บทที่ 4
กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญา

4.1 กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาตามกฎหมายไทย

ในบทนี้จะกล่าวถึงกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งและอาญาโดยจะได้ศึกษาถึงอิทธิพลของระบบกฎหมาย Civil law และ Common law ที่แทรกอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยตลอดจนเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีแพ่งและอาญาซึ่งมีผลต่อกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา หลังจากนั้นจะได้กล่าวถึงแนวทางในการกำหนดกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาต่อไป

4.1.1 กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญา

4.1.1.1 การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญา

ปัญหาว่า การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาคดีอาญาจะต้องมีการโต้แย้งไว้หรือไม่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 ไม่ได้บัญญัติไว้ ดังนั้นจึงมีความเห็นหรือแนวคิดแบ่งออกเป็นสองแนวด้วยกัน

ก. แนวคิดที่ว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาต้องถูกโต้แย้ง

แนวคิดแรกนี้เห็นว่าควรที่จะนำหลักการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งที่จะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งไว้ก่อนจึงจะอุทธรณ์ได้ นำมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์มีคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจในคำสั่งระหว่างพิจารณานั้น จะต้องโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นไว้โดยแถลงขอให้ศาลจดไว้ในรายงานพิจารณา หรือยื่นคำร้องให้ปรากฏในสำนวนก็ได้ ถ้าคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจในคำสั่งนั้นไม่ได้โต้แย้งคำสั่งนั้นไว้ ก็จะอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งนั้นไม่ได้ เมื่อได้โต้แย้งคำสั่งไว้แล้วก็จะต้องรอไปจนกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญจึงจะอุทธรณ์ฎีกาได้[1] นอกจากนั้นแล้วยังมีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นต่อไปว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 นั้นได้บัญญัติว่า ข้อกฎหมายทั้งปวงอันคู่ความอุทธรณ์ร้องอ้างอิงให้แสดงไว้โดยชัดเจนในอุทธรณ์แต่ต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวมาแล้วในศาลชั้นต้น ดังนั้นการที่ไม่ได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งไว้ในระหว่างพิจารณาอาจถือได้ว่า เป็นข้อที่ไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวในศาลชั้นต้นได้ นอกจากนั้นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่ความนั้น

---

[1] อนุมัติ โจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการพิจารณา การมีคำพิพากษาและคำสั่งในศาลชั้นต้นและอุทธรณ์ ฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2514), หน้า 419-420 / พระวรภักดิ์พิบูลย์, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับง่าย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (โรงพิมพ์แพร่วิทยา, 2513), หน้า 305

คู่ความจะต้องคัดค้านไว้เพื่อสะกิดใจศาลในการใช้ดุลพินิจและทำให้ศาลได้ทราบว่า คู่ความได้นำพาต่อกระบวนพิจารณามากน้อยเพียงใด ปัญหาข้อใดที่ศาลได้ออกคำสั่งไปแล้ว ถ้าคู่ความไม่ได้โต้แย้งไว้ ศาลอาจอ้างได้ว่า เพราะคู่ความไม่ได้โต้แย้งคัดค้านถือว่าไม่ติดใจนำพาต่อปัญหาข้อนั้นๆ ศาลจึงไม่ต้องหยิบยกขึ้นวินิจฉัย[2]

สำหรับความเห็นดังกล่าวนี้ได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุนดังนี้

ฎีกาที่ 492/2483 วินิจฉัยว่า ศาลชั้นต้นสั่งย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นสืบพยานโจทก์และจำเลยเกี่ยวกับอายุของจำเลย แล้วส่งสำนวนคืนไปยังศาลอุทธรณ์พิพากษา ศาลชั้นต้นจึงอ่านคำสั่งของศาลอุทธรณ์ดังกล่าวให้โจทก์จำเลยฟัง เมื่อโจทก์จำเลยฟังแล้วต่างแถลงขอสืบพยานโดยไม่ได้คัดค้านคำสั่งศาลอุทธรณ์ประการใด ดังนี้ โจทก์จะกลับมาคัดค้านคำสั่งนั้นในภายหลังหาได้ไม่ (ฎีกาที่ 392/2506 วินิจฉัยตาม)

ฎีกาที่ 319/2508 วินิจฉัยว่า การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลชั้นต้น หากโจทก์ไม่เห็นด้วย โจทก์ชอบที่จะขอให้ศาลชั้นต้นจดข้อโต้แย้งไว้ในรายงานกระบวนพิจารณาหรือยื่นคำแถลงโต้แย้งคัดค้านไว้ ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 226(2) ประกอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 มิฉะนั้นโจทก์ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาในข้อนี้ได้

ข. แนวคิดที่ว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไม่ต้องถูกโต้แย้ง

แนวคิดที่สองนี้เห็นว่า ในคดีอาญาถือหลักอยู่ว่า จำเลยมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นการที่มีข้อกำหนดให้จำเลยต้องโต้แย้งคัดค้านไว้ถือว่าเป็นข้อตัดสิทธิของจำเลยอย่างหนึ่ง ประกอบกับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วจึงไม่สามารถนำหลักในเรื่องการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งมาใช้ในคดีอาญาโดยอาศัยหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ได้[3] สำหรับแนวคิดที่สองนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยสนับสนุนดังต่อไปนี้

ฎีกาที่124/2528 วินิจฉัยว่า ในคดีอาญา คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้โจทก์เลื่อนคดีและงดสืบพยานจำเลยนั้น เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาแม้โจทก์ไม่ได้โต้แย้งไว้ โจทก์มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่ง

---

[2] สมพร พรหมหิตาธร, "คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญา," ใน บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 21 ตอนที่ 4 , (2506), หน้า 1020-1021

[3] เริงธรรม อัตพลี, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ,พิมพ์ครั้งที่ 2 (2533), หน้า 225 / กุศล บุญยืน, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยอุทธรณ์ ฎีกา,พิมพ์ครั้งที่ 2 (โรงพิมพ์องพณเทรดดิ้ง, 2542), หน้า 25-26 / พิพัฒน์ จักรางกูล, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,2546), หน้า 363-364 / พิสิษฐ์ เพศะปารุง, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ), หน้า 54

ดังกล่าวได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้บัญญัติให้คู่ความต้องโต้แย้งไว้ดังประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226(2)

ฎีกาที่ 973/2534 วินิจฉัยว่า การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 นั้น ไม่จำต้องโต้แย้งไว้ก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา แม้โจทก์มิได้โต้แย้งไว้ก่อนก็มีสิทธิอุทธรณ์

ฎีกาที่ 145/2536 วินิจฉัยว่า ศาลชั้นต้นนัดสืบพยานโจทก์ไว้ 2 นัด และสืบพยานโจทก์ได้ 3 ปากแล้ว ในนัดต่อมาทนายโจทก์ยื่นคำร้องขอเลื่อนคดีอ้างว่าป่วย จำเลยคัดค้านว่ามิได้ป่วยจริง ศาลชั้นต้นให้จ่าศาลไปตรวจสอบอาการของทนายโจทก์แต่ไม่พบ จึงมีคำสั่งยกคำร้องขอเลื่อนคดีและถือว่าโจทก์ไม่มีพยานมาสืบ ให้งดสืบพยานโจทก์แล้วนัดสืบพยานจำเลย มิใช่กรณีศาลมีคำสั่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 166, 181 เพราะเป็นเรื่องโจทก์ขอเลื่อนคดีแล้วศาลไม่ให้เลื่อน หาใช่โจทก์ไม่มาตามนัดศาลจึงยกฟ้องไม่ ส่วนที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งยกคำร้องของจำเลยที่ขอให้ศาลยกฟ้องโจทก์เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 ซึ่งมิได้บัญญัติให้คู่ความต้องโต้แย้งคำสั่งไว้แต่ประการใดไม่จำเลยจึงอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นโดยไม่ต้องโต้แย้งไว้ได้

ฎีกาที่ 532/2548 วินิจฉัยว่า คำสั่งศาลชั้นต้นที่ให้งดสืบพยานโจทก์และพยานจำเลย เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 ซึ่งมิได้บัญญัติให้คู่ความต้องโต้แย้งคำสั่งไว้ เมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาแล้ว โจทก์จึงมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นนั้นได้โดยไม่ต้องโต้แย้งคำสั่งนั้น

นอกจากเหตุผลและแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวแล้วยังมีนักกฎหมายบางท่านยังให้ความเห็นเพื่อผ่อนคลายแนวคิดแรกด้วยเหตุผลอีกประการหนึ่งว่า กระบวนพิจารณาในทางอาญามีหลักอยู่ว่าจำเลยจะให้การหรือไม่ให้การก็ได้ เป็นภาระหน้าที่ของโจทก์ที่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย และศาลจะไม่ลงโทษจำเลยจนกว่าจะเชื่อแน่ว่าจำเลยกระทำผิดจริงทั้งกระบวนพิจารณาเพื่อการลงโทษต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย ฉะนั้นถ้าคำสั่งใดมิได้เป็นไปโดยนัยดังกล่าว แม้จำเลยจะไม่ได้โต้แย้งคัดค้านไว้ ก็อาจถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลอาจหยิบยกขึ้นเองได้ตามมาตรา 195 วรรคสอง และข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในคดีอาญาย่อมมีขอบเขตกว้างขวางกว่าคดีแพ่ง จึงอาจกล่าวได้ว่าการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณา อาจไม่จำเป็นต้องทำในทุกกรณี[4]

---

[4] คนึง ฦาไชย, <u>กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2</u>, หน้า 174-175

สำหรับแนวทางใดที่ควรจะนำมาแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ควรที่จะมีการวิเคราะห์ถึงระบบวิธีพิจารณา เจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังในการดำเนินคดีอาญาและการตีความกฎหมายก่อน กล่าวคือ

ประการแรก การวิเคราะห์ในแง่ของระบบวิธีพิจารณา

ที่มาของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้รับอิทธิพลอย่างมากจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแถบภาคพื้นยุโรป โดยในเรื่องนี้นายเรอเน่ กีของ นักกฎหมายแถบประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กล่าวไว้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีลักษณะคล้ายคลึงและมีแนวทางเดียวกันกับระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบไต่สวนเป็นหลัก[5] ลักษณะการดำเนินคดีนั้นจะเน้นการตรวจสอบและไต่สวนโดยศาลเป็นสำคัญ (Principle of Officiality) อันเป็นหลักที่ตัดอำนาจของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณา[6] และในระบบไต่สวนเองก็มิได้มีวิธีจำกัดในการดำเนินกระบวนพิจารณาและการตัดพยานอย่างเคร่งครัดเหมือนอย่างระบบกล่าวหา ดังนั้น การที่จะกำหนดให้มีการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาก่อนที่จะอุทธรณ์ได้นั้นเท่ากับเป็นการตัดอำนาจศาลสูงในการค้นหาข้อเท็จจริงตลอดจนยังเป็นการเพิ่มกระบวนการที่เคร่งครัดในการพิจารณาคดีอันเป็นการขัดต่อหลักการตรวจสอบหรือหลักการไต่สวนซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานในการดำเนินคดีของระบบไต่สวน ดังนั้น เราจึงไม่ควรที่จะกำหนดในกฎหมายให้มีการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลก่อนที่จะมีการอุทธรณ์ ในข้อนี้จะต่างกับการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างการพิจารณาความแพ่งที่จะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านก่อน ทั้งนี้เนื่องจากแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีในทางแพ่งได้รับอิทธิพลอย่างมากจากหลักความประสงค์ของคู่ความจึงทำให้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาที่แตกต่างจากคดีอาญาซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวในหัวข้อ 4.1.2 เรื่องกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งต่อไป

ประการที่สอง การวิเคราะห์ในแง่เจตนารมณ์ของการดำเนินคดีอาญา

เหตุผลประการต่อมา เมื่อพิจารณาในแง่ของเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีอาญาแล้วจะเห็นว่า เดิมในกฎหมายเก่าของไทยมีการค้นหาความจริงจากผู้ถูกกล่าวหาโดยการทรมานร่างกาย เช่น การพิจารณาคดีโดยใช้จารีตนครบาล จึงทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเป็นกรรมในคดีไม่มีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่แต่ในปัจจุบันความคิดตามหลักกฎหมายสมัยใหม่ของตะวันตกได้เข้ามามีส่วนเปลี่ยนแปลงความคิดพื้นฐานของไทยแบบเดิมที่ว่า ผู้ที่ถูกเจ้าหน้าที่จับมา ถือเป็นผู้ร้ายแล้ว ผู้นั้น

---

[5] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 247

[6] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ธนกร วรปรัชญากูล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 74

จะต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนให้ได้ จึงจะพ้นผิด มาสู่ความคิดสมัยใหม่ที่ว่า ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์จากพยานหลักฐานทั้งปวงว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดจริง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของนานาอารยประเทศรวมทั้งประเทศไทยจึงมีการให้สิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในอันที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยเป็นประธานในคดี[7] ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญา[8] จึงทำให้ปรัชญาและแนวคิดในการดำเนินคดีอาญายุคปัจจุบันเปลี่ยนไป โดยที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยมีสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นการที่เรากำหนดให้มีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาก่อนที่จะมีการอุทธรณ์ในคดีอาญาแล้วก็เท่ากับว่า เป็นการเพิ่มมาตรการในการจำกัดสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีในศาลสูงทำให้จำเลยกลับกลายเป็นกรรมในคดีไปอันเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีอาญา

ประการที่สาม การวิเคราะห์ในแง่ของการตีความกฎหมาย

หากเราพิจารณาในแง่ของการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วจะเห็นว่า เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถือว่าเป็นกฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการดำเนินคดี เมื่อกฎหมายมีความไม่ชัดเจนจึงสามารถตีความขยายในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้[9] ฉะนั้นเมื่อมีความไม่ชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 196 ว่าการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องโต้แย้งก่อนหรือไม่ จึงต้องตีความให้เป็นคุณแก่จำเลยโดยที่จะต้องให้โอกาสจำเลยต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และลดขั้นตอนการจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ลง จึงทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไม่ต้องโต้แย้งก่อนที่จะมีการอุทธรณ์แต่อย่างใด

จากเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่าการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไม่ควรจะต้องโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อนเหมือนอย่างคดีแพ่ง ซึ่งเราจะได้นำการวิเคราะห์ตามแนวทางดังกล่าวมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่อไป

4.1.1.2 การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 นั้น เมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้ว ห้ามคู่ความอุทธรณ์คำสั่งนั้นในทันทีหรือในระหว่างการพิจารณาก่อนมีคำพิพากษาในคดีนั้น[10] นอกจากนั้นแล้ว เมื่อศาลมีคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้ว แม้ศาลมีคำพิพากษา

---

[7] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 37-38

[8] ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 7/1,8 เป็นต้น

[9] จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, แก้ไขเพิ่มเติมพิมพ์ครั้งที่ 6, (สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2521), หน้า 43

[10] ฎีกาที่ 2379/2522

ในคดีดังกล่าวไปแล้ว คู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาโดยไม่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีด้วยไม่ได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ให้มีการอุทธรณ์ทุกปัญหาในอุทธรณ์ฉบับเดียวกันเพื่อที่จะให้ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาทุกปัญหาในครั้งเดียวอันจะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงทำได้โดยสะดวกและรวดเร็ว

ฎีกาที่ 233/2481 วินิจฉัยว่า คำสั่งของศาลที่สั่งให้แยกฟ้องเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อโจทก์มิได้อุทธรณ์คำพิพากษาในเรื่องชิงทรัพย์จะอุทธรณ์เฉพาะคำสั่งของศาลที่ให้แยกฟ้องไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 196

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ในคดีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญแห่งคดีนั้น ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นฝ่ายที่ไม่พอใจคำสั่งระหว่างพิจารณาเท่านั้นที่เป็นผู้อุทธรณ์

ฎีกาที่ 898/2515 วินิจฉัยว่า เมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วโจทก์ร่วมอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาโดยมิได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นในประเด็นสำคัญแห่งคดีมาด้วย และไม่ปรากฏว่ามีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์คำพิพากษาไว้อุทธรณ์ของโจทก์ร่วมจึงต้องห้ามตาม มาตรา 196

4.1.1.3 กำหนดเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา

สำหรับกำหนดเวลาอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญานั้นในมาตรา 196 ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ในมาตราดังกล่าวได้กำหนดไว้แล้วว่า การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณานั้นจะอุทธรณ์ไม่ได้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญและได้มีการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น แสดงว่ากำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องถือตามกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นแห่งคดีตามหลักทั่วไป กล่าวคือ ให้ถือกำหนดระยะเวลา 1 เดือนนับแต่วันอ่านหรือถือว่าได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งให้คู่ความฝ่ายที่อุทธรณ์ฟังทั้งนี้ให้ยื่นอุทธรณ์ดังกล่าวต่อศาลชั้นต้น[11] โดยในการนับระยะเวลา 1 เดือนดังกล่าวจะไม่เริ่มนับในวันที่ศาลอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งแต่ให้เริ่มนับในวันรุ่งขึ้น[12] ถ้าวันครบกำหนด 1 เดือนตรงกันกับวันเสาร์ หรือวันอาทิตย์ ก็ให้นับวันจันทร์ซึ่งเป็นวันเปิดทำการต่อไป หรือถ้าเป็นกรณีที่วันครบกำหนดตรงกันกับวันหยุดราชการก็ให้นับในวันเปิดทำการต่อไป[13]

---

[11] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 198

[12] ฎีกาที่ 979/2489, ที่ 2212/2515

[13] ฎีกาที่ 2217/2515

4.1.1.4 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดในเรื่องกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไว้

สืบเนื่องจากยังมีความเห็นของนักกฎหมายในเรื่องกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในส่วนของการโต้แย้งคำสั่ง ประกอบกับยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจนจึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของการเสียสิทธิในการอุทธรณ์ กล่าวคือ ในกรณีที่ทนายความกับผู้พิพากษามีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องกระบวนการอุทธรณ์ เช่น การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณานั้น ทนายความมีความเห็นว่าไม่จำต้องโต้แย้งไว้ก่อน แต่ผู้พิพากษากลับมีความเห็นว่าให้โต้แย้งไว้ก่อน ฉะนั้นเวลาที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว ทนายความก็จะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาพร้อมกับคำพิพากษาโดยไม่โต้แย้งไว้ก่อน ส่วนผู้พิพากษาที่มีความเห็นต่างออกไปก็จะสั่งไม่รับอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาเพราะเหตุที่ไม่โต้แย้งไว้ กรณีนี้เช่นว่านี้ย่อมทำให้คู่ความเสียสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทั้งๆที่ฝ่ายตนไม่ได้มีเจตนาที่จะบกพร่องในการดำเนินกระบวนพิจารณาแต่เกิดจากสาเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน

4.1.2 กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่ง

ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่ง คือ อำนาจของศาลจะถูกจำกัดโดยหลักที่เรียกว่า หลักความประสงค์ของคู่ความ (The dispositive system) อันเป็นหลักดั้งเดิมหลักหนึ่งที่มีมาเป็นระยะเวลายาวนานและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบ Common law หรือในระบบ Civil law ตามหลักนี้คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีในทางกฎหมายสารบัญญัติและมีสิทธิในทางกระบวนพิจารณา รวมทั้งยังมีสิทธิที่จะเลือกได้โดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเหล่านั้น นอกจากนั้นแล้วขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ (nemo judex sine actore ; ne eat judex ultra petita et allegata a partibus) โดยที่คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ ทั้งเป็นผู้กำหนดขอบเขตและทิศทางในการดำเนินคดีว่าจะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือถอนคดีออกไป ส่วนศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทเชิงรุกในกระบวนพิจารณา

กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหามีความสัมพันธ์กับหลักความประสงค์ของคู่ความและเป็นกระบวนพิจารณาในสมัยเดิมนับแต่มนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคม กระบวนพิจารณาลักษณะนี้ได้เน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นสำคัญ ในทางตรงกันข้ามก็ยังมีกระบวนพิจารณาแบบไต่สวนซึ่งมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นภายหลังโดยมักใช้กันในช่วงที่รัฐมีอำนาจมากขึ้นซึ่งใช้เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นสำคัญ

ในทางประวัติศาสตร์นั้นก็ปรากฏว่า หลักความประสงค์ของคู่ความได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมันตลอดจนถึงกฎหมายของเผ่าเยอรมันในยุคดั้งเดิม ต่อมาจึงเริ่มลดบทบาทลงตั้งแต่ปลายยุคปี ค.ศ. 1700 ในกฎหมายรัสเซียของพระเจ้าเฟรดเดอริคมหาราช และกลับมามีบทบาทมากในศตวรรษที่ 19 โดยอิทธิพลของแนวความคิดเรื่องเสรีนิยม แต่อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ตอนปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน กฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปแผ่นดินใหญ่ที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil law เริ่มใช้หลักการไต่สวนโดยศาลมากขึ้นเนื่องมาจากหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นการสนับสนุนให้คู่ความใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและยังมีผลทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาต้องล่าช้า แต่ไม่ว่าจะเป็นหลักการเสนอคดีโดยคู่ความจะถูกนำมาใช้มากหรือน้อยก็ตาม หลักนี้ก็ยังคงเป็นหลักสำคัญในระบบการพิจารณาคดีแพ่งทั้งหลายในปัจจุบัน

ในส่วนของระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มที่ใช้ระบบ Common law นั้น โดยปกติจะยึดหลักการเสนอคดีของคู่ความเป็นหลักมาตั้งแต่ต้นจนกลายเป็นจารีตประเพณี หลักนี้ได้มีการนำมาใช้อย่างเด่นชัดมากที่สุดในเรื่องพยาน โดยหน้าที่ทั้งหมดในการเสนอพยานหลักฐานจะตกอยู่แก่คู่ความในการดำเนินคดี และไม่มีการกำหนดหรือคาดหมายว่าศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่ดังกล่าวนี้ [14]

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น ถึงแม้ว่าเราจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศ Civil Law ก็ตาม แต่ปรากฏว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ กล่าวคือ ในการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นได้ร่างขึ้นโดยพิจารณาจากเค้าโครงเดิมของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 เป็นส่วนใหญ่ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่างโดยอาศัยหลักกฎหมายของอังกฤษและอินเดียในการยกร่างเป็นสำคัญ[15] นอกจากนั้นแล้วยังได้นำพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 และข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลกงศุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ. 2441 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการยกร่างอีกด้วย โดยในส่วนของการสืบพยานจะมีเนื้อหาส่วนใหญ่มาจากกฎหมายของอังกฤษแต่อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยยังมีเนื้อหาของระบบไต่สวนอยู่ด้วย เช่น การเรียกให้คู่ความหรือพยานมาชี้แจงข้อเท็จจริงและซักถามพยานตามที่เห็นว่าจำเป็น[16] อำนาจในการเรียกพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบ[17] เป็นต้น ซึ่งลักษณะดังกล่าวทำให้มีความเห็นของนักกฎหมายว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ

---

[14] วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 73-75

[15] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 249

[16] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19, 116(1) และ 119

[17] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคท้าย และ 87(1)

ไทยเป็นระบบผสมกันระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน[18] สำหรับในทางปฏิบัติของศาลไทยเองนั้น การดำเนินกระบวนพิจารณามีลักษณะค่อนไปในทางระบบกล่าวหาเป็นอย่างมาก โดยที่ศาลไทยไม่ค่อยใช้อำนาจในการค้นหาข้อเท็จจริงเท่าใดนัก เนื่องจากอิทธิพลของแนวความคิดของระบบกฎหมาย Common Law ที่ทำให้ศาลต้องวางตัวเป็นกลาง หากศาลเข้าไปมีบทบาทในทางคดีแล้วย่อมทำให้เสียความเป็นกลางได้ แนวความคิดดังกล่าวได้ปรากฏชัดในประมวลจริยธรรมตุลาการของไทย[19] บทบาทของศาลไทยจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะในเชิงรุก การดำเนินกระบวนพิจารณาส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับการริเริ่มของคู่ความ รวมทั้งการกำหนดทิศทางและระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาจึงมักขึ้นอยู่กับบทบาทของคู่ความเป็นส่วนใหญ่[20] หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าระบบ Common Law มีแนวคิดในการดำเนินคดีที่ยึดหลักคู่ความเป็นผู้ร้องขออันเป็นหลักข้อหนึ่งของหลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในระบบกล่าวหา หลักดังกล่าวนี้ทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาไม่อาจเกิดขึ้นได้เว้นแต่คู่ความเป็นผู้ริเริ่มโดยนำข้อเท็จจริงมาตีแผ่ในศาล ศาลจะเป็นผู้ริเริ่มในการดำเนินกระบวนพิจารณาเองไม่ได้ (Nemo Judex Sine Actore) จากการดำเนินกระบวนพิจารณาที่อาศัยหลักการริเริ่มของคู่ความซึ่งเกิดจากอิทธิพลของระบบกฎหมาย Common Law นี้เองที่ทำให้เวลาที่คู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องริเริ่มกระบวนการโดยวิธีการโต้แย้งคัดค้านก่อน ในข้อนี้จะต่างจากการดำเนินคดีอาญาซึ่งได้รับอิทธิพลและแนวคิดจากระบบไต่สวนเป็นหลักทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไม่จำต้องโต้แย้งคัดค้านก่อนดังรายละเอียดที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้ว

เมื่อได้ทราบจากการวิเคราะห์ถึงแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีแพ่งแล้วว่าการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องทำการโต้แย้งก่อนแล้วต่อไปจะได้กล่าวถึงกระบวนการในการอุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาคดีแพ่งต่อไป

4.1.2.1 การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่ง

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226 กำหนดให้คู่ความฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับคำสั่งระหว่างพิจารณา หากประสงค์ที่จะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องทำการโต้แย้งคำสั่งไว้ก่อน มิฉะนั้นจะอุทธรณ์ไม่ได้ ซึ่งการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งนั้น มีข้อพิจารณาอยู่ 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ

---

[18] ชวนิศ ไสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ," ใน ดุลพาห เล่มที่ 6 ปีที่ 28 พ.ย. – ธ.ค.2524), หน้า 36-47

[19] ข้อ 9 ได้กำหนดว่า "ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นด้วยประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง"

[20] วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากูล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 95-96

ก. โต้แย้งเมื่อใด

ตามมาตรา 226 (2) ใช้คำว่า ถ้าคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งใดนั้น หมายความว่า การโต้แย้งนี้จะต้องโต้แย้งเมื่อศาลได้ทำคำสั่งแล้ว ดังนั้นการโต้แย้งก่อนศาลสั่งไม่ถือว่าเป็นการโต้แย้ง ทั้งนี้เนื่องจากการคัดค้านหรือการโต้แย้งก่อนศาลมีคำสั่งนั้นเป็นการแสดงว่าผู้นั้นมีความประสงค์อย่างไร เป็นเรื่องการแถลงการณ์เพื่อจูงใจศาลให้ศาลสั่งเพื่อประโยชน์แก่ตนมากกว่า เพราะอาจเป็นไปได้ว่า เมื่อมีการโต้แย้งก่อนศาลมีคำสั่งแล้วต่อมาศาลสั่งประการใดแล้วอาจจะตรงต่อความประสงค์ของตนก็ได้[21] นอกจากนั้นแล้วขณะที่ทำการโต้แย้งนั้นก็ยังไม่มีคำสั่งใดของศาลที่จะให้ทำการโต้แย้งได้[22] ดังนั้น การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาจะกระทำได้จะต้องมีคำสั่งศาลเสียก่อน

ฎีกาที่ 819/2501 การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นต้องโต้แย้งภายหลังจากที่มีคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้ว การโต้แย้งหรือคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ทำไว้ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งไม่ถือว่าเป็นการโต้แย้งตามมาตรา 226

ฎีกาที่ 2347/2532 โจทก์คัดค้านคำร้องขอระบุพยานเพิ่มเติมของจำเลย ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งรับหรือปฏิเสธไม่รับการระบุพยานนั้น คำแถลงนี้มิใช่การโต้แย้งคำสั่งนั้น เมื่อศาลสั่งรับบัญชีระบุพยาน คำสั่งนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อโจทก์ไม่โต้แย้งคำสั่งนั้นอีกย่อมไม่มีสิทธิอุทธรณ์

ข. วิธีการโต้แย้ง

ตามมาตรา 226 (2) บัญญัติว่า "ถ้าคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งใด ให้ศาลจดข้อโต้แย้งนั้นลงไว้ในรายงาน" ซึ่งบัญญัติสอดคล้องกับมาตรา 26 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าศาลได้ตั้งข้อถามหรือออกคำสั่ง หรือชี้ขาดเกี่ยวด้วยการดำเนินคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งและคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีเรื่องนั้นคัดค้านข้อถามหรือคำสั่งหรือคำชี้ขาดนั้นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อนที่ศาลจะดำเนินคดีต่อไป ให้ศาลจดข้อถามหรือคำสั่งหรือคำชี้ขาดที่ถูกคัดค้านและสภาพแห่งการคัดค้านลงไว้ในรายงาน แต่ส่วนเหตุผลที่ผู้คัดค้านยกขึ้นอ้างอิงนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจจดลงไว้ในรายงาน หรือกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่คัดค้านยื่นคำแถลงเป็นหนังสือเพื่อรวมไว้ในสำนวน" ตามบทบัญญัติดังกล่าวย่อมแสดงว่า เมื่ออยู่ต่อหน้าศาล ก็แถลงคัดค้านด้วยวาจาได้ แต่ถ้าไม่ได้อยู่ต่อหน้าศาล เมื่อศาลมีคำสั่งก็ชอบที่จะยื่นคำแถลงคัดค้านไว้เพื่อป้องกันสิทธิของตนได้ทันที ซึ่งวิธีการดังกล่าวก็สามารถนำไปใช้ในการคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ด้วยตามนัยมาตรา 247[23] สำหรับการที่ให้ศาลจดข้อโต้แย้งลงไว้ในรายงานนั้นก็เพื่อที่จะให้ปรากฏข้อโต้แย้งเป็นหลักฐาน แต่ไม่จำเป็นจะต้องจำกัดว่าศาลต้องจดข้อโต้แย้งลงเฉพาะรายงานกระบวนพิจารณาเสมอไป ศาลจะ

---

[21] พิพัฒน์ จักรางกูล, "การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณา," ใน บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 29 ตอนที่ 3 (2515), หน้า 631

[22] ฎีกาที่ 1730/2515

[23] ฎีกาที่ 1270/2493

จดบันทึกลงไว้ในสำนวนแห่งใดตามที่เห็นสมควรก็ได้ แต่ถ้าศาลไม่ยอมจดข้อโต้แย้งให้ ผู้โต้แย้งก็ชอบที่จะยื่นคำแถลงคัดค้านไว้ก็ได้ เพราะเป็นเรื่องที่ปฏิบัติตรงตามความประสงค์ของกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งศาลไว้ก่อนแล้ว[24]

นอกจากการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาด้วยวิธีการดังกล่าวแล้ว ก็ยังมีวิธีการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาโดยปริยายด้วย เช่น การที่คู่ความได้อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาไว้ทันทีโดยมิได้ทำการโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน การกระทำดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการโต้แย้งคัดค้านแล้วโดยปริยาย[25] หรือการที่ศาลสั่งไม่รับบัญชีระบุพยานเนื่องจากไม่ยื่นภายในกำหนด คู่ความจึงยื่นคำร้องขอให้อนุญาตยื่นบัญชีระบุพยาน แต่ศาลไม่อนุญาตอีก ถือว่าเป็นการโต้แย้งคำสั่งศาลที่ไม่รับบัญชีระบุพยานครั้งแรกแล้ว[26]

ค.กำหนดเวลาโต้แย้ง

ในมาตรา 226 (2) ไม่ได้กำหนดเวลาที่จะโต้แย้งไว้ จึงมีปัญหาว่าจะโต้แย้งเมื่อใดเท่าที่ศาลฎีกาได้ถือปฏิบัติมา ได้ผ่อนผันให้มีการโต้แย้งได้ก่อนศาลมีคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตามคู่ความต้องมีโอกาสและเวลาในการโต้แย้งด้วย มิฉะนั้นคู่ความดังกล่าวย่อมอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาได้โดยไม่ต้องโต้แย้งไว้ก่อน เช่น กรณีที่ศาลมีคำสั่งงดสืบพยานและมีคำพิพากษาในวันเดียวกัน ถือว่าคู่ความไม่มีโอกาสโต้แย้ง[27] หากศาลตัดสิทธิไม่ให้คู่ความใช้สิทธิในการอุทธรณ์โดยเหตุที่คู่ความไม่ได้โต้แย้งไว้ ทั้งๆ ที่คู่ความไม่มีเวลาโต้แย้งได้เลย ถือว่าเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องการอุทธรณ์ กล่าวคือ ตามหลักทั่วไปของการอุทธรณ์นั้นคู่ความย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 223 เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นห้ามอุทธรณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่การที่ศาลตัดสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาเนื่องจากเหตุดังกล่าวก็เท่ากับว่าเป็นการที่ศาลตัดสิทธิในการอุทธรณ์เสียเองซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมและขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย[28]

---

[24] สมพร พรหมพิศาร, "เรื่องการคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่ง," ใน บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 23 ตอนที่ 1 (2508), หน้า 93

[25] ฎีกาที่ 1152/2487 และที่ 1584-1585/2523

[26] ฎีกาที่ 455/2491, ที่ 148/2496 และ ที่ 1105/2509

[27] ฎีกาที่ 1587/2494, ที่ 297/2497 และที่ 1337/2500

[28] พิพัฒน์ จักรางกูล, "การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณา," ใน บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 29 ตอนที่ 3 (2515), หน้า 638

4.1.2.2. กำหนดเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา

กำหนดเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งนั้นก่อนอื่นจะต้องพิจารณาก่อนว่า คำสั่งของศาลนั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาโดยทั่วไป หรือเป็นคำสั่งตามมาตรา 227 หรือเป็นคำสั่งตามมาตรา 228 เพราะกำหนดเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะแตกต่างกัน กล่าวคือ

ก. คำสั่งระหว่างพิจารณาโดยทั่วไปและคำสั่งตามมาตรา 227

ในกรณีที่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาโดยทั่วไปตามมาตรา 226 และคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ คำสั่งชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง ตามมาตรา 228 นั้น คู่ความจะต้องอุทธรณ์คำสั่งในกรณีดังกล่าวภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีเป็นต้นไป ทั้งนี้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งนั้นไม่จำต้องอุทธรณ์พร้อมกับอุทธรณ์คำพิพากษาในประเด็นหลักอย่างคดีอาญา คู่ความจะอุทธรณ์เฉพาะตัวคำสั่งระหว่างพิจารณาอย่างเดียวก็ได้

ข. คำสั่งตามมาตรา 228

ในกรณีที่เป็นคำสั่งในเรื่องกักขัง ปรับไหม จำขัง หรือคำสั่งในเรื่องคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความ หรือบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งในเรื่องการไม่รับหรือคืนคำคู่ความ หรือชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายที่ทำให้คดีเสร็จไปเพียงประเด็นบางข้อ ตามมาตรา 228 นั้น จะแบ่งกำหนดเวลาในการอุทธรณ์ออกเป็น 2 ระยะด้วยกัน กล่าวคือ

1. ระยะแรก ให้อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาได้ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่ศาลได้มีคำสั่งระหว่างพิจารณาดังกล่าวเป็นต้นไป[29]
2. ระยะที่สอง ถ้าไม่อุทธรณ์ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว ก็จะต้องรอให้ศาลมีคำพิพากษาก่อน แล้วจึงจะอุทธรณ์ได้ภายในกำหนด 1 เดือน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาเป็นต้นไป[30]

เมื่อการอุทธรณ์ในกรณีดังกล่าวกฎหมายได้แบ่งออกเป็น 2 ระยะแล้ว ถ้ามีการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะแรกแล้ว ต่อมาศาลมีคำพิพากษาชี้ขาดตัดสินคดี คู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะที่สองได้หรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณีด้วยกันกล่าวคือ

กรณีแรก หากศาลมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ในระยะแรกและคู่ความมิได้อุทธรณ์คำสั่งศาลที่ไม่รับอุทธรณ์ในระยะแรกดังกล่าว แต่กลับอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะที่สองจะได้

---

[29] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 228 วรรค 2

[30] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 228 วรรคท้าย

หรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 228 วรรคท้าย บัญญัติว่า "ถ้าคู่ความมิได้อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ก็ให้อุทธรณ์ได้ในเมื่อศาลพิพากษาคดีแล้วตามความในมาตรา 223 จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะที่สองได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่คู่ความยังไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะแรกก่อน ฉะนั้นการที่คู่ความใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะแรกไปแล้วต่อมาจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะที่สองไม่ได้

ฎีกาที่ 1679/2540 หลังจากศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำให้การของจำเลยเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2537 แล้ว จำเลยได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวในวันที่ 17 มิถุนายน 2537 แต่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์เนื่องจากมิได้อุทธรณ์ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่ง กรณีต้องถือว่าจำเลยได้ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับคำให้การของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 228 วรรคสอง แล้ว ฉะนั้นจำเลยจึงไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งเดียวกันภายหลังศาลชั้นต้นพิพากษาคดีตามวรรคท้ายแห่งบทบัญญัติมาตราดังกล่าวอีก

กรณีที่สอง หากศาลมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ในระยะแรกแล้วคู่ความอุทธรณ์คำสั่งศาลที่ไม่รับอุทธรณ์ในระยะแรกดังกล่าว ต่อมาคู่ความฝ่ายดังกล่าวอุทธรณ์ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะที่สองด้วยจะกระทำได้หรือไม่ ในข้อนี้เห็นว่าคู่ความฝ่ายดังกล่าวก็ไม่สามารถอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในระยะที่สองโดยนัยเหตุผลเดียวกันกับเหตุผลในกรณีแรก นอกจากนั้นยังมีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า กรณีการอุทธรณ์ในครั้งหลังนี้น่าจะถือว่าเป็นการฟ้องซ้อนด้วยทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 173(1) ประกอบมาตรา 246 เนื่องจากเป็นการอุทธรณ์ในเรื่องเดียวกัน[31]

4.1.3 เปรียบเทียบคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งและคดีอาญา

4.1.3.1 ลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งและคดีอาญา

คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งนั้นจะต้องเป็นคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดของศาลตั้งแต่ยื่นฟ้องไม่ว่าศาลจะมีคำสั่งรับฟ้องไว้หรือไม่ก็ตาม ส่วนคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญานั้นจะต้องเป็นคำสั่งใดๆภายหลังจากศาลได้รับฟ้องคดีของโจทก์ไว้ไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาแล้ว ดังนั้นในคดีอาญาหากศาลยังไม่มีคำสั่งรับคดีของโจทก์ไว้ไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา คำสั่งศาลใดๆระหว่างนั้นก็ถือว่าไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งและอาญามีส่วนเหมือนกันในข้อที่ว่า เมื่อศาลมีคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งและอาญาแล้วจะต้องไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนไปจากศาล และจะต้องมีการดำเนิน

---

[31] จุดม เฟื่องฟุ้ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3 อุทธรณ์และฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2541), หน้า 119

กระบวนพิจารณาอย่างอื่นต่อไปอีก ลักษณะดังกล่าวนี้เอง ถ้าหากศาลสูงมีคำสั่งใดๆ แล้วไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนไปจากศาลสูงแล้วก็ย่อมทำให้คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งและอาญาย่อมเกิดขึ้นในศาลสูงได้เช่นเดียวกัน

4.1.3.2 กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างการพิจารณาในคดีแพ่งและคดีอาญา

ระบบวิธีพิจารณาและเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังในการดำเนินคดีแพ่งและอาญามีผลต่อกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อสิ่งที่กล่าวมาในทางแพ่งและอาญามีความแตกต่างกันจึงทำให้กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบ Common law เป็นอย่างมากจึงทำให้มีการดำเนินการทางศาลที่มุ่งเน้นหลักความประสงค์ของคู่ความโดยที่คู่ความจะต้องไม่อยู่เฉยในทางกระบวนพิจารณา สิ่งที่กล่าวมานี้จึงทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งจะต้องโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยซึ่งได้อิทธิพลจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปเป็นอย่างมากจึงทำให้การเนินกระบวนพิจารณาไม่ขึ้นอยู่กับหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลักอย่างเช่นในระบบ Common law ส่วนศาลในระบบกฎหมายดังกล่าวก็มีหน้าที่หลักในการไต่สวนค้นหาข้อเท็จจริง นอกจากนั้นการดำเนินคดีอาญานั้นเน้นหลักการให้จำเลยมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นการที่กำหนดให้มีการโต้แย้งคัดค้านก่อนที่จะมีการอุทธรณ์ก็เท่ากับเป็นการตัดอำนาจศาลสูงในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีและยังเป็นการตัดโอกาสจำเลยในการต่อสู้คดีในศาลสูงอีกด้วย สิ่งที่กล่าวมาจึงทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไม่ต้องมีการโต้แย้งคำสั่งไว้ก่อนเหมือนอย่างคดีแพ่งแต่อย่างใด

นอกจากนั้นแล้วในส่วนของกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในทางแพ่งและอาญายังมีความแตกต่างกันอีก กล่าวคือ ในคดีแพ่งนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226(2) บัญญัติแต่เพียงว่า ให้คู่ความที่โต้แย้งชอบที่จะอุทธรณ์คำสั่งได้ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันที่ศาลได้พิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีเป็นต้นไปคู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่ต้องอุทธรณ์คำพิพากษาด้วยก็ได้ ในส่วนของคดีอาญาเองนั้นสืบเนื่องจากการดำเนินคดีที่มุ่งเน้นความรวดเร็วมากกว่าคดีแพ่งทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยเป็นหลัก เจตนารมณ์ในข้อนี้มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 จึงทำให้มีการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาพร้อมไปกับการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญด้วยเพื่อที่จะให้ศาลสูงวินิจฉัยทุกประเด็นปัญหาในคราวเดียวกัน คู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาเพียงอย่างเดียวเหมือนอย่างคดีแพ่งไม่ได้

4.1.4 การนำหลักและข้อยกเว้นในเรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งจะนำมาใช้ในคดีอาญา

การที่จะนำข้อยกเว้นในเรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่ง นำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้นั้น มีหลักเกณฑ์ที่จะนำมาวิเคราะห์อยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกนั้น เป็นการพิจารณาในส่วนแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีที่อยู่เบื้องหลัง ประการที่สองนั้นเป็นการพิจารณาในส่วนที่มาและนิติวิธี

4.1.4.1 การพิจารณาในส่วนของแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีที่อยู่เบื้องหลัง

ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น แม้ว่าระบบกฎหมายไทยจะถูกจัดอยู่ในกลุ่ม Civil Law ก็ตาม และมีกฎหมายในรูปประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ในส่วนของหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่งและทางปฏิบัติของนักกฎหมายเอง กลับได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมาก จากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษทั้งนี้ตั้งแต่ในชั้นการยกร่างกฎหมายในสมัยรัชการที่ 5 แล้ว ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ เช่นเดียวกันกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศในกลุ่ม Common Law คือกระบวนพิจารณาในแบบกล่าวหาและให้ความสำคัญกับกระบวนพิจารณาด้วยวาจา[32] ทำให้ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดที่ว่า ในการดำเนินคดีแพ่งนั้น คู่ความจะเป็นผู้นำข้อเท็จจริงมาดีแย้งในศาล รวมทั้งมีหน้าที่พิสูจน์พยานหลักฐาน เมื่อการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีแพ่ง มุ่งเน้นถึงผลประโยชน์ของคู่ความเป็นหลักจึงเกิดหลักที่เรียกว่า "หลักความตกลงหรือหลักความประสงค์ของคู่ความ" ซึ่งเป็นเรื่องที่ต่างฝ่ายต่างมุ่งรักษาผลประโยชน์ของตนเองโดยที่นิติสัมพันธ์ในทางวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน

สำหรับในการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีอาญานั้น จะมีเจ้าพนักงานศาลเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้เนื่องจากในการดำเนินคดีอาญา จะมีหลักที่เรียกว่า หลักการตรวจสอบ ซึ่งมิใช่เป็นเรื่องที่คู่ความต่างรักษาผลประโยชน์กันเองเหมือนอย่างคดีแพ่งแต่เป็นเรื่องการมุ่งเน้นถึงความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม ดังนั้นในด้านนิติสัมพันธ์ในทางวิธีพิจารณาความอาญา จะมีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย[33] ไม่ว่าในชั้นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบค้นหาความจริงก็จะไม่ผูกมัดกับคำขอหรือคำร้องของผู้ใด[34] ในชั้นศาลก็เช่นเดียวกัน ศาลจะต้องมีหน้าที่ตรวจสอบหาข้อเท็จจริง ศาลจะวางเฉยเหมือนอย่างคดีแพ่งไม่ได้[35] โดยในการทำหน้าที่ตรวจสอบ

---

[32] วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากูล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, หน้า 181

[33] คณิต ณ นคร, "วิธีพิจารณาความอาญากับความคิดตามหลักกฎหมายแพ่ง," ใน วารสารอัยการ 4 (มิถุนายน 2524), หน้า 55

[34] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131,143

[35] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 175, 228

ค้นหาความจริงนั้นศาลจะไม่ผูกพันกับแบบแต่ศาลมีหน้าที่ตรวจสอบค้นหาความจริงจนเป็นที่แน่ใจว่ามีการกระทำผิดและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น ซึ่งการตรวจสอบค้นหาความจริงในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา[36]

ดังนั้นการที่จะนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในคดีอาญา ก่อนอื่นต้องพิจารณาถึงแนวคิดและปรัชญาก่อนว่า ถ้ากระบวนพิจารณาในคดีแพ่งในเรื่องใดเป็นเรื่องการรักษาผลประโยชน์ของคู่ความ โดยไม่มีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องและการนำมาใช้ในคดีอาญาทำให้ขัดต่อหลักการตรวจสอบแล้ว กระบวนพิจารณาในเรื่องนั้นๆ ก็จะไม่สามารถนำมาใช้ในคดีอาญาได้ เช่น การที่คู่ความต่างผ่ายต่างตกลงท้ากัน จะนำมาใช้ในคดีอาญาไม่ได้[37]เพราะการท้ากันเป็นเรื่องการรักษาผลประโยชน์ระหว่างกันของคู่ความ และขัดต่อหลักการตรวจสอบ แต่ถ้าหลักเกณฑ์ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องใด ไม่ขัดต่อหลักการตรวจสอบแล้ว ก็จะสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นมาใช้บังคับในคดีอาญาได้[38]

4.1.4.2 การพิจารณาในส่วนของที่มาและนิติวิธี

ในเบื้องต้นนั้นที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะอยู่ในรูปของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นตามแบบพิธีของการบัญญัติกฎหมาย ส่วนกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติขึ้น มีข้อที่น่าพิจารณาว่าจะเป็นที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้หรือไม่ เมื่อเราย้อนกลับไปพิจารณาในประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ทำให้เราทราบว่า วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะต้องใช้ในส่วนกฎหมายที่บัญญัติไว้ก่อน แต่หากมีช่องว่างของกฎหมายแล้วจึงต้องใช้ จารีตประเพณี การเทียบเคียงบทกฎหมายอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไปตามลำดับ ซึ่งในข้อนี้เองปืนการแสดงให้เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของตนเองไว้แล้ว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงมาจากตัวบทกฎหมาย จารีตประเพณี กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งและหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนคำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาของกฎหมายไทย เพราะประเทศไทยใช้กฎหมายของ Civil Law ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเองนั้นก็ได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของตนเองไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 15[39] จึงทำให้เราทราบว่า ที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาจาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นส่วนที่บัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น

---

[36] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, หน้า 48-49

[37] ฎีกาที่ 1570/2516

[38] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 40-41

[39] หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 136

เมื่อได้ทราบถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายและที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ทำให้ทราบว่าในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวนั้นก่อนอื่นจะต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยตรงก่อนแต่ถ้าไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้จึงค่อยพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอีกชั้นหนึ่งทั้งนี้มีหลักอยู่ว่า

ก. ในเรื่องนั้นมิได้มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้โดยเฉพาะ

ข. ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้บังคับได้ กล่าวคือ

ข.1) ไม่ได้หมายความว่า เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติใช้โดยเฉพาะแล้ว จะต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเสมอไป

ข.2) การนำประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้นั้นต้องไม่ขัดกับหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ข.3) บทบัญญัติในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งที่นำมาใช้ จะต้องมิได้บัญญัติไว้สำหรับคดีแพ่งโดยเฉพาะ[40]

เมื่อทราบถึงปรัชญาในการดำเนินคดีและนิติวิธีดังกล่าวแล้ว ต่อไปเราจะได้วิเคราะห์ถึงการนำข้อยกเว้นในเรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งตามที่บัญญัติไว้ในวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 227-228 ว่า จะนำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้หรือไม่ ซึ่งจะสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) คำสั่งให้กักขัง หรือปรับไหม หรือจำขังไว้

ในเรื่องคำสั่งให้กักขัง ปรับไหม หรือจำขังนี้เป็นคำสั่งของศาลในกรณีที่คู่ความหรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่ความกระทำการละเมิดอำนาจศาลซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 228(1) บัญญัติให้คู่ความสามารถอุทธรณ์ได้ทันทีโดยไม่จำต้องรอศาลมีคำพิพากษาในประเด็นหลักก่อนฉึงแม้ศาลจะสั่งไปในระหว่างพิจารณาก็ตาม สำหรับในคดีอาญานั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเหมือนอย่างคดีแพ่งจึงมีปัญหาว่า การที่ศาลมีคำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีอาญาอยู่นั้น คู่ความจะสามารถอุทธรณ์ทันทีโดยไม่จำต้องรอคำพิพากษาในประเด็นหลักก่อนได้หรือไม่ เมื่อนำแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีที่อยู่เบื้องหลังมาวิเคราะห์แล้วจะพบว่า ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นความผิดต่อศาล และการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลย่อมเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิฟ้องคดีหรืออุทธรณ์เพื่อขอให้ลงโทษอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้[41] ดังนั้นในเรื่องละเมิด

---

[40] อนุมัติ โชสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา : หลักทั่วไป ตลอดจึงการดัดสินมูลฟ้อง มาตรา 1-171, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2514), หน้า 158

[41] ฎีกาที่ 1142/2515, ที่4600/2531 และที่1248/2535

อำนาจศาลทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ศาลจะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของนิติสัมพันธ์ในทางคดีอันมีลักษณะของหลักการตรวจสอบด้วย นอกจากนั้นแล้วเราจะอาศัย "หลักความตกลง" แบบคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป มาใช้บังคับในกรณีนี้ไม่ได้ ดังนั้นการนำข้อยกเว้นในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่ง การละเมิดอำนาจศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในคดีอาญา จึงไม่เป็นการขัดต่อหลักการตรวจสอบในคดีอาญาแต่อย่างใด

ประการต่อมา ถ้าหากเราวิเคราะห์ในแง่ของนิติวิธีและลำดับการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว จะพบว่าถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงแต่เมื่อเราวิเคราะห์ในส่วนของการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแล้วจะเห็นว่าข้อยกเว้นในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งในส่วนของการละเมิดอำนาจศาลมิใช่เป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ในคดีแพ่งโดยเฉพาะประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงอีกทั้งการนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาใช้ในคดีอาญาก็ไม่ได้ขัดกับหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด เพราะถ้าพิจารณาในส่วนเจตนารมณ์ของการให้อุทธรณ์คำสั่งศาลเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลในคดีแพ่งนั้นจะพบว่า การที่กฎหมายยินยอมให้มีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ทันทีทั้งนี้เนื่องจากคำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลย่อมเป็นคำสั่งที่กระทบสิทธิต่อบุคคลที่เป็นหรือไม่ได้เป็นคู่ความในคดี หากจะต้องรอให้มีการอุทธรณ์คำสั่งจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาในประเด็นหลักก่อนย่อมเป็นการกระทบสิทธิของบุคคลดังกล่าวเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันที่มีการพิจารณาคดีต่อเนื่อง หากมีการนัดความหลังจากที่ศาลมีคำสั่งเรื่องละเมิดอำนาจศาลไปในปีหลังๆ ก็ย่อมกระทบสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลจากคำสั่งดังกล่าวเป็นอย่างมากขึ้น ฉะนั้นกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์คำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลได้ทันที โดยนัยเดียวกันเมื่อเราย้อนกลับมาพิจารณาคำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลซึ่งศาลได้สั่งไปในระหว่างการพิจารณาคดีอาญาบ้างจะเห็นว่า มีผลลัพธ์ดังที่กล่าวมาเช่นเดียวกัน ดังนั้นคำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญาก็น่าที่จะอุทธรณ์ได้ทันทีโดยไม่ต้องรอจนกว่าศาลมีคำพิพากษาก่อนเช่นเดียวกันกับในคดีแพ่ง

นอกจากนั้นแล้วกระบวนพิจารณาในเรื่องละเมิดอำนาจศาลนั้นถือว่าเป็นกระบวนพิจารณาพิเศษที่แยกต่างหากจากคดีหลัก กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลจะไต่สวนเพื่อมีคำสั่งว่าบุคคลใดกระทำการอันเป็นการละเมิดอำนาจศาลหรือไม่ ก็จะแยกพิจารณาและไต่สวนต่างหากจากคดีหลัก ซึ่งในทางปฏิบัติของศาลนั้นจะให้ผู้พิพากษาท่านอื่นที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่มีปัญหาเป็นผู้ไต่สวนและถ้าศาลมีคำสั่งใดๆ เกี่ยวกับเรื่องละเมิดอำนาจศาลแล้วหากมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก็จะมีการส่งสำนวนเฉพาะเรื่องละเมิดอำนาจศาลไปยังศาลอุทธรณ์ ไม่ได้ส่งสำนวนคดีหลักทั้งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์ จึงทำให้ไม่เป็นการกระทบต่อการพิจารณาคดีหลักและเจตนารมณ์ของ

กฎหมายในเรื่องการห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาที่ประสงค์ให้การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็ว

จากเหตุผลที่กล่าวมาผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลซึ่งศาลได้สั่งไปในระหว่างพิจารณาคดีอาญานั้น คู่ความสามารถอุทธรณ์ได้ทันที ทั้งนี้โดยนำข้อยกเว้นที่ให้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 228(1) มาใช้บังคับในคดีอาญาโดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15

สำหรับการอุทธรณ์คำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลซึ่งศาลได้สั่งไปในระหว่างพิจารณานั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะมีหลักการห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาที่เรียกว่าหลัก Final judgment rule ก็ตาม แต่กฎหมายสหรัฐก็มีข้อยกเว้นเปิดช่องให้มีการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาได้หากคำสั่งดังกล่าวกระทบสิทธิของคู่ความและจะเป็นการยากต่อการเยียวยาหากจะต้องรอศาลมีคำพิพากษาในประเด็นหลักก่อน ซึ่งข้อยกเว้นนี้เรียกว่า The collateral order exception โดยที่คำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลซึ่งศาลสั่งไปในระหว่างพิจารณานั้นถือว่าเป็นคำสั่งที่เข้าข้อยกเว้นดังกล่าวและศาลสหรัฐก็เปิดโอกาสให้บุคคลที่ได้รับผลร้ายจากคำสั่งดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ได้ทันที นอกจากนั้นแล้วยังถือว่ากระบวนพิจารณาเรื่องละเมิดอำนาจศาลนั้นถือว่าเป็นกระบวนพิจารณาพิเศษที่แยกต่างหากจากคดีหลักทำให้การอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อคดีหลักอีกด้วย

(2) คำสั่งเกี่ยวด้วยคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณา หรือคำสั่งอันเกี่ยวด้วยคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษา

การคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาและคำสั่งเกี่ยวกับการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินนั้น เป็นเรื่องของการดำเนินกระบวนพิจารณาที่มุ่งประสงค์ต่อทรัพย์เป็นสำคัญประกอบกับเป็นเรื่องที่คู่ความรักษาผลประโยชน์ทางทรัพย์สินกันเอง ไม่ได้มีผลประโยชน์ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ในเชิงแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีจะเห็นว่า การดำเนินกระบวนพิจารณาข้างต้นเป็นเรื่องของการที่คู่ความฝ่ายหนึ่งตรวจสอบทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งโดยที่รัฐไม่ได้เข้ามาตรวจสอบ จึงทำให้กระบวนพิจารณาเกี่ยวด้วยคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่ความและการบังคับคดีตามคำพิพากษาไม่สามารถนำมาใช้ในคดีอาญาได้แต่อย่างใด เมื่อกระบวนพิจารณาดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้แล้ว ก็ทำให้บทบัญญัติในเรื่องของการอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวด้วยคำขอคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเกี่ยวกับการบังคับคดีจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้เช่นเดียวกัน

ถ้าหากพิจารณาในแง่ของนิติวิธีและลำดับการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วจะเห็นว่าแม้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตามแต่

บทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาและการบังคับคดีในทางแพ่งเป็นบทบัญญัติพิเศษที่ถูกบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไว้อยู่แล้ว กล่าวคือ บทบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความอาญานั้นมุ่งที่จะพิสูจน์จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ แต่บทบัญญัติดังกล่าวในวิธีพิจารณาความแพ่งกลับมุ่งเน้นถึงตัวทรัพย์เป็นสำคัญซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะในคดีแพ่งอยู่แล้ว จึงทำให้กระบวนพิจารณาในเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาและการบังคับคดีในคดีแพ่งไม่สามารถนำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้เลย และเมื่อบทบัญญัติข้างต้นไม่สามารถนำมาใช้ทางอาญาได้แล้ว ข้อยกเว้นในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งศาลที่สั่งไปในระหว่างพิจารณาที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็ไม่สามารถนำใช้บังคับในทางอาญาได้เช่นเดียวกัน

(3) คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย

ในระหว่างพิจารณาคดีแพ่งนั้นหากศาลมีคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งหมดหรือเสร็จไปเพียงแต่ประเด็นบางข้อนั้น คู่ความที่ไม่พอใจคำสั่งในกรณีดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ได้ทันทีไม่จำต้องรอจนกว่าศาลมีคำพิพากษาในประเด็นสำคัญก่อน แต่ในคดีอาญานั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เหมือนอย่างคดีแพ่งจึงมีปัญหาว่า จะนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาใช้ในคดีอาญาได้หรือไม่ ในข้อนี้ก็มีความเห็นของนักกฎหมายอยู่ 2 ความเห็นด้วยกัน กล่าวคือ

ความเห็นแรก ในความเห็นดังกล่าวนี้เห็นว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และการชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายในคดีอาญาของศาลไว้ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 และ 24 ซึ่งมีผลให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องหรือเฉพาะแต่ประเด็นบางข้ออันทำให้คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งได้ทันที เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะจึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 เพื่อที่จะนำข้อยกเว้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวมาใช้บังคับในคดีอาญาโดยอนุโลม [42] ซึ่งในความเห็นดังกล่าวมีคำพิพากษาฎีกาที่สนับสนุนดังต่อไปนี้

ฎีกาที่ 64/2494 คำสั่งศาลชั้นต้นให้งดสืบพยานโจทก์ที่ไม่มาศาลตามนัดและไม่อนุญาตให้โจทก์ระบุพยานเพิ่มเติมในคดีอาญานั้น มิใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 24 และไม่ใช่คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความตาม

---

[42] พิสิษฐ์ เทพะปาทุ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 58

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 18 แต่คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาจึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196

ฎีกาที่ 2756/2524 คำสั่งของศาลคืนฟ้องให้โจทก์นำมายื่นใหม่ เพราะรายการช่องใส่ไม่ครบถ้วน ที่อยู่ของจำเลยผิดพลาดสับสน ซึ่งศาลสั่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 18 นั้นไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา แต่เป็นคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ

ความเห็นที่สอง ในความเห็นดังกล่าวนี้เห็นว่า คดีอาญานั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 อยู่แล้วและในคดีอาญาก็ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นให้อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาไว้อย่างคดีแพ่ง จึงถือว่าคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความและคำวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายไม่ว่าจะทำให้คดีเสร็จไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ตามเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา และในกรณีนี้จะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18, 24,227 และ 228 มาใช้บังคับในคดีอาญาโดยอาศัยหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ไม่ได้อีกด้วย[43] โดยความเห็นดังกล่าวมีคำพิพากษาฎีกาที่สนับสนุนดังต่อไปนี้

ฎีกาที่ 575/2494 คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้โจทก์แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาเนื่องจากไม่ได้ทำให้คดีเสร็จสำนวนและกรณีนี้จะนำข้อยกเว้นให้อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 18, 227 และ 228 มาใช้บังคับในคดีอาญาไม่ได้

ฎีกาที่ 2229/2533 คำสั่งของศาลชั้นต้นที่สั่งเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้โจทก์แก้ฟ้องเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนั้นจนกว่าศาลชั้นต้นจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นสำคัญและมีการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นด้วย

สำหรับในความเห็นของผู้เขียนเอง ในเรื่องคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายในคดีแพ่งนั้นมีทั้งคำสั่งที่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องและเสร็จไปเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อ ดังนั้นการที่จะนำข้อยกเว้นในส่วนของการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวมาใช้ในคดีอาญาได้นั้น ก่อนอื่นจำต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณีก่อน แล้วจึงค่อยนำแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดี พร้อมกับการพิจารณาในส่วนของที่มาและนิติวิธีมาวิเคราะห์

---

[43] พิพัฒน์ จักรางกูล, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 361 / กุศล บุญชื่น, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญาว่าด้วยอุทธรณ์ ฎีกา, หน้า 23

ว่า สามารถนำข้อยกเว้นในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวมาใช้ในคดีอาญาได้เพียงใด ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ประการแรก คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายที่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

เมื่อมีการนำแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีมาวิเคราะห์แล้วจะพบว่า การที่ศาลมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวในคดีแพ่งนั้น ถือว่าเป็นการที่ศาลใช้อำนาจเข้ามาตรวจสอบความถูกต้องของคำร้อง คำขอ และคำแถลง ตลอดจนกระบวนพิจารณาต่างๆ ดังจะเห็นว่าในบทบัญญัติในมาตรา 18 และมาตรา 24 นั้นกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ในข้อนี้เองถือว่ามีความสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบอันเป็นแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีอาญา ดังนั้นการที่นำข้อยกเว้นในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวในคดีแพ่งมาใช้บังคับในคดีอาญาจึงไม่เป็นการขัดต่อแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีอาญาแต่อย่างใด

นอกจากนั้นแล้วหากพิจารณาในส่วนของที่มาและนิติวิธีแล้วจะเห็นว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ไม่ได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรงประกอบกับการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก็ไม่ใช่เรื่องทางแพ่งโดยเฉพาะอีกทั้งการนำมาใช้ในคดีอาญาก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีอาญาแต่อย่างใด กล่าวคือ การที่ศาลมีคำสั่งไม่ว่าเป็นคำสั่งไม่รับ หรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายย่อมทำให้คดีเสร็จไปจากศาลโดยที่ไม่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆ ค้างอยู่ในศาลชั้นต้นอีก แม้จะมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวอันทำให้มีการส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์ก็ตาม แต่เมื่อไม่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาฯ ใดในศาลนั้นแล้วก็ทำให้ไม่เกิดปัญหาการประวิงคดีหรือเกิดกรณีคดีล่าช้าอันสืบเนื่องมาจากจะต้องรอคำสั่งของศาลอุทธรณ์ก่อน ในข้อนี้ถือว่าเป็นการสอดคล้องต่อเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งเน้นการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม ดังนั้น เราจึงสามารถนำข้อยกเว้นในการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายที่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องมาใช้บังคับในคดีอาญาได้

ประการที่สอง คำสั่ง ไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายที่ทำให้คดีเสร็จไปเพียงประเด็นบางข้อ

เมื่อมีการนำแนวคิดและปรัชญาในการดำเนินคดีมาพิจารณาแล้วจะเห็นว่าการที่ศาลมีคำสั่งในคดีแพ่งดังกล่าวข้างต้นเป็นการที่ศาลใช้อำนาจเข้ามาตรวจสอบซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบในคดีอาญา ในกรณีเช่นว่านี้หากพิจารณาเพียงผิวเผินแล้วก็น่าจะมีผลเช่นเดียวกันกับคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย

ที่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง แต่อย่างไรก็ตามการที่จะสรุปว่า การที่จะสามารถนำข้อยกเว้นในการอุทธรณ์คำสั่งในคดีแพ่งดังกล่าวมาใช้ในคดีอาญาได้นั้น ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาในส่วนของที่มาและนิติวิธีก่อน กล่าวคือ แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะไม่ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้โดยตรงก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าการที่นำข้อยกเว้นให้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวมาใช้ในคดีอาญาถือว่าเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีอาญาทั้งนี้เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวของศาลเป็นเพียงทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาเสร็จไปบางส่วนเท่านั้น แต่ยังคงมีการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ค้างอยู่ในศาลชั้นต้น ฉะนั้น หากยอมให้มีการอุทธรณ์ได้โดยทันทีย่อมทำให้มีการส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาการประวิงคดีและคดีล่าช้าในศาลชั้นต้นอันสืบเนื่องมาจากจะต้องมีการรอคำสั่งของศาลอุทธรณ์ก่อน นอกจากนั้นแล้วยังจะเกิดปัญหาในเรื่องเสรีภาพของจำเลยที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างพิจารณาที่จะต้องถูกคุมขังต่อไปอีก ซึ่งสิ่งที่กล่าวมานี้ย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งเน้นการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม รวมทั้งขัดต่อหลักการพิจารณาที่มุ่งการคุ้มครองเสรีภาพของจำเลยเป็นหลัก ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ข้อยกเว้นในการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความ และคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายที่ทำให้คดีเสร็จไปเพียงประเด็นบางข้อไม่สามารถนำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้

4.2 กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการดำเนินพิจารณาคดีอาญาของประเทศสหรัฐนั้นเน้นความรวดเร็ว อันเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในข้อที่เรียกว่า Speedy Trial ดังนั้นหากจะดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องรอจนกว่าศาลมีคำพิพากษาก่อนแล้วจึงดำเนินการอุทธรณ์รวมกันไปพร้อมกับคำพิพากษาทั้งนี้เพื่อเป็นการลดปัญหาการแยกอุทธรณ์ (piecemeal) และถึงแม้ว่าคู่ความอีกฝ่ายจะยินยอมให้อุทธรณ์ได้ทันทีก็ดี หรือศาลล่างมีคำรับรองให้อุทธรณ์ได้ก็ดี แต่คู่ความที่ประสงค์จะอุทธรณ์ก็ไม่สามารถอุทธรณ์ได้โดยทันที[44]

ส่วนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องโต้แย้งคัดค้อนหรือไม่นั้น สืบเนื่องจากปรัชญาในการดำเนินคดีของระบบ Common Law ที่แทรกอยู่ในระบบ Anglo-American นั้นได้มุ่งเน้นให้ศาลต้องวางตัวเป็นกลางและมีการเคร่งครัดในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นอย่างมากประกอบกับการดำเนินคดีส่วนใหญ่นั้นอยู่ที่การริเริ่มของคู่ความเป็นหลักโดยที่ศาลจะเป็นผู้ริเริ่มเองไม่ได้ จึงทำให้คู่ความจะต้องมีหน้าที่นำข้อเท็จจริงมาตีแผ่ในศาลเอง อิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวจึงทำให้คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งระหว่าง

---

[44] Ludes, F.,J. and Gilbert,H.,J., Corpus Juris Secundum, pp. 247-248

พิจารณาทั้งในคดีแพ่งและอาญาจะสามารถอุทธรณ์ได้ก็ต่อเมื่อมีการโต้แย้งคัดค้านก่อน ที่เรียกว่า Objection หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ในระบบ Common law มีแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังในการดำเนินกระบวนพิจารณาว่า คู่ความจะต้องไม่นิ่งเฉยในระหว่างที่มีการพิจารณาคดี (sit quiet) แต่จะต้องโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน หากมีการนิ่งเฉยเสียแล้วคู่ความฝ่ายที่นิ่งเฉยจะยกขึ้นในการอุทธรณ์ภายหลังไม่ได้[45] แนวคิดดังกล่าวมีการทำให้ปรากฏชัดโดยมีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Federal Rules of Evidence หรือ FRE ข้อ 103[46] เรื่องคำสั่งศาลเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน (Admission of evidence) ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาอย่างหนึ่งนั้นจะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน เช่น จำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งศาลเกี่ยวกับการรับฟังคำให้การของพยานบอกเล่าในเรื่องการขนส่งและขายเฮโรอีน โดยที่จำเลยยังไม่ได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งศาลก่อนไม่ได้[47] หรือศาลชั้นต้นมีคำสั่งเกี่ยวกับการรับฟังคำให้การพยานว่ารับฟังได้หรือไม่ได้ (admissibility of testimony) แต่จำเลยไม่ได้โต้แย้งคัดค้านไว้ในระหว่างพิจารณา ต่อมาเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว จำเลยจะยกขึ้นอุทธรณ์ภายหลังไม่ได้[48]

สำหรับการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาในเรื่องอื่นๆ นั้นแม้จะไม่ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร์ก็ตาม แต่อิทธิพลของแนวคิดในเรื่องคู่ความจะต้องไม่นิ่งเฉยในระหว่างพิจารณาคดี (sit quiet) นี้ได้ทำให้ศาลของสหรัฐนำมาสร้างเป็นแนวบรรทัดฐานว่าการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาจะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน ยกตัวอย่างเช่น

(1) คดี Noell v. U.S. เป็นเรื่องการดำเนินคดีอาญาฐานฉ้อโกง ในคดีนี้จำเลยปิดบังซ่อนเร้นและไม่เปิดเผยทรัพย์สินแก่เจ้าหน้าที่ผู้รักษาทรัพย์ในคดีล้มละลาย ในระหว่างพิจารณาศาลมีคำสั่งให้มีการค้นหาทรัพย์สินที่เป็นของกลาง แต่จำเลยไม่ได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลดังกล่าว ต่อมาเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว จำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งศาลที่ให้มีการค้นหาทรัพย์สินของกลางไม่ได้

(2) คดี Ray v. U.S. โจทก์จะอุทธรณ์คำสั่งของศาลแขวงที่รับฟังคำถามค้านของฝ่ายจำเลย โดยที่โจทก์ยังไม่ได้โต้แย้งคัดค้านก่อนไม่ได้

นอกจากตัวคำสั่งระหว่างพิจารณาที่จะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านก่อนที่จะมีการอุทธรณ์แล้วแนวคิดในเรื่องคู่ความจะต้องไม่นิ่งเฉยในระหว่างพิจารณาคดี (sit quiet) ยังใช้รวมถึงการกระทำใดๆ ในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีด้วยกล่าวคือ หากคู่ความฝ่ายใดไม่เห็นชอบ

---

[45] United States Code Annotated, title 28, Judiciary and Judicial Procedure 1251-1291, West Publishing Co, 7th , 1987, p. 538

[46] ดูภาคผนวก ค.

[47] คดี Rios-Ramiez v. U.S.

[48] คดี U.S. v. Freeman

ด้วยกับการกระทำดังกล่าวก็จะต้องโต้แย้งคัดค้านก่อนเช่นเดียวกัน เช่น คู่ความฝ่ายใดจะอุทธรณ์ว่าการนำเสนอพยานหลักฐานของอีกฝ่ายเป็นเพียงสำเนาเอกสารเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ของการเสนอพยานหลักฐานที่ดี (The best evidence) โดยไม่ได้โต้แย้งคัดค้านก่อนไม่ได้[49] หรือจะอุทธรณ์ว่าคำให้การพยานของอีกฝ่ายเป็นพยานบอกเล่าต้องห้ามมิให้รับฟังโดยยังไม่ได้มีการโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อนไม่ได้[50] หรือจะอุทธรณ์ในเรื่องความผิดพลาดของล่ามในการแปลคำเบิกความจากภาษาสเปนเป็นภาษาอังกฤษโดยที่ยังไม่ได้โต้แย้งคัดค้านก่อนไม่ได้[51] เป็นต้น

โดยสรุปแล้วแนวความคิดในเรื่องหลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งคู่ความมีหน้าที่นำข้อเท็จจริงมาตีแผ่ในศาลโดยที่คู่ความจะต้องไม่นิ่งเฉยในระหว่างพิจารณาคดีนี้เองที่ทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาไม่ว่าในคดีแพ่งและคดีอาญาจะต้องโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน รวมทั้งแนวคิดของการดำเนินคดีอาญาที่เน้นความรวดเร็ว (Speedy Trial) ที่มุ่งให้มีการอุทธรณ์ทุกคำสั่งรวมในอุทธรณ์ฉบับเดียวจึงทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณานั้นจะต้องรอไว้จนกว่าศาลมีคำพิพากษาก่อนแล้วจึงค่อยอุทธรณ์คำสั่งพร้อมกันกับอุทธรณ์ตัวคำพิพากษาต่อไป

4.3 กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ในเรื่องกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 507 วรรคแรกของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code de Procédure Pénale) ของฝรั่งเศสว่า "เมื่อศาลมีคำสั่งต่างหากจากคำพิพากษาในเนื้อหาของคดี ให้รับอุทธรณ์คำสั่งนั้นไว้พิจารณาในทันที ถ้าคำสั่งของศาลนั้นทำให้กระบวนพิจารณาคดีสิ้นสุดลง"[52]

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาฝรั่งเศสได้วางแนวบรรทัดฐานในเรื่องกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 507 วรรคแรกนี้ไว้ว่า ให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลหลังจากศาลมีคำพิพากษาไปแล้วโดยการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งนี้ให้พิจารณาพร้อมกันกับอุทธรณ์คำพิพากษาที่ตัดสินในเนื้อหาของคดี[53] คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลที่ไม่ทำให้กระบวนพิจารณาคดีสิ้นสุดลง เช่น คำสั่งศาลที่ปฏิเสธคำร้องขอให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคน

---

[49] คดี N.L.R.B. v. Local

[50] คดี U.S. v. Zimmerman

[51] คดี U.S. v. Lozano

[52] Art. 507 al. 1er "Lorsque le tribunal statue par jugement distinct du jugement sur le fond l'appel est immédiatement recevable si ce jugement met fin à la procédure." – Code de Procédure Pénale, Édition 2004, 45 e édition, Dalloz.

[53] คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญา วันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๑๖๖๕

ใหม่ คำสั่งศาลที่ให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น[54] อย่างไรก็ตามถ้าเป็นคำสั่งใดๆก็ตามที่ศาลมีคำสั่งไปแล้วส่งผลให้กระบวนพิจารณาคดีสิ้นสุดลงโดยทันทีแล้ว คู่ความก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ในทันที[55] สำหรับในเรื่องการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาก่อนที่จะมีการอุทธรณ์นั้นทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสก็ไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องมีการโต้แย้งคำสั่งไว้แต่อย่างใด ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยึดถือระบบไต่สวนเป็นสำคัญจึงทำให้บทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงอยู่ที่ศาลเป็นสำคัญ และยังส่งผลให้แนวคิดเรื่องการริเริ่มและความมีบทบาทของคู่ความไม่มีอิทธิพลในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศฝรั่งเศส ผลจากแนวคิดดังกล่าวนี้จึงทำให้ระบบการอุทธรณ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของฝรั่งเศสทั้งทางแพ่งและอาญาไม่มีการกำหนดให้คู่ความต้องมีการริเริ่มคดีโดยการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาก่อนการอุทธรณ์แต่อย่างใด

4.4 วิเคราะห์กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐและประเทศฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่นั้นย่อมมีความเกี่ยวพันและส่งผลต่อกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นอย่างมาก เมื่อระบบกฎหมายมีความแตกต่างกันก็นย่อมส่งผลให้กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปซึ่งมีประเทศฝรั่งเศสเป็นแม่แบบนั้นยึดหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาแบบไต่สวนเป็นสำคัญ ศาลจึงมีหน้าที่ไต่สวนค้นหาข้อเท็จจริงในทางคดีโดยศาลจะวางเฉยไม่ได้ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บทบาทในทางคดีอยู่ที่ศาลไม่ใช่คู่ความ ดังนั้นกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาของประเทศฝรั่งเศสจึงไม่ต้องโต้แย้งคัดค้านก่อน สำหรับประเทศไทยก็เช่นเดียวกันสืบเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้รับอิทธิพลอย่างมากจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป ไม่ว่าจะเป็นแนวคิดหรือผู้ยกร่างกฎหมายที่มาจากประเทศฝรั่งเศส รวมทั้งในปัจจุบันประเทศไทยได้รับแนวคิดในการดำเนินคดีอาญาสมัยใหม่ที่มุ่งเน้นให้จำเลยมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ จึงทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาไม่จำต้องโต้แย้งก่อนเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ส่วนระบบ Common law ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาใช้อยู่นั้นมีแนวคิดว่า การดำเนินคดีจะเริ่มมาจากคู่ความเป็นหลัก ศาลจะต้องวางตัวเป็นกลาง บทบาทในทางคดีจึงอยู่ที่คู่ความไม่ใช่ศาล ดังนั้นถ้าหากคู่ความไม่พอใจคำสั่งศาลหรือการดำเนินการใดๆ ทางศาลก็จะต้อง

---

[54] คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญา วันที่ ๖ มกราคม ๒๕๑๐

[55] คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญา วันที่ ๖ ธันวาคม ๒๕๖๒

โต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน จะนิ่งเฉยไม่ได้ (sit quiet) ทั้งนี้เพื่อที่จะให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายทราบถึงความประสงค์ของตน กระบวนพิจารณาจึงมีความเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านก่อนทั้งนี้เพื่อเป็นการริเริ่มคดีในศาลสูงตลอดจนยังทำให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายทราบถึงความประสงค์โดยวิธีการโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อน

แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดในการดำเนินคดีอาญาของระบบ Civil law และ Common law มีข้อเหมือนกันกล่าวคือจะต้องดำเนินคดีด้วยความรวดเร็วเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลย ดังนั้นการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะกระทำได้ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาไปแล้วและจะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งพร้อมกันกับคำพิพากษาด้วยทั้งนี้เพื่อที่จะทำให้ศาลสูงจะได้วินิจฉัยทุกปัญหาในคราวเดียวกันมิฉะนั้นจะทำให้มีปัญหาการแยกอุทธรณ์ (piecemeal) และเกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีของศาลสูง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในส่วนนี้ทั้งในประเทศไทย ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกามีความเหมือนกัน