

บทที่ 3

แนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาตามหลักการทั่วไป และการรับฟังพยานบอกเล่าของต่างประเทศ

การรับฟังพยานบอกเล่าตามแนวทางของต่างประเทศมีนัยหรือแนวความคิดที่เหมือนหรือแตกต่างกับแนวทางของศาลไทยหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าก่อนที่จะพิจารณาการรับฟังพยานบอกเล่าตามแนวทางของต่างประเทศ เราจำเป็นต้องเข้าใจถึงแนวความคิดพื้นฐานอันเป็นที่มาต่อแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศต่างๆ เสียก่อน ระบบกฎหมายถือเป็นพื้นฐานในทางความคิดที่ทำให้มุมมองในการรับฟังพยานบอกเล่าที่แตกต่างกัน ระบบการสืบพยานแบบต่อสู้คดีตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ และระบบการค้นหาความจริงแท้ของคดีตามแนวทางของระบบซีวิลลอว์ ระบบและแนวความคิดเช่นใดจะเป็นประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกให้ประชาชนในรัฐได้มากกว่ากัน จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบในระบบกฎหมายทั้งสองระบบ จะทำให้ตอบโจทย์ได้ว่าแนวความคิดที่ว่าการตัดพยานบอกเล่าเป็นหลักส่วนการรับฟังถือเป็นข้อยกเว้น เป็นสิ่งที่เหมาะสมกว่าแนวความคิดที่ว่าการรับฟังพยานบอกเล่านั้นควรเป็นเรื่องของการขังนำพยานหลักฐานในตอนวินิจฉัยคดีจริงหรือไม่

3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาตามหลักการทั่วไป

3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากประเทศอังกฤษทั้งในด้านระบบกฎหมายที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และระบบการสืบพยานที่ใช้ระบบการสืบพยานแบบต่อสู้คดี (Adversarial System หรือ Fighting System) จนอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็คือกฎหมายของประเทศอังกฤษที่มีการแก้ไขปรับปรุงใหม่ให้ทันสมัยและเหมาะสมยิ่งขึ้น ในระบบกล่าวหาที่ผู้พิพากษาต้องวางตนเป็นกลางในกระบวนการแสวงหาความจริงกรณีจึงความจำเป็นต้องมีลูกขุนเพื่อเข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีว่ายุติเป็นเช่นใดและสำหรับการพิจารณาตัดสินโดยใช้ระบบลูกขุน ศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ไต่สวนในชั้นแรกก่อนว่ามีข้อเท็จจริงใดที่ลูกขุนไม่ควรรับรู้เพราะอาจก่อให้เกิดอคติกับคณะลูกขุนในการพิจารณาคดีในชั้นตอนนี้เรียกว่า “Admission of Evidence” คือ คำสั่งของศาลที่จะอนุญาตให้นำสืบพยานหลักฐานใด

ต่อคณะลูกขุนได้นั่นเอง เพราะฉะนั้นลูกขุนจึงมีหน้าที่แต่เฉพาะรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานเท่านั้น ส่วนจะสืบได้หรือไม่เป็นเรื่องของศาล ดังนั้นในภาพรวมเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบการสืบพยานของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่แง่มุมเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานทั้งสองประเทศนั้นอาจมีความแตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

สำหรับประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าหากเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะหากการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เจ้าพนักงานที่กระทำการอันมิชอบดังกล่าวต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย ทั้งการดำเนินคดีอาญาและการดำเนินการทางวินัย ซึ่งเมื่อกล่าวถึงประเทศสหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าเป็นประเทศที่ให้น้ำหนักเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายที่เน้นทางด้านคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) มากกว่าการปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control Model)¹

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกามุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นอย่างมากทำให้แง่มุมเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานมีความแตกต่างจากประเทศอื่นๆ โดยมีแง่มุมในการป้องปรามเจ้าหน้าที่ของรัฐมิให้กระทำการอันมิชอบ ในการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งหากมีการกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าว กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์แห่งการยับยั้งการกระทำที่มิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานนี้หรือกฎแห่งการลบเลือนพยานหลักฐาน หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “บทคัดพยานหลักฐาน” (Exclusionary Rule) อันเป็นหลักการที่ได้ถูกวางแนวทางไว้โดยศาลสูงสุดแห่งประเทศ

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อมา ก็ได้มีการพัฒนาก้าวไกลไปถึงการขยายขอบเขตที่ศาลจะไม่รับฟัง ดอกผลของต้นไม้ที่เป็นพิษ (The fruit of a poisonous tree doctrine) กล่าวคือ การได้มาซึ่งพยานหลักฐานชิ้นแรกโดยมิชอบเป็นต้นไม้ที่เป็นพิษ ส่วนพยานหลักฐานอื่นที่สืบเนื่องจากพยานหลักฐานชิ้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบเป็นผลไม้มือของต้นไม้ที่เป็นพิษซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟังด้วย² ซึ่งผู้เขียนได้แยกพิจารณาแนววินิจฉัยเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

¹ Herbert Packer ได้แยกแบบทฤษฎีว่าด้วยการให้ความยุติธรรมทางอาญาออกเป็น 2 รูปแบบ คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) และทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) หรือทฤษฎีหลักนิติธรรม. อ้างถึงใน Herbert Packer. (1968). **The Limit of Criminal Sanction.** pp. 152-153.

² มโน ซอศรีสาร. (2539). การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึดโดยมิชอบ. หน้า 30-31.

3.1.1.1 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากค้นในที่รโหฐาน

ในคดี *Mincey v. Arizona* ศาลได้พิจารณาเกี่ยวกับการตรวจค้นสถานที่เกิดเหตุ คดีนี้เป็นกรณีตำรวจได้บุกเข้าไปในบ้านของนาย Rufus Mincey ผู้ที่ถูกสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับยาเสพติด ภายใต้ข้ออ้างที่ว่าเขาได้ซื้อยาเสพติด ตำรวจสายลับได้เข้าไปในอพาร์ทเมนต์ของนาย Mincey โดยไม่มีหมาย และถูกฆ่าตายในการต่อสู้ช่วงสั้นๆ ไม่รุนแรงเท่าใดนัก ตำรวจใช้เวลาถึง 4 วัน ค้นหาสิ่งของ กระสุนปืน ยาเสพติด สารที่ทำยาเสพติด (Paraphernalia) สิ่งของเหล่านี้ถูกนำมา เป็นพยานในการพิจารณา คดี Mincey ถูกศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากอพาร์ทเมนต์ของเขา นั้น กระทำโดยปราศจากหมายค้นและไม่ได้ได้รับความยินยอม เป็นการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลตัดสินโดยเอกฉันท์เกี่ยวกับ Mincey โดยวินิจฉัยว่า ไม่มีประเด็นปัญหาถึงสิทธิของตำรวจว่า ในขณะนั้นเป็นสถานการณ์เร่งด่วนฉุกเฉิน ไม่ว่าคดีที่เกิดในสหรัฐหรือมลรัฐ ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ได้วางหลักไว้ว่าไม่ปิดกั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ จากการดำเนินการ โดยไม่มีหมายค้นในการที่จะเข้าไปหรือค้นสถานที่ที่เขาเชื่อโดยมีเหตุผล ตามสมควรว่า มีบุคคลซึ่ง อยู่ในสภาพที่ต้องการความช่วยเหลืออย่างเร่งด่วนเปรียบเสมือนคล้ายกับว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจมาถึง ที่เกิดเหตุคดีฆาตกรรม เขาอาจกระทำการโดยไม่ต้องมีหมายเพื่อที่จะดูว่ามีผู้เคราะห์ร้ายหรือมี ฆาตกรอยู่ในเคสสถานนั้นหรือไม่ ย่อมทำได้ แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ไม่มีอะไร ที่บ่งชี้ว่าพยานหลักฐาน จะสูญหาย ถูกทำลายหรือเคลื่อนย้ายระหว่างเวลาที่เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจทำการให้ได้มาซึ่งหมายค้น ระหว่างนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ควบคุมระวังรักษาอพาร์ทเมนต์ที่จะเป็นไปได้ และข้อเท็จจริงไม่มี สิ่งบ่งชี้ว่าหมายค้นไม่สามารถที่จะขอให้ได้มาโดยง่ายและสะดวก ความเข้มงวดมีข้อยกเว้นได้ ถ้าเป็นความผิดร้ายแรงขณะที่ทำการสืบสวนสอบสวน ซึ่งข้อเท็จจริงสถานที่เกิดเหตุอยู่นอกภายใต้ หลักการตามที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ที่ วางหลักไว้ เป็นการวางหลัก เหตุผลที่ดีในการออกหมายค้น เป็นการยืนยันว่าเจ้าพนักงานกระทำได้ ถ้าไม่มีหมายค้น แต่ต้องเป็น กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วน มีเหตุอันสมควร หากชักเข้าพยานหลักฐานอาจถูกทำลายหรือสูญหาย ถ้าไม่เป็นเช่นนั้นต้องได้รับคำสั่งหรือหมายของศาล

3.1.1.2 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการตรวจค้นร่างกาย

คดี *Rochin V. California*³ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบทราบว่ามีนาย Rochin เป็นผู้ค้ายาเสพติด เจ้าหน้าที่ตำรวจไปที่บ้านนาย Rochin แล้วถามหา ยาเสพติด นาย Rochin กลืนแคปซูลยาเสพติด 2 เม็ดลงท้อง เจ้าหน้าที่ตำรวจนำนาย Rochin ส่งโรงพยาบาล แล้วออกคำสั่ง ให้นายแพทย์เอายาถ่ายใส่ลงไปในกระเพาะอาหาร โดยที่นาย Rochin ไม่ยินยอมจนกระทั่ง

³ 342 U.S. 166,172 (1952). อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. (2550). ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานใน คดีอาญา: ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 42.

นาย Rochin อาเจียนยาเสพติดออกมาพร้อมกับเศษอาหาร ศาลสูงมีคำพิพากษา กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ที่พิพากษาลงโทษจำเลย พิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นการกระทำที่ทารุณโหดร้ายต่อกระบวนการยุติธรรม ขัดกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมฉบับที่ 14 เนื่องจากการทำร้ายต่อสามัญสำนึก (Shock the conscience) และการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายดังกล่าวเป็นการตรวจค้นที่ ไม่มีเหตุอันควร (Unreasonable search) ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ด้วย พยานหลักฐานยาเสพติดที่บรรจุแคปซูลไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

ส่วนในคดี Schmerber V. California ข้อเท็จจริงมีว่านาย Schmerber จำเลยขับรถจนประสบอุบัติเหตุขณะมีเมาสุราและจำเลยถูกนำส่งโรงพยาบาล ต่อมาเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มาที่โรงพยาบาลได้สั่งให้แพทย์เจาะเลือดของนาย Schmerber จำเลยได้แย้งว่าเป็นการตรวจค้นที่ไม่มีเหตุอันสมควรขัดกับรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ศาลสูงได้ปฏิเสธคำโต้แย้งของนาย Schmerber โดยให้เหตุผลว่า ปริมาณเลือดที่เจาะจากร่างกายของจำเลยมีปริมาณเพียงเล็กน้อย และการเจาะเลือดนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงใดๆ ไม่เกิดบาดแผลหรือความเจ็บปวดใดๆ ไม่มีผลต่อศาสนาที่จำเลยนับถืออยู่ การปฏิเสธการเจาะเลือดจึงเท่ากับเป็นกรณีที่จำเลยปฏิเสธการหาความมีเมาสุราโดยการทดสอบทางลมหายใจโดยใช้เครื่อง Breathalyzer นั้นเอง และการเจาะเลือดได้ทำอย่างเหมาะสมโดยแพทย์ จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมฉบับที่ 4 และรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมฉบับที่ 14 เป็นการรบกวนร่างกายผู้ต้องหาเพียงเล็กน้อยเท่านั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจกระทำได้ กล่าวได้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมตามกฎหมายอาญาไม่อาจกล่าวว่าเป็นการปฏิบัติที่ปราศจากอำนาจในการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัว โดยศาลตัดสินว่า สิทธิส่วนตัวมีขีดจำกัดและไม่เหนือไปกว่าอำนาจรัฐ การแปลความหมายก็เป็นการแปลความหมายที่เป็นความสัมพันธ์ของบุคคลที่อยู่ในชุมชนหรือสังคมที่เขาเป็นสมาชิก

3.1.1.3 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากดักฟังการสนทนา

กรณีที่สายลับเข้าไปปฏิบัติการอำพรางโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ดักตัวคดี Lee v. U.S.⁴ นักค้ายาเสพติดเชื้อเชิญเจ้าพนักงานผู้อำพรางตนเป็นสายลับให้เข้ากันไปคุยในเรื่องรายาเสพติด สายลับตำรวจเข้าไปในบ้านจำเลยโดยอุปกรณ์เครื่องส่งสัญญาณเสียงการสนทนาให้ตำรวจภายนอกอาคารรับทราบการสนทนาด้วย เมื่อนักค้ายาเสพติดคุยเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด การสนทนาได้ถูกดักฟังและบันทึกเสียงโดยตำรวจภายนอกทั้งหมด ตำรวจจึงได้เข้าจับนายลีในข้อหาการค้ายาเสพติด ศาลสูงสุดโดยมติ 5 : 4 ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่นายลีพูดปรักปรำ

⁴ 343 U.S. 747, 1952. อ้างถึงใน มขุรา วิมลโศกการ. (2553). การแสวงหาพยานหลักฐานในคดียาเสพติด โดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. หน้า 59.

ตนเอง และไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 แต่อย่างใด เพราะสายไม่ได้บุกรุกเข้าไปในบ้านของนายลี แต่นายลีนั้นได้เชื้อเชิญเข้าไปเอง

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

แม้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษมีความแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ศาลอังกฤษไม่เคร่งครัดในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่เห็นว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรม การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังเป็นไปอย่างจำกัด และมุ่งที่จะใช้ในสถานการณ์ที่พิเศษจริงๆ เท่านั้น⁵

การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายอังกฤษในปัจจุบันมีแนวความคิดเห็นที่แตกต่างกันเป็นสองแนวทาง คือ⁶

แนวความคิดแรกเห็นว่า พยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวกับประเด็นไม่ควรที่ศาลจะไม่ยอมรับฟังเพียงเพราะเหตุว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ พยานหลักฐานทั้งหมดซึ่งมีความจำเป็นต่อการประสิทธิประสาทความยุติธรรมแล้วควรที่จะรับฟังได้ การตอบสนองต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมอาจถูกฟ้องร้องเป็นอีกคดีหนึ่งต่างหาก

แนวความคิดที่สองเห็นว่า ศาลไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานที่ได้โดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสม การยอมรับฟังอาจจะเป็นการกระตุ้นหรือส่งเสริมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ การตอบสนองต่อการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสมก็คือ การบังคับในเวลาต่อมาให้เกิดการเคารพในสิทธิและเสรีภาพและยับยั้งการล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง

จากความขัดแย้งของทั้งสองแนวความคิดส่งผลให้การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศไทยมีลักษณะในทางประนีประนอมระหว่างสองแนวความคิดเข้าด้วยกัน และมีการนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรโดยบัญญัติหลักเกณฑ์ในลักษณะที่มีความยืดหยุ่น โดยวางแนวทางของศาลเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้ ดังจะเห็นได้จาก The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 78 ว่า “(1) ในกระบวนการพิจารณาใดๆ ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานซึ่งโจทก์ประสงค์จะอ้างอิง หากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่า การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่า ศาลไม่ควรยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้น

⁵ มโน ซอศรีสาคร. เล่มเดิม. หน้า 55.

⁶ แหล่งเดิม.

(2) บทบัญญัติแห่ง มาตรา⁷ ไม่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมาย ซึ่งบังคับให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน”⁷ จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานโดยมีเงื่อนไขที่สำคัญ คือ การคำนึงถึงพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย กล่าวคือ ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี

หลักการรับฟังพยานหลักฐานในประเทศอังกฤษ พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในตัวของมันเองย่อมรับฟังได้เสมอ โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการที่ได้มาว่าพยานหลักฐานนั้นจะได้มาอย่างไร และสิ่งที่ดูเหมือนที่ประเทศอังกฤษมุ่งพิจารณาเป็นสำคัญ ก็คือ คุณค่าในความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวของประเทศไทย หมายถึง เฉพาะพยานเอกสารและพยานวัตถุเท่านั้น โดยศาลอังกฤษกล่าวไว้ชัดว่าหลักการดังกล่าวไม่เกี่ยวกับคำรับสารภาพที่ได้มาโดยไม่สมัครใจ นั่นก็หมายความว่า หากเป็นคำรับสารภาพที่ได้มาโดยไม่สมัครใจ คำรับสารภาพนั้นรับฟังไม่ได้ (Inadmissible) และศาลจะใช้ดุลพินิจรับฟังไม่ได้เป็นอันขาด⁸ โดยผู้เขียนได้นำตัวอย่างของแนววินิจัยเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของศาลอังกฤษดังนี้

คดี King v. R (1961) AC 304⁹ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจค้นตัวจำเลยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและพบยาเสพติด ศาลรับฟังยาเสพติดลงโทษจำเลย

Lord Hodson ผู้พิพากษาได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า กรณีนี้มีใช้คดีซึ่งมีการได้พยานหลักฐานมาโดยวิธีการที่รัฐไม่ควรใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานนั้น หากศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีนี้แล้ว พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการกระทำความผิดก็จะถูกตัดออกไป

นอกจากนี้ในคดี Jeffrey v. Black (1978) QB 409¹⁰ ศาลได้วินิจฉัยว่าการตรวจค้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการค้นไปในเคหสถานโดยไม่ได้รับความยินยอม ไม่มีหมายค้นและมิได้ทำการตรวจค้นในเคหสถานอันเกี่ยวเนื่องกับความผิดที่จำเลยถูกจับ โดยจำเลยถูกจับในข้อหาขโมยแซนวิส เจ้าพนักงานค้นบ้านจำเลยโดยปราศจากความยินยอมและไม่มีหมายค้นปรากฏว่าพบยาเสพติดจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นของกลางในคดีนี้ แม้ยาเสพติดจะได้มาจากการตรวจค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยาเสพติดจำนวนนี้ก็เกี่ยวข้องกับประเด็นและสามารถนำสืบหรือรับฟัง

⁷ ชลลดา จินตเสถียร. (2553). ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตาม มาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 37.

⁸ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ข (2531, ธันวาคม). “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา.” วารสารนิติศาสตร์, 9, 3. หน้า 17.

⁹ มโน ซอศรีสาคร. เล่มเดิม. หน้า 58.

¹⁰ แหล่งเดิม.

ในคดีความผิดฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองได้ เพราะไม่มีความไม่เป็นธรรม การกั้นแกล้งใดๆ เข้ามาเกี่ยวข้องในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น

ในส่วนหนึ่งของคำพิพากษาศาลได้กล่าวสรุปว่า ศาลมีแนวโน้มที่จะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานของโจทก์ หากพิจารณาเห็นว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมหรือเป็นการกดขี่ข่มเหงที่จะอนุญาตให้โจทก์นำสืบพยานดังกล่าว แต่ดุลพินิจนี้ควรใช้ในสถานการณ์ที่พิเศษจริงๆ ตัวอย่างเช่น หากเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่เพียงแต่จะเข้าไปในเคหสถานโดยไม่มีอำนาจเท่านั้น แต่ยังใช้เล่ห์กลหรือหลอกลวงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเป็นการกระทำที่เป็นการกดขี่ข่มเหง หรือไม่ยุติธรรม หรือประพฤติปฏิบัติไปในทางเลวทรามผิดศีลธรรมอีกด้วย แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานแห่งการค้นพบยาเสพติดนี้

จากแนววินิจฉัยของศาลที่ยกมาจึงสรุปได้ว่า ยาเสพติดซึ่งเป็นพยานวัตถุที่ได้จากการค้นโดยมิชอบ ศาลอังกฤษนั้นมิอำนาจรับฟังได้แม้การตรวจค้นในเคหสถานนั้นไม่ได้เกี่ยวเนื่องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา หากไม่ปรากฏว่าไม่มีความไม่เป็นธรรมหรือการกั้นแกล้งใดๆ เข้ามาเกี่ยวข้องในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น

3.1.3 ประเทศฝรั่งเศส

หลักการทั่วไปของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ศาลสามารถรับพยานหลักฐานทุกประเภททุกอย่าง ในการพิจารณาได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการรับฟังพยานหลักฐาน โดยเงื่อนไขประการที่สำคัญอยู่ที่ว่า หากการรวบรวมหรือได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเป็นไปโดยอิสระปราศจากการขู่เข็ญบังคับ หรือล่อลวงด้วยประการใด ก็ถือว่าพยานหลักฐานดังกล่าวนั้นศาลมีอำนาจที่จะรับฟังและวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีพิพาทคดี แนวคิดเช่นนี้จึงถือได้ว่ามีความแตกต่างไปจากระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เคร่งครัด

ประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกับประเทศอื่นที่ถือว่าพยานบุคคลเป็นพยานหลักฐานสำคัญในคดีอาญา เนื่องจากเป็นพยานที่สามารถพิสูจน์การกระทำความผิดหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา หรือจำเลยได้ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสพยานบุคคลมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ

- 1) หน้าที่ที่จะต้องปรากฏตัวในการดำเนินคดี (L'obligation de comparaître)
- 2) หน้าที่ที่จะต้องให้การในคดี (L'obligation de déposer)
 - (1) หน้าที่ที่จะต้องพูด (L'obligation de parler)
 - (2) หน้าที่ที่จะต้องพูดความจริง (L'obligation de dire la vérité)

พยานหลักฐานที่จะต้องมีการนำเสนอและโต้แย้งคัดค้านกันในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีของศาลส่วนใหญ่แล้วเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาในชั้นก่อนการพิจารณาของศาล ซึ่งตามระบบกฎหมายวิธีพิจารณาศึาคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศส การรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นก่อนการพิจารณาของศาลดังกล่าวมี ประเด็นสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงอยู่สองประการ คือ

- 1) พยานหลักฐานใดบ้างที่จะสามารถนำเสนอต่อศาล และ
- 2) จะรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าวด้วยวิธีการอย่างไร

สำหรับประเด็นแรก ไม่ค่อยเป็นปัญหาเท่าใดนักในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากตามหลักการทั่วไปของกฎหมายฝรั่งเศส ศาลสามารถรับพยานหลักฐานทุกประเภท ทุกอย่าง ในการพิจารณาได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการรับฟังพยานหลักฐาน (La liberté dans la recevabilité de la preuve) ส่วนประเด็นหลัง หากการรวบรวมหรือได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเป็นไปโดยอิสระปราศจากการขู่เข็ญบังคับ หรือล่อลวงด้วยประการใด ก็ถือว่าพยานหลักฐานดังกล่าวได้มาโดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน (La légalité dans l'administration de la preuve)

หลักการดำเนินคดีอาญาของฝรั่งเศสนั้นยึดถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public prosecution) เป็นระบบที่คำนึงถึงการค้นหาความจริงโดยเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ถูกกล่าวหา แนวความคิดนี้ถือว่าเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายคือรัฐ เนื่องจากการกระทำความผิดนั้นกระทบถึงผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายจะเป็นความเสียหายโดยตรง ผู้เสียหายก็ไม่มีสิทธิดำเนินคดีอาญาได้ด้วยตนเอง ต้องให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้ดำเนินคดี¹¹

การดำเนินคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศสนั้นแบ่งเป็นสองขั้นตอนใหญ่ๆ คือ ขั้นตอนก่อนการฟ้องคดีอาญาและขั้นตอนหลังการฟ้องคดีอาญา ซึ่งการแบ่งการดำเนินคดีอาญาออกเป็นสองขั้นตอนดังกล่าวนี้ ก็เพื่อมิให้ศาลเป็นผู้ที่ใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการดำเนินคดีอาญา เช่นเดียวกับระบบไต่สวน ทั้งนี้ในขั้นตอนก่อนการฟ้องคดีอาญาจะมีองค์กรตำรวจสอบสวนและพนักงานอัยการทำหน้าที่เป็นผู้ค้นหาความจริง ส่วนขั้นตอนหลังการฟ้องคดีอาญาจะเป็นหน้าที่ขององค์กรศาลในการทำหน้าที่ขององค์กรศาลนั้นมีข้อสังเกตว่า นอกจากจะมีผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาและ

¹¹ อุทัย อาทิวะ. (2550, ตุลาคม). “พนักงานอัยการในวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส.” เนติบัณฑิตยสภา, 20, 219. หน้า 5.

พิพากษาคดีแล้ว ยังมีผู้พิพากษาไต่สวน¹² (Juge d'instruction) ซึ่งจะทำหน้าที่ไต่สวน และยังมีอำนาจในการค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานด้วยตนเองสำหรับคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน ซึ่งก่อนที่คดีอาญาจะมาถึงศาลตัดสินนั้น คดีส่วนมากจะต้องผ่านศาลไต่สวน (Juridiction d'Instruction) เสียก่อน สำหรับความผิดโทษจรรยา (Crime) นั้น กฎหมายบังคับให้อัยการต้องส่งเรื่องไปให้ศาลไต่สวนก่อนเสมอ อัยการฟ้องคดีโทษจรรยาต่อศาลตัดสินโดยตรงไม่ได้¹³ การค้นหาความจริงในศาลของประเทศฝรั่งเศส มิได้ใช้วิธีการต่อสู้เหมือนอย่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่อยู่ในลักษณะของการที่รัฐเข้าตรวจสอบค้นหาว่า ได้มีการกระทำความผิดจริงตามที่ได้มีการกล่าวหาหรือไม่ โดยอาศัยพยานหลักฐานที่ได้มีการนำเสนอขึ้นมาสู่กระบวนการพิจารณาของอัยการ ผู้ถูกกล่าวหาและจากการสืบพยานเพิ่มเติมของศาลเอง ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ความน่าเชื่อถือของพยานด้วยการถามค้าน (Cross-examination) อันเป็นลักษณะการค้นหาความจริงในระบบคอมมอนลอว์

ซึ่งถึงแม้ว่าในชั้นศาลตัดสิน กฎหมายจะได้วางหลักทั่วไปให้ศาลใช้วิธีพิจารณาความในระบบกล่าวหา โดยให้สิทธิคู่ความในการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกัน อันเป็นเรื่องของการต่อสู้กันในทางคดี แต่กฎหมายก็ให้อำนาจศาลแสวงหาข้อเท็จจริงได้ด้วย¹⁴ ระบบการดำเนินคดี ของประเทศฝรั่งเศส ศาลจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติม หรืองดสืบพยาน และทำการซักถามพยานเองจนเป็นที่พอใจ ทั้งนี้เพื่อการค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงมากที่สุด ไม่มีการกำหนดระเบียบวิธีการเกี่ยวกับการสืบพยานที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ และศาลก็มีอำนาจที่ใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้อย่างกว้างขวาง วิธีพิจารณาความอาญาในประเทศฝรั่งเศสแทบจะไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน ดังนั้น การโต้เถียงอย่างยืดเยื้อเกี่ยวกับการยอมรับหรือไม่ยอมรับพยานหลักฐานซึ่งเป็นสิ่งธรรมดาในวิธีพิจารณาความอาญาในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจึงไม่เป็นที่รู้จักในประเทศฝรั่งเศส¹⁵ นอกจากนี้สาระสำคัญอีกประการเกี่ยวกับ

¹² ผู้พิพากษาไต่สวนหรือผู้พิพากษาสอบสวน เป็นข้าราชการตุลาการแต่มีอำนาจอย่างพนักงานสอบสวนและผู้พิพากษา เมื่อสอบสวนคดีเสร็จเรียบร้อยแล้วจะได้ส่งฟ้องจำเลยต่อศาลที่มีอำนาจตัดสิน หรือสั่งไม่ฟ้อง.

¹³ สมคิด ฒ นกร. (2505, พฤษภาคม). “การพิจารณาคดีอาญาในฝรั่งเศส.” *จุลพาฬ*, 11, 5. หน้า 8.

¹⁴ กรณ์ สีนารักษ์ ฒ จำปาศักดิ์. (2552). *ระบบการถามค้านกับการค้นหาความจริงในคดีอาญา*. หน้า 52-53.

¹⁵ อภินพ จริยพงศ์. (2552). *หลักการพิสูจน์จนสิ้นความสงสัยตามสมควร: ศึกษากรณี มาตรา 227/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 72.

กฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของฝรั่งเศสมีหลักสำคัญคือ สำหรับในการพิจารณาของศาลในชั้นตัดสินคดี ข้อเท็จจริงที่ศาลจะรับฟังได้ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่มีการนำสืบด้วยวาจาในศาลแล้วเท่านั้น และที่จะขาดไม่ได้ คือ การพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย¹⁶

3.1.4 ประเทศเยอรมัน

หลักการดำเนินคดีอาญาของเยอรมันนั้นยึดถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public prosecution) เป็นระบบที่คำนึงถึงการค้นหาความจริงโดยเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ถูกกล่าวหา แนวความคิดนี้ถือว่าเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายคือรัฐ เนื่องจากการกระทำความผิดนั้นกระทบถึงผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายจะเป็นความเสียหายโดยตรง ผู้เสียหายก็ไม่มีสิทธิดำเนินคดีอาญาได้ด้วยตนเอง ต้องให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้ดำเนินคดี ซึ่งเมื่อกล่าวถึงเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะบทบาทของพนักงานอัยการของเยอรมัน พนักงานอัยการเยอรมันมีอำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีอาญา กล่าวคือ “การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้อง” เป็นกระบวนการเดียวที่แบ่งแยกไม่ได้ และการดำเนินการทั้งหมดอยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานอัยการฝ่ายเดียว ส่วนเจ้าพนักงานอื่นนั้น มีฐานะเพียงเป็นผู้ช่วยเหลือพนักงานอัยการเท่านั้น¹⁷ สำหรับหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงเป็นของศาล การดำเนินคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นการสืบพยาน ซักถามพยาน ศาลจะเป็นผู้ดำเนินการเองโดยตลอด คู่ความจะถามพยานต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน¹⁸ ศาลจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธีเกี่ยวกับการสืบพยานมักจะไม่มีหลักเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมากนัก โดยเฉพาะจะไม่มีบทตัดพยานที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดเข้าสู่ศาล และศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง การพิจารณาโดยเฉพาะคดีอาญา จะมีลักษณะเป็นการดำเนินการระหว่างศาลกับจำเลย คู่ความไม่มีบทบาทในการสืบพยาน โดยจะอยู่ในฐานะเป็นเพียง ผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นหาพยานหลักฐานหรือเป็นผู้กระตุ้นศาลเพื่อให้มีการสืบพยานเท่านั้น¹⁹

และเมื่อกล่าวถึงแนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของเยอรมัน แนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งอยู่แล้วว่าพยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังไม่ได้ เช่น มาตรา 81 C III 5, 98 b III 3, 100 d III 3,

¹⁶ อุดม รัฐอมฤต ข (2533, มีนาคม). “การพิจารณาคดีโดยเปิดเผย: หลักและข้อยกเว้นตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, 20, 1. หน้า 68-69.

¹⁷ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 42.

¹⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2542). กฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 5.

¹⁹ กรณ์ คินารักษ์ ณ จำปาศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 23.

100 d v, 100 f, 108 II, 136 a III 2 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น ก็ไม่มีปัญหาอะไร ปัญหาจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีอื่นๆ ที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะมีผลให้พยานหลักฐานที่ได้มาจับได้หรือไม่ นั่นเป็นปัญหาที่ยังไม่ยุติ และมีทฤษฎีต่างๆ ดังต่อไปนี้ ก. ทฤษฎีว่าด้วยพรหมแดนแห่งสิทธิ (Rechtskreistheorie) ข. ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลเบื้องหลังของบรรทัดฐาน (Die Lehre vom Schutzzweck der Norm) ค. ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิเหนือข้อมูลข่าวสาร (Die Lehre vom Informationsbeherrschung sanspruch) ง. ทฤษฎีดุลยภาพ (Die Abwägungslehre) ในการนี้ผู้เขียนกล่าวถึงแต่เฉพาะทฤษฎีดุลยภาพ เนื่องจากทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับจากทางศาล และเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำรา ทฤษฎีดังกล่าววินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป โดยในด้านหนึ่งเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริง (Das Interesse an Wahrheitsfindung) และการใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ (Effektiver Strafrechtspflege) การกระทำความผิดอาญาทางอาญาที่ถูกฟ้องร้อง (Die angeklagte Straftat) และความรุนแรงของความน่าตำหนิ (Die Schwere des Vorwurfs) ในอีกด้านหนึ่ง เป็นการเปรียบเทียบถึงความสำคัญของประโยชน์ที่ถูกละเมิด (Die Bedeutung des verletzten Interesses) และในกรณีที่มีการละเมิดตอบทบบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความแล้ว ต้องเปรียบเทียบถึงความสำคัญ (Gewicht) ของบทบัญญัติดังกล่าว กล่าวโดยสรุป เป็นการชั่งน้ำหนักของรัฐในการลงโทษการกระทำความผิด (Strafverfolgung) ในคดีใดคดีหนึ่งกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน²⁰ BGH ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า ปัญหาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจะจับได้หรือไม่ เป็นเรื่องที่จะต้องมาชั่งน้ำหนักประโยชน์กัน ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของกระบวนการพิจารณาที่ถูกละเมิด รวมทั้งความสำคัญของกระบวนการดังกล่าวที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของจำเลย ตลอดจนข้อพิจารณาที่ว่า ไม่ใช่ทุกกรณีที่จะต้องเอาความจริงมาตีแผ่กัน (BGH 14, 358, 365; 31, 304, 309; vgl. auch BVerfGE 34, 238, 247 และ BVerfG StV 1990, 1, 2) ในอีกด้านหนึ่ง ก็จะต้องไม่ลืมว่าข้อห้ามของการรับฟังพยานหลักฐานเป็นอุปสรรคต่อการค้นหาข้อเท็จจริง (BGH 28, 122, 128; 37, 30, 32) และตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญ รัฐมีหน้าที่จะต้องทำให้กฎหมายอาญามีผลในทางปฏิบัติขึ้นมาให้ได้ เพราะหากปราศจากสิ่งนี้แล้วความยุติธรรมก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นมาได้²¹ ประเด็นต่อไปก็คือว่า เมื่อพยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่จับได้ไม่ได้แล้ว ปัญหาว่า การจับได้ของ

²⁰ Vgl. Beulke. Strafprozessrecht. 3 Auflage. 1998. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2549, มกราคม – เมษายน). “บทบาทของศาลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา.” *ตุลพาห*, 53, 1. หน้า 158 - 160.

²¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2549, มกราคม – เมษายน). “บทบาทของศาลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา.” *ตุลพาห*, 53, 1. หน้า 161.

พยานหลักฐานดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะพยานหลักฐานที่ได้โดยตรงจากวิธีการอันไม่ชอบหรือจะรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอ้อมจากวิธีการอันไม่ชอบด้วย ในกรณีดังกล่าว ความเห็นในทางตำราเห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นจะรับฟังได้ก็ต่อเมื่อแม้ว่าจะไม่มีการละเมิดต่อข้อห้ามของการนำสืบพยานหลักฐานแล้ว จากเหตุผลของการค้นหาข้อเท็จจริงเท่าที่เป็นอยู่มีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะได้พยานหลักฐานดังกล่าวมา ตามความเห็นดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในด้านหนึ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่ได้รับประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของตน ในอีกด้านหนึ่ง ก็ไม่ได้ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาได้รับความเสียหายมากนัก²²

3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานบอกเล่า

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ ซึ่งในแต่ละมลรัฐอาจมีกฎหมายที่ออกบังคับใช้เฉพาะในรัฐของตนแตกต่างกันออกไป เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะพยานซึ่งต่างก็มีหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในแต่ละมลรัฐต่างกัน หลักเกณฑ์ประการสำคัญนั้นก็คงยึดถือตามหลักคอมมอนลอว์ของอังกฤษ คือ บุคคลที่จะมาเบิกความเป็นพยานต่อศาลจะต้องมีความรู้ในเรื่องที่จะต้องให้การนั้นๆ มาด้วยตนเองโดยตรง (First-hand knowledge) โดยทั่วไป ศาลจึงไม่รับฟังพยานบอกเล่าเว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้รับฟังได้ สำหรับศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Court) ซึ่งเป็นศาลของรัฐบาลกลางนั้น ปัจจุบันมีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานสำหรับศาลสหรัฐอเมริกา Federal Rules of Evidence หรือ F.R.E ใช้บังคับอยู่ซึ่งมีความทันสมัยและมีรายละเอียดในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานชัดเจนที่สุดเท่าที่มีอยู่ในสหรัฐอเมริกา กรณีพยานบอกเล่า F.R.E Rules 802 บัญญัติว่า “พยานบอกเล่าจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ เว้นแต่จะได้บัญญัติไว้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ หรือโดยข้อบังคับอื่นซึ่งกำหนดโดยศาลสูงโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยรัฐบัญญัติแห่งรัฐสภา” ข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า (Hearsay) ตามหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานสำหรับศาลสหรัฐอเมริกา มีกำหนดรายละเอียดไว้ใน Rules 803 และ Rules 804 นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่ากำหนดไว้ใน Rules 801 (d) จึงสามารถแยกพิจารณาพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นดังนี้

²² แหล่งเดิม.

3.2.1.1 คำกล่าวของผู้ตาย (Dying declaration)

คำกล่าวในขณะที่เชื่อว่าใกล้จะตาย (Statement under belief of unpending death) ในการดำเนินคดีฆาตกรรม (Homicide) หรือในคดีหรือกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งคำกล่าวของผู้ใกล้ตายขณะที่เชื่อว่าเขาจะต้องตายอย่างแน่นอนเกี่ยวกับสาเหตุ หรือพฤติกรรมแวดล้อมที่เขาเชื่อว่าเป็นเหตุแห่งการตาย

F.R.E. Rule 804 (b) (2) เป็นข้อยกเว้นที่ยอมให้รับฟังพยานบอกเล่าซึ่งเป็นคำกล่าวของผู้ใกล้ตาย โดยเหตุที่เชื่อว่า คนใกล้ตายย่อมจะพูดแต่ความจริง เช่นเดียวกับเหตุผลที่ยอมรับในหลักคอมมอนลอว์ และเรื่องราวที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอยู่ในความรู้เห็นของผู้กล่าวโดยเฉพาะ เช่นเดียวกับความรู้สึกว่าตนกำลังจะตาย คำกล่าวของผู้ใกล้ตายนี้สามารถรับฟังได้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา²³ แต่ความน่าเชื่อถือในการรับฟังแตกต่างกันเพราะคดีอาญาคำกล่าวของผู้ใกล้ตายในคดีฆาตกรรมเป็นเรื่องที่ผู้ตายกล่าวถึงสาเหตุและการกระทำที่มีการฟ้องร้องโดยตรง แต่ในคดีแพ่งนั้นมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอุบัติเหตุต่างๆ ซึ่งผู้ตายอาจมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยและโดยเฉพาะหากผู้ตายมีความรู้ในเรื่องความรับผิดชอบต่างๆ ของบุคคลทางแพ่งแล้ว จิตสำนึกของผู้ตายอาจต้องการที่จะป้องกันความรับผิดของตนหรือสร้างหลักฐานเพื่อประโยชน์แก่ทายาทในอุบัติเหตุต่างๆ ที่เกิดขึ้นเหล่านั้น

สรุปหลักเกณฑ์ในการรับฟังคำกล่าวของผู้ตาย ตาม F.R.E. Rule 804 (b) (2) คือ

1. รับฟังได้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งเป็นความผิดต่อชีวิตไม่ว่าโดยเจตนาหรือโดยประมาท
2. รับฟังได้เฉพาะสาเหตุและพฤติกรรมแวดล้อมซึ่งเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชีวิตเท่านั้น
3. ผู้กล่าวรู้สึกว่าจะตนใกล้จะตาย และไม่มี ความหวังว่าจะมีชีวิตรอดได้อีก
4. ไม่อาจนำตัวผู้กล่าวมาเบิกความต่อศาลได้ อาจเนื่องจากความตาย หรือโดยเหตุอื่นๆ ตาม F.R.E. Rule 804 (a)
5. ผู้กล่าวต้องอยู่ในฐานะที่รู้เห็นและน่าเชื่อถือได้ว่าคำบอกกล่าวนั้นเป็นความจริง ทั้งนี้ศาลสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินว่า แม้จะเข้าหลักเกณฑ์ทุกข้อ แต่เมื่อผู้กล่าวไม่ควรอยู่ในวิสัยจะมองเห็นว่าใครเป็นคนยิงคำบอกกล่าวนั้นไม่ควรรับฟัง²⁴

²³ หลักคอมมอนลอว์ ยอมรับฟังคำกล่าวของคนใกล้ตาย เฉพาะในคดีอาญาซึ่งเกี่ยวกับสาเหตุของการตายที่เป็นความผิดฐาน Murder or manslaughter เท่านั้น ไม่รวมถึงคดีอื่นและไม่ใช้กับคดีแพ่ง. อ้างถึงใน มยุรี จามิกรานนท์. เล่มเดิม. หน้า 165.

²⁴ มยุรี จามิกรานนท์. เล่มเดิม. หน้า 166.

3.2.1.2 คำกล่าวในขณะเกิดเหตุหรือกระชั้นชิดกับเหตุ

คำกล่าวในขณะเกิดเหตุหรือกระชั้นชิดกับเหตุเป็นข้อยกเว้นของพยานบอกเล่าเป็น “Res Gestae” ของอังกฤษ โดยศาลสหรัฐอเมริกามีเงื่อนไขในรับฟังคำกล่าวกรณีนี้อย่างเคร่งครัด เช่นเดียวกับของอังกฤษ ตาม F.R.E. Rule 803 (1) คือผู้กล่าวจะต้องกล่าวขณะเกิดเหตุหรือทันทีทันใดหลังจากเกิดเหตุ เนื่องจากเหตุผลโดยประการที่ว่าในเวลาขณะนั้นผู้กล่าวไม่มีโอกาสที่จะคิดแต่งเติมเสริมข้อเท็จจริงได้เลย คำกล่าวนั้นจึงน่าเชื่อถือและควรค่าแก่การรับฟัง อย่างไรก็ตาม ใ้คดีสำหรับหัวข้อ “คำกล่าวในขณะเกิดเหตุหรือกระชั้นชิดกับเหตุ” ดังกล่าวผู้เขียนจะได้ทำการกล่าวโดยละเอียดอีกครั้งเมื่อก้าวถึงการรับฟังพยานบอกเล่าในประเทศอังกฤษ

3.2.1.3 คำกล่าวครั้งก่อนของพยาน (Prior statement by witness)

คำกล่าวครั้งก่อนของพยาน (Prior statement by witness) หมายถึง คำบอกเล่าหรือคำพูดของพยานที่เคยกล่าวไว้ครั้งก่อนๆ ซึ่งมีได้ทำขึ้นในชั้นพิจารณาของศาล (Trial) หรือในชั้นพิจารณาไต่สวน (Hearing) โดยทั่วไปแล้ว คำกล่าวครั้งก่อนๆ ของพยานหากเสนอเข้ามาเพื่อพิสูจน์ความจริงตามที่กล่าวนั้นย่อมต้องห้ามแก่การรับฟังเพราะจะทำให้มีการสร้างพยานหลักฐานไว้ล่วงหน้า อย่างไรก็ตามหากมีการเสนอคำกล่าวครั้งก่อนของพยานซึ่งมิใช่เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง สามารถรับฟังได้โดยไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า ตาม F.R.E. Rules 801 (d) บัญญัติว่า “คำกล่าวครั้งก่อนของพยานไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า ถ้าผู้กล่าวได้มาเบิกความเป็นพยานในชั้นพิจารณาหรือในชั้นไต่สวนและมีโอกาสถามค้านพยานเกี่ยวกับคำกล่าว และคำกล่าวนั้น (A) ไม่สอดคล้องกับคำให้การของพยานซึ่งกระทำโดยมีการสาบานและอาจถูกลงโทษฐานเบิกความเท็จในชั้นพิจารณาหรือในชั้นไต่สวนหรือในกระบวนการพิจารณาอื่นๆ หรือในการทำคำให้การในชั้นศาล หรือ (B) สอดคล้องกับคำให้การของเขาและได้ถูกเสนอเพื่อหักล้างข้อกล่าวหาโดยขัดแย้งหรือโดยปริยาย ที่มีต่อเขาว่าให้การไม่เป็นความจริง หรือมีอิทธิพลหรือมูลเหตุจูงใจอื่นใดซึ่งไม่ถูกต้องหรือ (C) เป็นการระบุตัวบุคคลหลังจากที่ได้พบเห็นแล้ว” สรุปสาระสำคัญของ F.R.E. Rules 801 (d) ได้ดังนี้²⁵ คือ

1) ในกรณีที่พยานเบิกความไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งคำกล่าวครั้งก่อนๆ คู่ความฝ่ายตรงข้ามอาจอ้างคำกล่าวครั้งก่อนของพยาน เพื่อใช้ยืนยันว่าพยานเบิกความในชั้นศาลไม่เป็นความจริง ซึ่งพยานอาจต้องถูกดำเนินคดีฐานเบิกความเท็จ เช่น คำให้การของพยานในชั้นสอบสวนให้การว่า เอ. เป็นผู้ร้ายลักทรัพย์ แต่กลับเบิกความในชั้นศาลว่าจำคนร้ายไม่ได้ แสดงให้เห็นว่าพยานเบิกความไม่อยู่กับร่องกับรอย นอกจากจะเป็นการทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานปากนี้แล้ว พยานยังอาจถูกลงโทษในฐานะเบิกความเท็จอีกด้วย

²⁵ อภินพ จริยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 54.

2) ในกรณีที่คำกล่าวครั้งก่อนของพยานสอดคล้องกับคำให้การในชั้นศาล กรณีนี้เป็นการอ้างเพื่อปฏิเสธข้อกล่าวหาว่า พยานให้การชั้นศาลไม่เป็นความจริงมีการบิดเบือน หรือมีเหตุการณ์อื่นๆ ซึ่งมีอิทธิพลหรือมีมูลเหตุใจอื่นใดต่อการที่พยานมาเบิกความชั้นศาล ดังนั้น ฝ่ายที่อ้างพยานอาจเสนอคำกล่าวครั้งก่อนของพยานเพื่อปฏิเสธข้อกล่าวหาที่ว่า พยานเบิกความไม่เป็นความจริงหรือเพื่อแสดงว่าคำเบิกความของพยานไม่มีการเสริมแต่งขึ้นแต่ประการใดหรือไม่มีอิทธิพลอื่นใดที่ทำให้พยานเบิกความผิดไปจากความจริง เพราะคำเบิกความนี้สอดคล้องต้องตรงกับคำกล่าวของพยานในครั้งก่อน

3) ในกรณีที่คำกล่าวครั้งก่อนของพยานเป็นการระบุตัวบุคคลซึ่งได้ทำขึ้นหลังจากที่พบเห็นว่าเป็นใครแล้วสามารถรับฟังได้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าคำกล่าวของพยานในครั้งก่อนย่อมใกล้ชิดกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ดังนั้นพยานย่อมจำเหตุการณ์ได้ดีกว่า เช่น หลังจากที่ถูกจับตัวได้ขณะวิ่งราวทรัพย์ เจ้าทรัพย์ซึ่งชี้ตัวจำเลยและให้การในชั้นจับกุมย่อมจำเหตุการณ์และตัวจำเลยได้ดีกว่าในขณะที่มาเบิกความต่อศาลหลังจากนั้นอีก 2-3 เดือน ซึ่งการที่เจ้าทรัพย์หรือแม้แต่พยานที่มาให้การในชั้นศาลภายหลังนี้อาจจะจำหน้าจำเลยไม่ได้ การชี้ตัวในชั้นศาลอาจเกิดจากความเข้าใจหรือสันนิษฐานจากการที่จำเลยผู้นั้นถูกควบคุมตัวหรือ นั่งใกล้ทนาย หรือ พฤติการณ์อื่นๆ การอ้างคำกล่าวของพยาน ในครั้งก่อนที่เป็นการระบุตัวบุคคล อาจสอดคล้องหรือขัดแย้งกับคำเบิกความของพยานในคดีนี้ คือ ถ้าเป็นการสอดคล้องก็เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นการยืนยันตัวบุคคลที่ระบุไว้ตรงกัน หรือถ้าไม่สอดคล้องกันก็เป็นการอ้าง เพื่อรื้อฟื้นความทรงจำของพยานว่า พยานเคยชี้ตัวผู้ต้องหาคนใดในชั้นสอบสวน

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

ในระบบคอมมอนลอว์ แนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานบอกเล่าในคดีอาญามีแนวคิดที่ว่า โดยหลักพยานบอกเล่านั้นต้องห้ามในการรับฟัง ส่วนการรับฟังได้นั้นถือเป็นข้อยกเว้น อย่างไรก็ตาม ยังมีอีกแนวคิดที่ถือว่าพยานบอกเล่านั้นจำเป็นจะต้องรับฟังโดยมีเหตุผลอยู่หลายประการ เช่นเดียวกันกับแนวคิดแรกแต่อาจถือได้ว่าเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อยสำหรับในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้นในส่วนของประเทศอังกฤษ ผู้เขียนจึงขอทำการแยกพิจารณาแนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานบอกเล่านี้ออกเป็น 2 กรณี คือ

3.2.2.1 แนวความคิดที่ต่อต้านการรับฟังพยานบอกเล่า

ระบบคอมมอนลอว์นั้น จะมีบทคัดพยานบอกเล่าเป็นสำคัญที่สุดหลักหนึ่งของกฎหมายพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอเมริกัน กฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ได้วางหลักไว้ว่า พยานบอกเล่านั้นโดยหลักห้ามรับฟัง เหตุผลก็เพราะแม้พยานบอกเล่าจะมีคุณสมบัติอยู่บ้าง แต่ความคลาดเคลื่อนสูงมากและอาจชักนำให้ศาลตัดสินผิด พลาดไปจาก

ความจริงได้ง่ายมาก²⁶ และโดยหลักการคืออาญายอมรับกันว่า ประจักษ์พยานเป็นพยานที่ดีที่สุด เพราะเป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์ด้วยตนเอง เมื่อกล่าวถึงตัวประจักษ์พยานที่เป็นพยานบุคคลนั้น อาจมีข้อบกพร่อง ไม่ว่าจะเป็นข้อบกพร่องอันเกิดจากปัจจัยจากตัวพยานเอง เช่น การจดจำไม่ดีพอ หรือไม่สามารถจดจำรายละเอียดในเหตุการณ์หรือลืมข้อเท็จจริงบางอย่างหรือบางตอนไป เพราะได้เห็นเหตุการณ์มาเป็นเวลานาน เป็นต้น ส่วนปัจจัยภายนอกที่จะทำให้พยานบุคคล ให้การบิดเบือนไป เช่น การถูกข่มขู่ หรือให้สัญญาเพื่อต่อรองกับการให้การที่ไม่ตรงความเป็นจริง หรือความสงสาร หรือการมีผลประโยชน์ต่อคู่กรณีหรือความบาดหมางกับจำเลยหรือผู้เสียหาย หรือไม่ต้องการมีส่วนที่จะเป็นต้นเหตุให้มีการแพ้ชนะคดีกัน²⁷ หรือเป็นเพราะคำถามหรือคำซักค้านของโจทก์หรือจำเลยที่ไม่ชัดเจนพอ²⁸ กรณีจะเห็นได้ว่าตัวประจักษ์พยานที่รู้เห็นเหตุการณ์มาด้วย ตนเองโดยตรงที่หลักวิชาถือว่าเป็นพยานที่ดีที่สุด ก็อาจมีข้อบกพร่องบางประการดังที่ได้กล่าวไว้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสามารถของพยานบุคคลแต่ละราย ดังนั้น พยานบอกเล่าซึ่งรับฟังข้อเท็จจริงมาอีกทอดหนึ่ง จึงอาจมีความเคลื่อนไ้สูงมาก²⁹

เหตุผลที่แนวคิดดังกล่าวห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่านั้นอาจแยกเป็นข้อๆ ได้ดังนี้

1) พยานบอกเล่าไม่ใช่พยานที่ดีที่สุด เหตุผลนี้เป็นเหตุผลดั้งเดิมจากหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ คือ หลัก The Best Evidence Rule ซึ่งมีหลักว่า ถ้าประเด็นพิพาทประเด็นใดสามารถจะพิสูจน์ได้ด้วยพยานหลักฐานหลายชั้นต่างกัน คู่ความต้องนำพยานหลักฐานที่มีคุณภาพดี

²⁶ แหล่งเดิม.

²⁷ “...พระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา แม้มาเป็นพยานจะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใดๆ ก็ได้...” ตามความใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 115 ในทางปฏิบัติแม้จะมีการออกหมายเรียกพระภิกษุมาเป็นพยานในคดี แต่พระภิกษุมักใช้สิทธิตามกฎหมายดังกล่าวในการไม่ตอบข้อซักถามใดๆ เพราะไม่ต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับผลแพ้ชนะในคดี อย่างไรก็ดี การออกหมายเรียกพระภิกษุไม่อาจกระทำได้เพราะมีกฎหมายห้ามไว้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 106/1 ซึ่งกฎหมายให้ศาลออกคำบอกกล่าวแทน.

²⁸ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 243.

²⁹ หลักจิตวิทยาพื้นฐานที่ว่าคำพูดหรือคำบอกเล่าหรือภาษาของมนุษย์มีข้อจำกัดหรือข้อบกพร่อง ไม่มีภาษามนุษย์ภาษาใดที่สามารถสื่อความหมายเล่าเหตุการณ์เรื่องราวได้สมบูรณ์ 100 เปอร์เซ็นต์ เพราะฉะนั้นการบอกเล่าจากประจักษ์พยานไปสู่พยานบอกเล่าทอดที่หนึ่งย่อมจะเกิดความคลาดเคลื่อนขาดเกินเบี่ยงเบนออกไปในระดับหนึ่ง โดยเหตุผลของข้อจำกัดทางภาษาบวกกับอคติของคนฟัง ในต่างประเทศจึงมีการแบ่งชั้นของพยานบอกเล่าไว้อีกว่า เป็นพยานบอกเล่าชั้นที่หนึ่ง (First hand hearsay) หรือพยานบอกเล่าชั้นที่สอง (Second hand hearsay) อ้างถึงใน จริฎ ภักดิธนากุล. (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 308.

ที่สุดในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นพิพาทนั้นมาสืบ³⁰ ดังนั้น หากข้อเท็จจริงใดคู่ความสืบพิสูจน์ได้จากทั้งประจักษ์พยานและพยานบอกเล่า คู่ความต้องนำประจักษ์พยานซึ่งเป็นพยานที่ดีที่สุดเข้าสืบ³¹

2) การรับฟังพยานบอกเล่าทำให้ผู้บอกเล่าข้อเท็จจริงไม่ต้องมาสาบานตนและเบิกความ ต่อหน้าศาล จึงไม่มีหลักประกันใดๆ จะยืนยันว่าพยานจะกล่าวแต่ความจริง โดยไม่บิดพลิ้ว³²

3) การรับฟังพยานบอกเล่าทำให้ฝ่ายตรงข้ามหรือทนายความของฝ่ายตรงข้ามไม่สามารถซักค้านผู้บอกเล่าซึ่งเป็นผู้พบเห็นข้อเท็จจริงมาเอง และการซักค้านเพียงตัวพยานบอกเล่าก็ไม่ได้ประโยชน์อะไรมากนัก นอกจากนั้นการรับฟังพยานบอกเล่ายังเป็นการจำกัดสิทธิการต่อสู้คดีของจำเลย และยังมีผลทำให้การซักค้านของจำเลยไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากการซักค้านเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงจะมีประสิทธิภาพต่อเมื่อเป็นการซักค้านต่อคนที่รู้เห็นข้อเท็จจริงมาด้วยตนเองโดยตรง การซักค้านพยานบอกเล่าก็ได้ความแต่เพียงว่าเขาฟังมาถนัดหรือไม่ถนัด แต่เรื่องที่เขาได้รับฟังมาจริงหรือไม่ไม่สามารถถูกซักฟอกได้ด้วยการซักค้าน³³

4) การเล่าเรื่องต่อกันมาหลายๆ ทอดอาจทำให้ข้อความที่บอกเล่าเปลี่ยนแปลงหรือคลาดเคลื่อนได้

5) การรับฟังพยานบอกเล่าทำให้คู่ความไม่พยายามเสาะหาตัวประจักษ์พยานที่รู้เห็นข้อเท็จจริงมาเบิกความต่อศาล ซึ่งอาจจะเป็นเพราะพยานบอกเล่าหาตัวพบง่ายกว่าและมีจำนวนมากกว่าประจักษ์พยาน

6) การรับฟังพยานบอกเล่าถือว่าถือเป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน (Right to Confront Witness) เหตุผลข้อนี้เป็นเหตุผลพิเศษเฉพาะในคดีอาญา เนื่องจากการพิจารณาคดีอาญามีหลักการสำคัญว่า การพิจารณาและสืบพยานโดยหลักจะต้องกระทำต่อหน้าจำเลย³⁴ เพราะในการดำเนินคดีอาญารัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย มิให้ถูกล่วงละเมิด สิทธิที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเป็นสิทธิประการหนึ่งที่รัฐคุ้มครองจำเลยการรับฟังพยานบอกเล่าทำให้ผู้บอกเล่าไม่ต้องมาเผชิญหน้ากับจำเลย ซึ่งเป็นการเอาเปรียบและไม่เป็นธรรมแก่

³⁰ เข็มชัย ชูติวงศ์ ก เล่มเดิม. หน้า 151-152.

³¹ อุดม รัฐอมฤต ก เล่มเดิม. หน้า 88.

³² แหล่งเดิม.

³³ เข็มชัย ชูติวงศ์ ก (2551). รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา ภาค 2. หน้า 36.

³⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 172 วรรคหนึ่ง.

จำเลย³⁵ และเหตุผลที่สำคัญอย่างยิ่งคือ การที่จำเลยเป็นผู้ที่อาจจะต้องได้รับผลร้ายจากคำพิพากษา จำเลยจึงควรมีโอกาสที่ได้รับรู้กระบวนการพิจารณาในทุกขั้นตอน และรับทราบถึงพยานหลักฐานที่ได้นำสืบในชั้นพิจารณา³⁶

อย่างไรก็ตาม ต่อมาประมาณปี ค.ศ. 1800 แนวความคิดการนำพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาพิจารณาดังที่กล่าวไว้ได้เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากแนวความคิดดังกล่าวค่อนข้างเคร่งครัดทำให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงมีความยากลำบาก กฎเกณฑ์ในเรื่องนี้จึงค่อยๆ อ่อนลง จนกระทั่งยอมรับเป็นหลักว่า พยานชั้นที่สอง หรือพยานชั้นรองให้รับฟังได้ เพราะพยานหลักฐานชั้นรอง ก็เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง เพียงแต่ไม่สามารถจะใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงให้มีน้ำหนักน่าเชื่อถือได้ เท่ากับพยานที่ดีที่สุด แต่หากมีการนำสืบถึงเหตุผลที่ไม่สามารถนำพยานที่ดีที่สุดมาสืบให้ศาลเห็น ศาลก็จะรับฟังพยานหลักฐานชั้นรองได้³⁷ อีกทั้งพยานหลักฐานที่ดีที่สุดนั้นหายากมากเนื่องจากอิทธิพลของจำเลยมีมาก มีการฆ่าประจักษ์พยานทั้งหมดทั้งมีการว่าจ้างให้พยานกลับคำให้การในชั้นศาล มีการข่มขู่พยาน เมื่อพยานที่ดีที่สุดถูกทำลายไปทางศาลจึงยอมรับฟังพยานหลักฐานชั้นรองมากขึ้น³⁸

แนวความคิดนี้จึงยอมให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ในบางกรณี ซึ่งระบบคอมมอนลอว์ได้สร้างทฤษฎีต่างๆ ขึ้นจนเป็นบรรทัดฐานและได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปว่า หากเป็นคำกล่าวหรือพยานบอกเล่าประเภทดังต่อไปนี้ กฎหมายยอมให้ศาลรับฟังได้ ในการนี้ผู้เขียนจะขอลำดับถึงเฉพาะข้อยกเว้นที่เป็นที่ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าให้รับฟังได้สำหรับการพิจารณาคดีอาญา ดังนี้

1) คำกล่าวของผู้ตาย (Dying declaration)

คำบอกเล่าของผู้ถูกทำร้ายก่อนตายรับฟังได้เฉพาะในคดีอาญาซึ่งผู้บอกเล่าได้รับอันตรายจากการกระทำผิดเกี่ยวกับชีวิตเท่านั้น และต้องเป็นการบอกเล่าในเรื่องที่เกี่ยวกับสาเหตุหรือพฤติการณ์แห่งความตายที่ผู้กล่าวกำลังได้รับ คำบอกเล่าของผู้ถูกทำร้ายก่อนตายสามารถรับฟังได้ไม่ว่าคำบอกเล่านั้นจะเป็นผลดีหรือร้ายกับผู้บอกเล่าที่ตายแล้วก็ตาม เช่น คดี R. V. Scaife (1836) คำบอกเล่าที่ผู้ตายบอกว่าจำเลยไม่น่าทำร้ายตนเพราะเหตุเพียงแค่การขู่ข่มขืนเลย สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในลักษณะที่เป็นคุณกับจำเลยได้ เหตุผลที่ศาลยอมรับฟังคำบอกเล่าของผู้ถูกทำร้ายก่อนตายนั้น ผู้พิพากษา Eyre, C.B. เคยให้เหตุผลว่า คำกล่าวเช่นนี้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะน่าจะไม่มีสิ่งใดที่เป็นเท็จ เนื่องจากการกล่าวขณะที่ยุ้นใกล้จะตาย ความรู้สึกของคนทั้งหมดหวังจะมีชีวิตแล้วย่อมมารวมอยู่จุดเดียวคือ การกล่าวความจริง เพราะไม่มีเวลาที่จะคิดหา

³⁵ อุดม รัฐอมฤต ก เล่มเดิม. หน้า 89.

³⁶ สมชาย รัตนชื้อสกุล. (2545). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 208.

³⁷ ชลลดา จินตเสถียร. เล่มเดิม. หน้า 17.

³⁸ จิตติ เจริญถ้ำ. (2538). พยานในคดีอาญา. หน้า 72.

เหตุผลสร้างเรื่องเท็จขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ไรท์ดีผู้กล่าวต้องกล่าวโดยปราศจากความหวังว่าจะมีชีวิตรอดซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายโจทก์ที่จะต้องทำการพิสูจน์ และแม้ว่าความตายนั้นจะเกิดขึ้นเร็วหรือช้าหลังจากที่บอกเล่าก็ตาม ในคดี R. V. Bernadotti (1869) ผู้ตายถึงแก่ความตายหลังจากบอกเล่าสาเหตุและพฤติการณ์แห่งความตายถึง 3 สัปดาห์ ศาลก็ยังรับฟังคำบอกเล่านี้เป็นพยานหลักฐานได้ แต่ในคดี R. V. Jenkins (1869)³⁹ เมื่อเจ้าหน้าที่จดคำให้การของผู้ตายโดยเขียนข้อความว่า “ข้าพเจ้าขอให้การขณะที่หมดหวังว่าจะมีชีวิตรอด” และอ่านให้ผู้ตายฟัง ผู้ตายขอให้เติมคำว่า “ในขณะนี้” ต่อจากคำว่าหมดหวังด้วย ศาลฟังว่าในการที่ผู้ตายขอให้เติมคำว่า “ขณะนี้” ลงด้วยนั้นแสดงว่าผู้ตายยังมีความหวังจะมีชีวิตรอดอยู่ คำกล่าวของผู้ตายจึงรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา Eyre และ Nares J มีข้อคิดเห็นเกี่ยวกับคำกล่าวของผู้ตายในคดีที่มีการกล่าวหาเกี่ยวกับการฆาตกรรมเด็กผู้ชายว่า คำกล่าวของผู้ตายไม่เพียงแต่เป็นคำให้การที่ถูกตัดออกไปจากการสาบาน แต่มันถูกกันออกไปจากการถามค้านด้วย ผู้พิพากษาได้กล่าวเตือนไม่ให้ลูกขุนรับฟังคำบอกกล่าวของผู้ตายเช่นนั้น นั่นเป็นการยืนยันเกี่ยวกับการไม่รับฟังพยานที่ไม่ได้ผ่านการสาบาน หรือไม่รับฟังคำกล่าวของเด็กชายที่อยู่ในสภาพทำนองนั้น (สภาพที่ไม่คาดหวังจะมีชีวิตฟื้นคืนมา) เพราะมันขึ้นอยู่กับอคติภายในจิตใจและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กล่าวที่จะทำให้คำพูดของเขานั้นเทียบเท่าได้กับการสาบาน โดยสรุป ข้อยกเว้นของการรับฟังพยานบอกเล่าเกี่ยวกับคำกล่าวของผู้ตาย คือ ผู้นั้นเข้าใจว่าตัวเขากำลังจะตายจากการได้รับบาดเจ็บจากการถูกทำร้าย คำกล่าวนั้นจะรับฟังได้ขึ้นอยู่กับการพิจารณาและพฤติการณ์ที่คู่ความได้นำเสนอขึ้นมาเพื่อยืนยันว่าจิตใจของผู้กล่าวเป็นการกล่าวไปตามความเป็นจริง⁴⁰

2) คำกล่าวในขณะที่เกิดเหตุหรือกระชั้นชิดกับเหตุ (Res Gestae)⁴¹

Res Gestae หมายถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและเกิดขึ้นกระชั้นชิดกับข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดี หรือเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องราวแห่งพฤติการณ์ในคดีซึ่งสามารถรับฟังได้ โดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นของพยานบอกเล่าและใช้เฉพาะคดีอาญาเท่านั้น Res Gestae เป็นศัพท์ภาษาลาติน ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับ ข้อเท็จจริง (Facts) หรือเหตุการณ์ (Events) เริ่มปรากฏเป็นที่ยอมรับในปี ค.ศ. 1693 โดยศาลยอมให้รับฟังถ้อยพยานหลักฐานนี้เกิดขึ้นพร้อมกับข้อเท็จจริง (Concomitant with facts) หลัก Res Gestae แยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

³⁹ มยุรี จามิกรานนท์. เล่มเดิม. หน้า 79.

⁴⁰ John H. Langbein A (2003). *The Origins of Adversary Criminal Trial*. p.238.

⁴¹ มยุรี จามิกรานนท์. เล่มเดิม. หน้า 106 - 113.

(1) ในกรณีที่เป็นคำกล่าวซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกับพฤติกรรมอันเป็นประเด็นแห่งคดี และอธิบายถึงพฤติกรรมนั้น (Statements Accompanying and Explaining Relevant Act) ในการดำเนินคดีอาญาโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยเจตนาหรือไม่ โดยทั่วไปมักกล่าวกันว่า “กรรมเป็นเครื่องแสดงถึงเจตนา” แต่ในบางครั้งการกระทำที่เกิดขึ้นก็ไม่อาจบ่งชี้ให้เห็นได้โดยตัวของมันเองว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเจตนาหรือไม่ คดี *Howe V. Malkin* (1878) ได้วางหลักไว้ว่า “ในกรณีที่การกระทำนั้นไม่อาจบ่งบอกถึงเจตนาของผู้กระทำได้โดยตัวของมันเองแล้ว ถ้าในขณะที่กระทำ ผู้กระทำได้พูดหรือกล่าวถ้อยคำอย่างใดอย่างหนึ่งไว้พร้อมๆ กับการกระทำ ซึ่งเมื่อนำคำกล่าวนั้นมาพิจารณารวมกับการกระทำของผู้นั้นแล้วจะทำให้เข้าใจพฤติการณ์แห่งคดีที่เกิดขึ้นว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือไม่ คำกล่าวนั้นก็สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานประกอบคดีได้” เหตุผลที่ศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานชนิดนี้ก็เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในแง่ของความจำเป็น เพราะเหตุว่าบุคคลที่เหมาะสมที่สุดที่จะสามารถอธิบายและชี้ให้เห็นถึงเหตุที่ทำให้เกิดพฤติการณ์เช่นนั้น ก็คือบุคคลที่กระทำการนั้นเองและนอกจากนี้ข้อเท็จจริงที่ว่าคำกล่าวนั้นได้เกิดขึ้นอย่างทันทีทันใด หรือกระชั้นชิดกับการกระทำที่เกิดขึ้นย่อมเป็นการเพิ่มน้ำหนักให้คำกล่าวนั้นน่าเชื่อถือ คดี *R. V. Edwards* (1872) ผู้ตายซึ่งเป็นภรรยาของจำเลยได้ฝากขวานและมิดไว้กับเพื่อนบ้านและกล่าวว่า ตนรู้สึกปลอดภัยขึ้นถ้ามีดและขวานนี้อยู่ห่างออกไป ศาลยอมให้รับฟังได้โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานประกอบที่ชี้ให้เห็นถึงความรู้สึกของผู้ตายขณะนั้นว่าถูกขู่เข็ญจากจำเลย

(2) คำกล่าวซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดี ซึ่งบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์หรือผู้รู้เห็นเหตุการณ์ในขณะนั้นเป็นผู้กล่าวโดยกระชั้นชิด (Spontaneous Statement relating to an Event in Issue made by Participants or Observers) ลักษณะของคำกล่าวเช่นนี้มีไว้ใช้เป็นคำกล่าวของผู้กระทำการนั้น แต่เป็นคำกล่าวของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ หรือผู้รู้เห็นเหตุการณ์ได้กล่าวถ้อยคำใดๆ ออกมาในขณะที่กระชั้นชิดกับเหตุโดยไม่มีโอกาสได้ทันนึกคิดไตร่ตรองไว้ก่อน แต่จะต้องเป็นคำกล่าวที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดี ซึ่ง *Holt C.J.* ผู้พิพากษาในคดี *Thompson V. Trevanion* (1693) กล่าวว่า “ข้อความซึ่งภริยาโจทก์กล่าวในทันทีทันใดที่ถูกทำร้าย ก่อนที่จะมีโอกาสนึกคิดไตร่ตรองหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์แก่ตนนั้น ย่อมนำสืบเป็นพยานหลักฐานได้”

(3) คำกล่าวที่เกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจหรืออารมณ์ของผู้กล่าวในขณะนั้น (Statement Concerning the Maker's Contemporaneous State of mind or Emotion) ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ในคดี *Thomas V. Connell* (1838) คำกล่าวที่บุคคลใดได้กล่าวออกมาในขณะที่กำลังกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่และคำกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับสภาวะจิตใจหรืออารมณ์ที่เกิดขึ้นอย่าง

ต่อเนื่องของผู้นั้นแล้วย่อมสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อแสดงให้เห็นถึงสภาวะจิตใจหรืออารมณ์ขณะนั้น เหตุผลที่ยอมรับฟังเป็นเป็นที่น่าสนใจว่า บุคคลผู้กล่าวถ้อยคำนั้นควรจะกล่าวถ้อยคำออกมาโดยแสดงจากความรู้สึกของจิตใจหรืออารมณ์ที่เกิดขึ้นในทันใดขณะนั้น และในคดี Rattan V. R. (1972) ถือได้ว่าเป็นคดีบรรทัดฐานของอังกฤษตัดสินในศาล Privy Council จำเลยถูกฟ้องในข้อหาฆาตกรรมโดยการใช้ปืนยิงภรรยา จำเลยต่อสู้ว่าเป็นอุบัติเหตุจากการที่เขาทำปิ่นลั่นขณะทำความสะอาดปืน ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในเวลา 13.12 นาฬิกา ผู้ตายยังมีชีวิตและเหตุการณ์ยังปกติโจทก์นำพยานซึ่งเป็นคนรับสายโทรศัพท์จากบ้านจำเลยมาเบิกความว่า ในเวลา 13.15 นาฬิกามีเสียงผู้หญิงพูดในโทรศัพท์ด้วยความตระหนกตกใจว่า “โปรดเรียกตำรวจให้ด้วย” คณะกรรมการพิจารณาคดีนี้ตัดสินว่า คำกล่าวของผู้ตายที่พูดด้วยความตระหนกตกใจซึ่งพยานได้ยินนั้นสามารถรับฟังได้เพื่อเป็นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ว่า มีใครกำลังทำอันตรายหญิงผู้นั้น ซึ่ง Lord Wilberforce เห็นว่าพยานหลักฐานนี้ไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่าและสามารถรับฟังได้โดยถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับประเด็นในคดี

3) คำกล่าวครั้งก่อนของพยาน (Prior statement by witness)

คำกล่าวครั้งก่อนของพยาน คือ คำบอกเล่าของพยานที่อาจทำเป็นคำพูดหรือลายลักษณ์อักษร ซึ่งกระทำโดยที่พยานมิได้สาบานตัวก่อนและคู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่ได้ถามค้านพยาน และต่อมาพยานนั้นได้มาเบิกความต่อศาลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ตนเคยกล่าวไว้ครั้งก่อน โดยทั่วไปศาลจะรับฟังคำกล่าวครั้งก่อนของพยานเฉพาะกรณีที่ไม่สอดคล้อง (Inconsistent statement) กับคำเบิกความของพยานในคดีนี้เท่านั้น ซึ่งคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้นำเสนอต่อศาลเพื่อทำลายน้ำหนักคำเบิกความของพยานในคดีนี้ เพื่อแสดงให้เห็นว่าคำเบิกความของพยานไม่น่าเชื่อถือ คำกล่าวครั้งก่อนของพยานสำหรับในการนำมาพิสูจน์เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) เมื่อคำกล่าวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์อันเป็นประเด็นแห่งคดี (Res Gestae)

(2) เพื่อปฏิเสธการกล่าวหาว่าพยานเบิกความเท็จ (To Rebut Afterthought) คำกล่าวครั้งก่อนของพยานที่ได้กล่าวกับบุคคลอื่น หรือบันทึกส่วนตัวของพยานสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่าพยานเบิกความอันเป็นเท็จในศาล เช่น คดีที่มีการถามค้านพยานซึ่งเป็นภรรยาจำเลยโดยกล่าวหาว่าพยานบิดเบือนข้อเท็จจริงในการเบิกความต่อศาล เนื่องจากพยานได้ปรึกษาหารือกับจำเลยมาก่อน ข้อความที่พยานเคยกล่าวกับทนายความก่อนที่จะพบปะกับจำเลยหลังจากเกิดเหตุสามารถรับฟังเพื่อพิสูจน์การกล่าวหาว่าจำเลยได้ (R. V. Oyesiku, 1972) หรือในคดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจถูกฟ้องโดยกล่าวหาว่าเบิกความเท็จ ศาลอนุญาตให้เสนอสมุดบันทึกรายงานประจำวันเป็นพยานหลักฐานในคดีนี้ได้ (R. V. Benjamin, 1913)

(3) คำร้องทุกข์ในคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ (Complaints in Sexual Cases) คำกล่าวครั้งก่อนที่เป็นการร้องทุกข์ของผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่จะต้องเป็นคำกล่าวที่ผู้เสียหายได้กล่าวขึ้นทันทีที่มีโอกาสจะทำได้อย่างสมเหตุสมผล และต้องทำขึ้นโดยความสมัครใจของผู้เสียหายนั่นเอง มิใช่เกิดจากการแนะนำชักจูงใจใดๆ หรือโดยมีผู้อื่นถามนำ (R. V. Lillyman (1896); R. V. Osborne (1905)) อย่างไรก็ตามในคดีที่เด็กหญิงผู้เสียหายไม่ได้ให้การใดๆ ในชั้นศาลเลย ในคดีที่ฟ้องว่าจำเลยกระทำชำเราเด็กหญิงอายุ 5 ขวบ ซึ่งเป็นบุตรของจำเลยเอง ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นให้ยกฟ้องโจทก์ เพราะเห็นว่าคำฟ้องแต่คำเบิกความของพยานโจทก์ซึ่งเป็นยายของเด็กหญิงผู้เสียหายที่กล่าวว่าเด็กหญิงผู้เสียหายได้เล่าเรื่องที่กระทำชำเรานั้นไม่อาจรับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้ เพราะไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่เป็นคำกล่าวของผู้เสียหายโดยตรงในคดีนี้อันจะแสดงให้เห็นว่าเป็นการสอดคล้องกัน (R. V. Wallwork (1958))⁴²

ในทางปฏิบัติของศาลที่จะต้องให้คำเตือนแก่ลูกขุนถึงอันตรายจากการตัดสินความผิดของจำเลย โดยอาศัยเพียงพยานหลักฐานที่เป็นเหยื่อในคดีความผิดทางเพศ ซึ่งปราศจากพยานประกอบ ถือกันโดยเคร่งครัดว่าการเตือนต้องกระทำ แม้ว่าในที่สุดแล้วคำตัดสินจะเกิดขึ้นจากพยานที่ปราศจากพยานประกอบก็ตาม คำอธิบายว่าการเชื่อถือพยานหลักฐานของเหยื่อในคดีทางเพศเพียงลำพัง โดยปราศจากพยานประกอบก่อให้เกิดอันตราย ผู้พิพากษา Salmon L.J. อธิบายว่า จากประสบการณ์ที่ได้พบเห็นในศาลในบางครั้งเด็กหญิงและหญิงสาวจะเล่าเรื่องโกหกซึ่งเป็นการง่ายที่จะสร้างเรื่องเท็จเช่นนี้ ขณะที่ในส่วนของจำเลยแล้วการที่จะแก้ข้อกล่าวหาอันเป็นเรื่องยากมาก ส่วนเหตุผลของการสร้างเรื่องเท็จก็มีมากและในบางครั้งก็ไม่มีเหตุผลเอาเสียเลย อย่างไรก็ตามข้อกำหนดเกี่ยวกับคำเตือนเรื่องพยานประกอบนี้จะต้องปฏิบัติไม่ว่าเหยื่อนั้นจะเป็นหญิงหรือชาย เด็ก หรือคนชรา และไม่ว่าความยินยอมจะเป็นประเด็นในการพิจารณาหรือไม่ก็ตาม⁴³

(4) คำกล่าวที่เป็นการชี้หรือระบุตัวจำเลย เมื่อพยานมาเบิกความต่อศาลมักมีการถามพยานและให้พยานชี้ตัวจำเลยซึ่งมักจะต้องอ้างและพิสูจน์คำกล่าวครั้งก่อนของพยานที่เคยกล่าวหรือระบุตัวจำเลยหลังจากมีการกระทำความผิด ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ถ้าคำกล่าวครั้งก่อนที่เป็นการระบุตัวจำเลยนั้นได้กระทำขึ้นทันทีที่เกิดเหตุการณ์นั้น⁴⁴

⁴² แหล่งเดิม.

⁴³ อภินพ จริยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 61.

⁴⁴ มยุรี จามิกรานนท์. เล่มเดิม. หน้า 96.

(5) คำกล่าวครั้งก่อนของจำเลยที่กล่าวต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจในขณะที่มีการแจ้งข้อหาหรือจับกุมถ้าคำกล่าวนั้นเป็นปฏิปักษ์ต่อจำเลย และกล่าวโดยสมัครใจ สามารถรับฟังได้เสมือนเป็นคำรับอย่างหนึ่งของคู่ความ นอกจากนี้คำกล่าวครั้งก่อนของจำเลยขณะทราบการแจ้งข้อหาอาจแสดงปฏิกิริยาอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เพื่อประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงของลูกขุน⁴⁵

4) คำให้การของพยานในครั้งก่อน⁴⁶ (Testimony in Former Proceeding)

คำให้การของพยานในครั้งก่อน คือ คำเบิกความของพยานที่ได้ทำเป็นพยานหลักฐานโดยมีการสาบานและคู่ความฝ่ายตรงข้ามมีโอกาสดำเนินการในการพิจารณาครั้งก่อนและได้นำมาเสนอเป็นพยานหลักฐานในคดีนี้อีกครั้งหนึ่ง ในบางกรณีคำให้การของพยานในครั้งก่อนอาจนำมาเสนอต่อศาลคดีนี้โดยไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า เพราะมิได้มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงแห่งคำให้การนั้น เช่น ในกรณีที่พยานได้มาเบิกความต่อศาลในคดีนี้และคำให้การครั้งก่อนของเขาได้ถูกนำเสนอเพื่อเป็นการเตือนความทรงจำเมื่อเขาไม่อาจจำเรื่องราวที่เคยให้การไว้ หรือเมื่อคำเบิกความของเขาไม่สอดคล้องกับคำให้การในครั้งก่อน หรือในกรณีที่เป็นการอ้างคำให้การของพยานครั้งก่อนเพื่อสนับสนุนหรือทำลายน้ำหนักคำเบิกความของพยาน ซึ่งเกี่ยวกับคำให้การของพยานในครั้งก่อนซึ่งรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาได้จะต้องเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นคำให้การของพยานในชั้นศาลไต่สวน (Magistrate Courts) และพยานผู้นั้นไม่อาจมาเบิกความเป็นพยานต่อศาลในชั้นพิจารณาได้โดยเหตุแห่งความตาย เจ็บป่วยเกินกว่าที่จะสามารถมาเป็นพยานต่อศาล วิกลจริตหรือไม่อาจมาศาลได้โดยผลจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลย

(2) ในคดีอาญาที่มีอัตราโทษร้ายแรง ถ้าบุคคลใดมีความประสงค์ที่จะชี้แจงเรื่องราวเกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลยและบุคคลนั้นอยู่ในระหว่างอันตรายแห่งการเจ็บป่วย ถ้าศาลพิจารณาและเห็นสมควรแล้วโดยมีหลักฐานจากแพทย์ว่า บุคคลนั้นอยู่ในระหว่างอันตรายแห่งการเจ็บป่วยจริงโดยไม่อาจที่จะกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ และไม่มีเหตุอันสมควรที่จะนำบุคคลนั้นมาให้การต่อศาลได้โดยวิธีที่สะดวก ศาลอาจให้บุคคลนั้นสาบานและให้การเป็นพยานในสถานที่ซึ่งเป็นห้องพักผู้ป่วยหรือที่ใดๆ ก็ได้ และการอ้างคำให้การของพยานนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้รับแจ้งและมีโอกาสดำเนินการพยานนั้นแล้ว

⁴⁵ แหล่งเดิม.

⁴⁶ แหล่งเดิม.

(3) ในคดีที่เป็นความผิดซึ่งกระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ศาลอาจรับฟังคำให้การครั้งก่อนของเด็กหรือผู้เยาว์ซึ่งไม่ได้มาเบิกความเป็นพยานต่อศาลได้ เช่น คดีที่เป็นความผิดฐานกระทำการทารุณต่อเด็ก หรือความผิดทางเพศต่างๆ ที่กระทำต่อเด็ก หรือความผิดฐานกระทำอนาจารต่อเด็ก ถ้าศาลพิจารณาจากใบรับรองแพทย์แล้วเห็นว่า การมาเบิกความเป็นพยานต่อศาลของเด็กหรือผู้เยาว์นั้นจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อชีวิตหรือร่างกายอันอาจทำให้เด็กหรือผู้เยาว์ได้รับอันตรายได้ ศาลอาจรับฟังคำให้การของเด็กหรือผู้เยาว์ที่ทำขึ้นนอกศาลและจำเลยควรจะได้มีการถามค้านแล้วเป็นพยานหลักฐานได้

3.2.2.2 แนวความคิดที่สนับสนุนการรับฟังพยานบอกเล่า

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีอาญาในช่วงศตวรรษที่ 18 ที่สำคัญมีอยู่ 4 ข้อด้วยกัน โดยกฎเกณฑ์ 3 ข้อ ในส่วนที่เป็น The character rule, the corroboration rule และ The confession rule เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีอาญานั้น ส่วนกฎเกณฑ์ข้อที่ 4 ที่เป็น The hearsay rule เป็นกฎเกณฑ์ที่มีการใช้ร่วมกันกับการพิจารณาคดีแพ่ง เพียงแต่มั่นได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้ในคดีอาญานั้น⁴⁷

The character rule เป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมากเพื่อกันพยานหลักฐานเกี่ยวกับบุคลิกหรือคุณลักษณะที่เสียหายของจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพยานหลักฐานนั้นเป็นการกระทำผิดในครั้งก่อนๆ ของจำเลย กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการพัฒนาอย่างเต็มที่โดยเสร็จสมบูรณ์ในศตวรรษที่ 18 โดยมีการบัญญัติว่าโจทก์หรือพนักงานอัยการผู้ฟ้องร้องไม่สามารถนำพยานหลักฐานเกี่ยวกับบุคลิกหรือคุณลักษณะของจำเลยเข้าเป็นพยานหลักฐาน เว้นแต่จำเลยจะเป็นผู้นำเสนอพยานหลักฐานนั้นเสียเอง และ โจทก์หรือพนักงานอัยการก็ไม่สามารถที่จะทำการได้ส่วนหรือตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวได้⁴⁸

The corroboration rule เป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในการให้การเป็นพยานของกษัตริย์ มันเป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อป้องกันการให้การเท็จหรือเบิกความเท็จ กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเข้าไปทั้งในกรณีของคณะลูกขุน จนกระทั่งกรณีของนักโทษ ในปี 1780 กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้อ่อนลง คงเหลือแต่เพียงเป็นการตักเตือนหรือแนะนำคณะลูกขุนเท่านั้น⁴⁹

The confession rule เป็นกฎเกณฑ์ที่กันพยานหลักฐานที่เกิดจากการที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยให้การรับสารภาพว่ากระทำผิดนอกศาล เว้นแต่คำรับสารภาพดังกล่าวผู้ต้องหาหรือจำเลยจะทำได้ไปด้วยความสมัครใจ กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ที่กันคำให้การรับสารภาพของจำเลย

⁴⁷ John H. Langbein A Op.cit. p.179.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

ออกไปจากการเป็นพยานหลักฐาน เนื่องจากคำรับสารภาพดังกล่าวอาจเกิดจากการโน้มน้าวใจ โดยการให้ความหวัง หรือโดยการทำให้กลัวด้วยการทรมาน⁵⁰

The hearsay rule เป็นกฎเกณฑ์ที่ปฏิเสธ ไม่ยอมรับฟังคำกล่าวหรือคำบอกเล่าของบุคคล ที่เกิดขึ้นนอกศาล โดยมีเหตุผลหลักในการไม่รับฟังคำบอกเล่า 3 ประการ คือ

1) การรับฟังคำกล่าวหรือคำบอกเล่าของบุคคลอื่นเป็นสิ่งที่ขัดกันหรือไม่สอดคล้อง กันกับกฎเกณฑ์พยานหลักฐานที่ดีที่สุด ซึ่งพยานหลักฐานที่ดีที่สุดนั้นมีความสำคัญเป็นลำดับแรก ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

2) นั้นเป็นเพราะคำกล่าวหรือคำบอกเล่านอกศาลไม่ได้ผ่านการสาบานตน คำให้การ ของพยานหรือบุคคลเหล่านั้นจึงไม่มีความน่าเชื่อถือเพียงพอ⁵¹

3) คำกล่าวหรือคำบอกเล่านั้นไม่ได้ถูกควบคุมโดยการถามค้าน

อย่างไรก็ตามมันยังมีอีกแนวคิดหนึ่งที่ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าพวกเราควรที่จะยอมรับ ฟังคำบอกเล่าแนวทางดังกล่าวปรากฏอยู่ในคดี Old Bailey ในปี ค.ศ. 1730 ซึ่งขัดแย้งกับคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา Lee ผู้พิพากษาสูงสุดได้ให้ความเห็น (ตั้งข้อสังเกต) ไว้ในปี ค.ศ. 1744 ว่า แม้ว่าคำบอกเล่าจะไม่สามารถรับฟังได้ แต่มันก็ไม่ได้เป็นที่เสียหายมากนักถ้าหากมี ความจำเป็นที่จะต้องรับฟังคำบอกเล่า นั้น จากคดีดังกล่าว Oldham ได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการ ดำเนินคดีไว้ว่า คำบอกเล่าที่ปรากฏในคดีได้รับอนุญาตให้รับฟังเนื่องจากคู่ความทั้งสองฝ่าย ได้ถูกตัดสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานอื่นที่ไม่ใช่คำบอกเล่า ยิ่งไปกว่านั้น แนวคิดเกี่ยวกับคำบอกเล่ายัง ได้มีการขยายออกไปอีกว่าคำบอกเล่าของพยานไม่ได้เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจ หากมันได้ถูกเสริมให้เต็ม เต็มด้วยการสาบานของพยาน⁵²

Matthew Hale มีความคิดเห็นว่า “แต่อย่างไรก็ตาม พยานดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ใช่คำ บอกเล่าของพยานแต่เพียงอย่างเดียว มันถึงจะรับฟังได้” ส่วน Hawkin s ได้อธิบายเกี่ยวกับ คำบอก เล่าไว้ว่า บางทีเราก็จำเป็นต้องใช้คำบอกเล่าในการรับฟัง “หากคำบอกเล่านี้เป็นแนวทางที่สามารถ โน้มน้าวใจ หรือเป็นสิ่งที่ใช้ประกอบพยานหลักฐานอื่นได้อย่างเหมาะสม” สำหรับ Gilbert ได้เขียน ไว้ด้วยว่า “แม้คำบอกเล่าจะไม่ใช่พยานหลักฐานโดยตรง แต่บางทีมันก็เป็นพยานหลักฐานที่ทำให้ แน่ใจยิ่งขึ้น (In Corroboration) Christopher Allen ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จาก คำบอกเล่าอย่างทันสมัยไว้ว่า “แม้มันจะเป็นที่ตระหนักได้ว่า พยานบอกเล่าเป็นพยานที่มีน้ำหนักน้อย (เป็นพยานที่มีข้อบกพร่อง) แต่มันก็ไม่ได้มีข้อจำกัดใดที่จะให้ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับฟังพยานบอกเล่า

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

ดังกล่าวโดยสิ้นเชิง และมันค่อนข้างจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า บ่อยครั้งที่พยานบอกเล่าถูกนำมาใช้ในการเพิ่มเติม อธิบายหรือขยายความ หรือยืนยันเพื่อให้เกิดความแน่นชัดมากกว่าการพิสูจน์พยานหลักฐานตามปกติทั่วไป” Christopher Allen คาดหวังว่าควรจะมีการรับฟังคำบอกเล่าเพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนสำหรับคดีเหล่านั้น เราควรจะได้รับฟังคำบอกเล่า หากคำบอกเล่าที่ถูกอ้างนั้นเป็นสิ่งที่ทำให้สามารถคลายความสงสัยในข้อกล่าวหาหรือเป็นสิ่งที่สามารถควบคุมหรือสามารถตรวจสอบหาความจริงได้เป็นพิเศษ⁵³

ในกรณีของ The Old Bailey นั้นได้มีการยอมให้รับฟังคำบอกเล่าของเด็กที่เป็นเหยื่อผู้ซึ่งไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะมาให้การเป็นพยานได้ เนื่องจากหญิงนั้นยังเด็กเกินไปที่จะตระหนักถึงความสำคัญของการสาบานตนของหญิงนั้น ผู้พิพากษาจึงได้ทดแทนสิ่งดังกล่าวให้โดยการอนุญาต มารดา ศัลยแพทย์ หรือบุคคลอื่นผู้ซึ่งเด็กคนดังกล่าวได้บอกเล่าเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกัน แสดงบันทึกเรื่องราวต่างๆ ที่เด็กคนดังกล่าวได้พูดกับเขาทั้งหลาย คดีดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในเอกสาร (รายงาน) การประชุมเกือบจะตลอดหนึ่งศตวรรษ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1670 จนกระทั่ง ปี ค.ศ. 1760 แต่มันไม่ได้มีการพัฒนากฎเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นของคำบอกเล่าอย่างเป็นทางการ เนื่องจากมันเป็นการยากเกินไปที่จะทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวสัมพันธ์กันกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสาบานหรือการถามคำถาม ในปี ค.ศ. 1779 ผู้พิพากษาทั้ง 12 คน จึงได้ออกเสียงต่อต้านการรับฟังคำให้การของพยานที่เป็นเด็กที่ไม่ได้สาบานตัว⁵⁴

ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 คนส่วนใหญ่มีความคิดเห็นเกี่ยวกับพื้นฐานของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคำบอกเล่าว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการส่งเสริมกระบวนการถามคำถาม คำชี้แจงเหตุผลทั้ง 3 ประการ ดังกล่าวของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคำบอกเล่ามันเหมาะสมกับคดีแพ่ง และมันก็เป็นสิ่งที่โจทก์ พนักงานอัยการและจำเลยต่างก็ให้ความสนใจ ดังนั้นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคำบอกเล่า จึงไม่ได้มุ่งที่จะปกป้องการใช้อำนาจของโจทก์หรือพนักงานอัยการในคดีอาญาที่มีต่อจำเลยไปในทางที่ผิดเป็นพิเศษเท่านั้น มันยังเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้เกิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานในคดีอาญาที่เป็นกฎเกณฑ์ Corroboration และ Confession ในช่วงศตวรรษที่ 18 ด้วย⁵⁵

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานมีการแบ่งเป็นประจักษ์พยานกับพยานบอกเล่า พยานชั้นหนึ่งกับพยานชั้นสอง เป็นต้น เพื่อให้มีผลไปถึงการชั่งน้ำหนักของพยานว่า ประจักษ์พยานมีน้ำหนักมากกว่าพยานบอกเล่า โดยวางหลักว่าพยานบอกเล่ามีน้ำหนักน้อย ลักษณะของพยานบอกเล่าจึงเป็นสาระสำคัญในระบบกฎหมายลักษณะพยานของคอมมอนลอว์ ถึงกับบัญญัติ

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

หลักเกณฑ์การรับฟังพยานบอกเล่าเสียละเอียดยุทธลักษณะ จนกระทั่งกฎหมายลักษณะพยานอังกฤษเต็มไปด้วยบทคัดพยานบอกเล่าเสียกว่าครึ่ง ความสำคัญมีดังนี้จึงไม่ต้องแปลกใจที่ลักษณะของพยานบอกเล่าจะได้รับการขยายความให้รวมไปถึงพยานบอกเล่าที่อยู่ในรูปของพยานเอกสารหรือพยานวัตถุก็ได้ขอเพียงพยานหลักฐานใดมีลักษณะเป็นคำกล่าวของบุคคลอื่นนอกศาลแล้วได้มีการนำเสนอในศาลเพื่อพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามคำกล่าวนั้นๆ ก็ถือเป็นพยานบอกเล่าไม่ว่าจะเป็นคำเบิกความของพยานหรือว่าเป็นบันทึกคำกล่าวในรูปเอกสารก็ตาม⁵⁶

อย่างไรก็ตามในระบปัจจุบันข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าในระบบคอมมอนลอว์ได้ขยายวงกว้างขึ้น จนกระทั่งข้อยกเว้นจะกลายเป็นหลักทั่วไป ดังที่กฎหมายอังกฤษ The Civil Evidence Act 1995 ยกเลิกข้อห้ามในการรับฟังพยานบอกเล่าในคดีแพ่งเสีย จึงมีผู้กล่าวว่าห้ามรับฟังพยานบอกเล่าคงไม่เป็นส่วนสำคัญของกฎห้ามรับฟังพยานหลักฐาน (Exclusionary rule) อีกต่อไป และตำรากฎหมายในอนาคตคงไม่กล่าวถึงข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า แต่จะกล่าวถึงเงื่อนไขของการรับฟังพยานบอกเล่า แม้นักกฎหมายคอมมอนลอว์เองก็เคยเสนอให้ยกเลิกกฎว่าด้วยการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าเสีย ซึ่งมีเรื่องเล่าในหมู่ทนายความอเมริกันว่า ทนายความคนไหนที่คัดค้านการนำสืบพยานหลักฐานอันเป็นพยานบอกเล่าได้สำเร็จน่าจะไ้รางวัลเพราะทนายความอีกฝ่ายหนึ่งมักจะโต้เถียงได้เสมอว่า พยานนั้นเข้าด้วยข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า จึงได้มีการเสนอให้ยกเลิกข้อห้ามเกี่ยวกับพยานบอกเล่า โดยให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ทุกชนิดไม่มีจำกัด เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป (Continental) ซึ่งไม่มีข้อจำกัดในการรับฟังพยานบอกเล่า โดยที่การไม่มีข้อจำกัดดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่าก่อให้เกิดความยุ่งยากแต่อย่างใด⁵⁷

ในระบบกฎหมายของอังกฤษ ทนายความจึงถือได้ว่ามีส่วนสำคัญ กรณีใดจะเข้าข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าได้หรือไม่ได้ จำต้องอาศัยทักษะและความชำนาญของทนายความเป็นอย่างมาก กล่าวคือ หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน การแจกแจงเหตุผลอย่างรวดเร็วและการใช้ทักษะที่มีความชำนาญของทนายความ เป็นการชักนำความรู้สึกทางความคิดในทางคดี เป็นสิ่งที่ถือได้ว่ามีความสำคัญยิ่งกว่ากฎเกณฑ์ หรือลำดับเกี่ยวกับการซักถามพยาน เพราะเขาอาจประสบความสำเร็จในการซักถามพยานฝ่ายตรงข้ามในการพิสูจน์ให้เห็นถึงการยอมรับข้อเท็จจริงบางอย่างที่ผิดพลาดของพยาน⁵⁸ กรณีจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า แม้ยังมีอีกแนวคิดหนึ่งที่สนับสนุนการรับฟังพยานบอกเล่า แต่ในระบบวิธีพิจารณาความอาญาของอังกฤษยังคงเห็นตามแนวความคิดแรก ดังนั้น พยานหลักฐานที่เป็นพยานบอกเล่าจะเข้าสู่การรับฟังของ

⁵⁶ ไพจิตร สวัสดิสาร. (2542). ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ เล่ม 2 หน่วยที่ 13. หน้า 756.

⁵⁷ อภินพ จริยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 61.

⁵⁸ F. J. Wrottesley. (1961). *The Examination of Witnesses in Court*. p.142.

คณะลูกขุนได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับทักษะของทนายความและการตัดสินใจในข้อกฎหมายของผู้พิพากษาที่จะอนุญาตให้นำสืบพยานบอกเล่าขึ้นนั้นได้หรือไม่

3.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

การพิจารณาคดีในประเทศฝรั่งเศสรูปแบบการพิจารณาเป็นแบบไต่สวน (Inquisitorial System) ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรือลดสืบพยาน เพื่อค้นหาความจริงให้ได้ใกล้ความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธีเกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก⁵⁹ กฎเกณฑ์ต่างๆ ในการรับฟังพยานหลักฐานจึงไม่ยึดถือเคร่งครัดอย่างในประเทศอังกฤษ และไม่ได้กำหนดไว้ โดยชัดเจนเช่นหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานในประเทศเอง โกลอเมริกา โดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Procedure Civil) และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Procedure Penal) ไม่ปรากฏว่ามีหลักข้อจำกัดในเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่ากำหนดไว้

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีหลักการสำคัญเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของศาลฝรั่งเศสว่า บุคคลที่จะมาเบิกความเป็นพยานต่อศาล จะต้องมีความรู้โดยตรงในข้อเท็จจริงนั้น การที่พยานมาเบิกความต่อศาลโดยรับทราบข้อเท็จจริงมาจากผู้อื่นมีค่าเท่ากับข้อสันนิษฐานอย่างหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น โดยทั่วไปศาลของฝรั่งเศสจึงรับฟังเฉพาะพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้รู้เห็นหรือทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่จะมาเบิกความโดยตรงเท่านั้น พยานบอกเล่าถือว่าไม่ควรจะรับฟังเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง แต่โดยเหตุที่ระบบการพิจารณาคดีของฝรั่งเศสให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการแสวงหาความจริงจากพยานหลักฐาน ศาลฝรั่งเศสจึงอาจรับฟังพยานบอกเล่าได้หากศาลพิจารณาเห็นว่าพยานบอกเล่าที่น่าเชื่อถือ หรือรับฟังเพื่อประกอบกับพยานหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดี

การรับฟังพยานหลักฐานของฝรั่งเศสวางหลักไว้อย่างกว้างๆ เช่น ในคดีแพ่ง หลักในเรื่องการนำสืบพยานบุคคล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 252 บัญญัติไว้ว่า “ข้อเท็จจริงที่พยานบุคคลจะมาให้การได้นั้นจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ระบุโดยคู่ความหรือโดยศาล และอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิสืบหักล้างได้” หมายความว่า พยานบุคคลที่มาเบิกความต่อศาลนั้นอาจกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดๆ ก็ตาม เพื่อมุ่งพิสูจน์ถึงประเด็นแห่งข้อพิพาทเป็นสำคัญ โดยมีได้ข้อจำกัดเคร่งครัดว่าพยานบุคคลจะได้รับความรู้มาอย่างไรเพียงแต่ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่คู่ความหรือศาลได้ระบุอย่างถึงไว้แล้ว ส่วนการรับฟังพยานเอกสาร แม้ในกรณีที่เอกสารนั้นจะเป็นพยานบอกเล่าตามระบบคอมมอนลอว์ก็ตาม ศาลฝรั่งเศสสามารถรับฟังพยานเอกสารดังกล่าวได้ ทั้งนี้จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไป

⁵⁹ อุดม รัฐอมฤต ก. (2538, มิถุนายน). “ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 25, 2. หน้า 306.

ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ในเรื่องนั้นๆ โดยมีได้วางหลักเกณฑ์ว่าพยานเอกสารเป็นพยานบอกเล่าและต้องนำผู้จัดทำเอกสารนั้น มาเบิกความโดยตรงต่อศาลตามระบบคอมมอนลอว์แต่อย่างใด ในทางกลับกันศาลอาจกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำพยานเอกสารมาพิสูจน์โดยการทำสำเนาเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาส ตรวจสอบก่อน⁶⁰

ส่วนการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 427 บัญญัติว่า “เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในความผิดอาญาพยานหลักฐานทุกชนิดให้นำมาพิสูจน์ได้และให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการรับฟัง...” ในคดีอาญาเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง โจทก์หรือศาลอาจอ้างพยานหลักฐานทุกชนิดที่จะนำมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ เนื่องจากการพิสูจน์ความผิดในทางอาญาโจทก์มีภาระการพิสูจน์หนักและเป็นเรื่องยากแก่ การแสวงหาพยานหลักฐานเพราะเรื่องดังกล่าวมักเป็นความลับและผู้กระทำผิดพยายามปกปิด ดังนั้น แม้จะเป็นพยานบอกเล่าศาลก็รับฟังได้โดยมีข้อจำกัดน้อยหรือไม่มีเลย การพิจารณาคดีอาญาของฝรั่งเศสจึงมักปรากฏว่า พยานบอกเล่ามีปรากฏสู่การพิจารณาตัดสินของศาลเสมอ แม้จะเปล่าประโยชน์และเป็นอันตรายโดยเหตุที่ปราศจากความน่าเชื่อถือ เช่น คำบอกกล่าวโทษจำเลย คำพูดให้ร้ายหรือเรื่องส่วนตัวอื่นๆ ที่กระทำขึ้นนอกศาล แต่เนื่องจากศาลซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิพากษาอาชีพที่ได้รับการฝึกฝนในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานมาแล้วเป็นอย่างดี จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานและห้ามรับฟังพยานหลักฐานไว้เคร่งครัด นอกจากนั้นเนื่องจากศาลเป็นผู้มีบทบาทอย่างมากในการค้นหาความจริงในคดี ศาลจึงมีอำนาจในการซักถามพยานเอง โดยไม่จำเป็นต้องเรียงลำดับในการซักถาม ถามค้าน และถามติง อย่างในระบบคอมมอนลอว์แต่อย่างใด⁶¹

หลักในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของฝรั่งเศสนั้น มาตรา 427 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานได้แต่เฉพาะพยานหลักฐานที่ได้นำมาแสดงในการพิจารณาและได้มีการโต้แย้งกันแล้วต่อหน้าศาลเท่านั้น” หมายความว่า พยานหลักฐานทุกชนิดรวมทั้งพยานบอกเล่าศาลสามารถรับฟังได้ ถ้าพยานหลักฐานนั้นได้เข้ามาสู่การพิจารณาตัดสินโดยเปิดเผยและมีการโต้แย้งต่อหน้าศาลแล้วซึ่งเป็นหลักประกันที่สำคัญในการพิจารณาตัดสินของฝรั่งเศส⁶² ข้อกำหนดในเรื่องการซักถาม การถามค้าน และการถามติงที่ใช้พิสูจน์ค่าให้การของพยานนั้นไม่มีกำหนดไว้เช่นในระบบคอมมอนลอว์ แต่ศาลจะปฏิเสธ

⁶⁰ อภินพ จริยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 74.

⁶¹ วณิชชา พ่วงเจริญ. (2547). การรับฟังคำกล่าวของผู้ตายเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา. หน้า 35.

⁶² โกเมน ภัทรภิรมย์. (2527). เอกสารประกอบการบรรยายวิชาพยานหลักฐานในประเทศฝรั่งเศส. หน้า 5. อ้างถึงใน อภินพ จริยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 75.

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่มีการคัดค้านหรือโต้แย้งต่อหน้าศาล เช่น ข้อเท็จจริงที่ทราบจากการสนทนากฎหมายนอกศาล (Crim 20 Oct, 1925) หรือข้อเท็จจริงที่นำมาจากคดีอื่นซึ่งได้พิพากษาไปก่อนแล้ว โดยมีได้มีการนำสืบข้อเท็จจริงนั้นในการพิจารณาคดีนี้อีก (Crim 22 Dec, 1933) หรือข้อเท็จจริงที่ทำขึ้นเป็นเอกสาร โดยมีได้นำสำเนาให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ (Crim 26 Dec, 1961)

3.2.4 ประเทศเยอรมัน

การรับฟังพยานหลักฐานของประเทศเยอรมันเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ในการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศในระบบซีวิลลอว์ ไม่ได้ยึดถือเคร่งครัดอย่างในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ อย่างอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ระบบการพิจารณาคดีของเยอรมันให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการแสวงหาความจริงจากพยานหลักฐานศาลเยอรมันจึงอาจรับฟังพยานบอกเล่าได้หากศาลพิจารณาเห็นว่าพยานบอกเล่าที่น่าเชื่อถือ หรือรับฟังเพื่อประกอบกับพยานหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดี

คดีที่แสดงให้เห็นว่าพยานบอกเล่าที่น่าเชื่อถือเป็นสิ่งที่ทำให้สามารถคลายความสงสัยในข้อกล่าวหาและช่วยยืนยันให้คดีนั้นเกิดความชัดเจนมากกว่าการพิสูจน์พยานหลักฐานตามปกติ โดยคดีนี้เป็นกรณีการพิจารณาคดีของนายแพทย์อุนริช บาร์ช (จำเลยในคดี)⁶³ กล่าวคือ เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1959 เวลาประมาณ 14.00 นาฬิกา ที่บริเวณเดอะเคียร์พาท ในสวนพาลเลส ในเมืองเคาส์รุห์ หลังจากจำเลยยิงปืนสองนัดเพื่อฆ่านายไรมุนชุก (ผู้ตาย) แล้ว จำเลยยิงปืนนัดที่สามไปที่ท้องของผู้ตาย เหตุเกิดขึ้นเนื่องจากผู้ตายนั้นได้กระทำอนาจารต่อ ดญ.เวอร์โรนิก้า บาร์ช (ลูกสาวของจำเลย) และ ด.ญ.ฮิว เวบเบอร์ ซึ่งเป็นเพื่อนของลูกสาวของจำเลย โดยการเปิดอวัยวะเพศของผู้ตายให้บุคคลทั้งสองดู จำเลยตั้งใจทำร้ายผู้ตายที่บริเวณเท้าเนื่องจากผู้ตายพยายามหลบหนีจากการควบคุมตัว แต่ด้วยความประมาทของจำเลย จำเลยยิงปืนไปถูกบริเวณท้องของผู้ตาย จนเป็นเหตุให้ผู้ตายนั้นถึงแก่ความตาย

ถ้าพิพากษาในคดีนี้ ศาลตัดสินลงโทษจำคุกจำเลย 4 เดือน โดยรอการลงโทษจำเลยตาม StGB (กฎหมายเยอรมัน) มาตรา 23

ในคดีนี้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานดังนี้

1) พยานบุคคล คือ จำเลย ด.ญ.ฮิว เวบเบอร์ (เพื่อนของลูกสาวของจำเลย) ด.ญ.เวอร์โรนิก้า บาร์ช (ลูกสาวของจำเลย) นายเจอร์เกน ชมิดท์ (นักศึกษาอายุ 17 ปี เป็นบุคคลที่ช่วยควบคุมตัวผู้ตาย ก่อนที่ผู้ตายจะพยายามหลบหนี) น.ส.คาริสตา เกอร์เบอร์ (เป็นบุคคลหนึ่งที่ช่วยควบคุมตัวผู้ตาย) นายออกโต แวกเนอร์ (เจ้าพนักงานตำรวจ) นายเชีย ร็อดท์ (เจ้าพนักงานตำรวจ) นายโดริส รังซ์ (เจ้าพนักงานตำรวจ)

⁶³ John H. Langbein B (1977). **Comparative Criminal Procedure: GERMANY**. pp.43-49.

2) พยานเอกสาร คือ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญจากสถาบันนิติวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยไฮเดนเบิร์ก (ศาสตราจารย์ ดร.ปี เมาลอร์ และดร.เฟิร์ส เซอน) ประวัติอาชญากรรมของจำเลย ประวัติอาชญากรรมของผู้ตาย ข้อมูลส่วนบุคคลของจำเลย จำนวนการสอบสวนความผิดของผู้ตาย รายงานการสอบสวนความผิดของจำเลย รายงานการสอบสวนความผิดของผู้ตาย

3) การเดินเผชิญสืบของศาล

4) การตรวจดูอาวุธที่ใช้กระทำความผิดของศาล

5) ภาพอนาจารที่พบในตัวผู้ตาย

6) ภาพถ่ายและแผนที่แสดงสถานที่เกิดเหตุ

7) คำให้การของจำเลยในชั้นสอบสวน

8) จำนวนคดีของศาลท้องถิ่น (Amtsgericht) เลขที่ 5 Cs 21/54 ในข้อหาที่ผู้ตายกระทำความผิดฐานการเปิดเผยของลับในที่สาธารณะ

9) จำนวนการสอบสวนที่ 3 js 36/59 ของสำนักงานอัยการเคาส์รุห์

คดีนี้จำเลยให้การรับสารภาพว่ายิงผู้ตายจริง แต่อ้างเหตุว่าเป็นการกระทำไปเพื่อป้องกันมิให้ผู้ตายหลบหนีจากการควบคุมตัว โดยจำเลยยิงปืนไปสองนัดเป็นการเตือน แต่ผู้ตายไม่ยอมหยุด จำเลยจึงโกรธและได้ยิงปืนนัดที่สามซึ่งจำเลยอ้างว่าจำเลยมีสิทธิในการทำร้ายผู้ที่ถูกควบคุมตัวในข้อหาความผิดที่เกี่ยวกับเพศ เพื่อป้องกันมิให้หลบหนีและจำเลยเชื่อว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจับกุมให้สิทธิในการใช้ปืนยิงบุคคลที่หลบหนีจากการควบคุมตัวในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะผู้ที่มีอาวุธปืนมีใบอนุญาตให้พกพาอาวุธ

ประเด็นคือ ความตายของผู้ตายเกิดจากการกระทำของจำเลยหรือไม่ ศาลเห็นว่า คดีนี้สาเหตุแห่งการตายของผู้ตายเกิดจากการที่จำเลยยิงปืนจริง

ส่วนประเด็นที่ว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยมีสิทธิควบคุมตัวผู้ตาย ตาม StOP 127 (I) อันเป็นเรื่องบุคคลกระทำความผิดซึ่งหน้า จำเลยจึงมีสิทธิควบคุมตัว แม้จำเลยจะมีไซ้เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่การควบคุมตัวโดยชอบด้วยกฎหมายยังคงมีอยู่ในขณะที่ผู้ตายปีนต้นไม้เพื่อหลบหนีห่างออกไปจากตัวจำเลยประมาณ 3 เมตร เนื่องจากในขณะเวลาดังกล่าวผู้ตายยังไม่พ้นจากอำนาจการควบคุมตัวของจำเลยตามหลัก Hot Pursuit (การติดตามจับกุมผู้หลบหนีซึ่งยังไม่ขาดตอน)

สำหรับประเด็นที่ว่า จำเลยมีอำนาจใช้อาวุธในการรักษาอำนาจการควบคุมตัวหรือไม่ ในประเด็นนี้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง และไม่มีกฎหมายลำดับรองบัญญัติไว้เช่นกัน ศาลเห็นว่า ในการใช้อาวุธในการรักษาอำนาจในการควบคุมตัวสามารถกระทำได้ในกรณีที่บุคคลผู้ใช้อาวุธดังกล่าวไม่สามารถใช้กำลังขัดขวางหรือเห็นได้ชัดว่า

การใช้กำลังขัดขวางไม่สามารถประสบความสำเร็จได้ แต่การใช้อาวุธต้องกระทำไปโดยได้สัดส่วนกับพฤติการณ์แห่งกรณีด้วยและต้องปรากฏว่าไม่สามารถใช้วิธีการอื่นใดได้

ในคดีนี้ได้ความว่า ในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 1959 เมื่อ ค.ญ.เวอร์โรนีก้า บาร์ช (ลูกสาวของจำเลย) และ ค.ญ.ฮิว เวบเบอร์ (เพื่อนของลูกสาวของจำเลย) ถูกผู้ตายกระทำอนาจารโดยการเปิดของลับ เด็กหญิงทั้งสองก็วิ่งไปที่บ้านจำเลย หลังจากจำเลยทราบเรื่องดังกล่าวและทราบว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเคยเกิดขึ้นกับเด็กหญิงทั้งสองมาก่อนแล้วอย่างน้อย 15 ครั้ง ระหว่างเดือนเมษายน ปี 1958 ถึงวันเกิดเหตุ จำเลยจึงได้ออกติดตามผู้ตาย โดยนำอาวุธปืนติดตัวไปด้วยเพื่อป้องกันตนเอง โดยจำเลยได้รับอนุญาตให้พกพาอาวุธปืน ค.ญ.ฮิว พบผู้ตายและชี้ให้จำเลยทราบจำเลยจึงขับรถไปขวางผู้ตายไว้และควบคุมตัวผู้ตายโดยจำเลยเดินควบคุมตัวผู้ตายไปเพื่อนำตัวผู้ตายไปส่งสถานีตำรวจ ระหว่างเดินควบคุมตัวผู้ตาย ผู้ตายมีอาการขัดขืนและขณะเดินผ่านสวนพาลาซ การ์เด็น จำเลยเห็นนายเจอร์เกน สมิดท์ ซึ่งมีร่างกายกำยำสูง 1.89 เมตร จึงขอความช่วยเหลือทั้งสองคนจึงช่วยกันควบคุมตัวผู้ตาย ครั้งแรกผู้ตายพยายามหลบหนีแต่ไม่สำเร็จ ระหว่างที่ทั้งสองควบคุมผู้ตาย นายเจอร์เกน ได้ทราบเรื่องจากผู้ตายได้กระทำอนาจารเด็กหญิงทั้งสอง ระหว่างเดินทางก็พบนายเคาฮาซเดนและนางสาวคาริสตา เกอร์เบอร์ จึงขอความช่วยเหลือให้ควบคุมผู้ตายด้วยต่อมาผู้ตายปวดฉี่จึงได้ขอไปฉี่ แต่ผู้ตายกลับหลบหนี จำเลยจึงยังเป็นการดักเตือนผู้ตายสองครั้งแต่ผู้ตายไม่หยุด จำเลยจึงโกรธและได้ยิงนัดที่สามไปที่เท้าแต่กระสุนพลาดไปโดนท้องทะลุหัวใจเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย ขณะยิงผู้ตายอยู่ห่างจากจำเลย 3 เมตร โดยนายเจอร์เกน สมิดท์ ยืนอยู่ข้างๆ จำเลย ส่วนนายเคาฮาซเดนและนางสาวคาริสตา เกอร์เบอร์ ยืนห่างจำเลย 3 เมตร

สำหรับประเด็นว่า จำเลยเป็นผู้ยิงผู้ตายหรือไม่ จำเลยให้การรับสารภาพ ศาลรับฟังคำรับสารภาพของจำเลยประกอบกับประจักษ์พยานอีกสามปาก(นายสมิดซ์ นายเคา ฮาซเดนและนางสาวคาริสตา เกอร์เบอร์)โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้ยิงผู้ตาย

ในส่วนประเด็นที่จำเลยอ้างว่า จำเลยยิงผู้ตายเนื่องจากผู้ตายหลบหนีจากการควบคุมตัวของจำเลยในความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ศาลรับฟังจาก 1. คำเบิกความของจำเลย 2. ความรู้ความเข้าใจของนายสมิดซ์(ซึ่งได้ยิงผู้ตายพูดคุยกับจำเลยในขณะที่ช่วยจำเลยควบคุมตัวผู้ตาย(เป็นพยานบอกเล่า) 3. คำเบิกความของเด็กหญิงทั้งสอง 4. สำนวนสอบสวนที่ 3 js 36/59 ของสำนักงานอัยการเคาส์รุห์ (พยานบอกเล่า) จะเห็นได้ว่าศาลรับฟังพยาน 1,2, และ 4 ซึ่งเป็นพยานบอกเล่าในส่วนข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ตายได้กระทำอนาจารเด็กหญิงทั้งสองจริงโดยนำมาวินิจฉัยประกอบกับคำเบิกความของเด็กหญิงทั้งสอง ซึ่งเป็นประจักษ์พยาน แต่มีข้อบกพร่องเนื่องจากพยานทั้งสองเป็นเด็กอายุเพียง 12 ขวบ เบิกความโดยไม่ได้สาบานตัว อันเป็นเรื่องที่ศาลรับฟังพยานบอกเล่าในส่วนข้อเท็จจริงในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย ทำให้ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยมีอำนาจควบคุมตัวผู้ตายเพื่อใช้

ประกอบการวินิจฉัยมูลเหตุแห่งการจู่ใจในการที่จำเลยยิงปืนผู้ตายและใช้ดุลพินิจลงโทษจำคุกจำเลยเพียง 4 เดือน ทั้งๆ ที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตาย

นอกจากนี้ ศาลยังใช้พยานบอกเล่าอื่นในเชิงที่เป็นคุณแก่จำเลย คือ ประวัตินิติอาชญากรรมของจำเลย ว่าจำเลยไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน และข้อมูลส่วนบุคคลของจำเลยในเรื่องประวัติการทำงานของจำเลยว่าจำเลยประกอบอาชีพสตั๊ดแพนท์ที่มีจิตสำนึกในการปฏิบัติหน้าที่ประกอบการกำหนดโทษของจำเลยด้วย

นอกจากนี้ ศาลยังใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของจำเลยมาประกอบดุลพินิจในการลดโทษของจำเลยด้วย

ข้อพิจารณา

จากตัวอย่างการพิจารณาคดีของนายแพทย์อุณริช บาร์ช ถือว่ามีความสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดการรับฟังพยานบอกเล่านั้นเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในคดีดังกล่าวนี้การที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของนายแพทย์อุณริช บาร์ช ว่าเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำของนายโรมุนซูก (ผู้ตาย) ว่าได้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารต่อบุตรสาวของจำเลยจริงหรือไม่ ซึ่งอันเป็นเหตุที่ทำให้จำเลยอ้างความชอบธรรมในการฆ่าผู้ตาย โดยการวินิจฉัยความผิดของผู้ตายนั้นศาลได้รับฟังพยานบอกเล่าในการตัดสินความผิดของผู้ตาย โดยศาลพิจารณาจาก คำเบิกความของจำเลย (การบอกเล่าของเด็กหญิงที่ถูกจำเลยกระทำอนาจาร) คำเบิกความของนายสมิธซ์ซึ่งได้ยื่นจำเลยพุดคุยกับผู้ตายในระหว่างที่ช่วยจำเลยควบคุมผู้ตาย ส่วนการสอบสวนของสำนักงานอัยการ ประวัตินิติอาชญากรรมของผู้ตาย ส่วนการสอบสวนความผิดของผู้ตาย ส่วนคำบอกเล่าของเด็กหญิงทั้งสอง (บุตรสาวของจำเลยและเพื่อนของบุตรสาว) ไม่ได้ผ่านการสาบานเนื่องจากมีอายุเพียง 12 ขวบ แม้ถือว่าเป็นประจักษ์พยานในส่วนข้อกล่าวหาที่ว่าผู้ตายได้กระทำอนาจารหรือไม่ แต่เป็นพยานหลักฐานที่มีข้อบกพร่องเนื่องจากไม่ผ่านการสาบาน จากตัวอย่างคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลในประเทศเยอรมันนี้มีอำนาจในการประเมินคุณค่าของพยานหลักฐานได้โดยอิสระ ในการวินิจฉัยความผิดของผู้ตายแม้พยานหลักฐานเหล่านั้นจะเป็นเพียงพยานบอกเล่าแต่ศาลสามารถรับฟังและวิเคราะห์ซึ่งน้ำหนัก ในการตัดสินคดีได้ ทั้งนี้เพื่อการค้นหาความจริงของคดีเป็นสำคัญจึงไม่ได้เคร่งครัดต่อข้อจำกัดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบพยานหลักฐานเช่นในประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ประกอบกับในประเทศเยอรมันนั้นไม่ได้ยึดถือแนวทางการถามค้านเพื่อการค้นหาความจริงเป็นสำคัญ แต่เป็นอำนาจศาลที่มีอำนาจซักถามพยานได้ในทุกเรื่องโดยถือว่าทุกฝ่ายมีหน้าที่ในการร่วมกันค้นหาความจริง ดังนั้น การรับฟังพยานบอกเล่าเช่นนั้นจึงไม่ได้ขัดต่อระบบกระบวนการพิจารณาคดีแต่อย่างใด