

บทที่ 3

การเปิดเผยพยานหลักฐานตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ในบทนี้จะกล่าวถึงการเปิดเผยพยานหลักฐานตามกฎหมายต่างประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยศึกษาการเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาและระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยศึกษาการเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน รวมถึงการเปิดเผยพยานหลักฐานในกฎหมายไทยดังจะกล่าวต่อไป

3.1 การเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศที่เลือกศึกษา

3.1.1 การเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาในระบบกล่าวหา

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกามีกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนวันสืบพยาน เรียกว่า กระบวนการ pre-trial discovery¹ ซึ่งเป็นกระบวนการที่พยายามขจัดความล่าช้าของการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยการจำกัดขอบเขตของปัญหาข้อเท็จจริงและประเด็นข้อพิพาทในคดีหรือเป็นการตัดทอนประเด็นข้อพิพาทในคดีให้น้อยลงเนื่องจากไม่ต้องใช้เวลาในการดำเนินคดีทั้งคดีมากเกินไป กระบวนการ pre-trial discovery เป็นการค้นหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานเพื่อการตัดทอนพยานหลักฐานบางอย่างที่คู่ความนำมาเสนอแล้วศาลเห็นว่าพยานหลักฐานในเรื่องนั้นไม่ได้เป็นประเด็นในการโต้เถียงกันอย่างแท้จริงซึ่งจุดมุ่งหมายของกระบวนการนี้เป็นไปตามหลักการการทำให้กระบวนการพิจารณากระชับ (principle of concentration) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้กระบวนการพิจารณาสามารถดำเนินไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่ากระบวนการ pre-trial discovery ทำให้ 90 เปอร์เซ็นต์ของคดีแพ่งขึ้นไม่ถึงชั้นพิจารณา (trial) ซึ่งต้องพิจารณาควบคู่ไปกับหลักโต้แย้งหรือคัดค้านต่อคู่คดี (principle of party contradiction) ที่มุ่งเน้นถึงความยุติธรรมโดยมีหลักการที่สำคัญคือ

¹ ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกระบวนการพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial) เป็นกระบวนการก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาคดีในชั้นศาล ผู้พิพากษาจะให้คู่ความเจรจาตกลงกันก่อนในขั้นนี้ ซึ่งขั้นตอนนี้เรียกว่า Discovery Process คือ ผู้พิพากษาจะสั่งให้คู่ความนำพยานหลักฐานที่มีอยู่มาโต้แย้งกัน กระบวนการดังกล่าวคู่ความจะดำเนินการเองไม่ใช่กระบวนการที่ต้องกระทำต่อหน้าศาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงว่าเอกสารที่กล่าวอ้างนั้นมีอยู่จริง เพื่อบันทึกไว้เป็นทางการและเพื่อหลีกเลี่ยงความล่าช้าในชั้นการพิจารณาคดี กระบวนการดังกล่าวจะมีการบันทึกรายละเอียดไว้เพื่อเป็นพยานหลักฐานที่สามารถนำเสนอต่อศาลได้ ในทางปฏิบัติจะมีการบันทึกเทปการดำเนินการดังกล่าวไว้โดยจะมีศาลเป็นผู้จัดประเด็นพิพาทที่ยุติแล้ว

การที่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะต้องทราบข้อเท็จจริงที่คู่ความอีกฝ่ายกล่าวอ้างมาและมีโอกาสโต้แย้งได้ ดังนั้น คู่ความแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายตนอ้าง เพื่อที่จะทำให้ คู่ความแต่ละฝ่ายสามารถที่จะต่อสู้ทุกประเด็นของคดีได้ ในสหรัฐอเมริกาจึงมีกระบวนการ discovery ซึ่งแม้จะมี รายละเอียดที่แตกต่างกันอยู่บ้างแต่มีวัตถุประสงค์หลักที่เหมือนกันคือ ต้องการให้คู่ความแต่ละฝ่ายได้ ทราบข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อที่จะได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านหรือต่อสู้คดี ได้อย่างเต็มที่

3.1.1.1 หลักการทั่วไป

หลักการสำคัญของการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในคดีแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏอยู่ในข้อ 26 (b)(1) ซึ่งได้ให้ความหมายของขอบเขตการเปิดเผยข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณาคดีไว้ดังนี้

“เว้นแต่เป็นเรื่องที่ถูกจำกัดไว้โดยคำสั่งศาลตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดนี้ ขอบเขตการเปิดเผยข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณาคดีให้เป็นไปดังนี้ คู่ความอาจได้รับการเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีก่อนการพิจารณาคดีก็ได้ ไม่ว่าเรื่องนั้นจะเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ของคู่ความฝ่ายใดก็ตาม รวมถึงการเปิดเผยข้อเท็จจริงเพื่อให้ทราบถึงการมีอยู่ รายละเอียด ลักษณะ การครอบครองดูแล เงื่อนไขและสถานที่ตั้งของหนังสือ เอกสาร หรือวัสดุ สิ่งของ รวมถึงการระบุตัวบุคคลและสถานที่อยู่ของบุคคล ซึ่งมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่จะมีการเปิดเผยนั้นและศาลอาจมีคำสั่งให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีก็ได้ อย่างไรก็ดี แม้ข้อเท็จจริงที่จะมีการเปิดเผยนั้นจะไม่สามารถรับฟังได้ในชั้นพิจารณาคดีก็ตาม ก็ไม่ถือเป็นข้ออ้างที่จะคัดค้านการเปิดเผยข้อเท็จจริงหากสามารถคาดได้อย่างสมเหตุสมผลได้ว่าข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นจะนำไปสู่การเปิดเผยพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้

ทั้งนี้การเปิดเผยข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณาคดีดังกล่าว อยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กำหนดไว้ในข้อ 26 (b)(2)(i),(ii),(iii)”²

² Rule 26 (b)(1) Discovery Scope and Limits.

Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim of defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter in volved in the action.

3.1.1.2 การเปิดเผยข้อมูล³

การเปิดเผยข้อมูลในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นไปตาม the federal rules of civil procedure มาตรา 26(b)(1) ซึ่งวางหลักการสำคัญคือ คู่ความอาจค้นหาข้อมูล (discover information) ที่เกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในประเด็นข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ใดๆ เว้นแต่เป็นเรื่องที่ได้รับการยกเว้นเป็นพิเศษ จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกพิจารณาองค์ประกอบของมาตรา 26 (b)(1) ได้ดังนี้คือ

- (1) ใช้กับการเปิดเผยข้อมูลทุกกรณีแต่ไม่ใช้กับกรณีเปิดเผยข้อมูลโดยกฎหมาย
- (2) ข้อมูลที่เปิดเผยต้องเกี่ยวข้องกับประเด็นไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีฝ่ายใดก็ได้
- (3) ข้อมูลที่เปิดเผยอาจไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นพยานในศาลก็ได้
- (4) ข้อมูลการเงินโดยปกติแล้วถือว่าไม่เกี่ยวข้องกับประเด็น เว้นแต่กรณีค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ การประกันภัย
- (5) เอกสิทธิ์เป็นข้อมูลที่ไม่อาจเปิดเผยได้ แม้จะเกี่ยวข้องกับประเด็น เช่น ความลับของลูกความ

3.1.1.3 ขั้นตอนการเปิดเผยพยานหลักฐาน

การเปิดเผยข้อมูลโดยปกติแล้ว จะเริ่มต้นภายหลังการยื่นคำให้การของจำเลยแล้วไม่นาน และดำเนินต่อไปจนเกือบจะเริ่มมีการสืบพยานในศาล ขั้นตอนต่างๆ ในการเปิดเผยพยานหลักฐานมีดังต่อไปนี้คือ

1. ขั้นตอนการประชุมร่วมกัน (discovery conference)

ขั้นตอนนี้เป็นการประชุมเพื่อหารือกันเกี่ยวกับการดำเนินคดี การประชุมต้องดำเนินการเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ การประชุมจะเป็นการหารือเรื่องคำฟ้องและคำให้การของแต่ละฝ่าย นอกจากนี้ยังมีการหารือความเป็นไปได้ที่จะมีการระงับข้อพิพาทกัน หากยังไม่สามารถที่จะตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ คู่ความต้องเตรียมแผนในการเปิดเผยข้อมูล (discovery plan) โดยแผนดังกล่าวจะมีเนื้อหาที่จะต้องมีการเปิดเผยข้อมูล ระยะเวลาและรูปแบบของการเปิดเผยข้อมูลทั้งการเปิดเผย

Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonable calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26 (b)(2)(i),(ii),(iii).

³ ธวัชชัย สุวรรณพานิช และคณะ, โครงการพัฒนาระบบการเปิดเผยพยานหลักฐานในคดีแพ่งมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพระบบการนั่งพิจารณาคดีต่อเนื่องและครบองค์คณะ, รายงานผลการวิจัย, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), น.114.

แบบบังคับและการเปิดเผยโดยสมัครใจในขั้นตอนนี้คู่ความอาจทำความตกลงกันเป็นอย่างอื่น เรื่องระยะเวลาหรือข้อจำกัดที่กำหนดในกฎหมาย ขั้นตอนการประชุมร่วมกันนั้นถือว่ามีความสำคัญมาก เพราะการเปิดเผยข้อมูลอย่างเป็นทางการจะเริ่มต้นได้เมื่อมีการประชุมร่วมกันแล้วเท่านั้น

2. ขั้นตอนการเริ่มเปิดเผยข้อมูล (initial disclosure)

เมื่อมีการประชุมร่วมกันแล้วขั้นตอนต่อไปจึงจะมีการเริ่มเปิดเผยข้อมูล ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นการเปิดเผยข้อมูลอย่างบังคับ (mandatory disclosure) ตาม federal rules of civil procedure 26 (1)

3. ขั้นตอนการเปิดเผยข้อมูลโดยความต้องการของคู่ความ (party initiated discovery)

เมื่อการเปิดเผยข้อมูลอย่างบังคับเสร็จสิ้นลงคู่ความจึงอาจส่งคำขอให้คู่ความอีกฝ่ายหรือพยานเพื่อขอข้อมูล ขั้นตอนนี้ดังกล่าวอาจใช้เวลานานโดยเฉพาะคดีที่มีพยานหรือข้อมูลมาก

4. การเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนสืบพยาน (pretrial disclosure)

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการก่อนการสืบพยานเป็นขั้นตอนที่ใกล้จะเริ่มมีการสืบพยาน คู่ความต้องเปิดเผยข้อมูลของพยานผู้เชี่ยวชาญ และพยานหลักฐานอื่นที่จะนำสืบในชั้นศาล

3.1.1.4 วิธีการเปิดเผยข้อมูล

the federal rules of civil procedure กำหนดการเปิดเผยข้อมูลไว้ 2 อย่างคือ การเปิดเผยโดยกฎหมายและการเปิดเผยโดยความต้องการของคู่ความ ซึ่งอาจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างดังจะได้อธิบายรายละเอียดต่อไป

1. การเปิดเผยโดยกฎหมาย (mandatory disclosure)

การเปิดเผยโดยกฎหมายนั้นคู่ความต้องเปิดเผย 2 ขั้นตอน ดังได้กล่าวมาแล้วคือขั้นตอนการเริ่มเปิดเผยข้อมูลและขั้นตอนการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนสืบพยาน

(ก) ข้อมูลที่คู่ความต้องเปิดเผยในขั้นตอนการเริ่มเปิดเผยข้อมูลภายใน 14 วันหลังจากการประชุมร่วมกันได้สิ้นสุดลง กฎหมายบังคับให้คู่ความต้องเปิดเผยข้อมูลต่อไปนี้

1. สำเนาหรือรายละเอียดเกี่ยวกับเอกสาร ข้อมูลและสิ่งของต่างๆ ซึ่งอาจใช้สนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของคู่ความ

2. การคำนวณค่าเสียหายและเอกสารสนับสนุน

(ข) ข้อมูลที่คู่ความต้องเปิดเผยในขั้นตอนการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนสืบพยาน กฎหมายบังคับให้คู่ความต้องเปิดเผยข้อมูลต่อไปนี้เพิ่มเติมคือ

- วัน
1. พยานผู้เชี่ยวชาญ โดยต้องเปิดเผยก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 30 วัน
 2. ชื่อและสถานที่ติดต่อพยานบุคคลฝ่ายตน โดยต้องเปิดเผยก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 90 วัน
 3. พยานหลักฐานวัตถุและพยานเอกสาร โดยต้องเปิดเผยก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 90 วัน

2. การเปิดเผยโดยความต้องการของคู่ความ

การเปิดเผยข้อมูลโดยความต้องการของคู่ความนั้นอาจทำได้ 5 วิธี คือ

1. การบันทึกคำพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานในศาล
2. การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม
3. การแสดงพยานเอกสารและวัตถุพยาน
4. การตรวจสอบร่างกายและจิตใจของคู่ความ
5. การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริง

3.1.1.5 วิธีการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานมี 5 วิธี

1. การบันทึกคำพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานในศาล (deposition) หลังจากคดีได้เริ่มขึ้นคู่ความก็สามารถที่จะทำการบันทึกคำพยานนอกศาล และไม่ว่าพยานคนนั้นจะเป็นคู่ความหรือไม่ก็ตาม การบันทึกคำพยานนอกศาลนี้มาจากหลัก equity⁴ ครั้งหนึ่งเคยเป็นหลักปฏิบัติในการนำมาซึ่งพยานหลักฐาน ต่อมาเมื่อมีกฎหมาย field code ค.ศ. 1848 จึงได้นำการบันทึกคำพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานในศาล (deposition) มาไว้เป็นส่วนหนึ่งของการสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ตั้งแต่นั้นมา⁵

วิธีการบันทึกคำพยานนอกศาลนี้ คู่ความจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบเวลาและสถานที่ในการบันทึกคำพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานใน

⁴ หลัก Equity หรือ หลักความยุติธรรม หมายถึง ลักษณะของความเสมอภาค (Equal) ยุติธรรม (Fair) เป็นกลางปราศจากอคติ (Impartiality) ไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (Even-handed) ซึ่ง Equity มีรากศัพท์มาจากคำว่า Aequus ที่หมายถึง ความยุติธรรมโดยใช้เพื่อแสดงออกถึงแนวคิดเรื่องความยุติธรรมหรือความถูกต้องที่มาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีเรียกกันว่าเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) see L.B. Curzon, Equity, 2 nd ed., (London : Macdonald and Evans, 1974), p.3.

⁵ John C.Mccoid, Civil Procedure Cases and Materials, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1974), p.266.

ศาล (deposition) รวมถึงชื่อของพยานที่จะทำการไต่สวน⁶ เพื่อจะได้มีโอกาสถามค้านและหากพยานไม่ได้เป็นคู่ความกันก็จะต้องออกหมายเพื่อบังคับพยานคนนั้นให้ทำการเบิกความและอาจจะบุให้นำเอกสารต่างๆ มาด้วย แต่ถ้าในกรณีที่พยานเป็นคู่ความด้วยกันเองก็ไม่จำเป็นต้องออกหมายเพราะถือว่าหนังสือแจ้งที่ส่งไปเป็นการบอกกล่าวให้ทราบแล้ว ซึ่งการบันทึกคำพยานนอกศาลจะกระทำนอกศาลต่อหน้าผู้มีอำนาจกระทำ แต่มิใช่ผู้พิพากษา กรณีหากมีการคัดค้านคำถามใดๆ อาจทำได้แต่จะไม่มีผู้วินิจฉัยว่าคำถามนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่คงปล่อยให้ปรากฏเป็นหลักฐานไว้เพื่อศาลจะได้มีคำสั่งในภายหลัง ส่วนผู้ให้ถ้อยคำเป็นพยาน หากปฏิเสธที่จะไม่ตอบคำถามคู่ความ ผู้ทำการไต่สวนก็ต้องขอศาลให้มีคำสั่งบังคับให้พยานตอบคำถามดังกล่าว ดังนั้นการพิจารณาคดีโดยใช้บันทึกคำพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานในศาล (deposition) ก็เพื่อจะได้มาซึ่งคำเบิกความอันเกี่ยวกับประเด็นข้อโต้เถียง ซึ่งคำเบิกความนี้ก็จะได้ใช้เป็นหลักฐานในคดีต่อไป

การบันทึกคำพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานในศาล (deposition) สามารถทำได้ 2 วิธี ด้วยกันคือ การบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการสอบถามโดยปากเปล่า (oral deposition) และการบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการบันทึกคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร (deposition on written interrogatories) ซึ่งวิธีที่ทนายความนิยมใช้กันมากมักจะเป็นการบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการสอบถามโดยปากเปล่า (oral deposition) เพราะเป็นวิธีที่ยืดหยุ่นง่ายและมีประสิทธิภาพสูงในการได้รับคำตอบที่มีการเปิดเผยข้อมูลหรือมีการเสนอแนะเงื่อนไขปัญหาใหม่ๆ ที่ต้องการ แต่วิธีการดังกล่าวจะมีข้อเสียคือต้องรับภาระในด้านค่าใช้จ่ายสูงมากโดยเฉพาะเมื่อพยานอาศัยอยู่ในระยะทางที่ไกลมาก ส่วนการบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการบันทึกคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร (deposition on written interrogatories) นั้นถือได้ว่าเป็นวิธีเดียวในการสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ที่กระทำต่อผู้ที่มีคู่ความเท่านั้น โดยจะใช้วิธีการเขียนคำถามไปยังพยาน แต่วิธีนี้เป็นวิธีที่ยู่ยากจึงไม่นิยมใช้กัน⁷

1.1 การบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการสอบถามโดยปากเปล่า (oral deposition)

การบันทึกคำพยานนอกศาลโดยการสอบถามปากเปล่าอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 30 ของ the federal rules of civil procedure การบันทึกคำพยานนอกศาลเป็นกระบวนการให้พยานเบิกความภายใต้คำสาบานอย่างเป็นทางการนอกศาล (ซึ่งโดยปกติจะทำ ณ สำนักงานทนายความ) มีการซักถาม ถามค้าน ถามติง อย่างเดียวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล โดยมีผู้จดชวเลขเป็นผู้บันทึกคำพยานและคำถามที่นำมาถามพยานนั้น จะเป็นคำถามที่

⁶ *Ibid.* p.226.

⁷ Milton D.Green, Basic Civil Procedure, (New York : The Foundation Press, Inc., 1972), p.132.

ทนายความของคู่ความฝ่ายที่ต้องการใช้คำพยานนั้นเป็นข้อมูลคำพยานนอกศาลนี้จะถูกเตรียมไว้ในขั้นตอนการดำเนินคดีหากสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ภายใต้กฎหมายลักษณะพยาน⁸

การบันทึกคำพยานนอกศาลจะเป็นกระบวนการที่ใช้กันมาก เพราะสามารถทำได้ง่ายโดยการทำหนังสือแจ้งไปยังคู่ความอีกฝ่ายโดยไม่ต้องให้ศาลมีคำสั่ง แต่ถ้าบุคคลที่จะมาให้การเป็นพยานไม่ใช่คู่ความในคดีจะต้องมีหมายศาลให้มาให้การ เว้นแต่บุคคลนั้นจะมาให้การโดยสมัครใจ ทนายความของคู่ความแต่ละฝ่ายที่จะทำการบันทึกคำพยานนอกศาลจะต้องกำหนดหัวข้อในหมายที่ส่งไปให้พยานที่จะมาให้การและหากพยานเป็นผู้ทำเอกสารหรือวัตถุใดๆ หรือมีเอกสารหรือวัตถุใดๆ อยู่ในความครอบครองในหมายนั้นๆ จะต้องกำหนดว่าต้องนำพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองมาด้วย⁹

แม้ว่าการบันทึกคำพยานนอกศาลมักจะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรวบรวมข้อเท็จจริงเป็นสำคัญก็ตาม แต่การบันทึกคำพยานนอกศาลก็กลับมีวัตถุประสงค์อื่นได้อีก เช่น เป็นการบังคับให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงที่ได้แย้งกันและเป็นการตอกย้ำให้พยานมีน้ำหนักมากขึ้น

การบันทึกคำพยานนอกศาล ถือว่าเป็นวิธีการในการค้นหาข้อเท็จจริงที่มีความยืดหยุ่น สามารถพิสูจน์พยานด้วยการถามได้โดยทันที และพยานไม่มีโอกาสที่จะทำการชักซ้อมก่อนจะตอบคำถามเหมือนกับการสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามทั้งยังสามารถทำให้ผู้สอบถามตีกรอบคำถามเพื่อให้ได้คำตอบอย่างที่ต้องการ การบันทึกคำพยานนอกศาลนับเป็นประโยชน์ต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริง เพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพยานที่เป็นคู่ความฝ่ายตรงข้าม หรือพยานที่ให้การเป็นปฏิบัติ คู่ความก็จะถูกถามคำถามที่สำคัญต่อคดีและถามค้ำในกระบวนการบันทึกคำพยานนอกศาลนี้ทันที¹⁰

การบันทึกคำพยานนอกศาล แม้จะมีประโยชน์ในคดีอย่างที่กล่าวไปแล้วข้างต้นแต่ถือว่าเป็นเครื่องมือในการสืบพยานที่เสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นค่าทนายความทั้งสองฝ่าย ค่าป่วยการพยาน ค่าจ้างผู้จัดชวเลข หรือค่าบันทึกคำพยานเป็นต้น และหากเป็นการบันทึกคำพยานกับพยานที่ไม่ใช่คู่ความในคดี อาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปหาพยานอีกด้วย

⁸ Charles Platto, Pre-trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide, (London : Graham & Trotman), p.239.

⁹ James JR Fleming, Civil Procedure, 5 Edition, (Boston : Little Brown Company, 1965) p.291.

¹⁰ *Ibid.* p.292

ในบางกรณี การบันทึกคำพยานนอกศาลมีข้อจำกัดในการเข้าถึงพยานมากกว่าการสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม เนื่องจากการบันทึกคำพยานนอกศาลพยานจะถูกร้องขอให้มาให้การเฉพาะเรื่องที่พยานคิดว่าจดจำเรื่องราวนั้นได้ ในขณะที่มีการถามคำถามเท่านั้น แต่การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามนั้น พยานสามารถให้การถึงข้อมูลทั้งหมดที่คู่ความฝ่ายนั้นหาได้ ไม่ได้จำกัดเฉพาะเพียงเรื่องราวที่พยานจำได้ ยกเว้นพยานที่จะต้องการเป็นพยานที่เป็นองค์กร บริษัท ในกรณีนี้องค์กรนั้นจะต้องจัดหาบุคคลที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานมาทำการให้การเพื่อบันทึกคำพยานนอกศาลต่อไป¹¹

1.2 การบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการบันทึกคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร (deposition on written interrogatories)

การบันทึกคำพยานนอกศาลโดยการบันทึกคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร อยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 31 ของ the federal rule of civil procedure ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะไม่ใช่ในกรณีของการดำเนินการระหว่างคู่ความที่อยู่ในประเทศเดียวกัน แต่จะเป็นประโยชน์ในการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย สำหรับการฟ้องร้องคู่ความที่อยู่ต่างประเทศ คู่ความหรือพยานอาจจะถูกร้องขอให้มาให้การก่อนนอกศาล โดยให้การปากเปล่าภายใต้คำสาบานจากคำถามที่แสดงมาเป็นลายลักษณ์อักษร ขอบเขตในการสอบถามคำพยานก็เป็นเช่นเดียวกับรูปแบบ การบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการสอบถามโดยปากเปล่า (oral deposition) เพียงแต่ว่าคำถามที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องแสดงวันที่ล่าสุด ข้อเสียของการบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการบันทึกคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร (deposition on written interrogatories) จะอยู่ที่กระบวนการนี้ไม่มีความยืดหยุ่นและไม่สามารถเห็นถึงปฏิกิริยาตอบโต้ของพยานต่อคำถามเหล่านั้นได้ และด้วยสาเหตุนี้เองทำให้กระบวนการบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการสอบถามโดยลายลักษณ์อักษร ไม่ค่อยได้รับความนิยมมากนักเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการบันทึกคำพยานนอกศาล โดยการบันทึกคำพยานปากเปล่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับพยานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่ความฝ่ายนั้นหรือพยานที่เป็นหัวใจสำคัญของคดีหรือในประเด็นที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการสอบถามพยาน

2. การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม

การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม แต่เดิมเป็นส่วนหนึ่งของคำคู่ความในหลัก equity¹² ต่อมาเมื่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกาได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ก็ได้แยกออกจากคำคู่ความและนำมาใช้โดยให้เป็นส่วนหนึ่งของ discovery กล่าวคือ คู่ความฝ่ายหนึ่งอาจมีหนังสือไปยังคู่ความฝ่ายตรงข้ามเพื่อสอบถามข้อเท็จจริงซึ่งคู่ความฝ่าย

¹¹ *Ibid.* pp.292-293.

¹² John C.Mccoid, *supra* note 5.

นั้นจะต้องตอบคำถามโดยการเขียนตอบภายใต้คำสาบาน เว้นแต่ว่าจะมีคำคัดค้านและแสดงเหตุผลแห่งการคัดค้านแทนการตอบคำถาม ซึ่งหลักการสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามนี้จะใช้กับคู่ความในคดีด้วยตนเองเท่านั้น การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามมีประโยชน์มากสำหรับใช้ในการสอบถามข้อเท็จจริงที่อยู่กับบุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ¹³ รวมทั้งการสอบถามเกี่ยวกับพยานเอกสารของคู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ในคำคู่ความเพื่อให้ประเด็นในคดีกระจ่างชัดขึ้น¹⁴ ประโยชน์ของการสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามก็คือ เมื่อคำตอบที่ได้รับมานั้นตรงกันกับข้อเท็จจริงหรือข้อมูลของคู่ความฝ่ายที่สอบถามไปก็เท่ากับเป็นการรับข้อเท็จจริงกันไปในตัว คู่ความฝ่ายที่สอบถามสามารถนำคำตอบเหล่านั้นไปใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานแห่งคดีได้ เป็นผลให้ไม่ต้องทำการสืบพยานในข้อเท็จจริงส่วนนั้นอีก ถ้าคำตอบที่ได้มานั้นไม่ตรงกันกับข้อมูลของคู่ความฝ่ายที่สอบถาม คู่ความฝ่ายนั้นก็จะสามารถกำหนดเป็นประเด็นที่ฝ่ายตนจะนำสืบพยานได้ กระบวนการเช่นนี้จึงเป็นอีกกระบวนการหนึ่งที่ช่วยถ่วงกรงข้อเท็จจริงและขจัดข้อเท็จจริงที่ไม่จำเป็นในการนำสืบได้เป็นอย่างดีวิธีหนึ่ง อย่างไรก็ตามกระบวนการนี้ไม่อาจนำมาใช้ในการทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลจากบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดี และวิธีการนี้เป็นการสอบถามระหว่างคู่ความด้วยตนเอง ไม่ใช่เป็นกรณีที่ให้อำนาจสอบสวน เพียงแต่ให้มีการยื่นคำถาม คำตอบฝ่ายศาลเพื่อเป็นพยานหลักฐานในคดีเท่านั้น¹⁵

การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 33 ของ the federal rule of civil procedure การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามประกอบไปด้วยชุดข้อมูลคำถามและชุดข้อมูลคำตอบ ซึ่งคู่ความฝ่ายที่ถูกถามต้องให้การอย่างเด่นชัดและครบถ้วนโดยเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้คำสาบาน คู่ความฝ่ายที่ถามจะถามคำถามไปยังอีกฝ่ายได้ไม่เกิน 25 คำถาม เว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้ถามได้มากกว่านี้ การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามจึงแตกต่างกับการบันทึกคำพยานนอกศาล ตรงที่การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามจะกระทำกับผู้ที่ป็นคู่ความเท่านั้น คำตอบที่ได้จะร่างโดยทนายความของฝ่ายตรงข้ามและผ่านการเซ็นชื่อกำกับโดยคู่ความฝ่ายนั้น

¹³ คดี Hitchcock V. Ginsberg. (1949). 240 Iowa, 678 (37). N.W. 2d, p.302.

¹⁴ Charles Alan Wright, The Law of Federal Courts, Fourth edition, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1983), p.576.

¹⁵ ภาณุ รังสีสหัส, “กระบวนการใหม่ในการพิจารณาคดี,” เล่มที่ 1 ตุลาคม, น.140 (มกราคม-มิถุนายน 2542).

การสอบถามจะไม่จำกัดประเด็น ภายใต้ความรับรู้ของคุณผู้ความฝ่ายนั้น ข้อเท็จจริงที่สอบถามอาจจะเป็นการร้องขอให้คุณผู้ความฝ่ายตรงข้ามค้นหาคำพยานหลักฐานที่อยู่กับ คุณผู้ความฝ่ายนั้นมากกว่าจะร้องขอเฉพาะที่เป็นคำตอบ กระบวนการสอบถามข้อเท็จจริงจากคุณผู้ความฝ่ายตรงข้าม จึงเป็นเครื่องมือของการค้นหาข้อเท็จจริง ในเรื่องของการขอความร่วมมือจากคุณผู้ความในการค้นหาคำพยานหลักฐานที่คุณผู้ความฝ่ายนั้นมีบันทึกไว้¹⁶

หากมีแนวโน้มว่าคุณผู้ความฝ่ายตรงข้ามจะไม่ตอบคำถามหรือไม่มีการตอบคำถามตามที่ได้ส่งให้ตอบ คุณผู้ความฝ่ายที่ส่งสามารถที่จะใช้อำนาจของศาลในการบังคับให้ตอบประเด็นที่ศาลจะพิจารณา คือ การสอบถามข้อเท็จจริงจากคุณผู้ความฝ่ายตรงข้ามที่ส่งไปให้ตอบนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ เช่น คำถามที่ส่งไปให้ตอบนั้นอยู่ภายใต้เอกสิทธิ์ที่จะไม่ตอบหรือให้ข้อมูลนั้นได้ และในกรณีข้อมูลที่ต้องการให้ตอบเป็นข้อมูลที่คุณผู้ความฝ่ายนั้นบันทึกไว้ในเชิงธุรกิจ ขอบเขตในการค้นหาคำพยานเหล่านั้น จะต้องให้โอกาสฝ่ายที่ร้องขอให้ตอบ ตรวจสอบข้อมูลและทำการคัดสำเนาหรือสรุปข้อเท็จจริงในบันทึกเหล่านั้นได้ด้วยเช่นกัน

ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการสอบถามข้อเท็จจริงจากคุณผู้ความฝ่ายตรงข้าม คือ ทำให้คุณผู้ความฝ่ายที่ถูกถามอย่างน้อยก็จะต้องทำการสืบเสาะหาคำตอบเพื่อเตรียมตัวที่จะตอบคำถามเหล่านั้น ในขณะที่การบันทึกคำพยานนอกศาลจะเป็นเพียงการตอบที่อาศัยความรู้เดิมที่มีอยู่หรือเพียงเรื่องราวที่พยานหรือคุณผู้ความจดจำได้

กระบวนการสอบถามข้อเท็จจริงจากคุณผู้ความฝ่ายตรงข้าม ทำให้เกิดคำถามเกิดขึ้นว่า คุณผู้ความฝ่ายที่ถูกถามมีหน้าที่ที่จะหาข้อมูลเพิ่มเติมอยู่เรื่อยๆ สำหรับคำถามที่ได้ตอบไปแล้วหรือไม่เพียงใด หรือหากมีข้อมูลเพิ่มเติมที่ผิดแปลกแตกต่างออกไป คุณผู้ความจะสามารถเปลี่ยนแปลงคำตอบได้หรือไม่ บทบัญญัติที่ 26 (e) ซึ่งทำการแก้ไขแล้วระบุให้คุณผู้ความสามารถเพิ่มเติมคำตอบของตนได้ ทั้งในกระบวนการสอบถามข้อเท็จจริงจากคุณผู้ความฝ่ายตรงข้ามและกระบวนการขอให้คุณผู้ความยอมรับข้อเท็จจริง แต่ไม่รวมถึงกระบวนการบันทึกคำพยานนอกศาล ถ้าคำตอบที่ได้ส่งไปแล้วไม่สมบูรณ์ ไม่ถูกต้องหรือมีข้อมูลบางอย่างขาดหายไป ก็สามารถแก้ไขหรือเพิ่มเติมข้อมูลเหล่านั้นได้ ทั้งบทบัญญัติที่ 26 (e) นี้ยังกำหนดว่าข้อมูลที่เพิ่มขึ้นนี้อาจจะมาจากผู้เชี่ยวชาญของตนหรือมาจากหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลที่ไม่จำเป็นต้องถามก่อน¹⁷

กระบวนการนี้จะมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการบันทึกคำพยานนอกศาล แม้ว่าในการสอบถามจะไม่จำกัดขอบเขตก็ตาม แต่อาจจะมีขอบเขตมากกับคุณผู้ความฝ่ายที่ต้องตอบ และเพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตนี้ บทบัญญัติที่ 33 (c) ของ the federal rule of civil procedure บัญญัติ

¹⁶ Charles Platto, *supra* note 8, p.240.

¹⁷ James JR Fleming, *supra* note 9, p.295.

อนุญาตให้คู่ความฝ่ายที่ตอบคำถามสามารถที่จะบ้ายเบี่ยงขอบเขตบางอย่างกลับไปยังคู่ความฝ่ายที่ถาม

3. การแสดงพยานเอกสารและวัตถุพยาน

การแสดงเอกสารหรือวัตถุพยานเคยเป็นหลักปฏิบัติอย่างหนึ่งในศาลชานเซอร์รี่ (court of chancery)¹⁸ และหลักนี้ก็ได้นำมาบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 34 ซึ่งให้มีการสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริง โดยการให้คู่ความมีสิทธิที่จะขอให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามแสดงหรือเปิดเผยเอกสารหรือวัตถุพยาน ทั้งนี้เพื่อตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเอกสารที่จะใช้เป็นพยาน¹⁹ โดยคู่ความสามารถร้องขอให้มีการตรวจค้นวัตถุพยานในรูปของเอกสารหรือแม้แต่ข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ รวมทั้งการเข้ามายังสถานที่หรือตรวจสอบทรัพย์สิน การร้องขอให้มีการแสดงพยานเอกสารและพยานวัตถุก็เพื่อที่จะบรรยายถึงวัตถุที่ต้องการตรวจสอบได้อย่างละเอียด เฉพาะเจาะจงและอย่างมีเหตุผล²⁰ การแสดงพยานเอกสารและวัตถุพยานหรือการขออนุญาตในการตรวจค้นพื้นที่หรือค้นหาทรัพย์สิน อยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 34 ของ the federal rule of civil procedure บทบัญญัตินี้ กำหนดให้คู่ความแต่ละฝ่ายสามารถร้องขอให้อีกฝ่ายแสดงพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่เกี่ยวข้องหรือคู่ความอาจจะถูกร้องขอเข้าไปยังสถานที่ของคู่ความฝ่ายนั้นเพื่อทำการตรวจสอบ รั้ววัด คัดลอก บันทึกภาพ หรือทดสอบวัตถุพยานหรือทรัพย์สินอื่นใดที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายนั้น โดยไม่จำเป็นว่าคู่ความฝ่ายที่ร้องขอจะทราบถึงความมีอยู่ของเอกสารหรือวัตถุพยานนั้นก่อนล่วงหน้า

บทบัญญัติที่ 34 นี้ อนุญาตให้ทำการร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 30 วัน ระยะเวลานี้อาจผ่อนคลายหรือขยายได้โดยศาล ในการร้องขอให้แสดงพยานเอกสาร โดยแยก

¹⁸ หลักความเป็นธรรมทางกฎหมายหรือ “เอ็คควิตี้” (Equity) เป็นหลักกฎหมายที่พัฒนา ในอังกฤษและเวลส์ในยุคกลาง มีที่มาจากคำตัดสินของขุนนางตำแหน่งชานเซอร์รี่เพื่อ เยียวยาคู่ความในกรณีที่กฎหมายคอมมอนลอว์ไม่สามารถให้การเยียวยาได้เท่าที่ควร ต่อ มาพัฒนาเป็นหลักเอ็คควิตี้ (Equity) และถูกนำไปใช้ในศาลพิเศษ เรียกว่า “ศาลชานเซอร์รี่” (Court of Chancery) ปัจจุบันยังคงมีแนวความคิดและหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ เช่น วิธีการเยียวยาทางเอ็คควิตี้ (Equitable Remedies) หลักกฎหมายเอ็คควิตี้ (Equitable Doctrines) อังใน สิริพันธ์ พลรบ, “หลักความเป็นธรรมทางกฎหมายและกฎหมายทรัสต์”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2558, <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/up-load/Ex.40701-4.pdf>.

¹⁹ Milton D.Green, *supra note 7*, p.135.

²⁰ James JR Fleming, *supra note 9*, p.297.

ออกจากการขอค้นพินัยกรรมนอกศาล แต่ก็เฉพาะกับผู้ที่เป็นคู่ความเท่านั้น ในกรณีที่เป็นเอกสารของผู้ที่ไม่ได้เป็นคู่ความจะต้องทำการออกหมายศาลภายใต้บทบัญญัติที่ 45²¹

นอกจากนั้นเอกสารหรือวัตถุพยานที่จะขอให้เปิดเผยจะต้องเป็นเอกสารที่อยู่ในความอารักขาหรืออยู่ในบังคับหรือเป็นของคู่ความผู้ซึ่งจะต้องทำการเปิดเผยจึงจะเข้าทำการตรวจสอบได้และใน ค.ศ. 1970 ได้มีการแก้ไขมาตรา 34 ให้มีขอบเขตในการที่จะขอตรวจสอบเอกสารให้กว้างขึ้นโดยมีชนิดของเอกสารหลายชนิดที่จะขอให้ทำการเปิดเผย นอกจากนี้ยังมีการอนุญาตให้ทำการทดสอบหรือทดลองวัตถุพยานต่างๆ และรวมทั้งการอนุญาตให้เข้าไปในที่ดินหรือทรัพย์สินอื่น เพื่อทำการจัดสำรวภาพถ่ายทรัพย์สินเหล่านั้น²²

4. การตรวจสอบร่างกายและจิตใจของคู่ความ

การตรวจสอบร่างกายและจิตใจของคู่ความ บัญญัติอยู่ในมาตรา 35 ของ the federal rule of civil procedure ซึ่งถือได้ว่าเป็นวิธีการสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) วิธีเดียวที่ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งก่อนและหลักเกณฑ์ในการร้องขอต่อศาลนั้นคู่ความที่ร้องขอจะต้องแสดงให้ศาลเห็นความจำเป็นในการที่จะได้มาซึ่งข้อมูลต่างๆ โดยการขอตรวจสอบสภาพร่างกายและจิตใจ ซึ่งหากมิได้เช่นนั้นแล้ว ก็ไม่มีทางอื่นใดที่จะได้ข้อมูลเหล่านั้นมา การแสดงเหตุผลดังกล่าวในทางกฎหมายคอมมอนลอว์เรียกว่า “goods cause”²³ การขอให้มีการตรวจสอบสภาพร่างกายและจิตใจนี้ จะเป็นการสะท้อนสภาพของคู่ความว่าแตกต่างไปจากที่เคยบันทึกหรือไม่ การตรวจสอบสภาพร่างกายและจิตใจมักจะใช้ในกรณีที่เป็นการดำเนินคดีเรียกร้องความเสียหายอย่างในคดีละเมิด หากคู่ความอ้างถึงสภาพร่างกายที่ได้รับความเสียหาย การตรวจสอบจะยืนยันถึงสภาพร่างกายและจิตใจว่าคู่ความได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใด²⁴

การตรวจสอบร่างกายและจิตใจจะใช้ในกรณีที่สภาพร่างกายและจิตใจของคู่ความเป็นประเด็นแห่งคดี เช่น โจทก์ฟ้องจำเลยในข้อหาทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บโดยประมาท ข้อเท็จจริงที่จำเลยจะต้องรู้คือ โจทก์ได้รับบาดเจ็บเพียงใด พิการหรือไม่ จำเลยต้องร้องขอต่อศาลให้ตรวจสอบสภาพร่างกายและจิตใจเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันจะนำไปสู่การตัดสินใจว่าจะประนีประนอมยอมความ หรือจะเตรียมการถามค่าผู้เสียหายที่โจทก์นำมา²⁵

²¹ Charles Platto, *supra* note 8, pp.240-241.

²² Delmar Karlen and others, Civil Procedure Case and Materials, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1975), p.269.

²³ Mark A. Dombroff, “Federal Civil Practice,” 30 The Trial Lawyer’s Guide, 136 (1986).

²⁴ James JR Fleming, *supra* note 9, p.299.

²⁵ Milton D.Green, *supra* note 7, p.135.

คู่ความที่จะขอการตรวจสอบร่างกายและจิตใจ อาจขอตรวจโดยการขอรายงานการตรวจร่างกายและจิตใจของแพทย์ซึ่งเคยทำการตรวจรักษาไว้ หากพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องนี้นับว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างแพทย์กับคนไข้ ซึ่งศาลจะมีคำสั่งอนุญาตก็แต่เฉพาะในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น หากศาลอนุญาตก็ถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวนำไปสู่การเปิดเผยข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณากันอย่างสมบูรณ์ที่สุดมาตรา 35 การตรวจสภาพร่างกายและจิตใจของคู่ความ คำว่า “คู่ความ” ไม่ได้หมายถึงคู่ความในคดีเท่านั้นแต่ยังหมายถึงบุคคลผู้อยู่ในอารักขาหรืออยู่ในความดูแลตามกฎหมายของคู่ความด้วย

5. การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริง (request for admission)
การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงเป็นหลักที่มาจากประเทศอังกฤษในกฎหมาย federal equity rules of 1912 และเมื่อสหรัฐอเมริกานำมาใช้ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย field code ของรัฐนิวยอร์กใน ค.ศ. 1848 ต่อมาสหรัฐอเมริกาบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งใน ค.ศ. 1938 หลักดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 36²⁶

ตาม rule 36 การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงเป็นวิธีการบังคับให้มีการยอมรับเพื่อที่จะได้จำกัดประเด็นข้อพิพาทให้น้อยลงและเหลือเฉพาะประเด็นที่ได้เถียงอันจะนำมาพิสูจนในการพิจารณาคดี โดยวิธีนี้อนุญาตให้คู่ความมีสิทธิแจ้งเป็นหนังสือไปยังคู่ความฝ่ายหนึ่งถามถึงข้อเท็จจริงใด หรือความสมบูรณ์ของเอกสารฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อให้คู่ความตรงข้ามยอมรับ และเมื่อคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้รับหนังสือก็ต้องตอบไปในภายในเวลา 30 วันว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธ และหากไม่ปฏิเสธหรือตอบรับในเวลาดังกล่าว ก็ถือว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นอันยุติไปตามที่ฝ่ายแรกแจ้งไป²⁷ นอกจากนั้นการขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงยังเป็นพื้นฐานสำคัญในการขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาด (motion for summary judgment)²⁸ ได้เลยโดยไม่ต้องพิจารณากันต่อไป

กระบวนการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันกระบวนการที่ยากลำบากในการชี้ให้เห็นถึงความถูกต้องของเอกสาร หรือความแท้จริงของวัตถุพยาน ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันถึงความถูกต้องแท้จริง บางครั้งกระบวนการขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริง ก็จะใช้เพื่อเป็นประโยชน์ในการจำกัดประเด็นแห่งคดีให้แคบลง แทนที่จะใช้กระบวนการที่กล่าวในข้างต้น

คู่ความอาจจะถูกขอให้ยอมรับถ้อยคำหรือความเห็นในข้อเท็จจริงหรือการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ทั้งขณะอยู่ในกระบวนการทางศาลแล้วหรือเวลาหลังจากที่ได้เริ่ม

²⁶ John C.Mccoid, *supra* note 5, p.72.

²⁷ Milton D.Green, *supra* note 7, p.138.

²⁸ คดี Kasar V. Miller Printing Mach Co., 36 F.R.D. 200 (W.D.Pa 1946). และคดี Water Hammer Arrester Corp. V. Tower, 7 F.R.D. 620 (W.D.Wis 1947).

การดำเนินคดี การยอมรับข้อเท็จจริงที่อีกฝ่ายร้องขอ จะถือว่าเป็นการยอมรับข้อเท็จจริงนั้นภายใน 30 วัน เว้นแต่คู่ความฝ่ายที่ถูกร้องขอจะกระทำการดังนี้

1. ให้การปฏิเสธเรื่องนั้น
2. ให้การบรรยายเหตุผลว่า ทำไมคู่ความฝ่ายที่ถูกร้องขอให้ยอมรับข้อเท็จจริงไม่สามารถยอมรับความถูกต้องนั้นได้ หรือจำเป็นอย่างไรรถึงปฏิเสธเรื่อง

3. เขียนว่า “คัดค้าน” (objection) ลงในคำร้อง

แต่อย่างไรก็ตามคู่ความฝ่ายที่ถูกร้องขอให้ยืนยันข้อเท็จจริง จะไม่ได้อนุญาตให้ปฏิเสธคำร้องขอ โดยมีสาเหตุมาจากการที่คู่ความฝ่ายนั้นไม่มีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น เว้นแต่จะเป็นการแสดงให้เห็นว่ามีการตรวจสอบข้อมูลเหล่านั้นอยู่อย่างสมเหตุสมผลแล้ว แต่ยังคงไม่สามารถยอมรับหรือปฏิเสธเรื่องนั้นได้อยู่ดี ทั้งคู่ความฝ่ายที่ถูกร้องขอให้ยืนยันข้อเท็จจริงจะไม่ได้รับอนุญาตให้หลีกเลี่ยงที่จะตอบคำถามเพียงเพราะว่าประเด็นนั้นเป็นหัวใจของเรื่องที่พิพาท หรือเป็นประเด็นสุดท้ายของการดำเนินคดี²⁹

การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 36 ของ the federal rule of civil procedure โดยบัญญัติให้คู่ความฝ่ายที่ถูกร้องขอโดยคู่ความอีกฝ่ายให้ยอมรับข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์บางอย่างเกี่ยวกับคดี บทบัญญัติที่ 36 นี้เป็นบทบัญญัติสุดท้ายของการดำเนินกระบวนการค้นหาความจริง การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงมีประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงการต่อสู้ในประเด็นที่ไม่มีข้อโต้แย้ง และเมื่อข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวข้องถูกเปิดเผยออกมาแล้ว กระบวนการพิจารณาจะสามารถใช้ต่อสู้เพื่อควบคุมคู่ความอีกฝ่ายได้โดยง่าย³⁰

3.1.1.6 การประชุมก่อนการพิจารณาคดี (pre-trial conference)

บทบัญญัติที่ 16 the federal rule of civil procedure เป็นบทบัญญัติเรื่องการประชุมก่อนการพิจารณา การกำหนดเวลา และการบริหารจัดการ (pre-trial conference, scheduling and management) ซึ่งบัญญัติให้ศาลปรึกษารื้อหรือกับทนายความของคู่ความโดยทางโทรศัพท์ ทางจดหมาย หรือโดยวิธีอื่นใดตามความเหมาะสมเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ก่อนการพิจารณา ทั้งนี้เพื่อให้ศาลออกคำสั่ง (scheduling order) กำหนดวันที่ให้แน่นอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวให้สมบูรณ์ โดยคำสั่งต้องออกภายใน 120 วันนับแต่วันที่โจทก์ยื่นฟ้อง

²⁹ James JR Fleming, *supra note 9*, pp.302-303.

³⁰ Charles Platto, *supra note 8*, pp.241-242.

กระบวนการพิจารณาที่ศาลจะต้องออกคำสั่งกำหนดเวลา มีดังนี้³¹

1. กำหนดเวลาเกี่ยวกับการแก้ไขคำคู่ความ
2. กำหนดเวลาเกี่ยวกับการยื่นและโต้สวนคำร้องต่างๆ
3. กำหนดเวลาเกี่ยวกับการค้นหาความจริง
4. กำหนดวันเวลาเกี่ยวกับการประชุมร่วมก่อนการพิจารณา
5. เรื่องอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

กำหนดเวลาดังกล่าว เมื่อศาลมีคำสั่งแล้วจะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เว้นแต่จะแสดงให้เห็นถึงเหตุจำเป็น ทั้งนี้เพื่อให้คู่ความใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนานเกินควร อันจะทำให้การพิจารณาล่าช้าออกไป

วัตถุประสงค์ของการประชุมก่อนการสืบพยานในศาล (pre-trial conference)

1. เพื่อเป็นการกระตุ้นให้มีกระบวนการจัดการในการฟ้องคดี
2. เพื่อเป็นการสร้างระบบการดำเนินคดีและควบคุมเพื่อไม่ให้คดีถูกหน่วง

เหนี่ยวเพราะขาดการจัดการที่ดี

3. เพื่อสนับสนุนกระบวนการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานให้มีประสิทธิภาพและขจัดกระบวนการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่จำเป็น
4. เพื่อให้การพิจารณามีคุณภาพโดยมีการเตรียมความพร้อมโดยตลอด
5. เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกและเพื่อให้มีการตกลงยอมความกันในคดี

การประชุมก่อนการพิจารณาคดี ไม่ได้เป็นการบังคับให้ศาลต้องทำในทุกคดีแต่อยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะทำการประชุมหรือไม่ โดยศาลจะพิจารณาจากรูปคดี หากเป็นคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนมีโจทก์ จำเลยหลายคน พยานหลักฐานมีจำนวนมาก ศาลก็จะกำหนดให้มีการประชุมก่อนการพิจารณา รวมทั้งใช้กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงหรือกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีอื่นๆ ควบคู่กันไป เพื่อเป็นการวางแผนกระบวนการพิจารณาให้จำกัดอยู่ในประเด็นข้อพิพาทจริงๆ

ในบทบัญญัติที่ 16 นี้ จะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการออกคำสั่งกำหนดระยะเวลาในการทำกิจกรรมต่างๆ ก่อนการพิจารณา เริ่มตั้งแต่การประชุมเพื่อกำหนดเวลาการวางแผนการดำเนินกระบวนการก่อนการพิจารณา การกำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาในการประชุมและการดำเนินการต่างๆ ในขั้นตอนของการประชุมก่อนการพิจารณาระหว่างทนายความทั้งสองฝ่าย

³¹ วัลภา ละอองสุวรรณ, “กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี : ศึกษาปัญหาเปรียบเทียบกรณีการนำกระบวนการของระบบคอมมอนลอว์มาใช้,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น.45-50.

และผู้พิพากษา รวมทั้งการให้อำนาจผู้พิพากษาในการกำหนดมาตรการลงโทษแก่คู่ความที่ไม่ปฏิบัติตามกำหนดการที่วางไว้ หรือสร้างปัญหาให้คดียืดเยื้อ

คำสั่งและการประชุมก่อนการพิจารณาคดีจะครอบคลุมเรื่องต่างๆ คือ เขตอำนาจ การแก้ไขเพิ่มเติมฟ้อง ประเด็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่สำคัญของคดี ค่าทนายความ การตกลงระงับข้อพิพาท ระยะเวลาและข้อจำกัดในการค้นหาพยานหลักฐานทุกอย่าง ซึ่งรวมทั้ง บันทึกพยานที่เป็นลายลักษณ์อักษร การบันทึกคำพยานล่วงหน้าและคำร้องให้ส่งพยานเอกสาร การไต่สวนคำร้องต่างๆ ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน

การประชุมก่อนการพิจารณาคดี มีวัตถุประสงค์เป็นการวางแผนทางปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีโดยรวม เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีดำเนินไปอย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ซึ่งรวมถึงการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและขจัดหรือยอมรับข้อเท็จจริง ซึ่งไม่เป็นสาระหรือไม่มีผลต่อการดำเนินคดี

การประชุมก่อนการพิจารณาคดี จะช่วยให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นได้ เนื่องจากการประชุมก่อนการพิจารณาคดี จะเปิดโอกาสให้คู่ความได้พบและปรึกษาหารือกันเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและเป็นโอกาสอันดีที่คู่ความซึ่งผ่านขั้นตอนการค้นหาข้อเท็จจริงมาอย่างดีแล้ว ทำการหาวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับตน จนข้อพิพาทยุติได้ในชั้นกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีนี้

ในการประชุมก่อนการพิจารณาคดี จะมีการพิจารณาและดำเนินการเรื่องต่างๆ ดังนี้³²

1. การจัดรูปแบบและการทำให้ง่ายขึ้นซึ่งประเด็นต่างๆ รวมทั้งการจัดข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ที่ไม่สำคัญ
2. ความจำเป็นหรือความต้องการในการแก้ไขค่าคู่ความ
3. ความเป็นไปได้ในการยอมรับข้อเท็จจริงหรือเอกสาร เพื่อหลีกเลี่ยงภาระการพิสูจน์ที่ไม่จำเป็น การรับกันข้อเท็จจริงของเอกสาร รวมทั้งการขอให้ศาลวางข้อกำหนดล่วงหน้าเกี่ยวกับการยอมรับได้ของพยานหลักฐาน
4. การหลีกเลี่ยงภาระการพิสูจน์ที่ไม่จำเป็น รวมทั้งพยานหลักฐานที่รวบรวมไว้
5. การระบุพยานบุคคล พยานเอกสารที่จำเป็น กำหนดการยื่นและแลกเปลี่ยนแถลงการณ์ก่อนการพิจารณา รวมทั้งกำหนดวันนัดของการประชุมครั้งต่อไปและกำหนดวันนัดพิจารณา

³² Rules 16 (c), Federal Rule of Civil Procedure.

6. ความเป็นไปได้ในการเสนอเรื่องต่างๆ ให้ผู้พิพากษาประจำศาลหรือผู้เชี่ยวชาญพิจารณา

7. ความเป็นไปได้ในการประนีประนอมหรือใช้กระบวนการยุติธรรมพิเศษอื่นๆ เพื่อระงับข้อพิพาท

8. รูปแบบและเนื้อหาของคำสั่งก่อนการพิจารณา

9. การยกเลิกคำร้องที่ค้างการพิจารณา

10. ความจำเป็นในการยอมรับเอากระบวนการพิเศษต่างๆ เพื่อจัดการกับความยุ่งยากหรือกระบวนการที่ยืดเยื้อ ซึ่งคาดว่าจะมีประเด็นที่ยุ่งยากซับซ้อนหรือปัญหาที่เกี่ยวกับการพิสูจน์อย่างไม่เป็นปกติ

11. เรื่องอื่นๆ ซึ่งเอื้อประโยชน์แก่การจำหน่ายออกไป

ขั้นตอนในการประชุมก่อนการพิจารณา จะมีขั้นตอนดังต่อไปนี้³³

1. การประชุมเพื่อกำหนดระยะเวลาในครั้งแรกและคำสั่งกำหนดเวลา ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุม

2. การประชุมก่อนการพิจารณาเบื้องต้น

3. การประชุมเพื่อค้นหาพยานหลักฐาน

4. การประชุมเพื่อตกลงระงับข้อพิพาท

5. การประชุมก่อนการพิจารณาครั้งสุดท้าย

คำสั่งระหว่างกระบวนการก่อนการพิจารณา เมื่อเสร็จสิ้นการประชุมใดๆ ตามบทบัญญัติที่ 16 นี้ ศาลจะต้องมีคำสั่งเพื่อบันทึกผลการประชุมไว้ คำสั่งนี้จะเป็นแนวทางในการดำเนินการต่อไป เว้นแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงโดยคำสั่งอื่นๆ ต่อมาภายหลัง คำสั่งหลังจากการประชุมพิจารณาครั้งสุดท้ายจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้เลย เว้นแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อป้องกันการไม่ยุติธรรมซึ่งจะเกิดแก่การดำเนินคดีต่อไป³⁴ และวันนี้คู่ความอาจตกลงยุติข้อพิพาทที่มีต่อกันได้ เนื่องจากได้ผ่านกระบวนการสืบเสาะและค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) มาแล้ว ซึ่งกระบวนการประชุมก่อนการพิจารณา (pre-trial conference) มีรายละเอียดดังนี้

ในการประชุมผู้พิพากษาจะมีบทบาทตั้งแต่เริ่มแรกคือ ตั้งแต่มีการเริ่มยื่นฟ้องในการประชุมผู้พิพากษาดังกล่าว ศาลจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอน เช่น การกำหนดเวลาในการแก้ไขคำฟ้อง การยื่นคำร้องก่อนพิจารณา (pre-trial conference) การค้นหาพยานหลักฐาน

³³ James G.Apple., “Case Management in the courts of the United States”, เล่มที่ 56 บทบัญญัติ น.67 (มิถุนายน 2543).

³⁴ Rules 16 (e), Federal Rule of Civil Procedure.

ให้สำเร็จสมบูรณ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญ การจัดประชุมเพิ่มเติม การกำหนดวันพิจารณาในเบื้องต้นหรือวันพิจารณาที่แน่นอน หลังจากการประชุมเพื่อกำหนดระยะเวลาแล้ว ผู้พิพากษาจะออกคำสั่งกำหนดระยะเวลาซึ่งระบุถึงวันเวลา ชัดจำกัดด้านเวลา และข้อจำกัดอื่นๆของกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีอันเป็นผลมาจากการประชุมเพื่อกำหนดระยะเวลา หลังจากนั้น ผู้พิพากษาอาจดำเนินการประชุมก่อนการพิจารณาเบื้องต้น เพื่อกำหนดถึงกระบวนการอื่นๆ การค้นหาพยานหลักฐานและการตกลงระงับข้อพิพาท เพื่อกำหนดประเด็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่จะเข้าสู่การพิจารณาให้เคลือบ ผู้พิพากษาจะพิจารณาถึงความสลับซับซ้อนของคดี ขอบเขตของการค้นหาพยานหลักฐาน เพื่อกำหนดตัวแปรในการค้นหาพยานหลักฐานของคุณค่าแต่ละฝ่ายซึ่งรวมถึงข้อจำกัดในด้านจำนวนและขอบเขตในการบันทึกคำพยานไว้ล่วงหน้า กฎเกณฑ์และข้อจำกัดในการส่งพยานเอกสารและการจัดตั้งสถานที่เก็บพยานเอกสาร ในบางขั้นตอนของกระบวนการก่อนการพิจารณา ผู้พิพากษาต้องประเมินถึงการเป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาทและมีคำสั่งให้มีการประชุมเพื่อยุติข้อพิพาท (settlement conference) ซึ่งผู้พิพากษาประจำศาล (magistrate) หรือผู้เชี่ยวชาญ (special master) โดยที่ผู้เข้าร่วมนอกจากทนายทั้งสองฝ่ายเท่านั้น แต่รวมถึงตัวโจทก์ จำเลย และผู้รับมอบอำนาจในการดำเนินคดี ซึ่งมีอำนาจในการระงับข้อพิพาทเข้าร่วมในการประชุม เพื่อกำหนดทิศทางของการระงับข้อพิพาท³⁵ ทั้งนี้การจัดการประชุมก่อนการสืบพยานเช่นว่านี้อาจจัดขึ้นในเวลาใดๆ หลังจากที่มีการยื่นคำคู่ความทั้งสองฝ่ายได้เสร็จสิ้นลงแล้วก็ได้ แต่ต้องมีขึ้นก่อนเริ่มต้นสืบพยานในศาลและในการสรุปผลการประชุมทนายของคุณค่าทั้งสองฝ่ายต้องยกร่างและลงชื่อในรายงานการประชุมเกี่ยวกับเรื่องต่างๆตามที่ได้ตกลงกัน จุดมุ่งหมายของการวางข้อกำหนดดังกล่าวนี้ก็เพื่อการเร่งการพิจารณาคดีและประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วยการขจัดเสียซึ่งพยานหลักฐานในเรื่องที่ไม่ได้เกี่ยวกับประเด็นการโต้เถียงอย่างแท้จริง

ในการประชุมก่อนการสืบพยานในศาลอย่างน้อยต้องมีนายอย่างน้อยคนหนึ่งในคณะทนายของคุณค่าแต่ละฝ่ายมาร่วมในการประชุมก่อนการพิจารณา และต้องได้รับมอบอำนาจที่จะตัดสินใจยอมรับประเด็นต่างๆที่จะมาถกเถียงกันในการประชุมร่วมกัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรศาลก็อาจแจ้งให้คุณค่ามาปรากฏตัวต่อศาลหรืออาจจะโทรศัพท์พูดคุยกับคู่ความโดยตรงเพื่อที่จะทำความตกลงกันในข้อพิพาท³⁶ และในการประชุมครั้งสุดท้ายจะเป็นวันที่ศาลทำการแถลงปิดกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจะเห็นถึงความเป็นไปได้ที่การพิจารณาคดีจะใช้ระยะเวลานานเท่าใดและมีความยุ่งยากซับซ้อนมากเพียงใด โดยผู้พิพากษาจะกำหนดประเด็นหน้าที่นำสืบรายละเอียดวิธีการเสนอพยานหลักฐาน การซักถามและถามค้านพยาน รวมถึงการออกคำสั่งใน

³⁵ James G. APPLE., *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 33*, น.68-69.

³⁶ ภาณุ รังสีสหัส, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.135.

ประเด็นอื่นๆ ซึ่งในวันนี้หากคู่ความทั้งสองฝ่ายได้ทำตามกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงเสร็จสิ้นแล้ว ก็จะเป็นประโยชน์ในการที่ผู้พิพากษาจะกำหนดทิศทางและสามารถประเมินได้ว่าจะหาทางระงับข้อพิพาทต่อไปในทิศทางใด³⁷ ซึ่งแม้คดีจะไม่สามารถสิ้นสุดได้ในขั้นนี้ก็ตาม แต่คดีก็ได้ผ่านกระบวนการที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเป็นระเบียบ ง่ายและสะดวกมากขึ้นต่อการพิจารณาต่อไป³⁸

ในกรณีที่คู่ความหรือทนายความหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งก่อนการพิจารณาหรือไม่มีคู่ความหรือทนายความ หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมในการประชุมหรือคู่ความหรือทนายความของคู่ความไม่เตรียมในการเข้าร่วมประชุม หากคู่ความกล่าวอ้างหรือศาลเห็นเองศาลก็จะออกคำสั่งตามที่เห็นสมควรดังนี้³⁹

1. คำสั่งปฏิเสธ ไม่อนุญาตให้คู่ความฝ่ายที่ฝ่าฝืนคำสั่ง ดำเนินการคัดค้านข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ของอีกฝ่ายหนึ่งหรือห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นนำเสนอพยานหลักฐานบางประเด็น

2. คำสั่งยกคำคู่ความทั้งหมดหรือบางส่วนหรือระงับการพิจารณาไว้ชั่วคราวจนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งหรือยกฟ้องทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือระงับการพิจารณาไว้ชั่วคราวจนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งหรือยกฟ้องทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือมีคำพิพากษาซึ่งไม่เป็นคุณกับคู่ความที่ฝ่าฝืนนั้น

3. คำสั่งละเมิดอำนาจศาล เว้นแต่เป็นการไม่ปฏิบัติตามเกี่ยวกับการส่งผลตรวจสภาพร่างกายและจิตใจ

ผู้พิพากษาอาจกำหนดให้คู่ความหรือทนายความของคู่ความนั้นหรือทั้งคู่ชำระค่าใช้จ่ายตามสมควรที่เกิดขึ้น เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึงค่าทนายความแทนการออกคำสั่งเช่นว่านั้นหรือเพิ่มเติมจากคำสั่งเช่นว่านั้น เว้นแต่จะเห็นเป็นการไม่ปฏิบัติตามเช่นนั้น มีเหตุอันสมควรและเหตุแห่งการกำหนดค่าใช้จ่ายไม่ถูกต้อง

นอกจากการลงโทษกรณีไม่เปิดเผยข้อมูลตามที่ศาลสั่งแล้ว ยังมีการกระทำการอื่น ๆ ที่ผู้ฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษได้ คือ

ก) กรณีไม่เข้าร่วมการบันทึกคำให้การพยานนอกศาล ไม่ว่าจะเป็นผู้ขอให้มีการบันทึกคำให้การนอกศาลหรือผู้ต้องเบิกความนอกศาลไม่เข้าร่วม

ข) กรณีไม่ตอบคำถามในการบันทึกคำให้การพยานนอกศาล

ค) การไม่ยอมเปิดเผยข้อมูลตามที่กฎหมายกำหนด

³⁷ Rules 16 (d), Federal Rule of Civil Procedure.

³⁸ James G.Apple., อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33, น.68.

³⁹ Rules 37 (b), Federal Rule of Civil Procedure.

ง) การไม่ยอมรับข้อเท็จจริง

จ) การไม่ทำแผนการเปิดเผยข้อมูลก่อนการสืบพยาน⁴⁰

3.1.1.7 ข้อจำกัดในการเปิดเผยพยานหลักฐาน

1. เรื่องที่ต้องการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นต้องไม่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์คุ้มครอง ซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงนั้นต้องไม่เกี่ยวกับประเพณีปฏิบัติซึ่งเป็นเอกสิทธิ์คุ้มครองตามกฎหมายพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัว อาทิเช่น ทัศนคติเกี่ยวกับลูกความ แพทย์กับคนไข้หรือบาทหลวงกับผู้ล้าบาบ เป็นต้น หากคู่ความได้ข้อเท็จจริงเหล่านี้มาศาลก็จะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานและหากศาลรับฟังพยานเหล่านี้ก็อาจจะกระทบถึงความปลอดภัยแห่งชาติได้ดังกล่าว

2. ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องไม่ใช่งานของทนายความซึ่งจัดเตรียมไว้สำหรับการดำเนินคดี รวมทั้งการบันทึกส่วนตัวเกี่ยวกับการสอบปากคำพยานและมีการรวบรวมความคิดเห็นส่วนตัวของทนายความผู้นั้นไว้เพื่อการพิจารณาคดีของตน ซึ่งเอกสารและข้อเท็จจริงเหล่านี้เรียกว่า work product

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสหรัฐอเมริกา ในช่วงแรกไม่ได้กล่าวถึงข้อจำกัดของการสืบเสาะและข้อเท็จจริงในเรื่อง work product มาก่อนต่อเมื่อมีคดี Hickman V. Taylor, 329 u.s. 495,91 L.Ed.451 (1947) เกิดขึ้นจึงได้มีหลักในเรื่องนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

3. ข้อมูลที่จะทำการเปิดเผยจะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของคดีข้อพิพาท ทั้งนี้แม้ว่าข้อมูลที่เปิดเผยนั้นจะไม่สามารถรับฟังเป็นพยานในชั้นการพิจารณาคดีได้ก็ตาม แต่หากข้อมูลนั้นจะนำไปสู่การสืบเสาะและค้นพบพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้⁴¹

แม้ว่าการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) จะเป็นกระบวนการซึ่งช่วยลดขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล แต่ก็ยังมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้โดยพิจารณาว่าการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) มีข้อเสียซึ่งทำให้เกิดผลดีกับกระบวนการพิจารณาตามวัตถุประสงค์ ข้อเสียดังกล่าวก่อตัวขึ้นจากมุมมองของตัวเองต่อการดำเนินการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) โดยทนายความเรียกว่า discovery abuse โดยสามารถแยกพิจารณาออกได้ดังนี้

1. ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความซึ่งสูงเกินไป เนื่องจากการทำงานที่มากขึ้นหรือเกิดความจำเป็นของทนายความ ในขั้นตอนต่างๆ ของการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (excessive discovery of over discovery) โดยตัวความจำยอมต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวโดยไม่มีทางโต้แย้งการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) เป็นขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการ

⁴⁰ รัชชชัย สุวรรณพานิช และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.22.

⁴¹ วัลภา ละอองสุวรรณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 31*, น.32-34.

ตามกฎหมายในประเด็นนี้ที่ยกขึ้นกล่าวอ้าง เน้นถึงการขาดจรรยาบรรณในการทำงานของนายความ ซึ่งมุ่งหาประโยชน์จากการทำงานที่มากเกินไปจนความจำเป็น (ทั้งโดยตั้งใจและไม่ตั้งใจ) ทำให้กระบวนการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น อาจกล่าวได้ว่าค่าใช้จ่ายในกระบวนการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) เป็นสิ่งที่ชดเชยสำหรับการลดระยะเวลาของการพิจารณาคดีชั้นสืบพยานลงไป⁴²

2. ค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นย่อมบีบให้ตัวความคำนึงถึงผลชนะหรือแพ้คดีมากกว่าความถูกต้อง ยุติธรรมซึ่งนำไปสู่ปัญหาการขโมย ซ่อน ทำลาย ดัดแปลงเอกสารหรือการกล่าวข้อความเท็จหรือปิดบังข้อเท็จจริงของตัวความในระหว่างขั้นตอนการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery)

3. ตัวความที่เป็นผู้บริหารระดับสูงเริ่มเกิดความเบื่อหน่ายต่อเทคนิคการดำเนินกระบวนการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) เนื่องจากคิดว่าได้ไม่เท่าเสียหรือไม่คุ้มค่าที่ต้องเสียเวลาการทำงานหรือเสียโอกาสทางธุรกิจของตนไป ซึ่งเมื่อคิดคำนวณจากมุมมองทางธุรกิจแล้ว ตัวความก็จะให้ความสนใจแก่การสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) น้อยลงกว่าการที่ตนจะต้องไปศาลเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งตนจักพลาดไม่ได้เลย

4. ตัวความที่ทราบจุดอ่อนตามข้อ 2. และข้อ 3. ก็จะใช้เวลาและค่าใช้จ่ายเป็นเครื่องต่อรองในการเจรจา โดยเฉพาะในคดีซึ่งไม่มีมูลคดีหนาแน่นและตัวความที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า ย่อมต้องใช้จำนวนค่าใช้จ่ายในกระบวนการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) เป็นเครื่องช่วยในการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีต่อไปหรือไม่ อันจะทำให้ผู้ที่มีฐานะทางการเงินดีกว่าจำต้องยุติคดีไป โดยไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร

สืบเนื่องจากปัญหาข้างต้น ศาลจึงต้องเข้ามามีบทบาทเพื่อแก้ไขปัญหานี้ โดยเน้นการกำหนดมาตรการเพื่อลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการซึ่งได้แก่⁴³

การตัดจำนวนวันดำเนินการ โดยศาลจะกำหนดเร่งการการสืบเสาะ และการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ในทุกๆคดี คำสั่งนี้จะบีบให้นายความต้องดำเนินการสืบเสาะ และการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ในแนวทางที่ถูกต้องและจะไม่เกิดผลเสียหรือผลกระทบต่อวิชาชีพหรือชื่อเสียงของตน เพราะเมื่อศาลมีคำสั่งแล้ว นายความจะต้องเข้าดำเนินการให้สอดคล้องกับคำสั่งโดยเร็วที่สุด และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายความหลีกเลี่ยงที่จะเร่งดำเนินการสืบเสาะและการ

⁴² Fleming Jame, Geoffrey CHazard and John Leubsdt, Civil Procedure, (Boston : Little Brown and Company, 2001), p.228.

⁴³ วัลภา ละอองสุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น.44-45.

ค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) โดยไม่มีเหตุอันควรแล้ว ทนายความผู้นั้นอาจถูกลงโทษในฐานะกระทำผิดต่อวิชาชีพ⁴⁴

มาตรการที่ศาลเรียกพบเพื่อขอความคืบหน้า รวมทั้งการประชุมก่อนการสืบพยานในศาล โดยศาลอาจมีคำสั่งด่วนให้ทนายความเข้าพบหรือมาที่ศาลเป็นการด่วน เพื่อขอทราบความคืบหน้าของการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) และกำชับให้ถึงความและทนายความดำเนินการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ต่อไปจนเสร็จสมบูรณ์ โดยคำนึงถึงเวลาและค่าใช้จ่ายหรือหาทางยุติเรื่องราวระหว่างกัน หากพบเห็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏออกมาจากการสืบเสาะและการค้นพบข้อเท็จจริง (discovery) ที่ผ่านมามีความเสียหายเปรียบในทางคดี

3.1.2 การเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศฝรั่งเศสในระบบไต่สวน

ประเทศฝรั่งเศสไม่มีกระบวนการเปิดเผยพยานก่อนสืบพยานหลักฐานแต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ชัดเจน แต่ก็ยังคงหลักการพื้นฐานเดิมของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งคือ "หลักความประสงค์ของคู่ความ" (le principe dispositif) คือ การฟ้องคดีจะเริ่มจากการเรียกร้องสิทธิของโจทก์มิใช่โดยการริเริ่มของศาล นอกจากนั้นคู่ความมีสิทธิในการยุติคดีโดยสมัครใจ การถอนฟ้อง การยอมรับ หรือการตกลงประนีประนอมยอมความกัน เป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ แต่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถจะยุติหรือแก้ไขการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ โดยฝ่ายเดียวได้หากว่ามีผลเป็นการเสียหาย หรือไม่ได้รับความยินยอมจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา โดยมีแนวความคิดที่จะผสมผสานหลักกฎหมายทั้งสองดังกล่าวข้างต้นไว้ด้วยกัน ในประมวลกฎหมาย โดยส่วนหนึ่งได้ปล่อยให้สิทธิของคู่ความในขั้นตอนที่เกี่ยวกับการเริ่มต้นคดี และการดำเนินการกระบวนการพิจารณา ส่วนผู้พิพากษามีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปได้อย่างเรียบร้อย กฎหมายฉบับต่อมาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายนี้ ก็มีลักษณะไปในทำนองเพิ่มอำนาจของผู้พิพากษาและยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นสาเหตุทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้า โดยเฉพาะบทบาทและซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่เป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงของคดีและสั่งการต่างๆที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีที่เรียกว่า JME ผู้พิพากษาดังกล่าวมีบทบาทสำคัญที่จะกำหนดระยะเวลาต่างๆในการที่คู่ความจะเสนอข้อเท็จจริงต่อศาล เพื่อให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวพร้อมที่จะดำเนินการพิจารณาและพิพากษาโดยองค์คณะผู้พิพากษา ซึ่งได้แก่ อำนาจในการควบคุมให้มีการส่งเอกสารต่างๆ รวมทั้งคำคู่ความระหว่างคู่ความ

⁴⁴ John J.Kenelly, "Effective Discovery, Vis-à-vis Abuse of Discovery-Which is Which," 29 *The Trial Lawyers Guide*, 265, (1985).

และต่อศาล อำนาจในการมีคำสั่งต่างๆในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาโดยองค์คณะผู้พิพากษา ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งมาตรการหรือวิธีการต่างๆที่เกี่ยวกับการค้นหาความเป็นจริงหรือความชัดเจนของข้อเท็จจริงซึ่งเป็นปัญหาของคดี (les mesures d'instruction) และอำนาจในการสั่งปิดการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อเท็จจริง อำนาจต่างๆดังกล่าวของ JME มีส่วนช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อเท็จจริงของคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว

3.1.2.1 หลักการทั่วไป

ในประเทศฝรั่งเศสไม่มีขั้นตอนการพิจารณาคดี (trial) ในความหมายเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁴⁵ แนวคิดในสมัยแรกๆ การดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสที่ปรากฏในระบบกฎหมาย เช่น พระราชกำหนดของโกแบร์ท ค.ศ. 1667 หรือประมวลกฎหมายนโปเลียนฉบับ ค.ศ. 1806 ยังเป็นระบบที่มีลักษณะค่อนข้างไปในทางแบบกล่าวหา กระบวนการพิจารณาขึ้นอยู่กับการริเริ่มของคู่ความแต่เพียงฝ่ายเดียว แม้ว่าจะมีบทบัญญัติบางประการที่กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้พิพากษาในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติศาลจะไม่เข้ามามีส่วนร่วมในการรวบรวมข้อเท็จจริงของคดีและจะมีคำสั่งต่างๆเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเฉพาะกรณีที่คู่ความได้ร้องขอเท่านั้น มีน้อยครั้งที่ศาลจะมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรด้วยตนเองและตามความเป็นจริงแล้วคดีจะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีขององค์คณะผู้พิพากษาเจ้าของคดีก็ต่อเมื่อคู่ความฝ่ายที่มีความกระตือรือร้นให้มีการพิจารณาและพิพากษาคดีเห็นว่าคดีมีข้อเท็จจริงเพียงพอแล้ว จึงได้ร้องขอให้มีการพิจารณาและพิพากษาคดีโดยองค์คณะผู้พิพากษา

ข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นได้ว่า คู่ความมีบทบาทเกี่ยวกับการดำเนินคดีทั้งในส่วนสาระของคดีและการดำเนินกระบวนการพิจารณา ผู้พิพากษาเพียงแต่พิจารณาข้ออ้างและข้อโต้แย้งที่คู่ความเสนอมาว่าฝ่ายใดจะมีเหตุผลน่าเชื่อถือมากกว่ากันเท่านั้น ซึ่งเกิดจากการได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดที่ว่า ผู้พิพากษาไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ของเอกชน

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในศตวรรษที่ 20 เพราะการที่ผู้พิพากษาไม่มีบทบาท ในเชิงรุกเนื่องจากถูกจำกัดอำนาจในการสั่งการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา มีผลทำให้คดีเกิดความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คู่ความฝ่ายที่สุจริตจึงได้รับความเสียหายหรือเสียเปรียบคู่ความฝ่ายที่มีเจตนาประวิงคดี ปัญหาดังกล่าวทำให้มีการพัฒนาแนวคิดใหม่ในศตวรรษที่ 20 ว่าความยุติธรรมทางแพ่งเป็นรัฐบริการอย่างหนึ่งกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายของเยอรมันใน ค.ศ. 1877 และ

⁴⁵ C.N.Ngwasiri, Pre-trial Civil Proceedings in England and France : A Comparative Study, 10 Civel Justice Quarterly. 289, 291-292 (1991).

ประมวลกฎหมายของออสเตรีย ค.ศ. 1895 ได้เริ่มกำหนดขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาซึ่งมีลักษณะค่อยไปทางแบบไต่สวนมากขึ้น กฎหมายดังกล่าวมีอิทธิพลต่อฝรั่งเศสอย่างมาก

ในวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1935 มีการตรารัฐกฤษฎีกา กำหนดให้มีผู้พิพากษาที่มีบทบาทในการควบคุมติดตามการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เรียกว่า “le juge chargé de suivre la procédure” แต่ไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้ เนื่องจากผู้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติบังคับใช้กฎหมาย คือ ผู้พิพากษาและคู่ความไม่ให้ความร่วมมือ ต่อมา มีรัฐกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1958 และฉบับลงวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1965 กำหนดให้มีผู้พิพากษาซึ่งเรียกว่า le juge des mises en état ในศาลบางศาล ต่อมาเปลี่ยนเป็น le juge de la mise en état (JME) ซึ่งกำหนดให้ศาลอื่นๆ จะต้องเป็นผู้พิพากษาดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ ในที่สุดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ ค.ศ. 1975 ซึ่งตราขึ้นโดยรัฐกฤษฎีกาที่ 75-1123 ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1975 ได้กำหนดหลักการให้มีผู้พิพากษาที่มีบทบาทในการควบคุมติดตามการดำเนินกระบวนการพิจารณาเอาไว้ด้วย⁴⁶

3.1.2.2 วิธีการเปิดเผยพยานหลักฐาน

1. รูปแบบของวิธีพิจารณาความแพ่ง คดีจะเริ่มต้นโดยการที่โจทก์ส่งหมายเรียกให้แก่จำเลย โดยพนักงานส่งหมาย ซึ่งหมายเรียกดังกล่าวมีผลเท่ากับเป็นคำฟ้องของโจทก์ โจทก์จึงต้องจัดการให้จำเลยอยู่ในสภาพที่พร้อมจะต่อสู้คดีได้ โดยต้องทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสทราบรายละเอียดเกี่ยวกับคดีของตน ซึ่งเป็นไปตามหลักการเผชิญหน้าของคู่ความหรือหลักฟังความทุกฝ่าย⁴⁷ ดังนั้นในหมายเรียกจะต้องระบุรายละเอียดต่างๆ ให้ได้รายละเอียดพอสมควร เช่น ระบุข้อความเกี่ยวกับวัน เดือน ปีของการออกหมายเรียก ชื่อ นามสกุล อาชีพและภูมิลำเนาของโจทก์ และจำเลย เรื่องที่ฟ้อง เหตุและพฤติการณ์ที่ฟ้อง ชื่อศาลที่จะพิจารณาคดี การแต่งตั้งทนายความของ

⁴⁶ อีร์ฟานธ์ รัศมีทัต, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส, (พระนคร : โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2508), น.11.

⁴⁷ หลักการเผชิญหน้าของคู่ความหรือรับฟังพยานหลักฐานทุกฝ่ายนั้นเป็นหนึ่งใน golden rules หรือหลักการพิจารณาทั่วไปอย่างหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยมีเหตุเนื่องมาจากว่าข้อพิจารณาในคดีมีข้อพิพาทนั้นเป็นผลที่เกิดจากการเผชิญหน้ากันของคู่ความในคดี โดยวิธีการนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงต่อศาลโดยอิสระกรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่ความทุกฝ่ายจะต้องมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงที่เป็นข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งและมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ทุกประเด็นของคดีที่ได้มีการพิจารณากันซึ่งสิทธิต่างๆ เหล่านี้อาจเรียกได้ว่า “หลักการต่อสู้คดีโดยอิสระ” (le principe de la liberté de la défense)

โจทก์เป็นต้น ภายหลังจากเสร็จสิ้นขั้นตอนส่งหมายเรียกและเมื่อระยะเวลาที่กำหนดให้จำเลยแต่งตั้งทนายความได้ผ่านพ้นไปแล้ว ทนายความฝ่ายโจทก์จะเสนอคำฟ้องแก่ศาล โดยนำมายื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ศาลที่เรียกว่า greffier เพื่อดำเนินการต่อไป

การดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งในศาลชั้นต้นฝรั่งเศส จะเริ่มต้นตั้งแต่โจทก์ส่งคำฟ้องให้แก่จำเลย โดยพนักงานส่งหมายจะเป็นผู้ส่งคำฟ้องให้แก่จำเลยสำหรับเนื้อหาในคำฟ้องมีดังต่อไปนี้

1. วัน เดือน ปี

2. ชื่อ นามสกุล อาชีพ ภูมิลำเนา สัญชาติและวัน เดือน ปี และสถานที่เกิดสำหรับกรณีโจทก์เป็นบุคคลธรรมดา หากเป็นกรณีที่โจทก์เป็นนิติบุคคลจะประกอบด้วยชื่อสำนักงานที่จดทะเบียนและผู้แทนทางกฎหมาย

3. ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ และลายมือชื่อพนักงานส่งหมาย

4. ชื่อ นามสกุล และภูมิลำเนาหรือสำนักงานที่จดทะเบียนของจำเลย

5. ชื่อศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดี

6. ข้อความเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและมูลเหตุแห่งการฟ้องร้องคดี

นอกจากบทบัญญัติเฉพาะดังกล่าวแล้วตามมาตรา 15⁴⁸ ได้วางหลักทั่วไปโดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ในการที่จะให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสได้ทราบรายละเอียดต่างๆ ของคดี ทั้งนี้เพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้แย้งได้ดังนี้

ประการแรก ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้ยกขึ้นเป็นข้อสนับสนุนข้อหาหรือข้อต่อสู้ของตน

ประการที่สอง มาตรา 15 ได้วางหลักทั่วไปต่อไปว่าคู่ความจะต้องดำเนินการให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีโอกาสได้ทราบถึงรายละเอียดเกี่ยวกับพยานหลักฐานต่างๆ ที่ตนได้เสนอเข้าสู่คดี พยานหลักฐานดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นวัตถุ เอกสารหรือในลักษณะด้วยวาจาที่คู่ความประสงค์ให้ศาลเชื่อ ตามข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งคำคู่ความต่างๆ และพยานเอกสารที่ได้เสนอต่อศาล มีการดำเนินการในเวลาอันสมควรหรือไม่⁴⁹

⁴⁸ Article 15 The parties shall be held to make known in due time to each other the set of facts giving rise to their claim, the items of evidence which they shall produce and points of law they shall rely upon so that each of them shall be in a position to prepare his case.

⁴⁹ พรพัทธ์ สติตเวโรจน์ และคณะ, การเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในคดีแพ่ง : กรณีศึกษาเฉพาะประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ โครงการศึกษาเพื่อพัฒนา

ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง

เมื่อโจทก์นำคดีมาฟ้องต่อศาล ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะพิจารณาจ่ายคดีไปตามแผนหรือองค์คณะต่างๆ ซึ่งผู้พิพากษาหัวหน้าแผนจะเรียกทนายความของคู่ความมาศาลในวันนัดพิจารณาครั้งแรก เพื่อพิจารณาว่าเอกสารและข้อเท็จจริงในสำนวนคดีมีครบถ้วนเพียงพอหรือไม่ และมีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสารในคดีโดยผู้พิพากษาคนเดียวที่เรียกว่า ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน หรือ JME ก่อนที่จะมีการพิจารณาคดีโดยองค์คณะผู้พิพากษาหรือไม่

ในการสืบพยานนั้น ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่สืบพยาน มีบทบาทในการซักถามพยานในประเด็นต่างๆ ที่เห็นว่าจะช่วยให้องค์คณะผู้พิพากษาได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงที่จำเป็นโดยครบถ้วนหรือซักถามพยานที่คู่ความได้เสนอแนะ การซักถามพยานจึงเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียว และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 214 วรรคหนึ่ง ยังได้บัญญัติห้ามมิให้คู่ความพูดสอดแทรกในระหว่างที่พยานเบิกความหรือห้ามคู่ความซักถามพยานโดยตรง หรือกระทำการใดๆ ที่จะทำให้มีอิทธิพลต่อพยาน โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะหลีกเลี่ยงไม่ให้พยานถูกขัดขวางหรือรบกวน โดยการขัดจังหวะของคู่ความหรือโดยการตั้งคำถามที่อาจจะทำให้พยานหลงเข้าใจประเด็นโดยผิดพลาด คู่ความที่ฝ่าฝืนอาจถูกศาลสั่งขับไล่ออกจากศาลได้ ศาลจึงมีบทบาทในเชิงรุกในการซักถามพยาน แต่ก็ได้เป็นการตัดสิทธิคู่ความโดยเด็ดขาดเพราะมาตรา 214 วรรคสอง บัญญัติว่า ภายหลังจากที่พยานได้ให้การเสร็จสิ้นแล้ว คู่ความสามารถที่จะเสนอให้ศาลสอบถามพยานในบางประเด็นได้ แต่ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าคำถามดังกล่าวเกี่ยวกับประเด็นหรือไม่และศาลอาจจะปฏิเสธไม่ถามพยานก็ได้⁵⁰

ผู้พิพากษาที่มีหน้าที่ในการซักถามพยานโดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ขององค์คณะผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน เพื่อที่จะได้สามารถรับรู้ข้อเท็จจริงโดยตรงและสังเกตเห็นอากัปกริยาของพยานในขณะที่เบิกความเพื่อช่วยในการประกอบการวินิจฉัยคดี แต่ในทางปฏิบัตินั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกในการที่จะให้ผู้พิพากษาทั้งองค์คณะจะต้องมาสืบพยานด้วยตนเอง ซึ่งในบางครั้งการสืบพยานก็ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์สำหรับคดีมากนักและเสียเวลาโดยไม่จำเป็น ดังนั้นจึงเกิดความคิดให้ผู้พิพากษาคนเดียวเป็นผู้สืบพยานโดยเจ้าหน้าที่ศาลเป็นผู้บันทึกคำเบิกความไว้และจัดทำรายงาน

ระบบการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยาน, รายงานผลการวิจัย, (สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมสำนักงานกิจการยุติธรรมกระทรวงยุติธรรม, ม.ป.ป.), น.15.

⁵⁰ วรรณชัย บุญบำรุง, “การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส : ตัวอย่างของกระบวนการพิจารณาที่ค่อนข้างไปทางแบบไต่สวน,” เล่มที่ 1 ตุลาคม 47 น.67 (มกราคม-เมษายน 2543).

การสืบพยานเสนอองค์คณะผู้พิพากษาต่อไป ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 225 ได้กำหนดวิธีการเลือกผู้พิพากษาที่จะทำหน้าที่สืบพยานไว้ 3 วิธีคือ⁵¹

1. กำหนดให้องค์คณะผู้พิพากษาเป็นผู้สืบพยานในกรณีที่เห็นว่าการสืบพยานบุคคลเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดี

2. กำหนดให้ผู้พิพากษาคณะเดียวซึ่งเป็นองค์คณะผู้พิพากษาเป็นผู้สืบพยาน ซึ่งเรียกผู้พิพากษาคณะเดียวที่ทำหน้าที่นี้ว่า le juge commissaire หรือ le juge commis ผู้พิพากษาคณะเดี่ยวนี้นับเป็นหนึ่งในองค์คณะผู้พิพากษาที่จะสามารถอธิบายหรือตั้งข้อสังเกตต่อผู้พิพากษาคณะอื่นๆ ในองค์คณะพิจารณาพิพากษาได้ดี

3. กำหนดให้มีการเลือกผู้พิพากษาคณะอื่นในศาลเดียวกันเป็นผู้ทำหน้าที่ในการสืบพยาน ในกรณีที่องค์คณะผู้พิพากษาไม่สามารถสืบพยานได้ หรืออาจมีการส่งประเด็นไปให้ศาลอื่นเป็นผู้สืบพยานบุคคลแทนได้

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้กำหนดบทบาทให้กับผู้พิพากษาประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “le juge de la mise en état” (JME) หรือที่เรียกว่า preparatory judge⁵² มีอำนาจหน้าที่รวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี อันจะทำให้คดีอยู่ในสภาพที่พร้อมที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดตัดสินคดีโดยองค์คณะผู้พิพากษา⁵³ นอกจากนั้นยังช่วยในการเริ่มตั้งทิศทางของคดีตั้งแต่เริ่มต้นด้วย⁵⁴ และเป็นหลักประกันว่าคุณความจะไม่ประวิงการพิจารณาและยังเป็นการทำให้เกิดความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี⁵⁵ โดยมีการเริ่มใช้วิธีการดังกล่าวมาตั้งแต่ พ.ศ. 2508 จนกระทั่งได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใน พ.ศ. 2514-2515 คือ ผู้พิพากษาประจำแผนกหรือคณะที่รับผิดชอบคดีตั้งแต่ละแผนกหรือแต่ละคณะจะมี JME คือ ผู้พิพากษาประจำแผนกหรือคณะที่รับผิดชอบคดีตั้งแต่ละแผนกหรือแต่ละคณะจะมี JME หลายคนและผู้พิพากษาหัวหน้า

⁵¹ เฟิงอ้วง, น.61.

⁵² Christian Dadono and Susan Farran, The French Legal System, Second edition, (London : Sweet & Maxwell), p.172.

⁵³ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principles of French Law, (Oxford University Press Inc.), p.93.

⁵⁴ *Ibid.* p.172.

⁵⁵ C.N.Ngwasiri, The Role of Judge in French Civil Proceedings. 9 Civil Justice Quarterly, 167-168 (1990). อังโน พนมรัตน์ เรื่องอำพัน, “การเร่งรัดกระบวนการพิจารณาก่อนวันสืบพยาน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 65.

แผนกหรือคณะจะเป็นผู้กำหนดว่า JME คนใดที่จะรับผิดชอบคดีใด การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นนี้ โดยหลักเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องกล่าวอ้างข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้นั้น คำขอต่างๆ และประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีให้ศาลทราบซึ่งรายละเอียดดังกล่าวจะต้องระบุไว้ในคำคู่ความ

ในส่วนของ JME นั้น คดีทุกคดีไม่ได้ถูกส่งเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีขององค์คณะผู้พิพากษาในทันที⁵⁶ แต่จะต้องเข้าสู่การพิจารณาของ JME เสียก่อน โดย JME จะเป็นผู้ควบคุมดูแลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นนี้เป็นไปโดยถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการส่งคำคู่ความและพยานเอกสารต่างๆ ของคู่ความ

2. อำนาจของผู้พิพากษาและสิทธิของคู่ความในกระบวนการพิจารณา ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา JME ที่เป็นส่วนสำคัญในการช่วยสนับสนุน รวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดี มี 6 ประการ คือ

1) อำนาจในการรับฟังคู่ความและประนีประนอมข้อพิพาท ซึ่งต้องกระทำต่อหน้าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ว่าเมื่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนั้นได้รับหมายเรียกแล้วไม่มาศาล ทั้งนี้เพื่อที่ JME จะได้สอบถามและรับฟังข้อเท็จจริงโดยตรงจากคู่ความ เพื่อพิจารณาประกอบกับคู่ความและพยานเอกสาร และผู้ร่างกฎหมายยังเล็งเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวอาจเป็นช่องทางให้คู่ความได้มีโอกาสที่จะประนีประนอมยอมความกันมากที่สุด นอกจากนี้ JME ยังมีอำนาจที่จะฟังคำชี้แจงของตัวความโดยตรง รวมทั้งผู้แทนของตัวความด้วย

2) อำนาจในการรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดีให้เป็นไปโดยเรียบร้อยหรืออำนาจในการสืบสวนต่างๆ ที่เกี่ยวกับคดี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ควรจะทำให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด ดังนั้นผู้พิพากษาของฝรั่งเศสจึงมีอำนาจที่จะค้นหาความจริงได้ด้วยตนเอง โดยการสืบสวนข้อเท็จจริงต่างๆ รวมถึงค้นหาพยานหลักฐานไม่เฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความส่งมาในคดีเท่านั้น อำนาจสืบสวนของผู้พิพากษาทำให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะถามคำถามหรือตั้งผู้เชี่ยวชาญ เพื่อที่จะสืบสวนข้อเท็จจริงต่างๆ ที่จะต้องอาศัยความรู้เป็นพิเศษ นอกจากนั้นยังมีอำนาจที่จะส่งคู่ความให้มาปรากฏตัวต่อหน้าศาล เพื่อตอบคำถามหรือสอบสวนพยาน มาตรการสืบสวนแต่ละอย่างจะทำโดยคำสั่งของศาลภายใต้ข้อกำหนดและข้ออ้างอิง ซึ่งรวมถึงกำหนดวันและเวลาที่จะมีการสืบสวนและการจำกัดเวลาที่จะแล้วเสร็จ รายงานการสืบสวนนั้นจะต้องสรุปรวมอยู่ในสำนวนคดีและส่งให้แก่คู่ความแต่ละฝ่ายเพื่อให้รู้ถึงข้อเท็จจริงในคดีของอีกฝ่ายหนึ่งที่จะนำมาสู่ศาล⁵⁷ สรุปได้ว่าผู้พิพากษา JME มีอำนาจที่จะสืบสวนเกี่ยวกับคดี เช่น ไปเผชิญสืบตรวจสอบ

⁵⁶ Mauro Cappelletti and Bryant Garth, *Access to Justice*, (Italy : Tipografia Mori & C.s.n.c., 1978), p.488.

⁵⁷ C.N.Ngwasiri, *supra note 55*, p.169.

วัตถุประสงค์หรือสั่งให้พยานผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจ รวมถึงสามารถจะตรวจสอบคู่ความและพยานต่างๆ ได้ด้วย

3) อำนาจในการสืบสวนส่วนบุคคลของผู้พิพากษา การสืบสวนส่วนบุคคลของผู้พิพากษา มีเจตนารมณ์ที่จะให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะได้รับความรู้เป็นการส่วนตัวสำหรับข้อเท็จจริงที่พิพาท ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะค้นหาข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ได้ กระบวนการนี้ให้แนวทางแก่ผู้พิพากษาที่จะได้รับความรู้ด้วยตนเองในแง่มุมมองของคดีโดยไม่จำเป็นจะต้องพึ่งพาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ กระบวนการนี้สามารถนำไปใช้ได้ในทุกคดีที่การตรวจสอบวัตถุสิ่งของหรือสมมติฐานต่างๆ อาจจะช่วยในการแก้ปัญหาหรือให้เกิดความชัดเจนในคดีได้ภายใต้กระบวนการนี้ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะไปดูการสาธิตในคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดได้เป็นต้น ถ้าความรู้พิเศษนั้นมีความจำเป็นเพื่อค้นหาความจริง ผู้พิพากษาหรือศาลอาจมีคำสั่งให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญในการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ ก็ได้ และเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ ผู้พิพากษาก็มีสิทธิที่จะพูดคุยกับบุคคลอื่นๆ อีก เมื่อสืบสวนเสร็จแล้ว ผู้พิพากษา JME จะดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณาโดยวิธีอื่นๆ ต่อไป⁵⁸

สำหรับในเรื่องพยานหลักฐานนั้น หากคู่ความฝ่ายใดอ้างอิงพยานเอกสารใด จะต้องเปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ตรวจสอบพยานเอกสาร คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ศาลสั่งได้ ซึ่งอยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ คำสั่งของศาลดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาต้องห้ามอุทธรณ์ในทันที คำสั่งของศาลดังกล่าวจะกำหนดระยะเวลาและค่าปรับในกรณีมีการฝ่าฝืนคำสั่งและศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานเอกสารที่ไม่ได้แลกเปลี่ยนกันภายในเวลาอันสมควรได้ นอกจากนี้ผู้พิพากษา JME ยังมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาเข้ากับคดีอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือแยกคดีออกเป็นหลายคดีหรือมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการสิ้นสุดของคดี เช่น การตั้งฟ้อง การประนีประนอมยอมความ เป็นต้น (มาตรา 766 และมาตรา 769)⁵⁹

4) อำนาจในการสั่งให้คู่ความมาปรากฏตัวต่อหน้าศาล มาตรการนี้เป็นมาตรการที่คล้ายกับมาตรการสืบสวนอื่นๆ การปรากฏตัวของคู่ความจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อศาลมีคำสั่งหรืออาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่บังคับให้คู่ความมาปรากฏตัวต่อหน้าศาลโดยไม่มีคำสั่งศาล ผู้พิพากษา JME มีอำนาจที่จะเรียกทนายความของคู่ความให้มาศาลเพื่อสอบถามเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สนับสนุนข้อต่อสู้หรือข้อกล่าวหาที่คู่ความไม่ได้ยกขึ้น เพื่อให้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่จำเป็นต่อการพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งให้คู่ความนำต้นฉบับพยานเอกสารมาแสดงหรือเพียงแต่ส่งสำเนา มา นอกจากนี้ยังมีอำนาจสั่งให้คู่ความเรียกบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องเข้ามาเป็นคู่ความ ถ้าหาก JME เห็นว่าเป็นการจำเป็นต่อการพิพากษา

⁵⁸ *Ibid.* p.170.

⁵⁹ วรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 50*, น.124-125.

คดี การสั่งการดังกล่าว JME จะกำหนดระยะเวลาให้คู่ความปฏิบัติ โดยคำนึงถึงลักษณะความเร่งด่วน หรือความยากง่ายของการปฏิบัตินั้น และอาจมีการขยายระยะเวลาได้ หากคู่ความไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา JME อาจมีคำสั่งให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นรวบรวม ข้อมูลและเอกสารสืบสุดลง ซึ่งจะมีผลทำให้คู่ความไม่สามารถยื่นพยานเอกสารหรือข้อกล่าวหาหรือ ข้อต่อสู้อื่นๆ ได้อีก

สำหรับความมุ่งหมายของการเชิญคู่ความให้มาปรากฏตัวต่อศาล ก็เพื่อให้ ผู้พิพากษาได้รับคำตอบต่างๆ ที่ต้องการ โดยคำถามต่างๆ จะถูกเตรียมไว้ล่วงหน้าโดยผู้พิพากษาเอง หรือโดยคู่ความทั้งสองฝ่ายอาจจะส่งบัญชีรายการคำถามที่ศาลอาจจะใช้ถามแก่คู่ความฝ่ายตรงข้าม คู่ความจะไม่ได้รับอนุญาตให้ตอบคำถามโดยอ่านเอกสาร ซึ่งกฎเกณฑ์นี้มีไว้เพื่อเป็นการประกันว่าจะ ได้รับคำตอบในทันทีทันใด ส่วนน้ำหนักของคำตอบของคู่ความนั้นผู้พิพากษาจะเป็นผู้ประเมินและ ผู้พิพากษายังมีสิทธิที่จะอ้างกฎหมายในกรณีที่คู่ความปฏิเสธไม่ตอบหรือไม่ให้ความร่วมมือในการตอบ คำถามนั้นได้ และไม่ว่าผลจะเป็นอย่างไรคู่ความแต่ละฝ่ายก็จะได้รับสำเนารายงานสรุปของการ พิจารณาแบบนี้ด้วย⁶⁰

5) อำนาจในการสั่งปิดการพิจารณาคดีในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสาร ของคดี การสั่งปิดการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดีโดยผู้พิพากษา JME นี้มีได้ใน 2 กรณีดังนี้

1. เมื่อ JME พิจารณาเห็นว่าข้อมูลและเอกสารที่จำเป็นต่อการพิจารณา พิจารณาคดีครบถ้วนแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สำนวนคดีพร้อมที่จะทำการพิพากษาได้ JME จะ มีคำสั่งปิดการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดีและส่งสำนวนไปยังองค์คณะ ผู้พิพากษาที่เป็นเจ้าของสำนวนเพื่อเปิดโอกาสให้ทนายความของคู่ความได้ทำการแถลงด้วยวาจา เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทต่อหน้าองค์คณะผู้พิพากษาตามวัน เวลา ที่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลได้ กำหนด

2. เป็นกรณีที่มีลักษณะเป็นการลงโทษคู่ความฝ่ายที่ไม่ดำเนินกระบวนการ พิจารณาภายในระยะเวลาที่กำหนด โดย JME อาจมีคำสั่งดังกล่าวเองหรือโดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งร้อง ขอ แล้วส่งสำนวนไปยังองค์คณะผู้พิพากษาที่เป็นเจ้าของสำนวน แต่ในกรณีที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งร้อง ขอ หาก JME จะปฏิเสธคำร้องขอจะต้องทำในรูปคำสั่งโดยมีเหตุผลประกอบคำสั่ง ซึ่งคำสั่งในกรณี หลังนี้ต้องห้ามอุทธรณ์ อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อยกเว้นตามมาตรา 776 (3) ที่สามารถอุทธรณ์ได้ แต่ถ้าเป็น กรณีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนด

⁶⁰ C.N.Ngwasiri, *supra note 55*, p.168.

แล้ว กรณีเห็นได้ว่าคดีจะไม่สามารถอยู่ในสภาพที่จะทำการพิพากษาได้ ในกรณีนี้ JME อาจมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยมีเหตุผลประกอบคำสั่งดังกล่าวต้องห้ามอุทธรณ์ แต่ก่อนที่ JME จะมีคำสั่งจะต้องแจ้งให้ทนายความของคู่ความทราบเสียก่อน

กฎหมายห้ามอุทธรณ์คำสั่งปิดการพิจารณาดังกล่าวของ JME แต่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยว่าหากคำสั่งปิดการพิจารณาของ JME มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิการต่อสู้คดีของคู่ความ ในกรณีนี้สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้

คำสั่งปิดการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดีนี้มีความสำคัญอย่างมากในกระบวนการพิจารณา โดยภายหลังจากที่ JME ได้มีคำสั่งดังกล่าวแล้ว คู่ความไม่สามารถที่ยื่นข้อต่อสู้หรือข้อกล่าวหา รวมทั้งพยานต่างๆ เข้าสู่การพิจารณาได้อีก การที่กฎหมายได้กำหนดหลักการนี้ไว้ ก็เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้คู่ความพยายามที่จะประวิงเวลาในการพิจารณาคดีและเพื่อเร่งรัดให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการดังกล่าวโดยเคร่งครัดอาจจะเป็นผลเสียได้ กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังต่อไปนี้ ภายหลังจากที่ JME ได้มีคำสั่งดังกล่าวแล้วได้แก่ คำร้องสอดเข้ามาในคดีโดยสมัครใจของบุคคลอื่นนอกจากคู่ความ คำร้องขอเกี่ยวกับค่าเช่า ค่ามัดจำ ค่างวดผ่อนส่งชำระหนี้ ดอกเบี้ยและดอกผลอื่น รวมทั้งค่าใช้จ่ายของทนายความที่เกิดขึ้นภายหลังคำสั่งปิดการพิจารณาและคำนวณถึงเวลาก่อนที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาในชั้นองค์คณะผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน⁶¹

6) มีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งปิดการพิจารณา ในบางกรณีอาจมีการเพิกถอนคำสั่งปิดการพิจารณาดังกล่าวของ JME ได้ ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งปิดการพิจารณานี้อาจทำให้เกิดปัญหาหลายอย่างตามมาได้ ดังนั้นกฎหมายจึงได้กำหนดเหตุดังกล่าวไว้ค่อนข้างเคร่งครัด เนื่องจากเป็นบทยกเว้น โดยกำหนดว่าคำสั่งดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ ในกรณีที่ JME หรือผู้พิพากษาในองค์คณะเจ้าของคดีพิจารณาเห็นว่ามีเหตุจำเป็นอย่างยิ่ง เช่น มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นใหม่ซึ่งจะมีผลทำให้ประเด็นแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไป แต่สำหรับกรณีที่มีการแต่งตั้งทนายความภายหลังจากที่ JME มีคำสั่งปิดการพิจารณาดังกล่าวนั้น ไม่ถือว่าเป็นเหตุจำเป็นในตัวเองที่จะขอให้เพิกถอนคำสั่ง ส่วนในกรณีที่คำร้องสอดโดยสมัครใจของบุคคลภายนอกคดีนั้น คำสั่งดังกล่าวจะถูกเพิกถอนได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่องค์คณะผู้พิพากษาเจ้าของคดีไม่สามารถที่จะทำการพิพากษาคดีได้ทุกประเด็น เช่น การร้องสอดที่ทำให้เกิดประเด็นขึ้นใหม่ ซึ่งจะต้องทำการรวบรวมข้อมูลและเอกสารเพิ่มเติมโดย JME นอกจากนี้เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความพยายามที่อาจจะมี การร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว กฎหมายยังได้กำหนดว่าการกำหนดวัน เวลา ที่คู่ความจะแถลงด้วยวาจาต่อหน้าองค์คณะผู้พิพากษาเจ้าของคดีให้กำหนดวัน

⁶¹ *Ibid.* p.175.

ดังกล่าวโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ ส่วนปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวนั้น ต้องพิจารณาว่าในขณะนั้นสำนวนคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาของใคร โดยกฎหมายได้กำหนดให้ JME ยังคงมีอำนาจในการมีคำสั่งเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาได้แม้จะเป็นภายหลังที่ JME ได้มีคำสั่งปิดการพิจารณาแล้วก็ตาม⁶² ทั้งนี้จนกว่าจะได้มีการพิจารณาในชั้นของคณะผู้พิพากษาเจ้าของคดี และเมื่อได้มีการพิจารณาโดยของคณะผู้พิพากษาแล้ว องค์คณะผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจในการมีคำสั่ง

มาตรการสำหรับผู้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ JME

ถ้าทนายความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ JME กำหนดไว้ ศาลก็มีอำนาจที่จะยกขึ้นพิจารณาเองหรือโดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีคำร้องขอสั่งปิดการพิจารณาในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสาร แล้วส่งคดีไปสู่ศาลในชั้นพิจารณาจริงๆ ถ้าไม่มีทนายความฝ่ายใดปฏิบัติตามขั้นตอนที่ JME กำหนดดังกล่าวเลย ศาลก็จะส่งคำบอกกล่าวให้แก่คู่ความทั้งสองฝ่าย เพื่อสั่งจำหน่ายคดีต่อไป⁶³

3. มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี (les mesures d'instruction)

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี (les mesures d'instruction) ได้ด้วยตนเองเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดีซึ่งจำเป็นต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดี⁶⁴ แต่อำนาจของศาลฝรั่งเศสในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้นั้นไม่ได้เป็นการปลดเปลื้องภาระหน้าที่ของคู่ความในการที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างแต่อย่างใด⁶⁵

นอกจากนี้ผู้พิพากษาในประเทศภาคพื้นยุโรปยังสามารถที่จะค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง วิธีการที่ไม่จัดว่าอยู่ในประเภทของพยานหลักฐาน ตัวอย่างเช่น โดยปกติแล้วคู่ความในคดีในประเทศภาคพื้นยุโรปไม่สามารถให้การเป็นพยานได้⁶⁶ เนื่องจากคำให้การของคู่ความในคดีไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียกคู่ความในคดีมาซักถามเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ ในประเทศฝรั่งเศสประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจแก่พิพากษาอย่างกว้างขวางในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีทั้งในชั้นเตรียมคดีและในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาสามารถสั่งให้ดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเองและ

⁶² วรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 50*, น.128.

⁶³ Christian Dadono and Susan Farran, *supra note 52*, p.172.

⁶⁴ มาตรา 10 และมาตรา 143 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส.

⁶⁵ มาตรา 9 และมาตรา 146 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส.

⁶⁶ ตั้งแต่ ค.ศ. 1988 เป็นต้นมา ในประเทศเนเธอร์แลนด์คำเบิกความของคู่ความที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถรับฟังเป็นพยานได้

สามารถที่จะเรียกให้คู่ความมาเบิกความในข้อเท็จจริงใดที่เห็นว่าจำเป็นต่อการวินิจฉัยคดีได้ และผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียกคู่ความมาศาลเพื่อซักถามได้ด้วย⁶⁷ ซึ่งวิธีการเหล่านี้แม้จะไม่จัดอยู่ในประเภทของพยานหลักฐานแต่ก็มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลในฐานะที่ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นอิสระ

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติเรื่องมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย มาตรา 10 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ได้บัญญัติว่า “ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย” และมาตรา 143 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการชี้ขาดตัดสินคดีอาจได้รับการดำเนินการตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงทุกประการที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการร้องขอจากคู่ความหรือเมื่อศาลเห็นชอบ” เมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในการรวบรวมข้อมูลและเอกสารในคดีและในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าวมาข้างต้น ผู้พิพากษาฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เพียงควบคุมและเร่งรัดการดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจหน้าที่สำคัญที่จะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในคดีเพื่อดูแลให้การดำเนินการกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยดี ซึ่งการที่ผู้พิพากษามีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้เองเมื่อเห็นชอบนั้น เป็นการแสดงให้เห็นถึงความต้องการจะนำกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสไปสู่ระบบการไต่สวน ซึ่งผู้พิพากษาจะมีบทบาทที่เด่นชัดในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน

หลักเกณฑ์ในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 143 กำหนดไว้ว่า เมื่อคู่ความร้องขอหรือเมื่อศาลเห็นสมควรเอง ข้อเท็จจริงที่จำเป็นต่อการวินิจฉัยคดีของศาลสามารถนำเอามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีทุกอย่างที่กฎหมายรับรองมาใช้ได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นผลว่าการสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีขึ้นสามารถกระทำได้โดยการร้องขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยศาลสั่งเองเมื่อศาลเห็นสมควร

ตามมาตรา 10 และมาตรา 143 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ศาลสั่งให้มีขึ้นจากการที่คู่ความในคดีร้องขอหรือที่ศาลเห็นชอบกำหนดให้มีขึ้นเอง มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลแก่ศาลในเรื่องที่จำเป็นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล ดังนั้นจึงสามารถกำหนดบทบาทและขอบเขตของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ดังนี้ มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมีบทบาท

⁶⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 184-189.

ในการให้ความกระจ่างชัดแจ้งต่อศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนขอบเขตของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นจำกัดอยู่เฉพาะการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อทราบรายละเอียดของคดีเพิ่มเติมในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายได้โดยหลักแล้วศาลจะกำหนดมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงขึ้นมาในระหว่างการพิจารณาเพื่อศาลจะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่จะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความกระจ่างชัดเจนขึ้น แต่มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนี้อาจจะมีขึ้นก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลก็ได้ ถ้ามีเหตุอันสมควรก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ที่จะต้องเก็บรักษาหรือพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งมีความจำเป็นต่อการพิจารณาพิพากษาคดี⁶⁸ แต่มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงล่วงหน้าก่อนคดีขึ้นสู่ศาลนี้เฉพาะผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่จะร้องขอต่อศาลให้มีขึ้น ศาลไม่มีอำนาจที่จะหยิบยกขึ้นมาสั่งเอง ดังเช่นมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณา มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมีอยู่ 4 ประเภทดังนี้

1. การตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาอาจศึกษาข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดีได้ด้วยตนเอง โดยต้องมีคู่ความในคดีอยู่ด้วยหรือคู่ความถูกศาลเรียกให้มา ทั้งนี้เพื่อผู้พิพากษาจะได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยตนเอง ผู้พิพากษาอาจทำการสังเกตการณ์ ประเมิน วิเคราะห์หรือลำดับเหตุการณ์ที่ตนเห็นว่าจำเป็นได้ โดยอาจจะออกไปเดินเผชิญสืบ ณ สถานที่นั้นๆ เองก็ได้ถ้าจำเป็น⁶⁹

การที่ผู้พิพากษาได้ไปตรวจอาคาร ที่พักอาศัย สถานที่ประกอบการ ที่ดิน ในบางครั้งย่อมจะทำให้ผู้พิพากษาได้รับรู้ข้อเท็จจริงด้วยความแน่นอนยิ่งขึ้น นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองของผู้พิพากษาไม่มีประโยชน์ เนื่องจากผู้พิพากษาไม่มีความรู้ด้านเทคนิคที่จำเป็นอันจะทำให้ได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าว อย่างไรก็ตามในระหว่างการดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงของผู้พิพากษา ผู้พิพากษสามารถให้ผู้ชำนาญการมาช่วยเหลือได้⁷⁰ ผู้ชำนาญการนี้จะทำหน้าที่เป็นผู้ให้คำปรึกษา ไม่ใช่ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ ผู้ชำนาญการจะให้คำปรึกษาด้วยวาจาและพบว่าผู้พิพากษาฝรั่งเศสรับฟังความเห็นของผู้ชำนาญการบ่อยครั้งขึ้น⁷¹

⁶⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 145.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 179.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 181.

⁷¹ M.N.Chehata, le rôle du juge dans l'administration de la preuve, en droit francais en droit egyptien, these, Limoges, p.143. อังโน จารุณี ศิริวัฒน์, “กระบวนการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), น.151.

การตรวจสอบข้อเท็จจริงของผู้พิพากษามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้พิพากษาได้มีความรู้โดยตรงในองค์ประกอบของคดีบางอย่าง โดยไม่จำเป็นที่จะต้องให้ขึ้นอยู่กับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแต่อย่างใด แต่ไม่ได้หมายความว่า การตรวจสอบข้อเท็จจริงของผู้พิพากษาจะสามารถแทนผู้เชี่ยวชาญ โดยเฉพาะในกรณีที่ความเห็นของผู้ชำนาญการเป็นสิ่งที่มาสามารถแทนกันได้

คำสั่งของศาลที่ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงนี้สามารถที่จะดำเนินการได้โดยทันทีถ้ามีเหตุอันควร โดยผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดสถานที่ วันและเวลาในการตรวจสอบข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาจะดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองหรือว่ามอบหมายให้ผู้พิพากษาคนอื่นที่อยู่ในองค์คณะเป็นผู้ดำเนินการก็ได้⁷² ผู้พิพากษาสามารถเรียกคู่ความมาซักถามปัญหาข้อสงสัยในคดีหรือจะเรียกบุคคลใดที่เห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อการทำความจริงให้ปรากฏให้มาให้การก็ได้⁷³

การตรวจพิสูจน์ การประเมิน การให้ถ้อยคำ การจำลองเหตุการณ์ ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงของผู้พิพากษาให้จัดทำเป็นรายงานกระบวนพิจารณา แต่ในกรณีที่คดีนั้นจะถูกตัดสินเป็นคดีถึงที่สุดแล้ว การบันทึกไว้ในคำพิพากษาสสามารถใช้แทนการจัดทำรายงานได้⁷⁴

2. การให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง มาตรา 184-198 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ผู้พิพากษาอาจสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเองได้ทุกกรณี⁷⁵ มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ให้คู่ความมาศาลนี้ทำให้ศาลมีโอกาสได้ฟังคู่ความโดยส่วนตัว เพื่อที่จะนำเอาคำเบิกความของคู่ความไปประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดี ซึ่งคำเบิกความของคู่ความนี้ศาลอาจจะถือเป็นพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ คำสั่งของศาลที่สั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเองนั้นให้องค์คณะผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิพากษาคดีหรือผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่ง ในองค์คณะซึ่งได้มอบหมายให้เป็นผู้ไต่สวนคดีนั้นเป็นผู้มีอำนาจสั่ง⁷⁶

3. การให้บุคคลภายนอกมาเบิกความในคดี มาตรา 199 ถึงมาตรา 231 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ในกรณีที่อาจรับฟังพยานบุคคลได้ ผู้พิพากษาอาจรับฟังคำเบิกความของบุคคลภายนอก ซึ่งจะทำให้เกิดความกระจ่างต่อข้อเท็จจริงที่พิพาทที่บุคคลภายนอก

⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 180.

⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 181.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 182.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 184.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 185.

นั้นได้ทราบมาด้วยตนเอง คำเบิกความนี้ให้ทำเป็นหนังสือหรือให้ทำโดยการไต่สวน แล้วแต่ว่าเป็นการเบิกความโดยทำเป็นหนังสือหรือเป็นการเบิกความด้วยวาจา⁷⁷

4. การให้มีผู้ชำนาญการดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมาตรา 232 ถึงมาตรา 284-1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลมักพบปัญหาทางเทคนิคอยู่บ่อยครั้งที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษ ซึ่งผู้พิพากษาไม่มีในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้นในกรณีนี้การให้ผู้ชำนาญการเข้ามามีส่วนร่วมในคดีจึงเป็นสิ่งจำเป็น

ตามมาตรา 232 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งบุคคลใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสมมาให้ความกระจ่างชัดขึ้นแก่ตน โดยการตรวจสอบข้อเท็จจริง การให้คำปรึกษา หรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญ การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญทำรายงานความเห็นเสนอศาลนั้นเป็นวิธีการที่มีมาแต่เดิม วิธีการนี้ก่อให้เกิดปัญหาและความยุ่งยากเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นวิธีการที่ล่าช้า ค่าใช้จ่ายสูงและถูกนำไปใช้ให้บิดเบือนไปจากวัตถุประสงค์โดยคู่ความที่ประสงค์จะใช้วิธีการนี้แก้ไขความบกพร่องในเรื่องพยานหลักฐานของตนและประสงค์จะถือเอาประโยชน์จากความล่าช้าของมาตรการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้นศาลจะสั่งให้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอต่อศาลก็ต่อเมื่อการแต่งตั้งบุคคลให้ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือการแต่งตั้งให้บุคคลให้คำปรึกษาหาหรือไม่นั้นไม่เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ผู้พิพากษานั้น⁷⁸ คดีที่ไม่มีข้อยุ่งยากจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ

อนึ่งมีข้อสังเกตว่าศาลไม่สามารถสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในเรื่องของการตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเองของผู้พิพากษาและการให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเองก่อนที่จะมีคดีขึ้นสู่ศาลได้

เงื่อนไขในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี

1. ระยะเวลาในการมีคำสั่งตามมาตรา 144 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส มีอำนาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตั้งแต่มีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลจนกระทั่งการพิจารณาคดีสิ้นสุดลง และศาลมีอำนาจออกมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ทั้งในศาลชั้นต้นและในศาลอุทธรณ์ เว้นแต่ในชั้นฎีกาเท่านั้นที่ศาลจะพิจารณาเฉพาะข้อกฎหมายจึงไม่มีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้

2. ผู้พิพากษาที่มีอำนาจสั่ง จากหลักที่ว่าผู้พิพากษามีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในช่วงใดของการพิจารณาคดีก็ได้ ทำให้ศาลทุกศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีมีอำนาจ

⁷⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 199.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 263.

สั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ไม่ว่าศาลนั้นจะเป็นองค์คณะผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาคณะเดียว แต่ในความเป็นจริงแล้วจะมีการกระจายอำนาจในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (la généralisation de pouvoirs d'ordonné une mesure d'instruction) ออกไปยังผู้พิพากษาในชั้นไต่สวนคดีด้วย (Le Juge de la mise en état devant les tribunaux de grande instance)

3. อำนาจในการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาในการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีที่มีการใช้ดุลยพินิจพิจารณาถึงประโยชน์ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เหมาะสม

1) การใช้ดุลยพินิจพิจารณาถึงประโยชน์ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาต้องปฏิเสธมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ไม่จำเป็น เพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลาของคู่ความ ประโยชน์ของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

ก. ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี (pertinence des faits) ผู้พิพากษาจะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดก็ตามเมื่อข้อเท็จจริงนั้นมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี ผู้พิพากษามีอำนาจอิสระในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกับประเด็นของข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาไม่ได้มีอำนาจอิสระเด็ดขาด ศาลฎีกา (la cour de cassation) สามารถเข้ามาสอดส่องดูว่าข้อกล่าวหาและข้อต่อสู้ (les conclusions) ของคู่ความไม่ได้ถูกเบี่ยงเบนไป และศาลฎีกามีอำนาจยับยั้งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เห็นว่าข้อเท็จจริงที่หยิบยกขึ้นอ้างนั้นเป็นการสนับสนุนข้อกฎหมายที่คู่ความฝ่ายที่ร้องขออ้างขึ้นมา เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อทราบรายละเอียดของคดีเพิ่มเติมในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายได้

ข. ผู้พิพากษาไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิพากษาคดี⁷⁹ ผู้พิพากษาจะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ต่อเมื่อ ผู้พิพากษาไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิพากษาคดี ในกรณีนี้ ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีมีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจโดยอิสระ จากบทบัญญัติของมาตรา 144 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจะเห็นได้ชัดเจนว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นมีลักษณะสำคัญในฐานะเป็นบทเสริมที่จะทำให้องค์ประกอบของพยานหลักฐานที่จะอ้างต่อศาลนั้นสมบูรณ์ การให้มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมีบทบาทหลักในการแสวงหาพยานหลักฐานจึงไม่อาจทำได้

ค. คู่ความในคดีไม่มีปัจจัยเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้าง ผู้พิพากษาจะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง ก็ต่อเมื่อคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้นไม่มีปัจจัยเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นได้⁸⁰ ไม่ว่าในกรณีใด ผู้พิพากษาไม่อาจสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อแก้ไขความบกพร่องของคู่ความในการดำเนินการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ⁸¹

⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 144.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 146 วรรค 1.

⁸¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 146 วรรค 2.

ดังนั้นจากบทบัญญัติในมาตรา 146 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส จึงเป็นการเน้นย้ำถึงลักษณะที่เป็นบทเสริมหรือลักษณะสำรองของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงและจากบทบัญญัติตามมาตรานี้ผู้พิพากษาจะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อแก้ไขความบกพร่องของคู่ความไม่ได้

2) การใช้ดุลพินิจเลือกมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงมาตรา 147 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส กำหนดว่าผู้พิพากษาจะต้องเลือกสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเท่าที่เพียงพอต่อการพิพากษาคดีโดยใช้กระบวนการที่ง่ายที่สุดและสิ้นเปลืองน้อยที่สุด เนื่องจากการสั่งให้มีมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายและใช้เวลาในการดำเนินการ ผู้พิพากษาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเลือกสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงเท่าที่เห็นว่าจำเป็น ดังนั้นผู้พิพากษาจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุดและถ้าผู้พิพากษาเห็นว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอไม่เหมาะสม ผู้พิพากษาอาจสั่งไม่รับคำร้องขอนั้นและใช้อำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดๆ ก็ได้ที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่สุดได้ด้วยตนเอง นอกจากนี้ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่าเป็นการสมควร ผู้พิพากษาอาจสั่งให้รวมมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงหลายๆ มาตรการเข้าด้วยกันได้ทุกเมื่อ แม้ว่ามาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ได้สั่งให้มีขึ้นมาก่อนแล้วนั้นจะอยู่ในระหว่างการดำเนินการก็ตาม⁸² บทบัญญัติตามมาตรา 148 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนี้แสดงให้เห็นถึงหลักประหัตต์มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดความยืดหยุ่นเป็นอย่างมากในกระบวนการพิจารณา

ข้อสังเกตในเรื่องมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง

1. การดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักการพิจารณาคดีที่ต้องให้โอกาสคู่ความแต่ละฝ่ายโต้แย้งคัดค้านได้ การดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงของผู้พิพากษาหรือของผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง จึงต้องให้คู่ความแต่ละฝ่ายโต้แย้งคัดค้านกันตามรูปแบบที่เหมาะสมกับคู่ความแต่ละฝ่ายและเป็นเรื่องสำคัญด้วยว่าการให้มีการโต้แย้งคัดค้านกันระหว่างคู่ความนั้นจำเป็นต้องมีขึ้นใน 2 ขณะด้วยกันคือ ทั้งขณะที่ศาลวินิจฉัยชี้ขาดผลการดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงและขณะที่อยู่ในระหว่างการดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้น เช่น การมาเบิกความที่ศาลของคู่ความตามมาตรา 192 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสและการไต่สวนบุคคลภายนอกที่มาเบิกความเป็นพยานตามมาตรา 209 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั้นต้องกระทำต่อหน้าทนายความของคู่ความทุกฝ่ายหรือโดยมีหมายเรียกทนายความเหล่านั้นเข้ามา เช่นเดียวกับกรณีการทำรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเสนอศาลจึงต้องให้คู่ความแต่ละฝ่ายโต้แย้งคัดค้านได้ด้วย

⁸² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 148.

2. การดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล ถือเป็น การดำเนินการเกี่ยวกับการสืบพยานที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของศาลเท่านั้น ผู้พิพากษาไม่มีภาระหน้าที่ที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ดังเช่นคู่ความในคดีแต่อย่างใด ดังนั้นการที่ผู้พิพากษาไม่ใช้อำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง เมื่อคู่ความไม่ได้ร้องขอทั้งที่ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะดำเนินการสั่งเองได้นั้น คู่ความจะมากล่าวหาให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น เพราะผู้พิพากษาไม่ดำเนินการสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงแทนตนไม่ได้ ในกรณีนี้มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงความแตกต่างระหว่างภาระหน้าที่ในการพิสูจน์และการดำเนินการเกี่ยวกับการสืบพยาน ภาระหน้าที่ในการพิสูจน์เป็นการที่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างในคดีมีภาระที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างข้างต้น คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบก็จะได้รับผลเสียของคดีตามมา ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าภาระหน้าที่ในการพิสูจน์เป็นความเสี่ยงในเรื่องพยานหลักฐาน กล่าวคือ คู่ความฝ่ายใดที่มีภาระหน้าที่ในการสืบแต่เพิกเฉยไม่นำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างก็ต้องแพ้คดีไป แต่การที่ผู้พิพากษามีอำนาจสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในทุกๆ เรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายเองในเมื่อคู่ความไม่ได้ร้องขอตามที่บัญญัติในมาตรา 10 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั้นเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการสืบพยานที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าผู้พิพากษามีภาระหน้าที่ในการนำสืบพยานหลักฐานที่จะต้องเสี่ยงต่อความเสียหายของผลคดีที่อาจเกิดขึ้นดังเช่นคู่ความด้วย⁸³

3.1.2.3 ข้อจำกัดในการเปิดเผยพยานหลักฐาน

ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ศาลมีอำนาจออกหมายเรียกคู่ความให้มาปรากฏตัวในชั้นรวบรวมข้อมูลและเอกสารของคดีได้ แต่การใช้วิธีการนี้ก็ยังมีปัญหาในการใช้อำนาจดังกล่าว 4 ประการคือ

1. คู่ความต้องเสนอคำร้องขอเป็นพิเศษที่จะให้ใช้วิธีการนี้
2. หลักฐานที่ต้องการจะต้องมีความชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในเรื่องนี้ เช่น หลักฐานนั้นอาจเป็นสัญญาประกันภัยซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้รับประกันภัย
3. แม้ว่าศาลจะได้ออกคำสั่งแล้วก็ตาม แต่บุคคลผู้ครอบครองหลักฐานต่างๆ นั้นก็อาจคัดค้านได้ เช่น ยกข้ออ้างเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือของเอกสารขึ้นมาหรือยกข้ออ้างเกี่ยวกับเอกสิทธิ์หรือแม้แต่เรื่องความลับทางวิชาชีพเพื่อที่จะไม่ต้องมาศาล

⁸³ ธนกร วรปรัชญากุล, “การนำระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนไปใช้ในศาล : แนวคิดและวิธีปฏิบัติของศาลต่างประเทศและศาลไทย,” เอกสารประกอบการสัมมนา, 2554, น.123-128.

4. ทนายความบางส่วนคิดว่ากระบวนการนี้เป็นการละเมิดสิทธิของคู่ความและพยานในการเปิดเผยข้อเท็จจริงมากเกินไป⁸⁴

3.1.3 การเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศเยอรมันในระบบไต่สวน

แนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินการกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลจากการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาความแพ่งในกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบ Civil Law ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งแต่เดิมประเทศต่างๆ ของยุโรปตะวันตก หรือกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปมีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีลักษณะสำคัญร่วมกันประการหนึ่งคืออำนาจศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆ ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของคู่ความหรือ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (the dispositive system) อันเป็นหลักดั้งเดิมหลักหนึ่งที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความซึ่งจะเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ รวมทั้งกำหนดขอบเขตของคดี และทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา รวมถึงเป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินการพิจารณาต่อไปจนกว่าศาลมีคำพิพากษาหรือถอนคดีออกไป ส่วนศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทในเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา หลักนี้จึงส่งผลโดยปริยายทำให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหาอันมีลักษณะเป็นแบบเสรีนิยม (liberalism) ซึ่งเป็นแนวคิดในช่วงศตวรรษที่ 19 ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 แนวคิดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก การที่ผู้พิพากษาไม่มีบทบาทในเชิงรุกเพราะถูกจำกัดอำนาจในการสั่งการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณา มีผลทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการพิจารณา ซึ่งรวมถึงความล่าช้าที่เกิดจากการกระทำของคู่ความที่ละเลยไม่ดำเนินการพิจารณา ในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คู่ความฝ่ายที่สุจริตจึงได้รับความเสียหายหรือเสียเปรียบคู่ความฝ่ายที่มีเจตนาประวิงคดี ปัญหาดังกล่าวทำให้มีการพัฒนาแนวคิดใหม่ในศตวรรษที่ 20 ว่าความยุติธรรมทางแพ่งเป็นรัฐบริการอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงเป็นธรรมดาที่ผู้พิพากษาควรจะต้องมีบทบาทโดยตรงในการให้บริการเกี่ยวกับการดำเนินการพิจารณาโดยมีอำนาจในการควบคุมหรือกำหนดทิศทางในการดำเนินการพิจารณาภายใต้เหตุผลสนับสนุนว่ารัฐมีภาระหน้าที่ที่จะอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน และเพื่อให้ภาระหน้าที่ดังกล่าวบรรลุผลจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีบริการสาธารณะเกี่ยวกับความยุติธรรมซึ่งได้แก่ ศาล ผู้พิพากษาซึ่งเป็นกลไกที่สำคัญให้ต้องมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางในการที่จะดูแลควบคุมให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ปราศจากอุปสรรคอันเกิดจากความไม่ร่วมมือหรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ของคู่ความและบุคคลอื่นๆ

⁸⁴ James Beardley, “Proof of Fact in French Civil Procedure,” vol. 34 number 3 *The American Journal of Comparative Law*, p.172, (Summer 1986).

ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันใน ค.ศ. 1877 ได้เริ่มกำหนดขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาซึ่งมีลักษณะค่อนข้างไปทางแบบไต่สวนมากขึ้น เพื่อให้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีเป็นไปโดยความรวดเร็วขึ้น เพื่อขจัดอุปสรรคต่างๆ จากการที่คู่ความไม่กระตือรือร้นในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา รวมถึงป้องกันไม่ให้คู่ความใช้สิทธิตามกฎหมายในการประวิงการพิจารณา

3.1.3.1 หลักการทั่วไป

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน มีหลักความตกลงของคู่ความ เช่นเดียวกันคือหลัก the principle of party presentation หมายถึงในคดีแพ่งคู่ความจะเป็นผู้ที่กำหนดข้อเท็จจริงและนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนคำฟ้องคำให้การของตนส่วนศาลจะทำหน้าที่พิจารณาคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนคำฟ้องคำให้การของตนส่วนศาลจะทำหน้าที่พิจารณาคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอเท่านั้น⁸⁵ และในเยอรมัน มีภาษิตกฎหมายอยู่ว่า "เมื่อปราศจากโจทก์ผู้พิพากษาก็จะไม่มี" (where there is no party there is no judge)⁸⁶ กล่าวคือ การกำหนดข้อเท็จจริงและพิจารณาพิพากษาคดีนั้นผู้พิพากษาจะต้องตัดสินตามที่คู่ความได้เสนอต่อศาลเท่านั้น ดังนั้นศาลจึงไม่อาจหยิบยกพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดเพิ่มเติมได้ในการพิจารณาพิพากษาคดีตัดสินคดี นอกจากนี้การพิจารณาคดีแพ่งจะต้องกระทำโดยเปิดเผยซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่เป็นสากลทั้งระบบ Common Law และ Civil Law โดยในประเทศเยอรมันมีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 169 ของธรรมนูญศาลเยอรมันและ มาตรา 128 ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (ZPO) อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่าเพื่อป้องกันสิทธิส่วนบุคคล หรือความลับทางการค้าอาจพิจารณาเป็นการลับได้⁸⁷

ศาลเยอรมันเป็นผู้มีบทบาทอย่างมากในการดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน และการแลกเปลี่ยนพยานหลักฐานแทนที่จะเป็นทนายของคู่ความ ตามประเพณีกฎหมายที่ปฏิบัติกันมาคือ เป็นการเสนอให้มีการพิจารณาพยาน คู่ความแต่ละฝ่ายจะนำเสนอข้อเท็จจริงทั้งหมดที่จำเป็นต่อการสนับสนุนข้ออ้าง หรือข้อเถียงในคดี เป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาคดีตัดสินจากข้อเท็จจริงที่ได้มีการเสนอเข้ามาให้พิจารณาอย่างไรก็ตามคู่ความอาจจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหรือถูกลงโทษทางอาญา ถ้ากระทำผิดหรือพยายามกระทำความผิดโดยการเจตนาโกหก หลอกลวงหรือละเว้นไม่ให้ข้อมูลหรือรายละเอียดให้คู่ความอีกฝ่ายทราบ ทั้งนี้ศาลต้องการให้มีหลักประกันว่าคู่ความในคดีจะนำแต่เฉพาะ

⁸⁵ Wewner F.Ebke and Matthew the. Finkin, *Introduction to German Law*, (The Hague Nethewland : Kluwew law Intewnational, 1996), pp.357-358.

⁸⁶ *Ibid*, p. 359.

⁸⁷ วันทนา วิริยะแพทย์สม, "การใช้บันทึกคำเบิกความพยานแทนการซักพยานในคดีแพ่ง," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.25.

ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง และเกี่ยวข้องกับคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลเท่านั้น เพื่อส่งเสริมให้มีการนำเสนอข้อเท็จจริงมาพิจารณาในศาล⁸⁸

3.1.3.2 วิธีการเปิดเผยพยาน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งเยอรมันนั้นเริ่มจากการที่โจทก์ทำคำร้องขอเพื่อให้ศาลพิจารณาความเป็นไปได้ในการดำเนินคดีต่อไป โดยศาลจะต้องไต่สวนมูลฟ้องรวบรวมข้อมูลพยานหลักฐาน พยานบุคคล และคำคู่ความเพื่อพิจารณาคดี จากนั้นจะเข้าสู่การพิจารณาคดี สืบพยานโดยศาล ซึ่งการสืบพยานหลักฐานมักจะกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ (บทบัญญัติไว้ในมาตรา 169 ของธรรมนูญศาลเยอรมัน GVG และ มาตรา 128 ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ZPO) ทั้งนี้เพราะแนวคิดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งเยอรมันถือว่า การรับฟังพยานหลักฐานมีความสำคัญน้อยกว่าคำฟ้องคำให้การและคำกล่าวอ้างจุดประสงค์ของการเปิดเผยต่อสาธารณะก็เพื่อให้

(1) เปิดโอกาสให้มวลชนได้ติดตามกระบวนการดำเนินคดี

(2) เปิดให้มีการโต้แย้งเกี่ยวกับประเด็นการพิจารณา

(3) เปิดให้คู่ความเป็นผู้เสนอทางเลือกเกี่ยวกับผลของคดี

ลักษณะการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน

(1) ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงจากพยานหลักฐานภายใต้คำแนะนำของทนายความ

(2) ในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณานั้นศาลเป็นผู้รวบรวมและประเมินคุณค่าของพยานหลักฐานในกระบวนการสืบพยาน ตามที่ทนายของคู่ความได้มีการร้องขอ

(3) ศาลจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการในการตรวจสอบและบันทึกคำพยาน โดยทนายความหรือคู่ความจะเป็นผู้แนะนำให้ศาลถามคำถามในบางประเด็นแต่ทนายไม่ใช่ผู้ตรวจสอบพยานคำให้การของพยานจะถูกบันทึกไว้แต่ศาลจะบันทึกไว้โดยการสรุปและรวบรวมไว้ในแฟ้มสำนวน ทนายความอาจได้รับสิทธิให้ตรวจสอบความถูกต้องของสำนวนที่สรุปนั้นได้เพื่อที่จะตรวจสอบว่าการบันทึกสำนวนนั้นไม่ก่อให้เกิดการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกัน

⁸⁸ เดชอุดม ชุนนะสิทธิ์, “การเปิดเผยพยานที่ไม่ใช่บุคคลอย่างบังคับในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law : กรณีศึกษาเฉพาะประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น,” รายงานการเก็บข้อมูลการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในคดีแพ่ง, (สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2549), น.68.

(4) กฎหมายเยอรมันแยกบทบาทระหว่างคู่ความและพยาน ทนายความ เป็นผู้เสนอข้อพยานซึ่งคิดว่าจะให้การเป็นประโยชน์แก่ลูกความของตนแก่ศาล หลังจากนั้นทนายจะไม่เกี่ยวข้องข้อพยานนอกศาลอีก สิ่งนี้ถือเป็นจรรยาบรรณในวิชาชีพและเพื่อการปกป้องรูปคดีด้วย เนื่องจากศาลอาจตั้งข้อสังเกตหรือมีข้อสงสัยเกี่ยวกับคำให้การของพยานที่แสดงให้เห็นว่าได้มีการพิจารณารูปคดีร่วมกับทนายหรือคู่ความ

(5) ศาลจะเป็นผู้เลือกและควบคุมการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเอง

(6) การพิจารณาคดีแพ่งจะมีลักษณะกระทำด้วยวาจาเป็นหลักกล่าวคือ การเสนอข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน และการเสนอข้อกฎหมายต่างๆ ต่อศาลจะต้องกระทำด้วยวาจาโดยจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 128 I แต่ในกรณีที่เป็นความประสงค์ของคู่ความก็อาจมีข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีด้วยเอกสารได้ มาตรา 128 II

การเปิดเผยพยานหลักฐานขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่ความ แม้แต่ในการต่อสู้คดีคู่ความฝ่ายที่ถูกกล่าวหาเพียงแต่กล่าวอ้างพยานหลักฐานต่อคู่ความฝ่ายที่กล่าวหา โดยไม่ถูกผูกพันว่าพยานหลักฐานที่นำเสนอจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของคำฟ้อง ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่ความอีกฝ่ายแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องประเด็นที่ยกมากล่าวอ้างได้ การเรียกให้แสดงพยานหลักฐานเป็นสิทธิของศาลที่จะสั่งต่อคู่ความให้แสดงพยานหลักฐานที่ตนยกมากล่าวอ้างตาม มาตรา 142 ซึ่งมาจากหลัก principle of party presentation ซึ่งในหลักนี้คู่ความเป็นผู้กำหนดเองว่าจะนำเสนอพยานหลักฐานใดต่อศาล ศาลไม่สามารถยกข้อเท็จจริงที่อยู่นอกเหนือการกล่าวอ้างของคู่ความมาพิจารณาเองได้ หลักดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของหลักความประสงค์ของคู่ความ

3.1.3.3 การค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณา

ก่อนหน้านี้ในเยอรมันกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณา (pre-trial discovery) ไม่เป็นที่รู้จักการสืบพยานนั้นเป็นเรื่องของศาลแต่ผู้เดียวโดยเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีด้วยวาจา การเปิดเผยเอกสารโดยคู่ความฝ่ายหนึ่งนั้นถูกจำกัดโดยกฎหมายและใช้ได้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้น คู่ความฝ่ายตรงข้ามจะแสดงเอกสารถ้าหากมีความรับผิดชอบตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ตาม มาตรา 422 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (Zivilprozessordnung-ZPO) หรือเกี่ยวข้องไปถึงเอกสารของเขาเองมาตรา 423 เอกสารที่จะนำมาแสดงนี้ยังขยายรวมถึงการเขียนเอกสารหรือเนื้อหาอื่นๆ โดยมีผู้จัดทำขึ้นที่เคยถูกปฏิเสธจากศาล ทั้งนี้เป็นไปตามที่ศาลได้เคยวางหลักทั่วไปและทฤษฎีได้กล่าวไว้ คือ ไม่ได้เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องแสดงพยานหลักฐานเพื่อช่วยให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามให้ความยินยอมทำตามในเรื่องภาระการพิสูจน์ของคู่ความฝ่ายอื่น ความพยายามที่จะเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์นี้เพื่อที่จะพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องการเตรียมคดีและการหาข้อเท็จจริงในประเด็นที่โต้แย้งและอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่รับในข้อเท็จจริง การแสดงเอกสารหรือพยานเนื่องจากคู่ความฝ่ายอื่นมีสิทธิร้องขอนั้น ไม่สามารถบังคับ

ให้มอบในขณะกระทำการหรือระหว่างการพิจารณาได้ ตามมาตรา 422 อย่างไรก็ตามศาลมีแนวคิดโน้มเอียง โดยกำหนดมาตรการที่เป็นโทษในกรณีที่คู่ความขัดแย้งไม่ยอมนำพยานมาแสดงโดยไม่สุจริตได้แก่ การทำลายเอกสาร หรือเนื้อหา หรือก่อให้เกิดความยุ่งยากสับสนในการเปิดเผยเอกสารที่อยู่ในความรับผิดชอบ ของคู่ความนั้นโดยไม่มีเหตุอันควรศาลมีการจัดลำดับของความเป็นไปได้ในการจัดการสถานการณ์เช่นนั้น คือ จะดูว่าคู่ความมีความสามารถอย่างแท้จริงในการนำเอกสารมาแสดงหรือไม่ ข้อเท็จจริงที่ยังเป็นประเด็น สงสัยนั้นจะต้องมีการพิจารณาเพื่อพิสูจน์หรือไม่ หรือสามารถที่จะเปลี่ยนภาระการพิสูจน์หรือไม่ ในทุกคดี ศาลจะกระทำการพิจารณาเข้าไปข้างในโดยไม่คำนึงถึงว่าคู่ความจะมีเหตุผลที่จะสามารถปฏิเสธการเปิดเผย หรือไม่ อาทิเช่นในเรื่องที่เป็นความลับทางการค้า⁸⁹

ตามประเพณีกฎหมายที่ปฏิบัติกันมาคือ เป็นการเสนอให้มีการพิจารณา พยาน คู่ความแต่ละฝ่ายจะนำเสนอข้อเท็จจริงทั้งหมดที่จำเป็นต่อการสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงใน คดีเป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาตัดสินจากข้อเท็จจริงที่ได้มีการเสนอเข้ามาให้พิจารณา

ในเยอรมันคู่ความโดยเฉพาะฝ่ายจำเลยนั้นมีการกล่าวกันว่า “ไม่มีหน้าที่ที่จะยื่น อารุณในมือให้แก่ศัตรู” ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่โจทก์แต่เพียงผู้เดียวซึ่งเป็นผู้โต้แย้งและพิสูจน์ถึงความ เสียหาย โดยการใช่วิธีการและพยานหลักฐานที่โจทก์เป็นผู้หาเอง ในขณะที่จำเลยจะนิ่งเฉยไม่มีการ ตอบโต้และไม่ต้องเสนอเอกสารใดๆ หรือเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับคดี ดังนั้นกระบวนการเปิดเผย ข้อเท็จจริงที่เป็นมาตรการสำคัญในสหรัฐอเมริกาจึงไม่สามารถนำมาใช้ได้

ตามที่กล่าวมานั้นก่อน ค.ศ. 2002 ไม่มีมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อช่วยบังคับ ให้มีการตรวจสอบเอกสารและให้เปิดเผยเอกสาร แต่มีความพยายามในการดำเนินคดีทั้งกระบวนการวิธีพิจารณา ความแพ่งหรือภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับพยาน สถานการณ์เช่นนี้ได้ถูกเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงด้วยการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในการตัดสินครั้งล่าสุดของศาลสูงเยอรมันในวันที่ 2 พฤษภาคม 2002 ภายใต้คำอ้างอิงที่เรียกว่า fax card และมีการเผยแพร่ในเยอรมัน (GRUR 12/2002, 1046)⁹⁰

ปัจจุบันนี้ได้มีการพัฒนาให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงให้มากที่สุดเท่าที่จะทำ ได้⁹¹ ซึ่งมีผลบังคับใช้ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2002 โดยก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่งเยอรมันแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะได้รับหรือมีคำสั่งให้เข้าตรวจสอบข้อมูลเอกสารของคู่ความฝ่ายตรง

⁸⁹ Astrid Stadler, Konstanz, German National Report, World Congress of Comparative Law-Bristol July 1998. p.12. accessed 21 January, 2015, <http://www.wirtschaftsrecht.unifreiburg.de/gfr/Bristol/Stadler/stadler.pdf>.

⁹⁰ เดชอุดม ขุนนະสิทธิ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 88*, น.70.

⁹¹ Germany: New perspectives on evidence, accessed 21 January, 2015, <http://www.managingip.com/?Page=17&ISS=12710&SID=473288>.

ข้ามในศาลแพ่งเยอรมัน นี่เป็นคดีที่มีความยุติธรรม ถ้ามีความเป็นไปได้ที่จะให้มีการส่งมอบเอกสารจะช่วยให้ข้อเท็จจริงในคดีที่มีความซับซ้อนลดลง

บทบัญญัตินี้ได้มีการอภิปรายว่าจะทำอย่างไรให้สิทธิอันใหม่นี้ในการยื่นข้อเสนอลงและเข้าตรวจสอบข้อมูลในเอกสารและพยานอื่นๆ ให้สามารถบังคับใช้ต่อหน้าศาลเยอรมัน และทำอย่างไรให้หลักการเปิดเผยข้อมูลในเยอรมันอันใหม่มีผลในรูปแบบเดียวกันกับการเปิดเผยข้อมูลของสหรัฐอเมริกาได้ชัดเจนมากขึ้น ทั้งนี้โดยเหตุที่โจทก์มีการระงับการพิสูจน์ทำให้บ่อยครั้งโจทก์ไม่ได้รับความสะดวกที่จะได้รับทราบพยานหลักฐานของฝ่ายตรงข้าม

สถานการณ์ภายใต้กฎหมายใหม่ที่แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 2002 ตามมาตรา 142 และ 144 เพื่อที่จะกำหนดให้มีการยื่นเอกสารให้พิจารณาซึ่งอ้างโดยคู่ความฝ่ายใดๆ บางครั้งต้องเตรียมส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ขึ้นอยู่กับว่าใครมีภาระในการพิสูจน์ ยกตัวอย่างเช่น โจทก์เสนอเอกสารที่มีความแน่นอน ศาลสามารถเรียกเอกสารนี้จากจำเลยโดยมีเงื่อนไขว่าการตรวจสอบข้อมูลนี้จะต้องนำมาซึ่งประโยชน์ในการทำให้ข้อเท็จจริงในคดีมีความชัดเจนมากขึ้น

3.1.4 การเปิดเผยพยานหลักฐานของประเทศไทย

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีกระบวนการก่อนการพิจารณาอย่างแท้จริง แต่มีวิธีการต่างๆ ที่ต้องกระทำก่อนการสืบพยานในศาลอยู่บ้าง กระบวนการเหล่านี้เดิมนำเข้าวิธีการของต่างประเทศมาใช้ หากแต่ต่างประเทศได้ปรับปรุงกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีไปอย่างมาก ทั้งนี้เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมเศรษฐกิจของประเทศ โดยที่ประเทศไทยไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงกระบวนการเหล่านี้เลย ดังนั้นวิธีการต่างๆ ที่มีในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น การชี้สองสถาน การยื่นบัญชีระบุพยาน การส่งสำเนาเอกสาร จึงมีลักษณะคล้ายกับวิธีการที่ใช้ในประเทศคอมมอนลอว์อยู่บ้างซึ่งจะมีรายละเอียดของแต่ละวิธีการโดยสังเขปดังนี้

3.1.4.1 การชี้สองสถาน⁹²

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ไม่ได้ให้ความหมายของ “การชี้สองสถาน” ไว้เพียงแต่บัญญัติว่าศาลต้องดำเนินการอย่างไรในวันชี้สองสถาน

การชี้สองสถานคือ กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในศาลชั้นต้นภายหลังจากที่โจทก์ยื่นคำฟ้องจำเลยยื่นคำให้การและคำให้การแก้ฟ้องแย้ง (ถ้าหากมี) เพื่อกำหนดประเด็นแห่งคดีทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง ในการนี้ศาลมีอำนาจตรวจคำคู่ความและคำแถลงร่วมกัน

⁹² วินัย ล้ำเลิศ, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 1, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ท.), น.464.

ของคู่ความที่ตกลงกันกะประเด็นข้อพิพาท แล้วนำข้อเถียงที่ปรากฏในคำคู่ความและคำแถลงเสนอประเด็นข้อพิพาทเทียบกันดู และสอบถามคู่ความทุกฝ่ายถึงข้ออ้างข้อเถียงว่าฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้างข้อเถียงนั้นอย่างไร ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความอีกฝ่ายไม่รับ และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทของคู่ความ ให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาทและกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้

หลักการและเหตุผลของการชี้สองสถาน จากบทบัญญัติมาตรา 182 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะเห็นได้ว่าการชี้สองสถานเป็นขั้นตอนของวิธีพิจารณาคดีที่สำคัญประการหนึ่ง ทั้งนี้เพราะเราไม่มีกระบวนการประชุมก่อนพิจารณา (pre-trial conference หรือ discovery) เช่นกฎหมายของประเทศในสกุลคอมมอนลอว์ การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเมื่อ พ.ศ. 2535 เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการสอบถามคู่ความในเรื่องของพยานหลักฐาน แต่ปรากฏว่าผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่นิยมและเกิดความรู้สึกต่อต้าน จึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้อีกครั้งเมื่อ พ.ศ. 2538 กลับไปใช้หลักการเดิมก่อนการแก้ไขเมื่อ พ.ศ. 2535

อย่างไรก็ตามการชี้สองสถานยังเป็นหลักการที่สำคัญในคดีแพ่ง เพราะการชี้สองสถานจะนำไปสู่การพิจารณาคดีที่ถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่ความ นอกจากนั้นยังมีส่วนช่วยให้การพิจารณาในศาลขั้นต้นเป็นไปอย่างรวดเร็ว และอาจมีส่วนช่วยให้มีการประนีประนอมข้อพิพาทในชั้นศาลได้ หากคู่ความได้เห็นลักษณะของประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการชี้สองสถาน

หลักการที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปคือ เรื่องการที่ให้คู่ความกำหนดประเด็นข้อพิพาทเสนอศาล ซึ่งทำความยุ่งยากและลำบากใจแก่คู่ความเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตามยังคงไว้ซึ่งอำนาจศาลในการสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความ ไม่ว่าจะโดยศาลถามเองหรือคู่ความฝ่ายอื่นถาม ซึ่งจะทำให้การชี้สองสถานมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ดังนั้น การชี้สองสถานนั้นสมัยกรุงเก่า เป็นการที่ศาลสอบถามจำเลยว่าจะรับหรือปฏิเสธ (arraignment) คือรับสถานหนึ่งกับปฏิเสธอีกสถานหนึ่งซึ่งทำอยู่ในคดีอาญาจนกระทั่งบัดนี้ในคดีแพ่งปัจจุบัน การชี้สองสถานเป็นการที่ศาลนัดคู่ความไปศาล แล้วทำการสอบถามเกี่ยวกับข้อกล่าวหาและข้อต่อสู้เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นแล้วกำหนดประเด็นข้อพิพาท และกำหนดหน้าที่นำสืบก่อนหลัง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183)

(1) ศาลต้องทำการชี้สองสถาน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “เมื่อได้ยื่นคำฟ้อง คำให้การและคำให้การแก้ฟ้องแย้งถ้าหากมีแล้วให้ศาลทำการชี้สองสถาน โดยแจ้งกำหนดวันชี้สองสถานให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน ฯลฯ” ตามบทบัญญัติมาตรา 182

วรรคหนึ่งนี้ในคดีแพ่งทุกคดีศาลต้องทำการชี้สองสถาน เว้นแต่บางกรณีตามมาตรา 182 (1)-(6) ที่ไม่ต้องทำการชี้สองสถาน⁹³

ดังนั้น เมื่อจำเลยยื่นคำให้การแล้วศาลจะนัดชี้สองสถาน การชี้สองสถาน คือ การที่ศาลพิจารณาคำฟ้องโจทก์และคำให้การจำเลยหากมีข้อใดที่ฝ่ายโจทก์อ้างแล้วจำเลยไม่ยอมรับ ศาลจะกำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทและกำหนดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำพยานหลักฐานมาสืบ ปัจจุบันการชี้สองสถานมีแนวโน้มที่ศาลจะนัดชี้สองสถานทุกเรื่อง ทุกคดี เพราะจะทำให้การพิจารณาพิพากษาคิดง่ายขึ้น ยกเว้นกรณีต่อไปนี้ ไม่ต้องมีการชี้สองสถาน คือ

1. จำเลยคนเดียวคนหนึ่ง ขาดนัดยื่นคำให้การ
2. คำให้การของจำเลยเป็นการยอมรับโดยชัดแจ้งตามคำฟ้องของโจทก์
3. คำให้การของจำเลยเป็นคำให้การปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้น โดยไม่มีเหตุผลแห่งการปฏิเสธ ซึ่งศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการชี้สองสถาน
4. ศาลเห็นสมควรวินิจฉัยชี้ขาดคดีให้เสร็จไปทั้งเรื่อง โดยไม่ต้องสืบพยาน
5. คดีมีโน้สาแร่หรือคดีไม่มีข้อยุ่งยาก
6. คดีที่ศาลเห็นว่าประเด็นข้อพิพาทไม่ยุ่งยาก หรือไม่จำเป็นที่จะต้องชี้สองสถาน

(2) ศาลต้องแจ้งกำหนดวันชี้สองสถานให้คู่ความทราบล่วงหน้า

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “...ให้ศาลทำการชี้สองสถานโดยแจ้งกำหนดวันชี้สองสถานให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน...” เมื่อกำหนดวันชี้สองสถานแล้ว เป็นหน้าที่ของศาลต้องแจ้งให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน เหตุที่กฎหมายกำหนดเวลาให้สิบห้าวันก็เพื่อให้เวลาคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องอื่นๆ ที่กฎหมายบังคับให้กระทำก่อนวันชี้สองสถาน⁹⁴

ดังนั้น เมื่อจำเลยยื่นคำให้การ หรือการแก้ไขคำให้การแล้ว ศาลมีหน้าที่ต้องชี้สองสถาน และต้องแจ้งกำหนดวันชี้สองสถานให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน

(3) อำนาจของศาลในวันที่มีการชี้สองสถาน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ในวันชี้สองสถาน ให้คู่ความมาศาล และให้ศาลตรวจคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ แล้วนำข้ออ้างข้อเถียงที่ปรากฏในคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความเทียบกันดู และสอบถามคู่ความทุกฝ่าย

⁹³ เพิ่งอ้าง, น.435.

⁹⁴ เพิ่งอ้าง, น.435.

ถึงข้ออ้างข้อเถียง และพยานหลักฐานที่จะยื่นต่อศาลว่าฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้างข้อเถียงนั้นอย่างไร ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความฝ่ายอื่นไม่รับ และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทตามคำคู่ความให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาทและกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้” ตามบทบัญญัติมาตรา 183 วรรคหนึ่งนี้ศาลมีอำนาจดังนี้

ก. ตรวจสอบคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ ภารกิจประการแรกของศาลในการชี้สองสถานคือการตรวจสอบคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ แล้วนำข้ออ้างข้อเถียงที่ปรากฏในคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความเทียบกันดู

ข. สอบถามคู่ความ ศาลมีอำนาจสอบถามคู่ความทุกฝ่ายถึงข้ออ้างข้อเถียงและพยานหลักฐานที่จะยื่นต่อศาลว่าฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้างข้อเถียงนั้นอย่างไร ในการตอบคำถามคู่ความแต่ละฝ่ายต้องตอบคำถามที่ศาลถามเองหรือถามตามคำขอของคู่ความฝ่ายอื่น ผลของการที่คู่ความไม่ตอบคำถามของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 วรรคสองบัญญัติว่า “...ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่ตอบคำถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด หรือปฏิเสธข้อเท็จจริงใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ถือว่ายอมรับข้อเท็จจริงนั้นๆ แล้วเว้นแต่คู่ความฝ่ายนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะตอบหรือแสดงผลแห่งการปฏิเสธได้ในขณะนั้น” กล่าวคือ เมื่อศาลสอบถามคู่ความเพื่อให้ได้ความชัดในประเด็นข้อพิพาท คู่ความมีหน้าที่ต้องตอบคำถามหากไม่ตอบถือว่าไม่มีประเด็นในคดีในเรื่องที่ศาลสอบถาม มีผลเท่ากับยอมรับข้อเท็จจริงนั้นๆ และถ้าคดีไม่มีประเด็นข้อพิพาทในข้อเท็จจริงอื่นอีก ศาลอาจสั่งให้งดสืบพยานได้ อย่างไรก็ตามถ้าคู่ความที่ถูกถามไม่อยู่ในวิสัยที่จะตอบหรือแสดงผลแห่งการปฏิเสธได้ในขณะนั้นก็ไม่ถือว่าคู่ความนั้นยอมรับข้อเท็จจริงนั้น การสอบถามของศาลเพื่อให้ได้ความชัดในประเด็นข้อพิพาทโดยคู่ความยอมรับกันหรือโต้แย้งข้ออ้างข้อเถียงนั้นจะกระทำเพื่อประเด็นใหม่ในชั้นชี้สองสถานนี้โดยไม่มี การขอแก้ไขเพิ่มเติมฟ้องหรือคำให้การนั้นหาได้ไม่

ค. กำหนดประเด็นข้อพิพาท เมื่อศาลสอบถามคู่ความทุกฝ่ายถึงข้ออ้างข้อเถียงและพยานหลักฐานที่จะยื่นต่อศาลว่าฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้างข้อเถียงนั้นอย่างไร ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความฝ่ายอื่นไม่รับ และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทตามคำคู่ความให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท คำว่า “ประเด็นพิพาท” หมายถึง ปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่คู่ความฝ่ายหนึ่งไม่รับและปัญหานั้นเกิดจากข้ออ้างข้อเถียงตามคำฟ้องและคำให้การของคู่ความ ทั้ง

ปัญหานั้นจะมีผลทำให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชนะหรือแพ้คดีทั้งหมดหรือบางส่วน ศาลจะจดลงไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท⁹⁵

ง. การกำหนดหน้าที่นำสืบ เมื่อศาลได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทและจดไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาซึ่งประเด็นแห่งข้อพิพาททั้งปวงแล้ว ศาลจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้การกำหนดหน้าที่นำสืบนี้ให้เป็นไปตามหลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84

ดังนั้น ศาลมีอำนาจหน้าที่ในวันชี้สองสถานคือ ตรวจคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ สอบถามคู่ความ กำหนดประเด็นข้อพิพาท และการกำหนดหน้าที่นำสืบ

(4) สิทธิและหน้าที่คู่ความในวันที่มีการชี้สองสถาน⁹⁶

1. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 วรรคสาม บัญญัติให้สิทธิแก่คู่ความอาจตกลงกันกะประเด็นข้อพิพาทโดยการยื่นคำแถลงร่วมกันต่อศาล ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้ก็ให้ศาลกำหนดประเด็นข้อพิพาทไปตามนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่าคำแถลงนั้นไม่ถูกต้องให้ศาลมีอำนาจที่จะยกคำแถลงนั้นแล้วดำเนินการชี้สองสถานไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183

2. เมื่อศาลได้ทำการชี้สองสถานและกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบแล้ว ถ้าคู่ความฝ่ายใดเห็นว่าไม่ถูกต้อง อาจใช้สิทธิคัดค้านโดยแถลงด้วยวาจาในขณะนั้นหรือยื่นคำร้องต่อศาลภายในกำหนด 7 วัน นับแต่วันที่ศาลสั่งกำหนดประเด็นข้อพิพาทหรือหน้าที่นำสืบ ศาลต้องชี้ขาดคำคัดค้านนั้นก่อนวันสืบพยาน

3. การสละประเด็นข้อพิพาทนอกจากคู่ความจะร่วมกันกะประเด็นข้อพิพาทแล้ว คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจแถลงต่อศาลในเวลาใดเวลาหนึ่ง ขอสละประเด็นข้อพิพาททั้งหมดหรือสละประเด็นข้อพิพาทเป็นบางข้อ โดยการแถลงด้วยวาจาต่อหน้าศาลในวันชี้สองสถานหรือโดยการยื่นเป็นคำแถลงขอสละประเด็นข้อพิพาททั้งหมด หรือบางส่วนในเวลาใดก่อนศาลมีคำพิพากษา

ดังนั้น คู่ความมีสิทธิหน้าที่ในวันชี้สองสถานคือ คู่ความอาจตกลงกันกะประเด็นพิพาทได้ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจแถลงต่อศาลในเวลาใดเวลาหนึ่ง ขอสละประเด็นข้อพิพาททั้งหมดหรือสละประเด็นข้อพิพาทเป็นบางข้อโดยการแถลงด้วยวาจาต่อหน้าศาลโดยทำเป็นคำแถลงต่อศาลหากคู่ความไม่เห็นด้วยกับการชี้สองสถานและกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบของศาล สามารถใช้สิทธิคัดค้านโดยแถลงด้วยวาจาได้

⁹⁵ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, การชี้สองสถาน, (กรุงเทพมหานคร : สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม, 2521), น.36.

⁹⁶ วินัย ล้ำเลิศ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 92, น.467.

(5) ผลของการที่คู่ความไม่มาศาลในวันชี้สองสถาน⁹⁷

ถ้าคู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาศาลในวันชี้สองสถาน ให้ศาลทำการชี้สองสถานไป โดยศาลจะกำหนดประเด็นข้อพิพาทและกำหนดหน้าที่นำสืบแล้วกำหนดวันสืบพยานต่อไป ผลอันเกิดขึ้นกับคู่ความที่ไม่มาศาลในวันชี้สองสถานมีดังนี้

(1) ให้ถือว่าคู่ความที่ไม่มาศาลได้ทราบกระบวนการพิจารณาในวันนั้นแล้ว เช่น ศาลไม่ต้องหมายแจ้งวันนัดสืบพยานให้ทราบอีก

(2) คู่ความที่ไม่มาศาลนั้นไม่มีสิทธิคัดค้านว่าประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบที่ศาลกำหนดไว้ในวันนั้นไม่ถูกต้อง เช่น ศาลกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบที่ไม่อยู่ในคำฟ้องหรือคำให้การอันขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 183 วรรคหนึ่งเช่นนี้คู่ความฝ่ายที่ไม่มาศาลในวันชี้สองสถานจะคัดค้านไม่ได้

ดังนั้น หากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายไม่มาศาลในวันชี้สองสถานให้ถือว่าคู่ความที่ไม่มาศาลได้ทราบกระบวนการพิจารณาในวันนั้นแล้ว เช่น ศาลไม่ต้องหมายแจ้งวันนัดสืบพยานให้ทราบอีก และคู่ความที่ไม่มาศาลนั้นไม่มีสิทธิคัดค้านว่าประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบที่ศาลกำหนดไว้ในวันนั้นไม่ถูกต้อง

3.1.4.2 การยื่นบัญชีระบุพยาน

การยื่นบัญชีระบุพยานเป็นระเบียบวิธีพิจารณาที่ใช้กับพยานหลักฐานทุกประเภททั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา และเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีความสำคัญมากกล่าวคือ เป็นการแสดงความจำนงที่จะอ้างพยานหลักฐานใดไว้ล่วงหน้าก่อนการนำพยานหลักฐานนั้นเข้าสืบ เพื่อให้ศาลพิจารณาไว้ในสำนวนความและให้คู่ความได้ตรวจสอบความถูกต้องของพยานหลักฐานนั้น⁹⁸ การยื่นบัญชีระบุพยานจึงมีวัตถุประสงค์ คือ เพื่อให้ศาลได้ตรวจสอบเบื้องต้นว่าพยานหลักฐานที่จะนำมาสืบนั้นมีสภาพอย่างไร เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีนั้นหรือไม่ อย่างไร เพื่อที่ศาลจะได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในการสืบพยานให้เป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสมแก่กรณีต่อไป⁹⁹ และเพื่อให้คู่ความได้รู้ถึง

⁹⁷ เฟิงอ้วง, น.468-469.

⁹⁸ อุตม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.113-114.

⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5601/2539 แม้จำเลยมีสิทธิยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมได้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น แต่ศาลก็มีอำนาจพิเคราะห์ว่าบัญชีระบุพยานเกี่ยวกับประเด็นหรือไม่ เป็นการประวิงคดีให้ชักช้าหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นก็จะไม่รับบัญชีระบุพยาน (เว็บไซต์ศาลฎีกา www.supremecourt.or.th) อ้างในอุตม รัฐอมฤต, เฟิงอ้วง *เชิงอรรถที่ 98*, น.114.

พยานหลักฐานที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามจะนำมาใช้เพื่อยืนยันข้ออ้างข้อเถียงของเขา อันเป็นไปตามหลักการที่ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องโปร่งใส ไม่มีการซ่อนเร้นพยานหลักฐาน

ดังนั้น การยื่นบัญชีระบุพยานมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลและคู่ความทราบถึงพยานที่จะนำสืบ เป็นการให้คู่ความอีกฝ่ายเตรียมตัวที่จะต่อสู้คดี เพราะระบบวิธีพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง โดยเป็นหน้าที่ของคู่ความที่ต้องนำเสนอพยานหลักฐาน ซึ่งต้องแสดงรายละเอียดไว้ในบัญชีพยานที่ต้องยื่นต่อศาลจึงจะสามารถอ้างพยานหลักฐานในบัญชีพยาน เพื่อพิสูจน์ข้ออ้างข้อเถียงได้ในชั้นพิจารณา

(1) หลักเกณฑ์การยื่นบัญชีระบุพยาน

การยื่นบัญชีระบุพยานในคดีแพ่งสามารถกระทำได้ 3 ครั้ง คือ การยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรก การยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมและการยื่นบัญชีระบุพยานล่วงเลยกำหนดเวลาปกติ

(1) การยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคหนึ่ง กฎหมายกำหนดให้คู่ความส่งบัญชีระบุพยานครั้งแรกต่อศาลก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน ดังนั้นคู่ความจะต้องส่งบัญชีระบุพยานครั้งแรกต่อศาลก่อนวันสืบพยานนัดแรกไม่น้อยกว่า 7 วัน¹⁰⁰ ซึ่งในการยื่นบัญชีระบุพยานนั้นคู่ความต้องยื่นต่อศาลพร้อมด้วยสำเนาบัญชีระบุพยานตามจำนวนคู่ความ เพื่อให้คู่ความฝ่ายอื่นมารับไปจากพนักงานของศาล การยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกเป็นหน้าที่ของคู่ความทุกฝ่ายต้องยื่นเข้ามา เพราะหากไม่ได้ยื่นครั้งแรกเสียแล้วก็จะไปขอยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมตามมาตรา 88 วรรคสองไม่ได้

(2) การยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคสอง เมื่อพ้นกำหนดการยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกแล้ว หากคู่ความที่ได้ยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรก ประสงค์จะอ้างพยานหลักฐานเพิ่มเติมก็สามารถทำได้ โดยการทำเป็นคำแถลงขอระบุพยานเพิ่มเติมด้วยบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม และสำเนาบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมภายใน 15 วัน นับแต่วันสืบพยานครั้งแรก การที่กฎหมายบัญญัติให้การยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมสามารถทำเป็นคำแถลง แสดงให้เห็นว่าการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมเป็นสิทธิของคู่ความไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลประกอบ

(3) การยื่นบัญชีระบุพยานล่วงเลยกำหนดเวลาปกติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคสาม การยื่นบัญชีระบุพยานนี้เป็นข้อยกเว้นของการยื่นบัญชีระบุพยานซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่ ซึ่งคู่ความจะต้องทำเป็นคำร้องและแจ้งเหตุอัน

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1554/2500 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคหนึ่งที่ว่า ต้องระบุพยานก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 3 วันนั้น (กฎหมายปัจจุบันคือ 7 วัน) หมายถึง วันสืบพยานจริงๆ ไม่ใช่วันนัดแล้วเลื่อนไป (เว็บไซต์ศาลฎีกา www.supremecourt.or.th) อ้างใน อุตม รัฐอมฤต, *เพ็ญอ้าง เชิงอรรถที่ 98*, น.115.

สมควรต่อศาล ถ้าคำร้องดังกล่าวไม่อ้างเหตุผลหรือเหตุที่อ้างมาฟังไม่ขึ้นศาลก็จะไม่อนุญาตให้คู่ความยื่นบัญชีระบุพยาน¹⁰¹ แต่หากคู่ความมีเหตุผลที่สมควรและไม่เป็นที่เสียหายแก่คู่ความอีกฝ่ายศาลก็ย่อมจะอนุญาต อย่างไรก็ตามศาลอาจใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 87 (2) ตอนท้ายอนุญาตให้ยื่นบัญชีระบุพยานได้ ทั้งนี้คู่ความไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องขออนุญาตก็ได้¹⁰² แม้ในชั้นอุทธรณ์ฎีกาคู่ความอาจยื่นคำร้องขอระบุพยานเพิ่มเติมได้ หากมีเหตุตามมาตรา 88 วรรคสาม

ดังนั้น การยื่นบัญชีระบุพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การยื่นบัญชีระบุพยานไว้ 3 ช่วงคือ การยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรก การยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม และการยื่นบัญชีระบุพยานล่วงหน้าเลยกำหนดเวลาปกติ ซึ่งการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมจะกระทำมิได้หากคู่ความไม่เคยยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกต่อศาล โดยคู่ความต้องทำเป็นคำแถลง ส่วนการยื่นบัญชีระบุพยานล่วงหน้าเลยกำหนดเวลาปกติ คู่ความต้องทำเป็นคำร้องพร้อมแสดงเหตุอันสมควรและศาลสามารถใช้ดุลยพินิจไม่อนุญาตให้คู่ความยื่นบัญชีระบุพยานได้ถ้าปรากฏว่าคำร้องดังกล่าวไม่อ้างเหตุผลหรือเหตุที่อ้างมาฟังไม่ขึ้นศาล

(2) สภาพบังคับหากมีการฝ่าฝืน

เมื่อมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า คู่ความมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีระบุพยานหากคู่ความฝ่าฝืนไม่ยื่นบัญชีระบุพยานกฎหมายจึงกำหนดสภาพบังคับไว้ในมาตรา 87 (2) คือ ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานนั้นไม่ได้ คู่ความที่ไม่ได้ยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกแม้จะแถลงขอยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมซึ่งมีอาจทำได้ ศาลก็จะรับฟังพยานหลักฐานตามบัญชีนั้นไม่ได้ แต่หากได้ยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกไว้แล้ว ต่อมาในการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม ศาลย่อมรับฟังได้เพราะยื่นเข้ามาถูกต้อง ส่วนบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมที่ได้ยื่นเกินกำหนดนั้นคู่ความจะนำสืบพยานหลักฐานนั้นไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติแม้ว่าคู่ความฝ่ายที่นำสืบพยานหลักฐานจะไม่ได้ระบุพยานหลักฐานไว้ในบัญชีพยานให้ถูกต้องตามมาตรา 88 แต่เมื่อได้นำพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสืบ คู่ความฝ่ายตรงข้ามมิได้โต้แย้งคัดค้าน จึงมีอาจจะยกข้อที่ว่าพยานหลักฐานนั้นมิได้ระบุไว้ในบัญชีพยานขึ้นเป็นประเด็นในการอุทธรณ์ ฎีกาได้¹⁰³

ดังนั้น เมื่อคู่ความไม่ยื่นบัญชีระบุพยานกฎหมายห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาแสดง ถ้ามิได้ยื่นบัญชีระบุพยานครั้งแรกแต่คู่ความแถลงขอยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม ก็ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาแสดงอีกเช่นกัน ส่วนบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมที่ได้ยื่นเกินกำหนดนั้นคู่ความจะนำสืบพยานหลักฐานนั้นไม่ได้

¹⁰¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3602/2542 (เนติ) น.1236-1238.

¹⁰² คำพิพากษาฎีกาที่ 119/2505 (เนติ) น.157-160.

¹⁰³ คำพิพากษาฎีกาที่ 288/2513 (เนติ) น.364-370.

(3) ข้อยกเว้นของการยื่นบัญชีระบุงพยาน

แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 จะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการยื่นบัญชีระบุงพยานไว้แต่ก็มีบางกรณีเช่นกันที่ไม่ต้องทำตามหลักดังกล่าว กรณีเช่นว่านี้ได้แก่

1. ศาลอนุญาตตามมาตรา 87 (2) แม้จะเป็นบทบัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ได้ยื่นตามมาตรา 88 แต่มีข้อยกเว้นในตอนท้ายว่า “แต่ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจำเป็นต้องสืบพยานหลักฐานอันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดีโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของอนุมาตรานี้ให้ศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐานเช่นว่านั้นได้” ดังนั้นแม้คู่ความจะไม่ได้ยื่นบัญชีระบุงพยานเข้ามาศาลก็อาจรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นได้¹⁰⁴

2. สืบพยานในการไต่สวนคำร้อง บทบัญญัติมาตรา 88 ใช้ถ้อยคำว่า “...เพื่อเป็นพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน...” หมายความว่า มาตรานี้จำกัดขอบเขตอยู่แต่เพียงการยืนยันข้อเท็จจริงตามคำคู่ความเท่านั้น ดังนั้นการสืบพยานในการไต่สวนคำร้องอันมิใช่เป็นการสืบพยานตามประเด็นในคำฟ้องและคำให้การของคู่ความ ไม่จำเป็นต้องยื่นบัญชีระบุงพยานตามมาตรา 88

3. การแนบพยานเอกสารทำคำคู่ความ เอกสารที่คู่ความได้แนบมากับคำฟ้องคำให้การแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเอกสารเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของคำคู่ความ แม้ไม่มีการอ้างอิงไว้ในบัญชีระบุงพยาน คู่ความก็สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้

4. การยื่นพยานเอกสารประกอบการถามค้าน ในการถามค้านพยานของฝ่ายตรงข้ามถึงข้อความที่พยานเคยกล่าวไว้ และมีการบันทึกไว้ในเอกสาร ถ้าพยานรับว่าตนเคยทำเอกสารนั้นไว้จริง ศาลย่อมจะอนุญาตให้ส่งเอกสารนั้นเข้าสืบเพื่อประกอบการถามค้านได้โดยไม่ต้องอ้างพยานเอกสารขึ้นนี้ไว้ในบัญชีพยาน

5. พยานหลักฐานที่มีใช้เป็นพยานหลักฐานโดยตรง พยานหลักฐานที่มีใช้เป็นพยานหลักฐานโดยตรง เช่น คำแปลเอกสารจากหลักฐานที่เป็นภาษาต่างประเทศ หรือเอกสารประเภทคำร้อง คำขอหรือคำแถลงของคู่ความ เอกสารเหล่านี้ไม่ใช่พยานหลักฐานโดยตรง ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 88

ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดให้ยื่นบัญชีระบุงพยานทุกชนิดที่เกี่ยวข้องกับคดี แต่ก็มีพยานหลักฐานบางกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าไม่ต้องแสดงหรือยื่นบัญชีพยาน ได้แก่ แม้คู่ความจะไม่ได้ยื่นบัญชีระบุงพยานเข้ามาศาลก็อาจรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ตามมาตรา 87 (2) การสืบพยานในการไต่สวนคำร้อง เอกสารทำคำคู่ความ การยื่นพยานเอกสารประกอบการถามค้าน และพยานหลักฐานที่มีใช้เป็นพยานหลักฐานโดยตรง

¹⁰⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 149/2538 (สงเสริม) น.20-24.

3.1.4.3 การส่งสำเนาเอกสาร

ในกรณีที่คู่ความอ้างส่งเอกสารเป็นพยานหลักฐาน จะต้องส่งสำเนาของเอกสารนั้นให้แก่คู่ความอีกฝ่ายและแก่ศาลด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 และในกรณีที่ส่งต้นฉบับเอกสารต่อศาลแล้วจะขอคืนก็ต้องส่งสำเนาเอกสารต่อศาลไว้เป็นหลักฐานในสำนวนคดีดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 127 ทวิ ซึ่งทั้งมาตรา 90 และมาตรา 127 ทวิ ซึ่งบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 นี้ ใช้บังคับเฉพาะคดีแพ่งเท่านั้นไม่มีผลใช้บังคับถึงคดีอาญา¹⁰⁵

(1) ความหมายของพยานเอกสาร¹⁰⁶

พยานเอกสาร หมายถึง พยานที่มีบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยรูปรอยใดๆ อันเป็นสื่อความหมายในภาษาใดภาษาหนึ่ง ดังนั้นสาระสำคัญหรือองค์ประกอบของพยานเอกสารคือ การสื่อความหมายเป็นภาษาของมนุษย์ไม่ว่าภาษานั้นจะเป็นภาษาใดก็ตาม พยานบางอย่าง เช่น ภาพถ่ายหรือภาพวาดเขียน แม้จะปรากฏเป็นรูปเช่นภาพถ่าย สถานที่เกิดเหตุ ภาพถ่ายอาวุธของกลาง ภาพถ่ายบุคคลหรือแม่ภาพวาด เช่น ภาพวาดทิวทัศน์ ภาพวาดเหมือนของตัวบุคคล ซึ่งภาพถ่ายหรือภาพวาดนั้นสื่อความหมายแสดงว่าสิ่งในภาพคืออะไร แต่ก็มีไม่ใช่เป็นการสื่อความหมายในภาษา ดังนั้นจึงไม่ใช่พยานเอกสาร

ดังนั้น พยานหลักฐานคือ ข้อความที่บันทึกไว้ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดและไม่ว่าจะบันทึกในวัสดุใดที่สามารถสื่อหรือแสดงความหมายของสิ่งที่บันทึกไว้ให้ศาลเข้าใจได้ ข้อความนั้นจะเป็นตัวอักษร ตัวเลข เครื่องหมาย สัญลักษณ์ จะเกิดขึ้นด้วยการเขียนพิมพ์ แกะสลัก และจะทำลงบนกระดาษ ผ้า ผนัง ก้อนหิน ไม้ โลหะก็ได้ทั้งสิ้น ขอเพียงแต่เสนอพยานนั้นเพื่อสื่อความหมายที่บันทึกอยู่ในพยานชิ้นนั้นบางครั้งจึงสับสนระหว่างพยานเอกสารกับพยานวัตถุ เช่น นำสีบว่าข้อความที่สลักลงบนก้อนหินมีความหมายอย่างไร เป็นการนำสีบข้อความในก้อนหินในฐานะเป็นพยานเอกสาร แต่ถ้านำสีบว่าได้มีการสลักข้อความไว้ที่ก้อนหินหรือไม่ เป็นการนำสีบก้อนหินที่มีข้อความในฐานะเป็นพยานวัตถุกล่าวคือ จะเป็นพยานเอกสารได้คู่ความต้องนำสีบถึงข้อความในสีที่บันทึก มิใช่การนำสีบถึงการมีอยู่ของสีที่เป็นตัวบันทึก

¹⁰⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทยูแพค จำกัด, 2539), น.131.

¹⁰⁶ เพ็งอ้าง, น.132.

(2) หลักเกณฑ์การส่งสำเนาเอกสาร¹⁰⁷

การอ้างเอกสารเป็นพยานหลักฐานซึ่งจะต้องมีการส่งสำเนาเอกสารนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 กำหนดให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงเอกสารเป็นพยานหลักฐาน ต้องยื่นสำเนาเอกสารนั้นต่อศาลและส่งสำเนาเอกสารนั้นให้คู่ความฝ่ายอื่นก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน

ในกรณีที่มีการอ้างอิงเอกสารเป็นพยานหลักฐานเพิ่มเติม เนื่องจากมีการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมตามมาตรา 88 ไม่ว่าจะวรรคสองหรือวรรคสาม ก็จะต้องยื่นสำเนาเอกสารนั้นพร้อมกับการยื่นคำแถลงหรือคำร้องแล้วแต่กรณี กล่าวคือ ถ้าเป็นการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมครั้งแรกภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันสืบพยานก็เพียงแต่ทำเป็นคำแถลง ส่วนการยื่นบัญชีระบุพยานหลังจากนั้นต้องทำเป็นคำร้อง อนึ่งศาลมีอำนาจอนุญาตให้ยื่นสำเนาเอกสารภายหลังเมื่อมีเหตุสมควรก็ได้

ดังนั้น เอกสารที่คู่ความประสงค์จะอ้างอิงเป็นพยานหลักฐาน คู่ความต้องยื่นเอกสารนั้นต่อศาลและส่งสำเนาเอกสารนั้นให้คู่ความฝ่ายอื่นก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน แต่หากมีพยานหลักฐานเพิ่มเติมตามมาตรา 88 วรรคสองหรือวรรคสาม ต้องยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมครั้งแรกภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันสืบพยานก็เพียงแต่ทำเป็นคำแถลง

(3) ข้อยกเว้นในการไม่ต้องส่งสำเนาเอกสาร¹⁰⁸

ความตอนท้ายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 ได้บัญญัติข้อยกเว้นในการอ้างเอกสารเป็นพยานหลักฐานแล้วไม่ต้องส่งสำเนาเอกสารไว้ 3 กรณีคือ

1. อ้างเอกสารเป็นชุดซึ่งคู่ความฝ่ายอื่นทราบที่อยู่แล้วหรือสามารถตรวจตราได้โดยง่ายถึงความมีอยู่และความแท้จริงแห่งเอกสารนั้น
2. อ้างเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่นหรือของบุคคลภายนอก
3. การคัดสำเนาเอกสารจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจคัดสำเนาเอกสารให้เสร็จในกำหนดเวลาที่ให้ยื่นเอกสารนั้น

สำหรับตามข้อ 1. และข้อ 3. ผู้ที่อ้างอิงเอกสารอาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้อง อาจขออนุญาตงดการยื่นสำเนาเอกสารนั้นและขอยื่นต้นฉบับเอกสารแทนเพื่อให้ศาลหรือคู่ความฝ่ายอื่นตรวจดู

กรณีตาม 1. ได้แก่เอกสารเป็นชุดซึ่งคู่ความอีกฝ่ายทราบดีหรือสามารถตรวจสอบได้โดยง่าย ส่วนกรณี 3. ได้แก่ การคัดสำเนาจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า เช่น เอกสารมี

¹⁰⁷ เพิ่งอ้าง, น.134.

¹⁰⁸ เพิ่งอ้าง, น.134.

จำนวนมากเป็นเล่มหรือเป็นแผ่นใหญ่คัดลำบาก กรณีเช่นนี้ควรใช้วิธีส่งต้นฉบับเพื่อให้ศาลและคู่ความทุกฝ่ายได้ตรวจดู

ดังนั้น แม้คู่ความจะอ้างเอกสารต่อไปนี้ เอกสารเป็นชุดซึ่งคู่ความฝ่ายอื่นทราบดีอยู่แล้วหรือสามารถตรวจตราได้โดยง่ายถึงความมีอยู่และความแท้จริงแห่งเอกสารนั้น หรือเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่นหรือของบุคคลภายนอก หรือการคัดสำเนาเอกสารจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจคัดสำเนาเอกสารให้เสร็จในกำหนดเวลาที่ให้ยื่นเอกสารนั้นก็ไม่ต้องส่งสำเนาเอกสาร

(4) ผลของการไม่ส่งสำเนาเอกสาร¹⁰⁹

ผลของการไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 ว่าด้วยการส่งสำเนาเอกสาร ไม่ร้ายแรงเหมือนกับการไม่ยื่นบัญชีระบุพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 ทั้งๆ ที่โดยผลของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 87 แล้ว พยานเอกสารที่ไม่ได้มีการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 ว่าด้วยการส่งสำเนาเอกสารจะต้องห้ามมิให้รับฟัง ซึ่งแนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องการไม่ยื่นบัญชีระบุพยานได้กำหนดผลไว้ชัดว่า ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ได้มีการระบุพยานเอกสารตามมาตรา 88 แต่การไม่ส่งสำเนาเอกสารตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 90 นั้น ถึงแม้ผลในชั้นที่สุดจะถูกต้องห้ามมิให้รับฟังก็ตาม แต่ก็มีคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับวางเป็นแนวบรรทัดฐานผ่อนปรนว่า การไม่ส่งสำเนาเอกสารนั้นเป็นเพียงการดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดระเบียบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27 คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งต้องทำการคัดค้านเสียภายใน 8 วัน นับแต่วันที่มีการส่งเอกสารดังกล่าวต่อศาล หากปล่อยให้ล่วงพ้นไปจะยกปัญหาข้อนี้ขึ้นโต้แย้งในภายหลังหรือในชั้นอุทธรณ์ฎีกาไม่ได้ นอกจากนั้นในกรณีที่ศาลชั้นต้นได้ใช้ดุลพินิจรับฟังพยานเอกสารซึ่งนำเสนอโดยผิดระเบียบ เช่น ไม่ได้ส่งสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลชั้นต้นได้ใช้ดุลพินิจรับฟังพยานเอกสารนั้นไว้แล้ว จึงสรุปได้ว่า หากศาลชั้นต้นใช้ดุลพินิจรับฟังพยานเอกสารใด โดยเห็นว่าพยานหลักฐานนั้นเป็นประเด็นสำคัญในคดีที่จำเป็นต้องสืบพยานนั้นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 87 (2) ก็ไม่มีเหตุที่จะคัดค้านว่าต้องห้ามมิให้รับฟังเพราะไม่ได้ส่งสำเนาเอกสาร

ดังนั้น การไม่ส่งสำเนาเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน แต่ผลท้ายที่สุดก็ถูกต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งการไม่ส่งสำเนาเอกสารคู่ความอีกฝ่ายนั้นเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบตาม

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง, น.136.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27 โดยคู่ความสามารถคัดค้านได้ภายใน 8 วันนับแต่วันที่มีการส่งเอกสารนั้นต่อศาล

3.1.4.4 การรับข้อเท็จจริงของคู่ความ

การขอให้คู่ความฝ่ายอื่นรับข้อเท็จจริงมาจากหลักคอมมอนลอว์เรื่อง request for admission โดยคู่ความหนึ่งอาจขอให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรับข้อเท็จจริงบางประการว่าถูกต้องหรือไม่ เพื่อให้ประเด็นข้อพิพาทลดลงหรือไม่ให้เกิดประเด็นข้อพิพาท จนทำให้คดีเสร็จสิ้นไปจากศาลเร็วขึ้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย การให้คู่ความฝ่ายอื่นรับข้อเท็จจริงโดยตอบคำบอกกล่าวเป็นหนังสือก่อนวันสืบพยานนี้ เป็นเรื่องที่หลักกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานสากลเรียกว่า interrogation คือ กระบวนการที่ให้คู่ความในคดีแพ่งสามารถตั้งคำถามในปัญหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทในคดีนั้นส่งไปให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามก่อนสืบพยาน ถ้าคู่ความฝ่ายตรงข้ามตอบข้อเท็จจริงอะไรมา คู่ความฝ่ายที่ถามจะได้ข้อเท็จจริงนั้นแถลงต่อศาล เพื่อฟังเป็นยุติในฐานะเป็นคำรับในศาลไม่ต้องไปสืบพยานให้เสียเวลาเสียค่าใช้จ่ายอีก ในต่างประเทศใช้วิธีการนี้กันมากเป็นทางปฏิบัติของทนายความปกติแทบทุกคดี หลังจากการชี้สองสถานรู้ประเด็นข้อพิพาทแล้วทนายความแต่ละฝ่ายจะมาพิจารณาข้อเท็จจริงว่าข้อเท็จจริงน่าจะรับกันได้ ไม่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เสียเวลาและค่าใช้จ่าย วิธีการดำเนินการคือ ทนายความจะตั้งคำถามข้อเท็จจริงนั้นส่งเป็นทางการไปให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามพิจารณาว่าจะรับข้อเท็จจริงหรือไม่ ถ้าฝ่ายตรงข้ามรับข้อเท็จจริงใดก็ไปแถลงให้ศาลทราบถ้าคู่ความฝ่ายใดรับคำถามปฏิเสธข้อเท็จจริงใดก็ต้องนำสืบพยานหลักฐานกัน ถ้าปรากฏว่าฝ่ายที่คำถามนำพยานหลักฐานมาสืบชัดเจน ถือได้ว่าคู่ความฝ่ายที่ปฏิเสธดำเนินการกระบวนการพิจารณาไปในทางที่ไม่สุจริตและเป็นการประวิงคดีเป็นต้นเหตุของความล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายมากในคดีนั้น ฉะนั้นเวลาที่ศาลพิพากษาจะนำเหตุผลนี้สั่งให้คู่ความฝ่ายที่ปฏิเสธการตอบคำถามโดยไม่มีเหตุอันสมควรรับผิดชอบค่าใช้จ่ายสูงสุดโดยไม่คำนึงถึงผลแห่งคดี ซึ่งในต่างประเทศจะเสียค่าใช้จ่ายส่วนนี้สูงมาก จึงทำให้วิธีการ interrogation ใช้ได้ผลทางปฏิบัติค่อนข้างมากสำหรับวิธีการให้คู่ความฝ่ายอื่นรับข้อเท็จจริง โดยตอบคำบอกกล่าวเป็นหนังสือก่อนวันสืบพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 100 ปรากฏว่าในทางปฏิบัติไม่มีตัวอย่างในการบังคับใช้ วิธีการดังกล่าวถูกมองข้ามไม่มีการนำมาใช้กัน ในการศึกษากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานก็แทบจะไม่มีอยู่เลย เหตุผลน่าจะเป็นเพราะการดำเนินคดีในประเทศไทยมุ่งให้ฝ่ายตนเองได้เปรียบทุกรูปแบบ หากมีการตั้งคำถามก็คงปฏิเสธในทุกคำถาม และแม้ว่าศาลจะให้ฝ่ายที่ปฏิเสธคำถามรับผิดชอบค่าฤชาธรรมเนียม ก็เป็นจำนวนไม่มากทำให้มาตรการดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้

(1) หลักเกณฑ์การขอให้คู่ความฝ่ายอื่นรับข้อเท็จจริง มีดังนี้

1. เมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะอ้างข้อเท็จจริงใดและต้องการให้คู่ความฝ่ายอื่นรับข้อเท็จจริงนั้นว่าถูกต้องหรือไม่ ก็ให้ส่งคำบอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งรายการข้อเท็จจริงนั้นไปให้คู่ความฝ่ายอื่นทราบก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน คำบอกกล่าวนั้นต้องแจ้งรายละเอียดข้อเท็จจริง ซึ่งตนประสงค์จะอ้างอิงว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมรับเป็นความจริงหรือไม่

2. ในวันสืบพยานคู่ความฝ่ายที่ส่งคำบอกกล่าวต้องร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลสอบถามคู่ความฝ่ายอื่นนั้นว่า จะรับรองข้อเท็จจริงตามที่ได้รับคำบอกกล่าวหรือไม่

3. ให้ศาลสอบถามคู่ความฝ่ายนั้นแล้วจดคำตอบไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณา และถ้าคู่ความฝ่ายนั้นไม่ตอบคำถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงใด โดยไม่มีเหตุแห่งการปฏิเสธโดยชัดแจ้ง กฎหมายให้ถือว่าคู่ความฝ่ายนั้นยอมรับข้อเท็จจริงนั้นแล้ว

(2) การเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง

แต่เดิมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการมาศาลของพยานและการซักถามพยานบุคคลมีหลักอยู่ว่า พยานบุคคลต้องมาศาลเพื่อเบิกความโดยการเบิกความนั้นพยานทุกคนต้องเบิกความด้วยวาจาและห้ามไม่ให้พยานอ่านข้อความที่เขียนมา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญ¹¹⁰ และเมื่อพยานมาเบิกความในศาลกฎหมายกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานได้ซักถามพยานเสร็จก่อน แล้วจึงให้คู่ความอีกฝ่ายถามค้าน¹¹¹ จากหลักกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งประสงค์ให้ผู้ที่มาเบิกความเป็นพยานต่อศาลต้องเบิกความด้วยวาจาต่อหน้าศาลและคู่ความทุกฝ่าย โดยไม่ให้อ่านข้อความที่เขียนมา เพื่อไม่ให้มีการเตรียมคำเบิกความล่วงหน้า หลักดังกล่าวตรงกับกฎหมายลักษณะพยานของอังกฤษ ซึ่งพยานหมายถึง บุคคลที่ประสบเหตุการณ์มาด้วยตนเองและพยานคือ บุคคลที่มาเล่าเหตุการณ์ที่ตนประสบมาด้วยตนเองนั้นให้ศาลฟัง โดยความทรงจำของตัวไม่ต้องอาศัยการอ่านจากเอกสารหรือบันทึกเครื่องหมายใดๆ ต้องไม่มีการเบิกความตามคำชี้แนะหรือบงการของบุคคลอื่นใด¹¹² ทั้งนี้ น่าจะเนื่องมาจากเห็นว่าพยานที่มาเบิกความด้วยวาจาโดยไม่มีการเตรียมข้อความมาอ่านจะเบิกความตามจริง เพราะพยานไม่มีเวลาคิดแต่งเติมคำเบิกความ ข้อเท็จจริงที่จดจำได้และให้การจึงน่าจะเป็นความจริง ถ้าพยานจำไม่ได้และต้องอ่านข้อความก็คงจะเป็นเรื่องเท็จ

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 113.

¹¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 117.

¹¹² จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : จีระรัชการพิมพ์, 2549), น.447.

(3) ผลของการยื่นบันทึกถ้อยคำพยาน

1. เมื่อมีการยื่นบันทึกถ้อยคำพยานแล้ว คู่ความผู้ยื่นไม่อาจถอนบันทึกถ้อยคำพยานนั้นได้และให้ถือว่าบันทึกถ้อยคำดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานในคดีแล้ว
2. เมื่อมีการยื่นบันทึกถ้อยคำพยานแล้ว ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมบันทึกถ้อยคำที่ได้ยื่นไว้แล้วต่อศาล เว้นแต่เป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเล็กน้อย เนื่องจากบันทึกถ้อยคำนั้นเปรียบเสมือนคำเบิกความของพยานในศาล ดังนั้นถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมก็ต้องปรากฏในคำเบิกความเมื่อตอนพยานมาศาลและตอบข้อซักถาม อันจะเป็นประโยชน์ต่อการชั่งน้ำหนักพยานนั้น¹¹³
3. พยานผู้ทำบันทึกถ้อยคำต้องมาเบิกความรับรองบันทึกถ้อยคำนั้นและเมื่อพยานเบิกความรับรองแล้ว ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของคำเบิกความตอบคำซักถาม
4. เมื่อผู้ทำบันทึกถ้อยคำมาศาลเพื่อรับรองบันทึกถ้อยคำแล้ว คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานอาจซักถามข้อเท็จจริงหรือความเห็นของพยานเพิ่มเติมได้ เพราะบันทึกถ้อยคำพยานอาจแทนการซักถามพยานเพียงบางส่วน เมื่อเสร็จสิ้นการซักถามพยานแล้ว พยานต้องเบิกความตอบคำถามค้านและถามถึงของคู่ความ

(4) น้ำหนักและความน่าเชื่อถือของบันทึกถ้อยคำพยาน

1. หากพยานผู้ให้ถ้อยคำมาศาลเพื่อรับรองบันทึกถ้อยคำและตอบคำถามค้านกับคำถามถึง ถ้อยคำของพยานก็จะมีน้ำหนักเช่นเดียวกับการที่พยานมาเบิกความต่อหน้าศาล
2. หากพยานผู้ให้ถ้อยคำไม่มาศาล ศาลจะปฏิเสธไม่รับฟังบันทึกถ้อยคำของผู้นั้นเป็นพยานหลักฐานในคดี แต่ถ้าศาลเห็นว่า เป็นกรณีจำเป็นหรือมีเหตุสุดวิสัยที่ผู้ให้ถ้อยคำไม่สามารถมาศาลได้ ศาลอาจรับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นได้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม
3. หากคู่ความได้ตกลงกันให้พยานไม่ต้องมาศาลหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือไม่ติดใจถามค้านพยาน ดังนี้ให้ศาลรับฟังบันทึกถ้อยคำดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ ทั้งนี้ผู้ให้ถ้อยคำไม่จำเป็นต้องสาบานหรือปฏิญาณตนก่อนให้ถ้อยคำและบัญชีพยานที่ระบุผู้ให้ถ้อยคำเป็นพยานบุคคลก็ใช้ได้แล้ว ไม่ต้องระบุบันทึกถ้อยคำของพยานเป็นพยานเอกสารอีก

(5) การเสนอบันทึกถ้อยคำของพยานที่อยู่ต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 120/2 บัญญัติถึงการเสนอบันทึกถ้อยคำของพยานซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศว่า เมื่อคู่ความมีคำร้องร่วมกันและศาลเห็นสมควร ศาลอาจอนุญาตให้เสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง หรือความเห็นของผู้ให้ถ้อยคำซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศต่อศาลแทนการนำพยานบุคคลมาเบิกความต่อหน้าศาลได้ แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิ

¹¹³ พรเพชร วิชิตชลชัย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 105, น.134.

ผู้ให้ถ้อยคำที่จะมาศาลเพื่อให้การเพิ่มเติม สำหรับลายมือชื่อของผู้ให้ถ้อยคำให้นำมาตรา 47 วรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้นในศาลทั่วไปหากพยานบุคคลมีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ ต้องการใช้บันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นแทนการมาเบิกความต่อหน้าศาล คู่ความทั้งสองฝ่ายต้องมีคำร้องร่วมกันและศาลเห็นสมควรจึงจะใช้วิธีการดังกล่าวได้ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอใช้วิธีการดังกล่าวแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ ส่วนรายการและเนื้อหาสาระของบันทึกถ้อยคำพยานที่อยู่ต่างประเทศนั้นเหมือนกับบันทึกถ้อยคำพยานที่อยู่ในประเทศทุกประการ ผลของการเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง หรือความเห็นของผู้ให้ถ้อยคำที่อยู่ต่างประเทศมีความแตกต่างกับกรณีของผู้ให้ถ้อยคำอยู่ในประเทศที่สำคัญประการหนึ่งคือ ผู้ให้ถ้อยคำไม่ต้องมาศาลเพื่อรับรองบันทึกถ้อยคำหรือตอบคำถามค้านและคำถามตั้งแต่อย่างใด ศาลก็รับฟังบันทึกถ้อยคำนั้นเป็นพยานหลักฐานได้ เพียงแต่ความน่าเชื่อถือหรือการมีน้ำหนักให้รับฟังเพียงใด เป็นอีกเรื่องหนึ่งหลักเกณฑ์ที่คู่ความต้องมีคำร้องร่วมกันจึงจะขอศาลใช้บันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง หรือความเห็นของพยานได้นี้ น่าจะมีปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะคู่ความฝ่ายที่ประสงค์จะใช้บันทึกถ้อยคำในกรณีดังกล่าวมีความจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม ซึ่งในความเป็นจริงแล้วนอกจากจะไม่ร่วมมือแล้ว มักจะคัดค้านและโต้แย้งกันอยู่เสมอ