

บทที่ 3

การกำหนดนิยามความหมายของคำสังระหว่างพิจารณาในคดีอาญา

3.1 ความหมายของคำสังระหว่างพิจารณาตามกฎหมายไทย

การศึกษาเพื่อที่จะทราบความหมายของคำสังระหว่างพิจารณาเป็นสิ่งสำคัญเพื่อพิจารณาเห็นว่า คำสังใดเป็นหรือไม่เป็นคำสังระหว่างพิจารณา อันจะเป็นการนำไปสู่การวินิจฉัยในทางปฏิบัติของนักกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์ต่อไป สำหรับนิยามความหมายของคำสังระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งนั้นได้มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226 วรรคท้าย ซึ่งเพิ่งได้มีการแก้ไข เมื่อปี พ.ศ.2534 แต่ในส่วนของคำสังระหว่างพิจารณาในคดีอาญากลับไม่มีการกำหนดนิยามความหมายไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด กฎหมายคงบัญญัติแต่เพียงแหล่งที่มาและเนื้อหาของคำสังเท่านั้น กล่าวคือ

ประการแรก แหล่งที่มาของคำสังระหว่างพิจารณา

แหล่งที่มาดังกล่าวนี้มีอยู่สามประการด้วยกัน ได้แก่

- (1) ศาลสั่งเมื่อคู่ความได้ร้องขออย่างใดอย่างหนึ่งแล้วศาลได้วินิจฉัยสั่งคำขอนั้น เช่น โจทก์ยื่นคำร้องขอระบุชานเพิ่มเติม ศาลจะต้องสั่งก่อนว่าจะอนุญาตหรือไม่
- (2) ศาลมีคำสั่งเมื่อคู่ความได้ร้องขอให้ศาลสั่ง โดยเฉพาะเจาะจง เช่น จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยว่าคดีของโจทก์ขาดอายุความหรือไม่ ฟ้องของโจทก์เคลือบคลุมหรือไม่ แล้วศาลมีคำสั่งว่าคดีไม่ขาดอายุความหรือฟ้องโจทก์ไม่เคลือบคลุม ซึ่งไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน
- (3) ศาลสั่งเองตามที่เห็นสมควร โดยไม่มีฝ่ายใดร้องขอ เช่น ศาลสั่งให้จำหน่ายคดีชั่วคราว¹ สั่งให้สืบพยาน สั่งให้แยกฟ้อง คำสั่งกำหนดวันอ่านคำพิพากษา² เป็นต้น

ประการที่สอง เนื้อหาของคำสังระหว่างพิจารณา

ในส่วนของเนื้อหาของคำสังระหว่างพิจารณานั้นอย่างน้อยต้องมี

- (1) วัน เดือน ปี

¹ ฎีกาที่ 391/2532

² ฎีกาที่ 2379/2522

(2) เหตุผลตามกฎหมายในการสั่ง

(3) คำสั่ง³

ในทางปฏิบัตินั้นเมื่อศาลมีคำสั่งระหว่างพิจารณา ศาลจะมีคำสั่งไว้ที่คำร้องนั่นเอง หรือมีฉันทันศาลจะสั่งไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณา การสั่งทุกครั้งศาลจะอ้างเหตุผลในการสั่ง พร้อมกับออกคำสั่งว่าอนุญาตหรือไม่และลงวัน เดือน ปี ที่สั่ง

จากแหล่งที่มาและเนื้อหาที่กล่าวมานั้นเป็นสิ่งที่มีการนำมาใช้ในทางปฏิบัติเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำมากำหนดเป็นนิยามความหมายได้เลย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดนิยามความหมายโดยการศึกษาจากทฤษฎีใกล้เคียงในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา กล่าวคือ การที่กำหนดนิยามความหมายโดยอาศัยทฤษฎีใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นสืบเนื่องมาจากในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมักจะเกิดปัญหาในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้โดยตรง หน้าที่ของผู้พิพากษาจึงต้องพยายามหาทฤษฎีแห่งกฎหมายมาปรับใช้ในคดีนั้น ๆ ผู้พิพากษาจะปฏิเสธไม่พิพากษาคดี โดยอ้างเหตุว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติ หรือกฎหมายที่บัญญัตินั้นเคลือบคลุมไม่ได้ ดังนั้นวิธีที่จะอุดช่องว่างของกฎหมายประการหนึ่ง คือ การปรับใช้กฎหมายโดยอาศัยหลักเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ความหมายของคำว่า analogy คือการให้เหตุผลโดยอาศัยความคล้ายคลึงกัน เหตุผลที่จะต้องอาศัยหลัก analogy ดังกล่าว สืบเนื่องจาก มาจากหลักความเป็นธรรมชาติที่ว่า “ สิ่งที่เหมือนกัน ควรจะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน” หลักดังกล่าวเป็นที่มาของสุภาษิตทางกฎหมายที่ว่า “สิ่งที่มีเหตุผลเดียวกันต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ” ทั้งนี้การใช้กฎหมายแบบ analogy มี 2 วิธี คือ

- 1) วิธีแรก เป็นการเทียบเคียงค้ำบท โดยยึดกฎหมายบทใดบทหนึ่งหรือ มาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะเป็นหลักในการเทียบเคียงหาเหตุผล
- 2) วิธีที่สอง เป็นการเทียบเคียงหลักกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เป็นวิธีการที่พิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ที่อยู่เบื้องหลังค้ำบทเหล่านั้น⁴

แม้ในทางทฤษฎีจะมีได้วางหลักเกณฑ์การปรับใช้กฎหมายแบบ analogy ไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติเองศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยโดยวางหลักไว้ใน

³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 187

⁴ สมอศ เรืองโต, กฎหมายแห่งหลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 8 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 178-179

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3450/2526 เกี่ยวกับการใช้กฎหมายแบบ analogy ว่า “การที่ยกบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้น วินิจฉัยได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้เท่านั้น”⁵ นอกจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนั้นแล้วยังมีตัวอย่างที่ใช้วิธีการเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงยังได้อีก เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา มีหลักห้ามดำเนินกระบวนการพิจารณาแก่ผู้กระทำความผิดในเรื่องเดียวกันเป็นครั้งที่สองอีกตามหลัก Non bis in idem ดังที่ปรากฏในมาตรา 39(4) ดังนั้นหากสถานีตำรวจท้องที่หนึ่งออกหมายเรียกผู้ต้องหาแล้วจึงทำให้คดีอยู่ในอำนาจของพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจอื่นๆ ย่อมไม่มีอำนาจดำเนินการกับผู้ต้องหาอีก เพราะต้องห้ามตามหลัก Non bis in idem กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการใช้กฎหมายแบบ analogy เพราะในชั้นเจ้าพนักงานไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้ไว้โดยตรง⁶ จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา นั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยตรงแล้ว ก็สามารถเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นได้ ในส่วนการกำหนดความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาเองนั้นจากการศึกษาพบว่าหากใช้วิธีการเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้น (analogy) ตามแนวทางของวิธีแรกซึ่งเป็นการเทียบเคียงด้วยบทแล้วจะพบว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา มาตรา 182 สามารถนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการเทียบเคียงเพื่อกำหนดความหมายได้โดยผู้เขียนจะได้กล่าวในรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

ในส่วนของการนำแนวคำพิพากษาของศาลเป็นเครื่องมือในการกำหนดความหมายนั้นเห็นว่า ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบ Civil law ซึ่งถือว่าคำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาของกฎหมายก็ตาม แต่ในเมื่อกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วมีความไม่ชัดเจนและมีช่องว่างของกฎหมายจึงจำเป็นต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นเครื่องมือในการตีความและอุดช่องว่างของกฎหมายต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วในส่วนของคำพิพากษาของศาลฎีกานั้นมีน้ำหนักให้นำเชื่อถือและมีส่วนค้ำประกันที่ว่าศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดของประเทศ ผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นผู้มีอาวุโส มีประสบการณ์ในงานด้านพิจารณาคดีมานานอีกทั้งคดีที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาก็ได้ผ่านการกลั่นกรองของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มาแล้วถึงสองศาล⁷ เราจึงสามารถนำแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่งเป็นบรรทัดฐานแล้วมาเป็นแนวทางในการอุดช่องว่างและบัญญัติกฎหมายได้ต่อไป

⁵ ประทุมพร กัดอ้อ, “การนำวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 37-38

⁶ คณิศ ๓ นคร, “วิธีพิจารณาความอาญาไทย หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติไม่ตรงกัน,” ใน *วารสารนิติศาสตร์* 15 (15 กันยายน 2528), หน้า 12

⁷ จานินทร์ กรวิจิตร และวิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 122

3.1.1 ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญา

ในการกำหนดนิยามความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาซึ่งได้จากบทบัญญัติใกล้เคียงในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและจากการสกัดหลักจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสามารถสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังต่อไปนี้

3.1.1.1 คำสั่งใด ๆ ซึ่งศาลได้มีคำสั่งหลังจากที่มีการรับคำฟ้องแล้ว

มาตรา 182 บัญญัติว่า “คดีที่อยู่ในระหว่างไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาถ้ามีคำร้องระหว่างพิจารณาขึ้นมาให้ศาลตั้งคำถามที่เห็นสมควร...” ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาคดีอาญานั้น ต้องเป็นคำสั่งของศาลที่สั่งในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา โดยที่ศาลจะต้องมีคำสั่งรับคดีของโจทก์ไว้ไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาไว้แล้ว ดังนั้นหากครบคดีที่ศาลยังมีคำสั่งรับคดีของโจทก์ไว้ไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา คำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดของศาลในระหว่างนั้น ย่อมไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาอันจะต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ตาม มาตรา 196⁸

ฎีกาที่ 1262/2504 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยในคดีอาญา ศาลชั้นต้นสั่งในคำฟ้องว่า ให้รอฟังคดีอาญาอีกเรื่องหนึ่งก่อน เมื่อคดีนั้นถึงที่สุดแล้ว จะได้พิจารณาสั่งต่อไป เช่นนี้ ไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา โจทก์อุทธรณ์ได้

ในคดีนี้เป็นเรื่องที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องกันเอง โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานฟ้องเท็จและเบียดความเท็จตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 และมาตรา 177 แต่ปรากฏว่าคดีที่โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยฟ้องเท็จและเบียดความเท็จยังไม่ถึงที่สุด เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องศาลชั้นต้นจึงมีคำสั่งว่า “ให้รอฟังคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 128/2504 ถึงที่สุดก่อน เมื่อคดีถึงที่สุดศาลจะได้พิจารณาสั่งต่อไป”

โจทก์อุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้น ขอให้รับฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาสั่งต่อไป

ศาลชั้นต้นไม่รับอุทธรณ์ของโจทก์เพราะเห็นว่าอุทธรณ์ของโจทก์เป็นการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา

โจทก์อุทธรณ์คำสั่ง ไม่รับอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ยกคำร้องของโจทก์

โจทก์ฎีกา

⁸ อานิศ เกษทวีทัศน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3-4 เล่ม 2, หน้า 335

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำสั่งของศาลชั้นต้นเป็นคำสั่งที่ยังไม่ได้ส่งรับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณา จึงไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา โจทก์อุทธรณ์ได้ จึงพิพากษาให้กลับคำสั่งของศาลอุทธรณ์ ให้ศาลชั้นต้นรับอุทธรณ์ของโจทก์ไว้ดำเนินการต่อไป

เห็นได้ว่า คดีนี้เมื่อโจทก์ยื่นฟ้อง ในชั้นตรวจฟ้องศาลยังไม่ได้รับฟ้องและนัดไต่สวนมูลฟ้องเลข ยังไม่ถึงว่าคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณา คำสั่งของศาลที่ให้รอฟังคดีอาญาอีกเรื่องหนึ่งจึงไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

ฎีกาที่ 2756/2524 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ประกอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 ให้อำนาจแก่ศาลชั้นต้นในการตรวจคำฟ้องซึ่งเป็นคำคู่ความโดยเด็ดขาด เมื่อปรากฏว่าคำฟ้องของโจทก์มีรายการช่องอายุ แต่ไม่ใส่ให้ครบถ้วน ที่อยู่ของจำเลยผิดพลาดสับสน ศาลชั้นต้นสั่งคืนฟ้องให้โจทก์แก้ไขให้ถูกต้องได้ และคำสั่งคืนฟ้องให้โจทก์ทำขึ้นใหม่ เช่นนี้ ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา แต่เป็นคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ประกอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 ถือได้ว่าศาลชั้นต้นยังมีได้ประทับฟ้อง ศาลจึงไม่มีอำนาจสั่งขังจำเลย เมื่อโจทก์นำฟ้องมาขึ้นใหม่ โจทก์จึงต้องนำตัวจำเลยส่งศาลพร้อมคำฟ้อง

โดยสรุปจะเห็นว่า ตามคำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องนี้ เป็นเรื่องที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งก่อนที่ศาลจะส่งรับคดีไว้ไต่สวนมูลฟ้องหรือประทับฟ้องไว้พิจารณา จึงไม่ใช่เป็นกรณีที่อยู่ระหว่างไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา คำสั่งของศาลชั้นต้นในช่วงนี้จึงไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาตาม มาตรา 196

แต่ถ้าศาลชั้นต้นมีคำสั่งใด ๆ ภายหลังจากรับคดีของโจทก์ไว้ไต่สวนมูลฟ้องแล้ว ก็ดี หรือภายหลังจากมีคำสั่งประทับฟ้องโจทก์ไว้พิจารณาแล้วก็ดี หากผลแห่งคำสั่งนั้นไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนไปจากศาลนั้น ย่อมเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาทั้งสิ้น เช่น ศาลชั้นต้นรับคำฟ้องไว้และนัดไต่สวนมูลฟ้องแล้ว แต่ต่อมามีคำสั่งให้รอการไต่สวนมูลฟ้องในภายหลังและให้จำหน่ายคดีชั่วคราวเพื่อรอฟังผลคดีอื่นที่ถึงที่สุดกรณีจึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาเพราะมิได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง⁹ คำสั่งให้แยกฟ้องคดีส่วนแบ่งออกจากคดีส่วนอาญาตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 41¹⁰ คำสั่งที่ไม่อนุญาตให้โอนคดี¹¹ คำสั่งศาลที่ให้งดสืบพยานโจทก์ซึ่งไม่มาศาลตามกำหนดนัดและไม่อนุญาตให้โจทก์ระบุพยานเพิ่มเติม¹² คำสั่งชี้ขาดคดีเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 24 ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธี

⁹ ฎีกาที่ 626/2524 และ ที่ 2756/2524

¹⁰ ฎีกาที่ 888/2490

¹¹ ฎีกาที่ 67/2489

¹² ฎีกาที่ 64/2494

พิจารณาความอาญา มาตรา 15 ซึ่งวินิจฉัยชี้ขาดแล้วไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน เช่น ชี้ขาดว่าโจทก์มีอำนาจฟ้อง หรือชี้ขาดว่าคดีโจทก์ไม่ขาดอายุความหรือชี้ขาดว่าฟ้องไม่เคลือบคลุม เป็นต้น

3.1.1.2 คำสั่งใด ๆ ของศาลก่อนมีคำพิพากษา

ตามมาตรา 182 บัญญัติถึงกระบวนการพิจารณาภายหลังศาลดำเนินการพิจารณาเสร็จแล้วว่า “ เมื่อการพิจารณาเสร็จแล้ว ให้พิพากษาหรือสั่งตามรูปความ” ดังนั้น เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดี ย่อมแสดงว่าคดีนั้นเสร็จสิ้นการพิจารณาไปแล้ว หลังจากนั้น หากศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นอีก คำสั่งของศาลภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดีแล้วเช่นนี้ ย่อมไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 196 คู่ความย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ได้ทันที¹³

ฎีกาที่ 3082-3083/2537 การขยายระยะเวลายื่นอุทธรณ์เป็นอำนาจของศาลชั้นต้นที่จะพิจารณาและมีคำสั่งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 เมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งอนุญาตให้ขยายระยะเวลาตามคำร้องของจำเลยที่ 1 และ 2 ดังกล่าว โจทก์ร่วมก็ชอบที่จะอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นดังกล่าวต่อศาลอุทธรณ์ได้ตามบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคแรก เพราะคำสั่งของศาลชั้นต้นดังกล่าวเป็นคำสั่งภายหลังที่ศาลชั้นต้นพิพากษาแล้ว และยังไม่ได้มีการสั่งรับอุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 และที่ 2 จึงไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน ย่อมไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ตามมาตรา 196

เหตุที่คำสั่งของศาลชั้นต้นที่อนุญาตจำเลยที่ 1 และที่ 2 ขยายระยะเวลายื่นอุทธรณ์ และสั่งรับอุทธรณ์ไม่เป็นคำสั่งระหว่างการพิจารณาก็เนื่องจากว่าขณะที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่ง คดีไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาเพราะศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาไปแล้ว ดังนั้น คำสั่งใด ๆ ก็ตามที่ศาลมีในช่วงหลังจากศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาจนถึงก่อนศาลชั้นต้นมีคำสั่งรับอุทธรณ์ไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาเพราะคดีไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ แต่อย่างไรก็ตาม หากศาลชั้นต้นมีคำสั่งรับอุทธรณ์จะทำให้คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ คำสั่งศาลตั้งแต่สั่งรับอุทธรณ์ไปจนถึงศาลอุทธรณ์พิพากษาเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา¹⁴

¹³ ธานีศ เกศวพิทักษ์, ตำรับบทประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3-4 เล่ม 2, หน้า 337

¹⁴ ฎีกาที่ 1730/2517

3.1.1.3 คำสั่งที่ไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล

ลักษณะสำคัญประการต่อมาของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญานั้น ปรากฏอยู่ในถ้อยคำของมาตรา 196 เอง ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่า “คำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน...” ดังนั้น หลักวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่นั้น ให้ดูคำสั่งในแต่ละชั้นศาลเป็นหลักว่าคำสั่งนั้นทำให้คดีนั้นเสร็จไปจากศาลนั้นหรือไม่ ถ้าไม่เสร็จก็เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลนั้น แต่ถ้าเสร็จไปจากศาลนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา เช่น คำสั่งจำหน่ายคดีเพราะโจทก์ทิ้งฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 174 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 หรือจำหน่ายคดีเพราะสิทธิในคดีอาญามาฟ้องระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 เป็นต้น คำสั่งจำหน่ายคดีของโจทก์โดยเด็ดขาดเช่นนี้ เมื่อศาลมีคำสั่งแล้ว คดียอมเสร็จสำนวนไปจากศาลนั้น จึงไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาอันจะต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ตามมาตรา 196 อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นคำสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราว ซึ่งมีใช่เป็นคำสั่งจำหน่ายคดีโดยเด็ดขาดย่อมไม่มีผลทำให้คดีเสร็จไปจากศาลนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เพราะเป็นคำสั่งที่ไม่ทำให้ประเด็นแห่งคดีเสร็จไปหรือทำให้คดีเสร็จสำนวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 คู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งนั้นในระหว่างพิจารณาไม่ได้¹⁵

ฎีกาที่ 1621/2506 (ประชุมใหญ่) ในการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาแม้เมื่อโจทก์แถลงว่าหมดพยานแล้ว ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาเองเพื่อประกอบการวินิจฉัยทำคำสั่งชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้ และคำสั่งให้รอคดีเพื่อฟังพยานหลักฐานเช่นนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ต้องห้ามอุทธรณ์ และถึงแม้ว่าในคำสั่งนั้นศาลจะได้สั่งไว้ด้วยว่าให้จำหน่ายคดีชั่วคราว ถ้าคดีที่ศาลเรียกมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยนั้นเสร็จเมื่อใดก็ให้โจทก์แถลงให้ศาลทราบเพื่อจะได้ยกคดีที่มีการไต่สวนมูลฟ้องนี้ขึ้นพิจารณาส่งต่อไป ดังนี้ ต้องถือว่าเป็นการสั่งจำหน่ายคดีที่ไม่ทำให้ประเด็นแห่งคดีเสร็จไป โจทก์ไม่สิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนี้

ฎีกาที่ 294/2517 คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ให้รอการไต่สวนมูลฟ้องไว้จนกว่าคดีอื่นอีกเรื่องหนึ่งจะถึงที่สุดและให้จำหน่ายคดีชั่วคราว เมื่ออีกคดีหนึ่งถึงที่สุดแล้วให้โจทก์แถลงเพื่อจะได้พิจารณาคดีต่อไปนั้น เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน ต้องห้ามอุทธรณ์ ตามมาตรา 196

ฎีกาที่ 391/2532 ศาลชั้นต้นไต่สวนมูลฟ้องแล้วมีคำสั่งให้รอฟังคำสั่งหรือคำพิพากษาในชั้นไต่สวนมูลฟ้องไว้ก่อนเพื่อรอฟังผลคดีถึงที่สุดในคดีอื่น คำสั่งของศาลชั้นต้นดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน จึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 196 ส่วนการที่

¹⁵ ฐานิศ ทศาคัทธน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3-4 เล่ม 2, หน้า 337-338

ศาลชั้นต้นได้สั่งไว้ด้วยว่าให้จำหน่ายคดีชั่วคราว เมื่อคดีอื่นที่รอฟังผลนั้นถึงที่สุดเมื่อใดให้โจทก์ แดงให้ศาลชั้นต้นทราบเพื่อจะได้ยกคดีขึ้นพิจารณาต่อไปนั้น ก็ต้องถือว่าเป็นการจำหน่ายคดีที่ไม่ ทำให้ประเด็นแห่งคดีเสร็จไป โจทก์จึงยังไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนี้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังกล่าวอีกเช่นกัน

ฎีกาที่ 2553/2539 ศาลชั้นต้นไต่สวนมูลฟ้องแล้วมีคำสั่งประทับหมายเรียกจำเลยให้การแก้ คดี ต่อมาจำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าโจทก์ทิ้งฟ้อง ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่า ถือไม่ได้ว่าโจทก์ ทิ้งฟ้อง ให้ยกคำร้อง คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนเพราะคดี จะต้องพิจารณาต่อไป แม้ว่าศาลชั้นต้นจะมีคำสั่งต่อไปว่าจำเลยไม่มาศาลตามกำหนดนัดให้ออก หมายจับ ให้จำหน่ายคดีออกเสียจากสารบบความ จับจำเลยได้เมื่อใดให้โจทก์แดงต่อศาลเพื่อยก คดีขึ้นพิจารณาใหม่ ก็เป็นเพียงคำสั่งให้จำหน่ายคดีชั่วคราวอันเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาเช่นกัน ดังนั้น ที่จำเลยอุทธรณ์ว่า โจทก์ไม่นำส่งหมายเรียกตามคำสั่งศาลชั้นต้นเป็นการทิ้งฟ้อง จึงเป็น อุทธรณ์ต้องห้ามตามมาตรา 196

จากที่กล่าวมาจึงพอสรุปได้ว่า คำสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราว นั้นเป็นเพียงการนำคดี ออกจากสารบบความเพียงชั่วคราว โดยมีเงื่อนไขเท่านั้น คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลื่อนคดี ออกไปโดยที่พฤติการณ์เช่นว่านี้มักจะเกิดขึ้นจากมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดเข้ามาแทรกแซงการ ดำเนินกระบวนการพิจารณา ทำให้ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ จึงให้จำหน่ายคดี ออกไปก่อน เช่น จำเลยที่ได้รับการประกันตัวหลบหนีไปในระหว่างการสืบพยานและมีพฤติการณ์ ว่าจะตามจับตัวมาได้ยาก ศาลจึงจำต้องจำหน่ายคดีออกไปก่อนโดยที่หากจับตัวจำเลยมาได้แล้วก็ ให้โจทก์แดงต่อศาลเพื่อยกคดีขึ้นพิจารณาใหม่ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า คำสั่งจำหน่ายคดี ชั่วคราวไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนไปจากศาลแต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

สำหรับคำสั่งจำหน่ายคดีเด็ดขาดนั้นเป็นการจำหน่ายคดีออกจากสารบบความของ ศาลโดยเด็ดขาด เนื่องจากเสร็จสิ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว เช่น มีการถอนฟ้อง หรือมี การถอนคำร้องทุกข์ในคดีความผิดต่อส่วนตัว เป็นต้น ซึ่งคำสั่งในลักษณะนี้จะทำให้คดีเสร็จสิ้นไป จากศาลและถือว่าเป็นคำสั่งที่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี ดังนั้น คำสั่งจำหน่ายคดีเด็ดขาดดังกล่าว จึงไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา

3.1.1.4. คำสั่งระหว่างพิจารณาในชั้นอุทธรณ์และฎีกา

หลักเกณฑ์การห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นนำไปใช้ในชั้น อุทธรณ์ด้วยตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 ประกอบมาตรา 215 หรือ

225แล้วแต่กรณี¹⁶ ดังนั้น หากศาลอุทธรณ์มีคำสั่งในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์แล้ว คดีไม่เสร็จสำนวนไปจากศาลอุทธรณ์ คำสั่งเช่นนั้นย่อมเป็นคำสั่งในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ คู่ความจะฎีกาคำสั่งนั้นในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ไม่ได้เช่นกัน

ฎีกาที่ 76/2481 ทนายโจทก์ลงนามในฟ้องอุทธรณ์แต่ผู้เดียวโดยมิได้มีข้อความระบุพิเศษไว้ในใบแต่งตั้งทนาย ศาลอุทธรณ์จึงให้ศาลชั้นต้นเรียกโจทก์มาลงนามในฟ้องอุทธรณ์ให้ครบถ้วนต่อไป เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวนจากศาลอุทธรณ์ จำเลยจะฎีกาได้แย้งไม่ได้

ฎีกาที่ 905/2486 คำสั่งศาลอุทธรณ์ในคดีอาญาที่ส่งให้ศาลชั้นต้นสืบพยานแล้วส่งสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์นั้น เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ คู่ความ ไม่อาจฎีกาได้

แต่ถ้าหากคำสั่งของศาลอุทธรณ์เรื่องใด เมื่อศาลอุทธรณ์สั่งแล้ว คดีเสร็จสำนวนไปจากศาลอุทธรณ์ คำสั่งนั้นย่อมไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์คู่ความย่อมมีสิทธิฎีกาได้ทันที

ฎีกาที่ 409/2481 ในการไต่สวนมูลฟ้อง ศาลชั้นต้นสั่งคดีสืบพยานโจทก์แล้วพิพากษายกฟ้อง ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ศาลชั้นต้นดำเนินการไต่สวนต่อไป คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เช่นนี้ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จำเลยจึงฎีกาได้

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มีคำพิพากษาฎีกาเคยวินิจฉัยว่าคำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่สั่งให้รับหรือไม่รับอุทธรณ์นั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จำเลยไม่มีสิทธิฎีกา เนื่องจากเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ต้องห้ามฎีกาคาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 196 ประกอบกับมาตรา 225¹⁷ ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมายในขณะนั้น แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 198 เป็นมาตรา 198 ทวิ โดยในวรรค 3 บัญญัติให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่อื่นตามคำปฏิเสธของศาลชั้นต้นหรือคำสั่งให้รับอุทธรณ์เป็นที่สุด ฉะนั้นการให้เหตุผลในประเด็นปัญหาดังกล่าวควรจะให้เหตุผลว่า คำสั่งดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์ได้เนื่องจากคำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่ให้รับอุทธรณ์เป็นที่สุดแล้วน่าจะตรงกับกรณีมากกว่า

¹⁶ -ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 215 บัญญัติว่า “นอกจากที่บัญญัติมาแล้วให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาและว่าด้วยคำพิพากษาและคำสั่งศาลชั้นต้นมาใช้บังคับในชั้นศาลอุทธรณ์ด้วยโดยอนุโลม”

-ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 225 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาและว่าด้วยคำพิพากษาและคำสั่งชั้นอุทธรณ์ มาบังคับในชั้นฎีกาโดยอนุโลม เว้นแต่ห้ามมิให้ทำความเห็นแย้ง”

¹⁷ ฎีกาที่ 425/2496, ที่ 1199/2497 และที่ 2122/2522

3.1.1.5. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดนิยาม ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาไว้

โดยทั่วไปแล้วในระหว่างที่ศาลพิจารณาคืออยู่นั้นเมื่อมีการยื่นคำร้องเข้ามาในระหว่างพิจารณา กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องมีคำสั่งนั้นตามที่เห็นสมควร¹⁸ และเมื่อศาลมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว หากคำสั่งนั้นไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นแล้ว คู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำสั่งนั้น ย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ฎีกาคัดค้านคำสั่งเช่นว่านั้นได้ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 แต่เนื่องจากในระหว่างเวลาที่ศาลพิจารณาคืออยู่นั้น คู่ความอาจจำเป็นต้องยื่นคำร้องหรือคำขอระหว่างพิจารณาอยู่ตลอดเวลา เช่น ยื่นคำร้องขอเลื่อนคดี ขอยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม หรือขอให้ส่งประเด็นไปสืบที่ศาลอื่น เป็นต้น ซึ่งศาลก็จะต้องมีคำสั่งคำร้องหรือคำขอเช่นว่านั้นทันทีในขณะที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณา แต่สืบเนื่องจากในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติในส่วนของนิยามความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาไว้ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นมา กล่าวคือ

ประการแรก ปัญหาในด้านการตีความและความล่าช้าของคดี

เมื่อยังไม่มียกนิยามความหมายที่ชัดเจนประกอบกับประเทศไทยใช้ระบบอุทธรณ์แบบระบบสิทธิทำให้คู่ความและทนายความของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่พอใจคำสั่งศาลมักจะใช้สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งนั้นไว้ก่อน ความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาไม่ว่าจะเป็นเจ้าของสำนวนหรือผู้พิพากษาเวรสั่งที่ตรวจอุทธรณ์แล้วก็ต้องสั่งรับอุทธรณ์แล้วส่งสำนวนไปยังศาลสูงต่อไป ส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นต้นต้องชะลอไว้รอจนกว่าศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยมาก่อนทำให้คดีเสร็จสิ้นอย่างล่าช้า

ประการที่สอง ปัญหาในด้านสิทธิและเสรีภาพของจำเลยที่ยังถูกคุมขังอยู่ในระหว่าง พิจารณา

สืบเนื่องจากปัญหาประการแรกที่กล่าวมา การที่ทนายความหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุทธรณ์คำสั่งต่างๆของศาลที่ส่งไปในระหว่างพิจารณาย่อมทำให้จำเลยซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวและต้องถูกคุมขังในระหว่างพิจารณาได้รับผลกระทบการการดำเนินคดีที่ล่าช้ายิ่งกว่านั้นในปัจจุบันการดำเนินคดีอาญาในศาลไทยใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบต่อเนื่องทำให้ต้องมีการพิจารณาเรียงตามลำดับคดี ฉะนั้นจำเลยที่ถูกคุมขังในคดีที่จะได้รับการพิจารณาในปีหลังๆ

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 182 / ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 131(1)

จะต้องได้รับผลกระทบมากขึ้นไปอีก ในบางครั้งเองระยะเวลาที่จำเลยถูกคุมขังในระหว่างพิจารณา และรอศาลมีคำพิพากษานั้นกลับมีระยะเวลานานกว่าโทษจำคุกที่จำเลยจะได้รับตามคำพิพากษา

ประการที่สาม ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการประวิงคดีของคู่ความ

การที่ไม่มีบทนิยามความหมายทำให้คู่ความที่ไม่สุจริตมักจะประวิงคดีโดยการ ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่างๆของศาลล่างไว้ก่อน ซึ่งส่วนใหญ่มักเกิดจากฝ่ายจำเลยที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวหรือได้รับการประกันในระหว่างพิจารณาใช้สิทธิในการอุทธรณ์ไว้ก่อนเพื่อขยายระยะเวลา ในการดำเนินคดีทั้งนี้เพื่อที่จะได้เตรียมพยานหลักฐานฝ่ายตนเอง รวมทั้งการทำลายพยานหลักฐาน ของฝ่ายตรงข้ามต่อไป

3.1.2 ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่ง

บทบัญญัติในเรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งนั้นมีบัญญัติไว้ในมาตรา 226 ว่า “ ก่อนศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดี ถ้าศาลนั้นได้มีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 227 และ 228

- (1) ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนั้นในระหว่างพิจารณา
- (2) ถ้าคู่ความฝ่ายใดได้แย้งคำสั่งใด ให้ศาลจดข้อโต้แย้งนั้นลงไว้ในรายงาน คู่ความที่ได้แย้งขอที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดีนั้นเป็นต้นไป

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ไม่ว่าศาลจะได้มีคำสั่งให้รับคำฟ้องไว้แล้วหรือไม่ ให้ถือว่าคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งของศาลนับตั้งแต่มีการยื่นคำฟ้องคือศาลนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 227 และ 228 เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้สามารถกำหนดนิยามความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาคดีแพ่งได้ว่า “คำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นคำสั่งของศาลที่ได้สั่งก่อนมีคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดี ไม่ว่าศาลจะได้มีคำสั่งให้รับคำฟ้องไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม โดยเมื่อศาลสั่งไปแล้วยังมีกระบวนการพิจารณาที่ศาลจะต้องดำเนินต่อไปอีก และคำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งตามมาตรา 227 และ 228 ¹⁹

¹⁹ พิพัฒน์ จักรกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ห่างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2539), หน้า 601

จากบทบัญญัติข้างต้นทำให้สามารถพิจารณาได้อีกว่า คำสั่งใดเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีแพ่งได้ง่ายกว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญา โดยที่ในคดีแพ่งนั้นมีหลักเกณฑ์การพิจารณาดังนี้

ประการแรก พิจารณาก่อนว่าเป็นคำสั่งตามมาตรา 227 หรือ 228 หรือไม่

ก่อนมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีชั้นคดี ถ้าศาลมีคำสั่งใด ๆ ไป ก่อนที่จะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ต้องพิจารณาเสียก่อนว่า คำสั่งที่สั่งในระหว่างพิจารณานั้นเข้าอยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 227 หรือไม่ ถ้าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 227 ก็ถือว่ามิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา การอุทธรณ์คำสั่งที่เข้าข้อยกเว้นเช่นว่านี้ จึงต้องอยู่ในหลักทั่วไปว่าด้วยการอุทธรณ์ คือ อุทธรณ์ตามมาตรา 223 และ 229 กล่าวคือ อุทธรณ์ได้ทันทีภายในหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้อ่านคำสั่งเช่นนั้น ถ้าคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นไม่เข้าอยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 227 ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 228 หรือไม่ ถ้าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 228 กฎหมายมิได้บัญญัติว่าเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณาหรือไม่ แต่มีผลในเรื่องอุทธรณ์เป็นพิเศษดังนี้ คือ จะอุทธรณ์ทันทีภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันอ่านคำสั่งก็ได้ หรือจะรอไว้อุทธรณ์เมื่อศาลมีคำพิพากษาชี้ขาดคดีแล้วก็ได้ ในกรณีหลังนี้ก็อุทธรณ์คำสั่งที่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 228 ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับตั้งแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษานั้น ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องโต้แย้งหรือคัดค้านคำสั่งเช่นนั้นของศาลไว้ก่อนแต่อย่างใด

สิ่งที่พิจารณาต่อมาจะต้องพิจารณาว่าคำสั่งอย่างใดของศาลเป็นคำสั่งตามมาตรา 227 หรือ 228

ก) คำสั่งตามมาตรา 227

“คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องนั้น มิให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา และให้อยู่ภายในบังคับของการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดี”

ตามมาตรา 227 นี้ พอจะแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

1. คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง
2. คำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

ข) คำสั่งตามมาตรา 228

ก่อนศาลชี้ขาดคดีชั้นคดี ถ้าศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้คือ

- (1) ให้กักขัง หรือปรับไหม หรือจำขังผู้ใดตามประมวลกฎหมายนี้
- (2) มีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณา หรือมีคำสั่งอันเกี่ยวกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษาต่อไป หรือ
- (3) ไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งมีได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง หากเสร็จไปเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อ

ประการที่สอง คำสั่งใดๆที่ศาลได้สั่งไปก่อนมีคำพิพากษา ไม่ว่าจะคดีนั้นจะมีคำสั่งรับฟ้องไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาคำมาตรา 227 และ 228 แล้วปรากฏว่าไม่อยู่ในข่ายแห่งบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องพิจารณาค่าต่อไปว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งใดๆ ที่ศาลได้สั่งก่อนที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งหรือไม่ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าศาลจะมีคำสั่งรับฟ้องหรือไม่ ถ้าหากเป็นคำสั่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือชี้ขาดคดีแล้วก็มีใช้คำสั่งระหว่างพิจารณา²⁰ ทั้งนี้เพราะคดีใดที่ศาลชั้นต้นได้พิพากษาเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว การพิจารณาของศาลชั้นต้นย่อมยุติลง ไม่มีคำสั่งใดที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นอีก ถ้ามีคำสั่งหลังจากนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา เช่น ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นหลังจากศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาไปแล้วและเมื่อศาลยังไม่ได้มีคำสั่งรับอุทธรณ์ก็ถือว่าคดียังไม่ได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ดังนั้นคำสั่งดังกล่าว ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา หรือคำสั่งในชั้นบังคับคดีเป็นคำสั่งหลังจากศาลมีคำพิพากษาแล้วจึงไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา²¹

ฎีกาที่ 2301/2545 คำสั่งของศาลชั้นต้นที่สั่งให้เจ้าพนักงานที่ดินทำการรังวัดที่ดินและทำแผนที่วิวาทตามคำขอของโจทก์ แม้จะมีคำสั่งภายหลังโจทก์และจำเลยสืบพยานเสร็จสิ้นแล้วแต่เป็นคำสั่งก่อนศาลมีคำพิพากษา ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

ฎีกาที่ 1692/2516 (ประชุมใหญ่) ศาลชั้นต้นสั่งจำหน่ายคดีเพราะหลงผิดว่าคู่ความขาดนัดพิจารณา ต่อมาศาลชั้นต้นมีคำสั่งใหม่ให้เพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดี ถือว่าคำสั่งเพิกถอนดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังคำสั่งจำหน่ายคดี จึงไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แม้คำสั่งเพิกถอนนั้นจะมีผลให้คดีมาสู่การพิจารณาใหม่ของศาลก็ตามแต่ก็เป็นเพียงผลของคำสั่งเท่านั้น

ประการที่สาม คำสั่งที่ไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากสำนวน

คำสั่งใดที่จะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาได้นั้นจะต้องไม่ทำให้คดีเสร็จไปจาก

²⁰ บัญญัติ สุชีวะ, “อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา,” ใน *บทบัญญัติคดี* เล่มที่ 24 ตอนที่ 3 (2509), หน้า 584-590

²¹ ฎีกาที่ 23/2508, ที่ 6/2518 และ ที่ 2525/2530

จำนวนของศาล เช่น คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ให้คดีสืบทายาทโจทก์²² เป็นต้น

ประการที่สี่ คำสั่งระหว่างพิจารณาในชั้นอุทธรณ์

คำสั่งระหว่างพิจารณาข้อมมีได้ทั้งในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ โดยในศาลอุทธรณ์มีหลักสังเกตอยู่ว่า ถ้าศาลสั่งแล้วทำให้คดีเสร็จไปจากศาลอุทธรณ์ แม้จะทำให้ศาลชั้นต้นต้องดำเนินการพิจารณาคดีใหม่ก็ตาม คำสั่งนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ทั้งนี้ เพราะเมื่อศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาไปแล้ว การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ย่อมยุติลง คดีย่อมเสร็จไปจากศาลอุทธรณ์ ไม่มีคำสั่งใดที่อาจถือได้ว่าอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์อีก เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาและพิพากษาใหม่แล้ว คดีอาจยุติแค่ศาลชั้นต้นก็ได้ ไม่เกี่ยวกับศาลอุทธรณ์อีก หากมีการอุทธรณ์ขึ้นมา ก็เป็นการอุทธรณ์เรื่องใหม่ต่างหาก²³ เช่น ศาลชั้นต้นงดสืบพยานและพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ศาลอุทธรณ์ยื้อสำนวนให้ศาลชั้นต้นสืบพยานแล้วพิพากษาใหม่ มิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จึงฎีกาได้²⁴ หรือศาลชั้นต้นวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตาม มาตรา 24 ศาลอุทธรณ์เห็นว่ายังไม่ควรมีคำสั่งชี้ขาดจึงให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาต่อไปแล้วพิพากษาใหม่ มิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์²⁵ เป็นต้น แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ทำให้คดีไม่เสร็จไปจากศาลอุทธรณ์ หรือทำให้คดีกลับขึ้นมาสู่ศาลอุทธรณ์เพราะคำสั่งนั้นอีก ก็ยังถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ เช่น คำสั่งศาลอุทธรณ์ที่ให้เรียกค่าขึ้นศาลชั้นอุทธรณ์จากผู้อุทธรณ์เพิ่มขึ้น²⁶ คำสั่งศาลอุทธรณ์ให้ผู้ร้องเข้ามาแทนที่ผู้รณณะในระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์²⁷ คำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่ให้ยกคำร้องขอระบุนพยานเพิ่มเติมในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์²⁸

3.2 ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1. หลักเกณฑ์ทั่วไปของการห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา

หลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องของการห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นปรากฏอยู่ใน 28 U.S.C. ในมาตรา 1291 ว่า “The courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from all final decisions of the district courts of the United

²² ฎีกาที่ 1843/2531

²³ ทิพนัน จักรางกูร, “อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา.” ใน *วารสารกฎหมายนิติศาสตร์ จุฬา* ปีที่ 2 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2519),

หน้า 49

²⁴ ฎีกาที่ 26/2482, ที่ 504/2502

²⁵ ฎีกาที่ 268/2491

²⁶ คำสั่งรื้อครั้งที่ 396/2502

²⁷ ฎีกาที่ 1018-1019/2502

²⁸ ฎีกาที่ 8239/2544

States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Islands, except where a direct review may be had in the Supreme Court.”

หลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน มาตรา 1291 ดังกล่าวนั้นเป็นที่มาของหลักที่เรียกว่า Final judgment rule ซึ่งเป็นหลักที่ห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาล โดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวถูกนำมาใช้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา²⁹ การห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นการห้ามมิให้คู่ความอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาออกก่อนทั้งนี้ก็เพื่อที่จะไม่ให้มีการแยกอุทธรณ์คำสั่งของศาลในระหว่างพิจารณา (piecemeal) แต่จะให้คู่ความอุทธรณ์คำสั่งศาลในทุกปัญหาในอุทธรณ์ฉบับเดียวกันทั้งนี้เพื่อให้ศาลสูงจะได้พิจารณาพยานหลักฐานรวมกันไปในครั้งเดียว³⁰ หลักเกณฑ์ในเรื่องการห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาดังกล่าวถูกสร้างขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐและหลักการบริหารคดีที่มุ่งเน้นถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีประสิทธิภาพ และรวดเร็ว ในประเทศสหรัฐถือว่าการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์อย่างหนึ่ง ถึงแม้ว่ากระบวนการยุติธรรมของสหรัฐจะมุ่งเน้นถึงสิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษาในคดีอาญาก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาด้วยเนื่องจากการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป³¹

3.2.2. วิธีการพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดหรือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

วิธีการพิสูจน์ว่าคำสั่งใดของศาลจะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่นั้น ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งของศาลนั้นเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดหรือไม่ (finality of a decree) เพราะถ้าหากคำสั่งของศาลเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดก็ถือว่าคำสั่งดังกล่าวไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาอีกต่อไป ซึ่งในประเทศสหรัฐมีวิธีการทดสอบว่าคำสั่งใดจะเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลที่เรียกว่า (The test of the finality of a decree)³² มีขั้นตอนการทดสอบดังต่อไปนี้

1.) คำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลจะต้องวินิจฉัยถึงสิทธิของคู่ความในคดี

ในการพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลนั้นก่อนอื่นจะต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งของศาลนั้นได้วินิจฉัยถึงสิทธิของคู่ความหรือไม่ ถ้าหากคำสั่งดังกล่าวไม่ได้

²⁹ Lafave, W., R., Israel, J., H. and King N. J., Modern criminal procedure., p. 1276

³⁰ คดี Berman v. United States และคดี Cobbleddick v. United States

³¹ Kamisar, Y., Lafave, W., R., Israel, J., H. and King, N., J., Modern criminal procedure (cases-comments- questions). 10th ed (West Group, 2003), pp. 1546-1547

³² Ludes, F.J. and Gilbert, H., J., Corpus Juris Secundum., p 254

วินิจฉัยถึงสิทธิของคู่ความก็ไม่อาจเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลได้เลย แต่คำสั่งดังกล่าวจะกลายเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา³³ แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้คำสั่งของศาลดังกล่าวจะได้วินิจฉัยถึงสิทธิของคู่ความก็ตามแต่การที่จะถือว่าเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดได้นั้นก็ต้องพิจารณาในชั้นตอนถัดไปก่อนจึงจะได้กล่าวในข้อต่อไป

2.) คำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลจะต้องวินิจฉัยในประเด็นปัญหาของคดี

ชั้นตอนในการทดสอบข้อต่อไปจะต้องพิจารณาว่าคำสั่งที่ศาลได้สั่งไปได้อำนาจวินิจฉัยในประเด็นปัญหาของคดีหรือไม่ ทั้งนี้จะต้องมีการวินิจฉัยทุกประเด็นปัญหาทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เพราะหากไม่มีการวินิจฉัยถึงประเด็นปัญหาในคดีทุกปัญหาแล้วก็ย่อมไม่อาจเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลได้แต่คำสั่งดังกล่าวจะกลายเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาไป³⁴ แต่ถ้าหากคำสั่งศาลนั้นได้อำนาจวินิจฉัยในประเด็นปัญหาของคดีทั้งหมดแล้ว ก็จะต้องพิจารณาในชั้นตอนการทดสอบข้อต่อไปจึงจะได้กล่าวในข้อต่อไป

3.) คำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลนั้นจะต้องมีผลในการยกเลิกกระบวนการพิจารณาทางศาล

คำสั่งของศาลที่จะเป็นที่สุดได้นั้นจะต้องมีผลในการยกเลิกการดำเนินการกระบวนการพิจารณาทั้งหมดในศาล ซึ่งคำสั่งที่เป็นที่สุดของศาลดังกล่าวนี้จะกลายเป็นคำพิพากษาของศาลไป (judgment) โดยที่เมื่อศาลได้มีคำสั่งดังกล่าวแล้วจะต้องไม่มีการดำเนินการทางคดีหลังจากที่ศาลมีคำสั่งอีก เว้นแต่จะเป็นการดำเนินการในเรื่องการบังคับคดีในทางแพ่งและอาญา ทั้งนี้เนื่องจากการบังคับคดีนั้นเป็นเพียงกระบวนการที่จะทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีผลในทางปฏิบัติได้เท่านั้น³⁵

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า คำสั่งบางเรื่องซึ่งศาลได้สั่งไปในระหว่างพิจารณาแม้จะไม่ได้อำนาจวินิจฉัยถึงสิทธิของคู่ความและประเด็นปัญหาแห่งคดีตลอดจนไม่มีผลในการยกเลิกกระบวนการพิจารณาทางศาลก็ตาม เช่น คำสั่งศาลที่ยกคำร้องที่ขอให้ยกเลิกการไต่สวนมูลฟ้องเพราะเหตุที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ (Double jeopardy) เป็นต้น อันถือได้ว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามคำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิของคู่ความที่ไม่สามารถเยียวยาด้วยวิธีการอุทธรณ์แบบธรรมดาได้จึงทำให้เข้าข่ายยกเว้นที่เรียกว่า Collateral order ทำคู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ได้ทันที สำหรับรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 5

³³ คดี Freeze & Co. v. Teal และคดี Johnson v. Solomons

³⁴ Ludes, F.J. and Gilbert, H.J., *Corpus Juris Secundum*, p 271

³⁵ Ludes, F.J. and Gilbert, H.J., *Corpus Juris Secundum*, pp. 266-267

3.2.3. ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาตามกฎหมายของประเทศ สหรัฐอเมริกา

ความหมายของคำว่าคำสั่งระหว่างพิจารณา และหลัก final judgment นั้นเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันในทางฝ่ายตุลาการมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ถึงแม้ว่าในมาตรา 1291 ของ 28 U.S.C. จะไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาไว้ก็ตามแต่ในปัจจุบันจากแนวคิดและเจตนารมณ์ของการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา (ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2) และจากวิธีพิสูจน์ว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้ว) ทำให้ในทางคำราและทางปฏิบัติได้กำหนดความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาไว้แล้วว่า “ คำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นคำสั่งที่อยู่ระหว่างการเริ่มคดีจนกระทั่งมีคำพิพากษาของศาลอีกทั้งต้องไม่ใช่คำสั่งที่วินิจฉัยถึงสิทธิของกลุ่มความอันเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีและเป็นคำสั่งที่เมื่อสั่งไปแล้วจะต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปอีกโดยที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสิ้นลงแต่อย่างใด”³⁶

3.3 ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส
ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นถึงแม้จะไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสก็ตาม แต่ใน *Vocabulaire Juridique* ซึ่งเป็นตำราที่อธิบายศัพท์กฎหมายของฝรั่งเศสได้ให้ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาทั้งในคดีแพ่งและอาญารวมกันไว้ว่า เป็นคำสั่งที่สั่งไว้เพื่อเตรียมคดีหรือเพื่อรอคำวินิจฉัยของข้อพิพาทที่เป็นประเด็นหลักของคดี เช่น คำสั่งให้ใช้มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (*mesure d'instruction*) ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ การเรียกพยานมาไต่สวนหาข้อเท็จจริง เป็นต้น หรือเป็นคำสั่งที่เป็นมาตรการชั่วคราว (*une mesure provisoire*) เช่น คำสั่งเรื่องอำนาจปกครองบุตร โดยคำสั่งระหว่างพิจารณานี้จะไม่มีการวินิจฉัยประเด็นพิพาทหลักของคดีและทำให้คดีเสร็จสิ้นลง³⁷ จากนิยามความหมายที่ถูกกำหนดไว้ในทางคำร่าดังกล่าวจึงพอสรุปความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศสได้ว่า เป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำพิพากษาโดยยังไม่มีการวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีในข้อที่ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ รวมทั้งคำสั่งดังกล่าวนี้จะต้องไม่ทำให้คดีเสร็จสิ้นลงไปจากศาล ในลักษณะเช่นว่านี้หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามีความคล้ายกับวิธีทดสอบว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า *The test of the finality of a decree* กล่าวคือ คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องไม่ใช่คำสั่งที่วินิจฉัยถึงประเด็นแห่งคดีและไม่มีผลในการยกเลิกการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

³⁶ Ibid., pp. 263-264

³⁷ Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, (Association Henri Capitant, PUF, 1992)

3.4 วิเคราะห์ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาในคดีอาญาตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐและประเทศฝรั่งเศส

ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทย สหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายของประเทศดังกล่าวจะมีความแตกต่างกันก็ตาม แต่แนวคิดและเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณากลับมีแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ การเนิ่นคดีจะต้องรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม โดยที่ประเทศไทยและฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบ Civil law ก็ยึดถือหลักนี้เป็นหัวใจสำคัญในการดำเนินคดี ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบ Common law ปรากฏแนวคิดดังกล่าวอยู่ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 ว่าด้วยหลัก A Speedy Trial เมื่อนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาแล้วทำให้มีผลเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ คำสั่งใดๆ ที่ศาลสั่งไว้ก่อนมีคำพิพากษานั้นไม่สามารถอุทธรณ์ได้ทันทีแต่จะอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความล่าช้า และเมื่อนำมากำหนดเป็นนิยามความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้วทำให้มีลักษณะเป็นไปแนวทางเดียวกันว่า เป็นคำสั่งใดๆ ที่ศาลมีคำสั่งไปก่อนมีคำพิพากษาโดยที่ไม่ใช่คำสั่งที่วินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทในคดีและไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน เพราะถ้าคำสั่งที่ทำให้คดีเสร็จสำนวนไปจากศาลก็เท่ากับว่าเป็นคำพิพากษาอยู่ในตัวอยู่แล้ว