

บทที่ 3

หลักกฎหมายและขอบเขต เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องความลับ ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

จากที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ถึงการเปิดเผยความลับว่าเป็นการทำลายคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์อันประกอบด้วยศักดิ์ศรีและเกียรติยศของบุคคลที่จะดำเนินชีวิตหรือประกอบกิจกรรมใด ๆ ตามที่ต้องการแล้วนั้น ผู้เขียนได้ทำการวิจัยต่อไปแล้วพบว่า หลาย ๆ ประเทศที่มีอารยธรรมต่าง เล็งเห็นถึงความสำคัญในคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์นี้ มีการออกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับและจรรยาบรรณทางวิชาชีพเพื่อคุ้มครองและรักษาความลับของบุคคลไว้ไม่ให้ถูกทำลาย ดังนั้นในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนจะได้วิจัยถึงหลักกฎหมายและขอบเขต เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศไทยต่อไป

และจากการวิจัยหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้วนั้น ผู้เขียนพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ประเภทคือ กฎหมายลักษณะพยานและกฎหมายตัวแทน โดยกฎหมายลักษณะพยานจะปรากฏอยู่ในรูปของ เอกสิทธิ์ในการติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับ ภายใต้บังคับประกอบหลากหลายถึงความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับโดยเฉพาะ และความเหมาะสมของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม ส่วนกฎหมายตัวแทนถือว่า ลูกความเป็นตัวการและทนายความเป็นตัวแทน โดยถือเป็นหน้าที่อย่างชัดเจนของตัวแทน (agent's duty) ที่จะป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของตัวการ (principle interests) รวมทั้งมีหน้าที่รักษาความลับของตัวการโดยไม่มีคำนึงถึงที่มาของข้อมูลหรือสถานะของบุคคลว่าจะมีความสัมพันธ์กันเช่นไร และถือว่าผู้แทนไม่มีอำนาจเปิดเผยข้อมูลนั้นได้ถ้าลูกความไม่ยินยอม

จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนพบข้อสรุปอยู่หลายประการดังนี้

1. พบว่า แท้จริงแล้ว เอกสิทธิ์ในการที่จะปฏิเสธการเปิดเผยความลับ รวมทั้งการป้องกันและขัดขวางบุคคลอื่นจากการเปิดเผยความลับนั้น ไม่ใช่เป็น เอกสิทธิ์ของทนายความตามที่หลายฝ่ายเข้าใจ แต่ถือว่า เอกสิทธิ์นั้น เป็นของลูกความ โดยลูกความ เท่านั้นที่จะอ้าง เอกสิทธิ์หรือสละ เอกสิทธิ์ได้ ส่วนทนายความไม่อาจอ้าง เอกสิทธิ์หรือสละ เอกสิทธิ์โดยผลการได้ ดังปรากฏในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดข้อบังคับของความลับ (The rule of confidentiality) ในรูปของ เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกความ (attorney - client privilege) เช่น ในข้อบังคับที่ 503 ของ Federal Rule of Evidence หรือในข้อบังคับที่ 502 ของ Uniform Rules of Evidence ก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่า "เอกสิทธิ์ เป็นของลูกความ ไม่ใช่ของทนายความ โดยมีขอบเขตของ เอกสิทธิ์ เฉพาะความลับที่ได้มาหรือ เป็นไป เพื่อความสะดวกในการบริการทางวิชาชีพ กฎหมาย เท่านั้น"

ส่วนในประเทศอังกฤษก็มีลักษณะ เช่น เดียวกัน โดยมีหลักทั่วไปว่า "เอกสิทธิ์ เป็นของลูกความ" แต่ไม่ได้กำหนดขอบเขตของ เอกสิทธิ์ เฉพาะระหว่างทนายความ และลูกความ เท่านั้น ยังครอบคลุมถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้ง ทริลลิตีเตอร์ ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมายหรือนิติกรและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วย โดยมีขอบเขต เฉพาะความลับที่ได้มาหรือ เกิดขึ้นขณะที่มีความสัมพันธ์ในวิชาชีพ กฎหมาย เท่านั้น อีกทั้งยังถือว่า "การติดต่อสื่อสารหรือ เอกสารใดที่เป็น เอกสิทธิ์แล้ว ย่อมถือว่าเป็น เอกสิทธิ์ตลอดไป" (once privileged, always privileged) ดังนั้น ไม่ว่าลูกความจะตาย หรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะขาดคุณสมบัติไป ก็ไม่ทำให้ เอกสิทธิ์นั้นสูญสิ้นไปด้วย

แต่ในประเทศไทย มีลักษณะแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาและ ประเทศอังกฤษ โดยถือว่า "ทนายความอยู่ในฐานะที่รู้ความลับของลูกความ เป็น เอกสิทธิ์และหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยความลับนั้น" นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนด เอกสิทธิ์ ในทางแพ่งและทางอาญาต่างกัน โดยทางแพ่งให้ เอกสิทธิ์ เฉพาะทนายความ และมี

ขอบเขตเฉพาะความลับที่ได้มาในฐานะที่เป็นทนายความเท่านั้น ในขณะที่ทางอาญาให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ประกอบวิชาชีพทุกประเภท และมีขอบเขตถึงความลับที่ได้มาเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

2. พบว่า กฎหมายไม่ได้ให้เอกสิทธิ์ในการปฏิเสธการเปิดเผยความลับเสมอไป เพราะกฎหมายยังได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วย โดยเปิดโอกาสให้ทนายความเปิดเผยความลับของลูกความได้เฉพาะบางกรณี โดยมีหลักการทั่วไปให้ทนายความเปิดเผยความลับได้ก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและความสงบเรียบร้อยในสังคม ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดข้อยกเว้นของเอกสิทธิ์ไว้ทั้งใน Federal Rule of Evidence และใน Uniform Rules of Evidence เช่น ให้ทนายความเปิดเผยถึงเรื่องที่ลูกความปรึกษากับทนายความเพื่อวางแผนฟ้องผู้อื่น หรือให้ทนายความเปิดเผยถึงเจตนาของลูกความที่จะกระทำความผิดทางอาญาอื่น ๆ หรือให้เปิดเผยถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่ของทนายความหรือของลูกความที่มีต่อกัน เป็นต้น

ส่วนในประเทศอังกฤษก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของเอกสิทธิ์ไว้เช่นเดียวกันและมีลักษณะคล้ายกัน แต่อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นของเอกสิทธิ์ในประเทศอังกฤษจะมีการจำกัดขอบเขตที่มีลักษณะชัดเจนกว่าของประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิเช่น ข้อยกเว้นในเรื่องเจตนาของลูกความที่จะกระทำความผิดทางอาญาหรือข้อฉ้อโกงนั้น ถือว่าข้อยกเว้นนี้ไม่มีขอบเขตไปถึงเจตนาของลูกความที่จะกระทำความผิดกฎหมายอื่นหรือกระทำความผิดทางแพ่ง (civil wrongs) ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกง ตัวอย่างเช่น ทนายความแนะนำให้ลูกความละเมิดสัญญาซื้อขายที่ดิน เป็นต้น รวมทั้งไม่มีขอบเขตไปถึงการต่อสู้คดีทางแพ่งของลูกความที่ถูกกล่าวหาว่าทำการฉ้อโกงด้วย นอกจากนี้ข้อยกเว้นของเอกสิทธิ์ยังปรากฏในข้อเท็จจริงที่พบได้ในวิถีทางของความสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกความ เช่น ข้อเท็จจริงที่ทนายความพบได้จากการสังเกตรหัสหรือ ข้อ ลักษณะรูปพรรณ และที่อยู่ของลูกความ หรือปรากฏในข้อเท็จจริงที่มีแนวโน้มในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย หรือข้อยกเว้นอื่น ๆ ที่รัฐบาลบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจน

แต่สำหรับในประเทศไทย กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นของ เอกสิทธิ์ไว้เฉพาะ ความยินยอมของลูกค้าและตามที่ศาลสั่ง เท่านั้น ซึ่งเป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจ พิจารณาว่า สมควรที่จะเปิดเผยความลับของลูกค้าหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็น ว่า เป็นการเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับลูกค้าได้

3. พบว่า ทนายความมีหน้าที่ในการรักษาความลับของลูกค้า การเปิดเผยความลับโดยไม่ได้รับความยินยอมของลูกค้ามักนำมาซึ่งการเสื่อมเสียชื่อเสียง และการฟ้องคดีทางละเมิดได้ และเป็นผลที่กระทบกระเทือนต่อการประกอบวิชาชีพ ทนายความ เป็นอย่างยิ่ง ดังในประเทศไทยหรือ อเมริกาปรากฏในประมวลจริยธรรม ของ American Bar Association (ABA) หลายฉบับด้วยกัน เช่น Canons of Professional Ethics, Model Code of Professional Responsibility และ Model Rules of Professional Conduct ซึ่งกำหนดไว้ชัดเจนว่า ทนายความมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของลูกค้าตลอดไป แม้ว่าการว่าจ้าง นั้นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม และกำหนดว่าทนายความต้องไม่เปิดเผยความลับถ้าลูกค้า ไม่ให้ความยินยอม ทนายความคนใดฝ่าฝืนหรือละเมิดหน้าที่นี้ ถือว่าเป็นผู้ประพฤติ ผิดมรรยาทหรือจริยธรรมวิชาชีพและถูกลงโทษได้

ส่วนในประเทศไทยนั้น คนอังกฤษจะยึดถือมรรยาทหรือจริยธรรมของ ทนายความสูงมาก มีการปลูกฝังจริยธรรมวิชาชีพกันมาตั้งแต่ เริ่มอบรม เป็น นักศึกษา มีการสวมเสื้อครุยขณะเข้าเรียน อันเป็นการปลูกจิตสำนึกให้แก่ผู้เข้า เรียนวิชากฎหมาย อีกทั้งมีการจัดให้เนติบัณฑิตรับประทานอาหารค่ำพร้อมกับ เนติ บัณฑิตอาวุโสหรืออาจารย์ เพื่อฝึกมรรยาทในการปฏิบัติตัวต่อสังคม ศาล ทนายความ ด้วยกันและลูกค้าด้วย ทนายความที่ต่างประเทศจะต้องท้าว เป็นที่เคารพ นับถือ และเป็น ที่ไว้วางใจของประชาชน การเปิดเผยความลับของลูกค้าถือ เป็นการทำลายความ เชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนอย่างสิ้นเชิง และถือ เป็นการละเมิด มรรยาทหรือจริยธรรมวิชาชีพกฎหมายด้วย ทนายความผู้นั้นต้อง เสื่อมเสีย ชื่อเสียงซึ่งอาจตลอดชีวิตของเขาทีเดียว หรืออาจประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อไปไม่ ได้อีก เพราะในวงการกฎหมายจะถือว่า ชื่อเสียงและความซื่อสัตย์ เป็นสิ่งที่สำคัญ

ที่สุดในการประกอบวิชาซึ่งกฎหมาย และแน่นอนที่เดียวที่ทนายความที่ประพฤติผิด มรรยาทหรือจริยธรรมวิชาซึ่งจะต้องได้รับโทษทางมรรยาทด้วย

สำหรับประเทศไทย ทนายความถือว่ามีหน้าที่รักษาความลับของลูกความ เช่นเดียวกัน โดยกำหนดในข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 11 ที่ถือว่าเป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความคือ "เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล" ซึ่งในรายละเอียดต่าง ๆ ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

3.1 หลักกฎหมายและขอบเขต เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาซึ่งกฎหมายในประเทศไทยหรือ อเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปกครองแบบสหพันธรัฐ หรือ เรียกว่าปกครอง โดยรัฐบาลสหพันธ์ (federal government) กล่าวคือ เป็นการปกครองที่มีระบบ รัฐบาลคู่ซึ่งอำนาจในการปกครองถูกแบ่งกันระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลมลรัฐ อำนาจของรัฐบาลกลางมีเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐ (United States Constitution) ได้บัญญัติไว้ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย นอกเหนือจากนั้น ก็ถือว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ แต่ละมลรัฐมีอำนาจบริหารกิจการภายในมลรัฐ มีรัฐธรรมนูญ มีระบบกฎหมายรวมทั้งศาลของตัวเอง ซึ่งไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน ทุกมลรัฐ รัฐบาลกลางก็มีระบบกฎหมายและระบบศาลของตัวเอง เช่นกัน ถ้ามีปัญหาโต้เถียงขึ้นว่ารัฐบาลกลางก้าวล่วงอำนาจของรัฐบาลมลรัฐหรือกลับกัน ศาลสูงสหรัฐ จะมีหน้าที่ชี้ขาดปัญหานี้ และยังมีหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่¹ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องทราบกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับ

¹ริชาร์ด ฟินทูน, "วิธีพิจารณาคำถามอาญาในสหรัฐอเมริก", ตุลาคม 25 (กันยายน-ตุลาคม 2521) : 39.

ความรับผิดชอบในเรื่องความดีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งในระดับมลรัฐและ
สหรัฐ

ก. ในระดับสหรัฐ

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือที่ทราบกันว่า การก่อกำเนิดเป็นสหรัฐ
อเมริกานั้น เป็นผลมาจากการอพยพเพื่อแสวงหาสิทธิ เสรีภาพของชนชาวอังกฤษที่ทน
ความบีบคั้นทางด้านต่าง ๆ ในอังกฤษต่อไปไม่ได้ ทุกคนจึงมีจุดหมายปลายทาง
เดียวกันคือหวังที่จะได้พบสิทธิ เสรีภาพที่ปราศจากอำนาจดินแดนสหรัฐอเมริกานั่น
ความคิดที่จะได้รับการคุ้มครองจึง เป็นสิ่งที่ทุกคนคำนึงถึงอยู่ตลอดเวลา เพราะไม่
ต้องการสภาพแห่งการถูกกดขี่ บีบคั้น อย่างที่เคยประสบอยู่ในประเทศอังกฤษ²

ดังนั้นรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาก็ถูกตราขึ้นเพื่อคุ้มครองและ
ประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชน และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาก็จะไม่รับฟัง
พยานหลักฐานใด ๆ ที่เจ้าหน้าที่ได้มาโดยละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญข้อใด

²สุจิต ปรานีพลกรัง, "การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ผู้ต้องหาโดยองค์การ
ตุลาการในชั้นก่อนการพิจารณา : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีไทยและสหรัฐอเมริกา"
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2528, หน้า 201.

ข้อหนึ่งงาน 4 ชื่อคือ³ The Fourth Amendment*, The Fifth Amendment**, The Sixth Amendment***, และ The Fourteenth Amendment[†] ซึ่ง

³ จีรนิติ ทะวานนท์, "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ : เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน", ตุลพาท 31 (พฤศจิกายน-มิถุนายน, 2527) : 35.

*The Fourth Amendment

"สิทธิของประชาชนที่จะมีความปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และทรัพย์สินของเขา จากการถูกตรวจค้นหรือยึดโดยไม่มีสาเหตุอันควร จะละเมิดไม่ได้ และจะออกหมายเพื่อกระทำดังกล่าวใด ๆ ไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันควร เชื่อถือซึ่งได้รับการยืนยันด้วยคำสาบานหรือคำปฏิญาณ และโดย เฉพาะต้องระบุสถานที่ที่จะค้น หรือบุคคลที่จะจับกุม หรือสิ่งที่จะยึดไว้ตามหมายนั้น"

**The Fifth Amendment

"บุคคลใด.....จะถูกบังคับให้ให้การ เป็นภัยแก่ตนเองในคดีอาญาใด ๆ ไม่ได้ หรือจะถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินโดยไม่ได้ต้องด้วยกระบวนการแห่งกฎหมายไม่ได้....."

***The Sixth Amendment

"ในการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง จำเลยทรงไว้ซึ่งสิทธิ.....ที่จะได้รับแจ้งให้ทราบถึงลักษณะและเหตุที่กล่าวหา (สิทธิ) ที่จะมีการสืบพยานโจทก์ต่อหน้า..... และ (สิทธิ) ที่จะมีการทนายความแก่ต่างคดี"

†The Fourteenth Amendment

"ข้อ 1มลรัฐใดจะออกกฎหมายหรือบังคับซึ่งกฎหมายที่เป็นการตัดทอน เอกสิทธิหรือความคุ้มกันที่พล เมืองของสหรัฐจะพึงได้รับไม่ได้ หรือมลรัฐใดจะรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่ชอบด้วยกระบวนการแห่งกฎหมายหรือจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดที่อยู่ในเขตอำนาจได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดย เท่าเทียมกันไม่ได้....."

รัฐธรรมนูญ เหล่านี้แม้ไม่ได้กำหนดให้มีการคุ้มครองถึงความลับของบุคคลไว้ชัดเจนก็ตาม แต่การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการคุ้มครองถึงสิทธิของประชาชนที่จะมีความปลอดภัยใน... เอกสารและทรัพย์สินซึ่งจากการตรวจค้นหรือยึดโดยไม่มีสาเหตุอันควร... (The Four Amendment) และกำหนดห้ามมลรัฐต่าง ๆ ออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่เป็นการตัดทอน เอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันที่พลเมืองของสหรัฐจะพึงได้รับ... (The Fourteenth Amendment) นั้น ก็ถือว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองถึงสิทธิในความลับของบุคคล เช่นกัน

นอกจากนี้กฎหมายลักษณะพยานของสหรัฐอเมริกายังให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องของความลับด้วย โดย Federal Rule of Evidence กำหนดเอกสิทธิ์ของบุคคล พยานและอื่น ๆ ไว้ในข้อบังคับที่ 501* อันเป็นกฎเดี่ยว (single rule) อย่างกว้าง ๆ คือ ให้นำเอกสิทธิ์ไปใช้กับคดีทุกประเภทในศาลสหรัฐ โดยกำหนดให้เอกสิทธิ์มาจากรัฐธรรมนูญ รัฐบาลผู้ติของรัฐบาล ข้อบังคับของศาลสูงและกฎหมายจารีตประเพณี โดยให้ศาลสหรัฐมีอำนาจตีความได้ตาม เหตุผลและประสพการณ์ และคำนึงถึงสาระสำคัญของกฎหมายของมลรัฐได้มีข้อบังคับให้วินิจฉัยได้อยู่แล้ว

*Federal Rule of Evidence (Rule 501)

"เว้นแต่กำหนดไว้เป็นการอื่นโดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกหรือรัฐบาลผู้ติของรัฐบาล หรือโดยข้อบังคับซึ่งกำหนดขึ้นโดยศาลสูง โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เอกสิทธิ์ของพยาน, บุคคล, รัฐบาล, มลรัฐ หรือหน่วยงานทางการ เมืองของรัฐบาลหรือมลรัฐ ต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับของหลักเกณฑ์กฎหมายจารีตประเพณี โดยให้ศาลแห่งสหรัฐมีอำนาจตีความได้ตาม เหตุผลและประสพการณ์ อย่างไรก็ตาม ในคดีและกระบวนการทางแห่งให้คำนึงถึงองค์ประกอบหรือสาระสำคัญของข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ ซึ่งกฎหมายของมลรัฐได้มีข้อบังคับให้วินิจฉัยอยู่แล้ว เอกสิทธิ์ของพยาน, บุคคล, รัฐบาล, มลรัฐ หรือหน่วยงานทางการ เมืองของรัฐบาลหรือมลรัฐต้องวินิจฉัยตามกฎหมายของมลรัฐ"

อย่างไรก็ตามก่อนหน้าที่จะมีการใช้ข้อบังคับที่ 501 อันเป็นกฎเดี่ยวนั้น ได้มีการพิจารณานำเอาข้อบังคับว่าด้วย เอกสิทธิ์มาใช้นั้น อันเป็นการรวบรวม เอกสิทธิ์ต่าง ๆ เฉพาะเรื่องมารวมไว้ในหมวดที่ 5 อาทิเช่น เอกสิทธิ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความอยู่ในข้อบังคับที่ 503 เอกสิทธิ์ระหว่างแพทย์กับคนไข้ที่อยู่ในข้อบังคับที่ 504 แต่เนื่องจากมีการคัดค้านมากโดยเห็นว่า การรักษาวิชาชีพซึ่งเอกสิทธิ์ถือ เป็นสิ่งที่กระทบกระเทือนต่อการพิสูจน์ความจริง และตั้งข้อสงสัย เกต้อีกว่า คณะกรรมการฯ ที่ทำการร่าง ข้อบังคับที่ประกอบไปด้วยนักกฎหมายทนายความทั้งสิ้น ทำให้การร่าง เอกสิทธิ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความ เป็นไปอย่างประณีตและละเอียดละออ แต่ในขณะเดียวกันก็จำกัด เอกสิทธิ์ในความสัมพันธ์ด้านอื่น ๆ อย่างเห็นได้ชัด รัฐสภาจึงต้องลบ เอกสิทธิ์ต่าง ๆ เฉพาะเรื่องทั้งหมดออก และประกาศใช้ข้อบังคับที่ 501 ดังกล่าวข้างต้นแทน⁴

โดยที่ข้อบังคับที่ 503 ได้กำหนด เอกสิทธิ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความ⁵ ถึงแม้ว่ารัฐสภาจะได้ลบทิ้งไปไม่ประกาศออกมา เป็นกฎหมาย (not enacted) แต่รูปแบบ หลักเกณฑ์และขั้นตอนบางอย่างก็ยังคงนำมาประยุกต์ใช้ในปัจจุบัน ฉะนั้นจึงเห็นควรที่จะยกเอาหลัก เกณฑ์และรูปแบบดังกล่าวมาแสดงไว้เพื่อการวิเคราะห์และการพิจารณาต่อไป ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้คือ ข้อบังคับที่ 503 แบ่งออกเป็น 4 ข้อ : ข้อ 1 เป็นบทนิยามซึ่งได้กำหนดความหมายไว้อย่างละเอียดและมีขอบเขตกว้างขวางมาก เช่น ความหมายของลูกความ เป็นทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคลทั้งของรัฐและเอกชน ที่ได้รับการบริการหรือปรึกษาหารือ

⁴Comment, "Development in the law : Privileged Communication," Hardvard Law Review, p.1468-1469.

⁵Thomas D. Morgan and Ronald D. Rotunda, Problems and Materials on Professional Responsibility. p. 59-60.

ทางวิชาชีพกฎหมายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือการให้ความหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (lawyer) ให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลที่ลูกความ เชื่อว่ามีอำนาจที่จะปฏิบัติงานทางกฎหมายในมลรัฐและในสหรัฐได้ นั่นคือครอบคลุมถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ไม่มีใบอนุญาตด้วย ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งในปัญหาของกฎหมายว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนนั้นมีอำนาจที่จะปฏิบัติงานทางกฎหมายในมลรัฐและสหรัฐหรือไม่ และที่สำคัญได้ให้ความหมายของ "การติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับ" ว่ามีลักษณะที่ไม่มีเจตนาที่จะเปิดเผยแก่บุคคลภายนอก เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้น เป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารนั้น

ข้อ 2 เป็นบททั่วไปกำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นเอกสิทธิ์ของลูกความที่จะปฏิเสธการเปิดเผย และสามารถป้องกันบุคคลอื่นจากการเปิดเผยความลับได้อีกด้วย แต่มีข้อจำกัดว่า ความลับนั้นต้อง เป็นไปเพื่อความสะดวกในการบริการทางวิชาชีพกฎหมาย เท่านั้น ซึ่งนั่นหมายความว่า ถ้าเป็นกรณีอื่นที่มีให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย อาทิเช่น การบริการทางธุรกิจ, การบัญชี ย่อมไม่ถือว่าเป็นความลับ

ข้อ 3 กำหนดผู้ที่จะอ้างหรือ เรียกร้อง เอกสิทธิ์ได้อาจ เป็นลูกความ ทายาท ผู้จัดการมรดก หรือผู้แทนของนิติบุคคลต่าง ๆ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ไม่อาจ เรียกร้อง เอกสิทธิ์ได้ เว้นแต่ เป็นการ เรียกร้องในนามของลูกความ เท่านั้น และอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้ ต้องได้รับการสันนิษฐานว่าฝ่ายตรงข้ามไม่มีพยานหลักฐานนั้น

ข้อ 4 กำหนดข้อยกเว้นของ เอกสิทธิ์ไว้ 5 ประการ คือ

1) การบริการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับที่จะดำเนินการหรือช่วยเหลือบุคคลใดในการกระทำความผิดหรือวางแผนที่จะกระทำความผิด ซึ่งลูกความรู้หรือมีเหตุควรจะรู้ได้ว่าเป็นความผิดอาญาหรือการฉ้อฉล

2) การติดต่อสื่อสารระหว่างคู่ความที่อ้างสิทธิของผู้ตายคนเดียวกัน โดยผู้ตายนั้น เป็นลูกความของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

- 3) การติดต่อสื่อสารเกี่ยวกับการละเมิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีต่อลูกค้า และหน้าที่ของลูกความที่มีต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย
- 4) เอกสารที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้การ เป็นพยาน
- 5) การติดต่อสื่อสารระหว่างลูกความที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน

จากการวิจัยผู้เขียนทราบว่า หลักเกณฑ์ของข้อบังคับที่ 503 ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดหรือการออกกฎหมายลักษณะพยานของมลรัฐต่าง ๆ ด้วย ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในข้อ ข. ต่อไป

ข. ในระดับมลรัฐ

กฎหมายลักษณะพยานของมลรัฐให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องความลับด้วย โดยกำหนดใน Uniform Rules of Evidence (1974) ในรูปของเอกสิทธิ์หลายประเภท อาทิเช่น เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกความ (attorney-client privilege), เอกสิทธิ์ระหว่างจิตแพทย์และคนไข้ (psychotherapist-patient privilege) และเอกสิทธิ์ระหว่างพระและประชาชน (clergy-communicant privilege) เป็นต้น⁶

เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกความใน Uniform Rules of Evidence (1974) กำหนดไว้ในข้อบังคับที่ 502 ซึ่งมีรูปแบบและหลักเกณฑ์เหมือนกับข้อบังคับที่ 503 ของ Federal Rule of Evidence (F.R.E) ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นอย่างเห็นได้ชัด จะแตกต่างกันก็เพียงรายละเอียดเล็กน้อยเท่านั้น เช่น การกำหนดข้อยกเว้นของเอกสิทธิ์จะมีลักษณะเหมือนกัน จะแตกต่างตรงที่ว่าข้อยกเว้นของข้อบังคับที่ 502 ของ Uniform Rules of Evidence มีเพิ่มอีกหนึ่งประการ

⁶Comment, "Development in the law : Privileged Communications", Harvard Law Review, p.1462-1463.

คือ "การติดต่อสื่อสารระหว่าง เจ้าพนักงานหรือตัวแทนและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เว้นแต่การติดต่อสื่อสารที่เกี่ยวกับการพิจารณาการสอบสวน การเรียกร้องหรือการฟ้องคดี ซึ่งศาลกำหนดว่าจะ เปิด เผยได้ เฉพาะบางกรณี เท่านั้น"

เมื่อพิจารณาจากหลัก เกณฑ์ของ เอกสิทธิ์ข้างต้นแล้วจะ เห็นได้ว่ามีลักษณะและ หลักการ เดียวกันกับข้อบังคับที่ 503 ของ Federal Rule of Evidence (F.R.E.) จึงอาจสันนิษฐานได้ว่า การร่างข้อบังคับที่ 502 ของ Uniform Rules of Evidence นี้ได้เทียบเคียงมาจากข้อบังคับที่ 503 ของ F.R.E. นั้นเอง จากหลักเกณฑ์ ข้อบังคับที่ 502 ของ Uniform Rules of Evidence นี้ก่อให้เกิดการพัฒนาแนวทางของข้อบังคับต่าง ๆ ออกไปในแต่ละมลรัฐ แต่ส่วนใหญ่แล้วจะ เป็นไปแนวทางและหลักการ เดียวกันโดยคำนึงถึงจุดประสงค์ และ เป้าหมาย ของ เอกสิทธิ์นี้เป็นหลัก

แต่อย่างไรก็ตามมลรัฐต่าง ๆ อาจให้ขอบเขตของ เอกสิทธิ์ในลักษณะที่ แตกต่างจากข้อบังคับที่ 502 ของ Uniform Rules of Evidence (1974) ก็ได้ อาทิเช่น California Evidence Code ของมลรัฐ California ได้ให้ ขอบเขตของการติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับครอบคลุมรวมถึง รูปแบบและการ บริการให้ความ เห็นทางกฎหมายซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ให้กับลูกค้าตามวิถี ทางของความสัมพันธ์ระหว่างกันและความไว้วางใจของลูกค้า (มาตรา 952) ซึ่งมีขอบเขตของ เอกสิทธิ์กว้างกว่าข้อบังคับที่ 502 ของ Uniform Rules of Evidence ที่มีขอบเขตจำกัดเพียงการบริการทางวิชาชีพกฎหมายเท่านั้น หรือการ กำหนดข้อยกเว้นของ เอกสิทธิ์ระหว่างลูกค้าร่วม California Evidence Code (มาตรา 962) กำหนดว่า เฉพาะการติดต่อสื่อสารที่ได้ให้ในการดำเนินคดีทางแพ่ง (civil proceeding) เท่านั้น จึงจะ เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ เป็นเอกสิทธิ์ในระหว่าง ลูกค้าร่วม ในขณะที่ข้อบังคับที่ 502 กำหนดไว้ว่า เป็นการติดต่อสื่อสารที่ได้ทำขึ้น เป็นปกติในการดำเนินคดี (in an action) ซึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีทางแพ่ง หรือทางอาญาก็ถือ เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ เป็นเอกสิทธิ์ในระหว่างลูกค้าร่วม เป็นต้น

ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นถึงความคุ้มครองสิทธิในความลับของบุคคลตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายลักษณะพยานแล้วนั้น ถ้าได้พิจารณาต่อไปถึงสภาพและลักษณะของวิชาชีพกฎหมายจะเห็นได้ว่า การประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในการทำการแทนลูกค้า ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์กับตัวลูกค้าและความสะดวกในการดำเนินการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงต้องมีความสามารถ และมีสติปัญญาในการทำการแทนลูกค้า ขณะเดียวกันผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับวิชาชีพด้วย ดังนั้นบางครั้งความต้องการของลูกค้าและกฎหมายหรือข้อบังคับวิชาชีพมีลักษณะสอดคล้องกัน เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้อง เก็บข้อมูลที่ เป็นความลับที่เกี่ยวกับการทำการแทนลูกค้า แต่บางครั้งข้อมูลที่เป็นความลับ เป็น สิ่งที่กฎหมายต้องการให้เปิดเผยออกมาโดยกำหนดเป็นข้อยกเว้น เช่น ข้อมูลที่ลูกค้าเตรียมวางแผนที่จะกระทำความผิดอาญา กรณีนี้ความต้องการของลูกค้าและกฎหมายหรือข้อบังคับวิชาชีพมีลักษณะขัดแย้งกัน เป็นต้น ซึ่งข้อบังคับวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น American Bar Association (ABA) หรือเนติบัณฑิตยสภาได้กำหนดข้อบังคับวิชาชีพไว้หลายฉบับ ผู้เขียนขอยกข้อบังคับของ American Bar Association จำนวนสามฉบับมากกว่าดังต่อไปนี้คือ

Canons of Professional Ethics (ค.ศ.1908, เพิ่มเติม ค.ศ.1963)*

Canons of Professional Ethics ได้กำหนดจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในเรื่องความลับของลูกค้าไว้ในข้อที่ 37 สรุปได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่อยู่ 3 ประการคือ

* กำหนดขึ้นโดย American Bar Association และเป็น Canons ฉบับแรกที่ ABA พยายามรวบรวมขึ้น เพื่อถือ เป็นจริยธรรมหรือมรรยาทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการปฏิบัติงาน (ดู Canons นี้ใน Thomas D. Morgan and Ronald D. Rotunda, Problems and Materials on Professional Responsibility.)

(1) รักษาความลับของลูกความตลอดไป แม้ว่าการจ้างนั้นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม

(2) ไม่เอาความลับของลูกความไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเอง, ของลูกจ้างของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือใช้ความลับไปนทางที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อลูกความ โดยลูกความไม่ได้รับรู้เห็นและยินยอมด้วย

(3) ต้องไม่รับว่าจ้างต่อไป ถ้าพบว่าหน้าที่ต่อความลับของลูกความจะขัดแย้งต่อหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีต่อลูกความคนก่อน

แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ดังกล่าวนี้จะได้รับการยกเว้นถ้าลูกความได้กล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เปิดเผยความจริง เกี่ยวกับการกล่าวหาได้ หรือถ้าลูกความมีเจตนากระทำความผิดอาญา ให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เปิดเผยถึง เจตนาของลูกความได้โดยไม่มีถือ เป็นความลับ เพื่อขัดขวางการกระทำความผิดของลูกความและ เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นจากการคุกคามของลูกความ

Model Code of Professional Responsibility (เพิ่มเติม ค.ศ.1983)*

ได้แบ่งออกเป็นสามสำคัญ ๆ 3 ส่วนคือ

- 1) Canons
- 2) Ethical Considerations
- 3) Disciplinary Rules

*กำหนดขึ้นโดย American Bar Association เพื่อถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และเป็นการส่งเสริม ยกระดับความประพฤติทางจริยธรรมให้สูงสุดแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย (ดู Model Code ใน Stephen Gillers and Roy D. Simon, Regulation of Lawyers : Statutes and Standards, (United State of America Little, Brown and Company, 1989) p. 201-321.)

Model Code of Professional Responsibility กำหนดในเรื่อง
ความลับในหัวข้อที่ 4 ดังนี้คือ

1) Canon 4 กำหนดไว้ชัดเจนแจ้งว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรักษา
ไว้ซึ่งความลับของลูกค้า

2) Ethical Consideration (EC 4)

Ethical Consideration 4 กำหนดจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพ
กฎหมายไว้ 6 ประการสรุปได้ดังนี้

EC 4-1 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรักษาความลับของ
ลูกค้า และต้องแจ้งข้อเท็จจริงต่าง ๆ ให้ลูกค้าทราบถึงสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพ
กฎหมายได้ดำเนินการหรือกำลังดำเนินการต่อไป

EC 4-2 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องถือหลักความสงบ
ของสังคม และหน้าที่ทางวิชาชีพประกอบกันในการรักษาความลับของลูกค้า และ
ให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เปิด เผยความลับของลูกค้าได้ในกรณีต่อไปนี้

- (1) ลูกค้ายินยอมให้เปิดเผย
- (2) มีเหตุผลจำเป็น เพื่อการปฏิบัติตามทางการที่ واجبในวิชาชีพ
- (3) Disciplinary Rule อนุญาตให้เปิดเผย
- (4) กฎหมายกำหนดให้เปิดเผย
- (5) ถ้าลูกค้าไม่ได้สั่งไว้ เป็นอย่างอื่น อาจเปิดเผยกิจการงานของ
ลูกค้าแก่หุ้นส่วนหรือผู้ร่วมงานในบริษัทของลูกค้าได้

EC 4-3 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายระมัดระวังในการเลือก
ผู้ร่วมงานที่สามารถเก็บรักษาความลับของลูกค้าด้วย

EC 4-4 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยึดแนวทางปฏิบัติตาม
ในการป้องกันความลับของลูกค้าตามกฎหมายลักษณะหยาน เรื่อง เอกสิทธิ์ระหว่าง
ทนายความและลูกค้า

EC 4-5 กำหนดห้ามผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนำข้อมูลที่ได้มาเนื่องจากการทำแทนลูกค้าไปใช้ในทางที่ใหม่ เป็นประโยชน์ต่อลูกค้า หรือนำไปใช้ เพื่อประโยชน์ของตนเอง เว้นแต่ลูกค้ายินยอม และให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายระมัดระวังผู้ร่วมงานนำข้อมูลนั้นไปใช้ในทางที่ผิดวัตถุประสงค์ด้วย

EC 4-6 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ในการรักษาความลับของลูกค้าตลอดไป แม้ภายหลังการว่าจ้างจะสิ้นสุดลงก็ตาม

3) Disciplinary Rule (DR 4)

Disciplinary Rule 4 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีระเบียบวินัยในการรักษาความลับของลูกค้า (DR 4-101) โดยให้ความหมายของความลับไว้ 2 ระดับคือ

"ความลับ" (confidence) หมายถึง ข้อมูล (information) ที่ถูกป้องกันจากเอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกค้า ภายใต้กฎหมายที่บังคับไว้

"ความลับมาก" (Secret) หมายถึง ข้อมูลอื่นที่ได้รับเนื่องจากความลับในวิชาชีพ ซึ่งลูกค้าต้องการให้ถือว่า ละเมิดไม่ได้ หรือไม่เปิดเผยในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ลูกค้าได้

นอกจากนี้ DR 4-101 ยังได้กำหนดห้ามผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเปิดเผยความลับหรือความลับมากของลูกค้า หรือนำเอาความลับดังกล่าวไปใช้ในทางที่ใหม่ เป็นประโยชน์ต่อลูกค้า หรือนำไปใช้ เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นโดยลูกค้าไม่ได้ยินยอม และกำหนดข้อยกเว้นให้เปิดเผยความลับไว้ 4 ประการคือ

- (1) ลูกค้ายินยอมให้เปิดเผย
- (2) Disciplinary Rule, กฎหมายหรือศาลได้อนุญาตหรือกำหนดไว้ให้เปิดเผยได้
- (3) เจตนาของลูกค้าที่จะกระทำผิดอาญา และข้อมูลที่มีเหตุผลจำเป็นเพื่อป้องกันความผิดทางอาญา

(4) ข้อมูลเกี่ยวกับ ค่าธรรมเนียม หรือ เพื่อต่อสู้คดีที่ผู้ประกอบวิชาชีพ
กฎหมาย ลูกจ้างหรือผู้ร่วมงานถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด

จาก The Model Code of Professional Responsibility แสดงให้เห็นถึงวิถีทางที่ต้องการให้ผู้ประกอบวิชาชีพปฏิบัติตาม อีกทั้งมีเจตนามุ่ง
ไป เพื่อให้สมาชิกและสังคมยอมรับว่าเป็นทางส่ง เสริม และยกระดับความประพฤติ
ทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้สูงสุด เท่าที่จะเป็นไปได้ และถือว่า
ความสุจริตใจ ความเคารพและความไว้วางใจของสมาชิกและสังคม เป็นมาตรการบังคับ
ขั้นสุดท้ายซึ่งอาจทำให้ชื่อเสียงของผู้ละเมิดกฎข้อบังคับนั้นมีมลทิน⁷

นอกจากนี้ผู้เขียนยังพบอีกว่า The Model Code of Professional
Responsibility ไม่สามารถนำปฎิบัติกับคนที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้
แต่อย่างไรก็ตาม The Model Code ได้กำหนดแนวทางจริยธรรมไม่เฉพาะผู้
ประกอบวิชาชีพกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงลูกจ้างและผู้ร่วมงานของผู้ประกอบวิชา
ชีพกฎหมายด้วย โดยถือว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความรับผิดชอบสุดท้ายใน
การกระทำของลูกจ้างและผู้ร่วมงานของตนในทางการที่ทำงานวิชาชีพต่อลูกค้า⁸
ถึงกระนั้นก็ตาม Model Code of Professional Responsibility ยังมีข้อ
บกพร่องอยู่หลายส่วนที่สำคัญซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในรายละเอียดและ เปรียบ เทียบกับ
Model Rules of Professional Conduct ในส่วนต่อไป

⁷Stephen Gillers and Roy D. Simon, Regulation of
Lawyers : Statutes and Standards, (United State of America
Little, Brown and Company, 1989) p. 205.

⁸Ibid.,

Model Rules of Professional Conduct (ค.ศ.1983, เพิ่มเติม ค.ศ. 1989)*

Model Rules of Professional Conduct กำหนดในเรื่องความลับของข้อมูลไว้ใน Rule 1.6 สรุปได้ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำแทนลูกค้าถ้าลูกค้าไม่ได้ให้ความยินยอม เว้นแต่จำเป็นเพื่อการทำแทนลูกค้า และเว้นแต่ที่มีเหตุจำเป็นกำหนดในข้อบังคับนี้ 2 ประการคือ

(1) เพื่อที่จะป้องกันลูกค้าจากการกระทำที่ผิดอาญา ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เชื่อว่าน่าจะมีผลให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือร่างกายได้รับบาดเจ็บ

(2) เพื่อ เป็นพยานในการอ้างหรือต่อสู้ถึงการทำการแทนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ที่ได้เกี่ยวข้องกับระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้า เพื่อ เป็นพยานในการต่อสู้ข้อกล่าวหาในคดีอาญา หรือการ เรียกร้องในคดีแพ่งที่กล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยอาศัยพื้นฐานของพฤติการณ์ที่ลูกค้าเกี่ยวพันอยู่, หรือ เพื่อรับผิดชอบถึงการกล่าวหาในคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำการแทนลูกค้าของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

จากการวิจัยพบว่าหลักเกณฑ์ข้อบังคับที่ 1.6 แห่ง Model Rule of Professional Conduct เป็นมาตรฐานเดียว (single standard) ที่ป้องกันข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำการแทนลูกค้าทั้งหมด Rule 1.6 จึงมีขอบเขตที่กว้างกว่า Model Code of Professional Responsibility อาทิเช่น DR 4-101

*กำหนดขึ้นโดย American Bar Association เพื่อเป็นแนวทางหรือแนะนำทางปฏิบัติแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และแสดงถึงบทบาทหน้าที่ที่ควรจะเป็นของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (ดู Model Rules ใน Stephen Giller and Roy D. Simon, Regulation of Lawyers : Statutes and Standards, p. 3-200.)

กำหนดให้สมาชิกเฉพาะที่จะป้องกันข้อมูลที่เป็น เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกค้า ความเท่านั้น และต้อง เป็นข้อมูลที่ได้รับ เนื่องจากความสัมพันธ์ในวิชาชีพ และ EC 4-4 ให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องพยายามปฏิบัติงานในลักษณะ เอกสิทธิ์ทางพยาน ซึ่งมีข้อจำกัดถึงสภาพและที่มาของข้อมูล ในขณะที่ Rule 1.6 กำหนดให้ข้อมูลที่ เกี่ยวกับการทำการแทน เป็นความลับ โดยไม่จำกัดสภาพและที่มาของข้อมูลนั้น

นอกจากนี้ผู้เขียนยังพบว่าในข้อยกเว้นที่กำหนดใน Rule 1.6 (b) ได้ กำหนดความรุนแรงของความผิดอาญาที่มุ่งถึงผลที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือร่างกายได้รับบาดเจ็บ ในขณะที่ DR 4-101 (C) (3) กำหนดว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจ เปิด เผยถึง เจตนาของลูกค้าที่จะกระทำความผิดอาญา และข้อมูลที่ จาเป็นที่จะป้องกันความผิดทางอาญา โดยไม่ได้กำหนดถึงความรุนแรงของความผิด ทางอาญานั้น

จากหลักกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กล่าวไว้ข้างต้นทั้งหมดนี้ จะเห็นได้ว่าได้มีการให้ความสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้าอย่างมาก โดยได้มีการให้เอกสิทธิ์ในการติดต่อสื่อสารในวิชาชีพกฎหมายทั้งหมด ซึ่งเป็นประโยชน์ในการดำเนินคดีให้กับลูกค้า และเป็นหลักประกันกับลูกค้าว่าความลับจากการติดต่อสื่อสารนั้นจะไม่ถูกเปิดเผยให้กับบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องทราบ อันเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนใช้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมากขึ้น ซึ่งสรุปได้ว่าเป็นการให้เอกสิทธิ์ตามแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนซึ่งเป็นสิทธิขั้นมูลฐานของมนุษย์ชน แต่กฎหมายและข้อบังคับดังกล่าวก็ได้ให้เอกสิทธิ์ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้า เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอาญาหรือไม่กระทำการอันเป็นการฉ้อฉลหลอกลวงผู้อื่น หรือไม่กระทบต่อผลประโยชน์ของสาธารณะหรือการอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งเท่ากับว่าการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในเรื่องความลับนี้มีขอบเขตภายใต้ผลประโยชน์ของส่วนรวมและความสงบเรียบร้อยในสังคม



3.2 หลักกฎหมายและขอบเขต เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษมีแนวความคิดในการรักษาความลับตั้งแต่สมัยตอนต้นของพระนาง เจ้าอลิซาเบท โดยถือว่าการรักษาความลับที่รู้มา เป็น เกียรติยศอย่างหนึ่ง ผู้ที่รักษาความลับของผู้อื่นได้จะได้รับการเคารพ เชิดชูว่า เป็นผู้ทรงเกียรติ ในขณะที่ผู้ที่ไม่สามารถรักษาความลับไว้ได้จะถูก เกลียดชัง และถือว่าเป็นผู้ไร้เกียรติอีกด้วย ดังได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้วนั้น

หลักเกณฑ์ในการรักษาความลับของประเทศอังกฤษ จะปรากฏในรูปของ เอกสิทธิ์ในการที่จะระงับหรือขัดขวางการตอบคำถามหรือการแสดง เอกสารหรือวัตถุสิ่งของทั้งปวง โดยพัฒนามาจากคำพิพากษาต่าง ๆ สรุปได้ดังนี้คือ

ข้อ 1. ข้อบังคับทั่วไปของ เอกสิทธิ์ (General)

หลักทั่วไปของ เอกสิทธิ์ถือว่า ลูกความมีสิทธิที่จะปฏิเสธการเปิดเผยหรือการแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้น เป็นความลับระหว่างตนกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และยังมีสิทธิที่จะขัดขวางบุคคลอื่นจากการเปิดเผยหรือแสดงพยานหลักฐานนั้นได้อีกด้วย⁹ ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า มีเหตุผลจากความจำเป็นเพื่อให้บุคคลที่ต้องการแสวงหาความช่วยเหลือทางกฎหมาย ได้รับการบริการความช่วยเหลือจากผู้ที่เกี่ยวข้องและมีความรู้ทางกฎหมาย เพราะความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองไม่สามารถดำเนินต่อไปได้โดยปกติ ถ้าการปฏิบัติงานดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้การถูกบังคับให้เปิดเผย เรื่องราวในภายหลัง¹⁰

⁹p.B.Carter, Cases and Statutes on Evidence, (London : Sweet & Maxwell, 1990), p.214.

¹⁰Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Custom & Excise Commissioners (No.2) [1974].

นอกจากนี้หลักทั่วไปของ เอกสิทธิ์ยังถือว่า "การติดต่อสื่อสารใดหรือ เอกสารใดที่เป็น เอกสิทธิ์แล้วย่อมถือว่าเป็น เอกสิทธิ์ตลอดไป" (once privileged, always privileged)¹¹ ดังนั้นการฟ้องร้องคดีหรือดำเนินคดีในภายภาคหน้าไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เพราะขาดคุณสมบัติ¹² หรือการตายของลูกความ¹³ ก็ไม่ทำให้เอกสิทธิ์นั้นสูญสิ้นไป แต่อย่างไรก็ตามหลักนี้จะนำมาใช้เฉพาะที่เป็นคู่ความและเรื่องราวเดียวกัน หรือการติดต่อสื่อสารนั้นอยู่ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ¹⁴

สำหรับจุดมุ่งหมายของ เอกสิทธิ์นี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย "(Lawyer)" หมายรวมรวมทั้ง ราชันนิเทศและทนายความ (counsel), ที่ปรึกษากฎหมายหรือนิติกร¹⁵ (employed legal adviser) และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายระหว่างประเทศด้วย¹⁶ (overseas lawyers)

¹¹Bullock v. Corric 3 Q.B.D. 356 ; Pearce v. Foster, 15 Q.B.D. 114.

¹²Cholmondeley v. Clinton, 19 Ves. 268.

¹³Bullivant v. Att-Gen of Vitoria [1901] A.C. 196.

¹⁴Kerry Council v. Liverpool Assoc. 38 Ir. LT7 (CD).

¹⁵AC 405 : AM & S Europe Ltd. v Commission of the European Communities [1983] 1 QB 878 at p.914.

¹⁶Adrian Keane, The Modern Law of Evidonce, (London and Edinburgh : Butterworths, 1989), p.409.

ข้อ 2. ลักษณะขอบเขตของการติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับ

ขอบเขตของการติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับอาจแบ่งได้ 2 ประเภท

คือ

(1) การติดต่อสื่อสารระหว่างลูกความกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย การติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับที่จะถือว่ามี เอกสิทธิ์นั้นจะต้องปรากฏว่า เป็นการติดต่อสื่อสารที่สร้างขึ้นด้วย เหตุของความลับพันธุของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ หรืออย่างน้อยที่สุดต้องได้สร้างขึ้นด้วยความคิดที่จะก่อความลับพันธุ¹⁷ เพื่อมุ่งหมายในการให้หรือรักษาหรือ, คำแนะนำด้านกฎหมาย หรือการดำเนินคดีซึ่งลูกความมีจุดประสงค์ในการว่าจ้างหรือ โดยผลของการว่าจ้างในวิชาชีพกฎหมาย เท่านั้น และการติดต่อสื่อสารนั้นจะต้อง เกิดขึ้นขณะที่มีความลับพันธุในวิชาชีพกฎหมายด้วย ดังนั้น การติดต่อสื่อสารที่ทำได้ถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะเพื่อนฝูงหรือทำขึ้นก่อนหรือหลังมีความลับพันธุในวิชาชีพนั้น ก็ถือว่าการติดต่อสื่อสารนั้นไม่ได้รับ เอกสิทธิ์ตามหลักเกณฑ์¹⁸ นอกจากนี้ เอกสิทธิ์ยังมีขอบเขตรวมไปถึงการติดต่อสื่อสารที่ตัวแทนของลูกความได้ทำถึง เสมียนหรือผู้บังคับบัญชาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือที่ เสมียนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ทำถึงตัวแทนของลูกความด้วย¹⁹

อย่างไรก็ตาม เอกสิทธิ์อาจถูก เรียกร้องโดยบุคคลอื่นก็ได้ โดยไม่จำเป็นว่า จะต้อง เป็นลูกความ เท่านั้น เช่น บุคคลที่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับลูกความหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายร่วมกัน²⁰ ทั้งนี้ต้องปรากฏด้วยว่าการติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับนั้น

¹⁷Minter v. Priest [1930] AC 558.

¹⁸May Richard, Phipson on Evidence, (London : Sweet & Maxwell, 1984), p.300.

¹⁹Rupert Cross and Colin Tapper, Cross on Evidence, (London : Butterworths, 1985), p. 390.

²⁰Buttes Gas and Oil Co., v. Hammer (No.3) [1981]

เป็นเรื่อง เฉพาะที่ เกี่ยวข้อง และทำขึ้นขณะที่มีผลประโยชน์เกิดขึ้นร่วมกัน เท่านั้น ถ้ามี ผลประโยชน์เกิดขึ้นภายหลังที่การติดต่อสื่อสารระหว่างกันสิ้นสุดลง แล้วก็ไม่ถือว่าเป็น ผลประโยชน์ร่วมกันจึงไม่อาจ เรียกร้อง เอกสิทธิ์ได้²¹ ในกรณีที่ปรากฏว่ามี เอกสิทธิ์ ร่วมกันแล้ว การเรียกร้อง เอกสิทธิ์ก็จะต้องไม่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของลูกความ ร่วมคนอื่นด้วย²²

และ เนื่องจาก เอกสิทธิ์นี้เป็นของลูกความ ลูกความจึงอาจสละ เอกสิทธิ์ โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เช่นการที่ลูกความไม่ปฏิเสธที่จะ เปิด เผยการติดต่อ สื่อสารที่เป็นความลับ หรือได้ส่งสำเนาของ เอกสารที่เป็น เอกสิทธิ์ให้แก่ฝ่ายตรงข้าม ก็ถือว่าลูกความได้สละ เอกสิทธิ์โดยปริยาย²³ ส่วนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะ เปิด เผยการติดต่อสื่อสารนั้นได้ต่อ เมื่อได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากลูกความก่อน เท่านั้น ดังนั้นโดยหลักการแล้วผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องปฏิเสธการ เปิด เผยการติดต่อ สื่อสารทั้งด้วยวาจาและที่เป็นลายลักษณ์อักษร²⁴

(2) การติดต่อสื่อสารระหว่างลูกความหรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับบุคคลภายนอก

นอกจากจะถือว่าการติดต่อสื่อสารระหว่างลูกความและผู้ ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมาย เพื่อที่จะรับคำแนะนำด้านกฎหมาย หรือการ ตำนานคดี เป็น เอกสิทธิ์แล้ว หลักเกณฑ์นี้ยังถือว่าการติดต่อสื่อสารระหว่างตัวแทนที่ทำ งานนามของลูกความและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือระหว่างลูกความหรือผู้ ประกอบวิชาชีพกฎหมายและบุคคลภายนอก เป็น เอกสิทธิ์ด้วย โดยมีเงื่อนไขว่าการ

²¹Tabot v. Marshfield (1865) 2 Drew & Sm.549.

²²Barca de Panama Sa v. George Wimpen.

²³May Richard, Phipson on Evidence, p.305.

²⁴Greenough v. Galkell (1833) 1 My & K 98.

ติดต่อสื่อสารนั้นต้องมีจุดมุ่งหมาย เพื่อเตรียมการหรือให้ความสะดวกในการแนะนำด้านกฎหมายแก่ลูกความ หรือ เพื่อการฟ้องร้องคดีหรือการดำเนินคดีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น เป็นพยานบุคคล ล่ามแปลภาษา หรือผู้เชี่ยวชาญด้านการพิสูจน์ต่าง ๆ เป็นต้น²⁵

ดังนั้น เพื่อให้การติดต่อสื่อสารระหว่างลูกความหรือที่ปรึกษากฎหมายกับบุคคลภายนอก เป็น เอกสิทธิ์ การติดต่อสื่อสารนั้นต้องมีความแน่นอนในการดำเนินคดีในภายหน้าอันเป็นจุดมุ่งหมายของลูกความ และต้องไม่เป็นการคาดการณ้ล่วงหน้าอย่างคลุมเคลือ²⁶ แต่มันก็ไม่ว่าเป็นการฟ้องร้องคดีจะต้อง เกิดขึ้น²⁷ และไม่ว่าเป็นว่าจะต้องดำเนินคดีตามที่คาดการณ้ล่วงหน้า²⁸ และที่สำคัญที่สุดการติดต่อสื่อสารนั้นต้องได้ทำขึ้นโดยมุ่งหมาย เพื่อที่ปรึกษากฎหมายจะได้แนะนำหรือดำเนินการเกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีหรือการดำเนินคดี²⁹ ากับลูกความ แต่ถ้าการติดต่อสื่อสารกับบุคคลภายนอกนั้น เป็น เพียงข้อมูลที่ไม่ได้ประกอบขึ้นด้วยคำแนะนำในการปรึกษาหารือด้านกฎหมายหรือการดำเนินคดีแล้วย่อมไม่ได้รับ เป็น เอกสิทธิ์³⁰

²⁵p.B. Carter, Cases and Statutes on Evidence, p.220.

²⁶Bray on Discovery, อ้างโดย Lord Denning MR ในคดี Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Gmmissioner (No.2) [1974].

²⁷Bristol Corpn v. Cox (1884) 26 ChD 678

²⁸Di Pictrantono v Austin Hosiptal (Heidelberg [1958] VR 325.

²⁹Curling v Perring (1835) 2 My & K 380.

³⁰Anderson v Bank of British Columbla (1876) 2 Ch.D 644.

นอกจากนี้แล้วยังมีการออกกฎหมายรับรอง เอกสิทธิ์ทางกฎหมายไว้ ณ มาตรา 10 (1) แห่ง The Police and Criminal Evidence Act 1984 โดยกำหนดว่าเอกสิทธิ์ทางกฎหมาย หมายถึง

(1) การติดต่อสื่อสารระหว่างที่ปรึกษากฎหมายกับลูกความ หรือบุคคลที่แทนลูกความ และได้ทำขึ้น เกี่ยวข้องกับการให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ลูกความ

(2) การติดต่อสื่อสารระหว่างที่ปรึกษากฎหมายกับลูกความ หรือผู้แทนลูกความ, หรือระหว่างที่ปรึกษากฎหมายคนนั้นหรือลูกความหรือผู้แทนลูกความกับบุคคลอื่น ๆ ที่ได้ทำขึ้น เกี่ยวข้องหรือมีความมุ่งหมายถึงการดำเนินการทางกฎหมาย และ

(3) เรื่องที่เกี่ยวข้องหรืออ้างถึงการติดต่อสื่อสารนั้น และได้ทำขึ้น เพื่อให้คำปรึกษาทางกฎหมายหรือ เพื่อมุ่งหมายในการดำเนินการทางกฎหมาย

ข้อ 3. ข้อยกเว้น (Exception)

ลูกความอาจสละ เอกสิทธิ์ได้ เสมอ หมายความว่าอาจสละ เอกสิทธิ์ในศาลได้ด้วย เหมือนกัน ซึ่ง เป็นการโต้แย้งผลประโยชน์และความต้องการของลูกความ แม้ว่าจะกระทำไปโดยสำคัญผิดก็ตาม³¹ การสละ เอกสิทธิ์ของทนายความ อาจทำได้โดยปริยายจากการใช้ประโยชน์ใน เอกสารที่เป็น เอกสิทธิ์ในการดำเนินคดีในศาล เช่นการใช้ เอกสาร เพื่อจุดมุ่งหมายในการถามค้าน³²

³¹Great Atlantic Insurance Co., v Home Insurance Co., [1981] 2 All ER 485 at 494.

³²Nea Karteria Mariume Co., v Atlantic and Great Lackco Stramship Co., (No.2) [1981] และ Bures Gas and Oil Co., v Hammer (No.3) [1981]

นอกจากการสละ เอกสิทธิ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีข้อยกเว้นในกฎของ
เอกสิทธิ์อยู่ 4 หัวข้อคือ

1) การติดต่อสื่อสารเพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดอาญาหรือฉ้อ
โกง (communications to facilitate crime or fraud)

หลักข้อยกเว้นนี้มาจากคำพิพากษาคดีของ R v Cox and Railton³³
ซึ่งศาลตัดสินว่า "ถ้าลูกความนำเอาคำแนะนำของทริลลิตีเตอร์ไปใช้โดยมีเจตนาที่จะ
เป็นแนวทางในการกระทำความผิดอาญาหรือฉ้อโกง โดยที่ปรึกษากฎหมาย (legal
adviser) ไม่ได้รู้ถึงจุดมุ่งหมายของลูกความ การติดต่อสื่อสารระหว่างทั้งสองไม่
เป็นเอกสิทธิ์" ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ทริลลิตีเตอร์คนหนึ่งถูกบังคับให้เปิดเผยถึงสิ่งที่ผ่าน
มาระหว่างเขากับเหล่านักโทษ ในโอกาสที่พวกนักโทษได้ปรึกษาหาหรือ เขาเกี่ยวกับ
การดึงเอาบิลขายไป (drawing up a bill of sale) ซึ่งถูกกล่าวหาว่าเป็น
การฉ้อโกง³⁴

หลักข้อยกเว้นนี้ถือ เป็นหลักต่อมาและนับว่าต้อง เป็นพยานหลักฐานเบื้องต้น
(prima facie evidence) เฉยๆ ถ้าเจตนาของลูกความที่จะรับคำแนะนำเพื่อ
กระทำความผิดอาญาหรือฉ้อโกงต่อไปแล้ว ศาลจะพิจารณาว่าสถานการณ์นั้นอยู่ภาย
ในกฎข้อยกเว้นเกี่ยวกับ เอกสิทธิ์ทางวิชาชีพ (professional privilege)³⁵

แต่อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นนี้ก็มีขอบเขตจำกัดคือ

ประการแรก ข้อยกเว้นไม่มีขอบเขตไปถึงการติดต่อสื่อสารที่เกี่ยวข้องกับ
เจตนาที่จะกระทำความผิดกฎหมาย (intended legal wrong) หรือการกระทำผิด

³³R v. Cox and Railton (1884) 14 QBD 153

³⁴Rupert Cross and Colin Tapper, Cross on Evidence,
p.395.

³⁵O' Rourke v Darbishire [1920] AC 851

ทางแพ่ง (civil wrongs) ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล³⁶ อาทิเช่น คำแนะนำของทนายความให้จำเลยละเมิดสัญญาซื้อขายที่ดิน (breach of contract)³⁷

ประการที่สอง ซ้อยกเว้นไม่มีขอบเขตที่จะเปิดเผยการติดต่อสื่อสารซึ่งถูกความได้แสวงหาความช่วยเหลือเหลือจากโซลิซิเตอร์ในการเพิ่มข้อต่อสู้ในการดำเนินคดีทางแพ่งที่เขาถูกกล่าวหาว่าทำการฉ้อฉล³⁸

ประการสุดท้าย ซ้อยกเว้นไม่มีขอบเขตถึงเอกสารโต้ตอบระหว่างโซลิซิเตอร์และผู้รับโอนสิทธิหรือเหยื่อของคนฉ้อฉล³⁹

นอกจากซ้อยกเว้นที่เป็นหลักในคานีพากชาคดี R v. Cox and Railton แล้ว มาตรา 10(2) ของ the Police and Criminal Evidence Act, 1984 ได้กำหนดถึงเจตนาของจุดมุ่งหมายที่จะกระทำความผิดอาญาต่อไปในภายหลังไม่อยู่ภายใต้เอกสิทธิ์ทางกฎหมาย มาตรา 10(2) มีเจตนาที่จะสะท้อนถึงสถานะของกฎหมายคอมมอนลอว์ และไม่เคร่งครัดเหมือนกับหลักของคดี R v. Cox and Railton โดยถือว่าการโอนเอกสารเพื่อเตรียมไว้โดยมีเจตนาใช้ในกระบวนการค้าขายที่ผิดกฎหมาย แม้ว่าโซลิซิเตอร์จะยึดถือไว้โดยบริสุทธิ์ก็ตามก็ถือว่าตกอยู่ภายในบังคับของมาตรา 10(2) ที่จะไม่ถูกป้องกันจากการเปิดเผย⁴⁰

³⁶Butler v. Board of Trade [1971] Ch. 680.

³⁷Crescent Farm (Sidcup) Sports Ltd v Sterling Offices Ltd [1972] Ch 553 [1971] 3 All ER 1192.

³⁸Chandler v Church [1987] C.L.Y. 3059 (Ch.D)

³⁹Banque Keyser Ullmann SA v Skandia (UK) Insurance Co., Ltd.

⁴⁰Francis & Francis (a firm) v Central Criminal Court [1988] 3 All ER 775 (H.L.), [1989] A.C.346 (H.L.)

2) ข้อเท็จจริงที่พบได้ในวิถีทางของความสัมพันธ์ (Facts Discovered The Course of The Relationship)

เอกสิทธิ์นำมาใช้เฉพาะการติดต่อสื่อสารเท่านั้น ไซลิซิเตอร์อาจถูกบังคับให้เปิดเผย ชื่อ ลักษณะรูพรรณ (identity) ของลูกความได้⁴¹ และเอกสิทธิ์ก็ไม่มีป้องกันการเปิดเผยข้อเท็จจริงจากการลี้ภัยเกิดโดยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ได้มาในวิถีทางความสัมพันธ์ของพวกเขาในฐานะลูกความและที่ปรึกษากฎหมาย ตัวอย่างเช่นคดี *Brown v Foster*⁴² ถือว่า แบริสเตอร์ เคยเห็นหนังสือของลูกความที่แสดงในการพิจารณาคดีสามารถให้การเป็นพยานหลักฐานได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกความ

3) ข้อมูลที่มีแนวโน้มในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ (information tending to establish innocence)

การรักษาความลับของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ ถูกครอบคลุมโดย ผลประโยชน์ของสาธารณะ (public interest) ในการที่จะหลีกเลี่ยงการลงโทษผู้บริสุทธิ์⁴³

ในคดีของ *R v. Barton*⁴⁴ จำเลยถูกกล่าวหาว่าฉ้อโกงโดยการเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินในกองมรดก ไซลิซิเตอร์ถูกเรียกเป็นพยานในศาลและให้แสดงเอกสารเกี่ยวกับกองมรดก ซึ่งจำเลยเรียกร้องว่าไซลิซิเตอร์และพยานเอกสารนั้นจะสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของเขาได้แม้ว่ามันจะไม่ชัดเจนว่า เอกสารที่ได้นำนานั้น เกี่ยวข้องกันก็ตาม ถ้าพิจารณาถึงการบริการของไซลิซิเตอร์แก่ลูกความที่มีจุด

⁴¹*Bursill v Turner* (1885) 16 QBD 1.

⁴²*Brown v Foster* (1857) 1 H & N 736; *Re Cathawrt, ex p Campbell* (1870) 5 Ch App 703.

⁴³*Adrian Keane, The Modern Law of Evidence*, p.417.

⁴⁴*R.v. Barton* [1972] 2 All ER 1192, [1973] 1 WLR 115.

มุ่งหมายของการดำเนินคดีตามความมุ่งหมายของลูกความแล้วก็ย่อม เป็น เอกสิทธิ์อย่าง
ไม่ต้องสงสัย แต่กระนั้นก็ดี Caulfield J ก็ได้มีคำสั่งให้ชวลีชีเตอร์แสดง เอกสาร
เหล่านั้น และถือ เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามมา เมื่อมีการกระทำดังนี้

"ถ้ามี เอกสารในความครอบครองหรือควบคุมโดยชวลีชีเตอร์ ซึ่งการแสดง
เอกสารนั้นจะช่วยให้การต่อสู้คดีของจำเลยได้ กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็น เอกสิทธิ์และจำ
สามารถรับได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีจะอนุญาตให้ชวลีชีเตอร์หรือบุคคลอื่น ๆ ปก
ปิดข้อมูลกับลูกขุน ซึ่งถ้าการ เปิด เผยกับลูกขุน บางทีอาจทำให้บุคคลนั้นได้พิสูจน์ความ
บริสุทธิ์ของเขา หรือชัดเจนว่าการกล่าวหาของศาลได้"⁴⁵

4) รัษฎบัญญัติ (Statute)

มีรัษฎบัญญัติต่าง ๆ ด้ยก เด็ก เอกสิทธิ์ทางวิชาซึ่งกฎหมายโดยชัดแจ้ง
และบางครั้งก็มี เจตนาที่จะไม่ผูกพันกับกฎหมายตามคำพิพากษา (case-law) อัน
เป็นการยกเด็กหลักตามคำพิพากษานั้นโดยปริยาย อย่าง เช่น ในคดีของ Jones v.
GD Seale Co., Ltd⁴⁶ แสดงถึงมาตรา 2D ของ The Limitation Act
1939 และ 1975 ด้ยก เว้นกฎข้อบังคับของ เอกสิทธิ์ทางวิชาซึ่งกฎหมาย โดยบังคับ
ให้โจทก์ตอบคำถาม เกี่ยวกับข้อแนะนำทางกฎหมายที่เขาได้รับจากที่ปรึกษากฎหมาย⁴⁷

แต่อย่างไรก็ตามก็มีกฎหมายบัญญัติการรักษา เอกสิทธิ์ไว้อย่างชัดแจ้งด้วย
อาทิเช่นในคดีอาญา The Police and Criminal Evidence Act 1984

⁴⁵Rupert Cross and Colin Tapper, Cross on Evidence,
p.399.

⁴⁶Jones v. GD Seale Co., Ltd. [1978] 3 All ER 654.
[1979] 1 WLR 101.

⁴⁷Rupert Cross and Colin Tapper, Cross on Evidence,
p. 400.

มาตรา 9(2) ได้กำหนดไม่เฉพาะป้องกันเรื่องราว, วัตถุ (materail) ที่อยู่ภายใต้ เอกสิทธิ์ให้พ้นจากหมายค้น แต่ยังถือว่ากฎหมายทั้งหมดที่ออกมาก่อน เป็นโมฆะถ้าขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายนี้⁴⁸

ในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นนอกจากจะได้มีการรับรองตามหลักของ เอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ยังพบว่าการศึกษาอบรมวิชาชีพกฎหมายจะช่วยปลูกฝังจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการรักษาความลับที่ได้มาในวิชาชีพอีกด้วย โดยถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้อง เป็นผู้มี เกียรติ และได้รับความเคารพนับถือจากประชาชนทั่วไป อย่าง เช่น การแต่งตั้งผู้พิพากษาจะแต่งตั้งจากทนายความที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี อีกทั้งต้องเป็นผู้มีชื่อเสียง และมีความสามารถประกอบด้วย

ในระบบกล่าวหาว่าหน้าที่ที่มีบทบาทที่สำคัญอีกจากพวกหนึ่งคือ ทนายความซึ่งทนายความในประเทศอังกฤษมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ คือแบ่งออกเป็น 2 สาขา คือ แบริสเตอร์ (Barrister) และโซลิซิเตอร์ (Solicitor) โดยแบริสเตอร์หรือ เรียกเป็นภาษาไทยว่า เนติบัณฑิต ถือเป็นผู้มีความชำนาญทางกฎหมายมีหน้าที่ให้คำปรึกษาทางอรรถคดีความแก่โซลิซิเตอร์ เป็นผู้เรียงคำฟ้องฟ้องคดี และว่าต่างแก่ต่างให้แก่ตัวความในศาลยุติธรรม รวมทั้งร่าง เอกสารที่จำเป็น เพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย นอกจากนี้แบริสเตอร์ยังอาจเป็นที่ปรึกษากฎหมายของหน่วยงานของรัฐบาลและบริษัท ห้างร้านต่าง ๆ อีกด้วย⁴⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างแบริสเตอร์และลูกความไม่ใช่เป็น

⁴⁸Ibid.,

⁴⁹ชัยพร สมบุญวงศ์, "สกุลกฎหมายคอมมอนลอว์" หน่วยที่ 4 ใน เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528), หน้า 260.

ความสัมพันธ์ทางสัญญา (contractual relationship) แต่ถือเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเฉพาะ (sui generis)⁵⁰ โดยแบริส เตอร์จะไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับลูกค้า ในการดำเนินคดีให้กับลูกค้าจะมีโซลิซิเตอร์เป็นคนกลาง ในการติดต่อกับแบริส เตอร์ให้เข้าดำเนินคดี

ส่วนโซลิซิเตอร์ (solicitor) มีหน้าที่ติดต่อกับลูกค้าโดยตรง พร้อมทั้งให้คำปรึกษาในทางกฎหมาย เกี่ยวกับปัญหาไม่ว่าจะเป็นปัญหาครอบครัว ที่ดิน การพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือเรื่องอื่น ๆ เช่น การจัดการโอนขายที่ดิน การร่างพินัยกรรม และการร่างตราสารจัดตั้งทรัสต์ เป็นต้น ส่วนในทางคดีโซลิซิเตอร์ มีหน้าที่ในการเตรียมพยานหลักฐานที่สำหรับใช้ในการดำเนินคดีในศาล สอบถามพยานบุคคล ค้นหาและรวบรวมพยานเอกสารต่าง ๆ ตลอดจนการขอให้ศาลออกหมายเรียกบุคคลให้มาศาล⁵¹ และนอกจากนี้โซลิซิเตอร์ยังมีอำนาจดำเนินคดี เล็ก ๆ น้อยได้ด้วย ดังนั้น โซลิซิเตอร์จึงมีความสัมพันธ์กับลูกค้าอย่างใกล้ชิด เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา (contractual relationship) ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วๆไป (ordinary law of contract) และกฎหมายว่าด้วยสัญญาเฉพาะที่เกี่ยวกับตัวแทน (contract law concerning agency)

จะเห็นได้ว่าทั้ง แบริส เตอร์และโซลิซิเตอร์มีทั้งอำนาจและหน้าที่ที่กว้างขวาง แต่โซลิซิเตอร์ผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับลูกค้ามากกว่า ย่อมมีโอกาที่จะล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของลูกค้ามากกว่าแบริส เตอร์ด้วย ดังนั้นจึงมีการควบคุม

⁵⁰R.J. Walker and M.G. Walker, The English Legal System, Third edition, (London : Butterworths, 1972), p.217.

⁵¹ชัยพร สมบุญวงศ์, "สกุลกฎหมายคอมมอนลอว์" หน้าที่ 4 ในเอกสาร การสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ, หน้า 261.

ทนายความทั้ง 2 สาขา⁵² โดยแบริส เตอร์ทุกคนจะต้องสอบเป็น เนติบัณฑิตในสำนัก
กฎหมายแห่งใดแห่งหนึ่งในสี่แห่งคือ Lincoln's Inn, The Inner Temple,
The Middle Temple หรือ Gray's Inn ซึ่งทั้งสี่แห่งนี้อยู่ภายใต้การควบคุมของ
ศาล⁵³ ส่วนโซลิสิต เตอร์อยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการใน Law Society
ซึ่งคณะกรรมการนี้มีอำนาจในการสอบสวนโซลิสิต เตอร์ที่ประพฤติมิชอบ, ผิดมรรยาท
และมีอำนาจลบชื่อโซลิสิต เตอร์นั้นหรือห้ามมิให้ประกอบอาชีพในเวลาที่กำหนดไว้⁵⁴

ในประเทศอังกฤษไม่ได้กำหนดจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้
เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่มีจริยธรรมในทางประเพณีที่ถือปฏิบัติต่อเนื่องกันมานับ
เป็นร้อย ๆ ปี การปลูกฝังจริยธรรมในวิชาชีพกฎหมายมีการฝึกฝนอบรมตั้งแต่เป็น
นักศึกษาที่มีการสวมเสื้อครุยในเวลาเข้าเรียน หรือผู้ที่ เป็น เนติบัณฑิตจะต้องรับประทาน
อาหารค่ำจนครบครึ่งตามที่ เนติบัณฑิตยสภากำหนด เพื่อให้ นักศึกษาสานึกในความ
สำคัญของวิชาชีพและสำนึกในความรับผิดชอบที่ตนมีต่อวิชาชีพ⁵⁵

⁵²ดู ก่อศักดิ์ เจนสมุทรสินธุ์, "การสอบสวนและพิจารณาคดีมรรยาท
ทนายความ" วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535, หน้า 116-143.

⁵³R.J. Walker and M.G. Walker, The English legal system, p.215.

⁵⁴สุลัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพฯ : บริษัท
ประยูรวงศ์ จำกัด, มพพ), หน้า 213.

⁵⁵ธานินทร์ กรีวิเชียร, "หลักวิชาชีพนักกฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมาย
ระบบคอมมอนว์" ในรวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย แสง บุญเฉลิมวิภาส
บรรณาธิการ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า
27-28.

จากหลักกฎหมายและการควบคุมจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยขณะนี้ จะเห็นได้ว่ามีแนวทางเดียวกับของประเทศสหรัฐอเมริกาคือถือว่าการติดต่อสื่อสารที่เกิดจากความล้มพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้าเป็นความลับ อันเป็นการรักษาความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในการที่จะแสวงหาความช่วยเหลือทางกฎหมายในการดำเนินคดี

แต่อย่างไรก็ตามสิทธิของปัจเจกชนนี้อาจถูกล่วงละเมิดได้ถ้ามีผลประโยชน์ของสาธารณะเหนือกว่า เช่น การบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องเปิดเผยความลับ ซึ่งเป็นข้อมูลที่สามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยได้ (R.v. Barton [1972] 2 All ER 1192.) อันเป็นแนวความคิดในการค้นหาความจริงให้ปรากฏขึ้นในศาล โดยถือว่าการค้นหาความจริงสามารถหลีกเลี่ยงการลงโทษผู้บริสุทธิ์ได้ ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นผลมาจากการซึ่งน้ำหนักของผลประโยชน์ในการค้นหาความจริงกับการรักษาความลับของบุคคลตามหลักอรรถประโยชน์

3.3 หลักกฎหมายและขอบเขต เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ในอดีต ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของประเทศไทยไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญเหมือนของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ การประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเฉพาะทนายความไม่ค่อยจะได้รับการยอมรับจากประชาชนทั่วไปนัก* แนว

*ในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ อาชีพทนายความถือว่าเป็นอาชีพที่ไม่มีเกียรติ ทนายความยังไม่ได้รับการยกย่องและไว้วางใจให้รับใช้แทนคู่ความอย่างสนิทใจนัก ประชาชนทั้งหลายยังไม่เลื่อมใสและศรัทธาในตัวทนายความ ซึ่งอาจเนื่องมาจากการเรียนรู้กฎหมายในสมัยนี้ยังไม่มีตัวบทกฎหมายที่ต้องอาศัยจดจำกันมา บุคคลบางคนจึงอาศัยช่องว่างที่ว่านี่เอาเปรียบผู้ที่เป็นคู่ความ ทำให้ทนายความที่ดีพลอยถูกมองไปในทางที่เสื่อมเสียไปด้วย (ดู เฉลิม สติธย์ทอง "การประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย" หมอความยุติธรรม 2 (เมษายน 2529) : 16.)



ความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นจึงไม่ค่อยชัดเจนนัก แต่ต่อมา เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เริ่มมีบทบาทมากขึ้น ก็ได้มีการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายขึ้นด้วย โดยเฉพาะในเรื่องความลับของลูกความ ผู้เขียนพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับด้วยกันคือ รัฐธรรมนูญ กฎหมายลักษณะพยานและกฎหมายอาญา ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวไว้ในรายละเอียดดังนี้

ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนไว้ตลอดมา แม้จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับล่าสุดคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้กำหนดหมวดสิทธิ เสรีภาพของชนชาวไทยไว้ตั้งแต่มาตรา 24 ถึงมาตรา 49 ซึ่งในที่นี้ได้รวมถึง เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารด้วย (มาตรา 42)* ซึ่งการติดต่อสื่อสารของบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองนั้นจะต้องทำถึงกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เท่านั้น และถือว่าการตรวจ การกัก การเปิด เผย หรือการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในการติดต่อสื่อสารนั้นย่อมกระทำไม่ได้ โดยไม่คำนึงถึงว่าการกระทำนั้นจะกระทำโดยบุคคลอื่นหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความซึ่งทำโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย แต่อย่างไรก็ตามถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้ เฉพาะให้ เปิด เผยการติดต่อสื่อสาร เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย

*มาตรา 42 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534
"บุคคลย่อมมี เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือ เปิด เผย สิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหมดที่บุคคลมีติดต่อถึงกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ"

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐแล้ว การติดต่อสื่อสารนั้นย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง

ถ้าได้พิจารณาว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยในเรื่องการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน เทียบเคียงกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือ อเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (The Fourth Amendment) แล้วจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยให้การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนในขอบเขตที่ไม่กระทบต่อกฎหมายที่กำหนดไว้ เฉพาะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือ อเมริกาให้การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอย่างบริบูรณ์โดยไม่มีข้อแม้ใด ๆ

ส่วนกฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทย ซึ่ง เริ่มต้นจากพระไวยการลักษณะพยาน พ.ศ.1894* ไม่ปรากฏว่ามีแนวความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแต่อย่างใด จนกระทั่งมีกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ.113 กำหนดหลักการให้ ผู้ที่มีสติรู้จักผิดชอบและ เข้าใจความเป็นพยานได้ เว้นแต่อยู่ในข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ (มาตรา 4) ซึ่งข้อยกเว้นในกฎหมายนี้ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาที่ถูกร้อง เป็นพยานไม่จำเป็นจะต้องให้การตอบข้อถามข้อใดข้อหนึ่ง ซึ่งถามถึงอาการกริยาและความประพฤติตัวของผู้พิพากษาผู้นั้น เองในศาลในระหว่างเวลาซึ่งตนนั่งกระทำการตามหน้าที่ผู้พิพากษาอยู่ และไม่จำเป็นจะต้องตอบคำถามข้อใดข้อหนึ่งซึ่งถามถึง เหตุการณ์สิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งตนได้รู้ในส่วนหน้าที่ของตน เว้นแต่เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ศาลาหลวง อธิบดีฯ ซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาตนได้โดยทาง

*ในหลักการของพระไวยการลักษณะพยานนี้ได้กำหนดห้ามบุคคล 33 ประเภท เป็นพยาน (เรียกว่าอูตรีพยาน) โดยถือว่าบุคคลเหล่านี้อาจมีอคติ ลาเอียง หรือ เป็นบุคคลที่ไม่น่าไว้วางใจ ซึ่งผู้เขียนตรวจสอบแล้วไม่ปรากฏว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นบุคคลใน 33 ประเภทนี้

ราชการจะมีคำสั่งให้ตนยอมให้การ จึงต้องให้การตอบข้อความนั้น ๆ (มาตรา 7) ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้ผู้พิพากษาไม่ต้องตอบคำถามใด ๆ ถึง เหตุการณ์ที่ผู้พิพากษาได้รู้ในหน้าที่ของตนนั้น เพราะไม่ต้องการให้ประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะคู่ความซึ่งได้รับผลร้ายจากคำเบิกความของผู้พิพากษาที่เป็นพยาน เกิดความรู้สึกว่า การพิจารณาพิพากษาคดีอาจเอนเอียงเข้าข้างคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้พิพากษาได้รู้เห็นเหตุการณ์โดยประการอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของตนแล้ว ผู้พิพากษานั้นย่อมให้การตอบคำถามนั้นได้ เช่น ผู้พิพากษาได้รู้เห็นเหตุการณ์ที่ นาย ก. ม่านาย ช. ถึงแก่ความตาย ผู้พิพากษานั้นย่อมให้การตอบคำถามถึง เหตุการณ์นั้นได้

ข้อที่น่าสังเกตุอีกประการหนึ่งของกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ.113 คือ นอกจากกำหนดห้ามผู้พิพากษาเบิกความ เป็นพยานดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็ไม่ได้กำหนดห้ามผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านอื่น ๆ เบิกความ เป็นพยานแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามในการเรียนการสอนวิชากฎหมายลักษณะพยานได้มีนักวิชาการหลายท่าน อาทิ เช่น พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาบตี⁵⁶ พระยามานวราชเสวี⁵⁷ หรือศาสตราจารย์ แอล ดู ปลาตร์⁵⁸ ต่างมีความเห็นว่า ทนายความ เป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องตอบคำถามถึงข้อความที่ลูกความนำมาปรึกษาหารือในหน้าที่ทนายความ เว้นแต่

⁵⁶ดู จินดาภิรมย์ราชสภาบตี, พระยา (จิตร ๕ สงขลา) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาพยานหลักฐาน, (พระนคร : โรงพิมพ์ศาลบรรณคดี, 2464), หน้า 136-139.

⁵⁷ดู มานวราชเสวี, พระยา, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความพยานหลักฐานในคดีอาชญา, (พระนคร : โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2472), หน้า 40-41.

⁵⁸ดู แอล ดู ปลาตร์, บรรยายแทนโดย นายวิจิตร ลุสิตานนท์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาพยานหลักฐาน, (พระนคร : ม.ป.ท., 2477), หน้า 79.

ลูกความยินยอม ทั้งนี้เพราะถือว่าเป็นมรรยาทของทนายความที่ต้องรักษาความลับของลูกความไว้ ตามที่มีกำหนดไว้ในข้อบังคับมรรยาททนายความ พ.ศ. 2458 ข้อ 5

ต่อมาได้มีการออกกฎหมายลักษณะพยานใหม่แทรกอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและความอาญา* โดยมีหลักการทั่วไปว่า ทุก ๆ คนมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือรัฐในการค้นหาความจริงและผลลงไว้ซึ่งความยุติธรรม ทุกคนจึงต้องมาให้ถ้อยคำหรือ เบิกความตามสัตย์จริง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าการค้นหาความจริงได้ทำลายคุณค่าของมนุษย์ในการอยู่ร่วมกันในสังคมและค่าส่วนบุคคลแล้ว** รัฐก็จะไม่บังคับให้บุคคลนั้นมาให้ถ้อยคำหรือ เบิกความในศาล กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นให้พยานไว้ไม่ต้องมาให้ถ้อยคำหรือ เบิกความ เหมือนกับพยานคนอื่น ๆ และในส่วนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและความอาญา กำหนดข้อยกเว้นไว้ เช่น เดียวกัน โดยในวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดไว้ใน

* กฎหมายลักษณะพยานนี้ไม่ได้ประมวลแยกไว้ต่างหากอย่างกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 และไม่ได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 อย่างชัดเจนด้วย เพียงแต่บทบัญญัติให้ บทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือตราไว้แล้วในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความนี้ ให้ใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแทน

** การอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ประกอบด้วยค่า 2 ประการ หล่อหลอมกันอยู่คือ ค่าของการอยู่ร่วมกันและค่าส่วนบุคคล ซึ่งในการค้นหาความจริงคืออาญาที่ทำลายค่าทั้งสองประการนี้ย่อมกระทำไม่ได้ (ดู คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทยการพิมพ์, 2528) , หน้า 51.)

มาตรา 92* ให้ทนายความปฏิเสธการ เบิกความหรือการนำเอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับ ซึ่งทนายความได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกค้าความในฐานะที่เป็นทนายความ

ตามบทบัญญัติของมาตรา 92 นี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายระบุเฉพาะทนายความเท่านั้นที่จะปฏิเสธการ เบิกความหรือนำเอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับนั้นมาแสดง ในส่วนนี้ถ้าพิจารณาต่อไปจะเห็นว่า ทนายความที่ระบุไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหมายถึง ทนายความตาม พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528 นั่นคือผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความเท่านั้น (มาตรา 4) ดังนั้น ผู้ที่สภาทนายความไม่ได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความย่อมไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการ เบิกความ การนำเอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับมาแสดงได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสาขาอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ทนายความ เช่น เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กับบริษัท ห้างร้านด้านธุรกิจ นิติกร พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือผู้พิพากษาจะไม่มี

*มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดว่า

"ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้อง เบิกความหรือนำพยานหลักฐานชนิดใด ๆ มาแสดง และคำ เบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจ เปิด เผย

(1)

(2) เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใด ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกค้าความในฐานะที่ตน เป็นทนายความ

(3)

คู่ความหรือบุคคล เช่นว่านั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอม เบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้น ๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากพนักงาน เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิด เผยได้

"ลข"

สิทธิที่จะปฏิเสธการปฏิบัติตามกฎหมายได้ นอกจากนี้ ทนายความที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตที่ทนายความได้รับมอบหมายซึ่ง เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับหรือบอกเล่าจากลูกค้าความในฐานะที่เป็นทนายความเท่านั้น ดังนั้น การรับมอบหมายซึ่ง เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับหรือบอกเล่ากันในฐานะอื่นที่ไม่ใช่ทนายความ เช่น ในฐานะเพื่อนฝูง หรือที่ปรึกษากฎหมายธุรกิจ ฯลฯ ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้

ในขณะเดียวกัน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231* กำหนดข้อยกเว้นให้ผู้ที่ได้รับหรือทราบถึง เอกสาร หรือข้อความลับ เนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา มีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานนั้นได้ ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้จะ เห็นได้ว่าบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองไม่ต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานนั้น เป็นบุคคลที่มีอาชีพหรือหน้าที่เกี่ยวข้องกับความลับ เช่น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ

*มาตรา 231 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดว่า
"เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1)

(2) เอกสารหรือข้อความลับ ซึ่งได้มาหรือทราบ เนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

(3)

คู่ความหรือบุคคลนั้น มีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจาก เจ้าหน้าทีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น

ฯลฯ"

พนักงานสอบสวน ทนายความ แพทย์⁵⁹ วิศวกร นักการธนาคาร ตลอดจนผู้สอบ บัญชี⁶⁰ เป็นต้น วัตถุประสงค์หมายนี้ถ้าได้พิจารณา เทียบเคียงกับวิธีพิจารณาความแพ่งจะ เห็นได้ว่า ความอาญามีขอบเขตที่กว้างกว่าความแพ่ง โดยความอาญาครอบคลุมถึง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทุกประเภทที่ได้รับ เอกสารหรือข้อความลับ เนื่องในอาชีพ หรือหน้าที่ในขณะที่ความแพ่งครอบคลุม เฉพาะทนายความ เท่านั้น และเฉพาะที่ได้รับ มอบหมายซึ่ง เอกสารหรือข้อความลับหรือบอก เล่าจากลูกความในฐานะที่เป็นทนาย ความด้วย

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าในการพิจารณาความแพ่งหรือความอาญา หาก เจ้าของความลับอนุญาตก็สามารถเปิดเผยได้ หรือศาลอาจเรียกเจ้าของความลับ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้เหตุผล และถ้าศาลเห็นว่าไม่มี เหตุผล เพียงพอก็อาจบังคับให้ พยานให้การได้ วัตถุประสงค์ถ้าพยานไม่ปฏิบัติตามก็ต้องรับโทษฐานละเมิดอำนาจศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30⁶¹

นอกจากนี้ กฎหมายลักษณะพยานยังให้ เอกสิทธิ์แก่พยานไม่ต้องตอบคำถามใด ๆ ที่จะทําให้เขาต้องรับโทษทางอาญาอีกด้วย ซึ่งมีบัญญัติไว้ทั้งในวิธีพิจารณา

⁵⁹ นิตยภัต เทศะบุรุษ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุกธิการพิมพ์, 2532), หน้า 231.

⁶⁰ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุกธิการพิมพ์, 2525), หน้า 79.

⁶¹ ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา, กฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุกธิการพิมพ์, 2528), หน้า 140.

ความแห่งและความอาญา โดยในวิธีพิจารณาความแห่ง มาตรา 118* กำหนดห้าม คู่ความไม่ให้ถามพยานด้วยคำถามที่อาจทำให้พยานหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคล ภายนอกต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ คำถามนั้นจะ เป็นสาระสำคัญอันที่จะชี้ขาด ข้อพิพาทแห่งคดี ส่วนในวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 234** กำหนดแต่เพียงว่า พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่ง โดยตรงหรือโดยอ้อมที่อาจทำให้ เขาถูกฟ้องคดีอาญา และ เมื่อมีคำถาม เช่นว่านั้นให้ศาล เตือนพยานก่อน

ในส่วนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น ถ้าต้อง เปิดความหรือตอบคำถาม ถึงความลับของลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจได้รับโทษทางอาญาฐาน เปิด เผยความลับได้ ดังนั้นอาจถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับ เอกสิทธิ์ที่จะ ไม่ต้อง เปิดความหรือตอบคำถามตามหลักนี้ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งวิธี พิจารณาความแห่งและวิธีพิจารณาความอาญามีลักษณะแตกต่างกันคือ

(1) ในความแห่งถือว่าผู้ที่อาจได้รับโทษทางอาญา อาจ เป็นตัวพยาน คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก ในขณะที่ความอาญาระบุ เฉพาะตัวพยาน เท่านั้น

*มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแห่ง กำหนดว่า
".....

ห้ามไม่ให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถามพยานด้วย

(1)

(2) คำถามที่อาจทำให้พยาน หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก รับโทษทางอาญา..... เว้นแต่คำถาม เช่นว่านั้น เป็นข้อสารสำคัญอันที่จะชี้ขาด ข้อพิพาท

ฯลฯ"

**มาตรา 234 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า

"พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่ง โดยตรงหรือโดยอ้อม อาจจะทำให้ เขาถูก ฟ้องคดีอาญา เมื่อมีคำถาม เช่นนั้นให้ศาล เตือนพยาน"

(2) ในความแห่ง ถือเป็นอำนาจของศาลที่จะชี้ขาดว่าคำถามนั้นถามได้หรือไม่ และมีอำนาจห้ามไม่ให้ถามพยานได้ ในขณะที่ความอาญาให้อำนาจศาลแต่เพียง เดือนพยานเท่านั้น ถ้าพยานยัง เต็มใจที่จะตอบคำถามก็ถือว่าพยานได้สละเอกลิทธิของตนแล้ว

(3) ในความแห่ง ถือว่าหาก เป็นข้อสาระสำคัญในคดีแล้วศาลมีอำนาจถามได้ ในขณะที่ความอาญาไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้

นอกจากการให้ เอกลิทธิแก่พยานที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ต้องมา เบิกความหรือตอบคำถามใด ๆ แล้ว ประเทศไทยยังถือว่าการ เปิด เผยความลับของผู้อื่น เป็นความผิดอาญาอีกด้วย ซึ่งกำหนดขึ้นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 280* โดยถือว่าผู้ล่วงรู้ความลับของผู้อื่น เพราะ เป็น เจ้าพนักงาน หรือ เป็นผู้ประกอบการทางศิลปศาสตร์ ได้ทำการ เปิด เผยความลับของผู้อื่นไปโดยไม่มีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และในลักษณะที่อาจจะ เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว ผู้นั้นจะ ได้รับโทษทางอาญา**

* มาตรา 280 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติว่า

"ผู้ใดได้ล่วงรู้ความลับสำหรับตัวของผู้อื่น เพราะมัน เป็น เจ้าพนักงาน จึงรู้ได้โดยตำแหน่งหน้าที่ของมันก็ดี หรือ เพราะมัน เป็นผู้ประกอบการให้แก่ เขาโดยทางศิลปศาสตร์ จึงรู้ความลับนั้นได้ก็ดี ถ้าแลมันมิได้มีอำนาจจะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แลมันบังอาจ เอาความลับสำหรับตัวของ เขาไป เปิด เผย โดยลักษณะอันสามารถอาจจะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดได้ ใช้ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ....."

** มาตรา นี้ เทียบ เคียงได้กับประมวลอาญาของ เยอรมัน มาตรา 300 และของญี่ปุ่น มาตรา 134 ซึ่งกำหนดให้ แพทย์ผู้ผสมยา แพทย์ผู้ตรวจครรภ์ หมอความทนายนความ ผู้ล่วงรู้ความลับของผู้อื่นโดยหน้าที่ หรือโดย เพราะ เป็นผู้ประกอบการให้แก่ เขาทางศิลปศาสตร์ ถ้าและบังอาจ เปิด เผยความลับนั้นจะต้องได้รับโทษทางอาญา

ต่อมา ได้มีการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 โดยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทน แต่ยังไม่สิ้นทศตวรรษความคิด เดิมที่จะลงโทษทางอาญาแก่ผู้ที่เปิดเผยความลับของผู้อื่น โดยกำหนดไว้ในมาตรา 323 ดังนี้

"ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดย เหตุที่เป็น เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจ่าหน้ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้ลอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้ว เปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดต้องระวางโทษ....."

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 323 ได้กำหนดลักษณะของการกระทำผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้อื่นที่ได้มาถึง เหตุที่เป็น เจ้าพนักงาน และโดยเหตุที่ประกอบอาชีพโดยได้กำหนดประเภทของบุคคลว่าเป็นบุคคลจากพวกใดบ้าง ซึ่งเป็น การแก้ไขข้อบกพร่องของมาตรา 280 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และขยายขอบเขตกว้างไปถึงผู้ช่วยในการประกอบอาชีพ (มาตรา 323 วรรคแรก) และผู้เข้าศึกษาอบรมด้วย (มาตรา 323 วรรคสอง)

(ต่อ)

และถ้าพิจารณาต่อไป จะเห็นได้ว่า ประมวลอาชญาของ เยอรมันและของญี่ปุ่นได้แยกประเภทบุคคลผู้มีหน้าที่อันสามารถล่วงรู้ความลับได้โดยตำแหน่งหน้าที่และโดย เป็นผู้ประกอบศิลปศาสตร์ แต่ความในมาตรา 280 ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 หากได้แยกประเภทบุคคลผู้มีหน้าที่ไว้ด้วยใหม่ ดังนั้นเมื่อมีปัญหาจึงต้องอาศัยใช้เทียบกับของ เยอรมันและของญี่ปุ่น (ดู ลัดดลัทธิธรรม ประคัลภ์, พระยา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, (พระนคร : ม.ป.ท., 2479), หน้า 365.)

และถ้าได้พิจารณา เทียบเคียงมาตรา 323 แห่งกฎหมายอาญาในปัจจุบัน และมาตรา 280 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แล้ว จะพบว่า มาตรา 323 ไม่ได้กำหนดว่าการ เปิด เผยความลับของผู้อื่นที่ไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็น ความผิดอาญา เหมือนเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 280 ดังนั้น ในมาตรา 323 จึงอาจ ตีความได้ว่า การ เปิด เผยความลับของผู้อื่นที่...หมอความ หรือทนายความ ได้ล่วง รู้หรือได้มาซึ่งความลับโดย เหตุที่เป็นผู้มีหน้าที่นั้น ในประการที่น่าจะ เกิดความ เสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว ต้องรับโทษทางอาญา โดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ

นอกจากนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยังอยู่ภายใต้การควบคุมมรรยาททาง วิชาชีพ โดยมรรยาทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแบ่งแยกไปตามสาขาของนัก กฎหมาย อาทิเช่น ทนายความมีมรรยาททนายความ* ซึ่งในปัจจุบันอยู่ภายใต้การ ควบคุมของสภาทนายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 51 ซึ่งบัญญัติว่า

"ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ การ กำหนดมรรยาททนายความให้สภาทนายความตรา เป็นข้อบังคับ

ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาทนายความตราขึ้นตาม วรรคหนึ่ง ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ"

*ในส่วนของผู้พิพากษา อัยการหรือข้าราชการอื่น ๆ ก็มีจรรยาบรรณทาง วิชาชีพและวินัยข้าราชการกำหนดใน เรื่องการรักษาความลับของทางราชการไว้ เช่น กัน (ดูรายละเอียดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2529 ระเบียบ ว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 และพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535)

และกำหนดโทษไว้ในมาตรา 52 ว่า

"โทษผิดมรรยาทนายความมี 3 สถานคือ

- (1) ภาคทัณฑ์
- (2) ห้ามทำการ เป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ
- (3) ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

ฯลฯ"

ซึ่งข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ.2529 ข้อ 4 ก็ได้
รับรองอีกว่า

"ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อใดข้อหนึ่งดังจะกล่าวต่อ
ไปนี้ ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาทนายความ"

และข้อ 11 แห่งข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ.2529 ได้
กำหนดว่า

"เปิดเผยความลับของลูกความที่รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะ
ได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอานาจศาล"

ความผิดฐานเปิดเผยความลับของทนายความนั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกา
แต่ก็พออ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2459⁶² ในกรณีที่ทนายความทำหนังสือปลอมมาให้
แก่ลูกความของตน แล้วกลับเปิดเผยความลับนั้นให้แก่ลูกความอีกฝ่ายหนึ่งทราบและ
เข้าเป็นพยานให้ลูกความฝ่ายนั้นด้วย การกระทำของทนายความนี้ถือ เป็นการผิด

⁶²คำพิพากษาศาลฎีกา ประจําพุทธศักราช 2459 (กรุงเทพมหานคร : เนติ
บัณฑิตยสภา, 2459), หน้า 395.

มรรยาททนายความ แม้ว่าเหตุนี้จะเกิดขึ้นก่อนใช้พระราชบัญญัติทนายความก็ดี ทนายความนั้นก็หาพ้นจากความผิดนี้ไม่ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487⁶³ ซึ่งเป็นคดีครอบครัวและแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ที่กล่าวถึงการกระทำของ ทนายความฝ่ายโจทก์ไว้ส่วนหนึ่งว่า ทนายโจทก์ที่มาเบิกความเป็นพยานโจทก์ถึง เรื่องที่สามีของโจทก์ (ลูกความในคดีก่อน) บอกแก่ตนในเรื่องสินเดิม ซึ่งการเบิก ความเป็นพยานนี้ลูกความไม่ได้อนุญาตหรือศาลสั่งให้เปิดเผย ย่อมเป็นการผิดต่อ มรรยาททนายความ เป็นต้น

ในตอนที่ท้ายนี้ ผู้เขียนได้พบข้อสังเกตุประการหนึ่งว่า ในต่างประเทศทั้ง ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ มีกฎหมายและข้อบังคับควบคุมมรรยาท ของทนายความในเรื่องการรักษาความลับของลูกความไม่มากนัก พอใช้ปฏิบัติได้เท่า นั้น แต่ทนายความกลับได้รับความเชื่อถือและไว้วางใจจากลูกความมาก ในขณะที่ใน ประเทศไทยมีกฎหมายและข้อบังคับควบคุมมรรยาทของทนายความในเรื่องดังกล่าว มากกว่า แต่กลับไม่ได้รับความไว้วางใจจากลูกความเหมือนหรือเท่าของต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมาย ผลกระทบและปัญหาในทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการเปิดเผยความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยในบทที่ 4 ต่อไป

⁶³คำพิพากษาศาลฎีกา ประจําพุทธศักราช 2487 (กรุงเทพมหานคร : เนติ บัณฑิตยสภา, 2487), หน้า 351.