

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบในยุคโลกาภิวัตน์

ศ. (พิเศษ) ดร. วรณชัย บุญบำรุง*

การศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบจะช่วยให้ทราบถึงหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ช่วยทำให้เข้าใจกฎหมายของประเทศตนเองได้ดียิ่งขึ้น หรือเข้าใจหลักกฎหมายที่มีที่มาจากกฎหมายต่างประเทศ และยังช่วยในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของแต่ละประเทศให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ รวมทั้งยังเป็นวิธีการในการพยายามที่จะมีการสร้างหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล เพื่อเป็นแบบกฎหมายที่ประเทศต่างๆ อาจรับไปแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของตนอีกด้วย

ผู้เขียนเคยเขียนบทความเรื่อง “หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล : ความพยายามในการที่จะทำให้มีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นกฎหมายแม่บท”^๑ ซึ่งเป็นความเคลื่อนไหวของนักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ในยุคปัจจุบัน เพื่อแก้ไขปัญหาที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสองกลุ่มประเทศดังกล่าวมีความแตกต่างกันจนเป็นอุปสรรคต่อการติดต่อสัมพันธ์กันระหว่างประชาชนของทั้งสองกลุ่มประเทศ ในบทความนี้ ผู้เขียนได้สรุปถึงความแตกต่างที่สำคัญของสองกลุ่มรวมทั้งของไทย (๑) และการปรับตัวเข้าหากันของระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (๒) และความเคลื่อนไหวของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบในไทย (๓)

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พ.ศ. ๒๕๒๓), เนติบัณฑิตไทย (พ.ศ. ๒๕๒๔), D.E.A de droit privé มหาวิทยาลัย Strasbourg III ประเทศฝรั่งเศส (พ.ศ. ๒๕๓๖), Doctorat de l'Université Robert Schuman de Strasbourg (Nouveau régime) ทางด้านกฎหมายเอกชน (droit privé) ประเทศฝรั่งเศส (พ.ศ. ๒๕๔๐), รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรรมการในคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, ผู้เขียนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง และหลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

๑. จุลพาห เล่ม ๒ ปีที่ ๕๒, พฤษภาคม - สิงหาคม ๒๕๔๘ (เขียนร่วมกับอาจารย์สิริพันธ์ พลรบ).

ดูภาพ

๑. ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และไทย

ในปัจจุบัน ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ยังคงมีความแตกต่างกันมาก โดยผู้เขียนได้เปรียบเทียบกับของไทยด้วย สรุปได้ดังนี้

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย
เดิม - ศาลวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดอยู่เหนือความขัดแย้งไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับข้อโต้แย้งของคู่ความ ไม่มีบทบาทเชิงรุก (passive) ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาด (umpire) ในการพิจารณา ไม่ใช่ผู้บริหารจัดการคดี (manager) เน้นบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่เพียงแต่กำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี แต่ยังมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งการรวบรวมพยานหลักฐาน ปัจจุบัน - (ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ ๒๑) ศาลเริ่มมีบทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะเรื่องการบริหารจัดการคดี แต่ยังคงไม่ค่อยมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง เพราะเห็นว่าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความ	เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ ศาลมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ และไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาล แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย	เหมือนคอมมอนลอว์ เว้นแต่ในคดีบางประเภทที่มีลักษณะเกี่ยวกับประโยชน์ของสังคม เช่น คดีแบบกลุ่มคดีผู้บริโภค คดีแรงงาน

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย
ใช้ระบบลูกขุน (โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา) ในการรับฟังข้อเท็จจริง ส่วนการนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงเป็นอำนาจของผู้พิพากษา	ไม่ได้ใช้ระบบลูกขุน โดยผู้พิพากษาเป็นผู้รับฟังข้อเท็จจริงและนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริง	เหมือนซีวิลลอว์
มีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นการโต้เถียงด้วยวาจา (หลักวาจา) โดยเปิดเผย อันเนื่องมาจากแต่เดิมได้ใช้ระบบลูกขุน ซึ่งลูกขุนมักจะอ่านหนังสือไม่ออก	มีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร (หลักลายลักษณ์อักษร) มากกว่าด้วยวาจาอันเนื่องมาที่ผู้พิพากษาแต่เดิมเป็นนักบวชซึ่งรู้หนังสือ อันเป็นหลักประกันว่าศาลจะไม่นำความรู้และความเข้าใจส่วนตัวของศาลที่ได้มานอกเหนือกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความไม่ทราบ มาใช้ในการเชื่อถือข้อเท็จจริง	เหมือนคอมมอนลอว์

ดุลพินิจ

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย
มีระบบการค้นหาค้นหาข้อเท็จจริง (discovery) ในชั้นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน (pre-trial)	มีผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายก่อนเสนอให้องค์คณะพิจารณา	ตามหลักการชี้สองสถานในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึง พ.ศ. ๒๕๓๘ จะคล้ายกับคอมมอนลอว์ แต่ในปัจจุบันไม่มีกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยานในคดีแพ่งทั่วไป ยกเว้นในคดีแบบกลุ่ม (class action) (ป.วิ.แพ่ง) ซึ่งนำหลักการชี้สองสถานข้างต้นมากำหนดไว้ นอกจากนี้ ในคดีแรงงาน (ข้อ ๙ แห่งข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน) และวันชี้สองสถานในคดีภาษีอากร (ข้อ ๒๑ แห่งข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. ๒๕๔๔) ซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานอยู่บ้าง ส่วนคดีแพ่งทั่วไปและคดีของศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่นส่วนใหญ่เป็นเพียงการนัดพร้อมเพื่อการไต่ถามและกำหนดแนวทางในการดำเนินคดี รวมทั้งการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบเท่านั้น

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย
กระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยาน (trial) จะเข้มข้นและต่อเนื่องกันอันเนื่องมาจากการใช้ระบบลูกขุน	แบ่งการสืบพยานในชั้นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนออกเป็นช่วงๆ	เหมือนคอมมอนลอว์
การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ	ไม่ค่อยมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือโดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ	เหมือนคอมมอนลอว์
ใช้ระบบการถามค้านพยานโดยคู่ความ (cross-examination) อันเป็นแนวความคิดของระบบกล่าวหา	ศาลเป็นผู้ซักถามพยานหรือคู่ความจะซักถามพยานต้องได้รับอนุญาตจากศาล อันเป็นแนวความคิดของระบบไต่สวน	เหมือนคอมมอนลอว์ ยกเว้นคดีแรงงาน (มาตรา ๔๕) และคดีผู้บริโภค (มาตรา ๓๔) จะเหมือนซีวิลลอว์ เนื่องจากเป็นคดีที่เกี่ยวกับประโยชน์ของสังคม

ดุลพินิจ

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย
เป็นกระบวนการพิจารณาที่มักให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดหรือระบบพยานโดยการรับรองของกฎหมายและระบบตัดพยาน (exclusionary rules) และห้ามมิให้ศาลตัดสินคดีตามความเชื่อส่วนตัวของตน อันเนื่องมาจากการใช้ระบบลูกขุนซึ่งไม่มีประสบการณ์เกี่ยวกับการดำเนินคดีและไม่มีความรู้ทางกฎหมาย รวมทั้งคู่ความยังสามารถอ้างตนเองเป็นพยานได้	ศาลมีอิสระในการรับฟังพยานหลักฐานและกำหนดความน่าเชื่อถือของพยานบางประเภทไว้ ส่วนคู่ความไม่สามารถอ้างตนเองเป็นพยานได้	เหมือนซีวิลลอว์ แต่คู่ความสามารถอ้างตนเองเป็นพยานได้เหมือนกับคอมมอนลอว์
คำพิพากษาอาจมีความเห็นแย้งได้	คำพิพากษาไม่มีความเห็นแย้ง	เหมือนคอมมอนลอว์
หลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาของศาล (stare decisis) หรือหลักกฎหมายเฉพาะกรณี (case law)	ศาลเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเท่านั้น	เหมือนกับซีวิลลอว์ แต่ในทางปฏิบัติทั้งการศึกษาและการบังคับใช้กฎหมายมีการให้ความสำคัญกับคำพิพากษาของศาลฎีกาค่อนข้างมาก
ระบบอุทธรณ์เป็นการที่ศาลสูงตรวจสอบ (review) ข้อผิดพลาดของศาลล่าง และเนื่องจากในศาลล่างใช้ระบบลูกขุน ศาลสูงจึงพิจารณาคดีใหม่และสืบพยานหลักฐานใหม่	ระบบอุทธรณ์ถือเป็นหลักประกันสำคัญสำหรับกระบวนการยุติธรรมที่ดี ศาลสูงจึงพิจารณาคดีใหม่และสืบพยานหลักฐานใหม่	เหมือนคอมมอนลอว์

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย
ระบบฎีกาใช้ระบบอนุญาตโดยสามารถฎีกาได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและกฎหมาย	ระบบฎีกาใช้ระบบสิทธิ โดยฎีกาได้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย	เดิมคล้ายกับซีวิลลอว์ แต่ปัจจุบันตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๘ เหมือนคอมมอนลอว์
ระบบศาลสามชั้น โดยทุกชั้นศาลจะเป็นผู้พิพากษาคดี	ระบบศาลสองชั้น โดยศาลฎีกามีบทบาทเป็นผู้ควบคุมให้การตีความบังคับใช้กฎหมายของศาลเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่ใช่ผู้ให้ความยุติธรรมรายคดี ดังนั้น ศาลฎีกาซึ่งพิจารณาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายจึงส่งเรื่องให้ศาลล่างนำข้อกฎหมายที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไปปรับกับข้อเท็จจริงและพิพากษาคดี	เหมือนคอมมอนลอว์ ยกเว้นคดีผู้บริโภคซึ่งใช้ทั้งสองระบบ

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ด้วยกันเองนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาก็ยังค่อนข้างจะแตกต่างกัน โดยเฉพาะในเรื่องระบบลูกขุน ซึ่งแทบจะไม่มีการใช้ในอังกฤษ โดยใช้เฉพาะคดีละเมิดเกี่ยวกับฉ้อโกงและหมิ่นประมาท (civil fraud and defamation cases) ในขณะที่สิทธิการใช้วิธีพิจารณาระบบลูกขุนในสหรัฐอเมริกายังถือว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญในกรณีที่เป็คดีในศาลสหรัฐ ส่วนคดีในศาลมลรัฐแต่ละรัฐมีสิทธิเด็ดขาดในการยกเลิกระบบลูกขุน แม้ว่าในทางปฏิบัติจะไม่มีมลรัฐใดที่จะทำเช่นนั้น โดยมลรัฐส่วนใหญ่ก็ได้รับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม คู่ความก็มีสิทธิที่จะไม่ใช้ระบบลูกขุนกับคดีของตนได้ ระบบลูกขุนในสหรัฐอเมริกาสอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนในการใช้อำนาจอรรถตามระบอบประชาธิปไตย นอกจากนี้ มาตรการค้นหาข้อเท็จจริง

(discovery) ในชั้นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน (pre-trial) ในสหรัฐอเมริกา ยังคงใช้มาตรการที่กว้างขวางและใช้ระยะเวลานาน เพื่อให้กระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยาน (trial) โดยระบบลูกขุนมีความกระชับ มาตรการค้นหาข้อเท็จจริง (discovery) จึงมีบทบาทสำคัญในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐอเมริกา โดยคดีแพ่งส่วนใหญ่จะสิ้นสุดด้วยการประนีประนอมยอมความในชั้นนี้ เนื่องจากคู่ความได้ตระหนักถึงแนวโน้มของรูปคดีหลังจากได้แลกเปลี่ยนข้อมูลในชั้นนี้ จึงสามารถตกลงกันได้ง่าย อย่างไรก็ตาม มักจะมีการใช้วิธีการดังกล่าวโดยไม่สุจริต โดยคู่ความฝ่ายที่มีสถานะทางเศรษฐกิจดีกว่าพยายามที่จะประวิงกระบวนการพิจารณาในชั้นนี้ให้นานที่สุดและศาลเองก็ไม่ค่อยจะมีบทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในชั้นนี้ ประกอบกับค่าทนายความในสหรัฐอเมริกาใช้ระบบ contingency fee โดยคิดตามระยะเวลาความยากง่าย และจำนวนทุนทรัพย์ของคดี (ซึ่งประเทศไทยได้นำมาใช้ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม เนื่องจากนำหลักการมาจากสหรัฐอเมริกา) คู่ความฝ่ายที่มีสถานะทางเศรษฐกิจไม่ดีจึงมักจะถูกบีบบังคับเรื่องระยะเวลา ยิ่งกระบวนการพิจารณานานเท่าใดก็ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก จึงมักจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบต้องจ่ายอมรับข้อเสนอของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนในอังกฤษหลังจากมีการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่ ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ กลับมีมาตรการค้นหาข้อเท็จจริงที่จำกัดกว่า

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นเรื่องเทคนิควิธีการในทางปฏิบัติ มีขั้นตอนวิธีพิจารณาที่ซับซ้อนและยืดหยุ่น โดยหลักเกณฑ์ในกฎหมายจะใช้ถ้อยคำอย่างกว้างๆ ศาลจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ในขณะที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์จะมีลักษณะที่เคร่งครัด มีรูปแบบขั้นตอนและหลักเกณฑ์ซึ่งถูกกำหนดอย่างละเอียดจนทำให้ศาลมีดุลพินิจไม่มากนักในการที่จะปรับใช้กับคดีแต่ละคดี และยังมีลักษณะที่เป็นนามธรรมและเป็นทางการจนอาจจะไม่เหมาะสมหรือสอดคล้องกับคดีบางคดีที่มีลักษณะเฉพาะ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์และขั้นตอนดังกล่าวจะมีลักษณะที่เป็นระบบมีเหตุมีผล และสอดคล้องกัน นอกจากนี้ยังเน้นการดำเนินกระบวนการพิจารณารวมทั้งการสืบพยานที่เป็นเอกสาร ส่วนพยานบุคคลจะมีความสำคัญน้อย รวมทั้งคู่ความไม่สามารถอ้างตนเองเป็นพยานได้

ความแตกต่างที่สำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกา กับของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ อาจสรุปภาพรวมได้แก่เรื่องการเริ่มต้นคดีและคำคู่ความ การพิจารณาโดยระบบลูกขุน ความแพร่หลายของการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญของคู่ความ การควบคุมกระบวนการพิจารณาของคู่ความในการใช้มาตรการค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน แนวความคิดเรื่องผลผูกพันของคำพิพากษา (*res judicata*) การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (กลุ่มประเทศซีวิลลอว์เริ่มนำไปใช้อย่างระมัดระวัง) บทบาทและสถานะของผู้พิพากษา พยานผู้เชี่ยวชาญ กระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวในยุคศตวรรษที่ยี่สิบเอ็ดก็เริ่มน้อยลงไปมาก โดยมีแนวโน้มที่จะมีการปรับตัวเข้าหากันซึ่งจะได้กล่าวถึงไว้ในหัวข้อต่อไป

สำหรับความแตกต่างเกี่ยวกับบทบาทและสถานะของผู้พิพากษานั้น ผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่มีที่มาจากการเลือกตั้งจากผู้ที่มีวิชาชีพทางกฎหมายที่มีประสบการณ์ จึงมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการเมือง (ส่วนของประเทศอื่นในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์จะใช้วิธีการแต่งตั้ง) ในขณะที่ผู้พิพากษาของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์และของไทยจะใช้วิธีการสอบคัดเลือกจากบัณฑิตทางกฎหมายหรือจากเจ้าหน้าที่ทางกฎหมายของหน่วยงานของรัฐทำนองเดียวกับข้าราชการประเภทอื่น

สถานะของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกาจะได้รับการยอมรับนับถือในสังคมและการเมืองเป็นอย่างสูง โดยมีเหตุผลส่วนหนึ่งของเรื่องที่มาของผู้พิพากษาซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้ที่ประสบความสำเร็จในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายมาแล้ว ในขณะที่สถานะของผู้พิพากษาในยุโรปจะถือว่าเป็นวิชาชีพในระดับกลาง นอกจากนี้ การที่ผู้พิพากษาสหรัฐอเมริกาเป็นแบบพาสซีฟ (passive) วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดดูเหมือนจะช่วยส่งเสริมให้ศาลได้รับการนับถืออย่างสูงส่งว่าทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดสูงสุด (umpire) ในห้องพิจารณา ไม่ใช่เป็นผู้บริหารจัดการคดี (manager) เป็นผู้ยุ่งเหยิงความขัดแย้งมากกว่า การที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับข้อโต้แย้งดังเช่นผู้พิพากษาในยุโรป

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าบทบาทของศาลในยุโรปที่เป็นผู้บริหารจัดการคดี แม้ดูเหมือนว่าจะมีอำนาจกว้างขวางนั้นก็ยังถือว่าเป็นบทบาทที่จำกัดกว่าบทบาทของศาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีขอบเขตในการใช้ดุลพินิจมากกว่าในการวางหลักกฎหมาย

ดุลพินิจ

รวมทั้งการตีความกฎหมาย โดยบทบาทในการวางหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล (*stare decisis*) ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ถือได้ว่าศูนย์กลางของบทบาทที่สร้างสรรค์ของศาล โดยนักวิชาการบางคนเห็นว่าผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อเสียง เช่น Coke, Mansfield, Marshall และ Cardozo ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายเช่นเดียวกับจักรพรรดิจัสติเนียนหรือเนโปเลียน นอกจากนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นศาลของมลรัฐหรือศาลสหรัฐอเมริกาก็มีอำนาจที่จะชี้ว่ากฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดีขัดกับรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ศาลในยุโรปได้มีการแบ่งแยกอำนาจโดยเคร่งครัดระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลทั่วไป โดยศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะมีอำนาจดังกล่าว

ผู้พิพากษาคอมมอนลอว์ยังมีลักษณะที่เป็นปัจเจกในการที่จะมีความเห็นร่วมกันหรือแตกต่างกันในการมีคำพิพากษา ในขณะที่ผู้พิพากษาซีวิลลอว์จะถือว่ามีความเห็นในการมีคำพิพากษาเป็นเอกฉันท์ ไม่มีการเปิดเผยความเห็นฝ่ายข้างน้อย

สำหรับบทบาทและสถานะของผู้พิพากษาของไทยดูเหมือนจะคล้ายกับผู้พิพากษาคอมมอนลอว์มากกว่า

ในประเทศภาคพื้นยุโรปหรือกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ การแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นการดำเนินการโดยศาลมากกว่าโดยคู่ความ ในขณะที่การแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยคู่ความซึ่งเปรียบเสมือนมือปืนรับจ้างที่ต้องจ่ายค่าตัวแพงนั้นถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อแนวความคิดที่ว่ากระบวนการพิจารณาการสืบพยานเป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้นหาความจริง จุดมุ่งหมายของการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยศาลของประเทศในยุโรปนั้นก็เพื่อหาผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกลางเพื่อช่วยศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงไม่ใช่ช่วยคู่ความในสหรัฐอเมริกานั้น แม้ว่าข้อ ๗๐๖ ของ Federal Rule of Evidence จะกำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติศาลกลับแทบจะไม่ได้มีบทบาทดังกล่าว เหตุผลในเรื่องนี้ก็เช่นเหตุผลเดียวกับที่ว่าศาลมักจะไม่เรียกพยานทั่วไปมาสืบด้วยตนเอง กล่าวคือ ศาลในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์มักจะไม่นับเคยในเรื่องดังกล่าวอันเนื่องมาจากแนวความคิดหรือทัศนคติที่ตกทอดมาจากจารีตประเพณีเกี่ยวกับบทบาทของศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงที่ว่า การค้นหาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความไม่ใช่หน้าที่ของศาลนั่นเอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่แล้วเรื่องบทบาทศาล สำหรับ

พยานผู้เชี่ยวชาญของไทยจะเหมือนกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ยกเว้นในคดีบางประเภทที่มีลักษณะเกี่ยวกับประโยชน์ของสังคม เช่น คดีผู้บริโภครวมและคดีแบบกลุ่มจะเหมือนกับกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยอาจสรุปภาพรวมได้ว่า ได้รับอิทธิพลทั้งจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ โดยในหลักการได้รับอิทธิพลจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์มากกว่ากลุ่มประเทศซีวิลลอว์ แต่ในทางปฏิบัติจะเหมือนกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์มากเนื่องจากตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๕ ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา ทนายความ รวมทั้งอาจารย์ผู้สอนกฎหมายได้รับการศึกษาจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ วิวัฒนาการกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าวจนถึงปัจจุบันจึงเดินตามกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ หลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ที่ชัดเจนที่สุดที่ไทยได้รับมาคือ การสืบพยานที่ใช้ระบบการถามค้านพยานโดยคู่ความ (cross-examination) ส่วนหลักการสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยคือ บทบาทหรืออำนาจศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยการที่สามารถเรียกพยานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควรและการซักถามพยานที่คู่ความอ้าง แต่ปรากฏว่าในทางปฏิบัติศาลไทยแทบจะไม่ค่อยใช้อำนาจดังกล่าว โดยมีแนวความคิดเดียวกันกับศาลของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ซึ่งมีแนวความคิดว่าศาลควรวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด แนวความคิดดังกล่าวส่งผลทำให้เป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่ได้มีการเพิ่มบทบาทศาลในคดีแรงงาน คดีมิโนสแรร่ (รวมทั้งคดีไม่มีข้อยุ่งยาก) และคดีผู้บริโภค โดยคดีมิโนสแรร่ รัฐมีเจตนารมณ์ที่จะให้คู่ความสามารถดำเนินคดีโดยไม่ต้องพึ่งพาทนายความ ส่วนคดีผู้บริโภคและคดีแรงงานนั้นรัฐมีจุดประสงค์ที่จะให้ศาลมีบทบาทคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ใช้แรงงานซึ่งจะอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบและเป็นคดีที่มีลักษณะเกี่ยวกับประโยชน์ของสังคม จึงอาจพูดได้ว่าในด้านบทบาทปฏิบัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในส่วนที่เกี่ยวกับรูปแบบวิธีพิจารณาจะมีลักษณะคล้ายกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบาทศาลจะมีลักษณะคล้ายกับกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ แต่ในทางปฏิบัติจะมีลักษณะเหมือนกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

หรืออีกนัยหนึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาไม่น้อยกว่ากลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ โดยมีระบบไต่สวนอยู่บ้างแต่ก็ยังน้อยกว่ากลุ่มประเทศซีวิลลอว์ แต่ในทางปฏิบัติการดำเนินคดีแพ่งของไทยมีลักษณะค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาเหมือนเดียวกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

๒. การปรับตัวเข้าหากันของระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

(๑) บทบาทศาล

ในส่วนของบทบาทศาลนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกาและของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์มีแนวโน้มที่จะมีวิวัฒนาการเข้าหากัน โดยศาลของสหรัฐอเมริกามีบทบาทมากขึ้นในการบริหารจัดการคดี (management of civil litigation) ในขณะที่ศาลบางประเทศของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์เริ่มปล่อยให้ทนายความมีบทบาทมากขึ้นในการควบคุมกระบวนการพิจารณา และสหภาพยุโรปเองก็เริ่มรับรองการที่ศาลของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์มีบทบาทในทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางซึ่งเป็นลักษณะที่คล้ายคลึงกับศาลของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

ในปัจจุบัน เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของอังกฤษ (มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๙) ซึ่งมีการแก้ไขตามข้อเสนอของ Lord Wolf กับหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปปรากฏว่าทั้งสองกลุ่มประเทศต่างกำหนดให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกในส่วนที่เป็นเรื่องการบริหารจัดการคดีหรือการควบคุมกระบวนการพิจารณา (case-management powers) เพียงแต่ศาลของกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือซีวิลลอว์ยังมีบทบาทเชิงรุกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของคดีด้วย ในมิตินี้จึงเห็นได้ว่าศาลอังกฤษซึ่งเดิมมีบทบาทเชิงรับเหมือนกับประเทศคอมมอนลอว์อื่น จึงมีวิวัฒนาการไปในทิศทางเดียวกับศาลของประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งเริ่มมีบทบาทมาตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ ๑๙ วิวัฒนาการดังกล่าวอาจจะเป็นผลมาจากการที่มีการรวมตัวกันเป็นสหภาพยุโรป

สำหรับบทบาทของศาลไทย น่าจะได้รับอิทธิพลจากการเปลี่ยนแปลงบทบาทศาลของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นการบริหารจัดการคดี (case management)

ในสหรัฐอเมริกา เรื่องสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการมีวิวัฒนาการที่จะปรับตัวให้คล้ายกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในยุโรปคือ รูปแบบของคำคู่ความซึ่งมีรายละเอียดมากขึ้นเช่นเดียวกับคำคู่ความในยุโรป การที่ศาลเพิ่มความรับผิดชอบในการบริหารจัดการคดีมากขึ้นโดยเฉพาะในคดีที่สำคัญและในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) ซึ่งมีขั้นตอนวิธีพิจารณาที่สลับซับซ้อนนั้นได้กำหนดให้ศาลของสหรัฐอเมริกามีบทบาทมากแตกต่างจากบทบาทเดิม รูปแบบการดำเนินคดีแบบกลุ่มนี้ประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ก็มีการรับนำไปใช้ เช่น บราซิล ฝรั่งเศส

ในทางตรงกันข้าม วิวัฒนาการในยุโรป ศาลกลับมีบทบาทน้อยลงในการควบคุมกระบวนการพิจารณา และเพิ่มบทบาทของคู่ความมากขึ้น เช่น ในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ ได้มีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสเปนโดยลดบทบาทของศาลลง โดยเฉพาะในเรื่องการนำระบบการถามค้านพยาน (a system of cross-examination) ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ มาใช้แทนการซักถามพยานโดยศาล ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

(๒) รูปแบบของกระบวนการพิจารณา

ในเยอรมนีได้แก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี ค.ศ. ๑๙๗๗ และในสวิตเซอร์แลนด์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ ค.ศ. ๒๐๐๐ กำหนดให้กระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยาน (trial) มีขั้นตอนที่เข้มข้น (concentrated) และต่อเนื่อง (continuous) มากกว่าก่อน อันเป็นลักษณะที่ใช้กันอยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์อันเนื่องมาจากการที่กลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ใช้ระบบลูกขุน โดยมีเหตุผลเพื่อให้กระบวนการพิจารณามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นอันเป็นเหตุผลเดียวกับที่ศาลในสหรัฐอเมริกาได้เพิ่มบทบาทในการบริหารจัดการคดี นอกจากนี้ เยอรมนีและออสเตรเลียก็นำรูปแบบวิธีพิจารณาดำเนินการมาใช้แทนที่รูปแบบวิธีพิจารณาดำเนินการมากขึ้น ซึ่งรูปแบบวิธีพิจารณาดำเนินการนี้เป็นลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์อันเนื่องมาจากเหตุผลของการที่ใช้ระบบลูกขุนเช่นเดียวกัน ระบบวิธีพิจารณาของประเทศในภาคพื้นยุโรปยังให้ความสนใจกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ เช่น มาตรการค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเปิดเผยเอกสาร (documentary discovery หรือ disclosure) ในชั้นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน (pre-trial)

๓. ความเคลื่อนไหวของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบในไทย

เช่นเดียวกับบทความเรื่อง “ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เปรียบเทียบกับการจัดตั้งประชาคมอาเซียน (๓ เสา)^๒” ที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงความสำคัญของการศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบกับการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน และได้ประชาสัมพันธ์ถึงความเคลื่อนไหวของไทยในเรื่องนี้ จึงขอนำมากล่าวถึงอีกครั้งหนึ่งว่า เมื่อเดือนมกราคม ๒๕๕๖ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งผู้เขียนเป็นกรรมการอยู่ด้วย ได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล โดยมีผู้เขียนเป็นอนุกรรมการด้วย และมีผลงานที่ผ่านมาคือเรื่องระบบอนุญาตฎีกา ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปเมื่อ พ.ศ. ๒๕๕๘ ฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการฯ ซึ่งเป็นนักกฎหมายกฤษฎีกาและผู้เขียนได้มีแนวคิดที่จะเผยแพร่ข้อมูลต่างๆ จากการดำเนินงานผ่านทางเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (www.krisdika.go.th) ในชื่อ “ศูนย์ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบ” ซึ่งขณะนี้อยู่ในระหว่างดำเนินการ



๒. MFU CONNEXION, ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๒, หน้า ๔๐ - ๕๐.

หลักและระบบวิธีพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ

ศ. (พิเศษ) ดร. วรณชัย บุญบำรุง**

ผู้เขียนได้เป็นวิทยากรในการเสวนาทางวิชาการเรื่อง “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ” ตามโครงการสัมมนาทางวิชาการเพื่อส่งเสริมและพัฒนาประสิทธิภาพการปฏิบัติงานด้านคดี ครั้งที่ ๑” ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ในวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๖๓ และเนื่องจากผู้เขียนยังไม่เคยศึกษาวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมาก่อนหน้านี้ ศึกษาแต่วิธีพิจารณาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง รวมทั้งวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบคดีแพ่งและคดีอาญาของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ และวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง ผู้เขียนได้ค้นคว้างานวิชาการของไทยซึ่งมีไม่มากนัก งานวิชาการดังกล่าวได้อธิบายหลักและระบบวิธีพิจารณาทำนองเดียวกันกับหลักและวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ผู้เขียนจึงได้นำหลักและวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมและศาลปกครองซึ่งมีการพัฒนามาก่อน มาศึกษาอธิบายหลักและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งได้รับการบอกเล่าว่าไม่ได้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความของต่างประเทศมากำหนดไว้แต่นำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมและศาลปกครองมาปรับใช้

การศึกษาและอธิบายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๒ ผู้เขียนได้นำโครงสร้างและเนื้อหาโดยสรุปที่ได้เขียนบทความเรื่อง “กฎหมายวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบ” มาใช้ โดยจะแบ่งหัวข้อเป็นห้าส่วนคือ ๑. ข้อพิจารณาทั่วไป เพื่อให้เข้าใจภาพรวมของกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับ ความหมายและขอบเขต จุดประสงค์ แนวคิดประวัติ และวิวัฒนาการ ซึ่งจะเป็นการปูพื้นความรู้กฎหมายวิธีพิจารณาความ ๒. ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา ๓. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ อันเป็นหลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่ดี ซึ่งเป็นตัวกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยแทรกซึมเป็นเนื้อเดียวกันอย่างใกล้ชิดในตัวบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความ (ในตัวบทบัญญัติจะไม่ปรากฏหลักดังกล่าวอย่างชัดเจน) ๔. ระบบวิธีพิจารณาความ ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจถึงบทบาทของศาลและคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และ ๕. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญอื่นที่กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดไว้ โดยในแต่ละส่วนได้กล่าวถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความ

** Doctorat de l'Université Robert Schuman de Strasbourg (Nouveau régime) ทางด้านกฎหมายเอกชน (droit privé) มหาวิทยาลัย Robert Schuman de Strasbourg สาธารณรัฐฝรั่งเศส, กรรมการในคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๑๑, กรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ปกครอง เพื่อให้เข้าใจกฎหมายวิธีพิจารณาความในเชิงเปรียบเทียบว่าเหตุใดจึงมีหลักการที่เหมือนและแตกต่างกัน ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญไทยได้ดียิ่งบทความนี้จึงยังไม่ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความต่างประเทศ

๑. ข้อพิจารณาทั่วไป

“กฎหมายวิธีพิจารณาความ” (droit processuel หรือ procedural law) หมายความว่า หลักทฤษฎีทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีหรือศาสตร์ของวิธีพิจารณาคดี ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง รวมทั้งองค์กรศาลอื่นของยุโรป เช่น ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป หรือของฝรั่งเศส เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ส่วน “กระบวนการพิจารณา” (procedure หรือ process) หมายถึง การกระทำหรือการดำเนินการทุกอย่างของคู่ความและศาลในคดี

กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นกฎหมายวิธีบัญญัติมีความเกี่ยวข้องกับสังคมและรัฐอยู่เสมอ โดยสังคมมนุษย์จะดำรงอยู่ได้ก็ต้องอาศัยกฎระเบียบของสังคม การที่รัฐกำหนดสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนหรือประชาชนยังไม่เป็นการเพียงพอ แต่ยังมีหน้าที่ที่จะต้องบังคับให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมด้วย หากรัฐปล่อยให้เอกชนมีอิสระหรือผู้มีสิทธิในการที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามหน้าที่กันเองแล้ว ก็จะทำให้กฎเกณฑ์ของสังคมไม่มีความมั่นคงและเกิดความวุ่นวาย กระบวนการยุติธรรมจึงเป็นกลไกที่เป็นทั้งสาธารณประโยชน์และประโยชน์ของประชาชนแต่ละคน กระบวนการพิจารณาของศาลรวมทั้งอนุญาโตตุลาการจึงเป็นการนำหลักกฎหมายวิธีบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นแบบแผนที่ใช้บังคับกับทุกคนในสังคม ไม่ได้เฉพาะเจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง มาปรับใช้กับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งวิธีการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ จะต้องมีการพิจารณาที่ดีและมีประสิทธิภาพ ซึ่งได้แก่กระบวนการพิจารณาที่ยุติธรรม รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย กฎหมายวิธีพิจารณาความได้รับการพิจารณาว่าเป็นสาขากฎหมายที่มีความซับซ้อน ประกอบด้วยหลักเกณฑ์และหลักกฎหมายที่สำคัญเป็นจำนวนมากเพื่อนำมากำหนดไว้เป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและมีความยุติธรรม เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะอันเข้มงวดและที่สามารถปรับให้เข้ากับแต่ละเรื่องได้ เพื่อเป็นหลักประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่สอดคล้องกับสภาพของสังคมและเทคโนโลยี

กฎหมายวิธีพิจารณาความเริ่มมีการศึกษากันในยุโรปในช่วงทศวรรษที่ 17 ของศตวรรษที่ 20 โดยในฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจาก **Henri Motulsky** นักกฎหมายวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบที่มีชื่อเสียงซึ่งได้ศึกษาทฤษฎีกฎหมายของเยอรมันในศตวรรษที่ 19 ที่นำกฎหมายโรมันมาศึกษากันใหม่ นอกจากนี้ หลักทฤษฎีของอิตาลีและเยอรมันก็มีอิทธิพลต่อการศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความของกลุ่มประเทศที่พูดภาษาสเปนเช่นเดียวกัน การศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความช่วยให้เข้าใจถึงแนวคิด เหตุผล จุดประสงค์หรือเจตนารมณ์ และวิวัฒนาการของหลักการในกฎหมายวิธีพิจารณาความในแต่ละประเภท ช่วยทำให้มองเห็นถึง

ภาพรวมของโครงสร้างและกลไกความเป็นไปของกระบวนการพิจารณาในลักษณะของ “ศาสตร์ทางวิชาการ” ของกฎหมายวิธีสบัญญัติสาขาหนึ่งรู้ถึงการก่อกำเนิดสัมพันธ์ในกระบวนการพิจารณาและความเป็นไปของเรื่องดังกล่าว สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาความเพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม การเรียนการสอนและการบังคับใช้ในการดำเนินคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บทบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความไม่ชัดเจนหรือไม่ได้กำหนดเอาไว้จึงต้องมีการตีความ นอกจากนี้กฎหมายวิธีพิจารณาความมิใช่เป็นเพียงเรื่องทางเทคนิคที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ควบคุมกระบวนการพิจารณาในศาลหรือคู่มือการดำเนินคดีในศาล แต่มีจุดประสงค์เพื่อให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐ โดยนโยบายของรัฐในคดีแต่ละประเภทจะแตกต่างกันออกไป ส่งผลทำให้หลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาของคดีแต่ละประเภทแตกต่างกันออกไปด้วย

กฎหมายวิธีพิจารณาความยังสามารถทำความเข้าใจโดยเหตุผลทางเทคนิคเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ จารีตประเพณี สภาพสังคม สิ่งแวดล้อม หรือการเมือง อันมีลักษณะเป็น “ศิลป์” อย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในยุคปัจจุบันที่สังคมมีความสลับซับซ้อนมาก และมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว การกำหนดหลักเกณฑ์ของกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะกระบวนการพิจารณาของคดีที่มีลักษณะเฉพาะ จึงอาจมีลักษณะโน้มเอียงไปในทางที่มีลักษณะเป็นศิลป์มากขึ้น กล่าวคือ ให้น้ำหนักกับเรื่องความสะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย มากกว่าให้ความสำคัญกับลักษณะที่เป็นศาสตร์ซึ่งเป็นเรื่องความยุติธรรม ดังนั้น จึงอาจสรุป “ลักษณะของกระบวนการยุติธรรมที่ดี” ว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ยุติธรรม สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย

ลักษณะที่เป็นศาสตร์และศิลป์ดังกล่าวเป็นเหตุผลหรือจุดประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ต้องการให้มี “การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม” (access to justice) อย่างเสมอภาคหรือเที่ยงธรรม อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนที่ได้มีการรับรองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) ใน “ข้อ ๘ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิผลจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย” อันเป็นเรื่องการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และ “ข้อ ๑๐ ทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีที่เสมอภาค เป็นธรรม และเปิดเผย จากศาลที่อิสระและเป็นกลาง ในการพิจารณา กำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน” อันเป็นเรื่องการได้รับความยุติธรรมอย่างเสมอภาคกัน ในระดับประเทศ กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นสิทธิประชาชนตามรัฐธรรมนูญในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม โดยรัฐมีหน้าที่จัดให้มีกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ซึ่งตามมาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ ก็ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายเกินสมควร”

นอกจากนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความยังเป็นกฎหมายมหาชนไม่ใช่กฎหมายเอกชน โดยเป็นเรื่องวิธีการใช้อำนาจของรัฐ (อำนาจตุลาการ) ในการมีคำสั่งรัฐ (คำพิพากษาหรือคำสั่ง) ซึ่งผลจากการที่เป็นกฎหมายมหาชน สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น แม้จะเป็นเรื่องที่ศาลมีคำพิพากษาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของเอกชนตามกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่การดำเนินคดีในศาลเป็นเรื่องบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม ทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความมีลักษณะบังคับ โดยบังคับให้ศาลและคู่ความ(หรือคู่กรณีในศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ) ต้องปฏิบัติตาม โดยหลักศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจหรือคู่ความไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ และหลักกฎหมายมหาชนต่าง ๆ จึงนำมาใช้บังคับในการกำหนดหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาตลอดจนการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการด้วย เช่น หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) หลักความสมเหตุสมผล (reasonableness) ดังจะพบได้ในเหตุผลของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล

๒. ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติจะประกอบด้วย ๔ ขั้นตอน คือ ๑. ขั้นตอนการทำคำคู่ความหรือการเริ่มต้นคดี (pleading phase) ๒. ขั้นตอนกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี (interim phase) ซึ่งเป็นขั้นตอนการเตรียมคดี ๓. ขั้นตอนการพิจารณาคดี ซึ่งจะมีการสืบพยานและโต้เถียงกันในประเด็นพิพาท และ ๔. ขั้นตอนสุดท้ายเป็นขั้นตอนการทำคำพิพากษา

(๑) **ขั้นตอนเริ่มต้นคดี** การยื่นฟ้องต่อศาล โดยหลักศาลไม่สามารถเริ่มคดีได้เอง ในประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่แล้วมีหลักเกณฑ์ในการฟ้องคดีคล้ายๆ กันคือ คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่ในคดีบางประเภทที่รัฐต้องการอำนวยความสะดวกสำหรับผู้ฟ้องบางประเภทเพื่อห้สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่ายจึงกำหนดให้ฟ้องด้วยวาจาได้ โดยเจ้าหน้าที่ศาลจะเป็นผู้คอยช่วยเหลือที่จะจัดทำเป็นเอกสารให้ นอกจากนี้ ในวิธีพิจารณาที่เป็นระบบไต่สวนที่ศาลมีบทบาทเชิงรุก ศาลหรือเจ้าหน้าที่ศาลยังอาจช่วยแนะนำถึงรายละเอียดของคำฟ้องเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ที่แท้จริง ถูกต้อง และชัดเจนตามสิทธิของผู้ฟ้องคดี เช่น คดีมโนสำเนา (มาตรา ๑๕๑ ป.วิ.แพ่ง) คดีไม่มีข้อยุ่งยาก (มาตรา ๑๕๖ ป.วิ.แพ่ง) รวมทั้งในคดีที่รัฐมุ่งคุ้มครองสังคม เช่น คดีแรงงาน (มาตรา ๓๕ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. ๒๕๕๒) คดีผู้บริโภค (มาตรา ๒๐ แห่ง พ.ร.บ. วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๕๑) คดีปกครอง (มาตรา ๔๕ วรรคสอง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และข้อ ๓๕ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา ๔๒ วรรคสาม บัญญัติว่า “คำร้องใดมีรายการไม่ครบถ้วนตามวรรคหนึ่ง หรือไม่ชัดเจน หรือไม่อาจเข้าใจได้ ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของศาลให้คำแนะนำแก่ผู้ร้องเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องนั้นให้ถูกต้อง” และข้อ ๑๕ วรรคสอง แห่งข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๒ บัญญัติว่า “คำร้องใดไม่ได้ดำเนินการให้

เป็นไปตามวรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของศาลให้คำแนะนำแก่ผู้ร้องเพื่อแก้ไขคำร้องนั้นให้ถูกต้อง.....”

การยื่นฟ้องคดีต่อศาลของประเทศต่าง ๆ มีอยู่ด้วยกัน ๒ รูปแบบ คือ รูปแบบแรกซึ่งประเทศไทยใช้แบบนี้คือ เป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลจากนั้นจึงค่อยมีการส่งคำฟ้องไปยังจำเลย และรูปแบบที่สองเป็นการที่โจทก์ส่งคำฟ้องไปยังจำเลยเพื่อให้มาสู้คดีที่ศาล จากนั้นก็ได้้นำสำเนาการส่งคำฟ้องดังกล่าวมายื่นต่อศาล

สำหรับเรื่องสิทธิหรืออำนาจฟ้องคดีหรือสิทธิการนำคดีมาสู่ศาลนั้น เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีประเด็นค่อนข้างจะซับซ้อนจึงยังไม่กล่าวถึง

(๒) ขั้นตอนกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี

ขั้นตอนการขั้นตอนของการดำเนินคดีของประเทศต่าง ๆ ทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ พอจะแบ่งออกได้เป็น ๒ ขั้นตอน คือ “ขั้นตอนกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี” หรือ “ขั้นตอนก่อนการสืบพยาน” และ “ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา” หรือ “ขั้นตอนการสืบพยาน” การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์นั้น มีข้อแตกต่างกันอย่างมากในขั้นตอนที่สองและที่สาม โดยขั้นตอนที่สองนั้น ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ จะเรียกว่า “pre-trial” หมายความของกลุ่มความจะมีบทบาทอย่างมากในขั้นตอนนี้โดยเป็นเรื่องการดำเนินการของกลุ่มความ ในขณะที่ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ ศาลซึ่งเป็นผู้พิพากษานายเดียวที่องค์คณะผู้พิพากษากำหนดให้เป็นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้มีบทบาทมากกว่าในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนการเตรียมคดี (ซึ่งเป็นรูปแบบของศาลปกครองไทยที่รับมาจากฝรั่งเศสซึ่งเป็นซีวิลลอว์)

ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากลซึ่งนักกฎหมายวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบได้จัดทำขึ้น กำหนดหลักการว่า (ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในคดีประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นคดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีรัฐธรรมนูญ ก็ควรมีหลักการทำนองเดียวกัน) ใน “ขั้นตอนกระบวนการพิจารณาก่อนการพิจารณาคดี” ควรมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องดังนี้ ๑) เริ่มต้นด้วยการนัดพร้อมคู่ความเพื่อกำหนดขั้นตอนกระบวนการพิจารณา ๒) กำหนดวันสืบพยานต่างๆตามประเด็นแห่งคดีแต่ละประเด็น ๓) พิจารณาปัญหาเบื้องต้นก่อนเริ่มพิจารณา เช่น เขตอำนาจศาล มาตรการคุ้มครองชั่วคราว อายุความฟ้องคดี ๔) พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการมีอยู่ การรับฟัง การเปิดเผย และการแลกเปลี่ยนซึ่งพยานหลักฐาน ๕) กำหนดประเด็นปัญหาที่อาจทำการชี้ขาดในเบื้องต้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และ ๖) ออกคำสั่งต่างๆเกี่ยวกับพยานหลักฐาน

ขั้นตอนนี้มีจุดประสงค์เพื่อให้มีการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานหรือการเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งช่วยให้คู่ความยอมรับข้อเท็จจริง และนำไปสู่การประนีประนอมหรือทำให้ประเด็นข้อพิพาทที่จะสืบพยานน้อยลง โดยในเบื้องต้นคู่ความมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานทั้งหมดที่ประสงค์จะอ้างอิงมาให้ศาลและคู่ความตรวจดู (card on the table) ซึ่งจะเป็นการป้องกันปัญหาการจู่โจมพยาน (trial by ambush)

และยังช่วยทำให้มีการถ่วงถ่วงข้อพิพาทให้เหลือเพียงแต่ประเด็นแห่งคดีที่สำคัญเท่านั้น ไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็นในขั้นตอนการสืบพยาน

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์จะประกอบด้วย “ขั้นตอนก่อนการสืบพยาน” และ “ขั้นตอนการสืบพยาน” โดยขั้นตอนก่อนการสืบพยานหรือ “การดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน” นั้นมีจุดประสงค์เพื่อช่วยให้ขั้นตอนการสืบพยานรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพราะมีมาตรการต่าง ๆ นอกศาลในการสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริงกันเองระหว่างทนายความของกลุ่มความที่เรียกว่า “discovery process” หรือ “discovery devices” ได้แก่ การสอบถามข้อเท็จจริงระหว่างกลุ่มความ การแสดงพยานเอกสาร และพยานวัตถุ การพิสูจน์ทางร่างกายและจิตใจ การสืบพยาน และการขอให้กลุ่มความฝ่ายตรงข้ามยอมรับข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเอกสาร มาตรการดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้กลุ่มความสามารถแลกเปลี่ยนข้อเท็จจริงกัน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อกลุ่มความในการที่จะทราบข้อเท็จจริงในรายละเอียดของกลุ่มความอีกฝ่ายหนึ่งมากขึ้น อันจะช่วยให้กลุ่มความสามารถเตรียมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนต่อไปคือขั้นตอนการสืบพยานได้ดียิ่งขึ้น ช่วยให้กลุ่มความได้มีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตาม “หลักฟังความสองฝ่าย” และยังสามารถนำสู่การยอมรับข้อเท็จจริงในบางประเด็นทำให้ประเด็นข้อพิพาทที่จะสืบพยานน้อยลงหรืออาจทำให้เกิดการประนีประนอมยอมความกันง่ายขึ้น ซึ่งในคดีแพ่งของสหรัฐอเมริกาการประนีประนอมยอมความกันมักจะเกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการสืบพยานนี้

ส่วนขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ เช่น ฝรั่งเศส จะมีรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ โดยไม่มีขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยานแต่อย่างใด แต่ได้มีการแบ่งแยกการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยานออกเป็นสองขั้นตอนคือ ขั้นตอนในชั้นตุลาการเจ้าของสำนวน และ ขั้นตอนในชั้นองค์กรพิจารณาพิพากษา ซึ่งขั้นตอนแรก จะมีผู้พิพากษาในองค์กรพิจารณาพิพากษาซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์กรพิจารณาพิพากษาให้เป็นผู้พิพากษา(ตุลาการ)เจ้าของสำนวนที่รับผิดชอบคดี มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายโดยมีทนายความของกลุ่มความเป็นผู้ให้ความร่วมมือและช่วยเหลือศาลนอกเหนือจากมีบทบาทช่วยเหลือกลุ่มความของตน (มีข้อสังเกตว่าบทบาทของทนายความในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ที่ใช้ระบบไต่สวนจะแตกต่างจากทนายความในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ที่ใช้ระบบกล่าวหาซึ่งมีบทบาทเพียงช่วยเหลือกลุ่มความของตนเท่านั้น) และเมื่อได้มีการดำเนินการดังกล่าวจนเสร็จสิ้นแล้ว ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะทำรายงานพร้อมทั้งความเห็นเสนอต่อองค์กรพิจารณาพิพากษา จากนั้นจะเข้าสู่ขั้นตอนที่สองซึ่งเป็นการพิจารณาคดีในชั้นองค์กรพิจารณาพิพากษา มีข้อสังเกตว่าแม้รูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนแรกของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์จะแตกต่างจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ก็ตาม แต่ก็มีจุดประสงค์ในการที่จะช่วยให้การพิจารณาสืบพยานในชั้นองค์กรพิจารณาพิพากษาสะดวกและมีประสิทธิภาพมากขึ้นเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น แต่เดิมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมส่วนใหญ่มีขั้นตอนเพียง ๓ ขั้นตอน เนื่องจากในขั้นตอนที่สองหรือขั้นตอนกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีนั้น ในคดีแพ่ง “การชี้สองสถาน” ตามมาตรา ๑๘๒-มาตรา ๑๘๓ ทวิ เป็นเพียงการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่

นำสืบเท่านั้น ไม่อาจเทียบเคียงได้กับขั้นตอนการเตรียมคดีของต่างประเทศ เพราะไม่ได้มีกลไกที่ช่วยให้คู่ความยอมรับข้อเท็จจริงหรือได้รับข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอันจะช่วยทำให้การพิจารณาในขั้นตอนการนั่งพิจารณาย่อยขึ้นเท่าใดนัก

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาที่คู่ความพยายามใช้ชั้นเชิงหรือเทคนิคทางวิธีพิจารณาโดยเฉพาะเกี่ยวกับการอ้างและการสืบพยาน ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าหรือการที่คู่ความชนะคดีโดยอาศัยชั้นเชิงทางวิธีพิจารณามีใช้ด้วยเนื้อหาของคดี โดยมีการนำหลักการชี้สองสถานใหม่มาใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ๑๓) พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งมีหลักการกำหนดให้คู่ความยื่นคำแถลงเสนอประเด็นข้อพิพาท ยื่นบัญชีระบุพยานและส่งสำเนาพยานเอกสารที่ได้อ้างอิงไว้ต่อศาลก่อนวันชี้สองสถาน เพื่อให้ศาลสามารถทราบถึงพยานหลักฐานของคู่ความและสามารถกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบได้อย่างถูกต้องครบถ้วน และยังช่วยให้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่สำคัญมาสู่ศาลในชั้นชี้สองสถาน อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยานเป็นไปด้วยความรวดเร็วและยุติธรรม ไม่เกิดปัญหาการจำเริญพยาน เนื่องจากการที่คู่ความมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะมีการชี้สองสถาน ก็อาจทำให้มีการขอมความหรือยอมรับข้อเท็จจริงของอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะมีการชี้สองสถาน และทำให้ป้องกันมิให้มีการเอาเปรียบกันในเชิงคดี โดยคู่ความแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสตรวจสอบและมีเวลาเตรียมตัวในการหักล้างพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ แต่ต่อมาได้มีแก้ไขหลักการชี้สองสถานใหม่ดังกล่าวโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ๑๔) พ.ศ. ๒๕๓๘ ทำให้หลักการใหม่นั้นคลายความเคร่งครัดลง เนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นศาลหรือทนายความเห็นว่า หลักการดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่คู่ความที่ยังไม่ทราบแน่ชัดว่าคดีมีประเด็นข้อพิพาทเพียงใด จึงพยายามยื่นพยานหลักฐานต่าง ๆ ทั้งหมด ผู้พิพากษาเองก็ไม่สามารถตรวจสอบเอกสารได้ทั้งหมด และคู่ความพยายามเสนอประเด็นข้อพิพาทให้ครอบคลุมมาก ๆ ไว้ก่อนทำให้มีประเด็นโต้แย้งมากจนเกินเป็นจริงอันเป็นภาระแก่ศาลและคู่ความเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้เริ่มมีการยอมรับว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ดีและยังสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในปัจจุบันที่ต้องมีผู้พิพากษารบองค์คณะและการพิจารณาต่อเนื่อง โดยมีการนำมาใช้ในวันนัดพร้อมแต่ไม่มีสภาพบังคับลงโทษคู่ความที่ไม่ให้ความร่วมมือในการเปิดเผยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานก่อนวันสืบพยาน ซึ่งนับได้ว่าเป็นกลไกเพื่อเตรียมคดีให้อยู่ในสภาพที่จะทำการพิจารณาต่อไปในชั้นพิจารณา

ในคดีแพ่งประเภทอื่น ได้แก่ กระบวนการพิจารณา“การนัดพร้อม”ของศาลชำนาญพิเศษ เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ นั้น (ข้อ ๒๗ ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลให้คู่ความมาศาลเพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินคดี) ศาลแรงงาน (มาตรา ๓๗ ถึงมาตรา ๔๑ ข้อ ๑๐ และข้อ ๑๐/๑) ศาลล้มละลาย (ข้อ ๑๔ ซึ่งเป็นเรื่องกำหนดแนวทางการดำเนินคดี) และ“วันนัดพิจารณา”ของคดี민노사래 (มาตรา ๑๕๓) และคดีผู้บริโภค (มาตรา ๒๔ ถึงมาตรา ๒๘ มาตรา ๓๑ และมาตรา ๓๒ (หมายเหตุ : เลขมาตราและข้อหมายถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับคดีประเภทนั้น) การดำเนินคดีแบบกลุ่มมี “วันนัดพร้อม” (มาตรา ๒๒๒/๒๐)

ส่วนคดีอาญานั้นแต่เดิมก็มีเพียงขั้นตอนการสืบพยานเพียงขั้นตอนเดียวที่เป็นกระบวนการในการค้นหาข้อเท็จจริง จนในปีพ.ศ. ๒๕๔๒ พรบ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๔๒ (มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๒๙) จึงได้นำรูปแบบดังกล่าวมาใช้บังคับอีกครั้งหนึ่งโดยกำหนดขั้นตอน “วันตรวจพยานหลักฐาน” ก่อนขั้นตอนการสืบพยาน (ปัจจุบันตาม พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๓๕ ก็ได้กำหนด “วันตรวจพยานหลักฐาน” ก่อน “วันไต่สวนพยานหลักฐาน” ซึ่งมีจุดประสงค์ที่เทียบเคียงได้กับกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน (pre-trial) ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เพียงแต่มีมาตรการที่แตกต่างกัน ขั้นตอนนี้เป็นการช่วยให้คู่ความมีโอกาสได้ทราบถึงพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายตรงข้ามก่อนวันสืบพยาน ทำให้สามารถเตรียมคดีในชั้นสืบพยานได้อย่างมีประสิทธิภาพและยังช่วยป้องกันการจู่โจมพยานในชั้นสืบพยาน และในที่สุด ในปี พ.ศ. ๒๕๔๙ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้นำมาตรการดังกล่าวมากำหนดไว้ในมาตรา ๑๗๓/๑ และมาตรา ๑๗๓/๒ และสุดท้ายในคดีแบบกลุ่ม การดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนที่จะเข้าสู่ขั้นตอนการสืบพยาน (trial) จะมีขั้นตอน “การนัดพร้อม” (มาตรา ๒๒๒/๒๐ และมาตรา ๒๒๒/๒๑) ซึ่งเป็นกระบวนการตรวจสอบพยานหลักฐาน

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญ ตามข้อ ๒๖วรรคหนึ่ง แห่งข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดเรื่อง “วันนัดตรวจพยานหลักฐาน” ก่อนวันนัดสืบพยาน ซึ่งมีหลักการและจุดประสงค์เหมือนกับคดีดังกล่าวข้างต้น ดังนี้

“ข้อ ๒๖ ในวันนัดตรวจพยานหลักฐาน ให้คู่กรณีทุกฝ่ายมาศาลเพื่อทำการตรวจพยานหลักฐาน ในการนี้ ศาลอาจสอบถามคู่กรณีถึงความเกี่ยวข้องระหว่างพยานหลักฐานที่อ้างกับประเด็นที่จะต้องวินิจฉัย รวมทั้งเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องสืบพยานหลักฐานที่แต่ละฝ่ายอ้าง และการยอมรับข้อเท็จจริง ข้ออ้างและข้อเถียงเกี่ยวกับพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วจัดบันทึกรายงานการพิจารณาคดีไว้เสร็จแล้วให้ศาลกำหนดวันนัดสืบพยาน และแจ้งให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน

ฯลฯ

ฯลฯ”

ขั้นตอนนี้ถือได้ว่าเป็นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน เพื่อให้ขั้นตอนในชั้นการสืบพยานง่ายและรวดเร็วขึ้น เป็นวิธีพิจารณาคดีคล้ายกับเรื่อง “วันนัดพร้อม” หรือ “วันตรวจพยานหลักฐาน” ของศาลยุติธรรมที่ได้กล่าวข้างต้น และเทียบได้กับขั้นตอน “pre-trial” ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ แต่เป็นขั้นตอนที่เป็นเรื่องของคู่ความที่จะดำเนินการกันเองต่างจากของไทยที่กำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ และแตกต่างจากขั้นตอนการพิจารณาของประเทศซีวิลลอว์และศาลปกครองของไทยที่กำหนดให้ผู้พิพากษานายเดี่ยวขององค์คณะพิจารณาพิพากษา เป็นผู้รับผิดชอบในการรวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายก่อนวันนั่งพิจารณาขององค์คณะพิจารณาพิพากษา

ผู้เขียนมีข้อสังเกตด้วยว่า “ขั้นตอนกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี” นี้ ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาระบบไต่สวนของระบบซีวิลลอว์ที่กฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยรับมาปรับใช้

เนื่องจากศาลจะมีบทบาทเชิงรุกในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ ป้องกันการพิจารณาที่ล่าช้า ต่างจากระบบคอมมอนลอว์ที่เป็นบทบาทของคู่ความ

(๓) ขั้นตอนการสืบพยาน

ขั้นตอนที่สามนั้น ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ เรียกว่า “trial” จะเน้นการสืบพยานด้วยวาจาโดยซักถาม ถามค้าน และถาปนาค โดยทนายความของคู่ความจะมีบทบาท ส่วนศาลจะเป็นผู้ควบคุมเฉพาะเรื่องหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาเท่านั้น ในขณะที่ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ จะเน้นการสืบพยานด้วยเอกสารและศาลจะไม่ได้มีบทบาทเฉพาะเรื่องการควบคุมหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณา แต่จะมีบทบาทในส่วนที่เป็นสาระของคดีด้วย และในการซักถามพยานบุคคล คู่ความจะต้องให้ศาลเป็นผู้ถามแทน

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานนั้นเป็นการพัฒนาหรือมีพื้นฐานอยู่บนระบบการโต้แย้งคัดค้านและการต่อสู้คดีแบบปรปักษ์ โดยใช้รูปแบบวิธีการสืบพยานที่เรียกว่า “ระบบการถาปนาค” (cross-examination) ซึ่งต้องอาศัยทักษะความเชี่ยวชาญของทนายความเป็นอย่างมาก ทนายความที่ซักถามพยานได้ดีหรือมีเทคนิคในการซักถามก็จะช่วยโน้มน้าวให้ศาลมีความเชื่อคล้อยตามได้ง่าย ทำให้เป็นประโยชน์กับตัวความฝ่ายตน น้อยครั้งที่ศาลจะซักถามพยาน อาจมีการซักถามเฉพาะข้อเท็จจริงเดิมที่พยานยังตอบไม่ชัดเจนแต่ไม่ได้ซักถามในข้อเท็จจริงอื่นเพิ่มเติม วิธีการสืบพยานนี้จึงมีผลเป็นการจำกัดบทบาทการค้นหาข้อเท็จจริงของศาล ทำให้ศาลไม่มีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือมีบทบาทเชิงรับตามที่ได้กล่าวข้างต้น นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “ระบบตัดพยาน”(exclusionary rules) โดยกำหนดว่าพยานหลักฐานใดศาลจะรับฟังไม่ได้ หรือรับฟังได้แต่มิให้นำหนักน่าเชื่อถือน้อย เป็นการจำกัดบทบาทศาลในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ไม่น่าเชื่อถือและพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดี ทำให้ศาลได้รับข้อเท็จจริงในการนำมาตัดสินคดีที่จำกัด ยิ่งไปกว่านั้น การรับฟังพยานหลักฐานของศาลว่าจะรับฟังได้หรือไม่โดยหลักขึ้นอยู่กับกรยกเป็นประเด็นของคู่ความ มิใช่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล คู่ความจึงต้องเป็นผู้ระมัดระวังด้วยตนเอง จะหวังพึ่งหรือโทษศาลไม่ได้ เพราะเป็นผลประโยชน์ของคู่ความที่จะต้องระมัดระวังกันเอง เพราะการที่ให้ศาลใช้ดุลพินิจริเริ่มเองได้อาจจะนำไปสู่การตัดสินใจที่ไม่เป็นกลางตามหลักนิติธรรม จึงไม่ควรขึ้นอยู่กับหลักของตัวบุคคลคือศาล (ประเทศไทยก็มักเกิดปัญหาจากการที่ศาลรวมทั้งองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดในคดีที่นำระบบใดส่วนมาใช้ไม่ถูกต้อง โดยไม่ให้คู่ความสืบพยานหลักฐานหรือคัดค้านพยานหลักฐานไม่อนุญาตให้นำสืบเพราะเห็นไม่จำเป็นหรือฟุ่มเฟือย โดยไม่มีเหตุผลสมควรทำให้โอกาสการต่อสู้คดีของคู่ความไม่เต็มที่ ทนายความของไทยจึงค่อนข้างมีทัศนคติที่ไม่ดีนักกับการนำระบบใดส่วนมาใช้เหมือนดังเช่นทนายความคอมมอนลอว์ สาเหตุหนึ่งของการใช้หลักเกณฑ์การสืบพยานดังกล่าวก็เนื่องมาจากสาเหตุที่มีการใช้ระบบลูกขุน(jury)ซึ่งเป็นประชาชนในการรับฟังข้อเท็จจริง จึงอาจไม่เชี่ยวชาญในการรับฟังพยานหลักฐานบางประเภทที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือน้อย และยังเป็นสาเหตุที่ทำให้มีหรือสอดคล้องเหมาะสมกับการใช้วิธีการสืบพยาน “ระบบถาปนาค” ที่เป็นการสืบพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุโดยการสืบกันต่อหน้าศาลอันเรียกว่า “หลักวาจา” (principle of orality) และมีแนวคิดที่ฝังรากลึกว่าการวางตัวเป็นกลางตาม “หลักความเป็นกลาง”

อย่างเคร่งครัดของศาลนับเป็นการดำเนินกระบวนการที่ยุติธรรม (fair play) และเป็นความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน(fundamental justice)ของกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือ “สุนิธิกระบวนการ” (due process of law) หรือหลักนิติธรรม (rule of law)

ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ซึ่งใช้รูปแบบวิธีการสืบพยานในระบบไต่สวนจะแตกต่างจากระบบกล่าวหาเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ไม่ใช่ “ระบบถามค้าน” โดยหลักศาลเป็นผู้มีบทบาทซักถามพยานเป็นหลัก และซักถามและถามค้านกันเป็นบันทึกข้อความเป็นหนังสือ เนื่องจากใช้ผู้พิพากษาอาชีพ หรือแม้จะใช้ระบบลูกขุนในคดีอาญาร้ายแรงแต่ก็จะมีผู้พิพากษาอาชีพร่วมรับฟังข้อเท็จจริงด้วย ซึ่งต่างจากระบบกล่าวหาที่ผู้พิพากษาอาชีพเป็นผู้คอยเป็นที่เลี้ยงช่วยเหลือแนะนำหรืออธิบายลูกขุนในระหว่างการสืบพยานเท่านั้น การรับฟังข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติขึ้นอยู่กับลูกขุนฝ่ายเดียว และผู้พิพากษาอาชีพจะรับผิดชอบหลักในข้อกฎหมายทั้งข้อกฎหมายของกระบวนการพิจารณาและข้อกฎหมายในเนื้อหาของคดี

ในปัจจุบัน กลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกมีวิวัฒนาการไปในทางที่พยายามกำหนดหน้าที่ของคู่ความและบุคคลภายนอกเพิ่มเติมมากขึ้นในการที่จะต้องร่วมมือกับศาลในการค้นหาความจริง โดยมีหลักการว่าจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความจริงใจและซื่อสัตย์สุจริต หากคู่ความละเลยหรือปฏิเสธอาจถูกศาลสั่งปรับหรือถูกสันนิษฐานไปในทางที่จะเป็นผลเสียต่อคู่ความนั้นหรือถือว่ายอมรับข้อเท็จจริง วิวัฒนาการดังกล่าวมีผลทำให้การยอมรับหลักกฎหมายเก่าตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ไม่มีผู้ใดต้องพิสูจน์พยานหลักฐานที่เป็นผลร้ายกับตัวเอง” ลดน้อยลงไป

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานนั้นเป็นการพัฒนาหรือมีพื้นฐานอยู่บนระบบการโต้แย้งคัดค้านและการต่อสู้คดีแบบปรบักษ์ โดยใช้รูปแบบวิธีการสืบพยานที่เรียกว่า “ระบบการถามค้าน” (cross-examination) ซึ่งต้องอาศัยทักษะความเชี่ยวชาญของทนายความเป็นอย่างมาก ทนายความที่ซักถามพยานได้ดีหรือมีเทคนิคในการซักถามก็จะช่วยโน้มน้าวให้ศาลมีความเชื่อคล้อยตามได้ง่าย ทำให้เป็นประโยชน์กับตัวความฝ่ายตน น้อยครั้งที่ศาลจะซักถามพยาน อาจมีการซักถามเฉพาะข้อเท็จจริงเดิมที่พยานยังตอบไม่ชัดเจนแต่ไม่ได้ซักถามในข้อเท็จจริงอื่นเพิ่มเติม วิธีการการสืบพยานนี้จึงมีผลเป็นการจำกัดบทบาทการค้นหาข้อเท็จจริงของศาล ทำให้ศาลไม่มีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือมีบทบาทเชิงรับตามที่ได้กล่าวข้างต้น นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “ระบบตัดพยาน”(exclusionary rules) โดยกำหนดว่าพยานหลักฐานใดศาลจะรับฟังไม่ได้ หรือรับฟังได้แต่นำหนักน้ำหนักเชื่อถือน้อย เป็นการจำกัดบทบาทศาลในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ไม่น่าเชื่อถือและพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดี ทำให้ศาลได้รับข้อเท็จจริงในการนำมาตัดสินคดีที่จำกัด ยิ่งไปกว่านั้น การรับฟังพยานหลักฐานของศาลว่าจะรับฟังได้หรือไม่โดยหลักขึ้นอยู่กับกรยกเป็นประเด็นของคู่ความมิใช่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล คู่ความจึงต้องเป็นผู้ระมัดระวังด้วยตนเอง จะหวังพึ่งหรือโทษศาลไม่ได้ เพราะเป็นผลประโยชน์ของคู่ความที่จะต้องระมัดระวังตนเอง เพราะการที่ให้ศาลใช้ดุลพินิจริเริ่มเองได้อาจจะนำไปสู่การตัดสินใจที่ไม่เป็นกลางตามหลักนิติธรรม จึงไม่ควรขึ้นอยู่กับหลักของตัวบุคคลคือศาล (ประเทศไทยก็มักจะเกิดปัญหาจากการที่ศาลรวมทั้งองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดในคดีที่นำระบบไต่สวนมาใช้ไม่ถูกต้อง โดยไม่ให้คู่ความสืบพยานหลักฐานหรือคัด

พยานหลักฐานไม่อนุญาตให้นำสืบเพราะเห็นไม่จำเป็นหรือฟุ่มเฟือยโดยไม่มีเหตุผลสมควรทำให้โอกาสการต่อสู้คดีของคู่ความไม่เต็มที่ ทัศนคติของไทยจึงค่อนข้างมีทัศนคติที่ไม่ดีนักกับการนำระบบไต่สวนมาใช้เหมือนดังเช่นทัศนคติของคอมมอนลอว์ สาเหตุหนึ่งของการใช้หลักการสืบพยานดังกล่าวก็เนื่องมาจากสาเหตุที่มีการใช้ระบบลูกขุน(jury)ซึ่งเป็นประชาชนในการรับฟังข้อเท็จจริง จึงอาจไม่เชี่ยวชาญในการรับฟังพยานหลักฐานบางประเภทที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือน้อย และยังเป็นสาเหตุที่ทำให้มีหรือสอดคล้องเหมาะสมกับการใช้วิธีการสืบพยาน “ระบบถามค้าน” ที่เป็นการสืบพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุโดยการสืบกันกันต่อหน้าศาลอันเรียกว่า “หลักวาจา” (principle of orality) และมีแนวคิดที่ฝังรากลึกว่าการวางตัวเป็นกลางตาม”หลักความเป็นกลาง”อย่างเคร่งครัดของศาล นับเป็นการดำเนินกระบวนการที่ยุติธรรม (fair play) และเป็นความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน(fundamental justice) ของกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือ “สุจริตกระบวนการ”(due process of law) หรือหลักนิติธรรม (rule of law)

รูปแบบวิธีการสืบพยานในระบบไต่สวนจะแตกต่างจากระบบกล่าวหาเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ไม่ใช่ “ระบบถามค้าน” โดยหลัก ศาลเป็นผู้มีบทบาทซักถามพยานเป็นหลัก และซักถามและถามค้านกันเป็นบันทึกข้อความเป็นหนังสือ เนื่องจากใช้ผู้พิพากษาอาชีพ หรือแม้จะใช้ระบบลูกขุนในคดีอาญาร้ายแรงแต่ก็จะมีผู้พิพากษาอาชีพร่วมรับฟังข้อเท็จจริงด้วย ซึ่งต่างจากระบบกล่าวหาที่ผู้พิพากษาอาชีพเป็นผู้คอยเป็นที่เลี้ยงช่วยเหลือแนะนำหรืออธิบายลูกขุนในระหว่างการสืบพยานเท่านั้น การรับฟังข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติขึ้นอยู่กับลูกขุนฝ่ายเดียว และผู้พิพากษาอาชีพจะรับผิดชอบหลักในข้อกฎหมายทั้งข้อกฎหมายของกระบวนการพิจารณาและข้อกฎหมายในเนื้อหาของคดี

ประเทศไทยแม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอว์ แต่เนื่องจากได้รับอิทธิพลเรื่องกฎหมายพยานหลักฐานจากประเทศอังกฤษ ซึ่งอยู่ภายใต้อิทธิพลของระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา ซึ่งคู่ความมีบทบาทหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณา กำหนดขอบเขตและความเป็นไปของคดี ศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเป็นเพียงผู้ควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมาย ไม่ได้มีบทบาทเชิงรุกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและค้นหาความจริงในคดี ทำให้ประเทศไทยมีรูปแบบการซักถามพยาน การถามค้าน การถามดิง เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งทัศนคติของคู่ความเป็นผู้ดำเนินการถามพยานด้วยตนเอง และมีการถามค้าน ถามดิงพยาน ซึ่งแสดงถึงการมีบทบาทหลักของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล

อย่างไรก็ตาม ในคดีที่รัฐประสงค์จะคุ้มครองผู้เสียเปรียบในสังคม เช่น คดีแรงงาน ที่รัฐมุ่งจะคุ้มครองลูกจ้าง(มาตรา ๔๕ วรรคสอง) และในคดีผู้บริโภคซึ่งเป็นคดีที่รัฐมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้บริโภค (มาตรา ๓๔) รวมทั้งคดีอาญาบางประเภท ได้แก่ คดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา ๓๙) คดีทุจริตและประพฤติมิชอบ (มาตรา ๒๕) และคดีค้ามนุษย์ (มาตรา ๓๑) ได้กำหนดให้ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการซักถามพยาน คู่ความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล ส่วน

วิธีการซักถามพยานที่ใช้กันอยู่ในคดีปกครอง (ข้อ ๕๓) กำหนดแต่เพียงเรื่องที่ต้องให้ถ้อยคำต่อศาลเท่านั้น ไม่ได้กำหนดการซักถามพยานของคู่กรณีไว้

สำหรับคดีรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดระบบการซักถามพยานเช่นเดียวกับคดีแพ่งและคดีอาญาที่ใช้ระบบไต่สวน ดังนี้

“มาตรา ๖๒ ในการไต่สวนพยานบุคคลไม่ว่าจะเป็นพยานที่ฝ่ายใดอ้างหรือที่ศาลเรียกมาเอง ให้ศาลสอบถามพยานบุคคลเอง แล้วให้พยานให้ถ้อยคำในข้อนั้นโดยวิธีแถลงด้วยตนเองหรือตอบคำถามศาล ศาลอาจถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดๆที่เกี่ยวข้องกับคดีแม้จะไม่มีฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตาม

เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลอาจอนุญาตให้คู่กรณีซักถามพยานเพิ่มเติมตามประเด็นและข้อเท็จจริงที่ศาลกำหนดไว้ก็ได้ โดยให้ฝ่ายที่อ้างพยานเป็นผู้ซักถามก่อน

หลังจากคู่กรณีถามพยานตามวรรคสองแล้ว ห้ามมิให้คู่กรณีฝ่ายใดถามพยานอีก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล”

ในส่วนของมาตรฐานการพิสูจน์ (standard of proof) พยานหลักฐานซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ของไทยในคดีแพ่งที่ใช้ระดับ“ที่น่าเชื่อถือกว่า” (preponderance of the evidence / balance of probabilities) และคดีอาญาที่ใช้ระดับ“ปราศจากข้อสงสัยตามสมควร” หรือ “ปราศจากเหตุอันควรสงสัย” (beyond a reasonable doubt) นั้น เราเริ่มมาจากระบบคอมมอนลอว์ที่กำหนดมาตรฐานไว้หลายระดับอาจมีสาเหตุอันเนื่องมาจากระบบคอมมอนลอว์ใช้ระบบลูกขุนและระบบกล่าวหาที่จะมีหลักเกณฑ์จำกัดบทบาทศาลในเรื่องการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับพยานหลักฐาน ส่วนระบบซีวิลลอว์ใช้ผู้พิพากษาอาชีพและระบบไต่สวนที่จะให้ศาลมีดุลพินิจอิสระเกี่ยวกับพยานหลักฐาน จะเห็นได้ว่าในคดีปกครองที่ไทยรับมาจากระบบซีวิลลอว์จะไม่ได้กำหนดเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเอาไว้ ต่อมาได้มีการกำหนดเรื่องคติความผิดทางวินัยซึ่งเรารับมาจากเยอรมันโดยไม่ใช้เรื่องอาญาหรือแพ่ง จึงไม่สามารถนำเรื่องการชั่งน้ำหนักคดีแพ่งและคดีอาญามาใช้ได้ เลยต้องคาดเดาว่าน่าจะอยู่กลางๆ ผู้เขียนเข้าใจว่าผู้ร่างข้อบังคับประธานศาลฎีกา ว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดทางวินัย พ.ศ. ๒๕๖๖ ข้อ ๑๕ วรรคสอง คงไปนำมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับ “ชัดเจนและน่าเชื่อถือ” หรือ “น่าเชื่อถืออย่างชัดเจน” (clear and convincing) นี้มาจากมาตรฐานการพิสูจน์ของสหรัฐอเมริกาที่ให้ความหมายระดับดังกล่าวว่า “highly probable or reasonably certain” ซึ่งใช้ในคดีแพ่งบางประเภท เช่น การผิดสัญญา และคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา และจะมีน้ำหนักมากกว่าการชั่งน้ำหนักในคดีแพ่งทั่วไปที่ใช้ระดับ “preponderance” แต่จะต่ำกว่าระดับ “beyond a reasonable doubt” ในคดีอาญา ศาลไทยจึงพยายามอธิบายว่ามีน้ำหนักอยู่ระหว่างคดีแพ่งและคดีอาญา เป็นการไปหยิบยืมหลักของคอมมอนลอว์มาประยุกต์ใช้กับคติความผิดทางวินัย แต่ถ้อยคำกลับจะไปเหมือนกับระบบซีวิลลอว์ที่ใช้หลัก “reasonable conviction/reasonably convinced/reasonable certainty” ซึ่งเป็นเรื่องความเชื่อมั่นตามสมควรของศาล(หรือในภาษาฝรั่งเศส “intime conviction”) ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าศาลปกครองรวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งไม่ได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้ก็จะใช้หลักเดียวกับระบบซีวิลลอว์ โดยอาจสรุปได้ว่ามาตรฐานการพิสูจน์ของระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์จึงแตกต่างกันไม่อาจเปรียบเทียบกันได้

(๔) คำพิพากษา

คำพิพากษามีสถานะเป็นอำนาจเด็ดขาดและอำนาจเฉพาะของผู้พิพากษาและเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจรัฐ (imperium) เป็นคำสั่งของอำนาจมหาชนหรือรัฐที่มอบให้ศาลในการออกคำสั่งทางตุลาการ (acte juridictionnel) มีสภาพบังคับให้ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติตามเนื่องจากรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการที่จะลงโทษหรือบังคับทางร่างกายหรือทรัพย์สินของประชาชน และเป็นการกระทำทางวิธีพิจารณาในการแสดงเจตนาของศาลเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาทางวิธีพิจารณาหรือปัญหาอันเป็นเนื้อหาสาระของคดี มีผลทำให้การดำเนินคดีสิ้นสุดลง เป็นการก่อตั้งสิทธิตามกฎหมายแตกต่างหากจากสิทธิที่เป็นมูลในการฟ้องคดี และเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดในกระบวนการพิจารณา โดยถือว่าสิ่งที่ศาลตัดสินซึ่งเป็นที่สุดแล้วเป็นความจริง ไม่สามารถโต้แย้งได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ศาลมีหน้าที่ต้องมีคำพิพากษา โดยศาลจะอ้างว่าไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ บัญญัติไว้ไม่ชัดเจน หรือไม่เพียงพอ และถือว่าได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ข้อ 6) เรื่อง สิทธิการได้รับการพิจารณาพิพากษาอย่างเป็นธรรม ในฝรั่งเศสผู้พิพากษาจะต้องรับผิดชอบแพ่ง ทางอาญา หยุดการปฏิบัติหน้าที่ 5 ปีถึง 10 ปี

องค์ประกอบของคำพิพากษา คำพิพากษาประกอบด้วยสามส่วนใหญ่ๆ คือ ส่วนแรกเป็นการสรุปโดยย่อของข้อกล่าวอ้างและข้อต่อสู้ รวมทั้งเหตุผลสนับสนุนของกลุ่มความ และข้อเท็จจริงที่ได้มีการพิจารณา ส่วนที่สองเป็นเหตุผลของศาลในส่วนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและ ส่วนที่สามเป็นคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นแห่งคดี ตามหลักแล้วเฉพาะในส่วนที่สามเท่านั้นที่มีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้ (authority) ส่วนเหตุผลนั้นมีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปด้วยความโปร่งใสและสามารถถูกตรวจสอบได้ มิใช่เป็นไปตามอำเภอใจ แต่เกิดจากการตัดสินใจตามหลักของกฎหมายและตามกระบวนการให้เหตุผลของตรรกวิทยาหรือกฎเกณฑ์การใช้เหตุผล ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันในกลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกโดยนักกฎหมายวิธีพิจารณาความถือว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมาย เป็นหลักกฎหมายธรรมชาติเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศส หากเป็นเหตุผลสำคัญที่ใช้สนับสนุนหรือที่จำเป็นของคำตัดสินแล้ว กล่าวคือ มีลักษณะที่ไม่สามารถแยกออกจากคำตัดสินหรือคำสั่งของศาลได้ เหตุผลนั้นก็จะมีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้เช่นเดียวกับคำตัดสิน ส่วนในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ที่ใช้ระบบ “ศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย” (judge made law) เหตุผลถือเป็นส่วนหนึ่งของคำตัดสิน ซึ่งมีผลผูกพันและมีสภาพบังคับได้สำหรับประเทศไทยเคยมีประเด็นที่จะนำมาเป็นตัวอย่างได้ เช่น

คำพิพากษาก่อให้เกิดผลผูกพันของคำพิพากษา (*res judicata* เป็นศัพท์กฎหมายซึ่งมาจากภาษาละติน แปลว่า สิ่งที่ได้มีการตัดสินใจ) หมายความว่า คำพิพากษาก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย ห้ามไม่ให้คู่ความฟ้องคดีในมูลคดีเดียวกันอีก (*ne bis in idem*) หรือ “ฟ้องซ้ำ” และห้ามศาลไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำพิพากษา ยกเว้นจะเป็นกรณีที่กฎหมายได้อนุญาต เช่น การแก้ไขคำพิพากษาที่ผิดพลาดเล็กน้อย การอุทธรณ์หรือฎีกา การขอให้พิจารณาใหม่ นอกจากนี้ คำพิพากษายังก่อให้เกิดสภาพ

บังคับด้วย อันเป็นผลมาจากการที่คำพิพากษาเป็นคำสั่งของรัฐ โดยการบังคับใช้กฎหมายอันเป็นอำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศ เพื่อให้สิทธิของประชาชนได้รับการคุ้มครองอันเป็นหลักประกันของความมั่นคงแห่งกฎหมายหรือความมั่นคงแห่งสิทธินั้นเอง ในอังกฤษ ผลผูกพันของคำพิพากษาเป็นส่วนหนึ่งของหลัก “estoppel” (หลักกฎหมายปิดปาก) แต่ระวังอย่าไปสับสนกับ “หลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษา (stare decisis) อันเป็นลักษณะเฉพาะของระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นเรื่องที่ว่าคำพิพากษาของศาลสูงสุดในประเด็นใดประเด็นหนึ่งจะมีผลผูกพันคำพิพากษาของศาลในอนาคตหรือผูกพันศาลในลำดับที่ต่ำกว่า กล่าวคือ ในกรณีที่ประเด็นแห่งคดีมีข้อเท็จจริงแบบเดียวกัน การตัดสินคดีของศาลต้องเดินตามแนวคำพิพากษาเดิม สำหรับประเทศไทย ซึ่งใช้ระบบซีวิลลอว์ โดยหลักแล้ว คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างของการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติ ผู้เขียนเห็นว่าการเรียนการสอน และการสอบกฎหมาย ได้ให้ความสำคัญคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นอย่างมาก และนักกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ ดังนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาจึงมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อการพิพากษาคดีในอนาคต

คำพิพากษาของศาล โดยหลักแล้วมีผลผูกพันเฉพาะระหว่างคู่ความในคดี (*inter pares*) เท่านั้น ยกเว้นในบางกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้มีผลผูกพันบุคคลภายนอกบางคนหรือมีผลเป็นการผูกพันบุคคลภายนอกทุกคน (*erga omnes*)

สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ตามมาตรา

๓. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นหลักที่เป็นปัจจัยในการกำหนดหลักเกณฑ์ของกระบวนการพิจารณา อาจเรียกว่าหลักทั่วไปหรือหลักพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา หลักที่กำหนดควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา หลักประกันการใช้อำนาจตุลาการ หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการพิจารณา เป็นหลักที่กำหนดบทบาทของศาลและคู่ความ

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น หลักฟังความสองฝ่าย สิทธิในการโต้แย้งต่อสู้คดี กระบวนการพิจารณาที่มีความเท่าเทียมกัน อำนาจศาลในการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย หลักกาวาในการต่อสู้คดี ความลับในการประชุมเพื่อมีคำพิพากษาของศาล การสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิการเข้าถึงความยุติธรรมหรือเข้าถึงศาล สิทธิในการอุทธรณ์ การพิจารณาโดยเร็ว การเสมอภาคกันต่อหน้าศาลหรือความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ ความเชื่อมั่นของศาลในการรับฟังพยานหลักฐาน การรับฟังพยานหลักฐานโดยอิสระของศาลและพยานหลักฐานตามกฎหมาย การให้เหตุผลในคำพิพากษา หลักความเป็นอิสระของศาลหรืออำนาจตุลาการ หลักความเป็นกลาง

ของศาล ผลผูกพันของคำพิพากษา หลักความประสงค์ของคู่ความ หลักความริเริ่มของศาลและคู่ความ การพิจารณาพิพากษาเป็นองค์คณะ อำนาจผู้พิพากษานายเดียว การไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดี

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความเหล่านี้จะมีการอธิบายในทางตำราวิชาการ มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย หลักส่วนหนึ่งมีมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน บางหลักก็เกิดขึ้นในยุคหลังจากมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย และหลักที่สำคัญจะได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม หรือหลักนิติรัฐ หรือมีการกำหนดยอมรับไว้อย่างชัดเจนในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน และกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งรัฐธรรมนูญของบางประเทศ

โดยทั่วไปจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายวิธีพิจารณาความ แต่มีการกำหนดหลักการต่างๆ เพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรม เช่น หลักฟังความสองฝ่ายมีผลทำให้มีการกำหนดหลักการต่างๆ เพื่อให้คู่ความมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้คดี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการส่งสำเนาคำคู่ความ พยานหลักฐานให้ทราบ การให้สิทธิคู่ความที่จะขอให้ศาลออกหมายเรียกพยาน สิทธิการมีทนายความ หรือหลักความเป็นกลางของศาลนำไปสู่การกำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษา ดังนั้น หากเราได้ศึกษาว่าหลักการต่างๆ มีที่มาจากหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความหลักใดก็จะช่วยให้เข้าใจกฎหมายวิธีพิจารณาความในลักษณะที่เป็นศาสตร์อย่างหนึ่ง มิใช่เป็นเพียงกฎเกณฑ์หรือคู่มือทางปฏิบัติในการดำเนินคดีในศาลอย่างที่มีการเรียนการสอนโดยทั่วไปในมหาวิทยาลัยโดยเฉพาะในระดับปริญญาตรี

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความดังกล่าวในแต่ละประเภทคดี คือ คดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และคดีรัฐธรรมนูญ ยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียด และในประเภทคดีเดียวกันของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ก็มีความแตกต่างกันมากบ้างน้อยบ้างอีกด้วย

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย ในคดีแพ่งและคดีอาญา เนื่องจากได้รับอิทธิพลจากทั้งสองกลุ่มประเทศดังกล่าวโดยเฉพาะกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ จึงทำให้มีความยากลำบากที่จะวิเคราะห์ว่าแต่ละหลักการในกฎหมายวิธีพิจารณาความ เราได้รับมาจากกลุ่มประเทศใด ในบางครั้งแต่ละหลักการที่มีความเกี่ยวข้องกันก็กำหนดไว้ไม่สอดคล้องกัน เช่น บทบาทของศาลในการรับฟังพยานหลักฐาน แม้เราจะไม่ใช้ระบบลูกขุนอย่างกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์แต่ใช้ผู้พิพากษาอาชีพเหมือนกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ ซึ่งควรจะใช้หลักความเป็นอิสระของศาลที่จะรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางตาม “หลักความเชื่อมั่นของศาลในการรับฟังพยานหลักฐาน” หรือ “หลักการรับฟังพยานหลักฐานโดยอิสระของศาล” และไม่ให้ความสำคัญกับ “หลักพยานหลักฐานตามกฎหมาย” แต่ปรากฏว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยกลับนำหลักทั้งสองมาผสมปนเปกันอย่างไม่เป็นระบบ สำหรับคดีปกครองของไทยได้นำรูปแบบมาจากกลุ่มประเทศซีวิลลอว์โดยเฉพาะของฝรั่งเศส จึงไม่ค่อยจะมีปัญหาเกี่ยวกับความลักลั่นกันของหลักการ รวมทั้งคดีรัฐธรรมนูญของไทยก็มีหลักการทำนองเดียวกับคดีปกครอง

(๑) หลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition) และหลักการไต่สวนโดย

ศาล

กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเนื่องจากกฎหมายทั้งสองเป็นผลผลิตของระบบสังคม วัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจเดียวกัน หลักความประสงค์ของคู่ความมีแนวคิดว่า ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดีรวมทั้งวิธีการสืบพยานเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนด โดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล หลักความประสงค์ของคู่ความมีอิทธิพลหรือสอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาที่ว่าคู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี รวมทั้งทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา เป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือจะถอนคดีออกไป หลักนี้จึงเป็นการส่งผลโดยปริยายทำให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหา โดยคู่ความมีสิทธิเลือกโดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเหล่านั้น ซึ่งมีสุภาษิตกฎหมายว่า “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีไม่อาจถูกบังคับให้ต้องฟ้องคดีนั้น แต่อยู่ในดุลพินิจของบุคคลนั้นเอง” และจำเลยก็มีสิทธิที่จะต่อสู้คดีหรือจะต่อสู้เฉพาะในประเด็นใดประเด็นหนึ่งหรือตามดุลพินิจของตน รวมทั้งเป็นดุลพินิจของคู่ความที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนใด ๆ ก็ได้ ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทในเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา หลักนี้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมันและใช้เรื่อยมาจนได้ลดบทบาทลงเมื่อตอนปลายศตวรรษที่ ๑๙ จนถึงปัจจุบัน มีการใช้หลักการตรงกันข้ามมากขึ้น หรือหลักการไต่สวนโดยศาล แต่อย่างไรก็ตาม โดยส่วนใหญ่จะยังคงถือหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลัก จึงนับได้ว่าเป็นหลักดั้งเดิมหลักหนึ่งของวิธีพิจารณาความทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

“หลักการไต่สวนโดยศาล” จะสอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน หลักนี้ใช้กันมากในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและคดีปกครอง โดยในคดีแพ่งมีแนวความคิดหรือเหตุผลว่า กระบวนการค้นหาหรือรวบรวมข้อเท็จจริงของคดี ควรเป็นกระบวนการหรือเครื่องมือที่คู่ความใช้ในการแสดงข้อเท็จจริงสนับสนุนข้ออ้างของตน และกระบวนการดังกล่าวจะต้องสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างคู่ความในการดำเนินการ และศาลต้องคำนึงอยู่เสมอว่า เป้าหมายหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคือต้องการให้ได้ “ความเป็นจริงที่สมบูรณ์หรือที่พึงประสงค์” (objective truth) โดยศาลสามารถรวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีด้วยตนเอง แต่ในทางปฏิบัติ ศาลจะใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวัง นอกจากนี้ ยังกำหนดหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องช่วยกันรวบรวมข้อเท็จจริงของคดี ในกรณีที่คู่ความละเลยหรือปฏิเสธอาจถูกสันนิษฐานไปในทางที่เป็นผลเสียต่อคู่ความนั้น หรือถือว่ายอมรับข้อเท็จจริง วิวัฒนาการดังกล่าวมีผลทำให้การยอมรับหลักกฎหมายเก่าตามภาษิตกฎหมายที่ว่า “ไม่มีผู้ใดต้องพิสูจน์พยานหลักฐานที่เป็นผลร้ายกับตนเอง” ลดน้อยลงไป และเป็นการเปลี่ยนสถานะของคู่ความจากการเป็นวัตถุทางกฎหมายเอกชนมาเป็นวัตถุแห่งประโยชน์ทางกฎหมายโดยทั่วไป

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยก็จะเป็นไปตามคำอธิบายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งทั่วไปที่ใช้ระบบกล่าวหา คดีแพ่งบางประเภท คดีอาญาโดยเฉพาะคดีอาญาบางประเภท คดีปกครอง และคดีรัฐธรรมนูญ

หลักความประสงค์ของกลุ่มความประกอบด้วยหลักย่อยหลายประการ คือ หลักกลุ่มเป็นผู้ร้องขอ หลักการฟ้องแย้งและต่อสู้คดีของเอกชน หลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ สิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา สิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ เป็นต้น

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนุญกำหนด“หลักความประสงค์ของผู้ร้อง”ไว้ตาม มาตรา ๔๒ (๔) เรื่องคำร้องต้องระบุคำขอที่ระบุความประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างไรพร้อมทั้งเหตุผลสนับสนุนโดยชัดแจ้ง มาตรา ๕๔ วรรคสาม เรื่องกรณีที่ถือว่าผู้ถูกร้องไม่ตั้งใจที่จะยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา มาตรา ๖๐ เรื่องการยื่นบัญชีระบุพยานของกลุ่มกรณี มาตรา ๖๔ วรรคสอง เรื่องการคัดค้านข้อเท็จจริงที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอ้าง มาตรา ๖๗ เรื่องการแถลงการณ์เปิดคดีและปิดคดี มาตรา ๗๑ เรื่องคู่กรณียื่นคำขอมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนุญไม่ได้กำหนดเรื่อง “หลักการพิพากษาไม่เกินคำขอ” ไว้แต่อย่างใด ซึ่งหลักนี้เป็นหลักกฎหมายเก่าแก่ โดยศาลถูกจำกัดกรอบอำนาจในการมีคำพิพากษาว่าต้องอยู่ภายในขอบเขตของวัตถุแห่งคดีที่คู่ความได้พิพาทหรือโต้แย้งกัน หากศาลพิพากษาเกินคำขอย่อมไม่มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด หลักนี้ปรากฏในคดีแพ่ง (มาตรา ๑๔๒) คดีอาญา (มาตรา ๑๕๒) อย่างไรก็ดีตาม หลักนี้ก็อาจมีข้อยกเว้นได้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมมากกว่าการยึดหลักโดยเคร่งครัด เช่น คดีแพ่ง (มาตรา ๑๔๒ (๑)-(๖)) คดีที่รัฐมุ่งจะคุ้มครองประโยชน์ของสังคม เช่น คดีผู้บริโภคม (มาตรา ๓๕) คดีแรงงาน (มาตรา ๕๒) ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลรัฐธรรมนุญไม่มีอำนาจที่จะมีคำวินิจฉัยเกินคำขอ เช่นเดียวกับคดีปกครองก็ไม่ได้กำหนดหลักการนี้ไว้เช่นเดียวกัน

(๒) หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่ายหรือหลักการโต้แย้งหรือคัดค้านต่อสู้คดี

หลักนี้มีที่มาจากแนวความคิดที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมันตามภาษิตกฎหมาย “*audiat et altera pars*” หรือ “*audi alteram partem*” ในฝรั่งเศสเริ่มปรากฏเมื่อปี ค.ศ. ๑๘๒๘ โดยศาลสูงสุดได้วินิจฉัยรับรองว่า “การต่อสู้คดี” เป็นหลักกฎหมายธรรมชาติอย่างหนึ่ง บุคคลทุกคนไม่ควรถูกพิพากษาโดยไม่ถูกซักถามหรือไม่มีโอกาสต่อสู้คดี และตามมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดหลักประกันเรื่องสิทธิในการที่จะได้รับฟังทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา สำหรับในระบบคอมมอนลอว์ถือเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งในสองประการของหลักใหญ่ที่เรียกว่า “*natural justice*” อีกหลักหนึ่งคือหลักความเป็นกลางของศาลซึ่งแยกหลักย่อยออกไปรองรับ คือ สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา หลักฟังความสองฝ่ายนี้ได้แตกเป็นหลักย่อย ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของกลุ่มความในกระบวนการพิจารณา เช่น เพื่อให้ศาลได้รับฟังข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วน **คู่ความหรือคู่กรณี**ย่อมต้องได้รับแจ้งข้อกล่าวหา **ส่ง**สำเนาเอกสารหรือตรวจเอกสารและมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านข้อกล่าวหาได้ในระยะเวลาอันควร

ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากลซึ่งนักกฎหมายวิธีพิจารณาความของต่างประเทศได้ร่วมมือกันกำหนดขึ้น ได้กำหนดหลักการเรื่องการได้รับแจ้งโดยชอบและสิทธิในการได้รับฟัง ตั้งแต่ในชั้นเริ่มต้นกระบวนการพิจารณารวมทั้งในระหว่างพิจารณาเกี่ยวกับข้อกล่าวอ้างข้อโต้แย้งสิทธิ

ของโจทก์รวมทั้งคำขอ สิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย และผลที่จำเลยไม่ต่อสู้คดี โดยวิธีการแข็งที่นำจะมี ประสิทธิภาพ รวดเร็ว และระยะเวลาที่สมควร ในกรณีเป็นคำขอฝ่ายเดียวต้องคำนึงถึงสัดส่วนระหว่าง ผลประโยชน์ของผู้ขอและผลกระทบของกลุ่มความอีกฝ่ายที่จะได้รับแจ้งการออกคำสั่งโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะ สามารถจะกระทำได้

หลักนี้ตั้งอยู่บนเหตุผลอำนาจตุลาการของศาลตั้งอยู่บนพื้นฐานส่วนใหญ่ของหลักความเป็น อิสระของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งจะมีได้ต่อเมื่อศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงทุกอย่าง เนื่องจากคำพิพากษาในคดี มีข้อพิพาทเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการเผชิญหน้ากัน และถือเป็นสิทธิที่มีผลจากการที่รัฐต้องให้ความเคารพต่อ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยประชาชนไม่ได้เป็นเพียงวัตถุอย่างหนึ่งของคำพิพากษา แต่มีฐานะเป็นผู้ทรง สิทธิในกระบวนการพิจารณา เนื่องจากกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเผด็จการ โดยกลุ่มความไม่มีโอกาสรักษา ประโยชน์ของตนเองต้องรอคำตัดสินของศาลแต่อย่างเดียวดังเช่นในอดีตนั้นไม่สอดคล้องกับแนวความคิด ในปัจจุบันโดยเฉพาะเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ขอบเขตของหลักนี้ความหมายมีหลายแง่มุม เช่น สิทธิของกลุ่มความในการได้รับแจ้งว่ามี การฟ้องคดีต่อตนและได้รับการแจ้งอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาภายในระยะเวลาอันสมควร สิทธิของ กลุ่มความในการเสนอหรือโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมีความอยู่ด้วยในขณะที่สืบพยานจนข้อเท็จจริง สิทธิที่จะไม่ถูกผูกพันโดยคำพิพากษาที่ตนมิได้เข้ามาเป็นกลุ่มความในคดี คำพิพากษาต้องแสดงผล การพิจารณาโดยเปิดเผย การโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษา นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่สืบเนื่อง เช่น การห้าม ศาลใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนรู้อย่างเดียว เช่น ข้อเท็จจริงที่ได้มานอกศาลหรือที่กลุ่มความไม่มีโอกาสได้มี ส่วนรู้เห็นหรือที่ได้มาโดยไม่มีหลักประกันในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ดังนั้น เมื่อมีการนำคดีมาสู่ศาลมี ผลทำให้กลุ่มความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีซึ่งกันและกัน รวมทั้งศาลเองก็ยังมีหน้าที่บาง ประการในการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนี้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หลักนี้มีข้อยกเว้นในบางกรณี เช่น การที่จะลงโทษกลุ่มความที่ไม่ร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การพิจารณาโดยขาดนัด หรือ กรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เช่น การขอคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณา อันเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ ประโยชน์ที่สำคัญกว่า

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่าย ไว้ เช่น มาตรา ๕๔ การส่งสำเนาคำร้องแก่ผู้ถูกร้องหรือแจ้งให้ผู้ถูกร้องมารับสำเนาคำร้อง มาตรา ๖๘ การ ตรวจและขอสำเนาเอกสารในสำนวน ข้อ ๓๐ และข้อ ๓๑ การขอตรวจดู ขอสำเนา หรือขอสำเนาที่มีค่า รับรองความถูกต้องของเอกสารในสำนวน

(๓) หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย

เป็นแนวความคิดของการบริหารงานยุติธรรมแบบเสรีนิยมที่ต่อต้านการพิจารณาคดีลับของ ศาลบางศาลในสมัยก่อน แต่ไม่ถือว่าเป็นหลักการที่เด็ดขาด มีข้อจำกัดบางประการ เช่น ต้องไม่กระทบสิทธิ ของบุคคลอื่น

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยไว้ตามมาตรา ๕๕

(๔) หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

สถาบันใดจะถือว่าเป็นศาลหรือไม่ ก็ต่อเมื่อมีมาตรการคุ้มครองด้านตัวบุคคลที่จะทำหน้าที่ตัดสินใจและหลักทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีปรากฏอยู่ หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาถือเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานดั้งเดิมหลักหนึ่งในสองหลักของ“ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (natural justice) ของอังกฤษ ส่วนสหรัฐอเมริกาเรียกว่า“การพิจารณาที่เป็นธรรม” (due process of law) และได้รับการรับรองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งมีความเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นอิสระของศาลด้วย ส่วนอีกหลักหนึ่งคือ หลักฟังความสองฝ่าย ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็มีการบังคับใช้หลักความเป็นกลางหรือการไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน หลักความเป็นกลางของศาลนี้มีหลักย่อยที่ตามมาคือหลักเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา ซึ่งตามมาตรา ๔๐ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ก็ได้กำหนดไว้ว่าการคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา การคัดค้านผู้พิพากษาจึงเป็นปัจจัยหรือมาตรการในการที่จะทำให้ผู้พิพากษามีความเป็นกลาง โดยหลักความเป็นกลางเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective) โดยไม่คำนึงว่าในความเป็นจริงผู้พิพากษาที่มีเหตุดังกล่าวจะมีความเป็นกลางหรือไม่ อันเป็นเรื่องอัตวิสัย (subjective)

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตามมาตรา ๓๒ เรื่องเหตุคัดค้านตุลาการ มาตรา ๓๓ เรื่องเหตุอันมีสภาพร้ายแรง มาตรา ๓๔ เรื่องตุลาการถอนตัว มาตรา ๓๕ เรื่องคำร้องคัดค้านตุลาการ มาตรา ๓๖ เรื่องรายละเอียดคำร้อง และมาตรา ๓๗ เรื่องการพิจารณาและชี้ขาดเหตุขอถอนตัวหรือเหตุคัดค้าน

นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติของศาลรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอื่นที่น่าสนใจ ดังนี้

มาตรา ๒๘ เรื่องข้อกำหนดการพิจารณาคดี ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดของศาล (court rule) เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีได้แต่ต้องไม่สร้างขั้นตอนหรือก่อให้เกิดความล่าช้าโดยไม่จำเป็น ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๖ และมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญที่ไม่ให้มีการตรากฎหมายที่เป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุหรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตของประชาชนโดยไม่จำเป็น หลักการดังกล่าวเป็นเรื่องลักษณะของกระบวนการยุติธรรมที่ดีที่ต้องรวดเร็วและมีขั้นตอนที่ไม่ซับซ้อนยุ่งยากเนื่องจากจะส่งผลต่อเรื่องค่าใช้จ่าย หรือตามสภานิติบัญญัติว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความไม่ยุติธรรม” หลักการเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของเรื่อง “การเข้าถึงความยุติธรรมกระบวนการยุติธรรม” (access to justice) ซึ่งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความในปัจจุบันของประเทศต่างๆ ให้ความสำคัญต่อเรื่องนี้เป็นอย่างมาก

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ : กฎทางตุลาการ (court rules/rules of court)

การที่ศาลออกกฎทางตุลาการ (court rules/rules of court) ตามหลักการของมาตรานี้ เกี่ยวข้องกับเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power) อันเป็นไปตามหลักนิติธรรม (rule of law) ซึ่ง ศ.พิเศษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ อธิบายไว้ในหนังสือ “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” (สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๐, หน้า ๒๕-๔๘) ในเรื่องการที่องค์กรทางปกครองใช้อำนาจทั้งนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งผมได้นำคำอธิบายในส่วนที่องค์กรทางปกครองออกกฎทางปกครองมาเทียบเคียง เพื่ออธิบายการที่องค์กรตุลาการออกกฎทางตุลาการได้ว่า องค์กรตุลาการก็ใช้อำนาจทั้งนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเช่นเดียวกัน แต่นักกฎหมายส่วนหนึ่งเข้าใจว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลหรือองค์กรตุลาการ ออกกฎทางตุลาการได้เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (ผมมีประสบการณ์ดังกล่าวในชั้นพิจารณา มาตรา ๑๐๓/๓ เรื่องข้อกำหนดการนำสืบพยานหลักฐาน ของรัฐสภา เมื่อ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งนับได้ว่าเป็น ครั้งแรกที่มีการกำหนดเรื่องการออกกฎทางวิธีพิจารณาไว้ใน ป.วิ.แพ่ง) แต่นักนิติศาสตร์และนักรัฐศาสตร์ ส่วนใหญ่เห็นว่าการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดไม่เป็นความจริงในทางปฏิบัติ แต่เป็นเรื่องหลักการแบ่งแยก หน้าที่ (separation of function) ขององค์กรของรัฐทั้งสาม คือ รัฐสภา รัฐบาล และศาล ในลักษณะกระจาย อำนาจทั้งสามตามความสามารถเพื่อให้เกิดการคานและดุลกัน (check and balance) โดยไม่ได้มุ่งเน้นว่า อำนาจใดเป็นขององค์กรใด เพื่อไม่ให้มีการผูกขาดการใช้อำนาจดังกล่าวโดยเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียว การออกกฎหมายของรัฐสภาไม่สามารถที่จะมีรายละเอียดครอบคลุมปัญหาต่างๆ ได้ครบถ้วนเนื่องจาก ปัญหาในการดำเนินงานของตุลาการทั้งเรื่องการบริหารและเรื่องการดำเนินคดีมีมากมายเกินจะคาดการณ์ได้ ล่วงหน้า บางกรณีก็เป็นเรื่องที่มีความอ่อนไหวปรับเปลี่ยนได้รวดเร็วแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงในสังคม ที่รัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายได้ทัน จึงทำให้มีการมอบอำนาจให้ศาลหรือองค์กรตุลาการออกกฎทางตุลาการ ได้เช่นเดียวกับการที่รัฐบาลหรือองค์กรทางปกครองออกกฎทางปกครอง ศาลจึงสามารถใช้อำนาจนิติ บัญญัติได้ นอกจากนั้น บางครั้งองค์กรตุลาการจำเป็นต้องออกกฎหมายด้วยตนเองในฐานะที่เป็นผู้กำกับหรือผู้ บริหารงานให้เป็นไปตามเป้าหมาย เพราะการออกกฎเป็นเทคนิคปกติในการจัดการในกรณีที่ต้องสั่งการให้ ผู้ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติเหมือนกันในสภาพข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน โดยสั่งการเป็นการทั่วไปไว้ล่วงหน้า โดย ไม่ต้องออกคำสั่งมากมายในทันทีเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น ซึ่งอาจทำได้ไม่ทันและผู้ที่เกี่ยวข้องไม่มีโอกาสทำ ความเข้าใจล่วงหน้า กฎทางตุลาการจึงอาจแบ่งเป็น กฎทางกระบวนการพิจารณาและกฎทางการบริหาร ดังนั้น การที่รัฐบาลออกกฎทาง ปกครองและศาลออกกฎทางตุลาการได้จึงเป็นหลักการที่จำเป็นและเหมาะสม

ข้อ ๖ เรื่อง **หลักทั่วไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณา** กำหนดให้นำหลักทั่วไปในการดำเนิน กระบวนการพิจารณา”ระบบไต่สวนที่ดีและเป็นธรรม”มาใช้บังคับ ซึ่งเป็นการกำหนดหลักการที่กว้างขึ้นจาก มาตรา ๒๗ ของกฎหมายแม่บทที่กำหนดให้การพิจารณาคดีให้ใช้ระบบไต่สวนอันเป็นบทบัญญัติเหมือนกับ ที่กำหนดไว้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง วิธีพิจารณาคดีทุจริต เนื่องจากคดีเหล่านี้มีลักษณะเกี่ยวข้องกับ ประโยชน์สาธารณะ ประกอบกับศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในคดีส่วนใหญ่เป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับศาลปกครองซึ่งมีบทบาทเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทางปกครอง จึงเหมาะสมที่จะใช้กระบวนการพิจารณาระบบไต่สวน และนับเป็นครั้งแรกของกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยที่ข้อ ๖ กำหนดไว้เช่นนี้ ส่วนในกฎหมายวิธีพิจารณาความของต่างประเทศ ผู้เขียนยังไม่เคยพบ จึงมีข้อพิจารณาว่า หลักทั่วไปดังกล่าวมีขอบเขตเช่นไร ผู้เขียนเห็นว่า “ระบบไต่สวนที่ดีและเป็นธรรม” หมายความว่า การที่ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้มีความรวดเร็วและไม่ให้คู่กรณีใช้สิทธิทางกระบวนการโดยไม่สุจริต และมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงของคดี สำหรับกระบวนการพิจารณา “ระบบไต่สวนที่ไม่ดีและไม่เป็นธรรม” นั้น น่าจะเป็นลักษณะของกระบวนการพิจารณาระบบไต่สวนที่ค่อนข้างจะมีภาพลบในสมัยก่อน เช่น การพิจารณาโดยไม่เปิดเผยหรือเป็นการลับ การที่ศาลไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ ทำให้มีผลกระทบต่อ “หลักฟังความสองฝ่าย” ตัวอย่างเช่น การที่ศาลมักจะชอบตัดพยานของคู่กรณีโดยอ้างว่า ฟุ่มเฟือยหรือไม่เกี่ยวข้อง กับประเด็นแห่งคดี ซึ่งไม่สมเหตุผล

ข้อ ๑๑ เรื่องละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) กำหนดให้การฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือคำสั่งศาลตามข้อ ๘ ข้อ ๙ (เรื่องการประพฤติตนในศาล) และข้อ ๑๐ (การบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลหรือวิจารณ์โดยไม่สุจริต) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล หลักกฎหมายเรื่องละเมิดอำนาจศาลในต่างประเทศมีข้อแตกต่างกันและมีข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับประเด็นว่าให้อำนาจศาลมากเกินไปหรือไม่ โดยกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์จะกำหนดไว้กว้างขวางเช่นเดียวกับไทย ส่วนกลุ่มประเทศซีวิลลอว์จะมีหลักการที่แคบกว่าโดยจำกัดเฉพาะกรณีที่ผลกระทบทำให้เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาความในมาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง จะสอดคล้องกับหลักการของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

๔. ระบบวิธีพิจารณา

ท่านอาจารย์ ศ. ดร. อมร จันทสมบุรณ์^๑ ได้เคยกล่าวไว้ว่า

“...กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ เป็นจุดบอดจุดหนึ่งของวิชานิติศาสตร์ เพราะการเรียนการสอนวิชา “วิธีพิจารณาความ” ในปัจจุบันของไทย มักจะเป็นการเรียนบทกฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีสบัญญัติในลักษณะของการท่องจำ แต่ไม่ได้ศึกษาในเชิงวิเคราะห์โครงสร้างของวิธีพิจารณาความที่แสดงให้เห็นถึงระบบการถ่วงดุลการใช้อำนาจระหว่างผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐที่อยู่ใน “ขั้นตอน” ต่าง ๆ ของกระบวนการวิธีพิจารณาความ ดังนั้น จึงทำให้นักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายมองไม่เห็น “ปรัชญา

^๑ ศ. ดร. อมร จันทสมบุรณ์, คำนิยมให้แก่ หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม ๑ โดย ศ. (พิเศษ) ดร. วรณชัย บุญบำรุง และ ดร. ธนกฤต วรณชชากุล, (สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๔, ตุลาคม ๒๕๖๖), หน้า ๕ - ๘.

ของการจัดระบบวิธีพิจารณาความ” รวมทั้งเหตุผลของวิวัฒนาการของกระบวนการยุติธรรมในยุคต่าง ๆ และมองไม่เห็นเหตุผลของความแตกต่างในระบบวิธีพิจารณา (ความ) ในคดีแต่ละประเภท...”

กระบวนการพิจารณา (procedure หรือ process) ซึ่งเป็นโครงสร้างของวิธีพิจารณาความนั้น ในทางวิชาการหมายถึงการกระทำหรือการดำเนินการทุกอย่างของกลุ่มความและศาลในคดี ในการศึกษาปรัชญาของการจัดระบบกระบวนการพิจารณาจะแบ่งแยกได้เป็นสองระบบ คือ ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน โดยการจัดระบบดังกล่าวมีข้อพิจารณาในเรื่องนี้สองเรื่อง คือ “นิติสัมพันธ์ทางกระบวนการพิจารณา” และ “บทบาทของผู้มีนิติสัมพันธ์ทางกระบวนการพิจารณา”

เรื่องที่หนึ่ง “นิติสัมพันธ์ทางกระบวนการพิจารณา”

กระบวนการพิจารณาในศาลนับตั้งแต่ที่ศาลรับคำคู่ความหรือคำร้องก่อให้เกิดเป็น “นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ” หรือ “นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน” อันเป็น “ความสัมพันธ์ทางคดี” ระหว่างศาลและคู่ความ(หรือคู่กรณี) และระหว่างโจทก์และจำเลย(หรือผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีในศาลปกครอง หรือผู้ร้องและผู้ถูกร้องในศาลรัฐธรรมนูญ) และเป็น “สิทธิทางมหาชนของปัจเจกชน” ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายวิธีพิจารณาความบังคับทั้งศาลและคู่ความที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยหลักไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่น เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นคนละส่วนแยกต่างหากจาก “นิติสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่หรือส่วนได้เสียทางกฎหมายสารบัญญัติ” ซึ่งเป็นที่มาหรือมูลเหตุของคดี

เรื่องที่สอง “บทบาทของผู้มีนิติสัมพันธ์ทางกระบวนการพิจารณา”

คู่ความมีหน้าที่ต่อศาลในการนำข้อเท็จจริงมาสู่ศาลหรือให้ความร่วมมือกับศาล ในการค้นหาข้อเท็จจริง มีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับศาลในการระบข้อพิพาทข้อโต้แย้งให้เกิดความยุติธรรม มีประสิทธิภาพ และรวดเร็ว และมีสิทธิที่จะได้รับความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน (อันเป็นสิทธิมนุษยชน ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) ไม่ล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายน้อย (อันถือเป็นลักษณะของกระบวนการยุติธรรมที่ดี) จากศาลที่เป็นกลาง ในระหว่างคู่ความกันเองก็มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น มีสิทธิที่จะได้รับสำเนาเอกสารจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิในการต่อสู้คดี หรือสิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน

ข้อแตกต่างระหว่างนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายสารบัญญัติและนิติสัมพันธ์ทางกระบวนการพิจารณา คือ นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายสารบัญญัติก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องกระทำ มิเช่นนั้นอาจถูกรัฐใช้อำนาจรัฐบังคับ ไม่ว่าจะเป็นการถูกบังคับคดีในกรณีเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนและได้มีการฟ้องเป็นคดี หรือรัฐใช้อำนาจโดยไม่ต้องฟ้องคดีในกรณีเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน หรือหน้าที่ของประชาชนที่จะต้องไม่กระทำการฝ่าฝืนการกระทำที่รัฐกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา แต่นิติสัมพันธ์ทางกระบวนการพิจารณาแม้จะมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่ความก็ตามแต่ก็ก่อให้เกิดเพียง “ภาระ” (burden) ระหว่างคู่ความที่จะต้องดำเนินการ เช่น “ภาระการพิสูจน์” ที่เราคุ้นเคยกัน มิเช่นนั้นคู่ความอาจต้องเสี่ยงต่อการเสียประโยชน์ทางคดีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากคู่ความจะดำเนินการ

ตามภาระดังกล่าว คู่ความมี “หน้าที่” (obligation) ที่ต้องไม่ใช่สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริต (abuse of procedure) ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีปกครอง หรือการพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดในคดีอาญา หรือการพิสูจน์ว่ามีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากคู่ความ “ใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริต” ซึ่งเป็นเรื่องเดียวกับ “การใช้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติโดยไม่สุจริต” ก็จะมีผลเป็นการละเมิดนั่นเอง

สำหรับศาลนั้นจะมีผลแตกต่างจากคู่ความ กล่าวคือ ศาลมีหน้าที่ให้ความยุติธรรมแก่คู่ความ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่ความในคดีแพ่งและคดีปกครอง หรือในการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญา หรือในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดีรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่ศาลมีภาระเหมือนกับกรณีของคู่ความข้างต้น แต่เป็น “หน้าที่” ของศาลที่จะต้องใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐอย่างหนึ่ง หลักกฎหมายมหาชนจึงนำมาใช้บังคับกับศาล เช่น ศาลจะต้องใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการที่ศาลไม่ยอมมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้หรือกำหนดไว้ไม่ชัดเจนอาจถือว่าเป็น “การปฏิเสธให้ความยุติธรรม” (justice denied หรือ déni de justice) เนื่องจากการฝ่าฝืน “สิทธิการเข้าถึงความยุติธรรม” (access to justice) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เบลเยียม จึงได้กำหนดบทลงโทษทางอาญา ความรับผิดทางละเมิด รวมทั้งเป็นความผิดทางวินัย เพราะละเมิดจริยธรรมของตุลาการ (เท่าที่ตรวจสอบเรื่องจริยธรรมตุลาการของไทยยังไม่มีกำหนดไว้หรือเคยมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น และตามประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้กำหนดไว้เช่นกัน)

จากนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีการกำหนดบทบาทของศาลและคู่ความ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยสามารถแยกพิจารณาได้เป็น ๒ ระบบ คือ ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน ซึ่งกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์จะนิยมระบบกล่าวหา ส่วนกลุ่มประเทศซีวิลลอว์นิยมระบบไต่สวน ทั้งนี้มีสาเหตุมาจากประวัติศาสตร์ แนวความคิด และรูปแบบของกระบวนการพิจารณา อันเป็นลักษณะที่เป็นเรื่องทางศิลปมากกว่าที่จะเป็นเรื่องทางศาสตร์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความ

วิธีพิจารณาระบบกล่าวหา (adversarial system) และวิธีพิจารณาระบบไต่สวน (inquisitorial system)

หลักการของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนเป็นเรื่องขอบเขตเกี่ยวกับบทบาทศาลและบทบาทคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากกระบวนการพิจารณาใดเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับความต้องการของคู่ความตาม “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (principle of party disposition) แล้ว ศาลไม่มีอำนาจปฏิเสธหรือไม่อนุญาตแล้ว กระบวนการพิจารณานั้นเป็นระบบกล่าวหาเพราะคู่ความมีบทบาท แต่หากกระบวนการพิจารณาใดเป็นเรื่องที่ศาลริเริ่มได้เองหรือต้องได้รับอนุญาตจากศาล กระบวนการพิจารณานั้นเป็นระบบไต่สวนเพราะศาลมีบทบาท นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาว่าวิธีพิจารณานั้นเป็นระบบใด คือ “ระบบการค้นหาความจริง” หากศาลมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง ก็เป็นระบบไต่สวน หากมีแต่คู่ความที่จะค้นหาข้อเท็จจริงเท่านั้น ก็เป็นระบบกล่าวหา

วิธีพิจารณาระบบกล่าวหา เป็นกระบวนการพิจารณาของกลุ่มความที่ฝ่ายหนึ่งกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่ง (อาจพูดได้ว่า ถ้าไม่มีการกล่าวหาที่ไม่มีศาล) และเป็นกระบวนการพิจารณาเอกชนหรือกระบวนการพิจารณาของกลุ่มความ กล่าวคือ กลุ่มความเป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดีและความเป็นไปของคดี ส่วนศาลไม่ได้มีสถานะเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ แต่เป็นบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากกลุ่มความให้ตัดสินคดีหรือเป็นพยานในการต่อสู้คดีของกลุ่มความ โดยศาลมีบทบาทเชิงรับ วางตัวเป็นกลาง กระบวนการพิจารณามีลักษณะสำคัญคือ ใช้หลักกวางา โดยเฉพาะในขั้นตอนการสืบพยาน เป็นการต่อสู้คดีระหว่างกลุ่มความ และกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย เป็นกระบวนการพิจารณาที่นิยมใช้กันในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ รวมทั้งประเทศไทยเนื่องจากได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษตั้งแต่การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในสมัยรัชกาลที่ ๕

ศาลในระบบกล่าวหาจะให้ความสนใจในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายและความถูกต้องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของกลุ่มความในลักษณะเดียวกับกรรมการกีฬา ศาลแทบจะไม่มีการริเริ่มในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือซักถามพยานของกลุ่มความ การยอมรับข้อเท็จจริงตามคำฟ้องของจำเลย ศาลในระบบกล่าวหาจะเชื่อตามนั้น ส่วนศาลในระบบไต่สวน โจทก์โดยเฉพาะในคดีอาญายังจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่

กระบวนการพิจารณาระบบกล่าวหา มักจะประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญสามประการ ประการแรก ศาลจะวางตัวเป็นกลางหรือนิ่งเฉยโดยมีบทบาทในลักษณะเชิงรับ (passive role) ประการที่สอง กลุ่มความซึ่งเป็นทนายความจะเป็นผู้นำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่อศาล และประการที่สาม การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะมีความเคร่งครัดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งอาจส่งผลทำให้มีการได้เปรียบหรือเสียเปรียบรวมทั้งการแพ้ชนะคดีในทางเทคนิคได้ทั้งที่ข้อเท็จจริงของคดีจะได้เปรียบก็ตาม นอกจากนี้ ยังเป็นกระบวนการพิจารณาที่มักจะดำเนินคดีสืบพยานต่อหน้าศาลในขั้นตอนเดียว ในลักษณะที่เป็นการโต้แย้งต่อสู้กันอย่างเปิดเผยระหว่างกลุ่มความจึงเป็นการที่กลุ่มความได้มีโอกาสปกป้องสิทธิประโยชน์ของตนได้อย่างเต็มที่ เป็นกระบวนการพิจารณาที่กลุ่มความเป็นผู้มีบทบาทริเริ่มขั้นตอนต่างๆ ได้เองรวมทั้งกำหนดความเป็นไปหรือการสิ้นสุดของคดี

วิธีพิจารณาระบบไต่สวน “inquisitoire” มาจากภาษาละตินคำว่า “inquirere” แปลว่า ค้นหา, ค้นหา เป็นกระบวนการพิจารณาที่ศาลเป็นผู้กำหนดควบคุมและมีอำนาจในการตัดสินใจในการให้เกิดความยุติธรรม ศาลมีบทบาทในการควบคุมความเป็นไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณา การค้นหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน เป็นกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะค่อนข้างจะมีภาพลบบในอดีต กล่าวคือ ใช้หลักลายลักษณ์อักษรหรือกระบวนการพิจารณาโดยใช้เอกสารเป็นหลัก ไม่ค่อยจะมีการสืบพยานบุคคล กระบวนการพิจารณาโดยลับ ไม่ค่อยจะเป็นการโต้แย้งกันระหว่างกลุ่มความโดยตรง เป็นกระบวนการพิจารณาที่นิยมใช้กันในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

ในระบบไต่สวนก็จะมีลักษณะสำคัญสามประการ กล่าวคือ (๑) ศาลมีบทบาทเชิงรุก (active role) เป็นผู้รวบรวมค้นหาข้อเท็จจริง (๒) โดยมีกลุ่มความเป็นผู้ช่วยศาลคอยให้ความร่วมมือตามที่ศาลสั่ง และ

(๓) หลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณามีลักษณะยืดหยุ่นไม่เคร่งครัดเพราะไม่ต้องการให้มาเป็นอุปสรรคในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือความยุติธรรม

“ระบบไต่สวน” เป็นระบบกฎหมายเกี่ยวกับการค้นหาข้อเท็จจริงของศาลซึ่งมีบทบาทเชิงรุก ตรงกันข้ามกับ “ระบบกล่าวหา” ซึ่งศาลมีบทบาทเชิงรับโดยวางตัวเป็นกลางระหว่างคู่ความ ระบบไต่สวนใช้กันในประเทศระบบชีวิตลอว์ ส่วนระบบกล่าวหาใช้กันในประเทศคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตามในคดีอาญาที่มีโทษเล็กน้อยของประเทศคอมมอนลอว์ก็ใช้ระบบไต่สวน แม้ว่าในเชิงทฤษฎีแล้วระบบดังกล่าวไม่ได้มีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับระบบชีวิตลอว์และระบบคอมมอนลอว์แต่อย่างใด

ศาลในระบบไต่สวนจะมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงของคดีไม่ว่าจะเป็นการซักถามคู่ความหรือพยานของคู่ความ รวมทั้งหากข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอยังไม่เพียงพอ ศาลก็จะเรียกพยานอื่นมาสืบด้วย ศาลในระบบไต่สวนมีบทบาทในการค้นหาความเป็นจริงหรือมุ่งพิสูจน์ความจริงเป็นหลัก เรียกว่าความเป็นจริงที่ใกล้กับความเป็นจริงแท้ หรือ “ความเป็นจริงตามภาวะวิสัย” (objective truth) หรือความเป็นจริงตามเนื้อหา (material truth) กล่าวคือความเป็นจริงที่มาจากข้อเท็จจริงทั้งหมดเท่าที่จะสามารถค้นหาได้ ไม่ใช่ “ความเป็นจริงตามอัตวิสัย” (subjective truth) หรือความจริงตามรูปแบบ (formal truth) อันเป็นความจริงที่จำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงที่มาจาก การพิสูจน์ของคู่ความ อันเป็นความเป็นจริงในระบบกล่าวหาที่เน้นการต่อสู้กันระหว่างคู่ความ ในระบบไต่สวนจึงไม่มีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เคร่งครัด ศาลมีอำนาจและมีอิสระในการรับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดโดยแทบจะไม่มีกำหนดลักษณะพยานหลักฐานที่รับฟังได้หรือห้ามการรับฟังพยานหลักฐาน ความสำคัญอยู่ที่พยานหลักฐานนั้นจะต้องทำให้ศาลมีความเชื่อมั่นหรือเชื่อถือเท่านั้น จึงอาจสรุปได้ว่าศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่มีข้อบกพร่องได้ เช่น พยานบอกเล่า แต่พยานหลักฐานดังกล่าวศาลอาจรับฟังด้วยความระมัดระวังและให้น้ำหนักน้อยเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้รับฟังข้อเท็จจริงรอบด้าน ส่วนศาลในระบบกล่าวหาจะถูกจำกัดบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง การรับฟังพยานหลักฐานมีข้อจำกัดโดยมี บทคัดพยาน (exclusionary rules) เนื่องจากใช้ระบบลูกขุนในการรับฟังข้อเท็จจริงไม่ใช่ผู้พิพากษาอาชีพ จึงอาจไม่เชี่ยวชาญในการรับฟังพยานหลักฐานบางอย่างที่บกพร่อง ถึงแม้ในปัจจุบันบางประเทศในระบบคอมมอนลอว์จะไม่ได้ใช้ระบบลูกขุนแล้วก็ตาม แต่หลักการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวก็ยังคงไม่เปลี่ยนแปลง

กล่าวโดยสรุป ความหมาย ขอบเขต รูปแบบ และหลักการที่แท้จริงของระบบไต่สวนจึงพิจารณาจากบทบาทของศาลในคดีเป็นสำคัญ ซึ่งการดำเนินคดีในศาลสามารถแบ่งได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนแรกคือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการค้นหาข้อเท็จจริง ซึ่งเรียกว่า “ระบบการค้นหาข้อเท็จจริง” และส่วนที่สอง การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้องกับการค้นหาข้อเท็จจริง โดยหลักแล้วอย่างน้อยศาลย่อมมีบทบาทและหน้าที่ในส่วนที่สอง เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการที่จะต้องบังคับให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน จึงมีลักษณะบังคับทั้งคู่ความและศาล รวมทั้งผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี ที่จะต้องปฏิบัติตาม บทบาทนี้เรียกว่า “บทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณา” ซึ่งอาจจะเปรียบเทียบการดำเนินคดีย่อมมีกฎเกณฑ์กติกาเช่นเดียวกับการแข่งขัน

กีฬา ศาลจึงทำหน้าที่เหมือนกรรมการกีฬา ส่วนบทบาทแรกเรียกว่า “บทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง” ศาลในประเทศสวิตเซอร์แลนด์จะมี “บทบาทเชิงรุก”(active role) ทั้งสองส่วน จึงเป็นระบบไต่สวน ส่วนศาลในประเทศคอมมอนลอว์แต่เดิมจะมี “บทบาทเชิงรับ”(passive role) ทั้งสองส่วน จึงเป็นระบบกล่าวหา แม้ว่าตั้งแต่ขึ้นสหัสวรรษใหม่ จะเริ่มมีบทบาทในส่วนที่สองมากขึ้นก็ตามก็ยังคงเป็นระบบกล่าวหา เพราะการควบคุมกระบวนการพิจารณาเป็นบทบาทและหน้าที่ตามปกติธรรมดาที่ควรจะเป็นอยู่แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าจุดแบ่งที่สำคัญจึงเป็นเรื่องบทบาทศาลในการค้นหาข้อเท็จจริง

ปัจจัยที่เป็นตัวกำหนดระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา

การที่จะพิจารณาว่าวิธีพิจารณาระบบไต่สวนหรือระบบกล่าวหาจะเหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพกับการดำเนินคดีประเภทใดมีปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณาอยู่สองปัจจัย คือ (๑) จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายของคดี (๒) ลักษณะของคดี ลักษณะของกลุ่มความ ลักษณะของศาล รวมทั้งสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของประเทศ

(๑)จุดประสงค์กฎหมายวิธีพิจารณาความ คดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง จะมีจุดประสงค์ที่แตกต่างกันออกไป ระบบวิธีพิจารณาจึงจำเป็นต้องแตกต่างกัน

คดีแพ่ง รัฐมีนโยบายหรือจุดประสงค์ที่จะให้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่รัฐได้กำหนดขึ้นเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการที่เอกชนซึ่งถือว่ามิสถานะเท่าเทียมกันมีนิติสัมพันธ์กันทางแพ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเพื่อให้สิทธิต่าง ๆ ในทางแพ่งของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนสามารถบังคับใช้เป็นรูปธรรมในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าว เพื่อป้องกันไม่ให้เอกชนใช้กำลังบังคับกันเอง อันจะทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง คดีแพ่งมีจุดประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันของการดำรงอยู่ซึ่งความสงบเรียบร้อยทางกฎหมายในส่วนที่เป็นกฎหมายแพ่ง สิทธิของผู้ทรงสิทธิทางแพ่งในการที่จะมีการบังคับตามสิทธิโดยรัฐยังเป็น “สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม” (access to justice) ที่ได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ระบบกล่าวหาจะเหมาะสมกับคดีแพ่ง รัฐโดยศาลจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามามีบทบาทแทรกแซงการใช้บทบาทของกลุ่มความแต่อย่างใด โดยในระบบสวิตเซอร์แลนด์ ในฝรั่งเศสเรียกว่า (le principe dispositif) กล่าวคือ กลุ่มความเป็นผู้มีบทบาทในการความเป็นไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณา ส่วนศาลวางตัวเป็นกลาง ซึ่งในระบบคอมมอนลอว์ก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน ขอบเขตหรือวัตถุแห่งคดีมาจากข้อกล่าวอ้างและข้อต่อสู้ของโจทก์และจำเลย และมีผลเป็นการผูกมัดศาลที่จะต้องมีการพิพากษาคำพิพากษาตามวัตถุแห่งคดีเท่านั้น จะพิพากษาน้อยหรือเกินกว่าไม่ได้ และกลุ่มความมีอิสระที่จะทำให้คดีสิ้นสุดลงก่อนที่จะศาลจะพิพากษาคดีได้ เช่น การถอนฟ้อง การตกลงประนีประนอมยอมความ

อย่างไรก็ตาม จุดประสงค์ของคดีแพ่งเฉพาะ เช่น คดีมโนสาเร่ คดีแบบกลุ่ม คดีผู้บริโภค คดีแรงงาน คดีล้มละลาย รัฐยังมีจุดประสงค์เพิ่มเติมอีกไม่ว่าจะเป็นเรื่องการคุ้มครองผู้ด้อยโอกาสหรือคุ้มครองสังคม ในคดีแรงงานและคดีผู้บริโภค คุ้มครองสมาชิกกลุ่มในคดีแบบกลุ่ม หรือเรื่องป้องกันปัญหาทางเศรษฐกิจในคดี

คล้ายคล้าย รัฐโดยศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามามีบทบาทเพื่อบำบัดการให้เป็นไปตามจุดประสงค์ดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลทำให้มีการเพิ่มระบบไต่สวนมากขึ้น แตกต่างไปจากคดีแพ่งทั่วไป

คดีอาญา รัฐมีนโยบายหรือจุดประสงค์ที่จะให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการค้นหาความจริงเพื่อหาผู้กระทำความผิดและเพื่อคุ้มครองสิทธิการต่อสู้คดีของผู้ต้องหาและจำเลย กล่าวอีกนัยหนึ่ง เพื่อคุ้มครองประชาชนผู้บริสุทธิ์และค้นหาผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และดูเหมือนจะให้ความสำคัญกับเรื่องการคุ้มครองประชาชนผู้บริสุทธิ์ยิ่งกว่าการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จากนโยบายหรือจุดประสงค์ดังกล่าวของรัฐ จึงส่งผลต่อการกำหนดหลักการต่าง ๆ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่า (ผู้ต้องหาและจำเลย) เป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) (ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง และรัฐธรรมนูญของไทยก็รับรองให้เป็นสิทธิของปวงชนชาวไทย และมีผลทำให้ผู้ที่กล่าวหาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดมีภาระการพิสูจน์) หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย (*in dubio pro reo*) และมีคำกล่าวของนักกฎหมายอังกฤษที่นักกฎหมายไทยนำมายึดถือที่ว่า “ปล่อยคนผิดสิบคน ดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์หนึ่งคน” หลักการพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยอันควร (proof beyond reasonable doubt) หลักเรื่องคำรับสารภาพของจำเลยไม่มีผลเป็นการผูกมัดศาล หลักต่าง ๆ ดังกล่าวมีความสอดคล้องและสัมพันธ์กัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองป้องกันไม่ให้เกิดความผิดพลาดลงโทษผู้บริสุทธิ์ รัฐจึงต้องระมัดระวังให้คำพิพากษาคดีอาญาสอดคล้องกับความเป็นจริง ดังนั้น ระบบไต่สวนจึงเหมาะสมและช่วยให้รัฐโดยพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล มีบทบาทในการดำเนินคดีมากกว่าคู่ความ อย่างไรก็ตาม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแม้จะกำหนดบทบาทของรัฐดังกล่าวไว้มากอันเป็นระบบไต่สวน แต่ในทางปฏิบัติไม่ค่อยจะมีการใช้บทบาทดังกล่าวเท่าใดนัก

คดีปกครอง รัฐมีนโยบายหรือจุดประสงค์เพื่อให้กฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองเป็นมาตรการหรือกลไกของศาลปกครองใน “การทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง” ซึ่งการที่รัฐสร้างมาตรการหรือกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรืออำนาจของฝ่ายบริหารโดยอำนาจฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร อันเป็นกระบวนการที่ “รัฐตรวจสอบการใช้อำนาจของตนเอง” นั้น มีที่มาจาก “หลักนิติรัฐ” ในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีระบบการปกครองโดยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจของรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกรอบหรือขอบเขตที่รัฐได้กำหนดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของตนเอง (Auto-Limitation) กล่าวโดยสรุป เนื่องจากตามหลักกฎหมายมหาชนที่ถูกกำหนดขึ้นตามหลักนิติรัฐ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาล ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงเป็นมาตรการหรือกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐที่เป็นฝ่ายปกครอง อันเป็นส่วนหนึ่งของเรื่อง “การควบคุมการใช้อำนาจรัฐ” หลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่ได้รับผลกระทบให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐนั่นเอง จากนโยบายหรือจุดประสงค์ดังกล่าวของรัฐ

รวมทั้งลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวของคดีปกครอง รัฐจึงเห็นว่าระบบไต่สวนจะเป็นการอำนวยความสะดวกอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากที่สุด โดยศาลปกครองจะมีบทบาทมากในการค้นหาข้อเท็จจริง

คดีรัฐธรรมนูญ โดยที่กฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและกฎหมายมหาชนนั้น กำหนดหลักการหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของรัฐ การจัดองค์กรของรัฐซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายมหาชน รวมทั้งการมีส่วนร่วมของประชาชนในทางกฎหมายมหาชน ตามมาตรา ๒๑๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ จึงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจที่สำคัญอยู่สองด้าน คือ การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และอีกด้านหนึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย จากหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว รัฐจึงมีนโยบายหรือจุดประสงค์เพื่อให้กฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญเป็นมาตรการหรือกลไกของศาลรัฐธรรมนูญใน “การทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้หน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งการที่รัฐสร้างมาตรการหรือกลไกในการควบคุมตรวจสอบการใช้หน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยอำนาจฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น อันเป็นกระบวนการที่ “รัฐตรวจสอบการใช้อำนาจของตนเอง” นั้น มีที่มาจาก “หลักนิติรัฐ” ในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีระบบการปกครองโดยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจของรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกรอบหรือขอบเขตที่รัฐได้กำหนดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของตนเอง (Auto-Limitation) กล่าวโดยสรุป เนื่องจากตามหลักกฎหมายมหาชนที่ถูกกำหนดขึ้นตามหลักนิติรัฐ การใช้หน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาล ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญจึงเป็นมาตรการหรือกลไกในการตรวจสอบการใช้หน้าที่และอำนาจของรัฐที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นส่วนหนึ่งของเรื่อง “การควบคุมการใช้อำนาจรัฐ” หลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐนั่นเอง

(๒) ลักษณะคดี ลักษณะคู่ความ และลักษณะศาล ของกฎหมายวิธีพิจารณาความ

คดีแพ่ง มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

“ลักษณะคดี” คดีแพ่งเป็นเรื่องประโยชน์ของเอกชน คู่ความซึ่งเป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงของข้อพิพาทมากกว่าศาลสมควรที่จะมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อปกป้องรักษาสิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติด้วยตนเอง ศาลไม่จำเป็นที่จะต้องเข้าไปแทรกแซง เพราะการแพ้ชนะคดีไม่ได้มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคม ดังนั้น การค้นหาข้อเท็จจริงจึงเป็นเรื่องของคู่ความ อันเป็นไปตามภาษิตกฎหมายลาตินที่ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล” (*Da mihi factum, dabo tibi jus*) คู่ความฝ่ายใดพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ศาลเชื่อฟังเป็นยุติมากกว่า ศาลก็พิพากษาคดีให้คู่ความฝ่ายนั้นชนะ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีแพ่งจึงใช้หลักว่าพยานหลักฐานฝ่ายใดมีน้ำหนัก

มากกว่ากัน (preponderance) เพราะแม้ศาลจะพิพากษาคดีที่กระทบเพียงประโยชน์ของเอกชน) รวมทั้ง ขอบเขตและความเป็นไปของคดี เช่น การยอมรับข้อเท็จจริง การประนีประนอมยอมความ การถอนฟ้อง

“ลักษณะคู่ความ” คู่ความเป็นเอกชนด้วยกันจึงมีสถานะเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี ศาลจึงไม่ จำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อช่วยเหลือหรือคุ้มครอง คู่ความฝ่ายใด

“ลักษณะของศาล” ศาลในคดีแพ่งเป็นเพียงผู้ควบคุมให้คู่ความมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่เพื่อ ปกป้องรักษาสิทธิของตนเองตามกฎหมายสารบัญญัติ อันเป็นไปตามหลักฟังความสองฝ่าย เพื่อที่ศาลจะ สามารถมีคำพิพากษาบังคับตามสิทธิของกฎหมายสารบัญญัติให้เป็นรูปธรรมเท่านั้น

จากลักษณะดังกล่าวของคดีแพ่ง รัฐจึงเห็นว่าระบบวิธีพิจารณาที่น่าจะเป็นการอำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้กับประชาชนเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของคดีแพ่งได้เหมาะสมที่สุด คือ “ระบบกล่าวหา” กล่าวคือ คู่ความมีบทบาทมากกว่าศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเริ่มต้นคดี ขอบเขตของคดี การค้นหาข้อเท็จจริง การยอมรับข้อเท็จจริง การดำรงคงอยู่ของคดี การสิ้นสุดของคดีที่ไม่ใช่การพิพากษาคดี ไม่จะเป็นเรื่องการ ทิ้งฟ้อง การถอนฟ้อง หรือการตกลงประนีประนอมยอมความรวมทั้งการห้ามพิพากษาคดีเกินคำขอของ คู่ความ เป็นต้น

คดีอาญา มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

“ลักษณะคดี” คดีอาญามีลักษณะคดีที่เป็น “ประโยชน์สาธารณะ” เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็น กฎหมายมหาชน (ในวงการวิชาการยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่) เพราะนอกจากผู้เสียหายแล้วสังคมจะได้รับความ เสียหายไปด้วย โดยรัฐกำหนดห้ามการกระทำความผิดหรือการกระทำของประชาชน หากมีการฝ่าฝืน รัฐได้ กำหนดสภาพบังคับโดยการลงโทษจำคุกหรือปรับทางอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การลงโทษของรัฐจึง มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์ของสังคม ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย รัฐจึงมีผลประโยชน์ในการที่จะ ลงโทษผู้กระทำความผิดและในการปล่อยตัวผู้บริสุทธิ์

“ลักษณะคู่ความ” ผู้ต้องหาและจำเลยไม่มีความเท่าเทียมกับพนักงานสอบสวนและพนักงาน อัยการในการค้นหาข้อเท็จจริง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและเครื่องมือในการค้นหาข้อเท็จจริง ต่างกับ ผู้ต้องหาและจำเลยที่ต้องพึ่งพาความรู้และความเชี่ยวชาญของทนายความ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับคดี ปกครอง

“ลักษณะของศาล” บทบาทของศาลเป็นผู้ทำหน้าที่แทนรัฐ (รวมทั้งพนักงานสอบสวนและ พนักงานอัยการ) เพื่อให้เป็นไปตามนโยบายและจุดประสงค์ดังกล่าวในตอนต้น จึงมีบทบาทที่แตกต่างจาก ศาลในคดีแพ่ง โดยศาลควรมีบทบาทเชิงรุกในการค้นหาข้อเท็จจริงของคดี

จากลักษณะดังกล่าวของคดีอาญา นักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์จึงเห็นว่า ระบบ กระบวนการพิจารณาที่น่าจะเป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับประชาชนได้เหมาะสมเพื่อให้สอดคล้องกับ ลักษณะดังกล่าว คือ “ระบบไต่สวน” กล่าวคือ ศาลมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับศาลในคดี ปกครอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้ให้นระบบไต่สวนมากำหนดไว้ด้วยเช่นกัน ไม่ว่า

จะเป็นมาตรา ๑๓๑ ที่กำหนดให้พนักงานสอบสวน “ค้นหาข้อเท็จจริง” เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา (โดยหลักการเรื่อง “พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา” ได้เพิ่มขึ้นมาเมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๙) ส่วนบทบาทผู้พิพากษาในการค้นหาข้อเท็จจริงนั้น มาตรา ๑๕ ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๖ วรรคสาม กำหนดให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานมาสืบได้เอง แต่เป็นที่น่าผิดหวังว่าในทางวิชาการและทางปฏิบัติกลับมีแนวโน้มที่จะเข้าใจและใช้วิธีพิจารณาที่ค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ส่งผลให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลในทางปฏิบัติ เปรียบเสมือนเป็นบทบัญญัติที่ตายแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงบริบทของสภาพเศรษฐกิจและสังคมของไทย ที่คนส่วนใหญ่โดยเฉพาะผู้ที่มิร่ำรวยได้น้อยหรือผู้ด้อยโอกาสยังไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ดีแม้ว่ารัฐจะพยายามอย่างเต็มที่แล้วก็ตาม ซึ่งสภาพการณ์ดังกล่าวก็เป็นที่น่าประจักษ์กันดี ไม่เช่นนั้นจะไม่มีคำกล่าวที่ว่า “คนจนผู้บริสุทธิ์เป็นแพะติดคุก คนรวยกระทำความผิดพ้นคุก” จึงเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ในชั้นสอบสวนและการดำเนินคดีในศาล) ควรใช้รูปแบบที่ค่อนข้างไปทางระบบไต่สวน ซึ่งการที่พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และผู้พิพากษามีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง ย่อมจะช่วยให้ความผิดพลาดในการลงโทษผู้บริสุทธิ์มีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อย และจะสอดคล้องกับนโยบายหรือจุดประสงค์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

คดีปกครอง มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

“ลักษณะคดี” คดีปกครองเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากปัญหาของคดีเป็นเรื่องการทำให้เกิดความสมดุลขึ้นในสังคมระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายผู้ถูกปกครอง โดยปัจจัยพื้นฐานที่จะช่วยให้เกิดสมดุลดังกล่าวก็คือ การที่มีบทสันนิษฐานว่า “ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามที่จำเป็นภายในกรอบผลประโยชน์โดยทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย” ดังนั้น หากมีการกล่าวอ้างว่ามีการฝ่าฝืนหรือข้อโต้แย้งต่อบทสันนิษฐานดังกล่าวอันทำให้ความสมดุลได้รับผลกระทบ การตัดสินคดีย่อมจะก่อให้เกิดความสมดุลกลับคืนมาอันเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ

“ลักษณะคู่กรณี” คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครอง จึงมีสถานะไม่เท่าเทียมกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง เนื่องจากนิติสัมพันธ์ทางปกครองที่เกิดขึ้นไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันเช่นการผูกพันนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามกฎหมายเอกชน โดยทั่วไปเป็นเรื่องฝ่ายปกครองออกกฎหรือออกคำสั่งเองเพียงฝ่ายเดียว อีกทั้งกระบวนการพิจารณาและเอกสารที่เกี่ยวข้องเกือบทั้งหมดในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองจะอยู่ในความครอบครองหรือรับรู้ของฝ่ายปกครอง ในการต่อสู้คดีจึงเป็นการยากที่คู่กรณีที่เป็นเอกชนจะสามารถเข้าถึงพยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง การบังคับใช้หลักการการพิสูจน์ที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นเป็นผู้มีหน้าที่พิสูจน์” อย่างเคร่งครัดแต่เพียงอย่างเดียวจึงไม่เกิดความเป็นธรรม เพราะคู่กรณีที่เป็นเอกชนไม่มีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ตาม “หลักฟังความสองฝ่าย” ศาลจึงจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อช่วยเหลือหรือคุ้มครองคู่กรณีที่เป็นเอกชน

“ลักษณะของศาล” ศาลปกครองไม่ได้เป็นเพียงผู้ควบคุมให้คู่กรณีมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่เพื่อปกป้องรักษาสิทธิของตนเองตามกฎหมายสารบัญญัติ อันเป็นไปตามหลักฟังความสองฝ่าย เพื่อให้ศาลจะสามารถมีคำพิพากษาบังคับตามสิทธิของกฎหมายสารบัญญัติให้เป็นรูปธรรมเหมือนกับศาลในคดีแพ่งเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันเป็นนโยบายของรัฐตามที่ได้กล่าวข้างต้น โดยรัฐยังมีจุดประสงค์ที่จะให้ศาลปกครองเป็นผู้ปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐและประโยชน์ของปัจเจกชนหรือเป็นผู้ที่ทำให้เกิดความสมดุลหรือการประนีประนอมระหว่างประโยชน์ทั้งสองดังกล่าวอันเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชนด้วย จุดประสงค์หลังนี้จึงเหมือนกับจุดประสงค์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ต้องการให้เจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และผู้พิพากษา) ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐต้องใช้ดุลพินิจในการปกป้องความปลอดภัยของสังคมอันเป็นประโยชน์สาธารณะกับคุ้มครองเสรีภาพหรือประโยชน์ของเอกชน

คดีรัฐธรรมนูญ มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

“ลักษณะคดี” คดีรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะไม่ใช่ประโยชน์ คือ การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับเกี่ยวกับหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและอีกด้านหนึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้เป็นไปตามลักษณะคดี

“ลักษณะคู่กรณี” คดีรัฐธรรมนูญมีทั้งคดีที่บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นเอกชนเป็นผู้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งผู้ถูกร้องอาจเป็น จึงมีสถานะไม่เท่าเทียมกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่เป็นองค์กรของรัฐ หรืออาจเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

“ลักษณะของศาล” ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นเพียงผู้ควบคุมให้คู่กรณีมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่เพื่อปกป้องรักษาสิทธิของตนเองตามกฎหมายสารบัญญัติ อันเป็นไปตามหลักฟังความสองฝ่าย เพื่อให้ศาลจะสามารถมีคำวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติให้เป็นรูปธรรมเหมือนกับศาลในคดีแพ่งเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และอีกด้านหนึ่งยังมีบทบาทการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย อันเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้เป็นไปตามลักษณะของศาล

กล่าวโดยสรุป จากจุดประสงค์หรือนโยบายของรัฐของกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งสามประเภทที่ได้กล่าวมา คือ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณา

ความอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง และกฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญ อาจสรุปได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาคดีเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นการพิพากษา เรื่องหนึ่งในคดีแพ่ง เรื่องการกระทำความผิดในคดีอาญา เรื่องความชอบด้วยกฎหมายด้วยกฎหมายของคำสั่ง ทางปกครองในคดีปกครอง หรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือการใช้หน้าที่และอำนาจของรัฐ รูปแบบของวิธีพิจารณาในแต่ละคดีจะแตกต่างกันไปตามจุดประสงค์ของรัฐ ในการแก้ไขปัญหาคดีประเภทดังกล่าว และยังคงสอดคล้องและเหมาะสมกับลักษณะต่าง ๆ ของคดีด้วย คือ ลักษณะคดี ลักษณะคู่ความ และลักษณะของศาล

กฎหมายวิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการเรื่องระบบไต่สวนไว้ตามมาตรา ๒๗ ดังนี้

“มาตรา ๒๗ การพิจารณาคดีให้ใช้ระบบไต่สวน โดยให้ศาลมีอำนาจค้นหาความจริงไม่ว่าจะเป็น คุณหรือเป็นโทษแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ และในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐาน ได้ทุกประเภท เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติห้ามรับฟังไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าการไต่สวนพยานหลักฐานนั้นจะมี ข้อผิดพลาดคลาดเคลื่อนไปจากขั้นตอน วิธีการ หรือกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าศาลให้โอกาสแก่ คู่กรณีในการนำสืบพยานหลักฐานหักล้างแล้ว ก็ให้ศาลรับฟังได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องตรง ตามความจริงที่เกิดขึ้นในคดีนั้น

การพิจารณาของศาลต้องเป็นไปโดยรวดเร็วตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนี้และข้อกำหนดของศาล

ในการปฏิบัติหน้าที่ ศาลมีอำนาจเรียกเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากบุคคลใดหรือเรียก บุคคลใดมาให้อ่านคำ ตลอดจนขอให้หน่วยงานของรัฐหรือพนักงานสอบสวนดำเนินการใดเพื่อประโยชน์ แห่งการพิจารณาได้”

จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่าได้มีการเรื่องระบบไต่สวนไว้ชัดเจน และให้ศาลมีบทบาทรับฟัง พยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่เพื่อให้ได้ “ความจริงตามภาวะวิสัย” และเรื่องการไม่เคร่งครัดในขั้นตอนหรือ รูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในระบบไต่สวนตามที่ได้กล่าว ข้างต้น นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่กำหนดบทบาทศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมกระบวนการพิจารณา เช่น มาตรา ๓๑ เรื่องการยื่นและขยายระยะเวลา มาตรา ๓๘ เรื่องการควบคุมการพิจารณาคดี ข้อ ๘ เรื่องการ ประพฤติตนในศาล ข้อ ๙ เรื่องการควบคุมการพิจารณาคดี ข้อ ๑๒ เรื่องการไล่ออกจากศาล