 คน รับรองว่า ผู้สมัคร เป็นผู้มีความประพฤติเรียบร้อย ไม่เป็นบุคคลที่ควรรังเกียจแก่สังคมและประกอบด้วยคุณลักษณะที่จะดำรงเกียรติอันเป็นการ เป็นสมาชิกแห่ง เนติบัณฑิตยสภา* และในกรณีที่มีสมาชิกประพฤติตนในทางที่อาจ จะนำความเสื่อม เสียมาสู่ เนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการ เนติบัณฑิตยสภาอาจสั่งลบชื่อสมาชิกผู้นั้นออกจากทะเบียนสมาชิกได้** ดังนั้น จึง เหลือผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์อิสระส่วนหนึ่งซึ่งไม่ได้ เป็นสมาชิกของสถาบันใด เลย ไม่มีองค์กรใดควบคุมดูแลความประพฤติ อันเป็นการผิดลักษณะของการประกอบวิชาชีพอุทธรณ์ที่ดี เพราะถือว่า ผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์ เป็นผู้ที่มีความรู้ความชำนาญพิเศษโดยเฉพาะ ผู้อื่นที่ไม่มีความรู้ความสามารถพอไม่สามารถจะทำงานนั้นได้ มีผล เป็นการผูกขาดการงานขึ้นในตัวเอง จึง เป็นความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ต้องมีการควบคุมมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เพื่อส่วนตัว ดังนั้น การให้ผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์ เป็นอิสระปราศจากการควบคุมมรรยาททางวิชาชีพนั้น อาจเกิดผลเสียหายต่อลูกความและสังคมได้ ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์นั้นไม่มีจริยธรรมหรือศีลธรรมในจิตสำนึกของตัวเองสูง เพียงพอ

ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความ เห็นว่า เนติบัณฑิตยสภาควร เป็นองค์กรที่ควบคุมมรรยาททางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์อิสระ เหล่านี้ ทั้งนี้ เนติบัณฑิตยสภา จะต้องกำหนดข้อบังคับทางมรรยาท เพื่อควบคุมหรือดำเนินการลงโทษทางมรรยาทแก่ผู้ประกอบวิชาชีพอุทธรณ์อิสระที่ เปิด เผยความลับของลูกความนี้ด้วย

* ข้อบังคับ เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2507 ข้อ 10.

** ข้อบังคับ เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2507 ข้อ 27.

แนบต่อไป ผู้เขียนจะได้สรุปปัญหาทั้งทางด้านกฎหมายและปัญหาทางด้าน
ปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย พร้อมทั้ง เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว