

บทที่ 2

ระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง

1. รูปแบบของระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง

ระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของต่างประเทศและประเทศไทยต่างได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายที่สำคัญ 2 ระบบ คือ ระบบ Civil Law และระบบ Common Law ซึ่งแต่ละระบบจะมีทัศนคติ แนวความคิด และวิธีการทางกฎหมาย หรือนิติวิธี (Juristic Method) ที่แตกต่างกันตามประวัติศาสตร์ความเป็นมาและวิวัฒนาการ¹ เป็นความแตกต่างกันทั้งในเรื่ององค์กรหรือกลไกในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะขั้นตอนการดำเนิน กระบวนพิจารณา รูปแบบกระบวนการ รวมทั้งหลักทั่วไปในกระบวนการ และการโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาของศาล² การพิจารณาความหมาย ประวัติความเป็นมา พัฒนาการ และลักษณะพื้นฐานของระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของทั้ง 2 ระบบจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษารเปรียบเทียบว่าต่างประเทศและประเทศไทยมีระบบวิธีพิจารณาความแพ่งที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไร³

1.1 ระบบ Civil Law

ระบบ Civil Law⁴ หมายถึง ระบบกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดของประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งสืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน⁵ แต่การพัฒนามามากกว่า 1,000 ปี ทำให้เปลี่ยนรูปไปเป็นอย่างมาก

¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น.15-16.

² วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น.22.

³ รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบ ดู Peter Gottwald, "Comparative Civil Procedure," Ritsumeikan Law Review 22, pp.23-35 (2005).

⁴ คำว่า Civil Law ในสมัยโรมัน หมายถึง กฎหมายที่ใช้สำหรับพลเมืองชาวโรมัน

ทั้งในกฎเกณฑ์ส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ⁶ เป็นการพัฒนาจากหลักเกณฑ์ทางจารีตประเพณีของชาวโรมันที่ถือเป็นกฎศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะแยกย่อย เฉพาะเรื่องเฉพาะราว กลายเป็นหลักการซึ่งเป็นระบบ มีเหตุผลและสอดคล้องทำความเข้าใจกัน และมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป⁷ ในการตัดสินคดีของผู้พิพากษาในระบบ Civil Law จะค้นหากฎหมายที่มีหลักการและกฎเกณฑ์นำมาใช้และตีความเรื่องที่จะทำการวินิจฉัยนั้น กล่าวคือ เป็นการนำหลักทั่วไปนำไปพิจารณาหาคดีแต่ละคดี⁸ ระบบ Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่รวบรวมเนื้อหาส่วนใหญ่จากกฎหมายของพระเจ้าจักรพรรดิJustinian ที่เรียกว่า Corpus Juris Civilis โดยถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ทันสมัยและมีการนำไปใช้เป็นแม่แบบอย่างกว้างขวาง เป็นระบบที่ให้ความสำคัญกับกฎหมายเอกชนเป็นอย่างมาก มีการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือในลักษณะประมวลกฎหมาย และได้รับการรื้อฟื้นขึ้นมาศึกษาใหม่ในอิตาลีและเยอรมนี หลังจากกรุงโรมล่มสลายและกฎหมายโรมันเสื่อมความนิยมลง

9

ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น.22.

⁵ John Henry Merryman and Rogilio Pérez-Perdomo, The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America 3rd ed., (Stanford: Stanford University Press, 2007), p.6., and see Peter de Cruz, Comparative Law in a Changing World 2nd ed., (London: Cavendish Publishing Limited, 1999), p.43.

⁶ Rene David, Major Legal Systems in the World Today 3rd ed., (London: Stevens & Sons Ltd., 1985), p.33.

⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อั่งแล้ว เริงอรรถที่ 1, น.21.

⁸ Joseph Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison," The American Journal of Comparative Law 3, 15, p.431 (1966-1967).

⁹ วิษณุ เครืองาม, "สกุลกฎหมายสำคัญของโลกในปัจจุบัน," ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, จัดพิมพ์โดยมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2544), น.38.

ส่วนประวัติความเป็นมาของระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบ Civil Law อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ยุค ดังนี้

1. ยุคโรมัน

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในสมัยโรมันเมื่อประมาณ 450 ปี ก่อนคริสต์ศักราช โดยได้นำกฎหมายจารีตประเพณีของโรมันมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย 12 โต๊ะ ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเริ่มมีคุณค่าเหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีและเป็นการจัดทำกฎหมายที่มีลักษณะแน่นอนและมีหลักฐาน เพื่อสามารถเผยแพร่ให้แก่ประชาชนทั่วไปได้รับรู้และปฏิบัติตาม¹⁰ โดยโต๊ะที่ 1 ว่าด้วยวิธีการก่อนพิจารณาคดี โต๊ะที่ 2 ว่าด้วยการพิจารณาคดี และโต๊ะที่ 3 ว่าด้วยการบังคับคดี

กฎหมายโต๊ะที่ 1-3 บัญญัติรายละเอียดไว้ดังนี้¹¹

โต๊ะที่ 1 ว่าด้วยวิธีการก่อนพิจารณาคดี

(1) เมื่อโจทก์ได้ขอหมายเรียกจำเลยมายังศาล จำเลยจะต้องมาตามหมายนั้น ถ้าจำเลยไม่ยอมมาตามหมายเรียก โจทก์อาจขอให้ผู้ใกล้เคียงยื่นเป็นพยาน แล้วโจทก์มีอำนาจใช้กำลังนำตัวจำเลยมาศาลได้

(2) ถ้าหากจำเลยพยายามจะหลีกเลี่ยงไปไม่ปฏิบัติตามหมายแล้วไซ้ โจทก์ก็มีอำนาจที่จะจับกุมตัวจำเลยมาศาลได้ที่เดียว

(3) ถ้าหากจำเลยไม่สามารถมาตามหมายได้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือชราภาพมาก โจทก์จะต้องจัดหายานพาหนะให้ ส่วนยานพาหนะนั้นไม่จำเป็นต้องมีประกันกันฝากกันแต่ด้อย่างไรก็ได้

(4) จำเลยผู้มีที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์หรือมีทรัพย์สินเป็นคหบดี จะต้องหาบุคคลมีที่ดินหรือเป็นผู้เสียภาษีอากรเป็นนายประกันการมาศาลของจำเลยตามวันกำหนดพิจารณาคดี ส่วนจำเลยที่เป็นคนจนก็ต้องจัดหาประกันตามมีตามเกิดดูกัน

¹⁰ อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล. (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513), น.7-8.

¹¹ สุทธิวาทนฤพุมิ, หลวง, “ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท,” หนังสือเนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพ หลวงสุทธิวาทนฤพุมิ, 30 มกราคม 2529, น.30-31.

(5) เมื่อคู่ความปฏิบัติตามวิธีการขั้นต้นแล้ว โจทก์ก็มีอำนาจแถลงเปิดคดีทันที เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงประนีประนอมยอมความกัน ก็ให้เป็นอันเลิกแล้วกันไป

(6) ถ้าหากคู่ความไม่มีทางประนีประนอมยอมความกันได้ โจทก์จะต้องแถลงคดีต่อศาลก่อนเที่ยงวัน คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องอยู่ต่อหน้าศาลและชี้แจงแถลงตอบโต้คดีกัน

(7) ถ้าหากคู่ความฝ่ายใดไม่มาศาลก่อนเที่ยงวัน ก็ให้ศาลพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่มาศาลชนะคดี

(8) ถ้าคู่ความทั้งสองฝ่ายมาศาล ให้ศาลพิจารณาคดีไปจนค่ำ และถ้าไม่เสร็จให้งดการพิจารณาคดีสำหรับวันนั้น

(9) คู่ความจะต้องทำทันทับนให้ไว้แก่ศาลว่าจะมาศาลตามวันกำหนดนัดพิจารณาต่อไป
โต๊ะที่ 2 ว่าด้วยการพิจารณาคดี

(1) ในคดีซึ่งมีทุนทรัพย์ที่พิพาทตั้งแต่ 1,000 แอสเสสขึ้นไป คู่ความจะต้องวางเงินต่อศาลคนละ 500 แอสเสส ถ้าทุนทรัพย์ต่ำกว่า 1,000 หรือฟ้องร้องเกี่ยวกับอริสราภาพของบุคคลให้วางเงินต่อศาลฝ่ายละ 50 แอสเสส เป็นประกัน

(2) ถ้าคู่ความเจ็บป่วยหนัก ให้เลื่อนการพิจารณาคดีไปนัดอื่น

(3) ถ้าคู่ความฝ่ายใดหาพยานไม่ได้ ก็ให้ไปร้องตะโกนดั่งๆ ที่ประตูบ้านของตนเพื่อแสวงหาพยานต่อไป

(4) คดีลักทรัพย์ก็อาจยอมความกันได้

โต๊ะที่ 3 ว่าด้วยการบังคับคดี

(1) ในคดีที่จำเลยยอมรับใช้หนี้ หรือในคดีที่ศาลได้พิพากษาให้จำเลยใช้เงิน ให้จำเลยชำระเงินภายใน 30 วัน

(2) ถ้าจำเลยไม่ชำระเงินภายในกำหนด 30 วัน ให้จับกุมตัวจำเลยมาศาล

(3) ถ้าจำเลยไม่สามารถชำระเงินหรือนำผู้ใดมาเป็นประกันจำนวนเงินที่ต้องชำระแล้ว โจทก์อาจเอาตัวจำเลยไปกับโจทก์แล้วล่ามโซ่ตรวนไว้ โดยโซ่ตรวนนั้นต้องมีน้ำหนักไม่เกิน 15 ปอนด์

(4) ระหว่างนั้นจำเลยจะหาอาหารกินเองก็ได้ หรือมิฉะนั้นโจทก์ต้องให้ขนมปังกินวันละ 1 ปอนด์

(5) ถ้าจำเลยไม่สามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ และได้มีประกันทัณฑ์บนไปแล้ว มีกำหนดถึง 60 วัน ทั้งได้ถูกเรียกมาศาลถึง 3 ครั้งแล้วก็ไม่ชำระหนี้ ก็ให้โฆษณาหนี้และจำนวนหนี้ กลางตลาดโดยเปิดเผย และภายหลังอาจถูกลงโทษถึงประหารชีวิต

(6) จำเลยอาจถูกโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาลงโทษโดยสับร่างกายออกเป็น ท่อนๆ ตามอำเภอใจ

วิธีการก่อนพิจารณาคดีอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาที่เรียกว่า Magistrate โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกรอบในการพิจารณาคดี ซึ่งจะมีบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความ เพื่อช่วยให้ Magistrate สามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ แต่ในขั้นตอนการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่เรียกว่า Judge ที่จะต้องทำการสืบพยานบุคคล พยานเอกสาร และ ทำคำพิพากษานั้นไม่มีบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดรายละเอียดไว้ดังเช่นวิธีการ ก่อนพิจารณาคดี ทำให้เกิดความผิดพลาดและการปฏิบัติอันไม่เหมาะสมของ Judge ซึ่งโดยปกติ เป็นเรื่องของรูปแบบหรือระยะเวลาที่เหมาะสมในการทำคำพิพากษา การพิจารณาคดีจะกระทำโดย เปิดเผย ส่วนใหญ่เป็นการใช้สำนวนโวหารแบบนักไต่สวนของผู้แทนคู่ความซึ่งเป็นผู้มีฐานะดีที่เรียกว่า Patroni ต่อมาเป็นผู้แทนของคู่ความที่มีฐานะด้อยกว่าซึ่งเรียกว่า Avocati และได้กลายเป็นผู้แทนของ คู่ความในลักษณะที่เป็นวิชาชีพมากขึ้น¹²

พัฒนาการของวิธีพิจารณาความแพ่งในสมัยโรมันอาจสรุปได้ ดังนี้¹³

¹² Metzger Ernest, "An Outline of Civil Procedure in Roman Law" (September 5, 2009). Cambridge Companion to Roman Law, Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=1588142>, p.8.

¹³ *Ibid*, p.13, และการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจามีลักษณะสำคัญประการหนึ่ง คือ กระบวนการพิจารณาทั้งหมดจะต้องกระทำให้เสร็จสิ้นไปภายในวันเดียว ไม่มีการบันทึกกระบวนการพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจึงสามารถมีพิพากษาได้ด้วยการจดจำเนื้อความที่เพิ่งรับฟัง ถ้าไม่อาจเป็นไปได้ ศาลก็จะส่งเลื่อนคดีไปในวันอื่นเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ทั้งหมด ดู Metzger Ernest, "Roman Judges, Case Law, and Principle of Procedure," *Law and History Review* 22, 2, p.26 (2004).

1. Legis Actio เป็นวิธีพิจารณาคดีที่กำหนดโดยกฎหมาย¹⁴ และเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา¹⁵ ซึ่งใช้ในช่วงที่จัดทำกฎหมาย 12 โต๊ะ และเลิกใช้ไปเป็นส่วนใหญ่เมื่อประมาณ 200 ปี ก่อนคริสต์ศักราช

2. Ordo Iudiciorum หรือ Formulary Procedure เป็นวิธีพิจารณาคดีที่มีต้นกำเนิดมาจากบทบาทของ Praetors ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ศาลและศิษย์ของพระและนักบวชในช่วง 242 ปี ก่อนคริสต์ศักราช โดย Praetors เป็นผู้จัดทำแบบคำฟ้องขึ้นใช้เอง และให้คำแนะนำทางคดี ต่อมาได้เข้าไปทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาและออกกฎข้อบังคับในการดำเนินคดี วิธีพิจารณาคดีแบบนี้จะกระทำด้วยลายลักษณ์อักษรโดยเป็นข้อความสั้นๆ บรรยายปัญหาที่จะต้องทำการพิจารณาคดี แต่การกระทำด้วยวาจายังคงใช้อยู่ในการเสนอข้อเท็จจริงและการทำข้อตกลงต่างๆ¹⁶ วิธีพิจารณาคดีแบบนี้มีการใช้น้อยลงเมื่อ 27 ปี ก่อนคริสต์ศักราช

3. Cognition คือ วิธีพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาในฐานะเจ้าหน้าที่ทางการซึ่งจะทำการไต่สวนและพิจารณาคดีตามกฎหมายอันมีที่มาจากหลักการใช้อำนาจของพระจักรพรรดิ¹⁷ ซึ่งแตกต่างจากวิธีพิจารณาแบบเดิมที่ผู้พิพากษาจะถูกเลือกโดยคู่ความ วิธีพิจารณาคดีแบบนี้กลายเป็นรูปแบบกระบวนการวิธีพิจารณาที่ใช้กันโดยทั่วไปในช่วง 27 ปี ก่อนคริสต์ศักราชจนถึงกลางศตวรรษที่ 5

ในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนระหว่างปี ค.ศ.527-565 ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนซึ่งเป็นการจัดทำประมวลกฎหมายเอกชนอันประกอบด้วย Corpus Juris Civilis โดยส่วนสำคัญที่สุดของประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน ได้แก่ Digesta เพราะเป็นการรวบรวมคำสอนของนักปราชญ์และนักกฎหมายไว้เป็นหมวดหมู่ แล้วจัดให้มีตำราเบื้องต้นของทางราชการสำหรับนักกฎหมายเรียกว่า Institutes เป็นการเลือกเอาเฉพาะหลักกฎหมายสำคัญที่เป็นความรู้พื้นฐานเบื้องต้น โดยแบ่งออกเป็น 3 ภาค คือ (1) Persona ว่าด้วยบุคคลและครอบครัว (2) Res ว่าด้วยทรัพย์สินและมรดก และ (3) Actio ว่าด้วยการฟ้องคดี การแบ่งกฎหมายออกเป็น

¹⁴ Arthur Englemann and Others, A History of Continental Civil Procedure, (New York: Augustus M. Kelly, 1969), p.241.

¹⁵ *Ibid*, p.385.

¹⁶ *Ibid*.

3 หมวดนี้เป็นการแบ่งหมวดหมู่แบบโรมัน (Roman System) ซึ่งนับเป็นการแบ่งแยกหมวดหมู่กฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นระเบียบครั้งแรกของโลก¹⁷

2. ยุคกลางตอนต้น

หลังจากอาณาจักรโรมันได้ล่มสลายในปลายศตวรรษที่ 5 ด้วยการรุกรานของอนารยชน (Barbarians) เผ่าต่างๆ โดยเฉพาะเผ่าเยอรมนิก (Germanic Tribes) จนถึงศตวรรษที่ 11 ยุโรปก็เข้าสู่ยุคแห่งปัญหาและความเสื่อมทราม กฎหมายโรมันได้ถูกแทนที่ด้วยกฎหมายของศาสนจักรและกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่า¹⁸ ในช่วงนี้ได้ใช้กระบวนการพิจารณาแบบดั้งเดิมของชนเผ่าเยอรมนิกส่วนใหญ่เป็นการพิจารณาโดยเปิดเผยและด้วยวาจาในลักษณะการมาชุมนุมร่วมกัน การสืบพยานจะใช้วิธีการต่อสู้กันตัวต่อตัว และวิธีการต่างๆ เกี่ยวกับคำพิพากษาของพระผู้เป็นเจ้าบนแนวคิดที่พระผู้เป็นเจ้าจะคุ้มครองผู้สุจริต หรือการพิจารณาโดยใช้วิธีทรมาน เช่น การพิสูจน์ด้วยเหล็กเผาไฟ น้ำเดือด และไฟ เป็นต้น¹⁹

3. ยุคกลางตอนปลาย-ยุคใหม่

ในช่วงศตวรรษที่ 12-13 ได้เริ่มมีการศึกษาฟื้นฟูกฎหมายโรมันขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง เพราะสังคมได้ฟื้นตัวขึ้นจากการล่มสลายของอาณาจักรโรมัน การค้าพาณิชย์และการศึกษาก็ขยายตัวมากขึ้นประกอบกับความขัดแย้งระหว่างอาณาจักรและศาสนจักรได้เป็นปัจจัยให้เกิดความพยายามในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายโรมันเป็นการใหญ่ของชนชั้นกลางและนักวิชาการในมหาวิทยาลัยด้วยความเชื่อว่ากฎหมายจะเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวก ก้าวหน้า รักษาความมั่นคง จัดระเบียบแบบแผนของสังคม และเป็นบันไดก้าวไปสู่ความยิ่งใหญ่ได้ดังเช่นสมัยโรมัน²⁰ การศึกษากฎหมายโรมันในมหาวิทยาลัยนั้นเป็นการศึกษาระบบกฎหมายดั้งเดิมซึ่งมีพื้นฐานมาจากประมวลกฎหมายของ

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.43.

¹⁸ R.C. Van Caenegem, "Civil Procedure Chapter 2 History of European Civil Procedure," International Encyclopedia of Comparative Law, vol.16, p.3.

¹⁹ วรณชัย บุญบำรุง, "รูปแบบกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและกระบวนการพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษร," วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 1, ปีที่ 31, น.132 (มีนาคม 2544).

²⁰ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.25.

พระเจ้าจัสติเนียนและมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับระบบกฎหมายศาสนจักรซึ่งทำการศึกษากันอย่างกว้างขวางทั่วไปในยุโรป กฎหมายนี้เรียกว่า Jus Commune²¹ หรือกฎหมายร่วมกันของภาคพื้นยุโรป²²

ในระหว่างศตวรรษที่ 12 ถึงศตวรรษที่ 19 กระบวนพิจารณาแบบโรมันโน-แคนนอนิก และกระบวนพิจารณาแบบ Jus Commune ได้นำหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งสอดคล้องกับอารยธรรมและจารีตประเพณีสมัยใหม่มาใช้ ได้แก่²³

1. มีการดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษร และอุทธรณ์คำพิพากษาได้ เพื่อควบคุมความชัดเจนแน่นอนและเหตุผลของคำพิพากษาทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย
2. มีการแบ่งแยกเด็ดขาดระหว่างศาลและคู่ความ และระหว่างศาลและพยานหลักฐาน เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้กระทบต่อความเป็นกลางของศาล
3. มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสืบพยานโดยลับ เพื่อไม่ให้พยานได้รับอิทธิพลหรือมีความกลัว
4. มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือโดยพลการของศาล

กระบวนพิจารณาแบบโรมันโน-แคนนอนิก และกระบวนพิจารณาแบบ Jus Commune จึงมีลักษณะสำคัญซึ่งพอสรุปได้ดังนี้²⁴

²¹ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, "Civil Procedure Chapter 1 Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure," International Encyclopedia of Comparative Law, vol.16, p.5.

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิวัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของสกุลกฎหมายโรมานอ-เยอรมนิก," ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, จัดพิมพ์โดยมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2544), น.62, 73.

²³ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และศิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.23-25.

²⁴ เพิ่งอ้าง, น.26-29.

1. การดำเนินกระบวนการพิจารณายึดถือเอกสารเป็นสำคัญ การดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งไม่ได้ทำเป็นเอกสารจะตกเป็นโมฆะและใช้ไม่ได้
2. ไม่มีความสัมพันธ์หรือพบปะกันระหว่างศาลกับคู่ความ และระหว่างศาลกับพยานหลักฐาน
3. การพิจารณาคดีกระทำโดยลับ
4. มีขั้นตอนและกำหนดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นจำนวนมาก
5. คู่ความมีบทบาทเป็นอย่างมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยศาลไม่ได้เข้าไปแทรกแซงหรือควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยตรง
6. การรับฟังพยานหลักฐานเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เป็นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามแบบพิธีทางการซึ่งมีเงื่อนไขมากมาย โดยการรับฟังพยานหลักฐานไม่ได้ขึ้นอยู่กับศาล

หลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 ได้เริ่มมีการปฏิรูประบบวิธีพิจารณาความรูปแบบเก่า แม้จะไม่ประสบความสำเร็จมากนักแต่ก็มีความเปลี่ยนแปลงหลายเรื่อง เช่น ในฝรั่งเศสหลังปี ค.ศ.1789 มีกฎหมายห้ามขายหรือสืบทอดตำแหน่งผู้พิพากษาทางมรดก ปี ค.ศ.1790 มีกฎหมายยกเลิกศาลที่มีเขตอำนาจพิเศษ และกำหนดให้ผู้พิพากษาได้รับค่าตอบแทนจากรัฐแทนที่จะจ่ายโดยคู่ความ ปี ค.ศ.1795 มีกฎหมายยกเลิกการสืบพยานโดยลับ และกำหนดให้การสืบพยานต้องกระทำโดยศาลอย่างเปิดเผยต่อสาธารณะและมีคู่ความร่วมอยู่ด้วย และในที่สุดได้มีการยกเลิกการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนด ตามแนวคิดแบบใหม่จะให้ศาลเป็นผู้ชี้แจงนำนักพยานหลักฐาน ความเปลี่ยนแปลงส่วนใหญ่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปี ค.ศ.1806 หรือประมวลกฎหมายนโปเลียน²⁵ แต่มีข้อสังเกตว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ขาดหลักปฏิบัติและเป็นเพียงการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นระบบเท่านั้น

กระแสดังกล่าวเกิดจากแนวความคิดแบบเสรีนิยม สังคมของชนชั้นกลาง ความรู้ และโครงสร้างทางเศรษฐกิจแบบใหม่ที่ก่อตัวในยุโรปช่วงศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 ตลอดทั่วภาคพื้นยุโรป เป็นกระแสความเปลี่ยนแปลงที่ไม่ได้เกิดขึ้นกับวิธีพิจารณาด้วยวาจาเท่านั้น แต่ยังเกิดขึ้นกับวิธีพิจารณาพื้นฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรและลักษณะทั้งหมดของ

²⁵ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra* note 21, p.6.

Jus Commune ด้วย นอกจากกระแสการปฏิรูประบบวิธีพิจารณาความที่มีฝรั่งเศสเป็นผู้นำแล้ว การปฏิรูปที่สำคัญก็เกิดขึ้นในเยอรมนี โดยการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ปี ค.ศ.1877 และในออสเตรีย โดยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปี ค.ศ.1895 หลังจากนั้น ได้มีการออกกฎหมายจำนวนมากทั่วยุโรปโดยใช้กฎหมายของเยอรมนีหรือออสเตรีย เป็นแบบอย่าง เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของนอร์เวย์ ปี ค.ศ.1915 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเดนมาร์กปี ค.ศ.1916 และปี ค.ศ.1979 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสวีเดน ปี ค.ศ.1942 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสวิสเซอร์แลนด์ ปี ค.ศ.1947²⁶ เหตุที่ใช้กฎหมายของเยอรมนีหรือออสเตรียเป็นต้นแบบในการปฏิรูป เนื่องจากกฎหมายของเยอรมนีและออสเตรียนั้นถือได้ว่าการเปลี่ยนแปลงที่เด่นชัดโดยใช้แนวคิดใหม่ ในการเพิ่มบทบาทของศาลเพื่อสร้างความเป็นธรรมในคดีได้มากยิ่งขึ้น โดยศาลสามารถเร่งรัด การพิจารณาคดี พิจารณาคดีได้อย่างละเอียดรอบคอบ และส่งเสริมความเท่าเทียมกันของคู่ความ ตามเป้าหมายของสังคมได้ เช่น ศาลสามารถให้คำแนะนำในกรณีที่คู่ความดำเนินกระบวนการ พิเคราะห์หรือขาดตกบกพร่องได้ ประกอบกับมีอำนาจเรียกคู่ความและพยานหลักฐานได้เอง รวมทั้ง ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีในศาลเร็ว (Small Claims)²⁷

วิธีพิจารณาความแพ่งของระบบ Civil Law ในยุคใหม่จึงมีลักษณะพื้นฐานที่เด่นชัด ดังต่อไปนี้²⁸

1. ไม่มีกระบวนการพิจารณาสืบพยานต่อหน้าศาล (Absence of Trial) ในลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบพยานที่เกี่ยวข้องทุกอย่างต่อหน้าศาลโดยต่อเนื่องกันไปให้เสร็จสิ้นภายในคราวเดียว (A Day in Court) เช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาของฝรั่งเศส แม้จะกระทำต่อหน้าศาล แต่จะไม่รวมถึงการสืบพยานต่อหน้าศาล ในขณะที่ประเทศอื่นๆ ซึ่งใช้ระบบ Civil Law เช่น ออสเตรีย สวีเดน และเยอรมนี การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาจะรวมถึง การสืบพยานต่อหน้าศาลด้วย อย่างไรก็ตาม ประเทศดังกล่าวไม่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะ

²⁶ *Ibid*, pp.7-8.

²⁷ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 23*, น.33.

²⁸ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, p.8.

เป็นกระบวนการเดียว แต่จะแยกการประชุมวางแผนก่อนการพิจารณาคดีหรือการนัดพร้อม (Pretrial Conferences) ออกมาเป็นอิสระต่างหาก

2. มีแนวโน้มในการให้ความสำคัญกับพยานเอกสาร (Documentary Evidence) มากกว่าพยานหลักฐานประเภทอื่น

3. การรวบรวมพยานหลักฐานของคุณค่าและทนายความถูกจำกัดมาก เช่น สเปน อิตาลี และประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบ Civil Law ซึ่งรวมถึง ออสเตรเลีย สวีเดน เยอรมนี และฝรั่งเศส ต่างมีแนวโน้มที่จะให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการรวบรวมพยานหลักฐานแทนที่จะเป็นเรื่องของคุณค่า

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ซึ่งไม่ได้อยู่ในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศแถบลาตินอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น จะมีรายละเอียดของวิธีพิจารณาความแพ่งที่แตกต่างกันออกไป

1.2 ระบบ Common Law

ระบบ Common Law เป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ตั้งแต่สมัยที่ถูกพวก Norman เข้ายึดครอง และหลังจากนั้นก็ได้อิทธิพลเข้าไปในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ เป็นภาษาประจำชาติ หรือในประเทศที่เคยอยู่ในความปกครองของอังกฤษมาก่อน²⁹ คำว่า Common Law มาจากคำในภาษาฝรั่งเศสโบราณว่า Commune Ley ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่ใช้เป็นหลักสามัญร่วมกันทั่วพระราชอาณาจักร (Law Common to All England) เพื่อสร้างความเป็นเอกภาพทางกฎหมายโดยยกเลิกระบบการตัดสินคดีตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งกระจัดกระจายอยู่ทั่วประเทศ³⁰ ซึ่งแต่เดิมศาลอังกฤษต้องพิพากษาให้ไปตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นโดยที่แต่ละท้องถิ่นจะมีจารีตประเพณีที่แตกต่างกันออกไป ทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นเอกภาพในการใช้และตีความกฎหมายของคำพิพากษาบรรทัดฐาน

ในการทำคำพิพากษา ศาลในระบบ Common Law จะค้นหาคำพิพากษาที่คล้ายคลึงกันก่อนหน้านั้นและใช้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัย หากมีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรชัดเจน ศาลก็จะตัดสินไปตามบทบัญญัตินั้น แต่ถ้ายังมีข้อสงสัยหรือบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน ศาลก็ไม่

²⁹ อุกฤษ มงคลนาวิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.52.

³⁰ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.37.

ผูกพันกับกฎหมายเช่นนั้น แต่จะพิจารณาโดยใช้คำพิพากษาที่คล้ายคลึงกันก่อนหน้าเป็นหลัก และการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีของระบบ Common Law จะใช้ระบบลูกขุน³¹

ส่วนประวัติความเป็นมาของระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบ Common Law อาจแบ่งออกได้เป็น 4 ยุค กล่าวคือ

1. ยุค Anglo-Saxon

เดิมดินแดนอังกฤษถูกชนเผ่าต่างๆ ที่อาศัยอยู่ทางภาคพื้นยุโรปเข้าไปตั้งถิ่นฐานอยู่ก่อนแล้ว ได้แก่ พวก Iberian พวก Gael พวก Briton และพวก Celt³² ต่อมาโรมันได้เข้าครอบครองอังกฤษ เป็นเวลาประมาณ 4 ศตวรรษ จนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 5 หลังจากนั้น ชนเผ่า Anglo-Saxon หรือ อารยชนเผ่าเยอรมัน คือ พวก Saxons พวก Angles พวก Jutes และพวก Denish ก็เข้าปกครองดินแดนอังกฤษ และได้ทำลายหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายโรมันแล้วนำเอาหลักกฎหมายเยอรมันมาใช้แทน³³ รวมทั้งยอมรับนับถือศาสนาคริสต์เตียนเป็นศาสนาของตนในปี ค.ศ.596³⁴

อย่างไรก็ตาม กฎหมายโรมันยังคงมีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายอังกฤษในเวลาต่อมา เนื่องจากอิทธิพลของกฎหมายศาสนาจักร และจากการศึกษาค้นคว้าของศาลอังกฤษในสมัยนั้น³⁵ แต่กฎหมายโรมันก็มีอิทธิพลน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับจารีตประเพณีซึ่งเป็นกฎหมายของอารยชนที่ใช้อยู่จนกระทั่งถึงสมัยกลาง³⁶

³¹ Joseph Dainow, *supra note 8*, p.431.

³² สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2545), น.19.

³³ พรชัย สมบุญวงศ์, “วิวัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของสกุลกฎหมายคอมมอน ลอว์,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, จัดพิมพ์โดยมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2544), น.180.

³⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น.53.

³⁵ สุนัย มโนมัยอุดม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น.19.

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.59.

ส่วนวิธีพิจารณาความในยุค Anglo-Saxon นั้น หากเป็นปัญหาข้อกฎหมายศาลจะทำการตัดสินได้ทันทีโดยใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่หากเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ศาลจะให้ทำการพิสูจน์ข้อเท็จจริง โดย Suitors ในแต่ละศาลจะเป็นผู้กำหนดว่าคู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์และจะต้องพิสูจน์ด้วยวิธีใด รวมทั้งผลที่จะได้รับหากคู่ความฝ่ายนั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้ ฝ่ายใดจะผ่านการพิสูจน์หรือไม่ถือว่าพระผู้เป็นเจ้าของผู้กำหนด โดยมีพระในคริสต์ศาสนาเป็นผู้ควบคุมดูแล วิธีการที่ใช้ในการพิสูจน์จะแตกต่างกันตามลักษณะของคดีโดยในคดีส่วนแบ่งปกติจะใช้วิธีพิสูจน์โดยให้มีบุคคลช่วยสาบาน (Oath Helpers or Compurgators) ซึ่งคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์จะต้องหาบุคคลจำนวนหนึ่งซึ่งโดยทั่วไปมักใช้ 12 คน มาทำพิธีสาบานยืนยันว่าคำสาบานของตนที่ได้กระทำต่อศาลเป็นความจริง วิธีการนี้เรียกว่า Wager of Law เมื่อปฏิบัติถูกต้องตามวิธีการนี้ก็จะถือว่าได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงแล้ว³⁷

2. ยุคก่อกำเนิด Common Law

หลังจากพวก Norman เข้ายึดครองอังกฤษในปี ค.ศ.1066 แล้ว มีการปราบดาภิเษกขึ้นเป็นกษัตริย์อังกฤษของพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 แต่มีได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายมากนัก พระองค์ทรงจัดตั้งคณะที่ปรึกษาสภา (The Curia Regi) ขึ้นเพื่อดูแลผลประโยชน์ของกษัตริย์ในการจัดเก็บภาษี ส่วนอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดียังคงเป็นของศาลท้องถิ่นซึ่งใช้วิธีพิจารณาแบบเดิม แต่ได้มีการเพิ่มเติมด้วยวิธีพิสูจน์ความจริงโดยการต่อสู้ (Trial by Battle) ซึ่งเป็นประเพณีดั้งเดิมของชาว Norman โดยในคดีแพ่ง ระยะเวลาคู่ความจะต้องเป็นผู้ต่อสู้กันเอง เว้นแต่คู่ความฝ่ายใดไม่อาจต่อสู้ได้อย่างชัดเจน เช่น เป็นหญิงหรือเด็ก แต่ภายหลังได้เริ่มยอมรับให้คนของฝ่ายตนเป็นผู้ต่อสู้แทน และในที่สุดก็อนุญาตให้มีการจ้างนักต่อสู้อาชีพคือ Champion เป็นผู้ต่อสู้แทนได้³⁸

ต่อมา คณะที่ปรึกษาสภาได้ทำหน้าที่เป็นศาลหลวง (Royal Court) ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีใหญ่ๆ และคดีสำคัญเท่านั้น³⁹ โดยการพิจารณาคดีแพ่งในศาลหลวงจะแตกต่างจากศาลท้องถิ่น 2 ประการ คือ

³⁷ สุนัย มโนมัยอุดม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น.24-25.

³⁸ เพิ่งอ้าง, น.27-30.

³⁹ อุทกษ มงคลนาวิณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น.56-57.

1. การพิจารณาในศาลหลวงจะเริ่มด้วยหมาย (Writ) คู่ความที่ต้องการให้ศาลหลวงพิจารณาคดีของตนต้องไปยื่นคำร้องต่อ The Chancellor หรือราชเลขาธิการเพื่อให้ออกหมายภายใต้พระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ก่อนแล้วจึงจะฟ้องคดีต่อศาลหลวงได้โดยต้องจ่ายค่าธรรมเนียมซึ่งหมายจะแตกต่างกันไปตามประเภทคดีที่ต้องการฟ้อง โดยในหมายจะสั่งให้จำเลยมาศาล และวิธีพิจารณาคดีของศาลหลวงจะแตกต่างกันไปตามประเภทของหมายด้วย เป็นการให้ความสำคัญกับวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมาก กล่าวได้ว่าวิธีพิจารณาต้องมาก่อนสิทธิ (Remedies Precede Rights) โดยราษฎรจะมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาก่อนว่ามีวิธีพิจารณาความในศาลหลวงที่จะให้ราษฎรใช้สิทธิดังกล่าวหรือไม่⁴⁰ โดยผู้พิพากษาศาลหลวงจะเข้มงวดมากในการออกหมายใหม่ๆ และไม่ลังเลที่จะไม่ออกหมายให้สำหรับคำฟ้องที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย แตกต่างจากผู้พิพากษาในสมัยโรมันซึ่งไม่อาจปฏิเสธคำฟ้องตามแบบที่ Praetors จัดทำขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีแบบ Formulary Procedure ได้⁴¹ ในระยะแรกการออกหมายของศาลหลวงไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด แต่ต่อมากการออกหมายจะถูกจำกัดเฉพาะหมายประเภทที่เคยออกให้แล้วเท่านั้น โดยไม่มีอำนาจออกหมายประเภทใหม่ๆ ได้⁴²

2. ศาลหลวงไม่ผูกพันที่จะต้องใช้วิธีพิจารณาอย่างเดียวกับศาลท้องถิ่น แม้ศาลหลวงอาจนำวิธีการพิสูจน์ความจริงของศาลท้องถิ่นมาใช้ได้ เช่น วิธีพิสูจน์โดยให้มีบุคคลช่วยสาบาน หรือวิธีพิสูจน์ความจริงโดยการต่อสู้ แต่ก็ไม่จำเป็นเสมอไป⁴³

การวินิจฉัยคดีของศาลหลวงนั้น เป็นการใช้เหตุผลไปพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดโดยพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้น (Ratio Decidendi) อันแตกต่างจากการใช้กฎหมายประเพณีของท้องถิ่นแบบเดิม โดยเป็นการวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลัก Common Law ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากหลัก

⁴⁰ พรชัย สมบุญวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33*, น.182.

⁴¹ R.C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2nd ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p.29.

⁴² P W D Redmond and Peter Shears, *General Principles of English Law*, 7th ed., (London: Pitman Publishing, 1993), p.7.

⁴³ สุนัย มโนมัยอุดม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.37.

เหตุผลที่ได้จากข้อเท็จจริงในคดี ไม่ใช่การตัดสินตามอำเภอใจ ทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนมาใช้ในการตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันที่เกิดขึ้นในภายหลังตามหลักที่เรียกว่า The Doctrine of Stare Decisions⁴⁴ และต่อมาได้พัฒนาเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่เรียกว่า The Doctrine of Precedent⁴⁵ และการที่ศาลหลวงใช้หลัก Common Law ในการพิจารณาคดีจึงได้ชื่อว่า ศาล Common Law นอกจากนี้ ศาลหลวงยังได้นำวิธีพิจารณาคดีโดยลูกขุน (Trial by Jury)⁴⁶ มาใช้ในศตวรรษที่ 12 และยังคงมีการใช้วิธีพิจารณาคดีโดยลูกขุนนี้จนกระทั่งปัจจุบัน⁴⁷

3. ยุคก่อกำเนิด Equity

ในศตวรรษที่ 13 และ 14 ศาลหลวงแยกตัวเป็นอิสระจากสภาภษัตริย์ และมีการใช้บังคับกฎหมาย Common Law ทั่วอังกฤษ แต่ศาลหลวงได้ใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ทำให้กฎหมาย Common Law มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว และการออกหมายถูกจำกัดมาก เป็นผลให้คดีหลายประเภทไม่ได้รับการเยียวยา คู่ความซึ่งไม่ได้รับความเป็นธรรมจากศาลหลวงจึงได้ทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์โดยผ่าน The Chancellor ต่อมาในศตวรรษที่ 15 พระมหากษัตริย์ทรงมอบอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาคดีให้แก่ The Chancellor แต่เพียงผู้เดียว⁴⁸ และมีการจัดตั้งศาล Equity⁴⁹ หรือศาล Chancery ขึ้นโดยใช้หลักความเป็นธรรม (Equitable or Fair) ในการตัดสินคดี

⁴⁴ Kenneth Smith and Denis Keenan, English Law, 7th ed., (London: Pitman Books Limited, 1982), p.3.

⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.60-61.

⁴⁶ อุกฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น.58, ลูกขุนจะพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาภายใต้การกำกับของผู้พิพากษา ดู J.A. Jolowicz, On Civil Procedure, (New York: Cambridge University Press, 2000), p.29.

⁴⁷ R.C. Van Caenegem, *supra note 41*, pp.62-63.

⁴⁸ สุนัย มโนมัยอุดม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.81-82.

⁴⁹ คำว่า Equity มาจากคำภาษาลาตินว่า aequitas แปลว่า ปรับระดับ (leveling) ดู Philip S. James, Introduction to English Law, 12th ed., (London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd.), p.30.

ที่ศาล Common Law ไม่อาจเอี่ยวมาได้⁵⁰ รวมทั้งได้นำเอาหลักกฎหมายศาสนา (Canon Law) และกฎหมายโรมันเข้ามาปรับแต่งกฎหมายอังกฤษด้วย การนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาปรุงแต่งกฎหมาย Common Law ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องในศตวรรษที่ 16 ทำให้กฎหมายอังกฤษในช่วงนี้มีพัฒนาการที่มีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปอย่างยิ่ง⁵¹

ข้อดีของศาล Equity เมื่อเปรียบเทียบกับศาล Common Law มี 3 ประการ ดังนี้⁵²

1. ศาล Equity มีความเป็นทางการและขั้นตอนทางเทคนิคน้อยกว่า
2. อำนาจของศาล Equity ไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายและไม่ขึ้นอยู่กับหมาย
3. ศาล Equity สามารถใช้บังคับกับคดีใหม่ๆ ได้

วิธีพิจารณาคดีในศาล Equity ในช่วงแรกมีลักษณะคล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาแบบ Jus Commune ที่ใช้อยู่ในภาคพื้นยุโรปเป็นอย่างมาก⁵³

ต่อมา ในช่วงศตวรรษที่ 18 ศาล Equity อยู่ในระยะเสื่อมโทรม โดยมีคดีค้างพิจารณาจำนวนมาก คดีที่ฟ้องใหม่ต้องรอเป็นเวลาหลายปีกว่าจะเริ่มพิจารณาได้ วิธีพิจารณาก็สลับซับซ้อนและยุ่งยาก โดยมีสาเหตุสรุปได้ 3 ประการ คือ⁵⁴

1. จำนวนผู้พิพากษาไม่เพียงพอต่อปริมาณงานในศาลที่เพิ่มมากขึ้น เนื่องจากมีจำนวนประชากรและความเจริญมากขึ้น
2. ขาดประสิทธิภาพในการควบคุมดูแลเจ้าหน้าที่ศาล เป็นเหตุให้เกิดการใช้อำนาจในทางที่มีชอบและมีการทุจริตเกิดขึ้นโดยทั่วไป
3. ก่อนที่ศาลจะทำการตัดสินชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะที่พิจารณาคดีได้จะต้องผ่านขั้นตอนเต็มรูปแบบของวิธีการร้องขอ การชี้แจง และการไต่สวน ซึ่งอาจต้องใช้เวลาเป็นปีๆ และต้องสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายมาก

⁵⁰ Gary Slapper and David Kelly, *The English Legal System*, 9th ed., (New York: Routledge-Cavendish, 2009), p.5.

⁵¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.63.

⁵² P W D Redmond and Peter Shears, *supra note 42*, p.11.

⁵³ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, p.10.

⁵⁴ สุนัย มโนมัยอุดม, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 32*, น.161-162.

4. ยุคปัจจุบัน

ด้วยความขัดแย้งระหว่างอำนาจศาลและกระบวนการพิจารณาที่มีความไม่เหมาะสมของทั้งศาล Common Law และศาล Equity ได้เป็นที่มาของจุดเริ่มต้นการปฏิรูปวิธีพิจารณาความของศาลทั้ง 2 ระบบให้เป็นแนวเดียวกันในระหว่างปี ค.ศ.1830-1860 และด้วยวิวัฒนาการที่เจริญก้าวหน้าของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกับการขยายอิทธิพลของลัทธิประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม รวมทั้งแนวคิดของนักกฎหมายและนักปราชญ์ที่ยิ่งใหญ่ชาวอังกฤษที่ชื่อ Jeremy Bentham⁵⁵ ได้ก่อให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่แบบถอนรากถอนโคนในอังกฤษ โดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความในช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นการให้ความสำคัญกับกฎหมายสารบัญญัติมากขึ้น และมีการออกกฎหมายที่ชื่อว่า The Judicature Acts ระหว่างปี ค.ศ.1873-1875 โดยกำหนดให้ศาลทั้งหมดของอังกฤษมีอำนาจที่จะใช้หลัก Common Law และ Equity ในการพิจารณาคดีได้ โดยไม่มีการแบ่งแยกดังเช่นสมัยก่อน

อย่างไรก็ดี ความแตกต่างในสาระสำคัญของการสืบพยานในกระบวนการพิจารณาความแบบ Common Law และแบบ Equity หรือกระบวนการพิจารณาความที่ใช้อยู่ในภาคพื้นยุโรปในยุคนั้นคือ กระบวนการพิจารณาความแบบ Common Law จะใช้ระบบลูกขุนซึ่งเป็นผลให้มีลักษณะแตกต่างไปเนื่องจากลูกขุนมักเป็นผู้ไม่รู้หนังสือจึงไม่สามารถพิจารณาเอกสารในคดีได้ ทำให้จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการโต้เถียงกันด้วยวาจาในศาลโดยเปิดเผยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และระบบการรับฟังพยานหลักฐานที่กำหนดไว้ล่วงหน้าโดยกฎหมายทั้งโดยปริยายและโดยเคร่งครัดนั้น

⁵⁵ บทวิจารณ์ของ Bentham แสดงให้เห็นถึงสภาพทั่วไปของปัญหาของสังคมอังกฤษและสังคมยุโรปส่วนใหญ่ในช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 19 ซึ่งต่อมามีหนังสือของ Arthur John ที่พยายามชี้ให้เห็นถึงสาเหตุพื้นฐานของศาล Equity ในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ใช้เวลานานอย่างไม่น่าเชื่อ เรื่องค่าใช้จ่าย และเรื่องความไม่ยุติธรรมที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งอันเป็นข้อบกพร่องที่ร้ายแรงที่สุดโดยร้ายแรงกว่ากระบวนการพิจารณาในศาล Common Law ดู วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.37.

ไม่อาจไปด้วยกันได้กับรูปแบบกระบวนการพิจารณาที่คำพิพากษาในส่วนปัญหาข้อเท็จจริงจะต้องขึ้นกับ ลูกขุนเพราะลูกขุนไม่มีความรู้หรือประสบการณ์ทางด้านกฎหมาย⁵⁶

ลักษณะพื้นฐานของวิธีพิจารณาคดีความแพ่งในระบบ Common Law⁵⁷ นั้น สรุปได้ว่าจะมีการแบ่งแยกโดยชัดเจนระหว่างกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี (Pretrial Proceedings) และการพิจารณาคดีจริง (Actual Trial Proceedings) โดยในกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี ปกติมักจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร ส่วนในขั้นตอนการพิจารณาคดีจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาอย่างเต็มรูปแบบ

ในอังกฤษ กระบวนการก่อนการพิจารณาคดีจะมุ่งเน้นไปที่ขั้นตอนในการฟ้องคดี การส่งเอกสาร และการยื่นคำให้การของคู่ความ กระบวนการดังกล่าวโดยทั่วไปจะควบคุมดูแลโดยผู้พิพากษา Master ซึ่งไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดี ส่วนในสหรัฐอเมริกามีการใช้กระบวนการที่เรียกว่า Discovery ซึ่งคู่ความและทนายความมีอำนาจอย่างมากในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี โดยทั่วไปเป็นการดำเนินการนอกศาล ปกติจะใช้สำนักงานของทนายความ อำนาจในการควบคุมดูแลของศาลก็มีอยู่อย่างจำกัด บ่อยครั้งที่รูปแบบของการดำเนินการจะเป็นการซักถามพยานและตัวความ ด้วยวาจา แต่ไม่ใช่การถามในลักษณะแบบทันทีทันใด (Immediacy) ดังเช่นขั้นตอนการพิจารณาคดี และไม่ใช้กระบวนการที่ต้องกระทำอย่างเข้มข้นต่อเนื่อง (Concentration) เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว กระบวนการ Discovery จะดำเนินการเป็นช่วงๆ ไป

ส่วนในขั้นตอนการพิจารณาคดี ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law จะมีการพิจารณา ด้วยวาจาเป็นหลัก เช่น การสืบพยานจะมีการซักถามและการถามค้านพยานของทนายความ และแม้จะเป็นพยานเอกสารก็ต้องเปลี่ยนรูปแบบเป็นการเสนอด้วยวาจา เอกสารที่ไม่ใช่เอกสารมหาชนหรือเอกสารของศาล โดยปกติจะต้องเสนอโดยพยานบุคคลซึ่งสามารถรับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสารนั้นและถูกถามค้านได้ ประเด็นข้อพิพาทก็มีการเสนอด้วยวาจาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในอังกฤษ นอกจากนั้น ในขั้นตอนการพิจารณาคดีจะมีลักษณะเป็นแบบทันทีทันใดระหว่างคู่ความ

⁵⁶ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 23*, น.39-40.

⁵⁷ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, pp.10-11.

ทนายความ พยาน และผู้พิพากษาหรือลูกขุน และการสืบพยานโดยทั่วไปจะกระทำอย่างเข้มข้น ต่อเนื่องภายในนัดเดียวหรือหลายนัดในช่วงเวลาสั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาคriminal ในระบบ Common Law ได้ดำเนินการ ต่อเนื่องมาจากการปฏิรูปกฎหมายครั้งสำคัญในช่วงศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน แต่หลักกฎหมายและ แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาในคดีก่อนๆ ก็ไม่เหมาะสมกับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมในสังคม หรือ แนวคิดแบบรัฐสวัสดิการ (Welfare State) ที่เกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ระบบ Common Law จึงได้รับเอาแบบอย่างกฎเกณฑ์และทฤษฎีทางกฎหมายมาจากระบบ Civil Law มากยิ่งขึ้น รวมทั้ง ความจำเป็นทางการค้าระหว่างประเทศ และความเข้าใจอันดีระหว่างประเทศในยุโรปซึ่งเน้นคุณค่า ทางวัฒนธรรมตะวันตกร่วมกัน และการที่อังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปในปี ค.ศ.1972 ก็นับเป็นแรงกระตุ้นหรือความพยายามที่จะทำให้ระบบ Common Law และระบบ Civil Law มีความโน้มเอียงและประสานใกล้ชิดกันมากยิ่งขึ้นอย่างเห็นได้ชัด⁵⁸

2. พัฒนาการของระบบวิธีพิจารณาคriminal จากแบบเอกชนสู่แนวคิดแบบรัฐสวัสดิการ⁵⁹

นับแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา พัฒนาการทางสังคมและกฎหมายที่สำคัญได้เริ่ม หันเหออกจากวิธีพิจารณาคriminal แบบดั้งเดิมสู่แนวโน้มของการเกิดขึ้นของแนวคิดแบบรัฐสวัสดิการ (Welfare State)⁶⁰ โดยรัฐได้เข้าไปมีบทบาทในการควบคุมเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น ในขณะที่

⁵⁸ กิตติศักดิ์ ปกติ, *อ้าวแล้ว เริงอรรถที่ 1*, น.67, ดู Rene David, *Major Legal Systems in the World Today* 3rd ed., (London: Stevens & Sons Ltd., 1985), p.25, อุกฤษ มงคล นาวิณ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล*. (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513), น.66 และดู พรชัย สมบุญวงศ์, “วิวัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของสกุลกฎหมายคอมมอน ลอร์,” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, จัดพิมพ์โดย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2544), น.186-187.

⁵⁹ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, pp.67-76.

⁶⁰ ทฤษฎีว่าด้วยรัฐสวัสดิการ (Welfare State) กล่าวว่า (1) รัฐสวัสดิการเกิดขึ้น ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นเหตุเป็นผลของการทำให้เป็นอุตสาหกรรม (Logic of

แนวความคิดเสรีนิยมทางเศรษฐกิจค่อยๆ ลดความสำคัญลงไป รัฐเริ่มถือว่าจะต้องมีความรับผิดชอบ ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จำเป็นของเอกชนมากยิ่งขึ้นเพื่อสวัสดิการของประชาชน การยอมรับนับถือ สิทธิของปัจเจกชน (Individual Rights) โดยรัฐก็เริ่มถูกแทนที่ด้วยสิทธิทางสังคม (Social Rights) ซึ่งรัฐพึงเข้าไปแทรกแซง เช่น หลักประกันเรื่องสิทธิได้รับการพิจารณาคดีโดยศาล (Access to Court) จากเดิมซึ่งเป็นเพียงรูปแบบปกติก็มีแนวโน้มที่ต้องการให้รัฐจะต้องทำให้กระบวนการศาลสามารถ เข้าถึงได้อย่างแท้จริง แนวโน้มดังกล่าวเป็นผลจากนโยบายสังคม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และ กฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights/UDHR) และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights/EUCHR) หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ซึ่งได้รับรองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา⁶¹

บทบาทของรัฐที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวต้องใช้กฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือของนโยบายสังคม ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อปรับพฤติกรรมสังคมและเพื่อให้เป้าหมายทางสังคมบรรลุผล วิธีพิจารณาความ จึงมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้น โดยกฎหมายสมัยใหม่ได้เปิดโอกาสให้ศาลและหน่วยงานบริหารสามารถ ตีความเพื่อให้เข้ากับกรณีได้ บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าวก็สามารถปกป้องสิทธิ ของตนได้โดยการฟ้องคดี นอกจากนี้ วิธีพิจารณาความกลายเป็นวิธีการที่สำคัญและจำเป็นต่อ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น เรื่องอากาศบริสุทธิ์ โอกาสที่เท่าเทียมในการจ้างงาน และ ความปลอดภัยในการทำงาน และเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของความต้องการทางกฎหมายของ

Industrialization) (2) รัฐสวัสดิการพัฒนาไปเพื่อตอบสนองของความต้องการของทุนนิยมก้าวหน้า (3) รัฐสวัสดิการเป็นผลผลิตของสังคมสมัยใหม่ (4) รัฐสวัสดิการถูกจัดรูปแบบโดยผลกระทบจาก กลุ่มการเมืองและกลุ่มสังคม (5) รัฐสวัสดิการถูกจัดรูปแบบโดยองค์กรภาคสังคมนการผลิต (6) รัฐสวัสดิการถูกกำหนดโดยโครงสร้างและผลประโยชน์ของรัฐ ดู Mel Cousins, European Welfare State: Comparative Perspectives, (London: SAGE Publication Ltd., 2005), p.19.

⁶¹ EUCHR Article 6 (1) "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law..."

บุคคลบางกลุ่มที่จำเป็นต้องได้รับสวัสดิการจากรัฐ เนื่องจากไม่สามารถใช้กลไกการฟ้องคดีปกติ เพื่อปกป้องสิทธิของตนได้ เช่น ผู้บริโภค ผู้อนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และผู้ยากไร้ซึ่งเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติ ลักษณะดังกล่าวนี้เรียกได้ว่าเป็น กระแสการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

แนวคิดแบบรัฐสวัสดิการนั้นได้เกิดขึ้นก่อนในยุโรปตะวันตก โดยการปฏิรูประบบวิธีพิจารณา เช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของออสเตรียปี ค.ศ.1985 ซึ่งให้อำนาจศาลใช้บทบาทเชิงรุกในกระบวนการพิจารณาโดยไม่ใช่เพียงเพื่อให้ดำเนินกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น แต่ศาลยังต้องช่วยเหลือคู่ความซึ่งอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันให้สามารถบังคับตามสิทธิของตนได้ และต้องส่งเสริมกระบวนการระงับข้อพิพาทตามนโยบายสวัสดิการสังคมที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้วย ในเยอรมนี การปฏิรูปในยุค The Weimar Republic มีโครงการนำร่องเรื่องเงินช่วยเหลือของรัฐในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Legal Aid Scheme) ซึ่งได้เริ่มในปี ค.ศ.1921 และมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี ค.ศ.1924 หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดแบบรัฐสวัสดิการก็มีการขยายตัวมากขึ้นในยุโรปตะวันตก ในอังกฤษ มีการออกพระราชบัญญัติความช่วยเหลือและแนะนำทางกฎหมาย ปี ค.ศ.1949 และในเนเธอร์แลนด์ มีการปฏิรูปการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ปี ค.ศ.1956 ซึ่งสะท้อนถึงแนวโน้มของการถือว่าการเข้าถึงทนายความนั้นเป็นสิทธิด้านสวัสดิการสังคมอย่างหนึ่ง ความเปลี่ยนแปลงนี้ดำเนินต่อไปอย่างน้อย 2 ทศวรรษ แต่ผลที่เกิดขึ้นยังไม่มากพอที่จะเปลี่ยนแปลงมุมมองดั้งเดิมของศาลได้

กระแสปฏิรูปการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม อาจสรุปได้เป็น 3 ช่วง ดังนี้

1. กระแสการปฏิรูปช่วงแรก

เริ่มต้นในช่วงกลางทศวรรษที่ 1960 โดยมีการปฏิรูปความช่วยเหลือทางกฎหมายในหลายประเทศในรูปของโครงการความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยสาธารณะกุศล เช่น ออสเตรียและฝรั่งเศส และโครงการความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยเงินอุดหนุนของรัฐ ได้แก่ อังกฤษ เยอรมนี เนเธอร์แลนด์ และสวีเดน มีการปฏิรูประบบการจ่ายเงินค่าทนายความที่เรียกว่า Judicare ซึ่งระบบของอังกฤษนั้นนับว่าเป็นระบบที่ดีที่สุด โดยการปฏิรูปในปี ค.ศ.1949 กฎหมายกำหนดว่ารัฐจะจ่ายค่าทนายความให้หากคู่ความไม่สามารถว่าจ้างทนายความได้ แต่ในทางปฏิบัติรัฐยังไม่สามารถจ่าย

ค่าทนายความให้ได้จนกระทั่งถึงปี ค.ศ.1960⁶² เป็นผลให้สามารถช่วยเหลือบุคคลผู้ด้อยโอกาส ในอังกฤษได้เป็นอย่างมาก แต่รูปแบบความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยการจัดหาทนายความนั้นยังไม่เพียงพอสำหรับอีกหลายคน เพราะทนายความมักจะรับว่าความเฉพาะคดีครอบครัวและคดีอาญา เท่านั้น จะไม่รับว่าคดีเกี่ยวกับสิทธิผู้บริโภค สิทธิด้านสวัสดิการสังคม และการเลือกปฏิบัติ ส่วนความช่วยเหลือทางกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อช่วยเหลือผู้ยากไร้ซึ่งเริ่มใช้ในสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ.1965 ได้แก่ การว่าจ้างทนายความแบบมีเงินเดือนประจำหรือสำนักงานกฎหมายเพื่อนบ้าน (Neighborhood Law Firm) หรืออาจเรียกว่า ทนายสังคม (Social Advocacy) ภายใต้แนวคิดของการเปลี่ยนแปลงสังคมในนามของผู้ยากไร้ ทนายสังคมจะเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ผ่านวิธีการรวมตัวกันเพื่อฟ้องคดีประเภทต่างๆ เช่น การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) หรือแม้แต่ใช้วิธีการโน้มน้าวในกระบวนการนิติบัญญัติ รูปแบบความช่วยเหลือทางกฎหมายประเภทนี้ได้แพร่หลายไปในสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย เบลเยียม แคนาดา อังกฤษ เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ และฝรั่งเศส แม้จะเป็นปัญหาถกเถียงกันอยู่ในสหรัฐอเมริกา แต่ก็ยังปรากฏรูปแบบความช่วยเหลือนี้อยู่ และยังคงได้รับการยอมรับเพิ่มมากยิ่งขึ้นในประเทศอื่นๆ เช่น ในอังกฤษช่วงปลายปี ค.ศ.1982 ปรากฏว่ามีศูนย์กฎหมาย (Law Centre) มากกว่า 40 แห่ง

2. กระแสการปฏิรูปช่วงที่สอง

เกิดแนวความคิดที่ว่าผู้ยากไร้ไม่ใช่คนกลุ่มเดียวที่ต้องได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย แต่ยังมีกลุ่มอื่นๆ ที่ไม่สามารถปกป้องสิทธิของตนได้เช่นกัน ได้แก่ ผู้บริโภค และผู้นุรักษ์สิ่งแวดล้อม ซึ่งไม่สามารถระบุได้ว่าบุคคลใดเป็นผู้เสียหายโดยตรงที่มีอำนาจฟ้องคดี ดังนั้น การฟ้องคดีโดยเอกชน ซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงหรือการฟ้องคดีโดยหน่วยงานของรัฐแต่เพียงอย่างเดียววย่อมไม่ตรงกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ในสหรัฐอเมริกา จึงได้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยองค์กรต่างๆ หลังจากปี ค.ศ.1966 ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม Federal Rule 23 และหลายประเทศได้นำไปเป็นแบบอย่าง เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย อิสราเอล ญี่ปุ่น และสกอตแลนด์ ส่วนประเทศภาคพื้นยุโรป

⁶² Francis Regan, Why Do Legal Aid Services Vary Between Societies? Re-examining The Impact of Welfare States and Legal Families. In The Transformation of legal aid Comparative and Historical Study, edited by Francis Regan, Alan Paterson, Tamara Goriely and Don Fleming, (New York: Oxford University Press, 1999), p.192.

ในฝรั่งเศส มีกฎหมายที่เรียกว่า French Loi Royer ปี ค.ศ.1973 ซึ่งกำหนดให้องค์กรผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องคดีในนามของผู้บริโภคได้ แต่ประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปจะมีรูปแบบความช่วยเหลือทางกฎหมายที่หลากหลาย แต่โดยปกติก็จะเกี่ยวกับผู้บริโภคและผู้อนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งมักพบในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ของอังกฤษ เรียกว่า การฟ้องคดีโดยได้รับอนุญาตจากอัยการสูงสุด (Relation Action) โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถฟ้องคดีขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองหรือประกาศรับรองสิทธิได้หากบุคคลนั้นได้รับอนุญาตจากอัยการสูงสุด กรณีนี้รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยตั้งแต่เริ่มต้นการฟ้องคดีจนถึงการบังคับคดี ด้วยหลักเกณฑ์การฟ้องที่เปิดกว้างทำให้สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีในรูปแบบนี้ได้ดีกว่าการฟ้องคดีตามวิธีพิจารณาความแพ่งในรูปแบบดั้งเดิม การดำเนินคดีลักษณะดังกล่าวมักจะก่อให้เกิดประเด็นทางการเมืองสูงซึ่งโดยปกติแล้วจะเป็นเรื่องที่ไม่มีการนำไปฟ้องคดีต่อศาล เช่น การตัดสินใจเรื่องระดับที่เหมาะสมของมลพิษควรเป็นเท่าใด จำนวนเงินมากเท่าใดที่จะใช้ในการควบคุมมลพิษ ซึ่งเป็นประเด็นของการเลือกใช้นโยบายที่มีความยุ่งยาก ปัญหาว่าข้อสัญญาเกี่ยวกับผู้บริโภคเป็นธรรมหรือไม่ และคุณภาพของสินค้าตรงตามมาตรฐานขั้นต่ำหรือไม่ เป็นคดีที่ศาลเองจะต้องชั่งน้ำหนักเหตุผลข้ออ้างของกลุ่มผลประโยชน์ก่อนที่ยอมรับให้มีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมกันหรือมีคำสั่งใดๆ เพราะจะเป็นการควบคุมพฤติกรรมของการดำเนินการดังกล่าวในอนาคตได้

3. กระแสการปฏิรูปช่วงที่สาม

รูปแบบความช่วยเหลือทางกฎหมายได้พัฒนาไปโดยมีวิธีการในการจัดหาตัวแทนทางกฎหมาย (Legal Representation) ให้แก่ประชาชนผู้ด้อยโอกาส โดยที่องค์กรวิชาชีพทางกฎหมาย ปกติและระบบกฎหมายไม่ได้รับผลกระทบมากนัก เป็นความพยายามที่จะส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้าถึงองค์กรวิชาชีพทางกฎหมายได้ พัฒนาการนี้ก่อให้เกิดคำพิพากษาประเภทใหม่ๆ เฉพาะกรณีขึ้น ความช่วยเหลือทางกฎหมายรูปแบบนี้ในทางกลับกันก็มีความมุ่งหมายที่จะปรับปรุงองค์กรศาลและหน่วยงานอื่นในกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้หรือเพื่อส่งเสริมองค์กรทางเลือกอันจะทำให้เป้าหมายทางสังคมดังกล่าวนี้บรรลุผล คำพิพากษาที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ คือ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเมื่อปลายปี ค.ศ.1979 ในคดี Airey⁶³

⁶³ Airey v. Ireland, Judgment of 9 Oct. 1979, Series A, No.32; (1979-1980) 2 EHRR 305. อย่างไรก็ตาม ศาลหลักเสียงที่จะวางบรรทัดฐานในคดีนี้ว่าความช่วยเหลือทางกฎหมาย

ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศไอร์แลนด์ โดยศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายไอร์แลนด์ไม่มีประสิทธิภาพในการที่ผู้หญิงซึ่งเป็นชนพื้นเมืองจะได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลได้ เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่ได้มุ่งหมายเพียงให้การรับรองสิทธิในทางทฤษฎีเท่านั้น แต่เป็นการให้การรับรองสิทธิในทางความเป็นจริงและมีประสิทธิภาพด้วย นั่นคือ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลอย่างมีประสิทธิภาพนั้นสามารถดำเนินการได้โดยการจัดโครงการองค์การความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือโดยการทำให้วิธีพิจารณาคดีง่ายขึ้น

ตัวอย่างองค์การความช่วยเหลือทางกฎหมายรูปแบบนี้ คือ องค์การเพื่อการดำเนินงานคดีมโนสาร (Institutions for the Processing Small Claims) ที่ใช้ในสวีเดนตั้งแต่ปี ค.ศ.1973 เพื่อจัดการกับคดีร้องเรียนของผู้บริโภค โดยจะมีวิธีการทางเลือกที่ไม่ใช่การฟ้องคดีซึ่งมีค่าใช้จ่ายถูกกว่า เช่น อนุญาโตตุลาการ มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษานายเดี่ยวแทนที่จะใช้องค์คณะ 3 คน สนับสนุนให้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยก่อนพิจารณาคดี เปลี่ยนแปลงวิธีการจัดการวิชาชีพกฎหมาย เช่น ใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพอื่นซึ่งไม่ใช่ทนายความ มีระบบการให้บริการปรึกษากฎหมายแบบใหม่ กลับไปใช้กระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารเพื่อประหยัดค่าใช้จ่าย ปรับปรุงหลักความประสงค์ของคู่ความเพื่อสนับสนุนการบังคับคดี หลักเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานได้รับการออกแบบให้ง่ายต่อการพิสูจน์ เช่น การจ่ายค่าเสียหายในคดีอุบัติเหตุ และการเพิ่มบทบาทของศาลในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สรุปได้ว่า กระแสการปฏิรูปช่วงที่สามนี้จะปรากฏในลักษณะของกฎหมายวิธีพิจารณาคดี แนวปฏิบัติ และองค์การความช่วยเหลือทางกฎหมายต่างๆ

ต้องจัดให้มีในคดีแพ่งทุกคดี แต่เห็นว่าความช่วยเหลือทางกฎหมายจำเป็นต้องมีถ้าการมีตัวแทนทางกฎหมายนั้นพิสูจน์ได้ว่าไม่อาจหลีกเลี่ยงเพื่อทำให้การได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลเกิดประสิทธิผล หรือมีกฎหมายภายในบังคับว่าต้องจัดให้มีตัวแทนทางกฎหมาย หรือด้วยเหตุผลเรื่องความสลับซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ดู Neil Andrews, English Civil Procedure Fundamentals of the New Civil Justice System, (New York: Oxford University Press Inc., 2003), p.159.

3. หลักทั่วไปของระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง

หลักการหรือทฤษฎีที่สำคัญของระบบวิธีพิจารณาความแพ่งย่อมมีอิทธิพลต่อบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงเป็นผลให้มีการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว การศึกษาหลักการหรือทฤษฎีต่างๆ นอกจากจะช่วยให้เข้าใจกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ในทางปฏิบัติยังเป็นหลักประกันที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในแต่ละคดีมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้โดยไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเท่านั้น อันเป็นลักษณะบังคับพื้นฐานอย่างหนึ่งของการเป็นนิติรัฐ⁶⁴

3.1 บทบาทของศาลในการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณา

บทบาทของศาลในการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณานั้นมีอยู่ 2 ระบบ ได้แก่ ระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุก (Active Role) และระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ (Passive Role) ในกระบวนการพิจารณา โดยการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณาของระบบ Civil Law จะใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกเป็นหลัก โดยผู้พิพากษาจะมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมาก ส่วนการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีของระบบ Common Law จะใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับเป็นหลัก ซึ่งผู้พิพากษาค่อนข้างจะวางตัวเป็นกลาง ไม่ค่อยมีบทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มคดี และไม่ได้มีบทบาทสำคัญในกระบวนการพิจารณาดังเช่นทนายความ⁶⁵

การที่จะทราบว่าประเทศหนึ่งใช้ระบบการค้นหาความจริงแบบใด จะต้องพิจารณาว่าระบบกฎหมายของประเทศนั้นได้รับการออกแบบมาให้ใช้ระบบใดเป็นหลัก เพราะอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันแทบจะไม่มีประเทศใดที่ใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกหรือระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับเพียงระบบเดียว โดยต่างก็ใช้ทั้ง 2 ระบบหรือเป็นระบบผสมผสานทั้งสิ้น แต่อยู่ที่ว่าได้ใช้ระบบใดและในคดีประเภทใดเป็นหลักเท่านั้น เช่น เราอาจกล่าวได้ว่าในคดีแพ่งสามัญนั้นฝรั่งเศส

⁶⁴ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 23, น.71.

⁶⁵ สมบัติ พุทธิพงษ์ศักดิ์, “บทบาทของศาลในการค้นหาความจริง,” *ศาลยุติธรรมปริทัศน์*, ฉบับที่ 5, ปีที่ 4, น.57 (กรกฎาคม 2553).

และเยอรมนีใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกเป็นหลัก ส่วนอังกฤษใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับเป็นหลัก⁶⁶

อย่างไรก็ดี ประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และระบบ Common Law เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส และอังกฤษ ต่างก็มีพัฒนาการในการเพิ่มอำนาจของศาลในการควบคุมกระบวนการพิจารณามากยิ่งขึ้น โดยเป็นวิวัฒนาการของวิธีพิจารณาความแพ่งในเชิงมหาชน⁶⁷

นอกจากนั้น ศาลยุติธรรมยุโรป (The European Court of Justice/ECJ) ซึ่งเป็นศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (The European Union/EU) ที่ประกอบด้วยประเทศสมาชิกทั้งที่ใช้ระบบ Civil Law และระบบ Common Law ได้ถูกออกแบบมาให้ใช้ระบบ Civil Law ที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกในการพิจารณาคดีเป็นหลัก ซึ่งตลอดกระบวนการพิจารณาศาลจะมีบทบาทเชิงรุกในลักษณะการไต่สวน ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานได้เองหรือมีอำนาจตัดพยานที่คู่ความเสนอได้⁶⁸ รวมทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights) ก็ใช้ระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกเป็นหลักเช่นเดียวกัน⁶⁹

3.1.1 ระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุก (Active Role)

เป็นระบบที่ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law โดยศาลจะมีบทบาทมากเกี่ยวกับการเสนอและรวบรวมพยานหลักฐานในลักษณะการใช้อำนาจไต่สวน⁷⁰ เช่น เยอรมนี⁷¹ และฝรั่งเศส⁷²

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, น.59.

⁶⁷ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, pp.23-32.

⁶⁸ Valerio Gremontieri and Cornelius Joseph Golden, Jr., "The United Kingdom and the European Court of Justice: An Encounter between Common Law and Civil Law Traditions," The American Journal of Comparative Law, 4, 21, p. 667 (Autumn 1973).

⁶⁹ See Rules of Court, entry, into force 1 June 2010, Chapter VI Hearings, Rule 63 (Public character of hearings) and Rule 64 (Conduct of hearings).

⁷⁰ Michael Bayes, "Principles for Legal Procedure," Law and Philosophy, 1, 5, p.37 (April 1986).

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมนีปี ค.ศ.1877 ได้เริ่มกำหนดขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาซึ่งมีลักษณะค่อนข้างไปทางแบบไต่สวนมากขึ้นซึ่งมีอิทธิพลต่อฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก

ระบบวิธีพิจารณาที่ศาลมีบทบาทเชิงรุกในกระบวนการพิจารณานั้นมีประวัติความเป็นมาจากการชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาคริสต์โรมันคาทอลิก โดยเมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลได้ทราบว่ามีการกระทำผิดหรือมีการกระทำอันมิชอบเกิดขึ้นก็ต้องไต่สวนค้นหาความจริงให้ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นกล่าวหาหรือไม่ และการหาตัวบุคคลผู้กระทำผิดก็ไม่ค่อยมีหลักเกณฑ์ในการไต่สวนหรือมีวิธีพิจารณาที่เคร่งครัด เพราะมุ่งแต่จะเอาผลที่จะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากกว่า⁷³ จึงอาจมีการใช้วิธีทรมานจำเลยด้วยประการต่างๆ เพื่อให้จำเลยรับสารภาพและเล่าข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ผู้ชำระความฟัง การพิจารณาอาจกระทำลับหลังจำเลย คือ การสืบพยานอาจกระทำโดยจำเลยไม่มีโอกาสรู้เห็นก็ได้ เพราะถือว่าผู้ชำระความสามารถให้ความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิให้จำเลยอยู่แล้ว⁷⁴ ต่อมา เมื่อระบบทรมานจำเลยหมดไปและนักกฎหมายเริ่มค้นหาข้อเท็จจริงในคดีด้วยพยานหลักฐาน ระบบนี้ก็คลี่คลายไปในทางค้นหาความจริงโดยมีการนำพยานมาสืบแต่ยังคงเอกลักษณ์เดิมอยู่ คือ ศาลมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานต่างๆ ทั้งที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาลหรือศาลเห็นสมควรเรียกมาสืบเอง และไม่มีบทบาทหมายวางระเบียบการสืบพยานหรือไม่มีบทตัดพยานโดยเคร่งครัด ศาลจึงมักจะรับฟังพยานหลักฐานทุกชิ้นเข้าสู่สำนวน

ดู วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.83.

⁷² พัฒนาการของกฎหมายฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1965 ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการพิจารณาคดี ทั้งที่กฎหมายก่อนหน้านั้นในปีค.ศ.1806 และปีค.ศ.1935 ศาลมีบทบาทเชิงรับในกระบวนการพิจารณา ดู J.A. Jolowicz, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure," International and Comparative Law Quarterly, 52, p.290 (April 2003) และดู วรณชัย บุญบำรุง, "การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส: ตัวอย่างของกระบวนการพิจารณาที่ค่อนข้างไปทางแบบไต่สวน," ตุลพาท, เล่ม 1, ปีที่ 47, น.49-79 (มกราคม-เมษายน 2543).

⁷³ ประมูต สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์. 2526), น.2.

⁷⁴ ชวลิต โสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ," ตุลพาท, เล่ม 6, ปีที่ 28, น.38 (2524).

และจะไปพิจารณารายละเอียดตอนซึ่งนำนักพยานหลักฐานว่าพยานหลักฐานชั้นใดควรมีน้ำหนัก เชื่อถือมากน้อยเพียงใด⁷⁵

ระบบวิธีพิจารณาที่ศาลมีบทบาทเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา มีลักษณะสำคัญ ดังนี้⁷⁶

1. ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรือ ดึงสืบพยาน ทั้งนี้ เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธี เกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก

2. การพิจารณาคดี โดยเฉพาะในคดีอาญาจะมีลักษณะเป็นการดำเนินการระหว่างศาล กับจำเลย โจทก์จะไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญนัก เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นหาพยานหลักฐาน ส่วนระดับของความช่วยเหลือจะมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับระบบของแต่ละประเทศ

3. มักจะไม่มีกฎเกณฑ์ในการสืบพยานที่เคร่งครัดมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะไม่มี บทตัดพยานที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ โดยศาล มีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างขวาง

3.1.2 ระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ (Passive Role)

คือ ระบบที่ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law เช่น อังกฤษ⁷⁷ และ สหรัฐอเมริกา ระบบนี้สืบเนื่องมาจากการที่บุคคลหนึ่งนำคดีมาฟ้องอีกบุคคลหนึ่งต่อผู้มีอำนาจเพื่อให้ ชำระความให้แก่ตน เช่น ในอังกฤษ เมื่อ 800-900 ปีที่ผ่านมาวิธีในการแสวงหาความจริงที่อาศัย เพลิง น้ำ และการต่อสู้ด้วยอาวุธ โดยถือหลักว่าพระเจ้าเป็นเจ้าของผู้บริสุทธิ์ การชี้ขาดว่าฝ่ายใด ผิดหรือถูกจึงไม่ได้อยู่ที่การนำพยานมาพิสูจน์ความจริง แต่อยู่ที่ว่าฝ่ายใดจะปฏิบัติตามกติกา ที่ผู้พิพากษาวางไว้ได้ครบถ้วนกว่ากัน ผู้ชำระความในระบบนี้ต้องวางตัวเป็นกลางจริงๆ เพื่อควบคุม คู่ความทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามกติกาอย่างเคร่งครัด ต่อมา เมื่อวิธีพิจารณาได้วิวัฒนาการมาเป็นการ

⁷⁵ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538), น.1-2.

⁷⁶ เฟิงอั้ง, น.2-3.

⁷⁷ แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษสมัยใหม่ก็มีความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ โดย The New Civil Procedural Rules (CPR) ได้กำหนดให้ศาลมีบทบาทในกระบวนการพิจารณา มากขึ้น ดู J.A. Jolowicz, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure," International and Comparative Law Quarterly, 52, pp.286-288 (April 2003).

พิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐาน เอกลักษณะที่ยังคงปรากฏอยู่ คือ ผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด อำนาจศาลในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือตัดพยานมีจำกัดหรือแทบไม่มีเลย ต้องปล่อยให้คู่ความดำเนินการหาพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ หลักเกณฑ์การนำพยานอย่างไร มาพิสูจน์ได้หรือไม่มีลักษณะที่เคร่งครัด และมีบทตัดพยานที่เด็ดขาด เพื่อมิให้พยานที่ต้องห้ามเข้าสู่สำนวนซึ่งเท่ากับเป็นการไม่สืบพยานนั้นเลย ทั้งนี้ เพื่อมิให้ทั้งสองฝ่ายได้เปรียบและเสียเปรียบกัน⁷⁸

ลักษณะสำคัญของระบบวิธีพิจารณาที่ศาลมีบทบาทเชิงรับในกระบวนการพิจารณา คือ⁷⁹

1. ศาลมีบทบาทจำกัด ไม่ค่อยมีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติม หรือช่วยคู่ความฝ่ายหนึ่งแสวงหาพยานหลักฐาน การดำเนินกระบวนการพิจารณามีกฎเกณฑ์ละเอียดปลีกย่อยมาก ศาลใช้ดุลพินิจได้น้อย การยกฟ้องโดยเทคนิคมีมาก

2. คู่ความทั้งสองฝ่ายมีบทบาทสำคัญโดยเป็นคู่ต่อสู้กันอย่างเห็นได้ชัด ในคดีอาญาศาลจะไม่ช่วยโจทก์แสวงหาพยานหลักฐาน บางครั้งศาลจึงอาจยกฟ้องโจทก์ทั้งที่ปรากฏว่าจำเลยกระทำผิดก็ได้

3. มีหลักเกณฑ์ในการสืบพยานที่เคร่งครัดมาก ศาลใช้ดุลพินิจได้น้อย มีบทตัดพยานที่เด็ดขาด ไม่ยอมให้ศาลรับพยานหลักฐานนั้นเข้าสู่สำนวน และการซักถาม ถ้ามค้าน⁸⁰ และถามติงก็ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์โดยเคร่งครัด

โดยทั่วไปศาลจะไม่เรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง เว้นแต่ ในกรณีที่มีความจำเป็นและในคดีแพ่งศาลจะเรียกพยานมาสืบเองได้ก็โดยความยินยอมของคู่ความเท่านั้น⁸¹

⁷⁸ เข็มชัย ชูติวงศ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 75, น.3-4.

⁷⁹ เฟิงอ๋าง, น.4.

⁸⁰ การถามค้าน (Cross-Examination) เป็นกลไกสำคัญในการสืบพยานบุคคลในระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ โดยเชื่อว่าการเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามถามค้านพยานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหนทางที่จะนำไปสู่การพิสูจน์ความจริง และทำให้ผู้พิพากษาหรือลูกขุนวินิจฉัยคดีนั้นได้อย่างถูกต้อง ดู พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น.6.

⁸¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น.3.

ลักษณะความแตกต่างของระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุก และระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ ซึ่งพิจารณาจากการชกถามพยานและการรวบรวมพยานหลักฐานของศาล มีดังนี้⁸²

1. การชกถามพยาน ระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกนั้น ศาลจะเป็นผู้ชกถามพยานเอง ไม่ใช่คู่ความหรือทนายความ รูปแบบการชกถามพยานตามระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ จะเริ่มต้นด้วยการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานชกถามพยานก่อน จากนั้นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งถามค้าน และคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานถามติง แต่การชกถามพยานของศาลตามระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทในเชิงรุกไม่จำเป็นต้องใช้รูปแบบการชกถามพยานในลักษณะดังกล่าว โดยศาลจะเป็นผู้ถามพยานเอง ศาลอาจควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยถามพยานในข้อเท็จจริงที่เห็นว่าจะประโยชน์แก่การพิจารณาคดีได้ และสามารถจัดปัญหาที่ทนายความแต่ละฝ่ายจะใช้ขึ้นเชิงในการถามพยานให้พยานไขว้เขว สับสน หรือเบิกความไม่ตรงกับความจริงได้ การที่ศาลถามพยานเองจึงอาจได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องกว่าตรงประเด็นกว่าและรวดเร็วกว่าการให้คู่ความหรือทนายความถามพยานตามระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ

2. การรวบรวมพยานหลักฐาน ระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกนั้น ศาลจะมีอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยอาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองโดยไม่ต้องให้คู่ความร้องขอ ส่วนระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับนั้น ศาลมีบทบาทจำกัด ไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติม หรือช่วยคู่ความฝ่ายหนึ่งแสวงหาพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม ในระบบการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุก แม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจศาลในการเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองโดยไม่ต้องให้คู่ความร้องขอก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ ศาลอาจจะไม่เรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง เว้นแต่เพื่อเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงใดที่คู่ความได้ยกขึ้นอ้างเท่านั้น และการเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองของศาลมิได้เป็นการเปลี่ยนแปลงภาวะการพิสูจน์ตามกฎหมายของคู่ความแต่อย่างใด กล่าวคือ เป็นการรวบรวมพยานหลักฐานของศาลเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาพิพากษาคดี เป็นการสรุปข้อเท็จจริงที่ได้และชี้ขาดตัดสินคดีจากข้อเท็จจริงนั้น มิใช่เป็นการที่ศาลทำการค้นหาพยานหลักฐานแทนคู่ความซึ่งมีภาวะการพิสูจน์เสียเอง

⁸² สมบัติ พุทธิพิงศภัก, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 65, น.58-59.

3.2 หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา

ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม (Liberal Democracy) หรือระบบการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) จะยึดถือหลักการที่สำคัญ คือ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งข้อความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมอาจมีความแตกต่างกันไปได้มากแต่ก็มีองค์ประกอบร่วมกันในเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษา⁸³ ซึ่งศาลจะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางอันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของคู่ความในการดำเนินคดีแพ่ง⁸⁴ หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา (Judicial Independence and Impartiality) จึงหมายถึงการที่ศาลจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระและความเป็นกลางโดยปราศจากอิทธิพลหรือการแทรกแซงใดๆ ได้แก่⁸⁵ การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น ผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศ เกียรติยศชื่อเสียงใดๆ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รัฐสภา สภภาพแรงงาน คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หนังสือพิมพ์ต่างๆ และผู้พิพากษาด้วยกันเอง เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนผู้มีอรรถคดี และยังเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งเป็นหลักประกันเสรีภาพของความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากฝ่ายบริหาร⁸⁶

หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษามีมาตั้งแต่สมัยโบราณ⁸⁷ แต่หลังจากการรวมตัวกันเป็นรัฐต่างๆ ในทวีปยุโรปหลักการนี้ได้เกิดขึ้นก่อนในอังกฤษช่วงศตวรรษที่ 17 ในรัชสมัยพระเจ้า James ที่ 1 โดยมีการแสดงความเห็นอย่างกล้าหาญของ Sir Edward Coke ประธานศาลสูงด้วยการปฏิเสธการกราบทูลพระเจ้า James ที่ 1 ว่าจะพิพากษาคดีอย่างไร โดยเห็นว่า

⁸³ สมบัติ พงศ์พิงศภัค, “สิทธิมนุษยชนกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย,” ศาลยุติธรรมปริทัศน์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 1, น.39-41 (มกราคม 2549).

⁸⁴ Mauro Cappelletti, “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends,” Stanford Law Review, 5, 25, p.652 (May 1973).

⁸⁵ Alfred Denning, What next in the Law, (London: Butter Worths, 1982), pp.309-330.

⁸⁶ Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, p.652.

⁸⁷ H.G. Hanbury, English Court of Law, 4th ed., (New York: Oxford University Press), p.1.

พระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจในการพิพากษาอรรถคดีเพราะพระองค์ไม่รู้จักกฎหมาย⁸⁸ แม้พระมหากษัตริย์จะอยู่เหนือทุกคนแต่พระองค์ก็อยู่ภายใต้พระผู้เป็นเจ้าของและกฎหมาย⁸⁹ อันแสดงถึงความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาของศาลอังกฤษ จากนั้นแนวคิดและหลักการนี้ก็มีผลต่อวิวัฒนาการของความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาในประเทศต่างๆ⁹⁰

การที่ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยปราศจากแรงกดดันใดๆ จะทำให้สาธารณชนเชื่อถือศาลว่าจะได้รับความเป็นธรรมและจะนำคดีมาสู่ศาลแทนที่จะหันไปใช้วิธีการนอกกฎหมาย และยังมีผลต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศ โดยผู้ที่อยู่ในภาคเศรษฐกิจและการเมืองก็ต้องการความเชื่อมั่นจากศาลว่าจะสามารถวินิจฉัยสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ได้ด้วยการให้เหตุผลในการตัดสิน เมื่อศาลมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางและปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว คำพิพากษาก็จะเป็นสิ่งที่คาดหมายได้เพราะได้ตัดสินตามกฎหมายและปราศจากอคติทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย การคาดหมายได้นี้จะทำให้ผู้ที่อยู่ในภาคเศรษฐกิจและการเมืองสามารถวางแผนการปฏิบัติตนได้อันจะนำไปสู่ความเจริญมั่งคั่งทางเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศ⁹¹

ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาจะเกี่ยวพันกับคุณภาพของกระบวนการพิจารณา โดยการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมจะด้อยประสิทธิภาพหากคุณภาพของกระบวนการยุติธรรมไม่ได้รับการประกัน⁹²

⁸⁸ Roscoe Pound, The Spirit of The Common Law, (Boston: Marshall Jones, 1921), p.33.

⁸⁹ *Ibid*, p.60-61.

⁹⁰ A.H. Manchester, A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950, (London: Butter Worths, 1980), p.82.

⁹¹ Theodor Meron, "Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals," The American Journal of International Law, 2, 99, p.359 (April 2005).

⁹² Mauro Cappelletti and Bryant G. Garth, *supra note 21*, p.77.

ดังนั้น หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาจึงได้รับการประกันและรับรู้ในระดับสากล เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights/UDHR) ข้อ 10 ที่บัญญัติว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันอย่างบริบูรณ์ในอันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยโดยศาลที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางในการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของตน และการกระทำผิดอาญาใดๆ ที่ตนถูกกล่าวหา และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights/EUCHR) ข้อ 6 (1) ซึ่งกำหนดว่าในการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของตนและการกระทำผิดอาญาใดๆ ที่ตนถูกกล่าวหา บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยภายในระยะเวลาอันสมควรโดยศาลที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย

นอกจากนั้น หลักการขั้นพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแห่งองค์การสหประชาชาติ (UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary) ยังได้กำหนดมาตรฐานสากลของความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ ดังนี้

1. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะต้องได้รับการประกันจากรัฐ และได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐ และเป็นหน้าที่ของทุกรัฐบาลและสถาบันอื่นๆ จะต้องเคารพและธำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

2. ศาลจะต้องตัดสินคดีต่างๆ ด้วยความเป็นกลางบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงซึ่งสอดคล้องกับกฎหมาย โดยปราศจากข้อจำกัด อิทธิพล การชักจูง แรงกดดัน การบังคับข่มขู่ หรือการแทรกแซงต่างๆ โดยไม่เหมาะสมทั้งทางตรงและทางอ้อมจากภาคส่วนใดหรือเหตุผลใด

3. ศาลจะต้องมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ปวงที่อยู่ภายในเขตอำนาจ และมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวที่จะวินิจฉัยว่าคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

4. จะไม่มีการแทรกแซงกระบวนการศาลในทางที่ไม่เหมาะสมหรือปราศจากเหตุผลรวมทั้งการแก้ไขคำพิพากษาของศาล แต่หลักดังกล่าวจะต้องไม่เสื่อมเสียต่อกระบวนการทบทวนของศาล หรือต่อการที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะบรรเทาโทษหรือลดโทษตามที่ศาลกำหนด

5. บุคคลทุกคนจะต้องมีสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลธรรมดาซึ่งได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ การจัดตั้งศาลขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาคดีนั้นจะกระทำมิได้

6. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาให้สิทธิและกำหนดให้ศาลต้องทำให้แน่ใจว่า กระบวนการพิจารณาของศาลจะดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและสิทธิของคู่ความจะได้รับการเคารพ

7. เป็นพันธกรณีของรัฐสมาชิกที่จะจัดให้มีทรัพยากรต่างๆ ที่เพียงพอในการทำให้ศาล ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสม

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการเข้าสมาคม

8. เพื่อให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ผู้พิพากษาก็เช่นเดียวกับพลเมืองอื่นๆ ที่มีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก ความเชื่อ การเข้าสมาคม และการเข้าร่วมชุมนุมอย่างใดก็ตาม การจะใช้สิทธิเช่นนี้ผู้พิพากษาจะต้องประพฤติปฏิบัติตนอย่างสม่าเสมอในลักษณะขอ การดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีของสถาบันตุลาการ ตลอดจนความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

9. ผู้พิพากษามีอิสระในการจัดตั้งและเข้าร่วมสมาคมของผู้พิพากษาและองค์กรอื่นๆ เพื่อรักษาประโยชน์ ส่งเสริมการฝึกอบรมทางวิชาชีพ และปกป้องความเป็นอิสระของตน

คุณสมบัติ การคัดเลือก และการฝึกอบรม

10. บุคคลซึ่งได้รับการคัดเลือกให้เข้าสู่สถาบันตุลาการจะต้องมีความซื่อสัตย์ มีความสามารถ ได้รับการฝึกอบรมอย่างเหมาะสม และมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด วิธีการใดๆ ในการคัดเลือกผู้พิพากษาจะต้องมีมาตรการป้องกันการแต่งตั้งเข้าสู่ตำแหน่งด้วยมูลเหตุจูงใจที่มีชอบ ในการคัดเลือกผู้พิพากษาจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเรื่อง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา การแสดงความคิดเห็นทางการเมืองและความคิดเห็นอื่นๆ สัญชาติ ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะ เว้นแต่ข้อกำหนดที่ว่าผู้สมัครต้องมีสัญชาติของประเทศที่เกี่ยวข้องไม่ให้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

เงื่อนไขของการปฏิบัติหน้าที่และการดำรงตำแหน่ง

11. วาระการดำรงตำแหน่ง ความเป็นอิสระ ความปลอดภัย ค่าตอบแทนที่เพียงพอ เงื่อนไขของการปฏิบัติหน้าที่ บำนาญ และการเกษียณอายุของผู้พิพากษา จะต้องได้รับการรับรองอย่างเพียงพอตามกฎหมาย

12. ผู้พิพากษาไม่ว่าจะได้รับการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งจะต้องได้รับหลักประกันในการดำรงตำแหน่งจนกว่าจะถึงกำหนดการเกษียณอายุหรือครบวาระการดำรงตำแหน่ง

13. ระบบการเลื่อนตำแหน่งของผู้พิพากษาจะต้องอยู่บนพื้นฐานของปัจจัยต่างๆ ที่เป็นภาวะวิสัยโดยเฉพาะเรื่องความสามารถ ความซื่อสัตย์ และประสิทธิภาพ

14. การจ่ายสำนวนแก่ผู้พิพากษาในศาลใดๆ ซึ่งผู้พิพากษานั้นดำรงตำแหน่งอยู่ เป็นกิจการภายในของการบริหารงานในศาลนั้นๆ

ความลับและความคุ้มกันในวิชาชีพ

15. ศาลต้องรักษาความลับในวิชาชีพเกี่ยวกับการปรึกษาหารือและข้อมูลที่เป็นความลับ ซึ่งได้รับการปฏิบัติหน้าที่ นอกเหนือจากกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย และต้องไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความในเรื่งดังกล่าว

16. โดยไม่กระทบถึงกระบวนการทางวินัย หรือสิทธิใดๆ ในการอุทธรณ์ หรือการชดใช้ ค่าเสียหายจากรัฐซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายภายใน ผู้พิพากษาควรได้รับความคุ้มกันจากการถูกดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อเรียกเงินค่าเสียหายจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ไม่เหมาะสม ในการปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการ

วินัย การพักผ่อน และการปลดออกจากตำแหน่ง

17. การกล่าวหาหรือการร้องเรียนผู้พิพากษาเกี่ยวกับอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ ทางตุลาการและทางวิชาชีพจะต้องดำเนินการโดยรวดเร็วและเป็นธรรมภายใต้กระบวนการพิจารณาที่เหมาะสม ผู้พิพากษามีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม การตรวจสอบเรื่องราวต่างๆ ในขั้นต้นจะต้องเก็บเป็นความลับ เว้นแต่จะได้รับการร้องขอโดยผู้พิพากษานั้น

18. ผู้พิพากษาจะต้องถูกพักงานหรือถูกปลดออกจากตำแหน่งด้วยเหตุผลของการไร้ความสามารถหรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่เท่านั้น

19. กระบวนการพิจารณาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับวินัย การพักงาน หรือการปลดออกจากตำแหน่ง จะต้องได้รับการกำหนดให้สอดคล้องกับมาตรฐานของประมวลจริยธรรมตุลาการ

20. คำวินิจฉัยในกระบวนการพิจารณาทางวินัย การพักงาน หรือการปลดออกจากตำแหน่ง จะต้องอยู่ภายใต้การทบทวนอย่างเป็นอิสระ แต่หลักการนี้ไม่อาจใช้ได้กับคำตัดสินของศาลสูงสุด และการถูกถอดถอนโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกระบวนการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน

รัฐธรรมนูญและกฎหมายของหลายประเทศก็ได้ให้การรับรองหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาไว้ เช่น ในอังกฤษ Constitutional Reform Act 2005 มาตรา 3 (1)⁹³

⁹³ Article 3 Guarantee of continued judicial independence (1) "The Lord Chancellor, other Ministers of the Crown and all with responsibility for matters relating to the

กำหนดให้ Lord Chancellor และ Ministers of the Crown และผู้รับผิดชอบทั้งหมดในเรื่องที่เกี่ยวกับงานศาลหรือการบริหารงานยุติธรรม จำต้องยึดถือความต่อเนื่องของความเป็นอิสระของศาล

ในเยอรมนี Basic Law for the Federal Republic of Germany มาตรา 97 (ความเป็นอิสระของศาล)⁹⁴ บัญญัติว่า “(1) ผู้พิพากษาต้องเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเท่านั้น (2) ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเต็มเวลาเป็นการถาวรอาจถูกปลดออกจากตำแหน่งตลอดไปหรือเป็นการชั่วคราว หรือถูกโยกย้าย หรือให้ออกจากราชการ ก่อนกำหนดเวลาในการดำรงตำแหน่งได้ โดยคำพิพากษาของศาลและเหตุและเรื่องตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กฎหมายอาจกำหนดการเกษียณอายุของผู้พิพากษาซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดชีพได้ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของศาลหรือเขตศาล ผู้พิพากษาอาจถูกโยกย้ายไปยังอีกศาลหนึ่งหรืออาจถูกปลดออกจากตำแหน่งได้โดยยังคงได้รับเงินเดือนเต็มจำนวน” และ The German Judiciary Act, 19 April 1972, Fourth Chapter, Independence of the judiciary มาตรา 25 หลักการพื้นฐาน⁹⁵ บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาต้องเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเท่านั้น”

judiciary or otherwise to the administration of justice must uphold the continued independence of the judiciary.”

⁹⁴Article 97 [Judicial independence]

(1) Judges shall be independent and subject only to the law.

(2) Judges appointed permanently to full-time positions may be involuntarily dismissed, permanently or temporarily suspended, transferred or retired before the expiration of their term of office only by virtue of judicial decision and only for the reasons and in the manner specified by the laws. The legislature may set age limits for the retirement of judges appointed for life. In the event of changes in the structure of courts or in their districts, judges may be transferred to another court or removed from office, provided they retain their full salary.

⁹⁵ Section 25 Basic principle “A judge shall be independent and subject only to the law.”

ในฝรั่งเศส Constitution of France, October 4, 1958 The Title VIII on Judicial Authority มาตรา 64⁹⁶ บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีต้องเป็นผู้รับประกันความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ ประธานาธิบดีต้องได้รับการช่วยเหลือจากคณะกรรมการตุลาการ รัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลต้องกำหนดสถานะของบุคคลากรศาล และผู้พิพากษาไม่อาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้”

ในญี่ปุ่น The Constitution of Japan, Nov. 3, 1946 Chapter VI Judiciary มาตรา 76⁹⁷ บัญญัติว่า “อำนาจตุลาการทั้งหมดถูกใช้โดยศาลฎีกาและศาลลำดับชั้นรองลงมาที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย การจัดตั้งศาลพิเศษ หรือองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจสูงสุดทางตุลาการไม่อาจกระทำได้ ผู้พิพากษาทุกคนมีอิสระในการใช้ดุลพินิจและต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้และกฎหมายเท่านั้น”

ส่วนในประเทศไทย หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 197 โดยบัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อ

⁹⁶ Article 64 “The President of the Republic shall be the guarantor of the independence of the judicial authority. He shall be assisted by the High Council of the Judiciary. An institutional Act shall determine the regulations governing the members of the judiciary. Judges shall be irremovable.”

⁹⁷ Article 76 “The whole judicial power is vested in a Supreme Court and in such inferior courts as are established by law. No extraordinary tribunal shall be established, nor shall any organ or agency of the Executive be given final judicial power. All judges shall be independent in the exercise of their conscience and shall be bound only by this Constitution and the laws.”

ความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตลอดจนได้มีการกำหนดมาตรการต่างๆ ขึ้นเพื่อเป็นหลักประกัน ในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา เช่น

-รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 198 กำหนดให้บรรดาศาล ทั้งหลายจะตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง หรือคดีที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้น จะกระทำมิได้ การบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ว่าด้วยธรรมนูญศาลหรือวิธีพิจารณาเพื่อใช้แก้คดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะ จะกระทำมิได้ มาตรา 220 บัญญัติให้การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบ ของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมต้องได้รับความเห็นชอบของ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นกรให้หลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลาง ของผู้พิพากษาโดยองค์ภายในของศาลยุติธรรม และมาตรา 222 กำหนดว่า ศาลยุติธรรม มีหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระโดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชา ขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา การแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ต้องมาจากการเสนอของ ประธานศาลฎีกาและได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามที่กฎหมาย บัญญัติ สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการขจัดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ จากแทรกแซงการทำหน้าที่ของศาลโดยกระทรวงยุติธรรมซึ่งสังกัดฝ่ายบริหาร

-ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นอิสระและ ความเป็นกลางของผู้พิพากษา เช่น ตามมาตรา 11 กำหนดให้คู่ความที่ฟ้องคดีคัดค้านผู้พิพากษาได้ หากเห็นว่าผู้พิพากษาไม่เป็นอิสระและไม่เป็นกลาง โดยผู้พิพากษาคณหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูก คัดค้านได้ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือ เป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้ เพียงสองชั้น ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่รู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็น

ทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้น ในศาลอื่นมาแล้วหรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้น ฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้น อีกฝ่ายหนึ่ง และถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้าง ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และมาตรา 12 ระบุว่าเมื่อศาลใดมีผู้พิพากษาแต่เพียงคนเดียว ผู้พิพากษานั้นอาจถูกคัดค้านด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตราก่อนนั้นได้ หรือด้วยเหตุประการอื่น อันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป

-ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นอิสระ และความเป็นกลางของผู้พิพากษาไว้ด้วย เช่น หมวด 1 อุดมการณ์ของผู้พิพากษา ข้อ 1 บัญญัติว่า “หน้าที่สำคัญของผู้พิพากษา คือ การประสาทความยุติธรรมแก่ผู้มีอรรถคดีซึ่งจักต้องปฏิบัติ ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เทียงธรรม ถูกต้องตามกฎหมาย และนิติประเพณีทั้งจักต้องแสดงให้เห็น ที่ประจักษ์แก่สาธารณชนด้วยว่าตนปฏิบัติเช่นนี้อย่างเคร่งครัดครบถ้วน เพื่อการนี้ผู้พิพากษาจักต้อง ยึดมั่นในความเป็นอิสระของตนและเทิดทูนไว้ซึ่งเกียรติศักดิ์แห่งสถาบันตุลาการ”

หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษามีลักษณะที่อาจแบ่งออกได้ ดังนี้

98

(1) ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่มีต่อรัฐ

ศาลไม่ต้องรับฟังคำสั่งจากองค์กรอื่นๆ ของรัฐในการใช้และตีความกฎหมาย หลักการ แบ่งแยกอำนาจเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาลจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร โดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจสั่งศาลว่าจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีอย่างไร และไม่มีอำนาจสั่งยกเลิกหรือแก้ไขคำพิพากษาของศาลด้วย แต่ไม่ครอบคลุมถึงการให้บริการและ

⁹⁸ เป็นลักษณะที่ปรากฏในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งได้มีการอธิบายโดยศาสตราจารย์ Eichenberger อ้างใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.140-144.

การบริหารจัดการของศาล เช่น กำหนดเวลาเปิดทำการของศาลซึ่งอาจอยู่ในการควบคุมดูแลของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้

(2) ความเป็นอิสระความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่มีต่อคู่ความ

ศาลต้องทำการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยความเป็นกลาง โดยให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีโอกาสในการต่อสู้คดี โดยต้องรับฟังการต่อสู้คดีและให้หลักประกันแก่โจทก์และจำเลยว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเท่าเทียมกัน

(3) ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่มีต่อสังคม

เนื่องจากที่มาของผู้พิพากษาของประเทศต่างๆ มีหลายวิธีทั้งการแต่งตั้งโดยรัฐหรือโดยการเลือกตั้ง ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาจึงอาจถูกคุกคามหรือได้รับผลกระทบได้ รวมทั้ง การดำเนินกระบวนการของศาลอาจถูกแทรกแซงจากหนังสือพิมพ์หรือพรรคการเมืองได้เช่นกัน ผู้ร่างกฎหมายจึงมีหน้าที่คุ้มครองผู้พิพากษาในเรื่องดังกล่าวเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา

(4) ความไม่เปลี่ยนแปลงสถานะของผู้พิพากษา

ผู้ร่างกฎหมายจะต้องกำหนดหลักการให้ผู้พิพากษาไม่สามารถถูกให้พ้นจากตำแหน่ง ถูกพักราชการ หรือถูกโยกย้ายได้โดยที่ผู้พิพากษานั้นไม่ยินยอมด้วย แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการเกษียณอายุ การลงโทษทางวินัย หรือการครบวาระในกรณีที่เป็นผู้พิพากษาซึ่งมาจากการเลือกตั้ง

(5) ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทน

รัฐควรให้หลักประกันเรื่องค่าตอบแทนของศาลอย่างเหมาะสมและยุติธรรม เนื่องจากความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาทางด้านจิตใจหรือส่วนตัวไม่อาจมีได้หากศาลไม่มีความเป็นอิสระทางการเงิน และหลักการนี้ยังเป็นเครื่องป้องกันการคอร์รัปชันอีกด้วย

3.3 หลักความรับผิดชอบของผู้พิพากษา

หลักความรับผิดชอบของผู้พิพากษา (Judicial Accountability) เป็นหลักที่ต้องมีควบคู่ไปกับหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลาง แม้ผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการทำหน้าที่โดยปราศจากอิทธิพลหรือการแทรกแซงใดๆ ก็ตาม แต่จำเป็นต้องมีหลักในการที่จะควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา⁹⁹ โดยผู้พิพากษาจะต้องมีความรับผิดชอบในการ

⁹⁹ Shimon Shetreet, Judges on Trial, (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976), p.161.

ปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบธรรม¹⁰⁰ อำนาจที่ปราศจากความรับผิดชอบเป็นการไม่สอดคล้องกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย¹⁰¹ และเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (Checks and Balances) โดยศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติด้วย

อังกฤษเป็นประเทศหนึ่งที่ได้อธิบายถึงความรับผิดชอบของผู้พิพากษาไว้อย่างชัดเจน ทั้งในแง่ของตัวบุคคลและองค์กร โดยได้แบ่งความรับผิดชอบของผู้พิพากษาซึ่งเป็นตัวบุคคลออกเป็น 4 รูปแบบ และความรับผิดชอบของศาลที่เป็นองค์กรออกเป็น 3 รูปแบบ กล่าวคือ¹⁰²

ความรับผิดชอบของผู้พิพากษามี 4 รูปแบบ ดังนี้

1. ความรับผิดชอบต่อฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเป็นการส่วนตัวจากการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อทั้งโดยการลาออกหรือโดยการเปิดให้อภิปราย เพราะผู้พิพากษามีความคุ้มกันในกระทำการตามตำแหน่งหน้าที่ซึ่งเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา แต่ไม่ได้หมายความว่า Lord Chancellor ซึ่งมีตำแหน่งในฝ่ายบริหารด้วยจะไม่มีบทบาทเกี่ยวกับกระบวนการร้องเรียนและกระบวนการทางวินัยของผู้พิพากษา หลักการขั้นพื้นฐานสำคัญที่พึงมีก็คือ Lord Chancellor และ Lord Chief Justice ต้องเห็นพ้องกันกับผู้พิพากษาว่าต้องถูกให้พ้นจากตำแหน่ง หรือถูกลงโทษทางวินัยในทางใดทางหนึ่ง บทบาทดังกล่าวจะทำให้แน่ใจว่าความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาจะไม่ถูกละเมิดโดยไม่สมควรไม่ว่าโดยฝ่ายบริหารหรือผู้พิพากษาด้วยกันเอง

¹⁰⁰ วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงการพิมพ์, 2523), น.294.

¹⁰¹ Mauro Cappelletti, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility," The American Journal of Comparative Law, 1, 31, p.5 (Winter, 1983).

¹⁰² Judiciary of England and Wales, The Accountability of the Judiciary, <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Guidance/accountability.pdf>.

2. ความรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ผู้พิพากษาศาลสูง (The High Court) และผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) อาจถูกถอนได้โดยรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ใน Act of Settlement แต่ไม่ปรากฏว่ามีการใช้บทบัญญัติดังกล่าวในประวัติศาสตร์สมัยใหม่ โดยจะมีความรับผิดชอบในรูปแบบอื่นภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ที่เรียกว่า The Sub Judice Rule คือ ปกป้องการวิพากษ์วิจารณ์คดีที่กำลังพิจารณาอยู่ โดยคำพิพากษาหรือการประพฤติปฏิบัติของผู้พิพากษาอาจถูกกล่าวถึงในการอภิปรายถกเถียงในสภาได้ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าผู้พิพากษาจะต้องมีความรับผิดชอบต่อสภาในคำพิพากษาคดีใดโดยเฉพาะ แต่สภาอาจออกกฎหมายเพื่อให้มีผลเป็นการกลับคำพิพากษาได้ นอกจากนี้ ผู้พิพากษาอาจถูกเชิญไปให้พยานหลักฐานแก่คณะกรรมการได้หากเข้าหลักเกณฑ์ของคำสั่ง คณะกรรมการหรือคณะอนุคณะกรรมการ มีอำนาจสั่งเรียกบุคคล เอกสาร และบันทึกที่เกี่ยวข้องได้ ในปัจจุบันผู้พิพากษาที่ถูกร้องขอจะไปหรือไม่ขึ้นอยู่กับความสมัครใจภายใต้หลักเกณฑ์และระเบียบแบบแผนที่ละเอียดถี่ถ้วนเพื่อป้องกันการให้ความเห็นในเรื่องที่ไม่อาจร้องขอได้ โดยคณะกรรมการสภาก็ให้ความเคารพในหลักเกณฑ์และระเบียบแบบแผนดังกล่าวนี้ ส่วนเรื่องที่ต้องห้ามมิให้ไม่ร้องขอ เช่น นโยบายรัฐบาล คดีของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เรื่องที่เกี่ยวพันกับผู้พิพากษาคคนนั้นหรือผู้พิพากษาคคนอื่น หรือการปฏิบัติงานเฉพาะของเจ้าหน้าที่ศาล นักการเมือง และบุคคลสาธารณะ และเจตนารมณ์ ความหมาย หรือผลของบทบัญญัติกฎหมาย

3. ความรับผิดชอบภายในต่อศาลยุติธรรม โดยคำพิพากษาอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์เรื่องการอุทธรณ์ ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบในสำนวนคดีที่ได้รับ รับผิดชอบต่อผู้พิพากษาที่อาวุโสกว่าหรือผู้พิพากษาที่มีตำแหน่งรับผิดชอบ และต้องประพฤติปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมตุลาการ ผู้พิพากษาต้องไม่บอกว่าจะตัดสินคดีอย่างไร ลำดับและการแจกจ่ายสำนวนต้องถูกออกแบบให้แน่ใจว่าจะได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาที่เหมาะสม และระบบศาลจะต้องได้รับการพัฒนาอย่างเต็มประสิทธิภาพด้วยทรัพยากรที่ได้จัดหาให้โดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล และแม้มาตรา 6 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะวางหลักการทั่วไปว่าผู้พิพากษาไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการหรือการกดดันจากผู้พิพากษาอื่น แต่ก็มีข้อจำกัดในเรื่องการดำเนินการทางวินัยกับผู้พิพากษานั้นซึ่งอาจกระทำได้

4. ความรับผิดชอบภายนอกต่อสาธารณะ โดยกระบวนการปกติของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย คำพิพากษาจำต้องให้เหตุผลในการตัดสินและสามารถถูกวิพากษ์วิจารณ์จากภาคส่วนต่างๆ ได้โดยเฉพาะสื่อมวลชนและสังคมโดยรวม ส่วนคำพิพากษาที่ผิดพลาดก็อาจอุทธรณ์ไปยังศาลสูงเพื่อให้แก้ไขได้ และการแก้ไขคำพิพากษาโดยศาลสูงต้องกระทำโดยเปิดเผยและมีเหตุผลในการวินิจฉัยเช่นเดียวกัน

ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาทั้ง 4 รูปแบบดังกล่าวนี้มีความทับซ้อนกันอยู่ เช่น กระบวนการอุทธรณ์คำพิพากษาและกระบวนการร้องเรียนอาจเป็นทั้งความรับผิดชอบภายในและความรับผิดชอบภายนอกโดยเป็นความรับผิดชอบต่อสาธารณะ และการให้พยานหลักฐานแก่คณะกรรมการของฝ่ายนิติบัญญัติก็เป็นความรับผิดชอบของผู้พิพากษาโดยตรงต่อรัฐสภาและเป็นความรับผิดชอบโดยทางอ้อมต่อสาธารณะด้วย

นอกจากนี้ ยังมีข้อจำกัดในเรื่องความรับผิดชอบของผู้พิพากษาทั้ง 4 รูปแบบและแนวปฏิบัติดังกล่าวด้วย ซึ่งเดิมผู้พิพากษาสามารถถูกให้พ้นจากตำแหน่งได้หากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่หรือกระทำผิดจริยธรรมตุลาการเมื่อ Lord Chancellor ในฐานะหัวหน้าฝ่ายตุลาการใช้อำนาจในการให้ผู้พิพากษา The Circuit and District Benches พ้นจากตำแหน่งได้ แต่ในปี ค.ศ.2003 กฎหมายได้แก้ไขว่าจะกระทำเช่นนั้นได้เมื่อ Lord Chief Justice เห็นชอบด้วย และ Lord Chief Justice อาจสั่งพักรงการผู้พิพากษาเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ส่วนผู้พิพากษาศาลสูงและผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์จะมีความคุ้มกันโดยเด็ดขาดจากความรับผิดชอบทางแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยสุจริต แต่ผู้พิพากษา The Circuit and District Benches ซึ่งมีเขตอำนาจจำกัดนั้นจะแตกต่างกันไปเพราะอาจมีความรับผิดชอบละเมิดในบางกรณีสำหรับการกระทำที่เกินขอบเขตอำนาจของตนและในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และความคุ้มกันนี้ยังขยายไปถึงการดำเนินการทางศาล (Judicial Acts) ของเจ้าหน้าที่ศาลด้วย แต่จะไม่รวมถึงการกระทำทางปกครอง (Administrative Acts)

ความรับผิดชอบของศาลซึ่งเป็นองค์กรมี 3 รูปแบบ ได้แก่

1. ความรับผิดชอบต่อฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล หลักการและเหตุผลของความรับผิดชอบของผู้พิพากษาที่เป็นตัวบุคคลสามารถนำมาใช้ได้กับกรณีความรับผิดชอบของศาลซึ่งเป็นองค์กร

2. ความรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอาจปรากฏได้หลายลักษณะ เช่น กรณีที่มีกฎหมายของสหภาพยุโรปได้บัญญัติไว้ในเรื่องหนึ่ง รัฐสภาอาจแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ซึ่งมีผลเป็นการกลับคำพิพากษาของศาล หรือเปลี่ยนแปลงการใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือหลักกฎหมาย Common Law ได้ ผู้พิพากษาอาจไปให้พยานหลักฐานแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในฐานะผู้มีอำนาจกระทำการแทนศาลโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการไปให้พยานหลักฐานกรณีที่เป็นความรับผิดชอบของผู้พิพากษาซึ่งเป็นตัวบุคคล และในปี ค.ศ.2006 ได้มีการออกข้อแนะนำ The Guidance โดย The Judicial Executive Board (JEB) โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาอาจไปปรากฏตัวในฐานะเป็นผู้แทนศาลได้ และระบุว่าผู้พิพากษาคควรพิจารณาอย่างระมัดระวังว่าจะสามารถตอบคำถามเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานยุติธรรมซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตความรับผิดชอบทางตุลาการได้หรือไม่ ขอบเขตความรับผิดชอบทางกฎหมายของศาลนี้สะท้อนถึงความต้องการที่จะคุ้มครองความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาล แม้ว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะสามารถเชิญผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์ซึ่งมีความอาวุโสในตำแหน่งต่างๆ มาให้พยานหลักฐานเป็นการส่วนตัวได้ แต่ก็ยังขอให้ผู้มีอำนาจกระทำการแทนศาลมาให้พยานหลักฐานในขอบเขตความรับผิดชอบตามกฎหมายของศาลได้ด้วย

การไปให้พยานหลักฐานแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้นรวมถึงการอภิปรายถกเถียงซึ่งเป็นการรับผิดชอบต่อเบื้องต้นของศาลต่อสภา แต่ก็เป็นการรับผิดชอบต่อข้อของศาลต่อสาธารณะด้วย และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสามารถจัดเวทีอภิปรายให้แก่ Lord Chief Justice และผู้พิพากษาที่มีอาวุโสคนอื่นเพื่ออธิบายหรือแสดงมุมมองด้านการบริหารงานยุติธรรมโดยทั่วไปหรือที่เห็นว่าสมควรจะกล่าวถึง อย่างไรก็ตาม การไปปรากฏตัวของผู้พิพากษาในลักษณะดังกล่าวมีค่อนข้างน้อย โดยจะต้องเป็นเรื่องที่สำคัญมากๆ หรือเป็นเรื่องที่จำเป็นและสมควรจริงๆ เท่านั้น

3. ความรับผิดชอบต่อสาธารณะและการวิพากษ์วิจารณ์ในลักษณะเป็นมิตรของพลเมืองของสังคม ความรับผิดชอบของศาลในรูปแบบที่กล่าวมาแล้วสามารถมองได้ว่าเป็นความรับผิดชอบต่อทางข้อของศาลต่อสาธารณะ ส่วนความรับผิดชอบต่อศาลในรูปแบบนี้เป็นลักษณะปกติของกระบวนการพิจารณาคดีและกระบวนการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล โดยที่ผลของคดีต่างๆ สามารถถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้โดยหนังสือพิมพ์ คู่ความซึ่งมีส่วนได้เสีย และนักวิจารณ์ นอกจากนี้ ยังมีลักษณะความรับผิดชอบต่อศาลในการดำเนินการต่างๆ เช่น การให้สัมภาษณ์ตัวแทนของหนังสือพิมพ์และสื่อมวลชนประเภทอื่น การจัดทำเว็บไซต์ศาล รายงานประจำปีของ

ศาลต่างๆ รายงานที่ต้องส่งไปยังสมเด็จพระราชินีและรัฐสภา รายงานสถิติคดี และรายงานประจำปีของ The Office for Judicial Complaints (OJC) และ The Judicial Appointments and Conduct Ombudsman (JACO) เกี่ยวกับการร้องเรียนผู้พิพากษาตามปกติเรื่องจริยธรรมส่วนตัวและเรื่องอื่นๆ

กล่าวโดยสรุป ผู้พิพากษาจะอยู่ภายใต้บังคับของระบบความรับผิดชอบภายในที่เข้มแข็งในเรื่องข้อผิดพลาดทางกฎหมายและความประพฤติส่วนตัว และมีความรับผิดชอบต่อสาธารณะในเรื่องทั่วไปที่คำพิพากษาต้องเปิดเผยต่อสาธารณะและถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้โดยสื่อมวลชนและคู่ความซึ่งมีส่วนได้เสียและภาคส่วนของสังคมที่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษานั้น ส่วนความรับผิดชอบของศาลซึ่งเป็นองค์กรก็จะคล้ายคลึงกันในเรื่องของคำพิพากษาในชั้นต้นและในชั้นอุทธรณ์

ผู้พิพากษาที่เป็นตัวบุคคลและศาลซึ่งเป็นองค์กรต่างไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อฝ่ายบริหารเพราะสิ่งนี้เป็นปฏิปักษ์ต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาซึ่งเป็นเงื่อนไขความจำเป็นที่ผู้พิพากษาจะต้องมีในความรับผิดชอบหลักในการระงับข้อพิพาทอย่างเป็นธรรมและเป็นกลาง ส่วนบทบาทของ Lord Chancellor ในการพิจารณากระบวนการร้องเรียนและวินัยของผู้พิพากษาไม่เป็นไปตามหลักการนี้ เงื่อนไขที่ว่า Lord Chancellor และ Lord Chief Justice ต้องเห็นพ้องกันกับผู้พิพากษาว่า จะต้องถูกให้พ้นจากตำแหน่ง หรือถูกลงโทษทางวินัยในทางใดทางหนึ่งนั้นจะทำให้แน่ใจได้ว่าความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาจะไม่ถูกละเมิดโดยไม่สมควรไม่ว่าโดยฝ่ายบริหารหรือผู้พิพากษาด้วยกันเอง

ผู้พิพากษาไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาในคำตัดสินของตนหรือเรื่องอื่นๆ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบทางตุลาการ แต่อาจถูกเชิญไปให้พยานหลักฐานแก่คณะกรรมการสิทธิการที่รับผิดชอบงานที่เกี่ยวกับศาลได้ เรื่องที่ผู้พิพากษาไม่ควรตอบคำถามตามจะกำหนดไว้ในข้อแนะนำ The Judicial Executive Board's Guidance ผู้พิพากษาที่มีอาวุโสต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาผ่านกระบวนการถูกถอนถอนจากตำแหน่งตามที่กำหนดไว้ใน The Act of Settlement แต่ก็ไม่ปรากฏกรณีตัวอย่างในยุคปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม มีผู้พิพากษาที่มีอาวุโสจำนวนเล็กน้อยได้ลาออกจากตำแหน่งหลังจากการวิพากษ์วิจารณ์ของสาธารณะเกี่ยวกับการประพฤติตนซึ่งรวมถึงการทำคำพิพากษาล่าช้า

เมื่อผู้พิพากษาไปให้พยานหลักฐานแก่คณะกรรมการสิทธิการศาลในฐานะเป็นผู้แทนศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรมซึ่งสมควรจะให้ความเห็นนั้น เป็นรูปแบบความรับผิดชอบของศาลต่อรัฐสภาและผ่านรัฐสภาไปยังสาธารณะ ทั้งนี้ คำถามที่ไม่ควรตอบได้กำหนดไว้ในข้อแนะนำดังกล่าว

ส่วนรายงานประจำปีเกี่ยวกับการดำเนินงานของศาลต่างๆ และรายงานที่ต้องส่งไปยังสมเด็จพระราชินีและรัฐสภานั้น เป็นเครื่องมือที่มีคุณค่าสำหรับการวิพากษ์วิจารณ์จากภายนอกเกี่ยวกับระบบศาลจึงเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของความรับผิดชอบของการบริหารงานยุติธรรมของศาล

รัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศอื่นๆ ก็กำหนดหลักความรับผิดชอบของผู้พิพากษาไว้ด้วย เช่น

ในเยอรมนี The German Judiciary Act, 19 April 1972, Fourth Chapter, Independence of the judiciary มาตรา 26 การควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงานบัญญัติว่า “ผู้พิพากษาจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบเพียงเท่าที่ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อความเป็นอิสระของตนเท่านั้น การควบคุมตรวจสอบจะรวมถึงอำนาจในการดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งไม่เหมาะสมและตักเตือนให้ใส่ใจต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมและรวดเร็วด้วย และในกรณีที่ผู้พิพากษาเห็นว่ามาตรการในการควบคุมตรวจสอบใดเป็นการเสื่อมเสียต่อความเป็นอิสระของตน ศาลจะต้องมีคำวินิจฉัยคำร้องที่ได้จัดทำขึ้นโดยผู้พิพากษานั้นให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนี้”

นอกจากนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 839 ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทนเฉพาะในกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้กระทำความผิดทางอาญาในการปฏิบัติหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย เช่น การใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือในกรณีที่ผู้พิพากษาได้กระทำความผิดทางแพ่งโดยบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องด้วยความจงใจ ในกรณีดังกล่าวแม้ว่าจะเป็นความผิดโดยส่วนตัวของผู้พิพากษานั้นก็ตาม ผู้ได้รับความเสียหายก็ยังคงฟ้องรัฐให้เป็นผู้รับผิดชอบโดยรัฐสามารถที่จะฟ้องไล่เบียดกับผู้พิพากษานั้นได้ในกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่เพียงความประมาทเลินเล่อธรรมดา เว้นแต่เป็นกรณีประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงรัฐอาจฟ้องไล่เบียดได้ แต่สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารจัดการคดีแล้ว ผู้พิพากษาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย

ที่เกิดขึ้น เช่น การตัดสินคดีล่าช้ากว่าปกติธรรมดาเป็นอย่างมาก หรือการตัดสินคดีผิดพลาดเนื่องจากการละเลยข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ได้ปรากฏหรือมีการชี้แจงในสำนวนคดี¹⁰³

ในฝรั่งเศส เนื่องจาก Constitution of France, October 4, 1958 The Title XIII on Judicial Authority มาตรา 64 บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีต้องเป็นผู้รับประกันความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ” ดังนั้น Title IX The High Court มาตรา 67 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของประธานาธิบดีไว้ว่า ประธานาธิบดีจะไม่มีควมรับผิดชอบด้วยเหตุของการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 53-2 และมาตรา 68 และตลอดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง ประธานาธิบดีไม่ต้องไปเบิกความต่อศาลหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร และไม่ต้องตกเป็นจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งใดๆ และไม่ต้องตกอยู่ในมาตรการของการกล่าวหา การฟ้องคดี หรือการสืบสวนสอบสวนใดๆ อายุความทั้งหลายจะต้องสะดุดหยุดลงในช่วงเวลาของการดำรงตำแหน่ง การฟ้องคดีและกระบวนการทั้งหมดที่มีต่อประธานาธิบดีอาจดำเนินการต่อไปได้ภายหลังจาก 1 เดือน นับแต่สิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่ง

ส่วนความรับผิดชอบของผู้พิพากษานั้น รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1933 ได้กำหนดกระบวนการพิจารณาเฉพาะที่เรียกว่า “La Prise à Partie” ให้สิทธิในการฟ้องคดีผู้พิพากษาศาลยุติธรรมให้รับผิดชอบในกรณีที่ได้หลอกลวง โกงหรือฉ้อฉล ยักยอก หรือกรณีที่ทำผิดต่อหน้าที่อย่างร้ายแรงโดยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หรือในบางครั้งผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์จะให้ยกเลิกคำพิพากษาที่ตัดสินโดยผิดพลาด ต่อมาหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไม่ใช้บังคับกับผู้พิพากษาอาชีพโดยรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ.1972 และฉบับลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ.1977 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและทางอาญาซึ่งเรียกว่า “ความผิดในการปฏิบัติหน้าที่” (Faute de Service) แต่ความรับผิดชอบดังกล่าวจะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษาหรือองค์คณะได้กระทำความผิดที่ร้ายแรงหรือเป็นการกระทำที่เป็นการปฏิบัติความยุติธรรม ดังนั้น รัฐจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความผิดเล็กน้อย กรณีความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเกิดจากความผิดเป็นการส่วนตัว

¹⁰³ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 23*, น.156-157.

ของผู้พิพากษานั้นเอง รัฐอาจฟ้องไล่เบียดเอาจากผู้พิพากษานั้นได้ โดยแผนกคดีแพ่งในศาลยุติธรรมสูงสุดจะเป็นผู้พิจารณาคดี¹⁰⁴

ในญี่ปุ่น The Constitution of Japan, Nov. 3, 1946 มาตรา 78 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาต้องไม่ถูกปลดออกจากตำแหน่ง เว้นแต่โดยการถูกถอดถอนสาธารณะ หรือการประกาศของศาลว่ามีความเจ็บป่วยทางจิตใจหรือร่างกายที่ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ได้ การดำเนินการทางวินัยต่อผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้โดยองค์กรหรือหน่วยงานฝ่ายบริหารใดๆ” ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลญี่ปุ่นจึงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการถอดถอนโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุความเจ็บป่วยไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ และการถูกดำเนินการทางวินัยภายในองค์กรศาลเอง นอกจากนี้ มาตรา 82 ได้กำหนดเรื่องความรับผิดชอบของผู้พิพากษาเกี่ยวกับการดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีว่า “การสืบพยานและการพิพากษาคดีจะต้องกระทำโดยเปิดเผยในกรณีศาลโดยเสียงเอกฉันท์พิเคราะห์แล้วเห็นว่าการดำเนินการโดยเปิดเผยจะเป็นอันตรายต่อสาธารณะก็อาจสืบพยานเป็นการส่วนบุคคลได้ แต่การสืบพยานเกี่ยวกับความผิดทางการเมือง ความผิดเกี่ยวกับหนังสือพิมพ์ หรือกรณีสิทธิของประชาชนที่ได้รับการประกันไว้ในส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญนี้จะต้องดำเนินการโดยเปิดเผยเสมอ”

ส่วนในประเทศไทย หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้พิพากษาได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เช่น

-รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ระบุให้ประธานศาลฎีกาและผู้พิพากษาถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้โดยวุฒิสภา โดยหมวด 12 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ส่วนที่ 3 การถอดถอนจากตำแหน่ง มาตรา 270 บัญญัติว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุดผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ บทบัญญัติวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับกับผู้ดำรงตำแหน่งดังต่อไปนี้ด้วย คือ (2) ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่ง

¹⁰⁴ เพิ่งอ้าง, น.156.

ระดับสูง ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต” นอกจากนั้น ผู้พิพากษาอาจถูกให้พ้นจากตำแหน่งได้ตาม มาตรา 200 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้พิพากษาและตุลาการ และทรงให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาและตุลาการในศาลอื่นนอกจากศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร พ้นจากตำแหน่ง ตลอดจนอำนาจพิพากษาคดีและวิธีพิจารณาของศาลดังกล่าว ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น”

-พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ได้กำหนดเหตุของการพ้นจากตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไว้ในส่วนที่ 3 การพ้นจากตำแหน่ง มาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า ข้าราชการตุลาการพ้นจากตำแหน่งเมื่อ (6) ถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 15 มาตรา 34 หรือมาตรา 35 (7) ถูกสั่งลงโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออก และ (8) วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนจากตำแหน่ง โดยผู้พิพากษานอกจากจะถูกถอดถอนได้โดยวุฒิสภาแล้วยังอาจถูกให้พ้นจากตำแหน่งได้ตามกฎหมายหมายในเรื่องของการกระทำผิดวินัยตามที่ระบุรายละเอียดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เช่น มาตรา 60 ข้าราชการตุลาการต้องรักษาชื่อเสียงมิให้ขึ้นชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว ห้ามมิให้ประพฤติตนเป็นคนเสเพล มีหนี้สินรุงรัง เสพของมีนเมาจนไม่สามารถครองสติได้ เล่นการพนันเป็นอาชญา กระทำความผิดอาญา หรือกระทำการอื่นใดซึ่งความประพฤติ หรือการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เสียเกียรติศักดิ์แห่งตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา 61 ข้าราชการตุลาการต้องสุภาพเรียบร้อยและช่วยเหลือซึ่งกันและกันในหน้าที่ราชการ ห้ามมิให้ดูหมิ่นเหยียดหยามบุคคลใดๆ มาตรา 62 ข้าราชการตุลาการต้องถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการตามที่ ก.ต. กำหนด และมาตรา 65 ข้าราชการตุลาการต้องรักษาความลับของทางราชการ ส่วนโทษทางวินัยบัญญัติไว้ในส่วนที่ 3 การลงโทษ มาตรา 76 โดยโทษทางวินัยมี 5 สถาน คือ (1) ไล่ออก (2) ปลดออก (3) ให้ออก (4) งดเลื่อนตำแหน่งหรืองดเลื่อนเงินเดือนและ (5) ภาคทัณฑ์ การสั่งลงโทษข้าราชการตุลาการในสถานไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกนั้น จะกระทำได้เมื่อได้ดำเนินการสอบสวนพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 ของหมวดนี้แล้ว

-ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้พิพากษาทั้งในส่วนของการนั่งพิจารณา การทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง และการอุทธรณ์ฎีกา โดยเรื่องการนั่งพิจารณา เช่น มาตรา 36 กำหนดว่า การนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำในศาลต่อหน้า

คู่ความที่มาศาลและโดยเปิดเผย เว้นแต่ (1) ในคดีเรื่องใดที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยในศาล เมื่อศาลได้ขับไล่คู่ความฝ่ายใดออกไปเสียจากบริเวณศาลโดยที่ประพฤติไม่สมควร ศาลจะดำเนินการนั่งพิจารณาคดีต่อไปลับหลังคู่ความฝ่ายนั้นก็ได้ (2) ในคดีเรื่องใด เพื่อความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ถ้าศาลเห็นสมควรจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคดีซึ่งปรากฏจากคำคู่ความหรือคำแถลงการณ์ของคู่ความหรือจากคำพยานหลักฐานที่ได้สืบมาแล้วศาลจะมีคำสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้ (ก) ห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แล้วดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผย หรือ (ข) ห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่นว่านั้นในบรรดาคดีทั้งปวงที่ฟ้องขอหย่าหรือฟ้องชายชู้หรือฟ้องให้รับรองบุตร ให้ศาลห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ที่ศาลเห็นเป็นการไม่สมควร หรือพอจะเห็นได้ว่าจะทำให้เกิดการเสียหายอันไม่เป็นธรรมแก่คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าศาลจะได้มีคำสั่งตามอนุมาตรา (2) นี้หรือไม่ คำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดคดีของศาลนั้น ต้องอ่านในศาลโดยเปิดเผย และมีให้ถือว่าการออกโฆษณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแห่งคำพิพากษานั้นหรือย่อเรื่องแห่งคำพิพากษาโดยเป็นกลางและถูกต้องนั้นเป็นผิดกฎหมาย มาตรา 37 ให้ศาลดำเนินการนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันไปเท่าที่สามารถจะทำได้โดยไม่ต้องเลื่อนจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและพิพากษาคดี และมาตรา 38 ถ้าในวันที่กำหนดนัดนั่งพิจารณาศาลไม่มีเวลาพอที่จะดำเนินการนั่งพิจารณา เนื่องจากกิจธุระของศาล ศาลจะมีคำสั่งให้เลื่อนการนั่งพิจารณาไปในวันอื่นตามที่เห็นสมควรก็ได้

เรื่องการทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง เช่น มาตรา 141 บัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทำเป็นหนังสือ และต้องกล่าว (4) เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยทั้งปวง...ในกรณีที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งหรือพิพากษาคดีได้ด้วยวาจา การที่ศาลจะต้องทำรายงานเกี่ยวกับคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่จำเป็นต้องแจ้งรายการแห่งคดีหรือเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย แต่เมื่อคู่ความฝ่ายใดแจ้งความจำนงที่จะอุทธรณ์หรือได้ยื่นอุทธรณ์ขึ้นมา ให้ศาลมีอำนาจทำคำชี้แจงแสดงรายการข้อสำคัญ หรือเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยกัลป์ไว้กับบันทึกนั้นภายในเวลาอันสมควร

เรื่องการอุทธรณ์ฎีกา เช่น มาตรา 223 กำหนดว่า ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 138, 168, 188 และ 222 และในลักษณะนี้ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นนั้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ เว้นแต่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นจะได้บัญญัติว่าให้เป็นที่สุด และมาตรา 247 ในกรณีที่ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งในชั้นอุทธรณ์แล้วนั้น

ให้ยื่นฎีกาได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลอุทธรณ์นั้น อย่างไรก็ตาม แม้คู่ความอาจจะอุทธรณ์ฎีกาได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็ต้องได้รับอนุญาตจากศาลฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 219 วรรคสอง 2 และระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการไม่รับคดีซึ่งข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่อุทธรณ์หรือฎีกาจะไม่ใช่สาระอันควรแก่การพิจารณาไว้พิจารณาพิพากษา พ.ศ.2551

-ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ได้กำหนดหลักความรับผิดชอบของผู้พิพากษาควบคู่ไปกับหลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษาตามหมวด 1 ข้อ 1 เรื่องอุดมการณ์ของผู้พิพากษาโดยจะต้องหน้าที่ในการประสาทความยุติธรรมแก่ผู้มีอรรถคดีไปพร้อมกับการยึดมั่นในความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษา นอกจากนี้ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการในหมวดอื่นจะเป็นเรื่องรายละเอียดของกรอบการปฏิบัติหน้าที่และการปฏิบัติตนของผู้พิพากษาในด้านต่างๆ ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาสมควรกระทำ ดังนี้ หมวด 2 จริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี หมวด 3 จริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางธุรการ หมวด 4 จริยธรรมเกี่ยวกับกิจการอื่น และหมวด 5 จริยธรรมเกี่ยวกับการดำรงตนและครอบครัว อย่างไรก็ตาม ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการไม่ได้เป็นเพียงกรอบจริยธรรมของผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังเป็นส่วนหนึ่งของวินัยข้าราชการตุลาการด้วยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กล่าวคือ การไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยข้าราชการและมีโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 76 ด้วย

3.4 หลักความประสงค์ของคู่ความ¹⁰⁵

ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของแต่ละประเทศสามารถแบ่งกลุ่มหรือประเภทโดยพิจารณาจากอำนาจและหน้าที่ของคู่ความและศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ประเทศต่างๆ

¹⁰⁵ John Henry Merryman and David S. Clark, Comparative Law: Western European and Latin American Legal System (Cases and Materials), (1978), p.655 and Mauro Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, (Oxford: Clarendon Press, 1989), pp.239-246 อ้างใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.73-77.

ในยุโรปตะวันตกมีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีลักษณะสำคัญประการหนึ่งคือ อำนาจของศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความ หรือที่เรียกว่า “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (Le Principe Dispositif /The Dispositive System) อันเป็นหลักดั้งเดิมที่มีมาเป็นระยะเวลายาวนานและได้รับการยอมรับโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบ Common Law หรือในระบบ Civil Law ตามหลักนี้ คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีในทางกฎหมายสารบัญญัติและสิทธิในกระบวนการพิจารณา และมีสิทธิเลือกโดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเหล่านั้น ขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานจะเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ (nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus) คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา และเป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินกระบวนการต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือจะถอนคดีออกไป ส่วนศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดและไม่มีบทบาทเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา หลักนี้จึงส่งผลโดยปริยายให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหา หลักที่ตรงกันข้ามกับหลักความประสงค์ของคู่ความคือ หลักการไต่สวนโดยศาล (Principle of Officiality) ซึ่งเป็นหลัก ตัดอำนาจของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยหน้าที่ซึ่งเป็นทางการของศาลไม่ใช่เพียงการบังคับใช้กฎหมายแต่ยังรวมถึงการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญอันเป็นมูลเหตุแห่งคดีด้วย ในเยอรมนีได้มีการนำหลักนี้มาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกับที่ใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น คดีเกี่ยวกับการสมรส การเป็นผู้ปกครองหรือผู้อนุบาล และการรับรองบุตร เป็นต้น

หลักความประสงค์ของคู่ความได้ใช้มาตั้งแต่สมัยโรมันเรื่อยมาจนเริ่มลดบทบาทลงตั้งแต่ปลายปี ค.ศ.1700 และกลับมามีบทบาทมากขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยอิทธิพลของแนวความคิดแบบเสรีนิยม แต่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน กฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบ Civil Law ได้เริ่มใช้หลักการไต่สวนโดยศาลมากขึ้น เนื่องจากหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นการสนับสนุนให้คู่ความใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและยังมีผลทำให้การดำเนินกระบวนการล่าช้าอย่างไรก็ดี หลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งคู่ความเป็นผู้เสนอคดียังคงเป็นหลักสำคัญในระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในยุคปัจจุบัน สำหรับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law จะยึดหลักการเสนอคดีโดยคู่ความมาแต่เดิมจนกลายเป็นจารีตประเพณีโดยมีการนำมาใช้อย่างเด่นชัดมากที่สุดตามกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งหน้าที่ทั้งหมดในการเสนอพยานหลักฐานในคดีจะตกอยู่แก่คู่ความ ไม่ใช่หน้าที่ของศาล แต่ไม่ได้มีการนำหลักนี้มาใช้

โดยสมบูรณ์จึงปรากฏหลักการไต่สวนโดยศาลอยู่ด้วยในระดับหนึ่ง เช่น ศาลอาจเรียกพยานซึ่งคู่ความไม่ได้อ้างมาสืบได้ และมีแนวโน้มที่จะมีการนำหลักการไต่สวนโดยศาลมาใช้มากขึ้น โดยนำมาผสมผสานกับการเสนอคดีของคู่ความเพื่อให้เกิดความเหมาะสม แต่โดยหลักใหญ่แล้วก็ยังถือหลักการเสนอคดีของคู่ความอยู่

หลักความประสงค์ของคู่ความ มีองค์ประกอบย่อยๆ หลายประการ ได้แก่

1. หลักคู่ความเป็นผู้ร้องขอ

กระบวนการพิจารณาความไม่อาจมีขึ้นได้โดยปราศจากการริเริ่มของคู่ความ หลักการนี้ได้ใช้ทั้งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law อันแสดงถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่มีทิศทางเดียวกันของระบบกฎหมายของประเทศในยุโรปตะวันตก อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศในยุโรปตะวันออกที่ให้อำนาจอัยการฟ้องคดีแพ่งได้อย่างกว้างขวาง

2. หลักการฟ้องแย้งและต่อสู้คดีของเอกชน

การฟ้องแย้งมีที่มาจากประวัติศาสตร์ในเชิงที่ไม่เพียงประสงค์ให้คู่ความนำมาเป็นวิธีในการต่อสู้คดีโดยในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และระบบ Common Law แต่เดิมการฟ้องแย้งต้องเกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งสืบเนื่องมาจากคดีเดิม อย่างไรก็ตาม ในระบบ Common Law เมื่อไม่นานมานี้มีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตสิทธิของคู่ความในการฟ้องแย้งมากขึ้น แต่ประเทศในยุโรปตะวันออกซึ่งใช้ระบบกฎหมายสังคมนิยม ศาลและอัยการมีอำนาจพิจารณาว่ามีประเด็นที่คู่ความอาจฟ้องแย้งได้หรือไม่

3. หลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ

ศาลในประเทศภาคพื้นยุโรปยึดถือหลักการว่าจะไม่พิพากษาเกินกว่าที่คู่ความร้องขอ ตามหลักกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า “ne eat iudex ultra vel extra petita partium” โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law จะถือหลักการนี้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแพ่ง แต่ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และประเทศที่ใช้ระบบสังคมนิยม ศาลอาจยกเว้นหลักการนี้ได้ โดยในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือแนวปฏิบัติอันมีที่มาจากศาล Chancery ซึ่งเป็นศาล Equity ว่าในบางกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความ ศาลอาจให้การเยียวยาแก่คู่ความได้ หรือเรียกว่าหลัก Equity ซึ่งแตกต่างจากหลักของศาล Common Law แม้เมื่อได้รวมศาล Equity และศาล Common Law เข้าด้วยกันในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักการนี้ก็ยังคงได้รับการถือปฏิบัติอยู่

ส่วนประเทศในกลุ่มสังคมนิยมก็ยึดถือหลักการว่าในกรณีให้เห็นสมควรเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของรัฐที่กฎหมายคุ้มครอง ศาลอาจพิพากษานอกเหนือจากที่โจทก์ร้องขอได้

นอกจากนั้น ยังมีหลักการที่ว่า ศาลย่อมเป็นผู้รู้กฎหมาย (Jura Novit Curia)¹⁰⁶ ศาลเป็นผู้รับผิดชอบในการพิจารณาประเด็นข้อกฎหมาย ซึ่งจะไม่ถูกจำกัดโดยคำขอหรือความยินยอมของคุณค่า ศาลมีอำนาจอย่างเต็มที่เกี่ยวกับประเด็นข้อกฎหมาย เช่น การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศ เยอรมนี และออสเตรเลีย ตามหลักการว่าศาลย่อมเป็นผู้รู้กฎหมายศาลจึงอาจพิพากษาเกินคำขอของคุณค่าได้ แต่หลักการนี้ใช้ไม่ได้ในอังกฤษ¹⁰⁷ เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลอังกฤษถือเป็นหน้าที่ของคุณค่าต้องกล่าวอ้างข้อกฎหมายขึ้นมาเป็นประเด็นและปล่อยให้คุณค่าเป็นฝ่ายนำสืบเพื่อชี้ข้อกฎหมายแก่ศาล

4. สิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา

ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และระบบ Common Law เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว เฉพาะคุณค่าหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเท่านั้นที่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ก็มีข้อจำกัดในการต้องพิจารณาว่าข้อต่อสู้ของคุณค่าได้กล่าวมาในศาลล่างหรือไม่ แต่เมื่อไม่นานมานี้สหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักการสำคัญในเรื่องนี้ โดยมีการขยายอำนาจศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ให้สามารถพิจารณาข้อโต้แย้งที่คุณค่าไม่ได้ยกขึ้นในศาลล่างได้ การพัฒนาหลักการนี้มีที่มาจากกรณีที่ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาต้องมีภาระหน้าที่เพิ่มมากขึ้นในการวางหลักคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคุณค่าในบางกรณี ซึ่งจะต้องพิจารณาไปถึงประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ไม่เฉพาะที่อยู่ในขอบเขตของคดีที่พิจารณาอยู่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาได้ยังคงต้องเป็นคุณค่าเท่านั้น สำหรับประเทศสังคมนิยมในยุโรปจะถือหลักว่า ศาลอุทธรณ์จะไม่ถูกจำกัดอยู่กับข้อโต้แย้งที่คุณค่ายกขึ้น และการอุทธรณ์สามารถกระทำได้ทั้งฝ่ายรัฐและเอกชน เนื่องจากถือหลักว่าศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดี โดยองค์การของรัฐที่มีอำนาจอุทธรณ์ได้ เช่น อัยการ และ

¹⁰⁶ C H Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, (Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005), p.303.

¹⁰⁷ *Ibid*, pp.185-193 และดู กิตติศักดิ์ ปรกติ และสมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, แนวทางการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมทางแพ่งและพาณิชย์ให้คุ้มค่า, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), น.141-142.

หน่วยงานของรัฐ หลักการนี้ได้ใช้ในประเศยุโรปตะวันตกบางประเทศในบางกรณีด้วย เช่น อิตาลี ในคดีเกี่ยวกับการสมร

5. สิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ

เป็นหลักที่สะท้อนถึงหลักการริเริ่มคดีโดยฝ่ายเอกชนในประเศยุโรปตะวันตก กล่าวคือ คู่ความสามารถยุติคดีได้ไม่ว่าในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาโดยการตกลงประนีประนอมยอมความกัน ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ถือเป็นกรณีปกติที่คู่ความมักจะทำข้อตกลงร่วมกัน ในท้ายสุดเมื่อได้ดำเนินกระบวนการคดีกันมาอย่างยาวนานแม้ในขณะที่ลูกขุนกำลังทำ คำวินิจฉัยก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนประเทศในยุโรปที่ใช้ระบบ กฎหมายสังคมนิยม ศาลจะไม่อนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องหรือไม่อนุญาตให้คู่ความตกลงประนีประนอมยอมความกันหากเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือฝ่าฝืนต่อสิทธิหรือประโยชน์ใดที่กฎหมายให้การคุ้มครอง แนวคิดของหลักการนี้เน้นให้เห็นถึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคม และหน้าที่ของศาลที่จะต้องตระหนักถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าความประสงค์ของคู่ความในคดี

3.5 หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่าย¹⁰⁸

หลักนี้นับได้ว่าเป็นมาตรฐานการคุ้มครองคู่ความในการดำเนินกระบวนการ อย่างหนึ่งซึ่งใช้ในทุกรัฐทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง โดยคุณภาพของกระบวนการ ยุติธรรมซึ่งประกอบด้วยความยุติธรรมนั้นจะขึ้นอยู่กับการนำหลักการได้รับฟังและสิทธิในการต่อสู้คดี มาใช้อย่างถูกต้อง หลักนี้มีที่มาจากหลักเกณฑ์ในการบริหารงานยุติธรรมที่เหมาะสมในสมัยโบราณ ที่เรียกว่า “audiatur et altera pars” หรือ “audi et alteram partem” ในยุคสมัยใหม่ยังคงมีการบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาระหว่างประเทศ ความหมายและขอบเขตของหลักนี้มีหลายแง่มุม เช่น สิทธิของคู่ความในการได้รับแจ้งว่าตนได้ถูกฟ้องคดีและได้รับแจ้งเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา สิทธิของคู่ความในการเสนอหรือโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมี คู่ความอยู่ด้วยในขณะนำสืบพินิจข้อเท็จจริง และสิทธิที่จะไม่ถูกผูกพันโดยคำพิพากษาที่ตนไม่ได้ เข้าเป็นคู่ความในคดี นอกจากนั้น ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่สืบเนื่องจากสิทธิในการได้รับฟัง กล่าวคือ

¹⁰⁸ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.98.

การห้ามศาลใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนรู้มาเอง เช่น ข้อเท็จจริงที่ได้มานอกศาลหรือที่คู่ความไม่มีโอกาสได้มีส่วนรู้เห็นหรือที่ได้มาโดยไม่มีหลักประกันในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หรือแม้แต่ในคดีรูปแบบใหม่ เช่น การฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ก็ยังต้องนำสิทธิในการได้รับฟังมาใช้ให้เหมาะสมตามพฤติการณ์ เช่น การต้องมีตัวแทนในการดำเนินคดีซึ่งมีความสามารถในการคุ้มครองสมาชิกที่ไม่ได้เข้ามาในคดี โดยมาตรการนี้เป็นมาตรการขั้นต่ำในทางสิทธิและเป็นคนละกรณีกับเรื่องทางเทคนิคหรือรูปแบบที่ใช้ประกอบสิทธิดังกล่าว เช่น เรื่องการส่งหมายซึ่งรายละเอียดจะขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในเรื่องอื่นของแต่ละประเทศ

หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่ายนี้มีข้อยกเว้นได้ในบางกรณี โดยการเป็นบทลงโทษคู่ความที่ไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การพิจารณาโดยขาดนัด หรือกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เช่น การขอให้ใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา หรือคำร้องขอฝ่ายเดียวต่างๆ เป็นต้น

3.6 หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย¹⁰⁹

การพิจารณาความโดยเปิดเผยใช้ทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง โดยเป็นแนวคิดของการบริหารงานยุติธรรมแบบเสรีนิยมซึ่งมีที่มาจากการต่อต้านการพิจารณาคดีโดยลับของศาลบางศาลในสมัยก่อน เช่น ศาล Star Chamber ของอังกฤษ หรือการพิจารณาคดีด้วยวาจาของประเทศในภาคพื้นยุโรปก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสและในประเทศอื่นๆ ก็เป็นผลจากการต่อต้านการพิจารณาคดีโดยลับของศาล เพราะการพิจารณาคดีด้วยวาจาจะสามารถเปิดให้สาธารณชนได้ทราบอย่างแท้จริง หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยแสดงให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชนที่มีต่อการใช้อำนาจของรัฐซึ่งเป็นที่ยอมรับกันจนถึงสังคมยุคใหม่ ทั้งยังเป็นการทำให้การบริหารงานยุติธรรมมีความใกล้ชิดกับประชาชนมากขึ้น หลักนี้มุ่งที่จะคุ้มครองคู่ความจากการพิจารณาที่เป็นการลับและตามอำเภอใจด้วยการพิจารณาที่โปร่งใสและประชาชนสามารถควบคุมได้ นอกจากนี้ยังเป็นหลักประกันที่จำเป็นในการให้ประชาชนทุกคนสามารถรับรู้การดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ โดยเข้าร่วมฟังการพิจารณา โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่มักจะห้ามบันทึกภาพและเสียง รวมทั้งการถ่ายทอดภาพและเสียงของการพิจารณาสู่สาธารณชน ในฝรั่งเศส ได้มีการขยายขอบเขตใช้บังคับกับการพิจารณาโทษทางวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆ เช่น ทนายความ แพทย์ ผู้สอบบัญชี และผู้สื่อข่าว รวมทั้งผู้พิพากษาในอิตาลี

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง, น.98-99.

ส่วนในเนเธอร์แลนด์ หากมีการฝ่าฝืนหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยจะมีผลทำให้การพิจารณาเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ดี แม้จะถือว่าหลักการนี้เป็นเรื่องสำคัญและได้รับการยอมรับในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น ออสเตรเลีย สเปน ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ และโปรตุเกส รวมทั้งในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 6(1) และบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแต่ก็ไม่ถือว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่เด็ดขาดโดยจะมีข้อจำกัดบางประการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของความสงบเรียบร้อยของสังคม ความมั่นคงของประเทศ หรือความลับทางการค้า เป็นต้น หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือเยาวชนและครอบครัว ส่วนการนำการพิจารณาด้วยวาจามาใช้ก็เช่นเดียวกัน ไม่ได้หมายความว่าจะไม่มีการใช้เอกสารในการพิจารณาเลย แต่เป็นการใช้เพื่อให้เกิดความสะดวกและมีประสิทธิภาพโดยให้ศาลได้พบกับคู่ความโดยตรงได้ และในบางกรณี เช่น การพิจารณาโดยขาดนัด หรือในคดีบางประเภท เช่น คดีมโนสำเนา ศาลอาจทำคำพิพากษาโดยไม่มีการพิจารณาด้วยวาจาเลยก็ได้ ซึ่งถือเป็นความยืดหยุ่นประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมและเป็นลักษณะของระบบวิธีพิจารณาความแบบใหม่ การนำความยืดหยุ่นลักษณะนี้มาใช้จะต้องพิจารณาถึงความยุติธรรมของสังคมด้วยเสมอว่ามีน้ำหนักเพียงพอที่จะยกเว้นหลักวิธีพิจารณาความพื้นฐานหรือไม่ นอกจากนี้ กฎหมายของประเทศต่างๆ ก็ได้กำหนดหรือตีความเรื่องการพิจารณาโดยเปิดเผยไม่รวมถึงการห้ามถ่ายถอดทางสถานีวิทยุ โทรทัศน์ หรือการบันทึกเสียงหรือภาพ แต่ก็ไม่ได้ห้ามที่จะให้มีการจดรายงานหรือวาดภาพได้

3.7 หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดี¹¹⁰

ในทางทฤษฎี หลักการนี้หมายความว่า เมื่อคดีได้มาสู่ศาลแล้วไม่ควรที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระหรือขอบเขตของคดี เช่น การที่บุคคลอื่นจะเข้าแทนที่คู่ความในคดี การเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของคู่ความ การเปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี หรือการแก้ไขเพิ่มเติมคำขอท้ายฟ้อง เป็นต้น หลักการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันดีในกฎหมายโรมันสมัยเก่าโดยมีผลมาจากการ

¹¹⁰ Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier et André Varinard, *La Justice et ses Institutions*, 4^e edition, (Dalloz, 1996), pp.705-706 and Jean Vincent et Serge Guinchard, *Procédure Civile*, (Précis Dalloz), pp.324-327 อ้างใน วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.101.

ที่คู่ความได้มีความผูกพันกันในทางคดีที่พิพาทกันอยู่ (litis contestation) และค่อนข้างจะสอดคล้อง และมีผลมาจากหลักความประสงค์ของคู่ความ กล่าวคือ แม้ว่าคู่ความจะมีอิสระในการกำหนด ลักษณะและขอบเขตของคดีก็ตาม แต่เมื่อได้มีการกำหนดอย่างไรแล้วก็ควรที่จะคงไว้จนคดีเสร็จสิ้น แต่ในทางความเป็นจริงแล้ว การปรับใช้หลักการดังกล่าวกับกระบวนการพิจารณาคดีแห่งในปัจจุบันนั้น ไม่เคร่งครัดเท่าใดนัก เนื่องจากคู่ความยังสามารถที่จะแก้ไขเพิ่มเติมคำคู่ความได้ โดยมีเงื่อนไขว่า การแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องเกี่ยวข้องกับคำคู่ความเดิมพอสมควร (un lien suffisant หรือ un lien étroit de connexité) และในกรณีร้องสอดก็มีเงื่อนไขเช่นเดียวกัน

หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดีนั้น มีผลบังคับกับศาลด้วย เช่น ศาลไม่สามารถ วินิจฉัยไม่ครบหรือเกินไปกว่าประเด็นแห่งคดีได้ และไม่มีอำนาจด้วยตนเองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง เกี่ยวกับผู้ที่จะเป็นคู่ความหรือคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวหรือคำขอตามคำฟ้อง เป็นต้น