

บทที่ 4

ผลวิเคราะห์ข้อมูล

1.การเปรียบเทียบระบบการพิจารณาคดีในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์กับกลุ่มซีวิลลอว์

กระบวนการพิจารณาคดี โดยหลักเป็นเรื่องของเขตอำนาจกับบทบาทระหว่างศาลและคู่ความ โดย เฉพาะในเรื่องการดำเนินการและเนื้อหาของการพิจารณากระบวนการพิจารณาสามารถแบ่งออกได้ เป็น 2 แบบ ได้แก่กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาและกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน

1.1 กลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

1.1.1 ระบบกล่าวหา ระบบกล่าวหาในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ได้ประกอบด้วย ประเทศสหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ แคนาดาและประเทศอังกฤษรวมทั้งกลุ่มประเทศอาณานิคมของ อังกฤษ ซึ่งหลักการระบบกล่าวหา มีวิวัฒนาการจากการแก้แค้นกันระหว่างผู้กระทำผิดกับ ผู้เสียหายโดยผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเองแล้วรวบรวมพยานหลักฐาน มานำสืบความผิดของจำเลยในศาลส่วนศาลหรือผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดเหตุผลที่ เป็นเช่นนี้ก็เพราะมีแนวความคิดมาจากการพิจารณาคดีในสมัยโบราณซึ่งใช้วิธีทรมาน (trial by ordeal) และทำให้ทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีกันเอง (trial by battle) ส่วนศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือ กรรมการต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นการเอาพยานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยฝ่ายโจทก์จะเอา พยานที่เป็นพรรคพวกของตนมาเบิกความกล่าวหาจำเลยส่วนจำเลยก็เอาพวกของตนมาเบิกความ รับรองความบริสุทธิ์ของตนให้ศาลฟังแล้วตัดสินคดีไปตามน้ำหนักพยานของแต่ละฝ่ายจากการที่ใช้ วิธีการต่อสู้คดีกันนั่นเองระบบกล่าวหาจึงให้ความสำคัญอย่างสูงต่อหลักเกณฑ์ต่อไปนี้คือ

- หลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดย ปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง
- ถือหลักสำคัญว่าโจทก์และจำเลยมีฐานะในศาลเท่าเทียมกัน

¹ศูนย์ มโนมัย (2552) ระบบกฎหมายอังกฤษ พิมพ์ครั้งที่ 3 คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำนักพิมพ์วิญญูชน

-ศาลจะวางตนเป็นกลางโดยเคร่งครัดทำหน้าที่เหมือนกรรมการตัดสินกีฬาคอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะพยาน โดยเคร่งครัดการปฏิบัติผิดหลักเกณฑ์อาจถูกศาลพิพากษายกฟ้องได้

-ศาลจะมีบทบาทค้นหาความจริงน้อยมาก เพราะถือว่าเป็นหน้าที่ของกลุ่มกรณีหรือคู่ความจะต้องแสวงหาพยานมาแสดงต่อศาลด้วยตนเองระบบกล่าวหาในอังกฤษเรียก Accusatorial และในสหรัฐอเมริกาเรียก Adversary เป็นระบบที่พัฒนาขึ้นในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ อังกฤษแล้วต่อมาพัฒนาไปยังสหรัฐอเมริกา ระบบนี้ถือหลักว่าศาลหรือผู้พิพากษาหรือลูกขุนเปรียบเสมือนกรรมการของการต่อสู้คดีที่จะต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆเป็นหน้าที่ของกลุ่มความซึ่งจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลสั่งถ้าคู่ความใดไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งตนมีหน้าที่ที่ย่อมแพ้ในประเด็นข้อนั้นระบบกล่าวหาจึงมีกฎเกณฑ์ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานที่ละเอียดและเคร่งครัดเริ่มต้นตั้งแต่การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบวิธีการนำเสนอพยานหลักฐานประเภทต่างๆและเนื่องจากในระบบกล่าวหา มีการนำลูกขุนมาเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงจึงได้มีกฎเกณฑ์ต่างๆมากมายที่เคร่งครัดมากในการนำเสนอพยานหลักฐานและการรับฟังพยานหลักฐานเช่นมีบทตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบ

1) ระบบกล่าวหา ในประเทศอังกฤษ(Accusatorial)²

เป็นระบบที่พัฒนาขึ้นในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ อังกฤษแล้วต่อมาพัฒนาไปยังสหรัฐอเมริกา ระบบนี้ถือหลักว่าศาลหรือผู้พิพากษาหรือลูกขุนเปรียบเสมือนกรรมการของการต่อสู้คดีที่จะต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆเป็นหน้าที่ของกลุ่มความซึ่งจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลได้มีคำสั่งถ้าคู่ความใดไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งตนมีหน้าที่ที่ย่อมแพ้ในประเด็นข้อนั้นระบบกล่าวหาจึงมีกฎเกณฑ์ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานที่ละเอียดและเคร่งครัดเริ่มต้นตั้งแต่การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบวิธีการนำเสนอพยานหลักฐานประเภทต่าง ๆ และเนื่องจากในระบบกล่าวหาในประเทศข้างต้นนี้ได้มีการนำระบบลูกขุนมาเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงจึงได้มีกฎเกณฑ์ต่างๆในการพิจารณาคดีเช่นเดียวกับระบบกล่าวหาในกลุ่มประเทศสหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ และแคนาดา เช่นมีบทตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบเป็นต้น

² สุนัย มโนมัยระบบกฎหมายอังกฤษ อ้างแล้ว หน้า80

2) *กลุ่มประเทศซีวิลลอว์* (เช่นฝรั่งเศส เยอรมนี) มีกระบวนการพิจารณาที่พัฒนามาจากระบบโรมันโน-แคนนอนิกในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 12–19 ซึ่งในยุคแรกจะมีลักษณะค่อนข้างไปทางแบบกล่าวหาเช่นเดียวกับในกลุ่มคอมมอนลอว์แต่ภายหลังเริ่มมีแนวคิดเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของรัฐที่จะอำนวยความสะดวกรวมถึงความสะดวกในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน ดังนั้นจึงเริ่มให้ศาลมีบทบาทมากขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีจนกระทั่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางในการควบคุมและดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งปรากฏลักษณะเด่นหลายประการได้แก่

1) การไม่สืบพยานต่อหน้าศาล (absence of trial) กล่าวคือ กระบวนการพิจารณาจะแยกส่วนกันโดยการสืบพยานและการรวบรวมหลักฐานต้องทำให้เสร็จสิ้นแล้วจึงนำเสนอต่อศาลเป็นลำดับต่อไป หลังจากนั้น การพิจารณาจะขึ้นกับศาลเท่านั้นไม่ต้องมีการสืบพยานต่อหน้าศาลอีกเว้นแต่กรณีจำเป็นเท่านั้น

2) การสืบพยานหลักฐานโดยใช้เอกสารเป็นสำคัญ (documentary evidence)

3) การจำกัดอำนาจในการสืบค้นข้อเท็จจริงโดยคู่ความหรือทนายความโดยให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะรวบรวมพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาคดี เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ลักษณะพื้นฐานของซีวิลลอว์คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นระบบประมวล มิได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงได้ยึดถือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นบ่อเกิดหลักของกฎหมาย และระบบศาลมักจะใช้วิธีพิจารณาโดยระบบไต่สวน และศาลจะไม่ถูกผูกพันตามคำพิพากษาในคดีก่อนๆ ในเชิงความคิด ซีวิลลอว์เป็นกลุ่มของแนวคิดและระบบกฎหมายซึ่งได้รับมาจากประมวลกฎหมายจัสติเนียน รวมไปถึงกฎหมายของชนเผ่าเยอรมัน สงฆ์ ระบบศักดินา และจารีตประเพณีภายในท้องถิ่นเอง รวมไปถึงความคิดเช่นกฎหมายธรรมชาติ แนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมาย และกลุ่มปฏิฐานนิยม (กลุ่มที่ยึดถือกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นหลัก) ซีวิลลอว์ดำเนินจากนัยนามธรรม วางระเบียบหลักการทั่วไป และแบ่งแยกกฎระเบียบสารบัญญัติออกจากระเบียบพิจารณาความในระบบนี้จะให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอันดับแรก เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นจะพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้หรือไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงดังกล่าว ถ้ามีก็จะนำกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้นนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง หากไม่มีกฎหมายให้พิจารณาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นๆ จารีตประเพณีก็คือ ประเพณีที่ประพฤติและปฏิบัติกันมานานและไม่ขัดต่อศีลธรรมถ้าไม่ปฏิบัติตามก็ถือว่าผิดและถ้าไม่มีจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้อง กฎหมายจะอนุโลมให้ใช้บทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่าง

³อุกฤษฏ์ ศรพรหม (2553) *ระบบศาล พิมพ์ครั้งที่ 3 คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* หน้า 325

ยิ่งก่อนจนในที่สุด หากยังไม่มียกกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างอื่นอีก ก็จะให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ ดังนั้นในระบบนี้จึงไม่ยึดหลักคำพิพากษาคำเดิม จะต้องดูตัวบทก่อนแล้วถึงจะตัดสินคดีได้ หลักสำคัญของชีวิลลอว์คือการให้ประชาชนทุกคนสามารถรู้กฎหมายที่ตนและผู้พิพากษาต้องเคารพและปฏิบัติตาม โดยที่กฎหมายนั้นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร ชีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ใช้กันอย่างกว้างขวางที่สุดในโลก ถูกนำมาใช้ในลักษณะต่างๆ ประมาณ 150 ประเทศ และเป็นระบบกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดที่ยังใช้มาจนถึงปัจจุบัน การล่าอาณานิคมทำให้ระบบชีวิลลอว์และระบบชีวิลลอว์อย่างยุโรปถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางในประเทศกลุ่มละตินอเมริกา เอเชียและแอฟริกาบ่อเกิดสำคัญหลักของกฎหมายคือประมวลกฎหมาย ซึ่งเป็นประมวลที่รวบรวมกฎหมายที่บัญญัติขึ้นไว้อย่างเป็นระบบ การจัดทำประมวลกฎหมายมักจะเกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นซึ่งได้รวมถึงกฎหมายในเรื่องเดียวกันนั้นที่มีอยู่แล้วและรวมถึงการตีความซึ่งผู้พิพากษาซึ่งได้ตีความไว้เป็นคำพิพากษา เพราะในบางกรณีการตีความกฎหมายโดยผู้พิพากษาอาจทำให้เกิดแนวคิดใหม่ทางกฎหมาย ระบบกฎหมายที่สำคัญอื่นของโลก เช่น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายอิสลาม

ระบบกฎหมายชีวิลลอว์อาจแบ่งได้เป็น 4 ประเภท⁴

- 1)ชีวิลลอว์ที่ยังใช้กฎหมายโรมันและไม่มีแนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง
 - 2)ชีวิลลอว์ที่เป็นระบบผสม กฎหมายโรมันเป็นบ่อเกิดกฎหมายที่สำคัญ แต่ยังได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย ได้แก่ สกอตแลนด์ และประเทศที่ใช้กฎหมายโรมัน-ดัตช์ (แอฟริกาใต้ แซมเบีย ซิมบับเว ศรีลังกา และกียานา)
 - 3)ชีวิลลอว์ที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นหลัก เช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว "ชีวิลลอว์หมายถึงระบบกฎหมายชีวิลลอว์ประเภทนี้ และในบทความนี้จะเป็นการอธิบายถึงชีวิลลอว์ประเภทนี้เป็นหลัก
 - 4)ชีวิลลอว์ประเภทสแกนดิเนเวีย โดยมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันและกฎหมายจารีตรวมไปถึงการจัดทำประมวลกฎหมายบางส่วน กฎหมายของรัฐหลุยเซียน่าและควิเบกอาจถือได้ว่าใช้ระบบผสม ที่มีทั้งประมวลกฎหมายแพ่งในรูปแบบฝรั่งเศสและกฎหมายจารีตของฝรั่งเศสในยุคก่อนปฏิวัติ และยังได้รับอิทธิพลจากระบบคอมมอนลอว์ด้วย
- ตัวอย่างที่สำคัญของระบบชีวิลลอว์ได้แก่ประมวลกฎหมายนโปเลียน(1804)ซึ่งตั้งชื่อตามจักรพรรดิโปเลียน โบนาปาร์ตแห่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย3 ส่วน กล่าวคือ

⁴อุกฤษฏ์ ศรพรหม อังแล้ว

กฎหมายลักษณะบุคคล ทรัพย์ และกฎหมายพาณิชย์ประมวลกฎหมายนั้นจะประกอบด้วยหลักกฎหมายที่เป็นนามธรรม ไม่ใช่การนำคำพิพากษาของศาลมารวบรวมให้เป็นกฎหมายดังนั้นเมื่อวิเคราะห์จากลักษณะเด่นของกระบวนการพิจารณาในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์แล้วจะพบว่า มีรูปแบบที่ค่อนข้างไปทางแบบใดส่วนมากกว่าในอดีตเนื่องจากเน้นบทบาทของศาลในกระบวนการพิจารณาคดี ขณะที่คู่ความจะมีบทบาทเป็นผู้รับการพิจารณาโดยศาลเท่านั้น

2.การเปรียบเทียบวิธีการสืบพยานหลักฐานระหว่างระบบCivil LawกับCommon Law

ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law นั้น กฎหมายส่วนมากได้เป็นบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา(กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้นได้เหมือนกันแต่เป็นส่วนน้อย)และบรรดาบทกฎหมายเหล่านี้ที่สำคัญ ได้แก่ประมวลกฎหมายเช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็มีพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องบ้าง ประมวลกฎหมายนั้นต่างกับพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องได้กล่าวมาแล้วว่าประมวลกฎหมายได้รวบรวมบทบัญญัติเรื่องเดียวกันไว้ด้วยกันจัดแบ่งหมวดหมู่ให้เรียบร้อยมีข้อความทั่วถึงซึ่งกันและกัน ในที่นี้จะขอกล่าวเพิ่มเติมว่า การบัญญัติประมวลกฎหมายแปลว่าพระราชบัญญัติกล่าวคือประมวลกฎหมายนั้นบัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปให้คลุมข้อความทั้งหมดในเรื่องที่ประสงค์จะบัญญัติไว้โดยพยายามที่จะให้แก้ปัญหาได้ทุกปัญหาอันอาจพึงเกิดได้ แต่ในขณะเดียวกัน ก็ระมัดระวังที่จะกล่าวไว้แต่หลักเกณฑ์ใหญ่ๆ ไม่กล่าวถึงรายละเอียดปลีกย่อย การประมวลกฎหมาย (Codification) จึงต่างกับการเอากฎหมายหลายฉบับซึ่งบัญญัติเรื่องเดียวกัน ทำเป็นฉบับเดียวกัน (Amalgamation) โดยไม่มีการจัดให้เป็นระบบ และแบ่งแยกประเภทเรื่อง (Classification) ให้เรียบร้อย

เมื่อประมวลกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์(General Principles) การตีบทบัญญัติของประมวลกฎหมาย จึงต้องตีความอย่างใจกว้าง(Liberal Intertation)เพื่อที่จะได้ใช้เป็นรากฐานในการพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ใหม่ๆ(ซึ่งในขณะบัญญัติประมวลกฎหมายไม่ได้คาดหมายว่าจะเกิดขึ้น) ในการตีความพระราชบัญญัติก็ต้องตีความอย่างกว้าง เพื่อที่จะได้ใช้เป็นรากฐานในการพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ใหม่ๆ เช่นเดียวกัน ศาลของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น ได้นับถือบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอย่างมากที่สุด และถือว่าบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเป็นที่มาแห่งกฎหมายที่สำคัญที่สุด เมื่อเป็นเช่นนี้ ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น หลักฐานต่างๆ ที่ใช้ในร่างกฎหมาย เช่น บันทึกการประชุมของกรรมการร่างกฎหมาย

ของรัฐบาล หรือกรรมการของรัฐสภาพคำอธิบายของผู้ร่าง ตลอดจนคำอธิบายเกี่ยวกับร่างกฎหมายนั้นในรัฐสภาพ ได้ใช้เป็นหลักฐานในการตีความ โดยแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย และได้พิมพ์เอกสารดังกล่าวนี้เป็นทางการออกจำหน่ายแก่ประชาชน ทั้งนี้ ตรงกันข้ามกับ ศาลของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ซึ่งถือว่าเมื่อประกาศใช้กฎหมายแล้ว กฎหมายก็เป็นอิสระจะตีความอย่างไรก็พิจารณาจากถ้อยคำในกฎหมายนั่นเองจะใช้เอกสารที่ใช้ในการร่างกฎหมายตีความไม่ได้และศาลของประเทศที่ใช้ Common Law นั้น โดยถือว่า Common Law เป็นกฎหมายทั่วไป แต่พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง จึงได้ตีความคับแคบดังได้กล่าวมาแล้ว และที่เป็นเช่นนี้เพราะอำนาจของรัฐสภาพที่จะออกกฎหมายเกิดขึ้นที่หลังอำนาจพระมหากษัตริย์ และการที่ศาลมีอำนาจมาก็เพราะเมื่อศาลหนึ่งได้พิพากษาคดีหนึ่งแล้วคำพิพากษาไม่ใช่เป็นกฎหมายเฉพาะคู่ความในคดีนั้นเท่านั้น แต่ศาลอื่นจะต้องดำเนินตามในคดีที่เกิดขึ้นภายหลังซึ่งมีรูปลักษณะอย่างเดียวกันด้วย คำพิพากษาจึงกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายทั่วไป หรือ Common Law โดยเหตุนี้ Common Law จึงเป็นหลักเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งกำหนดเป็นหลักทั่วไปได้จากคำพิพากษาของศาลทั้งหลาย

เมื่อมีปัญหาใหม่ๆ เกิดขึ้น ก็เกิดเป็นคดีใหม่ขึ้น จึงเป็นการเพิ่มพูนหลักของ Common Law ให้มากขึ้นๆ ทุกครั้ง โดยได้มีทฤษฎี 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีหนึ่งถือว่า Common Law มีอยู่แล้วในประเทศ ศาลเป็นแต่ผู้แสดงหรือประกาศหลักเกณฑ์ของ Common Law ขึ้นและอีกทฤษฎีหนึ่งศาลสร้างกฎหมาย (Judge Made Law) ขึ้นทีเดียวในที่นี้ขอกล่าวเพิ่มเติมว่า ในปัจจุบันนี้ได้นิยมทฤษฎีแรกเป็นส่วนมากกล่าวคือ ถือว่าความจริงมี Common Law ครอบคลุมทุกกรณีโดยครบถ้วนแล้ว ถ้ายังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ศาลย่อมมีความรับผิดชอบที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น โดยนัยนี้ คำพิพากษาของศาลจึงเป็นทั้งที่มาของกฎหมายและข้อพิสูจน์กฎหมายได้มีอยู่ด้วย

การที่ระบบกฎหมาย Common Law ได้ใช้อย่างมั่นคงและใช้ต่อเนื่องกันมาสม่าเสมอ ก็เพราะมีหลักให้เดินตาม “แบบอย่าง” (Precedent) กล่าวคือ ถ้าศาลใดได้วินิจฉัยปัญหาใดไว้ครั้งหนึ่งแล้ว ศาลต่อมา ซึ่งจะต้องวินิจฉัยปัญหาอย่างเดียวกัน จะต้องวินิจฉัยให้ได้ผลอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาแรก กล่าวคือ ผู้พิพากษาจำต้องเจริญรอยตามคำพิพากษาก่อนๆ ซึ่งเป็นแบบอย่าง (Precedent) นั้น แต่หลักให้เดินตามแบบอย่างนี้ใช้เฉพาะในกรณีที่เป็นประเด็นในการวินิจฉัยคดี (Ratio Dedidit) คือเป็นประเด็นซึ่งจำเป็นอย่างแท้จริงที่จะพิพากษาคดี ถ้าไม่ใช่ประเด็นสำคัญเป็นแต่เพียงคำที่กล่าวอ้างไว้ในคำพิพากษา (Obiter Dicta) ถ้อยคำดังกล่าวก็หาผูกมัดคำพิพากษาในคดีหลังใหม่ในกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นใหม่ คล้ายคลึงกับคดีที่เคยมีคำพิพากษามาแล้วแต่ไม่เหมือนกันทีเดียว ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่าสมควรจะพิพากษาไปในทางเดียวกันก็พิพากษตามคดีก่อนได้ แต่ถ้าศาลเห็นไม่ควรศาลก็อาจชี้ข้อแตกต่างและพิพากษาเป็นอย่างอื่น แต่ในบางครั้งสถานการณ์

เปลี่ยนแปลงไป ผู้พิพากษาอาจพิพากษาว่า คดีก่อนได้พิพากษาคิดพลาดไป และพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ ซึ่งในกรณีหลังนี้เป็นการสร้าง “แบบอย่าง” (Precedent) ขึ้นใหม่ ทั้งนี้เพื่อให้มีความยืดหยุ่น และมีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับสถานการณ์ใหม่ๆ ได้

ได้กล่าวมาแล้วว่าในประเทศที่ใช้ Common Law เองก็มีการออกพระราชบัญญัติเหมือนกัน แต่เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง คือโดยปกติไม่ได้ประสงค์จะวางหลักเกณฑ์ทั่วไป และศาลก็พยายามตีความอย่างแคบ เพื่อแก้ไขข้อเสียดังกล่าว คือการตีความคับแคบของศาล ทำให้ผู้ร่างกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ต้องพยายามใช้ถ้อยคำในคำพิพากษาที่มีความหมายกว้าง เพื่อให้สมเจตนารมณ์ที่จะบัญญัติกฎหมายนั้นๆ

มีบางท่านได้ตำหนิระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายว่าผู้พิพากษาได้แต่ขอใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งไม่เป็นความจริง เพราะถ้อยคำของคำพิพากษากฎหมายเป็นที่สงสัย ศาลก็ต้องตีความในกฎหมายซึ่งอาจเป็นการตีความในทางขยายความก็ได้ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นอกจากนี้ศาลแห่งประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมีอำนาจนำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไป (General Clause) มาปรับแก้คดีได้ เช่นบทบัญญัติที่ว่า การใช้สิทธิต้องกระทำโดยสุจริต เป็นต้น และถ้าระบบของกฎหมายลักษณะนั้นๆ เปิดช่องให้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ดี ศาลของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายก็ทำหน้าที่คล้ายคลึงกับ “สร้าง” กฎหมายขึ้นใหม่นั้นเอง เป็นแต่เรียกชื่ออย่างอื่นเท่านั้น การที่ศาลจำต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ในบางกรณีมีผลทำให้เป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ที่เดียว เช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียมมีบทบัญญัติว่าด้วยละเมิดน้อยมาตรา คำพิพากษาของศาลจึงมีผลเป็นการวางหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดที่เดียว คือมีผลเสมือนเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดขึ้น และในเรื่องอื่นก็มิใช่ศาลในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายจะไม่คำนึงถึงคำพิพากษาศาลสูงซึ่งได้พิพากษามาแล้วเสียเลย ศาลคำนึงถึงเหมือนกันเพราะศาลศึกษาได้จากหนังสือพิมพ์คำพิพากษาและตำรากฎหมายที่อ้างถึงคำพิพากษานั้นๆ เป็นแต่ศาลถือว่าคำพิพากษาในคดีก่อนเป็นแต่ตัวอย่างของการตีความในกฎหมายเท่านั้น ซึ่งศาลในคดีหลังอาจเจริญรอยตามโดยพิพากษาอย่างเดียวกันก็ได้ หากแต่ไม่ถึงกับเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นดังระบบ Common Law เท่านั้น ข้อแตกต่างกันในเรื่องนี้ที่แท้ ก็คือ ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ผู้พิพากษาไม่ผูกมัดกับคำพิพากษาของศาลที่พิพากษาก่อนหน้านั้น ถ้าเห็นด้วยก็พิพากษา เช่นเดียวกันถ้าไม่เห็นด้วยก็พิพากษาเป็นอย่างอื่นได้ และคำพิพากษาในคดีหลังจำต้องอ้างคำพิพากษากฎหมายซึ่งจะเป็นรากฐานแห่งเสถียรภาพและความต่อเนื่องของคำพิพากษากฎหมาย อนึ่งศาลในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย จำต้องให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษาดำเนิน และจะพิพากษาไปในทางวางหลักเกณฑ์ทั่วไป เพื่อประสงค์จะให้นำไปใช้ในคดีต่อๆ มาไม่ได้

มีข้อที่ควรสังเกตว่า ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น หลักต่างๆ (Doctrines) ที่ปรากฏในตำรากฎหมาย แม้จะไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย (Source of Law) ก็จริง แต่ก็ยังมีอิทธิพลในการพัฒนากฎหมายเป็นอันมาก เพราะหลักเกณฑ์เช่นนี้ได้เข้าไปอยู่ในความคิดของนักศึกษา กฎหมายและทนายความ และผู้พิพากษาก็นำไปอภิปรายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และทำให้ผู้บัญญัติกฎหมายต่างๆ ในรูปลักษณะที่สอดคล้องกันและในระบบ

3.เปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียของทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนจะมีดังต่อไปนี้

3.1 ข้อดีของระบบกล่าวหา

จำเลยในคดีระบบกล่าวหา มีสิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานหรือต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่หรือการวางเฉยในการดำเนินคดีอาญา เพราะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้นในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย จำเลยมีทนายความที่จะคอยช่วยเหลือในการดำเนินคดี

3.2 ข้อเสียของระบบกล่าวหา

เนื่องจากระบบกล่าวหาเน้นความเป็นกลางของศาล ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงน้อยเป็นหน้าที่ของคู่ความทั้งสองฝ่ายที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาเสนอต่อศาลก่อให้เกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติในเรื่องความสามารถในการแสวงหาและนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล กระบวนการพิจารณานั้นช้าเสียเวลามากเพราะระบบกล่าวหาให้สิทธิแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานของตนได้อย่างเต็มที่

3.3 ข้อดีของระบบไต่สวน

ในระบบไต่สวนศาลทำหน้าที่ค้นหาความจริงและควบคุมการไต่สวนด้วยตนเองการพิจารณาในระบบไต่สวนมิใช่การต่อสู้คดีระหว่างคู่ความแต่เป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐปกติการพิจารณา มิได้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยและใช้การพิจารณาจากเอกสารมากกว่าการเบิกความของพยานบุคคลระบบไต่สวนเน้นในเรื่องการค้นหาความจริงเป็นหลัก ดังนั้นการสืบพยาน การดำเนินการต่างๆ ในศาลไม่มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดเช่นระบบกล่าวหาและอยู่ในหลักการความไม่เท่าเทียมกันระหว่างโจทก์กับจำเลยเพราะถือว่ารัฐทำหน้าที่ในการแสวงหาความจริงและให้ความเป็นธรรมแก่จำเลยอยู่แล้วการพิจารณาคดีจึงอาจกระทำลับหลังจำเลยได้คู่ความหรือทนายความและอัยการมีบทบาทในคดีอาญาน้อยมาก..

3.4 ข้อเสียของระบบไต่สวน

ระบบได้ส่วนไม่เน้นเรื่องความเท่าเทียมกันของกลุ่มความ ดังนั้นการพิจารณาพิจารณาอาจทำกลับหลัง
 จำเลยได้ทนายความของจำเลยในคดีอาญาไม่มีบทบาทในการชักความอย่างในระบบกล่าวหาศาล
 ทำหน้าที่เป็นผู้ได้ส่วนอาจทำให้ศาลเปลี่ยนจากกรรมกรมาเป็นกลุ่มความเสี่ยงเองความยุติธรรม
 กลุ่มเครื่องมือมากขึ้นอาจมีข้อระแวงว่าศาลไม่ยุติธรรมได้

อย่างไรก็ตามจากการที่ทั้งการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหาและการพิจารณาคดีในระบบ
 ได้ส่วนมีทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่ในระบบของมันเองเป็นผลให้ต่อมาประเทศต่างๆที่ใช้วิธีการ
 พิจารณาคดีในระบบได้ส่วนและกล่าวหาต่างมองเห็นข้อบกพร่องของระบบที่ตนใช้จึงพยายามหา
 แนวทางนำส่วนที่ดีของแต่ละระบบมาใช้ออกให้เกิดการพิจารณาคดีในระบบหนึ่ง คือ ระบบผสมแต่
 ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าพื้นฐานของระบบพิจารณาคดีเดิมนั้นเป็นระบบใดมากกว่ากันเช่น
 ภาคพื้นยุโรปเน้นหนักไปในทางระบบได้ส่วนส่วนประเทศที่อยู่ในกลุ่มคอมมอลลวซ์ซึ่งใช้หลัก
 พิจารณาคดีในระบบกล่าวหาแต่เดิมก็จะเน้นหนักไปทางระบบกล่าวหาแต่มีข้อพิจารณาว่าไม่ว่า
 ระบบใดต่างก็มีข้อดีข้อเสียอยู่ในตัวการนำไปปรับใช้ขึ้นอยู่กับนิสัย พฤติกรรมวัฒนธรรม
 ขนบธรรมเนียมประเพณีของผู้คนในแต่ละประเทศนั้นๆและไม่ว่าระบบการพิจารณาคดีจะวางไว้
 อย่างดีเพียงใด แต่จะให้ได้ผลจริงต้องประกอบด้วยตัวผู้ใช้กฎหมายหรือบุคคลที่ดีด้วย
 จากที่มาของระบบกล่าวหาที่ระบบได้ส่วนที่กล่าวไว้ข้างต้นได้มีนักกฎหมาย คือส.ดร.หยุด แสง
 อุทัย ให้ความเห็นเกี่ยวกับระบบดังกล่าวไว้ดังนี้ คือ “เมื่อใดที่คู่ความหรือคู่กรณีมีสถานะเท่าเทียม
 กันแล้วการใช้ระบบกล่าวหาจะเกิดความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่ายเพราะเป็นเรื่องที่ต่างฝ่ายต่างต้อง
 ปกป้องรักษาสิทธิของตนเองแต่ถ้าเมื่อใดที่คู่กรณีหรือคู่ความมีสถานะไม่เท่าเทียมกันแล้วการใช้
 ระบบได้ส่วนย่อมเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะเสียเปรียบเช่นกรณีพิพาท
 ระหว่างราษฎรหรือเอกชนกับรัฐ เป็นต้นเพราะพยานหลักฐานต่างๆมักจะอยู่ในการครอบครองของ
 ฝ่ายรัฐเสียเป็นส่วนใหญ่จึงเป็นการยากที่ฝ่ายราษฎรจะนำสืบหรืออ้างพยานหลักฐานตามระบบ
 กล่าวหาที่มีหลักว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” โอกาสที่จะชนะคดีสำหรับราษฎรหรือเอกชนจึง
 เป็นไปได้ยาก

กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นก่อนตั้งแต่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็น
 สังคม โดยมีหลักการที่สัมพันธ์กับ “หลักความประสงค์ของกลุ่ม” ที่ให้สิทธิและเน้นบทบาทของ
 กลุ่มในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งในด้านการริเริ่มกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนด้าน
 การรวบรวมพยานหลักฐานนอกจากนี้ยังมีลักษณะที่เป็นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาโดย
 เปิดเผย และมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันเองระหว่างคู่ความ ซึ่งศาลจะอยู่ในฐานะเป็นกลาง

⁵หยุด แสงอุทัย อ้างแล้ว

เพียงแต่รับฟังความทั้งสองฝ่ายไม่ได้ลงไปเกี่ยวข้องกับการรวบรวมพยานหลักฐานแต่อย่างใด กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาจะให้ความสำคัญกับพยานหลักฐาน และยึดหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงใดผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบถึงความมีอยู่แห่งข้อเท็จจริงนั้น”

กระบวนพิจารณาแบบไต่สวน เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นภายหลังวิวัฒนาการขึ้นในช่วงที่รัฐมีอำนาจมากขึ้น กระบวนพิจารณาแบบไต่สวนจะเน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีเป็นสำคัญ ศาลมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนพิจารณาได้เองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอและไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความรวบรวมมาเสนอเท่านั้นแต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความจริง รวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ได้เองอีกด้วย รูปแบบนี้มักเป็นการพิจารณาด้วยเอกสารโดยลับ และไม่ค่อยมีการดำเนินการไต่แย้งระหว่างคู่ความเนื่องจากศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือมากหรือน้อยเพียงใด

ปัจจุบันในประเทศต่างๆ ไม่มีประเทศใดที่ใช้กระบวนพิจารณาแบบใดแบบหนึ่งเพียงแบบเดียวแต่จะใช้ในลักษณะที่ผสมผสานกัน ฝ่ายที่ก่อนไปทางแบบกล่าวหา เน้นเหตุผลที่ว่าคดีแพ่งเป็นสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความจึงควรให้เป็นบทบาทของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณาขณะที่ฝ่ายที่ก่อนไปทางแบบไต่สวน เน้นเหตุผลที่ว่าตามหลักความยุติธรรมจะต้องมีความถูกต้องและรวดเร็วอยู่ด้วยจึงควรเป็นบทบาทของศาลที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อมิให้คู่ความประวิงคดีและให้คำพิพากษามีความถูกต้องที่สุด

4. หลักการสืบพยานหลักฐานในประเทศฝรั่งเศส

การสืบพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสนั้นอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย civil law ซึ่งเป็นการสืบพยานในระบบไต่สวนซึ่งการสืบพยานหลักฐานของประเทศไทยส่วนใหญ่ได้นำวิธีการสืบพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ จึงควรศึกษาการสืบพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสเพื่อเปรียบเทียบกับวิธีการสืบพยานหลักฐานของประเทศไทย ซึ่งหลักการสืบพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสมีดังนี้

4.1 ประเทศฝรั่งเศสใช้กฎหมายในระบบไต่สวน(Inquisitorial System)มีแนวคิดว่าการดำเนินคดีเป็นหน้าที่ของรัฐรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงที่จะต้องดำเนินการกับผู้กระทำความผิดในระบบนี้ศาลจะมีอำนาจค้นหาความจริงได้อย่างกว้างขวางและไม่มีข้อห้ามสืบพยานบอกเล่าในประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลักษณะพยานโดยเฉพาะการดำเนินคดีและการพิสูจน์พยานหลักฐาน

ทั่วไปเป็นไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความส่วนการรับฟังพยานหลักฐานเป็นเรื่องของหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา

การรับฟังพยานบุคคลในคดีแพ่งนั้นประมวลแห่งของฝรั่งเศสมาตรา 252 ระบุเพียงให้พยานบุคคลต้องเบิกความในประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น ไม่ได้จำกัดเคร่งครัดว่าพยานบุคคลนั้นได้รู้เห็นข้อเท็จจริงที่เบิกความนั้นมาด้วยวิธีใดหรืออย่างไรส่วนในคดีอาญาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 472 กำหนดเพียงว่าคู่ความในคดีอาจอ้างพยานหลักฐานได้ทุกชนิดเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงในระบบนี้จึงถือว่าพยานทุกชนิดสามารถนำสืบต่อศาลได้ส่วนจะมีน้ำหนักให้น่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใดเป็นหน้าที่ศาลจะต้องวินิจฉัย

การรับฟังพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสในส่วนการรับฟังพยานบอกเล่านั้นให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่าได้ และให้ศาลมีดุลพินิจมากในการที่จะรับฟังพยานบอกเล่าเพื่อที่ใช้ในการที่ประกอบการพิจารณาส่วนจะมีน้ำหนักมากน้อยกับคดีเพียงใดนั้นให้เป็นดุลพินิจของศาลให้ศาลวินิจฉัยพยานบอกเล่าเหล่านั้นเอง

บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสในเรื่องพยานหลักฐานและในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่งนั้นมีมากกว่าของผู้พิพากษาอังกฤษเป็นอย่างมากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการดำเนินการเกี่ยวกับการสืบพยาน (*l'administration de la preuve*) ทั้งในชั้นของการเตรียมคดี (*la phase de préparation à l'audience*) และในระหว่างการพิจารณาคดี (*au cours de l'audience principale*) อย่างไรก็ตาม ในระบบวิธีพิจารณาความทั้งของประเทศฝรั่งเศสและของประเทศอังกฤษบังคับให้คู่ความในคดีจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ของตน และไม่ใช่ผู้พิพากษาที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยตนเอง แต่ทำหน้าที่ของผู้พิพากษาคือการหาข้อสรุปของคดีจากข้อเท็จจริงที่ได้มา และการวินิจฉัยคดีจากข้อเท็จจริงที่ได้มานั้น⁶

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั้นผู้พิพากษาจะทำการวินิจฉัยคดีจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดี แม้ว่าข้อเท็จจริงนั้นคู่ความจะไม่ได้มีการกล่าวอ้างขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนก็ตาม (มาตรา ๘ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส) ในเรื่องนี้ไม่ได้เป็นการกระทบกระเทือนต่อเจตน์จำนงของคู่ความแต่อย่างใดเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีก็ล้วนเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้างขึ้นมาในคดีทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม โดยทางตรงก็คือโดยข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ในคดี โดยทางอ้อมก็คือโดยการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลหรือโดยการเบิกความ กรณีที่จะถือว่ามีเจตน์จำนงของ

⁶ J. A. JOLOWICZ, "On Civil Procedure", Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 175.

คู่ความในคดีก็คือการที่ศาลพิพากษาคดีจากข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในสำนวนคดีโดยปกติทั่วไปแล้วศาลจะวินิจฉัยคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ คู่ความนำเสนออย่างไรก็ตามในประเทศฝรั่งเศสนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี (les mesures d'instruction) ได้ด้วยตนเองเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดีซึ่งจำเป็นต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแต่อำนาจของศาลฝรั่งเศสในการสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้นั้นไม่ได้เป็นการปลดปล่อยภาระหน้าที่ของคู่ความในการที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างแต่อย่างใด นอกจากนี้ ผู้พิพากษาในประเทศภาคพื้นยุโรปยังสามารถที่จะค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเองด้วยวิธีการที่ไม่จัดว่าอยู่ในประเภทของพยานหลักฐาน ตัวอย่างเช่น โดยปกติแล้วคู่ความในคดีในประเทศภาคพื้นยุโรปไม่สามารถให้การเป็นพยานได้ เนื่องจากคำให้การของคู่ความในคดีไม่สามารถรับฟังเป็นพยานได้ แต่ว่าผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียกคู่ความในคดีมาซักถามเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ ในประเทศฝรั่งเศสประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาอย่างกว้างขวางในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีทั้งในชั้นเตรียมคดีและในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาสามารถสั่งให้ดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง และสามารถที่จะเรียกให้คู่ความมาเบิกความในข้อเท็จจริงใดที่เห็นว่าจำเป็นต่อการวินิจฉัยคดีได้ (la comparution personnelle des parties)⁸ และผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียกคู่ความมาศาลเพื่อซักถามได้ด้วย ซึ่งวิธีการเหล่านี้แม้จะไม่จัดอยู่ในประเภทของพยานหลักฐานแต่ก็มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลในฐานะที่ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นอิสระแต่เดิมกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสอยู่ภายใต้ระบบกล่าวหา (le système accusatoire) มาเป็นเวลานาน ซึ่งระบบกล่าวหานี้ภาระในการพิสูจน์จะตกอยู่แก่คู่ความในคดี ส่วนผู้พิพากษาจะต้องวางตัวเป็นกลางไม่มีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความจริง (La neutralité du juge) เนื่องจากผู้พิพากษาจะถูกจำกัดบทบาทให้พิจารณาพิพากษาคดีตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาล อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วทฤษฎีตามระบบกล่าวหานี้ไม่ได้นำมาใช้กับกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสทั้งหมด มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นจำนวนมากที่นำเอาระบบไต่สวนอย่างคดีอาญามาใช้กับกระบวนวิธีพิจารณาคดีแพ่งด้วย

⁷ มาตรา 19 และ 146 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส

⁸ มาตรา 8 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส

⁹ มาตรา 184-189 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติเรื่องมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (les mesures d'instruction) ของศาลเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย มาตรา 10 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ป.วิ.พ.) ของฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย” และมาตรา 143 ป.วิ.พ. ของฝรั่งเศส ได้บัญญัติในเรื่องเดียวกันว่า “ข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการชี้ขาดคดีอาจได้รับการดำเนินการตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงทุกประการที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีการร้องขอจากคู่ความหรือเมื่อศาลเห็นชอบ” เมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในการรวบรวมข้อมูลและเอกสารในคดีและในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าวมาข้างต้น ผู้พิพากษาฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เพียงควบคุมและเร่งรัดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจหน้าที่สำคัญที่จะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในคดีเพื่อดูแลให้การดำเนินกระบวนการเป็นไปด้วยดี บทความต่อไปนี้นี้จะกล่าวถึงเฉพาะบทบาทของผู้พิพากษาในการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (les mesures d'instruction) ซึ่งการที่ผู้พิพากษามีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้เองเมื่อเห็นชอบนั้น เป็นการแสดงให้เห็นถึงความต้องการจะนำกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสไปสู่ระบบไต่สวน ซึ่งผู้พิพากษาจะมีบทบาทที่เด่นชัดในการดำเนินกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน (ตามความเห็นของผู้เขียนระบบกฎหมายลักษณะพยานในคดีแพ่งของฝรั่งเศสในปัจจุบันนี้น่าจะเป็นระบบผสม ซึ่งมีบทบัญญัติก่อนไปทางระบบไต่สวนค่อนข้างมาก) ตามมาตรา 10 และมาตรา 143 ของ ป.วิ.พ. ฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ศาลสั่งให้มีขึ้นจากการที่คู่ความในคดีร้องขอ หรือที่ศาลเห็นชอบกำหนดให้มีขึ้นเอง มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลแก่ศาลในเรื่องที่จำเป็นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล ดังนั้น จึงสามารถกำหนดบทบาทและขอบเขตของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ดังนี้ มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมีบทบาทในการให้ความกระจ่างชัดแจ้งต่อศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนขอบเขตของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นจำกัดอยู่เฉพาะการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อทราบรายละเอียดของคดีเพิ่มเติมในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายได้โดยหลักแล้วศาลจะกำหนดมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงขึ้นมาในระหว่างพิจารณาเพื่อศาลจะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่จะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความกระจ่างชัดเจนขึ้น แต่มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนี้อาจจะมีขึ้นก่อนที่จะมีคดีขึ้นสู่ศาลก็ได้ ถ้ามีเหตุอันสมควรก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ก็จะต้องเก็บรักษาหรือพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งมีความจำเป็นต่อการพิจารณาพิพากษาคดี แต่มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงล่วงหน้า

ก่อนคดีขึ้นสู่ศาลนี้เฉพาะผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่จะร้องขอต่อศาลให้มีขึ้น ศาลไม่มีอำนาจที่จะหยิบยกขึ้นมาสั่งเองดังเช่นมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในระหว่างพิจารณา

4.2 การแสวงหาข้อเท็จจริง

4.2.1 การตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองของผู้พิพากษา (*les verifications personnelles du juge*) มาตรา 179 ถึงมาตรา 183 ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส) ผู้พิพากษาอาจศึกษาข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดีได้ด้วยตัวเอง โดยต้องมีคู่ความในคดีอยู่ด้วยหรือคู่ความถูกศาลเรียกให้มา ทั้งนี้เพื่อผู้พิพากษาจะได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยตัวเอง ผู้พิพากษาอาจทำการสังเกตการณ์ ประเมิน วิเคราะห์ หรือลำดับเหตุการณ์ที่ตนเห็นว่าจำเป็นได้ โดยอาจจะออกไปเดินเผชิญสืบ ณ สถานที่นั้น ๆ เองก็ได้ถ้าจำเป็น

4.2.2 การให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตัวเอง (*la comparution personnelle des parties*) มาตรา 184 ถึงมาตรา 189 ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศสผู้พิพากษาอาจสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเองได้ในทุกกรณี มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ให้คู่ความมาศาลนี้ทำให้ศาลมีโอกาสดำเนินการสืบสวนด้วยตัวเอง เพื่อที่จะนำเอาคำเบิกความของคู่ความไปประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดี ซึ่งคำเบิกความของคู่ความนี้ศาลอาจจะถือเอาเป็นพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ คำสั่งศาลให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเองนั้นให้องค์คณะผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิพากษาคดีหรือผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งในองค์คณะซึ่งได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ไต่สวนคดีนั้นเป็นผู้มีอำนาจสั่ง (มาตรา 185 ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส)

4.2.3 การให้บุคคลภายนอกมาเบิกความในคดี (*les declarations des tiers*) มาตรา 199 ถึงมาตรา 231 ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศสในกรณีที่อาจะรับฟังพยานบุคคลได้ ผู้พิพากษาอาจรับฟังคำเบิกความของบุคคลภายนอก ซึ่งจะให้ความกระจ่างต่อข้อเท็จจริงที่พิพาทที่บุคคลภายนอกนั้นได้ทราบมาด้วยตนเอง คำเบิกความนี้ให้ทำเป็นหนังสือ (*Attestations*) หรือให้ทำโดยการไต่สวน (*Voie d'enquête*) แล้วแต่ว่าเป็นการเบิกความโดยทำเป็นหนังสือ หรือเป็นการเบิกความด้วยวาจา

4.2.4 การให้มีผู้ชำนาญการดำเนินการมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (*les mesures d'instruction exécutés par un technicien*) มาตรา 232 ถึงมาตรา 248 ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส) ในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลมักพบปัญหาทางเทคนิคอยู่บ่อยครั้งที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษซึ่งผู้พิพากษาไม่มีในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้น ในกรณีนี้การให้ผู้ชำนาญการเข้ามามีส่วนร่วมในคดีจึงเป็นสิ่งจำเป็นตามมาตรา 232 ของ ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศสผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งบุคคลใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสมมาให้ความกระจ่างแก่ตนโดยการตรวจสอบข้อเท็จจริง (*les constatations*) การให้คำปรึกษา (*la consultation*) หรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอในเรื่องที่เป็น

ปัญหาข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ (l'expertise) การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญทำรายงานความเห็นเสนอศาลนั้นเป็นวิธีการที่มีมาแต่เดิม วิธีการนี้ก่อให้เกิดปัญหาและความยุ่งยากเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นวิธีการที่ล่าช้า ค่าใช้จ่ายสูง และถูกนำไปใช้ให้บิดเบือนไปจากวัตถุประสงค์โดยคู่ความที่ประสงค์จะใช้วิธีการนี้แก้ไขความบกพร่องในเรื่องพยานหลักฐานของตน และประสงค์จะถือเอาประโยชน์จากความล่าช้าของมาตรการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้น ศาลจะสั่งให้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอศาลก็ต่อเมื่อการแต่งตั้งบุคคลให้ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือการแต่งตั้งบุคคลให้คำปรึกษาหารือนั้นไม่เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ผู้พิพากษาผู้นั้น (มาตรา 263ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส) คดีที่ไม่มีความยุ่งยากจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหนึ่งมีข้อสังเกตว่าศาลไม่สามารถสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในเรื่องของการตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองของผู้พิพากษาและการให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเองก่อนที่จะมีคดีขึ้นสู่ศาลได้ (กรณีตามมาตรการการแสวงหาข้อเท็จจริงล่วงหน้าก่อนมีคดีขึ้นสู่ศาลตามมาตรา 145ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวไปแล้วตอนต้น)

4.3 เจอนไขในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง

4.3.1 ระยะเวลาในการมีคำสั่ง ตามมาตรา 144ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส ศาลมีอำนาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตั้งแต่มีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลจนกระทั่งการพิจารณาคดีสิ้นสุดลง และศาลมีอำนาจออกมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ทั้งในศาลชั้นต้นและในศาลอุทธรณ์ เว้นแต่ในชั้นฎีกาเท่านั้นที่ศาลจะพิจารณาเฉพาะข้อกฎหมายจึงไม่มีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้

4.3.2 ผู้พิพากษาที่มีอำนาจสั่ง จากหลักที่ว่าผู้พิพากษามีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในช่วงใดของการพิจารณาคดีก็ได้ ทำให้ศาลทุกศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีมีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ ไม่ว่าศาลนั้นจะเป็นองค์กรคณะผู้พิพากษาหรือเป็นผู้พิพากษานายเดียว แต่ในความเป็นจริงแล้วจะมีการกระจายอำนาจในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (la généralisation du pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction) ออกไปยังผู้พิพากษาในชั้นได้ส่วนคดีด้วย เช่นผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดีในศาลจังหวัด (le juge de la mise en état devant les tribunaux de grande instance)

4.4 อำนาจในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา

4.4.1 การใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงประโยชน์ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง ผู้พิพากษามีบทบาทสำคัญในการใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงประโยชน์ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาต้องปฏิเสธการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ไม่มีความจำเป็น เพื่อเป็นการประหยัด

ค่าใช้จ่ายและเวลาของกลุ่มความ ประโยชน์ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

4.4.2 ข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี(Pertinence des faits) ผู้พิพากษา จะส่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงข้อเท็จจริงใดก็ตามเมื่อข้อเท็จจริงนั้นมีความเกี่ยวข้องกับประเด็น ในคดี ผู้พิพากษามีอำนาจอิสระในการใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกับประเด็นของ ข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาไม่ได้มีอำนาจอิสระเด็ดขาด ศาลฎีกา (la cour de cassation) สามารถเข้ามาสอดส่องดูว่าข้อกล่าวหาและข้อต่อสู้ (les conclusions) ของกลุ่มความไม่ได้ถูกเบี่ยงเบน ไป และศาลฎีกามีอำนาจยับยั้งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เห็นว่าข้อเท็จจริงที่หยิบยกขึ้นมานั้น เป็นการสนับสนุนข้อกฎหมายที่กลุ่มความฝ่ายที่ร้องขออ้างขึ้นมา เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจสั่งให้มี มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อทราบรายละเอียดของคดีเพิ่มเติมในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย ได้

4.4.3 ผู้พิพากษาไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิพากษาคดี ตามมาตรา 144ป. วิ.พ.ของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาจะส่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ต่อเมื่อผู้พิพากษาไม่มีข้อเท็จจริง เพียงพอที่จะพิพากษาคดี ในกรณีนี้ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจโดยอิสระ จาก บทบัญญัติของมาตรา 144ป.วิ.พ.ฝรั่งเศสจะเห็นได้ชัดเจนว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นมี ลักษณะสำคัญในฐานะเป็นบทเสริม (CARACTÈRE SUBSIDAIRE)ที่จะทำให้องค์ประกอบของ พยานหลักฐานที่จะอ้างต่อศาลนั้นสมบูรณ์การให้มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมีบทบาทหลักในการ แสวงหาพยานหลักฐานจึงไม่อาจทำได้

4.4.4 กลุ่มความในคดีไม่มีปัจจัยเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้าง ผู้ พิพากษาจะส่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงข้อเท็จจริงใดก็ตามเมื่อ กลุ่มความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริง นั้นไม่มีปัจจัยเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นได้ (มาตรา 146วรรค 1ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส) ไม่ว่าใน กรณีใด ผู้พิพากษาไม่อาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อแก้ไขความบกพร่องของกลุ่มความ ในการดำเนินการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ(มาตรา 146วรรค 2ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส) ดังนั้นจาก บทบัญญัติในมาตรา 146ของป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส จึงเป็นการเน้นย้ำถึงลักษณะที่เป็นบทเสริมหรือ ลักษณะสำรอง(Caractère subsidiaire) ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง และจากบทบัญญัติตาม มาตรานี้ผู้พิพากษาจะส่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อแก้ไขความบกพร่อง (la carence) ของ กลุ่มความไม่ได้

ความหมายของคำว่า “ความบกพร่อง” (la carence) ตามมาตรา 146ป.วิ.พ.ของ ฝรั่งเศสนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ ในที่สุดก็มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของนัก กฎหมายฝรั่งเศสท่านหนึ่ง ชื่อ JEAN DEVEZE ว่า “ความบกพร่อง” นี้หมายถึง ความละเอียดที่ต้องรับผิดชอบ

(une negligence fautive)ความหมายของคำว่าความบกพร่องนี้จึงไม่อาจแยกได้จากความหมายของการที่ต้องรับผิดชอบ ตามความเห็นของ Monsieur JEAN DEVEZE ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า“ถ้าการละเลยทุกอย่างในการดำเนินการเกี่ยวกับการสืบพยาน (l'administration de la preuve)แม้ว่าจะเป็นไปโดยไม่เจตนาก่อให้เกิดความบกพร่องขึ้นแล้ว อำนาจของผู้พิพากษาจะลดลงอย่างมาก” ดังนั้นความหมายของคำว่า “ความบกพร่อง” (la carence) นี้จึงหมายถึงความถึงความละเลยเพิกเฉยของกลุ่มความในการดำเนินการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นไปโดยเจตนาเมื่อกลุ่มความมีความเป็นไปได้ที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นได้ บทบัญญัติมาตรา 146วรรค 2 ของป.วิ.พ.ฝรั่งเศสจึงแสดงให้เห็นว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงไม่ได้มีเพื่อปลดปล่อยภาระของกลุ่มความในการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์

4.4.5 การใช้ดุลพินิจเลือกมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมาตรา 147 ป.วิ.พ.ฝรั่งเศส
 บัญญัติว่า ผู้พิพากษาจะต้องเลือกสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเท่าที่เพียงพอต่อการพิพากษาคดี โดยใช้กระบวนการที่ง่ายที่สุดและสิ้นเปลืองน้อยที่สุด เนื่องจากการสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายและใช้เวลาในการดำเนินการ ผู้พิพากษาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเลือกสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเท่าที่เห็นว่าจำเป็น ดังนั้นผู้พิพากษาจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุดและถ้าผู้พิพากษาเห็นว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดที่กลุ่มความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอไม่เหมาะสม ผู้พิพากษาอาจสั่งไม่รับคำร้องขอนั้น และใช้อำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดๆก็ได้ที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่สุดได้ด้วยตนเอง นอกจากนี้ ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่าเป็นการสมควร ผู้พิพากษาอาจสั่งให้รวมมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงหลายๆมาตรการเข้าด้วยกันได้ทุกเมื่อ แม้ว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ได้สั่งให้มีขึ้นมาก่อนแล้วนั้นจะอยู่ในระหว่างการดำเนินการก็ตาม บทบัญญัติตามมาตรา 148 ป.วิ.พ.ฝรั่งเศสนี้แสดงให้เห็นถึงหลักการประหยัดมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (Principe d'économie des mesures d'instruction)ซึ่งก่อให้เกิดความยืดหยุ่นเป็นอย่างมากในกระบวนการพิจารณา

4.5 เปรียบเทียบมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงฝรั่งเศสและไทย

มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือการค้นหาคำความจริง (Fact-finding) หมายถึงวิธีการหรือหลักปฏิบัติที่ใช้ในการค้นหาข้อเท็จจริงมาจากเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรือเป็นการกระทำความจริงให้ปรากฏขึ้นมาซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้มีอำนาจในการชำระคดีความโดยหลักแล้วศาลจะกำหนดมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงขึ้นมาในระหว่างพิจารณาเพื่อศาลจะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่จะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความกระจ่างชัดขึ้นแต่มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนี้อาจจะมีขึ้นก่อนที่จะมีคดีขึ้นสู่ศาลก็ได้ถ้ามีเหตุอันสมควรก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆที่จะต้องเก็บรักษาหรือพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งมีความจำเป็นต่อการพิจารณาพิพากษาคดี (มาตรา 145 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฝรั่งเศส)แต่ถ้าเทียบกับมาตรา 101 ประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแฟ่งของไทยในคดีแฟ่งการขอสืบพยานขอสืบพยานไว้ก่อนสามารถกระทำได้ทั้งกรณียังไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลและกรณีที่ฟ้องคดีต่อศาลแล้วแต่ยังไม่ได้สืบพยานหลักฐานที่ตนประสงค์จะสืบล่วงหน้า

1) กรณียังไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาล คือกรณีบุคคลใดเกรงว่าพยานหลักฐานซึ่งตนอาจจะอ้างอิงในภายหน้าจะสูญหายหรือยากแก่การนำมาบุคคลนั้นอาจยื่นคำขอต่อศาลโดยทำเป็นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งสืบพยานหลักฐานนั้นไว้ทันที(มาตรา101วรรคหนึ่ง)

2) กรณีฟ้องคดีต่อศาลแล้ว คือกรณีคู่ความฝ่ายใดเกรงว่าพยานหลักฐานซึ่งตนจำนงจะอ้างอิงจะสูญหายก่อนที่จะนำมาสืบหรือเป็นการยากที่จะนำมาสืบในภายหลังคู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำขอต่อศาลโดยทำเป็นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งสืบพยานหลักฐานนั้นทันที(มาตรา10) ทั้งสองกรณีดังกล่าว เมื่อศาลได้รับคำขอแล้วให้ศาลหมายเรียกผู้ขอและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องมายังศาลและเมื่อฟังบุคคลเหล่านั้นแล้ว ให้ศาลสั่งอนุญาตตามคำขอแล้วให้สืบพยานไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแฟ่ง (มาตรา 101 วรรคสอง) ในกรณีคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและยังมิได้เข้ามาในคดีเมื่อได้รับคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลสั่งคำขอนั้นอย่างคำขออันอาจทำได้ฝ่ายเดียวถ้าศาลอนุญาตตามขอให้สืบพยานไปฝ่ายเดียว(มาตรา 101 วรรคสอง)แต่มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงล่วงหน้าก่อนคดีขึ้นสู่ศาลนี้เฉพาะผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่จะร้องขอต่อศาลให้มีขึ้นศาลไม่มีอำนาจที่จะยกขึ้นมาสั่งเองดังเช่นมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในระหว่างพิจารณา

4.6 มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมีอยู่4ประเภท คือ

4.6.1 การตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองของผู้พิพากษามาตรา 179ถึงมาตรา183
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแฟ่งฝรั่งเศส ผู้พิพากษาอาจศึกษาข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดีได้ด้วยตนเองโดยต้องมีคู่ความในคดีอยู่ด้วยหรือคู่ความถูกศาลเรียกให้มา ทั้งนี้เพื่อให้ผู้พิพากษาจะได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยตนเองผู้พิพากษาอาจทำการสังเกตการณ์ ประเมินวิเคราะห์หรือลำดับเหตุการณ์ที่ตนเห็นว่าจำเป็นได้ โดยอาจจะออกไปเดินเผชิญสืบ ณสถานที่นั้นๆเองก็ได้ถ้าจำเป็น (มาตรา 179ป.วิ.พ.ฝรั่งเศส)เปรียบเทียบกับมาตรา 107และมาตรา 128ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแฟ่งของไทยมาตรา 107ป.วิ.พ. ของไทย กฎหมายกำหนดให้ศาลเดินเผชิญสืบ คือ ไปทำการสืบพยาน ณสถานที่ตั้งอยู่ของบุคคลเหล่านั้นโดยศาลหรือผู้พิพากษาหรือผู้อำนวยการศาลที่รับมอบหมายหรือศาลที่ได้รับแต่งตั้งส่วนมาตรา 128 ป.วิ.พ.ของไทยถ้าพยานหลักฐานที่ศาลจะทำการตรวจนั้นเป็นบุคคลหรือสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจนำมาศาลได้ให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับอนุญาตให้สืบพยานหลักฐานเช่นว่านั้นนำบุคคลหรือทรัพย์นั้นมาในวันสืบพยานหรือวันอื่นใดที่ศาลจะได้

กำหนดให้นำมา(วรรคหนึ่ง)ถ้าการตรวจพยานไม่สามารถกระทำได้ในศาล ให้ศาลทำการตรวจ ณ สถานที่ เวลา และภายในเงื่อนไขตามที่ศาลจะเห็นสมควรแล้วแต่สภาพการตรวจนั้นๆ(วรรคสอง)

4.6.2 การให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง มาตรา 184 ถึงมาตรา 198 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของฝรั่งเศสผู้พิพากษาอาจสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเองได้ในทุกกรณี(มาตรา 184ป.วิ.พ.ฝรั่งเศส)มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ให้คู่ความมาศาลนี้ทำให้ศาลมีโอกาสดำเนินการส่วนตัวเพื่อที่จะนำเอาคำเบิกความของคู่ความไปประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดีซึ่งคำเบิกความของคู่ความนี้ศาลอาจจะถือเอาเป็นพยานหลักฐานต่อไปได้คำสั่งศาลให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเองนั้นให้องค์คณะผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิพากษาคดีหรือผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งในองค์คณะซึ่งได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ไต่สวนคดีนั้นเป็นผู้มีอำนาจสั่ง(มาตรา 185ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส)เปรียบเทียบกับมาตรา 19 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้คู่ความฝ่ายนั้นๆจะได้มีทนายความว่าต่างแยกต่างอยู่แล้วก็ตามก็ได้อันนี้ถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจจะให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง

4.6.3 การให้บุคคลภายนอกมาเบิกความในคดี มาตรา 199 ถึงมาตรา 231 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ในกรณีที่อาจรับฟังพยานบุคคลได้ผู้พิพากษาอาจรับฟังคำเบิกความของบุคคลภายนอกซึ่งจะให้ความกระจ่างต่อข้อเท็จจริงที่พิพาทที่บุคคลภายนอกนั้นได้ทราบมาด้วยเองคำเบิกความนี้ให้ทำเป็นหนังสือหรือให้ทำโดยไต่สวนแล้วแต่ว่าเป็นการเบิกความโดยทำเป็นหนังสือหรือเป็นการเบิกความด้วยวาจา(มาตรา 199ป.วิ.พ.ฝรั่งเศส)เปรียบเทียบกับมาตรา 95 ถึงมาตรา 106 และมาตรา 108 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไทย)

4.6.4 การให้มีผู้ชำนาญการดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง มาตรา 232 ถึงมาตรา 284 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลมักพบปัญหาทางเทคนิคอยู่บ่อยครั้งที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษซึ่งผู้พิพากษาไม่มีในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้นในกรณีนี้การให้ผู้ชำนาญการเข้ามามีส่วนร่วมในคดีจึงเป็นสิ่งจำเป็น ตามมาตรา 232 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งบุคคลใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสมมาให้ความกระจ่างแก่ตนโดยการตรวจสอบข้อเท็จจริงการให้คำปรึกษาหรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จำต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญทำรายงานเสนอความเห็นเสนอศาลนั้นเป็นวิธีการที่มีมาแต่เดิมวิธีการนี้ก่อให้เกิดปัญหาและความยุ่งยากเป็นอย่างมากเนื่องจากเป็นวิธีการที่ล่าช้า ค่าใช้จ่ายสูงและถูกนำไปใช้ให้บิดเบือนไปจากวัตถุประสงค์โดยคู่ความที่ประสงค์จะใช้วิธีการนี้แก้ไขความ

บทพร้อมในเรื่องพยานหลักฐานของตนและประสงค์จะถือเอาประโยชน์จากความล่าช้าของ
มาตรการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ศาลจะสั่งให้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอศาลก็
ต่อเมื่อการแต่งตั้งบุคคลให้ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือการแต่งตั้งให้คำปรึกษาหารือนั้นไม่
เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ผู้พิพากษาผู้นั้น (มาตรา 263 ป.วิ.พ.ของฝรั่งเศส)คดีที่ไม่มีข้อยุ่งยาก
จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเปรียบเทียบกับมาตรา 99 มาตรา 129 และ
มาตรา 130ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไทยมาตรา 99การตรวจหรือแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ
ตามมาตรา 99อาจเกิดจากคำขอของกลุ่มความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือศาลเห็นสมควรก็ได้

4.7 การสืบพยานเอกสารของไทยกับของฝรั่งเศส

การแสวงหาข้อเท็จจริงของไทยกับของฝรั่งเศสมีมาตรการในการแสวงหา
ข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน โดยเป็นการให้อำนาจผู้พิพากษาและคู่ความที่เกี่ยวข้องในการที่จะแสวงหา
ข้อเท็จจริงแต่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้.

4.7.1 ความหมายของพยานเอกสารของไทย พยานเอกสารหมายถึงพยานที่มีการ
บันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยรูปรอยใดๆอันเป็นการสื่อความหมายในภาษาใดภาษาหนึ่ง
ดังนั้นสาระสำคัญหรือองค์ประกอบของพยานเอกสารคือการสื่อความหมายเป็นภาษาของมนุษย์ไม่ว่า
ภาษานั้นจะเป็นภาษาใดก็ตามพยานบางอย่างเช่นภาพถ่ายหรือภาพวาดเขียนแม้จะปรากฏเป็นรูป
เช่นภาพถ่ายสถานที่เกิดเหตุภาพถ่ายอาวุธของกลาง ภาพถ่ายบุคคลหรือแม้ภาพวาดเช่นภาพวาด
ทิวทัศน์ภาพวาดเหมือนของบุคคลซึ่งภาพถ่ายหรือภาพวาดนั้นสื่อความหมายแสดงว่าสิ่งในภาพนั้น
คืออะไรแต่ก็มิใช่การสื่อเป็นภาษาดังนั้นจึงไม่ใช่พยานเอกสาร ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
แพ่งของไทยกำหนดหลักการรับฟังพยานเอกสารไว้ในหลายมาตราเช่น มาตรา 93กำหนดไว้ว่าการ
อ้างเอกสารเป็นพยานหลักฐานให้ยอมรับฟังได้แต่ต้นฉบับเอกสารเท่านั้นเว้นแต่ในกรณีที่มี
กฎหมายกำหนดจึงให้ยอมรับฟังสำเนาเอกสารได้ ซึ่งได้แก่กรณีที่คู่ความทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องตกลง
กันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้องแล้วหรือกรณีที่ต้นฉบับเอกสารหาไม่ได้เพราะสูญหายหรือถูกทำลาย
โดยเหตุสุดวิสัยหรือไม่สามารถนำต้นฉบับเอกสารมาแสดงได้โดยประการอื่นซึ่งในกรณีนี้ศาลทั้ง
มักจะอนุญาตให้คู่ความนำพยานบุคคลหรือสำเนาเอกสารมาสืบพิสูจน์แทนต้นฉบับเอกสารได้
เสมอหรือกรณีที่ต้นฉบับเอกสารอยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมดูแลของทางราชการ
และจะนำมาแสดงได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี หัวหน้ากรม กองหัวหน้าแผนกหรือผู้
รักษาการแทนในตำแหน่งนั้นนอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมาตรา
127ได้บัญญัติว่าเอกสารมหาชนที่เจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ทำขึ้นหรือรับรองหรือสำเนาอันรับรอง

ถูกต้องแห่งเอกสารนั้นๆและเอกสารเอกชนที่มีคำพิพากษาแสดงว่าเป็นของแท้จริงและถูกต้องให้
สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นของแท้จริงและถูกต้อง พยานเอกสารตามกฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติเรื่อง
พยานเอกสารไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งโดยแบ่งประเภทของพยานเอกสารออกเป็นเอกสารที่
เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเป็นผู้ทำขึ้นเอกสารที่เอกชนเป็นผู้ทำขึ้นสำเนาเอกสารและเอกสารอื่นๆ
เอกสารที่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดเป็นผู้ทำขึ้นหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายใน
การทำเอกสารซึ่งต้องการยืนยันความถูกต้องแท้จริงหรือการเก็บรักษาเอกสารนั้นๆ เจ้าหน้าที่เป็น
ผู้ทำขึ้นตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด(ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส1317)

4.8 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมาตรา90ได้กำหนดหลักเกณฑ์

4.8.1 กรณีพยานเอกสารที่ระบุไว้ในบัญชีระบุพยานที่ยื่นครั้งแรกตามมาตรา 88

วรรคหนึ่ง ผู้อ้างอิงต้องยื่นสำเนาเอกสารนั้นต่อศาลและส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนวันสืบพยาน
ไม่น้อยกว่าวัน7(ตามเวลาดำหนดเวลาเดียวกับกำหนดเวลายื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรก)

4.8.2 กรณีที่คู่ความยื่นคำแถลงขอระบุพยานเพิ่มเติมตามมาตรา 88วรรคสองหรือ

กรณียื่นคำร้องขออนุญาตระบุพยานเอกสารตามมาตรา 88วรรคสามผู้อ้างอิงต้องยื่นเอกสารนั้นต่อ
ศาลและส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งพร้อมกับยื่นคำแถลงหรือคำร้องนั้นเว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้ยื่น
สำเนาเอกสารนั้นภายหลังเมื่อมีเหตุอันสมควรขอยกเว้น ไม่ต้องส่งสำเนาเอกสาร3กรณีคือ

-กรณีอ้างเอกสารเป็นชุดซึ่งคู่ความเป็นฝ่ายอื่นหรือของบุคคลภายนอก

-กรณีการคัดสำเนาเอกสารจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือมีเหตุผลแสดง
ว่าไม่อาจคัดสำเนาเอกสารให้เสร็จในกำหนดเวลาที่ให้ยื่นเอกสารนั้น

-กรณีการคัดสำเนาเอกสารจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือมีเหตุผลแสดงว่า
ไม่อาจคัดสำเนาเอกสารให้เสร็จในกำหนดเวลาที่ให้ยื่นเอกสารนั้น

กรณีตามข้อ1และข้อ 3 ให้ผู้ที่อ้างอิงเอกสารยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาต
งดการยื่นสำเนาเอกสารนั้นและขอขึ้นต้นฉบับเอกสารแนบเพื่อให้ศาลหรือคู่ความฝ่ายอื่นตรวจดู
ส่วนกรณีข้อ 3 ผู้ที่อ้างอิงต้องขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกเอกสารจากบุคคลภายนอกตามมาตรา123 โดย
ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในกำหนดเวลาเดียวกันกับกำหนดเวลายื่นบัญชีระบุพยาน วิธีพิจารณา
ความแพ่งของประเทศไทยปัจจุบันมีแนวโน้มไปในทางระบบไต่สวนจากเดิมที่เคยเป็นระบบ
กล่าวหา กล่าวคือผู้ปกครองต้องชวนขวายค้นหาให้รู้ข้อเท็จจริงได้ โดยการพิสูจน์พยานหลักฐาน
ของระบบไต่สวนซึ่งไม่ได้จะมีหลักเกณฑ์เคร่งครัดดังระบบกล่าวหาเพราะมุ่งหวังเอาที่จะได้รู้ถึง
ความเท็จและความจริงมากกว่าผู้เสียหายและจำเลยไม่จำเป็นต้องเผชิญหน้ากันต่อศาลคือการ

พิจารณาลับหลังจำเลยส่วนวิธีการพิจารณาความแพ่งของไทยนั้นว่าด้วยส่วนของพยานหลักฐานนั้นเป็นกฎหมายในระบบผสมคือการเอาทั้งข้อดีของแต่ละระบบทั้งกล่าวหาและไต่สวนมาใช้ทั้ง 2 ระบบดังกล่าวมีทั้งข้อดีข้อเสียเราจึงเลือกเฉพาะข้อดีของแต่ละระบบมา อย่างไรก็ตามแม้ว่าฝรั่งเศสและไทยจะใช้ระบบดังกล่าวมาแล้วแต่เมื่อว่าด้วยหลักกฎหมายพยานหลักฐานของทั้ง 2 ประเทศมีความคล้ายคลึงกันอย่างมากมีส่วนแตกต่างที่เห็นได้ชัดเป็นเพียงรายละเอียดในเรื่องของเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการซึ่งมีน้ำหนักในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีจะมากกว่าเอกชนซึ่งจัดทำขึ้นซึ่งเอกสารนั้นผ่านการรับรองของนอร์แทแล้วจะมีผลในการรับฟังพยานหลักฐานเท่ากันกับเป็นเอกสารมหาชนนั้นเอาซึ่งการรับรองเอกสารของเอกชนให้เป็นเอกสารมหาชนนั้นของไทยยังไม่ได้นำมาใช้

5. ประเทศไทย

ประเทศไทย แม้จะถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์และกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งจะถูกบัญญัติอยู่ในรูปประมวลกฎหมายก็ตามแต่ก็ยังได้รับอิทธิพลจากกระบวนการวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาจากระบบคอมมอนลอว์อยู่ไม่น้อยเนื่องจากการพัฒนากฎหมายยุคใหม่ของไทย (ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 เป็นต้นมา) เริ่มต้นจากกลุ่มนักกฎหมายที่ไปศึกษาในประเทศอังกฤษเป็นจำนวนมากซึ่งรับเอาแนวความคิดตลอดจนรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีเข้ามาบรรจุในกระบวนการวิธีพิจารณาของไทยด้วยดังที่ปรากฏในกฎหมายเกี่ยวกับการสืบพยานตลอดถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางปฏิบัติในศาลไทยมีลักษณะที่ค่อนข้างกล่าวหาค่อนข้างมาก กล่าวคือศาลไทยยังมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีค่อนข้างน้อยเมื่อเทียบกับกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ด้วยกันแต่กลับให้บทบาทของคู่ความและทนายความในการริเริ่มดำเนินการสืบค้นพยานหลักฐานรวมไปถึงความเนิ่นนานของขั้นตอนในการพิจารณาคดีก็ขึ้นกับคู่ความและทนายความเป็นอย่างยิ่งก็ตามในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ได้มีบทบัญญัติที่แสดงถึงรูปแบบไต่สวนอยู่ไม่น้อย เช่น ศาลมีอำนาจในการสอบถามข้อเท็จจริง อำนาจถามพยาน อำนาจเรียกให้คู่ความมาศาลและไต่ถาม ฯลฯ หากแต่ในทางปฏิบัติศาลไทยยังคงใช้อำนาจดังกล่าวค่อนข้างน้อยและให้บทบาทแก่คู่ความและทนายความมากกว่าจึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเป็นแบบผสมที่ค่อนข้างกล่าวหาอยู่มาก ในศาลไทยนั้นการดำเนินคดีโดยหลักแล้วเป็นระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับอเมริกาเพียงแต่ไม่มีการใช้ระบบลูกขุนไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา สิ่งสำคัญอันเป็นหลักในคดีได้แก่คำฟ้องของโจทก์และคำให้การของจำเลยทำให้

เกิดประเด็นในคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัยสิ่งต่างๆ ที่ทั้งโจทก์และจำเลยบรรยายมาในคำคู่ความบางเรื่องศาลอาจวินิจฉัยได้เลยโดยอาศัยความรู้ทางกฎหมายของศาลไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์อะไรอีก ประเด็นประเภทนี้เรียกว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานแต่บางเรื่องศาลไม่อาจวินิจฉัยได้เพราะไม่ทราบว่าเชื่อคู่ความฝ่ายไหนดีความรู้ทางกฎหมายของศาลไม่อาจช่วยวินิจฉัยได้เว้นแต่คู่ความจะนำพยานหลักฐานเข้ามาสืบเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเชื่อตามข้อกล่าวอ้างของตนประเด็นแห่งคดีประเภทนี้เรียกว่า “ปัญหาข้อเท็จจริง” การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง คือการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นการที่ศาลนำพยานหลักฐานทุกประเภทที่คู่ความนำมาสืบไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคลพยานเอกสาร หรือพยานวัตถุมาพิจารณาว่าพยานหลักฐานนั้นคู่ความนำสืบเชื่อได้ตามข้ออ้างข้อเถียงในประเด็นข้อพิพาทหรือไม่พยานหลักฐานที่ศาลจะนำมาชั่งเพื่อที่จะวินิจฉัยอย่างหนึ่งอย่างใดต้องเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ตามกฎหมายหากพยานหลักฐานใดที่เข้ามาสู่สำนวนความโดยในชั้นพิจารณาได้มีการนำสืบหรืออ้างส่งแล้วแต่กฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้น ดังนั้นการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานจึงหมายถึงการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในประเด็นที่พิพาทโดยอาศัยพยานหลักฐานโดยศาลเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยสำหรับในประเทศไทยหลักในเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นเรื่องสำคัญยิ่งเพราะคำพิพากษาของศาลไทยมุ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงปรัชญาในการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานแต่ละชั้น

6. แนวความคิดเห็นของนักกฎหมายที่มีต่อหลักกฎหมายตามบทบัญญัติในประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 87(2)

6.1 ท่านอาจารย์จรูญ ภักดิธนากุล ได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานเกี่ยวกับปัญหาอันเกิดจากสภาพบังคับและปัญหาของข้อยกเว้นตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 87¹⁰(2) ว่าด้วยเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีบทคัดพยานไว้แล้วตามมาตรา 86 แล้ว แต่ที่บัญญัติมาตรา 87 (2) ขึ้นมาอีก แม้จะให้คัดพยานหลักฐานนั้นไปเหมือนกันก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นเอาไว้ และเป็นข้อยกเว้นที่ค่อนข้างจะกว้างและยืดหยุ่น กล่าวคือ ถ้าศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และพยานหลักฐานที่ไม่ได้ระบุไว้ในบัญชีระบุพยานให้ถูกต้องนั้นเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญอันเกี่ยวกับประเด็นสำคัญในคดี ศาลก็มีอำนาจที่จะยกเว้นให้สืบพยานหลักฐานนั้นได้ ฉะนั้นถ้าใช้บท sanction ตามมาตรา 86 วรรคหนึ่งแล้ว เราอาจจะมองข้ามข้อยกเว้นข้อนี้ไป เพราะข้อยกเว้น

¹⁰ จรูญ ภักดิธนากุล กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน เรื่องเดิม อ้างแล้ว หน้า 359

ดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในมาตรา 86 วรรคหนึ่ง คำถามจึงมีว่าเมื่อมีบทบัญญัติในมาตรา 86 อยู่แล้ว มีความจำเป็นเพียงใดที่ต้องบัญญัติมาตรา 87(2) ขึ้นมาอีกและทางปฏิบัติศาลก็สามารถใช้บท sanction ตามมาตรา 86 ได้อยู่แล้วกับกรณีฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องบัญชีการระบุนายมาตรา 88 และการไม่ส่งสำเนาเอกสารล่วงหน้าตามมาตรา 90

คำพิพากษาฎีกาที่ 2043 / 2540: คู่ความไม่ยื่นบัญชีระบุนายให้ถูกต้องตามมาตรา 88 ก็ดี หรือไม่ได้ส่งสำเนาเอกสารล่วงหน้าตามมาตรา 90 ก็ดี ต้องห้ามไม่ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นตามมาตรา 86 วรรคหนึ่ง

อีกทั้งกฎหมายก็ได้บัญญัติทางแก้ไขในกรณีที่ไม่ได้ยื่นบัญชีพยานไว้ตั้งแต่ตอนแรกในมาตรา 88 วรรคสาม ข้อยกเว้นเฉพาะซึ่งในทางปฏิบัติมีความสำคัญกว่าข้อยกเว้นทั่วไปในแง่ที่ว่า มีหลักมีเกณฑ์ที่ชัดเจน ถ้าเข้าหลักเข้าเกณฑ์แล้วมีโอกาที่จะขอยกเว้นได้สำเร็จมากกว่าที่จะไปใช้ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 87 (2) ตอนท้าย ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นอย่างมาก โอกาสที่จะสำเร็จหรือไม่สำเร็จนั้นคาดเดาได้ยาก

ข้อสังเกตคือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ระบุนายหลักฐานในบัญชีระบุนายให้ถูกต้อง หรือไม่ได้ยื่นบัญชีระบุนายเลย ตามกฎหมายก็ถือว่าพยานหลักฐานนั้นรับฟังไม่ได้เลย ให้ศาลตัดพยานหลักฐานนั้น ห้ามไม่ให้ศาลรับฟังโดยที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่จำเป็นต้องโต้แย้งคัดค้านเพราะมาตรา 87(2) ให้ศาลปฏิเสธไม่รับพยานหลักฐานนั้น ไม่ให้สืบพยานหลักฐานนั้นได้เลย คู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่มีหน้าที่จะต้องไปโต้แย้งคัดค้านแต่อย่างใดเพราะเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้อง แต่ในทางปฏิบัติ ถ้าคู่ความฝ่ายใดเห็นว่าคู่ความตรงกันข้ามไม่ได้ระบุนายไว้ในบัญชีระบุนายให้ถูกต้อง คู่ความฝ่ายตรงข้ามก็ควรจะอ้างมาตรา 87 (2) คัดค้านการนำสืบพยานหลักฐานนั้น ขอให้ศาลอย่าอนุญาตให้สืบหรืออย่ารับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นเพราะยื่นฝ่าฝืนต่อมาตรา 88 ถ้าคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้ยกขึ้นคัดค้านเช่นนี้แล้ว โอกาสที่ศาลจะสั่งให้ตัดพยานหลักฐานชิ้นนั้นไปหรือห้ามสืบพยานหลักฐานชิ้นนั้นย่อมมีมากขึ้น เว้นแต่จะไปเข้าข้อยกเว้นก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ในทางตรงข้ามถ้าคู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่ยกมาตรา 87 (2) ขึ้นคัดค้านการนำสืบพยานหลักฐานนอกจากบัญชีระบุนายนั้น ถ้าศาลตรวจพบเองและสั่งไม่ให้สืบเอง เรื่องก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่ส่วนใหญ่ศาลเองก็ไม่มีเวลาลงมาตรวจรายละเอียดทุกกรณี มักจะปล่อยให้สืบกันเข้าไปก่อน เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติ ถ้าฝ่ายตรงข้ามไม่ตรวจตราคัดค้าน หากศาลสั่งให้รับบัญชีระบุนายนั้นไว้แล้วยอมให้สืบพยานหลักฐานฝ่าฝืนมาตรา 88 ไปแล้ว โดยที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่ได้คัดค้าน อย่างนี้ก็มิแน่วรทัดฐานไว้ว่า คู่ความฝ่ายนั้นจะยกประเด็นเรื่องบัญชีระบุนายขึ้นอุทธรณ์ฎีกาไม่ได้ เพราะถือว่าคำสั่งของศาลที่ให้รับบัญชีระบุนายไว้ก็ดี ที่อนุญาตให้สืบพยานหลักฐานนอกบัญชีระบุนายนั้นก็ดี เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อคู่ความฝ่ายตรงข้าม

ไม่ได้โต้แย้งไว้ก็ไม่มีสิทธิยกขึ้นอุทธรณ์ฎีกาในภายหลัง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288 / 2531)ซึ่งเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้องนัก

หลักปฏิบัติแบบนี้มีข้อพิจารณาต่อไปว่า ถึงแม้ว่าคู่ความฝ่ายตรงข้ามจะไม่ได้คัดค้านการนำสืบพยานหลักฐานนอกบัญชีระบุพยานหรือการนำสืบพยานหลักฐานที่ฝ่าฝืนมาตรา 88 ทำให้เสียสิทธิอุทธรณ์ฎีกาแต่ก็ไม่ตัดอำนาจศาลที่จะตรวจสอบและสั่งไม่รับบัญชีระบุพยานหรือไม่ยอมให้สืบพยานหลักฐานนอกบัญชีระบุพยานนั้นโดยอำนาจของศาลเองได้ ถึงแม้ว่าศาลจะสั่งรับบัญชีระบุพยานที่ยื่นฝ่าฝืนมาตรา 88 ไปแล้ว ศาลเองก็มีอำนาจที่จะถือว่าสั่งไปนั้นเป็นการสั่งผิดหลง และสามารถสั่งเพิกถอนคำสั่งเดิมแล้วสั่งใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมายในมาตรา 88 และมาตรา 87 (2) เองได้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 142 (5) หรือมาตรา 27

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566 / 2540: ศาลสั่งอนุญาตให้สืบพยานหลักฐานที่มีได้ระบุไว้ในบัญชีระบุพยานไปแล้ว แต่ตรวจพบเองในภายหลังว่าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ได้ระบุไว้ในบัญชีระบุพยานให้ถูกต้อง จึงเพิกถอนคำสั่งเดิมและสั่งตัดพยานหลักฐานนั้นในภายหลังได้ ทั้งนี้ก็โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 27 เรื่องการเพิกถอนกระบวนการพิจารณาผิดระเบียบนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 691/2546: ศาลชั้นต้นรับบัญชีระบุพยานนั้นไปแล้ว ต่อมาตรวจพบเองว่าสั่งผิดหลง ย่อมสั่งให้เพิกถอนคำสั่งรับบัญชีระบุพยานที่ยื่นไม่ถูกต้องตามมาตรา 88 นั้นได้ แล้วสั่งใหม่เป็นว่าไม่รับบัญชีระบุพยานนั้น แม้คู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่ได้คัดค้าน ไม่ได้โต้แย้ง ไม่ได้ร้องขอเลยก็ตาม ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 และ มาตรา 87 (2) มีความมุ่งหมายที่จะให้คู่ความทุกฝ่ายมีโอกาสทราบว่าคุณความอีกฝ่ายหนึ่งจะอ้างพยานหลักฐานใดบ้าง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการจู่โจมทางพยานหลักฐาน จึงเป็นบทบัญญัติที่มุ่งจะยังให้การเป็นไปโดยยุติธรรมตามมาตรา 27 การที่ศาลสั่งรับบัญชีระบุพยานของจำเลยที่ยื่นโดยฝ่าฝืนมาตรา 88 วรรคหนึ่ง โดยที่จำเลยไม่ได้ยื่นคำร้องขอตามมาตรา 88 วรรคสาม ทั้งมิได้ปรากฏเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามมาตรา 87 (2) จึงเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบในข้อสำคัญตามมาตรา 27 วรรคหนึ่ง ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจสั่งเพิกถอนคำสั่งรับบัญชีระบุพยานโดยผิดหลงนั้นเองได้ แม้คู่ความจะไม่ได้ร้องขอหรือคัดค้านขึ้นมาก็ตาม

ปัญหาที่ยากก็คือปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างมาตรา 226 วรรคหนึ่ง (2) กับมาตรา 225 วรรคสองกล่าวคือสมมติว่าคุณความฝ่ายหนึ่งไม่ได้ยื่นบัญชีระบุพยานไว้ แล้วกลับนำพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณา ฝ่ายตรงข้ามไม่คัดค้าน ศาลชั้นต้นก็ไม่ได้ตรวจดู อนุญาตให้สืบพยานหลักฐานของฝ่ายนี้ไปแล้ว ในตอนพิพากษาก็นำพยานหลักฐานที่ไม่ได้ระบุไว้ในบัญชีระบุพยานนั้นมาใช้วินิจฉัยข้อเท็จจริงให้ฝ่ายนี้ชนะไปแล้ว ปัญหาว่าคุณความฝ่ายตรงข้ามที่ไม่ได้โต้แย้งคัดค้านไว้ จะยกประเด็นนี้ขึ้นอุทธรณ์ฎีกาให้ศาลอุทธรณ์ศาลฎีกาวินิจฉัยยกเลิกคำสั่งศาลที่ให้สืบและให้รับฟัง

พยานหลักฐานที่สืบไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 88 และ 87 (2) ได้หรือไม่ ถ้าย้อนกลับไปดูในแนวฎีกาที่ 288/2513 และ 6108/2531 ซึ่งถือว่ากรณีนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อไม่ได้แย้งคัดค้านไว้ก็ยกขึ้นอุทธรณ์ฎีกาไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 226 วรรคหนึ่ง (2) แต่ครั้งไปฎีกาที่ 691/2546 ซึ่งวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 และ 87 (2) คือกฎหมายในเรื่องบัญชีระบุพยานมีความมุ่งหมายที่จะให้คู่ความทุกฝ่ายมีโอกาสทราบว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะอ้างพยานหลักฐานใดบ้างเพื่อป้องกันมิให้เกิดการจู่โจมทางพยานหลักฐานต่อกัน จึงเป็นบทบัญญัติที่มุ่งจะยังให้การเป็นโดยยุติธรรมทำให้แปลความต่อไปได้หรือไม่ว่า กฎหมายในเรื่องบัญชีระบุพยานนี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถ้าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่ความย่อมยกขึ้นอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 225 วรรคสอง ถึงแม้เขาจะไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันในศาลชั้นต้นก็ตาม เพราะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 225 วรรคสอง ที่จะยกขึ้นอุทธรณ์ได้ และยกขึ้นในชั้นฎีกาก็ได้ตามมาตรา 249 วรรคสอง

หลักปฏิบัติเดิมนั้นถือว่ามาตรา 226 วรรคหนึ่ง (2) ตัดสิทธิไม่ให้อุทธรณ์ฎีกาคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ได้โต้แย้งไว้เป็นการเด็ดขาด ห้ามอุทธรณ์โดยไม่มีข้อยกเว้นไม่ว่าจะเป็นข้อที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือก็ตาม แต่ปัญหานี้ศาลฎีกาได้นำเข้าที่ประชุมใหญ่เมื่อปี 2546 วินิจฉัยว่า มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง ใช้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 226 วรรคหนึ่ง (2) ได้ด้วยเพราะฉะนั้น ถ้าคำสั่งระหว่างพิจารณานั้น สั่งไปโดยผิดพลาดในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่ความจะไม่ได้โต้แย้งไว้ ก็มีสิทธิยกขึ้นอุทธรณ์ฎีกาได้ตามมาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกาตามมาตรา 226 วรรคหนึ่ง (2) แม้เขาจะไม่ได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นไว้ก็ตาม ทั้งนี้ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 7409/2546 (ป)

อย่างไรก็ตาม เห็นว่าปัญหาในเรื่องบัญชีระบุพยานนี้มีข้อที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังนั้น จึงไม่เข้าข้อยกเว้นที่จะอุทธรณ์ได้ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 225 วรรคสอง ข้อพิจารณาอีกข้อหนึ่งคือข้อที่ว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบัญชีระบุพยานยื่นไว้ไม่ถูกต้อง นำสืบไม่ถูกต้อง ศาลมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเอง ถ้าสั่งผิดก็เพิกถอนคำสั่งเดิมแล้วสั่งใหม่ให้ถูกต้องได้เองนั้น ไม่ได้หมายความว่า เมื่อศาลยกขึ้นวินิจฉัยเอง แล้ว จะต้องคัดพยานหลักฐานนั้นเสมอไป เพราะว่าอาจจะเกิดกรณีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4046/2546 ก็ได้ คือ โจทก์ยื่นบัญชีระบุพยาน ระบุผู้รับมอบอำนาจจากโจทก์เป็นพยาน แต่เวลาสืบกลับเอาผู้รับมอบอำนาจช่วงเข้าสืบซึ่งผิดฝ่าผิดตัวไป สืบไม่ได้ เพราะไม่ได้ระบุผู้รับมอบอำนาจช่วงไว้ในบัญชีระบุพยาน แม้คู่ความฝ่ายตรงข้ามจะไม่ได้คัดค้านศาลก็ยกเรื่องนี้ขึ้นวินิจฉัยเองได้ แต่เมื่อยกขึ้นวินิจฉัยแล้ว ศาลกลับวินิจฉัยว่า แต่แม้จะไม่ได้ระบุไว้ในบัญชีระบุพยาน แต่เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญอันเกี่ยวกับประเด็นสำคัญในคดี ความ

ผิดพลาดอย่างนี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่จะเอาเปรียบฝ่ายตรงข้าม และไม่ได้ทำให้ฝ่ายตรงข้ามเสียหายในเชิงคดีแต่อย่างใด เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจึงเห็นควรให้รับฟังพยานปากนี้ได้ ให้สืบผู้รับมอบอำนาจช่วงนี้ได้ โดยอาศัยข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา 87 (2) ตอนท้าย

6.2 ท่านศาสตราจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา ได้ให้ความเห็นและอธิบายไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน¹¹ ว่าการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานย่อมหนีหลักของการใช้จิตสำนึกไปไม่ได้ เพราะสิ่งที่ปรากฏเหตุการณ์ต่างๆ นั้นเป็นไปตามหลักธรรมชาติซึ่งมนุษย์มีสติปัญญาสมบูรณ์ย่อมวิเคราะห์ได้ด้วยสามัญสำนึก ระบบคอมมอนลอว์ มีความเชื่อมั่นอยู่ในหลักนี้จึงได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดีโดยคณะลูกขุนซึ่งเป็นคนธรรมดา ส่วนในประเทศที่ให้ผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริงนั้น ผู้พิพากษาก็คือบุคคลธรรมดาเหมือนกับคณะลูกขุนนั่นเอง เพียงแต่ผู้พิพากษามีความรู้เชี่ยวชาญในด้านกฎหมาย ความรู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายนี้จะไม่มีผลกระทบถึงสามัญสำนึกที่บุคคลใช้ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ซึ่งทฤษฎีนี้มีผู้โต้แย้งว่าบุคคลแต่ละคนจะมีสามัญสำนึกที่แตกต่างกัน ดังนั้นจะมีหลักประกันอะไรได้ว่า ผู้พิพากษาแต่ละคนจะมีสามัญสำนึกที่เท่าเทียมกันหรือเหมือนกัน คำตอบก็คือว่าคงไม่มีอะไรที่จะพิจารณาความถูกต้องของกฎแห่งธรรมชาติได้ดีกว่าสามัญสำนึก และคงไม่มีเครื่องมือประเภทนี้ไปอีกนานแสนนาน

ในระบบที่ให้ผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงเช่นของประเทศไทยนี้ได้กำหนดมาตรการการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไว้หลายประการ ประการแรกโดยการกำหนดให้ม้องคค์ณะในการพิพากษา ประการที่สองโดยการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องเขียนเหตุผลแห่งการวินิจฉัยพยานหลักฐานของตนไว้ในคำพิพากษา และประการที่สามด้วยการอนุญาตให้มีการอุทธรณ์ฎีกาในเรื่องปัญหาการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาล โดยมีข้อห้ามอุทธรณ์ฎีกาที่จำกัดมาก ซึ่งการอนุญาตให้มีการตรวจสอบโดยกฎหมายไทยที่ให้อุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงนั้นมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ ประการแรกคือ ให้มีการตรวจสอบการชั่งน้ำหนักพยานในศาลล่างโดยผู้พิพากษาในศาลสูงที่มีประสบการณ์มากกว่า ประการที่สอง เพื่อการตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลล่างนั้นเป็นไปตามหลักสามัญสำนึกและกฎแห่งธรรมชาติหรือไม่ ซึ่งมีหลายกรณีที่ศาลฎีกาว่าหลักคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานไว้ เช่นหลักในเรื่องพยานประกอบ ดังนั้น การที่ศาลสูงพิจารณาการใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้นในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง จึงเป็นการตรวจสอบว่าศาลชั้นต้นได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกฎที่มีอยู่หรือวางไว้หรือไม่ กรณีไม่ควรจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานของศาลสูงอีกครั้ง

¹¹ พรเพชร วิชิตชลชัย(2553)คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานพิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง หน้า 458

หนึ่ง เพราะศาลสูงไม่ได้ทำการสืบพยานใหม่ ศาลสูงมีแต่สำนวนซึ่งเป็นบันทึกคำเบิกความของพยานบุคคลต่างๆ และเอกสารซึ่งอ้างเป็นพยานเท่านั้น หน้าที่ของศาลสูงในกรณีเช่นนี้จึงน่าจะมีใช้การนำถ้อยคำสำนวนซึ่งเป็นพยานหลักฐานมาซึ่งน้ำหนักใหม่แต่เป็นการตรวจสอบการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลชั้นต้นว่าทำได้โดยถูกต้องหรือไม่ ดังนั้นคำพูดที่ว่าศาลชั้นต้นอยู่ในฐานะที่จะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้ดีกว่าศาลสูงเพราะสิ่งต่างๆ ที่จะใช้ประกอบดุลพินิจมีอยู่พร้อมเช่น อาทิ ปกิริยาท่าทางของพยานขณะเบิกความ น้ำเสียงหรือสายตาที่บ่งบอกถึงความจริงหรือข้อพิรุณในการเบิกความ แต่ด้วยเพราะเหตุผลความเกรงว่าการใช้ดุลพินิจที่หลากหลายในการพิจารณาของศาลชั้นต้นนั้นจะไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ หรือระดับสามัญสำนึกเดียวกันนั่นเอง จึงเป็นความจำเป็นที่ศาลไทยต้องมีศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าบทบาทในการรับฟังและการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานของศาลชั้นต้นมีบทบาทและความสำคัญมาก

6.3 สรุปแนวความคิดเห็นของผู้ทำวิทยานิพนธ์

ในความคิดของข้าพเจ้า หากให้เลือกว่าระบบใดดีกว่ากัน ข้าพเจ้าคิดว่ามันขึ้นอยู่กับสังคมในแต่ละประเทศกล่าวคือหากเป็นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว มีประชาชนที่ได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียม ช่องว่างระหว่างคนในสังคมมีน้อย ระบบ Common Law มีความเหมาะสมกับกลุ่มประเทศเหล่านั้นมากกว่า เพราะทำให้เกิดความเสมอภาค ไม่ลำเอียงเนื่องจากประชาชนรู้และเข้าใจกฎหมาย แต่หากในกลุ่มประเทศที่ยังด้อยพัฒนาอยู่ประชาชนได้รับการศึกษาอย่างไม่เท่าเทียม มีความรู้มีน้อยและช่องว่างในสังคมมีสูงระบบ Civil Law ย่อมเหมาะกว่าเพราะมีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ชัดเจนและช่วยไม่ให้เกิดปัญหาการเอาเปรียบ ให้ทุกคนในสังคมได้รับความเป็นธรรม ส่วนการพิจารณาสืบพยานในระบบใดส่วนกับระบบกล่าวหา นั้นข้าพเจ้าเห็นว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในระบบลูกขุนเป็นการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา ซึ่งใช้ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ โดยให้มีลูกขุน (Jury) เป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริงโดยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ส่วนผู้พิพากษา (Judge) จะทำหน้าที่วางหลักกฎหมายและชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมาย รวมทั้งกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดในการพิจารณาคดีระบบกล่าวหาที่ใช้อยู่ในอเมริกา ผู้พิพากษาจะเปิดโอกาสให้คู่ความต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างมีหน้าที่หรือภาระการพิสูจน์ คือ ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อแสดงให้ลูกขุนเชื่อตามที่ตนกล่าวอ้าง เมื่อคู่ความแถลงเปิดคดีแล้วก็จะนำสืบพยานหลักฐานไปตามหน้าที่นำสืบหรือตามที่ฝ่ายตนมีภาระการพิสูจน์ คือ ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อแสดงให้ลูกขุนเชื่อตามที่ตนกล่าวอ้าง ศาลทำหน้าที่ควบคุมไม่ให้คู่ความฝ่ายหนึ่งเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง หากพยานหลักฐานใดไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลก็จะไม่อนุญาตให้นำพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพื่อป้องกันมิให้ลูกขุนที่มีหน้าที่ต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีได้รับรู้ ข้อเท็จจริงที่เกิดจาก

พยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะทำให้ลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาดไป ลำดับในการพิจารณาคดีเมื่อได้มีการเลือกคณะลูกขุนได้ตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ลูกขุนจะเข้านั่งประจำที่ซึ่งจัดไว้จากนั้นการพิจารณาคดีจะเริ่มโดยผู้พิพากษาคนทำหน้าที่ควบคุมการพิจารณาคดี เพื่อให้การสืบพยานของทั้งสองฝ่ายเป็นไปตามกฎหมาย และมีหน้าที่วินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องการอนุญาตให้รับฟังพยานหลักฐานประเภทใดหรือไม่ได้รับอนุญาต จึงถือกันว่าผู้พิพากษาเป็นผู้มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนลูกขุนเป็นผู้มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริง ในระหว่างการพิจารณาคดีต้องไม่มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลให้ลูกขุนเกิดอคติขึ้นมาได้ การพิจารณาจะเริ่มจากการแถลงการณ์เปิดคดีโดยคู่ความ การนำสืบพยานของฝ่ายโจทก์ การนำสืบพยานของฝ่ายจำเลย การแถลงการณ์ปิดคดีของคู่ความ

กฎหมายคอมมอนลอว์ได้ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการที่จะพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับพยานหลักฐานชั้นหนึ่งชั้นใด โดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับกับข้อเสียที่เกิดขึ้น เนื่องจากพยานหลักฐานบางประเภทอาจทำให้ลูกขุนซึ่งเป็นสามัญชนเกิดความสับสนหรืออคติได้ง่าย ในระบบคอมมอนลอว์ เชื่อว่าการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่ดีที่สุดคือ หลักสามัญสำนึกของบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไป กฎหมายคอมมอนลอว์เชื่อว่าบุคคลธรรมดาที่มีสติปัญญาปกติย่อมวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้เหมือนกัน จึงมีระบบการพิจารณาคดีโดยลูกขุน การวินิจฉัยข้อเท็จจริงตามกฎหมายไทยในศาลไทยนั้น การดำเนินคดีโดยหลักแล้วเป็นระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับอเมริกาเพียงแต่ไม่มีการใช้ระบบลูกขุน ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา สิ่งสำคัญอันเป็นหลักในคดีได้แก่ คำฟ้องของโจทก์และคำให้การของจำเลยทำให้เกิดประเด็นในคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัยสิ่งต่าง ๆ ที่ทั้งโจทก์และจำเลยบรรยายมาในคำคู่ความบางเรื่องศาลอาจวินิจฉัยได้เลยโดยอาศัยความรู้ทางกฎหมายของศาล ไม่ต้องมีการพิสูจน์อะไรอีก ประเด็นประเภทนี้เรียกว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน แต่บางเรื่องศาลไม่อาจวินิจฉัยได้เพราะไม่ทราบว่าจะเชื่อคู่ความฝ่ายไหนดี ความรู้ทางกฎหมายของศาลไม่อาจช่วยวินิจฉัยได้ เว้นแต่คู่ความจะนำพยานหลักฐานเข้ามาสืบเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเชื่อตามข้อกล่าวอ้างของตน ประเด็นแห่งคดีประเภทนี้เรียกว่า “ปัญหาข้อเท็จจริง”

การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง คือ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน เป็นการที่ศาลนำพยานหลักฐานทุกประเภทที่คู่ความนำมาสืบไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ มาพิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานนั้นคู่ความนำสืบเชื่อได้ตามข้ออ้างข้อเถียงในประเด็นข้อพิพาทหรือไม่ พยานหลักฐานที่ศาลจะนำมาชั่งเพื่อที่จะวินิจฉัยอย่างหนึ่งอย่างใดต้องเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ตามกฎหมาย หากพยานหลักฐานใดที่เข้ามาสู่สำนวนความโดยในชั้นพิจารณาได้มีการนำสืบหรืออ้างส่งแล้วแต่กฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้น ดังนั้น การชั่งน้ำหนัก

พยานหลักฐานจึงหมายถึงการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในประเด็นที่พิพาทโดยอาศัยพยานหลักฐาน โดยศาลเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัย

สำหรับในประเทศไทย หลักในเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นเรื่องสำคัญยิ่ง เพราะคำพิพากษาของศาลไทยมุ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงปรัชญาในการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของ พยานหลักฐานแต่ขึ้นในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีแพ่งนั้น ศาลจะพิจารณาประเด็นข้อพิพาทเป็น รายประเด็นไป แล้วพิจารณาว่าในแต่ละประเด็นนั้นฝ่ายโจทก์หรือจำเลยต้องเป็นผู้นำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบแล้วฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่ากัน ก็จะวินิจฉัยให้ฝ่ายนั้นชนะในประเด็นนั้น คดีแพ่งจึงเป็นเรื่อง การวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีน้ำหนักน่าเชื่อถือกว่ากัน ตรงกับคอมมอนลอว์ที่ว่า preponderance of evidence ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลไทย ศาลจะปฏิเสธไม่วินิจฉัยคดีโดย จะอ้างว่าพยานหลักฐานยังไม่เพียงพอไม่ได้ พยานหลักฐานมีเท่าใด หรือไม่มีเลยเนื่องจากในคดีนั้น คู่ความต่างสืบพยานรับฟังไม่ได้คือ มีกฎหมายห้ามรับฟัง ศาลต้องวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากหน้าที่ นำสืบ คู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบแต่ไม่มีพยานหลักฐานมาสนับสนุนย่อมต้องเป็นฝ่ายแพ้คดี

ในการพิจารณาพยานหลักฐานของคู่ความ ศาลต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยาน บุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุพยานเหล่านั้นรับฟังได้หรือไม่ ถ้ารับฟังได้แล้วพยานหลักฐาน เหล่านั้นน่าเชื่อถือหรือไม่ การวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานรับฟังได้หรือไม่ ศาลต้องวินิจฉัยไปตาม กฎหมายลักษณะพยาน หากพยานหลักฐานใดที่กฎหมายห้ามรับฟัง ศาลต้องไม่นำพยานหลักฐาน นั้นพิจารณาเลย เมื่อพิจารณาแล้วเหลือพยานหลักฐานที่กฎหมายให้รับฟังได้เท่าใด ศาลจึงนำมา พิจารณาอีกครั้งว่าจะเชื่อถือพยานชั้นใดเพียงใด ในขั้นตอนนี้เรียกว่าการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน หรือการวินิจฉัยข้อเท็จจริงซึ่งขั้นตอนนี้กฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจได้เต็มที่ ตาม ป. วิ.พ.มาตรา 104