



บทที่ 3

แนวความคิดและทฤษฎีหลักฟังความสองฝ่ายและพัฒนาการของหลักฟังความสองฝ่าย ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของต่างประเทศ

หลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากลที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย โดยอาจจะมีการยึดถือแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพวัฒนธรรม ประเพณี การเมืองและการปกครองของประเทศนั้นๆ ซึ่งในบทนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงประวัติความเป็นมา สาธารณคดี และรายละเอียดของหลักฟังความสองฝ่าย รวมทั้งข้อยกเว้นของหลักการนี้ที่มีอยู่ในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไป

1. หลักฟังความสองฝ่ายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย

1.1 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศไทย

1.1.1 ประวัติ ความเป็นมาและวิวัฒนาการของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศไทย

หลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ได้รับการปฏิบัติสืบเนื่องกันมาในประเทศไทย โดยในประเทศไทยยกย่องหลักการดังกล่าวว่ามีสถานะเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ* (natural justice)^{1,2} แต่เดิมหลักการนี้ได้รับการยึดถืออย่างเคร่งครัดมาก เพราะถือว่าเป็นหลักที่มีที่มาจากกฎหมาย

* หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีความหมายแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ

1) "Nemo index in re sua" (No man can be judge in his own cause) มีความหมายในภาษาไทยว่า บุคคลไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในคดีที่ตนมีส่วนได้เสียได้

2) "Audi Alteram Partem" (Both sides shall be heard) มีความหมายในภาษาไทยว่าในการตัดสินใดๆ จะฟังความข้างเดียวไม่ได้ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย

¹ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แปลความความของคำว่า "Natural Justice" ว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (ดู หยุด แสงอุทัย, "การร่างกฎหมาย," ตุลพาท 15 (กันยายน-ธันวาคม 2511) : หน้า 25.

² ศาสตราจารย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร แปลความหมายของคำว่า "Natural Justice" ว่า เนื้อหาแห่งความยุติธรรม (ดู ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 150.

ธรรมชาติ (natural law) อันเป็นกฎหมายสูงสุดของมนุษยชาติ มีความเสถียรภาพไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ อีกทั้งยังมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับหลักคริสตธรรม โดยในคดี R. v. Chancellor of the University of Cambridge (1723) 1 Str. 557, 567 ศาลได้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักนี้ไว้ว่า “แม้แต่พระเจ้ายังเป็นเจ้ายังไม่ทรงลงโทษอดัมโดยปราศจากการให้โอกาสเขาได้ชี้แจงก่อน แม้จะทรงทราบดีว่าเขาเป็นผู้กระทำผิดก็ตาม”

หลักฟังความสองฝ่ายในประเทศอังกฤษปรากฏตัวขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมครั้งแรกในมาตรา 39 ของแมกนาคาร์ตา (Magna Carta ค.ศ.1215) ซึ่งเป็นเอกสารที่พระเจ้าจอห์นถูกบีบบังคับจากเหล่าขุนนางให้พระราชทานเสรีภาพให้แก่ราษฎรชาวอังกฤษ ในยุคหลังถือว่าแมกนาคาร์ตาเป็นสัญลักษณ์สำคัญที่แสดงถึงการยอมรับอนอยู่ภายใต้กฎหมายของพระมหากษัตริย์ บทบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า “No free man shall be taken and imprisoned or outlawed, banished, nor will we proceed against him, except by lawful judgment of his peers and by the law of the land”³ ซึ่งมีความหมายโดยสรุป คือ ประชาชนจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษาซึ่งถูกต้องตามกฎหมายของแผ่นดินเท่านั้น

คำว่า “the law of the land” ในแมกนาคาร์ตา ค.ศ.1215 ถูกนำมาใช้ในความหมายเกี่ยวกับ “legality” ตั้งแต่ในสมัยที่รัฐสภามีอำนาจสูงสุดซึ่งตรงกับรัชสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 และพระเจ้าเฮนรีที่ 4 (1422-1461) มีกฎหมายจำนวนมากถูกตัดสินให้เป็นโมฆะเนื่องจากขัดกับหลักของแมกนาคาร์ตาซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ตลอดจนคำพิพากษาของศาลที่ไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักวิธีพิจารณาก็มีผลขัดกับ “the law of the land” มาตรา 39 แห่งแมกนาคาร์ตา จึงเป็นบทบัญญัติแรกที่มีลักษณะในการประกันสิทธิและความยุติธรรมและเป็นศูนย์กลางของแนวความคิดด้านกระบวนการยุติธรรม⁴

ในรัชสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเล็กน้อย โดยแก้ไขเพิ่มเติมคำว่า “the law of the land” ให้เป็น “by due process of the law” ทำให้เกิดความชัดเจนแก่ราษฎรว่า การลงโทษนั้นนอกจากจะต้องเกิดขึ้นจากคำพิพากษาที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้วยังจะต้องเกิดขึ้นจากกระบวนการที่ชอบธรรมด้วย กระบวนการที่ชอบธรรมนั้นสามารถอธิบายได้ว่า หมายถึง การได้รับการตัดสินคดีจากผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลางและได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่

³ Paul Jackson, *Natural Justice*, 2nd ed. (London: Sweet&Maxwell.,1979), pp.10-11.

⁴ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 92-93.

ในศตวรรษที่ 14 ร่องรอยของการยึดถือหลักฟังความสองฝ่ายยังคงปรากฏอยู่ในกฎหมายอีกหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติ The statute 25 Edw.3, c.4 (1350) พระราชบัญญัติ The statute 28 Edw.3, c.3 (1354) โดยมีลักษณะเป็นการรับเอาแนวคิดของมาตรา 39 ของแมกนาคาร์ตา (Magna Carta ค.ศ.1215) มาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมาย⁵

ภายหลังจากนั้น ในช่วงศตวรรษที่ 17 – 18 ถือได้ว่าเป็นยุคทองของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศอังกฤษ ความสำคัญของหลักการนี้เพิ่มทวีขึ้นอย่างเด่นชัด เห็นได้จากเนื้อหาสาระแห่งคำพิพากษาของศาลที่ยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่ายอย่างเคร่งครัด โดยกระบวนการพิจารณาที่จะเมิดหรือฝ่าฝืนต่อหลักการนี้จะมีผลให้คำตัดสินตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไป ประกอบกับจำนวนของคำพิพากษาที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ เช่น คดี Bently's Case {R.V.University of Cambridge (1723) ศาลตัดสินว่าจำเลยในฐานะคู่พิพาทควรที่จะได้รับการแจ้งเตือนให้ทราบถึงข้อกล่าวหา เพื่อที่เขาจักได้มีโอกาสและสามารถให้เหตุผลชี้แจงข้อเท็จจริงเพื่อแก้ข้อกล่าวหาและใช้สิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเป็นธรรม เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยได้รับสิทธิดังกล่าวกระบวนการพิจารณาจึงตกเป็นโมฆะ คดี Belshazzar's Feast, Dan v. Later ได้กล่าวเอาไว้ว่า “กฎเกณฑ์ที่แน่นอนไม่เปลี่ยนแปลงในกฎหมายของเราก็คือ ไม่มีบุคคลใดต้องถูกลงโทษหากว่าเขายังไม่ได้รับโอกาสที่จะได้ชี้แจงก่อน” หรือ ในคดี Fisher v. Lane (1772) 3 Wils.K.B.297, 302 ศาลได้ตัดสินว่า “ขนบธรรมเนียมของแต่ละสังคมอาจเบี่ยงเบนไปจากหลักคอมมอนลอว์ได้ แต่ขนบธรรมเนียมซึ่งขัดแย้งกับหลักความยุติธรรมสูงสุดไม่อาจจะเรียกว่าเป็นสิ่งที่ดีได้” และเป็นที่น่าสังเกตว่าไม่เพียงแต่คำพิพากษาของศาลในยุคดังกล่าวที่ได้รับผลกระทบจากความเคร่งครัดของหลักฟังความสองฝ่าย แม้แต่ในวรรณกรรมของ William Shakespeare ก็ยังได้รับอิทธิพลจากหลักการนี้เช่นกัน โดยมีวลีหนึ่งในวรรณกรรมของเขาที่ได้กล่าวไว้ว่า “ใจไม่ใช่ผู้พิพากษาแต่พวกเขาพร้อมที่จะรับฟังหากเล็งเห็นถึงความผิดในตัวเขา”⁶

ในศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่ายเริ่มส่อเค้าให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการบังคับใช้หลักการนี้ที่ผ่อนคลายนัยความเคร่งครัดลง จนกระทั่งในศตวรรษที่ 20 ทศนคติของตุลาการต่อการใช้หลักฟังความสองฝ่ายจึงได้เปลี่ยนแปลงไปจากแนวความคิดดั้งเดิมเห็นได้จากบทความในช่วงปี 1950 เรื่อง “ความคลุมเครือของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (Twilight of Natural Justice)⁷ และคำพิพากษาในคดี Ridge v.

⁵ Paul Jackson, *Natural Justice*, pp.10-11.

⁶ Ibid., p.67.

⁷ Ibid.

Baldwin [1964] A.C.40 ซึ่งได้อธิบายถึงขอบเขตการใช้หลักการฟังความสองฝ่ายในลักษณะที่ กระตุ้นเตือนใจผู้พิพากษาว่า “หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักการสำคัญที่ได้รับการ บังคับโดยทั่วไป แต่การใช้หลักการนี้จะต้องถูกจำกัดอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นที่เหมาะสมและไม่ อนุญาตให้ใช้อย่างกว้างขวางโดยไม่มีขอบเขตจำกัด” และในคดี Gaiman v. National Association for Mental Health [1971] Ch.317,333 กล่าวไว้ว่า “อาจจะไม่มีบทพิสูจน์เป็นการทั่วไป แต่มี แนวโน้มว่าศาลสามารถใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้กับการตัดสินคดีทุกเรื่อง ยกเว้นใน เรื่องที่มีเหตุการณ์อย่างอื่นที่มีเหตุผลอันสมควรที่จะยกเว้นต่อการใช้หลักการนี้”

คดี Ridge v. Baldwin เป็นการพลิกโฉมแนวความคิดใหม่ของวงการตุลาการ อังกฤษทำให้ยอมรับว่าหลักฟังความสองฝ่ายนั้นแท้จริงแล้วไม่ใช่หลักที่เคร่งครัดเด็ดขาด แต่ สามารถถูกจำกัดลงได้ภายใต้ข้อยกเว้นที่เหมาะสม และนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา จึงได้เกิดข้อยกเว้น ของหลักฟังความสองฝ่ายเป็นจำนวนมากในประเทศอังกฤษ แต่เดิมข้อยกเว้นของหลักฟังความ สองฝ่ายในประเทศอังกฤษมีอยู่เพียง 2 เรื่องใหญ่ๆ ที่สำคัญ คือ กระบวนพิจารณาโดยขาดนัด (default judgment) กับ การละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) แต่ทว่านับตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ได้เกิดข้อยกเว้นอื่นๆ อีกหลายเรื่อง เช่น การยื่นหรือส่งเอกสารให้แก่จำเลยหรือบุคคลที่มี ภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร, การดำเนินคดีโดยผู้แทน, Search order และ Freezing injunction เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อที่ 1.2 เรื่องข้อยกเว้น ของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศอังกฤษ

1.1.2 หลักทั่วไปในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่งและการรับรองหลักฟัง ความสองฝ่ายในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษจัดได้ว่ามีนิติวิธีอยู่ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งมีกระบวนพิจารณาค่อนไปในทางระบบกล่าวหา กล่าวคือ กระบวนพิจารณาจะมี ลักษณะเปิดโอกาสให้คู่ความมีโอกาสระคายข้องมากในการโต้แย้งต่อสู้คดี ภายใต้แนวความคิดที่ว่า การอำนวยความยุติธรรมที่ดีจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์กัน ระหว่างคู่ความอย่างเป็นธรรม คู่ความจึงควรเป็นผู้กำหนดทิศทางและระยะเวลาในการดำเนินคดี ส่วนศาลพึงทำหน้าที่เป็นเพียงผู้รักษากฎเกณฑ์กติกาในการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนดเท่านั้น ศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางโดยไม่เข้าไปมีบทบาทเกี่ยวกับการค้นหา ข้อเท็จจริงในคดีเพราะเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวอาจทำให้คู่ความเสียไปซึ่งความยุติธรรม

การที่ศาลไม่ได้เข้าไปมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีทำให้การ ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่มีผลโดยตรงต่อความถูกต้องแม่นยำของคำพิพากษา จะต้องได้มาจากกระบวนพิจารณาสืบพยานด้วยความรู้ความสามารถของคู่ความเป็นหลัก

การเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถนำเสนอข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งได้อย่างเต็มที่ ภายใต้กรอบกฎเกณฑ์แห่งการนำเสนอพยานหลักฐานที่ศาลคอยควบคุมอย่างมีเหตุผล มีส่วนสำคัญที่จะช่วยให้ศาลสามารถเข้าถึงข้อเท็จจริงได้อย่างดีที่สุด ดังนั้น จึงจำเป็นอยู่เองที่คู่ความจะต้องได้รับประกันสิทธิด้านวิธีพิจารณาในลักษณะนี้ โดยเฉพาะสิทธิที่เกี่ยวกับการโต้แย้งต่อผู้คดีและนอกจากนั้นยังจะต้องได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เหลื่อมล้ำแตกต่างกัน

หลักฟังความสองฝ่ายถือเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ดีที่สุด หลักการหนึ่งซึ่งสนับสนุนต่อการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงของศาล โดยทำหน้าที่เป็นหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของคู่ความ คู่ครองคู่ความให้สามารถนำเสนอข้อเท็จจริง ข้อต่อสู้ และพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่ ฉะนั้น หลักการนี้จึงถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างมากในกระบวนการพิจารณาคดีของประเทศอังกฤษ ในประเทศอังกฤษ หลักฟังความสองฝ่ายมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสามารถหยิบยกขึ้นมาใช้บังคับได้กับทุกประเภทคดี และถือเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่สุดที่ผู้ทำหน้าที่ตุลาการพึงต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเพื่อให้กระบวนการยุติธรรมเป็นไปโดยเรียบร้อย และในปัจจุบันได้มีการนำหลักนี้ไปกำหนดรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรใน "The Civil Procedure Rules (1998)" "ซึ่งถือเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน

มีข้อสังเกตว่า ในหลายประเทศหลักฟังความสองฝ่ายมีสถานะเป็นหลักความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญด้วย เนื่องจากตระหนักถึงความสำคัญของหลักการนี้ว่าเป็นหลักประกันสิทธิด้านวิธีพิจารณาความที่สำคัญ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา แต่สำหรับในประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุที่มีลักษณะของจารีตประเพณีที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จึงไม่มีการรับรองให้หลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักแห่งความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมองย้อนกลับไปในอดีตก็จะพบว่ากฎหมายที่เป็นสัญลักษณ์แห่งรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษในอดีต เช่น Magna Carta (1215), Petition of Right (1628), Bill of Rights (1688) และ Act of Settlement (1700)⁶ ก็ได้มีการกำหนดรับรองถึงหลักฟังความสองฝ่ายไว้เป็นเช่นกัน นอกจากนั้น ในกฎหมายบางฉบับยังได้กำหนดถึงสิทธิหน้าที่ของคู่ความในการดำเนินคดีแพ่งไว้เป็นพิเศษอีกด้วย สิ่งนี้จึงแสดงให้เห็นว่าโดยหลักการแล้ว กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษก็ได้ให้ความสำคัญต่อหลักฟังความสองฝ่ายอยู่ไม่น้อยเช่นกัน

⁶J.A.Jolowicz, "Fundamental Guarantees in Civil Procedure in Civil Litigation: England" In Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in national, international and comparative law prepared at the request of UNESCO under the auspices of the International Association of Legal Science (Milano: A Guiffre, 1973), p.156-170.

1.2 ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศอังกฤษ

ในหัวข้อนี้จะขอล่าวถึงข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่สำคัญที่มีอยู่ในประเทศอังกฤษ โดยจะอธิบายถึงความเป็นมา สาเหตุสำคัญ และรายละเอียดของข้อยกเว้นดังกล่าวโดยสังเขป

1.2.1 กระบวนพิจารณาโดยขาดนัด (Default judgment)

กระบวนพิจารณาโดยขาดนัดเป็นกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจากการละเลยเพิกเฉยไม่เข้าร่วมได้แย้งต่อสู้คดีของคู่ความ ก่อนกลางศตวรรษที่ 19 การพิจารณาฝ่ายเดียวและพิพากษาคดีให้โจทก์ชนะด้วยเหตุจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาในประเทศอังกฤษยังไม่เคยมีการใช้บังคับจะมีแต่เพียงพระราชบัญญัติ The Uniformity of Process Act, 1832 ที่กำหนดว่าศาลอาจอนุญาตให้โจทก์มาปรากฏตัวแทนจำเลย (enter appearance) ได้ในกรณีที่จำเลยไม่มาศาลแล้วให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป⁹

จนกระทั่งในปี ค.ศ.1852 ได้มีการออกพระราชบัญญัติ The Common Law Procedure Acts, 1852 เพื่อกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีได้โดยขาดนัดสำหรับจำเลยที่ได้รับหมายเรียกโดยชอบแล้ว ในคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกเงินจำนวนแน่นอน (liquidated Claim) และโจทก์อาจขอให้ศาลใช้วิธีพิจารณาโดยรวบรัดได้ด้วย¹⁰ ภายหลังจากนั้นกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาโดยขาดนัดจึงได้มีการพัฒนาและปรับปรุงอีกหลายครั้ง

⁹ สุนัย มโนมัยอุดม, "เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาคอมมอนลอว์," (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2529), หน้า 94-95.

¹⁰ Jack I.H. Jacob, The Reform of Civil Procedure law and other Essays in Civil Procedure (St.Paul Minn.: Sweet&Maxwell., 1982), pp.274-275.

ปัจจุบัน หลักกฎหมายเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดได้รับการบัญญัติไว้ใน "The Civil Procedure Rules (1998)"* คำพิพากษาโดยขาดนัด (default judgment) ในประเทศอังกฤษเกิดขึ้นได้อย่างน้อยที่สุด 2 กรณี* คือ กรณีที่จำเลยขาดนัดไม่ยื่นหมายแสดงเจตนาต่อผู้คดี (failed to file an acknowledgement of service) หรือ ไม่ยื่นคำให้การต่อสู้คดีจนล่วงพ้นระยะเวลา 14 วัน นับแต่วันที่ได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องโดยชอบ กับ กรณีที่จำเลยยื่นหมายแสดงเจตนาต่อผู้คดีแต่ขาดนัดไม่ยื่นคำให้การต่อสู้คดี (failed to file a defense)¹¹ จนล่วงพ้นระยะเวลา 28 วัน นับแต่วันที่ได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องโดยชอบ¹² เว้นแต่ ในกรณีที่โจทก์เป็นผู้นำส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม หากโจทก์ยังมีได้ยื่นเอกสารแสดงผลการส่งหมายต่อศาล (a certificate of service) แม้ล่วงพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว โจทก์ก็ไม่อาจขอให้ศาลมีคำพิพากษาโดยขาดนัดได้ นอกจากนั้น โจทก์ยังอาจขอให้ศาลมีคำพิพากษาโดยขาดนัดในกรณีอื่นได้ด้วย เช่น เมื่อศาลได้มีคำสั่งให้จำเลยกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดและจำเลยเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามภายในระยะเวลาที่กำหนด¹³

เมื่อจำเลยซึ่งได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องของโจทก์โดยชอบแล้ว ไม่ยื่นหมายแสดงเจตนาต่อผู้คดีหรือคำให้การต่อสู้คดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

* The Civil Procedure Rules (1998) เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่กำหนดขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ The Civil Procedure Act 1997 แบ่งออกเป็นหลายส่วน โดยกฎเกณฑ์บางส่วนเป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นใหม่ และบางส่วนมีที่มาจากหลักกฎหมายดั้งเดิม เช่น หลักกฎหมายของศาลไฮเคอร์ท (The Rules of the Supreme Court 1965, "RSC") และหลักกฎหมายของศาลเคาท์ตีเคอร์ท (The County Court Rules 1981, "CCR")

* การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในประเทศอังกฤษ เมื่อจำเลยได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องของโจทก์โดยชอบแล้ว จำเลยมีหน้าที่จะต้องยื่นหมายแสดงเจตนาต่อผู้คดีหรือคำให้การต่อสู้คดีภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องของโจทก์ ซึ่งหากจำเลยยังไม่พร้อมเข้าต่อสู้คดีก็อาจแสดงเจตนาต่อผู้คดีแล้วขอเลื่อนกำหนดวันยื่นคำให้การต่อสู้คดีออกไปได้อีกไม่เกิน 14 วัน (CPR 10.3)

¹¹ Rules 12.1, 12.3 และ 15.3 แห่ง The Civil Procedure Rules (1998).

¹² Stuart Sime, A Practical Approach to Civil Procedure, 6th ed. (New York: Oxford University Press Inc., 2003), p. 204.

¹³ Neil Andrews, English Civil Procedure: fundamentals of the New Civil Justice System, 1st ed. (New York: Oxford University Press Inc., 2003), p.494.

หากคดีเรื่องนั้นมีลักษณะเป็นคดีที่โจทก์เรียกร้องเงินเป็นจำนวนแน่นอน (liquidated claims) หรือ คดีที่ขอให้ส่งมอบทรัพย์สินแต่จำเลยมีสิทธิเลือกใช้ราคาทรัพย์สินแทนได้ ผลก็คือโจทก์สามารถขอให้ศาลมีคำพิพากษาโดยขาดนัดได้ โดยโจทก์มีหน้าที่เพียงแต่ยื่นคำขอ (filing a request) ต่อศาลที่พิจารณาคดีตามแบบฟอร์มที่กำหนด พร้อมกับระบุรายละเอียดแห่งคำขอที่ต้องการ ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ จำนวนหนี้ ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี เมื่อได้ดำเนินการเช่นว่านี้แล้ว ศาลย่อมมีคำพิพากษาโดยขาดนัดให้ทันทีโดยไม่ต้องใช้ดุลพินิจและไม่ต้องทำการสืบพยาน

อย่างไรก็ตาม สำหรับในคดีบางประเภท การขอให้ศาลมีคำพิพากษาโดยขาดนัดโจทก์จะต้องยื่นคำร้อง (application) เพื่อขอให้มีการสั่งอนุญาต เช่น ในคดีที่โจทก์ขอให้ส่งมอบทรัพย์สินโดยไม่ให้สิทธิจำเลยใช้ราคาทรัพย์สินแทน หรือในคดีที่จำเลยเป็นผู้เยาว์หรือเป็นผู้ป่วย คดีละเมิดระหว่างสามีภริยา คดีพิพาทเกี่ยวกับพินัยกรรม นอกจากนี้ คำพิพากษาโดยขาดนัดยังสามารถนำมาใช้กับคดีที่โจทก์มิได้เรียกร้องเงินหรือทรัพย์สิน แต่เป็นการขอให้ศาลบรรเทาความเสียหายได้ด้วย เช่น ในคดีที่ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราว (injunction)¹⁴

ในประเทศอังกฤษ คำพิพากษาโดยขาดนัดมีผลผูกพันจำเลยเสมือนกับคำพิพากษาที่ได้ผ่านกระบวนการโต้แย้งต่อสู้ตามหลักฟังความสองฝ่ายทุกประการ แต่ด้วยเหตุที่คำพิพากษาโดยขาดนัดเป็นคำพิพากษาที่ได้มาจากการพิจารณาฝ่ายเดียว ซึ่งการที่คู่ความไม่มาศาลหรือไม่ได้เข้าร่วมดำเนินกระบวนการพิจารณาอาจจะเกิดขึ้นจากความสุจริตหรือไม่สุจริตก็ได้ ดังนั้นกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้คู่ความที่สุจริตมีสิทธิยื่นขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่ได้อีกครั้งหนึ่ง โดย The Civil Procedure Rules (1998) ได้แบ่งการขอให้พิจารณาคดีใหม่ (set aside) ออกเป็น 2 กรณี คือ การขอให้พิจารณาคดีใหม่สำหรับคำพิพากษาโดยขาดนัดที่ได้มาจากการบวนพิจารณาที่มีข้อบกพร่อง (wrongly entered) กับ การขอให้พิจารณาคดีใหม่สำหรับคำพิพากษาโดยขาดนัดที่ได้มาจากการบวนพิจารณาปกติ (procedurally sound)

คำพิพากษาโดยขาดนัดที่ได้มาจากการบวนพิจารณาที่มีข้อบกพร่อง (Wrongly entered) ได้แก่ คำพิพากษาโดยขาดนัดที่โจทก์ได้มาก่อนระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการยื่นหมายแสดงเจตนาต่อสู้คดีหรือยื่นคำให้การต่อสู้คดีสิ้นสุดลง¹⁵ หรือได้มาในระหว่างเวลาที่จำเลยขอให้ศาลใช้วิธีพิจารณาโดยรวบรัด (Summary Judgment)¹⁶ หรือได้มาทั้งๆ ที่โดย

¹⁴ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*. pp. 205-206.

¹⁵ Rules 12.3 (1) (2) และ 13.2 แห่ง The Civil Procedure Rules (1998).

¹⁶ Rule 24.2 (a) (i) แห่ง The Civil Procedure Rules (1998).

ข้อเท็จจริงนั้นจำเลยได้ยอมรับชำระหนี้ทั้งหมดแล้ว แต่ได้ร้องขอเวลาสำหรับการชำระหนี้ดังกล่าว การขอให้พิจารณาคดีใหม่สำหรับกรณีนี้จำเลยสามารถยื่นคำร้องขอได้โดยไม่ต้องยากและไม่ต้องชี้แจงแสดงเหตุผลมากนัก ซึ่งเมื่อศาลได้รับคำร้องศาลจะต้องดำเนินการพิจารณาคดีใหม่ให้ทันที

ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลเองว่า คำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาโดยขาดนัดที่ได้มาจากกระบวนการพิจารณาที่มีชอบ ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งให้พิจารณาคดีใหม่เพื่อคุ้มครองสิทธิให้แก่จำเลยได้อีกทางหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายยังกำหนดให้โจทก์ก็มีหน้าที่จะต้องขอให้ศาลทำการพิจารณาคดีใหม่ด้วย หากมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าจำเลยยังไม่ได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องโดยชอบภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาโดยขาดนัดเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เช่น ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา โจทก์ได้รับการตีกลับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องจากไปรษณีย์ ระบุเหตุผลว่า “ไม่พบที่อยู่ผู้รับ” หรือ “ไม่มีที่อยู่” โจทก์มีหน้าที่ต้องขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่¹⁷

สำหรับการขอให้พิจารณาคดีใหม่ในคำพิพากษาโดยขาดนัดที่ได้มาจากกระบวนการพิจารณาปกติ (Procedurally Sound) ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจมีคำสั่งด้วยตนเอง หรือจำเลยอาจยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตได้ แต่ศาลจะอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวได้เฉพาะแต่ในกรณีที่โดยพฤติการณ์แล้วจำเลยมีข้อต่อสู้คดีอันสมควรเพียงพอ หรือมีเหตุผลอื่นในการต่อสู้คดีทำนองเดียวกันเท่านั้น

1.2.2 การละเมิดอำนาจศาล (Contempt of Court)

การละเมิดอำนาจศาลเป็นข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายซึ่งมีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนานในประเทศอังกฤษ ตำราของ Sir John Fox ได้กล่าวถึงประวัติความเป็นมาของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) ไว้ว่า ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเริ่มมีขึ้นมาตั้งแต่ในสมัยศตวรรษที่ 12 นับตั้งแต่ได้มีการจัดตั้งศาลคอมมอนลอว์ขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นศาลที่พิพากษาคดีอาชญากรรมหลักเหตุผลและความยุติธรรม (Justice and Equity)¹⁸ ด้วยเหตุผลที่ว่าในการพิพากษาคดีจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการบางประการ เพื่อป้องกันมิให้มีบุคคลใดมาทำให้เสียความยุติธรรมหรือทำให้ศาลไม่สามารถทำหน้าที่บริหารงานยุติธรรม (Administration of Justice) ได้อย่างเต็มที่ และเพื่อรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของศาล Lord Justice Philimore ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ.1974 ว่า “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็น

¹⁷ Rule 13.5 แห่ง The Civil Procedure Rules (1998).

¹⁸ รongพล เจริญพันธ์, “ความผิดฐานหมิ่นประมาทศาลในระบบคอมมอนลอว์,” ใน ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย, บรรณาธิการโดย สถิตย ลิมพงศ์พันธุ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พาสโก, 2522), หน้า 57-58.

มาตรการที่จำเป็นและไม่สามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้โดยเด็ดขาด”¹⁹ ปัจจุบัน บทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลในประเทศอังกฤษได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ Contempt of Court Act 1981

การกระทำใดเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลสำหรับประเทศอังกฤษนั้นไม่มีขอบเขตหลักเกณฑ์และพื้นฐานทางทฤษฎีที่แน่นอนสำหรับการวินิจฉัย โดยการกระทำใดจะเป็นความผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลว่า จะเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการขัดขวางต่อการบริหารงานยุติธรรมหรือไม่ ซึ่งการกระทำที่ถือว่าเป็นการขัดขวางต่อการบริหารงานยุติธรรมอาจแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ คือ²⁰

1. การละเมิดอำนาจศาลที่มีลักษณะทางอาญา (Criminal contempt of court) เช่น การดูหมิ่นศาลซึ่งศาล การตีพิมพ์เอกสารที่ก่อให้เกิดความเสียหายในระหว่างไต่สวน การกล่าวหาว่าผู้พิพากษารับสินบน

2. การละเมิดอำนาจศาลที่มีลักษณะทางแพ่ง (Civil contempt of court) เช่น การไม่มาตามหมายเรียก การยุ้งให้บุคคลอื่นไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล การที่ทนายความปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

การละเมิดอำนาจศาลในประเทศอังกฤษส่งผลให้ผู้กระทำ โดยเฉพาะคู่ความต้องได้รับการลงโทษ ซึ่งการลงโทษมีทั้งการลงโทษทางอาญาและทางแพ่ง เช่น การจำคุก การปรับ หรือ ยึดทรัพย์สิน หรือมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็น เช่น การขับไล่ผู้กระทำออกไปจากห้องพิจารณา โดยขึ้นอยู่กับว่าผู้พิพากษาประสงค์จะลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่น (deterrent purpose) หรือเพื่อต้องการบังคับให้คู่ความการปฏิบัติตามคำสั่งของศาล (coercive purpose) และในการลงโทษนั้น หากการละเมิดอำนาจศาลเกิดขึ้นในห้องพิจารณาคดีหรือต่อหน้าผู้พิพากษาศาลสูง ศาลสูงมีอำนาจที่จะลงโทษผู้กระทำผิดได้ทันทีโดยศาลจะถือเอาเหตุที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้าเป็นหลัก แต่ถ้าเหตุเกิดขึ้นในศาลล่าง เช่น ศาลเคาน์ตีคอร์ท หรือศาลมาจิสเททคอร์ท²¹ อำนาจในการลงโทษของผู้พิพากษาจะลดลงตามลำดับ เช่น หากเหตุเกิดในศาลมาจิสเททคอร์ท ศาลไม่มีอำนาจลงโทษทางอาญาเพียงแต่สามารถนำตัวผู้ที่ประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลนั้นออกไปจากห้องพิจารณาคดีหรือออกไปจากบริเวณศาลได้ ทั้งนี้ไม่เป็น

¹⁹ เรื่องเดียวกัน

²⁰ วินัย ตูวิเชียร, “ละเมิดอำนาจศาล,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525) หน้า 32-35.

²¹ บรีกนา เจตีย์วงศ์, “ละเมิดอำนาจศาล,” ตุลพาท, 40, 3 (พฤษภาคม – มิถุนายน 2536): หน้า 125.

การตัดอำนาจศาลสูงที่จะมีมาตรการคุ้มครองศาลล่างโดยให้มีคำสั่งลงโทษบุคคลที่กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในศาลหนึ่งศาลใดได้เสมอ²²

1.2.3 การยื่นหรือส่งเอกสารให้แก่จำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร (Service out of jurisdiction)

แต่เดิมหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าในคดีฟ้องบังคับเอากับบุคคล (an action in personam) ที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร ศาลจะมีอำนาจดำเนินคดีได้ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร หรือเมื่อบุคคลนั้นยอมรับถึงเขตอำนาจศาลเหนือคดี ซึ่งลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องแก่โจทก์ผู้มีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษเป็นอันมาก ดังนั้น ต่อมา ในปี ค.ศ.1852 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติ The Common Law of Procedure Act 1852 เพื่อกำหนดขยายขอบเขตอำนาจศาลให้สามารถดำเนินคดีกับบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรได้ด้วย²³

ปัจจุบัน หลักการส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และเอกสารอื่นให้แก่คู่ความที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกประเทศอังกฤษได้รับการบัญญัติไว้ใน Rule 6.5 (6) แห่ง The Civil Procedure Rules (1998) แบ่งออกได้เป็น 4 วิธี วิธีแรก คือ การส่งตามหลักการทั่วไป ได้แก่ การส่งที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายภายในของประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนา วิธีการที่สอง คือ การส่งตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการส่งคำคู่ความและเอกสารไปยังต่างประเทศ ค.ศ.1965* (Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in Civil of Commercial Matters, 15th November 1965) ในกรณีที่คู่ความมีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐภาคีสมาชิก วิธีการที่สาม

²² เรื่องเดียวกัน

²³ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, pp.110.

* การส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และเอกสารตั้งต้นคดี ตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการส่งคำคู่ความและเอกสารไปยังต่างประเทศ ค.ศ.1965 มีลักษณะเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างรัฐภาคีเพื่อให้มีการจัดตั้งหน่วยงานกลาง (Central Authority) ในการรับและส่งคู่ความและเอกสาร โดยเมื่อโจทก์ยื่นคำร้องขอส่งเอกสารไปต่างประเทศต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าหน้าที่ศาลผู้มีอำนาจ พนักงานเจ้าหน้าที่จะจัดส่งคำร้องและคู่ฉบับคำคู่ความและเอกสารไปยังหน่วยงานกลางของรัฐผู้ส่ง และหน่วยงานกลางของรัฐ ผู้ส่งจัดส่งคู่ฉบับคำคู่ความและเอกสารไปยังหน่วยงานกลางของรัฐผู้รับ ซึ่งรัฐผู้รับจะรายงานผลการส่งให้ทราบต่อไป ประเทศที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เดนมาร์ก อิสราเอล กรีซ โปรตุเกส นอร์เวย์ ฟินแลนด์ ฯลฯ ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้

ได้แก่ การส่งภายใต้ Council Regulation (EC) No.1348/2000 (the Service Regulation) สำหรับจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ภายใต้กลุ่มประเทศอียู (EU) และวิธีที่สี่ คือ การส่งภายใต้อนุสัญญาทวิภาคี (bilateral) ที่ประเทศอังกฤษได้กระทำขึ้นกับประเทศคู่สัญญาอื่นๆ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ กลุ่มประเทศในแถบทวีปยุโรป สำหรับระยะเวลาในการส่งหากจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในกลุ่มประเทศอียู (EU) จำเลยมีหน้าที่จะต้องยื่นหมายแสดงเจตนาต่อผู้คดีหรือคำให้การต่อผู้คดีภายใน 21 วัน นับแต่วันที่ได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องของโจทก์ สำหรับจำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอื่นระยะเวลาสำหรับยื่นหมายแสดงเจตนาต่อผู้คดี หรือคำให้การต่อผู้คดีจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับปฏิบัติของศาล (practice directions) ซึ่งโดยมากมักจะสัมพันธ์กับระยะทางและความใกล้เคียงเป็นหลัก²⁴

เป็นที่น่าสังเกตว่าช่องทางการส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้องและเอกสารให้กับจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรของประเทศอังกฤษนั้นมีอยู่หลายช่องทาง ลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความพยายามของประเทศดังกล่าวที่จะเอื้ออำนวยอย่างเต็มที่ให้จำเลยได้รู้ตัวและได้รักษาสิทธิด้วยการโต้แย้งต่อผู้คดีในศาล แต่อย่างไรก็ดี บรรดาช่องทางดังกล่าวแม้จะมีอยู่มากก็อาจไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทุกเรื่อง เพราะอาจมีข้อจำกัดบางประการทำให้ไม่สามารถส่งหมายด้วยวิธีการดังกล่าวได้ เช่น การส่งตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการส่งคำคู่ความและเอกสารไปยังต่างประเทศ ค.ศ.1965 มีข้อจำกัดว่า จะไม่ใช่บังคับกับการส่งในกรณีที่ไม่ทราบที่อยู่ที่แน่นอนของจำเลยในต่างประเทศหรือเป็นการยากที่จะส่งเอกสารดังกล่าวให้แก่จำเลย²⁵

ปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยบทบัญญัติของ CPR.rule 6.8 ซึ่งถือเป็นบทกวาด (sweeping) ของการส่งหมายเรียกหรือสำเนาเอกสารในประเทศอังกฤษ โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเปิดโอกาสให้โจทก์สามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขออนุญาตให้ส่งคำคู่ความโดยวิธีทางเลือกอื่น (service by alternative method) ในกรณีที่ไม่สามารถส่งสำเนาคำฟ้องหรือเอกสารอื่นด้วยวิธีการใดๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ใน “The Civil Procedure Rules” โดยโจทก์มีหน้าที่ต้องยื่นคำร้องฝ่ายเดียวพร้อมทั้งชี้แจงแสดงเหตุผลที่จำเป็นต้องขอให้ศาลดำเนินการส่งหมายโดยวิธีทางเลือกอื่นพร้อมทั้งอธิบายถึงวิธีการขั้นตอนที่จะดำเนินการเมื่อได้รับอนุญาต

การที่ศาลจะอนุญาตให้สามารถส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องโดยวิธีทางเลือกอื่นได้ ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบ และระบุถึงวิธีที่จะให้โจทก์ดำเนินการส่งไว้โดยชัดแจ้งในคำสั่ง ตัวอย่างของการส่งโดยวิธีอื่น เช่น การกำหนดให้ส่งโดยการ

²⁴ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*. p.131.

²⁵ *Ibid.*, p.83.

ประกาศหนังสือพิมพ์ซึ่งศาลจะต้องกำหนดวันที่ให้ถือว่า การส่งนั้นมีผลบังคับไว้โดยชัดแจ้ง หรือ การกำหนดให้ส่งไปยังที่อยู่ที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับจำเลย เช่น ในคดีจราจรเรื่องหนึ่งศาลได้อนุญาตให้โจทก์ดำเนินการส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องไปยังจำเลย ณ ที่อยู่ของบริษัทที่จำเลยเอาประกันภัยรถยนต์ได้²⁶

1.2.4 การดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative Proceedings)

การดำเนินคดีโดยบุคคลจำนวนมาก (Group action) ในประเทศอังกฤษมีอยู่ด้วยกันหลายกรณีที่สำคัญ เช่น การรวมพิจารณา (Consolidation) การขอให้ศาลมีคำสั่ง Group Litigation Order การดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative Proceedings) แต่ลักษณะการดำเนินคดีที่เป็นรากฐานของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action) ซึ่งได้รับการพัฒนาและแพร่หลายอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ การดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative Proceedings) การดำเนินคดีโดยผู้แทนนี้ถือได้ว่าเป็นวิธีพิจารณาที่มีใช้กันเป็นระยะเวลานานในประเทศอังกฤษ แต่เดิมหัวหน้าชุมชนในประเทศอังกฤษสามารถดำเนินคดีแพ่งแทนผู้อยู่อาศัยภายในชุมชนที่เขาปกครองดูแลได้ อีกทั้งการดำเนินคดีโดยผู้แทนยังเป็นแผนกหนึ่งของการดำเนินคดีในศาลชานเซอร์รี²⁷

การดำเนินคดีโดยผู้แทน (Representative Proceedings) ในประเทศอังกฤษมีขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในการดำเนินคดีอันเนื่องมาจากการที่มีกลุ่มบุคคลจำนวนมากซึ่งได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำอันเดียวกันจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลเป็นรายบุคคล ปัจจุบันหลักการดังกล่าวถูกกำหนดไว้ใน CPR. rule 19.6 ซึ่งมีหลักการว่า ในคดีที่มีผู้เสียหายมากกว่าหนึ่งราย บุคคลดังกล่าวอาจมอบหมายให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า "ผู้แทนกลุ่ม" (representative claimant) เป็นผู้ฟ้องคดีแทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลทั้งหมดที่มีส่วนได้เสียเดียวกัน ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้แทนกลุ่มจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกับกลุ่มบุคคลที่เขาได้ฟ้องคดีแทนนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้แทนกลุ่มจะต้องตกเป็นเหยื่อของความเสียหายอันเดียวกันกับบุคคลอื่นที่อยู่ในกลุ่มด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษได้ตัดสินว่าสมาคมการค้าไม่สามารถเป็นผู้แทนในการฟ้องคดีละเมิดทรัพย์สิน

²⁶ Paragon Group Ltd v Burnell [1991] Ch 498.

²⁷ Neil Andrews, English Civil Procedure: fundamentals of the New Civil Justice System. p.987.

ทางปัญญากับจำเลยซึ่งทำการลงขายเครื่องหมายการค้า Swiss Chocolate ได้ เพราะเหตุว่าสมาคมการค้าไม่ได้มีส่วนได้เสีย และไม่ได้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดของจำเลย²⁸

ผู้แทนกลุ่มเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการดำเนินคดี โดยจะมีสถานะเป็นคู่ความในคดี ในขณะที่บุคคลที่ถูกดำเนินคดีแทน (represented persons) จะไม่มีสถานะเป็นคู่ความ ดังนั้น ตามกฎหมายบุคคลที่ถูกดำเนินคดีแทน จึงไม่จำเป็นต้องได้รับการบอกกล่าวเรื่องความคืบหน้าของการดำเนินคดี ผู้แทนกลุ่มเท่านั้นที่เป็นผู้มีสิทธิขาดในการดำเนินคดีด้วยตนเองทุกประการ โดยผลของคำพิพากษาจะมีผลผูกพันทั้งต่อผู้แทนกลุ่มและบุคคลที่ถูกดำเนินคดีแทนโดยอัตโนมัติ มีข้อสังเกตว่า การดำเนินคดีโดยผู้แทนในประเทศอังกฤษ ผู้แทนกลุ่มสามารถตกลงจำหน่ายสิทธิ โดยการประนีประนอมยอมความกับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล แตกต่างไปจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกระบวนการดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน แต่อย่างไรก็ตาม การจำหน่ายสิทธิดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันกับบุคคลอื่นที่ถูกดำเนินคดีแทน เว้นเสียแต่ว่าบุคคลนั้นจะได้ตกลงยินยอมอย่างชัดแจ้ง²⁹

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งสำหรับการดำเนินคดีโดยผู้แทนของประเทศอังกฤษ คือ การเสนอคดีต่อศาลในลักษณะดำเนินคดีแทนไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากศาลก่อนเหมือนกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงเข้ามามีบทบาทและให้อำนาจควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ตลอดเวลา³⁰ เช่น หากปรากฏแก่ ศาลเองหรือโดยการร้องขอของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีแทนว่าผู้แทนกลุ่ม (representative claimant) มีคุณสมบัติไม่เพียงพอหรือไม่สามารถรักษผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้ ศาลอาจมีคำสั่งห้ามโจทก์เป็นผู้แทนกลุ่มและมีคำสั่งระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ชั่วคราวได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) ได้รับการยอมรับบังคับใช้อย่างกว้างขวาง และเป็นต้นแบบของการดำเนินคดีแบบกลุ่มในหลายประเทศ แต่สำหรับในประเทศอังกฤษ ทั้งๆ ที่เป็นรากฐานต้นกำเนิดแห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะนี้ก็กลับไม่ได้รับความนิยมมากนัก ทั้งนี้

²⁸ Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v Cadbury Ltd., The Time 15 March 1999, CA อ้างใน Neil Andrews, English Civil Procedure: fundamentals of the New Civil Justice System , pp. 988-989.

²⁹ Neil Andrews, English Civil Procedure: fundamentals of the New Civil Justice System, pp.988-1001.

³⁰ Ibid.

สืบเนื่องมาจากเหตุผล 2 ประการ³¹ คือ การที่ศาลในประเทศอังกฤษมักจะไม่พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายในนามของผู้แทนกลุ่ม แต่จะพิพากษาแยกค่าเสียหายเป็นรายบุคคลเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น จึงไม่มีแรงจูงใจ (incentive) สำหรับผู้แทนกลุ่มในการเข้าดำเนินการฟ้องคดีแทนบุคคลอื่น และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ ในประเทศอังกฤษมีระบบการผลัดภาระเรื่องค่าใช้จ่ายและค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ ไปให้กับผู้แพ้คดีเป็นผู้ชำระซึ่งแตกต่างจากระบบการดำเนินคดีแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีระบบนี้ ผู้แทนกลุ่มจึงถูกบังคับให้ต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมดได้ด้วยตนเองหากแพ้คดี ซึ่งแม้ว่าในที่สุดเขาจะเป็นฝ่ายชนะคดี แต่ผู้แทนกลุ่มก็ยังคงมีความเสี่ยงอยู่ว่าค่าเสียหายที่เรียกร้องได้มาจากจำเลยนั้นจะเพียงพอสำหรับค่าใช้จ่ายที่ได้ใช้ไปในการดำเนินคดีหรือไม่

1.2.5 คำขอฝ่ายเดียว (Application without notice)

หลักทั่วไปเกี่ยวกับการยื่นคำขอ (applications) ทุกประเภทเพื่อให้ขอศาลมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดในประเทศอังกฤษ คือ จะต้องให้โอกาสแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรับทราบในระยะเวลาอันสมควรและมีโอกาสคัดค้านต่อผู้³² แต่ในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือแนวปฏิบัติของศาล (practical direction) หรือมีคำสั่งศาลกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาและมีคำสั่งคำขอนั้นอย่างคำขออันจะทำแต่ฝ่ายเดียวได้³³ ตัวอย่างเช่น คำขอที่เกิดขึ้นก่อนที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลซึ่งโดยสภาพศาลไม่อาจให้สิทธิและระยะเวลาอันควรในการโต้แย้งคัดค้านหรือต่อสู้คดีได้ เช่น คำสั่งเพื่อขอขยายระยะเวลาส่งหมายได้รับอนุญาตให้ทำเป็นคำขอฝ่ายเดียวได้ หรือ คำขอใน part 20 Claims เป็นต้น

นอกจากนั้น ในกรณีอื่นๆ ศาลจะสามารถพิจารณาคำขออย่างคำขอฝ่ายเดียวได้เมื่อคำขอนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้³⁴

ก. เมื่อคำขอนั้นเป็นเรื่องที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งไม่มีทางเป็นไปได้ที่จะให้เวลาอย่างน้อย 3 วัน เพื่อที่จะบอกกล่าวให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบตามกำหนดเวลาซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum requirement) ในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความ อย่างไรก็ตาม คำขอลักษณะนี้จะต้องมีการบอกกล่าวอย่างไม่เป็นทางการแก่อีกฝ่ายหนึ่งด้วย เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการลับ

³¹ Ibid., p.972.

³² CPR. rule 23.4(1)

³³ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, pp.84-87.

³⁴ Ibid., pp.354-356.

ข. เมื่อคู่ความตัดสินใจที่จะยื่นคำขอในชั้นสืบพยาน แต่ไม่มีเวลาเพียงพอที่จะแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ แต่อย่างไรก็ตาม คู่ความมีหน้าที่แจ้งให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ ถึงความจำเป็นและเหตุผลแห่งคำขอนั้น และจะต้องมีการสืบพยานในลักษณะง่ายๆ เช่น การสืบพยานด้วยวาจา ประกอบด้วย

ค. เมื่อคำขอนั้นจำเป็นต้องกระทำโดยลับเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ เช่น คำขอ Freezing injunction หรือ Search order

1.2.5.1 Search order

ในอดีตผู้เสียหายในประเทศอังกฤษมักประสบปัญหาไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานที่แสดงว่ามีการกระทำความผิดหรือมีการกระทำละเมิดสิทธิได้ โดยเฉพาะในคดีทรัพย์สินทางปัญญา เพราะผู้กระทำผิดมักจะย้ายหรือทำลายพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตนก่อนที่จะถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย ศาลคอมมอนลอว์จึงได้แก้ปัญหานี้โดยการนำคำสั่งที่เรียกว่า Search order* มาบังคับใช้³⁵

คำสั่ง Search order เป็นคำสั่ง interim injunction รูปแบบหนึ่ง และเป็นถ้อยมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (relief injunction) ที่มีผลบังคับโดยห้ามมิให้บุคคลซึ่งจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในอนาคต ทำการย้ายหรือทำลายพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตน ในประเทศอังกฤษกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง Search order จะกระทำในศาลไฮเคอร์ทเท่านั้น ซึ่งศาลจะทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) โดยจะพิจารณาจากเหตุผลและความจำเป็นของผู้ร้องขอประกอบกับสัดส่วนผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นกับจำเลยเป็นสำคัญ

ผู้พิพากษา Omrod LJ ได้วางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาออกคำสั่ง Search order ไว้ในคดี Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd [1976] Ch 55. ซึ่งสรุปได้ว่ามีหลักเกณฑ์ที่สำคัญทั้งหมด 4 ประการ คือ ประการแรก คดีนั้นต้องเป็นคดีที่มีมูลฟ้องอย่างชัดเจน (extremely strong prima facie) และประการที่สอง การกระทำของจำเลยจะต้องได้รับการพิสูจน์แล้วว่า อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของ

* คำสั่ง Search order หรือที่รู้จักกันดีในนามว่า "Anton Piller order" ตามชื่อของคดี Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd [1976] Ch 55. ในปี ค.ศ. 1999 CPR ได้เปลี่ยนชื่อเรียกคำสั่งนี้ขึ้นใหม่ว่า "Search order"

³⁵ จณัญญา เจริญวิวัฒน์กิจ, "ข้อกำหนดศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 29-30.

ผู้ร้องขออย่างแท้จริง ประการที่สามมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนว่าเอกสารหรือวัตถุพยานนั้นได้อยู่ในความครอบครองของจำเลย และประการสุดท้าย คือ มีความเป็นไปได้อย่างแท้จริง (real possibility) ว่าเอกสารหรือวัตถุพยานจะถูกย้ายหรือทำลายก่อนที่การสืบพยานจะเริ่มต้นขึ้น

คำสั่ง Search order อาจถูกยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ โดยดุลพินิจของศาลหรือจากการร้องขอของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการนั้นในภายหลัง ซึ่งเหตุผลที่จะนำมาใช้ในการขอให้ศาลยกเลิกคำสั่งดังกล่าว ได้แก่ การที่ผู้ร้องขอดำเนินการยื่นคำร้องโดยไม่สุจริตหรือการปกปิดข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ หรือมีการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในคดีเกิดขึ้น เช่น ในคดี Hytrac Conveyors Ltd v Conveyors International Ltd [1982] 1 WLR 44, CA ผู้พิพากษา Lawton ตัดสินเพิกถอนคำสั่ง Search order โดยให้เหตุผลว่า เป็นหน้าที่ของผู้ยื่นคำขอที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งให้แล้วเสร็จโดยไม่ชักช้า เมื่อผู้ร้องขอลงมือดำเนินการตามคำสั่งเมื่อล่วงเลยระยะเวลาถึง 10 สัปดาห์ ภายหลังจากจำเลยได้รับแจ้งการดำเนินคดี ผู้ร้องขอจึงไม่สามารถใช้คำสั่ง Search orders ได้อีกต่อไปและปฏิเสธคำขออุทธรณ์คำสั่งยกคำร้องนั้น

1.2.5.2 Freezing Injunction

คำสั่ง Freezing injunction หรือรู้จักกันดีในชื่อว่า “*Mareva injunction*”^{*} มีลักษณะเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (relief injunction) ที่มีสภาพบังคับต่อบุคคล (in personam) เพื่อให้บุคคลระงับการจัดการทรัพย์สินหรือสงวนรักษาทรัพย์สินไว้จากการจำหน่ายจ่ายโอน การสิ้นเปลืองไปเปล่า ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา คำสั่งนี้ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติว่ามีประสิทธิภาพในการจัดการและสงวนรักษาทรัพย์สินได้เป็นอย่างดี³⁶ มีที่มาจากคำตัดสินของศาลสูงในประเทศอังกฤษในคดี *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA* [1980] 1 ALL ER 213 เมื่อปี ค.ศ.1975 ซึ่งคดีนี้ศาลสูงเห็นว่า ศาลทะเลชั้นต้นและศาลสูงนำฟังข้อเท็จจริงผิด จึงสั่งอนุญาตให้เปลี่ยนตัวทรัพย์สินแห่งคดีที่ได้ถูกสั่งกักหรือยึดตัวทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งกักหรือยึดได้

ในระยะแรกคำสั่ง Freezing injunction มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันการจำหน่ายจ่ายโอนและเคลื่อนย้ายทรัพย์สินของจำเลยที่มีภูมิลำเนาต่างประเทศ

* *Mareva Injunction* เป็นชื่อของคำสั่งที่มาจากคดี *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* [1980] 1 ALL ER 213. ซึ่งต่อมา The Civil Procedure Rules 1998 ได้เปลี่ยนชื่อเรียกคำสั่งนี้ขึ้นใหม่ว่า “Freezing Injunction” เมื่อวันที่ 26 เมษายน ค.ศ.1999

³⁶ Neil Andrews, *English Civil Procedure: fundamentals of the New Civil Justice System*. pp.423-424.

ออกไปนอกราชอาณาจักร จนกระทั่ง ในปี ค.ศ.1988 คำสั่งนี้ได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ออกไปอย่างกว้างขวาง โดยศาลสามารถที่จะออกคำสั่ง Freezing injunction เพื่อป้องกันการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของจำเลยได้ ไม่ว่าจะจำเลยนั้นจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักร และไม่ว่าทรัพย์สินของจำเลยจะได้ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ก็ตาม³⁷

สำหรับ กระบวนพิจารณาในการขอให้ศาลมีคำสั่ง Freezing injunction ในประเทศอังกฤษมีจุดเด่น คือ เป็นกระบวนพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) กล่าวคือ เมื่อโจทก์ได้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวพร้อมทั้งแนบบันทึกลับคำ (affidavit) และเอกสารสนับสนุนที่แสดงถึงลักษณะแห่งการเรียกร้อง จำนวนที่เรียกร้องให้ชดเชย ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินของจำเลยที่อยู่ในเขตอำนาจศาล และความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ยื่นคำขอถ้าได้มีการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจศาล รวมถึงข้อมูลอื่นที่เปิดเผยอย่างตรงไปตรงมาและครบถ้วน (full and frank) ศาลสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาออกคำสั่งไปฝ่ายเดียว (ex parte) โดยมีต้องแจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้า (without notice)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลักษณะของคำสั่ง Freezing injunction เป็นคำสั่งที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นจากกระบวนพิจารณาที่ไม่ได้มีการรับฟังคู่ความสองฝ่าย ดังนั้น กฎหมายจึงอนุญาตให้คำสั่งดังกล่าวนี้สามารถถูกยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขในภายหลังได้ โดยศาลอาจพิจารณาใช้ดุลพินิจยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งดังกล่าวโดยตรง หรือเมื่อผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนี้ร้องขอให้ยกเลิกคำสั่งได้เมื่อปรากฏว่า ผู้ร้องขอไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ หรือมีการกระทำที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิบัติตามคำสั่งอย่างล่าช้าเกินสมควร

2. หลักฟังความสองฝ่ายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1.1 ประวัติและวิวัฒนาการของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นข้อเรียกร้องมาจากหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ซึ่งถือกำเนิดมาจากแมกนาคาร์ตา (Magna Carta 1215) ของประเทศอังกฤษ³⁸ หลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาดังแต่ก่อน

³⁷ Credit Suisse-Fides Trust SA v Cuoghi [1998] QB 818, 824-5.

³⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 93.

การปฏิวัติอเมริกาในปี ค.ศ.1776 ซึ่งจะพบได้ใน The Fundamental Constitution of East New Jersey (1683) และในมาตรา 8 ของ The Celebrated Virginia Declaration of Rights เพื่อคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน³⁹

หลักฟังความสองฝ่ายได้ถูกนำมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาพร้อมกับหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) โดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยตัดสินว่า หลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) เรียกร้องให้มีการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ ซึ่งข้อเรียกร้องดังกล่าวได้เริ่มใช้ในการพิจารณาคดีอาญาก่อน โดยถือว่าเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำสุดของวิธีพิจารณาความของรัฐ⁴⁰ ต่อมาจึงได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ออกไปในกฎหมายวิธีพิจารณาความอื่น โดยหลักฟังความสองฝ่ายทำหน้าที่สำคัญในการบริหารจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจและการใช้อำนาจที่มีขอบเขตของการ และเป็นศูนย์กลางความคิดของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 หลักฟังความสองฝ่ายได้รับการยกย่องให้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 (Fifth Amendment) ซึ่งประกาศใช้บังคับเมื่อ ค.ศ. 1791 มีใจความ ตอนหนึ่งว่า “ห้ามกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่ผ่านกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law)”

ภายหลังจากนั้น ได้มีการกำหนดรับรองไว้อีกครั้งหนึ่งในบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งมีผลบังคับโดยตรงกับกฎหมายวิธีพิจารณาความของมลรัฐ โดยได้มีการบัญญัติถึงหลักฟังความสองฝ่ายเอาไว้ว่า “ห้ามมิให้มลรัฐตราหรือใช้บังคับกฎหมายซึ่งลิดรอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกา หรือกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิใน ชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) หรือปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันในกฎหมายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งในรัฐ”^{41, 42}

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 99-100.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ Gene R. Shreve and Peter Raven-Hansen. Understanding Civil Procedure. 2nd ed. (New York: Matthew Bender, 1994), p 89.

⁴² วิสาร พันธนะ, วิธีพิจารณาความอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา, อุลพาท 25, 5 (กันยายน-ตุลาคม 2521): 41-43.

การยึดถือต่อหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่ามีการยึดถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดเพียงใด แต่อาจสันนิษฐานได้ว่าเนื่องจากหลักวิธีพิจารณาความนี้ได้รับอิทธิพลมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ของประเทศอังกฤษ ฉะนั้น การยึดถือในระยะเริ่มแรกจึงน่าจะมีความเคร่งครัดเช่นเดียวกัน แต่ต่อมา ความเคร่งครัดดังกล่าวได้ค่อยๆ ผ่อนคลายลง ดังเห็นได้จากข้อคิดเห็นของผู้พิพากษา Holmes ซึ่งได้ให้ไว้ในคดีหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐไม่ได้เรียกร้องให้ตุลาการหรือฝ่ายปกครองต้องรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิทุกกรณี ในกรณีที่อันตรายฉุกเฉินหรือเป็นเรื่องเล็กๆ น้อยๆ ก็สามารถที่จะยกเว้นต่อหลักการนี้ได้⁴³ ในระยะหลังหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงถูกยกเว้นได้โดยเหตุผลต่างๆ เพิ่มมากขึ้น

2.1.2 หลักทั่วไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและการรับรองหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการเมืองและการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federal Republic) ภายใต้ระบบรัฐสภาแบบประธานาธิบดี ประกอบด้วยมลรัฐทั้งหมด 50 มลรัฐ และดินแดนอื่น ๆ ได้แก่ ดินแดนดิสตริกต์ออฟโคลัมเบีย ซึ่งเป็นที่ตั้งของกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. เมืองหลวงของประเทศ และดินแดนโพ้นทะเลอื่น ๆ เช่น อเมริกันซามัว กวม จอร์นสตันอะทอลล์ หมู่เกาะมิดเวย์ หมู่เกาะนอร์เทิร์นมาเรียนา เปอร์โตริโก และหมู่เกาะเวอร์จินไอส์แลนด์ ทุกมลรัฐมีอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการบางส่วนแยกออกจากกันอย่างชัดเจน

ในด้านระบบศาล ประเทศสหรัฐอเมริกามีโครงสร้างระบบศาลและเขตอำนาจศาลเป็นแบบระบบศาลคู่ (dual court) ซึ่งหมายถึง การมีศาลสหรัฐ (federal court) และศาลมลรัฐ (state court) ควบคู่กันไป โดยศาลสหรัฐเปรียบเสมือนศาลระหว่างประเทศที่คอยช่วยเหลือและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างมลรัฐ ในขณะที่ศาลมลรัฐจะทำการพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นภายในมลรัฐภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความของตนเองระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันเรียกว่า ระบบกฎหมายแองโกลอเมริกา (Anglo-America)

รูปแบบกระบวนการพิจารณาของประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะค่อนข้างไปในทางระบบกล่าวหาเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดั้งเดิม เพราะหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ ดังนั้น จึงมีลักษณะเน้นให้คู่ความเป็นผู้มีส่วนในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี พร้อมทั้งกำหนดการทิศทางและระยะเวลาของคดี โดยศาลจะวางเฉยและทำหน้าที่เป็นเพียงกรรมการ

⁴³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 99.

(umpire) ผู้ตัดสินซึ่งจะต้องวางตัวเป็นกลางไม่ยุ่งเกี่ยวหรือมีส่วนร่วมในเนื้อหาแห่งคดี ดังนั้น คู่ความจึงต้องใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการต่อสู้คดี ทั้งในแง่การค้นหาและนำเสนอ พยานหลักฐาน การนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้ ศาลสัมผัสเข้าถึงเรื่องราวที่พิพาทและยุติข้อพิพาทให้แก่คู่ความทุกฝ่ายได้อย่างเที่ยงธรรม

หลักฟังความสองฝ่ายถือได้ว่าเป็นหลักวิธีพิจารณาทั่วไปที่มีความสำคัญ อย่างยิ่งในกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งในกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะเป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการวิธี พิจารณาและเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ว่าคู่ความจะได้รับการปกป้อง ให้สามารถใช้สิทธิใดๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีและการโต้แย้งต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เช่น เป็น หลักประกันว่าคู่ความจะต้องได้รับสิทธิการได้รับแจ้งกระบวนการพิจารณา สิทธิซักถามหรือ ถามค้านพยาน สิทธิอุทธรณ์ฎีกา ฯลฯ หลักการนี้มีความสำคัญถึงขนาดที่ได้รับยกย่องให้เป็น ส่วนหนึ่งของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 (Fifth Amendment) และบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งได้ กำหนดกรอบให้ศาลและคู่ความจะต้องปฏิบัติตามหลักฟังความสองฝ่าย มิฉะนั้นกระบวนการ พิจารณาคดีย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ

นอกจากเหนือจากการกำหนดรับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้และเพื่อเป็นหลักประกันแห่งการคุ้มครองสิทธิด้านวิธี พิจารณาของประชาชน หลักฟังความสองฝ่ายจึงได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ใน "The Federal Rules of Civil Procedure" หรือ "FRCP" ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายแม่แบบ (model law) แห่งกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งของมลรัฐต่างๆ ใน "The Federal Rules of Civil Procedure" ได้บัญญัติ รับรองและรับประกันสิทธิในการดำเนินกระบวนการคดีแพ่งไว้โดยละเอียด ตั้งแต่ขั้นเริ่มต้นคดีไป จนกระทั่งสิ้นสุดการดำเนินกระบวนการพิจารณา

นอกจาก การบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว หลักการนี้ยังถูกรับรองไว้โดยแนวคำพิพากษาของศาลอีกมากมาย ซึ่งศาลได้วางบรรทัดฐาน เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่ความตามหลักฟังความสองฝ่ายไว้ในหลายคดี เช่น คดี *Armstrong v. Manzo* วางหลักว่าสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวและสิทธิได้รับฟังเป็นสิทธิ ขั้นพื้นฐานที่จะต้องได้รับภายในระยะเวลาอันเหมาะสมและภายใต้โอกาสอันสมควร⁴⁴ คดี *Bladwin v. Hale* กล่าวว่า คู่ความผู้ซึ่งสิทธิของเขาที่ได้รับการกระทบกระเทือนย่อมมีสิทธิที่จะ

⁴⁴ *Armstrong v. Manzo*, 380 U.S.545,552,85,S.Ct. 1187, 1191 14 L.Ed.2d62.

ได้รับฟังเสมอ และเพื่อที่จะให้ได้ใช้สิทธิเช่นว่านั้นจำเป็นที่เขาจะต้องได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้า⁴⁵ คดี Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath ได้กล่าวยอมรับไว้ว่าการได้มาซึ่งความยุติธรรมย่อมเป็นไปได้ยากในกระบวนการพิจารณาที่กระทำลบล้างอีกฝ่ายหนึ่งและไม่มีกลไกหรือเครื่องมือใดที่จะให้ได้มาซึ่งความจริงได้ดีเท่ากับการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย⁴⁶ นอกจากนี้ ในคดี Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co. ได้วางหลักว่าการส่งคำคู่ความจะต้องกระทำต่อบุคคลผู้ซึ่งจะถูกดำเนินคดี เพื่อช่วยคุ้มครองให้เขาได้ทราบถึงการที่จะถูกดำเนินคดีและมีเวลาเพียงพอที่จะเตรียมตัวต่อสู้คดี⁴⁷

เนื่องจากหลักฟังความสองฝ่ายเป็นหลักที่ได้มีการกำหนดรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาที่จะเกิดต่อบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับหลักฟังความสองฝ่าย จึงถือเป็นกระบวนการที่ไม่ถูกต้องตามหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ซึ่งมีผลสำคัญ คือ ทำให้ศาลไม่มีอำนาจพิพากษาคัดลาคดี คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่กระทำลงโดยฝ่าฝืนต่อหลักฟังความสองฝ่ายจึงไม่มีผลผูกพันคู่ความให้ต้องปฏิบัติตาม

2.2 ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าหลักฟังความสองฝ่ายจะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักวิธีพิจารณาตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาและการละเมิดต่อหลักการดังกล่าวมีผลเป็นการละเมิดต่อหลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) แต่ถึงกระนั้นในประเทศสหรัฐอเมริกายังคงยอมรับให้หลักการนี้ถูกยกเว้นได้ในกรณีที่มีเหตุผลหรือมีความจำเป็นที่มีความสำคัญเหนือกว่า เช่นเดียวกันกับการดำเนินกระบวนการคดีแพ่งของนานาประเทศ ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงรายละเอียดและสาระสำคัญของข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกาไว้โดยสังเขป

2.2.1 กระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด (Default judgment)

ในประเทศสหรัฐอเมริการะบวนการพิจารณาโดยขาดนัดเป็นข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายที่ได้มีการกำหนดไว้ใน Rule 55 (a) และ (b) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) โดยมีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี

⁴⁵ Bladwin v. Hale, 68 U.S.223, 1 Wall.223, 17 L.Ed.531.

⁴⁶ Joint Anti-Fascist Refugee Committee v McGrath, 341 U.S.123, 170-172, 71 S.Ct.624, 647, 95 L.Ed.817.

⁴⁷ Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co.339 U.S.306.

คือ การขาดนัดยื่นคำให้การ (failure to plead) และการขาดนัดพิจารณา (failure to appear) การขาดนัดยื่นคำให้การ (failure to plead) คือ การที่คู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีละเลยหรือเพิกเฉยไม่ได้แย้งต่อสู้คดีภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้จำเลยผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ที่จะต้องยื่นคำให้การต่อสู้คดีภายในระยะเวลา 20 วัน นับแต่วันได้รับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องโดยชอบ หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว ในคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกร้องเอาเงินเป็นจำนวนแน่นอน โจทก์สามารถยื่นคำขอโดยแถลงถึงข้อเท็จจริงประกอบคำสาบาน (affidavit) ไปยังจำศาล (clerk) ซึ่งหากข้อเท็จจริงดังกล่าวมีมูลเพียงพอจำศาล (clerk) จะบันทึกข้อมูลลงในสารบบคดีว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การอันมีผลให้จำเลยหมดสิทธิในการต่อสู้คัดค้านข้อเท็จจริงที่ถูกฟ้องเกี่ยวกับความรับผิดชอบในมูลหนี้ได้⁴⁸

สำหรับการขาดนัดพิจารณา (failure to appear) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าการไม่มาศาลในวันพิจารณาทุกกรณีเป็นการขาดนัดพิจารณา⁴⁹ ซึ่งศาลอาจจะมีคำพิพากษาโดยขาดนัดได้โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะการไม่มาศาลในนัดแรก Rule 55 (b) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) ได้จำแนกถึงกรณีที่ศาลอาจมีคำพิพากษาโดยขาดนัดออกได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ ประการแรก กรณีการฟ้องเรียกเงินเป็นจำนวนแน่นอน กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าจำเลยขาดนัด โจทก์มีสิทธิยื่นคำร้องขอพร้อมทั้งแสดงหนังสือรับรองเกี่ยวกับจำนวนหนี้ที่ถึงกำหนดชำระต่อจำศาล (clerk) เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเพื่อบังคับเอากับจำเลยได้ ประการที่สองในกรณีคำฟ้องมิได้เรียกเอาเงินเป็นจำนวนแน่นอนโจทก์อาจยื่นคำร้องขอต่อศาล (court) เพื่อให้พิจารณาคดีไปฝ่ายเดียว โดยโจทก์ยังคงมีหน้าที่นำสืบในเรื่องค่าเสียหายต่อไป

เนื่องจากคำพิพากษาโดยขาดนัดเกิดขึ้นจากการพิจารณาฝ่ายเดียวของศาล อันเนื่องมาจากการละเลยไม่มาเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งเท่ากับว่าได้เป็นไปตามหลักฟังความสองฝ่าย ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายที่ต้องคำพิพากษาให้ขาดนัดมีโอกาสแก้ตัวและสามารถกลับเข้ามาใช้สิทธิตามกระบวนการวิธีพิจารณาปกติได้อีกครั้งหนึ่ง โดยการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ซึ่งคู่ความฝ่ายที่ขอให้ศาลทำการพิจารณาคดีใหม่จะต้องแสดงให้เห็นว่าคดีของ

⁴⁸ อุเทน ศิริสมรรถการ, "การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเพราะเหตุขาดนัด," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 37-38.

⁴⁹ M.K. Kane, *Civil Procedure*, (St.Paul Minn: West Publishing Co.,1979), p.146.

ตนมีข้อต่อสู้ที่ดีพอและการขาดนัดนั้นเป็นไปโดยมีเหตุอันสมควร ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ขาดนัด*

2.2.2 การละเมิดอำนาจศาล (Contempt Proceeding)

ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามีต้นกำเนิดมาจากหลักเอควิตี้ของประเทศอังกฤษและได้พัฒนามาอย่างต่อเนื่อง ในประเทศสหรัฐอเมริกา การละเมิดอำนาจศาล หมายถึง การกระทำได้ๆ ซึ่งเป็นการจงใจไม่เชื่อฟังคำสั่งศาล หรือการรบกวนการบริหารงานยุติธรรมของศาลหรือการขัดขืนไม่เคารพและเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจและศักดิ์ศรีของศาล ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้ศาลจำเป็นต้องสร้างอำนาจพิเศษหรือมาตรการบางอย่างเพื่อควบคุมและจัดระเบียบทำให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยสงบเรียบร้อย

กระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะตามวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจลงโทษ ได้แก่ การละเมิดอำนาจศาลทางอาญา (Criminal contempt)⁵⁰ และการละเมิดอำนาจศาลทางแพ่ง (Civil contempt) การละเมิดอำนาจศาลทางอาญา คือ การกระทำได้ๆ ที่มุ่งต่อการเป็นปฏิปักษ์ต่อศักดิ์ศรีหรืออำนาจของศาล หรือความเคารพต่อศาล โดยมีวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อให้ผู้ละเมิดเข็ดหลาบและเพื่อมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง ในขณะที่การละเมิดอำนาจศาลทางแพ่ง คือ การละเว้นกระทำการบางอย่างที่ศาลมีคำสั่งให้กระทำและการกระทำที่ศาลสั่งให้กระทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคุณความอีกฝ่ายหนึ่ง การละเมิดอำนาจศาลในทางแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการบังคับให้ผู้ละเมิดปฏิบัติตามคำสั่งศาลเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในกระบวนการพิจารณา⁵¹

ปัจจุบัน หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามามีบทบาทในการกำหนดขอบเขตของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลและการใช้อำนาจของศาลมากขึ้น โดยเฉพาะในการใช้อำนาจลงโทษ การลงโทษสำหรับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในประเทศ

* คดี U.S v Topeka Livestock Auction ศาลวินิจฉัยว่ามาตรฐานเด็ดขาดที่กำหนดในการร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งขาดนัดที่บังคับแก่จำเลย คือ จำเลยต้องอ้างข้อต่อสู้ในประเด็นที่พิพาทอย่างเฉพาะเจาะจง คำแถลงสรุปเพียงว่าจำเลยมีข้อต่อสู้เท่านั้นเป็นการไม่เพียงพอ

⁵⁰ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane and Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, (Minnesota: West Publishing Co., 1985), pp.714-715.

⁵¹ พันธุ์ ทศนิยานนท์, "การลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมศาลฐานละเมิดอำนาจศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา," ใน *ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย*, สถิติย์ ลิ้มพงศ์พันธุ์, รวบรวม (กรุงเทพมหานคร: สารศึกษาการพิมพ์, 2522), หน้า 87-90.

สหรัฐอเมริกา มีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ปรากฏอยู่ในประเทศอังกฤษและประเทศไทย โดยทั่วไป ได้แก่ การดักเตือน การจำคุก การปรับ หรือการใช้มาตรการอื่นที่จำเป็นแก่การกระทำความผิด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ตามรัฐธรรมนูญได้วางหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เกี่ยวกับการลงโทษสำหรับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล โดยกำหนดให้ศาลไม่อาจมีคำสั่งโทษ ผู้กระทำการละเมิดได้ทันที แต่จะต้องรับฟังและให้โอกาสผู้ละเมิดได้โต้แย้งต่อสู้หรือคัดค้านใน ประเด็นดังกล่าวเสียก่อน กล่าวคือ จะต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณา (contempt proceeding) เพื่อให้มีการสืบพยาน หรือมีการซักค้านพยานโดยผู้พิพากษาอื่นเพื่อค้นหาความจริง ในข้อหาที่จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเสียก่อน เว้นแต่การละเมิดนั้นเป็นการละเมิด อำนาจศาลในทางอาญาอันมีลักษณะซึ่งหน้า กล่าวคือ ได้กระทำความผิดระหว่างการพิจารณาคดี และผู้พิพากษาได้พบหรือได้ยินโดยตรง กรณีเช่นนี้ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษในฐานะละเมิดอำนาจ ศาลได้ทันที โดยมีต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อไต่สวนแต่อย่างใด⁵²

2.2.3 การยื่นหรือส่งเอกสารให้แก่จำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร

การยื่นหรือส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้อง เอกสาร หรือคำคู่ความใน ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยปกติจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์กฎหมายภายในของแต่ละมลรัฐ ยกเว้นในกรณีการยื่นหรือส่งเอกสารที่เกี่ยวกับศาลสหรัฐ (federal court) ย่อมเป็นไปตามที่ได้ กำหนดไว้ใน Rule 4 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)) โดยวิธีการส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และเอกสาร โดยทั่วไปสามารถแบ่งออกได้เป็น หลักใหญ่ 3 ประการด้วยกัน⁵³ คือ การส่งวิธีทางโดยปกติ (actual) การส่งโดยวิธีอื่น (substitute) และการประกาศหนังสือพิมพ์ (constructive)

การส่งโดยวิธีปกติ หมายถึง การนำหมายเรียก สำเนาคำฟ้องและเอกสาร ไปส่งให้แก่จำเลยหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วยตนเอง ซึ่งถือว่าเป็นวิธีการส่งเอกสารที่ดีที่สุดเพราะ คำนึงถึงการรับรู้ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก ในกรณีเช่นนี้ หากคู่ความมีสถานะเป็น บริษัทหรือเป็นหน่วยงานของรัฐ คู่ความอาจจะแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้เป็นผู้มีอำนาจในการ

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 122-124.

⁵³ Mary Kay Kane, *Civil Procedure in a Nutshell*. 3rd ed. (St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1991), pp. 71-73.

รับเอกสารเหล่านี้ได้ เช่น การแต่งตั้งให้ผู้จัดการบริษัทเป็นผู้รับเอกสาร หรือในกรณีของรัฐอาจแต่งตั้งให้พนักงานอัยการในแต่ละเขต (district) เป็นผู้รับเอกสาร⁵⁴

การส่งโดยวิธีอื่น (substitute) หมายถึง การส่งหมายเรียกและสำเนา คำฟ้องในกรณีที่เกิดปัญหาข้อขัดข้องทำให้ไม่สามารถจัดส่งเอกสารดังกล่าวให้กับตัวคู่ความฝ่ายนั้นได้โดยตรง ดังนั้นกฎหมายจึงอนุญาตให้ใช้วิธีการส่งวิธีอื่นได้ แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะช่วยคุ้มครองให้จำเลยหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งให้มีโอกาสรับทราบถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่กำลังจะเกิดขึ้นได้ และไม่ทำให้เกิดการได้เปรียบหรือเสียเปรียบซึ่งกันและกัน เช่น วิธีการส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน (registered mail)

และอีกวิธีการหนึ่ง ได้แก่ ประกาศหนังสือพิมพ์ (constructive) วิธีการนี้ถือได้ว่าเป็นวิธีการส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้อง เอกสาร หรือคำคู่ความที่มีลักษณะคุ้มครองสิทธิในการรับทราบการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความได้น้อยที่สุดเมื่อเทียบกับวิธีการที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกา วิธีนี้มักจะใช้เฉพาะกับคดีบังคับเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน (in rem) ของจำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร แต่ปัจจุบัน วิธีการนี้มีความแพร่หลายมากขึ้นเพราะช่วยแก้ปัญหาข้อขัดข้องในการส่งหมายเรียกและเอกสารได้เป็นอย่างดี ในปัจจุบันศาลจะอนุญาตให้ใช้วิธีการประกาศหนังสือพิมพ์ (constructive) เฉพาะในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่า มีการใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดที่จะส่งหมายตามวิธีการอื่นที่กฎหมายกำหนดทุกวิธีแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องเพื่อตั้งต้นคดีได้เท่านั้น⁵⁵

ที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นเป็นวิธีการส่งหมายเรียก สำเนาคำฟ้อง และเอกสาร อันเป็นหลักทั่วไปที่ใช้กันอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สำหรับในกรณีที่จำเลยหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร ปัจจุบันได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ใน Rule 4 (f) (2) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Federal Rules of Civil Procedure) โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่ความได้มีช่องทางพิเศษเพื่อเติมจากวิธีการส่งหมายที่ได้กล่าวมาแล้ว เช่น การยื่นและส่งภายใต้อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการส่งคำคู่ความและเอกสารไปยังต่างประเทศ ค.ศ.1965 (Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in Civil of Commercial Matters, 15th November 1965) ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เดนมาร์ก ออสเตรเลีย กรีซ โปรตุเกส นอร์เวย์ ฟินแลนด์ ฯลฯ เป็นต้น

⁵⁴ Rule 4(d) (4)-(6) แห่ง Federal Rules of Civil Procedure.

⁵⁵ McDonald v. Mabee, 243 U.S.90, 37 S.Ct. 343, 61 L.Ed.608 (1917).

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีช่องทางตาม Rule 4 (f) (2) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Federal Rules of Civil Procedure) แต่ทว่าก็ยังไม่สามารถจัดปัญหาข้อขัดข้องในการส่งหมายได้ทุกเรื่อง โดยเฉพาะถ้าหากจำเลยเป็นผู้ที่ภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรและโจทก์ไม่ทราบถึงที่อยู่อันแน่นอน ดังนั้น ในที่สุดจึงจำเป็นต้องกลับไปใช้หลักการเบื้องต้นนั้นคือ การใช้วิธีการส่งโดยการประกาศหนังสือพิมพ์เพื่อประกาศแจ้งกระบวนการพิจารณาให้แก่จำเลยได้ทราบถึงการดำเนินคดีที่จะมีขึ้นแก่ตน ซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นหนทางสุดท้ายที่ดีที่สุดที่จะช่วยคุ้มครองจำเลยให้ได้ทราบถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณา และในขณะเดียวกันก็คุ้มครองโจทก์ให้สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายได้อย่างเป็นธรรมด้วยเช่นกัน

2.2.4 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นวิธีพิจารณาพิเศษที่มีรากฐานมาจากการดำเนินคดีในศาลชานเซอร์รี่ของประเทศอังกฤษ⁵⁶ และได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจนกลายเป็นหลักวิธีพิจารณาที่มีประสิทธิภาพและเป็นจุดเด่นสำหรับการดำเนินคดีแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา การดำเนินคดีแบบกลุ่มปรากฏตัวขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมครั้งแรกใน Equity Rule 48 ในปี ค.ศ.1842⁵⁷ ภายใต้อิทธิพลที่ว่า การดำเนินคดีแพ่งในคดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก เช่น ในคดีเกี่ยวกับหลักทรัพย์ คดีมลพิษ คดีเกี่ยวกับความบกพร่องในตัวสินค้า ก่อให้เกิดปัญหายุ่งยากแก่ศาล ในการที่ต้องพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกันหลายครั้ง และคู่ความแต่ละรายยังอาจจะได้รับผลแห่งการเยียวยาความเสียหายที่ไม่เท่าเทียมกัน อีกทั้งประชาชนที่ยากจนและไม่มีความสามารถที่จะนำคดีมาสู่ศาลได้ ก็ไม่มีโอกาสที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม ด้วยเหตุนี้กลไก (device) ของการดำเนินคดีแพ่งแบบกลุ่มซึ่งเป็นวิธีพิจารณาพิเศษแตกต่างไปจากวิธีพิจารณาความแพ่งโดยทั่วไปจึงได้รับการคิดค้นขึ้น

หลักการของการดำเนินคดีแบบกลุ่มในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ กำหนดให้บุคคลจำนวนหนึ่งที่เรียกว่า "ผู้แทนกลุ่ม" (representative) สามารถดำเนินคดีและใช้สิทธิในวิธีพิจารณาต่างๆ เพื่อโต้แย้งต่อสู้ในทุกประเด็นแห่งคดี ทั้งในฐานะส่วนตัวและในฐานะตัวแทนตามกฎหมายของสมาชิกกลุ่มที่มีผลประโยชน์ร่วมกันทุกคน โดยที่สมาชิกกลุ่มคนอื่นๆ จะไม่ได้มีสถานะเป็นคู่ความในคดี แต่ผลแห่งคำพิพากษาที่เกิดขึ้นจากการโต้แย้งต่อสู้คดีของผู้แทนกลุ่มนั้นจะมีผลผูกพันต่อสมาชิกทุกคนโดยเสมอกัน ลักษณะพิเศษของหลักการนี้

⁵⁶ Robert H. Klonoff, Class Actions and other Multi-Party Litigation in Nutshell, 1st ed. (United States: West Group, 1999), p. 7.

⁵⁷ Ibid.

โดยเฉพาะการกำหนดให้คำพิพากษาของศาลสามารถผูกพันบุคคลอื่นที่มีใช้คู่ความและ
ไม่โอกาสต่อสู้คดี เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มจำเป็นต้องมีวิธีพิจารณาที่เป็น
พิเศษแบ่งแยกออกจากการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป

ปัจจุบัน วิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่มของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มี
บทบัญญัติกำหนดไว้ใน Rule 23 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rules of Civil
Procedure) ซึ่งการที่จะฟ้องคดีแบบกลุ่มต้องมีเงื่อนไขเบื้องต้น (pre-requisite) อย่างน้อย 4
ประการที่จะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่ประจักษ์ต่อศาล คือประการแรก สมาชิกในกลุ่มมีจำนวนมาก
(numerous) และการที่สมาชิกกลุ่มจะร่วมกันดำเนินคดีเป็นเรื่องที่ปฏิบัติได้ยาก (impracticable)
ประการที่สองมีปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายชนิดเดียวกันในกลุ่ม (common question to
fact or law) ประการที่สาม ข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ของผู้แทนกลุ่มเป็นข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้
ประเภทเดียวกันกับกลุ่ม (typical of claim or defenses) และประการสุดท้าย ผู้แทนกลุ่ม
สามารถป้องกันรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มได้อย่างเป็นธรรมและเพียงพอ (fairly and adequate
protect the interest)⁵⁸

นอกจากเงื่อนไขที่ได้กล่าวมานั้น วิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่มยังได้กำหนดให้
ศาลเข้าไปมีบทบาทในการใช้ดุลพินิจควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้เกิดความ
เป็นธรรมแก่สมาชิกกลุ่มทั้งหมดด้วย เช่น การยุติคดี (settlement) ภายหลังจากที่ผู้แทนกลุ่ม
ได้รับอนุญาตจากศาลให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม เช่น การถอนฟ้อง การประนีประนอมยอมความ
จะไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินการเช่นนั้น ซึ่งในการอนุญาต
ดังกล่าวศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มทั้งหมดเป็นสำคัญ

ข้อพิจารณาที่น่าสนใจสำหรับการดำเนินแบบกลุ่มของประเทศสหรัฐ
อเมริกา คือ การเข้าเป็นสมาชิกกลุ่มด้วยวิธี Opt – out ซึ่งวิธีนี้ถือว่าหากสมาชิกกลุ่มคนใดไม่ได้
แสดงเจตจำนงขอออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มโดยชัดแจ้ง ย่อมถือว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกกลุ่ม
โดยผลของกฎหมายซึ่งจะต้องถูกผูกพันด้วยผลแห่งคำพิพากษาเดียวกัน วิธีการดังกล่าวเป็น
วิธีการที่มีความกำกวมว่าอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ เพราะสมาชิกบางคนอาจจะทราบถึง
ประกาศและมีโอกาสได้เข้ามาคัดค้าน แต่ในขณะที่เดียวกันสมาชิกกลุ่มบางคนอาจจะไม่มีโอกาส
เช่นนั้น ฉะนั้น การประกาศแจ้งให้ทราบถึงการดำเนินคดีแบบกลุ่มจึงเป็นหัวใจสำคัญของการ
เข้าเป็นสมาชิกกลุ่มด้วยวิธี Opt – out การประกาศหรือบอกกล่าวด้วยวิธีการที่ไม่มีประสิทธิภาพ

⁵⁸ Rule 23 (a) แห่ง Federal Rules of Civil Procedure

หรือไม่ชัดเจนอาจทำให้สมาชิกกลุ่มไม่รู้ หรือไม่สามารถคัดค้านแสดงเจตนาขอออกจากกลุ่มได้ทัน เป็นผลให้ต้องถูกผูกพันกับผลแห่งคำพิพากษาโดยไม่ได้ตั้งใจ

หลักกระบวนการอันชอบธรรม (due process of law) ตามรัฐธรรมนูญ ได้วางหลักคุ้มครองเป็นพิเศษสำหรับประกาศหรือการบอกกล่าวแจ้งการดำเนินคดีแบบกลุ่มไว้ว่า การประกาศหรือการบอกกล่าวนั้นจะต้องกระทำด้วยวิธีการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสมาชิกกลุ่มตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี* อีกทั้งยังจะต้องมีการแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับ กำหนดเวลาสำหรับยื่นคำร้องขอออกจากกลุ่ม (Opt out) และข้อความเตือนที่มีใจว่าคำพิพากษา จะมีผลผูกพันต่อสมาชิกทุกคนที่มีได้ออกจากกลุ่มไม่ว่าคำพิพากษานั้นจะเป็นคุณหรือเป็นโทษ⁵⁹

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นมาตรการที่เอกชนเข้ามาดำเนินการโดยทนายความฝ่ายโจทก์จะเป็นผู้ทรงจ่ายค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทั้งหมด โดยมีเงินรางวัลทนายความเป็นสิ่งจูงใจในการดำเนินการ เพราะถือเป็นการลงทุนที่ได้รับค่าตอบแทนในจำนวนที่ค่อนข้างสูง⁶⁰ ดังนั้น ข้อเสียของการดำเนินคดีแบบกลุ่มของประเทศไทย คือ ทนายความมักจะเลือกดำเนินคดีแบบกลุ่มเฉพาะกับคดีที่มีโอกาสชนะเท่านั้น ฉะนั้น ปริมาณการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่เข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลจึงมีอยู่น้อยเมื่อเปรียบเทียบกับ การดำเนินคดีแพ่งโดยทั่วไป ซึ่งจากรายงานของ The Bureau of National Affairs จำนวนการฟ้องคดีแบบกลุ่มในประเทศไทยคิดเป็นอัตราส่วนน้อยกว่า 1 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนคดีที่เสนอต่อศาลสหรัฐ (Us Federal Court)

* ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกากลไกเกณฑ์เกี่ยวกับรายละเอียดของการประกาศหรือการบอกกล่าวไม่มีกำหนดไว้เป็นหลักกฎหมาย การประกาศจำนวนกี่ครั้งหรือประกาศครั้งละกี่วัน ขึ้นอยู่ดุลพินิจของศาล แต่หลักของการประกาศส่วนใหญ่ แต่ละคดีจะมีการประกาศ 3 ครั้ง โดยการประกาศครั้งแรกมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนเกิดความสนใจว่ามีคดีอะไรเกิดขึ้น การประกาศครั้งที่สองประชาชนจำได้แล้วว่ามีปัญหานี้เกิดขึ้น และเมื่อประกาศครั้งที่สามผู้ที่ได้รับทราบข้อมูลที่ได้ประกาศและโฆษณา ก็จะทบทวนว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีดังกล่าวหรือไม่

⁵⁹ Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co. 339 U.S. 306 (1950).

⁶⁰ รายงานผลการประชุมระหว่างนักกฎหมายไทยกับนักกฎหมายสหรัฐอเมริกา เรื่อง การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ระหว่างวันที่ 1-8 กุมภาพันธ์ 2546 ณ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.2.5 การควบคุมทรัพย์สินก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments)

การยึดทรัพย์สินทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาเป็นสิ่งที่ทำให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญของคำพิพากษาของศาล แต่วิธีพิจารณาดังกล่าวย่อมสิ้นไร้ค่า ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีทรัพย์สินคงเหลืออยู่เพียงเล็กน้อยหรือไม่มีมีคุณค่าพอแก่การยึด ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้จัดให้มีกระบวนการพิจารณาเพื่อควบคุมทรัพย์สินก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments) เพื่อต่อต้านกรณีความเสี่ยงและป้องกันมิให้จำเลยทำการจำหน่ายโอนทรัพย์สิน ทำให้เสื่อมค่า หรือไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สิน ที่อาจถูกบังคับตามคำพิพากษาได้ในภายหลัง ภายใต้กระบวนการนี้ทรัพย์สินจะถูกยึดหน่วงไว้จนกว่าโจทก์จะได้รับการตัดสินให้ชนะในเนื้อหาแห่งคดี และสามารถบังคับเอากับทรัพย์สินนั้นได้ตามคำพิพากษา หรือจนกว่าจำเลยจะได้วางประกัน หรือเป็นผู้ชนะในคดี

หลักกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ยินยอมให้คู่ความสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ควบคุมทรัพย์สินของจำเลยก่อนพิพากษาได้ด้วยการดำเนินกระบวนการฝ่ายเดียว (ex parte) ไม่ต้องแจ้งบอกกล่าวไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจำเลยในคดีเหล่านั้นจะได้ทราบถึงว่าตนถูกดำเนินการฟ้องร้องคดีก็ต่อเมื่อกระบวนการควบคุมทรัพย์สิน (Prejudgment attachments) ได้แยกทรัพย์สินที่มีอยู่ไปจากตัวเขาแล้ว⁶¹

ในเบื้องต้นดูเหมือนว่าเหมือนว่าหลักกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) จะมีมาตรฐานในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในเรื่องการควบคุมทรัพย์สินของจำเลยก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments) ให้มีความเคร่งครัดน้อยกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งอื่น แต่เมื่อพิจารณาให้ลึกซึ้งถึงวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนี้ จะพบว่า การควบคุมทรัพย์สินของจำเลยก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments) นั้นเป็นกระบวนการที่ดำรงอยู่เพื่อรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินของจำเลย เพื่อที่ว่าเมื่อโจทก์ได้รับชัยชนะในเนื้อหาแห่งคดีแล้วเขาจะได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม ในกรณีเช่นนี้ หากจำเลยรู้ตัวก่อนหรือได้รับการแจ้งถึงกระบวนการดังกล่าวล่วงหน้า จำเลยก็อาจจะทำลายวัตถุประสงค์ของกฎหมายในข้อนี้ด้วยการจำหน่ายโอนทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล หรือทำให้เสื่อมค่าลงจนหมดคุณค่าที่จะยึดไป

⁶¹ Gene R. Shreve and Peter Raven-Hansen. Understanding Civil Procedure. pp.92-94.

อย่างไรก็ดี เนื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้มีการควบคุมทรัพย์สินของจำเลยก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments) เป็นกระบวนการที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ในระหว่างคู่ความ เพราะมีลักษณะเป็นการยกเว้นต่อหลักฟังความสองฝ่าย และในขณะเดียวกันก็ยกเว้นต่อหลักกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้พยายามวางหลักที่เป็นกลางเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในกระบวนการพิจารณาเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษาที่สำคัญ 4 เรื่องคือ ในคดี NorthGeorgia Finishing, Inc.v Di-Chem, Inc.419 U.S.601 (1975), คดี Mitchell v W.T.grant Co., 416 U.S.600 (1974), คดี Fuentes v.Shevin 407 U.S.67 (1972) และคดี Shaniadach v Family Fanancil Corp. 395 U.S.337 (1969) ซึ่งสรุปหลักการสำคัญได้ว่า⁶²

ประการแรก การร้องขอเพื่อให้ศาลอนุญาตเกี่ยวกับการควบคุมทรัพย์สินของจำเลยก่อนพิพากษา (Prejudgment attachments) จะต้องดำเนินการผ่านกระบวนการอนุญาตทางศาลทุกกรณี แม้ว่าในทางปฏิบัติศาลจะลงนามในเอกสารทุกประเภทที่เสมือนศาลเสนอขึ้นมา แต่การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องเข้ามามีส่วนร่วมเช่นนี้ ก็เพื่อแสดงออกให้เห็นถึงสิ่งที่มาทดแทนการพิจารณาของศาลซึ่งสำคัญมากสำหรับการพิจารณาในระบบกล่าวหาเสมือนศาลไม่สามารถที่จะออกคำสั่งอนุญาตได้ แม้ว่าจะคุ้นเคยกับการทำงานและตรวจสอบคำร้องประเภทต่างๆ เพราะถึงอย่างไรก็ตามพวกเขาก็ขาดการฝึกอบรมด้านกฎหมาย ซึ่งไม่อาจที่จะยินยอมให้บุคคลดังกล่าวมาออกคำสั่งที่ผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของคู่ความเช่นนี้ได้

ประการที่สอง ในการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตจะต้องระบุรายละเอียดอย่างชัดเจน และเป็นการเฉพาะเจาะจงเพียงพอที่จะให้ข้อมูลบางสิ่งบางอย่างที่จะทำให้ศาลสามารถพิจารณาและออกคำสั่งได้อย่างถูกต้อง การกล่าวอ้างว่ามีสิทธิเรียกร้องเฉยๆ ดังเช่นในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐฟลอริดาที่ได้กล่าวไว้ในคดี Mitchell v. W.T.grant Co., 416 U.S.600 (1974) ถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยหลักกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (due process of law)

ประการที่สาม จำเลยหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งอันเนื่องมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวมีสิทธิร้องคัดค้านได้ทันที โดยโจทก์มีหน้าที่จะต้องนำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่าการร้องขอเพื่อให้ศาลออกคำสั่งดังกล่าวเป็นไปอย่างมีเหตุผลอันสมควรและมีความชอบธรรมตามกฎหมาย

⁶² Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane and Arthur R.Miller, Civil Procedure. pp.714-715.

3. หลักฟังความสองฝ่ายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส

3.1 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศฝรั่งเศส

3.1.1 ประวัติและวิวัฒนาการของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศฝรั่งเศส

หลักฟังความสองฝ่าย (Audi alteram partem) เป็นหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เก่าแก่ตั้งแต่สมัยโรมันและยึดถือปฏิบัติกันมาทั้งในประเทศที่ยึดถือระบบคอมมอนลอว์ (Common law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ในฝรั่งเศสเรียกหลักการนี้ว่า "หลักโต้แย้งหรือคัดค้านต่อสู้คดี" (le principe de la contradiction) หรือหลักการต่อสู้คดีโดยอิสระ (le principe de la libberte de la defense)⁶³ ซึ่งมีความหมายว่า ในการเผชิญหน้ากันของคุณความในคดีเพื่อพิสูจน์ความจริงต่อหน้าศาล คุณความจะต้องสามารถนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลได้โดยอิสระ และมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ทุกประเด็นแห่งคดีที่ได้มีการพิจารณากันอย่างเต็มที่

หลักฟังความสองฝ่ายได้เริ่มปรากฏตัวขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในประเทศฝรั่งเศส ในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยคำพิพากษาศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้วินิจฉัยรับรองหลักการนี้ไว้ในคดี Civ.7 mai 1826 โดยมีนัยสำคัญว่า "การต่อสู้คดี (la defense) เป็นหลักกฎหมายธรรมชาติ (droit natural) อย่างหนึ่ง บุคคลทุกคนไม่ควรถูกซักถามหรือไม่มีโอกาสต่อสู้คดี" สำหรับในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้เริ่มบัญญัติถึงหลักฟังความสองฝ่ายไว้เป็นครั้งแรกในรัฐกฤษฎีกา n° 71-740 ลงวันที่ 9 กันยายน 1971 ซึ่งได้ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในมาตรา 14 ถึงมาตรา 17 ภายหลังจากนั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขอีกหลายครั้งจนกระทั่งได้มีการแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อปี ค.ศ.1981 ปัจจุบันหลักกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นบทบัญญัติหลักทั่วไปที่สามารถนำไปใช้ได้กับคดีแพ่ง พาณิชย์ สังคม และแรงงาน⁶⁴

3.1.2 หลักทั่วไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและการรับรองหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เป็นพื้นฐานแห่งกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง กระบวนการพิจารณาโดยทั่วไปมีลักษณะเน้นบทบาทและอำนาจของผู้พิพากษาเป็นอย่างมากในขณะที่คู่ความมีบทบาทและอิสระในการดำเนินคดีค่อนข้างน้อย

⁶³ วรณชัย บุญบำรุง, "หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในประเทศฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ 30, 1 (มีนาคม 2543): 105.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน

ศาสตราจารย์ Jolowicz ได้กล่าวไว้ว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายให้สามารถดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง เห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส (Code de Procédure Civile) มาตรา 7 ได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาทำการวินิจฉัยคดีจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงนั้นคู่ความจะไม่ได้กล่าวอ้างขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน

กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในประเทศฝรั่งเศสสามารถแบ่งออกได้เป็นสองขั้นตอนใหญ่ๆ คือ ขั้นตอนในชั้นเตรียมคดี (preparatory stage) กับ ขั้นตอนการวินิจฉัยคดี (decision stage) ในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดีผู้พิพากษามีอำนาจที่จะค้นหาความจริงได้ด้วยตนเอง โดยการสืบสวนข้อเท็จจริงต่างๆ รวมทั้งพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่ความได้นำเสนอขึ้นมาหรือไม่ และรวมถึงมีอำนาจสั่งเรียกคู่ความให้มาปรากฏตัวต่อศาลเพื่อสอบถาม หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อสอบถามในกรณีที่ต้องอาศัยความรู้เชี่ยวชาญพิเศษ⁶⁵

ในการใช้อำนาจค้นหาความจริงของผู้พิพากษาฝรั่งเศส หลักการสำคัญที่ช่วยให้กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง (fact-finding) เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพนำมาซึ่งคำพิพากษาที่ถูกต้อง ได้แก่ หลักฟังความสองฝ่าย (Audi alteram partem) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ช่วยให้ศาลสามารถเข้าใจเรื่องราวแห่งคดีได้อย่างถูกต้อง ด้วยการให้โอกาสแก่คู่ความทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการนำเสนอข้อเท็จจริง ข้อต่อสู้ รวมทั้งการนำพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาล ซึ่งถึงแม้ว่าในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ศาลจะมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการค้นหาข้อเท็จจริง แต่เนื่องจากข้อพิพาทต่างๆ ที่เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลแท้จริงแล้วเป็นเรื่องที่มีต้นกำเนิดมาจากความขัดแย้งระหว่างคู่ความ ฉะนั้น คู่ความจึงเป็นผู้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่ดีที่สุด การให้โอกาสแก่คู่ความทุกฝ่ายได้ชี้แจงแสดงข้อต่อสู้ โดยการเรียกคู่ความมาให้ข้อเท็จจริงหรือโดยประการอื่นเพื่อให้ข้อเท็จจริงต่างๆ เข้ามาสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลจึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น

ปัจจุบัน หลักฟังความสองฝ่ายได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (Code de Procédure Civile) ในบทบัญญัติส่วนที่เป็น

⁶⁵ ธนกร วรปรัชญากุล, "บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสในด้านการค้นหาความจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง," บทบัณฑิตย, 30, 1 (มีนาคม 2546): 105.

หลักทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 24 ของหมวดที่ 1 (chapitre 1^{er}) เรื่อง “Les Principes directeur du process” ได้บัญญัติรับรองถึงหลักฟังความสองฝ่ายหรือหลักโต้แย้งคัดค้านต่อผู้คดี (la principe de la contradiction) ไว้โดยเฉพาะในมาตรา 14 - 17⁶⁶ นอกจากนั้น ในส่วนรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหลักการนี้ก็ได้มีบัญญัติไว้โดยทั่วไปในประมวลกฎหมายดังกล่าว

มาตรา 14 ได้มีการให้นิยามถึงหลักการนี้ไว้ว่าว่า “ Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.” ซึ่งพอแปลความตามตัวอักษรได้ว่า “บุคคลทุกคนที่ถูกศาลพิพากษาจะต้องมีโอกาสได้ถูกรับฟังหรือถูกเรียกมาชี้แจง” บทบัญญัตินี้สองสะท้อนให้เห็นแนว ความคิดของหลักฟังความสองฝ่ายที่ดำรงอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส และแสดงให้เห็นว่ากระบวนการพิจารณาที่ดีจะต้องมีการรับฟังคำชี้แจงจากคู่ความทั้งสองฝ่าย ซึ่งความจริงแล้วการได้รับฟังคำชี้แจงหรือไม่นั้น ไม่ใช่สาระสำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นก็คือ การที่คู่ความจะต้องได้รับโอกาสให้เข้ามาชี้แจงข้อเท็จจริงต่างๆ เพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อต่อสู้เพื่อหักล้างคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้⁶⁷

⁶⁶ Article 14 Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.

Article 15 Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

Article 16 Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Article 17 Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.

⁶⁷ วรรณชัย บุญบำรุง, “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในประเทศฝรั่งเศส,” หน้า 105–106.

มาตรา 15 ได้วางหลักทั่วไปว่าคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องมีโอกาสได้รับทราบรายละเอียดเกี่ยวกับพยานหลักฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นวัตถุ เอกสาร ที่ตนได้นำเสนอเข้าสู่คดี (les éléments de preuve) ภายในระยะเวลาอันสมควร (en temps utile) และในมาตรา 135 ยังได้กำหนดมาตรการควบคุมให้ศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่คู่ความไม่ได้ส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาอันสมควร⁶⁸

มาตรา 16 วางหลักว่า “ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องควบคุมและดำเนินการให้เป็นไปตามหลักได้แย้งคัดค้านต่อสู้คดี” กล่าวคือ ศาลจะต้องจัดการดำเนินมาตรการและวิธีการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการค้นหาความจริงไปในลักษณะที่มีการโต้แย้งคัดค้านการต่อสู้คดี เช่น การซักถามตัวความหรือพยาน และจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว

นอกจากนั้น ในบทบัญญัติมาตรา 17 ยังได้วางหลักการที่สำคัญไว้ว่า “ในกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปราศจากการบอกกล่าวแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งภายหลังจากนั้น คู่ความฝ่ายที่ไม่ได้รับการบอกกล่าวมีสิทธิตามสมควรในอันที่จะขอให้มีการพิจารณาใหม่ในคำพิพากษาหรือคำสั่งที่มีผลกระทบโดยตรง”

3.2 ข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศฝรั่งเศส

โดยหลักการทั่วไปกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศฝรั่งเศสจะต้องดำเนินไปภายใต้หลักฟังความสองฝ่ายซึ่งเน้นให้คู่ความได้รับสิทธิและโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่เพื่อให้ศาลสามารถดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงได้อย่างครบสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามพบว่าในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมีกระบวนการพิจารณาหลายเรื่องที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่าย ในหัวข้อต่อไปนี้จะขอกกล่าวถึงข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศฝรั่งเศสโดยสังเขป

3.2.1 กระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด (Jugement par défaut)

การขาดนัดเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นผลที่มาจาก การละเลยคดีของคู่ความทำให้ศาลต้องอาศัยมาตรการบางอย่าง เพื่อให้กระบวนการพิจารณาสามารถดำเนินไปได้โดยไม่เกิดข้อขัดข้อง ในประเทศฝรั่งเศสการพิจารณาโดยขาดนัดเริ่มมีขึ้นตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 12 โดยในระหว่างปี ค.ศ.1300-1500 การขาดนัดไม่มาศาลตามหมายเรียกถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการ

⁶⁸ Article 135 Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile.

พิจารณาที่ไม่เรียบร้อยอย่างหนึ่ง ซึ่งโจทก์อาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้จำเลยขาดนัดและพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวได้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะในขาดนัดครั้งใดๆ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการยกเลิกคำสั่งให้ขาดนัดได้⁶⁹

ในปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส (New Civile Procédure Code) มาตรา 472 – มาตรา 473 ได้จำแนกลักษณะของการขาดนัดออกเป็น 2 กรณี คือ

1. การขาดนัดไม่ยื่นคำแถลงการณ์สรุป (Défaut Faute de Conclure) การดำเนินคดีแพ่งในประเทศฝรั่งเศส เมื่อโจทก์ฟ้องคดีและได้ยื่นคำฟ้องและพยานหลักฐานต่อศาล และได้แจ้งให้จำเลยทราบเพื่อจำเลยจะได้ยื่นคำให้การต่อสู้คดีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ภายหลังจากนั้นทั้งโจทก์และจำเลยมีหน้าที่จะต้องยื่นคำแถลงการณ์สรุปคำฟ้องหรือคำให้การต่อศาล หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพิกเฉยไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว ศาลมีอำนาจสรุปสำนวนและดำเนินคดีต่อไปได้ด้วยตนเอง

2. การขาดนัดพิจารณา (Défaut Faute de Comparaitre) ในกรณีที่จำเลยไม่มาศาลไม่ว่าในศาลแขวง (Tribunaux d'instance) หรือศาลจังหวัด (Tribunaux de grand instance) ศาลจะมีคำพิพากษาโดยขาดนัดแก่จำเลยโดยทันทีไม่ได้ แต่จะต้องออกหมายเรียกแจ้งวันกำหนดนัดพิจารณาให้จำเลยทราบอีกครั้งหนึ่งก่อน และเมื่อถึงวันนัดพิจารณาในครั้งหลังหากจำเลยยังไม่มาศาลอีก ศาลมีอำนาจพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีได้ (Jugement Par Défaut) เมื่อปรากฏว่า คำฟ้องของโจทก์เป็นคำฟ้องที่ถูกต้องตามกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำพิพากษาโดยขาดนัดเป็นคำพิพากษาที่ยังมิได้มีการตัดสินในเนื้อหาแห่งคดี ดังนั้น ในประเทศต่างๆ จึงมักเปิดโอกาสให้คู่ความที่ขาดนัดโดยมีเหตุอันสมควรสามารถได้รับการพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง ในประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการเปิดโอกาสให้มีการพิจารณาคดีใหม่ในกรณีขาดนัดเช่นเดียวกัน ซึ่งการพิจารณาใหม่ในประเทศฝรั่งเศสนั้น เรียกว่า " l'opposition " โดยคู่ความที่จะคัดค้านคำตัดสินของศาลและขอให้พิจารณาคดีใหม่จะต้องบรรยายถึงสาเหตุที่ตนมิได้ตั้งใจขาดนัด (né volonté) โดยละเอียด และจะต้องไม่เป็นผู้ที่

⁶⁹ Arthur Engelmann, *A History of Continental Civil Procedure*, reprinted (New York: Sentry Press, 1969), pp.684-685. อ้างใน อุเทน ศิริสมรรถการ, "การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเพราะเหตุขาดนัด," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 10-12.

ศาลได้มีคำพิพากษาโดยขาดนัดเป็นครั้งที่สองเพราะมิฉะนั้นจะถือว่าเป็นสิ้นสิทธิในการขอพิจารณาคดีใหม่

3.2.2 การยื่นหรือส่งเอกสารให้แก่จำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร

กระบวนการยื่นหรือส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลย เพื่อให้จำเลยทราบเรื่องราวเกี่ยวกับคำฟ้องและมาศาล ในประเทศฝรั่งเศสจะกระทำโดยเจ้าพนักงานหมายที่เรียกว่า l'huissier de justice โดยการส่งนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 วิธีด้วยกัน คือ การส่งให้แก่ตัวจำเลยเอง หรือ การส่งให้ ณ ที่อยู่ของจำเลย หรือ ณ สถานที่ที่คู่ความตกลงให้ถือว่าเป็นภูมิลำเนากับการส่งโดยวิธีอื่น⁷⁰ ในกรณีการส่งให้ ณ ที่อยู่ของจำเลย เจ้าพนักงานอาจจะส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยหรือญาติพี่น้องหรือคนรับใช้ภายในบ้านก็ได้ โดยจำเลยไม่จำเป็นต้องเซ็นรับเอกสารด้วยตนเอง หากไม่มีคนอยู่บ้านเจ้าพนักงานก็อาจให้กับเพื่อนบ้านใกล้เคียงเป็นผู้รับได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีบุคคลใดที่จะสามารถรับหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องแทนได้เลย เจ้าพนักงานส่งหมาย (l'huissier de justice) จะติดต่อไปยังสำนักเทศมนตรีแห่งท้องถิ่น (maire) เพื่อส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องไว้ให้แก่เทศมนตรี หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเทศมนตรีรับไว้แทนและจะแจ้งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนให้แก่จำเลยทราบว่ามีหมายเรียกได้ถูกส่งไปยังเทศมนตรีแล้ว

แต่ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศสและไม่ทราบที่อยู่แน่นอน การส่งหมายโดยวิธีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นย่อมไม่สามารถกระทำได้ กลายเป็นปัญหาและอุปสรรคแก่เจ้าพนักงาน (huissier) ในอันที่จะแจ้งให้จำเลยได้ทราบถึงการถูกฟ้องคดีและกำหนดให้จำเลยมาศาล ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจึงได้แก้ไขข้อขัดข้องดังกล่าว โดยอนุญาตให้การส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องหรือเอกสารอื่นๆ ให้แก่จำเลยที่ไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและไม่มีถิ่นที่อยู่แน่นอนในต่างประเทศ อาจกระทำได้โดยการปิดประกาศไว้ที่หน้าศาลและส่งสำเนาอีกชุดหนึ่งให้แก่อัยการ (Procureur de la République)⁷¹ และโดยการส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องด้วยวิธีนี้เจ้าพนักงาน (huissier) จะใช้ได้ต่อเมื่อได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ด้วยความสุจริตและเป็นธรรมในอันที่จะสืบหาสถานที่อยู่ของจำเลยแล้วเท่านั้น

⁷⁰ Peter Herzog with the collaboration of Martha Weser, Civil procedure in France. (Hague: Columbia University School of Law, 1967)., pp.255-257.

⁷¹ Ibid.

3.2.3 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวม (défense d' intérêt collectif)

โดยทั่วไป การใช้สิทธิทางศาล (action en justice) เป็นวิธีเยียวยาที่กฎหมายอนุญาตให้ประชาชนซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง (direct) และเป็นส่วนตัว (personnel) สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการบังคับตามสิทธิของตนได้ แต่ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของส่วนรวมได้ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสได้มีการเปิดโอกาสให้บุคคลบางคน หรือกลุ่มบุคคลบางกลุ่มสามารถดำเนินการทางศาลเพื่อปกป้องส่วนได้เสีย (intérêt) ของส่วนรวมได้ด้วย โดยศาลสูงสุดได้ยอมรับถึงการดำเนินคดีในรูปแบบส่วนรวม (une forme collective)⁷² โดยยินยอมให้สมาคมหรือกลุ่มบุคคลที่มีชื่อเรียกต่างๆ เช่น คณะกรรมการสนับสนุนส่งเสริม (comité de soutien) สมาคมผู้ใช้หรือผู้บริโภค (associations d'usagers) สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของกลุ่มบุคคลที่สมาคมนั้นมีวัตถุประสงค์ แม้ว่าจะไม่ได้เกิดความเสียหายขึ้นแก่สมาชิกทุกคนในกลุ่ม⁷³

ตัวอย่างที่สำคัญอีกกรณีหนึ่งของการใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของส่วนรวมในประเทศฝรั่งเศส คือ การฟ้องคดีของสหภาพแรงงานในประเทศฝรั่งเศสถือว่าสหภาพแรงงานมีลักษณะเป็นตัวแทนของผู้ประกอบวิชาชีพที่สามารถฟ้องคดีได้ทุกศาลเพื่อให้มีการชดเชยความเสียหาย หรือให้ยุติการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผลประโยชน์ส่วนรวมของสมาชิกผู้ประกอบอาชีพนั้น⁷⁴ โดยสหภาพแรงงานสามารถดำเนินการแทนสมาชิกได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องได้รับการมอบอำนาจโดยชัดแจ้ง เมื่อปรากฏว่ามีเงื่อนไขในการฟ้องคดีครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด เช่น สิทธิของบุคคลจะต้องเป็นสิทธิเดียวกันกับสิทธิที่สหภาพแรงงานได้รับมอบโดยกฎหมาย ลูกจ้างซึ่งได้รับการฟ้องคดีแทนโดยสหภาพแรงงานจะต้องได้รับการบอกกล่าวถึงการดำเนินการฟ้องคดีและจะต้องไม่ได้แย้งคัดค้านการดำเนินการ

⁷² Cass. civ., 23 juill.1918 : DP.1918, 1 , p.52, s.1921, 1 , p.289.-25 nov.2929 : DH 1930, 1 , p.5 ; 1933, 1, p.28.

⁷³ วรณชัย บุญบำรุง, "แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลหรือการฟ้องในคดีแพ่ง," วารสารนิติศาสตร์ 33, 2 (มิถุนายน 2546): 255-257.

⁷⁴ มาตรา L. 411-11 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานได้บัญญัติว่า "สหภาพแรงงานสามารถที่จะดำเนินคดีในศาลทุกศาลเกี่ยวกับเรื่องส่วนได้เสียของส่วนรวมของผู้ประกอบอาชีพที่สหภาพแรงงานนั้นเป็นตัวแทน"

ดังกล่าว มีการระบุชื่อและคุณสมบัติของบุคคลที่สหภาพได้ดำเนินการแทนอย่างชัดเจน เป็นต้น ในการดำเนินคดีดังกล่าวสหภาพแรงงานจะเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินคดีและรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าฤชาธรรมเนียมด้วยตนเอง โดยไม่ต้องส่งค่าคู่ความไปยังเจ้าของสิทธิแต่ละราย อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคำพิพากษาคัดสินแล้ว ผลของคำพิพากษาจะผูกพันลูกจ้างเจ้าของสิทธิโดยตรงและในกรณีที่สหภาพแรงงานแพ้คดี ลูกจ้างเจ้าของสิทธิดังกล่าวจะมาฟ้องคดีอีกไม่ได้⁷⁵

กรณีการใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวมมีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) ที่ใช้ในระบอบคอมมอนลอว์ เนื่องจากตัวแทนกลุ่มหรือโจทก์ผู้ฟ้องคดีในกรณีการใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวมจะไม่มีส่วนได้เสียในคดีโดยตรง แต่การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นกรณีการใช้สิทธิทางศาลสำหรับกระบวนการพิจารณาที่มีผู้มีส่วนได้เสียร่วมกันในมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเป็นจำนวนมากและเป็นการไม่สะดวกที่ผู้มีส่วนได้เสียแต่ละคนจะดำเนินการฟ้องคดีด้วยตนเอง นอกจากนั้นคุณสมบัติอันเป็นเงื่อนไขอนุญาตให้ดำเนินคดีก็มีลักษณะแตกต่างกัน เพราะการใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวมแบบฝรั่งเศส ศาลจะพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีจากคุณสมบัติของผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิแต่ละราย ในขณะที่การดำเนินคดีแบบกลุ่มนอกจากจะพิจารณาจากคุณสมบัติของสมาชิกกลุ่มแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้แทนกลุ่มด้วยโดยถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าลักษณะการดำเนินคดีทั้งสองรูปแบบจะแตกต่างกัน แต่ก็มีส่วนคล้ายคลึงกัน ในแง่ของประโยชน์ที่คู่ความและศาลจะได้รับจากการดำเนินคดี เพราะการดำเนินคดีในลักษณะนี้ช่วยลดความซ้ำซ้อน ประหยัดเวลา และประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีได้เป็นอย่างดี

3.2.4 การออกคำสั่งเมื่อมีคำร้องฝ่ายเดียว (Les ordonnances sur requête)

การออกคำสั่งเมื่อมีคำร้องฝ่ายเดียวตามมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับหลักการเรื่องคำขอฝ่ายเดียวตามมาตรา 21 (3) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ศาลสามารถมีคำสั่งในคำร้องหรือคำขอฝ่ายเดียวได้ โดยมีต้องให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบหรือมีโอกาสโต้แย้งคัดค้านก่อนได้ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอนุญาตเอาไว้

⁷⁵ วรรณชัย บุญบำรุง, “แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลหรือการฟ้องในคดีแพ่ง,” วารสารนิติศาสตร์: 255-257.

เป็นการเฉพาะหรือเมื่อมีกรณีจำเป็นบังคับว่าศาลต้องมีคำสั่งในคำร้องหรือคำขอดังกล่าวโดยมิให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบเรื่อง⁷⁶

อำนาจในการออกคำสั่งเมื่อมีคำร้องฝ่ายเดียว (Les ordonnances sur requête) กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายเท่านั้น ซึ่งเมื่อได้รับคำร้องแล้วผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจสั่งให้ดำเนินการไปตามคำร้องนั้นได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบก่อน เช่น คำขอเกี่ยวกับมาตรการฉุกเฉิน (une mesure urgente)⁷⁷ การออกคำสั่งให้อายัดก่อนคำพิพากษา (saisie conservatoire) การอนุญาตให้ผู้รับมรดกโดยพินัยกรรมเข้าครอบครองทรัพย์สินมรดก⁷⁸ และเนื่องจากโดยสภาพของการพิจารณาฝ่ายเดียว ไม่ได้เปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเข้าต่อสู้โต้แย้งในชั้นการพิจารณาออกคำสั่ง ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้คำสั่งประเภทนี้มีสถานะเป็นเพียงคำสั่งชั่วคราวที่สามารถโต้แย้งคัดค้านได้ในภายหลัง ต่อไปนี้ผู้เขียนจะได้หยิบยกเอาตัวอย่างของคำสั่งฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักฟังความสองฝ่ายในประเทศฝรั่งเศสมานำเสนอเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3.2.4.1 คำสั่ง Saisie conservatoire

Saisie conservatoire เป็นกระบวนการควบคุมทรัพย์สินของจำเลยชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาที่รู้จักกันในภาษาอังกฤษว่า “conservatory attachment” ซึ่งในประเทศเยอรมันเรียกว่า “Sicherungsbeschlagnahme” และในประเทศอิตาลีเรียกกระบวนการนี้ว่า “sequestro conservativo” คำสั่งนี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1955 เป็นต้นมา โดยจะนำมาใช้เฉพาะกับคดีที่เรียกร้องเงินเป็นจำนวนแน่นอน⁷⁹ กระบวนพิจารณาสำหรับออกคำสั่งนี้เริ่มต้นขึ้นจากการที่โจทก์ยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวไปยังศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือมีทรัพย์สินตั้งอยู่ในเขตศาล เมื่อเริ่มคดีหรือในระหว่างการพิจารณา เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอายัดทรัพย์สินของจำเลย ทั้งนี้ โจทก์จะต้องระบุนายการทรัพย์สินที่ประสงค์จะดำเนินการโดย

⁷⁶ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 212.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁸ อธิพันธ์ รัศมีทัต, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (พระนคร: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2508), หน้า 81 (อนุสรณ์ในงานฌาปนกิจศพหลวงพ่อทวี รัศมีทัต)

⁷⁹ Prévost v. Bottos, Cour Paris, May 5, 1959, D.J.304.

เฉพาะเจาะจง ซึ่งทรัพย์สินนั้นอาจจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้พร้อมทั้งอ้างเหตุผลความจำเป็นมาในคำร้องนั้นโดยละเอียด

3.2.4.2 คำสั่ง Saisie-arrêt

คำสั่ง Saisie-arrêt เป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างหนึ่งในประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการอนุญาตให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้เหนือทรัพย์สินของบุคคลที่สาม (third party) ได้ ไม่ว่าหนี้นั้นจะถึงกำหนดชำระแล้วหรือไม่หรือมีการล้มละลายแล้วหรือไม่ คำสั่ง Saisie-arrêt มีข้อสังเกตว่า เจ้าหนี้จะสามารถบังคับเอาได้แต่เฉพาะทรัพย์สินที่ไม่ได้อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เท่านั้น ตัวอย่างเช่น การบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในระหว่างความครอบครองของผู้ขนส่ง (carrier) โดยวิธีการได้มาซึ่งคำสั่งนี้ เจ้าหนี้จะต้องยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือศาลที่ผู้จะถูกยึดทรัพย์สินมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล โดยคำร้องขอ นั้นจะต้องระบุถึงมูลคดีอันเป็นที่มาแห่งสิทธิเรียกร้องและจำนวนเงินที่จะขอบังคับต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งและส่งคำบอกกล่าวไปยังบุคคลที่สามได้ทราบต่อไป

3.2.4.3 คำสั่ง Saisie – Foraine*

คำสั่ง Saisie - Foraine เป็นกระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ที่สะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ในอดีตคำสั่งนี้ได้ถูกคิดค้นมาเพื่อช่วยปกป้องคุ้มครองผู้ดำเนินธุรกิจการค้าให้สามารถให้เครดิตแก่บุคคลที่เข้ามาติดต่อการค้าภายในระยะเวลาสั้นๆ เช่น เซลล์แมน พ่อค้า ฯลฯ ได้โดยสะดวก ในปัจจุบัน คำสั่งนี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายกับลูกหนี้ที่ไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร⁸⁰ โดยไม่ถือเอาสัญชาติของลูกหนี้เป็นสาระสำคัญ แต่คำสั่ง Saisie-foraine จะไม่นำมาใช้กับลูกหนี้ที่เป็นนักท่องเที่ยว เมื่อโจทก์มีความประสงค์ที่จะขอให้ศาลมีคำสั่ง Saisie-Foraine โจทก์จะต้องยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวต่อศาลที่ทรัพย์สินของจำเลยตั้งอยู่ในเขตศาล พร้อมกับแสดงเหตุผลความจำเป็นที่ศาลควรมีดุลพินิจออกคำสั่งดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ไว้โดยชัดแจ้ง

* F.H.S.Bridge The Council of Europe French-English Legal Dictionary ได้ให้คำจำกัดความความหมายของ Saisie – Foraine ไว้ว่า “preventive attachment of the goods of a person non resident in a town or district, e.g. by a hotel-keeper”.

⁸⁰ Peter Herzog with the collaboration of Martha Weser, Civil procedure in France. p.237.

3.2.4.4 คำสั่ง Saisie – Contrefaçon

Saisie – Contrefaçon⁸¹ คือ มาตรการปกป้องคุ้มครอง เจ้าหนี้หรือผู้เสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในประเทศฝรั่งเศส ได้รับการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในคดีพิพาทเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขอให้ศาลยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่กระทำขึ้นโดยผิดกฎหมายไว้เพื่อป้องกันการสูญหายของพยานหลักฐานภายหลังจากการฟ้องคดี ตัวอย่างของทรัพย์สินที่สามารถยึดหรืออายัดได้โดยคำสั่งนี้ เช่น เครื่องจักร งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม การขอให้ศาลมีคำสั่ง Saisie – Contrefaçon เจ้าหนี้สามารถกระทำได้โดยการยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวต่อศาลที่มีเขตอำนาจโดยแสดงถึงรายละเอียดแห่งข้อพิพาท และความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องปกป้องพยานหลักฐานดังกล่าวไม่ให้เกิดการสูญหายอันจะนำมาซึ่งความเสียหายแก่รูปคดีในชั้นพิจารณา

3.2.5 การออกคำสั่งในกรณีเร่งด่วน (Les ordonnances sur référé)

เมื่อศาลเห็นว่าการดำเนินการใดมีอุปสรรคที่ไม่สามารถดำเนินการให้ลุล่วงไปได้หรือเมื่อคู่ความมีความจำเป็นต้องขอความคุ้มครองเป็นการด่วนอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ ออกคำสั่งในกรณีเร่งด่วนได้ (Les ordonnances sur référé) กรณีอย่างใดจะถือว่าเป็นการเร่งด่วน ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษาเป็นรายกรณี ตัวอย่างเช่น การแสดงละครจะต้องแสดงในวันรุ่งขึ้น แต่ในวันนี้ผู้เขียนบทกับเจ้าของโรงละครเกิดปัญหาขัดแย้งกันกรณีเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีความเร่งด่วนจำเป็นต้องจัดการข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว หรือ เมื่อมีอุบัติเหตุเกิดขึ้นจำเป็นต้องตรวจร่องรอยทันทีเพื่อจะได้ตีราคาค่าเสียหายได้ในภายหลัง⁸²

อย่างไรก็ตาม โดยหลักการ ศาลในประเทศฝรั่งเศสจะอนุญาตให้คู่ความสามารถดำเนินคดีอย่างเร่งด่วน (Ordonnances de référé) ได้ใน 3 กรณีด้วยกันคือ⁸³

⁸¹ F.H.S.Bridge The Council of Europe French-English Legal Dictionary, p.279

⁸² ธีรพันธุ์ รัศมีทัต, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (พระนคร : โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ 2508), หน้า 81. (อนุสรณ์ในงานฌาปนกิจศพหลวงพ่อทวี รัศมีทัต)

⁸³ John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker with contributing authors, *Principles of French Law Justice*. 1st ed.(United States: Oxford University Press.,1998), pp.91-92.

1. กรณีมีความจำเป็นเพื่อกำหนดมาตรการใดๆ อันไม่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งอย่างร้ายแรงหรือนำมาซึ่งข้อคิดเห็นที่แตกต่าง โดยเงื่อนไขการอนุญาตขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษา เช่น เมื่อคู่ความถูกคุกคามในเชิงคู่สววย่อมมีเหตุอันสมควรที่ศาลจะดำเนินคดีอย่างเร่งด่วน (*ordonnances de référé*) เพื่อสั่งให้ยึดสิ่งตีพิมพ์หรือภาพถ่ายผิดกฎหมายที่กำลังเผยแพร่อยู่ในขณะนั้น ซึ่งเหตุที่ศาลควรอนุญาตเช่นนั้นก็เพราะความเสียหายของผู้ร้องถือเป็นความเสียหายทางศีลธรรม ซึ่งการเยียวยาเฉพาะเพียงด้วยการชดเชยค่าเสียหายย่อมไม่บริบูรณ์และไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายได้อย่างแท้จริง

2. กรณีมีความจำเป็นเพื่อกำหนดมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนรักษาสิ่งที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน (*Status quo*) หรือเพื่อสร้างมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือเพื่อหยุดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงที่เห็นประจักษ์

3. กรณีมีความจำเป็นเพื่อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ชำระหนี้หรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางประการ เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการส่งมอบทรัพย์สินหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ต่างตอบแทน

กระบวนการในการพิจารณาออกคำสั่งกรณีเร่งด่วน (*ordonnances de référé*) จะต้องกระทำโดยผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายซึ่งตามปกติ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะนั่งพิจารณาและออกคำสั่งในลักษณะนี้สัปดาห์ละ 1 ครั้ง หรืออาจเป็นไปตามระเบียบภายในของศาล อย่างไรก็ตาม ถ้าหากศาลเห็นว่าการรอให้ถึงเวลาดังกล่าวจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจจะกำหนดวันนัดพิจารณาในวันใดก็ได้ ทั้งนี้ โจทก์จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลในวันที่ศาลกำหนดไว้ว่าเป็นวันพิจารณาคดีเร่งด่วนและต้องจัดเตรียมพยานหลักฐาน พร้อมทั้งแจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบเพื่อมาแสดงความคิดเห็นร่วมกันต่อหน้าศาลในกรณีที่สามารถกระทำได้ คำสั่งกรณีเร่งด่วน (*ordonnances de référé*) ถือเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์ทันที แต่จะมีผลบังคับเพียงชั่วคราวเท่านั้น เพราะศาลยังไม่มีการพิพากษาคัดสินในเนื้อหาคดี และนอกจากนี้ คำสั่งดังกล่าวยังจะต้องไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อคำพิพากษาของศาลซึ่งจะได้พิพากษาในเวลาต่อไปด้วย สำหรับ คู่ความที่ไม่พอใจคำสั่งของศาลในลักษณะนี้สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งได้ภายในระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ศาลส่งคำสั่งให้ทราบ