



บทที่ 4

บทวิเคราะห์หลักฟังความสองฝ่ายและข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่าย ในประเทศไทยกับต่างประเทศ

ในบทนี้จะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักและแนวความคิดเกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่าย (Audi alteram partem) ในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ และบรรดาข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่เกิดขึ้นในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงเหตุผลและความจำเป็นของการดำรงอยู่ของข้อยกเว้นดังกล่าว และเพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมของข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

1. วิเคราะห์หลักฟังความสองฝ่ายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ

การศึกษานี้ในประเด็นนี้ สืบเนื่องจากสมมุติฐานที่ว่า หลักฟังความสองฝ่ายมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยจากการยึดถือหลักอย่างไม่เคร่งครัดในอดีตมาเป็นการให้ความเคร่งครัดมากขึ้น แต่เนื่องจากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายกลับมีจำนวนเพิ่มขึ้น นำมาซึ่งคำถามที่ว่าอะไรเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้หลักฟังความสองฝ่ายคลายความเคร่งครัดลงได้

จากการศึกษาวิจัยถึงหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศต่างๆ ทั้งในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย ผู้เขียนพบว่า ในประเทศต่างๆ มีลักษณะการยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่ายที่คล้ายคลึงกันอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกการยึดถือต่อหลักการนี้จะเริ่มต้นขึ้นจากความรู้สึกตามสามัญสำนึกของมนุษย์ที่ว่า การพิพากษาคัดสินบุคคลโดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงหรือมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้เป็นเรื่องที่มนุษย์ยอมรับไม่ได้เพราะไม่ยุติธรรม จากนั้น จึงได้มีการยึดถืออย่างเป็นระเบียบแบบแผนมากขึ้น จนกระทั่งพัฒนามากลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่บังคับใช้กันโดยทั่วไป ซึ่งในประเทศต่างๆ ได้มีการรับรองหลักการนี้ไว้ในกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด ได้แก่ รัฐธรรมนูญ (Constitutional) และได้มีการบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายวิธีพิจารณาความต่างๆ เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตไต่สวนการ หรือกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาชั้นเจ้าหน้าที่

สำหรับลักษณะที่คล้ายคลึงกันประการที่สอง นั่นคือ การที่ในระยะหลังหลักฟังความสองฝ่ายได้รับการยกเว้นมากขึ้น เมื่อพิจารณาเปรียบกับการยึดถือหลักการนี้ในอดีต โดยเราจะเห็นได้จากการที่กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศต่างๆ ได้ก่อกำเนิดหลักการหรือแนวความคิดใหม่ๆ ที่มี

ลักษณะยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายมากขึ้น เช่น การพิพากษาให้จำเลยแพ้คดีได้โดยไม่ต้องทำการสืบพยานในกรณีที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม การขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อนกรณีอุทธรณ์ (Search order) การขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง (Freezing injunction) ฯลฯ

เหตุผลที่ทำให้นานาประเทศยึดถือหลักฟังความสองฝ่ายอย่างเคร่งครัดในอดีต ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะมีเหตุผลมาจากการที่หลักฟังความสองฝ่ายยึดโยงอยู่กับแนวความคิดหลักกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายสูงสุดของมนุษย์ กฎหมายตามความหมายของกฎหมายธรรมชาติ หมายถึง เหตุผลสูงสุดอันเติบโตขึ้นในธรรมชาติและมีความเป็นสากลใช้ได้ทุกหนทุกแห่ง มีความถูกต้องตามสามัญสำนึกของประชาชน ดังนั้น หลักกฎหมายนี้จึงต้องได้รับการยึดถืออย่างเคร่งครัด ประกอบกับเหตุผลสนับสนุนที่ว่าคำตัดสินที่ถูกต้องนั้นจะต้องได้มาจากการเผชิญหน้ากันของคู่ความในคดี โดยวิธีการนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงต่อหน้าศาลโดยอิสระ

นอกจากนั้น เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้หลักฟังความสองฝ่ายได้รับการยึดถืออย่างเคร่งครัด คือ การที่แนวความคิดของหลักฟังความสองฝ่ายสอดคล้องเข้ากันได้ดีกับแนวความคิดเสรีนิยมที่ยกย่องคุณค่าของความเป็นมนุษย์ การละเมิดต่อหลักฟังความสองฝ่ายถือเป็นเรื่องที่ขัดต่อสามัญสำนึกของมนุษย์ ทำให้เกิดความรู้สึกว่ากระบวนการพิจารณานั้นไม่ถูกต้องและไม่ยุติธรรม ในอดีตการละเมิดต่อหลักฟังความสองฝ่ายจึงส่งผลให้กระบวนการพิจารณาดกเป็นโมฆะ เช่น ศาลอังกฤษเคยตัดสินว่าจำเลยในฐานะคู่พิพาทควรที่จะได้รับการแจ้งเตือนให้ทราบถึงข้อกล่าวหา เพื่อที่เขาจักได้มีโอกาสและสามารถให้เหตุผลชี้แจงข้อเท็จจริงเพื่อแก้ข้อกล่าวหาและใช้สิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเป็นธรรม เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยได้รับสิทธิดังกล่าวกระบวนการพิจารณาก็ตกเป็นโมฆะ¹ ในประเทศสหรัฐอเมริกาการละเมิดต่อหลักฟังความสองฝ่ายถือเป็นการละเมิดต่อหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ซึ่งมีผลทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่มีผลผูกพันคู่ความให้ต้องปฏิบัติตามเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทย กระบวนการพิจารณาแบบดั้งเดิมของประเทศไทยอาจมีข้อแตกต่างในเรื่องการยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่ายอยู่บ้างเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศในแถบตะวันตก เนื่องจากหลักการพิจารณาคดีในอดีตของเรายึดโยงอยู่กับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นส่วนใหญ่ พระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ทรงพระราชอำนาจสูงสุดในการวินิจฉัยตัดสินคดี ฉะนั้น หลักฟังความสองฝ่ายจึงมีสถานะเป็นเพียงแนวปฏิบัติตามครรลองที่ชอบธรรมซึ่ง

¹ คดี Bently's Case {R.V.University of Cambridge (1723)}

พระมหากษัตริย์หรือตุลาการควรจะต้องเอื้ออำนวยให้แก่คู่ความ ผลของการละเมิดต่อหลักการนี้จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของพระมหากษัตริย์ แต่ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้เข้ามาสู่ยุคแห่งการปฏิรูปกฎหมาย และได้รับเอาแนวความคิดกฎหมายวิธีพิจารณาความตามแบบเสรีนิยม (liberalism) เข้ามาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมาย หลักฟังความสองฝ่ายจึงได้กลายมาเป็นหลักวิธีพิจารณาที่ได้รับการยึดถืออย่างเคร่งครัดมากขึ้นและดำรงอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมาจนถึงปัจจุบัน

จากการศึกษาวิจัยผู้เขียนพบว่า นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา การยึดถือหลักฟังความสองฝ่ายได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดลง เช่น ในประเทศอังกฤษ ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายดั้งเดิมมีเพียงการพิจารณาโดยขาดนัดและการละเมิดอำนาจศาล แต่ทว่านับตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ได้มีข้อยกเว้นอื่นเกิดขึ้นอีกหลายเรื่อง เช่น การพิจารณาฝ่ายเดียวและพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีด้วยเหตุจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อยื่นหรือส่งเอกสารให้แก่จำเลยที่มีภูมิฐานะอยู่นอกราชอาณาจักร การดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative Proceedings) การใช้มาตรการคุ้มครองการยกย้ายหรือทำลายพยานหลักฐานด้วยคำสั่งที่เรียกว่า "Search order" และการใช้มาตรการเพื่อกำหนดให้บุคคลระงับการจัดการทรัพย์สินหรือสงวนรักษาทรัพย์สินไว้จากการจำหน่ายจ่ายโอน การลั่นเปลืองไปเปล่า ด้วยคำสั่งที่เรียกว่า "Freezing injunction" เป็นต้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และรวมถึงประเทศไทยก็มีแนวโน้มของการผ่อนคลายหลักฟังความสองฝ่ายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งเหตุผลที่ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศต่างๆ ยอมรับต่อการยกเว้นหลักฟังความสองฝ่ายเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามีเหตุผลมาจากปัจจัยที่สำคัญ 2 ประการด้วยกัน คือ

1. เหตุผลภายในของหลักฟังความสองฝ่าย

วัตถุประสงค์ของหลักฟังความสองฝ่ายนั้นผูกติดอยู่กับหลักความยุติธรรม หลักฟังความสองฝ่ายมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่คู่ความทุกฝ่าย ดังนั้น ตามแนวความคิดดั้งเดิมจึงเชื่อว่าควรยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่ายอย่างเคร่งครัด แต่เมื่อการให้หลักฟังความสองฝ่ายในลักษณะที่บังคับสัมบูรณ์ (absolute) เด็ดขาด มีความแข็งกระด้างมากเกินไปจนอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ซึ่งเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของหลักการนี้ ดังคำกล่าวของผู้พิพากษา Megarry J. ที่ได้ให้ทัศนะไว้ในคดี Ridge v. Baldwin [1964] A.C.40 ว่า "หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ดังนั้น เราจึงต้องจำกัดการนำมาใช้ภายใต้ขอบเขตอันเหมาะสมและไม่อนุญาตให้ใช้โดยไม่มีขอบเขต" ฉะนั้น โดยธรรมชาติของหลักการนี้จึงควรถูกยกเว้นได้ตามสมควร ตัวอย่างเช่น กระบวนการพิจารณาในสมัยโรมันแต่เดิมนั้น มีเงื่อนไขในการพิจารณาคดีว่าผู้ปกครองชุมชนจะสามารถพิจารณาคัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ต่อเมื่อจำเลยได้มาปรากฏตัวต่อหน้าเท่านั้น หากจำเลยไม่มาอยู่ต่อหน้าก็ไม่อาจที่จะจัดทำ

คำพิพากษาสำหรับจำเลยผู้นั้นได้² เมื่อเป็นเช่นนี้ ในกรณีที่จำเลยหลบหนีและไม่สามารถนำตัวมาร่วมการพิจารณาคดีได้ โจทก์จึงไม่มีทางได้รับการเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เลย สร้างความเสียหายให้แก่โจทก์เป็นอย่างมาก ดังนั้น ในยุคต่อมาพวกไพรเตอร์ (praetor) จึงแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการนำมาตราการแก้ไขข้อขัดข้องโดยการใช้วิธีบังคับให้จำเลยมาปรากฏตัว (mission in bona) มาใช้³ หรือ ในยุคสมัยต่อมาประเทศอังกฤษมักประสบปัญหาไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานที่แสดงว่ามีการกระทำความผิดหรือมีการกระทำละเมิดสิทธิได้ โดยเฉพาะในคดีทรัพย์สินทางปัญญา เพราะผู้กระทำความผิดมักจะยักย้ายหรือทำลายพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตนก่อนที่จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย ฉะนั้น ศาลคอมมอนลอว์จึงได้แก้ปัญหานี้โดยการคิดค้นคำสั่งที่เรียกว่า Search Order มาบังคับใช้เพื่อให้โจทก์ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่

ตัวอย่างของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งสองเรื่องข้างต้นแสดงให้เห็นว่า หลักฟังความสองฝ่ายที่จะช่วยให้กระบวนการพิจารณาเกิดความยุติธรรมนั้น ไม่ควรมีคุณสมบัติเป็นหลักที่มีลักษณะบังคับสัมบูรณ์ (absolute) หรือแข็งกระด้าง หากแต่ควรจะต้องมีลักษณะที่ยืดหยุ่นได้ตามสมควร โดยคำนึงถึงความยุติธรรมซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของหลักการนี้ แต่ถึงกระนั้น เนื่องจากหลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักที่เป็นสัญลักษณ์ของความยุติธรรม ฉะนั้น การยกเว้นต่อการนี้จึงไม่ใช่ว่าจะกระทำได้ทุกเรื่องโดยไม่มีข้อจำกัด การยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายจะต้องกระทำอย่างระมัดระวัง และกระทำเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อมีการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายก็จะต้องมีการกำหนดมาตรการเยียวยาเพื่อความเป็นธรรมอย่างเหมาะสมให้แก่ผู้ที่ต้องได้รับผลกระทบกระเทือนจากการยกเว้นจากหลักการนี้ เช่น การพิจารณาโดยขาดนัดจะมีมาตรการเยียวยาที่เรียกว่า การขอให้พิจารณาคดีใหม่ สำหรับจำเลยที่ไม่ได้ยื่นคำให้การหรือไม่ได้มาศาลโดยสุจริตแล้วแต่กรณี หรือในการละเมิดอำนาจศาลก็จะมีมาตรการเยียวยาโดยกำหนดให้การละเมิดที่ไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าศาล จะต้องได้รับการไต่สวนจากผู้พิพากษาของคณะอื่นก่อนที่จะมีคำสั่งลงโทษแก่คู่ความ เป็นต้น

2. เหตุผลเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมในคดีแพ่ง

เป็นที่ทราบกันดีว่าหัวใจของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง คือ ความยุติธรรม (justice) ซึ่งในอดีตความยุติธรรมในการดำเนินคดีแพ่ง หมายถึง การมุ่งหมายที่จะค้นคว้าหาความจริงเพื่อให้ทราบโดยกระจ่างชัดว่าฝ่ายใดถูกและฝ่ายใดผิด เพื่อให้รู้แพ้รู้ชนะ และทราบว่า

² วรณชัย บุญบำรุง, "การพิจารณาโดยขาดนัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง," วารสารนิติศาสตร์ 30, 3 (กันยายน 2543): หน้า 419.

³ เรื่องเดียวกัน

แต่ละฝ่ายต้องชดใช้หรือมีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไร แนวความคิดเช่นนี้นับว่าเหมาะสมกับสภาพสังคมในอดีต เพราะประชาชนของแต่ละชุมชนยังมีอยู่น้อย ทำให้ปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลจึงยังมีจำนวนไม่มากประกอบกับปัญหาข้อพิพาทต่างๆ ก็ได้มีความสลับซับซ้อนมากดังเช่นปัจจุบัน ดังนั้นศาลจึงสามารถที่จะวินิจฉัยเคราะห์ตัดสินปัญหาในคดีต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องระยะเวลาหรือค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการดำเนินคดีมากนัก

แต่ทว่านับตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา แนวความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมในคดีแพ่งได้เปลี่ยนแปลงไป ความก้าวหน้าของโลกทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง และจำนวนประชากรที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างมหาศาล ทำให้สิ่งที่เราเคยเห็นว่าเป็นความยุติธรรมในอดีต นั่นคือ การมุ่งค้นหาความจริงให้รู้ถุกู้ผิดผิดโดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี กลายเป็นสิ่งที่ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่ประชาชน และไม่เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในยุคดังกล่าวอีกต่อไป จำนวนประชากรที่เพิ่มขึ้น การติดต่อสื่อสาร และการค้าการลงทุนแบบไร้พรมแดนเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ปริมาณคดีจำนวนมากหลั่งเข้าสู่ศาล ก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในระบบยุติธรรมหลายประการ เช่น ปัญหาคดีล้นศาล ปัญหาจำนวนผู้พิพากษาไม่ได้สัดส่วนเพียงพอกับปริมาณคดี ปัญหาด้านการจัดสรรงบประมาณและสถานที่ ปัญหาด้านความยุ่งยากสลับซับซ้อนของข้อพิพาท ตลอดจนปัญหาความไม่สุจริตของคู่ความ ทำให้การดำเนินคดีแพ่งกลายเป็นเรื่องทีล่าช้า ล้นเปลืองเวลา ล้นเปลืองค่าใช้จ่าย และสร้างความเสียหายให้แก่คู่ความเป็นอย่างมาก

ดังนั้น นับตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นต้นมา แนวความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมในคดีแพ่งจึงเปลี่ยนแปลงไป การที่จะพิจารณาว่ากระบวนการพิจารณาคดีแพ่งใดมีความยุติธรรมหรือไม่ในปัจจุบัน จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 3 ด้าน ประกอบกัน คือ มิติเรื่องความถูกต้องแห่งคำพิพากษา (The dimension of truth : rectitude of decision) มิติเรื่องเวลา (The time dimension) และมิติเรื่องค่าใช้จ่าย (The cost dimension)⁴

มิติเรื่องความถูกต้องแห่งคำพิพากษา (The dimension of truth : rectitude of decision) ทฤษฎีของเบนธัมได้กล่าวไว้ว่า วัตถุประสงค์ของวิธีพิจารณาความ คือ ความถูกต้องแม่นยำของคำตัดสินเป็นจุดมุ่งหมายของการดำเนินคดีซึ่งจำต้องเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องและต้องมีข้อเท็จจริงที่ถูกต้องด้วย⁵ เป็นที่ทราบกันดีว่า ระบบวิธีพิจารณาความนั้น

⁴ Adrian A.S. Zuckerman, Civil Justice in crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Great Britain : Oxford University Press, 1999, pp.3-4

⁵ Ibid, p.6

แก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพเฉพาะกับสิ่งที่เคยเกิดขึ้นแล้วหรือสิ่งที่กำลังดำเนินอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น แต่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาในอนาคตได้ ดังนั้น เราจึงไม่อาจคาดหวังความยุติธรรมที่สมบูรณ์แบบได้ แต่อย่างไรก็ตาม เราสามารถคาดหวังถึงความยุติธรรมที่ดีได้ ซึ่งเมื่อความถูกต้องแห่งคำพิพากษา คือ หัวใจของการดำเนินคดี ความยุติธรรมที่ดีที่สุดก็คือ การมีระบบวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมเชื่อมโยงกับการรักษาไว้ซึ่งความถูกต้องของคำพิพากษา รวมทั้งการกำหนดให้มีข้อเรียกร้องในด้านวิธีพิจารณาต่างๆ เช่น การมีหลักฟังความสองฝ่าย หรือการมีผู้พิพากษาที่เป็นกลางในการวินิจฉัยคดี⁶ เป็นต้น

มีข้อพึงสังเกตว่า เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งคำพิพากษาที่ถูกต้อง ศาลไม่จำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อความจริงที่ถูกต้องที่สุด อะไรคือความจริง อะไรคือความเท็จ สิ่งเหล่านี้เป็นอิสระจากวิธีพิจารณาความ ดังนั้น ตามระบบวิธีพิจารณาความสมัยใหม่ จึงไม่จำเป็นต้องตรวจสอบถึงขั้นสูงสุดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ใช้ในการตัดสินคดี แต่สิ่งที่จะช่วยให้ประชาชนเกิดความมั่นใจได้ว่าจะได้รับคำพิพากษาที่เป็นธรรม ก็คือ การนำหลักทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เป็นธรรมมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสม เพื่อรักษาไว้ซึ่งความถูกต้องแม่นยำแห่งคำพิพากษา

มิติเรื่องเวลา (The time dimension) เป็นมิติของความยุติธรรมอื่นที่ไม่ได้มีผลโดยตรงต่อความถูกต้องของคำพิพากษา แต่ทว่ามิติอิทธิพลต่อระบบความยุติธรรมและมีผลกระทบทางอ้อมต่อผลแห่งคำพิพากษาในคดี เพราะความล่าช้าอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดได้ด้วยการทำให้พยานหลักฐานสูญหายหรือเสื่อมสลายไป และยังทำให้ความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานลดลง ยิ่งเวลาผ่านไปนานเท่าไร สำหรับพยานบุคคล ความทรงจำของเขาย่อมรางเลือนลงไปมากเท่านั้น และในขณะเดียวกัน วัตถุพยานก็อาจจะสูญหายหรือถูกทำลายไปได้ก่อนการพิจารณาคดี ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ดีจึงควรจะต้องลงความเสี่ยงของข้อผิดพลาดเหล่านี้ เพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดคดีในขณะที่พยานหลักฐานยังมีความครบถ้วนและสมบูรณ์อยู่

ในเรื่องมิติเวลานี้ ก็มีข้อพึงระลึกไว้ว่าไม่เพียงแต่เวลาล่าช้าเท่านั้นที่อาจจะสร้างความผิดพลาดในการตัดสินคดี แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรีบเร่งและรวดเร็วมากเกินไปก็อาจนำมาซึ่งผลเสียหายได้เช่นกัน เพราะคู่ความจะไม่มีโอกาสและเวลาที่เพียงพอสำหรับโต้แย้งต่อสู้คดี หรือสำหรับการรวบรวมพยานหลักฐาน ทำให้เกิดความผิดพลาดในการดำเนินคดีได้สูง

นอกจากนั้น ระยะเวลาที่ยาวนานยังสามารถกัดกร่อนทำลายประโยชน์แห่งคำพิพากษาได้อีกด้วย ยิ่งเวลาผ่านไปนานขึ้นเท่าไร ก็ยิ่งเพิ่มอัตราเร่งให้ลดทอนประโยชน์ที่คู่ความพึงจะได้รับจากคำพิพากษาไปเท่านั้น เช่น ถ้านาย ก ต้องการเดินทางไปต่างประเทศ จึงขอทำพาสปอร์ตแต่

⁶ Ibid, pp.7-8

ได้รับการปฏิเสธ เขาจึงร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้หน่วยราชการที่รับผิดชอบดำเนินการให้ อย่างไรก็ตาม ก็ดี ถ้าหากคำสั่งนั้นไม่สามารถได้มาก่อนเวลาที่เที่ยวบินที่นาย ก.ประสงค์จะเดินทางออกเดินทางไป คำสั่งซึ่งรับรองสิทธิให้มีการออกพาสปอร์ตนั้นก็ไม่สามารถที่จะแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายให้แก่ นาย ก. ได้ ทำนองเดียวกันกับระบบวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งทำให้เหยื่อของอุบัติเหตุบนท้องถนนต้องรอถึง 30 ปี สำหรับการได้รับค่าสินไหมแทนในกรณีละเมิด

คำพิพากษาที่ล่าช้าจึงถือเป็นคำพิพากษาที่ไม่ยุติธรรม ไม่ใช่เพราะบังคับใช้กฎหมายไม่ถูกต้องหรือได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง แต่เป็นเพราะว่าคำพิพากษานั้นได้มาอย่างล่าช้ามากเกินไป ดังคำกล่าวที่ว่า "Justice delayed is justice denied" หรือที่ในภาษาละตินเรียกว่า "venter non patitur dilationem" (the stomach brooks no delayed)⁷ สรุปได้ว่า กระบวนการพิจารณาที่ล่าช้าทำลายคุณค่าของคำพิพากษาโดยการพัดพาประโยชน์ที่คู่ความพึงได้รับออกไป ดังนั้น คำพิพากษาที่ดีจึงควรจัดทำภายในเวลาที่ยังสามารถเยียวยาความเสียหายได้ หรือถ้าความเสียหายนั้นยังไม่เกิดขึ้นก็ควรจัดทำในเวลาที่จะสามารถป้องกันความเสียหายได้ด้วย

มิติเรื่องค่าใช้จ่าย (The cost dimension) วิธีพิจารณาความที่มีคุณภาพเป็นเส้นทางที่คู่ความและรัฐต้องเตรียมการเพื่อการลงทุนที่มีมูลค่าสูง สำหรับคู่ความ การรับภาระค่าใช้จ่ายที่ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินคดีล้วนเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อการเข้าถึงความยุติธรรม ค่าใช้จ่ายเหล่านี้มีที่มาจาก ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมศาล ค่ายานพาหนะในการเดินทาง ฯลฯ นอกจากนี้ ในเรื่องค่าใช้จ่ายมิใช่เพียงคู่ความเท่านั้นที่จะต้องรับภาระ เพราะในทฤษฎีหรือนโยบายเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกทางแพ่งในประเทศต่างๆ ถือว่า ผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่แท้จริง คือ ผู้เสียภาษีอากรของรัฐ (taxpayer) ซึ่งได้สละเงินได้ของตนเพื่อนำมาให้รัฐจัดสรรความยุติธรรมให้แก่สังคม ยิ่งมีการดำเนินคดีแพ่งมากขึ้นเท่าไร ผู้เสียภาษีอากรก็ต้องสูญเสียเงินเพื่อกระบวนการดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นเท่านั้น ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจึงมีผลกระทบทั้งต่อตัวคู่ความและรัฐในขณะเดียวกัน

จากความหมายของความยุติธรรมทั้ง 3 ประการ เมื่อนำมาพิจารณาเข้ากับหลักฟังความสองฝ่ายที่เรากำลังศึกษากันอยู่ในขณะนี้ ทำให้เห็นมุมมองที่น่าสนใจว่า การที่จะบังคับใช้หลักฟังความสองฝ่ายให้บรรลุความมุ่งหมายในด้านความยุติธรรม จำเป็นต้องบังคับใช้ให้สอดคล้องกับมิติแห่งความยุติธรรมทั้ง 3 ประการ นั่นคือ จะต้องคำนึงถึงเรื่องความถูกต้องแห่งคำพิพากษา เรื่องเวลา และเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ประกอบเข้าด้วยกัน การบังคับใช้หลักฟังความ

⁷ Ibid, pp.7-8

สองฝ่ายอย่างเคร่งครัดจนทำให้เสียไปซึ่งองค์ประกอบของความยุติธรรมด้านใดด้านหนึ่ง ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการบังคับใช้หลักฟังความสองฝ่ายที่บรรลุต่อความยุติธรรมอย่างสมบูรณ์ได้

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า โดยสภาพและข้อจำกัดของการใช้หลักฟังความสองฝ่าย ประกอบกับแนวความคิดด้านความยุติธรรมในการดำเนินคดีแพ่งที่เปลี่ยนแปลงไป ได้ทำให้การยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่ายเปลี่ยนแปลงไปจากการยึดถือแบบดั้งเดิม การยึดถือหลักฟังความสองฝ่ายอย่างเคร่งครัด แข็งกระด้าง ไม่สามารถทำให้กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งบรรลุถึงความยุติธรรมที่ดีที่สุดได้ หากแต่การใช้หลักการนี้อย่างยืดหยุ่น มีเหตุมีผล และสอดคล้องเข้ากันกับมิติแห่งความยุติธรรมในการดำเนินคดีแพ่งทั้ง 3 ประการ อันได้แก่ มิติด้านความถูกต้องแห่งคำพิพากษา (The dimension of truth: rectitude of decision) มิติด้านเวลา (Time dimension) มิติเรื่องค่าใช้จ่าย (The cost dimension) จึงจะเป็นแนวทางที่ช่วยให้คู่ความเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง

2. วิเคราะห์ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักทั่วไปของการดำเนินคดีกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งที่ให้สิทธิและโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่แก่คู่ความ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ที่ก้าวกายเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ที่ไม่อาจถูกโต้แย้งได้ เพราะโดยข้อเท็จจริงแล้ว ไม่มีสิทธิโต้แย้งต่อสู้คดีอย่างใดๆ ที่จะสมบูรณ์โดยไม่มีขอบเขต (boundary) เพราะนั้นอาจส่งผลกระทบต่อกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลอื่นและอาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยแก่สังคมส่วนรวม ดังนั้น สิทธิในการต่อสู้คดีตามหลักฟังความสองฝ่ายจึงอาจได้รับการยกเว้นได้ในกรณีที่มีเหตุผลอย่างอื่นที่มีความสำคัญเหนือกว่า

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ แต่เนื่องจากการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายออกจะเป็นการหักเหออกจากความยุติธรรม (justice) ซึ่งเป็นคุณลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งที่ดี ดังนั้น ในการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายจึงควรมีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้ เพื่อสร้างความสมดุลและความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ประการแรก คือ การยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายจะต้องกระทำโดยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมิบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายไว้โดยชัดแจ้ง

ประการที่สอง จะต้องมิเหตุผลอันชอบธรรมและมีความจำเป็นที่ได้สัดส่วน (Proportionality) กับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการยกเว้นต่อหลักการเช่นว่านี้ ข้อพิจารณาในเรื่องนี้ถือว่ามี

ความสำคัญมากและเป็นปัจจัยหลักที่จะนำมาใช้ตัดสินว่าการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายในเรื่องใดมีความเหมาะสมหรือไม่ การยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายที่ไม่ได้สัดส่วนกับความยุติธรรมย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน

ประการสุดท้าย จะต้องสร้างมาตรการเยียวยาที่เป็นธรรมเพื่อให้เกิดความสมดุล

กระบวนการพิจารณาที่มีคุณลักษณะครบถ้วนดังที่ได้กล่าวมาอย่างสมบูรณ์นั้นฐานได้ว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสมที่จะดำรงอยู่ในกฎหมาย สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย มีกระบวนการพิจารณาหลายเรื่องที่เกี่ยวข้องได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่าย ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนได้กล่าวถึงไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อย่อยที่ 4 สำหรับในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงเหตุผลและความเหมาะสมของข้อยกเว้นที่มีอยู่ในประเทศไทยโดยศึกษาเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่มีอยู่ในต่างประเทศ

2.1 การขาดนัดและกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด

การพิจารณาโดยขาดนัดเป็นกระบวนการพิจารณาเก่าแก่ของประเทศไทยที่มีมาตั้งแต่ก่อนการปรับปรุงกฎหมายตามหลักสากล โดยถือว่าการไม่มาศาลเป็นเหตุตัดสินว่าอย่างหนึ่งและเป็นเหตุให้คู่ความฝ่ายนั้นต้องแพ้คดี ในต่างประเทศก็มีหลักการนี้เช่นเดียวกัน โดยแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องการพิจารณาโดยการขาดนัดในยุโรปถือได้ว่ามีมาตั้งแต่สมัยโรมัน และสืบทอดต่อกันมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ระบบคอมมอนลอว์ (Common law) ไม่ว่าจะในประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ฯลฯ

เมื่อวิเคราะห์ถึงเหตุผลของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดในประเทศต่างๆ ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาโดยขาดนัดเป็นข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่จำเป็นต้องมีอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยเหตุผลสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก เพื่อขจัดปัญหาการบังคับใช้หลักฟังความสองฝ่าย แนวความคิดพื้นฐานของการดำเนินคดีแพ่งนั้นเป็นเรื่องระหว่างคู่ความด้วยกันเอง ฉะนั้น เมื่อมีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้น คู่ความทุกฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสและสามารถโต้แย้งต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ แต่เมื่อปรากฏว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจงใจไม่มาศาลหรือหลบเลี่ยงไม่เข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไม่มีเหตุผล การที่ศาลจะต้องรอคู่ความฝ่ายนั้นให้มาอยู่พร้อมหน้ากันจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก เพราะเป็นการไม่แน่นอนว่าในที่สุดแล้วคู่ความฝ่ายนั้นจะมาศาลหรือไม่ ถ้าหากเรายึดถือหลักฟังความสองฝ่ายอย่างเคร่งครัด ไม่ยินยอมให้มีการยกเว้นได้ด้วยการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว กระบวนการพิจารณาย่อมหยุดชะงักลงเพียงเท่านั้นและเกิดสภาวะปิดตาย (Deadlock) ไม่อาจดำเนินการอย่างใดๆ ต่อไปได้อีกจนกว่าคู่ความฝ่ายนั้นจะมาศาล ส่งผลร้ายแก่คู่ความฝ่ายที่

มาศาลทำให้ไม่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายและขณะเดียวกันก็ส่งผลร้ายต่อการบริหารจัดการคดีของศาลเพราะทำให้เกิดความคั่งค้างและล่าช้าในการดำเนินคดี เพื่อแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องยกเว้นต่อหลักการนี้โดยกำหนดให้ศาลสามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปฝ่ายเดียวได้ในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัด

ประการที่สอง เพื่อเป็นบทลงโทษคู่ความฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพราะกระบวนการยุติธรรมในคดีแพ่งถือได้ว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยหลักรัฐจัดบริการให้แก่ประชาชนในลักษณะให้เปล่า^๑ เพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมในคดีแพ่ง รัฐจะต้องจัดหาบุคลากร เช่น ผู้พิพากษา เสมียนศาล เจ้าหน้าที่ธุรการ อีกทั้งยังต้องจัดหาสถานที่เพื่อรองรับการพิจารณาคดี กรณีจึงไม่สมควรที่คู่ความจะละเลยเพิกเฉยไม่ให้ความร่วมมือจนกระทั่งทำให้รัฐสิ้นเปลืองงบประมาณแผ่นดินไปโดยไม่สมควร ฉะนั้น เมื่อคู่ความได้ก้าวเข้ามาสู่ปริมณฑลแห่งการดำเนินคดีแล้วไม่ว่าจะโดยการนำคดีขึ้นสู่ศาลด้วยตนเองหรือโดยการถูกฟ้องร้องจากบุคคลอื่น คู่ความต้องตระหนักว่าตนเองมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อรัฐในอันที่จะต้องเข้าร่วมการดำเนินคดี เพื่อให้การดำเนินคดีสำเร็จลุล่วงไปอย่างรวดเร็วและเป็นระเบียบเรียบร้อย

นอกจากนั้น การที่คู่ความมาศาลยังช่วยให้กระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น เพราะในคดีแพ่งคู่ความมีสถานะเป็นนายเหนือข้อเท็จจริง หากคู่ความต้องการทำหรือประนีประนอมยอมความกัน โดยไม่พิจารณาเอาความจริงก็สามารถกระทำได้ เมื่อคู่ความมาศาลโอกาสที่คู่ความจะตกลงกันและทำให้คดีเสร็จสิ้นไปจากศาลย่อมมีความเป็นไปได้มากกว่า รัฐและคู่ความย่อมได้ประโยชน์จากการที่ไม่ต้องดำเนินคดีให้ยืดเยื้อต่อไปอีก

ประการที่สาม เพื่อคุ้มครองโจทก์มิให้ต้องได้รับความเสียหายจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ล่าช้า สาเหตุที่โจทก์ตัดสินใจยื่นฟ้องคดีแพ่ง โดยปกติย่อมเกิดขึ้นจากถูกโต้แย้งสิทธิหรือได้รับความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลนั้นไม่สามารถจัดการหรือบังคับสิทธิเองได้ จึงมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เยียวยาบรรเทาความเสียหาย ปัญหาที่มีอยู่ในกรณีที่คู่ความฝ่ายที่ทำการละเมิดสิทธิไม่มาศาล หรือคือตั้งไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะ การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างไร หรือในที่สุดแม้ว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะกลับใจเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในภายหลัง แต่การเยียวยานั้นก็อาจล่าช้าเกินไปหรือไม่มีประโยชน์อีกต่อไปแล้ว ดังคำกล่าวที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือความไม่ยุติธรรม” ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการบางอย่างเพื่อช่วยบรรเทาความเสียหายให้แก่โจทก์ได้อย่างเหมาะสม ซึ่งใน

^๑วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 222.

กรณีการไม่มาศาลหรือไม่เข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร มาตรการนั้นก็คือ การพิจารณาโดยขาดนัด

ในประเทศไทย หลักกฎหมายเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 197 – 209 บทบัญญัตินี้ได้รับการปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่ทั้งหมดเมื่อปี พ.ศ.2543 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2543 บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีหลักการสำคัญเป็นการลงโทษคู่ความฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะการไม่ยื่นคำให้การ ให้ต้องรับผลร้ายถึงขั้นแพ้คดี กล่าวคือ ศาลสามารถพิพากษาหรือชี้ขาดคดีให้จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแพ้คดีได้ โดยไม่ต้องทำการสืบพยานและจำกัดสิทธิบางประการในการต่อสู้คดีของจำเลยลงในคดีที่ศาลมีดุลพินิจให้สืบพยานฝ่ายเดียว เช่น การห้ามจำเลยอ้างตนเองเป็นพยาน เพื่อให้กระบวนการพิจารณา กระชับและรวดเร็วขึ้น

แนวความคิดในเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดในประเทศไทยแต่เดิม ก่อนหน้าที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ ถือว่าการขาดนัดไม่ใช่เหตุแห่งการแพ้คดี จำเลยเพียงแต่ไม่มีประเด็นเข้าต่อสู้เท่านั้น แต่จะถือว่าเมื่อจำเลยขาดนัดมีผลเท่ากับจำเลยแพ้คดีเลยไม่ได้ ศาลจะต้องทำการสืบพยานและชี้แจงนำพยานหลักฐานใจทักต่อไปว่ามีมูลเพียงพอที่จะชนะคดีหรือไม่แล้วจึงพิพากษาคัดสิน การเปลี่ยนแปลงไปสู่หลักการใหม่จึงเกิดข้อโต้แย้งค่อนข้างมากเกี่ยวกับสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย กลายเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเป็นหลักการดังกล่าวเป็นการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายที่มากเกินไปหรือไม่ และก่อให้เกิดการโต้แย้งเสียเปรียบแก่คู่ความหรือไม่

ในการวิเคราะห์ถึงปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาเปรียบเทียบกับการบังคับใช้หลักเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดในต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ดูว่า กระบวนการพิจารณาในเรื่องนี้ในต่างประเทศมีแนวโน้มไปในทิศทางใด และในขณะเดียวกันก็ต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นเฉพาะของประเทศไทย พร้อมทั้งมาตรการเยียวยาต่างๆ ที่กำหนดอยู่ในกฎหมายว่ามีเหตุผลสมควรเพียงพอแล้วหรือไม่

ในประเทศอังกฤษ การพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดให้จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแพ้คดีโดยไม่ต้องทำการสืบพยานนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ ทั้งในกรณีที่จำเลยขาดนัดไม่ยื่นหมายแสดงเจตนาต่อสู้คดีหรือไม่ยื่นคำให้การต่อสู้คดี โดยใจทักเพียงแต่ยื่นคำขอต่อศาลตามแบบฟอร์มที่กำหนด แต่จะต้องให้ปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าจำเลยได้รับหมายเรียกให้แสดงเจตนาต่อสู้คดีโดยชอบแล้ว เว้นแต่ในคดีบางประเภท กฎหมายกำหนดให้ศาลจะต้องทำการไต่สวนก่อนมีคำสั่งอนุญาต

ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมิได้มีอำนาจพิพากษาให้จำเลยแพคดีไปโดยทันทีเพราะเหตุขาดนัด แต่จำศาลจะบันทึกข้อมูลลงในสารบบคดีว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การอันมีผลให้จำเลยหมดสิทธิในการต่อสู้คัดค้านข้อเท็จจริงที่ถูกฟ้องเกี่ยวกับความรับผิดชอบในมูลหนี้ แต่สำหรับเรื่องค่าเสียหายโจทก์ยังคงมีหน้าที่นำสืบต่อไป

ประเทศฝรั่งเศส เมื่อโจทก์ฟ้องคดีและได้ยื่นคำฟ้องและพยานหลักฐานต่อศาลและได้แจ้งให้จำเลยทราบเพื่อจำเลยจะได้ยื่นคำให้การต่อสู้คดีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หากจำเลยไม่ยื่นคำแถลงการณ์สรุปคำให้การต่อศาล (Défaut Faute de Conclure) ศาลมีอำนาจสรุปสำนวนและดำเนินคดีต่อไปได้ด้วยตนเอง

เห็นได้ว่า ในต่างประเทศแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดให้จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแพคดีโดยไม่ต้องทำการสืบพยานมิใช่เรื่องใหม่ แต่เป็นกระบวนการพิจารณาโดยรวบรัดที่ได้ยอมรับกันในหลายประเทศ เพราะโดยลักษณะของกระบวนการพิจารณาที่กระชับและใช้ระยะเวลาสั้นๆ ได้มีส่วนช่วยให้คดีเสร็จออกไปจากศาลโดยเร็ว ช่วยให้โจทก์จึงได้รับการเยียวยารวดเร็วขึ้นและในขณะเดียวกันก็ช่วยให้ปริมาณคดีที่ค้างค้ำภายในศาลลดลง ดังนั้น การที่ประเทศไทยจะยอมรับหลักการนี้เข้ามาใช้บังคับเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากความรวดเร็วในการดำเนินคดีเช่นในต่างประเทศจึงมีคุณค่าและเหมาะสมแล้ว

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของการดำเนินคดีแพ่งในประเทศไทย พบว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องสืบพยานประกอบคำฟ้องของโจทก์เพื่อให้เห็นว่ามีหลักฐานเพียงพอที่จะพิพากษาให้จำเลยชนะคดีตามหลักการดั้งเดิมของการพิจารณาโดยขาดนัดในทางปฏิบัติเป็นการสร้างภาระยุ่งยากให้แก่ศาลเป็นอันมาก เพราะจำเลยมักจะอาศัยกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนี้เป็นเครื่องมือในการประวิงคดี ประกอบกับคดีส่วนใหญ่ที่จำเลยขาดนัดมักเป็นคดีที่พิสูจน์ด้วยเอกสารหรือสัญญาเป็นสำคัญ กระบวนยุติธรรมจึงเกิดความล่าช้าเป็นอันมาก ต่อมา เมื่อประเทศไทยก้าวเข้าสู่ภาวะวิกฤตเศรษฐกิจในช่วงปี พ.ศ. 2540 ซึ่งมีสถาบันการเงินปิดกิจการลงเป็นจำนวนมาก ปริมาณคดีจำนวนมากจึงหลั่งไหลเข้ามาสู่ศาล ทำให้กระบวนการยุติธรรมในขณะนั้นหยุดชะงักและเกิดการค้างค้ำของคดี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งให้เกิดความรวดเร็วมากขึ้น การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัด โดยเฉพาะการขาดนัดยื่นคำให้การที่กำหนดให้ศาลสามารถพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีได้โดยไม่ต้องสืบพยานจึงมีส่วนช่วยแก้ไขปัญหาค้างค้ำของคดีได้เป็นอย่างดี ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมดีแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดตามหลักการใหม่ข้างต้นจะเป็นประโยชน์และสอดคล้องแนวความคิดของหลักกระบวนการยุติธรรมที่ดีเพราะช่วยให้

เกิดความรวดเร็ว แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายดังกล่าวก็ก่อให้เกิดปัญหาอยู่มากพอสมควร เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดตามหลักการใหม่นั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยมากกว่าหลักการเดิมที่เคยบังคับใช้ในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการสืบพยานไปฝ่ายเดียว ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลต้องมีหน้าที่แจ้งให้จำเลยทราบถึงกำหนดนัดสืบพยานดังเช่นมาตรา 198 วรรคสามเดิมได้ ในกรณีนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า แม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองสิทธิของจำเลยโดยการกำหนดมาตรการเยียวยาไว้แล้วโดยการอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้ง่ายขึ้น ก็ยังน่าที่จะคุ้มครองถึงสิทธิที่จะได้รับทราบวันนัดพิจารณาคดีฝ่ายเดียวด้วย

นอกจากนั้น เนื่องจากการพิจารณาโดยขาดนัดในประเทศไทยตามหลักกฎหมายที่ได้แก้ไขใหม่มีผลร้ายแรงถึงขั้นที่ทำให้คู่ความฝ่ายที่ไม่มาศาลต้องแพ้คดีไปโดยไม่ต้องทำการสืบพยาน ประกอบกับ ประชาชนคนไทยจำนวนมากยังขาดความรู้ความเข้าใจในการดำเนินคดี เมื่อได้รับหมายเรียกสำเนาคำฟ้องแล้วจึงไม่ทราบว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป บ้างก็เพิกเฉยไม่สนใจ หรือว่าจะตระหนักได้ว่าต้องยื่นคำให้การต่อสู้คดี ก็อาจล่วงพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดสำหรับการยื่นคำให้การไปแล้ว นอกจากนี้ สำหรับประชาชนที่อยู่ในพื้นที่ชนบทหลายคน ยังไม่มีความรู้หนังสือ เมื่อได้รับหมายเรียกจึงไม่สามารถอ่านและทำความเข้าใจได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า นอกเหนือจากมาตรการเยียวยาเพื่อความเป็นธรรมในคดีขาดนัดที่เป็นสากล คือ การอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีใหม่แล้ว เพื่อคุ้มครองคู่ความทุกฝ่ายให้ได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกันตามหลักฟังความสองฝ่าย ยังควรมีมาตรการเยียวยาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง นั่นคือ การกำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิคู่ความฝ่ายจำเลยเป็นพิเศษอีกทางหนึ่งด้วย โดยการกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของจำเลยที่ขาดนัดเพิ่มมากขึ้นในทุกขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การเข้ามาตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าจำเลยได้รับหมายโดยชอบแล้วจริงๆ เป็นต้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์และช่วยให้คู่ความทุกฝ่ายได้รับความยุติธรรมอย่างเท่าเทียม

2.2 การละเมิดอำนาจศาล

จากการศึกษาข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายเรื่องการไล่ออกจากบริเวณศาล กรณีละเมิดอำนาจศาลทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลของกระบวนการพิจารณาเรื่องละเมิดอำนาจศาลอาจแบ่งออกได้อย่างน้อยที่สุด 2 ประการด้วยกัน

ประการแรก คือ เพื่อคุ้มครองไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของศาล การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นกระบวนการพิจารณาเฉพาะที่ถือกำเนิดขึ้นมาจากนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ (Common law) โดยเกิดขึ้นจากการชั่งน้ำหนักหลักการใหญ่ในสังคมประชาธิปไตย 2 ประการ

ด้วยกัน คือ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract) อันมุ่งเน้นให้ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสามารถวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของบุคคล หน่วยงานของรัฐ หรือสถาบันอื่นได้อย่างมีเหตุมีผล กับ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของศาล (Sanctity of court) ในสังคมประชาธิปไตยนั้น ศาลหรือสถาบันตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยส่วนหนึ่งด้วยการทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมและพิพากษาคัดลिनอรรถคดีให้แก่ประชาชน โดยลักษณะแห่งอำนาจหน้าที่จึงเป็นสถาบันที่มีเกียรติและควรได้รับการเคารพยกย่องอย่างสูง ในประเทศอังกฤษศาลไม่เพียงแต่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแต่เป็นผู้สรรสร้างเหตุผล แนวความคิดและวรรณกรรมแห่งคำพิพากษาทั้งปวง จึงมีแนวความคิดที่ว่ากรกระทำหรือการแสดงความคิดเห็นใดๆ ที่เป็นการลบหลู่ดูหมิ่น ไม่เคารพยำเกรงศาล เป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม

เหตุผลประการที่สอง เพื่อเป็นเครื่องมือสำหรับรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในการดำเนินคดีภายในศาลและเพื่อให้ศาลสามารถควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อย รวดเร็ว และรวดเร็ว เหตุผลข้อนี้เป็นเหตุผลความจำเป็นในแง่ของการบริหารความยุติธรรม เพราะเมื่อใดก็ตามที่เกิดความไม่เรียบร้อยวุ่นวายขึ้นในบริเวณศาล แน่นอนที่สุดว่าอาจจะทำให้ผู้พิพากษาเสียสมาธิได้ ทำให้การพิจารณาคดีไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง อีกทั้งยังความไม่เรียบร้อยวุ่นวายยังมีผลเป็นการหยุดเวลาในการพิจารณาคดีทำให้คดีที่กำลังดำเนินอยู่หยุดชะงัก ก่อให้เกิดความล่าช้าในการอำนวยความยุติธรรม

จากเหตุผลทั้งสองประการที่กล่าวมาทำให้ประเทศต่างๆ ในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) จึงยอมรับให้มีการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายเพราะเหตุละเมิดอำนาจศาล การพิจารณาคดีที่เรียบร้อยย่อมเป็นประโยชน์เบื้องต้นให้แก่คู่ความในฐานะที่จะได้รับความยุติธรรมโดยเร็ว และยังเป็นประโยชน์แก่ศาล เพราะช่วยให้การพิจารณาคดีของศาลไม่ล่าช้า ยืดเยื้อ ดังนั้น แม้ว่าโดยทั่วไประบบวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) จะยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่าย โดยมีหลักว่าศาลจะต้องไม่รับฟังความข้างเดียว แต่ระบบกฎหมายดังกล่าวก็ยอมรับให้มีการยกเว้นต่อหลักการนี้ได้ เพื่อลงโทษคู่ความที่กระทำความผิด เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะกฎหมายตระหนักว่าความศักดิ์สิทธิ์ของศาลและกระบวนการพิจารณาที่เป็นระเบียบเรียบร้อยมีความสำคัญมากกว่าสิทธิในการต่อสู้คดีของปัจเจกบุคคลแต่ละราย

นอกจากนั้น ในแง่บทบาทของศาล ด้วยเหตุที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) จะต้องดำรงตนเป็นกลางและวางตัวในฐานะกรรมการแห่งกระบวนการพิจารณา หากศาลขาดซึ่งอำนาจในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีความเด็ดขาด ย่อมทำให้ศาลไม่สามารถที่จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เกิดความเรียบร้อยได้อย่างสัมฤทธิ์ผล

สำหรับประเทศไทย แม้จะเป็นประเทศที่มีนิติวิธีอยู่ในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งโดยปกติในระบบนี้จะไม่มีการเรื่องละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) แต่กลับได้รับอิทธิพลเรื่องนีมาจากประเทศอังกฤษ ซึ่ง ณ จุดนี้ทำให้มีข้อสงสัยว่าแท้จริงแล้วเราควรที่จะมีข้อยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายลักษณะนี้ในประเทศไทยหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้โดยนิติวิธีของประเทศไทย ผู้พิพากษาจะไม่ได้เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายดังเช่นในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) แต่การเคารพยกย่องผู้พิพากษาเป็นเรื่องที่สอดคล้องเข้ากันกับแนวความคิดกระบวนการยุติธรรมดั้งเดิมของประเทศไทยที่ยึดถือกันมาว่า การวินิจฉัยตัดสินคดีของผู้พิพากษาเป็นการกระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ดังนั้น ประชาชนที่เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาจึงต้องเคารพยำเกรงศาล ประดุจเคารพยำเกรงพระมหากษัตริย์ ในเวลาต่อมา เมื่อประเทศไทยรับเอาหลักเรื่องการละเมิดอำนาจศาลมาใช้ แม้จะมีข้อยกเว้นที่ฟังมีตามหลักนิติวิธีที่ยึดถืออยู่ แต่หลักกฎหมายดังกล่าวก็สอดคล้องเข้ากันได้เป็นอย่างดีกับประเพณีและวัฒนธรรมทางกฎหมายของประเทศไทย

นอกจากความสอดคล้องในเรื่องแนวความคิดในการเคารพยกย่องผู้พิพากษาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายเพราะเหตุละเมิดอำนาจศาล ยังเป็นที่เห็นได้ชัดว่ามีประโยชน์ต่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแห่งในประเทศไทย เพราะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการรบกวนการวินิจฉัยตัดสินคดีของผู้พิพากษา อีกทั้งยังช่วยรักษาความสงบเรียบร้อยมิให้เกิดความวุ่นวายในบริเวณศาล ป้องกันมิให้มีการประวิงคดี ป้องกันการแสดงความรู้สึกหรือความคิดเห็นของสังคมซึ่งอาจส่งผลต่อการพิจารณาคดี

จากเหตุผลทั้งหมดที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายของประเทศไทยในเรื่องการละเมิดอำนาจศาล มีเหตุผลสมควรเพียงพอที่จะดำรงอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในประเทศไทย เพราะช่วยธำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของศาลและช่วยรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแห่งได้เป็นอย่างดี

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตอยู่เกี่ยวกับการลงโทษในการกระทำผิดฐานการละเมิดอำนาจศาลในประเทศไทยว่า เนื่องจากความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นความผิดพิเศษที่ไม่ต้องมีการฟ้องร้องให้ลงโทษ ศาลสามารถพิจารณาและพิพากษาลงโทษได้เอง อีกทั้งในบางกรณี ศาลยังสามารถตัดสินลงโทษได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการสืบพยาน การใช้อำนาจดังกล่าวอย่างมีขอบเขตเหมาะสมและมีหลักประกันหรือมาตรการบางอย่างที่ช่วยคุ้มครองสิทธิของคู่ความฝ่ายที่ถูกลงโทษให้ได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีจึงเป็นเรื่องที่มีความควรพิจารณา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาหลักกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ได้วางหลักคุ้มครองให้ คู่ความผู้กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลจะต้องได้รับการไต่สวน

พยานหลักฐานจากองค์คณะอื่นที่ไม่ได้ทำการวินิจฉัยตัดสินในคดีเรื่องนั้นก่อนการตัดสินลงโทษ⁹ ในกรณีที่การกระทำความผิดไม่ได้กระทำลงต่อหน้าผู้พิพากษา

ในประเทศอังกฤษ หลักประกันสิทธิของคู่ความในกรณีการละเมิดอำนาจศาล ได้แก่ การจำกัดอำนาจลงโทษสำหรับความผิดนี้ โดยห้ามมิให้ศาลล่างมีคำสั่งลงโทษที่มีผลร้ายแรง หรือกระทบกระเทือนสิทธิของคู่ความมากเกินไป เช่น หากเหตุเกิดในศาลมาจิสเตรตคอร์ท ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจลงโทษทางอาญา เพียงแต่สามารถนำตัวผู้ที่ประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลนั้นออกไปจากห้องพิจารณาคดีหรือออกไปจากบริเวณศาลได้¹⁰

ในประเทศไทย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลและการลงโทษฐาน ละเมิดอำนาจศาลมีอยู่เพียง 4 มาตรา คือ มาตรา 30 - 33 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้ความชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจ หรือวิธีพิจารณาของศาลในกรณีละเมิดอำนาจศาล มีเพียงแนวคำพิพากษาฎีกาซึ่งสอดคล้อง กันกับหลักการพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาลในประเทศต่างๆ ที่ว่า หากการละเมิดอำนาจศาล เกิดขึ้นในห้องพิจารณาคดีหรือเกิดขึ้นต่อหน้าศาล ศาลมีอำนาจที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ทันทีโดยศาลจะถือเอาเหตุที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้าเป็นหลัก แต่ถ้าเหตุเกิดขึ้นนอกศาล ศาลจะต้อง ทำการไต่สวนตามหลักฟังความสองฝ่าย กล่าวคือ จะต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหา เรียกพยานบุคคล ผู้รู้เห็นเหตุการณ์เข้ามาให้ถ้อยคำและให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาได้ซักค้านพยาน

อย่างไรก็ดี เนื่องจากแนวคำพิพากษานั้นมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายในประเทศไทย เป็นเพียงการวินิจฉัยคดีเฉพาะเรื่องที่อาจมีการเปลี่ยนแปลงหรือมีการพิพากษากลับได้ในภายหลัง จึงอาจจะมีใช่เป็นหลักประกันที่ดีที่สุดสำหรับคู่ความในคดีละเมิดอำนาจศาล ฉะนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า ควรมีหลักประกันซึ่งให้โอกาสคู่ความได้แก้ไข ข้อกล่าวหาในเรื่องนี้ได้อย่างเต็มที่ ด้วยการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งในเรื่องวิธีพิจารณาสำหรับผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพื่อเกิดความ ชัดเจนแน่นอน และในการใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าว คู่ความที่ทำการ

⁹ พันธ์ ทศนียานนท์, "การลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมศาลฐานละเมิดอำนาจศาล ในประเทศสหรัฐอเมริกา," ใน ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย, บรรณาธิการโดย สถิต ลิมพงศ์พันธ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พาสโก, 2522), หน้า 87-90.

¹⁰ ปวีณา เจตีย์วงศ์, "ละเมิดอำนาจศาล," ตุลพาน, 40, 3 (พฤษภาคม - มิถุนายน 2536): หน้า 125.

ละเมิดควรได้รับการพิจารณาพิพากษาจากผู้พิพากษาองค์คณะอื่น เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่เป็นกลางและทำให้กระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นที่ยอมรับแก่คู่ความและสังคม

2.3 การยื่นและส่งเอกสารให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร

เมื่อพิจารณาถึงวิธีการส่งหมายเรียก คำคู่ความ หรือสำเนาเอกสารให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรในประเทศไทยพบว่ามีกรณีสงอยู่ 3 กรณี ที่มีลักษณะยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่าย กรณีแรก คือ การส่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 83 ทวิ ถึง 83 อัญฐ ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถสั่งให้ส่งเอกสารดังกล่าวโดยปิดประกาศไว้ที่ศาลแทนหรือสั่งให้ส่งโดยวิธีประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือโดยวิธีอื่นก็ได้ ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถกระทำได้ เพราะเหตุที่ภูมิลำเนาและสำนักทำางานของบุคคลดังกล่าวไม่ปรากฏหรือเพราะเหตุอื่นใด หรือในกรณีที่ศาลดำเนินการส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และเอกสารอื่นๆ ให้แก่จำเลยหรือบุคคลภายนอก โดยผ่านกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงต่างประเทศเป็นเวลา 180 วันแล้ว แต่ยังไม่ได้รับแจ้งการส่งผลหมาย ซึ่งการส่งด้วยวิธีดังกล่าวให้มีผลใช้ได้เมื่อพ้น 60 วัน นับแต่วันที่ปิดประกาศไว้ที่ศาล

กรณีที่สอง คือ การส่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ฯ มาตรา 33 ศาลจะสั่งให้คู่ความส่งด้วยวิธีปิดประกาศไว้ ณ ศาลที่พิจารณาคดี โดยแจ้งให้คู่ความมารับคำคู่ความหรือเอกสารนั้นแทนหรือส่งโดยวิธีอื่นก็ได้ ถ้าหากคู่ความฝ่าฝืนไม่แต่งตั้งบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลเพื่อความสะดวกในการรับหมายแทน โดยให้ถือว่าวิธีเช่นนี้มีผลใช้ได้เมื่อพ้น 15 วันนับแต่วันปิดประกาศ

กรณีที่สาม คือ การส่งตามพระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ.2534 มาตรา 29 ในกรณีที่ส่งโดยวิธีอื่นไม่ได้ ศาลจะสั่งให้ปิดคำคู่ความหรือเอกสารไว้ในที่แลเห็นได้ง่าย ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำางานของบุคคลดังกล่าว หรือปิดคำคู่ความหรือเอกสารไว้ ณ ที่แลเห็นได้ง่ายในเรือ โดยให้ถือว่าจำเลยได้รับคำคู่ความหรือเอกสารนั้นเมื่อระยะเวลา 15 วันได้ล่วงพ้นไปแล้วนับแต่วันที่ได้ส่งหรือปิดคำคู่ความหรือเอกสารนั้น

การที่จะวิเคราะห์ว่าวิธีการทั้ง 3 ประการเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ทฤษฎีหรือนโยบายของการส่งหมายโดยศาล สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่า การพิพากษาคดีตัดสินคดีของศาลเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเอื้ออำนวยให้คู่ความทุกฝ่ายได้ทราบเพื่อคู่ความจะได้มาพร้อมเพรียงกันในการดำเนินคดี และโดยกระบวนการยุติธรรมตามหลักฟังความสองฝ่าย ศาลควรจะทำให้คู่ความได้รู้ ไม่ได้มองว่าโจทก์จะเสียเปรียบหรือได้เปรียบต้องการเพียงให้ได้รู้เท่าเทียมกัน ถ้าจำเลยได้รับหมายก็จะได้รู้และเมื่อรู้ก็จะได้มารักษาสิทธิ ดังนั้น วิธีการที่ดีที่สุดสำหรับการส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และ

เอกสารอื่นๆ ให้แก่จำเลย ก็คือ การส่งให้แก่ตัวจำเลยเองหรือที่ในภาษาอังกฤษเรียกว่า “personal service”

แต่เนื่องจากวิธีการส่งให้แก่ตัวจำเลยดังกล่าวอาจไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมในคดีได้ในทุกกรณีปัญหา เช่น เมื่อจำเลยหลีกเลี่ยงไม่รับหมายของศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ 102/2507) จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่หลายแห่งและย้ายที่อยู่บ่อยๆ (คำพิพากษาฎีกาที่ 582/2506) ด้วยเหตุนี้ ตามทฤษฎีแห่งการส่งหมายจึงยอมให้สามารถมีการส่งหมายโดยวิธีอื่นที่มีความเป็นธรรมใกล้เคียงกันได้ เมื่อการส่งให้แก่ตัวจำเลยโดยตรงอาจปฏิบัติมิได้หรือเกิดข้อขัดข้องบางประการ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษา Holmes ได้วางหลักไว้ในคดี McDonald v. Mabee ว่า “การส่งหมายโดยวิธีการส่งให้แก่ตัวบุคคลโดยวิธีอื่นซึ่งเป็นวิธีที่พยายามเข้าถึงจำเลยให้มากที่สุดสามารถกระทำได้”¹¹

ในประเทศไทย การส่งโดยวิธีอื่นโดยทั่วไป ได้แก่ การวางหมาย การปิดหมาย และการส่งโดยวิธีอื่นเป็นดุลยพินิจของศาลโดยแท้ เช่น การส่งโดยการประกาศหนังสือพิมพ์รายวัน รายสัปดาห์ การส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน เป็นต้น ซึ่งการส่งโดยวิธีอื่นเหล่านี้ถือเป็นวิธีการที่พึงคาดหมายได้ว่าจำเลยซึ่งอยู่ในประเทศไทยน่าที่จะมีโอกาสได้ทราบถึงการดำเนินคดีได้ดีที่สุด รองลงมาจาก การส่งให้แก่ตัวบุคคลนั้น ฉะนั้น ถ้าได้ส่งหมายโดยวิธีการเหล่านี้แล้วจึงมีผลเสมือน การส่งให้แก่บุคคลดังกล่าวโดยตรง บุคคลจะปฏิเสธว่าไม่ได้รับหมายไม่ได้¹²

การส่งโดยวิธีการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนับว่ามีประโยชน์และช่วยบรรเทาปัญหา ข้อขัดข้องสำหรับการส่งหมายให้โจทก์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในกรณีที่จำเลยในคดีนั้น เป็นผู้ที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย แต่สำหรับจำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า วิธีการดังกล่าวเพียงพอที่จะช่วยให้โจทก์สามารถฟ้องจำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ได้หรือไม่

¹¹ McDonald v. Mabee 243 U.S.90, 37 S.Ct.343, 61 L.Ed.608 (1917)

¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 939/2511 การที่ศาลชั้นต้นประกาศคำร้องของผู้ร้องขอให้ศาลสั่งว่า ส.เป็นบุคคลไร้ความสามารถทางหนังสือพิมพ์รายวัน ถือว่าประกาศของศาลเป็นที่รู้กันทั่วไป เมื่อประกาศครบแล้วศาลเริ่มทำการไต่สวน จึงเป็นการดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 79 แล้ว ผู้คัดค้านจะอ้างว่าไม่ได้อ่านหนังสือพิมพ์ที่ศาลประกาศยอมไม่ได้ เมื่อผู้คัดค้านไม่ยื่นคำคัดค้านภายในกำหนดที่ศาลประกาศ ผู้คัดค้านจึงไม่มีสิทธิยื่นคำให้การ

ก่อนหน้าปี พ.ศ. 2534 ประเทศไทยไม่เคยมีหลักเรื่องการส่งหมายเรียกและสำเนา คำฟ้องให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรเป็นการเฉพาะวิธีการยื่นและการส่ง คำคู่ความและเอกสารให้แก่จำเลยหรือนุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องต้องอาศัยวิธีปฏิบัติของกระทรวง ยุติธรรมและกระทรวงต่างประเทศเป็นสำคัญซึ่งต้องใช้เวลาานานมากทำให้การดำเนินคดีเป็นไป ด้วยความล่าช้าและยุ่งยาก อีกทั้งในบางครั้งก็ไม่สามารถส่งให้แก่บุคคลดังกล่าวได้ ทำให้โจทก์ซึ่ง มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไม่สามารถฟ้องคดีได้ทราบใดที่ยังส่งหมายเรียกให้แก่จำเลยไม่ได้ แต่ในทางกลับกันโจทก์หรือจำเลยซึ่งเป็นผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศกลับสามารถฟ้องหรือ ฟ้องแย้งโจทก์ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรได้

ลักษณะดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า หากชาวต่างชาติก่อให้เกิดความเสียหายทางแพ่งขึ้น ในประเทศไทย โจทก์ซึ่งเป็นคนไทยมีโอกาสน้อยมากที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายต่างๆ โดย ทางศาล เมื่อคดีพิพาทเริ่มต้นขึ้น โดยหลักโจทก์มีหน้าที่ต้องแจ้งการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาให้ จำเลยทราบเพื่อที่ว่าจำเลยจะได้รู้ตัวและเตรียมตัวต่อสู้คดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งกระบวนการ ดังกล่าวนั้น ได้แก่ การส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องเพื่อตั้งต้นคดี โจทก์จะต้องดำเนินการส่ง หมายเรียกและสำเนาคำฟ้องโดยชอบศาลจึงดำเนินคดีต่อไปได้ ฉะนั้น ในกรณีจำเลยเป็นผู้มี ภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรและไม่เดินทางเข้ามาประเทศไทย¹³ หรือในกรณีที่ไม่สามารถส่ง หมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยได้ การดำเนินคดีย่อมไม่อาจจะเริ่มต้น

ดังนั้น ต่อมา จึงได้มีการแก้ไขข้อขัดข้องดังกล่าวโดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายใน เรื่องดังกล่าว โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2534) ด้วยการกำหนดเพิ่มช่องทางสำหรับส่งหมายให้โจทก์สามารถยื่นและส่งเอกสาร หมายเรียก และคำคู่ความให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรได้ ตามมาตรา 83 ทวิ ถึงมาตรา 83 อัญฐู กล่าวคือ หากจำเลยไม่เคยประกอบกิจการในราชอาณาจักร และไม่มีการ แต่งตั้งตัวแทนเพื่อรับคำคู่ความและเอกสารเป็นหนังสือ โจทก์จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ส่ง

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1990/2511 การลงโฆษณาหมายเรียกจำเลยทางหนังสือพิมพ์นั้น ย่อมมีผลเฉพาะจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย หรือได้เข้ามาอยู่ในประเทศไทยชั่วคราวใน ระหว่างระยะเวลาที่ได้มีการโฆษณา จำเลยเป็นบุคคลสัญชาติมาเลเซีย มีภูมิลำเนาอยู่ที่ กัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซีย เมื่อพนักงานสอบสวนปล่อยตัวจำเลย จำเลยกลับไปประเทศ มาเลเซียก่อนศาลชั้นต้นลงโฆษณา และไม่ปรากฏว่าหลังจากนั้น จำเลยได้กลับมาในประเทศไทยอีก ดังนี้ ถือไม่ได้ว่ามีการส่งหมายเรียกให้แก่จำเลยในประเทศไทยโดยชอบแล้ว ศาลจึงดำเนินคดี ต่อไปไม่ได้

หมายไปต่างประเทศภายใน 7 วัน นับแต่วันที่โจทก์ยื่นฟ้อง (ปกติมักจะยื่นพร้อมทั้งคำฟ้อง) ซึ่งศาลจะดำเนินการส่งหมายและคำแปลดังกล่าว ผ่านทางกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงต่างประเทศไปยังประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือสำนักทำ कारงานอยู่

อย่างไรก็ดี หากวิธีการดังกล่าวโจทก์ไม่อาจกระทำได้ เพราะเหตุที่ภูมิลำเนาและสำนักทำ कारงานของบุคคลดังกล่าวไม่ปรากฏหรือเพราะเหตุอื่นใด หรือในกรณีที่ศาลดำเนินการส่งหมายเรียก ลำเนาคำฟ้อง และเอกสารอื่นๆ ให้แก่จำเลยหรือบุคคลภายนอก โดยผ่านกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงต่างประเทศเป็นเวลา 180 วันแล้ว แต่ยังไม่ได้รับแจ้งการส่งผลหมาย บทบัญญัติดังกล่าวได้เพิ่มเติมเงื่อนไขให้ศาลมีอำนาจสั่งให้โจทก์ส่งเอกสารดังกล่าวโดยปิดประกาศไว้ที่ศาลแทนหรือสั่งให้ส่งโดยวิธีประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือโดยวิธีอื่นก็ได้ โดยให้มีผลเมื่อพ้น 60 วัน นับแต่วันที่ปิดประกาศไว้ที่ศาล

จะเห็นได้ว่า วิธีการส่งหมายเรียก ลำเนาคำฟ้อง และเอกสารโดยการปิดประกาศไว้ที่หน้าศาลนั้น โดยข้อเท็จจริงแล้ว สำหรับจำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร โอกาสที่บุคคลดังกล่าวจะรับรู้ถึงการดำเนินกระบวนการที่เกิดขึ้นแก่ตนนั้นมีอยู่น้อย และเป็นเรื่องยากที่จำเลยจะมีโอกาสเข้ามาร่วมต่อสู้คดี แต่เนื่องจากกฎหมายเน้นหนักให้ความสำคัญถึงผลประโยชน์และการเยียวยาความเสียหายของโจทก์ซึ่งเป็นคนไทย และความเป็นจริงเกี่ยวกับสภาพการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป การติดต่อสื่อสารที่ไร้พรมแดน ทำให้สภาพการณ์ทางเศรษฐกิจของโลกเปลี่ยนแปลงไปเป็นแบบข้ามชาติ (transnational) มากขึ้น ปัญหาข้อขัดข้องเกี่ยวกับการส่งหมายเรียกและลำเนาคำฟ้องอาจเป็นปัญหาอุปสรรคสำคัญต่อการค้าการลงทุน โดยเฉพาะทำให้คนไทยขาดความมั่นใจในการค้าและการลงทุนกับต่างชาติ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การส่งหมายด้วยวิธีที่ยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายที่กล่าวมา โดยเฉพาะการปิดประกาศที่หน้าศาลในกรณีที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรเป็นเรื่องที่มีเหตุผลจำเป็นและยังไม่มีหนทางอื่นที่จะแก้ไขปัญหาค้างคั่งข้อนี้ได้ แม้ว่าโดยหลักแห่งความยุติธรรมวิธีการดังกล่าวออกจะห่างไกลจากความเป็นธรรมอยู่บ้าง เพราะเป็นที่เห็นได้ชัดว่าจำเลยที่อยู่ต่างประเทศแทบจะไม่มีโอกาสได้รับทราบถึงการดำเนินกระบวนการเช่นนั้นถ้าไม่ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทย

แต่เมื่อพิจารณาในแง่ผลประโยชน์และความเสียหาย จะเห็นได้ว่าเป็นการสมควรและได้สัดส่วนแล้วที่จะต้องจำกัดโอกาสของจำเลยในการต่อสู้คดีลงในกรณีนี้ เพราะในการดำเนินคดีแพ่งนั้นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการโต้แย้งสิทธิคือโจทก์ ก่อนนำคดีมาสู่ศาลโจทก์จะต้องถูกโต้แย้งสิทธิแล้วจึงจะนำคดีมาสู่ศาลได้ ความเดือดร้อนเสียหายของโจทก์นั้นเกิดขึ้นอยู่แล้ว ในขณะที่จำเลยนั้นยังไม่ได้รับความเสียหายอย่างใดเลย เพียงแต่ถูกกล่าวหาจากโจทก์เท่านั้น ซึ่งเมื่อชั่ง

น้ำหนักระหว่างความเสียหายระหว่างโจทก์กับจำเลยแล้ว โจทก์จึงควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า หากเพียงเพราะโจทก์ไม่สามารถทำการส่งหมายให้กับจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรได้ ทำให้โจทก์ไม่มีโอกาสที่จะดำเนินคดีเพื่อเยียวยารักษาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนย่อมไม่เป็นธรรม

แม้ว่าจำเลยจะถูกจำกัดสิทธิตามหลักฟังความสองฝ่ายในกรณีการส่งหมายเรียกลงบ้างตามความจำเป็น แต่หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็ได้สร้างมาตรการที่เป็นธรรมให้แก่จำเลยเพื่อให้เกิดความสมดุลอย่างน้อยที่สุด 3 ประการ

ประการแรก คือ จัดลำดับให้การส่งหมายโดยวิธีการที่จำเลยมีโอกาสรับรู้ได้ยาก เช่น การปิดประกาศไว้ที่หน้าศาล การประกาศหนังสือพิมพ์เป็นวิธีการสุดท้าย ภายหลังจากโจทก์ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการส่งหมายเรียกด้วยวิธีปกติแล้วไม่สามารถกระทำได้ หลักในเรื่องนี้เห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3194/2525 เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องได้ระบุภูมิลำเนาของจำเลย แต่แทนที่โจทก์จะนำเจ้าพนักงานศาลส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และคำบังคับให้แก่จำเลย ฎีกามีสำเนาตามฟ้อง โจทก์กลับขอให้ส่งโดยวิธีอื่นคือประกาศทางหนังสือพิมพ์ ซึ่งเป็นการเลยขั้นตอนของการส่งตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 74 และมาตรา 79 ถือได้ว่าเป็นการส่งที่ไม่ชอบ ไม่มีเหตุให้ศาลดำเนินกระบวนการใหม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1925/32 พนักงานเดินหมายนำหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องไปส่งให้จำเลยที่ 2 ยังภูมิลำเนาของจำเลยที่ 2 แต่ผู้จัดการของจำเลยที่ 2 ออกไปธุระนอกบ้านไม่มีผู้โดยยอมรับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องไว้แทนจำเลยที่ 2 ดังนี้ มิใช่กรณีที่จะลงโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 79 และจำเลยที่ 2 มีสิทธิขอให้พิจารณาใหม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6777/2539 โจทก์ทราบดีว่าจำเลยที่ 1 อยู่ที่บ้านเลขที่ 444/46 ซึ่งแม้มิใช่ภูมิลำเนาทางทะเบียน แต่ก็ถือว่าเป็นภูมิลำเนาตาม ป.พ.พ. มาตรา 37 การที่โจทก์แถลงต่อศาลว่าไม่ทราบภูมิลำเนาขอให้ศาลส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องแก่จำเลยที่ 1 โดยวิธีประกาศทางหนังสือพิมพ์จึงไม่ชอบ

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมาสองสะท้อนให้เห็นว่า โดยหลักแล้วกฎหมายมุ่งคุ้มครองให้การส่งหมายเรียกและคำคู่ความจะต้องคำนึงถึงการรับรู้ของจำเลยหรือบุคคลภายนอกผู้รับหมายเรียกนั้นเป็นลำดับแรก และการส่งโดยวิธีการอื่นจะเป็นเพียงวิธีการสุดท้ายเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการส่งด้วยวิธีปกติได้

แนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับและสอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกับต่างประเทศ ในประเทศอังกฤษ CPR. rule 6.8 เปิดโอกาสให้โจทก์สามารถยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลเพื่อขอให้ส่งคำคู่ความโดยวิธีทางเลือกอื่น (Service by alternative method) ได้ ต่อเมื่อโจทก์ไม่สามารถส่งสำเนาคำฟ้องหรือเอกสารอื่นด้วยวิธีการใดๆ ที่กำหนดไว้ใน CPR. โดยโจทก์จะต้องยื่นคำร้องฝ่ายเดียวพร้อมทั้งแสดงเหตุผลและพยานหลักฐานอย่างเพียงพอที่จะทำให้เชื่อได้ว่า โจทก์ไม่สามารถส่งโดยวิธีอื่นได้อย่างแท้จริง หรือในประเทศสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาในคดี McDonald v. Mabee ได้สร้างบรรทัดฐานที่ชัดเจนสำหรับการส่งหมายโดยวิธีอื่นในประเทศสหรัฐอเมริกาว่า การส่งหมายโดยวิธีอื่นถือเป็นลำดับขั้นสุดท้ายของวิธีการส่งภายใต้หลักกระบวนการอันชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง คือ การจัดให้ศาลเข้าเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจอนุญาตอย่างรอบคอบในการอนุญาตให้มีการส่งหมายเรียกคำคู่ความหรือเอกสารโดยวิธีอื่น โดยเงื่อนไขที่ศาลจะพิจารณาอนุญาต คือ เมื่อปรากฏว่า การส่งหมายเรียกหรือเอกสารอื่นโดยวิธีปกติเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้อย่างแท้จริง และโจทก์ได้ใช้ความพยายามทุกวิถีทางในอันที่จะส่งเอกสารดังกล่าว โดยวิธีปกติแล้ว ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส การส่งหมายเรียกและเอกสารโดยวิธีอื่น คู่ความจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน การกำหนดให้ศาลเข้ามาใช้ดุลยพินิจในกรณีนี้เท่ากับเป็นการเติมเต็มความยุติธรรมให้แก่คู่ความ โดยเฉพาะจำเลยให้เกิดความมั่นใจว่า เขาจะได้รับรู้ถึงการดำเนินกระบวนการที่จะเกิดขึ้น โดยมีศาลเป็นผู้ควบคุมดูแลให้โจทก์ทำหน้าที่นี้อย่างเป็นระบบ

ประการที่สาม คือ การกำหนดให้ระยะเวลาสำหรับการมีผลบังคับใช้ของการส่งหมายโดยวิธีอื่นแตกต่างไปจากกำหนดระยะเวลาตามที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรการข้อนี้บัญญัติไว้ในตอนท้ายของมาตรา 83 อัญฐ ซึ่งกำหนดให้กรณีที่โจทก์ไม่สามารถส่งหมายได้หรือไม่ได้รับการแจ้งผลหมายภายใน 180 วัน อาจร้องขอให้ศาลสั่งให้ส่งหมายโดยปิดประกาศไว้ที่ศาล หรือสั่งให้ส่งโดยวิธีประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ หรือโดยวิธีอื่นก็ได้ โดยให้มีผลใช้ได้เมื่อพ้น 60 วัน นับแต่วันที่ปิดประกาศไว้ที่ศาล เหตุผลที่ทำให้ต้องมีการกำหนดระยะเวลาการมีผลบังคับใช้แตกต่างออกไป เนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า การปิดประกาศ หรือ การประกาศโดยวิธีการอื่นซึ่งกระทำลงภายในราชอาณาจักร เป็นเรื่องยากที่จำเลยผู้มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรจะได้อ่านและทราบถึงประกาศได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมให้แก่จำเลย จึงควรกำหนดให้การส่งหมายเรียกหรือเอกสารด้วยวิธีดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อระยะเวลาได้ล่วงเลยมาแล้วพอสมควร อย่างน้อยที่สุดก็เชื่อว่าหากจำเลยได้มีโอกาสได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยภายในช่วงระยะเวลาดังกล่าวจำเลยอาจจะได้รู้ ดังนั้น จึงไม่นำกำหนดระยะเวลา 15 วัน

มาตรา 79 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในกรณีนี้ เพราะเป็น กำหนดเวลาที่น้อยเกินไป

อย่างไรก็ตาม สำหรับการส่งหมายเรียก คำคู่ความ และเอกสารอื่นในคดีแพ่งที่อยู่ ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ฯ และ พระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ.2534 เป็นที่น่าสังเกตว่า มีวิธีการและขั้นตอนสำหรับการส่งหมาย แยกต่างออกไปจากวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีจุดเด่นอยู่ที่ความ กระจับและรวดเร็วมากกว่า ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักการแล้วเหตุผลและความจำเป็นของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องของการดำเนินกระบวนการ พิเคราะห์ เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติในเรื่องการส่งหมายเรียก คำคู่ความ และเอกสารอื่น ตามที่ได้บัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากแต่ความรวดเร็วและกระจับที่มากกว่านั้นสืบ เนื่องมาจากพัฒนาการของแนวความคิดสมัยใหม่เกี่ยวกับการดำเนินคดีพาณิชย์ ซึ่งมุ่งความ รวดเร็วเป็นหลักสากล หลักของการดำเนินธุรกิจ คือ การนำเงินมาลงทุนเพื่อหากำไรโดยเงิน ดังกล่าวส่วนใหญ่ได้มาจากการกู้ยืม (loan) หรือจากการหมุนเวียนเงินลงทุน ฉะนั้น ยิ่งมีความ ล่าช้ามากเท่าไรนั้นหมายถึงตัวเลขดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้น การดำเนินคดีเชิงพาณิชย์ ทุกขั้นตอนจึงมุ่งต่อความกระจับรวดเร็วเป็นสำคัญ โดยไม่จำกัดเฉพาะแต่การส่งหมายที่รวดเร็ว กว่า การดำเนินคดีแพ่งทั่วไป แต่ยังมีกระบวนการอื่นที่ช่วยให้เกิดความรวดเร็วมากขึ้นด้วย เช่น การออกข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญา ฯ การเสนอบันทึกถ้อยคำในการสืบพยานบุคคล การสืบพยานบุคคลโดยระบบการประชุมทางจอภาพ การขอให้สืบพยานไว้ก่อนฟ้อง เป็นต้น ซึ่ง ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีเชิงพาณิชย์มา ใช้ในคดีบางประเภทด้วย เช่น คดีทรัพย์สินทางปัญญา คดีกักเรือ คดีเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่าง ประเทศ

กล่าวโดยสรุป การยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายโดยการกำหนดให้ศาลสามารถ ส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรดังที่ได้ กล่าวมาข้างต้น เป็นกระบวนการที่มีเหตุผลและจำเป็นต้องมีการดำเนินการดำเนินกระบวนการ พิเคราะห์คดีแพ่ง เพื่อคุ้มครองให้โจทก์มีโอกาสได้รับการเยียวยาความเสียหายเมื่อถูกโต้แย้งสิทธิ จากจำเลยซึ่งเป็นผู้มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร

อนึ่ง จากการที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้กับ จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ช่องทางสำหรับส่งหมายเรียก และเอกสารให้แก่จำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรในประเทศไทยยังมีอยู่น้อย เมื่อ เปรียบเทียบกับต่างประเทศ ภายใต้หลักฟังความสองฝ่ายนอกจากการคุ้มครองคู่ความฝ่ายโจทก์

ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายแล้ว เราควรอำนวยความสะดวกแก่คู่ความฝ่ายจำเลยซึ่งมี
ภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรด้วย

ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา นอกเหนือจากการส่งหมายตามช่องทาง
ปกติไปยังประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนาแล้ว ยังมีช่องทางอื่นที่เอื้ออำนวยให้คู่ความที่มีภูมิลำเนาอยู่
ต่างประเทศอีกหลายประการที่ช่วยให้จำเลยมีโอกาสได้รับทราบการดำเนินคดีมากขึ้น โดยเฉพาะ
ช่องทางทางการทูต เช่น การเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาหรืออนุสัญญาต่างๆ โดยเฉพาะที่มีลักษณะ
พหุภาคี เช่น อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการส่งคำคู่ความและเอกสารไปยังต่างประเทศ ค.ศ. 1965
(Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in
Civil of Commercial Matters, 15th November 1965) ซึ่งมีข้อดี คือ ช่วยให้การส่งหมายและ
เอกสารไปยังประเทศภาคีสมาชิกมีความสะดวก รวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับ
การส่งโดยช่องทางปกติ

ในประเทศไทยการส่งหมายผ่านช่องทางทางการทูตในปัจจุบันยังไม่เป็นที่แพร่หลาย
เท่าที่ควร มีเพียงความตกลงในลักษณะทวิภาคีอยู่บ้าง เช่น ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทาง
ศาลระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกัน
ทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือทางอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทย
กับสาธารณรัฐประชาชนจีน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าเพื่อเปิดโอกาสให้จำเลยที่มี
ภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศได้มีโอกาสรับรู้การดำเนินคดีและเข้าต่อสู้คดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ
ตามแนวความคิดของหลักพึ่งความสองฝ่าย จึงน่าจะพิจารณาและเปิดโอกาสให้มีช่องทางการ
ส่งหมายทางการทูตเพิ่มขึ้น โดยการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งหมายเรียกและ
เอกสารต่างๆ ที่เหมาะสม เพื่อช่วยสร้างหลักประกันในการดำเนินคดีแพ่งที่มีคุณค่าให้แก่คู่ความ

2.4 การพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติและแนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียว
หรือที่เรียกกันในภาษาอังกฤษว่า "application without notice" นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาคำ
ขอฝ่ายเดียวเป็นกลไกที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดขึ้นเพื่อความสะดวกและความ
รวดเร็วในการดำเนินคดี ตามแนวความคิดเกี่ยวกับหลักวิธีพิจารณาความสมัยใหม่คู่ความมี
สถานะเป็นประธาน (subject) แห่งวิธีพิจารณา ดังนั้น จึงมีสิทธิที่จะเข้าไปช่วยเหลือในการค้นหา
ความจริงและร่วมมือกับศาลในการคลี่คลายข้อพิพาทเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางคดีของตนได้
ตามหลักการนี้ ในระหว่างการพิจารณาคดีคู่ความจึงมีสิทธิที่จะมีคำขอเพื่อแถลงอธิบายข้อเท็จจริง
อย่างใดๆ ให้ศาลทราบ และรวมถึงการขอให้ศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการ
ดำเนินคดีได้

การที่ศาลจะต้องมีคำสั่งอนุญาตสำหรับคำขอหรือคำแถลงของคู่ความ โดยทั่วไป กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศต่างๆ กำหนดให้ศาลจะต้องทำการไต่สวนคู่ความทั้งสองฝ่าย (inter parte) หรือฟังคำคัดค้านของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะมีคำสั่ง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักฟังความสองฝ่าย (Both sides must be heard)¹⁴ เช่น CPR. rule 23.4(1) ของประเทศอังกฤษ ได้วางหลักไว้ว่า ในการที่ศาลจะมีคำสั่งคำขออย่างหนึ่งอย่างใดนั้น ศาลจะต้องให้โอกาสแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรับทราบในระยะเวลาอันสมควรและมีโอกาสคัดค้านต่อผู้ หรือในมาตรา 14 – มาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้กำหนดหลักการทั่วไปให้ ศาลต้องให้โอกาสแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบหรือมีโอกาสดำเนินคัดค้านก่อนได้ และในมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยก็ได้มีการวางหลักการดังกล่าวไว้ในทำนองเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศต่าง ๆ พบว่ามีการยกเว้นให้ศาลสามารถทำการพิจารณาและไต่สวนคำขอได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิคัดค้านหรือโต้แย้งต่อผู้ตามหลักฟังความสองฝ่ายได้ด้วย ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในเรื่องนี้ จึงวิเคราะห์ได้ว่ามีเหตุผลหลักๆ 3 ประการที่กฎหมายของประเทศต่างๆ อนุญาตให้ศาลสามารถพิจารณาฝ่ายเดียวได้ นั่นคือ

ประการแรก เพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องในการดำเนินคดี โดยปกติในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นเป็นไปได้ที่ศาลจะสามารถทำการไต่สวน หรือดำเนินการตามหลักฟังความสองฝ่ายได้ทุกเรื่องเพราะอาจก่อให้เกิดความล่าช้า ในกรณีที่โดยสภาพยังไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องจัดให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพราะคำขอนั้นมิได้กระทบกระเทือนสิทธิ หรือเป็นกรณีที่ต้องจำเลยยังไม่ได้เข้ามาในคดี เช่น คำขอบอกกล่าวถอนฟ้องก่อนจำเลยยื่นคำให้การ หรือ คำขอหมายเรียกให้จำเลยให้การ หรือเป็นกรณีที่โดยสภาพศาลไม่อาจให้สิทธิและระยะเวลาอันควรในการโต้แย้งคัดค้านหรือต่อสู้คดีแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ หรือการที่จะต้องรอฟังคำคัดค้านจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนอาจเป็นการไม่สะดวก เช่น คำสั่งเพื่อขอขยายระยะเวลาส่งหมาย หรือ คำขอใน part 20 Claims ในประเทศอังกฤษ กฎหมายจึงอนุญาตให้มีการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายโดยกำหนดให้ศาลสามารถพิจารณาคำขอเหล่านั้นอย่างคำขอฝ่ายเดียวได้

ประการที่สอง เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน (urgent) ซึ่งไม่มีทางเป็นไปได้ที่จะให้เวลาเพื่อบอกกล่าวให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum requirement) แห่งการคุ้มครองสิทธิ ซึ่งหากปล่อยเนิ่นช้าอาจจะทำให้โจทก์ได้รับความ

¹⁴ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม : 2521), หน้า 373.

เสียหายและจะแก้ไขไม่ทันการเช่น การขอให้ศาลคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉิน ตามมาตรา 266 อันเนื่องมาจากมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นโดยปัจจุบันทันด่วน หรือในประเทศฝรั่งเศส เมื่อคู่ความถูกคุกคามในเชิงรัฐสภาถือว่ามีเหตุอันสมควรที่ศาลจะดำเนินคดีอย่างเร่งด่วน (ordonnances de référé) เพื่อสั่งให้ยึดสิ่งตีพิมพ์หรือภาพถ่ายผิดกฎหมายที่กำลังเผยแพร่อยู่ในขณะนั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้ เหตุที่ศาลควรอนุญาตก็เพราะความเสียหายของผู้ร้องถือเป็นความเสียหายทางศีลธรรม ซึ่งการเยียวยาเฉพาะเพียงด้วยการชดเชยค่าเสียหายนั้น ย่อมไม่บริบูรณ์เพียงพอที่จะแก้ไขเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายได้

ประการที่สาม เพื่อคุ้มครองคู่ความให้ได้รับความเป็นธรรม เนื่องมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางเรื่องจำเป็นต้องกระทำโดยความลับจึงจะเกิดประสิทธิภาพ เช่น คำขอเพื่อกำหนดมาตรการเพื่อสงวนรักษาสิ่งที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน (Status quo) หรือเพื่อสร้างมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันใกล้จะถึง หรือเพื่อหยุดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงที่เห็นประจักษ์ เช่น การขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องหรือที่รู้จักกันดีในประเทศอังกฤษว่า “Freezing injunction” และคำสั่ง “Saisie conservatoire” ในประเทศฝรั่งเศส เพราะจะทำให้จำเลยหาทางยกย้ายทรัพย์สินไปเสียก่อนการฟ้องคดี

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยหรือในต่างประเทศอนุญาตให้ศาลสามารถพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวได้ ในคำขอที่มีเหตุผลมาจากเหตุผลทั้งสามประการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพราะเป็นกรณีที่มีเหตุผลอยู่ในตัวเองอย่างชัดเจนว่า เมื่อซึ่งนำหนักประโยชน์ที่คู่ความจะได้รับจากการดำเนินกระบวนการแล้ว การยอมให้ยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายลง โดยยอมรับให้มีการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นก่อให้เกิดคุณประโยชน์แก่การดำเนินคดีมากกว่าการบังคับใช้หลักการนี้อย่างเคร่งครัด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การมีข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในเรื่องการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวเป็นเรื่องที่มีเหตุผลอันสมควรแล้วที่จะดำรงอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อย่างไรก็ตาม เนื่องการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวนั้นเป็นกระบวนการที่ยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายซึ่งเป็นหลักการที่มุ่งให้คู่ความได้มีโอกาสโต้แย้งต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกัน ฉะนั้น กรณีที่มีการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียว กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องมีมาตรการเยียวยาที่เป็นธรรมแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งจากการศึกษาวิจัย ผู้เขียนพบว่ามาตรการเยียวยาที่มีอยู่ในประเทศต่างๆ สำหรับการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ

ประการแรก ในการอนุญาตหรือออกคำสั่งในการพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบและรัดกุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำขอที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรง ศาลจะต้องพิจารณาถึง

เหตุผลและความจำเป็นของผู้ร้องขอประกอบกับสัดส่วนผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นกับจำเลย เป็นสำคัญ นอกจากนี้ ในหลายประเทศ ยังกำหนดคุณสมบัติสำหรับผู้พิพากษาผู้ที่จะใช้ดุลพินิจ ให้ต้องมีความรู้และประสบการณ์สูงอีกด้วย เช่น ในประเทศอังกฤษการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง Search order จะกระทำได้เฉพาะในศาลไฮคอร์ท เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส กระบวนการในการพิจารณาการออกคำสั่งเมื่อมีคำร้องฝ่ายเดียว (Les ordonnances sur requête) หรือการออกคำสั่งกรณีเร่งด่วน (ordonnances de référé) จะต้องกระทำโดยผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัด หรือผู้พิพากษาผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้พิพากษาศาลจังหวัดเท่านั้น เป็นต้น

ประการที่สอง คำสั่งที่ออกโดยการพิจารณาฝ่ายเดียวของศาลนั้นถือเป็นคำสั่งชั่วคราวที่สามารถยกเลิกเพิกถอนได้ในภายหลัง โดยกฎหมายเปิดให้โอกาสแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่ได้มีโอกาสเข้าไปโต้แย้งต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาของการจัดทำคำสั่ง ได้มีโอกาสภายหลังในอันที่จะนำเสนอพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อโต้แย้งคัดค้านคำสั่งที่ได้ออกไปโดยการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการหันกลับไปสู่หลักฟังความสองฝ่ายอีกครั้งหนึ่ง

ประการที่สาม กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เช่น การกำหนดให้โจทก์ต้องวางเงินประกันความเสียหายในกรณีคำสั่งฝ่ายเดียวที่กระทบสิทธิของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอย่างร้ายแรง เช่น คำขอให้กักเรือ คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องและนอกจากนั้นยังกำหนดมาตรการลงโทษสำหรับคู่ความที่ขอให้ศาลดำเนินการออกคำสั่งฝ่ายเดียวไปโดยไม่สุจริต ด้วยการการปกปิดข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ หรือด้วยการกระทำที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น เช่น ในประเทศอังกฤษ การขอให้ศาลมีคำสั่ง Freezing injunction หรือ Search order โดยไม่สุจริตถือเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

2.5 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action)

ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การที่จะกำหนดให้ผลของคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันบุคคลใดนั้นควรที่จะอยู่บนหลักการฟังความสองฝ่าย คือ จะต้องให้โอกาสแก่บุคคลนั้นช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริง (fact-finding) ด้วยการใช้สิทธิด้านวิธีพิจารณาทั้งปวงเพื่อประโยชน์ในการโต้แย้งต่อสู้คดี เช่น สิทธิในการซักถาม ถามค้าน ถามติง หรือ สิทธิในการรับรู้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่นๆ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคำพิพากษาที่ได้มานั้นมิได้เกิดขึ้นมาจากการตัดสินใจด้วยความรู้ความเข้าใจของศาลฝ่ายเดียว แต่เกิดขึ้นจากการนำเสนอหาสาระและประเด็นที่ได้โต้แย้งกันมาใช้ในการพิจารณา และเมื่อได้รับโอกาสตามหลักฟังความสองฝ่ายแล้ว ไม่ว่าจะผลแห่งคำพิพากษาจะเป็นเช่นไรย่อมต้องผูกพันคู่ความ และด้วยเหตุผลเดียวกันนี้ผลแห่งคำพิพากษาของศาลย่อมจึงไม่มีผูกพันบุคคลภายนอกที่ไม่ได้รับโอกาสดังกล่าว

แต่สำหรับการดำเนินคดีแพ่งที่เรียกว่า “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม” (Class action) หรือ การดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative proceeding) ที่ใช้กันอยู่ในระบบคอมมอนลอว์ มีหลักการพิเศษที่อนุญาตให้ผลแห่งคำพิพากษาสมาชิกกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิอย่างเดียวกัน อันเนื่องมาจากมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหมือนกัน แต่ มิได้มีสถานะเป็นคู่ความในคดี และไม่มีสิทธิโต้แย้งต่อผู้คดีเหมือนดังเช่นคู่ความในคดีแพ่งทั่วไป ลักษณะดังกล่าวนับได้ว่าเป็นการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่าย และในขณะเดียวกันก็ยกเว้นต่อ หลักคำพิพากษามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี

หลักการของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม คือ การกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มี คุณสมบัติเหมาะสมและได้รับอนุญาตจากศาลเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินคดีแพ่งที่เกิดขึ้น ทั้งหมด แทนที่จะให้บุคคลแต่ละคนที่ได้รับ ความเสียหายนำคดีไปฟ้องด้วยตนเอง โดยบุคคลที่ ทำหน้าที่เป็นผู้แทนนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินคดีทั้งหมด รวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และให้ผลแห่งคำพิพากษาที่เกิดขึ้นจากการใช้ความรู้ความสามารถในการต่อสู้คดีของบุคคลนั้น มี ผลผูกพันบุคคลทั้งหมดที่เป็นสมาชิกกลุ่มและไม่ได้แสดงความประสงค์ขอยกออกจากกลุ่ม

จากการศึกษาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 พบว่า แนวความคิด เกี่ยวกับการยอมรับให้มีการดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative) ได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว ในประเทศอังกฤษ และค่อยๆ พัฒนาปรับเปลี่ยนรูปแบบอย่างจริงจังในช่วงศตวรรษที่ 19 จนกระทั่ง กลายเป็นวิธีพิจารณาคดีที่มีคุณค่ายิ่งในปัจจุบัน ทำให้นานาประเทศสนใจและพยายามปรับปรุง หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และหนึ่งในประเทศเหล่านั้น ได้แก่ ประเทศไทยที่กำลังมีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มอยู่ในขณะนี้

จากการศึกษาวิเคราะห์หลักการดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative) หรือการ ดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action) ในต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นมี เหตุผลเนื่องมาจาก

ประการแรก การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นกระบวนการพิจารณาที่ช่วยแก้ไขปัญหาคความ ไม่สะดวกจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในกรณีที่มีผู้ได้รับความเสียหายจำนวนมากได้อย่างมี ประสิทธิภาพ เพราะตามหลักกฎหมายแล้ว เมื่อบุคคลใดได้รับความเสียหาย บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิ ฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายเอากับผู้กระทำได้ด้วยตนเอง แต่ผลของคดีจะไม่สามารถผูกพันบุคคลอื่นที่ ได้รับความเสียหายจากการกระทำเดียวกันได้ บุคคลอื่นจึงต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแยกต่างหากเป็น รายๆ ไป ซึ่งในทางปฏิบัติคงจะไม่มี การฟ้องคดีจำนวนมากถึงเพียงนั้น เพราะค่าเสียหายที่ศาล กำหนดให้อาจไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายที่ใช้ไปในการดำเนินคดี เช่น เมื่อมีการระเบิดที่เก็บสารพิษทำให้

มีผู้ได้รับบาดเจ็บจำนวน 1,000 คน แต่ละคนเสียค่ารักษาพยาบาลไปเป็นเงินคนละ 1,000 บาท หากปล่อยให้แต่ละคนฟ้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเอง ค่าใช้จ่ายต่อคนย่อมมีจำนวนสูงกว่า 1,000 บาท

ในปัจจุบันสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ภาคอุตสาหกรรมเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว นำมาซึ่งปัญหามลภาวะ สิ่งแวดล้อม และปัญหาอื่นๆ ซึ่งสังเกตเห็นได้ว่า ปัญหาเหล่านี้มีผลกระทบต่อบุคคลเป็นจำนวนมาก และนับวันก็จะทวีความรุนแรงมากขึ้น หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยทั่วไปจึงไม่เพียงพอที่จะช่วยให้ศาลมีรับมือกับปัญหาดังกล่าวได้ การดำเนินคดีแบบกลุ่มจึงเป็นคำตอบที่เหมาะสมที่จะช่วยแก้ไขและรับมือกับสภาพปัญหาดังกล่าวที่กำลังจะเกิดขึ้นทั้งในปัจจุบันและในอนาคตได้เป็นอย่างดี

ประการที่สอง เพื่อช่วยให้เกิดความรวดเร็วและประหยัด เนื่องจากการแยกฟ้องคดีของเอกชนแต่ละรายในคดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากซึ่งมีข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ข้อเดียวกัน เช่น ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการบริโภคสินค้าที่มีพิษของผู้ผลิต หรือผู้โดยสารในรถยนต์ที่ถูกจำเลยกระทำละเมิดขับรถชน ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนในการดำเนินคดี ส่งผลกระทบต่อระบบการพิจารณาคดีของศาลและต่อตัวคู่ความ ในการอำนวยความสะดวกของศาลนับเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างยิ่งในการที่ต้องจัดหาคูศาลกร สถานที่ และการอำนวยความสะดวกอย่างอื่น เพื่อพิจารณาคดีที่มีปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายอย่างเดียวกัน ซึ่งสามารถพิจารณาให้เสร็จไปได้ในคราวเดียว และสำหรับคู่ความ เนื่องจากการดำเนินคดีแพ่งเป็นเรื่องที่มีค่าใช้จ่ายสูง มีทั้งค่าใช้จ่ายที่แน่นอน เช่น ค่าธรรมเนียมศาล และค่าใช้จ่ายที่ไม่แน่นอน เช่น ค่าทนายความ ค่ายานพาหนะ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เมื่อพิจารณาโดยรวม การแยกฟ้องคดีแต่ละรายย่อมทำให้ต้องสูญเสียเงินในการดำเนินคดีจำนวนมาก ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินคดี ฉะนั้น การกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในดำเนินคดีแทนผู้เสียหายจำนวนมากซึ่งมีข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ข้อเดียวกันจึงน่าจะเป็นประโยชน์มากกว่า

ประการที่สาม เพื่อขจัดปัญหาความไม่แน่นอนของผลแห่งคำพิพากษา เหตุผลในข้อนี้เนื่องมาจาก หลักวิธีพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ” จึงเป็นผลว่าคู่ความผู้ใดที่สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ตามหลักนี้ย่อมเป็นฝ่ายชนะคดี แต่หากไม่สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ย่อมเป็นฝ่ายแพ้คดี บุคคลบางกลุ่มสามารถพิสูจน์ได้ ในขณะที่บุคคลบางกลุ่มอาจพิสูจน์ไม่ได้หรือไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ตัวอย่างเช่น เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า การที่จะกำหนดให้จำเลยเป็นผู้รับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น โจทก์จะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่ตนเองได้รับนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลย เช่น ถ้าหากน้ำในลำน้ำสายหนึ่งเกิดเน่าเสียจนทำให้ปลาตายทั้งหมด โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า สาเหตุของการเน่าเสียเกิดจากอะไร หากพบว่าสาเหตุมาจากโรงงานแห่งหนึ่งทิ้งกากน้ำตาล โรงงานนั้นต้อง

รับผิดชอบ กลายเป็นว่าการที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่นั้น มิได้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาความเสียหายในคดี หากแต่ขึ้นอยู่กับประสบการณ์ความรู้ความสามารถของทนายความที่เข้าแก้ต่างคดี

นอกจากนั้น ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้เสียหายก็ไม่อาจร้องขอให้ศาลที่พิจารณาคดีจัดทำคำพิพากษาให้เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับคดีที่ได้ตัดสินไปแล้วก่อนหน้านี้ได้ แม้ว่าจะมีปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะเหมือนกัน เพราะคำพิพากษาของศาลย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอกคดี ฉะนั้น เมื่อศาลพิพากษาคดีตัดสินคดีหนึ่งแล้ว ย่อมไม่อาจที่นำผลแห่งคำพิพากษาในคดีนั้นไปบังคับใช้กับคดีอื่นได้อีก ซึ่งกรณีนี้อาจทำให้เกิดความลักลั่นในผลแห่งคำพิพากษาขึ้นมาได้

ประการที่สี่ เพื่อช่วยให้ผู้เสียหายทุกคนมีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรม (access to justice) เหตุผลในข้อนี้เกี่ยวพันกันฐานะความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ ซึ่งทำให้ผู้เสียหายบางคนไม่อาจฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้บรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนได้ เนื่องจากเป็นผู้ที่มีฐานะยากจน ไม่เพียงพอที่จะนำมาชำระค่าธรรมเนียมศาลและว่าจ้างทนายความที่มีความสามารถเข้าได้แย่งต่อสู้คดี

จากเหตุผลที่ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นการดำเนินคดีแพ่งลักษณะพิเศษที่ช่วยคลี่คลายปัญหาสำหรับการดำเนินคดีพร้อมกันของผู้เสียหายเป็นจำนวนมากซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่สามารถปฏิบัติได้สะดวก ในขณะเดียวกันก็ช่วยให้ศาลและคู่ความประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายจากการดำเนินคดี อีกทั้งยังช่วยให้บุคคลทุกคนมีโอกาสสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างเท่าเทียมกัน

แม้การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะมีลักษณะยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่าย โดยกำหนดให้ผลแห่งคำพิพากษาศาลสามารถผูกพันกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหมือนกันได้ แต่การที่กฎหมายยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่าย ก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในกลุ่มนั่นเองให้ได้รับประโยชน์จากผลแห่งคำพิพากษาของศาลที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และนอกจากนั้นยังช่วยเพิ่มความสามารถในการเจรจาต่อสู้คดีมากขึ้นกว่าการฟ้องคดีด้วยปัจเจกชนแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายในการดำเนินคดีแบบกลุ่มจึงเกิดประโยชน์ทั้งต่อเอกชนแต่ละราย และก่อให้เกิดประโยชน์แก่การบริหารงานคดีของศาล รวมทั้งทำให้ประหยัดงบประมาณของภาครัฐมากกว่าการดำเนินคดีแพ่งตามปกติ จึงเป็นเรื่องที่เหมาะสมแล้วที่การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่าย

สำหรับประเทศไทย ปัจจุบัน ได้มีแนวคิดที่จะนำหลักการเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยจะมีลักษณะเป็นวิธีพิจารณาวิสามัญกรูปร่างหนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการดังกล่าวเป็นประโยชน์และน่าที่จะสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินแพ่งโดยบุคคลเป็นจำนวนมากในประเทศไทยได้ดี

เนื่องจากในขณะนี้ปัญหาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับบุคคลจำนวนมากในประเทศไทย เพิ่มจำนวนสูงขึ้น เช่น กรณีที่บริษัทผู้จัดเก็บเครื่องฉายกัมมันตรังสีโคบอลท์ได้จัดเก็บอุปกรณ์ดังกล่าวไว้ที่โกดังบริเวณท่าเรือคลองเตยโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงได้รับความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายจากการปนเปื้อนของกัมมันตรังสีที่แพร่กระจายอยู่ในบริเวณนั้น หรือกรณีการลักลอบปล่อยน้ำเสียของโรงงานอุตสาหกรรมทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนเป็นวงกว้าง แต่การใช้สิทธิทางแพ่งเพื่อฟ้องคดีบรรเทาความเสียหายในกรณีที่มีผู้เสียหายเป็นจำนวนมากยังคงมีปัญหาอยู่ กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย การที่ผู้เสียหายจำนวนมากจะเข้าเป็นคู่ความในคดีเดียวกันได้นั้นก็แต่โดยการร้องสอด (มาตรา 57) การเข้าเป็นคู่ความร่วม (มาตรา 59) และการรวมพิจารณาคดี (มาตรา 28) แต่ในคดีที่มีผู้เสียหายเป็นจำนวนมากและได้รับความเสียหายมาจากมูลเหตุแห่งคดีเดียวกัน แม้ว่าจะเรียกร้องจำนวนค่าเสียหายแตกต่างกัน ก็ไม่อาจที่ใช้สิทธิร้องสอดเพื่อโต้แย้งสิทธิโดยการตั้งประเด็นขึ้นใหม่ได้ อีกทั้งการจะเข้ามาใช้สิทธิในฐานะคู่ความร่วม คู่ความจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกันในมูลเหตุอันเป็นรากฐานแห่งคดีซึ่งจะต้องเป็นหนึ่งที่ไม่อาจแบ่งแยกกันได้ แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายแต่ละราย เป็นความเสียหายที่แยกต่างหากจากกันซึ่งแต่ละคนมีสิทธิฟ้องคดีได้แยกต่างหากจากกัน ดังนั้น จึงไม่อาจใช้สิทธิทางแพ่งโดยวิธีการดังกล่าวได้ และถึงแม้จะมีทางออกในการรวมพิจารณาคดี แต่ถึงกระนั้นการรวมพิจารณาคดีก็มีขั้นตอนที่เหมาะสมสำหรับการแก้ปัญหา เพราะการที่จะให้รวมพิจารณาคดีจำนวนมากเข้าด้วยกันย่อมก่อให้เกิดความไม่สะดวกและทำให้คดีที่ศาลกำลังจะมีคำพิพากษาต้องล่าช้าออกไป

เมื่อพิจารณาจากบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน พบว่า ได้มีการยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยผู้แทนหรือการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว โดยมีกฎหมายหลายฉบับได้เปิดโอกาสให้องค์กรหรือกลุ่มบุคคลบางกลุ่มสามารถดำเนินการทางศาลเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวมได้ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานฯ พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 และพระราชบัญญัติอัยการ พ.ศ.2483 แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านี้เป็นการปกป้อง

ส่วนได้เสียของบุคคลบางกลุ่มที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น ดังนั้น การมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่เป็นที่กลางๆ ครอบคลุมถึงการฟ้องคดีในเรื่องอื่นๆ ที่มีผู้เสียหายจำนวนมากด้วย น่าจะอำนวยความสะดวกให้แก่กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในประเทศไทยได้มากขึ้น

อนึ่ง แม้การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะเป็นกลไกที่มีประโยชน์ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตาม แต่เนื่องจากลักษณะพิเศษของกลไกในเรื่องการฟ้องคดีแบบกลุ่มคือการรวบรวมประโยชน์ของผู้เสียหายจำนวนมากเข้าด้วยกัน เพื่อให้มีความสามารถในการเจรจาต่อผู้คดีผ่านผู้แทนกลุ่ม (active members) ซึ่งจะเป็นผู้ใช้สิทธิต่อสู้คดีตามหลักฟังความสองฝ่ายแต่เพียงผู้เดียว ในขณะที่บุคคลอื่นที่ได้รับความเสียหายไม่ได้มีส่วนร่วมเป็นในการดำเนินคดี (passive members) แต่จะต้องถูกผูกพันด้วยผลแห่งคำพิพากษา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันรักษาสิทธิของบุคคลที่ไม่ได้เข้ามาในคดีอย่างเพียงพอ มิฉะนั้นอาจเกิดความเสียหายหรืออาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การที่สมาชิกกลุ่มต้องถูกผูกพันโดยผลแห่งคำพิพากษา ในขณะที่ไม่ได้รับโอกาสในการดำเนินกระบวนการพิจารณานับว่าเป็นปัญหาที่ทำลายต่อการละเมิดหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ศาลสูงของสหรัฐได้วางหลักอันเป็นมาตรฐานไว้ว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่มีความบกพร่องซึ่งจะเป็นการละเมิดต่อหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) มีเพียงประการเดียว คือ การที่ไม่สามารถอธิบายได้ว่ากระบวนการพิจารณานั้นนำมาซึ่งความเป็นธรรม และการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ที่ไม่อยู่ในกระบวนการซึ่งประสงค์จะผูกพันด้วยผลแห่งคำพิพากษาเดียวกันนั้นได้อย่างไร¹⁵

คดี Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co. 339 U.S. 306 (1950) ได้วางหลักเพิ่มเติมเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า วิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่มเป็นวิธีพิจารณาพิเศษที่สามารถยกเว้นต่อหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ได้ แต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สมาชิกกลุ่มเป็นพิเศษอย่างน้อย 2 เรื่อง ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) คือ ศาลจะต้องมีบทบาทในเชิงรุกในการไต่สวนเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้แทนกลุ่ม เพื่อให้ทราบถึงความสามารถในการดูแลปกป้องผลประโยชน์แทนสมาชิกกลุ่มทั้งหมด¹⁶ ประการหนึ่ง และการประกาศหรือบอกกล่าวแก่สมาชิกกลุ่มเกี่ยวกับการออกการ

¹⁵ Gene R. Shreve, Peter Raven-Hansen. Understanding Civil Procedure. 2nd ed. Washington, D.C.: Matthew Bender, 1994, page

¹⁶ Mary Kay Kane, Civil Procedure in a Nutshell. 3rd ed. Minnesota: West Publishing, 1991, page 261.

จากกลุ่มจะต้องกระทำด้วยวิธีการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสมาชิกกลุ่มตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี¹⁷ นอกจากนั้น ศาลควรจะต้องเข้ามามีบทบาทในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาของผู้แทนกลุ่มตลอดการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วย เช่น ห้ามมิให้โจทก์ถอนฟ้อง หรือ ประนีประนอมยอมความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล เป็นต้น

ในประเทศอังกฤษ หลักของการดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative) ซึ่งมีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกันกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม โดยเป็นการมอบหมายให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป็นผู้ใช้สิทธิในการดำเนินการทางศาลแทนกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหาย โดยสร้างเงื่อนไขที่สำคัญเพื่อปกป้องกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายไว้ว่า ผู้แทนกลุ่มจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกับกลุ่มบุคคลที่เขาได้ฟ้องคดีแทนเท่านั้น เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่สมาชิกกลุ่มว่า ผู้แทนกลุ่มจะต้องใช้ความรู้ความสามารถในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่เพราะเป็นผู้ที่ได้รับผลเสียหายเช่นเดียวกับสมาชิกทุกคน นอกจากนั้น ยังกำหนดให้อำนาจเป็นพิเศษแก่ศาลในอันที่จะควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาของผู้แทนกลุ่ม ซึ่งหากศาลเห็นเองหรือโดยการร้องขอของสมาชิกกลุ่ม เห็นว่าผู้แทนกลุ่มไม่มีคุณสมบัติเพียงพอ หรือไม่สามารถรักษาผลประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม ศาลสามารถมีคำสั่งห้ามบุคคลดังกล่าวเป็นผู้แทนกลุ่มต่อไปได้ และสั่งให้ระงับการดำเนินคดีโดยผู้แทนไว้จนกว่าจะได้ผู้แทนกลุ่มคนใหม่

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับถึงการดำเนินคดีในรูปแบบส่วนรวม (une forme collective)¹⁸ โดยยินยอมให้สมาคมหรือกลุ่มบุคคลที่มีชื่อเรียกต่างๆ เช่น สมาคมผู้ใช้หรือผู้บริโภค (associations d'usagers) สหภาพแรงงาน สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวม ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าลักษณะการดำเนินคดีเช่นนี้แตกต่างจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่ใช้ในระบบคอมมอนลอว์ เพราะผู้แทนกลุ่ม

¹⁷ Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co. 339 U.S. 306 (1950) วางหลักเกี่ยวกับการส่งคำบอกกล่าวในการดำเนินคดีแบบกลุ่มว่า วิธีการที่ดีที่สุดสำหรับการส่งคำบอกกล่าวคือ สำหรับผู้ที่ทราบชื่อและที่อยู่อย่างชัดเจน การส่งคำบอกกล่าวจะต้องให้กับบุคคลนั้นโดยตรงตามชื่อและที่อยู่นั้น แต่ในกรณีที่ไม่สามารถส่งคำบอกกล่าวได้เนื่องจากไม่ปรากฏที่อยู่ของผู้รับหรือไม่สามารถส่งให้แก่ผู้รับได้ เมื่อได้ใช้ความพยายามอย่างถึงที่สุดแล้ว การส่งคำบอกกล่าวด้วยวิธีการประกาศหนังสือพิมพ์จึงได้ถือว่าชอบด้วยกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) แล้ว

¹⁸ Cass. civ., 23 juill.1918 : DP.1918, 1 , p.52, s.1921, 1 , p.289.-25 nov.1929 : DH 1930, 1 , p.5 ; 1933, 1, p.28.

จะไม่มีส่วนได้เสียในคดีโดยตรงกับคดี คุณสมบัติของผู้แทนกลุ่มจึงไม่ใช่เงื่อนไขที่สำคัญที่ศาลจะพิจารณาและให้ความคุ้มครองดังเช่นในระบบคอมมอนลอว์ หากแต่ศาลจะพิจารณาถึงคุณสมบัติของสมาชิกกลุ่มแต่ละรายเป็นหลัก เช่น การฟ้องคดีของสหภาพแรงงาน มีเงื่อนไขที่ต้องพิจารณาว่า สิทธิของสมาชิกเป็นสิทธิเดียวกันกับสิทธิที่สหภาพแรงงานได้รับมอบโดยกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น

จากมาตรการเพื่อความยุติธรรมในการดำเนินคดีแบบกลุ่มของต่างประเทศที่กล่าวมา ทำให้ทราบว่าหากประเทศไทยจะนำรูปแบบการดำเนินคดีแบบกลุ่มซึ่งมีต้นแบบมาจากประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ อย่างน้อยที่สุดมาตรการที่กฎหมายควรจะต้องกำหนดไว้เพื่อเยียวยาให้กลับสมาชิกกลุ่มผู้ซึ่งถูกทำให้ปราศจากสิทธิได้แย่งต่อสู้คดีไปโดยกฎหมาย ได้แก่

1. การกำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้แทนกลุ่ม เพื่อให้ทราบถึงความสามารถในการดูแลปกป้องผลประโยชน์แทนสมาชิกกลุ่มทั้งหมดตลอดระยะเวลาการดำเนินคดี ซึ่งคุณสมบัติของผู้แทนกลุ่มในข้อนี้ น่าจะหมายรวมถึงคุณสมบัติของทนายความที่จะทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนกลุ่มด้วย เพราะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ในประเทศสหรัฐอเมริกา การตรวจสอบคุณสมบัติของผู้แทนกลุ่มจะศาลจะเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบตั้งแต่เริ่มต้นคดี โดยถือว่าคุณสมบัติของผู้แทนกลุ่มเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม และบทบาทของศาลเช่นนี้จะมีอยู่ตลอดการดำเนินกระบวนการพิจารณา

2. มาตรการคุ้มครองเรื่องการประกาศหรือการส่งคำบอกกล่าว เนื่องจากการเงื่อนไขในการเข้าเป็นสมาชิกกลุ่มสำหรับการดำเนินคดีแบบกลุ่มส่วนใหญ่ในหลายประเทศ โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้ระบบ Opt-out คือ ระบบที่บุคคลใดๆ ที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกันจะเป็นสมาชิกกลุ่มตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม แต่สมาชิกกลุ่มมีสิทธิออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มโดยแจ้งความประสงค์เป็นหนังสือต่อศาลภายในวันที่ศาลกำหนด การประกาศหรือการส่งคำบอกกล่าวจึงเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้สมาชิกกลุ่มได้ทราบถึงสิทธินี้ หากกลไกกำหนดไว้ไม่ดีผลร้ายย่อมตกอยู่กับสมาชิกกลุ่มอย่างมาก เพราะผลของคำพิพากษาจะผูกพันสมาชิกกลุ่มด้วย ในเรื่องการประกาศหรือการส่งคำบอกกล่าวมีสาระสำคัญที่สมาชิกกลุ่มต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ 2 เรื่อง คือ รายละเอียดของประกาศต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สมาชิกกลุ่มตัดสินใจในว่าจะเข้าร่วมเป็นสมาชิกกลุ่มต่อไปหรือไม่ประการหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีข้อความเตือนที่แจ้งให้สมาชิกกลุ่มทราบว่า หากไม่แสดงความประสงค์ออกจากกลุ่มจะต้องถูกผูกพันด้วยผลแห่งคำพิพากษา และวิธีการประกาศหรือส่งคำบอกกล่าวที่มีประสิทธิภาพโดยต้องคำนึงถึงการรับรู้ของสมาชิกกลุ่ม

เป็นสำคัญ เช่น ถ้าสมาชิกกลุ่มอยู่ในท้องถิ่นที่ห่างไกลการประกาศหนังสือพิมพ์อาจไม่ใช่วิธีการที่ดีที่สุดสำหรับสมาชิกกลุ่มนั้น แต่วิธีการที่ดีที่สุดอาจจะเป็นการใช้สื่อวิทยุหรือโทรทัศน์

3. การกำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในเชิงรุกในการดำเนินคดีแตกต่างไปจากการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป โดยศาลควรเข้าไปมีบทบาทในการช่วยเหลือค้นหาข้อเท็จจริงเพิ่มขึ้น เพื่อให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นไปอย่างรวดเร็ว และรักษาผลประโยชน์ของบุคคลจำนวนมากไว้ได้อย่างเหมาะสม

3. ปัจจัยที่มีผลต่อการยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศไทยและในต่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาถึงเหตุผลและความจำเป็นของข้อยกเว้นหลักฟังความสองฝ่ายที่มีอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยและต่างประเทศ ทำให้ผู้เขียนสรุปได้ว่าเหตุผลสำคัญที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย ยอมรับให้มีการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายได้อย่างมีเหตุผลอันสมควรนั้น ได้แก่

1. เหตุผลทางด้านความรวดเร็วในการดำเนินคดี ความรวดเร็วของการดำเนินคดีนี้ นับได้ว่าเป็นเป้าหมายที่สำคัญประการหนึ่งของการดำเนินคดีแพ่งในปัจจุบัน การดำเนินคดีแพ่งอย่างรวดเร็วมีประโยชน์หลายประการ เช่น ช่วยให้ศาลวินิจฉัยตัดสินคดีได้อย่างถูกต้องแม่นยำ เพราะศาลได้ทำการวินิจฉัยตัดสินคดีในขณะที่พยานหลักฐานยังมีความสมบูรณ์อยู่ การดำเนินคดีอย่างรวดเร็วช่วยลดความเสี่ยงหรือข้อผิดพลาดในเรื่องความทรงจำของพยานบุคคลและลดการสูญหายของพยานวัตถุต่างๆ ช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี เพราะยังใช้เวลาในการดำเนินคดีเพิ่มขึ้นเท่าไรย่อมหมายถึงตัวเลขค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เพิ่มขึ้นเท่านั้น ซึ่งบางครั้งอาจจะเพิ่มขึ้นจนไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินคดี ช่วยรักษาคุณค่าของคำพิพากษาทำให้คู่ความได้รับประโยชน์สูงสุดจากคำพิพากษาของศาล นอกจากนั้นยังช่วยคุ้มครองโจทก์ไม่ให้อายุต้องได้รับความเสียหายมากเกินไปจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ล่าช้า เพราะการที่โจทก์ตัดสินใจยื่นฟ้องคดีนั้นเกิดขึ้นจากถูกได้แย่งสิทธิหรือได้รับความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง การดำเนินคดีที่ล่าช้าย่อมทำให้โจทก์ต้องจมอยู่กับการโต้แย้งสิทธิเช่นว่านั้นเป็นระยะเวลายาวนานซึ่งทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังนั้น ในปัจจุบันกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศไทย จึงได้พยายามเร่งรัดให้การดำเนินคดีรวดเร็วขึ้น

ด้วยประโยชน์ของความรวดเร็วในการดำเนินคดีดังที่กล่าวมาจึงทำให้ประเทศต่างๆ ยอมรับให้ความรวดเร็วในการดำเนินคดีเป็นปัจจัยหนึ่งเป็นเหตุผลที่ยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายได้ ดังเห็นได้จากข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายหลายเรื่องที่ตั้งอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย ปัจจุบัน เช่น การพิจารณาโดยขาดนัด กระบวนการขอให้

คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง (Freezing injunction) การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action) ข้อยกเว้นเหล่านี้ได้รับการยอมรับว่ามีประโยชน์และช่วยให้การดำเนินคดีแพ่งมีความถูกต้องและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

2. เหตุผลทางด้านการจัดปัญหาข้อขัดข้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ในขั้นตอนต่างๆ ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง มักจะประสบปัญหาข้อขัดข้องบางประการที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยศาลไม่อาจดำเนินให้แล้วเสร็จไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การไม่มาศาล หรือการไม่ให้ความร่วมมือเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือปัญหาในการส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีให้กับจำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ สภาพการณ์เช่นนี้ส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งต้องหยุดชะงักลงและเกิดสภาวะปิดตาย (Deadlock) คือ ไม่อาจดำเนินการอย่างไรต่อไปได้อีกจนกว่าจะแก้ปัญหาเช่นนั้นได้ ซึ่งในหลายกรณีการแก้ไขปัญหาคือข้อขัดข้องนั้นเป็นไปได้ยาก เช่น กรณีที่จำเลยไม่ให้ความร่วมมือเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณา การขอให้จำเลยกลับมาเข้าร่วมการดำเนินคดีเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก นอกจากนั้น แม้ว่าในที่สุดจำเลยจะกลับมาเข้าร่วมการดำเนินคดีก็อาจจะเป็นการสายเกินไปที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่โจทก์ได้

ปัญหาข้อขัดข้องต่างๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อให้เกิดผลร้ายในการดำเนินคดี เพราะทำให้คดียืดเยื้อและค้างค้ำอยู่ในศาลเป็นเวลานาน นำมาซึ่งปัญหาความล่าช้าในการดำเนินคดี อีกทั้งยังทำให้โจทก์ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วอย่างเหมาะสม ดังนั้น หากเกิดปัญหาข้อขัดข้องต่างๆ ที่ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งหยุดชะงักเช่นที่กล่าวมานี้ กฎหมายจึงยอมรับให้มีการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายได้ตามสมควร ข้อยกเว้นหลักฟังความสองฝ่ายที่มีเหตุผลในลักษณะนี้ ได้แก่ การพิจารณาโดยขาดนัด การส่งหมายเรียก คำคู่ความหรือสำเนาเอกสารให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร เป็นต้น

3. เหตุผลทางด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยสำหรับการดำเนินคดีในศาล หลักฟังความสองฝ่ายอาจถูกยกเว้นได้กรณีที่ปรากฏว่าคู่ความหรือบุคคลอื่นได้ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบริเวณศาล โดยเหตุผลของการยกเว้นก็เนื่องมาจาก การดำเนินคดีในศาลมีความศักดิ์สิทธิ์ในสังคมประชาธิปไตยนั้น ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยส่วนหนึ่งด้วยการทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมและพิพากษาคดีตัดสินอรรถคดีให้แก่ประชาชน โดยลักษณะแห่งอำนาจหน้าที่จึงเป็นสถาบันที่มีเกียรติและควรได้รับการเคารพยกย่องอย่างสูง การก่อให้เกิดความไม่เรียบร้อยวุ่นวายในการพิจารณาคดีของศาลจึงนับว่าเป็นเรื่องที่ไม่สมควรอย่างยิ่ง นอกจากนั้น ในแง่ของการบริหารความยุติธรรม เมื่อมีความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นในบริเวณศาล ย่อมส่งผลทำให้ผู้พิพากษาเสียสมาธิในการพิจารณาคดี และความโกลาหลวุ่นวายในศาลยังมีผลเป็นการหยุดเวลาในการพิจารณาคดี

ทำให้คดีที่กำลังดำเนินอยู่หยุดชะงักลง นำมาซึ่งความล่าช้าในการพิจารณาคดี ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการมาตรการบางอย่างที่ช่วยให้ศาลสามารถควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย แม้ว่าอาจจะกระทบกระเทือนสิทธิในการต่อสู้คดีไปบ้าง แต่เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่จะได้รับจากมาตรการนี้แล้วพบว่าความศักดิ์สิทธิ์ของศาลและกระบวนการพิจารณาที่เป็นระเบียบเรียบร้อย รวดเร็ว เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากกว่า ดังนั้น จึงยินยอมให้มีการยกเว้นหลักฟังความสองฝ่ายได้ ซึ่งช่วยยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่มีขึ้นด้วยเหตุผลทางด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยนี้ได้แก่ กระบวนพิจารณาในเรื่องการละเมิดอำนาจศาล (contempt of court)

4. เหตุผลทางด้านการป้องกันความไม่สุจริตของคู่ความ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแห่งนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างคู่ความ แต่เมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งจงใจไม่ให้ความร่วมมือในการระงับข้อพิพาทด้วยการประวิงคดี หรือตั้งใจกลั่นแกล้งทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายด้วยเจตนาที่ไม่ชอบ เช่น การยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินของตนออกไปก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาคัดสินคดี เพื่อที่ว่าคู่ความฝ่ายตรงกันข้ามจะไม่สามารถบังคับคดีเอากับทรัพย์สินของตนไปได้เมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น ทำให้การดำเนินคดีมีความล่าช้า ทำให้เกิดการค้างค้ำของปริมาณคดีในศาล และที่สำคัญที่สุดจะเห็นได้ว่า ความไม่สุจริตของคู่ความนั้น อาจจะเป็นเหตุผลสำคัญให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ไม่มีทางได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เขาได้ ดังความประสงค์ที่เขามุ่งหวังจะที่ได้รับการศาล นั้นก็เท่ากับว่าการดำเนินคดีในศาลไม่ได้ช่วยเหลือเยียวยาความเสียหายเลย มีหน้าซ้ำยังอาจจะซ้ำเติมให้เขาต้องได้รับความเสียหายมากขึ้นจากการรับภาระค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากการดำเนินคดี เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ

นอกจากนั้น ในแง่ของการดำเนินกระบวนการยุติธรรม เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเป็นบริการของรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยหลักเป็นการบริการให้เปล่า คู่ความทุกฝ่ายจึงมีหน้าที่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปโดยราบรื่น กรณีจึงไม่สมควรที่จะมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริตเพื่อประวิงคดี หรือกลั่นแกล้งกันระหว่างคู่ความ ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมานี้ หลักฟังความสองฝ่ายจึงถูกยกเว้นลงได้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการดำเนินคดีโดยไม่สุจริต ซึ่งช่วยยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่มีที่มาจากเรื่องความไม่สุจริตนี้ ได้แก่ การละเมิดอำนาจศาล กระบวนขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง หรือที่เรียกกันในประเทศอังกฤษว่า คำสั่ง Freezing injunction และเรียกกันในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าการควบคุมทรัพย์สินก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments)

5. เหตุผลทางด้านความฉุกเฉินเร่งด่วน (urgent) หลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักประกัน การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งที่ดี โดยเน้นให้ศาลต้องรับฟังคู่ความทุกฝ่ายในการพิจารณาคดี และให้สิทธิต่อคู่คดีต่างๆ ที่จะช่วยให้การดำเนินคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน (urgent) ซึ่งไม่มีทางเป็นไปได้ที่จะให้เวลาเพื่อที่จะบอกกล่าวให้แก่ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบได้ หรือหากปล่อยเวลาให้เนิ่นช้าออกไปจะทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และจะแก้ไขไม่ทันการ เช่นเมื่อคู่ความถูกคุกคามในเชิงชู้สาวถือว่ามีเหตุอันสมควรที่ศาลจะ ดำเนินคดีอย่างเร่งด่วน (Ordonnances de référé) เพื่อสั่งให้ยึดสิ่งตีพิมพ์หรือภาพถ่ายผิด กฎหมายที่กำลังเผยแพร่อยู่ในขณะนั้น เพราะในกรณีเช่นนี้ ความเสียหายของผู้ร้องเป็นความเสียหายทางศีลธรรม ซึ่งการเยียวยาเฉพาะเพียงด้วยการชดเชยค่าเสียหายย่อมไม่บริบูรณ์และไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายได้ สรุปได้ว่า หลักฟังความสองฝ่ายจึงถูกยกเว้น ลงได้ในกรณีที่มีเหตุด้านความฉุกเฉินเร่งด่วน ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่มีที่มาจาก เหตุผลในเรื่องนี้ได้แก่ คำสั่งฝ่ายเดียวเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว กระบวนการขอให้คุ้มครองชั่วคราว ก่อนฟ้อง (Freezing injunction) คำร้องขอถ่วงมือ เป็นต้น

6. เหตุผลด้านการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลับ (secret) ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งบางเรื่องนั้นจำเป็นต้องกระทำโดยลับเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ เช่น คำขอเพื่อกำหนด มาตรการเพื่อสงวนรักษาสิ่งที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน (Status quo) หรือเพื่อสร้างมาตรการที่จำเป็น เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง หรือเพื่อหยุดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงที่เห็น ประจักษ์ เช่น ในกรณีที่มีความเสี่ยงว่าจำเลยอาจจะหาทางยกย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตศาล ก่อนการฟ้องคดี หากจำเลยรู้ตัวล่วงหน้าย่อมทำให้วัตถุประสงค์ในการที่โจทก์จะมาฟ้องร้อง ดำเนินคดีไร้ประโยชน์ หรือ ในกรณีที่ลูกหนี้อาจจะยกย้ายหรือทำลายพยานหลักฐานที่ใช้ในการฟ้อง คดี หากทำให้ลูกหนี้รู้ตัวก่อน ลูกหนี้ก็จะทำการยกย้ายทำลายหลักฐานทำให้การพิจารณาคดีไม่ สัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร การพิจารณาฝ่ายเดียวโดยลับในบางกรณีจึงเรื่องที่มีคุณประโยชน์และช่วย คุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของคู่ความโดยเฉพาะฝ่ายโจทก์ได้เป็นอย่างดี ข้อยกเว้นของหลักฟัง ความสองฝ่ายที่มีที่มาจากเหตุผลในเรื่องนี้ได้แก่ คำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉิน กระบวนการขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง (Freezing injunction) เป็นต้น

7. เหตุผลทางด้านพยานหลักฐาน เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเป็นการ ต่อสู้กันในเชิงพยานหลักฐานเป็นสำคัญ โดยมีหลักว่า "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ" ซึ่งเป็นผลว่า คู่ความผู้ใดที่สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ตามหลักนี้ย่อมเป็นฝ่ายชนะคดี แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ ย่อมเป็นฝ่ายแพคดี ดังนั้น พยานหลักฐานจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในคดีแพ่ง อย่างไรก็ตาม พบว่า บ่อยครั้งที่คู่ความไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานที่แสดงว่ามีกรกระทำผิด

หรือมีการกระทำละเมิดสิทธิได้ เนื่องจากประสบปัญหาข้อขัดข้องในการนำพยานหลักฐานมาสืบ เช่น พยานหลักฐานที่จะนำมาสืบนั้นสูญหายไปก่อนที่จะทำการพิจารณาคดีหรือเป็นการยากที่จะนำมาสืบได้ หรือ ประสบปัญหาจากการที่ผู้กระทำผิดมักจะยักย้ายหรือทำลายพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตนไปก่อนที่จะถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายจึงยอมให้ ยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่ายลงได้ โดยช้อยกเว้นหลักฟังความสองฝ่ายที่มาจากเหตุผลในเรื่องนี้ได้แก่ คำร้องขอฝ่ายเดียวให้สืบพยานไว้ก่อนเมื่อคู่ความหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย การขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อนกรณีฉุกเฉิน (Search order)

8. เหตุผลทางด้านความคุ้มค่าในการดำเนินคดี ทฤษฎีหรือนโยบายเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกทางแพ่งในประเทศต่างๆ นั้น ถือว่ากระบวนการยุติธรรมถือเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ซึ่งรัฐมีหน้าที่จัดให้แก่ประชาชน ฉะนั้น ผู้รับภาระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดี ก็คือ ผู้เสียภาษีอากรของรัฐ (taxpayer) ซึ่งได้สละเงินได้ของตนเพื่อนำมาให้รัฐจัดสรรความยุติธรรม ยิ่งปริมาณคดีแพ่งมากขึ้นเท่าไร ก็หมายความว่ารัฐโดยผู้เสียภาษีอากรจะต้องสูญเสียเงินเพื่อกระบวนการดังกล่าวเพิ่มขึ้นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในคดีแพ่งที่มีผู้เสียหายเป็นจำนวนมาก เช่น คดีมลพิษ หากมีผู้ได้รับความเสียหายจากแหล่งมลพิษถึง 1,000 คน ก็ต้องฟ้อง 1,000 คดี ซึ่งเป็นการใช้ทรัพยากรทางศาลในการระงับข้อพิพาทอย่างฟุ่มเฟือย สิ้นเปลืองทั้งทรัพยากรบุคคล เวลา และสถานที่ที่ใช้ในการพิจารณาคดี การผ่อนคลายนหลักฟังความสองฝ่ายลงโดยอนุญาตให้บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการแทนนั้นย่อมก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่า ช้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในเรื่องนี้ ได้แก่ การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action)