

บทที่ 3

ระบบวิธีพิจารณาความแพ่งและการสืบพยานเพื่อค้นหาความจริงในคดี

ในบทนี้ ผู้เขียนจะศึกษาถึงระบบวิธีพิจารณาความแพ่งและการสืบพยานเพื่อค้นหาความจริงในคดี โดยมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวความคิดพื้นฐานและหลักทั่วไปของกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง นำไปสู่ความเป็นมาและการแบ่งระบบวิธีพิจารณาความแบ่งออกเป็นสองกลุ่มประเทศใหญ่ๆ ได้แก่ ระบบวิธีพิจารณาความของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law Country) และ ระบบวิธีพิจารณาความของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law Country) ส่งผลให้บทบาทของผู้พิพากษามีความแตกต่างกัน จากนั้น ผู้เขียนจะศึกษาถึง ระบบวิธีพิจารณาและสืบพยานของประเทศไทยในปัจจุบัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. แนวความคิดพื้นฐานและหลักทั่วไปของกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง

กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคล กฎหมายเอกชนเคารพในสิทธิและหน้าที่ของกันและกันตามที่ยากจะมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน แต่การมีกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลไว้โดยไม่มีกฎหมายที่กำหนดกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่กฎหมายเอกชนได้กำหนดไว้ ย่อมไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้สังคมมีความสงบสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อย เพราะเมื่อลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนโดยการใช้กำลังบังคับ อันเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม เพราะไม่แน่ว่าผู้ที่เป็นฝ่ายถูกจะเป็นผู้ที่แข็งแรงกว่า¹ ดังนั้น จำต้องมีกฎหมายกำหนดกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ได้แก่ กฎหมายวิธีสบัญญัติควบคู่กันไป รัฐจึงวางกรอบการบังคับใช้กฎหมายและถือว่าการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในกฎหมายเอกชนเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ ดังสุภาษิตที่ว่า “ubi jus, ibi remedium” (Where there is the right, there is a remedy) อันหมายถึงที่ไหนมีสิทธิ ที่นั้นย่อม

¹ คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 30.

ได้รับการเยียวยา² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้สิทธิและหน้าที่หรือความรับผิดชอบของบุคคลตามกฎหมายสารบัญญัติได้รับความรับรอง (acknowledgement)คุ้มครอง (protection) และบังคับตาม (enforcement) เมื่อกฎหมายสารบัญญัติวางหลักเกณฑ์ว่าผู้ใดมีสิทธิหน้าที่หรือความรับผิดชอบอย่างไรแล้ว การที่จะขอให้ศาลรับรอง คุ้มครอง หรือบังคับตามสิทธิ หรือหน้าที่นั้นๆ จะต้องดำเนินการตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อมีผู้ใดมาโต้แย้งหรือคัดค้านต่อสิทธิของบุคคล ที่มีอยู่โดยชอบหรือเมื่อสิทธิของบุคคลถูกผู้ใดทำลายเสียหาย หรือเมื่อบุคคลมีสิทธิจะได้รับประโยชน์จากผู้อื่น บุคคลนั้นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั่นเอง³

1.1 ความหมายและความสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งคือ บทบัญญัติทั้งหลายที่วางหลักเกณฑ์การดำเนินคดีแพ่ง⁴หรือเป็นกระบวนการพิจารณาที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ที่ดีของวิธีพิจารณาความ ได้แก่ ความยุติธรรมและความรวดเร็ว หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่บังคับ หรืออนุญาตให้คู่ความและศาลปฏิบัติตาม เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาคดี⁵

ปัญหาว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในเรื่องนี้ ศ.ดร. หยุต แสงอุทัย ให้ความเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ที่ว่า เป็นคดีที่คู่ความมีความสัมพันธ์ต่อกัน คือการฟ้องร้องกันเองนั้นเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิของเขาในทางแพ่ง ก็ถือว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน เหตุนี้จึงถือว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายเอกชน แต่หากพิจารณาในแง่ที่ว่า คู่กรณี

² Arwed Blomeyer, International Encyclopaedia of Comparative Law, Vol.XVI:Civil Procedure, Chapter 4:Types of Relief Available (Judicial Remedies), (London: Tubingen and Martinus Nijhoff Publishers, 1982), p. 4.

³ นิติการณัประสม, พระ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2515), น. 1-2.

⁴ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1, น. 31.

⁵ วรณชัย บุญบำรุง, “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2543), น. 81.

ประสงค์ที่จะให้การเป็นไปตามสิทธิของเขาซึ่งเขาบังคับเองไม่ได้ ต้องมาขอความช่วยเหลือจากศาลของรัฐ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็เป็นกฎหมายมหาชนเพราะมีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือราษฎร กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเป็นกฎหมายมหาชน⁶ และ ศ.ดร. หยุด แสงอุทัย มีความเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายมหาชน

อาจารย์ คณิต ฦ นคร มีความเห็นว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายมหาชนเพราะเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคล รัฐมีอำนาจเหนือกว่า โดยการบังคับสิทธิของเอกชนให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ไว้⁷

ส่วนอาจารย์จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย มีความเห็นว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายมหาชนเพราะกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นระเบียบขั้นตอนการดำเนินงานของศาล มีบทบัญญัติที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น ในเรื่องละเมิดอำนาจศาล เป็นต้น โดยที่รัฐมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้น จึงเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่รัฐมีอำนาจบังคับเหนือกว่า

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายมหาชนเนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดวิธีดำเนินการให้บริการของรัฐในด้านกระบวนการยุติธรรม การให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนนั้นถือเป็นการทำหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐ การทำคำพิพากษาที่มีความเป็นอิสระเพื่อสาธารณะประโยชน์ เป็นการใช้อำนาจเพื่อดำรงความสงบให้กับสังคมนั่นเอง

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีความสำคัญคือ เป็นกฎเกณฑ์กำหนดวิธีการที่บุคคลจะเสนอคดีของตนต่อศาล เป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลและสิทธิของคู่ความ

⁶ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), น. 218-219.

⁷ คณิต ฦ นคร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 31. และ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 55. และโปรดดูวรรณชัย บุญบำรุงและคณะ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 60.

ตลอดจนขั้นตอนและหลักเกณฑ์ต่างๆ ว่าในระหว่างดำเนินคดีคู่ความต้องปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนอะไร และมีกำหนดระยะเวลาอย่างไร คู่ความอ้างพยานหรือเบิกความได้อย่างไร จะยื่นอุทธรณ์ฎีกาได้ในการกำหนดเวลาเท่าไร การมองวิธีพิจารณาความเช่นนี้เป็นการมองกฎหมายวิธีพิจารณาความในด้านการกำหนดวิธีการที่บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือคู่ความจะมีความสัมพันธ์กับศาลและเป็นการกำหนดให้อำนาจแก่ศาลหรือผู้พิพากษาในการสั่งหรือทำคำวินิจฉัย นอกจากนี้กระบวนการพิจารณาหรือวิธีพิจารณาความยังมีวัตถุประสงค์ที่จะให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยสร้างวิธีการและขั้นตอนต่างๆ ที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาทางคดีและยังช่วยป้องกันสิทธิและผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่ความ ด้วยการกำหนดให้คู่ความเสนอคดีของตนต่อศาลในลักษณะที่เหมาะสม และใช้วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาเฉพาะเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของตนเท่านั้น และวิธีพิจารณาความที่มีประสิทธิภาพที่จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้นั้น จำเป็นต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งหลักเกณฑ์แห่งสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นต่างๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย หลักสิทธิในการต่อสู้คดี หรือหลักฟังความทุกฝ่าย (le principe de la contradiction) จะทำให้เกิดกระบวนการยุติธรรมที่ดีได้

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความอีกด้านหนึ่งคือเป็นกลไกควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของผู้ใช้อำนาจตุลาการ กล่าวคือ มุมมองในเชิงโครงสร้างของกฎหมายวิธีพิจารณาความแสดงให้เห็นระบบถ่วงดุลอำนาจของตุลาการในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาพิพากษาคดี ในกระบวนการพิจารณาคดีที่ผู้พิพากษาก่อกระทำต่อคู่ความหรือระหว่างคู่ความกระทำต่อศาล เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นหลักกฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อวางแผนการควบคุมกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายนั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้นปัจจัยที่ถือว่าเป็นหัวใจที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความก็คือ กระบวนการยุติธรรมที่ดีนั้นต้องทำให้คู่ความได้รับความยุติธรรมด้วยความรวดเร็วตามสมควรอีกด้วย ดังเช่นสุภาษิตกฎหมายที่ว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความไม่ยุติธรรม (justice delay is justice denied)⁸

⁸ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 219 - 220.

1.2 ภารกิจของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

1.2.1 ภารกิจในการยกเลิกการช่วยเหลือตนเอง

วิธีการดั้งเดิมของมนุษย์ในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเอกชนได้แก่วิธีการช่วยเหลือตนเอง (selfsthilfe หรือ self help)⁹ และการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลโดยการยกพวกหรือใช้กำลังบังคับกัน กรณีดังกล่าวย่อมกระทบต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวมเพราะผู้ที่มีกำลังบังคับมากกว่าก็จะกลายเป็นฝ่ายที่ชนะ และวิธีการนี้ไม่มีหลักประกันการแพ้ชนะกันในทางกฎหมาย ความสุขสงบที่แท้จริงจึงไม่เกิดขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้าจัดการระงับข้อพิพาทในทางกฎหมายเอกชนด้วยตนเอง โดยการทำให้มีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นไว้ ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเป็นกระบวนการทางกฎหมายของรัฐที่เข้ามาแทนที่การช่วยเหลือตนเองอันเป็นกระบวนการและขั้นตอนของการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ

1.2.2 ภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและพัฒนากฎหมาย

วิธีพิจารณาความทุกคดีไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาคดีอาญา วิธีพิจารณาปกครองหรืออื่นๆ ต่างก็เป็นกฎเกณฑ์ที่ทำให้สังคมมีความเป็นปกติสุขดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น ภารกิจของวิธีพิจารณาความแพ่งอีกประการหนึ่งจึงเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

1.2.3 ภารกิจเฉพาะ

ภารกิจเฉพาะของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น ได้แก่

1) ภารกิจในการชี้ขาดตัดสินคดี

เมื่อวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกระบวนการที่จะชี้ขาดตัดสินเรื่องที่เอกชนพิพาทกันการดำเนินคดีแพ่งทั้งหมดจึงเป็นภาระหน้าที่ของคู่ความในคดีกล่าวคือ การที่นำคดีมาสู่ศาล การเสนอข้อหาและการนำเสนอพยานหลักฐาน ย่อมอยู่ในความรับผิดชอบสุดท้ายของคู่ความ วิธีพิจารณาความแพ่งเป็นไปตามหลักความตกลง หรือ หลักความประสงค์ของคู่ความ

⁹ vgl. Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, S.1; Schwab-Rosenberg, Zivilprozessrecht, S.2 อ้างใน คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 1, น. 30.

(Verhandlungsmaxime หรือ Verhandlungsgrundsatz)¹⁰ ดังนั้น ศาลจะทำหน้าที่เพียงเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดีให้เป็นไปตามที่คู่ความเสนอและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่รับกันเท่านั้นและการดำเนินคดีแพ่งก็เป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความอย่างแท้จริง ดังนั้นในแต่ละกระบวนการพิจารณาคู่ความจึงสามารถตกลงเพื่อระงับคดีกันได้ตลอดเวลา ไม่ว่าการพิจารณาจะอยู่ในขั้นตอนใดก่อนการชี้ขาดตัดสินคดี

2) การกึ่งในการรักษาสถาบันทางกฎหมาย

ในคดีแพ่งที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณา ศาลจะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีไปเลยมิได้ แต่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องให้โจทก์แสดงพยานหลักฐานประกอบคำฟ้องของโจทก์และศาลต้องเห็นว่าคดีมีมูลที่จะฟ้องร้อง หากศาลเห็นว่าฟ้องนั้นโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องศาลต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ (มาตรา 198 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) ศาลจะยกขึ้นอ้างโดยลำพังซึ่งข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ได้ เป็นข้อกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี (Prozessvoraussetzung)¹¹ และหากเป็นคดีเกี่ยวกับสิทธิแห่งสภาพบุคคลหรือสิทธิในครอบครัว หรือคดีที่พิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ศาลมีอำนาจที่จะเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (มาตรา 198 ทวิ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการรักษาสถาบันครอบครัวและเรื่องกรรมสิทธิ์ที่มีความสำคัญต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพื่อมิให้หลักฟังความสองฝ่ายได้รับผลกระทบมากเกินไป กฎหมายจึงไม่ละเลยที่จะดำเนินการตามหลักการตรวจสอบ (Untersuchungsmaxime หรือ Untersuchungsgrundsatz) ศาลจะวางเฉยเพียงอย่างเดียวไม่ได้แต่ต้องกระตือรือร้นตามสมควรด้วย¹²

¹⁰ เป็นหลักเดียวกันกับหลักความประสงค์ของคู่ความ (The dispositive system หรือ le principe dispositif) โปรดดู หัวข้อ 1.3 หลักการพื้นฐานทั่วไปในระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง น. 45.

¹¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 138.

¹² คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 36.

1.3 หลักการพื้นฐานทั่วไปในระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง

บทบัญญัติทั้งหลายในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้รับอิทธิพลมาจากหลักการหรือทฤษฎีสำคัญๆ ส่งผลให้การบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นต้องมีความสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวด้วย นอกจากนี้การศึกษาหลักการพื้นฐานทั่วไปในระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากจะมีความจำเป็นในการช่วยให้เข้าใจในความหมายของวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ในทางปฏิบัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังเป็นหลักประกันทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในแต่ละคดี มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลแต่ฝ่ายเดียว ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานทั่วไปในระบบวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวข้องกับประเด็นบทบาทของศาลในการค้นหาความจริงในคดีแพ่ง มีหลักการดังนี้

1.3.1 หลักความประสงค์ของคู่ความ

1.3.2 หลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

1.3.3 หลักการได้รับฟังหรือฟังความทุกฝ่าย

1.3.1 หลักความประสงค์ของคู่ความ (The dispositive system หรือ le principe dispositif)

หลักความประสงค์ของคู่ความมีแนวคิดที่ว่า ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดี เป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนด คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ มีอำนาจเต็มทีในการนำเสนอพยานหลักฐาน คู่ความผู้กำหนดขอบเขตของคดีรวมทั้งทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณาเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ (nemo iudex sine actore: ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus) หรือหลักความตกลงกล่าวคือ คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือถอนคดีออกไป โดยศาลจะถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาคดีเฉพาะสิ่งที่คู่ความเสนอต่อศาล และต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทในเชิงรุก หลักนี้จึงส่งผลโดยปริยายทำให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหา¹³ องค์ประกอบของหลักความประสงค์ของคู่ความได้แก่¹⁴

¹³ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 72-74.

¹⁴ วรณชัย บุญบำรุง และคณะ. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 75-76.

ก) หลักคู่ความเป็นผู้ร้องขอ เป็นหลักที่ใช้ทั้งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หมายความว่ากระบวนการวิธีพิจารณาความไม่อาจมีขึ้นได้ เว้นแต่โดยการริเริ่มของคู่ความ (nemo iudex sine actore)

ข) หลักการฟ้องแย้งและการต่อสู้คดีของเอกชน ปัจจุบันให้มีการฟ้องแย้งได้แต่โดยจำกัด กล่าวคือการฟ้องแย้งแต่เดิมต้องมีขึ้นจากเหตุการณ์ที่สืบเนื่องจากคดีเดิม

ค) หลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ (ne eat iudex ultra vel extra petita partium) ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ถือหลักการนี้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแพ่ง แต่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และกลุ่มประเทศสังคมนิยม รัฐอาจยกเว้นหลักการนี้ได้บ้าง ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาถือหลักแนวปฏิบัติศาล Chancery กล่าวคือ ในบางครั้งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความศาลอาจให้การเยียวยาแก่คู่ความได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคน พ.ศ. 2551 ได้ยกเว้นหลักการนี้ ในมาตรา 39 กล่าวคือ กรณีผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องแทนผู้บริโภคเป็นโจทก์ หากปรากฏว่าจำนวนค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องไม่ถูกต้องหรือวิธีการบังคับตามคำขอไม่เพียงพอต่อการแก้ไขความเสียหายตามฟ้อง ศาลมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยให้ถูกต้อง หรือกำหนดวิธีการบังคับให้เหมาะสมได้ แม้จะเกินกว่าที่ปรากฏในคำขอของโจทก์ก็ตาม

ง) สิทธิในการโต้แย้งคำพิพากษา เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว คู่ความ (หรือในบางกรณีผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง) เท่านั้นที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาได้ นอกจากนั้นศาลที่พิจารณาคดีอุทธรณ์ต้องพิจารณาข้อต่อสู้อย่างจำกัดหมายถึงต้องเป็นข้อต่อสู้ตามคำฟ้อง คำให้การ และเป็นประเด็นข้อพิพาทที่คู่ความยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นเท่านั้น

จ) สิทธิในการประนีประนอมยอมความหมายถึง การที่คู่ความสามารถยุติคดีได้ ไม่ว่าในขั้นตอนใดของการพิจารณา เว้นแต่เป็นการขัดต่อความสงบและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือสิทธิประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง หากรัฐยินยอมให้เอกชนมีอำนาจตกลงกันได้ในเรื่องดังกล่าวก็จะก่อความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมเป็นอย่างมาก รวมถึงการที่คู่ความไม่สามารถมีคำทำ กล่าวคือไม่สามารถตกลงยอมรับข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณา

แม้สมประโยชน์ของคู่ความฝ่ายใดและคู่ความอีกฝ่ายจะยอมรับข้อเท็จจริงในเรื่องที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ไม่¹⁵

1.3.2 หลักความเป็นอิสระและหลักความความเป็นกลางของผู้พิพากษา

อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ คืออำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็นสามฝ่าย (Separation of powers) ได้แก่ อำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เองย่อมเป็นปกติวิสัยที่จะชักนำผู้ใช้อำนาจอย่างเต็มที่และก่อให้เกิดการเบียดเบียนข่มเหงกันขึ้น¹⁶ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยศาลยุติธรรมเพื่อยุติข้อพิพาท¹⁷ จึงต้องมีระบบงานตุลาการที่เป็นอิสระ เป็นกลางมีเอกภาพมั่นคงเพียงพอในการตรวจสอบและถ่วงดุล (check and balance of powers) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติ นอกจากนั้นยังทำหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี จึงต้องปราศจากการใช้อำนาจหรืออิทธิพลใดๆ เข้ามาแทรกแซง ภาระหน้าที่สำคัญเช่นนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีมาตรการให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระจากอำนาจหรืออิทธิพลใดทั้งปวง เพราะมิฉะนั้นแล้วจะมีความลำบากอย่างยิ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา¹⁸

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือความเป็นอิสระของศาล (Independence of the Judiciary) แบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีแรก ความเป็นอิสระในเนื้อหา หมายถึงในการทำหน้าที่ทางอรรถคดีของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาไม่อยู่ในอาณัติของบุคคลหรือองค์กรใดๆ จึงมีอิสระในการแสดงความเห็นได้เต็มที่ คำสั่งและคำแนะนำต่างๆ ที่มีผลต่อเนื้อหาการพิจารณาคดีเพื่อให้การวินิจฉัยอรรถคดีของผู้พิพากษาเป็นไปตามคำสั่งเป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิง รวมถึงกรณีที่

¹⁵ วรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 59-60.

¹⁶ กิตติศักดิ์ ปกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 98.

¹⁷ โกเมศ ขวัญเมือง, “ศาล (court),” ดุลพินิจ, เล่ม 1 ปี 53, (พฤษภาคม – สิงหาคม), น. 129.

¹⁸ ศักดา โมกขมรรคกุล, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” วารสารบทบัญญัติ, เล่มที่ 52 ตอนที่ 3, (2539), น. 4.

คำสั่งนั้นจะมีผลให้การพิจารณาคดีไม่เป็นอิสระต่อการพิจารณาคดีในทางอ้อม เช่น กำหนดระยะเวลาให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีให้เสร็จตามที่กำหนด หรือการสั่งให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นจนไม่มีเวลาเพียงพอในการวินิจฉัยคดีด้วย

กรณีที่สองคือ ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายถึง ในการทำหน้าที่ผู้พิพากษานั้น ผู้พิพากษาต้องกระทำโดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือการกลั่นแกล้งภายหลังที่จะบังเกิดแก่ตน เช่น การโยกย้าย การเลื่อนขั้นตำแหน่ง การลดขั้นเงินเดือน เป็นต้น¹⁹

ส่วนความเป็นกลางของผู้พิพากษา (Impartiality) หมายถึง ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะต้องอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานความเป็นกลาง (objective criteria) มากกว่าบนพื้นฐานของความลำเอียง(bias) ความมีอคติ (prejudice) หรือความเอนเอียงเข้าข้าง (preferring) ในผลประโยชน์ได้เสียของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควร หรือหมายถึงการที่ศาลตัดสินคดีด้วยปราศจากความลำเอียง ความเกลียดชัง ความเห็นอกเห็นใจ ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²⁰

ความเป็นอิสระของศาล มีความสัมพันธ์กับความเป็นกลางของศาล เพราะศาลที่เป็นอิสระเท่านั้นที่จะสามารถให้ความยุติธรรมที่เป็นกลางบนพื้นฐานของกฎหมายได้ ผู้พิพากษาต้องมีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากปัจจัยใดๆ อันอาจกระทบต่อการพิจารณาคดีเนื่องจากคำพิพากษามาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่วินิจฉัยในคดี หากปัจจัยใดหนึ่งมีอิทธิพลเหนือตัวผู้พิพากษา การพิจารณาคดีย่อมไม่มีความเป็นกลาง เมื่อไม่มีความเป็นอิสระก็จะทำให้พิจารณาคดีด้วยความรัก ความโลภ ความโกรธหรือความเกรงกลัวจากอิทธิพล ทำให้สูญเสียความเป็นกลางและส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมในที่สุด การที่จะประกันความเป็นกลางว่าศาลต้องยึดถือหลักกฎหมายและความยุติธรรมเป็นที่ตั้งในการพิจารณาคดี ไม่ถูกชักจูงบีบบังคับอันจะส่งผลให้คำพิพากษาของศาลแปรเปลี่ยนไปตามความต้องการหรือประโยชน์ของฝ่ายใด การมีหลักประกันความเป็นอิสระของศาลย่อมส่งผลให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของศาลด้วย จึงจำเป็นต้องวางหลักประกันความมีอิสรภาพแก่ตุลาการ²¹

¹⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, อнуสรณ์พระราชทานเพลิงศพ นาย นับ ณ นคร, (2539), น. 26.

²⁰ ถาวร เกษมณี, “หลักความเป็นกลางของศาล,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 12.

²¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูปกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.98.

หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานดั้งเดิมสำหรับคู่ความ เป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (nature justice) กล่าวไว้ในคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติสามารถสรุปและอธิบายได้สองประการ กล่าวคือ ประการแรก ไม่มีผู้ใดสามารถเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนได้ (No man shall be judge in his own case) และประการที่สองคือ หลักการรับฟังความทั้งสองฝ่าย (Both sides shall be heard หรือ Audi alteram partem)²² ความยุติธรรมตามธรรมชาติตามหลักกฎหมายอังกฤษ มีที่มาจากหลักกฎหมายธรรมชาติหรือเป็นกฎหมายของพระเจ้าค้นพบได้ตามธรรมชาติ ดังนั้นจึงเป็นหลักทั่วไปที่คู่ความในศาลต้องได้รับการพิจารณาดีที่เป็นธรรมต่อหน้าศาลที่ปราศจากอคติ (unbiased judge)

1.3.3 หลักการได้รับฟังหรือฟังความทุกฝ่าย

หลักการฟังความทุกฝ่ายหรือหลักการโต้แย้งคัดค้านต่อผู้ถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) และทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติเป็นความยุติธรรมตามกฎหมายหรือเป็นกฎเกณฑ์แห่งเหตุผลที่มีส่วนสร้างความยุติธรรมให้แก่มวลมนุษย์และสังคม²³ โดยสิทธิในการได้รับฟังหรือฟังความทุกฝ่ายนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานจากการที่รัฐต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (la dignité humaine)²⁴ โดยประชาชนมิได้เป็นวัตถุอย่างหนึ่ง (un objet) ของคำพิพากษาของศาลแต่ยังมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิคนหนึ่ง (un sujet) ของกระบวนการพิจารณาที่เขามีส่วนร่วมด้วย

ดังนั้น คู่ความจึงควรมีโอกาสที่จะดำเนินการต่างๆ และร่วมมือกับศาลในการค้นหาวิธีทางแก้ไขปัญหาที่เป็นธรรม กระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเผด็จการโดยคู่ความไม่มี

²² H.H Marshall , *Natural Justice*, (London: Sweet and Maxwell, 1957), pp. 4-5.

²³ วิชา มหาคุณ, “ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ:หลักยุติธรรมแห่งกฎหมาย,” *ดุลพาน*, ปีที่ 27 เล่ม 2, (มีนาคม – เมษายน พ.ศ 2532), น. 45.

²⁴ วิชา มหาคุณ, *การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย*, (กรุงเทพมหานคร: ศิริพรการพิมพ์, 2522), น. 91.

โอกาสที่จะรักษามลประโยชน์ของตนเองและต้องรอเพียงคำพิพากษาเพียงอย่างเดียวเช่นในอดีต
ไม่เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับแนวคิดในปัจจุบัน²⁵

หลักนี้มีที่มาจากการบริหารงานยุติธรรมที่เหมาะสมในสมัยโบราณที่เรียกว่า
“audiatur et altera pars” หรือ “audi et alteram partem” ซึ่งหลักการฟังความทุกฝ่ายมีรากฐาน
จากแนวความคิดที่ว่าผู้ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดย่อมถูกจำกัดในการรับรู้ข้อเท็จจริงและบุคคลที่รู้
ข้อเท็จจริงได้ดีที่สุดคือบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากคำวินิจฉัยนั่นเอง ฉะนั้น การรับฟังข้อเท็จจริง
ต่างๆจากบุคคลดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดสามารถตัดสินใจได้อย่างถูกต้อง
เหมาะสม²⁶ และเป็นมาตรฐานคุ้มครองคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คุณภาพของ
กระบวนการยุติธรรมซึ่งต้องประกอบด้วยความยุติธรรมนั้นจะขึ้นอยู่กับการนำหลักการได้รับฟัง
และสิทธิต่อสู้คดีมาใช้ได้อย่างถูกต้อง หลักการรับฟังความทุกฝ่ายที่ดีนั้นต้องให้ความสำคัญแก่
คู่ความฝ่ายตรงข้ามในการโต้แย้งหรือหักล้างเอกสารในคดีนั้นๆ ด้วย Lord Denning ได้กล่าวไว้ว่า
“ถ้าสิทธิในการรับฟังความทุกฝ่ายเป็นสิทธิที่มีค่ากว่าสิ่งใดนั้นหมายความว่าต้องได้รับรู้
พยานหลักฐานที่ถูกกล่าวอ้างและคำถามหาที่กระทบต่อตัวเขาและเขาจะต้องได้รับโอกาสในการ
ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมในการโต้แย้งดังกล่าวด้วย”²⁷

ความหมายของหลักการนี้มีหลายแง่มุม เช่น สิทธิของคู่ความในการรับแจ้งว่า
มีการฟ้องคดีต่อตนและได้รับการแจ้งเรื่องอื่นในกระบวนการพิจารณา สิทธิของคู่ความในการเสนอ
หรือโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมีคู่ความอยู่ด้วยในขณะนำสืบพยานข้อเท็จจริงและสิทธิ
ที่จะไม่ถูกผูกพันโดยผลของคำพิพากษาที่ตนมิได้เข้าเป็นคู่ความในคดี คำพิพากษาต้องแสดง
เหตุผล การพิจารณาโดยเปิดเผย การโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษา เป็นต้น

²⁵ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7 ,
น. 210.

²⁶ สมศักดิ์ อินทร์พันธ์, “วิธีพิจารณาความของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททาง
ปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย พ.ศ 2535), น. 37.

²⁷ H.W.R.Wade and C.F Forsyth, Administrative Law, 8th edition, (Oxford:
University press, ,2000), p. 506.

นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่สืบเนื่องมาจากสิทธิในการได้รับฟัง ได้แก่ การห้ามศาลใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนรู้มาเอง เช่น ข้อเท็จจริงที่ได้มานอกศาลหรือที่คู่ความไม่มีโอกาสได้มีส่วนร่วมรู้เห็นหรือที่ได้มาโดยไม่มีหลักประกันในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้อาจมีข้อยกเว้นได้ในบางกรณี เช่น การที่จะเป็นบทลงโทษคู่ความที่ไม่ร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังเช่น การพิจารณาโดยขาดนัดหรือกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เช่น การขอให้คุ้มครองชั่วคราวในระหว่างพิจารณา หรือคำร้องขอฝ่ายเดียวต่างๆ เป็นต้น

หลักที่ว่าคำพิพากษาที่ดีและมีประสิทธิภาพนั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการเผชิญหน้ากันของคู่ความในคดีโดยนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงต่อศาลโดยอิสระ กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่ความทุกฝ่ายจะต้องมีโอกาสทราบข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งและมีโอกาสต่อสู้ทุกประเด็นที่ได้มีการพิจารณากัน ซึ่งเมื่อมีการนำคดีมาสู่ศาลมีผลให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีซึ่งกันและกันรวมทั้งศาลเองก็มีหน้าที่บางประการในการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนี้ เช่นเดียวกันโดยศาลมีหน้าที่ควบคุมให้คู่ความใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ไม่มีศาลใดที่จะมีคำพิพากษาโดยที่มิได้ฟังคู่ความทั้งสองฝ่ายก่อน²⁸ และเมื่อศาลจะมีคำพิพากษา ในคำพิพากษาต้องแสดงเหตุผล และคู่ความมีสิทธิที่จะได้แย้งคัดค้านคำพิพากษา อาจเรียกได้ว่า หลักการฟังความทุกฝ่ายเป็นหลักการต่อสู้คดีโดยอิสระ (la principe de la liberté de la défense) อันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่เท่าเทียมและเป็นระเบียบเรียบร้อย

2. ระบบวิธีพิจารณาและการสืบพยานเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดี

ระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกมีอยู่หลายระบบ แต่ระบบกฎหมายที่สำคัญสำหรับประเทศที่เป็นประชาธิปไตยมี 2 ระบบคือ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) ทั้งสองระบบมีวิธีพิจารณาและสืบพยานที่แตกต่างกัน โดยพิจารณาจากอำนาจและหน้าที่ของคู่ความและศาล โดยกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) ใช้กระบวนการพิจารณาแบบ

²⁸ Walter Cairns and Robert McKeon, Introduction to French Law, (London: Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 169.

กล่าวหา (Accusatory System) หรือ (la procédure accusatoire) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) ใช้กระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน (Inquisitory) หรือ (la procédure inquisitorial)²⁹

2.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของระบบวิธีพิจารณาความ

ในสังคมบรรพกาล หากบุคคลหนึ่งทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งได้รับความเสียหายหรือบาดเจ็บ ผู้ที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิตอบโต้และทำให้บุคคลผู้ก่อความเสียหายได้รับความเสียหายหรือบาดเจ็บอย่างเดียวกันได้เรียกว่า การแก้แค้นทดแทน (Lex Talionis) หรือตาต่อตา ฟันต่อฟัน³⁰ การเลือกที่จะได้ตอบโต้ด้วยวิธีการใดขึ้นอยู่กับคู่กรณีโดยเฉพาะไม่ต้องอาศัยวิธีพิจารณาหรือพยานหลักฐาน³¹ ต่อมาในกฎหมายของฝ่ายปกครองบ้านเมือง เมื่อพบว่ามี การกระทำความผิดเกิดขึ้นก็จัดการให้ผู้กระทำความผิดได้รับการทดแทนอย่างสาสมเช่นกัน การบังคับคดีเป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมเพราะการละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมเป็นทั้งการละเมิดอำนาจการปกครองและอำนาจผีสงเทวดา การอ้างผีสงเทวดาและสิ่งเร้นลับที่มองไม่เห็นและยากแก่การพิสูจน์ทำให้สมาชิกไม่คลางแคลงใจของอำนาจผู้ปกครอง แม้จะมีวิธีการลงโทษที่โหดร้ายเช่นการบูชายัญ จับตัวไปถ่วงน้ำ ตัดแขนตัดขา เชียนดี ทำให้เห็นว่าความรับผิดชอบกับบาปเป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออก การที่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นกลุ่มเช่นนี้เอง ทำให้มีสติปัญญาาร่วมกันในการแก้ปัญหา เกิดความรู้สึกร่วมกันคิดและมีความจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมสมาชิกในสังคมให้เป็นไป ทำนองเดียวกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม³²

²⁹ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 77.

³⁰ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, มูลนิธิโครงการตำราสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ และมานุษยศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526), น. 88.

³¹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แว่นแก้ว, 2545), น. 4.

³² สุขุทัยธรรมมาธิราช, มหาวิทยาลัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปหน่วยที่ 1-8, พิมพ์ครั้งที่ 28 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2542), น. 6.

2.1.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของวิธีพิจารณาความในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ระบบกล่าวหาถือกำเนิดครั้งแรกในกรีกโบราณ (Greek Polis) และยังปรากฏหลักฐานในสมัยโรมันช่วงสาธารณรัฐ (Republican period) นอกจากนี้ระบบกล่าวหายังถูกนำมาใช้ในช่วงยุคกลาง (Middle Age) จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1200³³ เป็นช่วงเวลาที่ยานาจารรัฐอ่อนแอและกระจัดกระจายไปตามหัวเมืองต่างๆ ในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 2 (Henry II ค.ศ. 1133-1189) ได้ส่งผู้พิพากษาจากเมืองลอนดอนไปตัดสินคดีทั่วประเทศ โดยมีความประสงค์ที่จะสร้างความแข็งแกร่งของการบริหารส่วนกลาง จัดให้มีศาลหลวงแทนที่ศาลท้องถิ่นที่ตัดสินผู้พิพากษาที่เป็นตัวแทนของกษัตริย์เพื่อให้ คำพิพากษาเหมือนกันทั่วประเทศและการเก็บภาษีรักษา รายรับเข้าท้องพระคลัง โดยที่มาของกฎหมายคอมมอนลอว์มาจากคำตัดสินของศาลที่เรียกว่า (Judicial Precedent) เมื่อศาลตัดสินคดีใดแล้วคำพิพากษาของศาลจะผูกมัดคดีต่อไปโดยยึดแนว คำตัดสินเดิมเฉพาะข้อเท็จจริงในคดีต่อไปที่ตรงกับคดีที่ตัดสินไว้พอดี³⁴

ระบบวิธีพิสูจน์ความจริงเป็นเรื่องการทำพิสูจน์ (ordeal) ด้วยวิธีการต่างๆ คือ (ordeal by fire , by water ,by combat) เนื่องจากการแก้แค้นทดแทน (Lex Talionis) ก่อความ ไม่สงบเรียบร้อยให้กับสังคม ผู้ปกครองรัฐจึงได้พัฒนาวิธีการชำระความโดยให้บุคคลหนึ่งมา ฟ้องร้องกล่าวหาบุคคลหนึ่งต่อผู้มีอำนาจเพื่อให้ผู้มีอำนาจนั้นชำระความให้แก่ตน³⁵ โดยให้ ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้เองในฐานะเป็นผู้กล่าวหา ส่วนผู้ตัดสินหรือผู้พิพากษาไม่มีอำนาจ กล่าวหาหรือยกประเด็นแห่งคดีหรือนำสืบพยานหลักฐานใด ควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายดำเนินต่อสู้กัน ให้เป็นไปตามกติกา วิธีการพิสูจน์โดยใช้วิธีการทรมาน (Trial by ordeal) หรือการต่อสู้กัน (Trial by battle) เชื่อว่าผลสุดท้ายสิ่งศักดิ์สิทธิ์จะคุ้มครองผู้ที่บริสุทธิ์ ต่อมาเมื่อเกิดคริสต์ศาสนาจึง มีความเคารพและศรัทธาในพระเจ้าเป็นเจ้า ในยุคนี้เองมีความเชื่อว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น กระทำในนามของพระเจ้าเป็นเจ้าและอาศัยอำนาจของ พระเจ้ามาลงโทษผู้กระทำความผิด

³³ Serge Guinchard et Jaques Buisson, op.cit, p.49 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, อ้าง แล้ว เจริญธรรมที่ 31, น. 136.

³⁴ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 108.

³⁵ ประมูล สุวรรณสร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2526), น. 2.

สำหรับความผิดที่ร้ายแรงยังถือกันว่าต้องอาศัยคำพิพากษาของพระเจ้าสำหรับบ่งชี้ผู้กระทำ ความผิด โดยคำพิพากษาของพระเจ้าหมายถึง ลักษณะการพิสูจน์โดยให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เข้าไปสู่ในภาวะที่อันตรายร้ายแรงที่สุดโดยวิธีต่างๆ หากใครเป็นอันตรายหรือมีอันเป็นไปถือว่า เป็นผู้ที่กระทำความผิดที่แท้จริง เพราะมีความศรัทธาเป็นอย่างยิ่งว่าพระเจ้าเป็นผู้บันดาล ให้เป็นไปได้ดังนั้น³⁶ วิธีการพิสูจน์แตกต่างกันไปตามลักษณะและความร้ายแรงของของความผิด แต่ละคดี

ความศรัทธาในพระเจ้าเป็นเจ้าชาวอังกฤษและความเชื่อมั่นว่าผู้บริสุทธิ์หรือ ผู้ที่สุจริตเท่านั้นที่พระเจ้าจะเป็นเจ้าจะคุ้มครอง หากผู้ใดไม่บริสุทธิ์แล้ว พระเจ้าย่อมลงโทษผู้นั้นให้มี อันเป็นไปต่างๆ³⁷ ถือเอาความเชื่อมั่นในสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่คู่ความเชื่อถือกันมาเป็นเครื่องวัด ความแพ้ชนะ มีการบวงสรวงต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์เพื่อให้บันดาลผลแก่คดีให้แพ้ชนะกันด้วยอำนาจของ สิ่งศักดิ์สิทธิ์เหล่านี้ ดังนั้น การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือตามที่ศาลสั่ง ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งตน มีหน้าที่นำสืบก็ยอมแพ้ในประเด็นนั้น การพิจารณาว่าฝ่ายใดผิดหรือถูกไม่ใช่การนำพยานมา พิสูจน์ความจริง แต่ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ปฏิบัติตามกติกาที่ผู้พิพากษาวางไว้ได้ครบถ้วน ฝ่ายนั้นจึงจะเป็นผู้ชนะคดี³⁸

การต่อสู้ด้วยวิธีทรมาน (Trial by ordeal) เพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำ ความผิดหรือไม่ เช่น การทดสอบด้วยไฟ (ordeal by fire) โดยการให้จำเลยใช้มือเปล่าถือเหล็ก ที่เผาจนร้อนแดงแล้วให้เดินเป็นระยะทางประมาณ 9 ฟุต จากนั้นใช้ผ้าพันมือเอาไว้ หากอีกสามวัน ต่อมาพบว่ามือจำเลยไม่มีบาดแผลหรือบาดแผลหายแล้วถือว่าจำเลยบริสุทธิ์ หรือให้เอามือจุ่มลงในหม้อน้ำร้อนจนน้ำเดือดและนำมือใส่ถุงหนังที่ตีตราประทับโดยศาลเมื่อเวลาผ่านไปสามวันศาล

³⁶ แอล คูปลาตร์ และวิจิตร ลุลิตานนท์, กฎหมายลักษณะพยานและจิตวิทยา, (คำสอน ภาค 4 ชั้นปริญญาตรี: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, พ.ศ 2477), น. 2-3.

³⁷ Theodore Plucknett, A Concise History of the Common Law, 5th edition (London: Butterworths, 1956) pp.114-118. อ้างใน เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ พยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น. 3.

³⁸ โอสถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงและจัดพิมพ์ โดยสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538), น. 2-3.

จะเปิดถุงหนังดู หากไม่มีรอยแผลก็ถือว่าผู้กล่าวอ้างพูดความจริงแต่หากมีรอยบาดแผลก็ถือว่าผู้กล่าวอ้างพูดเท็จ³⁹ และการทดสอบด้วยน้ำ (ordeal by water) จำเลยถูกมัดตัวแล้วนำตัวไปจุ่มลงในน้ำ หากจำเลยจมนลงไปใต้น้ำและลอยตัวขึ้นมาถือว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์แต่หากจำเลยไม่จมน้ำลอยตัวอยู่บนผิวน้ำนั้นถือว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด⁴⁰ และวิธีสุดท้ายคือให้จำเลยกลืนก้อนขนมปังหรือเนยขนาดหนึ่งออนซ์ หากจำเลยกลืนแล้วไม่ติดคอถือว่าจำเลยบริสุทธิ์⁴¹ ในคดีอุกฉกรรจ์จะใช้วิธีการพิสูจน์ที่รุนแรงและทรมานในลักษณะที่บุคคลทั่วไปไม่สามารถผ่านการทดสอบได้ วิธีการนี้มีทั้งเหตุผลและไสยศาสตร์ปะปนกัน บางคนไม่สามารถผ่านการทดสอบได้แม้เพียงใช้วิธีทดสอบเพียงง่ายๆ แต่บางคนก็สามารถผ่านการทดสอบได้แม้จะใช้วิธีการที่รุนแรงแล้ว

ส่วนการพิสูจน์อีกวิธีคือ การพิสูจน์ด้วยการต่อสู้ (Trial by battle หรือ ordeal by combat) โดยให้โจทก์และจำเลยต่อสู้กันจนแพ้ชนะกันไปข้างหนึ่ง การต่อสู้จะกระทำในที่สาธารณะต่อหัวหน้าและสมาชิกในชุมชน โดยหัวหน้าจะวางตนเป็นกลางไม่ไปก่ายกายหรือช่วยเหลืออีกฝ่ายหนึ่งและมีหน้าที่เพียงควบคุมการต่อสู้ให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่วางไว้ วางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดีที่เปิดเผย⁴² กติกาในการต่อสู้ต้องกำหนดให้มีความเท่าเทียมกันจะไม่เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน ส่วนผลของคดีนั้นถือเป็นเรื่องของสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้า⁴³

³⁹ Jean –Marie Carbasse, *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*, 2nd edition, Puf, 2006, pp. 94-96. อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33*, น. 134.

⁴⁰ Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin. *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, London. 1996. pp. 414-415.

⁴¹ สมชาย รัตนชื้อสกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31*, น. 4-5. และใน Theodore F.T. Plucknett. *A Concise History of the Common Law*, 5th edition (Boston : Little brown and company), 1956, pp. 113-114.

⁴² John Henry Merryman. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, (California: Stanford University Press) , 1969.p.135.

⁴³ สมชาย รัตนชื้อสกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31*, น. 4-5.

เมื่อสังคมเจริญขึ้น การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทรมานหรือการต่อสู้กัน จึงเปลี่ยนแปลงไปเป็นการใช้พยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์เข้าเป็นการไต่สวนโดยคณะลูกขุน (trial by juries) ในช่วงแรกไม่ได้รับความนิยมเพราะเพื่อนบ้านที่มาเป็นลูกขุนจะใช้โอกาสนี้ในการแก้แค้นกันเอง ต่อมากฎหมายอนุญาตให้บุคคลยอมให้ถูกกระทำทรมานหากปฏิเสธที่จะไม่ใช้ระบบลูกขุนมาพิจารณาความ⁴⁴ โดยพิจารณาว่าฝ่ายไหนมีพยานมากกว่ากันกำหนดจากประเภทของคดีว่าคดีนั้นจำเลยต้องหาพยานมาสาบานจำนวนกี่คน หากหามาได้ครบตามจำนวนและสาบานได้ถูกต้องตามรูปแบบที่ศาลกำหนด ศาลก็จะยกฟ้องโจทก์ หากหาพยานบุคคลมาได้ไม่ครบหรือกล่าวคำสาบานไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดศาลก็จะพิพากษาลงโทษจำเลย แต่หลักการยังคงเดิมว่าคดีที่กำหนดต้องใช้กับทั้งสองฝ่ายเหมือนกัน ต้องกระทำโดยเปิดเผยและผู้ชำระคดีต้องวางตัวเป็นกลาง ในช่วงเริ่มแรกพยานบุคคลเพียงมาสาบานยืนยันกับศาลว่าจำเลยเป็นคนดีเท่านั้น มีข้อสังเกตว่าการพิสูจน์ความผิดของจำเลยศาลอังกฤษจะตัดสินก่อนว่าจำเลยมีความผิดเว้นแต่จำเลยจะหาคนมาสาบานให้ได้ครบตามจำนวนที่ศาลกำหนด ตรงกันข้ามกับวิธีพิจารณาในปัจจุบันที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิด⁴⁵

ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 13 ศาสนจักรมีความเจริญรุ่งเรือง โดยศาลของพระสงฆ์ (Jurisdiction ecclésiastique)⁴⁶ มีระบบการการันตีความจริงแบบไต่สวนกล่าวคือ ฝ่ายสงฆ์จะเป็นผู้ชำระความและเป็นผู้ถามคำถามต่างๆ มีการสาบานว่าจะกล่าวความจริง ยุคนีเองที่ประเทศอังกฤษใช้ระบบวิธีพิจารณาแบบไต่สวน จนกระทั่งศตวรรษที่ 16 ยุคพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 (Henry VIII ค.ศ. 1491-1547) ศาล The Star Chamber ทำให้เสียชื่อเสียงศรัทธาเพราะมีการใช้วิธีการทรมานและบังคับให้มีการสาบานเพื่อไต่สวนหาความจริง ต่อมาจึงถูกยกเลิกไปเพราะการทรมานเช่นนั้น เป็นปฏิปักษ์ต่อหลักเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The Star Chamber was eventually eliminated as repugnant to basic liberty) ในประเทศอังกฤษจึงได้เปลี่ยนเป็นใช้ระบบกล่าวหา กล่าวได้ว่า ระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนมีจุดกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ⁴⁷ จากการค้นคว้า

⁴⁴ <http://www.historylearningsite.co.uk/medieval law and order.htm> (May 10, 2009)

⁴⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 5.

⁴⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.137.

⁴⁷ <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Inquisitorial+Procedure> May 10, 2009.

พบข้อมูลว่าระบบไต่สวนในวิธีพิจารณาความอาญา ของประเทศฝรั่งเศสก็มีที่มาจากระบบกล่าวหาจากประเทศอังกฤษเช่นกัน⁴⁸ แต่ระบบกล่าวหาถือกำเนิดขึ้นก่อนระบบไต่สวน

จากการศึกษาทางประวัติศาสตร์พบว่า ประเทศในภาคพื้นยุโรปมีการใช้วิธีพิจารณาแบบไต่สวนและกล่าวหาสลับกันไป เป็นผลมาจากความเข้มแข็งของอำนาจรัฐในช่วงเวลานั้นๆ กล่าวคือ ช่วงใดที่อำนาจรัฐเข้มแข็ง การพิจารณาคดีของศาลมีแนวโน้มที่จะใช้ระบบไต่สวนเช่นในสมัยศาลศาสนา ศาลในยุคสมบูรณาญาสิทธิราชรวมทั้งศาลไต่สวนในยุคคนโปเลียน แต่ช่วงใดที่อำนาจรัฐไม่เด็ดขาด อ่อนแอหรือกระจายไม่รวมศูนย์ การพิจารณาคดีของศาลจะมีแนวโน้มใช้ระบบกล่าวหาเช่นในยุคกรีกโบราณ⁴⁹

2.1.2 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของระบบวิธีพิจารณาความในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนเป็นระบบการพิจารณาคดีของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือกำเนิดพร้อมกับอำนาจรัฐที่เด็ดขาดในยุคโรมันช่วงที่เป็นจักรวรรดิ (Empire 510 ปีก่อนคริสตกาล - ศตวรรษที่ 1 ก่อนคริสตกาล) ความเป็นมาของระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนสืบทอดตามกฎหมายโรมัน ได้รับการพัฒนาโดยนักนิติศาสตร์ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป (Continent of Europe) โดยกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีของชาวโรมันเป็นหลักการที่มีระบบ มีเหตุ มีผล สอดคล้องเท่าความถึงกัน เป็นเครื่องมือในการควบคุมและชี้ขาดข้อพิพาทให้กับสังคม⁵⁰ คำว่า ซีวิลลอว์ หมายถึงกฎหมายที่ใช้กับพลเมืองชาวโรมัน แต่ดั้งเดิมมาได้นับถือจารีตประเพณีที่สืบทอดมาจากบรรพชนเป็นกฎร่วมกันของสังคม ครั้นต่อมาพวกชนชั้นสามัญชน (Plebian) ได้เรียกร้องให้นำกฎหมายประเพณีที่ใช้บังคับและรับรู้กันเฉพาะหมู่ผู้ดี (Patrician) มาบันทึกไว้ในที่เปิดเผย กลายเป็นกฎหมาย 12 โต๊ะ (Law of the twelve table)

⁴⁸ Morris Ploscowe. Development of Inquisitorial and Accusatorial Elements in French Procedure, Journal of Criminal Law Criminology(1931-1951), Vol.23, No.3(Sep.-Oct,1932), pp.372-394.

⁴⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31 , น. 133-134.

⁵⁰ R.W. Lee. Historical Conspectus of Roman Law, Sweet and Maxwell, London, 1956.p.21

หรือ (Lex Duodecim Tabularum) ⁵¹ (450 ปีก่อนคริสต์ศักราช) เมื่อคดีขึ้นสู่ศาล ผู้พิพากษา (judex) เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดและไพรเตอร์ (Pretor) จะแต่งตั้งผู้พิพากษาเป็นกรณีไป ด้วยความเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของจารีตประเพณีที่ยึดถือกันมาอย่างเคร่งครัด ทำให้ชาวโรมันเชื่อถือในความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรที่บันทึกตามจารีตประเพณีอย่างเคร่งครัดตามไปด้วย กลายเป็นการปรับใช้กฎหมายโดยยึดถือข้อความที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ เมื่อมีกรณีที่ไม่ต้องตามตัวอักษรจึงมีการตีความเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัตินั้น ⁵²

ในยุคกลาง (ศตวรรษที่ 6 -11) แม้อาณาจักรโรมันเสื่อมลง แต่อิทธิพลของศาสนาคริสต์มีเหนือฝ่ายกษัตริย์ พระในศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกในกรุงโรม มีวิธีชำระคดีกับพระที่ประพฤติฝ่าฝืนคำสอนของศาสนาอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้กับพระในศาสนาคริสต์ด้วยกันเองเรียกว่า Canon Law วิธีชำระคดีของพระนั้น ไม่จำเป็นต้องมีโจทก์กล่าวโทษ แต่ถือเป็นหน้าที่ของผู้นำศาสนาที่จะต้องค้นหาความจริงให้ปรากฏได้ ต่อมาเมื่ออิทธิพลของศาสนาคริสต์มีมากขึ้น พระในศาสนาคริสต์มีบทบาทมากในสังคม และเป็นผู้นำด้านจิตวิญญาณของประชาชนทุกคน จึงนำเอาวิธีชำระความตามแบบ Canon Law มาใช้กับบุคคลทั่วไปด้วย โดยถือว่าทุกคนอยู่ภายใต้อำนาจของพระผู้เป็นเจ้าของเจ้า ถ้าสมาชิกในสังคมประพฤติตนนอกวิสัยที่เป็นหน้าที่ของผู้นำทางศาสนาคือประมุขแห่งศาสนาเรียกว่าพระสันตะปาปาต้องพิจารณาหาความจริงให้ได้ ⁵³ ดังนั้นกฎเกณฑ์ในการพิสูจน์เมื่อพบว่ามีความผิดเกิดขึ้นโดยจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่นั้น พระสันตะปาปาต้องไต่สวนซักฟอกหาความจริงให้รู้ข้อเท็จจริงให้จงได้ ไม่ว่าจะมีผู้มากล่าวหา

⁵¹ คำว่า Table รากศัพท์ภาษาละตินเรียกว่า Tabula แปลว่าแผ่นไม้ เคลือบด้วยขี้ผึ้งแล้ว เขียนด้วยข้อความ ดังนั้น table มิใช่แปลว่าโต๊ะอย่างเดียว และสิ่งที่ใช้บันทึกหรือแสดงข้อความก็เรียกว่า table เช่น ตารางเวลาเดินรถไฟ จำนวนหุ้นของบริษัท เป็นต้น โปรดดูรายละเอียด วิชาญ เครื่องาม, หน่วยที่ 1, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1-8, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, น. 48.

⁵² กิตติศักดิ์ ปกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 25.

⁵³ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 6-7.

ฟ้องร้องหรือไม่⁵⁴ ระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนนี้ยังมีอิทธิพลอยู่ภายในประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งเดิมเคยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของพระสันตะปาปาแห่งกรุงโรมด้วย⁵⁵

จนกระทั่งศตวรรษที่ 12-13 ได้มีการฟื้นฟูกฎหมายโรมันขึ้นอีกครั้งหนึ่ง มีการนำเอากฎหมายโรมันกลับมาศึกษาด้วยเชื่อว่ากฎหมายจะเป็นเครื่องอำนวยความสะดวก รักษาความมั่นคงและจัดวางระเบียบแบบแผนแก่สังคม นักกฎหมายที่ศึกษากฎหมายโรมันได้ศึกษากฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนอย่างเชื่อมั่นว่ากฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและมีเหตุผลเป็นคัมภีร์แห่งสติปัญญา (Ratio Scripta) ด้วยทัศนคติเช่นนี้ทำให้นักกฎหมายรุ่นต่อๆ มา มีแนวความคิดว่าตัวอักษรกับเหตุผลเป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออก ตัวบทกฎหมายเป็นที่มาแห่งเหตุผลและความยุติธรรม⁵⁶ ความรู้สึกของชาวยุโรปต่อกฎหมายในสมัยกลาง มีแนวโน้มที่จะยอมรับกฎหมายในแง่ของเครื่องมือในการแสวงหาความเป็นธรรม ศาสนจักรมีอิทธิพลอย่างสูงจนถึงศตวรรษที่ 16 อิทธิพลของกฎหมายพระที่แทรกซึมเข้าไปในกฎหมายโรมันทำให้นักนิติศาสตร์ชาวอิตาลีชื่อ ริคโคโบโน (Ricibono) กล่าวว่าเนื้อหาใหม่ของพระเจ้าจัสติเนียนในยุคหลังต่างจากงานดั้งเดิมของนักกฎหมายโรมันเป็นผลมาจากหลักจริยธรรมของคริสตศาสนา⁵⁷ คือ การค้นหาความจริงแท้แน่นอนเพื่อให้เกิดความยุติธรรมโดยผู้ชำระความมีบทบาทมากในการไต่สวนเอาความจริง

ระบบการพิจารณาคดีมีบุคคลอยู่สองฝ่ายได้แก่ ผู้ไต่สวนและผู้ถูกไต่สวน ไม่จำเป็นต้องมีคนกลาง ผู้ไต่สวนหรือผู้ชำระความเป็นผู้ซักถามและค้นคว้าหาความจริงด้วยตนเอง การพิสูจน์พยานหลักฐานของระบบไต่สวนจึงไม่มีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัด เพราะมุ่งหวังเอาผลที่จะได้รู้ถึงความจริงและเท็จมากกว่า มีสาระสำคัญคือทำอะไรจึงจะค้นหาความจริงได้ จึงไม่มีกฎเกณฑ์อย่างเคร่งครัดเหมือนระบบกล่าวหา การพิจารณาอาจกระทำกลับหลังจำเลย คือ การสืบพยานอาจทำโดยจำเลยไม่มีโอกาสรู้เห็นก็ได้ เพราะถือว่าผู้ชำระความสามารถให้ความ

⁵⁴ โอสถ โกสิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น. 3.

⁵⁵ ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 2.

⁵⁶ กิตติศักดิ์ ปกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 26

⁵⁷ Cicognani, Canon Law, 2nd, p.44. อ้างใน กิตติศักดิ์ ปกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 27.

ยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิให้จำเลยอยู่แล้ว⁵⁸ และใช้วิธีการค้นหาความจริงโดยวิธีที่ไม่ถูกต้องนัก กล่าวคือ มีการใช้วิธีทรมานร่างกายจำเลยด้วยประการต่างๆ เพื่อให้จำเลยยอมรับสารภาพหรือให้เล่าข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ผู้ชำระความฟัง⁵⁹ เช่น การทรมานร่างกายโดยการซ้อมผู้ถูกไต่สวน จึงมักเกิดความลำเอียง (prejudice) เพราะการที่ให้อำนาจการชี้ขาดทั้งกระบวนการอยู่ในดุลยพินิจของบุคคลเพียงคนเดียวโดยไม่มีการตรวจสอบหรือคานอำนาจหน้าที่ จึงอาจเกิดกรณีที่การพิจารณาและพิพากษาเกิดจากความไม่บริสุทธิ์ใจหรือมีอคติต่อผู้ถูกไต่สวนได้ง่าย และถือว่า ผู้ถูกไต่สวนเป็นกรรมของคดีผู้นั้นจึงไม่มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหา แนวความคิดนี้ทำให้เห็นเป็นว่าวิธีการค้นหาความจริงโดยการข่มขู่ ทรมานร่างกายผู้ถูกไต่สวนเพื่อให้รับสารภาพผิด เป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมายการค้นหาความจริง⁶⁰

ในศตวรรษที่ 17 เป็นระยะเวลาที่ศาสนจักรได้เสื่อมถอยอำนาจด้วยอิทธิพลของความก้าวหน้าทางการค้าพาณิชย์ วิทยาศาสตร์และการขยายอำนาจทางการเมืองของฝ่ายอาณาจักรกฎหมายได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไป ความเชื่อเรื่องศาสนาและความศรัทธาในพระสันตะปาปาเริ่มลดลง การทรมานร่างกายผู้ถูกไต่สวนเริ่มหมดไป นักกฎหมายเริ่มค้นหาวิธีการพิสูจน์ความจริงโดยมีการนำพยานหลักฐานมาสืบ แต่ศาลหรือผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นผู้ชำระคดีความแทนที่พระสันตะปาปายังคงมีบทบาทในการค้นหาความจริงในคดีต่างๆ อย่างมาก และผู้ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีมีเพียงสองฝ่ายเหมือนเดิม ได้แก่ ผู้ไต่สวนและผู้ถูกไต่สวน ไม่จำเป็นต้องมีคนกลางโดย ผู้ไต่สวนหรือผู้ทำการชำระความเป็นผู้ซักถามพยาน และเป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเองทั้งหมด ภายหลังจากมีการปฏิวัติฝรั่งเศส มีการพัฒนาระบบไต่สวนในประเทศฝรั่งเศส เยอรมันและขยายทั่วไปในทวีปยุโรป และประเทศที่เป็นเคยเป็นอาณานิคมของประเทศที่ใช้ระบบไต่สวน เช่น ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวซึ่งเคยเป็นเมืองขึ้นของประเทศฝรั่งเศส ระบบไต่สวนส่วนหนึ่งมาจากระบบกฎหมายของบรรดาประเทศ

⁵⁸ ชวลิต โสภณวัต, “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ,” ดุลพินิจ, ปีที่ 28 เล่ม 6, (2524), น. 38.

⁵⁹ โอสถ โกศิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น. 3.

⁶⁰ คณิต ณ นคร, ปัญหาการใช้ดุลยพินิจของอัยการ, วารสารอัยการ ปีที่ 5 ฉบับที่ 57 กันยายน 2525 น. 32-33. อ้างใน ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 26.

สังคมนิยม⁶¹ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่คุ้มครองประชาชนจากความไม่เท่าเทียมกันในสังคม ระบบไต่สวนได้ทำให้รัฐได้มาซึ่งความจริงในคดีที่พิพาท และภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสเริ่มหันมาใช้ระบบไต่สวน เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องคู่ความดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ยุติธรรม ปัจจุบัน ระบบไต่สวนจึงถูกนำมาใช้มากกว่าระบบกล่าวหาแต่ในบางประเทศก็ใช้ระบบผสม เช่น ประเทศอิตาลี เป็นต้น⁶² ระบบวิธีการค้นหาความจริงในคดีแบบไต่สวนจึงสืบทอดมาจนกระทั่งปัจจุบัน

2.2 ระบบวิธีพิจารณาความและบทบาทของศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี

2.2.1 ระบบกล่าวหา (Accusatory System)

ระบบกล่าวหาประเทศอังกฤษเรียกว่า “ Accusatory System ” ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “ Adversary ” หรือ “ Adversarial System ”⁶³ เป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีต้นกำเนิดในประเทศอังกฤษเป็นแห่งแรกและนำไปใช้ในประเทศที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ อินเดีย เป็นต้น

จากความเป็นมาและแนวความคิดเบื้องหลังของระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา ระบบกล่าวหาเป็นระบบวิธีพิจารณาความที่สังคมมนุษย์ในสมัยอดีตนำมาใช้เพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์กัน เมื่อมีบุคคลหนึ่งกระทำความผิดกฎเกณฑ์ของสังคม บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นจึงจะนำเรื่องราวมาฟ้องร้องหรือกล่าวหาต่อผู้ที่มีอำนาจชำระความ แก่ตนอันเป็นวิธีที่ใช้แทนการแก้แค้นทดแทนเป็นการส่วนตัว ผู้เสียหายมีอำนาจกล่าวหาได้เอง และรวมถึงญาติของผู้เสียหายนั้นด้วย จึงมีผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วยกันสามฝ่ายได้แก่ ผู้กล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาและศาล สาเหตุที่เรียกการดำเนินคดีในลักษณะนี้ว่าเป็นระบบกล่าวหาเพราะการ

⁶¹ บุญตา ส.ผาบมีชัย, “กระบวนการว่าด้วยการไต่สวนข้อพิพาท: ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 93.

⁶² <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Inquisitorial+Procedure> (May 10, 2009) .

⁶³ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), น. 5.

ดำเนินคดีเริ่มต้นเมื่อบุคคลหนึ่งนำเรื่องราวมาฟ้องร้องกล่าวหาบุคคลอีกคนหนึ่งต่อศาล ถ้าไม่มีผู้ถูกกล่าวหาที่จะไม่มีการดำเนินคดี⁶⁴ และคู่ความแต่ละฝ่ายที่จะต้องนำเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง จึงเรียกการดำเนินคดีระบบนี้ว่าเป็นระบบคู่กรณี (adversary system)⁶⁵ นอกจากนี้ผู้ถูกกล่าวหาและผู้กล่าวหาอยู่ในฐานะคู่ความที่มีสิทธิเท่าเทียมกัน ในขณะที่คู่ความฝ่ายหนึ่งกล่าวหาฟ้องร้องเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ความผิดหรือเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิเสนอพยานหลักฐานเพื่อหักล้างข้อกล่าวหานั้น⁶⁶ เป็นระบบที่แยกอำนาจตัดสิน (Decision Maker) ออกจากคู่ความ (Parties) หมายถึง ศาลหรือผู้ตัดสินจะวางตัวเป็นกลาง และตัดสินข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ผ่านการนำเสนอโดยคู่ความ⁶⁷ มีการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยและด้วยวาจา⁶⁸ คอยดูแลให้ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินคดีของตนไปตามกฎเกณฑ์ที่วางไว้ โดยเคร่งครัด ผู้พิพากษาและคณะลูกขุนมีบทบาทจำกัด เปรียบเสมือนเป็นกรรมการของการต่อสู้คดีที่จะต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด ไม่มีอำนาจกล่าวหา ยกประเด็นแห่งคดีหรือนำสืบ ในเรื่องดังกล่าวแต่เป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา และในกระบวนการพิจารณามีบทตัดพยานที่เคร่งครัด เพื่อมิให้พยานที่ต้องห้ามตามหลักเกณฑ์ต่างๆ เช่น มีบทตัดพยาน

⁶⁴ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 25.

⁶⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 2.

⁶⁶ อุดม รัฐอมฤต, “การฟ้องคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 22 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2535), น. 242. อ้างใน อุดม รัฐอมฤต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 25.

⁶⁷ Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel and Nancy J. King, *Criminal Procedure*, 3rd edition, St. Paul, Minn. West Group, 2000, p.31. อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น. 130.

⁶⁸ John Henry Merryman, The Civil Law Tradition, Stanford University Press, 1969, p. 135. อ้างใน โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65, น. 1.

ที่ได้มาโดยมิชอบและบทตัดพยานบอกเล่า (hearsay)⁶⁹ เข้าสู่สำนวนความ หมายความว่าไม่มีการสืบพยานนั้นเลย⁷⁰ ระบบกล่าวหาที่มีกฎเกณฑ์ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานที่ละเอียด เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของการพิจารณาและสืบพยาน ศาลและคู่ความจะต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด การทำผิดกฎเกณฑ์อาจมีผลให้ถูกยกฟ้องได้⁷¹ แม้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงก็ตาม

การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ เป็นภาระหน้าที่ของคู่ความ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลสั่ง ในการดำเนินคดีแพ่งและอาญาคู่ความจะเป็นผู้รวบรวมและนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลที่วางเฉย (passive trier)⁷² ระบบกล่าวหาถือว่าภาระการพิสูจน์เป็นของคู่ความ (burden of proof) ถ้าคู่ความใดไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งตนมีภาระพิสูจน์นั้นก็ยอมแพ้ในประเด็นนั้น ดังนั้น ระบบกล่าวหาจึงมีกฎเกณฑ์ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานที่ละเอียดเคร่งครัด วิธีการชำระความเป็นไปในทางที่มีโจทก์มีจำเลย⁷³ ไม่มีอำนาจในการสืบพยานหลักฐานไม่ว่าเป็นคุณหรือเป็นโทษคู่ความฝ่ายใด โจทก์และจำเลยมีบทบาทสำคัญในการพิสูจน์ความจริง หน้าที่ในการพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างเป็นของผู้กล่าวอ้างโดยเฉพาะ และมีกฎเกณฑ์ในการสืบพยานที่ละเอียดเคร่งครัดมาก ไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจมากนัก มีบทตัดพยานหลักฐานไม่ยอมให้ศาลรับเอาพยานหลักฐานที่ขัดกับหลักเกณฑ์เข้าสู่สำนวนความ กระบวนการสืบพยานต้องยึดกฎเกณฑ์โดยเคร่งครัด⁷⁴

⁶⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 63, น. 5-6.

⁷⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, “บทตัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย,” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์*, ปีที่ 6 ฉบับที่ 3 น.1-2. อ้างใน เข็มชัย ชุตินวงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 37, น. 3.

⁷¹ ไสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 65, น. 22-23.

⁷² John H.Langbein, *Comparative Criminal Procedure*, p.1 อ้างใน คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 33.

⁷³ เข็มชัย ชุตินวงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 37, น. 4.

⁷⁴ อุดม รัฐอมฤต, ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 25 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2538), น. 242. อ้างในอุดม รัฐอมฤต, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 64 น. 26.

2.2.2 บทบาทของผู้พิพากษาในการค้นหาความจริงในระบบกล่าวหา (Accusatory System)

การค้นหาความจริงในระบบกล่าวหาเป็นกระบวนการยุติธรรมที่เป็นทฤษฎีของ เกมกีฬา (Sporting Theory of justice) ผู้พิพากษาเป็นกรรมการ (umpire) คู่ความจำต้องต่อสู้ใน เกมด้วยตนเองโดยปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆของผู้พิพากษา (judicial interference) แม้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชนก็ตาม ผู้พิพากษาต้องตัดสินใจไปตาม พยานหลักฐานที่ทนายความทั้งสองนำเสนอแข่งขันกันเป็นไปตามหลักของเกมการแข่งขัน มิใช่เป็นการค้นหาความจริงเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมอย่างอิสระ ทนายความท้าทายแข่งขัน กับหัวหน้าทีมฟุตบอลที่มีความเชี่ยวชาญ การแข่งขันเพื่อเอาแพ้เอาชนะมากกว่าที่จะให้การ แข่งขันเป็นไปด้วยความยุติธรรม ดังนั้นพยานบุคคลและพยานผู้ชำนาญการที่มากับความต่อศาล มีการถามค้านเพื่อให้ความน่าเชื่อถือของพยานนั้นลดลงน้อยลง⁷⁵

ผู้พิพากษาหรือศาลต้องวางตัวเป็นกลาง ศาลจึงมีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริง น้อยมาก ในคดีแพ่งนั้นผู้พิพากษาไม่มีอำนาจเริ่มในการค้นหาพยานหลักฐานแต่อย่างใด ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจแม้แต่การเรียกพยานมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง เว้นแต่จะได้รับ ความเห็นชอบจากคู่ความในคดี⁷⁶ ส่วนในคดีอาญา ศาลอาจเข้าไปซักถามพยานบ้างเพื่อความ เป็นธรรมแก่จำเลยหรือคอยดูแลให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลย ศาลจะซักถามพยานบ้างเพื่อให้ เกิดความชัดเจนหรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเท่านั้น แต่ศาลจะไม่ซักถามพยานในเรื่อง อื่นนอกเหนือไปจากที่คู่ความนำสืบ และถือว่ากลไกสำคัญในการสืบพยานบุคคลใน ระบบกล่าวหา คือ การถามค้าน (cross - examination) เชื่อว่าการเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายตรง ข้ามถามค้านพยานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นหนทางที่จะนำไปสู่การพิสูจน์ความจริง ทำให้ ผู้พิพากษาและลูกขุนวินิจฉัยคดีได้อย่างถูกต้อง จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปล้วงข้อเท็จจริงด้วยตนเอง

⁷⁵ Roscoe Pound. The Cause of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, 40, *American Law Review*, 729,738(1906).

⁷⁶ J.A JOLOWICZ, La production force des pièces, droit français et anglais, in Nouveaux juges nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1995, p.168. อ้างใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 7*, น. 86.

บทบาทของศาลในระบบกล่าวหา มีความเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา (la neutralité du juge) หลักความเป็นกลางประกอบด้วยสองประการ กล่าวคือ ประการแรก หลักความไม่ลำเอียงของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาต้องไม่ใช้ความรู้สึกนึกคิดของตนเข้ามาปะปนกับข้อเท็จจริงในคดีต้องพิจารณาพยานหลักฐานในคดีด้วยความเป็นธรรมของทั้งสองฝ่าย ประการที่สอง ผู้พิพากษาต้องไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการค้นหาพยานหลักฐานในคดี (la passivité du juge) ส่งผลให้ศาลไม่สามารถก้าวล่วงเข้าไปค้นหาความจริงในคดีด้วยตนเองได้ บทบาทของศาลในการค้นหาความจริงจำกัดอยู่เพียงในกรอบของพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอศาลเท่านั้น⁷⁷ ศาลจึงเปรียบเสมือนเครื่องอัตโนมัติที่เราจะใส่ข้อเท็จจริงในคดีแล้วได้รับคำตอบตัดสินออกมา⁷⁸ หากศาลเป็นกลางและเปิดโอกาสให้คู่ความต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่แล้ว ความจริงจึงจะปรากฏมาให้เห็นเอง แต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องอยู่ในฐานะที่เท่ากันพอที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่⁷⁹ อาจกล่าวได้ว่าหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาเป็นผลของระบบกล่าวหาในกระบวนการพิจารณาความแพ่งนั่นเอง

2.2.3 ระบบไต่สวน (inquisitorial System)

ระบบไต่สวนเป็นกระบวนการพิจารณาในการค้นหาความจริงของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการค้นหาความจริงอย่างกว้างขวาง เช่น ผู้พิพากษาอาจปรับปรุงข้อเรียกร้อง (คำฟ้อง) หรือข้อต่อสู้แก้คำฟ้อง (คำให้การ) ของโจทก์หรือจำเลย การจำหน่ายคดีสำหรับคู่ความบางฝ่าย การเรียกให้คู่ความบางฝ่ายเข้ามาในคดีตลอดจนนำพยานหลักฐานต่างเข้าสู่สำนวนทั้งนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม มีอำนาจสืบพยานและ

⁷⁷ J.GHESTIN & G.GOUBEAUX, Traité de droit civil, L.G.D.J., 4^e édition, 1994, 629, p.604. อ้างใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 65

⁷⁸ TISSIER, Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme, Revue trimestrielle de droit civil, 1907, p.648. อ้างใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 65.

⁷⁹ Christopher E. Smith, Criminal Procedure, Thomson-Wadsworth, 2003, p.250 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น. 121.

ควบคุมการไต่สวน ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการรวบรวมเนื้อหาสาระของคดี เพื่อให้มีการใช้สิทธิอย่างถูกต้อง ในการฟ้องคดีโดยสามารถล้วงเอาความจริง (eliciting relevant evidence) ในคดีได้

การพิจารณาคดีมิใช่เป็นการต่อสู้ระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา แต่เป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐ แต่เดิมการพิจารณาคดีได้ทำโดยเปิดเผย และพิจารณาด้วยเอกสารมากกว่าการเบิกความด้วยวาจา⁸⁰ กล่าวได้ว่า ระบบไต่สวนนี้เป็นการยกเลิกวิธีการที่ให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาและให้เจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่แทน เมื่อเทียบระบบกล่าวหากับระบบไต่สวนแล้วจะเห็นได้ว่าระบบไต่สวนหากใช้วิธีการที่ละมุนละม่อมอาจค้นหาข้อเท็จจริงได้มากกว่า⁸¹ คือสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีและพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้อย่างถูกต้องและยุติธรรม

ยกตัวอย่างประเทศที่ใช้การพิจารณาคดีในระบบไต่สวนคือ ประเทศฝรั่งเศส ศาลไม่ได้มีบทบาทแต่เพียงรับฟังคำให้การของพยานแต่เพียงอย่างเดียว โดยในระหว่างที่พยานให้การนั้น ศาลยังมีบทบาทในการที่จะซักถามพยานในประเด็นต่างๆ ที่เห็นว่าสามารถช่วยให้ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่จำเป็นโดยครบถ้วน หรือซักถามพยานตามที่คู่ความได้เสนอแนะ การซักถามพยาน เป็นอำนาจหน้าที่โดยเด็ดขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียว นอกจากนั้น กฎหมายห้ามมิให้คู่ความพุดสอตแทรกระหว่างที่พยานให้การหรือซักถามพยานโดยตรงหรือกระทำการใดที่จะมีอิทธิพลต่อพยาน หลักการดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะหลีกเลี่ยงไม่ให้พยานถูกขัดขวางหรือรบกวนโดยการขัดจังหวะของคู่ความหรือโดยการตั้งคำถามที่อาจทำให้พยานหลงประเด็น คู่ความที่ฝ่าฝืนอาจถูกศาลสั่งขับไล่ออกจากศาลได้ (มาตรา 214 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งฝรั่งเศส) แต่บทบาทของศาลในการถามพยานที่มีลักษณะในเชิงรุกนี้ไม่ได้เป็นการตัดสิทธิคู่ความโดยเด็ดขาดเพราะภายหลังจากที่พยานได้ให้การเสร็จสิ้นแล้ว คู่ความสามารถที่จะเสนอให้ศาลสอบถามพยานในบางประเด็นได้แต่ก็ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าคำถามดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับคดีหรือไม่และอาจปฏิเสธเสียได้ (มาตรา 214 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส) แต่มีคำพิพากษาวางแนวว่าการปฏิเสธของศาลที่จะถามดังกล่าวต้องไม่มีผลทำให้สิทธิในการต่อสู้คดีของคู่ความเสียหายและในทุกกรณี

⁸⁰ John Henry Merryman, The Civil Law Tradition, p. 135. อ้างใน โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), น. 3.

⁸¹ ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา และวุฒิพงษ์ เวชยานนท์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541), น. 8.

คู่ความมีสิทธิโดยเด็ดขาดที่จะจัดทำข้อสังเกตด้วยวาจาโดยศาลจะต้องระบุไว้ในรายงานการสืบพยานหรือทำข้อสังเกตเป็นหนังสือเพื่อแนบท้ายรายงานการสืบพยาน⁸²

2.2.4 บทบาทของผู้พิพากษาในการค้นหาความจริงในระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ระบบไต่สวนนี้ ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงมากเรียกว่า หลักการไต่สวนโดยศาล (Judicial Investigation) ศาลสามารถเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีด้วยตนเอง โดยศาลมีอำนาจค้นหาสาระสำคัญ (material) หรือความจริง (absolute truth) ในคดี ดังนั้น ศาลจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาให้แน่ใจถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอและต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้นำเสนอต่อศาลด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือศาลต้องไม่พิจารณาว่าเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่เป็นความจริง แม้คู่ความจะเห็นตรงกันว่าเป็นความจริงก็ตาม จนกว่าศาลจะได้ไต่สวนให้ได้ความเช่นนั้นก่อน การดำเนินคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นการสืบพยาน ชักถามพยานศาลจะเป็นผู้ดำเนินการเองโดยตลอด ผู้อื่นจะถามพยานได้ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน⁸³ ผู้พิพากษามักจะให้พยานเบิกความเล่าเรื่องได้โดยกว้างขวางเสร็จแล้วผู้พิพากษาจึงถามเพิ่มเติมในตอนหลัง⁸⁴ โจทก์เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นคว้าหาพยานหลักฐานเท่านั้น และในระบบไต่สวนจะไม่ใช้หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย (in dubio pro reo) ดังนั้น จำเลยจึงมีหน้าที่พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนให้ชัดแจ้ง พยานหลักฐานของฝ่ายจำเลยก็สามารถนำมาลงโทษแก่จำเลยได้⁸⁵ จึงเห็นได้ว่า ระบบนี้ไม่ใช่หลักเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่ความ

พยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความนำเสนอศาลหรือศาลเห็นสมควรเรียกมาสืบเอง ไม่มีบทกฎหมายวางระเบียบการสืบพยาน หรือไม่มีบทตัดพยานโดยเคร่งครัดว่าพยานประเภทนี้รับฟังไม่ได้ ศาลสามารถรับพยานหลักฐานทุกชิ้นเข้าสู่สำนวนและจะพิจารณาอย่างละเอียด

⁸² คีตงาม คงตระกูล, “ระบบไต่สวนในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.18-19.

⁸³ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 4

⁸⁴ Graham C. Lilly, *An Introduction to the law of evidence*, West Publishing, 1978. p. 14-15 อ้างใน โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 4.

⁸⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น. 3-4.

ตอนซึ่งนำนักพยานหลักฐานว่า พยานหลักฐานชั้นใดมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด⁸⁶ ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของศาลมักถูกโต้แย้งไม่ได้ (unreviewable)⁸⁷ เนื่องจากเป็นอำนาจโดยทั่วไปของศาลที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาสตราจารย์แอล ดูปลาตร์ กล่าวถึง ระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนไว้ว่าเป็นพยานโดยการวินิจฉัย มุ่งที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งโดยอาศัยพยานที่มีมาแล้วปล่อยให้ศาลมีอิสระอย่างเต็มที่ในการที่จะใช้ความวินิจฉัยว่าควรเชื่อพยานนั้นเพียงใด⁸⁸

เหตุผลที่ให้ศาลมีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพราะในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ไม่มีคณะลูกขุนอย่างระบบกล่าวหา คณะลูกขุนอาจถูกชักจูงให้รับฟังพยานหลักฐานที่อาจเป็นเท็จได้ เนื่องจากคณะลูกขุนไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในการรับฟังพยานหลักฐาน ดังนั้น การรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ จึงไม่ถูกจำกัดหรือมีบทคัดพยานมาก ศาลจึงมีดุลยพินิจรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ ได้มาก⁸⁹

รูปแบบของกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนของประเทศฝรั่งเศส ผู้พิพากษาจะมีบทบาทสำคัญในการควบคุมวิธีพิจารณา (judicial control) แบ่งบทบาทของศาลได้เป็นสองขั้นตอนได้แก่

1. ขั้นตอนในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี โดยมีผู้พิพากษาที่เรียกว่า Le juge de la mise en état (JME) หรือ ผู้พิพากษาที่เป็นตัวแทน(a delegate judge) มีหน้าที่รวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี มีจุดประสงค์เพื่อให้คดีอยู่ในสถานะที่พร้อมพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษา⁹⁰ นอกจากนั้น ยังช่วยเริ่มตั้งทิศทางของคดีตั้งแต่เริ่มต้นด้วย⁹¹ สามารถเรียก

⁸⁶ เฌมซัย ชูติวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น.2.

⁸⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63, น. 5.

⁸⁸ แอล ดูปลาตร์ และวิจิตร ลุกลิตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 4-5.

⁸⁹ Mauro Cappelletti, and J. Jolowicz, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in civil Litigation, Oceana Publications, 197-235, 1975. อ้างใน Graham C. Lilly, Introduction to the Law of Evidence, West Publishing, 1978.p. 15

⁹⁰ John Bell Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principle of French Law , (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 93.

⁹¹ C.N. Ngwasiri. The Role of Judge in French Civil Proceeding, 9 Civil Justice Quarterly.167,168 (1990) อ้างในพนมรัตน์ เรืองอำพน. การเร่งรัดกระบวนการพิจารณาก่อนวัน

ทนายความมาสอบถามเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สนับสนุนข้อกล่าวหาของตนที่ไม่ได้ยกขึ้น เพื่อให้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่จำเป็นต่อการพิพากษาคดีหรือมีอำนาจให้คู่ความส่งต้นฉบับพยานเอกสารหรือเพียงแต่ส่งสำเนา⁹² สรุปคำให้การของพยานทั้งหมด และการรับฟังความเห็นเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญ⁹³

2. ขั้นตอนการพิจารณาคดีในชั้นองคคณะผู้พิพากษา มีผู้พิพากษาผู้รายงาน (Le juge-rapporteur) ทำหน้าที่ทำรายงานสรุปประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี ปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายรวมทั้งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องต่อองคคณะผู้พิพากษาเพื่อความสะดวกในชั้นพิจารณาคดี แต่ไม่สามารถแสดงความคิดเห็นของตนต่อคดีได้ จะทำให้องคคณะผู้พิพากษาเข้าใจประเด็นแห่งคดีง่ายขึ้นโดยเฉพาะคดีที่มีประเด็นซับซ้อน⁹⁴

ประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยรับเอากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันเป็นหลักในการร่างกฎหมายและวิธีพิจารณาความเป็นระบบได้ส่วน⁹⁵ ผู้พิพากษามีบทบาทในกระบวนการพิจารณาอย่างมาก กระบวนการพิจารณาจึงรวดเร็ว กระชับ⁹⁶ ศาลสามารถแก้ไขคำฟ้อง คำให้การได้ หากในการยื่นคำฟ้องโจทก์ยื่นมาโดยไม่ชอบด้วยเรื่องเขตอำนาจศาล

สืบพยาน. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 65.

⁹² วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 25.

⁹³ Allan Lind and John Thibaut and Laurens Walker. A Cross-Cultural Comparison of the effect of Adversary and Inquisitorial Process on Bias In Legal Decisionmaking, Virginia Law Review, Vol.62, No.2 (March) 1976 p.275-276.

⁹⁴ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 92, น. 27.

⁹⁵ Carl.F Goodman, "The Evolving Law of Document Production In Japanese Civil Procedure: Context, Culture, and Community," Brooklyn Journal of International Law, Vol 31:1 (2007).p.127-130.

⁹⁶ Carl F.Goodman. The Rule of Law in Japan, 2nd edition (Netherland: Kluwer Law International, 2008), p. 345.

ศาลมีหน้าที่ส่งคำฟ้องไปยังเขตอำนาจศาลที่ถูกต้อง⁹⁷ เมื่อคำฟ้องผ่านการตรวจจากศาลแล้ว ศาลจะออกหมายเรียกพร้อมกับกำหนดวันนัดไต่สวนพยานหลักฐานก่อนนัดพิจารณา (initial hearing หรือ plenary hearing) โดยศาลจะสอบถามด้วยวาจาเบื้องต้น และศาลจะให้ คู่ความนำเสนอพยานหลักฐานตน (present evidence) ในขั้นนี้จะมีการกำหนดประเด็นที่พิพาท ให้แคบ ศาลจะยึดถือประเด็นและพยานหลักฐานที่สำคัญที่ได้มาในวันนัดไต่สวนพยานหลักฐาน ก่อนวันนัดพิจารณาเพื่อวินิจฉัยตามประเด็นที่ได้ในคดี ในวันนัดไต่สวนนี้ทนายที่อยู่ห่างไกล จากกัน อาจตกลงกำหนดประเด็นและพยานหลักฐานต่างๆในคดีทางโทรศัพท์ หรือทางวิดีโอได้ ภายใต้กฎหมายที่แก้ไขใหม่ (A new procedure codified 1996) อาจเป็นการนำเสนอด้วยวาจา (Oral Argument) ทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วกว่าและทำให้ค้นหาความจริง ได้มากกว่าในแบบเดิม⁹⁸

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน

ระบบกล่าวหา	ระบบไต่สวน
1. ศาลมีบทบาทในการพิจารณาคดีค่อนข้าง จำกัด โดยเปรียบเสมือนเป็นกรรมการผู้ดูแลให้ คู่ความดำเนินคดีไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ไม่มีอำนาจสืบพยานตัวเอง	1. ศาลมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดีจะ สั่งสืบพยานเพิ่มเติมหรืองดสืบพยานก็ได้ กำหนดระเบียบการสืบพยานมีน้อย เพราะศาล มีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง
2. คู่ความในระบบกล่าวหา มีบทบาทสำคัญใน การต่อสู้คดี โดยเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบ ข้อเท็จจริงกันเอง(adversary system)	2. ระบบไต่สวนโดยเฉพาะคดีอาญาจะเป็นการ ดำเนินคดีระหว่างศาลกับจำเลย โจทก์มีหน้าที่ เพียงช่วยเหลือศาลในการค้นหาข้อเท็จจริง เท่านั้น
3. ระบบกล่าวหาหลักเกณฑ์ในการสืบพยาน เคร่งครัดมากเช่น มีบทตัดพยาน(exclusionary	3. เปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานต่อ ศาลได้โดยไม่จำกัด กำหนดระเบียบวิธีการ

⁹⁷Tokushige YOSHIMURA. “The Active Role of The Judge In Japanese Civil Litigation”

<https://qir.kyushu-u.ac.jp/dspace/bitstream/2324/1691/4/KJ00000724777-00001.pdf>

May 5, 2009.

⁹⁸ Ibid, p.346.

rule) ไม่ยอมให้ศาลรับฟังพยานนั้นเข้าสู่สำนวนความเลย การใช้คำถามซักถาม ถามค้าน ต้องอยู่ในบังคับกฎหมายอย่างเคร่งครัด หากบกพร่องหรือผิดไปจากนี้ศาลจะไม่เชื่อเลย	(technicality) เกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อยและไม่เป็นสาระสำคัญศาลจึงมีดุลยพินิจอย่างกว้างขวาง
--	--

ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน

ข้อดีของระบบกล่าวหา	ข้อเสียของระบบกล่าวหา
1. ฐานะของจำเลยเปลี่ยนเป็นจากผู้ถูกซักฟอกหรือกรรมในคดีมาเป็นผู้ร่วมในการเสนอข้อเท็จจริงและร่วมค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณา ถือว่าเป็นประธานแห่งคดี ดังนั้นจำเลยจึงได้รับสิทธิต่างๆที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และได้รับการสันนิษฐานว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิพากษาว่าตนเป็นผู้กระทำผิด ⁹⁹	1. เมื่อจำเลยได้รับการยกฐานะให้เป็นประธานแห่งคดีแล้วจำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทำให้อาจมีการพิพากษายกฟ้องจำเลยโดยอาศัยเทคนิคทางกระบวนการพิจารณาคดีและจำเลยอาจหลุดพ้นเพียงเพราะพยานหลักฐานไม่เพียงพอและพยานหลักฐานน่าสงสัยทำให้ไม่ได้ความจริงแห่งคดีที่ครบถ้วนและรอบด้าน
	2. ศาลมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีน้อยมาก เป็นเรื่องของคู่ความที่จะเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง ¹⁰⁰ จึงมักปรากฏอยู่เสมอว่าจำเลยชนะคดีเนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความ

ข้อดีของระบบไต่สวน	ข้อเสียของระบบไต่สวน
1. มีความรวดเร็วในการพิจารณาคดี คู่ความไม่อาจที่จะประวิงคดีได้ และทำให้คดีได้ข้อเท็จจริงที่รอบด้านครบถ้วน ถ้ามีหลักฐานฟัง	1. การให้อำนาจชี้ขาดทั้งกระบวนการอยู่ในดุลยพินิจของคนเพียงคนเดียวโดยที่ไม่มีการตรวจสอบหรือคานอำนาจหน้าที่ ดังนั้น จึงอาจ

⁹⁹ ณรงค์ ใจหาญ , อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 60, น. 26.

¹⁰⁰ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 80, น. 2.

ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดก็ลงโทษได้ การสงสัยไม่แน่ใจว่าจำเลยกระทำผิดหรือไม่จึงไม่น่ามีได้ เพราะถ้าศาลสงสัยศาลต้องค้นหาความจริงจนถึงที่สุดให้สิ้นสงสัยถ้าค้นหาความจริงจนถึงที่สุดแล้วไม่มีพยานหลักฐานที่เพียงพอก็พิพากษายกฟ้องไป	เกิดกรณีที่การพิจารณาพิพากษามีได้เกิดด้วยความบริสุทธิ์ใจ หรือมีอคติต่อจำเลยได้ง่าย 2. การที่ถือว่าจำเลยเป็นกรรมแห่งคดีทำให้ผู้นั้นไม่มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหา ¹⁰¹ และศาลต้องลดตัวมาทำหน้าที่เป็นทนายความเสียเองด้วย ¹⁰²
---	--

ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบบทบาทของผู้พิพากษาระหว่างระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในการค้นหาความจริงในคดีแพ่ง¹⁰³

Common Law	Civil Law
1. กระบวนวิธีพิจารณา (Procedure law) - ผู้พิพากษาจะวางเฉยในฐานะผู้ตัดสิน คู่ความมีบทบาทเป็นผู้ดำเนินการในกระบวนพิจารณา โดยศาลจะไม่เข้าไปสอบสวนเรื่องที่คู่ความโต้แย้งกัน ศาลจะไม่เข้าไปค้นหาความจริงขึ้น	- ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่ตรวจสอบพยานบุคคล คู่ความที่ได้แย้งกันไม่มีสิทธิที่จะถามค้านพยาน แต่ผู้พิพากษามีหน้าที่กำหนดประเด็นข้อพิพาท และเป็นผู้ซักถามพยานเองเพราะศาลมีหน้าที่

¹⁰¹ ณรงค์ ใจหาญ , อ่างแล้ว เจริญรทที่ 60, น. 26.

¹⁰² ประพันธ์ ทรัพย์แสง, การค้นหาความจริงของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง: แนวทางแก้ปัญหาสู่ความเป็นระบบได้ส่วนเต็มรูปแบบ, วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม หลักสูตร ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) , พ.ศ 254 8 น.18.อ้างใน ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, “วิธีพิจารณาคดีอาญาตามระบบได้ส่วนของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง,” ดุลพินิจ, เล่ม 2 ปีที่ 54 (พฤษภาคม- สิงหาคม 2550), น.172.

¹⁰³ Caslav Pejovic, “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to The Same Gold,” Victoria University of Wellington Law Review, Vol 32, (2001), pp. 830-836.

¹⁰⁴ Ibid, p. 830.

¹⁰⁵ Ibid, p. 831.

สุดท้าย หน้าที่หลักของผู้พิพากษาคือการดูแลกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด - ศาลจะไม่ใช่ผู้ที่ซักถามพยานแต่หน้าที่คือตรวจสอบว่าคำถามที่คู่ความถามพยานนั้นเกี่ยวข้องกับประเด็นหรือไม่ ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ที่ตัดสินใจว่าผู้ใดสามารถแข่งขันโน้มน้าวใจด้วยการนำเสนอให้มากกว่ากัน¹⁰⁴ - หลักกฎหมายคู่ความต่างต้องนำเสนอขึ้นมา (The law has to be pleaded)¹⁰⁵	กำหนดประเด็นข้อพิพาทและต้องถามความให้ได้ประเด็นโดยชัดเจน - ศาลไม่ต้องรอนายความเพื่อนำเสนอพยานหลักฐานของตนแต่ศาลสามารถสั่งให้คู่ความเปิดเผยพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตนได้ การตัดสินใจของศาลไม่เพียงแต่ดูการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความกันอย่างดุเดือด แต่ผู้พิพากษาต้องค้นหาความจริงและเขียนคำพิพากษาไปตามนั้น - หลักกฎหมายมีว่า “jura novit curia” (The court is suppose to know the law) กฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลควรรู้อยู่เอง ดังนั้นคู่ความไม่จำเป็นต้องนำเสนอข้อกฎหมายต่อศาล
2. ขอบเขตในการค้นหาข้อเท็จจริง (Determination of facts) - คำฟ้องเป็นจุดเริ่มต้นให้มีการสอบสวนเพื่อค้นหาความจริง - คู่ความมีบทบาทในเชิงรุกในชั้นไต่สวน คู่ความมีหน้าที่ต้องนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆ และคู่ความได้รับอนุญาตให้เสนอพยานหลักฐานหลังจากที่คู่ความอีกฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานแล้ว	- คำฟ้องเป็นปัจจัยกำหนดให้ศาลตัดสินใจ (the complaint actually determines the parameters of the case) ผู้พิพากษาจะยึดข้อเท็จจริงที่เสนอโดยคู่ความและข้อเท็จจริงที่นำเสนอโดยคู่ความแต่ละฝ่าย ผู้พิพากษาจะตัดสินใจตามพยานหลักฐานที่คู่ความแต่ละฝ่ายนำเสนอ - ให้ความสำคัญการถามด้วยวาจาบ่อย เช่นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษรจะนิยมใช้กันมากกว่า และในระหว่างการไต่สวนประเด็นในคดีอาจถูกหยิบยกขึ้นโดยทนายความได้ และทนายความอาจขอศาลเพื่อขอเวลาในการตอบคำถามด้วยลายลักษณ์

	อักษรได้ - ผู้พิพากษาเป็นผู้เริ่มต้นในการซักถามพยาน (the judge makes the initial interrogation of the witnesses) และทนายความมีสิทธิที่จะเสนอคำถามเพิ่มเติมได้
4. กฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน(Rule on Admission and Weight of Evidence) - มีกฎเกณฑ์มากมายในการจำกัดพยานหลักฐานที่ศาลรับฟังได้ พยานหลักฐานที่ดีที่สุด แท้จริงและการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า	- ประกอบด้วยหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่อาจนำเสนอได้ การกำหนดเงื่อนไขที่อาจรับฟังได้ (set the condition of admissibility) และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (weight of evidence) มีข้อจำกัดบางประการอาจเช่นเดียวกับหลักคอมมอนลอว์เช่นหลักการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า(hearsay) และการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด - อย่างไรก็ตาม หลักพยานหลักฐานต่างๆ อาจรับฟังเสมอได้ โดยศาลมีอำนาจที่จะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่ามีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด
5. พยานบุคคล (Witness Statement) - มีการถามค้านพยานบุคคล ตลอดของการสอบถามพยานหลักฐาน พยานบุคคลด้วยวาจาต้องพิจารณาอย่างพินิจพิเคราะห์ และจะถูกนำมาวินิจฉัยมากกว่าพยานเอกสาร - สามารถเตรียมพยานบุคคลสำหรับวันนัดพิจารณาเพื่อมิให้พยานตื่นเต้นต่อการตอบคำถามและพยานบุคคลให้การถูกต้องตามประเด็นแห่งคดีได้(preparation of the	- เน้นพยานหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่าพยานที่ให้การต่อศาลด้วยวาจา หากพยานเอกสารถูกต้องแย้งด้วยวาจาแต่ศาลจะเน้นพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารมากกว่า - การเตรียมพยานบุคคลในคดีถูกห้ามอย่างเคร่งครัด(preparation of the witness is strictly forbidden) ทนายความจะไม่สามารถอนุญาตให้สอบถามพยานบุคคลนอกศาลและ

witness: the counsel would normally prepare their witnesses for the hearing in order to avoid surprise during the trial and to make sure that the witness statements are accurate)	อาจมีโทษทางวินัย แต่หากผู้พิพากษาถูกแจ้งว่าพยานบุคคลจะถูกถามโดยทนายความ ก่อนการไต่สวนแต่คำให้การพยานบุคคลอาจไม่น่าเชื่อถือทั้งหมด(the judge is informed that a witness was questioned by the attorney before the trial the witness's testimony may not be given full credibility)
6.พยานผู้เชี่ยวชาญ (Court Expert and Expert Witness) - พยานผู้เชี่ยวชาญอาจถูกแต่งตั้งโดยคู่ความ และคู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง ดังนั้นพยานผู้เชี่ยวชาญจะนำเสนอหลักฐานให้คู่ความที่ตัวเองมา มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ และต้องถูกซักถามและถามค้านจากทนายความ	- พยานผู้เชี่ยวชาญศาลจะเป็นผู้ที่แต่งตั้งมาเอง มิใช่เป็นหน้าที่ของคู่ความเพื่อให้พยานผู้เชี่ยวชาญไม่นำเสนอพยานหลักฐานที่ดูจะเป็นการเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง พยานผู้เชี่ยวชาญมีบทบาทสำคัญในคดี ทนายความอาจถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญในนัดพิจารณา หากศาลพบว่ารายงานของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่เป็นที่พึงพอใจ ศาลอาจแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญคนใหม่ได้ - คู่ความอาจนำเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญได้เช่นกัน แต่ศาลอาจปฏิเสธและเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญคนใหม่ได้

2.2.5 แนวโน้มของระบบวิธีพิจารณาความและบทบาทของศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี

ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เริ่มเห็นถึงความจำเป็นเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาอันเป็นความบกพร่องของระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา หลักการของระบบกล่าวหาแสดงถึงการพิพาทที่มีความเท่าเทียมกัน ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าไม่สามารถรับรองว่าจะเป็นอย่างนั้นได้ การปล่อยให้คู่ความดำเนินกระบวนการพิจารณาไปตามที่ตนประสงค์ คู่ความมักจะประวิงคดี ทำให้คดีล่าช้า ลื่นเปลืองค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมาก หรือมีการอาศัยเทคนิคทางวิธีพิจารณาอันเป็น

การไม่สุจริต ทำให้เกิดการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกัน จึงเกิดแนวความคิดใหม่โดยมองในด้านความยุติธรรมที่คู่ความควรจะได้รับ และพัฒนาแนวคิดใหม่ว่ากระบวนการยุติธรรมทางแพ่งเป็นบริการของรัฐหรือบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง โดยรัฐมีหน้าที่ที่จะอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับประชาชนและจะบรรลุผลต่อเมื่อได้เพิ่มบทบาทศาลให้มากขึ้น¹⁰⁶ แนวโน้มของศาลในการพิจารณาและค้นหาความจริงในคดี ศาลต้องใช้อำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เป็นประโยชน์สูงสุดต่อคู่ความ และยังมีบทบาทในการค้นหาพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อค้นหาความจริงในคดี เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดอุปสรรคหรือเกิดความผิดพลาดอันเกิดจากการไม่เอาใจใส่หรือด้อยความรู้ความสามารถของคู่ความ ศาลจึงต้องมีบทบาทมากขึ้นในการซักถาม ในการสนับสนุนหรือแนะนำคู่ความ ทนายความและพยานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน¹⁰⁷ ศาลมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอคู่ความร้องขอและยังไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงเท่าที่คู่ความเสนอ แสดงให้เห็นว่าศาลคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก กล่าวได้ว่าหลักการตามระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนสามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาในระบบกล่าวหาในส่วนที่เป็นข้อบกพร่องได้ในระดับหนึ่ง¹⁰⁸

ในต้นศตวรรษที่ 21 ประเทศอังกฤษได้แก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มบทบาทของศาลในกระบวนการพิจารณาคดีให้มากขึ้น ผู้พิพากษาสามารถบริหารจัดการคดีได้ตั้งแต่เริ่มต้นของคดีเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ศาลสามารถช่วยเหลือคู่ความในกำหนดประเด็นข้อพิพาทในคดี ช่วยเหลือคู่ความให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นๆ หากเห็นว่าสมควร และควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีให้มีความก้าวหน้า กระตุ้นให้คู่ความช่วยเหลือให้

¹⁰⁶ วรรณชัย บุญบำรุง, “เปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับกระบวนการพิจารณาคดีปกครองและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 25 ตอนที่ 3, (ธันวาคม 2543), น. 9.

¹⁰⁷ สิริพันธ์ พลรบ และวรรณชัย บุญบำรุง, “การเร่งรัดวิธีพิจารณาคดีในศาลแพ่งและคดีไม่มีข้อยุติ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2542), น. 445.

¹⁰⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และ สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 92, น. 65.

ความร่วมมือกันในการพิจารณาคดี¹⁰⁹ การที่คดีประเภทใดจะใช้การค้นหาข้อเท็จจริงในระบบได้ ส่วนหรือระบบกล่าวหาานั้นจะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของคดีประเภทนั้นเป็นสำคัญ หากคดีประเภทใดกฎหมายประสงค์ที่จะช่วยเหลือคู่กรณีในการดำเนินคดี เนื่องจากอีกฝ่ายหนึ่ง มีฐานะที่เหนือกว่าและคดีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ กฎหมายก็มีแนวโน้มที่จะให้อำนาจ ศาลในการค้นหาความจริงโดยใช้ระบบได้ส่วน โดยให้อำนาจศาลเป็นอย่างมากทั้งในการค้นหา ความจริงและควบคุมกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาในการ ดำเนินคดีให้คู่ความปฏิบัติตาม การสั่งปิดการแสวงหาข้อเท็จจริง การยุติการพิจารณาคดีหรือ การยุติการค้นหาข้อเท็จจริงโดยคู่ความมิได้ร้องขอแต่หากศาลเห็นสมควร หลักการนี้เป็นการตัด อำนาจของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยหน้าที่การควบคุมกระบวนการพิจารณา (official duty) ของศาลไม่ใช่เพียงการบังคับใช้กฎหมาย¹¹⁰ แต่ยังรวมถึงการกำหนดขอบเขตของ สารสำคัญอันเป็นมูลเหตุแห่งคดีด้วย โจทก์ไม่ใช่เป็นผู้มีบทบาทในการตัดสินใจในการกำหนด ทิศทางของการรวบรวมข้อมูลคดีแต่ผู้เดียว เนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลเข้ามา ตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรมของคดีดังกล่าว การที่ศาลเข้ามีส่วนร่วมในการค้นหาความจริง ของคดีร่วมกับคู่ความไม่ได้ทำให้สิทธิในการต่อสู้คดีของคู่ความได้รับผลกระทบจนทำให้คู่ความ ไม่ได้รับความยุติธรรม เพราะการค้นหาความจริงในคดีของศาล จากอำนาจสำรองที่ไม่เท่าเทียม กันของคู่ความ จะทำให้ศาลค้นพบความจริงแท้ในคดี และพิพากษาคดีอย่างถูกต้อง เป็นธรรม

2.3 ระบบวิธีพิจารณาและสืบพยานของประเทศไทย

2.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายลักษณะพยานของไทย

ระบบวิธีพิสูจน์ความจริงตามกฎหมายลักษณะพยานผันแปรไปตามวิธีการและ อำนาจในการลงโทษ¹¹¹ ผู้เขียนจะอธิบายความเป็นมาของกฎหมายลักษณะพยานของไทย ออกเป็นสองช่วงดังนี้

1) สมัยโบราณ (ก่อนประกาศใช้ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113)

¹⁰⁹ http://www.judiciary.gov.uk/about_judiciary/roles_types_jurisdiction/roles_in_court/judges/civil_case.htm (May 10, 2009)

¹¹⁰ คีตงาม คงตระกูล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82, น. 26.

¹¹¹ แอล ดูปลาตร์ และวิจิตร ลุลิตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 2-4.

ในสมัยโบราณระบบความยุติธรรมยึดถือแนวความเชื่อทางศาสนา เกิดจากความเชื่อมั่นศรัทธาจากสัญชาตญาณคือความกลัวของมนุษย์ การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นกลุ่มจะมีความเคารพและทำตามอย่างกัน ข้อห้ามต่างๆ (Tabu) ที่คนในสังคมจะละเมิดมิได้¹¹² เป็นมูลฐานให้เกิดเป็นจารีตประเพณีขึ้นต่อมาสอดคล้องกับอิทธิพลความเชื่อในสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายจนกลายเป็นศาสนาเชื่อในเรื่องบาปบุญคุณโทษ เมื่อมีการรวมกลุ่มคนเป็นจำนวนที่มากขึ้น ชุมชนจึงต้องมีประมุขทรงไว้ซึ่งอำนาจในการปกครองมนุษย์ในสังคมโดยการออกคำสั่งบัญชาให้มนุษย์ในสังคม ประพฤติอยู่ในธรรมเนียมประเพณีและข้อศาสนา¹¹³ กฎหมายของกฎหมายลักษณะพยานใน สมัยแรกอาศัยจารีตประเพณีเป็นข้อควรปฏิบัติเพราะยังไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร¹¹⁴ สังคมไทยตั้งแต่ยุคสุโขทัยเป็นราชธานี เป็นการใช้กฎหมายในแบบกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht)¹¹⁵ ระบบการพิจารณาคดีในยุคนี้คือราษฎรที่เดือดร้อนสามารถร้องทุกข์ได้โดยตรงต่อพ่อเมืองหรือเจ้าเมืองดังที่ระบุไว้ในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราช เพื่อให้สังคมมีความสงบสุข¹¹⁶ การอำนวยการความยุติธรรมเป็นธรรมเนียมเดิมแต่โบราณ ถือเป็นพระราชภาระอันสำคัญของพระมหากษัตริย์ไทยที่ทรงเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประชาชนให้ระงับไป¹¹⁷ ต่อมาเมื่อมีข้อพิพาทมากขึ้น มีความจำเป็นต้องแต่งตั้งเจ้าพนักงานให้มีอำนาจหน้าที่ดูแลความยุติธรรมให้กับประชาชนของพระองค์ ส่วนพระมหากษัตริย์ทรงมีหน้าที่เพียงควบคุมดูแลทั่วไปเท่านั้น

¹¹² ศรีศักร วัลลิโภดม, กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เมืองโบราณ: 2545), น. 11.

¹¹³ สุทธิวาทีนฤพวิทย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, ที่ระลึกในงานพระราชทานเพลิงศพ วันที่ 30 มกราคม 2529, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์จำกัด, 2516), น. 6-7.

¹¹⁴ ประมวล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35, น. 5.

¹¹⁵ Preedee Kasemsup, Reception of Thailand Law: A Buddhist Society, Asian indigenous law edited by Masaji Chiba, 1986 p. 275 อ้างใน แสง บุญเฉลิมลาภ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 64.

¹¹⁶ แสง บุญเฉลิมลาภ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 115, น. 68-69.

¹¹⁷ ร. แลงการ์ด, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น. 388-390.

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่ออาณาจักรอยุธยาตีเมืองนครธมของเขมรได้แล้ว ทำการกวาดต้อนพราหมณ์และขุนนางจำนวนมากเข้ามาในอาณาจักรอยุธยา อิทธิพลด้านการปกครองและวัฒนธรรมของเขมรซึ่งเป็นแบบฮินดูจึงมีอิทธิพลมากในสังคมอยุธยา โดยเฉพาะแนวความคิดเกี่ยวกับลัทธิเทวราชหรือลัทธิไศเลนทร์¹¹⁸ ถือกันว่าพระมหากษัตริย์ของไทยสืบเนื่องมาจากกษัตริย์เขมร เชื่อว่าพระมหากษัตริย์เป็นเทวดาผู้เกิดมาจากสวรรค์ พระมหากษัตริย์นอกจากมีหน้าที่ในการปกครองบ้านเมืองแล้ว ยังต้องรักษาธรรมให้คงอยู่โดยใช้ “ทัณฑ์” เป็นเครื่องมือในการรักษาธรรม การลงโทษจึงเป็นการกำกับให้คนกลับมาอยู่ในธรรม และเป็นตัวอย่างมิให้ผู้อื่นละเมิดธรรมอีกตามแนวความเชื่อของคนอินเดีย¹¹⁹ เมื่อมีข้อพิพาทหรือมีการกระทำผิดเกิดขึ้น เป็นหน้าที่ของกษัตริย์ที่จะต้องชำระความให้ปรากฏความจริง อำนาจในการชำระความนี้ พระมหากษัตริย์ยังได้มอบไปยังขุนนางด้วย ผู้ชำระคดีจึงใช้วิธีค้นหาความจริง โดยใช้วิธีพิจารณาความแบบจารีตนครบาล เช่น การตอกเล็บ บีบขมับ ตบปากคู่ความ จำชื่อผู้ขัดหมาย หรือการทรมานร่างกายต่างๆ เป็นต้น เป็นวิธีพิจารณาความและมีโทษที่รุนแรงมากและเป็นวิธีการของระบบไต่สวน ผู้ชำระความมีหน้าที่ค้นหาความจริงว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำ ความผิดหรือไม่ แต่วิธีการดังกล่าวเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยหรือผู้ต้องหาเป็นอย่างมาก

คัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นอิทธิพลของกฎหมายฮินดู มีเนื้อหาเป็นการกล่าวถึงข้อปฏิบัติของตุลาการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ด้วยดีและวิธีพิจารณาความที่ควรปฏิบัติเพื่อให้การไต่สวนคดีเป็นไปโดยเที่ยงธรรมกล่าวคือ ต้องปราศจากอคติทั้งปวงตามหลักอินทภาษ ได้แก่ ปราศจากอคติเพราะความรัก ความโกรธ ความหลงและความกลัว หลักอินทภาษวางหลักจริยธรรมไว้สำหรับผู้พิพากษาตัดสินคดีการแห่งฝูงมนุษย์นิกรให้บริสุทธิ์ มิให้กองกรรมทุจริตแทรกเข้าในสันดาน¹²⁰ การพิจารณาคดีจึงเที่ยงตรงดังตราฐ โดยการวางตนเป็นกลางและปราศจากอคติทั้ง 4 ประการ¹²¹

¹¹⁸ แสวง บุญเฉลิมลาภ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 115, น. 81.

¹¹⁹ แสวง บุญเฉลิมลาภ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 115, น. 94.

¹²⁰ ไชยยศ เหมรัชตะ, จริยธรรมของนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549), น.10.

¹²¹ สุทธิวาทนฤพุฒิ(หลวง), คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 47-48.

ครั้นในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ราว พ.ศ. 1894 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะพยานเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นมีชื่อว่า พระอัยการลักษณะพยาน พ.ศ. 1894 ทำนองเดียวกับหลักในพระธรรมศาสตร์ มีหลักเป็นข้อแนะนำแก่ผู้พิพากษาว่า ก่อนสืบพยานให้ผู้พิพากษาชี้แจงให้พยานให้การตามความเป็นจริง ถ้าให้การเท็จจะมีโทษ ล้วนแต่เป็นคำสาปแช่งอันมีมูลมาจากความเชื่อถือทางพระพุทธศาสนา และคำสาปแช่งเหล่านี้กลายมาเป็นคำสาบานซึ่งพยานต้องกล่าวคำสาบานว่าตนจะให้การตามความสัตย์จริงก่อนที่จะเบิกความตามวิธีพิจารณาในปัจจุบันนี้¹²² นอกจากนั้นกฎหมายฉบับนี้วางหลักเกณฑ์ว่า พยานบุคคลประเภทใดเชื่อถือได้หรือไม่ โดยพิจารณาตามฐานะและวงศ์ตระกูลของพยาน พยานบางประเภทที่ไม่ควรรับฟัง เช่น พยานบอกเล่าข่าวลือ เป็นต้น ตลอดจนกำหนดห้ามรับฟังบุคคล 33 พวก เช่น คนไม่มีศีล คนกุ่มนี้ยืมสิน ขอทาน ผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นทาสหรือเป็นสหายของคู่ความ คนหูหนวกตาบอด โสเภณี หญิงมีครรภ์ กระเทย ช่างเกือก คนประมง นักเลงการพนัน คนขี้โมโห คนบ้า เป็นต้น มีการห้ามมิให้ศาลรับฟังคำพยานบอกเล่า วิธีการอ้างพยานบุคคลและพยานเอกสาร ตามลักษณะเนื้อหาแล้วพระอัยการลักษณะพยาน พ.ศ. 1894 ฉบับนี้พยายามที่จะวางหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานให้แก่ศาลอย่างครบถ้วน เท่ากับความต้องการของบ้านเมืองในสมัยนั้น แต่วิธีบัญญัติเป็นการระบุข้อเท็จจริงทำนองเป็นตัวอย่างออกเป็นข้อๆ มิได้บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์อย่างกว้างๆ เพื่อให้ศาลปรับใช้กับข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องดังเช่นกฎหมายปัจจุบัน พระอัยการลักษณะพยาน พ.ศ. 1894 นอกจากมีพระอัยการลักษณะพยานบัญญัติแยกไว้ต่างหากแล้ว ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ อีก เช่น ลักษณะรับฟ้อง ลักษณะตระลาการ ลักษณะโจร เป็นต้น รวมอยู่ด้วย พระอัยการลักษณะพยาน พ.ศ. 1894 บังคับใช้เรื่อยมาจนกระทั่งสิ้นสมัยกรุงศรีอยุธยาจึงถูกนำมารวบรวมบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวงในต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์

กฎหมายตราสามดวงหรือประมวลกฎหมาย พ.ศ. 2348 เป็นกฎหมายที่รวบรวมกฎหมายต่างๆ ที่ตกทอดมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาและกฎหมายต่างๆ ที่ประกาศใช้ในรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์

นอกจากนั้นวิธีพิจารณาความตามกฎหมายตราสามดวงมีการแบ่งการดำเนินคดีโดยองค์กรต่างๆ 4 องค์กรด้วยกันคือ องค์กรที่ทำหน้าที่รับคำฟ้อง ตุลาการไต่สวน ตุลาการศาลหลวง หน่วยปรับบทกฎหมายเพื่อทำคำพิพากษา โดยองค์กรที่ทำหน้าที่รับคำฟ้องเมื่อได้รับคำฟ้อง

¹²² ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 6.

หรือคำร้องทุกข์มาแล้วก็จะส่งเรื่องไปยังศาลที่ทำหน้าที่ไต่สวนเฉพาะ โดยจะแยกตามลักษณะของคดีหรือสถานะของผู้ฟ้อง เช่น คดีที่เกี่ยวกับทรัพย์สินจะอยู่ในความดูแลของกระทรวงวัง หรือคดีที่เกี่ยวกับไร่นาจะอยู่ในความดูแลของกระทรวงนา คดีที่เกี่ยวกับการประทุษร้ายร่างกายบุคคลอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม เป็นต้น ตุลาการที่ทำหน้าที่ไต่สวนจะทำหน้าที่สอบสวนหาข้อเท็จจริงด้วยการเรียกให้คู่ความมาให้ถ้อยคำและตั้งประเด็นข้อพิพาท สืบพยาน และรวบรวมพยานหลักฐาน¹²³ ลักษณะการไต่สวนคดีของศาลไทยนี้มีลักษณะพิเศษตรงที่การรวบรวมพยานหลักฐานเป็นหน้าที่ของศาลต่างๆ ตามลักษณะเนื้อหาของคดี ดังนั้นอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงจึงเป็นรูปแบบเดียวกัน หลังจากนั้นก็จะส่งสำนวนไปให้ศาลหลวงซึ่งเป็นศาลสูงสุดทำการตัดสินคดี¹²⁴

ตุลาการศาลหลวงมีหน้าที่ในการควบคุมการไต่สวนและทำคำพิพากษา หาข้อยุติในส่วนข้อเท็จจริงของคดี และค้นหาข้อเท็จจริงในคดีโดยให้ตุลาการไต่สวนทำการพิสูจน์พยานหลักฐานต่างๆ และเมื่อทุกอย่างเสร็จสิ้นตุลาการไต่สวนจะนำคดีมายังศาลหลวงพร้อมกับรายงานสรุปประเด็นที่มีการพิสูจน์และยอมรับโดยคู่ความ จากนั้นตุลาการศาลหลวงจะทำคำพิพากษาในส่วนข้อเท็จจริง วิธีพิสูจน์ข้อเท็จจริงจะเป็นไปตามหลักกฎหมายเดียวกันโดยเป็นหน้าที่ของศาลหลวงที่จะตั้งน้ำหนักพยานที่ได้มาและจะพิจารณาเฉพาะหลักฐานที่อยู่ในสำนวนเท่านั้น จากนั้นคำตัดสินจะส่งไปยังหน่วยปรับบทกฎหมายและสรุปว่าต้องลงโทษหรือยกฟ้องผู้ต้องหา ก่อนอ่านคำพิพากษาศาลหลวงต้องตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง วิธีพิจารณาความเป็นเช่นนี้เหมือนกันทุกคดีทั้งคดีแพ่งและอาญา¹²⁵

ในกฎหมายตราสามดวงนี้ วิธีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงยังคงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายพระอัยการลักษณะพยาน มีการพิสูจน์ 7 วิธีคือ การพิสูจน์ด้วยตะกั่วเหลว การสาบาน การดำน้ำ ลุยไฟ การว่ายนทนกระแสน้ำ การว่ายข้ามลำน้ำและตามเทียน¹²⁶ อันเป็นวิธีการพิจารณาทำนองเดียวกับวิธีทรมานของระบบคูร์ถนีในสมัยโบราณ ส่วนการเลือกวิธีพิสูจน์

¹²³ อุดม รัฐอมฤต, “พยานตามกฎหมายเก่าสยาม,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2542), น. 124-128.

¹²⁴ อุดม รัฐอมฤต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 31-32.

¹²⁵ อุดม รัฐอมฤต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 31-32.

¹²⁶ อุดม รัฐอมฤต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 123, น. 136-138.

นั้นหากเป็นบุคคลต่างเพศกันให้ใช้วิธีพิสูจน์ด้วยไฟ หากเป็นเพศเดียวกันอาจให้ใช้วิธีพิสูจน์ด้วยการดำน้ำ

จนกระทั่งในรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์มีการปรับปรุงประเทศให้เป็นแบบตะวันตกกฎหมายตราสามดวงจึงเลิกใช้¹²⁷ และการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113

บทบาทของศาลไทยในกฎหมายวิธีพิจารณาความและการวางตนของศาลได้ถือตามแบบอย่างอังกฤษตลอดมา เป็นการพิจารณาคดีในแบบกล่าวหาในขั้นตอนของการสืบพยานและการรับฟังพยานหลักฐาน แต่ในส่วนระยะเวลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนคดี ทำให้เห็นว่าการพิจารณาคดีมีลักษณะไต่สวนปะปนอยู่ด้วย ดังนั้นระบบการพิจารณาคดีของศาลไทยจึงเป็นแบบผสมมาแต่แรกเริ่ม¹²⁸

2) สมัยใหม่ (หลังประกาศใช้ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113)

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 โดยมีแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายพยานส่วนใหญ่มาจากกฎหมายอังกฤษ¹²⁹ นับว่าเป็นการปฏิวัติขั้นแรกให้กฎหมายลักษณะพยานของไทยเข้าสู่ระบบสากล พระราชบัญญัตินี้ได้ยกเลิกกฎเกณฑ์ เช่น เรื่องพยานที่ต้องห้ามรับฟัง 33 ประเภท เช่น คนหูหนวก ตาบอด หญิงโสเภณี หญิงมีครรภ์ ถือว่าเป็นอุทริพยานห้ามรับฟัง เปลี่ยนกฎเกณฑ์ใหม่ว่าบุคคลที่มีสติรู้จักผิดชอบและเข้าใจความก็เป็นพยานได้ เว้นแต่จะเข้าอยู่ในข้อยกเว้นที่กฎหมายระบุไว้นี้ กำหนดสิทธิของบุคคลที่จะไม่ต้องเป็นพยานหรือให้การ เช่น การอ้างผู้พิพากษาเป็นพยาน หรือเรื่องเกี่ยวกับราชการลับ กำหนดวิธีการสืบพยานไว้ 3 ประการได้แก่

¹²⁷ พัทธินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ 2411 จนถึง พ.ศ 2478, พ.ศ 2517. น. 19-21. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง, สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น.120.

¹²⁸ โสภณ รัตนกร, “องค์การตุลาการในกระแสปฏิรูปการเมือง,” จุลพาน เล่ม 3 ปีที่ 44 (กรกฎาคม- กันยายน 2540), น. 7.

¹²⁹ ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 11 และ เข็มชัย ชุตินวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น. 5. และ โสภณ รัตนกร, , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 11.

เดินเผชิญสืบ เรียกพยานมาสืบในศาล และการส่งประเด็นไปสืบ ศาลมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการเลือกสืบพยานในรูปแบบใดก็ได้ แต่โดยปกติแล้วจะเลือกวิธีการเรียกพยานมาสืบในศาล ถือว่าเป็นวิธีที่ดีที่สุดและเป็นการกระทำโดยเปิดเผย ทั้งศาลยังได้มีโอกาสสังเกตอากัปกริยาและท่าทางตลอดจนถ้อยคำที่พยานได้ให้การไว้ด้วย¹³⁰ กำหนดวิธีการและโทษสำหรับพยานที่ไม่ยอมมาให้การ กำหนดวิธีการอ้างพยานเอกสาร กำหนดวิธีการชี้สองสถานเพื่อกระประเด็นนำสืบ กำหนดวิธีการถามพยาน ถามค้านพยานและถามติงพยานและการพิสูจนพยาน ในส่วนการกระประเด็นข้อสืบ สักขีพยานมาประกอบเอาความจริง ลงในคำชี้แจงสองสถาน กำหนดให้ศาลเป็นผู้ซักถามเอง คือให้ศาลซักถามพยานให้พยานเบิกความตามที่ได้รู้ได้เห็นโดยความสัจจริง เมื่อศาลซักถามพยานเสร็จแล้ว ศาลจึงถามคู่ความว่ามีอะไรจะถามอีกหรือไม่ ถ้าหากมีศาลอาจจะถามให้ก็ได้ ทั้งนี้สุดแล้วแต่ศาลจะเห็นสมควร หากฝ่ายใดจะถามค้าน ถามติงก็ต้องให้ศาลเป็นผู้ถามเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ศาลยังมีอำนาจที่จะซักฟอกพยานได้ หลังจากที่ยานให้การเสร็จเรียบร้อยแล้ว หากศาลมีข้อสงสัยในเรื่องใดๆ อยู่อีก หรือศาลเห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจะหมายเรียกพยานนั้นมาให้การอีกครั้งก็ได้ อย่างไรก็ตามวิธีการซักถามพยานนี้ มีข้อยกเว้นว่าคู่ความอาจตกลงกันซักถามพยานเองก็ได้ จะต้องแจ้งให้ศาลทราบก่อนศาลซักถามพยาน สำหรับวิธีการซักถามพยานบุคคลในระยะแรกจะใช้วิธีให้ศาลเป็นผู้ซักถามพยานเองเนื่องจากสมัยนั้นยากที่จะหาทนายความมาแก้ต่างได้¹³¹ ต่อมาเปลี่ยนวิธีการให้คู่ความเป็นผู้ซักถามพยานเองเพราะการศึกษากฎหมายได้เจริญแพร่หลายขึ้น คู่ความมีทนายคอยแก้ต่างให้แล้ว¹³² ดังนั้น ภายหลังต่อมาการซักถามพยานในศาลจึงเป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายที่จะกระทำเอง แบบเดียวกับการซักถามพยานในอังกฤษ เรียกว่าระบบกล่าวหาหรือระบบคู่กรณี

¹³⁰ แอล ดูปลาตร์ และวิจิตร ลุกลิตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 57-58.

¹³¹ จินดาภิรมย์ราชสภาพดี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาคำพยานหลักฐาน, (พระนคร:โรงพิมพ์พิศาลบรรณนิติ, 2458), น. 159.

¹³² แอล ดูปลาตร์ และวิจิตร ลุกลิตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 66-69.

ศาลจะไม่ร่วมซักถามพยานอย่างแต่ก่อน หากจะซักถามก็จะถามอย่างคนกลางและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเท่านั้น¹³³

บทกำหนดโทษผู้กระทำผิดในกฎหมายพยาน โจทก์จะอ้างจำเลยหรือจำเลยจะอ้างโจทก์เป็นพยานก็ได้¹³⁴ แต่ก็ยังเป็นบทบัญญัติที่ไม่ครบถ้วนบริบูรณ์และมีบทบัญญัติในเรื่องอื่นปะปนอยู่ด้วยเช่นมีบทบัญญัติกำหนดโทษพยานผู้เบิกความเท็จ ผู้ทำพยานเท็จและผู้ละเมิดอำนาจศาลไว้ด้วย¹³⁵ เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 อันเป็นการตรากฎหมายในลักษณะประมวลกฎหมายระบบซีวิลลอว์ แต่ผู้พิพากษาไทยได้รับการศึกษามาจากประเทศอังกฤษและมีการใช้หลักกฎหมายอังกฤษสอนในโรงเรียนกฎหมายระยะแรกๆ¹³⁶ จึงนำลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายแบบอย่างอังกฤษมาใช้ด้วย ดังนั้นศาลไทยจึงใช้วิธีพิจารณาความตามแบบที่ใช้ในศาลอังกฤษ ทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงอธิบายว่า “...เดี๋ยวนี้ให้สันนิษฐานเสียว่าผู้ต้องหาเป็นคนบริสุทธิ์ กว่าโจทก์จะนำสืบให้เห็นว่าพิรุณ ฯลฯ” และในคดีแพ่งก็เช่นเดียวกัน ผู้กล่าวอ้างข้อความอันใด ฝ่ายนั้นเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นจริงตามข้ออ้างนั้น แต่เดิมผู้ต้องหาต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ และในบางครั้งผู้พิพากษาก็ทำตนเป็นโจทก์เสียเอง ดังนั้นกฎหมายลักษณะพยานนี้ ผู้พิพากษาจะลงโทษบุคคลใดจะต้องอาศัยพยานหลักฐานในคดีนั้นเป็นสำคัญ¹³⁷ กรณีที่มีความสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย การซักถามพยานในศาลเป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายที่จะต้องกระทำเองแบบเดียวกันการ

¹³³ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, การปฏิรูประบอบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระปิยะมหาราช, (กระทรวงยุติธรรม: คณะกรรมการจัดงานฉลองเถลิงถวัลยราชสมบัติครบ 100 ปีในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, 2511), น. 55.

¹³⁴ โสถ โกสิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 8.

¹³⁵ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 11.

¹³⁶ หลวงสารนัยประสาสน์(ธัญญา ณ สงขลา) พัฒนาการศึกษากฎหมายในประเทศไทย ในหนังสือ พระราชทานเพลิงศพเจ้าพระยามหิธร(ลออ ไกรฤกษ์) 15 พ.ย. 2499 น.8-9 อ้างใน กิตติศักดิ์ ปกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 114.

¹³⁷ พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติปัจจุบัน เล่ม 2, โรงพิมพ์กฎหมายกรุงเทพฯ, ร.ศ 121 น. 621-623.อ้างใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133, น. 55.

ซักถามพยานในอังกฤษ เรียกกันว่าระบบกล่าวหา ศาลไม่ได้ร่วมซักถามพยานอย่างเป็นทางการคู่ความ
 ดูกาลก่อน แต่ศาลจะซักถามอย่างคนกลาง เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเท่านั้น การซักถาม
 พยาน มีการถามซัก (examination-in-chief) การถามค้าน(cross-examination) และการถามติง
 (re- examination) เช่นเดียวกับการซักถามพยานในศาลอังกฤษ กระบวนพิจารณาคดีในศาลใน
 เรื่องอื่นๆ ก็เดินตามแบบฉบับของอังกฤษดูกัน เพียงแต่ประเทศไทยมิได้นำระบบการพิจารณา
 คดีแบบลูกขุน (jury) มาใช้เท่านั้น อันเป็นการปฏิรูปการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเมื่อเสด็จใน
 กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นเสนาบดีว่าการกระทรวงยุติธรรม¹³⁸

นับว่ากฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เป็นรากฐานกฎหมายพยานของไทยใน
 ปัจจุบัน¹³⁹ และทางปฏิบัติผู้พิพากษายังคงนำหลักกฎหมายพยานของอังกฤษมาปรับใช้ เช่น
 ข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่า และการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำโดยเปิดเผย ต่อหน้า
 จำเลย และการที่ศาลวางตัวเป็นกลาง ปล่อยให้คู่ความทำหน้าที่ของตนแต่ละฝ่าย ศาลมีเพียง
 หน้าที่ควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยเรียบร้อย จึงถือกันว่ากฎหมายลักษณะพยานของ
 ไทยเป็นระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับอังกฤษ¹⁴⁰

ในปีเดียวกันนี้เอง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) มีการตราพระราชบัญญัติกระบวน
 พิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 โดยรวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานเข้ากับ
 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีการแบ่งกฎหมายลักษณะพยานเป็นกฎหมายลักษณะ
 พยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายลักษณะพยานตามประมวล
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เป็นการตรากฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้เป็นการชั่วคราวก่อนที่จะ
 จะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับสมบูรณ์ เหตุที่ต้องร่างพระราชบัญญัติเพื่อใช้
 ไปพลางก่อนมิได้ร่างประมวลกฎหมาย เนื่องจากการร่างประมวลกฎหมายใช้เวลานาน ไม่ทันต่อ
 ความเจริญของประเทศที่ต้องการให้มีวิธีพิจารณาอรรถคดีแบบตะวันตกโดยเร็ว เพราะต่างชาติ
 รังเกียจกฎหมายและการศาลไทยที่ล้าหลัง ไม่เชื่อถือว่าศาลไทยจะสามารถให้ความยุติธรรมแก่เขา
 ได้

¹³⁸ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 133*, น. 55-56.

¹³⁹ ไสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 80*, น. 6. และพรเพชร วิชิตชลชัย, อ้างแล้ว
เชิงอรรถที่ 63, น.9.

¹⁴⁰ ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 35*, น. 6.

ต่อมาใน ร.ศ. 127 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) หลักการส่วนใหญ่คล้ายกับพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 มีการบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลให้ชัดเจน เพิ่มรายละเอียดคดีมโนสำเนา กำหนดให้มีการยื่นบัญชีระบุนายานต่อศาลก่อนวันพิจารณา ในส่วนเกี่ยวกับการค้นหาข้อเท็จจริงยังคงใช้พระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 เช่นเดิม

ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมีการร่างและปรับปรุงกฎหมายมาเรื่อยๆ โดยนำกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสเป็นแบบอย่าง¹⁴¹ กล่าวได้ว่า ผู้ร่างได้นำเอาส่วนที่ดีของกฎหมายแต่ละฉบับที่เหมาะสมกับยุคสมัยสังคม วัฒนธรรมของยุคนั้นๆ มารวบรวมเป็นกฎหมาย

2.3.2 ระบบวิธีพิจารณาและสืบพยานของประเทศไทยในปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับปัจจุบัน ร่างขึ้นโดยพิจารณาจากเค้าโครงเดิมของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 กฎหมายฉบับนี้กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่างโดยอาศัยกฎหมายของอินเดียและอังกฤษเป็นหลัก และในช่วง พ.ศ. 2454-2457 นายริวีแอร์ (Rivière) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้รับมอบหมายเป็นผู้ยกร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ต่อมาใน พ.ศ. 2457 นายชาร์ลส์ เลเวสก์ (Charles L'Evesque) ได้รับมอบหมายเป็นผู้ร่างสืบต่อจากนายริวีแอร์¹⁴² ได้นำ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระบ.ลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ใช้เป็นหลักในการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งนำหลักการบางส่วนจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสและระบบการศาลของประเทศฝรั่งเศส¹⁴³ และกฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2441¹⁴⁴ มาเป็นแนวพิจารณาทั้งหลักกฎหมายและวิธีปฏิบัติของศาลต่างประเทศ ตลอดจนนำประสบการณ์และวิธีปฏิบัติของศาลไทย แต่เดิมมาเป็นมาเป็นมูลในการร่าง และรับเอาระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นแบบอย่างในการชำระสะสาง

¹⁴¹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133, น. 20.

¹⁴² ชาญชัย แสงวงศ์ดี และคณะ, "อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 3 ตอน 2, น. 674.

¹⁴³ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133, น. 20.

¹⁴⁴ ชาญชัย แสงวงศ์ดี และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 142, น. 124-125.

และร่างประมวลกฎหมาย มีการปรับปรุงการเรียนการสอนกฎหมายให้เป็นแบบภาคพื้นยุโรปในที่สุด¹⁴⁵ ในที่สุดสภาผู้แทนราษฎรมีมติประกาศให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2478 และให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 เป็นต้นไป

1) ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบกล่าวหา

แม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานของไทยจะมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกล่าวหา¹⁴⁶ แต่ประเทศไทยมิได้นำหลักกฎหมายของอังกฤษซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหามาใช้ทุกเรื่อง เช่น ในเรื่องพยานบอกเล่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95(2) มิได้ห้ามมิให้รับฟังโดยเคร่งครัดอย่างกฎหมายอังกฤษ เพราะกฎหมายลักษณะพยานของอังกฤษเป็นระบบที่มีกฎข้อจำกัดอำนาจศาลมิให้รับฟังพยาน (exclusionary rules) อย่างมากมาย จนกล่าวกันว่ามิช้อยกเว้นมากเกือบจะเป็นว่าช้อยกเว้นนี้เองเป็นหลักและหลักกลับเป็นช้อยกเว้น¹⁴⁷ เนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบคณะลูกขุนเป็นผู้ชี้ขาดข้อเท็จจริงและลูกขุนเป็นชาวบ้านธรรมดาไม่ชำนาญในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน จึงต้องมีกฎเกณฑ์ในการห้ามรับฟังพยานหลักฐานเป็นจำนวนมาก หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95(2) ถือเป็นบทตัดพยานบอกเล่า ห้ามมิให้ศาลนำพยานบอกเล่าเข้าสืบเลย เป็นปัญหาในชั้นเสนอพยานหลักฐานมิใช่ให้สืบไปก่อนแล้วศาลใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานภายหลัง¹⁴⁸ กฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทยจึงเป็นระบบกล่าวหา แต่เพียงศาลไทยยอมรับฟังในบางลักษณะโดยนำพยานหลักฐานอื่นมาประกอบ (Corroboration) ตามแบบอย่างของอังกฤษมาสร้างเป็นหลักกฎหมายของตนโดยเฉพาะ¹⁴⁹

นอกจากนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 116 และมาตรา 229 ที่ให้ศาลเป็นผู้ถามพยานและผู้สืบพยาน น่าจะเป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับเดิมที่บัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เป็นเรื่องที่สมัยก่อนยังไม่ค่อยมีผู้รู้กฎหมาย คู่ความอาจไม่มีทนายความ และไม่สามารถชักความเองได้

¹⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 109.

¹⁴⁶ เข็มชัย ชุตินวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น. 7.

¹⁴⁷ พระสุทธธีรอรณณมุนี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (พิมพ์ดีด), 2475, น. 59. และ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 6.

¹⁴⁸ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 13-14.

¹⁴⁹ ไอลง โกลิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 359.

จึงได้บัญญัติให้อำนาจศาลเป็นผู้ถามพยานได้แต่คู่ความอาจตกลงกันและขออนุญาตต่อศาลเป็นผู้ซักถามพยานได้ บทบัญญัติดังกล่าวคงเป็นเพียงให้ศาลช่วยถามพยานแทนคู่ความเท่านั้น คงมิใช่ให้ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงในคดีเองตามที่ปฏิบัติอยู่ในระบบไต่สวน ส่วนอำนาจศาลที่จะเรียกพยานมาสืบเองนั้น สำหรับคดีอาญากฎหมายอังกฤษก็ให้อำนาจผู้พิพากษาไว้เช่นกัน เพราะถือว่าคดีอาญามีผลเกี่ยวกับชีวิตเสรีภาพของจำเลยโดยตรงศาลจึงต้องค้นหา เพื่อทราบความจริงว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ให้มากที่สุด แต่ในคดีแพ่ง ผู้พิพากษาอังกฤษไม่มีอำนาจเรียกพยานมาสืบเองโดยคู่ความไม่ประสงค์ ศาลไทยก็ถือปฏิบัติทำนองเดียวกัน บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86, 116, 119, และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 228, 229 จึงไม่น่าจะทำให้การพิจารณาคดีและสืบพยานของเรากลายเป็นระบบไต่สวนไปด้วย¹⁵⁰ จึงกล่าวได้ว่าระบบวิธีพิจารณาและสืบพยานของประเทศไทยมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกล่าวหา

2) ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบไต่สวน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลมีอำนาจในการตรวจคำคู่ความใดๆ ที่ยื่นต่อศาล (มาตรา 18) เนื่องจากการที่รัฐตั้งศาลยุติธรรมขึ้นมา ประสงค์ให้มีการระงับข้อพิพาทไปโดยรวดเร็วและยุติธรรม ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่ศาลจะมีดุลยพินิจกำกับและชักจูงการพิจารณาได้บ้าง แม้จะไม่ทุกข้อแต่เฉพาะในข้อที่ต้องกระทำเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยเร็วและยุติธรรม หากจะไม่ให้ศาลเข้ามามีอำนาจขัดขวางชักจูงได้เลย ผลแห่งการพิจารณาก็อาจเป็นว่าฝ่ายใดมีความเฉลียวฉลาดมากกว่า หรือรู้วิธีทางแห่งการดำเนินคดีในการเอาข้อเท็จจริงมาเปรียบกันมากกว่าก็ย่อมเป็นฝ่ายชนะ เช่นนั้นหาเป็นการถูกต้องและยุติธรรมไม่ทางที่ถูกควรจะเป็นว่าฝ่ายที่ทำตามกฎหมายควรเป็นฝ่ายชนะ และฝ่ายที่ทำผิดกฎหมายควรเป็นฝ่ายแพ้¹⁵¹ กฎหมายจึงให้อำนาจศาลในการตรวจดูคำคู่ความทั้งในรูปแบบและเนื้อหา กล่าวคือ หากคำคู่ความใดที่ยื่นต่อศาลไม่มีรายการหรือไม่มีเอกสารต่างๆ ตามที่กฎหมายต้องการ ศาลมีอำนาจคืนคำคู่ความนั้นให้ไปทำมาใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติม หากคำคู่ความไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งกฎหมายที่บังคับไว้ เช่น โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง ศาลสามารถยกฟ้องโจทก์ได้เลย นอกจากนั้นในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน ศาลมีดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวาง

¹⁵⁰ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 80, น. 8.

¹⁵¹ นิติการณประสม, พระ , อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 3, น. 197.

เช่น ศาลจะเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมและเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86) ให้ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานได้รับฟังๆ ได้หรือไม่ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งสืบพยานที่เห็นว่าพุ่มเพี้ยงเกินสมควรหรือเป็นการประวิงคดีหรือไม่เกี่ยวกับประเด็น(ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87) ให้ศาลถามพยานได้เองและถามก่อนคู่ความผู้อ้างพยาน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 116)และให้อำนาจศาลที่จะถามพยานในเวลาใดด้วยคำถามใดก็ได้ ศาลจะเรียกพยานที่เบิกความขัดกันในเรื่องข้อสำคัญมาสอบปากคำพร้อมกันก็ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 119)

แม้การพิจารณาของศาลไทยจะมีได้ถือตามหลักกฎหมายพยานของอังกฤษทุกประการ และมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการสืบพยานมากคล้ายกับระบบไต่สวน แต่ในทางปฏิบัติยอมรับกันว่า ศาลไทยเรายังไม่ได้รับบทบาทที่กฎหมายให้ไว้มากนัก โดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานมาสืบเองโดยเฉพาะในคดีแพ่ง จนถือว่าเป็นนิติประเพณี หากไม่ปฏิบัติตามก็จะเป็นที่ครหาว่าวางตัวไม่เป็นกลาง และในประมวลจริยธรรมตุลาการข้อ 9 ¹⁵² กำหนดให้ศาลวางตัวเป็นกลาง ศาลจึงรับฟังได้แต่เพียงพยานหลักฐานที่คู่ความนำขึ้นมาสู่ศาลเท่านั้น

ดังนั้น บทบาทของศาลในการค้นหาความจริง (fact finding) เป็นผลมาจากการเข้าใจตัวบทที่ต่างกัน เช่น ในคดีแพ่งผู้พิพากษาส่วนใหญ่วางตนเหมือนเป็นการตัดสินการสู้คดีระหว่างโจทก์และจำเลยตามแนวทางของการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (Accusatory System) ในขณะที่ผู้พิพากษาส่วนหนึ่งเห็นว่าศาลควรจะปฏิบัติกรในเชิงรุก (take active role) ในการร่วมค้นหาความจริงตามแนวทางของระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวน (Inquisitorial System) เพราะ

¹⁵² ประมวลจริยธรรมตุลาการข้อ 9 “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไทยเปิดช่องให้ศาลถามพยานได้อย่างกว้างขวาง เหตุนี้มาตรฐานการปฏิบัติของศาลจึงไม่เป็นแนวเดียวกันทั้งระบบ¹⁵³

3) ระบบผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน

ระบบทั้งสองที่กล่าวมาเป็นวิธีการของศาลในอดีต แต่เมื่อเวลาล่วงเลยผ่านไป แต่ละระบบก็มีการพัฒนาวิธีการค้นหาความจริงของตนมาเป็นลำดับ และมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจุดบกพร่องของแต่ละระบบมาโดยตลอด จนปัจจุบันระบบทั้งสอง ต่างคลี่คลายเข้าหากัน ประเทศต่างๆ มีแนวโน้มที่จะนำข้อดีข้อเสียของทั้งสองระบบมารวมกัน สร้างเป็นกฎเกณฑ์ในทางลักษณะพยานขึ้นใหม่ เรียกว่าระบบผสม (Mixed System)¹⁵⁴ การแยกเป็นระบบกล่าวหาและไต่สวนมีเฉพาะในอดีตเท่านั้น จนทั้งสองระบบมีลักษณะใกล้เคียงกันเป็นส่วนใหญ่ โดยกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบกล่าวหาและกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบไต่สวนต่างได้ปรับปรุงระบบการพิจารณาคดีของตนจนมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันมาก¹⁵⁵

ปัญหาถกเถียงกันว่าระบบกฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นระบบกล่าวหาหรือ ไต่สวน นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นระบบกล่าวหาโดยตลอดตั้งแต่เริ่มมีการจัดระเบียบศาลยุติธรรมตามแบบสากล ทั้งนี้เพราะเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นบรมครูของนักกฎหมายในประเทศไทย ได้ทรงศึกษาวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ¹⁵⁶ และทรงมีส่วนสำคัญในการร่างกฎหมายลักษณะพยานไทยโดยนำมารวมเข้ากับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ นอกจากนั้นทรงนำหลักกฎหมายพยานของอังกฤษมาสอน ณ โรงเรียนสอนกฎหมายในสมัยนั้นด้วย หลักกฎหมายพยานของอังกฤษจึงแพร่หลายและนำมาอ้างในคำพิพากษาศาลจนเป็นที่ยอมรับและคงยึดถือเป็นหลักกฎหมายพยานไทยในปัจจุบัน

¹⁵³ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ทิศทางกระบวนการยุติธรรมไทยในศตวรรษใหม่, (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สวก.), 2543), น. 81-82. โดย ศ.นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กระบวนการยุติธรรมกับมาตรฐานสากล น. 64-87.

¹⁵⁴ เข็มชัย ชุตินวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น. 4. และ ขวเลิศ ไสภณวัต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58, น. 38-41.

¹⁵⁵ John Henry Merryman, The Civil Law Tradition, p. 135. อ้างในไสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 4.

¹⁵⁶ ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 6

ลักษณะเช่นนี้ทำให้การศึกษากฎหมายลักษณะพยานไทยมีความยุ่งยากเพราะหลักกฎหมายพยานของอังกฤษบางหลักที่นำมาใช้นั้นไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แต่หลักกฎหมายปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาบ้าง คำอธิบายกฎหมายหรือตำรากฎหมายต่างๆบ้าง ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาจึงยึดแนวทางการใช้ การตีความกฎหมายค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาอย่างประเทศอังกฤษ สภาพเช่นนี้ก่อให้เกิดความสับสนต่อการใช้กฎหมายลักษณะพยานและระบบการพิจารณาความของประเทศไทยเป็นอย่างมาก¹⁵⁷ ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรีจึงเห็นว่า กฎหมายลักษณะพยานไทยเป็นระบบกล่าวหา¹⁵⁸ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์เห็นว่า ระบบวิธีพิจารณาและสืบพยานของประเทศไทยโน้มเอียงไปทางระบบกล่าวหา¹⁵⁹

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลยอมให้คู่ความที่เป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงดีอยู่แล้ว นำพยานหลักฐานมาสู่ศาลก่อน¹⁶⁰ ส่วนพยานหลักฐานที่จำเป็นแก่คดีจะได้มาโดยยากหรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลมีอำนาจเข้าร่วมในการค้นหาพยานหลักฐาน เพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงตามเนื้อหาได้ อย่างไรก็ตามศาลจะใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งในการสืบพยานโดยพลการ ทั้งนี้เนื่องจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 9 กำหนดให้ศาลวางตัวเป็นกลาง ศาลรับฟังได้แต่เพียงพยานหลักฐานที่คู่ความนำขึ้นมาสู่ศาลเท่านั้น อันเป็นผลมาจากการที่ผู้พิพากษาวางตัวเป็นกลางตามระบบกล่าวหา จึงไม่เป็นผู้ที่แสวงหาพยานหลักฐานเองเพราะจะทำให้ดูเหมือนว่าเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อันเป็นลักษณะการวางตนตามหลักอินทภาษา แท้จริงแล้วผู้พิพากษาต้องไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเท่านั้น แต่ผู้พิพากษาต้องวินิจฉัยคดีเพื่อความเป็นธรรม ดังนั้นเมื่อการพิจารณาคดีไม่ได้ความจริง หรือเกิดความไม่เป็นธรรม ผู้พิพากษาต้องเข้าไปค้นหาเพื่อให้ได้ความจริงมาพิจารณาพิพากษาคดี¹⁶¹

จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น มาตรา 95(2), 116 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229 ที่ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการรับ

¹⁵⁷ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 13.

¹⁵⁸ ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 5.

¹⁵⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 6.

¹⁶⁰ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น. 16.

¹⁶¹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 14-15.

ฟังหรือดำเนินการสืบพยานที่เป็นลักษณะไต่สวน ทำให้ระบบกฎหมายไทยน่าจะเป็นระบบผสม มีเนื้อหาต่อไปทางระบบไต่สวน¹⁶² อาจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์ มีความเห็นว่าระบบกฎหมายลักษณะพยานของไทยน่าจะร่างขึ้นตามระบบไต่สวน จากการที่ศาลมีอำนาจรับฟังพยานบอกเล่าอย่างกว้างขวาง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95(2)) ศาลรับฟังได้แต่จะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใดเป็นอีกเรื่องหนึ่ง อำนาจศาลถามพยานได้เองก่อนคู่ความทุกฝ่าย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 116) หรืออำนาจศาลเรียกพยานมาสืบโดยพลการหรืออาจสืบพยานที่คู่ความนำมาสืบเพิ่มเติมตามที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86 , 119 และ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 228) ตรงข้ามกับความคิดรากฐานของระบบกล่าวหาที่ผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางโดยสิ้นเชิง จึงน่าจะเชื่อว่าผู้ร่างกฎหมายคงมีความประสงค์จะให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาช่วยคู่ความค้นหาข้อเท็จจริงตามระบบไต่สวน แต่มีการนำบทบัญญัติบางประการของระบบกล่าวหา มาบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลย ดังนั้นกฎหมายพยานของไทยน่าจะเป็นระบบผสมที่ค่อนข้างไปในทางไต่สวนมากกว่า

ส่วนศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร มีความเห็นว่ากฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นระบบผสม แต่ทางปฏิบัติการพิจารณาในศาลยังคงยึดระบบกล่าวหา แต่การที่ระบบการพิจารณาและสืบพยานของไทยเป็นระบบไต่สวนนั้นเข้าใจว่าประสงค์จะให้ศาลมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและสืบพยานให้มากขึ้น เพื่อให้ประชาชนผู้มาศาลได้รับความสะดวก รวดเร็ว ประหยัดและเป็นธรรม¹⁶³

ในปัจจุบันไม่มีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใดที่นำเอาหลักการเสนอคดีของคู่ความ เป็นลักษณะหนึ่งของกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหานั้นมาใช้โดยสมบูรณ์ จึงปรากฏหลักการไต่สวนของศาลอยู่ด้วยในระดับหนึ่ง แต่ในระบบไต่สวนจะไม่มีผู้ไต่สวนคนใดที่จะไต่ถามได้โดยตรง หากว่าคู่ความไม่กล่าวอ้างสิทธิของตนที่มีอยู่ขึ้นมาก่อน และไม่สามารถเป็นระบบกล่าวหาได้ทั้งหมดเพราะเมื่อเราพูดถึงผู้ชนะคดีในการแข่งขันระหว่างคู่ความที่ฟ้องร้องกัน ผู้ชนะคดีไม่สามารถจะแสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมได้เหมือนกับการเป็นผู้ชนะในการวิ่งแข่งขัน¹⁶⁴ อาจกล่าว

¹⁶² ขวเลิศ โสภณวัต, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58*, น. 38-41.

¹⁶³ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80*, น. 9.

¹⁶⁴ J. A. Jolowiz, *On Civil Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 385 อ้างใน กาญจนา ปัญจกิจไพบูลย์, “ศาลกับการมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงใน

ได้ว่าระบบการพิจารณาและสืบพยานของเราได้นำหลักเกณฑ์จากระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมาใช้ผสมผสานกัน แต่ในทางปฏิบัติลักษณะการดำเนินคดีในศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของผู้พิพากษาและการสืบพยานหลักฐาน ยังยึดหลักการของระบบกล่าวหาหรือหลักการต่อสู้คดีของคู่ความอยู่เป็นส่วนใหญ่ ศาลไม่สามารถเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมด้วยตนเองได้ ดังนั้น ผู้มีกำลังย่อมมีโอกาสชนะผู้ที่ย่อแอกกว่าเสมอ¹⁶⁵ ศาลต้องมีบทบาทในเชิงรุกและกำหนดรูปแบบของกระบวนการพิจารณาให้มากขึ้นเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็ว แก้ไขอุปสรรคต่างๆ ในคดีรวมทั้งการค้นหาความจริงในประเด็นพิพาท เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่สังคมอันและทำให้คู่ความได้รับความเป็นธรรมสอดคล้องกับภาระหน้าที่ที่ศาลต้องให้ความยุติธรรมแก่คู่ความ

คดีแพ่ง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 48.

¹⁶⁵ แว ยอดพยุ่ง, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ศรีหงส์, 2516), น. 5.

[Type text]