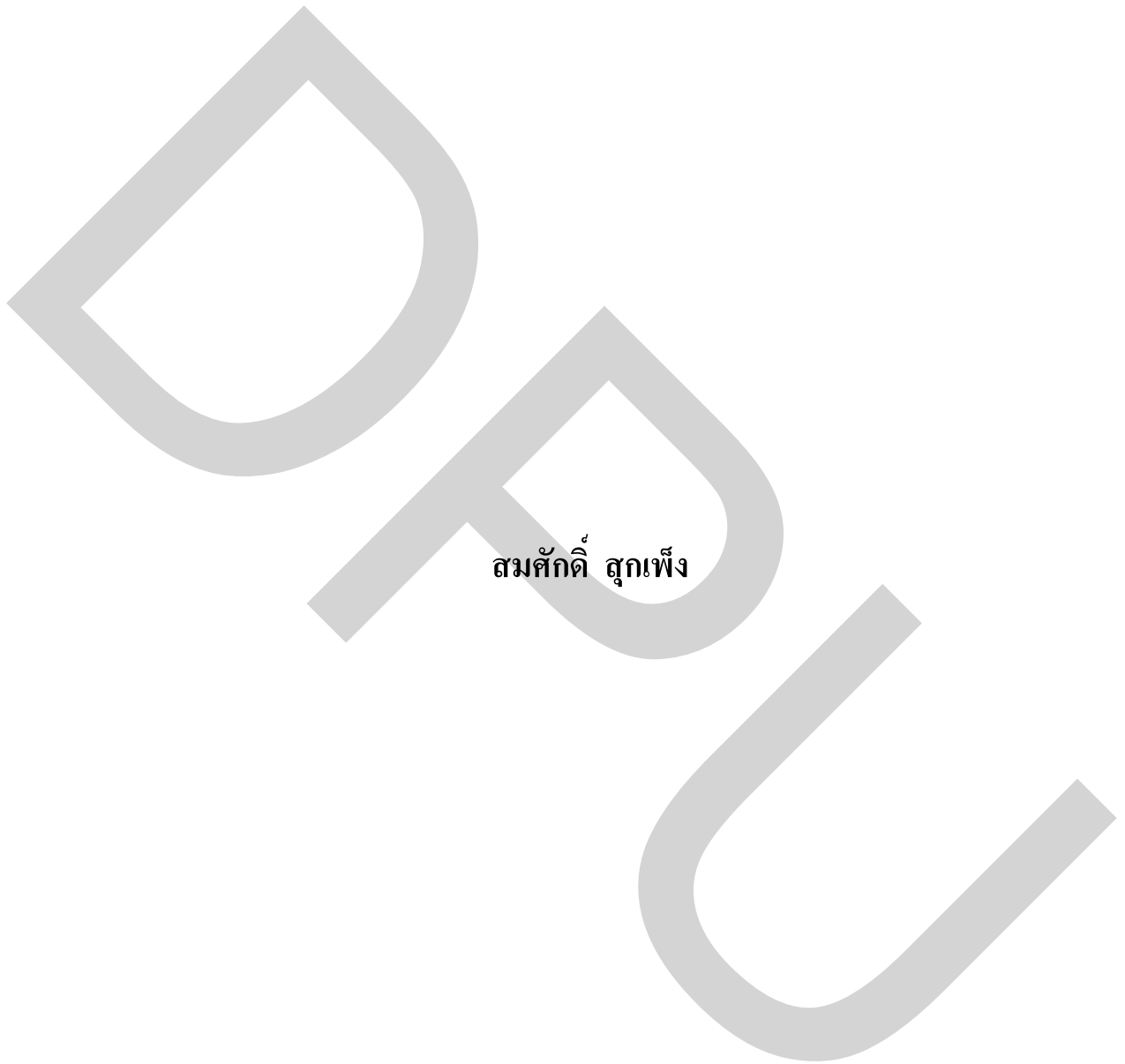


อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่งของไทย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2554

Influence of Common Law on the Thai Civil Procedure Law



SOMSAK SUKPENG

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดีเนื่องมาจากได้รับความกรุณาและความอนุเคราะห์จากท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้สละเวลาอันมีค่ายังเป็นທີ່ปรึกษาวิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ท่านจะได้รับความเมตตาด้วยการสละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำและตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้ว ท่านยังได้สอนให้ผู้เขียนได้รู้จักถึงการให้เหตุผลและการใช้ความคิดอย่างเป็นระบบอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขออนุโมทนาขอบคุณท่านผู้เป็นปู่ชื่อนี้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขออนุโมทนาขอบคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านศาสตราจารย์วิชัย อริยะนันท์ทกะ ท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ และท่านรองศาสตราจารย์พินิจทิพย์มณี ที่กรุณาให้เกียรติรวมทั้งสละเวลาอันมีค่าของท่านให้ข้อคิดและชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ให้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ในโอกาสนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณบิดา และมารดาผูู้ปการที่ท่านได้อุปการะเลี้ยงดูและส่งเสริมสำเร็จการศึกษา และขอขอบคุณกัลยาณมิตรทุกๆ ท่านที่คอยเป็นกำลังใจและคอยช่วยเหลือด้วยดีเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาในมิติของเวลาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ผู้เขียนขอขอบความดีงามนี้ทั้งหมดบูชาคุณครูบาอาจารย์ทุกๆ ท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้ และบิดามารดาผู้เป็นที่รักยิ่งของผู้เขียน ส่วนความคิดพลาดต่างๆ ที่เกิดขึ้น ผู้เขียนขอน้อมรับคำวิจารณ์ด้วยความขอบคุณเป็นอย่างสูง และผู้เขียนพร้อมเสมอที่จะแก้ไขในโอกาสต่อไป

พระมหาสมศักดิ์ สุกเพ็ง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2. วิวัฒนาการแนวความคิดและหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	5
2.1 วิวัฒนาการกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	6
2.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย.....	6
2.1.2 รูปแบบของวิธีพิจารณาและการสืบพยาน.....	8
2.1.2.1 กลุ่มประเทศ Civil Law.....	8
2.1.2.2 กลุ่มประเทศ Common Law.....	18
2.1.2.3 ความสำคัญของหลักกวางใจในยุคปัจจุบัน.....	27
2.1.3 วิธีพิจารณาแบบเอกชนนิยมสู่แนวคิดแบบสวัสดิการสังคม.....	35
2.2 แนวความคิดกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	39
2.2.1 จุดประสงค์ หน้าที่ และความสำคัญ ของกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง.....	39
2.2.2 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายสาขาใด.....	41
2.2.3 ความหมายและภารกิจของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	43
2.2.3.1 ข้อความทั่วไป.....	43
2.2.3.2 ความหมายของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	45
2.2.3.3 ภารกิจของวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	46

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.4 ลักษณะของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	51
2.2.4.1 ลักษณะบังคับ.....	51
2.2.4.2 ลักษณะรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ.....	51
2.2.5 นิติสัมพันธ์ของกระบวนการพิจารณา.....	53
2.2.5.1 แนวความคิดและขอบเขต.....	54
2.2.5.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของกระบวนการพิจารณา.....	55
2.2.5.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับกิ่งสัญญาในกระบวนการพิจารณาทางศาล.....	56
2.2.6 ขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในแง่เวลา.....	56
2.3 หลักทั่วไปกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	58
2.3.1 หลักความประสงค์ของคู่ความ.....	58
2.3.2 กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวน.....	63
2.3.3 หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่าย.....	73
2.3.4 หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย.....	74
2.3.5 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา.....	75
2.3.6 หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดี.....	76
2.3.7 หลักการตรวจสอบ.....	77
2.3.8 หลักความตกลง.....	77
3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอังกฤษ	
และการรับเอาอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	
ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย.....	79
3.1 ความหมายความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธี	
ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	79
3.1.1 ความหมายของนิติวิธี.....	79
3.1.2 ความหมายของกฎหมายคอมมอนลอว์.....	81
3.1.3 ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	82
3.1.3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์.....	82
3.1.3.2 หลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์.....	88

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.1.4 วิธีการศึกษากฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	101
3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอังกฤษ.....	103
3.2.1 หลักเรื่องภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof).....	103
3.2.2 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา.....	104
3.2.3 หลักการถามพยาน.....	105
3.2.4 หลักการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสาร.....	107
3.2.5 หลักการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication).....	109
3.2.6 หลักกฎหมายปิดปากหรือบทตัดอำนาจ (Estoppel).....	110
3.2.7 หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule).....	117
3.2.8 หลักการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยาน (pre-trial discovery).....	119
3.2.9 หลักพยานความเห็น.....	121
3.2.10 หลักเรื่องข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป หรือไม่อาจโต้แย้งได้ (Judicial Notice).....	122
3.2.11 หลักการรับฟังพยานบอกเล่า (Hearsay).....	124
3.2.12 ข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่า.....	134
3.3 การรับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์	
ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	138
3.3.1 สมัยก่อนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใช้บังคับ.....	139
3.3.1.1 การนำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในระยะแรก.....	139
3.3.1.2 คำสอนในโรงเรียนกฎหมาย.....	140
3.3.2 อิทธิพลที่มีต่อพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113.....	143
3.3.3 อิทธิพลที่มีต่อพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115.....	145
3.3.4 อิทธิพลที่มีต่อพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127.....	145
3.3.5 ช่วงของการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	147

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. วิเคราะห์หลักกฎหมายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยและหลักการ ดำเนินคดีในศาลยุติธรรมซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ตลอดจนอิทธิพลอื่นๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	155
4.1 วิเคราะห์หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	157
4.1.1 อิทธิพลจากผู้พิพากษาและนักกฎหมายที่จบจากประเทศ Common Law ในเรื่อง Burden of Proof	157
4.1.2 การตกย้ำโดยบทบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องภาระการพิสูจน์หรือ burden of proof ในการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี 2550 (ป.วิ.พ. ฉบับที่ 23).....	161
4.1.3 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา.....	170
4.1.4 หลักการถามพยาน.....	172
4.1.5 หลักการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสาร	174
4.1.6 หลักการรับรองเอกสารเป็นพยาน.....	184
4.1.7 หลักกฎหมายปิดปากหรือบทตัดสำนวน.....	188
4.1.8 หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด.....	190
4.1.9 หลักการขอให้รับรองข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานในคดีแพ่ง.....	192
4.1.10 หลักพยานความเห็น.....	193
4.1.11 หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขการรับฟังพยานบุคคล.....	195
4.1.12 หลักเรื่องข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปหรือไม่อาจโต้แย้งได้.....	198
4.1.13 หลักการรับฟังพยานบอกเล่า.....	200
4.1.14 ข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่า.....	206
4.2 วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	
ต่อหลักการดำเนินคดีในศาลยุติธรรม.....	211
4.2.1 ต่อบทบาทศาลในการค้นหาความจริง.....	211
4.2.2 ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี.....	218
4.2.3 ต่อวัฒนธรรมและวิถีปฏิบัติของอัยการและทนายความ.....	224
4.2.4 แนวคิดของปรมาจารย์ทางวิชาการกฎหมายลักษณะพยาน	228

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.5 แนวคิดของการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะพยาน.....	229
4.2.6 คำพิพากษาฎีกา.....	231
4.3 วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	
ที่ส่งผลในทางตำราเรียน.....	232
4.3.1 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	232
4.3.1.1 กลุ่มตำราที่อธิบายตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	233
4.3.1.2 กลุ่มตำราที่อธิบายตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	234
4.3.2 กฎหมายลักษณะพยาน.....	235
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	241
5.1 บทสรุป.....	241
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	244
5.2.1 ข้อเสนอแนะทางวิชาการ.....	244
5.2.2 ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย.....	245
5.2.3 ข้อเสนอแนะเพื่อเป็นการวิจัยต่อไป.....	247
บรรณานุกรม.....	248
ประวัติผู้เขียน.....	258

หัวข้อวิทยานิพนธ์	อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย
ชื่อผู้เขียน	สมศักดิ์ สุกเพ็ง
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จริญญา ภักดีชนากุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

บทคัดย่อ

วัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงการรับอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยทั้งต่อหลักกฎหมายและหลักการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมที่แสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ส่งผลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในยุคที่มีประมวลกฎหมาย ตลอดจนอิทธิพลอื่นๆ ที่ส่งผลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย

จากการศึกษาพบว่าโดยรูปแบบแล้วประเทศไทยจัดอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือ Civil Law แต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีอิทธิพลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยทั้งต่อบทบัญญัติและหลักเกณฑ์ต่างๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งรวมทั้งมีการนำเอาแนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษในเรื่องพยานบอกเล่ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย คำพิพากษาของศาลจึงเดินตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทั้งสิ้น และยังพบว่าอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีผลต่อระบบการสืบพยานของไทยทำให้ทางปฏิบัติศาลไทยวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นรากฐานของระบบกล่าวหาที่ถือว่าผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางและมีหน้าที่ในการควบคุมการเสนอพยานหลักฐาน ส่วนการค้นหาค้นหาข้อเท็จจริงมาแสดงให้เห็นปรากฏเป็นของคู่ความ การที่ศาลไทยปฏิบัติเช่นนี้มีมาก่อนที่จะประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งมีหลักการส่วนใหญ่มาจากกฎหมายอังกฤษยังมีผลบังคับใช้อยู่ตลอดมา เมื่อถึงยุคของการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลอย่างเต็มที่ในการเรียกพยานมาสืบหรือในการซักถามพยาน แต่ผู้พิพากษาไทยก็จำกัดบทบาทของตนในเรื่องนี้ อีกทั้งยังได้ส่งผลให้การดำเนินคดีแพ่งในยุคที่มีประมวลกฎหมายยังคงเป็นการต่อสู้กันของคู่ความ การยกฟ้องในเรื่องเล็กน้อย อันเป็นผลมาจากความไม่เข้าใจในบทบาทและหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมยังปรากฏให้เห็นอยู่ในคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งหลักกฎหมายกับทางปฏิบัติในกฎหมายวิธี

พิจารณาความแฟ่งที่ไม่ตรงกันนี้ เป็นผลมาจากอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในการปรับบทบาทของศาลในการค้นหาความจริงโดยให้มีบทบาทในการซักถามพยานและการรวบรวมพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงในคดีได้ดียิ่งขึ้น และยังพบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแฟ่งนั้นมีส่วนบกพร่องอยู่โดยในกรณีการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสารตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแฟ่ง มาตรา 94 ควรแก้ไขเพิ่มเติมเป็นวรรคสามหรือวรรคท้ายว่า “ถ้าศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และเป็นพยานหลักฐานสำคัญในคดี ศาลจะอนุญาตให้คู่ความนำพยานบุคคลมาสืบก็ได้” ส่วนกรณีที่มีข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น เนื่องจากการพิจารณาคดีโดยเฉพาะในคดีแฟ่งมีข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามมากมาย อาจมีการผิดพลาดได้ง่าย หากไม่เปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นแล้ว ก็อาจทำให้ยุ่งยากและเสียความยุติธรรมได้ ดังนั้นเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำหรือกระบวนการที่ดำเนินไปโดยไม่ถูกต้องตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแฟ่งกำหนดไว้ หรือที่เรียกว่า “กระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาด” (Procedural error) เกิดขึ้นก็ควรที่จะใช้วิธีการเพิกถอน แก้ไข หรือให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องใหม่ แทนการใช้เป็นเหตุให้แพ้คดี

Thesis	Influence of Common Law on the Thai Civil Procedure Law
Author	Somsak Sukpeng
Thesis Advisor	Professor (Special) Jaran Phakdithanakul
Department	Law
Academic Year	2011

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study the influence of common law system over Thai civil procedure law in term of legal principle and of legal procedure in court of justice as well as to reflect the influence of English legal system, a common law model, over the civil procedure law during the code era including other influences over Thai civil procedure law.

From the study, it finds that Thailand is the civil law system country; however, the common law system plays a great role in Thai civil procedure law both in legal provisions and in various legal principles therein. Thailand also adopts the English court's ruling regarding the exception of hearsay evidence into Thai law. As a result, most judgments follow the common law system. It, moreover, influences Thai witness examination system. So the Thai courts, in practice, are impartial and have a duty to control the production of evidence while the fact-finding process is placed on the parties. Actually, the Thai courts had followed this practice before the promulgation of Civil Procedure Code. In addition, most of legal principles in the Evidence Act of Rattanakosin Era 113, which were transferred from English law, have been enforcing. Even though the Civil Procedure Code provides full power to the court regarding interrogating or questioning witness, Thai judges still restrict their role concerning witness. Consequently, duty to produce evidence in civil procedure in the code era is placed on the parties. There are case dismissals on the ground of petty issues due to misunderstanding roles and duties of any organs in the judicial process in court's rulings. The difference between legal principle and civil procedure practice is a result of the influence of common law system. This author, thus, recommends the courts to adjust their role concerning fact-finding to be more active in interrogating witness and collecting evidence for fair trial. Another issue is a defect in the Civil Procedure Code about prohibition of witness interrogation in place of document evidence or prohibition of witness

interrogation to amend document evidence under Section 94 of the Civil Procedure Code. The Code should be revised and added into the third or last paragraph that “if the court deems appropriate for the purpose of justice and the witness is important to the case, the court may allow the party to examine such witness”. With regard to any mistakes during trial, there are many rules in civil procedure which may easily lead to errors. If the court is not prepared or inclined to correct such mistake, it may lead to injustice. Hence, once there is any act or procedure not in accordance with the Civil Procedure Code or a so-called “procedural error”, it should be revoked, amended or redone in stead of being a cause of losing the case.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศไทยหรือประเทศสยามในขณะนั้นใช้พระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ซึ่งสืบทอดมาจากวิธีพิจารณาความในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย โดยมีลักษณะวิธีพิจารณาความที่ล้ำสมัย เช่น วิธีพิสูจน์ดำเนินาฎยเพลิง เป็นต้น ดังนั้นหากพิจารณาถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยที่มีอยู่เดิมจะพบความไม่เหมาะสมกับกาลสมัยอยู่มาก ซึ่งเป็นเหตุที่ชาวต่างประเทศตั้งเป็นข้อรังเกียจ

นับแต่ครั้งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาจนกระทั่งถึงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ประวัติศาสตร์ไทยได้เข้าสู่สมัยแห่งการคืนชน เพื่อรักษาเอกราชและอธิปไตยให้พ้นจากการยึดครองของมหาอำนาจตะวันตก ความเคลื่อนไหวของประเทศในระยะนั้นเกือบทั้งหมดเป็นผลสะท้อนมาจากลัทธิจักรวรรดินิยมและการล่าอาณานิคมอย่างรุนแรง ความเคลื่อนไหวดังกล่าวปรากฏออกมาในรูปของการปรับปรุงประเทศให้ทันสมัยอย่างอารยประเทศทางตะวันตก อันได้แก่ การปฏิรูปการศึกษา ระบบกฎหมายและการศาล ระบบสังคม ระบบการคลัง การป้องกันประเทศ การปกครองภายใน ตลอดจนนโยบายในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศๆ สำหรับการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลของไทยนั้น เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างมากเนื่องจากปัญหาในเรื่องที่ประเทศไทยต้องสูญเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritorial Rights) ให้กับชาวต่างชาติอันเนื่องมาจากการลงนามในสนธิสัญญาเบาว์ริงในสมัยรัชกาลที่ 4 ด้วยเหตุผลที่กฎหมายและระบบศาลของประเทศไทยยังมีความล้ำสมัยอยู่มาก เป็นผลให้ไทยหรือสยามในขณะนั้นต้องสูญเสียเอกราชทางการศาล กล่าวคือไทยต้องจัดตั้งศาลกงสุลเพื่อชำระความในกรณีที่อยู่ความในคดีเป็นชาวต่างชาติ โดยเฉพาะชาติมหาอำนาจตะวันตกคือ ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสที่เริ่มเข้ามาสร้างอิทธิพลในภูมิภาคแห่งนี้ขึ้นเป็นเพราะความไม่เหมาะสมกับกาลสมัยของกฎหมายไทยเดิม¹ ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่นำไปสู่การปฏิรูปกฎหมายการศาลและการยุติธรรมของไทยในระยะแรกให้มีความทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ

¹ อมรเทพ เมืองแสน. (2549). อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย. หน้า 1.

การปฏิรูปกฎหมายในส่วนวิธีพิจารณาความแพ่ง ประเทศไทยหรือประเทศสยามในขณะนั้นได้ตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เพื่อแก้ไขความยุ่งยากซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม ทำให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเปลี่ยนแปลงจากเดิมเป็นอันมาก กล่าวคือกฎหมายที่ปรับปรุงใหม่นี้ศาลไทยใช้วิธีพิจารณาความแบบที่ใช้ในศาลอังกฤษ เช่น ผู้ใดกล่าวอ้างข้อความอันใดฝ่ายนั้นเป็นผู้ที่หน้าที่นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นจริงตามข้ออ้างนั้น² เป็นต้น

ต่อมาประเทศไทยก็ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง รัตนโกสินทร์ศก 127 และได้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478 ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 ซึ่งประมวลกฎหมายนี้ได้รวบรวมบรรดากฎหมายต่างๆ ทั้งในทางหลักวิชาการและในทางปฏิบัติที่กระจัดกระจายในที่ต่างๆ ให้เป็นหมวดหมู่ โดยส่วนมากเป็นกฎหมายที่ใช้มาแต่เดิมแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เพียงแต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบ้างเป็นส่วนน้อย จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษ³

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยฉบับปัจจุบันนั้น แม้ว่าเราจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในรูปประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ปรากฏว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ⁴ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ด้วยเหตุนี้ ตลอดเวลาที่ผ่านมามีงานกระทั้งปัจจุบันก็ยังคงมีปัญหาในการทำความเข้าใจหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่เบื้องหลังตัวบท การนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์มาตีความประมวลกฎหมายยังปรากฏอยู่ทั้งในคำสอนทางตำราและในแนวคำพิพากษาของศาล ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในหลายๆ เรื่องส่งผลโดยตรงให้นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งใช้ประมวลกฎหมายอย่างขาดความเข้าใจที่แท้จริง⁵

² สุณีษ์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. (2525). *วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี: ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ*. หน้า 35.

³ แหล่งเดิม. หน้า 56.

⁴ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และศิริพันธ์ พลรบ. (2549). *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง*. หน้า 95.

⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2543). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. หน้า 253-254.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวความคิด ความหมายและภารกิจของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตลอดจนลักษณะและหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงความหมายความเป็นมา หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายลักษณะพยานของไทย นับตั้งแต่ได้มีการเรียนการสอนในโรงเรียนกฎหมายจนถึงปัจจุบัน

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย และการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนอิทธิพลอื่นๆ ที่ส่งผลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับบทบาทของศาลให้ไม่วางเฉยในการพิสูจน์ทราบข้อเท็จจริงให้มากขึ้น และเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่ยังบกพร่องอยู่

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแม้จะมีที่มาของกฎหมายมาจากหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) แต่ทางปฏิบัติการดำเนินคดีแพ่งของประเทศไทยกลับมีลักษณะเป็นการดำเนินคดีที่ใช้อยู่ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) หลักกฎหมายและทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกันนำมาสู่ความสับสนต่อความเข้าใจในระบบกฎหมายอันส่งผลโดยตรงต่อการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะ “การวางเฉย” (passive) ของฝ่ายตุลาการซึ่งควรปรับบทบาทของศาลให้ “ไม่วางเฉย” (active) ในการพิสูจน์ทราบข้อเท็จจริงให้มากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้มุ่งศึกษาเพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเริ่มทำการศึกษาดังแต่ช่วงเวลาที่ไทยได้รับเอากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้ รวมทั้งคำราและเอกสารคำสอนทั้งในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายลักษณะพยานของไทย ตลอดจนหลักกฎหมายที่สำคัญบางประการ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยซึ่งจะศึกษาเฉพาะในชั้นพิจารณา โดยจะชี้ให้เห็นถึงหลักการสำคัญของกฎหมายเท่านั้น (ส่วนการศึกษาใน

รายละเอียดของกฎหมายนั้นจำเป็นต้องค้นคว้าจากตำราที่เกี่ยวข้องต่อไป) และการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมที่แสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ส่งผลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในยุคที่มีประมวลกฎหมายรวมทั้งอิทธิพลอื่นๆ ที่ส่งผลต่อบทบาทในการดำเนินคดีทางแพ่งขององค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยในเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) การศึกษาวิจัยนั้นกระทำโดยค้นคว้าวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งจะศึกษาจากทฤษฎี แนวคิด ความเห็น และข้อเท็จจริงจากตำรา บทความของนักกฎหมายที่ได้มีการแสดงความเห็นต่างๆ จากวารสารทางกฎหมายและอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อมูลจากระบบอิเล็กทรอนิกส์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการ แนวความคิด ความหมายและภารกิจของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตลอดจนลักษณะและหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

1.6.2 ทำให้ทราบถึงความหมาย ความเป็นมา หลักการของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และหลักกฎหมายในวิธีพิจารณาความแพ่งของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายลักษณะพยานของไทย นับตั้งแต่ได้มีการเรียนการสอนในโรงเรียนกฎหมายจนถึงปัจจุบัน

1.6.3 ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยและการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนอิทธิพลอื่นๆ ที่ส่งผลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย

1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการปรับบทบาทของศาลให้ไม่วางเฉยในการพิสูจน์ทราบข้อเท็จจริงให้มากขึ้น และนำผลการศึกษาไปเป็นแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่ยังบกพร่องอยู่

บทที่ 2

วิวัฒนาการแนวความคิดและหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจัดการปกครองของรัฐ โดยทั่วไปกฎหมายของรัฐจะแบ่งออกเป็น “กฎหมายมหาชน” ประเภทหนึ่ง และ “กฎหมายเอกชน” อีกประเภทหนึ่ง¹

ในทางกฎหมายเอกชน โดยทั่วไปบุคคลจะเคารพในสิทธิและหน้าที่ของกันและกันและเต็มใจปฏิบัติให้เป็นไปตามนิติสัมพันธ์ที่มีต่อกันนั้น ลูกหนี้จำนวนมากจึงมักสมัครใจปฏิบัติตามชำระหนี้โดยไม่อิดเอื้อน ซึ่งการกระทำของลูกหนี้เช่นนี้เกิดขึ้นด้วยเหตุผลต่างๆ กันไป บางส่วนเกิดขึ้นเนื่องจากความรู้สึกผิดชอบของลูกหนี้เอง หรือเกิดขึ้นเพื่อรักษาชื่อเสียงเกียรติคุณหรือเครดิตของลูกหนี้นั้นเองหรือเกิดขึ้นเพราะลูกหนี้ต้องการรักษาหน้าของตน หรือเกิดขึ้นเพราะลูกหนี้กลัวอำนาจรัฐที่จะบังคับเอาค่าปรับตน แต่เมื่อใดที่ลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามชำระหนี้ต่างๆ ที่ลูกหนี้อยู่ในฐานะที่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ หรือเมื่อใดที่เกิดเหตุการณ์ที่เรียกกันทั่วไปว่า “ดีใจแพ่ง” หรือกรณีเป็นสถานการณ์ที่ลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้ หรือเมื่อใดที่สิทธิใดๆ ของบุคคล เป็นต้นว่ากรรมสิทธิ์ ถูกด่างละเมิด หรือเมื่อใดที่นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขาดความชัดเจน หรือเมื่อใดที่เกิดความสงสัยในนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่ามีอยู่จริงหรือไม่ เมื่อนั้นผู้ทรงสิทธิก็จะต้องหาช่องทางที่จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชน โดยอาจบังคับด้วยวิธี “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) หรือมิฉะนั้นก็ต้องพึ่งพาอาศัยรัฐให้ช่วยจัดการให้

การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนด้วยวิธี “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) เป็นการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนที่เป็นวิธีการดั้งเดิมของมนุษย์ และการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ด้วยวิธีการดั้งเดิมนี้อาจถึงขั้นการยกพวกหรือการใช้กำลังบังคับกัน และหากกรณีถึงขั้นนั้นแล้ว การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลก็ย่อมกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม

การใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนไม่ใช่สิ่งที่พึงปรารถนาของทุกสังคมเพราะไม่แน่นอนเสมอไปว่าผู้ที่เป็นฝ่ายถูกจะเป็นผู้ที่แข็งแรงกว่า ดังนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมรัฐจึงจำเป็นต้องวางกรอบการบังคับใช้กฎหมาย

¹ คณิต ฌ นคร ก (2552). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี. หน้า 27.

เอกชน และตามกรอบที่รัฐกำหนดไว้นั้นย่อมถือเป็นหลักว่านอกจากข้อยกเว้นบางประการที่กฎหมายอนุญาตแล้ว “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) เป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด ผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมาย ผู้นั้นอาจสูญเสียสิทธิหรือต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนและ/หรือต้องถูกลงโทษทางอาญา

เมื่อรัฐถือว่าการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชน เป็นภาระหน้าที่ของตนหรือเป็นเรื่องของ “การผูกขาดการคุ้มครองทางกฎหมายโดยรัฐ” (Staatliche Rechtsschutzmonopol) รัฐจึงต้องตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชน และกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชนก็คือ “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”²

ในบทนี้จะกล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทั้งวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยและวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนแนวความคิดและหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2.1 วิวัฒนาการกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เราอาจจะศึกษาวิวัฒนาการกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจากเรื่องรูปแบบของวิธีพิจารณาและการสืบพยาน และจากวิธีพิจารณาแบบเอกชนนิยมสู่แนวคิดแบบสวัสดิการสังคมซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในส่วนของวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยนั้น ก็อาจจะศึกษาได้จาก “วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย”

2.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย เดิมไม่ได้มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ แต่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่างๆ เช่น กฎหมายลักษณะรับฟ้อง ลักษณะตระลาการ เป็นต้น ต่อมาในปี ร.ศ. 115 ก็ได้มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งออกใช้ในลักษณะรวบรวมบรรดากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งเข้าไว้เป็นหมวดหมู่ แต่ก็ยังมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ใช้กันไปพลางๆ ก่อนชั่วคราวเท่านั้น ต่อมาในปี ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) จึงได้ประกาศพระราชบัญญัติวิธี

² แหล่งเดิม. หน้า 27-28.

พิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ออกใช้บังคับ พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้เป็นประโยชน์ในการพิจารณาและพิพากษาคดีเรื่อยๆ มา เมื่อฉบับบัญญัติข้อใดล่วงพ้นสมัยขัดต่อความยุติธรรมก็มีการประกาศแก้ไขเพิ่มเติมเป็นครั้งเป็นคราวต่อๆ มาหลายครั้ง เช่น พระราชบัญญัติลักษณะฎีกาอุทธรณ์ พ.ศ. 2457 พระราชบัญญัติลักษณะฎีกาอุทธรณ์แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2461-2469 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติลักษณะอุทธรณ์ พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2474 ครั้นต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2477 ได้มีการตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นใช้บังคับโดยรวบรวมเอาบรรดากฎหมายต่างๆ ทั้งในทางหลักวิชาการและในทางปฏิบัติให้บริบูรณ์ยิ่งขึ้นกว่าก่อนเรื่อยมาจนปัจจุบัน³

การร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นได้เริ่มดำเนินการในปี พ.ศ. 2455 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยนายริวิเออร์ ซึ่งเป็นเป็นนักกฎหมายฝรั่งเศสเป็นผู้เริ่มต้นร่างโดยอาศัยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เป็นหลัก และเพิ่มเติมบทบัญญัติบางส่วนจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสและกฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลกงสุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2451 ต่อมาในปี พ.ศ. 2457 นายชาร์ล แลเวสก์ (Charles L'Evesque) เป็นผู้ร่างสืบต่อมาโดยอาศัยร่างฯ เดิมของนายริวิเออร์⁴

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ประกาศใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478⁵ และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละครั้งเป็นไปด้วยเหตุผลต่างๆ กันไปรวมทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรมหลังการปฏิรูประบบราชการที่กำหนดให้สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นหน่วยงานธุรการอิสระของศาลยุติธรรม⁶

³ สุรชัย สุวรรณปรีชา. (2546). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 2*. หน้า 4-5.

⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2546). *70 ปีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา*. หน้า 55.

⁵ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477, มาตรา 3.

⁶ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2543.

2.1.2 รูปแบบของวิธีพิจารณาและการสืบพยาน⁷

ในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่าสภาพการเมืองการปกครองในแต่ละยุคสมัยนับได้ว่ามีอิทธิพลอย่างมากต่อวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยจะแยกอธิบายเป็น 2 กลุ่มกล่าวคือ กลุ่มประเทศกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และกลุ่มประเทศกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

2.1.2.1 กลุ่มประเทศกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

(1) กระบวนพิจารณาแบบโรมันโน-แคนโนนิค และกระบวนพิจารณาแบบ jus commune ในช่วงศตวรรษที่ 12 ถึงศตวรรษที่ 19

กระบวนพิจารณาดังกล่าวถือเป็นวิธีพิจารณารูปแบบปกติทั่วไปของประเทศภาคพื้นยุโรปในช่วงศตวรรษสุดท้ายของยุคกลางจนกระทั่งถึงสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศสและสมัยของการจัดทำประมวลกฎหมายในศตวรรษที่ 19 และ 20 และนับได้ว่าเป็นพื้นฐานของแนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาด้วยวาจาของประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) แนวความคิดนี้ได้แสดงออกโดยการวิจารณ์และการปฏิรูปกระบวนพิจารณาในสมัยนั้น และแม้ว่ากระบวนพิจารณาในยุโรปสมัยนั้นจะมีความหลากหลาย แต่ก็มีที่มาอย่างเดียวกันจากกฎหมายแบบ romano-canonique และกฎหมาย jus commune ซึ่งเริ่มก่อตัวเป็นรูปเป็นร่างในอิตาลีและแพร่หลายในยุโรปตั้งแต่ศตวรรษที่ 12 โดยมีประวัติศาสตร์ ดังนี้

นายแคพเพเลตตี (Cappelletti) นักกฎหมายวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบของอิตาลีที่มีชื่อเสียงอธิบายว่า ตามสายตาของนักกฎหมายสมัยใหม่จะมองว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาในสมัยกลางของประเทศในภาคพื้นยุโรปนั้นยุ่งยากซับซ้อน ล้าสมัย และขาดความยุติธรรมเป็นอย่างมาก แต่สำหรับนักประวัติศาสตร์แล้ว ลักษณะการดำเนินกระบวนพิจาราดังกล่าวไม่ได้ปราศจากเหตุผลสนับสนุนเสียเลยทีเดียวนัก เนื่องจากเป็นกระบวนพิจารณาที่ได้แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนพิจารณาในสมัยอดีตก่อนหน้านั้น

กระบวนพิจารณาแบบโรมัน-แคนโนนิคและจู้ส คอมมูนูนันได้เข้ามาแทนที่การดำเนินกระบวนพิจารณาแบบดั้งเดิมของชนเผ่าเยอรมันซึ่งปฏิบัติกันอยู่ในระหว่างยุค Haut Moyen Age (ศตวรรษที่ 6 ถึงศตวรรษที่ 12) โดยกระบวนพิจารณาแบบดั้งเดิมนั้นมีลักษณะส่วน

⁷ ข้อมูลส่วนนี้เรียบเรียงจาก Mauro Cappelletti. (1971). *Procédure orale et procédure écrite*. :Mauro CAPPELLETTI and Bryant G. GARTH. (1987). "International Encyclopaedia of Comparative Law. Trends and Ideas in Civil Procedure, Vol.xvi: Civil Procedure. Chapter1: Introduction-Policies. pp. 5-13, 6-42 และ Walther J. HABSCHEID. (n.d.). *Droit Judiciaire privé Suisse*. Genève. pp. 371-378.

ใหญ่เป็นการพิจารณาโดยเปิดเผยและด้วยวาจา ซึ่งก็มีสาเหตุมาจากที่ในสมัยนั้นไม่ค่อยจะมีคนรู้หนังสือกันเท่าใดนัก และการดำเนินกระบวนการยุติธรรมยังมีลักษณะของการมาชุมนุมร่วมกัน (assemblée) ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนี้ การสืบพยานจะใช้วิธีการต่อสู้กันตัวต่อตัว (le duel) และวิธีการต่างๆ เกี่ยวกับเรื่อง “คำพิพากษาของพระเจ้าผู้เป็นเจ้า” (jugements de Dieux) โดยความศรัทธาที่เชื่อว่าพระเจ้าผู้เป็นเจ้าจะคุ้มครองผู้ที่สุจริต หรือการพิจารณาโดยใช้วิธีการทรมาน (ordalies) เช่น การพิสูจน์โดยเหล็กเผาไฟ โดยน้ำเดือด โดยไฟ เป็นต้น ซึ่งวิธีการเหล่านี้เป็นการพิสูจน์กันแบบง่ายๆ และได้ผลค่อนข้างแน่นอน แต่ก็ขึ้นอยู่กับการตกลงกันเองโดยผลการ การพิสูจน์โดยวิธีนี้จึงขึ้นอยู่กับความบังเอิญหรือไสยศาสตร์ และการใช้กำลังต่อสู้กันซึ่งกฎหมายในสมัยนั้นได้กำหนดขั้นตอนรูปแบบวิธีการไว้อย่างเคร่งครัด

ส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบโรมันโน-แคนนอนิกและจู้ส คอมมูน นั้น ได้นำหลักนิติธรรม (rule of law) ซึ่งสอดคล้องกับอารยธรรมและจารีตประเพณีสมัยใหม่มาใช้แทนที่ตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นศตวรรษที่สอง อันได้แก่ ประการแรก เป็นหลักลายลักษณ์อักษร (le principe de l'écriture) พร้อมกับเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการอุทธรณ์ ซึ่งช่วยให้สามารถควบคุมได้แน่นอนในเรื่องความแน่ชัดและเหตุผลของคำพิพากษาทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย หลักนี้เป็นหลักประกันว่าศาลจะต้องไม่นำความรู้ความเข้าใจส่วนตัวของศาลที่ได้มานอกเหนือจากกระบวนการพิจารณาโดยที่คู่ความไม่ทราบเรื่องมาใช้ในการพิจารณาเชื่อถือข้อเท็จจริงต่างๆ ประการที่สอง ได้มีการแบ่งแยกโดยเด็ดขาดระหว่างศาลและคู่ความ และระหว่างศาลและตัวบุคคลหรือสิ่งของที่เป็นพยาน เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้กระทบต่อความเป็นกลางของศาล ประการที่สาม ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสืบพยานโดยลับเพื่อไม่ให้พยานได้รับอิทธิพลหรือมีความหวาดกลัว และ ประการที่สี่ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือโดยผลการของศาล

นายแคพเพลเลทติ (Cappelletti) ได้กล่าวว่า โครงสร้างกระบวนการพิจารณาแบบใหม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายและการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตขึ้นมาใหม่เช่นเดียวกัน โดยหลักบังคับแห่งกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (rule of law) ของการแบ่งแยกโดยเด็ดขาดระหว่างศาลและการรับฟังพยานตามกฎหมาย ซึ่งเป็นวิธีการตามแนวความคิดใหม่และก้าวหน้ากว่าเดิม ไม่ได้ขึ้นอยู่กับไสยศาสตร์และการใช้กำลังการต่อสู้กันตัวต่อตัวหรือการทรมานต่างๆ แต่ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ของประสบการณ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในสมัยนั้น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประสบการณ์ดังกล่าวซึ่งบังคับใช้กัน โดยเด็ดขาดจึงไม่ถูกควบคุมในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดผลเสียตามมาเกี่ยวกับเรื่องอคติหรือความมีอคติหรือการตัดสินล่วงหน้า (prejugée) ตามมาเรื่องโครงสร้างสมัยกลางและลำดับขั้นทางสังคมศักดินาและชุมชน ซึ่งตรงกันข้ามโดยสิ้นเชิงกับวิธีที่อาศัยความ

ชำนาญในทางปฏิบัติโดยไม่ได้ผ่านการศึกษาในทางทฤษฎี (la méthode empirique) หรือวิธีที่เป็น การอุปมาน (inductive) ที่เป็นวิทยาศาสตร์โดยการวางหลักกฎหมายทั่วไป แล้วจึงให้ความหมาย ของกฎหมายตามหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนามาปรับเข้ากับข้อเท็จจริง

ลักษณะสำคัญของกระบวนการพิจารณาในภาคพื้นยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 12 จนถึงศตวรรษที่ 19 อาจกล่าวได้ดังนี้

ก. การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ถือเอกสารเป็นสำคัญ บทบาทของเอกสาร นี้มาจากการเน้นย้ำหลักที่ว่า “quod non est in actis non est in mundo” ซึ่งแปลความได้ว่า การ ดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ที่ไม่ได้กระทำเป็นเอกสารถือตกเป็นโมฆะและใช้ไม่ได้ หลักนี้ทำให้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ซึ่งไม่มีผลมาจาก “บันทึกการพิจารณาของศาล” จะไม่มีผลทาง กฎหมาย และส่งผลทำให้คำพิพากษาของศาลที่ไม่ได้นำการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยลายลักษณ์ อักษรดังกล่าวมาเป็นเหตุผลต้องตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน

ที่มาของหลักดังกล่าวนี้เริ่มปรากฏชัดในศตวรรษที่ 13 โดยอาจแสดงให้เห็น ใน décrétable ที่มีชื่อเสียงของ Pape Innocent III เมื่อ ค.ศ. 1216 กฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกวิธีการ ต่างๆ ที่มีลักษณะทันทีทันใดของความสัมพันธ์ระหว่างศาลและคู่ความ ซึ่งใช้กันในกระบวนการพิจารณา สมัยจัสติเนียนและสมัยหลังจัสติเนียน (post-justinienne) โดยกฎหมายนี้ได้กำหนดหลักการว่าการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาทุกอย่างแม้กระทั่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลหรือโดยศาล เองนั้นจะต้องจดลงเป็นลายลักษณ์อักษรโดยบุคคลอื่น เช่น notarii และ actuarii เป็นต้น ไว้ใน รายงานการพิจารณาของศาล และศาลจะต้องนำรายงานการพิจารณาดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินคดี

ข. การขาดความสัมพันธ์ปะกัันระหว่างศาลกับบุคคลอื่นๆ ในคดี (คู่ความ พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ) รวมทั้งการติดต่อกันโดยตรงระหว่างผู้พิพากษาที่ตัดสินคดี กับพยานหลักฐาน (สถานที่ สิ่งของ) เนื่องจากบทบาทโดยเด็ดขาดของเอกสารนั้นสนับสนุนให้เห็น ถึงความเปล่าประโยชน์และความไม่เหมาะสมของเรื่องการพบปะกันโดยตรง สถานการณ์ดังกล่าว ทำให้มีวิวัฒนาการของธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่น่าพึงปรารถนา โดยการสืบพยานในกระบวนการพิจารณา แบบโรมันโน-แคนโนนิคั้น ไม่ได้ดำเนินการโดยศาลอีกต่อไป แต่ดำเนินการโดยบุคคลที่สามซึ่ง จะเป็นผู้สืบพยานโดยการพิจารณาลับและสรุปข้อเท็จจริงที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ผู้พิพากษา ไม่สามารถตัดสินคดีตามความรู้ความเข้าใจของตนเอง ศาลจะต้องพิจารณาคดีจากข้อเท็จจริงที่ เสนอมาเป็นเอกสารเท่านั้น จะใช้ความรู้สึกส่วนตัวไม่ได้

ค. การพิจารณาโดยลับ ลักษณะนี้เกี่ยวพันอยู่กับข้อบกพร่องของกระบวนการ พิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ทันทีทันใดและโดยตรงนั่นเอง

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝรั่งเศสนั้น การยกเลิกหลักเรื่องการซักถามเป็นการลับ (principe du secret de l'enquêt) นั้นนับได้ว่าเป็นหนึ่งในชัยชนะของการกำหนดกฎหมายสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส ซึ่งการจัดทำประมวลกฎหมายนโปเลียนได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้เพียงบางส่วน และต่อมาประเทศต่างๆ ก็ได้รับหลักการไปใช้กับกฎหมายของตน

ง. มีขั้นตอนและกำหนดระยะเวลาของกระบวนการพิจารณาเป็นจำนวนมาก การที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในสมัยยุคกลางไม่มีลักษณะเป็นการพิจารณาด้วยวาจา ทำให้การพิจารณาเต็มไปด้วยกำหนดระยะเวลาต่างๆ สำหรับการยื่นคำให้การ (la défense) คำฟ้องโต้ตอบ (la réplique) คำให้การโต้ตอบ (la duplique) คำฟ้องโต้ตอบเพิ่มเติม (la contre-réplique) กระบวนการพิจารณาจึงมีขั้นตอนต่างๆ มากมาย หรือขั้นตอนเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งแยกกระจัดกระจายออกจากกัน มีลักษณะเป็นช่วงๆ ค่อยๆ ดำเนินการทีละขั้นตอน การประวิงคดีหรือการเลื่อนคดีเป็นเทคนิคปกติที่คู่ความนำมาใช้ กฎหมายจะกำหนดเพียงขั้นตอนที่จำเป็นและบังคับให้ต้องกระทำเท่านั้น ในศตวรรษที่ 13 มีคำอธิบายว่ากระบวนการพิจารณาได้ถึง 18 ขั้นตอน

จ. คู่ความมีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา การที่ศาลไม่ได้เข้ามาแทรกแซงหรือควบคุมการดำเนินการกระบวนการพิจารณาโดยตรง คู่ความจึงกลายมาเป็นกรรมการที่จะพิจารณาตัดสินใจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ โดยที่การควบคุมหรือบดบังโทษด้วยการห้ามดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เลยกำหนดระยะเวลา (délais de forclusion) นั้นยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมคู่ความได้ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาต่างๆ ซึ่งไม่ใช่เฉพาะวัตถุแห่งคดีเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ จึงเป็นเรื่องของคู่ความโดยเกือบสิ้นเชิง การใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริตจึงเกิดขึ้นอย่างมากมาย คู่ความที่ได้ประโยชน์จากการที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าออกไปจึงมีช่องทางอย่างมากในการที่จะใช้วิธีการต่างๆ ส่วนในอีกด้านหนึ่ง ศาลและทนายความก็ได้รับประโยชน์จากการที่จะเพิ่มจำนวนกำหนดระยะเวลาของการดำเนินกระบวนการพิจารณา สิ่งเหล่านี้ส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องใช้เวลาาน การสืบพยานที่ขาดลักษณะต่อหน้านี้ยังทำให้ต้องใช้เวลามากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เนื่องจากทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะสอบถามคู่ความ พยาน หรือพยานผู้เชี่ยวชาญโดยตรงถึงปัญหาต่างๆ ที่จะช่วยทำให้เข้าใจเรื่องได้ในทันทีทันใด

สถานการณ์ตามที่ได้กล่าวข้างต้นยังยิ่งกลับเลวร้ายขึ้นไปอีกเมื่อคู่ความยังสามารถที่จะอุทธรณ์คำสั่งต่างๆ ของศาลได้ทันทีไม่ว่าจะเป็นคำสั่งของศาลเกี่ยวกับการรวบรวมข้อมูลของคดี และคำสั่งศาลระหว่างพิจารณาในบางเรื่อง หรือคำสั่งศาลในเรื่องเล็กน้อยก็ตามซึ่งส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดต้องค้างพิจารณาไว้ชั่วคราว รวมทั้งกรณีที่คู่ความยังสามารถที่จะเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ เพิ่มเติมในชั้นอุทธรณ์ได้

ฉ. ระบบพยานโดยการรับรองของกฎหมาย (the formal or legal system of proof หรือ le système de la preuve légale) นับได้ว่าเป็นลักษณะประการสุดท้ายซึ่งเป็นผลธรรมดาจากลักษณะต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ระบบนี้ซึ่งเป็นการพิจารณาความที่ใช้หลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างเป็นพิธีการหรือตามกฎหมายนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขบังคับต่างๆ มากมาย ในการพิจารณารับฟังพยาน โดยพยานบุคคลนั้นจะถูกซักถามเป็นการลับ โดยเจ้าหน้าที่ของศาล ซึ่งจะจดบันทึกไว้ในรายงานที่จะเสนอศาล นอกจากนี้ รายงานดังกล่าวมักจะเขียนเป็นภาษาละตินซึ่งเป็นภาษาที่ต่างจากภาษาพูด พยานจึงไม่ได้ให้การโดยตรงต่อศาล แต่เป็นการให้ผ่านตัวอักษรที่ปราศจากชีวิตชีวาและไร้สีสัน การสืบพยานในลักษณะนี้ยังบังคับใช้กับการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ สถานที่และสิ่งของด้วย

จากการที่ไม่มีข้อมูลสำคัญที่ช่วยทำให้ศาลได้พิจารณารับฟังพยานในลักษณะวิพากษ์วิจารณ์ จึงต้องมีการใช้ข้อมูลซึ่งกำหนดโดยปริยายโดยกฎหมาย ซึ่งจะช่วยให้การพิจารณารับฟังพยานเป็นไปได้โดยง่าย การซึ่งนำหน้าพยานเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นซึ่งมีลักษณะในเชิงคณิตศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือปัจจัยทางการเมืองและสังคมของพยาน (เช่น ชุนนางกับสามัญชน คนธรรมดาคนกับนักบวช ลำดับชั้นของชุนนางหรือลำดับชั้นของนักบวช) เรื่องศาสนา เพศ อายุ สถานะทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ศาลจะเชื่อถือพยานที่เป็นชุนนางมากกว่าพยานที่ไม่ได้เป็นชุนนาง พยานนักบวชมีน้ำหนักกว่าคนสามัญธรรมดา พยานที่เป็นผู้ชายดีกว่าพยานผู้หญิง พยานที่มีอายุโสมมากกว่าพยานที่อายุน้อยกว่า คนรวยมากกว่าคนจน คนที่เป็นคริสเตียนมากกว่าพวกที่ไม่ใช่คริสเตียน เป็นต้น น้ำหนักของพยานเหล่านี้ถูกปฏิบัติและบังคับใช้ร่วมกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการพิสูจน์ความจริงและมีผลทำให้ศาลมีอคติได้ ในประเทศต่างๆ และในแต่ละยุคสมัยก็มีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานที่หลากหลายและแตกต่างกัน เช่น การไม่รับฟังพยานที่เป็นสตรี (หลักการเก่าของชาวเวนิส) หรือกรณีบังคับให้ต้องมีพยานสตรี 3 คน จึงจะมีน้ำหนักเท่ากับพยานผู้ชาย 1 คน หรือหลักต่างๆ ที่ค่อนข้างจะมั่นคงหรือมีเหตุมีผลมากกว่า เช่น หลักการไม่รับฟังพยานที่มีส่วนได้เสีย (nemo testis auditor in re sua) กรณีที่เชื่อกันโดยทั่วไปว่าพยานสองหรือสามคนที่ให้การสอดคล้องกันเป็นพยานที่สมบูรณ์ พยานเพียงคนเดียวไม่สามารถให้การได้ (testis unus testis nullus)

ดังนั้น การรับฟังพยานจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับศาล แต่ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยปริยาย ศาลแทนที่จะพิจารณารับฟังพยานลับต้องจำกัดขอบเขตการพิจารณาโดยคำนึงถึงเรื่องพยานที่พิสูจน์ได้เต็มที่ คือมีพยานสองคนหรือเอกสารมหาชน หรือพยานที่พิสูจน์ได้ครั้งเดียว คือ มีพยานปากเดียวแทนที่จะมีสองปากหรือใช้เอกสารเอกชนแทนที่จะใช้

เอกสารมหาชน เป็นต้น หรือกล่าวได้ว่าศาลเป็นเพียงผู้นับรมน้ำหนักพยานมากกว่าจะเป็นผู้ชั่งน้ำหนักพยาน

(2) การปฏิรูปครั้งสำคัญ

แนวความคิดของการปฏิวัติฝรั่งเศสได้กล่าวถึงปัญหาของวิธีพิจารณาความสมัยเดิมซึ่งต่อมาแนวความคิดนี้ก็ได้ถูกกำหนดเป็นรูปธรรมโดยกฎหมายของพวกปฏิวัติที่ได้ปรับปรุงการดำเนินกระบวนการพิจารณาและแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้ยืนยาวมาจนถึงครึ่งศตวรรษแรกของศตวรรษที่ 20 อย่างไรก็ตาม หลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสได้เริ่มการปฏิรูประบบวิธีพิจารณาความรูปแบบเก่าแต่ไม่ประสบความสำเร็จมากนัก หลักการหลายอย่างของระบบเดิมยังคงหลงเหลืออยู่แต่ในหลายเรื่องก็ถือว่ามีเปลี่ยนแปลง เช่น หลังจากปี ค.ศ. 1789 มีการห้ามขายหรือสืบทอดตำแหน่งผู้พิพากษาในทางมรดกในปี ค.ศ. 1790 มีกฎหมายยกเลิกศาลที่มีเขตอำนาจพิเศษและกำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่ได้ค่าตอบแทนจากรัฐแทนการจ่ายโดยคู่ความ และนอกจากนี้กฎหมายปี ค.ศ. 1795 ยกเลิกการสืบพยานอย่างเป็นทางการและกำหนดให้การสืบพยานต้องทำโดยศาลโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ โดยมีคู่ความร่วมอยู่ด้วย ท้ายที่สุดได้มีการยกเลิกระบบการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเป็นการให้ศาลเป็นผู้ชั่งน้ำหนักพยานตามแนวคิดแบบใหม่

การเปลี่ยนแปลงหลักวิธีพิจารณาความส่วนใหญ่ปรากฏในประมวลกฎหมายนโปเลียน อย่างไรก็ตาม ได้มีการกลับหลักการบางประการโดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ปี ค.ศ. 1806 เช่น การกลับมาใช้หลักการสืบพยานอย่างเป็นทางการโดยกระทำต่อหน้าคู่ความเท่านั้น และเปลี่ยนผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นผู้พิพากษาผู้รวบรวมข้อเท็จจริงแทนที่จะเป็นผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีเหมือนแต่ก่อน ซึ่งผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีจะพิจารณาข้อเท็จจริงจากสำนวนเท่านั้น

กระแสการเปลี่ยนแปลงครั้งนี้เกิดจากแนวคิดแบบเสรีนิยมที่เริ่มก่อตัวในยุโรปช่วงศตวรรษที่ 19 มาจนถึงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งเข้าใจกันตลอดทั่วประเทศภาคพื้นยุโรปในขณะนั้นว่า “วิธีพิจารณาด้วยวาจา” เพราะแท้จริงแล้วการปฏิรูปในครั้งนี้มิใช่เฉพาะการเปลี่ยนแปลงที่มีต่อกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารเท่านั้น แต่ต้องการจะเปลี่ยนแปลงระบบพิจารณาโดย *jus commune* ทั้งหมดด้วย

นอกจากการแพร่หลายของกระแสการพิจารณาด้วยวาจาแล้ว แนวคิดที่สำคัญอื่นๆ เช่น การพิจารณาที่ไม่ต้องใช้ตัวกลางได้แก่การที่ผู้พิพากษาได้พบกับคู่ความ พยาน และแหล่งข้อมูลโดยตรง การชั่งน้ำหนักพยานทำได้โดยอิสระ การพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่อง (*concentration*) ได้แก่การพิจารณาคดีในการนั่งพิจารณาคดีครั้งเดียวหรือต่อเนื่องในระยะเวลาที่ไม่ยาวนานนัก

โดยมีการเตรียมคดีที่ดีและไม่จำเป็นต้องตัดการพิจารณาโดยเอกสารออกไปและประการสุดท้าย ซึ่งเป็นผลพวงมาจากแนวคิดข้างต้นก็คือ เป็นการพิจารณาคดีที่รวดเร็วยิ่งขึ้นซึ่งกระแสนการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ยังคงเป็นความมุ่งหมายของการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความในปัจจุบันด้วยเช่นกัน

ความเคลื่อนไหวในการปรับปรุงแก้ไขนี้ปรากฏไปทั่วยุโรป โดยสามารถเสนอภายใต้ชื่อที่เป็นสัญลักษณ์ของหลักทฤษฎีในวิธีพิจารณาดังนี้

ก. การปฏิวัติฝรั่งเศสทำให้มีการยกเลิกหลักการได้ส่วนเป็นการลับและหลักการอื่นๆ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเฉพาะการรวมศาลต่างๆ ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้แก่ศาลกษัตริย์ ศาลศาสนา และยังทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในเรื่องพื้นฐานโดยยกเลิกระบบเรื่องพยานตามกฎหมายของสมัยเดิมไปบางส่วนด้วย

การที่แนวความคิดของการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสได้สวนทางกับระบบเรื่องพยานตามกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ดังจะเห็นได้ว่าการที่ระบบเดิมที่เป็นการชั่งน้ำหนักพยานในเชิงแบบคณิตศาสตร์โดยได้ให้ความเชื่อถือของพยานขึ้นอยู่กับสถานะทางสังคมของพยาน เช่น พยานที่เป็นขุนนางน่าเชื่อถือมากกว่าชนชั้นกลางนักบวชดีกว่าคนธรรมดา เป็นต้น มาเป็นการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานโดยอิสระ แต่ก็มีหลักการบางประการของระบบเก่ายังคงอยู่รอดจากการปฏิวัติ เช่น เรื่อง *le serment décisoire* หรือกรณีที่บุคคลต่างๆ ที่ไม่สามารถเป็นพยานยังคงถูกกำหนดไว้ในกฎหมายฝรั่งเศสหรือไม่ก็ถูกยกเลิกไปไม่นานมานี้

ข. แม้ว่าการปรับปรุงกฎหมายของฝรั่งเศสจะได้ดำเนินการไปเพียงบางส่วนและไม่สมบูรณ์ แต่ความคิดในการปฏิรูประบบเดิม (ซึ่งได้เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ ยุโรปอื่นๆ ด้วยเช่นกัน) ได้ถูกอ้างอิงถึงในระหว่างช่วงครึ่งศตวรรษแรกของศตวรรษที่ 19 การปฏิรูปกระบวนการพิจารณาของฝรั่งเศสอาจถือได้ว่าเป็นเสมือนรูปแบบในการทำให้ระบบการพิจารณาด้วยวาจาเป็นรูปธรรมซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงจากระบบพิจารณาแบบเดิม

ในฝรั่งเศสนั้น ก่อนสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส กระบวนการพิจารณาเป็นกระบวนการพิจารณาที่ยุ่งยากและเต็มไปด้วยรูปแบบ และกระบวนการพิจารณาแบบฝรั่งเศสได้กำหนดมาตั้งแต่สมัยอดีตเกี่ยวกับขั้นตอนแถลงคดีด้วยวาจาซึ่งมีความสำคัญในทางปฏิบัติโดยเฉพาะผูกพันอยู่กับการประกอบอาชีพของทนายความ เป็นขั้นตอนที่ดำเนินการภายหลังจากการแลกเปลี่ยนเอกสารระหว่างคู่ความและการสืบพยานไปแล้ว การปฏิรูปกฎหมายสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศสและภายหลังการปฏิวัติได้ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเข้มงวดน้อยกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในยุโรปสมัยกลาง แต่ก็เป็นที่จริงว่ารูปแบบการพิจารณาด้วยวาจาของฝรั่งเศสซึ่งมีลักษณะเป็นเพียงแสดงโวหารในศาลนั้น เป็นที่เห็นกันในเวลาต่อมาไม่นานว่าไม่สมบูรณ์และไม่

เพียงพอ (ซึ่งมีข้อสังเกตว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่คล้ายคลึงกับมาตรา 186 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย)

ค. นอกจากการปฏิรูปกฎหมายในฝรั่งเศสซึ่งถือว่าเป็นผู้นำกระแสแล้ว ผลงานสำคัญครั้งแรกของการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาซึ่งได้รับอิทธิพลจาก “หลักวาจา” ได้เกิดขึ้นในช่วงภายหลังปี ค.ศ. 1848-1850 ซึ่งส่งผลกระทบต่อทั่วยุโรปแผ่นดินใหญ่นั้นก็คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง Hanovre ฉบับปี ค.ศ. 1850 (the Hanoverian Code of 1850) ซึ่งเป็นผลงานอันมีชื่อเสียงของ G.A.W Leonhardt ต่อจากนั้นก็มียุโรปประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1877 (Zivilprozessordnung) อันมีชื่อเสียงซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1879

กฎหมายทั้งสองฉบับได้ยอมรับให้มีการรับหลักวาจาเป็นหลักพื้นฐานและปฏิบัติได้จริงมากกว่าที่จะเป็นทฤษฎีอย่างหนึ่ง โดยนายแคพเพเลตติ (Cappelletti) อธิบายว่าแนวความคิดแรกเริ่มในเรื่องนี้เป็นความคิดอย่างง่าย ๆ ว่าหากการยอมรับบังคับใช้หลักกระบวนการพิจารณาโดยเอกสารอย่างเคร่งครัดจะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ จะไม่มีผลโดยชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ได้มีการบันทึกการพิจารณาของศาลเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว กระบวนการพิจารณาด้วยวาจาก็เช่นกันก็ย่อมจะทำให้กระบวนการพิจารณาต่างๆ ไม่มีผลโดยชอบด้วยกฎหมายหากคู่ความไม่ได้แสดงด้วยวาจาต่อศาลในการพิจารณา ตัวอย่างเช่น ไม่ใช่เฉพาะแต่คำฟ้องและคำคู่ความที่ได้มีการเสนอต่อศาลและส่งให้คู่ความเท่านั้น แม้กระทั่งพยานเอกสารก็เช่นกันเพื่อให้ถือว่าได้มีการเสนอต่อศาลโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก็จะต้องมีการอ่านเอกสารดังกล่าวในศาลด้วย

นายแคพเพเลตติ (Cappelletti) เห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวเป็นไปในทางทฤษฎีมากเกินไป โดยเป็นปฏิกริยาที่ใช้หลีกเลี่ยงข้อบกพร่องอย่างหนึ่งซึ่งมักจะก่อให้เกิดข้อบกพร่องในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1877 ก็มีข้อบกพร่องเช่นกันซึ่งข้อบกพร่องดังกล่าวต่อมาได้รับการปรับปรุงแก้ไขไปบางส่วนในภายหลัง โดยเฉพาะหลักการบางประการที่เกี่ยวกับระบบเรื่องพยาน โดยชอบด้วยกฎหมายที่ยังคงใช้บังคับอยู่ตามประมวลกฎหมายฉบับนี้ เช่น แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องที่กระบวนการพิจารณาเป็น “เรื่องของคู่ความ” (chose des parties หรือ Sache der Parteien) และเป็นที่น่าสังเกตด้วยว่าการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบางประการของเยอรมัน (ZPO) ยังได้เพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับความเป็นไปได้ที่จะใช้กระบวนการพิจารณาโดยการแลกเปลี่ยนเอกสารของคู่ความแต่เพียงอย่างเดียวเข้าไปอีกครั้งหนึ่ง ดังเช่นในเยอรมันได้วิเคราะห์หลักการดังกล่าวว่ามักจะทำให้กระบวนการพิจารณาต้องยืดเยื้อออกไปอีกครั้งหนึ่ง ส่วนการติดต่อกันโดยตรงระหว่างศาลกับพยานนั้น ได้คลายความเคร่งครัดลง ซึ่งส่งผลในทางลบในภายหลังต่อระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และยังได้ให้ความเห็นว่าการสืบพยานที่มีลักษณะทันทีทันใดนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อความรวดเร็วในการดำเนิน

กระบวนการพิจารณา เนื่องจากทำให้ศาลมีโอกาสที่จะซักถามพยาน คู่ความ หรือพยานผู้เชี่ยวชาญได้ในทันทีทันใดเพื่อให้ได้ความกระจ่างชัด ช่วงปี ค.ศ. 1970 จึงได้เกิดความไม่พอใจโดยทั่วไปเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเยอรมัน และได้มีโครงการที่จะปรับปรุงหลายเรื่อง รวมทั้งการปรับปรุงเกี่ยวกับการสืบพยานซึ่งจะนำไปสู่การทำให้การโต้เถียงกันด้วยวาจาซึ่งมีลักษณะกระชับมีบทบาทมากขึ้นและการสืบพยานควรจะดำเนินต่อหน้าผู้พิพากษา

ง. หลักการพื้นฐานอีกอย่างหนึ่งที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของออสเตรเลีย ฉบับที่ ค.ศ. 1895 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1898 ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้รับอิทธิพลของแนวความคิดเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา แต่อย่างไรก็ตาม การที่ปรับปรุงหลักการของออสเตรเลียนั้นได้มีโอกาสเรียนรู้ถึงประสบการณ์การปรับปรุงของเยอรมัน ดังนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาจึงไม่เกินไปจากความเป็นจริงมากจนเกินไปนัก กระบวนการพิจารณาแบบใหม่ของออสเตรเลียได้ใช้การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในขั้นตอนของการเตรียมคดี แต่ในขั้นตอนการพิจารณาและขั้นตอนสำคัญที่ดำเนินการต่อมานั้น เป็นการโต้เถียงกันด้วยวาจาโดยเปิดเผย ศาลจึงสามารถติดต่อพบปะกับคู่ความ และพยาน โดยทันทีทันใดและโดยตรง และมีอำนาจอิสระในการรับฟังพยาน การอุทธรณ์นั้น โดยหลักให้อุทธรณ์ได้เฉพาะคำพิพากษาของศาล นอกจากนี้ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลจะมีอำนาจอย่างเพียงพอในการควบคุมและกำหนดทิศทางของกระบวนการพิจารณา เพื่อเป็นหลักประกันทำให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเรียบร้อย

จ. กฎหมายของเยอรมันและออสเตรียถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เด่นชัดโดยมีแนวคิดใหม่ในการเพิ่มบทบาทของศาลในการเร่งการพิจารณาคดี พิจารณาคดีอย่างรอบคอบและส่งเสริมความเท่าเทียมกันของคู่ความตามเป้าหมายของสังคม เช่น ศาลสามารถให้คำแนะนำกรณีที่คู่ความดำเนินการผิดพลาดหรือขาดตกบกพร่องได้ ตลอดจนมีอำนาจเรียกคู่ความพยาน เอกสารหลักฐาน และพยานผู้เชี่ยวชาญได้ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีมโนสำนึก เป็นต้น แนวคิดใหม่ๆ เหล่านี้ต่อมาแพร่หลายไปทั่วยุโรปและเป็นแม่แบบสำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอื่นๆ ซึ่งได้ปรับปรุงกันต่อมานั้น นับได้ว่าได้รับอิทธิพลจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวข้างมาก คือเมื่อศตวรรษที่ผ่านมาเองได้แก่ประเทศอิตาลี (ในปี ค.ศ. 1911) ประเทศเนเธอร์แลนด์ (ในปี ค.ศ. 1916) บังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1919 ประเทศนอร์เวย์ (ในปี ค.ศ. 1915) โดยได้บังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1927) ซึ่งคัดลอกจากประมวลกฎหมายออสเตรียและเยอรมัน ยูโกสลาเวีย (ในปี ค.ศ. 1929) ซึ่งแทบจะคัดลอกตามตัวอักษรมาจากประมวลกฎหมายของ

ออสเตรีย ฉบับปี ค.ศ. 1895 สวีเดน (ค.ศ. 1942 บังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948) ซึ่งมีจุดประสงค์หลัก เช่นเดียวกันในการกำหนดหลักกวางจา ลักษณะโดยทันทีทันใด ลักษณะกระชับ และความอิสระในการสืบพยาน และของสวิส (ค.ศ. 1947 บังคับใช้ตั้งแต่ ค.ศ. 1948)

นายแคพเพลเลทติ (Cappletti) อธิบายว่า การพิจารณาถึงการปรับปรุงครั้งสำคัญดังกล่าวช่วยทำให้เห็นถึงความหมายที่แท้จริงของแนวความคิดของหลักกวางจาในการดำเนินกระบวนการพิจารณานอกเหนือจากหลักการเดิมที่ค่อนข้างจะเกินเลยความเป็นจริงหรือสุดโต่ง แนวความคิดดังกล่าวได้ก่อให้เกิดข้อวิจารณ์เกี่ยวกับรูปแบบของการพิจารณาและความพยายามที่จะจัดข้อบกพร่องที่ร้ายแรงออกไป

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ยังมีความพยายามที่จะปรับปรุงข้อบกพร่องดังกล่าวซึ่งได้ผลลัพธ์ที่ดีมาก และในช่วงราวปลายศตวรรษที่ 19 นายอะดอล์ฟ วอท (Adolf Wach) ซึ่งเป็นนักกฎหมายวิธีพิจารณาความชาวเยอรมันที่มีชื่อเสียง ก็ได้ระบุแล้วว่าในขณะที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันในช่วงก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายมีลักษณะเต็มไปด้วยความซับซ้อน ความกระจัดกระจายของขั้นตอนกระบวนการพิจารณาและความล่าช้าปรากฏว่าภายหลังการจัดทำประมวลกฎหมายแล้วจากสถิติได้แสดงให้เห็นผลในทางตรงกันข้าม

ส่วนการปรับปรุงกฎหมายของประเทศออสเตรียนั้นกลับปรากฏว่าได้ผลลัพธ์ที่ดียิ่งกว่าการปรับปรุงของประเทศเยอรมันเสียอีก โดยจากสถิติในช่วงปีแรกๆ ภายหลังจากการบังคับใช้ประมวลกฎหมายฉบับใหม่แล้วปรากฏว่าระยะเวลาของคดีได้ลดลงอย่างมากจนน่าจะประหลาดใจ

จากข้อมูลสถิติดังกล่าวจะบอกความหมายได้ชัดเจนเมื่อเปรียบเทียบกับสถิติในกลุ่มประเทศที่ยังคงใช้กระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารดังเช่นที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น คือ กลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาสเปน กลุ่มลาตินอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี โดยสถานการณ์ของประเทศอิตาลีจะเห็นได้ชัดเจน แม้ว่าจะมีนักกฎหมายปฏิรูปที่มีชื่อเสียงและที่เคลื่อนไหวมาก โดยเฉพาะนายจิวเซฟเป ชิโอเวนดา (Giuseppe Chiovenda) การแลกเปลี่ยนเอกสารยังคงมีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนการตลอดคดี เปรียบเทียบได้กับการส่งลูกบอลโต้ตอบกันไปมาอย่างไม่สิ้นสุด โดยทนายความได้พยายามที่จะให้การดำเนินคดีเต็มไปด้วยการแลกเปลี่ยนเอกสาร ในขณะที่ศาลเองก็ได้เพิกเฉยต่อการกระทำดังกล่าว การดำเนินการดังกล่าวส่งผลทำให้ในปี ค.ศ. 1966 คดีในศาลแขวง (Pretura) ใช้เวลาพิจารณาคดีโดยเฉลี่ยถึงเกือบ 18 เดือน 28 เดือนสำหรับศาลจังหวัด (Tribunale) และมีข้อสังเกตว่าระยะเวลาในการดำเนินคดีในทุกศาลในช่วงปี ค.ศ. 1955, 1961, 1965, 1966 และ 1967 จะใช้เวลานานขึ้นเรื่อยๆ การพิจารณาคดีโดยเฉพาะการดำเนินการสืบพยานจะล่าช้าเนื่องจากการพิจารณาสืบพยานกันหลายครั้งและแต่ละครั้งก็จะห่างกันมาก

(3) ลักษณะพื้นฐานของวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

นอกจากธรรมเนียมดั้งเดิมที่ไม่ใช้ระบบลูกขุนในการพิจารณาคดีแล้ว วิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ยังคงหลงเหลือลักษณะเด่นดังนี้

ก. ไม่มีกระบวนการพิจารณาคดีสืบพยานต่อหน้าศาล หมายถึงการไม่มีการนำข้อพิพาทและทุกสิ่งทุกอย่างที่เกี่ยวข้องมาเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาเป็นกระบวนการพิจารณาเดี่ยวอย่างต่อเนื่องกันไป ในฝรั่งเศสแม้มีกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาแต่ก็ไม่รวมถึงการค้นหาพยานหลักฐานซึ่งต่างจากประเทศอื่นในกลุ่มระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ด้วยกัน เช่น ออสเตรีย สวีเดน เยอรมนี ซึ่งจะรวมการค้นหาพยานหลักฐานด้วย แต่กระบวนการพิจารณาในประเทศดังกล่าวก็ไม่ได้ดำเนินกระบวนการรวมเพียงหนึ่งเดียวแต่มีลักษณะเป็นการพิจารณาที่เป็นช่วงๆ อีสระจากกัน

ข. มีแนวโน้มที่จะเน้นการสืบพยานหลักฐานโดยการใช้อเอกสาร

ค. อำนาจในการสืบสวนข้อเท็จจริงของคู่ความและทนายความค่อนข้างจำกัด เช่น ในสเปนและอิตาลี หรืออย่างน้อยก็ถือว่าไม่มีอำนาจมากเท่าที่ปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อมาในประเทศต่างๆ เช่น ออสเตรีย สวีเดน เยอรมนี และฝรั่งเศสกลับยังมีแนวโน้มที่จะเพิ่มบทบาทของศาลในการรวบรวมพยานหลักฐานมากขึ้นกว่าคู่ความ

สำหรับประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่อยู่นอกยุโรป เช่น ลาตินอเมริกา ญี่ปุ่น จะมีความแตกต่างในรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ กันไป

2.1.2.2 กลุ่มประเทศกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

วิธีพิจารณาความในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีลักษณะเด่นในการใช้วิธีพิจารณาด้วยวาจา (oral procedure) ซึ่งมีความหมายว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาในศาลโดยเปิดเผย เป็นระบบที่มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์แตกต่างจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เนื่องจากมิได้เกิดขึ้นเพราะความประสงค์ที่จะปฏิรูปรูปแบบการพิจารณาคดีแบบ jus commune แต่เป็นวิธีพิจารณาที่ได้นำมาใช้ในการพิจารณาคดีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว

นายแคพเพลเลทติ (Cappelletti) ได้กล่าวว่า สำหรับประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อจะค้นหาเหตุผลความเป็นมาเกี่ยวกับปัญหาของการพิจารณาด้วยวาจาแล้ว ก็จะมีคำถามที่ตามมาว่า ปัญหาดังกล่าวเคยมีปรากฏในกลุ่มประเทศนี้ในอดีตและในปัจจุบันนี้หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่า ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนิน

กระบวนการพิจารณาด้วยวาจาหรือความเคลื่อนไหวของการพยายามใช้กระบวนการพิจารณาดังกล่าว อันเป็นปฏิปักษ์ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบ *jus commune* นั้นเป็นสถานการณ์โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ส่วนใหญ่เท่านั้น

กระบวนการวิธีการของยุโรปแผ่นดินใหญ่โดยเฉพาะยุโรปตอนกลางที่ได้ยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและถูกประกาศว่าเป็นหลักพื้นฐานของการเคลื่อนไหวในการปฏิรูปกฎหมายอย่างกว้างขวางนั้น เป็นสิ่งที่แปลกสำหรับความคิดในสหราชอาณาจักรซึ่งมีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและที่สามารถปฏิบัติได้มากกว่าแต่แม้ว่าแนวความคิดดังกล่าวจะไม่ปรากฏหรือมีอยู่น้อยในทางวิชาการทางกฎหมายและการปฏิรูปของกลุ่มแองโกล-อเมริกันก็ตามพื้นฐานของแนวความคิดอันได้แก่ การที่ได้มีการเปลี่ยนกระบวนการพิจารณาแบบดั้งเดิมที่มีลักษณะเต็มไปด้วยรูปแบบขั้นตอน ให้ความสำคัญกับเอกสาร ขาดลักษณะการพิจารณาโดยตรงต่อหน้าศาลและต่อเนื่องนั้น ก็เป็นที่รู้จักกันดีและเป็นปัจจัยทำให้มีการปฏิรูปกระบวนการพิจารณาแบบถอนรากถอนโคนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยในประเทศอังกฤษสหรัฐอเมริกา และประเทศอื่นๆ ในกลุ่มเดียวกันก็มีวิวัฒนาการที่คล้ายคลึงกับวิวัฒนาการในระบบซีวิลลอว์อยู่ 2 ประการ คือ วิวัฒนาการของวิธีพิจารณาในศาลเอควิตี้ และมีวิวัฒนาการของหลักกฎหมายพยานหลักฐาน โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) การปฏิรูปการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาในศาล

ในสมัยก่อนนั้น ปัญหาดังกล่าวปรากฏอยู่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเอควิตี้ (ศาล Chancer และศาล Admiralty) เนื่องจากกระบวนการพิจารณาในศาลดังกล่าวส่วนใหญ่ได้คัดลอกรูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบ “Common” ของคริสต์ศาสนาและแบบ *jus commune* ที่ใช้กันอยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรปแม้กระทั่งการดำเนินการสืบพยาน

เช่นเดียวกันกับข้อเขียนทางวิชาการของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของยุโรปแผ่นดินใหญ่ทั้งก่อนและในขณะที่ได้มีการเริ่มต้นรณรงค์สนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา ซึ่งดำเนินการโดยนักปฏิรูป เช่น Pagano Barbocovi และ Nicolini ในอิตาลี Fevberbach Maurer และ Mittermaier ในเยอรมัน Bellot ในสวิส นักกฎหมายและนักปรัชญาที่ยิ่งใหญ่ของอังกฤษ คือ Jeremy Bentham ก็ได้เขียนงานวิชาการที่เป็นอมตะเกี่ยวกับเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา โดยเขาได้วิจารณ์ต่อต้านระบบที่ใช้บังคับอยู่ในสหราชอาณาจักรของศาลศาสนาต่างๆ และในศาล Admiralty ซึ่งเป็นระบบที่แพร่หลายในยุโรปแผ่นดินใหญ่ กล่าวคือ การเน้นวิธีพิจารณาด้วยเอกสาร เป็นความลับ มีการสืบพยานเป็นช่วงๆ โดยผู้ที่ได้รับมอบหมายใช้ระบบซึ่งนำนักพยานหลักฐานแบบคณิตศาสตร์ ตามระบบดังกล่าวคู่ความจะไม่ถูกเรียกให้มาปรากฏตัวที่ศาล การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ กระทำโดยอัยการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วย

ลายลักษณ์อักษรต่างๆ ไม่ว่าจะเขียนบันทึก คำกล่าว คำแถลง คำให้การโต้ตอบ คำฟ้องโต้ตอบ คำฟ้องโต้ตอบเพิ่มเติม นั้น สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่โดยไม่มีที่สิ้นสุดหรือเป้าหมาย โดยจะเขียนในลักษณะที่ยืดยาว ฟุ่มเฟือย การสืบพยานบุคคลดำเนินไปในลักษณะที่ไม่ถูกต้อง กล่าวคือไม่มีหลักประกันที่จะสามารถทำให้เกิดความแน่นอนและครบถ้วนสมบูรณ์ การสืบพยานเป็นไปโดยไม่เปิดเผย สืบโดยผู้พิพากษาแต่เพียงผู้เดียว ปราศจากการถามค้านโดยคู่ความที่เกี่ยวข้องการให้การของพยานจะกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่มีมาตรการโต้แย้งคัดค้าน มีการยื่นคำร้องอยู่ตลอดเวลาเพื่อขอยกเว้นหรือมีข้ออ้างต่างๆ เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าออกไป ผู้พิพากษาที่สืบพยานเป็นคนละคนกับที่ตัดสินคดีซึ่งไม่ได้สืบพยานด้วยตนเอง คดีเต็มไปด้วยเอกสารต่างๆ ในการกล่าวอ้างหรือต่อสู้คดีโดยไม่มีที่สิ้นสุด

นายเบนท์แฮม (Bentham) ได้คัดค้านโดยไม่เห็นด้วยกับกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเทคนิค (procedure technique) และสนับสนุนกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมชาติ (procedure naturelle) อันเป็นกระบวนการพิจารณาที่ยุโรปแผ่นดินใหญ่เรียกขานว่าเป็นความคิดเกี่ยวกับวาจาหรือปากเปล่า (l'idée d'oralité) โดยกระบวนการพิจารณาในลักษณะนี้นั้น ในกรณีที่น่าจะเป็นคู่ความจะถูกเรียกตัวมาศาลและถูกซักถามทำนองเดียวกับพยานของคู่ความ โดยจะถูกซักถามต่อหน้าศาลเพื่ออธิบายสิ่งที่เป็นสาระสำคัญต่างๆ และเพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ การรับฟังพยานบุคคลจะกระทำได้เฉพาะกรณีพยานที่ให้การด้วยวาจา และถูกซักค้านโดยคู่ความฝ่ายตรงกันข้ามและศาล การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลจะดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง หรือกำหนดวันพิจารณาแต่ละนัดที่ไม่ห่างกันมากนัก ประเด็นของคดีแต่ละประเด็นจะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาคณะเดียวกัน ตั้งแต่เริ่มต้นพิจารณาจนจบการพิจารณา ผู้พิพากษาที่ดำเนินการสืบพยานจะเป็นผู้ตัดสินคดี และเพื่อจุดประสงค์ในการค้นหาความจริงนั้น จะไม่มีหลักเกณฑ์เรื่องการไม่รับฟังพยานตามกฎหมาย แต่จะใช้หลักเรื่องความน่าสงสัยหรือไม่น่าเชื่อถือ กล่าวคือ ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ต่างๆ สามารถรับฟังเพื่อลดความน่าเชื่อถือของพยานได้

การวิเคราะห์วิจารณ์ของ นายเบนท์แฮม (Bentham) นั้นนับเป็นจุดเริ่มต้นของการดำเนินการปฏิรูปของกระบวนการพิจารณาและกฎหมายพยานในกลุ่มประเทศเอง โกลด์-อเมริกัน ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งบทวิจารณ์นี้นับว่าได้แสดงให้เห็นถึงสภาพทั่วไปของปัญหาของสังคมอังกฤษและสังคมยุโรปส่วนใหญ่ในช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 19 ซึ่งต่อมาก็ได้มีหนังสือของนายอาร์เธอร์ จอห์น (Arthur Johnes) ซึ่งได้พยายามที่จะชี้ให้เห็นถึงสามเหตุพื้นฐานและเป็นสาเหตุอันดับแรกของการที่ระยะเวลาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาใช้เวลานานอย่างไม่น่าเชื่อ เรื่องค่าใช้จ่าย และเรื่องความไม่ยุติธรรมที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง อันเป็นข้อบกพร่องที่ร้ายแรงที่สุดที่กระบวนการพิจารณาในศาลเอควิตีได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งร้ายแรงกว่ากระบวนการพิจารณาในศาลคอมมอนลอว์โดยกระบวนการพิจารณาใน

ศาล Chancery จะล่าช้ากว่ามีเทคนิคขั้นตอนมากกว่าและเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าจึงทำให้คนยากจนไม่สามารถใช้บริการได้ กระบวนพิจารณาดังกล่าวประกอบด้วยการไม่รับฟังพยานด้วยวาจา แต่เต็มไปด้วยพยานเอกสารต่างๆ แม้กระทั่งพยานบุคคลก็ใช้วิธีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่าสืบพยานด้วยวาจาโดยคำซักถามพยานบุคคลจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรส่วนคำตอบหรือคำให้การของพยานจะรับฟังโดยจดลงไว้ในรายงาน การพิจารณาโดยไม่เปิดเผย โดยไม่ได้สืบต่อหน้าคู่ความ การดำเนินการสืบพยานบุคคลกระทำโดย examiners และ commissioners ซึ่งไม่ใช่เป็นผู้ตัดสินคดี หรือใช้วิธีการเขียนด้วยลายลักษณ์อักษรตามรูปแบบที่เรียกว่า affidavits หรือ โดยเอกสารอื่น โดยนายโจโลวิซ (Jolowicz) นักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษในยุคปัจจุบันได้ระบุว่า วิธีการสืบพยานด้วยวาจายังได้ถูกห้ามอย่างน้อยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1737

นายแคพเพเลตติ (Cappelletti) ได้อธิบายว่า การปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความครั้งสำคัญของอังกฤษในศตวรรษที่ 19 นั้นได้แก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ โดยการเปลี่ยนแปลงการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลเอควิตี้แบบถอนรากถอนโคน โดยมีเป้าหมายที่จะกำหนดรูปแบบวิธีพิจารณาในศาลดังกล่าวกับศาลคอมมอนลอว์ให้เป็นอย่างเดียวกันในอนาคตอันใกล้ ซึ่งจุดเริ่มต้นครั้งสำคัญครั้งแรกในการปฏิรูปกฎหมายคือการประกาศบังคับใช้ Chancery Amendment Act ค.ศ. 1852 ตามกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้สิทธิแก่คู่ความแต่ละฝ่ายในการดำเนินคดีในศาล Chancery ในการที่จะร้องขอให้มีการซักถามพยานด้วยวาจาโดยวิธีการที่เรียกว่า การซักถาม (examination) การถามค้าน (cross-examination) และการถามติง (re-examination) ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้กันอยู่ในศาลคอมมอนลอว์แทนที่วิธีการสืบพยานที่เต็มไปด้วยรูปแบบที่เคร่งครัดตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ยังคงถึงความระมัดระวัง โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดแต่เพียงให้คู่ความและศาลมีดุลพินิจในการเลือกให้ใช้วิธีการสืบพยานด้วยวาจาเท่านั้น แต่การสืบพยานดังกล่าวกลับไม่ได้กระทำต่อหน้าศาลโดยเปิดเผย (in open court) แต่กระทำต่อหน้า examiner ซึ่งจะบันทึกลงไว้ในรายงานกระบวนพิจารณาในลักษณะเป็นการเล่าเรื่องไม่ใช่จัดแบบคำถาม-คำตอบ วิธีการดังกล่าวนี้ตรงกันข้ามกับหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในศาล Common Law

ต่อมาก็ได้มีการออกกฎหมาย Supreme Court of Judicature Act ค.ศ. 1873 ได้ยอมรับหลักการตามที่ Royal Commission ได้เสนอเอาไว้ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกวิธีปฏิบัติของศาล Chancery เกี่ยวกับการสืบพยานโดย examiners และใช้กระบวนพิจารณาที่ได้รับการยอมรับในทุกศาลนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป โดยการดำเนินกระบวนพิจารณาใน Chancery Division นั้น การสืบพยานบุคคลโดยหลักจะต้องสืบโดยปากเปล่าในศาลโดยเปิดเผย (“viva voce and in open court”) และใช้วิธีการซักถามและการถามค้าน นอกจากนี้ ศาลยังมีอิสระในการพิจารณาผลของการสืบพยานดังกล่าวได้อย่างเต็มที่

วิวัฒนาการในลักษณะทำนองเดียวกันก็ได้เกิดขึ้นในประเทศอื่นๆ ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกา โดยในส่วนที่เกี่ยวกับศาลของสหพันธรัฐนั้น ตาม Equity Rules ค.ศ. 1912 ได้สร้างหลักเกณฑ์โดยกำหนดให้มีการสืบพยานบุคคลแม้จะเป็นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเอกวิติก็ตามจะต้องกระทำด้วยวาจาโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนโดยวิธีการซักค้าน ต่อมาหลักการดังกล่าวได้รับการตอกย้ำโดย Federal Rules of Civil Procedure ค.ศ. 1983 ซึ่งทำให้ศาลต่างๆ ของ Common Law และของ equity มีรูปแบบวิธีพิจารณาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

ในสหราชอาณาจักรนั้น แม้กระทั่งในส่วนของ Supreme Court ยังมีความแตกต่างบางประการระหว่างในทางปฏิบัติของ equity และของ Common Law แต่ก็ไม่ใช่ข้อแตกต่างในสาระสำคัญอีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ข้อบกพร่องต่างๆ อันเป็นลักษณะของกระบวนการพิจารณาของเอกวิติ (ซึ่งคล้ายคลึงเป็นอย่างมากกับกระบวนการพิจารณาแบบ “common” ในยุโรปแผ่นดินใหญ่ โดยข้อบกพร่องที่เสียหายมากที่สุดคือทำให้กระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าเป็นอย่างมาก) ได้หมดสิ้นไป

(2) การปฏิรูปครั้งใหญ่ของระบบการสืบพยานในศาล Common Law

นายแคพเพลเลติ (Cappelletti) กล่าวว่า หากว่าความคล้ายคลึงกันระหว่างปัญหาในสหราชอาณาจักรที่ทำให้มีการปฏิรูปกระบวนการพิจารณาของเอกวิติ และปัญหาที่ทำให้เกิดการปรับปรุงแทบจะในเวลาเดียวกันในยุโรปแผ่นดินใหญ่โดยการปฏิรูปการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งนั้น เป็นที่เห็นได้ชัดแล้ว กรณีก็ยังมีข้อเท็จจริงอื่นที่คล้ายคลึงกันอีกในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของศาล Common Law

แต่เนื้อหาในส่วนนี้จะกล่าวถึงเฉพาะในเรื่องการสืบพยาน โดยจะไม่พูดถึงกระบวนการอื่นๆ ของศาล Common Law ซึ่งในยุคนั้นเป็นกระบวนการที่กระจัดกระจายและเต็มไปด้วยรูปแบบขั้นตอนรวมทั้งหลุมพรางต่างๆ ที่ทำให้คู่ความที่สุจริตต้องได้รับความเสียหายแต่นับตั้งแต่ได้มีกฎหมาย Uniformity of Process Act ค.ศ. 1832 และกฎหมาย Civil Procedure Act ค.ศ. 1833 ก็ได้จัดรูปแบบกระบวนการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวออกไปอันเป็นหนึ่งในจุดประสงค์หลักของความเคลื่อนไหวในการปรับปรุงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอังกฤษและความเคลื่อนไหวดังกล่าวได้มาถึงจุดสูงสุดเมื่อได้มีการประกาศใช้ Judicature Act ฉบับปี ค.ศ. 1873 และฉบับปี ค.ศ. 1875 ซึ่งได้รวบรวมวิธีพิจารณาของศาลเอกวิติและศาลคอมมอนลอว์เข้าด้วยกัน ซึ่งก่อนหน้านั้นก็มี Common Law Procedure Act ในปี ค.ศ. 1852, ในปี ค.ศ. 1854 และในปี ค.ศ. 1860 รวมทั้ง Common law Courts Acts ค.ศ. 1852 รวมทั้ง County Courts ในปี ค.ศ. 1876 ที่ได้ใช้ระบบกระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัดและเสียค่าใช้จ่ายน้อยลง ความเคลื่อนไหวในการปฏิรูประบบกฎหมาย

ดังกล่าวนี้ นายแคพเพลเลทติ (Cappelletti) เห็นว่าไม่เป็นที่สงสัยเลยว่ามีเจตนารมณ์และความคิดอย่างเดียวกันกับการปฏิรูปกระบวนการพิจารณาของเอควิตี้ รวมทั้งความเคลื่อนไหวที่จะสร้างกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาในยุโรปแผ่นดินใหญ่

ความแตกต่างในสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับการสืบพยานในกระบวนการพิจารณาแบบ Common Law เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณาแบบเอควิตี้ หรือกระบวนการพิจารณาในยุโรปแผ่นดินใหญ่ในช่วงยุคนั้น ได้แก่การที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบ Common Law นั้นจะใช้ระบบคณะลูกขุน ดังนั้น ระบบคณะลูกขุนจึงเป็นปัจจัยที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบ Common Law ไม่มีลักษณะหรือข้อบกพร่องทำนองเดียวกับที่ได้กล่าวเอาไว้แล้ว ทั้งนี้เนื่องจาก ประการแรก กระบวนการพิจารณาไม่ได้มีลักษณะเด่นหรือเน้นเรื่องเอกสาร เพราะคณะลูกขุนมักจะเป็นคนที่ไม่รู้หนังสือจึงไม่สามารถที่จะพิจารณาเอกสารในคดีได้ ประการที่สอง ระบบคณะลูกขุนทำให้จำเป็นที่จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการโต้เถียงกันด้วยวาจาในศาลโดยเปิดเผย (in open court) อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และประการที่สาม ระบบการพิจารณาเชิงฟังพยานที่กำหนดไว้ล่วงหน้าโดยกฎหมายโดยปริยายและอย่างเคร่งครัดไม่สามารถไปด้วยกันได้กับรูปแบบกระบวนการพิจารณาที่คำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงนั้นต้องขึ้นอยู่กับคณะลูกขุนที่ไม่มีประสบการณ์หรือความรู้ทางกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามจากเหตุปัจจัยที่ทำให้กระบวนการพิจารณาในยุโรปแผ่นดินใหญ่ได้สร้างระบบพยานตามกฎหมายขึ้นมาอันเนื่องจากการไม่ได้วางใจในศาลและในความสามารถของศาลที่จะพิจารณาไต่ตรองพยานหลักฐานในคดีแต่ละคดีโดยไม่ก่อให้เกิดเรื่องการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจจนเกินไปนั้น นายแคพเพลเลทติ (Cappelletti) ได้อธิบายว่า ความไม่ไว้วางใจเช่นเดียวกันดังกล่าวก็ปรากฏในกระบวนการพิจารณาแบบ Common Law เช่นเดียวกัน แต่เพียงปรากฏในรูปแบบอื่นและช้ากว่าเมื่อเทียบกับในยุโรปแผ่นดินใหญ่

ในยุโรปแผ่นดินใหญ่นั้น ก่อนที่จะได้มีการปฏิรูปครั้งใหญ่โดยใช้หลักวาจา นั้น เวลาและขนบธรรมเนียมประเพณียังไม่เจริญพอสำหรับระบบการใช้ดุลพินิจโดยอิสระของศาลในการสืบพยาน ดังนั้น ในช่วงที่ได้เปลี่ยนถ่ายจากระบบการสืบพยานแบบเก่าดั้งเดิมมาสู่ระบบการใช้ดุลพินิจด้วยเหตุด้วยผลที่เป็นรูปธรรมและอิสระ ตั้งอยู่บนข้อสังเกตหรือการไต่ตรองโดยตรงของศาลและบนการใช้สิทธิโต้แย้งต่อผู้คดีหรือการฟังความสองฝ่ายของคู่ความนั้น จึงต้องเผชิญต่อระบบการพิจารณาที่เต็มไปด้วยรูปแบบและระบบพยานที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเวลานานหลายศตวรรษ ในสหราชอาณาจักรเองก็เช่นเดียวกันที่ได้มีการเปลี่ยนถ่ายจากระบบเก่ามาสู่ระบบที่เต็ม

ไปด้วยรูปแบบและหลักเกณฑ์การไม่รับฟังพยานหลักฐาน (exclusionary rules)⁸ เพราะว่ากรณีเป็นไปไม่ได้ที่จะบังคับคณะลูกขุนในเรื่องการพิจารณาพยานหลักฐานตามที่ได้กำหนดเอาไว้ และอีกประการหนึ่ง กรณีเป็นที่ยอมรับไม่ได้เช่นกันกับระบบที่คณะลูกขุนสามารถใช้ความรู้ความเข้าใจส่วนตัวที่ได้รับมาตัดสินคดีโดยปราศจากการควบคุม จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์โดยเคร่งครัดเกี่ยวกับพยานหลักฐานต่างๆ ที่ไม่สามารถรับฟังในการพิจารณาได้ ซึ่งพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้นี้ก็มิผลเท่ากับเป็นพยานที่เป็นโมฆะ ดังนั้นคำพิพากษาที่ไม่สามารถรับได้ในความหมายนี้จึงเป็นคำพิพากษาที่การรับฟังพยานหลักฐานได้ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยกฎหมาย เช่น การที่คู่ความไม่สามารถรับฟังเป็นพยานในการพิจารณาได้ รวมทั้งบุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียทางเศรษฐกิจกับมูลเหตุแห่งคดีแม้จะน้อยนิดก็ตาม นอกจากนี้ยังมีการห้ามรับฟังพยานหลักฐานจากแหล่งอื่นๆ ที่มักจะจะเป็นแหล่งที่มีประโยชน์ โดยกำหนดรายการเกี่ยวกับเรื่องอภิสัทธิตี เรื่องการถูกตัดสิทธิ และหลักเกณฑ์การไม่รับฟังพยานหลักฐาน เช่น คนที่ได้รับโทษทางอาญาในความผิดลหุโทษ เนื่องจากถือว่าเป็นคนที่ไม่สุจริต⁹ และหลักการไม่รับฟังต่างๆ ที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องพยานบอกเล่า หลักเกณฑ์เรื่องความเห็น¹⁰ หลักเรื่องพยานที่ดีที่สุด¹¹ เป็นต้น

⁸ ความเปลี่ยนแปลงในช่วงแรกนั้น ยังคงมีลักษณะที่ค่อนข้างจะโบราณอยู่ ซึ่งคณะลูกขุนนั้นยังรับฟังพยานหลักฐาน โดยใช้ความรู้ความเข้าใจส่วนตัวที่ทราบมาจากภายนอกของการดำเนินกระบวนการพิจารณาใช้ในการตัดสินคดีโดยปราศจากการควบคุม จึงเป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าในระบบดังกล่าวนี้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการไม่รับฟังพยานหลักฐานจึงไม่สามารถมีบทบาทได้ แต่แม้ว่าระบบดังกล่าวจะแสดงให้เห็นได้ว่าได้มีความก้าวหน้าหากเปรียบเทียบกับระบบการพิจารณาคดีเก่าที่ใช้ระบบความรุนแรงและไสยศาสตร์ แต่ก็ยังถือว่าล้ำสมัยเมื่อเปรียบเทียบกับระบบการพิจารณาซึ่งเริ่มก่อตัวตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 โดยคำพิพากษาของศาลในส่วนข้อเท็จจริงจะต้องอยู่บนการสืบพยานที่ได้กระทำกันในศาลและประกอบด้วยหลักฟังความสองฝ่าย ในช่วงยุคดังกล่าวคณะลูกขุนจึงเปลี่ยนจากสถานะที่เป็นองค์กรที่ได้รับการคัดเลือกโดยศาลให้เป็นผู้ตัดสินว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างไรตามความเข้าใจส่วนตัวหรือตามข้อเท็จจริงที่คณะลูกขุนได้รู้มาโดยปราศจากการควบคุม โดยคู่ความมาต่อองค์กรที่จะต้องนำเฉพาะข้อเท็จจริงที่ปรากฏในศาลมาตัดสินคดี และจากระบบดังกล่าวนี้เองก็ได้มีการพัฒนาไปอย่างเรื่องซ้ำของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการไม่รับฟังพยานหลักฐานตามที่กำหนดไว้โดยปริยายโดยกฎหมาย หลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาจึงเท่ากับเป็นการควบคุมการสืบพยานของคณะลูกขุน ดังเช่นในศตวรรษที่ 17 ก็ได้มีหลักเกณฑ์ในการไม่รับฟังพยานของบุคคลอื่นที่มีส่วนได้เสีย.

⁹ ข้อจำกัดดังกล่าวนี้ ต่อมาได้ถูกจำกัดขอบเขตเฉพาะบุคคลที่ยังไม่พ้นโทษโดย Civil Rights of Convicts Act ค.ศ. 1828 และถูกยกเลิกในที่สุดโดย Lord Denman's Act ฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ. 1843.

¹⁰ หลักและข้อยกเว้นนี้เป็นหลักที่มีประวัติศาสตร์มาช้านาน เป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับฟังความเห็นบางคนที่มีความสามารถพิเศษ.

¹¹ ที่มาของหลักนี้ไม่ค่อยจะเก่าแก่เท่าใดนัก เป็นหลักใช้กันอยู่ในช่วงปี ค.ศ. 1700 ถึง 1790.

เป็นที่แน่นอนว่า เช่นเดียวกับกรณีที่เกิดขึ้นบนยุโรปแผ่นดินใหญ่นับตั้งแต่การปฏิวัติฝรั่งเศสและได้มีการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ซึ่งต่อมาได้ยกเลิกระบบพยานตามกฎหมายในสหราชอาณาจักรนั้นรวมทั้งแทบจะเป็นเวลาช่วงเดียวกับในสกอตแลนด์สหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ ที่ใช้ภาษาอังกฤษ ก็ได้มีการปฏิวัติในทำนองเดียวกันเกี่ยวกับเรื่องพยาน โดยมีจุดประสงค์ในครั้งแรกเพื่อยกเลิกหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน โดยในช่วงกึ่งกลางศตวรรษที่ 19 การยกเลิกที่สำคัญที่สุด คือหลักการไม่รับฟังพยานที่เป็นคู่ความและบุคคลที่สามที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง¹² รวมทั้งพยานที่เคยต้องคำพิพากษาคดีอาญา โดยการเคลื่อนไหวยังคงมีอยู่ในช่วงปี ค.ศ. 1970 ดังเช่นที่เคยได้กล่าวเอาไว้แล้วว่า Civil Evidence Act ค.ศ. 1968 ได้ทำให้หลักการรับฟังพยานบอกเล่าซึ่งเป็นหลักสำคัญที่สุดท้ายของระบบพยานตามกฎหมาย (système de la preuve légale) เกี่ยวกับเรื่องการไม่รับฟังพยานได้คลายความเคร่งครัดลง และเป็นการชี้ให้เห็นว่าการปรับปรุงตามกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางอ้อมต่อการให้ความสำคัญหรือคุณค่ากับพยานเอกสารอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งตามหลักพยานบอกเล่าได้เคยจำกัดไว้ โดยศาลมีอิสระเต็มที่ในการพิจารณารับฟังพยานเอกสาร ด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้ในกรณีที่เป็นข้อมูลที่สำคัญหรือไม่สามารถทดแทนได้ ในการที่จะทำให้ทราบหรือมั่นใจในข้อเท็จจริงของคดี และการที่จะไม่ยอมรับฟังพยานดังกล่าวโดยสิ้นเชิงอาจนำไปสู่การที่ทำให้ศาลขาดข้อมูลที่เป็นความจริงของคดีและนำไปสู่การตัดสินคดีที่ไม่เป็นธรรม

กรณีดังกล่าวเป็นที่เห็นได้ชัด โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นไปไม่ได้หรือเป็นไปไม่ได้โดยยากในการที่จะเรียกพยานที่เป็นผู้จัดทำเอกสารนั้นมาศาล ในช่วงปี ค.ศ. 1971 นั้นระบบที่เป็นที่ยอมรับในสหราชอาณาจักรจะมอบให้เป็นดุลพินิจของศาลอย่างกว้างขวางที่จะยกเหตุผลขึ้นอ้างในแต่ละคดี เช่น เรื่องความตาย ความห่างไกล หรือความเจ็บป่วย ซึ่งจะถือเป็นเหตุยกเว้นหรืออนุญาตให้คู่ความที่จะเสนอพยานเอกสารโดยไม่นำพยานบุคคลที่เป็นผู้ทำเอกสารนั้นมาศาล แม้ว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ตาม

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้นายแคพเพลเลติ (Cappelletti) แสดงความเห็นว่าเป็นการแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของการปรับเข้าหากันระหว่างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบอังกฤษ โดยในระบบแรกนั้นอาจจะเป็นเพราะสาเหตุจากการที่มีประเพณีในเรื่อง

¹² การยกเลิกดังกล่าวมีขั้นตอนที่สำคัญๆ คือ Lord Denman's Act ค.ศ. 1843 ซึ่งได้ยกเลิกการไม่รับฟังพยานบุคคลที่สามที่มีส่วนได้เสีย County Courts Act ค.ศ. 1846 (ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล County) ได้สร้างหลักว่าคู่ความและคู่สมรสสามารถเป็นพยานได้ จึงอาจถูกกระบวนการถามค้านได้ และ Lord Brougham's Act ค.ศ. 1851 และ Evidence Amendment Act ค.ศ. 1853 ได้ขยายหลักการดังกล่าวไปใช้บังคับกับทุกๆ ศาล.

โนตารี และการไม่มีกระบวนการเกี่ยวกับการซักค้านพยานในศาลโดยเปิดเผย รวมทั้งขั้นตอนการพิจารณาสืบพยานที่เข้มข้น มีแต่จารีตที่ให้ความสำคัญกับพยานเอกสาร แต่การให้ความสำคัญกับพยานเอกสารก็ได้คลายลง ดังเช่นตามมาตรา 2721 และมาตราต่อๆ ไปของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีในฉบับปี ค.ศ. 1972 ได้คลายความเคร่งครัดของหลักการที่ไม่รับฟังพยานบุคคลในบางกรณีลงไปเมื่อเปรียบเทียบกับหลักการที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมาย ฉบับปี ค.ศ. 1865 หรือเมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายของฝรั่งเศสสำหรับในระบบอังกฤษนั้นตรงกันข้ามกัน การให้ความสำคัญหรือนิยมชมชอบกับพยานปากเปล่าได้ผ่อนคลายลง การปรับเข้าหากันดังกล่าวอาจอธิบายได้ในด้านหนึ่งจากข้อเท็จจริงที่ว่าเนื่องจากลักษณะทันทีทันใดของกระบวนการพิจารณาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้มีความเข้มข้นมากขึ้น แม้ว่าจะไม่ค่อยจะสมบูรณ์นักในหลายๆ ประเทศ สิ่งนี้ทำให้มีการใช้พยานปากเปล่าให้เป็นประโยชน์มากขึ้น หรือในอีกด้านหนึ่งจากข้อเท็จจริงที่ว่าระบบคณะลูกขุนไม่ค่อยจะมีที่ใช้กันในทางปฏิบัติกันอีกต่อไปในกระบวนการพิจารณาของอังกฤษ

(3) ลักษณะพื้นฐานของวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

วิธีพิจารณาความแพ่งในอังกฤษและอเมริกามีลักษณะที่แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างกระบวนการในช่วงเตรียมคดีหรือช่วงก่อนการพิจารณาและกระบวนการพิจารณาจริง โดยในช่วงก่อนการพิจารณาปกติจะใช้เอกสารเป็นส่วนใหญ่ แต่เมื่อพิจารณาคดีจริงจะใช้วิธีพิจารณาด้วยวาจาอย่างเต็มรูปแบบ

การเตรียมคดีในช่วงก่อนการพิจารณา แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างระหว่างระบบของอังกฤษและอเมริกา แต่ทั้งสองระบบก็เน้นการใช้เอกสารเช่นเดียวกัน ในอังกฤษโดยเฉพาะในช่วงการทำคำให้การต่อสู้คดีจะมีการแลกเปลี่ยนเอกสารคำถามและคำให้การของกลุ่มความ โดยมีผู้พิพากษาที่เรียกว่า Master ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่มีได้เป็นผู้ชี้ขาดคดีแต่เป็นผู้ควบคุมดูแลในสหรัฐอเมริกาได้มีการใช้ระบบที่เรียกว่า “discovery” ในช่วงก่อนการพิจารณา ซึ่งให้อำนาจอย่างมากแก่คู่ความและทนายความในการสอบสวนหาข้อเท็จจริงนอกศาลภายใต้การควบคุมอย่างจำกัดของศาล และบ่อยครั้งมีการซักถามพยานหรือคู่ความด้วยวาจา แต่ก็ถือว่าไม่ใช่การใช้ระบบที่ไม่มีสื่อกลางเพราะไม่ได้กระทำต่อหน้าผู้ชี้ขาดคดี และไม่ใช้ระบบที่พิจารณาอย่างต่อเนื่องเพราะโดยทั่วไปแล้วการหาข้อเท็จจริงในช่วงนี้จะกระทำเป็นช่วงๆ ในระยะเวลาต่างๆ

สำหรับในช่วงการพิจารณาคดีจริง ในประเทศกลุ่มระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นจะใช้วิธีพิจารณาดด้วยวาจาเป็นหลัก การพิสูจน์ข้อเท็จจริงของพยานหลักฐานจะกระทำด้วยวาจาโดยนิยมใช้เทคนิคการซักถามและการถามค้านโดยทนายความ ซึ่งตามความหมาย

ของวิธีการนี้แม้จะมีการทำคำให้การต่างๆ เป็นเอกสารไว้ก็ตาม แต่ก็จะมีการเปลี่ยนแปลงให้นำเสนอต่อศาลด้วยวาจา และพยานก็สามารถเสนอเอกสารซึ่งอาจไม่สมบูรณ์เพียงพอที่จะถือว่าเป็นเอกสารในทางกฎหมายเพื่อแสดงความถูกต้องแท้จริงของตนในศาลได้ นอกจากนี้ ลักษณะสำคัญประการอื่นของวิธีพิจารณาด้วยวาจาที่เห็นได้ชัดในช่วงการพิจารณาคดีในศาลก็คือการที่ไม่มีสื่อกลาง (immediacy) ระหว่างคู่ความ ทนายความ และผู้ชี้ขาดคดีหรือลูกขุน และเป็นการศึกษาอย่างต่อเนื่อง (concentration) เป็นกระบวนการพิจารณาเดี่ยวหรือเป็นการพิจารณาที่เว้นช่วงน้อยที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้

2.1.2.3 ความสำคัญของหลักวาจาในยุคปัจจุบัน

นายแคพเพลเลติ (Cappelletti) ได้วิเคราะห์ถึงความสำคัญของหลักวาจา ดังนี้

(1) ความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการมีข้อสังเกตได้โดยตรงในการดำเนินการสืบพยานและการพิจารณารับฟังพยานหลักฐาน

จากความรู้เกี่ยวกับทฤษฎีทางปฏิบัติในช่วงศตวรรษที่ 17 และ 18 ทำให้เกิดสัญลักษณ์ของแนวความคิดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาขึ้น และช่วยทำให้มีการพัฒนาเรื่อยมา ความรู้ดังกล่าวช่วยให้ทราบว่า แนวความคิดในเรื่องนี้ยังคงมีอยู่และมีประสิทธิภาพสำหรับในประเทศที่ยังมีปัจจัยที่ทำให้เกิดแนวความคิดดังกล่าว กล่าวคือ ในประเทศที่ยังคงมีร่องรอยไม่มากนักเกี่ยวกับระบบพยานตามกฎหมาย หรือการดำเนินคดียังเต็มไปด้วยเอกสารรวมทั้งการที่ไม่มีความสัมพันธ์กันโดยตรงระหว่างองค์กรที่ตัดสินคดีกับตัวบุคคลอื่นๆ ในคดี

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงทำให้เข้าใจได้ว่า “หลักปากเปล่า” นี้อาจจะถือว่าล้าสมัยหรือไม่มีปัญหาหรือไม่ค่อยจะน่าสนใจสำหรับประเทศที่ได้นำหลักนี้มาปฏิบัติแล้ว ในทางตรงกันข้าม สำหรับประเทศต่างๆ ที่ยังไม่ได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาประยุกต์ใช้แล้ว หลักดังกล่าวก็ยังเป็นสิ่งที่ประ โยชน์หรือเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ และยังทำให้มีโครงการที่จะต้องปรับปรุงกฎหมาย ดังเช่นในอิตาลีและกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาสเปน สำหรับประเทศเหล่านี้ “ปากเปล่า” จึงหมายถึงการทำให้โครงการต่างๆ ในการปรับปรุงกฎหมายกลายเป็นความจริงขึ้นมา โดยเฉพาะในเรื่องดังต่อไปนี้

ก. การยกเลิกหลักการต่างๆ ที่เป็นร่องรอยเก่าของระบบการสืบพยานตามกฎหมาย เช่น การที่ le serment décisoire (เทียบเคียงได้กับเรื่องคำทำ) มีผลผูกมัดศาลการห้ามรับฟังพยานหรือคู่ความที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี หลักเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานหลักฐาน พยานที่ไม่สามารถให้การได้ และอภิสัทย์ของพยานบางประเภทที่กฎหมายสารบัญญัติไม่ได้กำหนดเอาไว้ ในทางตรงกันข้าม การนำหลักการดังต่อไปนี้มาใช้บังคับแทนได้แก่ ระบบการรับฟังพยานโดยมอบให้ศาลเป็นผู้พิจารณาความน่าเชื่อถือของพยาน สนับสนุนให้มีการสืบพยานอย่างง่าย และไม่

เคร่งครัด เช่น การให้ตัวความมาศาล การได้สวนพยานด้วยวาจาในลักษณะที่ไม่ให้มีการเตรียมการโดยไม่มีรูปแบบพิธีรีตอง และโดยไม่ใช้คำถามที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้า

ข. กระบวนพิจารณาคดีลักษณะทันทีทันใดหรือโดยทันทีในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างศาลซึ่งตัดสินคดีกับวัตถุแห่งคดีอื่นๆ ที่ศาลนำมาใช้ตัดสินคดี คือ คู่ความ พยานผู้เสียหาย สถานที่และสิ่งของ ลักษณะดังกล่าวนี้จะช่วยทำให้สร้างบรรยากาศที่จำเป็นสำหรับระบบการสืบพยานที่อิสระและระบบการพิจารณารับฟังพยานที่มีการโต้แย้งกัน

ค. การโต้แย้งกันในการพิจารณาในครั้งเดียวหรือหลายครั้งแต่ไม่ห่างกันมากนัก ทั้งนี้ เพื่อให้ประโยชน์ที่จะได้จากความสัมพันธ์ในทันทีทันใดระหว่างศาลกับพยานต้องหมดไปหากการดำเนินกระบวนพิจารณามีลักษณะที่ยืดเยื้อใช้เวลานาน และแม้จะเป็นที่ทราบกันดีว่าการนัดพิจารณาของศาลไม่ใช่มีแต่เรื่องการถกเถียงกันด้วยวาจาตามธรรมดา แต่ยังเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมาย หรือเป็นเพียงเรื่องศิลปะในการพูดในศาล แต่โดยหลักแล้วการนัดพิจารณาในศาลเป็นเรื่องการดำเนินการและการถกเถียงในเรื่องพยานต่อหน้าศาลที่ตัดสินคดี สิ่งเหล่านี้ไม่ได้หมายความว่า การโต้แย้งกันด้วยวาจานั้นไม่สามารถหรือไม่ควรที่จะมีการเตรียมกันเป็นอย่างดีมาก่อน ดังเช่นวิธีการ discovery และการแลกเปลี่ยนเอกสารกัน

ดังนั้น ข้อพิจารณาถึงเรื่องความสำคัญในปัจจุบันของการพิจารณาด้วยวาจานั้น จึงเป็นสิ่งที่อยู่รอบๆ ของความคิดเกี่ยวกับการถกเถียงกันด้วยวาจา การรับฟังพยานอย่างวิพากษ์วิจารณ์ การพิจารณาด้วยวาจาและโดยเปิดเผย การพิจารณาอย่างเข้มข้นและกระชับเท่าที่จะเป็นไปได้

การสืบพยานต่อหน้าผู้พิพากษาที่จะทำการตัดสินคดี¹³ ในแง่ดังกล่าวนี้ การดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยวาจาอาจมีอยู่สองความหมาย คือ ประการแรก เป็นกระบวนพิจารณาที่รวดเร็วกว่า เข้มข้นกว่า มีประสิทธิภาพมากกว่า และประการที่สอง เป็นกระบวนพิจารณาที่เป็นกระบวนการที่เป็นรูปธรรมมากกว่าในการค้นหาข้อเท็จจริง และในการพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยาน

(2) กระบวนพิจารณาด้วยวาจาและความคิดทางสังคมนิยมของความยุติธรรมและแนวความคิดทางสังคมของความยุติธรรมและของกฎหมาย

¹³ ดังเช่นที่นายชิโอเวนดา (Chioevenda) ได้กล่าวไว้ว่า ความอิสระในเรื่องความเชื่อมั่นของศาล (la liberté de conviction du juge) ซึ่งถือว่าเป็นความก้าวหน้าในประวัติศาสตร์ของการพัฒนาความคิดของมนุษย์นั้น เป็นเสมือนเสาหลักของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีอาญาและคดีแพ่ง แต่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยใช้เอกสารที่มีขึ้นตอนที่ซับซ้อนนั้นจะทำให้ความอิสระในเรื่องความเชื่อมั่นของศาลนั้นต้องสูญหายไป.

นายแคพเพลเลตตี (Cappelletti) เห็นว่าความสำคัญของกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาอาจพิจารณาได้ในแง่ของความก้าวหน้าของความเป็นสังคมนิยมของกฎหมายและกระบวนการพิจารณา สถานการณ์ดังกล่าวไม่ได้มีอยู่เฉพาะในประเทศสังคมนิยมเท่านั้น แต่ยังมีปรากฏในประเทศยุโรปตะวันตกด้วยเช่นกัน

ผู้ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของออสเตรียฉบับปี ค.ศ. 1895 ได้เห็นชอบกับแนวความคิดที่ว่า กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเปรียบเทียบกับ Wohlfahrts einrichtung กล่าวคือ เปรียบเสมือนเป็นสถาบันสำหรับสังคมที่ดี โดยในความคิดเรื่องสังคมของกระบวนการยุติธรรมนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่ใช่เป็นเพียงกรรมการที่แยกตัวออกไปต่างหากจากการต่อสู้กันในคดีและไม่ได้มีบทบาทเข้ามาควบคุมกระบวนการพิจารณา ไม่ได้จำกัดบทบาทแต่เพียงเป็นผู้ชี้ขาดคดีภายหลังการต่อสู้กันทางศาลของกลุ่มความ แต่ศาลจะมีบทบาทไม่ใช่เฉพาะแต่เพียงเป็นผู้ชี้ขาดคดีภายหลังการต่อสู้กันทางศาลของกลุ่มความ แต่ศาลจะมีบทบาทไม่ใช่เฉพาะแต่เพียงเรื่องการชี้แนะเรื่องวิธีการและรูปแบบที่ใช้ควบคุมให้มีการปฏิบัติตามหลักการพิจารณาที่เป็นธรรม และให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยปกติและรวดเร็วเท่านั้น แต่ยังคงต้องมีบทบาทในเนื้อหาของคดีด้วย กล่าวคือ นับตั้งแต่ในชั้นการเตรียมคดีก่อนมีการพิจารณาสืบพยานหรือที่เรียกว่าชั้นรวบรวมข้อมูลของคดี ศาลจะมีภาระหน้าที่ในเชิงรุกและเป็นผู้ช่วยเหลือกลุ่มความ โดยการปรึกษาหารือกับกลุ่มความถึงการเสนอคำร้องหรือคำขอต่างๆ ร่วมมือในการค้นหาความจริง เพื่อที่จะให้ชัยชนะตกอยู่กับกลุ่มความที่มีเหตุผลจริงๆ ไม่ใช่ตกอยู่กับกลุ่มความที่ได้เปรียบเนื่องจากการร่ำรวยกว่าหรือมีไหวพริบมากกว่า หรือดังเช่นที่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องสถานการณ์ของความเป็นประชาธิปไตยโดยของกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง ซึ่งบุคคลทุกคนแม้จะไม่รู้หนังสือก็สามารถพึ่งพาศาลได้ สภาพการณ์หรือสถานการณ์ดังกล่าวยิ่งจะมีความสำคัญโดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บังคับว่ากลุ่มความจะต้องมีทนายความคอยช่วยเหลือดังเช่นในกรณีของสวีเดนและประเทศสังคมนิยม หรือสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีบางประเภท¹⁴

นายแคพเพลเลตตี (Cappelletti) กล่าวว่า เป็นที่น่าเสียดายว่าการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและความไม่ยุติธรรมที่เคยเกิดขึ้นมาหลายศตวรรษจากการที่ศาลวางตัวเป็นกลางโดยสิ้นเชิง หรือการที่ศาลไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวกับคดี หรือการที่เรื่องความเท่าเทียมกันเป็นเพียงแต่รูปแบบ

¹⁴ ในประเทศโรมาเนียนั้น หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาช่วยให้กลุ่มความมาใช้บริการศาลได้โดยสะดวกโดยที่อนุญาตให้กลุ่มความมาฟ้องคดีด้วยวาจา หลักการนี้ช่วยทำให้กลุ่มความที่ยากจนไม่จำเป็นต้องพาผู้เชี่ยวชาญในการกร่างคำกลุ่มความต่างๆ.

นั้น ยังคงมีอยู่ต่อไป¹⁵ และอาจสรุปได้ว่าทฤษฎีเรื่องพยานโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นตัวอย่างในสมัยเก่า ในขณะที่ทฤษฎีแข่งขันกีฬา (sporting theory) ของกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งซึ่งศาลมีบทบาทเพียงกรรมการของการแข่งขันเป็นตัวอย่างในสมัยใหม่

อาจจะกล่าวได้ว่า การที่จะทำให้เกิดความคิดเกี่ยวกับเรื่องสังคมของการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาเป็นจริงในทางปฏิบัติ นั้น เป็นที่แน่นอนว่าจำเป็นที่จะต้องมี “ผู้พิพากษาที่ดี” (granda magistrature) กล่าวคือ เป็นผู้พิพากษาที่ซื่อสัตย์ ตระหนักถึงปัญหาของสังคมเป็นอย่างดี และกระตือรือร้นเอาการเอางาน และดังเช่นที่เคยเป็นอยู่เสมอว่า การวิเคราะห์ปัญหาของกระบวนการยุติธรรมมักจะต้องมุ่งไปสู่ตัวบุคคลที่เป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งที่ผ่านมานั้นศาลสวีเดนก็ช่วยทำให้การปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความสมัยใหม่เป็นจริงได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างที่สนับสนุนเป็นอย่างดี

(3) กระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและสังคมสมัยใหม่

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนี้นายแคพเพเลเลทติ (Cappelletti) ได้สรุปว่า แนวโน้มของวิวัฒนาการที่มีลักษณะร่วมกัน (แม้ว่าจะได้มีการดำเนินการในลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศหรือแต่ละกลุ่มกฎหมาย) ซึ่งดูเหมือนจะมีแนวทางไปยังกระบวนการพิจารณาที่ทันสมัย เนื่องจากกระบวนการพิจารณาดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดสมัยใหม่ของปัญหาพื้นฐานของชีวิตและของสังคม¹⁶

โดยในช่วงแรกในระหว่างสองศตวรรษที่ 18 และที่ 19 นั้นได้มีแนวโน้มโดยทั่วไปที่จะจัดกระบวนการพิจารณาที่ซับซ้อน เต็มไปด้วยรูปแบบพิธีรีตองและยึดเยื้อ โดยเปล่าประโยชน์ ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นมรดกตกทอดมาจากสมัยกลางและสมัย Baroque จากสังคมที่ผ่านระบบศักดินามาสู่สังคมพวชนชั้นกลาง การค้า และอุตสาหกรรมไปสู่สังคมที่มีลักษณะประหยัดและมีประสิทธิภาพ

¹⁵ หนึ่งในข้อพิจารณาเรื่องความเท่าเทียมของกลุ่มเฉพาะแต่ในรูปแบบนั้นจะพัวพันอยู่กับเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และความสามารถในการที่จะมาใช้บริการจากศาล โดยการยืนยันที่ว่าทุกคนมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือจากศาลไม่มีความหมายสำหรับคนที่ยากจนหรือด้อยความรู้ สิ่งนี้จึงก่อให้เกิดมาตรการให้ความช่วยเหลือทางศาลแก่บุคคลที่ด้อยโอกาสดังกล่าว.

¹⁶ หลักการบางประการได้ถูกนำไปกำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประชาคมยุโรป โดยเฉพาะตามมาตรา 6 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดหลักประกันในกระบวนการพิจารณา เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมในแต่ละประเทศสมาชิกดำเนินไปด้วยดี โดยในส่วนของคดีแพ่งนั้นได้กำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องเปิดเผยและดำเนินไปในระยะเวลาที่สมควร.

ความเคลื่อนไหวของการปฏิรูปกฎหมายไม่ใช่ได้รับอิทธิพลแต่เพียงจากลักษณะดังกล่าวเท่านั้น แต่ยังได้รับอิทธิพลจากคุณค่าทางอุดมคติที่ลึกซึ้งซึ่งมากกว่าอันได้แก่คุณค่าที่สอดคล้องกับรูปแบบของเสรีนิยมของการจัดองค์กรของสังคมซึ่งส่งผลต่อระบบกระบวนการพิจารณาแนวความคิดทางการเมืองได้แสดงออกทางแนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยและนำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์ลักษณะกระบวนการพิจารณาและการสืบพยานดั้งเดิมที่เป็นการลับในช่วงการปฏิวัติเสรีนิยมในยุโรปหรือการปฏิวัติฝรั่งเศสนั่นเอง

แต่แนวโน้มของวิวัฒนาการร่วมกันยังได้พัฒนาไปโดยเกี่ยวเนื่องกันกับแนวความคิดของเรื่องเหตุผล (gnos éologique) ที่ทันสมัยขึ้นซึ่งสะท้อนให้เห็นโดยเฉพาะในกฎหมายเกี่ยวกับพยาน ในสมัยกลางเรื่องพยานตามกฎหมาย รวมทั้งเรื่องระบบการไม่รับฟังพยานของอังกฤษนั้นเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดที่ฝักใฝ่อยู่กับเรื่องนามธรรม เรื่องความจริงโดยเด็ดขาดและโดยรูปแบบ แนวความคิดดังกล่าวตรงกันข้ามกับ “กระบวนการวิธีการที่เกี่ยวกับประสบการณ์” (méthode expérimentale) ของการรับรู้หรือความเข้าใจ ส่วนการปฏิวัติครั้งใหญ่ของความคิดนั้นตั้งอยู่บนกระบวนการที่เป็นวิทยาศาสตร์ซึ่งฝักใฝ่อยู่กับการสังเกตการณ์โดยตรง การอนุมาน (déduction) จากข้อเท็จจริงทั่วไปไปสู่เรื่อง ดังนั้นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาจึงหมายถึงการยกเลิกระบบพยานซึ่งถือว่าล้าสมัย เนื่องจากระบบดังกล่าวพยายามที่จะสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้นหาความจริง ซึ่งตามแนวความคิดสมัยใหม่ต้องการจะมอบให้ขึ้นอยู่กับการสังเกตการณ์ที่เป็นรูปธรรมและการวิเคราะห์เชิงวิพากษ์วิจารณ์ของศาลแทน¹⁷ ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นระบบพยานตามคฤปิณีจของศาล (le système de la preuve morale)

ประการสุดท้าย แนวโน้มในการพัฒนาได้แสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวพันกับแนวความคิดเรื่องสังคมของกฎหมายและกระบวนการพิจารณาซึ่งจะเห็นได้จากการที่จำนวนคดีมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นทุกขณะและมีขอบเขตกว้างขวาง จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้และเป็นสิ่งที่ควรจะเป็นว่า เราต้องเน้นย้ำในลักษณะของความเท่าเทียมกัน ไม่ใช่เฉพาะแต่เพียงรูปแบบ แต่ที่เป็นความเท่าเทียมกัน โดยแท้ อันเป็นเจตนารมณ์ของมนุษย์ในยุคปัจจุบัน

สรุปได้ว่า ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอนต่างๆ คู่ความจะได้เสนอคำคู่ความ กล่าวอ้างข้อเท็จจริง ยกปัญหาข้อกฎหมาย พิสูจน์หักล้างข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้

¹⁷ นายชิโอเวนดา (Chiovenda) ได้กล่าวว่า กระบวนการพิจารณาที่ถูกครอบคลุุมโดยหลักการความเป็นอิสระในความเชื่อมั่นของศาลจะมีได้เฉพาะกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา เนื่องจากกระบวนการพิจารณานี้เท่านั้นที่ช่วยให้ศาลสามารถสร้างความมั่นใจขึ้นมาจากการสังเกตการณ์เป็นส่วนตัวและโดยตรงเข้ากับเนื้อหาสาระของคดี และจำเป็นที่จะต้องเข้าใจกระบวนการพิจารณาในความหมายที่ว่า เป็นกระบวนการพิจารณาที่ผู้พิพากษาซึ่งตัดสินคดีกับผู้พิพากษาที่รับฟังข้อเท็จจริงเพื่อให้ผู้พิพากษาเกิดความมั่นใจนั้นเป็นคนๆ เดียวกัน.

ของคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม ซึ่งการดำเนินการต่างๆ อาจจะทำโดยปากเปล่าหรือโดยเอกสาร การเลือกรูปแบบของการดำเนินการดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับเฉพาะปัญหาเรื่องความง่ายหรือความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณา แต่ยังเกี่ยวข้องกับปัญหาเกี่ยวกับผลประโยชน์ต่างๆ อีกเป็นจำนวนมากและยังเกี่ยวพันซึ่งกันและกันกับหลักเรื่องการพิจารณาโดยเปิดเผย

กระบวนการพิจารณาด้วยวาจาจะเป็นกระบวนการที่รวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อยและโดยทั่วไปไม่ยุ่งยากซับซ้อน ช่วยทำให้คู่ความสะดวกในการที่จะเสนอข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่ความไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายและไม่มีผู้ปฏิบัติงานทางด้านกฎหมายให้ความช่วยเหลือ กระบวนการแบบนี้ยังช่วยให้ศาลสามารถทราบรายละเอียดของข้อเท็จจริงในคดีได้ดียิ่งขึ้น สามารถซักถามปัญหาต่างๆ ที่ศาลเห็นว่าจำเป็นและทำให้ได้รับคำตอบที่ชัดเจน และยังเป็นหลักประกันว่าศาลจะได้ทราบถึงประเด็นข้อโต้แย้งกันระหว่างคู่ความทุกเรื่อง

สำหรับประโยชน์ของกระบวนการพิจารณาโดยเอกสารนั้น คือการที่ข้อโต้แย้งต่างๆ ของคู่ความได้ถูกระบุลงไว้ในเอกสารช่วยให้ศาลสามารถตรวจสอบได้อย่างพินิจพิเคราะห์ และลึกซึ้งมากกว่า ทำให้คู่ความสามารถเตรียมเหตุผลของตนอันเปรียบเสมือนการที่สามารถ “ลับอาวุธให้คม” (fourbir les armes) และสามารถที่จะลงไปในรายละเอียดทั้งในข้อกล่าวอ้างของตนและข้อโต้แย้งของคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม กระบวนการพิจารณาจึงเป็นการดำเนินไปโดยเอกสาร แต่ในปัจจุบันนี้ ตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศต่างๆ รูปแบบของกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารยังคงเป็นกรณียกเว้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณาอยู่

กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้พยายามที่จะผสมผสานรูปแบบกระบวนการพิจารณาทั้งสองโดยการโต้เถียงกันของคู่ความนั้น โดยหลักจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา แต่สำหรับขั้นตอนกระบวนการพิจารณาที่สำคัญนั้นจะต้องกระทำด้วยเอกสารเสนอต่อศาล เช่น คำฟ้องและคำคู่ความต่างๆ ส่วนการโต้เถียงกันต่อหน้าองค์คณะผู้พิพากษา โดยหลักคู่ความมีสิทธิที่จะกระทำด้วยวาจาได้ นอกจากนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจามักจะใช้กันมากในคดีวิสามัญมากกว่าในคดีสามัญ และในศาลชำนาญพิเศษต่างๆ มากกว่าศาลธรรมดา และอาจจะสรุปได้ด้วยว่า กระบวนการพิจารณาด้วยวาจามักจะใช้กันมากในคดีที่มีกระบวนการพิจารณาเป็นแบบกล่าวหา คดีแพ่ง และกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารมักจะใช้กันมากในคดีที่มีกระบวนการพิจารณาเป็นแบบไต่สวน เช่น คดีปกครอง ซึ่งคดีปกครองยังมีสาเหตุของการใช้กระบวนการพิจารณาเอกสารอันเนื่องมาจากเป็นคดีที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงแตกต่างจากคดีแพ่งซึ่งมักจะเป็นปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งจำเป็นต้องมีการโต้เถียงกันด้วยวาจา

ในส่วนของการสืบพยานอาจสรุปวิวัฒนาการได้ว่า การที่ได้มีการตระหนักถึงลักษณะในเชิงมหาชนของวิธีพิจารณาคดีความแพ่งมากขึ้นก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในเรื่องพยานหลักฐานทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยมีการผ่อนคลายหลักการนำเสนอพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งเดิมยึดถือรูปแบบอย่างเคร่งครัด มาเป็น โดยเปิดเผยและยืดหยุ่นมากขึ้น เพื่อให้มีการรับฟังพยานหลักฐานที่สมบูรณ์ ลดการชั่งน้ำหนักพยานในเชิงปริมาณให้เหลือน้อยที่สุด และให้มีการพิจารณาทั้งในแง่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้อย่างเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากขึ้น

การเปลี่ยนแปลงเริ่มขึ้นเมื่อปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และภาคพื้นยุโรป โดยในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ คือ

ก. การยกเลิกวิธีการชั่งน้ำหนักพยานในเชิงปริมาณแบบคณิตศาสตร์มาเป็นการชั่งน้ำหนักแบบหลักฐานโดยอิสระ ซึ่งเริ่มโดยฝรั่งเศสจากการปฏิวัติฝรั่งเศสและมีการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1806 และมีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงในประเทศอื่นแต่ก็มีความเคลื่อนไหวค่อนข้างช้า เช่น ในประเทศเยอรมันนั้นก็ได้มีการปรับปรุงกฎหมายในปี ค.ศ. 1877 ประเทศออสเตรีย และ ค.ศ. 1895 และกว่าจะขยายวงไปในประเทศยุโรปอื่นรวมทั้งประเทศกลุ่มสแกนดิเนเวียก็เมื่อศตวรรษที่ผ่านมาเอง

ข. มีแนวโน้มที่จะพิจารณาพยานหลักฐานโดยไม่ต้องมีสื่อกลางเพิ่มขึ้น ในระยะแรก เช่น ในฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1806 แม้คู่ความจะเริ่มได้รับอนุญาตให้มาให้การได้ แต่การสืบพยานจะกระทำโดยผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบสำนวนที่อาจไม่ใช่ผู้พิจารณาคดี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1958 ที่เริ่มมีการปฏิรูปในเรื่องนี้ ส่งผลให้ในปัจจุบันการรวบรวมพยานหลักฐานของศาลฝรั่งเศสกระทำโดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีด้วยและจะสามารถถ่ายทอดความคิดเห็นของตนเกี่ยวกับพยานหลักฐานทั้งหมดต่อองค์คณะได้สำหรับในประเทศอื่นมีวิวัฒนาการค่อนข้างช้าเช่นกัน เช่น ในประเทศเยอรมัน ประมวลกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1877 บัญญัติให้มีการสืบพยานต่อองค์คณะผู้พิพากษา ยกเว้นบางกรณีเท่านั้นที่การสืบพยานกระทำโดยผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมาย แต่ทางปฏิบัติแล้วใช้วิธีที่เป็นข้อยกเว้นนี้มากกว่า

ค. การเปลี่ยนแปลงในเรื่องพยานที่ไม่อาจรับฟังได้ โดยจากเดิมเช่นในฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายนโปเลียนที่ถือระบบการชั่งน้ำหนักพยานในเชิงปริมาณแบบคณิตศาสตร์ได้มีการตัดพยานที่ถือว่ารับฟังไม่ได้อย่างเคร่งครัดไม่ให้มาให้การหากถูกคัดค้าน เช่น ผู้ที่เคียดแค้นและกินร่วมกับคู่ความหรือคนในครอบครัว แต่ต่อมาเมื่อไม่ใช่หลักการชั่งน้ำหนักพยานแบบเดิมแล้วก็มีความเห็นว่าไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธพยานเหล่านั้นและมีแนวโน้มที่จะให้บุคคลที่มี

ส่วนได้เสียกับคู่ความมาให้การได้ หรือในอดีตเดิม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 247 ห้ามผู้เกี่ยวข้องกับคู่ความ เช่น คู่สมรส ญาติสายตรง หรือเขยสะใภ้มาให้การ แต่ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 1974 มีคำวินิจฉัยว่ามาตราดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะเป็นการจำกัดสิทธิของคู่ความในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเดิมในเรื่องนี้เป็นคนละกรณีกับหลักพยานหลักฐานบางเรื่องที่เป็นแนวคิดใหม่ที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Common Law) และคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น หลักเอกสิทธิ์ในการให้การ (testimonial privilege) ที่คู่ความมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้สืบพยานจากบางบุคคลได้ เช่น ข้อมูลที่เป็นความลับจากการติดต่อกับทนายความ แพทย์ นักบวช หรือคู่สมรส เว้นแต่คู่ความนั้นจะยินยอม ซึ่งเป็นหลักที่มีที่มาจากแนวคิดอื่น ได้แก่ หลักการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวหรือความสงบสุขในครอบครัว

ง. การยกเลิกการทำสาบานและการขอให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตอบคำถามล่วงหน้าในกรณีการทำสาบาน (decisory oaths) เป็นหลักการที่ใช้มาตั้งแต่สมัยยุคกลางซึ่งเป็นปกติใช้ข้อเท็จจริงที่คู่ความเป็นผู้สาบานพิสูจน์ซึ่งผลของคดีอย่างเด็ดขาด ต่อมาเห็นว่าไม่แน่ว่าแม้คู่ความสาบานก็ยังไม่อาจบอกความเท็จ จึงได้มีการยกเลิกหลักนี้ในยุโรปหลายประเทศ เริ่มจากประเทศออสเตรียในปี ค.ศ. 1895 ประเทศอิตาลีปี ค.ศ. 1911 ประเทศรัสเซียปี ค.ศ. 1917 ประเทศนอร์เวย์ปี ค.ศ. 1927 และประเทศเยอรมันปี ค.ศ. 1933 บางประเทศยังคงใช้อยู่บ้างแต่ไม่มากนัก เช่น สเปน เนเธอร์แลนด์ อิตาลี เบลเยียม และฝรั่งเศส

การขอให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตอบคำถามล่วงหน้า (formal interrogatory) เป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามล่วงหน้าให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตอบ ซึ่งต่อมามองว่าไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาเพราะเป็นการให้ข้อเท็จจริงที่ปราศจากการสาบานตน และคู่ความมีเวลาที่จะสร้างเรื่องเท็จได้ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ส่วนใหญ่จึงมีการยกเลิกหลักนี้ เช่น ออสเตรียในปี ค.ศ. 1895 หรือฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1942 แต่ยังคงมีการใช้อยู่บางประเทศเช่นกัน ได้แก่ อิตาลีและสเปน

อย่างไรก็ดีเมื่อมีการยกเลิกหลักการดังกล่าวคู่ความก็ได้รับการเยียวยาโดยหลักการอื่น เช่น คู่ความจะได้รับการสืบพยานด้วยวาจาอย่างเปิดเผยโดยศาล โดยไม่ถือว่าอยู่ในกลุ่มของพยาน แต่ศาลมักจะใช้อำนาจนี้เฉพาะกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่นเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเทศคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ มีการปฏิรูประบบพยานหลักฐานที่สำคัญสืบเนื่องมาจากข้อวิจารณ์ในปี ค.ศ. 1820 ของเจอร์เรมี เบนธัม นักปรัชญาผู้มีชื่อเสียง ที่มีต่อระบบพยานหลักฐานแบบจำกัด ส่งผลให้มีการเริ่มปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 1830 จนมาถึงจุดสูงสุดในช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 สิ่งที่มีการเปลี่ยนแปลงมีลักษณะเดียวกับที่เกิดในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น

การไม่มีสิทธิให้การเป็นพยานของบุคคลบางประเภทซึ่งเทียบได้กับหลักการตัดพยานของอังกฤษ หรือแนวโน้มการให้วิธีพิจารณาด้วยวาจาโดยไม่มีสื่อกลางก็เป็นหลักเดียวกับที่ศาลชานเซอร์รี่ใช้อยู่ เป็นต้น แต่ในอังกฤษมีการเปลี่ยนแปลงเร็วกว่าในยุโรป เช่น ได้มี Lord Denman's Act ในปี ค.ศ. 1843 บัญญัติให้ผู้มีส่วนได้เสียในคดีสามารถให้การในคดีได้ เว้นแต่คู่ความและคู่สมรสที่ยังคง ถูกห้ามอยู่จนถึงปี ค.ศ. 1846 ใน County Court Act จึงบัญญัติให้ผู้มีส่วนได้เสียทุกคนรวมทั้งคู่ความมีสิทธิ เป็นพยานในศาล County ถูกถามคำถามได้ และต่อมาก็ขยายหลักการนี้ไปในทุกศาลของเกาะอังกฤษ จากนั้นจึงได้มี The Supreme Court of Judicature Act ในปี ค.ศ. 1873 ได้ยกเลิกการรวบรวมพยาน หลักฐานด้วยลายลักษณ์อักษรโดยผ่านทางผู้ทำสำนวน (examiners)

ในยุคปัจจุบันของอังกฤษ ได้มีการพัฒนาระบบพยานหลักฐาน เช่น ใน Evidence Act ค.ศ. 1938 ถือหลัก "best evidence" ซึ่งจำกัดการเสนอพยานเอกสารชั้นที่สองใน หลายกรณี หรือตามข้อเสนอแนะของ Law Reform Commission ให้ลดการใช้หลักพยานบอกเล่าใน คดีแพ่งซึ่งปรากฏใน Civil Evidence Act ค.ศ. 1968 และ Evidence Act ค.ศ. 1972 นอกจากนี้ ยังมี ความเคลื่อนไหวอื่น เช่น การลดการใช้ระบบลูกขุนในคดีแพ่ง เป็นต้น สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ก็มีการปฏิรูปในทำนองเดียวกันอย่างรวดเร็วหลังการปฏิรูปในอังกฤษ

สำหรับรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทย จะเห็นได้ว่าเป็นการผสมผสานระหว่างกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารในลักษณะ ทำนองเดียวกับที่ได้กล่าวข้างต้น และอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการพิจารณาของเรามีลักษณะอย่าง เดียวกับประเทศในกลุ่ม Common Law ที่ให้ความสำคัญกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา มากกว่ากระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยเฉพาะในขั้นตอนของการสืบพยาน และตัวอย่างที่น่าจะ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงประโยชน์หรือความสำคัญของการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา น่าจะเป็นเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีมโนสารและคดีไม่มีข้อผูกมัดที่ได้มีการแก้ไขใหม่ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2542 โดยการแก้ไขนี้มีจุดประสงค์ประการหนึ่งคือการส่งเสริมให้ประชาชนสามารถมาใช้สิทธิทาง ศาลด้วยตนเองได้ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญกับรูปแบบของการดำเนินกระบวนการ พิจารณาด้วยวาจาซึ่งไม่ยุ่งยากซับซ้อนและเป็นทางการจนเกินไป อย่างไรก็ตามในระยะหลัง ประเทศในกลุ่ม Common Law ก็ยังยอมรับว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในบางขั้นตอนหรือ แม้กระทั่งในเรื่องการสืบพยานบุคคลในบางเรื่องนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารจะ เป็นประโยชน์มากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา ดังเช่นกรณีการใช้บันทึกคำเบิกความ แทนการซักถามด้วยวาจา ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางของไทยเราก็ ได้นำวิธีการดังกล่าวมาใช้ และมีผู้เสนอให้นำวิธีการบันทึกคำเบิกความแทนการซักถามพยานด้วย

วามาใช้ในคดีแพ่งด้วย กรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นกรณีข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาด้วยวาจาที่ใช้ในการสืบพยานบุคคล

2.1.3 วิธีพิจารณาแบบเอกชนนิยมคู่แนวคิดแบบสวัสดิการสังคม

นับแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและมีการพัฒนาทางกฎหมายที่สำคัญส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงจากแนวคิดแบบดั้งเดิมของวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเริ่มจากการเกิดแนวคิดเรื่องรัฐสวัสดิการ ซึ่งมองว่ารัฐมีภาระในการดูแลสวัสดิการของประชาชน และสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งของประชาชนคือสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการศาล โดยในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 รับรองการเข้าถึงเฉพาะรูปแบบการฟ้องคดีอย่างเป็นทางการ แต่ต่อมามีกระแสให้รัฐมีหน้าที่ทำให้ศาลเป็นองค์กรที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้อย่างแท้จริง ซึ่งเป็นผลจากนโยบายทางสังคม บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และแม้กระทั่งกระแสสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น European Convention on Human Rights นอกจากนี้รัฐยุคใหม่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการทำให้นโยบายทางสังคมบรรลุผล เช่น นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมทางอากาศ ความเท่าเทียมกันในการทำงาน หรือความปลอดภัยในการทำงาน ซึ่งการบังคับการให้เป็นไปตามนโยบายเหล่านี้ต้องใช้กลไกการฟ้องคดี และโดยที่มีบุคคลในสังคมบางกลุ่มที่ต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เช่น ผู้บริโภค ผู้อนุรักษ์สิ่งแวดล้อม หรือผู้ยากไร้ที่เป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติ มักจะเป็นผู้ที่ด้อยโอกาสในการจะฟ้องคดีเพื่อป้องกันสิทธิของตน จึงก่อให้เกิดช่องว่างหรือความต้องการทางกฎหมายที่สังคมต้องเข้ามาดูแล ซึ่งลักษณะนี้เองที่เรียกว่าเป็น “กระแสการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม”

ประเทศในยุโรปตะวันตกเป็นกลุ่มแรกที่เริ่มแนวคิดแบบรัฐสวัสดิการ ซึ่งส่งผลให้เกิดการปฏิรูปทางด้านวิธีพิจารณาเพื่อให้เกิดการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เช่น การใช้วิธีพิจารณาด้วยวาจา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศออสเตรียปี 1895 ที่ทำให้ศาลไม่เพียงดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้นแต่ยังสามารถช่วยเหลือคู่ความฝ่ายที่ด้อยโอกาสในการรักษาสิทธิของตนได้ และยังสนับสนุนการยุติคดีไปในทางที่สอดคล้องกับนโยบายสวัสดิการสังคมที่นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายได้ในเยอรมันจากการปฏิรูปในยุค Weimar Republic มีรัฐบาลเป็นผู้นำร่องในการให้เงินช่วยเหลือโครงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (legal aid scheme) ซึ่งเริ่มในปี ค.ศ. 1921 หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองเริ่มมีการใช้ระบบรัฐสวัสดิการมากขึ้น ประเทศอื่นๆ เช่น อังกฤษมีการตรากฎหมาย Legal Aid and Advice Act ค.ศ. 1949 และเนเธอร์แลนด์มีการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 1956 ถือว่าการเข้าถึงทนายความเป็นสิทธิด้านสวัสดิการสังคม

เพื่อความสะดวกในการศึกษาอาจสรุปกระแสการปฏิรูปในเรื่องนี้ต่อมาเป็นช่วงๆ ดังนี้

1) การปฏิรูปช่วงแรก

เริ่มตั้งแต่กลางทศวรรษ 1960 ซึ่งการปฏิรูปการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงเป็นสองทาง คือกลุ่มแรกเป็นการให้ความช่วยเหลือโดยทางสาธารณกุศล เช่น ในออสเตรเลียและฝรั่งเศส และอีกกลุ่มหนึ่งเป็นการให้เงินอุดหนุนจากรัฐ เช่น ในอังกฤษ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เนเธอร์แลนด์ และสวีเดน มีการให้เงินช่วยเหลือจ้างทนายความหรือที่เรียกว่า “judicare” แต่ต่อมาปรากฏว่าการจ้างทนายความตามที่ได้รับความช่วยเหลือนี้มักจะใช้ได้ดีในคดีประเภทคดีครอบครัวหรือคดีอาญา แต่ไม่ค่อยช่วยเหลือได้ในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิทางสังคมใหม่ๆ เช่น การคุ้มครองผู้บริโภค สิทธิทางสวัสดิการสังคมหรือการถูกเลือกปฏิบัติ ดังนั้นในสหรัฐอเมริกาได้มีการปฏิรูปในปี ค.ศ. 1965 โดยใช้รูปแบบการมีเจ้าหน้าที่ของสำนักงานอัยการและสำนักงานกฎหมายเพื่อนบ้าน (neighborhood law offices) รูปแบบทำนองนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ที่ปรึกษากฎหมายทางสังคม” (social advocacy) เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ยากไร้และเป็นตัวแทนการปกป้องผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลโดยใช้วิธีการฟ้องคดีแบบต่างๆ เช่น การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) ตลอดจนใช้วิธีการโน้มน้าวฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้ความช่วยเหลือ รูปแบบนี้แพร่หลายทั่วไปในประเทศอื่นด้วย เช่น ออสเตรเลีย เบลเยียม แคนาดา อังกฤษ เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ และแม้แต่ในฝรั่งเศสก็มีการใช้รูปแบบนี้อยู่บ้าง แม้ว่ารูปแบบการให้ความช่วยเหลือแบบนี้อาจมีข้อได้เปรียบอยู่บ้าง แต่ก็ยังคงเป็นที่นิยมอยู่ เช่น ในอังกฤษจนถึงปลายปี ค.ศ. 1982 มี “law centres” อยู่กว่า 40 แห่ง

2) การปฏิรูปช่วงที่สอง

การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ยากไร้โดยการเรียกร้องร่วมกันเป็นกลุ่ม ต่อมาใช้เป็นแนวทางให้แก่กลุ่มผู้ที่ถูกระทบกระเทือนสิทธิประเภทอื่น เช่น ผู้บริโภค ผู้อนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ซึ่งยากที่จะหาว่าประชาชนคนใดเป็นผู้เสียหายโดยตรงเพียงพอที่จะเป็นผู้ฟ้องคดี จึงไม่เหมาะที่จะใช้รูปแบบการฟ้องคดีโดยเอกชน และไม่เหมาะเช่นกันที่จะใช้รูปแบบการบังคับการโดยหน่วยงานของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นจึงเกิดรูปแบบใหม่ในการดำเนินคดีประเภทดังกล่าว เช่น การดำเนินคดีแบบกลุ่มที่เริ่มจากประเทศในกลุ่มเองโกล-อเมริกัน การฟ้องคดีโดยองค์กร (organizations) ตัวแทนกลุ่มผู้ถูกระทบสิทธิ เช่น องค์กรคุ้มครองผู้บริโภค หรือองค์กรสิ่งแวดล้อม ซึ่งเริ่มในประเทศภาคพื้นยุโรป และอีกรูปแบบหนึ่งคือ การฟ้องคดีเกี่ยวเนื่องเพื่อให้ศาลมีการออกคำสั่งหรือการประกาศรับรองสิทธิ โดยผู้ที่ได้รับการอนุญาตจากอัยการสูงสุด ซึ่งในการพิจารณาของศาลในคดีประเภทนี้เป็นเรื่องที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับนโยบายทางการเมืองสูง เช่น ต้องพิจารณาว่าการปล่อยมลพิษ

ระดับใดจึงจะถือว่าสมเหตุสมผล หรือควรจะต้องใช้เงินเท่าใดในการควบคุมในเรื่องดังกล่าวซึ่งศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของแต่ละฝ่ายเป็นอย่างมาก

3) การปฏิรูปช่วงที่สาม

นอกจากการปฏิรูปทางรูปแบบการฟ้องคดีแล้วยังได้มีการพิจารณาทางด้านตัวสถาบันที่เกี่ยวข้องทางกฎหมาย เช่น การให้มีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอย่างเพียงพอการจัดองค์กรศาลและวิธีพิจารณาที่ง่ายขึ้น ตลอดจนสนับสนุนให้มีองค์กรระงับข้อพิพาทแบบอื่น เพื่อเอื้อให้มีการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์สำคัญ คือ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ในคดี Airey เมื่อปี ค.ศ. 1979 โดยคดีนี้ศาลเห็นว่ากฎหมายของไอร์แลนด์ไม่มีหลักประกันเพียงพอที่จะให้หญิงที่เป็นชนพื้นเมืองเข้าถึงกระบวนการศาลได้ ซึ่งศาลเห็นว่า การที่จะสร้างหลักประกันดังกล่าวได้อาจกระทำโดยการมีองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือไม่ก็โดยการทำให้วิธีพิจารณาของศาลง่ายขึ้น

ตัวอย่างของวิธีการที่ถือเป็นการปฏิรูปในช่วงที่สามนี้ก็เช่นการกำหนดวิธีการสำหรับคดีมโนสำเนา หรือคดีเรียกร้องเล็กน้อยโดยเฉพาะคดีร้องเรียนของผู้บริโภค การกำหนดสถาบันตัดสินคดีที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยหรือเพื่อเป็นทางเลือก เช่น อนุญาโตตุลาการ การพิจารณาโดยผู้พิพากษานายเดียว การส่งเสริมให้มีการประนีประนอมกันก่อนการฟ้องคดี ตลอดจนมีการเปลี่ยนแปลงการจัดองค์กรทางวิชาชีพกฎหมาย เช่น สนับสนุนให้มีการใช้ประโยชน์จากผู้ให้คำแนะนำทางกฎหมายที่มีผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ การส่งหมายศาลแบบใหม่ การนำวิธีพิจารณาด้วยเอกสารกลับมาใช้เพื่อลดค่าใช้จ่าย และการขายหลักความประสงค์ของกลุ่มหรือการเพิ่มบทบาทศาลเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายให้ดียิ่งขึ้น เป็นต้น

บทสรุป

นายแคพเพลเลตตี (Cappelletti) และนายการ์ท (Garth) ได้สรุปถึงวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไว้ดังนี้

1) วิธีพิจารณาความมีความแตกต่างตามแต่ละระบบกฎหมาย และเห็นได้ชัดถึงนิวัติวิธีที่ใช้ซึ่งแตกต่างกันในกรณีที่มีความแตกต่างทางแนวคิดพื้นฐานทางสังคมและการเมือง เช่น ระบบกฎหมายของประเทศสังคมนิยมและประเทศสังคมตะวันตกที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบแข่งขัน ในกลุ่มประเทศตะวันตกเองแต่ละประเทศก็มีวิธีพิจารณาความแพ่งที่แตกต่างกันไปแล้วแต่เทคนิคและรายละเอียดที่นำมาใช้ แต่ก็มี ความพยายามที่จะปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการที่เน้นไปทางด้านฝ่ายเอกชน เช่น หลักความประสงค์ของกลุ่มและหลักอื่นๆ ที่สืบเนื่องจากหลักดังกล่าว ซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกปฏิเสธในประเทศสังคมนิยม

2) หลักการพื้นฐานทางวิธีสบัญญัติเหล่านี้ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือแม้กระทั่งการถือเป็นหลักสากลระหว่างประเทศ ทำให้ฝ่ายการเมืองต้องผูกพันในอันที่จะต้องไม่ฝ่าฝืน เช่น ในเยอรมันและอิตาลี ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะจัดตั้งหน่วยงานของรัฐโดยปราศจากหลักประกันสิทธิให้แก่ประชาชนในการนำข้อพิพาทไปสู่ศาลได้ หลักการอื่นๆ ที่สำคัญ เช่น หลักการมิศาลและตุลาการที่เป็นอิสระ การมีความเป็นกลางในการพิจารณาบรรดคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยและโดยวาจาตลอดจนการใช้หลักนิติธรรมในการพิจารณาความเดือดร้อนของประชาชน

ในขณะที่เดียวกันก็ยังคงเห็นภาพพจน์ของศาลที่ติดมาจากรูปแบบในศตวรรษที่ 19 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบาทที่ศาลพึงปฏิบัติตนในปัจจุบัน นอกจากนี้หลักวิธีพิจารณาความบางประการที่สืบเนื่องมาจากยุคดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับรูปแบบรัฐสวัสดิการ รูปแบบวิธีพิจารณาความที่ถือฝ่ายเอกชนเป็นหลักการที่ดีก็จริงแต่ก็มีค่าใช้จ่ายสูง และเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้ที่ไม่สามารถเสียค่าใช้จ่ายนั้นได้ แม้จะมีแนวคิดที่รัฐสามารถให้การอุดหนุนแก่ผู้ขาดโอกาสดังกล่าวได้ แต่การจะนำแนวคิดดังกล่าวมาปฏิบัติก็เป็นเรื่องที่ต้องใช้งบประมาณสูงเช่นกัน การเข้าถึงความยุติธรรมของคนหมู่มากเป็นสิ่งที่ยากจะไปได้กับศาลแบบธรรมดาและการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นรายบุคคล

3) การศึกษาวิเคราะห์ควรคำนึงถึงข้อที่ยังขัดแย้งและเป็นเรื่องละเอียดอ่อนเกี่ยวกับความสำคัญของรายละเอียด ปัญหาในการเข้าถึงความยุติธรรมไม่ควรถูกละเลยอีกต่อไปและสิ่งที่พึงทำคือการทำให้ความเสมอภาคในการเข้าถึงความยุติธรรมไปด้วยกันได้กับหลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาความซึ่งถือว่าเป็นการรักษาคุณภาพของความยุติธรรม ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติและกล่าวโดยทั่วไปยิ่งขึ้นคือการก่อให้เกิดความยุติธรรมของสังคมยังคงเป็นเรื่องสำคัญและเป็นการคุ้มค่าที่จะเห็นความสำเร็จในการปรับเปลี่ยนของวิธีพิจารณาไปในทางที่เป็นอิสระบางส่วนจากทางการเมือง ตัวอย่างที่สำคัญคือการใช้ระบบทางเลือกในการยุติข้อพิพาทนอกศาล และการสร้างกลไกการรวมกลุ่มผลประโยชน์เพื่อความสะดวกในการเรียกร้องสิทธิร่วมกัน วิธีทางดังกล่าวเป็นสิ่งที่ท้าทายของรูปแบบการดำเนินคดีโดยศาล หลักนิติธรรม และสิทธิในการได้รับฟังความ แต่ก็ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นการทำลายหลักการเหล่านั้น อย่างไรก็ตามก็อาจเป็นการคิดในแง่ดีเกินไปว่าการประประนอมข้อขัดแย้งต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างความแตกต่างทางวิธีพิจารณาและความยุติธรรมของสังคมจะเกิดขึ้นได้โดยง่าย สำหรับหลักวิธีพิจารณาแบบเดิมนั้นแม้ว่าจะยังมีการพิจารณาถึงข้อดีข้อดีว่าจะสร้างความเท่าเทียมได้หรือไม่ อย่างไร แต่ในสังคมที่บุคคลยังมีความ

ไม่เท่าเทียมกันนี้ ก็ยังคงถือว่าเป็นวิธีพิจารณาที่แฝงนโยบายที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ที่อ่อนแอและอยู่ในฐานะเสียเปรียบอยู่ด้วยระดับหนึ่ง¹⁸

2.2 แนวความคิดกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2.2.1 จุดประสงค์หน้าที่และความสำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง¹⁹

จุดประสงค์หลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) (ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเองก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายกลุ่มนี้) หรือของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้นมีอยู่ว่า กฎหมายวิธีบัญญัตินั้นมีความเกี่ยวข้องกับสังคมและรัฐอยู่เสมอ โดยสังคมมนุษย์จะดำรงอยู่ได้ก็ต้องอาศัยกฎระเบียบของสังคมซึ่งออกโดยผู้มีอำนาจในสังคมนั้น ในส่วนของกฎเกณฑ์ตามกฎหมายเอกชนนั้น การที่รัฐได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของปัจเจกชนยังไม่เป็นการเพียงพอ แต่รัฐยังมีหน้าที่ที่ต้องบังคับให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการปฏิบัติตามอย่างเป็นรูปธรรม ในกรณีที่มีผู้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เพราะหากรัฐปล่อยให้เอกชนมีอิสระในการที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามหน้าที่กันเองแล้ว ก็จะทำให้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของสังคมไม่มีความมั่นคงและเกิดความวุ่นวายในสังคมตามมาอย่างแน่นอน กระบวนการพิจารณาทางแพ่งของศาลจึงเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่รัฐได้กำหนดเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการที่เอกชนมีความสัมพันธ์กันทางแพ่ง โดยศาลจะเป็นผู้นำหลักกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นแบบแผนใช้บังคับกับคนทุกคนในสังคมไม่ได้เฉพาะเจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (normes générales) มาปรับใช้กับคดีแพ่งแต่ละคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งมีจุดประสงค์เพื่อให้สิทธิต่างๆ ทางแพ่งของผู้ทรงสิทธิสามารถบังคับใช้เป็นธรรมได้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าว ดังตัวอย่างตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้กำหนดว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้...” และตามมาตรา 213 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดต่อไปว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ได้ เว้นแต่สภาพแห่งนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้” ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กระบวนการพิจารณาความแพ่งในศาลนั้นนอกจากจะเป็นหลักประกันสำหรับผลประโยชน์ของเอกชนแล้ว ยังก่อให้เกิดผลดีทำให้เกิดความสงบสุขในสังคมอันเป็นประโยชน์สาธารณะอีกด้วย การที่จะสามารถ

¹⁸ วรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. (2549). *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1*. หน้า 23-55.

¹⁹ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth. (1987). *International Encyclopaedia of Comparative Law*. pp. 3, 14.

บรรลุดูประสงคดังกล่าวได้นั้น กระบวนการพิจารณาจะต้องมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาที่ดีและมีประสิทธิภาพ กล่าวคือเป็นกระบวนการพิจารณาที่ยุติธรรม รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ซึ่งลักษณะทั้งสามประการนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการพิจารณาในศาลโดยทั่วไปเลยทีเดียว²⁰

อย่างไรก็ตาม กว่าศตวรรษมาแล้วที่นักกฎหมายและนักวิชาการพยายามหาความแตกต่างระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติแต่ก็พบว่ายากที่จะแยกความแตกต่างนั้น ได้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีการละเมิดกฎหมายสารบัญญัติซึ่งผู้เสียหายประสงค์จะได้รับการเยียวยาที่จะเห็นได้ชัดถึงบทบาทของกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งแม้มีความเป็นอิสระแต่ไม่อาจแยกจากกฎหมายสารบัญญัติได้อย่างสิ้นเชิง

สำหรับความสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น นักกฎหมายยุคใหม่เริ่มหันมาให้ความสำคัญกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ เนื่องจากตระหนักว่าผลของการพิจารณาคดีอาจถูกกระทบได้จากการความแตกต่างของวิธีพิจารณาความที่นำมาใช้ยิ่งเสียดความแตกต่างของกฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติมิใช่เพียงเรื่องเทคนิคที่ถือเป็นหลักเกณฑ์ควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีในศาล แต่กฎหมายวิธีสบัญญัติมีความสำคัญมากกว่านั้น ในเบื้องต้นกฎหมายนี้เป็นการแสดงบทบาทของรัฐ โดยผ่านองค์กรศาลในการระงับข้อพิพาท ตลอดจนสร้างหลักเกณฑ์และนโยบายทางสารบัญญัติขึ้นใหม่ และเป็นการนำนโยบายของรัฐมาสู่การปฏิบัติโดยผ่านกระบวนการทางกฎหมาย นโยบายของรัฐในเรื่องนี้ เช่น คู่ความควรจะเริ่มฟ้องร้องกันได้เมื่อใด การรวบรวมข้อเท็จจริงและการตั้งข้อเรียกร้องควรทำอย่างไร หรือควรจะส่งเสริมให้มีการยุติข้อพิพาทอย่างเข้มงวดตามที่มีข้อต่อสู้กันหรือควรจะให้มีการประนีประนอมกัน เป็นต้น ซึ่งการที่กฎหมายจะควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมได้มากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับการที่กระบวนการยุติธรรมจะสร้างกติกาอย่างไรนั่นเอง

นอกจากเรื่องของรัฐแล้ว วิธีพิจารณาความยังขยายวงไปถึงประชาชนและวงการธุรกิจที่อาจต้องมีเรื่องฟ้องร้องหรือเป็นคดีความกัน โดยทั่วไปคนมักคิดกันว่าการฟ้องคดีเป็นที่พึงสุทธ้ายที่พึงใช้ แต่แท้จริงแล้วการที่คู่ความจะดำเนินคดีกันได้หรือไม่จะส่งผลถึงท่าทีของบุคคลในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและการรักษาสิทธิของตนด้วย ซึ่งนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ในเรื่องนี้ศาลเป็นผู้สื่อสารอะไรบางอย่างให้สังคมในชุมชนได้ทราบ ไม่เฉพาะเกี่ยวกับขอบเขตสิทธิ

²⁰ ลักษณะของกระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป เช่น ตามคำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ และตามมาตรา 6-1 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้กำหนดว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างเท่าเทียมกันอย่างเปิดเผย และภายในระยะเวลาอันสมควร.”

ของประชาชนตามกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้นแต่รวมถึงในด้านวิธีสบัญญัติด้วย เช่น การที่บุคคลจะ
ได้มาซึ่งสิทธินั้นจะต้องดำเนินการอย่างไร และเสียค่าใช้จ่ายเท่าใด

ท้ายที่สุด การฟ้องคดียังสะท้อนถึงคุณค่าพื้นฐานที่มีอยู่ในกระบวนการพิจารณาความ
ระบบกระบวนการยุติธรรมที่จะสื่อให้เห็นว่าอย่างไรจึงจะเป็นหลักการที่คิดว่าเป็นธรรมทั้งในศาล
และนอกศาล ซึ่งอาจจะสวนทางกับนโยบายทางสังคมที่มุ่งไปที่ความมีประสิทธิภาพและได้ผลที่สุด
ดังนั้น ในความเป็นจริงจึงอาจเกิดเหตุการณ์ที่มีความขัดแย้งกันระหว่างกระบวนการที่สร้าง “ความ
ยุติธรรมสำหรับคนหมู่มาก” (mass justice) และกระบวนการยุติธรรมที่ดีเลิศสำหรับคู่ความแต่ต้อง
ใช้เวลา เงิน และสติปัญญาไปอย่างมากมาย

2.2.2 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายสาขาใด²¹

กระบวนการพิจารณาความมีจุดประสงค์เพื่อให้กฎหมายในเนื้อหา (droit de fond) สาขา
ใดสาขาหนึ่งสามารถบังคับได้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาความกับสาขาของ
กฎหมายสารบัญญัติแล้ว เป็นที่แน่นอนว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเครื่องสนับสนุนหรือ
เครื่องมือประกอบของกฎหมายแพ่ง กรณีจึงเป็นเหตุผลและความจำเป็นอยู่เองที่กฎหมายแพ่งจะมี
อิทธิพลสำคัญต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ความเกี่ยวพันของเป้าหมายสุดท้ายจะมีผลอย่าง
ชัดเจนในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ผู้ร่างกฎหมายที่ได้
ยอมรับถึงเรื่องอำนาจอิสระของกลุ่มความตามขอบเขตของกฎหมายเอกชน ก็ย่อมจะต้องกำหนดให้
คู่ความมีอำนาจอิสระบางประการในขอบเขตของกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ศาล
คดีแพ่งจะเริ่มต้นคดีได้เฉพาะต่อเมื่อมีคำฟ้องของกลุ่มความเท่านั้น (ทั้งนี้เป็นไปตามภาษาลาตินที่ว่า
nemo iudex sine actore) การประนีประนอมยอมความกันของกลุ่มความในศาล (une transaction
judiciaire) สามารถทำให้กระบวนการพิจารณาต้องสิ้นสุดลง จำเลยสามารถยอมรับตามคำฟ้องของ
โจทก์ (passé-expédient) และเช่นเดียวกัน โจทก์สามารถที่จะถอนฟ้องได้

แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายเยอรมันและสวิสเห็นว่า การที่จะสรุปว่ากฎหมายวิธี
พิจารณาความแพ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเอกชนอาจจะเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องนัก หากพิจารณา
อย่างเป็นระบบแล้ว จำเป็นจะต้องแยกกฎเกณฑ์ของกฎหมายสารบัญญัติออกจากกฎเกณฑ์ของ
กระบวนการพิจารณาอย่างเด็ดขาด กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายอันมี
ลักษณะสมบูรณ์เป็นอิสระในตัวของมันเอง (autonome) นั้น ถือเป็นสาขากฎหมายหนึ่งในกฎหมาย
มหาชนไม่ใช่ในกฎหมายเอกชน การแบ่งแยกประเภทของกฎหมายเช่นนี้จะเห็นได้เป็นที่ชัดเจน
โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรของกระบวนการยุติธรรมและเป็นที่เข้าใจได้ว่าการที่
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดวิธีการดำเนินการทำให้บริการของรัฐในด้านกระบวนการ

²¹ Walther J. HABSCHEID. Op.cit. pp. 10-11.

ยุติธรรม และการให้ความยุติธรรมแก่ราษฎรนั้น ถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐอย่างหนึ่ง กระบวนพิจารณาต่างๆ ที่ศาลได้ดำเนินการไป โดยเฉพาะการทำคำพิพากษานั้นเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นอิสระและสูงสุด ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจสาธารณะ (l'exercice de la puissance publique)

นายฮาบสเชด (Habscheid) ได้ตั้งข้อสังเกตด้วยว่า โดยหลักแล้ว การดำเนินกระบวนพิจารณาต่างๆ ของคู่ความนั้นไม่มีผลในตัวของมันเองตามกฎหมายเอกชน กล่าวคือ ไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาของสิทธิ (fond du droit) หรือต่อสถานะของกฎหมายสารบัญญัติ (la situation juridique matérielle) โดยมีผลเฉพาะในทางกระบวนพิจารณาเท่านั้น แม้ว่าอาจจะมิข้อโต้แย้งหลักดังกล่าวได้ว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาบางอย่างของคู่ความ เช่น การประนีประนอมยอมความในศาลซึ่งเป็นทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชนและเป็นสัญญาทางวิธีพิจารณา และส่งผลทั้งต่อกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาดังกล่าวเป็นการกระทำทางวิธีพิจารณาจึงมีผลหรืออิทธิพลในระดับกระบวนพิจารณาเท่านั้น

แนวความคิดที่ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายมหาชนนั้น ในปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับค่อนข้างจะเป็นเอกฉันท์ในสวิตเซอร์แลนด์ ในเยอรมนีนั้น ตามแนวทฤษฎีและคำพิพากษาของศาลก็ยอมรับเช่นเดียวกัน

แต่ในฝรั่งเศสกลับมีความเห็นไปในทางตรงกันข้าม โดยตามแนวคำพิพากษาของศาลและทฤษฎีมองว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นสาขากฎหมายหนึ่งของกฎหมายเอกชนหรือไม่ก็เป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายผสม แต่ก็มิ้นกฎหมายบางท่านเห็นว่าเป็นกฎหมายมหาชน เช่น นายโมเรล (Morel)²²

2.2.3 ความหมายและภารกิจของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2.2.3.1 ข้อความทั่วไป

กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจัดการปกครองของรัฐ โดยทั่วไปกฎหมายของรัฐจะแบ่งออกเป็น “กฎหมายมหาชน” ประเภทหนึ่ง และ “กฎหมายเอกชน” อีกประเภทหนึ่ง

“กฎหมายเอกชน” เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคล แต่การมีเพียงกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลไว้ลอยๆ โดยไม่มีกฎหมายที่กำหนดกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่กฎหมายเอกชนได้กำหนดไว้ควบคู่กันไปด้วยนั้นย่อมไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้สังคมมีความสุขและมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย

เพื่อการทำความเข้าใจกระบวนการบังคับใช้กฎหมายเอกชนที่เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลกรณีจึงมีความจำเป็นต้องกล่าวถึงการแบ่งกฎหมายอีกอย่างหนึ่ง

²² วรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. เล่มเดิม. หน้า 57-61.

คือ การแบ่งกฎหมายออกเป็น “กฎหมายสารบัญญัติ” ประเภทหนึ่ง และ “กฎหมายวิธีสบัญญัติ” อีกประเภทหนึ่ง

“กฎหมายเอกชน” เป็นกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวโดยทั่วไปกฎหมายเอกชน คือ กฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์²³ ส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการบังคับใช้กฎหมายเอกชนก็คือ “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”

กฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์เป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิของบุคคลไว้และในขณะเดียวกันก็กำหนดหน้าที่ของบุคคลเอาไว้ด้วย

ในทางกฎหมายเอกชนโดยทั่วไปบุคคลจะเคารพในสิทธิและหน้าที่ของกันและกันและเต็มใจปฏิบัติให้เป็นไปตามนิติสัมพันธ์ที่มีต่อกันนั้น ลูกหนี้จำนวนมากจึงมักสมัครใจปฏิบัติตามชำระหนี้โดยไม่อิดเอื้อน ซึ่งการกระทำของลูกหนี้เช่นนี้เกิดขึ้นด้วยเหตุผลต่างๆ กันไป บางส่วนเกิดขึ้นเนื่องจากความรู้สึกผิดของลูกหนี้เอง หรือเกิดขึ้นเพื่อรักษาชื่อเสียงเกียรติคุณหรือเครดิตของลูกหนี้นั้นเองหรือเกิดขึ้นเพราะลูกหนี้ต้องการรักษาหน้าของตน หรือเกิดขึ้นเพราะลูกหนี้กลัวอำนาจรัฐที่จะบังคับเอาากับตน แต่เมื่อใดที่ลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามชำระหนี้ทั้งๆ ที่ลูกหนี้อยู่ในฐานะที่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ หรือเมื่อใดที่เกิดเหตุการณ์ที่เรียกกันทั่วไปว่า “คือแพ่ง” หรือกรณีเป็นสถานการณ์ที่ลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้ หรือเมื่อใดที่สิทธิใดๆ ของบุคคล เป็นต้นว่ากรรมสิทธิ์ ถูกล่วงละเมิด หรือเมื่อใดที่นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขาดความชัดเจน หรือเมื่อใดที่เกิดความสงสัยในนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่ามีอยู่จริงหรือไม่ เมื่อนั้นผู้ทรงสิทธิก็จะต้องหาช่องทางที่จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชนโดยอาจบังคับด้วยวิธี “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) หรือมิฉะนั้นก็ต้องพึ่งพาอาศัยรัฐให้ช่วยจัดการให้

การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนด้วยวิธี “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) เป็นการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนที่เป็นวิธีการดั้งเดิมของมนุษย์ และการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ด้วยวิธีการดั้งเดิมนี้อาจถึงขั้นการยกพวกหรือการใช้กำลังบังคับกัน และหากกรณีถึงขั้นนั้นแล้ว การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลก็ย่อมกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม

การใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนไม่ใช่สิ่งที่พึงปรารถนาของทุกสังคมเพราะไม่แน่นอนเสมอไปว่าผู้ที่เป็นฝ่ายถูกจะเป็นผู้ที่แข็งแรงกว่า ดังนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมรัฐจึงจำเป็นต้องวางกรอบการบังคับใช้กฎหมายเอกชน และตามกรอบที่รัฐกำหนดไว้นั้นย่อมถือเป็นหลักว่านอกจากข้อยกเว้นบางประการ

²³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. หน้า 76.

ที่กฎหมายอนุญาตแล้ว “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) เป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด ผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมาย ผู้นั้นอาจสูญเสียสิทธิหรือต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนและ/หรือต้องถูกลงโทษทางอาญา

เมื่อรัฐถือว่าการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมาย เอกชนเป็นภาระหน้าที่ของตนหรือเป็นเรื่องของ “การผูกขาดการคุ้มครองทางกฎหมายโดยรัฐ” (Staatliche Rechtsschutzmonopol) รัฐจึงต้องตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชน และกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชนก็คือ “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”²⁴

2.2.3.2 ความหมายของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

คำว่าวิธีพิจารณาความหรือกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “procedure” หรือในภาษาฝรั่งเศสใช้ว่า “procédure” ถ้อยคำดังกล่าวมีที่มาจากภาษาลาตินคำว่า “procedere” ซึ่งแปลว่า เคลื่อนที่ไปข้างหน้าหรือความก้าวหน้า ส่วนความหมายทางกฎหมายนั้น อาจให้คำจำกัดความได้ว่าหมายถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ ของการดำเนินการในศาลเพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ที่ดีของวิธีพิจารณาซึ่งได้แก่ความยุติธรรม ความรวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่บังคับหรืออนุญาตให้คู่ความและศาลปฏิบัติตามเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาของคดี อันจะทำให้ศาลสามารถตัดสินปัญหาของคดีที่มาสู่ศาลได้ และกรณีมีความจำเป็นต้องแยกพิจารณาระหว่างคำว่า “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในความหมายอย่างกว้าง” (la procédure civile lato sensu) กับคำว่า “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในความหมายอย่างแคบ” (la procédure civile stricto sensu)²⁵

ในความหมายอย่างกว้างซึ่งตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสสมัยใหม่เรียกว่า “droit judiciaire privé” นั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหมายถึง หลักเกณฑ์ทั้งหลายที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการจัดองค์กร (l'organisation) และวิธีการดำเนินการ (le fonctionnement) ของกระบวนการยุติธรรมเพื่อเป็นหลักประกันแก่ราษฎรในการบังคับตามสิทธิปัจเจกชนในกฎหมายแพ่งจากความหมายดังกล่าว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประเภท ดังนี้

(1) พระธรรมนูญศาลยุติธรรม (organisation judiciaire) โดยมีวัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์ในส่วนนี้ว่า ถือเป็นการจัดตั้งองค์กรที่ราษฎรสามารถขอให้มีการบังคับตามสิทธิของตน

²⁴ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 27-28.

²⁵ Walther J. Habscheid. Op.cit. pp. 9-10.

โดยการกำหนดให้มีศาลต่างๆ องค์คณะผู้พิพากษา กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานะของผู้พิพากษา และบุคคลต่างๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม (des auxiliaires de la justice) เช่น อัยการ ทนายความ จำศาล เป็นต้น

(2) กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในความหมายอย่างแคบ หลักเกณฑ์ต่างๆ ของกระบวนการพิจารณาเป็นการกำหนดขั้นตอนต่างๆ ที่จะต้องปฏิบัติตามเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปด้วยดี โดยได้กำหนดบทบาทหรืออำนาจหน้าที่ของศาล ของคู่ความ และรูปแบบวิธีการดำเนินการต่างๆ ที่ศาลและคู่ความจะต้องร่วมมือกันเพื่อให้บรรลุซึ่งการมีคำพิพากษาของศาลอันมีผลบังคับเด็ดขาด

(3) การบังคับคดี ประการสุดท้าย กรณีมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่จะต้องมีการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งเรียกว่า “la procédure d'exécution” หรือ “Zwangsvollstreckung sverjahren”²⁶

2.2.3.3 ภารกิจของวิธีพิจารณาความแพ่ง

คดีแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน คดีแพ่งจึงเป็นเรื่องส่วนบุคคล แต่คดีอาญาเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับบุคคล คดีอาญาจึงเป็นเรื่องส่วนรวม

การเริ่มต้นเป็นคดีของคดีอาญากับการเริ่มต้นเป็นคดีของคดีแพ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือคดีอาญาจะเริ่มต้นเมื่อรู้ว่ามีกรกระทำผิดเกิดขึ้น คดีอาญาจึงเริ่มต้นก่อน การฟ้องคดีต่อศาลแต่คดีแพ่งจะเริ่มต้นเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว เหตุนี้ “กระบวนการพิจารณา” (Prozesshandlung) ของคดีอาญาจึงอาจเกิดขึ้นตั้งแต่ชั้นเจ้าพนักงาน²⁷ เป็นต้นว่า “การร้องทุกข์” ก็เป็น “กระบวนการพิจารณา” (Prozesshandlung) ของคดีอาญาอย่างหนึ่ง²⁸ ส่วน “กระบวนการพิจารณา” (Prozesshandlung) ของคดีแพ่งย่อมเกิดขึ้นที่ศาลโดยการเสนอเรื่องของคู่ความต่อศาลเป็น “คำฟ้อง” หรือ “คำร้องขอ” ตั้งต้นคดี²⁹

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้ความหมายของคำว่า “กระบวนการพิจารณา” (Prozesshandlung) ไว้ว่าหมายถึง “การกระทำอันเกี่ยวข้องกับคดีโดยคู่ความหรือโดยศาลหรือตามคำสั่งศาล” นิยามนี้แสดงให้เห็นถึงการเริ่มต้นของคดีแพ่งอยู่ในตัวแล้วว่าคดีแพ่งเริ่มต้นที่ศาล

วิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกระบวนการทางศาลที่เกี่ยวข้องกับ “ข้อพิพาทในทางกฎหมายแพ่ง”

²⁶ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. เล่มเดิม. หน้า 61-62.

²⁷ คณิต ณ นคร ข (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 158.

²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 158.

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 158-159.

ดังกล่าวมาแล้วว่าการมีเพียงกฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอย่างเดียว ไม่เป็นการเพียงพอ แต่จะต้องมีกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ว่าด้วยการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวคือต้องมี “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง” ไว้ควบคุมกันไปด้วย ทั้งนี้ เพื่อว่าในกรณีที่ต้องใช้ก็จะได้นำมาใช้ได้ทันทั่วทั้ง

ที่กล่าวมาข้างต้นว่า “จำเป็นต้องใช้” นั้น ก็เพราะว่าคดีแพ่งแตกต่างจากคดีอาญา กล่าวคือ “วิธีพิจารณาความอาญา” ต้องใช้ในทุกระณีกฎ เพราะการดำเนินคดีอาญาใช้ “หลักการตรวจสอบ” (Untersuchungsgrundsatz)³⁰ ส่วน “วิธีพิจารณาความแพ่ง” อาจไม่จำเป็นต้องใช้ในทุกระณีกฎก็ได้ ทั้งนี้ เพราะคู่กรณีอาจปฏิบัติต่อกันโดยไม่จำเป็นต้องใช้ศาลเลยก็เป็นได้ ในคดีแพ่งเอกชนเป็นใหญ่ โดยทั่วไปการที่จะใช้หรือไม่ใช้ศาลในการแก้ปัญหาเป็นเรื่องของ “อำนาจแห่งเอกชน (Privatautonomie) หรือแม้จะได้ใช้ศาลไปแล้วคู่กรณีก็อาจทำให้เรื่องที่เสนอไว้ต่อศาลนั้นสิ้นสุดลงเมื่อใดก็ได้เสมอตามหลัก “อำนาจสละสิทธิที่จะดำเนินคดี” และคดีแพ่งตามปกติเป็นเรื่องของ “หลักความตกลง” (Verhandlungsgrundsatz)³¹

(1) ภารกิจในการยกเลิกการช่วยเหลือตนเอง

วิธีการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชนที่เป็นวิธีการดั้งเดิมของมนุษย์คือ “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) วิธีการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชนที่เป็นวิธีการดั้งเดิมนี้นี้เป็นวิธีการที่ไม่มีหลักประกันการแพ้ชนะกันในทางกฎหมาย ความสงบสุขที่แท้จริงไม่เกิดขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้าจัดการระงับข้อพิพาทในทางกฎหมายเอกชนด้วยตนเองโดยการจัดให้มี “วิธีพิจารณาความแพ่ง” ขึ้นไว้

“วิธีพิจารณาความแพ่ง” เป็นกระบวนการและขั้นตอนของการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ อย่างไรก็ตามการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ด้วยตนเองโดยไม่ผ่านศาลก็ยังมีหลงเหลืออยู่บ้างในระบบกฎหมายแพ่ง เช่น การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) ในกรณีการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ด้วยตนเองก็ต้องกระทำโดยจำกัดอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากข้อความในบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวที่ว่า “ต้องจำกัดครั้งเฉพาะที่จำเป็นเพื่อบำบัดปิดป้องภัยอันตรายเท่านั้น”³²

ฉะนั้น โดยหลักแล้ว “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) จะกระทำมิได้ การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลจึงต้องกระทำผ่านทางศาลเสมอ

³⁰ แหล่งเดิม. หน้า 48.

³¹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 29-30.

³² แหล่งเดิม. หน้า 31.

ตัวอย่าง การฟ้องขับไล่ผู้เช่าออกจากสถานที่เช่าจะใช้กำลังทำเองโดยพลการไม่ได้ ต้องฟ้องร้องให้ศาลบังคับ มิฉะนั้น ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

“วิธีพิจารณาความแพ่ง” เป็นกระบวนการทางกฎหมายของรัฐที่เข้ามาแทนที่ “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) ดังนั้น ภารกิจประการแรกของวิธีพิจารณาความแพ่งก็คือการยกเลิก “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) แล้วแทนที่โดยกระบวนการทางกฎหมายของรัฐ

(2) ภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและการพัฒนากฎหมาย

“วิธีพิจารณาความ” ของทุกประเภทคดี ไม่ว่าจะเป็น “วิธีพิจารณาความอาญา” “วิธีพิจารณาความแพ่ง” หรือ “วิธีพิจารณาคดีปกครอง” หรืออื่นๆ ต่างก็เป็นกระบวนการเพื่อให้สังคมมีความเป็นปกติสุข ภารกิจของวิธีพิจารณาความแพ่งก็คือ “การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม”

การรักษากฎหมายโดยศาลในคดีแพ่งนอกจากจะเป็นการชี้ขาดตัดสินคดีข้อพิพาทแล้วบ่อยครั้งยังเป็นการพัฒนากฎหมายนั่นเองต่อไปอีกด้วย เพราะกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์

นอกจากนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายว่าให้ใช้ตามบทบัญญัติหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติ หากไม่มีบทกฎหมายก็ให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณี หากไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีก็ให้ใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหากไม่มีตามที่กล่าวมาแล้วก็ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป

การที่กฎหมายบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีให้ศาลวินิจฉัยคดีตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ก็ดี “ให้วินิจฉัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ก็ดี หรือ “ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ก็ดี เหล่านี้แสดงให้เห็นบทบาทของศาลว่าใน “วิธีพิจารณาความแพ่ง” นั้น ศาลมีหน้าที่ในการพัฒนากฎหมายด้วย เพราะเมื่อศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลฎีกา ได้วินิจฉัยไปประการใดแล้ว ก็เท่ากับว่าได้วางหลักกฎหมายไว้และมีผลสำคัญในอนาคต แม้ถือว่าตามระบบกฎหมายของประเทศไทยเราเป็นซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่เป็นระบบที่คำพิพากษาของศาลจะเป็นเพียงตัวอย่างของการใช้กฎหมายก็ตาม³³ แต่เนื่องจากศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดคำ

³³ คณิต ฌ นคร ง (2531). “คำพิพากษาศาลฎีกาผูกมัดเจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเพียงใด.” วารสารนิติศาสตร์, 16, 2. หน้า 114.

พิพาทศาลฎีกาจึงเป็นคำพิพากษาที่ศาลล่างชอบที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาอย่างรอบคอบในการใช้กฎหมาย

(3) ภารกิจเฉพาะ

“วิธีพิจารณาความแพ่ง” นอกจากจะมีภารกิจในการเลิก “การช่วยเหลือตนเอง” (Selbsthilfe/Self-help) และมีภารกิจใน “การรักษาความสงบเรียบร้อยและพัฒนากฎหมาย” อันเป็น “ภารกิจทั่วไป” แล้วยังมี “ภารกิจเฉพาะ” อีกด้วย

ภารกิจเฉพาะของ “วิธีพิจารณาความแพ่ง” จะเป็นอย่างไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น

ก. ภารกิจในการชี้ขาดตัดสินคดี

ดังกล่าวมาแล้วว่ากฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์เป็นกฎหมายเอกชนตามปกติกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องส่วนบุคคลเหตุนี้ “วิธีพิจารณาความแพ่ง” โดยทั่วไปจึงเป็นกระบวนการของรัฐที่จะชี้ขาดตัดสินเรื่องที่เอกชนพิพาทกัน

เมื่อ “วิธีพิจารณาความแพ่ง” เป็นกระบวนการที่จะชี้ขาดตัดสินเรื่องที่เอกชนพิพาทกัน การดำเนินคดีแพ่งทั้งหมดจึงตกเป็นภาระหน้าที่ของกลุ่มความในคดี กล่าวคือ การที่จะนำเรื่องใดเข้ามาเป็นคดีในศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของข้อพิพาทหรือเรื่องของพยานหลักฐานย่อมตกอยู่ในความรับผิดชอบสุดท้ายของกลุ่มความ ดังนั้น “วิธีพิจารณาความแพ่ง” โดยทั่วไปจึงเป็นไปตาม “หลักความตกลง” (Verhandlungsgrundsatz)

โดยที่ “วิธีพิจารณาความแพ่ง” เป็นไปตาม “หลักความตกลง” (Verhandlungsgrundsatz) ดังนั้นกลุ่มความในคดีแพ่งจึงสามารถที่จะตกลงกันได้ตลอดเวลาไม่ว่าคดีนั้นจะอยู่ในขั้นตอนใด ส่วนศาลก็จะทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ชี้ขาดตัดสินให้เป็นไปตามสิ่งที่กลุ่มความนำเสนอและยังไม่ยอมรับกันเท่านั้น เหตุนี้โดยทั่วไปการดำเนินคดีแพ่งจึงเป็นเรื่องของการต่อสู้ระหว่างกลุ่มความอย่างแท้จริง ส่วนศาลนั้นตามปกติก็จะ “วางเฉย” (passive) และคอยควบคุมการต่อสู้คดีของกลุ่มความเพื่อให้เรื่องที่พิพาทกันนั้นเป็นอันยุติและเกิดความเป็นธรรมเท่านั้น โดยศาลจะไม่ลงไปดำเนินการในคดีอย่าง “กระตือรือร้น” (active)³⁴

อย่างไรก็ตามศาลก็มีหน้าที่แยกแยะพยานหลักฐานที่จะรับฟังและควบคุมไม่ให้คดีต้องล่าช้าเกินความจำเป็น ยิ่งกว่านั้นศาลก็ยังมีหน้าที่ทำความจริงให้ปรากฏตาม

³⁴ โดยที่บทบาทของศาลในคดีแพ่งเป็นดังที่กล่าวมานี้เองทำให้หนักกฎหมายไทยเราส่วนมากมักกล่าวว่าในคดีแพ่ง “ศาลต้องวางตนเป็นกลาง” คำกล่าวนี้เป็นคำกล่าวที่ไม่สมควรกล่าวเป็นอย่างยิ่งเพราะจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ผิดๆ ได้ว่าหากศาล “กระตือรือร้น” (active) แล้วศาลจะไม่เป็นกลาง. อ้างถึงใน คณิต ฉ. นศร. (2552).

“หลักการตรวจสอบ” (Untersuchungsgrundsatz) อีกด้วย กล่าวคือ แม้ในคดีแพ่งโดยหลักศาลจะ “วางเฉย” (passive) แต่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลอาจต้อง “ไม่วางเฉย” (active) ในเรื่องพยานหลักฐานด้วย³⁵

ข. ภารกิจในการรักษาสถาบันทางกฎหมาย

แม้กฎหมายเอกชนจะเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่เรื่องในกฎหมายเอกชนบางเรื่องก็หาใช่สิ่งที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเอกชนโดยแท้ไม่ การขอให้มีการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายเอกชนในบางกรณีบุคคลผู้ฟ้องคดีจึงมิได้กระทำเพื่อประโยชน์ของเอกชนหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยแท้

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่าชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ และการสมรสที่กระทำในระหว่างที่ชายหรือหญิงมีคู่สมรสอยู่เป็นโมฆะและกฎหมายให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งกล่าวอ้างขึ้นได้หรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะก็ได้ นั่น การกระทำของผู้ร้องขอเท่ากับเป็นการกระทำเพื่อรักษาไว้ซึ่ง “สถาบันการสมรสเดียว” อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายครอบครัวด้วย และในคดีที่เกี่ยวข้องไปถึงสถาบันทางกฎหมายดังกล่าวนี้ศาลต้องมีบทบาทที่ต่างออกไปจากคดีแพ่งทั่วไป กล่าวคือ ศาลจะ “วางเฉย” (passive) คอยควบคุมการต่อสู้คดีของกลุ่มความอย่างเดียวไม่ได้แต่ศาลเองต้อง “ไม่วางเฉย” (active) ในคดีตามสมควรด้วย

ใน “คดีแพ่งทั่วไป” นั้น การ “วางเฉย” (passive) ของศาลก็เชื่อว่าจะไม่มิชอบเขต แต่ในบางกรณีกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ของศาลไว้ด้วย เช่น ในกรณีจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การนั้นศาลจะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีไปเลยทีเดียวไม่ได้แต่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องให้โจทก์แสดงพยานหลักฐานประกอบคำฟ้องของโจทก์และศาลต้องเห็นว่าคำฟ้องของโจทก์มีมูล และหากศาลเห็นว่าคำฟ้องนั้นผิดกฎหมายศาลก็ต้องยกฟ้องโจทก์

ในส่วนของข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ศาลยกขึ้นอ้างโดยลำพังได้

คำว่า “ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้น โดยที่ทั่วไปก็คือข้อกฎหมายอันเป็น “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” (Prozessvoraussetzung) เช่น ข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจฟ้องของโจทก์ เป็นต้น ซึ่งศาลต้องหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองทำนองเดียวกับในคดีอาญา เพราะกรณีเป็น “เงื่อนไขที่ต้องพิจารณาก่อน” (Voraussetzung/prerequisite) และในกรณีนี้

³⁵ คณิต ฉ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 33-34.

คำวินิจฉัยของศาลไม่ใช่พิพากษายกฟ้อง แต่ต้องเป็นการสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ทำนองเดียวกับในคดีอาญา³⁶

อย่างไรก็ตามในคดีเกี่ยวกับสิทธิแห่งสภาพบุคคล สิทธิในครอบครัว หรือในคดีพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องให้มีการสืบพยานหลักฐานของฝ่ายโจทก์เสมอ และศาลมีอำนาจที่จะเรียกพยานหลักฐานอื่นมาสืบได้เอง ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้จึงแสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการรักษาสถาบันกรรมสิทธิ์และสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายของประเทศ และแสดงให้เห็นด้วยว่าในเรื่องที่สำคัญนั้น กฎหมายไม่ละเลยที่จะดำเนินการตาม “หลักการตรวจสอบ” (Untersuchungsgrundsatz) ควบคู่กันไปด้วย³⁷

2.2.4 ลักษณะของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ลักษณะของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะดังนี้³⁸

2.2.4.1 ลักษณะบังคับ

เนื่องจากการที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายมหาชน ดังนั้นโดยหลักแล้ว กฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ (droit impératif ในภาษาฝรั่งเศส หรือ zwingendes Recht ในภาษาเยอรมัน) โดยเป็นการบังคับให้ศาลและคู่ความต้องปฏิบัติตาม แต่คู่ความอาจจะได้รับยกเว้นในบางกรณีในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจน เช่น ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในแคว้นต่างๆ ของสวิตเซอร์แลนด์ ส่วนใหญ่ยอมรับเรื่องการขยายเขตอำนาจของศาล (la prorogation de for) โดยในคดีบางประเภทคู่ความสามารถนำคดีไปฟ้องยังศาลที่ไม่มีอำนาจหรือเขตอำนาจได้ ยกเว้นกฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

2.2.4.2 ลักษณะรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ

ลักษณะนี้มีทั้งข้อดีและข้อเสีย และมักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์จากบุคคลที่ไม่ใช่ นักกฎหมายซึ่งไม่เข้าใจว่าเหตุใดโจทก์อาจจะแพ้คดีเพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้องได้ แม้ว่าข้ออ้างหรือข้อกล่าวหาของเขาจะมีเหตุผลดีเพียงใดก็ตาม แต่หากพิจารณากันให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่รูปแบบหรือวิธีการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ถูกกำหนดไว้ อย่างเหมาะสมพอดีแล้วถือได้ว่าเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากกระบวนการที่ได้มีการกำหนด บังคับเรื่องรูปแบบหรือระยะเวลาเอาไว้ นั้น ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและช่วยให้

³⁶ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 187-188.

³⁷ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 34-36.

³⁸ Walther J. HABSCHEID. Op.cit. pp. 11-12.

กระบวนการยุติธรรมดำเนินไปด้วยดี รวมทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อเอกชนด้วย การที่ต้องมีการปฏิรูปตามรูปแบบและวิธีการต่างๆ ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเท่ากับเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือโดยไม่เป็นกลางได้ ในส่วนของคู่ความเองก็มีผลเป็นการคุ้มครองไม่ให้คู่ความแต่ละฝ่ายดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริต แต่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างซื่อตรงแต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลเสียได้ หากกระบวนการพิจารณามีรูปแบบหรือขั้นตอนที่มากจนเกินไปก็อาจทำให้กระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายสูงได้

แต่เดิมนั้น รูปแบบและกฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญ โดยมองเตสกีเออเห็นว่า “รูปแบบและกฎเกณฑ์ในกระบวนการยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นต่อเรื่องความเป็นอิสระเสรี” ซึ่งต่อมา ฟอน เฮยริง นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของเยอรมันก็ได้สนับสนุนความคิดดังกล่าวโดยเห็นว่า “รูปแบบเป็นศัตรูต่อความเป็นเผด็จการและเป็นฝาแฝดกับความเป็นอิสระเสรี” แต่ในระยะหลังนี้ ก็ได้มีความพยายามที่จะลดความเข้มงวดของเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมโดยในบางประเทศ เช่น ตามมาตรา 156 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี หรือตามมาตรา 867 แห่งประมวลกฎหมายอาชญากรรมและวิธีพิจารณาความแพ่งเบลเยียมได้กำหนดว่าหากมีความบกพร่องหรือการฝ่าฝืนในเรื่องที่เกี่ยวกับรูปแบบดังกล่าว กรณีจะมีผลทำให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นโมฆะต่อเมื่อจุดประสงค์หรือเป้าหมายของรูปแบบดังกล่าวไม่บรรลุผลเท่านั้น³⁹

กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งประกอบด้วย 3 ขั้นตอนใหญ่ คือขั้นตอนเริ่มต้นซึ่งได้แก่การฟ้องคดีต่อศาล ขั้นตอนกลางซึ่งอาจจะสั้นหรือยาว ได้แก่ กระบวนการพิจารณารวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี และขั้นตอนสุดท้ายได้แก่คำพิพากษา โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้ง 3 ขั้นตอนดังกล่าวจะดำเนินไปโดยการดำเนินการต่างๆ ทางวิธีพิจารณา (actes de procédure)

(1) การยื่นฟ้องคดีต่อศาล โดยหลักแล้วคดีจะเข้าสู่ศาลได้จะต้องเป็นการเริ่มต้นจากบุคคลอื่น ศาลไม่สามารถที่จะเริ่มคดีได้ด้วยตนเอง (โดยมีข้อยกเว้นบางกรณี เช่น กรณีเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองเด็กที่มีผลทำให้เด็กอยู่ในสถานะอันตราย) ผู้เริ่มคดีมีฐานะเป็นโจทก์ ส่วนคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำเลย การแยกฐานะดังกล่าวมีผลต่อบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

(2) การดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อรวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี (l'instruction) ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนการโต้เถียงกันของคู่ความ ซึ่งการโต้เถียงกันดังกล่าวควรดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยและซื่อตรง กล่าวคือ คู่ความต้องมีโอกาสที่จะชี้แจงอย่างเต็มที่และโดย

³⁹ Marcel STORME. (1994). *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*. p. 4.

อิสระอันเป็นไปตาม “หลักโต้แย้งหรือคัดค้านต่อผู้คดี” การโต้เถียงกันของกลุ่มความจะอยู่ในความควบคุมดูแลของศาลซึ่งอาจจะเข้มงวดหรือผ่อนคลาก็ได้

การโต้เถียงกันนี้ไม่เพียงแต่เป็นการรองรับเรื่อง “สิทธิในการต่อสู้คดี” (droit à la défense) ของกลุ่มความเท่านั้น แต่ยังเป็นวิธีการที่ช่วยทำให้สามารถค้นหาความเป็นจริงตามกระบวนการยุติธรรม (la vérité judiciaire) ซึ่งความเป็นจริงตามกระบวนการยุติธรรมนี้ อาจจะไม่ใช่ความเป็นจริงที่แท้จริงก็ได้ แต่ก็ยังเป็นกระบวนการที่จะนำไปสู่คำพิพากษาของศาลที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

(3) คำพิพากษา เป็นการกระทำหรืออำนาจโดยเฉพาะของศาล และเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการพิจารณา เป็นอำนาจในการสั่งการของรัฐที่มอบให้ศาล เนื่องจากรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการที่จะลงโทษหรือบังคับทางร่างกายหรือทรัพย์สินของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามการมีคำพิพากษาของศาลไม่ได้เป็นไปตามอำเภอใจ ศาลต้องมีคำพิพากษาโดยมีเหตุผลตามกฎหมาย เพื่อให้การใช้อำนาจของรัฐเป็นไปด้วยความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้ ลักษณะของคำพิพากษาจึงประกอบไปด้วยอำนาจของรัฐและเรื่องการให้เหตุผล

กฎหมายวิธีพิจารณาความ ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานว่าเป็นสาขากฎหมายที่มีวิวัฒนาการของแต่ละประเทศ จนกระทั่งต่อมาปรากฏว่าประมวลกฎหมายญี่ปุ่นฉบับปี ค.ศ. 1890 ได้รับหลักเกณฑ์ต่างๆ โดยการแปลจาก Z.P.O (ค.ศ. 1877) ของเยอรมันมาใช้สำหรับในปัจจุบัน แต่ละประเทศก็ได้มีการยอมรับหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศอื่นมากำหนดไว้ในกฎหมายของตน และอาจกล่าวได้ว่า รูปแบบของการเมืองของประเทศมีอิทธิพลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ ความแตกต่างระหว่างกฎหมายวิธีพิจารณาความในประเทศยุโรปตะวันตกและในประเทศยุโรปตะวันออก โดยในกลุ่มแรกซึ่งมีการปกครองในระบบประชาธิปไตยนั้นให้ความสำคัญกับกฎหมายวิธีพิจารณาความที่มีลักษณะกล่าวหา ในขณะที่กลุ่มหลังซึ่งมีการปกครองระบบสังคมนิยมให้ความสำคัญกับกฎหมายวิธีพิจารณาที่มีลักษณะไต่สวน⁴⁰

2.2.5 นิติสัมพันธ์ของกระบวนการพิจารณา⁴¹

วิธีพิจารณามีจุดเริ่มต้นโดยการยื่นฟ้องคดีต่อศาล และไปสิ้นสุดที่การตัดสินของศาลซึ่งในระหว่างนั้นอาจมีเหตุการณ์ต่างๆ ที่ทำให้กระบวนการพิจารณาต้องสิ้นสุดลงก่อนที่ศาลจะตัดสินได้ ในช่วงระหว่างระยะเวลาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกลุ่มความซึ่งเรียกว่า “ความสัมพันธ์ทางคดี” (le lien d'instance) ซึ่งเป็นคนละส่วนกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายซึ่งเป็น

⁴⁰ Marcel STORME. Loc.cit.

⁴¹ Walther J. HABSCHEID. Op.cit. pp. 6-9.

ที่มาของคดี และความสัมพันธ์ทางคดีดังกล่าวยังก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ หรือภาระผูกพันระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความและระหว่างคู่ความด้วยกันอีกด้วย เช่น คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิได้รับสำเนาเอกสารจากอีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิในการต่อสู้คดี สิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน สิทธิในการที่จะชี้แจงด้วยวาจา เป็นต้น ส่วนผู้พิพากษามีหน้าที่มีคำพิพากษาชี้ขาดปัญหาของคดี

ในบางครั้งการมีคำพิพากษาของศาลชั้นต้นอาจเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการพิจารณา เนื่องจากคู่ความอาจใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาของศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาที่แตกต่างกันออกไปซึ่งได้แก่การอุทธรณ์ฎีกา การขอให้พิจารณาคดีใหม่ เป็นต้น

2.2.5.1 แนวความคิดและขอบเขต

คำว่า “กระบวนการพิจารณา” (procès) ซึ่งในภาษาลาตินคือ “procedere” หมายถึง “เคลื่อนที่ไปข้างหน้า” (avancer) นั้นพอจะให้ความหมายในเบื้องต้นว่า หมายถึงการกระทำหรือการดำเนินการทุกอย่างของคู่ความและศาล โดยกระบวนการพิจารณาเริ่มต้นโดยการยื่นคำฟ้องต่อศาล และสิ้นสุดลงด้วยคำพิพากษาของศาล แต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ตัวผู้ถือสิทธิในกระบวนการพิจารณานั้น คือ คู่ความและศาลจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุผลดังกล่าว แต่กระบวนการพิจารณาจึงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน

นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายสารบัญญัติ (droit matériel) ก่อให้เกิดหนี้ (obligations) ที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตาม แต่นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการพิจารณากลับมีลักษณะที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ โดยหลักแล้ว คู่ความไม่มีหน้าที่หรือหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตาม จึงไม่อาจถูกบังคับให้ต้องดำเนินการใดๆ กรณีเป็นเพียงว่าหากคู่ความนิ่งเฉยแล้วก็อาจจะต้องเสี่ยงต่อการเสียประโยชน์ โดยเฉพาะการแพ่งคดี ผลประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความจึงมีผลบังคับให้คู่ความต้องดำเนินการด้วยเหตุผลดังกล่าว คู่ความจึงมีเพียง “ภาระ” (une charge) ที่จะต้องดำเนินการแต่ไม่ใช่มี “หนี้หรือหน้าที่ตามกฎหมาย” (une obligation juridique) ที่จะต้องดำเนินการ

แต่เมื่อคู่ความจะดำเนินกระบวนการพิจารณา โจทก์และจำเลยต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์ปราศจากการหลอกลวง การทำให้หลงผิดหรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือกล่าวโดยรวมคือจะต้องกระทำโดยเจตนาสุจริต (bonne foi) ด้วยเหตุผลดังกล่าว การโกหกในกระบวนการยุติธรรม (le mensonge en justice) จึงเป็นสิ่งที่ต้องห้าม

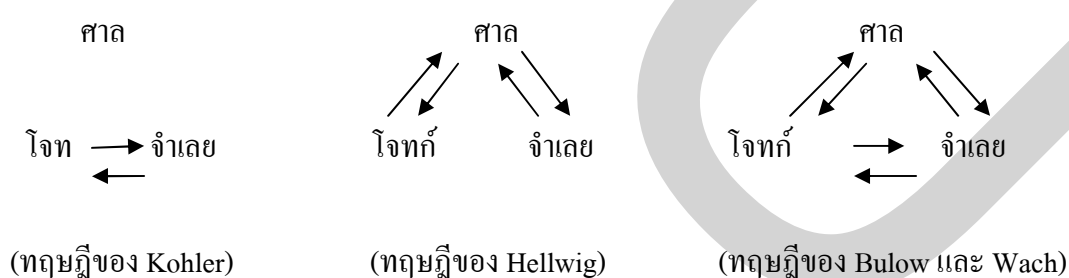
หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันหรือถูกกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาของสวิตเซอร์แลนด์ (เช่น ตั้งแต่มาตรา 485 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเจนีวา, มาตรา 35 และมาตรา 252 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซูริก, มาตรา 42 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเบิร์น, มาตรา 31 แห่งสมาพันธรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญศาลยุติธรรม เป็นต้น)

ตัวอย่าง เมื่อ ก. ได้ฟ้อง ข. ต่อศาล ก. ไม่ต้องถูกบังคับว่าจะต้องเสนอพยานต่อศาลหรือมาศาล แต่การที่เขานิ่งเฉยไม่ดำเนินการใดๆ อาจทำให้ต้องแพ้คดี เพราะไม่ได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงตามคำฟ้องหรือโดยคำพิพากษาขาดนัด ด้วยเหตุผลดังกล่าว ก. ดำเนินกระบวนการพิจารณาก็เพียงเพราะเพื่อประโยชน์ของตนเท่านั้น แต่ ก. ถูกบังคับว่าจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยสุจริต สถานการณ์ทางกฎหมายที่ได้วิเคราะห์กันนี้จึงเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะ เฉพาะในขอบเขตดังกล่าวกระบวนการพิจารณาจะดำเนินโดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ของคู่ความและศาล และมาสิ้นสุดตรงจุดซึ่งเป็นจุดประสงค์ของกระบวนการพิจารณาคือคำพิพากษาที่เป็นที่สุด

2.2.5.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของกระบวนการพิจารณา

ตัวผู้ถือสิทธิ (les sujets) ของกระบวนการพิจารณาคือ รัฐ (ศาล) และคู่ความ ลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากกระบวนการพิจารณานั้นยังเป็นที่โต้แย้งกันในทางทฤษฎี ความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจเพิ่มมากขึ้นในกรณีมีคู่ความร่วมกันหลายคน (consorité)

นักกฎหมายบางคนคือ นายโคห์เลอร์ (Kohler) เห็นว่า กระบวนการพิจารณาเป็นเรื่องความสัมพันธ์สองฝ่ายระหว่างคู่ความสองฝ่าย แต่สำหรับนายเฮลลวิก (Hellwig) เขาเห็นว่า ในกระบวนการพิจารณา คู่ความแต่ละฝ่ายไม่มีความสัมพันธ์กัน แต่มีความสัมพันธ์เฉพาะคู่ความแต่ละฝ่ายกับศาลเท่านั้น และยังมีความเห็นของฝ่ายที่สามคือ นายบิวโลว์ (Bülow) และนายวอช (Wach) ซึ่งเห็นว่า กระบวนการพิจารณาก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะสามฝ่ายที่ผูกพันคู่ความทั้งสองและศาล ในเรื่องทฤษฎีเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของกระบวนการพิจารณานี้มีเค้าโครงที่แสดงถึงนิติสัมพันธ์ของกระบวนการพิจารณา ดังนี้



นายฮาบส์เชด (Habscheid) เห็นด้วยกับทฤษฎีของนักกฎหมายฝ่ายที่สาม โดยเห็นว่า แม้จะเป็นที่แน่นอนว่าความสัมพันธ์ที่ผูกพันระหว่างรัฐกับคู่ความแต่ละฝ่ายจะเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดและการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่คู่ความจะต้องกระทำต่อศาล ไม่ใช่คู่ความฝ่ายตรงกันข้ามก็ตาม เช่น การยื่นคำฟ้องต่อศาล การเสนอพยานหลักฐานต่อศาล และศาลเองก็ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ต่อคู่ความ รวมทั้งการมีคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม

ไม่มีเหตุผลใดที่จะละเลยความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่ความด้วยกันเอง เพราะการปฏิเสธความสัมพันธ์ดังกล่าวดังเช่นตามความเห็นของนายเฮลลวิก (Hellwig) นั้น จะมีผลเท่ากับเป็นการให้อิสระอย่างเต็มที่ต่อคู่ความในการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะความเป็นอิสระในการที่จะปกปิดความจริง ดังนั้น คู่ความจึงต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความสุจริต ทั้งในส่วนที่กระทำต่อศาลและต่อคู่ความฝ่ายตรงกันข้ามเช่นกัน

2.2.5.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับกึ่งสัญญาในกระบวนการพิจารณาทางศาล

ตามแนวทฤษฎีสวิส กระบวนการพิจารณาทางศาลก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม ในเจนีวาได้เคยมีคำพิพากษาบรรทัดฐานของ la Cour de Justice วางแนวว่า การเริ่มต้นคดีโดยคำฟ้องก่อให้เกิด “กึ่งสัญญาทางวิธีพิจารณา” ระหว่างคู่ความ รวมทั้งกรณีอุทธรณ์ก็เช่นเดียวกัน แนวความคิดดังกล่าวมีที่มาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งในภาษาลาตินเรียกว่า “litis contestatio” ซึ่งแปลว่า “ความสัมพันธ์ทางคดี” อันเป็นชนิดของสัญญาระหว่างคู่ความในกระบวนการพิจารณา แต่ต่อมานักกฎหมายฝรั่งเศสนายเฮนรี บอนฟิลซ์ (Henri Bonfils) ได้แทนที่ทฤษฎีสัญญาดังกล่าวด้วยแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องกึ่งสัญญา และศาลเมืองเจนีวาโดยคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1921 ก็ได้นำมาอ้างอิงสนับสนุน

ในปัจจุบันแนวความคิดเรื่องกึ่งสัญญาทางวิธีพิจารณาจะเป็นเรื่องล้าสมัยไปแล้วนับตั้งแต่ที่เป็นที่เข้าใจกันว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างโจทก์และจำเลยนั้นเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนอันมีที่มาจากเจตนาของคู่ความ

โดยสรุป ด้วยคำฟ้องของโจทก์มีผลว่าโจทก์ได้ก่อนิติสัมพันธ์ซึ่งเป็นการสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ทำให้ผูกพันทั้งคู่ความในคดีและศาลในฐานะตัวแทนของรัฐ ความสัมพันธ์สามฝ่ายนี้ครอบคลุมเรื่องหน้าที่ (devoirs) ของศาล และภาระ (charges) ของคู่ความ

2.2.6 ขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในแง่เวลา⁴²

ปัญหาในเรื่องนี้จะเกิดขึ้นในกรณีที่การประกาศบังคับใช้บทบัญญัติกฎหมายใหม่แทนกฎหมายเก่าทำให้มีปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับกับคดี ซึ่งอาจแยกพิจารณาปัญหาในเรื่องนี้ออกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีแรก เป็นกรณีที่คดีได้เริ่มต้นขึ้นภายหลังจากที่มีการบังคับใช้กฎหมายใหม่แล้ว ในกรณีนี้ กฎหมายใหม่จะมีผลบังคับใช้กับคดีทุกคดีที่จะเกิดขึ้นในภายหลัง ยกเว้นจะมีบทบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายวิธีพิจารณาความใหม่มีผลบังคับใช้ทันทีแต่ไม่มีผลย้อนหลังเนื่องจากกฎหมายใหม่มุ่งประสงค์ที่จะใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ไม่ได้มุ่งให้มีผลต่อข้อเท็จจริงของคดีที่เกิดขึ้น ดังนั้น แม้ว่าข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดคดีข้อพิพาทจะเกิดขึ้นก่อนการบังคับใช้

⁴² Ibid. pp. 13-15.

กฎหมายใหม่ก็ตาม แต่ถ้ามาฟ้องคดีกันในภายหลัง กรณีก็ต้องนำกฎหมายใหม่มาใช้บังคับไม่ใช่กฎหมายเก่า ตัวอย่างเช่น กฎหมายใหม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจของศาลโจทก์ก็ต้องฟ้องคดีตามกฎหมายใหม่ แม้ว่าข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาทำให้ต้องนำคดีมาสู่ศาล เช่น การที่ลูกหนี้ปฏิเสธชำระหนี้ จะเกิดขึ้นก่อนกฎหมายใหม่ใช้บังคับก็ตาม

2) กรณีที่สอง เป็นกรณีที่มีประกาศบังคับใช้กฎหมายใหม่ในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล กรณีนี้มีปัญหาที่ซับซ้อนกว่ากรณีแรก โดยมีปัญหาว่าจะต้องนำกฎหมายใหม่มาใช้บังคับกับคดีนั้นทันทีหรือไม่ ซึ่งตามแนวความคิดของฝรั่งเศสยังมีความเห็นที่ได้แย้งกันอยู่ กรณีจึงสมควรที่ผู้ร่างกฎหมายระมัดระวังในการที่จะต้องกำหนดให้ชัดเจนในปัญหาดังกล่าว

สำหรับผู้ร่างกฎหมายในสวิตเซอร์แลนด์นั้น ทั้งในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งระดับสมาพันธรัฐหรือในระดับแคว้น มักจะกำหนดเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน (ยกเว้นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเจนีวา) กล่าวคือ โดยทั่วไปจะมีการบัญญัติบทเฉพาะกาลกำหนดให้คดีที่ได้เริ่มต้นก่อนที่การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความใหม่ยังคงถูกบังคับโดยกฎหมายเก่าต่อไปจนกว่าคดีจะสิ้นสุด เช่น มาตรา 87 วรรคสาม แห่งสมาพันธรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 244 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ Schwyz มาตรา 402 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ Schaffhovse เป็นต้น แต่บทเฉพาะกาลต่างๆ ก็มักจะกำหนดยกเว้นให้มีการบังคับใช้กฎหมายใหม่บางเรื่องในทันที เช่น มาตรา 434 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ Fribourg ฉบับปี ค.ศ. 1953

นายฮาบส์เชด (Habscheid) ได้อธิบายหลักการดังกล่าวว่า มีเหตุผลมาจากการที่ต้องการให้เกิดความมั่นคงของวิธีพิจารณาอันเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องความมั่นคงของกฎหมาย (la sécurité juridique) จึงจำเป็นต้องกำหนดหลักการให้ยังคงมีการบังคับใช้กฎหมายเก่าต่อไปสำหรับคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณา แม้ว่ากฎหมายใหม่จะถือว่าดีกว่ากฎหมายเก่าก็ตาม⁴³

⁴³ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. เล่มเดิม. หน้า 57-69.

2.3 หลักทั่วไปกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴⁴

บทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นเช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆ ซึ่งย่อมจะได้รับอิทธิพลมาจากหลักการหรือทฤษฎีสำคัญๆ ซึ่งมีผลทำให้มีการบัญญัติกฎหมายต่างๆ ให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ดังนั้น การศึกษาหลักต่างๆ ดังกล่าวนอกจากจะมีความจำเป็นในการช่วยทำให้เข้าใจกฎหมายวิธีพิจารณาความแล้ว ในทางปฏิบัติหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความยังเป็นหลักประกันทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในแต่ละคดีมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลแต่อย่างใด ซึ่งลักษณะดังกล่าวถือเป็นลักษณะบังคับพื้นฐานอย่างหนึ่งของการเป็นนิติรัฐ (l'Etat de droit) และในประเทศที่เป็นสหพันธรัฐซึ่งไม่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้บังคับทั้งสหพันธรัฐ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ หลักต่างๆ นี้ก็ช่วยให้หลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาความในแต่ละรัฐหรือแคว้นมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้

2.3.1 หลักความสัมพันธ์ของคู่ความ

กฎหมายวิธีสบัญญัติและวิธีปฏิบัติในการพิจารณาความเป็นตัวสะท้อนเป้าหมายของสังคมในสังคมซึ่งมีกฎหมายเป็นกรอบในการดำเนินกิจกรรมของบุคคล วิธีพิจารณาความแพ่งจะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแพ่งและสังคม

ความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้เนื่องจากกฎหมายทั้งสองสาขาเป็นผลผลิตของระบบสังคม วัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจเดียวกัน กฎหมายวิธีสบัญญัติอาจเป็นกฎหมายที่เป็นส่วนประกอบของกฎหมายอื่นและตัววิธีพิจารณาเองก็เป็นเรื่องทางเทคนิคเป็นส่วนมาก แต่เทคนิคทางกฎหมายไม่สามารถยุติลงได้ด้วยตัวเองและไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยปราศจากแนวความคิดอยู่เบื้องหลัง ผลกระทบจากแนวความคิดในทางวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นอยู่กับแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแต่ละคนและสังคม เช่นว่า เราอาจเปลี่ยนแปลงหลักวิธีพิจารณาความใหม่ได้ แต่เราจะไม่สามารถเข้าใจ

⁴⁴ เรียบเรียงจาก Mauro CAPPELLETTI and Bryant G. GARTH. (1987). *International Encyclopaedia of Comparative Law*. Vol.xvi: Civil Procedure. Chapter 1: **Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure. The formative principles of civil procedure.** โดย Arthur ENGERMANN และคณะ. ในหนังสือ *A history of continental civil procedure*. pp. 11-21; Jacques HERON. (1991). *Droit Judiciaire privé*. p. 207. Henry SOLUS et Roger PERROT. (1991). *Droit Judiciaire privé*. Tome 3: **procédure de première instance**. p. 77; Konrad ZWEIGERT and Hein KOTZ. (1987). "Introduction to comparative law." **Volume 1—the Framework**. pp. 280-284; Jean-Louis BERGEL. (1989). *Théorie générale du droit*. pp. 325-326. Nigel FOSTER and Satish SULE. (2002). *German Legal system and laws*. pp. 122-136.

การเปลี่ยนแปลงนั้นได้หากไม่ศึกษาหลักดั้งเดิมของวิธีพิจารณาความในกลุ่มประเทศยุโรปและความแตกต่างของระบบดังกล่าวกับที่ใช้ในกลุ่มประเทศสังคมนิยมเสียก่อน เป็นต้น

วิธีพิจารณาความแพ่งของยุโรปตะวันตกและตะวันออกในปัจจุบันมีข้อพิจารณาจากหลัก “ประโยชน์และสวัสดิการสาธารณะ” ตัวอย่างเช่น ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และซีวิลลอว์ (Civil Law) ต่างก็ยอมรับประโยชน์สาธารณะของรัฐที่อยู่เหนือข้อพิพาทบางประเภทของเอกชน เช่น กรณีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลและความสัมพันธ์ของครอบครัว ข้อพิพาทแรงงาน การผูกขาดทางการค้า และการป้องกันสิทธิเสรีภาพทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม ในประเทศทางยุโรปตะวันตกและสหรัฐ อเมริกานั้นถือว่าวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเพียงกระบวนการส่วนหนึ่งของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว ซึ่งต่างกับวิธีพิจารณาความอาญา ที่เป็นเรื่องของรัฐโดยตรงที่จะเข้าไปใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย สำหรับประเทศในกลุ่มสังคมนิยมของยุโรปตะวันออกใช้หลักประโยชน์และสวัสดิการสาธารณะเพื่อให้ศาลเข้าไปดูแลผลกระทบของวิธีพิจารณาความที่มีต่อบุคคลภายนอก ชุมชน และรัฐ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ในรายละเอียดของวิธีพิจารณาความของประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตกอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ก็ถือได้ว่าประเทศในระบบวิธีพิจารณายุโรปตะวันตกมีลักษณะบางประการร่วมกัน ซึ่งจะมี ความแตกต่างกับวิธีพิจารณาของประเทศยุโรปตะวันออก

ลักษณะของวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเน้นไปที่กระบวนการของฝ่ายเอกชนของประเทศยุโรปตะวันตกสามารถแบ่งซึ่งได้จาก “หลักการริเริ่ม โดยคู่ความ” (party-presentation) และ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (principle of party disposition) ซึ่งก่อรากมาเป็นระยะเวลายาวนาน

หลักการนำเสนอโดยคู่ความ เป็นหลักที่มีแนวความคิดว่า ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดีเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนด โดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาคดี เฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล หลักนี้จะตรงกันข้ามกับหลัก judicial investigation ซึ่งใช้กันมากในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักที่มีแนวความคิดว่าสามารถเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีด้วยตนเอง โดยนักกฎหมายได้อธิบายว่า ตามหลักนี้ ศาลมีอำนาจค้นหาสาระสำคัญ (material) หรือความจริงในคดี (absolute truth) ดังนั้น ศาลจึงมีหน้าที่ที่ต้องพิจารณาให้แน่ใจถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอและต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้นำเสนอต่อศาลด้วย หรืออีกนัยหนึ่งศาลจะต้องไม่พิจารณาว่าเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่เป็นความจริงแม้คู่ความจะเห็นตรงกันว่าเป็นความจริงก็ตาม จนกว่าศาลจะได้ไต่สวนให้ได้ความเช่นนั้นก่อน หลักนี้จึงเป็นการโต้แย้งแนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์ของคู่ความตามกฎหมายซึ่งถือว่าการแสดงเจตจำนงโดยอิสระของคู่ความเป็นเพียงวิถีทางเดียวที่จะได้มาซึ่งประโยชน์ตามกฎหมายนั้น และเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของคู่ความจากการเป็นวัตถุทางกฎหมายเอกชนมาเป็นวัตถุแห่งประโยชน์ทางกฎหมาย

โดยทั่วไป (general legal interest) คู่ความจะสูญเสียสิทธิในการแสดงเจตจำนงอย่างอิสระเพื่อให้ศาลได้ใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า การแสดงเจตจำนงของคู่ความกลับกลายมาเป็นเพียงข้อเสนอ (proposals) ซึ่งศาลจะไม่ถูกผูกมัด แต่ศาลจะมีดุลพินิจของตนเองในการดำเนินการใดๆ ที่คู่ความมิได้มีความประสงค์ได้ จากสองหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นหลักที่สอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปนั่นเอง

โดยสืบเนื่องจากหลักดังกล่าว ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละประเทศสามารถแบ่งกลุ่มหรือประเภทโดยพิจารณาจากอำนาจและหน้าที่ของคู่ความและศาลในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา ประเทศต่างๆ ของยุโรปตะวันตกมีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคือ อำนาจของศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความหรือโดยหลักที่เรียกว่า “หลักความประสงค์ของคู่ความ” อันเป็นหลักดั้งเดิมหลักหนึ่งมาเป็นระยะเวลายาวนานและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ก็ตาม ตามหลักนี้ คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีในทางกฎหมายสารบัญญัติและสิทธิในกระบวนการพิจารณา และมีสิทธิที่จะเลือกได้โดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเหล่านั้นขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี เป็นผู้กำหนดทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา เป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือถอนคดีออกไป ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มียุทธศาสตร์ในเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา หลักนี้จึงส่งผลโดยปริยายทำให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหาซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ลักษณะของวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเน้นไปที่กระบวนการของฝ่ายเอกชนของประเทศยุโรปตะวันตก ซึ่งสามารถบ่งชี้ได้จากหลักการริเริ่มโดยคู่ความ (party-presentation) และหลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition) ซึ่งก่อรากมาเป็นระยะเวลายาวนานตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น

อย่างไรก็ดี ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างหลักความประสงค์ของคู่ความกับหลักการเสนอคดีของคู่ความนั้น ยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันอยู่ โดยนักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหลักการเสนอคดีของคู่ความเป็นส่วนหนึ่งของหลักความประสงค์ของคู่ความ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแต่ละหลักมีความเป็นอิสระซึ่งกันและกัน

หลักที่ตรงกันข้ามกับหลักความประสงค์ของคู่ความคือหลักการไต่สวนโดยศาล “principle of officiality” ซึ่งเป็นหลักที่ตัดอำนาจของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยหน้าที่ที่เป็นทางการ (official duty) ของศาลไม่ใช่เพียงการบังคับใช้กฎหมาย แต่ยังรวมถึงการ

กำหนดของเขตของสาระสำคัญอันเป็นมูลเหตุแห่งคดีด้วย ในเยอรมัน ได้มีการนำหลักนี้มาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกับที่ใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น คดีเกี่ยวกับการสมรส การเป็นผู้ปกครองหรือผู้อนุบาล การรับรองบุตร เป็นต้น

หลักการเสนอคดีโดยคู่ความ (ซึ่งส่งผลให้เกิดหลักความประสงค์ของคู่ความด้วย) ได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมันตลอดจนถึงกฎหมายของเผ่าเยอรมันในยุคดั้งเดิม ต่อมาจึงเริ่มลดบทบาทลงตั้งแต่ปลายยุคปี ค.ศ. 1700 ในกฎหมายรัสเซียของพระเจ้าเฟรดเดอริคมหาราช และกลับมามีบทบาทมากในศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน กฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปแผ่นดินใหญ่ที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงมีการเริ่มใช้หลักการไต่สวนโดยศาลมากขึ้นเนื่องมาจากหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นการสนับสนุนให้คู่ความใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและยังมีผลทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้า แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าหลักการเสนอคดีโดยคู่ความจะถูกนำมาใช้มากหรือน้อยก็ตาม หลักนี้ก็ยังคงเป็นหลักสำคัญในระบบการพิจารณาคดีแพ่งทั้งหลายในยุคปัจจุบัน

สำหรับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น โดยปกติจะยึดหลักการเสนอคดีของคู่ความเป็นหลักมาตั้งแต่ต้นจนกลายเป็นจารีตประเพณีหลักนี้ ได้มีการนำมาใช้อย่างเด่นชัดมากที่สุดในเรื่องพยาน โดยหน้าที่ทั้งหมดในการเสนอพยาน หลักฐานจะตกอยู่แก่คู่ความในการดำเนินคดี และไม่มีกำหนดหรือคาดหมายว่าศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่เช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดี ดังเช่นที่จะได้กล่าวต่อไปในเรื่องรูปแบบกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนว่า ไม่มีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใดที่หลักการเสนอคดีของคู่ความซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งของกระบวนการพิจารณแบบนี้จะถูกนำมาใช้โดยสมบูรณ์ ดังนั้น จึงปรากฏหลักการไต่สวนของศาลอยู่ด้วยในระดับหนึ่ง ดังเช่นในเรื่องที่ศาลอาจเรียกพยานซึ่งคู่ความมิได้นำสืบมาสืบได้ และมีแนวโน้มที่จะมีการนำหลักการไต่สวนโดยศาลมาใช้มากขึ้น โดยนำมาผสมผสานกับหลักการเสนอคดีของคู่ความเพื่อให้เกิดความเหมาะสม แต่โดยหลักใหญ่แล้วก็ยังคงถือหลักการเสนอคดีของคู่ความอยู่เสมอ

หลักความประสงค์ของคู่ความนี้ประกอบด้วยองค์ประกอบย่อยหลายประการ ได้แก่ (1) คู่ความเป็นผู้ร้องขอ (2) เอกชนเป็นฝ่ายต่อสู้คดีและฟ้องแย้ง (3) ศาลพิพากษาไม่เกินคำขอ (4) คู่ความมีสิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา และ (5) คู่ความมีสิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ

1) คู่ความเป็นผู้ร้องขอ

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น โดยทั่วไปศาลไม่มีอำนาจริเริ่มคดีเช่นเดียวกับที่นักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ของประเทศยุโรปตะวันตกและลาตินอเมริกากล่าวว่า หลักคู่ความเป็นผู้ร้องหมายความว่า กระบวนวิธีพิจารณาความไม่อาจมีขึ้นได้เว้นแต่โดยการริเริ่มของคู่ความ หลักการนี้แสดงให้เห็นถึงความ เป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่มีทิศทางเดียวกันของระบบกฎหมายต่างๆ ในยุโรปตะวันตกอังกฤษและ สหรัฐอเมริกา ซึ่งแตกต่างจากระบบของประเทศยุโรปตะวันออกที่ให้อำนาจอัยการในการฟ้องคดีแพ่งได้อย่างกว้างขวาง

2) หลักการฟ้องแย้งและต่อสู้คดีของเอกชน

ในประเทศตะวันตก การฟ้องแย้งมีที่มาทางประวัติศาสตร์ในเชิงที่ไม่เป็นที่พึงประสงค์ให้นำมาเป็นวิธีต่อสู้คดี แม้ในปัจจุบันจะยอมให้มีการฟ้องแย้งได้แต่ก็ต้องยกขึ้นโดยคู่ความ อย่างมีข้อจำกัด ตัวอย่างเช่น ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) การฟ้องแย้งแต่เดิมต้องมีขึ้นจากการดำเนินกระบวนการ หรือเหตุการณ์ที่สืบเนื่องมาจากคดีเดิม อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่นานมานี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตสิทธิของคู่ความในการฟ้องแย้งเพิ่มมากขึ้น แต่ตรงข้ามในประเทศยุโรปตะวันออกที่ใช้ระบบกฎหมายสังคมนิยม ศาลและอัยการมีอำนาจพิจารณาว่ามี ประเด็นที่อาจฟ้องแย้งได้ระหว่างคู่ความหรือไม่

3) หลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ

ศาลในประเทศตะวันตกยึดถือหลักการว่าจะไม่พิพากษาเกินสิ่งที่คู่ความร้องขอ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า “ne eat iudex ultra vel extra petita partium” โดยเฉพาะใน ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแพ่ง แต่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และประเทศยุโรปที่เป็นสังคมนิยม ศาลอาจยกเว้นหลักการนี้ได้บ้าง โดยในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือแนวปฏิบัติที่มีที่มาจาก ศาล Chancery ซึ่งเป็นศาลคดีเอกวิติว่า ในบางครั้งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความ ศาลอาจให้การเยียวยาแก่คู่ความได้ หรือเรียกว่าหลักเอกวิติซึ่งเป็นกรณีแตกต่างจากศาลคดีของ Common Law แต่เมื่อได้มีการรวมศาลคดีเอกวิติกับศาลคดี Common Law ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักนี้ก็ยังคงได้รับการถือปฏิบัติอยู่ สำหรับประเทศยุโรปในกลุ่มสังคมนิยมยิ่งถือหลักว่า ในกรณีให้เห็นสมควรเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของรัฐที่กฎหมายคุ้มครอง ศาลอาจพิพากษา นอกเหนือจากที่โจทก์ร้องขอได้ ส่วนประเทศไทยน่าจะมีหลักการทำนองเดียวกับประเทศที่ใช้ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142

4) สิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว เฉพาะคู่ความ (หรือในบางกรณีผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง) เท่านั้นที่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว โดยศาลเองไม่มีอำนาจในเรื่องนี้ไม่ว่าจะศาลชั้นสูงที่สุดก็ตาม นอกจากนี้ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาก็จะต้องพิจารณาโดยมีข้อต่อสู้แย้งอย่างจำกัดเช่นกัน แต่เมื่อไม่นานมานี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาหลักการสำคัญในเรื่องนี้ คือมีการขยายอำนาจศาลซึ่งพิจารณาอุทธรณ์ให้สามารถริเริ่มการพิจารณาข้อโต้แย้งที่คู่ความมิได้ ยกขึ้นในศาลล่างหรือในคำอุทธรณ์ได้ การพัฒนารูปแบบนี้มีที่มาจากการที่ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาต้องมีหน้าที่เพิ่มขึ้นในการวางหลักคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความในบางกรณี ซึ่งจะต้องมองไปถึงประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยไม่เฉพาะที่อยู่ในขอบเขตของคดีที่พิจารณาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีผู้ที่อุทธรณ์คำพิพากษาได้ยังคงเป็นคู่ความเท่านั้น

ตรงกันข้ามกับในประเทศยุโรปในกลุ่มสังคมนิยม ซึ่งถือหลักสองประการในเรื่องนี้ คือประการแรก ศาลอุทธรณ์จะไม่ถูกจำกัดอยู่กับข้อโต้แย้งที่คู่ความยกขึ้น และประการที่สอง การอุทธรณ์คดีสามารถกระทำได้ทั้งฝ่ายรัฐและเอกชน ทั้งนี้สืบเนื่องจากหลักที่ว่าศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดี ในส่วนขององค์กรของรัฐที่มีอำนาจอุทธรณ์คดี เช่น อัยการ หน่วยงานของรัฐ และแม้แต่ศาลอุทธรณ์เอง ซึ่งหลักนี้ปกติไม่ใช้ในประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก เว้นแต่ในบางประเทศ เช่น อิตาลี แต่จำกัดเฉพาะบางกรณี เช่น คดีเกี่ยวกับการสมรส หรือในฝรั่งเศสในบางกรณีเช่นเดียวกัน

5) สิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ

หลักการสุดท้ายซึ่งสะท้อนให้เห็นหลักการริเริ่มคดีโดยฝ่ายเอกชนในประเทศตะวันตกได้แก่ การที่คู่ความสามารถยุติคดีได้ไม่ว่าในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาโดยการตกลงประนีประนอมยอมความ ประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือเป็นกรณีปกติที่คู่ความมักจะทำข้อตกลงร่วมกันในท้ายที่สุดเมื่อได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีกันมาอย่างยาวนาน แม้แต่ในขณะที่ลูกขุนกำลังทำคำชี้ขาดก็ตาม แต่หลักนี้ก็มิมีข้อยกเว้นเล็กน้อย เช่นเดียวกับหลักข้ออื่น คือเช่นเพื่อประโยชน์บางประการของสาธารณะ และก็เช่นเดียวกันที่หลักการนี้เป็นไปในทางตรงกันข้ามในประเทศยุโรปในกลุ่มสังคมนิยมที่ไม่อนุญาตให้ศาลยอมรับการถอนฟ้องของโจทก์หรือการตกลงประนีประนอมยอมความกันระหว่างคู่ความหากการกระทำเช่นนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือสิทธิหรือประโยชน์ใดที่กฎหมายให้การคุ้มครอง ทั้งนี้ แม้ว่าในทางปฏิบัติจะไม่มี ความแตกต่างกันในประเทศยุโรปตะวันตกมากนักแต่แนวคิดในเรื่องนี้จะเน้น

ให้เห็นถึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคมและหน้าที่ของศาลที่จะต้องตระหนักถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าความประสงค์ของกลุ่มความในคดี

2.3.2 กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวน

ในการที่จะพิจารณาถึงหลักทั่วไปนั้นมีความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องกล่าวถึงขอบเขตระหว่างบทบาทของศาลและคู่กรณี โดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินการ (la marche) และเนื้อหา (la matière) ของกระบวนพิจารณา สิ่งเหล่านี้ ความจริงแล้วนับเป็นหลักประกันของกลุ่มความในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยในการดำเนินกระบวนพิจารณา มีข้อนำคิดว่าศาลหรือคู่ความเป็นผู้มีบทบาทหรือผู้ริเริ่มในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคดีและขั้นตอนการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่เดิมเรามักจะเรียกว่า “หลักกล่าวหา” (principe accusatoire) หากคู่กรณีเป็นผู้มีบทบาทในเรื่องดังกล่าว และเรียกว่า “หลักไต่สวน” (principe inquisitoire หรือ inquisitorial) หากศาลเป็นผู้มีบทบาท แต่นายโมตุลสกี (Motulsky) ซึ่งเป็นปรมาจารย์ทางด้านกฎหมายวิธีพิจารณาความของฝรั่งเศสไม่ชอบที่จะถ้อยคำดังกล่าว เพราะเห็นว่าไม่เหมาะสมอยู่ 2 ประการคือ ประการแรก ถ้อยคำเช่นนั้นอาจทำให้เกิดความสับสน เนื่องจากคำว่า “ไต่สวน” ในคดีปกครองสอดคล้องกันกับไม่ใช่เฉพาะเกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา (direction du procès หรือ marche) แต่ยังคงด้วยกันได้กับเรื่องการค้นหาเนื้อหาสาระของคดีด้วย แต่ทว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่งนั้น เรื่องทั้งสองดังกล่าวถูกแบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ดังนั้น การใช้คำว่า “ไต่สวน” กับทั้งการดำเนินกระบวนพิจารณาและกับเนื้อหาของคดีจึงก่อให้เกิดความคลุมเครือ และยังทำให้เกิดความสับสนระหว่างคำว่า “หลักกล่าวหา” (principe accusatoire) ซึ่งควรจะใช้เฉพาะกับเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาและคำว่า “หลักความประสงค์ของกลุ่มความ” (principe dispositif) ซึ่งใช้กับเรื่องเนื้อหาของคดีหรือกระบวนพิจารณา จากเหตุผลดังกล่าว Motulsky จึงเห็นว่าควรใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายของอิตาลีที่ใช้คำว่า “le principe d’initiative privée” (หลักริเริ่มโดยหรือเป็นสิทธิของกลุ่มความ) แทนคำว่า “le principe accusatoire” (หลักกล่าวหา) และคำว่า “le principe d’initiative judiciaire” (หลักริเริ่ม โดยหรือเป็นอำนาจของศาล) แทนคำว่า “le principe inquisitoire” (หลักไต่สวน)⁴⁵

ดังนั้น กระบวนพิจารณาอาจจะถูกกำหนดโดยศาล (maxime d’office) หรือโดยคู่ความ (maxime de disposition) โดยนักวิชาการจำนวนมากเห็นว่า หลักการกำหนดกระบวนพิจารณาโดยศาลนี้เป็นหลักเดียวกันกับหลักไต่สวน (maxime inquisitoire) นั่นเอง

กระบวนวิธีพิจารณาทั้งสองดังกล่าวมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกัน โดยกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาใกล้เคียงหรือสัมพันธ์กับ “หลักความประสงค์ของกลุ่มความ” (le principe dispositif) และ

⁴⁵ Henri MOTULSKY. (1973). *Droit processuel*. pp. 172-173.

เป็นกระบวนการพิจารณาในสมัยดั้งเดิมนับตั้งแต่ที่มนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคม กระบวนการพิจารณาลักษณะนี้ได้เน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของกลุ่มความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญกลุ่มความไม่เพียงแต่เป็นฝ่ายกำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี แต่ยังมีบทบาทที่สำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณารวมทั้งการรวบรวมพยานหลักฐานอีกด้วย และมักจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา โดยเปิดเผย และมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้ซึ่งกันและกันระหว่างกลุ่มความ เป็นกระบวนการพิจารณาที่มักจะทำให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดและห้ามไม่ให้ศาลตัดสินคดีตามความเชื่อส่วนตัวของตน

ในทางตรงกันข้ามกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนซึ่งมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นทีหลัง โดยมักจะใช้กันในช่วงที่รัฐมีอำนาจมากขึ้นได้เน้นบทบาทของศาลในการควบคุมกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ ศาลมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้กลุ่มความร้องขอ และยังไม่ถูกจำกัดให้พิจารณา เฉพาะข้อเท็จจริงที่กลุ่มความเสนอต่อศาล แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วยกระบวนการพิจารณาในแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยลับ และไม่ค่อยจะมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างกลุ่มความ เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือ โดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ กระบวนการพิจารณาแบบนี้จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ และเป็นกระบวนการพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก แต่ก็เสี่ยงต่อการที่อาจทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิ การต่อสู้คดีของกลุ่มความได้เพียงพอ

สำหรับในส่วนของคดีแพ่งนั้น กระบวนการพิจารณาทั้งสองแบบดังกล่าวต่างก็มีทั้งข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้ง โดยฝ่ายที่สนับสนุนวิธีพิจารณาในแบบกล่าวหานั้นเห็นว่าเนื่องจากคดีแพ่งเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของกลุ่มความ และกระบวนการพิจารณาเป็นเพียงมาตรการเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างกลุ่มความ จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่กลุ่มความควรจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งสอดคล้องกับ “หลักความประสงค์ของกลุ่มความ” ส่วนผู้พิพากษานั้นควรจะวางตัวเป็นกลาง อำนาจศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆ ของกลุ่มความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาศาลมีบทบาทเป็นเพียงเสมือน “กรรมการผู้ตัดสิน” (le juge-arbitre) การแข่งขันกีฬาที่จะพิจารณาปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนกระบวนการพิจารณาในแบบไต่สวนนั้นได้ให้เหตุผลว่า ตามหลักความยุติธรรมย่อมบังคับอยู่ในตัวของมันเองว่าจะต้องประกอบด้วยความรู้เร็วในการพิจารณา โดยผู้พิพากษาจะต้องเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อป้องกันไม่ให้กลุ่มความพยายามประวิงคดี และยังคงต้องประกอบด้วยความถูกต้องของคำ

พิพากษา โดยผู้พิพากษามีภาระหน้าที่ในการที่จะชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นข้อยุติที่ถูกต้องระหว่างคู่ความ

อย่างไรก็ตาม การแบ่งวิธีพิจารณาดังกล่าวออกเป็นสองแบบต่างหากจากกันนั้นเป็นเพียงมุมมองในแง่ทฤษฎีเท่านั้น เพราะในทางความเป็นจริงแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศต่างๆ ทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีประเทศใดที่นำวิธีพิจารณาแบบหนึ่งแบบใดแต่เพียงแบบเดียวมาใช้ โดยบางประเทศหรือบางยุคสมัย กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีลักษณะค่อนข้างไปทางแบบใดแบบหนึ่งเท่านั้น หากประเทศนั้นหรือในยุคนั้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายก็จะกำหนดให้สิทธิแก่คู่ความที่จะกำหนดทิศทางในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากเป็นกรณีในทางกลับกัน กฎหมายนั้นก็จะกำหนดอำนาจผู้พิพากษาในการควบคุมกระบวนการพิจารณาไว้อย่างกว้างขวางเช่นกัน

กระบวนการพิจารณาทั้งสองแบบนี้ต่างก็มีข้อดีเช่นเดียวกัน โดยกระบวนการที่ค่อนข้างไปทางแบบใดส่วนนั้น แม้ว่าจะช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็วและคู่ความไม่มีโอกาสเอารัดเอาเปรียบกันอันเนื่องจากการที่ศาลมีบทบาทมากในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ศาลก็ต้องระมัดระวังในเรื่องการวางตัวเป็นกลางและในเรื่องสิทธิต่อคู่คดีของคู่ความ โดยศาลจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่า แม้ว่าเป้าหมายหนึ่งของกระบวนการพิจารณาแบบใดส่วนนั้นจะต้องการให้ได้ความเป็นจริงที่สมบูรณ์หรือที่พึงประสงค์ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่หมายความว่าศาลจะต้องเข้าไปทำหน้าที่แทนคู่ความในการค้นหาความจริงอย่างเต็มตัว แต่เป็นเพียงการเข้าไปช่วยเหลือคู่ความในการค้นหาความจริงเท่านั้น⁴⁶ ส่วนกระบวนการที่ค่อนข้างไปทางแบบกล่าวหาเท่านั้น แม้จะมีข้อดีในเรื่องที่ศาลวางตัวเป็นกลางและคู่ความมีอิสระค่อนข้างมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ก็มีปัญหาในเรื่องที่คู่ความได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางที่ไม่สุจริตทำให้เกิดการได้เปรียบในทางเชิงกระบวนการพิจารณาหรือทำให้เกิดการประวิงคดีได้

ตามตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสวิตเซอร์แลนด์⁴⁷ ได้อธิบายหลักกระบวนการพิจารณาแบบใดส่วนโดยในภาษาสวิสใช้คำว่า “maxime inquisitoire” หรือในภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Untersuchungsmaxime” ส่วนกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาใช้คำว่า “maxime des débats” หรือในภาษาเยอรมันว่า “Verhandlungsmaxime” ซึ่งพอแปลความหมายได้ว่า “หลักการต่อสู้คดี” หรือ “หลักเจรจา” โดยอธิบายว่า กระบวนการพิจารณาแบบใดส่วนนั้น ศาลจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจตามที่ตนเห็นสมควร โดยละเลยความประสงค์ของคู่ความ ในขณะที่กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา ศาลจะพิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความได้นำมาสู่ศาลเท่านั้น ซึ่งทำให้มีโอกาสเสี่ยงที่จะทำให้ศาล

⁴⁶ Mauro CAPPELLETI. (1989). **The Judicial Process in Comparative Perspective**. p. 250.

⁴⁷ Walther J. HABSCHEID. Op.cit. p. 347.

พิพากษาไม่ตรงกับความเป็นจริง โดยภาพรวมแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสวิสจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา แต่ในบางแคว้นหรือในคดีบางประเภทก็มีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับเรื่องการใช้ถ้อยคำ ว่า วิธีพิจารณาแบบไต่สวน (inquisitorial) และวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา (adversary) นี้ นายแคพเพลเลติ (Cappelletti) และนายการ์ท (Garth) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่มีการเพิ่มบทบาทของศาลในประเทศตะวันตกโดยการกำหนดแนวทางและควบคุมกระบวนการพิจารณามีได้หมายความว่าศาลมีอำนาจที่จะละเลยหลักความประสงค์ของคู่ความและกฎเกณฑ์ย่อยที่เกี่ยวข้อง เช่น การร้องขอของคู่ความหรือการต่อสู้คดีของคู่ความแต่อย่างใด อำนาจของศาลจะเป็นเพียงเรื่องทางเทคนิคและรูปแบบการดำเนินกระบวนการเท่านั้น แต่ศาลจะไม่สามารถใช้ความประสงค์ของศาลแทนคู่ความในการกำหนดวัตถุประสงค์แห่งคดีหรือในการตัดสินใจอะไรคือประเด็นข้อเท็จจริงที่จะพิจารณาซึ่งเรื่องดังกล่าวต้องเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ

ลักษณะในเชิงมหาชนของวิธีพิจารณาความแพ่งอันเป็นการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนนั้น อาจมีทั้งข้อดีและข้อเสียในแต่ละระบบกฎหมาย ทางหนึ่งอาจเป็นการปกป้องประโยชน์สาธารณะในคดี แต่ทางหนึ่งอาจเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิของเอกชน ตัวอย่างเช่น การฟ้องคดีร่วมโดยทั่วไปอาจทำให้การดำเนินคดีเกิดความรวดเร็วแต่ทางหนึ่งก็อาจเกิดความลำบากในการพิจารณาทำให้ไม่เกิดความยุติธรรมอย่างเต็มที่เพราะความล่าช้าหากเกิดปัญหาว่าแต่ละประเด็นจะต้องรอการวินิจฉัยในประเด็นอื่นของคู่ความทุกคน นอกจากนี้ การให้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางแก่ศาลอาจส่งผลให้เกิดความไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยและทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าว

แม้จากประสบการณ์ในการเพิ่มลักษณะเชิงมหาชนของวิธีพิจารณาความแพ่งในประเทศภาคพื้นยุโรปจะไม่แสดงให้เห็นว่าสิทธิของเอกชนจะถูกลดทอนลงเสมอไป แต่นักกฎหมายของประเทศในกลุ่ม Common Law จำนวนมากพากันเรียกวิธีการของประเทศในกลุ่ม Civil Law ว่า “วิธีพิจารณาแบบไต่สวน” เพราะมีการให้อำนาจศาลในการกำหนดแนวทางและควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาและเรียกวิธีการของตนเองว่า “วิธีพิจารณาแบบกล่าวหา” เสมือนว่าเป็นวิธีการเฉพาะของแต่ละระบบ ความเข้าใจผิดในเรื่องความแตกต่างนี้สามารถเห็นได้ชัดในการอธิบายเป็นหลายแนวทางดังนี้

แนวทางแรก ในทางประวัติศาสตร์ คำว่า “แบบไต่สวน” (inquisitorial) มีความหมายเฉพาะหมายถึงการพิจารณาอย่างเป็นวามลับโดยศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นโดยไม่คำนึงถึงหลักประกันสิทธิในทางวิธีพิจารณาความ ซึ่งมีได้มีการรับมาใช้ในการดำเนินคดีแพ่งของระบบกฎหมายใดใน

ทั้งสามระบบหลักที่กล่าวถึงในที่นี้ (Common Law, Civil Law และสังคมนิยม) ซึ่งความหมายที่ยกขึ้นในข้อนี้ไม่สามารถอธิบายถึงความแตกต่างของวิธีปฏิบัติในการพิจารณาความได้

แนวทางที่สอง คำคำนี้อาจถูกนำมาใช้ในปัจจุบันซึ่งหมายถึงการที่ศาลหรืออัยการมีอำนาจแทนคู่ความในการควบคุมวัตถุประสงค์แห่งคดี (subject matter of the case) เช่น การริเริ่มคดี การโต้แย้งคำฟ้อง การโต้แย้งคำพิพากษา หรือการกำหนดเงื่อนไขในการประนีประนอมยอมความ ซึ่งลักษณะของการกระทำดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องมีลักษณะในเชิงลบเสมอไป การกระทำดังกล่าวอาจเป็นแค่เพียงอำนาจหน้าที่เพื่อประชาชนส่วนใหญ่ในการใช้กฎหมายสารบัญญัติ ดังที่พบในระบบกฎหมายสังคมนิยม ซึ่งหากถือตามความหมายเช่นนี้ก็จะไม่ถือว่าวิธีพิจารณาความแพ่งใดๆ ทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เรียกว่าวิธีพิจารณาแบบไต่สวนเลย ดังเช่นในประเทศตะวันตกยังอาจเห็นการเน้นการควบคุมวัตถุประสงค์แห่งคดีโดยคู่ความในคดีส่วนใหญ่ เนื่องจากหลักความประสงค์ของคู่ความยังคงได้รับการยึดถืออยู่ แม้สภาพสังคมจะเปลี่ยนไป

แนวทางที่สาม คำคำนี้อาจเป็นเพียงการนำมาใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงอำนาจของศาลหรืออัยการในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งรวมถึงการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ตามความหมายนี้อาจถือได้ว่าทั้งในประเทศในระบบกฎหมายสังคมนิยมและประเทศในระบบซีวิลลอว์ที่ก้าวหน้าที่สุดมีวิธีพิจารณาแบบไต่สวนได้ แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาที่มีแนวโน้มของวิธีพิจารณาไปในแนวทางนี้ นอกจากนี้หากพิจารณาลักษณะวิธีพิจารณาของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีอำนาจกำกับดูแลการดำเนินกระบวนการด้วยวาจา การดำเนินการดังกล่าวก็อาจถือเป็นการพิจารณาแบบไต่สวนตามความหมายนี้ได้เช่นกัน และแม้ว่าจะมีความเสี่ยงจากการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลอยู่บ้าง แต่ตามความเป็นจริงแล้วก็ยากที่จะพบได้ในการดำเนินการตามหลักการนี้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว⁴⁸

กล่าวโดยสรุป กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีลักษณะที่ค่อนข้างไปทางแบบกล่าวหา ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีลักษณะที่ค่อนข้างไปทางแบบไต่สวน ซึ่งเมื่อลองเปรียบเทียบขั้นตอนวิธีพิจารณาของทั้งสองแบบจะพบว่ามี ความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในขั้นตอนของการสืบพยานบุคคล แม้ว่าโดยหลักการทั่วไปแล้ว ศาลของทั้งสองแบบจะเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่บทบาทของศาลในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ เช่น ฝรั่งเศสนั้น ศาลไม่ได้มีบทบาทแต่เพียงรับฟังคำให้การของพยานแต่เพียงอย่างเดียว โดยในระหว่างที่พยานให้การนั้น ศาลยังมีบทบาทในการที่จะซักถามพยานในประเด็นต่างๆ ที่เห็นว่าสามารถช่วยให้ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่จำเป็น โดยครบถ้วน หรือซักถาม

⁴⁸ วรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. เล่มเดิม. หน้า 71-81.

พยานตามที่คู่ความได้เสนอแนะ การซักถามพยานจึงเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียว และตามมาตรา 214 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดห้ามมิให้คู่ความพุดสอดแทรกกระทงที่พยานให้การหรือซักถามพยานโดยตรง หรือกระทำการใดๆ ที่จะทำให้อิทธิพลต่อพยาน หลักการดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะหลีกเลี่ยงไม่ให้พยานถูกขัดขวางหรือรบกวน โดยการขัดจังหวะของคู่ความหรือ โดยการตั้งคำถามที่อาจทำให้พยานหลงเข้าใจประเด็นโดยผิดพลาด คู่ความที่ฝ่าฝืนอาจถูกศาลสั่งขับไล่ออกจากศาลได้ แต่บทบาทของศาลในการซักถามพยานที่มีลักษณะเชิงรุกนี้ไม่ได้เป็นการตัดสิทธิของคู่ความโดยเด็ดขาด เพราะตามมาตรา 214 วรรคสอง ภายหลังจากที่พยานได้ให้การเสร็จสิ้นแล้ว คู่ความสามารถที่จะเสนอให้ศาลสอบถามพยานในบางประเด็นได้ แต่ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าคำถามดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับคดีหรือไม่ และอาจที่จะปฏิเสธเสียก็ได้ แต่มีคำพิพากษาวางแนวว่าการปฏิเสธของศาลที่จะถามดังกล่าวจะต้องไม่มีผลทำให้สิทธิในการต่อสู้คดีของคู่ความเสียหาย และในทุกกรณีคู่ความมีสิทธิโดยเด็ดขาดในการที่จะจัดทำข้อสังเกตด้วยวาจาซึ่งศาลจะต้องระบุงไว้ ในรายงานการสืบพยาน หรือทำข้อสังเกตเป็นหนังสือเพื่อแนบท้ายรายงานการสืบพยาน⁴⁹

จากบทบาทของศาลและคู่ความในการซักถามพยานของฝรั่งเศสซึ่งอยู่ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) ดังกล่าว จะเห็นได้ชัดเจนว่ามีข้อแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับวิธีการซักถามพยานในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งทนายความของคู่ความแต่ละฝ่ายสามารถที่จะซักถามพยานได้โดยตรง โดยวิธีการซักถาม ถามค้าน และถามติง ส่วนบทบาทของศาลนั้นเป็นเพียงเสมือนทำหน้าที่กรรมการผู้ตัดสินที่ไม่มีบทบาทเชิงรุก เพียงแต่รับการฟังการซักถามพยานของทนายความและทำหน้าที่ชี้ขาดในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้คัดค้านว่าการตั้งคำถามของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่ถูกต้อง (objections) วิธีการดังกล่าวอันเป็นลักษณะดั้งเดิมของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในแบบกล่าวหา นั้นมักจะมีผลต่อการวินิจฉัยคดีเป็นอย่างมาก โดยนักกฎหมายเอง โกลแซกซอนส์เห็นว่าเป็นวิธีที่จะช่วยควบคุมกรณีที่พยานถูกสั่งให้ให้การเท็จหรือทำให้พยานไม่สามารถให้การโดยไม่สุจริตได้ แต่สำหรับในมุมมองของนักกฎหมายกลุ่มประเทศลาตินหรือกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เห็นว่า วิธีการสืบพยานในลักษณะดังกล่าวจะส่งผลทำให้คู่ความมีอิทธิพลต่อพยานโดยไม่เหมาะสม โดยจะเป็นการเปิดโอกาสให้ทนายความใช้วิธีการซักซ้อมหรือตกแต่งพยานหรือซักค้านพยานของฝ่ายตรงกันข้าม โดยบิดเบือนหรือโดยไม่สุจริตหรือเกินสมควร เช่น การตั้งคำถามที่ทำให้พยานเข้าใจผิด โดยทนายความผู้นั้นไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ได้รับคำตอบจากพยานตามความเป็นจริง แต่ประสงค์จะทำให้พยานเกิดความลังเล สับสนหรือหลงประเด็น หรือแม้กระทั่งทำให้พยานนั้นให้การในลักษณะไม่น่าเชื่อถือ นอกจากนี้ การ

⁴⁹ Henry SOLUS et Roger PERROT. (1961). *Droit judiciaire privé*. p. 879.

ซักถามพยานในลักษณะดังกล่าวยังก่อให้เกิดผลเสียมากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากการซักถามพยานได้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าประชาชนเป็นจำนวนมาก และทนายความที่มีชื่อเสียงในการซักถามพยานจะได้เปรียบ วิธีการสืบพยานในลักษณะนี้จึงน่าจะมีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมอันดีได้

นอกจากนี้ กระบวนวิธีพิจารณาชั้นตอนหนึ่งของประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) คือ “การสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริง” (discovery) ซึ่งเป็นกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีอย่างหนึ่ง⁵⁰ แม้นักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะเห็นว่าเป็นกระบวนการซึ่งช่วยลดขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล แต่ก็มิ้นักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ด้วยกันวิจารณ์ว่าทนายความได้ใช้กระบวนการพิจารณานี้ไปในทางที่ไม่ชอบ ทำให้เกิดผลเสียต่างๆ ตัวอย่างเช่น การที่ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความสูงเกินไปอันเนื่องมาจากการทำงานที่มากเกินไปของทนายความในชั้นตอนต่างๆ ของ discovery ทนายความขาดจรรยาบรรณในการทำงาน มุ่งแต่จะหาประโยชน์แต่อย่างเดียว แลการที่มีค่าใช้จ่ายสูงเช่นนี้ย่อมบีบให้ตัวความคำนึงถึงผลประโยชน์ของคดีมากกว่าความถูกต้องยุติธรรม อันนำไปสู่ปัญหาการขโมย ซ่อนเร้น ทำลาย คัดแปลงเอกสาร หรือการกล่าวข้อความเท็จหรือปิดบังข้อเท็จจริงของตัวความในระหว่างขั้นตอนของ discovery จากข้อเสียหรือจุดอ่อนดังกล่าวคู่ความก็อาจนำไปใช้เป็นเครื่องต่อรองในการเจรจา โดยเฉพาะในคดีซึ่งไม่มีมูลคดีแน่นอนหา หรือเป็นการฟ้องเพื่อกลั่นแกล้ง⁵¹ การใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาของ discovery โดยไม่สุจริตของคู่ความในสหรัฐอเมริกาดังกล่าวนี้ นักกฎหมายในกลุ่มประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เห็นว่าเกิดขึ้นจากการที่กฎหมายในระบบกล่าวหานี้ให้อิสระแก่คู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณามากเกินไปนั่นเอง⁵²

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้นแม้ว่าเราจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในรูป

⁵⁰ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ 5 ประการ คือ การบันทึกคำให้การพยานนอกศาล (disposition) การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม (interrogatoires to parties) การแสดงเอกสารหรือวัตถุพยาน (production of documents and things) การตรวจสภาพร่างกายและจิตใจ (physical and mental examination) และการขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริง (request for admission).

⁵¹ วัลลา ละออนสุวรรณ. (2538). กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี: ศึกษาเปรียบเทียบในกรณีการนำกระบวนการของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาปรับใช้. หน้า 29-44.

⁵² Patrick THIEFFRY. (1984). *Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats Unis.* p. 784.

ประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ปรากฏว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ โดยในชั้นยกร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ผู้ร่างกฎหมายซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศสได้อาศัยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (ซึ่งกรมหลวงราชบุรีฯ ได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว) และพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เป็นหลัก โดยได้เพิ่มเติมบทบัญญัติบางส่วนจากกฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลกงสุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2441 จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส และจากกฎหมายประเทศต่างๆ ซึ่งไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่ามาจากกฎหมายประเทศใดบ้าง ซึ่งเมื่อได้พิจารณาขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการสืบพยานจะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาส่วนใหญ่มาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ แต่เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติบางเรื่อง โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเรื่องบทบาทหรืออำนาจของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไปและการรับฟังพยานหลักฐาน ตลอดจนอำนาจของศาลที่จะมีคำสั่งในบางเรื่องได้เองโดยคู่ความไม่ต้องร้องขอ (ตัวอย่างเช่น เรื่องละเมิดอำนาจศาล (มาตรา 30 มาตรา 31 และมาตรา 33) เรื่องอำนาจศาลที่จะเรียกให้คู่ความหรือพยานมาชี้แจงข้อเท็จจริงต่อศาลและซักถามพยานตามที่เห็นจำเป็น (มาตรา 19 มาตรา 116 (1) และมาตรา 119) อำนาจในการเรียกพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบตามที่เห็นจำเป็น (ตามมาตรา 86 วรรคท้าย และมาตรา 87 (1) อำนาจตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ (มาตรา 99 วรรคหนึ่ง)) จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะของระบบไต่สวนนั่นเอง ในระยะหลังๆ นักกฎหมายไทย⁵³ จึงเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยน่าจะเป็นระบบผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน

หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการสืบพยานการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางปฏิบัติแล้ว เราคงจะปฏิเสธไม่ได้ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลไทยมีลักษณะค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาค่อนข้างมาก โดยศาลไทยไม่ค่อยจะได้หรือแทบจะไม่ได้ใช้อำนาจตามมาตราต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นเพื่อควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความหรือเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงของคดีเท่าใดนัก เนื่องจากอิทธิพลของแนวความคิดระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ว่าศาลควรจะวางตัวเป็นกลางและการเข้าไปมีบทบาทเกี่ยวกับคดีมากเกินไปอาจเสียความเป็นกลางและอาจเป็นเหตุให้คู่ความคัดค้านผู้พิพากษาได้ แนวความคิดนั้นยังปรากฏชัดเจนในประมวลจริยธรรม

⁵³ ชาวเลิศ โสภณวัฒน์. (2524, พฤศจิกายน - ธันวาคม). "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ." *ตุลพาห*, 6, 28. หน้า 36-47.

ข้าราชการตุลาการ⁵⁴ บทบาทของศาลไทยจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะเป็นเชิงรุก การดำเนินกระบวนการพิจารณาส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับความริเริ่มของกลุ่มศาลแพ่งจะไม่ค่อยใช้ดุลพินิจมีคำสั่งต่างๆ เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเอง การกำหนดทิศทางและระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงมักขึ้นอยู่กับบทบาทของกลุ่มความเป็นส่วนใหญ่ ส่วนทางด้านกลุ่มตนเองนั้น เราคงจะปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่า เราต้องประสบปัญหาในเรื่องกลุ่มความพยายามใช้ชั้นเชิงในทางวิธีพิจารณาโดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการอ้างและการสืบพยาน ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าหรือทำให้กลุ่มความสามารถชนะคดีกันด้วยชั้นเชิงทางวิธีพิจารณามีใช้ด้วยเนื้อหาของคดี

จากปัญหาต่างๆ ดังกล่าวจึงได้มีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาโดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรีได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2535 เพื่อแก้ไขหลักการชี้สองสถานใหม่ โดยกำหนดให้กลุ่มความยื่นคำแถลงเสนอประเด็นข้อพิพาท ยื่นบัญชีระบุพยาน และส่งสำเนาพยานเอกสารที่ได้อ้างอิงไว้ต่อศาลก่อนวันชี้สองสถานเพื่อให้ศาลทราบถึงพยานหลักฐานของกลุ่มความและสามารถกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบได้อย่างถูกต้องครบถ้วน และยังช่วยทำให้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่สำคัญมาสู่ศาลในชั้นชี้สองสถาน อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยานเป็นไปด้วยความรวดเร็วและยุติธรรม⁵⁵ แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมากระทรวงยุติธรรมได้ดำเนินการให้มีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล

⁵⁴ ข้อ 9 ได้กำหนดว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของกลุ่มความและทนายความของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง.”

⁵⁵ เนื่องจากการที่กลุ่มความมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของกลุ่มความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะมีการชี้สองสถานก็อาจทำให้มีการขอมความหรือขอมรับข้อเท็จจริงของอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะมีการชี้สองสถาน และทำให้ป้องกันมิให้มีการเอาเปรียบกันในเชิงคดี โดยกลุ่มความแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสตรวจสอบและมีเวลาเตรียมตัวในการหักล้างพยานหลักฐานของกลุ่มความฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ ทำให้ทนายความบางคนต้องเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาเตรียมคดีเสียใหม่จากวิธีปฏิบัติเดิมที่ใช้วิธีการยื่นฟ้องหรือคำให้การไว้ก่อนแล้วค่อยหาพยานหลักฐานมาสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตนในภายหลังโดยใช้วิธีการทอขยยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมไปเรื่อยๆ ซึ่งเป็นเหตุให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยานเป็นไปด้วยความล่าช้าและสับสน นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันการจู่โจมกันในชั้นสืบพยานโดยอาศัยชั้นเชิงทางวิธีพิจารณาต่างๆ ที่เคยกระทำกันอยู่ในบางครั้ง โดยใช้วิธียื่นบัญชีระบุพยานต่อศาลก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าสามวันไว้ฉบับหนึ่งก่อนเพื่อลวงให้กลุ่มความอีกฝ่ายหนึ่งเตรียมตัวหักล้างพยานหลักฐานของกลุ่มความฝ่ายนั้นตามบัญชีระบุพยานที่ได้ยื่นไว้ แต่พอถึงวันสืบพยานกลุ่มความฝ่ายนั้นกลับขอยื่นบัญชีระบุพยานใหม่ทั้งหมดโดยอ้างว่าเป็นการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมและขอ นำพยานเข้าสืบในวันนั้นเลย ทำให้กลุ่มความอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเพราะเตรียมตัวไม่ทัน.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2538 แก้ไขหลักการในชั้นชี้สองสถาน โดยลดความเคร่งครัดลงไป เนื่องจากเห็นว่าหลักการชี้สองสถานใหม่ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่ทั้งผู้อ้างพยานหลักฐานและผู้ครอบครองพยานหลักฐาน หากยังไม่มีการชี้สองสถานก็ยังไม่ทราบแน่ชัดว่าคดีมีประเด็นข้อพิพาทเพียงใด ทำให้ต้องยื่นพยานหลักฐานต่างๆ ทั้งหมด ศาลเองก็ไม่สามารถตรวจดูเอกสารได้ทั้งหมด และการให้คู่ความเสนอประเด็นข้อพิพาทต่อศาลก่อนวันชี้สองสถาน คู่ความจึงต้องเสนอประเด็นให้ครอบคลุมมากไว้ก่อนทำให้คดีมีประเด็นปัญหาข้อโต้แย้งมากขึ้นจนฟุ้งเฟ้อเกินสมควร อันเป็นภาระแก่คู่ความและศาลเป็นอย่างมาก⁵⁶

จากหลักการชี้สองสถานใหม่ที่ได้มีความพยายามแก้ไขแต่ไม่ประสบความสำเร็จ จะเห็นได้ว่าเป็นหลักการที่พยายามเพิ่มบทบาทของศาลในการรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี ซึ่งก็เป็นการนำวิธีพิจารณาในระบบไต่สวนมาใช้นั่นเอง ส่วนสาเหตุที่ไม่ประสบความสำเร็จ ส่วนหนึ่งก็น่าจะเป็นเพราะไปขัดกับทางปฏิบัติของผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งเคยชินกับการปฏิบัติแบบเดิมมาเป็นเวลานาน โดยศาลซึ่งเคยชินกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ปล่อยให้เป็นที่ของคู่ความในการที่จะรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี ส่วนคู่ความก็เคยชินกับวิธีพิจารณาแบบเดิมซึ่งตนมีบทบาทหรืออิสระในการรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี ซึ่งวิธีการปฏิบัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นระบบ กล่าวหา จึงไม่ค่อยจะพร้อมใจกันให้ความร่วมมือปฏิบัติตามหลักการใหม่ แม้ว่าโดยหลักการแล้วจะเป็นหลักการที่ดีก็ตาม

2.3.3 หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่าย

หลักนี้นับได้ว่าเป็นมาตรฐานคุ้มครองคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่ง ซึ่งได้มีการนำไปใช้บังคับในทุกประเทศทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง

คุณภาพของกระบวนการยุติธรรมซึ่งต้องประกอบด้วยความยุติธรรมนั้นจะขึ้นอยู่กับ การนำหลักการได้รับฟังและสิทธิการต่อสู้คดีมาใช้อย่างถูกต้อง หลักนี้มีที่มาจากหลักเกณฑ์ในการบริหารงานยุติธรรมที่เหมาะสมในสมัยโบราณที่เรียกว่า “audiatur et altera pars” หรือ “audi et alteram partem” และในยุคสมัยใหม่ยังคงมีการบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญและอนุสัญญา ระหว่างประเทศ ความหมายหรือขอบเขตของหลักนี้มีหลายแง่มุม เช่น สิทธิของคู่ความในการได้รับการแจ้งว่ามีการฟ้องคดีต่อตนและได้รับการแจ้งเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา สิทธิ

⁵⁶ การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี (เอกสารท้ายหนังสือกระทรวงยุติธรรมถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ ขธ 0503/6500 ลงวันที่ 22 มีนาคม 2536) และบันทึกความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (แก้ไขปรับปรุงเรื่อง การชี้สองสถานและการยื่นบัญชีระบุพยาน) ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม (เอกสารแนบท้ายหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาด่วนที่สุดที่ นร 0601/705 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2536).

ของคู่ความในการเสนอหรือโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมีคู่ความอยู่ด้วยในขณะนำสืบ พิสูจน์ข้อเท็จจริง และสิทธิที่จะไม่ถูกผูกพันโดยคำพิพากษาที่ตนมิได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดี นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่สืบเนื่องมาจากสิทธิในการได้รับฟัง ได้แก่ การห้ามศาลใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนรู้มาเอง เช่น ข้อเท็จจริงที่ได้มานอกศาลหรือที่คู่ความไม่มีโอกาสได้มีส่วนรู้เห็น หรือที่ได้มาโดยไม่มีหลักประกันในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หรือแม้แต่ในคดีรูปแบบใหม่ เช่น การฟ้องคดีแบบกลุ่ม (class action) ของกลุ่มประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็ยังต้องนำสิทธิในการได้รับฟังมาใช้ให้เหมาะสมตามพฤติการณ์ เช่น โดยไม่ต้องมีตัวแทนในการดำเนินคดีที่มีความสามารถในการคุ้มครองสมาชิกกลุ่มที่ไม่ได้เข้าในคดี เป็นต้น ซึ่งมาตรการคุ้มครองที่กล่าวมานี้ถือเป็นมาตรการขั้นต่ำในทางสิทธิและเป็นคนละกรณีกับเรื่องทางเทคนิคหรือรูปแบบที่ใช้ประกอบสิทธิดังกล่าว เช่น เรื่องการส่งหมายที่รายละเอียดในเรื่องนี้ย่อมขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในเรื่องอื่นของแต่ละประเทศ

หลักนี้อาจจะมีข้อยกเว้นได้ในบางกรณี คือการที่จะเป็นบทลงโทษคู่ความที่ไม่ร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การพิจารณาโดยขาดนั้น หรือกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เช่น การขอให้คุ้มครองชั่วคราวในระหว่างพิจารณา หรือคำร้องขอฝ่ายเดียวต่างๆ เป็นต้น⁵⁷

2.3.4 หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย

“การกระทำโดยเปิดเผย” เป็นการกระทำที่เปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนรับรู้ “กระบวนการพิจารณา” (Prozesshandlung) ต่างๆ นั้นของศาลได้⁵⁸ “การกระทำโดยเปิดเผย” เป็นการกระทำเพื่อให้ประชาชนได้มีความเชื่อถือศรัทธาต่ออำนาจตุลาการ และเป็นมาตรการตรวจสอบอำนาจตุลาการด้วย กล่าวคือประชาชนจะได้เป็นที่รู้ว่าศาลปฏิบัติต่อคู่ความและพยานดีหรือไม่อย่างไร ศาลควบคุมการดำเนินคดีอย่างถูกต้อง “เป็นธรรม” (fair) หรือไม่⁵⁹

การพิจารณาโดยเปิดเผยเป็นแนวคิดของการบริหารงานยุติธรรมแบบเสรีนิยมมีที่มาจากต่อต้านการพิจารณาคดีโดยลับของศาลบางศาลในสมัยก่อน เช่น ศาล Star Chamber ของประเทศอังกฤษ หรือในภาคพื้นยุโรปก่อนการปฏิวัติของประเทศฝรั่งเศสและในประเทศอื่นการพิจารณาโดยวาก็เป็นผลสืบเนื่องจากเหตุการณ์เดียวกัน เพราะด้วยการพิจารณาดังกล่าวจึงจะสามารถเปิดให้สาธารณชนได้ทราบได้อย่างแท้จริง และก็คือเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชนที่มีต่อการใช้อำนาจของรัฐซึ่งเป็นที่ยอมรับกันจนถึงสังคมในยุคใหม่ อีกทั้งยังเป็นการทำให้การบริหารงานยุติธรรมมีความใกล้ชิดกับประชาชนมากขึ้น โดยหลักนี้มุ่งที่

⁵⁷ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. เล่มเดิม. หน้า 93-98.

⁵⁸ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 177.

⁵⁹ แหล่งเดิม. หน้า 177.

จะคุ้มครองคู่ความจากการพิจารณาที่เป็นการลับและตามอำเภอใจด้วยการพิจารณาที่โปร่งใส และประชาชนสามารถควบคุมได้ หลักนี้ยังช่วยเป็นหลักประกันที่จำเป็นว่าประชาชนทุกคนสามารถจะได้รับความรู้การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเข้าร่วมฟังการพิจารณา โดยเฉพาะในกรณีที่ถูกหมายใช้วิธีพิจารณาของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่มักจะห้ามการบันทึกภาพและเสียงรวมทั้งการถ่ายทอดภาพและเสียงของการพิจารณาสู่สาธารณชน หลักนี้ยังมีขอบเขตการใช้บังคับทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง ในฝรั่งเศสยังได้ขยายขอบเขตไปใช้บังคับในการพิจารณาโทษทางวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆ เช่น ทนายความ แพทย์ ผู้สอบบัญชี ผู้สื่อข่าว หรือแม้กระทั่งผู้พิพากษาในอิตาลี ในเนเธอร์แลนด์หากมีการฝ่าฝืนหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยจะมีผลทำให้การพิจารณาเป็นโมฆะ แต่ในทางปฏิบัติก็เป็นไปได้ยาก เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นเรื่องที่ซับซ้อนยากที่ประชาชนจะทำความเข้าใจได้

จากหลักการนี้ทำให้มีการบัญญัติกฎหมายว่า ประชาชนสามารถเข้าฟังการพิจารณาได้ (เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 36) และศาลต้องทำคำพิพากษาในศาลโดยเปิดเผย (เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 140 (3)) แม้จะถือว่าหลักการนี้เป็นเรื่องสำคัญและได้รับการยอมรับในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสเปน ประเทศลักเซมเบิร์ก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศโปรตุเกส รวมทั้งในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 6-1 และบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ก็ไม่ได้ถือว่าหลักเรื่องนี้เป็นหลักการที่เด็ดขาดซึ่งมักจะพบว่ามีข้อจำกัดบางประการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของความสงบเรียบร้อยของสังคม ความมั่นคงของประเทศ หรือความลับทางการค้า เป็นต้น หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือเยาวชนหรือครอบครัว สำหรับการพิจารณาโดยวาจาที่เช่นเดียวกัน

การนำวิธีพิจารณาด้วยวาจามาใช้ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีการใช้เอกสารในการพิจารณาเลย การพิจารณาด้วยวาจามักจะนำมาใช้ในกรณีที่ประสงค์จะให้เกิดความสะดวกและมีประสิทธิภาพเพื่อให้ศาลได้พบกับคู่ความโดยตรงได้ และในบางกรณี เช่น การพิจารณาโดยขาดนัดหรือในคดีบางประเภท เช่น คดีมโนสำเนา ศาลอาจทำคำพิพากษาโดยไม่มีการพิจารณาด้วยวาจาเลยก็ได้ ซึ่งถือเป็นความยืดหยุ่นประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมและเป็นลักษณะของระบบวิธีพิจารณาความแบบใหม่ ซึ่งเมื่อนำความยืดหยุ่นทำนองนี้มาใช้ก็ต้องพิจารณาถึงความยุติธรรมของสังคมด้วยเสมอว่ามีน้ำหนักเพียงพอที่จะยกเว้นหลักวิธีพิจารณาความพื้นฐานหรือไม่

นอกจากนี้ กฎหมายประเทศต่างๆ ก็ได้กำหนดหรือตีความเรื่องการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้น ไม่รวมถึงการให้มีการถ่ายทอดทางสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์ หรือบันทึก เสียงหรือภาพ

2.3.5 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

มีถ้อยคำมากมายที่ใช้ในความหมายของสถาบันเดียวกัน เช่น “ศาล” “ผู้พิพากษา” หรือ “ฝ่ายตุลาการ” แต่ในสังคมสมัยใหม่เห็นพ้องกันว่า สถาบันใดจะถือว่าเป็น “ผู้พิพากษา” หรือ “ศาล” ก็ต่อเมื่อสถาบันนั้นมีมาตรการคุ้มครองด้านตัวบุคคลและมีหลักพื้นฐานทางวิธีพิจารณาปรากฏอยู่ การคุ้มครองที่ถือเป็นหลักได้แก่ “ความเป็นกลาง” (impartiality) หรือ *nemo iudex in re sua* ในการพิจารณาคดี

หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานดั้งเดิมสำหรับคู่ความหลักหนึ่งในสองหลักของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (nature justice) ของประเทศอังกฤษ ส่วนสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “due process of law” ส่วนอีกหลักหนึ่งคือ หลักการรับฟังหรือการโต้แย้งคัดค้านต่อผู้คดี ส่วนหลักสมัยหลังๆ เช่น หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย หลักเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากฝ่ายบริหาร

หลักความเป็นกลางนี้ปรากฏได้จากเงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนดขึ้นจากโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญประกอบกับแนวคิดในทางการเมืองของสังคมหนึ่งๆ ตัวอย่างเช่น ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีแนวคิดรัฐเสรีนิยม ถือว่าการมีความเป็นกลางของศาลได้แก่การที่ศาลทำหน้าที่โดยอิสระแยกจากองค์กรฝ่ายอื่นๆ ของรัฐ หรือในช่วงดั้งเดิมที่ถือหลักการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จ ก็ถือว่าผู้ปกครองบางครั้งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติบ้าง อำนาจบริหารบ้าง และบางครั้งก็เป็นผู้พิพากษารรรถคดี โดยผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งยังคงเห็นหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน แต่วิธีการนี้ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการสร้างความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ

ในประเทศยุคใหม่มีหลักเกี่ยวกับความเป็นกลางของผู้พิพากษาต่างกันไป ซึ่งสิ่งดังกล่าวเห็นได้จากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับตัวผู้พิพากษา เช่น การคัดเลือก วาระการดำรงตำแหน่ง เงินเดือน การเลื่อนขั้น เอกสิทธิ์ การดำเนินการทางวินัย การถอดถอนออกจากตำแหน่ง หรือการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษา ซึ่งหลักนี้มีที่มาจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ เช่น การห้ามมิให้เลือกผู้พิพากษาเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งแต่ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว เป็นต้น หลักเกณฑ์นี้มีบัญญัติไว้ชัดในข้อ 1 วรรคหนึ่ง ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม และประเทศสเปน ซึ่งนำไปสู่การพัฒนาองค์กรตุลาการต่อมาในยุโรป อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์นี้ไม่มีกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้เรื่องนี้แล้วในทุกประเทศที่เป็นรัฐยุคใหม่มีการวางหลักไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลว่าผู้พิพากษาหรือศาลจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่ความและต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ฟ้องร้อง

2.3.6 หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดี

ในทางทฤษฎี หลักนี้หมายความว่า เมื่อคดีได้มาสู่ศาลแล้ว ไม่ควรที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระหรือขอบเขตของคดี เช่น การที่บุคคลอื่นเข้าแทนที่คู่ความในคดี การเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของคู่ความ การเปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี หรือการแก้ไขเพิ่มเติมคำขอท้ายฟ้อง เป็นต้น หลักดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในกฎหมายโรมันสมัยเก่าโดยมีผลมาจากการที่คู่ความได้มีความผูกพันกันในทางคดีที่พิพาทกันอยู่ (ในภาษาลาตินนั้นเรียกว่า *litis contestatio*) ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวค่อนข้างจะสอดคล้องและมีผลมาจาก “หลักความประสงค์ของคู่ความ” กล่าวคือแม้ว่าคู่ความจะมีอิสระในการที่จะกำหนดลักษณะและขอบเขตของคดีก็ตาม แต่เมื่อได้มีการกำหนดอย่างใดแล้ว ก็ควรที่จะคงไว้จนคดีเสร็จสิ้น แต่ในความเป็นจริงแล้ว ในการปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีแห่งนั้น ในปัจจุบันหลักดังกล่าวไม่ได้ถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดเท่าใดนัก เนื่องจากคู่ความยังสามารถที่จะแก้ไขเพิ่มเติมคำคู่ความได้ โดยมีเงื่อนไขว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับคำคู่ความเดิมพอสมควร (*un lien suffisant* หรือ *un lien étroit de connexité*) และในกรณีร้องสอคดีก็มีเงื่อนไขเช่นเดียวกัน

“หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดี” มีผลบังคับกับศาลด้วยเช่นกัน เช่น ศาลไม่สามารถที่จะตัดสินคดีไม่ครบหรือเกินไปกว่าประเด็นแห่งคดี และไม่มีอำนาจด้วยตนเองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับผู้ที่เป็นคู่ความหรือคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวหรือคำขอตามคำฟ้อง เป็นต้น⁶⁰

2.3.7 หลักการตรวจสอบ

“หลักการดำเนินคดี” (*Verfahrensgrundsatz*) มีอยู่ 2 หลักคือ

- 1) หลักการตรวจสอบ (*Untersuchungsgrundsatz*)
- 2) หลักความตกลง (*Verhandlungsgrundsatz*)⁶¹

ซึ่งในการดำเนินคดีตาม “หลักการตรวจสอบ” (*Untersuchungsgrundsatz*) ศาลนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องข้อเท็จจริงทั้งหมด กล่าวคือการตรวจสอบความจริงของเรื่องเป็นหน้าที่ของศาลโดยไม่ขึ้นอยู่กับคู่ความ และศาลต้องตรวจสอบความจริงในเรื่องอย่างถ่องแท้ กล่าวคือ เกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดๆ ที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยคดี และพยานหลักฐานต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยคดี ย่อมตกเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องดำเนินการเองทั้งสิ้น ดังนั้นในการดำเนินคดีตาม “หลักการตรวจสอบ” (*Untersuchungsgrundsatz*) ศาลจึงเป็นผู้รับผิดชอบเองโดยลำพังในส่วนนี้ทั้งหมด

2.3.8 หลักความตกลง

⁶⁰ วรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และศิริพันธ์ พลรบ. เล่มเดิม. หน้า 98-101.

⁶¹ คณิต ฉ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 161.

“หลักความตกลง” (Verhandlungsgrundsatz) เป็นหลักที่ตรงข้ามกับ “หลักการตรวจสอบ” (Untersuchungsgrundsatz) กล่าวคือตาม “หลักความตกลง” คู่ความเท่านั้นที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในเรื่องข้อเท็จจริงทั้งปวงและเป็นความรับผิดชอบของคู่ความโดยลำพังตนเอง และในการดำเนินคดีตามหลักนี้ศาลมีอำนาจชี้ขาดตัดสินคดีเฉพาะในสิ่งที่คู่ความนำเสนอเข้ามาในคดีเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจหาข้อเท็จจริงใดๆ เพิ่มเติมโดยลำพังตนเอง⁶²

แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสมัยใหม่นั้นจะไม่ปล่อยให้ “หลักความตกลง” (Verhandlungsgrundsatz) ครอบงำในการดำเนินคดีจนเกิดเหตุจนศาลไม่อาจแสดงบทบาทในการรักษาความยุติธรรมได้ แต่กฎหมายจะกำหนดให้ศาลมีโอกาสได้ตรวจสอบเพิ่มเติมได้ด้วย ทั้งนี้โดยการขยาย “หน้าที่ในการถามและตรวจสอบ” (Frage-und Aufklärungspflicht) ของศาลให้มากขึ้น

เกี่ยวกับ “หน้าที่ในการถามและตรวจสอบ” (Frage-und Aufklärungspflicht) กฎหมายวางหลักดังนี้

1) เมื่อศาลนั้นเห็นว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ก็ดี หรือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่ได้ยื่นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ศาลปฏิเสธไม่รับพยานหลักฐานนั้นไว้

2) เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดฟุ่มเฟือยเกินสมควร หรือประวิงให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวข้องประเด็น ให้ศาลมีอำนาจงดการสืบพยานหลักฐานเช่นว่านั้น หรือพยานหลักฐานอื่นต่อไป

3) เมื่อศาลนั้นมีความเห็นว่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม ให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ⁶³

⁶² คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 161-162.

⁶³ แหล่งเดิม. หน้า 166.

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอังกฤษและการรับเอา อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

โดยเหตุที่ประเทศไทยเคยรับเอาระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาใช้เสมือนเป็นกฎหมายของไทยในสมัยหนึ่งแล้ว ได้เปลี่ยนมาใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ในภายหลัง กฎหมายไทยจึงมีลักษณะที่รับเอาอิทธิพลจากกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาไม่น้อย ดังนั้นในบทนี้จะกล่าวถึงความหมายความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอังกฤษ ตลอดจนการรับเอาอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย

3.1 ความหมายความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.1.1 ความหมายของนิติวิธี¹

นิติวิธี หรือวิธีทางกฎหมายนี้ หมายถึงแนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมาย และวิธีศึกษา วิธีใช้ และบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมายโดยทั่วไป

นิติวิธีนั้นเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องบัญญัติและถึงแม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ กฎหมายก็มีได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด² ทั้งนี้เพราะนิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิดที่ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมายจนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าถ้าตัวบทกฎหมายเป็นร่างกาย นิติวิธีก็เป็นวิญญาณของกฎหมาย³

นอกจากนี้ นิติวิธียังเป็นเครื่องแสดงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายใหญ่ 2 ระบบ คือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กล่าวคือ

¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก. (2546). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. หน้า 15-18.

² ปรีดี เกษมทรัพย์. (2520). ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์. หน้า 126.

³ แหล่งเดิม.

ระบบซีวิลลอว์ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรป มีทัศนคติต่อกฎหมาย บ่อเกิด และวิธีการทางกฎหมายแตกต่างไปจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายทั้งสองนี้มีประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการที่แตกต่างกันออกไป

ข้อแตกต่างทางนิติวิธีของระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบ และข้อแตกต่างทางโครงสร้างกฎหมายอันเป็นผลมาจากประวัติความเป็นมาที่ต่างกัน การศึกษาพัฒนาการของกฎหมายที่แตกต่างกันนี้ได้ถูกกละเลาะต่างกัน การศึกษาพัฒนาการของกฎหมายที่แตกต่างกันนี้ได้ถูกกละเลาะกันมานาน นักนิติศาสตร์เพิ่งจะมาเห็นความสำคัญของข้อแตกต่างนี้เมื่อไม่นานมานี้เอง ตลอดเวลาที่ผ่านไปในศตวรรษที่ 19 นักนิติศาสตร์มีความเห็นคล้อยตามกระแสทางความคิดทฤษฎีที่ถือว่ากฎหมายเป็นระบบของกฎหมายแบบแผนสังคม (System of Norms) ดังนั้นจึงมีการศึกษากฎหมายโดยมุ่งให้ความสำคัญไปที่การวิเคราะห์จำแนกแยกแยะข้อกำหนดกฎหมายที่ออกมาจากแบบแผนเหล่านั้นเป็นส่วนใหญ่

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าสิ่งจำเป็นในการเรียนรู้กฎหมายมิได้อยู่ที่การศึกษา กฎเกณฑ์ ข้อกำหนดของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในแต่ละประเทศเท่านั้น ส่วนที่สำคัญสำหรับการศึกษามากกว่านั้นก็คือการเรียนรู้ถึงโครงสร้าง (Structure), การแยกประเภท (Categories), และวิธีการ (Methods) อันเป็นรากฐานของกฎหมายแต่ละระบบด้วย ทั้งนี้เพราะแม้กฎหมายจะมีเป้าหมาย คือปรารถนาความยุติธรรมเช่นเดียวกัน แต่ทัศนะ และวิธีการทางกฎหมายของเขานั้น จะส่งผลต่อการแก้ปัญหาและข้อวินิจฉัยทางกฎหมายของเขาเป็นอย่างมากทีเดียว นักกฎหมายในระบบทั้งสองผู้ประสงค์จะอำนวยความยุติธรรมเหมือนกัน แต่มีทัศนคติต่างกันย่อมจะต้องใช้วิธีการที่ต่างกันจึงจะสามารถบรรลุเป้าหมายเดียวกันได้ และยิ่งสำหรับกฎหมายแล้ววิธีการในการวินิจฉัยปัญหานั้นเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของความยุติธรรม วิธีที่ใช้จึงต้องเป็นสิ่งที่ให้หลักประกันความมั่นใจแก่คู่พิพาทและบุคคลทั่วไปได้ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ยิ่งในสมัยที่สังคมมีความซับซ้อนมากขึ้นและข้อกำหนดกฎหมายมีแต่จะเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ นักกฎหมายจะต้องไม่ยอมให้กฎหมายที่เพิ่มขึ้นมาสร้างความสับสนให้แก่ตนเอง แต่จะต้องใช้ทัศนะและวิธีการที่ชัดเจนและแน่นอนไปจัดการแก้ไขปัญหาใหม่ๆ ให้ลุล่วงไปความแน่นอนของทัศนะและวิธีการทางกฎหมายนี้แหละ ที่ได้เป็นเครื่องค้ำจุนกฎหมายให้มีเสถียรภาพมาตลอดเคียงคู่อยู่กับการมีสภาพบังคับของกฎหมายเลยทีเดียว โดยเหตุที่ประเทศไทยเคยรับเอาระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาใช้เสมือนเป็นกฎหมายของตัวเองในสมัยหนึ่งแล้วได้เปลี่ยนมาใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ในภายหลัง กฎหมายไทยจึงมีลักษณะที่รับเอาอิทธิพลจากกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาไม่น้อย

3.1.2 ความหมายของกฎหมายคอมมอนลอว์⁴

คอมมอนลอว์ (Common Law) ประกอบด้วยคำ 2 คำ คือคำว่า คอมมอน (Common) และคำว่า ลอว์ (Law) คอมมอนลอว์ (Common Law) มีความหมายว่าร่วมกัน ด้วยกัน กลาง ของคนทั่วไปสาขารวมเหมือนกัน เช่นเดียวกัน สามัญ ธรรมดา เมื่อนำมาใช้ขยายคำว่า ลอว์ (Law) ซึ่งแปลว่า กฎหมาย จึงมีความหมายว่ากฎหมายที่ใช้ร่วมกัน หรือที่ใช้กันทั่วไป

แต่โดยวิวัฒนาการของระบบกฎหมายในอังกฤษ คำว่า คอมมอนลอว์ มีความหมายที่แตกต่างกันหลายประการตามแต่ผู้กล่าวอ้างจะหมายถึง ในความหมายใดความหมายหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) ใช้ในความหมายดั้งเดิม คือหมายถึงกฎหมายที่มีใช้กฎหมายท้องถิ่น (Local Law) แต่เป็นกฎหมายที่ใช้ร่วมกันทั่วไปทั้งประเทศอังกฤษ หรือ (2) หมายถึง กฎหมายที่มีใ้ได้ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติแต่หมายถึง กฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาล เมื่อใช้ตามความหมายนี้ คอมมอนลอว์จึงรวมถึงกฎหมายท้องถิ่นซึ่งเกิดจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นด้วย ซึ่งในความหมายแรกไม่ถือว่าเป็นคอมมอนลอว์ หรือ (3) คำว่า คอมมอนลอว์ อาจใช้ในความหมายถึง กฎหมายที่มีใช้กฎหมายเอ็คควิตี้ (equity) หรืออาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ หมายถึงกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาจากศาลคอมมอนลอว์ที่แตกต่างกับกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาจากศาลชานเซอร์รี่ในความหมายนี้ คำว่า คอมมอนลอว์ อาจหมายรวมถึงพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ออกมภายหลังเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย หรือ (4) หมายถึงกฎหมายที่มีใช้กฎหมายของต่างประเทศ แต่เป็นกฎหมายของอังกฤษ หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอังกฤษที่แตกต่างกับกฎหมายโรมันหรือกฎหมายฝรั่งเศส คำว่า คอมมอนลอว์ ในความหมายนี้จึงหมายถึงระบบกฎหมายอังกฤษทั้งระบบ ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเอ็คควิตี้ และพระราชบัญญัติต่างๆ ด้วย ประเทศอังกฤษมีชื่ออย่างเป็นทางการว่าสหราชอาณาจักรใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) ซึ่งประกอบด้วย

- 1) อังกฤษ (England) และเวลส์ (Wales)
- 2) สกอตแลนด์ (Scotland) และ
- 3) ไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland)

เวลส์เป็นของอังกฤษโดยการถูกยึดครอง ส่วนสกอตแลนด์ครั้งหนึ่งเคยเป็นอิสระแต่โดยพระราชบัญญัติ Act of union 1707 อังกฤษและสกอตแลนด์มีสถานะนิติบัญญัติเดียวกันซึ่งเรียกว่า

⁴ สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). ระบบกฎหมายอังกฤษ. หน้า 15.

United Kingdom of Great Britain ทั้งอังกฤษและสกอตแลนด์มีสภาเดียวกันคือ รัฐสภาที่เวสต์มินสเตอร์ (Westminster) ซึ่งตั้งอยู่ในลอนดอน เป็นผู้ออกกฎหมายบังคับใช้ทั้งราชอาณาจักร (United Kingdom) ไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) มีสภาของตนเองที่สตอร์มอนท์ (Stormont) ในเบลฟาสต์ (Belfast) และมีรัฐบาลบริหารของตนเอง

ระบบกฎหมายอังกฤษหรือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงมีความหมายเฉพาะระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในอังกฤษและเวลส์เท่านั้น สำหรับสกอตแลนด์มีระบบกฎหมายและระบบศาลของตนเองโดยเฉพาะ แม้ว่าจะมีสภาเดียวกับอังกฤษ ประวัติศาสตร์ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่กล่าวถึงเฉพาะอังกฤษและเวลส์เท่านั้น

3.1.3 ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.1.3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์⁵

ในสมัยโบราณ การใช้กฎหมายในเกาะอังกฤษได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเพียงเล็กน้อย เมื่อครั้งที่พวกแองโกลและแซกซอนได้เข้าครองครองเกาะอังกฤษในราวศตวรรษที่ 5 และ 6 นั้นกฎหมายที่ใช้บังคับก็คือ กฎหมายจารีตประเพณีของแต่ละกฎหมายโรมันมีอิทธิพลน้อยมากเมื่อเทียบกับจารีตประเพณีอันเป็นกฎหมายของอนารยชนที่ใช้อยู่จนกระทั่งถึงสมัยกลาง

ราวศตวรรษที่ 11 ถึงศตวรรษที่ 15 เมื่อพวกนอร์มันเข้าครอบครองอังกฤษแล้ว กษัตริย์นอร์มันได้ค่อยๆ เข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมแทนที่ศาลท้องถิ่นโดยการจัดตั้งศาลหลวง (Royal Courts) ขึ้นเพื่อรวบรวมอำนาจจากบรรดาขุนนางและศาสนจักร แล้วขยายอำนาจศาลออกไปเหนือศาลของขุนนางและศาลของศาสนจักร จนกระทั่งในปลายสมัยกลางศาลหลวงก็มีอำนาจครอบคลุมทั่วทั้งราชอาณาจักร⁶ วิธีการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลหลวงนั้นเป็นการใช้เหตุผลไปพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดเป็นข้อพิพาทแล้วศาลวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการ

⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม, หน้า 59-68.

⁶ ข้อแตกต่างทางโครงสร้างสังคมของอังกฤษกับประเทศในภาคพื้นยุโรป อันเป็นผลทำให้ระบบกฎหมายแตกต่างกันมากก็คือ โครงสร้างของระบบศักดินาในอังกฤษนั้นแตกต่างจากในภาคพื้นยุโรป เนื่องจากอังกฤษมีภูมิประเทศเป็นเกาะ สถาบันกษัตริย์สามารถรวบรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางได้ดีกว่าในยุโรป และสถาบันทหารและการจัดองค์กรทางการเมืองที่ต่างกันจึงเป็นหนทางที่ทำให้ระบบกฎหมายของอังกฤษซึ่งมีพัฒนาการที่แนบแน่นไปกับระบบการปกครองมีลักษณะเฉพาะของตัวเองต่างจากในประเทศภาคพื้นยุโรป โดยทั่วไป ในสมัยกลางในขณะที่ศาลอังกฤษเป็นศาลกลางของอาณาจักรนั้นศาลในประเทศภาคพื้นยุโรปยังกระจัดกระจายและตกอยู่ภายใต้อำนาจของขุนนางและศาสนจักร (Rene David. (1985). **Major Legal Systems of The World Today.** pp. 311-312). ในฝรั่งเศสและเยอรมันนั้นกว่าระบบกฎหมายจะเป็นเอกภาพก็ล่วงไปถึงปลายสมัยกลางแล้ว (Schlesinger. (1960). **Comparative Law.** (Cases-Text-Material). pp. 168, 170).

พิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้น (Ratiodecidenti) หลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ต่างจากการใช้กฎหมายประเพณีของท้องถิ่นแบบเดิม การใช้วิธีนี้เท่ากับเป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักคอมมอนลอว์ (Common Law) และเป็นหลักที่ได้รับการถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมาจนปัจจุบัน เป็นลักษณะเด่นของกฎหมายอังกฤษทำให้ระบบกฎหมายอังกฤษมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะเห็นได้ว่าหลักคอมมอนลอว์นี้มีใช้เป็นกฎหมายประเพณี แท้ที่จริงแล้วการใช้หลักคอมมอนลอว์จะมีผลเป็นการกีดกันกฎหมายประเพณีซึ่งใช้กันแพร่หลายโดยศาลท้องถิ่นในสมัยนั้นด้วยซ้ำ โดยที่หลักคอมมอนลอว์นั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท ไม่ใช่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจนั่นเอง ทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนมาใช้ในการตัดสินที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแบบเดียวกันในภายหลัง ตามหลักที่ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent) ในราวปลายศตวรรษที่ 18⁷

การจัดตั้งศาลหลวงนี้ได้รับการต่อต้านจากพวกขุนนางซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องเสียผลประโยชน์ ทั้งนี้เพราะแต่เดิมพวกขุนนางมีอำนาจศาลของตนเองที่ใช้แสวงหาผลประโยชน์ได้ ความขัดแย้งระหว่างขุนนางกับกษัตริย์นี้รุนแรงขึ้น จนในที่สุดได้มีการประนีประนอมความขัดแย้งกัน ดังจะเห็นได้จากมหาบัตร Magna Carta (1215) และกฎบัตรเวสมินสเตอร์ ฉบับที่ 2 (1285) ซึ่งมุ่งจะยับยั้งการขยายอำนาจของศาลหลวงออกไป โดยตกลงให้แต่ละฝ่ายกลับสู่สถานะเดิม (Status quo) ให้ศาลหลวงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะที่เคยมิหมายเรียก (Writ) มาก่อนแล้ว หรือกรณีที่คล้ายกัน (in consimili casu) เท่านั้น ศาลหลวงจึงต้องผูกพันกับคำพิพากษาที่เคยมิมาแล้ว เมื่อจะตัดสินคดีใหม่ๆ ก็จะพยายามค้นคว้าแยกแยะและตีความกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการตัดสินคดีที่แล้วๆ มาใช้กับกรณีต่างๆ ที่เกิดเป็นปัญหาขึ้นมาภายหลัง โดยที่ศาลหลวงถูกจำกัดให้ผูกพันพิจารณาคดีเฉพาะที่สามารถออกหมายเรียก (Writ) ได้ตามแบบที่เคยมิทำมาในอดีตหรือในกรณีที่คล้ายกันเท่านั้น ดังนั้นในสมัยนี้จึงปรากฏว่ากฎหมายวิธีสบัญญัติมีบทบาทเป็นพิเศษ และในขณะเดียวกันศาลหลวงก็อาศัยช่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความในการขยายเขตอำนาจของตัวเอง จึงกล่าวได้ว่าในช่วงสมัยกลาง กฎหมายวิธีสบัญญัติมีความสำคัญเหนือกฎหมายสารบัญญัติ⁸

ต่อมาในราวศตวรรษที่ 15 ถึงกลางศตวรรษที่ 19 เหตุการณ์บ้านเมืองได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก ทั้งทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคม และแนวความคิดต่างๆ ของยุคสมัย

⁷ Allen. (1968). **Law in the Making**. p. 232.

⁸ Rene David a (1968). **Major Legal Systems**. p. 271.

กฎหมายคอมมอนลอว์ของศาลหลวงเริ่มไม่สอดคล้องกับความต้องการของสังคม เพราะคอมมอนลอว์ต้องผูกพันอยู่กับกระบวนการพิจารณาคดีและคำพิพากษาบรรทัดฐานทำให้ปรับตัวไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงจนในที่สุด ความไม่ยืดหยุ่นนี้ทำให้ศาลคอมมอนลอว์ไม่อาจอำนวยความสะดวกกรรมแก่ประชาชนได้ดีพอ ประกอบกับความเติบโตของลัทธิเทวสิทธิ์ (Divine Right of The King) และชัยชนะของกษัตริย์เหนือพวกขุนนาง ทำให้กษัตริย์ได้จัดตั้งศาลอิกวิตี หรือศาลอัครเสนาบดี (Court of hancery) ขึ้นโดยมีวิธีการใช้กฎหมายต่างออกไปจากศาลคอมมอนลอว์ กล่าวคือวินิจฉัยคดีโดยยึดหลักประโยชน์สุขและความยุติธรรมในสังคมเป็นใหญ่ มิได้ถือตามหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาแบบศาลคอมมอนลอว์ ทั้งยังได้นำเอาหลักกฎหมายศาสนา (Conon Law) และกฎหมายโรมันเข้ามาปรับแต่งกฎหมายอังกฤษ การนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาปรับแต่งกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องในศตวรรษที่ 16 นี้ ทำให้ในช่วงนี้กฎหมายอังกฤษมีพัฒนาการที่มีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปอย่างยิ่ง

ในศตวรรษที่ 17 อันเป็นยุคแห่งวีรบุรุษ (Heroic Age) นั้นการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสถาบันกษัตริย์ สภาสามัญ และศาลปรากฏตัวชัดเจนขึ้นและโดยเหตุที่ความคิดแบบเสรีนิยมเริ่มมีอิทธิพลมากขึ้น ประกอบกับการที่ศาลคอมมอนลอว์ถูกรอนอำนาจลงโดย Court of Chancery ทำให้ผู้นำทางศาสนาหันไปเข้าร่วมกับรัฐสภาเพื่อคานอำนาจกษัตริย์ (ดังเราจะเห็นได้จากความขัดแย้งระหว่าง Lord Coke (1552-1634) กับพระเจ้าเจมส์ที่ 1) และมีผลบั่นทอนการใช้อำนาจของ Court of Chancery ลง โดยศาลคอมมอนลอว์ให้เหตุผลว่าการอ้าง Equity เป็นทางให้ศาลอาจใช้อำนาจวินิจฉัยคดีตามอำเภอใจได้ ผลการต่อสู้ครั้งนี้ประกอบกับผลของมหาบัตร (Magna Corta) ในอดีต และการต่อสู้เพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารของศาลคอมมอนลอว์ในเวลาต่อมา เป็นที่มาอย่างสำคัญของหลักกฎหมายที่ถือว่า ศาลคอมมอนลอว์มีอำนาจพิจารณาคดีทั้งของเอกชนและคดีเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารด้วย การพิจารณาปัญหาข้อพิพาททางกฎหมายของ Chancellor หลังจากนั้นมาจึงไม่อ้างหลักศีลธรรมหรือยุติธรรมเพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่กลับมีแนวโน้มที่จะยึดหลักกฎหมายมากขึ้น และมีผลให้หลัก Equity ค่อยๆ ชัดเจนและเริ่มไม่ยืดหยุ่นตายตัวทำนองเดียวกับคอมมอนลอว์ในที่สุด อย่างไรก็ตามการที่ศาลอังกฤษได้ใช้หลัก Equity มาปรับแต่งกฎหมายคอมมอนลอว์ตลอดระยะเวลาหลายศตวรรษที่ผ่านมา ก็ได้ช่วยทำให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทั้งระบบคลายความเคร่งคัดตายตัว และมีเนื้อหายืดหยุ่นเป็นธรรมชาติขึ้นอีกไม่น้อยเลย

ครั้นถึงศตวรรษที่ 18 เมื่อชนชั้นนายทุนในอังกฤษเติบโตใหญ่ขึ้นจนเข้ายึดกุมรัฐสภาไว้ได้ และมีอำนาจมากขึ้นเรื่อยๆ ก็ได้มีการออกกฎหมายมาแก้ไขหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ไม่สอดคล้องกับการขยายตัวของทุนนิยมในสมัยนั้นอย่างกว้างขวาง ในช่วงแรกศาลคอม

มอนลอว์มีท่าทีปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สภาบัญญัติขึ้น เพราะผู้พิพากษามีความเชื่อว่า คอมมอนลอว์เป็นระบบเหตุผลที่ได้รับการปรุงแต่งโดยนักปราชญ์มานานจนเป็นระบบที่สมบูรณ์แล้ว แต่นานเข้าความต้องการของมหาชนได้บีบบังคับให้ศาลต้องยอมรับอำนาจรัฐสภา และต้องยอมรับกฎหมายลายลักษณ์อักษร กระนั้นศาลก็ยังคงยึดมั่นและพยายามสงวนสิทธิ์ที่จะไม่ใช้กฎหมายของสภา เมื่อกฎหมายขัดต่อเหตุผลหรือความรู้สึกของมหาชน โดยศาลอ้างเสรีภาพที่จะไม่ใช้กฎหมายนั้นบังคับ ในที่สุดรัฐสภาอังกฤษจึงได้บังคับให้ศาลนำกฎหมายที่รัฐสภาออกไปใช้บังคับ โดยศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจดใช้กฎหมาย ผลจากกฎหมายนี้ทำให้ศาลคอมมอนลอว์เล็งไปสร้างหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีผลน้อยที่สุด โดยถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นข้อยกเว้นของหลักคอมมอนลอว์ จึงพยายามตีความบทกฎหมายให้แคบและเคร่งครัดเข้าไว้ ยึดตัวอักษรเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือถือหลักตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) ซึ่งทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรกินความไม่กว้าง เมื่อกฎหมายกินความแคบศาลก็มีโอกาสนำหลักคอมมอนลอว์อันเป็นหลักทั่วไปมาใช้บังคับแก่กรณีนั้น

การวิวัฒนาการของฝ่ายนิติบัญญัติที่ดำเนินควบคู่ไปกับการขยายอิทธิพลของลัทธิประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม และแนวคิดของนายเจเรมี เบนท์แฮม (Jeremy Bentham) ทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ในอังกฤษ โดยเฉพาะการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความในตอนกลางศตวรรษที่ 19 เป็นการทำลายเครื่องเหนี่ยวรั้งพัฒนาการของกฎหมายอังกฤษครั้งสำคัญ จากนั้นมานักกฎหมายและศาลอังกฤษจึงค่อยๆ หันมายอมรับกฎหมายสารบัญญัติมากขึ้น และเป็นผลให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้รับการจัดระบบให้ดีขึ้นมีการปรับปรุงองค์กรตุลาการโดยผลของ Judicature Acts 1873-1875 ศาลอังกฤษทั้งหมดสามารถใช้หลักกฎหมาย Equity ควบคู่ไปกับหลักคอมมอนลอว์ได้ แต่กฎหมายอังกฤษก็ยังคงรักษาแบบฉบับเดิมไว้ โดยถือว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ในประเทศภาคพื้นยุโรปโดยนัยนี้ รัฐสภาอังกฤษมีฐานะเป็นเพียงผู้แสดงแนวทางกฎหมายที่วิวัฒนาการขึ้นใหม่ แทนที่จะมีฐานะเป็นผู้บัญญัติโดยตรง หลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายครั้งใหญ่ในศตวรรษที่ 19 นี้ ระบบกฎหมายเจริญพัฒนาและซับซ้อนมากขึ้นจนยากที่จะมีผู้สามารถอธิบายระบบส่วนทั้งหมดได้เสมือนสมัยของท่าน Glanvill, Bracton, Coke หรือ Blackstone ความรู้ทางกฎหมายของอังกฤษนั้นจะต้องศึกษาค้นคว้าเอาจากรายงานคำพิพากษาของศาล (Law Reports) ซึ่งได้ริเริ่มจัดทำขึ้นในปี 1865 และจากตำราชุดใหญ่เรียกว่า Laws of England โดยมี Loed Halsbury แต่งาน ซึ่งเสนอภาพกว้างๆ ของกฎหมายอังกฤษอย่างเป็นระบบ

หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งเป็นต้นมา ความคิดเสรีนิยมได้ลดความสำคัญลง และถูกแทนที่โดยแนวความคิดที่เน้นความยุติธรรมในสังคม ได้มีความพยายามจะจัดระบบสังคมเสียใหม่ มาตรการทางการบริหารการปกครองและการแก้ปัญหาใหม่ๆ ได้รับแบบอย่างมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์มากขึ้น และด้วยความจำเป็นทางการค้าระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน นับตั้งแต่อังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกตลาดร่วมยุโรปซึ่งทำให้ประเทศในกลุ่มต้องใช้กฎหมายร่วมกันในหลายๆ ด้านทำให้ความพยายามในการประสานระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เข้าด้วยกันมีมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด

จากพัฒนาการของกฎหมายอังกฤษโดยสังเขปที่ได้กล่าวมาแล้วนี้อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้ก่อรูปขึ้นตั้งแต่สมัยที่ถือว่ากฎหมายนั้นต้องเป็นข้อกำหนดที่แน่นอนตายตัวคล้ายกันกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) แต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นระบบกฎหมายที่มีพัฒนาการแตกต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หลายประการ นับตั้งแต่แนวความคิดรากฐานของกฎหมาย โครงสร้างการแยกประเภท ตลอดจนแนวคิดของวิธีการ ทศนคติในการใช้กฎหมาย ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เน้นที่ทฤษฎีและกฎหมายสารบัญญัติที่ได้รับการปรุงแต่งจากนักวิชาการ ให้เป็นระบบและเป็นตรรกะอยู่เสมอ เราจะเห็นว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีลักษณะเน้นทางปฏิบัติและถูกรอบงำโดยกฎหมายวิธีสบัญญัติ จนอาจกล่าวอีกทางหนึ่งว่าในขณะที่เราเรียกกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็น (Civil Law) กฎหมายของนักนิติศาสตร์ (jurist' Law) เราอาจจะเรียกกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ว่ากฎหมายของผู้พิพากษา (Judges' Law)⁹

สรุปได้ว่า ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นระบบกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษตั้งแต่อดีตกาลจากจารีตประเพณีของท้องถิ่นต่างๆ ของกลุ่มชนเป็นจำนวนมากที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตพื้นที่ประเทศอังกฤษกระจัดกระจายอยู่ทั่วไปจนกระทั่งมีการปกครองระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้การปกครองของพระมหากษัตริย์ที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด มีการจัดระบบการปกครองเสียใหม่ในรูปการปกครองที่دين อันเป็นการเสริมให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเหนือศักดิ์ดินอื่นๆ และได้ตั้งตัวแทนในลักษณะของศาลที่เดินทางไปตัดสินคดีในท้องถิ่นต่างๆ เรียกว่าศาลหลวง (Court Royales de Justice) กฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นกฎหมาย

⁹ ระบบคอมมอนลอว์นี้คำอธิบายแต่เดิมเรียกว่า เป็นระบบกฎหมายที่ผู้พิพากษากำหนดขึ้น (judge-made Law) ต่อมาในศตวรรษที่ 18 Sir John Holt ได้อธิบายเสียใหม่ว่าไม่ใช่กฎหมายที่ผู้พิพากษากำหนด แต่เป็นกฎหมายที่ผู้พิพากษาแสดงให้เห็นปรากฏขึ้น (judge declared Law) คือยืนยันว่ากฎหมายนั้นมีอยู่แล้ว (ในแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานและในกฎหมายบ้านเมือง) ไม่ใช่ศาลมากำหนดขึ้นเอาตามใจ.

ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เกิดจากจารีตประเพณีต่างๆ ที่มีมาแต่ดั้งเดิมและคำพิพากษาของศาลที่ผู้พิพากษาได้สร้างขึ้น ก็มีกำเนิดมาจากผลงานของศาลหลวงในราวศตวรรษที่ 13

ด้วยศาลหลวงมีเขตอำนาจจำกัดในการพิจารณาคดีบางประเภท จึงมีบางคดีที่กฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีอำนาจครอบคลุมไปถึง ทำให้ผู้ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากศาลหลวงได้หันมาพึ่งพิงและร้องขอความเป็นธรรมจากพระมหากษัตริย์ที่ผ่านทางราชเลขาของพระองค์ เรียกว่า ชานเซลเลอร์ (The Chancellor) และในราวศตวรรษที่ 16 ชานเซลเลอร์ก็ได้รับอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินคดีความ คำตัดสินดังกล่าวต่อมาได้กลายเป็นกฎหมายที่เรียกว่า The Equity of the case โดยอาศัยหลักความเป็นธรรมและศีลธรรมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดี และได้พัฒนาเป็นกฎหมายอิกวิตีที่ใช้พิจารณาคดีเฉพาะในศาลชานเซลอรี ควบคู่กับกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ใช้พิจารณาคดีเฉพาะในศาลหลวง¹⁰

ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะในช่วงปี ค.ศ. 1832-1833 และในช่วงปี ค.ศ. 1852 นับได้ว่าเป็นยุคที่มีการปฏิรูปทางกฎหมายในอังกฤษอย่างแท้จริง คือมีการปฏิรูปวิธีพิจารณาเสียใหม่โดยให้ความสำคัญต่อกฎหมายนี้้น้อยมากและหันไปให้ความสำคัญต่อกฎหมายสารบัญญัติมากขึ้นเหมือนกับประเทศในภาคพื้นยุโรป นอกจากนี้ยังได้พยายามจัดทำคำพิพากษาให้เป็นหมวดหมู่ในปี ค.ศ. 1873-1875 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขและจัดระเบียบศาลยุติธรรมโดยกฎหมายที่เรียกว่า Judicature Acts ซึ่งสาระสำคัญคือยกเลิกความแตกต่างของอำนาจศาลหลวงและศาลชานเซลอรี โดยให้ศาลทั้งสองมีอำนาจพิจารณาคดีโดยกฎหมายคอมมอนลอว์และอิกวิตีมาใช้ได้ทั้งสองหลัก และได้มีการยกเลิกกฎหมายเก่าที่ล้าสมัย รวมทั้งแก้ไขปรับปรุงกฎหมายสารบัญญัติอื่นๆ อีกมาก แต่การแก้ไขปรับปรุงก็ยังคงรักษารูปแบบเดิมของกฎหมายอังกฤษไว้คือ ยังให้ความสำคัญต่อศาลอยู่มาก แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามามีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายมากขึ้นก็ตาม ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีความเปลี่ยนแปลงทางสังคมจากระบบเสรีนิยมมาเป็นระบบสังคมนิยมมากขึ้น ทำให้อังกฤษต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขตาม โดยเริ่มยอมรับเอากฎหมายในรูปสังคมนิยมเข้ามาแทนที่เพื่อให้ทันกับความต้องการของสังคมยุคใหม่ ทำให้กฎหมายอังกฤษกับกฎหมายในภาคพื้นยุโรปมีความโน้มเข้าหากัน ทำให้ในระยะหลังกฎหมายอังกฤษได้รับแบบอย่างกฎหมายจากภาคพื้นยุโรปไปพอสมควร¹¹

¹⁰ สุนัย มโนมัยอุดม, เล่มเดิม, หน้า 228-229.

¹¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, (2514), ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล), หน้า 49.

3.1.3.2 หลักนิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

หลักนิติวิธีของนักกฎหมายระบบนี้อาจเห็นจากการพิจารณาเรื่องสำคัญ 2 ประการ คือทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย และวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย

(1) ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย

ลักษณะเด่นเฉพาะของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือทฤษฎีว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งแยกไม่ออกจากประวัติศาสตร์ของชาติอังกฤษและบทบาทของนักกฎหมายในการปรุงแต่งกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในแต่ละช่วงเวลา จุดสำคัญที่เราจะสังเกตเห็นได้อย่างเด่นชัดก็คือขณะที่กฎหมายในภาคพื้นยุโรปยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดสูงสุดและขึ้นชมอยู่กับระบบประมวลกฎหมายนั้น ประเทศอังกฤษซึ่งนับว่ามีอารยธรรมสูงไม่แพ้ชาติในภาคพื้นทวีปยุโรปกลับไม่ยอมรับเช่นนั้น ไม่ยอมรับการจัดทำประมวลกฎหมายและยังคบยึดหลักปรัชญาแบบประสบการณ์นิยม (ที่ล้ำหลังในทัศนะของนักกฎหมายซีวิลลอว์) กล่าวคือ ยังยอมรับเอาคำพิพากษาในคดีก่อนๆ นั้นมาเป็นบ่อเกิดรากฐานของระบบกฎหมายเลยทีเดียว เราจะพบว่าบทบาทฐานของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีค่าบังคับแตกต่างไปจากที่เป็นอยู่ในประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) อย่างมาก จนอาจเรียกได้ว่าต่างกันอย่างขาวกับดำ¹²

บ่อเกิดของกฎหมายในประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นได้แก่ หลักกฎหมายจากคำพิพากษา (precedent), บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute Law), จารีตประเพณี (custom), ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ และเหตุผลและความยุติธรรม¹³

¹² กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 68.

¹³ กิตติศักดิ์ ปรกติ ข (2537, มีนาคม-เมษายน). “ความเป็นมาของหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ (ตอน2).” *ตุลพาห*, 41, 2. หน้า 51.

ก. หลักกฎหมายจากคำพิพากษา (precedent)

บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) คือหลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาล¹⁴ ทั้งนี้เนื่องจากแบบฉบับที่สืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาท เพราะเหตุผล (reason) มีค่าเป็นกฎหมายที่เป็นอยู่แล้ว ศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ และการที่ศาลอังกฤษยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานก็เป็นไปตามหลักเหตุผลที่ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน

ความคลี่คลายทางประวัติศาสตร์เป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการกำหนดทัศนคติของนักกฎหมาย โดยที่อำนาจของกษัตริย์อังกฤษมีลักษณะรวมศูนย์มาแต่แรก ทำให้ศาลหลวงมีอำนาจมากและตั้งหลักคอมมอนลอว์ขึ้นมาได้ ประกอบกันเข้ากับการที่ไม่มีความเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรง หรือมีการปฏิวัติแบบพลิกฟ้าคว่ำแผ่นดินทั้งสถาบันต่างๆ ในสังคมอังกฤษ ก็รู้จักประนีประนอมความขัดแย้งระหว่างกันได้เป็นอย่างดีทำให้กฎหมายมีลักษณะเป็นรายละเอียดมาก ในทางปฏิบัติและผูกติดอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความ จนกระทั่งนักกฎหมายไม่เห็นประโยชน์ของการศึกษาเชิงทฤษฎี บทบาทของมหาวิทยาลัยกฎหมายและนักวิชาการมีอยู่ในวงแคบ ทำให้การพัฒนากฎหมายอยู่ในมือของนักปฏิบัติคือศาลและเนติบัณฑิต ซึ่งรับการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมายอังกฤษจึงได้รับการพัฒนาแบบเป็นไปเอง ภายใต้หลัก “เหตุผลในคำพิพากษา” (ratio decidendi) จึงเป็นผลให้โครงสร้างของกฎหมายขาดลักษณะที่เป็นระเบียบสอดคล้องกัน ไม่เป็นตรรกะและเข้าใจได้ยากกว่าในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งได้รับการพัฒนาจากนักวิชาการทางนิติศาสตร์และมีลักษณะเป็นระบบมากกว่าผู้พิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

¹⁴ แต่ในประเทศฝรั่งเศสนั้น กฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันห้ามมิให้มีคำพิพากษาที่วางกฎเกณฑ์ของกฎหมาย (arrêts de règlement) ซึ่งเป็นผลจากประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 5 ที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาทำคำพิพากษาคดีที่เป็นการวางกฎเกณฑ์ของกฎหมายและเป็นผลจากหลักเกณฑ์การแบ่งแยกอำนาจภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ด้วย ดังนั้นศาลในประเทศฝรั่งเศสจะมีคำพิพากษาเป็นเฉพาะแต่ละคดีไปเท่านั้นจะไม่มีผลใช้บังคับทั่วไปเป็นกฎหมาย เช่นเดียวกับในสมัยระบบเก่าก่อนมีการปฏิวัติฝรั่งเศสและไม่มีผลผูกพันให้ศาลในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าต้องยึดถือตาม บทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามตามมาตรา 5 นี้ มีที่มาจากเหตุผลทางการเมืองที่ในสมัยก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสอำนาจตุลาการที่มีมากเป็นสาเหตุหนึ่งของการปฏิวัติฝรั่งเศสและฝ่ายปฏิวัติต้องการจำกัดอำนาจตุลาการ โดยเฉพาะด้วยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการนั้นเข้าไปก้าวก้าวอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรืออำนาจของฝ่ายบริหาร. อ้างถึงใน ธนกร วรปรัชญากุล. (2553). คำพิพากษาศาลกับบ่อเกิดของกฎหมาย. สืบค้นเมื่อ 12 พฤศจิกายน 2553, จาก http://www.humanrights.go.go.th/index.php?option=com_content&task=view&id=9313&Itemid=11

(Common Law) นี้มีบทบาทสำคัญมากจนกระทั่งเราเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า “ระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น (judge-made-law)” อาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์นั้น นอกจากจะมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้วยังมีบทบาทในการวางหลักนิติวิธีทางกฎหมายด้วย¹⁵ อำนาจของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นี้มีมากกว่าศาลในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มาก หลักเกณฑ์ที่ศาลตั้งขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยคำพิพากษานี้จะต้องได้รับการถือตาม เพื่อให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีหลักประกันความแน่นอนและไม่ตกอยู่ภายใต้อำเภอใจของผู้พิพากษา

การถือตามหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นไปตามหลักทฤษฎี stare decisis คือหลักที่ถือว่าคำพิพากษาของศาลสูงเป็นใหญ่ อันเป็นหลักศักดิ์สิทธิ์ในการวินิจฉัยคดีของศาลอังกฤษ หลักนี้มีมาตั้งแต่สมัยที่คอมมอนลอว์เพิ่งก่อตัวใหม่ๆ ในศตวรรษที่ 12 แต่ในสมัยนั้นผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องถือหลักนี้เสมอไป ศาลอาจใช้วิธีอนุมาน (deductive method) จากหลักทั่วไปได้ ต่อมาในราวต้นศตวรรษที่ 18-19 ความจำเป็นในการรักษาความแน่นอนของกฎหมายเพื่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจ ทำให้ศาลต้องใช้แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษามากขึ้น จนกลายเป็นหลักสำคัญของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในปัจจุบัน

การถือตามแนวบรรทัดฐานในคำพิพากษานี้มีปัญหาว่านานไป แนวคำพิพากษานั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง ดังนั้นจึงมีข้อยกเว้นการใช้หลักนี้ในกรณีข้อเท็จจริงแตกต่างกัน ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง (The Technique of Distinctions)” คือถือว่าถ้าข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกันทุกประการก็ต้องถือตามแนวบรรทัดฐานเดิม แต่ถ้าวิเคราะห์ออกมาแล้วปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นต่างกัน ศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวบรรทัดฐาน และถ้าหากหลักที่ศาลตั้งขึ้นไม่ได้เป็นข้อวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีโดยตรง แต่เป็นเพียงข้อสังเกตหรือข้ออ้างที่กล่าวไว้โดยศาลนั้นมีได้มุ่งจะให้มีผลผูกพันคำพิพากษาในอนาคต ข้อสังเกตเช่นนั้นก็ไม่มีอำนาจบังคับที่ต้องถือตาม ด้วยหลัก “พิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง” นี้ทำให้ศาลอังกฤษสามารถพัฒนาระบบกฎหมายให้ยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องกลับไปถือหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิม¹⁶

ข. บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute Law)

ตลอดเวลาที่ผ่านมากฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

¹⁵ Rene David b (1985). *Major Legal Systems*. p. 376.

¹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 69-72.

(Common Law) ทั้งนี้ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ในปัจจุบันกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ทวีความสำคัญมากขึ้น เนื่องจากการขยายตัวของสังคมและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นกลไกควบคุมสังคมที่ซับซ้อนมากขึ้นทุกที นับตั้งแต่ด้านเศรษฐกิจสังคม สวัสดิการของประชาชน การวางผังเมือง การควบคุมการผลิต การขนส่ง การศึกษาและระบบสาธารณสุขฯลฯ ในสมัยนี้การถือหลักว่าต้องพยายามตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้แคบนั้นก็ค่อยๆ เลือนไป เริ่มมีการยอมรับว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเทียบเท่าหลักกฎหมายในคำพิพากษามากขึ้นทุกที

อย่างไรก็ตามมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่า นักกฎหมายคอมมอนลอว์มีทัศนคติต่อกฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรในทางที่ต่างจากทัศนคติของนักกฎหมายซีวิลลอว์มาก นักกฎหมายอังกฤษจะเห็นว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยทั่วไปเป็นสิ่งแปลกปลอมและผิดปกติไม่ว่าผู้บัญญัติกฎหมายจะพยายามบัญญัติให้เป็นรูปธรรมและละเอียดลออเพียงใดก็ตาม ผู้พิพากษาศาลคอมมอนลอว์มักจะถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะต่ำกว่าหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาได้วางเอาไว้ (นอกจากในกรณีที่บทบัญญัตินั้นเป็นบทที่แก้ไขข้อบกพร่องของคอมมอนลอว์โดยตรง) ทัศนคติเช่นนี้ทำให้บทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นไม่ได้รับการยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจัง จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งได้นำบทบัญญัตินั้นไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อศาลได้นำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ครั้งหนึ่งแล้ว หากเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกันอีกในภายหลัง ศาลที่พิจารณาคดีก็จะนิยมอ้างคำพิพากษาที่เคยปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเรื่องนั้นมากกว่าที่จะอ้างด้วยบทกฎหมายเสียอีก คือถ้าหากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำพิพากษาที่อาจนำมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงได้เหมือนกัน ผู้พิพากษาจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าบทกฎหมาย และนี่เองที่เป็นลักษณะพิเศษที่ทำให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จะเห็นข้อพิสูจน์ทำนองนี้ได้จากบรรดาประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อื่นๆ นอกจากอังกฤษ เช่น สหรัฐอเมริกาและอินเดียที่แม้จะมีการนำรูปแบบของประมวลกฎหมายแบบฝรั่งเศสมาใช้ แต่ก็ไม่สามารถจัดเข้าอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Common Law) ได้ เพราะประมวลกฎหมายเหล่านั้นก็ทำได้มีฐานะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของระบบกฎหมายเหมือนอย่างที่ประมวลกฎหมายนโปเลียนเป็นอยู่ในฝรั่งเศส¹⁷

สรุปได้ว่า ในปัจจุบันเนื่องจากการขยายตัวของสังคมที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเริ่มเป็นที่ยอมรับมากขึ้นว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 72-75.

เทียบเท่ากับหลักกฎหมายจากคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม ในทัศนะของผู้พิพากษาศาลคอมมอนลอว์มักจะถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะต่ำกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา และจะไม่ยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจัง จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งนำเอาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกัน ผู้พิพากษาจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าอ้างบทกฎหมาย¹⁸

ค. จารีตประเพณี

เท่าที่ผ่านมามีนักนิติศาสตร์จำนวนไม่น้อยที่เข้าใจว่า ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี ทั้งที่จริงๆ แล้วจารีตประเพณีมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีความสำคัญน้อยมากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้ก่อกำเนิดขึ้นโดยการพยายามกีดกันการใช้กฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่น อิทธิพลของศาสนจักรและพวกขุนนางเจ้าที่ดิน โดยนับตั้งแต่กฎบัตรเวสมินสเตอร์ ฉบับที่ 1 ปีค.ศ. 1265 กำหนดว่าจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้บังคับเช่นกฎหมายได้ต้องเป็นประเพณีที่มีอยู่ก่อนปี ค.ศ. 1189 ทำให้บทบาทของจารีตประเพณีถูกจำกัดให้น้อยลงแต่นั้นมา

อนึ่ง จารีตประเพณีในความหมายนี้ไม่คลุมไปถึงประเพณีทางการค้า (commercial custom) ซึ่งอาจอ้างขึ้นเพื่อให้มีผลผูกพันได้ แต่โดยเหตุที่กฎหมายคอมมอนลอว์เป็นกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (judge-made-law) ดังนั้นเมื่อศาลยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใด ก็ทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญที่จะนำมาอ้างได้อีกเพราะได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษา ซึ่งมีผลบังคับในฐานะเป็นกฎหมายตามหลักแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้ว¹⁹

ง. ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

งานเขียนทางนิติศาสตร์ในอังกฤษมี 2 ประเภทคือ งานเขียนของนักวิชาการ กับงานเขียนของผู้พิพากษา ในอดีตงานเขียนของนักวิชาการไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายอังกฤษเท่าใดนัก แต่งานเขียนของผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียง เช่น Granville, Bracton Littleton จะได้รับการยอมรับนับถือเหมือนกับเป็นคัมภีร์กฎหมาย แต่ภายหลังจากคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน งานเขียนของนักวิชาการเริ่มมีบทบาทและเป็นที่สนใจจากนักนิติศาสตร์มากขึ้น แต่ก็ยังด้อยกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา²⁰

¹⁸ อมรเทพ เมืองแสน. (2549). อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย. หน้า 31.

¹⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 75-76.

²⁰ อมรเทพ เมืองแสน. เล่มเดิม. หน้า 31.

จ. เหตุผลและความยุติธรรม

ระบบกฎหมายอังกฤษนั้น ตั้งอยู่บนรากฐานของหลักเหตุผลของข้อเท็จจริง อันเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมายของอังกฤษ และเป็นบ่อเกิดที่ไม่มีขอบเขตซึ่งช่วยให้กฎหมายอังกฤษสามารถพัฒนามาได้จนถึงปัจจุบัน ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือ การใช้หลัก “วิเคราะห์แยกแยะข้อเท็จจริง (distinction)” ในแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (precedent) ทั้งนี้เพื่อเทียบเคียงหลักสำหรับใช้วินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงนั้นมากที่สุดนั้นก็จะต้องตั้งอยู่บนหลักแห่งเหตุผลนั่นเอง

หลักการให้เหตุผลในกฎหมายอังกฤษนี้ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับในกฎหมายซีวิลลอว์แล้วเราจะทราบว่าในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษมีความโน้มเอียงอยู่กับการปฏิบัติมากกว่าตรรกวิทยา มีลักษณะทางประสบการณ์นิยม (Empiricism) ด้วยอิทธิพลของนักวิชาชีพรากฎหมาย และขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มีลักษณะเป็นระบบทฤษฎีและหลักเกณฑ์ทั่วไปด้วยอิทธิพลของนักวิชาการฝ่ายมหาวิทยาลัยอันเป็นตรรกะจุดกึ่งกลางที่อยู่ระหว่างตัวของประสบการณ์นิยมของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กับตรรกวิทยาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ก็คือเหตุผล อันเป็นลักษณะร่วมของกฎหมายทั้งสองระบบนั่นเอง นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังมีหลักความยุติธรรม (Equity) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายคู่เคียงกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งรัฐสภาได้ออกกฎหมายรับรองลักษณะทั้ง 2 ประการนี้ แต่หลักความยุติธรรม (Equity) ที่จะบังคับได้นั้น ในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (precedent) ไปมิได้เป็นหลักที่เกิดจากเหตุผลทางจริยธรรมล้วนๆ อีก ในกฎหมายอังกฤษหลักความยุติธรรม (Equity) นี้จึงมีฐานะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่จะนำหลักยุติธรรม (Equity) มาใช้ได้เฉพาะที่เคยมีในแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้วเท่านั้น²¹

(2) หลักการใช้และการตีความกฎหมาย²²

ลักษณะทั่วไปของหลักการใช้อกฎหมายและตีความกฎหมายในระบบกฎหมายอังกฤษนี้ ก็อยู่ภายใต้หลักที่ได้กล่าวแล้วว่า เป็นระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น (judge-made law)²³ ด้วยเหตุที่หลักนิติวิธีของกฎหมายอังกฤษ เป็นหลักที่ได้มาจากการเทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล หลักการใช้อกฎหมายจึงมักเป็นหลักเฉพาะเรื่องที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี (case law) นักกฎหมายอังกฤษเล็งที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นมาใช้อย่างครอบคลุมแบบการใช้อกฎหมาย โดยเห็นว่าการทำเช่นนั้นเป็นการบิดเบือนกฎหมาย วิธีการใช้อกฎหมายจึง

²¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 77-78.

²² กิตติศักดิ์ ปรกติ ข เล่มเดิม. หน้า 70-78.

²³ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 78.

เป็นการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและหาข้อวินิจฉัยเอาจากข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งหากเป็นข้อเท็จจริงที่เคยเป็น ประเด็นและได้มีประเด็นและแนวคำพิพากษาไว้แล้ว ก็ต้องถือตามนั้น ส่วนกฎหมายที่บัญญัติเป็น ลายลักษณ์อักษร นักกฎหมายคอมมอนลอว์มักจะเห็นว่าเป็นสิ่งแปลกปลอมและไม่ค่อยยอมรับ ฐานะของกฎหมายประเภทนี้ โดยมองว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทยกเว้นหลักทั่วไป และมุ่ง ใช้กฎหมายตามคำพิพากษามากกว่า

ก. หลักการใช้กฎหมายของอังกฤษ

(ก) หลักกฎหมายเฉพาะกรณี (case law)

โดยเหตุที่หลักนิติวิธีของกฎหมายอังกฤษเป็นหลักที่ได้มาจากการ เทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล หลักการใช้กฎหมายของกฎหมายอังกฤษจึงมักเป็นหลัก เฉพาะเรื่องเฉพาะราวที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี มากกว่าจะเป็นหลักทั่วไปที่เป็นระบบและเป็น เอกภาพแบบในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หลักเกณฑ์ในการใช้กฎหมายอังกฤษนั้นตั้งอยู่ บนรากฐานของหลักเหตุผลในคำพิพากษา (ratio decidendi) คือต้องดำเนินตามแนวคำพิพากษาของ ศาลสูงที่เป็นแบบอย่าง และจะใช้กับกรณีที่เป็นประเด็นแห่งคดีมีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันเท่านั้น นัก กฎหมายอังกฤษจะเล็งที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นมาใช้อย่างครอบคลุม แบบการใช้ หลักกฎหมาย (doctrine) เพราะการทำเช่นนั้นจะถูกถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายทีเดียว

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าเนื้อหาของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้นไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยคำพิพากษาแต่จะแตกแขนงออกไปจากหลักทฤษฎี (doctrine) ซึ่งนักวิชาการพัฒนาขึ้นมาจากการศึกษาปัญหาอุปสรรคแล้วสร้างเป็นหลักทั่วไปที่เป็นระบบ ประสานและสอดคล้องกัน แต่ถ้ามองจากทัศนะของนักกฎหมายอังกฤษผู้ซึ่งมีทัศนะว่า กฎหมาย จะต้องมิลักษณะเป็นกฎที่แน่นอน เจียบขาดแล้ว บทกฎหมายของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งมีฐานะเป็นหลักทั่วไปนั้นจะกลายเป็นหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมมากกว่าจะเป็นกฎอันเป็น กฎหมายที่แท้จริง ในทางกลับกันเมื่อมองจากทัศนะของนักกฎหมายซีวิลลอว์ หลักเกณฑ์ทาง กฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น (Common Law) ไม่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายคือ ไม่ใช่ข้อบังคับทั่วไป แต่เป็นกฎเกณฑ์ละเอียดปลีกย่อยในทางปฏิบัติเสียมากกว่า²⁴

(ข) หลักการใช้กฎหมายจากการวิเคราะห์แยกแยะข้อเท็จจริง

กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายเฉพาะกรณี ดังนั้นวิธีการใช้กฎหมาย จึงเป็นการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและหาข้อวินิจฉัยเอาจากข้อเท็จจริงนั่นเอง โดยอยู่ภายใต้หลักของ เหตุผลในข้อเท็จจริง ซึ่งหากเป็นข้อเท็จจริงที่เคยเป็นประเด็นและได้มีแนวคำพิพากษาไว้แล้วก็ต้อง

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 78-79.

ถือตามนั้น²⁵ และหลักเกณฑ์ของกฎหมายก็เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะที่ไม่อาจนำไปใช้อย่างหลักทั่วไปได้ ดังนั้นหากมองในแง่นี้เราก็อาจเห็นว่าการใช้กฎหมายของอังกฤษนั้นแคบกว่าการใช้กฎหมายของระบบซีวิลลอว์ที่ถือกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป แต่เมื่อมองในอีกด้านหนึ่ง ระบบการให้เหตุผลในกฎหมายของอังกฤษเปิดกว้างมากกว่าในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เพราะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้หลักพิเคราะห์หาเหตุผลจากข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องอิงอยู่กับบทบัญญัติ เมื่อเกิดกรณีปัญหาใหม่ๆ ขึ้นก็สามารถให้คำวินิจฉัยทางกฎหมายได้อย่างอิสระและกว้างว่า การใช้กฎหมายอังกฤษนั้นไม่ใช่การใช้กฎหมายด้วยการตีความบทบัญญัติ แต่เป็นกระบวนการที่เริ่มต้นจากการศึกษาหลักเกณฑ์ที่ได้เคยมีในแนวคำพิพากษาโดยวิเคราะห์และแยกแยะประเด็นอย่างละเอียดรอบคอบและจะต้องจับประเด็นจำแนกแจกแจงข้อเท็จจริงเปรียบเทียบระหว่างคดีที่กำลังพิจารณากับคดีก่อน เมื่อข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นเหมือนกันก็ต้องตัดสินใจไปตามแนวคำพิพากษาเดิม แต่ถ้าต่างกันศาลก็จะต้องสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่โดยยึดถือหลักว่า หลักเกณฑ์นั้นต้องเป็นการให้ข้อยุติและไม่ใช่อ้อยคำหรือวางหลักเกณฑ์ทั่วไปอันอาจเลยเถิดไปจนเกิดปัญหาได้แย้งภายหลัง โดยวิธีการใช้กฎหมายเช่นนี้ เราจึงอาจกล่าวได้ว่าตามข้อเท็จจริงโดยทั่วไปแนวความคิดเกี่ยวกับนิติวิธีของกฎหมายอังกฤษนั้นแคบกว่าแนวความคิดหลักนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) แต่เมื่อพิจารณาในแง่ทฤษฎีอย่างถึงที่สุดจากการที่ระบบนิติวิธีของอังกฤษผูกพันกับข้อเท็จจริงมากกว่าผูกพันกับบทบัญญัติ ระบบกฎหมายอังกฤษจึงมีลักษณะเป็นระบบ “เปิด” มากกว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งผูกพันกับบทบัญญัติ²⁶

(ค) หลักการใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Legislation or Statutes)²⁷

ดังได้กล่าวมาในเรื่องทัศนคติของนักกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วว่า นักกฎหมายคอมมอนลอว์มักจะเห็นว่ากฎหมาย

²⁵ แต่ในกรณีสุดโต่งมากๆ ศาลอาจพิพากษาว่า คดีก่อนพิพากษาคิดพลาดไปและพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ ในกรณีนี้คดีหลังก็จะกลายเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ที่ศาลต้องถือตามฉบับใหม่. อ้างถึงใน หุุด แสงอุทัย. (2523). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 11.

²⁶ แต่ในกรณีสุดโต่งมากๆ ศาลอาจพิพากษาว่า คดีก่อนพิพากษาคิดพลาดไปและพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ ในกรณีนี้คดีหลังก็จะกลายเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ที่ศาลต้องถือตามฉบับใหม่. อ้างถึงใน หุุด แสงอุทัย. (2523). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 80-81.

²⁷ แต่ในกรณีสุดโต่งมากๆ ศาลอาจพิพากษาว่า คดีก่อนพิพากษาคิดพลาดไปและพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ ในกรณีนี้คดีหลังก็จะกลายเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ที่ศาลต้องถือตามฉบับใหม่. อ้างถึงใน หุุด แสงอุทัย. (2523). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 81-84.

ลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งแปลกปลอมและมักไม่ค่อยยอมรับฐานะของกฎหมายประเภทนี้ หรือเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทกวีเป็นหลักทั่วไป (คือคอมมอนลอว์) โดยจะมุ่งใช้หลักกฎหมายตามคำพิพากษามากกว่า ทั้งนี้ก็ด้วยความเชื่อมั่นในหลักเหตุผลจากการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงว่า เป็นต้นกำเนิดของข้อวินิจฉัยที่เหมาะสมที่สุด โดยเหตุนี้ นักกฎหมายอังกฤษจึงเห็นว่าการที่กฎหมายเปิดช่องให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีจากบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักทั่วไปแบบในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เป็นการเกี่ยวกับการที่ศาลจะใช้อำเภอใจส่วนบุคคลมาเปลี่ยนแปลงกฎหมาย อันจะเป็นภัยต่อหลักประกันความแน่นอนของกฎหมาย นักกฎหมายอังกฤษจะเห็นว่าการให้ศาลผูกพันต่อแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน และยอมรับภาระอย่างหนักในการจดจำคำนิยาม และรายละเอียดปลีกย่อยของกฎหมายยังจะเป็นการดีกว่าและมีหลักประกันความแน่นอนมากกว่าการที่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจแบบระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

อันที่จริงกฎหมายอังกฤษก็ยอมรับ “อำนาจใช้ดุลพินิจ” ของผู้พิพากษาเหมือนกันแต่เป็นการยอมรับที่แปลกแตกต่างจากการยอมรับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั่นคือหลักการใช้อำนาจแห่งดุลพินิจนี้ จะต้องมีความแน่นอนชัดเจนด้วย บทบัญญัติทำนองนี้ จะได้รับการอธิบายด้วยข้อวินิจฉัยที่ศาลตั้งขึ้นในคำพิพากษาจำนวนหนึ่งว่าอย่างไรจึงจะเป็นอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างไรไม่ยกตัวอย่างเช่น ในพระราชบัญญัติบริหารราชการศาลของอังกฤษ (Judicature act 1925) มาตรา 50 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “ศาลจะต้องมีอำนาจเต็มในการใช้ดุลพินิจด้วยความรับผิดชอบตามกฎหมาย” นั้น ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่วางหลักเกณฑ์อธิบายไว้เป็นจำนวนมากเพื่อแสดงว่าอำนาจใช้ดุลพินิจควรจะใช้เมื่อใดและใช้อย่างไร เฉพาะแต่กฎเกณฑ์ล้วนๆ จากคำพิพากษาที่ปรากฏในการรวบรวมเมื่อปี ค.ศ. 1959 นั้นมีถึง 35 ประการและมีภาคผนวกอีกถึง 148 หน้า ซึ่งศาลสูงวางเป็นแนวบรรทัดฐานให้ศาลทั่วไปถือตาม หรือในหลักกฎหมายฝรั่งเศสที่ว่านักธุรกิจต้องไม่ปฏิบัติการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมให้เกิดผลร้ายต่อคู่แข่งนั้น ในอังกฤษจะไม่ถือว่าเป็นกฎหมายโดยแท้ด้วยเหตุที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎที่แน่นอน แต่เป็นเพียงหลักการอันเคลือบคลุมที่มุ่งจะให้อำนาจสั่งการอย่างทั่วไปแก่ศาลเพื่อความเป็นธรรมเท่านั้น ในการหาหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องนั้นๆ เป็นการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่เสียก่อน ดังนั้นหลักการใช้กฎหมายของอังกฤษจึงต้องผูกพันอยู่กับสาระทางข้อเท็จจริงของคดีซึ่งสามารถแสดงความหมายออกมาในตัวเองหลักนิติวิธีเหล่านี้มิได้แยกออกมาในรูปของบทบัญญัติ แต่จะแทรกอยู่ในข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง และทัศนคติเช่นนี้ทำให้โครงสร้างของกฎหมายอังกฤษผูกพันกับข้อเท็จจริง และหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องจนไม่อาจจัดเป็นระบบให้สอดคล้องกันได้แบบในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ทัศนคติที่ต้องการความแน่นอนถึงขั้นรายละเอียด ยังทำให้การบัญญัติกฎหมายของอังกฤษต้องกระทำอย่างละเอียดรอบคอบ ให้มีข้อความที่เป็น “กฎ” และแน่นอนที่สุด ประกอบกับลักษณะกฎหมายจากคำ

พิพากษาที่ต้องแจกจ่ายละเอียดของประเด็นข้อเท็จจริงแยกย่อยออกมามากมาย ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายในอังกฤษมีรายละเอียดปลีกย่อยมากมาย จนมีลักษณะที่เรียกว่า “กฎหมายเฟ้อ” (Inflation of Law)²⁸

ข. หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ

จากความคลี่คลายทางประวัติศาสตร์ของความขัดแย้งระหว่างศาลกับสภานิติบัญญัติ จากค่านิยมทางกฎหมายที่สืบทอดกันมาและทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แตกต่างกัน ประกอบกับความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับระบบที่ตั้งอยู่บนรากฐานของประสบการณ์มากกว่าทฤษฎี ทำให้นักกฎหมายอังกฤษมีวิธีการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แตกต่างจากวิธีการของนักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

หลักทั่วไปในการตีความกฎหมายอังกฤษนั้นตั้งอยู่บนความเชื่อวาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นระบบของเหตุผลจากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงมีความเหมาะสมแก่การอำนวยความสะดวก และมีคามแน่นอนและชัดเจนมากกว่าระบบการใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นตามอำเภอใจ ดังนั้นท่าทีของศาลต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงแทบจะเป็นท่าทีที่เหยียดหา หรืออคติเลยทีเดียว และแม้ว่าทัศนะนั้นนั้นจะได้รับการปรับปรุงขึ้นมาในปัจจุบันก็ยังเป็นทัศนคติที่ดำรงอยู่และมีอิทธิพลในหมู่นักกฎหมายอังกฤษพอสมควร

แต่เดิมกฎหมายอังกฤษไม่เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมากนัก และอำนาจการใช้กฎหมายก็ตกอยู่ในมือของศาลหลวงแต่ผู้เดียว จนกระทั่งในศตวรรษที่ 15-16 กษัตริย์ได้มีอำนาจมากขึ้นซึ่งเป็นไปตามลัทธิเทวสิทธิ์ (Divine Right of the King) และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติมากขึ้น ทำให้เกิดความคิดว่ากฎหมายเป็นเจตจำนงของรัฐชาติที่ชัดขึ้นและการตีความกฎหมายจึงเริ่มมีการตีความความมุ่งหมายของบทบัญญัติเพื่อจะจะสามารถใช้กฎหมายได้กว้างขวางมากขึ้น อันเป็นการขยายอำนาจของกษัตริย์ไปในตัว ซึ่งเราจะเห็นได้จากคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1573 ที่กล่าวว่า “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติควรได้รับการยอมรับนับถือมากกว่าถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติ ซึ่งมักจะแคบกว่าความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย วิธีที่ดีที่สุดในการตีความบทบัญญัติของรัฐสภาก็คือ ตีความตามความมุ่งหมายมากกว่าตีความตามภาษาที่ใช้” และ “ตัวอักษรของบทบัญญัติเป็นร่างกายของกฎหมายและความหมายและเหตุผลของบทบัญญัตินั้นคือวิญญาณ และบ่อยครั้งที่เดียวที่เมื่อท่านอ่านตัวบท ท่านมักจะไม่สามารถเข้าใจความหมายของมันอย่างถ่องแท้ เพราะในบางครั้งนั้นความหมายของมันมีขอบเขตและความผูกพันกว้างกว่าที่ตัวอักษรได้เขียนไว้”

²⁸ Rene David b Op.cit. p. 393.

แต่ในเวลาต่อมา เมื่ออำนาจของกษัตริย์ตกต่ำลงในปลายศตวรรษที่ 17 ศาลได้กลับไปใช้หลักตีความตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงมากกว่าจะยอมรับบทบัญญัติโดยตรง กล่าวคือศาลพยายามลดอิทธิพลของการตีความตามความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งศาลอ้างว่าการตีความเช่นนั้นอาจทำให้กฎหมายขาดความแน่นอน ซึ่งศาลอ้างว่าการตีความเช่นนั้นอาจทำให้กฎหมายขาดความแน่นอน และเสี่ยงต่อการตกอยู่ใต้อำนาจใจความคิดเช่นนั้นนอกจากจะเป็นไปตามความเชื่อมั่นในคอมมอนลอว์ที่มีมาแต่เดิมแล้ว ยังเป็นการคานอำนาจทางการเมืองของรัฐบาลอีกด้วย ดังเช่นที่ท่านแบล็คสโตน (Blackstone) นักกฎหมายผู้ยิ่งใหญ่ของอังกฤษในศตวรรษที่ 18 กล่าวไว้ในเวลาต่อมาว่า “ถ้าหากบทบัญญัติใดมีวัตถุประสงค์ไปในทางไม่ถูกไม่ควร ศาลก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะไม่ใช้กฎหมายนั้น ในกรณีนี้จะต้องใช้อำนาจตุลาการเหนืออำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งจะเป็นการกลับรูปของระบบการปกครองทั้งปวง” และ “เมื่อคำกว้างๆ ของบทบัญญัติอาจตีความไปในทางที่ไม่สมเหตุสมผลศาลจะต้องถือว่ากรณีนั้นๆ เป็นกรณีที่อยู่นอกความคาดหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย และดังนั้นศาลก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะใช้วิธีอ้างหลักความยุติธรรมที่จะไม่ตีความให้มีผลเช่นนั้น ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลใดในการใช้อำนาจตัดสินกรณีที่ตนเป็นคู่พิพาทอยู่ด้วย ศาลจะไม่ยอมตีความเช่นนั้น โดยให้เหตุผลว่า เป็นการไว้เหตุผลที่กฎหมายจะยอมให้บุคคลมีอำนาจเช่นนั้น” เป็นต้น

ในศตวรรษที่ 19 ปรากฏว่ารัฐสภาซึ่งตกอยู่ภายใต้การครอบงำของชนชั้นกลาง ได้บีบบังคับให้ศาลต้องตีความตามบทบัญญัติที่รัฐสภาได้บัญญัติโดยตรง โดยไม่มีหน้าที่อ้างความยุติธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้โดยตรงดังที่ผ่านมา ประกอบกับอิทธิพลทางความคิดอย่างอื่นๆ และความเชื่อว่ากฎหมายเป็นระบบของแบบแผนกฎเกณฑ์ของสังคม (System of Norms) ตลอดจนความเติบโตของลัทธิกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ทำให้ศาลอังกฤษเลือกที่จะยึดถือหลักการตีความตามตัวอักษรซึ่งเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด โดยการอ้างเหตุผลเพื่อความแน่นอนของกฎหมาย และหลักที่ว่าศาลไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ นอกจากใช้ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ประกาศใช้ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจตามแบบมองเตสกิเออร์ที่กำลังเป็นที่นิยมกันอยู่ในเวลานั้น

ด้วยวิธีการตีความตามตัวอักษรนี้ ด้านหนึ่งเป็นการคานอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในระดับหนึ่ง และศาลสามารถดำรงฐานะเป็นอำนาจอธิปไตยหนึ่งในสามอำนาจ โดยไม่ถูกฝ่ายรัฐสภาครอบงำเต็มที่ในอีกด้านหนึ่งก็ทำให้หลักคอมมอนลอว์ยังคงดำรงอยู่ต่อไป โดยศาลจะนำหลักคอมมอนลอว์มาใช้เมื่อตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ (ซึ่งจะถูกตีความให้แคบมาก) แล้วปรากฏว่าบทกฎหมายตามตัวอักษรกินความไปไม่ถึงกรณีที่เป็นปัญหานั้น

แบบฉบับในการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดได้สืบทอดมาจนถึงในต้นสมัยศตวรรษที่ 20 เพราะเป็นหลักที่เข้ากันได้กับหลักการอื่นๆ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีอยู่แล้วเป็นอย่างดี เช่น หลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (precedent) หลักพิเคราะห์และแยกแยะข้อเท็จจริง (distinction) ซึ่งเป็นหลักที่เน้นการใช้ประสบการณ์มากกว่าทฤษฎี และพยายามจะลดบทบาทของกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติอยู่แล้ว หลักการตีความแบบฉบับนี้จึงแผ่ขยายไปยังประเทศอื่นๆ ที่ใกล้ชิดอังกฤษและมีอิทธิพลต่อกฎหมายในประเทศนั้นๆ มาก เช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศอินเดีย และในประเทศไทย เป็นต้น

หลักการตีความตามตัวอักษรนี้ เป็นหลักที่เคร่งครัดมากดังจะเห็นได้จากตำราการตีความกฎหมายของอังกฤษ Maxwell ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกตั้งแต่ปี ค.ศ. 1875 และตีพิมพ์ซ้ำแล้วซ้ำอีกมากกว่าสิบครั้งในระยะเวลาหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมา ได้กล่าวในย่อหน้าแรกของหนังสือว่า “กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นคือ เจตจำนงของอำนาจนิติบัญญัติ และกฎอันเป็นรากฐานในการตีความที่อยู่เหนือกฎอื่นใดทั้งปวงก็คือการตีความบทบัญญัตินั้นจะต้องแสดงออกตามความมุ่งหมายของผู้บัญญัติที่ได้บัญญัติไว้” ถ้าหากถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นมีความหมายชัดเจนไม่คลุมเครือแล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความ นอกจากใช้ถ้อยคำนั้นไปตามความหมายตามปกติธรรมดา ถ้อยคำในบทบัญญัติเช่นนั้นย่อมแสดงความมุ่งหมายของผู้บัญญัติออกมาโดยแจ้งชัดในตัวอยู่แล้ว ความประสงค์ในการตีความกฎหมายทั้งปวงก็เพื่อจะรู้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่แสดงออกทั้งที่แจ้งชัดและที่เป็นนัยจากภาษาที่ใช้ผู้นั้นอยู่ในข่ายของบทบัญญัติหรือไม่ ถ้าหากจะกำหนดให้มีกฎเกณฑ์ในการตีความกฎหมายหรือเอกสารอื่นใดเพียงข้อเดียว กฎข้อนั้นก็คือท่านจะต้องไม่ตีความบทบัญญัตินอกเหนือไปจากที่ถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน²⁹

หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษนี้ มีกฎทั่วไปอยู่ 3 ประการ³⁰ คือ

(ก) หลักการตีความตามตัวอักษร (The Literal Rule)³¹

หลักนี้ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมาย จะแปลถ้อยคำในกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดา หรือความหมายปกติของถ้อยคำนั้นๆ เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงว่าผลจากการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดาล่าช้ากว่านั้นจะมีเหตุมีผลมากน้อยเพียงใด วิธีนี้ผู้ทำหน้าที่ตีความจะต้องพิจารณาความหมายตามภาษามากกว่าจะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์

²⁹ Maxwell. (1962). *Maxwell on the Interpretation of Statutes*. p. 1.

³⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 84-89.

³¹ อักษราร จุฬารัตน์. (2542). *การตีความกฎหมาย*. หน้า 30-41.

ของกฎหมายนั้นๆ หลักนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักกฎหมายอังกฤษทั้งที่เป็นผู้พิพากษาระดับสูงและนักกฎหมายทั่วไป โดยส่วนใหญ่เห็นว่ากรียคมันในถ้อยคำ และเข้าใจว่าถ้อยคำแต่ละคำจะมีความหมายในตัวเองโดยไม่ต้องไปพิจารณาจากเนื้อหาทั้งหมด น่าจะอยู่บนสมมติฐานที่ผิดและการตีความตามตัวอักษร โดยยึดมั่นต่อการใช้ความหมายจากพจนานุกรมน่าจะไม่ต้อง

(ข) หลักการตีความโดยถึงผลเลิศ (The Golden Rule)³²

หลักการนี้มีสาระสำคัญว่าในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความในทางที่ละเว้น ไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจแปลความหมายไปได้เป็นสองนัยหรือมากกว่านั้น ศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายต้องตีความไปในทางที่มีความหมายอันสมควรไม่ใช่ไปในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือบังเกิดผลประหลาด ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีความหมายตามตัวอักษรเพียงประการเดียว ก็ไม่ต้องตีความตามความหมายตามตัวอักษรนั้น ถ้าหากจะทำให้เกิดผลประหลาดในแง่ขัดต่อกฎหมายทั่วไป หลักการตีความโดยถึงผลเลิศนี้ ในบางกรณีได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลตีความเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยเหตุอื่น นอกจากถ้อยคำและความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ซึ่งศาลไม่ควรจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้น

(ค) หลักการตีความตามหลักแก้ไขข้อเสีย (Mischief Rule)

เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของหลักคอมมอนลอว์ให้ดีขึ้น หลักเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อรับแนวนโยบายทั่วไปของบทบัญญัติที่มุ่งปรับปรุงคอมมอนลอว์โดยตรง การใช้หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของคอมมอนลอว์นี้ โดยทั่วไปถือว่ารัฐสภาไม่ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อขจัดหรือเปลี่ยนแปลงหลักคอมมอนลอว์ เพราะคอมมอนลอว์เป็นหลักเบื้องต้น และเป็นหลักที่ฝังอยู่อย่างลึกซึ้งในจิตใจของนักกฎหมาย³³ หลักการนี้แตกต่างและใช้ไม่ได้กับประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์เพราะ โครงสร้างสระและทัศนคติของนักกฎหมายต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายแตกต่างกันอย่างมาก นอกจากนี้ ในยุคปัจจุบันการขยายตัวและความซับซ้อนของสังคมทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายให้ทันต่อความต้องการของสังคมทั้งด้านทฤษฎีและทางด้านปฏิบัติเราจึงพบว่าปัจจุบัน โครงสร้าง และวิธีการของกฎหมายอังกฤษได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมกับกาลสมัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสมัยที่นิติบัญญัติมีบทบาทอย่างมาก ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้พัฒนาปรับปรุงสังคม การตีความแบบอังกฤษค่อนข้างจะ

³² ธานินทร์ กรวิเชียร และวิชา มหาคุณ. (2539). การตีความกฎหมาย. หน้า 9-10.

³³ Paton. (1964). *A Text Book of Jurisprudence*. pp. 251-253.

เป็นการตีความอย่างแคบตามตัวอักษรนี้ จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง ดังที่ท่าน รอสโค โปวท์ (Roscoe Pound) กล่าวเอาไว้ว่า การตีความกฎหมายอังกฤษนั้นแคบและเคร่งครัด³⁴ และนักกฎหมายอังกฤษนั้นทำตัวแย่มากที่สุด เวลาเผชิญหน้ากับบทกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ³⁵

3.1.4 วิธีการศึกษากฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์³⁶

ทัศนคติต่อการศึกษากฎหมายคอมมอนลอว์นั้น เป็นทัศนคติที่แตกต่างไปจากการศึกษากฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)³⁷ ในขณะที่การศึกษากฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้นอยู่ภายใต้อิทธิพลของนักวิชาการในมหาวิทยาลัย การศึกษากฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะอยู่ในมือของเนติบัณฑิตยสภา ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) การเริ่มต้นการศึกษากฎหมายจะเริ่มจากตัวบทกฎหมายและตำราที่อธิบายถึงความคิดและทฤษฎีกฎหมายที่สนับสนุนบทกฎหมายต่างๆ อยู่โดยมุ่งสอนหลักทั่วไปอย่างเป็นระบบและให้ความสำคัญกับคำพิพากษาของศาลเป็นลำดับรองไป ส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นนักศึกษาจะต้องเริ่มต้นศึกษากฎหมายจากปัญหาข้อเท็จจริงในคดีต่างๆ โดยยึดเอาคำพิพากษาบรรทัดฐานเป็นแนวศึกษามากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในขณะที่นักกฎหมายซีวิลลอว์ ได้รับการอบรมบ่มเพาะทางทฤษฎีอย่างเข้มข้นนักกฎหมายคอมมอนลอว์จะได้รับการบ่มเพาะให้มีประสบการณ์และความชำนาญในการแยกแยะประเด็นในคำพิพากษามากกว่าตำรับตำรากฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็จะเน้นหนักไปในการอ้างอิงคำพิพากษามากกว่า เนื่องจากระบบนี้ถือว่าหลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญดังได้กล่าวมาแล้ว

ในการค้นคว้าหรือการวิจัยทางกฎหมายนั้น ในขณะที่นักกฎหมายซีวิลลอว์จะเริ่มจากบทกฎหมายและคำอธิบายกฎหมายในทางตำรา นักกฎหมายคอมมอนลอว์จะเริ่มจากคำพิพากษาถ้าไม่มีคำพิพากษาในเรื่องนั้นก็จะค่อยหันไปหาบทกฎหมาย

ทัศนคติดังกล่าวของนักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เป็นมาตลอดระยะเวลาหลายทศวรรษนี้ทำให้ระบบกฎหมายอังกฤษถูกมองว่า เป็นระบบที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติเป็นเรื่องรายละเอียดทางวิธีการและไม่มีสาระทางวิชาการนิติศาสตร์ ปรากฏว่ามหาวิทยาลัยในประเทศอังกฤษซึ่งตั้งขึ้นตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 นั้น ไม่จัดสอนวิชากฎหมายอังกฤษ แต่เปิดสอนเฉพาะกฎหมายโรมันและ

³⁴ Roscoe Pound A (1908). **Harvard Law Review**. p. 385.

³⁵ Roscoe Pound B (n.d.). **Future of Common Law**. p. 18.

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 96.

³⁷ หยุต แสงอุทัย. (2523). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. หน้า 14-15.

กฎหมายพระ ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นระบบและมีฐานะเป็นศาสตร์ (science) ครอบงำกระทั่งปลายศตวรรษที่ 18 (ปี ค.ศ. 1758) มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด จึงได้มีการเปิดสอนวิชากฎหมายเป็นครั้งแรก และมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ก็เพิ่งจะเปิดสอนวิชานี้เมื่อต้นศตวรรษที่ 19 นี้เอง³⁸ จึงไม่เป็นของแปลกเลยถ้าหากเราจะสรุปว่า ตลอดเวลาหลายร้อยปีกฎหมายอังกฤษจะถูกพัฒนาไปในแนววิธปฏิบัติเป็นหลัก และโดยที่ผู้พิพากษาศาลอังกฤษนั้น ได้รับแต่งตั้งจากเนติบัณฑิตซึ่งมักจะจบจากโรงเรียนกฎหมายเท่านั้น ทำให้ทัศนคติในการศึกษากฎหมายของนักกฎหมายคอมมอนลอว์ฝักฝังไว้กับการจดจำรายละเอียดคดีและรูปแบบคำฟ้องต่างๆ และด้วยเหตุที่นักกฎหมายทุ่มเทเวลาส่วนใหญ่ไว้กับการศึกษาแนวคำพิพากษา และสนใจอยู่แต่การพิจารณาแยกแยะประเด็นในคดีต่างๆ ก็ทำให้นักกฎหมายเห็นทางการศึกษารากฐานทางปรัชญา และความคิดทฤษฎีต่างๆ ของกฎหมาย และทำให้โครงสร้างของกฎหมายคอมมอนลอว์ขาดลักษณะที่เป็นระบบเหมือนกับซีวิลลอว์ อันเป็นเครื่องแสดงความแตกต่างอย่างหนึ่งระหว่างระบบที่ถูกเรียกว่า “ระบบกฎหมายของผู้พิพากษา” (Judges, Law) กับ “ระบบกฎหมายของนักนิติศาสตร์” (Jurists Law)³⁹

แต่อย่างไรก็ตามในประเทศอังกฤษและในประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น คำพิพากษาของศาลทุกชั้นศาล ล้วนแต่ได้รับการตีพิมพ์ในรายงานคดีเพื่อเผยแพร่ให้บุคคลทั่วไปทราบหรือที่เรียกว่าระบบของการรายงานคดี ฉะนั้นศาลจึงจำต้องใช้ความระมัดระวังอย่างที่สุดในการให้เหตุผลทางคำพิพากษา มิฉะนั้นแล้วคำพิพากษาดังกล่าวก็จะได้รับการวิพากษ์ วิจารณ์อย่างกว้างขวาง โดยนักกฎหมายและนักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากผู้เขียนตำรากฎหมายที่มีชื่อเสียงในมหาวิทยาลัยชั้นนำ ซึ่งผู้พิพากษาแต่ละท่านจะให้เหตุผลในคำพิพากษาอย่างละเอียดมาก ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้ผู้ศึกษากฎหมายได้รับการปลูกฝังวิธีการให้เหตุผลทางกฎหมายไปในขณะเดียวกันด้วย⁴⁰

สรุปได้ว่า หลักนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นได้พัฒนาต่อเนื่องกันมา โดยเริ่มจากการแก้ไขปัญหาคือข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง โดยอาศัยเหตุผลที่แฝงอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นเป็นเกณฑ์พิจารณา และด้วยการสะสมประสบการณ์ที่หลากหลายมาเป็นเครื่องช่วยในการแสวงหาสิ่งจะจากข้อเท็จจริงเหล่านั้น จึงกล่าวได้ว่าหลัก ratio decidendi ของอังกฤษนั้นตั้งอยู่บนหลักปรัชญาประสบการณ์นิยม (Empiricism) ในขณะที่หลักนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ก่อตัวขึ้นมาจากการแก้ปัญหาคือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แต่มีการสร้าง

³⁸ David, Rene b Op.cit. p. 338.

³⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 96-98.

⁴⁰ พันิช ฉนกร. (2544, มีนาคม). “การจัดการศึกษากฎหมายและแนวทางในการปรับปรุงแก้ไข.”

และพัฒนาทฤษฎีที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาแตกต่างกัน ในขณะที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เน้นที่ประสบการณ์ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้พัฒนาหลักเกณฑ์นิติวิธีโดยพยายามหาหลักทั่วไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมา แล้วสรุปเป็นหลักทฤษฎี จัดระบบเค้าโครง และวางระเบียบแบบแผนโดยตั้งอยู่บนระบบเหตุผลทางตรรกวิทยา แล้วประสานทฤษฎีอันเป็นสิ่งที่ทั่วไปเข้ากับการปฏิบัติ (คือการแก้ปัญหาอุปสรรค) ด้วยหลักการตีความกฎหมาย (interpretation) อันเป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนปรัชญาแบบเหตุผลนิยม (rationalism)⁴¹

3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย

3.2.1 หลักเรื่องการพิสูจน์ (Burden of Proof)

ตามความหมายของกฎหมายคอมมอนลอว์ Burden of Proof หมายถึง สิ่งสำคัญซึ่งแยกกันได้ 2 ประการ

ประการแรก คือ Burden of Persuasion หมายถึงหน้าที่ของคู่ความในการที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นไปตามที่ตนกล่าวอ้าง นั่นก็คือจะต้องเสนอพยานหลักฐานเพื่อให้ลูกขุนหรือผู้พิพากษาที่มีความเชื่อมั่นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ตนกล่าวอ้าง Burden of Persuasion นี้จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเลย เช่น ในคดีอาญาโจทก์มี Burden of Persuasion ที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสมอส่วนในคดีแพ่งนั้น Burden of Persuasion ขึ้นอยู่กับคำคู่ความ (Pleading) โดยหลักทั่วไปแล้วโจทก์มี Burden of Persuasion ข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างซึ่งถึงแม้ว่าจำเลยจะปฏิเสธก็ตาม แต่จำเลยก็มี Burden of Persuasion เมื่อกล่าวอ้างข้อต่อสู้อันเป็นข้อเท็จจริงใหม่ขึ้นมา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติด้วย เพราะกฎหมายสารบัญญัติอาจมีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่ผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริง ในคดีละเมิดเรื่องหนึ่งโจทก์ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากการกระทำที่เกิดขึ้นพร้อมๆ กันของจำเลย 2 คน ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียถือว่า Burden of Persuasion ตกอยู่ที่จำเลยแต่ละคนในการพิสูจน์ว่าจำเลยคนหนึ่งคนใดเป็นผู้ผิด นอกจากนั้นยังมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอีกมากมายหลายประการ เช่น บุคคลซึ่งครอบครองทรัพย์สินใดย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ การชำระหนี้ย่อมกระทำเมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว จดหมายที่ส่งทางไปรษณีย์ย่อมถึงอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจำหน้าไว้ บุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่อยู่ร่วมกัน (ถึงแม้จะมีได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย) ย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น เมื่อมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายสารบัญญัติไว้เช่นนี้ Burden of Persuasion ก็ย่อมโอนไปอีกฝ่ายหนึ่ง

⁴¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก เล่มเดิม. หน้า 98.

ความหมายของ Burden of Proof อีกประการหนึ่งก็คือ Burden of Going Forward with the Evidence หรือ Burden of Producing Evidence ซึ่งหมายถึงหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานมาเสนอต่อศาลหรือหน้าที่นำสืบพยานหลักฐาน โดยปกติแล้วผู้ที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงในประเด็นข้อใด มีหน้าที่จะต้องเสนอพยานหลักฐานในประเด็นนั้น ซึ่งหากผู้ันั้นไม่ทำดังกล่าวศาลอาจมีคำสั่งงดการพิจารณา (non-suit) หรือมีคำพิพากษาให้แพ็คดี (direct verdict) หน้าที่การนำสืบพยานหลักฐานนี้อาจมีการโยนไปมาระหว่างคู่ความได้ เช่น ในคดีละเมิดที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำโดยประมาท เลินเล่อเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย โจทก์มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของคดีละเมิดโดยประมาท (element of prima facie) เช่น หน้าที่ของจำเลยในการใช้ความระมัดระวัง การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและความเสียหายที่เกิดขึ้น หลังจากโจทก์นำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานก็จะกลับมาตกแก่จำเลยในการที่จะเสนอพยานหลักฐานหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ นอกจากนี้หากมีการกล่าวอ้างข้อต่อสู้ขึ้นมาใหม่ เช่น จำเลยต่อสู้ด้วยว่าโจทก์มีส่วนประมาทเลินเล่อ (contributory negligence) ถือว่าภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof หรือ Burden of Persuasion) เป็นของจำเลยด้วย และจำเลยก็มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานนั้น (Burden of Producing Evidence)⁴²

3.2.2 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

หลักความเป็นกลาง (Impartiality) หรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หมายความว่าความไม่มีส่วนได้เสียใดๆ ในข้อพิพาทนั้นหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่าหากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้นๆ ได้หลักการดังกล่าวจึงนำมาใช้กับองค์กรของรัฐที่มีอำนาจในการวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่างๆ เช่น ผู้พิพากษา ตุลาการ หรือองค์กรของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใดๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่

หลักความเป็นกลางในประเทศอังกฤษ

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งใช้หลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice) เป็นหลักการพื้นฐานอันมีความสำคัญมากที่สุด หลักความยุติธรรมโดยธรรมชาตินั้นประกอบด้วยหลักความไม่มีอคติ (The Rule Against

⁴² พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. (2528). เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 8-15. หน้า 825-826.

Bias) และหลักการรับฟังอย่างเป็นธรรม (The Right to A Fair Hearing) ซึ่งหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติสามารถอธิบายถึงการมีลักษณะบังคับมายังการกระทำของฝ่ายปกครองปกครองได้ดังนี้

หลักความไม่มีอคติ (The Rule Against Bias) เรียกร้องว่าบุคคลจะไม่พิจารณาในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย เช่น มีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้ยื่นคำร้องหรือกรณีที่หน้าที่การงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่สองหน้าที่ขัดกัน

ศาลอังกฤษได้กล่าวถึงกรณีเหล่านี้ว่าอยู่ในข่ายของการมีส่วนได้เสีย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งในการพิจารณาว่ากรณีใดที่ตนมีส่วนได้เสียนั้นจะแตกต่างออกไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ดังนั้น แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ยื่นคำร้องจะมีเหตุผลที่ดีและถูกต้อง รวมทั้งไม่ได้มีส่วนได้เสียของตนเข้ามามีอิทธิพลต่อคำตัดสินหรือการตัดสินใจของตนก็ตาม แต่หากว่าโดยสภาพภายนอกแล้วบุคคลทั่วไปเห็นว่าจะเกิดการลำเอียงอย่างแน่นอนย่อมถือว่าขัดต่อหลักมีส่วนได้เสียซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติแล้ว⁴³

3.2.3 หลักการถามพยาน

การค้นหาความจริงของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น คู่ความมีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริง การสร้างระบบการพิจารณาคดีโดยลูกขุน (Trial by jury) โดยให้ลูกขุนเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อเท็จจริงเพื่อเป็นการถ่วงดุลกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐและเนื่องจากคณะลูกขุนนั้นมิใช่เป็นผู้พิพากษาอาชีพจึงจำเป็นต้องมีการสร้างหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ ขึ้น เพื่อป้องกันการตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงที่อาจผิดพลาดได้ และจากการที่คู่ความมีบทบาทในการค้นหาความจริงนี้เอง ในการสืบพยานบุคคลจึงต้องมีลำดับในการซักถามพยาน ได้แก่

การซักถาม (Examination-in-chief) คือการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานซักถามพยานของตนเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่สนับสนุน คำฟ้อง คำให้การของตน ซึ่งในการซักถามพยานนั้นมีข้อจำกัดคือกฎหมายห้ามใช้คำถามนำ

การถามค้าน (Cross-examination) คือการที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามซักค้านพยานของคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานหลักฐาน เพื่อทำลายน้ำหนักคำพยานปากนั้น การถามค้านจะถามเมื่อจบการซักถามแล้วซึ่งวัตถุประสงค์หลักของการถามค้านคือ (1) เพื่อทำลายน้ำหนักคำพยานของฝ่ายตรงข้าม เช่น เพื่อจับเท็จพยาน (2) เพื่อถือเอาประโยชน์จากถ้อยคำของพยานฝ่ายตรงข้ามมาสนับสนุนคดีของตน เช่น ถามเพื่อให้พยานเบิกความสมกับประเด็นฝ่ายตน⁴⁴ วัตถุประสงค์ของการถามค้าน 2 ประการนี้

⁴³ พีรพิชญ์. (2551). หลักความเป็นกลาง. สืบค้นเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2553, จาก <http://www.blooggang.com/viewdiary.php?id=krisdika&month=05-2008&date=03&group=2&gblog=7>

⁴⁴ อมรเทพ เมืองแสน. เล่มเดิม. หน้า 43.

เป็นหลักในการถามคำถามที่ศาลในอังกฤษใช้อยู่⁴⁵ แต่ศาลส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาถือหลักในการถามคำถามที่เรียกว่า American Rule หรือ Federal Rule ซึ่งจำกัดขอบเขตของการถามคำถามอยู่เฉพาะเรื่องที่มีการซักถาม และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความน่าเชื่อถือของพยานเท่านั้น ข้อจำกัดนี้มีความมุ่งหมายที่จะให้การสืบพยานเป็นไปตามลำดับ เพื่อให้ผู้รู้เข้าใจเรื่องราวโดยสมบูรณ์ และมีให้การสืบพยานของฝ่ายซักถามถูกขัดจังหวะโดยข้อเท็จจริงอื่นที่ผู้ถามคำถามเอาจากพยานคนเดียวกัน⁴⁶

ในระบบการพิจารณาแบบกล่าวหาเช่นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือว่าการถามคำถามเป็นกลไกสำคัญในการทำความจริงให้ปรากฏต่อศาล⁴⁷ การถามคำถามเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับค้นหาความจริงในการพิจารณาคดี เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบว่าพยานมีการรับรู้ความจำ และการถ่ายทอด ถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ พยานเป็นผู้มีความซื่อสัตย์หรือน่าเชื่อถือเพียงใด จึงถือกันว่าการถามคำถามเป็นเครื่องมือที่จำเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาแบบกล่าวหา⁴⁸

ในการถามคำถามอาจมีการใช้กลอุบาย หรือใช้คำถามเป็นการขู่ขู่ให้พยาน โกรธ หรือข่มขู่ให้พยานกลัว เพื่อประโยชน์ในทางคดีของผู้ถามก็ได้ อาจมีการถามด้วยถ้อยคำที่ไม่สุภาพ คุณถูกเหยียดหยามพยาน หรือถามนอกเรื่อง จึงเป็นเรื่องของคุณความที่อ้างพยานมาและศาลจะต้องช่วยปกป้องพยานด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่พยานเป็นเด็ก คนชรา ผู้บกพร่องทางสติปัญญา หรือผู้เสียหายในคดีทางเพศ เป็นต้น นอกจากนี้เนื่องจากการถามคำถามมีต้องห้ามมิให้ใช้คำถามนำ ดังกรณีซักถามและถามติง จึงอาจมีการใช้คำถามนำในทางหลอกลวงหรือยึดยึดข้อความให้พยานตอบโดยหลงผิดก็ได้ เช่น ในคดีลักกระบือเรื่องหนึ่ง พยานโจทก์เบิกความว่าเห็นจำเลยจูงกระบือออกจากคอกตอนกลางคืน เห็นด้วยแสงจันทร์ ฝ่ายจำเลยถามคำถามพยานโจทก์ว่า พยานเห็นจำเลย โทกศีรษะด้วยผ้าสีอะไร ดังนี้ถามไม่ได้ เพราะพยานไม่ได้เบิกความว่าจำเลยโทกศีรษะ เรื่องทำนองนี้ศาลอังกฤษจะไม่ยอมให้ถามคำถามเช่นกัน เพราะเป็นการเสนอแนะว่ามีข้อเท็จจริงบางอย่างอยู่โดยที่ยังไม่มีการพิสูจน์⁴⁹

การถามติง (Re-examination) คือการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานนั้นกลับมาซักถามอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้พยานอธิบายคำเบิกความที่ตอบคำถามค้าน โดยมุ่งหมายแก้ไขถ้อยคำเบิกความของพยานปากนั้น เป็นการอุดช่องโหว่จากการถามค้าน การถามติงนั้นจะถามเมื่อถามค้านเสร็จ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการถามติงคือ

⁴⁵ โสภณ รัตนกร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 344-345.

⁴⁶ Lilly. (1978). *An Introduction to the Law of Evidence*. p. 50.

⁴⁷ พรเพชร วิจิตชลชัย. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 237.

⁴⁸ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 341.

⁴⁹ Cross. (1980). *An Outline of the Law of Evidence*. pp. 201-202.

1) เพื่อแก้ไขข้อค้านคือ เมื่อพยานตอบคำถามค้านอาจเกิดข้อเท็จจริงขึ้นใหม่จึงถามถึง เพื่อให้พยานอธิบายข้อเท็จจริงนั้นให้ชัดเจนหรือเพื่อให้พยานยืนยันหรืออธิบายว่าคำตอบคำซักถามของฝ่ายที่อ้างพยานเป็นคำตอบที่ถูกต้อง

2) เพื่อแก้ความผิดพลาดพลังหรือความหลงลืมที่พยานได้ให้การตอบคำถามค้านไป และในการถามถึงนั้นมีข้อกำหนดเช่นเดียวกับการถามค้าน คือห้ามใช้คำถามนำ จากรูปแบบของการสืบพยานบุคคลนี้ ถือได้ว่าการถามค้านเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ถูกสร้างขึ้นสำหรับการค้นหาความจริง⁵⁰

3.2.4 หลักการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบทแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสาร

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นถือว่าพยานเอกสารมีลักษณะพิเศษ 2 ประการคือ (1) ลักษณะอันเป็นการเฉพาะตัว (exclusiveness) และ (2) ลักษณะความครบถ้วนบริบูรณ์อยู่ในตัว (conclusiveness) ลักษณะประการแรกเกี่ยวข้องกับหลักเรื่องพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง ซึ่งห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับข้อความในเอกสารนอกจากต้นฉบับเอกสาร อันเป็นการกีดกันพยานหลักฐานอื่นรวมถึงพยานบุคคลด้วย ส่วนลักษณะประการที่สองถือว่าพยานเอกสารมีความครบถ้วนบริบูรณ์อยู่ในตัวเองแล้ว จึงต้องฟังเป็นยุติ การนำสืบเกี่ยวกับข้อความในเอกสารจึงไม่ต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรมักจะมีปัญหาว่า (1) จะนำพยานหลักฐานมาสืบว่าคู่สัญญาได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏอยู่ในหนังสือสัญญานั้นได้หรือไม่ และ (2) คู่ความจะนำสืบถึงความหมายของข้อตกลงในหนังสือสัญญานั้นเองมาสืบเกี่ยวกับข้อความในหนังสือสัญญานั้นได้เพียงใด พยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นเช่นนี้เรียกว่า “พยานนอกเอกสาร” (extrinsic evidence)⁵¹

นอกจากนี้ หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมีว่า พยานเอกสารมีลักษณะเฉพาะตัว (exclusiveness) จะนำพยานบุคคลมาสืบแทนไม่ได้⁵²

และนอกจากนี้ ตามกฎหมายของอังกฤษมีว่า พยานนอกเอกสาร (extrinsic evidence) โดยทั่วไปรับฟังไม่ได้ หากรับฟังจะมีผลเป็นการเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลงหรือขัดแย้งกับเอกสาร ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานั้น หากศาลเชื่อว่าคู่สัญญาได้ตกลงผูกพันกันตามหนังสือสัญญาแล้ว คู่สัญญาจะถูกผูกมัดโดยหนังสือสัญญานั้น จะอ้างว่าไม่รู้ข้อความในหนังสือสัญญา หรือได้มีการตกลงกัน

⁵⁰ อมรเทพ เมืองแสน. เล่มเดิม. หน้า 43-44.

⁵¹ Cross. Op.cit. p. 532.

⁵² โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 218.

มากกว่าที่ปรากฏอยู่ในหนังสือสัญญาไม่ได้ ทั้งนี้มีหลักกฎหมายเรื่องการกลืนสิทธิ (law of merger) ว่า ข้อตกลงด้วยวาจานั้นเมื่อได้ทำเป็นหนังสือแล้วก็จะถูกกลืนเข้าไปอยู่ในข้อตกลงที่เป็นหนังสือ จะต้องถือว่าข้อตกลงมีอยู่ตามที่ปรากฏเป็นตัวหนังสือเท่านั้น⁵³ หรือที่ผู้พิพากษาอังกฤษกล่าวว่า ถ้าสัญญาได้บันทึกลงเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว จะนำพยานบุคคลมาสืบว่า ก่อนหน้านั้นหรือขณะเตรียมทำสัญญา คู่สัญญาได้พูดจากันอย่างไรบ้าง เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมข้อความในสัญญาลายลักษณ์อักษรนั้น หากอาจทำได้ไม่⁵⁴ แต่อย่างไรก็ดีอาจมีการนำสืบถึงการเจรจาต่อรองก่อนทำสัญญาได้ ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประเด็นและมีผลถึงสัญญา เช่น การนำสืบเพื่อแสดงว่ามีข้อตกลงข้างเคียงซึ่งเป็นการประกอบการปฏิบัติตามสัญญานั้น หรือสัญญามีการทำเป็นหนังสือบางส่วนตกลงด้วยวาจาบางส่วน⁵⁵

กล่าวกันว่าเหตุที่มีการห้ามมิให้สืบพยานเกี่ยวกับข้อตกลงด้วยวาจาที่มีได้มีอยู่ในสัญญาลายลักษณ์อักษรนั้น เพราะถ้ายอมให้สืบได้ก็คงมีการอ้างว่าได้มีการตกลงด้วยวาจาเป็นอย่างอื่นอีก ข้ออ้างเช่นนี้อาจมีการคิดพลาตหรือหลงลืมได้ เพราะได้มีการทำสัญญากันมานานแล้ว และผู้อ้างถึงข้อตกลงด้วยวาจา ก็เป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรง มักจะอ้างข้อตกลงด้วยวาจาเพื่อให้เห็นพื้นผิด หากยอมให้พยานหลักฐานข้อตกลงด้วยวาจาได้ อาจมีการแอบอ้างข้อเท็จจริงที่เจรจากันแต่ตกลงกันไม่ได้ หรือได้เลิกกันไปแล้ว ยิ่งการพิจารณาโดยจู้ ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่อาจแยกแยะได้ว่าข้ออ้างของฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน จึงต้องสร้างกฎนี้ขึ้นมาเพื่อมิให้จู้รับฟังพยานบุคคลแก้ไขพยานเอกสาร⁵⁶

การห้ามรับฟังพยานบุคคลแทนหรือแก้ไขเพิ่มเติมพยานเอกสารซึ่งเรียกว่า Extrinsic Evidence หรือ Parol Evidence นี้เป็นกฎที่สร้างขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีการพิจารณาคดีโดยจู้ ในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และไม่ใช่จู้พิจารณาคดีแพ่ง หากได้มีกฎเช่นนี้ไม่ กฎนี้สร้างขึ้นเพราะผู้พิพากษาไม่ไว้วางใจจู้ จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการสำนัก rationalism ในปลายศตวรรษที่แล้วเป็นอย่างมาก แต่ก็ยังมีการพยายามนำกฎนี้มาใช้ให้เข้มงวดยิ่งขึ้นอีก โดยมีข้อความในสัญญา ซึ่งเรียกว่า “merger clause” ระบุว่าข้อตกลงทั้งหลายมีอยู่เท่าที่ปรากฏอยู่ในสัญญาลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ข้อตกลงอื่นไม่ว่าจะมีมาก่อนหรือมีขึ้นพร้อมกับสัญญาลายลักษณ์อักษร หรือคำรับรองอื่นใด ไม่ให้ถือว่ามีผลผูกพัน

⁵³ Cross. Op.cit. pp. 533-534.

⁵⁴ Per Lord Denman. Gross V. Lord Nugent. อ้างถึงใน Cross & Tapper. (1995). **On Evidence**. p. 766.

⁵⁵ Cross & Tapper. (1995). **On Evidence**. p. 766.

⁵⁶ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 221.

โดยผลของ merger clause นี้ทำให้ผู้พิพากษาไม่อาจนำข้อยกเว้นมาอนุญาตให้สืบพยานบุคคลแทน หรือเพิ่มเติมตัดทอน แก้ไขเพิ่มเติมสัญญาโดยลักษณะอักษรได้เลย⁵⁷

ตามกฎหมายอังกฤษในเรื่องพยานนอกเอกสาร (extrinsic evidence) มีข้อยกเว้นให้ศาล รับฟังพยานหลักฐานอื่นนอกจากตัวเอกสารเองอยู่หลายกรณีคือ

- 1) การนำสืบว่ามีข้อตกลงภายหลังแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อตกลงเป็นหนังสือ
- 2) การนำสืบว่าหนังสือสัญญาเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ
- 3) การนำสืบถึงนิติกรรมที่ถูกอำพราง
- 4) การนำสืบถึงฐานะอันแท้จริงของกลุ่มสัญญา
- 5) การนำสืบถึงสัญญาประกอบ (collateral contract)
- 6) การนำสืบเพื่อช่วยในการแปลสัญญา⁵⁸

พยานที่ต้องห้ามนี้มักจะเรียกกันว่า “พยานปากเปล่า” (parol evidence) ซึ่งหมายถึงพยาน บุคคล เพราะปกติมักจะมีการนำพยานบุคคลเข้าสืบแก้ไขพยานเอกสาร แต่ความจริงห้ามรวมไปถึง พยานเอกสารด้วย⁵⁹

3.2.5 หลักการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication)

ตามกฎหมายอังกฤษ การนำสืบพยานเอกสาร นอกจากจะต้องนำต้นฉบับมาแสดงต่อ ศาลแล้ว คู่ความฝ่ายที่อ้างเอกสารจะต้องพิสูจน์ว่าเอกสารนั้นได้ทำขึ้นโดยถูกต้องด้วย ซึ่งอาจเป็น การนำบุคคลผู้ลงชื่อเป็นผู้ทำเอกสารนั้นเองมาเบิกความเพื่อพิสูจน์ว่าเอกสารนั้นเขียนด้วยลายมือ ของผู้ทำเอกสาร หรือถ้าเอกสารนั้นต้องมีพยานลงชื่อด้วยก็ต้องนำพยานมาสืบในเรื่องนี้ด้วย การนำ สืบเรื่องการทำเอกสารอาจได้รับการยกเว้น หากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับว่าเอกสารนั้นถูกต้อง หรือเป็นกรณีของเอกสารมหาชน หรือเอกสารโบราณซึ่งมีอายุถึง 20 ปีไม่ปรากฏพิรุณในตัวเอกสาร และพบอยู่ในที่ควรแก่การเก็บเอกสารนั้น⁶⁰

หลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ⁶¹ หรือหลัก authentication นี้ หมายถึงการกำหนดวิธีการในการนำเสนอพยาน

⁵⁷ แหล่งเดิม. หน้า 241.

⁵⁸ Cross. Op.cit. pp. 536-538.

⁵⁹ Cross & Tapper. Op.cit. p. 765.

⁶⁰ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 385.

⁶¹ หลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของ อังกฤษ (ดู FRE ข้อ 901). อ้างถึงใน พรเพชร วิจิตรชลชัย. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 240.

หลักฐานที่เป็นเอกสาร ซึ่งจะต้องมีพยานบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์เกี่ยวกับเอกสารนั้นๆ เช่น เป็นผู้เขียน ผู้พิมพ์ ผู้ลงลายมือชื่อ ผู้เก็บรักษา มาเป็นพยานเบิกความรับรองถึงความเป็นมาของเอกสารนั้นในเบื้องต้น คู่ความไม่มีสิทธิที่จะอ้างส่งเอกสารเข้ามาเป็นพยานหลักฐานในสำนวนลอยๆ เว้นแต่จะเข้าด้วยข้อยกเว้น เช่น เป็นเอกสารมหาชน เอกสารโบราณ หรือคู่ความยอมรับความถูกต้องแท้จริงของเอกสารนั้นแล้วเป็นต้น⁶²

3.2.6 หลักกฎหมายปิดปากหรือบทตัดสำนวน (Estoppel)

หลักกฎหมายปิดปากหรือบทตัดสำนวน มีรากฐานมาจากหลักกฎหมายอังกฤษที่เรียกว่า Estoppels⁶³ ซึ่งบทตัดสำนวนหรือกฎหมายปิดปากนี้ ตามกฎหมายอังกฤษเรียกว่า Estoppel ตามกฎหมายอังกฤษบทตัดสำนวนหรือกฎหมายปิดปากนี้ คือกฎที่ห้ามมิให้คู่ความอ้างหรือปฏิเสธในข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ปัญหาที่ว่า จำเลยเป็นผู้ประมาทเดินเลี้ยวหรือไม่ และถ้าได้เคยมีคำวินิจฉัยของศาลในมูลกรณีเดียวกัน และคู่ความเดียวกันมาแล้วว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบนี้ โจทก์ย่อมถูกห้ามโดยบทตัดสำนวนหรือกฎหมายปิดปากมิให้นำสืบในเรื่องความประมาทเดินเลี้ยวของจำเลยนั้นอีก ฉะนั้นบทตัดสำนวนจึงเป็นข้อห้าม และทำให้การสืบข้อเท็จจริงในประเด็นกลายเป็นเรื่องสืบไม่ได้ จึงทำให้มีคนเรียกกันว่ากฎหมายปิดปาก คือเพราะการกระทำของตนเองปิดปากมิให้พูดถึงข้อเท็จจริงในคดีได้ บทตัดสำนวนอาจเกิดขึ้นได้หลายทาง เช่น จากการรับของคู่ความ หรือผลของคดีที่เคยพิพากษาแล้ว หรือโดยความประพฤติของคู่ความเอง ดังนั้นจึงมีผู้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “บทตัดสำนวนหรือกฎหมายปิดปาก คือข้อห้ามซึ่งมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งนำสืบ หรืออ้างถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะว่าเรื่องนั้นเป็นผลอันสืบเนื่องมาจากการที่คู่ความนั้น หรือผู้ซึ่งคู่ความฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบแทนได้เคยกระทำหรือเคยกล่าวถึงมาก่อนแล้ว”⁶⁴

หลักกฎหมายปิดปากของอังกฤษมีอยู่ 3 ชนิดด้วยกัน คือ

- 1) กฎหมายปิดปากโดยสำนวนความ (estoppel by record)
- 2) กฎหมายปิดปากโดยกรรมธรรม์สัญญา (estoppel by deed)
- 3) กฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ (estoppel by conduct)⁶⁵

⁶² พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 240.

⁶³ พระยาจินดาภิรมณ์ราชภัคดี. (2464). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาคำพยานหลักฐาน. หน้า 290.

⁶⁴ โอสถ โกศิน. (2501). คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 238-239.

⁶⁵ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 191.

1) กฎหมายปิดปากโดยสำนวนความ (estoppel by record)

กฎหมายปิดปากที่สำคัญในเรื่องนี้ก็คือ กฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา (estoppels by judgement)⁶⁶ ในเรื่องเกี่ยวกับบทตัดสินสำนวนโดยคำพิพากษานี้ มีข้อควรศึกษาตามหัวข้อต่อไปนี้

(1) ลักษณะต่างๆ ไปของคำพิพากษา

เมื่อศาลตัดสินคดีใดแล้ว คำพิพากษานั้นย่อมให้ผลเป็นสองประการคือ

ก. คำพิพากษาใช้เป็นพยานหลักฐาน

ในการดำเนินคดีเรื่องใดๆ ถ้าคำพิพากษาในอีกคดีหนึ่งอาจเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาในคดีหลังแล้ว คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมอ้างคำพิพากษานั้นเป็นพยานได้ และคำพิพากษานั้นย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เด็ดขาดในเรื่องที่เกี่ยวกับคำพิพากษานั้น เช่น ในเรื่องว่า เคยมีคำพิพากษาในเรื่องนั้นแล้ว, ศาลตัดสินอย่างไร, เมื่อไร, โดยศาลใด และใครเป็นคู่ความ เช่น ในความแพ่งที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย เนื่องจากจำเลยเคยฟ้องเท็จโจทก์ในคดีอาญา โจทก์ในคดีแพ่งย่อมอ้างคำพิพากษาในคดีอาญาเพื่อเป็นพยานว่าศาลอาญาได้พิพากษาปล่อยโจทก์ในคดีนั้นไปแล้ว และเป็นเรื่องจำเลยในคดีหลังนี้ฟ้องโจทก์ นอกจากนั้นการอ้างคำพิพากษาเป็นพยานอาจเป็นประโยชน์เพื่อหักล้างคำพยานบางปากที่ปฏิเสธว่าตนไม่เคยต้องโทษ

นอกจากคำพิพากษาใช้อ้างเป็นพยานในคดีอื่นดังกล่าวข้างต้นได้แล้ว คำพิพากษายังเป็นประโยชน์ที่จะเป็นข้อพิสูจน์สำหรับศาลหรือผู้พิพากษาที่ได้ตัดสินคดีนั้นไปแล้ว หรือแสดงให้เห็นว่าการตัดสินนั้นเป็นไปโดยชอบและโดยศาลมีอำนาจที่จะกระทำได้ ข้อพิสูจน์นี้ย่อมใช้ยืนยันแก่บุคคลซึ่งกล่าวอ้างว่าคำพิพากษาเป็นไปโดยไม่ชอบ

ข. คำพิพากษาใช้เป็นบทตัดสินสำนวน

หลักในเรื่องบทตัดสินสำนวนโดยคำพิพากษานี้ ใช้กันมาตั้งแต่สมัยคริสต์ศตวรรษที่ 16 โดยเหตุผลที่ว่า การพิพากษาในทางคดีไม่ควรเป็นสิ่งที่ไม่รู้จักจบสิ้น หรือตามภายิตที่ว่ารัฐต้องการให้คดีความรู้จักการจบสิ้น หรือบุคคลไม่ควรต้องลำบากด้วยการเป็นความซ้ำสองในเรื่องเดียวกัน หรือบุคคลไม่ควรถูกลงโทษสองครั้งในความผิดอันเดียวกัน

อย่างไรก็ดีหลักที่ว่าคำพิพากษาถือเป็นบทตัดสินสำนวนนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎอีกอันหนึ่งที่ว่าคำพิพากษานั้นต้องเป็นเรื่องยุติกันแล้วคือไม่มีใครอาจคัดค้านได้ คำพิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

(ก) เพราะศาลดำเนินการพิจารณาไปโดยปราศจากอำนาจ หรือเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายได้ให้ไว้

⁶⁶ แหล่งเดิม. หน้า 192.

(ข) เพราะคำพิพากษานั้นยังไม่ถึงที่สุด เช่น ยังอยู่ในระหว่างอุทธรณ์ฎีกา หรือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา หรือเป็นการออกคำสั่งห้ามชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ตามกฎหมาย อังกฤษในเรื่องฟ้องหย่านั้นศาลมีคำพิพากษาเป็นสองชั้น คือครั้งแรกศาลจะออกเป็น Decree nisi โดยมีกำหนดระยะเวลาไว้ให้สำหรับผู้ที่คัดค้านคำพิพากษานั้นเสียชั้นหนึ่งก่อน เมื่อพ้นกำหนดแล้วจึงจะออกเป็น Decree absolute คือคำพิพากษาอย่างเด็ดขาด ฉะนั้น Decree nisi จึงไม่เป็นบทตัดสิน

(ค) เพราะคำพิพากษานั้นยังมีได้วินิจฉัยถึงมูลคดีที่พิพาท เช่น พิพากษายกฟ้อง เพราะฟ้องไม่สมบูรณ์หรือเพราะคู่ความขาดนัด หรือโจทก์ถอนฟ้องเสียก่อนมีคำพิพากษา

(ง) เพราะคำพิพากษานั้นเกิดจากกลฉ้อฉลสมยอม หรือมีการปลอมแปลง

(2) การแบ่งประเภทคำพิพากษา

กฎหมายอังกฤษแบ่งคำพิพากษาออกเป็นสองประเภท คือประเภทหนึ่งเป็นคำพิพากษาที่มีผลกระทบต่อกระเทือนถึงทรัพย์สิน ซึ่งเรียกกันว่า Judgment in rem และอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีผลกระทบต่อกระเทือนถึงตัวบุคคล ซึ่งเรียกกันว่า Judgment in personam จะขอแยกพิจารณาเป็นตอนๆ ดังต่อไปนี้

ก. Judgment in rem

คำว่า Judgment in rem ถ้าจะแปลตรงตัวว่าเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับทรัพย์สินแล้ว ความหมายออกจะแคบไป เพราะความมุ่งหมายของกฎหมายอังกฤษมุ่งจะให้กินความถึงคำพิพากษาซึ่งมีผลผูกพันถึงบุคคลต่างๆ ไปไม่ใช่แต่เฉพาะคู่กรณี ฉะนั้นนอกจากที่เกี่ยวกับทรัพย์สินแล้วยังรวมถึงคำพิพากษาที่เกี่ยวกับสภาพและฐานะของบุคคลด้วย เมื่อแปลความหมายเช่นนี้แล้ว ก็จะให้เห็นถึงความแตกต่างกับ Judgment in personam ได้ง่ายคือคำพิพากษาอย่างหลังนี้ หมายถึงเรื่องอื่นๆ ซึ่งผูกพันเฉพาะคู่กรณี

ท่านฟิปลัน (Phipson) ปราชญ์ทางกฎหมายของอังกฤษได้ยกตัวอย่างของ Judgment in rem ไว้มากมาย เช่น คำพิพากษาให้บุคคลล้มละลาย (แต่ไม่รวมเรื่องการชำระบัญชีเลิกบริษัท) คำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องครอบครัว เช่น หย่าหรือการแต่งงานเป็นโมฆะ และเรื่องให้สามีภรรยาแยกการอยู่กินด้วยกัน, เรื่องการรับรองบุตร, คำพิพากษาเรื่องการแต่งตั้งผู้จัดการมรดก

Judgment in rem ถือว่ามีผลผูกมัดถึงบุคคลต่างๆ คืออาจอ้างเป็นบทตัดสินสำนวนต่อบุคคลที่ไม่ใช่เป็นคู่ความก็ได้ เช่นภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาให้หย่ากันแล้ว บุคคลใดจะอ้างว่าหญิงชายคู่นั้นยังคงอยู่กันด้วยกันฉันที่เป็นสามีภรรยาไม่ได้ เหตุผลที่จะอ้างเป็นบทตัดสินสำนวนได้นั้น หมายถึง “คำชี้ขาด” โดยตรงของศาล คือคำชี้ขาด นั้นย่อมผูกมัดคู่กรณีด้วยกัน, หรือคู่กรณีกับบุคคลภายนอกและรวมทั้งระหว่างบุคคลภายนอกด้วยกันด้วยกัน แต่ต้องเป็นเรื่องการอ้างคำชี้ขาด

เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงเหตุผลที่อ้างในคำพิพากษาคด้วย แต่สำหรับเฉพาะระหว่างคู่กรณีแล้ว เหตุผลในคำพิพากษายอมให้ถือเป็นบทตัดสำนวนได้ แต่อย่างไรก็ดีเหตุผลซึ่งมิใช่เป็นสาระสำคัญจริงๆ ของคำพิพากษายังไม่ถือเป็นบทตัดสำนวนไม่ว่าต่อคู่กรณีหรือต่อบุคคลภายนอก เช่น คำพิพากษาให้ตั้งผู้จัดการมรดกตามพินัยกรรม ย่อมไม่ตัดสิทธิของบุคคลใดๆ ที่จะปฏิเสธถึงเรื่องภูมิลำเนาของผู้ตาย

จ. Judgment in personam

คำว่า Judgment in personam หรือนัยหนึ่งคำพิพากษาระหว่างคู่ความนั้น หมายถึงคำพิพากษาอื่นๆ นอกจากที่กล่าวในข้อ 1 และมีผลผูกมัดเฉพาะระหว่างคู่ความ ไม่รวมถึงบุคคลภายนอกด้วย คือเป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีธรรมดา, เช่น เรื่องสัญญา, ละเมิด ฯลฯ ผลของคำพิพากษานี้มี 2 ประการ คือ เกี่ยวกับบุคคลซึ่งจะต้องถูกตัดสำนวน และเรื่องที่จะเป็นบทตัดสำนวน

(ก) บุคคลที่ถูกตัดสำนวน

บุคคลซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้การตัดสำนวนเพราะคำพิพากษานี้ ก็คือคู่กรณี รวมทั้งผู้ที่จะอาศัยสิทธิของคู่กรณีนั้น ดังนั้นบุคคลภายนอกจึงไม่ต้องถูกตัดสำนวนด้วย จึงควรแยกพิจารณาถึงบุคคลทั้งสามประเภทนี้ตามลำดับ

- คู่กรณี

คู่กรณีในคดีเดียวกันย่อมต้องด้วยบทตัดสำนวนโดยคำพิพากษากล่าวคือ จะนำคดีที่เสร็จกันไปแล้วมารื้อฟื้นเป็นข้อพิพาทกันเป็นครั้งที่สองไม่ได้ แต่มีข้อควรสังเกตว่า บทตัดสำนวนนี้ย่อมต้องมีผลด้วยกันทั้งสองฝ่าย คือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างเอาแต่ประโยชน์แต่ไม่ยอมเสียสิทธิยอมทำไม่ได้ ฉะนั้นการอ้างบทตัดสำนวนในข้อนี้ฝ่ายใดจะเป็นผู้ยกขึ้นอ้างก็ได้

แต่อย่างไรก็ดี มีหลักสำคัญประกอบอยู่ในเรื่องนี้อย่างหนึ่งก็คือว่า คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งฟ้องหรือถูกฟ้องในฐานะอย่างหนึ่ง ย่อมไม่ต้องด้วยบทตัดสำนวน ถ้าหากว่าในคดีหลังเขาได้ฟ้องหรือถูกฟ้องในฐานะอย่างหนึ่ง ย่อมไม่ต้องด้วยบทตัดสำนวน ถ้าหากว่าในคดีหลังเขาได้ฟ้องหรือถูกฟ้องในฐานะอีกอย่างหนึ่ง ดังเช่นในคดี Re Deeley's Patent เดิม โจทก์ฟ้องจำเลยในคดีแรกหาว่า จำเลยละเมิดสิทธิในสิ่งประดิษฐ์กรรมของโจทก์ แต่โจทก์แพ้คดีศาลยกฟ้อง ต่อมาจำเลยในคดีแรกยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งทำลายทะเบียนสิ่งประดิษฐ์กรรมรายเดียวกันนั้นซึ่งโจทก์จดทะเบียนไว้ในคดีหลังนี้ โจทก์ไม่ต้องด้วยบทตัดสำนวนและยังมีสิทธิที่จะแสดงหลักฐานต่อศาลว่าโจทก์เองเป็นผู้ริเริ่มประดิษฐ์ในสิ่งนี้ จึงมีสิทธิจดทะเบียนได้ เหตุผลในเรื่องนี้ก็คือ การขอให้ทำลายการจดทะเบียนนี้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนมิใช่เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี โจทก์ในคดีแรกจึงอยู่คนละฐานะกับคดีหลังตัวอย่างอีกคดีหนึ่งคือ Marginson v Blackburn Borough Council รถประจำทางของเทศบาลเกิดชนกับรถของโจทก์ ซึ่งภรรยาโจทก์เป็นผู้ขับ ภรรยา

โจทก์ตาย และรถประจำทางชนบ้านเสียหายอีก 2 หลัง เจ้าของบ้านฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเทศบาล และโจทก์ (ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินรถอีกคันหนึ่ง) ศาลในคดีแรกฟังว่าผู้ขับรถทั้งสองฝ่ายประมาทจึงต้องร่วมกันใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของบ้าน ต่อมาโจทก์ในคดีนี้ฟ้องเทศบาลในฐานะเป็นผู้จัดการมรดกภรรยาผู้ตาย ศาลวินิจฉัยว่า โจทก์ต้องด้วยบทตัดสำนวนโดยคดีแรกก็เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายส่วนตัวของโจทก์เองเท่านั้น แต่ไม่ต้องด้วยบทตัดสำนวนในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายของภรรยา เพราะโจทก์ฟ้องในฐานะเป็นผู้จัดการมรดก ซึ่งอยู่คนละฐานะกับคดีแรก

กฎหมายอังกฤษถือว่า คำพิพากษาในคดีอาญา ไม่เป็นบทตัดสำนวนในคดีแพ่งและกลับกันก็เช่นเดียวกัน คดีแพ่งไม่เป็นบทตัดสำนวนในคดีอาญา ส่วนในคดีล้มละลาย คำพิพากษาในคดีแพ่งธรรมดาซึ่งบังคับให้จำเลยใช้หนี้ และจำเลยไม่มีใช้แล้วนั้น ไม่เป็นบทตัดสำนวนในคดีล้มละลาย

- ผู้อาศัยสิทธิของกลุ่ม

ผู้ใดซึ่งอาศัยหรืออ้างสิทธิของกลุ่มความเดิมย่อมต้องด้วยบทตัดสำนวนเช่นเดียวกับกลุ่ม คำพิพากษาซึ่งใช้ยื่นแก่ผู้โอนทรัพย์สินได้ ย่อมต้องใช้ยื่นแก่ผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้โดยหลักที่ว่า เมื่อผู้ใดได้รับสิทธิ ผู้นั้นต้องรับไปทั้งหมดที่ด้วย ผู้อาศัยหรืออ้างสิทธิของกลุ่มความเดิมอาจมีได้หลายกรณี เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างทายาทกับเจ้ามรดก ผู้เช่ากับผู้ให้เช่า, ผู้ซื้อกับผู้ขาย, ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินร่วมกัน, ตัวการกับตัวแทน, หุ่นส่วน, นายจ้างกับลูกจ้าง, สามีภรรยา เป็นต้น

- บุคคลภายนอก

ตามธรรมดาบุคคลภายนอกคดี ย่อมต้องด้วยบทตัดสำนวน คือ คำพิพากษาในคดีก่อนจะไม่กระทบกระเทือนถึงบุคคลซึ่งมิได้เป็นคู่ความด้วย เพราะต้องถือว่า การอ้างคำพิพากษาคดีก่อนเป็นการอ้างคำพยานบอกเล่า หรืออาจจะถือตามหลักที่ว่า การกระทำระหว่างบุคคลย่อมไม่มีผลผูกพันถึงผู้ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องด้วย (res inter alios acta) ก็ได้ มีตัวอย่างในคดี Townsend v Bishop ถูกขับรถให้พอนั่ง แล้วเกิดไปชนกับรถบรรทุกได้รับบาดเจ็บด้วยกันทั้งคู่ ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรถบรรทุกก่อน คดีเสร็จแล้วจึงฟ้องบ้าง ศาลฟังว่าลูกไม่ต้องด้วยบทตัดสำนวนในคดีก่อน เพราะคดีนั้นเขาไม่ได้เป็นคู่ความด้วย จึงต้องถือว่าเป็นคนนอกคดี

(ข) เรื่องที่จะต้องด้วยบทตัดสำนวน

บทตัดสำนวนโดยคำพิพากษาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการยกเอาเรื่องเดียวกันขึ้นมาเป็นข้อพิพาทซ้ำกันสองครั้ง และบทตัดสำนวนในระหว่างคู่กรณีนี้มีผลทั้งในข้อวินิจฉัยของศาลและในเหตุผลซึ่งสนับสนุนข้อวินิจฉัยนั้น หลักที่จะพิจารณาในเรื่องนี้ก็คือต้องดูว่าข้อชี้ขาดหรือเหตุผลในคดีก่อนเหมือนกับคดีหลังหรือไม่ ถ้าเหมือนกันเรื่องก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าไม่

เหมือนกัน แม้มูลกรณีจะมาจากที่แห่งเดียวกันก็ยังเป็นเรื่องฟ้องร้องกันได้อีก ทั้งนี้จะต้องพิจารณาจากข้อความในกฎหมายสารบัญญัติประกอบด้วย เพราะการกระทำบางอย่าง อาจมีผลในกฎหมายได้หลายๆ อย่างในเวลาเดียวกัน คือต้องด้วยกฎหมายหลายบท เช่น ในคดี *Guest v Warren* โจทก์ในคดีนี้เคยถูกจำเลยฟ้องคดีอาญามาก่อน แต่โจทก์ชนะคดี โจทก์จึงฟ้องในคดีแพ่งเรื่องที่ 1 เรียกค่าเสียหายจากจำเลยในฐานะทำให้โจทก์เสื่อมเสียอิสรภาพ คดีเสร็จไปแล้ว โจทก์จึงฟ้องเป็นคดีที่ 2 ตั้งข้อหาเรื่องฟ้องเท็จ ศาลฟังว่าคดีหลังโจทก์ยังฟ้องได้และไม่ต้องด้วยบทตัดสำนวน เพราะประเด็นและข้อนำสืบในเรื่องทำให้เสียอิสรภาพและเรื่องฟ้องเท็จแตกต่างกัน⁶⁷

สรุปได้ว่ากฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา (*estoppels by judgement*) มีที่มาจากหลักที่ว่า เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนการดำเนินคดีจะต้องมีวันสิ้นสุด (*Interest rei publicae ut sit finis litium*) กับหลักที่ว่าบุคคลไม่ควรถูกฟ้องถึง 2 ครั้งในเหตุเดียวกัน (*Nemo debet bis vexari pro eadem causa*) หรือไม่ควรถูกลงโทษ 2 ครั้งในข้อหาเดียวกัน และมีหลักทั่วไปอีกว่าคำพิพากษาของศาลควรเป็นยุติ ถ้าหากคำพิพากษานั้นออกโดยศาลผู้มีอำนาจและมีได้เกิดขึ้นจากการหลอกลวงหรือสมยอมกัน ผลของหลักกฎหมายในเรื่องนี้ก็คือว่าเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีจะนำคดีมาฟ้องร้องคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีในเรื่องเดียวกันอีกไม่ได้ ด้วยเหตุนี้เองจึงถือกันว่าหลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษาเป็นแง่มุมหนึ่งของหลักกฎหมายที่ว่าเรื่องที่ศาลได้พิพากษาศาลแล้ว (*res judicata*) ไม่อาจมีการพิจารณาได้อีก เว้นแต่โดยการอุทธรณ์หรือการพิจารณาคดีใหม่ หลักกฎหมายดังกล่าวมานั้นแม้จะเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ แต่การที่ผลของคำพิพากษาเป็นยุติจึงเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะพยานด้วย⁶⁸

2) กฎหมายปิดปากโดยกรรมธรรม์สัญญา (*estoppel by deed*)

ตามกฎหมายอังกฤษ *deed* หมายถึง เอกสารบันทึกข้อตกลงซึ่งมีการลงชื่อโดยคู่กรณีมีการประทับตรา และมีการส่งมอบเอกสารกัน (*signed, sealed and delivered*)

คู่กรณีที่ทำเอกสารชนิดนี้จะถูกปิดปากมิให้กล่าวในศาลว่าข้อความที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นไม่ได้แสดงตามความเป็นจริง เช่น หนังสือสัญญาซื้อขายระบุว่าได้มีการชำระราคากันแล้ว ผู้ขายจะเถียงว่ายังไม่ได้มีการชำระราคากันไม่ได้⁶⁹ หลักในเรื่องนี้พอประมวลได้ดังต่อไปนี้

⁶⁷ โอสถ โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 242-247.

⁶⁸ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 192-193.

⁶⁹ แหล่งเดิม. หน้า 193.

(1) นิติกรรมต้องสมบูรณ์

การที่จะอ้างเอากรรมธรรม์เป็นบทคัดสำนวนได้ จะต้องปรากฏว่านิติกรรมที่ทำไว้นั้นสมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น นิติกรรมนั้นจะต้องไม่เกิดจากความสำคัญผิด หรือได้มาด้วยกลฉ้อฉลหรือเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมาย

(2) คู่กรณีและผู้อาศัยสิทธิของคู่กรณี

กรรมธรรม์ย่อมผูกมัดและมีผลเป็นบทคัดสำนวนเฉพาะระหว่างคู่กรณีหรือผู้ซึ่งอาศัยสิทธิจากคู่กรณีนั้น และไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงบุคคลภายนอกด้วย ถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนก็มีผลผูกมัดทั้งสองฝ่าย แต่ถ้านิติกรรมใดที่มีผลผูกมัดแต่ฝ่ายเดียว ก็ย่อมมีผลผูกมัดและเป็นบทคัดสำนวนต่อคู่กรณีที่เป็นฝ่ายผูกมัดนั้นเท่านั้น

(3) เรื่องที่จะต้องด้วยบทคัดสำนวน

ข้อความในกรรมธรรม์ที่จะถือเป็นบทคัดสำนวนได้ จะต้องเป็นข้อความที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ในคดี *Bowman v Taylor* คู่ความทำกรรมธรรม์กันฉบับหนึ่งให้จำเลยเช่าหูกทอผ้าจากโจทก์และในอารัมภบทของกรรมธรรม์นั้นกล่าวด้วยว่า โจทก์เป็นผู้ประดิษฐ์หูกทอผ้าชนิดนี้ ในคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเช่าจากจำเลย จำเลยต้องด้วยบทคัดสำนวนและศาลไม่ยอมให้สืบปฏิเสธว่าโจทก์ไม่ใช่เป็นคนประดิษฐ์หูกที่กล่าวนี้ แต่ข้อความที่แสดงไว้ในกรรมธรรม์ว่าได้รับเงินแล้ว ยังไม่ถือว่าเป็นบทคัดสำนวน คงถือว่าเป็นแต่เพียงหลักฐานอันหนึ่งว่าได้มีการจ่ายเงินกัน ฉะนั้นจึงยังเป็นข้อโต้แย้งกันได้อีกว่าความจริงยังไม่มีมีการจ่ายเงิน⁷⁰

3) กฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ (estoppel by conduct)⁷¹

ในกฎหมายอังกฤษนั้น บทคัดสำนวนโดยความประพฤติเป็นที่รับรองกันมาตั้งแต่ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 17 และกฎในเรื่องนี้ค่อยเจริญขึ้นเป็นลำดับจนถึงสมัยปัจจุบัน⁷²

ศาลอังกฤษได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ในคดี *Pickard v. Sears* (1873), 6Ad & El. 469 ว่า บุคคลซึ่งโดยวาจาหรือการกระทำ จงใจทำให้อีกบุคคลหนึ่งเชื่อในความมีอยู่ของสถานการณ์บางอย่าง และจงใจให้เขากระทำการลงไปเพราะความเชื่อนั้น หรือทำให้เขาเปลี่ยนแปลงฐานะของเขา ดังนี้ บุคคลฝ่ายแรกจะกล่าวอ้างกับบุคคลฝ่ายหลังว่า สถานการณ์ในขณะที่กล่าววาจาหรือการกระทำนั้น ความจริงเป็นอย่างอื่นหาได้ไม่

⁷⁰ โอสถ โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 247-248.

⁷¹ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 194.

⁷² โอสถ โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 248.

กฎหมายปิดปากในเรื่องนี้แบ่งได้เป็น 3 พวกคือ (1) กฎหมายปิดปากโดยข้อตกลง (estoppels by agreement) (2) กฎหมายปิดปากโดยการแสดงออก (estoppels by representation) และ (3) กฎหมายปิดปากโดยความประมาทเลินเล่อ (estoppels by negligence)

กฎหมายปิดปากโดยข้อตกลง อาจเกิดขึ้นโดยข้อตกลงโดยชัดแจ้งหรือปริยาย และข้อตกลงอาจเกิดเป็นสัญญาขึ้นก็ได้ ทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของสัญญา เช่น ผู้เช่าไม่อาจเถียงว่าผู้ให้เช่าไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า

กฎหมายปิดปากโดยการแสดงออกเป็นเรื่องที่บุคคลแสดงด้วยทางใดๆ หรือแม้นิ่งเสียเมื่อมีหน้าที่ต้องกล่าว โดยมีเจตนาจงใจให้อีกบุคคลหนึ่งเปลี่ยนแปลงฐานะของเขาจนเป็นที่เสียหาย บุคคลฝ่ายแรกจึงถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธการแสดงออกในตอนแรก⁷³

ส่วนกฎหมายปิดปากโดยประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องที่บุคคลปฏิบัติหน้าที่บกพร่องเป็นเหตุให้อีกบุคคลหนึ่งถูกฉ้อโกง กฎหมายจึงให้บุคคลแรกต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สอง โดยไม่ปฏิเสธข้อเท็จจริงบางอย่างที่ตนกระทำไปโดยประมาทเลินเล่อ⁷⁴

3.2.7 หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule)

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยาน หลักฐานที่สำคัญข้อหนึ่งคือกฎแห่งพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ในภาษาอังกฤษเรียกว่า Best Evidence Rule กฎข้อนี้เป็นการเปรียบเทียบพยานหลักฐานหลายชั้นที่มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่มีความใกล้ชิดข้อเท็จจริงต่างระดับกัน โดยกฎข้อนี้ให้รับได้เฉพาะพยานหลักฐานที่ดีที่สุดหรือที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากที่สุด แต่เดิมเป็นหลักซึ่งศาลใช้ในการตัดสินรับฟังพยานหลักฐานในคดีต่างๆ แต่ต่อมาได้มีการวางหลักที่ค่อนข้างตายตัวในเรื่องของพยานบุคคลก็มีหลักว่าศาลจะรับฟังเฉพาะพยานที่ได้รู้เห็นข้อเท็จจริงมาด้วยตนเองโดยตรง ในเรื่องของพยานเอกสารก็มีหลักว่าจะรับฟังเฉพาะต้นฉบับของเอกสารเท่านั้น หลักทั้งสองเรื่องนี้มีที่มาจาก Best Evidence Rule ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎข้อนี้เท่ากับเป็นการกั้นกรองพยานหลักฐานเบื้องต้นก่อนที่จะนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเป็นกฎที่ไม่อนุญาตให้นำพยานทุกชั้นทุกอย่างเข้าสู่กระบวนการพิจารณาได้ แต่ก็มีมีการกั้นกรองเลือกเฉพาะที่ดีที่สุดเท่านั้น⁷⁵

“หลักเรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด” (The Best Evidence Rule) หรือที่เรียกว่า “กฎแห่งพยานที่ดีที่สุด” (Best Evidence Rule) เพื่อความเข้าใจอันดี เห็นควรเล่าเรื่องหลักอันนี้เท่าที่มีอยู่ใน

⁷³ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 194-195.

⁷⁴ แหล่งเดิม. หน้า 195.

⁷⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์. (2552). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 11. หน้า 159.

กฎหมายอังกฤษให้ทราบเป็นคำไว้ก่อน Best Evidence Rule เป็นหลักที่ใช้กันมากเมื่อประมาณ ค.ศ. 1700 คือกฎหมายถือว่าในกรณีใดๆ ถ้าลักษณะแห่งคดีสามารถจะทำได้แล้ว คู่กรณีจะต้องนำพยานที่ดีที่สุดมาพิสูจน์ โดยหลักนี้จึงเป็นเหตุให้ศาลไม่ยอมรับฟังคำพยานบอกเล่า, พยานชั้นที่สอง เอกสารซึ่งผู้มีได้ลงนามเป็นพยานมาให้การเป็นพยาน, พยานแวดล้อมกรณีถ้ายังมีพยานโดยตรงอยู่, พยานวัตถุที่มีได้นำส่งศาล, และการสืบลายมือในเอกสารโดยผู้ชำนาญถ้าตัวผู้เขียนยังมีอยู่ ในระยะนั้นเป็นเวลาที่ถูกนี้ยังใช้เคร่งครัดอยู่ เหตุที่ศาลไม่ยอมรับฟังคำพยานในลักษณะต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงอยู่ในลักษณะลำบากมาก ถึงประมาณ ค.ศ. 1800 ความเห็นของนักกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป กฎอันนี้ก็ค่อยๆ อ่อนลง จนกระทั่งกลับหลักเป็นว่า พยานชั้นที่สองให้รับฟังได้ แต่การที่ไม่นำพยานที่ดีที่สุดมาสืบนั้นเป็นแต่เพียงกระทบกระเทือนต่อนำหนักแห่งพยานหลักฐานนั้น

แต่อย่างไรก็ดี ในกฎหมายอังกฤษนั้นร่องรอยแห่ง Best Evidence Rule ยังคงมีเหลืออยู่บ้างในเรื่องต่อไปนี้⁷⁶

1) ข้อความในเอกสาร โดยมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับการนำสืบเอกสารตามกฎหมายอังกฤษว่า คู่ความฝ่ายที่จะนำสืบเพื่อแสดงถึงข้อความในเอกสาร จะต้องนำพยานหลักฐานชั้นที่หนึ่ง (primary evidence) ของข้อความนั้นเองมาสืบ เว้นแต่จะเป็นการนำสืบเพียงเพื่อเป็นการกำหนดชี้ตัวเอกสารนั้น หลักทั่วไปนี้มีที่มาจากหลักเรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The Best Evidence Rule) นั้นเอง ซึ่งจะมีผลสำคัญในกรณีที่คู่ความมีต้นฉบับเอกสารอยู่ในครอบครองแต่ปฏิเสธไม่ยอมนำมาแสดงต่อศาล⁷⁷

2) การสืบในเรื่องแต่งงานยังเป็นเรื่องถือเคร่งครัดและจำเป็นในคดีเรื่องการแต่งงานซ้ำสองครั้งหรือเรื่องหย่า

3) การสืบเรื่องอายุ ยังถือเป็นกฎเคร่งครัดในคดีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ และความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งหญิงยังไม่ครบอายุ

4) ในเรื่องฟ้องเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทอันทำให้โจทก์เสียลูกค้าในการค้าขาย ตัวลูกค้าจะต้องมีมานำสืบ

5) การจะสืบว่าสถานที่แห่งใดได้รับอนุญาตให้กระทำการอย่างไร หรือบุคคลใดได้มีการประกันชีวิตหรือร่างกาย ใบอนุญาตหรือกรรมกรรมประกันภัยจะต้องนำมาสืบ⁷⁸

⁷⁶ โอสถ โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 73.

⁷⁷ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 374.

⁷⁸ โอสถ โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 73.

3.2.8 หลักการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยาน (Pre-trial Discovery)

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์มีวิธีการที่เรียกว่า “การค้นหาข้อเท็จจริงก่อนพิจารณา”⁷⁹ หรือการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยาน (Pre-trial Discovery) กฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยาน เป็นวิธีการหนึ่งที่เรียกว่า request for admission⁸⁰

ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ก่อนที่จะมีการพิจารณาสืบพยานของกลุ่มความจะมีกระบวนการพิจารณาที่เรียกว่า Pre-trial conference หรือเรียกว่า Pre-trial discovery ซึ่งขั้นตอนของกระบวนการนี้จะมีขึ้นหลังจากการชี้สองสถาน (Arraignment) ที่จำเลยให้การปฏิเสธระหว่างที่คดีเข้าคิวรอลำดับการพิจารณาสืบพยาน กฎหมายกำหนดให้มีกระบวนการประชุมพิจารณาในเรื่องพยานหลักฐาน ซึ่งหมายความว่ากลุ่มความจะต้องระบุพยานของฝ่ายตนและในการประชุม Pre-trial conference ซึ่งมีผู้พิพากษาเป็นประธานนั้นผู้พิพากษาจะให้กลุ่มความยอมรับข้อเท็จจริงในประเด็นที่ไม่อาจโต้เถียงกัน เช่น ให้ยอมรับเอกสารต่างๆ นอกจากนั้นหากมีประเด็นในบางเรื่องที่จะต้องพิสูจน์ โดยผู้เชี่ยวชาญก็ให้ดำเนินการเสีย การที่มี Pre-trial conference หรือ pre-trial discovery นี้จะมีผลให้มีการสืบพยานเฉพาะในประเด็นแห่งคดีที่เป็นปัญหาจริงๆ โดยเฉพาะในเรื่องการตรวจสอบพยานหลักฐานหรือพยานวัตถุนั้นจะเสร็จสิ้นก่อนที่จะเริ่มสืบพยานบุคคล เมื่อถึงขั้นตอนการสืบพยานจึงเป็นเรื่องของการชี้หน้าหนักคำเบิกความของพยานบุคคลโดยแท้ อนึ่งกระบวนการขั้น Pre-trial นี้ทำให้กลุ่มความทราบถึงลักษณะของพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจประเมินได้ว่ามีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด หากจำเลยเห็นว่างานต่อพยานหลักฐานจำเลยจะให้การรับสารภาพ⁸¹

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนพิจารณา (Pre-trial Discovery) ที่มีอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 3 ประการคือ

- 1) เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีทุกประการจะถูกเปิดเผยในชั้นพิจารณา
- 2) เพื่อให้ประเด็นในชั้นพิจารณาจำกัดอยู่แต่ที่เป็นข้อพิพาทแห่งคดีจริงๆ และ
- 3) เพื่อให้กลุ่มความได้มีโอกาสประนีประนอมยอมความ

⁷⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 817.

⁸⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 325.

⁸¹ ปวีณ นราเมธกุล. (2549). การเปิดเผยพยานบุคคลอย่างบังคับในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law : กรณีศึกษาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ. หน้า 1.

วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนพิจารณา (Pre-trial Discovery) มีอยู่หลายวิธีการด้วยกัน ปัจจุบันที่ยังคงมีผลบังคับใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีอยู่ 5 ประการ คือ

1) บันทึกรับคำให้การพยานนอกศาล (Deposition) หมายถึง บันทึกรับคำให้การของพยานบุคคลที่กระทำนอกศาลต่อหน้าบุคคลที่มีอำนาจกระทำการ โดยคู่ความซึ่งได้แจ้งให้คู่ความทุกฝ่ายทราบเพื่อจะได้มีโอกาสมาถามค้าน วิธีการนี้เป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยอมให้มีการบันทึกคำพยานนอกศาลได้ บันทึกคำให้การพยานนี้มักจะทำในรูปของคำถามคำตอบโดยถอดจากเทปบันทึกเสียงหรือเครื่องมืออื่นๆ การคัดค้านคำถามใดๆ อาจทำได้แต่จะไม่มีผู้วินิจฉัยว่าคำถามนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คงปล่อยให้ปรากฏเป็นหลักฐานไว้เพื่อที่ศาลจะได้มีคำสั่งในภายหลัง

2) การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม (Interrogatories to Parties) วิธีการนี้หมายถึง การมีหนังสือไปยังคู่ความฝ่ายตรงข้ามเพื่อสอบถามข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่จะต้องตอบมา ส่วนมากใช้ในการสอบถามชื่อและที่อยู่บุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ หรือข้อเท็จจริงต่างๆ ในคำคู่ความ (pleading) เพื่อให้ประเด็นในคดีกระจ่างชัด

3) การแสดงเอกสารและวัตถุพยาน (Presentation of Documents and Things) วิธีการนี้เปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิที่จะขอให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามแสดงหรือเปิดเผยเอกสารหรือวัตถุพยาน และมีสิทธิที่จะตรวจสอบความถูกต้องแท้จริง ตลอดจนสิทธิที่จะขอสำรวจเอกสารที่จะใช้เป็นพยาน

4) การตรวจสภาพร่างกายและจิตใจ (Physical and Mental Examination) ในกรณีที่สภาพร่างกายหรือจิตใจของคู่ความเป็นประเด็นในคดี เช่น โจทก์ได้รับบาดเจ็บเพียงใด คู่ความมีสิทธิที่จะขอให้ผู้ได้รับบาดเจ็บนั้นไปรับการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจจากแพทย์ที่คู่ความฝ่ายนั้นกำหนด หรือขอรายงานการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจของแพทย์ซึ่งได้เคยทำการตรวจรักษาไว้ เนื่องจากการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจนี้ย่อมมีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหลายประการ จึงต้องมีการร้องขอศาลเพื่อให้มีคำสั่งก่อน และศาลจะมีคำสั่งอนุญาตก็แต่เฉพาะในกรณีจำเป็นเท่านั้น

5) การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริง (Request for Admission) เป็นวิธีการสำคัญที่มีผลต่อการจำกัดประเด็นข้อพิพาทต่างๆ ให้น้อยลง วิธีการนี้อนุญาตให้คู่ความมีสิทธิแจ้งเป็นหนังสือไปยังคู่ความฝ่ายตรงข้ามถึงข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใด หรือความสมบูรณ์ของเอกสารฉบับหนึ่งฉบับใดเพื่อให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามนั้นยอมรับ คู่ความฝ่ายตรงข้ามเมื่อได้รับ

หนังสือแล้วมีระยะเวลาหนึ่ง (ปกติ 30 วัน) ที่จะยอมรับหรือปฏิเสธ หากไม่ปฏิเสธและไม่ตอบภายในกำหนดเวลาดังกล่าวถือว่าข้อเท็จจริงเป็นอันยุติตามที่คู่ความฝ่ายแรกแจ้งไป

การค้นหาข้อเท็จจริงก่อนพิจารณา (Pre-trial Discovery) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น เป็นประโยชน์ต่อการเร่งรัดการพิจารณาคดีในศาล ทั้งนี้เพราะการพิจารณาคดีจะจำกัดอยู่แต่ในประเด็นที่เป็นข้อพิพาทจริงๆ เท่านั้น นอกจากนั้นการที่คู่ความได้มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงต่างๆ เพิ่มมากขึ้นจากที่ปรากฏในคำคู่ความ (pleading) โดยผลของ Pre-trial Discovery ย่อมทำให้คู่ความคาดการณ์ได้ว่าคดีของตนจะได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไร อันจะมีผลนำไปสู่การประนี ประนอมยอมความได้เช่นกัน⁸²

นอกจากนี้การที่คู่ความรับรองข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานย่อมมีผลให้เป็นการตัดประเด็นข้อพิพาทลง เป็นการลดขั้นตอนและเวลาในการสืบพยาน ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปได้โดยรวดเร็ว⁸³

3.2.9 หลักพยานความเห็น

กล่าวกันว่า การห้ามพยานซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาให้ความเห็นต่อศาลนั้น เป็นหลักของคอมมอนลอว์⁸⁴ และเหตุที่ห้ามก็เพื่อจะไม่ให้มีการจูงใจจู้และศาล⁸⁵

มีหลักทั่วไปในกฎหมายพยานของอังกฤษว่า พยานต้องให้ข้อเท็จจริงมิใช่ความเห็น ความเห็นในที่นี้คือการอนุมานซึ่งเกิดขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริง การพิจารณาข้อเท็จจริงและสรุปผลโดยการอนุมานนั้นเป็นหน้าที่ของศาล มิใช่หน้าที่ของพยาน พยานมีหน้าที่เพียงให้ข้อเท็จจริงต่อศาลเท่านั้น⁸⁶

แต่ก็มีข้อยกเว้นให้รับฟังพยานความเห็นได้อยู่ 2 ประการ ประการแรกในกรณีที่เป็นความเห็นของชุมชน (opinion of community) หรือที่เรียกว่ากิตติศัพท์ (reputation) ซึ่งแม้เป็นพยานบอกเล่าก็รับฟังเพื่อหักล้างพยานที่เกี่ยวกับความประพฤติ หรือเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับการสมรส

⁸² พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 817-819.

⁸³ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 325.

⁸⁴ ปัจจุบันศาลในสหรัฐอเมริกามีการฟังความเห็นของพยานซึ่งเป็นบุคคลธรรมดามากขึ้น ถ้าหากศาลเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาคดี เพราะศาลก็รับฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาคดีเช่นกัน ถ้าพยานสามารถให้ข้อเท็จจริงเพียงพอที่ศาลจะมีความเห็นได้เองแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องให้พยานออกความเห็นอีก แต่การออกความเห็นของพยานต้องไม่เป็นการกล่าวรวบยอดหรือสรุปเรื่องราวโดยไม่มีข้อเท็จจริงหรือรายละเอียด. อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 416.

⁸⁵ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 416.

⁸⁶ Cross. Op.cit. p. 380.

วงศ์สกุล หรือสิทธิมหาชนได้ ความเห็นประการที่สองที่รับฟังได้ เป็นความเห็นส่วนบุคคลซึ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ความเห็นนี้อาจเป็นความเห็นของบุคคลธรรมดา หรือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้⁸⁷

เหตุที่ศาลต้องรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก็เพราะ ในบางกรณีจะต้องมีการอนุมานซึ่งศาลเองไม่อาจทำได้เพราะ ไม่มีความรู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น ส่วนที่ศาลจะรับฟังความเห็นของบุคคลธรรมดาในบางกรณีนั้น ก็เพราะไม่อาจแยกข้อเท็จจริงและความเห็นออกจากกันได้ คำเบิกความของพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์มักจะมีความเห็นปะปนอยู่ด้วยเสมอไม่มากนักน้อย เป็นการยากที่จะแยกสิ่งทีอนุมานให้ออกจากข้อเท็จจริงหรือบางครั้งไม่อาจทำได้เลย เช่น ในคดีอาญาที่พยานเบิกความว่า ใครเป็นคนร้ายที่พยานเห็นนั้น ก็เป็นการที่พยานให้ความเห็นว่าคนนั้นคล้ายหรือเหมือนกับคนร้ายนั่นเอง⁸⁸

ความเห็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมิใช่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้น กฎหมายอังกฤษให้รับฟังได้ เพราะเป็นกรณีที่ ไม่อาจแยกความเห็นและข้อเท็จจริงออกจากกัน การให้พยานออกความเห็นเป็นเพียงวิธีการที่ยอมให้พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ได้ถ่ายทอดสิ่งที่พบเห็นรับรู้ในรูปของความเห็นซึ่งมักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการระบุตัวบุคคลหรือทรัพย์สิน เกี่ยวกับลายมือ อายุ สุขภาพ น้ำเสียง ความวิกลจริต ความมีนเมา ราคาของ ความเร็ว อุณหภูมิ อากาศ ช่วงระยะเวลา ตลอดจนถ้อยคำซึ่งมีความหมายพิเศษหรือความหมายคลุมเครือ ส่วนความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์และศิลปะ ซึ่งคลุมถึงความรู้พิเศษในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการบัญชี การธนาคาร วิศวกรรม ลายพิมพ์นิ้วมือ อาวุธ ไฟ ปลา ป่าไม้ การสำรวจ และศัพท์ทางการค้า เป็นต้น แต่ศาลจะไม่ยอมรับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานทางศีลธรรม การแปลถ้อยคำในเอกสารหรือตัวบทกฎหมาย ในบางเรื่องศาลยอมรับฟังความเห็นทั้งของบุคคลธรรมดาและพยานผู้เชี่ยวชาญ เช่น เงินตราปลอม ลายมือ สุขภาพ ความวิกลจริต ความมีนเมา และราคาของ เป็นต้น⁸⁹

3.2.10 หลักข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปหรือไม่อาจโต้แย้งได้⁹⁰ (Judicial Notice)

การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนั้นโดยปกติแล้วจะต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ยึดถือหลักนี้ กล่าวคือ ศาลจะนำข้อเท็จจริงซึ่งมิใช่พยานหลักฐานมาวินิจฉัยตัดสินคดีไม่ได้ เว้นแต่เป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่าศาลรู้ได้เอง ซึ่งเรียกว่า Judicial Notice ตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ ผู้พิพากษาหรือศาลอาจกำหนดข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดซึ่งเป็นที่

⁸⁷ Nokes. (1962). *An Introduction to Evidence*. p. 157.

⁸⁸ Keane. (1994). *The Modern Law of Evidence*. pp. 398-399.

⁸⁹ Nokes. *Op.cit.* pp. 157-173.

⁹⁰ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 91.

ยอมรับกันทั่วไป (common everyday knowledge) และไม่อาจเป็นที่โต้แย้งได้เพื่อให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามนั้น Judicial Notice นี้ จึงเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีขึ้นเพื่อใช้แทนพยานหลักฐานได้ ซึ่งมีผลไม่ให้อีกต้องมีการนำเสนอพยานหลักฐานอันเป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันทั่วไปอยู่แล้วตามกฎหมายคอมมอนลอว์คู่ความมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลประกาศกำหนดว่าข้อเท็จจริงใดเป็น Judicial Notice เพื่อที่ลูกขุนจะได้ทราบและคู่ความไม่ต้องนำเสนอพยานหลักฐานในประเด็นนั้น เนื่องจากการพิจารณาคดีตามกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นลูกขุนเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริง ดังนั้นหากข้อเท็จจริงใดที่ศาลเห็นว่าเป็นที่ยอมรับหรือรู้จักกันทั่วไปอยู่แล้วเมื่อเป็นประเด็นในคดี ศาลก็จะต้องบอกให้ลูกขุนทราบ ศาลจะรู้ไว้แต่ในใจของตนตามลำพังไม่ได้ จึงมีวิธีการที่อนุญาตให้คู่ความร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลกำหนดว่าข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดเป็น Judicial Notice ซึ่งจะมีผลทำให้คู่ความนั้นไม่ต้องมีการนำเสนอพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อไป โดยปกติแล้ว Judicial Notice ได้แก่ ข้อเท็จจริงที่รู้จักกันทั่วไปแล้วไม่อาจที่จะโต้แย้งได้ เช่น เมืองใดอยู่ในรัฐใด หรือแม่น้ำสายนี้ไหลผ่านจังหวัดใดบ้าง เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงสิ่งที่ยากคำนวณหรือพิสูจน์ได้ด้วยกฎเกณฑ์ที่แน่นอนเช่น 1 ฟุต เท่ากับ 12 นิ้ว เป็นต้น⁹¹

ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป หรือไม่อาจโต้แย้งได้นี้ ตามกฎหมายของอังกฤษเรียกว่าเรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice) ศาลจึงรับฟังเรื่องเหล่านี้ได้โดยไม่ต้องมีการสืบพยานเพราะศาลรู้อยู่แล้ว ซึ่ง Thayer ถือว่าเป็นเรื่องของการใช้เหตุผลทางกฎหมายโดยทั่วๆ ไปเท่านั้น⁹²

ในบางกรณีศาลเพียงแต่อาจรับรู้ข้อเท็จจริงนั้น แต่ในบางกรณีศาลต้องรับรู้ เพราะเป็นเรื่องที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป หรือปรากฏหลักฐานชัดเจนอยู่แล้ว พยานแวดล้อมกรณีจะมีคุณประโยชน์แก่คดีเพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับความรู้ทั่วไปของศาลนั่นเอง เรื่องที่ศาลรู่นี้ต้องเป็นเรื่องที่รู้จักกันทั่วไปมิใช่เป็นเรื่องที่ศาลรู้เห็นเป็นส่วนตัว ถ้าผู้พิพากษาเห็นข้อเท็จจริงในคดีเป็นส่วนตัว ควรจะไปเป็นพยานให้ข้อเท็จจริงต่อศาล มิใช่เอาข้อเท็จจริงนั้นมาตัดสินคดีเสียเอง หน้าที่ของศาลเป็นการตัดสินคดีตามพยานหลักฐาน มิใช่เป็นผู้ให้พยานหลักฐาน⁹³

เหตุที่ศาลต้องรับรู้ข้อเท็จจริงบางเรื่องโดยไม่ต้องสืบพยาน ก็เพื่อความสะดวกและประหยัดเวลา และเพื่อให้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลในเรื่องที่ทุกคนรู้ทั่วไปแล้วเป็นไปในแนวเดียวกัน⁹⁴ โดยเรื่องที่ศาลรู่นี้ตามกฎหมายอังกฤษแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

⁹¹ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 827.

⁹² Nokes. Op.cit. p. 53.

⁹³ Phipson. (1966). **Phipson's Manual of the Law of Evidence.** p. 17.

⁹⁴ Cross. Op.cit. p. 142.

ประเภทแรก เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองโดยไม่ต้องสืบเสาะเพราะเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันโดยทั่วไปใครๆ ก็รู้ เช่น น้ำเป็นสิ่งเปียก เดือนสิงหาคมมี 31 วัน หมาและแมวชอบทะเลาะกัน แมวเป็นสัตว์เลี้ยง การจราจรในกรุงลอนดอนหนาแน่น การจี๋จักรยานเสียงต่อการได้รับบาดเจ็บ เด็กๆ ชอบเล่น ความหมายของถ้อยคำธรรมดา ในระหว่างสงครามโลกค่าของเงินตกมาก ไปรษณีย์บัตรใครๆ ก็อ่านได้ ส่วนเรื่องที่ศาลรู้เองประเภทที่สอง แม้จะเป็นเรื่องที่รู้กันโดยทั่วไป บางคนอาจไม่รู้ แต่ก็อาจสืบเสาะได้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย ประเพณี หลักวิชาชีพ ประวัติศาสตร์ เรื่องเกี่ยวกับอาณาเขตและภูมิศาสตร์ การบริหารราชการแผ่นดิน เรื่องเหล่านี้ศาลค้นหาได้จากหนังสืออ้างอิง เอกสารทางราชการ และคำพิพากษาของศาล⁹⁵

3.2.11 หลักการรับฟังพยานบอกเล่า⁹⁶ (Hearsay)

หลักการรับฟังพยานบอกเล่านั้นตามหลักวิชาสากลแยกออกเป็น 2 ระบบ ถ้าเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มักจะไม่มีบทตัดพยานบอกเล่า เพราะหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ใช้หลักให้ศาลประเมินคุณค่าของพยานหลักฐานเองโดยอิสระ (Principle of Free Appreciation of Evidence) เพราะฉะนั้นจึงไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์อะไรไปตัดพยานหลักฐานออกไปตั้งแต่ต้น พยานหลักฐานจะดีจะเลวก็ยอมให้สืบเข้ามาก่อนแล้วให้ศาลใช้ดุลพินิจประเมินความน่าเชื่อถือ

⁹⁵ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 91-92.

⁹⁶ นายมอร์แกน (Morgan) อธิบายว่า หลักเรื่องพยานบอกเล่าได้เริ่มมีการใช้กันในราวกลางศตวรรษที่ 17 โดยในช่วงก่อนศตวรรษที่ 16 นั้น เงื่อนไขของการดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่สามารถทำให้มีการสร้างลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างประจักษ์พยาน และพยานที่ได้รับฟังมา และแม้ กระทั่งความคิดหรือความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องพยานบุคคลก็ยังไม่มียุคสมัยอย่างเดียวกับความคิดในยุคสมัยใหม่ดังเช่นที่นายโฮลด์สวอร์ธ (Holdsworth) อธิบายว่า เป็นที่ชัดเจนว่า ในสมัยยุคกลางหลักดังกล่าวยังไม่ปรากฏ เรื่องพยานบุคคลตามแบบสมัยใหม่ยังไม่เป็นที่รู้จัก ศาลจะตัดสินคดีทั้งจากความรู้ความเข้าใจส่วนตัว หรือจากข้อมูลใดก็ได้ที่ศาลจะหยิบขมามาพิจารณา คู่ความจะปราศจากวิธีที่จะควบคุมเกี่ยวกับความรู้ความเข้าใจส่วนตัวของศาลและไม่สามารถควบคุมการซักถามพยานของศาลที่กระทำเป็นการส่วนตัวนอกศาล ศาลสามารถจะใช้ข้อมูลใดๆ ก็ได้โดยอิสระไม่มีข้อจำกัด และขาดหลักประกันเรื่องการฟังความสองฝ่าย แต่ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 16 เริ่มเป็นที่แน่ชัดที่ละเล็กละน้อยว่า ศาลได้ตัดสินคดีโดยไม่ได้ใช้ความรู้ความเข้าใจส่วนตัวหรือด้วยการสอบถามคดีด้วยตนเอง แต่ได้ตัดสินคดีโดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงของพยานที่ให้การ โดยเปิดเผยในศาล ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลจะต้องให้ความสนใจต่อลักษณะของพยานหลักฐาน และความจริงแล้วก็ได้เคยมีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาโดยใช้วิธีการแก้ไขปัญหาที่เป็นที่ยอมรับในกลุ่ม Civil Law และกฎหมายคริสต์ศาสนาเป็นพื้นฐาน แต่ในที่สุดวิธีการดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกและได้ใช้หลักเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่าและหลักเกณฑ์เรื่องการไม่รับฟังพยานหลักฐาน. อ้างถึงใน วรรณชัย บุญบำรุง. (2549). หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 41.

ประเมินน้ำหนักเป็นรายกรณีไป ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงแทบจะไม่ มีบทคัดพยานหลักฐาน โดยเฉพาะบทคัดพยานบอกเล่า ฉะนั้นกฎหมายพยานหลักฐานของประเทศ ที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ ปัญหาไปอยู่ที่น้ำหนัก ในทางตรงกันข้ามประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะมีบทคัดพยานบอก เล่าเป็นหลักสำคัญที่สุดหลักหนึ่งของกฎหมายพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็กฎหมายอังกฤษ กฎหมาย อเมริกัน กฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ วางหลักว่าพยานบอกเล่านั้นโดยหลักห้ามรับฟัง เหตุผล ก็เพราะแม้พยานบอกเล่าจะมีคุณสมบัติที่น่าเชื่อถืออยู่บ้าง แต่ความคลาดเคลื่อนสูงมาก และชักนำให้ศาล ตัดสินผิดพลาดไปจากความจริงได้ง่ายมาก โดยหลักจึงให้คัดพยานบอกเล่าไว้ก่อนเลย ส่วนกรณีที่ พยานบอกเล่าขึ้นใจ ประเภทใดมีน้ำหนักน่าเชื่อถือเพียงพอ ก็ไปสร้างข้อยกเว้นให้รับฟังได้เฉพาะ กรณีๆ ไป⁹⁷

Hearsay เป็นหลักกฎหมายเก่าแก่ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็น บทคัดพยานที่ไม่ประสงค์จะให้พยานหลักฐานอันมีลักษณะเป็น Hearsay เข้าสู่สำนวนของศาลการ พิจารณาคดีในศาลคอมมอนลอว์มีทั้งการพิจารณาคดีโดยลูกขุนและโดยศาลและไม่ว่าการพิจารณา คดีจะเป็นโดยศาลหรือลูกขุน กฎว่าด้วยการห้ามรับฟัง Hearsay มีผลบังคับใช้เสมอ⁹⁸

แม้กฎเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานบอกเล่าจะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญในประเทศ อังกฤษมาประมาณเกือบสองศตวรรษแล้ว แต่ไม่มีกฎหมายที่กำหนดคำจำกัดความของพยานบอก เล่าไว้โดยเพียงจะได้มีการกำหนดคำนิยามของพยานบอกเล่าไว้ในมาตรา 1 (2) ของพระราชบัญญัติพยาน หลักฐานในคดีแพ่ง ค.ศ. 1995 (the Civil Evidence Act 1995) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 ซึ่งกำหนดคำจำกัดความของพยานบอกเล่าว่า ประการแรกหมายถึงถ้อยคำที่เบิกความที่ ไม่ใช่ถ้อยคำที่เป็นของบุคคลที่ให้การด้วยวาจาในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล โดยมุ่งที่จะใช้คำ เเบิกความนี้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์เรื่องที่กล่าวอ้างในคดี และประการที่สอง หมายถึงสิ่งที่มีความ เกี่ยวข้องกับพยานบอกเล่าโดยให้หมายความรวมถึงพยานบอกเล่าในทุกระดับ⁹⁹

ด้วยเหตุผลที่พยานบอกเล่าจำนวนมากมีความน่าเชื่อถือ และความจำเป็นที่ต้องรับฟัง พยานบอกเล่าในบางกรณี กฎหมายอังกฤษในปัจจุบันจึงได้ยอมรับให้มีข้อยกเว้นจำนวนมากที่ ให้สามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้จนกลายเป็นหลักการรับฟังพยานบอกเล่า โดยเฉพาะคำนิยามของ

⁹⁷ จรัญ ภักดีธนากุล. (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 280.

⁹⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 200.

⁹⁹ The Civil Evidence Act 1995, Section 1 (2) hearsay means – (a) a statement made otherwise than by a person while giving oral evidence in the proceedings which is tendered as evidence of the matter stated; and (b) references to hearsay include hearsay of whatever degree.

พยานบอกเล่า (hearsay) ในมาตรา 1 (2) ของ the Civil Evidence Act 1995 ได้เป็นการยกเลิกกฎเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานบอกเล่าในคดีแพ่ง ในปัจจุบันนี้พยานบอกเล่าในคดีแพ่งตามกฎหมายอังกฤษจึงสามารถรับฟังได้ ภายใต้วิธีพิจารณาความแบบป้องกัน (proceduralsafeguards) ที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความที่ถูกสืบหักล้างโดยใช้พยานบอกเล่า¹⁰⁰ แต่ที่ the Civil Evidence Act 1995 นี้ใช้บังคับเฉพาะกับคดีแพ่งเท่านั้น ไม่ได้ใช้บังคับกับคดีอาญาด้วย ในคดีอาญายังคงมีกฎเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานบอกเล่าใช้บังคับอยู่และจึงยังจำเป็นต้องมีข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้ใช้บังคับอยู่เช่นเดียวกัน¹⁰¹

หลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานบอกเล่าเป็นข้อห้ามรับฟังพยานหลักฐานหรือบทคัดพยานที่เก่าแก่ ชับซ้อน และสับสนที่สุดของกฎหมายลักษณะพยานอังกฤษ เป็นการยากที่จะให้คำจำกัดความหรืออธิบายถึงลักษณะของพยานบอกเล่าให้ถูกต้องโดยไม่มีข้อโต้แย้งได้ การบังคับใช้ข้อห้ามและข้อยกเว้นของพยานบอกเล่าในแต่ละกรณีก็แตกต่างกันมากจนไม่อาจกล่าวให้เข้าใจได้อย่างชัดเจนและครบถ้วน¹⁰² ดังนั้นในที่นี้จึงจะขอก้าวโดยสรุปดังต่อไปนี้

1) ความหมายของพยานบอกเล่า

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษท่านฟิปปสัน (Phipson) ได้ให้ข้อสังเกตว่า “คำว่าพยานบอกเล่ามีความหมายกว้าง โดยหมายถึงถ้อยคำพูดด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรของบุคคลซึ่งไม่ได้ถูกเรียกมาเป็นพยานในชั้นศาล เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเรื่องที่บุคคลนั้นกล่าวถึง” ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์บาเทอร์ (Baker) และศาสตราจารย์ครอส (Cross) ก็ให้นิยามไว้ในทำนองเดียวกันนี้¹⁰³

ศาสตราจารย์ครอส (Cross) ได้ให้นิยามของพยานบอกเล่า (Hearsay) ว่า คือถ้อยคำที่เบิกความที่ไม่ใช่ถ้อยคำที่เป็นของบุคคลที่ให้การเป็นพยานด้วยวาจาในระหว่างการพิจารณาคดี

¹⁰⁰ ปวีณ นราเมธกุล. (2549). การเปิดผยพยานบุคคลอย่างบังคับในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law: กรณีศึกษาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ. หน้า 33-34.

¹⁰¹ ธนกร วรปรัชญากุล. (2546, มิถุนายน). “หลักข้อยกเว้นและเอกสิทธิ์ของพยานบุคคลในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส.” วารสารยุติธรรม, 3, 5. หน้า 16.

¹⁰² โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 257.

¹⁰³ ขวเลิศ โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” ดุลพาห, 6, 28. หน้า 37.

ของศาล ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างในคดีได้¹⁰⁴ และได้ขยายความหมายของพยานบอกเล่าว่า คือพยานที่ได้รับรู้ข้อความที่จะเบิกความมาจากคำกล่าวของบุคคลอื่น ซึ่งคำกล่าวนี้อาจจะกระทำด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือกระทำด้วยวิธีอื่นใดที่เป็นการยืนยันได้แก่ กิริยาท่าทาง ดังนั้นหลักเกณฑ์การไม่รับฟังพยานบอกเล่าจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับทั้งคำบอกเล่าที่กระทำด้วยวาจาและที่เป็นลายลักษณ์อักษร รวมทั้งกิริยาท่าทาง เช่น การชี้นิ้ว การแสดงความเคารพ เป็นต้น¹⁰⁵

ศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย และศาสตราจารย์จรูญ ภักดีธนากุล กล่าวว่า ตามความหมายของกฎหมายคอมมอนลอว์ พยานบอกเล่า (Hearsay) หมายถึงคำกล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ที่กระทำนอกศาล (out of court statement) แล้วมีการนำเสนอคำกล่าวนั้นต่อศาลโดยบุคคลอื่น ซึ่งมีผู้ใช้ที่กล่าวถ้อยคำนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งถ้อยคำในคำกล่าวนั้น¹⁰⁶ สรุปได้ว่า Hearsay เป็นคำกล่าวของบุคคลอื่นนอกศาลแล้วได้มีการนำเสนอในศาลเพื่อพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามคำกล่าวนั้นๆ¹⁰⁷

ตามความหมายดั้งเดิมนั้น พยานบอกเล่า (Hearsay) หมายถึงข้อความที่กล่าวโดยผู้อื่นนอกจากพยานผู้เบิกความต่อศาล พยานได้รับฟังข้อความนั้นแล้วนำมาเบิกความต่อศาลอีกต่อหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ก. บอก ข. ว่า ก. เห็น ค. ต่อข. ง. หาก ข. มาเบิกความต่อศาลว่าได้ทราบจาก ก. ว่า ก. เห็น ค. ต่อข. ง. ดังนี้ ข้อความที่ ข. เบิกความว่า ก. เห็น ค. ต่อข. ง. นั้น เป็นพยานบอกเล่า ต้องห้ามมิให้ศาลรับฟัง

กรณีตามตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่า ก. เป็นผู้บอกเล่าข้อความต่อ ข. ว่า ค. ต่อข. ง. ในคดีที่ ค. ถูกฟ้องว่าทำร้ายร่างกาย ง. นั้น ก. หาได้มาเป็นพยานเบิกความต่อศาลไม่ ผู้ที่เบิกความต่อศาลคือ ข. ผู้มิได้รู้เห็นเหตุการณ์ เพียงแต่ได้รับการบอกเล่าจาก ก. การที่ ก. ให้ข้อเท็จจริงว่า ค. ต่อข. ง. เป็นการให้ต่อ ข. มิใช่ให้ต่อศาล ก. ไม่ต้องสาบานหรือปฏิญาณ ไม่ต้องรับผิดชอบอย่างพยานผู้เบิกความต่อศาล หากทนายความของ ค. จะต้องการตรวจสอบว่า ข้อความหรือข้อเท็จจริงที่ว่า ค. ต่อข.

¹⁰⁴ “An assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceeding is inadmissible as evidence of any fact or opinion asserted.” CROSS & WILKINS. “Outline of the Law of Evidence.” Butterworths. 7th ed. London. 1996. 95. กฎหมายพยานของสหรัฐอเมริกา (American Federal Rule of Evidence) มาตรา 801 (c) ได้กำหนดค่านิยมของพยานบอกเล่าไว้เหมือนกันว่า “...is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.”

¹⁰⁵ P.MURPHY. (1997). **Murphy on Evidence.** p. 184.

¹⁰⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรูญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 828.

¹⁰⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 200.

ง. เป็นความจริงหรือไม่โดยการถามค้าน ทนายความก็ไม่สามารถถามได้ว่า ก. เห็นเหตุการณ์อย่างไร ในระยะใกล้ไกลแค่ไหน ก. มีโอกาสเห็นได้ชัดเจนเพียงใด ก. มีเหตุจูงใจจะให้ข้อความโดยไม่เป็นความจริงหรือไม่ การบอกเล่าของ ก. ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงหรือไม่ หรือข้อความที่ ข. มาเบิกความต่อศาลตรงกับที่ ก. เล่าหรือไม่ เพราะ ก. มิได้มาเบิกความเป็นพยาน ทนายความของ ค. ได้แต่เพียงถามค้าน ข. ซึ่งทำได้อย่างมากก็เพียงแต่ทดสอบว่า ก. ได้กล่าวข้อความต่อ ข. หรือไม่ และ ข. น่าจะถ่ายทอดข้อความมาถูกต้องหรือไม่ หรือ ข. เป็นคนน่าเชื่อถือหรือไม่เพียงใด เท่านั้น

ตามตัวอย่างนั้นคำว่า “พยานบอกเล่า” ถ้าจะว่าโดยเคร่งครัดแล้วหมายถึง “ข้อความ” ที่ ก. บอกแก่ ข. นอกศาลว่า ค. ต่อ ข. และ ข. เอา “ข้อความ” นั้น มากล่าวซ้ำในศาลนั่นเอง หากให้ตัว ก. ผู้เล่าข้อความเป็นคนแรก หรือ ข. ผู้เป็นพยานเล่าข้อความ เป็นคนที่สองไม่ แต่ในทางปฏิบัติ มักจะไม่ได้แยกกันโดยชัดเจน และมักจะเรียก ข. ว่า เป็นพยานบอกเล่า ทำนองเดียวกับเมื่อกล่าวถึงพยานบุคคล มักจะมุ่งที่ตัวบุคคลผู้เบิกความ ยิ่งกว่าคำเบิกความของพยาน

มีผู้เห็นว่าพยานบอกเล่ายังมีความหมายรวมถึง ถ้อยคำของพยานเองที่เคยกล่าวไว้ก่อน หากพยานมาเบิกความต่อศาลว่าได้กล่าวถ้อยคำนั้นไว้ก่อนอย่างไร ถ้อยคำที่พยานนำมาเบิกความซ้ำนั้นก็ถือว่าเป็นพยานบอกเล่าเช่นกัน การห้ามรับฟังพยานชนิดนี้เรียกว่า “ข้อห้ามเกี่ยวกับเรื่องที่เคยเล่า” (rule against narrative) หรือ “ข้อห้ามเกี่ยวกับข้อความที่สนับสนุนตนเอง” (rule against self corroboration)¹⁰⁸ ตัวอย่างเช่น ในคดีที่สามมีฟ้องหย่าภรรยา อ้างว่าภรรยามีผู้โดยพบภรรยาอยู่ในห้องของชายผู้ ภรรยาปฏิเสธว่าไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน และจะขอนำสืบว่าหลังจากเกิดเหตุแล้วตนได้โทรศัพท์ไปขอให้หมอมาตรวจร่างกาย เพื่อเป็นหลักฐานว่าไม่มีการร่วมประเวณีกัน แต่หมอปฏิเสธไม่ยอมมา ดังนั้นศาลไม่ยอมให้นำสืบ พยานบอกเล่าชนิดนี้อาจแยกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรก เป็นคำกล่าวครั้งก่อนที่สอดคล้องกัน (previous consistent assertions) ประเภทหลังเป็นคำกล่าวครั้งก่อนที่ไม่สอดคล้องกัน (previous inconsistent assertions) คำกล่าวประเภทแรกมีข้อยกเว้นให้รับฟังได้ในกรณีที่เป็นคำร้องทุกข์หรือคำกล่าวโทษในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศหรือเป็นคำกล่าวที่เป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ (res gestae) หรือใช้เป็นพยานหลักฐานว่าพยานเคยกล่าวข้อความนั้นมาก่อน มิใช่เพิ่มเสริมแต่งขึ้นเมื่อตอนเบิกความ ส่วนคำกล่าวประเภทที่สอง ซึ่งพยานได้กล่าวไว้ก่อนต่างกับที่เบิกความต่อศาลนั้น คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอาจนำมาใช้หักล้างคำเบิกความของพยานได้¹⁰⁹

¹⁰⁸ Cross. Op.cit. p. 401.

¹⁰⁹ Cross & Tapper. Op.cit. p. 564.

ตามกฎหมายอังกฤษพยานบอกเล่าอาจปรากฏในรูปของคำพูด หรือเป็นเอกสาร หรือแม้แต่กิริยาท่าทางก็เป็นพยานบอกเล่าได้¹¹⁰

2) พยานบอกเล่ากับพยานชั้นต้น

การที่พยานเบิกความว่ามีผู้อื่นเล่าให้ตนฟังอย่างไรบ้าง ถ้าการเบิกความนั้นมีได้ ประสงค์จะให้ศาลเชื่อว่าข้อความที่พยานรับฟังมาเป็นความจริง หากแต่มีความประสงค์เป็นอย่างอื่น เช่น เพื่อแสดงว่ามีการบอกเล่าข้อความนั้นเท่านั้น คำเบิกความของพยานถือว่าเป็นพยานชั้นต้น (original evidence) มิใช่พยานบอกเล่า ตัวอย่างเช่น

ก. บอก ข. ว่า ก. เห็นนาง ค. เป็นชู้กับนาย ง.

ถ้าสามีของนาง ค. ฟ้องหย่านาง ค. และอ้าง ข. มาเป็นพยานเบิกความว่า ก. เห็นนาง ค. เป็นชู้กับนาย ง. ดังนี้ คำเบิกความของ ข. เป็นพยานบอกเล่า เพราะ ข. มิได้เห็นเหตุการณ์นั้น เพียงแต่รับทราบมาจาก ก. และคำเบิกความของ ข. เพื่อแสดงว่าเหตุการณ์นั้นเป็นจริง

แต่ถ้านาง ค. ฟ้อง ก. เป็นคดีหมิ่นประมาทและอ้าง ข. มาเบิกความทำนองเดียวกันคำเบิกความของ ข. เป็นพยานชั้นต้น มิใช่พยานบอกเล่า เพราะ ก. ได้บอกข้อความนั้นต่อ ข. จริงคำเบิกความของ ข. เพื่อแสดงว่ามีการหมิ่นประมาทเกิดขึ้น มิได้ประสงค์จะพิสูจน์ว่า นาง ค. เป็นชู้กับนาย ง. จริงหรือไม่

การที่พยานนำข้อความที่ผู้อื่นกล่าวนอกศาลมากล่าวซ้ำในศาลด้วยความประสงค์อย่างอื่นมิใช่เพื่อแสดงว่าข้อความนั้นเป็นความจริงหรือเพื่อให้ศาลเชื่อตามข้อความนั้น อันทำให้ข้อความนั้นไม่เป็นพยานบอกเล่า มิได้หลายกรณี เช่น

(1) กรณีที่คำกล่าวนั้นก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในตัวเอง ไม่เกี่ยวกับความจริงหรือไม่จริง เช่น ก. เสนอรับจ้างวาดรูปให้ ข. และ ข. กล่าวว่า “ผมรับข้อเสนอของคุณ” การที่ ค. มาเบิก ความว่า ข. กล่าวข้อความอย่างไร เพื่อแสดงว่ามีการสนองรับข้อเสนอของ ก. แล้ว เช่นนี้ ข้อความนั้นหาเป็นพยานบอกเล่าไม่ เพราะมิได้คำนึงถึงว่า ข. จะมีเจตนาแท้จริงอย่างไร

(2) กรณีที่คำกล่าวนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ฟัง เช่น ในคดีที่ลูกค้าฟ้องเจ้าของร้านขายของชำ เรียกค่าเสียหายที่ลูกค้าเหยียบช่อสมะเชื้อเทศที่หกออยู่ในร้านล้มลงได้รับ

¹¹⁰ สหรัฐอเมริกาซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษไปก็มีการให้คำจำกัดความของคำว่าพยานบอกเล่าว่าเป็นข้อความ (statement) ที่แสดงด้วยวาจาหรือการเขียน โดยมีการให้ข้อความนั้นไว้ ณ ที่อื่นนอกจากการเบิกความที่ศาลในคดีที่กำลังพิจารณาอยู่ และการให้ข้อความนั้นมีความประสงค์จะพิสูจน์ความจริงของข้อความนั้น ข้อความ (statement) หมายรวมถึงกิริยาท่าทางด้วย. อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 259.

ขาดเจ็บ การที่ลูกจ้างของเจ้าของร้านเบิกความว่า ได้ยินเจ้าของร้านเตือนลูกค้าว่าจะเหยียบเอาขวด
ซอสมะเขือเทศ เพื่อแสดงว่าลูกค้ามีส่วนประมาทอยู่ด้วย เช่นนี้หาเป็นพยานบอกเล่าไม่

(3) กรณีที่น่าสืบเพื่อแสดงว่าผู้กล่าวข้อความรู้ข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไข ซึ่งเป็น
สาระสำคัญแห่งคดี เช่น การนำสืบว่าเจ้าของรถยนต์ได้พูดว่า เบรกของรถชำรุด เพื่อแสดงว่าเจ้าของ
รถรู้ว่าเบรกชำรุด หรือชายผู้หนึ่งกล่าวว่าเข้าถูกศาลห้ามมิให้ไปพบกับลูกของเขา การนำสืบถึง
ข้อความดังกล่าว เพื่อแสดงว่าชายผู้หนึ่งรู้ถึงคำสั่งห้ามของศาล ในคดีละเมิดอำนาจศาลเนื่องจากฝ่า
ฝืนคำสั่งดังกล่าว ดังนี้ หาเป็นพยานบอกเล่าไม่¹¹¹

ยังมีกรณีอื่นอีกที่ไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า เช่น เมื่อข้อความนั้นไม่ได้ใช้เพื่อ
พิสูจน์ความจริงของข้อความนั่นเอง แต่เพื่อพิสูจน์ถึงสภาพจิตใจ ความรู้หรืออารมณ์ของผู้กล่าว
ข้อความ หรือของผู้ได้ยินข้อความหรือใช้เพื่อระบุตัวผู้กล่าวข้อความ หรือใช้ประกอบอธิบายการ
กระทำของผู้กล่าวข้อความ รวมถึงในคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ศาลยอมให้จำเลยนำสืบถึงการที่
ผู้เสียหายเรียกร้อยเงิน¹¹² ซึ่งเป็นการนำสืบพยานแวดล้อมกรณีนั่นเอง

กรณีที่พนักงานสอบสวนมาเบิกความต่อศาลว่า ก. เคยให้การในชั้นสอบสวนว่า
ก. เห็นจำเลยใช้มีดแทงผู้เสียหาย คำเบิกความของพนักงานสอบสวนอาจเป็นพยานบอกเล่า หรือพยาน
ชั้นต้นก็ได้ แล้วแต่ความประสงค์ในการสืบพยานนั้น หากการสืบพนักงานสอบสวนเพื่อแสดงว่า
จำเลยเป็นคนแทงผู้เสียหาย ก็เป็นพยานบอกเล่า หรือหากนำ ก. มาเบิกความไม่ได้ จึงต้องสืบบันทึก
คำให้การชั้นสอบสวนของ ก. ต่อศาลแทน เพื่อแสดงว่าจำเลยแทงผู้เสียหาย ดังนี้ บันทึกคำให้การ
ชั้นสอบสวนของ ก. ก็เป็นพยานบอกเล่าเช่นกัน แต่ถ้าการนำสืบพนักงานสอบสวนเพื่อแสดงว่า
พนักงานสอบสวนมีเหตุผลที่จะไปจับกุมจำเลยมาดำเนินคดี เพราะ ก. ได้ให้การยืนยันว่า จำเลยเป็น
ผู้กระทำผิดก็ดี หรือเพื่อแสดงว่า ก. ได้ให้การในชั้นสอบสวน โดยสมัครใจก็ดี คำเบิกความของ
พนักงานสอบสวนหาเป็นพยานบอกเล่าไม่ หรือกรณีที่ ก. มาเบิกความที่ศาล โดย ก. กลับคำปฏิเสธ
ว่าไม่ได้รู้เห็นในการที่ผู้เสียหายถูกแทง โจทก์จึงส่งบันทึกคำให้การชั้นสอบสวนของ ก. เพื่อพิสูจน์
ว่า ก. เบิกความไม่ตรงกับที่เคยให้การไว้อย่างไร ดังนี้ บันทึกคำให้การของ ก. ก็หาเป็นพยานบอก
เล่าไม่¹¹³

¹¹¹ Lilly. Op.cit. pp. 163-167.

¹¹² Cross & Tapper. Op.cit. pp. 581-583.

¹¹³ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 257-261.

3) เหตุผลที่ไม่รับฟังพยานบอกเล่า

เหตุผลที่ห้ามรับฟังพยานบอกเล่ามีที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เพราะฉะนั้นกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เล็งเห็นว่ากรรับฟังพยานบอกเล่าจะเป็นโทษมากกว่าเป็นประโยชน์ในการที่จะค้นหาความจริง เพราะเหตุที่ว่าพยานบอกเล่ามีข้อบกพร่องหรือข้อด้อยอยู่หลายประการ¹¹⁴ ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้นเหตุผลที่ศาลอังกฤษไม่รับฟังพยานบอกเล่ามีอยู่หลายประการพอจะประมวลได้ ดังนี้คือ

(1) พยานบอกเล่าไม่ใช่พยานที่ดีที่สุด¹¹⁵ (Best Evidence Rule) ถ้ายอมรับฟังพยานบอกเล่าโดยยังปรากฏว่ามีประจักษ์พยานอยู่ก็จะขัดกับหลักนี้¹¹⁶

(2) การรับฟังพยานบอกเล่าจะทำให้บุคคลซึ่งเป็นประจักษ์พยานไม่ต้องสาบานตนและเบิกความต่อหน้าศาล ขณะที่เขาบอกเล่าข้อเท็จจริงนั้น ไม่มีหลักประกันใดว่าจะพูดความจริงก็ทำให้ข้อเท็จจริงที่มีการบอกเล่าขาดความน่าเชื่อถือ เพราะว่าไม่ได้ทำภายใต้ความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำสาบาน

(3) การเล่าเรื่องต่อกันหลายทอดจะทำให้ข้อความที่บอกเล่าเปลี่ยนแปลงคลาดเคลื่อนได้ เพราะคนเล่าแต่ละทอดอาจจะตัดทอนหรือเพิ่มเติมข้อเท็จจริงบางตอนโดยจงใจหรือไม่จงใจก็ได้ เนื่องจากสภาพสมองไม่ได้จดจำข้อมูลร้อยเปอร์เซ็นต์เหมือนเทปบันทึกเสียง โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่เป็นรายละเอียดมากๆ ส่วนมากก็จะมีเพิ่มขึ้น ลดลงหรือเปลี่ยนแปลงไปบ้าง เพราะฉะนั้นยิ่งถ่ายทอดมากครั้งก็จะถูกบิดเบือนไปมากขึ้น

(4) ตามระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาที่ใช้อยู่ของกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ถือว่าการถามค้านเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการที่จะพิสูจน์ความจริงในศาล¹¹⁷ การรับฟังพยานบอกเล่าทำให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามกับฝ่ายที่อ้างพยาน ไม่มีโอกาสที่จะถามค้านคนที่รู้เห็นข้อเท็จจริงและการถามค้านตัวพยานบอกเล่าก็จะไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เพราะพยานบอกเล่านั้นก็จจะทราบเท่าที่บอกเล่าเล่าให้ฟัง แต่รายละเอียดของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้บอกเล่าไม่ได้เล่าให้ฟังแต่เป็นสิ่งที่ช่วยเสริมหรือลดน้ำหนักของการรับฟังพยาน พยานบอกเล่าไม่สามารถที่จะตอบคำถามนั้นได้เพราะเขาไม่ได้รับฟังมา เพราะฉะนั้น การที่ฝ่ายตรงข้ามไม่มีโอกาสที่จะถามค้านทำให้เขาเสียสิทธิที่สำคัญ และทำให้ขบวนการซึ่งน้ำหนักพยานขาดสาระที่สำคัญไป คือในระบบใช้

¹¹⁴ เข็มชัย ชูติวงศ์. (2552). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 12. หน้า 73.

¹¹⁵ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 261.

¹¹⁶ โอสถ โกศิน. เล่มเดิม. หน้า 313.

¹¹⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ กัทธินากุล. เล่มเดิม. หน้า 828.

พยานหลักฐานการที่คู่ความสองฝ่ายมีโอกาสซักถาม ถามค้ำและถามคิงเป็นกระบวนการที่นักกฎหมายเชื่อกันว่าจะทำให้ความจริงปรากฏ แม้ผู้เบิกความจะพยายามปกปิดความจริง พยายามจะเล่าแต่เรื่องในทางดีหรือหมายความว่าปิ่นแต่งข้อมูลที่เป็นเท็จแต่การที่ต้องถูกบังคับให้ตอบคำถามแก่อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีความชำนาญก็จะทำให้ความจริงปรากฏได้¹¹⁸

(5) ศาลไม่ได้เห็นอากัปภิกขัยของผู้บอกเล่า ดังเช่นกรณีพยานเบิกความ

(6) อาจมีการสร้างพยานเท็จได้

(7) อาจมีการจงใจรู้ให้หลงผิดหรือทำให้การพิจารณาคดีของจู้ล่าช้าได้

เหตุผลที่ไม่รับฟังพยานบอกเล่าดังได้กล่าวมาข้างต้นทั้ง 7 ข้อ นั้น บางข้อไม่ค่อยมีน้ำหนักมาก และบางข้อก็ไม่อาจรับฟังได้ในปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น เหตุผลข้อแรกที่ว่าพยานบอกเล่ามิใช่พยานหลักฐานที่ดีที่สุดนั้น จริงอยู่ถ้าผู้รู้เห็นเหตุการณ์ยังมีชีวิตอยู่หรือสามารถนำตัวมาเบิกความได้ ก็เป็นการสมควรที่จะได้นำตัวผู้นั้นมาเบิกความต่อศาล แต่มีหลายกรณีที่ผู้รู้เห็นเหตุการณ์ไม่มีชีวิตแล้ว หรือเหตุการณ์เกิดมานานแล้ว ไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์นั้น ในกรณีเช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีพยานหลักฐานอื่นดีกว่าพยานบอกเล่าอีกแล้ว เช่น คดีเรื่องหนึ่งในอังกฤษ จำเลยถูกฟ้องว่ารับของโจรรถยนต์ซึ่งถูกลักมา ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยซื้อรถที่ชำรุดใช้ไม่ได้แล้วพร้อมกับทะเบียนรถ แล้วจำเลยเอารถยนต์ที่ลักมาดัดแปลงให้เข้ากับทะเบียนรถคันที่ใช้ไม่ได้แล้ว หลังจากนั้นจำเลยก็ขายรถที่ลักมาว่าเป็นรถคันที่ชำรุด โจทก์นำเจ้าของรถคันที่ถูกลักมาซื้อว่ารถที่จำเลยขายไปเป็นรถคันเดียวกับรถของตน โจทก์ได้นำสืบเจ้าหน้าที่ของบริษัทผู้ผลิตรถ นำไมโครฟิล์มซึ่งบันทึกหมายเลขลูกสูบรถมาแสดงต่อศาลว่ารถคันที่ถูกลักไปมีหมายเลขลูกสูบตรงกับรถยนต์คันที่จำเลยขาย ศาลล่างรับฟังคำเบิกความของเจ้าหน้าที่บริษัทผู้ผลิตรถและไมโครฟิล์มนั้นซึ่งทำขึ้นโดยคนงานอื่น จำเลยถูกลงโทษ คดีขึ้นไปสู่ศาลสูงสุด แม้อุทธรณ์ของจำเลยจะถูกยก แต่ศาลสูงสุดก็เห็นว่า บันทึกหมายเลขลูกสูบซึ่งทำโดยคนงานอื่นนั้นเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งศาลไม่ควรรับฟัง¹¹⁹ คำพิพากษาเรื่องนี้มีผลให้รัฐสภาของอังกฤษต้องออกกฎหมาย The Criminal Evidence Act, 1965 ให้ศาลรับฟังบันทึกที่สร้างขึ้นในทางการค้าและธุรกิจ

เหตุผลข้อที่สองที่ไม่รับฟังพยานบอกเล่าโดยอ้างเหตุว่าผู้บอกเล่ามิได้สาบานตนว่าจะเล่าเรื่องตามความเป็นจริงนั้น ในปัจจุบันนี้เป็นที่น่าสงสัยว่า คนต่างๆ ไปจะยังคงถือว่าคำสาบานเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ และเป็นหลักประกันว่าพยานจะเบิกความตามความเป็นจริงได้เพียงใด พยานจะเชื่อได้หรือไม่ น่าจะอยู่ที่ตัวบุคคลและเหตุผลในคำเบิกความนั่นเอง มิใช่อยู่ที่คำสาบานเสียแล้ว

¹¹⁸ เจ็มซีย์ ชูติวงส์. เล่มเดิม. หน้า 73-74.

¹¹⁹ Myers v.D.P.P. (1965). A.C. 1001.

ส่วนเหตุผลที่ว่าศาลไม่ได้เห็นอากัปภิกขีของผู้บอกเล่า ดังเช่นกรณีที่พยานเบิกความนั้นอาจมีเหตุผลอยู่บ้างแต่ก็ไม่น่าจะมีน้ำหนัก เพราะพยานอาจเบิกความเท็จได้แบบเนียนโดยไม่แสดงร่องรอยให้ศาลเห็นก็ได้ ที่หวังใจว่าจะมีการสร้างพยานหลักฐานเท็จก็เช่นกัน พยานหลักฐานโดยตรงก็อาจมีการสร้างขึ้นได้ไม่ยากกว่าการอ้างว่าได้รับการบอกเล่าจากผู้อื่น

สำหรับเหตุผลที่ว่าข้อความที่เล่าต่อๆ มาอาจมีการคลาดเคลื่อนได้นั้นแม้จะมีความจริงอยู่บ้าง แต่พยานบอกเล่าที่รับฟังมาทอดเดียว ที่เรียกว่าพยานบอกเล่าชั้นเดียว (first-hand hearsay) และพยานบอกเล่าที่เป็นเอกสาร หามิฉะนั้นหวังใจดังกล่าวไม่ ด้วยเหตุนี้เองทางอังกฤษได้ยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าชนิดนี้ไว้ใน The Civil Evidence Act, 1968

ส่วนเหตุผลที่ว่าการยอมให้นำสืบพยานบอกเล่าอาจจูงใจจู้ให้หลงผิดหรือทำให้การพิจารณาคดีของจู้ล่าช้าขึ้น ก็ไม่อาจนำมาใช้กับการพิจารณาคดีของศาลไทยซึ่งไม่ใช่ระบบจู้ก็ได้ กล่าวกันว่าการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าเป็นผลของการพิจารณาคดีโดยจูนั่นเอง เพราะจู้เป็นคนธรรมดา คงไม่รู้จักใคร่ครวญซึ่งน้ำหนักพยาน ปัจจุบันคดีแพ่งที่พิจารณาโดยจูมีน้อยประเทศอังกฤษพร้อมที่จะเลิกการห้ามรับฟังพยานบอกเล่ามากขึ้น จึงมีการสร้างข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าขึ้นมากมาย

คงมีเหตุผลที่พอจะรับฟังได้ในการห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่าเฉพาะที่ว่า พยานบอกเล่ามีอาจตรวจสอบความจริงด้วยการถามค้านได้ การถามค้านถือว่าเป็นอาวุธสำคัญสำหรับคู่ความจะใช้จับผิดพยานของฝ่ายตรงกันข้าม หากเรื่องที่พยานเบิกความพยานมิได้รู้เห็นเอง ก็ย่อมจะถามค้านเพื่อจับผิดไม่ได้ คำที่บอกเล่ากันนอกศาลนั้นอาจเป็นความเท็จ หรือผู้กล่าวเข้าใจผิด หรือผู้กล่าวมีความบกพร่องในการรับรู้หรือจดจำเหตุการณ์ อาจไม่มีความสามารถจะถ่ายทอดเรื่องราวได้ถูกต้องครบถ้วน แม้คู่ความฝ่ายตรงกันข้ามจะสามารถถามค้านพยานผู้เบิกความได้ แต่ถามค้านก็ทำได้แต่เพียงเพื่อทดสอบว่า เป็นการกล่าวซ้ำโดยถูกต้องหรือไม่เท่านั้น¹²⁰

¹²⁰ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 261-263.

3.2.12 ข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่า

ข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า¹²¹ นี้ตามกฎหมายอังกฤษมีมากมาย และมีรายละเอียดที่ยุ่งยากสับสน ยกที่จะกล่าวให้เข้าใจได้ด้วยข้อความสั้นๆ¹²² จึงขอกล่าวถึงเรื่องนี้เพียงสังเขปดังนี้

¹²¹ ศาสตราจารย์เจมส์ ชูติงส์ กล่าวว่า เหตุผลที่ห้ามรับฟังพยานบอกเล่าที่มีมาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เพราะนักกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เห็นว่าการรับฟังพยานบอกเล่าจะเป็นโทษมากกว่าเป็นประโยชน์ในการที่จะค้นหาความจริง เพราะเหตุที่ว่าพยานบอกเล่ามีข้อบกพร่องหรือข้อด้อยอยู่หลายประการ ดังนี้

ประการที่ 1. การรับฟังพยานบอกเล่าจะทำให้บุคคลซึ่งเป็นประจักษ์พยานไม่ต้องสาบานตนและเบิกความต่อหน้าศาล ขณะที่เขาบอกเล่าข้อเท็จจริงนั้น ไม่มีหลักประกันใดว่าจะพูดความจริงก็ทำให้ข้อเท็จจริงที่มีการบอกเล่าขาดความน่าเชื่อถือ เพราะไม่ได้ทำภายใต้ความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำสาบาน

ประการที่ 2. การเล่าเรื่องต่อกันหลายทอดจะทำให้ข้อความที่บอกเล่าเปลี่ยนแปลงคลาดเคลื่อนได้ เพราะคนเล่าแต่ละทอดอาจจะตัดทอนหรือเพิ่มเติมข้อเท็จจริงบางตอนโดยจงใจหรือไม่จงใจก็ได้ เนื่องจากสภาพสมองไม่ได้จดจำข้อมูลร้อยเปอร์เซ็นต์เหมือนเทปบันทึกเสียง โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่เป็นรายละเอียดมากมายส่วนมากก็จะมีเพิ่มขึ้น ลดลงหรือเปลี่ยนแปลงไปบ้าง เพราะฉะนั้นยิ่งถ่ายทอดมากครั้งก็จะถูกบิดเบือนไปมากขึ้น

ประการที่ 3. การรับฟังพยานบอกเล่าทำให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามกับฝ่ายที่อ้างพยานไม่มีโอกาสที่จะถามค้านคนที่รู้เห็นข้อเท็จจริงและการถามค้านตัวพยานบอกเล่าก็จะไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เพราะพยานบอกเล่านั้นก็ทราบเท่าที่บอกเล่าเล่าให้ฟัง แต่รายละเอียดของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้บอกเล่าไม่ได้เล่าให้ฟัง แต่เป็นสิ่งที่จะช่วยเสริมหรือลดน้ำหนักของการรับฟังพยาน พยานบอกเล่าไม่สามารถที่จะตอบคำถามนั้นได้เพราะเขาไม่ได้รับฟังมา เพราะฉะนั้น การที่ฝ่ายตรงข้ามไม่มีโอกาสที่จะถามค้านทำให้เขาเสียสิทธิที่สำคัญ และทำให้ขบวนการซึ่งน้ำหนักพยานขาดสาระที่สำคัญไป คือในระบบใช้พยานหลักฐานการที่คู่ความสองฝ่ายมีโอกาสซักถาม ถามค้านและถามดิงเป็นกระบวนการที่นักกฎหมายเชื่อกันว่าจะทำให้ความจริงปรากฏ แม้ผู้เบิกความจะพยายามปกปิดความจริง พยายามจะเล่าแต่เรื่องในทางดีหรือหมายความว่าปั้นแต่งข้อมูลที่เป็นเท็จแต่การที่ต้องถูกบังคับให้ตอบคำถามแก่อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีความชำนาญก็จะทำให้ความจริงปรากฏได้ นี่คือความเชื่อของนักกฎหมายและเป็นระบบที่ประเทศใช้อยู่

ข้อบกพร่องของพยานบอกเล่านี้เป็นเหตุผลของการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า ซึ่งในกฎหมายไทยก็รับแนวคิดนี้มาใช้ด้วย ในประเทศภาคพื้นยุโรปมีแนวคิดการไม่รับฟังพยานบอกเล่าเหมือนกัน แต่ข้อยกเว้นค่อนข้างยืดหยุ่นผ่อนปรนมากกว่าและไม่ได้กำหนดไว้ตายตัวเหมือนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เห็นได้จากข้อยกเว้นของการรับฟังพยานบุคคลที่เป็นพยานบอกเล่าในมาตรา 95 เดิม เขียนในแนวคิดหรือรูปแบบของประเทศในภาคพื้นยุโรป คือค่อนข้างยืดหยุ่นให้ศาลใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องราวได้ แต่ที่แก้ไขใหม่ข้อยกเว้นมีลักษณะผสมผสานคือ ไม่ถึงกับปล่อยให้ดุลพินิจเต็มที่ แต่เขียนเป็นแนวทางและไม่ได้กำหนดเจาะจงลงไปว่าพยานบอกเล่าชนิดใดบ้างที่รับฟังได้ คือนำทั้งของคอมมอนลอว์และของยุโรปมาผสมกัน อ้างถึงในเจมส์ ชูติงส์. (2552). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 12. หน้า 73-75.

¹²² โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 266.

กล่าวกันว่า การห้ามรับฟังพยานบอกเล่าเกิดขึ้นควบคู่กับการพิจารณาคดีโดยจู้รี และเพื่อป้องกันมิให้มีการนำเสนอพยานหลักฐานที่ไม่อาจตรวจสอบด้วยการถามค้านได้ ปัจจุบันการพิจารณาคดีส่วนใหญ่ไม่ได้ใช้จู้รีแล้ว และโดยเทคโนโลยีสมัยใหม่สามารถบันทึกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ดีกว่าความจำของมนุษย์ โดยที่ยังคงให้มีการตรวจสอบด้วยการถามค้านได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงไม่ควรที่จะห้ามรับฟังพยานบอกเล่าจนทำให้เกิดความยุ่งยากเกินไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ตายไปแล้ว หาตัวไม่พบ จำเรื่องราวไม่ได้ หรือไม่อาจเบิกความได้ ทั้งเหตุผลที่ไม่รับฟังพยานบอกเล่าหลายข้อในปัจจุบันไม่มีน้ำหนักเสียแล้ว พยานบอกเล่าในบางเรื่องมีเหตุที่น่าเชื่อถือยิ่งกว่าพยานชั้นต้นเสียอีก

และเนื่องจากความจำเป็นทางการค้าทำให้ศาลอังกฤษต้องสร้างช้อยกเว้นต่างๆ ขึ้น ในบางกรณีรัฐสภาได้ออกกฎหมายยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่าได้เพิ่มขึ้นมากมาย เช่น The Evidence Act, 1938, The Criminal Evidence Act, 1965, The Civil Evidence Act, 1968, The Criminal Evidence Act, 1984, The Police and Criminal Evidence Act, 1984, และ The Criminal Justice Act, 1988 เป็นต้น

ตาม The Civil Evidence Act, 1968 พยานบอกเล่าในคดีแพ่งอาจรับฟังได้ โดยความยินยอมของกลุ่มความ โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือโดยกฎของศาลก็ได้ บันทึกข้อความซึ่งทำโดยบุคคลผู้มีหน้าที่และได้ข้อมูลมาจากผู้รู้เห็นเองโดยตรง หรือมีการส่งข้อมูลต่อมาเป็นทอดๆ ตามหน้าที่กับข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ก็รับฟังได้

นอกจากนั้นยังให้รับฟังข้อความหรือบันทึกอันเป็นคำรับที่เป็นปฏิบัติยกต่อคู่ความ งานตีพิมพ์ซึ่งมีลักษณะเป็นสาธารณะ เช่น ประวัติศาสตร์ งานทางวิทยาศาสตร์ พจนานุกรม แผนที่ เอกสารมหาชนต่างๆ และบันทึกบางอย่าง เช่น สำนวนความ สนธิสัญญา ใบบัญชีของทางราชการ การอภิเษก และการแต่งตั้งบุคคลในตำแหน่งต่างๆ เป็นต้น อนึ่งกฎหมายนี้ยังได้นำช้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าบางอย่างที่ศาลสร้างขึ้น มาบัญญัติรับรองไว้ด้วย เช่น ข้อความซึ่งแสดงถึงชื่อเสียง หรือประเพณีของครอบครัว เป็นต้น¹²³

ตาม The Criminal Evidence Act, 1965 ได้เพิ่มช้อยกเว้นให้รับฟังเอกสารซึ่งมีการบันทึกข้อมูลทางการค้าหรือธุรกิจ โดยผู้ให้ข้อมูลได้รู้เห็นข้อมูลนั้นเอง และไม่สามารถมาเบิกความต่อศาลได้ ต่อมาได้มีการออก The Police and Criminal Evidence Act, 1984 มาแทนที่ โดยได้ขยายช้อยกเว้นให้กว้างขวางขึ้น คลุมไปถึงเอกสารที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์ และเกี่ยวกับการรับฟังคำรับของผู้ต้องหาด้วย

¹²³ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 264-265.

ส่วน The Criminal Justice Act, 1988 ก็ได้ยกเว้นให้ศาลสามารถอนุญาตให้รับฟังพยานบอกเล่าชั้นเดียวที่เป็นเอกสารได้ ในกรณีที่ผู้ทำเอกสารไม่อาจมาศาล รวมทั้งให้รับฟังเอกสารที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์และรับฟังรายงานของผู้เชี่ยวชาญโดยผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความ¹²⁴

นอกจากนี้ผู้พิพากษาอังกฤษในคดี Sugden v Lord St. Leonards ได้เคยพยายามที่จะวางหลักต่างๆ ไปไว้ว่า การที่ศาลจะยอมรับฟังคำพยานบอกเล่าเป็นข้อยกเว้นนั้นควรจะอยู่ภายใต้กฎดังต่อไปนี้

- 1) คดีนั้นจะต้องมีรูปไปในทางที่จะหาพยานอื่นได้ยาก นอกจากพยานบอกเล่า
- 2) ผู้ที่บอกข้อเท็จจริงมานั้นจะต้องไม่กระทำเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์
- 3) คำบอกเล่านั้นจะต้องเกิดขึ้นก่อนมีคดี
- 4) ผู้บอกเล่ามีโอกาสรู้ข้อเท็จจริงเป็นพิเศษ

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นในเรื่องการรับฟังคำพยานบอกเล่า มีมากมายหลายประการ เหตุผลที่กล่าวข้างต้นทั้ง 4 ข้อ จึงไม่อาจจะนำมาใช้ได้ทุกกรณี ฉะนั้นถ้าโดยทั่วไปแล้วเหตุผลในการรับฟังจึงมารวมอยู่ที่จุดใหญ่เป็นสองประการ คือ

- 1) เพราะความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการที่จะค้นหาความจริง เช่น เพราะว่าตามรูปคดีไม่มีพยานอื่นที่จะคิดว่าพยานบอกเล่า
- 2) เพราะเป็นกรณีพิเศษที่ทำให้พยานบอกเล่ากลับมีน้ำหนักคิดว่าพยานสามัญ¹²⁵
กล่าวโดยสรุปได้ว่าประเทศอังกฤษได้มีการพัฒนาข้อยกเว้นโดยเปิดโอกาสให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า (hearsay) บางประเภทได้ เช่น

- 1) คำกล่าวของผู้ใกล้จะตาย (dying declaration)¹²⁶

หลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้มีว่า ถ้อยคำของผู้ที่กำลังจะตายใช้ได้เฉพาะในคดีที่จำเลยถูกฟ้องว่าฆ่าผู้ตาย และรับฟังได้เฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ที่จำเลยกระทำผิด ข้อที่สำคัญที่สุดผู้กล่าวถ้อยคำถึงแก่กรรมไปแล้ว ไม่อาจมาเบิกความได้ และขณะที่กล่าวข้อความนั้นผู้กล่าวรู้ตัวว่าใกล้จะตาย โดยหมดหวังที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไปอีกแล้ว ซึ่งโจทก์จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นเช่นนั้นด้วย

การที่จะถือว่าผู้ตายรู้ตัวว่าจะตายหรือไม่ ก็ดูจากคำกล่าวหรือกิริยาอาการของผู้ตายนั่นเอง ผู้ตายอาจสงสัยเกี่ยวกับลูกเมีย ทรัพย์สินสมบัติ การจัดการงานศพ หรืออาจปรากฏจาก

¹²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 266.

¹²⁵ โอสด โกลิน. เล่มเดิม. หน้า 315.

¹²⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 828.

ความเห็นของแพทย์ที่บอกให้ผู้ตายรู้ว่าหมดหวังในชีวิตแล้ว หรือปรากฏจากบาดแผลที่สาหัสซึ่งผู้ตายย่อมรู้ว่าจะไม่มีการรอดได้

ศาลอังกฤษเคยตัดสินว่าผู้ตายซึ่งได้รับแจ้งจากแพทย์ว่าใกล้จะตายแล้วได้บอกกับญาติว่า “ฉันจะไปแล้ว แต่อย่าบอกใครนะ” พร้อมกับเล่าเรื่องราวเกิดเหตุขึ้นอย่างไรมัน แสดงว่าผู้ตายรู้ว่าตนใกล้จะตายแล้ว คำกล่าวของเขาจึงรับฟังได้ ในอีกคดีหนึ่งผู้ตายบอกให้จดข้อความว่า “ฉันให้ถ้อยคำนี้ด้วยเกรงว่าใกล้จะสิ้นชีวิตแล้ว และไม่มี ความหวังว่าจะหาย” แต่เมื่อมีการอ่านข้อความนั้นให้ฟังผู้ตายกลับขอแก้ไขข้อความว่าเป็นว่า “และในปัจจุบันไม่มี ความหวังว่าจะหาย” ดังนี้ ศาลอังกฤษถือว่าผู้ตายยังไม่หมดหวังในชีวิต คำกล่าวของเขาจึงรับฟังไม่ได้

กล่าวกันว่าข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าในข้อนี้มีประวัติที่แปลกประหลาดและไร้เหตุผลเพราะในศตวรรษที่ 19 มีการฆ่าผู้เสียหายเพื่อปิดปากมิให้มาเป็นพยาน ศาลจึงต้องรับฟังคำของผู้ที่ใกล้จะตาย แต่การให้เหตุผลว่าที่รับฟังก็เพราะเป็นคำกล่าวจากเตียงผู้ใกล้จะตาย ผู้ใกล้จะตายคงพูดความจริง ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้น เหตุใดจึงไม่รับฟังพยานนี้ในคดีแพ่งและในคดีอาญาอื่น ๆ นอกจากคดีฆ่าคนตายด้วย¹²⁷

2) คำกล่าวที่ใกล้ชิดเหตุการณ์

ตามกฎหมายอังกฤษยอมให้รับฟังข้อเท็จจริงซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ (res gestae) แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นพยานบอกเล่าก็ตาม¹²⁸ ข้อความที่กล่าวขึ้นขณะเดียวกับที่เหตุการณ์เกิดขึ้นจะรับฟังได้ เช่น ผู้ที่ถูกทำร้ายระบุชื่อคนร้ายทันทีที่ถูกทำร้าย ผู้ที่ได้ยินคำระบุชื่อคนร้าย อาจมาเบิกความเป็นพยานได้¹²⁹ หรือข้อความที่กล่าวขึ้นขณะเดียวกันกับการเกิดขึ้นของเหตุการณ์และเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดี หากข้อความนั้นกล่าวขึ้นหลังเหตุการณ์ แม้จะเป็นเวลาเล็กน้อยก็จะรับฟังไม่ได้ เช่น ผู้หญิงที่ถูกเช็ดคอในห้อง วังออกมานอกห้องแล้วร้องว่าถูกจำเลยทำร้าย ดังนี้คำเบิกความของผู้ที่ได้ยินผู้หญิงร้องขึ้นนั้น ถือว่าเป็นพยานบอกเล่าที่รับฟังไม่ได้ เพราะถือว่าเหตุการณ์ได้ผ่านไปแล้ว ผู้หญิงผู้กล่าวมีโอกาสร่างหลักฐานหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงได้¹³⁰ เป็นต้น

¹²⁷ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 281-282.

¹²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 462.

¹²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 283.

¹³⁰ แหล่งเดิม. หน้า 462.

3) คำรับที่เป็นปฏิปักษ์ต่อประโยชน์ของคู่ความ

คำรับของคู่ความนอกศาล ซึ่งกฎหมายอังกฤษถือว่าเป็นคำรับอย่างไม่เป็นทางการ รับฟังเป็นข้อยกเว้นพยานบอกเล่าได้ เพราะเป็นคำกล่าวที่ทำให้ตนเสียประโยชน์ น่าเชื่อว่าเป็นความจริง แต่จะรับฟังได้เฉพาะกรณีที่ผู้กล่าวตายไปแล้ว และต้องเป็นคำกล่าวที่ทำให้เสียผลประโยชน์ทางทรัพย์สินเท่านั้น เช่น คำกล่าวที่ว่าได้รับค่าเช่าแล้ว หรือได้รับชำระหนี้บางอย่างอื่นแล้ว หรือคำกล่าวของผู้ครอบครองที่ดินว่าตนเป็นเพียงผู้เช่ามิใช่เจ้าของ เป็นต้น หากเป็นการกล่าวที่เสียประโยชน์ในทางอื่น ซึ่งมีใช้ทางเงินทองหรือทรัพย์สิน คำกล่าวนั้นหาอาจรับฟังได้ไม่ เช่น คำกล่าวของพระที่รับว่าได้ประกอบพิธีสมรสโดยไม่ถูกต้อง หรือคำกล่าวของชายที่รับว่าได้สัญญาว่าจะแต่งงานกับหญิงและรับว่าเป็นพ่อของเด็ก เป็นต้น¹³¹

4) พยานบอกเล่าเกี่ยวกับสิทธิมหาชนบางอย่าง

สิทธิของคนทั่วไปหรือของคนบางกลุ่มซึ่งมีมานานแล้ว เป็นการสุควิสัยที่จะนำบุคคลผู้รู้เห็นเกี่ยวกับสิทธินั้นมาเบิกความได้ กฎหมายของประเทศอังกฤษยอมให้พยานผู้รู้เห็นดังกล่าวด้วยเอกสาร โบราณและคำกล่าวของผู้ที่ตายไปแล้วซึ่งรู้เห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ เช่น สิทธิของประชาชนที่จะใช้ทางซึ่งเป็นทางหลวง หรือสิทธิของคนบางกลุ่มที่จะใช้ที่รกร้างว่างเปล่าร่วมกัน¹³² เป็นต้น

3.3 การรับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หลังจากที่ได้มีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัยรัชการที่ 5 แล้ว ความสำคัญที่จะต้องดำเนินการต่อไปก็คือการปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่และถือเป็นการจำเป็นที่จะต้องรีบทำในเวลานั้นเพื่อจะได้ขอแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต แต่การที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งหมดหรือจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่จะต้องใช้เวลาช้านาน ในขณะที่มีปัญหาเฉพาะหน้าที่จะต้องแก้ไขอยู่มาก การแก้ปัญหานั้นในระยะแรกก็คือการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่องๆ ไป หรือนำหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งส่วนใหญ่ก็คือหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิพากษาคดี หลังจากนั้นจึงได้ตัดสินใจที่จะจัดทำประมวลกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป¹³³

¹³¹ Nokes. Op.cit. pp. 323-325.

¹³² โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 285.

¹³³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2543). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 197.

3.3.1 สมัยก่อนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใช้บังคับ

3.3.1.1 การนำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในระยะแรก

เมื่อมีการเปิดประเทศติดต่อค้าขายกับชาวต่างชาติมากขึ้นตั้งแต่ครั้งรัชการที่ 4 กฎหมายไทยเดิมที่มีอยู่ย่อมไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะปัญหาทางด้านพาณิชย์ การนำหลักกฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้เป็นเรื่องๆ ไปจึงเป็นวิธีที่สะดวกที่สุดในเวลานั้น ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการรับกฎหมายอังกฤษมาใช้เป็นเรื่องๆ ว่ามีลักษณะเป็น piece meal โดยศาลจะนำหลักกฎหมายอังกฤษเข้ามาตัดสินคดีเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งในกรณีนี้จะไม่กระทบต่อพระธรรมนูญเดิม โดยศาลจะอ้างว่า “มีหลักกฎหมายว่า...” ซึ่งเป็นที่เข้าใจโดยนัยว่า “มีหลักกฎหมายอังกฤษว่า...” นั่นเอง เหตุที่ไม่อ้างว่าเป็นหลักกฎหมายอังกฤษก็เพราะประเทศไทยเป็นประเทศเอกราช มิใช่อาณานิคมของอังกฤษ จะอ้างเอากฎหมายอังกฤษมาใช้โดยตรงก็คงจะดูกระไรอยู่¹³⁴

อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษที่มีต่อกฎหมายไทยในระยะแรกนั้น เริ่มต้นด้วยการนำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติก่อน กล่าวคือ ในปี พ.ศ. 2437 หรือ ร.ศ. 115 ได้ประกาศยกเลิกการพิจารณาคดีแบบจารีตประเพณีนครบาล โดยประกาศพระราชบัญญัติพิจารณาความมิโทษทางอาญาขึ้นใช้แทน และได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่งด้วย ซึ่งกฎหมายวิธีสบัญญัติเหล่านี้ได้ร่างขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายอังกฤษเป็นมูลฐาน¹³⁵

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ซึ่งให้ตราขึ้นเพื่อแก้ไขความยุ่งยากซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม ได้รับอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งพอจะสรุปได้ว่าในด้านการปฏิรูปการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ทำให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเปลี่ยนแปลงจากเดิมเป็นอันมาก กล่าวคือ แต่เดิมนั้นผู้ต้องหาต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่ในกฎหมายที่ปรับปรุงใหม่นี้ศาลไทยใช้วิธีพิจารณาความแบบที่ใช้ในศาลอังกฤษทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง

ในคดีแพ่งนั้นผู้ใดกล่าวอ้างข้อความอันใดฝ่ายนั้นเป็นผู้ที่หน้าที่นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นจริงตามข้ออ้างนั้น ผู้พิพากษาจะลงโทษบุคคลใดต้องอาศัยพยานหลักฐานในคดีนั้นเป็นสำคัญและในกรณีที่สงสัยว่าจำเลยจะกระทำความผิดหรือไม่ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย การซักถามพยานในศาลเป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องกระทำเองตามระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ศาลมิได้ช่วยซักถามพยานอย่างกฎหมายเดิม ศาลจะถามอย่างคน

¹³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 258.

¹³⁵ แหล่งเดิม. หน้า 198.

กลางเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของคดีเท่านั้น ผู้วินิจฉัยคดีก็คือ ผู้พิพากษาเท่านั้น ไม่รวมถึง ลูกขุนตามกฎหมายเก่า การซักถามพยานมีการถามซัก (Examination-in Chief) การถามค้าน (Cross-examination) และการถามติง (Re-examination) เหมือนระบบกฎหมายอังกฤษทุกอย่างเพียงแต่มีได้นำระบบลูกขุน (jury) ของอังกฤษมาใช้¹³⁶

3.3.1.2 คำสอนในโรงเรียนกฎหมาย

อิทธิพลของหลักกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น ไม่เพียงแต่ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติเท่านั้น แม้การสอนที่โรงเรียนกฎหมายในเวลานั้น ก็สอนโดยอ้างหลักกฎหมายอังกฤษอยู่มาก¹³⁷ และหลักกฎหมายอังกฤษนอกจากได้มีการนำมาใช้ในการพิจารณาคดีและในบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ยังมีการนำหลักกฎหมายอังกฤษมาสอนในโรงเรียนกฎหมายด้วย¹³⁸ การจัดการศึกษากฎหมายในชั้นแรกนั้น เนื่องจากไทยเรายังไม่ได้ตัดสินใจเลือกระบบกฎหมายไทยแจ่มชัด การเรียนการสอนในเวลานั้นจึงจัดตามที่มีผู้สอนเห็นสมควร และไม่น่าพิศวงหรือน่าประหลาดใจแต่อย่างใดที่การเรียนการสอนถือตามระบบของอังกฤษ และการจัดการศึกษากฎหมายของอังกฤษอย่างใกล้ชิด เพราะองค์ผู้อำนวยการเอง ทรงสำเร็จการศึกษา มาตามแผนดังกล่าว ข้อเท็จจริงนี้ มองลิเออร์ ปาคูซ์ ที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศสก็ได้สังเกตเห็น และบันทึกไว้ว่า

“ผู้พิพากษาไทยที่ได้รับการฝึกฝนมานั้น ส่วนมากศึกษาจากโรงเรียนกฎหมายที่ กรุงเทพฯ คือกฎหมายฟัวเมีย มารดา และที่ดินจากครูไทย กฎหมายทั่วไปจากผู้ที่ศึกษากฎหมายจาก ประเทศอังกฤษ และบางทีก็จากที่ปรึกษากฎหมายชาวยุโรป ผู้ที่รู้ภาษาอังกฤษก็อ่านจากตำรากฎหมาย ผู้ที่ได้ไปศึกษาก็เพียงแต่ศึกษากฎหมายอังกฤษได้รับเป็น Barrister-at-law รวมความว่าผู้พิพากษาไทยได้รับการฝึกฝนแต่แบบอย่างอังกฤษหรือกฎหมายฯลฯ”

เจ้าพระยามหิธร (ลออ ไกรฤกษ์) นักเรียนกฎหมายรุ่นแรกของพระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ (พระยศในขณะนั้น) เล่าความเกี่ยวกับโรงเรียนกฎหมายยุคนั้นว่า

“...โรงเรียนกฎหมายในขณะนั้นจัดขึ้นเป็นกิ่งราชการคล้ายหอพระสมุดสำหรับพระนคร เจ้าหน้าที่เรียกว่ากรมสัมปาทิก มีสถานายก เลขานุการ เภรัญญิก และผู้ช่วยอีก 2 คน กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงสอนเป็นประจำ มีพระยาประชาภิจักรจักร (แฉ่ม บุญนาค) ช่วยบ้าง นอกจากนั้น ที่มีชื่อเป็นผู้สอนคือ ขุนหลวงพระ ไกรสี (เปล่ง) กรมหลวงพิชิตปรีชากร และพระองค์เจ้าวัชรวิงศ์

¹³⁶ คูนิย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. (2525). *วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี: ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ*. หน้า 34-35.

¹³⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 199-200.

¹³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 260.

ในจำนวนนักเรียน 100 คนเศษ มีผู้พิพากษาหัวเมืองอย่างเช่นพระยาสุริยเดชวิเศษฤทธิ อธิบดีผู้พิพากษาศาลมณฑลนครราชสีมา และพระยาภักดีราช อธิบดีผู้พิพากษาศาลมณฑลกรุงเก่ามาฟังคำสอนและฝึกหัดอบรมด้วย การเรียนกฎหมายในครั้งนั้นครึกครื้น เพราะกลัวพูด กล้าถาม ฝ่ายอาจารย์ก็ยินดีให้ความแจ่มใสแก่นักเรียน มีผู้เห็นกันมากกว่ากรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์มีพระนิสัยเป็นอาจารย์คืออย่างยิ่ง โดยในชั้นแรกนั้นทรงสอนที่ห้องเสวยซึ่งอยู่ติดกับห้องเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม แต่จำนวนนักเรียนได้ทวีขึ้นรวดเร็วจนห้องนั้นไม่พอ จึงย้ายไปตึกสี่สตีหลังกลางซึ่งเป็นที่ทำการเนติบัณฑิตยสภาเดี๋ยวนี้ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงสอนด้วยพระองค์เองทุกวันภายหลังที่เสวยเวลากลางวันแล้ว

หนังสือที่ทรงใช้สอนคือกฎหมาย 2 เล่มซึ่งภายหลังผลัดผลเป็นกฎหมายบางเรื่องหรือกฎหมายราชบุรี ทางอาญาใช้ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียเป็นหลัก วิธีพิจารณา สัญญา และประทุษร้ายส่วนแบ่งใช้ตำรากฎหมายอังกฤษ ทรงอธิบายว่าเราจะพ่ายไปฝ่ายเดียวไม่เหลือขาดใครนั้นไม่ได้ ต้องเดินตามทางกฎหมายที่โลกนิยม นอกจากสอนประจำวันยังทรงแต่งตำรากฎหมายขึ้นในปีนั้นหลายลักษณะ เหนื่อยอ่อนไปตามกันทั้งผู้สอนผู้เรียน พระองค์ทรงกรุณาห่วงใยในพวกนักเรียนกฎหมายมาก อยากจะให้วิชาเป็นจริงๆ ทรงสนับสนุนในการว่าความ นักเรียนคนใดไม่มีความจะว่าก็ให้ว่าความแทนผู้ต้องหาในเรือนจำ...”¹³⁹

นอกจากการสอนหลักกฎหมายอังกฤษในโรงเรียนกฎหมายแล้วแนวคิดทางนิติปรัชญาของท่านจอห์น ออสติน (John Austin) ที่สอนกันในอังกฤษก็ได้รับการถ่ายทอดมาสอนต่อในโรงเรียนกฎหมายด้วย และจุดนี้เองที่ทำให้นักกฎหมายถูกมองว่า จำกัดความคิดอยู่เฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษร ยิ่งไปกว่านั้นก็คือ การแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรม ซึ่งถ้าจะพิจารณาไปความคิดของท่านจอห์น ออสติน (John Austin) อันเป็นความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็เป็นเพียงแนวคิดหนึ่งในอังกฤษเท่านั้น มิใช่ว่าปรัชญากฎหมายของอังกฤษจะเป็นเช่นนั้นทั้งหมด หากพิจารณาในคำสอนของท่านเซอร์แอลเฟด เดนนิง (Sir Alfred Denning) ในหนังสือ The Road to Justice ท่านได้กล่าวว่า

“กฎหมายนั้นศาลเป็นผู้สร้างขึ้น (Judge-made law) ถ้าเป็นลายลักษณ์อักษร เช่นพระราชบัญญัติก็ทำขึ้น โดยนักกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ โดยเป็นผู้ร่างผู้ตีความใช้กฎหมายนั้น ทั้งสองอย่างนี้ก็คือคนเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้น ส่วนความยุติธรรมนั้นเป็นความรู้สึกของคน ไม่มีใครสร้างขึ้น นักกฎหมายจึงไม่สามารถปิดความรับผิดชอบในการที่กฎหมายไม่สอดคล้องกับความยุติธรรม

¹³⁹ ชงทอง จันทรางศุ. (2535). การปฏิรูปกฎหมายไทยในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว. หน้า 146-148.

ไปได้ การที่กฎหมายจะบังคับใช้ได้ผลตามบทบัญญัติหรือการที่คนทั้งหลายทำตามกฎหมาย ก็เพราะความสำนึกว่ากิจการที่กฎหมายบัญญัติให้ทำนั้นเป็นการถูกต้อง สมควรที่จะต้องทำตามที่บัญญัติขึ้นนั้น คือสอดคล้องกับความยุติธรรม” ท่านเดนนิ่ง (Denning) นิยามคำว่า “ยุติธรรม” ว่า “อย่างใกล้ชิดที่สุดที่เราจะนิยามคำว่ายุติธรรมได้ก็แต่เพียงว่า เป็นสิ่งที่สมาชิกของชุมชนผู้มีจิตใจที่ถูกที่ชอบเชื่อว่าเป็นธรรม (The rightminded members of the community those who have the right spirit within them believe to be fair)¹⁴⁰

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้โปรดเกล้าฯ ให้ร่างกฎหมายวิธีสบัญญัติใช้บังคับไปพลางก่อน โดยถือว่าเป็นเรื่องเร่งด่วนเพราะหากจะจัดทำให้เป็นรูปประมวลกฎหมายโดยสมบูรณ์แบบจะต้องใช้เวลานาน อันจะไม่ทันกับความต้องการของประเทศในเวลานั้น ดังนั้นใน ร.ศ. 113 จึงได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะพยานและใน ร.ศ. 115 ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ต่อมาเมื่อมีการตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ก็ได้ตั้งคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งเพื่อร่างพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นด้วย โดยแนวความคิดที่จะแยกการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาออกจากกันเพื่อให้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและการฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษเป็นไปโดยชัดเจน เพราะแต่เดิมนั้นศาลมักจะวินิจฉัยค่าปรับและค่าเสียหายปะปนกันไป อย่างไรก็ตามกฎหมายวิธีพิจารณาที่ประกาศใช้นี้เป็นการร่างขึ้นโดยด่วนเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายเท่านั้น เมื่อประกาศใช้ไปแล้วจึงปรากฏข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ทำให้ต้องประกาศใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรมและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นใหม่ เมื่อ ร.ศ. 127¹⁴¹

จึงอาจกล่าวได้ว่า การสอนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในโรงเรียนกฎหมายในขณะนั้น ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของอังกฤษ เพราะผู้สอนกฎหมายวิธีพิจารณาความ คือกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งทรงสอนด้วยพระองค์เอง นอกจากนี้ผู้พิพากษาทั้งหลายในขณะนั้นยังมาฟังคำสอนและฝึกหัดอบรมด้วย จึงได้รับอิทธิพลความคิดของวิธีพิจารณาความแพ่งจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษจากกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ด้วย

สำหรับการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาความให้สมบูรณ์ในรูปของประมวลกฎหมายนั้น ได้มีการตั้งกรรมการมาแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2453 แต่งานร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความนั้นได้ดำเนินการอย่างจริงจังภายหลังจากที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองเมื่อ พ.ศ.

¹⁴⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 260-261.

¹⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 245-246.

2475 แล้วโดยรัฐบาลได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งเพื่อรับชำระสะสางประมวลกฎหมายที่ยังค้างอยู่ให้เรียบร้อยเพราะเป็นเงื่อนไขที่จะได้รับเอกราชทางการศาลกลับคืนมาและคณะกรรมการได้ยกร่างกฎหมายต่างๆ จนสามารถประกาศใช้ได้ในปี พ.ศ. 2477 คือได้ประกาศใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478¹⁴²

สำหรับการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ได้ร่างขึ้นโดยพิจารณาจากเค้าโครงเดิมของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เป็นส่วนใหญ่ซึ่งกฎหมายฉบับนั้นกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่าง โดยอาศัยกฎหมายของอังกฤษและอินเดียเป็นหลักในการร่าง ส่วนรายละเอียดอื่นๆ เกี่ยวกับการยกร่างนั้น ไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดนัก จากเอกสารที่พอมืออยู่ในห้องสมุดของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพอสรุปได้ว่า ในระหว่าง พ.ศ. 2454 ถึง พ.ศ. 2457 นั้น นายริวิแอร์ ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยปรากฏจากต้นร่างฯ ของนายริวิแอร์ ซึ่งในบางมาตราก็ได้แสดงที่มาเอาไว้ แต่ในบางมาตราก็ไม่ได้ระบุว่ามามีที่มาอย่างไร แต่พอจะจับความได้ว่าร่างโดยอาศัยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เป็นหลักโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติบางส่วนจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสและข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลกงสุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2441 หนึ่งชาวต่างประเทศที่ได้เข้ามามีบทบาทในการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่อจากนายริวิแอร์ ก็คือ นายชาร์ล เลเวส์ก และงานร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ดำเนินการเรื่อยมา จนสามารถประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 2478¹⁴³

3.3.2 อิทธิพลที่มีต่อพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113

พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ร่างโดยอาศัยหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นมูลฐาน¹⁴⁴ ทั้งนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการปรับปรุงกฎหมายเก่าก็เพื่อให้บรรดาอารยประเทศยอมรับนับถือกฎหมายไทย ปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะได้หมดไป ในการแก้ไขกฎหมายเก่าต่างๆ มีการนำเอาแบบอย่างแห่งกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติที่ใช้อยู่ในต่างประเทศและเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์แก่ระบบกฎหมายไทยมาเป็นหลักในการแก้ไข ซึ่งรัฐ

¹⁴² แหล่งเดิม. หน้า 246-247.

¹⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 249-250.

¹⁴⁴ พระวฤฒิศาสตร์เนติญาณ. (1481). วิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 150.

ประกาศนโยบายอันเกี่ยวกับเรื่องนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระราชดำรัสไว้ในพระราชพิธีเปิดรัฐธรรมนูญสภา เมื่อวันที่ 24 มกราคม ร.ศ. 113 ว่า

“...บางทีก็จะมีอยู่เนืองๆ ที่ท่านทั้งหลายจะต้องค้นหาเทียบเคียงกฎหมายต่างๆ ที่ใช้อยู่ในเมืองต่างประเทศ แลหัวเมืองของต่างประเทศทั้งหลายที่มีเฉพาะสำหรับกับบ้านเมืองเราอยู่นี้เป็นสำคัญเป็นสำคัญประกอบด้วยสติสัมปชัญญะเราไม่ควรที่จะเปลี่ยนแปลงจัดการแก้ไขธรรมเนียมที่มีอยู่ทุกวันนี้ให้ใหม่ไปหมดสิ้นทีเดียว แลไม่ควรที่จะล้มตาเอาอย่างทำตามธรรมเนียมที่มีในที่อื่น หากว่าเราจะต้องค่อยๆ ทำการให้ดีขึ้นโดยลำดับ ในกาที่เป็นสิ่งต้องการจะจัดให้ดีแล้วแล เลิกถอยแต่สิ่งทีเห็นเป็นแน่แท้ว่าไม่ดี ฤาเป็นของใช้ไม่ได้แล้วเท่านั้น ทุกเมืองอื่นๆ แลในเมืองนี้เป็นสำคัญทั้งสิ้นย่อมมีธรรมเนียมหลายอย่างซึ่งเป็นที่จะต้องนับถือกันไม่ใช่เพราะว่าเป็นธรรมเนียมเก่าแก่มาแต่โบราณ เสมอเหมือนกับอายุของประเทศนี้โดยเฉพาะ หากเพราะว่าเป็นธรรมเนียมที่สนิทแน่นแฟ้นแต่เข้าใจ แลความเชื่อมั่นของอาณาประชาราษฎร แลเพราะว่า ถ้าจะเลิกถอยธรรมเนียมเช่นนี้เสียก็จะเป็นแต่เพียงที่จะเป็นภัยเกิดขึ้นแก่เมืองที่ตั้งอยู่ได้อย่างเดียวหากแต่จะกระทำให้อาณาประชาราษฎรไม่เป็นผาสุกด้วย... ฯลฯ”¹⁴⁵

พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 นี้เป็นสมัยซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ผู้ทรงสำเร็จวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษกำลังทรงฟื้นฟูการศาลยุติธรรมของประเทศไทย บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายฉบับนี้จึงมีร่องรอยได้เค้ามาจากหลักของอังกฤษเป็นส่วนใหญ่ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งมีหลักการส่วนใหญ่มาจากกฎหมายของอังกฤษ นับได้ว่าเป็นการปฏิวัติขั้นแรกให้กฎหมายลักษณะพยานของไทยเข้าสู่ระบบสากล หลักใหญ่ๆ ของกฎหมายฉบับนี้พอประมวลได้ดังนี้

- 1) ยกเลิกบทบัญญัติที่ห้ามบุคคล 33 ประเภทเป็นพยาน ตามกฎหมายเก่านั้นมีข้อกำหนดว่าบุคคล 33 ประเภทเป็นอูตรีพยาน ห้ามมิให้ศาลรับฟัง เช่น คนหูหนวก คนตาบอด หญิงโสเภณี หญิงมีครรภ์ ช่างเกือก ฯลฯ แต่ตามกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 วางหลักใหม่ว่า บุคคลใดที่มีสติรู้จักผิดชอบและเข้าใจความก็เป็นพยานได้
- 2) กำหนดเอกสิทธิ์ของบุคคลบางประเภทที่จะไม่ต้องเป็นพยาน
- 3) กำหนดวิธีการสืบพยานไว้เป็น 3 ประการ คือเดินเผชิญสืบ เรียกพยานมาสืบในศาล และส่งประเด็นไปสืบ
- 4) กำหนดวิธีการและโทษสำหรับพยานที่ไม่ยอมมาให้การ

¹⁴⁵ กรมศิลปากร. (2488). พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวและพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว. หน้า 98.

- 5) กำหนดวิธีการอ้างพยานเอกสาร
- 6) กำหนดวิธีชี้สองสถานและกะประเด็นนำสืบ
- 7) กำหนดวิธีการถามพยาน คำนพยานและตั้งพยาน และการพิสูจน์พยาน
- 8) บทกำหนดโทษผู้กระทำผิดในกฎหมายลักษณะพยาน¹⁴⁶

3.3.3 อิทธิพลที่มีต่อพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้มีพระบรมราชโองการประกาศใช้ เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม ร.ศ. 115 ประกอบด้วยเนื้อหา 24 หมวด หรือ 142 มาตรา และให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ในศาลทั้งปวงทั่วพระราชอาณาจักร ยกเว้นในศาลพิเศษซึ่งมีข้อบังคับสำหรับศาลนั้นๆ ไว้แล้วและในศาลที่มีธรรมเนียมในศาสนาที่ใช้เป็นกฎหมาย พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงเรื่องอำนาจศาลคดีแพ่ง คดีประเภทใดบ้างจึงจะนำมาฟ้องยังศาลแพ่งได้ เขตอำนาจศาลต่างๆ ในคดีแพ่ง ข้อห้ามผู้พิพากษาในคดีที่ไม่ควรพิจารณากระบวนพิจารณาคดีแพ่ง การพิจารณาคดีมโนสำเนา การสืบพยานในคดีแพ่ง การบังคับคดีแพ่ง การวางเงินกลางศาล การถอนฟ้องและขอมความ หมายเรียกผู้แพ่งคดีมาไต่สวน การลงโทษผู้ที่ไม่ทำตามคำบังคับ การอุทธรณ์ อนุญาโตตุลาการ คดีอนาถา การว่าต่างแก้ต่าง กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับตัวความตายในระหว่างพิจารณา การละเมิดอำนาจศาลและการยกเลิกกฎหมายเดิม ต่อมาในวันที่ 29 พฤศจิกายน ร.ศ. 117 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ออกประกาศเป็นพระบรมราชโองการได้ใช้ชื่อว่า “ประกาศบอกเลิกกฎหมายต่อท้ายพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่งรัตนโกสินทร์ศก 115 ใจความของประกาศฉบับนี้ได้บอกเลิกกฎหมายเดิมที่ล้าสมัยทั้งหลาย เช่น วิธีพิสูจน์อุยเพลิง เป็นต้น¹⁴⁷

3.3.4 อิทธิพลที่มีต่อพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ให้ตราขึ้นเพื่อแก้ไขความยุ่งยากซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมซึ่งได้ปรับปรุงแก้ไขมาหลายๆ ครั้งการตราขึ้นนี้มีเจตนาจะให้ใช้ไปพลางก่อนจนกว่าจะมีประมวลกฎหมาย ในพระราชบัญญัตินี้มีทั้งสิ้น 21 หมวด 145 มาตรา เป็นรายละเอียดที่บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินคดีแพ่งในศาล ตัวอย่างเช่น

หมวดที่ 1 เป็นเรื่องนามของพระราชบัญญัติและการใช้พระราชบัญญัติ ซึ่งให้ใช้ตลอดศาลทั่วราชอาณาจักร โดยมีข้อยกเว้นเหมือนพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115

¹⁴⁶ โอสถ โกศิน. (2501). คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 8.

¹⁴⁷ สุณีษ์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 31-32.

หมวดที่ 2 เป็นเรื่องอำนาจศาล ห้ามการฟ้องซ้ำ และข้อรังเกียจของผู้พิพากษา การยอมความ

หมวดที่ 3 เป็นลักษณะฟ้องความ การฟ้องความต้องฟ้องยังศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น โดยยึดหลักศาลที่ทรัพย์นั้นอยู่ และจำเลยอยู่ทำมาหากินหรือศาลคดีเกิดขึ้นการร้องขอโอนคดี

หมวดที่ 4 เป็นวิธีการพิจารณาคดีมโนสำเนา คือ คดีมีทุนทรัพย์ไม่เกิน 200 บาทยกเว้นแต่ราคาที่ดินให้ศาลรวบรวมพิจารณาให้สั้นเข้า และสามารถฟ้องด้วยวาจาได้

หมวดที่ 5 เป็นเรื่องของการพิจารณาคดีสามัญ ตั้งแต่เรื่องทุนทรัพย์ การยื่นคำให้การ การออกหมายเรียกจำเลย การยื่นคำฟ้องและคำให้การ ฟ้องแย้ง การชี้สองสถาน และช้อยกเว้น การนัดคู่ความ การอ้างหนังสือสำคัญ การอ้างบัญชีพยาน การเลื่อนวันพิจารณา การตัดสิน การเขียนถ้อยคำสำนวน

หมวดที่ 6 เป็นเรื่องการขาดนัดและคำพิพากษา กล่าวถึงการพิจารณาโดยจำเลยขาดนัด คู่ความขาดนัด

หมวดที่ 7 เป็นบทบัญญัติเรื่องยึดทรัพย์ก่อนคำพิพากษา

หมวดที่ 8 เป็นเรื่องเงินวางศาล

หมวดที่ 9 เป็นบทบัญญัติเรื่องถอนฟ้องทั้งฟ้อง

หมวดที่ 10 เป็นเรื่องทอค โฉนดบัตรหมาย คือ การส่งหมายโดยเจ้าพนักงาน การส่งหมายต่างๆ

หมวดที่ 11 ว่าด้วยคำสั่งหรือคำบังคับของศาล

หมวดที่ 12 ว่าด้วยการยึดทรัพย์

หมวดที่ 13 เป็นเรื่องอำนาจลงโทษของศาลแก่ผู้ที่ไม่ทำตามคำบังคับ

หมวดที่ 14 เป็นบทบัญญัติเรื่องการอุทธรณ์ หมวดนี้มีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2473

หมวดที่ 15 เป็นบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการ

หมวดที่ 16 เป็นบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาคดีอนาถา

หมวดที่ 17 เป็นบทบัญญัติเรื่องการว่าต่างแก้ต่าง การแต่งตั้งทนายความ การตั้งผู้รับไว้ความ การห้ามหมายความว่าความ กฎข้อบังคับของทนายความ

หมวดที่ 18 เป็นบทบัญญัติเรื่องตัดความตายในระหว่างพิจารณากำหนดให้มีการรับมรดกความได้ภายในกำหนดเวลา 1 ปี

หมวดที่ 19 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องละเมิดอำนาจศาล

หมวดที่ 20 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยกำหนดเวลาว่าจะนับกันอย่างไร อำนาจของศาลที่จะกำหนดเวลาเป็นพิเศษได้

หมวดที่ 21 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยคำธรรมเนียมศาล¹⁴⁸

พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 กับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 นี้เป็นเพียงกฎหมายที่ใช้บังคับไปพลางก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญาจะประกาศใช้บังคับ แต่ก็พอจะสรุปได้ว่าในด้านการปฏิรูปการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ทำให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเปลี่ยนแปลงจากเดิมเป็นอันมาก กล่าวคือแต่เดิมนั้นผู้ต้องหาต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่ในกฎหมายที่ปรับปรุงใหม่นี้ศาลไทยใช้วิธีพิจารณาความแบบที่ใช้ในศาลอังกฤษทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง ในคดีแพ่งนั้นผู้ใดกล่าวอ้างข้อความอันใดฝ่ายนั้นเป็นผู้ที่หน้าที่นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นจริงตามข้ออ้างนั้น ผู้พิพากษาจะลงโทษบุคคลใดต้องอาศัยพยานหลักฐานในคดีนั้นเป็นสำคัญและในกรณีที่สงสัยว่าจำเลยจะกระทำความผิดหรือไม่ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย การซักถามพยานในศาลเป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องกระทำเอง ตามระบบกล่าวหา (Accusatorial System) นั้นศาลมิได้ช่วยซักถามพยานอย่างกฎหมายเดิม ศาลจะถามอย่างคนกลางเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของคดีเท่านั้น ผู้วินิจฉัยคดีก็คือผู้พิพากษาเท่านั้นไม่รวมถึงลูกขุนตามกฎหมายเก่า ในเรื่องการซักถามพยานนั้นจะมีการถามซัก (Examination-in Chief) การถามค้าน (Cross-examination) และการถามติง (Re-examination) เหมือนระบบกฎหมายอังกฤษทุกอย่าง เพียงแต่มิได้นำระบบลูกขุน (jury) ของอังกฤษมาใช้เท่านั้น ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะรากฐานของระบบพิจารณาคดีในประเทศไทยที่มีค่านิยมว่าผู้พิพากษาเท่านั้นเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดี¹⁴⁹

3.3.5 ช่วงของการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

สำหรับการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาความให้สมบูรณ์ในรูปของประมวลกฎหมายนั้น ได้มีการตั้งกรรมการมาแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2453 แต่งานร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความได้ดำเนินการอย่างจริงจังภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 แล้วโดยรัฐบาลได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งเพื่อริบชำระสะสางประมวลกฎหมายที่ยังค้างอยู่ให้เรียบร้อยเพราะเป็นเงื่อนไขที่จะได้รับเอกราชทางการศาลกลับคืนมาและคณะกรรมการได้ยกร่างกฎหมายต่างๆ จนสามารถประกาศใช้ได้ในปี พ.ศ. 2477 คือได้ประกาศใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประมวลกฎหมาย

¹⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 31-34.

¹⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 34-35.

วิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478¹⁵⁰

สำหรับการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ได้ร่างขึ้นโดยพิจารณาจากเค้าโครงเดิมของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เป็นส่วนใหญ่ซึ่งกฎหมายฉบับนั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่าง โดยอาศัยกฎหมายของอังกฤษและอินเดียเป็นหลักในการร่าง ส่วนรายละเอียดอื่นๆ เกี่ยวกับการร่างนั้น ไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดนัก จากเอกสารที่พอมืออยู่ในห้องสมุดของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พอสรุปได้ว่า ในระหว่าง พ.ศ. 2454 ถึง พ.ศ. 2457 นั้น นายริวิแอร์ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยปรากฏจากต้นร่างๆ ของนายริวิแอร์ ซึ่งในบางมาตราก็ได้แสดงที่มาเอาไว้ แต่ในบางมาตราที่ไม่ได้ระบุว่ามีที่มาอย่างไร แต่พอจะจับความได้ว่าร่างโดยอาศัยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เป็นหลัก โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติบางส่วนจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสและข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลกงสุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2441 อนึ่ง ชาวต่างประเทศที่ได้เข้ามามีบทบาทในการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่อจากนายริวิแอร์ ก็คือ นายชาร์ล เลเวส์ก และงานร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ดำเนินการเรื่อยมา จนสามารถประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 2478¹⁵¹

ในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ประเทศไทยได้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบังคับภายในราชอาณาจักรแก่คดีแพ่งและคดีอาญาแล้วแต่กรณี โดยยกเลิกบรรดากฎหมายวิธีสบัญญัติที่ได้ใช้ไปพลางก่อนชั่วคราวตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้ใน พ.ศ. 2478 นี้ได้รวบรวมบรรดากฎหมายต่างๆ ทั้งในทางหลักวิชาการและในทางปฏิบัติได้สมบูรณ์ยิ่งกว่ากฎหมายก่อนๆ กล่าวคือ มิใช่เป็นประมวลกฎหมายที่ได้ตราบทบัญญัติขึ้นใหม่ แต่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายทั้งสองนี้ส่วนมากเป็นกฎหมายที่ได้ใช้มาแต่เดิมแล้วหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบ้างก็เป็นส่วนน้อยทั้งนี้เพื่อให้ใช้การได้สะดวกและให้เข้าเป็นรูปประมวลเพื่อให้ประสานกับพระธรรมนูญศาลยุติธรรมที่เปลี่ยนแปลงใหม่¹⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478 นี้เป็นกฎหมายที่รวบรวมบรรดากฎหมายที่กระจัดกระจายในที่ต่างๆ ให้เป็น

¹⁵⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 247.

¹⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 249-250.

¹⁵² สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 34-36.

หมวดหมู่ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ส่วนมากเป็นกฎหมายที่ใช้มาแต่เดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เพียงแต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบ้างเป็น ส่วนน้อย

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 2477 บัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายนี้บังคับแก่คดีทั้งปวงที่ค้างชำระอยู่ในศาลเมื่อวันที่ใช้ประมวลกฎหมายนี้คือ วันที่ 1 ตุลาคม 2478 หรือได้ยื่นต่อศาลภายหลังวันนั้นไม่ว่ามูลคดีจะเกิดขึ้นก่อนหรือ หลังวันใช้นั้น ซึ่งในกรณีนี้แตกต่างกับกำหนดเวลาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญาตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นประมวลกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับในศาลทั่วราชอาณาจักร เว้นแต่ ในศาลพิเศษซึ่งมีข้อบังคับสำหรับศาลนั้น และถ้ามีกฎหมายให้ใช้ธรรมเนียมประเพณี หรือกฎหมาย ทางศาสนาในศาลใด ก็ให้ศาลนั้นยกธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายนั้นๆ มาให้แทน เว้นแต่ คู่ความจะได้ตกลงกันให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งทั้งนี้หมายความว่า ในกรณีที่ มีศาลพิเศษซึ่งมีข้อบังคับสำหรับศาลนั้น คือมีวิธีพิจารณาโดยเฉพาะแล้วก็ให้ใช้วิธีพิจารณาของศาล นั้น ถ้าตอนใดไม่มีวิธีพิจารณาของศาลไว้เป็นพิเศษเช่นนี้ คู่ความจะตกลงยกเอาประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ย่อมไม่ได้ แต่บทบัญญัติของมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ ยอมให้คู่ความตกลงใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้ในกรณีที่กฎหมายให้ใช้ธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายทางศาสนาในศาลใด ให้ศาลนั้นยก ธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายทางศาสนานั้นมาใช้ เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงกันให้ใช้ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายก็ยอมให้คู่ความตกลงกันใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งได้ และถึงแม้จะมีกฎหมายให้ใช้ธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายทางศาสนานั้นแล้ว ศาลต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ตามหลักใหญ่ไม่จำเป็นต้องให้คู่ความตกลง ด้วย¹⁵³

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ยังใช้เกี่ยวกับคดีล้มละลายในกรณีที่ไม่มี บทบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลาย ต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบังคับ นอกจากนี้ ในคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 40 ถึง 51 คดีแพ่งชนิดนี้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่งเช่นเดียวกัน แต่ต้องประกอบด้วยบทบัญญัติในมาตราต่างๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาที่เกี่ยวข้อง

¹⁵³ แหล่งเดิม. หน้า 47-48.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีทั้งสิ้น 322 มาตรา แบ่งบทบัญญัติออกเป็น 4 ภาคดังต่อไปนี้

ภาค 1 ว่าด้วยบททั่วไป คือ ระเบียบวิธีพิจารณาและข้อบังคับต่างๆ ซึ่งอาจใช้ได้ทั่วไป ไม่ว่าศาลชั้นใดๆ หรือการพิจารณาชั้นใดๆ

ภาค 2 ว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น คือ ระเบียบวิธีพิจารณาและข้อบังคับซึ่งใช้บังคับแต่เฉพาะสำหรับการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นเท่านั้น

ภาค 3 ว่าด้วยลักษณะอุทธรณ์และฎีกา คือ ระเบียบวิธีพิจารณาและข้อบังคับซึ่งใช้เฉพาะในชั้นศาลอุทธรณ์และฎีกา

ภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งสารสำคัญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องในทางปฏิบัติของการดำเนินคดีแพ่งในศาลยุติธรรม เพื่อมุ่งจะอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความ บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องที่ยุ่ยากซับซ้อนทั้งนี้โดยคำนึงถึง “ประโยชน์แห่งความยุติธรรม” เป็นสำคัญ¹⁵⁴ วิธีดำเนินเกี่ยวกับคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีลำดับขั้นตอนดังต่อไปนี้

- 1) วิธีพิจารณาคดีชั้นศาล
- 2) กระบวนพิจารณาชั้นบังคับคดี
- 3) การอุทธรณ์และการฎีกา

- 1) วิธีพิจารณาคดีชั้นศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 เป็นบทบัญญัติอันเป็นแม่บทของการดำเนินคดีแพ่งว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่งหรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาล ส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจ” จากบทบัญญัตินี้จึงเห็นได้ว่าคดีแพ่งจะขึ้นสู่ศาลได้นั้นมี 2 กรณีคือ

(1) กรณีที่มีการโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง

(2) กรณีที่บุคคลใดต้องการใช้สิทธิทางศาล

¹⁵⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแผ่นปลิว คำบรรยายชุดที่ 1-2 มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 7.

ในกรณีแรกเมื่อมีการโต้แย้งสิทธิซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องของคดีมีข้อพิพาทระหว่างบุคคลสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “โจทก์” อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “จำเลย” ส่วนกรณีที่สองอันเป็นเรื่องการใช้สิทธิทางศาลนั้นเป็นเรื่องของบุคคลฝ่ายเดียวที่ต้องการใช้สิทธิทางศาลไม่มีคู่กรณีอันเป็นบุคคลอื่นเกี่ยวข้อง กรณีเช่นนี้เรียกว่าคดีไม่มีข้อพิพาทซึ่งเกิดจากการที่บุคคลหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้ร้อง” เสนอคำร้องต่อศาลโดยลำพังแต่ทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้น การใช้สิทธิทางศาลจะต้องอาศัยกฎหมายแพ่งเป็นมูลฐานเสมอ ศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งสองกรณีต้องมีเขตอำนาจศาลตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายนี้

(1) การดำเนินคดีในกรณีไม่มีข้อพิพาท

คดีประเภทนี้เริ่มด้วยการที่ผู้ร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้สิทธิทางศาลในคำร้องนั้นจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าประสงค์จะใช้สิทธิอย่างไรทางศาล การใช้สิทธินั้นต้องเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งให้ใช้สิทธิทางศาลได้ เมื่อยื่นคำร้องแล้วศาลจะตรวจคำร้องขอและมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร คดีไม่มีข้อพิพาทนี้อาจกลายเป็นคดีมีข้อพิพาทได้ ถ้ามีผู้ยื่นคำร้องคัดค้านคำร้องของผู้ร้องคนเดิม คดีไม่มีข้อพิพาทจะเปลี่ยนเป็นคดีมีข้อพิพาทไปทันที เพราะมีการโต้แย้งสิทธิกันขึ้น กระบวนการพิจารณา ก็จะดำเนินต่อไปอย่างคดีมีข้อพิพาททุกประการ¹⁵⁵

(2) การดำเนินคดีในศาลกรณีคดีมีข้อพิพาท

คดีมีข้อพิพาทเป็นคดีที่คู่ความต่างโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ซึ่งกันและกัน คดีมีข้อพิพาทนี้กฎหมายแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ คดีวิสามัญและคดีสามัญ คดีวิสามัญเป็นคดีที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายพิเศษแตกต่างไปจากคดีสามัญ โดยใช้วิธีดำเนินคดีโดยรวบรัด เพื่อให้คดีเสร็จเด็ดขาดไปจากศาลโดยเร็ว คดีวิสามัญได้แก่ คดีมโนสารและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก

ส่วนคดีสามัญนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งส่วนใหญ่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคดีสามัญ ตั้งแต่การเสนอการฟ้องจนถึงการบังคับคดี แม้ในคดีวิสามัญเองก็นำบทบัญญัติในคดีสามัญไปใช้โดยอนุโลม คดีสามัญจะเริ่มด้วยการที่โจทก์เสนอคำฟ้องต่อศาลซึ่งจะต้องทำเป็นหนังสือมีรายการครบถ้วนตามกฎหมาย การฟ้องอาจมีคำร้องแนบอยู่ด้วยก็ได้ ศาลจะตรวจคำฟ้องของโจทก์ เมื่อตรวจแล้วอาจจะมี¹⁵⁶ คำสั่งรับฟ้องหรือไม่รับฟ้อง หรือคืนฟ้องให้โจทก์แก้ไขใหม่ก็ได้ ภายในกำหนด 15 วันนับแต่วันที่ยื่นคำฟ้อง โจทก์ต้องร้องขอต่อเจ้าพนักงาน

¹⁵⁵ คดีวิสามัญ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 189 ถึงมาตรา 196.

¹⁵⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 18.

เพื่อส่งหมายเรียกให้จำเลยแก้คดีพร้อมด้วยสำเนาและคำฟ้อง ณ ภูมิลำเนาของจำเลย หรือให้ผู้อื่นรับแทน หรือการปิดหมายแล้วแต่กรณีตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ถ้าโจทก์ไม่มาขอหมายเรียกและสำเนาฟ้องไปส่งให้จำเลยภายใน 15 วันนับแต่วันฟ้องหรือโจทก์ส่งหมายไม่ได้ แล้วไม่รายงานศาล ก็ถือว่าโจทก์ทิ้งฟ้องศาลจะสั่งจำหน่ายคดีโจทก์จากสารบบความ¹⁵⁷ ในระหว่างการพิจารณาคดีคู่ความอาจจะขอใช้วิธีการชั่วคราวก่อนคำพิพากษาได้¹⁵⁸ เช่น ให้คู่ความฝ่ายหนึ่งวางเงินประกันค่าฤชาธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายได้หรือให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีคำสั่งห้ามชั่วคราวหรือจับกุมกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว จำเลยต้องยื่นคำให้การแก้คดีภายใน 8 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำฟ้องและหมายเรียกคำให้การ¹⁵⁹ เมื่อศาลได้รับคำให้การแล้วศาลจะตรวจและสั่งคำให้การ¹⁶⁰ อาจจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องและคำให้การได้¹⁶¹ ศาลอาจจะมีการชี้สองสถานก็ได้ถ้าคดีมีข้อยุ่งยากซับซ้อนเพื่อให้คู่ความมาศาลเพื่อสอบถามข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทให้ได้ความชัดเจน เพื่อกำหนดประเด็นแห่งข้อพิพาทและเพื่อหน้าที่นำสืบสำหรับปัญหาข้อเท็จจริง ในชั้นการชี้สองสถาน ถ้าโจทก์และจำเลยประนีประนอมยอมความกันได้ ศาลก็จะทำคำพิพากษาตามยอม¹⁶²

หลังจากที่คู่ความแต่ละฝ่าย ตลอดจนศาลอาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ภายหลังจากยื่นคำฟ้องและคำให้การแล้ว การพิจารณาก็จะต้องเริ่มต้นเป็นลำดับไป การพิจารณาคดีในศาลแพ่งจะต้องกระทำในศาลต่อหน้าคู่ความโดยเปิดเผย แต่บางกรณีอาจทำนอกศาลได้ เช่น การเดินเผชิญสืบ คู่ความทั้งสองฝ่ายมีสิทธิอ้างพยานประกอบคำฟ้องและคำให้การของตนได้ เมื่อศาลพิจารณาคดีและรับฟังพยานของคู่ความทั้งสองฝ่ายเสร็จสิ้นแล้ว ศาลจะกำหนดนับวันอ่านคำพิพากษาและแจ้งให้คู่ความทราบ คำพิพากษาต้องทำเป็นหนังสือมีรายการครบถ้วนตามกฎหมาย ศาลจะต้องพิพากษาไปตามประเด็นที่พิพาททุกประการ เว้นแต่ประเด็นใดเป็นเรื่องใหญ่และเป็นสาระสำคัญเมื่อวินิจฉัยแล้วจะไม่วินิจฉัยประเด็นอื่นก็ได้ ถ้าคู่ความไม่มาศาลในวันอ่านคำพิพากษาให้ศาลอ่านคำพิพากษาลับหลังคู่ความโดยถือว่าได้อ่านให้คู่ความฟังโดยชอบแล้ว¹⁶³ นอกจากนี้ ศาล

¹⁵⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 173, 174.

¹⁵⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 253-270.

¹⁵⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 177, 197-199.

¹⁶⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 18, 177-178.

¹⁶¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 179-181.

¹⁶² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 182.

¹⁶³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 140.

ยังสามารถออกคำบังคับเพื่อให้ฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามคำพิพากษาได้¹⁶⁴ รวมทั้งออกหมายบังคับคดีด้วย¹⁶⁵

2) กระบวนพิจารณาชั้นบังคับคดี

ในคดีไม่มีข้อพิพาทจะไม่มีการบังคับคดีแต่อย่างใด เพราะไม่มีจำเลยที่จะต้องปฏิบัติตามคำบังคับ คำสั่งของศาลในคดีนั้นจะเป็นเครื่องมือแก่ผู้ร้องในการแสดงสิทธิของตน แต่ในคดีที่มีข้อพิพาทจะมีกระบวนการพิจารณาชั้นบังคับคดีเพราะบางครั้งผลของคำพิพากษาของศาลนั้นอาจจะไปกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอก กระบวนการพิจารณาชั้นบังคับคดี เช่น การขอเฉลี่ยทรัพย์ การร้องขอกันส่วนและการร้องขอจัดทรัพย์ และในการบังคับคดีนั้นถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับคดี ศาลอาจออกหมายจับลูกหนี้ตามคำพิพากษามา กักขังได้¹⁶⁶

3) การอุทธรณ์และการฎีกา

เมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว คู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำพิพากษาอาจอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลชั้นต้นได้ การอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือและยื่นต่อศาลชั้นต้นในการอุทธรณ์อาจอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายได้เสมอแต่ในปัญหาข้อเท็จจริงอาจอุทธรณ์ได้ในบางกรณีและต้องอุทธรณ์ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันที่ศาลชั้นต้นนั้นได้พิพากษาในชั้นอุทธรณ์ คู่ความอาจขอแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรได้โดยต้องขอมาในอุทธรณ์หรือคำแก้อุทธรณ์นั่นเอง ในการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาของศาลชั้นต้นมาใช้บังคับโดยอนุโลมและศาลอุทธรณ์มีอำนาจทำคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ 4 ประการคือ

- (1) พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น
- (2) พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นหรืออาจเป็นการยกฟ้องอุทธรณ์ก็ได้
- (3) พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลชั้นต้น (บางส่วน)
- (4) พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น

ส่วนการฎีกานั้น หมายถึงกรณีคู่ความที่ไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์อาจฎีกาคำพิพากษาคำสั่งของศาลอุทธรณ์ต่อไปยังศาลฎีกาได้ โดยต้องทำเป็นหนังสือยื่น

¹⁶⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 272-274.

¹⁶⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 275.

¹⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 287-290.

ต่อศาลชั้นต้นภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ วิธีพิจารณาให้นำบทบัญญัติในลักษณะอุทธรณ์มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁶⁷

คดีแพ่งจะถึงที่สุดตามคำพิพากษาศาลฎีกา คู่ความจะทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาต่อไปยังองค์พระมหากษัตริย์อีกมิได้ และไม่อาจรื้อฟื้นร้องคดีนั้นได้อีก¹⁶⁸

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทย ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษ ยกเว้นเรื่องลูกขุนเรื่องเดียวที่ประเทศไทยยังมีได้นำมาใช้บังคับทั้งนี้ เนื่องจากรากฐานของระบบการพิจารณาคดีของประเทศไทยที่ยอมรับกันว่า ผู้พิพากษาเท่านั้นจะเป็นผู้ประสาทความยุติธรรมแก่คดีความ นอกจากนี้ ศาลไทยยุคปฏิรูปนั้น ได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากระบบอังกฤษ คือเรื่องของผลผูกพันของคำพิพากษาที่มีต่อศาล ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทย แม้จะไม่มีกฎหมายระบุชัดเจนว่าคำพิพากษาของศาลสูงมีน้ำหนักเพียงใดต่อการวินิจฉัยอรรถคดีของศาลอื่น แต่ก็ปรากฏว่าศาลล่างได้ถือปฏิบัติตามแนวทางคำพิพากษาของศาลสูง โดยเคร่งครัด แต่ต่อมาในระยะหลังๆ ปรากฏว่าแนวการปฏิบัติเช่นนี้น้อยลง โดยมีการโน้มเอียงไปตามแนวทางของระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปบ้าง กล่าวคือ แทนที่จะถือว่าคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันบังคับให้ศาลล่างวินิจฉัยอรรถคดีซึ่งมีรูปคดีทำนองเดียวกันเสมือนเป็นกฎหมายกลับถือแต่เพียงว่าคำพิพากษาของศาลสูงนั้นมีน้ำหนักสูงใจให้ศาลล่างถือปฏิบัติได้ ทั้งนี้ โดยที่คำพิพากษาของศาลสูงนั้นๆ มีส่วนดีเด่น กล่าวคือเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยหนักแน่น และปรับบทกฎหมายและตีความหมายได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง ผู้พิพากษาแต่ละนายย่อมมีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีและใช้ดุลยพินิจในการตีความกฎหมาย จึงไม่มีพันธะอันใดที่จะต้องปฏิบัติตามแนววินิจฉัยของศาลสูงโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของศาลล่างโดยทั่วไปในยุคต่อๆ มา ก็มักจะวินิจฉัยอรรถคดีตามแนวที่ศาลสูงเคยวินิจฉัยมาแล้ว แม้แต่เป็นเพียงคำพิพากษาหรือคำสั่งฉบับเดียวก็ตาม ส่วนศาลฎีกาเองโดยปกติก็ถือตามแนวที่เคยวินิจฉัยมาด้วยกัน สำหรับในกรณีที่ศาลฎีกาประสงค์จะแก้ไขหรือกลับแนววินิจฉัยไปจากที่เป็นอยู่เดิมมักจะเป็นการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาอันประกอบด้วยผู้พิพากษาของศาลฎีกาทุกนาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวความคิดจากประเทศตะวันตกที่จะใช้ในการพิพากษาของศาลไทยนั้น จะถูกเลือกเอาแต่เฉพาะที่เหมาะสมกับสภาพของประเทศไทยเท่านั้น¹⁶⁹

¹⁶⁷ บทบัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์และฎีกา บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478, มาตรา 223-252.

¹⁶⁸ สุณีษ์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 50-56.

¹⁶⁹ แหล่งเดิม. หน้า 56-58.

บทที่ 4

วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ปรากฏในหลักกฎหมาย และหลักการดำเนินคดีตลอดจนอิทธิพลอื่นๆ ในประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า โดยรูปแบบแล้วประเทศไทยจัดอยู่ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายหรือกลุ่มกฎหมายสกุลกฎหมายโรมานอ-เยอรมันนิก เหตุผลที่ประเทศไทยยึดกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลเป็นหลักปรากฏชัดในพระราชปรารภของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่า ประสงค์จะเจริญรอยตามประเทศญี่ปุ่นซึ่งเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแล้วก็ได้รับเอกราชทางการศาลกลับคืนมา อย่างไรก็ตามเนื่องจากได้มีผู้สำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งทรงจบวิชากฎหมายจากมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด ได้ทรงตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในกระทรวงยุติธรรมและทรงสอนวิชากฎหมายด้วยพระองค์เอง ดังนั้นการสอนวิชากฎหมายต่างๆ จึงย่อมได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษเป็นอย่างมาก เมื่อนักเรียนกฎหมายเหล่านี้ออกไปประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ ก็ย่อมนำหลักกฎหมายอังกฤษไปใช้¹

สำหรับระบบกฎหมายลักษณะพยานของไทยนั้นต้องยอมรับว่าการร่างกฎหมายในชั้นแรกได้นำกฎหมายลักษณะพยานไปใส่ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นลักษณะของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายหรือประเทศที่มีระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวน แต่ในทางปฏิบัติซึ่งศาลไทยได้รับอิทธิพลจากอารยธรรมตะวันตกนั้น ได้มีการจัดระบบศาลยุติธรรมแบบอังกฤษ ทั้งนี้เพราะพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงศึกษาวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ นอกจากนั้นที่ปรึกษากฎหมายส่วนใหญ่ก็มาจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)² เช่น นายเอ เอฟ เพ เฟน โนด์ (เป็นที่ปรึกษากฎหมายศาลมณฑล, เป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และเป็นที่ปรึกษากระทรวงยุติธรรมและกรมการศาลฎีกา), นายเคนเนธ แอนดริว ลอว์สัน (เป็นที่ปรึกษากฎหมายตามศาลต่างๆ และยังสอนที่มหาวิทยาลัยวิชา

¹ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ กักศิรนากุล. (2528). เล่มเดิม. หน้า 776.

² พรเพชร วิชิตชลชัย. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 6.

ธรรมศาสตร์และการเมืองด้วย)³ หรือนายร็อบเบิร์ต เออร์สกิน ฮอลแลนด์ (เป็นที่ปรึกษากระทรวงยุติธรรม และยังได้รับตำแหน่งกรรมการศาลฎีกาอีกตำแหน่งหนึ่ง ในระหว่างรับราชการได้เป็นกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายหลายฉบับด้วย)⁴ อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงมีผลต่อระบบการสืบพยานของไทยทำให้ทางปฏิบัติศาลไทยวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นรากฐานของระบบกล่าวหาที่ถือว่าผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางและมีหน้าที่ในการควบคุมการเสนอพยานหลักฐาน ส่วนการค้นหาคือเท็จจริงมาแสดงให้เห็นปรากฏเป็นของคู่ความที่ศาลไทยปฏิบัติเช่นนี้มีมาก่อนที่จะประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้ง 2 ฉบับ นอกจากนี้พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งมีหลักการส่วนใหญ่มาจากกฎหมายอังกฤษยังมีผลบังคับใช้อยู่ตลอดมา เมื่อถึงยุคของการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลอย่างเต็มที่ในการเรียกพยานมาสืบหรือในการซักถามพยาน แต่ผู้พิพากษาไทยก็จำกัดบทบาทของตนในเรื่องนี้

ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาในตัวของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายลักษณะพยานของคอมมอนลอว์ในเรื่องต่างๆ เช่น การชี้สองสถาน การกำหนดประเด็นหน้าที่นำสืบและภาระการพิสูจน์ การถามค้านพยาน ในเรื่องของพยานเอกสาร⁵ หรือหลักในเรื่องพยานบอกเล่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) ที่บัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบุคคลใดที่มีได้รู้เห็นหรือทราบข้อเท็จจริงที่จะเบิกความนั้นมาด้วยตนเอง โดยถือว่าเป็นหลักเดียวกันกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า (Hearsay Evidence) ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นอกจากนั้นยังได้นำข้อยกเว้นเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น หลักในเรื่องคำบอกกล่าวของผู้ใกล้จะตาย คำบอกเล่าที่เป็นคำรับ คำกล่าวเกี่ยวกับวงศาคณาญาติ เป็นต้น มาใช้เป็นข้อยกเว้นของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 (2) เสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมายไทย⁶ ปัจจุบันที่เห็นได้ชัดก็คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95/1 วรรคสอง⁷ และนอกจากนี้ในคดีแพ่งที่ศาลจะวางตัวเป็นกลาง

³ นายสุทธิโชค เทพไตรรัตน์. (2548, กุมภาพันธ์-มีนาคม). “บทบาทของนักกฎหมายชาวต่างประเทศในยุคปฏิรูปกฎหมายและการศาลไทย.” วารสารศาลยุติธรรม, 5, 2. หน้า 6.

⁴ แหล่งเดิม. หน้า 9.

⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 6.

⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 777-778.

⁷ จรัญ ภักดีธนากุล ก (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 281.

ปล่อยให้ให้คู่ความดำเนินคดีกันเอง ศาลเพียงแต่คอยควบคุมให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยเรียบร้อย⁸ เป็นต้น

ในการวิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนี้อาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการคือ

4.1 วิเคราะห์หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หากพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย จะพบบทบัญญัติที่เป็นหลักกฎหมายสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อันได้แก่

4.1.1 อิทธิพลจากผู้พิพากษาและนักกฎหมายที่จบจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof)

หลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่สำคัญของกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยประการหนึ่งก็คือ ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ตามความหมายของกฎหมายคอมมอนลอว์ Burden of Proof หมายถึงสิ่งสำคัญซึ่งแยกกันได้ 2 ประการ ประการแรก คือ Burden of Persuasion หมายถึงหน้าที่ของคู่ความในการที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นที่ตนกล่าวอ้าง นั่นก็คือจะต้องเสนอพยานหลักฐานเพื่อให้ลูกขุนหรือผู้พิพากษามีความเชื่อมั่นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ตนกล่าวอ้าง Burden of Persuasion นี้จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเลย เช่น ในคดีแพ่งนั้น Burden of Persuasion ขึ้นอยู่กับคำคู่ความ (Pleading) โดยหลักทั่วไปแล้วโจทก์มี Burden of Persuasion ข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างซึ่งถึงแม้ว่าจำเลยจะปฏิเสธก็ตาม แต่จำเลยก็มี Burden of Persuasion เมื่อกล่าวอ้างข้อต่อสู้อันเป็นข้อเท็จจริงใหม่ขึ้นมา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติด้วย เพราะกฎหมายสารบัญญัติอาจมีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่ผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริง⁹

ความหมายของ Burden of Proof อีกประการหนึ่งก็คือ Burden of Going Forward with the Evidence หรือ Burden of Producing Evidence ซึ่งหมายถึงหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานมาเสนอต่อศาลหรือหน้าที่นำสืบพยานหลักฐาน โดยปกติแล้วผู้ที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงในประเด็นข้อใด มีหน้าที่จะต้องเสนอพยานหลักฐานในประเด็นนั้น ซึ่งหากผู้ยื่นไม่ทำดังกล่าวศาลอาจมีคำสั่งงดการพิจารณา (non-suit) หรือมีคำพิพากษาให้แพ้คดี (direct verdict) หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานนี้อาจมีการโยนไปมาระหว่างคู่ความได้ เช่น ในคดีละเมิดที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

⁸ โสภณ รัตนากร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 6.

⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรูญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 825.

เป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย โจทก์มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของคดี ละเมิดโดยประมาท (element of prima facie) เช่น หน้าที่ของจำเลยในการใช้ความระมัดระวัง การ ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและความเสียหายที่ เกิดขึ้น หลังจากโจทก์นำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานก็จะกลับมามาก แก่จำเลยในการที่จะเสนอพยานหลักฐานหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ นอกจากนั้นหากมีการ กล่าวอ้างข้อต่อสู้ขึ้นมาใหม่ เช่น จำเลยต่อสู้ด้วยว่าโจทก์มีส่วนประมาทเลินเล่อ (contributory negligence) ถือว่าภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof หรือ Burden of Persuasion) เป็นของจำเลยด้วย และจำเลยก็มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานนั้น (Burden of Producing Evidence)¹⁰

คำว่าหน้าที่นำสืบอาจใช้ในความหมายทั่วไป หรืออาจใช้ในความหมายเฉพาะเรื่องหรือ ใช้ในความหมายพิเศษ และมีผู้เรียกชื่อหน้าที่นำสืบแตกต่างกันมากมาย แต่ที่ยอมรับกัน โดยทั่วไป ในอังกฤษ คำว่าหน้าที่นำสืบใช้กันใน 2 ความหมาย คือ

- 1) หน้าที่นำสืบในความหมายของภาระการพิสูจน์¹¹ หรือ burden of proof
- 2) หน้าที่นำสืบในความหมายของการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ¹² หรือ burden of adducing evidence¹³

เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า หลัก Burden of Proof ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้มีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในหลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก หลัก Burden of Proof ได้มีอิทธิพลต่อตำรากฎหมายของไทยในการ อธิบายเรื่องหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ในคดีแพ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 และมาตรา 85 เช่น คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานของศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร¹⁴ ซึ่งท่านได้อธิบายเรื่องหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ในคดีแพ่ง โดยท่านได้ยกหลัก Burden of Proof ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาอธิบายในตำราดังกล่าว

¹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 826.

¹¹ ภาระการพิสูจน์ หมายถึงหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตนให้ถึง มาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อตนจะได้ชนะคดี ถ้าเป็นคดีแพ่งก็จะต้องนำสืบพยานหลักฐานให้มีน้ำหนักดีกว่า พยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง. อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 57.

¹² คำว่า “หน้าที่นำพยานเข้าสืบ” (burden of adducing evidence) นี้ Phipson เป็นผู้คิดขึ้น. อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 59.

¹³ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 56.

¹⁴ ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร อดีตเคยเป็นบรรณาธิการ “บทบัณฑิตย์” และ “คำพิพากษาฎีกา” ของ เนติบัณฑิตยสภา และเคยดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงยุติธรรมและประธานศาลฎีกา.

เสมือนหนึ่งว่า หลัก Burden of Proof ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นี้เป็นกฎหมายของไทย เป็นต้น

ประการที่สอง ในทางปฏิบัติหลัก Burden of Proof ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้มีอิทธิพลต่อศาลไทยในการตีความหลักกฎหมายในเรื่องหน้าที่นำสืบทำนองเดียวกับกฎหมายคอมมอนลอว์ คือหน้าที่นำสืบหมายถึง หน้าที่ 2 ประการ ประการแรก เป็นเรื่องภาระการพิสูจน์คือ หมายถึงสิ่งที่กฎหมายกำหนดว่าใครมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ อีกประการหนึ่งได้แก่หน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบก่อนซึ่งเป็นไปตามที่ศาลได้กำหนดไว้ในการชี้สองสถาน ผู้มีภาระการพิสูจน์ในประเด็นใดจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ให้ได้รับความตามที่ตนกล่าวอ้างไว้ในประเด็นนั้น หากไม่มีการสืบพยานหรือสืบพยานแล้วไม่ได้รับความตามที่กล่าวอ้าง ผู้มีภาระการพิสูจน์จะต้องแพ้ในประเด็นนั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3059/2516 วินิจฉัยว่า ศาลกำหนดภาระการพิสูจน์ผิด แม้จำเลยจะมีได้คัดค้านเมื่อไม่มีการสืบพยานศาลก็จะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีไปทีเดียวไม่ได้ เพราะการที่ศาลจะพิพากษาให้ฝ่ายใดชนะคดีโดยถือภาระการพิสูจน์เป็นหลักนั้น ต้องถือตามภาระการพิสูจน์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกานี้ ตีความหมายเรื่องหน้าที่นำสืบแบบเดียวกับกฎหมายคอมมอนลอว์ คือถือว่าศาลจะต้องพิพากษาไปตามภาระการพิสูจน์ที่ถูกต้องจะถือเอาภาระการพิสูจน์ที่กำหนดผิดไว้มาเป็นหลักในการวินิจฉัยพิพากษาคดีไม่ได้ กรณีนี้ไม่เหมือนกับเรื่องการกำหนดหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบก่อน ซึ่งแม้ศาลจะกำหนดผิด แต่ถ้าคู่ความไม่ได้โต้แย้งคัดค้านไว้ ก็ต้องถือยุติตามนั้น จะยกเป็นเหตุในการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปไม่ได้

ประการที่สาม แนวความคิดเกี่ยวกับความหมายของหน้าที่นำสืบ 2 ประการของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังกล่าวมานั้น ได้มีอิทธิพลต่อบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ถ้าดูต้นร่างภาษาอังกฤษจะเห็นได้ว่าการใช้คำว่าหน้าที่นำสืบใน 2 ความหมายนั้นแตกต่างกัน ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร กล่าวว่า “ถ้าใช้ในความหมายว่าเป็นภาระการพิสูจน์ภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า burden of proof ถ้าหมายถึงหน้าที่นำพยานเข้าสืบภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า to adduce evidence หรือ adducing evidence เช่น คำว่าหน้าที่นำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84¹⁵ และมาตรา 85 ซึ่งหมายถึงภาระการพิสูจน์ต้นร่างภาษาอังกฤษใช้คำว่า burden of proof แต่คำว่า “สิทธิที่จะนำพยานเข้าสืบ” และ “คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานหลักฐาน” ตามมาตรา 85 และ 87 (2) ต้นร่างภาษาอังกฤษใช้คำว่า adduce evidence

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 84 (เดิม) ปัจจุบันได้แก่ มาตรา 84/1.

ทำนองเดียวกับการนำพยานเข้าสืบก่อนหลังตามมาตรา 89 และการที่ศาลกำหนดให้คู่ความฝ่ายใด นำสืบก่อน ต้นร่างภาษาอังกฤษก็ใช้คำว่า adducing evidence เช่นกัน”¹⁶

ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 84 (เดิม) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ได้รับแนวคิดเกี่ยวกับความหมายของหน้าที่นำสืบ 2 ประการของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังกล่าวมานั้น โดยหน้าที่นำสืบในคดีแพ่งดังกล่าวมานั้น ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (เดิม) ความว่า

“ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง

แต่ว่า (1) คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักอยู่ทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว

(2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์ แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

ศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย กล่าวว่า แม้ว่าถ้อยคำในฉบับกฎหมายคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 จะใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” แต่ภาษาที่ใช้ในทางกฎหมายทั้งในทางวิชาการและในคำพิพากษาก็มีทั้งการใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” และ “ภาระการพิสูจน์” ซึ่งทั้งสองคำมีความหมายอย่างเดียวกัน¹⁷

ศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ให้ข้อสังเกตว่า การที่นักกฎหมายใช้คำว่า “ภาระการพิสูจน์” นั้นน่าจะมาจากเหตุผล 2 ประการ ประการแรกคือว่าการใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” นั้นมักจะก่อให้เกิดความเข้าใจไขว้เขวไปกับคำว่า “หน้าที่นำสืบก่อน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 เพราะคำทั้งสองมีความหมายแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ “หน้าที่นำสืบ” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 หมายถึงหน้าที่ซึ่งคู่ความจะต้องรับผิดชอบในการนำพยานหลักฐานมาสืบให้สมกับข้ออ้างข้อเถียงของตน ตัวอย่างเช่น โจทก์มีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยได้ทำสัญญากู้เอกสารท้ายฟ้อง หมายความว่าโจทก์จะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนว่าจำเลยได้ทำสัญญากู้เอกสารท้ายฟ้อง ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ถือว่าโจทก์แพ้ในประเด็นข้อนี้ ส่วน “หน้าที่นำสืบก่อน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 หมายถึง ลำดับการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลว่าฝ่ายใดจะมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานต่อศาลก่อน โดยปกติ

¹⁶ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 61.

¹⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 51.

ศาลมักจะสั่งให้คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์จำนวนมากประเด็นกว่าหรือในประเด็นที่สำคัญกว่าเป็นฝ่ายมีหน้าที่นำสืบ

เหตุผลประการที่สองที่นักกฎหมายนิยมใช้คำว่า “ภาระการพิสูจน์” แทนคำว่า “หน้าที่นำสืบ” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 ก็เนื่องจากได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่อง burden of proof ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ burden of proof หมายถึงหน้าที่ 2 ประการ ประการแรกคือ หน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐาน (burden of adducing evidence หรือ burden of going forward with evidence) ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกับหน้าที่นำสืบก่อนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ประการที่สองคือ ภาระการพิสูจน์ (burden of proof in the sense of the risk of non persuasion) ซึ่งมีความหมายตรงกับหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 กล่าวคือถ้าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบแล้วจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้สมเพื่อที่ศาลจะได้เชื่อตามคำกล่าวอ้างหรือข้อเถียงของตน¹⁸

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลัก Burden of Proof ได้มีอิทธิพลทั้งต่อบทบัญญัติ มาตรา 84 (เดิม) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยได้นำเอาแนวความคิดของหลัก Burden of Proof มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าว และนอกจากนี้ยังมีอิทธิพลต่อตำรากฎหมายของไทยซึ่งผู้ที่แต่งตำรากฎหมายดังกล่าวก็ได้นำเอาหลัก Burden of Proof ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาอธิบายกฎหมายไทยในเรื่องหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์เสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมายของไทย อีกทั้งในทางปฏิบัติศาลไทยเองก็ได้ตีความหลักกฎหมายในเรื่องหน้าที่นำสืบนี้ในทำนองเดียวกับกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าวแล้วข้างต้น

4.1.2 การตกย้ำโดยบทบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ในการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี พ.ศ. 2550 (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 23)

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ burden of proof หมายถึงหน้าที่ 2 ประการ ประการแรกคือ หน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐาน (burden of adducing evidence หรือ burden of going forward with evidence) ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกับหน้าที่นำสืบก่อนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ประการที่สองคือ ภาระการพิสูจน์ (burden of proof in the sense of the risk of non persuasion) ซึ่งมีความหมายตรงกับหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 กล่าวคือถ้าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบแล้วจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้สมเพื่อที่ศาลจะได้เชื่อตามคำกล่าวอ้างหรือข้อเถียง

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 51-52.

ของตน¹⁹ หรือผู้ใดกล่าวอ้างผู้ันต้องพิสูจน์ ผู้ปฏิเสธหาหน้าที่ต้องพิสูจน์ไม่” (ei qui affirmat non ei qui negat incunbit protatio)²⁰

หลักกฎหมายเรื่องภาระการพิสูจน์ หรือ หน้าที่นำสืบ (Legal Burden of proof)²¹ นั้นวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่อง burden of proof โดยนำหลักกฎหมายดังกล่าวนี้มาบัญญัติไว้ตั้งแต่พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพุทธศักราช 2477 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 84 ความว่า

“ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง

แต่ว่า (1) คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักอยู่ทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว

(2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์ แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

และในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งครั้งล่าสุด คือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550 ก็ได้นำหลักการการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบ (Legal Burden of proof) มาบัญญัติไว้ด้วย

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550

มาตรา 3 บัญญัติว่า ให้ยกเลิกความในมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 84 การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในคดีใดจะต้องกระทำโดยอาศัยพยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้น เว้นแต่

- 1) ข้อเท็จจริงซึ่งรู้จักอยู่ทั่วไป
- 2) ข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือ
- 3) ข้อเท็จจริงที่คู่ความรับหรือถือว่ารับกันแล้วในศาล”

¹⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 45-46.

²⁰ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 69.

²¹ จรัญ กัทธินากุล ก.เล่มเดิม. หน้า 178.

มาตรา 4 บัญญัติว่า ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

“มาตรา 84/1 คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 นี้ได้มีหลักการที่เพิ่มขึ้นใหม่ คือมาตรา 84/1 นี้ใช้คำว่า “ภาระการพิสูจน์” แทนคำว่า “หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 เดิม การที่แก้ไขกฎหมายโดยแก้ไขคำว่า “หน้าที่นำสืบ” ตามมาตรา 84 เดิมเป็นคำว่า “ภาระการพิสูจน์” ตามมาตรา 84/1 นั้นก็เพราะว่ามาจากเหตุผล 2 ประการ ประการแรกคือการใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” นั้นนักกฎหมายไทยเรามักเกิดความเข้าใจไขว้เขวไปกับคำว่า “หน้าที่นำสืบก่อน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 เพราะคำทั้งสองมีความหมายแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ “หน้าที่นำสืบ” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 หมายถึง หน้าที่ซึ่งคู่ความจะต้องรับผิดชอบในการนำพยานหลักฐานมาสืบให้สมกับข้ออ้างข้อเถียงของตน ตัวอย่างเช่น โจทก์มีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยได้ทำสัญญากู้เอกสารท้ายฟ้อง หมายความว่า โจทก์จะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนว่าจำเลยได้ทำสัญญากู้เอกสารท้ายฟ้อง ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ถือว่าโจทก์แพ้ในประเด็นข้อนี้ ส่วน “หน้าที่นำสืบก่อน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 หมายถึง ลำดับการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลว่าฝ่ายใดจะมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานต่อศาลก่อน โดยปกติศาลมักจะสั่งให้คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์จำนวนมากประเด็นกว่าหรือในประเด็นที่สำคัญกว่าเป็นฝ่ายมีหน้าที่นำสืบ

เหตุผลประการที่สองที่นักกฎหมายไทยเรานิยมใช้คำว่า “ภาระการพิสูจน์” แทนคำว่า “หน้าที่นำสืบ” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ก็เนื่องมาจากการที่นักกฎหมายของไทยเราได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่อง burden of proof ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ burden of proof หมายถึง หน้าที่ 2 ประการ ประการแรกคือ หน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐาน (burden of adducing evidence หรือ burden of going forward with evidence) ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกับหน้าที่นำสืบก่อนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ประการที่สองคือ ภาระการพิสูจน์ (burden of proof in the sense of the risk of non persuasion) ซึ่งมีความหมายตรงกับหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

แพ่ง มาตรา 84 กล่าวคือถ้าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบแล้วจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้สม เพื่อที่ศาลจะได้เชื่อตามคำกล่าวอ้างหรือข้อเถียงของตน ด้วยเหตุดังกล่าวนักกฎหมายของไทยเราจึง ใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” ประปนกันไปกับคำว่า “ภาระการพิสูจน์” แต่ที่ใช้ในนัยที่เหมือนกัน

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น กล่าวคือเพื่อไม่ให้เกิดความเข้าใจไขว้เขวไป กับคำว่า “หน้าที่นำสืบก่อน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 และเพื่อกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีแพ่งโดยให้หมายถึงภาระการพิสูจน์ กล่าวคือถ้าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบแล้วจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้สมเพื่อที่ศาลจะได้เชื่อตามคำกล่าวอ้างหรือข้อเถียงของตน จึงได้มีการแก้ไขจากคำว่า “หน้าที่นำสืบ” ตามมาตรา 84 เดิม เป็นคำว่า “ภาระการพิสูจน์” ในมาตรา 84/1 เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นดังกล่าวแล้ว

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า วิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมาย เรื่องภาระการพิสูจน์ หรือ Burden of Proof ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตั้งแต่พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพุทธศักราช 2477 จนถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับปัจจุบัน

อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 อีกประการหนึ่งก็คือ หลักข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (factual presumption)

เมื่อพิจารณา มาตรา 84/1 จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ 1 หลัก คือผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ และมี 2 ข้อยกเว้น คือข้อที่ 1 มีกฎหมายสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นคุณแก่ผู้กล่าวอ้างไว้แล้ว ภาระการพิสูจน์ก็ตกไปอยู่แก่ฝ่ายตรงข้าม และข้อที่ 2 แม้ไม่มีกฎหมายสันนิษฐานให้ แต่ตามสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ซึ่งให้เห็นว่ามีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นอย่างใดคู่ความได้กล่าวอ้างไว้แล้ว ภาระการพิสูจน์ก็เปลี่ยนไปตกอยู่ฝ่ายตรงข้ามที่จะต้องมีหน้าที่นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงนั้น

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 เดิม ได้เขียนข้อยกเว้นไว้เพียงข้อเดียวคือ ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย (legal presumption)²² เท่านั้น ไม่มีข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงหรือตามความเป็นจริงอย่างที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

²² จรัญ ภักดีธนากุล ข (2553). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553 เล่มที่ 7.

แต่เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไข ในปี พ.ศ. 2550 จะเห็นได้ว่า ได้มีการนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เข้ามาเพิ่มเติมไว้ด้วย ดังนั้น ข้อยกเว้นของหลักเรื่อง ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบของไทยจึงกลายเป็น 2 ข้อ คือ มีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นคุณแก่ผู้กล่าวอ้างไว้เบื้องต้น หรือถ้าไม่มีกฎหมายสันนิษฐานให้ก็มีข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายคอมมอนลอว์เรียกว่า *factual presumption*

ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์รัฐ ภัคดิธนากุล กล่าวว่า “ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงที่นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 เมื่อปี พ.ศ. 2550 นี้ นำแนวทางมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ข้อสันนิษฐานความประมาทเลินเล่อของจำเลยในคดีละเมิดทางแพ่ง เรียกว่า *res ipsa loquitur* เป็นภาษาละติน แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า *things speak for themselves* ภาษาไทยแปลว่า “สรรพสิ่งย่อมเป็นไปตามสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์หรือสรรพสิ่งย่อมประกาศแสดงตัวของมันเอง” และบทสันนิษฐานบทนี้ใช้เฉพาะในคดีละเมิดทางแพ่งไม่ใช้ในคดีอาญา”²³

สำหรับกฎหมายของประเทศอังกฤษในเรื่องนี้นั้น อาจารย์ไอสด โกสิน ได้อธิบายไว้ว่า “ถ้าฝ่ายหนึ่งอ้างถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะโดยฝ่ายอ้างไม่อาจเข้าไปทราบ ได้แล้วก็ตกเป็นภาระการพิสูจน์ของฝ่ายรู้ที่จะสืบแก้หรืออธิบายให้เห็นกันว่าความจริงมิใช่เป็นอย่างที่ฝ่ายอ้างเข้าใจ ถ้าฝ่ายรู้เห็น ไม่ยอมสืบ ก็ต้องถือว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างที่ฝ่ายอ้างอ้างถึงจริงๆ

หลักนี้ในประเทศอังกฤษใช้ในเรื่องละเมิดอันเกิดจากความประมาท เพราะคดีธรรมดาเกี่ยวกับละเมิดตกเป็นภาระการพิสูจน์ทางโจทก์ที่จะสืบถึงความประมาทของจำเลยให้ศาลเห็นจึงจะบังคับให้จำเลยใช้ค่าเสียหายได้ แต่ในบางเรื่องโจทก์ไม่มีทางจะสืบได้เลย เพราะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประมาทอยู่ในอำนาจ และในความรู้ของฝ่ายจำเลยทั้งหมด ไม่มีใครทราบต้นเหตุได้นอกจากจำเลย เช่นนี้ ถ้าจะยังขึ้นเกณฑ์ให้โจทก์สืบถึงความประมาทของจำเลยอยู่ โจทก์ก็ไม่มีทางทำได้ เพื่อบรรเทาความเดือนร้อนนี้ หลักในเรื่องนี้จึงเกิดขึ้น เรียกว่า *Res ipsa loquitur* (เหตุการณ์หรือวัตถุบอกเรื่องของมันเอง)

หลักในเรื่องนี้มีว่า ถ้าเกิดมีอุบัติเหตุเกิดขึ้น ณ ที่ใดอันเป็นเหตุก่อให้เกิดโจทก์เสียหายและต้นเหตุแห่งอุบัติเหตุนั้นจะมีอย่างไร อยู่ในความรู้เห็นของจำเลยแต่ฝ่ายเดียวแล้ว ถ้าและจำเลยไม่สามารถอธิบายถึงต้นเหตุนั้นได้แล้วต้องสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นฝ่ายประมาท หลักนี้จะใช้ได้ก็

²³ แหล่งเดิม. หน้า 368.

ต่อเมื่อฝ่ายจำเลยไม่สามารถจะอธิบายถึงต้นเหตุแห่งอุบัติเหตุได้นั้น ถ้าจำเลยสามารถนำสืบ แสดงให้เห็นว่าเหตุที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเพราะอะไร และไม่ใช้อยู่ในความรับผิดชอบของจำเลยแล้ว คดี ก็ต้องกลับไปใช้หลักกรรมดา คือภาระการพิสูจน์ความประมาทกลับไปตกอยู่กับโจทก์”²⁴

หลัก Res ipsa loquitur นี้ มีตัวอย่างที่เกิดขึ้นได้แก่กรณีที่โจทก์ในคดีละเมิดได้พิสูจน์ หรือแสดงให้เห็นว่าโจทก์ได้รับบาดเจ็บหรือความเสียหายจากวัสดุสิ่งของหรือกิจกรรมอย่างใด อย่างหนึ่งซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลบริหารจัดการของจำเลยแต่เพียงผู้เดียวหรือโดยเฉพาะ ซึ่งโดย สภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์แล้วถ้าจำเลยควบคุมดูแลวัสดุสิ่งของนั้นหรือกิจกรรมนั้นด้วยความระมัดระวังตามสมควรแล้วจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ขึ้นได้ เมื่อกิจกรรมหรือวัสดุ สิ่งของที่จำเลยควบคุมดูแลอยู่ทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์จึงสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่าจำเลย ประมาทเลินเล่อ เพราะสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ในสถานการณ์เช่นนั้นชี้ให้เห็นว่า ถ้าจำเลย ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแก่กรณีนั้นแล้วความเสียหายจะไม่เกิดแก่โจทก์ เมื่อโจทก์พิสูจน์ ข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานแห่งข้อสันนิษฐาน (basic fact) ได้แล้ว ภาระการพิสูจน์ที่ว่าจำเลยประมาท หรือไม่ประมาทตกไปอยู่กับจำเลย ทั้งที่โจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ

ศาลอังกฤษเคยใช้ในคดีตามตัวอย่างต่อไปนี้คือ โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากกระสอบใส่ วัสดุที่อยู่ในตู้ต่อเรือของจำเลย ซึ่งจำเลยเป็นผู้มีอำนาจควบคุมดูแลอยู่โดยเฉพาะ แต่กระสอบหล่น ลงมาถูกโจทก์บาดเจ็บ โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดโดยอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ จำเลยให้การปฏิเสธว่าไม่ได้ประมาทเลินเล่อ จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังดูแลอย่างดีแล้ว ศาลของ ประเทศอังกฤษได้วางบรรทัดฐานเรื่องนี้เอาไว้เป็นแบบอย่างเมื่อ 150 ปีมาแล้วว่าข้อเท็จจริงที่โจทก์ นำสืบในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า โจทก์ได้รับความเสียหายจากวัสดุสิ่งของซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแล ของจำเลยโดยเฉพาะแล้วเป็นวัสดุสิ่งของซึ่งตามปกติธรรมดาของเหตุการณ์จะไม่หลุดลอยไปทำให้ ใครบาดเจ็บได้ เมื่อกระสอบของจำเลยไปทำให้โจทก์บาดเจ็บ จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องอธิบายว่าเกิดขึ้น ได้เพราะเหตุใด เมื่อจำเลยไม่มีพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลให้เห็นว่าจำเลยได้ดูแลจัดการควบคุม กระสอบใส่วัสดุนั้นตามสมควรแก่หน้าที่แล้ว จึงสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ และต้องรับผิดชอบละเมิดต่อโจทก์ ทั้งที่โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลว่าจำเลยประมาท อย่างไร²⁵

²⁴ โอสดี โกสิน. (2501). คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมาย ลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 231.

²⁵ จรัญ ภักดีธนากุล ข เล่มเดิม. หน้า 368-369.

อีกตัวอย่างหนึ่งที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือว่าเป็นเรื่องของข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง คือ กรณีเหตุระเบิดเกิดจากเพลิงไหม้ ถ้าจำเลยเป็นผู้ครอบครองบ้านต้นเพลิงแล้วเกิดไฟไหม้ขึ้นที่บ้านหรืออาคารที่จำเลยเป็นผู้ครอบครองดูแลอยู่แล้วลุกลามไปไหม้บ้านหรือทรัพย์สินผู้อื่นที่อยู่ข้างเคียงรวมทั้งของโจทก์เสียหาย คดีไฟไหม้บ้านเช่นนี้ถ้าโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานระเบิด ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โจทก์เพียงแต่นำสืบพิสูจน์ต่อศาลว่าจำเลยเป็นผู้ครอบครองดูแลบ้านต้นเพลิงแล้วเพลิงได้เกิดขึ้นจากบ้านหรืออาคารที่จำเลยครอบครองดูแล โดยไม่ปรากฏความผิดของบุคคลอื่นแล้วทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย เมื่อโจทก์พิสูจน์ได้เช่นนี้ ภาระการพิสูจน์จะเปลี่ยนไปตกแก่ฝ่ายจำเลย เนื่องจากโจทก์พิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานแห่งข้อสันนิษฐานได้แล้ว ถ้าจำเลยไม่นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงเช่นนี้ ศาลจะฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยประมาทเลินเล่อตามข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง²⁶ เป็นต้น²⁷

เมื่อพิจารณาแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยก่อนปี พ.ศ. 2550 นั้นผู้เขียนพบว่าไม่ได้เดินตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังกล่าวข้างต้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1307/2501 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยได้ทำให้เพลิงเกิดลุกไหม้ห้องจำเลยแล้วเพลิงได้ลุกลามไหม้ห้องโจทก์ การกระทำของจำเลยเป็นการระเบิดทำให้โจทก์เสียหาย จึงฟ้องขอให้จำเลยร่วมกันใช้เงิน 119,440 บาท พร้อมดอกเบี้ย

จำเลยให้การว่า มิได้ทำให้เกิดเพลิงไหม้ เพลิงเกิดขึ้นโดยเหตุสุดวิสัย จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

ศาลแพ่งฟังว่า เพลิงไหม้ขึ้นที่ชั้นบนห้องจำเลยแล้วลุกลามไหม้ห้องโจทก์เสียหาย แม้โจทก์จะสืบไม่ได้ว่าเพลิงเกิดขึ้นเพราะเหตุใด และจำเลยจะทำให้เกิดเพลิงไหม้ขึ้นหรือไม่ก็ตาม เมื่อต้นเพลิงเกิดจากห้องจำเลย จำเลยมีหน้าที่สืบแก้ตัวให้พ้นความรับผิดจำเลยสืบยังไม่พอจะเป็นเหตุ

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 370.

²⁷ หลัก Res ipsa loquitur ซึ่งศาลอังกฤษเคยใช้ในคดีอื่นๆ เช่น เรื่องสิ่งของตกลงมาจากที่สูงถูกคนเดินถนนบาดเจ็บ รถไฟสองขบวนของบริษัทเดียวกันเกิดชนกันเอง เรื่องประตูรถไฟเปิดเองเพราะมีอะไรดันมาจากข้างใน รถโดยสารแล่นระกั้งไม้ข้างถนน หินติดมาในขนมปัง ขับรถสปอร์ตคว่ำในถนนโดยไม่ปรากฏสาเหตุ ล่าสัตว์อยู่ในตัวคนไข้หลังการผ่าตัด เครื่องบินเกิดอุบัติเหตุขณะวิ่งขึ้น ฯลฯ เรื่องเหล่านี้กฎหมายของอังกฤษโยนภาระการพิสูจน์ไปให้ฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นผู้ควบคุมยานพาหนะเหล่านั้น หรือว่าเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับมูลเหตุอุบัติเหตุนั้น เพราะถือว่าไม่มีใครจะรู้เรื่องดีกว่าจำเลย. อ้างถึงใน โอสถ โกสิน. (2501). คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 231-232.

ให้พ้นความรับผิด พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ตามฟ้อง

จำเลยที่ 1 อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

จำเลยที่ 1 ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยทำให้เกิดเพลิงไหม้ขึ้น แล้วเพลิงลุกลามไหม้ห้องโจทก์ทำให้เสียหายเป็นการละเมิดต่อโจทก์ แต่จำเลยปฏิเสธ จึงเป็นหน้าที่โจทก์ต้องสืบให้ได้ความว่าจำเลยทำให้เกิดเพลิงไหม้ขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หากเป็นหน้าที่จำเลยต้องสืบว่าจำเลยไม่ต้องรับผิด และเมื่อโจทก์สืบไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้ทำให้เกิดเพลิงไหม้ขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์พิพากษาแก้ไขยกฟ้อง²⁸

ความเห็น

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ ไม่ได้เดินตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยคดีนี้เป็นคดีไฟไหม้บ้านโจทก์โดยลามมาจากบ้านของจำเลยซึ่งเป็นบ้านต้นเพลิง และจำเลยก็ครอบครองอยู่ โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดจากจำเลยอ้างว่าจำเลยประมาททำให้เกิดเพลิงไหม้บ้านตัวเองแล้วลามมาไหม้บ้านโจทก์ จำเลยให้การต่อสู้ว่าไม่ได้ประมาท ประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้มีว่าจำเลยประมาทหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริงในคดี ศาลฎีกาในคดีนี้ได้ตัดสินว่า โจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างและไม่มีกฎหมายสันนิษฐานเป็นคุณแก่โจทก์ โจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์ เมื่อภาระการพิสูจน์ตกแก่ฝ่ายโจทก์ที่เป็นฝ่ายกล่าวอ้าง เมื่อโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อก็ต้องฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่ได้ประมาทเลินเล่อ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดฐานละเมิดต่อโจทก์ พิพากษายกฟ้องโจทก์ แต่ข้อเท็จจริงเช่นนี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือว่าเข้าข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง สันนิษฐานเบื้องต้นว่าเจ้าของบ้านต้นเพลิงถ้าไม่ประมาทแล้วก็จะไม่เกิดเพลิงไหม้ เพราะฉะนั้นภาระการพิสูจน์อยู่กับเจ้าของบ้านต้นเพลิง แต่ศาลฎีกาของไทยในคดีไม่ได้ถือตามหลัก Res ipsa loquitur ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 816/2538 กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ เมื่อกระแสไฟฟ้าลัดวงจรเกิดขึ้นที่บ้านของจำเลยทั้งสอง จำเลยทั้งสองจึงเป็นผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งกระแสไฟฟ้าดังกล่าวและต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่กระแส

²⁸ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2553). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1307/2501. สืบค้นเมื่อ 21 มกราคม 2553, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/>

ไฟฟ้าลัดวงจร เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือเกิดเพราะความผิดของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคสอง จำเลยทั้งสองนำสืบเพียงว่า จำเลยทั้งสองดูแลรักษาสาย ไฟฟ้าภายในบ้านให้ใช้งานได้อย่างปลอดภัยอยู่เสมอและเพิ่งเปลี่ยนสายไฟฟ้าภายในบ้านใหม่ ขณะเกิดเหตุเพลิงไหม้ภายในบ้านของจำเลยทั้งสองไม่ได้ใช้เครื่องใช้ไฟฟ้า จำเลยทั้งสองไม่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อและไฟฟ้าลัดวงจรเกิดขึ้นได้อย่างไรไม่ทราบ ดังนี้ ชื่อนำสืบของจำเลยทั้งสองแสดงไม่ได้เลยว่าเป็นเหตุสุดวิสัย จำเลยทั้งสองจึงต้องรับผิดชอบ

ซึ่งต่อมาก็ได้มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยยืนตาม คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5134/2542

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5134/2542 เหตุที่เกิดเพลิงไหม้อาคารที่จำเลยที่ 3 เข้ามาจากจำเลยที่ 1 เสียหาย และทำให้วัสดุที่ถูกเพลิงไหม้หล่นใส่รถยนต์ที่จอดอยู่หน้าอาคารที่เกิดเหตุ เนื่องจากมีกระแสไฟฟ้าลัดวงจรที่อาคารดังกล่าวโดยสายไฟฟ้าซึ่งมีกระแสไฟฟ้าเดินอยู่นั้นเป็นทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ จำเลยที่ 3 ผู้เช่าผู้มีทรัพย์สินดังกล่าวไว้ในครอบครองจึงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของรถยนต์เพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือเกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคสอง

ในปัญหาที่ว่าเพลิงไหม้เกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือไม่ ซึ่งจำเลยที่ 3 มีภาระการพิสูจน์ จำเลยที่ 3 นำสืบแต่เพียงว่า ได้เปลี่ยนสายไฟฟ้าในอาคารที่เกิดเหตุใหม่ทั้งหมด ขณะเกิดเหตุภายในอาคารไม่ได้ใช้เครื่องใช้ไฟฟ้าและเปิดไฟฟ้าที่หน้าอาคารและในห้องครัวแห่งละ 1 ดวงเท่านั้น จำเลยที่ 3 มิได้ประมาทเลินเล่อ กระแสไฟฟ้าเกิดลัดวงจรและเกิดเพลิงไหม้ขึ้นได้อย่างไร จำเลยที่ 3 ไม่ทราบ ชื่อนำสืบของจำเลยที่ 3 ดังกล่าวฟังไม่ได้ว่าเหตุเพลิงไหม้เกิดแต่เหตุสุดวิสัย²⁹

ความเห็น

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 816/2538 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5134/2542 นี้ โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าไฟไหม้ที่ลุกลามมาจากบ้านจำเลยเกิดจากกระแสไฟฟ้าที่บ้านดังกล่าวลัดวงจร จึงเข้าเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคสอง เพราะสายไฟฟ้าที่เป็นตัวนำกระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินอันตรายโดยสภาพ เมื่ออยู่ในความครอบครองของจำเลย ฝ่ายจำเลยจึงต้องบทสันนิษฐานให้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคสอง โดยที่โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ บทกฎหมายดังกล่าวทำหน้าที่เป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามกฎหมายเปลี่ยนภาระการพิสูจน์เรื่องประมาทเลินเล่อหรือเหตุสุดวิสัยให้ไปเป็นภาระของฝ่ายจำเลยผู้ครอบครองบ้านและครอบครอง

²⁹ จรัญ ภักดีธนากุล ข เล่มเดิม. หน้า 371.

สายไฟฟ้านั้น แต่ถ้าไม่มีพยานหลักฐานใดแสดงให้เห็นว่าไฟไหม้เกิดจากกระแสไฟฟ้าลัดวงจรต้องกลับไปอยู่ในหลักทั่วไปว่าโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ โจทก์มีภาระการพิสูจน์ซึ่งไม่เหมือนกับในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ถือว่าสถานการณ์อย่างนี้จำเลยมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นว่าตนได้ระมัดระวังดูแลไม่ให้เกิดไฟไหม้ขึ้นในบ้านของตนดีพอสมควรแล้ว ถ้าไม่นำสืบพยานหลักฐานให้เห็นต้องฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยก่อนการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี พ.ศ. 2550 ไม่ได้เดินตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยวินิจฉัยว่าโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อเมื่อจำเลยปฏิเสธ ภาระการพิสูจน์ตกแก่ฝ่ายโจทก์ที่เป็นฝ่ายกล่าวอ้าง เมื่อโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อก็ต้องฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่ได้ประมาทเลินเล่อจึงไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดต่อโจทก์ พิพากษายกฟ้องโจทก์

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อหลักข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (factual presumption) ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เราได้นำมาเขียนยกเว้นเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 แล้วนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 ต่อไปนี้คดีเพลิงไหม้บ้านที่โจทก์ฟ้องจำเลยผู้เป็นเจ้าของผู้ครอบครองบ้านต้นเพลิง ภาระการพิสูจน์ในคดีประเภทนี้จะต้องเปลี่ยนไปโดยผลของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้ โดยให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายบทนี้

สรุปได้ว่า ในการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เข้ามาเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 84/1 ด้วย และเมื่อพิจารณาแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยก่อนปี พ.ศ. 2550 ก็พบว่าไม่ได้เดินตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเมื่อหลักข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้นำมาเขียนยกเว้นเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 แล้ว ต่อไปนี้ภาระการพิสูจน์ในคดีเพลิงไหม้บ้านที่โจทก์ฟ้องจำเลยผู้เป็นเจ้าของผู้ครอบครองบ้านต้นเพลิง หรือคดีประเภทนี้ จะต้องเปลี่ยนไปโดยผลของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 นี้ ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายนี้

4.1.3 หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปัจจุบันจะพบว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราในปัจจุบันนี้ ได้เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้โดยกว้างขวาง พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังโดยตัวของพยานเองมีน้อยมาก

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปัจจุบันของไทยเรานี้ให้อำนาจศาลในการสืบพยานไว้มากมาย เช่น มาตรา 116 ให้ศาลถามพยานได้เองและถามก่อนคู่ความผู้อ้างพยาน มาตรา 119 ให้อำนาจศาลที่จะถามพยานในเวลาใดด้วยคำถามใดก็ได้ และศาลจะเรียกพยานที่เบิกความขัดกันในเรื่องสำคัญมาสอบปากคำพร้อมกันก็ได้ มาตรา 86 ให้ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือไม่ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งสืบพยานที่เห็นว่าพุ่มเพี้ยงเกินสมควรหรือเป็นการประวิงคดีหรือไม่เกี่ยวกับประเด็น ศาลจะเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมและเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ก็ได้

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในเบื้องต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีของศาลไทยเรา มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการสืบพยานมากคล้ายกับระบบไต่สวน แต่หากพิจารณาการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลไทย ในทางปฏิบัติก็ยอมรับกันว่า ศาลไทยเรายังไม่ได้รับบทบาทที่กฎหมายให้ไว้มากนัก โดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานมาสืบเองโดยเฉพาะในคดีแพ่งศาลจะไม่เข้าไปช่วยถามพยานให้ฝ่ายใดเลย วิธีปฏิบัติของศาลดังกล่าวมานั้น เป็นที่ยอมรับกันจนถือได้ว่าเป็นนิติประเพณี ผู้พิพากษาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามแม้โดยกฎหมายจะมีอำนาจทำได้ ก็จะเป็นที่ครหาว่าไม่วางตัวเป็นกลาง และเมื่อพิจารณาประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อ 9 ก็ได้บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถาม ควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”³⁰ จะเห็นได้ว่าประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการซึ่งได้บัญญัติไว้ในข้อ 9 นี้ ได้รับอิทธิพลของแนวความคิดระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ศาลควรจะวางตัวเป็นกลาง และการเข้าไปมีบทบาทเกี่ยวกับคดีมากเกินไปอาจเสียความเป็นกลาง และอาจเป็นเหตุให้คู่ความคัดค้านผู้พิพากษาได้ แนวความคิดนี้ปรากฏชัดเจนในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อ 9 ดังกล่าวแล้ว

³⁰ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 7-8.

สรุปได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้นได้ให้อำนาจศาลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในคดีได้หลายกรณี เช่น ในมาตรา 86 วรรคสาม มาตรา 142 (5) และมาตรา 240 (2) หรือ (3) หรือหากพิจารณาการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วศาลไทยยังใช้อำนาจนี้น้อยมาก แทบจะไม่ค่อยได้ใช้อำนาจตามมาตราดังกล่าวข้างต้นเพื่อควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของกลุ่มความหรือเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงของคดีเท่าใดนัก ทั้งนี้เนื่องจากการได้รับอิทธิพลของแนวความคิดจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ว่า “ศาลควรจะวางตัวเป็นกลาง” ซึ่งแนวความคิดนี้ปรากฏชัดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อ 9

ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยบทบาทของศาลในการดำเนินคดีแพ่งที่ศาลตามปกติจะต้องวางเฉย (passive) และคอยควบคุมการต่อสู้คดีของกลุ่มความเพื่อให้เรื่องที่พิพาทกันนั้นเป็นอันยุติและเกิดความเป็นธรรมเท่านั้น โดยศาลจะไม่ลงไปดำเนินการในคดีอย่าง “กระตือรือร้น” ทำให้นักกฎหมายไทยมักกล่าวว่า ในคดีแพ่ง “ศาลต้องวางตัวเป็นกลาง” ผู้เขียนเห็นว่า คำกล่าวนี้เป็นคำกล่าวที่ไม่สมควรกล่าว เพราะจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ผิดๆ ได้ว่าหากศาล “กระตือรือร้น” หรือ “ไม่วางเฉย” (active) ศาลจะไม่เป็นกลาง ผู้เขียนเห็นว่า ในการดำเนินคดีแพ่ง ศาลเองก็ไม่จำเป็นต้อง “วางเฉย” (passive) เหมือนในระบบกล่าวหาดั้งเดิมเสมอไป

4.1.4 หลักการถามพยาน

เมื่อพิจารณาหลักการถามพยานของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นนั้น จะพบว่ากลุ่มความและทนายความจะมีบทบาทในการค้นหาความจริง โดยในการสืบพยานบุคคลจะมีลำดับในการซักถามพยาน ได้แก่ การซักถาม (Examination-in-chief), การถามค้าน (Cross-examination) และการถามติง (Re-examination) ทำให้กระบวนการพิจารณาในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีลักษณะเด่นประการหนึ่งก็คือ การใช้เทคนิคการถามซักและการถามค้าน ซึ่งในระบบการพิจารณาแบบกล่าวหาเช่นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นี้ถือว่าการถามค้านเป็นเครื่องมือที่จำเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาแบบกล่าวหา เพราะการถามเป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับค้นหาความจริงในการพิจารณาคดี เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบว่าพยานมีการรับรู้ ความจำ และการถ่ายทอด ถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ พยานเป็นผู้มีความซื่อสัตย์หรือนำเชื่อถือเพียงใด จึงถือว่าการถามค้านเป็นกลไกสำคัญในการทำให้ความจริงให้ปรากฏต่อศาล ในการถามค้านของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยเฉพาะในการถามค้านที่ศาลในอังกฤษใช้อยู่จะมีวัตถุประสงค์หลักของการถามค้าน 2 ประการ คือ (1) เพื่อทำลายน้ำหนักคำพยานของฝ่ายตรงข้าม เช่น เพื่อจับเท็จพยาน (2) เพื่อถ้อยเอาประโยชน์จากถ้อยคำของพยานฝ่ายตรงข้ามมาสนับสนุนคดีของตน เช่น ถามเพื่อให้พยานเบิกความสมกับประเด็น

ฝ่ายตน เมื่อพิจารณาการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของการถามค้านทั้ง 2 ประการที่เป็นหลักในการถามค้านที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในอังกฤษใช้อยู่ ศาลไทยเองก็ถือปฏิบัติเช่นเดียวกับที่ศาลในอังกฤษใช้อยู่เช่นกัน เพราะมิได้มีบทบัญญัติจำกัดขอบเขตของการถามค้านไว้ ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร กล่าวว่า “วัตถุประสงค์ของการถามค้าน 2 ประการนี้เป็นหลักในการถามค้านที่ศาลในอังกฤษใช้อยู่ และศาลไทยก็ถือปฏิบัติเช่นนั้น เพราะมิได้มีบทบัญญัติจำกัดขอบเขตของการถามค้านไว้”³¹ และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็จะพบว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราก็ได้นำหลักการถามพยานของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นี้มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 117 ความว่า

“คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานชอบที่จะตั้งข้อซักถามพยานได้ในทันที ที่พยานได้สาบานตน และแสดงตนตามมาตรา 112 และ 116 แล้ว หรือถ้าศาลเป็นผู้ซักถามพยานก่อน ก็ให้คู่ความซักถามได้ต่อเมื่อศาลได้ซักถามเสร็จแล้ว

เมื่อคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานได้ซักถามพยานเสร็จแล้วคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งชอบที่จะถามค้านพยานนั้นได้

เมื่อได้ถามค้านพยานเสร็จแล้ว คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานชอบที่จะถามตงได้

เมื่อได้ถามตงพยานเสร็จแล้ว ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายใดซักถามพยานอีก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ถ้าคู่ความฝ่ายใดได้รับอนุญาตให้ถามพยานได้ดังกล่าวนี้ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งย่อมถามค้านพยานได้อีกในข้อที่เกี่ยวกับคำถามนั้น

คู่ความที่ระบุพยานคนใดไว้ จะไม่ตั้งใจสืบพยานคนนั้นก็ได้ ในเมื่อพยานคนนั้นยังมีได้เบิกความตามข้อถามของศาล หรือของคู่ความฝ่ายที่อ้าง แต่ถ้าพยานได้เริ่มเบิกความแล้ว พยานอาจถูกถามค้านหรือถามตงได้

ถ้าพยานเบิกความเป็นปรปักษ์แก่คู่ความฝ่ายที่อ้างตนมาคู่ความฝ่ายนั้นอาจขออนุญาตต่อศาลเพื่อซักถามพยานนั้นเสมือนหนึ่งพยานนั้นเป็นพยานซึ่งคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอ้างมา

การซักถามพยานก็ดี การซักค้านพยานก็ดี การถามตงพยานก็ดี ถ้าคู่ความคนใดได้ตั้งทนายความไว้หลายคน ให้ทนายความคนเดียวเป็นผู้ถาม เว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรเป็นอย่างอื่น”

เมื่อพิจารณาหลักการถามพยานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น ก็จะเป็นไปตามลำดับที่กำหนดไว้ในมาตรา 117 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้

³¹ แหล่งเดิม. หน้า 344-345.

กล่าวคือ เริ่มด้วยคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานถามพยานของตนก่อนด้วยวิธีการที่เรียกว่า ซักถาม (Examination-in-chief) เสร็จแล้วคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะถามพยานด้วยวิธีการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรียกว่า ถามค้าน หรือที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกว่า ซักค้าน (Cross-examination) เมื่อถามค้านเสร็จแล้ว คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานจะถามพยานได้อีกครั้งหนึ่ง เรียกว่า ถามติง (Re-examination)

เมื่อวิเคราะห์ดังนี้แล้ว จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการถามพยานในวิธีการสืบพยานของไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยนำหลักการถามพยานซึ่งเป็นวิธีการสืบพยานของระบบกล่าวหาหรือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ โดยเฉพาะหลักในการถามค้าน (Cross-examination) ที่ศาลในอังกฤษใช้อยู่ และศาลไทยก็ถือปฏิบัติเหมือนในศาลอังกฤษ

4.1.5 หลักการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสาร

การห้ามรับฟังพยานบุคคลแทนหรือแก้ไขเพิ่มเติมพยานเอกสาร ซึ่งเรียกว่า Extrinsic Evidence หรือ Parol Evidence นี้เป็นกฎที่สร้างขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีการพิจารณาคดีโดยจู้รี ในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และไม่ใช่จู้รีพิจารณาคดีแพ่ง หาได้มีกฎเช่นนี้ไม่ กฎนี้สร้างขึ้นเพราะผู้พิพากษาไม่ไว้วางใจจู้รี จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการสำนัก rationalism ในปลายศตวรรษที่แล้วเป็นอย่างมาก แต่ก็ยังมีการพยายามนำกฎนั้นมาใช้ให้เข้มงวดยิ่งขึ้นอีก โดยมีข้อความในสัญญาซึ่งเรียกว่า “merger clause” ระบุว่าข้อตกลงทั้งหลายมีอยู่เท่าที่ปรากฏอยู่ในสัญญาลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ข้อตกลงอื่นไม่ว่าจะมีมาก่อนหรือมีขึ้นพร้อมกับสัญญาลายลักษณ์อักษร หรือคำรับรองอื่นใด ไม่ให้ถือว่า มีผลผูกพัน โดยผลของ merger clause นี้ทำให้ผู้พิพากษาไม่อาจนำข้อยกเว้นมาอนุญาตให้สืบพยานบุคคลแทนหรือเพิ่มเติม ตัดทอน แก้ไขเพิ่มเติมสัญญาลายลักษณ์อักษรได้เลย³²

เมื่อพิจารณาจากหลักการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสารของหลักกฎหมายอังกฤษซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นนั้นว่า ตามกฎหมายอังกฤษถือว่าพยานเอกสารมีลักษณะพิเศษ 2 ประการคือ (1) ลักษณะอันเป็นการเฉพาะตัว (exclusiveness) และ (2) ลักษณะความครบถ้วนบริบูรณ์อยู่ในตัว (conclusiveness) ลักษณะประการแรกเกี่ยวเนื่องกับหลักเรื่องพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง ซึ่งห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับข้อความในเอกสาร นอกจากต้นฉบับเอกสาร อันเป็นการกีดกันพยานหลักฐานอื่นรวมถึงพยานบุคคลด้วย ส่วนลักษณะประการที่สองถือว่าพยานเอกสารมีความครบถ้วนบริบูรณ์อยู่ในตัวเองแล้ว

³² โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 241.

จึงต้องฟังเป็นยุติ การนำสืบเกี่ยวกับข้อความในเอกสารจึงไม่ต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรมักจะมีปัญหาว่า (1) จะนำพยานหลักฐานมาสืบว่าคู่สัญญาได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏอยู่ในหนังสือสัญญานั้นได้หรือไม่ และ (2) คู่ความจะนำสืบถึงความหมายของข้อตกลงในหนังสือสัญญานั้นเองมาสืบเกี่ยวกับข้อความในหนังสือสัญญานั้นได้เพียงใด พยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นเช่นว่านี้เรียกว่า “พยานนอกเอกสาร” (extrinsic evidence)³³

กฎข้อห้ามในเรื่องนี้ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า The Parol Evidence Rule เป็นกฎซึ่งห้ามมิให้ลบล้างสัญญาลายลักษณ์อักษร โดยสัญญาปากเปล่า ซึ่งทำขึ้นก่อนหรือในขณะเดียวกันกับสัญญาลายลักษณ์อักษร เหตุผลที่ห้ามก็เพราะ หากไม่ห้ามจะทำให้การฟ้องบังคับตามสัญญาลายลักษณ์อักษรในธุรกิจการค้าไม่มีหลักประกัน³⁴

ส่วนกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น ได้บัญญัติเรื่องพยานเอกสารไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยแบ่งประเภทของพยานเอกสารออกเป็น 4 ชนิดใหญ่ กล่าวคือ

1) เอกสารที่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเป็นผู้ทำขึ้น คือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็น โนตารี (notaries) หรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายในการทำเอกสาร ได้ทำขึ้นในรูปแบบที่กฎหมายกำหนด โดยเอกสารนี้จะมีความน่าเชื่อถือในการใช้อ้างอิงเป็นหลักฐานได้ตลอดเวลานกว่าจะมีการร้องคัดค้านว่าเป็นเอกสารปลอมและศาลได้มีคำพิพากษาว่าเอกสารนั้นปลอม โดยผู้ที่กล่าวอ้างว่าเอกสารนั้นปลอมจะต้องมีหน้าที่พิสูจน์การปลอมแปลงนั้น

2) เอกสารที่เอกชนเป็นผู้ทำขึ้น คือเอกสารที่คู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกทำขึ้นเอง โดยไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้อง โดยคู่สัญญาลงลายมือชื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือร่วมกันทุกฝ่าย โดยมีเงื่อนไขความสมบูรณ์ของเอกสาร คือต้องมีการลงลายมือชื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และต้องทำจำนวนฉบับของเอกสารให้เพียงพอกับจำนวนคู่สัญญา

ส่วนกรณีความน่าเชื่อถือของเอกสารนั้น เอกสารที่เอกชนเป็นผู้ทำขึ้นนี้มีน้ำหนักความน่าเชื่อถือจนกว่าจะมีการนำพยานมาพิสูจน์คัดค้าน โดยไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการร้องขอให้ศาลสั่งว่าเอกสารมีการปลอมแปลง (inscription de faux)

3) สำเนาเอกสาร มี 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก ได้แก่ สำเนาเอกสารที่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเป็นผู้ทำขึ้น มีความน่าเชื่อถือขึ้นอยู่กับผู้ที่ออกสำเนาเอกสารนั้น เช่น หากออกโดยตุลาการที่มีอำนาจ หรือสำเนาที่ออก

³³ Cross. Op.cit. p. 532.

³⁴ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 214.

ให้ต่อหน้าคู่ความ หรือโดยความยินยอมของคู่ความ หรือสำเนาเอกสารเก่าที่มีอายุเกินสามสิบปีและออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้เก็บรักษา เช่นนี้ก็น่าจะเชื่อถือและอ้างเป็นพยานเอกสารได้สมบูรณ์เช่นเดียวกันกับต้นฉบับเอกสารนั้น

ประเภทที่สอง ได้แก่ สำเนาเอกสารที่เอกชนเป็นผู้ทำขึ้นจะไม่มีที่น่าเชื่อถือ เว้นแต่จะเอาต้นฉบับมาแสดงด้วย

4) เอกสารอื่นๆ เช่น จดหมายส่วนตัว สมุดบัญชีการค้า สมุดบันทึกเหตุการณ์ในครัวเรือน ข้อความที่ระบุถึงการหลุดพ้นจากหนี้ของลูกหนี้

การนำพยานหลักฐานอื่นๆ มาสืบพิสูจน์คัดค้านเนื้อความในเอกสารนั้นมีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในเอกสารและในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก กล่าวคือ

1) ระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในเอกสาร

ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1341 กำหนดว่า การนำพยานหลักฐานมาสืบคัดค้านเอกสารที่เป็นหนังสือจะกระทำได้อีกแต่โดยใช้เอกสารที่เป็นหนังสือเท่านั้น (contre un e'crit, on ne peut rouver que pare'crit) กล่าวคือ จะต้องนำเอาเฉพาะพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารเท่านั้นมาสืบหักล้างข้อความในเอกสาร เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการพิสูจน์ว่าเป็นการฉ้อฉล (une simulation frauduleuse) จึงจะสามารถนำพยานมาสืบได้โดยอิสระ

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1341 วรรคหนึ่ง ยังได้กำหนดว่า นิติกรรมที่มีมูลหนี้เกินกว่า 5,000 ฟรังก์ฝรั่งเศส (ประมาณ 750 ยูโร) ไม่สามารถนำพยานบุคคลมาสืบได้ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรานี้ การนำพยานหลักฐานมาสืบจะกระทำได้อย่างเสรีถ้ามูลหนี้ของนิติกรรมไม่เกิน 5,000 ฟรังก์ฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1341 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าการนำพยานหลักฐานมาสืบคัดค้านเอกสารเป็นหนังสือจะต้องนำเอกสารเป็นหนังสือด้วยกันมาสืบคัดค้านเท่านั้น แม้ว่ามูลหนี้ของนิติกรรมจะไม่เกิน 5,000 ฟรังก์ฝรั่งเศส ดังที่กล่าวไปแล้ว แต่บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวจะใช้บังคับเฉพาะกับผู้ที่คู่สัญญาเท่านั้น ไม่รวมไปถึงบุคคลภายนอกด้วย

2) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก

เอกสารที่เอกชนเป็นผู้ทำขึ้นมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือจนกว่าจะมีการนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์คัดค้าน ในกรณีของบุคคลภายนอกนี้ไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1341 ที่กำหนดว่าการนำพยานหลักฐานมาสืบคัดค้านเอกสารเป็นหนังสือจะกระทำได้อีกแต่โดยใช้เอกสารเป็นหนังสือเท่านั้นทำให้บุคคลภายนอกมีอิสระที่จะนำพยานมาพิสูจน์คัดค้านเอกสาร ซึ่งจะส่งผลให้น้ำหนักความน่าเชื่อถือของเอกสารที่เอกชนเป็นผู้ทำขึ้นต่อบุคคลภายนอกลดลงอย่างมาก

อาจกล่าวสรุปได้ว่าหลักการแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1341 ที่กำหนดว่าการนำพยานหลักฐานมาสืบคัดค้านเอกสารที่เป็นหนังสือจะกระทำได้อีกแต่โดยใช้เอกสารที่เป็นหนังสือเท่านั้น ก็จะต้องนำเอาเฉพาะพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารเท่านั้นมาสืบหักล้างข้อความในเอกสาร เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการพิสูจน์ว่าเป็นการฉ้อฉล จึงจะสามารถนำพยานมาสืบได้โดยอิสระ ดังนั้นกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่ได้ห้ามโดยเด็ดขาดที่จะนำเอาพยานนอกเอกสาร (extrinsic evidence) มาสืบพิสูจน์ แต่บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวนี้ใช้บังคับเฉพาะกับผู้ที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น มิได้รวมไปถึงบุคคลภายนอกด้วย³⁵

ดังนั้น บุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่สัญญาจึงสามารถนำพยานทุกอย่างที่มีมาสืบพิสูจน์เอกสารมากเท่าที่จะทำได้ แม้ว่าจะเป็นการนำพยานมาสืบคัดค้านข้อความในเอกสารแห่งนิติกรรมก็ตาม เนื่องจากบุคคลภายนอกไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำเอกสารนั้นด้วย³⁶

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของต่างประเทศให้ความสำคัญกับเรื่องพยานนอกเอกสารไว้อย่างชัดเจน โดยถือว่าข้อความที่ปรากฏในเอกสารสัญญานั้นเป็นความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยหลักการแล้วไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานอื่นใดมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากข้อความที่ปรากฏในพยานเอกสารนั้นได้ อย่างไรก็ตามในบางครั้งอาจมีความจำเป็น เนื่องจากเรื่องของระยะเวลาที่ตกลงกันอาจนานจนคู่ความจำไม่ได้ว่าที่เขียนลงในสัญญาเช่นนั้นเป็นเพราะสาเหตุใด หรือข้อความในเอกสารอาจกำกวม ไม่ชัดเจน จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานอื่นในฐานะพยานนอกเอกสารมาสืบให้เห็นชัดมากขึ้น

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้น บทตัดพยานบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 นี้มีแนวคิดของการห้ามสืบพยานบุคคลในคดีแพ่ง 2 แนวด้วยกันคือ แนวอย่างแคบกับแนวอย่างกว้าง แนวอย่างแคบเป็นเรื่องที่กฎหมายต้องการให้บทตัดพยานบุคคลบทนี้ไปสอดคล้องและสนับสนุนกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญา ในกรณีที่นิติกรรมใดมีกฎหมายสารบัญญัติบังคับว่าต้องมีแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง หากไม่มีบทกฎหมายพยานหลักฐานตัดพยานบุคคลไว้ในกรณีเช่นนี้แล้ว กฎหมายสารบัญญัติในเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือนั้นก็จะขาดสภาพบังคับที่มั่นคงจริงจังไป กฎหมายไทยใช้แนวคิดที่หนึ่งนี้เป็นหลักในการสร้างบทตัดพยานบุคคลบทนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94

³⁵ พิทยา ภูพันธ์สัมฤทธิ์. (2549). ปัญหาในการบังคับใช้ มาตรา 94 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 40-42.

³⁶ แหล่งเดิม. หน้า 42.

ส่วนแนวคิดที่สอง เป็นแนวคิดอย่างกว้าง ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะในคอมมอนลอว์ก็ใช้แนวคิดที่สองนี้ มุ่งที่จะให้บทตัดพยานบุคคลนี้มีขึ้นเพื่อให้เกิดความแน่นอนในการทำนิติกรรมสัญญาที่ทำกันเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ แนวคิดที่สองไม่ได้มุ่งที่จะไปสนับสนุนกฎหมายในเรื่องแบบหรือหลักฐานแห่งนิติกรรม แต่มุ่งที่จะไปสนับสนุนให้ประชาชนที่ทำนิติกรรมสัญญากันเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือกันไว้ ให้มั่นใจว่านิติสัมพันธ์ของเขจะต้องผูกพันกันตามเนื้อความในเอกสารที่เขาทำกัน นิติกรรมสัญญาไม่ว่าชนิดใดถ้าคู่สัญญาทำกันเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว เวลาสืบห้ามสืบพยานบุคคล แต่ของไทยไม่ได้ใช้แนวนี้ ตามกฎหมายของไทยต้องกลับไปดูว่าเรื่องนี้มีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ ถ้ามีกฎหมายบังคับไว้จึงจะต้องห้ามสืบพยานบุคคล³⁷

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราก็จะพบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้นำแนวความคิดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าวข้างต้นมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94³⁸

ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์ ก็กล่าวยืนยันว่า “เรื่องการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสารนี้ เป็นบทตัดพยานซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 นี้มีที่มาจากกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเป็นบทตัดพยานที่ค่อนข้างจะเด็ดขาด เป็นการตัดพยานบุคคลในกรณีที่มีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสาร และให้ถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในเอกสารนั้น”³⁹

³⁷ จรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 301-302.

³⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 94 บัญญัติว่า “เมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง ห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ แม้ถึงว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมก็ดี

(ก) ขอสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร เมื่อไม่สามารถนำเอกสารมาแสดง

(ข) ขอสืบพยานบุคคลประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อได้นำเอกสารมาแสดงแล้วว่า ยังมีข้อความเพิ่มเติมตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก

แต่ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) แห่งมาตรา 93 และมีให้ถือว่าเป็นการตัดสิทธิคู่ความในอันที่จะกล่าวอ้างและนำพยานบุคคลมาสืบประกอบข้ออ้างว่า พยานเอกสารที่แสดงนั้นเป็นเอกสารปลอมหรือไม่ถูกต้องทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หรือสัญญาหรือหน่ออย่างอื่นที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นไม่สมบูรณ์หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตีความหมายผิด.”

³⁹ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ก (2552). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 13. หน้า 221.

ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อห้ามการนำสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสารตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 94 (ก) นั้นก็จะพบว่าตรงกับหลักกฎหมายของอังกฤษที่ว่า พยานเอกสารมีลักษณะเฉพาะตัว (exclusiveness) ซึ่งจะนำพยานบุคคลมาสืบแทนไม่ได้

และหากพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 (ข) ซึ่งห้ามมิให้ นำสืบพยานบุคคลเพื่อเป็นการเพิ่มเติม ตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นก็จะ พบว่าตรงกับหลักกฎหมายของอังกฤษที่ว่า “พยานนอกเอกสาร (extrinsic evidence) โดยทั่วไปรับ ฟังไม่ได้ หากรับฟังจะมีผลเป็นการเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลงหรือขัดแย้งกับเอกสาร ในส่วนที่เกี่ยวกับ สัจจะนั้น หากศาลเชื่อว่า คู่สัญญาได้ตกลงผูกพันกันตามหนังสือสัญญาแล้ว คู่สัญญาจะถูกผูกมัด โดยหนังสือสัญญานั้น จะอ้างว่าไม่รู้ข้อความในหนังสือสัญญา หรือได้มีการตกลงกันมากกว่าที่ ปรากฏอยู่ในหนังสือสัญญาไม่ได้ ทั้งนี้มีหลักกฎหมายเรื่องการกลืนสิทธิ (law of merger) ว่า ข้อตกลง ด้วยวาจานั้นเมื่อได้ทำเป็นหนังสือแล้วก็จะถูกกลืนเข้าไปอยู่ในข้อตกลงที่เป็นหนังสือจะต้องถือว่า ข้อตกลงมีอยู่ตามที่ปรากฏเป็นตัวหนังสือเท่านั้น⁴⁰ หรือที่ผู้พิพากษาอังกฤษกล่าวว่า ถ้าสัญญาได้ บันทึกลงเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว จะนำพยานบุคคลมาสืบว่า ก่อนหน้านั้นหรือขณะเตรียมทำ สัญญา คู่สัญญาได้พูดจากันอย่างไรบ้าง เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมข้อความในสัญญาลาย ลักษณ์อักษรนั้น หากทำได้ไม่⁴¹ แต่อย่างไรก็ตามก็อาจมีการนำสืบถึงการเจรจาต่อรองก่อนทำสัญญา ได้ ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประเด็นและมีผลถึงสัญญา เช่น การนำสืบเพื่อแสดงว่ามีข้อตกลงข้างเคียง ซึ่งเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญานั้น หรือสัญญามีการทำเป็นหนังสือบางส่วน ตกลงด้วย วาจาบางส่วน”⁴²

ดังนั้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักกฎหมายของอังกฤษ ซึ่งเป็นระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นได้เข้ามามีอิทธิพลต่อหลักกฎหมายของไทยในเรื่องการห้ามรับ ฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสารนี้ด้วย

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า แม้ว่าประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ ประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ที่มาของกฎหมายลักษณะพยานในมาตรา 94 ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งนั้นได้เดินตามแนวกฎหมายอังกฤษในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) คือหลักการเรื่องพยานนอกเอกสาร หรือ extrinsic evidence หรือหลักการห้ามรับฟังพยาน วาจา หรือ the parole evidence rules นั้นเอง โดยในมาตรา 94 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁴⁰ Cross. Op.cit. pp. 533-534.

⁴¹ Per Lord Denman. Gross v. Lord Nugent. อ้างถึงใน Cross & Tapper. (1995). **On Evidence.** p. 766.

⁴² Cross & Tapper. Op.cit. p. 766.

ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการห้ามรับฟังพยานบุคคลสืบแทนที่หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขพยานเอกสาร และมีการกำหนดข้อยกเว้นในข้อห้ามข้างต้นไว้ด้วย ซึ่งในกฎหมายอังกฤษเองก็มีการกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องการห้ามรับฟังพยานนอกเอกสารไว้เช่นเดียวกันแต่ไม่ได้ห้ามเฉพาะพยานบุคคลเช่น บทบัญญัติของไทย โดยจะห้ามนำสืบพยานอื่นใด ๆ ทุกชนิดนอกจากตัวพยานเอกสารนั่นเอง แต่ของไทยห้ามเฉพาะพยานบุคคล โดยหากเป็นการนำพยานเอกสารอื่นมานำสืบพยานเอกสารแห่ง สัจญานันท์ก็ไม่ห้าม หรือบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันนี้ของประเทศฝรั่งเศสที่ห้ามเฉพาะคู่สัญญาแต่ ไม่ได้ห้ามบุคคลภายนอกที่มีได้เกี่ยวข้องกับสัจญานันท์ โดยหลักเดียวกันนี้แม้มิได้เขียนไว้ชัดเจน แต่หลักของไทยก็ห้ามเฉพาะคู่สัญญาในเอกสารนั้นเช่นเดียวกันกับหลักการของประเทศฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาบทคัดพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 นี้ จะเห็นได้ว่าเป็นบทคัดพยานที่ค่อนข้างจะเด็ดขาด เป็นการคัดพยานบุคคลในกรณีที่มีกฎหมาย บังคับให้ต้องมีพยานเอกสาร และให้ถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในเอกสารนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ เหมาะกับสังคมไทย

ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์⁴³ ได้ให้ข้อสังเกตว่า “มาตรา 94 จะเป็นบทบัญญัติ ที่ใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม ก็แต่เฉพาะในกรณีต่อไปนี้

- 1) เป็นสังคมที่คนอ่านออกเขียนได้เหมือนกันทั้งหมด คือคนที่มาทำเอกสารสามารถ เข้าใจอ่านข้อความในเอกสารนั้นได้
- 2) เป็นสังคมที่คนมีอำนาจต่อรองในการทำเอกสารหรือการทำสัญญานิติกรรมเท่า เทียมกัน ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองมากกว่าและสามารถที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำเอกสาร ซึ่งมีข้อความไม่ตรงความจริงได้ และ
- 3) ต้องเป็นสังคมที่บุคคลในสังคมมีความตระหนักถึงความสำคัญของข้อความใน เอกสารแล้วก็มีความระมัดระวังที่จะให้ข้อความในเอกสารนั้นตรงกับที่ตกลงกัน”⁴³

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติมาตรานี้ไม่เหมาะสมกับ สังคมไทยด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก สังคมไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคแรกๆ คนในยุคนั้นมีโอกาสที่จะได้รับ การศึกษาเล่าเรียนน้อย อ่านหนังสือไม่ออก เขียนหนังสือไม่ได้ คนที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจหรือเป็น นายทุนมีเงินมากๆ ก็มีอำนาจต่อรองเหนือชาวไร่ชาวนาชาวบ้านทั้งหลายทั้งปวง และที่สำคัญที่สุดก็ คือว่าคนไทยทั้งหลายก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับลายลักษณ์อักษร แต่ยังมีความเกรงอกเกรงใจในการ ที่จะเชื่อใจมากกว่าข้อความที่เป็นตัวหนังสือ อย่างไรก็ตามในเวลาที่ผ่านมาหลังจากที่สังคมพัฒนามาก

⁴³ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ก เล่มเดิม. หน้า 221.

ขึ้นในปัจจุบันนี้มาตรา 94 นี้แม้จะใช้ได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่กระนั้นก็ดีในสังคมไทยเรา สังเกตดูบางครั้งนั้นมีความเกรงใจกัน แล้วในการทำข้อตกลงบางอย่างเราอาจจะไม่ระมัดระวังในการที่อ่านข้อความในสัญญาที่ตรงกับความเป็นจริง บางครั้งทำเอกสารมาจนเสร็จเรียบร้อยแล้วตอนที่ลงนามมีการตกลงแก้ไขก็ไม่ได้บันทึกไว้ ก็ลงชื่อกันไปโดยคิดว่าเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้ว ความรู้สึกลักษณะนี้ไม่สอดคล้องกับมาตรา 94 นี้แล้วจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม

ประการที่สอง มาตรา 94 นี้เป็นบทบัญญัติที่ปิดกั้นไม่ให้ความจริงเข้าสู่ศาล เพราะคู่ความจะนำสืบว่าความจริงเป็นอย่างไร มาตรานี้ก็ตัดพยานที่จะนำสืบเสียไม่ให้ศาลได้มีโอกาสรู้ถึงความจริง หรือมีโอกาสนำสืบหลักฐานความจริง คือขังน้ำหนักพยานอีกด้านหนึ่งเปรียบเทียบกับพยานเอกสาร เนื่องจากพยานเอกสารนั้นความจริงแล้วก็คือพยานหลักฐานชิ้นหนึ่งเท่านั้นเองซึ่งทำขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานของข้อเท็จจริงที่ตกลงกัน ว่าตกลงกันอย่างไรแต่ไม่ใช่เป็นพยานหลักฐานชิ้นเดียวหรือเป็นพยานหลักฐานที่เด็ดขาด มาตรา 94 มาให้หลังกับพยานเอกสารที่ทำให้เด็ดขาดมากขึ้น ซึ่งในบางครั้งก็อาจจะเกิดความไม่เป็นธรรมได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 220/2494 โจทก์ฟ้องเรียกเงินจากจำเลยตามสัญญา ซึ่งจำเลยทั้ง 3 ได้ทำร่วมกัน กู้ยืมเงินจากโจทก์ไปเป็นจำนวนเงิน 6,500 บาท สัญญาจะชำระภายใน 2 เดือนถึงกำหนด ทวงถามแล้วจำเลยไม่ยอมชำระ จึงขอให้จำเลยใช้ทั้งดอกเบี้ย

จำเลยที่ 2 ไม่ต่อสู้คดี รับตามฟ้อง

จำเลยที่ 1-3 ต่อสู้ว่าเป็นเรื่องเข้าหุ้นส่วนทำพินกัน โจทก์จ่ายข้าวและยาสูบแทนเงินคิดเป็นราคา 6,500 บาท ดังนี้ซึ่งโจทก์ได้ขอให้จำเลยทำหลักฐานไว้ในสมุดบัญชีของโจทก์ โจทก์ส่งต้นสัญญากู้ตามสำเนาท้ายฟ้อง 1 ฉบับ จำเลยทั้งสามแถลงรับว่าเป็นเอกสารที่ทำไว้กับโจทก์จริง

ศาลชั้นต้นงดสืบพยาน และพิพากษาให้จำเลยใช้คืนเงินและดอกเบี้ยให้โจทก์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

จำเลยที่ 1-3 ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า ตามเอกสารรายนี้มีข้อความชัดเจนแล้วว่าจำเลยทั้งสามได้ยืมเงินโจทก์ไปจริงตามฟ้อง และได้ลงลายมือชื่อให้ไว้เป็นหลักฐาน จำเลยที่ 1-3 จะขอสืบพยานตามที่ให้การต่อสู้มานั้น จึงเป็นการสืบเพิ่มเติมแก้ไข ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ดังศาลล่างทั้งสองวินิจฉัยมาชอบแล้วและโดยบทบัญญัติแห่งมาตรานี้หาได้มุ่งหมายห้ามเฉพาะแต่

ฝ่ายผู้อ้างเอกสารเท่านั้นที่จะสืบเพิ่มเติมแก้ไขดังจำเลยฎีกาไม่ แม้ฝ่ายที่ไม่ได้นำหรืออ้างเอกสารมา ก็อยู่ในบทบังคับแห่งมาตรานี้ด้วยกัน จึงพิพากษายืน⁴⁴

ความเห็น

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ จะเห็นได้ว่าจำเลยที่ 1 และ 3 ได้ให้การต่อสู้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องการเข้าหุ้นส่วนทำพินกัน โดยโจทก์จ่ายข้าวและยาสูบแทนเงิน คิดเป็นมูลค่าราคา 6,500 บาทซึ่งด้วยความไม่ไว้ใจ โจทก์จึงขอให้จำเลยลงลายมือชื่อไว้ในสัญญาคู่เพื่อเป็นหลักฐาน โดยความจริงแล้วไม่มีการสู้ระหว่างกันแต่อย่างใด แต่ศาลวินิจฉัยโดยพิจารณาหลักฐานคือสัญญาคู่ที่ทำระหว่างกันไว้เป็นสำคัญ เมื่อจำเลยทั้งสองได้ลงลายมือชื่อของตนในสัญญาคู่ก็ย่อมจักต้องผูกพันไปตามนั้น การจะขอสืบพยานบุคคลเพื่อให้เป็นไปตามที่ให้การมานั้น ย่อมเป็นการสืบเพิ่มเติมแก้ไขเนื้อความในเอกสารสัญญาคู่ จึงเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 94 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายลักษณะพยานที่ดีและเป็นธรรมนั้น ศาลควรจะให้โอกาสแก่คู่ความทุกฝ่ายในการที่จะนำพยานหลักฐานของตนมา พิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้นอย่างเท่าเทียมกัน ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีทั้งในทางแพ่ง และในทางอาญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมที่เท่าเทียมกันระหว่างคู่ความ

ในด้านหนึ่ง เราให้ความสำคัญกับความน่าเชื่อถือหรือนำหนักการรับฟังหรือความศักดิ์สิทธิ์ของพยานเอกสารมาก ทั้งนี้ก็เพราะถือกันว่า พยานเอกสารคือเอกสารหนังสือที่ได้สรุปรวบรวมมาจากสิ่งต่างๆ ที่คู่ความได้เสนอ สนอง เจรจาต่อรอง และมีความตกลงร่วมกัน ทำร่วมกัน โดยมีเจตนาที่จะกระทำขึ้นเพื่อใช้บังคับระหว่างกันในการทำนิติกรรมเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เป็นตัวชี้วัดความสมบูรณ์ของเจตนาของคู่สัญญาที่พิสูจน์ได้โดยลายมือชื่อของคู่สัญญาที่ลงไว้ในเอกสารสัญญานั้น ประกอบกับโดยทั่วไปแล้วพยานเอกสารมีลักษณะครบถ้วนสมบูรณ์ในตัวเองเนื่องจากพยานเอกสาร โทกหไม่ได้เพราะพูดไม่ได้ อย่งไรก็ตาม พยานเอกสาร คือบรรดาสัญญาเกี่ยวแก่นิติกรรมที่ทำเป็นหนังสือไว้ เพื่อบันทึกเจตนาและความตกลงที่มีระหว่างคู่สัญญา ตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายถือได้ว่าเป็นหลักฐานที่ดีที่สุดที่จะพิสูจน์ในภายหลังว่าคู่สัญญามีเจตนาและความตกลงต่อกันอย่างไร ดังนั้น เมื่อมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ทำไว้เป็นหนังสือ ย่อมไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดที่จะมีคุณค่าเพื่อใช้พิสูจน์เจตนาของคู่สัญญาได้ดีกว่าตัวเอกสารที่เป็น

⁴⁴ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 220/2494. สืบค้นเมื่อ 21 มิถุนายน 2554, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/sear.ch.jsp>

หนังสือนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พยานเอกสารสัญญาประเภทที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือประเภทที่ต้องมีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ยังมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือมาก จึงไม่ควรยอมรับการนำพยานบุคคลมาสืบแทนที่หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้น ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ได้บัญญัติไว้ ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในเอกสารนั้นด้วยตัวเอกสารนั่นเอง จึงห้ามมิให้นำพยานบุคคลไม่ว่าจะเป็นตัวผู้ทำเอกสารนั้น หรือบุคคลอื่นมาเบิกความแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในเอกสารนั้นเป็นอย่างอื่น เว้นแต่จะเป็นการพิสูจน์เพื่อทำลายล้างเอกสารหรือนิติกรรมสัญญานั้นเอง ดังนั้นเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ตกลงกันนี้ คู่สัญญาจึงไม่สามารถหยิบยกเอาข้อตกลงใดๆ ที่มีอยู่ก่อนทำสัญญามากล่าวอ้างเพื่อลบล้างข้อความในสัญญาได้

แต่ในอีกด้านหนึ่ง ก็คงจะต้องยอมรับว่าอาจมีข้อเท็จจริงในบางกรณีซึ่งเป็นการตกลงระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีอยู่จริง แต่ในที่สุดอาจไม่ปรากฏข้อความที่ตกลงกันดังกล่าวในตัวเอกสารในขณะที่ทำเอกสารนั้น ทั้งนี้อาจเป็นเพราะความไม่เท่าเทียมกันของฐานะของคู่สัญญา ตลอดจนความรู้ความเข้าใจในการทำเอกสารและผลภายหลังของการทำเอกสารดังกล่าว ซึ่งเมื่อคู่สัญญาต่างได้ลงนามของตนไว้แล้ว ก็ดูเหมือนว่าความตกลงใดๆ ที่มีระหว่างกันได้สรุปเป็นที่ยุติเอาไว้ในเอกสารนั้นทั้งหมดแล้ว ซึ่งถ้าศาลเองที่อาจจะถือได้ว่าเป็นที่พึ่งสุดท้ายเมื่อได้รู้หรือสามารถรู้ได้ว่ามีความจริงเกิดขึ้นเช่นนั้นแล้วกลับวางเฉย เพราะถือการที่ต้องวางตัวเป็นกลางและการไต่สวนคดีของกฎหมายตามมาตรา 94 นี้ โดยเคร่งครัดเป็นเรื่องสำคัญที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ โดยไม่สนใจกับข้อเท็จจริงความเป็นมาก่อนการเกิดหนังสือสัญญานี้ว่าคู่สัญญาเองมีเจตนาอื่นอยู่ด้วยหรือไม่ หรือภายหลังเมื่อการทำเอกสารเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาได้มีการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงความตกลงหรือสัญญาต่อกันอย่างไร ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจไม่สามารถสืบได้โดยตรงจากตัวเอกสาร แต่กลับต้องสืบจากพยานบุคคลซึ่งบุคคลที่รู้ดีที่สุดก็คือ คู่สัญญานั้นเองกลับถูกกฎหมายบัญญัติห้ามเสียแล้ว การอำนวยความสะดวกซึ่งเป็นหน้าที่ที่แท้จริงของศาลก็คงไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมที่แท้จริงระหว่างคู่สัญญาไปได้

และเนื่องจากกฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นกฎหมายที่ใช้อำนวยความสะดวก จึงต้องแปลและนำมาใช้ในทางที่เป็นการอำนวยความสะดวก ไม่ใช่กฎหมายวิธีสบัญญัติมาเป็นหนทางที่จะคัดรอนความยุติธรรมตามเนื้อหาให้หมดไป แม้โดยทั่วไปเมื่อสัญญาลายลักษณ์อักษรกับสัญญาปากเปล่าขัดแย้งกัน สัญญาลายลักษณ์อักษรจะมีน้ำหนักมากกว่า แต่ในทางปฏิบัติมีอยู่เสมอว่าเมื่อทำสัญญาลายลักษณ์อักษรแล้ว ได้มีการตกลงด้วยวาจาว่าจะยังไม่บังคับตามสัญญานั้น หรือจะมีการผ่อนปรนกันหรืออาจมีการให้คำรับรองบางประการด้วย หนึ่งฝ่ายที่อ้างสัญญาลายลักษณ์อักษรมักจะเป็นฝ่ายอยู่ในฐานะได้เปรียบทางเศรษฐกิจ ส่วนผู้ที่อ้างสัญญาด้วยวาจามักจะเป็นฝ่ายที่ยากจนกว่า

ฉะนั้นกรณีที่มีสัญญากันด้วยวาจาจริงๆ หากไม่ยอมให้สืบพยานบุคคลเลย ก็อาจก่อให้เกิดความไม่ เป็นธรรมขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสัญญาลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงข้อตกลงในหลักการหรือยัง คลุมไม่ถึงข้อตกลงทุกข้อ หรือยังไม่สมบูรณ์ หรืออาจมีการตกลงทำสัญญากันด้วยวาจาบางส่วน ทำเป็นลายลักษณ์อักษรบางส่วนก็ได้ นอกจากนั้นคู่สัญญาอาจตกลงกันให้สัญญาลายลักษณ์อักษรมี ผลผูกพันควบคู่ไปกับสัญญาด้วยวาจาก็ได้

กรณีเหล่านี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ผู้พิพากษาหรือศาลซึ่งเป็นที่พึ่ง สุดท้ายในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรม ควรพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ บัญญัติให้ต้องมีหนังสือหรือเอกสารเป็นหลักฐานแห่งนิติกรรมดังกล่าวเป็นเรื่องๆ ไปเสียก่อนว่ามี เหตุผลอื่นแอบแฝงหรือรวมอยู่ด้วยหรือไม่ เช่น นโยบายทางเศรษฐกิจของภาครัฐ อย่างไรก็ตาม หากนำหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานมาใช้อย่างเคร่งครัดก็จะมีผลในทางจำกัดการแสวงหา ข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อการอำนวยความยุติธรรมในคดีแพ่ง โดยเฉพาะในกรณีที่คู่ความไม่อาจนำ พยานบุคคลมาสืบให้ศาลเห็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างไปจากความที่ปรากฏในเอกสารได้ เพื่อให้ หลักการนี้ก่อให้เกิดความยุติธรรมสมตามเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายและไม่เป็นการสร้างปัญหา หรืออุปสรรคในการสร้างความเป็นธรรมในคดีแพ่ง ผู้เขียนจึงขอเรียนเสนอแนวทางการแก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 โดยเพิ่มข้อยกเว้นในมาตราดังกล่าว ให้เป็น ดุลพินิจของศาลเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และเป็นพยานหลักฐานสำคัญ ในคดี ให้ศาลมีอำนาจอนุญาตให้คู่ความนำพยานบุคคลมาสืบได้ ทั้งนี้เพื่อให้โอกาสแก่คู่ความ ทุกฝ่ายในการที่จะนำพยานหลักฐานของตนมาพิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้น

4.1.6 หลักการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication)

เมื่อพิจารณาหลัก authentication ของกฎหมายอังกฤษซึ่งได้กล่าวไว้ตั้งแต่ตอนต้นแล้ว ว่าตามกฎหมายอังกฤษนั้น การนำสืบพยานเอกสาร นอกจากจะต้องนำต้นฉบับมาแสดงต่อศาลแล้ว คู่ความฝ่ายที่อ้างเอกสารจะต้องพิสูจน์ว่าเอกสารนั้นได้ทำขึ้นโดยถูกต้องด้วย ซึ่งอาจเป็นการนำ บุคคลผู้ลงชื่อเป็นผู้ทำเอกสารนั้นเองมาเบิกความเพื่อพิสูจน์ว่าเอกสารนั้นเขียนด้วยลายมือของผู้ทำ เอกสาร หรือถ้าเอกสารนั้นต้องมีพยานลงชื่อด้วยก็ต้องนำพยานมาสืบในเรื่องนี้ด้วย การนำสืบเรื่อง การทำเอกสารอาจได้รับการยกเว้น หากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับว่าเอกสารนั้นถูกต้อง หรือเป็น กรณีของเอกสารมหาชน หรือเอกสารโบราณซึ่งมีอายุถึง 20 ปีไม่ปรากฏพิรุณในตัวเอกสาร และพบ อยู่ในที่ควรแก่การเก็บเอกสารนั้น⁴⁵

⁴⁵ โสภณ รัตนาร. เล่มเดิม. หน้า 389.

หลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ⁴⁶ หลัก authentication นี้ หมายถึงการกำหนดวิธีการในการนำเสนอพยานหลักฐานที่เป็นเอกสาร ซึ่งจะต้องมีพยานบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์เกี่ยวกับเอกสารนั้นๆ เช่น เป็นผู้เขียน ผู้พิมพ์ ผู้ลงลายมือชื่อ ผู้เก็บรักษา มาเป็นพยานเบิกความรับรองถึงความเป็นมาของเอกสารนั้นในเบื้องต้น คู่ความไม่มีสิทธิที่จะอ้างส่งเอกสารเข้ามาเป็นพยานหลักฐานในสำนวนลอยๆ เว้นแต่จะเข้าด้วยข้อยกเว้น เช่น เป็นเอกสารมหาชน เอกสารโบราณ หรือคู่ความยอมรับความถูกต้องแท้จริงของเอกสารนั้นแล้ว เป็นต้น⁴⁷

ปัญหาว่ามีหลัก authentication นี้ในการสืบพยานเอกสารตามกฎหมายไทยหรือไม่นั้น ถ้าพิจารณาจากตัวบทกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วดูจะไม่ชัดเจน แต่วิธีปฏิบัติแล้วคู่ความทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาเมื่อนำสืบถึงพยานเอกสาร จะใช้วิธีการนำสืบพยานบุคคลประกอบเอกสารเสมอ หรือมิฉะนั้นก็จะใช้วิธีการให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรับรองเอกสารที่จะอ้างเป็นพยานนั้น ปัญหาในเรื่อง authentication จึงไม่ค่อยเกิด⁴⁸

ดังที่กล่าวแล้วว่าหลัก authentication นี้ถ้าพิจารณาจากตัวบทกฎหมายแล้วดูจะไม่ชัดเจน แต่วิธีปฏิบัติของศาลได้นำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษดังกล่าวข้างต้น นั้นมาวินิจฉัยด้วย ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 591-592/2482 การจำนองที่ทำขึ้นก่อนใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ต้องนำประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 มาใช้บังคับ กรณีเช่นนี้ผู้รับจำนองหากต้องมีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองตาม มาตรา 728 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ การที่ผู้รับจำนองฟ้องเรียกหนี้รายจำนองพันระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ เรียกได้ว่าเป็นการฟ้องบังคับจำนอง (ฎีกาที่ 201/2479, 1282/2462) ตามประกาศปี ร.ศ. 118 แม้ถึงว่าผู้จำนองจะขาดส่งดอกเบี้ยเกิน 3 ปี แล้วก็ตามผู้รับจำนองจะฟ้องเรียกต้นเงินและดอกเบี้ยโดยไม่ฟ้องขอให้ที่ดินหลุดเป็นสิทธิก็ได้ และการฟ้องเช่นนี้เรียกได้ว่าเป็นการฟ้องบังคับจำนองคดีไม่มีอายุความ (ฎีกาที่ 753/2457) จำนองที่ดินกันก่อนใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และค้ำดอกเบี้ยคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายเก่าและใหม่ อายุความเรียกดอกเบี้ยในระหว่างกฎหมายเก่าก็ต้องใช้กฎหมายเก่าบังคับ คือเรียกดอกเบี้ยได้ถึงต้นชนดอกส่วนแต่วันใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบังคับแต่เมื่อรวมดอกเบี้ยเข้าด้วยกันแล้ว

⁴⁶ หลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ (ดู FRE ข้อ 901) อ้างถึงใน พรเพชร วิชิตชลชัย. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 240.

⁴⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 240.

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 241.

ต้องไม่เกินต้นชนคอก (ฎีกาที่ 948/2474) ลูกหนี้จำนองขาดส่งดอกเบี้ยมากกว่า 10 ปีแล้ว ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับเอาดอกเบี้ยตอนใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้วเพียง 5 ปี ไม่มีสิทธิจะได้ดอกเบี้ยจากวันฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จด้วย เมื่อหนี้ขาดอายุความแล้วเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ ถ้าหากลูกหนี้ได้รับสภาพความรับผิดชอบโดยสัญญาหรือให้ประกันแก่หนี้นั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 188 ส่วนมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นเรื่องหนึ่งซึ่งไม่ขาดอายุความ ส่วนมาตรา 188 เป็นเรื่องขาดอายุความแล้ว ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86, 93 (3), 100, 122, 142, 183, 185 พยานเอกสารที่น่ายื่นต่อศาลเมื่ออีกฝ่าย 1 ปฏิเสธ หากไม่มีพยานบุคคลสืบประกอบศาลไม่รับฟังโจทก์ฟ้องว่าจำเลยกู้ยืมเงินโจทก์ไปกว่า 10 ปีแล้ว แต่จำเลยทำเอกสารรับสารภาพหนี้ให้ไว้รวม 3 ฉบับซึ่งจำเลยปฏิเสธไม่รับรองเอกสาร 3 ฉบับนั้น ประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยก็แต่เฉพาะเอกสาร 3 ฉบับนี้เท่านั้น โจทก์จะนำหลักฐานการรับสภาพหนี้เป็นอย่างอื่นมาพิสูจน์ต่อศาลในภายหลังมิได้เป็นการนอกฟ้องนอกประเด็น ศาลไม่รับฟัง⁴⁹

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 591-592/2482 นี้จะเห็นได้ว่าศาลแพ่งไม่รับฟังพยานเอกสารของโจทก์เพราะเห็นว่าโจทก์นำส่งเอกสารเข้ามาลอยๆ โดยไม่มีพยานประกอบ และจำเลยไม่ได้รับรองความถูกต้องจึงรับฟังไม่ได้ แต่ศาลฎีกานั้นเห็นว่า จำเลยได้ให้การไว้แล้วว่าเอกสารดังกล่าวไม่เป็นความจริงถือไม่ได้ว่าจำเลยรับรอง โจทก์จึงมีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยได้ทำหนังสือนั้นจริง เมื่อโจทก์ไม่ได้้นำสืบเอกสารนั้นจึงรับฟังไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1195/2482 โจทก์ฟ้องขอให้แสดงว่าที่ดินเป็นของวัดอย่าให้จำเลยเข้ามาเกี่ยวข้องกับและขับไล่จำเลยที่ 1 ออกจากที่พิพาท ศาลชั้นต้นพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีไม่ให้จำเลยเข้ามาเกี่ยวข้องกับต่อไป

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าที่วิวาทแยกออกได้เป็น 2 แปลงคือแปลงทิศใต้กับแปลงทิศเหนือพิพาทยกแก้ให้ยกฟ้อง โจทก์จะเพาะแปลงทิศเหนือภายในขอบเขตคดีสีแดงเส้นปะเสียโดยฟังว่าเป็นของจำเลย นอกนั้นยื่น

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ที่แปลงเหนือนี้มีเจ้าของวัด เอกสาร 2 ฉบับ ที่จำเลยอ้างและโจทก์ฎีกาคัดค้านว่าเป็นเอกสารที่ส่งมาลอยๆ ไม่มีพยานบุคคลรับรองว่าเป็นเอกสารที่แท้จริงนั้น เอกสาร 2 ฉบับนี้จริงอยู่ที่นอกจากตัวจำเลยแล้วจำเลยไม่มีพยานประกอบอีก แต่เอกสาร 2 ฉบับนี้ไม่มีพยานมีผู้ลงนามอยู่ 2 คนก็ตายไปแล้ว ไม่มีเหตุผลให้วินิจฉัยว่าเป็นเอกสารปลอม ทั้งเป็น

⁴⁹ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2553). คำพิพากษาฎีกาที่ 591-592/2482. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/>

เอกสารที่เก่าแก่มานานมาแล้ว ตามลักษณะของเอกสารก็แสดงว่าเก่าแก่จริง และโจทก์ไม่มีพยานมาแม้แต่น้อยแสดงว่าเป็นเอกสารปลอม กลับได้ความจากพยาน โจทก์ว่าเคยมีบุคคลชื่ออย่างที่มีในเอกสารนั้นซึ่งถึงแก่กรรมไปนานแล้วเหมือนกัน เอกสาร 2 ฉบับนี้จึงฟังเป็นพยานหลักฐานได้ในที่สุดพิพากษาแก้ศาลอุทธรณ์เฉพาะเขตต์ที่ดิน นอกนั้นยืนตาม⁵⁰

ความเห็น

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 1195/2482 แล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 1195/2482 นี้ก็ได้วินิจฉัยเป็นทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 591-592/2482 โดยในคดีนี้โจทก์ซึ่งเป็นวัดฟ้องขับไล่จำเลยออกจากที่ดิน อ้างว่าจำเลยอาศัยอยู่ในที่ดินของโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่าที่ดินเป็นของจำเลย จำเลยซื้อมา จำเลยนำสืบเอกสาร 2 ฉบับ ซึ่งทำขึ้นในปี ร.ศ. 118 ว่าที่ดินที่วัดอ้างว่ามีผู้ยกให้และโจทก์ให้จำเลยอาศัยนั้น เป็นที่ดินคนละแปลงกับที่จำเลยซื้อมา โจทก์ซึ่งแพ้คดีในชั้นอุทธรณ์ได้ฎีกาว่า เอกสาร 2 ฉบับเป็นเอกสารที่ส่งเข้ามาลอยๆ ไม่มีพยานบุคคลสืบประกอบว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เอกสารนี้มีมิใช่เอกสารที่ส่งมาลอยๆ เพราะจำเลยได้เบิกความว่าได้มีการทำขึ้นอย่างไร และจำเลยเก็บรักษาไว้และไม่มีเหตุจะฟังว่าเป็นเอกสารปลอม ทั้งเป็นเอกสารเก่าแก่มานานมาแล้ว จึงรับฟังได้

คำพิพากษาฎีกาเรื่องหลังนี้รับฟังเอกสารด้วยเหตุว่า ได้มีการสืบพยานประกอบเอกสารฟังได้ว่าเป็นเอกสารแท้จริง มิใช่เอกสารปลอม เท่ากับเป็นการสนับสนุนว่าการสืบพยานเอกสารจะต้องมีการสืบพยานบุคคลประกอบ และคำพิพากษานี้ยังได้กล่าวอีกด้วยว่า แม้ไม่มีการสืบพยานประกอบเอกสารนั้นก็รับฟังได้เพราะเป็นเอกสารเก่าแก่ ทำนองเดียวกับกฎหมายอังกฤษดังกล่าวข้างต้น

และนอกจากนี้หลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ หรือหลัก authentication นี้ ยังได้มีอิทธิพลต่อตำรากฎหมายของไทยด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ประมวล สุวรรณสร กล่าวไว้ในตำราคำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานของท่านว่า “หลักสำคัญข้อแรกสำหรับการพิสูจน์เอกสารนั้นก็คือว่า จะต้องมิพยานบุคคลประกอบ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า การนำสืบพยานเอกสารนั้นจะต้องมิพยานบุคคลเข้าให้การนำพยานเอกสารนั้นเข้าสู่ความรู้ของศาล เพียงแต่ส่งต้นฉบับหรือสำเนาต่อศาลนั้น ศาลรับฟังไม่ได้เว้นแต่เอกสารมหาชนที่เจ้าหน้าที่รับรอง หรือเอกสารเอกชนที่มีคำพิพากษาแสดงว่าเป็นของแท้จริง

⁵⁰ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2553). คำพิพากษาฎีกาที่ 1195/2482. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/>

และถูกต้องตามมาตรา 127 เท่านั้น”⁵¹ ซึ่งเมื่อพิจารณาคำกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าท่านได้นำเอาหลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ หรือหลัก authentication นี้มาอธิบายเสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมายของไทย

ดังนั้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักในเรื่องการรับรองเอกสารเป็นพยาน (rule of authentication) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ หรือหลัก authentication นี้ได้มีอิทธิพลต่อวิธีปฏิบัติของศาลและยังมีอิทธิพลต่อตำรากฎหมายของไทยดังกล่าวแล้วข้างต้น

4.1.7 หลักกฎหมายปิดปากหรือบทตัดสำนวน

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายปิดปากของอังกฤษซึ่งได้กล่าวไว้ตั้งแต่ตอนต้นนั้นแล้วว่า หลักกฎหมายปิดปากของอังกฤษนั้นมีอยู่ 3 ชนิดด้วยกัน คือกฎหมายปิดปากโดยสำนวนความ (estoppel by record), กฎหมายปิดปากโดยกรรมธรรม์สัญญา (estoppel by deed) และกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ (estoppel by conduct)

ในส่วนของหลักกฎหมายปิดปากโดยสำนวนความ (estoppel by record) กฎหมายปิดปากที่สำคัญในเรื่องนี้ก็คือ กฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา (estoppel by judgement) ซึ่งมีที่มาจากหลักที่ว่า เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนการดำเนินคดีจะต้องมีวันสิ้นสุด (Interest rei publicae ut sit finis litium) กับหลักที่ว่าบุคคลไม่ควรถูกฟ้องถึง 2 ครั้งในเหตุเดียวกัน (Nemo debet bis vexari pro eadem cause) หรือไม่ควรถูกลงโทษ 2 ครั้งในข้อหาเดียวกัน และมีหลักทั่วไปอีกว่าคำพิพากษาของศาลควรเป็นยุติ ถ้าหากคำพิพากษานั้นออกโดยศาลผู้มีอำนาจและมีได้เกิดขึ้นจากการหลอกลวงหรือสมยอมกัน ผลของหลักกฎหมายในเรื่องนี้ก็คือว่าเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีจะนำคดีมาฟ้องร้องคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีในเรื่องเดียวกันอีกไม่ได้ ด้วยเหตุนี้เองจึงถือกันว่าหลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษาเป็นแง่มุมหนึ่งของหลักกฎหมายที่ว่า เรื่องที่ศาลได้พิพากษาศาลแล้ว (res judicata) ไม่อาจมีการพิจารณาได้อีก เว้นแต่โดยการอุทธรณ์หรือการพิจารณาคดีใหม่ หลักกฎหมายดังกล่าวมานั้นแม้จะเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ แต่การที่ผลของคำพิพากษาเป็นยุติจึงเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะพยานด้วย⁵²

และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราก็พบว่าหลักกฎหมายปิดปากของอังกฤษนี้มีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็พบว่า หลักกฎหมายปิดปากในข้อนี้ได้มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย 2 กรณี คือ

⁵¹ ประมวล สุวรรณศร. (2526). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 277.

⁵² โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. 191-193.

กรณีหนึ่ง หลักที่ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลผูกพันคู่ความไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ซึ่งบัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกาและการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งจนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข กลับหรือคดีเสีย ถ้าหากมี

ถึงแม้ศาลจะได้กล่าวไว้โดยทั่วไปว่าให้ใช้คำพิพากษาบังคับแก่บุคคลภายนอก ซึ่งมีได้เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วยก็ดี คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142 (1), 245 และ 274 และในข้อต่อไปนี้

1) คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคลหรือคำพิพากษาสั่งให้เลิกนิติบุคคลหรือคำสั่งเรื่องล้มละลายเหล่านี้ บุคคลภายนอกจะยกขึ้นอ้างอิงหรือจะใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกก็ได้

2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใดๆ เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า”

ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยประกอบกับกฎหมายของอังกฤษในเรื่องนี้ จะเห็นว่าหลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษาของอังกฤษนั้น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจะมีผลผูกพันคู่ความและประชาชนทั่วไปเพียงใดขึ้นอยู่กับประเภทของคำพิพากษาและคำสั่ง ซึ่งแต่เดิมกฎหมายของอังกฤษได้มีการแบ่งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก ได้แก่คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สิน (judgement in rem) ประเภทที่สอง ได้แก่คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับบุคคล (judgement in personam) คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สินถือว่าใช้ยื่นบุคคลได้ทั่วโลก ทำนองเดียวกับทรัพย์สินสิทธิ ส่วนคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เกี่ยวกับบุคคลถือว่าผูกพันเฉพาะคู่กรณี ไม่ผูกพันบุคคลภายนอกทำนองเดียวกับบุคคลสิทธิ

ในปัจจุบันการแบ่งประเภทของคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าว ไม่ได้ชัดเจนตามชื่อที่เรียกขานแล้ว เพราะคำพิพากษาหรือคำสั่งที่จัดว่าเป็นประเภทที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน (in rem) นั้นบางกรณีก็เกี่ยวกับบุคคลยิ่งกว่าตัวทรัพย์สิน จึงอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งเดิมถือว่าเกี่ยวกับทรัพย์สิน (in rem) นั้น ปัจจุบันถือว่าเป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวกับสถานภาพ (status) ของบุคคลหรือทรัพย์สิน ส่วนคำพิพากษาหรือคำสั่งที่จัดว่าเป็นประเภทที่เกี่ยวกับบุคคล (in personam) เป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งอื่น ซึ่งไม่เกี่ยวกับสถานภาพ

คำพิพากษาหรือคำสั่งประเภทแรกซึ่งเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคลหรือทรัพย์สิน รวมถึงคำสั่งให้บุคคลล้มละลาย แต่ไม่รวมถึงคำสั่งให้เลิกบริษัท รวมถึงคำพิพากษาให้คู่สมรสหย่า

กันแยกกันอยู่ และเพิกถอนการสมรส คำพิพากษาว่าเด็กเป็นหรือไม่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย และ คำสั่งตั้งผู้จัดการมรดก เป็นต้น เหตุที่คำพิพากษาหรือคำสั่งประเภทนี้ใช้บังคับบุคคลได้ทั่วโลกก็เพราะ เป็นนโยบายสาธารณะและเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งไม่ต้องการให้สถานะทางสังคม เป็นที่น่าสงสัย แต่สิ่งที่ปิดปากคนทั่วไปได้นั้นก็เฉพาะแต่คำวินิจฉัยชี้ขาดคดีเท่านั้น ส่วนเหตุของ คำวินิจฉัย ไม่อาจใช้บังคับบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความได้ ไม่ว่าจะป็นกรณีที่คู่ความจะนำไปยื่น บุคคลภายนอก หรือบุคคลภายนอกจะใช้บังคับเอง แต่สำหรับคู่ความด้วยกันแล้วย่อมถูกปิดปาก มิให้ได้แย้งทั้งเหตุและผลของคำวินิจฉัยนั้น ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปิดปาก โดยคำ พิพากษาดังกล่าวนี้ ก็มีอยู่ในมาตรา 145 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเรา ดังกล่าวแล้วในข้างต้น

กรณีที่สอง หลักเรื่องฟ้องซ้ำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 ซึ่งบัญญัติว่า

“คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว ห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกัน อีก ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

- (1) เมื่อเป็นกระบวนการพิจารณาชั้นบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล
- (2) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งได้กำหนดวิธีการชั่วคราวให้อยู่ภายในบังคับที่จะ แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเสียได้ตามพฤติการณ์
- (3) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นให้ยกคำฟ้องเสียโดยไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะนำคำ ฟ้องมายื่นใหม่ ในศาลเดียวกันหรือในศาลอื่น ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วย อายุความ”

และนอกจากนี้ยังมีอิทธิพลต่อหลักที่ว่าศาลในคดีแพ่งต้องถือข้อเท็จจริงตาม ที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 ด้วย ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 บัญญัติว่า

“ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษา คดีส่วนอาญา”

4.1.8 หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า มีหลักทั่วไปเกี่ยวกับการนำสืบเอกสารตามกฎหมายอังกฤษ อยู่ว่า คู่ความฝ่ายที่จะนำสืบเพื่อแสดงถึงข้อความในเอกสาร จะต้องนำพยานหลักฐานชั้นที่ 1 (primar evidence) ของข้อความนั้นเองมาสืบ เว้นแต่จะเป็นการนำสืบเพียงเพื่อเป็นการกำหนดชี้ตัว เอกสารนั้น หลักทั่วไปนี้มีที่มาจากหลักเรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The Best Evidence Rule) ซึ่ง

จะมีผลสำคัญในกรณีที่คุณค่าความมีต้นฉบับเอกสารอยู่ในครอบครองแต่ปฏิเสธไม่ยอมนำมาแสดงต่อศาล⁵³

ศาสตราจารย์เจมส์ ชูติวส์ กล่าวว่า หลักหรือกฎแห่งพยานที่ดีที่สุด เป็นหลักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) คือถ้ามีพยานหลักฐานหลายชั้นซึ่งมุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงเดียวกันให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ตามกฎข้อนี้ไม่มีการเปรียบเทียบกันระหว่างพยานหลักฐานหลายชั้น คือให้ศาลรับฟังชั้นที่ดีที่สุด และไม่รับฟังชั้นที่รองลงมา ผลก็คือเป็นการบีบบังคับคู่ความให้ต้องนำสืบด้วยพยานหลักฐานดีที่ที่สุด⁵⁴

ศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย กล่าวว่า Best Evidence Rule หมายถึงหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องการอ้างเอกสารต้องส่งต้นฉบับ

หลักในการส่งต้นฉบับเอกสารนี้ เป็นหลักที่ใช้ในกฎหมายหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตรงกับหลักที่เรียกว่า The Best Evidence Rule ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่เก่าแก่มีผลเป็นการบังคับให้การอ้างอิงพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารต้องส่งต้นฉบับ โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพราะถือว่าปัญหาสำคัญในการพิจารณาพยานเอกสารก็คือความถูกต้องแท้จริงของเอกสารนั้น การจะตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเอกสารได้ก็จะต้องกระทำด้วยการตรวจต้นฉบับ⁵⁵

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราก็พบว่าหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุดของอังกฤษนี้มีอิทธิต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายปิดปากในข้อนี้ได้มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 93 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย แต่ก็มีข้อยกเว้นให้นำสืบโดยสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลแทนต้นฉบับเอกสารได้หลายกรณีเหมือนกัน

มาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

การอ้างเอกสารเป็นพยานหลักฐานให้ยอมรับฟังได้เฉพาะต้นฉบับเอกสารเท่านั้น เว้นแต่

1) เมื่อคู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้องแล้ว ให้ศาลยอมรับฟังสำเนาเช่นนั้นเป็นพยานหลักฐาน

⁵³ Cross & Tapper. Op.cit. p. 748.

⁵⁴ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ข (2551). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551 เล่มที่ 2. หน้า 242-243.

⁵⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 168.

2) ถ้าต้นฉบับเอกสารนำมาไม่ได้ เพราะถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย หรือสูญหาย หรือไม่ สามารถนำมาได้โดยประการอื่นอันมิใช่เกิดจากพฤติการณ์ที่ผู้อ้างต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อศาลเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะต้องสืบสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคล แทนต้นฉบับเอกสารที่นำมาไม่ได้ นั้น ศาลจะอนุญาตให้นำสำเนาหรือพยานบุคคลมาสืบก็ได้

3) ต้นฉบับเอกสารที่อยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมของทางราชการนั้นจะ นำมาแสดงได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากทางราชการที่เกี่ยวข้องเสียก่อน อนึ่งสำเนาเอกสารซึ่งผู้มี อำนาจหน้าที่ได้รับรองว่าถูกต้องแล้ว ให้ถือว่าเป็นอันเพียงพอในการที่จะนำมาแสดง เว้นแต่ศาลจะ ได้กำหนดเป็นอย่างอื่น

4) เมื่อคู่ความฝ่ายที่ถูกคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงเอกสารมาเป็นพยานหลักฐานยันตน มิได้คัดค้านการนำเอกสารนั้นมาสืบตามมาตรา 125 ให้ศาลรับฟังสำเนาเอกสารเช่นว่านั้นเป็น พยานหลักฐานได้ แต่ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจศาลตามมาตรา 125 วรรคสาม

4.1.9 หลักการขอให้รับรองข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานในคดีแพ่ง

การขอให้รับรองข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานนั้นเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพล จากกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องการค้นหาค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยาน (pre-trial discovery) เป็น วิธีการหนึ่งซึ่งเรียกว่า request for admission

การที่คู่ความรับรองข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานย่อมมีผลให้เป็นการตัดประเด็นข้อ พิพาทลง เป็นการลดขั้นตอนและเวลาในการสืบพยาน ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดย รวดเร็ว

ในทางปฏิบัติถึงแม้จะมีการกำหนดวิธีการขอให้คู่ความอีกฝ่ายรับรองข้อเท็จจริง แต่ก็ ไม่ค่อยนิยมใช้กัน เหตุผลน่าจะเป็นเพราะคู่ความมักจะถือหลักในการปฏิเสธข้อเท็จจริงทุกประการ ไว้ก่อน ในทำนองข้อต่อสู้ที่ว่าจริงหรือไม่ไม่รับรอง จึงได้มีความพยายามในการแก้ไขกฎหมาย เรื่องนี้โดยทำสำเร็จเมื่อปี พ.ศ. 2435 กำหนดให้การชี้สองสถานเป็นมาตรการที่ศาลจะให้คู่ความ รับรองข้อเท็จจริงและตัดประเด็นข้อพิพาทให้เหลือน้อยลง อย่างไรก็ตามทนายความส่วนใหญ่ไม่ เคยชินกับระบบนี้และได้มีข้อเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายส่วนนี้เสีย นอกจากการรับรอง ข้อเท็จจริงที่ได้จากการชี้สองสถานแล้ว หากคดีนั้นไม่มีการชี้สองสถาน คู่ความก็อาจขอให้มีการ รับรองข้อเท็จจริงได้⁵⁶

หลักการค้นหาค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยาน (pre-trial discovery) ดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 100 ว่า

⁵⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 325.

“คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งประสงค์จะอ้างข้อเท็จจริงใดและขอให้คู่ความฝ่ายอื่นตอบว่าจะรับรองข้อเท็จจริงนั้นว่าถูกต้องหรือไม่ อาจส่งคำบอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งรายการข้อเท็จจริงนั้นไปให้คู่ความฝ่ายอื่นก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน

ถ้าคู่ความฝ่ายอื่นได้รับคำบอกกล่าวโดยชอบแล้ว เมื่อคู่ความฝ่ายที่ส่งคำบอกกล่าวร้องขอต่อศาลในวันสืบพยานให้ศาลสอบถามคู่ความฝ่ายอื่นว่าจะยอมรับข้อเท็จจริงตามที่ได้รับคำบอกกล่าวนั้นว่าถูกต้องหรือไม่ แล้วให้ศาลจดคำตอบไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณา ถ้าคู่ความฝ่ายนั้นไม่ตอบคำถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงใดโดยไม่มีเหตุแห่งการปฏิเสธ โดยชัดแจ้งให้ถือว่ายอมรับข้อเท็จจริงนั้นแล้ว เว้นแต่ศาลจะเห็นว่าคู่ความฝ่ายนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะตอบหรือแสดงเหตุแห่งการปฏิเสธโดยชัดแจ้งในขณะนั้น ศาลจะมีคำสั่งให้คู่ความฝ่ายนั้นทำคำแถลงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นมายื่นต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควรก็ได้

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ให้ใช้บังคับแก่เรื่องเอกสารทั้งหมดหรือฉบับใดฉบับหนึ่งที่คู่ความแสดงความจำนงจะอ้างด้วยโดยอนุโลม แต่ต้องส่งสำเนาเอกสารนั้นไปพร้อมกับคำบอกกล่าวและต้องมีต้นฉบับเอกสารนั้นให้คู่ความฝ่ายอื่นตรวจดูได้เมื่อต้องการ เว้นแต่ต้นฉบับเอกสารนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่นหรือของบุคคลภายนอก”

4.1.10 พยานความเห็น

กล่าวกันว่า การห้ามพยานซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาให้ความเห็นต่อศาลนั้น เป็นหลักของคอมมอนลอว์และเหตุที่ห้ามก็เพื่อจะไม่ให้มีการจงใจรู้และศาล⁵⁷

มีหลักทั่วไปในกฎหมายพยานของอังกฤษว่า พยานต้องให้ข้อเท็จจริงมิใช่ความเห็น ความเห็นในที่นี้คือการอนุมานซึ่งเกิดขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริง การพิจารณาข้อเท็จจริงและสรุปผลโดยการอนุมานนั้นเป็นหน้าที่ของศาล มิใช่หน้าที่ของพยาน พยานมีหน้าที่เพียงให้ข้อเท็จจริงต่อศาลเท่านั้น⁵⁸

แต่ก็มีข้อยกเว้นให้รับฟังพยานความเห็นได้อยู่ 2 ประการ ประการแรก ในกรณีที่เป็นความเห็นของชุมชน (opinion of community) หรือที่เรียกว่ากิตติศัพท์ (reputation) ซึ่งแม้เป็นพยานบอกเล่าก็รับฟังเพื่อหักล้างพยานที่เกี่ยวกับความประพฤติ หรือเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับการสมรสวงศ์สกุล หรือสิทธิมหาชนได้ ความเห็นประการที่สองที่รับฟังได้ เป็นความเห็นส่วนบุคคลซึ่ง

⁵⁷ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 416.

⁵⁸ Cross. Op.cit. p. 380.

เกี่ยวกับข้อเท็จจริง ความเห็นนี้อาจเป็นความเห็นของบุคคลธรรมดา หรือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้⁵⁹

เหตุที่ศาลต้องรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก็เพราะ ในบางกรณีจะต้องมีการอนุมานซึ่งศาลเองไม่อาจทำได้เพราะไม่มีความรู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น ส่วนที่ศาลจะรับฟังความเห็นของบุคคลธรรมดาในบางกรณีนั้น ก็เพราะไม่อาจแยกข้อเท็จจริงและความเห็นออกจากกันได้ คำเบิกความของพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์มักจะมีความเห็นปะปนอยู่ด้วยเสมอไม่มากนักน้อย เป็นการยากที่จะแยกสิ่งที่อนุมานให้ออกจากข้อเท็จจริงหรือบางครั้งไม่อาจทำได้เลย เช่น ในคดีอาญาที่พยานเบิกความว่า ใครเป็นคนร้ายที่พยานเห็นนั้น ก็เป็นการที่พยานให้ความเห็นว่าคนนั้นคล้ายหรือเหมือนกับคนร้ายนั่นเอง⁶⁰

ความเห็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมิใช่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้น กฎหมายอังกฤษให้รับฟังได้ เพราะเป็นกรณีที่ไม่อาจแยกความเห็นและข้อเท็จจริงออกจากกัน การให้พยานออกความเห็นเป็นเพียงวิธีการที่ยอมให้พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ได้ถ่ายทอดสิ่งที่พบเห็นรับรู้ในรูปของความเห็นซึ่งมักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการระบุตัวบุคคลหรือทรัพย์ เกี่ยวกับลายมือ อายุ สุขภาพ น้ำเสียง ความวิกลจริต ความมึนเมา ราคาของ ความเร็ว อุณหภูมิ อากาศ ช่วงระยะเวลา ตลอดจนถ้อยคำซึ่งมีความหมายพิเศษหรือความหมายคลุมเครือ ส่วนความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์และศิลปะ ซึ่งคลุมถึงความรู้พิเศษในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการบัญชี การธนาคาร วิศวกรรม ลายพิมพ์นิ้วมือ อาวุธ ไฟ ปลา ป่าไม้ การสำรวจ และศัพท์ทางการค้า เป็นต้น แต่ศาลจะไม่ยอมรับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานทางศีลธรรม การแปลถ้อยคำในเอกสารหรือตัวบทกฎหมาย ในบางเรื่องศาลยอมรับฟังความเห็นทั้งของบุคคลธรรมดาและพยานผู้เชี่ยวชาญ เช่น เงินตราปลอม ลายมือ สุขภาพ ความวิกลจริต ความมึนเมา และราคาของ เป็นต้น⁶¹

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้นำแนวความคิดในเรื่องพยานความเห็นตามกฎหมายอังกฤษดังกล่าวข้างต้นมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในหลายมาตรา

แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะไม่ได้วางหลักไว้ชัดเจนเป็นการเฉพาะว่า พยานบุคคลธรรมดาจะต้องให้ข้อเท็จจริงมิใช่ความเห็นดังกฎหมายอังกฤษ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับ

⁵⁹ Nokes. Op.cit. p. 157.

⁶⁰ Keane. Op.cit. pp. 398-399.

⁶¹ Nokes. Op.cit. pp. 157-173.

การนำสืบพยานบุคคลธรรมดาจะกล่าวถึงเฉพาะการนำสืบหรือการยอมรับข้อเท็จจริงทั้งนั้น ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 และมาตรา 84/1 วางหลักว่า ให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงตกอยู่แก่ฝ่ายใด กรณีใดไม่ต้องนำสืบข้อเท็จจริง มาตรา 85 กล่าวว่า คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริง มีสิทธิสืบพยานตามบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 87 (1) ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งพยานอาจถูกซักถามลงในหมายเรียกพยานก็ได้ มาตรา 116 (1) ให้ศาลถามพยานได้เอง โดยแจ้งประเด็นและข้อเท็จจริงที่ต้องการสืบให้พยานทราบ และตามมาตรา 123, มาตรา 124 ถ้าคู่ความฝ่ายที่ครอบครองเอกสารไม่นำมาหรือยื่นต้นฉบับเอกสารให้ถือว่าได้ยอมรับข้อเท็จจริงตามเอกสารเป็นต้น บทบัญญัติเหล่านี้สนับสนุนให้เห็นได้ว่า การสืบพยานเป็นเรื่องการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลและพยานบุคคลก็จะเบิกความเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ตนรู้เห็นเท่านั้น

สำหรับในเรื่องเกี่ยวกับความเห็นนั้น ได้มีการแยกบัญญัติไว้โดยเฉพาะสำหรับผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 วรรคแรก ได้กล่าวถึงการอ้างความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้ง มาตรา 98 กล่าวถึงการอ้างผู้มีความรู้ผู้เชี่ยวชาญในศิลปะวิทยาศาสตร์ และเรื่องอื่นๆ และมาตรา 130 ระบุว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือหนังสือก็ได้⁶²

จึงอาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยที่กล่าวถึงข้างต้น ได้รับอิทธิพลจากหลักพยานความเห็นของอังกฤษ

4.1.11 หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขการรับฟังพยานบุคคล⁶³

บุคคลที่ประสบพบเห็นเหตุการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงในคดีนั้น ไม่ใช่ว่าจะเข้าเบิกความเป็นพยานต่อศาลได้ทุกคนเสมอไป ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีความสามารถที่จะเป็นพยานได้หรือไม่ หลักเกณฑ์เรื่องนี้มีวิวัฒนาการมาค่อนข้างมาก คือมีการเปลี่ยนแปลงค่อนข้างมากจากในอดีตมาถึงปัจจุบัน ในอดีตตอนต้นสมัยรัตนโกสินทร์ ก่อนที่จะใช้ประมวลกฎหมาย ความสามารถของการเป็นพยานค่อนข้างเข้มงวดเคร่งครัดมาก⁶⁴ โดยในอารัมภบทของพระไอยการลักษณะพยาน กำหนดคุณสมบัติ 6 ประการที่พยานพึงจะต้องมีเพื่อให้คำเบิกความของบุคคลนั้นสมควรที่ศาลจะรับไว้เป็นพยาน ซึ่งคุณสมบัติทั้ง 6 ประการนี้ได้แก่ เป็นบุคคลที่ก่อปรด้วยเหตุสถานอันบริบูรณ์, เป็นบุคคลอันบริบูรณ์ด้วยลูกหลานมาก, เป็นบุคคลที่ก่อปรด้วยน้ำใจเป็นสัจบุรุษ, เป็นบุคคลมีน้ำใจ

⁶² โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 413-415.

⁶³ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาฯ เล่มเดิม. หน้า 59.

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 59.

กอบด้วยกุศล, เป็นบุคคลกอบด้วยตระกูลเป็นเศรษฐีอันประเสริฐ และเป็นบุคคลที่เป็นที่สักการะบูชาแก่คนทั้งปวง⁶⁵

เมื่อพิจารณาอรรถกถาของพระโอยการลักษณะพยานข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าก่อนที่จะใช้ประมวลกฎหมายนั้น ความสามารถของการเป็นพยานจะคำนึงถึงชาติตระกูล ฐานะ สภาวะทางกาย ทางจิต ของบุคคล รวมทั้งอาชีพของบุคคลก็มีส่วนในการที่จะกำหนดว่าสามารถที่จะเป็นพยานได้หรือไม่ด้วย

นอกจากนี้ในคัมภีร์กฎหมายก็ได้กำหนดลักษณะของบุคคล 33 ประเภทที่เป็นพยานต้องห้ามรับฟัง หากคู่ความฝ่ายตรงกันข้ามร้องคัดค้าน ทั้งลักษณะต้องห้ามดังกล่าวบางลักษณะได้ใช้ในทางปฏิบัติอย่างมากมาโดยตลอด ในบุคคลต้องห้าม 33 ประเภทนี้อาจแยกตามเหตุที่ผู้บัญญัติกฎหมายห้ามไม่ให้รับฟังออกเป็น 4 กรณีด้วยกัน กรณีแรกเพราะเหตุที่บุคคลนั้นๆ ไม่อาจเบิกความได้โดยอิสระ เนื่องจากมีความสัมพันธ์ส่วนเดียวกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ กรณีที่คู่ความยกเหตุคัดค้านการเป็นพยานของบุคคลผู้นั้นเพราะเป็นลูกหนี้ เป็นทาส เป็นบิดามารดา เป็นมิตรสหาย หรือเป็นเพื่อนสนิทกันเกี่ยวข้องกับคู่กรณี เช่นเดียวกับกรณีที่บุคคลที่ถูกคัดค้านเป็นความ หรือมีเหตุโกรธเคืองกับคู่ความฝ่ายที่คัดค้าน กรณีที่สอง ได้แก่ บุคคลบางประเภทที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างเต็มที่ ได้แก่ เด็กอายุไม่เกิน 7 ขวบ หรือคนแก่ที่มีอายุตั้งแต่ 70 ปีขึ้นไป คนวิกลจริต คนหูหนวก คนตาบอด สตรีมีครรภ์ บัณเฑาะก์ กะเทย และคนมีโรคภัยเรื้อรัง กรณีที่สาม เพราะโดยลักษณะของบุคคลนั้นทำให้เชื่อคำเบิกความของเขาได้ยาก ได้แก่ คนไม่อยู่ในศีลธรรม คนชอบหาเรื่องคนอื่น คนมักมาก คนพูดจาสื่อเสียด คนติดการพนัน หญิงแพศยา และ โจร กรณีสุดท้าย เพราะเหตุที่บุคคลเหล่านี้มีฐานะทางสังคมหรือมีอาชีพบางอย่างที่ทำให้ถ้อยคำของเขาไม่น่าเชื่อถือ ได้แก่ คนจรจัด ขอทาน โสเภณี พวกหมอมือ คนเดินกินรำกิน หมอเถื่อน ช่างเกือก ชาวประมง และเพชฌฆาต ถ้าคู่ความฝ่ายหนึ่งอ้างอิงพยานที่เข้าลักษณะต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่งในบุคคล 33 ประเภทเหล่านั้น คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิคัดค้านการเป็นพยานของบุคคลนั้นได้⁶⁶

และนอกจากนี้ กฎหมายยังได้วางหลักเกณฑ์กำหนดน้ำหนักพยานไว้เป็นการล่วงหน้า โดยจำแนกพยานออกเป็น 3 พวก ได้แก่ พวกที่พยาน อุดรพยาน และอูดริพยาน พยานพวกแรกหมายถึงบุคคลที่ครองสมณเพศ หรือเป็นผู้มีฐานะทางสังคมที่ทำให้เชื่อได้ว่าไม่เข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อุดรพยาน หมายถึง พยานบุคคลที่อยู่ในพวกชนชั้นกลาง ได้แก่ ข้าราชการระดับล่าง

⁶⁵ อุดม รัฐอมฤต. (2542, มีนาคม). “พยานตามกฎหมายเก่าสยาม.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 1. หน้า 129.

⁶⁶ แหล่งเดิม. หน้า 129-130.

พ่อค้า ชาวไร่ชาวนา อุตริพยาน หมายถึง พยานที่มีความเกี่ยวข้องเป็นญาติมิตรของกลุ่มความฝ้ายที่อ้างพยาน หรือเป็นบุคคลที่มีฐานะทางสังคมต่ำ ได้แก่ เป็นคนจน ขอทาน คนไร้ญาติ คำเบิกความของพยานพวกทิวพยานมีน้ำหนักเหนือกว่าอุตริพยาน และคำเบิกความของอุตริพยานมีน้ำหนักมากกว่าอุตริพยาน คำเบิกความของอุตริพยานจะไม่มีน้ำหนักเลยถ้าไม่เชื่อมกับคำเบิกความของพยานในสองพวกแรก⁶⁷

เมื่อพิจารณากฎหมายลักษณะพยานข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าในครั้งนั้นกฎหมายได้นำความน่าเชื่อถือของพยานมาบัญญัติเป็นความสามารถที่จะเข้าเป็นพยานและหลักเกณฑ์ว่าจะรับฟังได้หรือไม่ได้ เช่น การที่กฎหมายสมัยนั้นกำหนดไว้ว่าบุคคลที่จะเป็นพยานได้จะต้องอยู่ในสกุลพราหมณ์ สกุกแพทย์ เป็นเศรษฐี คหบดี ส่วนพยานที่รับฟังไม่ได้นั้นก็คือคนยากจน คนหูหนวก คนตาบอด หึงมีครรภ์ หึงโสเภณี คนอายุ 70 ปี ช่างทำรองเท้า คนประมง คนเป็นโจร ซึ่งมีข้อสังเกตว่าดูจากฐานะทางสังคม อาชีพ เป็นต้น นอกจากนี้ยังแสดงให้เห็นว่าในสมัยนั้นกฎหมายกั้นกรองพยานครั้งหนึ่งก่อนที่จะมาถึงศาลโดยคัดแยกคนที่ไม่น่าเชื่อถือในความรู้สึกของคนสมัยนั้นออกไปไม่ให้มีโอกาสเป็นพยานแล้วนำเฉพาะคนที่เห็นว่าน่าเชื่อถือในระดับหนึ่งมาเป็นพยาน ซึ่งถ้าพิจารณาข้อเท็จจริงในมิติอื่นๆ ประกอบก็จะพบว่ามิเหตุมิผลเพราะในสมัยนั้นไม่มีทนายความ จึงไม่มีการซักค้าน⁶⁸ เพราะฉะนั้นการตัดสินของผู้ตัดสินหรือศาลก็จะขึ้นอยู่กับคำเบิกความของพยานโดยแท้

ต่อมาเมื่อประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงโดยการปฏิรูประบบกฎหมายครั้งใหญ่ในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงนำเอาความคิดเกี่ยวกับพยานบุคคลของประเทศทางตะวันตกเข้ามา โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายตามแนวของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวถือเป็นการปฏิรูปอย่างใหญ่หลวง กล่าวคือยกเลิกระบบที่พิจารณาความสามารถในการเป็นพยานจากชาติกำเนิด อาชีพ อายุ หรือปัจจัยอื่นทำนองเดียวกันไปทั้งหมด เปลี่ยนเป็นพิจารณาถึงความสามารถจริงๆ ของบุคคลที่จะมาเป็นพยานโดยดูว่าการมาเป็นพยานในศาลต้องทำอะไรบ้าง ซึ่งก็คือต้องฟังคำถามและต้องตอบคำถาม เพราะฉะนั้น

⁶⁷ แหล่งเดิม. หน้า 130.

⁶⁸ สำหรับเหตุผลที่ในสมัยนั้นไม่มีทนายความก็เนื่องจากขณะนั้นอาชีพทนายความถือเป็นอาชีพน่ารังเกียจในประเทศไทย ไม่มีใครคบหาสมาคมด้วย ที่เรียกกันว่าเป็นคนเจ้าถ้อยหมอความ เพราะคนไทยไม่ชอบการเป็นคดีความจึงเห็นว่าทนายความเป็นคนมีเล่ห์เหลี่ยม ซึ่งก็เป็นวัฒนธรรมเดียวกับประเทศทางตะวันออก เช่น จีน ซึ่งก็ไม่ค่อยฟังปรารณาในอาชีพนี้เช่นกัน. อ้างถึงใน สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2551). รวมคำบรรยายภาคสองสมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551 เล่มที่ 2. หน้า 60.

ตามพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 คนที่สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ก็สามารถที่จะมาเป็นพยานได้ไม่ว่าจะมีชาติกำเนิดอย่างไร มีอาชีพอย่างไร อายุเท่าไรก็ไม่สำคัญ⁶⁹

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวข้างต้นนั้นก็ตกทอดมาถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย กล่าวคือเมื่อกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ถูกยกเลิกไป ก็ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 โดยบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่

- 1) สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ และ
- 2) เป็นผู้ที่ได้เห็นได้ยินหรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง แต่ความในข้อนี้ให้ใช้ได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยชัดแจ้ง หรือคำสั่งของศาลว่าให้เป็นอย่างอื่น

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยฉบับปัจจุบันนั้น ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยนำเอาความคิดเกี่ยวกับพยานบุคคลมาบัญญัติไว้ดังกล่าวแล้วข้างต้น

4.1.12 หลักเรื่องข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปหรือไม่อาจโต้แย้งได้ (Judicial Notice)

การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนั้น โดยปกติแล้วจะต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ยึดถือหลักนี้ กล่าวคือ ศาลจะนำข้อเท็จจริงซึ่งมิใช่พยานหลักฐานมาวินิจฉัยตัดสินคดีไม่ได้ เว้นแต่เป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่าศาลรู้ได้เอง ซึ่งเรียกว่า Judicial Notice ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ผู้พิพากษาหรือศาลอาจกำหนดข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป (common everyday knowledge) และไม่อาจเป็นที่โต้แย้งได้เพื่อให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามนั้น หลักเรื่อง Judicial Notice นี้จึงเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีขึ้นเพื่อใช้แทนพยานหลักฐานได้ ซึ่งมีผลไม่ให้เกิดการนำสืบพยานหลักฐานอันเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันทั่วไปอยู่แล้ว ตามกฎหมายคอมมอนลอว์คู่ความมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลประกาศกำหนดว่าข้อเท็จจริงใดเป็น Judicial Notice เพื่อที่ลูกขุนจะได้ทราบและคู่ความไม่ต้องนำสืบพยานหลักฐานในประเด็นนั้น เนื่องจากการพิจารณาคดีตามกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นลูกขุนเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริง

ดังนั้นหากข้อเท็จจริงใดที่ศาลเห็นว่าเป็นที่ยอมรับหรือรู้กันทั่วไปอยู่แล้วเมื่อเป็นประเด็นในคดี ศาลก็ต้องบอกให้ลูกขุนทราบ ศาลจะรู้ไว้แต่ในใจของตนลำพังไม่ได้ จึงมีวิธีการที่อนุญาตให้คู่ความร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลกำหนดว่าข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดเป็น Judicial Notice ซึ่งจะมีผลทำให้คู่ความนั้นไม่ต้องมีการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อไป

⁶⁹ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาฯ เล่มเดิม. หน้า 60.

โดยปกติแล้ว Judicial Notice ได้แก่ ข้อเท็จจริงที่รู้กันทั่วไปแล้วไม่อาจที่จะโต้แย้งได้ เช่น เมืองใดอยู่ในรัฐใด หรือแม่น้ำสายนี้ไหลผ่านจังหวัดใดบ้าง เป็นต้น นอกจากนั้นยังรวมถึงสิ่งที่อาจคำนวณหรือพิสูจน์ได้ด้วยกฎเกณฑ์ที่แน่นอนเช่น 1 ฟุต เท่ากับ 12 นิ้ว เป็นต้น⁷⁰

ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร กล่าวว่า ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไป หรือไม่อาจโต้แย้งได้นี้ ตามกฎหมายของอังกฤษเรียกว่าเรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice) ศาลจึงรับฟังเรื่องเหล่านี้ได้โดยไม่ต้องมีการสืบพยานเพราะศาลรู้อยู่แล้ว ซึ่ง Thayer ถือว่าเป็นเรื่องของการใช้เหตุผลทางกฎหมายโดยทั่วไปเท่านั้น

เรื่องที่ศาลรู้เองนี้ตามกฎหมายอังกฤษแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

ประเภทแรก เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองโดยไม่ต้องสืบเสาะเพราะเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันโดยทั่วไปใครๆ ก็รู้ เช่น น้ำเป็นสิ่งเปียก เดือนสิงหาคมมี 31 วัน หมาและแมวชอบทะเลาะกัน แมวเป็นสัตว์เลี้ยง การจราจรในกรุงลอนดอนหนาแน่น การจี้จักรยานเสี่ยงต่อการได้รับบาดเจ็บ เด็กๆ ชอบเล่น ความหมายของถ้อยคำธรรมดา ในระหว่างสงครามโลกค่าของเงินตกมาก ไปรษณีย์บัตรใครๆ ก็อ่านได้

ส่วนเรื่องที่ศาลรู้เองประเภทที่สอง แม้จะเป็นเรื่องที่รู้กันโดยทั่วไป บางคนอาจไม่รู้แต่ก็อาจสืบเสาะได้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย ประเพณี หลักวิชาชีพ ประวัติศาสตร์ เรื่องเกี่ยวกับอาณาเขตและภูมิศาสตร์ การบริหารราชการแผ่นดิน เรื่องเหล่านี้ศาลค้นหาได้จากหนังสืออ้างอิง เอกสารทางราชการ และคำพิพากษาของศาล⁷¹

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในเรื่อง Judicial Notice เช่นกัน⁷² โดยข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปหรือไม่อาจโต้แย้งได้นี้ ทางปฏิบัติมักจะเรียกรวมๆ กันว่า ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เอง เข้าใจว่าจะเอาแนวความคิดมาจากคำว่า Judicial Notice ตามกฎหมายอังกฤษ⁷³ โดยได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (1) เดิม ความว่า “คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว”

⁷⁰ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. เล่มเดิม. หน้า 827.

⁷¹ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 91-92.

⁷² พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ กักศิธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 827.

⁷³ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 92.

ต่อมาบทบัญญัติแห่งมาตรา 84 นี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550 โดยได้แยกเป็นสองมาตรา กล่าวคือเป็นมาตรา 84 และมาตรา 84/1⁷⁴ ซึ่งบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

“มาตรา 84 การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในคดีใดจะต้องกระทำโดยอาศัยพยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้น เว้นแต่

- 1) ข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันอยู่ทั่วไป
- 2) ข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้
- 3) ข้อเท็จจริงที่คู่ความรับหรือถือว่ารับกันแล้วในศาล”

“มาตรา 84/1 คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

จะเห็นได้ว่าเรื่อง Judicial Notice ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ในมาตรา 84 เดิม และในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2550 เรื่อง Judicial Notice ก็ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 84 เช่นเดิม จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้มีอิทธิพลต่อหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวแล้ว

และนอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า ตามกฎหมายไทยนั้นผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงเอง ดังนั้นคู่ความในศาลไทยอาจจะไม่แน่ใจว่าข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างนั้น ศาลจะถือว่าเป็นข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปหรือไม่ ทำให้คู่ความต้องนำสืบพยานหลักฐานโดยไม่จำเป็นจริงอยู่ในชั้นชี้สองสถาน ศาลจะกำหนดประเด็นข้อพิพาทต่างๆ แล้วตัดประเด็นที่ศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องนำสืบโดยถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองได้ แต่ในประเด็นหนึ่งๆ ประกอบด้วยข้อเท็จจริงย่อยๆ อีกมากมาย เมื่อคู่ความไม่แน่ใจว่าศาลจะยอมรับข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ คู่ความก็ต้องนำสืบพยานหลักฐานอย่างยืดยาวและในบางครั้งจะไม่จำเป็น ทำให้การพิจารณาคดีของศาลล่าช้า ครั้นคู่ความจะขอให้ศาลกำหนดว่าสิ่งใดบ้างที่ศาลรู้เอง ก็ไม่มีกฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้เหมือนกับกฎหมายคอมมอนลอว์ และในทางปฏิบัติก็ไม่ค่อยเห็นมีการทำกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควร

⁷⁴ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550, มาตรา 3.

ได้มีการปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้ให้รัดกุมและชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งอาจจะเป็นประโยชน์ในการช่วยเร่งรัดการพิจารณาคดีของไทยได้

4.1.13 หลักการรับฟังพยานบอกเล่า

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า หลักการรับฟังพยานบอกเล่านั้นตามหลักวิชาสากลแยกออกเป็น 2 ระบบ กล่าวคือถ้าเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมักจะไม่มีการรับฟังพยานบอกเล่า เพราะหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในประเทศระบบประมวลใช้หลักให้ศาลประเมินคุณค่าของพยานหลักฐานเองโดยอิสระ (Principle of Free Appreciation of Evidence) เพราะฉะนั้นจึงไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์อะไรไปตัดพยานหลักฐานออกไปตั้งแต่ต้น พยานหลักฐานจะดีจะเลวก็ยอมให้สืบเข้ามาก่อนแล้วให้ศาลใช้ดุลพินิจประเมินความน่าเชื่อถือ ประเมินน้ำหนักเป็นรายกรณีไป ในประเทศระบบประมวลจึงแทบจะไม่มีบทตัดพยานหลักฐาน โดยเฉพาะบทตัดพยานบอกเล่า ฉะนั้นกฎหมายพยานหลักฐานของประเทศประมวลจึงให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ ปัญหาไปอยู่ที่น้ำหนัก ในทางตรงกันข้ามประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะมีบทตัดพยานบอกเล่าเป็นหลักสำคัญที่สุดหลักหนึ่งของกฎหมายพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอเมริกัน กฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ วางหลักว่าพยานบอกเล่านั้นโดยหลักห้ามรับฟัง เหตุผลก็เพราะแม้พยานบอกเล่าจะมีคุณสมบัติอยู่บ้าง แต่ความคลาดเคลื่อนสูงมาก และชักนำให้ศาลตัดสินใจผิดพลาดไปจากความจริงได้ง่ายมาก โดยหลักจึงให้ตัดพยานบอกเล่าไว้ก่อนเลย ส่วนกรณีพยานบอกเล่าขึ้นใจ ประเภทใด มีน้ำหนักน่าเชื่อถือเพียงพอ ก็ไปสร้างข้อยกเว้นให้รับฟังได้เฉพาะกรณีๆ ไป⁷⁵

Hearsay เป็นหลักกฎหมายเก่าแก่ของคอมมอนลอว์ เป็นบทตัดพยานที่ไม่ประสงค์จะให้พยานหลักฐานอันมีลักษณะเป็น Hearsay เข้าสู่สำนวนของศาลการพิจารณาคดีในศาลคอมมอนลอว์มีทั้งการพิจารณาโดยลูกขุนและโดยศาลและไม่ว่าการพิจารณาคดีจะเป็นโดยศาลหรือลูกขุน กฎว่าด้วยการห้ามรับฟัง Hearsay มีผลบังคับใช้เสมอ⁷⁶

แม้กฎเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานบอกเล่าจะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญในประเทศอังกฤษมาประมาณเกือบสองศตวรรษแล้ว แต่ไม่มีกฎหมายที่กำหนดคำจำกัดความของพยานบอกเล่าไว้โดยเพียงจะได้มีการกำหนดคำนิยามของพยานบอกเล่าไว้ในมาตรา 1 (2) ของพระราชบัญญัติพยานหลักฐานในคดีแพ่ง ค.ศ. 1995 (the Civil Evidence Act 1995) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 ซึ่งกำหนดคำจำกัดความของพยานบอกเล่าว่า ประการแรก หมายถึง ถ้อยคำที่

⁷⁵ จริญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 280.

⁷⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 200.

เบิกความที่ไม่ใช่ถ้อยคำที่เป็นของบุคคลที่ให้การด้วยวาจาในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล โดยมุ่งที่จะใช้คำเบิกความนี้เป็นพยานหลักฐาน พิสูจน์เรื่องที่กล่าวอ้างในคดี และประการที่สอง หมายถึงสิ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับพยานบอกเล่า โดยให้หมายความรวมถึงพยานบอกเล่าในทุกระดับ

ด้วยเหตุผลที่พยานบอกเล่าจำนวนมากมีความน่าเชื่อถือ และความจำเป็นที่ต้องรับฟังพยานบอกเล่าในบางกรณี กฎหมายอังกฤษในปัจจุบันจึงได้ยอมรับให้มีข้อยกเว้นจำนวนมากที่ทำให้สามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้จนกลายเป็นหลักการรับฟังพยานบอกเล่า โดยเฉพาะคำนิยามของพยานบอกเล่า (hearsay) ในมาตรา 1 (2) ของ the Civil Evidence Act 1995 ได้เป็นการยกเลิกกฎเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานบอกเล่าในคดีแพ่ง ในปัจจุบันนี้พยานบอกเล่าในคดีแพ่งตามกฎหมายอังกฤษจึงสามารถรับฟังได้ ภายใต้วิธีพิจารณาความแบบป้องกัน (proceduralsafeguards) ที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความที่ถูกสืบหักล้างโดยใช้พยานบอกเล่า⁷⁷

สำหรับหลักการรับฟังพยานบอกเล่าตามกฎหมายของไทยนั้น จากการศึกษาพบว่าพยานบอกเล่าในความหมายที่ว่าพยานมิได้รู้เห็นเหตุการณ์เอง ได้มีการกล่าวถึงในกฎหมายตราสามดวง ลักษณะรับฟ้องว่า “เมื่อมีผู้ร้องฟ้องกล่าวโทษว่า มีผู้มาบอกเล่าว่าชายมาทำชู้กับภรรยา มิได้เห็นแก่จักขุ มิแต่ผู้บอกเล่า ท่านให้เรียกตัวผู้บอกเล่ามาถามก่อน ถ้าผู้บอกเล่ารับสมฟ้อง จึงให้เอาตัวผู้ต้องพิพาทมาพิจารณาว่ากล่าวกับผู้บอกเล่าสืบไป ถ้าผู้บอกเล่ามิรับอย่างเพิ่งให้พิจารณาสืบไปเลย”⁷⁸

ส่วนสมัยอยุธยา กฎหมายลักษณะพยาน มาตรา 16 บัญญัติว่า “อนึ่งคู่ความทั้งสองอ้างพยานๆ ให้การว่ามีได้เห็นแก่จักขุ มิได้ยินแก่โสต เป็นแต่ผู้มีคติมาบอกเล่าจึงรู้ ท่านว่าพิพยานก็ดี อุดรพยานก็ดี อุดรีพยานก็ดี ท่านมิฟังให้ฟังเอาพยานนั้นเลยฯลฯ”⁷⁹

เมื่อพิจารณากฎหมายลักษณะพยานข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าตั้งแต่สมัยอยุธยา กฎหมายของไทยเราก็ถือหลักไม่ยอมรับฟังคำพยานบอกเล่า

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาคำรากกฎหมายลักษณะพยาน และคำพิพากษาฎีกาในสมัยนั้นก็ยังคงยืนยันตรงกันในบทคัดพยานบอกเล่านี้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 678/2469 คำพยานชั้นอำเภอไต่สวนซึ่งไม่ได้ตัวมาเบิกความในศาลนั้น จะฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะจำเลยไม่มีโอกาสซักค้าน

⁷⁷ ปวีณ นราเมธกุล. (2549). การเปิดเผยพยานบุคคลอย่างบังคับในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law: กรณีศึกษาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาอังกฤษ. หน้า 33-34.

⁷⁸ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 267.

⁷⁹ โอสถ โกศิน. (2501). คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 313.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1041/2466 ศาลจะอ้างคำพยานในคดีอาญาเรื่องหนึ่ง มาวินิจฉัยในคดีอาญาอีกเรื่องหนึ่งไม่ได้ ต้องเรียกพยานมาเบิกความต่อหน้าศาลอีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 484/2473 ผู้ตายเขียนจดหมายถึงบิดามารดาและสามีเล่าเหตุการณ์ที่ตนถูกกักขังและประสบเหตุให้ฟัง ท่านว่าจดหมายนั้นเป็นพยานบอกเล่า ศาลจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้⁸⁰

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของศาลฎีกาไทยในสมัยนั้นก็ถือหลักไม่ยอมรับฟังคำพยานบอกเล่าเช่นกัน

มาถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 มาตรา 37 ก็กล่าวไว้ดีกว่าพยานนั้นจะต้องเป็นพยานที่ “ได้รู้ได้เห็นมาเองอีกเหมือนกัน โดยกฎหมายใช้คำว่า “เมื่อศาลอ่านประเด็นข้อสืบซึ่งกำหนดไว้ในคำชี้สองสถานแล้ว ก็ให้ศาลซักถามพยานให้พยานเบิกความแต่โดยสัตย์โดยจริงตามที่ตนได้รู้ ได้เห็น ได้ยินจนสิ้นกระแสความ ฯลฯ” และในเรื่องการถามค้านพยานก็มีมาตรา 38 (2) กล่าวไว้ดีกว่า “ถามซักไซ้ไล่เลียงพยานให้พยานอธิบายชี้แจงว่าเหตุใดพยานจึงได้รู้ได้เห็นได้ยินเหตุการณ์ต่างๆ ในข้อพิพาทฯ ได้รู้ ได้เห็น ได้ยินกิจการต่างๆ ซึ่งเป็นมูลคดีวิพาทฯ”⁸¹

สำหรับพยานบอกเล่าก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อ พ.ศ. 2550 นั้น ได้มีการบัญญัติถึงพยานบอกเล่าไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) ว่า “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่บุคคลนั้น... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยินหรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง...”⁸²

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) นี้จะเห็นได้ว่ามิได้ให้ความหมายของพยานบอกเล่าที่ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร และในมาตราอื่นๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ไม่มีคำว่าพยานบอกเล่าเลย แต่ก็เป็นที่ยู่งกันว่าพยานที่ต้องห้ามรับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) นี้คือพยานบอกเล่าในความหมายทางวิชาการ

ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ได้กล่าวว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้มีบทบัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า แต่เนื่องจากกฎหมายลักษณะพยานนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์

⁸⁰ จริฎู ภักดีธนากุล ค (2524, มีนาคม). “บทคัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย.” วารสารกฎหมาย, 6, 3. หน้า 65.

⁸¹ โอสถ โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 314.

⁸² โสภณ รัตนาร. เล่มเดิม. หน้า 267.

เป็นอย่างมาก จึงได้มีการแปลความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 ที่ว่า “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใดเว้นแต่บุคคลนั้น... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความ เกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง...” เป็นบทบัญญัติที่ห้ามรับฟังพยาน บอกล่า โดยถือว่าพยานบุคคลที่มีรู้เห็นข้อเท็จจริงด้วยตนเองเป็นพยานบอกล่า ซึ่งถ้าพิจารณา ในแง่นี้ก็จะเห็นได้ว่าพยานบอกล่าตามกฎหมายไทยจำกัดอยู่แต่พยานบุคคลเท่านั้น แต่แท้จริงแล้ว ความหมายของ hearsay ตามกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นครอบคลุมถึงพยานเอกสารด้วย เช่น จำนวน การสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมเป็น hearsay ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ มีข้อที่น่าสังเกตว่า คำว่า “พยานบอกล่า” นี้มิได้มีการนิยามจำกัดความไว้ในกฎหมาย แต่ก็เป็นที่เข้าใจในหมู่นักกฎหมาย ไทยว่าหมายถึงพยานที่มีรู้เห็นข้อเท็จจริงด้วยตนเองซึ่งต้องห้ามที่ศาลจะรับฟังตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 และที่สำคัญก็คือ ได้มีการนำข้อยกเว้นเกี่ยวกับการห้ามรับ ฟังพยานบอกล่า (hearsay) ของกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้เสมือนหนึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย ไทย เช่น ข้อยกเว้นเกี่ยวกับคำกล่าวของผู้ใกล้จะตาย และคำกล่าวอันเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ ของตน เป็นต้น ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาหลายเรื่องสนับสนุน⁸³

จะเห็นได้ว่า ก่อนปี พ.ศ. 2550 นั้น นักกฎหมายของไทยได้แปลความบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) เป็นบทบัญญัติที่ห้ามรับฟังพยานบอกล่า แต่ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมก่อนมีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 นั้นมี ปัญหาที่นักวิชาการถกเถียงกันอยู่ คือเกี่ยวกับความหมายของพยานบอกล่า

ศาสตราจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์ ได้ให้ข้อสังเกตในเรื่องนี้ว่า ความหมายของพยานบอกล่า เป็นปัญหาที่นักวิชาการถกเถียงกัน เพราะพยานบอกล่าแต่เดิมเน้นที่พยานบุคคลไม่ว่าในพระราช บัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 หรือมาตรา 95 (2) ใช้ถ้อยคำคล้ายคลึงกัน ทั้งมาตรา 95 เป็นมาตรา ที่ว่าด้วยการรับฟังพยานบุคคล เพราะฉะนั้นในการบังคับใช้กฎหมายช่วงแรกก่อนปี 2550 จึงมี ปัญหาว่าเรื่องพยานบอกล่านั้นใช้เฉพาะกับพยานบุคคลหรือไม่ เพราะพยานบอกล่าในความหมาย สากลจะอยู่ในรูปแบบอื่นคืออยู่ในรูปพยานเอกสารหรือพยานวัตถุได้ แต่กฎหมายของไทยระยะแรก เน้นที่พยานบุคคล และในช่วงแรกก็ตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมา จนถึงปี พ.ศ. 2550 ความหมายของพยานบอกล่าก็ไม่ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร ในมาตราอื่นใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ไม่มีคำว่า พยานบอกล่าเลย แต่เป็นที่รู้กันว่าพยานที่ต้องห้ามรับฟังตามมาตรา 95 (2) คือพยานบอกล่าใน ความหมายทางวิชาการ

⁸³ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรูญ กักศิรนากุล. เล่มเดิม. หน้า 829.

ศาสตราจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์ ได้ให้ข้อสังเกตต่ออีกว่า ปัญหาดังกล่าวนี้เป็นปฐมเหตุสำคัญที่นำมาสู่การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเรื่องพยานบอกเล่าในปี พ.ศ. 2550 เพื่อแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนในประเด็นทั้งหลายนี้ ตั้งแต่เรื่องความหมายของพยานบอกเล่า เรื่องข้อยกเว้น และเรื่องการใช้บังคับในคดีอาญาหรือไม่ ก็ได้นำมาแก้ไขไว้ก่อนข้างครบถ้วนในกฎหมายปัจจุบัน คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2550 เรื่องพยานบอกเล่าก็มีความเห็นชัดเจนมากขึ้น กล่าวคือมีการบัญญัติความหมายของพยานบอกเล่าให้ชัดเจนว่าพยานบอกเล่านั้นคืออะไร มิได้เฉพาะพยานบุคคลหรือรวมไปถึงพยานเอกสาร พยานวัตถุด้วย มีการบัญญัติข้อยกเว้น ถึงแม้จะไม่ได้ลงระเอียดลึกถึงแจ่มแจ้งเป็นอย่างไรๆ ไป แต่ก็ได้ให้แนวทางหรือเครื่องมือแก่ศาลที่จะไปปรับใช้กับพยานบอกเล่าที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาเป็นเรื่องราวๆ ไปได้ว่าการที่จะยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าควรมีแนวคิดอย่างไร และยังมีกรบัญญัติเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานบอกเล่าไว้เป็นพิเศษเพิ่มเติมขึ้นมาจากการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 104 วรรคสอง⁸⁴

สำหรับกฎหมายไทยปัจจุบันนั้น ในการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี พ.ศ. 2550 มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเรื่องพยานบอกเล่าโดยได้บัญญัติความหมายของพยานบอกเล่าไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคแรก ความว่า “ข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าที่พยานบุคคลใดนำมาเบิกความต่อศาลก็ดี หรือที่บันทึกไว้ในเอกสารหรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้อ้างเป็นพยานหลักฐานต่อศาลก็ดี หากนำเสนอเพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความนั้นให้ถือเป็นพยานบอกเล่า”

จึงอาจกล่าวได้ว่า พยานบอกเล่าตามกฎหมายของไทยตั้งแต่สมัยอยุธยาาก็ถือหลักไม่ยอมรับฟังคำพยานบอกเล่า และเมื่อพิจารณาดำรงกฎหมายลักษณะพยาน และคำพิพากษาฎีกาในสมัยนั้นก็ยังยืนยันตรงกันในบทตัดพยานบอกเล่านี้ ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 เมื่อพิจารณามาตรา 95 (2) จะเห็นได้ว่ามิได้ให้ความหมายของพยานบอกเล่าที่ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นอย่างมาก จึงได้มีการแปลความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 ที่ว่า “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใดเว้นแต่บุคคลนั้น... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง...” เป็นบทบัญญัติที่ห้ามรับฟังพยานบอกเล่า

⁸⁴ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ค (2552). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 11. หน้า 159.

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยตั้งแต่สมัยอยุธยา กล่าวคือกฎหมายลักษณะพยาน มาตรา 16 ก็คือพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ก็คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 มาตรา 95 (2) ก็คือ ล้วนถือว่าพยานบุคคลที่มีได้รู้เห็นข้อเท็จจริงด้วยตนเองเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งถ้าพิจารณาในแง่นี้ก็เห็นได้ว่าพยานบอกเล่าตามกฎหมายไทยจำกัดอยู่แต่พยานบุคคลเท่านั้น แต่แท้จริงแล้วความหมายของ hearsay ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ครอบคลุมถึงพยานเอกสารด้วย

ในการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550 จึงได้บัญญัติถึงความหมายของพยานบอกเล่าไว้ตรงกับหลักวิชาหรือหลักสากล กล่าวคือมีการบัญญัติความหมายของพยานบอกเล่าให้ชัดเจนว่าพยานบอกเล่านั้นคืออะไร พยานบอกเล่ามิได้ทั้งพยานบุคคล พยานเอกสาร รวมไปถึงพยานวัตถุด้วย โดยได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังกล่าว

ความหมายของพยานบอกเล่านี้ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคหนึ่ง ความว่า “ข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าที่พยานบุคคลใดนำมาบอกความต่อศาลก็ดี หรือที่บันทึกไว้ในเอกสารหรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้อ้างเป็นพยานหลักฐานต่อศาลก็ดี หากนำเสนอเพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความนั้น ให้ถือเป็นพยานบอกเล่า”

กล่าวโดยสรุป ศาลฎีกาไทยยึดหลักกฎหมายของศาลอังกฤษมาวางบรรทัดฐานให้ศาลสามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้ เนื่องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 (2) มิได้บัญญัติห้ามรับฟังหรือเป็นบทบัญญัติตัดพยานบอกเล่าเสียทีเดียว กระทั่งมีการแก้ไขกฎหมายพยานหลักฐานทั้งในส่วนคดีแพ่งและส่วนคดีอาญา โดยในคดีแพ่งแก้ไขเพิ่มเติมเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 ผ่อนคลายหลักเกณฑ์ให้สามารถรับฟังพยานหลักฐานซึ่งเป็นพยานบอกเล่าได้ จึงเห็นได้อย่างชัดเจนถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่านี้

4.1.14 ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนปี 2550 ซึ่งมีการแก้ไขกฎหมายพยานหลักฐานใหม่นั้น เรื่องข้อยกเว้นของการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าเป็นปัญหาที่นักวิชาการถกเถียงกัน

ศาสตราจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์ ได้ให้ข้อสังเกตในเรื่องนี้ว่า เรื่องข้อยกเว้นของการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า เป็นปัญหาที่นักวิชาการถกเถียงกัน เนื่องจากกฎหมายเดิมเขียนไว้ค่อนข้างกว้างขวาง ไม่ได้ให้แนวทางหรือหลักการแน่นอนว่า พยานบอกเล่าที่รับฟังได้ควรจะมีลักษณะหน้าตาเป็นอย่างไร ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายในยุคนั้น ตามแนวคิดของประเทศที่ใช้ประมวลที่บัญญัติกว้างมาเพื่อให้ศาลมีดุลพินิจในการที่จะรับฟังพยานบอกเล่าได้ในกรณีที่

เห็นสมควรเป็นเรื่องๆ เพราะพยานบอกเล่ามีได้มากมายหลายรูปแบบ และในพยานบอกเล่าในลักษณะเดียวกันในคดีต่างกันก็อาจจะมีเหตุที่น่ารับฟังหรือไม่รับฟังต่างกันก็ได้ ฉะนั้นผู้ร่างกฎหมายจึงให้เครื่องมือแก่ศาลในการที่จะเลือกรับฟังพยานบอกเล่าได้ตามดุลพินิจที่เห็นสมควร เพราะฉะนั้นถ้าอ่านรวมทั้งหมดแล้วโดยรวบยอดก็จะพบว่าทบัญญัติว่าด้วยพยานบอกเล่าในมาตรา 95 (2) เดิมมีลักษณะค่อนข้างไปในทางประเทศที่ใช้ประมวล คือให้ดุลพินิจศาลที่ค่อนข้างกว้างขวางในการที่จะเลือกรับฟังพยานบอกเล่าได้ แต่ทางปฏิบัติที่ผ่านมาศาลฎีกาไม่ได้บังคับใช้ตามเจตนารมณ์เช่นนั้น ศาลฎีกากลับวางแนวบรรทัดฐานในเรื่องนี้ว่า พยานบอกเล่าที่จะรับฟังได้ต้องมีลักษณะพิเศษบางอย่าง มิใช่ศาลชั้นต้นหรือศาลใดก็ตามแต่จะมีดุลพินิจเลือกรับฟังได้เป็นเรื่องๆ ตามที่เห็นสมควร แต่ต้องมีลักษณะพิเศษที่เป็นที่ยอมรับพอสมควร ลักษณะพิเศษเช่นว่านั้นศาลฎีกาก็ได้นำมาจากกฎหมายอังกฤษ ซึ่งในกฎหมายอังกฤษมีการบัญญัติข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าไว้ค่อนข้างชัดเจน แล้วต่อมากฎหมายอังกฤษก็ได้มีการนำไปขยายพัฒนาต่อออกในสหรัฐอเมริกา ซึ่งเรื่องพยานบอกเล่าในกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นบัญญัติข้อยกเว้นไว้ 2 แนวทางอย่างชัดเจน

แนวทางที่ 1 คือเป็นการยกเว้นโดยสภาพลักษณะและภาวะแวดล้อมของพยานบอกเล่า นั้นมีเครื่องประกันความน่าเชื่อถือทำให้รับฟังได้ ในแนวคิดนี้แม้แต่ยังมีตัวผู้บอกเล่าอยู่ก็สามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้ เช่น พยานบอกเล่าที่เป็นคำรับของคู่ความฝ่ายตรงข้าม ข้อความในเอกสารมหาชน

แนวทางที่ 2 คือกรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากไม่อาจจะหาตัวผู้บอกเล่ามาเป็นพยานได้ เช่น กรณีผู้บอกเล่าตายไปแล้วหรือไปอยู่ต่างประเทศ หรือวิกลจริต กรณีนี้ถ้ามีความเหมาะสมหรือเหตุสมควรก็สามารถจะรับฟังพยานบอกเล่าได้ ซึ่งความเหมาะสมหรือเหตุสมควรก็จะลดหย่อนเบาลงมาจากสภาพลักษณะพิเศษในแนวคิดที่ 1 กลุ่มนี้ได้แก่คำบอกเล่าของคนตายไปแล้วในรูปแบบต่างๆ

แนวทางหรือแนวปฏิบัติของศาลฎีกาก็คือ เมื่อมีปัญหาเรื่องพยานบอกเล่าขึ้นสู่ศาลฎีกาแล้วปรากฏว่าพยานบอกเล่านั้นเข้าลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายอังกฤษ ศาลฎีกาจะตัดสินให้รับฟังพยานบอกเล่านั้นได้ แล้วก็วางบรรทัดฐานไว้เป็นเรื่องๆ แต่ถ้าเรื่องใดหรือพยานบอกเล่าใดที่ไม่อยู่ในข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายอังกฤษ ศาลฎีกาจะไม่รับฟัง ก็เกิดแนวบรรทัดฐานนี้ขึ้น แต่ยังไม่ครบทุกข้อที่เป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายอังกฤษ

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์ กล่าวต่ออีกว่า ปัญหาดังกล่าวเป็นปฐมเหตุสำคัญที่นำมาสู่การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเรื่องพยานบอกเล่าในปี พ.ศ. 2550 เพื่อแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนในประเด็นทั้งหลายนี้ ตั้งแต่เรื่องความหมายของพยานบอกเล่า เรื่องข้อยกเว้น และเรื่องการ

ใช้บังคับในคดีอาญาหรือไม่ ก็ได้นำมาแก้ไขไว้ก่อนข้างครบถ้วนในกฎหมายปัจจุบัน คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2550 เรื่องพยานบอกเล่าก็มีความเห็นชัดเจนมากขึ้น กล่าวคือมีการบัญญัติความหมายของพยานบอกเล่าให้ชัดเจนว่าพยานบอกเล่านั้นคืออะไร มีได้เฉพาะพยานบุคคลหรือรวมไปถึงพยานเอกสาร พยานวัตถุด้วย มีการบัญญัติข้อยกเว้น ถึงแม้จะไม่ได้ลงระเอียดลึกถึงแจ่มแจ้งเป็นอย่างไรๆ ไป แต่ก็ได้ให้แนวทางหรือเครื่องมือแก่ศาลพยานหลักฐานที่จะไปปรับใช้กับพยานบอกเล่าที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาเป็นเรื่องราวๆ ไปได้ว่าการที่จะยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าควรจะมีแนวคิดอย่างไร⁸⁵

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า กฎหมายไทยแม้จะวางรูปแบบ (Format) เป็นระบบประมวลก็จริง แต่เวลาเขียนประมวลกลับเอาเนื้อความ (Substance) ของกฎหมายคอมมอนลอว์มาเขียนไว้ด้วย ที่เห็นได้ชัดก็คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคสอง⁸⁶ นี้

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์ กล่าวว่า ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 ข้อยกเว้นนี้มีที่มาจากกฎหมายพยานหลักฐานในประเทศสหรัฐอเมริกาคือ กฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของรัฐบาลกลาง ซึ่งเกิดจากความพยายามของนักกฎหมายทั่วประเทศที่จะทำกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นกลาง คือรวบรวมแนวคิดของทั้งหมดแล้วมาบัญญัติขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐบาลกลาง แม้ไม่ได้บังคับแต่ละมลรัฐว่าจะต้องไปแก้กฎหมายให้เหมือน แต่เขาพยายามที่จะประนีประนอมทุกแนวคิดแล้วมาบัญญัติขึ้น และในแง่ของทางปฏิบัติก็มีความที่จะปรับกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ การรับฟังพยานหลักฐานของแต่ละมลรัฐให้คล้ายกันหรือให้เหมือนกัน และในอุดมคติสุดท้ายคือว่าทุกรัฐมีกฎเกณฑ์การรับฟังพยานที่เหมือนกันหมด เพราะฉะนั้นกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของรัฐบาลกลาง ก็ได้ชื่อว่าเป็นตัวแทนของกฎเกณฑ์การรับฟังพยานของสหรัฐทั่วประเทศซึ่งเป็นสากลมาก ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็มีที่มาจากกฎเกณฑ์นี้⁸⁷

เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคสอง (1) และ (2) นี้ จะเห็นได้ว่าได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในลักษณะที่เป็นแนวทางให้ศาลนำไปปรับใช้แก่พยานบอกเล่าแต่ละลักษณะว่าพยานบอกเล่าลักษณะใดหรือชนิดใดที่เข้าข่ายหรือเข้าเกณฑ์ที่จะยกเว้นรับฟังได้ตามแนวทางที่กฎหมายให้ไว้

⁸⁵ แหล่งเดิม, หน้า 159-163.

⁸⁶ จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม, หน้า 280-281.

⁸⁷ เข็มชัย ชูติวงศ์. (2552). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 12.

เพราะฉะนั้นกล่าวอีกอย่างหนึ่ง ก็คือว่าข้อยกเว้นที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้เป็นบทสำเร็จตายตัวซึ่งสามารถใช้ได้ทันที เพราะไม่ได้ระบุว่าคำบอกเล่าประเภทไหนที่รับฟังได้ แต่ให้แนวทางศาลนำไปใช้วิเคราะห์และเอาไปปรับใช้แก่พยานบอกเล่าแต่ละประเภทว่าอยู่ในข่ายที่จะรับฟังได้หรือไม่ เพราะฉะนั้นพูดอีกอย่างหนึ่งคือข้อยกเว้นนี้ไม่ใช่ข้อยกเว้นสำเร็จรูปที่เอาไปใช้ได้เลยยังต้องเอาไปปรุงแต่งอีก

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ข้อยกเว้นที่บัญญัติขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2550 สอดคล้องกับแนวปฏิบัติที่ศาลฎีกาพยายามวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่ามาตลอดเวลาหลายสิบปี กล่าวคือแม้ว่าแต่เดิมนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) จะได้บัญญัติข้อยกเว้นการรับฟังพยานบุคคลที่เป็นพยานบอกเล่าไว้ในลักษณะกว้างๆ คล้ายกับว่าจะให้ศาลใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องราวๆ ได้ แต่ทางปฏิบัติแล้วศาลฎีกาไม่ได้ปฏิบัติเช่นนั้น ศาลฎีกาได้พยายามสร้างแนวหรือสร้างกลุ่มหรือประเภทของพยานบอกเล่าที่จะเข้าข้อยกเว้นรับฟังได้โดยไม่ได้ปล่อยให้ศาลชั้นต้นใช้ดุลพินิจตามใจชอบได้เป็นเรื่องราวๆ เพราะฉะนั้นถ้าพยานบอกเล่าใดที่ไม่เข้ากลุ่มที่จะยกเว้นให้รับฟังได้ก็จะไม่รับฟัง อันไหนเข้ากลุ่มก็จะรับฟัง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาเป็นเรื่องราวๆ กล่าวคือแนวที่ศาลฎีกาวาง และข้อยกเว้นที่ศาลฎีกาพยายามวางเป็นบรรทัดฐานตลอดมา ศาลฎีกาก็นำมาจากกฎหมายอังกฤษ ถ้ามีพยานบอกเล่าที่ตรงกับพยานบอกเล่าตามข้อยกเว้นของกฎหมายอังกฤษ ศาลฎีกาก็จะวางบรรทัดฐานให้รับฟังได้ แต่ถ้าไม่เข้าหรือไม่ตรงศาลฎีกาก็จะไม่รับฟัง เป็นแนวอย่างนี้มาโดยตลอด นอกจากนี้ในทางตำรากฎหมายพยานหลักฐานตั้งแต่ในอดีตเป็นต้นมาก็จะพูดถึงเรื่องข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าโดยใช้กฎหมายอังกฤษมาอธิบายเสมือนกับเป็นกฎหมายไทย เช่น ตำรากฎหมายพยานหลักฐานของศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี และตำรากฎหมายลักษณะพยานของศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร เป็นต้น และมีข้อยกเว้นหลายข้อตามกฎหมายอังกฤษที่ยังไม่เคยมีคำพิพากษาฎีกาเลย แต่เมื่อดูจากทางปฏิบัติของศาลฎีกาแล้วก็สามารถจะคาดการณ์หรือเชื่อได้ว่าถ้ามีเรื่องนั้นๆ เกิดขึ้นศาลฎีกาก็คงจะยกเว้นให้รับฟังได้ตามกฎหมายอังกฤษ

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า แต่เดิมนั้นบทบัญญัติของกฎหมายมิได้กล่าวถึงคำว่าพยานบอกเล่าไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) บัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานที่มีได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง ทำให้นักกฎหมายของประเทศไทยให้คำอธิบายพยานบอกเล่าโดยเน้นไปที่ถ้อยคำของบุคคล

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าห้ามรับฟังพยานบอกเล่า กล่าวคือไม่มีบทตัดพยานบอกเล่า ศาลไทยจึงนำ

แนวการรับฟังพยานบอกเล่าในหลายกรณีจากศาลประเทศอังกฤษในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาใช้ในการทำงานว่า กฎหมายมิได้ห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่าโดยเด็ดขาด แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะรับฟังได้เพียงแต่นำนักพยานบอกเล่าที่น้อยกว่าประจักษ์พยาน

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ในทางปฏิบัติศาลฎีกานำข้อยกเว้นที่ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้มาปรับใช้โดยได้มีการวางข้อยกเว้นในการรับฟังพยานบอกเล่าไว้หลายประการ ตัวอย่างเช่น

- 1) คำรับที่เป็นปฏิปักษ์ต่อประโยชน์ของกลุ่ม⁸⁸
- 2) คำกล่าวของผู้ตายในคดีที่ผู้ตายถูกทำร้าย⁸⁹
- 3) คำกล่าวที่ใกล้ชิดเหตุการณ์⁹⁰
- 4) พยานบอกเล่าเกี่ยวกับสิทธิมหาชนบางอย่าง⁹¹

จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้รับเอาแนวความคิดตามกฎหมายอังกฤษมาใช้ เหตุที่ศาลไทยตัดสินคดีเป็นแนวเดียวกับกฎหมายอังกฤษ อาจเป็นเพราะกฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลเหนือผู้พิพากษาไทยในยุคแรกๆ อยู่มาก และตำรากฎหมายไทยรวมทั้งตำรากฎหมายลักษณะพยานก็พยายามจะอธิบายโดยเทียบเคียงกับกฎหมายอังกฤษ จนถึงกับมีการนำกฎหมายอังกฤษมาอธิบายเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายไทยก็มี

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลไทยนำกฎหมายอังกฤษและคำพิพากษาของศาลอังกฤษมาเทียบเคียงก็ไม่น่าจะเป็นการเสียหายอย่างใด เพราะศาลฎีกาก็ไม่ได้อ้างกฎหมายอังกฤษมาใช้ตัดสินคดี เพียงแต่นำเหตุผลตามคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษมาใช้เท่านั้น

อย่างไรก็ดีในปัจจุบัน พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550 ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยได้บัญญัติข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าไว้ใน มาตรา 95/1 วรรคสอง (1) และ (2) ความว่า “ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า เว้นแต่

1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่าที่น่าเชื่อว่า จะพิสูจน์ความจริงได้ หรือ

⁸⁸ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1000/2482, 1057/2525, 1239/2527, 1819/2532, 4617/2533.

⁸⁹ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2475, 315/2479, 1724/2497, 3380/2526, 5916/2531, 269/2478, 353/2530, 411/2513, 314/2515, 2414/2515, 1059/2531, 1095/2535, 4113/2539.

⁹⁰ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 304/2500, 308/2510, 140/2519.

⁹¹ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1758-1759/2516, 863-885/2519.

2) มีเหตุจำเป็นเนื่องจากไม่สามารถนำบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นด้วยตนเองโดยตรงมาเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานบอกเล่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า บรรทัดฐานของศาลฎีกาในเรื่องข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าตลอดเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมายังใช้ต่อไปได้โดยนำมาปรับ แต่ต่อไปนี้เวลาที่ศาลจะตัดสินก็จะต้องกล่าวถึงข้อยกเว้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 โดยวิเคราะห์ว่าพยานบอกเล่านั้นเข้าข่ายให้รับฟังได้อย่างไร

กล่าวโดยสรุป ศาลฎีกาของไทยโดยทางปฏิบัติที่ผ่านมาได้วางแนวบรรทัดฐานในเรื่องข้อยกเว้นของการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าว่า พยานบอกเล่าที่จะรับฟังได้ต้องมีลักษณะพิเศษบางอย่าง ซึ่งลักษณะพิเศษเช่นว่านั้นศาลฎีกาก็ได้นำมาจากกฎหมายอังกฤษ นอกจากนี้ในทางตำรากฎหมายพยานหลักฐานตั้งแต่ในอดีตเป็นต้นมาก็จะพูดถึงเรื่องข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าโดยใช้กฎหมายอังกฤษมาอธิบายเสมือนกับเป็นกฎหมายของไทย จึงเห็นได้อย่างชัดเจนถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในเรื่องข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่านี้

4.2 วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อหลักการดำเนินคดีในศาลยุติธรรม

4.2.1 ต่อบทบาทศาลในการค้นหาความจริง

บทบาทของผู้พิพากษาในคดีแพ่งนั้นอยู่ภายใต้ระบบวิธีพิจารณาความที่ใช้บังคับอยู่ซึ่งมีอยู่ 2 รูปแบบ คือวิธีพิจารณาความแบบกล่าวหา (accusatorial procedure) และวิธีพิจารณาความแบบไต่สวน (inquisitorial procedure) วิธีพิจารณาความแบบกล่าวหาเน้นคู่ความในคดีจะเป็นผู้มีบทบาทในการริเริ่มคดีและมีบทบาทที่เป็นหลักสำคัญในคดี ส่วนผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลาง ในขณะที่วิธีพิจารณาความแบบไต่สวนนั้นผู้พิพากษามีอำนาจตามกฎหมายเป็นอย่างมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี⁹²

เมื่อพิจารณาในแง่ของระบบซึ่งได้กล่าวไว้แล้วนั้น ระบบการรับฟังพยานหลักฐานของกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นแบบที่เรียกกันว่า ระบบกล่าวหา (Accusatorial หรือ Adversary System) ระบบนี้ถือว่าหน้าที่ในการค้นหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความแต่ละฝ่ายเป็นของคู่ความฝ่ายนั้นๆ หากคู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นแห่งคดีข้อใดแล้วไม่นำสืบ

⁹² ชนาทร จิตติเดโช. (2551, มิถุนายน). “สถานะของกฎหมายลำดับรองในกฎหมายลักษณะพยาน: ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงศาลต้องรู้หรือคู่ความต้องนำสืบ.” *บทบัญญัติ*, 64, 2. หน้า 199.

หรือนำสืบไม่สม คู่ความฝ่ายนั้นก็ยอมแพ้ในประเด็นข้อนั้นๆ ระหว่างการนำพยานหลักฐานมาสืบ ศาลจะวางตนเป็นกลาง ปล่อยให้เป็นที่ของคู่ความในการที่จะนำสืบพยานหลักฐานและป้องกันผลประโยชน์ของฝ่ายตน เมื่อคู่ความฝ่ายใดละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับการเสนอและรับฟังพยานหลักฐาน คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องคัดค้านต่อศาล ศาลก็จะมีคำสั่งตามหลักกฎหมายในเรื่องนั้น แต่ถ้าคู่ความไม่คัดค้านถึงแม้ว่าจะมีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอพยานหลักฐาน ศาลก็จะไม่ก้าวล่วงเข้าไป เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมอย่างร้ายแรง ตัวอย่างเช่น สมมุติว่าทนายโจทก์ใช้คำถามนำกับพยานฝ่ายของตนซึ่งเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแต่ถ้าฝ่ายจำเลยไม่ค้าน ปกติแล้วศาลก็จะปล่อยให้ทนายโจทก์ใช้คำถามนำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายลักษณะพยานของสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า Adversary System นั้น เน้นในเรื่องการที่คู่ความจะต้องรักษาประโยชน์ของฝ่ายตน ถึงแม้ว่าศาลจะมีอำนาจซักถามพยานหรือเรียกพยานอื่นใดมาสืบ แต่ศาลจะทำต่อเมื่อเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยปกติแล้วศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปซักถามพยานเสมือนหนึ่งเป็นคู่ความเสียเอง ศาลจะทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย⁹³

ดังได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วว่าสหรัฐอเมริกาเรียกระบบค้นหาค้นหาข้อเท็จจริงของตนว่า Adversary System ซึ่งหมายถึงระบบที่เปิดโอกาสให้คู่ความนั้นได้ต่อสู้กันอย่างเต็มที่ในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนโดยศาลจะวางตนเป็นกลางอย่างเคร่งครัดมาก ศาลจะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจเป็นการจูงใจลูกขุนหรือทำให้ลูกขุนเข้าใจผิดหรือสับสนในประเด็นแห่งคดี ในระบบนี้ศาลเองก็ต้องมีความรู้แม่นยำเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การเสนอและการรับฟังพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพื่อที่ศาลจะได้มีคำสั่งได้ถูกต้องหากมีการโต้แย้งเกี่ยวกับการเสนอพยานหลักฐานนั้น และศาลจะต้องมีความสามารถในการอธิบาย (instruct) หลักกฎหมายต่างๆ ให้แก่ลูกขุนได้อย่างถูกต้อง

ส่วนระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งอยู่ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น ถือว่าผู้พิพากษาจะมีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริง⁹⁴ และมีบทบาทอย่างสูงในการเสาะหาพยานหลักฐานในคดีและกำกับกระบวนการวิธีพิจารณาความ⁹⁵ คู่ความเป็นเพียงผู้สนับสนุนการค้นหาข้อเท็จจริงให้ปรากฏต่อศาลเท่านั้น ในระบบนี้ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ซักถามพยานด้วยตนเองแล้วจึงให้

⁹³ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 823-824.

⁹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 824.

⁹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2528). เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7. หน้า 197.

ทนายความของกลุ่มความซ้กถาม ผู้พิพากษามีอำนาจกว้างขวางในการเรียกพยานมาสืบ ในระบบ
ได้ส่วนนี้จึงไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอและรับฟังพยานหลักฐานที่เข้มงวดดังเช่นในระบบ
กล่าวหา⁹⁶

ศาสตราจารย์โจโลวิคซ์ (Jolowicz) ได้กล่าวไว้ว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
แพ่งของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายให้สามารถดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริง
ในคดีได้ด้วยตนเอง ในอังกฤษนั้นการเสาะหาข้อเท็จจริงในคดีเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานซึ่ง
ดำเนินการโดยคู่ความ ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจริเริ่มในเรื่องพยานหลักฐานแต่อย่างใด ผู้พิพากษาไม่มี
แม้แต่อำนาจในการเรียกพยานมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจาก
คู่ความในคดี

ศาสตราจารย์มอตุลสกี (Motulsky) ประมาจารย์กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ
ฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ว่า ผู้พิพากษามีหน้าที่ที่จะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้ปรับแก้คดีและนำ
กฎหมายนั้นมาปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดี ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตนเป็นผู้สั่งการว่าจะนำกฎหมาย
ใดมาใช้บังคับแก้คดี โดยคู่ความจะเป็นผู้เสนอข้อเท็จจริงต่อศาลและศาลจะทำการพิพากษาคดีโดย
การวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น แนวความคิดในเรื่องนี้ได้นำมาบัญญัติ
อยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส โดยเฉพาะในมาตรา 12 ที่มีความว่า
ผู้พิพากษาทำการพิพากษาคดีตามบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดีและมีหน้าที่ต้องทำการ
วินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีนั้น

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดถึงบทบาทของผู้พิพากษา
ในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้มีผู้กล่าวไว้ว่าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย
คอมมอนลอว์ (Common Law) ภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายไปใช้ปรับแก้คดีตกอยู่กับคู่ความ
มากกว่าผู้พิพากษา ขณะที่ในประเทศในภาคพื้นยุโรปภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายไปใช้ปรับแก้
คดีเป็นของผู้พิพากษาเท่านั้น ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก้
คดี⁹⁷

ในประเทศฝรั่งเศสนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้อำนาจแก่
ผู้พิพากษาในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี (les mesures d'instruction) ได้ด้วยตนเอง
เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดีซึ่งจำเป็นต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดี⁹⁸ แต่อำนาจของศาลฝรั่งเศสในการ

⁹⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 824.

⁹⁷ ธนกร วรปรัชญากุล. (2549, สิงหาคม). “บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสในการค้นหาความจริงตาม
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 1, 8. หน้า 82-83.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 10 และ 143.

ตั้งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้นั้น ไม่ได้เป็นการปลดปล่อยภาระหน้าที่ของคู่ความ ในการที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างแต่อย่างใด⁹⁹

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาในประเทศภาคพื้นยุโรปยังสามารถที่จะค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเองด้วยวิธีการที่ไม่จัดว่าอยู่ในประเภทของพยานหลักฐาน ตัวอย่างเช่น โดยปกติแล้วคู่ความในคดีในประเทศภาคพื้นยุโรปไม่สามารถให้การเป็นพยานได้ เนื่องจากคำให้การของคู่ความในคดีไม่สามารถรับฟังเป็นพยานได้ แต่ที่ผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียกคู่ความในคดีมาซักถามเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ ในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาอย่างกว้างขวางในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีทั้งในชั้นเตรียมคดีและในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาสามารถสั่งให้ดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง และสามารถที่จะเรียกให้คู่ความมาเบิกความในข้อเท็จจริงใดที่เห็นว่าจำเป็นต่อการวินิจฉัยคดีได้ (la comparution personnelle des parties)¹⁰⁰ และผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียกคู่ความมาศาลเพื่อซักถามได้ด้วย¹⁰¹ ซึ่งวิธีการเหล่านี้แม้จะไม่จัดอยู่ในประเภทของพยานหลักฐานแต่ก็มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลในฐานะที่ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นอิสระ

แต่เดิมกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสอยู่ภายใต้ระบบกล่าวหา (le système accusatoire) มาเป็นเวลานาน ซึ่งระบบกล่าวหานี้ภาระในการพิสูจน์จะตกอยู่กับคู่ความในคดี ส่วนผู้พิพากษาจะต้องวางตัวเป็นกลางไม่มีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความจริง (La neutralité du juge) เนื่องจากผู้พิพากษาจะถูกจำกัดบทบาทให้พิจารณาพิพากษาคดีตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาล อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้วทฤษฎีตามระบบกล่าวหานี้ไม่ได้นำมาใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสทั้งหมด มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นจำนวนมากที่นำเอาระบบไต่สวนอย่างคดีอาญามาใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีแพ่งด้วย

งานเขียนของศาสตราจารย์มอตุลสกี (Motulsky) ถือได้ว่ามีอิทธิพลสำคัญที่ทำให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1971 และทำให้ระบบไต่สวน (le système inquisitoire) มีอิทธิพลเหนือระบบกล่าวหาในกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสอย่างเด่นชัดที่สุดนับแต่นั้นเป็นต้นมา สิ่งที่แสดงถึงอิทธิพลของระบบไต่สวนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของฝรั่งเศส ซึ่งผู้พิพากษาจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนิน

⁹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 9 และ 146.

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 8.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 184-189.

กระบวนการพิจารณา ผู้พิพากษาจึงมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม สั่งงดการสืบพยาน หรือมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ได้แก่บทบัญญัติให้มีผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดี (le juge de la mise en état) สำหรับคดีที่ยังไม่สามารถส่งเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลในทันที (renvoi à l'audience) ในชั้นเตรียมความพร้อมของคดีเพื่อรวบรวมข้อเท็จจริงนั้น ผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดีจะมีอำนาจหน้าที่รวบรวมรายละเอียดและเอกสารของคดีให้ครบถ้วนสมบูรณ์ก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลต่อไป ดังนั้นผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดีจะมีอำนาจเรียกทนายความของกลุ่มความให้มาศาลเพื่อสอบถามเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นข้อสนับสนุนข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ที่คู่ความไม่ได้ยกขึ้นอ้าง หรือให้ชี้แจงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่จำเป็นต่อการพิจารณาคดี เป็นต้น เมื่อการรวบรวมรายละเอียดและเอกสารในคดีเสร็จสมบูรณ์แล้ว ผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดีจะส่งเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลต่อไป

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติเรื่องมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (les mesures d'instruction) ของศาลเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมในการพิจารณาคดีด้วย มาตรา 10 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย” และมาตรา 143 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้บัญญัติในเรื่องเดียวกันว่า “ข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการชี้ขาดตัดสินคดีอาจได้รับการดำเนินการตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงทุกประการที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีการร้องขอจากคู่ความหรือเมื่อศาลเห็นชอบ” เมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในการรวบรวมข้อมูลและเอกสารในคดีและการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าวมาข้างต้น ผู้พิพากษาฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เพียงควบคุมและเร่งรัดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจหน้าที่สำคัญที่จะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในคดีเพื่อดูแลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปได้อย่างดี¹⁰²

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่ากฎหมายลักษณะพยานของคอมมอนลอว์มีกฎเกณฑ์ที่ยุ่งยากและซับซ้อนอันเป็นผลจากวิวัฒนาการของคำพิพากษาหลายศตวรรษ ในขณะที่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมักจะจำกัดอยู่ในแนวคิดที่ว่าพยานหลักฐานนั้นเกี่ยวข้องหรือเป็นประเด็นในคดีหรือไม่ (Relevancy or not) กฎหมายลักษณะพยานของคอมมอนลอว์กับไปสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานขึ้นมามากมาย เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า (Exclusion of Hearsay Evidence) กฎเกณฑ์ที่

¹⁰² ธนกร วรปรัชญากุล. เล่มเดิม. หน้า 85-88.

เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ในการเป็นพยานบุคคล (Privilege of Witness) เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น ศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย และศาสตราจารย์จรูญ ภักดีธนากุล กล่าวไว้ว่า “ถึงแม้ว่าในรูปแบบกฎหมายลักษณะพยานของไทยจะได้เลียนแบบมาจากกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล กล่าวคือถือว่ากฎหมายลักษณะพยานเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ดังนั้นจึงมีการนำไปบัญญัติไว้ทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา แต่โดยเนื้อหาและการนำมาใช้แล้วกฎหมายลักษณะพยานของไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นอย่างมาก”¹⁰³

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปัจจุบัน ได้เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้โดยกว้างขวาง พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังโดยตัวของพยานเองมีน้อยมาก

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในปัจจุบันนี้ให้อำนาจศาลในการสืบพยานไว้มากมาย เช่น มาตรา 116 ให้ศาลถามพยานได้เองและถามก่อนคู่ความผู้อ้างพยาน, มาตรา 119 ให้อำนาจศาลที่จะถามพยานในเวลาใดด้วยคำถามใดก็ได้ และศาลจะเรียกพยานที่เบิกความขัดกันในเรื่องสำคัญมาสอบปากคำพร้อมกันก็ได้, มาตรา 86 ให้ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือไม่ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งสืบพยานที่เห็นว่าฟุ่มเฟือยเกินสมควรหรือเป็นการประวิงคดีหรือไม่เกี่ยวกับประเด็น ศาลจะเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมและเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ก็ได้ หรือมาตรา 142 (5) และมาตรา 240 (2) หรือ (3) เป็นต้น การที่กฎหมายให้อำนาจศาลมากมายในการสืบพยาน และถามพยาน คล้ายกับจะให้ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงอย่างในระบบไต่สวน ดังนั้นจึงมีผู้เห็นว่าการศึกษาคดีของไทยเป็นระบบไต่สวนหาใช่ระบบกล่าวหาไม่

แต่ก็มีผู้เห็นว่าการศึกษาคดีของไทยไม่น่าจะเป็นระบบไต่สวน โดยศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร กล่าวว่า “บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 116 ที่ให้ศาล เป็นผู้ถามพยานและเป็นผู้สืบพยานนั้น น่าจะเป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับที่เดิมบัญญัติไว้ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในสมัยก่อนยังไม่ค่อยมีผู้รู้กฎหมาย คู่ความอาจไม่มีทนายความ และไม่สามารถซักความเองได้ จึงได้บัญญัติให้อำนาจศาลเป็นผู้ถามพยานได้ แต่คู่ความอาจตกลงกันและขออนุญาตต่อศาลเป็นผู้ซักถามพยานเองได้ บทบัญญัติดังกล่าวคงเป็นเพียงให้ศาลช่วยถามพยานแทนคู่ความเท่านั้น คงมิใช่ให้ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงใน

¹⁰³ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรูญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 823.

คดีเองตามที่ปฏิบัติอยู่ในระบบไต่สวน ส่วนอำนาจศาลที่จะเรียกพยานมาสืบเองนั้น ในคดีแพ่งผู้พิพากษาอังกฤษจะไม่มีอำนาจเรียกพยานมาสืบเองได้โดยคู่ความไม่ประสงค์ ซึ่งศาลไทยเราก็ถือปฏิบัติเป็นทำนองเดียวกัน บทบัญญัติของมาตรา 86, 116, และ 119 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงไม่น่าจะทำให้การพิจารณาคดีและสืบพยานของเรากลายเป็นระบบไต่สวน”¹⁰⁴

ในแง่ของการพิจารณาคดีของศาลไทยนั้น แม้การพิจารณาคดีของศาลไทยเราจะมีได้ถือตามหลักกฎหมายพยานของอังกฤษทุกประการ และมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการสืบพยานมากคล้ายกับระบบไต่สวนดังกล่าวแล้วข้างต้น แต่ทางปฏิบัติก็ยอมรับกันว่า ศาลไทยเรายังไม่ได้รับบทบาทที่กฎหมายให้ไว้มากนัก โดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานมาสืบเองโดยเฉพาะ ในคดีแพ่งศาลจะไม่เข้าไปช่วยถามพยานให้ฝ่ายใดเลย วิธีปฏิบัติของศาลดังกล่าวมานั้น เป็นที่ยอมรับกันจนถือได้ว่าเป็นนิติประเพณี ผู้พิพากษาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามแม้โดยกฎหมายจะมีอำนาจทำได้ ก็จะเป็นที่ครหาว่าไม่วางตัวเป็นกลาง ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการก็ได้บัญญัติไว้ในข้อ 9 ว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถาม ควรเป็นหน้าที่ของคุณค่าและทนายของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”

ในทางปฏิบัตินั้นการที่ศาลไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงทำให้รับรูปแบบของระบบกล่าวหาของคอมมอนลอว์มาใช้ในศาลไทยด้วย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งผู้พิพากษามีสิทธิที่จะเรียกพยานมาสืบตามที่เห็นสมควรหรือจะถามพยานปากใดในข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาศาลไทยถือว่าหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงเป็นของคุณค่า ศาลจะปล่อยให้คู่ความได้ซักถามพยานและถามค้านอย่างเต็มที่ ศาลจะถามก็ต่อเมื่อเพื่อให้ได้ความชัดเจนในกรณีที่กำลังเปิดความของพยานคลุมเครือ หรือจะถามต่อเมื่อเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ซึ่งในทางปฏิบัติศาลไทยยังใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น ตามมาตรา 86 วรรคสาม เป็นต้นนี้น้อยมาก หรือแทบจะไม่ได้ใช้

จึงอาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยโดยเนื้อหาและการนำมาใช้ในทางปฏิบัติแล้ว บทบาทศาลในการค้นหาความจริงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นอย่างมากดังกล่าวแล้ว

การที่ศาลไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ส่วนหนึ่งน่าจะเป็นเพราะว่าผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยจำนวนไม่น้อยได้ไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษและเป็น

¹⁰⁴ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 7-8.

การศึกษาที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายของเนติบัณฑิตยสภา (Inns of Court) ซึ่งจะเน้นการศึกษา กฎหมายภาคปฏิบัติเพื่อเรียกเป็นเนติบัณฑิตอันเป็นหนทางไปสู่การประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็น ทนายความหรือผู้พิพากษาต่อไป ดังนั้นเมื่อเนติบัณฑิตอังกฤษเหล่านี้ได้กลับมารับราชการใน ตำแหน่งผู้พิพากษาจึงยึดมั่นแบบธรรมเนียมปฏิบัติของผู้พิพากษาอังกฤษและต่อมาถึงแม้จะได้มี การไปศึกษากฎหมายในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น แต่ส่วนใหญ่ก็ไปศึกษาที่สหรัฐอเมริกาซึ่งก็ใช้ กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษนั่นเอง ดังนั้นแนวคิดในเรื่องบทบาทของผู้พิพากษาในระหว่าง พิจารณาคดีจึงได้ถูกกำหนดและฝังแน่นอยู่กับระบบกล่าวหาอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษา ไทยยึดถือปฏิบัติกันมาหลายสิบปีแล้วและยากที่จะเปลี่ยนแปลงได้¹⁰⁵

ในการพิจารณาคดีแพ่งนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในคดีแพ่งนั้นศาลไทยของเราก็ไม่จำเป็น จะต้องวางเฉย (passive) เหมือนในระบบกล่าวหาดั้งเดิมเสมอไป¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งให้อำนาจศาลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในคดีได้ หลายกรณี เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสาม, มาตรา 116, มาตรา 119, มาตรา 142 (5) และมาตรา 240 (2) หรือ (3) เป็นต้น

4.2.2 ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

แต่เดิมนั้น รูปแบบและกฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งถือว่าเป็นเรื่อง ที่สำคัญ โดยมองเตสกีเออเห็นว่า “รูปแบบและกฎเกณฑ์ในกระบวนการยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นต่อ

¹⁰⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 825.

¹⁰⁶ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1888/2547 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรค หนึ่ง ให้อำนาจศาลเกี่ยวกับคำสินไหมทดแทนว่าจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่ พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ดังนั้น แม้จำเลยไม่ให้การต่อสู้ในเรื่องค่าเสียหาย ศาลก็อาจกำหนดเป็น ประเด็นข้อพิพาทและวินิจฉัยเรื่องค่าเสียหายได้

การชี้สองสถานกำหนดประเด็นข้อพิพาทตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 มาตรา 183 ไม่ได้กำหนดว่า ในคดีแต่ละเรื่องให้มีการชี้สองสถานกำหนดประเด็นข้อพิพาทได้เพียงครั้งเดียว จะ กำหนดประเด็นข้อพิพาทเพิ่มเติมขึ้นมาในระหว่างการพิจารณาไม่ได้ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสาม ให้อำนาจศาลไว้ว่า เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำ พยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติมให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป ซึ่งอาจรวมทั้ง การที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ ดังนั้น การที่ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อ พิพาทเรื่องจำนวนค่าเสียหายของโจทก์ขึ้นในระหว่างการพิจารณา เนื่องจากเห็นว่าในการชี้สองสถานครั้งแรก กำหนดประเด็นไว้ไม่ครบถ้วนและกำหนดให้โจทก์ จำเลยนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมในประเด็นที่กำหนด เพิ่ม จึงไม่ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในการสืบพยาน. อ้างถึงใน จรัญ ภักดีธนากุล. (2551). คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 158.

เรื่องความเป็นอิสระเสรี” ซึ่งต่อมา ฟอน เฮยริง นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของเยอรมันก็ได้สนับสนุนความคิดดังกล่าวโดยเห็นว่า “รูปแบบเป็นศัตรูต่อความเป็นเผด็จการและเป็นฝาแฝดกับความเป็นอิสระเสรี” แต่ในระยะหลังนี้ ก็ได้มีความพยายามที่จะลดความเข้มงวดของเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนในกฎหมายวิธีพิจารณาความลงโดยในบางประเทศ เช่น ตามมาตรา 156 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี หรือตามมาตรา 867 แห่งประมวลกฎหมายศาลและวิธีพิจารณาความแพ่งเบลเยียม ได้กำหนดว่าหากมีความบกพร่องหรือการฝ่าฝืนในเรื่องที่เกี่ยวกับรูปแบบดังกล่าว กรณีจะมีผลทำให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นโมฆะต่อเมื่อจุดประสงค์หรือเป้าหมายของรูปแบบดังกล่าวไม่บรรลุผลเท่านั้น¹⁰⁷

สำหรับกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทย เมื่อพิจารณารูปแบบและกฎเกณฑ์ต่างๆ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่งปัจจุบันจะเห็นได้ว่ามีความเข้มงวดมากของเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่พิพาทจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่ระบุไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอย่างเคร่งครัด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบางครั้งการดำเนินกระบวนการอย่างเคร่งครัดเกินไปอาจเป็นผลทำให้คู่พิพาทไม่สามารถนำพยานหลักฐานบางอย่างมาแสดงต่อศาลได้ ทำให้การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไม่สามารถพิจารณาถึงเนื้อหาหรือประเด็นที่พิพาทกัน ดังนั้นทำให้ผลของการแพ้ชนะในการต่อสู้คดีโดยกระบวนการทางศาลจึงอาจจะขึ้นอยู่กับความเชี่ยวชาญ เทคนิคต่างๆ ในการดำเนินคดีของทนายความความเคร่งครัดในเรื่องพยานหลักฐานตามแนวคิดของประเทศอังกฤษตามที่ปฏิบัติกันอยู่นี้ส่งผลให้มีการยกฟ้องในเรื่องเล็กๆ น้อยๆ เกิดขึ้นเสมอ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 5520/2549 โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระหนี้เงินกู้จำนวน 3,300,260 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปี จากต้นเงิน 2,175,000 บาท นับจากวันฟ้อง จนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ

ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยชำระเงินจำนวน 2,175,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี จากต้นเงินจำนวนดังกล่าว นับจากวันที่ 19 พฤศจิกายน 2535 จนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ กับให้จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ โดยกำหนดค่าทนายความ 10,000 บาท

จำเลยอุทธรณ์โดยได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์อย่างคนอนาถา

ศาลอุทธรณ์ภาค 5 พิพากษายืน ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์ให้เป็นพับ

¹⁰⁷ วรรณชัย บุญบำรุง. (2543, มีนาคม). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 1. หน้า 83.

จำเลยฎีกา โดยได้รับอนุญาตให้ฎีกาอย่างคนอนาถา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สัญญากู้ยืมเงินใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งได้หรือไม่ เห็นว่า เมื่อสัญญากู้ยืมเงินตามฟ้องปิดอากรแสตมป์ไม่ครบถ้วนมาแต่ต้น โจทก์ชอบที่จะยื่นคำร้องขอ อนุญาตปิดอากรแสตมป์ในสัญญากู้ยืมเงินก่อนหรือในขณะที่ได้นำเอกสารนั้นมาอ้างเป็นพยาน หลักฐานในคดีแพ่งหรือก่อนที่ศาลชั้นต้นจะตัดสินชี้ขาดคดี การที่โจทก์เพิ่งมายื่นคำร้องหลังจากที่ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 5 พิพากษาคดีแล้ว ย่อมล่วงเลยเวลาที่จะอนุญาตให้ทำการแก้ไข ฉะนั้นที่ศาลชั้นต้นอนุญาตให้โจทก์นำสัญญากู้ยืมเงินไปปิดอากรแสตมป์ แล้วส่งคืนเข้าสำนวนใน ชั้นฎีกาจึงเป็นการไม่ชอบ และถือว่าสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวยังคงเป็นตราสารที่ปิดอากรแสตมป์ไม่ ครบถ้วน โจทก์จึงไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 118 ถือ ได้ว่าโจทก์มิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อจำเลยผู้ยืมมา แสดง โจทก์จึงจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ฎีกาของจำเลยในประการอื่น จึงไม่จำต้องวินิจฉัย

พิพากษากลับเป็นว่า ให้ยกฟ้องโจทก์ ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสามศาลให้เป็นพับ¹⁰⁸

ความเห็น

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระหนี้เงินกู้ตามสัญญากู้ยืม เงิน โดยสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวปิดอากรแสตมป์ไม่ครบถ้วนก่อนที่ศาลชั้นต้นจะตัดสินชี้ขาดคดี ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เงินตามสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าว จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ พิพากษายืน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จะเอาตราสารที่ไม่ได้ปิดอากรแสตมป์บริบูรณ์ไปแก้ไขปิดให้ ครบถ้วน ชิดฆ่าให้ถูกต้อง แล้วเอามาใช้ในภายหลังได้ ต้องทำก่อนที่ศาลชั้นต้นจะมีคำพิพากษาใน คดีนั้น ถ้าศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาไปแล้ว ถือว่าล่วงเลยขั้นตอนที่จะมาแก้พยานหลักฐานชั้นนี้ แก้ไขไม่ได้แล้ว พยานหลักฐานหรือตราสารที่ไม่ได้ปิดอากรแสตมป์บริบูรณ์ชั้นนี้ก็ต้องห้ามรับฟัง เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งเรื่องนั้น จะมาแก้ไขในชั้นอุทธรณ์ชั้นฎีกา หรือหลังจากศาลชั้นต้น พิพากษาไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3775/2546 การขอขีดฆ่าอากรแสตมป์ในหนังสือสัญญากู้เงิน หรือ ขอให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ขีดฆ่าอากรแสตมป์ดังกล่าว โจทก์ชอบที่จะกระทำเสียก่อนหรือไม่ ใน ขณะที่ได้นำเอกสารนั้นมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่ง หรือก่อนที่ศาลชั้นต้นจะตัดสินชี้ขาด คดี การที่โจทก์เพิ่งมายื่นคำร้องดังกล่าวต่อศาลฎีกาหลังจากที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษา

¹⁰⁸ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5520/2549. สืบค้นเมื่อ 13 มิถุนายน 2554, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

คดีไปแล้ว โดยศาลอุทธรณ์ปฏิเสธที่จะรับฟังหนังสือสัญญากู้เงินดังกล่าว ย่อมล่วงเลยเวลาที่จะอนุญาตให้ทำการแก้ไข ศาลฎีกาจึงมีคำสั่งไม่อนุญาต

จำเลยกู้เงินโจทก์โดยทำสัญญาจำนองเป็นประกันไว้ และจำเลยได้รับเงินไปจากโจทก์แล้ว จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ แม้ที่ดินที่จำนองเป็นสินสมรระหว่างจำเลยกับภริยาและจำเลยทำสัญญาจำนองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากภริยาก็ตาม คงมีผลเพียงว่าภริยาจำเลยอาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมจำนองนั้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1480 แต่ตราบโดยสัญญาจำนองยังไม่ถูกศาลเพิกถอน ย่อมยังคงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

โจทก์เป็นผู้อ้างเอกสารหนังสือสัญญากู้เงินเป็นพยาน ย่อมเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องดำเนินการให้เอกสารดังกล่าวสมบูรณ์ถูกต้องสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ตามประมวลรัษฎากร มิใช่หน้าที่ของจำเลย

สัญญากู้เงินและสัญญาจำนองเป็นนิติกรรมคนละประเภทที่สามารถแยกออกจากกันได้ เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้จำเลยชำระต้นเงินพร้อมดอกเบี้ยตามสัญญากู้เงิน และปรากฏว่าสัญญากู้เงินที่สร้างขึ้นไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ย่อมไม่อาจนำมาเอาอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดไว้ในสัญญาจำนองมาบังคับการกู้เงินได้¹⁰⁹

ความเห็น

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกู้ยืมเงินแล้วไม่ชำระ จำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้กู้ โจทก์มีภาระการพิสูจน์และได้นำเอกสารการกู้มาสืบถูกต้องทุกอย่าง ศาลชั้นต้นฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยกู้เงินจากโจทก์ไปจริงแต่ยังไม่ได้ชำระ พิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบชำระหนี้กู้รายนี้แก่โจทก์ จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้ โดยศาลอุทธรณ์ไม่รับฟังหนังสือสัญญากู้เงินเพราะสัญญากู้เงินไม่ได้ขีดฆ่าอากรแสตมป์ โจทก์ฎีกาว่า โจทก์ผู้ให้กู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรแสตมป์ตามกฎหมาย ส่วนจำเลยผู้กู้มีหน้าที่ต้องขีดฆ่าอากรแสตมป์ การที่หนังสือสัญญากู้เงินมิได้มีการขีดฆ่าอากรแสตมป์จึงไม่ใช่ความผิดของโจทก์ การที่ศาลอุทธรณ์ไม่รับฟังหนังสือสัญญากู้เงินเป็นการไม่ชอบ ศาลฎีกาหยิบเอาตราสารการกู้ยืมเงินในคดีนี้ขึ้นมาพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นตราสารที่ปิดอากรแสตมป์มาครบ แต่ไม่ได้ขีดฆ่าให้ถูกต้องจึงต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดี ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 118 ผลเท่ากับโจทก์ไม่มีเอกสารการกู้เงินเป็นหนังสือลงลายมือชื่อจำเลยมาแสดง จึงฟ้องร้องบังคับคดีนี้ไม่ได้ พิพากษายืน

¹⁰⁹ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3775/2546. สืบค้นเมื่อ 13 มิถุนายน 2554, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ มีข้อสังเกต 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ชัดเจนว่าจำเลยผู้จริง มีหลักฐานจริง แต่ไม่ต้องชำระหนี้รายนี้เพียงเพราะตราสารการกู้เงินไม่ได้ขีดฆ่าอากรแสตมป์ แนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้ไปถือตามประมวลรัษฎากร มาตรา 118 สำคัญมากกว่าความจริงในคดี และที่สำคัญตามประมวลรัษฎากรนั้น สัญญาผู้ ให้กู้คือโจทก์มีหน้าที่ปิดอากรแสตมป์ ส่วนหน้าที่ขีดฆ่าคือผู้กู้คือจำเลย โจทก์ทำหน้าที่ถูกต้องแล้ว แต่จำเลยทำผิดกฎหมายอากรที่ไม่ขีดฆ่าอากรแสตมป์ เพราะฉะนั้นตราสารการกู้ฉบับนี้ไม่ใช่โจทก์ทำผิด แต่ความผิดของจำเลยไปเป็นโทษต่อโจทก์ซึ่งไม่ได้เป็นผู้ทำผิด ประการที่สอง คดีนี้คู่ความไม่ได้โต้แย้งเรื่องอากรแสตมป์เลย ไม่เป็นประเด็นในคดี ไม่ได้ยกขึ้นในชั้นอุทธรณ์ แม้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจที่จะยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ประกอบมาตรา 246 เพราะเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่เมื่อยกขึ้นวินิจฉัยแล้ว ผิดเพี้ยนจากความเป็นจริง ศาลอุทธรณ์น่าจะใช้ดุลพินิจ ไม่ยกขึ้นวินิจฉัยหรือน่าจะออกเป็นว่า เมื่อไม่ได้ขีดฆ่าอากรแสตมป์แต่คนที่ทำหน้าที่ขีดฆ่าคือจำเลย จำเลยไม่ได้ทำการขีดฆ่า จึงไม่เป็นเหตุที่จะยกขึ้นวินิจฉัยเป็นประเด็นให้เป็นผลร้ายต่อโจทก์ แล้ววินิจฉัยคดีในเนื้อหาต่อไปน่าจะถูกต้องกว่า

ส่วนการบังคับตามกฎหมายอากรซึ่งมีโทษทางอาญาก็ไปดำเนินคดีอาญากัน หรือในการจัดเก็บภาษีอากรก็ให้กรมสรรพากรดำเนินการต่อไป แต่ไม่ควรทำให้ผลของคดีผิดเพี้ยนไปจากความจริง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 229/2490 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลรัษฎากร มาตรา 106, มาตรา 107 ศาลชั้นต้นให้ปรับ 5 บาท

โจทก์อุทธรณ์ขอให้จำเลยใช้ค่าสินบน

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าฟ้องของโจทก์ไม่มีลายมือชื่อโจทก์และผู้เรียง เป็นฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ให้ยกฟ้อง

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นชอบด้วยศาลอุทธรณ์ ซึ่งตามมาตรา 161 ให้ศาลสั่งให้โจทก์แก้ฟ้องให้ถูกต้องหรือยกฟ้องหรือไม่ประทับฟ้อง แต่การที่จะให้แก้ฟ้องหรือไม่ประทับฟ้องปฏิบัติไม่ได้เสียแล้วคงเหลือทางยกฟ้องทางเดียว

จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์¹¹⁰

ความเห็น

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยโดยไม่ได้ลงลายมือชื่อโจทก์และผู้เรียง ศาลชั้นต้นให้ปรับจำเลย โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ให้ยกฟ้อง เนื่องจากไม่มีลายมือชื่อโจทก์และผู้เรียง โจทก์ฎีกา ศาลฎีกาพิพากษายืน เนื่องจากฟ้องไม่ลงลายมือชื่อโจทก์และผู้เรียง ถือว่าเป็นฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยแล้วศาลสูงก็มีทางทำได้ทางเดียว คือยกฟ้อง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1564/2546 โจทก์ลงลายมือชื่อผู้เรียงและผู้พิมพ์ฟ้องแต่ไม่ได้ลงลายมือชื่อโจทก์ จึงเป็นฟ้องที่ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (7) และการที่จะสั่งให้โจทก์แก้ฟ้องให้ถูกต้องหรือไม่ประทับฟ้องตามมาตรา 161 วรรคหนึ่งก็ล่วงเลยเวลาที่จะปฏิบัติได้ เพราะศาลชั้นต้นได้สั่งประทับฟ้องและดำเนินกระบวนการจนเสร็จสิ้นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์แล้ว ศาลอุทธรณ์ย่อมไม่มีวิธีปฏิบัติเป็นประการอื่นนอกจากพิพากษายกฟ้องโจทก์ และมาตรา 161 หาได้เป็นบทบัญญัติซึ่งมิได้กำหนดระยะเวลาให้ศาลมีคำสั่งให้โจทก์แก้ไขฟ้องให้ถูกต้องเสียเมื่อใดก็ได้ก่อนคดีถึงที่สุดไม่ ทั้งปัญหาดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแม้จำเลยมิได้ยกขึ้นโต้แย้งคัดค้านศาลอุทธรณ์ย่อมมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้เองตามมาตรา 195 วรรคสอง

ความเห็น

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลย โดยไม่ได้ลงลายมือชื่อโจทก์ ศาลชั้นต้นฟังข้อเท็จจริงและพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับโจทก์ฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ฟ้องที่ไม่ได้ลงลายมือชื่อโจทก์ เป็นฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่จะสั่งให้โจทก์แก้ฟ้องให้ถูกต้องหรือไม่ประทับฟ้อง ก็ล่วงเลยเวลาที่จะปฏิบัติได้ เพราะศาลชั้นต้นได้สั่งประทับฟ้องและดำเนินกระบวนการจนเสร็จสิ้นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์แล้ว จึงพิพากษายกฟ้องทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 229/2490 ที่พิพากษายกฟ้องด้วยเหตุที่มีได้ลงลายมือชื่อโจทก์

จะเห็นได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นมีความเข้มงวดมาก คู่พิพาทจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่ระบุไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างเคร่งครัด ซึ่งหากมิได้

¹¹⁰ ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาฎีกาที่ 229/2490. สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2554, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่ระบุไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความดังกล่าว อาจทำให้มีการแพคคดีในทางเทคนิคของข้อกฎหมายได้ดังกล่าวแล้ว ทำให้การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไม่สามารถพิจารณาถึงเนื้อหาหรือประเด็นที่พิพาทกัน

ในประเทศอังกฤษได้แก้ไขปัญหาในกรณีที่มีข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณานี้โดย The civil Procedure Rules 1998 มาตรา 310¹¹¹ บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา เช่น การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติหรือข้อชี้แนะในการปฏิบัติงาน

- 1) ข้อผิดพลาดนั้นไม่ทำกระบวนการพิจารณาเสียไป เว้นแต่ศาลสั่งให้เป็นเช่นนั้น และ
- 2) ศาลอาจสั่งให้มีการเยียวยาแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นได้”

จะเห็นได้ว่าในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยได้แก้ไขปัญหาวินิจฉัยความที่ผิดพลาดโดยเขียนไว้เลยว่า วิธีพิจารณาความที่ผิดพลาด (Procedural error) นั้น ไม่ถือว่าเป็นข้อแพ้หรือชนะคดี วิธีพิจารณาความที่ผิดพลาดให้ใช้วิธีการเยียวยาแก้ไข

สำหรับประเทศไทย กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปตามแนวทางหลักโคเนเดิมของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) แม้แต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ยังรู้และแก้ไขปัญหาในกรณีที่มีข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณานี้แล้ว ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเรายังไม่ได้แก้ไข แต่ได้แก้ไขปัญหานี้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 44 ความว่า “ในคดีที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศรับอุทธรณ์ส่งมาให้ศาลฎีกานั้น หากศาลฎีกาพิจารณาเห็นว่าอุทธรณ์ดังกล่าวต้องห้ามตามกฎหมาย ให้พิพากษายกอุทธรณ์ แต่ถ้าศาลฎีกาพิจารณาเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จำเป็นต้องแก้ไขข้อผิดพลาด จะรับพิจารณาพิพากษาคดีที่ต้องห้ามอุทธรณ์ดังกล่าวนั้นก็”

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาคดีโดยเฉพาะในคดีแพ่งมีข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางครั้งศาลหรือคู่ความปฏิบัติแล้วอาจเกิดความผิดพลาดไปจากกฎเกณฑ์กติกาที่กำหนดไว้ซึ่งก็มีขึ้นได้เป็นธรรมดา ดังสุภาษิตที่มีมาแต่โบราณที่ว่า “สี่เท้ายังรู้พลาด นักปราชญ์ยังรู้พลั้ง” เมื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาจผิดพลาดกันได้ หากไม่ส่งเสริมกระตุ้นเตือนให้ศาลใช้อำนาจแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นแล้ว ก็อาจทำให้ถูกนำไปใช้เป็นเหตุให้แพคคดีและเสียความยุติธรรมได้ และหากการผิดพลาดนั้นจะทำให้การพิจารณาเป็นในทางที่จะทำให้ความ

¹¹¹ The civil Procedure Rules 1998, Rules 310 “Where there has been an error of procedure such as a failure to comply with a rule or practice direction.

- (a) the error does not invalidate any step taken in the proceedings unless the court so orders; and
- (b) the court may make an order to remedy the error.”

ยุติธรรมแก่คู่ความเสียหายแล้วก็ควรจะต้องให้มีการแก้ไขใหม่ เพื่อไม่ให้ความเสียหายเกิดแก่คู่ความ ดังนั้นเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำหรือกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปโดยไม่ถูกต้องตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ หรือที่เรียกว่า “กระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาด” (Procedural error) เกิดขึ้นก็ควรใช้วิธีการเพิกถอน แก้ไขหรือให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องใหม่แทนการใช้เป็นเหตุให้แพ้คดี ไม่ควรถือเป็นข้อแพ้หรือชนะคดี แต่ข้อผิดพลาดนั้นควรใช้วิธี แก้ไข เว้นแต่จะได้สร้างความเสียหาย หรือจงใจสร้างความเสียหายชนิดที่แก้ไขไม่ได้

4.2.3 ต่อวัฒนธรรมและวิถีปฏิบัติของอัยการและทนายความ

ระบบการดำเนินคดีของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น (Civil Law) ศาลจะเป็นผู้ซักถามพยานเอง ทนายความจะไปซักถามพยานเหมือนของอังกฤษหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ไม่ได้ ดังนั้นด้วยวิธีพิจารณาความเช่นนี้ ทำให้บทบาทหน้าที่ของทนายความเปลี่ยนไปมาก ซึ่งมีผลทำให้หลักสูตรวิชาชีพนักกฎหมายไม่ค่อยมีความสำคัญเหมือนกับประเทศอังกฤษ¹¹²

ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายของประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น ศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการค้นหาความจริงจากการสืบสวนพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงของการกระทำผิด คู่ความไม่ได้มีบทบาทหลักในการค้นหาความจริง เพราะระบบนี้มีเจตนารมณ์ที่จะค้นหาความจริงมิใช่ค้นหาความผิด¹¹³ ระบบนี้จะเน้นหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการรับฟังพยานหลักฐานให้ประจักษ์ต่อศาล และไม่มีระเบียบกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานมาก ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้กว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก¹¹⁴ แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ การค้นหาความจริงในระบบนี้มีหลักเกณฑ์เพียงว่าจะใช้วิธีการที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยตกเป็น “กรรมในคดี” ไม่ได้เท่านั้น¹¹⁵ ผู้พิพากษาก็ดี อัยการก็ดี หรือแม้แต่ทนายความที่ดีต่างก็มีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงของคดีโดยเฉพาะตัวผู้พิพากษาจะมีบทบาทอย่างมากในการเข้าไปค้นหาความจริง การค้นหาความจริงในลักษณะนี้ เรียกว่า “หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา” หรือ truth theory ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการสืบพยาน โดยตลอด และมีอำนาจที่จะค้นหาข้อเท็จจริงได้ทุกวิถีทาง แม้จะให้สอบสวนพยาน

¹¹² แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (บรรณาธิการ). (2534). รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย. หน้า 108.

¹¹³ คณิต ณ นคร ก (2524, มิถุนายน). “วิธีพิจารณาความอาญากับความคิดตามหลักกฎหมายแพ่ง.” วารสารอัยการ, 4, 42. หน้า 3.

¹¹⁴ เข็มชัย ชูติวงศ์. (2538). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 2-3.

¹¹⁵ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 4.

หลักฐานอื่นๆ ที่คู่ความไม่ได้นำเสนอก็สามารถทำได้ บทบาทของพนักงานอัยการและทนายความ จำเลยถึงถูกจำกัดให้อยู่ในฐานะเป็นเพียงผู้ร่วมการพิจารณาคดี (passive) โดยพนักงานอัยการและทนายจำเลยจะถามคู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือถามพยานโดยตรงไม่ได้ ต้องถามผ่านศาล โดยศาลจะมีพนักงานอัยการ โจทก์และทนายจำเลยเป็นผู้กระตุ้นให้ศาลดำเนินการ โดยการร้องขอให้ศาลสืบพยานต่างๆ และไม่มี การจำกัดอำนาจของศาลที่จะสืบพยานโดยพลการ

หลักการค้นหาความจริงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) นั้นจึงไม่มีลักษณะเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความสองฝ่าย หากแต่เป็นหน้าที่โดยตรงของผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะเป็นผู้รับผิดชอบในการค้นหาข้อเท็จจริง จากการสืบสวนพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงของการกระทำ ความผิด กล่าวคือผู้กล่าวหาจะถูกส่งเข้าไปสอบสวนค้นหาความจริง โดยองค์กรในกระบวนการยุติธรรม โดยไม่ถือว่าตำรวจ อัยการและศาลจะไปเป็นปฏิปักษ์กับผู้ถูกกล่าวหา ฉะนั้นการที่องค์กรต่างๆ ของรัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก รัฐจึงไม่อาจเป็นคู่ความกับผู้ถูกกล่าวหาซึ่งเป็นประชาชนในรัฐได้ องค์กรต่างๆ จึงมีหน้าที่ค้นหาความจริงแท้ของเรื่องโดยไม่ผูกพันกับคำร้องหรือคำขอของผู้ใดทั้งสิ้น¹¹⁶ ศาลก็ต้องมีความไม่วางเฉย (active) ในการค้นหาความจริงด้วยตนเอง การค้นหาความจริงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงไม่มีหน้าที่นำสืบและไม่มี การถามค้าน (Cross examination)¹¹⁷ ดังนั้น ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นี้จึงมีการจำกัดอำนาจในการสืบค้นข้อเท็จจริงโดยคู่ความหรือทนายความ โดยให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะรวบรวมพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาคดี¹¹⁸

ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้น การศึกษากฎหมายแต่เดิมโดยทั่วไปมีการสอนอยู่ในมหาวิทยาลัยแต่เป็นการเรียนการสอนกฎหมายในแง่ศิลปะอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่มีสิทธิไปประกอบวิชาชีพ ผู้ซึ่งจะไปเป็นทนายความจะต้องไปศึกษาต่อในสถาบันที่เรียกว่า Bar เมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วจึงจะมีสิทธิว่าความในศาลได้ ที่เรียกว่า barrister ซึ่ง Bar ของอังกฤษแต่เดิมนั้น ไม่มีการบรรยายเหมือนในวิทยาลัย ผู้ที่ต้องการรู้กฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย จะต้องไปคอยติดตามรับใช้ barrister อาวุโส ซึ่งในเวลาต่อมา Bar ได้จัดให้มีการบรรยายกฎหมาย ในสถานที่ที่เรียกว่า Inns of Court ซึ่งเป็นการเรียนการสอนทางวิชาการ กฎหมายที่สอนใน Inns of

¹¹⁶ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 28-29.

¹¹⁷ สมทรัพย์ นำอำนวยการ. (2541). บทบาทของศาลในชั้นพิจารณาคดีกับการค้นหาความจริงในคดีอาญา. หน้า 14.

¹¹⁸ อุกฤษฏ์ สรพรหม. (2553). ข้อเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ซีวิลลอว์และประเทศไทย. สืบค้นเมื่อ 4 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.vcharkarn.com/vcafe/181578>

Court เป็นกฎหมาย Common Law ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาศาล¹¹⁹ ในส่วนหน้าที่ในการเสาะหาพยานหลักฐานนั้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อย่างอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา ถือว่าศาลต้องทำตัวเป็นกลาง หน้าที่ในการเสาะหาพยานหลักฐานมาเสนอจึงเป็นเรื่องของกลุ่มความและทนายความ¹²⁰

ส่วนประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ส่วนใหญ่รับระบบกล่าวหาไปใช้ระบบนี้ต้องการความสามารถของกลุ่มความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมาก จึงจำเป็นที่จะต้องมีความรู้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานเป็นผู้ว่าต่างแก้ต่างให้¹²¹ และประเทศไทยเองในช่วงที่มีการจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายก็ได้ตั้งตาม Inns of Court อีกทั้งอาจารย์ผู้สอนกฎหมายส่วนใหญ่เป็น barrister ทำให้การศึกษากฎหมายของไทยถูกพัฒนาไปตามระบบกฎหมายของนักกฎหมายฝ่ายปฏิบัติ¹²²

เมื่อพิจารณาจากที่กล่าวในข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่า ระบบการดำเนินคดีของประเทศไทยเราก่อนไปทางระบบกล่าวหา กล่าวคือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้มีอิทธิพลต่อวัฒนธรรมและวิถีปฏิบัติของอัยการและทนายความในการดำเนินกระบวนการคดีในศาลของไทยเราด้วย

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) บทบาทของพนักงานอัยการและทนายความจำเลย ถูกจำกัดให้อยู่ในฐานะเป็นเพียงผู้ร่วมการพิจารณาคดี (passive) เท่านั้น โดยพนักงานอัยการและทนายความจำเลยจะถามกลุ่มความฝ่ายตรงข้ามหรือถามพยานโดยตรงไม่ได้ ต้องถามผ่านศาล โดยศาลจะมีพนักงานอัยการ โจทก์และทนายจำเลยเป็นผู้กระตุ้นให้ศาลดำเนินการ โดยการร้องขอให้ศาลสืบพยานต่างๆ และไม่มี การจำกัดอำนาจของศาลที่จะสืบพยานโดยพลการ การค้นหาความจริงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงไม่มีหน้าที่นำสืบและไม่มีการถามค้าน

ส่วนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น ระบบนี้ต้องการความสามารถของกลุ่มความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก จึงจำเป็นที่จะต้องมีความรู้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานเป็นผู้ว่าต่างแก้ต่างให้ ฉะนั้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นี้ ทนายความจะมีบทบาทในกระบวนการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก เนื่องจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นี้มีหน้าที่นำสืบและมีการถามค้านด้วย ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ในส่วนของ

¹¹⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 105-106.

¹²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 197.

¹²¹ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ กักดิธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 824.

¹²² อมรเทพ เมืองแสน. เล่มเดิม. หน้า 85-86.

ประเทศไทยเองอัยการและทนายความต่างมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เนื่องจากว่าการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งนั้นมีการกำหนดหน้าที่นำสืบและมีการถามค้าน จึงเป็นที่เห็นได้ชัดว่าอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้มีอิทธิพลต่อวัฒนธรรมและวิถีปฏิบัติของอัยการและทนายความของประเทศไทย โดยเริ่มเข้ามามีอิทธิพลตั้งแต่ในช่วงที่มีการจัดตั้งโรงเรียนกฎหมาย ซึ่งก็ได้ตั้งตาม Inns of Court ตามแบบอย่างของประเทศอังกฤษ และนอกจากนี้อาจารย์ผู้สอนกฎหมายส่วนใหญ่ก็เป็น barrister เหมือนอย่างของประเทศอังกฤษ จึงทำให้การศึกษากฎหมายของไทยถูกพัฒนาไปตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

กล่าวโดยสรุป อิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ส่งผลให้วัฒนธรรมและวิถีปฏิบัติของอัยการและทนายความต้องเป็นผู้เสนอพยานหลักฐานต่อศาล โดยผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำกับดูแลและช่วยเสริม นอกจากนี้ยังส่งผลให้อัยการและทนายความต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในการสืบพยานและผู้พิพากษาจะเป็นผู้ช่วยเสริม

4.2.4 แนวคิดของปรมาจารย์ทางวิชาการกฎหมายลักษณะพยาน

สำหรับประเทศไทยนั้น ในรูปแบบกฎหมายลักษณะพยานของไทยรวมอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์มาก ทำให้รับรูปแบบของระบบกล่าวหาของคอมมอนลอว์มาใช้ในศาลไทยด้วย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งผู้พิพากษามีสิทธิที่จะเรียกพยานมาสืบตามที่เห็นสมควรหรือจะถามพยานปากใดในข้อเท็จจริงใดก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาศาลไทยถือว่าหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงเป็นของกลุ่มความ ศาลจะปล่อยให้กลุ่มความได้ซักถามพยานและถามค้านอย่างเต็มที่ ศาลจะถามก็ต่อเมื่อเพื่อให้ได้ความชัดเจนในกรณีที่กำลังเปิดความของพยานคลุมเครือ หรือจะถามต่อเมื่อเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

การที่ศาลไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ ส่วนหนึ่งน่าจะเป็นเพราะว่าผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยจำนวนไม่น้อยได้ไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษและเป็นการศึกษาที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายของเนติบัณฑิตยสภา (Inns of Court) ซึ่งเน้นการศึกษากฎหมายภาคปฏิบัติเพื่อเรียกเป็นเนติบัณฑิตอันเป็นหนทางไปสู่การประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นทนายความหรือผู้พิพากษาต่อไป ดังนั้นเมื่อเนติบัณฑิตอังกฤษเหล่านี้ได้กลับมารับราชการในตำแหน่งผู้พิพากษาจึงยึดมั่นแบบธรรมเนียมปฏิบัติของผู้พิพากษาอังกฤษและต่อมาถึงแม้จะได้มีการไปศึกษากฎหมายในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น แต่ส่วนใหญ่ก็ไปศึกษาที่สหรัฐอเมริกาซึ่งก็ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษนั่นเอง ดังนั้นแนวคิดในเรื่องบทบาทของผู้พิพากษาในระหว่างพิจารณาคดีจึงได้ถูกกำหนดและฝังแน่นอยู่กับระบบกล่าวหาอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษา

ไทยยึดถือปฏิบัติกันมาหลายสิบปีแล้วและยากที่จะเปลี่ยนแปลงได้¹²³ กล่าวกันว่า พระยาวิฑูรธรรมพิเนต¹²⁴ เป็นนักศึกษาไทยรุ่นแรกๆ ที่ไปศึกษากฎหมายในสหรัฐอเมริกา โดยได้รับปริญญาทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยโคลัมเบีย มลรัฐนิวยอร์ก ต่อมาก็มีผู้ไปศึกษาอยู่เสมอ ได้รับปริญญาตรี บัณฑิตโท บัณฑิตเอก บัณฑิต หรือไปอบรมได้รับประกาศนียบัตรเพิ่มเติมบ้าง ไปดูงานบ้าง ที่นับว่ามีชื่อเสียงควรกล่าวถึง ณ ที่นี้ เช่น

มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด รัฐแมสซาชูเซตส์ ได้แก่ พระสุทธธรรณมุนตรี (ผู้พิพากษา รัฐมนตรี)

มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย รัฐนิวยอร์ก ได้แก่ พระยาวิฑูรธรรมพิเนต (ผู้พิพากษา)

มหาวิทยาลัยเพนซิลเวเนีย รัฐเพนซิลเวเนีย ได้แก่ นายสุธรรม ภัทราคม (ประธานศาลฎีกา รัฐมนตรี) นายอุทิศ แส่นโกศก (อัยการ)

มหาวิทยาลัยเซาเทิร์น เมโซคิสต์ รัฐเทกซัส ได้แก่ นายจิตติ ดิงสภักดิ์ (ผู้พิพากษา ประธานวุฒิสภา คณบดี องคมนตรี) นายจินตา บุญยาคม (ประธานศาลฎีกา องคมนตรี) นายประเทือง กิรติบุตร (อธิบดีกรมอัยการ รัฐมนตรี)¹²⁵

และนอกจากนี้ประเทศไทยยังนิยมส่งนักเรียนไทยไปศึกษากฎหมาย ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาอังกฤษแห่งใดแห่งหนึ่งในจำนวนสี่แห่งของอังกฤษ คือ ลินคอล์น อินน์ (Lincoln's Inn) มิดเดิล เทมเปิล (Middle Temple) อินเนอร์ เทมเปิล (Inner Temple) และเกรยส์ อินน์ (Grays Inn)

ผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นปรมาจารย์ทางวิชาการกฎหมายซึ่งได้ไปศึกษากฎหมาย ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาของประเทศอังกฤษ เช่น ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้ไปศึกษาวิชากฎหมายที่สำนักมิดเดิล เทมเปิล (Middle Temple) ลอนดอน ประเทศอังกฤษ สอบไล่ได้เกียรตินิยมชั้น 2 เป็นเนติบัณฑิตอังกฤษเมื่อ พ.ศ. 2471 เมื่อจบการศึกษาท่านได้รับราชการเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาเมื่ออายุเพียง 39 ปี เคยทำงานแทนประธานศาลฎีกาถึง 3 ครั้ง ปฏิบัติราชการที่ศาลฎีกานานถึง 20 ปี ตำแหน่งสุดท้ายก่อนเกษียณอายุคือผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา และนอกจากนี้ท่านยังแต่งตำราทางกฎหมายหลายเล่ม เช่น

¹²³ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 823-825.

¹²⁴ ได้เป็นผู้พิพากษาในกระทรวงยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลต่างประเทศ เจ้ากรมกองฎีกา กรมราชเลขาธิการ ผู้ช่วยเลขาธิการ แผนกกฎหมายฎีกา อธิบดีกรมกฎหมายฎีกา และองคมนตรีตามลำดับ. อ้างถึงใน กรมศิลปากร. (2542). *วัฒนธรรม พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ เอกลักษณ์และภูมิปัญญาจังหวัดอุทัยธานี*. หน้า 175.

¹²⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 327-328.

คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งคำรายนี้นี้ได้มีอิทธิพลต่อนักกฎหมายต่อมา โดยนักกฎหมายมักจะกล่าวอ้างถึงคำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานของท่าน

4.2.5 แนวคิดของการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะพยาน

รูปแบบของประเทศภาคพื้นยุโรปหรือประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย จะแบ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความออกเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยกฎหมายพยานหลักฐานเป็นบทบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะกระบวนการพิจารณาในทางแพ่งกับทางอาญาของรูปแบบนี้จะมี ความแตกต่างกันทั้งในหลักปรัชญาและสาระสำคัญ กล่าวคือ

ในทางแพ่งจะใช้หลักความตกลงหรือหลักการต่อสู้ระหว่างคู่ความที่เป็นเอกชนด้วยกัน ส่วนในทางอาญาลือเป็นเรื่องพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีเรื่องพยานหลักฐานจึงมีความแตกต่างกัน จำเป็นต้องใช้กฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีกันคนละฉบับแยกจากกัน

รูปแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งประเทศอังกฤษใช้เป็นต้นแบบ มีอิทธิพลไปถึงประเทศสหรัฐอเมริกาและเครือจักรภพทั้งของอังกฤษและอเมริกา โดยระบบนี้จะแบ่งกฎหมายออกเป็น 3 ฉบับแยกจากกันไปเลย กล่าวคือ

- 1) กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- 2) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- 3) กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน

ในรูปแบบคอมมอนลอว์นี้ การดำเนินคดีทั้งคดีแพ่งและคดีอาญามีลักษณะเป็นการต่อสู้ของคู่ความสองฝ่ายโดยตรง ที่เรียกว่าระบบ (Adversary System) หมายถึงการต่อสู้ระหว่างคู่ความสองฝ่าย ดังนั้นคู่ความทั้งสองฝ่ายจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีและการค้นหาข้อเท็จจริงให้ศาลฟังและบันทึกไว้ ศาลจะวางตัวเป็นกลางในการรับฟังพยานหลักฐานระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่าย เพื่อนำไปประกอบการวินิจฉัยคดีโดยผ่านคณะลูกขุน

รวมถึงสถาบันที่เปิดสอนกฎหมายก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายแถบยุโรป จะเรียนเฉพาะวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยเรื่องพยานหลักฐานจะบัญญัติไว้และเรียนไปพร้อมกันกับกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่งและอาญานั้นเลย

รูปแบบคอมมอนลอว์ สถาบันการศึกษาจะแยกการเรียนการสอนเป็น 3 วิชา คือวิชา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และวิชากฎหมายพยานหลักฐาน เป็นไปตามโครงสร้างการบัญญัติกฎหมายเหล่านั้น¹²⁶

สำหรับประเทศไทย เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย จะเห็นได้ว่าการยกร่างกฎหมายลักษณะพยานของไทยทำ ตามแบบประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (civil law) คือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้มีการยกร่างไว้เป็นประมวลกฎหมายลักษณะพยาน โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถึงการใช้กฎหมายลักษณะพยานนี้ จะเห็นได้ว่าได้รับอิทธิพลแนวความคิด จากกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้มีการนำเอากฎหมายลักษณะพยานนี้มาใช้เป็นกฎหมายอีก ลักษณะหนึ่งต่างหากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความ และที่สำคัญก็คือ โดยที่นักนิติศาสตร์ของไทย เราที่มีบทบาทในการเรียนการสอนในอดีตเป็นนักกฎหมายที่ได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ดังนั้นในการเรียนการสอนเรื่องพยานหลักฐานในประเทศไทยเราทั้งในระดับอุดมศึกษาและระดับ เนติบัณฑิตถือว่ากฎหมายลักษณะพยานเป็นวิชาต่างหากโดยเฉพาะในทำนองเดียวกับรูปแบบคอมมอนลอว์ ที่สถาบันการศึกษาจะแยกการเรียนการสอนเป็น 3 วิชา คือวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง วิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และวิชากฎหมายพยานหลักฐาน

4.2.6 คำพิพากษาฎีกา

คำพิพากษาของศาลเป็นที่มาโดยตรงของกฎหมายคอมมอนลอว์ตามทฤษฎีบรรทัดฐาน แห่งกฎหมาย (stare decisis) โดยทฤษฎีนี้ถือว่าคำพิพากษาของศาลในคดีหลังย่อมผูกมัดโดยคำ พิพากษาในคดีก่อน ดังนั้นศาลในคดีหลังจึงต้องนำหลักกฎหมายเดียวกันมาใช้กับข้อเท็จจริง เดียวกัน¹²⁷

ในประเทศอังกฤษ คำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินเอาไว้มีผลผูกพันถือว่าเป็นบรรทัด ฐานหรือแบบอย่างที่ศาลต่อมาถ้าหากมีคดีคล้ายๆ กันหรือมีข้อเท็จจริงเหมือนกัน ก็จะตัดสินเป็น อย่างเดียวกัน¹²⁸

สำหรับประเทศไทย ศาลไทยยุคปฏิรูปนั้นได้รับอิทธิพลแนวคิดความจากระบบอังกฤษ คือเรื่องของผลผูกพันของคำพิพากษาที่มีต่อศาล ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศ

¹²⁶ เสวต เวียนทอง. (2553). เอกสารประกอบคำบรรยายครั้งที่ 1 วิชากฎหมายพยานหลักฐาน (Law of evidence). สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2554, จาก http://file.siam2web.com/savet/so.2012/2009831_45058.pdf

¹²⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ กักดิธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 773.

¹²⁸ ฉัฐพงศ์ โปษะบุตร และพรชัย สุนทรพันธุ์. (2546). คำบรรยายหลักกฎหมายเอกชน. หน้า 14.

ไทย แม้จะไม่มีกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าคำพิพากษาของศาลสูงมีน้ำหนักเพียงใดต่อการวินิจฉัย อรรถคดีของศาลอื่น แต่ก็ปรากฏว่าศาลล่างได้ถือปฏิบัติตามแนวทางคำพิพากษาของศาลสูงโดยเคร่งครัด แต่ต่อมาในระยะหลังๆ ปรากฏว่าแนวการปฏิบัติเช่นนี้น้อยลงโดยมีการโน้มเอียงไปตามแนวทางของระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปบ้าง กล่าวคือแทนที่จะถือว่าคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันบังคับให้ศาลล่างวินิจฉัยอรรถคดีซึ่งมีรูปคดีทำนองเดียวกันเสมือนเป็นกฎหมาย กลับถือแต่เพียงว่าคำพิพากษาของศาลสูงนั้นมีน้ำหนักจูงใจให้ศาลล่างถือปฏิบัติได้ ทั้งนี้โดยที่คำพิพากษาของศาลสูงนั้นๆ มีส่วนดีเด่น กล่าวคือเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยหนักแน่น และปรับบทกฎหมายและตีความหมายได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง ผู้พิพากษาแต่ละนายย่อมมีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีและใช้ดุลยพินิจในการตีความกฎหมาย จึงไม่มีพันธะอันใดที่จะต้องปฏิบัติตามแนววินิจฉัยของศาลสูงโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของศาลล่างโดยทั่วไปในยุคต่อมา ก็มักจะวินิจฉัยอรรถคดีตามแนวที่ศาลสูงเคยวินิจฉัยมาแล้ว แม้แต่เป็นเพียงคำพิพากษาหรือคำสั่งชั้นเดียวก็ตาม ส่วนศาลฎีกาเองโดยปกติก็ถือตามแนวที่เคยวินิจฉัยมาคู่กัน สำหรับในกรณีที่ศาลฎีกาประสงค์จะแก้ไขหรือกลับแนววินิจฉัยไปจากที่เป็นอยู่เดิมมักจะเป็นการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาอันประกอบด้วยผู้พิพากษาของศาลฎีกาทุกคน¹²⁹

เมื่อพิจารณาแล้วจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย แม้จะไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าคำพิพากษาของศาลสูงมีผลผูกพันหรือมีน้ำหนักเพียงใดต่อการวินิจฉัยอรรถคดีของศาลอื่น แต่ในทางปฏิบัติของศาลแล้วโดยทั่วไปก็มักจะวินิจฉัยอรรถคดีตามแนวที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยมาแล้ว ฉะนั้นในทางปฏิบัติจึงมีลักษณะที่มีอิทธิพลอย่างสูง (highly influential) ต่อการทำคำพิพากษาของศาลในคดีหลัง แต่ยังไม่ถึงกับเป็นการผูกมัด (binding) เหมือนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

4.3 วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ส่งผลในทางตำราเรียน

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้นว่าการร่างกฎหมายลักษณะพยานของไทยนั้นได้ทำตามแบบประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย คือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้มีการร่างไว้เป็นประมวลกฎหมายลักษณะพยานโดยเฉพาะ แต่ในการใช้กฎหมายนี้ยังคงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้มีการนำเอา

¹²⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2511). การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยะมหาราช. หน้า 57.

กฎหมายลักษณะพยานมาใช้เป็นกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งต่างหากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความ การเรียนการสอนวิชากฎหมายทั้งในระดับอุดมศึกษาและระดับเนติบัณฑิตยังคงถือว่ากฎหมาย ลักษณะพยานเป็นวิชาต่างหากโดยเฉพาะด้วย¹³⁰

ในการวิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ส่งผล ในทางตำราเรียนจึงอาจพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

4.3.1 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือบทบัญญัติทั้งหลายที่วางหลักเกณฑ์การดำเนินคดี แพ่ง บทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์การดำเนินคดีแพ่งที่สำคัญคือบทบัญญัติทั้งหลายในประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹³¹ ซึ่งในการวิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ส่งผลต่อตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น อาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.3.1.1 กลุ่มตำราที่อธิบายตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ด้วยเหตุผลที่ว่านักนิติศาสตร์ของไทยเราที่มีบทบาทในการเรียนการสอนในอดีต เป็นนักกฎหมายที่ได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษ¹³² และระบบการศึกษากฎหมายของไทย นับตั้งแต่ได้มีการตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นมานั้น ได้รับการวางรากฐานตามแบบอย่างของการศึกษา ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือระบบกฎหมายของนักกฎหมาย ฝ่ายปฏิบัติ¹³³ ตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกือบทุกเล่มจึงได้อธิบายโดยยึดคำวินิจฉัยของศาล เป็นหลัก

ตำราคำอธิบายพระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความ แพ่งของพระยาจินดาภิรมย์ราชสภบดี (จิตร วิเชียร ณ สงขลา)¹³⁴ ตำราของท่านก็ได้อ้างอิงถึงตำรา กฎหมายอังกฤษว่าด้วยโปรเบคของมอร์ติเมอร์¹³⁵ ตลอดจนยังได้กล่าวอ้างอิงถึงหลักของกฎหมาย อังกฤษด้วย นอกจากนี้ท่านยังได้เทียบเคียงกฎหมายไทยกับกฎหมายของอังกฤษ เช่น ในการตั้งผู้ใด

¹³⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 8.

¹³¹ คณิต ณ นคร ข (2552). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี. หน้า 29.

¹³² แหล่งเดิม. หน้า 291.

¹³³ อมรเทพ เมืองแสน. (2549). อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาของไทย. หน้า 98.

¹³⁴ เนติบัณฑิตไทยและอังกฤษ. อ้างถึงใน จินดาภิรมย์ราชสภบดี, พระยา. (2461). คำอธิบายพระ ธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 1.

¹³⁵ จินดาภิรมย์ราชสภบดี, พระยา ก (2461). คำอธิบายพระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 237.

เป็นผู้จัดแบ่งมรดกนั้น ท่านก็ได้เทียบเคียงกับกฎหมายอังกฤษว่าผู้จัดแบ่งมรดกที่ศาลเลือกตั้ง อังกฤษเรียกว่า “แอดมินนิสเตรเตอร์”¹³⁶ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีตำราคำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งซึ่งเขียนโดยท่านอาจารย์สุธรรม ภัทราคม ท่านจบปริญญาโททางกฎหมายจากมหาวิทยาลัย เพนซิลวาเนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาเมื่อปี พ.ศ. 2517¹³⁷ ตำราของท่านก็ได้อ้างอิงหลักกฎหมายของอังกฤษ เช่น ในเรื่องของการทำความเข้าใจต่อ คำพิพากษาของศาล ท่านได้เปรียบเทียบกับกฎหมายของอังกฤษและอเมริกาด้วยว่าในประเทศ อังกฤษและอเมริกานั้นทำความเข้าใจได้ ต่างกับศาลฎีกาของไทยซึ่งแย้งไม่ได้โดยกฎหมายห้าม เด็ดขาด เป็นต้น และนอกจากนี้ตำราคำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของศาสตราจารย์ หลวงจางูญเนติศาสตร์ ซึ่งจบเนติบัณฑิตจากประเทศอังกฤษ และได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่ง ประธานศาลฎีกาเมื่อ พ.ศ. 2502 ตำราคำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของท่านนั้นนับว่า เป็นตำราชั้นครูและมีอิทธิพลต่อวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้มากที่สุดเล่มหนึ่ง ยิ่งในระยะหลังท่านได้รับแต่งตั้งให้เป็นประธานกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งหลังจากที่เป็นกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งนี้มากมายหลายครั้ง นับว่าท่านเป็นปรมาจารย์คนหนึ่งในวงการกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งนี้

นอกจากนั้นแล้วยังมีตำราของนักกฎหมายที่จบการศึกษามาจากประเทศอังกฤษอีก เช่น เจ้าพระยาศรีธรรมมาธิเบศร (จิตร) เป็นเนติบัณฑิตอังกฤษ จากสำนักเกรย์สอินน์ ท่านแต่งตำราบท พระธรรมนูญศาลยุติธรรมและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งกับคำอธิบายเล่ม 2 ว่าด้วยวิธี พิจารณาความแพ่ง หรือตำราคำสอนวิธีพิจารณาความแพ่งและลักษณะพยาน โดยพระนิติการณ์ ประสม หรือตำราคำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งแต่งโดยอาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร เป็นต้น ก็ล้วนแล้วแต่ยึดเอาคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นแนวทางในการอธิบายทั้งสิ้น อันสะท้อนให้เห็น ถึงเนื้อหาของหนังสือ ที่ถูกแต่งโดยผู้ที่จบกฎหมายมาจากการปลูกฝังของสกุลความคิดแบบคอม มอนลอว์ ซึ่งแตกต่างกับการศึกษาในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่การ เริ่มต้นการศึกษากฎหมายจะเริ่มจากตัวบทกฎหมายและตำราที่อธิบายถึงความคิด และทฤษฎี กฎหมาย ที่สนับสนุนบทกฎหมายต่างๆ อยู่ โดยมุ่งสอนหลักทั่วไปอย่างเป็นระบบและให้ความสำคัญ กับคำพิพากษาของศาลเป็นลำดับรองลงไป

¹³⁶ แหล่งเดิม. หน้า 61.

¹³⁷ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2527). ศาลฎีกา: อดีตปัจจุบันอนาคต. หน้า 68.

กล่าวโดยสรุป ตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในประเทศไทยจะกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มความและศาลตลอดจนขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติของวิธีพิจารณา โดยวิธีการนำบทบัญญัติตามมาตรต่างๆ ของกฎหมายมาจัดแบ่งเป็นเค้าโครงของคำอธิบายหลัก และอธิบายเพิ่มเติมโดยนำแนวคำพิพากษาของศาลมาประกอบ จะมีที่กล่าวถึงหลักหรือทฤษฎีกฎหมายที่เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานเท่านั้น จึงเท่ากับว่าเป็นการให้ความสำคัญกับคำพิพากษาของศาลเป็นอย่างมาก ซึ่งก็เป็นลักษณะเดียวกับที่เป็นอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

4.3.1.2 กลุ่มตำราที่อธิบายตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อธิบายตามแบบอย่างของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น มีเพียงตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี ของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร เท่านั้น ตำราของท่านอธิบายแตกต่างจากตำราเล่มอื่นๆ โดยท่านได้อ้างอิงความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันประกอบการอธิบายด้วย เช่น ในการอธิบาย “ความสามารถเป็นคู่ความ” (Parteifähigkeit) ท่านก็ได้อ้างอิงความเห็นของนักกฎหมายเยอรมัน คือนายอทมาร์ จั๋วเออร์นิก (Othmar Jauernig) โดยท่านให้หมายความของ “ความสามารถเป็นคู่ความ” (Parteifähigkeit) ว่า “ความสามารถที่จะเป็นคู่ความของคดีใดคดีหนึ่งได้”¹³⁸ ตามการอธิบายของนายอทมาร์ จั๋วเออร์นิก (Othmar Jauernig) หรือในการอธิบาย “ความสามารถดำเนินคดี” (Prozessfähigkeit) ท่านก็ได้อ้างอิงความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันประกอบการอธิบายเช่นกัน คือนายวอลต์เตอร์ ซีสส์ (Walter Zeiss)¹³⁹ เป็นต้น ตลอดจนได้ยกประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (Zivilprozessordnung) มาประกอบการอธิบายด้วย เช่น ได้อธิบายการคัดค้านผู้พิพากษาโดยยกตัวอย่าง “เหตุคัดค้านผู้พิพากษา (Ablehnungsgrund) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน (Zivilprozessordnung)¹⁴⁰ มาอธิบายประกอบด้วย

นอกจากนี้ท่านยังมองว่าการชักนำพยานหลักฐานในวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นดุลพินิจที่อิสระของศาล หรือเป็นไปตาม “หลักความเป็นอิสระในการชักนำพยานหลักฐาน” (Grundsatz der freien Beweiswürdigung)¹⁴¹ อันเป็นการมองตามรูปแบบของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่ไม่วางเฉยต่อการค้นหาความจริงอย่างกับศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

¹³⁸ คณิต ฒ นกร ข เล่มเดิม. หน้า 103.

¹³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 108.

¹⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 70.

¹⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 303.

และนอกจากนี้ท่านยังมองว่าวิชา “กฎหมายลักษณะพยาน” เป็นวิชาที่ไม่ชอบที่จะแยกออกมาศึกษาเป็นวิชาเฉพาะตามที่สถาบันการศึกษากฎหมายในบ้านเรากระทำกันอยู่ เพราะเมื่อมีการเรียนกฎหมายวิธีพิจารณาความไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความประเภทใดกรณีก็ย่อมจะต้องเรียนเรื่องพยานหลักฐานควบคู่ไปในตัวด้วยอยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้ตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความไม่ว่าจะเป็นตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของท่านจึงได้กล่าวถึงเรื่องพยานหลักฐานรวมอยู่ด้วย¹⁴² ซึ่งต่างจากตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความเล่มอื่นๆ โดยเป็นการมองตามรูปแบบของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

4.3.2 กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่ากรการร่างกฎหมายลักษณะพยานของไทยทำตามแบบประเทศที่ใช้ประมวลคือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้มีการกรร่างไว้เป็นประมวลกฎหมายลักษณะพยาน โดยเฉพาะ แต่ในการใช้กฎหมายนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้มีการนำกฎหมายนี้มาใช้ในลักษณะของกฎหมายลักษณะพยาน โดยเฉพาะ และที่สำคัญก็คือการเรียนการสอนวิชากฎหมายทั้งในระดับอุดมศึกษาและระดับเนติบัณฑิตถือว่ากฎหมายลักษณะพยานเป็นวิชาต่างหากโดยเฉพาะ

ที่มาของกฎหมายลักษณะพยานของไทยโดยตรง ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งได้บัญญัติแยกไว้โดยเฉพาะตั้งแต่มาตรา 84 จนถึงมาตรา 130 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตั้งแต่มาตรา 226 ถึงมาตรา 244¹⁴³

สำหรับตำรากฎหมายลักษณะพยานภายหลังที่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความตำราเกือบทั้งหมดล้วนเป็นงานเขียนจากนักกฎหมายที่ส่วนใหญ่จบการศึกษามาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อันได้แก่

ตำราลักษณะพยานโดยย่อของพระยานเรณิตัญชากิจ (ถัด เศรษฐบุตร)¹⁴⁴ ในปีร.ศ. 128 (พ.ศ. 2452) ตำราเล่มดังกล่าวเป็นการอธิบายตามพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 แบ่งออก

¹⁴² แหล่งเดิม. หน้า 291.

¹⁴³ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 8.

¹⁴⁴ ได้รับปริญญา บี.เอ. จากมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ และเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษด้วย เข้ารับราชการในกระทรวงยุติธรรมในสมัยกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เคยเป็นผู้พิพากษาศาลแพ่ง ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาศาลอาญา และกรรมการศาลฎีกา เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการบริหารโรงเรียนกฎหมายและเนติบัณฑิตยสภา นอกจากนี้ยังเป็นอาจารย์สอนกฎหมายในโรงเรียนของกระทรวงยุติธรรมด้วย. อ้างถึงใน พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. (2517). การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478. หน้า 160.

เป็น 2 เล่ม เล่มแรกว่าด้วยการสืบพยานอย่างไร เล่มที่สองว่าด้วยคำพยานอย่างไรฟังได้ ซึ่งผู้แต่งกล่าวเอาไว้ว่า “ถ้าหากตรงไหนขาดตกบกพร่องก็จะเลือกเอากฎหมายอังกฤษมาแทรกแซงลง”¹⁴⁵ ตลอดจนถึงมีการอธิบายถึงระบบของการค้นหาความจริงแบบต่อสู้ตามหลักของกฎหมายอังกฤษว่าเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะสืบพยาน นอกจากนี้ยังมีการอธิบายถึงคำพยานบอกเล่า ซึ่งมีการกล่าวถึงหลักของกฎหมายอังกฤษด้วย

นอกจากตำราเล่มที่กล่าวไปข้างต้นแล้วยังมีตำราที่ชื่อว่าคำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาคำพยานหลักฐานของพระยาจินดาภิรมย์ราชสภบดี (จิตร ฌ สงขลา) ซึ่งท่านก็เป็นนักกฎหมายอีกผู้หนึ่งที่ได้ไปศึกษากฎหมายเพิ่มเติมจากประเทศอังกฤษ¹⁴⁶ ตำราของท่านเล่มนี้ได้รับอิทธิพลจากมิสเตอร์.ดับลยู.เบลค ออคเซอร์ส, แอม. เอ., แอล. แอล.ดี., เค. ซี., หัวหน้าแผนกศึกษากฎหมาย และอาจารย์ ฌ สำนักโรงเรียนกฎหมายกรุงลอนดอน เพราะหนังสือตำราเรียนและคำสอนของท่านเหล่านี้เป็นคุณประโยชน์แก่ท่านมากในเวลาที่ศึกษากฎหมายและทั้งในขณะที่เรียบเรียงหนังสือเล่มนี้¹⁴⁷ ในตำราของท่านมีการอธิบายใกล้เคียงกับตำราของพระยานเรนตีบัญชากิจ (ลัด เศรษฐบุตร) มีการอธิบายในเรื่องของการถามพยาน เช่น การถามซัก ถามค้าน ถามถึง ที่แสดงให้เห็นถึงระบบของการค้นหาความจริงแบบต่อสู้ ที่ยึดเอาการถามค้านเป็นการค้นพบซึ่งความจริงและการสืบพยานที่เป็นหน้าที่ของคู่ความ โดยมีศาลเป็นผู้ควบคุมการถามพยานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทำนองเดียวกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนถึงมีการอธิบายถึงพยานบอกเล่า รวมทั้งข้อยกเว้นให้สืบพยานบอกเล่าได้ อันเป็นการวางหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องข้อยกเว้นของการรับฟังพยานบอกเล่าเช่นเดียวกับตำราของพระยานเรนตีบัญชากิจ (ลัด เศรษฐบุตร)

¹⁴⁵ นเรนตีบัญชากิจ, พระยา. (2452). *ลักษณะพยานโดยย่อ*. หน้า 5.

¹⁴⁶ เนติบัณฑิตสยามและอังกฤษ, ผู้สอนกฎหมาย ฌ โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรมและที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งสนามสถิตย์ยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สิน, กรรมการชำระประมวลแพ่ง, กรรมการเนติบัณฑิตยสภาและยังแต่งตำราคำอธิบายพระธรรมนูญศาลยุติธรรมแลวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย. อ้างถึงใน จินดาภิรมย์ราชสภบดี, พระยา. (2464). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาความพยานหลักฐาน*. หน้า 1.

¹⁴⁷ จินดาภิรมย์ราชสภบดี, พระยา ข (2464). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาความพยานหลักฐาน*. หน้า 2.

นอกจากนี้ยังมีตำรากฎหมายลักษณะพยาน และจิตวิทยา ของอาจารย์บรรจง มกรากิรมย์¹⁴⁸ ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ได้มีการยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น หลังจากตำราของอาจารย์บรรจง มกรากิรมย์ ก็ได้มีตำราที่ได้รับการแต่งโดยนักกฎหมายที่จบการศึกษาจากประเทศอังกฤษอีก คือตำรากฎหมายลักษณะพยานและจิตวิทยาของพระมณูภานุวิมลศาสตร์ (ชม จามรมาน)¹⁴⁹ ตำราเล่มดังกล่าวก็ยังคงมีรูปแบบการอธิบายเช่นเดียวกับตำราในยุคก่อน

ส่วนตำราที่ถือได้ว่าเป็นต้นแบบของตำรากฎหมายลักษณะพยานที่นักกฎหมายไทยในเวลาต่อมาได้ยึดถือเอาเป็นแบบอย่างคือ ตำรากฎหมายลักษณะพยานของศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณสร (หลวงประสาทศุภินิ) ¹⁵⁰ ตำราเล่มดังกล่าวได้อธิบายไม่ต่างจากตำราของพระยานเรนดี บัญชากิจ (ลัดเศรษฐบุตร) และของพระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี ¹⁵¹ เช่น ในเรื่องของพยานบอกเล่า และข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่า ตลอดจนยังมีการกล่าวอ้างถึงหลักในกฎหมายอังกฤษด้วย

และนอกจากนี้ยังมีตำร่าอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศ ในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของอาจารย์ไอศด โกสิน ซึ่งจบจากเนติบัณฑิตอังกฤษ เป็น ตำรากฎหมายลักษณะพยานที่พยายามอธิบายเปรียบเทียบกับกฎหมายพยานของอังกฤษ

ตำรากฎหมายลักษณะพยานร่วมสมัยซึ่งแต่งขึ้นภายหลังจากนี้ ก็ล้วนแล้วแต่แต่งโดยนักกฎหมายที่จบมาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่นกัน เช่น ตำรากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล ¹⁵² ตำราของท่านก็ได้้นำ

¹⁴⁸ เนติบัณฑิตไทย LL.B. (New York). อ้างถึงใน อมรเทพ เมืองแสน. (2549). *อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย*. หน้า 93.

¹⁴⁹ จบเนติบัณฑิตจากอังกฤษ. อ้างถึงใน มณูภานุวิมลศาสตร์, พระ. (2483). *กฎหมายลักษณะพยานและจิตวิทยา*. หน้า 1.

¹⁵⁰ ศึกษาวิชากฎหมายที่สำนักมิดเดิล เทมเปิล (Middle Temple) กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ สอบได้ ได้เกียรตินิยมชั้น 1 เป็นเนติบัณฑิตอังกฤษ (Barrister-at-Law) เมื่อ พ.ศ. 2471. อ้างถึงใน อมรเทพ เมืองแสน. (2549). *อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย*. หน้า 93.

¹⁵¹ อมรเทพ เมืองแสน. เล่มเดิม. หน้า 93.

¹⁵² สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นเนติบัณฑิตไทยโดยสอบได้ลำดับที่ 1 ได้ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) สาขาวิชากฎหมาย (B.A. in Law Cantab) จากมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ประเทศอังกฤษและเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษจากสำนักเกรย์อิน (Gray's Inn) กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ. อ้างถึงใน วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี. (2554). ประวัติศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล. สืบค้นเมื่อ 3 พฤษภาคม 2554, จาก <http://th.wikipedia.org>

หลักกฎหมายของอังกฤษมาอธิบายประกอบด้วย ตัวอย่างเช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า *res ipsa loquitur* เป็นภาษาละติน แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า *things speak for themselves* ซึ่งเป็นหลักที่ใช้มากในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของจำเลยในคดีละเมิด¹⁵³ หรือในเรื่องของ “มาตรฐานการพิสูจน์ชนิดที่สาม”(proof by clear and convincing evidence)¹⁵⁴ เป็นต้น นอกจากนี้ท่านยังได้กล่าวถึงแนวคิดในเรื่องบทตัดพยานหลักฐานที่เกิด ขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ (Rule against illegally obtained evidence)¹⁵⁵ ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ด้วย

ตำรากฎหมายลักษณะพยานของศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร¹⁵⁶ ตำราของท่านก็ได้กล่าวอ้างอิงถึงหลักกฎหมายของอังกฤษ เช่น ในเรื่องของคำรับตามกฎหมายอังกฤษ¹⁵⁷ ก็ดี หลักกฎหมายปิดปากของอังกฤษ¹⁵⁸ ก็ดี ในเรื่องของพยานบอกเล่าตามกฎหมายอังกฤษ¹⁵⁹ ก็ดี หรือในเรื่องของพยานความเห็นตามกฎหมายอังกฤษ¹⁶⁰ ก็ดี

ตำราคำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานของศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย¹⁶¹ ตำราของท่านก็ได้นำหลักกฎหมายของอังกฤษมาอธิบายประกอบด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น หลักกฎหมายเรื่อง Hearsay¹⁶² ตลอดจนยังได้ยกตัวอย่างหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่อง relevancy¹⁶³ มาอธิบายด้วย นอกจากนี้แล้วท่านยังได้นำเอาหลัก FEDERAL RULES OF EVIDENCE ซึ่งว่าด้วยข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกามาอธิบายด้วย นอกจากนี้ตำราของศาสตราจารย์เข็มชัย

¹⁵³ จรรย์ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 183.

¹⁵⁴ แหล่งเดิม. หน้า 245.

¹⁵⁵ แหล่งเดิม. หน้า 258.

¹⁵⁶ น.บ. (ธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, เนติบัณฑิตอังกฤษ, LL.B จาก King's College London

University, Barrister-at-Law จาก Gray's Inn ประเทศอังกฤษ. อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร. (2539). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 1.

¹⁵⁷ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 105.

¹⁵⁸ แหล่งเดิม. หน้า 191.

¹⁵⁹ แหล่งเดิม. หน้า 257.

¹⁶⁰ แหล่งเดิม. หน้า 413.

¹⁶¹ Master of Laws (Harvard University). อ้างถึงใน พรเพชร วิชิตชลชัย. (2538). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 1.

¹⁶² พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 199.

¹⁶³ แหล่งเดิม. หน้า 124.

ชุตินวงศ์¹⁶⁴ ก็ดี ตำราของอาจารย์ยั้งศักดิ์ กฤษณจินดา¹⁶⁵ ก็ดี ตำราของของอาจารย์เรงธรรม ลัดพลี¹⁶⁶ ก็ดี ตำราของอาจารย์คมกริช วัฒนเสถียร¹⁶⁷ ก็ดี ตำราของอาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ ก็ดี ซึ่งล้วนแล้วแต่จบการศึกษาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาทั้งสิ้น

ตำราดังกล่าวข้างต้นก็ล้วนแล้วแต่อธิบายโดยอาศัยเทียบเคียงกับหลักกฎหมายของอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ หรือได้มีการนำหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมาอธิบายเสมือนว่าเป็นกฎหมายของไทย

นอกจากนั้นแล้วยังมีตำราของเนติบัณฑิตยสภาที่เอาแต่เฉพาะคำพิพากษาฎีกามาอธิบายประกอบเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ตำรากุ่มมือการศึกษาพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญาของอาจารย์ธานี สิงหนาท

จะเห็นได้ว่าตำรากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทย ได้รับเอาแนวความคิดตามกฎหมายอังกฤษมาอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทย อาจเป็นเพราะกฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลเหนือความคิดของนักกฎหมายของไทยในยุคแรกๆ อยู่มาก และตำรากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยก็พยายามจะอธิบายโดยเทียบเคียงกับกฎหมายอังกฤษ นอกจากนี้ยังมีการนำกฎหมายอังกฤษมาอธิบายเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายไทยก็มี

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ตำรากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยนั้นได้รับอิทธิพลเป็นอันมากจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อันส่งผลให้ผู้เรียนหรือผู้อ่านซึ่งเป็นนักศึกษา อัยการ ศาล และทนายความได้รับอิทธิพลแนวความคิดทางกฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ไปด้วย

¹⁶⁴ น.บ. (เกียรตินิยม), น.บ.ท. (เกียรตินิยม), Master of Laws (Harvard University). อ้างถึงใน เข็มชัย ชุตินวงศ์. (2543). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 1.

¹⁶⁵ สำเร็จวิชากฎหมายปริญญาตรี ธรรมศาสตร์บัณฑิต จากมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ปริญญาโทกฎหมายอาญาพิสดาร กฎหมายเองโกลแซกซอน. อ้างถึงใน ยั้งศักดิ์ กฤษณจินดา. (2541). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 1.

¹⁶⁶ น.บ., น.บ.ท., Barrister at Law of Gray' Inn. อ้างถึงใน เรงธรรม ลัดพลี. (2545). คำอธิบายกฎหมายพยานหลักฐาน. หน้า 1.

¹⁶⁷ น.บ., น.บ.ท., LL.B., M.S. (Wisconsin), LL.M. (Harvard), Graduate Study (Michigan). อ้างถึงใน คมกริช วัฒนเสถียร. (2519). คู่มือนักศึกษาว่าด้วยกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 1.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นกฎหมายต่างๆ ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเกิดจากจารีตประเพณีต่างๆ ที่มีมาแต่ดั้งเดิมและคำพิพากษาของศาลที่ผู้พิพากษาได้สร้างขึ้น เรียกว่า กฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (Judge-made-Law, Case Law) ซึ่งมีแหล่งกำเนิดและวิวัฒนาการขึ้น ในประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก กฎหมายคอมมอนลอว์เริ่มเข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมาย ไทยตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยได้ส่งพระราชโอรสและข้าราชการ ไปศึกษาวิชากฎหมาย ณ ประเทศอังกฤษ บุคคลสำคัญได้แก่ เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงศึกษาวิชากฎหมายที่มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ประเทศอังกฤษ แล้วได้ทรงนำเอาหลักเกณฑ์ ต่างๆ ของกฎหมายอังกฤษและวิธีพิจารณาคดีสินคดียุติความเข้ามาปฏิรูปกฎหมายไทย

อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษที่มีต่อกฎหมายไทยในระยะแรกนั้น เริ่มต้นด้วยการนำ หลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติก่อน กล่าวคือพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ร่างโดยอาศัยหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ ของการปรับปรุงกฎหมายเก่าก็เพื่อให้บรรดาอารยประเทศยอมรับนับถือกฎหมายไทย ปัญหาเรื่อง สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะได้หมดไป ในการแก้ไขกฎหมายเก่าต่างๆ มีการนำเอาแบบอย่างแห่ง กฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติที่ใช้อยู่ในต่างประเทศและเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์แก่ระบบกฎหมาย ไทยมาเป็นหลักในการแก้ไข โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นสมัยซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์สำเร็จวิชา กฎหมายมาจากประเทศอังกฤษกำลังทรงฟื้นฟูการศาลยุติธรรมของประเทศไทย บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายฉบับนี้จึงมีร่องรอยได้เค้ามาจากหลักของอังกฤษเป็นส่วนใหญ่ นับได้ว่าเป็นการปฏิวัติ ขึ้นแรกของกฎหมายลักษณะพยานให้เข้าหลักสากล หลักใหญ่ๆ ของกฎหมายฉบับนี้ เช่น กำหนด วิธีการชี้สองสถานเพื่อกะประเด็นนำสืบ กำหนดวิธีการถามพยาน คำนพยานและตั้งพยาน และการ พิสูจน์พยาน เป็นต้น

ต่อมาก็ได้มีพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 และพระราช บัญญัติวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 127 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้เป็นเพียงกฎหมายที่ใช้บังคับไป พลังก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความฉบับสมบูรณ์จะประกาศใช้ บังคับ กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ก็ได้รับอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งพอจะสรุปได้ว่า ในด้านการ

ปฏิรูปการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ทำให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเปลี่ยนแปลงจากเดิมเป็นอันมาก กล่าวคือแต่เดิมนั้นผู้ต้องหาต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่ในกฎหมายที่ปรับปรุงใหม่นี้ศาลไทยใช้วิธีพิจารณาความแบบที่ใช้ในศาลอังกฤษทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง ในคดีแพ่งนั้นผู้ใดกล่าวอ้างข้อความอันใดฝ่ายนั้นเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นจริงตามข้ออ้างนั้น ผู้พิพากษาจะลงโทษบุคคลใดต้องอาศัยพยานหลักฐานในคดีนั้นเป็นสำคัญในกรณีที่สงสัยว่าจำเลยจะกระทำความผิดหรือไม่ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย การซักถามพยานในศาลเป็นเรื่องของกลุ่มความแต่ละฝ่ายจะต้องกระทำเอง ตามระบบกล่าวหาที่ศาลมิได้ช่วยซักถามพยานอย่างกฎหมายเดิม ศาลจะถามอย่างคนกลางเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของคดีเท่านั้น ผู้วินิจฉัยคดีก็คือผู้พิพากษาเท่านั้น ไม่รวมถึงลูกขุนตามกฎหมายเก่า ในเรื่องการซักถามพยานนั้นจะมีการถามซัก (Examination-in Chief) การถามค้าน (Cross-examination) และการถามติง (Re-examination) เหมือนระบบกฎหมายอังกฤษทุกอย่าง เพียงแต่มิได้นำระบบลูกขุน (Jury) ของอังกฤษมาใช้เท่านั้น

สำหรับการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้สมบูรณ์ในรูปของประมวลกฎหมายนั้น ได้มีการตั้งกรรมการมาแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2453 แต่งานร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความได้ดำเนินการอย่างจริงจังภายหลังที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 แล้วโดยรัฐบาลได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งเพื่อริบชำระสะสางประมวลกฎหมายที่ยังค้างอยู่ให้เรียบร้อยเพราะเป็นเงื่อนไขที่จะได้รับเอกราชทางการศาลกลับคืนมาและคณะกรรมการได้ยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจนสามารถประกาศใช้ได้ในปี พ.ศ. 2477 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 สำหรับการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ได้ร่างขึ้นโดยพิจารณาจากเค้าโครงเดิมของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เป็นส่วนใหญ่ซึ่งกฎหมายฉบับนั้นกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่าง โดยอาศัยกฎหมายของอังกฤษและอินเดียเป็นหลักในการร่าง

นอกจากนั้นกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในกระทรวงยุติธรรมในปี ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2440) และทรงสอนวิชากฎหมายด้วยพระองค์เอง ดังนั้นการสอนวิชากฎหมายต่างๆ จึงย่อมได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษเป็นอย่างมาก เมื่อนักเรียนกฎหมายเหล่านี้ออกไปประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ ก็ย่อมนำหลักกฎหมายอังกฤษไปใช้ และต่อมาก็ได้มีการจัดตั้งสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาเมื่อ พ.ศ. 2491 โดยมีหลักสูตรตามแบบอย่างของสภาการศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาประเทศอังกฤษ ยิ่งเปรียบเทียบเป็นการนำเอาวัฒนธรรมการศึกษาตามแบบอย่าง

Inns of Courts ของอังกฤษเข้ามาใช้ ทำให้ระบบการศึกษากฎหมายของไทยได้ถูกปลูกฝังตามระบบการศึกษาของนักกฎหมายฝ่ายปฏิบัติ

ในส่วนของเนื้อหาในตัวของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายลักษณะพยานของคอมมอนลอว์ในเรื่องต่างๆ เช่น การชี้สองสถาน การกำหนดประเด็นหน้าที่นำสืบและการการพิสูจน์ การถามค้านพยาน หรือหลักในเรื่องพยานบอกเล่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) ที่บัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบุคคลใดที่มีได้รู้เห็นหรือทราบข้อเท็จจริงที่จะเบิกความนั้นมาด้วยตนเอง โดยถือว่าเป็นหลักเดียวกันกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า (Hearsay Evidence) ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นอกจากนั้นยังได้นำข้อยกเว้นเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้เป็นข้อยกเว้นของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 (2) เสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมายไทยด้วย ปัจจุบันที่เห็นได้ชัดก็คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคสอง

นอกจากนี้แม้ประเทศไทยจะเลือกเอาระบบกฎหมายตามแบบอย่างของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยการจ้างนักกฎหมายจากกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปมาเป็นผู้ร่าง และเห็นผลอย่างชัดเจนเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายลักษณะพยานได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ บทบัญญัติตลอดจนหลักเกณฑ์ต่างๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้เดินตามแบบอย่างของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่การดำเนินคดีแพ่งหลุดพ้นจากกฎเกณฑ์และความเคร่งครัดต่อแบบพิธี การค้นหาความจริงในคดีเป็นเรื่องของความร่วมมือกันขององค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมที่จะต้องค้นหาความกระจ่างชัดของคดี และศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการสืบพยานมีอิสระเต็มที่ในการเรียกพยานมาสืบ ซึ่งศาลเองจะต้องไม่วางเฉยในการแสวงหาพยานหลักฐาน แต่ศาลในยุคที่มีประมวลกฎหมายก็ยังจำกัดบทบาทของตนอยู่ ซึ่งเหตุผลหลักมาจากการเรียนการสอนของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายลักษณะพยานที่แยกกันเรียนเป็นวิชาต่างหากตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งต่างกับการเรียนการสอนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งไม่มีวิชากฎหมายลักษณะพยานเป็นวิชาเฉพาะ อีกทั้งผู้ที่รับผิดชอบในการสอนทั้งสองวิชายังคงเป็นบุคคลที่จบการศึกษากฎหมายมาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นอกจากนั้นตำราที่เป็นต้นแบบในยุคที่มีประมวลกฎหมายยังคงได้รับการแต่งขึ้น โดยนักกฎหมายที่จบ Barrister มาจากอังกฤษอยู่เช่นเดิมไม่ว่าจะเป็นตำรากฎหมายลักษณะพยานของศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี หรือตำราในยุคปัจจุบัน เช่น ตำรากฎหมายพยานของศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร เป็นต้น ซึ่งตำราเหล่านี้ยังคงเป็นการเอาอย่างตำราในยุคที่ยังไม่มี

ประมวลกฎหมายและยังคงให้ความสำคัญกับคำพิพากษาฎีกาที่ไม่ได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาเหมือนเช่นในอดีต หรือแม้ในการบรรยายในเนติบัณฑิตยสภาโดยศาสตราจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์ เองก็ได้นำหลักกฎหมายพยานของอังกฤษมาบรรยายด้วย

อิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีผลต่อระบบการสืบพยานของไทยทำให้ทางปฏิบัติศาลไทยวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นรากฐานของระบบกล่าวหาที่ถือว่าผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางและมีหน้าที่ในการควบคุมการเสนอพยานหลักฐาน ส่วนการค้นหาค้นข้อเท็จจริงมาแสดงให้ปรากฏเป็นหน้าที่ของกลุ่มความ การที่ศาลไทยปฏิบัติเช่นนี้มีมาก่อนที่จะประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งมีหลักการส่วนใหญ่มาจากกฎหมายอังกฤษยังมีผลบังคับใช้อยู่ตลอดมา เมื่อถึงยุคของการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลอย่างเต็มที่ในการเรียกพยานมาสืบหรือในการซักถามพยาน แต่ผู้พิพากษาไทยก็จำกัดบทบาทของตนในเรื่องนี้ อีกทั้งยังได้ส่งผลให้การดำเนินคดีแพ่งในยุคที่มีประมวลกฎหมายยังคงเป็นการต่อสู้กันของกลุ่มความ การยกฟ้องในเรื่องเล็กๆ น้อยๆ อันเป็นผลมาจากความไม่เข้าใจในบทบาทและหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมยังปรากฏให้เห็นอยู่ในคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งหลักกฎหมายกับทางปฏิบัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ไม่ตรงกันนี้เป็นผลมาจากอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้อสรุปดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเรียนเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะทางวิชาการ

จากการศึกษาถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของประเทศไทยกำหนดให้ผู้พิพากษามีบทบาทในเชิงรับเป็นหลักในคดีแพ่งสามัญ แนวปฏิบัติของศาลยังคงมีบทบาทในเชิงรับหรือค่อนข้างวางตัวเป็นกลางแบบศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยไม่เปลี่ยนแปลงจนถึงปัจจุบัน โดยอาจมีเหตุผลทางประวัติศาสตร์ตั้งแต่สมัยปฏิรูปการศาลและกฎหมายไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 ที่ระบบการศาลได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษเป็นอันมากและศาลก็คุ้นเคยกับการมีบทบาทในเชิงรับมาเป็นเวลานาน แตกต่างกับศาลอังกฤษซึ่งได้เปลี่ยนแปลงบทบาทเป็นเชิงรุกเป็นหลักในคดีมโนสารตั้งแต่ปี พ.ศ. 2516 แล้ว แม้ประเทศอังกฤษจะได้อ้างว่าเป็นหนึ่งในประเทศแม่แบบของระบบการค้นหาค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทในเชิงรับเป็นหลักแต่ก็สามารถปรับบทบาทให้เป็น

เชิงรุกเป็นหลักได้ในคดีมโนสำเนา ศาลไทยจึงควรมีบทบาทหรือแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกับระบบกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องวางเฉย (passive) เหมือนในระบบกล่าวหาตั้งเดิมเสมอไป ควรเริ่มมีการใช้บทบาทเชิงรุกในคดีแพ่งสามัญด้วยโดยเป็นบทบาทเสริม โดยมีบทบาทในการซักถามพยาน และการรวบรวมพยานหลักฐานเอง ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงในคดีได้ดียิ่งขึ้น ดังนั้นในข้อเสนอแนะนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นเพื่อนำเสนอเป็นแนวทางในการปรับบทบาทของศาลในการค้นหาความจริง ดังนี้

1) การซักถามพยาน

ศาลควรถามพยานเองเพื่อค้นหาความจริง เช่น กรณีที่นายโจทก์และนายจำเลยมีความสามารถหรือเทคนิคในการว่าความที่ต่างกันมากเป็นความได้เปรียบเสียเปรียบในชั้นเชิงการว่าความหรือทางเทคนิค หรือกรณีที่ศาลยังไม่ได้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจนเพียงพอในประเด็นใดๆ ศาลควรถามพยานเองเพื่อจะสามารถลดความได้เปรียบเสียเปรียบเชิงเทคนิคนั้นและให้ได้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจนเพียงพอในประเด็นนั้นๆ

2) การรวบรวมพยานหลักฐาน

ศาลควรใช้อำนาจสั่งให้ตรวจบุคคล วัตถุ สถานที่ หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญได้โดยไม่ต้องมีคำขอของกลุ่มความ เช่น กรณีที่แพทย์หรือพยานผู้เชี่ยวชาญของโจทก์และจำเลยให้ความเห็นต่างกันในเรื่องเดียวกัน ศาลควรตั้งผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ของศาลเพื่อให้ได้ความเห็นที่ถูกต้องน่าเชื่อถือและเป็นกลางมากที่สุด นอกจากนั้นศาลควรตั้งสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม เช่น กรณีพยานหลักฐานที่โจทก์จำเลยนำเสนอยังไม่ชัดเจนเพียงพอหรือยังมีข้อสงสัย ศาลควรตั้งสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจนเพียงพอในการทำคำพิพากษาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรมมากที่สุด

5.2.2 ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นควรแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

1) กรณีการห้ามรับฟังพยานบุคคลเพื่อสืบแทนพยานเอกสารหรือสืบแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสารตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94

การนำหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานมาใช้อย่างเคร่งครัดจะมีผลในทางจำกัดการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งกระทบต่อการอำนวยความยุติธรรมในคดีแพ่ง โดยเฉพาะในกรณีที่คู่ความไม่อาจนำพยานบุคคลมาสืบให้ศาลเห็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างไปจากความที่ปรากฏในเอกสารได้ เพื่อให้หลักการนี้ก่อให้เกิดความยุติธรรมสมตามเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายและไม่เป็นการสร้างปัญหาหรืออุปสรรคในการสร้างความเป็นธรรมในคดีแพ่ง จึงขอเรียนเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 กล่าวคือ

แนวทางแก้ไข ควรตั้งคณะกรรมการศึกษาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ซึ่งในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง ห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลในกรณีใดๆอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ แม้ถึงว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมก็ดี

(ก) ขอสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร เมื่อไม่สามารถนำเอกสารมาแสดง

(ข) ขอสืบพยานบุคคลประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อนำเอกสารมาแสดงแล้วว่า ยังมีข้อความเพิ่มเติมตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก

(วรรคสองหรือวรรคท้าย) แต่ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) แห่งมาตรา 93 และมีให้ถือว่าเป็นการตัดสิทธิคู่ความในอันที่จะกล่าวอ้างและนำพยานบุคคลมาสืบประกอบข้ออ้างว่า พยานเอกสารที่แสดงนั้นเป็นเอกสารปลอมหรือไม่ถูกต้องทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หรือสัญญาหรือหน้อย่างอื่นที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นไม่สมบูรณ์หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตีความหมายผิด”

ควรแก้ไขเพิ่มเติมเป็นวรรคสามหรือวรรคท้ายว่า

(วรรคสามหรือวรรคท้าย) “ถ้าศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและเป็นพยานหลักฐานสำคัญในคดี ศาลจะอนุญาตให้คู่ความนำพยานบุคคลมาสืบก็ได้”

2) กรณีที่มีข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาคดี

การพิจารณาคดีโดยเฉพาะในคดีแพ่งมีข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกม อาจมีการผิดพลาดได้ง่าย หากไม่ส่งเสริมกระตุ้นเตือนให้ศาลใช้อำนาจแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นแล้ว ก็อาจทำให้อุทธรณ์ไปใช้เป็นเหตุให้แพ้คดีและเสียความยุติธรรมได้ ดังนั้นเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำหรือกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปโดยไม่ถูกต้องตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ หรือที่เรียกว่า “กระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาด” (Procedural error) เกิดขึ้นก็ควรใช้วิธีการเพิกถอนแก้ไข หรือให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องใหม่แทนการใช้เป็นเหตุให้แพ้คดี

สำหรับแนวทางแก้ไขนั้น ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นดังนี้

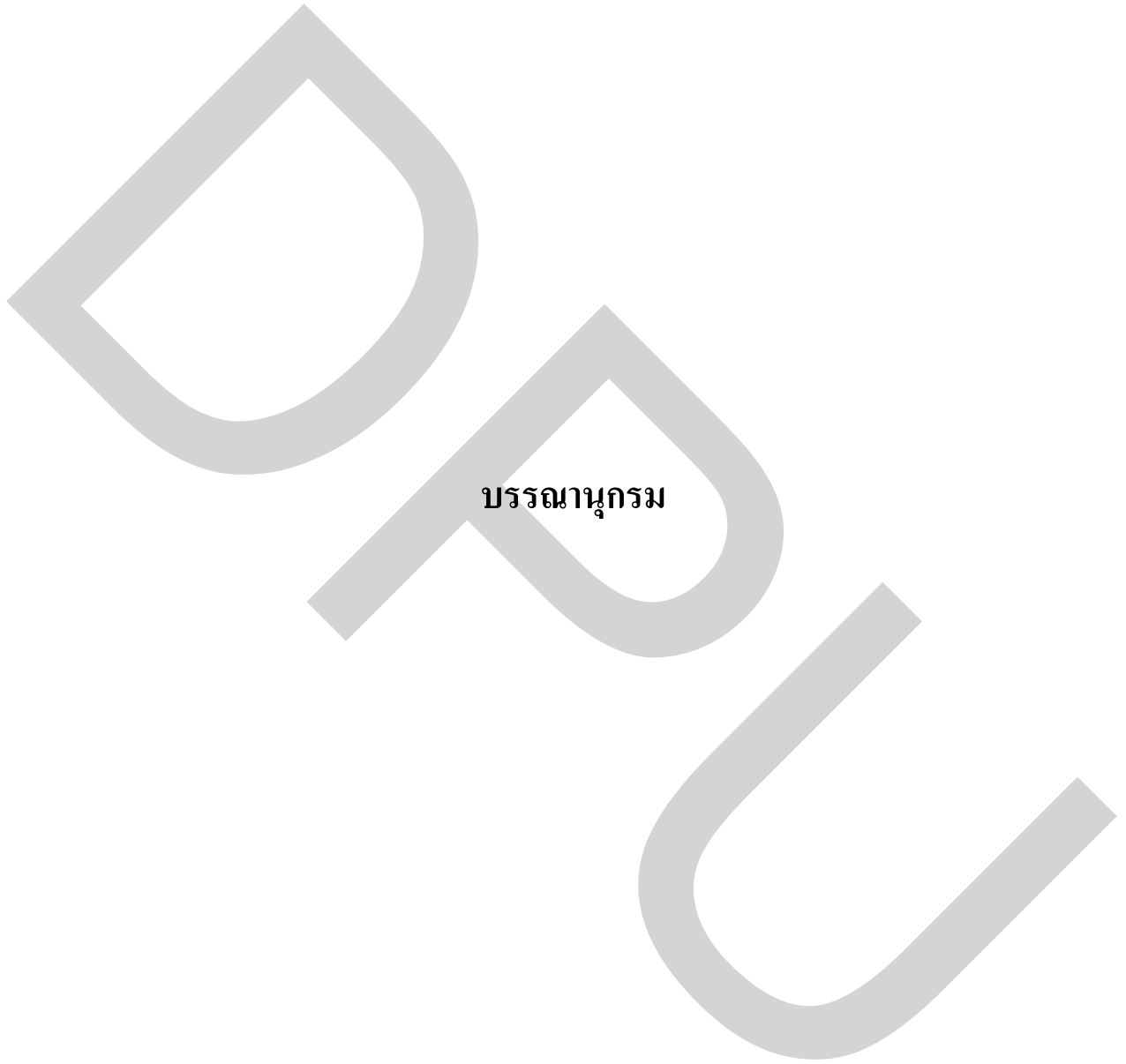
“มาตรา... ในกรณีที่ข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาคดีที่คู่ความไม่ได้ตั้งใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถ้าศาลพิจารณาเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จำเป็นต้องแก้ไขข้อผิดพลาด ศาลอาจสั่งให้มีการแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นได้ เว้นแต่ข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาคดีจะสร้างความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้”

และในระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว แนวทางแก้ไขปัญหาลักษณะนี้ก็ควรใช้พระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช

ทรงพระมหากรุณาให้ไว้ในงานพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นิติบัณฑิต สมัยที่ 33 เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2524 ความว่า “กฎหมายนั้นไม่ใช่ตัวความยุติธรรม เป็นแต่เพียงเครื่องมืออย่างหนึ่ง สำหรับใช้ในการรักษาและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น การใช้กฎหมายจึงต้องมุ่งหมายใช้เพื่อรักษาความยุติธรรม ไม่ใช่เพื่อรักษาตัวบทของกฎหมายเอง”

5.2.3 ข้อเสนอแนะเพื่อเป็นการวิจัยต่อไป

วิทยานิพนธ์นี้ ถึงแม้ว่าผู้วิจัยต้องใช้เวลาในการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลในการทำค่อนข้างมาก และยากแก่การเข้าใจ แต่ด้วยความมุ่งมั่นและมีความตั้งใจอันแน่วแน่ในการทำผลงานครั้งนี้ ซึ่งก็ยังคงมีความบกพร่องอยู่บ้าง รวมทั้งการที่จะสรรหาหลักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในส่วนที่ยังขาดอยู่ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยยังไม่มีแต่ควรจะมี เช่น บทตัดพยานหลักฐานบางบทที่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยยังไม่มี แต่มีในต่างประเทศโดยเฉพาะใน Federal Rule of Evidence (FRE) ตัวอย่างเช่น บทตัดพยานหลักฐานที่มาจากข้อมูลที่เปิดเผยกันไว้ในกระบวนการใกล้เคียง ประณอมข้อพิพาท หรือข้อเสนอที่จะนำไปสู่การใกล้เคียงประณอมข้อพิพาท (Federal Rule of Evidence (FRE) Rule 408) หรือบทตัดพยานหลักฐานที่แสดงถึงการจ่าย การเสนอจ่าย ความรับผิดชอบใช้คำรักษาพยาบาลให้แก่ผู้ที่ถูกทำละเมิดหรือบาดเจ็บให้แก่ผู้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย โดยอุบัติเหตุอุบัติภัยอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะที่เกิดมาจากการกระทำของจำเลย คนที่มีส่วนก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยนั้นได้เข้ามารับผิดชอบจ่ายคำรักษาพยาบาลเบื้องต้น พาไปรักษาพยาบาล ปฐมพยาบาล หรือแม้แต่รับปากว่าจะชดใช้จ่ายดูแลเรื่องคำรักษาพยาบาลให้ (Federal Rule of Evidence (FRE) Rule 409) ซึ่งพฤติกรรมอย่างนี้เป็นพฤติกรรมที่รับผิดชอบ เป็นการกระทำที่ดีที่ควรส่งเสริมให้ประชาชนทำต่อกัน เป็นต้น ข้อเสนอแนะนี้เพื่อเป็นการจูงประกายให้นักกฎหมายได้นำไปเป็นแนวทางในการทำการวิจัยในเรื่องนี้ให้มากขึ้น อย่างไรก็ตามยังมีประเด็นสำคัญอีกหลายประเด็นของหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ไม่อาจทำให้ละเอียดในวิทยานิพนธ์นี้ได้ จึงจะขอไปทำวิจัยเฉพาะด้านต่อไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). **ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กรมศิลปากร. (2488). **พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวและพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว**. กรุงเทพฯ: โสภณพิพรรณาการ.
- _____. (2542). **วัฒนธรรม พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ เอกลักษณ์และภูมิปัญญาจังหวัดอุทัยธานี**. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. (2538). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม)**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- คณิต ณ นคร. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2552). **กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คมกริช วัฒนเสถียร. (2519). **คู่มือนักศึกษาว่าด้วยกฎหมายลักษณะพยาน (พิมพ์ครั้งที่ 6)**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- จรัญ ภัคดีธนากุล. (2551). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- _____. (2553). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553 เล่มที่ 6**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2553). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553 เล่มที่ 7**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2553). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553 เล่มที่ 13**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- จินดาภิรมณ์ราชสภาพดี (จิตร ณ สงขลา). (2462). **คำอธิบายพระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง**. กรุงเทพฯ: ศาลบรรณนิติ.

- _____. (2464). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาความพยานหลักฐาน** (พิมพ์ครั้งที่ 2).
กรุงเทพฯ: ศาลบรรณคดี.
- ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร และพรชัย สุนทรพันธุ์. (2546). **คำบรรยายหลักกฎหมายเอกชน**.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ธานี นทร์ ทรัพย์วิเชียร. (2511). **การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระปิยะมหาราช**. กรุงเทพฯ: สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตร.
- _____. (2518). **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแผนปฎิวคำบรรยายชุดที่ 1-2 มหาวิทยาลัยรามคำแหง**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ธานี นทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชา มหาคุณ. (2539). **การตีความกฎหมาย** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธานี สิงหนาท. (2551). **คู่มือการศึกษาพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 6).
กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร.
- ชงทอง จันทรางศุ. (2535). **การปฏิรูปภาษากฎหมายไทยในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว**. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- นเรนดีปัญชากิจ, พระยา. (2452). **ลักษณะพยานโดยย่อ**. กรุงเทพฯ: โสภณพิพรรฒธนากร.
- บรรจง มกราภิรมย์. (2479). **กฎหมายลักษณะพยานและจิตตวิทยา**. กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2528). **เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ
หน่วยที่ 1-7**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- ประภาส วณิกเกียรติ. (2504). **กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- ประมุล สุวรรณสร. (2526). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ:
แสงสุทธิการพิมพ์.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2520). **ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์**. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2538). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ยูแพด.
- _____. (2542). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: เคนโกรว.
- พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภัคดีธนากุล. (2528). **เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทย
และต่างประเทศ หน่วยที่ 8-15**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2539). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา. (2541). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน**. กรุงเทพฯ: อักษร.
- เริงธรรม ลัดพลี. (2545). **คำอธิบายกฎหมายพยานหลักฐาน** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรรณชัย บุญบำรุง, ธนากร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. (2549). **หลักและทฤษฎีกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1** (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วุฒิสาสตร์เนติญาณ (พระ). (2479). **วิธีพิจารณาความอาญา (ภาคพิเศษ)**. กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2551). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 61 ปี
การศึกษา 2551 เล่มที่ 2**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2552). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปี การศึกษา 2552 เล่มที่ 11**. กรุงเทพฯ:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2552). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปี การศึกษา 2552 เล่มที่ 12**. กรุงเทพฯ:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2552). **รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปี การศึกษา 2552 เล่มที่ 13**. กรุงเทพฯ:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- สุธรรม ภัทราคม. (2516). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: แสงทอง
การพิมพ์.
- สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). **ระบบกฎหมายอังกฤษ** (พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. (2525). **วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี: ภาคกฎหมาย
วิธีสบัญญัติ**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุรัชย์ สุวรรณปรีชา. (2546). **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 2** (พิมพ์ครั้งที่ 2 ฉบับ
ปรับปรุง). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2543). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2534). **รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- โสภณ รัตนากร. (2544). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ:
นิติบรรณการ.
- หยุด แสงอุทัย. (2523). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป** (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- อัคราทร จุฬารัตน์. (2542). การตีความกฎหมาย. กรุงเทพฯ: กฎหมายไทย.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. (2514). ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- อุดม เฟื่องฟู. (2550). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2550). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3 อุตธรณ์และฎีกา (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- โอสถ โกศิน. (2501). คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพฯ: ไทยเกษม.

บทความ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.” *ตุลพาห*, 41, 1. หน้า 50-74.
- _____. (2537, มีนาคม-เมษายน). “ความเป็นมาของหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ (ตอนที่ 2).” *ตุลพาห*, 41, 2. หน้า 59-85.
- คณิต ฌ นคร. (2524, มิถุนายน). “วิธีพิจารณาความอาญากับความคิดตามหลักกฎหมายแพ่ง.” *วารสารอัยการ*, 4, 42. หน้า 52-57.
- _____. (2531). “คำพิพากษาศาลฎีกาผูกมัดเจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเพียงใด.” *วารสารนิติศาสตร์*, 16, 2. หน้า 114.
- จรัญ ภัคศิธนากุล. (2524, มีนาคม). “บทคัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย.” *วารสารกฎหมาย*, 6, 3. หน้า 1-12.
- ชนาทร จิตติเดโช. (2551, มิถุนายน). “สถานะของกฎหมายลำดับรองในกฎหมายลักษณะพยาน: ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ศาลต้องรู้เองหรือคู่ความต้องนำสืบ.” *บทบัญญัติ*, 64, 2. หน้า 181-209.
- ชวลิต โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” *ตุลพาห*, 6, 28. หน้า 36-47.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และคณะ. (2527, ธันวาคม). “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 3, 3. หน้า 644-675.

_____. (2530, สิงหาคม). “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย.” **วารสารกฎหมายปกครอง, 6, 2.** หน้า 295-327.

ชนกร วรปรัชญากุล. (2546, มิถุนายน). “หลัก ข้อยกเว้นและเอกสิทธิ์ของพยานบุคคลในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส.” **วารสารยุติธรรม, 3, 5.** หน้า 13-24.

_____. (2547, ธันวาคม) “หลักและความคิดพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ในทัศนะของนักกฎหมายยุโรป.” **บทบัญญัติ, 60, 4.** หน้า 230-237.

_____. (2549, สิงหาคม). “บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสในการค้นหาความจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 1, 8.** หน้า 80-98.

พินัย ณ นคร. (2544, มีนาคม). “การจัดการศึกษากฎหมายและแนวทางในการปรับปรุงแก้ไข.” **วารสารนิติศาสตร์, 31, 1.** หน้า 36-45.

วรรณชัย บุญบำรุง. (2543, มีนาคม). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” **วารสารนิติศาสตร์, 30, 1.** หน้า 78-112.

สมบัติ พฤทธิพงษ์ศักดิ์. (2553, มิถุนายน-กรกฎาคม). “บทบาทของศาลในการค้นหาความจริง.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 4, 5.** หน้า 56-67.

สุทธิโชค เทพไตรรัตน์. (2548, กุมภาพันธ์-มีนาคม). “บทบาทของนักกฎหมายชาวต่างประเทศในยุคลปฏิรูปกฎหมายและการศาลไทย.” **วารสารศาลยุติธรรม, 5, 2.** หน้า 5-20.

อุดม รัฐอมฤต. (2542, มีนาคม). “พยานตามกฎหมายเก่าสยาม.” **วารสารนิติศาสตร์, 29, 1.** หน้า 121-140.

วิทยานิพนธ์

พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. (2517). **การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชาอักษรศาสตร์ แผนกวิชาประวัติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พิทยา ภูพันธ์สัมฤทธิ์. (2549). **ปัญหาในการบังคับใช้มาตรา 94 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- วัลภา ละอองสุวรรณ. (2538). **กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีการนำกระบวนการของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้.** วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สมทรัพย์ นำอำนวย. (2541). **บทบาทของศาลในชั้นพิจารณาคดีกับการค้นหาความจริงในคดีอาญา.**
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- อมรเทพ เมืองแสน. (2549). **อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญาของไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

เอกสารอื่นๆ

- จรัญ ภักดีชนากุล. (2554). **คำบรรยายวิชากฎหมายลักษณะพยานชั้นสูง (วันที่ 1 กุมภาพันธ์
2554).** หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ปวีณ นราเมธกุล. (2549). **การเปิดเผยพยานบุคคลอย่างบังคับในประเทศที่ใช้ระบบ Common
Law : กรณีศึกษาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ (รายงานการเก็บข้อมูลการ
เปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในคดีอาญา).** สถาบันวิจัยและพัฒนา
กระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม. กรุงเทพฯ: กระทรวงยุติธรรม.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (ม.ป.ป.). **กฎหมายเปรียบเทียบเพื่อการใช้งาน: กรณีศึกษา.** หลักสูตรการ
พัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับต้น. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2546). **70 ปีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (หนังสือ
รายงานประจำปี).** กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- ชนกร วรปรัชญากุล. (2553). **คำพิพากษาศาลกับบ่อเกิดของกฎหมาย. สืบค้นเมื่อ 12 พฤศจิกายน
พ.ศ. 2553, จาก [http://www.humanrights.go.th/index.php?option=com_](http://www.humanrights.go.th/index.php?option=com_content&task=view&id=9313&Itemid=11)
[content&task=view&id=9313&Itemid=11](http://www.humanrights.go.th/index.php?option=com_content&task=view&id=9313&Itemid=11)**

พิรพิชญ์. (2551). หลักความเป็นกลาง. สืบค้นเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2553, จาก

<http://www.bloggang.com/viewdiary.php?id=krisdika& month=05-2008&date=03&group=2&gblog=7>

วิกิพีเดียสารานุกรมเสรี. (2554). ประวัติศาสตราจารย์จรูญ ภัคดีชนากุล. สืบค้นเมื่อ

3 พฤษภาคม 2554, จาก <http://th.wikipedia.org>

ศาลฎีกา (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำตั้งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2553). คำพิพากษาศาล

ฎีกาที่ 1195/2482. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2553, จาก [http://www.deka2007.](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/)

[supremecourt.or.th/deka/web/](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/)

_____. (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำตั้งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2553). คำพิพากษาศาล

ฎีกาที่ 1307/2501. สืบค้นเมื่อ 21 มกราคม 2553, จาก [http://www.deka2007.](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/)

[supremecourt.or.th/deka/web/](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/)

_____. (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำตั้งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2553). คำพิพากษาศาล

ฎีกาที่ 591-592/2482. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2553, จาก [http://www.deka2007.](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/)

[supremecourt.or.th/deka/web/](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/)

_____. (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำตั้งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาฎีกาที่

229/2490. สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2554, จาก [http://www.deka2007.Supremec](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)

[our.or.th/deka/web/search.jsp.](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)

_____. (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำตั้งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาฎีกาที่

3775/2546. สืบค้นเมื่อ 13 มิถุนายน 2554, จาก [http://www.deka2007.supremec](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)

[ourt.or.th/deka/web/search.jsp.](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)

_____. (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำตั้งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา). (2554). คำพิพากษาฎีกาที่

5520/2549. สืบค้นเมื่อ 13 มิถุนายน 2554, จาก [http://www.deka2007.supremec](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)

[ourt.or.th/deka/web/search.jsp.](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)

อุกฤษฏ์ ศรีพรหม. (2553). ข้อเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

ซีวิลลอว์และประเทศไทย. สืบค้นเมื่อ 4 ธันวาคม 2553, จาก [http://www.vcha](http://www.vcharkarn.com/vcafe/181578)

[rkarn.com/vcafe/181578](http://www.vcharkarn.com/vcafe/181578)

เสวต เวียนทอง. (2553). เอกสารประกอบคำบรรยายครั้งที่ 1 วิชากฎหมายพยานหลักฐาน (Law of

evidence). สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2554, จาก [http://file.siam2web.com/](http://file.siam2web.com/savet/so.2012/2009831_45058.pdf)

[savet/so.2012/2009831_45058.pdf](http://file.siam2web.com/savet/so.2012/2009831_45058.pdf)

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2478.

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477.

พระราชบัญญัติกฎหมายลักษณะพยาน รัตนโกสินทร์ศก 113.

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน รัตนโกสินทร์ศก 115.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Allen. (1968). **Law in the Making** (7th ed.). OXFORD: Clarendon Press.

Cross. (1980). **An Outline of the Law of Evidence** by Sir Rupert Cross and Nancy Wilkins
(5th ed.). London: Butterworths.

Cross & Tapper. (1995). **On Evidence** (8th ed.). London: Butterworths.

David, Rene. (1968). **Major legal systems in the World today** (2nd ed.). London: Stevens &
Sons.

_____. (1985). **Major legal systems in the World today** (3rd ed.). London: Stevens &
Sons.

Henri MOTULSKY. (1973). **Droit processuel**. Paris: Montchrestien.

Henry SOLUS et Roger PERROT. (1961). **Droit judiciaire privé**. tome: Sirey.

Keane. (1994). **The Modern Law of Evidence** (3 rd ed.). London: Butterworths.

Lilly. (1978). **An Introduction to the Law of Evidence** by Graham C. Lilly. West: paul.
Minn.

Marcel STORME. (1994). **Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne**.
London: Martinus.

Mauro CAPPELLETI. (1989). **The Judicial Process in Comparative Perspective**.
Oxford: Clarendon Press.

Michel FROMENT. (1994). **Grands systems de droit etrangers** (2ne ed.). Dalloz: n.p.

Nokes. (1962). **An Introduction to Evidence** (3 rd ed.). London: Sweet and Maxwell.

- Paton. (1964). **A Text Book of Jurisprudence** 3 (rd ed.). Oxford: University Press.
- Patrick THIEFFRY. (1984). **Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats Unis**. 36ème année no1: Janvier-mars.
- Phipson. (1966). **Phipson's Manual of the Law of Evidence**. By D.W. Elloitt (9th ed.). London: and Maxwell.
- P.murphy. (1997). **Murphy on Evidence**. Blackstone press Limited (6 th ed.). London: n.p.
- Rupert Cross and Nancy Wilkins. (1980). **An Outline of the Law of Evidence** (5th ed.). London: Butterworths.
- Sweet & Maxwell. (1962). **Maxwell on the Interpretation of Statutes** (11th ed.). by Roy Wilson Brian Galpin. London: n.p.
- Walther J. HABSCHEID. (1981). **Droit judiciaire privé Suisse** (2nd éd.). Genève, Librairie de l'université. London: n.p.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

พระมหาสมศักดิ์ สุกเพ็ง

วัน เดือน ปี เกิด

12 กรกฎาคม 2528

ที่อยู่

วัดธรรมาภิรตาราม ถนนเตชวณิช แขวงถนนนครชัยศรี
เขตคูสิต กรุงเทพมหานคร

ประวัติการศึกษา

จบการศึกษาปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
รามคำแหง ปีการศึกษา 2551

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

สมณสงฆ์