

บทที่ 3

การรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้จะทำการศึกษาพยานผู้เชี่ยวชาญตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งระบบการค้นหาค้นหาข้อเท็จจริงในทางคดีแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ใช้การดำเนินคดีแบบระบบไต่สวน (Inquisitorial System) และตามระบบซีวิลลอว์ใช้การดำเนินคดีแบบระบบกล่าวหา (Accusatorial System) หรือที่เรียกว่าระบบต่อสู้ (Adversary System) เนื่องจากแต่ละประเทศใช้ระบบการดำเนินคดีต่างกัน การนำเสนอพยานหลักฐานจึงแตกต่างกันไปด้วย ทำให้พยานผู้เชี่ยวชาญถึงแม้จะมีหน้าที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือเป็นบุคคลที่ให้ความเห็นต่อศาลในเรื่องที่ศาลไม่สามารถทำความเข้าใจได้เอง ศาลต้องการความช่วยเหลือจากบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในด้านนั้นมาให้ความเห็นที่เป็นประโยชน์ในคดีแก่ศาล แต่วิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาและสถานะของพยานผู้เชี่ยวชาญในทั้งสองระบบก็ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่ รวมถึงวิธีการในการเสนอความเห็นต่อศาลและการคัดค้านหรือโต้แย้งพยานผู้เชี่ยวชาญก็มีความแตกต่างกัน

1. ตามระบบคอมมอนลอว์

มีการค้นหาค้นหาความจริงเป็นแบบระบบต่อสู้หรือระบบกล่าวหา เช่น ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสหรัฐอเมริกา ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แยกลักษณะของวิธีพิจารณาคดีได้ 2 แบบ คือ แบบศาลที่มีลูกขุน (Crown Court) และแบบศาลที่ไม่มีลูกขุน (Magistrates Court) โดยศาลที่มีลูกขุน (Crown Court) เป็นศาลสูงที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่ต้องใช้ลูกขุน (Trial on indictment) ผู้พิพากษาจะทำการพิจารณาคดีร่วมกับลูกขุน ส่วนศาลที่ไม่มีลูกขุน (Magistrates Court) เป็นศาลชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่มีความผิดเล็กน้อย (โทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 2,000 ปอนด์) โดยไม่ใช้ลูกขุน (Summary Office)¹ โดยปกติแล้วลูกขุนเป็นบุคคลธรรมดาอายุต้องมียุทธศาสตร์ต่างๆ เกี่ยวกับพยานหลักฐานเพื่อป้องกันอคติและความลำเอียงในจิตใจลูกขุน ดังนั้นกฎหมายลักษณะพยานจึงต้องวางหลักเกณฑ์

¹ สุนัย มโนมัยอุดม, “ระบบศาลอังกฤษ: ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 41, ตอนที่ 3-4, น.407 (2527).

เคร่งครัดไม่ให้คู่ความนำพยานประเภทที่ไม่มีคุณค่าเกี่ยวกับการพิสูจน์ความจริง แต่มีคุณค่าในด้านจิตวิทยาเพื่อชักจูงใจของคณะลูกขุนให้เขวออกจากประเด็นมาสืบ ศาลจึงต้องวินิจฉัยเสียแต่เริ่มแรกกว่าพยานใดจะให้นำเข้าสืบต่อหน้าลูกขุนได้ ดังนั้นพยานที่รับฟังไม่ได้จึงไม่มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเลย² ส่วนผู้พิพากษาจะวางตัวเฉย (Passive) ทำหน้าที่ในการควบคุมการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานโดยเพียงแต่นั่งฟังการสืบพยานของฝ่ายโจทก์และจำเลย ศาลจะไม่ทำหน้าที่ค้นหาความจริงจากพยานเหมือนกับระบบไต่สวน โดยปล่อยให้เป็นที่ของคู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องนำพยานหลักฐานต่างๆ เข้าสืบหักล้างซึ่งกันและกันตามกฎเกณฑ์ของการสืบพยานดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายลักษณะพยาน โจทก์และจำเลยมีฐานะเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยในศาล พยานผู้เชี่ยวชาญจะถูกนำเสนอเข้ามาในคดีโดยคู่ความ และต้องมาให้การเป็นพยานที่ศาลและจะต้องถูกซักถาม ถ้ามค้าน เช่นเดียวกับพยานคนอื่นๆ การใช้คำถามในการซักค้านหรือซักถามต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด ศาลจึงสามารถใช้ดุลพินิจได้น้อยมาก การค้นหาความจริงในลักษณะนี้เรียกว่า “การค้นหาความจริงตามแบบ”³

1.1 สหรัฐอเมริกา

1.1.1 บทบาทและวิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี

ในระบบการดำเนินคดีของอเมริกา สิ่งที่สำคัญก็คือ การมีผู้ตัดสินที่เป็นกลาง บนพื้นฐานของการรวบรวมและนำเสนอพยานหลักฐานซึ่งอยู่ภายใต้การทำงานและการตรวจสอบโดยทนายของคู่ความ Professor Lon Fuller ได้กล่าวถึงระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหา (Adversary System) ว่า “การตัดสินคดีนั้นจะต้องมีความเป็นภาวะวิสัย (objective) และต้องปราศจากอคติทั้งปวงเท่าที่จะสามารถเป็นไปได้” สิ่งนี้ขยายออกไปโดยกระบวนการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา

² ธีมซัย ชูติวงค์, “กฎเกณฑ์ของพยานหลักฐานสำหรับศาลสหรัฐ,” วารสารอัยการนิเทศ, ฉบับที่ 4, ปีที่ 45, น. 513 (2526).

³ พงษ์นรินทร์ ศรีประเสริฐ, “กระบวนการตรวจสอบความจริงในคดีอาญา ศึกษาจากกฎหมายตราสามดวง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 14.

นั้นจะแยกบทบาทของผู้ตัดสินกับบทบาทของทนายความออกจากกัน ผู้พิพากษาและลูกขุนจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานของคุณค่า เพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้งฝ่ายใด⁴

การค้นหาความจริงตามระบบต่อสู้ (adversarial fact finding) นั้น คุณค่าแต่ละฝ่ายมีหน้าที่สอบสวนเพื่อค้นหาความจริงในคดี บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าในระบบการค้นหาข้อเท็จจริงแบบต่อสู้นี้จะเป็นการเพิ่มพยานให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ พยานหลักฐานทุกชิ้นที่เกี่ยวข้องจะถูกนำเสนอ การเตรียมพยานเช่นนี้มิใช่ข้อเสียคือความไม่มีประสิทธิภาพในการสอบสวน โดยทุกอย่างขึ้นอยู่กับความสามารถของทนาย ทนายของคุณค่าจะเป็นผู้เลือกพยานที่จะให้การ⁵

พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) เป็นบุคคลที่ต้องมีคุณสมบัติขั้นต่ำในทางวิชาชีพ หรือได้ฝึกฝนมีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ต้องวินิจฉัยซึ่งสามารถให้การเป็นพยานได้ พยานผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นต้องเคยติดต่อกับคดีนั้นมาก่อน ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับรายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีทั้งหมดผู้เชี่ยวชาญอาจได้มาภายหลังจากการเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญแล้วได้ ซึ่งเป็นข้อแตกต่างระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญกับพยานบุคคล (lay witness) ในทุกคดีหลักการดังกล่าวนี้ให้อำนาจคุณค่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญได้เอง ซึ่งทำให้เกิดความลำเอียงคือพยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายตน⁶ การที่ทนายสามารถเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญได้อย่างอิสระจึงทำให้เกิดความไม่เป็นกลางในการให้ความเห็น

พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถมาให้ความเห็นซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความรู้ความเชี่ยวชาญ ถึงแม้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญจะมีสิทธิมากกว่าพยานทั่วไป แต่ก็ยังมีบางเรื่องที่พยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถให้การได้ ผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถให้การนอกเหนือจากประเด็นที่ศาลหรือลูกขุนกำหนด หมายความว่าพยานผู้เชี่ยวชาญไม่อาจที่จะทำข้อสรุปในข้อกฎหมาย ตัวอย่างเช่นจิตแพทย์ อาจแถลงถึงอาการวิตกกังวล (paranoid) โรคจิตที่มีบุคคลิกแบบแตกแยก (schizophrenia) แต่ไม่สามารถที่จะให้การได้ว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลที่วิกลจริตตามกฎหมายอาญา (criminally insane) การตัดสินดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะรับฟังความเห็นของ

⁴Ellen E. Deason, "Court-appointed expert witnesses: scientific positivism meets bias and deference", *Oregon Law Review*, 1998, p. 2, Retrieved March 29, 2009 from Westlaw database.

⁵Samuel R. Gross, "Expert Evidence", *Wisconsin Law Review*, 1991, Wis.L.Rev.1113, p. 7, Retrieved March 29, 2009 from Westlaw database.

⁶ *Ibid.* pp. 7-8.

พยานผู้เชี่ยวชาญและพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่หรือขณะกระทำจำเลยกระทำโดยวิกลจริตหรือไม่ ซึ่งเป็นความเห็นในประเด็นที่ชี้ขาด (federal rule ข้อที่ 704 (b) ห้ามมิให้พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความถึงอาการทางจิตใจหรือสภาวะการณของจำเลยในคดีอาญาว่าจำเลยนั้นอยู่หรือไม่อยู่ในภาวะของจิตใจที่จะกระทำการอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ถูกกล่าวหาหรือที่ต่อสู้อยู่ ดังนั้น ประเด็นชี้ขาดในชั้นที่สุดจึงเป็นเรื่องของผู้มีหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงจะวินิจฉัยเท่านั้น⁷

หลักการพื้นฐานของพยานผู้เชี่ยวชาญ ในการที่จะใช้พยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องเข้าองค์ประกอบเงื่อนไข 3 ประการ

1. ลูกขุนต้องการความช่วยเหลือจากพยานผู้เชี่ยวชาญ
2. ต้องมีประเด็นใดที่จำเป็นต้องใช้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ
3. บุคคลที่จะมาเป็นผู้เชี่ยวชาญได้ จะต้องมีความคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นผู้เชี่ยวชาญ⁸

เมื่อกล่าวถึงอำนาจในการเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว กระบวนการในการได้มาซึ่งพยานผู้เชี่ยวชาญ มีลักษณะพิเศษ สองประการ ได้แก่

ประการแรก พยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถถูกบังคับให้มาให้การได้ พยานผู้เชี่ยวชาญมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่ถูกบังคับให้มาให้การ ซึ่งเป็นกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษดั้งเดิม ศาลอเมริกัน

⁷Rule 704. Opinion on Ultimate Issue

(a) Except as provided in subdivision (b), testimony in the form of an opinion or inference otherwise admissible is not objectionable because it embraces an ultimate issue to be decided by the trier of fact.

(b) No expert witness testifying with respect to the mental state or condition of a defendant in criminal case may state an opinion or inference as to whether the defendant did or did not have the mental state or condition constituting an element of the crime charged or of a defense thereto. Such ultimate issues are matters for the trier of fact alone.

Retrieved September 10, 2008, from
<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm>

⁸Judy Hails, *Criminal Evidence*, 5th edition, (Thomson: Wadsworth, 2005), pp.117-118.

ในบางเขตอำนาจยังคงยึดถือหลักเกณฑ์นี้⁹ แต่อย่างไรก็ตามไม่มีความจำเป็นเลยที่จะต้องเสี่ยงเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่เต็มใจมาให้การ เนื่องจากพยานผู้เชี่ยวชาญนี้อาจมีการแทนที่ได้เกือบทุกกรณี และหากการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญใดเป็นการเฉพาะอย่างยิ่ง พยานผู้เชี่ยวชาญอื่นสามารถที่จะอ้างถึงพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวข้างต้นเพื่อเป็นฐานในการให้ความเห็นของตนได้¹⁰ และจากข้อมูลซึ่งเป็นพื้นฐานของความเห็นพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น โดยหลักแล้วผู้เชี่ยวชาญอาจเบิกความในลักษณะของความเห็นหรือข้อสรุปและให้เหตุผล โดยไม่จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ใช้ในการนั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นหรือเปิดเผยเมื่อถูกซักค้าน ตามข้อ 705 Federal Rule¹¹

ประการที่สอง พยานผู้เชี่ยวชาญนี้จะได้รับค่าตอบแทนในการให้ความเห็น พยานทั่วไปไม่อาจได้รับค่าตอบแทนอื่นใด นอกจากค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่กฎหมายได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ยังคงยึดหลักตามกฎหมายอังกฤษดั้งเดิม ที่อนุญาตให้พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถที่จะได้รับค่าธรรมเนียมพิเศษสำหรับการมาให้การในศาล¹² ผู้เชี่ยวชาญจะได้รับอนุญาตให้มาเบิกความต่อเมื่อมีความจำเป็นต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในกรณีที่ข้อเท็จจริงนั้น ลูกขุนสามารถเข้าใจได้เองพยานผู้เชี่ยวชาญจะไม่ได้รับอนุญาตให้มาเบิกความ เนื่องจากความรู้ทั่วไปไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญในการแปลความหมาย ก่อนที่ศาลจะอนุญาตให้ผู้เชี่ยวชาญเบิกความ ศาลจะต้องถูกทำให้เชื่อว่า ผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เพียงพอในประเด็นที่ต้องการ อย่างไรก็ตาม ศาลอาจยอมให้มีการให้การโดยไม่เต็มใจก็ได้

บทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญในอเมริกานั้นอยู่ภายใต้ Federal Rule of Evidence เป็นปัญหาว่าความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเช่นใดจึงจะถือเป็นการยอมรับเข้ามาเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ เป็นเวลานานมาแล้วที่ศาลของรัฐและศาลของรัฐบาลกลางถือตาม

⁹ *Ibid.* p. 8.

¹⁰ Judy Hails, *Ibid.*, p. 8.

¹¹ Rule 705. Disclosure of Facts or Data Underlying Expert Opinion

The expert may testify in terms of opinion or inference and give reasons therefore without first testifying to the underlying facts or data, unless the court requires otherwise. The expert may in any event be required to disclose the underlying facts or data on cross-examination.

¹² Judy Hail, *supra* note 8, p. 8.

Frye v. United (1923) วินิจฉัยว่า วิธีการทางวิทยาศาสตร์รับฟังในศาลได้เฉพาะแต่ถ้าวิธีการนั้นเป็นวิธีการที่ยอมรับกันโดยทั่วไป (General Acceptance) ในวงการวิทยาศาสตร์ว่าเชื่อถือได้¹³

ศาลสูงในตัดสินในคดี Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993) ได้วางมาตรฐานใหม่ที่ใช้กับ Federal Rule of Evidence กล่าวคือ ศาลต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า เหตุผลหรือกระบวนการที่จะเบิกความนั้นมีความเป็นไปได้ทางวิทยาศาสตร์ และเหตุผลหรือกระบวนการนั้นเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับข้อเท็จจริงในประเด็นที่จะวินิจฉัย¹⁴

วิธีการนี้เป็นการอนุญาตให้ใช้กระบวนการทดสอบแบบใหม่ซึ่งยังไม่เป็นที่แพร่หลายในแวดวงวิทยาศาสตร์ ศาลได้สวนต้องทำความเข้าใจว่าวิธีการทดสอบข้างต้นมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะพิจารณา คำพิพากษาในคดี Daubert มีผลบังคับ federal court แต่ศาลมลรัฐไม่ถูกบังคับให้ต้องนำวิธีการในคดี Daubert ไปใช้ หรือสามารถใช้วิธีการในคดี Frye ได้

ในบางครั้งศาลจะปฏิเสธที่จะยอมรับเทคนิคใหม่ที่มีความถูกต้องเพียงพอ ตัวอย่างเช่น กรณีเครื่องจับเท็จ ในขณะที่บุคคลทั่วไปเชื่อว่า ผู้ที่ได้รับการฝึกฝนในการแปลความหมายของเครื่องจับเท็จมีความแม่นยำในการจับเท็จแต่ศาลจะมีความลังเลที่จะรับฟังผลจากเครื่องจับเท็จในคดีอาญา ฝ่ายที่คัดค้านโต้แย้งว่า มีความผิดพลาดมากเกินไปในการที่จะเสนอให้คณะลูกขุนรับฟังคำโกหก ในหลายรัฐ ฎีกาปฏิเสธที่จะรับฟังผลเครื่องจับเท็จเป็นพยาน นอกจากนี้ยังมีคำเบิกความของผู้เชี่ยวชาญอีกหลายประเภทที่ศาลไม่รับฟัง เพราะเชื่อว่าไม่มีความเป็นวิทยาศาสตร์ อย่างเช่น พลังจิตและโหราศาสตร์¹⁵

จากคดี Daubert ได้มีการสร้างมาตรฐานโดยยึดหลักว่า ต้องมีการทดสอบความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานก่อนว่าจะยอมรับการพิสูจน์ทดสอบนั้นเป็นพยานได้หรือไม่ ซึ่งมีผลต่อการให้ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นไปตาม Federal Rules of Evidence (FRE) ซึ่งเป็นข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ พยานหลักฐานต้องมีความเกี่ยวเนื่องกับประเด็นจึงจะรับฟังได้ (ความเกี่ยวเนื่อง คือ พยานมีแนวโน้มที่จะทำให้ความมีอยู่

¹³Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

¹⁴Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579, 125 L.Ed. 2d 469, 113 S.Ct. 2786 (1993).

¹⁵Judy Hails, *supra* note 8, pp.117-118.

ของข้อเท็จจริงใด ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการวินิจฉัยการกระทำมีความเป็นไปได้มากขึ้นหรือน้อยลงกว่า ถ้าหากปราศจากพยานนั้น)¹⁶

หมวดที่ 7 เรื่องความเห็นและคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ

ข้อ 702 คำเบิกความโดยผู้เชี่ยวชาญ

หากความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ ทางด้านเทคนิค หรือความรู้พิเศษเฉพาะด้านอื่น ๆ จะช่วยให้มีความเข้าใจในพยานหลักฐานดีขึ้นหรือให้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในประเด็นได้ พยานผู้มีความรู้พิเศษในฐานะผู้เชี่ยวชาญโดยความรู้ที่ดี ทักษะที่ดี ประสบการณ์ที่ดี การฝึกที่ดี หรือการศึกษาที่ดี จะให้การในเรื่องนั้นๆ ในรูปแบบของความเห็นหรือเป็นประการอื่นก็ได้ ถ้า (1) คำเบิกความอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อมูลที่เพียงพอ (2) คำเบิกความเป็นผลจากหลักเกณฑ์และวิธีการที่เชื่อถือได้ และ (3) พยานผู้เชี่ยวชาญได้ปรับหลักเกณฑ์และวิธีการที่เชื่อถือได้นั้นเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดี¹⁷

ข้อ 703 พื้นฐานของการเบิกความเป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลในคดีหนึ่งคดีใดซึ่งผู้เชี่ยวชาญใช้เป็นรากฐานในการทำความเห็น หรือทำข้อสรุปอาจเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นข้อมูลที่เขารับรู้หรือทำให้เขารับรู้ก่อนหรือขณะพิจารณาคดี หากเป็นกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องใช้ข้อมูลแล้วในการทำความเห็นหรือสรุปเรื่องนั้นก็ไม่ว่าจำเป็นที่จะต้องเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อมูลนั้นเข้ามาเป็นพยานหลักฐานในคดีในการที่จะเสนอความเห็นหรือสรุปเรื่องนั้น ข้อเท็จจริงและข้อมูลซึ่งไม่ได้นำเสนอเป็นพยานหลักฐานนั้นจะถูกเปิดเผยต่อลูกขุนไม่ได้ เว้นแต่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นในการช่วยให้ลูกขุนซึ่งนำหน้าความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญมากกว่าผลทางอคติที่อาจเกิดขึ้น¹⁸

¹⁶ดู Rule 401-402

¹⁷Rule 702. Testimony by experts.

If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.

¹⁸Rule 703. Bases of Opinion Testimony by Experts

การนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญจะเริ่มด้วยการนำสืบถึงความสามารถในการให้การในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ กระบวนการนี้เป็นกระบวนการที่ไม่น่าจะมีความจำเป็น ศาลต้องถูกทำให้พอใจก่อนว่าพยานนั้นเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญก่อนที่ศาลจะรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ¹⁹ ในการนี้คู่ความฝ่ายตรงข้ามอาจถามค้านถึงความสามารถของผู้เชี่ยวชาญได้ เนื่องจากคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญเป็นเงื่อนไขหลัก การถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญอาจทำได้ตามกระบวนการถามค้านที่เรียกว่า “voir dire”²⁰ ก่อนที่พยานนั้นจะได้รับอนุญาตให้เสนอพยานหลักฐาน ซึ่งในบางครั้งวิธีการดังกล่าวมีประโยชน์อย่างยิ่งในการที่จะก่อกระบวนการซักถามพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยการถามค้านนี้ คู่ความฝ่ายตรงข้ามจะพยายามทำให้พยานผู้เชี่ยวชาญขยหน้าด้วยการถามค้าน ด้วยคำถามในแง่ลบต่อพยาน เช่น พยานไม่มีใบรับรองจากสมาคมจิตแพทย์ ใช้หรือไม่หมอ เมื่อพยานผู้เชี่ยวชาญสามารถผ่านคุณสมบัติการเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว จากนั้นจึงจะสามารถให้การได้²¹

นอกจากพยานผู้เชี่ยวชาญจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยการอ้างของคู่ความแล้ว ศาลยังมีอำนาจในการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตาม Federal Rules of Evidence ข้อ 706 ผู้เชี่ยวชาญซึ่งศาลแต่งตั้ง

The facts or data in the particular case upon which an expert bases an opinion or inference may be those perceived by or made known to the expert at or before the hearing. If of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject, the facts or data need not be admissible in evidence in order for the opinion or inference to be admitted. Facts or data that are otherwise inadmissible shall not be disclosed to the jury by the proponent of the opinion or inference unless the court determines that their probative value in assisting the jury to evaluate the expert's opinion substantially outweighs their prejudicial effect.

¹⁹ Judy Hails, *supra* note 8, p. 21.

²⁰ ใน Judy Hails, *Criminal Evidence*, กล่าวถึง Voir Dire of Experts ไว้ว่า ฝ่ายที่อ้างพยานผู้เชี่ยวชาญ จะถามคำถามที่เกี่ยวข้องเพื่อแสดงว่าพยานนั้นมีความรู้หรือประสบการณ์ที่สำคัญและจำเป็นอย่างไร ที่ปรึกษาของฝ่ายตรงข้ามจะสามารถถามค้าน (cross examination) พยานดังกล่าวได้เพื่อเป็นการตรวจสอบและแสดงให้เห็นว่าพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่มีคุณสมบัติเพียงพอ

²¹ *Ibid.* p. 22.

(เอ) การแต่งตั้ง ศาลเมื่อเห็นสมควรเองหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดร้องขอ อาจมีคำสั่ง แสดงเหตุผลว่า เหตุใดศาลจึงไม่ควรตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ และให้คู่ความเสนอชื่อผู้เชี่ยวชาญต่อ ศาลก็ได้ ศาลจะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความเห็นชอบร่วมกันด้วยก็ได้ หรือจะแต่งตั้ง พยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเลือกเองก็ได้ พยานผู้เชี่ยวชาญไม่อาจถูกศาลบังคับแต่งตั้งให้เป็นพยานได้ เว้นแต่ผู้นั้นจะยินยอม พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวต้องได้รับแจ้งถึงหน้าที่ของ พยานจากศาลเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งสำเนาหนังสือฉบับหนึ่งต้องมีเก็บไว้ที่จำศาล หรือที่ประชุม ของคู่ความซึ่งคู่ความจะมีโอกาสเข้าร่วมพิจารณา พยานที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจะต้องแจ้งให้ คู่ความทราบว่าได้พบสิ่งใดบ้าง ถ้ามี คู่ความฝ่ายใดจะทำบันทึกคำให้การของพยานนั้นก็ได้นอกจากนั้นศาลหรือคู่ความฝ่ายใดจะเรียกอ้างพยานมาให้การก็ได้ โดยพยานผู้เชี่ยวชาญอยู่ในฐานะที่จะถูกถามคำถามโดยคู่ความทุกฝ่าย รวมทั้งคู่ความฝ่ายที่อ้างเขาเป็นพยานจะซักค้านด้วยก็ได้

(บี) ค่าตอบแทน พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวมีสิทธิได้รับ ค่าตอบแทนตามจำนวนที่ศาลเห็นควรกำหนด ค่าตอบแทนที่กำหนดดังว่านั้นให้จ่ายจาก เงินกองทุนซึ่งจัดไว้ตามกฎหมายในคดีอาญาและคดีแพ่ง และกระบวนการพิจารณาทางแพ่งเกี่ยวกับ เรื่องค่าตอบแทนตามบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ห้า ในกระบวนการพิจารณาทางแพ่งอื่น ค่าตอบแทน ให้จ่ายโดยคู่ความตามอัตราส่วนและภายในเวลาที่ศาลจะได้มีคำสั่ง และภายหลังจากนั้นก็ให้ เรียกเก็บตามวิธีการเช่นเดียวกับค่าใช้จ่ายอื่น

(ซี) การเปิดเผยเรื่องการแต่งตั้ง ศาลต้องใช้ดุลพินิจ จะอนุญาตให้เปิดเผย ข้อเท็จจริงต่อคณะลูกขุนว่าศาลได้มีคำสั่งแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญแล้วก็ได้

(ดี) ผู้เชี่ยวชาญของคู่ความที่เลือกมาเอง ข้อบังคับนี้มีได้จำกัดสิทธิคู่ความที่จะอ้าง พยานผู้เชี่ยวชาญที่ตนได้เลือกเองมานำสืบ²²

²² Rule 706. Court Appointed Experts

(a) Appointment.

The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may request the parties to submit nominations. The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so

ข้อ 706 นี้เป็นต้นแบบกฎหมายที่มีการใช้เป็นส่วนใหญ่ที่ใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้ง โดยมีองค์ประกอบห้าประการคือ ข้อแรก ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกตั้งโดยคำร้องของคุณความฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดหรือศาลเอง ศาลอาจแจ้งให้คุณความเสนอชื่อผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ศาลเลือก และอาจโน้มน้าวให้คุณความเห็นด้วยในตัวผู้เชี่ยวชาญ แต่ในความเป็นจริงแล้วอำนาจในการเลือกเป็นของศาล สอง ผู้เชี่ยวชาญต้องได้รับแจ้งถึงหน้าที่ของตนเป็นลายลักษณ์อักษรจากศาลหรือในที่ประชุมของคุณความทั้งสองฝ่าย ผู้เชี่ยวชาญต้องแจ้งสิ่งที่ตนพบ และอาจถูกเรียกเป็นพยานโดยศาลหรือคุณความซึ่งผู้เชี่ยวชาญอาจถูกถอดถอน (deposition) ได้ และอาจถูกถามค้านได้โดยคุณความทุกฝ่าย สาม ศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าตอบแทนผู้เชี่ยวชาญ ในคดีอาญาผู้เชี่ยวชาญจะได้รับค่าตอบแทนจากกองทุนสาธารณะ ในคดีแพ่งศาลจะเป็นผู้สั่งให้คุณความชำระค่าตอบแทนตามที่เห็นสมควรและเงิน

appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness.

(b) Compensation.

Expert witnesses so appointed are entitled to reasonable compensation in whatever sum the court may allow. The compensation thus fixed is payable from funds which may be provided by law in criminal cases and civil actions and proceedings involving just compensation under the fifth amendment. In other civil actions and proceedings the compensation shall be paid by the parties in such proportion and at such time as the court directs, and thereafter charged in like manner as other costs.

(c) Disclosure of appointment.

In the exercise of its discretion, the court may authorize disclosure to the jury of the fact that the court appointed the expert witness.

(d) Parties' experts of own selection.

Nothing in this rule limits the parties in calling expert witnesses of their own selection.

ดังกล่าวจะถูกรวมเป็นค่าใช้จ่ายในการพิจารณา สี่ ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดให้เปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้เชี่ยวชาญต่อคณะลูกขุน ห้า อำนาจของศาลในการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ ไม่ตัดอำนาจของคู่ความในการเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญของตนเอง²³

อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตาม ข้อ 706 นี้ แทบจะไม่ถูกใช้เลย เพราะผู้พิพากษาสามารถใช้อำนาจที่มีอยู่ในการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญนอกขอบเขตของกฎนี้ได้

1.1.2 การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ

การคัดค้าน (Impeachment) คือการทำให้ลูกขุนเห็นว่าไม่ควรเชื่อพยานของอีกฝ่ายหนึ่งโดยวิธีการถามค้าน (cross examination)²⁴ อาจแสดงให้เห็นถึงความลำเอียงและมีอคติของพยาน²⁵ ในระบบการสืบพยานของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะไม่มี การคัดค้าน โดยการตัดพยานออกไปตั้งแต่เริ่มแรกเพราะความไม่เป็นกลางหรือความมีส่วนได้เสีย เนื่องจากคู่ความมีหน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อเสนอต่อศาล พยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมานั้น มักจะให้ความเห็นที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายตน การตรวจสอบหรือการคัดค้านความเห็นหรือคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญจึงยังเป็นหน้าที่ของคู่ความ มิใช่ศาล ศาลจะเป็นเหมือนคนกลางเท่านั้น วิธีการถามค้านจึงเป็นการตรวจสอบพยานผู้เชี่ยวชาญในฐานะที่เป็นพยานบุคคลที่คู่ความอ้างมาเช่นกัน

ในสหรัฐอเมริกาความน่าเชื่อถือของพยานอาจถูกคัดค้านโดยคู่ความฝ่ายใดก็ได้ ครอบคลุมทั้งฝ่ายซึ่งเป็นผู้อ้างพยานนั่นเอง²⁶ การถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจใช้วิธีการดังเช่นการคัดค้านพยานทั่วไป เช่น การถูกพิพากษาลงโทษในคดีอาญาร้ายแรง ความลำเอียง ความไม่แน่นอนของการให้การ ความไม่ถูกต้องของข้อเท็จจริง เป็นต้น ตามข้อ 403 (FRE) การตัดพยานซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็น หากคุณค่าของพยานถูกทำให้ลดลง ด้วยเหตุของความมีอคติอันไม่เป็นธรรม ความคลุมเครือของประเด็น หรือคณะลูกขุนถูกชักจูงโดยมิชอบหรือโดยคำนึงถึงความลำเอียงอันไม่สมควร การเสียเวลา หรือการเสนอพยานซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น

²³Judy Hails, *supra* note 8, p. 36.

²⁴ดู Rule 706 (a), *supra* note 21.

²⁵*Ibid.* p. 97.

²⁶Rule 607 Who May Impeach

The credibility of a witness may be attacked by any party, including the party calling the witness.

ในการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญมีการถามค้านสองรูปแบบที่มีลักษณะพิเศษ
ประการแรก พยานผู้เชี่ยวชาญได้รับคำตอบแทน ซึ่งพยานผู้เชี่ยวชาญอาจถูกถาม
เพื่อโจมตีเกี่ยวกับความลำเอียงเนื่องจากการได้รับคำตอบแทน หรือเพราะพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น
ได้รับการว่าจ้างอยู่เสมอ ๆ จากคู่ความ หรือสำนักงานทนายความ หรือฝ่ายเดียวกับคู่ความ

ประการที่สอง ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญอาจมีน้ำหนักน้อยเนื่องจากความไม่
คงที่ของความเห็นต่อเรื่องเดียวกันที่ได้มีการให้การในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับคดี หรือในการกล่าวคำ
สุนทรพจน์ หรือหนังสือ หรือบทความ

ในการถามค้านพยานนั้น มีข้อจำกัดคือ ต้องเป็นการถามค้านเกี่ยวกับประเด็นที่ได้มี
การซักถาม และการถามดังกล่าวนี้ส่งผลต่อความน่าเชื่อถือของพยาน²⁷ เทคนิคที่คู่ความฝ่ายตรง
ข้ามนิยมใช้ได้แก่การถามเพื่อแสดงถึงลักษณะ (character) ของพยาน เพื่อทำลายความน่าเชื่อถือ
แต่เทคนิคดังกล่าวนี้ถูกห้ามโดยเงื่อนไขของกระบวนการคัดค้านพยาน (impeachment) ภายใต้
Federal Rules of Evidence การถามค้านพยานจะถูกจำกัดไม่ให้ถามพยานเกี่ยวกับการกระทำที่
ไม่ชอบในอดีตซึ่งศาลถือว่าเกี่ยวข้องกับความจริง และจำกัดไม่ให้เสนอพยานหลักฐาน
เกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมของพยานผู้เชี่ยวชาญ เทคนิคการถามค้านที่มีการใช้มากกว่า คือ การ
ถามค้านเพื่อแสดงให้เห็นความลำเอียงของพยาน เพราะพยานมีส่วนได้เสียในผลของคดี หรือ
พยานมีความใกล้ชิดสนิทสนมกับคู่ความ หรือไม่พอใจคู่ความฝ่ายตรงข้าม หรือด้วยเหตุผลอื่น ๆ

ขอบเขตการใช้เอกสารเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญในการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น
แตกต่างกันไปในแต่ละเขตอำนาจศาล ในส่วนของ federal rule of evidence นั้นให้เสรีในการนำ
เอกสารมาประกอบในการถามค้าน กล่าวคือ ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกถามเกี่ยวกับเอกสารใดๆ ในสาขา
ความเชี่ยวชาญของพยานโดยที่เป็นเอกสารที่มีการเผยแพร่ที่สามารถอ้างอิงเชื่อถือได้ในการให้
การหรือการรับฟังพยานเป็นพยานหรือโดยพยานผู้เชี่ยวชาญอื่นในการให้การหรือตามหมายศาล
หรืออีกนัยหนึ่งคือ ถ้าทนายฝ่ายตรงข้ามได้เรียกหรือตั้งใจที่จะเรียกตนเองเป็นผู้เชี่ยวชาญ ด้วยการ
ใช้เอกสารใดๆ ในสาขาศาสนาความเชี่ยวชาญเพื่ออ้างอิงในการถามค้าน ในบางรัฐมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวด
กว่า ตัวอย่างเช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย จำกัดการใช้เอกสารในการให้การ พยานผู้เชี่ยวชาญจะอ้างถึง
จะพิจารณาหรือจะเชื่อตามเอกสารนั้นในการให้ความเห็นหรือเว้นแต่มีการยอมรับฟังพยาน
เอกสารนั้นแล้ว²⁸

²⁷ Rule 611 (b) scope of cross-examination.

²⁸ Judy Hails, *ibid.* pp. 24-26.

กล่าวโดยสรุป ข้อเสียของพยานผู้เชี่ยวชาญในระบบกล่าวหาคือ (1) เนื่องจากเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นการเสนอโดยคู่ความซึ่งอาจก่อให้เกิดความลำเอียง และ (2) การที่ได้รับค่าตอบแทนจากคู่ความและการตระเตรียมยิ่งจะเป็นการช่วยเพิ่มความลำเอียงให้กับพยาน ถ้าพยานถูกเลือกและจ่ายค่าตอบแทนโดยศาล และให้ศาลเป็นผู้รับผิดชอบ ความลำเอียงก็สามารถหลีกเลี่ยงได้²⁹ ในการสืบพยานและถามค้านผู้เชี่ยวชาญ คำถามที่จะถูกถามคือพื้นฐานของอาชีพ การศึกษา หรือประสบการณ์ เป็นเรื่องธรรมดาที่จะมีพยานผู้เชี่ยวชาญของทั้งสองฝ่ายที่ถูกอ้างโดยคู่ความ ดังนั้นจึงมีความสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่าคุณเห็นว่าความรู้ความเชี่ยวชาญของพยานนั้น จะช่วยในการให้นำหน้าในการให้ความเห็นของพยานนั้นได้อย่างไร

ศาลสหรัฐอเมริกาภายใต้ระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหา พยานผู้เชี่ยวชาญจะถูกเรียกเข้ามาโดยจำเลยหรืออัยการเสมอๆ ถึงแม้ว่ามีความพยายามในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกลางโดยให้ศาลใช้อำนาจนี้อย่างอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ต้องการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่มีอคติและเป็นกลางในการอธิบายความสับสนซึ่งเกิดขึ้นเสมอในเวลาที่มีการต่อสู้กันระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่ความแต่ละฝ่ายที่อ้างมา แต่การแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยศาลจะเกิดขึ้นน้อยมาก แม้จะเป็นอำนาจของศาลที่จะเรียกพยานเข้ามาได้ ศาลมักจะให้อนุญาตให้คู่ความอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาให้ความเห็นโดยอิสระ

1.2 สหราชอาณาจักรอังกฤษ

1.2.1 บทบาทและวิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี

คำว่า พยานผู้เชี่ยวชาญ ตาม The Concise Oxford Dictionary หมายถึง ผู้ซึ่งมีความรู้หรือทักษะเป็นพิเศษ

(1) ผู้ซึ่งได้รับการว่าจ้างโดยลูกความเพื่อที่จะให้คำแนะนำในฐานะเป็นที่ปรึกษาในประเด็นข้อเท็จจริงที่ซับซ้อน และ

(2) ผู้ซึ่งได้รับการว่าจ้างโดยลูกความผ่านทางทนายเพื่อที่จะแนะนำในประเด็นที่ยังโต้แย้งกันอยู่ และเป็นผู้ซึ่งให้การในเรื่องที่พยานหลักฐานที่ต้องอาศัยความชำนาญโดยการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมาเบิกความในศาล

สถานะของพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญา ถึงแม้ว่าผู้เชี่ยวชาญจะถูกอธิบายในฐานะตัวแทนหรือลูกจ้างหรือถูกจ้างโดยคู่ความ อย่างไรก็ตามพยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องได้รับการยอมรับ

²⁹ *Ibid.* p. 35.

ในฐานะผู้ที่น่าเชื่อถือ สามารถให้การเป็นพยานที่เชื่อถือได้ โดยบทบาทที่สำคัญของพยานผู้เชี่ยวชาญคือ การให้ความเห็นในสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริง โดยการใช้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญเพื่อคุ้มครองประโยชน์แก่สาธารณะให้มากที่สุด

พยานผู้เชี่ยวชาญอาจถูกแต่งตั้งมาเพื่อวัตถุประสงค์หลากหลาย ในคดีที่เหมาะสม การตัดสินใจแรกเริ่มจะเป็นไปโดยทนายของคู่ความในประเด็นที่ได้แย้งกันและต้องการความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นผู้ที่มีได้เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อขัดแย้งโดยตรงแต่สามารถให้ความเห็นที่เป็นประโยชน์ได้

ทนายของคู่ความมักจะตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่เริ่มแรก เพื่อที่พยานผู้เชี่ยวชาญจะได้ศึกษาข้อมูลต่างๆและทราบข้อกล่าวหาของลูกความ ประเด็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาจะถูกแยกออกมาจากสำนวนคดีทั้งหมด ซึ่งมักจะเกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหาของฝ่ายตรงข้าม

การปฏิบัติงานของผู้เชี่ยวชาญคือการประยุกต์ความรู้ความชำนาญของพยานเพื่อให้ความเห็น และในขั้นตอนนี้ไม่ใช่ทั้งสองฝ่ายจะได้ข้อสรุปที่เหมือนกัน คู่ความฝ่ายตรงข้ามก็จะแสดงความเห็นที่แตกต่างกัน แต่ก็มีใช่ว่าจะเป็นการตรวจพิสูจน์หรือให้ความเห็นที่ผิดแต่เป็นอีกเหตุผลหนึ่งของข้อสรุป³⁰

มีผู้ให้ความเห็นในบทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญโดย Sir George Jessel MR ว่า³¹ แม้พยานผู้เชี่ยวชาญจะให้ความเห็นภายใต้การสาบานตน แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจจะเบิกความเท็จก็ได้ และเมื่อเป็นเพียงความเห็นจึงไม่อยู่ภายใต้บทลงโทษของกฎหมาย ไม่สามารถเชื่อถือพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญได้เนื่องจากความไม่ซื่อสัตย์ของพยานเพราะรู้ว่าไม่มีบทลงโทษ หรือการโน้มน้าวผู้พิพากษาโดยการอ้างที่มากเกินไปจนสมควร การไม่มีมาตรการบังคับทางกฎหมายหรือบทลงโทษพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่ก็มีใช่เสียทั้งหมด พยานผู้เชี่ยวชาญไม่เหมือนกับพยานทั่วไปที่จะได้รับเงินค่าตอบแทนแต่ผู้เชี่ยวชาญได้รับการว่าจ้างโดยการถูกเรียกมาโดยผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นธรรมดาที่ผู้เชี่ยวชาญจะมีอคติหรือความลำเอียงอยู่บ้างต่อผู้ว่าจ้าง แต่ก็เป็นไปตามระบบการต่อสู้ ซึ่งควรจะเป็นการต่อสู้กันตามระบบกฎหมายที่เปิดกว้างให้คู่ความมากกว่าที่จะเป็นการต่อสู้ระหว่างผู้ว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญของแต่ละฝ่าย โดยพยานผู้เชี่ยวชาญควรจะอยู่บนหลักการแห่งความยุติธรรมที่จะเสนอข้อเท็จจริงทั้งหมดแก่ศาล

³⁰Michael P. Reynolds and Philip S.D. King, *The Expert Witness and his Evidence*, 2nd ed (Great Britain: Hartnolls Ltd., 1992), pp. 1-27.

³¹Sir George Jessel MR in *Lord Abinger v. Ashton*.

พยานหลักฐานซึ่งเป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ (Expert Opinion) ถือเป็นข้อยกเว้นหลักของการห้ามรับฟังพยานความเห็น ซึ่งผู้พิพากษา Lawton LJ ได้กล่าวไว้ในคดี Turner (1975) QB 834 ว่า “ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญสามารถรับฟังได้ในกรณีที่เป็นการให้ความรู้แก่ศาลเกี่ยวกับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอยู่นอกเหนือจากความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาหรือลูกขุน ถ้าหากการพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งผู้พิพากษาหรือลูกขุนสามารถวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องได้รับความช่วยเหลือจากพยานผู้เชี่ยวชาญ ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นก็ไม่น่าเป็นต่อคดี³²

ในประเทศอังกฤษผู้พิพากษาจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินว่าพยานผู้เชี่ยวชาญคนใดที่มีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้นๆ เพียงพอที่จะมาเบิกความให้ความเห็นต่อศาลในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญได้ ซึ่งหมายความว่าบุคคลที่จะมาเบิกความให้ความเห็นต่อศาลในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติและประสบการณ์ที่ตนเกี่ยวข้องกับสาขาวิชานั้นๆ เช่น แสดงประกาศนียบัตร วุฒิบัตรต่างๆ เป็นต้น

ประเด็นสำคัญของคดีต่างๆ เกี่ยวกับการยอมรับให้พยานนั้นๆ เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งสามารถเบิกความให้ความเห็นต่อศาลได้ในคดีต่างๆ คือ การศึกษาหรือประสบการณ์ที่มีของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น เป็นความรู้หรือประสบการณ์ที่มากพอจะทำให้ความเห็นของบุคคลนั้นเป็นที่ยอมรับเชื่อถือของบุคคลทั่วไปหรือไม่³³

ในประเทศอังกฤษหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่แตกต่างกันในคดีแพ่งและอาญาผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ทำหน้าที่เสนอพยานหลักฐานหรือความเห็นที่เป็นอิสระ และพยานผู้เชี่ยวชาญควรจะเป็นบุคคลที่เป็นเสมือนผู้ช่วยของศาลในการเสนอความเห็นที่ปราศจากอคติซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี

กระบวนการพิจารณาในศาล Magistrates การเสนอคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert evidence) เป็นไปตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ คู่ความแต่ละฝ่ายอาจเสนอ

³² Roderick Munday, *Evidence*, third edition (Great Britain: Oxford University, 2005), p. 349. อ้างใน สุรนาท วงศ์พรหมชัย, “การตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์กับพยานหลักฐานในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 146.

³³ *Ibid.* p. 351.

คำให้การผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาคดีศาล Magistrates โดยไม่ต้องเปิดเผยรายงานผู้เชี่ยวชาญให้แก่คู่ความอีกฝ่ายทราบ³⁴

กระบวนการพิจารณาคดีอาญา (trials on indictment) นั้นแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาในศาล Magistrates เนื่องจาก Police and Criminal Evidence Act 1984 และ Criminal Justice Act 1988 ภายใต้บังคับมาตรา 81 ของ Police and Criminal Evidence Act และ ส่วน 24 ของ Criminal Procedure Rules 2005 ซึ่งกำหนดให้ในการเสนอหลักฐานผู้เชี่ยวชาญ (expert evidence) ต้องมีการเปิดเผยรายงานของผู้เชี่ยวชาญ³⁵ อัยการ (the Crown) และจำเลยมีหน้าที่เช่นเดียวกัน ข้อกำหนด (the Rules) กำหนดให้ในกรณีที่เป็น จำเลย ได้ถูกฟ้องต่อศาลแล้ว คู่ความที่ประสงค์จะนำสืบหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญจะต้องเสนอเอกสารให้แก่คู่ความทุกฝ่ายในทันทีที่สามารถทำได้ เอกสารที่ให้แก่คู่ความนั้นได้แก่ a) หลักฐานของผู้เชี่ยวชาญในรูปของคำแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรที่ต้องการนำสืบ b) สำเนาของ “บันทึกของการวิเคราะห์ (observation) การทดลอง (test) การคำนวณ หรือสิ่งอื่นๆ อันเป็นที่มาของการค้นพบ (such finding) หรือ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ โดยเอกสารประเภทแรกนั้นต้องมีการมอบให้แก่คู่ความทุกฝ่ายในทุกกรณี แต่เอกสารประเภทที่สองจะต้องมอบให้ต่อเมื่อมีการร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้จำเลยสามารถที่จะเสนอให้คู่ความฝ่ายอื่นตรวจสำเนาเอกสาร (b) ในกรณีที่เห็นว่าสะดวกต่อการปฏิบัติมากกว่า การตรวจนี้เป็นภาวะวิสัย (the test is subjective) คู่ความมีสิทธิที่จะสละประโยชน์จากข้อกำหนดนี้ได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือโดยการยอมรับการแจ้งทางวาจา³⁶

ความสามารถและความน่าเชื่อถือคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ ในการพิจารณาคดี ลูกขุน ศาลมีดุลพินิจในการสั่งให้ไต่สวน voir dire เพื่อพิจารณาว่าผู้เชี่ยวชาญมีความเชี่ยวชาญเพียงพอหรือไม่³⁷ ข้อความที่เป็นที่ยอมรับในการพิจารณาและการรับฟังได้ของพยานที่มีการถือ

³⁴ Phipson, *Phipson on Evidence*, 16th edition (Thomson: Sweet & Maxwell, 2005), p. 1012.

³⁵ Criminal Procedure and Criminal Procedure Act 1984, s6D (inserted by Criminal Justice Act 2003, s.35), Phipson, p. 1012.

³⁶ *Ibid.* pp. 1012-1013.

³⁷ R. v G. (2004) EWCA Crim 1240: [2004] 2 Cr.App.R. 38.

ปฏิบัติตามในอังกฤษ มาจากการพิจารณาของศาลฎีกาออสเตรเลียได้ในคดี R. v. Bounyhton ซึ่งกล่าวว่ามีความสองคำถามที่ศาลต้องพิจารณา

“ข้อแรกคือ ความเห็นนั้นเป็นประเด็นที่ผู้เชี่ยวชาญได้รับอนุญาตให้นำสืบหรือไม่ โดยที่สามารถแยกได้เป็น (a) รายละเอียดของความเห็นนั้นบุคคลที่ไม่ได้รับการอบรมหรือไม่มีประสบการณ์ในสาขาความรู้นั้นๆ หรือประสบการณ์ธรรมดาของมนุษย์สามารถที่จะตัดสินอย่างสมเหตุผล โดยไม่ต้องได้รับความช่วยเหลือจากพยานซึ่งมีความรู้หรือประสบการณ์พิเศษในสาขาความรู้นั้น หรือไม่ และ (b) รายละเอียดของความเห็นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้หรือประสบการณ์ที่ถูกจัดการเป็นอย่างดีหรือเป็นที่ยอมรับว่าเป็นองค์ความรู้ที่เชื่อถือได้ ด้วยความรู้พิเศษของพยาน พยานจะให้ความเห็นเพื่อเป็นการช่วยเหลือศาล

ข้อที่สอง คำถามคือ พยานมีความรู้เพียงพอที่จะให้ความเห็นอันมีคุณค่าต่อศาลในการที่จะพิจารณาคดีไม่ว่าด้วยการศึกษาหรือจากประสบการณ์ หรือไม่”³⁸

ในบางคดี ความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้นเกี่ยวกับการรับฟังนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของการรับฟังพยานหลักฐานหรือไม่ อย่างไรก็ตามน้ำหนักของพยานหลักฐานนั้นขึ้นอยู่กับตัวพยานหลักฐานเอง ไม่มีเงื่อนไขของการรับฟังพยานหลักฐานที่ว่าหลักฐานจะดูน่าเชื่อถือเพราะวิธีการที่ใช้มันเพียงพอที่จะอธิบาย ในการถามค้านและเพื่อเป็นการตรวจสอบได้และพิสูจน์ความถูกต้องได้³⁹ กล่าวคือ ศาลจะให้ความสำคัญกับเงื่อนไขการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญว่าเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ แต่ในเรื่องการพิสูจน์ว่าความเห็นนั้นหรือผู้เชี่ยวชาญน่าเชื่อถือเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับกระบวนการในการตรวจสอบด้วยการถามค้านในการสืบพยานมากกว่า ศาลจะเป็นผู้ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเอง จากพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอ

แม้ว่าผู้เชี่ยวชาญจะต้องมี “ทักษะ” โดยการศึกษารูปแบบหรือประสบการณ์เป็นพิเศษ ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เชี่ยวชาญไม่ได้รับความรู้มาอย่างผู้เชี่ยวชาญ (professionally) เป็นสิ่งเดียวที่จะถูกชั่งน้ำหนัก และรับฟังไม่ได้⁴⁰ เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ได้แย่งหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญใช้วิธีการอ้างว่าผู้เชี่ยวชาญส่วนใหญ่ในสาขานั้นไม่ยอมรับหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญ ไม่เป็นผลให้หลักฐานของผู้เชี่ยวชาญนั้นรับฟังไม่ได้ ถ้าผู้เชี่ยวชาญสามารถแสดงได้ว่าวิธีการของเขาอยู่บนหลักการพิจารณาโดยมีเหตุผล มีข้อสนับสนุนโดย ภูมิความรู้ การศึกษา และความสามารถอย่าง

³⁸ R. v Bonyhton (1984) 38 S.A.S.R. 45, per King C.J.

³⁹ R.v Luttrell [2004] 2 Cr.App.R. 31 at [34-37]

⁴⁰ R. v Silverlock [1894] 2 Q.B. 766

พอเพียง⁴¹ เช่นเดียวกับการที่ได้ความรู้ความเชี่ยวชาญจากการทำอย่างใดอย่างหนึ่งซ้ำๆ ในงาน ซึ่งเป็นการได้รับความเชี่ยวชาญมาจากประสบการณ์มิใช่จากการศึกษาอบรม⁴² ตำรวจโดยปกติให้การในประเด็นเกี่ยวกับเรื่องที่เราเขามีความรู้อย่างลึกซึ้งซึ่งจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ ตัวอย่างเช่น การประมาณมูลค่าของยาเสพติดและสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับการใช้ยาเสพติด⁴³ และบุคคลที่ทำกรอย่างหนึ่งอย่างใด ที่ความเชี่ยวชาญเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ทำนั้น ตัวอย่างเช่น ตำรวจที่ศึกษาวิดีโอเทปกว่า 40 ครั้งโดยดูเป็นภาพต่อภาพโดยต้องการที่จะระบุว่าตัวจำเลยเป็นบุคคลเดียวกับบุคคลในวิดีโอ เพื่อให้ลูกขุนพิจารณา⁴⁴ ผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้เรียก “ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกรณี (ad hoc expert)”⁴⁵

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลจะไม่เข้มงวดในส่วนของคุณสมบัติเกี่ยวกับการศึกษาของผู้เชี่ยวชาญมากนัก กล่าวคือ หากได้ความว่าบุคคลนั้นๆ เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่จะมาเบิกความ อาจจะไม่เนื่องมาจากประสบการณ์การทำงานเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ มาเป็นระยะเวลายาวนาน ศาลก็อาจจะรับฟังความเห็นจากพยานนั้นได้ แม้ว่าพยานนั้นอาจจะไม่ได้ศึกษามาในด้านนั้นโดยตรงก็ตาม ดังจะเห็นได้จากคดี Silverlock (1894) 2 QB 766 ซึ่งเป็นคดีที่ศาลยอมให้ที่ปรึกษากฎหมาย (solicitor) ซึ่งได้ใช้เวลาว่างจากการทำงานศึกษาเกี่ยวกับการพิสูจน์ลายมือ (handwriting) ให้การในฐานะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการพิสูจน์ลายมือ หรือในคดี Oakley (1997) Crime LR 657 ศาลได้อนุญาตให้เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งปฏิบัติงานด้านจราจรมาเป็นเวลา 15 ปี ซึ่งผ่านการทดสอบคุณสมบัติเกี่ยวกับการจราจรและปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับอุบัติเหตุบนท้องถนนมากกว่า 400 คดี เข้าเบิกความเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นเกี่ยวกับสาเหตุของการเกิดอุบัติเหตุได้⁴⁶

⁴¹ R. v Robb (1991) 93 Cr.App.R. 161, CA.

⁴² R. v Oakley [1979] R.T.R. 417, CA.

⁴³ R. v Hill (1992) 96 Cr.App.R. 456, CA.

⁴⁴ R. v Clare and Peach [1995] 2 Cr.App.R. 333, CA.

⁴⁵ Phipson, *supra* note 30, p. 1015. ad hoc (Latin) แปลว่า เฉพาะกิจ ดูราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, 2549), น. 9.

⁴⁶ Roderick Munday, *supra* note 28, p. 351.

มาตรา 30⁴⁷ ของ Criminal Justice Act 1988 อนุญาตให้รายงานความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญถือเป็นการรับฟังพยานบอกเล่าสามารถถูกนำมานำสืบในชั้นพิจารณาในคดีอาญาได้ โดยมาตรา 30(1) รายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญรับฟังได้ไม่ว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นจะถูกเรียกมาให้การในการพิจารณาหรือไม่ หลักฐานนั้นต้องอยู่ในรูปของรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรโดยบุคคลที่ซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติที่สามารถมาให้การในฐานะผู้เชี่ยวชาญได้ และเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่สามารถให้ข้อเท็จจริงหรือความเห็นโดยผู้ทำรายงานข้างต้นสามารถที่จะให้การเป็นพยานในศาลได้ แม้ว่ารายงานดังกล่าวสามารถรับฟังได้ในฐานะเป็นข้อเท็จจริง (prima facie) ในทุกกรณี ถ้าหากประสงค์ที่จะเสนอรายงานนี้โดยไม่เรียกผู้ทำรายงานมาให้การ ต้องได้รับอนุญาต

⁴⁷ 30 Expert reports

(1) An expert report shall be admissible as evidence in criminal proceedings, whether or not the person making it attends to give oral evidence in those proceedings.

(2) If it is proposed that the person making the report shall not give oral evidence, the report shall only be admissible with the leave of the court.

(3) For the purpose of determining whether to give leave the court shall have regard—

(a) to the contents of the report;

(b) to the reasons why it is proposed that the person making the report shall not give oral evidence;

(c) to any risk, having regard in particular to whether it is likely to be possible to controvert statements in the report if the person making it does not attend to give oral evidence in the proceedings, that its admission or exclusion will result in unfairness to the accused or, if there is more than one, to any of them; and

(d) to any other circumstances that appear to the court to be relevant.

(4) An expert report, when admitted, shall be evidence of any fact or opinion of which the person making it could have given oral evidence.

(5) In this section “expert report” means a written report by a person dealing wholly or mainly with matters on which he is (or would if living be) qualified to give expert evidence.

จากศาลมาตรา 30(2) ในการมีคำอนุญาตดังกล่าวศาลต้องปฏิบัติตามมาตรา 30(3) ที่กำหนดไว้ดังนี้

(a) เนื้อหาของรายงาน;

(b) เหตุผลว่าทำไมถึงมีความประสงค์ไม่ให้ผู้ทำรายงานมาให้การในศาล;

(c) ความเสี่ยงของความเป็นไปได้ที่ข้อความในรายงานผู้เชี่ยวชาญถูกโต้แย้ง ถ้าบุคคลซึ่งทำรายงานนั้นไม่มาให้การในศาล โดยที่การรับฟังหรือไม่รับฟังรายงานดังกล่าวข้างต้นจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อผู้ถูกกล่าวหาทุกราย

(d) พฤติการณ์อื่น ที่ศาลเห็นว่าเกี่ยวข้อง

จนถึงปัจจุบัน (2005) ยังไม่มีตัวอย่างของการใช้ดุลพินิจดังกล่าว หลักการที่พยานต้องมาให้การในศาลยังเป็นหลักการพื้นฐานในการพิจารณาคดีอาญาของอังกฤษ และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักการทั่วไปที่ว่า ห้ามมิให้รับฟังหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญถ้าผู้เชี่ยวชาญสามารถมาให้การและถูกถามค้านได้ หลักฐานของผู้เชี่ยวชาญรับฟังเป็นพยานได้ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญมาให้การในศาลหรือคู่ความตกลงยอมรับหลักฐานนั้นเป็นพยาน⁴⁸

มาตรา 30(4) ในการรับฟังรายงานของผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจเป็นหลักฐานในข้อเท็จจริงหรือความเห็นที่ผู้ทำอาจมาให้ปากคำได้

ผู้เชี่ยวชาญอาจรวมตัวจัดตั้งองค์การผู้เชี่ยวชาญในสาขาความเชี่ยวชาญของตน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นข้อกำหนดพยานบอกเล่าใน Criminal Justice Act 2003 มาตรา 118(1)⁴⁹

เป็นการกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมเข้ามาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งอนุญาตให้ผู้เชี่ยวชาญปฏิบัติงานในฐานะผู้ช่วยของศาลโดยไม่ต้องมาเบิกความในศาล เว้นเสียแต่จะมีการร้องขอโดยคู่ความเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พยานหลักฐานดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสนอต่อศาล⁵⁰

⁴⁸ Phipson, *supra note* 30, pp. 1013-1014.

⁴⁹ S.118(1)

“The following rules of law are preserved.

Expert evidence

8. Any rule of law under which in criminal proceedings an expert witness may draw on the body of expertise relevant to his field.”

⁵⁰ ดู มาตรา 127 Expert evidence: preparatory work .. , Criminal Justice Act 2003

1.2.2 การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ

ในแง่การพิจารณาคดีอาญา สิทธิที่มีอยู่ที่คู่ความทั้งสองฝ่ายที่จะถามเพื่อทดสอบพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่งหรือเรียกว่า “การถามค้าน” ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญสามารถถูกถามค้านโดยทนายความของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ หน้าที่ของผู้พิพากษา คือ ทำให้กระบวนการพิจารณาเกิดความยุติธรรมและการสรุปข้อเท็จจริงอธิบายต่อลูกขุน จากการทำผู้เชี่ยวชาญสามารถถูกถามค้านในระหว่างการพิจารณาได้

ความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญ ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เชี่ยวชาญไม่อยู่ในสภาวะจิตใจหรือสุขภาพที่เหมาะสม ในการที่จะทำความเห็น หรือมีส่วนได้เสีย หรือทุจริต (corrupt) หรือเคยให้ความเห็นที่แตกต่าง อาจถูกนำมาเสนอในการถามค้าน หรือพิสูจน์ความไม่เป็นอิสระ⁵¹ ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญเสนอทฤษฎีที่มีความกำกวมอย่างมาก ผู้เชี่ยวชาญได้รับอนุญาตให้ถูกถามค้านได้โดยทนายฝ่ายที่อ้างผู้เชี่ยวชาญมาเป็นพยาน⁵²

ทุกคดีที่มีการรับหลักฐานผู้เชี่ยวชาญ (expert evidence) ไม่ว่าจะจากผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ ข้ออ้างหรือเหตุผลที่ความเห็นนั้นใช้เป็นฐานอาจถูกตั้งคำถาม ก่อนหน้านั้นการตั้งคำถามนี้จะใช้วิธีการถามค้าน วิธีการถามค้านยังเป็นระบบตรวจสอบที่ใช้ในการตรวจสอบทั้งคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญ พื้นฐานในการทำความเห็นอาจถูกถามค้านเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือหรือความไม่เป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญหรือมือคดี และยังเป็นการต่อสู้กันระหว่างความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญที่เห็นไม่ตรงกัน ว่าใครมีเหตุผลสนับสนุนที่น่าเชื่อถือมากกว่า เพื่อโน้มน้าวให้ศาลเห็นตามนั้น แม้จะมีความพยายามให้หลักฐานของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นจะต้องเปิดเผยก่อนที่จะมีการสืบพยาน เพื่อลดความขัดแย้งการต่อสู้กันด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญระหว่างคู่ความ วิธีการนี้ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ พยานผู้เชี่ยวชาญโดยหลักแล้วต้องมาให้การในศาล แต่มีข้อยกเว้นที่ไม่ต้องมาให้การด้วยวาจาซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล ก็ไม่เป็นที่ยอมรับ ศาลมิได้ใช้ดุลพินิจดังกล่าว แต่คู่ความที่อ้างพยานผู้เชี่ยวชาญต้องนำผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความและมีการถามค้านโดยทนายอีกฝ่าย เพื่อมิให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในทางคดี ทนายของคู่ความจึงเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของคู่ความ เนื่องจากการนำเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นเรื่องของคู่ความมิใช่ของศาล

⁵¹ Alcock v Royal Exchange Assurance (1849) 13 Q.B. 292; Gosford v Alexander [1902] 1 I.R. 139.

⁵² R.v Cook (1907) 147 C.C.C.Sess.Pap. 466, per Darling J.

กล่าวโดยสรุป ศาลต้องการความช่วยเหลือจากบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจประเด็นในคดีนั้นซึ่งเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค ข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อน เป็นเรื่องนอกเหนือจากตัวบทกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้มีบทบาทในการช่วยเหลือศาลในการอธิบายให้ศาลเข้าใจเรื่องดังกล่าว ในฐานะพยานเท่านั้น ในระบบคอมมอนลอว์นี้พยานผู้เชี่ยวชาญจะถูกนำเสนอโดยคู่ความ ทนายเป็นผู้มีบทบาทในการเลือกที่จะนำเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญของลูกความ เนื่องจากระบบการดำเนินคดีเป็นการต่อสู้กันระหว่างคู่ความด้วยพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน การเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญจึงมักจะถูกเลือกโดยทนาย โดยเฉพาะบริษัทกฎหมายใหญ่ๆ มักจะมีรายชื่อพยานผู้เชี่ยวชาญของตนเอง หรือ องค์กรวิชาชีพต่างๆ โดยพยานผู้เชี่ยวชาญจะทำรายงานความเห็น ซึ่งแต่เดิมศาลจะประสบปัญหาในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญ ต่อมาจึงมีการกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญต้องเสนอรายงานต่อศาลและให้คู่ความอีกฝ่ายก่อนมีการสืบพยาน มีกฎหมายให้พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถยื่นรายงานความเห็นโดยไม่ต้องมาเบิกความประกอบในศาลแต่ก็ไม่เป็นที่นิยมนัก พยานผู้เชี่ยวชาญยังคงมีความจำเป็นในการมาเบิกความประกอบทำให้ความเห็นซึ่งอยู่ในสถานะของพยานบุคคลจึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานผู้เชี่ยวชาญเป็นสำคัญ มีการซักถามหรือถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญในฐานะที่เป็นพยานบุคคลที่คู่ความอ้างมาสนับสนุนข้ออ้างของตน มีการโต้แย้งทำลายน้ำหนักของพยานผู้เชี่ยวชาญรวมถึงคุณสมบัติและความน่าเชื่อถือของผู้เชี่ยวชาญ แต่ในที่สุดแล้วผู้ตัดสินยังคงเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา

2. ตามระบบซีวิลลอว์

ในการพิจารณาคดีอาญาในระบบไต่สวน (inquisitorial system) นั้นใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาระหว่างศาลกับจำเลยมากกว่าโจทก์ โดยศาลมีบทบาทเต็มที่ (Active) ในการใช้ดุลยพินิจได้กว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจที่จะสืบพยานหรือดสืบพยานได้ เพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงมากที่สุด โดยจำเลยอยู่ในฐานะเป็นกรรมของคดี ผู้พิพากษามีอิสระในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อค้นหาความจริง เพื่อที่ผู้พิพากษาจะได้ข้อมูลที่เพียงพอในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความยังคงเถียงกันไม่ยุติ ทนายความในระบบนี้จะไม่มีบทบาทในการสืบพยานและซักค้านคู่ความฝ่ายตรงข้ามโดยตรง ถ้าทนายจำเลยจะถามคู่ความฝ่ายตรงข้ามจะต้องขออนุญาต

ต่อศาลก่อนหรือถามผ่านศาล⁵³ ไม่มีระบบการถามค้าน (cross-examination) ทำให้คู่ความในคดีไม่ต้องถูกซักค้านในลักษณะเสียดสีหรือประจานหรือโจมตีในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับประเด็น⁵⁴

2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.1.1 บทบาทและวิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี

กฎหมายเยอรมันแยกความแตกต่างระหว่าง “พยานผู้เชี่ยวชาญ” (expert) และ “พยาน” ออกจากกัน และความแตกต่างดังกล่าว ยิ่งมีน้อยลงไปอีกในการพิจารณาแนวความคิดของเยอรมันที่เรียกว่า “พยานบุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเป็นพิเศษ” (expert witness) ในประเทศเยอรมันศาลใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert) เพื่อให้ความรู้ต่อ อัยการ ตำรวจ หรือศาล ในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย ในทางตรงกันข้ามบุคคลอาจเป็นพยาน (witness) ในคดี หากไม่ได้เป็นจำเลยในกระบวนการพิจารณาและถูกหมายเรียกมาเพื่อให้การตามความเห็นของเขาเหล่านั้น (เพื่อโต้แย้งความเห็นหรือข้อสรุป) ในทางทฤษฎีแล้วพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert) สามารถเปลี่ยนตัวได้ พยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นตามความรู้ในสาขาที่ตนมี (ซึ่งอาจจะไม่เป็นความจริงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ในกรณีที่มีผู้เชี่ยวชาญเพียงคนเดียวในสาขานั้น) พยานไม่ได้ทำหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวข้างต้น เว้นแต่ในกรณีที่มีประจักษ์พยานหลายคนในข้อเท็จจริงเดียวกัน ในขณะที่บทบาทบัญญัติทั่วไปในการเสนอพยานหลักฐานถูกนำมาใช้กับผู้เชี่ยวชาญ สิ่งที่พยานผู้เชี่ยวชาญและพยานบุคคลทั่วไปเปิดความแตกต่างกันอย่างมาก พยาน (witness) ให้การในสิ่งที่ได้พบเจอมาในอดีต แต่ผู้เชี่ยวชาญ (expert) ใช้ความเชี่ยวชาญของเขาในการให้ความกระจ่างต่อประเด็นที่ศาลต้องการทราบ⁵⁵

⁵³ คมสัน กันหาเรียง, “การมีทนายความในคดีอาญา: สิทธิหรือเงื่อนไขในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น. 17.

⁵⁴ ทวีพงษ์ บุญพลู, “การรับฟังพยานหลักฐาน: ที่เกี่ยวกับสถานภาพและความประพฤติของบุคคลในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 25.

⁵⁵ Oliver Schuettpelez, “Profiling and Case Analysis in German Criminal Procedure: A Comment on Bundesgerichtshof 3 StR 77/6”, *International Commentary on Evidence*, Volume 6, Issue 1, 2008, The Berkeley Electronic Press 2009, pp. 4-5.

พยานบุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเป็นพิเศษ (expert witness) เป็นพยานที่มีความรู้เชี่ยวชาญเป็นพิเศษ จนสามารถให้ความเห็นโดยอาศัยประสบการณ์ในอดีต ที่พยานทั่วไปที่ไม่ได้รับการฝึกฝนจะไม่สามารถทำได้ อาจกล่าวได้ว่า พยานผู้เชี่ยวชาญรับรู้บางสิ่งบางอย่างที่บุคคลอื่นไม่สามารถรับรู้ได้เนื่องจากบุคคลอื่นนั้นไม่มีความรู้ในด้านนั้น ๆ (ตัวอย่างเช่น พยานที่เป็นแพทย์ในการให้ความเห็นในอุบัติเหตุทางรถยนต์ว่าผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บที่กระดูกสันหลัง) มิฉะนั้นแล้วหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาของพยานเหล่านี้จะเหมือนพยานทั่วไป

ในประเทศเยอรมนี ผู้เชี่ยวชาญ (expert) มีบทบาทเป็นผู้ช่วยของผู้พิพากษา มีหน้าที่ในการช่วยศาลในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงอันเนื่องมาจากความรู้ความเชี่ยวชาญของตน ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ใน 3 กรณี

(1) เป็นการแจ้งให้ศาลทราบถึงหลักการทางวิชาการทั่วไป
 (2) ค้นหาข้อเท็จจริงใดๆ ที่สามารถจะวินิจฉัยได้โดยใช้ความรู้ความสามารถพิเศษเฉพาะบุคคลที่มีความรู้เชี่ยวชาญเป็นพิเศษ

(3) และจากหลักการทางวิชาการดังกล่าว เมื่อได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษเฉพาะตัวแล้ว ได้นำไปสู่ผลสรุป โดยใช้หลักการทางวิชาการดังกล่าว⁵⁶

และในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันในส่วนของพยานหลักฐานได้กล่าวถึง พยานบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ ซึ่งต่างจากพยานผู้เชี่ยวชาญเพราะไม่ได้ทำหน้าที่โดยได้รับการมอบหมายจากศาล คือ เป็นพยานบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ ที่คำเบิกความของเขาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือสภาวะการณ์ใดๆ ในอดีตที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษตามมาตรา 85⁵⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน โดยถือว่ามีสถานะเป็นพยานบุคคลจึงไม่อาจที่จะเปลี่ยนตัวได้ซึ่งต่างจากกรณีของพยานผู้เชี่ยวชาญ⁵⁸

⁵⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันลักษณะพยานหลักฐาน,” *ตุลพาท* เล่ม 2, ปีที่ 55, น. 184 (พ.ค.-ส.ค.2551).

⁵⁷ German Criminal Procedure Code

Section 85. [Expert Witnesses]

The provisions concerning evidence by witnesses shall apply if experienced persons have to be examined to prove past facts or conditions the observation of which required special professional knowledge.

ตามมาตรา 73⁵⁹ การคัดเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญ

(1) ศาลจะเลือกผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ความเห็นและศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนผู้เชี่ยวชาญ ศาลจะต้องทำความตกลงกับผู้เชี่ยวชาญข้างต้นเพื่อกำหนดเวลาในการทำความเห็นเสนอต่อศาล

(2) ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญถูกแต่งตั้งโดยรัฐ (publicly appointed) เพื่อให้ความเห็นในประเด็นใดเป็นการเฉพาะ บุคคลอื่นจะถูกแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญได้เฉพาะในกรณีที่มีเหตุพิเศษ

ศาลมีบทบาทในการนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสู่กระบวนการพิจารณา ทั้งการกำหนดจำนวนและเวลาในการทำความเห็น ผู้ที่ถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ในการให้ความเห็นต้องปฏิบัติตามที่ศาลมอบหมาย ในกรณีที่เป็นผู้ที่มีความรู้ในเรื่องวิทยาศาสตร์ ศิลปะ การค้าหรือเรื่องใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่มีการขอให้ความเห็น ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ได้แสดงความประสงค์ต่อศาลในการที่จะทำความเห็น⁶⁰

Retrieved October 1, 2008 from

<http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/preview>

⁵⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 56, น. 185.

⁵⁹ Section 73. [Selection of Experts]

(1) The judge shall select the experts to be consulted, and shall determine their number. He shall agree with them on a time limit within which their opinions may be rendered

(2) If experts are publicly appointed for certain kinds of opinions, other persons are to be selected only if this is required by special circumstances.

⁶⁰ Section 75. [Duty to Render Opinion]

(1) The person appointed as an expert must comply with the appointment, if he has been publicly appointed to render opinions of the required kind, or if he publicly and commercially practices the science, art, or trade, the knowledge of which is a prerequisite for rendering an opinion, or if he has been publicly appointed or authorized to practice such profession.

(2) The obligation to render an opinion shall also be incumbent upon a person who has stated his willingness to do so before the court.

แม้พยานผู้เชี่ยวชาญจะมีหน้าที่ในการทำความเข้าใจดังกล่าว ก็ยังมีเอกสิทธิ์ในการปฏิเสธที่จะให้ความเห็นเช่นเดียวกับพยานบุคคล⁶¹ ผลของการไม่มาให้การหรือการปฏิเสธที่จะให้ความเห็น คือ มาตรา 77(1) ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญไม่มาให้การหรือการปฏิเสธที่จะให้ความเห็น ผู้เชี่ยวชาญจะต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการที่ไม่มาให้การหรือการปฏิเสธที่จะให้ความเห็นและให้ลงโทษปรับแก่ผู้เชี่ยวชาญในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่มาให้การหรือการปฏิเสธที่จะให้ความเห็นอีก ค่าปรับมีมูลค่าเป็นสองเท่าของค่าใช้จ่าย (2) ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ให้ความเห็นปฏิเสธที่จะทำความเข้าใจภายในเวลาอันสมควรที่กำหนดไว้ในมาตรา 73(1) ประโยคที่สองหรือผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถที่จะทำความเข้าใจภายในเวลาที่กำหนด อาจปรับผู้เชี่ยวชาญได้ ในการกำหนดค่าปรับให้พิจารณาถึงความล่าช้าในการให้ความเห็น ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจล่าช้าอีก ให้ปรับผู้เชี่ยวชาญได้อีก

เห็นได้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญมีเอกสิทธิ์ที่จะปฏิเสธไม่ทำความเข้าใจ แต่มีข้อกำหนดในการลงโทษพยานผู้เชี่ยวชาญ คือ จะถูกปรับหากไม่มาให้การและหากการปฏิเสธนั้นทำให้กระบวนการล่าช้ายิ่งขึ้น เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ริเริ่มและกำหนดแนวทางของในการทำความเข้าใจพยานผู้เชี่ยวชาญ (section 78 Judicial Direction) หากมีการฝ่าฝืน กฎหมายจึงให้อำนาจศาลในการพิจารณาดำเนินการใดเพื่อให้การค้นหาความจริงในคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมตามที่เห็นสมควร

การเตรียมคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยคำร้องขอของผู้เชี่ยวชาญ ผู้เชี่ยวชาญอาจได้รับรายละเอียดเพิ่มเติมเพื่อทำความเข้าใจด้วยการตรวจสอบพยานบุคคลหรือโจทก์ อาจขอตรวจสำนวน ขอเข้าร่วมในการไต่สวนพยานบุคคลหรือโจทก์และถามพยานบุคคลและโจทก์โดยตรงได้ (section 80 Preparation of an opinion) และในระหว่างกระบวนการเตรียมการพิจารณาคดีให้ผู้เชี่ยวชาญมีโอกาสที่จะเตรียมความเห็นที่พยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องให้ในระหว่างการสืบพยาน (section 80a. Consultations During the Preparatory Proceedings)

พยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายเยอรมันมีสถานะต่างไปจากพยานบุคคล กล่าวคือเป็นการแต่งตั้งโดยศาลและได้รับมอบหมายงานจากผู้พิพากษาโดยถือว่าเป็นผู้ช่วยศาล ศาลจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าผู้เชี่ยวชาญควรจะให้ความเห็นเป็นหนังสือหรือโดยการมาเบิกความ⁶² แต่ศาลจะวินิจฉัยคดีโดยฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญโดยไม่ทำการตรวจสอบมิได้

⁶¹ Section 76 Privilege to refuse to render opinion.

⁶² Section 82. [Rendering Opinion in Preliminary Proceedings]

2.1.2 การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ

พยานผู้เชี่ยวชาญตามระบบกฎหมายแบบไต่สวนนี้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งแต่งตั้งโดยศาล มีสถานะเป็นผู้ช่วยของศาลจึงถือว่าควรที่จะมีมาตรฐานในการดำเนินคดีเช่นเดียวกับศาล จึงได้มีกฎหมายรองรับให้สามารถคัดค้านหรือปฏิเสธพยานผู้เชี่ยวชาญได้

ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติให้พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถถูกคัดค้านได้

มาตรา 74⁶³

(1) พยานผู้เชี่ยวชาญอาจถูกคัดค้านได้โดยเหตุผลเช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความไม่อาจจะเป็นสาเหตุในการคัดค้าน

(2) อัยการ ทนายโจทก์ และโจทก์ มีสิทธิในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญ ต้องแจ้งให้ผู้มีสิทธิในการโต้แย้งพยานผู้เชี่ยวชาญทราบถึงการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ถ้าไม่มีพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้ไม่สามารถแจ้งได้

(3) มูลเหตุในการคัดค้านต้องมีน้ำหนักเพียงพอ ต้องมีการสอบถามในการกล่าวอ้างเหตุแห่งการคัดค้าน

จากบทบัญญัติมาตรา 74(1) ได้กล่าวว่า พยานผู้เชี่ยวชาญอาจถูกคัดค้านได้ โดยเหตุเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงต้องศึกษาถึงเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษา ดังนี้

In preliminary proceedings the judge shall decide whether the experts shall render their opinion in writing or orally.

⁶³ Section 74. [Challenge]

(1) An expert may be challenged for the same reasons that justify the challenging of a judge. The fact, however, that the expert was examined as a witness shall not be a reason for challenge.

(2) The public prosecution office, the private prosecutor and the accused shall have the right of challenge. The appointed experts shall be made known to the person entitled to challenge if there are no special circumstances to the contrary.

(3) The ground for challenge shall be substantiated; taking an oath to substantiate a challenge shall be precluded.

การตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามมาตรา 22 นั้น เป็นกรณีที่มีความร้ายแรงและมีความเสี่ยงสูงในการที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติ หรือเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เป็นกลางอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากเป็นเหตุที่เกิดขึ้นจากตัวผู้พิพากษาและมีอยู่ก่อนที่ผู้พิพากษานั้นจะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี จึงบัญญัติเป็นเหตุห้ามมิให้ผู้พิพากษานั้นพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้เลยซึ่งเป็นการตัดโดยผลของกฎหมาย ได้แก่ มาตรา 22 และ 23 ดังนี้

มาตรา 22⁶⁴ เหตุที่ผู้พิพากษาจะถูกตัดจากการพิจารณาพิพากษาคดี

(1) ถ้าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

เหตุในการห้ามเป็นไปตามหลักที่ว่า บุคคลไม่สามารถทำหน้าที่ตัดสินในคดีของตนเองได้ (no man can be judge in his own cause) เนื่องจากผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียในผลของคดี จึงไม่สามารถตัดสินคดีนั้นได้ทั้งโดยส่วนตัวหรือโดยหน้าที่

ผู้เสียหายตามมาตรา 22 นี้ หมายถึง บุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดที่ศาลตัดสินลงโทษ⁶⁵

⁶⁴Section 22. [Disqualification of a Judge]

(1) A judge shall be barred by law from exercising his judicial office:

1. if he himself was aggrieved by the criminal offense;

2. if he is or was the spouse or the guardian of the accused or of the aggrieved party;

3. if he is or was lineally related or related by marriage, collaterally related to the third degree or related by marriage to the second degree to the accused or the aggrieved party;

4. if he acted in the case as an official of the public prosecution office, as a police officer, as attorney-at-law of the aggrieved party, or as defense counsel;

5. if he was heard in the case as a witness or expert.

⁶⁵สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน,” *ตุลพาห*, เล่ม 2, ปีที่ 52, น. 222 (พ.ค.-ส.ค. 2548).

(2) ถ้าผู้พิพากษาเป็นหรือเคยเป็น คู่สมรสหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยหรือของผู้เสียหาย

(3) ถ้าผู้พิพากษาเป็นหรือเคยเป็นญาติโดยตรงนับได้ในสามชั้น หรือโดยทางการแต่งงานนับได้ในสองชั้น ของจำเลยหรือของผู้เสียหาย

(4) ถ้าผู้พิพากษาเคยทำหน้าที่ในคดีนั้นในฐานะเป็นอัยการ ตำรวจ หรือทนายของฝ่ายผู้เสียหาย หรือทนายจำเลย

เป็นกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนแล้ว ซึ่งจะส่งผลในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือมีอิทธิพลต่อขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี

(5) ถ้าผู้พิพากษาถูกอ้างเป็นพยานหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ

การแสดงความคิดเห็นของผู้พิพากษาระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในชั้นก่อนการพิจารณาคดี จะเป็นเหตุให้ตัดผู้พิพากษาคงดังกล่าวออกจากการพิจารณาคดี ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาคงดังกล่าวได้ให้ข้อมูลที่มีความสำคัญเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการกระทำความผิดและความน่าตำหนิ⁶⁶

มาตรา 23⁶⁷ บัญญัติว่า การมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีครั้งก่อน

(1) ผู้พิพากษาได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีใด จะถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น ในศาลชั้นสูงกว่า

⁶⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 65, น. 224.

⁶⁷ Section 23. [Disqualification of Judges Who Participated in Previous Proceedings]

(1) A judge who participated in a decision which has been contested by way of appellate remedy shall be barred by law from participating in the decision of a higher instance.

(2) A judge who has participated in a decision contested by application for reopening of the proceedings shall be barred by law from participating in decisions in the proceedings to reopen the case. If the contested decision has been given at a higher instance, a judge who has participated in an original decision at a lower instance shall be barred. The first and second sentences shall apply mutatis mutandis to the participation in decisions to prepare the reopening of the proceedings.

เนื่องจากเคยเป็นผู้พิพากษาที่พิจารณาในศาลชั้นที่ต่ำกว่า และมีการอุทธรณ์หรือฎีกาคดีนั้นต่อมา โดยผู้พิพากษาดังกล่าวเลื่อนชั้นมาอยู่ศาลสูง จะถูกตัดออกจากการพิจารณาในศาลสูงนั้นโดยผลของกฎหมาย เพราะไม่อาจพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการได้

(2) ถ้าในคดีใดมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีนั้น จะถูกตัดจากการเข้าร่วมในคดีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่นั้น หรือถ้าการขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้กระทำในศาลชั้นสูงกว่า ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีนั้นในศาลชั้นล่าง จะถูกตัดออกจากคดีนั้นด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งสองกรณีข้างต้น ให้ใช้บังคับถึงในกรณีที่มีการเข้าร่วมวินิจฉัยนั้นได้กระทำในตอนเริ่มต้นแห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

ถือว่าในฐานะที่ผู้พิพากษาเคยมีส่วนร่วมในการตัดสินคดี จะถูกตัดจากการพิจารณาคดีเช่นเดียวกัน

การตัดผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณาคดี หมายถึง ผู้พิพากษาผู้มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษาได้ คำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยไปแล้วถือว่าไม่สมบูรณ์

เหตุปฏิเสธผู้พิพากษาไม่ให้พิจารณาคดีหรือเหตุคัดค้าน เนื่องจากมีความสงสัยในความเป็นกลาง และจะกระทบต่อความเชื่อมั่นในตัวผู้พิพากษา ซึ่งตามมาตรา 74 ให้นำมาใช้เป็นเหตุคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญได้ คือ

มาตรา 24⁶⁸ การคัดค้านผู้พิพากษา (Challenge)

(1) ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุที่มีการเกรงว่าจะเกิดอคติเหมือนดังเช่นในกรณีที่ผู้พิพากษาถูกตัดออกจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

⁶⁸ Section 24. [Challenge of a Judge]

(1) A judge may be challenged both where he has been barred by law from exercising judicial office and for fear of bias.

(2) Challenge for fear of bias shall be justified if there is reason to doubt the impartiality of a judge.

(3) The public prosecution office, the private prosecutor, and the accused may exercise the right of challenge. The court personnel appointed to participate in the decision shall be named upon the request of the party entitled to challenge.

การคัดค้านด้วยเหตุเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงนั้น ต้องมีเหตุผลว่าเหตุนี้้อาจจะกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

(2) ความไม่เชื่อมั่นหรือเป็นกังวลต่อความเป็นกลาง

หมายถึง ทศนคติของผู้พิพากษาที่อาจจะมีผลทำให้ความเป็นกลางที่มีต่อคู่ความในกระบวนการพิจารณาต้องเสียไป ซึ่งไม่จำเป็นว่าต้องมีความไม่เป็นกลางอยู่จริง แต่หากมีข้อสงสัยอย่างมีเหตุมีผลถึงความเป็นกลางตามมาตรฐานวิญญูชน ก็ถือว่าเป็นเหตุที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้แล้ว⁶⁹

(3) บุคคลที่มีสิทธิในการยื่นคำคัดค้าน ได้แก่ พนักงานอัยการ โจทก์ที่เป็นเอกชนและผู้ถูกกล่าวหา รวมทั้งตามความเห็นฝ่ายข้างมาก ที่ตีความเกินกว่าถ้อยคำของกฎหมาย คือ ผู้ยื่นคำร้องในกระบวนการพิจารณาที่บังคับให้มีการฟ้องร้องคดี และทนายจำเลยที่ยื่นคำร้องในนามของจำเลยด้วย⁷⁰

ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้าน ต้องยื่นก่อนมีการสืบพยานหรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาต้องยื่นคำคัดค้านก่อนการแถลงเปิดคดี พร้อมต้องแสดงเหตุแห่งการปฏิเสธทุกๆ เหตุเท่าที่ทราบในขณะที่ยื่นคำร้องเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการทำให้คดีต้องล่าช้าออกไปโดยมิชอบ การคัดค้านในภายหลังจะทำได้ต่อเมื่อเหตุนั้นเพิ่งเกิดขึ้นภายหลังหรือเพิ่งทราบถึงเหตุดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการคัดค้านต้องกระทำอย่างช้าที่สุดก่อนสืบพยานจำเลยเสร็จ⁷¹ โดยคำร้องจะต้องยื่นต่อศาลที่ผู้พิพากษานั้นประจำอยู่และจะถูกบันทึกไว้โดยเจ้าหน้าที่ศาล ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะต้องทำความเข้าใจเป็นลายลักษณ์อักษรและแจ้งให้ผู้ร้องทราบก่อนมีคำตัดสินคดี มิฉะนั้นจะถือว่ากระบวนการพิจารณาดังกล่าวไม่ชอบ⁷²

จากเหตุในการตัดและปฏิเสธผู้พิพากษาดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้นำเหตุคัดค้านผู้พิพากษา (challenge) มาเป็นเหตุในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญของศาลเช่นเดียวกัน แต่ผู้เขียนเห็นว่า การคัดค้านผู้เชี่ยวชาญ คงมีผลให้มีการเปลี่ยนตัวผู้เชี่ยวชาญได้เนื่องจากเหตุดังกล่าวข้างต้นซึ่งมีกฎหมายรองรับ และเป็นสิทธิของคู่ความที่จะยื่นคำร้องคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล

⁶⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนะพัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 65, น. 227-228.

⁷⁰ *เฟิ่งอ้ง*, น. 229.

⁷¹ Section 25 German Criminal Procedure Code.

⁷² Section 26 German Criminal Procedure Code.

ศาลจะยกคำคัดค้าน เมื่อปรากฏว่า คัดค้านเมื่อล่วงเลยระยะเวลาหรือเหตุแห่งการคัดค้านหรือไม่มีหลักฐานมาแสดงให้เห็นที่พอใจ หรือเป็นการทำเพื่อประวิงเวลาหรือจุดประสงค์อื่นที่ไม่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่จะดำเนินการต่อไปโดยการคัดค้าน⁷³

การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามกฎหมายเยอรมันสามารถคัดค้านได้โดยเหตุ ดังนี้ การเกรงว่าจะเกิดอคติ หากเพียงมีข้อสงสัยหรือไม่แน่ใจในความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นแล้ว ก็ถือว่าเพียงพอในการเป็นเหตุผลในการคัดค้าน เช่น การมีส่วนได้เสียในคดีของพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับโจทก์หรือจำเลย ซึ่งอาจทำให้เกิดความลำเอียงขึ้นได้ง่าย หรือการที่พยานผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้เสียหายในคดีนั้นและมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี ซึ่งการทำความเข้าใจของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่อาจจะเป็นกลางได้ ถือว่าเป็นการขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม ระหว่างเรื่องส่วนตัวและการปฏิบัติงานในหน้าที่

การไม่เชื่อมั่นหรือเป็นกังวลต่อความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญ เช่น การที่พยานผู้เชี่ยวชาญเคยแสดงทัศนคติบางอย่างซึ่งอาจเห็นได้ว่าอาจมีความลำเอียงต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรืออาจมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญ

เหตุแห่งการคัดค้านดังที่กล่าวมานี้ จะนำมาใช้เป็นเหตุในการคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากหากมีกรณีเกิดข้อสงสัยถึงความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญ การตัดจากการพิจารณาคดีตามมาตรา⁷³นี้ได้เป็นไปโดยผลของกฎหมาย แต่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นสิทธิของคู่ความที่จะยกข้อคัดค้านถึงลักษณะต้องห้ามของพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวขึ้น อันถือเป็นหลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีที่จะได้รับความยุติธรรม

กล่าวโดยสรุป เนื่องจากในประเทศเยอรมัน มีหลักในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ จึงถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย และต้องอำนวยความสะดวกต่อสังคม ดังนั้น ศาลเป็นผู้มีหน้าที่ในการค้นหาความจริง รวมถึงการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ หากศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อให้ความเห็นต่อศาล โดยสถานะที่พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert) เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลและได้รับมอบหมายจากศาลให้ทำหน้าที่ให้ความเห็นใดในคดี จึงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ช่วยของศาลมิใช่พยานบุคคลจึงไม่ถูกถามคำถามโดยคู่ความ เพราะสิ่งที่พยานผู้เชี่ยวชาญช่วยเหลือเป็นการอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของตนเป็นพื้นฐานในการให้ความเห็น ศาลยังคงต้องฟังพยานหลักฐานอื่นประกอบด้วย และถึงแม้จะไม่ตัดสิทธิในการที่คู่ความจะอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญ

⁷³ Section 26a(1) German Criminal Procedure Code.

ของตน ก็ยังอยู่ในความควบคุมของผู้พิพากษา ศาลจะไม่อนุญาตก็ได้หากเห็นว่าไม่จำเป็น เป็นดุลพินิจของศาล

ระบบการตรวจสอบพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล คือ การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญด้วยเหตุเช่นเดียวกับผู้พิพากษา เป็นหลักประกันสำคัญในการที่เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมย่อมต้องมีความเป็นกลาง และไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนระหว่างหน้าที่และความสัมพันธ์ของตน หากมีกรณีดังกล่าวยอมถูกคัดค้านโดยอัยการหรือจำเลยได้ เหตุห้ามและเหตุคัดค้านดังกล่าว ยังแยกเป็นเหตุที่มีความเสี่ยงร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้พยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถจะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นกลางได้เลยหรือไม่เหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่เนื่องจากทำให้เกิดความสงสัยในกระบวนการยุติธรรมว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่อาจจะให้ความยุติธรรมในการทำความเห็นได้เลย ย่อมถูกตัดโดยเป็นไปโดยผลของกฎหมาย หรืออีกกรณีคือการปฏิเสธพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นไปตามคำร้องขอของอัยการหรือจำเลยก็ได้ เหตุห้ามและเหตุคัดค้านดังกล่าวยอมเป็นหลักประกันที่ดีในการคุ้มครองโจทก์หรือจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมจากพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ส่วนพยานบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญ (expert witness) ที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานสนับสนุนข้ออ้างของฝ่ายตน จะต้องเบิกความในฐานะที่เป็นพยานบุคคลและต้องถูกถามหรือซักค้านโดยวิธีการสืบพยานบุคคล

มีการบัญญัติในเรื่องการถามค้านไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมัน ไว้ในบทบัญญัติตามมาตรา 239⁷⁴ อีกด้วย แต่แนวความคิดเรื่องการถามค้านนั้นเป็นวิธีการค้นหาความจริงของการดำเนินคดีอาญามีลักษณะของการต่อสู้ระหว่างโจทก์และจำเลย โดยมีศาลเป็นคนกลางที่เป็นผู้ชี้ขาดของประเทศอังกฤษดั้งเดิม ซึ่งต่างจากการดำเนิน

⁷⁴ Section 239. [Cross-Examination]

(1) The presiding judge shall leave the examination of witnesses and experts named by the public prosecution office and the defendant to the public prosecution office and defense counsel upon concurring application by both. Witness and experts named by the public prosecution office shall first be examined by the public prosecution office, those named by the defendant shall first be examined by defense counsel.

(2) After this examination the presiding judge shall also ask the witness and experts such questions as he deem necessary for further clarification in the case.

คดีอาญาของประเทศเยอรมันเป็นการดำเนินคดีอาญาเป็นภารกิจของรัฐทุกองค์กรจึงมีหน้าที่ต้องตรวจสอบความจริงในเรื่องที่มีการกล่าวหา มีผลให้วิธีการถามค้านดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ไร้ผลโดยสิ้นเชิงมาตั้งแต่ต้น เพราะไม่สอดคล้องกับระบบการดำเนินคดีอาญาของเยอรมันที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐที่ศาลมีบทบาทในการตรวจสอบความจริง⁷⁵ แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่มีให้นำบทบัญญัตินี้มาใช้แต่อย่างใด⁷⁶ ฉะนั้นคำกล่าว ของ John H. Langbein ที่ว่า “This provision has been dead letter from the moment of its enactment” นั้นจึงถูกต้องที่สุด⁷⁷ หมายถึง บทบัญญัตินี้ไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว

2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

2.2.1 บทบาทและวิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี

การดำเนินคดีอาญาของฝรั่งเศสเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ที่การค้นหาความจริงเป็นหน้าที่ของรัฐเพื่อพิสูจน์การกระทำผิดของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อมีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายคือรัฐและเจ้าพนักงานของรัฐผู้รับผิดชอบการสอบสวนฟ้องร้อง คือ พนักงานอัยการ⁷⁸ การสอบสวนคดีอาญาในฝรั่งเศส ตำรวจฝ่ายคดีจะทำการสอบสวนเบื้องต้นโดยอยู่ภายใต้การกำกับของอัยการ อัยการอาจยื่นฟ้องต่อศาลโดยตรงหรือให้ศาลไต่สวนทำการสอบสวนก่อน ในคดีความผิดอุกฉกรรจ์ (Crime) ศาลไต่สวน (Jurisdiction d'Instruction) จะต้องทำการสอบสวนคดีก่อนฟ้องต่อศาลตัดสิน (Jurisdiction de Judgement) ส่วนคดีความผิดระดับกลาง (Delit) อัยการอาจยื่นฟ้องต่อศาลตัดสินโดยตรงหรือศาลไต่สวนทำการสอบสวนก่อนก็ได้ ในการสอบสวน ศาลไต่สวนจะดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบให้ตำรวจทำ

⁷⁵ คณิต ฐ นคร, “บทบาทของศาลในคดีอาญา,” วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 1, น. 53 (มกราคม-มิถุนายน 2544).

⁷⁶ คณิต ฐ นคร, “วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน,” ใน หนังสือรวมบทความด้านวิชาการ ของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฐ นคร อัยการสูงสุด, จัดพิมพ์โดย สถาบันกฎหมายอาญา (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2540), น. 314.

⁷⁷ เพ็งอ่าง, น.314.

⁷⁸ อุทัย อาทิวะช, “สิทธิของผู้เสียหายในกฎหมายฝรั่งเศส”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 61, ตอนที่ 1, น. 2 (มีนาคม 2548).

การสอบสวนบางกรณีก็ได้ เช่นการสอบพยานผู้เสียหาย โดยศาลไต่สวนจะเป็นผู้ตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีหากเห็นว่าจำเป็น⁷⁹

ในฝรั่งเศส บัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญจะถูกจัดทำขึ้นทุกปีโดย Court of Appeal ของแต่ละเขต โดยการเสนอชื่อของศาลชั้นต้น เพื่อที่จะจัดหาพยานผู้เชี่ยวชาญที่สามารถรับรองได้ว่ามีความรู้ความเชี่ยวชาญจริงๆ บัญชีของทางการหรือของศาล (official list) จึงถูกจัดทำขึ้น โดยมีหลากหลายสาขาของความเชี่ยวชาญ⁸⁰ ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส

มาตรา 157⁸¹

หลังจากอัยการมีความเห็นให้เรียกพยานผู้เชี่ยวชาญ พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นจะถูกเลือกมาจาก บุคคลธรรมดา หรือบุคคลตามกฎหมาย(นิติบุคคล)ที่ขึ้นบัญชีไว้กับศาลสูงสุด หรือบุคคลที่อยู่ในบัญชีของศาลอุทธรณ์

วิธีการลงทะเบียนและการถอนจากทะเบียนเป็นไปตามกฎ Decree of the Council of State.

⁷⁹ อธิปไตย รัชมิทัต, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ.1958 (กรุงเทพมหานคร: อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ, 2541), น. 10-37.

⁸⁰Morris Ploscowe, "The Expert in Criminal Cases France, Germany, and Italy," Law and Contemporary Problems, Vol. 2, No. 4, Expert Testimony, p. 505, (Oct., 1935) Retrieved January 20, 2009 from Jstor database.

⁸¹ Article 157

Experts are chosen from the natural persons or legal entities registered either on a national list drafted by the office of the Court of Cassation, or on one of the lists drafted by the appeal courts after hearing the opinion of the public prosecutor.

The rules governing registration and withdrawal from these lists are fixed by a Decree of the Council of State.

In exceptional cases, the courts may make a reasoned decision choosing experts not registered on any one of these lists.

Retrieved October 1, 2008 from

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30>

ในกรณียกเว้น ศาลอาจจะไม่เลือกพยานผู้เชี่ยวชาญจากบัญชีนั้นก็ได้แต่ต้องให้เหตุผล

มาตรา 157-1⁸²

หากบุคคลตามกฎหมายได้รับการแต่งตั้งเป็นพยาน ให้เสนอชื่อผู้ทำการแทนเป็นบุคคลธรรมดา ให้ศาลอนุมัติเพื่อทำการแทนบุคคลตามกฎหมายนั้น

มาตรา 160⁸³

การขึ้นทะเบียนเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามมาตรา 157 พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องให้คำสาบานตนก่อนต่อศาลอุทธรณ์ที่พยานอยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นเพื่อว่าจะให้ความช่วยเหลือศาลด้วยความสัตย์และความตั้งใจดี พยานผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นต้องสาบานใหม่ทุกครั้งที่ได้รับการแต่งตั้ง

ทุกครั้งที่ได้รับการแต่งตั้ง พยานผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องสาบานตนภายใต้วรรคแรกโดยผู้พิพากษาไต่สวนหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมาย ผู้พิพากษาเซ็นในบันทึกคำสาบานที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ของศาล (greffier) หากมีอุปสรรคให้ทำคำสาบานเป็นหนังสือและแนบมาพร้อมสำนวนคดี

⁸² Article 157-1

If the expert appointed is a legal entity, his legal representative submits for the court's approval the name of the natural person or persons who will carry out the expert opinion for the legal entity and on its behalf.

⁸³ Article 160

For their registration on one of the lists provided for by article 157, the experts take an oath before the appeal court in whose area of jurisdiction they are domiciled, to bring their assistance to justice in honour and good conscience. These experts are not required to renew their oath each time they are appointed.

Each time they are nominated, the experts who do not feature on either of these lists take the oath set out under the previous paragraph before the investigating judge or the judge appointed by the court. The official record of the taking of the oath is signed by the competent judge, by the expert and by the clerk. In the event of an impediment, the grounds of which must be stated, the oath may be sworn in writing and the letter of oath is attached to the case file.

พยานผู้เชี่ยวชาญของศาลและพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมานั้นจะถูกตรวจสอบโดยผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน (presiding judge) แต่ไม่ใช่โดยอัยการหรือจำเลย ถ้าศาลทำการตรวจสอบเสร็จสิ้นแล้ว อาจมีคำถามเพิ่มเติมโดยอัยการและจำเลย ยิ่งไปกว่านั้นพยานผู้เชี่ยวชาญในฝรั่งเศสและเยอรมันจะไม่ถูกจำกัดด้วยกฎเกณฑ์ทางพยานหลักฐานที่เข้มงวดในการให้ความเห็น กล่าวคือ กฎเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานของฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งใช้ระบบไต่สวนมีความเสรีมากกว่าในระบบการต่อสู้ของอังกฤษและอเมริกา

ในการพิจารณาคดี แม้อัยการและที่ปรึกษาของจำเลยจะต้องรักษผลประโยชน์ของตน แต่ก็จะมีอำนาจเหนือเหมือนของประเทศอังกฤษหรืออเมริกา ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน (presiding judge) จะเป็นผู้ทำการถามพยานเอง ซึ่งหน้าที่คล้ายกับ investigating magistrate คือต้องพยายามค้นหาความจริงในทุกคดี หน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญจะถูกมอบหมายโดย investigating magistrate โดยจะเป็นผู้ตรวจสอบพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ ผู้ถูกกล่าวหาและสิ่งใดก็ตามที่จำเป็นในการที่จะคลี่คลายข้อกล่าวหาเหล่านั้น ในประเทศฝรั่งเศสผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ในศาล (auxiliaries de justice) มีสถานะเป็นผู้ช่วยศาล⁸⁴ ผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดและมอบหมายงานให้ผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 158⁸⁵

หน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น ถูกกำหนดโดยชัดแจ้งในการทำความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ และอาจเบิกความได้เฉพาะในการตอบข้อซักถามทางเทคนิค

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ (Expert Opinion) จะถูกกำหนดโดยศาลหรือผู้พิพากษาไต่สวน หรือผู้พิพากษาสอบสวน (investigating judge หรือ Juge d' Instruction) ผู้พิพากษาสอบสวนมีอำนาจกว้างขวางมาก คือ อาจทำการทุกอย่างที่เห็นว่าจะเป็นประโยชน์ในด้านการค้นหาความจริงทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดและในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ทั้งในด้านที่เป็นผลร้ายและ

⁸⁴ Morris Ploscowe, *supra* note 69, p. 505.

⁸⁵ Article 158

The experts' task is precisely set out in the decision ordering the expert opinion and may only address the examination of technical questions.

ในด้านที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหา รวมถึงถ้าเป็นการตรวจสอบที่ต้องใช้เทคนิคสูงมาก จะให้ผู้เชี่ยวชาญตรวจต่อไป⁸⁶

มาตรา 156

ในการสืบสวนหรือกระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั้นอาจมีคำสั่งให้ตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญได้เมื่อมีข้อคำถามเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค เมื่ออัยการขอให้มีพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือเมื่อศาลเห็นเอง หรือเมื่อคู่ความร้องขอ อัยการหรือคู่ความซึ่งร้องขอตั้งว่านั้นอาจจะบุคคำถามโดยเฉพาะจะแจ้งที่ต้องการขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญได้

เมื่อผู้พิพากษาไต่สวน (Juge d' Instruction)⁸⁷ พิจารณาแล้วว่า ความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่จำเป็น ผู้พิพากษาต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งไม่อนุญาตไม่เกินหนึ่งเดือนนับแต่มีคำร้องขอเช่นนั้น ภายใต้มาตรา 81

ผู้เชี่ยวชาญจะต้องปฏิบัติงานที่ได้รับมอบหมายจนเสร็จสิ้นภายใต้การควบคุมของผู้พิพากษาไต่สวนหรือผู้พิพากษาอื่นที่ได้รับมอบหมายให้พิจารณาผู้เชี่ยวชาญ⁸⁸

⁸⁶องอาจ มีคุณสมบัติ, “การตรวจสอบความจริงในคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง: ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 33.

⁸⁷ธีรพันธุ์ รัศมีทัต, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 68*, ได้อธิบายว่า ผู้พิพากษาไต่สวน (Juge d' Instruction) มีอำนาจสั่งควบคุมผู้ต้องหา สอบสวนพยานหลักฐานต่างๆ และมีอำนาจสั่งให้ตำรวจไปทำการสืบสวนคดีได้ เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการตำรวจ (Officier de police judiciaire) ต่อมาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ได้เลิกวิธีการดังกล่าวเสีย โดยให้ผู้พิพากษาสอบสวนพ้นจากฐานะตำรวจฝ่ายคดี และให้อยู่ภายใต้ความดูแลของอธิบดีศาลอุทธรณ์แผนกสอบสวน (Chambre d'accusation) อ้างถึงใน องอาจ มีคุณสมบัติ, การตรวจสอบความจริงในคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง: ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการ, (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 31.

⁸⁸ Article 156

Any investigating or trial court may order an expert opinion where a technical question arises, either upon the application of the public prosecutor, or of its own motion, or upon the application of the parties. The public prosecutor or the party who

มาตรา 159⁸⁹

ผู้พิพากษาไต่สวนแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อที่จะให้ความเห็น

ถ้ามีเหตุการณ์ที่จำเป็น ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกแต่งตั้งได้มากกว่าหนึ่ง

มาตรา 161⁹⁰

requests this expert opinion may specify the questions that he wants put to the expert in his application.

Where the investigating judge considers he need not grant an application for an expert opinion, he must make a reasoned order within no longer than one month of receiving the application. The provisions of the ninth and tenth paragraphs of article 81 are applicable.

The experts carry out their task under the supervision of the investigating judge or other judge designated by the court ordering the expert opinion.

⁸⁹ Article 159

The investigating judge appoints the expert responsible for giving the expert opinion.

If circumstances call for it, he appoints more than one expert.

⁹⁰ Article 161

Any decision appointing experts must set them a time limit within which to complete their task.

If special reasons call for it, this time limit may be extended at the experts' request and through a reasoned decision made by the judge or the court which appointed them. Experts who do not file their report within the time limit they were set may be replaced immediately and must report the investigations they have already made. They must also return within forty-eight hours any articles, evidence and documents which may have been entrusted to them in order to carry out their task. They may also incur disciplinary measures which may include being struck off one or other of the lists provided for by article 157.

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ต้องมีกำหนดเวลาในการทำหน้าที่

หากมีพฤติการณ์พิเศษ, ผู้พิพากษาสามารถขยายเวลาได้โดยมีเหตุผลประกอบตามการร้องขอของพยานผู้เชี่ยวชาญ พยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ส่งรายงานภายในเวลาที่กำหนดไว้ อาจถูกเปลี่ยนตัวได้โดยทันทีและให้รายงานสิ่งที่ได้ทำไปแล้ว พร้อมทั้งต้องส่งคืนวัตถุพยานและเอกสารและพยานหลักฐานที่ได้รับมอบหมายไปทุกอย่างภายใน 48 ชั่วโมง และอาจจะมีมาตรการในการลงโทษโดยการถูกถอนชื่อออกจากทะเบียนของศาลตามมาตรา 157

พยานผู้เชี่ยวชาญต้องมีการประสานงานกับผู้พิพากษาไต่สวนหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายในการรายงานความคืบหน้าของคดีตลอดเวลา เพื่อที่ศาลจะได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามสมควรต่อไป

หากผู้พิพากษาไต่สวนเห็นสมควรว่าผู้เชี่ยวชาญเป็นประโยชน์ต่อคดี ก็ขอให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ช่วยเหลือศาลได้

มาตรา 162⁹¹

ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญถูกตั้งคำถามเพื่อให้อธิบายในประเด็นที่ไม่อยู่ในความเชี่ยวชาญของตนศาลสามารถที่จะตั้งบุคคลอื่นที่มีความเชี่ยวชาญเพื่อให้ช่วยเหลือได้

ให้บุคคลที่ถูกตั้งมาช่วยเหลือผู้เชี่ยวชาญให้สาบานตนตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 160

The experts must liaise in the course of their task with the investigating judge or the delegated judge; they must keep him informed of the progress of their operations and put him in a position to take any appropriate step at any time.

In the course of his operations the investigating judge, if he deems it useful, may always get the experts to assist him.

⁹¹ Article 162

If the experts ask for a question which does not fall within their field of expertise to be explained to them, the judge may authorise them to be joined by persons, appointed by name, whose skills particularly qualify them to do this.

The persons thus appointed take an oath in the conditions laid down by the second paragraph of article 160.

Their report will be attached in its entirety to the report specified in article 166.

รายงานของผู้ที่ศาลตั้งให้เข้ามาช่วยเหลือผู้เชี่ยวชาญนั้นจะต้องถูกแนบมา กับ รายงานของผู้เชี่ยวชาญด้วย

ในฝรั่งเศส แสดงให้เห็นว่ายังมีความผิดพลาดทางกระบวนการยุติธรรมเกิดขึ้น ประการแรก คือ บัญชีรายชื่อของศาลไม่สามารถรับรองได้ว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นที่ถูกแต่งตั้งโดยศาลจะ มีความสามารถจริงๆ ความเห็นพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลถือว่ามีความเป็นกลางและสำคัญ ถึงแม้ว่าศาลจะมีอำนาจอย่างอิสระในการชั่งน้ำหนักความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แต่ว่าศาลก็ไม่ จำเป็นที่จะต้องได้รับการฝึกอบรมในเรื่องทางเทคนิคเพื่อที่จะได้วิพากษ์วิจารณ์พยานผู้เชี่ยวชาญ ได้อย่างแท้จริง รายงานความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญจึงมักจะเป็นข้อสรุป เพราะว่ารายงานของ พยานผู้เชี่ยวชาญมีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล การตรวจสอบการทำหน้าที่โดยฝ่าย จำเลยจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะว่าแม้พยานผู้เชี่ยวชาญที่ดีที่สุดก็ยังสามารถทำพลาดได้ ในขณะนี้ ยังไม่มีการตรวจสอบหรือถ่วงดุลโดยฝ่ายจำเลย แต่การปฏิรูปของฝรั่งเศสมีความพยายามที่จะให้ ฝ่ายจำเลยเป็นผู้ตรวจสอบถ่วงดุลผู้เชี่ยวชาญของศาล *investigating magistrate* จะแต่งตั้งพยาน ผู้เชี่ยวชาญของศาลและพยานผู้เชี่ยวชาญของฝ่ายจำเลย โดยให้ข้อมูลในการทำความเห็นมาจาก ทั้งสองฝ่าย ถ้าพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งสองฝ่ายนั้นมีข้อสรุปที่ไม่ตรงกัน *investigating magistrate* จะ แต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญคนที่สามขึ้นมา กระบวนการนี้ใช้ในประเทศฝรั่งเศสในคดีที่สำคัญๆ เช่น คดีที่มีการปลอมปนอาหาร ฆ้องโกง การแก๊งค์ทำอะไรที่ผิดกฎหมาย⁹²

⁹² Morris Ploscowe, *supra note* 69, pp. 505-509.

2.2.2 การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 164⁹³

เพื่อให้ทราบถึงข้อมูลและในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ พยานผู้เชี่ยวชาญอาจรับคำแถลงของบุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลซึ่งตกอยู่ภายใต้การไต่สวนของศาล ผู้ต้องสงสัย (assisted witness) หรือผู้เสียหาย (civil party)

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้พิพากษาไต่สวนหรือผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่แทนศาลอนุญาตในกรณีที่จำเป็นเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถให้ความเห็นได้ ผู้เชี่ยวชาญโดยความตกลงของคู่ความที่เกี่ยวข้องอาจรับคำแถลงของบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจการสอบสวนของศาล ผู้ต้องสงสัย (assisted witness) หรือผู้เสียหาย (civil party) ให้ทำคำแถลงข้างต้นต่อหน้าทนายของตนหรือ

⁹³ Article 164

For their information and where strictly necessary for their task, the experts may receive the declarations of persons other than the person under judicial examination.

If they consider there is a need to interrogate the person under judicial examination, then except in the case of a reasoned delegation exceptionally granted by the judge, this interrogation is made in their presence by the investigating judge or by the judge appointed by the court, in accordance in every case with the formalities and conditions provided for by articles 114, first and second paragraph, and 119.

The person under judicial examination may, however, waive the benefit of this provision by making an express statement before the investigating judge or the judge appointed by the court and in the presence of his advocate, and give the experts the explanations necessary to carry out their task. The person under judicial examination may also waive the assistance of his advocate for one or more hearings in a written statement given to the experts, which is attached to their report.

Nevertheless, doctors and psychologists charged with examining the person under judicial examination may ask him the questions necessary for carrying out their task outside the presence of the judge and advocates.

The provisions of the present article are also applicable to the assisted witness and the civil party.

ภายหลังจากที่ทนายของบุคคลเหล่านั้นได้รับการแจ้งอย่างเป็นทางการตามที่บัญญัติไว้ในย่อหน้าสุดท้ายมาตรา 114 ทั้งนี้เว้นแต่ผู้เชี่ยวชาญได้รับแจ้งว่ามีการสละสิทธิไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

ถึงอย่างไรก็ตาม แพทย์และนักจิตวิทยาซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญสามารถที่จะถามคำถามใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นในการทำความเข้าใจจากบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจการสอบสวนของศาล ผู้ต้องสงสัย (assisted witness) หรือผู้เสียหาย (civil party) โดยไม่ต้องกระทำต่อหน้าศาลหรือทนายของบุคคลดังกล่าว

มาตรา 165⁹⁴

ในระหว่างผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจ คู่ความอาจร้องขอต่อศาลเพื่อที่ให้ผู้เชี่ยวชาญถามหรือรับฟังข้อมูลทางด้านเทคนิคจากบุคคลซึ่งคู่ความเสนอ

มาตรา 166⁹⁵

⁹⁴ Article 165

During the course of expert operations the parties may apply to the court that has commissioned them, in order that the experts be directed to make particular inquiries or to hear any person appointed by name who might be able to give them information of a technical nature.

⁹⁵ Article 166

When their operations are ended the experts draft a report, which must include a description of their operations as well as their conclusions. The experts must sign their report and record the names and status of any persons who assisted them under their direction and for whom they were responsible in the carrying out of the task entrusted to them.

Where several experts have been appointed and differ in their opinions, or if they have reservations to make concerning common conclusions, each one of them states his opinion or reservations and gives his reasons.

The report and the articles under official seals or their residues are returned into the keeping of the clerk of the court which ordered the expert opinion; this deposit is proved by an official record.

เมื่อผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเสร็จให้ผู้เชี่ยวชาญร่างรายงานซึ่งประกอบไปด้วยรายละเอียดของการทำความเห็นและข้อสรุป ผู้เชี่ยวชาญต้องลงลายมือชื่อในรายงานดังกล่าว และระบุชื่อและฐานะของบุคคลใดๆที่มีส่วนช่วยเหลือในการทำความเห็นภายใต้การกำกับของผู้เชี่ยวชาญ

ในกรณีที่มีผู้เชี่ยวชาญหลายคนได้รับการแต่งตั้งและมีความเห็นที่แตกต่างกันหรือในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญเหล่านั้นตั้งข้อสงวนในการทำข้อสรุปร่วมกัน ให้ผู้เชี่ยวชาญแต่ละคนแถลงความเห็นและข้อสงวนของตนพร้อมเหตุผล

มาตรา 167⁹⁶

⁹⁶ Article 167

The investigating judge informs the parties and their advocates of the experts' conclusions, after summoning them in accordance with the provisions of the second paragraph of article 114. He also informs them, where necessary, of the conclusions in the reports of the persons called upon in accordance with articles 60 and 77-1, where the provisions of the fourth paragraph of article 60 have not been applied. A copy of the report in its entirety is then delivered, at their request, to the parties' advocates.

The conclusions may also be delivered by recorded delivery letter or, where the person is detained, by the prison governor, who immediately sends the original or the copy of the receipt signed by the person concerned to the investigating judge.

In every case, the investigating judge sets a time limit for the parties to present their comments or to file an application, in particular with the aim of requesting a further report or a second opinion. This application must be filed in accordance with the provisions of the tenth paragraph of article 81. During this period of time, the case file is made available to the parties' advocates.

Where he dismisses an application, the investigating judge drafts a reasoned decision which must be made within one month from receiving the application. The same applies where he appoints a single expert when the party requested the appointment of more than one expert. The provisions of the last paragraph of article 81 are applicable

ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญให้ผู้พิพากษาไต่สวนแจ้งคู่ความและ ทนายของคู่ความถึงข้อสรุปของผู้เชี่ยวชาญตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 114 ในกรณีที่ จำเป็นให้ศาลแจ้งคู่ความและทนายของคู่ความถึงข้อสรุปของรายงานของบุคคลที่ถูกเรียกเข้ามา ตามมาตรา 60 และ 77-1 ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ให้นำวรรคสี่ของมาตรา 60 มาใช้ ให้ส่งสำเนาของ รายงานข้างต้นซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความเห็นผู้เชี่ยวชาญแก่ทนายของคู่ความเมื่อคู่ความร้องขอ

ข้อสรุปนั้นอาจถูกส่งโดยจดหมายลงทะเบียนหรือโดยผู้ควบคุมทัศนสถานในกรณีที่ บุคคลถูกคุมขังอยู่ โดยผู้ควบคุมทัศนสถานจะต้องส่งต้นฉบับหรือสำเนากลับมาโดยมีการลงนาม ของบุคคลผู้ถูกคุมขังนั้นด้วยต่อผู้พิพากษาไต่สวน

ในทุกๆกรณีผู้พิพากษาไต่สวนจะต้องกำหนดเวลาสำหรับคู่ความทุกฝ่ายเพื่อจะแสดง ข้อคิดเห็นร่วมกันหรือทำคำร้องขอ เพื่อให้มีการทำความเห็นเพิ่มเติมหรือความเห็นที่สอง (second opinion) คำร้องนี้ให้ปฏิบัติตามย่อหน้าที่สิบแห่งมาตรา 81 และในระหว่างช่วงระยะเวลาที่ ทนาย ของคู่ความสามารถที่จะตรวจสอบสำนวนได้ กำหนดระยะเวลาเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นโดยผู้ พิพากษาไต่สวนต้องไม่น้อยกว่า 15 วัน หรือในกรณีที่ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นเกี่ยวกับบัญชี หรือการเงินให้กำหนดระยะเวลาดังกล่าวไม่น้อยกว่า 1 เดือน เมื่อระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นสิ้นสุด ลงห้ามมิให้มีการขอให้ทำความเห็นเพิ่มเติม ทำความเห็นที่สองหรือความเห็นใหม่ได้ตามมาตรา 82-1 เว้นแต่มีพยานหลักฐานใหม่

ในกรณีที่ศาลยกคำขอข้างต้น ให้ผู้พิพากษาไต่สวนบันทึกเหตุผลของการไม่อนุญาต ภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่รับคำร้อง และในกรณีดังกล่าวให้ใช้กับกรณีที่ศาลได้แต่งตั้ง ผู้เชี่ยวชาญเพียงคนเดียว เมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอให้มีการตั้งผู้เชี่ยวชาญมากกว่า 1 คน ให้นำบทบัญญัติในวรรคสุดท้ายของมาตรา 81 มาใช้บังคับ

ในกรณีที่ผู้ต้องสงสัย(assisted witness) ได้มีการมอบสิ่งของของตนเพื่อให้ ผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบ ผู้พิพากษาไต่สวนอาจแจ้งผู้ต้องสงสัยถึงข้อสรุปของรายงานผู้เชี่ยวชาญที่ เกี่ยวข้องกับผู้ต้องสงสัยนั้นโดยกำหนดเวลาให้ผู้ต้องสงสัยร้องขอให้มีการทำความเห็นเพิ่มเติมหรือ ความเห็นที่สอง อย่างไรก็ตามศาลไม่มีหน้าที่ต้องให้เหตุผลในกรณีที่ศาลไม่อนุญาตตามคำขอ ข้างต้นของผู้ต้องสงสัย เว้นแต่ผู้ต้องสงสัยประสงค์ที่จะอยู่ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 113-6

มาตรา 167-1

ในกรณีที่ข้อสรุปความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเป็นเหตุให้ผู้พิพากษาไต่สวนยกฟ้องตาม วรรคแรกของมาตรา 112-1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้แจ้งการยกฟ้องดังกล่าวแก่ผู้เสียหาย ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคแรกของมาตรา 167 ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอให้ทำ

ความเห็นเพิ่มเติมหรือความเห็นที่สองภายใน 15 วัน คำร้องเพื่อให้ทำความเห็นที่สองเป็นสิทธิผู้เสียหาย ความเห็นที่สองต้องทำโดยผู้เชี่ยวชาญอย่างน้อยสองคน

มาตรา 168⁹⁷

ในกรณีที่จำเป็นภายหลังจากที่ผู้เชี่ยวชาญได้สอบานตนแล้ว ผู้เชี่ยวชาญสามารถอ่านรายงานและภาคผนวกของรายงานในการสืบพยานได้

ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนโดยเห็นเองหรือโดยคำร้องของอัยการ คู่ความหรือทนายของคู่ความอาจถามคำถามใดๆต่อผู้เชี่ยวชาญซึ่งอยู่ภายในกรอบของงานที่ผู้เชี่ยวชาญได้รับมอบหมายได้

ผู้เชี่ยวชาญต้องมาให้การภายหลังจากได้ทำรายงานความเห็นแล้ว เว้นแต่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนอนุญาตให้ไม่ต้องมา

มาตรา 169⁹⁸

⁹⁷ Article 168

Where necessary, the experts report at the hearing the results of the technical operations they have performed, after taking an oath to bring their assistance to justice upon their honour and upon their conscience. They may consult their report and its annexes in the course of their examination.

The presiding judge, either on his own motion or upon the application of the public prosecutor, the parties or their advocates, may ask the experts any questions falling within the scope of the task they were given.

The experts attend the hearing after their report unless the presiding judge allows them to withdraw.

⁹⁸ Article 169

If in the course of a trial court hearing a person heard in the capacity of a witness or as a source of information contradicts the conclusions of an expert's report or brings new information from a technical point of view, the presiding judge asks the experts, the public prosecutor, the defence and, as the case may be, the civil party, to present their observations. The trial court rules, by a reasoned decision, either that the

ในกรณีที่การพิจารณาของศาลไต่สวน หรือมีการรับฟังพยานบุคคลเป็นพยานในคดี หรือเป็นแหล่งข้อมูลซึ่งเป็นปฏิบัติต่อข้อสรุปของรายงานของผู้เชี่ยวชาญหรือเป็นการให้ข้อมูลใหม่ทางด้านเทคนิค ให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน (presiding judge) ถามผู้เชี่ยวชาญ, อัยการ, จำเลย, และผู้เสียหาย แล้วแต่กรณี เพื่อถามความเห็น (observation) ศาลอาจพิจารณาแล้วแต่เห็นสมควรให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบพยานต่อไปหรือให้เลื่อนการพิจารณาเป็นวันอื่น ในกรณีที่ศาลให้เลื่อนการพิจารณาคดีศาลไต่สวนอาจมีคำสั่งให้ดำเนินการใดที่ศาลเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

กระบวนการพิจารณาคดีของประเทศฝรั่งเศสจึงไม่ใช่การถามค้าน เพราะวัตถุประสงค์ของการถามค้านคือการทำลายความน่าเชื่อถือของพยานเพื่อไม่ให้ศาลรับฟังพยานดังกล่าว แต่ผลจากกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับผู้เชี่ยวชาญของฝรั่งเศสไม่ได้ทำให้ศาลไม่รับฟังผู้เชี่ยวชาญของศาล ในกรณีที่เมื่อมีการซักถามตามกระบวนการพิจารณาคดีของฝรั่งเศสแล้วศาลเห็นว่าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญยังไม่เพียงพอ ศาลจะมีอำนาจให้กระทำการใดๆ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจของผู้เชี่ยวชาญเพิ่มเติม ซึ่งไม่ใช่การถามค้านแต่เป็นการช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริง ระบบการดำเนินคดีในฝรั่งเศสจึงไม่มีการถามค้านแต่เป็นการค้นหาความจริงโดยศาล

ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของแต่ละประเทศ จะเป็นตัวกำหนดสถานะของผู้เชี่ยวชาญและการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ใช้การดำเนินคดีแบบไต่สวนซึ่งแตกต่างกับระบบการดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้หรือระบบกล่าวหา จะมี investigating magistrate เป็นผู้ที่เป็นกลางในการสืบสวนและรวบรวมพยานหลักฐาน ในประเทศฝรั่งเศสเรียก juge d'instruction ในเยอรมันเรียก Untersuchungsrichter จะเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐาน มีหน้าที่เพื่อจะหาความจริงให้แก่คู่ความทั้งสองฝ่ายทั้งอัยการและจำเลย ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ (judicial officer) มีอำนาจในการจับกุม ป้อนกัน กักขัง คั่นและยึด ฯลฯ เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการสืบสวน และผลการสืบสวนดังกล่าว จะต้องทำรายงานเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะมีผลต่อการดำเนินคดีต่อไป ศาลจะมีบทบาทในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่ในชั้นสอบสวน โดยหากศาลเห็นสมควร ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมากกว่าหนึ่งก็ได้

hearing will proceed further or that the case be adjourned to a later date. If it is the latter, the trial court may order any measure it deems useful in respect of the expert opinion.

การดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน โดยพื้นฐานแล้วผู้เชี่ยวชาญจะมีส่วนช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริง อัยการหรือจำเลยจะร้องขอให้ระบุชื่อผู้เชี่ยวชาญเพื่อจะทำการให้ความเห็นใดโดยเฉพาะก็ได้แต่การตัดสินใจโดยหลักแล้วยังเป็นของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญเมื่อใดก็ตามที่ต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญใดที่เป็นการเฉพาะ โดยพื้นฐานแล้วศาลเป็นผู้ควบคุมการนำเสนอพยานหลักฐานและการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญก็เป็นไปโดยศาลแม้จะมีบทบัญญัติให้คู่ความสามารถอ้างพยานได้ก็ตาม

รูปแบบการดำเนินคดีของประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ มีแนวคิดว่ารัฐเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อย รูปแบบการดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐ ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันจึงไม่มีลักษณะของการต่อสู้ระหว่างคู่ความสองฝ่ายอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ หากแต่บุคคลและองค์กรในกระบวนการยุติธรรมจะร่วมกันค้นหาความจริง วิธีการสืบพยานในคดีอาญาใช้หลักการตรวจสอบ ถึงแม้จะมีบทบัญญัติในการถามค้านแต่ไม่ได้มีการใช้ทางปฏิบัติอย่างจริงจัง โดยจะใช้วิธีการการซักถามผ่านศาลหรือการเสนอพยานเพิ่มเติมต่อศาล

3. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันในกฎหมายต่างประเทศ

เอกสิทธิ์และความคุ้มกันในประเทศอังกฤษ

ก. เอกสิทธิ์เด็ดขาด (Absolute Privilege) กฎหมายให้หลักประกันแก่บุคคลบางประเภทที่จะพูดหรือทำได้โดยอิสระไม่ต้องกลัวว่า จะถูกฟ้องร้องเป็นคดีหมิ่นประมาท ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่สาธารณะ (public interest) หลักประกันดังกล่าว คือ เอกสิทธิ์เด็ดขาด แยกเป็นเอกสิทธิ์ให้กล่าวได้ในโอกาสต่างๆ ดังนี้

- (1) การพิจารณาคดีในศาลให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลเหล่านี้คือ เอกสิทธิ์ของผู้พิพากษาและคณะลูกขุน เอกสิทธิ์ของพยาน เอกสิทธิ์ของทนายความผู้ว่าคดี เอกสิทธิ์ของคู่ความ
- (2) การอภิปรายในรัฐสภา
- (3) เจ้าพนักงานรายงานตามหน้าที่
- (4) การพิมพ์รายงานการประชุมโดยคำสั่งรัฐสภา

(5) การรายงานของหนังสือพิมพ์ หรือวิทยุกระจายเสียงในทันทีทันใด โดยความเที่ยงธรรมและถูกต้องซึ่งการดำเนินคดีในศาล (ไม่คุ้มครองบุคคลทั่วไป) แต่ไม่คุ้มครองการกระทำที่เป็นความผิดฐาน Blasphemous หรือ Incedent (เผยแพร่สิ่งลามก)⁹⁹

(6) เอกสิทธิ์ของทนายความ (solicitor) และลูกความ¹⁰⁰

ในกรณีเหล่านี้กฎหมายให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่จะทำหรือกล่าวได้โดยอิสระ โดยบริบูรณ์ แม้ข้อความนั้นจะเป็นเท็จและหมิ่นประมาท และแม้จะทำโดยมีเจตนาร้าย แต่ต้องไม่เป็นการนอกเรื่องนอกประเด็น

และ ข. เอกสิทธิ์ไม่เด็ดขาด (Qualified Privilege) หรือเอกสิทธิ์ที่มีเงื่อนไข ในบางกรณีเพื่อความสะดวกและความมั่นคงร่วมกันในสังคม กฎหมายให้ความคุ้มครองในเรื่องเหล่านี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจำเลยจะต้องกระทำโดยสุจริต มิได้มีเจตนามุ่งร้ายต่อโจทก์ เอกสิทธิ์ประเภทนี้แบ่งได้สองจำพวก

(1) เอกสิทธิ์ที่เกิดจากหน้าที่หรือทางได้เสีย หลักก็คือ ถ้าการเผยแพร่ข้อความโดยสุจริตในเรื่องที่ตนมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีหน้าที่ตามกฎหมาย ศีลธรรม หรือสังคม และผู้รับข่าวสารมีทางได้เสียหรือมีหน้าที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวด้วยแล้ว แม้ข้อความนั้นจะเป็นเท็จ บุคคลนั้นก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

(2) เอกสิทธิ์ในการรายงาน หมายถึง การรายงานการพิจารณาคดีในศาล การรายงานการประชุมของรัฐสภา หรือการประชุมคณะกรรมการที่ตั้งโดยรัฐสภา หรือการรายงานการประชุมอันเปิดเผย ถ้าการรายงานนั้นได้กระทำโดยความถูกต้องตรงไปตรงมา มิได้มุ่งที่จะทำให้ผู้ใดเสียหายหรือมีเจตนามุ่งร้าย ผู้รายงานในกิจการเหล่านี้ย่อมได้รับเอกสิทธิ์¹⁰¹

⁹⁹Sir Robert Mc Ewen and Philip Lewis, *Gatley on Libel and Slander*, The Common Law Library No.8 7th Ed., (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1974), pp. 183-184.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 160.

¹⁰¹ อำนวย เขียวขำ, “หมิ่นประมาททางแพ่ง: ศึกษาเฉพาะเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิด” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), น. 18-21.

หลักคอมมอนลอว์มีว่าบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องคดีได้ เนื่องจากการให้การในศาล หลักการนี้มีการบังคับใช้แม้ในกรณีที่พยานให้การเท็จ¹⁰² ละเมิด (negligent) หมิ่นประมาท (defamatory)

ผู้พิพากษา Baron Kelly กล่าวไว้ในคดี Dawkins v Lord Rokeby (1873) LR 8 QB 255 at 263-265 ว่ามีหลักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วไป (settled law) ว่าพยานจะไม่ถูกฟ้องร้อง เนื่องจากการมาให้การในศาลตามกฎหมาย¹⁰³ ความคุ้มกันของพยานต่อการถูกฟ้องร้องคดี เนื่องจากการให้การในศาลนั้น ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย (a fundamental rule of law) และหลักการนี้ยังคงอยู่ถึงปัจจุบัน

ความคุ้มกันของพยานกรณีแรกเกี่ยวข้องกับกรให้การในศาล กระบวนพิจารณาในศาลนั้นมีความจำเป็นต้องใช้ รายงาน หนังสือรับรอง หรือคำแถลงอื่นๆ ของผู้เชี่ยวชาญ ด้วยเหตุนี้ ความคุ้มกันจึงมีขึ้นเพื่อปกป้องรายงานหรือหนังสือรับรองเหล่านั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี¹⁰⁴

หลักว่าพยานผู้เชี่ยวชาญจะไม่ถูกฟ้องร้องทางแพ่งเนื่องจากการให้การในศาลนั้นมี ตัวอย่างคดีสำคัญคือ General Medical Council v Meadow¹⁰⁵ มีการร้องเรียนพยานผู้เชี่ยวชาญ

¹⁰²ดู Darker v Chief Constable of West Midlands [2001] 1 AC 435; Silcott v Commissioner of Police for the Metropolis [1996] EWCA Civ 1311 ; (1996) 8 Admin LR 633 ; Cabassi v Vila (1940) 64 CLR 130 at 140; Docker & Ors v West Midlands Police [1998] EWCA Civ 522 ; ; Watson v M'Ewan [1905] AC 480 at 486

¹⁰³ดูคดี Watson v M'Ewen [1905] AC 480 at 486; Marrinan v Vibart [1963] 1 QB 234; Evans v London Hospital Medical College (University of London) [1981] 1 WLR 184 at 191)

¹⁰⁴Freckelton Ian, "Expert witness immunity and the regulation of experts: General Medical Council v. Meadow" Retrieved 10 May 2009, from http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-6654538/Expert-witness-immunity-and-the.html#readmore

¹⁰⁵General Medical Council v Meadow [2006] EWCA Civ 1390 ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , "การร้องเรียนพยานผู้เชี่ยวชาญในสหราชอาณาจักร," บทบัญญัติ, เล่ม 61 ตอน 2, น.7-19 (มิถุนายน 2548).

ทางการแพทย์ (medical expert witness) ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญของอัยการโจทก์สร้างความสำเร็จ ผิดทางสถิติ และปกปิดผลการตรวจทางจุลชีววิทยา ทั้งการตรวจสอบในการพิจารณาคดีในศาล ชั้นต้น ทนายจำเลยและพยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายจำเลยก็จะโต้แย้งปัญหาที่จะนำไปสู่การ ลงโทษคนผิด ในคดี *Meadow v GMC* [2006] ผู้พิพากษา Collins จึงกล่าวว่า ความคุ้มกันใช้แก่ จำเลยเพื่อไม่ให้ถูกฟ้องทางแพ่งในการที่จำเลยนั้นได้นำเสนอพยานในศาล

อย่างไรก็ตามเอกสิทธิ์ก่อให้เกิดผลดีต่อการให้การหรือการกระทำในศาล เอกสิทธิ์ในการ คุ้มกันพยานจากการถูกฟ้องร้องคดีหมิ่นประมาทอันเนื่องมาจากการที่พยานได้ให้การในศาล ไม่จำกัดเฉพาะการให้การด้วยปากแต่รวมถึงการที่เป็นหนังสือรับรอง (affidavit) คำแถลงเป็น หนังสือของพยาน หรือเอกสารที่เสนอต่อศาลในการสืบพยาน

มีคดีที่บุคคลที่ให้การถูกเรียกหรือเสนอให้เรียกมาเป็นพยาน โดยเอกสิทธิ์เด็ดขาดนี้ จะให้ความคุ้มกันรวมถึงสิ่งที่ได้การในระหว่างการสืบพยาน และรวมถึงการสัมภาษณ์หรือ สอบถามที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการรวบรวมพยานหลักฐานในการเตรียมคดี¹⁰⁶

ในคดี *Stanton v Callaghan* [2000] QB 75 at 100C ได้วางหลักการสามประการ ดังนี้

(1) พยานผู้เชี่ยวชาญที่เสนอพยานหลักฐานต่อศาลได้รับความคุ้มกันจากการถูก ฟ้องคดีเนื่องจากการให้การใด ๆ ต่อศาล และความคุ้มกันนี้รวมถึงรายงานที่ผู้เชี่ยวชาญเสนอ

(2) แต่เอกสิทธิ์ดังว่านั้นไม่ใช่เอกสิทธิ์โดยเด็ดขาด ไม่ถือว่าเป็นการหลุดพ้นจากการ ดำเนินคดี

(3) ความคุ้มกันนี้ไม่รวมถึงความคุ้มกันผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ยอมมาให้การในศาลโดย เห็นแก่ประโยชน์ของคู่ความฝ่ายหนึ่งในคดี จากการถูกฟ้องคดีโดยคู่ความฝ่ายที่อ้างผู้เชี่ยวชาญ มาให้ความเห็นในศาลที่ได้รับความเสียหาย ทั้ง ๆ ที่ได้มีความตั้งใจไว้ ณ เวลาที่ทำความเห็นว่า ผู้เชี่ยวชาญจะมาเป็นพยานในศาลถ้ามีการพิจารณาคดี

คดี *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, per Lord Browne-Wilkinson at p. 755G. ใน *Taylor v Serious Fraud Office* [1999] 2 AC 177 มีการ วินิจฉัยว่า ความคุ้มกันรวมถึงแถลงการณ์ที่สร้างขึ้นหรือเป็นส่วนหนึ่งหรืออาจเป็นส่วนหนึ่งของ กระบวนการสอบสวนอาชญากรรม ความคุ้มกันนี้แม้ในกรณีที่การพิจารณาไม่ได้มีขึ้น

¹⁰⁶ *Freckelton lan, supra note 56,*

และข้อวิเคราะห์ของ Sir Richard Scott V C ในคดี Bennett v Commissioner of Police for the Metropolis (1997) 10 Admin LR 245, 252D-E ความคุ้มกันขยายความรวมถึง แดงการณที่ทำหรือตกลงในศาล ถ้าการแดงนี้ทำโดยชัดเจนและโดยตรงในกระบวนการพิจารณาใน ศาล

ความคุ้มกันในการที่จะไม่ถูกฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งมีเหตุผลด้วยกันสองประการคือ

- (1) เพื่อให้แน่ใจว่าพยานให้การโดยอิสระและปราศจากความกลัว
- (2) เพื่อหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนในการพิจารณาคูณค่าและความถูกต้องของ

หลักฐานในศาล

ผู้พิพากษา Devlin LJ ในคดี Lincoln v Daniels [1962] 1 QB 237 at 263 วินิจฉัยว่าความคุ้มกันพยานควรขยายความรวมถึงแต่เท่าที่จำเป็นเพื่อที่จะปกป้องผู้ที่มีส่วนร่วมใน กระบวนการพิจารณาจากการโจมตีอย่างไม่ทันตั้งตัวในการถามค้าน การพิสูจน์และการ เเชิญหน้ากันในการบวนพิจารณา แต่ไม่รวมถึงความประมาทเลินเล่อ เจตนาร้าย และ พยานหลักฐานเท็จ

ในประเทศอังกฤษ มีการวางหลักเรื่องความคุ้มกันพยานผู้เชี่ยวชาญ (immunity) ใน การที่จะไม่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี เช่น หมิ่นประมาท ละเมิด หรือเบิกความเท็จ แต่ก็มีบางกรณีที่จะ ไม่ได้รับความคุ้มกันหากว่าพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นได้เบิกความในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นที่พิพาท กันในคดี หรือการเบิกความโดยไม่สุจริตหรือเบิกความเท็จก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มกัน ซึ่งศาลจะ พิจารณาเป็นคดีไปว่าขอบเขตของเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันควรจะครอบคลุมไปถึงกรณีใดบ้าง เท่าที่มีความจำเป็น ความคุ้มกันนี้จะเริ่มตั้งแต่มีการที่พยานผู้เชี่ยวชาญอาจจะต้องสอบถาม คู่ความถึงข้อเท็จจริงที่ต้องใช้ประกอบการทำความเข้าใจ ไปจนถึงรายงานของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็น หนังสือหรือการแดงการณจนถึงการให้การในศาล แต่เอกสิทธิ์นี้ก็มีไ้เอกสิทธิ์เด็ดขาด พยาน ผู้เชี่ยวชาญจะไม่ได้รับความคุ้มกันในกรณีที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีเจตนาร้ายและการ แสดงพยานหลักฐานเท็จ

เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของพยานบุคคล¹⁰⁷ ในประเทศฝรั่งเศส

โดยหลักแล้วพยานบุคคลจะไม่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากคำพูดที่ตนได้กล่าวใน ระหว่างเบิกความต่อศาลหรือจากเนื้อหาในคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรที่ตนได้ยื่นไว้ต่อศาล

¹⁰⁷ ฌนกร วรปรัชญาภูล, “หลัก ข้อยกเว้น และเอกสิทธิ์ของพยานบุคคลในกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส,” บทบัญญัติ, เล่ม 59, ตอน 2, น. 132-133, (ม.ย.2546).

เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของพยานบุคคลในเรื่องนี้เป็นผลมาจากมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญ วันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1881 ว่าด้วยเรื่องหนังสือพิมพ์ ซึ่งกำหนดว่าบุคคลใดจะฟ้องร้องดำเนินคดีฐานหมิ่นประมาท ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นเกลียดชัง เพราะอาศัยเหตุจากคำเบิกความหรือเอกสารที่เสนอต่อศาลไม่ได้ ทั้งนี้เพราะว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้พยานให้การไปตามความเป็นจริงอย่างเป็นอิสระโดยไม่ต้องมีความเกรงกลัวใดๆทั้งสิ้น และตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1881 นอกจากพยานจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางอาญาที่จะไม่ต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดีแล้ว พยานยังได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันที่จะไม่ต้องถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบในทางแพ่งหรือทางวินัยอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การที่พยานจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข ดังนี้

(1) เอกสิทธิ์และความคุ้มกันดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะการให้การด้วยวาจาหรือการให้การเป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้กระทำโดยศาลเท่านั้น

(2) เอกสิทธิ์และความคุ้มกันในกรณีนี้จะคุ้มครองเฉพาะคำให้การที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นพิพาทในคดีเท่านั้น ดังนั้น พยานอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ทั้งทางแพ่งและอาญา ถ้าคำให้การของพยานไม่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีและเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่น

(3) เอกสิทธิ์และความคุ้มกันนี้จะใช้บังคับเฉพาะกับคำให้การที่เป็นจริงเท่านั้น พยานที่ให้การเท็จไม่ได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายและต้องได้รับโทษทางอาญาและอาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งด้วย¹⁰⁸

¹⁰⁸ เพิ่งอ้าง, น. 133.