



การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง

โดย

นางสาวธิดากัญญ์ สุขสเคข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

207167

การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ADDUCTION OF AN EXPERT APPOINTED BY THE COURT IN CIVIL CASE

**BY
MS. SIRILUCK SUKSUDACH**



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

GRADUATE SCHOOL OF LAW

ASSUMPTION UNIVERSITY

NOVEMBER 2011

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ : การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง
(ADDUCTION OF AN EXPERT APPOINTED BY
THE COURT IN CIVIL CASE)

ชื่อผู้เขียน : นางสาวสิริลักษณ์ สุขสุเดช

ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)

คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์:

1. ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ประธานกรรมการ
2. ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล กรรมการ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ อนุมัติให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ธีรพงศ์ โปษะบุตร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ธีรพงศ์ โปษะบุตร)

..... กรรมการ
(นายวุฒิพงษ์ เวชยานนท์)

..... กรรมการ
(นายเสถียรภาพ นาทอง)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล)

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์	:	การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง
ชื่อผู้เขียน	:	นางสาวสิริลักษณ์ สุขสุเดช
ชื่อปริญญา	:	นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ปีการศึกษา	:	2554
คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ :		
	1.	ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หราชกูร ประธานกรรมการ
	2.	ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล กรรมการ

บทคัดย่อ

ในคดีแพ่งที่มีความสลับซับซ้อน มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรู้หรือศาสตร์ในสาขาวิชาเฉพาะด้าน ซึ่งมีความยุ่งยาก และเป็นเรื่องที่ย้อนนอกเหนือความรู้ของกลุ่มและผู้พิพากษาในคดีนั้นๆ มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เป็นปัญหาในคดีนั้นมาอธิบายหรือให้ความเห็นเพื่อประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งในปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สามารถยืนยันข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างปราศจากความสงสัย พยานผู้เชี่ยวชาญจึงเข้ามามีบทบาทในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเพิ่มมากขึ้นและมีบทบาทควบคู่ไปกับพยานหลักฐานอื่นๆ ซึ่งความสำคัญของผู้เชี่ยวชาญนี้ขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญ โดยความเห็นของพยานผู้เชียวชาญนั้นจะต้องชัดเจน มีข้อมูล และมีหลักวิชาการที่น่าเชื่อถือ เป็นรากฐานในการออกความเห็น

ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมิได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในเรื่องของสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง อีกทั้งได้บัญญัติให้นำวิธีการสืบพยานบุคคลทั่วไปมาใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยอนุโลม จึงทำให้ในกรณีที่บุคคลซึ่งศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลมาให้ความเห็นในศาลด้วยวาจา จะต้องสาบานตนหรือกล่าวคำปฏิญาณ และอาจถูกคู่ความซักถาม ถามค้านและถามติงได้เช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความไม่เหมาะสมเนื่องจากผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเข้ามาในคดีโดยมาให้ความเห็นต่อศาลในฐานะเป็นผู้ช่วยศาล ไม่ได้เข้ามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญของกลุ่มฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทำให้เกิดปัญหาในการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงสถานะ ความแตกต่างในการนำสืบ

ระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลประเภทอื่นตามระบบกฎหมายไทยและการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในระบบกฎหมายของไทยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์และหาแนวทางพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้มีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสม

โดยจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ พบว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้ต่างหากจากการนำสืบพยานบุคคลทั่วไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยควรจะมีบทบัญญัติการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะต่างหากให้มีความชัดเจนและเหมาะสม โดยการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 103/3 ที่ให้อำนาจประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ออกข้อกำหนดใดๆเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางการนำสืบพยานหลักฐานได้



Thesis Title : Adduction of an Expert Appointed by the Court in Civil Case
 Author Name : Ms. Siriluck Suksudach
 Degree : Master of Laws (Business Law)
 Academic Year : 2011
 Advisory Committee :
 1. Prof. Phijaisakdi Horayangkura Chairperson
 2. Prof. Jaran Pukditanakul Committee

ABSTRACT

In some specific civil cases which comprised of complicated issues in relation to particular science or knowledge and beyond that accessible to the average parties and the judge, it is necessary to have an expert to clarify or giving an opinion in some specific topics in order for the judge to make a fair and accurate decision. At present, scientific and technological progress affect the modern scientific evidence in ensuring the certainty of the factual information. An expert witness often involves in fact finding process as well as other kind of evidence, in which the importance of expert witness based on skill and capability of the witness. Though, an opinion of the expert should be clear, full of information, and in accordance with a reliable theory.

Under Thai Civil Procedure Code, there is no provision specifying the status of such expert, thus, , the law specifies that where an expert has to give his opinion orally or to appear in court to give an oral explanation, the provisions governing oral evidence shall apply mutatis mutandis. As a result, court-appointed expert shall, prior to his examination, be sworn or be required to make an affirmation that he will give true testimony and is entitled to examination-in-chief, cross-examination and re-examination. The author is of the opinion that such regulations are not suitable due to the fact that a court-appointed expert participate in the case as a judge' s consultant, not appointed by a party to a case, which may cause the obstacle to such expert. In this thesis, the author try to focus on status of court-appointed expert, the difference

between court-appointed expert and any other type of oral evidence in accordance with Thai legal system and the trial of court-appointed expert under Thai legal system in comparison with foreign legal system, in order to analyze and search for any model to improve the Thai Civil Procedure Code more efficient and appropriate.

In the study of foreign regulations, the author found that there are specific provisions in relation to the examination of a court-appointed expert. Therefore, the Thai Civil Procedure Code shall have such specific provisions in order to make the regulations concerning an examination of a court-appointed expert clearer and more appropriate by appending the provisions regarding the examination of a court-appointed expert by the channel of Section 103/3 of the Civil Procedure Code, providing that the president of the Supreme Court, under the approval of the meeting of the Supreme Court, can issue any regulations in relation to the examination.



กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล เป็นอย่างยิ่งที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และตลอดเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำแนะนำ คำปรึกษา ข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ รวมทั้งช่วยตรวจแก้ไขความเรียบร้อยของวิทยานิพนธ์ด้วยความเอาใจใส่ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงสำเร็จลงได้เป็นเพราะความเมตตากรุณาของท่านอาจารย์อย่างยิ่ง

กราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ญัฐพงศ์ โปษกะบุตร ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ อาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ และอาจารย์เสถียรภาพ นาหลวง กรรมการวิทยานิพนธ์ สำหรับความเมตตาที่มีให้แก่ผู้เขียน รวมตลอดถึงคำแนะนำและข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

กราบขอบพระคุณบิดา มารดา อันเป็นที่รักและเคารพยิ่ง ที่นอกจากจะเป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนตลอดมาแล้ว ยังเป็นผู้ช่วยแปลเอกสารและให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ด้วย และขอบคุณ พี่พลาวีส์ต์ เชื้อพานิช ที่ได้ให้ความช่วยเหลือผู้เขียนโดยให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนกำลังใจที่มีให้ผู้เขียนตลอดมา

ขอบคุณ น้องศิริพร สุขสุเดช น้องสาวของผู้เขียน ที่ช่วยพิมพ์และให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ และให้กำลังใจตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจศึกษาอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้แก่บิดา มารดาของผู้เขียน ที่ให้ความรัก ความอบอุ่น เอาใจใส่และอุปการะเลี้ยงดูผู้เขียนมาโดยตลอด

ศิริลักษณ์ สุขสุเดช

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ณ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.4 สมมติฐานการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเกี่ยวกับผู้เสียหาย ที่ศาลแต่งตั้ง.....	7
2.1 ระบบการพิจารณาคดีและการนำสืบพยานหลักฐานในคดีแพ่ง.....	7
2.1.1 ระบบไต่สวน.....	8
2.1.2 ระบบกล่าวหา.....	9
2.2 ระบบการพิจารณาคดีและการนำสืบพยานหลักฐานของไทย.....	13
2.2.1 ระบบเดิม.....	13
2.2.2 ระบบปัจจุบัน.....	14
2.3 ความหมายและสถานะของผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้ง.....	21
2.3.1 ความหมายของผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้ง.....	21
2.3.2 สถานะของผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้ง.....	26

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.4	วิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง	27
2.4.1	ศาลเห็นสมควรแต่งตั้ง	28
2.4.2	คู่ความร้องขอให้ศาลแต่งตั้ง	29
2.5	การรับฟังและการชั่งน้ำหนักผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง	30
2.6	การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีแพ่ง	34
2.6.1	การนำผู้เชี่ยวชาญมาศาล	34
2.6.2	การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง	39
2.7	เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลประเภทอื่นที่มีไขผู้เชี่ยวชาญ	48
2.7.1	การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี	48
2.7.2	การเสนอพยานหลักฐานต่อศาล	50
2.7.3	การเบิกความในศาล	51
2.7.4	การรับฟังพยานหลักฐานของศาล	54
บทที่ 3	ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญและหลักการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งตามกฎหมายต่างประเทศ	59
3.1	ระบบซีวิลลอว์	59
3.1.1	ประเทศเยอรมัน	59
1.	ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญ	61
2.	การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง	62
3.1.2	ประเทศฝรั่งเศส	74
1.	ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญ	77
2.	การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง	78

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2 ระบบคอมมอนลอว์.....	91
3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	91
1. ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง.....	92
2. การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง.....	93
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง	
ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ.....	105
4.1 ปัญหาการนำผู้เชี่ยวชาญมาศาล.....	105
4.2 ปัญหาการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง.....	115
4.2.1 การสาบานตน.....	115
4.2.2 วิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง.....	118
4.2.3 การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง.....	122
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ.....	127
5.1 สรุป.....	127
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	130
บรรณานุกรม.....	133
ภาคผนวก.....	136
ประวัติผู้เขียน.....	146

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ก่อนที่จะตัดสินคดีว่าคู่ความฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก ใครมีสิทธิหน้าที่ มีความรับผิดชอบหรือต้องรับโทษหรือไม่เพียงใด ศาลจะต้องชี้ขาดข้อเท็จจริงบางอย่างอันเป็นพื้นฐานที่ก่อให้เกิด สิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ หรือการต้องรับโทษเสียก่อน ถ้าหากศาลยังไม่อาจฟังข้อเท็จจริงให้เป็นยุติอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลก็ไม่อาจยกข้อกฎหมายขึ้นปรับว่าฝ่ายใดมีสิทธิหรือความรับผิดชอบอย่างไรได้ ก่อนที่ศาลจะชี้ขาดข้อเท็จจริง คู่ความก็ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างและข้อเถียงของตน เพื่อแสดงให้เห็นว่าควรจะเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างไรใด หากคู่ความไม่นำสืบพยานหลักฐาน หรือการนำสืบทำไม่ถูกวิธีซึ่งตามกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง หรือพยานหลักฐานที่นำสืบนั้นกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง ศาลก็นำพยานหลักฐานนั้นมาตัดสินคดีไม่ได้ แต่ในคดีแพ่งบางคดีเป็นคดีที่มีความสลับซับซ้อน มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรู้หรือศาสตร์ในสาขาวิชาเฉพาะด้านซึ่งมีความยุ่งยาก สลับซับซ้อนและเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความรู้ของคู่ความและผู้พิพากษาในคดีนั้นๆ นอกจากพยานหลักฐานที่เป็นพยานบุคคลธรรมดา พยานเอกสารหรือพยานวัตถุต่างๆ แล้วจึงมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เป็นปัญหาในคดีนั้นมาอธิบายหรือให้ความเห็นเพื่อประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลด้วยเช่นกัน เพราะหากศาลพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยไม่ตรวจสอบความเห็นของบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องนั้นแล้ว ก็อาจส่งผลให้พยานหลักฐานอื่นๆ ที่นำเข้าสู่สำนวนคดีของศาล ไม่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการพิจารณาคดีของศาลได้อย่างเต็มที่และอาจทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดคลาดเคลื่อน อันจะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้¹

ในปัจจุบันผู้เชี่ยวชาญเข้ามามีบทบาทในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเพิ่มมากขึ้น โดยผู้เชี่ยวชาญที่ในอดีตเคยเชื่อว่ามีน้ำหนักในการชั่งน้ำหนักคำพยานของศาลน้อยกว่าประจักษ์พยาน กลับทวีความสำคัญยิ่งและสามารถเป็นพยานหลักฐานชั้นที่หนึ่งหรือพยานหลักฐานที่ดีที่สุดได้ ทั้งนี้เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ที่ทำให้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สามารถยืนยันข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างปราศจากความสงสัย ผู้เชี่ยวชาญจึงมี

¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 264.

บทบาทควบคู่ไปกับพยานหลักฐานอื่นๆ และน่าจะมีความสำคัญมากกว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากถ้อยคำของบุคคล ซึ่งความสำคัญของผู้เชี่ยวชาญนี้จึงขึ้นอยู่กับคุณค่าของผู้เชี่ยวชาญ ที่จะสามารถเข้ามาช่วยเหลือและให้ความกระจ่างในข้อเท็จจริงที่แฝงเร้นต่อศาล ที่จะสามารถพิสูจน์ความจริงได้อย่างถูกต้องและสามารถตรวจสอบได้ โดยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะต้องชัดเจน มีข้อมูล ข้อเท็จจริง การทดลอง หรือหลักวิชาการที่น่าเชื่อถือ เป็นรากฐานในการออกความเห็น มิใช่เป็นเพียงคำทำนายหรือการคาดหมาย ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะมีคุณค่าแค่ไหนขึ้นอยู่กับลักษณะของคดีว่ามีความจำเป็นต้องใช้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเรื่องที่ต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจเป็นเรื่องที่ต้องใช้หลักวิชาการและความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาวินิจฉัยจึงจะไม่เกิดความผิดพลาดคลาดเคลื่อนจากความจริง ในสถานการณ์เช่นนี้ หากว่าศาลจะใช้ดุลพินิจตามสามัญสำนึก ไปวินิจฉัยไม่ ควรจะต้องฟังผู้เชี่ยวชาญเป็นหลัก แม้ว่าจะทำให้ยุ่งยากล่าช้าหรือสิ้นเปลืองไปบ้างก็ควรกระทำ²

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยการที่คู่ความอ้างผู้เชี่ยวชาญเข้ามาสืบในฐานะเป็นพยานของตน ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 และ มาตรา 99 วรรคสอง และโดยการแต่งตั้งของศาล ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 129(1) นั้น กรณีที่คู่ความนำผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเข้ามาสืบเป็นพยานของตน ตามมาตรา 98 และมาตรา 99 วรรคสองนั้น ไม่มีประเด็นปัญหาในเรื่องสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่เข้ามาในกระบวนการพิจารณา เพราะเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ก็จะเห็นว่าเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวประสงค์ให้ ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความกล่าวอ้างเข้ามาในกระบวนการพิจารณานั้น จะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในฐานะพยานความเห็น อีกทั้งการตรวจสอบคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ การแสดงความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมา กฎหมายก็บัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมา ต้องสาบานตนหรือกล่าวคำปฏิญาณ ถูกถามคำถามและถามได้เช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไปโดยการนำวิธีการนำสืบพยานบุคคลมาใช้โดยอนุโลม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้ว จึงมีปัญหาคือเฉพาะกรณีผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 99 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 129(1) เท่านั้น ว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีสถานะเป็นพยานประเภทใด และการพิจารณาว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะมีสถานะเป็นพยานหรือไม่ก็นับหลักอะไรในการตัดสินใจเพราะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็มิได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในเรื่องของสถานะของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว

² จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2551), หน้า 473.

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งบุคคลใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสมมาให้ความกระจ่างแก่ตนในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความรู้ของผู้ชำนาญการ โดยการตรวจสอบข้อเท็จจริง (les constatations) การให้คำปรึกษา (la consultation) หรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ (L'expertise) ซึ่งหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญ (L'expert) และพยานนั้นบางครั้งใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะในกรณีที่พยานถูกเรียกให้มาเบิกความเนื่องจากมีความรู้ความชำนาญเฉพาะทาง ที่สามารถให้รายละเอียดและความเห็นต่อศาลได้ ดังนั้นความแตกต่างระหว่างผู้เชี่ยวชาญ (L'expert) และพยานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจึงอยู่ที่ว่าพยานถูกเรียกให้เข้ามาในคดีโดยคู่ความและเบิกความถึงเรื่องที่ตนรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี ในขณะที่ผู้เชี่ยวชาญได้รับการแต่งตั้งจากศาลเพื่อให้ความเห็นแก่ศาล

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นประเทศอังกฤษหรือประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เชี่ยวชาญจะถูกคู่ความขอให้ศาลเรียกมาให้ความเห็นเป็นพยานที่ศาลและต้องถูกซักถาม ถามค้านและถามติง เช่นเดียวกับพยานบุคคลประเภทอื่นๆ ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญจะได้รับการแต่งตั้งโดยผู้พิพากษา และผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดประเด็นปัญหาที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องไปทำรายงานมาเสนอศาล จึงจะสังเกตได้ว่าในประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น ผู้เชี่ยวชาญ ไม่มีสถานะเป็นพยานบุคคล ในประเทศฝรั่งเศส ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ในศาล (auxiliaries de justice) ในประเทศเยอรมัน ผู้เชี่ยวชาญถือว่าเป็นผู้ช่วยของผู้พิพากษา ในประเทศอิตาลี ผู้เชี่ยวชาญปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งศาล ทำรายงานเสนอศาลในประเด็นปัญหาที่มีคำสั่งมอบหมาย³

แต่ไม่ว่าผู้เชี่ยวชาญจะมีสถานะเป็นพยานหลักฐานประเภทใด จากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็ได้นำหลักในการนำสืบพยานบุคคลทั่วไปมาใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งด้วยในกรณีที่บุคคลซึ่งศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลมาให้ความเห็นในศาลด้วยวานั้น ก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะเบิกความให้ความเห็นต่อศาล จะต้องสาบานตนหรือกล่าวคำปฏิญาณ และผู้เชี่ยวชาญจะถูกคู่ความซักถาม ถามค้านและถามติงได้เช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 120 ซึ่งบัญญัติว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสามารถขออนุญาตศาล เพื่อนำพยานหลักฐานของตนมาสืบหักล้างคำเบิกความหรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้อีกด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความ

³ วรณชัย บุญบำรุง และ ธนกร วรปรัชญากุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 331-331.

ไม่เหมาะสมเนื่องจากผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเข้ามาในคดีโดยมาให้ความเห็นต่อศาลในฐานะเป็นผู้ช่วยศาล ไม่ได้เข้ามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างมา การเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากศาลโดยการเลือกจากบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญของศาล ก็น่าจะเชื่อได้ว่าเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีความเป็นกลางในระดับหนึ่งแล้ว ดังนั้นการถูกตรวจสอบโดยวิธีการทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับพยานบุคคลทั่วไปหรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาซึ่งอาจแสดงความเห็นลำเอียงหรือเข้าข้างคู่ความที่อ้างตนจึงไม่น่ามีความเหมาะสมเท่าที่ควร

การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในส่วนอื่นๆก็มีความแตกต่างจากการนำสืบพยานบุคคลทั่วไปอย่างมาก โดยมีความแตกต่างทั้งในเรื่องการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี การเสนอพยานหลักฐานต่อศาล วิธีเบิกความในศาล และการรับฟังพยานหลักฐานของศาล ผู้เขียนเห็นว่า ในการนำสืบพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น ควรมีการแยกบทบัญญัติการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะต่างหากจากการนำสืบพยานบุคคลทั่วไป

ในกฎหมายไทยเมื่อพิจารณาการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วมีความคล้ายคลึงกับการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์หรือในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย อย่างประเทศในภาคพื้นยุโรป ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ซึ่งถือว่าผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาลไม่มีสถานะเป็นพยานบุคคลแต่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อให้ความเห็นแก่ศาลและมีบทบัญญัติในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งที่มีความละเอียดและชัดเจน โดยผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะไม่ถูกซักถาม ถามค้านและถามดิงเช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป แต่เมื่อพิจารณาวิธีปฏิบัติในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายไทยแล้วกลับมีความคล้ายคลึงกับวิธีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ที่ผู้เชี่ยวชาญจะมีสถานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง และจะถูกคู่ความเรียกมาให้การเป็นพยานที่ศาล ถูกคู่ความซักถาม ถามค้านและถามดิงเช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป

ดังนั้น เมื่อระบบการนำสืบพยานหลักฐานของไทยมีลักษณะผสมระหว่างระบบได้ส่วนกับระบบกล่าวหา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษา ปัญหาการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งของไทย โดยเปรียบเทียบกับวิธีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งของต่างประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ว่ามีข้อดี ข้อเสีย ข้อเหมือนและข้อแตกต่างกันอย่างไร และนำข้อดีที่เหมาะสมกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาใช้ในศาลไทยโดยกำหนดการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งให้มีความชัดเจน เหมาะสมโดยผ่านทางบทบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา103/3

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิดทฤษฎีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง
2. เพื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง
3. เพื่อศึกษาปัญหาการนำสืบผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
4. เพื่อศึกษามาตรการที่เหมาะสมสำหรับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงสถานะ ความแตกต่างในการนำสืบระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลประเภทอื่นตามระบบกฎหมายไทยและการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในระบบกฎหมายของไทยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์และหาแนวทางพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้มีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสม

1.4 สมมติฐานการศึกษา

โดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะ ทำให้เกิดปัญหาในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมให้มีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 103/3 ที่ให้อำนาจประธานศาลฎีกาด้วยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ออกข้อกำหนดใดๆเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางการนำสืบพยานหลักฐานได้ เพื่อให้การสืบพยานหลักฐานเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้จัดทำในแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งข้อมูลภายในประเทศและข้อมูลต่างประเทศ ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลของการศึกษาจากบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งบทความวารสารทางกฎหมายของต่างประเทศว่ามีข้อแตกต่าง ข้อดี ข้อเสียอย่างไร และนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เพื่อ

เป็นแนวทางในการพัฒนาระบบการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งตามระบบกฎหมายไทยให้มีความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวความคิดทฤษฎีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง
2. ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง
3. ทราบถึงปัญหาการนำสืบผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
4. ทราบถึงมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง



บทที่ 2

หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณา ในศาลเกี่ยวกับผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้ง

ในบทนี้จะศึกษาความหมายและสถานะของผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งว่ามีสถานะเป็นพยานหรือไม่ วิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีและการนำสืบผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้งว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย รวมถึง การเปรียบเทียบความแตกต่างในการนำสืบระหว่างผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลทั่วไปตามกฎหมายไทยว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร

2.1 ระบบการพิจารณาคดีและการนำสืบพยานหลักฐานในคดีแพ่ง

ในสมัยโบราณ การดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาไม่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการดำเนินคดีตามระบบกล่าวหาที่ริเริ่มโดยผู้เสียหาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ตนได้รับ ในคดีที่มีความเสียหายรุนแรง ผู้กระทำความผิดอาจถูกขับไล่จากชุมชนหรือถูกตราหน้าว่าเป็นบุคคลนอกกฎหมาย วิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงคือการให้ผู้ถูกกล่าวหาสาบานว่าตนมิได้กระทำความผิด และอาจรวมไปถึงการไต่สวนด้วยการทรมานร่างกายผู้ถูกกล่าวหาด้วย อย่างไรก็ตามในยุคปัจจุบันการค้นหาความจริงด้วยการทรมานร่างกายผู้ถูกกล่าวหาได้ถูกยกเลิกหมดสิ้นไป และมีการนำบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์เข้ามาให้การเป็นพยานแทน⁴

ระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกมีหลายระบบ แต่ระบบสำคัญของประเทศเสรีประชาธิปไตยมีอยู่ 2 ระบบ คือระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ทั้ง 2 ระบบกฎหมายมีระบบการพิจารณาคดีและการสืบพยานแตกต่างกัน สำหรับระบบซีวิลลอว์ ใช้ระบบที่เรียกว่า ระบบไต่สวน (The Inquisitorial System) ส่วนระบบคอมมอนลอว์ใช้ระบบที่เรียกว่า ระบบกล่าวหา (The Accusatorial System, The Adversary System)

⁴ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 25.

2.1.1 ระบบไต่สวน (The Inquisitorial System)

ระบบไต่สวนมีที่มาจากอิทธิพลวิธีการชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาโรมันคาทอลิก ในวงการศาสนาคริสต์นั้น เมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลได้ทราบว่ามีกระทำความผิดหรือการกระทำอันมิชอบเกิดขึ้นในสังคมของตน ผู้ไต่สวนหรือผู้กระทำชำระความเป็นผู้ซักถามพยานและเป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ผู้มีอำนาจปกครองจะต้องไต่สวนค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นมากล่าวหาหรือไม่ และการหาตัวผู้กระทำผิดก็ไม่มีหลักเกณฑ์ในการไต่สวนหรือวิธีพิจารณาเคร่งครัด เพราะมุ่งแต่จะเอาผลที่จะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากกว่า⁵ จึงอาจมีการใช้วิธีทรมานจำเลยด้วยประการต่างๆ เพื่อให้จำเลยยอมรับสารภาพและเล่าข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ผู้ชำระความฟัง โดยระบบไต่สวนเป็นการพัฒนาต่อจากการแก้แค้นเป็นส่วนตัว โดยได้ยกเลิกวิธีการให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาเองและให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่แทนผู้เสียหาย ผู้พิพากษาเปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวน มีอำนาจสืบสวนพยานหลักฐานและควบคุมการไต่สวนเอง การพิจารณาคดีมิใช่เป็นการต่อสู้ระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาอีกต่อไป แต่เป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐ เป็นการพิจารณาคดีที่มีได้กระทำโดยเปิดเผย และพิจารณาด้วยเอกสารมากกว่าการเบิกความ ระบบไต่สวนเป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน เป็นระบบการพิจารณาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งให้ศาลเข้าไปมีส่วนในการไต่สวนหาความจริงในการพิจารณาคดีด้วย ระบบนี้จึงมีอิทธิพลอยู่ในภาคพื้นยุโรปซึ่งเดิมเคยตกอยู่ใต้อิทธิพลของสันตปาปาแห่งกรุงโรม และต่อมาก็มีบทบาทสำคัญในประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ฯลฯ⁷

ต่อมาเมื่อระบบการทรมานจำเลยหมดไปและนักกฎหมายเริ่มค้นหาข้อเท็จจริงโดยทางพยานหลักฐาน ระบบนี้ก็คลี่คลายไปในทางค้นหาความจริง โดยมีการนำพยานหลักฐานมาสืบแต่ยังคงเอกลักษณ์เดิมอยู่คือ ศาลมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความนำเสนอต่อศาล หรือศาลเห็นสมควรเรียกมาสืบเอง โดยศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม หรือลดสืบพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพื่อค้นหาให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธี (Technicality) เกี่ยวกับการสืบ

⁵ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 7.

⁶ ประมูล สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2526), หน้า 2.

⁷ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 1-2.

พยานหลักฐานมีน้อย ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก การพิจารณาคดีจะมีลักษณะเป็นการดำเนินการระหว่างศาลกับจำเลย โจทก์จะไม่มีใครมีบทบาทสำคัญนัก เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นคว้าหาพยานหลักฐาน

นอกจากนี้ในระบบไต่สวน มักจะไม่มีกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เคร่งครัดมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะไม่มีบทคัดพยานหลักฐาน (Exclusionary Rules) ที่เด็ดขาดว่าพยานหลักฐานประเภทนี้รับฟังได้ พยานหลักฐานประเภทนั้นรับฟังไม่ได้ ดังนั้นศาลจะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้และรับพยานหลักฐานทุกชิ้นเข้าสู่สำนวนความ และจะไปพิจารณาละเอียดตอนซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่า พยานหลักฐานชิ้นใดควรมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด⁸

2.1.2 ระบบกล่าวหา (The Accusatorial System, The Adversary System)

ระบบกล่าวหาเป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษก่อน แล้วต่อมาถูกนำมาใช้ในประเทศอาณานิคมของอังกฤษ ปัจจุบันนอกจากที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษแล้ว กฎหมายระบบนี้ยังถูกใช้อยู่ในประเทศต่างๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ฯลฯ

ระบบนี้สืบเนื่องมาจากการที่บุคคลคนหนึ่งนำเรื่องราวมาฟ้องร้องว่ากล่าวบุคคลอีกคนหนึ่งต่อผู้มีอำนาจ เพื่อให้ผู้มีอำนาจชำระคดีแก่ตน เช่น ในประเทศอังกฤษเมื่อ 800-900 ปีที่ผ่านมา มีวิธีการแสวงหาความจริงโดยใช้วิธีพิจารณาที่อาศัยเพลิง อาศัยน้ำ หรืออาศัยการต่อสู้ด้วยอาวุธ วิธีพิจารณาทั้งสามนี้เกิดขึ้นเพราะชาวอังกฤษในสมัยนั้นเชื่อถือและมีความศรัทธาในพระผู้เป็นเจ้า เชื่อกันว่าผู้บริสุทธิ์หรือผู้สุจริตเท่านั้นที่พระผู้เป็นเจ้าจะคุ้มครอง หากผู้ใดไม่บริสุทธิ์แล้ว พระเจ้าย่อมจะลงโทษผู้นั้นให้มีอันเป็นไปต่างๆ⁹

ระบบกล่าวหาถือว่าเป็นระบบที่พัฒนาขึ้นมาใช้แทนการแก้แค้นกันเป็นส่วนตัว โดยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้เองในฐานะเป็นผู้กล่าวหา อำนาจนี้ต่อมาได้ขยายไปถึงญาติของผู้เสียหายด้วย อำนาจในกล่าวหา การยกประเด็นแห่งคดีหรือนำสืบพยานในเรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจของผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาเท่านั้น ผู้พิพากษา หรือศาลจะเป็นเพียงคนกลางในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยและด้วยวาจาเท่านั้น¹⁰ ดังนั้นสาระสำคัญของการพิจารณาในระบบนี้ คือ ผู้ชำระความต้องวางตัวเป็นกลางจริงๆ เพื่อควบคุมให้คู่ความทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกติกาอย่างเคร่งครัด

⁸ เจมส์ ชูติวงศ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

¹⁰ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 1-2.

ดังนั้น เมื่อต่อมาวิธีพิจารณาได้วิวัฒนาการจากการอาศัยเพลิง น้ำ หรือการต่อสู้ มาเป็นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐาน และกติกาดำเนินการ ลุยไฟ หรือต่อสู้กัน กลายมาเป็นกฎเกณฑ์การนำพยานหลักฐานเข้าสู่สืบร่องรอยเดิม อันเป็นเอกลักษณ์ของระบบนี้ก็จะคงปรากฏอยู่ คือ ผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางเคร่งครัด จะเอนเอียงเข้ากับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ และอำนาจของศาลในการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมหรือตัดพยานหลักฐานก็มีจำกัดหรือแทบไม่มีเลย ต้องปล่อยให้คู่ความดำเนินคดีหาพยานหลักฐานเต็มที่ และหลักเกณฑ์ในการที่จะนำพยานหลักฐานอย่างไรมาพิสูจน์ได้หรือไม่ เป็นไปโดยเคร่งครัด มีบทตัดพยานหลักฐานที่เด็ดขาด เพื่อมิให้พยานที่ต้องห้ามเข้าสู่สำนวนความ เท่ากับเป็นการไม่สืบพยานหลักฐานนั่นเอง¹¹ ทั้งนี้เพื่อมิให้ทั้งสองฝ่ายได้เปรียบเสียเปรียบกัน

เมื่อระบบกล่าวหาเป็นระบบที่เป็นการต่อสู้ของบุคคลสองฝ่าย ภายใต้กฎระเบียบที่แน่นอนตายตัวที่กระทำต่อหน้าผู้พิพากษาที่ปราศจากอคติต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด (Neutrality) ดังนั้นผู้พิพากษาจึงมีดุลพินิจเกี่ยวกับการดำเนินคดีน้อย ศาลไม่ริเริ่มค้นหาข้อเท็จจริงด้วยตัวเอง¹² เป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง จึงมีการเรียกการดำเนินคดีระบบนี้ว่าเป็น ระบบคู่กรณี (adversary system)¹³ ก็เพราะโดยทั่วไปการดำเนินคดีเริ่มเมื่อมีบุคคลหนึ่งนำเรื่องราวมาฟ้องร้องกล่าวหาบุคคลอีกคนหนึ่งต่อศาล ถ้าไม่มีผู้กล่าวหาที่จะไม่มีการดำเนินคดี นอกจากนี้ผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในฐานะคู่ความที่มีสิทธิเท่าเทียมกัน ในขณะที่คู่ความฝ่ายหนึ่งกล่าวหาฟ้องร้องเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดหรือเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกระบวนการของกฎหมาย คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิเสนอพยานหลักฐานเพื่อหักล้างข้อกล่าวหา¹⁴

ในคดีแพ่งนั้นศาลถือ โดยเคร่งครัดว่า จะไม่ยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีของทั้งสองฝ่าย ในส่วนคดีอาญาศาลจะเข้าไปซักถามพยานบ้าง เพื่อความเป็นธรรมแก่จำเลย หรือคอยดูและให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลย แต่ศาลจะซักถามพยานเพียงเพื่อให้เกิดความชัดเจน หรือเพื่อความเป็นธรรมเท่านั้น ศาลจะไม่ซักถามพยานในเรื่องอื่นนอกเหนือไปจากที่คู่ความนำสืบ และเนื่องจากศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด ศาลจึงมีดุลพินิจเกี่ยวกับการดำเนินคดีน้อย การดำเนินคดี

¹¹ จริฎ ภัคศิรนากุล, “บทตัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 6, 3 (กันยายน 2525): 1-2.

¹² อุคม รัฐอมฤต, เรื่องเดิม, หน้า 25.

¹³ โสภณ รัตนากร, เรื่องเดิม, หน้า 2.

¹⁴ อุคม รัฐอมฤต, “การฟ้องคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ 22, 2 (มิถุนายน 2535): 242.

ย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของการพิจารณาและสืบพยาน การกระทำผิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีผลให้คดีต้องถูกยกฟ้องได้

ระบบนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอพยานหลักฐานของตน และศาลจะพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอต่อศาลเท่านั้น โดยสันนิษฐานว่าคู่ความจะเสนอพยานหลักฐานที่ตนคิดว่าดีที่สุด ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้คู่ความเสนอพยานหลักฐานได้เต็มที่ แม้ตามความจริงในบางคดีจะไม่ได้เสนอพยานหลักฐานกันโดยครบถ้วน ไม่ว่าโดยคู่ความจงใจ หรือพลั้งเผลอก็ตาม โดยทั่วไปศาลจะไม่เรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็น และในคดีแพ่งนั้นศาลจะเรียกพยานมาสืบเองได้ก็โดยความยินยอมของคู่ความเท่านั้น¹⁵ ดังนั้น การพิจารณาชี้ขาดว่าฝ่ายใดผิดหรือถูกจึงมิได้อยู่ที่การนำพยานมาพิสูจน์ความจริง แต่สำคัญอยู่ที่ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ปฏิบัติตามกติกาซึ่งผู้พิพากษาวางไว้ได้ครบถ้วนกว่ากัน¹⁶ ในระบบกล่าวหา มีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมาก ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้น้อย มีบทตัดพยานเด็ดขาด (Exclusionary Rules)¹⁷ ไม่ยอมให้ศาลรับเอาพยานหลักฐานที่ขัดกับหลักเกณฑ์การรับฟังเข้าสู่สำนวนความ¹⁸ นอกจากนี้การใช้คำถามในการซักถาม ถามค้าน ก็ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์โดยเคร่งครัด

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อมีการเรียกร้องเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ว่า ศาลควรจะเข้าไปแทรกแซงโดยวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินคดี ทั้งก่อนการพิจารณาและระหว่างการพิจารณาให้มากยิ่งขึ้น สาเหตุหนึ่งที่มีการเรียกร้องนี้เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงขึ้นมาก ลอร์ด Denning อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ถึงกับกล่าวในการตัดสินคดีหนึ่งว่า แม้ในอังกฤษผู้พิพากษามิใช่เป็นเพียงผู้รักษากฎเกณฑ์ (Umpire) คอยตอบคำถามเท่านั้น แต่มีหน้าที่ค้นหาความจริงและอำนวยความยุติธรรมตามกฎหมายด้วย แนวโน้มในปัจจุบันเห็นกันว่า ศาลมีอำนาจที่จะเข้าไปถามพยานของฝ่ายใดก็ได้ และสามารถเรียกพยานของศาลเองมาสืบได้ด้วย หากการถามพยานของคู่ความยังไม่ชัดเจนหรือยังไม่ได้ข้อเท็จจริงที่จำเป็นครบถ้วน เพียงแต่ศาลจะไม่ไปทำหน้าที่แทนอัยการหรือทนายเท่านั้น ทั้งศาลก็ไม่มีข้อมูลอะไรเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีที่จะสอบถามพยานได้เอง ดังเช่นศาลในระบบไต่สวนซึ่งสำนวนการสอบสวนคดีของผู้พิพากษาไต่สวน (investigating magistrate) แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบัน ศาลในระบบนี้ก็ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการควบคุมกำหนดขึ้นตอนและเวลาในการดำเนินคดีมากขึ้น โดยวิธีการประชุมวางแผนก่อนการพิจารณาคดี (Pre-trial Conference)¹⁹

¹⁵ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 3.

¹⁶ เจิมชัย ชูติวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 3.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

¹⁸ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 26.

¹⁹ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 3.

ความแตกต่างของสองระบบกฎหมายดังกล่าวมานั้น ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะมีลักษณะใกล้เคียงกันมากขึ้น เพราะทั้งสองระบบ ต่างยอมรับจุดอ่อนของตน ได้มีการปรับปรุงระบบการพิจารณาโดยเอาส่วนดีของอีกระบบหนึ่งมาใช้ ถึงกับมีผู้กล่าวว่า การแยกเป็นระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนนั้นถูกต้องเฉพาะในอดีตเท่านั้น สำหรับปัจจุบันไม่ถูกต้องนักและอาจทำให้เข้าใจผิดได้ เพราะทั้งระบบชีวิตล่อว์ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบไต่สวนและระบบคอมมอนล่อว์ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบกล่าวหา ต่างได้ปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีใกล้เคียงกันมากขึ้น²⁰

ความแตกต่างระหว่างระบบการพิสูจน์พยานหลักฐานในระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา อาจสรุปได้ดังนี้²¹

1. การค้นหาความจริง

ระบบไต่สวนนั้น ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ไต่สวนแสวงหาข้อเท็จจริง ศาลไม่ผูกพันที่จะรับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอเท่านั้น การตัดสินคดีความเพื่อให้ได้ข้อยุติตามระบบนี้เป็นการตัดสินคดีความเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม มิใช่เฉพาะคู่กรณีแต่อย่างใด

ส่วนในระบบกล่าวหา ศาลเป็นคนกลางคอยควบคุมให้คู่ความทั้งสองฝ่ายกระทำตามกฎเกณฑ์ในการนำเสนอพยานหลักฐาน โดยศาลทำหน้าที่รับฟังและใช้ดุลพินิจวินิจฉัยจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอเท่านั้น คดีความทุกคดีจึงต้องมีโจทก์จำเลยเป็นคู่ต่อสู้ซึ่งกันและกัน เพื่อนำพยานหลักฐานมาสู่ศาล ศาลไม่มีหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐานด้วยตนเองแต่อย่างใด

2. กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาและการสืบพยานหลักฐาน

วิธีพิจารณาในระบบไต่สวนนั้น สารสำคัญอยู่ที่การแสวงหาความจริงของศาล ศาลจึงใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ไม่มีกฎเกณฑ์พิจารณาที่เป็นแบบพิธีให้ศาลปฏิบัติโดยเคร่งครัดนัก มีแต่การกำหนดถึงเฉพาะวิธีปฏิบัติที่สำคัญเท่านั้น

ส่วนในระบบกล่าวหาให้ดุลพินิจแก่ศาลในการดำเนินคดีอย่างจำกัด ทำให้ศาลต้องอาศัยกฎเกณฑ์และแบบพิธีในการสืบพยานหลักฐานที่เคร่งครัด การไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์อาจมีผลถึงขั้นทำให้เกิดการแพ้ชนะคดีกันได้ ลักษณะเช่นนี้มีที่มาจากระบบการพิจารณาคดีที่ใช้บุคคลธรรมดาเป็นผู้พิพากษา มิใช่ผู้พิพากษาอาชีพเป็นผู้ตัดสินคดีความ เช่น ระบบการพิจารณาคดีโดยใช้ลูกขุน บุคคลธรรมดาเหล่านี้ถูกจำกัดดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน จึงต้องมีหลักกฎหมายให้ถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด

²⁰ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

²¹ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 27-30.

3. จุดประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิต่อผู้คดีของผู้ถูกกล่าวหา

ในระบบไต่สวนนั้น การดำเนินคดีในศาลไม่ได้ยึดถือหลักที่ให้คู่ความมีสิทธิเท่าเทียมกัน การแสวงหาความจริงเป็นเป้าหมายสูงสุดของการพิสูจน์ ดังนั้น ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตามที่จะได้มาซึ่งเบาะแสหรือสิ่งที่น่าเชื่อถือ แม้อาจจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา ก็สามารถนำมาใช้ได้ แต่ศาลจะต้องใช้ไหวพริบและวิจารณญาณไตร่ตรองเองว่า พยานหลักฐานใดสมควรรับฟังเมื่อได้พิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว²²

ส่วนในระบบกล่าวหานั้น ผู้ถูกกล่าวหาหรือฝ่ายจำเลยจะได้รับความคุ้มครองสิทธิในระดับเดียวกับฝ่ายกล่าวหาหรือฝ่ายโจทก์ หลักเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองจำเลยในฐานะที่จำเลยเป็นบุคคลที่เป็นประธานแห่งสิทธิ มิใช่วัตถุที่ถูกกระทำ จำเลยจึงมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ กล่าวคือมีสิทธิรับข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานทั้งปวงที่กล่าวหาตน รวมถึงมีโอกาสนำพยานหลักฐานมาต่อสู้หักล้างข้อกล่าวหาอย่างเต็มที่ พยานหลักฐานที่สำคัญที่มักจะได้จากการสืบพยานหลักฐานตามระบบกล่าวหา คือ พยานหลักฐานที่ได้จากการซักค้าน (Cross-Examination) พยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายตรงข้าม พยานหลักฐานใดก็ตามที่ไม่ผ่านกระบวนการนี้ โดยปกติแล้วจะรับไว้ในสำนวนไม่ได้

2.2 ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานหลักฐานของไทย

ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานหลักฐานของไทยนั้นหากจะศึกษาถึงความเป็นมาดังกล่าว ถ้าพิจารณาในด้านการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายเป็นสำคัญแล้ว ก็อาจแบ่งออกได้โดยถือเอาช่วงรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์เป็นจุดแบ่งเพราะเป็นระยะเวลาที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตกเข้ามาในประเทศ จนมีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification) ในเวลาต่อมา

2.2.1 ระบบเดิม

ก่อนที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจะได้ประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี พุทธศักราช 2434 และให้รวมศาลซึ่งตั้งอยู่ในกระทรวงต่างๆ มาไว้ในกระทรวงยุติธรรมกับได้มีการปรับปรุงระบบศาลตามแบบชาติตะวันตกนั้น มีผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีในศาลด้วยกัน 4 ฝ่าย คือ จำศาล ลูกขุน ตระลาการ และผู้ปรับ โจทก์ผู้ฟ้องคดีต้องมาให้ถ้อยคำต่อจำศาลซึ่งเป็นผู้จดถ้อยคำของโจทก์เสนอต่อลูกขุน เมื่อลูกขุนพิจารณาเห็นว่าคำฟ้องชอบที่จะรับไว้พิจารณา ก็จะ

²² อุดม รัฐอมฤต, เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

ประทับฟ้องแล้วส่งให้กระทรวงเจ้าของเรื่อง ซึ่งจะเป็นผู้จ่ายค่าฟ้องให้ตระลาการในศาลสังกัดกระทรวงนั้นๆ ตระลาการจะเรียกจำเลยมาให้การแก้คดีและคุมตัวโจทก์จำเลยไว้ แล้วทำการสืบพยานหลักฐานตามคำฟ้องของสถานของลูกขุน เมื่อสืบพยานหลักฐานเสร็จตระลาการจะส่งสำนวนไปให้ลูกขุนทำการชี้ขาดตัดสินคดีว่าข้อเท็จจริงควรเชื่อฟังเป็นประการใด แล้วจึงส่งเรื่องต่อให้ผู้ปรับทำการปรับบทกฎหมาย หรือวางบทลงโทษต่อไป หากจะมีการอุทธรณ์หรือถวายฎีกาต่อไปก็จะทำโดยการกล่าวโทษตระลาการว่าพิจารณาคดีไม่ชอบ หรือลำเอียงเข้ากับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²³

การพิจารณาคดีในสมัยนั้นมีลักษณะคล้ายกับระบบไต่สวนอยู่บางประการเพราะตระลาการเป็นผู้ทำการสืบพยานหลักฐานเอง อันเป็นการเผชิญพยาน และตระลาการมีอำนาจคุมขังโดยดีคู่ความ ซึ่งก็คงมีการคาดกันเอาความจริงจากโจทก์จำเลยด้วย เท่ากับตระลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนคดีเอง ฉะนั้นเมื่อมีการอุทธรณ์หรือถวายฎีกา จึงเป็นไปในรูปของการกล่าวโทษตระลาการว่าทำการไต่สวนมิชอบ ทั้งในสมัยนั้นอำนาจตุลาการยังไม่ได้แยกจากอำนาจบริหาร ในหัวเมืองต่างๆ เข้าเมืองทำหน้าที่ทั้งเป็นผู้บริหารและตุลาการด้วย เมื่อจับโจรผู้ร้ายได้จะมีการคาดกันเอาความจริงจากผู้ร้าย โดยวิธีการพิจารณาตามจารีตนครบาล ซึ่งตระลาการใช้อำนาจเขียนโจรให้ตอบคำถาม ตอบปากคู่ความที่ไม่ตอบคำถาม อาจจำขังผู้ขัดหมายเรียกหรือผู้ไม่รับสารภาพการไต่สวนหาความจริงเหล่านี้เพิ่งเลิกไปเมื่อ ร.ศ. 115 เมื่อมีการปรับปรุงระบบกฎหมาย เพื่อเรียกเรื่องเอกราชทางศาล การพิจารณาคดีดังกล่าวของตระลาการ จึงมีลักษณะคล้ายกับระบบไต่สวนอยู่มาก

ในขณะเดียวกันการพิจารณาคดีของตระลาการอาจใช้วิธีพิสูจน์ ซึ่งมีอยู่ 7 วิธีด้วยกัน คือ ล้วงตะกั่ว สาบาน ดูปไฟ ว่านน้ำขึ้น ว่านน้ำข้ามปากและตามเทียน อันเป็นวิธีพิจารณาทำนองเดียวกับวิธีทรมานของระบบกล่าวหาในสมัยโบราณ การพิจารณาคดีของเราในสมัยก่อนจึงเป็นรูปแบบผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมาตั้งแต่แรกเริ่ม²⁴

2.2.2 ระบบปัจจุบัน

ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทยในปัจจุบันก็อาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน โดยสามารถแยกลักษณะที่มีความใกล้เคียงกับของแต่ละระบบได้ดังนี้

²³ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 5-6.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

1. ลักษณะใกล้เคียงกับระบบไต่สวน

แม้กฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยจะมีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นระบบกล่าวหา แต่ความเป็นจริงแล้วไทยมิได้นำหลักกฎหมายของอังกฤษมาใช้ทุกเรื่อง แม้เรื่องที่น่ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ก็มีการบัญญัติให้เหมาะสมกับสถานการณ์บ้านเมืองของเรา มิได้นำหลักกฎหมายอังกฤษบัญญัติไว้ในรูปแบบเดิม ตัวอย่างเช่น กฎหมายพยานหลักฐานของอังกฤษในระบบที่มีกฎอันเป็นข้อจำกัดอำนาจศาลมิให้รับฟังพยาน (Exclusionary Rules) มากมาย จนกล่าวกันว่ากฎเหล่านี้จะเป็นเรื่องส่วนใหญ่ของกฎหมายพยานหลักฐานของอังกฤษ ทั้งนี้เพราะอังกฤษใช้ระบบจู้เป็นคู่ขัดข้อเท็จจริง จู้เป็นชาวบ้านธรรมดา ไม่ชำนาญในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน จึงต้องมีกฎเกณฑ์ห้ามรับฟังพยานหลักฐานเป็นจำนวนมาก และเดิมกฎหมายอังกฤษลงโทษจำเลยรุนแรง ศาลจึงต้องสร้างกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานให้เข้มงวดเพื่อปกป้องจำเลย กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยแต่เดิมก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน แต่บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยในปัจจุบันเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะได้เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้โดยกว้างขวาง พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังโดยตัวของพยานเองมีน้อยมาก²⁵

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้อำนาจศาลในการสืบพยานหลักฐานไว้มากมาย เช่น มาตรา 86 วรรคท้ายและ มาตรา 87(1) อำนาจในการเรียกพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบตามที่เห็นจำเป็น มาตรา 99 อำนาจในการตรวจและแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ มาตรา 129 ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญตามที่ศาลเห็นสมควร หรือโดยที่คู่ความร้องขอให้ศาลแต่งตั้ง การที่กฎหมายให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการสืบพยานหลักฐาน และถามพยาน ทำให้ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงอย่างในระบบไต่สวน จึงมีนักวิชาการมีความเห็นว่าการพิจารณาคดีของไทยนั้นเป็นระบบไต่สวนไม่ใช่ระบบกล่าวหา²⁶

2. ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบกล่าวหา

แต่เดิมตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยยังไม่สมบูรณ์ แม้เมื่อประกาศใช้กฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ.113 แล้วก็ยังมีแต่บทบัญญัติหลักๆ เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องด้วยท่านบรมครูของนักกฎหมายไทย เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งได้ทรงศึกษาวิชาการ

²⁵ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8.

²⁶ ขวเลิศ โสภณวัต, “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ,” คุลพาห 28, 6 (2524): 38-41, อ้างถึงใน เข้มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 8.

กฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ²⁷ จึงนำหลักกฎหมายของอังกฤษมาใช้ และแม้เมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นแม่บทของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในปัจจุบันแล้ว ศาลไทยก็ยังนำหลักกฎหมายพยานหลักฐานของอังกฤษมาใช้อยู่ บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ปรากฏแนวคิดของกฎหมายอังกฤษอย่างหลายประการ ตัวอย่างเช่น ในคดีแพ่งศาลจะวางตัวเป็นกลาง ปล่อยให้คู่ความดำเนินคดีกันเอง ศาลเพียงแต่คอยควบคุมให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยเรียบร้อย จึงถือกันว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยเป็นระบบกล่าวหา เช่นเดียวกับของอังกฤษ²⁸ ในการสืบพยานบุคคลก็เริ่มด้วยการซักถาม ถามค้านและถามติงตามลำดับ ตามแบบการสืบพยานหลักฐานของอังกฤษ ในคดีอาญา เราก็ถือข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ไว้ก่อนและการที่จะลงโทษจำเลยนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยตามสมควรว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด ทั้งการพิจารณาคดีของศาลก็ต้องทำต่อหน้าจำเลยซึ่งล้วนแต่เป็นหลักการของระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งใช้ระบบกล่าวหาทั้งนั้น²⁹

3. ระบบผสม

กฎหมายของไทย ซึ่งรวมถึงกฎหมายพยาน กล่าวได้ว่าได้รับอิทธิพลจากหลักคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมโนสารจารย์ของอินเดียโดยแผ่อิทธิพลผ่านทางคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมอญ³⁰ ซึ่งเริ่มเข้ามาสู่สังคมไทยตั้งแต่ยุคสุโขทัย หลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร คงใช้กันในลักษณะของจาริตประเพณี ในสมัยสุโขทัยนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าใช้กฎหมายในแบบกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht)³¹ การพิจารณาคดีในยุคนี้ใช้ระบบตระลาการ โดยราษฎรที่เดือดร้อนสามารถร้องทุกข์ต่อข้าหลวงได้ หากไม่อาจทำได้ ก็สามารถร้องทุกข์ได้โดยตรงต่อพ่อเมือง ดังที่ระบุในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช³²

²⁷ ขวเลิศ โสภณวัต, เรื่องเดิม, หน้า 36.

²⁸ ประมูล สุวรรณศร, เรื่องเดิม, หน้า 6.

²⁹ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 7-8.

³⁰ ร. แลงกานต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 37.

³¹ Preedee Kasemsup, "Reception of Law in Thailand: A Buddhist Society," Asian Indigenous Law, edited by Masaji Chiba, 1986, p. 275, อ้างถึงใน แสงว บัญเฉลิมลาภ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), หน้า 64.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 68 – 69.

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีอณาจักรอยุธยาต้นนครมของเขมรได้ แล้วได้กวาดต้อนพราหมณ์และขุนนางเขมรจำนวนมาก อิทธิพลด้านการปกครองและวัฒนธรรมของเขมรซึ่งเป็นแบบฮินดู จึงมีอิทธิพลมากในสังคมอยุธยา โดยเฉพาะแนวความคิดเกี่ยวกับลัทธิเทวราชหรือลัทธิไศเลนทร์³³ ถึงกับถือว่าพระมหากษัตริย์ของไทยสืบเนื่องมาจากกษัตริย์เขมร³⁴ ในสมัยอยุธยาได้บัญญัติกฎหมายลักษณะพยานเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น ในปีมหาศักราช 1894 และใช้มาจนถึงรัชกาลที่ 5 กฎหมายพยานดังกล่าวศาสตราจารย์ประมูล สุวรรณศรเห็นว่าเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหา แต่ก็มีการใช้ระบบไต่สวน คือ วิธีพิจารณาแบบจารีตนครบาล เช่น การดอกลีบ ปีบขมับ หรือทรมานในการค้นหาความจริงในสมัยนั้นด้วย การพิจารณาคดีจะใช้การสืบพยานในการหาข้อเท็จจริง และกรณีไม่มีพยานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงก็จะใช้วิธีพิสูจน์ด้วยการคำน้ำหรือลุยไฟ

ส่วนที่นำจารีตนครบาลซึ่งเป็นวิธีการที่พ้องกับวิธีของระบบไต่สวนมาใช้ในการพิจารณาคดีด้วยนั้น หากพิจารณาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์แล้ว เชื่อว่าศาสนาคริสต์ไม่ได้มีอิทธิพลต่อการนำระบบไต่สวนมาใช้ในประเทศไทยเลย ผู้ริเริ่มนำจารีตนครบาลมาใช้ในประเทศไทยคงไม่ได้เห็นวิธีของระบบไต่สวนในทวีปยุโรป การนำระบบไต่สวนมาใช้ปะปนด้วยนั้น อาจอธิบายได้ว่าในสมัยอยุธยาเกิดข้อความคิดที่ถือว่ากษัตริย์เป็นเทพตามลัทธิเทวราช เมื่อมีข้อพิพาทหรือมีการทำผิดจึงเป็นหน้าที่ของกษัตริย์ที่จะต้องชำระความให้ปรากฏความจริง

วิธีพิจารณาแบบจารีตนครบาล รวมทั้งโทษที่กำหนดในสมัยนั้น รุนแรงมากเป็นเหตุให้เกิดปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต รัชกาลที่ 5 ได้หาทางยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตโดยปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยขึ้น โดยยกร่างประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นใช้ และทรงตั้งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นประธานคณะกรรมการร่างกฎหมายวิธีสบัญญัติขึ้นใช้บังคับ ไปพลางก่อนจนกว่าจะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความที่สมบูรณ์ออกใช้แทน กฎหมายที่ตราใช้ขึ้นชั่วคราวในสมัยนี้ ได้แก่ พ.ร.บ. ลักษณะพยาน ร.ศ.113 (พ.ศ.2437) พระธรรมนูญศาลต่างๆ พ.ร.บ.วิธีพิจารณาความที่มีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 11 (พ.ศ.2439) พ.ร.บ.วิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.117 (พ.ศ.2441)

พ.ร.บ. ลักษณะพยาน ร.ศ.113 และ พ.ร.บ.วิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.117 นั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ร่างขึ้นโดยใช้กฎหมายอังกฤษและอินเดียเป็นหลัก ในตารางท้าย พ.ร.บ. ลักษณะพยาน ร.ศ.113 จะระบุว่ายกเลิกบทบัญญัติกฎหมายพยานเก่าฉบับใด มาตราใดบ้าง แต่ในความเป็นจริงบทบัญญัติที่มีได้ถูกยกเลิกก็มิได้นำมาใช้อีก อาจเป็นเพราะเป็นบทบัญญัติที่

³³ Preedee Kasemsup, เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

³⁴ ร. แลงกานต์, เรื่องเดิม, หน้า 35.

ล้าสมัยหรือกฎหมายใหม่ครอบคลุมกรณีต่างๆ ได้ครบถ้วนแล้ว ต่อมาในปี ร.ศ.115 รัชกาลที่ 5 ทรงยกเลิกจารีตนครบาล และเมื่อมีการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นายริวเอร์ (Riviere) และ นายชาร์ลส์ เลเวสกี (Charles L' Evesque) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสผู้ยกย่องได้อาศัย พ.ร.บ.วิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.117 และ พ.ร.บ. ลักษณะพยาน ร.ศ.113 เป็นหลักในการร่าง โดยเพิ่มเติมบางส่วนจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส และกฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลกงสุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2441

หลักกฎหมายพยานของไทยในปัจจุบันแทรกอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และบางส่วนอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติ หลักกฎหมายพยานดังกล่าวมีหลักที่ให้อำนาจศาลปะปนอยู่ด้วย เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 116 ให้ศาลถามพยานได้เองและก่อนคู่ความ มาตรา 119 ให้ศาลถามพยานเวลาใดก็ได้ และด้วยคำถามใดก็ได้ ลักษณะบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลมากเช่นนี้ มองอได้ว่ากฎหมายพยานของไทยอยู่ในระบบไต่สวน แต่ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร เห็นว่า บทบัญญัติที่ให้ศาลถามพยานได้น่าจะเป็นทำนองเดียวกับที่เดิมบัญญัติไว้ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 เพราะในสมัยนั้นคนยังไม่ค่อยรู้กฎหมาย คู่ความอาจไม่มีทนาย จึงให้ศาลถามพยานเองได้ และกรณีให้ศาลเรียกพยานมาสืบเองได้นั้น ก็มีใช้อยู่ในคดีอาญาในประเทศอังกฤษเช่นเดียวกัน จึงไม่น่าทำให้กฎหมายพยานของไทยเป็นระบบไต่สวน

แต่ขณะเดียวกัน หลักการสำคัญของระบบกล่าวหา คือ การพิจารณาต้องทำโดยเปิดเผย และต่อหน้าจำเลย ก็ปรากฏอยู่ด้วยเช่นกัน ประกอบกับหลักกฎหมายดั้งเดิม ตั้งแต่ยุคพระธรรมศาสตร์เกี่ยวกับการวางตนเป็นกลางของผู้พิพากษา ที่ต้องวางตนเป็นกลางไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีอิทธิพลสูงมาก และความเชื่อของนักกฎหมายไทยรุ่นแรกๆ ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ทำให้ผู้พิพากษาของไทยวางตัวเป็นกลางตามระบบกล่าวหา จะไม่เป็นผู้แสวงหาหลักฐานเองแม้กฎหมายจะให้อำนาจไว้ก็ตาม หลักวางตัวเป็นกลางนี้ได้รับการยอมรับจนกระทั่งในปัจจุบันและได้กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมตุลาการว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกร่วมกันว่า การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง

เนื่องจากทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสีย จึงควรนำข้อดีของแต่ละระบบมาใช้ และตัดข้อเสียออกไป โดยประเทศฝรั่งเศสหลังจากมีการปฏิวัติใหญ่ก็เป็นประเทศแรกที่น่าข้อดีของทั้งสองระบบมาผสมใช้เข้าด้วยกันเป็นระบบใหม่ หลังจากนั้นประเทศอื่นๆ ในยุโรปก็เริ่มใช้ตาม การที่จะศึกษาว่ากระบวนการใดนำมาจากระบบใดก็เพื่อที่จะทำให้บังคับใช้หลักการนั้น ได้อย่างถูกต้อง โดยเรื่องใดที่เอามาจากระบบกล่าวหาการ

ตีความที่ต้องเอาหลักการ หลักกฎหมายดังกล่าวของระบบกล่าวหาในเรื่องนั้นมาใช้ ในทางกลับกัน ถ้าเรื่องใดที่เอามาจากระบบไต่สวนแล้ว ในเรื่องนั้นก็ตีความและปฏิบัติตามวิธีการของระบบไต่สวน³⁵

แม้การพิจารณาคดีของศาลไทยเราจะมีได้ถือตามหลักกฎหมายพยานหลักฐานของอังกฤษทุกประการ และมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการสืบพยานหลักฐานมาก คล้ายกับระบบไต่สวน แต่ทางปฏิบัติก็ยอมรับกันว่า ศาลไทยเรายังไม่ได้รับบทบาทที่กฎหมายให้ไว้มากนัก³⁶ โดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง โดยถือหลักว่าเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย ศาลจะไม่ช่วยถามพยานโจทก์ให้จำเลยได้รับโทษ วิธีปฏิบัติของศาลดังกล่าวมานั้น เป็นที่ยอมรับกันจนถือได้ว่าเป็นนิติประเพณี ผู้พิพากษาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามแม้โดยกฎหมายจะมีอำนาจทำได้ ก็จะเป็นที่ครหาว่าวางตัวไม่เป็นกลาง ซึ่งประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการก็ได้บัญญัติไว้ในข้อ 9 ว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่า การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐาน หรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำได้” ทั้งนี้เพราะการถามพยานของศาลอาจเป็นการซักถามหรือถามค้านก็ได้ การถามของศาลอาจสร้างความหนักใจให้แก่ทนายผู้ดำเนินคดีเพราะไปขัดจังหวะการซักถามพยานของทนาย หรือเป็นการทำลายโอกาสในการถามค้านเพื่อจับผิดพยานก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถามเพื่อให้ฝ่ายใดได้เปรียบในคดีแพ่ง อาจถูกมองว่าศาลไม่เป็นกลางก็ได้ หรือการการไม่เรียกพยานหลักฐานมาสืบเองถึงแม้ว่าคดีนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้เชี่ยวชาญเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตามแต่ในทางปฏิบัติ ศาลไทยมักจะไม่ได้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเองตามมาตรา 129 แต่ศาลมักจะใช้พยานหลักฐานจากการนำสืบของคู่ความทั้งสองฝ่ายในการประกอบการตัดสินคำพิพากษาเท่านั้น ซึ่งในบางครั้งก็ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้³⁷

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 116 ที่ให้ศาลเป็นผู้ถามพยานและเป็นผู้สืบพยานนั้นน่าจะเป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับที่เดิมบัญญัติไว้ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในสมัยก่อนยังไม่ค่อยมีผู้รู้กฎหมาย คู่ความอาจไม่มีทนายความ และไม่สามารถซักถามเองได้ จึงได้บัญญัติให้อำนาจศาลเป็นผู้ถามพยานได้ แต่คู่ความอาจตกลงกันและขออนุญาตต่อศาลเป็นผู้ซักถามพยานเองได้ บทบัญญัติ

³⁵ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 30.

³⁶ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 7.

ดังกล่าวคงเป็นเพียงให้ศาลช่วยถ่วงพยานแทนคู่ความเท่านั้น คงมิใช่ให้ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงในคดีเองตามที่ปฏิบัติอยู่ในระบบไต่สวน ส่วนอำนาจศาลที่จะเรียกพยานมาสืบเองนั้น ในคดีแพ่งผู้พิพากษาอังกฤษจะไม่มีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองโดยคู่ความไม่ประสงค์³⁸ ซึ่งศาลไทยเรื่อปฏิบัติเป็นทำนองเดียวกัน ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 86 มาตรา 116 และมาตรา 119 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงไม่น่าจะทำให้การพิจารณาคดีและสืบพยานหลักฐานของไทยกลายเป็นระบบไต่สวนไปได้

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทยได้นำหลักจากระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมาใช้ผสมผสานกัน แต่การดำเนินคดีในศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของผู้พิพากษา และการนำสืบพยานหลักฐานยังยึดหลักของระบบกล่าวหาอยู่เป็นส่วนใหญ่ จึงน่าจะกล่าวได้ว่าระบบของไทยเป็นระบบผสมผสานระหว่างระบบกล่าวหา กับระบบไต่สวน โดยทางกระทรวงยุติธรรมเดิมก็ถือเช่นนั้น³⁹

อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากประวัติในการร่างประมวลกฎหมายฉบับต่างๆ ของไทยตลอดจนหลักฐานทางตัวบทกฎหมายมาตราทั้งหลายที่ปรากฏให้เห็นอยู่ ก็จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยนั้นเป็นระบบผสม และเมื่อทราบวาระบบของไทยเป็นระบบผสมแล้วก็ย่อมเป็นประโยชน์ในการตีความและใช้บังคับกฎหมายได้ถูกต้องเนื่องจากจะเป็นที่เห็นได้ว่าหากเราทราบว่าเรื่องใดเอามาจากระบบกล่าวหา การตีความก็ต้องเอาหลักการของระบบกล่าวหาในเรื่องนั้นมาใช้ ในทางกลับกัน ถ้าเรื่องใดเราเอามาจากระบบไต่สวนแล้ว ในเรื่องนั้นก็ต้องตีความและปฏิบัติตามวิธีการของระบบไต่สวน โดยหลักแห่งระบบกล่าวหาที่ไทยนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นได้แก่การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อหน้าคู่ความ (Principle of Publicity and Confrontation) ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 36 ส่วนการค้นหาความจริงไทยได้นำเอาหลักการของระบบไต่สวนมาใช้ ให้ศาลมีอำนาจในการค้นหาความจริงได้อย่างกว้างขวาง (Principle of Judicial Investigation) โดยไม่จำกัดเฉพาะจากพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความนำสืบเท่านั้น แต่เป็นหน้าที่อันสำคัญของศาลยุติธรรมที่จะค้นหาความจริงไม่ใช่เพียงแต่คอยวินิจฉัยว่าคู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบได้ดีกว่ากันเท่านั้น หลักการค้นหาความจริงโดยศาลนี้ จะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

³⁸ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 10.

³⁹ กระทรวงยุติธรรม, “การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลให้รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว,” เอกสารทางวิชาการในการสัมมนาผู้พิพากษาหัวหน้าศาลทั่วราชอาณาจักร พ.ศ. 2513, หน้า 56.

มาตรา 99 มาตรา 116 และมาตรา 119 อันเป็นหลักการที่ทำให้ศาลสามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้มากขึ้นและทำให้คำพิพากษาของศาลมีผลใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากกว่าระบบกล่าวหา⁴⁰

2.3 ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

คำศัพท์ในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานบางคำมีความหมายเฉพาะแตกต่างไปจากความหมายที่คนทั่วไปเข้าใจกัน และมีคำบางคำที่ศาลใช้ในความหมายพิเศษ หากไม่ทำความเข้าใจเสียก่อน อาจทำให้สับสนหรือไม่เข้าใจได้ จึงสมควรได้กล่าวถึงความหมายของคำว่าพยานหลักฐาน และ พยานชนิดต่างๆ ก่อน รวมถึงสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งด้วยว่ามีสถานะใด เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้เป็นเกณฑ์การแบ่งแยกพยานหลักฐานออกตามวิธีการนำเสนอ

2.3.1 ความหมายของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

คำว่า “พยาน” หรือ “พยานหลักฐาน” นั้นมีที่ใช้แตกต่างกันตามกาลสมัย แต่เดิมมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาเมื่อมีกฎหมายลักษณะพยานฉบับแรก พ.ศ. 1894 และในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ คือพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 กฎหมายใช้คำว่า “พยาน” เฉยๆ แต่ต่อมาในสมัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ใช้คำว่า “พยานหลักฐาน” จึงควรเป็นที่เข้าใจได้ว่ากฎหมายต้องการให้มีความหมายแตกต่างกัน⁴¹ คำว่า “พยานหลักฐาน” (Evidence) ต่างกับคำว่า “พยาน” (Witness) เนื่องจากคำว่าพยานอาจหมายถึงแต่เพียงตัวบุคคลที่รับรู้เห็นเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นบุคคลที่ศาลเรียกมาเบิกความต่อหน้าศาลเท่านั้น⁴² สำหรับคำว่า “พยานหลักฐาน” โดยจากการวิเคราะห์แนวทางปฏิบัติทั้งหมดประกอบกับหลักสากลในเรื่องนี้แล้วสามารถสรุปนิยามศัพท์คำว่าพยานหลักฐานได้ว่า หมายถึงสิ่งใด ๆ ก็ตามที่มีคุณสมบัติสามารถที่จะชี้บ่งหรือสื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นจริงหรือความไม่เป็นจริง ในปัญหาที่พิพาทกันในทางอรรถคดีได้ ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในสภาพของพยานบุคคล (Witness) หรือพยานเอกสาร (Documentary Evidence) หรือพยานวัตถุ (Real Evidence) หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert)

⁴⁰ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 32-33.

⁴¹ โอสถ โกสิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538), หน้า 79-80.

⁴² เริงธรรม รัตพลี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), หน้า 9.

ก็ตาม⁴³ โดยมีได้หมายความว่าเฉพาะพยานบุคคล (Witness) เท่านั้น และถือว่าคำว่า “พยานหลักฐาน” นั้นเป็นคำๆ เดียว ไม่ใช่ “พยาน” คำหนึ่ง และ “หลักฐาน” อีกคำหนึ่ง⁴⁴ โดยสรุปพยานหลักฐาน อาจจัดแบ่งเป็นประเภทได้หลายลักษณะ ตามแต่วัตถุประสงค์ของผู้แบ่งและกฎเกณฑ์ที่ใช้แบ่ง เช่น แบ่งเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นการแบ่งประเภท ตามวิธีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรืออาจแบ่งเป็นพยานชั้นหนึ่งและพยานชั้นสอง, พยานโดยตรง (Direct Evidence) กับพยานประพจน์แวดล้อมกรณี (Circumstantial Evidence) เป็นต้น⁴⁵

โดยผู้เขียนใช้วิธีการแบ่งประเภทของพยานหลักฐานตามวิธีการนำพยานหลักฐาน เข้าสืบ ซึ่งจะแบ่งพยานหลักฐานออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

1. พยานบุคคล (Witness) หมายถึง บุคคลที่มาให้การด้วยวาจา เพื่อที่จะเปิดเผยถึง การรับรู้ของตนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยการให้ถ้อยคำ ซึ่งการรับรู้ นั้นหมายถึง การรับรู้จากการได้ เห็น ได้ฟัง ได้รับกลิ่น ได้รส และได้รู้สึก⁴⁶ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่บุคคลนั้น

1) สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ และ

2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยาน นั้นมาด้วยตนเองโดยตรง แต่ความในข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดย ชัดแจ้ง หรือคำสั่งของศาลว่าเป็นอย่างอื่น” พยานบุคคล จึงเป็นพยานหลักฐานโดยตรง (Direct Evidence) และถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The Best Evidence Rule) เพราะอยู่ใกล้ชิดกับ เหตุการณ์ หากคู่ความสามารถนำพยานที่ดีที่สุดมาสืบได้ก็จะมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือมาก ถ้าหาก สามารถนำมาได้แต่ไม่ยอมนำมาสืบกลับนำพยานชั้นที่สองมาสืบ น้ำหนักแห่งคำพยานชั้นที่สอง ย่อมสู้พยานชั้นที่หนึ่งไม่ได้ อันมาจากเหตุผลที่ว่า พยานบุคคลก็มีข้อจำกัดในการจดจำข้อมูล อาจจะสับสนหรือจำเหตุการณ์ผิดพลาด รวมทั้งอาจมีการบิดเบือนข้อเท็จจริงได้ หรืออาจเกิดจากการ ให้ข้อมูลไม่ครบถ้วน ส่วนภาษาที่ใช้เรียกพยานบุคคล บางครั้งก็เรียกว่า “พยาน” คำเดียว ใน ความเข้าใจทั่วไป ก็ถือว่า “พยาน” คือ พยานบุคคล (Witness) ปัจจุบันพบว่า การฟังเพียงพยาน

⁴³ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 57.

⁴⁴ ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2528), หน้า 2.

⁴⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 7-10.

⁴⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2528), หน้า 54.

บุคคลอย่างเดียวนอกจากนี้ยังพอต่อการคลี่คลายคดีจึงต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นๆ มาประกอบการพิจารณามากขึ้น

2. พยานเอกสาร (Documentary Evidence) หมายถึง ข้อความใดๆ ที่ศาลอาจอ่านดูได้จากลายลักษณ์อักษร หรือเครื่องหมายใดๆ เป็นการสื่อถึงความหมายอันปรากฏอยู่บนกระดาษ หรือวัตถุอื่นใดซึ่งคู่ความเสนอต่อศาลเพื่อใช้ข้อความหรือเครื่องหมายนั้นๆ ในการแสดงความหมายที่จะสื่อต่อศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง

ตัวอย่างพยานเอกสาร ได้แก่ จดหมาย หนังสือ สัญญา เอกสารราชการ โฉนดที่ดิน บันทึกคำให้การ หรือกำแพงที่ปรากฏข้อความ ก็เป็นพยานเอกสารได้ พยานเอกสารมีความสำคัญมากในคดีแพ่ง

3. พยานวัตถุ (Real Evidence) หมายถึง วัตถุ สิ่งของที่คู่ความอ้างเป็นพยาน อันได้แก่ อาวุธ มีด ปืน ยาเสพติด รถยนต์ โทรศัพท์ที่ถูกลักขโมยไป บาดแผลจากร่างกาย เส้นขน เล็บผม ฯลฯ ในคดีอาญาส่วนใหญ่แล้วพยานวัตถุมักจะถูกนำมาอ้างอิงมากกว่าในคดีแพ่ง แต่พยานวัตถุ ก็อาจจะมีการสูญหาย ถูกทำลาย หรือทำให้ลบเลือนได้โดยการกระทำของมนุษย์ หรือตามธรรมชาติหากเก็บรวบรวม และดูแลรักษาไม่ดี

4. พยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Evidence) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกพยานชนิดนี้ต่างกัน จึงอาจทำให้สับสนได้ กล่าวคือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 113 เรียกว่า “พยานผู้เชี่ยวชาญ” แต่ในมาตรา 88 วรรคหนึ่ง เดิม มาตรา 99 วรรคหนึ่ง มาตรา 129 มาตรา 130 และมาตรา 126(3) เรียกว่า “ผู้เชี่ยวชาญ” และในมาตรา 98 และ มาตรา 99 วรรคสอง เรียกว่า “ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ” ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 243 และ มาตรา 244 เดิม เรียกว่า “ผู้ชำนาญการพิเศษ” แต่มาเปลี่ยนเป็น “ผู้เชี่ยวชาญ” ทั้งที่คำเหล่านี้ล้วนแต่หมายถึง พยานผู้มาบอกความให้ความเห็นต่อศาล ในฐานะเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษในวิชาการบางอย่างด้วยกันทั้งนั้น และค้นร่างภาษาอังกฤษที่ใช้เรียกพยานเหล่านี้ก็ใช้คำว่า “Expert” คำเดียวกันทั้งนั้น อย่างไรก็ตาม แม้พยานเหล่านี้จะเป็นพยานประเภทเดียวกัน แต่ก็มี ความแตกต่างกันทั้งในแง่ของผู้แต่งตั้ง สถานะของพยานและผู้ที่เป็นพยานในคดีแพ่งหรือคดีอาญา⁴⁷

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง จึงขอกล่าวถึงและเปรียบเทียบเฉพาะผู้เชี่ยวชาญในคดีแพ่งเท่านั้น โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น แบ่งผู้เชี่ยวชาญเป็น 2 ประเภทตามวิธีการนำสืบ ดังนี้

⁴⁷ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 487.

1) ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ หมายถึง บุคคลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งระบุอ้างมาเป็นพยานฝ่ายของตน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 โดยกฎหมายบัญญัติให้ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญนั้น ต้องเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศิลป วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการทำงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของพยาน อาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็น ทั้งนี้ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ และการนำสืบผู้มีความรู้เชี่ยวชาญนั้น คู่ความจะต้องระบุนามชื่อผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญไว้ในบัญชีระบุนามชื่อ คู่ความต้องนำผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่ตนอ้างมาเบิกความต่อหน้าศาลเหมือนพยานบุคคลทั่วไป และถ้าผู้เชี่ยวชาญจะทำความเห็นมาเป็นหนังสือ ตัวผู้มีความรู้เชี่ยวชาญก็ต้องมาเบิกความประกอบด้วยเสมอ จะส่งมาแต่หนังสือ แต่ตัวเองไม่มาเบิกความเหมือนผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่ได้

2) ผู้เชี่ยวชาญ หมายถึง บุคคลที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99 แต่มิได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้ดังเช่นในกรณีของผู้มีความรู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานฝ่ายตนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 โดยที่ศาลเห็นสมควรไม่ว่าการพิจารณาคืออยู่ในชั้นใด หรือมีคำขอของคู่ความฝ่ายใดภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 และ มาตรา 88 การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นอยู่ในดุลพินิจของศาลจะตั้งบุคคลใดที่มีความรู้ ความสามารถที่จะเข้ามาให้ความกระจ่างแก่ศาลในประเด็นที่ศาลไม่อาจเข้าใจได้ด้วยตนเองก็ได้ โดยปกติศาลจะตั้งจากผู้ที่ยื่นทนะเบียงเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล แต่ถ้าเป็นกรณีที่คู่ความมีคำขอให้ศาลตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ศาลจะเรียกคู่ความมาให้ตกลงกัน กำหนดตัวผู้ผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นหรือ แต่งตั้งบุคคลที่คู่ความขอมาก็ได้ แต่การที่ศาลจะตั้งผู้ใดเป็นผู้เชี่ยวชาญนั้น จะต้องถามความสมัครใจของบุคคลนั้นด้วย เว้นแต่ผู้นั้นจะได้ขอขึ้นทนะเบียงไว้เอง นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจถูกคัดค้านได้ และหากศาลพอใจในรายงานที่เป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญแล้ว ผู้เชี่ยวชาญก็ไม่ต้องไปเบิกความด้วยวาจาต่อหน้าศาลอีก แต่ถ้าศาลยังไม่พอใจในรายงานเป็นหนังสือ หรือคู่ความฝ่ายใดทำคำร้องขอให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความด้วยวาจา เมื่อผู้เชี่ยวชาญมาศาล กฎหมายก็บัญญัติให้นำวิธีการนำสืบพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย นอกจากนี้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีสิทธิที่จะได้รับค่าธรรมเนียมและรับค่าใช้จ่ายต่างๆที่ได้ออกไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ระหว่างผู้มีความรู้เชี่ยวชาญกับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกฎหมายน่าจะมีเจตนารมย์ให้มีความแตกต่างในเรื่องวิธีการเข้าสู่คดี การนำสืบพยานหลักฐานและการนำเสนอพยานหลักฐานเท่านั้น แต่ในเรื่องการกำหนดคุณสมบัติทั่วไปของบุคคลที่จะเข้ามาให้ความเห็นในคดีไม่น่าจะมีความแตกต่างกัน เนื่องจากถึงแม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

จะไม่ได้กำหนดไว้โดยแจ้งชัดว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะต้องเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ ฯลฯ ดังเช่นกรณีของผู้มีความรู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานฝ่ายตนซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 98 แต่เมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็เข้ามาในคดีเพื่อให้ความเห็นจากความรู้ ความเชี่ยวชาญของตนเช่นเดียวกันกับผู้เชี่ยวชาญตามมาตรา 98 ดังนั้นในกรณีของการกำหนดความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญก็น่าจะต้องถือว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็ต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญนั่นเอง นอกจากนี้การกำหนดคุณสมบัติตามมาตรา 98 นั้นกฎหมายก็น่าจะมีเจตนารมณ์เพียงแต่เป็นการยกตัวอย่างสาขาวิชาในด้านความรู้ ความชำนาญของผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น คงมิได้มีเจตนาคัดความให้แต่งตั้งผู้ผู้เชี่ยวชาญได้เฉพาะสาขาวิชาที่บัญญัติไว้

แต่ในเรื่องวิธีการเข้าสู่คดี การนำสืบและการแสดงความเห็นนั้น จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันโดยผู้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง เข้ามาในคดีโดยดุลพินิจของศาลที่จะตั้งบุคคลใดที่มีความรู้ ความสามารถที่จะเข้ามาให้ความกระจ่างแก่ศาลในประเด็นที่ศาลไม่อาจเข้าใจได้ด้วยตนเอง แต่ผู้ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้าง เข้ามาในคดีโดยการอ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ที่ระบุอ้างมาเป็นพยานฝ่ายของตน และมีความแตกต่างในเรื่องการคัดค้าน โดย ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นอาจถูกคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านได้ในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือในด้านความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญก็ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2) ในกรณีที่มีการคัดค้านเช่นนั้น ศาลจะต้องไต่สวนและทำคำวินิจฉัยในลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้น อุทธรณ์ได้แย้งทันทีไม่ได้ ต้องโต้แย้งไว้เพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปในภายหลัง ส่วนผู้ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมานั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายตรงข้ามคัดค้านได้ นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือได้ และถ้าไม่มีคู่ความฝ่ายใดติดใจในความเห็นนั้น และศาลก็พอใจในรายงานเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญแล้วพยานก็ไม่ต้องไปเบิกความด้วยวาจาต่อหน้าศาลอีก ศาลใช้รายงานเป็นหนังสือเป็นพยานหลักฐานในคดีได้เลย แต่ถ้าศาลยังไม่พอใจในรายงานเป็นหนังสือ หรือคู่ความฝ่ายใดทำคำร้องขอให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความด้วยวาจา ศาลจะต้องเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นทำความเห็นเพิ่มเติม หรือเรียกให้มาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา หรือจะให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญคนอื่นมาให้ความเห็นอีกก็ได้ ส่วนผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างเป็นพยานของตนนั้น จะต้องมาเบิกความด้วยวาจาต่อหน้าศาลเสมอ โดยจะทำรายงานเป็นหนังสือส่งต่อศาลและคู่ความฝ่ายอื่นด้วยหรือไม่ก็ได้ ในทางปฏิบัติมักจะขอให้ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างทำความเห็นเป็นหนังสือด้วย เพื่อเพิ่มความน่าเชื่อถือของพยาน และประหยัดเวลาในตอนเบิกความ

2.3.2 สถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ผู้เชี่ยวชาญจะถูกคู่ความขอให้ศาลเรียกมาให้การเป็นพยานที่ศาลและจะต้องถูกซักถาม ตามค่านเช่นเดียวกับพยานบุคคลประเภทอื่น ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญจะได้รับการแต่งตั้งโดยผู้พิพากษา และผู้พิพากษาจะกำหนดประเด็นปัญหาที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องไปทำรายงานมาเสนอศาล โดยในประเทศภาคพื้นยุโรปผู้เชี่ยวชาญไม่มีสถานะเป็นพยานบุคคล ในประเทศฝรั่งเศส ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ในศาล (Auxiliaries de justice) ในประเทศเยอรมัน ผู้เชี่ยวชาญถือว่าเป็นผู้ช่วยของผู้พิพากษา ในประเทศอิตาลี ผู้เชี่ยวชาญปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งศาล ทำรายงานเสนอศาลในประเด็นปัญหาที่มีคำสั่งมอบหมาย⁴⁸

ในกรณีของผู้เชี่ยวชาญที่เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีโดยการอ้างของคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 98 และมาตรา 99 วรรคสองนั้น จะเห็นได้ว่าผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญจะเข้ามาในคดีได้โดยการที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานฝ่ายตน อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในการนำสืบต่อสู้คดีในศาลนั้น ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายย่อมต้องแสวงหาพยานหลักฐานมาสนับสนุนข้อเท็จจริงของฝ่ายตนให้มีน้ำหนักเพื่อให้ศาลเห็นว่าน้ำหนักพยานของฝ่ายตนมีมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งและพิพากษาให้ฝ่ายตนเป็นฝ่ายชนะคดี ดังนั้นคู่ความที่ได้อ้างผู้เชี่ยวชาญมาเป็นพยานฝ่ายตนย่อมต้องเลือกผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีของฝ่ายตน จึงทำให้เมื่อผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานฝ่ายตนนั้นเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลแล้ว มักจะเบี่ยงเบนความเห็นด้วยความลำเอียงเข้ากับฝ่ายที่จ้างหรือตั้งตนมาเป็นพยาน⁴⁹

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการตรวจสอบผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานฝ่ายตนในกระบวนการพิจารณา ที่จะต้องถูกซักถาม ตามค่านและถามถึงเช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไปและการนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการสืบพยานบุคคลมาใช้บังคับ โดยอนุโลมนั้น มีความเหมาะสมกับวิธีในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาและสถานะของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวแล้ว

แต่สำหรับผู้เชี่ยวชาญที่เข้ามาในกระบวนการพิจารณาของศาลโดยการแต่งตั้งตาม มาตรา 99 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 129 (1) นั้น ถึงแม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจะมีได้นิยามความหมาย คุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญเอาไว้และก็มีได้บอกถึงสถานะของผู้เชี่ยวชาญด้วยว่ามีสถานะเป็นพยานประเภทใด แต่ก็มีนักวิชาการของไทยได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ

⁴⁸ วรรณชัย บุญบำรุง และ ธนกร วรปรัชญากุล, เรื่องเดิม, หน้า 331-333.

⁴⁹ เข็มชัย ชูติวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 399.

สถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเอาไว้เป็นสองแนวความเห็น โดยแนวความเห็นแรกนั้นเห็นว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 99 วรรคหนึ่งประกอบ มาตรา 129 (1) นั้นเป็นบุคคลที่ศาลแต่งตั้งเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีโดยมีสถานะเป็นพยาน ความเห็น ส่วนอีกแนวความเห็นหนึ่งนั้น มีความเห็นว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง มีสถานะเป็น พยานบุคคลประเภทหนึ่ง

หน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญและพยานบุคคลนั้น บางครั้งใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะในกรณี ที่พยานบุคคลถูกเรียกให้มาเบิกความเนื่องจากมีความรู้ความชำนาญเฉพาะทาง ที่สามารถให้ ความเห็นต่อศาลได้ ความแตกต่างระหว่างผู้เชี่ยวชาญและพยานบุคคลอยู่ที่ว่าพยานบุคคลถูกเรียก ให้เข้ามาในคดีโดยคู่ความและเบิกความถึงเรื่องที่ตนรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี ขณะที่ผู้เชี่ยวชาญ ได้รับการแต่งตั้งจากผู้พิพากษาเพื่อให้ความเห็นแก่ผู้พิพากษา เมื่อพิจารณาสถานะของผู้เชี่ยวชาญ ที่ศาลแต่งตั้งตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ผู้เชี่ยวชาญไม่ได้มีสถานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง เนื่องจากเป็นผู้ที่เข้าสู่วินิจฉัยคดีโดย ได้รับการแต่งตั้งจากศาลเพื่อให้ความเห็นแก่ศาล และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 และมาตรา 99 วรรคสองของไทยก็ได้กำหนดสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็น พยานฝ่ายของตน โดยใช้คำว่าพยานไว้ชัดเจนแล้ว ส่วนในกรณีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่มี กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่งหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญหรือพยาน ความเห็น แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะไม่มีสถานะเป็นพยานบุคคล (Witness) แต่เป็นพยานหลักฐานประเภทพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเมื่อความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาล แต่งตั้งนั้นถือว่าเป็น“พยานหลักฐาน” (Evidence) อย่างหนึ่ง ที่ศาลสามารถนำไปใช้ประกอบการ พิจารณาพิพากษาคดีได้ เพราะพยานหลักฐานหมายถึงสิ่งใด ๆ ก็ตาม ที่มีคุณสมบัติสามารถที่จะ ชี้บ่งหรือสื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นจริงหรือความไม่จริง ในปัญหาที่พิพาทกันในทาง อรรถคดีได้ โดยมีได้หมายเฉพาะพยานบุคคล (Witness) เท่านั้น

2.4 วิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

อาจกล่าวได้ว่าเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของพลเมืองดีที่จะต้องช่วยผดุงความยุติธรรมโดยการ ไปเป็นพยานที่ศาล คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบต้องนำพยานบุคคลไปเบิกความที่ศาล แต่ ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นบุคคลซึ่งมิได้เบิกความจากความทรงจำถึงข้อเท็จจริงที่ประสบพบเห็น มา แต่จะให้ความเห็นตามความรู้ความเชี่ยวชาญของเขาเพื่อพิสูจน์ประเด็นข้อพิพาทข้อใดข้อหนึ่ง ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้แบ่งวิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญ ที่ศาลแต่งตั้ง ดังนี้

2.4.1 ศาลเห็นสมควรแต่งตั้ง

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเข้าสู่วิธีพิจารณาโดยศาลเห็นสมควรหรือโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอก็ได้ ส่วนการแต่งตั้งบุคคลใดมาเป็นผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจเป็นการแต่งตั้งบุคคลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลแต่งตั้ง บุคคลที่คู่ความตกลงกันหรือศาลแต่งตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ได้ ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129บัญญัติว่า

“ในการที่ศาลจะมีคำสั่งให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวในมาตรา 99 โดยที่ศาลเห็นสมควรหรือโดยที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอนั้น

(1) การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเช่นนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาล แต่ศาลจะเรียกคู่ความมาให้ตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นก็ได้ แต่ศาลจะบังคับบุคคลใดให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ นอกจากบุคคลผู้นั้นได้ยินยอมลงชื่อเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ในทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้ว...”

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญมากี่หลายหรือพิสูจน์ประเด็นปัญหาในคดีแล้ว แม้คู่ความจะมีได้กล่าวอ้างหรือนำผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความเป็นพยานฝ่ายตนก็ตาม หากศาลพิจารณาเห็นว่ากรณีที่ให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความนั้น จะเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยคดีและก่อให้เกิดความยุติธรรมได้แล้ว ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมาเป็นพยานเบิกความในประเด็นปัญหานั้นได้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ถ้าศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเอง ศาลจะแต่งตั้งเมื่อใดก็ได้ในระหว่างที่ยังมีการพิจารณาคดีอยู่ ในกรณีที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเองโดยปกติศาลย่อมแต่งตั้งโดยเลือกผู้เชี่ยวชาญจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้รับการขึ้นทะเบียนผู้มีความรู้ความสามารถในสาขาวิชาการต่างๆ ไว้มากมาย โดยศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีพยานของศาลไปได้เลย ไม่จำเป็นต้องสอบถามความสมัครใจของผู้เชี่ยวชาญนั้นๆ เพราะศาลมีอำนาจในการบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญได้อยู่แล้ว แต่ในทางปฏิบัติ ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีเหตุขัดข้อง หรือเห็นว่าตนเองอาจถูกคัดค้านจากคู่ความได้ ก็อาจถอนตัวต่อศาลได้เช่นกัน ทำให้อำนาจในการบังคับของศาลไม่สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ⁵⁰

อย่างไรก็ดีแม้ศาลจะได้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญแล้ว ถ้าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไม่เป็นที่น่าพอใจ ศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนอื่นได้อีกโดยศาลเห็นสมควรหรือคู่ความร้องขอก็ได้ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 130 วรรคหนึ่ง แต่หากศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็น ศาลอาจไม่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญใหม่แม้ว่าคู่ความจะร้องขอก็ตาม ทั้งนี้เพราะการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนี้เป็นดุลพินิจของศาล กฎหมายมิได้บังคับให้ศาลจำต้องทำเสมอไป⁵¹

⁵⁰ โสภณ รัตนการ, เรื่องเดิม, หน้า 490-492.

⁵¹ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 174.

2.4.2 คู่ความร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ

คู่ความฝ่ายที่ต้องการขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้น จะต้องระบุรายชื่อผู้เชี่ยวชาญไว้ในบัญชีระบุพยานและมีคำขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคหนึ่ง ซึ่งในกรณีที่คู่ความขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้น โดยปกติคู่ความย่อมระบุชื่อผู้ที่ขอให้ศาลแต่งตั้งมาด้วย เนื่องจากการที่คู่ความขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ใดเป็นผู้เชี่ยวชาญก็ย่อมต้องติดต่อหาทนายผู้ใดก่อนแล้ว ผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้เชี่ยวชาญจึงเข้ามาโดยสมัครใจ ไม่มีการบังคับกันแต่อย่างใด ดังที่กฎหมายกำหนดว่าศาลจะบังคับผู้ใดให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลแต่งตั้ง แต่คู่ความเป็นฝ่ายกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะให้ศาลแต่งตั้งเองนั้น ก็จะมีลักษณะคล้ายกับในกรณีที่คู่ความอ้างผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดีเอง จึงจะเกิดปัญหาในการตรวจสอบคุณสมบัติความเป็นกลาง และเกิดความลำเอียงของผู้เชี่ยวชาญที่จะให้ความเห็นโน้มเอียงหรือเข้าข้างคู่ความฝ่ายที่เสนอชื่อตนให้ศาลแต่งตั้ง ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความเสนอชื่อให้ศาลแต่งตั้งดังกล่าว จึงมีความไม่เหมาะสมกับสถานะที่จะเข้ามาในคดีเพื่อเป็นผู้ช่วยศาลที่ควรวางตัวเป็นกลางและเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายแต่อย่างใด ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดข้อครหาในความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจึงควรกำหนดรายชื่อผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความสามารถร้องขอให้แต่งตั้งได้เฉพาะในบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นทะเบียนไว้กับศาลเท่านั้น และก็อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความได้เลือกจากบัญชีรายนี้นั้นหรือไม่ก็ได้และก่อนที่ศาลจะแต่งตั้งผู้ใดเป็นผู้เชี่ยวชาญตามที่คู่ความขอ ศาลควรจะต้องสอบถามคู่ความฝ่ายอื่นด้วยว่าจะมีการคัดค้านหรือไม่ เพื่อที่จะได้ไม่ต้องมีการคัดค้านกันภายหลัง หากคู่ความสามารถตกลงกันได้ถึงขนาดแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญร่วมกันก็ย่อมมีน้ำหนักและน่าเชื่อถือกว่าผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความแต่ละฝ่ายเสนอให้ศาลแต่งตั้ง

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญอาจเป็นการตั้งโดยปริยาย หรือไม่ได้รับตัวเป็นการแน่นอนก็ได้เช่น ในคดีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่ความทั้งสองฝ่ายตกลงกันหรือทำกัน ให้ส่งเอกสารไปให้กองพิสูจน์หลักฐาน กรมตำรวจตรวจพิสูจน์ลายมือชื่อในเอกสาร โดยไม่ได้รับว่าให้ผู้ใดเป็นผู้ทำการตรวจพิสูจน์ กรณีเช่นนี้ก็ต้องถือว่าศาลได้แต่งตั้งผู้ที่กรมตำรวจมอบหมายให้เป็นผู้ตรวจพิสูจน์เป็นผู้เชี่ยวชาญแล้ว⁵² และถือว่าได้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญแล้วเพราะศาลได้ออกคำสั่งกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญให้ทำการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 แล้ว ซึ่งในกรณีนี้จะไม่เกิดปัญหาการสงสัยในความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญเพราะเป็นการตกลง

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1768/2506, 1407/2513.

กันของคู่ความที่จะเลือกผู้เชี่ยวชาญร่วมกันและผู้เชี่ยวชาญที่ถูกเลือกก็เป็นหน่วยงานรัฐบาลที่มีความน่าเชื่อถือ และการที่กฎหมายยอมให้คู่ความสามารถระบุชื่อผู้เชี่ยวชาญที่ตนต้องการให้ศาลแต่งตั้งโดยมิใช่ผู้เชี่ยวชาญที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น ไม่เหมาะสมเนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 98 ก็เปิดโอกาสให้คู่ความสามารถอ้างผู้เชี่ยวชาญมาเป็นพยานฝ่ายตนได้อยู่แล้ว การที่ศาลจะแต่งตั้งผู้ใดให้เข้าในกระบวนการพิจารณาคดีจึงควรจะต้องเป็นผู้ที่มีความเป็นกลาง มีหน้าที่เหมือนผู้ช่วยของศาลในการให้ความเห็นไม่ใช่เข้ามาในฐานะของพยานฝ่ายใด ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในกรณีที่คู่ความขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ก็ควรเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลและเป็นดุลพินิจเด็ดขาดของศาลในการคัดเลือกผู้เชี่ยวชาญที่มีความเหมาะสมที่สุดที่จะเข้ามาให้ความเห็นต่อศาล

2.5 การรับฟังและการขังน้ำหนักพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง

“การรับฟังพยานหลักฐาน” (Admissibility of Evidence) เป็นหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลอย่างหนึ่ง ที่พิจารณาว่าพยานหลักฐานอย่างไรบ้างที่สามารถนำสืบได้หรือไม่ได้ ถ้ามีการตรวจพบว่าพยานหลักฐานชิ้นใดเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ ศาลก็จะไม่อนุญาตให้นำเข้าสืบหรือถ้าไม่มีการตรวจพบในตอนที่จะนำเข้าสู่สืบ ทำให้สามารถนำพยานหลักฐานนั้นสืบเข้ามาในสำนวนของศาลได้ แต่ในตอนที่จะพิพากษาคดี ศาลก็ต้องมาวิเคราะห์พยานหลักฐานแต่ละชิ้นเสียก่อนว่า ชิ้นใดเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ ชิ้นใดเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ ชิ้นที่เป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ก็จะถูกตัดออกไป ไม่สามารถที่จะนำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้⁵³ โดยการรับฟังพยานหลักฐานนั้นมีผลต่อขั้นตอนการขังน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีนั้น โดยหลักแล้วพยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณสมบัติบ่งชี้ถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีนั้นๆ ได้ ถือว่าเป็น พยานหลักฐานที่รับฟังได้ (Admissible Evidence) แต่หลักดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นอยู่ว่า ถ้ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติหรือวางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดใด ประเภทใดไว้ พยานหลักฐานชนิดนั้น ประเภทนั้นก็จะเข้าลักษณะเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ (Inadmissible Evidence) ต้องถูกตัดทิ้งไป จะนำเข้ามาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานในระบบของไทยมี

⁵³ จริฎ ภักดิธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 249.

หลายกรณีรวมเรียกชื่อกฎหมายเหล่านี้ว่า “บทคัดพยานหลักฐาน” หรือที่ตรงกับหลักพยานหลักฐานของต่างประเทศที่เรียกว่า Exclusionary Rules”⁵⁴

มีหลักทั่วไปในกฎหมายของคอมมอนลอว์ของอังกฤษว่า พยานต้องให้ข้อเท็จจริงมิใช่ความเห็น ความเห็นในที่นี้คือการอนุมานซึ่งเกิดขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริง การพิจารณาข้อเท็จจริงและสรุปผลโดยการอนุมานนั้นเป็นหน้าที่ของศาล มิใช่หน้าที่ของพยาน พยานมีหน้าที่เพียงให้ข้อเท็จจริงต่อศาลเท่านั้น⁵⁵ แต่ก็มีข้อยกเว้นให้รับฟังพยานความเห็นได้อยู่ ๓ ประการ ประการแรกในกรณีที่เป็นความเห็นของชุมชน (opinion of community) หรือที่เรียกว่ากิตติศัพท์ (reputation) ซึ่งแม้จะเป็นพยานบอกเล่าก็รับฟังเพื่อหักล้างพยานที่เกี่ยวกับความประพฤติ หรือเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับการสมรส วงศ์สกุล หรือสิทธิมรดกได้ ความเห็นประการที่สองที่รับฟังได้ เป็นความเห็นของพยานซึ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ความเห็นนี้อาจเป็นความเห็นของบุคคลธรรมดา หรือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้⁵⁶ และประการที่สามเป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญซึ่งเกิดจากทักษะและความรู้เป็นพิเศษ

เหตุที่ศาลต้องรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก็เพราะในบางกรณีจะต้องมีการอนุมานซึ่งศาลเองไม่อาจทำได้เพราะมีความรู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น ส่วนที่ศาลจะรับฟังความเห็นของบุคคลธรรมดาในบางกรณีนั้น ก็เพราะไม่อาจแยกข้อเท็จจริงและความเห็นออกจากกันได้ คำเบิกความของพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์มักจะมีความเห็นปะปนอยู่ด้วยเสมอไม่มากก็น้อย เป็นการยากที่จะแยกสิ่งที่อนุมานให้ออกจากข้อเท็จจริงหรือบางครั้งก็ไม่สามารถทำได้เลย

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่ได้วางหลักไว้ชัดเจนเป็นการเฉพาะว่า พยานบุคคลธรรมดาจะต้องให้ข้อเท็จจริง มิใช่ความเห็นดังกฎหมายอังกฤษ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำสืบพยานบุคคลจะกล่าวถึงเฉพาะการนำสืบหรือการยอมรับข้อเท็จจริงทั้งนั้น และเมื่อประกอบกับทางปฏิบัติของศาลไทยเราแล้ว อาจกล่าวได้ว่าศาลไทยเราถือปฏิบัติดังศาลอังกฤษ คือ โดยทั่วไปจะให้พยานบุคคลธรรมดาเบิกความเฉพาะข้อเท็จจริงที่ได้เห็น ได้ยินหรือทราบมาโดยตรง และพยานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ให้ความเห็นต่อศาล ฉะนั้นในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับวิชาการซึ่งบุคคลธรรมดาอาจให้ความเห็นได้ หรือเรื่องที่ไม่

⁵⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 251-252.

⁵⁵ Sir Rupert Cross and Nancy Wilkins, *An Outline of the Law of Evidence*, 5th ed., (London: Butter worth Co., 1980), p. 380.

⁵⁶ G.D., *Nokes An Introduction to Evidence*, 3rd ed., (London: Sweet and Maxwell Co., 1962), p. 157.

อาจแยกข้อเท็จจริงกับความเห็นออกจากกันได้โดยเด็ดขาด นอกจากนั้นเรื่องที่ศาลรับรู้ได้เองอยู่แล้ว ศาลก็จะไม่ยอมให้พยานไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือพยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็น

ดังนั้น เมื่อผู้เชี่ยวชาญ หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่มีได้ประสบพบเห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีนั้น แต่เป็นผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญ (Expertise) ในสาขาวิชาการวิชาชีพ หรือกิจการด้านใดด้านหนึ่งก็ตาม ซึ่งความเห็น (Opinion) ที่มีฐานมาจากความรู้ความเชี่ยวชาญของเขาสามารถนำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีได้ ดังนั้นการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก็จะเป็นการให้ความเห็นต่อศาลตามที่มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตไว้ และเป็นการให้ความเห็นเพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี มิใช่เป็นการเข้าไปชี้ขาดคดีแทนศาล ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะต้องชัดเจน มีข้อมูล ข้อเท็จจริง การทดลอง หรือหลักวิชาการที่น่าเชื่อถือเป็นรากฐานในการออกความเห็น มิใช่เป็นเพียงคำทำนายหรือการคาดหมาย ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะมีคุณค่าแค่ไหนขึ้นอยู่กับลักษณะของคดีว่ามีความจำเป็นต้องใช้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ เนื่องจากโดยปกติผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ให้ความเห็นมิใช่เป็นผู้ให้ข้อเท็จจริง การให้ความเห็นก็เป็นการแสดงถึงความน่าจะเป็นไปได้หรือไม่ได้ การให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ จึงไม่จำเป็นต้องเป็นการยืนยันว่าจะต้องเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างแน่นอนเสมอไป ดังนั้นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับตรวจสอบพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญด้วย ซึ่งถ้ามีการตรวจสอบโดยครบถ้วนแล้ว ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นก็จะมีน้ำหนักมากขึ้น โดยศาลไทยถือว่าผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ที่มาเบิกความตามความเห็น หรือหลักวิชาการด้วยความรู้ของตน ย่อมมีความน่าเชื่อถือและเป็นกลาง มีน้ำหนักรับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นได้ อย่างไรก็ดี ไม่ใช่ศาลจะต้องเชื่อและรับฟังตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเสมอไป เพราะความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก็เป็นเพียงพยานหลักฐานชิ้นหนึ่ง ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงในคดีแล้วจึงวินิจฉัยชี้ขาดคดี

นอกจากนี้ ในปัจจุบันก็ได้มีการนำพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Evidence) มาพิสูจน์ข้อเท็จจริงในศาลกันโดยแพร่หลาย ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หรือแม้แต่ในประเทศไทยเองก็ได้มีการนำเอาเทคนิควิธีการตรวจสอบทางวิทยาศาสตร์ใหม่ ๆ เข้ามาใช้ในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเช่นกัน เช่น การตรวจเลือดเพื่อแสดงว่าเลือดที่พบในที่เกิดเหตุเป็นของจำเลยหรือไม่ โดยใช้วิธีการตรวจเปรียบเทียบลายพิมพ์ดีเอ็นเอ ซึ่งเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมและยอมรับกันมาก ซึ่งคำว่า “พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์” หมายถึง พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นด้วยการวิเคราะห์หรือวิจัย เช่น ในทางฟิสิกส์ (Physics) ทางเคมี (Chemistry) หรือทางชีววิทยา (Biology) เป็นต้น⁵⁷ โดย

⁵⁷ ประมุข สุวรรณศรี, “พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์,” บทบัญญัติ 25 (มกราคม 2511): 31.

ผ่านกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถพิสูจน์ได้ และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ต้องเป็นความเห็นที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป (General Acceptance)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีอาญาได้อย่างถูกต้องแม่นยำ และในปัจจุบันก็ได้มีการนำพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาพิสูจน์ข้อเท็จจริงในศาลกันโดยแพร่หลาย ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หรือแม้แต่ในประเทศไทยเองก็ได้มีการนำเอาเทคนิควิธีการตรวจสอบทางวิทยาศาสตร์ใหม่ๆ เข้ามาใช้ในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเช่นกัน เช่น การตรวจเลือดเพื่อแสดงว่าเลือดที่พบในที่เกิดเหตุเป็นของจำเลยหรือไม่ โดยใช้วิธีการตรวจเปรียบเทียบลายพิมพ์ดีเอ็นเอ ซึ่งเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมและยอมรับกันมาก

อย่างไรก็ดี แม้ว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางถึงความแม่นยำและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น แต่ก็ยังคงมีปัญหาซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันอยู่เสมอว่า พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นี้ศาลจะรับฟังได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะสำหรับการรับฟังพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ แต่เนื่องจากพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้นไม่ได้เข้าสู่การรับรู้ของศาลโดยตัวพยานหลักฐานนั่นเอง หากแต่จะเข้าสู่การรับรู้ของศาลโดยผ่านทางความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ได้ทำการตรวจวิเคราะห์และประมวลผลโดยผ่านกรรมวิธีและกระบวนการทางวิทยาศาสตร์เพื่อที่จะได้ผลการตรวจพิสูจน์ว่าพยานหลักฐานนั้นบ่งบอกถึงอะไร ในคดีที่เกิดขึ้น การนำเสนอพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ต่อศาลจึงเป็นการเสนอในรูปของพยานความเห็นหรือพยานผู้เชี่ยวชาญ เช่น ในการตรวจคราบเลือดที่พบในที่เกิดเหตุเพื่อตรวจพิสูจน์ดีเอ็นเอของคนร้าย ผู้เชี่ยวชาญจะต้องนำตัวอย่างคราบเลือดนั้นไปทำการวิเคราะห์ในห้องปฏิบัติการจึงจะได้ผลลัพธ์ คือ ลายพิมพ์ดีเอ็นเอของเจ้าของคราบเลือดนั้น เมื่อจะนำผลการวิเคราะห์ดังกล่าวมาเสนอต่อศาลจึงต้องนำเสนอในรูปของพยานเอกสารซึ่งผู้เชี่ยวชาญได้บันทึกผลการวิเคราะห์ดังกล่าวไว้ จึงอาจกล่าวได้ว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ก็เป็นพยานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั่นเอง ดังนั้น การรับฟังพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย

ดังนั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงใดในสำนวนที่เกินความรู้ความสามารถของผู้พิพากษาที่ไม่สามารถวินิจฉัยข้อเท็จจริงนั้นได้และหากศาลพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยไม่ตรวจสอบความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแล้ว อาจทำให้เกิดการวินิจฉัยที่คลาดเคลื่อนอันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ ดังนั้นในเรื่องที่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ศาลก็ควรที่จะรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเป็นหลักแทนที่จะใช้ดุลพินิจตามสามัญสำนึกไปวินิจฉัย ถึงแม้ว่าจะทำให้ยุ่งยากล่าช้าหรือสิ้นเปลืองไปบ้างก็ควรกระทำ

2.6 การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนอกจากจะเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลแล้ว ยังเป็นบุคคลซึ่งมาเบิกความในลักษณะแสดงความเห็น มิใช่เบิกความจากการประสบพบเห็นข้อเท็จจริงและนำมาเล่าให้ศาลฟัง การนำสืบผู้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจึงมีความแตกต่างจากการนำสืบ ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานฝ่ายตน และ มีความแตกต่างจากการนำสืบพยานบุคคลทั่วไป ดังนี้

2.6.1 การนำผู้เชี่ยวชาณมาศาล

การนำผู้เชี่ยวชาณที่ศาลแต่งตั้งมาศาลนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการสืบพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้นการที่คู่ความจะขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาณจึงจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคหนึ่ง โดยคู่ความฝ่ายที่มีความจำนงจะอ้างอิงความเห็นของผู้เชี่ยวชาณคนใด เพื่อเป็นพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน ต้องยื่นบัญชีระบุพยานโดยระบุอ้างชื่อผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาณและมีคำขอให้ตั้งผู้เชี่ยวชาณก่อนวันสืบพยาน ไม่น้อยกว่า 7 วัน เมื่อคู่ความได้อ้างอิงรายชื่อผู้เชี่ยวชาณไว้ในบัญชีพยานแล้ว เมื่อถึงกำหนดเวลาที่จะต้องนำผู้เชี่ยวชาณเข้าสืบ คู่ความก็ต้องนำบุคคลที่ตนอ้างเป็นผู้เชี่ยวชาณมาศาล ถ้าบุคคลนั้นเต็มใจที่จะสละเวลามาเบิกความก็ไม่จำเป็นต้องมีการออกหมายเรียกให้มาศาล แต่ถ้าผู้เชี่ยวชาณนั้นเป็นบุคคลอื่นซึ่งคู่ความไม่ได้ติดต่อไว้ก่อน หรือการมาศาลอาจทำให้เขาต้องลาทิ้งและทำให้เขาไม่เต็มใจจะมา ซึ่งก็จะทำให้เกิดความขัดข้องแก่คู่ความฝ่ายที่ต้องการจะอ้างผู้เชี่ยวชาณผู้นั้น เพราะคู่ความไม่มีอำนาจจะไปบังคับผู้เชี่ยวชาณให้มาศาลได้ ดังนั้นจึงต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 106 ที่บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่สามารถนำพยานของตนมาศาลได้เอง คู่ความฝ่ายนั้นอาจขอต่อศาลก่อนวันสืบพยาน ให้ศาลออกหมายเรียกพยานมาศาลได้ โดยศาลอาจให้คู่ความฝ่ายนั้นแสดงถึงความเกี่ยวพันของพยานกับข้อเท็จจริงในคดีอันจำเป็นที่จะต้องออกหมายเรียกพยานดังกล่าว และต้องส่งหมายพร้อมสำเนาคำแถลงของผู้ขอให้พยานรู้ล่วงหน้าอย่างน้อยสามวัน...” การขอหมายเรียกพยานนี้ ต้องทำเป็นคำขอให้ศาลออกให้ แต่ทางปฏิบัติคู่ความมักจะขอแบบพิมพ์หมายเรียกพยานไปเขียนเองแล้วจึงนำมายื่นพร้อมคำขอ เพื่อให้ศาลลงนามและประทับตราในหมายเรียกพยานที่คู่ความต้องขอให้ศาลออกหมายเรียกมาเป็นพยานนี้เรียกว่า “พยานหมาย”

หมายเรียกพยานต้องมีข้อความดังนี้⁵⁸

1. ชื่อและตำบลที่อยู่ของพยาน ซึ่งคู่ความและศาล

⁵⁸ เหมชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 350-352.

2. สถานที่และวันเวลาซึ่งพยานจะต้องไป
3. กำหนดโทษที่จะต้องรับในกรณีที่ไปไม่ไปตามหมายเรียก

นอกจากนั้น บทบัญญัติในการนำพยานบุคคลทั่วไปมาศาลยังกำหนดให้ พยานที่ได้รับหมายเรียกจากศาลแล้ว จะต้องไปเบิกความที่ศาล ทั้งนี้ก็เพราะตามปกติบุคคลทุกคนที่อยู่ในประเทศไทย และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องมีหน้าที่ในฐานะเป็นพลเมืองคืออยู่ประการหนึ่ง คือ เมื่อถูกอ้างเป็นพยานโดยหมายเรียกของศาลแล้ว จะปฏิเสธ ไม่ได้ จำต้องไปเป็นพยานที่ศาลที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ถ้าปล่อยให้การมาศาลของพยานเป็นเรื่องของความสมัครใจของแต่ละคน โดยไม่มีสภาพบังคับแล้ว ถ้าบุคคลผู้ถูกอ้างเป็นพยานไม่ยอมมาศาล ศาลก็จะไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีให้เกิดความยุติธรรมได้ ทั้งนี้เพราะการมาเป็นพยานที่ศาลย่อมทำให้เกิดความไม่สะดวก และต้องคึกจืฐระหรือการทำงานของบุคคลนั้น ไร้ชั่วคราว ถ้าไม่มีกฎหมายบังคับกองหาคนที่เต็มใจมาเป็นพยานได้ยาก ดังนั้น จึงต้องถือว่า การที่บุคคลจะต้องไปเบิกความให้ความสัจจริงแก่ศาล ก็เพื่อรักษาความยุติธรรมแก่สังคมซึ่งเป็นหน้าที่ของพลเมืองต้องทำ ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 108 จึงบัญญัติว่า “พยานที่ได้รับหมายเรียกโดยชอบดั่งที่บัญญัติไว้ในสองมาตราก่อนนั้น จำต้องไป ณ สถานที่และตามวันเวลาที่กำหนดไว้...” ผู้ใดได้รับหมายเรียกพยานแล้ว ไม่ยอมมาศาล ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 170 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดขัดขืนหมายหรือคำสั่งของศาลให้มาให้ถ้อยคำ ให้มาเบิกความ หรือให้ส่งทรัพย์ หรือเอกสารใดในการพิจารณาคดี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁹ ส่วนในกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลเอง วิธีในการนำผู้เชี่ยวชาญมาศาล ศาลก็จะออกหมายเรียกผู้เชี่ยวชาญมาศาลเช่นกัน

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า วิธีการนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลโดยการออกหมายเรียกอย่างพยานบุคคลทั่วไปนั้นมีความขัดแย้งกับหลักความยินยอมของผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (1) ที่บัญญัติว่าศาลจะบังคับบุคคลใดให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ นอกจากบุคคลนั้นจะได้ยินยอมลงชื่อเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ในทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้ว ซึ่งถึงแม้ว่าการที่ผู้เชี่ยวชาญได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วอาจถือว่าได้มีความสมัครใจที่จะเป็นผู้เชี่ยวชาญอยู่แล้วจึงปฏิเสธ ไม่ยอมรับการแต่งตั้งหรือขอถอนตัวไม่ได้โดยศาลสามารถบังคับให้ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญมาให้การในศาลได้ แต่ในทางปฏิบัติถ้าผู้ที่ศาลแต่งตั้งมีเหตุขัดข้อง หรือเห็นว่าตนเองอาจถูกคัดค้านได้ก็อาจถอนตัวต่อศาลได้เช่นกันเพราะไม่ใช่กรณีของพยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์ ซึ่งอยู่ในฐานะพลเมืองดีมีหน้าที่ต้องมาเบิกความต่อศาลและไม่สามารถเปลี่ยนตัวได้อย่างในกรณีของผู้เชี่ยวชาญที่เป็นแต่เพียงผู้ที่มาให้ความเห็นต่อศาลตามประสบการณ์จากความรู้

⁹ เจ่มชัย ชูดวงศ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 352.

ของตน ดังนั้นเมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ถูกหมายเรียก ที่ถึงแม้จะเป็นผู้ที่ยินยอมให้ความเห็นแก่ศาลในตอนแรก แต่อาจมีเหตุขัดข้องบางประการที่อาจจะทำให้ไม่สามารถมาเบิกความแสดงความเห็นประกอบหนังสือต่อหน้าศาลได้ หรืออาจมีเหตุขัดข้องประการอื่น ซึ่งการบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญผู้นั้นต้องมาเป็นพยานโดยไม่สมัครใจจึงไม่เป็นผลดี อีกทั้งศาลก็อาจแต่งตั้งบุคคลอื่นที่เต็มใจและมีความรู้ความเชี่ยวชาญมาเป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้นๆ ก็ได้ นอกจากนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคงไม่ต้องการบังคับให้ผู้ใดต้องมาเบิกความ โดยที่ผู้นั้นไม่เต็มใจเนื่องจากจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อการเบิกความของพยานนั้นๆ แต่ที่ต้องบัญญัติให้บุคคลที่ได้รับหมายเรียกต้องมีหน้าที่ไปศาล ถ้าบุคคลใดได้รับหมายเรียกโดยชอบแล้วแต่ไม่ยอมมาศาลก็ต้องได้รับโทษนั้นก็เนื่องมาจาก บุคคลที่จะต้องมาเบิกความในฐานะประจักษ์พยานนั้นเป็นพยานประเภทที่ไม่สามารถเปลี่ยนตัวได้ อีกทั้งถ้าไม่ได้พยานหลักฐานจากการเบิกความของพยานประเภทนี้แล้วก็ยากที่ศาลจะรับรู้ข้อเท็จจริงในคดีได้เพราะประจักษ์พยานเป็นพยานบุคคลที่ได้เห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในขณะที่ความผิดนั้นได้ก่อขึ้นจึงเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญในลำดับต้นๆ ในการประกอบการวินิจฉัยคดีของศาล ดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายที่มีสภาพบังคับให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องไปเบิกความต่อศาล ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงควรบังคับใช้กับบุคคลที่จะมาเบิกความในฐานะพยานบุคคลทั่วไปที่เป็นประจักษ์พยานเท่านั้น ไม่ควรนำมาบังคับใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่สามารถเปลี่ยนตัวได้ นอกจากการเปลี่ยนตัวผู้เชี่ยวชาญได้แล้วการส่งหมายเรียกผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ก็ยังเป็นวิธีที่ไม่เหมาะสมกับการเรียกบุคคลที่ศาลต้องการความเห็นที่ได้จากความรู้ความเชี่ยวชาญและไม่ได้เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีแต่ประการใดให้มาศาล การมาศาลของผู้เชี่ยวชาญควรเป็นการมาศาลด้วยความสมัครใจที่จะให้การช่วยเหลือกระบวนการยุติธรรม จึงควรที่จะทำเป็นหนังสือเชิญผู้เชี่ยวชาญมาศาลมากกว่าที่จะเป็นการออกหมายเรียกให้มาศาล ซึ่งถ้าตระหนักในแง่ความรู้สึกของบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับใดๆ กับคดีนั้นแล้วแต่ต้องมาศาลเพื่อมาแสดงความเห็นก็ควรให้เกียรติกับผู้ที่ถูกเชิญในระดับที่มากกว่าการเรียกพยานบุคคลทั่วไปมาศาล

สำหรับกำหนดเวลาในการส่งหมายให้พยานบุคคลนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 106 ได้บัญญัติให้ต้องส่งหมายเรียกพร้อมสำเนาคำแถลงของผู้ขอให้พยานบุคคลรู้ล่วงหน้าก่อนวันที่จะต้องไปเบิกความอย่างน้อย 3 วันนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมกับการแจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบว่าต้องไปเบิกความต่อศาล เนื่องจากการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญจะเป็นการเบิกความจากความรู้ความเชี่ยวชาญของตน และให้ความเห็นต่อศาลโดยนำความรู้ที่ตนเองมีมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีแล้วจึงจะสามารถแสดงความเห็นของตนเสนอต่อศาลได้ อีกทั้งระยะเวลาในการรวบรวมข้อมูลทางวิชาการที่จะต้องค้นคว้าเพื่อนำมาปรับใช้กับรูปคดีก็ต้องใช้ระยะเวลาในการค้นหา เวลาตามที่กฎหมายกำหนดให้

เพียง 3 วัน จึงไม่น่าจะเพียงพอสำหรับผู้เชี่ยวชาญที่จะสรุปการทำความเข้าใจให้มีประสิทธิภาพได้ ไม่เหมือนกับพยานบุคคลทั่วไปที่เป็นประจักษ์พยานที่ไม่จำเป็นต้องมีการเตรียมตัวหรือเตรียมข้อมูลใดเนื่องจากต้องไปเบิกความในสิ่งที่ตนประสบมาโดยตรงเท่านั้น

ถ้าศาลเห็นว่าพยานจะไม่สามารถเบิกความได้โดยมิได้เตรียม ศาลจะจดแจ้งข้อเท็จจริงซึ่งพยานอาจถูกซักถามลงไว้ในหมายเรียกด้วยก็ได้⁶⁰ แต่ในทางปฏิบัติ ถ้าเป็นการหมายเรียกบุคคลธรรมดาแล้ว ยังไม่มีศาลใดทำตามบทบัญญัตินี้ เพราะการที่ให้พยานทราบข้อเท็จจริงที่จะถูกซักถามล่วงหน้าไว้ก่อนหน้านั้นก็อาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ เพราะอาจมีการซักซ้อมพยานมาล่วงหน้า แต่ถ้าเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ศาลย่อมจะต้องแจ้งให้พยานทราบข้อเท็จจริงที่จะถูกซักถามได้⁶¹

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้น อาจถูกคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านได้โดยอาจคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ หรืออาจคัดค้านในด้านความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญก็ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2) ในกรณีที่มีการคัดค้านเช่นนั้น ศาลจะต้องไต่สวนและทำคำวินิจฉัยในลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณาคู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้น อุทธรณ์โต้แย้งทันทีไม่ได้ ต้องโต้แย้งไว้เพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปในภายหลัง⁶²

เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง มิใช่พยานที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจัดหา มา จึงควรที่ผู้เชี่ยวชาญจะวางตัวเป็นกลางเช่นศาล และถูกคัดค้านได้ในทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา

แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2) จะไม่ได้บัญญัติว่าผู้เชี่ยวชาญอาจถูกคัดค้านในกรณีใดบ้าง ก็น่าจะนำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และมาตรา 12 มาใช้โดยอนุโลม⁶³ โดยเมื่อนำมาใช้กับกรณีของผู้เชี่ยวชาญก็อาจปรับนำมาใช้ดังนี้⁶⁴

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจถูกคัดค้านได้ ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้เชี่ยวชาญนั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- (3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้เห็นเหตุการณ์

⁶⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 106 วรรคสาม.

⁶¹ เจิมชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 351-352.

⁶² จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 470.

⁶³ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 174.

⁶⁴ ไสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 491.

(4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว

ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นเอง หรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้เชี่ยวชาญนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้เชี่ยวชาญฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

ซึ่งเหตุคัดค้านดังกล่าว ที่นำมาคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้นั้น ก็เนื่องมาจากถือเป็นเหตุที่มีความเสี่ยงต่อการให้ความเห็นในศาลของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเพราะอาจทำให้เกิดความลำเอียงเข้าข้างฝ่ายตนจนเกิดความเสียหายต่อรูปคดีได้ ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งได้รับมอบหมายหน้าที่จากศาลนั้นก็คล้ายกับเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลไม่ใช่พยานของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จึงน่าจะต้องวางตัวเป็นกลางเช่นศาล ด้วยเหตุนี้เองผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจึงอาจถูกคัดค้านเช่นเดียวกับผู้พิพากษา⁶⁵

นอกจากการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่นำการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และมาตรา 12 มาใช้โดยอนุโลมแล้ว การคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งควรจะรวมถึงการคัดค้านว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งหรือไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญตามในเรื่องที่ศาลให้ทำให้การตรวจสอบด้วย

ซึ่งการคัดค้านใน 2 เหตุข้างต้นนี้ หากมีเหตุแห่งการคัดค้าน ก็ควรที่จะมีบทบัญญัติกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านให้คู่ความสามารถสามารถที่จะคัดค้านเสียตั้งแต่ในตอนศาลแจ้งให้ทราบว่าจะแต่งตั้งบุคคลใดเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลหรือคัดค้านในทันทีเมื่อทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น มิใช่นำมาเป็นเหตุในการถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในภายหลัง หรือรอฟังผลของการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก่อนว่าเป็นความเห็นที่มีประโยชน์ต่อรูปคดีฝ่ายตนหรือไม่ หากไม่แล้วจึงค่อยอ้างเหตุแห่งการคัดค้านนี้ ซึ่งจะทำให้กระบวนการพิจารณาเกิดความล่าช้าได้

อีกทั้งการที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้น อาจถูกคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านได้ โดยอาจคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือในด้านความเป็นกลาง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2) กำหนดให้ในกรณีที่มีการคัดค้านเช่นนั้นศาลจะต้องไต่สวนและทำคำวินิจฉัยในลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้น อุทธรณ์ได้แย้งทันทีไม่ได้ต้องโต้แย้งไว้เพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปในภายหลัง

⁶⁵ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 491-492.

2.6.2 การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม จะมีเพียงวิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเท่านั้นที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ให้ผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง เพียงแต่ทำความเห็นเป็นหนังสือมาก็พอ

1. การสาบานตนหรือการกล่าวคำปฏิญาณ

คงได้กล่าวแล้วว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีได้อยู่ในฐานะเช่นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง ฉะนั้นในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญต้องมาเบิกความในศาล จึงต้องมีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ในมาตรา 129 (2) ว่าผู้เชี่ยวชาญต้องสาบานหรือปฏิญาณตน แต่จากมาตรา 129 (2) ก็มีได้บัญญัติถึงวิธีในการสาบานตนหรือการปฏิญาณตนของผู้เชี่ยวชาญไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา 130 วรรคสอง กล่าวคือ ก่อนเบิกความผู้เชี่ยวชาญจะต้องสาบานหรือปฏิญาณตนดังเช่นพยานบุคคลทั่วไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 112 บัญญัติว่า “ก่อนเบิกความ พยานทุกคนต้องสาบานตนตามลัทธิศาสนาหรือจารีตประเพณีแห่งชาติของตนหรือกล่าวคำปฏิญาณว่าจะให้การตามสัตย์จริงเสียก่อน...” การสาบานหรือปฏิญาณตนเป็นหลักที่จะต้องทำ ถ้าไม่ทำผลเสียก็จะเท่ากับว่าคำเบิกความของพยานปากนั้นรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ เพราะว่าย่นผิดวิธีต้องตัดออกไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86 วรรคหนึ่ง⁶⁶

เหตุที่ต้องให้พยานบุคคลสาบานหรือกล่าวปฏิญาณก่อนเบิกความนั้น เป็นวิธีหนึ่งที่จะบังคับให้พยานผู้นั้นเบิกความตามความสัตย์จริง โดยเป็นวิธีการในทางจิตวิทยา เพราะตามปกติบุคคลทั่วไปมักจะมีความเคารพและศรัทธาต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ มีความเกรงกลัวละอายต่อความประทุษร้าย ดังนั้น กฎหมายจึงใช้วิธีการให้พยานสาบานตนในศาลก่อนเบิกความ เพื่อเตือนสติให้พยานนึกถึงมโนธรรมที่จะพูดแต่ความสัตย์จริงและไม่นำความเท็จมากล่าว⁶⁷ การวางหลักกฎหมายในกรณีนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับหลักจิตวิทยามากกว่าหลักวิทยาศาสตร์ เรื่องสาบานตัวไม่มีอะไรไปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในทางวิทยาศาสตร์ว่าพยานจะไม่โกหกหรือจะไม่บิดเบือน แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการสาบานนี้ยังมีผลทางด้านจิตวิทยาต่อพยานส่วนใหญ่อยู่⁶⁸

⁶⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 445.

⁶⁷ ธานีรินทร์ กรชัยเชียร, ศาลกับพยานบุคคล (กรุงเทพมหานคร: นำอักษรการพิมพ์, 2521), หน้า 10.

⁶⁸ จรัญ ภักดีธนากุล, เรื่องเดิม, หน้า 445-446.

การสาบานกับการกล่าวปฏิญาณนั้นมีความหมายต่างกัน กล่าวคือ การสาบานนั้น ถ้อยคำที่ใช้ในการสาบานจะเป็นการสาปแช่งพยานที่เบิกความเท็จให้ประสบภัยพิบัติต่างๆ และ อวยชัยให้พยานที่เบิกความตามความจริง ทั้งนี้ โดยมีการอ้างถึงสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย เพื่อให้พยานมีความเกรงกลัวว่าถ้าพูดเท็จพยานอาจถูกสิ่งศักดิ์สิทธิ์ลงโทษ

คำสาบานที่ใช้อยู่ในศาลโดยมีหลายแบบ อาจยกมาเป็นตัวอย่างได้ดังนี้⁶⁹

“ข้าพเจ้าขอให้การต่อศาลด้วยความสัตย์จริงทุกประการ ถ้าข้าพเจ้าเอาความเท็จมากล่าวต่อศาล ขอให้ข้าพเจ้าตายไปอยู่ในเมืองนรกหมกไหม้ อยู่ในไฟไม่รู้ดับหมื่นกัปแสนกัลป์ ทุกขอนันตชาติ ให้หอกเท่าใบพายแทงหูซ้ายทะลุหูขวา ให้หมู่ท้าวเทวดาอันศักดิ์สิทธิ์ทั่วทั้งสากลโลก จงสาปแช่งให้ข้าพเจ้าได้รับแต่ความทุกข์ทรมานด้วยประการทั้งปวง หากข้าพเจ้าเอาความจริงมากล่าวต่อศาล ขอให้ข้าพเจ้าจงเจริญ”

ส่วนการกล่าวคำปฏิญาณนั้น เป็นการกล่าวให้คำมั่นว่าจะให้การตามความสัตย์จริง โดยไม่มีการอ้างถึงสิ่งศักดิ์สิทธิ์ให้สาปแช่งหรือลงโทษในกรณีกล่าวเท็จ เช่น อาจพูดว่า “ข้าพเจ้าขอให้คำปฏิญาณต่อศาลว่าข้าพเจ้าจะให้การตามความสัตย์จริงทุกประการ” ทั้งนี้ การที่จะให้พยานสาบานตนหรือกล่าวคำปฏิญาณ ย่อมอยู่ในอำนาจศาลที่จะพิจารณาเห็นสมควร ซึ่งการกล่าวคำปฏิญาณก็มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการสาบานตนและการกล่าวคำปฏิญาณจะใช้แทนการสาบานในกรณีที่พยานนั้นมีความเชื่อทางศาสนา หรือไม่ถือจารีตประเพณีใด หรือศาสนาหรือจารีตประเพณีของพยานนั้นมีข้อห้ามมิให้สาบาน หรือรู้คู่ความตกลงกันยอมให้พยานปฏิญาณแทนการสาบานได้⁷⁰ ปกติการสาบานหรือปฏิญาณนี้ต้องทำตามลัทธิศาสนาหรือจารีตประเพณีของพยาน เช่น ถ้าเป็นพุทธศาสนิกชนอาจสาบานโดยอ้างพระรัตนตรัย ถ้าเป็นคริสตศาสนิกชนอาจสาบานต่อหน้าพระผู้เป็นเจ้า เป็นต้น

การสาบานหรือปฏิญาณนี้เป็นกระบวนการพิจารณาที่มีความสำคัญมากประการหนึ่ง แม้บางคนจะถือเป็นเพียงพิธีการที่จะทำให้บุคคลเกรงกลัวต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ในสมัยโบราณ ซึ่งใช้ไม่ได้ผลแล้วในปัจจุบันก็ตาม แต่ก็ยังเป็นที่ยึดกันว่า การสาบานจะต้องมีผลต่อการเบิกความของพยานไม่มากนักน้อย และเมื่อนำไปประกอบกับความศักดิ์สิทธิ์ของบรรยากาศในห้องพิจารณาและการถามค้านของฝ่ายตรงข้ามแล้ว ก็น่าจะเป็นหลักประกันที่เพียงพอแล้วว่าพยานจะเบิกความด้วยความสัตย์จริง⁷¹

⁶⁹ เข็มชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 360-361.

⁷⁰ วรณชัย บุญบำรุง และ ธนกร วรปรัชญากุล, เรื่องเดิม, หน้า 303.

⁷¹ เข็มชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 360.

คำเบิกความต่อศาลโดยไม่มีการสาบานหรือปฏิญาณ ข่มขู่เสียเปล่า ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ถ้าขณะเริ่มเบิกความพยานมิได้สาบานตน แต่เมื่อเบิกความจบแล้วจึงกล่าวคำสาบานหรือปฏิญาณต่อศาล ดังนี้ ถือว่ามีการสาบานหรือปฏิญาณโดยชอบแล้วใช้รับฟังเป็นพยานได้

ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นต้องสาบานหรือปฏิญาณตน โดยนำหลักเกณฑ์ของการสาบานของพยานบุคคลมาใช้บังคับนั้น มีความไม่เหมาะสม เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญจะเบิกความในเรื่องทางศาสตร์ความรู้ ความเชี่ยวชาญที่ตนมีความเชี่ยวชาญเพื่อให้ข้อมูลต่อศาล ไม่เหมือนการให้การของพยานบุคคลทั่วไปที่ให้การตามเหตุการณ์ที่ตนประสบพบเห็นมา และในกระบวนการถามของทนายก็เป็นคำถามแค่ใช่หรือไม่ ไม่เปิดโอกาสให้อธิบาย เมื่อการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งแตกต่างจากการเบิกความของพยานบุคคล วิธีการสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณที่นำมาใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่เหมือนกับพยานบุคคลทั่วไป จึงอาจทำให้เกิดความไม่สบายใจได้ เพราะการสาบานต้องกล่าวถึงครอบครัว ทำให้มีผลกระทบทางจิตใจ อีกทั้งการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญนั้น เป็นการเข้ามาเพื่อให้คำปรึกษาแก่ศาลในความรู้ความเชี่ยวชาญที่ตนเองมี โดยมีได้เข้ามาโดยการอ้างของคู่ความฝ่ายใด ดังนั้นจึงมีความน่าเชื่อว่าจะเบิกความโดยมีความเป็นกลางอยู่แล้วเพราะมิได้มีผลประโยชน์ได้เสียกับคดีที่ตนเข้ามาให้ความเห็นแต่อย่างใด ซึ่งถ้าคู่ความมีความเห็นว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมีผลประโยชน์ได้เสียในคดี หรือไม่มีความเป็นกลางก็สามารถคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ตั้งแต่แรกอยู่แล้ว ดังนั้นเมื่อกฎหมายได้บัญญัติให้มีการสาบานของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้เป็นพิเศษในวรรคสอง เพราะสาเหตุอันเนื่องมาจากการที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ไม่ใช่พยานบุคคลทั่วไปจึงนำมาตรา 112 มาใช้บังคับไม่ได้แล้ว ก็ควรมีการบัญญัติวิธีการสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะด้วย

นอกจากนี้ ในการทำความเข้าใจเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็มิได้มีบทบัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญต้องให้คำปฏิญาณเป็นลายลักษณ์อักษรว่าตนได้ทำความเห็นโดยสุจริต ดังนั้นจึงเกิดความแตกต่างในการตรวจสอบความน่าเชื่อถือในการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งที่ไม่ต้องมาศาลเพื่อเบิกความประกอบหนังสือแสดงความเห็นของตน ทั้งๆที่ในทางปฏิบัติศาลมักจะกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งทำการทำความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาลก่อน และหากศาลเห็นว่าความเห็นในหนังสือนั้นยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอ ศาลจึงจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความแสดงความเห็นต่อหน้าศาล ซึ่งจะทำให้การปฏิญาณตนในศาลเป็นวิธีการที่เกิดขึ้นภายหลังจากการที่ผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเห็นเป็นหนังสือไปแล้ว

2. วิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีสิทธิพิเศษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 130 ที่บัญญัติว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ แล้วแต่ศาลจะต้องการ ถ้าศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำหนังสือนั้น หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดเรียกร้อง โดยทำเป็นคำร้อง ให้ศาลเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเพิ่มเติมเป็นหนังสือ หรือเรียกให้มาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา หรือให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญคนอื่นอีก

ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งจะต้องแสดงความเห็นด้วยวาจา หรือต้องมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา ให้นำบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม

โดยปกติผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง เพียงแต่ทำความเห็นเป็นหนังสือมาก็พอ⁷² ที่ว่าเป็นสิทธิพิเศษก็เพราะการสืบพยานเอกสารทั่วไปต้องมีบุคคลมาเบิกความประกอบ เพราะพยานเอกสารจะเกิดขึ้นเองไม่ได้ ต้องมีคนทำขึ้น ฉะนั้น จึงต้องสืบพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้ทำเอกสารนั้นประกอบเพื่อให้เห็นว่าเอกสารนั้นเกิดขึ้นอย่างไร แต่ในกรณีของการทำความเห็นเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนี้ไม่ต้องสืบพยานผู้ประกอบก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล⁷³

ในกรณีที่ศาลกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือ ผู้เชี่ยวชาญควรจัดทำให้น่าเชื่อถือ แสดงหลักวิชาการที่ชัดเจน มีหลักฐานอ้างอิง (Authority) สนับสนุนหนักแน่น แสดงขั้นตอนวิธีการตรวจเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องอย่างละเอียด รอบคอบ ได้ข้อมูลพื้นฐานที่ถูกต้อง แล้วจึงให้ความเห็นว่าข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีนั้นน่าจะเป็นอย่างไร และควรส่งสำเนารายงานความเห็นนั้นให้แก่คู่ความทุกฝ่ายตรวจสอบด้วย ถ้าไม่มีคู่ความฝ่ายใดติดใจในความเห็นนั้น และศาลก็พอใจในรายงานเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญแล้ว ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็ไม่ต้องไปเบิกความด้วยวาจาต่อหน้าศาลอีก ศาลสามารถใช้รายงานที่เป็นหนังสือเป็นพยานหลักฐานในคดีได้เลย แต่ถ้าศาลยังไม่พอใจในรายงานเป็นหนังสือ หรือคู่ความฝ่ายใดทำคำร้องขอให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความด้วยวาจา ศาลจะต้องเรียกให้พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นทำความเห็นเพิ่มเติม หรือเรียกให้มาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา หรือจะให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญคนอื่นมาให้ความเห็นอีกก็ได้ ในทางปฏิบัติแล้วศาลมักใช้วิธีเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญคนเดิมมาเบิกความอธิบายด้วยวาจามากกว่าวิธีอื่น⁷⁴

⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 560/2513, 1407/2513, 1260/2518, 338/2519.

⁷³ เจ่มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 406-407.

⁷⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 470.

โดยปกติศาลจะกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งทำความเห็นเป็นหนังสือ หากเรื่องที่ตรวจสอบไม่ยุ่งยากซับซ้อน เมื่อผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นเป็นหนังสือมาแล้วก็หมดภาระหน้าที่ แต่ถ้าความเห็นที่ส่งมาไม่ชัดเจนหรือไม่ครบถ้วน เมื่อศาลเห็นสมควรเองหรือเมื่อคู่ความขอร้อง ศาลอาจให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือส่งให้ศาลเป็นการเพิ่มเติม โดยไม่ต้องมาศาลก็ได้ ซึ่งศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่าเพียงแต่ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นไม่สมตามประสงค์ของจำเลย ไม่เป็นเหตุพอที่จะให้ผู้อื่นตรวจเอกสารหรือเรียกตัวผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในข้อที่ได้แสดงความเห็นไว้ชัดเจนแล้วนั้นอีก⁷⁵ และมีหลายคดีที่ผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเห็นเป็นหนังสือมาแล้ว ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าไม่จำเป็นต้องเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความรับรองหรืออธิบายด้วยวาจาหรือเบิกความประกอบอีก⁷⁶

ส่วนในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะต้องมาแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือต้องมาศาลเพื่ออธิบายเพิ่มเติมประกอบความเห็นที่เป็นหนังสือ จะต้องนำบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับ โดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 130 บรรทัดท้าย แต่การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญสามารถเบิกความโดยอ่านจากข้อความที่เขียนมาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 113 บัญญัติว่า “พยานทุกคนต้องเบิกความด้วยวาจา และห้ามไม่ให้พยานอ่านข้อความที่เขียนมา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ” เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญ ไม่ใช่เป็นพยานประสาเหตุผล ไม่เหมือนพยานบุคคล พยานบุคคลเป็นพยานประสาเหตุผลจึงจำเป็นต้องเบิกความเล่าเหตุการณ์ที่ตนประสบมาจากการทรงจำของตน ดูเอกสาร ไม่ได้ แต่พยานผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานทางวิชาการจะมาเบิกความจากหลักวิชา ไม่ใช่จากการประสบเหตุของเขา หลักวิชานั้นไม่จำเป็นจะต้องอยู่ในความทรงจำเท่านั้น หลักวิชานั้นอาจต้องอาศัยฐานข้อมูลที่มาเกินความจำ และต้องประกอบกับความรู้ความเข้าใจในอีกระดับหนึ่ง⁷⁷ ซึ่งปกติประเด็นที่จะมีการให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็นนั้น ข้อเท็จจริงมักจะยุติแล้ว หรือมีการพิสูจนกันโดยอาศัยพยานอื่น ดังนั้น การที่ผู้เชี่ยวชาญจะอ่านข้อความที่เตรียมบันทึกมาก็ไม่น่าจะทำให้คู่ความอีกฝ่ายเสียเปรียบแต่อย่างใด⁷⁸ และควรสังเกตว่า ผู้เชี่ยวชาญนั้นมีสิทธิที่จะเบิกความ

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1624/2511.

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1292-1293/2512, 1407/2513, 1260/2518, 338/2519, 451/2521.

⁷⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 448.

⁷⁸ มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 และ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2525), หน้า 625.

โดยอ่านข้อความที่บันทึกมาได้โดยไม่ต้องขออนุญาตศาลก่อนเหมือนพยานบุคคลทั่วไป⁷⁹ โดยหลักจึงยอมให้ผู้เชี่ยวชาญทั้งในคดีแพ่ง และในคดีอาญาเบิกความโดยเอกสารประกอบได้⁸⁰

3. การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 130 วรรคสองกำหนดให้กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งต้องแสดงความเห็นด้วยวาจา หรือต้องมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา โดยให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการสืบพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น ทำให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะต้องถูกซักถาม ถามค้าน และถามถึง เช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไปตามที่กฎหมายได้วางลำดับการซักถามพยานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 116 ถึงมาตรา 119 ดังนี้

1) ในเบื้องต้นหลังจากที่ผู้เชี่ยวชาญสาบานหรือปฏิญาณตนแล้ว ศาลจะถามพยานถึงชื่อ อายุ ตำแหน่งหรืออาชีพ ภูมิลำเนา พยานจบการศึกษา จบมถึงชั้นใด จากที่ไหน และพยานมีความรู้ความชำนาญ หรือประสบการณ์เกี่ยวกับเรื่องที่จะเบิกความเพียงใด โดยคำถามเหล่านี้เป็นคำถามเบื้องต้นเพื่อให้พยานแนะนำตัวเอง

2) เมื่อศาลถามให้พยานแนะนำตัวแล้ว ต่อจากนั้นศาลอาจปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้⁸¹

(1) ศาลเป็นผู้ถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเอง⁸² หมายความว่าศาลเป็นผู้ซักถามพยานถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่พยานมีความเห็นเกี่ยวกับคดีโดยใช้วิธีให้พยานเล่าเรื่องไปตามลำพัง หรือตอบคำถามของศาลก็ได้ตามแต่ศาลจะเห็นสมควร เมื่อศาลถามจบแล้วจึงจะให้คู่ความถามต่อไป แต่ตามปกติศาลมักจะไม่ว่เริ่มถามพยานก่อน

(2) ศาลให้คู่ความซักถามและถามค้านพยานไปทีละียว โดยศาลจะให้คู่ความทั้งสองฝ่ายซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ โดยศาลจะเป็นเพียงผู้ควบคุมการซักถามของคู่ความให้ดำเนินไปโดยถูกระเบียบและเรียบร้อยซึ่งเป็นการสะดวกแก่ทุกฝ่าย และถึงแม้ศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความซักถามพยานก่อน เมื่อคู่ความถามพยานเสร็จแล้ว ศาลยังมีคำถามใดที่ต้องการจะถามพยานอีก ก็ย่อมถามได้⁸³

⁷⁹ เจ่มชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 363-364.

⁸⁰ จริญ ภักดิธนานกุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 448.

⁸¹ เจ่มชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 368-369.

⁸² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 116.

⁸³ มาตรา 119.

การถามค้านเป็นการซักถามเพื่อทำลายน้ำหนักคำพยานของฝ่ายตรงข้าม และเพื่อให้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏแต่เพียงบางส่วนหรือไม่เคยปรากฏเลยปรากฏชัดขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่รูปคดีของตน การถามค้านไม่ตกอยู่ในบังคับของข้อห้ามใช้คำถามนำ ดังนั้น การถามค้านจึงใช้คำถามนำได้ การถามค้านพยานบุคคลนอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการทำลายน้ำหนักพยานนั้น และเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงอื่นซึ่งเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ถามแล้ว ยังอาจใช้ถามเพื่อตั้งประเด็นไว้ และนำพยานอื่นมาสืบภายหลังเพื่อหักล้างหรือเปลี่ยนแปลงถ้อยคำพยานบุคคลที่กำลังเบิกความ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 89 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดอันมีหน้าที่นำพยานมาสืบภายหลังประสงค์จะสืบพยานของตน (ก) เพื่อหักล้างหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขถ้อยคำพยานของฝ่ายที่นำสืบก่อน... ให้คู่ความฝ่ายที่ต้องนำพยานมาสืบภายหลังถามค้านพยานเช่นว่านั้นเสียในเวลาที่ยพยานเบิกความ”

นอกจากนี้การใช้คำถามในการซักถามพยาน ไม่ว่าจะเป็นการซักถามถามค้านหรือถามติง จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 118 วรรคสาม กล่าวคือ ห้ามไม่ให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถามพยานด้วย

(ก) คำถามอื่นไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี

(ข) คำถามที่อาจทำให้พยาน หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกต้องรับโทษทางอาญา หรือคำถามที่เป็นการหมิ่นประมาทพยาน เว้นแต่คำถามนั้นเป็นข้อสาระสำคัญในอันที่จะชี้ขาดข้อพิพาท เช่น ถามว่า พยานเคยประพฤติส่อเลาะทางเพศใช้หรือไม่ หรือพยานเป็นพวกรักร่วมเพศใช้หรือไม่ เป็นต้น หากคู่ความฝ่ายใดถามพยานด้วยคำถามเช่นนี้ พยานย่อมมีสิทธิจะไม่ตอบคำถามนั้นได้ และศาลย่อมสั่งห้ามมิให้ถามคำถามเช่นนั้นอีกต่อไป

โดยผู้เขียนเห็นว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติให้นำบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่า ด้วยพยานบุคคลมาใช้โดยอนุโลมกับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง การซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 118 วรรคแรกด้วย โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวห้ามมิให้คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานนั้น ใช้คำถามนำต่อพยาน เว้นแต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาล ซึ่งคำถามนำ คือ คำถามที่แนะคำตอบให้พยานอยู่ในตัว โดยผู้ตอบต้องตอบเพียงคำเดียวว่า ใช่หรือไม่ใช่เท่านั้น⁸⁴ แต่ในเมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญที่เข้ามาในกระบวนการพิจารณา โดยศาลเห็นสมควร มิใช่การอ้างของคู่ความ จึงเกิดปัญหาว่าเมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นไม่ได้เข้ามาจากการกล่าวอ้างของคู่ความ คู่ความจึงมีสิทธิในการใช้คำถามนำกับผู้เชี่ยวชาญได้ เพราะไม่

⁸⁴ มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 และ 2 เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2524), หน้า 634. และ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524), หน้า 13.

ต้องห้ามตามมาตรา 118 วรรคแรก นอกจากนั้นการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นมีลักษณะในการให้ความเห็นที่เป็นความรู้ความเชี่ยวชาญ มีการใช้คำศัพท์เฉพาะด้านและในบางครั้งก็ยากที่จะตอบคำถามของทนายในลักษณะของคำถามนำที่เปิดโอกาสให้ผู้เชี่ยวชาญตอบคำถามได้เพียงใช่หรือไม่เท่านั้นซึ่งการตอบคำถามในลักษณะนี้จะไม่เปิดโอกาสให้ผู้เชี่ยวชาญได้อธิบายเหตุผลประกอบเลย

โดยในระหว่างที่พยานเบิกความตอบคำถามของคู่ความอยู่นั้น ศาลอาจจะถามพยานด้วยคำถามใดๆ ก็ได้ที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อให้คำเบิกความของพยานบริบูรณ์หรือชัดเจนยิ่งขึ้น หรือเพื่อสอบสวนถึงพฤติการณ์ที่ทำให้พยานเบิกความเช่นนั้น นอกจากนี้ แม้พยานจะเบิกความตอบคำถามคู่ความเสร็จไปแล้ว ศาลยังมีอำนาจจะทำการสืบพยานเพิ่มเติมได้อีกดังนี้⁸⁵

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีลักษณะแตกต่างกับพยานบุคคลอยู่หลายประการ นอกจากเป็นผู้ให้ความเห็น ซึ่งโดยปกติความเห็นจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงยังไม่เป็นที่ยุติ หรือข้อเท็จจริงยังรอคำวินิจฉัยของศาลอยู่ ดังนั้น จึงอาจมีการให้ความเห็นโดยสมมุติข้อเท็จจริงขึ้นมาก่อน หรืออาจมีการให้ความเห็นสำหรับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปหลายๆ ทางไว้ด้วย กรณีเช่นนี้เมื่อศาลฟังข้อเท็จจริงต่างไปจากข้อเท็จจริงซึ่งใช้เป็นพื้นฐานให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็น ความเห็นนั้นก็ย่อมเสียไป การกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานสำหรับการให้ความเห็นให้เป็นที่แน่นอนเสียก่อนจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ

การกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานสำหรับการให้ความเห็นอาจไม่มีปัญหายุ่งยากหากผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงนั้นด้วย หรือพยานทั้งสองฝ่ายเบิกความเกี่ยวกับข้อเท็จจริงไปในทางเดียวกัน ก่อนที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาออกความเห็น ดังนี้ย่อมถือข้อเท็จจริงไปตามที่ผู้เชี่ยวชาญหรือพยานของทั้งสองฝ่ายเบิกความถึงได้ แต่ถ้าพยานเบิกความขัดแย้งกัน หรือบางคนเบิกความมีข้อแม้หรือเงื่อนไข บางคนกลับคำเมื่อถูกถามค้านกรณีเช่นนี้จะกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็นได้อย่างไร ทางปฏิบัติอาจมีการสมมุติข้อเท็จจริงขึ้นให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็นด้วย

เนื่องจากคุณสมบัติ บุคลิก ความรู้ความชำนาญและประสบการณ์ของพยาน เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งทำให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญน่าเชื่อถือ⁸⁶ เพราะฉะนั้นตอนเริ่มต้นซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ศาลจะเป็นผู้ซักถามเบื้องต้นเกี่ยวกับความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก่อน เช่น พยานจบการศึกษาอบรมถึงขั้นใด จากที่ไหน และพยานมีความรู้ความชำนาญ หรือประสบการณ์เกี่ยวกับเรื่องที่จะเบิกความเพียงใด หากพยานมี

⁸⁵ เข็มชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 370-373.

⁸⁶ โสภณ รัตนการ, เรื่องเดิม, หน้า 488.

จุดอ่อนตรงไหน ไม่ว่าในเรื่องการศึกษา ความรู้ความสามารถ คุณสมบัติ หรือเรื่องอื่นใด อันจะทำให้ความเห็นของพยานไม่มีน้ำหนักหรือไม่น่าเชื่อถือ ฝ่ายตรงกันข้ามก็จะถามค้านเรื่องเหล่านี้เป็นพิเศษยิ่งกว่าพยานบุคคลทั่วไป

การถามค้านผู้เชี่ยวชาญขึ้นอยู่กับวิธีการซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ถ้าผู้ซักถามถามพยานด้วยการสมมุติข้อเท็จจริง ผู้ถามค้านอาจจะต้องกำหนดข้อเท็จจริงให้ชัดเจนลงไปหรือถ้าผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงเองด้วยก็อาจมีการถามค้านเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นด้วย อาจมีการถามโดยเปลี่ยนข้อเท็จจริง เพื่อทดสอบว่าจะมีความเห็นแตกต่างกันออกไปอย่างไร อาจมีการถามค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญ เพื่อทดสอบความน่าเชื่อถือในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้วย หากผู้เชี่ยวชาญเคยให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องเดียวกันมาก่อน ซึ่งไม่ตรงกับความเห็นในคดีปัจจุบัน ก็อาจมีการนำความเห็นครั้งก่อนมาถามค้านได้ อาจมีการนำตำราหรือหนังสืออ้างอิงมาสอบถาม เพื่อแสดงว่าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญขัดแย้งกับตำราหรือหนังสืออ้างอิง นอกจากนั้นมีการถามค้านเพื่อแสดงให้เห็นอคติของผู้เชี่ยวชาญ หรือเพื่อแสดงว่าผู้เชี่ยวชาญได้รับค่าธรรมเนียมสูงเป็นพิเศษอย่างไร อาจมีการถามค้านให้ผู้เชี่ยวชาญเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลซึ่งให้เป็นพื้นฐานในการให้ความเห็น และถ้าข้อเท็จจริงไม่เป็นเช่นนั้น หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะเปลี่ยนไปในทางใด ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมีเหตุผลเหมาะสมหรือน่าเชื่อถือเพียงใดและวิธีการที่ใช้ในการตรวจสอบหรือทดสอบเพื่อให้ได้มาซึ่งความเห็นนั้นเป็นที่ยอมรับหรือได้มาตรฐานทางหลักวิชาการหรือไม่เพียงใด⁸⁷

ในประเทศไทยแม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายแต่เนื่องจากได้รับอิทธิพลเรื่องกฎหมายพยานหลักฐานจากประเทศอังกฤษ ซึ่งอยู่ภายใต้อิทธิพลของระบบกล่าวหา ซึ่งคู่ความมีบทบาทหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณา กำหนดขอบเขตและความเป็นไปของคดี ศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเป็นเพียงผู้ควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมาย ไม่ได้มีบทบาทในเชิงรุกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการค้นหาความจริงในคดี ทำให้ประเทศไทยมีรูปแบบการซักถามพยาน การถามค้าน การถามถึง เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ซึ่งทนายความของคู่ความเป็นผู้ดำเนินการถามพยานด้วยตนเอง และมีการถามค้านถามถึงพยาน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการมีบทบาทหลักของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ศาลไทยจะเป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้เข้ามาให้ความเห็นในคดีแต่เมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาเบิกความต่อศาล ศาลจะเป็นผู้ซักถามเบื้องต้นเกี่ยวกับความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก่อนเท่านั้น แต่การถามค้าน ถามถึงผู้เชี่ยวชาญ หรือการถามความเห็นอื่นใดของผู้เชี่ยวชาญ ศาลมักจะให้เป็นหน้าที่

⁸⁷ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 489.

ของกลุ่มความในการที่จะถามค้าน ถามตั้งผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้อง นักกับสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ถูกแต่งตั้งโดยศาลและผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งได้รับมอบหมายหน้าที่จากศาล ไม่ใช่พยานของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จึงไม่ควรที่จะนำหลักการถามพยานบุคคลทั่วไปมาใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

2.7 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลทั่วไปที่มีผู้เชี่ยวชาญ

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนอกจากจะมีความแตกต่างจากพยานบุคคลทั่วไปตรงที่เป็นบุคคลซึ่งมิได้เบิกความจากความทรงจำถึงข้อเท็จจริงที่ประสบพบเห็นมาแต่จะให้ความเห็นตามความรู้ ความเชี่ยวชาญของตนเพื่อพิสูจน์ประเด็นข้อพิพาทข้อใดข้อหนึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีความแตกต่างทั้งในเรื่องการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี การเสนอพยานหลักฐานต่อศาล วิธีเบิกความในศาลและการรับฟังพยานหลักฐานของศาล ดังนี้

2.7.1 การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี

การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของพยานบุคคลทั่วไปนั้นจะเข้าสู่กระบวนการได้ก็ต่อเมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะอ้างอิงบุคคลนั้นมาเป็นพยาน โดยจะต้องระบุชื่อและที่อยู่ของบุคคลนั้นในบัญชีระบุพยาน ซึ่งต้องยื่นต่อศาลก่อนวันสืบพยานอย่างน้อย 7 วัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 เมื่อคู่ความได้อ้างอิงบุคคลนั้นไว้ในบัญชีพยานแล้วเมื่อถึงกำหนดเวลาที่ตนจะต้องนำพยานเข้าสืบ คู่ความก็จะต้องนำบุคคลที่ตนอ้างเป็นพยานมาศาล ถ้าพยานนั้นเต็มใจที่จะสละเวลามาเบิกความเป็นพยาน คู่ความก็นำพยานนั้นมาด้วยตนเอง โดยไม่ต้องขอหมายของศาล ซึ่งส่วนมากมักจะได้แก่พยานที่เป็นตัวความ หรือเป็นญาติพี่น้องกับตัวความ พยานที่คู่ความนำมาศาลเองนี้เรียกว่า “พยานนำ” แต่ถ้าพยานเป็นบุคคลอื่นซึ่งมิได้มีความสัมพันธ์กับตัวความ หรือการมาเป็นพยานอาจทำให้เขาต้องลาออกจากงาน ทำให้เขาไม่เต็มใจจะมาเป็นพยาน ซึ่งก็จะทำให้เกิดความขัดข้องแก่คู่ความฝ่ายที่ต้องการจะอ้างบุคคลนั้นเป็นพยาน และที่สุดอาจทำให้รูปคดีเขาเสียหาย ทั้งนี้เพราะคู่ความไม่มีอำนาจใดจะไปบังคับพยานให้มาศาลได้ ดังนั้นถ้าคู่ความต้องการที่จะขอให้ศาลเรียกบุคคลใดเข้ามาเป็นพยานก็ต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 106 ที่บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่สามารถนำพยานของตนมาศาลได้เอง คู่ความฝ่ายนั้นอาจขอต่อศาลก่อนวันสืบพยาน ให้ศาลออกหมายเรียกพยานมาศาลได้ โดยศาลอาจให้คู่ความฝ่ายนั้นแถลงถึงความเกี่ยวพันของพยานกับข้อเท็จจริงในคดี

อันจำเป็นที่จะต้องออกหมายเรียกพยานดังกล่าว และต้องส่งหมายพร้อมสำเนาคำแถลงของผู้ขอให้พยานรู้ล่วงหน้าอย่างน้อยสามวัน...” การขอหมายเรียกพยานนี้ ต้องทำเป็นคำขอให้ศาลออกให้ แต่ทางปฏิบัติคู่ความมักจะขอแบบพิมพ์หมายเรียกพยานไปเขียนเองแล้วจึงนำมายื่นพร้อมคำขอเพื่อให้ศาลลงนามและประทับตราในหมายเรียกพยานที่คู่ความต้องขอให้ศาลออกหมายเรียกมาเป็นพยานนี้เรียกว่า “พยานหมาย”⁸⁸

เมื่อพยานได้รับหมายเรียกจากศาลแล้ว พยานก็จะต้องไปเบิกความที่ศาล ทั้งนี้ก็เพราะตามปกติบุคคลทุกคนที่อยู่ในประเทศไทย และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องมีหน้าที่ในฐานะเป็นพลเมืองอยู่ประการหนึ่ง คือ เมื่อถูกอ้างเป็นพยานโดยหมายเรียกของศาลแล้ว จะปฏิเสธไม่ได้ จำต้องไปเป็นพยานที่ศาล ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ถ้าปล่อยให้การมาศาลของพยานเป็นเรื่องของความสมัครใจของแต่ละคน โดยไม่มีสภาพบังคับแล้ว ถ้าบุคคลผู้ถูกอ้างเป็นพยานไม่ยอมมาศาล ศาลก็จะไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีให้เกิดความยุติธรรมได้ ทั้งนี้เพราะการมาเป็นพยานที่ศาลย่อมทำให้เกิดความไม่สะดวก และต้องงดกิจกรรมหรือการงานของบุคคลนั้นไว้ชั่วคราว ถ้าไม่มีกฎหมายบังคับคงหาคนที่เต็มใจมาเป็นพยานได้ยาก ดังนั้น จึงต้องถือว่าการที่บุคคลจะต้องไปเบิกความให้ความสัตย์จริงแก่ศาล ก็เพื่อรักษาความยุติธรรมแก่สังคมซึ่งเป็นหน้าที่ของพลเมืองต้องทำ ดังนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 108 จึงบัญญัติว่า “พยานที่ได้รับหมายเรียกโดยชอบดังที่บัญญัติไว้ในสองมาตราก่อนนั้น จำต้องไป ณ สถานที่และตามวันเวลาที่กำหนดไว้...” ผู้ใดได้รับหมายเรียกพยานแล้วไม่ยอมมาศาล ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 170 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดขัดขืนหมายหรือคำสั่งของศาลให้มาให้ถ้อยคำ ให้มาเบิกความ หรือให้ส่งทรัพย์สิน หรือเอกสารใดในการพิจารณาคดี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁸⁹

ส่วนผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีโดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 129 บัญญัติว่า

“ในการที่ศาลจะมีคำสั่งให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวในมาตรา 99 โดยที่ศาลเห็นสมควรหรือโดยที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ นั้น

(1) การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเช่นนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาล แต่ศาลจะเรียกคู่ความมาให้ตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นก็ได้ แต่ศาลจะบังคับบุคคลใดให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ นอกจากบุคคลผู้นั้นได้ยินยอมลงชื่อเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ในทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้ว”

⁸⁸ เจ็มซัย ชูติวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 350-352.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 364.

โดยถ้าศาลเป็นผู้แต่งตั้งเอง ศาลจะแต่งตั้งเมื่อใดก็ได้ในระหว่างที่ยังมีการพิจารณาคืออยู่ในกรณีที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเอง โดยปกติศาลย่อมแต่งตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้รับขึ้นทะเบียนผู้มีความรู้ความสามารถในสาขาวิชาการต่างๆ ไว้มากมาย ศาลอาจตั้งไปได้เลยโดยไม่ต้องสอบถาม เพราะศาลอาจบังคับให้ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญได้อยู่แล้ว แต่ในทางปฏิบัติถ้าผู้ที่ศาลแต่งตั้งมีเหตุขัดข้อง หรือเห็นว่าตนเองอาจถูกคัดค้านได้ก็อาจถอนตัวต่อศาลได้เช่นกัน

ส่วนในกรณีที่คู่ความขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้น คู่ความจะต้องระบุไว้ในบัญชีระบุพยานและมีคำขอให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 วรรคหนึ่ง ซึ่งในกรณีที่คู่ความขอในศาลตั้งนั้น โดยปกติคู่ความย่อมระบุชื่อผู้ที่ขอให้ศาลแต่งตั้งมาด้วยเนื่องจากการที่คู่ความจะขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ใดเป็นผู้เชี่ยวชาญ ก็ย่อมต้องติดต่อทบทวนผู้นั้นไว้ก่อนแล้ว ผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้เชี่ยวชาญจึงเข้ามาโดยสมัครใจ ไม่มีการบังคับกันแต่อย่างใด ดังที่กฎหมายกำหนดว่าศาลจะบังคับผู้ใดให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ เช่นเดียวกันกับกรณีที่ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจากบัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล เนื่องจากการมาให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่ใช่กรณีของพยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์ ซึ่งในฐานะพลเมืองดีมีหน้าที่ต้องมาบอกความต่อศาล ผู้เชี่ยวชาญเป็นแต่ผู้บอกความเห็น ผู้เชี่ยวชาญที่มีขึ้นทะเบียนไว้ อาจมีความเห็นว่าตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่จะต้องบอกความเห็นต่อศาลเพียงพอ หรือมีเหตุขัดข้องประการอื่น ดังนั้นการบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญต้องมาเป็นพยานโดยไม่สมัครใจจึงไม่เป็นผลดีกับคดีแต่ประการใด

2.7.2 การเสนอพยานหลักฐานต่อศาล

แม้ศาลจะได้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญแล้ว แต่ถ้าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไม่เป็นที่น่าพอใจหรือผู้เชี่ยวชาญไม่มีความรู้ความสามารถที่จะให้ความเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีได้ ศาลอาจเปลี่ยนตัวผู้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและตั้งผู้ผู้เชี่ยวชาญคนอื่น โดยศาลเห็นสมควรหรือคู่ความร้องขอก็ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 130 วรรคหนึ่ง หรือในกรณีที่ผู้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งถูกคู่ความคัดค้านหรือผู้เชี่ยวชาญมีส่วนได้เสียในคดีดังกล่าว ศาลก็สามารถแต่งตั้งผู้ผู้เชี่ยวชาญคนใหม่ได้

ซึ่งการที่ผู้ผู้เชี่ยวชาญสามารถถูกเปลี่ยนตัวได้เนื่องจากความสำคัญของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งต่อคดีคือการให้ความเห็นที่มีประโยชน์โดยใช้ความรู้ ความเชี่ยวชาญของตนต่อรูปคดี แก่ศาลซึ่งผู้ที่ได้รับการศึกษาอบรมฝึกฝนเช่นเดียวกัน ย่อมมีความรู้ในศาสตร์นั้นใกล้เคียงกัน ดังนั้นผู้ผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ในศาสตร์สาขาเดียวกัน ย่อมสามารถให้ความเห็นต่อศาลในสาระสำคัญได้ใกล้เคียงกัน จึงไม่ใช่คุณสมบัติที่เป็นการเฉพาะตัว ซึ่งมีความแตกต่างจากพยาน

บุคคลทั่วไปโดยสิ้นเชิงเนื่องจากเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งของพยานบุคคลก็คือ พยานบุคคลต้องเป็นประจักษ์พยาน เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวกับเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้น มาด้วยตนเองโดยตรง มิได้เป็นเพียงรับฟังคำบอกเล่ามาจากคนอื่นหรืออ่านจากข้อความที่คนอื่นเขียนเอาไว้ จึงเป็นการรับทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงไม่สามารถให้บุคคลอื่นมาให้การเบิกความในศาลแทนได้จึงไม่สามารถเปลี่ยนตัวพยานบุคคลทั่วไปได้เหมือนกับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งที่เบิกความตามความรู้ความเชี่ยวชาญและความเห็นของตนต่อศาล

2.7.3 การเบิกความในศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กล่าวถึงพยานบุคคลในมาตรา 95 ว่าจะต้องเป็นพยานที่สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ และต้องเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยินหรือทราบข้อความเกี่ยวกับเรื่องที่จะมาเบิกความด้วยตนเองโดยตรง ดังนั้นเมื่อมองในแง่ที่ว่าพยานหลักฐานคือสิ่งที่ให้ข้อเท็จจริงต่อศาลแล้ว ตัวพยานบุคคลเอง ถ้าอยู่เฉยๆ ไม่เบิกความ ศาลก็หาอาจได้ข้อเท็จจริงอะไรไม่ได้ เมื่อพยานเบิกความศาลจึงจะได้ข้อเท็จจริงจากคำเบิกความของพยาน ดังนั้นการเบิกความของพยานบุคคลจึงถือว่าเป็นสิ่งที่ให้ข้อเท็จจริงต่อศาล โดยแท้ ด้วยเหตุดังกล่าวพยานบุคคลแม้โดยทั่วไปจะหมายถึงตัวบุคคลผู้ไปเบิกความต่อศาลแต่ย่อมหมายความรวมถึงคำเบิกความของพยานบุคคลด้วย

การเบิกความของพยานบุคคลทั่วไปนั้นมีสาระสำคัญดังนี้⁹⁰

1. พยานบุคคลทั่วไปต้องเบิกความด้วยวาจาและจากความจำ

โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 113 บัญญัติว่า “พยานทุกคนต้องเบิกความด้วยวาจา และห้ามไม่ให้อ่านข้อความที่เขียนมา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ” โดยสาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้พยานบุคคลต้องเบิกความด้วยวาจาเนื่องจากปกติคนเราย่อมถามและตอบกันด้วยวาจา การสอบถามพยานและการตอบคำถามของพยานก็ต้องทำด้วยวาจาเช่นกัน จะเบิกความด้วยวิธีอื่น เช่น เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือใช้เครื่องอัดเสียงด้อยคำที่จะเบิกความมาเปิดให้ศาลฟังมิได้ ทั้งนี้เพื่อให้ศาลมีโอกาสพิจารณาลำดับเหตุการณ์ที่พยานเบิกความถึง ตลอดจนกริยาท่าทางขณะเบิกความเพื่อประกอบการชั่งน้ำหนักคำพยานด้วย แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นบางกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น กรณีที่อ้างคนไข้ หรือคนหูหนวกเป็นพยาน อาจใช้วิธีถามและให้พยานตอบโดยวิธีเขียนหนังสือ หรือจะใช้ถามติดต่อกับพยานโดยแสดงกริยาท่าทางแล้วให้ล่ามแปลกริยาท่าทางของคนไข้มาเป็นคำเบิกความก็ได้ และคำเบิกความ

⁹⁰ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 354-355.

ของบุคคลชนิดนี้แม้จะเกิดจากการเขียนหนังสือหรือแสดงท่าทาง กฎหมายก็ถือเป็นพยานบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 96⁹¹

แม้กฎหมายจะไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงว่าพยานจะต้องเบิกความจากความจำ แต่การที่ห้ามไม่ให้พยานบุคคลอ่านข้อความที่เขียนมายอมแสดงอยู่ในตัวว่ากฎหมายประสงค์เช่นนั้น ทั้งนี้ก็เพราะหากยอมให้พยานบุคคลเบิกความโดยอ่านข้อความก็จะเป็นโอกาสที่จะปั้นแต่งพยานกันและยากแก่การที่จะจับผิดได้⁹² ในการเบิกความด้วยวาจา นั้น พยานบุคคลจะต้องเบิกความจากความทรงจำในอดีตของตน พยานบุคคลจะใช้วิธีจดข้อความเตรียมมาอ่านให้ศาลฟังไม่ได้ หรือพยานบุคคลจะนำบันทึกช่วยความจำมาเปิดดูขณะเบิกความไม่ได้ ทั้งนี้เพราะเป็นผู้ประสบพบเห็นข้อเท็จจริงนั้นมาโดยตรง จึงควรจะต้องจดจำเหตุการณ์นั้นได้ด้วยตนเอง ยิ่งเมื่อทนายหรือคู่ความฝ่ายที่อ้างตั้งคำถามเป็นการจำกัดประเด็นคำตอบลงไป ก็น่าจะต้องตอบคำถามได้หากตนรู้เห็นมาจริง ถ้าศาลยอมให้พยานอ่านข้อความที่เตรียมมา หรือสามารถนำบันทึกที่เตรียมไว้ขึ้นมาดู เวลาตอบคำถามได้แล้ว ก็จะทำให้มีการเตรียมชักซ้อมพยานล่วงหน้าให้พยานมาเบิกความเท็จทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมาก

2. พยานบุคคลทั่วไปต้องเบิกความเกี่ยวกับข้อเท็จจริง มิใช่ข้อกฎหมายหรือความเห็น

ตามหลักของระบบคอมมอนลอว์ พยานซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาสามัญผู้เกี่ยวข้องจะเบิกความเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ตนรู้เห็นมาเท่านั้น จะไม่ยอมให้พยานกล่าวถึงความเชื่อ การนึกเดาหรือคาดคะเนและพยานไม่อาจให้ความเห็น ซึ่งแม้กฎหมายของไทยยังไม่ชัดเจนในเรื่องนี้ แต่การสืบพยานเป็นการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของคู่ความ ดังนั้นพยานบุคคลทั่วไปจึงต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงเท่านั้น จะเบิกความเกี่ยวกับความเห็นอย่างพยานผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ สำหรับความเชื่อและการเดาหรือการคาดคะเนซึ่งไม่ใช่เป็นการยืนยันข้อเท็จจริงย่อมไม่มีประโยชน์ที่ศาลจะให้สืบพยานในเรื่องเหล่านั้น ส่วนข้อสรุปเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในประเด็นของคดีนั้นเป็นเรื่องที่ศาลจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยเองว่าควรเชื่อหรือว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร

ส่วนการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมีสาระสำคัญดังนี้⁹³

⁹¹ เจริญชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 362-363.

⁹² โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 355.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 354-355.

1. ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้

การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมักถูกหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นอาจไม่ต้องไปเบิกความเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 130 บัญญัติว่า “ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ แล้วแต่ศาลจะต้องการ...” โดยปกติศาลจะกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งทำความเห็นเป็นหนังสือ หากเรื่องที่ตรวจสอบไม่ยุ่งยากซับซ้อน เมื่อผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นเป็นหนังสือมาแล้วก็หมดภาระหน้าที่ แต่ถ้าความเห็นที่ส่งมาไม่ชัดเจนหรือไม่ครบถ้วน เมื่อศาลเห็นสมควรเองหรือเมื่อคู่ความขอร้อง ศาลอาจให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือส่งให้ศาลเป็นการเพิ่มเติม โดยไม่ต้องมาศาลก็ได้ และมีหลายคดีที่ผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเห็นเป็นหนังสือมาแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่จำเป็นต้องเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความรับรองหรืออธิบายด้วยวาจาหรือเบิกความประกอบอีก⁹⁴ โดยการที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่ต้องมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเองนั้นถือเป็นสิทธิพิเศษ เพราะการสืบพยานเอกสารทั่วไปต้องมีบุคคลมาเบิกความประกอบ เนื่องจากพยานเอกสารจะเกิดขึ้นเองไม่ได้ ต้องมีคนทำขึ้น ฉะนั้น จึงต้องสืบพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้ทำเอกสารนั้นประกอบเพื่อให้เห็นว่าเอกสารนั้นเกิดขึ้นอย่างไร⁹⁵ แต่กรณีของการทำความเห็นเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนี้ไม่ต้องสืบพยานบุคคลประกอบ⁹⁶

แม้บทบัญญัติมาตรา 130 จะเปิดช่องให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือได้ แต่ในกรณีที่ศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือนั้นหรือเมื่อคู่ความเรียกร้อง ศาลอาจเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในศาลประกอบหนังสือนั้นด้วยวาจาได้ โดยในการเบิกความประกอบความเห็นที่มาเป็นหนังสือนั้น ผู้เชี่ยวชาญจะอ่านข้อความที่เขียนมาก็ได้ โดยเป็นข้อยกเว้นตามบทบัญญัติมาตรา 113 ที่บัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถเบิกความโดยอ่านข้อความที่เขียนมาได้⁹⁷ ทั้งนี้เพราะปกติผู้เชี่ยวชาญไม่ได้เบิกความจากความทรงจำที่ได้ประสบพบเห็นเหตุการณ์มา แต่ผู้เชี่ยวชาญเบิกความโดยการออกความเห็นในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่ง ซึ่งปกติประเด็นที่จะมีการให้พยานผู้เชี่ยวชาญออกความเห็นนั้น ข้อเท็จจริงมักจะยุติแล้ว หรือมีการพิสูจนกันโดยอาศัยพยานอื่น ดังนั้น การที่ผู้เชี่ยวชาญจะอ่านข้อความที่เตรียมบันทึกมาก็ไม่น่าจะทำให้คู่ความอีกฝ่ายเสียเปรียบแต่อย่างใด และควรสังเกตว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นมีสิทธิที่จะเบิกความโดยอ่านข้อความที่บันทึกมาได้โดยไม่ต้องขออนุญาตศาลก่อนเหมือนพยานบุคคลทั่วไปด้วย

⁹⁴ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 355.

⁹⁵ โชค จารุจินดา, “กฎหมายลักษณะพยาน,” วารสารกฎหมาย 3, 3 (กันยายน 2520): 138.

⁹⁶ เจ็มซัย ชุติวังศ์, เรื่องเดิม, หน้า 363.

⁹⁷ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 356.

2. ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเบิกความให้ความเห็นต่อศาลได้

การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญนั้น สามารถเบิกความในลักษณะเป็นการให้ความเห็นต่อศาลได้ ตามที่มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตไว้ และเป็นการให้ความเห็นเพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะต้องชัดเจน มีข้อมูล ข้อเท็จจริง การทดลองหรือหลักวิชาการที่น่าเชื่อถือเป็นรากฐานในการออกความเห็น มิใช่เป็นเพียงคำทำนายหรือการคาดหมายความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะมีคุณค่าแค่ไหนขึ้นอยู่กับลักษณะของคดีว่ามีความจำเป็นต้องให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ เนื่องจากโดยปกติผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ให้ความเห็น มิใช่เป็นผู้ให้ข้อเท็จจริง การให้ความเห็นก็เป็นการแสดงถึงความน่าจะเป็นไปได้หรือไม่ได้ การให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ จึงไม่จำเป็นต้องเป็นการยืนยันว่าจะต้องเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างแน่นอนเสมอไป

2.7.4 การรับฟังพยานหลักฐานของศาล

การรับฟังพยานหลักฐานโดยพิเคราะห์ถึงสภาพของพยานนั้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แบ่งแยกพยานหลักฐานออกตามวิธีการนำสืบเป็น 4 ประเภทคือ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ⁹⁸ แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง จึงขอเปรียบเทียบเฉพาะความแตกต่างระหว่างพยานบุคคลทั่วไปกับพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ซึ่งนอกจากจะมีความแตกต่าง 3 ประการข้างต้นแล้ว หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานทั้ง 2 ชนิดก็มีความแตกต่างกัน ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

พยานบุคคล หมายถึงบุคคลที่มาให้การด้วยปากต่อหน้าศาล และได้มาเบิกความต่อหน้าศาลในฐานะพยาน โดยการรับฟังพยานบุคคลนั้นมีเงื่อนไขดังนี้⁹⁹

1. ความสามารถที่จะเป็นพยาน

บุคคลที่ประสบพบเห็นเหตุการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงในคดีนั้นมิใช่ว่าจะเข้าเบิกความเป็นพยานต่อศาลได้ทุกคนเสมอไป จะต้องพิจารณาด้วยว่า บุคคลนั้นมีความสามารถที่จะเป็นพยานหรือไม่หรืออีกนัยหนึ่ง บุคคลนั้นอยู่ในฐานะที่น่าเชื่อถือเพียงพอที่กฎหมายจะอนุญาตให้เข้าเบิกความเป็นพยานหรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่บุคคลนั้นสามารถที่จะตอบคำถามได้...” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรานี้แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดคุณลักษณะของบุคคลที่จะเป็นพยานไว้คือ

⁹⁸ เจิมชัย ชูติวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 155.

⁹⁹ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 351.

1) สามารถเข้าใจคำถามได้ ตามปกติการสืบพยานบุคคลในศาลนั้น กฎหมายให้ใช้วิธีถามตอบ โดยตัวความ ทนายความหรือศาลจะตั้งคำถามถามพยาน แล้วให้พยานตอบคำถามนั้น ดังนั้น คุณลักษณะประการแรกของพยานบุคคลทั่วไปก็คือ จะต้องเข้าใจคำถามที่ตัวความ ทนายความหรือศาลถาม สำหรับคนหูหนวกเป็นใบ้ หรือชาวต่างชาติที่ฟังภาษาไทยไม่เข้าใจนั้นก็ สามารถเป็นพยานในศาลได้¹⁰⁰

2) สามารถตอบคำถามได้ ตามปกติการสืบพยานบุคคล พยานต้องตอบคำถามด้วยวาจา แต่ถ้าพยานตอบคำถามด้วยวาจาไม่ได้ เช่น เป็นใบ้ ก็อาจใช้วิธีเขียนหนังสือหรือวิธีอื่นที่สมควรได้

2. พยานบุคคลต้องเป็นประจักษ์พยาน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95(2) บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่บุคคลนั้น...” (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง แต่ความในข้อนี้ให้ใช้ได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรือคำสั่งของศาลว่าให้เป็นอย่างอื่น...” เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งของพยานบุคคล ก็คือ พยานบุคคลต้องเป็นประจักษ์พยาน คือเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง มิได้เป็นเพียงรับฟังคำบอกเล่ามาจากคนอื่น หรืออ่านจากข้อความที่คนอื่นเขียนเอาไว้

เหตุผลสำคัญที่กำหนดให้ศาลรับฟังพยานบุคคลที่เป็นประจักษ์พยานก็เพราะประจักษ์พยานเท่านั้นที่จะเบิกความถึงรายละเอียดในเหตุการณ์ที่ประสบพบเห็นมา ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้จะทำให้ศาลสามารถชั่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานได้ดีขึ้นว่า พยานได้พบเห็นเหตุการณ์ที่เบิกความมาจริงหรือไม่ ในขณะที่พยานซึ่งรับฟังคำบอกเล่ามาจากคนอื่นย่อมไม่สามารถเล่ารายละเอียดของเหตุการณ์ที่เขาไม่ได้ประสบมาให้ฟังได้

3. พยานบุคคลจะต้องเบิกความในลักษณะยืนยันข้อเท็จจริงที่ตนประสบพบเห็นมา มิใช่เบิกความตามความคิดเห็นของตน

เงื่อนไขข้อนี้ ในคอมมอนลอว์ เรียกว่า Opinion Rule หรือกฎการรับฟังพยานความเห็น ซึ่งวางหลักเกณฑ์ห้ามรับฟังความเห็นของบุคคลธรรมดา ทั้งนี้โดยทฤษฎี พยานบุคคลจะต้องทำหน้าที่เป็นสื่อหรือตัวกลางในการนำเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้าสู่สำนวนของศาล โดยผ่านกระบวนการสัมผัส (Perception) จดจำ (Memory) และถ่ายทอด (Expression) ดังนั้น ใน

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 46.

การถ่ายทอดข้อมูลที่ตนประสบพบเห็นมา พยานบุคคลไม่พึงเจือปนความเห็นส่วนตัวของตนลงไปในคำเบิกความ เพราะหน้าที่ประเมินข้อมูลจากการเบิกความเป็นหน้าที่ของศาล

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 (2) มิได้บัญญัติถึงเงื่อนไขข้อนี้ไว้โดยแจ้งชัด แต่ก็พอจะตีความได้ว่า พยานบุคคลจะต้องเบิกความตามข้อเท็จจริงที่ตนได้เห็น ได้ยิน หรือได้ทราบมาด้วยตนเองโดยตรง จึงไม่รวมถึงการเบิกความตามความเห็นของตน

แต่หลักการห้ามรับฟังพยานความเห็นดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กล่าวคือ ถ้าสิ่งที่พยานบุคคลจะเบิกความนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจพูดให้ศาลเข้าใจได้เว้นแต่จะใช้การสรุปข้อเท็จจริงตามความเห็นของตน หรือข้อเท็จจริงบางอย่างคนทั่วไปสื่อสารรับทราบกันโดยการแสดงความเห็น เช่นนี้ศาลย่อมรับฟังความเห็นของพยานบุคคลได้ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้¹⁰¹

- 1) ความเห็นในความคล้ายคลึงหรือเหมือนกันของตัวบุคคลหรือวัตถุ (Identity)
- 2) ความเห็นประกอบข้อความหมิ่นประมาท พยานแสดงความเห็นได้ว่าเขาเข้าใจว่าคำพูดหรือข้อความหมิ่นประมาทนั้นหมายถึงใคร แต่ศาลจะไม่รับฟังคำเบิกความของพยานที่แสดงความเห็นว่าเขาเข้าใจว่าคำพูดหมิ่นประมาทมีความหมายอย่างไร
- 3) ความเห็นเรื่องลายมือเขียนหนังสือ หรือลายมือชื่อ เหตุที่ศาลรับฟังก็เพราะในระหว่างคนที่เขียนหนังสือติดต่อกันอยู่เสมอ นั้น ย่อมเป็นธรรมดาที่จะมีความเคยชินกับลายมือเขียนหนังสือหรือลายมือชื่อของคนที่ติดต่อกัน
- 4) ความเห็นเรื่องภาวะแห่งจิตใจหรือร่างกาย เรื่องอายุ ราคา ระยะทาง ความเร็ว หรือเรื่องอื่นๆ ที่คนทั่วไปสื่อความหมายกันทางความเห็น ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่บุคคลย่อมรับรู้กัน โดยการคาดคะเนด้วยความรู้ที่มีอยู่ประจำตัวคนทุกคนอันเกิดจากการที่คนต้องผ่านพบมาเสมอๆ

พยานบุคคลซึ่งไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งในสามประการที่กล่าวมา ย่อมต้องห้ามไม่ให้รับฟังพยาน

ส่วนผู้เชี่ยวชาญเป็นบุคคลซึ่งมาเบิกความในลักษณะแสดงความเห็น มิใช่เกิดจากการประสบพบเห็นข้อเท็จจริงและนำมาเล่าให้ศาลฟังอย่างในกรณีของพยานบุคคลทั่วไป ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญจึงไม่มีปัญหาว่าจะได้พบเห็นข้อเท็จจริงมาด้วยตนเองหรือไม่ดังเช่นพยานบุคคล นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญยังหมายความว่า ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญซึ่งทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

การรับฟังผู้เชี่ยวชาญมีเงื่อนไขดังนี้

1. ประเด็นข้อพิพาทเป็นปัญหาซึ่งคนธรรมดาไม่อาจตัดสินได้โดยใช้ความรู้ ความสามารถ หรือประสบการณ์ในชีวิตประจำวันของวิญญูชน เพราะประเด็นนั้นเกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือวิทยาการเฉพาะแขนง ซึ่งจะตัดสินได้ก็แต่เฉพาะโดย

¹⁰¹ เจิมชัย ชุตินวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 155-156.

ผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลจะไม่ยอมรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่สามารถตัดสินได้ โดยความรู้ของคนธรรมดาสามัญ

2. แม้ว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะไม่มีบทบัญญัติกำหนดคุณสมบัติไว้ เช่นเดียวกับพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 นั้น แต่ก็พออนุมานได้ว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็ต้องเป็นบุคคลที่ผู้เชี่ยวชาญมีความรู้ความชำนาญในสาขาวิชาการแขนงที่เป็นปัญหา ความรู้ความชำนาญนี้อาจจะได้มาจากการศึกษาเล่าเรียนจนได้ปริญญา หรือประกาศนียบัตร หรือหนังสือรับรองอื่นๆ หรืออาจได้จากการทำงานในสาขานั้นมาเป็นเวลานานจนมีความชำนาญเช่นเดียวกันกับผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้าง นอกจากนั้นแม้ในตัวอย่างกฎหมายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 จะระบุแขนงของศาสตร์ที่จะมีความรู้ผู้เชี่ยวชาญได้ว่า ได้แก่ ศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการทำงานที่ทำ หรือกฎหมายต่างประเทศ ก็ไม่น่าจะถือว่าเฉพาะในศาสตร์เหล่านี้เท่านั้นที่จะมีผู้เชี่ยวชาญได้ ควรถือเป็นเพียงตัวอย่างที่กฎหมายยกมาให้อำนาจศาลและในปัจจุบันก็มีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่างๆ อยู่เสมอ เช่น ผู้เชี่ยวชาญตรวจพิสูจน์ลายมือชื่อ เงินตราปลอม อาวุธและกระสุนปืน ยาเสพติด ฯลฯ¹⁰²

ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับ การตรวจสอบพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญด้วย ถ้าหากได้ตรวจสอบ โดยครบถ้วนหรือเพียงพอ ความเห็นที่ให้ก็จะมีย่านน้ำหนักมากขึ้น เช่น การตรวจลายมือชื่อในเอกสารว่าเป็นลายมือชื่อของจำเลยหรือไม่ ก็จะต้องมีตัวอย่างลายมือชื่อที่มีปัญหาว่าปลอมหรือไม่ ถ้าจะให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงบางอย่างก็ต้องส่งข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วไปให้ ถ้าข้อเท็จจริงยังไม่ยุติก็อาจต้องสมมุติข้อเท็จจริงหลายๆ ข้อ ตามประเด็นที่ได้แย้งกัน ไปให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็น

หรือในการทำความเข้าใจของผู้เชี่ยวชาญ หากมีการอ้างอิงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอื่น ทฤษฎีหรือคำราชซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไป หรือมีการสนับสนุนด้วยการทดลอง ย่อมเป็นที่น่าเชื่อถือดีกว่าความเห็นของตนเอง โดยลำพัง นอกจากนั้นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะรับฟังได้เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับความสมเหตุสมผลของความเห็นนั้นด้วย คุณสมบัติ ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของพยานผู้เชี่ยวชาญ ก็มีผลทำให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญน่าเชื่อถือ ในกรณีที่ความเห็นหลายฝ่ายขัดกัน ศาลก็ต้องพิจารณาว่าความเห็นของฝ่ายไหนมีเหตุผลน่าเชื่อถือกว่ากัน กรณีที่ความเห็นขัดแย้งกับพยานหลักฐานอื่น ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าจะเชื่อพยานความเห็นหรือเชื่อพยานอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเห็นนั้นขัดกับข้อเท็จจริงที่ประจักษ์พยานได้รู้เห็นมา กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นที่เกิดจากการตรวจสอบหรือทดลองนั้น

¹⁰² โชค จารุจินดา, “กฎหมายลักษณะพยาน,” วารสารกฎหมาย 3, 3 (พฤศจิกายน 2521): 138-139. และ เริงธรรม ลัดพลี, “ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ชำนาญการพิเศษ และผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ,” วารสารกฎหมาย 5, 2 (กันยายน 2523): 122-123.

ถ้าได้แสดงหลักการตรวจสอบ หรือวิธีการทดลองตามหลักวิชาการ และสามารถทำให้ศาลตรวจสอบความเห็นของผู้เชี่ยวชาญได้ด้วย ก็ย่อมทำให้ความเห็นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น พยานทางวิทยาศาสตร์โดยปกติจะต้องมีผู้เชี่ยวชาญมาอธิบายข้อมูลหรือผลของการทดลองให้ศาลฟัง ซึ่งอาจจะต้องมีการอธิบายหลักวิทยาศาสตร์ด้วย จึงจะทำให้ความเห็นของพยานน่าเชื่อถือ ผลการทดลองทางวิทยาศาสตร์ศาลจะรับฟังเป็นยุติหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับการยอมรับของวงการวิชาการ หรือวิชาชีพที่เกี่ยวข้องนั่นเอง รวมถึงการโต้แย้งของฝ่ายตรงกันข้ามด้วย



บทที่ 3

หลักการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งตามกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อได้ศึกษาความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญ วิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี และการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในบทที่ 2 มาแล้ว ลำดับต่อไปจะได้ศึกษาหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอว์และประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ว่ามีความเหมือน ความแตกต่าง และมีส่วนใดที่มีความใกล้เคียงกันทั้งในเรื่องสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง และการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่ง รวมทั้งสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งของต่างประเทศว่ามีสถานะเป็นพยานหลักฐานประเภทหนึ่งหรือไม่ อย่างไร

3.1 ระบบชีวิลลอว์

ระบบชีวิลลอว์ ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรือดลสืบพยาน ทั้งนี้เพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงใกล้เคียงความจริงมากที่สุด ทำให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก และในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมัน และ ประเทศฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติว่าด้วยการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะ จึงไม่ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการนำสืบพยานบุคคลมาใช้บังคับ โดยอนุโลมดังเช่นของประเทศไทย

3.1.1 ประเทศเยอรมัน

กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของประเทศเยอรมันที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลแพ่งนั้น ไม่ค่อยมีความเคร่งครัดมากนักและมีความยืดหยุ่นในการรับฟังพยานหลักฐานของศาลค่อนข้างมาก ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในกำหนดรูปแบบการพิจารณาคดีได้อย่างกว้างขวาง โดยการตัดสินใจว่าพยานหลักฐานใดสามารถที่จะรับฟังได้และสามารถเข้ามาเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีได้ และมาตรฐานในการชักนำพยานหลักฐานของศาลก็ไม่ได้มีความเคร่งครัดมากนัก⁹³

⁹³ Lord Slynn of Hadley, German Law and Legal System (Vancouver: Blackstone Press Limited, 1993), p.156.

ในกฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานของศาลเพิ่มขึ้นหลายมาตรา ซึ่งหลักการดังกล่าวก็มีความสำคัญเทียบเท่ากับหลักของความยุติธรรมทางธรรมชาติ (National Justice) ที่เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดการรับฟังพยานหลักฐานของกลุ่มประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่นำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีแห่งของศาลประเทศเยอรมันนั้นเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ⁹⁴

1. หลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิของคู่ความในการโต้แย้งคำสั่งของศาล
2. หลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิของคู่ความให้มีความเท่าเทียมกันในการเตรียมพยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ในคดี การรวบรวมหลักฐานและการแสวงหาหลักฐานที่ใช้ในการสู้คดี
3. หลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิของคู่ความในการต่อสู้คดีอย่างเป็นทางการ โดยหลักเกณฑ์เหล่านี้ได้ถูกบัญญัติขึ้น โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของสิทธิก่อน แล้วจึงเริ่มบัญญัติถึงกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดีในศาลรวมถึงการสืบพยานหลักฐานต่างๆ ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายในการกำหนดสิทธินี้ได้ถูกบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมันในมาตรา 101-103⁹⁵

กระบวนการพิจารณาคดีของศาลแห่งในประเทศเยอรมันนั้น เน้นไปที่ผู้พิพากษาที่จะเป็นผู้กำหนดทิศทางในการนำสืบพยานหลักฐาน การตั้งคำถาม การพิจารณาคดีโดยรวม เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยเที่ยงธรรม ปราศจากความลำเอียงตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 136 กระบวนการพิจารณาคดีในประเทศเยอรมันนั้นเป็นระบบไต่สวนและเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายดังนั้นการพิจารณาคดีจึงเป็นหน้าที่ของศาลในการที่จะช่วยคู่ความในการค้นหาความจริง ซึ่งจะมีความแตกต่างอย่างมากกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา อย่างในประเทศอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา โดยในความเป็นจริงแล้วก็เป็นการผลิตผลสืบกันตรงที่ว่ากระบวนการพิจารณาความนั้นมีที่มา โดยเริ่มต้นจากคู่ความที่จะเป็นผู้ที่ต้องแสวงหาหลักฐานเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีเองก่อน⁹⁶

ในกระบวนการพิจารณาคดีหลัก (Main Hearing) เป็นการพิจารณาคดีที่ศาลจะเป็นผู้กำหนดประเด็นต่างๆ ในคดีว่ามีประเด็นใดบ้าง และเมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานในคดีนั้นเพียงพอในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว ศาลจะเป็นผู้กำหนดวันในการเริ่มทำการสืบพยานหลักฐาน ซึ่งตามปกติแล้วการกำหนดประเด็นในคดีของศาลจะใช้เวลาไม่เกินหนึ่งวัน ในระหว่างที่มีการนำสืบพยานหลักฐานเพื่อกำหนดประเด็นในการนำสืบ ศาลมีหน้าที่ที่จะต้อง

⁹⁴ Lord Slyn of Hadley, Ibid., p.158.

⁹⁵ Ibid., p.160.

⁹⁶ Ibid., p.158.

พิจารณาพยานหลักฐานทั้งหมดของคู่ความโดยละเอียดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 139 และจะต้องกำหนดให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้รับทราบถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในคดี โดยศาลจะเป็นผู้สรุปทั้งประเด็นที่เป็นข้อเท็จจริงและประเด็นในข้อกฎหมายและข้อโต้แย้งของทุกฝ่าย รวมทั้งพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารและข้อกฎหมายที่คู่ความทั้งสองฝ่ายมิได้ยกขึ้นมากล่าวอ้างในคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 278 โดยคู่ความมีหน้าที่เฉพาะการรับฟังการกำหนดประเด็นในคดีโดยศาล แต่ไม่สามารถเพิ่มข้อโต้แย้งใดๆ เพิ่มเติมได้อีกหลังจากที่ศาลได้ทำการกำหนดประเด็นในคดีแล้ว”

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 279 ได้บัญญัติกำหนดหน้าที่ของผู้พิพากษาว่าจะต้องทำการประนีประนอมก่อนการกำหนดประเด็นในคดีหรือก่อนที่มีการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งที่เกี่ยวกับคดีดังกล่าว หรืออาจชี้แจงให้คู่ความเห็นว่ามีความยากลำบากในกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อให้ได้มาซึ่งชัยชนะที่สมบูรณ์ โดยผลของการประนีประนอมระหว่างคู่ความก่อนที่ศาลจะทำการกำหนดประเด็นในคดีนั้น อาจมีผลลัพธ์เช่นเดียวกันกับคำพิพากษาของศาล แต่ถ้การประนีประนอมระหว่างคู่ความไม่อาจเกิดขึ้นได้ การรับฟังพยานหลักฐานและการกำหนดประเด็นในคดีของศาลก็จะดำเนินต่อไป⁹⁷

1. ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ผู้พิพากษาในประเทศเยอรมันเป็นผู้มีส่วนสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นผู้กำหนดวิธีและประเด็นการสืบพยานในศาล โดยการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของคู่ความแต่อย่างใด แต่ถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของศาลนั้นที่จะต้องเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและอยู่บนความเป็นธรรม นอกจากนี้ผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดว่าคดีใดมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น โดยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีและมีประโยชน์กับคดี และเป็นประเด็นที่ศาลไม่สามารถเข้าใจได้เองเพราะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพยายามให้คดีนั้นบรรลุข้อยุติเบื้องต้นของปัญหา”

เนื่องจากประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ศาลสามารถใช้ดุลพินิจสั่งให้มีการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้เองโดยที่ไม่ต้องมีคู่ความร้องขอ ทั้งนี้

⁹⁷ Lord Slyn of Hadley, Ibid., p.160.

⁹⁸ E.J.Cohn, Manual of German Law (New York: Oceana Publications, Inc., 1971), p. 224.

⁹⁹ Lord Slyn of Hadley, op.cit., p. 156.

เพื่อเป็นการค้นหาให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ตรงกับความเป็นจริงมากที่สุด ผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายเยอรมันจะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีได้โดยการแต่งตั้งของศาลเท่านั้น โดยผู้พิพากษาจะกำหนดประเด็นปัญหาที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องไปทำรายงานความเห็นมาเสนอศาล¹⁰⁰ และผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนี้จะไม่มีความเป็นพยานบุคคล (Witness) ในคดี หรือเป็นพยานของคู่ความฝ่ายใด ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจึงต้องวางตัวเป็นกลาง มีหน้าที่ในการให้ความเห็นในประเด็นในคดีแก่ศาลและไม่ให้ความเห็นในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 407¹⁰¹ ที่วางหลักว่า

1) บุคคลที่ศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญ มีหน้าที่ในการให้ความเห็นที่มีความจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อรูปคดี เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญใน วิทยาศาสตร์ ศิลปะ การค้า หรือการทำงานที่ทำ ซึ่งความเห็นนั้นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล

2) บุคคลใดที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้วมีหน้าที่จะต้องไปให้ความเห็นต่อศาลตามที่ศาลต้องการ

ผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่เป็นผู้ที่ช่วยศาลในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญของตน และจากหลักการทางวิชาการที่ตนมีความเชี่ยวชาญ มาใช้ในการค้นหาข้อเท็จจริงที่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเท่านั้นจึงจะวินิจฉัยได้และจากข้อเท็จจริงที่เฉพาะผู้เชี่ยวชาญสามารถจะวินิจฉัยได้นั้นได้นำไปสู่ผลสรุปโดยใช้หลักทางวิชาการ โดยศาลจะต้องตรวจสอบการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญและศาลไม่อาจวินิจฉัยคดีโดยฟังแต่เพียงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญโดยไม่ทำการตรวจสอบความเห็นดังกล่าวได้

ฐานะและคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญในคดีแพ่งกับคดีอาญาของประเทศเยอรมันนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้แตกต่างกัน โดยผู้เชี่ยวชาญในคดีแพ่งนั้นไม่มีฐานะเป็นพยานบุคคล (Witness) แต่มีฐานะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญโดยกฎหมายบัญญัติในเรื่องการนำสืบแยกต่างหากออกจากกันอย่างชัดเจนดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่ในคดีอาญานั้นมีผู้เชี่ยวชาญอีกประเภท

¹⁰⁰ Lord Slyn of Hadley, Ibid., p. 156.

¹⁰¹ German Code of Civil Procedure, section 407. Duty to give expert opinion;

(1) The person appointed as an expert shall comply with the appointment if he has an official appointment to render opinions of the required kind or if he is publicly engaged for gain the the science, art or trade, the knowledge of which is a prerequisite for the opinion or if he is officially appointed or authorized to engage in same.

(2) Also, a person who already declared that he is prepared to render an opinion before the court is obliged to do so.

หนึ่งนอกเหนือไปจากการเป็นผู้ช่วยศาล ซึ่งมีฐานะเป็นพยานบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ (Sachverstaendiger Zeuge) ซึ่งเป็นพยานบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษเป็นบุคคลที่คำเบิกความของเขาจะเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือสภาวะการณ์ใดๆ ในอดีตที่การรับรู้ข้อเท็จจริงหรือสภาวะการณ์ดังกล่าวต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมาตรา 85 จึงต้องนำวิธีการสืบพยานบุคคลมาใช้กับพยานบุคคลประเภทนี้¹⁰²

2. การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

เนื่องจากพยานบุคคลที่รู้ความนำมาเบิกความต่อศาล มักเกิดปัญหาว่าพยานบุคคลที่รู้ความฝ่ายใดกล่าวอ้างก็มักจะเบิกความโดยลำเอียงแก่คู่ความฝ่ายที่อ้างตนมาเป็นพยาน และมีปัญหาในการพิสูจน์ว่าการเบิกความของพยานผู้นั้นมีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อว่าเป็นการเบิกความที่ปราศจากอคติและเป็นพยานที่ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีหรือไม่ ดังนั้นพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปแบบเอกสารที่ได้จากการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือการรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารของศาลที่ไม่มีความโน้มเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใด จึงได้รับความนิยมนอย่างมากในกระบวนการพิจารณาคดีของประเทศเยอรมัน ซึ่งกระบวนการในการรวบรวมพยานหลักฐานของศาลก่อนที่จะมีการกำหนดประเด็นในคดีและการสืบพยานนั้นจะเป็นกระบวนการที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการรวบรวมพยานหลักฐานที่แน่นอน การรวบรวมพยานหลักฐานนี้ เมื่อได้พยานหลักฐานมาแล้วจะถูกรวบรวมไว้โดยเจ้าพนักงานศาลและเสนอต่อศาลในรูปแบบของการทำเป็นหนังสือ โดยการรวบรวมจะใช้วิธีการรับฟังพยานหลักหลักฐานทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับคดี การรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง การตรวจสอบโดยศาล การพิจารณาพยานเอกสาร และการสอบถามจากคู่ความ โดยกระบวนการนี้อยู่ภายใต้ดุลพินิจของผู้พิพากษาซึ่งจะเป็นผู้กำหนดว่าจะให้มีการรวบรวมหลักฐานต่างๆ ในทิศทางใด ซึ่งผู้พิพากษาที่รวบรวมพยานหลักฐานจะเป็นผู้พิจารณาหลักฐานเหล่านั้นก่อนที่จะทำการรวบรวมหลักฐานแล้วทำเป็นบันทึกที่อยู่ในรูปแบบของเอกสารแล้วจึงส่งให้เจ้าหน้าที่ของศาลเพื่อยื่นต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีนำไปใช้ในวันที่มีการกำหนดประเด็นในคดีหรือวันสืบพยานหลักฐาน¹⁰³ การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและการกำหนดจำนวนของผู้เชี่ยวชาญนั้นถือเป็นที่สุด โดยผู้พิพากษาที่รวบรวมพยานหลักฐานจะเป็นผู้รวบรวม

¹⁰² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันลักษณะพยานหลักฐาน,” จุลพาท 2, 55 (พฤษภาคม-ธันวาคม 2551): 184-185.

¹⁰³ Lord Slynn of Hadley, op.cit., pp.161-162.

พยานหลักฐานทั้งหมดที่เข้ามาในคดี รวมทั้งรับฟังพยานบอกเล่าทั้งหมด แล้วจึงใช้ดุลพินิจในการ ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเหล่านั้นและทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลใช้ในการสืบพยานหลักฐานต่อไป

3) การนำผู้เชี่ยวชาญมาศาล

เมื่อเปรียบเทียบระบบการพิจารณาคดีของประเทศเยอรมันที่อยู่ในกลุ่มประเทศ ที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) กับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) แล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้พิพากษาในประเทศเยอรมันจะมีบทบาทในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอย่าง มาก โดยผู้พิพากษามีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในการแสวงหาพยานหลักฐาน การเตรียม พยานหลักฐานให้กับคู่ความทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องชี้ให้คู่ความเห็นถึงความเชื่อมโยง และความสำคัญของพยานหลักฐานให้กับคู่ความ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติว่าจะเป็นการช่วยเหลือ คู่ความฝ่ายใด ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการชี้ให้คู่ความเห็นและตระหนักถึงปัญหาในข้อเท็จจริงและ ปัญหาในข้อกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีนั้น เพื่อที่จะให้คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถเข้าใจใน กระบวนการพิจารณาคดีและแนวทางในการตัดสินใจของศาลให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและเข้าใจ ถูกต้องตรงกันเพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งบทบาท ของศาลได้กระทำนั้นก็มีความสอดคล้องกับหลักของระบบซีวิลลอว์ที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาใน การที่มีอำนาจเหนือกระบวนการพิจารณาคดีและการสืบพยานหลักฐานของคู่ความได้¹⁰⁴

ผู้เชี่ยวชาญในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันนั้นจะ เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีได้ โดยการแต่งตั้งของศาลเท่านั้นตามมาตรา 404¹⁰⁵ และมาตรา 405¹⁰⁶ ดังนี้

¹⁰⁴ Nigel G., Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2002), p.243

¹⁰⁵ German Code of Civil Procedure, section 404. Selection of experts;

(1) The selection of the experts to be employed and their number is carried out by the trial court. It may be limited to the appointment of a single expert. It may appoint others to replace the expert first appointed.

(2) If there are officially appointed experts for certain kinds of expertise, other persons should only be selected if it is so required by special circumstances.

(3) The court may request the parties to indicate person who are suitable to be examined as expert witnesses.

มาตรา 404 วางหลักว่า

(1) ศาลจะเป็นผู้คัดเลือกและกำหนดจำนวนของผู้เชี่ยวชาญตามความจำเป็นในกระบวนการพิจารณาคดี การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล ศาลจะกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญในคดีเพียงคนเดียวหรือมากกว่านั้นก็ได้หรือศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญอีกคนหนึ่งมาแสดงความเห็นต่อศาลแทนผู้เชี่ยวชาญคนก่อนที่ศาลแต่งตั้งก็ได้

(2) การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง ต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ซึ่งความเห็นของบุคคลนั้นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นในคดีหรือโดยสภาวะการณ์พิเศษมีความจำเป็นที่จะต้องฟังความเห็นของบุคคลนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม

(3) ศาลจะเรียกคู่ความมาให้ตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นก็ได้

(4) ถ้าคู่ความสามารถตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นได้ ก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่ศาลจะเป็นผู้กำหนดรายชื่อของผู้เชี่ยวชาญให้คู่ความเลือกและศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนของผู้เชี่ยวชาญให้มีความเหมาะสมกับคดี

มาตรา 405 วางหลักว่า

ในการที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เป็นผู้กำหนดว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

ผู้เชี่ยวชาญในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันนั้น จะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีได้โดยการแต่งตั้งของศาลเท่านั้นตามมาตรา 404¹⁰⁷ และมาตรา 405¹⁰⁸ ดังนี้

(4) If the parties are in agreement with regard to certain persons as experts, the court shall accommodate such agreements; the court may, however, limit the choice of the parties to a certain number.

¹⁰⁶ Section 405. Selection by commissioned judge;

The trial court may authorize the judge entrusted with the taking of evidence to appoint the experts. In such a case, he shall exercise the powers conferred n the trial court by the preceding paragraphs.

¹⁰⁷ Section 404. Selection of experts;

นอกจากนี้ ในประเทศเยอรมันการที่ศาลจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลเพื่อมาให้ความเห็นด้วยวาจาประกอบหนังสือแสดงความเห็นของตนนั้น ผู้เชี่ยวชาญมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่มาศาลเพื่อให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยวาจาก็ได้ ซึ่งการปฏิเสธที่จะไม่ไปให้ความเห็นด้วยวาจาต่อศาลนั้นไม่มีกฎหมายลงโทษในทางอาญาเนื่องจากไม่มีลักษณะบังคับโดยการออกหมายเรียก แต่ผู้เชี่ยวชาญอาจโดนศาลสั่งให้เสียค่าปรับในการกระทำความผิดดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันดังนี้

มาตรา 408¹⁰⁹ สิทธิของผู้เชี่ยวชาญในการปฏิเสธที่จะไม่ให้ความเห็นต่อศาล

(1) The selection of the experts to be employed and their number is carried out by the trial court. It may be limited to the appointment of a single expert. It may appoint others to replace the expert first appointed.

(2) If there are officially appointed experts for certain kinds of expertise, other persons should only be selected if it is so required by special circumstances.

(3) The court may request the parties to indicate person who are suitable to be examined as expert witnesses.

(4) If the parties are in agreement with regard to certain persons as experts, the court shall accommodate such agreements; the court may, however, limit the choice of the parties to a certain number.

¹⁰⁸ Section 405. Selection by commissioned judge;

The trial court may authorize the judge entrusted with the taking of evidence to appoint the experts. In such a case, he shall exercise the powers conferred on the trial court by the preceding paragraphs.

¹⁰⁹ Section 408. Right to decline to give expert opinion;

(1) The same reasons (which entitle a witness to refuse to give evidence) entitle an expert to refuse to render an opinion. The court may also release an expert from the duty of rendering an opinion on their grounds.

(2) The special administrative procedure provisions are applicable for the examination of a judge, official or other person of the public service as an expert witness. As regards members of the federal or of a state government, the special regulations concerning them are applicable.

(1) ด้วยเหตุผลประการเดียวกันกับสิทธิของพยานบุคคลที่จะปฏิเสธในการให้การต่อศาล และด้วยสาเหตุดังกล่าวศาลอาจถอดถอนบุคคลนั้นจากการเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็ได้

(2) สิทธิในการปฏิเสธที่จะไม่ให้ความเห็นต่อศาลนี้ สามารถนำมาใช้โดยอนุโลมกับ ผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลในหน่วยงานทางราชการที่ถูกศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญด้วย

มาตรา 409¹¹⁰ ผลของการไม่มาศาล หรือการปฏิเสธที่จะไม่ให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

(1) ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ปฏิเสธที่จะไม่มาเบิกความต่อศาลหรือปฏิเสธที่จะไม่ให้ความเห็นต่อศาลนั้น ผู้เชี่ยวชาญจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นของตน ถ้ามีการกระทำผิดซ้ำอีกศาลอาจกำหนดค่าปรับให้สูงขึ้นกว่าเดิมก็ได้

(2) คำสั่งเช่นนี้ให้เป็นที่สิ้นสุด

แม้ว่าการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาพิพากษาคดีนั้น จะเป็นผู้กำหนดว่าบุคคลใดจะถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ตาม¹¹¹ แต่คู่ความก็สามารถคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 406¹¹² ที่วางหลักว่า

(3) A person who cooperated in a judicial decision shall not be examined as an expert concerning matters which formed the subject of the decision.

¹¹⁰ Section 409. Consequences of absence or refusal;

(1) In case of a failure to appear or of refusal by an expert obliged to render an opinion the costs caused thereby shall be imposed on him. At the same time, he shall be fined. IN case of repeated disobedience, another fine may be imposed.

(2) There is no recourse against the decision.

¹¹¹ Section 405. By Commissioned Judge;

The trial court may authorize the judge entrusted with the taking of evidence to appoint the experts. In such a case, he shall exercise the powers conferred on the trial court by the proceeding paragraphs.

¹¹² Section 406. Challenging of an expert witness

(1) ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจถูกคัดค้านด้วยเหตุผลเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษา หรือเหตุประการอื่นซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีไม่มีความยุติธรรม

(2) คู่ความที่คัดค้านการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล อาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล ถ้าทราบเหตุที่จะคัดค้านก่อนวันสืบพยาน ก็ต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนวันสืบพยาน หรือก่อนวันที่ผู้เชี่ยวชาญได้แสดงความเห็นเป็นหนังสือหรืออาจยื่นคำร้องคัดค้านภายหลังวันสืบพยานหลักฐานก็ได้ถ้าพิสูจน์ได้ว่าสาเหตุของการคัดค้านนั้น ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านได้ก่อนหน้าวันสืบพยานหลักฐานนั้น

(3) เหตุที่จะคัดค้านนั้นจะต้องเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป

(4) เมื่อมีการร้องคัดค้านขึ้น ให้ศาลหรือผู้พิพากษาที่ได้เป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นผู้ออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น โดยศาลไม่จำเป็นต้องฟังคำแถลงของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

(5) คำสั่งเช่นนี้ให้เป็นที่สุด

เมื่อได้มีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านแล้ว ห้ามมิให้มีการได้สวนเพิ่มเติมในเรื่องนี้อีก โดยคำสั่งเช่นนี้ให้เป็นที่สุด ยกเว้นเหตุในการคัดค้านใหม่นั้นเป็นคนละเหตุกับที่ได้เคยยื่นคัดค้านไว้ก่อนหน้านี้”

(1) An expert may be challenged for the same causes which justify the challenging of a judge. The fact that an expert was examined as a witness may not, however, serve as a ground for challenge.

(2) The petition for the challenge shall be entered with the court or judge by whom the expert was appointed, before his examination, and in case of giving an opinion in writing, before the submission of the opinion. The challenge is only admissible after this time when it is proved that the cause for challenge could not be asserted earlier. The petition of challenge may be placed on record at the registry.

(3) The cause for challenge shall be credibly justified, the party shall not be allowed to give a sworn affidavit.

(4) The decision is made by the court or judge specified in subparagraph (2); there is no need for an oral hearing of the interested parties.

(5) There is no further recourse against the decision by which the challenge is declared as well founded, but immediate appeal lies against the decision which declares that it is groundless.

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจถูกคู่ความยื่นคำร้องคัดค้านได้ ในกรณีที่ถ้าคู่ความฝ่ายใดเห็นว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความไม่เป็นกลาง¹¹³ โดยเหตุในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นประการเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง ที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ โดยผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการตัดสินใจปราศจากการถูกแทรกแซงจากคู่ความหรือองค์กรใดๆ โดยการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาของคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น คู่ความสามารถยื่นคำคัดค้านได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน มาตรา 42-49 โดยสาเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะต้องมีสาเหตุมาจากในกรณีที่คู่ความในคดีเห็นว่าผู้พิพากษาไม่มีความเป็นกลาง หรือมีผลประโยชน์ได้เสียในคดี ซึ่งอาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีขาดความยุติธรรมได้¹¹⁴

3) วิธีการแสดงความเห็นประกอบการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นอาจมีขึ้นตั้งแต่กระบวนการก่อนมีการพิจารณาคดีหรือการสืบพยานหลักฐานก็ได้ โดยในคดีแพ่งที่ไม่มีประเด็นที่ซับซ้อน(คดีมโนสำเนา) ศาลเยอรมันจะมีกระบวนการในการรวบรวมข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี ข้อกฎหมายและพยานหลักฐานต่างๆ ก่อนที่จะมีการพิจารณาคดีนั้น โดยผู้พิพากษาที่ได้รับมอบอำนาจจะเป็นผู้เลือกวิธีในการรวบรวมพยานหลักฐานโดยพิจารณาถึงประเด็นในคดีและหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความกล่าวอ้าง และศาลจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาในการรวบรวมพยานหลักฐานและเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมทั้งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีที่ศาลได้มอบหมาย¹¹⁵

บางครั้งศาลอาจมีคำพิพากษาคดีนั้นเลยโดยใช้พยานหลักฐานที่ได้ในกระบวนการนี้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาในศาลก็ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาคดีในศาล กระบวนการรวบรวมพยานหลักฐานในขั้นนี้ก็จะช่วยให้ศาลสามารถที่จะกำหนดประเด็นในคดีได้ชัดเจน แม่นยำมากขึ้น และมีข้อมูลของพยานหลักฐานที่มีความจำเป็นในคดีในเรื่องนั้นๆ ได้ ซึ่งกระบวนการนี้มีจุดประสงค์เพื่อที่จะทำให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ¹¹⁶

การเสนอความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในกระบวนการพิจารณาคดีนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันกำหนดไว้ดังนี้

¹¹³ E.J.Cohn, Ibid., p. 180.

¹¹⁴ Lord Slynn of Hadley, Ibid., p. 156.

¹¹⁶ E.J.Cohn, op.cit., p. 165.

มาตรา 403¹¹⁷ วางหลักว่า การเสนอความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น จะต้องเป็นการแสดงความเห็นในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีเท่านั้น

มาตรา 407¹¹⁸ หน้าที่ในการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ วางหลักว่า

(1) บุคคลที่ศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญ มีหน้าที่ในการให้ความเห็น ที่มีความจำเป็น เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีแก่ศาล เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในวิทยาศาสตร์ ศิลปะ การค้า หรือการทำงานที่ทำ ซึ่งความเห็นนั้นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล

(2) บุคคลใดที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้วมีหน้าที่จะต้องไปให้ความเห็นต่อศาลตามที่ศาลต้องการ

มาตรา 411¹¹⁹ การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือ วางหลักว่า

(1) ถ้าศาลมีคำสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งแสดงความเห็นเป็นหนังสือ ผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ต้องนำหนังสือที่แสดงความเห็นของตนนั้น ไปยื่นต่อศาล โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาในการแสดงความเห็นเป็นหนังสือ

¹¹⁷ German Code of Civil Procedure, section 403. Presentation of evidence;

The evidence shall be presented by indication of the points requiring expert opinion.

¹¹⁸ Section 407. Duty to give expert opinion;

(1) The person appointed as an expert shall comply with the appointment if he has an official appointment to render opinions of the required kind or if he is publicly engaged for gain the science, art or trade, the knowledge of which is a prerequisite for the opinion or if he is officially appointed or authorized to engage in same.

(2) Also, a person who already declared that he is prepared to render an opinion before the court is obliged to do so.

¹¹⁹ Section 411. Written opinions;

(1) If a written opinion is ordered, the expert shall deposit the opinion signed by him with the registry. The court may fix for him a time limit therefore.

(2) If the expert fails to comply with the time limit fixed for the rendering of his opinion, he may be fined. A warning must first be given with regard to the fine and an additional period fixed. In a case of repeated default, the fine may be imposed again in the same manner. 409 (2) applies mutatis mutandis.

(3) The court may order the appearance of the expert to explain his written opinion

(2) ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่สามารถแสดงความเห็นเป็นหนังสือได้ตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกปรับเนื่องจากเหตุดังกล่าว โดยการปรับด้วยเหตุดังกล่าว ศาลมีหน้าที่จะต้องเตือนให้ผู้เชี่ยวชาญทราบก่อนว่ามีหน้าที่ต้องแสดงความเห็นภายในระยะเวลาที่กำหนด

(3) ถ้าศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือนั้น ศาลอาจเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจาก็ได้

มาตรา 412¹²⁰ การแสดงความเห็นเพิ่มเติมเป็นหนังสือ วางหลักว่า

ถ้าศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือนั้น ศาลอาจสั่งให้ทำความเห็นเพิ่มเติมเป็นหนังสือก็ได้ โดยการทำความเห็นเพิ่มเติมเป็นหนังสือนั้น ศาลจะสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งคนเดิมหรือแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่มาทำความเห็นเพิ่มเติมขึ้นก็ได้

(1) ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก่อนถูกคัดค้านเป็นผลสำเร็จ ศาลอาจแต่งตั้งให้ผู้เชี่ยวชาญคนอื่นมาทำความเห็นแทนผู้เชี่ยวชาญคนก่อนที่ถูกคัดค้านก็ได้

มาตรา 569¹²¹ กระบวนการในการรวบรวมและจัดทำความคิดเห็นที่เป็นหนังสือยื่นต่อศาลวางหลักว่า

¹²⁰ German Code of Civil Procedure, section 412. New opinion;

(1) The court may order that a new opinion be rendered by the same or another expert if it considers the opinion is inadequate.

(2) The court may order that an opinion be given by another expert if an expert is successfully challenge after rendering his opinion.

¹²¹ Section 569. Filing of the complaint and its form;

(1) The complaint is filed in the court which, or the presiding judge of which, issued the contested decision; in urgent cases it can also be filed in the court before which the complaint is heard.

(2) The complaint is lodged by entering a statement of complaint. It can also be entered by a declaration for the record in the registry if the lawsuit in the first instance is or was not required to be conducted by lawyers, if the complaint concerns aid to defray legal fees, or if it is raised by a witness or expert.

การรวบรวมและจัดทำความคิดเห็นที่ทำเป็นหนังสือเพื่อยื่นต่อศาลนั้น ต้องยื่นต่อศาลก่อนมีการพิจารณาคดีหรือการสืบสืบพยานหลักฐาน หรือการกำหนดประเด็นในคดีของศาล ก็ได้

(1) วิธีในการนำเสนอความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ จะต้องทำเป็นหนังสือยื่นไว้ต่อแผนกทะเบียนของศาล

2) การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ

(1) การสาบานตนหรือการกล่าวคำปฏิญาณ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันได้บัญญัติวิธีการสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณสำหรับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้เป็นการเฉพาะต่างหากจากการสาบานของพยานบุคคลทั่วไป ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 410¹²² ที่วางหลักว่า

(1) ผู้เชี่ยวชาญต้องกล่าวคำปฏิญาณตนก่อนหรือหลังการให้ความเห็นของตนก็ได้ โดยสาระสำคัญในการกล่าวคำปฏิญาณนั้นต้องระบุถึงการที่ผู้ผู้เชี่ยวชาญจะให้หรือได้ให้ความเห็นของตนโดยปราศจากอคติ ความลำเอียง และแสดงความเห็นของตนโดยเป็นไปตามความรู้ ความเชี่ยวชาญของตน ในขณะที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์

(2) เมื่อผู้เชี่ยวชาญได้กล่าวคำปฏิญาณตนในการให้ความเห็นของตนโดยชอบแล้ว ถ้าศาลเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาอธิบายความเห็นเพิ่มเติมแก่ศาลอีก ก็ไม่จำเป็นต้องกล่าวคำปฏิญาณซ้ำอีก โดยบทบัญญัติดังกล่าวให้มีผลถึงการแสดงความเห็นเป็นหนังสือด้วย

ระบบการสืบพยานหลักฐานในประเทศเยอรมันที่เป็นระบบไต่สวนนั้น มีความแตกต่างจากประเทศอังกฤษที่เป็นระบบกล่าวหาอย่างมาก โดยเฉพาะในการสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณ เนื่องจากการสาบานมักไม่ค่อยถูกร้องขอให้กระทำในการสืบพยานหลักฐานในคดีแพ่งของประเทศเยอรมันที่สามารถสังเกตเห็นได้ชัดเจนจากบทบัญญัติในมาตรา 391-393 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ซึ่งต่อมาก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปีค.ศ. 1993 โดยได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงการกำหนดหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญที่จะต้องแสดงความเห็นโดยทำเป็นหนังสือ โดยการแสดงความเห็นนั้นต้องมีความ

¹²² German Code of Civil Procedure, section 410. Swearing in the expert witness;

(1) The expert shall take the oath before or after rendering his opinion. The wording of the oath indicates the expert will render or has rendered the opinion required of him free from bias and according to his best knowledge and conscience.

(2) If the expert is generally under oath for rendering opinions of the kind in question, a reference to the oath given shall be sufficient, it may also be declared in a written opinion.

นำเชื่อถือและต้องแสดงความเห็นในประเด็นในคดีที่ได้รับมอบหมายจากศาล โดยละเอียดและกระทำอย่างรอบคอบด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติใดๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันมาตรา 138 ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นสิ่งที่ได้เข้ามาแทนที่การสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลสั่งให้ทำความเห็นเป็นหนังสือไม่ถูกบังคับให้ต้องสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณในศาลเหมือนพยานบุคคลทั่วไป¹²³

(2) วิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ

ในกรณีที่ศาลยังไม่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือศาลยังติดใจในประเด็นบางประเด็นในรายงานความเห็นที่เป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญ ศาลอาจเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นที่ศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 407(2)¹²⁴ ที่วางหลักว่าบุคคลใดที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้วมีหน้าที่จะต้องไปให้ความเห็นต่อศาลตามที่ศาลต้องการ โดยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น ต้องมีประโยชน์ในการชี้ให้ศาลเห็นประเด็นในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ที่ศาลไม่สามารถตัดสินได้เอง โดยใช้ความรู้ความชำนาญของตนในการแสดงความเห็นนั้น และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 404(2)¹²⁵ ที่วาง

¹²³ Lord Slynn of Hadley, *Ibid.*, pp. 161-163.

¹²⁴ German Code of Civil Procedure, section 407. Duty to give expert opinion;

(1) The person appointed as an expert shall comply with the appointment if he has an official appointment to render opinions of the required kind or if he is publicly engaged for gain in the science, art or trade, the knowledge of which is a prerequisite for the opinion or if he is officially appointed or authorized to engage in same.

(2) Also, a person who already declared that he is prepared to render an opinion before the court is obliged to do so.

¹²⁵ Section 404. Selection of experts;

(1) The selection of the experts to be employed and their number is carried out by the trial court. It may be limited to the appointment of a single expert. It may appoint others to replace the expert first appointed.

(2) If there are officially appointed experts for certain kinds of expertise, other persons should only be selected if it is so required by special circumstances.

(3) The court may request the parties to indicate person who are suitable to be examined as expert witnesses.

หลักว่า “การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น บุคคลที่ถูกแต่งตั้งต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ซึ่งความเห็นของบุคคลนั้นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นในคดีหรือโดยสถานะการณ์พิเศษมีความจำเป็นที่จะต้องฟังความเห็นของบุคคลนั้น ศาลอาจแต่งตั้งให้บุคคลนั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ได้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม”

3.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นมีลักษณะที่ค่อนข้างแตกต่างกันมาก โดยในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งที่ค่อนข้างแบบกล่าวหา กล่าวคือ คู่ความมีบทบาทสำคัญและค่อนข้างมีอิสระในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการสืบพยานหลักฐาน ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์กลับมีกระบวนการพิจารณาคดีที่ค่อนข้างแบบไต่สวน กล่าวคือ ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการสืบพยานหลักฐาน

วิธีการสืบพยานบุคคลนับเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นชัดเจนถึงความแตกต่างกันของสองระบบดังกล่าว ศาลของทั้งสองระบบจะเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ทว่าในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์นั้น คู่ความจะมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมาก โดยทนายความของคู่ความแต่ละฝ่าย สามารถที่จะซักถามพยานได้โดยตรง ศาลจะทำหน้าที่เป็นเพียงเสมือนกรรมการผู้ตัดสินที่ไม่มีบทบาทในเชิงรุก¹²⁶ ซึ่งนักกฎหมายของประเทศในกลุ่มนี้ก็ได้ให้เหตุผลสนับสนุนว่า วิธีการดังกล่าวซึ่งเป็นการปล่อยให้คู่ความต่อสู้กันเองโดยอิสระนั้น จะสามารถช่วยให้ค้นหาความจริงจากพยานได้เป็นอย่างดี และจะช่วยควบคุมในกรณีที่พยานถูกสั่งให้ให้การเท็จหรือทำให้พยานไม่สามารถให้การโดยไม่สุจริตได้ด้วย ส่วนศาลเพียงแต่คอยควบคุมให้การสืบพยานหลักฐานเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น สำหรับบทบาทของศาลในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ลอร์ เช่น ฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันนั้น การซักถามพยานเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียว คู่ความไม่ค่อยจะมีบทบาทเท่าใดนัก ซึ่งนักกฎหมายของกลุ่มนี้ก็ได้ให้เหตุผลสนับสนุนว่า วิธีการดังกล่าวจะช่วยป้องกันไม่ให้คู่ความมีอิทธิพลต่อพยานอันจะทำให้พยานไม่สามารถให้การตามความเป็นจริงได้

(4) If the parties are in agreement with regard to certain persons as experts, the court shall accommodate such agreements; the court may, however, limit the choice of the parties to a certain number.

¹²⁶ Rene David, French Law (Louisiana: Louisiana State University Press, 1972), p.146.

แต่คดีแพ่งไม่ใช่เป็นเรื่องผลประโยชน์ของกลุ่มความเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งมีลักษณะที่สามารถช่วยให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องเป็นไปด้วยความรวดเร็วแล้ว ศาลก็ควรจะรีบบทบาทในการดำเนินการสืบพยานหลักฐาน เพื่อป้องกันไม่ให้คู่ความบิดเบือนจุดประสงค์ของการสืบพยานหลักฐาน หรือทำให้กระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าออกไป¹²⁷

ขอบเขตเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือการสืบพยานหลักฐานนั้นพอจะแบ่งได้ดังนี้คือ สิ่งที่จะต้องทำการสืบพยานหลักฐาน ผู้ที่ทำการสืบพยานหลักฐาน และวิธีการหรือรูปแบบของการสืบพยานหลักฐาน ซึ่งจุดประสงค์ที่แท้จริงของการสืบพยานหลักฐานนั้นก็เพื่อให้ศาลเกิดความเชื่อมั่นในพยานหลักฐานที่จะเป็นการพิสูจน์ให้ได้ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริง โดยการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวของศาลมิได้ตั้งอยู่บนดุลพินิจของศาลเท่านั้น แต่ต้องตั้งอยู่บนเหตุผลที่น่าเชื่อถือได้ อันเกิดจากพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือ สามารถพิสูจน์ได้เป็นสำคัญ ดังนั้น ความเป็นจริงตามกระบวนการยุติธรรมจึงอาจไม่ใช่ความเป็นจริงที่แท้จริงก็ได้ แต่เป็นความจริงที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹²⁸

ประเทศฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญกับพยานเอกสารเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ถ้าพยานเอกสารไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลสามารถมั่นใจหรือแน่ใจในข้อเท็จจริงได้แล้ว จึงจะนำวิธีการสืบพยานบุคคลหรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมาประกอบ วิธีการทั้งสองประการหลังนี้เรียกว่า “mesures d’instruction” ซึ่งหมายถึง มาตรการหรือวิธีการต่างๆ ที่ช่วยให้ศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงสำหรับการตัดสินใจคดี ซึ่งเป็นวิธีการหรือมาตรการที่ศาลได้มีคำสั่งตามคำขอของกลุ่มความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือตามที่ศาลเห็นสมควร เพื่อวัตถุประสงค์ให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่จำเป็นและเกี่ยวข้องสำหรับการตัดสินใจคดี เป็นกระบวนการที่ช่วยให้ศาลได้รับข้อเท็จจริงมากขึ้นในกรณีที่ข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานเอกสารยังไม่เพียงพอ หลักเกณฑ์ของ mesures d’instruction ในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมาจากการแก้ไขกฎหมายโดยรัฐกฤษฎีกา ซึ่งต่อมาได้ถูกนำมากำหนดไว้ในมาตรา 143 ถึงมาตรา 284 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ฉบับใหม่ หลักเกณฑ์ใหม่มีความแตกต่างกับหลักเกณฑ์สมัยเดิมดังนี้¹²⁹

¹²⁸ Dadomo, Christian and Farran and Susan, *The French Legal System*, 2nd ed. (London: Sweet and Maxwell, 1996), p. 295.

¹²⁹ วรณชัย บุญบำรุง, “การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส,” *ศุลพาห* (มกราคม-เมษายน): 49-52.

1. บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ.1806 มีมาตรการที่มีรูปแบบและขั้นตอนมากและเคร่งครัดจนเกินไป ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพและความรวดเร็วของการใช้มาตรการดังกล่าว

2. หลักการใหม่เกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวเป็นการที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้สอดคล้องกับหลักการทั่วไปเกี่ยวกับบทบาทของศาลและคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ได้มีการกำหนดเพิ่มบทบาทของศาลให้มีเชิงรุกมากขึ้น โดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้ควบคุมดูแลให้การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพและป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินการต้องล่าช้า

3. หลักการใหม่ได้กำหนดมาตรการต่างๆ เพิ่มมากขึ้น เช่น ในส่วนของการสืบพยานบุคคลก็ได้มีการกำหนดให้สามารถทำได้ทั้งกรณีสืบพยานบุคคลด้วยวาจาและด้วยการทำหนังสือยืนยันข้อเท็จจริง และยังมีวิวัฒนาการเรื่องผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีหลายรูปแบบ

ส่วนอำนาจของศาลในการพิจารณาสั่งเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่ามีความจำเป็นที่จะสั่งหรือเป็นประโยชน์แก่คดีหรือไม่ ถ้าเห็นว่าไม่จำเป็น ศาลก็ไม่ควรที่จะมีคำสั่งเพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและเพื่อไม่ให้คดีต้องล่าช้า ดุลพินิจของศาลในการสั่งนี้มีเงื่อนไขในการควบคุมการใช้ดุลพินิจอยู่ 3 ประการ คือ

1. มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี ดังจะเห็นได้จากการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 222 ได้กำหนดว่าในการสืบพยานบุคคล ศาลจะต้องกำหนดข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีในการสืบพยานบุคคลดังกล่าว เงื่อนไขในเรื่องนี้ก็เป็นไปตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องการสืบพยานนั่นเอง และตามแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้วางแนวทางมาโดยตลอดว่า ดุลพินิจของศาลล่างในปัญหาที่ว่ามาตรการ *mesures d'instruction* จะเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีหรือไม่นั้น จะไม่ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลสูงสุด เว้นเสียแต่ว่ามาตรการดังกล่าวมีผลทำให้คำคู่ความถูกบิดเบือน หรือการที่ศาลปฏิเสธไม่ใช้มาตรการดังกล่าวโดยอ้างกฎหมายสนับสนุนคำสั่งโดยผิดพลาด เป็นต้น

2. โดยหลักแล้ว *mesures d'instruction* จะสั่งได้ต่อเมื่อพยานเอกสารในคดีไม่เพียงพอที่จะสามารถตัดสินคดีได้ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 144 ซึ่งเป็นการนำแนวคำพิพากษาของศาลมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสให้ชัดเจน และเงื่อนไขในเรื่องนี้ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเช่นเดียวกัน

3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 146 ได้กำหนดเงื่อนไขว่า การที่จะมีคำสั่ง *mesures d'instruction* เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดนั้น จะต้องเป็นกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่ความไม่มีข้อมูลเพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ และการที่ข้อเท็จจริงไม่เพียงพอต้องไม่ได้เกิดจากความผิดพลาดของคู่ความฝ่ายนั้นด้วย จากหลักการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้มีการใช้มาตรการ *mesures d'instruction* ในลักษณะเป็นข้อยกเว้น

เท่านั้น โดยไม่ต้องการให้มีการใช้วิธีนี้เป็นเครื่องมือช่วยเหลือคู่ความฝ่ายที่ควรถูกดำเนิน เช่น ความผิดพลาดเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อ และไม่ต้องการให้มีการใช้มาตรการนี้เพื่อเป็นการลดภาระของคู่ความในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง

1. ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญ

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลนั้นเป็นเรื่องมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (Les mesures d'instruction) ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาของศาล โดยในประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกประเภทของผู้ชำนาญการไว้ตามลักษณะของข้อเท็จจริง ความยากง่าย ความซับซ้อนของข้อเท็จจริง ซึ่งแบ่งประเภทของผู้ชำนาญการเป็น 3 ประเภท คือ ผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริง (Le constatant) ผู้ให้คำปรึกษา (Le consultant) และผู้เชี่ยวชาญ (L'expert)

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส การตรวจสอบข้อเท็จจริง (Les constatations) มีความแตกต่างจากการให้คำปรึกษา (La consultation) และการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ (L'expertise) ที่ว่า ผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริง (Le constatant) จะเล่าสิ่งที่ตนได้ตรวจสอบพบจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งตนได้รับรู้

ส่วนการให้คำปรึกษา (La consultation) เป็นมาตรการที่อยู่ระหว่างการตรวจสอบข้อเท็จจริงและการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เพราะง่าย รวดเร็ว และประหยัดกว่าการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษา (Le consultant) จะเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในด้านที่ศาลต้องการอย่างชัดเจนและสามารถให้ความเห็นแก่ศาลได้ ผู้พิพากษาสามารถรับฟังความเห็นของผู้ให้คำปรึกษาได้โดยอาศัยเพียงการให้คำปรึกษาในเรื่องที่เป็นปัญหาที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญที่ไม่เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ซับซ้อนมากนัก แต่เรื่องดังกล่าวก็ไม่สามารถอาศัยเพียงการตรวจสอบข้อเท็จจริงพื้นฐานได้

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจะกระทำได้อันเนื่องมาจากการตรวจสอบข้อเท็จจริงและการให้คำปรึกษาไม่เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ผู้พิพากษาได้ การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจึงมีลักษณะเป็นบทเสริมเนื่องจากการดำเนินการที่เสียค่าใช้จ่ายสูงและเสี่ยงที่จะทำให้เกิดคดีต้องล่าช้า แต่อย่างไรก็ตาม หากมีประเด็นใดในคดีที่ผู้พิพากษาไม่สามารถใช้ความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ของตนเองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ก็ควรที่จะต้องแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อเข้ามาให้ความเห็นในประเด็นนั้นๆ เพื่อช่วยไขความกระจ่างแก่ศาลและเพื่อความยุติธรรมแก่คู่ความทุกฝ่ายด้วย

หน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญ (L'expert) และพยานบุคคลนั้นบางครั้งใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะในกรณีที่พยานถูกเรียกให้มาเบิกความเนื่องจากมีความรู้ความชำนาญเฉพาะทางที่สามารถให้รายละเอียดและความเห็นต่อศาลได้ ความแตกต่างระหว่างผู้เชี่ยวชาญ (l'expert) และพยานบุคคล (Witness) อยู่ที่พยานบุคคลถูกเรียกให้เข้ามาในคดีโดยคู่ความและเบิกความถึงเรื่อง

ที่ตนรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี ขณะที่ผู้เชี่ยวชาญได้รับการแต่งตั้งจากผู้พิพากษาเพื่อให้ความเห็นแก่ผู้พิพากษา ดังนั้นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีฐานะเป็นพยานบุคคล (Witness) แต่เป็นผู้ให้ความช่วยเหลือศาลเพื่อแสวงหาความจริง¹³⁰

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในสาขาวิชาชีพใด แต่เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 265¹³¹ จะเห็นได้ว่าศาลสามารถแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้ต่อเมื่อมีประเด็นในคดีที่ศาลไม่สามารถแก้ปัญหาหรือหาคำตอบได้เอง ดังนั้นหากคดีใดที่ประเด็นในคดีมีความสลับซับซ้อนหรือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและศาลไม่สามารถหาบทสรุปได้เอง ศาลก็สามารถแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลได้ เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาวิชาที่ศาลต้องการนั้นมาให้ความเห็นต่อศาล โดยที่ไม่จำกัดสาขาความรู้ของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลสามารถแต่งตั้งเลย หากแต่บุคคลนั้นสามารถให้ความกระจ่างในประเด็นปัญหานั้นแก่ศาลได้ศาลก็สามารถแต่งตั้งผู้นั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลได้ทันที

หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นและเห็นสมควรที่จะต้องมีการมีผู้เชี่ยวชาญมากกว่าหนึ่งคนตามที่กฎหมายกำหนด ศาลอาจใช้ดุลพินิจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้นมากกว่าหนึ่งคนก็ได้ โดยศาลจะต้องกำหนดประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงในคดีที่ต้องศาลต้องการให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจในเรื่องนั้นด้วยและกำหนดระยะเวลาในการทำรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

2. การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

1) วิธีการนำผู้เชี่ยวชาญมาศาล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลนี้ถือเป็นการดำเนินการตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยผู้ชำนาญการ (Les Mesures D'instruction Exécutées Par un Technicien)

¹³⁰ วรรณชัย บุญบำรุง และ ธนกร วรปรัชญากุล, เรื่องเดิม, หน้า 332.

¹³¹ French Code of Civil Procedure, article 265. The decision which orders the expert determination must;

- set out the circumstance, which make an expert determination necessary and, where applicable, which makes the appointment of several expert determinations necessary;
- name the expert or experts;
- specify main headings for the expert's appointment;
- impose the time limit within which the expert has to provide his opinion.

เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นคดี การตรวจสอบและชั่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานต่าง ๆ นั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องกระทำด้วยตนเอง¹³² แต่เนื่องจากผู้พิพากษาจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงบางอย่างก่อนที่จะตัดสินคดี ซึ่งเป็นปัญหาทางเทคนิคที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทางที่อยู่นอกเหนือความสามารถของตน โดยในคดีนั้นมักปรากฏปัญหาทางเทคนิคอยู่เสมอ ซึ่งการตัดสินคดีจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ ผู้พิพากษาจึงจำเป็นต้องอาศัยความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญซึ่งจะให้ข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้พิพากษาในรูปของความเห็นเสียก่อนที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลจะกระทำได้ต่อเมื่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงและการให้คำปรึกษาไม่เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ผู้พิพากษาได้ การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจึงมีลักษณะเป็นบทเสริมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งบุคคลใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสมให้ความกระจ่างแก่ตนในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความรู้ของผู้ชำนาญการ โดยการตรวจสอบข้อเท็จจริง การให้คำปรึกษาหรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำรายงานความเห็นเสนอในเรื่องที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ

ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลดังนี้

มาตรา 232¹³³ วางหลักว่า “ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลที่เห็นว่าเหมาะสมมาช่วยในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้ความกระจ่างแก่ศาลในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของบุคคลนั้น”

¹³² French Code of Civil Procedure, article 179. The judge may, in order to check them himself, in any matter, take a personal understanding of the litigious facts and the parties present or summoned.

He will undertake his own findings, evaluations, appraisals or reconstitutions that he considers necessary, by being present, if need be, on the spot.

¹³³ Article 232. The judge may appoint any person of his choice to enlighten him by observations, by consultation, or by an expert opinion, on a question of fact which requires the understanding of a specialist.

มาตรา 263¹³⁴ วางหลักว่า ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญจะไม่ถูกเรียกให้เข้ามาในคดี ถ้าผู้พิพากษาในคดีนั้นสามารถแก้ปัญหาหรือหาคำตอบได้ด้วยตนเอง หรือรายงานของ Consultant เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ศาลได้

มาตรา 264¹³⁵ วางหลักว่า ในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพียงหนึ่งคน เว้นแต่ กรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นและเห็นสมควร ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหลายคนก็ได้

มาตรา 265¹³⁶ วางหลักว่า ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้ต่อเมื่อ ไม่สามารถเข้าใจในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงนั้นได้เองและศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมากกว่าหนึ่งคนก็ได้

ศาลต้องกำหนดประเด็น ข้อเท็จจริงที่ต้องการให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจในเรื่องนั้นอย่างชัดเจน

ศาลต้องระบุระยะเวลาที่แน่นอนในการทำรายงานแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 266¹³⁷ วางหลักว่า ศาลอาจสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและคู่ความมาศาลก่อนการพิจารณาคดีเพื่อกำหนดหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและกำหนดระยะเวลาในการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

ดังนั้นในประเทศฝรั่งเศส ศาลเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการที่จะกำหนดว่าคดีใดต้องมีการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ และการเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญนั้นมักจะเป็นการได้รับการแต่งตั้งจากศาลเสียเป็นส่วนใหญ่ ในกรณีที่คู่ความอ้าง

¹³⁴ French Code of Civil Procedure, article 263. An expert opinion is only ordered in cases where a finding of fact or independent advice would not be sufficient to provide the judge with guidance.

¹³⁵ Article 264. Only one person is appointed as an expert, unless the judge deems it necessary to appoint several persons.

¹³⁷ Article 266. The same decision may also specify a date on which the expert and the parties have to appear before the judge who has made it or before the judge entrusted with the supervision of the expert determination so that the extent of the expert's duties and, where necessary, the timetable of the expert determination, may be set.

Document useful for the expert determination are given to the expert at this hearing.

ผู้เชี่ยวชาญของตนเข้ามาในคดีนั้นแทบไม่มีปรากฏให้เห็น¹³⁸ หรือถ้าผู้ความอ้างผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดีผู้เชี่ยวชาญผู้นั้นก็จะมีฐานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง ที่จะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับ แต่จะนำบทบัญญัติที่ว่าด้วยผู้เชี่ยวชาญของศาลไปใช้บังคับไม่ได้

โดยการนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติในลักษณะเชิงลงโทษในทางอาญา เพราะไม่มีการกำหนดโทษถ้าผู้เชี่ยวชาญไม่ยอมมาศาลหรือไม่ยอมรับการแต่งตั้งของศาล อีกทั้งการเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลนั้นก็มิได้ใช้การออกหมายเรียก แต่ใช้วิธีการส่งจดหมายแจ้งการแต่งตั้งหรือแจ้งการให้มาให้ความเห็นที่ศาลเท่านั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับการนำผู้เชี่ยวชาญมาศาลมีดังนี้

มาตรา 267 วางหลักว่า เมื่อศาลได้คัดเลือกผู้เชี่ยวชาญแล้ว เจ้าพนักงานศาลจะต้องส่งสำเนาหนังสือแต่งตั้งให้กับผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับคัดเลือกโดยวิธีการส่งจดหมายลงทะเบียนผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาลจะต้องแจ้งต่อศาลว่าตนยอมรับการแต่งตั้งของศาลหรือไม่ ในทันทีและถ้าผู้เชี่ยวชาญยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งแล้ว ก็มีหน้าที่ทำรายงานความเห็นต่อศาลโดยไม่ชักช้า

มาตรา 268 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล มีสิทธิขอเอกสารที่เกี่ยวข้องในประเด็นแห่งคดีทั้งจากคู่ความและของศาล ก่อนตัดสินใจยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล เมื่อผู้เชี่ยวชาญยอมรับการแต่งตั้งแล้ว ผู้เชี่ยวชาญอาจขอให้ศาลและคู่ความส่งหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้ตนก็ได้

เมื่อศาลเห็นว่ามีความจำเป็นที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องมาแสดงความคิดเห็นที่ศาล เพื่อเบิกความประกอบรายงานแสดงความเห็นของตนหรือเพื่อความกระจ่างในประเด็นแห่งคดีที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นได้รับมอบหมายให้แสดงความเห็นแก่ศาลก็ได้ โดยศาลจะให้เจ้าหน้าที่ศาลเป็นผู้ออกหนังสือเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลในวันและเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งอาจจะเป็นการมาศาลก่อนวันพิจารณาตัดสินก็ได้ โดยเป็นการมาศาลเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญอธิบายหรือแสดงความเห็นในประเด็นที่ได้รับมอบหมายจากศาล แต่การเบิกความแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะต้องเป็นประเด็นที่ศาลได้แจ้งหรือกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นในประเด็นนั้นๆ แล้วเท่านั้น โดยศาลจะเป็นผู้แจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบว่าต้องแสดงความเห็นเพิ่มเติมในประเด็นใดบ้างลงในหนังสือเรียกให้มาเบิกความแสดงความเห็นที่ศาล ประเด็นใดที่ศาลมิได้แจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบว่าตนต้องแสดงความเห็นในประเด็นนั้นศาลจะบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นในขณะเบิกความแสดง

¹³⁸ Walter Cairns, Introduction to French Law (London: Cavendish Publishing Limited, 1998), p. 175.

ความเห็นไม่ได้ หรือเป็นการมาศาลในวันที่มีการพิจารณาคดี เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญอธิบายความเห็นหรือประเด็นในปัญหาข้อเท็จจริงที่ได้รับมอบหมายจากศาลให้ทั้งศาลและคู่ความได้รับทราบ

ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ยอมรับหน้าที่และได้รับการแต่งตั้งโดยศาลแล้วไม่ยอมมาศาล ผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจต้องเสียค่าชดเชยให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น หรือต้องคืนเงินที่ศาลกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจ่ายให้กับผู้เชี่ยวชาญในตอนแรกที่ผู้เชี่ยวชาญยอมรับการเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 269¹³⁹

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสสนับสนุนบัญญัติให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้โดยอาจคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญหรือในด้านความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญก็ได้ ในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยอาศัยเหตุผลเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะเป็นการคัดค้านในด้านความเป็นกลางของผู้พิพากษา ส่วนการคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยคู่ความสามารถอ้างเหตุที่ผู้เชี่ยวชาญคนเดิมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากไม่มีคุณสมบัติหรือไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในประเด็นที่ศาลกำหนดให้เพียงพอที่จะทำหน้าที่โดยลุล่วง โดยการคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญนี้ศาลอาจเห็นสมควรเองหรือโดยที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอก็ได้ โดยศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่มาแทนผู้เชี่ยวชาญคนเดิมก็ได้

ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้บัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งสามารถถูกคัดค้านได้ดังนี้

มาตรา 234¹⁴⁰ วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกคัดค้านโดยเหตุผลเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษา ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญมีฐานะเป็นนิติบุคคล ผลของการคัดค้านนั้นจะเป็นการถอดถอนทั้งนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคล

¹³⁹ French Code of Civil Procedure, article 269. The judge who orders the expert determination or the judge entrusted with its supervision must, at the time of the expert is appointed or as soon as he is able to do so, set the amount of the sum to be paid on account of the expert's fees, as close as possible to the estimated final payment. He indicates the party or parties who are to deposit the payment on account with the clerk to the court's office within the - time limit which he determines; where several parties are named, he indicates the properties which each of the parties has to pay. Where necessary, he adjusts the installments in which tile payments must be made.

¹⁴⁰ Article 234. The experts may be recused for the same causes as judges. In case of a corporate entity, the recusal may concern both the corporate entity and the individual(s) accredited by the judge.

ผู้ความต้องยื่นคำคัดค้านต่อผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบอำนาจ การคัดค้านต้องยื่นก่อนการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือทันทีที่ทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น

ผู้เชี่ยวชาญสามารถยื่นคำบอกกล่าวต่อผู้พิพากษาที่ทำการแต่งตั้งตนหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบอำนาจ แสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวจากคดีนั้นได้ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาใช้บังคับ โดยอนุโลม

มาตรา 235¹⁴¹ วางหลักว่า ถ้าการคัดค้านเป็นผลสำเร็จหรือผู้ได้รับการคัดเลือกปฏิเสธการให้ความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญ หรือมีอุปสรรคทางด้านกฎหมาย ให้ผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นหรือผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีคัดเลือกและแต่งตั้งบุคคลอื่นแทน

ศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่มาแทนผู้เชี่ยวชาญคนเดิมก็ได้ หากพบว่าผู้เชี่ยวชาญคนเดิมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยศาลเห็นสมควรหรือโดยที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ แต่การนี้ศาลต้องอธิบายเหตุผลในการแต่งตั้งคนใหม่ไว้ด้วย

ซึ่งจะเห็นได้ว่าเหตุในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นเป็นเหตุผลเดียวกันกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา ซึ่งเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสนั้น ได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 341¹⁴² วางหลักว่า เหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา จะคัดค้านได้เฉพาะเหตุที่กำหนดไว้โดยกฎหมายเท่านั้น

The party who intends to recuse the expert must do so before the judge who has commissioned him or before the judge entrusted with the supervision prior to the operations or as of the discovery of the cause of recusal.

If the expert considers that he may be recusable, he must inform immediately the judge who has commissioned him or to the judge entrusted with the supervision.

¹⁴¹ Article 235. If the recusal is admitted, if the expert does not accept the mission or if there is a lawful impediment, the judge who commissioned the latter or the judge entrusted with the supervision will replace him.

The judge may also, at the request of the parties or sua sponte, replace the expert who has failed in his duties after having received his explanations.

¹⁴² Article 341. (Decree n°78-330 of 16 March 1978, Article 7, Official Journal of 18 March 1978 amendment, JORF of 24 March 1978 and JORF of 10 November 1978)

The recusal of a judge will be admitted only for causes provided for by the law.

ตามที่บัญญัติไว้ใน Article L.731-1 of the Code of Court Organisation ว่าเหตุแห่งการคัดค้านมีดังต่อไปนี้

1. ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรสมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
2. ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ เป็นทายาทหรือผู้ได้รับผลประโยชน์จากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
3. ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส มีความเกี่ยวพันโดยทางสายโลหิตหรือโดยทางแต่งงานกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งนับได้ภายใน 4 ชั้น
4. ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง และคู่สมรส พัวพันกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
5. ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว
6. ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส ได้ถูกแต่งตั้งเป็นผู้จัดการมรดกของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

As it is stated under Article L.731-1 of the Code of Court Organisation, and “save where there exist special provisions for certain courts, the recusal of a judge may be requested:

- 1° if he himself or his spouse has a personal interest in the dispute;
- 2° if he himself or his spouse is the creditor, debtor, presumed heir or donee of one of the parties;
- 3° if he himself or his spouse is related by blood or marriage with one of the parties or his or her spouse up to the fourth degree of kinship inclusive;
- 4° if there has been or is proceeding between himself or his spouse and one of the parties or his or her spouse;
- 5° if he, previously, heard and determined the matter as a judge or an arbitrator or if he was the legal advisor of one of the parties;
- 6° if the judge or his spouse is entrusted of the administration of the property of one of the parties;
- 7° if there exists a relationship of subordination between the judge or his spouse and one of the parties or his or her spouse;
- 8° if there is a notorious friendship or enmity between the judge and one of the parties; The Public Prosecutor, as a joining party, may be recused on the same grounds”.

7. ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

8. ถ้ามีความสัมพันธ์ในทางลบหรือมีอคติระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนั้น บทบัญญัติลักษณะนี้ว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษายังถูกนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งด้วย¹⁴³ โดยมาตราที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่นำมาใช้โดยอนุโลมนั้นมีดังนี้

มาตรา 342¹⁴⁴ วางหลักว่า คู่ความที่เกี่ยวข้องต้องยื่นคำร้องคัดค้านทันทีที่ทราบเหตุที่พึงคัดค้านได้ และต้องยอมรับบทลงโทษในกรณีที่การคัดค้านไม่เป็นผล

ห้ามยื่นการคัดค้านภายหลังการแถลงการณ์ด้วยวาจา

มาตรา 345¹⁴⁵ วางหลักว่า เจ้าพนักงานศาลจะต้องส่งสำเนาคำร้องคัดค้านให้กับผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านด้วย

มาตรา 351¹⁴⁶ วางหลักว่า การพิจารณาและชี้ขาดคำคัดค้านนั้น ให้ดำเนินไปโดยไม่ต้องเรียกคู่ความที่เกี่ยวข้องและผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านให้มารับฟังการพิจารณา

เมื่อมีคำชี้ขาดคำคัดค้านนั้น ให้เจ้าหน้าที่ศาลส่งสำเนาคำตัดสินให้ทั้งคู่ความและผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 352¹⁴⁷ วางหลักว่า ถ้าศาลยอมรับคำคัดค้าน ให้มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาคนอื่นเข้ามาทำการแทนโดยไม่ชักช้า

¹⁴³ French Code of Civil Procedure, article 234.

¹⁴⁴ Article 342. The party who wishes to recuse a judge must, under penalty of inadmissibility, do so as soon as he has knowledge of the ground of recusa.

In no case may the request for recusal be made after the end of the oral arguments.

¹⁴⁵ Article 345. The clerk of the court will transmit to the judge the copy of the recusal application against him.

¹⁴⁶ Article 351. The matter will be determined without the necessity of calling the parties or the impugned judge. A copy of the decision will be delivered or transmitted by the clerk to the judge and to the parties.

¹⁴⁷ Article 352. If the recusal application is admitted, steps will be taken to replace the judge.

มาตรา 353¹⁴⁸ วางหลักว่า ถ้าศาลไม่ยอมรับคำคัดค้าน คู่ความที่ยื่นคำร้อง จะต้องถูกปรับเป็นจำนวนเงิน 15-1500 ยูโร โดยไม่รวมค่าเสียหายจากการกระทำอื่นใดที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายจากการยื่นคำร้องคัดค้านนี้ด้วย

มาตรา 355¹⁴⁹ วางหลักว่า เหตุแห่งการยื่นคำร้องคัดค้านจะต้องไม่ถูกเปิดเผย จนกว่าจะมีคำตัดสินชี้ขาดในรื่องนั้นแล้ว

2) การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

การมาแสดงความเห็นด้วยวาจาที่ศาลของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นเป็น ข้อยกเว้นในการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญตามปกติ แล้วจะอยู่ในลักษณะการแสดงความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาล ผู้เชี่ยวชาญจะต้องไปแสดงความเห็นที่ศาลก็ต่อเมื่อศาลยังไม่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือ หรือมี ประเด็นในรายงานนั้นที่ศาลต้องการรายละเอียดในประเด็นข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ในการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้เชี่ยวชาญสามารถร้องขอต่อศาลให้ศาลรับฟังความเห็นของตนโดยการไปแสดงความเห็นที่ศาลได้ตลอดการพิจารณาคดี นอกจากนี้หากผู้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่ ยอมปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความเห็นหรือไม่ทำรายงานความเห็นยื่นต่อศาล ศาลอาจไม่ขยาย ระยะเวลาในการทำความเห็นหรือศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญใหม่ก็ได้

(1) การสาบานตน

เมื่อผู้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในประเทศฝรั่งเศส ไม่ใช่พยานบุคคลประเภท หนึ่ง จึงไม่มีบทบัญญัติบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญต้องทำการสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณก่อนการแสดงความเห็นต่อศาล และในการทำรายงานความเห็นเป็นหนังสือก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญ ต้องระบุดังความตระหนักถึงหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายและแสดงความเห็นอย่างเป็นธรรมและ เที่ยงตรงดังเช่นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบ ความน่าเชื่อถือของรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใด และก็เป็นความ

¹⁴⁸ Article 353. (Decree n° 2001-373 of 27 April 2001, Article 1, official Journal of 29 April 2001, in force on 1 January 2002)

If the recusal application is dismissed, the applicant may be ordered to pay a civil fine from € 15 to € 1.500 without excluding the action for damages that may to be claimed.

¹⁴⁹ Article 355. The recusal against several judges must, under penalty of inadmissibility, be requested in the same request, save where a ground for the recusal is revealed subsequently.

The procedure provided under the following chapter, even though a referral has not been requested, will apply.

ตระหนักถึงภาระความรับผิดชอบในหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญเองที่ต้องแสดงความเห็นที่ปราศจากอคติ ไม่มีความลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใด และทำให้ศาลเกิดความกระจ่างในประเด็นปัญหาที่ผู้เชี่ยวชาญเท่านั้นจึงจะอธิบายหลักการดังกล่าวให้เกิดความชัดเจนขึ้นได้ โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไว้อย่างกว้างในการเตือนถึงหน้าที่ในการแสดงความเห็นด้วยความเป็นกลางเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 237¹⁵⁰ ที่บัญญัติให้ “ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ซื่อสัตย์ในหน้าที่และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและเป็นกลาง”

(2) วิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ

ในทางปฏิบัติแล้วการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้น ศาลแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมักจะสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งทำรายงานความเห็นเป็นหนังสือ ซึ่งการไปให้ความเห็นที่ศาลนั้นจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่าหนังสือแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นยังมีบางประเด็นที่ศาลไม่เข้าใจจึงจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญไปอธิบายประกอบหนังสือนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 245 ที่วางหลักว่า

ศาลอาจสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาลหรือสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญมาแสดงความเห็นที่ศาลก็ได้

ผู้เชี่ยวชาญสามารถร้องขอต่อศาลให้ศาลรับฟังความเห็นของตนโดยการไปแสดงความเห็นที่ศาลได้ตลอดการพิจารณาคดี

จากบทบัญญัติตามวรรคสองจะเห็นได้ว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในประเทศฝรั่งเศสมีสิทธิในการร้องขอให้ศาลรับฟังความเห็นของตนโดยการขอต่อศาลให้ตนเองไปเบิกความเพื่ออธิบายในประเด็นที่มีความสลับซับซ้อน วิธีดังกล่าวจึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถใช้ดุลพินิจในการร้องขอต่อศาลในประเด็นใดที่ตนได้รับมอบหมายจากศาลและมีความเห็นว่าประเด็นนั้นมีความสลับซับซ้อนยากที่จะอธิบายให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจได้จากรายงานที่เป็นหนังสือเท่านั้น เพื่อให้เกิดความกระจ่างแก่ทั้งศาลและคู่ความ ผู้เชี่ยวชาญจึงเห็นควรที่จะต้องมาศาลเพื่อเบิกความประกอบความเห็นที่ทำเป็นหนังสือของตนได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้ศาลเรียกหรือคู่ความร้องขอ

เมื่อผู้เชี่ยวชาญต้องมาศาลเพื่อเบิกความประกอบรายงานความเห็นที่เป็นหนังสือของตนในศาลต่อหน้าศาลและคู่ความ ผู้เชี่ยวชาญจะต้องอธิบายในประเด็นที่ตนได้รับมอบหมายจากศาลเพื่อให้ความกระจ่างกับศาลและคู่ความ เมื่อศาลไม่เข้าใจในประเด็นใดแล้วก็

¹⁵⁰ Article 237. The appointed specialist must accomplish his task conscientiously, objectively and impartially.

สามารถถามผู้เชี่ยวชาญในประเด็นนั้นได้แต่ศาลจะต้องถามเฉพาะประเด็นข้อเท็จจริงที่ได้มอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นเท่านั้น ถ้ามีประเด็นใดเกิดขึ้นภายหลังหรือศาลมิได้กำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นแล้ว ศาลจะถามในประเด็นนั้นไม่ได้ แต่สามารถเพิ่มประเด็นดังกล่าวและสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายหลังก็ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 236¹⁵¹ ที่กำหนดให้ ผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้น อาจกำหนดประเด็นในการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมากขึ้นจากเดิมก็ได้ ส่วนคู่ความนั้นจะถามผู้เชี่ยวชาญโดยตรงไม่ได้แต่ต้องตั้งคำถามผ่านศาล โดยศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าคำถามใดของกลุ่มความที่สมควรจะถามกับผู้เชี่ยวชาญ

(4) วิธีแสดงความเห็นประกอบการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

จะเห็นได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญจะเป็นบุคคลที่สามารถให้ความกระจ่างในประเด็นในคดีที่ศาลไม่สามารถเข้าใจได้เอง อีกทั้งในปัจจุบันพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ก็เข้ามามีบทบาทสำคัญในกระบวนการค้นหาความจริงจากพยานหลักฐาน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้น ไม่สามารถเข้ามาในคดีเองได้ แต่จะถูกนำเข้ามาในคดีโดยผ่านทาง การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้นการที่มีบทบาทสำคัญทางกฎหมายเพื่อช่วยให้การรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีและข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ผู้เชี่ยวชาญต้องใช้เป็นข้อมูลในการประมวลผลและแสดงความเห็นต่อศาล จะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความแม่นยำและรวดเร็ว ซึ่งก็จะส่งผลดีต่อการพิจารณาพิพากษาของศาลที่จะได้รับความเห็นที่มีความถูกต้องและเป็นหลักฐานที่สำคัญที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือขึ้นหนึ่งในคดี นอกจากพยานบุคคล พยานเอกสารและพยานวัตถุ เพื่อให้คำพิพากษามีความยุติธรรมกับทุกฝ่าย

เนื่องจากศาลจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาเบิกความที่ศาลก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่าหนังสือแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นยังมีบางประเด็นที่ไม่กระจ่างชัด ทำให้ศาลไม่เข้าใจในประเด็นดังกล่าวจึงจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญไปอธิบายประกอบหนังสือนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสจึงมีบทบัญญัติที่ให้ความช่วยเหลือผู้เชี่ยวชาญในการแสวงหาพยานหลักฐาน ข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีเพื่อนำมาประกอบการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญดังนี้

¹⁵¹ Article 236. The judge who has appointed the expert or the judge assigned to supervise the inquiry may extend or reduce the task given to the expert.

มาตรา 233 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้ง เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายและทำความเห็นในประเด็นที่ศาลได้มอบหมายอย่างเต็มความสามารถ

ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจนั้นจะต้องส่งรายชื่อ ตำแหน่ง ของตนต่อศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบและใช้ในการพิจารณาในการแต่งตั้งด้วย

มาตรา 236 วางหลักว่า ผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้น อาจกำหนดประเด็นในการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมากขึ้นจากเดิมก็ได้

มาตรา 237 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ซื่อสัตย์ในหน้าที่และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและเป็นกลาง

มาตรา 238 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญต้องให้ความเห็นในประเด็นที่ศาลกำหนดและได้รับมอบหมายจากศาล

ผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องคำนึงถึงปัญหาเรื่องอื่นๆ ในคดียกเว้นในกรณีที่มีการตกลงยอมรับกันของคู่ความที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ผู้เชี่ยวชาญต้องไม่ให้ความเห็นที่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย

มาตรา 239 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งต้องทำความเห็นเสนอต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

มาตรา 240 วางหลักว่า ผู้พิพากษาไม่สามารถที่จะขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดี เพื่อนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมยอมความของคู่ความ

มาตรา 241 วางหลักว่า ผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดี อาจเข้าร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงร่วมกับผู้เชี่ยวชาญ และให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นอธิบายในประเด็นดังกล่าว โดยการเพิ่มประเด็นดังกล่าวศาลต้องขยายระยะเวลาในการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้วย

มาตรา 242 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งสามารถรับฟังข้อเท็จจริงที่ได้จากบุคคลหรือจากข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษร ตรวบใดที่สามารถระบุชื่อ ที่อยู่ อาชีพของบุคคลหรือที่มาของเอกสารนั้นได้ รวมถึงความสัมพันธ์ทางสายเลือด การสมรส การเป็นผู้ได้บังคับบัญชา หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกับคู่ความในคดี

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งหรือคู่ความอาจร้องขอต่อศาลให้เรียกบุคคลดังกล่าวมาให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้เชี่ยวชาญได้ ถ้าเห็นว่าบุคคลนั้นมีประโยชน์กับคดี

มาตรา 243 วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจเรียกให้คู่ความหรือบุคคลภายนอก ส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้ตนก็ได้ หากเกิดอุปสรรคในการส่งมอบ ผู้เชี่ยวชาญอาจร้องขอให้ศาลเป็นผู้ส่งก็ได้

มาตรา 244 วางหลักว่า “กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญทำรายงานความเห็นเสนอต่อศาลนั้น นอกจากจะต้องสรุปข้อความเห็นในเรื่องที่เป็นปัญหาในคดีนั้นแล้ว ผู้เชี่ยวชาญจะต้องให้แสดงให้เห็นถึงข้อมูลต่างๆทั้งหมดที่ผู้เชี่ยวชาญใช้ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาในคดีนั้นด้วย โดยการทำความเห็นเสนอต่อศาลนั้น ผู้เชี่ยวชาญอาจอ้างอิงถึงข้อมูลที่ตนได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อนำมาพิจารณาประกอบการทำความเห็นนั้นก็ได้ แต่ผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลอื่นๆ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ค้นพบในระหว่างที่ดำเนินการทำความเห็นในคดีนั้น

มาตรา 246 วางหลักว่า ศาลไม่จำเป็นต้องรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมิได้ผูกพันให้ศาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดไปตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 247 วางหลักว่า การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือรูปคดีของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะนำไปใช้นอกกระบวนการพิจารณาคดีไม่ได้ ยกเว้นศาลอนุญาตหรือคู่ความฝ่ายที่ได้รับผลกระทบให้ความยินยอม

มาตรา 279 วางหลักว่า ถ้ามีเหตุทำให้ผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถทำรายงานความเห็นได้ ผู้เชี่ยวชาญต้องแจ้งต่อศาลถึงเหตุดังกล่าว

ศาลอาจขยายระยะเวลาในการทำรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญได้

มาตรา 282 วางหลักว่า เมื่อศาลได้เลือกบุคคลที่มาทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีแล้ว เจ้าหน้าที่ศาลจะดำเนินการแจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นทราบ และหากบุคคลที่ถูกรับเลือกดังกล่าวยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญตามที่ศาลแต่งตั้งแล้ว ผู้เชี่ยวชาญต้องแจ้งให้ศาลทราบถึงการยอมรับดังกล่าวด้วย และเมื่อบุคคลดังกล่าวได้ยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญที่จะเข้ามาช่วยเหลือศาลในคดีนั้นแล้ว จะต้องเริ่มดำเนินงานในการตรวจสอบในเรื่องที่ศาลได้มอบหมายนั้นทันที

คู่ความต้องส่งมอบเอกสารหลักฐานต่างๆซึ่งตนเห็นว่าเป็นเอกสารที่สำคัญในการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นด้วย

ผู้เชี่ยวชาญอาจแสดงความเห็นเป็นหนังสือก็ได้ ถ้าศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือ ให้ศาลเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา

ในคดีที่มีผู้เชี่ยวชาญหลายคน การทำรายงานความเห็นยื่นต่อศาลจะต้องทำเป็นฉบับเดียว

มาตรา 284-1 วางหลักว่า ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งร้องขอ ศาลต้องสั่งให้เจ้าหน้าที่ศาลส่งสำเนาคำพิพากษาคดีที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นได้แสดงความเห็น โดยทางจดหมาย

3.2 ระบบคอมมอนลอว์

ระบบคอมมอนลอว์มีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมาก ศาลมีโอกาสดำเนินคดีได้น้อย โดยศาลมีบทบาทจำกัดเป็นเพียงผู้ตัดสินคดีเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือช่วยเหลือความเข้าใจฝ่ายหนึ่งแสวงหาพยานหลักฐาน

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักเรื่องพยานความเห็นและพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นหลักกฎหมายลักษณะพยานที่สำคัญหลักหนึ่งในสหรัฐอเมริกามาเป็นเวลานานแล้ว หลักนี้ได้รับการพัฒนามาพร้อมกับการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ซึ่งเป็นระบบที่มีการพิจารณาคดีที่แสวงหามุ่งหาข้อเท็จจริงโดยการให้คู่ความทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานพิสูจน์ความจริง ผู้ตัดสินคดีในระบบนี้จะต้องวางตัวเป็นกลางและจะถูกตัดทอนอำนาจไม่ให้แสวงหาพยานหลักฐานนอกคดีด้วยตัวเอง ซึ่งตรงข้ามกับระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งผู้ตัดสินคดีมีอำนาจกว้างขวาง และสามารถใช้อำนาจแสวงหาพยานหลักฐานเองได้ นอกจากนี้ในคดีอาญา พนักงานอัยการจะทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยศาลในการค้นหาความจริง แทนที่จะเป็นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งแยกไปต่างหากเช่นในระบบกล่าวหา¹⁵²

ในสมัยโบราณการพิจารณาคดีในแทบทุกประเทศจะเป็นระบบไต่สวน คือผู้พิพากษามีอำนาจเต็มที่ในการสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริง จึงไม่มีการอนุญาตให้คู่ความนำพยานหลักฐานเข้ามาสืบ ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนผู้ตัดสินคดีจะมาจากคนในท้องถิ่นที่เกิดเหตุ นั้นเอง โดยจะต้องสาบานตนและทำการตัดสินคดีโดยความดีความเห็นส่วนตัวของคณะลูกขุน ในปี ค.ศ. 1670 คณะลูกขุนในประเทศอังกฤษสามารถตัดสินคดีได้ตามอำเภอใจตนเอง แม้ว่าจะขัดแย้งกับคำเบิกความของพยานหลักฐานในคดี ในสมัยที่การพิจารณาเป็นระบบไต่สวนนี้ แม้จะมีการใช้ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้มีความรู้เฉพาะกิจมาช่วยในการพิจารณาคดี ก็เป็นการใช้คนละวัตถุประสงค์กับพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลอังกฤษในปัจจุบัน กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะคัดเลือกคณะลูกขุนซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะกิจเพื่อตัดสินข้อเท็จจริงโดยอาศัยความรู้ของลูกขุนเอง คณะลูกขุนจะปรึกษาแลกเปลี่ยนความรู้ซึ่งกันและกัน และสรุปความเห็นของฝ่ายข้างมากออกมาเป็นข้อตัดสิน ในศตวรรษที่ 17 เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการพิจารณาคดีในประเทศอังกฤษจากระบบไต่สวนมาเป็นระบบกล่าวหา หลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานต่าง ๆ ก็เกิดขึ้นในยุคนี้และคณะ

¹⁵² Phipson, Phipson on Evidence, 16th ed. (Thomson: Sweet and Maxwell, 2005), p.126.

ถูกขุนที่รู้เห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีจะถูกกีดกัน ไม่ยอมให้ตัดสินคดีนั้น เริ่มมีการนำพยานบุคคลมาให้คำเบิกความในศาลถึงข้อเท็จจริงที่ตนพบเห็น หรือ ได้ยินมาอันเกี่ยวกับคดี และในช่วงเวลานี้เองที่เกิดหลักเรื่องพยานความเห็น (Opinion rule) ซึ่งว่ามีพยานจะต้องเบิกความเฉพาะสิ่งที่ตนพบเห็นหรือ ได้ยินมา ไม่ใช่เบิกความตามข้อสรุปตามความเห็นของพยานเอง

วัตถุประสงค์ของหลักนี้ก็เพื่อให้จะได้พยานบุคคลเบิกความตามความรู้เห็นส่วนตัวที่ตนทราบ และห้ามการเบิกความถึงคำบอกเล่าของคนอื่น และการแสดงความคิดเห็นโดยการคาดการณหรือเดาแทนที่จะเป็นการสังเกตของตนเอง เมื่อพิจารณาในแง่นี้จะเห็นว่าหลักเรื่องพยานบอกเล่าและพยานความเห็นเกิดมาจากต้นตอเดียวกัน หลักทั้งสองประการมาจากแนวความคิดที่ว่าหน้าที่ของพยานในระบบกล่าวหา ก็คือเบิกความว่าตนรู้หรือเห็นอะไร ไม่ใช่ว่าตนคิดหรือ ได้ยินคนอื่นพูดว่าอย่างไร หลักพยานความเห็นระยะแรกจะเป็นการวินิจฉัยว่า ถ้อยคำอย่างไรที่ถือว่าเป็นการแสดงความเห็น และเมื่อเป็นความเห็นแล้ว ศาลย่อมปฏิเสธ ไม่ยอมรับฟัง เมื่อคนอังกฤษอพยพมาที่ทวีปอเมริกา และก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกาในหลักเรื่องนี้ก็ติดตามใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย

1. ความหมายและสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ในสหรัฐอเมริกาสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยมีฐานะเป็นพยานความเห็น (Opinion Witness) ตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของสหรัฐ (Federal Rules of Evidence) มาตรา 7 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาลของผู้เชี่ยวชาญ การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญและการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ การคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญไว้โดยเฉพาะ โดยจะต้องนำหลักการสืบพยานบุคคลทั่วไปในมาตรา 6 มาใช้บังคับ สาเหตุที่ต้องนำหลักการสืบพยานบุคคลทั่วไปมาใช้บังคับน่าจะมีผลมาจากในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติว่าทั้งผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างนั้นต่างก็มีฐานะเป็นพยาน จึงสามารถนำหลักการสืบพยานบุคคลทั่วไปมาใช้บังคับใช้กับผู้เชี่ยวชาญทั้งสองประเภทได้โดยไม่ต้องบัญญัติให้นำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมเช่นในประเทศไทย

หลักเรื่องพยานความเห็นนี้มีข้อยกเว้น 2 ประการที่ศาลสหรัฐยอมรับฟังพยานความเห็นได้ คือ

1) กรณีพยานเป็นบุคคลธรรมดา แต่สิ่งที่พยานเบิกความนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่พยานไม่อาจพูดให้คณะลูกขุนเข้าใจได้เว้นแต่จะใช้การสรุปข้อเท็จจริงตามความคิดเห็นของพยาน ข้อเท็จจริงบางอย่างมนุษย์ธรรมดารับทราบกันโดยทางความเห็น จึงเป็นกรณีที่ต้องรับฟังความคิดเห็นของพยาน เช่น ความคล้ายคลึงของตัวบุคคลหรือวัตถุ ิริยาท่าทางของคน

ความรู้สึกในความสว่าง ความมืด ภาวะจิตใจของบุคคลอื่น เป็นต้น หากไม่ยอมให้สืบพยานความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเหล่านี้ ข้อเท็จจริงเหล่านี้ก็คงสูญหายไปหมด

2) พยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) เหตุที่เกิดมีความจำเป็นต้องรับฟังพยานประเภทนี้เกิดจากการที่ศาลหรือคณะลูกขุนไม่สามารถจะเข้าใจประเด็นข้อเท็จจริงบางข้อที่เกี่ยวกับศาสตร์ หรือวิทยาการแขนงใดแขนงหนึ่งซึ่งต้องอาศัยความชำนาญ ประสบการณ์ หรือความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชานั้นๆ จะอธิบายให้ศาลและคณะลูกขุนเข้าใจได้

จึงพอสรุปได้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญในสหรัฐอเมริกา มีขอบเขตกว้างขวางมาก ไม่จำกัดแขนงของศาสตร์ที่จะมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ฉะนั้น ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในศาสตร์แขนงใดก็ตาม ถ้าคู่ความแสดงให้ศาลเห็นได้ว่า ในปัญหานั้นคนธรรมดาไม่อาจจะวินิจฉัยได้โดยความรู้ความสามารถของวิญญูชน และความรู้ของผู้เชี่ยวชาญจะเป็นประโยชน์แก่การวินิจฉัยคดีแล้ว ก็ย่อมนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าเบิกความได้เสมอ

2. การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

วิธีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในศาลสหรัฐนั้นไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงต้องนำการสืบพยานบุคคลทั่วไปมาใช้บังคับ ซึ่งเงื่อนไขสำคัญที่ศาลจะยอมให้นำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบคือ ประเด็นแห่งคดีเป็นปัญหาซึ่งคนธรรมดาไม่อาจตัดสินใจได้โดยใช้ความรู้ความสามารถหรือประสบการณ์ในชีวิตประจำวันของวิญญูชน และความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือความรู้เฉพาะในวิทยาการแขนงนั้นจะได้จากการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งศาลจะไม่ยอมรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่สามารถตัดสินใจได้โดยความรู้ของคนธรรมดาสามัญ¹⁵³

ความสำคัญของพยานผู้เชี่ยวชาญในการวินิจฉัยคดีของคณะลูกขุนหรือศาลนั้น ย่อมผันแปรไปแล้วแต่ประเภทของผู้เชี่ยวชาญนั้นๆ บางกรณีพยานผู้เชี่ยวชาญมีความจำเป็นมากในการตัดสินใจประเด็นสำคัญในคดี แต่บางกรณีนอกจากจะไม่จำเป็น การยอมรับพยานผู้เชี่ยวชาญอาจทำให้เกิดความสับสนการตัดสินใจคดีได้ หรือบางกรณีผู้ตัดสินใจคดีอาจใช้วิจารณญาณของตนเองได้ พยานผู้เชี่ยวชาญก็ไม่มีคามจำเป็น เช่น คดีเกี่ยวกับการปฏิบัติวิชาชีพโดยมิชอบ (malpractice) ซึ่งประเด็นในคดีคือความหยาบมาตรฐานในความสามารถหรือความชำนาญของแพทย์ผ่าตัด พยานผู้เชี่ยวชาญมีความจำเป็นมากเพราะคนธรรมดาย่อมไม่สามารถทราบระดับมาตรฐานของวิชาชีพแพทย์ได้ แต่ถ้าความประมาทเลินเล่อของแพทย์นั้นร้ายแรงมากจนคนทั่วไปก็อาจเข้าใจได้

¹⁵³ Jolowicz, J. A, *On Civil Procedure* (Cambridge Studies in International and Comparative Law: Cambridge University Press, 2000), p. 273.

เช่น ลืมเครื่องมือผ่าตัดไว้ในท้องคนไข้ ดังนั้นลูกขุนก็อาจวินิจฉัยเองได้ พยานผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นในกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาล

1) วิธีการนำผู้เชี่ยวชาญมาศาล

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในสหรัฐอเมริกาจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลตามบทบัญญัติของ Federal Rules of Evidence ข้อ 706¹⁵⁴ ที่วางหลักว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

(1) การแต่งตั้ง ศาลเห็นสมควรเองหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดร้องขออาจมีคำสั่งแสดงเหตุผลว่า เหตุใดศาลจึงไม่ตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยสามารถอาจให้คู่ความเสนอรายชื่อผู้เชี่ยวชาญต่อศาลก็ได้ ศาลมีอำนาจที่จะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความตกลงเห็นชอบร่วมกัน หรือจะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเลือกเองก็ได้ ผู้เชี่ยวชาญไม่อาจถูกศาลบังคับแต่งตั้งให้เป็น

¹⁵⁴ Federal Rules of Evidence, rule 706. Court Appointed Experts;

(a) Appointment. The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may request the parties to submit nominations. The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness.

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

(c) Disclosure of appointment. In the exercise of its discretion, the court may authorize disclosure to the jury of the fact that the court appointed the expert witness.

(d) Parties' experts of own selection. Nothing in this rule limits the parties in calling expert witnesses of their own selection.

พยานได้เว้นแต่ผู้ที่จะยินยอม พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงหน้าที่ของพยานเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งสำเนาของคำแจ้งดังกล่าวจะเก็บไว้ที่ศาลหรือที่ประชุมของกลุ่มความ ซึ่งกลุ่มความมีโอกาสร่วมพิจารณา พยานที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจะได้รับการแนะนำในเรื่องการค้นหาข้อเท็จจริงถ้าหากมี และอาจถูกบันทึกคำให้การนอกศาลโดยกลุ่มความฝ่ายใดก็ได้ นอกจากนั้นพยานอาจถูกเรียกมาเบิกความโดยศาลหรือโดยกลุ่มความพยานอยู่ในบังคับที่จะถูกถามคำถามโดยกลุ่มความทุกฝ่ายรวมทั้งกลุ่มความฝ่ายที่เรียกพยานนั้นมาเอง

(2) คำตอบแทน พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวมีสิทธิได้รับคำตอบแทนตามจำนวนที่ศาลเห็นควรกำหนด คำตอบแทนดังกล่าวอาจจ่ายจากกองทุนซึ่งจัดไว้ในคดีอาญาและคดีแพ่งที่กระบวนการพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำตอบแทนที่เป็นธรรมดาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 ในคดีแพ่งอื่นๆ และกระบวนการพิจารณาทั่วไป คำตอบแทนจะถูกจ่ายโดยกลุ่มความทุกฝ่ายตามสัดส่วนและภายในเวลาที่ศาลกำหนดและให้เรียกเก็บตามวิธีการเช่นเดียวกับค่าใช้จ่ายอื่นๆ

(3) การเปิดเผยเรื่องการแต่งตั้ง ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจตามที่เห็นสมควรในการเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อคณะลูกขุนถึงเรื่องที่ศาลได้มีคำสั่งแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ

(4) ผู้เชี่ยวชาญที่กลุ่มความเลือกเอง ข้อบังคับนี้ไม่ได้ห้ามกลุ่มความที่จะเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญที่ตนเลือกสรรเองมานำสืบ

ตามบทบัญญัติในข้อดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในเรื่องที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นการบัญญัติถึงการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญ การเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญมาศาล การเบิกความในศาล การคัดค้านผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงการกำหนดคำตอบแทนไว้อย่างกว้าง ไม่มีการกำหนดรายละเอียดขั้นตอนในการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับผู้เชี่ยวชาญไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายก็น่าจะมีผลมาจาก ขั้นตอนดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความแตกต่างจากพยานบุคคลทั่วไป กฎหมายจึงบัญญัติแยกไว้เฉพาะในส่วนที่มีความแตกต่างนี้ แต่ในส่วนที่ไม่ได้บัญญัติในรายละเอียดเอาไว้ก็น่าจะต้องการให้นำข้อบังคับว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับนั่นเอง ซึ่งก็เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในสหรัฐอเมริกานั้นมีฐานะเป็นพยานบุคคลประเภทพยานความเห็นนั่นเอง

วิธีการนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกาข้อ 706 (a)¹⁵⁵ โดยทำเป็นหนังสือของศาลส่ง

¹⁵⁵ Federal Rules of Evidence, rule 706. Court Appointed Experts;

(a) Appointment. The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may appoint

ให้กับผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งไม่ใช่การส่งหมายเรียกเหมือนกับพยานบุคคลทั่วไป ในหนังสือของศาลจะระบุวันที่ศาลกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลและแจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบถึงหน้าที่ของตนในประเด็นในคดีที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นต้องการความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ โดยสำเนาของหนังสือที่ออกโดยศาลส่งถึงผู้เชี่ยวชาญนั้นจะถูกเก็บไว้ที่จำศาลหรือที่ประชุมของคู่ความซึ่งคู่ความมีโอกาสร่วมพิจารณา โดยศาลอาจจะให้คำแนะนำในเรื่องการค้นหาคือเท็จจริงกับผู้เชี่ยวชาญถ้าในคดีนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องนำข้อเท็จจริงมาเป็นส่วนในการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

นอกจากนั้นผู้เชี่ยวชาญอาจถูกคู่ความร้องขอให้ศาลเรียกให้มาบันทึกคำให้การนอกศาลก็ได้ ซึ่งวิธีในการเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญให้มาศาลในกรณีนี้ก็กระทำเป็นหนังสือส่งให้ผู้เชี่ยวชาญเช่นเดียวกับการเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความต่อหน้าศาลนั่นเอง

2) การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ

การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นอยู่ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Rules of Evidence) มาตรา 7 เรื่องการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญ ข้อ 702-705 โดยข้อบังคับดังกล่าวรัฐส่วนมากก็ยึดถือและปฏิบัติตาม โดยกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งพยานผู้เชี่ยวชาญออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้เห็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้นด้วยตนเอง เช่น แพทย์ที่ได้ตรวจร่างกายผู้เสียหายเบิกความถึงความร้ายแรงของบาดแผลนั้นหรือ ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับอุบัติเหตุรถยนต์ชนกันที่ไปดูที่สถานที่เกิดเหตุ การเบิกความของพยานประเภทนี้จะต้องเล่าถึงข้อเท็จจริงหรือได้จากการตรวจพิสูจน์ แล้วจึงให้ความเห็นว่าจากข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เห็นมาผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นอย่างไรเช่น จากการตรวจศพแล้ว เห็นว่าศพนี้ตายมา 12 ชั่วโมงแล้ว ก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญจะให้ความเห็น ศาลบางรัฐบังคับให้พยานแสดงข้อมูลหรือสถิติที่เขาใช้อย่างอิงให้การสรุปความเห็นด้วย ทั้งนี้เพื่อให้คณะลูกขุน ได้ทราบว่าผู้เชี่ยวชาญใช้อะไรเป็นหลักในการวินิจฉัย แต่ศาลบางรัฐก็ไม่บังคับให้พยานต้องแสดงที่มาของความเห็นดังกล่าว โดยปล่อยให้ทำหน้าที่

expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness.

ของฝ่ายตรงข้ามที่จะถามค้านเพื่อแสดงความไม่น่าเชื่อถือของผู้เชี่ยวชาญเอง ซึ่งผู้เชี่ยวชาญประเภทนี้ ถือได้ว่าเป็นประจักษ์พยานที่มีความรู้ความสามารถในสาขานั้นโดยตรงด้วย เนื่องจากเป็นผู้ที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นด้วยตนเอง มิใช่เป็นเพียงพยานผู้เชี่ยวชาญที่รู้ประเด็นในคดีจากที่ศาลระบุให้ทราบจากหนังสือแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น

(2) พยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความฝ่ายหนึ่งอ้างเข้ามาเพื่อต้องการให้มาเบิกความเพื่อตอบคำถามบางข้อ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้พบเห็นข้อเท็จจริงในคดีมาก่อน พยานพวกนี้จะเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่ง โดยคู่ความฝ่ายนั้นจะตั้งคำถามสมมติซึ่งตรงกับโจทย์เท็จจริงในคดีเรื่องนั้นให้พยานตอบ หรืออาจให้พยานผู้เชี่ยวชาญเข้านั่งฟังการสืบพยานฝ่ายตน เพื่อจะได้รับทราบข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เมื่อเสร็จการสืบข้อเท็จจริงของพยานคนอื่น ๆ แล้วก็จะนำผู้เชี่ยวชาญที่ตนอ้างเข้าสืบ โดยคู่ความจะถามคำถามว่า ถ้าข้อเท็จจริงเกิดขึ้นดังที่ท่านได้ฟังมาในการพิจารณาคดีนี้ ท่านจะมีความเห็นอย่างไร คำถามสมมติแบบนี้เรียกว่า Hypothetical question ซึ่งเป็นวิธีการสำคัญในการซักถามผู้เชี่ยวชาญประเภทนี้¹⁵⁶

(3) ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ซึ่งเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้พบเห็นข้อเท็จจริงในคดีมาด้วยตนเอง แต่รับรู้ข้อเท็จจริงและประเด็นต่างๆ ในคดีจากหนังสือแต่งตั้งของศาลที่ระบุรายละเอียดให้ผู้เชี่ยวชาญได้รับทราบและนำไปใช้ในการทำความเข้าใจ ซึ่งเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่งที่ศาลได้คัดเลือกแล้ว โดยผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนี้อาจถูกคู่ความถามค้านได้เช่นเดียวกับผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมา โดยคู่ความจะส่งข้อเท็จจริงของฝ่ายตนให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและอาจจะตั้งคำถามสมมติซึ่งตรงกับ โจทย์เท็จจริงในคดีเรื่องนั้นให้พยานผู้เชี่ยวชาญตอบ เพื่อจะได้รับทราบข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เมื่อผู้เชี่ยวชาญของศาลได้เบิกความแสดงความเห็นของตนต่อศาลเสร็จแล้ว

วิธีการที่ให้พยานผู้เชี่ยวชาญเข้าฟังการเบิกความของพยานอื่น ๆ หรือการส่งข้อเท็จจริงของฝ่ายตนแล้วตั้งคำถามสมมติให้พยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้เป็นประจักษ์พยานแสดงความเห็นนั้นมีทั้งข้อดีและข้อจำกัด ส่วนที่เป็นข้อดีก็คือข้อเท็จจริงที่จะถูกนำมาสมมติตั้งเป็นคำถาม คณะลูกขุนจะมีโอกาสรับทราบอย่างชัดเจน และข้อเท็จจริงในคดีกับข้อเท็จจริงสมมติจะไม่ได้แย้งกันเอง เพราะเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ข้อจำกัดก็คือสมมติฐานที่ตั้งขึ้นครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงจากคำเบิกความของพยานทั้งหมดของคู่ความฝ่ายนั้น ซึ่งอาจมีปัญหากับการแตกแยกของพยาน และคำถามสมมติที่จะตั้งให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงทั้งหมด จะมีลักษณะสลับซับซ้อนและยากแก่การทำความเข้าใจทั้งกับตัวพยานเองและคณะลูกขุน ข้อจำกัดที่สำคัญอีก

¹⁵⁶ Sime, Stuart, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 277-278.

ประการหนึ่งก็คือ พยานที่เข้าเบิกความถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่จะนำมาประกอบเป็นสมมติฐานนั้น อาจเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญด้วยกันก็ได้ ถ้ากรณีเป็นเช่นนั้นก็เท่ากับให้ผู้เชี่ยวชาญหลังจำต้องยอมรับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญคนแรกว่าถูกต้อง และฟังเป็นยุติได้ตามนั้น ทั้งนี้เพราะเวลาทนายความตั้งคำถามสมมติ เขาจะสมมติให้เท็จจริงทั้งหมดที่พยานก่อน ๆ เบิกความแล้วเป็นความจริงแล้วถามพยานผู้เชี่ยวชาญที่เบิกความในภายหลังว่า ผลจะเป็นอย่างไรตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

นอกจากนี้ยังมีจุดบกพร่องที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง คือ ในการตั้งคำถามสมมตินั้น ผู้ถามอาจจะเลยหรือปกปิดข้อเท็จจริงบางประการซึ่งอาจเป็นข้อสำคัญ ทำให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไม่ตรงกับข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งถ้าตั้งคำถามนั้นรวบรวมข้อเท็จจริงไว้สมบูรณ์ ผลของความเห็นอาจเป็นไปในทางตรงข้ามก็ได้ ในจุดนี้ศาลในบางมลรัฐแก้ไขด้วยวิธีบังคับให้ผู้ตั้งคำถามสมมติต้องรวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหมดใส่ไว้ในคำถามสมมติฐาน แต่ก็มักเกิดปัญหาเป็นการเพิ่มปัญหาได้เถียง และยากต่อการเข้าใจวิธีการที่ศาลส่วนมากใช้กันก็คือ ไม่จำกัดว่าการตั้งคำถามสมมติจะต้องมีข้อเท็จจริงทั้งหมด โดยปล่อยให้ป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายตรงข้ามที่จะถามค้านเพื่อชี้ให้เห็นจุดบกพร่องของคำถามสมมติฐานนั่นเอง

ปัญหาอีกประการหนึ่งในการเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญในสหรัฐก็คือ ผู้เชี่ยวชาญจะอ้างอิงรายงาน เอกสาร หรือคำรับคำร่าที่ผู้อื่นเป็นผู้เขียนหรือทำขึ้นได้หรือไม่ ปัญหา นี้มีความเห็นแตกต่างแยกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่ควรรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้ความเห็นจากเอกสารหรือรายงานที่คนอื่นทำไว้ โดยให้เหตุผลว่าเอกสารหรือรายงานนั้นเป็นพยานบอกเล่าประเภทหนึ่งซึ่งปกติศาลก็ไม่ยอมรับฟัง¹⁵⁷ เพราะตัวผู้ทำเอกสารไม่ได้มาปรากฏตัวในศาลฝ่ายตรงข้ามจึงไม่สามารถซักค้านเพื่อพิสูจน์ความจริงได้ ฉะนั้นถ้ายอมให้พยานผู้เชี่ยวชาญอ้างอิงเอกสารดังกล่าว ก็เท่ากับเป็นการยอมรับฟังพยานบอกเล่าเหล่านั้น อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ควรรับฟังความเห็นเช่นนั้นให้เพราะพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องถือว่า เขามีความรู้ความสามารถมากพอที่จะตัดสินความน่าเชื่อถือ หรือไม่น่าเชื่อถือของเอกสารหรือรายงานที่เขาใช้อ้างอิงได้ เท่ากับศาลหรือคณะลูกขุนมอบหมายความไว้วางใจให้พยานเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตัดสินประเด็นที่ศาลหรือลูกขุนไม่อาจวินิจฉัย ซึ่งในระยะหลังนี้ศาลส่วนมากมักเห็นด้วยกับความเห็นหลัง พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในคดีแล้ว สามารถจะอ้างอิงเอกสาร สถิติ หรือรายงานที่คนอื่นทำไว้มาประกอบข้อวินิจฉัยของตนได้ เช่น แพทย์ที่ตรวจและให้ความเห็นโดยอ้างอิงแผนภาพหรือบันทึกของโรงพยาบาล หรือฟิล์มเอกซเรย์เพื่อวินิจฉัยโรค บาดแผล หรือมาตรฐานในการรักษาคนไข้ของแพทย์คนใดคนหนึ่ง เป็นต้น

¹⁵⁷ Federal Rules of Evidence ข้อที่ 803 (18) วางหลักว่า คำร่าทางวิชาการวารสารหรือสิ่งพิมพ์ทางวิชาการต่างๆ เป็นพยานบอกเล่าที่รับฟังได้

(1) การสาบานตนหรือการกล่าวคำปฏิญาณ

สถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนโดยมีฐานะเป็นพยานความเห็น (Opinion Witness) ตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของสหรัฐ (Federal Rules of Evidence) แต่มิได้มีการบัญญัติในเรื่องการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักการสืบพยานบุคคลทั่วไปในมาตรา 6 มาใช้บังคับ โดยก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเบิกความต้องทำการสาบานตนหรือปฏิญาณตนก่อน ตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา ข้อ 603¹⁵⁸ ที่กำหนดให้ก่อนเบิกความ พยานบุคคลจะต้องแถลงว่า เขาจะให้การตามความสัตย์จริง โดยการสาบานตนหรือปฏิญาณตนในรูปแบบที่จะเตือนความรู้สึกรับผิดชอบของพยานและให้พยานสำนึกด้วยจิตใจที่จะทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นหลักการที่มีความสำคัญถ้าไม่ทำการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะรับฟังไม่ได้

(2) วิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถเสนอความเห็นได้โดยการทำรายงานแสดงความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมาเบิกความต่อศาลแสดงความเห็นของตนด้วยวาจาก็ได้ โดยการทำรายงานแสดงความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น อยู่ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rules of Civil Procedure) ข้อ 26(a)(2)(b)¹⁵⁹ ที่มีหลักว่า การทำรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเพื่อนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น จะต้องระบุความเห็นหลักการและเหตุผลในการทำความเห็นนั้นด้วย อีกทั้งต้องระบุถึงข้อมูล que ผู้เชี่ยวชาญได้นำมาเป็นพื้นฐานในการทำความเห็น และต้องระบุถึงผลงานของผู้เชี่ยวชาญที่แสดงความเห็นนั้นภายในระยะเวลา 10 ปีที่ผ่านมา รวมทั้งคดีที่ผู้เชี่ยวชาญเคยได้ทำความเห็นในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลภายในระยะเวลา 4 ปีที่ผ่านมาด้วย

แต่ถ้าศาลสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความด้วยวาจาศาล การเบิกความโดยผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่กำหนดอยู่ใน Federal Rules of Evidence ข้อ 702-705 ดังนี้

ข้อ 702¹⁶⁰ คำเบิกความโดยผู้เชี่ยวชาญ

¹⁵⁸ Federal Rules of Evidence, rule 603. Oath or Affirmation;

Before testifying, every witness shall be required to declare that the witness will testify truthfully, by oath or affirmation administered in a form calculated to awaken the witness' conscience and impress the witness' mind with the duty to do so.

¹⁶⁰ Federal Rules of Evidence, rule 702. Testimony by Experts;

ในกรณีที่ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ทางเทคนิคหรือความรู้พิเศษทางด้านอื่น ๆ จะช่วยให้ผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงมีความเข้าใจในพยานหลักฐานหรือวินิจฉัยข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีได้ พยานบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญได้ด้วยความรู้ ทักษะ ประสบการณ์ การฝึกอบรม หรือการศึกษา จะเบิกความในรูปแบบของความเห็นหรือเป็นประการอื่นก็ได้ ถ้า (1) คำเบิกความอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อมูลที่เพียงพอ (2) คำเบิกความเป็นผลจากหลักเกณฑ์และวิธีการที่เชื่อถือได้ และ (3) พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ปรับหลักเกณฑ์และวิธีการเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดีอย่างเชื่อถือได้

ในการเปรียบเทียบเงื่อนไขของการนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นว่าหลักเกณฑ์การเบิกความ โดยผู้เชี่ยวชาญของสหรัฐมีส่วนคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 243 แต่ต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 98 และมาตรา 99 กล่าวคือ หลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาไม่กำหนดขอบเขตของวิทยาการที่ต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ เพียงแต่กำหนดว่าถ้าประเด็นที่เป็นปัญหานั้นบุคคลธรรมดาไม่อาจวินิจฉัยได้ก็สามารถขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเข้าพิสูจน์ได้แล้ว ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ของสหรัฐสามารถใช้ได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา แต่หลักเกณฑ์การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งของไทยใช้นั้นไม่มีบทบัญญัติกำหนดขอบเขตของวิทยาการที่ต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวในประเทศไทยจะมีเฉพาะในคดีอาญาเท่านั้นเพราะไม่จำกัดสาขาของศาสตร์ที่จะใช้ผู้เชี่ยวชาญ ดังจะเห็นจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมาตรา 243 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตาม มีความชำนาญพิเศษในการใด ๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลป ฝีมือ พาณิชยกรรม การแพทย์หรือกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของเขานั้นอาจมีประโยชน์แก่การวินิจฉัยคดี...” คำว่า “เช่น” เป็นการยกตัวอย่าง และหมายความว่ามิใช่จะมีเพียงเท่านั้น แต่อาจเป็นศาสตร์แขนงอื่นก็ได้ แต่ในคดีแพ่งนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติศาสตร์ความรู้ในกรณีที่เจ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเข้ามาสืบแต่อย่างใด จึงควรที่จะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ให้มีความชัดเจนลงไป

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

ข้อ 703¹⁶¹ พื้นฐานของการเบิกความเป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ

ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลในคดีหนึ่งคดีใดซึ่งผู้เชี่ยวชาญใช้เป็นรากฐานในการทำความเห็น หรือทำข้อสรุปอาจเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นข้อมูลที่เขารับรู้หรือทำให้เขารับรู้ก่อนหรือขณะพิจารณาคดี หากเป็นกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องใช้ข้อมูลแล้วในการทำความเห็นหรือสรุปเรื่องนั้นก็ไม่ว่าจำเป็นที่จะต้องเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อมูลนั้นเข้ามาเป็นพยานหลักฐานในคดีในการที่จะเสนอความเห็นหรือสรุปเรื่องนั้น ข้อเท็จจริงและข้อมูลซึ่งไม่ได้นำเสนอเป็นพยานหลักฐานนั้นจะถูกเปิดเผยต่อลูกขุนไม่ได้ เว้นแต่ศาลพิจารณาเห็นว่าจะมีคุณค่าในการช่วยให้ลูกขุนซึ่งน้ำหนักความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญมากกว่าผลทางอคติที่อาจเกิดขึ้น

ข้อ 704¹⁶² ความเห็นในประเด็นสุดขั้วของคดี

(ก) เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ในข้อย่อย (ข) คำเบิกความในรูปแบบของความเห็นหรือบทสรุปซึ่งอาจรับฟังได้นั้น ไม่อาจถูกคัดค้านการรับฟังเพียงเพราะว่าไปวินิจฉัยประเด็นสุดขั้วของคดี ซึ่งจะต้องวินิจฉัยโดยผู้ที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริง

(ข) ห้ามมิให้พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความถึงอาการทางจิตใจหรือสภาพการของจำเลยในคดีอาญาว่าจำเลยนั้นอยู่หรือไม่อยู่ในภาวะของจิตใจที่จะกระทำการอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ถูกกล่าวหาหรือที่ต่อสู้ ดังนั้น ประเด็นในขั้นที่สุดจึงเป็นเรื่องของผู้มีหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงจะวินิจฉัยเท่านั้น

¹⁶¹ Rule 703. Bases of Opinion Testimony by Experts;

The facts or data in the particular case upon which an expert bases an opinion or inference may be those perceived by or made known to the expert at or before the hearing. If of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject, the facts or data need not be admissible in evidence in order for the opinion or inference to be admitted. Facts or data that are otherwise

¹⁶² Rule 704. Opinion on Ultimate Issue

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

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

กฎหมายกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถให้ความเห็นในประเด็นต่างๆในคดีได้ แม้แต่การให้ความเห็นในประเด็นสุดขั้วในคดีเช่นการที่ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าจำเลยมีความผิดเพราะทำการฆ่าตัดคนไข้โดยประมาท ทำให้คนไข้เสียเลือดมากจนถึงแก่ความตายนั้น ก็เป็นการแสดงความเห็นที่ไม่ต้องห้ามเนื่องจากผู้เชี่ยวชาญสามารถแสดงความเห็นในประเด็นสุดขั้วของคดีได้ ในในทางปฏิบัติแล้วผู้เชี่ยวชาญควรที่จะให้ความเห็นเฉพาะประเด็นที่ว่าแพทย์ไม่ได้ทำตามขั้นตอนหรือฝ่าฝืนข้อบังคับในการปฏิบัติการฆ่าตัดเท่านั้น ไม่ควรให้ความเห็นว่าการกระทำของผู้นั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเพราะน่าจะเป็นเรื่องของศาลที่จะวินิจฉัยในประเด็นทางกฎหมายเอง

ข้อ 705¹⁶³ การเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลซึ่งเป็นพื้นฐานของความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ

ผู้เชี่ยวชาญอาจเบิกความในลักษณะของความเห็นหรือข้อสรุปและให้เหตุผลโดยไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ใช้ในการนั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ผู้เชี่ยวชาญต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดดังกล่าวเมื่อถูกซักค้าน

(3) การคัดค้าน (Impeachment) โดยวิธีการถามค้าน (Cross Examination)

ในศาลสหรัฐไม่มีข้อกำหนดให้คู่ความทำการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ แต่กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่ความทำการตรวจสอบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้โดยการถามค้าน ดังนั้น กระบวนการตรวจสอบความเป็นกลางและกระบวนการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยคู่ความ จึงต้องใช้วิธีการถามค้านแทนการคัดค้าน ซึ่งวิธีดังกล่าวอาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเกิดความล่าช้าได้

ดังนั้น ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งถูกเรียกให้มาเบิกความต่อศาล ไม่ว่าจะโดยศาลเห็นเองหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ คู่ความฝ่ายที่เห็นว่าการแสดงความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นการทำให้ฝ่ายตนเสียเปรียบก็สามารถถามค้านเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือของผู้เชี่ยวชาญที่เบิกความอยู่ได้ แต่การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นจะไม่ใช้วิธีการถามค้านในลักษณะเดียวกันกับการถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอีกฝ่ายอ้างมา เนื่องจากการถามค้านผู้เชี่ยวชาญของคู่ความฝ่ายตรงข้าม มักจะเป็นการถามในเรื่องเกี่ยวกับการที่ผู้เชี่ยวชาญได้รับค่าตอบแทนในฐานะมาให้ความเห็นในคดีว่าเป็นการรับจ้างมาให้ความเห็นในทางลำเอียง

¹⁶³ Rule 705. Disclosure of Facts or Data Underlying Expert Opinion;

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

เข้าข้างคู่ความฝ่ายที่จ้างผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในศาลมากกว่าการมาให้ความเห็นด้วยความเป็นกลาง โดยการถามค้านวิธีนี้เป็นการทำลายความน่าเชื่อถือพยานผู้เชี่ยวชาญของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากในปัจจุบันการหาผู้เชี่ยวชาญเพื่อมาเบิกความให้ความเห็นในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะที่เป็นธุรกิจมากกว่าที่จะเป็นการเชิญผู้เชี่ยวชาญมาจากภาครัฐ มีองค์กรของเอกชนขนาดใหญ่ที่มีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญของตนในสาขาวิชาต่างๆ เพื่อให้คู่ความมีโอกาสในการเลือกผู้เชี่ยวชาญจากรายชื่อที่บริษัทเหล่านั้นจัดหาให้ ค่าใช้จ่ายในการที่ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความก็มีค่าตอบแทนที่สูงมากเกินควรจึงเกิดความไม่น่าเชื่อถือในตัวผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความหาจากองค์กรเหล่านี้

แต่การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้น จะเป็นการถามค้านเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือในด้านที่ผู้เชี่ยวชาญขาดคุณสมบัติหรือไม่มีความรู้ความสามารถเสียมากกว่าเป็นการถามค้านในลักษณะที่ได้รับคำตอบแทน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การถามค้านในลักษณะนี้ คล้ายกับเป็นการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมากกว่าเป็นการถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งศาลควรจะเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ตั้งแต่แรกเพื่อไม่ทำให้กระบวนการพิจารณาเกิดความล่าช้า

ข้อบังคับที่เกี่ยวกับการถามค้านและการทำลายน้ำหนักผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ในข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Rules of Evidence) มีดังนี้

ข้อ 706 “ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้ง

(ก) การแต่งตั้ง ... นอกจากนั้นพยานอาจถูกเรียกมาเบิกความโดยศาลหรือโดยคู่ความพยานอยู่ในบังคับที่จะถูกถามค้านโดยคู่ความทุกฝ่ายรวมทั้งคู่ความฝ่ายที่เรียกพยานนั้นมาเอง”

ข้อ 607 ผู้ที่อาจหักล้างทำลายน้ำหนัก

ความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลอาจถูกโจมตีโดยคู่ความฝ่ายใดก็ได้ รวมทั้งคู่ความฝ่ายซึ่งเป็นผู้อ้างพยานบุคคลนั้นเอง

ข้อ 611 วิธีการและลำดับการซักถามพยานและการนำเสนอพยานหลักฐาน

(ข) ขอบเขตของการถามค้าน การถามค้านจำกัดอยู่แต่เฉพาะเรื่องที่มีการซักถามไว้ในการซักถามพยานฝ่ายของตนและเรื่องเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้ถามเรื่องอื่นๆเพิ่มเติมเหมือนกับการซักถามพยานฝ่ายของตนก็ได้

สิทธิของจำเลยในคดีอาญาที่จะเผชิญหน้ากับพยานโจทก์ (right of confrontation) ซึ่งบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญของหลายรัฐในอเมริกา รวมทั้งรัฐธรรมนูญของสหรัฐ

ด้วย ได้รับการแปลความว่าเป็นการรับรองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาที่จะถามค้านพยานโจทก์ และศาลได้นำสิทธิดังกล่าวมาใช้กับคดีแพ่งด้วย¹⁶⁴

(ข) ขอบเขตของการถามค้าน¹⁶⁵

(1) หลักดั้งเดิม (traditional rule)

หลักนี้ใช้อยู่ในอังกฤษและบางรัฐในสหรัฐอเมริกา ซึ่งยอมให้มีการถามค้านได้อย่างกว้างขวาง ไม่จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องที่มีการซักถาม

(2) หลักจำกัด (restrictive rule)

หลักนี้ใช้อยู่ในรัฐส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะให้อถามค้านได้เฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่พยานเบิกความตอบซักถามเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของการถามค้านก็เพื่อหักล้างความน่าเชื่อถือของพยาน เพื่อทดสอบพยานเบิกความตามเป็นจริงหรือไม่ พยานมีความสามารถในการรับรู้เพียงใด พยานมีความลำเอียงหรือไม่ อยู่กับร่องกับรอยหรือเปล่า เพราะฉะนั้นไม่ว่าจะใช้หลักใด ถ้าการถามค้านนั้นเพื่อประสงค์จะหักล้างคำพยานของอีกฝ่ายหนึ่งแล้วพยานอาจถูกถามได้โดยหาถูกจำกัดอยู่เฉพาะแต่เรื่องที่มีการซักถามไม่

มีการกล่าวว่าข้อแตกต่างสำคัญของหลักทั้งสองนั้น แท้จริงอยู่ที่เวลาและขั้นตอนของการนำพยานมาสืบเท่านั้น กล่าวคือ ตามหลักดั้งเดิมพยานอาจถูกถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใหม่ ซึ่งไม่ได้มีการซักถามไว้ โดยการถามค้านในคราวเดียวกันกับที่พยานมาเบิกความตอบคำซักถามนั่นเอง แต่ตามหลักจำกัดนั้นข้อเท็จจริงใหม่จะนำมาถามในภายหลัง โดยฝ่ายที่ถามค้านจะต้องเรียกพยานผู้นั้นมาสืบพยานของตนซึ่งฝ่ายที่ถามค้านจะทำเช่นนั้นก็เฉพาะเมื่อแน่ใจว่าพยานจะเบิกความเป็นผลดีแก่ตนเท่านั้น และการนำสืบในตอนนี้จะเป็นการซักถามมิใช่ถามค้าน จึงไม่อาจใช้คำถามนำ

ทนายความส่วนใหญ่มักจะชอบหลักจำกัดเพราะสามารถซักถามให้พยานเบิกความตามลำดับไปจนจบเรื่อง ไม่ถูกขัดจังหวะโดยการนำข้อเท็จจริงอื่นเข้ามาปะปนด้วยการถามค้าน แต่การให้อถามค้านเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใหม่ในคราวเดียวกันตามหลักดั้งเดิมก็เป็นการประหยัดเวลาและไม่เป็นภาระแก่พยานที่จะต้องมาเบิกความ ๒ ครั้ง หลักดั้งเดิมจึงได้รับการสนับสนุนจากนักปฎิรูป นักวิชาการ และนักนิติศาสตร์อยู่มากเช่นกัน

¹⁶⁴ John W. Strong, Mc Cormick on Evidence, 5th ed. (St. Paul Minn: West Group Publishing Co., 1999), p. 34.

¹⁶⁵ Ibid., pp. 36-38, 41-42.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งตาม กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาหลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในบทที่ 2 และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญในคดีแพ่งตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ในบทที่ 3 มาแล้ว ในบทนี้จะศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งในคดีแพ่งตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการนำผู้เชี่ยวชาณมาศาล

ตามกฎหมายไทย ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเข้าสู่อการพิจารณาคดีได้ 2 กรณี คือ โดยศาลเห็นสมควรหรือโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลแต่งตั้งก็ได้ แต่การแต่งตั้งบุคคลใดมาเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น อาจเป็นการแต่งตั้งบุคคลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลแต่งตั้งบุคคลที่คู่ความตกลงกัน หรือศาลแต่งตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 129 ซึ่งการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญวิธีนี้จะเกิดขึ้นในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญมาคลี่คลายหรือพิสูจน์ประเด็นปัญหาในคดี แม้คู่ความจะมีได้กล่าวอ้างหรือนำผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความเป็นพยานฝ่ายตนก็ตาม ซึ่งในกรณีที่ศาลเป็นผู้เห็นสมควรที่จะตั้งผู้เชี่ยวชาญเอง ศาลก็จะแต่งตั้งเมื่อใดก็ได้ในระหว่างที่ยังมีการพิจารณาคดีอยู่ และถึงแม้ว่าศาลจะได้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญแล้ว แต่ถ้าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญผู้นั้นไม่เป็นที่น่าพอใจ ศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาณคนอื่นเพิ่มได้อีก โดยศาลเห็นสมควรหรือคู่ความร้องขอก็ได้ แต่หากศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็น ศาลอาจไม่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาณใหม่แม้ว่าคู่ความจะร้องขอก็ตาม ทั้งนี้ เพราะการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาณนี้เป็นดุลพินิจของศาลโดยแท้ กฎหมายมิได้บังคับให้ศาลจำต้องทำเสมอไป โดยปกติศาลไทยจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาณโดยเลือกผู้เชี่ยวชาณจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาณซึ่งจะมีรายชื่อผู้ที่มีความรู้ความสามารถในสาขาวิชาการต่างๆ และสมัครใจที่จะช่วยเหลือศาลในการมาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาณของศาล โดยศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาณที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีพยานของศาลไปได้เลยโดยไม่จำเป็นต้องสอบถามความสมัครใจของผู้เชี่ยวชาณนั้นๆ เพราะศาลมีอำนาจในการบังคับให้ผู้เชี่ยวชาณที่ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาณได้อยู่แล้ว แต่ในทางปฏิบัติ ถ้าผู้เชี่ยวชาณที่ศาลแต่งตั้งมี

เหตุขัดข้อง หรือเห็นว่าตนเองอาจถูกคัดค้านจากคู่ความได้ ก็อาจถอนตัวต่อศาลได้เช่นกัน ทำให้อำนาจในการบังคับของศาลไม่สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ

ส่วนในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดต้องการให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ คู่ความฝ่ายดังกล่าวจะต้องระบุอ้างชื่อผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญไว้ในบัญชีระบุพยานและมีคำขอให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 วรรคหนึ่ง ซึ่งรายชื่อผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความระบุไว้ในบัญชีระบุพยานในลักษณะนี้ มิใช่เป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างบุคคลใดเข้ามาเป็นพยานของตน แต่เป็นกรณีที่คู่ความเพียงแต่มีคำขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญที่ตนเองกล่าวอ้างเพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนดังกล่าวเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล ดังนั้น หากศาลเห็นสมควรก็สามารถแต่งตั้งบุคคลนั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลได้ โดยที่บุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการขึ้นทะเบียนผู้มีความรู้ความสามารถในสาขาวิชาการต่างๆ ซึ่งในกรณีนี้อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความร้องขอให้ศาลแต่งตั้งมิได้เป็นผู้เชี่ยวชาญจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีพยานของศาล จึงมีลักษณะคล้ายกับในกรณีที่คู่ความอ้างผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดีเป็นพยานฝ่ายของตน ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาในการตรวจสอบคุณสมบัติ ความเป็นกลาง และเกิดความลำเอียงของผู้เชี่ยวชาญที่จะให้ความเห็น โน้มเอียงหรือเข้าข้างคู่ความฝ่ายที่เสนอชื่อตนให้ศาลแต่งตั้ง ผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความเสนอชื่อให้ศาลแต่งตั้งดังกล่าว จึงมีความไม่เหมาะสมกับสถานะที่จะเข้ามาในคดีเพื่อเข้ามาให้ความเห็นแก่ศาล ที่ควรวางตัวเป็นกลางและเป็นผู้ที่ควรได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายแต่อย่างใด อีกทั้งยังมีบทบัญญัติของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 ที่เปิดโอกาสให้คู่ความสามารถอ้างผู้เชี่ยวชาญมาเป็นพยานฝ่ายตนได้อยู่แล้ว

สำหรับการนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาล กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติในการนำพยานบุคคลทั่วไปมาศาลมาใช้โดยอนุโลม ดังนั้น เมื่อศาลเห็นว่าหนังสือแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไม่ชัดเจนเพียงพอและต้องการให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลเพื่อเบิกความประกอบความเห็นของตนต่อศาล การมาศาลของผู้เชี่ยวชาญก็ต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 108 ที่บัญญัติว่า “พยานที่ได้รับหมายเรียกโดยชอบดังที่บัญญัติไว้ในสองมาตราก่อนนั้น จำต้องไป ณ สถานที่และตามวันเวลาที่กำหนดไว้...” ผู้ใดได้รับหมายเรียกพยานแล้วไม่ยอมมาศาล ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 170 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดขัดขืนหมายหรือคำสั่งของศาลให้มาให้ถ้อยคำ ให้มาเบิกความ หรือให้ส่งทรัพย์สินหรือเอกสารใดในการพิจารณาคดี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า วิธีการนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลโดยการออกหมายเรียกอย่างพยานบุคคลทั่วไปตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น มีความขัดแย้งกับหลักความยินยอมของผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (1) ที่บัญญัติว่า

ศาลจะบังคับบุคคลใดให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ นอกจากบุคคลนั้นจะได้ยินยอมลงชื่อเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ในทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลแล้ว ซึ่งถึงแม้ว่าการที่ผู้เชี่ยวชาญได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วอาจถือว่าได้มีความสมัครใจที่จะเป็นผู้เชี่ยวชาญอยู่แล้ว จึงปฏิเสธไม่ยอมรับการแต่งตั้งหรือขอถอนตัวไม่ได้ โดยศาลสามารถบังคับให้ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญมาให้การในศาลได้ แต่ในทางปฏิบัติ ถ้าผู้ที่ศาลแต่งตั้งมีเหตุขัดข้อง หรือเห็นว่าตนเองอาจถูกคัดค้านได้ ก็อาจถอนตัวต่อศาลได้เช่นกัน เพราะไม่ใช่กรณีของพยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์ ซึ่งอยู่ในฐานะพลเมืองดีมีหน้าที่ต้องมาเบิกความต่อศาลและ ไม่สามารถเปลี่ยนตัวได้อย่างในกรณีของผู้เชี่ยวชาญที่เป็นแต่เพียงผู้ที่มาให้ความเห็นต่อศาลตามประสบการณ์จากความรู้ของตน ดังนั้น เมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ถูกหมายเรียกอาจจะเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่จะต้องออกความเห็นในคดีนั้นๆ หรือมีเหตุขัดข้องประการอื่น การบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญผู้นั้นต้องมาเป็นพยานโดยไม่สมัครใจจึงไม่เป็นผลดี อีกทั้งศาลก็อาจแต่งตั้งบุคคลอื่นที่เต็มใจและมีความรู้ความเชี่ยวชาญมาเป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้นๆ ก็ได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายคงไม่ต้องการบังคับให้ผู้ใดต้องมาเบิกความโดยที่ผู้นั้นไม่เต็มใจเนื่องจากจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อการเบิกความของพยานนั้นๆ แต่ที่ต้องบัญญัติให้บุคคลที่ได้รับหมายเรียกต้องมีหน้าที่ไปศาล ถ้าบุคคลใดได้รับหมายเรียกโดยชอบแล้วแต่ไม่ยอมมาศาลต้องได้รับโทษนั้น ก็เนื่องมาจากบุคคลที่จะต้องมาเบิกความในฐานะประจักษ์พยานนั้นเป็นพยานประเภทที่ไม่สามารถเปลี่ยนตัวได้ อีกทั้งหากไม่ได้พยานหลักฐานจากการเบิกความของพยานประเภทนี้แล้ว ก็ยากที่ศาลจะรับรู้ข้อเท็จจริงในคดีได้ เพราะประจักษ์พยานเป็นพยานที่ได้เห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในขณะที่ความผิดนั้นได้ก่อขึ้น จึงเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญในลำดับต้นๆ ในการประกอบกราวินิจฉัยคดีของศาล ดังนั้น จึงต้องมีกฎหมายที่มีสภาพบังคับให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องไปเบิกความต่อศาล ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงควรบังคับใช้กับบุคคลที่จะมาเบิกความในฐานะพยานบุคคลทั่วไปที่เป็นประจักษ์พยานเท่านั้น ไม่ควรนำมาบังคับใช้กับผู้เชี่ยวชาญที่สามารถเปลี่ยนตัวได้ นอกจากการเปลี่ยนตัวผู้เชี่ยวชาญได้แล้ว การส่งหมายเรียกผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ก็ยังเป็นวิธีที่ไม่เหมาะสมกับการเรียกบุคคลที่ศาลต้องการความเห็นที่ได้จากความรู้ความเชี่ยวชาญและ ไม่ได้เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีแต่ประการใดให้มาศาล การมาศาลของผู้เชี่ยวชาญควรเป็นการมาศาลโดยความสมัครใจที่จะให้การช่วยเหลือกระบวนการยุติธรรม จึงควรที่จะทำเป็นหนังสือเชิญผู้เชี่ยวชาญมาศาลมากกว่าที่จะเป็นการออกหมายเรียกให้มาศาล ซึ่งถ้าตระหนักในแง่ความรู้สึกของบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องใดๆ กับคดีนั้นแล้วแต่ต้องมาศาลเพื่อมาแสดงความเห็นก็ควรให้เกียรติกับผู้ที่ถูกเชิญในระดับที่มากกว่าการเรียกพยานบุคคลทั่วไปมาศาล

สำหรับกำหนดเวลาในการส่งหมายให้พยานนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 106 บัญญัติให้ต้องส่งหมายเรียกพร้อมสำเนาคำแถลงของผู้ขอให้พยานรู้ล่วงหน้า

ก่อนวันที่จะต้องไปเบิกความอย่างน้อย 3 วัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมกับการแจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบว่าต้องไปเบิกความต่อศาล เนื่องจากการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญจะเป็นการเบิกความจากความรู้ความเชี่ยวชาญของตน และให้ความเห็นต่อศาลโดยนำความรู้ที่ตนเองมีมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีแล้วจึงจะสามารถแสดงความเห็นของตนเสนอต่อศาลได้ อีกทั้งระยะเวลาในการรวบรวมข้อมูลทางวิชาการที่จะต้องค้นคว้าเพื่อนำมาปรับใช้กับรูปคดีก็ต้องใช้ระยะเวลาในการค้นหา เวลาตามที่กฎหมายกำหนดให้เพียง 3 วัน จึงไม่น่าจะเพียงพอสำหรับผู้เชี่ยวชาญที่จะสรุปการทำความเข้าใจให้มีประสิทธิภาพได้ ไม่เหมือนกับพยานบุคคลทั่วไปที่เป็นประจักษ์พยานซึ่งไปเบิกความในสิ่งที่ตนประสบมาโดยตรงเท่านั้น จึงไม่จำเป็นต้องมีการเตรียมตัวหรือเตรียมข้อมูลใด

จากการศึกษากฎหมายของประเทศต่างๆ พบว่า ในประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ผู้พิพากษาจะมีบทบาทในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอย่างมาก โดยผู้พิพากษามีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในการแสวงหาพยานหลักฐาน การเตรียมพยานหลักฐานให้แก่คู่ความทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องชี้ให้คู่ความเห็นถึงความเชื่อมโยงและความสำคัญของพยานหลักฐานให้แก่คู่ความโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติว่าจะเป็นการช่วยเหลือคู่ความฝ่ายใด ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการชี้ให้คู่ความเห็นและตระหนักถึงปัญหาในข้อเท็จจริงและปัญหาในข้อกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีนั้น เพื่อที่จะให้คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถเข้าใจในกระบวนการพิจารณาคดีและแนวทางในการตัดสินใจของศาลให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและเข้าใจถูกต้องตรงกัน เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งบทบาทของศาลที่ได้กระทำนั้นก็มีความสอดคล้องกับหลักของระบบซีวิลลอว์ ที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการที่จะมีอำนาจเหนือกระบวนการพิจารณาคดีและการสืบพยานหลักฐานของคู่ความได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน มาตรา 404 ผู้เชี่ยวชาญของศาลจะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีได้โดยการแต่งตั้งของศาลเท่านั้น คู่ความไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล หากคู่ความฝ่ายใดต้องการอ้างผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดี ก็จะต้องอ้างผู้เชี่ยวชาญนั้นเข้ามาเป็นพยานฝ่ายตน เพราะการจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น เป็นดุลพินิจเด็ดขาดของศาลว่าคดีนั้นๆ มีความจำเป็นที่จะต้องฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ โดยศาลจะเป็นผู้คัดเลือกและกำหนดจำนวนของผู้เชี่ยวชาญตามความจำเป็นในกระบวนการพิจารณาคดี การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล ศาลจะกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญในคดีเพียงคนเดียวหรือมากกว่านั้นก็ได้ หรือศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญอีกคนหนึ่งมาแสดงความเห็นต่อศาลแทนผู้เชี่ยวชาญคนก่อนที่ศาลแต่งตั้งก็ได้ ซึ่งบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง ต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและความเห็นของบุคคลนั้นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นในคดีหรือโดยสภาวะการณ์พิเศษมีความจำเป็นที่จะต้องฟังความเห็นของบุคคลนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม โดย

ในทางปฏิบัติ ศาลจะเรียกคู่ความมาให้ตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นก็ได้ หรือถ้า คู่ความสามารถตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นได้ ก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่ศาลจะเป็นผู้กำหนดรายชื่อของผู้เชี่ยวชาญให้คู่ความเลือกและศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนของผู้เชี่ยวชาญ ให้มีความเหมาะสมกับคดี และในการที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้เชียวชาญนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เป็นผู้กำหนดว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก และแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

ตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน ศาลมีอำนาจเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลเพื่อ มาให้ความเห็นด้วยวาจาประกอบหนังสือแสดงความเห็นของตนได้ แต่ผู้เชี่ยวชาญมีสิทธิที่จะ ปฏิเสธไม่มาศาลเพื่อให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยวาจาก็ได้ ซึ่งการปฏิเสธที่จะไม่ไปให้ความเห็นด้วย วาจาต่อศาลนั้นไม่มีกฎหมายลงโทษในทางอาญา เนื่องจากไม่มีลักษณะบังคับโดยการออก หมายเรียกเหมือนศาลไทย แต่ศาลอาจสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญเสียค่าปรับสำหรับการกระทำดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ปฏิเสธที่จะไม่มาเบิกความต่อศาลหรือปฏิเสธที่จะไม่ให้ ความเห็นต่อศาลนั้นเลย ผู้เชี่ยวชาญก็จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ กระทำนั้นของตน ถ้ามีการกระทำผิดซ้ำอีกศาลอาจกำหนดค่าปรับให้สูงขึ้นกว่าเดิมก็ได้ และด้วย สาเหตุดังกล่าวศาลอาจถอดถอนบุคคลนั้นจากการเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง โดยคำสั่งเช่นนี้ ให้เป็นที่สุด

ส่วนกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ศาลมีอำนาจเรียกผู้เชี่ยวชาญมาศาลได้เช่นกัน แต่การ แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลนี้ ถือเป็นการดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยผู้ชำนาญการ (Les Mesures D'instruction Exécutés Par un Technicien) เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการแสวงหา ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นคดี การตรวจสอบ และชี้แจงน้ำหนักความน่าเชื่อถือของ พยานหลักฐานต่างๆ นั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องกระทำด้วยตนเอง แต่เนื่องจากผู้พิพากษา จำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงบางอย่างก่อนที่จะตัดสินคดี ซึ่งหากเป็นปัญหาทางเทคนิคที่ต้องอาศัย ความรู้ความชำนาญเฉพาะทางที่อยู่นอกเหนือความสามารถของตน โดยในคดีนั้นมักปรากฏปัญหา ทางเทคนิคอยู่เสมอ ซึ่งการตัดสินคดีจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ ผู้พิพากษาจึง จำต้องอาศัยความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญซึ่งจะให้ข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้พิพากษาในรูปของ ความเห็นเสียก่อนที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญในประเทศฝรั่งเศส จะกระทำได้ต่อเมื่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง และการให้คำปรึกษาไม่เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ผู้พิพากษาได้ การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจึงมี ลักษณะเป็นบทเสริมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 264 โดยบัญญัติ ให้ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลที่เห็นว่าเหมาะสมมาช่วยในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้ความกระจ่าง แก่ศาลในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของบุคคลนั้น โดยมีเงื่อนไขว่าผู้มี

ความรู้ความเชี่ยวชาญจะไม่ถูกเรียกให้เข้ามาในคดี ถ้าผู้พิพากษาในคดีนั้นสามารถแก้ปัญหาหรือหาคำตอบได้ด้วยตนเอง หรือรายงานของ Consultant เพียงพอที่จะให้ความกระจ่างแก่ศาลได้ ซึ่งหลักทั่วไปในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้เพียงหนึ่งคน เว้นแต่กรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นและเห็นสมควร ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหลายคนก็ได้ โดยศาลต้องกำหนดประเด็น ข้อเท็จจริงที่ต้องการให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจในเรื่องนั้นอย่างชัดเจนและศาลต้องระบุระยะเวลาที่แน่นอนในการทำรายงานแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศส ศาลก็เป็นผู้ที่มิบทบาทสำคัญในการที่จะกำหนดว่าคดีใดต้องมีการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ และการเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของผู้เชี่ยวชาญนั้น มักจะเป็นการได้รับการแต่งตั้งจากศาลเสียเป็นส่วนใหญ่ ในกรณีที่คู่ความอ้างผู้เชี่ยวชาญของตนเข้ามาในคดีนั้น แทนไม่มีปรากฏให้เห็นหรือถ้าคู่ความอ้างผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดีผู้เชี่ยวชาญ ผู้นั้นก็จะมีฐานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง ที่จะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับ แต่จะนำบทบัญญัติที่ว่าด้วยผู้เชี่ยวชาญของศาลไปใช้บังคับไม่ได้

การนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติในลักษณะเชิงลงโทษในทางอาญา เพราะไม่มีการกำหนดโทษไว้ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญไม่ยอมมาศาล หรือไม่ยอมรับการแต่งตั้งของศาล อีกทั้งการเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลนั้นก็มิได้ใช้วิธีการออกหมายเรียก แต่ใช้วิธีการส่งจดหมายแจ้งการแต่งตั้งหรือแจ้งการให้มาให้ความเห็นที่ศาลเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อศาลได้คัดเลือกผู้เชี่ยวชาญแล้ว เจ้าพนักงานศาลจะต้องส่งสำเนาหนังสือแต่งตั้งให้แก่ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับคัดเลือกโดยวิธีการส่งจดหมายลงทะเบียน ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาลจะต้องแจ้งต่อศาลว่าตนยอมรับการแต่งตั้งของศาลหรือไม่ในทันทีและถ้าผู้เชี่ยวชาญยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งแล้ว ก็มีหน้าที่ทำรายงานความเห็นต่อศาลโดยไม่ชักช้า โดยผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล มีสิทธิขอเอกสารที่เกี่ยวข้องในประเด็นแห่งคดีทั้งจากคู่ความและของศาล ก่อนตัดสินใจยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

นอกจากนี้ หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องมาแสดงความเห็นที่ศาลเพื่อเบิกความประกอบรายงานแสดงความเห็นของตนหรือเพื่อความกระจ่างในประเด็นแห่งคดีที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นได้รับมอบหมายให้แสดงความเห็นแก่ศาลก็ได้ โดยศาลจะให้เจ้าหน้าที่ศาลเป็นผู้ออกหนังสือเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลในวันและเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งอาจจะเป็นการมาศาลก่อนวันพิจารณาคดีก็ได้ โดยเป็นการมาศาลเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญอธิบายหรือแสดงความเห็นในประเด็นที่ได้รับมอบหมายจากศาล แต่การเบิกความแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะต้องเป็นประเด็นที่ศาลได้แจ้งหรือกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นในประเด็นนั้นๆ แล้วเท่านั้น โดยศาลจะเป็นผู้แจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบว่าต้องแสดงความเห็นเพิ่มเติมในประเด็นใดบ้างลงในหนังสือเรียกให้มาเบิกความแสดงความเห็นที่ศาล ประเด็นใดที่ศาลมิได้แจ้งให้

ผู้เชี่ยวชาญทราบว่าตนต้องแสดงความเห็นในประเด็นนั้น ศาลจะบังคับให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นในขณะที่เบิกความแสดงความเห็นไม่ได้ หรือเป็นการมาศาลในวันที่มีการพิจารณาคดี เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญอธิบายความเห็นหรือประเด็นในปัญหาข้อเท็จจริงที่ได้รับมอบหมายจากศาลให้ทั้งศาลและคู่ความได้รับทราบ ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ยอมรับหน้าที่และได้รับการแต่งตั้งโดยศาลแล้ว แต่ไม่ยอมมาศาล ผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจต้องเสียค่าชดเชยให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นหรือต้องคืนเงินที่ศาลกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่ผู้เชี่ยวชาญในตอนแรกที่ผู้เชี่ยวชาญยอมรับการเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 269

สำหรับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Rules of Evidence) ข้อ 706 ที่วางหลักว่า เมื่อศาลเห็นสมควรเองหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดร้องขอ อาจมีคำสั่งแสดงเหตุผลว่า เหตุใดศาลจึงมีคำสั่งแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยสามารถอาจให้คู่ความเสนอรายชื่อผู้เชี่ยวชาญต่อศาลก็ได้ ศาลมีอำนาจที่จะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความตกลงเห็นชอบร่วมกันหรือจะแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเลือกเองก็ได้ ผู้เชี่ยวชาญไม่อาจถูกศาลบังคับแต่งตั้งให้เป็นพยานได้ เว้นแต่ผู้นั้นจะยินยอม พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงหน้าที่ของพยานเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งสำเนาของคำแจ้งดังกล่าวจะเก็บไว้ที่จำศาลหรือที่ประชุมของคู่ความ ซึ่งคู่ความมีโอกาสร่วมพิจารณา พยานที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจะได้รับการแนะนำในเรื่องการค้นหาข้อเท็จจริงถ้าหากมี และอาจถูกบันทึกคำให้การนอกศาลโดยคู่ความฝ่ายใดก็ได้ โดยการเปิดเผยเรื่องการแต่งตั้ง ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจตามที่เห็นสมควรในการเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อคณะลูกขุนถึงเรื่องที่ศาลได้มีคำสั่งแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ

วิธีการนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาลนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Rules of Evidence) ข้อ 706 (a) โดยทำเป็นหนังสือของศาลส่งให้แก่ผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งไม่ใช่การส่งหมายเรียกเหมือนกับพยานบุคคลทั่วไป ในหนังสือของศาลจะระบุวันที่ศาลกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลและแจ้งให้ผู้เชี่ยวชาญทราบถึงหน้าที่ของตนในประเด็นในคดีที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นต้องการความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ โดยสำเนาของหนังสือที่ออกโดยศาลส่งถึงผู้เชี่ยวชาญนั้นจะถูกเก็บไว้ที่จำศาลหรือที่ประชุมของคู่ความซึ่งคู่ความมีโอกาสร่วมพิจารณา โดยศาลอาจจะให้คำแนะนำในเรื่องการค้นหาข้อเท็จจริงกับผู้เชี่ยวชาญ ถ้าในคดีนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องนำข้อเท็จจริงมาเป็นส่วนในการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกคู่ความร้องขอให้ศาลเรียกให้มาบันทึกคำให้การนอกศาลก็ได้ ซึ่งวิธีการเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญให้มาศาลในกรณีนี้ ก็ต้องทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกับการเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความต่อหน้าศาลนั่นเอง

กรณีตามกฎหมายไทย ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้น อาจถูกคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2) โดยอาจคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือในด้านความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญก็ได้ ซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายส่วนมากเห็นว่าน่าจะนำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และมาตรา 12 มาใช้เป็นเกณฑ์ในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญได้โดยอนุโลม ในกรณีที่มีการคัดค้านเช่นนั้น ศาลจะต้องไต่สวนและทำคำวินิจฉัยในลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้น จะอุทธรณ์ได้แต่ทันทีไม่ได้ ต้องโต้แย้งไว้เพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปในภายหลัง

สำหรับกรณีตามกฎหมายเยอรมัน การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลเป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นๆ แต่คู่ความก็สามารถคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ โดยเหตุในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันกำหนดไว้เช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาซึ่งเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะต้องมีสาเหตุมาจากในกรณีที่คู่ความในคดีเห็นว่าผู้พิพากษาไม่มีความเป็นกลาง หรือมีผลประโยชน์ได้เสียในคดีซึ่งอาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีขาดความยุติธรรมได้ โดยคู่ความที่คัดค้านการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล อาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล ถ้าทราบเหตุที่จะคัดค้านก่อนวันสืบพยาน ก็ต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนวันสืบพยาน หรือก่อนวันที่ผู้เชี่ยวชาญได้แสดงความเห็นเป็นหนังสือหรืออาจยื่นคำร้องคัดค้านภายหลังวันสืบพยานหลักฐานก็ได้ถ้าพิสูจน์ได้ว่าสาเหตุของการคัดค้านนั้น ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านได้ก่อนหน้าวันสืบพยานหลักฐานนั้น โดยเหตุที่จะคัดค้านนั้นจะต้องเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป และเมื่อมีการร้องคัดค้านขึ้น ให้ศาลหรือผู้พิพากษาที่ได้เป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นผู้ออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น โดยศาลไม่จำเป็นต้องฟังคำแถลงของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เมื่อศาลเยอรมันได้มีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านแล้ว ห้ามมิให้มีการไต่สวนเพิ่มเติมในเรื่องนี้อีก โดยคำสั่งเช่นนี้ให้เป็นที่สุด ยกเว้นเหตุในการคัดค้านใหม่นั้นเป็นคนละเหตุกับที่ได้เคยยื่นคัดค้านไว้ก่อนหน้านี้

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสบัญญัติให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้โดยอาจคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือในด้านความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญก็ได้ ในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยอาศัยเหตุผลเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะเป็นการคัดค้านในด้านความเป็นกลางของผู้พิพากษา ส่วนการคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยคู่ความสามารถอ้างเหตุที่ผู้เชี่ยวชาญคนเดิมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากไม่มีคุณสมบัติหรือไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในประเด็นที่ศาลกำหนดให้เพียงพอที่จะทำหน้าที่โดยสุจริต โดยคู่ความต้องยื่นคำคัดค้านต่อ

ผู้พิพากษาที่แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบอำนาจและการคัดค้านต้องยื่นก่อนการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือทันทีที่ทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น หากเหตุแห่งการคัดค้านเป็นเหตุอันเนื่องมาจากการขาดคุณสมบัติในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ ศาลอาจเห็นสมควรเองหรือโดยที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอก็ได้ โดยศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่มาแทนผู้เชี่ยวชาญคนเดิมก็ได้ หรือหากผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับรายละเอียดและพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีแล้วเห็นว่าตนไม่มีความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวหรือมีส่วนเกี่ยวข้อง ได้เสียในคดีผู้เชี่ยวชาญผู้นั้นก็สามารถยื่นคำบอกกล่าวต่อผู้พิพากษาที่ทำการแต่งตั้งตนหรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบอำนาจ แสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวจากคดีนั้นได้ การพิจารณาและชี้ขาดคำคัดค้านนั้น ให้ดำเนินไปโดยไม่ต้องเรียกคู่ความที่เกี่ยวข้องและผู้เชี่ยวชาญที่ถูกคัดค้านให้มารับฟังการพิจารณา ถ้าการคัดค้านเป็นผลสำเร็จ เมื่อมีคำชี้ขาดคำคัดค้านนั้น ให้เจ้าหน้าที่ศาลส่งสำเนาคำตัดสินให้ทั้งคู่ความและผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องรับทราบ โดยถ้ามีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนอื่นเข้ามาแทน ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีคัดเลือกและแต่งตั้งบุคคลอื่นแทนต้องบันทึก อธิบายเหตุผลในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่ไว้ในคดีด้วย และเหตุแห่งการยื่นคำร้องคัดค้านจะต้องไม่ถูกเปิดเผยจนกว่าจะมีคำตัดสินชี้ขาดในเรื่องนั้นแล้ว นอกจากนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสยังมีบทบัญญัติลงโทษปรับฝ่ายที่ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลด้วย ในกรณีที่ศาลไม่ยอมรับคำคัดค้าน โดยคำปรับดังกล่าวไม่รวมค่าเสียหายจากการกระทำอื่นใดที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายจากการยื่นคำร้องคัดค้านนี้ด้วย

สำหรับกฎหมายสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทบัญญัติให้คู่ความคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ แต่กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่ความตรวจสอบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้โดยวิธีการถามค้าน ดังนั้น กระบวนการตรวจสอบความเป็นกลางและกระบวนการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยคู่ความ จึงต้องใช้วิธีการถามค้านแทนการคัดค้าน

จากที่กล่าวมาในเบื้องต้น จะเห็นได้ว่าการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งด้วยเหตุที่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นมีส่วนได้เสียหรือมีอคติหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่ความในคดี จึงไม่อาจทำความเข้าใจในเรื่องนั้นๆ ได้อย่างเป็นกลาง กฎหมายของประเทศต่างๆ มักกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญไว้ในทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา กล่าวคือ การที่ผู้เชี่ยวชาญมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับในคดี หรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่มีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ ทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง หรือผู้เชี่ยวชาญมีผลประโยชน์ทับซ้อนเกี่ยวข้องกับในคดี คู่ความจึงควรมีสิทธิในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ แต่สำหรับกรณีของประเทศไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งไว้อย่างชัดเจน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส ผู้เชี่ยวชาญตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสอาจถูกคัดค้านได้

เช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา มีการให้สิทธิคู่ความในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ในเรื่องการคัดค้านด้วยเหตุที่เกรงว่าจะเกิดอคติและจะกระทบต่อความเป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันและของฝรั่งเศสมีการบัญญัติเหตุแห่งการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญไว้อย่างชัดเจน และเหตุดังกล่าวก็บัญญัติในทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาด้วยความเป็นธรรม คู่ความจึงควรมีสิทธิที่จะคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ โดยผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับศาสตราจารย์ (พิเศษ) โสภณ รัตนกร และท่านอาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ในการคัดค้านบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น อาจนำเหตุคัดค้านผู้พิพากษามาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นแนวทางในการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งโดยอนุโลมได้ นอกจากนี้ ยังสามารถคัดค้านว่าบุคคลที่ศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลนั้น มีความรู้ความชำนาญไม่เพียงพอที่จะมาให้ความเห็นในเรื่องที่ศาลให้ทำการตรวจสอบในคดีอีกด้วย

นอกจากนี้ ควรที่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านให้คู่ความสามารถที่จะคัดค้านเสียตั้งแต่ขณะที่ศาลแจ้งให้ทราบว่าจะแต่งตั้งบุคคลใดเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล หรือคัดค้านในทันทีเมื่อทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น มิใช่เข้ามาเป็นเหตุในการถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในภายหลัง หรือรอฟังผลของการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก่อนว่าเป็นความเห็นที่มีประโยชน์ต่อรูปคดีฝ่ายตนหรือไม่ หากไม่เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีของตนแล้วจึงค่อยอ้างเหตุแห่งการคัดค้านนี้ ซึ่งจะทำให้กระบวนการพิจารณาเกิดความล่าช้าได้ อีกทั้งการที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นอาจถูกคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านได้ โดยอาจคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญหรือในด้านความเป็นกลาง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2) ที่กำหนดให้ในกรณีที่มีการคัดค้านเช่นนั้นศาลจะต้องไต่สวนและทำคำวินิจฉัยในลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้น อุทธรณ์โต้แย้งทันทีไม่ได้ต้องโต้แย้งไว้เพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปในภายหลัง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการคัดค้าน ควรให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญให้เรียบร้อยก่อนที่จะพิจารณาคดีต่อไป ทั้งนี้ ถ้าให้คำสั่งเกี่ยวกับการคัดค้านเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา และศาลมีคำสั่งหลังศาลมีคำพิพากษาแล้ว หากศาลเห็นว่าผู้เชี่ยวชาญขาดคุณสมบัติ ความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือขาดความเป็นกลาง และมีคำสั่งเพิกถอนผู้เชี่ยวชาญนั้น ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวย่อมตกไป และต้องแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่เข้ามาให้ความเห็นใหม่ ย่อมทำให้เกิดความล่าช้าในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี

4.2 ปัญหาการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ดังที่ได้นำเสนอมาแล้วในบทที่ 2 โดยเมื่อเปรียบเทียบระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันหลายประการ และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับ โดยอนุโลม จึงทำให้การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีความไม่เหมาะสม ดังนี้

4.2.1 การสาบานตน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 129(2) บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งต้องสาบานหรือปฏิญาณตน แต่มิได้บัญญัติถึงวิธีการสาบานตนหรือการปฏิญาณตนของผู้เชี่ยวชาญไว้ ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา 130 วรรคสอง กล่าวคือ ก่อนเบิกความผู้เชี่ยวชาญจะต้องสาบานหรือปฏิญาณตนดังเช่นพยานบุคคลทั่วไป ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 112 บัญญัติว่า “ก่อนเบิกความ พยานทุกคนต้องสาบานตนตามลัทธิศาสนาหรือจารีตประเพณีแห่งชาติของตนหรือกล่าวคำปฏิญาณว่าจะให้การตามความจริงเสียก่อน...” เหตุที่ต้องให้พยานสาบานหรือกล่าวปฏิญาณก่อนเบิกความนั้น เป็นวิธีหนึ่งที่จะบังคับให้พยานผู้นั้นเบิกความตามความจริง โดยเป็นวิธีการในทางจิตวิทยา เพราะตามปกติบุคคลทั่วไปมักจะมี ความเกรงและศรัทธาต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ มีความเกรงกลัวต่อความประหลาดพิสดาร ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงใช้วิธีการให้พยานสาบานตนในศาลก่อนเบิกความ เพื่อเตือนสติให้พยานนึกถึงมโนธรรมที่จะพูดแต่ความจริงและไม่นำความเท็จมากล่าวต่อศาล การวางหลักกฎหมายในกรณีนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับหลักจิตวิทยามากกว่าหลักวิทยาศาสตร์ เรื่องสาบานตัวไม่มีอะไรไปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในทางวิทยาศาสตร์ว่าพยานจะไม่โกหกหรือจะไม่บิดเบือน แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า การสาบานนี้ยังมีผลทางด้านจิตวิทยาต่อพยานส่วนใหญ่อยู่ การสาบานหรือปฏิญาณตนเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำก่อนเบิกความ และหากผู้เชี่ยวชาญเบิกความโดยไม่มีการสาบานหรือปฏิญาณตนก่อน ย่อมไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ และมีผลทำให้คำเบิกความดังกล่าวเสียเปล่าไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ได้บัญญัติวิธีการสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณสำหรับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้เป็นการเฉพาะต่างหากจากการสาบานของพยานบุคคลทั่วไป โดยผู้เชี่ยวชาญจะกล่าวคำปฏิญาณตนก่อนหรือหลังการให้ความเห็นของตนก็ได้ ซึ่งสาระสำคัญในการกล่าวคำปฏิญาณนั้นต้องระบุถึงการที่ผู้เชี่ยวชาญจะให้หรือได้ให้ความเห็น

ของตนโดยปราศจากอคติ ความลำเอียง และแสดงความเห็นของตนโดยเป็นไปตามความรู้ ความเชี่ยวชาญของตน ในขณะที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ และเมื่อผู้เชี่ยวชาญได้กล่าวคำปฏิญาณตนในการให้ความเห็นของตนโดยชอบแล้ว หากศาลเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาอธิบายความเห็นเพิ่มเติมแก่ศาลอีก ก็ไม่จำเป็นต้องกล่าวคำปฏิญาณซ้ำอีก โดยบทบัญญัติดังกล่าวให้มีผลถึงการแสดงความเห็นเป็นหนังสือด้วย ในประเทศเยอรมันซึ่งใช้ระบบการสืบพยานหลักฐานในระบบไต่สวน มีความแตกต่างจากประเทศที่เป็นระบบกล่าวหาอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องการสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณ การสาบานหรือการปฏิญาณตนมักไม่ค่อยถูกนำมาใช้ในการสืบพยานหลักฐานในคดีแพ่งของประเทศเยอรมันมากนัก ซึ่งสามารถสังเกตเห็นได้ชัดเจนจากบทบัญญัติใน มาตรา 391 ถึง มาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ซึ่งต่อมาก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี ค.ศ. 1993 โดยได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงการกำหนดหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญที่จะต้องแสดงความเห็นโดยทำเป็นหนังสือ โดยการแสดงความเห็นนั้นต้องมีความน่าเชื่อถือและต้องแสดงความเห็นในประเด็นในคดีที่ได้รับมอบหมายจากศาล โดยละเอียดและกระทำอย่างรอบคอบด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติใดๆ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นสิ่งที่ได้เข้ามาแทนที่การสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลสั่งให้ทำความเห็นเป็นหนังสือไม่ถูกบังคับให้ต้องสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณในศาลเหมือนพยานบุคคลทั่วไป

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีได้นำการสืบพยานบุคคลมาใช้โดยอนุโลมอย่างเช่นในประเทศไทย โดยกฎหมายมิได้บัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญต้องทำการสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณก่อนการแสดงความเห็นต่อศาล และในการทำรายงานความเห็นเป็นหนังสือก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญต้องระบุถึงความตระหนักถึงหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายและแสดงความเห็นอย่างเป็นธรรมและเที่ยงตรง ในกรณีที่ศาลสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญทำรายงานความเห็นเป็นหนังสือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 237 บัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ซื่อสัตย์ในหน้าที่ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและเป็นกลาง ทั้งนี้ เป็นความตระหนักถึงภาระความรับผิดชอบในหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญเองที่ต้องแสดงความเห็นที่ปราศจากอคติ ไม่มีความลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใด และทำให้ศาลเกิดความกระอักในประเด็นปัญหาที่ตนให้ความเห็น โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไว้อย่างกว้างในการเตือนถึงหน้าที่ในการแสดงความเห็นด้วยความเป็นกลางเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา สถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนโดยมีฐานะเป็นพยานความเห็น (Opinion Witness) ตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของสหรัฐ(Federal Rules of Evidence) แต่ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักการสืบพยานบุคคลทั่วไปในข้อ 6 มาใช้บังคับเหมือนกับกรณีของประเทศไทย โดยก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะเบิกความต้องทำการสาบานตนหรือปฏิญาณตนก่อน ตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา ข้อ 603 ที่กำหนดให้ก่อนเบิกความพยานบุคคลจะต้องแถลงว่า เขาจะให้การตามความสัตย์จริง โดยการสาบานหรือปฏิญาณตนในรูปแบบที่จะเตือนความรู้สึกรับผิดชอบของพยานและให้พยานสำนึกด้วยจิตใจที่จะทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นหลักการที่มีความสำคัญ ถ้าไม่ทำการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะรับฟังไม่ได้

จะเห็นได้ว่า การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญในประเทศไทย ประเทศเยอรมัน และประเทศสหรัฐอเมริกา มีความคล้ายคลึงกัน โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่จะมาเบิกความต้องสาบานหรือปฏิญาณตนก่อนเบิกความ ซึ่งแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส ที่ไม่ได้กำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญต้องสาบานตนก่อนเบิกความ ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายไทยกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งต้องสาบานหรือปฏิญาณตนโดยนำหลักเกณฑ์ของการสาบานของพยานบุคคลโดยทั่วไปมาใช้บังคับนั้น มีความไม่เหมาะสม เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ที่มาเบิกความในเรื่องทางศาสตร์ความรู้ ความเชี่ยวชาญที่ตนมีความเชี่ยวชาญเพื่อให้ข้อมูลต่อศาล ไม่เหมือนการให้การของพยานบุคคลทั่วไปที่ให้การตามเหตุการณ์ที่ตนประสบพบเห็นมา ดังนั้น การที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งซึ่งมีฐานะเสมือนเป็นผู้ช่วยของศาลต้องสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณเหมือนกับพยานบุคคลทั่วไปจึงไม่เหมาะสม เพราะการสาบานต้องกล่าวถึงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นต่อตัวผู้เชี่ยวชาญและครอบครัว หากเบิกความไม่ตรงกับความเป็นจริง ทั้งนี้ คำเบิกความที่ผู้เชี่ยวชาญกล่าวต่อศาลนั้นมักเป็นการกล่าวในสิ่งที่เห็นเป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงทั้งหมดก็ได้ อีกทั้งการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญก็เป็นการเข้ามาเพื่อให้คำปรึกษาแก่ศาลในความรู้ความเชี่ยวชาญที่ตนเองมี โดยมิได้เข้ามาโดยการอ้างของคู่ความฝ่ายใด ดังนั้น คำเบิกความของผู้เชี่ยวชาญย่อมมีความน่าเชื่อถืออยู่แล้วเพราะผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมิได้เป็นผู้มีผลประโยชน์ได้เสียกับคดีที่ตนเข้ามาให้ความเห็นแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น หากคู่ความฝ่ายใดเห็นว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นมีผลประโยชน์ได้เสียในคดีหรือไม่มีความเป็นกลาง ก็สามารถที่จะคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ตั้งแต่แรกอยู่แล้ว อีกทั้งจากการที่กฎหมายไทยก็ได้บัญญัติให้มีการสาบานของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้เป็นพิเศษในวรรคสอง เพราะสาเหตุอันเนื่องมาจากการที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่ใช่พยานบุคคลทั่วไปจึงนำมาตรา 112 มาใช้บังคับโดยตรงไม่ได้แล้ว ก็ควรมีการบัญญัติวิธีการสาบานหรือการกล่าวคำปฏิญาณของผู้เชี่ยวชาญที่ศาล

แต่งตั้งไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นที่กฎหมายของต่างประเทศได้กำหนดวิธีการในการกล่าวคำสาบานไว้อย่างชัดเจนในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในกระบวนการปฏิบัติ

นอกจากนี้ในปัจจุบัน การให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญศาลมักจะกำหนดให้ทำในรูปแบบของลายลักษณ์อักษรก่อนอยู่แล้ว ซึ่งทำให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลสั่งให้ทำความเห็นเป็นหนังสือไม่ถูกบังคับให้ต้องสาบานหรือกล่าวคำปฏิญาณในศาลเหมือนพยานบุคคลทั่วไปและในการทำความเห็นเป็นหนังสือของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็มีได้มีบทบัญญัติให้ผู้เชี่ยวชาญต้องให้คำปฏิญาณเป็นลายลักษณ์อักษรว่าตนได้ทำความเห็นโดยสุจริต ดังนั้น จึงเกิดความแตกต่างในการตรวจสอบความน่าเชื่อถือในการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งที่ไม่ต้องมาศาลเพื่อเบิกความประกอบหนังสือแสดงความเห็นของตน

4.2.2 วิธีเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

โดยปกติศาลจะกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งทำความเห็นเป็นหนังสือ หากเรื่องที่ตรวจสอบไม่ยุ่งยากซับซ้อน เมื่อผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นเป็นหนังสือมาแล้วก็หมดภาระหน้าที่ แต่ถ้าความเห็นที่ส่งมาไม่ชัดเจนหรือไม่ครบถ้วน เมื่อศาลเห็นสมควรเองหรือเมื่อคู่ความขอร้อง ศาลอาจให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือส่งให้ศาลเป็นการเพิ่มเติม โดยไม่ต้องมาศาลก็ได้ ซึ่งศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่าเพียงแต่ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นไม่สอดคล้องประสงค์ของจำเลย ไม่เป็นเหตุพอที่จะให้ผู้อื่นตรวจสอบเอกสารหรือเรียกตัวผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในข้อที่ได้แสดงความเห็นไว้ชัดเจนแล้วนั้นอีก และมีหลายคดีที่ผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเห็นเป็นหนังสือมาแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่จำเป็นต้องเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความรับรองหรืออธิบายด้วยวาจาหรือเบิกความประกอบอีก

ส่วนในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะต้องมาแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือต้องมาศาลเพื่ออธิบายเพิ่มเติมประกอบความเห็นที่เป็นหนังสือ จะต้องนำบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 130 บรรทัดท้าย แต่การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญสามารถเบิกความโดยอ่านจากข้อความที่เขียนมาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 113 บัญญัติว่า “พยานทุกคนต้องเบิกความด้วยวาจา และห้ามไม่ให้พยานอ่านข้อความที่เขียนมา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ” เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญ ไม่ใช่เป็นพยานประสาเหตุ ไม่เหมือนพยานบุคคล พยานบุคคลเป็นพยานประสาเหตุจึงจำเป็นต้องเบิกความเล่าเหตุการณ์ที่ตนประสบมาจากการทรงจำของตน ดูเอกสารไม่ได้ แต่ผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานทางวิชาการจะมาเบิกความจากหลักวิชา ไม่ใช่จากการประสบเหตุของเขา หลักวิชานั้นไม่จำเป็นจะต้องอยู่ในความทรงจำเท่านั้น หลักวิชานั้นอาจต้องอาศัยฐานข้อมูลที่มากเกินไปจนจำ และต้องประกอบกับความรู้ความเข้าใจในอีกระดับหนึ่งซึ่งปกติ

ประเด็นที่จะมีการให้ผู้เชี่ยวชาญออกความเห็นนั้น ข้อเท็จจริงมักจะยุติแล้ว หรือมีการพิสูจน์กันโดยอาศัยพยานอื่น ดังนั้น การที่ผู้เชี่ยวชาญจะอ่านข้อความที่เตรียมบันทึกมาก็ไม่น่าจะทำให้คู่ความอีกฝ่ายเสียเปรียบแต่อย่างใด และควรสังเกตว่า ผู้เชี่ยวชาญนั้นมีสิทธิที่จะเบิกความโดยอ่านข้อความที่บันทึกมาได้โดยไม่ต้องขออนุญาตศาลก่อนเหมือนพยานทั่วไป โดยหลักจึงยอมให้ผู้เชี่ยวชาญทั้งในคดีแพ่ง และในคดีอาญาเบิกความโดยดูเอกสารประกอบได้

การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นสามารถเบิกความในลักษณะเป็นการให้ความเห็นต่อศาลได้ ตามที่มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตไว้ และเป็นการให้ความเห็นเพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะต้องชัดเจน มีข้อมูล ข้อเท็จจริง การทดลองหรือหลักวิชาการที่น่าเชื่อถือเป็นรากฐานในการออกความเห็น มิใช่เป็นเพียงคำทำนายหรือการคาดหมายความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจะมีคุณค่าแค่ไหนขึ้นอยู่กับลักษณะของคดีว่ามีความจำเป็นต้องใช้ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ เนื่องจากโดยปกติผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ให้ความเห็นมิใช่เป็นผู้ให้ข้อเท็จจริง การให้ความเห็นก็เป็นการแสดงถึงความน่าจะเป็นไปได้หรือไม่ได้ ดังนั้นการให้ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ จึงไม่จำเป็นต้องเป็นการยืนยันว่าจะต้องเป็นอย่างไรอย่างหนึ่งอย่างแน่นอนเสมอไป

ในประเทศเยอรมัน การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นอาจมีขึ้นตั้งแต่กระบวนการก่อนมีการพิจารณาคดีหรือการสืบพยานหลักฐานก็ได้ โดยในคดีแพ่งที่ไม่มีประเด็นที่ซับซ้อน ศาลเยอรมันจะมีกระบวนการในการรวบรวมข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี ข้อกฎหมายและพยานหลักฐานต่างๆ ก่อนที่จะมีการพิจารณาคดีนั้น โดยผู้พิพากษาที่ได้รับมอบอำนาจจะเป็นผู้เลือกวิธีในการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยพิจารณาถึงประเด็นในคดีและหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความกล่าวอ้าง และศาลจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาในการรวบรวมพยานหลักฐานและเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมทั้งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีที่ศาลได้มอบหมาย บางครั้งศาลอาจมีคำพิพากษาคดีนั้นเลยโดยใช้พยานหลักฐานที่ได้ในกระบวนการนี้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาในศาลก็ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาในศาล กระบวนการรวบรวมพยานหลักฐานในขั้นนี้ก็จะช่วยให้ศาลสามารถที่จะกำหนดประเด็นในคดีได้ชัดเจน แม่นยำมากขึ้น และมีข้อมูลของพยานหลักฐานที่มีความจำเป็นในคดีในเรื่องนั้นๆ ได้ ซึ่งกระบวนการนี้มีจุดประสงค์เพื่อที่จะทำให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

การเสนอความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ถ้าศาลมีคำสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งแสดงความเห็นเป็นหนังสือ ผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ต้องนำหนังสือที่แสดงความเห็นของตนนั้นไปยื่นต่อศาล โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาในการแสดงความเห็นเป็นหนังสือ ถ้าศาลยังไม่เป็นที่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือนั้น ศาลอาจเรียกให้

ผู้เชี่ยวชาญมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจาก็ได้ โดยการทำความเห็นเพิ่มเติมเป็นหนังสือนั้นศาลจะสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งคนเดิมหรือแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใหม่มาทำความเห็นเพิ่มเติมนั้นก็ได้อีก ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไม่สามารถแสดงความเห็นเป็นหนังสือได้ตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด ผู้เชี่ยวชาญอาจถูกปรับเนื่องจากเหตุดังกล่าว โดยการปรับด้วยเหตุดังกล่าว ศาลมีหน้าที่ที่จะต้องเตือนให้ผู้เชี่ยวชาญทราบก่อนว่ามีหน้าที่ต้องแสดงความเห็นภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งกระบวนการในการรวบรวมและจัดทำความคิดเห็นที่เป็นหนังสือยื่นต่อศาลนั้น ต้องยื่นต่อศาลก่อนมีการพิจารณาคดีหรือการสืบพยานหลักฐาน หรือการกำหนดประเด็นในคดีของศาล

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญจะเป็นบุคคลที่สามารถให้ความกระจ่างในประเด็นในคดีที่ศาลไม่สามารถเข้าใจได้เอง อีกทั้งในปัจจุบันพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ก็เข้ามามีบทบาทสำคัญในกระบวนการค้นหาความจริงจากพยานหลักฐาน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้น ไม่สามารถเข้ามาในคดีเองได้ แต่จะถูกนำเข้ามาในคดีโดยผ่านทาง การแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้นการที่มีบทบาทยุติทางกฎหมายเพื่อช่วยให้การรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีและข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ผู้เชี่ยวชาญต้องใช้เป็นข้อมูลในการประมวลผลและแสดงความเห็นต่อศาล จะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความแม่นยำและรวดเร็ว ซึ่งก็จะส่งผลดีต่อการพิจารณาพิพากษาของศาลที่จะได้รับความเห็นที่มีความถูกต้องและเป็นหลักฐานที่สำคัญที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือขึ้นหนึ่งในคดี นอกจากพยานบุคคล พยานเอกสารและพยานวัตถุ เพื่อให้คำพิพากษามีความยุติธรรมกับทุกฝ่าย

การที่ศาลจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาเบิกความที่ศาลก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่าหนังสือแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นยังมีบางประเด็นที่ไม่กระจ่างชัด ทำให้ศาลไม่เข้าใจในประเด็นดังกล่าวจึงจะเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญไปอธิบายประกอบหนังสือนั้น ในคดีที่มีผู้เชี่ยวชาญหลายคน การทำรายงานความเห็นยื่นต่อศาลจะต้องทำเป็นฉบับเดียว กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญทำรายงานความเห็นเสนอต่อศาลนั้น นอกจากจะต้องสรุปข้อความเห็นในเรื่องที่เป็นปัญหาในคดีนั้นแล้ว ผู้เชี่ยวชาญจะต้องให้แสดงให้เห็นถึงข้อมูลต่างๆ ทั้งหมดที่ผู้เชี่ยวชาญใช้ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาในคดีนั้นด้วย โดยการทำความเห็นเสนอต่อศาลนั้น ผู้เชี่ยวชาญอาจอ้างอิงถึงข้อมูลที่ตนได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อนำมาพิจารณาประกอบการทำความเห็นนั้นก็ได้ แต่ผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลอื่นๆ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ค้นพบในระหว่างที่ดำเนินการทำความเห็นในคดีนั้น นอกจากนี้ผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดี อาจเข้าร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงร่วมกับผู้เชี่ยวชาญ และให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นอธิบายในประเด็นดังกล่าว โดยการเพิ่มประเด็นดังกล่าวศาลต้องขยายระยะเวลาในการทำความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้วย และในการส่งพยานหลักฐาน

ในคดีให้แก่ผู้เชี่ยวชาญ กฎหมายกำหนดให้ผู้มีความเห็นหน้าที่ต้องส่งมอบเอกสารหลักฐานต่างๆ ซึ่งคู่ความเห็นว่าเป็นเอกสารที่สำคัญในการทำความเข้าใจของผู้เชี่ยวชาญแก่ผู้เชี่ยวชาญด้วย โดยผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจเรียกให้คู่ความหรือบุคคลภายนอก ส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้ตนก็ได้ หากเกิดอุปสรรคในการส่งมอบ ผู้เชี่ยวชาญอาจร้องขอให้ศาลเป็นผู้ส่งก็ได้

ถ้าการแสดงความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือรูปคดีของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะนำไปใช้นอกกระบวนการพิจารณาคดีไม่ได้ ยกเว้นศาลอนุญาตหรือคู่ความฝ่ายที่ได้รับผลกระทบให้ความยินยอม และถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งร้องขอ ศาลต้องสั่งให้เจ้าหน้าที่ศาลส่งสำเนาคำพิพากษาคดีที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นได้แสดงความคิดเห็นโดยทางจดหมายแก่ผู้เชี่ยวชาญคนนั้นๆ ด้วย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถเสนอความเห็นได้โดยการทำรายงานแสดงความคิดเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมาเบิกความต่อศาลแสดงความคิดเห็นของตนด้วยวาจาก็ได้ โดยอยู่ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rules of Civil Procedure) ข้อ 26(a)(2)(b) โดยการทำรายงานแสดงความคิดเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น จะต้องระบุความเห็นหลักการและเหตุผลในการทำความเข้าใจนั้นด้วย อีกทั้งต้องระบุถึงข้อมูลที่ผู้เชี่ยวชาญได้นำมาเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจ และต้องระบุถึงผลงานของผู้เชี่ยวชาญที่แสดงความคิดเห็นนั้นภายในระยะเวลา 10 ปีที่ผ่านมา รวมทั้งคดีที่ผู้เชี่ยวชาญเคยได้ทำความเข้าใจในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลภายในระยะเวลา 4 ปีที่ผ่านมาด้วย

ในกรณีที่ศาลสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความด้วยวาจาต่อศาล การเบิกความโดยผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่กำหนดอยู่ใน Federal Rules of Evidence โดยในกรณีที่ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ทางเทคนิคหรือความรู้พิเศษทางด้านอื่นๆ จะช่วยให้ผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงมีความเข้าใจในพยานหลักฐานหรือวินิจัยข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีได้ พยานบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญได้ด้วยความรู้ ทักษะ ประสบการณ์ การฝึกอบรม หรือการศึกษา จะเบิกความในรูปแบบของความเห็นหรือเป็นประการอื่นก็ได้ ถ้า (1) คำเบิกความอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อมูลที่เพียงพอ (2) คำเบิกความเป็นผลจากหลักเกณฑ์และวิธีการที่เชื่อถือได้ และ (3) พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ปรับหลักเกณฑ์และวิธีการเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดีอย่างเชื่อถือได้

หลักเกณฑ์การแสดงความเห็นโดยผู้เชี่ยวชาญของสหรัฐอเมริกามีส่วนคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 243 แต่ต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 98 และ 99 กล่าวคือ หลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาไม่กำหนดขอบเขตของวิทยาการที่ต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ เพียงแต่กำหนดว่าถ้าประเด็นที่เป็นปัญหานั้นบุคคลธรรมดาไม่อาจวินิจฉัยได้ก็สามารถขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเข้าพิสูจน์ได้แล้ว

ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ของสหรัฐสามารถใช้ได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา แต่หลักเกณฑ์การเบิกความของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งของไทยใช้นั้นไม่มีบทบัญญัติกำหนดขอบเขตของวิทยาการที่ต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวในประเทศไทยจะมีเฉพาะในคดีอาญาเท่านั้นเพราะไม่จำกัดสาขาของศาสตร์ที่จะใช้ผู้เชี่ยวชาญ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 243 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตาม มีความชำนาญพิเศษในการใด ๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลป ฝีมือ พาณิชยกรรม การแพทย์หรือกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของเขานั้นอาจมีประโยชน์แก่การวินิจฉัยคดี...” คำว่า “เช่น” เป็นการยกตัวอย่าง และหมายความว่ามิใช่จะมีเพียงเท่านี้ แต่อาจเป็นศาสตร์แขนงอื่นก็ได้ แต่ในคดีแพ่งนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติศาสตร์ความรู้ในกรณีที่จะเอาผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเข้ามาสืบแต่อย่างใด จึงควรที่จะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ให้มีความชัดเจนลงไป

เมื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การนำผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาสืบตามกฎหมายไทยกับประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายของทุกประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์หรือระบบคอมมอนลอว์ มักจะกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาลก่อน หากยังไม่ได้ความชัดเจนเพียงพอที่จะใช้ประกอบการชี้ขาดตัดสินคดี ศาลจึงเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือเพิ่มเติมหรือมาเบิกความต่อศาลด้วยวาจา แต่อย่างไรก็ดี การนำสืบผู้เชี่ยวชาญนั้น จะมีความแตกต่างจากการนำสืบพยานบุคคลประเภทอื่นที่มีใช้ผู้เชี่ยวชาญ ไม่ว่าจะเป็นความแตกต่างในเรื่องลักษณะพยานหลักฐานที่ได้จากผู้เชี่ยวชาญ รูปแบบในการนำเสนอพยานหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงวิธีการเสนอความเห็นต่อศาลของผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจึงควรจำแนกวิธีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้เฉพาะต่างหากจากการนำสืบพยานบุคคลทั่วไปและไม่ควรนำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการนำสืบพยานบุคคลทั่วไปมาใช้ในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้ง

4.2.3 การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 ว่า การถามค้านเป็นเครื่องมือสำคัญในการค้นหาความจริงในการพิจารณาคดีและเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบว่าพยานที่มาเบิกความต่อศาลนั้นมีความซื่อสัตย์และน่าเชื่อถือเพียงใด ซึ่งวัตถุประสงค์ในการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นก็เพื่อเป็นการทำลายน้ำหนักคำพยานของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งขึ้นและเพื่อทำให้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏแต่เพียงบางส่วนหรือไม่เคยปรากฏเลย ปรากฏชัดขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่รูปคดีของตน การถาม

ค้านอาจใช้ถามเพื่อตั้งประเด็นไว้ และนำพยานอื่นมาสืบภายหลังเพื่อหักล้างหรือเปลี่ยนแปลง ถ้อยคำพยานที่กำลังเบิกความ

สำหรับกรณีตามกฎหมายไทย การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 130 วรรคสอง กำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจต้องมาแสดงความเห็นด้วยวาจา หรือต้องมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา ในกรณีที่ศาลยังไม่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือ และให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการสืบพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น ทำให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจจะต้องถูกซักถาม ถามค้าน และถามตั้ง ได้เช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป โดยศาลอาจเป็นผู้ถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งขึ้นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ ที่พยานมีความเห็นเกี่ยวกับคดีโดยให้พยานเล่าเรื่องไปตามลำพังหรือตอบคำถามของศาลก็ได้ตามแต่ศาลจะเห็นสมควร เมื่อศาลถามจบแล้วจึงจะให้คู่ความถามต่อไป หรือศาลอาจให้คู่ความซักถามและถามค้านพยานไปในคราวเดียว หรือศาลอาจจะให้คู่ความทั้งสองฝ่ายซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก็ได้ โดยศาลจะเป็นเพียงผู้ควบคุมการซักถามของคู่ความให้ดำเนินไปโดยถูกต้องระเบียบและเรียบร้อยซึ่งเป็นการสะดวกแก่ทุกฝ่าย และถึงแม้ศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความซักถามพยานก่อน เมื่อคู่ความถามพยานเสร็จแล้ว ศาลยังมีคำถามใดที่ต้องการจะถามพยานอีก ก็ย่อมถามได้ ทั้งนี้ แม้ว่าประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่เนื่องจากระบบกฎหมายพยานหลักฐานของประเทศไทยพัฒนามาจากกฎหมายพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษ ซึ่งอยู่ภายใต้อิทธิพลของระบบกล่าวหา โดยคู่ความมีบทบาทหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณา กำหนดขอบเขตและความเป็นไปของคดี ศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเป็นเพียงผู้ควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้มีบทบาทในเชิงรุกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการค้นหาความจริงในคดี ทำให้ประเทศไทยได้รับรูปแบบการซักถามพยาน การถามค้าน การถามตั้ง มาจากประเทศอังกฤษ ทนายความของคู่ความเป็นผู้ดำเนินการถามพยานด้วยตนเอง และมีการถามค้านและถามตั้งพยาน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการมีบทบาทหลักของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ดังนั้น แม้ศาลไทยจะเป็นผู้แต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญให้เข้ามาให้ความเห็นในคดี แต่เมื่อผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาเบิกความต่อศาล ศาลจะเป็นผู้ซักถามเบื้องต้นเกี่ยวกับความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก่อนเท่านั้น แต่การถามค้าน ถามตั้งผู้เชี่ยวชาญ หรือการถามความเห็นอื่นใดของผู้เชี่ยวชาญ ศาลมักจะให้เป็นหน้าที่ของคู่ความในการที่จะถามค้าน ถามตั้งผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

ในกรณีผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะต้องให้ความเห็นโดยการเบิกความในศาล คุณสมบัติ บุคลิก ความรู้ความชำนาญ และประสบการณ์ของผู้เชี่ยวชาญ เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งทำให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมีความน่าเชื่อถือ ดังนั้น ก่อนเริ่มต้นซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ศาลจะเป็นผู้ซักถามเบื้องต้นเกี่ยวกับความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งก่อน

เช่น พยานจบการศึกษาอบรมถึงขั้นใด จากที่ใด และพยานมีความรู้ความชำนาญ หรือ ประสบการณ์เกี่ยวกับเรื่องที่จะเบิกความเพียงใด หากพยานมีจุดอ่อนตรงไหน ไม่ว่าในเรื่อง การศึกษา ความรู้ความสามารถ คุณสมบัติ หรือเรื่องอื่นใด อันจะทำให้ความเห็นของพยานไม่น่า น่าหนักหรือไม่น่าเชื่อถือ คู่ความฝ่ายฝ่ายตรงกันข้ามก็จะถามค้านเรื่องเหล่านี้เป็นพิเศษยิ่งกว่า พยานบุคคลทั่วไป การถามค้านผู้เชี่ยวชาญขึ้นอยู่กับวิธีการซักถามผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง หากผู้ซักถามถามพยานด้วยการสมมุติข้อเท็จจริง ผู้ถามค้านอาจจะต้องกำหนดข้อเท็จจริงให้ ชัดเจนลงไป หรือหากผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงเองด้วย ก็อาจมีการถามค้านเกี่ยวกับ ข้อเท็จจริงนั้นด้วย อาจมีการถามโดยเปลี่ยนข้อเท็จจริง เพื่อทดสอบว่าพยานจะมีความเห็นแตกต่าง กันออกไปอย่างไร หรืออาจมีการถามค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญ เพื่อทดสอบความ น่าเชื่อถือในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้วย หากพยานเคยให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องเดียวกันมาก่อน ซึ่งไม่ตรงกับความเห็นในคดีปัจจุบัน ก็อาจมีการนำความเห็นครั้งก่อนมาถามค้านได้ อาจมีการนำ คำราหรือหนังสืออ้างอิงมาสอบถามพยานเพื่อแสดงว่าความเห็นของพยานขัดแย้งกับคำราหรือ หนังสืออ้างอิงหรือไม่ นอกจากนี้ หากมีการถามค้านเพื่อแสดงให้เห็นอคติของพยาน หรือเพื่อ แสดงว่าพยานได้รับค่าธรรมเนียมสูงเป็นพิเศษอย่างไร อาจมีการถามค้านให้ผู้เชี่ยวชาญเปิดเผย ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลซึ่งพยานให้เป็นพื้นฐานในการให้ความเห็น และหากข้อเท็จจริงไม่เป็น เช่นนั้น หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ความเห็นของพยานจะเปลี่ยนไปในทางใด ความเห็นของพยาน มีเหตุผลเหมาะสมหรือน่าเชื่อถือเพียงใด วิธีการที่พยานใช้ในการตรวจสอบหรือทดสอบเพื่อให้ ได้มาซึ่งความเห็นนั้นเป็นที่ยอมรับหรือได้มาตรฐานทางหลักวิชาการหรือไม่เพียงใด

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลอาจสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจเป็นหนังสือยื่นต่อศาล หรือสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญมาแสดงความเห็นที่ศาลก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติ ศาลมักจะสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญที่ ศาลแต่งตั้งทำรายงานความเห็นเป็นหนังสือ ซึ่งการ ไปให้ความเห็นที่ศาลนั้นจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อศาล เห็นว่าหนังสือแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นยังมีบางประเด็นที่ศาลไม่เข้าใจจึงจะเรียกให้ ผู้เชี่ยวชาญ ไปอธิบายประกอบหนังสือ โดยบทบัญญัติในการเรื่องการไปเบิกความต่อศาลของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสยังเปิดโอกาสให้ ผู้เชี่ยวชาญสามารถร้องขอต่อศาล ให้ศาลรับฟังความเห็นของตนโดยการไปแสดงความเห็นที่ศาลเองได้อีกด้วย จึงจะเห็นได้ว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในประเทศฝรั่งเศสมีสิทธิในการร้องขอให้ศาลรับฟังความเห็นของตน โดย การขอต่อศาลให้ตนเองไปเบิกความเพื่ออธิบายในประเด็นที่มีความสลับซับซ้อน วิธีดังกล่าวจึง เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถใช้ดุลพินิจในการร้องขอต่อศาลในประเด็นใดที่ตนได้รับ มอบหมายจากศาลและมีความเห็นว่าประเด็นนั้นมีความสลับซับซ้อน หากที่จะอธิบายให้บุคคล ทั่วไปสามารถเข้าใจได้จากรายงานที่เป็นหนังสือเท่านั้น เพื่อให้เกิดความกระจ่างแก่ทั้งศาลและ คู่ความ ผู้เชี่ยวชาญจึงเห็นควรที่จะต้องมาศาลเพื่อเบิกความประกอบความเห็นที่ทำเป็นหนังสือ

ของคนได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้ศาลเรียกหรือคู่ความร้องขอ แต่เมื่อผู้เชี่ยวชาญมาศาลเพื่อเบิกความประกอบรายงานความเห็นที่เป็นหนังสือของตนในศาลต่อหน้าศาลและคู่ความ ไม่ว่าจะมาโดยการที่ศาลเรียก คู่ความร้องขอ หรือผู้เชี่ยวชาญร้องขอต่อศาลให้ตนเองไปเบิกความ ผู้เชี่ยวชาญก็ต้องอธิบายในประเด็นที่ตนได้รับมอบหมายจากศาลเพื่อให้ความกระจ่างกับศาล และคู่ความ เมื่อศาลไม่เข้าใจในประเด็นใดแล้วก็สามารถถามผู้เชี่ยวชาญในประเด็นนั้นได้ แต่ศาลจะต้องถามเฉพาะประเด็นข้อเท็จจริงที่ได้มอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นเท่านั้น ถ้ามีประเด็นใดเกิดขึ้นภายหลังหรือศาลมิได้กำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นแล้ว ศาลจะถามในประเด็นนั้นไม่ได้ แต่สามารถเพิ่มประเด็นดังกล่าวและสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายหลังก็ได้ ส่วนคู่ความนั้นจะถามผู้เชี่ยวชาญโดยตรงไม่ได้เลย ต้องตั้งคำถามผ่านศาล โดยศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าคำถามใดของคู่ความที่สมควรจะถามกับผู้เชี่ยวชาญ

ส่วนประเทศเยอรมัน ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งขึ้น เนื่องจากพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ได้โดยศาลเป็นผู้แต่งตั้งขึ้น และทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ให้ความเห็นต่อศาลเท่านั้น โดยศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเหล่านั้นประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี ดังนั้น กฎหมายจึงไม่เปิดโอกาสให้คู่ความถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา จากที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อข้างต้นแล้วว่าศาลสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อกำหนดให้คู่ความทำการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ ดังนั้น คู่ความจึงต้องใช้การถามค้านเพื่อเป็นกระบวนการตรวจสอบความเป็นกลางและกระบวนการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ดังนั้น ถ้าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งถูกเรียกให้มาเบิกความต่อศาล ไม่ว่าจะโดยศาลเห็นเองหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ คู่ความฝ่ายที่เห็นว่าการแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นการทำให้ฝ่ายตนเสียเปรียบก็สามารถถามค้านเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือของผู้เชี่ยวชาญที่เบิกความอยู่ได้ แต่การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้นจะไม่ใช้วิธีการถามค้านในลักษณะเดียวกันกับการถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอีกฝ่ายอ้างมา เนื่องจากการถามค้านผู้เชี่ยวชาญของคู่ความฝ่ายตรงข้าม มักจะเป็นการถามในเรื่องเกี่ยวกับการที่ผู้เชี่ยวชาญได้รับค่าตอบแทนในฐานะมาให้ความเห็นในคดีว่าเป็นการรับจ้างมาให้ความเห็นในทางลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายที่จ้างผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในศาลมากกว่าการมาให้ความเห็นด้วยความเป็นกลาง โดยการถามค้านวิธีนี้เป็นการทำลายความน่าเชื่อถือพยานผู้เชี่ยวชาญของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากในปัจจุบันการหาผู้เชี่ยวชาญเพื่อมาเบิกความให้ความเห็นในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะที่เป็นธุรกิจมากกว่าที่จะเป็นการเชิญผู้เชี่ยวชาญมาจากภาครัฐ มีองค์กรของเอกชนขนาดใหญ่ที่มีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญของตนในสาขาวิชาต่างๆ เพื่อให้คู่ความมีโอกาสในการเลือกผู้เชี่ยวชาญจากรายชื่อที่บริษัทเหล่านั้นจัดหามาให้ ค่าใช้จ่ายในการที่ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความ

ก็มีคำตอบแทนที่สูงมากเกินไป จึงเกิดความไม่น่าเชื่อถือในตัวผู้เชี่ยวชาญที่ดูความหามาจากองค์กรเหล่านี้ แต่การถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งนั้น จะเป็นการถามค้านเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือในด้านที่ผู้เชี่ยวชาญขาดคุณสมบัติหรือไม่มีความรู้ความสามารถเสียมากกว่าเป็นการถามค้านในลักษณะที่ได้รับคำตอบแทน ซึ่ง การถามค้านในลักษณะนี้ คล้ายกับเป็นการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมากกว่าเป็นการถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งศาลควรจะเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ตั้งแต่แรกเพื่อไม่ให้กระบวนการพิจารณาเกิดความล่าช้าได้

สำหรับประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งไม่อนุญาตให้มีการถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งขึ้น โดยเห็นว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งขึ้นนั้น มิใช่พยานบุคคลที่ดูความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กล่าวอ้างมาเป็นพยานของฝ่ายตน แต่เป็นบุคคลที่ศาลเห็นควรแต่งตั้งขึ้นให้ทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญที่จะทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญที่จะมาช่วยเหลือศาลค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับเทคนิคเฉพาะเรื่องอันเป็นประเด็นแห่งคดี และให้ความเห็นในประเด็นที่ตนมีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะเท่านั้น ซึ่งศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการนำความเห็นดังกล่าวมาใช้ประกอบดุลพินิจในการชี้ขาดตัดสินคดี ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรให้ดูความถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักของความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งขึ้นเอง แต่ควรให้ดูความทำการตั้งคำถามให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งตอบคำถามผ่านศาลเป็นผู้ถาม โดยเป็นดุลพินิจของศาลในการที่จะถามคำถามใดของคู่ความกับผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง



บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ปัญหาว่ากฎหมายพยานหลักฐานของไทยนำมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จริงหรือไม่ สำหรับปัญหานี้ แต่เดิมนักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายพยานหลักฐานของประเทศไทยนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอังกฤษ จึงมีการนำเอาหลักคอมมอนลอว์มาอธิบายไว้ในกฎหมายพยานหลักฐานของไทยมาตั้งแต่อดีตเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน แต่การศึกษาในระยะต่อมา มีการตั้งข้อสังเกตว่า ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญานั้น นำมาจากหลักการที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์หลายประการ เช่น การให้อำนาจศาลในการค้นหาความจริง จึงทำให้เห็นว่าระบบพิจารณาความของไทยมิได้นำมาจากระบบคอมมอนลอว์ทั้งหมด หากแต่นำหลักการของประเทศภาคพื้นยุโรปมาบัญญัติอยู่ด้วยจนกลายเป็นระบบผสม ดังจะเห็นได้จากการนำสืบ การรับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งเรื่องเหล่านี้มีหลักการไม่ตรงกับหลักคอมมอนลอว์ และเมื่อสรุปได้ว่าระบบของกฎหมายไทยเป็นระบบผสมแล้ว ก็ย่อมเป็นประโยชน์ในการตีความและการใช้บังคับกฎหมายได้อย่างถูกต้อง เนื่องจากเมื่อเราทราบว่ากระบวนการในส่วนใดนำมาจากระบบกล่าวหา การตีความในกระบวนการนั้นๆ ก็ต้องเอาหลักการของระบบกล่าวหามาใช้ ในทางตรงกันข้าม หากเรื่องใดที่นำมาจากระบบไต่สวน ในเรื่องนั้นๆ ก็ต้องตีความและปฏิบัติตามวิธีการของระบบไต่สวน ทั้งนี้ หลักการในระบบกล่าวหาที่ไทยนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ได้แก่ การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อหน้าคู่ความ (Principle of Publicity and Confrontation) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36 ส่วนการค้นหาความจริง กฎหมายไทยนำเอาหลักการของระบบไต่สวนมาใช้ ให้ศาลมีอำนาจในการค้นหาความจริงได้อย่างกว้างขวาง (Principle of Judicial Investigation) โดยไม่จำกัดเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบเท่านั้น แต่เป็นหน้าที่อันสำคัญของศาลที่จะค้นหาความจริง ไม่ใช่เพียงแต่วินิจฉัยว่าคู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบได้ดีกว่ากันเท่านั้น

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 129 เป็นมาตรการหนึ่งในการค้นหาความจริงโดยศาลที่ทำให้ศาลสามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้มากขึ้นและทำให้คำพิพากษาของศาลมีผลใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากที่สุด ซึ่งจะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวมีที่มาจากระบบซีวิลลอว์ ไม่ใช่หลักของกฎหมายอังกฤษที่เป็นระบบคอมมอนลอว์ เนื่องจากในประเทศอังกฤษ ศาลจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้ก็ต่อเมื่อ

คู่ความร้องขอให้ศาลแต่งตั้งเท่านั้น ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเองได้ โดยเรื่องผู้เชี่ยวชาญของศาลได้มีการกำหนดไว้ใน Rule of Supreme Court Order 40 rule 1(1) โดยมีหลักว่า คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญทำรายงานในปัญหาข้อเท็จจริงหรือให้ความเห็นประเด็นที่ไม่ใช่ข้อกฎหมายในคดีได้ ซึ่งเงื่อนไขในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลของประเทศไทยนี้สอดคล้องกับแนวคิดของหลักกฎหมายของอังกฤษที่ว่า การนำพยานเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น เป็นเรื่องของคู่ความ มิใช่เรื่องของศาล แต่ประการใด และอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ให้คู่ความเป็นผู้ริเริ่มกำหนดแนวทางในการนำพยานหลักฐานเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเอง

ส่วนการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลในประเทศไทยนั้น ถึงแม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้เช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษ แต่การจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือไม่นั้น เป็นดุลพินิจเด็ดขาดของศาลและศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเองได้โดยไม่มีคู่ความใดร้องขอก็ได้ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ให้อำนาจในการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลเป็นดุลพินิจเด็ดขาดของศาลนี้ มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลประเทศกลุ่มยุโรปที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญมาให้ความเห็นแก่ศาลในประเด็นที่ศาลไม่สามารถเข้าใจได้เอง โดยการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลนี้ถือเป็นเรื่องมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (*Les mesures d'instruction*) อย่างหนึ่งของกระบวนการพิจารณาของฝรั่งเศส และกฎหมายประเทศฝรั่งเศสกำหนดหลักเกณฑ์การนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะต่างหากจากการนำสืบพยานบุคคลทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งของไทย ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 130 วรรคสอง บัญญัติให้นำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งน่าจะมีที่มาจากการที่กฎหมายพยานหลักฐานของไทยนำระบบการนำสืบพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษมาใช้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในประเทศอังกฤษ การนำพยานหลักฐานทุกชนิดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น เป็นเรื่องของคู่ความ มิใช่ของศาล โดยกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ.1998 ของอังกฤษได้วางหลักในเรื่องการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งว่า ในกรณีที่บุคคลที่ศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลมาให้ความเห็นต่อศาลด้วยวาจาแล้ว ก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญจะเบิกความจะต้องสาบานตนหรือกล่าวคำปฏิญาณ และผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจถูกคู่ความซักถาม ถามค้าน หรือถามติงเช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป ทั้งนี้เนื่องมาจากในกฎหมายอังกฤษนั้นจำแนกพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้ในสถานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง โดยจะเห็นได้จากคำว่าผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในประเทศอังกฤษจะใช้คำว่า “Expert Witness” ส่วนพยานบุคคลจะใช้คำว่า “Witness” แต่ในประเทศภาคพื้นยุโรป มีการแบ่งประเภทของพยานหลักฐานตามวิธีการนำสืบจะให้เห็นได้ว่า

ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะไม่มีสถานะเป็นพยานบุคคล (Witness) แต่จะมีสถานะเป็นผู้เชี่ยวชาญ (Expert หรือ Expert Evidence) โดยไม่ได้มีสถานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่งเหมือนกับในประเทศอังกฤษหรือประเทศสหรัฐอเมริกา แต่แยกออกมาเป็นพยานหลักฐานประเภทหนึ่งต่างหากจากพยานบุคคล คำว่า “พยานหลักฐาน” (Evidence) ต่างจากคำว่า “พยาน” (Witness) ตรงที่คำว่า พยานอาจหมายถึงแต่เพียงตัวบุคคลที่รับรู้เห็นเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นบุคคลที่ศาลเรียกมาเบิกความต่อหน้าศาลเท่านั้น สำหรับคำว่า “พยานหลักฐาน” จากการวิเคราะห์แนวทางปฏิบัติทั้งหมดประกอบหลักสากลในเรื่องนี้แล้ว สามารถสรุปนิยามศัพท์คำว่า “พยานหลักฐาน” ได้ว่า หมายถึง สิ่งใด ๆ ก็ตาม ที่มีคุณสมบัติสามารถที่จะชี้บ่งหรือสื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นจริงหรือความไม่เป็นจริง ในปัญหาที่พิพาทกันในทางอรรถคดีได้ ไม่ว่าจะอยู่ในสภาพของพยานบุคคล (Witness) หรือพยานเอกสาร (Documentary Evidence) หรือพยานวัตถุ (Real Evidence) หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert) ก็ตาม

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบความแตกต่างการนำเสนอระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งกับพยานบุคคลประเภทอื่นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าแตกต่างกันหลายประการ อาทิ การที่ผู้เชี่ยวชาญสามารถที่จะขอถอนตัวจากการได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลได้ แต่พยานบุคคลที่เข้ามาโดยหมายเรียกมีสภาพเป็นการบังคับตามกฎหมาย การเสนอพยานหลักฐานต่อศาลซึ่งการที่ผู้เชี่ยวชาญสามารถถูกเปลี่ยนตัวได้อันเนื่องจากความสำคัญของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งคอคติ คือ การให้ความเห็นที่มีประโยชน์โดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญของตนต่อรูปคดีแก่ศาล ซึ่งผู้ที่ได้รับการศึกษาอบรมฝึกฝนเช่นเดียวกัน ย่อมมีความรู้ในศาสตร์นั้นใกล้เคียงกัน ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ในศาสตร์สาขาเดียวกัน ย่อมสามารถให้ความเห็นต่อศาลในสาระสำคัญได้ใกล้เคียงกัน จึงไม่ใช่คุณสมบัติที่เป็นการเฉพาะตัว แต่พยานบุคคลที่เป็นประจักษ์พยาน เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวกับเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง มิได้เป็นเพียงรับฟังคำบอกเล่ามาจากคนอื่น หรืออ่านจากข้อความที่คนอื่นเขียนเอาไว้ จึงเป็นการรับทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง ไม่สามารถให้บุคคลอื่นมาให้การเบิกความในศาลแทนได้ จึงไม่สามารถเปลี่ยนตัวพยานบุคคลทั่วไปได้ สำหรับการเบิกความในศาล ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งอาจแสดงความเห็นด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้และเบิกความให้ความเห็นต่อศาลได้ แต่พยานบุคคลทั่วไปต้องเบิกความด้วยวาจาและจากความจำและการเบิกความเกี่ยวกับข้อเท็จจริง มิใช่ข้อกฎหมายหรือความเห็น ส่วนความแตกต่างในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานของศาลนั้น พยานหลักฐานที่ได้จากผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งจะมาจากประเด็นข้อพิพาทที่เป็นปัญหาซึ่งคนธรรมดาไม่อาจตัดสินได้โดยใช้ความรู้ ความสามารถ หรือประสบการณ์ในชีวิตประจำวันของวิญญูชน เพราะประเด็นนั้นเกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือวิทยาการ

เฉพาะแขนง ซึ่งจะตัดสินได้ก็แต่เฉพาะ โดยผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ส่วนพยานบุคคลจะต้องเบิกความในลักษณะยืนยันข้อเท็จจริงที่ตนประสบพบเห็นมา มิใช่เบิกความตามความคิดเห็นของตน

ดังนั้น เมื่อแบ่งประเภทพยานหลักฐานตามวิธีการนำสืบ โดยแบ่งผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเป็นพยานหลักฐานประเภทหนึ่ง แยกจากพยานบุคคล อีกทั้งการนำสืบผู้เชี่ยวชาญก็มีความมีความแตกต่างจากการนำสืบพยานบุคคลประเภทอื่นที่มีใช้ผู้เชี่ยวชาญหลายประการ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง จึงควรมีบทบัญญัติในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งไว้โดยเฉพาะ โดยไม่ควรนำบทบัญญัติว่าด้วยพยานบุคคลมาใช้บังคับโดยอนุโลม

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ถึงสถานะของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง วิธีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาและการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ ผู้เขียนขอเสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง ดังนี้

1. ควรที่จะมีบทบัญญัติในเรื่องการขอความยินยอมจากผู้เชี่ยวชาญก่อนที่ศาลจะแต่งตั้งบุคคลใดเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล โดยกำหนดว่า เมื่อศาลได้เลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้นแล้ว ให้เจ้าหน้าที่ศาลดำเนินการแจ้งให้บุคคลนั้นทราบโดยการส่งสำเนาหนังสือแต่งตั้งให้แก่ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับคัดเลือกโดยวิธีการส่งจดหมายลงทะเบียน พร้อมทั้งส่งเอกสาร พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจให้ผู้เชี่ยวชาญทราบถึงหน้าที่ของตนในประเด็นในคดีที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นต้องการความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญโดยไม่ชักช้า และหากบุคคลที่ได้รับเลือกยอมรับเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งแล้ว ผู้เชี่ยวชาญต้องแจ้งให้ศาลทราบถึงการยอมรับนั้นด้วย

2. ควรมีบทบัญญัติในเรื่องการเชิญผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาล ในกรณีที่ศาลยังไม่พอใจในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ทำเป็นหนังสือ หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดเรียกร้องให้ศาลเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา โดยควรจะทำในรูปแบบหนังสือเชิญผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมาศาล และระบุถึงเหตุที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องมาศาล และประเด็นที่ศาลต้องการให้ผู้เชี่ยวชาญทำความเข้าใจเพิ่มเติมหรือประเด็นที่ศาลยังมีความสงสัยและต้องการให้ผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความประกอบความเห็นในหนังสือ โดยจะต้องส่งหนังสือเชิญดังกล่าวให้ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งรู้ล่วงหน้าอย่างน้อย 14 วัน และผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งควรจะมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่มาศาลเพื่อให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยวาจาได้ด้วย ซึ่งการปฏิเสธที่จะไม่ไปให้ความเห็นด้วยวาจาต่อศาลนั้น

ไม่ควรมีกฎหมายกำหนดโทษในทางอาญา เนื่องจากหนังสือเชิญดังกล่าวไม่มีลักษณะบังคับดังเช่นการออกหมายเรียก

3. ควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาล ซึ่งหากคู่ความสามารถตกลงกันกำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญที่จะแต่งตั้งนั้นได้ ก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่ศาลจะเป็นผู้กำหนดรายชื่อของผู้เชี่ยวชาญให้คู่ความเลือกและศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนของผู้เชี่ยวชาญให้มีความเหมาะสมกับคดี

4. ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญแสดงความเห็นเป็นหนังสือ ควรกำหนดให้มีการคำปรึกษาหารือที่ป็นลายลักษณ์อักษรว่าตนได้ทำความเห็นเป็นหนังสือโดยสุจริต โดยกำหนดคำปรึกษาหารือไว้ในรูปของแบบฟอร์มและส่งแบบฟอร์มดังกล่าวไปพร้อมกับหนังสือแจ้งการแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

5. ควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง โดยกำหนดว่าคู่ความสามารถคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งได้ในกรณีใดบ้าง เช่น คัดค้านในด้านความเป็นกลาง ทั้งนี้ ให้นำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และมาตรา 12 มาใช้เป็นต้นแบบในการกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งหรือคัดค้านในด้านความรู้ความเชี่ยวชาญ โดยคู่ความสามารถอ้างเหตุที่ผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เพราะขาดคุณสมบัติหรือไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในประเด็นที่ศาลกำหนดให้เพียงพอที่จะทำหน้าที่โดยสุจริต โดยอาจกำหนดให้คู่ความที่คัดค้านการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล หากทราบเหตุที่จะคัดค้านก่อนวันสืบพยานก็ต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนวันสืบพยาน หรือก่อนวันที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องแสดงความเห็นเป็นหนังสือ หรืออาจยื่นคำร้องคัดค้านภายหลังวันสืบพยานหลักฐานก็ได้ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าสาเหตุของการคัดค้านนั้น ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านได้ก่อนหน้าวันสืบพยานหลักฐานนั้น และเมื่อมีการร้องคัดค้าน ให้ศาลที่เป็นผู้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นผู้ออกคำสั่งยอมรับหรือยกข้อคัดค้านนั้น โดยศาลไม่จำเป็นต้องฟังคำแถลงของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เมื่อศาลได้มีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านแล้ว ห้ามมิให้มีการไต่สวนเพิ่มเติมในเรื่องนี้อีก โดยคำสั่งเช่นนี้ให้เป็นที่สิ้นสุด ยกเว้นเหตุในการคัดค้านใหม่นั้นเป็นคนละเหตุกับที่ได้เคยยื่นคัดค้านไว้ก่อนหน้านี้ และควรมีบทบัญญัติลงโทษปรับคู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลด้วย ในกรณีที่ศาลไม่ยอมรับคำคัดค้าน โดยคำปรับดังกล่าวไม่รวมค่าเสียหายจากการกระทำอื่นใดที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายจากการยื่นคำร้องคัดค้านนี้ด้วย

6. ควรกำหนดบทบัญญัติในเรื่องการถามค้าน โดยให้คู่ความถามค้านผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยให้ศาลเป็นผู้ถาม และให้เป็นเป็นดุลพินิจเด็ดขาดของศาลที่จะพิจารณาคำถามที่คู่ความเสนอต่อศาล

7. ควรกำหนดวิธีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยผ่านทางบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 103/3 ที่บัญญัติให้ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกามีอำนาจออกข้อกำหนดใดๆ เพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวการนำสืบพยานหลักฐานได้ แต่ในส่วนที่ไม่สามารถเพิ่มเติมวิธีการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งโดยผ่านทางบทบัญญัติมาตรานี้ได้เพราะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในกฎหมาย ก็ควรที่จะกำหนดในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งเพิ่มเติมสำหรับหลักเกณฑ์ในการนำสืบผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง



บรรณานุกรม

หนังสือ

- เจียมชัย ชุติวังศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติธรรม, 2528.
- จรัญ ภักดีธนากุล. กฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- จรัญ ภักดีธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2551.
- ชวลิต โสภณวัต. กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ. ตุลพาห 28, 6 (2524): 38-41. อ้างถึงใน เจียมชัย ชุติวังศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. ศาลกับพยานบุคคล. กรุงเทพมหานคร: นำอักษรการพิมพ์, 2521.
- ประมุข สุวรรณศรี. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2526.
- มานิช จรมาศ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 และ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2525.
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา. กฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2528.
- ร. แลงกานต์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526.
- เรีงธรรม รัตพลี. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542.
- วรรณชัย บุญบำรุง และ ธนกร วรปรัชญากุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552.
- โสภณ รัตนกร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.

- อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- โอสถ โกสิน. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538.
- Cross, R.S. and Wilkins, N. An Outline of the Law of Evidence. 5th ed. London: Butter worth Co., 1980.
- Dadomo, Christian, Farran and Susan. The French Legal System. 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1996.
- David, R. French Law. Louisiana: Louisiana State University Press, 1972.
- Cohn, E.J. Manual of German Law. New York: Oceana Publications, Inc., 1971.
- G.D. Nokes An Introduction to Evidence. 3rd ed. London: Sweet and Maxwell Co., 1962.
- Jolowicz, J.A. On Civil Procedure. Cambridge Studies in International and Comparative Law: Cambridge University Press, 2000.
- Lord Slynn of Hadley. German Law and Legal System. Vancouver: Blackstone Press Limited, 1993.
- Nigel G., Foster and Sule, S. German Legal System and Laws. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2002.
- Phipson. Phipson on Evidence. 16th ed. Thomson: Sweet and Maxwell, 2005.
- Stuart, S. A Practical Approach to Civil Procedure. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Preedee Kasemsup. Reception of Law in Thailand: A Buddhist Society. Asian Indigenous Law. edited by Masaji Chiba, 1986, p. 275. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมลล. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543.

บทความ

- จรัญ ภักดีธนากุล. บทคัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 6, 3 (กันยายน 2525): 1-2.
- โชค จารุจินดา. กฎหมายลักษณะพยาน. วารสารกฎหมาย 3, 3 (กันยายน 2520): 138.
- เรีงธรรม ลัดพลี. ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ชำนาญการพิเศษ และผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ. วารสารกฎหมาย. 5, 2 (กันยายน 2523): 122-123.
- วรรณชัย บุญบำรุง. การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส. คุณภาพ (มกราคม-เมษายน): 49-52.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันลักษณะ
พยานหลักฐาน. คฤพาท 2, 55 (พฤษภาคม-ธันวาคม 2551): 184-185.

เอกสารประกอบการสัมมนา

กระทรวงยุติธรรม. “การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลให้รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระ
จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว.” เอกสารทางวิชาการในการสัมมนาผู้พิพากษาหัวหน้าศาลทั่ว
ราชอาณาจักร พ.ศ. 2513.





ภาคผนวก

ข้อบังคับประธานสภา
ว่าด้วยผู้เชี่ยวชาญของศาลยุติธรรม

พ.ศ. ๒๕๔๖

โดยที่ศาลอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๕๕ มาตรา ๑๒๕ จึงเห็นสมควรให้มีข้อบังคับว่าด้วยผู้เชี่ยวชาญของศาล อาศัยอำนาจตามความใน มาตรา ๖ (๑) และ (๒) แห่งพระราชบัญญัติ ให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. ๒๔๗๗ ซึ่งเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติ ให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ ประธานสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ออกข้อบังคับไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ข้อบังคับนี้เรียกว่า “ข้อบังคับประธานสภา ว่าด้วยผู้เชี่ยวชาญของศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๖”

ข้อ ๒ ข้อบังคับนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

ข้อ ๓ ในข้อบังคับนี้

“ศาล” หมายความว่า ศาลยุติธรรม

“เลขาธิการ” หมายความว่า เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม

“ผู้อำนวยการ” หมายความว่า ผู้อำนวยการสำนักงานวิชาการศาลยุติธรรมสำนักงานศาลยุติธรรม

“ผู้ยื่นคำขอ” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

“ทะเบียน” หมายความว่า ทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาล

“คำขอ” หมายความว่า คำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

ข้อ ๔ ในการดำเนินการตามข้อบังคับนี้ ผู้อำนวยการอาจมอบหมายให้ข้าราชการในสำนักงานวิชาการศาลยุติธรรมดำเนินการแทนได้

ข้อ ๕ ให้เลขาธิการรักษาการตามข้อบังคับนี้ และให้มีอำนาจตีความวินิจฉัยปัญหา เพื่อดำเนินการตามข้อบังคับนี้

หมวด ๑

การยื่นคำขอและการรับคำขอ

ข้อ ๖ ผู้ยื่นคำขอต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๑) มีอายุไม่ต่ำกว่า ๒๐ ปีบริบูรณ์

(๒) เป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญพิเศษ โดยมีประสบการณ์ในทางที่ขอขึ้นทะเบียนเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๕ ปี

(๓) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี

(๔) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

(๕) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(๖) ไม่เคยถูกเพิกถอนทะเบียนตาม ข้อ ๒๑ (๔)

(๗) กรณีเป็นผู้ประกอบวิชาชีพที่มีองค์กรควบคุมวิชาชีพ ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือประพฤติดิจรณียบรรณในวิชาชีพ

ข้อ ๗ ให้ผู้ยื่นคำขอยื่นคำขอ โดยมีผู้รับรองตามแบบที่กำหนดต่อผู้อำนวยการ ณ สำนักวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พร้อมด้วยหลักฐานดังต่อไปนี้

(๑) สำเนาทะเบียนบ้าน

(๒) สำเนาบัตรประจำตัวประชาชนหรือบัตรประจำตัวข้าราชการ

(๓) สำเนาแสดงคุณวุฒิพร้อมแสดงต้นฉบับ

(๔) รูปถ่ายสีขนาด ๒.๕ x ๓ เซนติเมตร จำนวน ๓ รูป (ถ่ายไว้ไม่เกิน ๖ เดือน)

(๕) เอกสารหรือผลงานประกอบในทางที่ขอขึ้นทะเบียน

(๖) หนังสือรับรองขององค์กรควบคุมวิชาชีพ ในกรณีที่ขอขึ้นทะเบียนในสาขาวิชาชีพที่มีองค์กรควบคุมวิชาชีพ

ให้ผู้ดำเนินการตรวจสอบคำขอและเอกสารที่ประกอบคำขอขึ้นทะเบียน หากถูกต้อง ให้ลงทะเบียนรับคำขอพร้อมกับการออกใบรับให้แก่ผู้ยื่นคำขอและดำเนินการตามข้อบังคับต่อไป

หมวด ๒

การพิจารณาคำขอและการรับขึ้นทะเบียน

ข้อ ๘ ภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอให้ผู้อำนวยการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอ โดยทำหนังสือเสนอเลขานุการลงนาม เพื่อสอบถามข้อมูลอันเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอ ไปยังผู้บังคับบัญชาของผู้ยื่นคำขอ องค์การควบคุมวิชาชีพของผู้ยื่นคำขอ บุคคลที่ผู้ยื่นคำขอมีหน้าที่การงานที่เกี่ยวข้องอยู่และประกาศให้คัดค้าน ตลอดจนสอบถามและสดับรับฟังจากบุคคลอื่นใดตามที่เห็นสมควร แล้วทำความเห็นเบื้องต้นเสนอเลขานุการภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันได้รับหนังสือแจ้งคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอจากบุคคลดังกล่าว

ข้อ ๙ ให้เลขานุการแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง ประกอบด้วยกรรมการ ไม่น้อยกว่าสามคนแต่ไม่เกินเจ็ดคน โดยมีข้าราชการตุลาการคนหนึ่งเป็นประธานกรรมการ และผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านที่มีผู้ขอขึ้นทะเบียนอีกอย่างน้อยสองคนเป็นกรรมการ เพื่อพิจารณาเสนอความเห็นในการรับขึ้นทะเบียนบุคคลเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล

ข้อ ๑๐ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบข้อมูลเพิ่มเติมนอกเหนือ จากการตรวจสอบเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่โดยอาจขอให้ผู้ยื่นคำขอ หน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมหรือมาให้ถ้อยคำต่อคณะกรรมการก็ได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่ถ้าวันที่เริ่มการพิจารณา หากมีเหตุจำเป็นไม่อาจดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ขอขยายระยะเวลาการพิจารณาต่อเลขานุการออกไปอีกได้ไม่เกิน ๓๐ วัน แต่ถ้ามีพฤติการณ์พิเศษทำให้คณะกรรมการไม่อาจพิจารณาเสนอความเห็นได้ภายในกำหนดเวลา หลังจากขอขยายเวลาแล้ว เลขานุการอาจพิจารณาให้ขยายระยะเวลาเสนอความเห็นออกไปได้อีกไม่เกิน ๓๐ วัน

ในการพิจารณาของคณะกรรมการหากปรากฏข้อมูลที่เป็นผลร้ายต่อผู้ยื่นคำขอให้ คณะกรรมการแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบ และให้โอกาสผู้ยื่นคำขอชี้แจงต่อคณะกรรมการได้

ข้อ ๑๑ การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุม ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงเป็นองค์ประชุม

ในกรณีที่ประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ให้กรรมการซึ่งมาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่ง เป็นประธานในที่ประชุมคราวนั้น

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

กรรมการที่มาประชุมให้ได้รับค่าเบี้ยประชุม ครั้งละ ๕๐๐ บาท

ข้อ ๑๒ เมื่อได้รับความเห็นจากคณะกรรมการ ให้เลขาธิการพิจารณามีคำสั่งภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็น กรณีที่มีคำสั่งรับขึ้นทะเบียน ให้ผู้อำนวยการขึ้นทะเบียนผู้ยื่นคำขอไว้ในสารบบทะเบียนมีกำหนดระยะเวลาสามปีนับแต่วันที่เลขาธิการมีคำสั่ง

ให้เลขาธิการออกหนังสือสำคัญและบัตรประจำตัวให้แก่ผู้เชี่ยวชาญของศาลไว้เป็นหลักฐาน

ในกรณีที่เลขาธิการมีคำสั่งไม่รับขึ้นทะเบียน ให้แสดงเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้น

ให้ผู้อำนวยการแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่เลขาธิการมีคำสั่ง เพื่อให้ผู้ยื่นคำขอมาลงนามรับทราบคำสั่งนั้น และให้ถือว่าผู้ยื่นคำขอได้รับแจ้งคำสั่งเมื่อครบกำหนด ๑ วัน นับแต่วันส่งไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

ข้อ ๑๓ ในกรณีมีคำสั่งรับขึ้นทะเบียน ให้ผู้ยื่นคำขอมาลงนามรับทราบคำสั่งพร้อมทั้งชำระค่าธรรมเนียมที่สำนักการคลัง สำนักงานศาลยุติธรรม จำนวน ๑,๐๐๐ บาท ภายในระยะเวลาสองเดือนนับแต่วันได้รับหนังสือบอกกล่าว หากพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าผู้ยื่นคำขอถอนชื่อออกจากทะเบียน

เมื่อผู้ยื่นคำขอลงนามรับทราบคำสั่ง และชำระค่าธรรมเนียมเรียบร้อยแล้ว ให้ผู้อำนวยการมอบหนังสือสำคัญพร้อมบัตรประจำตัวให้แก่บุคคลดังกล่าว

ข้อ ๑๔ ให้ผู้อำนวยการเก็บรักษาสารบบทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลไว้ที่สำนักวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม และให้มีหนังสือแจ้งศาล หน่วยงานที่ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับขึ้นทะเบียนดังกล่าวทำงาน และองค์กรควบคุมวิชาชีพทางสาขาที่ขึ้นทะเบียนทราบ

หมวด ๓

การขึ้นทะเบียนผู้เชี่ยวชาญกรณีพิเศษ

ข้อ ๑๕ ให้ผู้อำนวยการตรวจสอบจำนวนและความเพียงพอของผู้เชี่ยวชาญของศาลในแต่ละสาขา หากปรากฏจำนวนผู้เชี่ยวชาญไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติงานในสาขานั้นๆ หรือไม่มีผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่จำเป็นต้องมีในการปฏิบัติงานของศาล ให้ผู้อำนวยการเสนอการขึ้นทะเบียนผู้เชี่ยวชาญกรณีพิเศษต่อเลขาธิการให้ความเห็นชอบ

เมื่อเลขาธิการเห็นชอบแล้ว ให้ผู้อำนวยการประสานงานกับองค์กรควบคุมวิชาชีพ สถาบันการศึกษา สถาบันวิจัย หรือหน่วยงานที่ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญทำงานในสาขาที่ขาดแคลน เพื่อให้เสนอชื่อผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม ข้อ ๖ โดยได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าว พร้อมข้อมูลที่แสดงถึงความเชี่ยวชาญมายังผู้อำนวยการ เพื่อเสนอความเห็นต่อ

เลขาธิการพิจารณาขึ้นทะเบียนบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ ให้นำความใน ข้อ ๑๒ และ ข้อ ๑๓ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ ๑๖ เลขาธิการอาจยกเว้นค่าธรรมเนียมในการขึ้นทะเบียน ตลอดจนการต่อทะเบียนให้แก่ผู้เชี่ยวชาญของศาลในหมวดนี้ได้

หมวด ๔

การต่อทะเบียนและการแก้ไขข้อความ

ข้อ ๑๗ เมื่อครบกำหนดอายุทะเบียนผู้เชี่ยวชาญตาม ข้อ ๑๒ วรรคหนึ่งแล้ว หากผู้เชี่ยวชาญนั้นประสงค์ต่ออายุทะเบียน ให้ยื่นคำขอต่อคำขอต่ออายุทะเบียนตามแบบที่กำหนดต่อผู้อำนวยการ

ให้ผู้ดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องของคำขอแล้วทำความเห็นเบื้องต้นเสนอเลขาธิการภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่รับคำขอ

เลขาธิการอาจมีคำสั่งทันทีหรือแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาก็ได้ ทั้งนี้ ให้นำความใน ข้อ ๙ ถึง ข้อ ๑๓ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ ๑๘ กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการขึ้นทะเบียนประสงค์จะแก้ไขข้อความในทะเบียน หนังสือสำคัญหรือบัตรประจำตัว ให้ถูกต้องตามความเป็นจริง ให้ยื่นคำขอตามแบบที่กำหนดต่อผู้อำนวยการ

ข้อ ๑๙ ในกรณีที่หนังสือสำคัญหรือบัตรประจำตัวที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลสูญหาย ชำรุดเสียหาย หรือถูกทำลาย ผู้ยื่นอาจขอไปแทนหนังสือสำคัญและบัตรประจำตัวได้โดยยื่นคำขอตามแบบที่กำหนดต่อผู้อำนวยการ

ข้อ ๒๐ ให้ผู้อำนวยการตรวจสอบความถูกต้องของคำขอที่ยื่นมาตาม ข้อ ๑๘ หรือ ข้อ ๑๙ แล้วแต่กรณี แล้วทำความเห็นเสนอเลขาธิการเพื่อมีคำสั่งโดยด่วน

หมวด ๕

การสิ้นสุดของการขึ้นทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาล

ข้อ ๒๑ นอกจากการครบกำหนดอายุทะเบียนตาม ข้อ ๑๒ วรรคหนึ่ง การขึ้นทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลสิ้นสุดลง เมื่อ

(๑) ตาย

(๒) ขอดอนชื่อออกจากทะเบียน

- (๓) ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามในการขอขึ้นทะเบียนตาม ข้อ ๖
- (๔) ถูกเพิกถอนทะเบียน
- (๕) เมื่อได้รับแจ้งจากศาลว่าผู้เชี่ยวชาญของศาล ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามคำสั่ง

ศาล โดยไม่มีเหตุอันสมควร

เมื่อการขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลสิ้นสุดลงแล้ว ให้ผู้อำนวยการบันทึกเพิกถอนชื่อผู้เชี่ยวชาญนั้นออกจากสารบบทะเบียน และให้มีหนังสือแจ้งศาล หน่วยงานที่ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับขึ้นทะเบียนดังกล่าวทำงาน และองค์กรควบคุมวิชาชีพทางสาขาที่ขึ้นทะเบียนทราบ

ข้อ ๒๒ นอกจากการขอถอนชื่อตาม ข้อ ๑๑ แล้ว ผู้เชี่ยวชาญอาจขอถอนชื่อออกจากทะเบียน โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อผู้อำนวยการ เมื่อผู้อำนวยการได้รับหนังสือแล้วให้ถือว่าการขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญสิ้นสุดลงตาม ข้อ ๒๑ (๒)

ข้อ ๒๓ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้เชี่ยวชาญที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้มีความประพฤติที่เสื่อมเสียหรือนำความรู้ความเชี่ยวชาญที่ได้รับการรับรองไปใช้ทางที่เสียหาย หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่กระบวนการยุติธรรม หรือถูกผู้มีส่วนได้เสียกล่าวหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาล ให้ผู้อำนวยการดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วทำความเห็นเสนอต่อเลขาธิการ

ข้อ ๒๔ ให้เลขาธิการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเสนอความเห็นในการเพิกถอนทะเบียนผู้เชี่ยวชาญนั้น

ให้นำความใน ข้อ ๕ ข้อ ๑๐ และ ข้อ ๑๑ เรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการและการดำเนินการของคณะกรรมการมาใช้บังคับโดยอนุโลม

การพิจารณาของคณะกรรมการต้องให้โอกาสผู้เชี่ยวชาญนั้นแสดงข้อเท็จจริงและเหตุผลเกี่ยวกับกรณีที่ถูกกล่าวหา

ข้อ ๒๕ เมื่อได้รับความเห็นจากคณะกรรมการ ให้เลขาธิการพิจารณามีคำสั่งภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็นและให้ผู้อำนวยการแจ้งคำสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่เลขาธิการมีคำสั่ง และให้ถือว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นได้รับแจ้งคำสั่งเมื่อครบกำหนด ๗ วัน นับแต่วันส่งไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

หมวด ๖

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาลการกำหนดจำนวนค่าป่วยการ และการชดใช้ค่าใช้จ่าย

ข้อ ๒๖ ผู้ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญตามข้อบังคับนี้อาจได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้

ข้อ ๒๗ ในคดีอาญา ศาลอาจตั้งผู้ชำนาญการพิเศษจากผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการขึ้นทะเบียนตามข้อบังคับนี้ได้

ข้อ ๒๘ ผู้เชี่ยวชาญซึ่งศาลแต่งตั้งตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปตามสมควรในการทำรายงานและจะได้รับค่าป่วยการตามที่ศาลจะเห็นสมควร โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดี ความยากง่ายของงานที่ต้องทำและระยะเวลาที่ต้องเสียไปในการทำรายงานตลอดจนถึงฐานะทั่วไปของผู้เชี่ยวชาญ

บทเฉพาะกาล

ข้อ ๒๙ ให้ทะเบียนของผู้เชี่ยวชาญของศาลที่รับขึ้นไว้ก่อนวันที่ข้อบังคับนี้ใช้บังคับสิ้นสุดลงเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันที่ข้อบังคับนี้ใช้บังคับ เมื่อทะเบียนสิ้นสุดลงแล้วหากผู้เชี่ยวชาญของศาลประสงค์จะขอขึ้นทะเบียนใหม่ ให้ยื่นคำขอตามข้อบังคับนี้

ข้อ ๓๐ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคำขอขึ้นทะเบียนตามข้อบังคับนี้ ให้ผู้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ยื่นไว้ตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๗ (พ.ศ. ๒๕๐๒) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. ๒๔๗๗ และกึ่งการพิจารณาอยู่ก่อนวันที่ข้อบังคับนี้ใช้บังคับ เป็นผู้ยื่นคำขอตามข้อบังคับนี้

ประกาศ ณ วันที่ ๓๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๖

อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ

ประธานศาลฎีกา

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๑ ตอนที่ ๒๓ ก ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๔๗

พระราชกฤษฎีกา
คำตอบแทนพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลปกครอง
พ.ศ. ๒๕๔๔

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.
ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๒ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๔๔
เป็นปีที่ ๕๖ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้คำตอบแทนพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลปกครอง

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๒๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา ๕๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชกฤษฎีกานี้เรียกว่า

“พระราชกฤษฎีกาคำตอบแทนพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๔”

มาตรา ๒ พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันตราเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชกฤษฎีกานี้

“ศาล” หมายความว่า ศาลปกครองหรือตุลาการศาลปกครอง

มาตรา ๔ ให้พยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเรียกมาให้ถ้อยคำหรือทำความเห็นซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีเองหรือมิได้เป็นข้าราชการ พนักงานลูกจ้าง หรือนุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีซึ่งต้องให้ถ้อยคำ ความเห็นหรือทำรายงานในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน มีสิทธิได้รับคำตอบแทนเป็นค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าที่พักตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกานี้

มาตรา ๕ พยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเรียกมาให้ถ้อยคำหรือความเห็นไม่ว่าจะให้นำพยานหลักฐานหรือทำบันทึกคำชี้แจงเสนอต่อศาลด้วยหรือไม่ ให้ศาลกำหนด ค่าป่วยการได้ตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินอัตรา ดังนี้

- | | |
|--------------------------------|------------------------|
| (๑) ค่าป่วยการพยานบุคคล | วันละไม่เกิน ๓๐๐ บาท |
| (๒) ค่าป่วยการพยานผู้เชี่ยวชาญ | วันละไม่เกิน ๑,๐๐๐ บาท |

มาตรา ๖ พยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งเพื่อให้ทำความเห็น โดยให้ทำเป็นรายงาน การศึกษา การวิจัย การตรวจสอบ การทดสอบ หรือการตรวจสภาพ ซึ่งต้องใช้เวลาและความรู้ ความสามารถสูงและเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต่อการพิจารณาและพิพากษาคดี ให้ ศาลกำหนดค่าป่วยการ ได้ตามที่เห็นสมควรตามลักษณะความยากง่ายและปริมาณของรายงาน ความเห็นที่จะต้องจัดทำ แต่ไม่เกิน ๕,๐๐๐ บาท ต่อรายงานความเห็นหนึ่งเรื่อง

มาตรา ๗ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าพาหนะเดินทางหรือค่าที่พักให้แก่พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญได้ตามที่เห็นสมควร แต่รวมกันไม่เกินวันละ ๑,๐๐๐ บาท

มาตรา ๘ ประธานศาลปกครองสูงสุดอาจกำหนดแนวปฏิบัติของศาลในการ กำหนดค่าป่วยการค่าพาหนะเดินทาง หรือค่าที่พักของพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญตามพระ ราชกฤษฎีกานี้ได้

มาตรา ๙ ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดรักษาการตามพระราชกฤษฎีกานี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา ๕๕ วรรคสี่ แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติ ให้ พยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลปกครองเรียกมาให้ถ้อยคำหรือทำ ความเห็นต่อศาลปกครองมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กำหนดในพระราชกฤษฎีกาจึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้

ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๑๑๙ ตอนที่ ๖๐ ก ลงวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๔๔

ประวัติผู้เขียน

- ชื่อ ชื่อสกุล : นางสาว สิริลักษณ์ สุขสุเดช
- วัน เดือน ปีเกิด : 9 กรกฎาคม 2525
- สถานที่เกิด : กรุงเทพมหานคร
- วุฒิการศึกษา : มัธยมศึกษาตอนปลาย โรงเรียนสาธิต
 แห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ปีการศึกษา 2541
 นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 ปีการศึกษา 2546
- ประสบการณ์ทำงาน : สำนักงานกฎหมาย นพดล ปัทมะ
- ตำแหน่งหน้าที่การงานปัจจุบัน : ทนายความ

