

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

จากการที่ประเทศไทยมีประชากรเพิ่มมากขึ้นและทรัพยากรที่ใช้มีอยู่อย่างจำกัด อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและวัฒนธรรม ทำให้มีคดีความเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพิ่มมากขึ้น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศซึ่งเป็นศาลชำนาญการพิเศษก็เป็นอีกศาลหนึ่งที่มีจำนวนคดีเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ คดีความที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมักเกิดจากการแก่งแย่งชิงไหวพริบ เพื่อให้ตนเป็นผู้ชนะและอยู่รอดในสังคมที่สลับซับซ้อนและวุ่นวาย จนบางครั้งมีการแข่งขันกันจนลืมคำว่าคุณธรรม แข่งขันกันเพื่อชัยชนะในทางธุรกิจและอื่นๆ จนขาดคุณธรรมเป็นต้นเหตุให้เกิดการกระทบกระทั่งจนเป็นคดีที่ต้องนำมาฟ้องร้องกันในศาล

มนุษย์จัดว่าเป็นสัตว์สังคม เพราะมีธรรมชาติและความจำเป็นที่ต้องอยู่ร่วมกัน แต่การอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นก็ย่อมก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาท ความบาดหมางหรือความขัดแย้ง ซึ่งการพิพาทบาดหมางหรือข้อขัดแย้งต่างๆ มีทั้งข้อพิพาทที่ยังไม่ถึงขั้นที่จะเป็นคดีความได้ หรือยังไม่ถึงขั้นที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด

สภาพของความเป็นมนุษย์ที่จะต้องมีความขัดแย้ง คดีที่ฟ้องร้องกันส่วนมากโดยเฉพาะคดีแพ่ง จะเกิดปัญหาที่ตัวบุคคล ดังนั้น หากปล่อยให้คู่ความดำเนินคดีโดยวิธีธรรมดาทั้งคู่ความก็ยังคงใช้วิธีการชิงไหวชิงพริบเพื่อให้ฝ่ายตนเป็นฝ่ายได้เปรียบจนบางครั้งทำให้คดีล่าช้า ธุรกิจหยุดชะงัก และคดีค้างค้ำเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวความและเศรษฐกิจส่วนรวมของประเทศเป็นอย่างมาก

การจัดการความขัดแย้งเพื่อระงับข้อพิพาทที่เป็นประโยชน์สมควรใช้วิธีดำเนินการ ไกล่เกลี่ยปรองดอง เพื่อหาทางออกที่สมประโยชน์ของทุกฝ่ายมากที่สุด และควรมีวิธีการช่วยเหลือให้มีการระงับความขัดแย้งก่อนที่จะกลายเป็นข้อพิพาทนำไปสู่กระบวนการทางศาล

จากกรณีประเด็นต่างๆ ที่เกิดขึ้นจนกลายเป็นปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ไม่ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมาจากหลายสาเหตุ โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งล้วนมิใช่ปัญหาใหม่แต่เป็นเรื่องที่เกิด

ขึ้นมาพร้อมศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลเสียในหลายด้าน เช่น ปริมาณคดีที่เข้ามาสู่ศาลมีมากขึ้นเรื่อยๆ เกิดความเสียหายแก่คู่ความในด้านต่างๆ เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ จึงควรทำการวิเคราะห์ โดยการนำปัญหาที่เด่นชัดที่เกิดขึ้นจนกลายเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมาวิเคราะห์แยกตามปัญหาที่เกิดขึ้น ดังนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

ในการไต่ถามข้อพิพาท ปกติจะดำเนินการต่างๆ ตามที่คู่ความตกลงกัน แต่ในหลายกรณีอาจมีปัญหว่า สัญญาที่คู่พิพาทตกลงกันไว้นั้น ไม่สามารถส่งผลได้ตามที่ต้องการได้ เช่นเป็นเรื่องที่อาจเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก หรือสัญญานั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ บางปัญหามาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอที่จะส่งเสริมหรือสนับสนุนการไต่ถามข้อพิพาทให้ดำเนินไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ปัญหาบางประการอาจเกิดขึ้นจากการใช้ หรือการตีความกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งอาจจะไม่ได้มีการบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทไว้โดยตรง แต่เมื่อตีความและใช้กฎหมายดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่าแนวทางที่เกิดขึ้นอาจไม่เอื้อ หรือแม้แต่เป็นอุปสรรคต่อการไต่ถามข้อพิพาทก็เป็นได้ ปัญหาในทางกฎหมายเหล่านี้หาได้เกิดขึ้นแต่เฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น ในต่างประเทศก็ได้มีการนำระบบการไต่ถามข้อพิพาทมาใช้ ก็ปรากฏปัญหาหลายประการเช่นเดียวกัน

ในการนำระบบการไต่ถามข้อพิพาทมาใช้เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกธุรกรรมของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางนั้น จึงได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเพื่อเป็นการพัฒนาระบบการไต่ถาม ดังนี้

4.1.1 การรับฟังพยานหลักฐาน

การรับฟังพยานหลักฐาน หมายถึง การพิจารณาวินิจฉัยพยานหลักฐานเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ความจริงและยุติธรรม ซึ่งหลักการรับฟังพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 บัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานใด เว้นแต่

(1) พยานหลักฐานนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ในคดีจะต้องนำสืบ และ
 (2) คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานหลักฐานได้แสดงความจำนง ที่จะ อ้างอิงพยานหลักฐานนั้นดั่งที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 88 และ มาตรา 90 แต่ถ้า ศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจำเป็นจะต้องสืบพยาน หลักฐานอันสำคัญ ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดี โดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของอนุมาตรา นี้ ให้ศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐาน เช่นว่านั้นได้”

ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย โดยวิธีการไกล่เกลี่ยจะเริ่มด้วยการเปิดคดี แนะนำตัว อธิบายขั้นตอนต่างๆ โดยมีการประชุมระหว่างคู่พิพาท ประชุมฝ่ายเดียว เพื่อรับรู้รับฟังข้อมูลต่างๆ และสรุปประเด็นข้อพิพาทสามารถเข้าถึงความต้องการและผลประโยชน์ที่แท้จริงของคู่พิพาท โดยทางเจรจาพิพาทเพื่อให้สามารถตกลงกันได้

เมื่อเจรจากันและสามารถตกลงประนีประนอมกันได้ ข้อพิพาทก็เป็นอันสิ้นสุดไป หากไม่สามารถตกลงกันได้คู่พิพาทก็สามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ และเอกสาร หลักฐานหรือข้อมูลที่เสนอในขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยนั้นคู่ความจะใช้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานหรือใช้ในการอ้างอิงในชั้นสืบพยานนั้น จะเห็นได้ว่าไม่สามารถจะกระทำได้โดยผลของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน เพราะเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลในคดีที่ใช้สำหรับการไกล่เกลี่ยเท่านั้น คู่ความไม่สามารถนำข้อเท็จจริงเหล่านั้นมาเปิดเผยได้เพราะการไกล่เกลี่ยคดีเป็นความลับถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายออกมาใช้บังคับโดยตรง ซึ่งเป็นเพียงระเบียบปฏิบัติในการไกล่เกลี่ย ที่ให้คู่ความตกลงใช้วิธีการไกล่เกลี่ยต้องรักษาความลับที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย

หากไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะทำให้คู่พิพาทไม่กล้าเปิดเผยข้อมูลบางอย่าง อันเป็นอุปสรรคต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

4.1.2 การรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย

การที่คู่ความเลือกที่จะจับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย เนื่องจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งนั่นก็คือ เรื่องการรักษาความลับเพราะข้อเท็จจริงหรือข้อมูลในข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ยอมให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกซึ่งอาจกระทบกับสัญญาที่มีอยู่หรือจะมีขึ้นในอนาคตได้

โดยปกติแล้วผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยย่อมมีหน้าที่และจริยธรรมและมีความเคารพในการรักษาความลับของการที่ได้รับรู้รับฟังในกระบวนการหรือขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยของคู่กรณีที่จะไม่นำ

ข้อมูลไปใช้เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี และจะไม่นำข้อมูลที่รับจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากวิธีการไกล่เกลี่ย

กระบวนการไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการเป็นความลับ โดยไม่มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ในรายงานตามระเบียบข้อ 23¹ การไกล่เกลี่ยในศาลนั้น ก่อนเริ่มทำการไกล่เกลี่ยจะต้องให้ผู้ไกล่เกลี่ย คู่ความ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย เจ้าหน้าที่ไกล่เกลี่ยลงลายมือชื่อในบันทึกข้อตกลงเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ตามข้อ 18 ซึ่งต้องรักษาเป็นความลับห้ามเปิดเผย ฉะนั้นการรักษาความลับของการไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยเองหรือผู้ประนีประนอมจะต้องรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยคดีนั้นๆ เป็นสำคัญ หากผู้ไกล่เกลี่ยนำข้อมูลที่ได้หรือที่ทราบมาจากการไกล่เกลี่ยไปเปิดเผยจะมีความผิดตามประมวลจริยธรรมผู้ไกล่เกลี่ย ของสำนักกระงับข้อพิพาทสำนักงานศาลยุติธรรม

4.1.3 ความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาของผู้ไกล่เกลี่ย

กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมกระทำหรือละเว้น ไม่กระทำ โดยเป็นการฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในระเบียบการไกล่เกลี่ยของสำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ได้กำหนดในเรื่องการคุ้มครองจากความรับผิดบางประการของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ว่า สำนักกระงับข้อพิพาท พนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักกระงับข้อพิพาท และคณะกรรมการต่างๆ ของสำนักกระงับข้อพิพาท ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลใดสำหรับการกระทำหรือที่ละเว้น ไม่กระทำเกี่ยวกับการบริหารจัดการในการไกล่เกลี่ย หรือการปฏิบัติตามระเบียบนี้ เว้นแต่การกระทำหรือละเวดังกล่าวเป็นการฉ้อฉลหรือเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จะเห็นได้ว่าไม่ควรกำหนดโทษในทางอาญาและทางแพ่งแก่ผู้ไกล่เกลี่ยและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการไกล่เกลี่ย เพราะจะทำให้ในทางปฏิบัติมีปัญหา มาก ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีความเป็นกลาง มีคุณธรรม มีคุณสมบัติหลายประการก็ตามที่กำหนดไว้แล้วนั้น หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นจะต้องเพียงแต่เป็นความประมาทเลินเล่อเท่านั้น ไม่มีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงไม่ควรกำหนดโทษทางอาญาและในทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งได้ยกเว้นไว้เฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้น

ซึ่งตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท (Uniform Mediation Act) นั้น มิได้กำหนดในเรื่องความรับผิดทางแพ่งและทางอาญาไว้โดยชัดเจน จึงไม่อาจนำมาวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายในส่วนนี้ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ได้

¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ภาคผนวก ก.

4.1.4 การทำสัญญาประนีประนอมยอมความและการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ
ข้อพิจารณาหลังจากคู่ความทำสัญญาประนีประนอมยอมความและศาลพิพากษาตามยอมแล้ว

4.1.4.1 หากคู่ความทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องและศาล
พิพากษาไปตามยอมแล้ว คู่ความเห็นว่าสัญญาประนีประนอมยอมความไม่ถูกต้องอย่างไรก็ต้องใช้สิทธิ
อุทธรณ์ไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138 วรรคสอง

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138 นั้น โดยหลักห้ามมิให้อุทธรณ์คำ
พิพากษาตามยอม เว้นแต่กรณีที่มีเหตุดังต่อไปนี้

- 1) เมื่อมีข้อกล่าวอ้างว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฉ้อฉล
- 2) เมื่อคำพิพากษานั้นถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติ แห่งกฎหมายอัน
เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน
- 3) เมื่อคำพิพากษานั้นถูกกล่าวอ้างว่ามีได้เป็นไปตามข้อตกลง หรือการประนีประนอม
ยอมความ

4.1.4.2 ถ้าไม่อุทธรณ์ภายในกำหนดและตามเงื่อนไขของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความแพ่ง มาตรา 138 ก็จะ ขึ้นฟ้องให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาทำลายสัญญาประนีระนอมยอมความ
ซึ่งเท่ากับกลับคำพิพากษาของศาลนั่นเองไม่ได้

4.1.4.3 หาก “สัญญาประนีประนอมยอมความ” ที่ทำกันและศาลมีคำพิพากษาตามยอมแล้ว
นั้น มีข้อผิดพลาดหรือข้อหลงผิดเล็กน้อย คู่ความสามารถร้องขอให้ศาลแก้ไขได้

4.1.4.4 คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่า “คำพิพากษา” ตามสัญญาประนีระนอมยอมความไม่
ถูกต้องก็ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ตามมาตรา 138 จะฟ้องขอให้ “เพิกถอนคำพิพากษา” ไม่ได้

4.1.4.5 ทำสัญญาประนีประนอมยอมความและศาลมีคำพิพากษาตามยอมแล้วเกิดปัญหา
เกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาว่า จะปฏิบัติหรือบังคับกันอย่างไร “คู่ความขอให้ศาลตีความว่ามีเจตนา
อย่างไร” ได้ โดยศาลมีอำนาจไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วมีคำสั่งบังคับคดีให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริง

4.1.4.6 หากศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ
และมีคำพิพากษาตามยอมไปโดยผิดระเบียบ แม้ศาลได้มีคำพิพากษาไปตามยอมแล้ว คู่ความที่ต้อง

เสียหายนั้นก็มิสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลขอให้สั่งเพิกถอน หรือแก้ไขให้ดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นๆ ใหม่ ให้ถูกต้องตามกฎหมายต่อไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 27 วรรคหนึ่ง²

4.1.4.7) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างว่าได้มีสัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งคู่ความทำกันไว้ก่อน และเงื่อนไขแตกต่างออกไปจากสัญญาที่ทำกันในศาลมาเป็นเหตุไม่ปฏิบัติตามคำบังคับไม่ได้ หากมีสัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งทำไว้ก่อนจริง สัญญาดังกล่าวจะถูกละทิ้ง โดยสัญญาฉบับหลังที่ศาลมีคำพิพากษาให้เป็นไปตามนั้น

ในมาตรา 138 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการพิพากษาตามยอมตามที่คู่ความตกลงกันเจตนาธรรมของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ต้องการให้ศาลใกล้เคียงข้อพิพาทให้คู่ความสามารถตกลงกันได้มากที่สุด และเมื่อคู่กรณีสามารถตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ กฎหมายก็ให้พิพากษาไปตามนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้ต้องการให้คดีเสร็จสิ้นไปจากศาลโดยเร็ว เพื่อประโยชน์แก่คู่ความและศาล

รัฐบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท (Uniform Mediation Act) นั้น มิได้กำหนดในเรื่องทำสัญญาประนีประนอมยอมความและการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความไว้อย่างชัดเจน แต่ก็สามารถศึกษาได้โดยเทียบกับรัฐบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถมีผลบังคับใช้ในทุกประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Geneva Convention และ New York Convention) โดยประเทศต่างๆ ที่เข้ามาเป็นภาคีได้

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 27 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ในข้อที่มุ่งหมายจะยังให้การเป็นไปด้วยความยุติธรรม หรือที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในเรื่องการเขียนและการยื่นหรือการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นๆ หรือในการพิจารณา คดี การพิจารณาพยานหลักฐาน หรือการบังคับคดี เมื่อศาลเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความฝ่ายที่เสียหายเนื่องจากการที่มิได้ปฏิบัติเช่นนั้นยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้เพิกถอน การพิจารณาที่ผิดระเบียบนั้นเสียทั้งหมดหรือบางส่วน หรือสั่งแก้ไข หรือมีคำสั่งในเรื่องนั้นอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควร.

ข้อคำถามเรื่องผิดระเบียบนั้น คู่ความฝ่ายที่เสียหายอาจยกขึ้นกล่าว ได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนมีคำพิพากษา แต่ต้องไม่ช้ากว่าแปดวัน นับแต่วันที่คู่ความฝ่ายนั้นได้ทราบข้อความหรือพฤติการณ์อันเป็น มูลแห่งข้ออ้างนั้น แต่ทั้งนี้ คู่ความฝ่ายนั้นต้องมีได้ดำเนินการอันใด ขึ้นใหม่ หลังจากที่ได้ทราบเรื่องผิดระเบียบแล้ว หรือต้องมีได้ให้ สัตยบันแก่การผิดระเบียบนั้นๆ ถ้าศาลสั่งให้เพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบใดๆ อันมิใช่ เรื่องที่คู่ความละเลยไม่ดำเนินการพิจารณาเรื่องนั้นภายในระยะเวลา ซึ่งกฎหมายหรือศาลกำหนดไว้เพียงเท่านั้น ไม่เป็นการคัดสิทธิคู่ความ ฝ่ายนั้นในอันที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นๆ ใหม่ให้ถูกต้อง ตามที่กฎหมายบังคับ”

ออกกฎหมายภายในมารองรับ รวมทั้งส่วนใหญ่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ (The Model Law of Arbitration) ไปเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายภายในว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคนอีกด้วย ในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น California Connecticut Oregon Texas เป็นต้น

4.1.5 อายุความในการดำเนินคดี

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/9 ได้บัญญัติไว้ว่า “สิทธิเรียกร้องใดๆ ถ้ามิได้ใช้บังคับภายในระยะเวลา ที่กฎหมายกำหนด สิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ” จากกฎหมายดังกล่าว จึงอธิบายความหมายของคำว่าอายุความได้ว่า คือ ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลภายในกำหนดเวลา ถ้าพ้นกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วจะทำให้สิทธิเรียกร้องของเจ้านั้นขาดอายุความ

ผลของการที่สิทธิเรียกร้องขาดอายุความนั้น ไม่ทำให้เจ้านั้นเสียสิทธิเรียกร้องที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้และไม่เป็นเหตุทำให้หนี้นั้นระงับไปแต่อย่างใด เพียงแต่เมื่อมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้แล้วผลของการที่หนี้ขาดอายุความนั้น ลูกหนี้สามารถยกเหตุดังกล่าวเพื่อปฏิเสธที่จะไม่ชำระหนี้ได้เท่านั้น³

เมื่ออายุความเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการฟ้องร้องคดีต่อศาลของกลุ่มความ ซึ่งเมื่อนาคติเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยของศาลจะมีผลทำให้อายุความนั้นสะดุดหยุดลงและเริ่มนับอายุความใหม่⁴ หมายความว่า อายุความในการฟ้องร้องคดีนั้นหยุดลงไม่ว่าการไกล่เกลี่ยจะทำให้ใช้เวลานานหรือทำให้ขาดอายุความในการฟ้องร้องคดีก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล หากภายหลังไกล่เกลี่ยไม่เป็นผลสำเร็จก็สามารถนาคติมาฟ้องต่อศาลได้อีกเช่นเดิมและเริ่มนับอายุความใหม่นับแต่เริ่มนาคติเข้าสู่ศาล ต่างจากการไกล่เกลี่ยนอกศาลที่มีผลทำให้อายุไม่สะดุดหยุดลง หากคดีขาดอายุความก็ไม่สามารถนาคติขึ้นมาฟ้องร้องต่อศาลได้อีกต่อไป

รัฐบัญญัติว่า ด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท (Uniform Mediation Act) นั้น มิได้กำหนดอายุความในการดำเนินคดีไว้อย่างชัดเจน แต่ก็สามารถจะศึกษาได้โดยเทียบเคียงกับรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า เมื่อเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการและการ

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 193/10.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 193/15 บัญญัติว่า “เมื่ออายุความสะดุดหยุดลงแล้ว ระยะเวลาที่ล่วงไปก่อนนั้น ไม่นับเข้าในอายุความ

เมื่อเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงสิ้นสุดเวลาใด ให้เริ่มนับอายุ ความใหม่ตั้งแต่เวลานั้น.

อนุญาตตุลาการได้เริ่มต้นแล้ว การดำเนินไปของอายุความจะถูกหยุดลงหรือชะลออยู่ เมื่อกระบวนการอนุญาตตุลาการยุติลง โดยปราศจากคำชี้ขาดหรือยกเลิกอนุญาตตุลาการ อายุความก็เริ่มนับแต่เวลาที่การอนุญาตตุลาการยุติลง โดยนับอายุความต่อจากการที่อายุความสะดุดหยุดลงในครั้งแรกด้วย

4.2 วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง⁵

ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่เห็นสมควรนำมาวิเคราะห์ เพื่อให้กระบวนการไต่ถามข้อพิพาทนำมาใช้ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนี้

4.2.1 การไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ออกมารับรองระบบไต่ถามข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีการไต่ถามข้อพิพาทได้ถูกนำมาใช้เพื่อขจัดความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ ในปัจจุบันมีเพียงระเบียบว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2545 มารับรองเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงระเบียบภายในของศาล หากคู่ความที่เข้ามาสู่ระบบการไต่ถามข้อพิพาทของศาลไม่ยินยอมหรือไม่ตกลงที่จะใช้ระเบียบนี้ แต่ประสงค์ที่จะทำการไต่ถามข้อพิพาทก็ไม่มีกฎหมายเข้ามารับรองเรื่องนี้โดยตรง เพราะการไต่ถามข้อพิพาทในศาลทรัพย์สินทางปัญญา คู่ความทุกฝ่าย ผู้ประนีประนอม ผู้เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่ไต่ถามข้อพิพาทจะต้องลงลายมือชื่อตกลงในบันทึกข้อตกลง เข้าสู่กระบวนการไต่ถามข้อพิพาทของศาลและยอมรับที่จะปฏิบัติตามระเบียบนี้เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่นำข้อเท็จจริงในคดีไปเปิดเผย ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนต่อข้อตกลงจะต้องดำเนินการอย่างไร หรือรับผิดชอบอย่างไรนั้นไม่มีกฎหมายมารับรองโดยตรง จึงทำให้ขาดความเชื่อมั่นและส่งผลเสียต่อระบบการไต่ถามข้อพิพาทในปัจจุบันนี้

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการไต่ถามข้อพิพาทในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการเน้นระบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไต่ถามข้อพิพาทไปใช้ทั้งในศาลและนอกศาล เนื่องจากประชาชนมีนิสัยรักสงบ ไม่ชอบวุ่นวาย จึงมักใช้วิธีการระงับข้อพิพาทกันด้วยสันติวิธี มีกฎหมายออกมากำหนดให้องค์กรต่างๆ มีอำนาจหน้าที่ในการไต่ถามข้อพิพาทไว้มากมาย มีศูนย์ให้คำปรึกษา ซึ่งนโยบายของรัฐที่จะให้ภาคเอกชนจัดตั้งองค์กรในรูปของศูนย์ปฏิบัติการเพื่อดำเนินงานช่วยเหลือแก้ไขปัญหา (ARD) เพื่อให้เกิดความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีความยุติธรรม

⁵ ชูดากรณ์ เหมโลหะ. (2549). *ปัญหาการไต่ถามข้อพิพาทในภาคปฏิบัติ: ศึกษากรณีคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 102.

เมื่อประเทศไทยให้ความสำคัญต่อคู่กรณีซึ่งพิพาทกัน โดยพยายามหามาตรการมาช่วยเหลือคุ้มครองคู่กรณีให้ได้รับการเยียวยาและแก้ปัญหาด้วยความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม ซึ่งข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทที่เรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน หรือในบางครั้งผู้เสียหายต้องการเพียงคำอธิบาย คำขอโทษ หรือเหตุผล ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่จะใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี จึงควรมีบทบาทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ออกมารับรองระบบไกล่เกลี่ย เพราะนอกจากทำให้คู่กรณีที่เดือดร้อนได้รับการเยียวยาช่วยเหลืออย่างรวดเร็ว สะดวก และเป็นธรรมแล้ว ยังส่งผลดีในการลดขั้นตอนในการดำเนินงาน ลดระยะเวลา อีกทั้งยังเป็นการประหยัดงบประมาณในการรับเรื่องราวร้องทุกข์เพื่อพิจารณาคดี และยังเป็น การช่วยลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากได้อีกด้วย

4.2.2 การไม่มีนโยบายให้ใช้ระบบไกล่เกลี่ยในศาลก่อนสืบพยานในคดีที่สามารถไกล่เกลี่ยได้

ในปัจจุบันการนำคดีเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยนั้นเป็นความเห็นหรือดุลพินิจของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน โดยเฉพาะที่จะส่งสำนวนคดีใดเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยของศาล เว้นแต่เป็นคดีที่คู่ความประสงค์จะเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยของศาลเอง โดยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายยื่นคำร้องขอต่อศาล ฉะนั้นควรมีการกำหนดนโยบายจากฝ่ายบริหารลงไปให้มีการคัดเลือกประเภทคดี บริหารจัดการคดี คดีที่มีวันนัดสืบพยานนานๆ หรือสำนวนคดีที่มีความเป็นไปได้สูงที่จะไกล่เกลี่ยสำเร็จให้ส่งสำนวนคดีนั้นเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยของศาล ซึ่งจะเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่จะทำให้เพิ่มปริมาณคดีเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยของศาล

4.2.3 คู่ความขาดความรู้ความเข้าใจในระบบไกล่เกลี่ยของศาลที่เป็นประโยชน์อย่างเพียงพอ

คู่ความมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงประโยชน์ในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยของศาล ข้อดีของการไกล่เกลี่ย ข้อเสียต่างๆ ที่นักคิดเขาระบบไกล่เกลี่ยของศาล ข้อควรรู้ในการไกล่เกลี่ย ข้อพึงปฏิบัติในการไกล่เกลี่ย สาระสำคัญและหลักเกณฑ์ต่างๆ ในการไกล่เกลี่ยที่จะเป็นผลดีต่อคู่ความในการเข้ามาสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยในศาล โดยมีความเชื่อมั่นว่าจะต้องมีสภาพบังคับใช้ได้จริง ตามเจตนาของคู่ความในการระงับข้อพิพาทโดยไม่มีค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด จะทำให้ดึงดูดความสนใจและความนิยมของคู่ความและประสงค์ที่จะนำคดีเข้ามาสู่ระบบไกล่เกลี่ยมากขึ้น และควรมีการประชาสัมพันธ์และเชิญชวนให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้ทราบกันอย่างแพร่หลายทั่วถึงเพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยอย่างเป็นระบบและมีมาตรฐานด้วย

4.2.4 ผู้ทำการไกล่เกลี่ยขาดประสบการณ์ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย

เมื่อได้มีการนำระบบการไกล่เกลี่ยเข้ามาใช้ในศาลเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความกันนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องใช้ดุลพินิจว่าคู่ความที่เจรจากันในระหว่างการไกล่เกลี่ยต้องการใช้วิธีการ

เจรจาแบบใด แบบประนีประนอม วิธีการเจรจาแบบแก้ไขปัญหาร่วมกัน หรือวิธีการเจรจาแบบการช่วยกันหาความคิดสร้างสรรค์เป็นกลุ่ม ซึ่งลักษณะของวิธีการเจรจาจะมีความแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพการณ์ของเหตุการณ์นั้นๆ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องใช้เทคนิคและการเสนอแนะวิธีการเจรจาให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ในแต่ละกรณี

เนื่องจากรูปแบบการไกล่เกลี่ยมิได้กำหนดไว้ชัดเจน จึงไม่อาจทราบแน่ชัดว่า วิธีการหรือเทคนิคที่อาจนำมาใช้ในการไกล่เกลี่ยมีขอบเขตหรือข้อจำกัดเพียงใด อันส่งผลให้สามารถกำหนดแนวทางที่จะฝึกอบรมผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้

4.2.5 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยไม่เป็นมาตรฐาน

ผู้ไกล่เกลี่ยนับว่ามีบทบาทสำคัญต่อระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งจะสำเร็จหรือไม่ ขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้ไกล่เกลี่ยด้วย เนื่องจากสภาพความขัดแย้งในแต่ละข้อพิพาทแตกต่างกันในแต่ละสถานการณ์ จึงต้องอาศัยความรู้ ความสามารถ ทักษะ เทคนิค ประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นผู้ช่วยประสานความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีให้สามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ ดังนั้น หลักสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ การพยายามที่จะหาทางยุติข้อพิพาทโดยให้คู่ความตกลงกันโดยมีคนกลางเป็นผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย คนกลางหรือผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องมีหน้าที่ด้วยความอิสระ ปราศจากอคติต่อคู่ความทั้งสองฝ่าย ปรัชญาของการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงอยู่ที่ความตั้งใจและพยายามให้คู่ความสามารถทำความเข้าใจและคลี่คลายกันได้เพื่อความสุขของคู่พิพาทและสังคม ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้น พอสรุปได้ดังต่อไปนี้

- 1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์
- 2) มีการศึกษาไม่ต่ำกว่าระดับปริญญาตรีหรือเทียบเท่า
- 3) ไม่เป็นผู้มีประวัติเสื่อมเสีย
- 4) มีความเข้าใจในกระบวนการของการระงับข้อพิพาท
- 5) มีความรู้และประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ

ข้อพิพาท หลักจิตวิทยาในการไกล่เกลี่ย

- 6) มีความรู้ในเนื้อหาหรือสาขาวิชาที่พิพาท
- 7) มีทักษะในการติดต่อสื่อสารที่ดี มีทักษะในการเจรจาแบบการพูดกับบุคคลอื่น
- 8) ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง

ประเทศกลาง และผ่านการอบรมหลักสูตรเทคนิคการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งได้จัดขึ้นเป็นประจำทุกปี

เมื่อกล่าวถึงคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยคงเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่า บุคคลใดสมควรเป็นผู้ไกล่เกลี่ย เพราะในความเป็นจริงคนเราทุกคนย่อมไม่สามารถที่จะมีคุณสมบัติที่ดีได้ครบถ้วนต่อการกระทำในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตัวอย่างเช่น หากจะพูดว่าผู้ไกล่เกลี่ยควรจะเป็นคนที่มีประสบการณ์ของชีวิตมาอย่างมากมายเพียงพอแล้ว จึงจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ดีได้ เพราะจะได้เข้าใจถึงความคิดของบุคคลที่เป็นคู่ความได้นั้น ก็เป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากบุคคลเพียงคนเดียวย่อมไม่อาจที่จะเข้าใจความคิดของผู้คนหลากหลายประเภทได้ทุกครั้งไป คงพูดได้แต่เพียงว่าคุณสมบัติดังกล่าวมีส่วนช่วยในการไกล่เกลี่ยได้เป็นอย่างดีเท่านั้น ในการไกล่เกลี่ยเรื่องที่มีอยู่มากมายที่มีข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปแต่ละเรื่องนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยคนหนึ่งอาจจะเข้าใจความคิดของคู่ความได้ดีในเรื่องที่พิพาทเรื่องหนึ่งแต่อาจจะไม่สามารถเข้าใจได้ดีในเรื่องที่พิพาทอีกเรื่องหนึ่ง ดังนั้นคุณสมบัติหรือความสามารถของผู้ไกล่เกลี่ยคงพูดได้แต่ในลักษณะที่ว่าคุณสมบัติอย่างไร จึงจะเป็นประโยชน์หรือช่วยในการไกล่เกลี่ยได้ดียิ่งขึ้นเท่านั้น⁶ คุณสมบัติของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีหลักเกณฑ์หรือกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องมีคุณสมบัติอย่างไร มีความรู้ระดับใด ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว ผู้ที่จะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องเป็นทนายความหรือผู้มีความรู้ทางด้านกฎหมายแต่อย่างใด ผู้ที่มีความรู้ทางด้านกฎหมายอาจเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่มีความสามารถด้วยซ้ำไป⁷

เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยมีความสำคัญต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย แต่เนื่องจากประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยในศาลหรือนอกศาล โดยสถาบันหรือหน่วยอื่นที่มีใช้ศาลก็ตาม ยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับหรือจัดตั้งสำนักงานหรือหน่วยงานใดออกมากำหนดคุณสมบัติหรือดูแลรับรองผู้ไกล่เกลี่ย ว่าต้องเป็นผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรหรือวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนถึงจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่เน้นถึงความสำคัญของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการประสานความขัดแย้ง ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทยทุกคนมีความรู้และมีมาตรฐานเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลหรือนอกศาล โดยสถาบันหรือหน่วยงานอื่นๆ ก็ตาม รวมถึงการไกล่เกลี่ยในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศด้วย

⁶ ภาณุ รังสิตหัต. (2544). *การเจรจาต่อรองและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท*. หน้า 2-3.

⁷ บรรหาร ชลสินธุ์. (2544). *ทักษะของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมต่อการจัดตั้งโครงการไกล่เกลี่ยระหว่างผู้กระทำผิดและเหยื่ออาชญากรรม*. หน้า 47-48.

ถ้ามีการกำหนดให้มีการอบรมผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อพิพาทจะเป็นการช่วยเพิ่มมาตรฐานการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ดีและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อันจะเป็นการช่วยเหลือให้คู่กรณีสามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้โดยความพึงพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่าย หากผู้ไกล่เกลี่ยสามารถทำให้ข้อพิพาทยุติลงได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลก็นับว่าเป็นสิ่งที่ดีต่อคู่พิพาทรวมทั้งสังคมเป็นอย่างมาก

4.2.6 การที่คู่ความต่างฝ่ายต่างพยายามที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนเองจนไม่ยอมผ่อนผันให้แก่อีกฝ่าย

อุปสรรคอันใหญ่หลวงของการไกล่เกลี่ยประการหนึ่งที่จะเกิดขึ้นอยู่เสมอ ได้แก่ การที่ทัศนคติของคู่ความซึ่งไม่เข้าใจความหมายของการไกล่เกลี่ย พยายามปกป้องลูกความของตนในลักษณะของการต่อสู้โต้เถียงข้อเท็จจริงเช่นนี้เป็นเรื่องของความในศาลและเป็นการต่อสู้กัน ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อการเจรจาของคู่ความแต่อย่างใด เพราะการดำเนินการในชั้นไกล่เกลี่ยเป็นเรื่องของมองหาหนทางที่จะออมชอมกัน ลดหย่อนผ่อนปรนกัน ในทำนองถอยหลังคนละก้าว การเจรจาต่อรองจึงจะมีหนทางที่ประสบความสำเร็จได้ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 บัญญัติไว้ว่า

“อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือสัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่ หรือ จะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่อีกฝ่าย”

ดังนั้นเมื่อไม่มีการยอมผ่อนผันให้แก่อีกฝ่าย ก็ย่อมจะไม่ใช้กรณีที่เรียกว่าเป็นการประนีประนอมยอมความกันสมดังเจตนาของการไกล่เกลี่ย ในทางปฏิบัติผู้ไกล่เกลี่ยบางคน จะใช้วิธีอธิบายให้ทัศนคติที่เข้าร่วมประชุมไกล่เกลี่ยเข้าใจเสียตั้งแต่ต้นและในระหว่างเจรจาหากมีกรณีที่ทัศนคติพยายามโต้เถียงข้อเท็จจริงแทนตัวความเกิดขึ้น ผู้ไกล่เกลี่ยก็จะอธิบายและชี้ให้เห็นถึงความขัดข้อง เช่นนั้นอีกครั้งหนึ่ง ในบางครั้งเมื่อปรากฏว่าทัศนคติไม่ยอมเข้าใจว่าผู้ไกล่เกลี่ยกำลังปฏิบัติหน้าที่อะไรอยู่ ผู้ไกล่เกลี่ยก็อาจจะต้องแยกทัศนคติผู้นั้นออก และถามตัวความว่ายังประสงค์จะหาทางประนีประนอมยอมความกับคู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือไม่ หากยังต้องการอยู่ก็ต้องไปพูดให้ทัศนคติของตนเข้าใจหรือไม่ก็เปิดโอกาสให้ตัวความตัดสินใจว่าจะทำการเจรจาต่อไปด้วยตนเองโดยไม่ต้องมีทัศนคติ ทั้งนี้จะต้องไม่เปิดโอกาสที่ตัวความจะนำผลการเจรจาไปปรึกษากับทัศนคติของตนให้แน่ใจเสียก่อน หลังจากนั้นจึงทำการเซ็นสัญญาตกลงกับคู่ความฝ่ายตรงข้าม อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยนั้นจะต้องมีหลักการว่าตัวความต้องมีความแน่ใจในข้อตกลงที่จะทำขึ้นนั้นและตัวความต้องมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะปรึกษาใครก็ได้ที่ตนเชื่อถือหรือไว้วางใจ

การลงทุนในด้านการเจรจาเป็นสิ่งสำคัญอย่างหนึ่งของการไกล่เกลี่ย ซึ่งหากคู่ความไม่มีการลงทุนอะไรไปก่อนที่จะทำการตัดสินใจ โอกาสที่จะตกลงกับฝ่ายตรงข้ามก็จะมีน้อย เพราะตนเองยังไม่ได้เสียอะไรไปที่จะทำให้การทำความตกลงกับฝ่ายตรงข้ามคุ้มค่ากับสิ่งที่ตนเสียไป ตัวอย่างเช่น หากคู่ความได้มีการเจรจากับฝ่ายตรงข้ามอย่างเหนียวแน่น ใช้เวลาไปแล้วมากมาย ได้มีโอกาสพินิจพิเคราะห์ปัญหาที่พิพาทแล้วอย่างถ่องแท้ จนมองไม่เห็นหนทางอื่นที่คิดว่าข้อตกลงที่ได้รับการเสนอมาแล้ว โอกาสที่คู่ความจะยอมตกลงด้วยตามข้อเสนอนั้นก็ย่อมจะมีมาก ความเหนียวแน่นและเวลาที่ใช้ไปนั้นก็คือสิ่งที่เรียกว่าการ “ลงทุน” ในความหมายนี้ อย่างไรก็ตาม จังหวะที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะเสนอทางออกสุดท้ายให้แก่คู่ความในตอนนี้จะต้องระมัดระวังให้ดี เพราะหากเสนอเร็วเกินไป คู่ความที่ยังลงทุนไปไม่มากพอก็อาจจะไม่ตกลงด้วยก็เป็นได้

เมื่อคู่ความรู้สึกกังวลใจหรือไม่สบายใจกับข้อขัดแย้ง การไกล่เกลี่ยมักจะประสบกับความไม่สำเร็จ สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะคู่ความไม่ยอมให้ความร่วมมือในการค้นหาหนทางออกในการแก้ไข ปัญหาซึ่งตนเองรู้สึกว่ามีผู้อื่น สาเหตุอื่น คือ การที่คู่ความไม่ยอมพูดคุยถึงเรื่องที่เจรจากันให้หมดเปลือก โดยเกรงว่าจะต้องถึงเรื่องที่ทำให้ตนรู้สึกกังวลใจหรือไม่สบายใจนั้น ลักษณะเช่นนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเฉลียวฉลาดในการจับคำพูดหรือดูกิริยาท่าทางที่บ่งบอกถึงความไม่สบายใจหรือความกังวลใจนั้น แล้วหาทางอธิบายหรือขจัดความกังวลใจหรือความไม่สบายใจดังกล่าวให้หมดไปเสีย นอกจากนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยยังอาจหาวิธีทำให้คู่ความยอมบอกเรื่องที่กังวลใจหรือไม่สบายใจดังกล่าวออกมา แล้วหาหนทางแก้ไขปัญหานั้นให้แก่คู่ความก่อนที่จะเข้าสู่ประเด็นที่ไกล่เกลี่ยต่อไป

4.2.7 การรักษาความลับเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยของผู้ซึ่งเกี่ยวข้องในการไกล่เกลี่ย⁸

ข้อมูลที่น่ามาใช้ในการไกล่เกลี่ยส่วนใหญ่จะเป็นข้อมูลสำคัญ ซึ่งคู่ความอาจนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการต่อสู้คดีได้ หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ จึงต้องมีมาตรการในการรักษาความลับของข้อมูลที่ได้รับจากการไกล่เกลี่ย เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับข้อมูลที่เหมาะสม สามารถนำมาใช้แก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้อย่างตรงประเด็น

⁸ กาญจนา เกิดโพธิ์ทอง. (2551). *การระงับข้อพิพาททางเลือก : การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง*. การอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 6 สถาบันข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม.

การรักษาความลับของการไถ่เกลี่ยนั้นมืออยู่สองเรื่องด้วยกัน คือ การรักษาความลับโดยห้ามคู่ความนำข้อมูลที่เกิดจากการไถ่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี และการรักษาความลับของผู้ไถ่เกลี่ยโดยไม่นำข้อมูลที่ไต่จากคู่ความฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง

การรักษาความลับโดยห้ามคู่ความนำข้อมูลที่เกิดจากการไถ่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี หมายความว่า ในกรณีที่คู่ความไม่สามารถตกลงกันจากการไถ่เกลี่ยและต่อมาได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือขอให้ศาลพิจารณาคดีต่อไปแล้วแต่กรณี คู่ความไม่สามารถจะอ้างอิงถึงข้อสนทนาที่ได้กระทำกันในการไถ่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในศาล และผู้ไถ่เกลี่ยก็ไม่สามารถจะถูกเรียกไปให้การในศาลเพื่อพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว ในบางรัฐของสหรัฐอเมริกามีการวางรูปแบบอย่างเป็นทางการให้มีข้อตกลงให้ถือข้อเท็จจริงที่เกิดจากการไถ่เกลี่ยเป็นความลับและให้ถือเป็นเอกสิทธิ์เด็ดขาดของการไถ่เกลี่ย ที่จะกระทำการใดๆ หรือแสดงข้อมูลใดๆ โดยไม่มีความผิด ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้ข้อมูลในการไถ่เกลี่ยถูกนำไปใช้ประโยชน์ในศาล สำหรับรัฐที่ไม่มีบทบัญญัติของเอกสิทธิ์ในเรื่องนี้ก็จะถือตามข้อตกลงของคู่ความ

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงเช่นว่านี้ก็ยังมีจุดอ่อนตรงที่คู่ความแต่ละคนยังมีอิสระที่จะไปแสดงข้อเท็จจริงที่ถูกห้ามให้ผู้อื่นฟังตามที่ตนต้องการได้ ซึ่งทำให้สามารถมีการตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อนำมาพิสูจน์ถึงความมีอยู่เช่นนั้นจริงในศาลต่อไปได้ ดังนั้น การป้องกันในเรื่องนี้ยังไม่สมบูรณ์เสียทีเดียว

การรักษาความลับโดยผู้ไถ่เกลี่ยไม่นำข้อมูลที่ไต่จากคู่ความฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนั้น นอกจากมีความสำคัญในฐานะที่เป็นหลักจริยธรรมข้อหนึ่งของผู้ไถ่เกลี่ยจะต้องพึงมีแล้ว ยังส่งผลต่อคู่ความให้เกิดความเชื่อถือในตัวผู้ไถ่เกลี่ยและต่อการไถ่เกลี่ยว่าจะประสบผลสำเร็จหรือไม่อีกด้วย การรักษาความลับในลักษณะนี้เป็นผลมาจากการใช้วิธีการไถ่เกลี่ยในรูปแบบของการประชุมฝ่ายเดียว ซึ่งคู่ความฝ่ายที่ร่วมประชุมอยู่กับผู้ไถ่เกลี่ยโดยไม่มีคู่ความฝ่ายตรงข้ามร่วมประชุมอยู่ด้วยนั้น อาจต้องการเล่าข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งต้องการให้ผู้ไถ่เกลี่ยเข้าใจถึงความต้องการของตนอย่างแท้จริงขึ้น ต้องการระบายความคับแค้น หรือต้องการผูกโยงเรื่องราวให้ติดต่อกัน เป็นต้น ผู้ไถ่เกลี่ยจึงต้องระมัดระวัง โดยการสอบถามคู่ความในตอนท้ายของการประชุมฝ่ายเดียวทุกครั้งไปว่ามีข้อความตอนใดที่คู่ความประสงค์จะให้เก็บรักษาเป็นความลับ โดยไม่บอกให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบหรือไม่ และผู้ไถ่เกลี่ยจะต้องรับประกันต่อคู่ความว่าเรื่องทุกอย่างที่คู่ความขอให้ถือเป็นความลับจะต้องเป็นความลับอยู่เช่นนั้น กรณีเช่นนี้ การเปิดเผยความลับโดยไม่ทันยั้งคิดหรือไม่ตั้งใจในขณะที่มี

การประชุมร่วมกันอาจทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องสูญเสียความเชื่อถือที่คู่ความมีต่อตน และการไกล่เกลี่ยก็อาจจะจบสิ้นลง

อย่างไรก็ตามมีข้อที่ควรระวังอยู่ว่าในบางกรณีสิ่งที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคิดว่าเป็นความลับ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะทราบอยู่ก่อนแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจึงควรที่จะถามคู่ความฝ่ายที่บอกความลับนั้น เสียขณะที่ได้รับทราบเรื่องว่าเป็นไปได้ไหมที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามจะรู้อยู่แล้ว หากผู้ไกล่เกลี่ยไม่ถาม เช่นนี้โอกาสที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามจะพุดจาในลักษณะที่คล้ายกับผู้ไกล่เกลี่ยได้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้ รู้ในการประชุมครั้งต่อไปก็มีอยู่ค่อนข้างสูง เพราะเป็นเรื่องทั่วไป ที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอาจทราบมาก่อนแล้วก็ได้ และจะทำให้คู่ความฝ่ายที่บอกความลับเข้าใจผิดไปได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยไม่รักษาความลับของตน แต่ก็ควรมีข้อยกเว้นอยู่ว่าหากข้อมูลที่ได้รับจากการไกล่เกลี่ยมีผลต่อความมั่นคงของประเทศก็สมควรที่จะให้มีการเปิดเผยข้อมูลนี้ได้

4.2.8 คู่ความไม่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงในคดีได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายมารับรอง

การเปิดเผยข้อมูลในคดีหรือข้อเท็จจริงในคดีเมื่อเข้ามาสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เป็นเรื่องที่ยำเป็นและสำคัญมากในการไกล่เกลี่ยเพราะว่าเป็นการเปิดเผยเพื่อหาแนวทางแก้ไข การหาทางออก หรือผ่าทางตัน โดยไม่มีเงื่อนไขมาบังคับทำให้ที่ไม่มีกฎหมายออกมาเพื่อรับรองกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นจึงทำให้เป็นผลเสียในทางปฏิบัติเป็นอย่างมากเพราะทำให้คู่ความไม่กล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงข้อมูลในคดีต่างๆ ที่สำคัญทั้งหมดเกรงว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะนำไปใช้เป็นประโยชน์หรือข้อต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือในชั้นศาลและทำให้ฝ่ายตนเองเสียหายเสียเปรียบได้ ทำให้การไกล่เกลี่ยไม่เป็นผลสำเร็จเช่นกัน เพราะขาดข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่สำคัญในคดีที่จะนำไปสู่ทางออกที่ดี ฉะนั้นจึงควรมีกฎหมายขึ้นมารับรองระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและมีการบังคับใช้โดยเร็ว