

บทวิเคราะห์หลักความเป็นกลางของศาลตามกฎหมายไทย

จากที่ได้กล่าวมาในสองบทที่ผ่านมาถึงแนวความคิดพื้นฐานและความสำคัญของหลักความเป็นกลางของศาล ตลอดจนแนวทางในการรักษาความเป็นกลางของศาลในประเทศต่าง ๆ จะเห็นได้ว่า จุดมุ่งหมายสำคัญที่สุดในการคงไว้ซึ่งหลักความเป็นกลางของศาล คือ การทำให้สาธารณชนและคู่ความมีความเชื่อมั่นในตัวบุคคลผู้มาทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีว่า จะต้องตัดสินใจคดีด้วยความเป็นกลางอย่างแท้จริงไม่ว่าในทางใด สถาบันศาลจะต้องไม่ทำให้สาธารณชนหรือคู่ความมีความเคลือบแคลงสงสัยในความเป็นกลางของศาล เพราะหากว่าความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของศาลของสาธารณชนหรือคู่ความถูกทำลายลง ย่อมจะทำให้ความศรัทธาที่มีต่อความยุติธรรมของศาลนั้นหมดสิ้นไป และอาจกระทบถึงความศักดิ์สิทธิ์ของบทบัญญัติของกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เช่นกัน ดังนั้น การคงไว้ซึ่งความเป็นกลางของศาลจึงมีความสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นหลักประกันในเรื่องความเป็นกลางของบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา และการรักษาความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดี

ในบทนี้ ใคร่ขอกล่าวถึงหลักประกันและการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในประเทศไทย โดยอธิบายถึงหลักประกันความเป็นกลางของบุคคลที่มาทำหน้าที่ผู้พิพากษา การรักษาความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดี และชี้ให้เห็นถึงปัญหาในการรักษาความเป็นกลางตามกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็นการรักษาความเป็นกลางของศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือตามกฎหมายอื่นที่ได้กำหนดถึงวิธีการในการรักษาความเป็นกลางของศาล จากนั้นจึงวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางของศาลดังกล่าว โดยอาศัยการอ้างอิงเปรียบเทียบกับแนวความคิดพื้นฐานของหลักความเป็นกลางของศาล และทางปฏิบัติของต่างประเทศ รวมทั้งหลักสากลที่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักที่สามารถรักษาไว้ซึ่งความเป็นกลางของศาลได้ เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดของการรักษาหลักความเป็นกลางของศาล นั่นคือการทำให้อาสาสมัครมีความเชื่อมั่นในความยุติธรรมของศาล และเพื่อนำไปพิจารณาหาแนวทางแก้ไขต่อไป

4.1 การรักษาลักษณะความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดี

บทบัญญัติหลักเกี่ยวกับการรักษาความเป็นกลางในการพิจารณาคดีนั้น โดยเฉพาะในเรื่องของการคัดค้านผู้พิพากษา บทบัญญัติหลักที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทคือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้ในศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้การพิจารณาคดีเฉพาะเรื่องที่มีลักษณะพิเศษและมีการพิจารณาพิพากษาโดยศาลหรือผู้พิพากษาที่มีความชำนาญในด้านนั้น ๆ ก็ยังมีบทบัญญัติในส่วนของ การรักษาความเป็นกลางของศาลอิงไว้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ.2522 มาตรา 19¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 มาตรา 23² และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 มาตรา 14³ เป็นต้น

ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27⁴ แม้ว่าการดำเนินการสอบสวนพิจารณาความอาญาจะเน้นการแสวงหาความจริงเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบสุขของสังคม อันเป็นระบบค่อนข้างจะแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์เฉพาะ

¹ มาตรา 19 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่การคัดค้านผู้พิพากษาของศาลแรงงาน และผู้พิพากษสมทบโดยอนุโลม

² มาตรา 23 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่การคัดค้านผู้พิพากษสมทบโดยอนุโลม

³ มาตรา 14 นอกจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ กระบวนพิจารณาในศาลล้มละลายให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายและข้อกำหนดตามมาตรา 19 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าว ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁴ มาตรา 27 ผู้พิพากษาในศาลใดซึ่งชำระคดีอาญา จะถูกตั้งรังเกียจตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ในเรื่องนั้นก็ได้

ของเอกชน แต่ในส่วนของการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาของไทย มีบทบัญญัติที่ใช้บังคับในลักษณะเป็นอย่างเดียวกัน

ส่วนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในมาตรา 63⁵ โดยหลักแล้ววิธีการในการรักษาความเป็นกลางของศาลนั้นจะอิงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกัน แต่ก็มีรายละเอียดปลีกย่อยบางส่วนที่แตกต่างซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

การรักษาหลักความเป็นกลางของศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลคดีชำนาญพิเศษ ศาลคดีอาญา และศาลคดีปกครอง การรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีนั้นล้วนแล้วแต่อ้างอิงอยู่กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องของการคัดค้านผู้พิพากษาแทบทั้งสิ้น เพราะฉะนั้น หากตัวบทกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีปัญหาในเรื่องความเป็นกลางของศาลแล้ว ย่อมจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของศาลในคดีอื่นอีกหลายศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยส่วนรวม เช่น ศาลคดีอาญา ศาลคดีปกครอง เป็นต้น หากว่าบทบัญญัติหลักไม่อาจทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นในความเป็นกลางของศาลได้เสียแล้ว ความสงบเรียบร้อยของประชาชนตลอดจนสิทธิของบุคคลย่อมได้รับความกระทบกระเทือน อีกทั้งอาจจะกระทบต่อความยุติธรรมของศาลได้

ดังนั้นการพิจารณาถึงปัญหาในการรักษาความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงมีความสำคัญ เพราะว่าเป็นกฎหมายที่กฎหมายอื่นใช้อ้างอิงเป็นหลักในการรักษาความเป็นกลางตามที่กล่าวมาแล้ว สามารถแยกพิจารณาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายได้ดังนี้

⁵ มาตรา 63 ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาหรือผู้แถลงคดีปกครองอาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา

การคัดค้านผู้พิพากษาเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁶ ที่กำหนดให้เป็นสิทธิของชนชาวไทยที่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่รับรองว่าประชาชนไทยจะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีจากผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลาง นอกจากนี้หากจะกล่าวถึงหลักประกันและการรักษาความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีแล้ว ก็ย่อมต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้แล้วยังพบหลักประกันในเรื่องความเป็นกลางของศาลในส่วนอื่นด้วย เช่น ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ และตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมบางส่วน เป็นต้น

คำว่า “ศาล” กับ “ผู้พิพากษา” มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(1) ที่ได้ให้ความหมายของคำว่า “ศาล” หมายความว่า ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ดังนั้นอาจจะกล่าวได้ว่า เมื่อกล่าวถึงคำว่าศาลแล้วอาจจะมีความหมายถึงตัวผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง หรือหมายถึงศาลยุติธรรมที่เป็นสถาบันที่มีอำนาจในการตัดสินคดีก็ได้

องค์คณะของศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีแพ่งแต่ละคดีนั้นจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่ผู้พิพากษาที่มีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมนั้นยังอาจถูกคัดค้านได้ เมื่อมีคดีมาสู่ศาลแล้ว การที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านผู้พิพากษานั้น มิใช่ว่าจะอ้างเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตนพอใจขึ้นมาเป็นเหตุคัดค้านได้ แต่จะต้องเป็นเหตุที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และมาตรา

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 3 ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 40(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำสั่ง

⁷ ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง, บันทึกคำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ปีการศึกษา 2505, (ธนบุรี: โรงพิมพ์สุทธินิสารการพิมพ์, 2505) น. 167.

12⁸ เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นเรื่องหลักประกันในความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษา ในระหว่างการพิจารณาคดีแพ่ง อันเป็นสิทธิของคุณค่าที่จะทำการคัดค้านผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาไม่ให้นำมาพิจารณาพิพากษาคดี ถ้าหากปรากฏเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง ดังนี้

4.1.1.1 ผู้พิพากษามีประโยชน์ได้เสียในคดี (Interest)

เหตุประการแรกที่จะสามารถคัดค้านผู้พิพากษาไม่ให้นำมาพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(1) “ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับอยู่ในคดีนั้น” คำว่า “มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้อง” เป็นคำกว้างมาก แต่จะแปลความหมายกว้างขวางเกินไปไม่ได้⁹ ซึ่งหมายถึง ผู้พิพากษานั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยใกล้ชิดในคดีนั้น ซึ่งถ้าคุณความฝ่ายใดแพ้หรือชนะคดีแล้วจะกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของผู้พิพากษาด้วย เช่น ผู้พิพากษานั้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในหุ้นส่วนหรือบริษัทซึ่งเป็นคู่ความ หากหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นแพ้คดี ก็ย่อมกระทบถึงส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ของผู้พิพากษาโดยตรง¹⁰ และถึงแม้จะมีหุ้นเล็กน้อยก็ยังถือว่ามีผลประโยชน์ส่วนได้เสียเล็กน้อย อันเป็นเหตุให้คัดค้านได้¹¹

4.1.1.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่ความ (Personal Involvement)

(1) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(2) “ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น” เหตุคัดค้านนี้จำกัดเฉพาะเหตุที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นญาติเกี่ยวข้องกับผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดี และจำกัดเฉพาะบุคคลที่เป็นบุพการีของผู้พิพากษา หรือผู้สืบสันดานของผู้พิพากษา

⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป (ตอน 1), (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพลสยามพริ้นติ้งแอนด์พลับพลึง จำกัด, 2550) น. 69.

⁹ สุธรรม ภัทราคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2518) น. 48-49.

¹⁰ มาโนช จรมาศ, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 -2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521) น. 165.

¹¹ สุธรรม ภัทราคม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 49.

ไม่ว่าจะเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานชั้นใด เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ลูก หลาน เหลน ลื้อ ส่วนญาติอีกประเภทที่จะสามารถอ้างเป็นเหตุคัดค้าน คือ พี่น้องไม่ว่าจะร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือร่วมเฉพาะบิดาหรือมารดาเดียวกันก็ได้ รวมทั้งลูกพี่ลูกน้องคือลูกของลุง ป้า น้า อา ที่เป็นพี่น้องกับบิดาหรือมารดาของผู้พิพากษานับลำดับเพียงสามชั้น ส่วนญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน ก็เช่น พ่อตาหรือแม่ยายของผู้พิพากษา นับไปเพียงสองชั้น และมีข้อสังเกตว่ากรณีนี้ไม่รวมถึงพี่เขย หรือน้องสะใภ้ตลอดจนคู่หมั้นของผู้พิพากษาด้วย

(2) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(4) “ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว” คำว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรม” ตามมาตรานี้ หมายถึงผู้แทนโดยชอบธรรมตามความหมายในมาตรา 1(13) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าผู้แทนโดยชอบธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹² ซึ่งนอกจากบิดามารดาของผู้เยาว์แล้ว ยังหมายความรวมถึงผู้อนุบาลและผู้พิทักษ์ด้วย ส่วนคำว่าผู้แทนนั้น หมายความว่า การเป็นผู้แทนของตัวความไม่ว่าในกรณีใด ๆ เช่น ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้แทนเฉพาะคดีซึ่งศาลมีคำสั่งแต่งตั้งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนผู้ไร้ความสามารถตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 56 วรรคท้าย และรวมไปถึงผู้เข้าดำเนินคดีแทนคู่ความในศาลโดยการมอบอำนาจหรือในฐานะผู้จัดการมรดก ส่วนที่ว่าได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว ซึ่งน่าจะหมายถึงคดีที่ผู้พิพากษากำลังพิจารณาอยู่นั้นเอง แต่ไม่ได้หมายความว่าเพียงเป็นทนายความแตกต่างว่าต่างให้เท่านั้น แม้เพียงเคยรับปรึกษาคดีเรื่องนั้นในฐานะทนายความ ก็อยู่ในฐานะที่จะถูกคัดค้านได้เช่นเดียวกัน ส่วนการเคยเป็นทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายใดในคดีอื่น ไม่น่าจะเข้าเหตุคัดค้านได้¹³

(3) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(6) “ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความอีกฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง” เหตุคัดค้านตามมาตรานี้ แม้ว่าจะไม่ใช่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่ความในคดีที่ผู้พิพากษานั้นพิจารณาอยู่โดยตรงเหมือนอย่างกรณีมาตรา 11(1) แต่ก็มีความสัมพันธ์ส่วนตัวโดยทางอ้อม ซึ่งคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาไม่ว่าจะในศาลเดียวกันนั้นหรือในศาลอื่น โดยที่ผู้พิพากษานั้นเองหรือ ภริยา

¹² เพิ่งอ้าง, น. 51.

¹³ มาโนช จรมาศ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 167-168.

ผู้พิพากษา (ปัจจุบันน่าจะรวมถึงสามิผู้พิพากษาด้วย) รวมถึงญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาไม่จำกัดลำดับชั้น เป็นความอยู่กับคู่ความ หรือภริยา (หรือสามิ) ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาไม่จำกัดลำดับชั้นของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีที่ผู้พิพากษานั้นพิจารณาอยู่ ก็เป็นเหตุจูงใจให้เกิดอคติได้ จึงอาจร้องคัดค้านได้เช่นเดียวกัน¹⁴ และผู้เขียนเห็นว่าน่าจะรวมถึงการเป็นความทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครองด้วย

(4) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(7) “ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง” ความเป็นหนี้หรือเป็นนายจ้างนั้นจะต้องยังคงมีอยู่ในขณะที่พิจารณาคดีนั้น หากว่าความเป็นหนี้หรือความเป็นนายจ้างถูกจ้างระหว่างผู้พิพากษาและคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้สิ้นสุดลงแล้วในระหว่างการพิจารณาก็ไม่มีเหตุที่จะคัดค้านตามมาตรานี้ได้ ส่วนที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งการเป็นลูกจ้างนั้นก็เพราะไม่น่าจะเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาจะไปเป็นลูกจ้างผู้ใดได้ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษานั้นเอง และมีข้อสังเกตอีกประการสำหรับกรณีเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กัน นั้นนั้นต้องเป็นหนี้ที่อาจฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมายด้วย เช่น หนี้ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามที่กฎหมายกำหนด หรือหนี้ที่ไม่ขาดอายุความ เป็นต้น ถ้าหากเป็นหนี้ที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับกันได้แล้ว¹⁵ แม้ความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะยังคงมีอยู่ก็ไม่อาจจะคัดค้านตามเหตุนี้ได้

4.1.1.3 ผู้พิพากษามีความเกี่ยวข้องกับคดีนั้นมาก่อน (Prior Involvement)

(1) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(3) “ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น” ต้องเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นถูกคู่ความอ้างไว้เป็นพยาน ไม่ว่าจะเป็นประจักษ์พยานหรือพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณี หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ย่อมเป็นเหตุคัดค้านได้เนื่องจากอาจเป็นเหตุให้ผู้พิพากษานั้นมีอุปาทานไปในทางใดทางหนึ่งจนขาดความเที่ยงธรรม แต่ไม่รวมไปถึงกรณีที่ผู้พิพากษานั้นถูกอ้างเป็นพยานในคดีอื่นด้วย

(2) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(5) “ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาตตุลาการมาแล้ว” เหตุคัดค้านนี้จำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นมาแล้วในศาลอื่นมิใช่เป็นเพียงเรื่องเดียวกัน เช่น เป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นมาแล้ว ต่อมาได้เลื่อนเป็น

¹⁴ เฟิงอ้าง, น. 168-169.

¹⁵ เฟิงอ้าง.

ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์จึงต้องห้ามพิจารณาคดีเดียวกันอีก แต่ถ้าเป็นผู้พิพากษาศาลอาญานั่งพิจารณาคดีอาญาแล้วต่อมาย้ายมาอยู่ศาลแพ่งและต้องพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเรื่องก่อนก็ย่อมไม่เข้าเหตุคัดค้านกรณีนี้ แม้จะเป็นเรื่องเดียวกันแต่เป็นคนละคดี¹⁶ หรือว่าเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกันแต่มีใช้คดีเดียวกันก็จะยกมาเป็นเหตุคัดค้านตามมาตรา 11(5) ไม่ได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 43/2538 ที่ตัดสินว่า แม้ว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คนหนึ่งพิพากษาคดีนี้ เคยพิพากษาคดีแพ่งในศาลชั้นต้น ซึ่งโจทก์กับผู้ร้องสอดพิพาทกันเกี่ยวกับเรื่องขอตั้งผู้จัดการมรดกของเจ้ามรดก การที่ผู้พิพากษาคดีนั้นพิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์หาเป็นการฝ่าฝืนต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(5) ไม่ เพราะคดีดังกล่าวโจทก์กับผู้ร้องสอดพิพาทกันเกี่ยวกับทรัพย์มรดกของเจ้ามรดก คดีทั้งสองเรื่องเพียงแต่เกี่ยวข้องกันมีใช้คดีเดียวกัน โจทก์จะยกขึ้นมาเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์ตามมาตรา 11(5) หาได้ไม่¹⁷ ส่วนอนุญาโตตุลาการนั้นรวมทั้งอนุญาโตตุลาการนอกศาลและในศาล เมื่อเคยชี้ขาดมาแล้วจะมาตัดสินในฐานะผู้พิพากษาอีกย่อมไม่ได้

4.1.1.4 เหตุคัดค้านกรณีที่ศาลนั้นมีผู้พิพากษาแต่เพียงคนเดียว

กรณีที่ศาลใดมีผู้พิพากษาแต่เพียงคนเดียว เช่น ศาลแขวงที่ผู้พิพากษานายเดียมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับบัญญัติเรื่องการคัดค้านไว้โดยเฉพาะในมาตรา 12 ซึ่งเหตุแห่งการคัดค้านก็เหมือนกับมาตรา 11 แต่มีเหตุเพิ่มเติมขึ้นมาอีกว่า เหตุคัดค้านอื่นนอกจากมาตรา 11 แล้ว คู่ความยังอาจคัดค้านผู้พิพากษาด้วยเหตุประการอื่นได้ หากว่าเหตุนั้นมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป แต่ปัจจุบันมาตรานี้ น่าจะไม่มีที่ใช้เสียแล้ว เพราะเหตุว่าศาลแต่ละที่ย่อมจะมีผู้พิพากษาประจำอยู่มากกว่าสองคนขึ้นไป แม้จะเป็นศาลแขวงก็ตาม เมื่อมีผู้พิพากษามากกว่าสองคนแล้ว เหตุในการคัดค้านตามมาตรา 12 จึงไม่อาจใช้ได้

ก่อนที่จะวิเคราะห์เหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ใคร่ขอยกอุทธรณ์เพื่อเป็นตัวอย่างประกอบในการวิเคราะห์¹⁸ ดังนี้

¹⁶ เพิ่งอ้าง, น. 168.

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 43/2538 (เนติ.) น. 19-21.

¹⁸ อุทธรณ์ที่ 1 และอุทธรณ์ที่ 2 นำมาจาก สถิติย เล็งไธสง, จริยธรรมสำหรับนักกฎหมาย (Legal Ethics) ตามแนวพระบรมราชาชาต, พิมพ์ครั้งที่ 2 (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2541) น. 30-31.

อุทาหรณ์ที่ 1 ผู้พิพากษาหญิงคนหนึ่งอารมณ์รุนแรงมาก ทุกคนกลัวกัน เธอถูกร้องเรียนมากมายและเธอปักใจเชื่อว่าทนายคนหนึ่งเป็นผู้ร้องเรียนเธอ เธอผูกใจเจ็บทนายคนนั้นมาก วันหนึ่งเธอได้เรียกจำเลยคนหนึ่งเข้าไปในห้อง ขอร้องให้จำเลยคนนั้นร้องเรียนทนายคนที่เธอโกรธต่อสภาพทนายความ ด้วยเรื่องที่เขาแนะนำให้ แต่จำเลยคนนั้นไม่เอาด้วย เธอจึงลงโทษจำเลยคนนั้นไป สันนิษฐานว่าลงโทษเพราะโกรธจำเลย ถ้าจำเลยทำตามใจเธออาจจะปล่อย

อุทาหรณ์ที่ 2 เป็นคดีนักเลงฆ่ากันบนถนนหน้าศาล ข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันทั่วไป หัวหน้าศาลเป็นเจ้าของสำนวนและเห็นว่าพยานหลักฐานเพียงพอ ควรลงโทษ แต่ศาลอีก 2 คน (ซึ่งเป็นองค์คณะ) ไม่เอาด้วย ทราบว่าเพราะเกรงอิทธิพลของจำเลย ซึ่งมีพรรคพวกมาก ได้ข่าวว่าเขาเตรียมแย่งผู้ต้องหาบนศาลหากตัดสินลงโทษจำเลย ในที่สุดก็ลงโทษไม่ได้เพราะหัวหน้าศาลแพ้เสียงข้างมาก

อุทาหรณ์ที่ 3 ผู้พิพากษาศาลฎีกาคนหนึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 243 และได้ทำการสรรหาบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ต่อมาบุคคลที่ผู้พิพากษาคณะดังกล่าวร่วมสรรหาคนนั้นมีคดีพิพาทและได้มีการฎีกาไปยังศาลฎีกาที่ผู้พิพากษาคณะดังกล่าวร่วมเป็นองค์คณะพิจารณา

ตามอุทาหรณ์ข้างต้น หากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบเหตุดังกล่าวแล้วประสงค์จะคัดค้านตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า เหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และ 12 ยังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีดังกล่าว และอาจจะส่งผลถึงความเชื่อมั่นของคู่ความต่อความเป็นกลางของศาลได้ แต่เนื่องจากกฎหมายของไทยโดยเฉพาะในมาตรา 11 และ 12 เป็นกรณีที่ให้สิทธิแก่คู่ความที่จะยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษา และการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นจะต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น สังเกตได้จากตัวบทมาตรา 11 ที่ใช้คำว่า “ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้” ดังนั้น เหตุอื่นนอกเหนือจากที่ยกเป็นอุทาหรณ์ เช่น กรณีที่คู่ความเป็นพี่ชาย หรือน้องสะใภ้ หรือเป็นเพื่อนสนิทของผู้พิพากษา หรือผู้พิพากษาเคยเป็นอริกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน หรือเคยเป็นคู่หมั้นของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเคารพนับถือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสมือนเป็นญาติผู้ใหญ่¹⁹ หรือปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษามีอคติอย่างใดอย่างหนึ่งต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้ง

¹⁹ กระทรวงยุติธรรม, สำนักงานส่งเสริมตุลาการ, ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2529) น. 38.

ว่าผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีนั้นรังเกียจบุคคลเพศที่สาม หรือมีอคติกับคนบางเชื้อชาติ หรือในกรณีที่ปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นได้เคยแสดงความคิดเห็นหรือได้มีการตัดสินคดีไว้ล่วงหน้าแล้ว เช่น ผู้พิพากษาเคยวิพากษ์วิจารณ์หรือให้ความเห็นใด ๆ อันเกี่ยวกับคดีนั้น แสดงความเห็นผ่านบุคคลใดบุคคลหนึ่งถึงคดีที่กำลังจะขึ้นสู่ศาลและให้ความเห็นไปในทำนองว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นฝ่ายชนะคดีหรือมีความเป็นไปได้ว่าฝ่ายนั้นจะชนะคดี เป็นต้น แม้ว่าในคดีนั้นผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีจะไม่มีผลประโยชน์ได้เสียในคดีดังกล่าวก็ตาม กรณีดังกล่าวอาจทำให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องสะเทือนใจ และระแวงในความเป็นกลางหรืออุปาทานของผู้พิพากษาได้²⁰

แต่ในมาตรา 12 ที่เป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษานายเดียวกลับมีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการเปิดช่องเพื่อให้มีการคัดค้านผู้พิพากษานายเดียวได้หากมีเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป แต่ในกรณีศาลหนึ่งศาลใดที่มีผู้พิพากษาหลายนายอาจจะใช้เหตุนี้ในการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาไม่ได้ เพราะการเสื่อมเสียความยุติธรรมอาจเกิดขึ้นได้เท่า ๆ กัน²¹ ไม่ว่าจะเป็นศาลที่มีผู้พิพากษานายเดียวหรือหลายนายก็ตาม

กรณีตามมาตรา 11 อาจมองได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นเพียงตัวอย่างของเหตุคัดค้านผู้พิพากษา เมื่อปรากฏเหตุอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว ศาลก็อาจนำมาเป็นเหตุพิจารณาในการคัดค้านผู้พิพากษาได้เช่นกัน แต่เนื่องจากว่าการที่จะให้สาธารณชนมีความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของศาลได้ดีกว่า หากมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับเปิดช่องไว้อย่างชัดแจ้งมากยิ่งขึ้น ย่อมจะเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นของสาธารณชนและเป็นหลักประกันในความยุติธรรมของศาลได้ดียิ่งกว่า ดังเช่นการคัดค้านผู้พิพากษาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 63 โดยข้อความในตอนท้ายของมาตรา 63 นี้เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นมาและมีลักษณะแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ เหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม ตามบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น จะใช้บังคับเฉพาะการคัดค้านผู้พิพากษาเพียงคนเดียว ซึ่งปัจจุบันมีที่ใช้น้อยทั้งที่บทบัญญัติมาตรานี้มีความสำคัญมาก แต่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ

²⁰ เฟื่องอ้าง, น. 16.

²¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2521) น. 313.

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่จำกัดเฉพาะกรณีที่มีตุลาการศาลปกครองมีตุลาการเพียงคนเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการพิจารณาคดีปกครองทุกกรณีที่มีตุลาการพิจารณาพิพากษาคดี หากว่ามีเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมปรากฏขึ้น คู่ความย่อมสามารถคัดค้านเนื่องจากเหตุดังกล่าวนอกเหนือจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 ได้ เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 น่าจะมีมาตรฐานในการรักษาความเป็นกลางที่ครอบคลุมมากกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายหลักในส่วนนี้

ในประเทศอังกฤษได้ยึดถือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการรักษาความเป็นกลางของศาลมาเป็นเวลาช้านานคือหลักที่ว่า ไม่มีผู้ใดสามารถเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเองได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวในยุคแรกจะจำกัดห้ามเฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษาเป็นคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือมีผลประโยชน์ได้เสียทางการเงินในคดีที่ตนตัดสินเท่านั้น แต่หลักดังกล่าวก็ได้มีพัฒนาการและขยายรวมไปถึงเหตุอื่นที่ศาลหรือผู้พิพากษาอาจปรากฏถึงความลำเอียงที่เป็นไปได้โดยแน่แท้ (a real likelihood of bias หรือ real possibility of lack of impartiality) อันเป็นเหตุที่คู่ความในคดีสามารถคัดค้านผู้พิพากษาเพื่อให้ผู้พิพากษาคงคุณสมบัติในการเป็นผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีนั้นได้ เช่น เหตุที่ผู้พิพากษาเป็นเพื่อนสนิทหรือเป็นอริกับคู่ความหรือพยาน หรือได้มีการแสดงความเห็นเกี่ยวกับคดีนอกศาลไว้ล่วงหน้า หรือมีความเกี่ยวพันกับคดีเกี่ยวกับสถาบันหรือองค์กร หากว่าผู้พิพากษาในคดีนั้นเป็นประธานหรือเป็นกรรมการบริการ (board) ขององค์กร การกุศล หรือเป็นสมาชิกผู้บริหารโรงเรียนซึ่งเป็นคู่ความในคดี ผู้พิพากษานั้นอาจขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดีได้หากคู่ความได้คัดค้าน ซึ่งจะเห็นว่าเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษนั้นได้มีพัฒนาการโดยการขยายความจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติจนมาสู่เหตุต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมา ทั้งนี้เพื่อความเชื่อมั่นของสาธารณชน (public confidence) ต่อความยุติธรรมของศาล

สำหรับเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาอันมีที่มาจากหลักวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมาย (Due Process of Law) อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคลที่เมื่อถูกระทบจะต้องเป็นวิถีทางที่ถูกต้องและชอบธรรมตามกฎหมายด้วย โดยหลักความเป็นกลางของศาลก็เป็นวิถีทางอย่างหนึ่งที่อาจทำให้สิทธิของบุคคลได้รับผลกระทบโดยเฉพาะในคดีแพ่งสิทธิของบุคคลที่อาจถูกระทบ คือ สิทธิในทางทรัพย์สินเสียเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น ผู้พิพากษาที่จะตัดสินคดีที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลดังกล่าวจะต้องมีความเป็นกลางจึงจะถือว่าเป็นวิถีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยในสหรัฐอเมริกาบทบัญญัติที่รองรับถึงกรณีนี้

ความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษามีความน่าสงสัยตามสมควร ตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code Service: U.S.C.S.) หรือต้นแบบประมวลจริยธรรมตุลาการของสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน (The American Bar Association Model Code of Conduct (1990)) มีบทบัญญัติที่วางไว้ในลักษณะที่เป็นบททั่วไปของการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษาในเรื่องของความเป็นกลาง และได้มีบทบัญญัติอธิบายที่แสดงถึงตัวอย่างของการที่ศาลขาดความเป็นกลางไว้ โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หากมีเหตุอื่นอันสามารถทำให้ความเป็นกลางของศาลน่าสงสัยได้ว่าอาจไม่มีความเป็นกลางแล้ว คู่ความก็สามารถยกเอาเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นเหตุเพื่อให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดีของตนได้ เช่น ญาติของผู้พิพากษามีประโยชน์ได้เสียทางการเงินในคดีที่ผู้พิพากษานั้นพิจารณาอยู่ ก็สามารถเป็นเหตุให้ผู้พิพากษาดูคุณสมบัติได้เช่นกัน

ในประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าจะได้กำหนดเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในลักษณะคล้ายกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย แต่จะเห็นได้ว่าในส่วนของการรายละเอียดนั้นมีส่วนแตกต่างกับกฎหมายไทยที่ชัดเจน คือ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียในคดีนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสได้รวมถึงประโยชน์ได้เสียของคู่สมรสของผู้พิพากษามีประโยชน์ได้เสียในคดีด้วย ความสัมพันธ์กับคู่ความในทางการแต่งงานกฎหมายได้ขยายไปถึงสี่ชั้น และหากผู้พิพากษาเป็นเพื่อนหรือเป็นอริกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่ความสามารถที่จะนำเหตุดังกล่าวมาเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ในหลักจริยธรรมบังกาลอร์ (Bangalore Principles of Judicial Conduct) และในหลักวิธีพิจารณาความแพ่งสากล (ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure) ซึ่งเป็นบทบัญญัติต้นแบบ ก็ได้กำหนดเกี่ยวกับเหตุที่ผู้พิพากษาไม่ควรที่จะพิจารณาพิพากษาคดีไปในทำนองเดียวกัน กล่าวโดยสรุปคือ ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดีหากว่ามีเหตุอันควรให้วิญญูชนเชื่อว่าศาลหรือผู้พิพากษานั้นจะพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยไม่มีความเป็นกลางหรือมีความลำเอียงได้ ซึ่งก็ไม่ได้กำหนดว่าเป็นเหตุใดเหตุหนึ่งโดยเฉพาะ

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนในการคัดค้านผู้พิพากษา

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้เป็นเพียงเหตุที่ให้ผู้ความคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณาพิพากษาคดีได้เท่านั้น แต่ไม่ใช่เหตุตัดอำนาจผู้พิพากษา²² ซึ่งเป็นเรื่องที่คุณค่าที่ต้องการคัดค้านผู้พิพากษาคือต้องเสนอประเด็นและพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้พิพากษาที่ตนคัดค้านนั้น มีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถนั่งพิจารณาพิพากษาคดีตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์พยานหลักฐาน ซึ่งบางครั้งก็เป็นเรื่องยากสำหรับคู่ความที่จะพิสูจน์ แม้ว่าจะรู้อยู่แล้วว่าผู้พิพากษานั้นมีเหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมาย แต่ระบบนี้ก็มีข้อดีอยู่บ้างในแง่ของการป้องกันไม่ให้คู่ความใช้เหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาเพื่อประโยชน์ในการประวิงคดีให้ล่าช้าหรือป้องกันไม่ให้เกิดการกลั่นแกล้งกัน

วิธีการในการคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 และมาตรา 14 ซึ่งอาจะกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

4.1.2.1 วิธีการยื่นคัดค้านผู้พิพากษา

หากคู่ความฝ่ายใดประสงค์จะคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากทราบถึงเหตุแห่งการคัดค้านตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และมาตรา 12 บทบัญญัติมาตรา 13 (2) กำหนดให้ผู้ความมีสิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้โดยต้องทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล

4.1.2.2 ระยะเวลาในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 กำหนดให้ผู้ความอาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาได้ก่อนวันสืบพยาน แต่ถ้าทราบเหตุที่จะคัดค้านระหว่างการพิจารณาก็ให้ยื่นคำร้องคัดค้านได้ไม่ช้ากว่าวันสืบพยานครั้งต่อไป แต่ถ้าไม่คัดค้านเสียในระหว่างการพิจารณาจนกระทั่งศาลนั้นมีคำพิพากษา ก็จะมีคำร้องคัดค้านในภายหลังไม่ได้ ส่วนการคัดค้านผู้พิพากษาสามารถกระทำได้ทุกชั้นศาล หากเป็นศาลสูงที่อาจจะไม่มีการสืบพยาน ก็จะต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

เกี่ยวกับระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ได้กำหนดระยะเวลาในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษาไว้ค่อนข้างจำกัดคล้ายกับ

²² คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2548) น. 71.

ระยะเวลาที่คู่ความสามารถยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส กล่าวคือ จะต้องยื่นคำคัดค้านก่อนวันสืบพยาน หากทราบเหตุหลังวันสืบพยานไปแล้วต้องคัดค้านก่อนวันสืบพยานครั้งต่อไป ในกรณีที่ไม่มี การสืบพยาน คู่ความย่อมคัดค้านเมื่อใดก็ได้ก่อนศาลพิพากษา²³ โดยอาจเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 548/2480 ที่ตัดสินว่า แม้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โจทก์อาจคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษานายนั้นพิจารณาพิพากษาคดีนี้ชั้นอุทธรณ์ได้ก็ตาม แต่ปรากฏว่าเวลาฟังคำแถลงการณ์ โจทก์ไม่ได้คัดค้าน จนศาลพิพากษาให้โจทก์แพ้คดี โจทก์จึงได้ฎีกาคัดค้าน ศาลฎีกาเห็นว่าโจทก์ไม่มีสิทธิคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เรื่องนี้ในชั้นฎีกาได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 13 บัญญัติว่าคู่ความที่เกี่ยวข้องอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลก่อนวันสืบพยาน

นอกจากนี้หากปรากฏว่า ผู้พิพากษาในคดีนั้นมีความลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการพิจารณาหลังจากเริ่มการสืบพยานแล้ว เช่น มีพฤติการณ์ปรากฏชัดแจ้งว่าผู้พิพากษาดำเนินกระบวนการพิจารณาเข้าข้างหรือรับฟังพยานหลักฐานจากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุผลอันควรตามกฎหมายหรือเพ่งมีเหตุที่อาจคัดค้านผู้พิพากษาตามกฎหมายกรณีใดกรณีหนึ่งปรากฏขึ้นในระหว่างการพิจารณา เช่น เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(6) เมื่อคู่ความฝ่ายที่เห็นว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่มีความเป็นกลางและประสงค์จะคัดค้าน อาจจะติดขัดในเรื่องของระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นกันเนื่องจากล่วงเลยวันสืบพยานแล้ว เป็นต้น ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ.2550²⁴ ได้กำหนดเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลที่น่าสนใจและมีรายละเอียดที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ข้อ 12 ได้กำหนดว่าสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้ ไม่ว่าในเวลาใด ๆ ก่อนมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด ซึ่งจะแตกต่างจากระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13(2) ที่กำหนดไว้ค่อนข้างจำกัดคือ ก่อนวันสืบพยาน หรือหากไม่มีการสืบพยานก็ต้องยื่นก่อนวันที่ศาลพิพากษา มิฉะนั้นแล้วคู่ความก็หมดสิทธิที่จะยื่นคำร้องคัดค้าน ดังนั้น ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญนี้ จึงสามารถให้สิทธิและเปิด

²³ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 318.

²⁴ โปรดดู ผนวก จ.

โอกาสในการคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งจะเป็นหลักประกันสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ดีกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อีกประเด็นหนึ่ง หากคู่ความไม่อาจที่จะทราบเหตุอันพึงจะคัดค้านได้ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้ว ศาลฎีกาจะยอมให้คัดค้านในชั้นฎีกาได้หรือไม่ กรณีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงตามคำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 โจทก์อุทธรณ์ว่า โจทก์เพิ่งทราบถึงเหตุการณ์คัดค้านหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วว่า ผู้พิพากษาสมทบผู้นั่งพิจารณาคดีเป็นภริยาผู้ตรวจสอบบัญชี ซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายตรงข้ามของโจทก์นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าข้อคัดค้านดังกล่าวเป็นข้อที่โจทก์มิได้ยกขึ้นคัดค้านก่อนที่ศาลแรงงานกลางจะเสร็จสิ้นการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 จึงยกคำร้อง²⁵ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 13 นั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายต้องการที่จะให้มีการคัดค้านก่อนการสืบพยานหรือในระหว่างพิจารณาเท่านั้น หรือเมื่อไม่มีการสืบพยานก็ต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนที่ศาลนั้นจะมีคำพิพากษา เมื่อศาลใดศาลหนึ่งสืบพยานจนเสร็จและมีคำพิพากษาออกมาแล้ว แม้จะมีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป และคู่ความเพิ่งทราบเหตุที่จะคัดค้าน จึงไม่อาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาศาลล่างต่อศาลสูงได้อีก เพราะเป็นกรณีที่กระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ได้เสร็จสิ้นลงไปแล้ว และตัวบทมาตรา 13 วรรคสองได้บัญญัติรับรองไว้ด้วยว่ากระบวนการที่ได้กระทำไปทั้งหมดนั้นสมบูรณ์ไม่เสียไปด้วย ในเรื่องนี้ยังมีข้อที่น่าสนใจเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2543 ส่วนที่ 2 ข้อ 4²⁶ ที่กำหนดให้มีการประกาศรายชื่อผู้พิพากษาไว้ที่ศาลฎีกามีกำหนด 5 วัน เพื่อให้คู่ความทราบและมีโอกาสคัดค้าน ซึ่งถือว่าเป็นแนวความคิดที่ดีประการหนึ่งที่สามารถจะให้หลักประกันแก่คู่ความได้ว่าผู้พิพากษาผู้มาทำหน้าที่พิจารณาคดีของตนนั้นมีส่วนได้เสีย

²⁵ คำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 (เนติ.) น. 2983-2984.

²⁶ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2543 ส่วนที่ 2 ข้อ 4 “เมื่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกองค์คณะผู้พิพากษารายมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2542 แล้ว ให้ประธานศาลฎีกาประกาศรายชื่อองค์คณะผู้พิพากษาไว้ที่ศาลฎีกาภายในกำหนดห้าวันนับแต่วันประชุมใหญ่ เพื่อให้คู่ความทราบและมีโอกาสคัดค้านผู้พิพากษาคณใดที่ได้รับการเลือกเป็นผู้พิพากษาในองค์คณะผู้พิพากษาคดีนั้น

ประการใดหรือไม่เกี่ยวกับคดีของตน และแนวความคิดเช่นนี้ยังไม่เคยปรากฏในกระบวนการพิจารณาคดีอื่นใดมาก่อน ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่ากรณีดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาอื่นนอกจากคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หรือไม่ โดยเฉพาะในคดีแพ่ง เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงแล้ว ย่อมเป็นการยากที่คู่ความจะสามารถทราบถึงบุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตนอันจะนำไปสู่สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา หากปรากฏว่าผู้พิพากษาในศาลสูงดังกล่าวอาจมีเหตุที่สามารถคัดค้านได้ เช่น ในการอุทธรณ์คดี ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการเปิดเผยชื่อผู้พิพากษาที่จะมาทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีของคู่ความ ดังนั้น หากผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นญาติห่าง ๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ปกปิดข้อเท็จจริงและไม่ยอมที่จะถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากต้องการพิพากษาคดีให้คู่ความที่เป็นญาติของตนเป็นฝ่ายชนะคดี เช่นนี้ย่อมเป็นการยากที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะทราบถึงกรณีดังกล่าว อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในการพิจารณาคดีได้ และเมื่อคู่ความอีกฝ่ายมาทราบในภายหลังก็อาจจะล่วงเลยระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษาตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เพราะฉะนั้นวิธีการที่กล่าวมาจึงอาจแก้ปัญหาข้างต้นได้

ในกรณีของระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษาจึงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะประกันความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ หากมีการจำกัดระยะเวลาในการคัดค้านไว้มากเกินไป อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของคู่ความที่จะเข้าถึงกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลที่เป็นกลางได้ หากคู่ความไม่อาจทราบเหตุที่จะคัดค้านได้ตามเวลาที่กฎหมายกำหนด อาจส่งผลให้คู่ความขาดความเชื่อมั่นในความยุติธรรมของศาลได้ดังเช่นข้อเท็จจริงตามคำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 ที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นในส่วนขอระยะเวลาในการคัดค้าน ควรจะกำหนดให้คู่ความสามารถยื่นคัดค้านได้ออกไปอีกตามสมควร และควรจะยื่นคัดค้านศาลล่างต่อศาลสูงได้ด้วยในกรณีที่คู่ความเพิ่งจะทราบถึงเหตุความไม่เป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาโดยสุจริต แม้ว่าจะได้เสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาและมีคำพิพากษาออกมาแล้วก็ตาม ดังเช่นตามแนวปฏิบัติและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐบาลกลางสหรัฐที่สามารถคัดค้านคำพิพากษาได้แม้ว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาแล้ว เป็นต้น

4.1.2.3 ผู้พิพากษาที่ถูกยื่นคัดค้านขอถอนตัว

ตามมาตรา 13 ผู้พิพากษาอาจจะถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีได้เอง หากปรากฏว่ามีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ตามมาตรา 11 และมาตรา 12 โดยไม่ต้องรอให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านก่อน แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้คู่ความได้ยื่นคำร้องคัดค้านแล้วแต่ยังไม่ได้มีการชี้ขาด ผู้พิพากษาก็ย่อมจะขอถอนตัวได้เช่นกัน ดังที่มาตรา 14 บัญญัติไว้ว่า “เมื่อได้มีการร้องคัดค้าน

และผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดี ฯลฯ” แสดงว่าแม้จะมีคำร้องคัดค้านแล้ว ผู้พิพากษานั้นก็ยังมีโอกาสบอกกล่าวขอถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีได้ เมื่อมีการบอกกล่าวขอถอนตัวแล้ว ก็ไม่ต้องมีการพิจารณาและชี้ขาดคำร้องคัดค้านต่อไป การที่มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้แสดงถึงความเป็นกลางและทำให้สาธารณชนมีความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลว่ามีความเป็นกลางอย่างแท้จริง

ในกรณีนี้มีประเด็นพิจารณาว่า หากผู้พิพากษาในศาลที่พิจารณาคดีนั้นทั้งหมดอาจถูกคัดค้านได้เนื่องจากมีเหตุที่อาจทำให้เกิดความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เช่น คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้พิพากษาซึ่งเป็นอาชีพเดียวกันกับผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีนั้น หรือผู้พิพากษาทั้งหมดมีประโยชน์ได้เสียในเรื่องที่ตัดสินในกรณีที่สหกรณ์ออมทรัพย์ที่ผู้พิพากษานั้นทั้งหมดเป็นสมาชิกมีฐานะเป็นคู่ความในคดี เป็นต้น หากผู้พิพากษาทันทีทั้งหมดยอมไม่มีผู้ทำหน้าที่ตัดสินคดีได้ และในเรื่องนี้กฎหมายไทยก็ไม่ได้กำหนดไว้ ดังเช่น Rule of Necessity ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือหลักกระบวนพิจารณา Renvoi ของประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นปัญหาที่อาจคิดได้ว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นศาลไทยจะมีทางออกในเรื่องนี้อย่างไร

4.1.2.4 การพิจารณาคำร้องคัดค้าน

การพิจารณาคำร้องคัดค้านนั้นให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 และมาตรา 14 กล่าวคือ เมื่อศาลได้รับคำร้องคัดค้านแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาว่าเหตุที่คู่ความยกขึ้นคัดค้านนั้นเป็นเหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่มีเหตุที่จะคัดค้านได้ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลก็ต้องยกคำร้องเสียและการสั่งเช่นนี้อยู่ในอำนาจของผู้พิพากษานายเดียวที่จะสามารถสั่งได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24(2) แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 วรรคสี่ ก็บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้พิพากษานั้นมีคำสั่งยกคำคัดค้าน โดยผู้พิพากษาอีกคนหนึ่ง หรือข้าหลวงยุติธรรมมิได้เห็นพ้องด้วย” ถ้าหากคำร้องคัดค้านมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติและผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัว ศาลก็ต้องฟังคำแถลงและพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาล แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำร้องคัดค้านนั้นตามมาตรา 14 ทั้งนี้หน้าที่นำสืบพิสูจน์ถึงความไม่เป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาที่คู่ความอ้างในคำร้องคัดค้านนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปในการสืบพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 โดยเมื่อคู่ความที่ยื่นคำร้องคัดค้านอ้างเหตุความไม่เป็นกลางของศาล จึงต้องมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์สนับสนุนถึงข้อกล่าวอ้างของตน

เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 อันมีลักษณะที่ทำให้ศาลเสียความเป็นกลางอย่างร้ายแรงควรจะเป็นเหตุบังคับของการขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นของผู้พิพากษา ไม่ใช่เป็นเพียงเหตุให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านผู้พิพากษา เมื่อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 แล้วจะเห็นได้ว่า เหตุทั้งหมดเป็นแต่เพียงเหตุที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นคัดค้านเพื่อไม่ให้ผู้พิพากษาคณใดคนหนึ่งนั่งพิจารณาพิพากษาคดีของตนเท่านั้น หาใช่เป็นข้อห้ามเด็ดขาดทีเดียวไม่²⁷ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับปัจจุบันได้บัญญัติไว้แตกต่างจากบทบัญญัติเดิมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127²⁸ หมวดที่ 2 มาตรา 4²⁹ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเดิมนั้นมีลักษณะเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะห้ามหรือตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาอย่างเด็ดขาด ไม่ให้ผู้พิพากษาที่มีเหตุปรากฏตามที่กฎหมายบัญญัตินั่งพิจารณาคดีได้เลยในกรณีที่เห็นได้ชัดเจนว่าความเป็นกลางของผู้พิพากษาย่อมไม่อาจมีได้อย่างแน่แท้หากปล่อยให้ผู้พิพากษาที่ปรากฏถึงเหตุดังกล่าวพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป แต่บทบัญญัติในปัจจุบันนั้นเป็นเพียงเหตุที่คู่ความจะยกขึ้นคัดค้านเท่านั้น หากว่าคู่ความไม่คัดค้านหรือคัดค้านไม่ทันเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ในข้อเท็จจริงศาลหรือผู้พิพากษาผู้นั้นจะปรากฏเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็สามารถนั่งพิจารณาและพิพากษาคดีต่อไปได้ และในคดีที่ผู้พิพากษาที่มีเหตุเกี่ยวของนั้นเป็นผู้นั่งพิจารณาพิพากษาก็เป็นอันสมบูรณ์³⁰

ในประเทศอังกฤษได้มีหลักในทางปฏิบัติที่กำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเปิดเผยแก่คู่ความถึงเหตุที่อาจทำให้ศาลไม่มีความเป็นกลางได้ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วทนายของคู่ความก็มักจะไม่คัดค้านศาลหรือผู้พิพากษา เหตุผลเนื่องมาจากความเชื่อมั่นอย่างสูงในความเป็นกลางของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษนั่นเอง

²⁷ พระนิติการณประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: แสงทองการพิมพ์, 2515) น. 39.

²⁸ พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพตี, พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง (ร.ศ.127) พ.ศ.2451, พิมพ์ครั้งที่ 1 (พระนคร: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2461) น. 114.

²⁹ โปรดดูบทบัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 มาตรา 4 ในหัวข้อ 2.5 น. 30.

³⁰ พระนิติการณประสม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 40.

ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เป็นอย่างมากโดยใช้หลักการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีแม้จะให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านตาม 28 U.S.C.S. §144 แต่หากปรากฏถึงเหตุที่ศาลไม่เป็นกลางขึ้นตาม 28 U.S.C.S. §455 ศาลหรือผู้พิพากษานั้นจะต้องขาดคุณสมบัติจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่ต้องมีการร้องขอ (sua sponte) เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชน แต่เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในเรื่องนี้แล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายกับระบบในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หากคู่ความเห็นว่าผู้พิพากษาอาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีความเป็นกลางแล้วคู่ความจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านหรือถอนตัวผู้พิพากษาโดยอาศัยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เหตุที่กฎหมายกำหนดระบบไว้เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลน่าจะมาจากกฎหมายมุ่งคุ้มครองศาลหรือผู้พิพากษาไม่ให้ถูกคู่ความใช้เหตุในมาตรา 11 และมาตรา 12 เพื่อกดดันแก้งหรือใช้เป็นประโยชน์ในการทางคดีของตน โดยไม่เน้นการคุ้มครองความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความเป็นกลางและความยุติธรรมของสถาบันศาลยุติธรรมเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจากแต่เดิมซึ่งเป็นบทบังคับตัดอำนาจของผู้พิพากษาจากการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเด็ดขาดไม่ให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีได้ มาเป็นการให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่ตนเห็นว่าปรากฏเหตุให้สามารถคัดค้านได้ตามกฎหมายได้เท่านั้น แม้ว่าเหตุดังกล่าวจะมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้ความยุติธรรมไม่อาจปรากฏขึ้นได้ก็ตาม รวมทั้งระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านและเหตุในการยื่นคำร้องคัดค้านก็จำกัดอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าไม่สอดคล้องตามหลักความเป็นกลางของศาล เนื่องจากว่าหลักความเป็นกลางของศาลนั้นย่อมต้องคำนึงถึงความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลซึ่งหากว่าการคัดค้านผู้พิพากษาเป็นการจำกัดสิทธิของคู่ความในกรณีที่คู่ความไม่อาจทราบเหตุในการคัดค้านจนไม่อาจคัดค้านได้แล้ว ความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ แม้ว่าในทางปฏิบัติหากมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติเกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งแล้วจะมีการถอนตัวโดยไม่มีการคัดค้านก็ตาม แต่ถ้าหากว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองและเป็นหลักประกันถึงความเป็นกลางของศาลที่มากกว่านี้ ความเชื่อมั่นของสาธารณชนย่อมจะมีมากขึ้นตามมา

4.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลาง

หากศาลได้สวนคำร้องคัดค้านแล้วเห็นว่าผู้พิพากษานั้นมีเหตุอันควรถูกคัดค้านได้ตามกฎหมายจริง ศาลก็จะมีคำสั่งรับคำร้องคัดค้าน อันจะทำให้ผู้พิพากษานั้นไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต่อไป จึงต้องให้ผู้พิพากษาคนอื่นทำหน้าที่แทนตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 28 กระบวนพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนยื่นคำร้องคัดค้าน ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมฟังคำร้องคัดค้านตามมาตรา 13 วรรคสอง และหากว่าศาลหรือผู้พิพากษาที่คู่ความต้องการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นได้มีคำพิพากษามาก่อนหน้าที่คู่ความจะยื่นคำร้องคัดค้าน คำพิพากษาย่อมสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามผู้พิพากษาออกนั่งพิจารณาและทำคำพิพากษาในกรณีที่มีเหตุต้องห้าม หากแต่ให้สิทธิคู่ความที่จะคัดค้านได้เท่านั้น เมื่อไม่มีการคัดค้านจนกระทั่งมีพิพากษาแล้วเช่นนี้ คำพิพากษาย่อมสมบูรณ์³¹ แต่ก็มีบางความเห็นที่เห็นว่า การที่ผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และมาตรา 12 เป็นกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 27 จึงขอที่ศาลสูงจะมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบดังกล่าว³² เกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้เขียนกลับมีความเห็นไปในทางตรงข้ามว่า เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้วว่า แม้ว่าศาลหรือผู้พิพากษาได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 11 หรือมาตรา 12 ก็ตาม กระบวนพิจารณาที่ดำเนินมาทั้งหมดนั้นย่อมสมบูรณ์ หาได้เสียไปไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านตามบทบัญญัติในหมวดนี้แล้วเป็นเพียงสิทธิของคู่ความในการคัดค้านผู้พิพากษาเท่านั้น หาใช่เป็นบทบังคับหรือห้ามผู้พิพากษาที่ปรากฏถึงเหตุที่อาจคัดค้านได้ ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเด็ดขาดไปเสียทีเดียวไม่ ดังนั้นแม้ว่าจะปรากฏถึงเหตุคัดค้านขึ้นในภายหลังจากที่ศาลได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้ว อันก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่ความที่จะคัดค้าน หรือมีเหตุนั้นอยู่ก่อนแล้วแต่คู่ความไม่

³¹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 318.

³² ญัฐพงศ์ กุลเมธี, “เหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 103, 112.

สามารถคัดค้านได้เนื่องจากล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไปแล้วก็ตาม หากเป็นเหตุที่จะทำ ให้กระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินมาโดยศาลหรือผู้พิพากษาที่ปรากฏถึงเหตุที่อาจคัดค้านได้นั้นผิด ระเบียบอันจะสามารถเพิกถอนตามมาตรา 27 ได้ไม่ เพราะมาตรา 13 ได้รับรองไว้แล้วว่ากระบวนการ พิจารณาดังกล่าวย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปนั่นเอง นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า กรณีเช่นนี้น่าจะไม่ทำ ให้คำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ปรากฏถึงเหตุที่อาจคัดค้านในภายหลังนั้นเสียไป ตามความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ด้วยเหตุผลทำนองเดียวกัน

อย่างไรก็ดี หากว่าศาลมีคำสั่งยกคำร้องคัดค้านของคู่ความแล้ว ผลก็คือผู้พิพากษาที่ ถูกยื่นคัดค้านนั้นสามารถนั่งพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปได้ กระบวนการพิจารณาที่หยุดไว้ชั่วคราว ตามมาตรา 13 วรรคสอง ก็จะถูกดำเนินไปตามปกติ แต่คู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องคัดค้านนั้นอาจจะ สุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดอำนาจศาลได้หากปรากฏว่าการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นกระทำไปด้วยเจตนา ไม่สุจริต เช่นเพื่อประวิงคดีให้ชักช้า หรือเพื่อกลั่นแกล้งผู้พิพากษา เป็นต้น

ในเรื่องนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส กระบวนการ พิจารณาตลอดจนคำพิพากษาที่ศาลได้กระทำไปโดยไม่เป็นกลางนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันคู่ความ เป็นโมฆะ หรือเสียไป เพราะเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของบุคคล แม้ว่าในความเป็นจริงแล้ว คู่ความจะไม่มีโอกาสในการคัดค้าน ไม่ว่าจะเนื่องมาจากข้อขัดขัดในข้อกฎหมายหรือสิ่งใดก็ตาม และเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของศาลและความยุติธรรม ตลอดจน ภาพลักษณ์ของระบบศาลยุติธรรมในสายตาของสาธารณชน แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง มาตรา 13 วรรคสอง ได้บัญญัติว่า

“... กระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนได้ยื่นคำร้องคัดค้านก็ดี และ กระบวนการพิจารณาทั้งหลายในคดีที่ต้องดำเนินโดยมิชักช้า แม้ถึงว่าจะได้ดำเนินไปภายหลังที่ได้ยื่น คำร้องคัดค้านก็ดี เหล่านี้ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลยอมฟังคำคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะ ได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น”

การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะไม่สอดคล้องกับหลักความเป็น กลางของศาล เนื่องจากเมื่อศาลไม่มีความเป็นกลางเสียแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากศาลยอมรับ คำร้องคัดค้านผู้พิพากษาจากคู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องคัดค้านแล้ว เหตุใดกระบวนการ พิจารณาทั้งหลายที่ดำเนินมาโดยศาลที่ไม่มีความเป็นกลางจึงยังคงมีผลสมบูรณ์ไม่เสียไป กระบวนการ พิจารณาที่ได้ดำเนินมานั้นอาจจะเป็นกระบวนการที่เกิดจากความมีอคติหรือลำเอียงของศาล นั้นก็เป็นได้ ซึ่งอาจทำให้เกิดผลเสียต่อคู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องคัดค้านได้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมาย กลับบัญญัติให้กระบวนการพิจารณาสมบูรณ์ไม่เสียไป แม้ว่าในตอนท้ายของมาตรา 13 วรรคสอง

จะให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะกำหนดให้เป็นอย่างอื่นในคำสั่งรับคำร้องคัดค้านได้ก็ตาม แต่ก็มีโอกาสที่ศาลจะมีดุลพินิจให้กระบวนการพิจารณานั้นสมบูรณ์ได้เช่นเดียวกัน

เมื่อคู่ความไม่อาจทราบเหตุที่จะคัดค้านเลย แต่มาทราบภายหลังจากที่ศาลพิพากษาไปแล้ว คำพิพากษาที่ได้ทำไปโดยศาลหรือผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางจะมีผลเป็นอย่างไร เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 13 การที่ระยะเวลาล่วงเลยมาจนกระทั่งศาลมีคำพิพากษาถือว่าคู่ความหมดสิทธิที่จะคัดค้านถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาในศาลนั้นแล้ว และจะไปคัดค้านในศาลสูงก็ไม่ได้ ดังนั้นหากปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดแจ้งว่าศาลหรือผู้พิพากษาได้ตัดสินใจคดีโดยไม่มีความเป็นกลาง เช่น ปรากฏว่าคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเป็นญาติเกี่ยวพันกับผู้พิพากษามากตามตรา 11(2) แต่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีไม่ทราบมาก่อนเนื่องจากอาจมีการปกปิดข้อเท็จจริงและล่วงเลยเวลาที่จะคัดค้านได้แล้ว ผลก็คือ คำพิพากษานั้นย่อมสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามผู้พิพากษาออกนั่งพิจารณาในกรณีที่มีเหตุต้องห้าม หากแต่ให้สิทธิคู่ความที่จะคัดค้านได้เท่านั้น เมื่อไม่มีการคัดค้านจนกระทั่งมีคำพิพากษาแล้วเช่นนี้ คำพิพากษาย่อมสมบูรณ์³³

ปัญหาอีกกรณีหนึ่งที่เกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 คือ เหตุที่คู่ความอาจสามารถยื่นคัดค้านศาลบางเหตุอาจไม่ได้เกิดหรือปรากฏมีขึ้นมาตั้งแต่เริ่มคดี แต่เพิ่งจะมีขึ้นมาเมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลแล้ว เช่น ก่อนเริ่มฟ้องคดีปรากฏว่าผู้พิพากษากับคู่ความทั้งสองฝ่ายไม่มีความเกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด แต่เมื่อเริ่มการพิจารณาคดีและมีการสืบพยานไปแล้วหนึ่งนัด ปรากฏว่ามีภริยาหรือญาติสืบสายโลหิตโดยตรงของผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั่นเอง มีคดีพิพาทกับภริยาหรือญาติของโจทก์ในคดีดังกล่าว อันเป็นเหตุที่ที่จำเลยสามารถใช้เป็นเหตุคัดค้านได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(6) โดยผู้พิพากษาได้ทราบถึงเหตุดังกล่าวมาโดยตลอด แต่ไม่ยอมถอนตัวจากการพิจารณาคดีนั้น และจำเลยไม่ทราบถึงเหตุดังกล่าวจนกระทั่งก่อนการสืบพยานนัดสุดท้าย เมื่อเป็นเช่นนี้จำเลยจึงยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาดังกล่าว หากว่าผลของการพิจารณาคำร้องคัดค้าน ศาลได้ยอมรับคำร้องคัดค้านดังกล่าว ผลเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินมาแล้วทั้งหมดก็เป็นอันสมบูรณ์ตามนัยมาตรา 13 วรรคสอง ทั้งที่กระบวนการพิจารณาอาจแยกได้ระหว่างก่อนเกิดเหตุที่อาจคัดค้านได้กับกระบวนการที่เกิดขึ้นหลังเกิดเหตุที่อาจคัดค้านได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับกรณีที่ผู้พิพากษานั้นทราบหรือไม่ทราบถึงเหตุที่อาจถูกคัดค้านดังกล่าวหรือไม่นั่นเอง แต่มาตรา 13 กลับให้กระบวนการ

³³ เฟื่องอ้าง, น. 318.

พิจารณาทั้งหมดสมบูรณ์ไม่เสียไป อันเป็นเรื่องที่กระทบต่อความรู้สึกเชื่อมั่นของคุณค่าต่อความยุติธรรมของศาล และขัดต่อหลักความเป็นกลางของศาลตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

ในประเด็นนี้ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ข้อ 12 วรรคสาม³⁴ ได้กำหนดให้ การกระทำหรือกระบวนการพิจารณาใด ๆ ของตุลาการที่ถูกคัดค้านก่อนมีเหตุที่อาจถูกคัดค้าน สมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมรับคำร้องคัดค้าน ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 วรรคสอง ที่กำหนดให้กระบวนการพิจารณาทั้งหลายก่อนยื่นคำร้องคัดค้านมีความสมบูรณ์ไม่เสียไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในการพิจารณาคดีได้ ตามที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้ว เช่น กรณีที่ภริยาของผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเพ่งเป็นความกับภริยาของคุณค่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขึ้นในระหว่างการพิจารณา เป็นต้น หากคุณค่าไม่ได้ยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษา กระบวนการพิจารณาก็ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปตามหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งที่กระบวนการพิจารณาดังกล่าวมีส่วนที่เกิดจากความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาอยู่ด้วย แต่ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ข้อ 12 วรรคสามนี้ น่าจะมีความสอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาลมากกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 วรรคสอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ตามกฎหมายเพ่งมีหรือปรากฏขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาถึงตัวผู้พิพากษาว่าทราบหรือไม่ทราบถึงเหตุที่อาจถูกคัดค้านเพื่อนำมาเป็นตัวกำหนดว่ากระบวนการพิจารณาใดที่สมควรที่จะมีความสมบูรณ์ไม่เสียไป

ถ้าหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาและคำพิพากษาของศาลที่ได้กระทำโดยศาลหรือผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางนั้นจะไม่มีผลผูกพันต่อคุณค่า หรือกล่าวได้ว่าคุณค่ายอมหลุดพ้นจากคำพิพากษาที่ได้ทำลงโดยไม่มีความเป็นกลางนั้น เพราะศาลสหรัฐอเมริกาเน้นความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อระบบศาลยุติธรรมเป็นเรื่องที่สำคัญ การที่ยอมให้มีคำพิพากษาที่ได้ทำไปโดยศาลที่ไม่มีความเป็นกลางมีผลผูกพันคุณค่า ย่อมกระทบต่อความเชื่อมั่นของสาธารณชน แต่ว่าหลักประกันความเป็นกลางของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วเห็นว่าน่าจะมีมุ่งไปในทางคุ้มครองศาลหรือผู้พิพากษาไม่ให้ถูกกลั่นแกล้ง หรือป้องกันไม่ให้คุณค่าใช้หลักในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาเพื่อผลประโยชน์ในทางคดีของตน หรืออาจจะเห็นว่าหากยอมให้กระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาเสียไปย่อมก่อให้เกิดการสูญเสียทั้งเวลาและทรัพย์สินของคุณค่า แต่

³⁴ โปรดดู ผนวก จ.

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าหลักที่สำคัญเหนือเหตุผลอื่นทั้งปวงก็คือ การทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นในหลักความเป็นกลางของศาลยุติธรรม อันจะส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความยุติธรรมของศาลนั่นเอง แม้ว่าคดีแพ่งจะเป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชนสองฝ่ายก็ตาม แต่คำพิพากษาคดีแพ่งก็เป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของบุคคล หากว่ายอมให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลหรือผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางแล้วย่อมกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นการที่กฎหมายยอมให้กระบวนการพิจารณาลดจนคำพิพากษามีแนวโน้มที่จะสมบูรณ์ ไม่เสียไปนั้นย่อมไม่เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความและในสายตาของสาธารณชน เมื่อเป็นเช่นนั้นกระบวนการหรือคำพิพากษาที่เกิดจากศาลหรือผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางควรที่จะไม่มีผลหรือเสียไป ย่อมจะเป็นวิถีทางที่น่าจะได้รับความเชื่อมั่นจากสาธารณชนมากกว่า

นอกจากนี้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษการที่ผู้พิพากษาได้พิจารณาหรือพิพากษาคดีไปโดยไม่มีความเป็นกลางและฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติย่อมมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลเสียไป (invalidate) หรือไม่มีผล (set aside) เนื่องจากความเชื่อมั่นของสาธารณชน (public confidence) ในกระบวนการยุติธรรมจะต้องดำรงอยู่ ผู้พิพากษาที่เป็นคู่ความในคดีหรือมีประโยชน์ได้เสียโดยตรงทางการเงินในผลแห่งคำพิพากษาแห่งคดีจะไม่มีคุณสมบัติ (disqualified) ในการเป็นผู้พิพากษาในคดีนั้น และในประเทศฝรั่งเศสหากมีการฝ่าฝืนเรื่องเหตุคัดค้านผู้พิพากษา จะมีผลทำให้คำพิพากษาดตกเป็นโมฆะได้เช่นกัน

แต่ถ้าหากว่าคู่ความทราบถึงเหตุที่อาจคัดค้านศาลหรือผู้พิพากษาได้ตามกฎหมายแล้ว เช่น ผู้พิพากษามีประโยชน์ได้เสียในคดี หรือเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และคู่ความที่อาจได้รับผลกระทบจากเหตุดังกล่าวประสงค์จะให้ผู้พิพากษานั้นปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีของตนต่อไป จะสามารถทำได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ตามกฎหมายไทยไม่มีบัญญัติไว้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาก็ไม่เคยตัดสินวางหลักไว้เช่นกัน เมื่อเปรียบเทียบกับการสละสิทธิของคู่ความที่จะคัดค้านผู้พิพากษา หรือยอมให้ผู้พิพากษาที่มีเหตุอันอาจคัดค้านได้พิจารณาพิพากษาคดีของตนต่อไปในประเทศอังกฤษนั้นยอมสามารถทำได้ แต่กรณีที่จะถือว่าเป็นการสละสิทธิของคู่ความได้ คู่ความฝ่ายที่จะได้รับผลกระทบจากเหตุนั้นจะต้องทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเหตุดังกล่าวอย่างชัดเจน ตรงไปตรงมา และจะต้องกระทำด้วยความสมัครใจด้วย ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า กระบวนการพิจารณาความแพ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเอกชนสองฝ่าย กระบวนการพิจารณาทางแพ่งส่วนใหญ่จึงเป็นเรื่องที่คู่ความสามารถที่จะกำหนดได้ว่าจะให้ดำเนินไปในทางใด หากกระบวนการพิจารณานั้นไม่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์และศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วย่อมสามารถที่จะตกลงกำหนดกันได้ ในเรื่องของการสละสิทธิที่จะคัดค้าน

ผู้พิพากษาก็เช่นกันถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งที่คู่ความสามารถที่จะสละสิทธิได้ และเมื่อพิจารณาถึงบทบาทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาแล้วจะเห็นได้ว่าการคัดค้านผู้พิพากษาเป็นสิทธิของคู่ความที่จะใช้สิทธิคัดค้านหรือไม่ก็ได้ และแม้คัดค้านได้กระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่เป็นกลางยังสมบูรณ์ไม่เสียไป ดังนั้นหากคู่ความทราบถึงเหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาแล้วไม่ประสงค์จะยื่นคัดค้านจึงเป็นเรื่องของคู่ความที่ประสงค์จะให้ผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีของตน และผู้เขียนยังมีความเห็นอีกต่อไปว่า กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติให้สิทธิคู่ความเมื่อคู่ความไม่ใช้สิทธิดังกล่าวก็หาได้กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทบต่อความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลยุติธรรมไม่ เนื่องจากการพิจารณาคดีแพ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชน แต่ทั้งนี้คู่ความจะต้องทราบถึงเหตุดังกล่าวทั้งหมดอย่างชัดเจน และต้องสละสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาดด้วยความสมัครใจด้วย

4.2 หลักประกันทั่วไปเกี่ยวกับความเป็นกลางของศาล

4.2.1 หลักประกันความเป็นกลางในการคัดเลือกผู้พิพากษา

การเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลไทยในปัจจุบันเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2543³⁵ ซึ่งแบ่งระบบการคัดเลือกเข้ามาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาไว้ 3 ช่องทาง คือ การสอบคัดเลือก³⁶ การทดสอบความรู้³⁶ และการคัดเลือกพิเศษ³⁷ ในส่วนของกระบวนการสอบคัดเลือกนั้นจะไม่ขอลำถึงโดยละเอียดในที่นี้ แต่จะขอลำโดยสรุปเน้นเฉพาะ

³⁵ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2543 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามใหญ่)

³⁶ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2543 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามเล็ก)

³⁷ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2543 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามจิ๋ว)

ส่วนของขั้นตอนกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการสรรหาบุคคลที่มาทำหน้าที่ผู้พิพากษาที่เป็นกลางเท่านั้น สำหรับขั้นตอนการคัดเลือกผู้พิพากษา สามารถสรุปได้ดังนี้³⁸

1. สำนักงานศาลยุติธรรมจะเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) เพื่อพิจารณาเห็นชอบให้มีการสอบคัดเลือก หลังจากนั้น ก.ต. จะประกาศกำหนดวันและเวลาขึ้นใบสมัครสอบ

2. ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติครบถ้วนต้องมาขึ้นใบสมัครตามวันที่กำหนด และต้องเข้ารับการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการการแพทย์ จากนั้น ก.ต. จะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบ โดยพิจารณาข้อมูลในใบสมัคร ข้อมูลบุคคลต่าง ๆ ที่ผู้สมัครระบุในใบสมัครซึ่งเจ้าหน้าที่จะสอบถามในเรื่องความประพฤติของผู้สมัคร³⁹ ในระหว่างการตรวจสอบคุณสมบัติ ก.ต. จะมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบคัดเลือก โดยก่อนแต่งตั้งจะมีการสอบถามก่อนว่ามีญาติพี่น้องหรือบุคคลใกล้ชิดเป็นผู้สมัครสอบหรือไม่ หากไม่มีจึงจะแต่งตั้งเป็นกรรมการ ในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติการตรวจสอบความใกล้ชิดของคณะกรรมการสอบคัดเลือกกับผู้สมัครมีการตรวจสอบโดยละเอียดมากน้อยเพียงใดหรือไม่ และหากมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่อาจได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการสอบคัดเลือกแล้วปกปิดข้อความจริงอันควรบอกให้แจ้ง อาจส่งผลต่อความเป็นกลางในการสอบคัดเลือกได้ และจะกระทบถึงคุณสมบัติในเรื่องความเป็นกลางของบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาด้วยเช่นกัน

3. ขั้นตอนการออกข้อสอบในเช้าตรู่ของวันที่มีการสอบแต่ละวัน คณะกรรมการออกข้อสอบจะมาประชุมเพื่อคัดเลือกร่างข้อสอบแล้วจัดพิมพ์เป็นข้อสอบต่อไป โดยในวันนั้นจะตัดสายโทรศัพท์ทั้งอาคารเก็บเครื่องมือสื่อสารของกรรมการและเจ้าหน้าที่ไว้จนกว่าการสอบจะผ่านไปแล้ว 1 ชั่วโมง เพื่อป้องกันการรั่วไหลของร่างข้อสอบ ซึ่งถือว่ามีมาตรการรัดกุมและป้องกันปัญหาการรั่วไหลของข้อสอบได้

³⁸ สัณชัย ผลฉาย และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง ระบบการคัดเลือกและการอบรมข้าราชการตุลาการในศาลยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น. 30-35.

³⁹ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ.2546

4. เมื่อการสอบได้เสร็จสิ้นแล้ว ในการตรวจให้คะแนนจะมีการเป็นการเป็นองค์คณะในการตรวจ 2 คนแยกกันตรวจและบันทึกคะแนนไว้ในกระดาษต่างหากคนละแผ่น หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่จึงจะนำคะแนนนั้น ๆ มารวมและเฉลี่ยเป็นคะแนนคำตอบข้อนั้น

5. เมื่อประกาศผลสอบข้อเขียนแล้ว จะมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบผ่านข้อเขียนอีกครั้งหนึ่ง⁴⁰ โดยจะมีคณะทำงานกลั่นกรองคุณสมบัติผู้ที่ผ่านการสอบข้อเขียนทำหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติเพิ่มเติมก่อนบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และมีการประกาศให้ประชาชนทั่วไปส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้สอบข้อเขียนในด้านคุณสมบัติหรือความเหมาะสมต่อการดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการเพื่อประกอบการพิจารณา หลังจากนั้นจึงจะสรุปผลการตรวจสอบและกำหนดวันสอบปากเปล่า

6. เมื่อการสอบเสร็จสิ้นแล้ว ต้องมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่สถานี่ตำรวจท้องที่ที่ผู้สมัครมีภูมิลำเนา หลังจากนั้นจึงจะเข้ารับการฝึกอบรมซึ่งมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี หากไม่ผ่านการอบรมอาจต้องอบรมต่ออีกไม่เกิน 1 ปี หรืออาจไม่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาล ในระหว่างการฝึกอบรมภาคปฏิบัติมีการติดตามผลบ้างเป็นครั้งคราว ในรูปของการประชุมสัมมนาผู้เข้ารับการฝึกปฏิบัติในแต่ละรุ่น และเมื่อการฝึกอบรมครบ 1 ปี แล้วจะมีการประเมินผลจากการฝึกอบรมและมีการทดสอบข้อเขียนเกี่ยวกับงานในหน้าที่ภาคปฏิบัติ เช่น การชี้สองสถาน การสั่งคำร้องคำขอต่าง ๆ และข้อทดสอบความรู้เกี่ยวกับจริยธรรมตามที่กำหนดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ หากผ่านการทดสอบจึงจะได้รับ การเสนอผลประเมินให้ ก.ต. พิจารณาและดำเนินการในเรื่องการบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาต่อไป

การคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา นอกจากต้องเป็นการคัดเลือกบุคคลเพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถในด้านกฎหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งก็คือ จะต้องคัดเลือกให้ได้บุคคลที่มีคุณธรรมที่ดีในจิตใจอีกด้วย เนื่องจากงานในหน้าที่ผู้พิพากษานั้น ไม่ใช่เพียงการวินิจฉัยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายให้ถูกต้องเท่านั้น แต่จะต้องกระทำการในหน้าที่ด้วยความยุติธรรมด้วย จึงจะถือได้ว่าเป็นงานที่อำนวยความยุติธรรมให้ประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งจากขั้นตอนการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ามาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาที่กล่าวมานั้น

⁴⁰ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2546

ย่อมเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งแก่สาธารณชนว่า บุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่นี้มีทั้งความรู้ความสามารถทั้งทางด้านกฎหมาย และมีคุณธรรมจริยธรรมในจิตใจเพื่อที่จะอำนวยความยุติธรรมควบคู่ไปด้วย

เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนการสอบคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นระบบสอบคัดเลือกที่คล้ายคลึงกับระบบของประเทศฝรั่งเศส แต่ระบบการสอบคัดเลือกของไทยนั้นดูเหมือนว่าจะเน้นหนักไปในด้านการคัดเลือกผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายมากเกินไป จนบางครั้งอาจไม่ได้คำนึงถึงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมจริยธรรมที่ผู้พิพากษาพึงมี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติด้านความยุติธรรม ความเป็นอิสระ และความเป็นกลาง ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

ข้อสอบคัดเลือกผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นข้อสอบที่มุ่งวัดความรู้ ทักษะ และสมรรถภาพด้านกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากธงคำตอบซึ่งผู้ตอบจะต้องแม่นยำและสามารถจำตัวบทกฎหมายและคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี โดยเหตุผลตามเนื้อหาของกฎหมายและเนื้อหาที่ปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาถูกต้องครอบคลุมเนื้อหาทุกประเด็นที่ถามเป็นหลัก ผู้ตอบไม่จำเป็นต้องแสดงความคิดเห็นหรือแสดงทัศนคติของตนเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต ความมีคุณธรรม จริยธรรม ความรักความยุติธรรม ความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางให้ต่างไปจากประเด็นที่ถามได้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวไม่ได้เป็นการวัดเพื่อค้นหาความเป็นคนดี มีคุณธรรม ความเป็นคนซื่อสัตย์สุจริต รักความยุติธรรม⁴¹ อีกทั้งในขั้นตอนการตรวจสอบประวัติของผู้สมัครที่มีการส่งหนังสือไปสอบถามบุคคลต่าง ๆ ที่ผู้สมัครระบุไว้ในใบสมัคร ก็มักจะเป็นบุคคลเกี่ยวข้องกับผู้สมัครที่มีทัศนคติที่ดีต่อผู้สมัครเท่านั้น ดังนั้นข้อมูลที่ได้จากการสอบถามบุคคลเหล่านั้นจึงอาจไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับคุณสมบัติเกี่ยวกับคุณธรรมของผู้สมัคร

และเมื่อผ่านการสอบคัดเลือกและได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาแล้ว ก็จะต้องเข้ารับการอบรมเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ทางปฏิบัติทั่วไปก็จะอบรมเพียง 1 ปี ซึ่งนับว่าเป็นเวลาที่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสที่มีระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาที่คล้ายคลึงกับไทย ซึ่งการอบรมนี้ก็เสมือนการบังคับให้ผู้ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าห้องเรียนโดยไม่

⁴¹ สุรศักดิ์ คีรีวีเชียร, “การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543,” (ภาคนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 69.

มีแรงกระตุ้นหรือผลักดันให้ผู้เข้ารับการอบรมมีการสนใจในการฝึกอบรมมากขึ้น เนื่องจากว่าถึงอย่างไรก็ได้รับการบรรจุแต่งตั้งอยู่แล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้มีการบรรจุและแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ยังไม่มีความรู้ความสามารถและความเหมาะสมไปปฏิบัติหน้าที่ จนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ไม่เที่ยงธรรมเกิดความเสียหายต่อส่วนรวม และอาจสร้างความเสื่อมศรัทธาแก่สถาบันศาลยุติธรรมด้วย⁴² สังเกตได้จากสถิติการทำผิดวินัย⁴³ ที่ยังปรากฏให้เป็นส่วนน้อย แต่บางเรื่องเป็นเรื่องที่ร้ายแรง เช่น มีพฤติการณ์ไม่ซื่อสัตย์สุจริตในการพิจารณาคดี หรือเรียกประโยชน์ตอบแทนจากคู่ความ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากว่าเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น สาธารณชนอาจมีความเคลือบแคลงในความเป็นกลางของศาลก็เป็นได้ ดังนั้นในการคัดเลือกและอบรมผู้พิพากษาจึงต้องมีความเข้มงวดเกี่ยวกับเรื่องจริยธรรมให้มากขึ้น

ในกรณีนี้ในยุคที่ท่านศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ ดำรงตำแหน่งเป็น ปลัดกระทรวงยุติธรรม ท่านได้จัดให้มีการอบรมพระพุทธรศาสนาเป็นพิเศษ โดยอาราธนาท่านพุทธทาสภิกขุจากไชยา และให้เป็นการอบรมเป็นระยะยาวนาน ในชุดหนึ่ง ๆ ก็ประมาณอย่างน้อย 6 ชั่วโมง ถึง 10 ชั่วโมง⁴⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่ดีอย่างหนึ่ง และน่าจะเป็นหนทางสู่การปลูกฝังจิตสำนึกที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาต่อไปได้

4.2.2 จริยธรรมของผู้พิพากษากับการรักษาความเป็นกลางของศาล

แรกเริ่มประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการมีขึ้นเพื่อเป็นข้อแนะนำและเป็นแนวทางปฏิบัติแก่ผู้พิพากษาทั้งหลายรวมถึงผู้พิพากษาคณะตุลาการและผู้พิพากษาสมทบ ทั้งในด้านการปฏิบัติหน้าที่ราชการศาลยุติธรรมและการครองตนในสังคม⁴⁵ ซึ่งในเวลาต่อมาประมวลจริยธรรมดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ถือว่าเป็น

⁴² เฟิงอ้วง, น. 72.

⁴³ โปรดดู ผนวก ข.

⁴⁴ สัญญา ธรรมศักดิ์, หนทางสู่ความสำเร็จของนักกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2534), น. 62.

⁴⁵ นำมาจากส่วนคำนำของประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ, อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. คำนำ.

วินัยอย่างหนึ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตาม⁴⁶ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 62⁴⁷ ถ้าหากว่าผู้พิพากษาผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการก็ย่อมจะมีผลทำให้ผู้พิพากษากฎลงโทษทางวินัย⁴⁸ และหากการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อาจถูกลงโทษทางวินัยหนักสุดถึงขั้นไล่ออกได้⁴⁹

บทบัญญัติที่กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เมื่อได้กำหนดไว้เป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมย่อมต้องปฏิบัติตาม อันสามารถเป็นหลักประกันถึงความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อีกทางหนึ่งที่จะทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นได้ว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีของตนนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยฝ่าฝืนหลักจริยธรรม ไม่นำพาถึงหลักความเป็นกลางตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยมีความลำเอียงเพราะเหตุมีความสัมพันธ์กับคู่ความเนื่องจากเป็นญาติกัน แต่ไม่ยอมถอนตัวจากการพิจารณาคดี และหากพิสูจน์ได้ว่าการตัดสินใจนั้นเป็นไปโดยมีความลำเอียงเพราะเหตุดังกล่าวแล้ว ผู้พิพากษานั้นย่อมต้องถูกลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง เพราะถือว่าทำให้ความเป็นกลางของสถาบันศาลยุติธรรมถูกระทบกระเทือน และทำให้ภาพลักษณ์ที่ดีของศาลยุติธรรมในสายตาของสาธารณชนเสื่อมเสีย อันอาจถือได้ว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

⁴⁶ ธงทอง จันทรางศุ, ศาลทูล สันติवासะ และมานิตย์ จุมปา, รายงานการวิจัย เรื่อง จรรยาบรรณของตุลาการศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546) น. 17.

⁴⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 62 “ข้าราชการตุลาการต้องถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการ และจริยธรรมของข้าราชการตุลาการตามที่ ก.ต. กำหนด”

⁴⁸ โทษทางวินัยมีอยู่ 5 สถาน คือ ไล่ออก ปลดออก ให้ออก งดเลื่อนตำแหน่งหรือเงินเดือนเงินเดือน และภาคทัณฑ์

⁴⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 77(3)

หากพบว่ามีการฉีดยาแล้วเกิดขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าโทษที่ผู้พิพากษาดังกล่าวจะได้รับในทางวินัยคือ โทษไล่ออกหรือปลดออกหรือให้ออก⁵⁰

ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการได้กำหนดในเรื่องการรักษาความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาไว้ในข้อที่ 3 ข้อ 6 ข้อ 9 ข้อ 12 และข้อ 14⁵¹ ซึ่งมีการกำหนดจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับความเป็นกลางของศาลไว้ค่อนข้างละเอียด โดยมีคำอธิบายประกอบจริยธรรมแต่ละข้อ พร้อมกับยกตัวอย่างเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติและคำอธิบายนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของประมวลจริยธรรม⁵² ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความเป็นกลางของศาลที่เป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติในระหว่างการพิจารณาคดีหรือการดำรงตนนอกศาล และเห็นได้ว่าในส่วนของรายละเอียดมีความครอบคลุมมากกว่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรักษาความเป็นกลางของศาลในแง่ของการปราศจากอคติ และการวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดี ตลอดจนสภาพบังคับของประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการที่มีโทษสูงสุดถึงขั้นไล่ออกนั้น สามารถเป็นหลักประกันความเป็นกลางและให้ความเชื่อมั่นแก่สาธารณชนได้

บทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการตามที่ได้กล่าวมาแล้ว มีความครอบคลุมเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลที่ดี และสอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาล แต่เนื่องจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตนของข้าราชการตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้จะมีผลบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายที่ผู้พิพากษาจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม หากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ก็จะมีผลเพียงทำให้ผู้พิพากษานั้นถูกพิจารณาโทษทัณฑ์ทางวินัยเท่านั้น หาได้กระทบถึงกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาผู้นั้นไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 13 ว่ากระบวนการพิจารณาหรือแม้แต่คำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลาง

⁵⁰ สังเกตจากบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 3 ที่ใช้คำว่า “จักต้อง” อันหมายถึง การบังคับให้ผู้พิพากษาดำเนินปฏิบัติ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยระดับร้ายแรง มีโทษถึงขั้นไล่ออกหรือปลดออกหรือให้ออก

⁵¹ โปรดดู ผนวก ซ.

⁵² ธงทอง จันทรางศุ, ศาลทูต สันติวาสะ และมานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 46, น. 103.

นั้นมีผลสมบูรณ์ไม่เสียไป ถึงแม้ว่าบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการจะได้บัญญัติถึงการรักษาความเป็นกลางของศาลไว้อย่างละเอียดและครอบคลุมถึงเหตุต่าง ๆ มากกว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ตาม ดังนั้นหากมีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการขึ้นจึงมีผลทำให้ผู้ที่ฝ่าฝืนถูกพิจารณาโทษทัณฑ์ทางวินัยเท่านั้น แต่ไม่ได้มีผลกระทบถึงกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ผู้พิพากษานั้นได้กระทำขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องที่ขัดกันในความรู้สึกเชื่อมั่นและศรัทธาของคุณความต่อความยุติธรรมของศาลได้และไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาล ดังนั้นในเรื่องของกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางจึงถือว่ามีผลสำคัญที่จะต้องหาทางออกที่เหมาะสมต่อไป

นอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการแล้ว การตรวจสอบและหลักประกันความเป็นกลางและความมีจริยธรรมของศาล ยังปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 270 ที่บัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้ หากผู้พิพากษามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันความเป็นกลางของศาลได้อย่างหนึ่ง

4.2.3 ผลต่อผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาล

การพิจารณาพิพากษารอคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม⁵³ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปด้วยความยุติธรรมนั้นอย่างน้อยจะต้องกระทำไปตามหลักความเป็นกลาง หากว่าผู้พิพากษาได้ทำหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวย่อมที่จะกระทบต่อความยุติธรรมที่คู่ความควรจะได้รับ

ดังนั้นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น จึงเป็นอำนาจตามกฎหมายที่กำหนด ซึ่งการพิพากษาคดีต้องกระทำภายในขอบเขตของอำนาจตามกฎหมายและตั้งอยู่บน

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 10 ส่วนที่ 1 บททั่วไป

พื้นฐานของเหตุผลที่ควรจะเป็น ในการใช้อำนาจดังกล่าวผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเป็นอิสระในกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมาย⁵⁴ แต่อย่างไรก็ดี หากผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางไม่ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีจะเกิดขึ้นด้วยมูลเหตุใดก็ตาม ย่อมเป็นอำนาจอิสระตามที่กฎหมายรับรองให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะกระทำได้ เมื่อผลของการพิจารณาพิพากษาคดีที่ฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องต่อศาลหรือผู้พิพากษาในทางใดได้บ้าง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแก่คู่ความถึงความเป็นกลางของศาล

ในทางแพ่ง ผู้พิพากษามีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทหนึ่ง แต่เนื่องจากศาลไม่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นกรม อีกทั้งไม่มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นหน่วยงานของรัฐ⁵⁵ ผู้พิพากษาจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดและขอบเขตของความรับผิดจึงจำเป็นต้องอาศัยตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการตามหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางละเมิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁶ ซึ่งกรณีที่ผู้พิพากษาจะรับผิดทางละเมิดจากการพิจารณาพิพากษาโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางได้ ผู้พิพากษานั้นจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้คู่ความได้รับความเสียหายจากการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาเป็นการกระทำไปตามอำนาจของกฎหมาย ตราบใดที่ผู้พิพากษาพิจารณาคดีไปภายในกรอบของกฎหมายย่อมถือว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ แม้ว่าจะพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยมีอคติหรือความลำเอียงอันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางก็ตาม ก็ย่อมต้องถือว่าเป็นการกระทำไปภายใต้อำนาจของกฎหมาย หากคู่ความได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวของผู้พิพากษาก็จักต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้พิพากษานั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ตนได้รับความเสียหายอย่างไร หากไม่สามารถพิสูจน์ได้แม้ว่าศาลนั้นจะได้พิจารณาพิพากษาคดีไปด้วยอคติหรือความลำเอียง ผู้พิพากษาย่อมไม่ต้องรับผิดชอบต่อคู่ความนั้น

⁵⁴ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, “ความรับผิดทางแพ่งของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) น. 103.

⁵⁵ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มาตรา 4

⁵⁶ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 54, น. 105.

ในทางอาญามีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดโทษไว้สำหรับศาลหรือผู้พิพากษาที่กระทำความผิดเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางอยู่เพียง 2 มาตรา คือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ 202 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบน เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ไม่ว่าจะโดยชอบหรือไม่ชอบ โดยเจตนาเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบนั้น เป็นการที่ผู้กระทำรู้ถึงลักษณะของการกระทำในตำแหน่งกับรู้ถึงความเกี่ยวพันหรือเชื่อมโยงระหว่างทรัพย์สินหรือประโยชน์กับการกระทำนั้น และผู้กระทำการต้องการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้น⁵⁷ ซึ่งผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางจะผิดตามมาตรานี้ได้ ข้อเท็จจริงต้องปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นเรียก รับ หรือยอมจะรับซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อที่จะพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ได้ตัดสินใจไปตามเหตุผลของกฎหมายที่ควรจะเป็น หรือแม้กระทั่งผู้พิพากษานั้นได้ตัดสินใจไปตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม หากพฤติการณ์มีการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแล้ว ความผิดมาตรานี้ย่อมสำเร็จ เพราะมาตรา 201 ใช้คำว่า “เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่” และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ [การรักษา] ความเป็นกลางของงานยุติธรรม⁵⁸

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีบทลงโทษทางอาญาใดที่สามารถเอาผิดกับผู้พิพากษาที่กระทำการโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางอย่างอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีความเป็นกลางเนื่องจากเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบน เช่น การที่ผู้พิพากษามีเจตนาที่จะพิจารณาพิพากษาคดีให้ญาติของตนเป็นฝ่ายชนะคดีโดยไม่ได้แจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงเหตุดังกล่าวมาก่อน หรือผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีให้บริษัทที่ตนหรือคู่สมรสมีส่วนได้เสียในผลแห่งคำพิพากษานั้นเป็นฝ่ายชนะคดี เป็นต้น แม้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวจะชอบด้วยเหตุผลถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความเป็นกลางแล้ว คำพิพากษาที่ออกมาดังกล่าวย่อมทำให้สาธารณชนทั่วไปมีความเคลือบแคลงสงสัยถึงความยุติธรรมของศาลยุติธรรมได้ อันอาจส่งผลเสียต่อความยุติธรรมของระบบศาลทั้งระบบได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกระทำความผิดของผู้พิพากษามาตรา 201 ที่มุ่งรักษาความเป็นกลาง

⁵⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น. 842.

⁵⁸ เพิ่งอ้าง.

ของงานยุติธรรมแล้ว ย่อมมีจุดมุ่งหมายไม่แตกต่างอะไรกับตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น แต่กฎหมายกลับไม่ได้บัญญัติเอาผิดในทางอาญาครอบคลุมถึงส่วนนี้ ดังเช่นที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามหากมองในอีกมุมหนึ่งแล้ว ในเมื่อบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา และกำหนดบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางแล้ว จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมิบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้พิพากษาที่กระทำการโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาลอีก เพราะอาจจะกระทบต่อความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของศาลได้ ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า จริงอยู่ที่การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมจะต้องกระทำไปโดยอิสระ แต่ก็เห็นได้ว่า ตั้งแต่มีบทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา และบทกำหนดโทษในทางอาญามาตรา 201 และมาตรา 202 แทบไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาเลย หรือหากมีเกิดขึ้นก็อาจเป็นส่วนน้อยมาก จึงทำให้เห็นได้ว่าการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาเพิ่มเติมย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ตรงกันข้ามถ้าหากผู้พิพากษามีความเป็นกลางอยู่ในจิตใจและประพฤติตนอยู่ในกรอบของจริยธรรมตุลาการอย่างเคร่งครัด ย่อมจะทำให้สาธารณชนได้รับความยุติธรรมที่เท่าเทียมและทั่วถึงกัน อีกทั้งเป็นการเพิ่มหลักประกัน และเพิ่มความเชื่อมั่นของสาธารณชนในความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลอีกทางหนึ่งด้วย

4.2.4 ปัญหาบางประการเกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของศาลไว้ในมาตรา 197 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ซึ่งเหตุผลที่ผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระอยู่ในตัว เป็นเพราะผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ภาระหน้าที่ที่สำคัญเช่นนี้จึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่จะต้องช่วยกันทำทุกวิถีทางให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระจากอำนาจหรืออิทธิพลใด ๆ ทั้งปวง เพราะมิฉะนั้นแล้วก็เป็นที่ยากยิ่งที่ผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่ได้⁵⁹ และเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็น

⁵⁹ ศักดา โมกขมรรคกุล, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” วารสารบทบัญญัติ, เล่มที่ 52 ตอนที่ 3, น. 4, (2539).

หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁶⁰ การมีหลักประกันความเป็นอิสระของศาลย่อมส่งผลให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นไปถึงหลักความเป็นกลางของศาลด้วย เนื่องจากทั้งสองหลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 การที่จะประกันความเป็นกลางว่าศาลยึดถือหลักกฎหมายและความยุติธรรมเป็นที่ตั้งในการพิจารณาคดี ไม่ถูกชักจูงบีบบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลแปรไปตามความต้องการหรือประโยชน์ของฝ่ายใด ซึ่งจำเป็นต้องมีการวางหลักประกันอิสระภาพให้แก่ตุลาการ⁶¹ ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงปัญหาบางประการเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาลเกี่ยวกับการจ่ายสำนวนคดี การเรียกคืนสำนวนคดี และการโอนสำนวนคดีซึ่งอาจจะทำให้ศาลเสียความเป็นอิสระไป หากไม่มีกฎหมายมาควบคุมผู้รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนทำให้เกิดการจ่ายสำนวนได้ตามอำเภอใจ หรือจ่ายให้ผู้ที่เป็นคนใกล้ชิดสนิทสนมเพื่อความสะดวกในการจงใจ⁶² อันอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นกลางของศาลได้

หลักเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนนั้นเดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249⁶³ ได้บัญญัติรองรับหลักการไว้ แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญศาลยุติธรรม ได้บัญญัติในเรื่องการจ่าย การโอน และการเรียกคืนสำนวนคดีไว้ ในมาตรา 32 ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

การจ่ายสำนวนคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 32 ให้ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล หรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกในแต่ละศาล (หรือผู้จ่ายสำนวนคดี) เป็นผู้รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือในแผนกคดีนั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการ

⁶⁰ ธรรม์ ชาลีจันทร์, “ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ,” วารสารอัยการ, ปีที่ 16 ฉบับที่ 182, น. 128, (2536).

⁶¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น. 98.

⁶² ชุมพล จันทราทิพย์ แก้วไขเพิ่มเติมโดย สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น. 138.

⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 วรรคสาม “การจ่ายสำนวนคดีให้ผู้พิพากษาและตุลาการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ”

ที่กำหนดโดยระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม⁶⁴ ปัจจุบันมีระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ.2544⁶⁵ อันเป็นหลักเกณฑ์ปฏิบัติในการจ่ายสำนวนของผู้จ่ายสำนวนคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ผู้จ่ายสำนวนคดีจัดองค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือแผนกที่ตนรับผิดชอบให้มีองค์คณะสำหรับรับสำนวนคดีทั่วไป สำนวนคดีพิเศษ และสำนวนคดีจัดการพิเศษ แล้วกำหนดลำดับตามหลักอาวุโสหรือหลักเกณฑ์อื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนด และการจ่ายสำนวนคดีก็ให้เป็นไปตามลำดับที่ได้จัดไว้ หรือถ้าหากเป็นวิธีการอื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนดก็ต้องไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาใด ซึ่งประเด็นนี้สามารถเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ในระดับหนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันมิให้เกิดการจ่ายสำนวนคดีให้แก่ผู้ที่มีความใกล้ชิดสนิทสนมเพื่อความสะดวกในการจงใจได้ แต่ก็ยังมีช่องให้ผู้จ่ายสำนวนคดีสามารถทำได้โดยระเบียบดังกล่าวได้เปิดช่องให้ผู้จ่ายสำนวนคดีสามารถวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดองค์คณะเกี่ยวกับสำนวนคดีโดยแยกสำนวนคดีทั่วไป สำนวนคดีพิเศษ และสำนวนคดีจัดการพิเศษ โดยระเบียบไม่ได้กำหนดจำนวนขั้นต่ำขององค์คณะในคดีแต่ละประเภทไว้ ดังนั้นหากว่าผู้จ่ายสำนวนคดีเห็นว่า ผู้พิพากษาใดที่ตนสามารถที่จะจงใจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ก็อาจจะตั้งบุคคลดังกล่าวไปอยู่ในองค์คณะคดีพิเศษ หรือคดีจัดการพิเศษ เพียงองค์คณะเดียวได้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การจัดองค์คณะต้องจัดให้ตรงกับความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมก็ตาม แต่ก็ได้เป็นการบังคับให้ผู้จ่ายสำนวนคดีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดแต่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติเพื่อใช้ประกอบดุลพินิจในการจัดองค์คณะผู้พิพากษาของผู้จ่ายสำนวนคดีเท่านั้น ดังนั้นจึงควรที่จะต้องพิจารณาว่า การให้ผู้จ่ายสำนวนคดีมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนแก่องค์คณะผู้พิพากษาในกรณีเช่นนี้ จะถือเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ขององค์คณะผู้พิพากษาจนทำให้กระทบถึงความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษามากเกินไปหรือไม่

ปัญหาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาล กล่าวคือ หลักความเป็นอิสระของศาลเป็นหลักประกันพื้นฐานอย่างหนึ่งที่จะทำให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้อย่างยุติธรรมตามที่กล่าวมาแล้ว แต่การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่ว่าจะสามารถกระทำการใด

⁶⁴ มาตรา 32 วรรคสอง “การออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมขององค์คณะผู้พิพากษาที่จะรับผิดชอบสำนวนคดีนั้น รวมทั้งปริมาณคดีที่องค์คณะผู้พิพากษาแต่ละองค์คณะต้องรับผิดชอบ”

⁶⁵ โปรดดู ผนวก. ณ.

ๆ ได้ตามอำเภอใจไปเสียทุกอย่างไม่ โดยเฉพาะการพิพากษาคัดสินคดี มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องพิพากษาไปตามตัวบทกฎหมายและจะต้องอธิบายเหตุผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงพิพากษาคัดสินออกมาเช่นนั้น การที่ศาลจะต้องให้เหตุผลในการตัดสินคดีเสมือนนี้ เป็นกฎเกณฑ์อีกอย่างหนึ่งนอกเหนือจากหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาล ที่จะทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจในความยุติธรรมของศาล⁶⁶ ดังนั้น การให้เหตุผลในคำพิพากษาจึงเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นว่าศาลได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความอิสระและเป็นกลาง โดยผ่านทางเหตุผลในคำพิพากษาที่ตัดสินออกมาอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมแก่คู่ความและสาธารณชน อันจะส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความยุติธรรมที่ดีขึ้นต่อไป

การให้เหตุผลในคำพิพากษามาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 141(4) “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทำเป็นหนังสือ และต้องกล่าวหรือแสดงเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยทั้งปวง” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186(6) “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” แต่ในสภาพเหตุการณ์ในปัจจุบันที่จำนวนคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ประกอบกับการดำเนินคดีจะต้องทำให้เสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็ว จึงอาจทำให้ศาลไม่อาจทำคำพิพากษาได้อย่างพิถีพิถัน ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงในปัญหาข้อเท็จจริงมากเกินไป⁶⁷ ในกรณีเช่นนี้หากมีการละเลย ไม่นำพาต่อการให้เหตุผลในคำพิพากษา หรือว่าให้เหตุผลในคำพิพากษาที่ไม่เพียงพอหรือไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว สาธารณชนย่อมที่จะขาดความเชื่อถือในคำพิพากษาและความยุติธรรมของศาล

⁶⁶ ยงยุทธ มหินทรกุล, “การให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 25 ฉบับที่ 2, น. 321, (มิถุนายน 2538).

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, น. 334.