

บทที่ 2

หลักกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในคดีอาญา และการรับฟังพยานบอกเล่าของศาล

พยานหลักฐานทุกชนิดทุกประเภทได้แก่พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในทางคดีอาญาได้ทั้งหมด ยกเว้นแต่จะมีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นไว้ พยานหลักฐานเช่นนั้นจึงต้องห้ามมิให้รับฟัง จึงเห็นควรศึกษาระบบการดำเนินคดีอาญา ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา ตลอดจนศึกษาหลักกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในคดีอาญา รวมทั้งแนวความคิดเกี่ยวกับการไม่รับฟังพยานหลักฐานในต่างประเทศเสียก่อน จากนั้นจะทำการศึกษาลักษณะการรับฟังพยานบอกเล่าของศาลเป็นอันดับต่อไป

2.1 ระบบการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญาเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นของการนำคดีเข้าสู่กระบวนการตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การดำเนินคดีอาญาจะเริ่มต้นควบคู่กันไป ในทันที เริ่มตั้งแต่การสืบสวน สอบสวน จับกุม ฟ้องร้อง และดำเนินคดีในชั้นศาล จึงอาจกล่าวได้ว่าการดำเนินการของระบบงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความสอดคล้องและสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดซึ่งจำเป็นต้องมีพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความสุจริต ซื่อสัตย์ และดำเนินการตามหลักการของกฎหมาย สมกับการบัญญัติกฎหมายมาใช้แก่ประชาชน นอกจากจะมีเจ้าหน้าที่และระบบกฎหมายที่มีประสิทธิภาพแล้ว ต้องมีกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ได้ดียิ่งด้วย เพื่อปกป้องคนดีและนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษ ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยทฤษฎีและหลักการ ตลอดจนแนวทางปฏิบัติของกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

ในการค้นหาความจริงในคดีอาญา อาจแบ่งในเชิงทฤษฎีออกได้เป็นระบบใหญ่ ๆ สองระบบ คือ

2.1.1 การดำเนินคดีอาญาของระบบกล่าวหา (Accusatorial System, Adversary System)

ใช้ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และประเทศที่ใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นระบบกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายจารีตประเพณี มีคำพิพากษาศาลเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดี ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดกฎหมายขึ้นมา กล่าวได้ว่า เป็น

ลักษณะของ Judge made law การพิจารณาคดีอาญานั้น จะมีคู่ความทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษา และคณะลูกขุน ทั้งนี้ ศาลเป็นผู้ชี้ขาดต้องวางเฉย (passive) คอยควบคุมมิให้มีการผิดกติกา ซึ่งเครื่องมืออันสำคัญในการค้นหาความจริง คือ กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่กำหนดว่า ข้อเท็จจริงใดที่ศาลจะรับฟังและข้อเท็จจริงใดที่ศาลจะไม่รับฟัง และกำหนดวิธีการที่จะนำสืบพยานหลักฐานด้วย เนื่องจากประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหา หรือที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์¹ มีการนำลูกขุนซึ่งเป็นคนธรรมดาเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง ดังนั้น เพื่อป้องกันอคติและความลำเอียงในจิตใจของคณะลูกขุนจึงมีกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานที่เคร่งครัดมากในการนำเสนอพยานหลักฐาน และการรับฟังพยานหลักฐาน เช่น การนำพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาสืบ (The Best Evidence Rule) มีบทตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบ (Exclusionary Rule) และบทตัดพยานบอกเล่า (hearsay) เป็นต้น¹

การค้นหาความจริงในระบบคอมมอนลอว์ การดำเนินคดีอยู่ภายใต้แนวความคิดที่ว่า การดำเนินคดีเป็นการต่อสู้ของบุคคล 2 ฝ่าย จึงมีรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความทำนองเดียวกับคดีแพ่ง การพิจารณาคดีอาญาในระบบนี้ประกอบด้วยองค์กร 3 ฝ่าย ได้แก่

1) ศาล (Trial Judge) ซึ่งจะเป็นผู้รักษากฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและสิทธิเสรีภาพของเอกชน

2) พนักงานอัยการ (Public Prosecutor)

3) ทนายจำเลย (Defense Attorney)

ระบบการพิจารณาคดีมีรากฐานมาจากการดำเนินคดีโดยประชาชน (Popular Prosecution) เป็นกรณีที่เอกชนคนหนึ่งฟ้องเอกชนอีกคนหนึ่งที่มิฐานะเท่าเทียมกัน มีลักษณะการต่อสู้กันระหว่างโจทก์ จำเลย ส่วนศาลวางตนเป็นกลาง วางเฉย ทำให้โจทก์ผู้ฟ้องคดีต่อศาลมีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด จึงเป็นการต่อสู้คดีอย่างเคร่งครัดและใช้วิธีการค้นหาความจริงโดยการถามค้านเป็นหลัก และศาลจะตัดสินใจไปตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ ศาลแทบไม่มีหน้าที่ถามพยานบุคคลที่อยู่ต่อหน้าจำเลยคือจะถามเฉพาะเมื่อคำตอบของพยานที่ตอบโจทก์หรือจำเลยไม่เป็นที่ชัดเจนหรือไม่เป็นที่เข้าใจ ศาลจะไม่ถามเพื่อค้นหาความจริงจากพยานบุคคลที่มาให้การอยู่ต่อหน้าศาล เพียงแต่จะควบคุมการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความ ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานการนำเสนอพยานหลักฐานในคดี จะถือว่าคู่ความทราบอยู่ก่อนแล้ว เนื่องจากมีกฎเกณฑ์แน่นอนตายตัว มีการสืบพยานที่เคร่งครัดมาก มีบทตัดพยานที่เด็ดขาด ศาลจะไม่แสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติม เหตุผลก็เนื่องจากความจำเป็นของกติกาในการต่อสู้ระหว่างคู่ความมิให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันและในประเทศระบบคอมมอนลอว์ใช้ระบบการ

¹ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 5.

พิจารณาคดีที่มีลูกขุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นผู้ชี้ขาดข้อเท็จจริง ดังนั้น การค้นหาความจริงตามระบบคอมมอนลอว์จึงปล่อยให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานมาสืบกันเอง เมื่อถึงขั้นสุดท้ายผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชนะคดี ตามพยานหลักฐานที่มีการนำมาพิสูจน์ได้

2.1.2 การดำเนินคดีอาญาของระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

เป็นระบบกระบวนการพิจารณาคดีในประเทศภาคพื้นยุโรป ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น ศาลในระบบนี้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี โดยศาลจะมีบทบาทในการดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยตนเอง (active role) กำหนดประเด็นในคดีควบคุมการดำเนินคดีในทุกขั้นตอน ทั้งนี้เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงใกล้เคียงความจริงมากที่สุด ในคดีอาญาบางกรณีศาลเข้าไปมีส่วนร่วมตั้งแต่ในชั้นสอบสวน การดำเนินคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นการสืบพยาน ซักถามพยาน ศาลจะเป็นผู้ดำเนินการเองโดยตลอด²

การค้นหาความจริงในระบบนี้เป็นระบบชีวิลลอว์ เป็นการพิจารณาคดีที่ไม่ใช่ลักษณะของการต่อสู้ระหว่างคู่ความในคดี แต่เป็นระบบที่ใช้วิธีซักพยานหาข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น องค์การทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีการร่วมมือกันในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างจริงจัง ศาลหรือผู้พิพากษาจะเป็นผู้รับผิดชอบในการค้นหาข้อเท็จจริงจากการสืบพยานหลักฐาน และข้อเท็จจริงของการกระทำผิด โดยไม่ปล่อยให้เป็นที่บทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการและทนายจำเลยเท่านั้น ศาลจะเป็นผู้ดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยตนเอง กำหนดประเด็นในคดีในฐานะเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาสืบพยาน เป็นผู้ควบคุมการดำเนินคดีทุกขั้นตอนและอยู่ในฐานะที่สามารถให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาได้โดยตรง ไม่มีบทกฎหมายวางระเบียบการสืบพยาน หรือไม่มีบทคัดพยาน (Exclusionary Rule) โดยเคร่งครัดว่าพยานประเภทนี้รับฟังได้หรือไม่ได้ ดังนั้น ศาลมักจะรับพยานหลักฐานทุกชิ้นเข้าสู่สำนวนความ และจะไปพิจารณาละเอียดตอนข้างหน้าพยานหลักฐานว่าพยานชิ้นใดควรมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด ศาลจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างขวางและ ยึดหยุ่นได้มาก

เนื่องจากระบบนี้ บทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาค้นหาความจริง คือผู้พิพากษาหรือศาลเท่านั้น ดังนั้นระบบนี้จะได้ผลหรือค้นหาความจริงได้ถูกต้องก็ต่อเมื่อ ผู้พิพากษานั้นกระทำการไต่สวนด้วยความระมัดระวัง ไม่ลำเอียง ต้องดำรงตนในฐานะที่ไม่เป็นปฏิกิริยาและเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งลักษณะเช่นนี้ได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นทฤษฎีบริสุทธิ์หรืออุดมคติผลจะเป็นจริงเป็นไปได้ยาก เพราะผู้ไต่สวนมักไม่สามารถหลีกเลี่ยงอคติจากการแสวงหาความจริงได้

² โสภณ รัตนกร. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 2.

เปรียบเทียบข้อแตกต่างระหว่าง “การดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน” กับ “การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา”

1) เกณฑ์ในการดำเนินคดี

“การดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน” มักจะไม่มีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะไม่มี “บทคัดพยาน” (Exclusionary Rule) ที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้เสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ และศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง

“การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา” วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัด ทำให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้น้อย ความสำคัญหรือข้อแพะชนะในคดีจะขึ้นอยู่กับความ สามารถของทนายความเป็นส่วนใหญ่

2) สถานภาพของผู้ถูกกล่าวหา

“การดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน” มุ่งแสวงหาข้อเท็จจริงจากตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยเป็นสำคัญ โดยหลักผู้ต้องสงสัยมักจะไม่รับสารภาพในการกระทำความผิดของตนโดยความยินยอมพร้อมใจ เพราะเท่ากับเป็นการทำร้ายตนเอง ดังนั้นจึงถือว่าการกระทำทรมานบังคับขู่เข็ญเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ มีการใช้จิตวิทยาและกลอุบายในการสอบสวน ไต่สวน เพื่อได้รับสารภาพ

“การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา” ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีลักษณะที่ไม่ใช่วัตถุแห่งการซักฟอกในคดีเหมือนการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน กล่าวคือ มีสิทธิหลายประการที่ไม่ใช่มีแต่เพียงหน้าที่อย่างเดียว ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับความคุ้มครอง

3) ผู้มีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริง

“การดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน” ผู้มีบทบาทในการดำเนินการ คือ ผู้ไต่สวนหรือศาล ดังนั้นระบบนี้จะได้ผลหรือค้นหาความจริงได้ถูกต้องก็ต่อเมื่อผู้พิพากษา หรือผู้ไต่สวนนั้นกระทำการไต่สวนด้วยความระมัดระวังไม่ลำเอียง ต้องดำรงตนทั้งในฐานะที่เป็นปฏิปักษ์และเพื่อประโยชน์ของผู้ต้องสงสัย ซึ่งลักษณะเช่นนี้ได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นทฤษฎีบริสุทธิ์หรืออุดมคติ อาจจะเป็นไปได้ยาก เพราะผู้ไต่สวนมักไม่สามารถหลีกเลี่ยงอคติจากการแสวงหาความจริง

“การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา” บุคคลผู้เกี่ยวข้องในคดีเช่น ทนายความ พยาน ตลอดจนคู่ความต่างมีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงได้อย่างกว้างขวาง

สำหรับการพิจารณาคดีของประเทศไทย ในทางปฏิบัติเนื่องจากในอดีตผู้พิพากษาได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษ³ จึงรับเอากระบวนการพิจารณาของประเทศอังกฤษ คือ การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหามาใช้ด้วย กล่าวคือ เป็นหน้าที่ของคู่ความทั้งสองฝ่ายต่างต้องแสวงหาพยานหลักฐานนำมาต่อสู้หักล้างซึ่งกันและกัน ศาลจะวางตนเป็นกลางโดยพิจารณาและพิพากษาคดี

³ จรัญ ภักดีธนากุล. (2551). “กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 280.

จากพยานหลักฐานที่ทั้งโจทก์และจำเลยนำมาสืบ ทั้งนี้พยานหลักฐานเหล่านั้นต้องเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี ไม่พุ่มเพื๋ย ศาลจะเปรียบเสมือนกรรมการในการตัดสินการต่อสู้ ประกอบกับให้สิทธิเอกชน ซึ่งเป็นผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้เช่นเดียวกับพนักงานอัยการ⁴ ปัจจุบันศาลไทยมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานได้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่าในทางปฏิบัติระบบการพิจารณาคดีของไทย เป็นระบบผสมของการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา (Accusatorial System / Adversary System) และการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน (Inquisitorial System)⁵

สรุปข้อแตกต่างของระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา

“ระบบไต่สวน” ระบบนี้ศาลยุติธรรมสามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับการสืบสวนโดยถือว่าเป็นเจ้าพนักงานสืบสวนคนหนึ่ง ศาลมีสิทธิที่จะถามปัญหาข้อเท็จจริงได้ทั้งหมด เช่น ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานชั้นไหนควรสืบเพิ่มศาลสามารถที่จะสืบได้โดยที่คู่ความไม่ต้องร้องขอ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับคู่ความที่มีความไม่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี เช่น ไม่มีความรู้เพียงพอ หรือมีฐานะยากจนที่ไม่สามารถว่าจ้างทนายความที่มีความสามารถในการต่อสู้คดี เป็นต้น และในขณะเดียวกันก็มีอำนาจที่จะตัดสินคดีด้วย จะเห็นได้ว่าในระบบนี้ศาลสามารถที่จะเข้าไปอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นได้สูง แต่สิ่งที่ต้องพึงระวังสำหรับระบบไต่สวนนี้ คือ ถ้าศาลไม่กระทำการไต่สวนด้วย

“ระบบกล่าวหา” ระบบนี้ศาลจะวางตนอย่างเป็นกลาง โดยเปิดโอกาสให้คู่ความต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกัน ศาลจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความ ถ้ามองเผินๆจะเห็นว่าระบบนี้เป็นการให้คู่ความต่อสู้คดีอย่างเสมอภาคกัน แต่ในความจริงที่ว่าคู่ความมีความต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องฐานะ ความรู้ การวางตนเป็นกลางของศาลอาจก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคในการต่อสู้คดีได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงบางประการคู่ความที่มีความรู้น้อยกว่า หรือฐานะยากจน ไม่สามารถที่นำพยานหลักฐานที่สำคัญขึ้นนั้นมาเสนอต่อศาลได้ การวางตนเป็นกลางของศาลจึงอาจทำให้คู่ความที่ด้อยกว่าในเรื่องความรู้ และฐานะทางการเงินไม่ได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง

ข้อดีและข้อเสียของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน⁶

1. ข้อดีและข้อเสียของระบบกล่าวหา ระบบกล่าวหาเป็นระบบที่สร้างหลักประกันสิทธิให้กับผู้ถูกดำเนินคดีมากที่สุด กล่าวคือ กระบวนการที่เปิดเผยทำให้ประชาชนสามารถเข้า

⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 28.

⁵ ชวลิต โสภณวัต, (2524) “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ”, ดุลพาฬ ปีที่ 28 เล่ม 6 หน้า 36.

⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, “ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในวิธีพิจารณาความอาญา”, . “ยื่นหยัดบนหลักนิติธรรม” ในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร หน้า 131 ถึง 133.

ตรวจสอบการดำเนินคดีของศาลได้อย่างเต็มที่ กระบวนการรับฟังความทุกฝ่ายโดยมีการแยกอำนาจฟ้องออกจากอำนาจตัดสินคดี ทำให้อคติของศาลในการฟ้องร้องและตัดสินหมดไป กล่าวคือ องค์การที่ทำหน้าที่ฟ้องร้องไม่ว่าจะเป็นอัยการหรือผู้เสียหายต่างไม่มีความเกี่ยวข้องกับองค์การที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีคือศาล

ในข้อดีดังกล่าว เราพบข้อเสียของระบบกล่าวหาบางประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ลักษณะของระบบกล่าวหาคือ การดำเนินคดีด้วยวาจา (Procedure orale) ซึ่งอาจก่อให้เกิดความยากลำบากในเรื่องความชัดเจนของข้อเท็จจริงรวมทั้งความทรงจำของพยานและผู้พิพากษาที่อาจหายไปทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเฉพาะในระบบลูกขุน หากพิจารณาข้อเสียของการดำเนินคดีด้วยวาจานั้น เราพบว่าข้อเสียดังกล่าวเกิดขึ้นกับการฟ้องคดีด้วยวาจาในศาลแขวงไทย กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้คดีเล็ก ๆ น้อย ๆ พนักงานอัยการอาจฟ้องด้วยวาจาต่อศาลแขวงได้ ซึ่งทางปฏิบัติการฟ้องด้วยวาจาอย่างเดียวยังทำให้ผู้ปฏิบัติงานขาดหลักฐานบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ข้อเท็จจริงไม่ชัดเจน และเสี่ยงต่อการหลงลืม รวมทั้งสร้างความยากลำบากให้กับศาลในการพิจารณา ดังนั้น แม้จะเป็นฟ้องด้วยวาจา แต่พนักงานอัยการก็จะเขียนฟ้องเป็นหนังสือเหมือนคำฟ้องปกติแต่ใช้รูปแบบคำฟ้องที่แตกต่างกัน

ประการที่สอง ระบบกล่าวหาที่ใช้ระบบลูกขุนต้องการผู้พิพากษาจำนวนมากที่มีผู้ใช้พิพากษาอาชีพ ดังนั้น เมื่อเริ่มกระบวนการพิจารณาจึงต้องมีกระบวนการจัดตั้งผู้พิพากษาซึ่งใช้เวลานานและอาจสร้างความไม่สะดวกให้กับหลายคนที่ไม่ต้องการเป็นลูกขุน เพราะอาจมองว่าเป็นการเสียเวลา หรือไม่ยอมรับผิดชอบตัดสินคดีทั้ง ๆ ที่ตนไม่มีความรู้กฎหมาย ในสังคมชนบทหรือสังคมที่ไม่ซับซ้อน การใช้ระบบกล่าวหาแบบลูกขุนอาจเหมาะสม แต่ในสังคมเมืองที่ทุกคนต้องทำงานและแข่งกับเวลา การไปเป็นลูกขุนจะเป็นภาระอย่างยิ่ง

2. ข้อดีและข้อเสียของระบบไต่สวน ในส่วนของข้อดีของระบบไต่สวน คือ การค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ เพราะการปล่อยให้คู่ความทั้งสองได้ต่อสู้กันย่อมเป็นการนำเสนอความจริงเพียงด้านเดียว การให้ศาลได้ไต่สวนความจริงทั้งหมดย่อมเป็นผลดีในการทำความจริงให้ปรากฏ ซึ่งหมายถึงความยุติธรรมนั่นเอง อย่างไรก็ตามระบบไต่สวนก็มีข้อเสียหลายประการเช่น

ประการที่หนึ่ง เมื่อศาลไต่สวนสามารถค้นหาความจริงได้เต็มที่ สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาอาจถูกระทบกระเทือน

ประการที่สอง กระบวนการไต่สวนภายใต้การบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรอาจทำให้เกิดความล่าช้า นอกจากนี้การเปิดความด้วยวาจาของพยานทำให้ศาลสามารถจับผิด ศาลสามารถตรวจสอบความน่าเชื่อถือรวมทั้งซักถามความจริงได้อย่างชัดเจนกว่าการให้การเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะตัวอักษรไม่อาจแสดงความน่าเชื่อถือของผู้สร้างตัวอักษรนั้นได้

2.2 หลักการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญาตามแนวความคิดสากล การดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดอาญา มีแนวปฏิบัติตามมาตรฐานสากล คือ ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา คือ บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยในศาลซึ่งเป็นอิสระและไร้อคติ และการพิจารณาคดีอาญาบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นด้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันในเรื่องต่างๆ เช่น มีสิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอในการสู้คดี สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยปราศจากการชักจูงอย่างไม่เป็นธรรม สิทธิที่จะอุทธรณ์การลงโทษ และคำพิพากษาต่อศาลสูงให้พิจารณาทบทวนอีกครั้งตามกฎหมาย เป็นต้น อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแต่ละประเทศได้แยกระบบการดำเนินคดีอาญาตามแนวคิดและวิวัฒนาการเป็น 2 ระบบ คือ การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ และการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน⁷

2.2.1 การดำเนินคดีโดยรัฐ (Public Prosecution)

หลักการนี้เป็นหลักการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นใหม่ เป็นแนวความคิดทางอรรถประโยชน์นิยม คือ การกระทำใดที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสังคม รัฐซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจะต้องเข้าไปดำเนินการป้องกันการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมีแนวคิดพื้นฐานหรือแหล่งที่มาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นส่วนใหญ่ โดยจะมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิของสมาชิกในสังคมหรืออาจเรียกว่า ประชาชนสาธารณะ ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ส่วนมากจะมีเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “พนักงานอัยการ” มีสถานภาพเป็นตัวแทนของรัฐ

ดังนั้น ตามแนวคิดพื้นฐานของหลักดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ บุคคลซึ่งเสียหายไม่มีสิทธิในการเข้ามาฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญา โดยมีประโยชน์ของรัฐหรือสังคมเหนือกว่าประโยชน์ของบุคคลรัฐเท่านั้นที่ผู้ใช้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาในการรักษาความสงบเรียบร้อยการดำเนินคดีอาญาผู้ที่เข้ามาดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นบุคคลใด คือ ผู้เสียหาย ประชาชน หรือ รัฐก็ตาม สิ่งที่สำคัญ คือ ต้องอำนวยความสะดวกอย่างเสมอภาคกันโดยไม่เลือกปฏิบัติว่าบุคคลที่เข้ามามีสถานะเช่นไร เนื่องจากบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกันในการเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น ไม่สมควรให้ความสำคัญกับการดำเนินคดีอาญาในกรณีใดกรณีหนึ่ง เช่น ให้เอกสิทธิ์หรือให้ความสำคัญกับการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมากกว่ากรณีที่ผู้เสียหายที่เข้ามาดำเนินคดีอาญาเอง เป็นต้น

⁷ อุดม รัฐอมฤต. (2535) “การฟ้องคดีอาญา”, วารสารนิติศาสตร์ ปี 22 ฉบับที่ 2 หน้า 243

2.2.2 การดำเนินคดีอาญาโดยเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในทางปฏิบัติอาจแยกออกเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย เป็นเรื่องของผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือบุคคลที่ใกล้ชิดของผู้เสียหายกระทำการดำเนินคดีเอง⁸ เป็นในรูปของการแก้แค้นเป็นการส่วนตัวหรือทำสงครามระหว่างกลุ่มชนที่เกี่ยวข้อง โดยรัฐทำหน้าที่เป็นคนกลางตัดสินความถูกผิด รวมถึงการบังคับให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบตามข้อเรียกร้องของผู้เสียหาย ด้วยเหตุนี้หลักการดำเนินคดีจึงคำนึงเฉพาะส่วนได้เสียบุคคลเป็นหลัก ไม่มีส่วนได้เสียของสังคมเข้าไปเกี่ยวข้อง⁹

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน การดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution) เป็นระบบการดำเนินคดีที่ถือว่าประชาชนทุกคนเป็นหน่วยหนึ่งของรัฐหรือสังคม ถ้ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ประชาชนทุกคนมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ด้วยและถือว่ามีส่วนในการฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญาเป็นของประชาชน จึงทำให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย¹⁰ แนวความคิดเช่นนี้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายโรมัน โดยจำแนกความผิดระหว่างการกระทำผิดต่อส่วนตัว (Private Offense) กับการกระทำความผิดอาญาแผ่นดิน (Public Offense) ออกจากกันและจากการจำแนกการกระทำผิดนี้เอง จึงให้เกิดการฟ้องคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน¹¹

2.3 ระบบการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงโดยลูกขุน (trial by jury)

แนวความคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐมี 2 แนวทางได้แก่ แนวความคิดว่าประชาชนเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อย และแนวความคิดว่ารัฐเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อย การใช้ระบบลูกขุน (jury) ในการชี้ขาดความผิดในคดีอาญาดังอยู่บนพื้นฐานการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยประชาชน¹²

⁸ อรรถพล ใหญ่สว่าง, (2524). ผู้เสียหายในคดีอาญา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 5

⁹ อุดม รัฐอมฤต, เรื่องเดียวกัน, หน้า 243.

¹⁰ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531, หน้า 69.

¹¹ อุดม รัฐอมฤต, เรื่องเดียวกัน, หน้า 243.

¹² คณิต ผนกร. (2538, กันยายน). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” วารสารนิติศาสตร์, 15. หน้า 2-4.

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเดิมเกิดจากการที่ศาลอังกฤษได้นำเอาจารีตประเพณีมาตัดสินคดี ไม่ใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จึงเรียกคอมมอนลอว์ว่า กฎหมายจารีตประเพณีตั้งแต่สมัยที่พวกนอร์แมนเข้ายึดครอง ระบบกฎหมายอังกฤษหรือคอมมอนลอว์ เป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษและเวลส์ ไม่ใช่ของ สหราชอาณาจักร (The United Kingdom) คอมมอนลอว์นั้น ยังมีอิทธิพลต่อประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาประจำชาติหรือในประเทศที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษอีกด้วย

การพิจารณาคดีของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีลูกขุน (jury) ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนผู้พิพากษาจะทำหน้าที่วางหลักกฎหมายและชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมาย การพิจารณาคดีอาญาที่มีโทษอุกฉกรรจ์มักมีการพิจารณาต่อผู้พิพากษาและลูกขุน ส่วนคดีอาญาที่มีโทษเล็กน้อยมักมีการพิจารณาโดยรวบรัดต่อหน้าผู้พิพากษาเท่านั้น ส่วนการพิจารณาคดีแพ่งต่อหน้าลูกขุนในปัจจุบันมีน้อยมาก การพิจารณาคดีของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ส่วนใหญ่เป็นการพิจารณาด้วยวาจา (Oral hearing) ศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่ โดยคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมานำสืบให้ศาลเชื่อตามที่กล่าวอ้าง ศาลจะทำหน้าที่คล้ายกับกรรมการคอยควบคุมให้การต่อสู้คดีอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ จึงมีผู้เรียกการพิจารณาคดีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ว่า การพิจารณาคดีระบบปรปักษ์ (Adversary system)

ส่วนการพิจารณาคดีของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น จะมีผู้พิพากษาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ไม่มีลูกขุน การพิจารณาคดีในประเทศที่ใช้ระบบนี้ มีทั้งที่ใช้ระบบเสาะหาข้อเท็จจริง (Inquisitorial system) หรือระบบไต่สวนที่ให้อำนาจศาลค้นหาความจริงในคดีว่าเป็นอย่างไรและระบบกล่าวหา (Accusatorial system) ที่คล้ายคลึงกับระบบปรปักษ์ที่กำหนดให้ฝ่ายที่กล่าวอ้างประเด็นแห่งคดีนำพยานหลักฐานนำมาสืบให้ศาลเชื่อตามที่กล่าวอ้างนั้น

ระบบวิธีพิจารณาแบบลูกขุน นิยมใช้ในการพิจารณาคดีโดยระบบกล่าวหา ซึ่งในแต่ละประเทศต่างมีวิธีพิจารณาและรายละเอียดที่ไม่เหมือนกัน โดยทั่วไปคณะลูกขุนจะทำหน้าที่วินิจฉัยในส่วนข้อเท็จจริง แต่ไม่ก้าวล่วงไปพิพากษาลงโทษหรือกำหนดโทษหรือวินิจฉัยในส่วนข้อกฎหมาย

ข้อเท็จจริงในความหมายของกฎหมาย คือ ข้อหรือเรื่องราวที่ต้องอาศัยการนำสืบให้ศาลเห็น ไม่ใช่ข้อหรือเรื่องราวที่ศาลรู้ได้เองเหมือนข้อกฎหมาย และไม่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ข้อเท็จจริงที่ต้องนำสืบให้ศาลเห็น ได้แก่ข้อเท็จจริงที่ศาลไม่รู้และคนทั่วไปไม่รู้นั่นเอง เช่น จำเลย

กระทำความผิดหรือไม่ จำเลยกระทำโดยมีเหตุป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ข้อเท็จจริงเหล่านี้ต้องนำสืบให้ศาลเห็นเพื่อประกอบดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

ลูกขุนคือใคร ลูกขุนคือบุคคลทั่วไป ชาวบ้านธรรมดาที่ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้รู้กฎหมาย แต่เป็นวิญญูชนที่มีความคิดเป็นปกติแบบคนทั่วไป จะได้รับการคัดเลือกเพื่อเข้ามาเป็นคณะลูกขุนพิจารณาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยในส่วนข้อเท็จจริงของแต่ละคดี เช่น มีการฟ้องคดีว่า จำเลยกระทำความผิดต่อโจทก์ ลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาในประเด็นข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดหรือไม่ โดยอาศัยจารีตประเพณีและวิจารณ์ญาณของวิญญูชน (common sense) มาวินิจฉัย หากคณะลูกขุนเห็นว่า เป็นความผิดก็จะทำการเสนอต่อศาลวินิจฉัยว่าเป็นความผิด ให้ศาลเป็นผู้ตัดสินความผิดและโทษอีกชั้นหนึ่ง

บุคคลที่ไม่มีสิทธิเป็นลูกขุน คือบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกหรือรอลงอาญา หรือเป็นบุคคลที่มีสติไม่สมประกอบ หรือมีปัญหาด้านการเรียนรู้ นอกจากนี้มีสาขาอาชีพ เช่น ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร องคมนตรี ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ ข้าราชการกระทรวงยุติธรรม เจ้าหน้าที่ศาล พศดี ข้าราชการกรมราชทัณฑ์ ผู้คุมนักโทษ ลูกจ้างในสำนักงานกฎหมาย

การพิจารณาโดยลูกขุนเริ่มจากการแถลงการณ์เปิดคดีโดยคู่ความว่าคดีมีประเด็นอย่างไร มีพยานที่จะสืบอย่างไร เพื่อให้ลูกขุนรู้ประเด็นพิพาทและพยานหลักฐาน จากนั้นเป็นการนำสืบพยานโจทก์ หลังจากโจทก์ซักถามพยานแล้ว ทนายจำเลยจะถามค้านพยานเรียกว่า cross-examination เพื่อทำให้น้ำหนักคำให้การพยานโจทก์อ่อนลง เมื่อเสร็จการดำเนินคดีฝ่ายโจทก์แล้ว จำเลยอาจแถลงต่อศาลว่าคดีโจทก์ไม่มีหลักฐานพอที่จำต้องให้ลูกขุนวินิจฉัย หรือข้อเท็จจริงตามฟ้องแตกต่างจากข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐาน ถ้าศาลพิจารณาเห็นด้วยกับคำแถลงของจำเลย ศาลอาจสั่งให้ลูกขุนปล่อยจำเลยไป¹³ ถ้าจำเลยไม่แถลงดังกล่าวหรือแถลงแล้วศาลไม่เห็นด้วยก็เป็นขั้นตอนของการนำสืบพยานของฝ่ายจำเลย

ตามระบบกล่าวหาที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่า ในคดีอาญาโจทก์มีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัยตามควร (proof beyond a reasonable doubt) ดังนั้น โจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ความผิดของจำเลย ส่วนจำเลยไม่มีหน้าที่ต้องสืบพยาน ถ้าจำเลยเบิกความเป็นพยานเท่ากับสละสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง คำเบิกความของจำเลยย่อมมีฐานะ

¹³ คณิง ภาไชย. (2530, เมษายน). “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ.” วารสารอัยการ, 10, 112. หน้า 11.

เป็นพยานหลักฐาน ซึ่งจะต้องนำไปรวมชั่งกับพยานหลักฐานทั้งปวง¹⁴ เมื่อสืบพยานฝ่ายจำเลยแล้ว เป็นขั้นตอนของการแถลงการณ์ปิดคดีของคู่ความ เพื่อเป็นเครื่องชี้แนะที่จะให้ลูกขุนได้เห็นพยานหลักฐานที่นำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอได้หรือไม่อย่างไร

การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนในประเทศอังกฤษ หลังจากแถลงการณ์ปิดคดีของคู่ความ ผู้พิพากษามีหน้าที่สรุปคดีที่พิจารณาให้ลูกขุนฟัง การสรุปผลคดี (Summing-up) มีอิทธิพลต่อคำตัดสินของลูกขุนมาก กระบวนการต่อไปเป็นการอธิบายข้อกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องกับคดีให้คณะลูกขุนฟัง เสร็จแล้วเป็นการพิจารณาวินิจฉัยคดีของคณะลูกขุน โดยคณะลูกขุนจะประชุมชี้ขาดว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่แล้วแจ้งให้ผู้พิพากษาทราบ ถ้าจำเลยมีความผิด ศาลจะพิพากษากำหนดโทษต่อไป

การพิจารณาชี้ขาดของลูกขุนไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลแต่อย่างใดทั้งสิ้น จึงแตกต่างจากคำพิพากษาของศาลซึ่งต้องอธิบายถึงเหตุผลของคำวินิจฉัยชี้ขาด และเป็นปัญหาข้อเท็จจริงอุทธรณ์ต่อศาลสูงไม่ได้ การชักนำนักพยานหลักฐานจึงเป็นดุลพินิจอิสระของลูกขุนอย่างแท้จริง

การลงมติของลูกขุนในคดีอาญาในประเทศอังกฤษใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์หรือ 10 เสียงขึ้นไป¹⁵ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ในศาลรัฐบาลกลางคะแนนเสียงจะต้องเป็นเอกฉันท์ แต่ในศาลมลรัฐคะแนนเสียงที่ต้องการในการวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดต่างกันไป เช่น 11 ต่อ 1, 10 ต่อ 2 หรือ 9 ต่อ 3 แต่ถ้าศาลมลรัฐใดใช้ระบบลูกขุน 6 คน คะแนนเสียงจะต้องเป็นเอกฉันท์¹⁶

พยานหลักฐานที่จะเข้ามาสู่การรับรู้ของคณะลูกขุน จะต้องเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ตามกฎหมาย การชักนำนักพยานหลักฐานของลูกขุน เป็นการใช้ดุลพินิจไม่มีกฎหมายกำหนด ขึ้นอยู่กับสามัญสำนึก (common sense) และประสบการณ์ (experience) ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีจะมีลักษณะเฉพาะคดี ซึ่งจะต้องใช้สามัญสำนึกและความสามารถในการค้นหาความจริง การชักนำนักพยานหลักฐานจึงขึ้นกับกฎเกณฑ์ของสามัญสำนึก ในการพิจารณาน้ำหนักของพยาน หลักฐาน (weight of evidence) สิ่งที่น่ามาประกอบการพิจารณามีหลายประการ เช่น อายุของพยาน ความน่าเชื่อถือ กิริยาอาการ และความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงเป็นต้น

ข้อดีของระบบลูกขุน คือ ระบบลูกขุนเป็นระบบที่เก่าแก่ที่สุดและเป็นประชาธิปไตย เป็นการคัดเลือกประชาชนทั่วไปเข้ามาเป็นลูกขุน โดยลูกขุนจะตัดสินคดีผ่านศีลธรรมและจริยธรรมในสังคม ประชาชนไม่ใช่ นักกฎหมายที่พยายามใช้ช่องว่างของกฎหมายในการทำให้คนผิดรอดพ้นคดี คณะ

¹⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2538, เมษายน-มิถุนายน) “การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนตามกฎหมายอเมริกัน.” *ตุลพาห*, 42, 2. หน้า 102.

¹⁵ สุนัย มโนมัยอุดม. (2553). *ระบบกฎหมายอังกฤษ*. หน้า 167.

¹⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย. หน้าเดิม.

ลูกขุนใช้มาตรฐานทางจริยธรรมของแต่ละคนเป็นตัวตัดสินคดีเอง และการมีคณะลูกขุนเป็นการถ่วงดุลอำนาจของผู้พิพากษาด้วย นอกจากนี้พยานได้ผ่านการตรวจสอบโดยวิธีการถามค้านพยาน ซึ่งเชื่อว่าเป็นระบบที่ดีที่สุดในการตรวจสอบพยานว่า เบิกความตรงต่อความเป็นจริงหรือไม่ แต่ระบบ Civil Law ซึ่งไม่ใช่ระบบลูกขุน การที่ผู้พิพากษาหรืออัยการมีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำสืบทำให้มีความเอนเอียงในการตัดสินคดี ผู้พิพากษาใช้วิจารณญาณของตนเองในการสรุปคดีอาจจะมีการใช้ความรู้สึกของตนเองเข้ามาเกี่ยวข้องทำให้ส่วนสำคัญของคดีอาจจะถูกตัดออกไป การตัดสินคดีโดยมากจะมีเพียงผู้พิพากษา ทำให้ผู้พิพากษามีอำนาจมากเกินไป อาจจะโดนแทรกแซงได้ทั้งจากทางการเมืองหรือจากสื่อมวลชนหรืออาจจะมาจากประชาชนที่ออกมาประท้วง ทำให้การตัดสินไม่ได้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

ระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ส่วนการพิจารณาคดีในศาลใช้ระบบกล่าวหาตามแบบประเทศสหรัฐอเมริกา (the Anglo-American model) ฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวหาทำหน้าที่นำพยานเข้าสืบก่อน จากนั้นให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ และโจทก์ก็ต้องสืบพยานจนสิ้นข้อสงสัย (prove beyond a reasonable doubt) เมื่อสืบพยานเสร็จแล้วศาลจะพิจารณาว่าจะตัดสินลงโทษอย่างไรโดยจะเปรียบเทียบกับคดีในลักษณะเดียวกันที่ผ่านมา ต่อมาสภาไคเอทได้กำหนดเปลี่ยนวิธีพิจารณาคดีอาญาใหม่ โดยกำหนดให้มีประชาชนเข้าร่วมในการตัดสินในลักษณะระบบลูกขุน (jury system) ได้นำการพิจารณาคดีในระบบลูกขุนมาใช้ในปี พ.ศ. 2552 (ค.ศ.2009) ระบบลูกขุนญี่ปุ่นหรือที่เรียกว่า The saiban - in system จะเป็นการพิจารณาคดีด้วยระบบลูกขุนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งระบบลูกขุนที่จะนำมาในประเทศญี่ปุ่นได้รับการปรับปรุงโดย Mr.Robert Precht. แห่งมหาวิทยาลัยมอนทานา ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดให้มีคณะลูกขุนจำนวน 6 คน ผู้พิพากษาจำนวน 3 คน รวมเป็น 9 คน ทำหน้าที่รับฟังพยานและตัดสินคดี ซึ่งคดีที่จะใช้ลูกขุนทำการตัดสินคดี จะเป็นคดีที่มีอัตราโทษสูง เช่น ฆ่า ข่มขืน ปล้นทรัพย์ เป็นต้น ในการนำระบบลูกขุนมาใช้ในญี่ปุ่นได้มีผู้ที่แสดงความเห็นทั้งในด้านดีและข้อที่พึงระมัดระวัง อาทิ ผู้พิพากษา นาโอโกะ ฮาจิวาระ (Naoko Hariwara) เห็นว่าการนำระบบลูกขุนมาใช้ถือว่าเป็นพิจารณาพิพากษาที่เคารพความเห็นของประชาชนและตัดความมีอคติของผู้พิพากษาออกไป

ข้อเสียของระบบลูกขุน คือ ฝ่าย Civil Law โจมตีอย่างมากเกี่ยวกับการให้อำนาจทนายความในการชักจูงลูกขุนที่ไม่รู้หรือไม่เชี่ยวชาญกฎหมายใดๆ มานั่งฟังการตัดสินคดี และมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในการพิจารณาคดี และในการเลือกลูกขุนศาลจะเลือกเอาผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งมาจำนวนหนึ่ง โดยให้ทนายความของทั้งสองฝ่ายเลือกที่จะรับหรือปฏิเสธ ในประเทศสหรัฐอเมริกาฝ่ายทนายความของจำเลยได้มีการว่าจ้างบริษัทซึ่งประกอบไปด้วยนักจิตวิทยาร่วมกับ

สำนักงานทนายในการสืบประวัติลูกขุนและนำข้อมูลมาเสนอ มาช่วยในการคัดเลือกลูกขุน ระบบลูกขุนเองก็อาจจะประสบปัญหาด้านความโปร่งใสได้

2.4 หลักกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในคดีอาญา

การพิจารณาคดีอาญาไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา หรือการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน ศาลต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานในคดีเป็นสำคัญ ซึ่งการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเพื่อตัดสินว่าใครเป็นผู้กระทำความผิด หรือผู้บริสุทธิ์ นั้น มีความสำคัญมากน้อยแตกต่างกัน โดยปกติแล้วในคดีอาญาโจทก์มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อพิสูจน์ให้ศาล หรือลูกขุนเชื่อว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด และระดับมาตรฐานของการพิสูจน์นั้น ต้องถึงขนาดปราศจากข้อสงสัย (Beyond a reasonable doubt) ส่วนจำเลยมีหน้าที่แก้ต่างพยานหลักฐานของฝ่ายโจทก์เพื่อให้ตนพ้นผิด ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงความสำคัญและประเภทของพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานต่อไป

2.4.1 ความสำคัญของพยานหลักฐานในคดีอาญา

ในการดำเนินคดีอาญา พยานหลักฐานถือว่าเป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยในการพิสูจน์ความจริงแห่งคดี ซึ่งพยานหลักฐานคือสิ่งที่สามารถนำมาพิสูจน์ความจริงตามที่ได้มีการกล่าวอ้างในข้อเท็จจริงแห่งคดี คดีอาญาจะมีคู่ความสองฝ่าย คือ ฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ทั้งโจทก์และจำเลยต่างมีหน้าที่ในการแสวงหาและนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ตนได้กล่าวอ้างหรือที่ตนได้ระบุมาในคำฟ้องและคำให้การ เพื่อสนับสนุนข้อกล่าวหาและข้อกล่าวหาแก้ของตน โดยศาลจะนำข้อมูลที่ได้จากการสืบพยานที่คู่ความนำเสนอให้ศาลเห็นมาพิจารณาชั่งน้ำหนักความเชื่อถือเพื่อตัดสินคดีความนั้นต่อไป เพราะฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าพยานหลักฐานเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแต่ละคดี ถ้าหากขาดปัจจัยดังกล่าวแล้ว การพิจารณาคดีเพื่ออำนวยความยุติธรรมคงไม่สามารถดำเนินไปได้ เนื่องจากศาลจะขาดเครื่องมือในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง¹⁷ ด้วยเหตุว่าระบบการดำเนินคดีอาญานั้น ปัจจัยสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานเป็นสำคัญ พยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพ (Effectiveness) และน่าเชื่อถือ (Reliability) จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดแก่คู่ความในคดี

พยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพ (Effectiveness) หมายถึง พยานหลักฐานที่โดยตัวของมันเองแล้วสามารถพิสูจน์ความจริงได้ถูกต้อง หรือใกล้เคียงความจริงมากที่สุด ส่วนพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือ (Reliability) หมายความว่าพยานหลักฐานที่เป็นที่ยอมรับว่ามีประสิทธิภาพและก่อให้เกิด

¹⁷ เจ่มชัย ชุตินวงศ์. (2529). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 1.

ความเป็นธรรม (Fairness) กล่าวคือพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพโดยตัวมันเองนั้น อาจมีลักษณะของความไม่น่าเชื่อถือ (Unreliability) ได้ เช่น พยานหลักฐานดังกล่าวอาจเกิดขึ้นหรือได้มาโดยการบังคับ บังคับ ชูเชิญ หลอกลวง ให้คำมั่นสัญญา หรือละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือทำให้พยานหลักฐานดังกล่าว ไม่เป็นที่ยอมรับต่อศาลเพราะไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความได้

ดังนั้น พยานหลักฐานที่ดีจะต้องเป็นพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพ (Effectiveness) และมีความน่าเชื่อถือ (Reliability) แต่พยานหลักฐานที่ดีนั้น ย่อมจะต้องเกิดจากการมีระบบพยานหลักฐานที่เอื้ออำนวยต่อกระบวนการกลั่นกรองพยานหลักฐาน และมีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่มีความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพของการควบคุมอาชญากรรม กับการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่บุคคล หรือ ผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วย¹⁸

2.4.2 ประเภทของพยานหลักฐาน

“พยานหลักฐาน” (evidence) หมายความว่ารวมถึงพยานเอกสาร (documentary evidence) และพยานวัตถุ หรือวัตถุพยาน (real evidence หรือ material evidence) เป็นสิ่งที่ยืนยันสนับสนุนข้ออ้างมุ่งถึงสิ่งที่บ่งถึง หรือช่วยให้บ่งถึงความเท็จและความจริง ในข้อเท็จจริงที่คู่ความทู่เถียงกัน โดยมีได้หมายความว่าเฉพาะพยานบุคคล (witness) เท่านั้น และถือว่าคำว่า “พยานหลักฐาน” นั้น เป็นคำ ๆ เดียว ไม่ใช่ “พยาน” (evidence) คำหนึ่งและ “หลักฐาน” อีกคำหนึ่ง¹⁹ โดยสรุปพยานหลักฐานมีทั้งพยานบุคคล พยานวัตถุ และพยานเอกสาร ซึ่งสามารถอธิบายประเภทของพยานหลักฐานได้ดังนี้

1) พยานบุคคล หมายถึง บุคคลที่มาให้การด้วยวาจา เพื่อที่จะเปิดเผยถึงการรับรู้ของตนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยการให้ถ้อยคำ ซึ่งการรับรู้ นั้นหมายถึง การรับรู้จากการได้เห็น ได้ฟัง ได้รับกลิ่น ได้รส และได้รู้สึก²⁰ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 “ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่บุคคลนั้น

(1) สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ และ

(2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้น มาด้วยตนเองโดยตรง แต่ความในข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยแจ้งชัด หรือคำสั่งศาลว่าเป็นอย่างอื่น” ซึ่งนำมาใช้ในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15

¹⁸ รุ่งระวี โสขุมา. (2539). การนำลายพิมพ์ ดี เอ็น เอ มาใช้เป็นพยานในคดีอาญา. หน้า 43-44.

¹⁹ ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา. (2528). กฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 2.

²⁰ คณิต ณ นคร. (2528). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 54.

พยานบุคคล จึงเป็นพยานหลักฐานโดยตรง (Direct Evidence) และถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The Best Evidence Rule) เพราะอยู่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์ หากคู่ความสามารถนำพยานที่ดีที่สุดมาสืบได้ ก็จะมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือมาก ถ้าหากสามารถนำมาได้แต่ไม่ยอมนำมาสืบ กลับนำพยานชั้นที่สองมาสืบ น้ำหนักแห่งคำพยานชั้นที่สอง ย่อมน้อยกว่าผู้พยานชั้นที่หนึ่ง อันมาจากเหตุผลที่ว่า พยานบุคคลก็มีความจำกัดในการจดจำข้อมูลอาจจะสับสนหรือจำเหตุการณ์ผิดพลาด รวมทั้งอาจมีการบิดเบือนข้อเท็จจริงได้ หรืออาจเกิดจากการให้ข้อมูลไม่ครบถ้วน พยานบุคคลจึงได้แก่ ประจักษ์พยาน พยานบอกเล่า พยานผู้ชำนาญการพิเศษ ผู้เชี่ยวชาญ ส่วนภาษาที่เรียกพยานบุคคล บางครั้งเรียกว่า “พยาน” คำเดียว ในความเข้าใจทั่วไป ก็ถือว่า “พยาน” คือ พยานบุคคล (witness) ปัจจุบันพบว่า การพึ่งพยานบุคคลอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการคลี่คลายคดีอาญา จึงต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นๆ มาประกอบการพิจารณามากขึ้น

กรณีพยานหลายปากเบิกความเกี่ยวกับเหตุการณ์อันหนึ่ง จะต้องอยู่บน “หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน”²¹ คือ เหตุการณ์อันหนึ่งจะมีความจริงได้ประการเดียว จะมีความจริงหลายประการในข้อเดียวกันไม่ได้ พยานหลายปากในข้อเดียวกันซึ่งสอดคล้องต้องกัน จึงแสดงว่าข้อความนั้นน่าจะเป็นความจริง กฎความจริงมิได้อันเดียวจึงมีความหมายในแง่ที่ว่า เมื่อความจริงมิได้อันเดียวแล้ว ถ้ามีคนหลายๆ คนต่างคนต่างพูดตรงกันในเรื่องเดียวกัน ก็เชื่อได้ว่าเป็นความจริงเพราะเหตุที่ว่าความจริงมีอยู่ประการเดียว²² แต่แม้จะสอดคล้องต้องกัน ก็อาจไม่ใช่เป็นความจริง เช่น ชักซ้อมกันมา อาจจะเหมือนกันเกินไปจนเชื่อไม่ได้ ความสอดคล้องต้องกัน อาจสอดคล้องต้องกันในตัวพยานปากเดียวกันนั่นเองตั้งแต่ต้นจนปลาย หรืออาจสอดคล้องกับพยานหรือหลักฐานอื่นก็ได้ เหล่านี้เป็นน้ำหนักของคำพยานประการหนึ่ง

2) พยานเอกสาร หมายถึงข้อความใดๆ ที่อาจอ่านดูได้จากลายลักษณ์อักษร หรือเครื่องหมายใดๆ เป็นการสื่อถึงความหมายอันปรากฏอยู่บนกระดาษหรือวัตถุอื่นใดซึ่งคู่ความเสนอต่อศาลเพื่อใช้ข้อความหรือเครื่องหมายนั้นๆ ในการแสดงความหมายที่จะสื่อต่อศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง

ตัวอย่างพยานเอกสาร ได้แก่ จดหมาย หนังสือ สัญญา เอกสารราชการ โฉนดที่ดิน บันทึกคำให้การ หรือ กัมพูชาที่ปรากฏข้อความก็เป็นเอกสารได้ พยานเอกสารมีความสำคัญมากในคดีแพ่ง ส่วนในคดีอาญาพยานเอกสารอาจเกิดความไม่เที่ยงตรงกับความเป็นจริงได้ เพราะเหตุว่าพยานเอกสารเกิดจากการทำขึ้นโดยบุคคล ซึ่งอาจมีการปรุงแต่งข้อมูลได้

²¹ จิตติ ดิงศักดิ์, (2552). ข้อสังเกตในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและการเขียนคำพิพากษา.

หน้า 14.

²² แหล่งเดิม. หน้า 31.

3) พยานวัตถุ หมายถึง วัตถุ สิ่งของที่คู่ความอ้างเป็นพยาน อันได้แก่ อาวุธ มีด ปืน ยาเสพติด รถยนต์ ทรัพย์สินที่ถูกลักไป บาดแผลจากร่างกาย เส้นขน เล็บ ผมห ฯลฯ ในคดีอาญาส่วนใหญ่แล้วพยานวัตถุมักจะถูกนำมาอ้างอิงมากกว่าในคดีแพ่ง แต่พยานวัตถุ ก็อาจมีการสูญหาย ถูกทำลาย หรือทำให้ลบเลือนได้โดยการกระทำของมนุษย์ หรือตามธรรมชาติ หากเก็บรวบรวมและดูแลรักษาไม่ดี

4) พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ หมายถึง วัตถุ สิ่งของ ที่ใช้กระบวนการทางวิทยาศาสตร์ในการยืนยันความถูกต้องแท้จริง อันได้แก่ ดีเอ็นเอ (DNA) ลายพิมพ์นิ้วมือ (Fingerprint) ในยุคปัจจุบันพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ถูกนำมาใช้เป็นอย่างมาก ทั้งนี้ ในนานาประเทศ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และอีกหลายประเทศ ต่างก็ยอมรับว่าเทคโนโลยีลายพิมพ์ดีเอ็นเอ (DNA) ให้ความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะคดีฆาตกรรม ศาลจะสามารถชี้หน้าพยานหลักฐานที่ผ่านการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ก็โดยอาศัยคำเบิกความของพยานความเห็นที่เป็นบุคคลธรรมดา โดยมีได้เบิกความในฐานะผู้รู้เห็นเหตุการณ์ในคดี ซึ่งตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรียกว่า “พยานผู้เชี่ยวชาญ” เบิกความในข้อเท็จจริงที่ศาลไม่อาจรู้เองได้ ปัจจุบันนี้การตรวจพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นเครื่องมือในการแสวงหาความจริงในอดีตมีการใช้ระบบจารีตนครบาล สงสัยใคร เราก็นำมาสอบสวน เมื่อไม่ได้ความบางครั้งก็มีการทำร้ายร่างกายผู้ต้องหาเพื่อให้รับสารภาพ แสดงให้เห็นว่านิติวิทยาศาสตร์มีบทบาทสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ ต่อการพิสูจน์หลักฐาน นักกฎหมายยอมรับคุณค่าของพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่ามีคุณค่าในตัวเองและมีประโยชน์ต่อการชี้หน้าพยานในชั้นพิจารณาและพิพากษาคดีอาญา

2.4.3 หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา

การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา ถือเป็นหลักการดำเนินการพิจารณาในศาลอย่างหนึ่ง จึงจำเป็นต้องเข้าใจหลักและข้อห้ามตามกฎหมาย เพราะจะมีผลต่อขั้นตอนการชี้หน้าพยานหลักฐานของศาล ซึ่งเป็นกระบวนการดำเนินคดีกันละขั้นตอนกัน ดังนั้น พยานหลักฐานจะต้อง เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 เพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551

“ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือ เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- 1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- 2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- 3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- 4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่ เพียงใด”

พยานหลักฐานจะต้องเกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะตรงกับหลักในเรื่อง บทคัดพยาน (Exclusionary Rule) ที่ใช้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

หลักบทคัดพยาน (Exclusionary Rule) คือ หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาบัญญัติขึ้นมาเองเพื่อมาใช้ในการฝ่าฝืนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) ที่ห้ามการค้นยึด โดยไม่มีเหตุอันควร (unreasonable search) แต่ไม่ได้บัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการตรวจค้นอันไม่ชอบเอาไว้มิ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาจึงวางหลักเกณฑ์เอาไว้โดยให้นำมาใช้กับศาลต่างๆ ของทุกมลรัฐ เพื่อให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) นี้มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง ซึ่งหลัก Exclusionary Rule นี้เป็นมาตรการหนึ่งขององค์กรตุลาการของสหรัฐอเมริกา ในการคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นบทบาทที่เกิดขึ้นในชั้นพิจารณา แต่ส่งผลมาถึงก่อนชั้นพิจารณาก่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาด้วย

หลักการนี้มุ่งหมายที่จะกำจัดการปฏิบัติการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตำรวจ²³ ในการแสวงหาเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานซึ่งศาลจะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวในการพิจารณาคดี แม้ว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้นจะชี้ให้เห็นอย่างเด่นชัดถึงความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย อันจะเท่ากับเป็นการปรามเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้ซึ่งทำการ

²³ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2523). “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา.” วารสารนิติศาสตร์, 9, 4. หน้า 124..

แสวงหาหลักฐานโดยมิชอบนั้น หรือเจ้าพนักงานตำรวจรายอื่นๆ ไม่ให้กระทำการฝ่าฝืน กฎหมายอย่างเดียวกัน นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีหลักที่เรียกว่าหลักผลไม้ของต้นไม้มีพิษ (Fruit of the poisonous tree) กล่าวคือ เมื่อได้พยานหลักฐานมาจากกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว พยานหลักฐานที่ได้มานั้นถือว่าเป็นผลจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีชอบเช่นเดียว ย่อมไม่สามารถรับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้

2.5 ที่มาของบทบัญญัติมาตรา 226 และมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และ พยานบอกเล่าที่ศาลไทยรับฟัง

เพื่อจะได้เข้าใจพยานบอกเล่าได้ชัดเจน สมควรกล่าวถึงแนวทางปฏิบัติของศาลไทย ก่อนมีการเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 95/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง²⁴ และมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁵ เสียก่อน เพื่อจะได้เห็นวิวัฒนาการของกฎหมายในเรื่องนี้และสมควรได้แยกพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับคดีแพ่งและคดีอาญา

ในคดีแพ่งมีบทตัดพยานบอกเล่าอยู่ในกฎหมายไทยชัดเจน²⁶ คือ มีบทบัญญัติมาตรา 95 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใดเว้นแต่บุคคลนั้น

1) สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ และ

2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่ให้การ เป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง แต่ความในข้อนี้ให้ใช้ได้ต่อเมื่อ ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือคำสั่งของศาลว่าให้เป็นอย่างอื่น”

บทบัญญัตินี้ห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่าไว้โดยชัดแจ้ง เช่นเดียวกับห้ามมิให้รับฟังพยานบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ และมาตรานี้ถือว่าเป็นบททั่วไปเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน แต่ก็ได้บัญญัติเป็นข้อแม้ไว้ในอนุมาตรา (2) ว่า “แต่ความในข้อนี้ให้ใช้ได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือคำสั่งของศาลว่าให้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายจะไม่มีบทบัญญัติมาตรานี้ ทำให้เห็นว่าแม้ประเทศไทยเป็นประเทศในระบบประมวลก็เป็น

²⁴ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550, มาตรา 8.

²⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551, มาตรา 11.

²⁶ โอสด โกสิน (2538). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 355.

โดยรูปแบบเท่านั้น แต่เนื้อหาของกฎหมายในประมวลนั้นมีรูปแบบวิธีการทางพยานหลักฐานของระบบคอมมอนลอว์แทรกอยู่เป็นจำนวนมากไม่น้อย

ข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าตามกฎหมายไทยจึงมีอยู่เพียง 2 ประการเท่านั้น คือ (1) กรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาตให้รับฟังได้โดยชัดแจ้ง และ (2) ศาลมีคำสั่งให้รับฟังได้

บทบัญญัติดังกล่าวคล้ายกับทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีหลักทั่วไปห้ามรับฟังพยานบอกเล่า แต่ได้มีการออกกฎหมายโดยรัฐสภาสร้างข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าในบางเรื่องได้ และข้อยกเว้นส่วนหนึ่งเกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาล เพียงแต่ว่ากรณีของไทยไม่ค่อยได้ออกกฎหมายให้รับฟังพยานบอกเล่า อันเป็นข้อยกเว้นข้อห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2)

ส่วนที่ศาลอาจมีคำสั่งให้รับฟังพยานบอกเล่าได้นั้น บทบัญญัติมาตรา 95 (2) มิได้ระบุว่าศาลไหน จึงไม่อาจตีความว่าต้องเป็นกรณีที่ศาลฎีกาวางหลักว่าพยานบอกเล่าชนิดใดฟังได้หรือไม่ ดังกรณีที่ศาลสูงของอังกฤษกระทำเท่านั้น แต่น่าจะหมายถึงศาลที่พิจารณาคดีนั้นเองเป็นผู้ตั้ง ดังจะเห็นได้ว่าในวรรคสามของมาตรา 95 นั้นเอง

ตามบทบัญญัติมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นั้น ศาลจะรับฟังพยานบอกเล่าในกรณีใดบ้างขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล และข้อยกเว้นตามมาตรา 95 นี้ ให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานบอกเล่าได้โดยไม่มีข้อจำกัด ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดของกฎหมายในประเทศยุโรปตะวันตกซึ่งไม่มีการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า และกฎหมายอังกฤษในปัจจุบันที่ได้ยกเลิกข้อห้ามการรับฟังพยานบอกเล่าในคดีแพ่งแล้ว

ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550 เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 95/1 และ มาตรา 104

มาตรา 95/1 วรรคสอง บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า เว้นแต่

1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่า นั้น น่าเชื่อว่าจะพิสูจน์ความจริงได้ หรือ

2) มีเหตุจำเป็นเนื่องจากไม่สามารถนำบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นด้วยตนเองโดยตรงมาเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควรเพื่อ ประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานบอกเล่า นั้น”

และมาตรา 104 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าพยานบอกเล่าตามมาตรา 95/1 หรือบันทึกถ้อยคำที่ผู้ให้ถ้อยคำมิได้มาศาลตามมาตรา 120/1 วรรคสามและวรรคสี่ หรือบันทึก

ถ้อยคำตามมาตรา 120/2 จะมีน้ำหนักให้เชื่อได้หรือไม่เพียงใดนั้น ศาลจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังโดยคำนึงถึงสภาพ ลักษณะ และแหล่งที่มาของพยานบอกเล่าหรือบันทึกถ้อยคำนั้นด้วย”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 95/1 วรรคสอง ถือได้ว่า เป็นการกำหนดข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าให้ชัดเจนขึ้น และมาตรา 104 วรรคสอง ก็เป็นการกำหนดการใช้ดุลพินิจของศาลในเรื่องนี้ด้วย บทคัดพยานบอกเล่าของไทยตามมาตรา 95/1 วรรคสอง มีข้อยกเว้นกว้างๆ ไว้สองข้อสามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติให้ยืดหยุ่นได้ในลักษณะเดียวกันกับประเทศอื่นที่มีบทคัดพยานบอกเล่าเอาไว้เช่นเดียวกัน ข้อยกเว้นทั้งสองข้อนี้เองที่ทำให้บทคัดพยานบอกเล่าของไทยที่เขียนไว้ในมาตรา 95/1 วรรคสอง ไม่เคร่งครัดจนเกินไป และทำให้สามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้

ในคดีอาญา เดิมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้เขียนบทคัดพยานบอกเล่าไว้ ความเห็นของนักกฎหมายไทยในทางปฏิบัติแยกออกเป็นสองทาง ทางหนึ่งเห็นว่าเมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่เขียนไว้โดยเฉพาะก็ให้อาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) มาใช้โดยอนุโลมโดยผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ความเห็นที่สองเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับฟังพยาน หลักฐานไว้โดยเฉพาะแล้วในมาตรา 226 นั้นเอง โดยต้องแปลความว่าถ้าเป็นพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ก็ให้รับฟังได้หมด ไม่ว่าจะเป็นประจักษ์พยานหรือพยานบอกเล่า ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งหรือชั้นสอง ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานโดยตรงหรือพยานหลักฐานพหุเหตุแวดล้อมกรณี จึงไม่อนุโลมเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) มาใช้ในคดีอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) ตอนท้าย แม้ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดๆ ทั้งสิ้น ถ้าศาลเห็นสมควรจะให้รับฟังพยานบอกเล่าก็รับฟังได้ ฉะนั้น แนวบรรทัดฐานคำพิพากษากฎีกาส่วนใหญ่ที่ตัดสินว่าพยานบอกเล่าโดยลำพังรับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ แต่ถ้ามีพยานหลักฐานประกอบอย่างอื่นรับฟังได้นั้น อันเป็นการที่ศาลไทยใช้อำนาจตามมาตรา 95 (2) ตอนท้ายสั่งให้เป็นอย่างอื่น สั่งให้รับฟังในกรณีนั้นได้ไม่ผิด เป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายไทยด้วยเหตุนี้จึงทำให้เห็นว่าข้อยกเว้นตามกฎหมายไทยเขียนไว้อย่างกว้างขวาง ทำให้บทคัดพยานบอกเล่าของไทยเกือบจะไม่มี ความหมายเลย กฎหมายที่เขียนว่า เว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรสั่งเป็นอย่างอื่น นั้น นอกจากนี้อาจมีความหมายอยู่ในคำว่าบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลหรือให้ดุลพินิจศาลเป็นการที่ศาลใช้ดุลพินิจในทางตุลาการ (Judicial Discretion) ดุลพินิจในทางตุลาการนั้น คือศาลจะใช้โดยไม่

ข้อยกเว้นที่ให้ดุลพินิจศาลที่จะรับฟังพยานบอกเล่าได้ตามมาตรา 95 (2) ตอนท้าย ของไทยจะต้องใช้อย่างมีหลักเกณฑ์²⁷ กล่าวคือต้องดูจาก

1) แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาก่อนๆ ของไทยเองว่าศาลไทยยอมให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ในกรณีใดบ้าง การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานบอกเล่าก็ต้องเป็นพยานบอกเล่าที่เข้ากรณีเหล่านั้น ซึ่งโดยวิธีนี้ก็จะทำให้บทคัดพยานบอกเล่าของไทยมีข้อยกเว้นที่เห็นได้ชัดเจนเฉพาะเป็นกรณีๆ เท่าที่ปรากฏในแนวบรรทัดฐานของศาลไทยเท่านั้น หรือ

2. หลักเกณฑ์นี้อาจจะมาจากการอาศัยหลักวิชาที่เป็นที่ยอมรับเป็นสากลในต่างประเทศเข้ามาประกอบก็ได้ เหมือนอย่างเช่น ศาลไทยเคยตัดสินว่า เมื่อประจักษ์พยานนั้นได้หลบหนีจากที่อยู่อาศัยไปเพราะความกลัวการข่มขู่คุกคามของฝ่ายจำเลยทำให้โจทก์ไม่สามารถนำประจักษ์พยานมาเบิกความต่อศาลโดยตรงได้โดยมิใช่ความผิดของโจทก์ ศาลจึงยอมรับฟังพยานบอกเล่าแทนได้

ผู้เขียนเห็นว่าควรศึกษาที่มาของบทบัญญัติมาตรา 226 และ มาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จากนั้นแล้วจะได้วิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการรับฟังถ้อยคำของบุคคลในชั้นสอบสวนทั้งกรณีก่อนและหลังมีการเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นลำดับต่อไป

2.5.1 ที่มาของบทบัญญัติมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เนื่องจากประเด็นในคดีอาญามีเพียงประเด็นเดียวว่า จำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ฉะนั้นประเด็นที่ต้องนำสืบในคดีอาญาจึงได้แก่ประเด็นว่า จำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ กรณีต่างกับประเด็นที่ต้องนำสืบในคดีแพ่งซึ่งต้องพิจารณาว่าพิพาทกันในเรื่องอะไร เช่น สัญญา ละเมิด เป็นต้น ปัญหาว่าจะนำพยานหลักฐานอย่างไรมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยนั้น ปรากฏตามรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน (Admissibility of Evidence) ในคดีอาญาว่าควรนำเอาระบบการรับฟังพยานตามดุลพินิจ (La preuve morale) มาบัญญัติไว้²⁸ โดยระบบพยานหลักฐานตามกฎหมาย La preuve legale ซึ่งมีการแยกระหว่างพยาน หลักฐานที่รับฟังได้และพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้เป็นอันถูกตัดไม่นำมาใช้ ตามระบบการพิจารณาคดีอาญาไทยคู่ความจึงอาจแสดงความจริงให้ปรากฏแก่ศาลได้ทุกทางหากว่าพยานหลักฐานนั้นให้ความจริงแก่ศาลได้ โดยไม่มีข้อจำกัดแต่เพียงว่าจะต้องมีใช้พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยวิธีซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายเท่านั้น เหตุนี้ มาตรา 226 จึงบัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยาน

²⁷ โอสด โกสิน. (2538). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 363-364.

²⁸ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์. (2551). การรับฟังพยานหลักฐานคดีอาญา. หน้า 129.

บุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น...”

บทบัญญัติมาตรา 226 เป็นการบัญญัติลักษณะเป็นการทั่วไป โดยไม่จำกัดตัวบุคคลว่า จะต้องเป็นเจ้าพนักงานเท่านั้น ฉะนั้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดก็ตาม ถ้าหากถูกจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวง ก็รับฟังไม่ได้ทั้งสิ้น ปัญหาจะมีความชัดเจนยิ่งขึ้นถ้าได้พิจารณาในทางเจตนารมณ์กฎหมาย ซึ่งได้พิจารณามาแล้วว่ากฎหมายห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานซึ่งเกิดขึ้นหรือได้มาจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญาฯ ทั้งนี้ ก็เพราะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบนั้นรับฟังไม่ได้อยู่ในตัว เช่น ปันพยานเท็จ เป็นพยานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบ ไม่อาจรับฟังได้อยู่แล้ว แต่ที่เป็นปัญหาคือ พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะรับฟังได้หรือไม่ มาตรา 226 จึงบัญญัติชี้ขาดว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ห้ามมิให้ศาลรับฟังเช่นกัน ทั้งนี้ ก็เพราะเป็นการบัญญัติตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due process of Law) ของสหรัฐอเมริกาตนเอง เมื่อปรากฏว่าเจตนารมณ์ของมาตรา 226 ตอนท้ายประสงค์คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา ฉะนั้น ผู้ที่จงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวง จะเป็นบุคคลใดก็ตาม อาจเป็นเจ้าพนักงาน บุคคลทั่วไป ญาติ ผู้เสียหาย ฯลฯ เป็นต้น ผลก็เป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ มาตรา 226 ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน²⁹

สำหรับความเห็นของศาลไทยกรณีการได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบ ศาลฎีกาไทยเคยวินิจฉัยว่าแม้บุคคลทั่วไปที่จงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวงพยาน ทำให้การนั้นรับฟังไม่ได้³⁰ แสดงว่าศาลฎีกาไทยเข้าใจประเด็นนี้ได้ถูกต้องตามบทบัญญัติมาตรา 226

มาตรา 226 พูดยถึงคุณค่าของพยานหลักฐาน (Probative Value) เพราะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวงหรือโดยมิชอบจะส่งผลกระทบต่อคุณค่าแห่งความน่าเชื่อถือ และทำให้เกิดความสงสัยตามมาตรา 227 การไปจงใจหรือให้รางวัลเขา ถ้อยคำของเขา บางครั้งก็เป็นความจริง แต่ผิดในด้านคุณค่าของความน่าเชื่อถือ มาตรา 226 จึงให้ตัดออกไป ไม่ยอมให้เอาความนั้นมาใช้เพราะความไม่แน่นอนนั้นมาเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล มาตรา 226 จึงไม่ให้ศาลเอามาใช้พิจารณา นี่คือสิ่งที่เป็พื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยาน เพราะมาตรา 226 เป็นบทเริ่มต้นของพยานหลักฐานในคดีอาญาและเป็นปรัชญาของกฎหมายลักษณะพยาน เป็นหลักการที่สำคัญเพราะสร้างความเชื่อมั่นได้ว่า กระบวนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง จะเกิดความผิดพลาดน้อยที่สุด ถ้ามีผิดพลาดก็เป็นการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 73.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 102/2474 สืบค้นจาก

นักกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มีความเห็นว่า ในคดีอาญาตามกฎหมายไทยนั้น มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติไว้เป็นหลักอยู่แล้วว่า พยานหลักฐานใดก็ตามที่สามารถที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ได้ ก็ให้รับฟังได้ทั้งสิ้น กล่าวโดยสรุปก็คือพยานหลักฐานใดไม่ว่าจะเป็นบุคคล เอกสารหรือวัตถุ ถ้าเกี่ยวกับประเด็นในคดีอาญา คือ สามารถพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ได้ ก็รับฟังได้ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นพยานบอกเล่าหรือไม่ เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานไว้โดยชัดแจ้งแล้วในมาตรา 226 และไม่จำเป็นต้องอนุโลมเอามาตรา 95 (2) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในคดีอาญา ความหมายของมาตรา 226 ตอนท้าย ที่ว่าอยู่ได้บังคับแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน หมายถึงเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยวิธีการสืบพยานหลักฐานเท่านั้นไม่เกี่ยวกับบทคัดพยานหลักฐาน ไม่ควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/3 ขึ้นมาอีก เพราะมาตรา 226 บัญญัติไว้ดีอยู่แล้ว กล่าวคือเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจและใช้เหตุผลได้อย่างกว้างขวาง การเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/3 ทำให้ผู้พิพากษาเกิดความเข้าใจผิดในเรื่องการใช้ดุลพินิจ ถือว่าทำให้ศาลใช้ดุลพินิจยากขึ้น ซ้ำซ้อนขึ้น และเกิดความสับสนในการใช้ดุลพินิจเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญา

นอกจากนี้นักวิชาการกฎหมายท่านหนึ่งได้วิจารณ์บทบัญญัติมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้อย่างน่ารับฟังว่า “บทบัญญัติแห่งวรรคหนึ่งนี้เป็นเพียงคำอธิบายเรื่องพยานบอกเล่าในทางดำร่าเท่านั้น ซึ่งในคดีอาญา พยานบอกเล่าก็รับฟังได้ บทบัญญัติแห่งวรรคสองและวรรคสาม ก็ไม่มีอะไรใหม่ เพราะเป็นไปตามนัยแห่งมาตรา 226 อยู่แล้ว”³¹

2.5.2 ที่มาของบทบัญญัติมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในคดีอาญา เดิมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้เขียนบทคัดพยานบอกเล่าไว้ ความเห็นของนักกฎหมายไทยในทางปฏิบัติแยกเป็นสองทาง³² คือ

1) ความเห็นที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่เขียนไว้ โดยเฉพาะก็ให้อำนาจประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) มาใช้โดยอนุโลม โดยผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15

2) ความเห็นที่สองเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานไว้โดยเฉพาะแล้วในมาตรา 226 นั่นเอง โดยต้องแปลความว่า ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ ก็ให้รับฟังได้หมด ไม่ว่าจะเป็น

³¹ คณิต ณ นคร. (2552). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 170.

³² จรัญ ภักดีธนากุล. (2551). “กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 281.

ประจักษ์พยานหรือพยานบอกเล่า ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งหรือชั้นสอง ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานโดยตรงหรือพยานหลักฐานพหุเหตุแวดล้อมกรณีจึงไม่อนุโลมเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) มาใช้ในคดีอาญา

ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีนักกฎหมายท่านหนึ่งแสดงความเห็นในบทความเรื่อง “บทคัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย” ว่า การที่กฎหมายตกอยู่ในสภาพที่ไม่แน่นอน และหาหลักยึดทางใดทางหนึ่งไม่ได้ทำให้เกิดผลเสียอันยิ่งใหญ่ต่อการพัฒนาทางวิชาการกฎหมาย และต่อผู้ที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทุกฝ่าย ผลเสียทางด้านวิชาการที่เห็นได้ชัดคือ ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่าของไทยต้องชะงักงัน และไม่พัฒนามาตั้งแต่ พ.ศ. 2478 โดยยังหาข้อยุติไม่ได้ว่าพยานบอกเล่า นั้น โดยหลักแล้วจะรับฟังเป็นพยานได้หรือไม่ ระบบกฎหมายไทยมีหลักห้ามรับฟังพยานบอกเล่า เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายหรือไม่ และมีคำพิพากษากฎีกาวินิจฉัยเรื่องพยานบอกเล่าโดยวางหลักสั้นๆ ว่า “พยานบอกเล่า นั้น โดยลำพังไม่อาจรับฟังได้แต่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบหลักฐานอื่นได้”³³ ซึ่งเป็นการใช้กฎหมายผิดขั้นตอน หลักนี้ควรจะใช้ในชั้นซึ่งน้ำหนักคำพยาน (Weight of Evidence) ว่าบรรดาพยานหลักฐานที่รับฟังมานั้นจะมีน้ำหนักให้ฟังได้แค่ไหนเพียงไร ส่วนในชั้นรับฟังพยานหลักฐาน (Admission of Evidence) ซึ่งเป็นชั้นที่พิจารณาว่าพยานบอกเล่าจะใช้เป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ได้นี้ หากมีกฎหมายฉบับใดทั้งของไทยหรือของต่างประเทศกำหนดให้ใช้หลักดังกล่าวนี้ไม่ แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มีปรากฏให้เห็นในคำพิพากษากฎีกาของไทยเสมอ³⁴ แต่นั่นเป็นเหตุผลในการซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานเท่านั้น แม้แต่ศาลก็ยังต้องประสบปัญหาอันเนื่องมา จากความไม่แน่นอนของกฎหมายในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่ามีคำพิพากษากฎีกาตัดสินว่าพยานบอกเล่ารับฟังไม่ได้³⁵ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้มีกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนว่า โดยหลักแล้วพยานบอกเล่ารับฟังเป็นพยานได้หรือไม่ พยานบอกเล่า นั้นจะมีความหมายแค่ไหนเพียงไร มีข้อยกเว้นในกรณีใดบ้าง และในส่วนพยานบอกเล่าที่รับฟังได้ตามข้อยกเว้นนั้นมีน้ำหนักแค่ไหน

³³ คำพิพากษากฎีกาที่ 2450/ 2521 สืบค้นจาก

<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

³⁴ คำพิพากษากฎีกาที่ 1711/2497, 692/2499, 1133/2516, 1155/2521 สืบค้นจาก

<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

³⁵ คำพิพากษากฎีกาที่ 1264/2514, 1120/2521 สืบค้นจาก

<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

เพียงไร เพื่อให้ได้มาซึ่งกฎหมายที่ชัดเจนดังกล่าวนี้นี้ จำเป็นต้องทำโดยการออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญาเสียใหม่³⁶

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วย “พยานหลักฐาน” คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/3 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาด้านเทคโนโลยีของประเทศในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”³⁷

มาตรา 226/3 บัญญัติว่า “ข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าที่พยานบุคคลได้นำมาบอกความต่อศาล หรือที่บันทึกไว้ในเอกสารหรือวัตถุอื่นใดซึ่งอ้างเป็นพยานหลักฐานต่อศาล หากนำเสนอเพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความนั้น ให้ถือเป็นพยานบอกเล่า

ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า เว้นแต่

1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่า นั้น น่าเชื่อว่า จะพิสูจน์ความจริงได้ หรือ

2) มีเหตุจำเป็นเนื่องจากไม่สามารถนำพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นด้วยตนเองโดยตรงมาเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานบอกเล่า นั้น

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่ควรรับฟังไว้ซึ่งพยานบอกเล่าใด และคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องร้องคัดค้าน ก่อนที่ศาลจะดำเนินคดีต่อไป ให้ศาลจดรายงานระบุนาม หรือชนิดและลักษณะของพยานบอกเล่า เหตุผลที่ไม่ยอมรับ และข้อคัดค้านของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องไว้ ส่วนเหตุผลที่คู่ความฝ่ายคัดค้านยกขึ้นอ้างนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจจดลงไว้ในรายงานหรือกำหนดให้คู่ความฝ่ายนั้นยื่นคำแถลงต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน”

เมื่อมีบทบัญญัติมาตรา 226/3 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนเช่นกันว่า ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า จึงไม่จำเป็นต้องอนุโลมเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้อีกต่อไป³⁸

³⁶ จริญ ภักดีชนากุล, “บทคัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย” สืบค้นจาก

<http://www.library.coj.go.th/indexarticle2.php?Idmain=34&&No=25&&Title=%BE%C2%D2%B9&&page=>

³⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551.

³⁸ จริญ ภักดีชนากุล. (2551). “กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 282.

“พยานบอกเล่า” ไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปพยานบุคคลเสมอไป อาจอยู่ในรูปของเอกสาร หรือสื่อบันทึกเสียงก็ได้ เช่น บันทึกคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นจับกุม หรือบันทึกคำให้การของพยานในชั้นสอบสวน และเทปหรือแผ่นบันทึกเสียงคำสนทนาหรือการเล่าเรื่องของผู้รู้เห็นเหตุการณ์

บทบัญญัติมาตรา 226/3 วรรคสอง ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า เหตุผลที่ห้ามรับฟังคือ พยานบอกเล่ามีโอกาสคลาดเคลื่อนจากความจริงได้ง่าย อันเนื่องมาจากความไม่สมบูรณ์ของภาษาที่มนุษย์ใช้สื่อสารกัน หรือเป็นเพราะว่ามีอคติในใจของผู้เล่า

ตามบทบัญญัติมาตรา 226/3 นี้ มีข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่า 2 กรณี คือ

ข้อยกเว้นกรณีที่ 1 ตามมาตรา 226/3 วรรคสอง (1) ใช้ในกรณีที่ตัวประจักษ์พยานต้นเรื่องที่ประสบเหตุการณ์มายังมีตัวตนอยู่ ยังอยู่ในวิสัยที่จะนำหรือเรียกมาเป็นพยานในคดีนี้ได้โดยตรง โดยหลักแล้วควรจะนำประจักษ์พยานมาสืบ แต่ว่าบางครั้งแม้ตัวประจักษ์พยานจะมีตัวตนอยู่ แต่พยานบอกเล่าที่มีคุณภาพดี มีความน่าเชื่อถือมากก็มีอยู่ ควรจะยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าที่มีคุณภาพเช่นนั้นได้ ในข้อยกเว้นนี้ จึงเน้นว่า ถ้าพยานบอกเล่าขึ้นไต่สวนในเชิงพิสูจน์สูงในระดับหนึ่ง น่าเชื่อว่าจะเอามาใช้ประโยชน์พิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้ชัดเจนขึ้น ก็ยกเว้นให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ โดยศาลต้องพิจารณาถึงสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่าทั้งหมดประกอบกันแล้ววินิจฉัยว่าเป็นพยานบอกเล่าที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงพอที่จะยกเว้นให้รับฟังได้หรือไม่ ข้อยกเว้นที่ 1 นี้ยืดหยุ่นมาก ในทางปฏิบัติพยานบอกเล่าแทบทุกชนิดที่นำสืบกันอยู่ในศาลไทยเวลานี้เข้าข้อยกเว้นข้อนี้เกือบทั้งหมด

ข้อยกเว้นกรณีที่ 2 ตามมาตรา 226/3 วรรคสอง (2) ใช้ในกรณีที่ประจักษ์พยานมาไม่ได้เป็นกรณีที่ประจักษ์พยานตายไปแล้ว หรือหนีหายไปแล้ว ไปอยู่ต่างประเทศแล้วตามตัวไม่พบ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ประจักษ์พยานกลายเป็นพยานปรปักษ์ไปแล้ว ไม่อยู่ในสภาพที่จะได้มาเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะได้มานำสืบ ในกรณีเช่นนี้ บทมาตราดังกล่าวบัญญัติยกเว้นว่า ถ้ามีเหตุผลพอสมควรเมื่อตัวประจักษ์พยานไม่อยู่ในฐานะหรือไม่อยู่ในวิสัยที่จะนำมาเบิกความเป็นพยานโดยตรงต่อศาลได้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ ถึงคุณภาพจะไม่ดีพอที่จะเข้าข้อยกเว้นกรณีที่ 1 ก็ถือว่ามิดีกว่าไม่มีเสียเลย เข้าข้อยกเว้นกรณีที่ 2 ได้ ยิ่งทำให้ข้อยกเว้นของบทคัดพยานบอกเล่าของไทยยืดหยุ่นมากที่สุด

2.5.3 พยานบอกเล่าที่ศาลไทยรับฟัง

เมื่อมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550 เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 95/1 และมาตรา 104 และถ้อยคำทำนองเดียวกันของประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคสอง และมาตรา 104 วรรคสอง นั้น ต่อมาได้นำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 วรรคสอง และมาตรา 227/1 วรรคหนึ่งด้วย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 เป็นบทบัญญัติที่จำกัดดุลพินิจของศาลในเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่า การที่ศาลจะรับฟังพยานบอกเล่าได้ก็ต้องเป็นกรณีต้องด้วย มาตรา 226/3 วรรคสองเท่านั้น ซึ่งมาตรา 226/3 วรรคสอง และมาตรา 227/1 ได้กล่าวไว้โดยละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.4 แล้ว นอกจากนี้มาตรา 226/5 ก็ให้ศาลรับฟังบันทึกคำเบิกความในชั้นไต่สวนมูลฟ้องหรือบันทึกคำเบิกความของพยานในคดีอื่นมาประกอบพยานหลักฐานในคดีได้ เมื่อมีเหตุจำเป็นหรือเหตุสมควร ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าชนิดหนึ่งได้เช่นกัน³⁹

จะสังเกตได้ว่าเดิมทีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับพยานบอกเล่า แต่ศาลก็นำบทบัญญัติของมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับพยานบอกเล่าในคดีอาญาด้วย ซึ่งบทบัญญัตินั้นแม้จะห้ามศาลรับฟังพยานบอกเล่า แต่ก็มีความเชื่อใจว่าจะใช้ได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำสั่งศาลว่าเป็นอย่างอื่น เงื่อนไขนั้นเป็นเสมือนข้อยกเว้น โดยเงื่อนไขนั้นทางปฏิบัติศาลจึงใช้ดุลพินิจรับฟังพยานบอกเล่าได้อย่างกว้างขวาง

ก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรา 226/3 นั้น พยานบอกเล่ามีบัญญัติแต่เฉพาะในมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ไม่ปรากฏว่าศาลได้นำมาตรานี้มาใช้ในการวินิจฉัยคดีแพ่ง กลับนำไปใช้ในการวินิจฉัยคดีอาญา⁴⁰ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาฎีกามากมาย จึงสมควรศึกษาแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวนี้นี้ เพื่อจะได้ทราบแนวคิดเกี่ยวกับพยานบอกเล่าในคดีอาญาที่ศาลไทยรับฟัง

2.5.3.1 คำให้การของพยานในชั้นสอบสวน คำให้การดังกล่าวนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) คำให้การของพยานซึ่งได้แก่ประจักษ์พยานหรือพยานแวดล้อมกรณี ในการสอบสวนพยานบุคคลอื่นในชั้นสอบสวนนอกจากผู้ต้องหา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 บัญญัติห้ามมิให้พนักงานสอบสวนตักเตือน พุดให้ท้อใจหรือใช้กลอุบายอื่นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำ ซึ่งอาจจะให้ด้วยความเต็มใจ (2) คำให้การของผู้ต้องหา คำให้การดังกล่าวนี้เป็นผลจากการที่กฎหมายบังคับให้มีการสอบสวนก่อน ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีอาญาต่อศาล⁴¹ กระบวนการสอบสวนจึงทำให้มีการสอบคำให้การของพยานที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบ

³⁹ โสภณ รัตนกร. (2551). คำอธิบายพยาน. หน้า 314.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 300.

⁴¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 120.

ถึงข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ⁴² มีปัญหาว่าคำให้การของพยานในชั้นสอบสวนนี้ศาลจะรับฟังมาลงโทษจำเลยได้หรือไม่ แม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องกล่าวว่าคำให้การพยานในชั้นสอบสวนทำลับหลังจำเลยจะนำมาลงโทษจำเลยไม่ได้ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่จะวินิจฉัยว่าคำให้การพยานในชั้นสอบสวนมีน้ำหนักน้อยไม่พอฟังลงโทษจำเลยได้ แต่ก็อาจนำไปฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นได้ หรือหากมีพยานอื่นประกอบ ก็อาจพอฟังลงโทษจำเลยได้ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับกรณีการชั่งน้ำหนักพยานของศาลเป็นรายๆ ไป แต่ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องวินิจฉัยว่าคำให้การของพยานในชั้นสอบสวนรับฟังไม่ได้ก็มี⁴³

กรณีคำให้การพยานชั้นสอบสวนที่ขัดกับคำเบิกความในชั้นศาล เกี่ยวกับคำให้การของพยานในชั้นสอบสวนนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า กรณีที่พยานเคยให้การในชั้นสอบสวนแล้วมาเบิกความต่อศาลด้วยตนเอง คำให้การชั้นสอบสวนที่ขัดกับคำเบิกความในชั้นศาลเป็นพยานบอกเล่า ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2609/2532 ที่วินิจฉัยว่า “คำให้การของผู้เสียหายในชั้นสอบสวนซึ่งมีข้อความแสดงว่าขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเห็นจำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหาย และผู้เสียหายเบิกความรับว่าได้อ่านและลงลายมือชื่อไว้ นั้น เป็นพยานบอกเล่ารับฟังได้แต่เพียงเป็นพยานประกอบคำเบิกความของพยานในชั้นศาล เมื่อผู้เสียหายเบิกความต่อศาลว่าตนได้บอก ว. กับตำรวจหลังเกิดเหตุเพียงว่าสงสัยว่าจำเลยยิง โดยมี ว. พยานซึ่งอยู่ใกล้ที่เกิดเหตุเบิกความสนับสนุนว่า ผู้เสียหายวิ่งมาแจ้งเหตุหลังเสียงปืนดังเล็กน้อยโดยไม่ระบุว่าถูกใครยิง โจทก์จึงขาดประจักษ์พยาน เมื่อโจทก์ไม่มีพยานแวดล้อมอย่างใดอย่างหนึ่งมัดตัวจำเลยว่าเป็นคนร้าย ลำพังแต่คำให้การผู้เสียหายในชั้นสอบสวน ยังไม่มั่นคงเพียงพอจะฟังลงโทษจำเลยได้” ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าการที่พยานเบิกความโดยเล่าเรื่องเหตุการณ์ทั้งหมดที่ตนได้ประสบพบเห็นหรือกระทำมาจะตรงหรือไม่ตรงกับสิ่งที่ตนเคยให้การหรือพูดไว้ในครั้งก่อน ๆ ก็ไม่ทำให้สิ่งที่ตนเคยให้การหรือพูดไว้เป็นพยานบอกเล่า กรณีจะเป็นพยานบอกเล่าเมื่อเจ้าของถ้อยคำนั้นไม่ได้มาเบิกความต่อศาลแต่มีบุคคลอื่นนำถ้อยคำนั้นมาถ่ายทอดให้ศาลรับรู้อีกชั้นหนึ่ง กรณีตามฎีกาจึงเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าศาลจะเชื่อคำเบิกความของพยานในชั้นศาลหรือคำให้การของพยานในชั้นสอบสวน⁴⁴ ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีคำให้การพยานชั้นสอบสวนที่ขัดกับคำเบิกความในชั้นศาล ซึ่งศาลฎีกาเชื่อคำให้การพยานในชั้นสอบสวนและนำมาฟังลงโทษจำเลยได้ จึงเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าศาลจะเชื่อคำเบิกความของพยานในชั้นศาลหรือ

⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 2 (11).

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 925/2552 และ 2466/2551 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁴⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย , คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 169

ข้อวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากประจักษ์พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ ได้ให้การต่อพนักงานสอบสวนในทันทีทันใดหลังเกิดเหตุ โดยให้การยืนยันต่อพนักงานสอบสวนว่าเห็นจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด และให้การมีรายละเอียดข้อเท็จจริงเป็นลำดับ เป็นขั้นเป็นตอน แม้ประจักษ์พยานดังกล่าวนี้ไม่มาเบิกความในชั้นพิจารณา บันทึกลำคำให้การพยานในชั้นสอบสวนของบุคคลดังกล่าวย่อมนำไปฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ ซึ่งเป็นพยานแวดล้อมกรณีที่ใกล้ชิดต่อเหตุการณ์แล้ว ก็น่าจะเป็นการเพียงพอที่จะรับฟังลงโทษจำเลยได้ แม้บันทึกคำให้การพยานในชั้นสอบสวนมิได้กระทำต่อหน้าจำเลย และไม่มีการสาบาน หรือไม่มีการซักค้านก็ตาม เนื่องจากว่าเป็นเรื่องยากที่พนักงานสอบสวนจะปรุงแต่งข้อเท็จจริงมีรายละเอียดเป็นลำดับ เป็นขั้นเป็นตอนขึ้นมาเองได้ ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยโดยเชื่อคำให้การในชั้นสอบสวนของผู้เสียหายและนำไปฟังลงโทษจำเลย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7240/2554 วินิจฉัยว่า “แม้ชั้นพิจารณาโจทก์จะมีผู้เสียหายเบิกความเป็นพยานว่า จำเลยไม่เคยเอาอวัยวะเพศจำเลยสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศผู้เสียหาย แต่ตามบันทึกคำให้การของผู้เสียหาย ซึ่งให้การต่อหน้าพนักงานอัยการและนักสังคมสงเคราะห์ คำให้การของผู้เสียหายต่อเนื่องเชื่อมโยงเหตุการณ์เป็นลำดับขั้นตอนสมเหตุผล เชื่อว่าผู้เสียหายเบิกความในชั้นพิจารณาเพื่อช่วยเหลือจำเลย คำให้การชั้นสอบสวนของพยานโจทก์มีน้ำหนักน่าเชื่อถือยิ่งกว่าคำเบิกความในชั้นพิจารณาพยานหลักฐานของโจทก์ฟังลงโทษจำเลยได้”

กรณีความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ เจ้าพนักงานตำรวจมักจะใช้สายลับเป็นผู้ล่อซื้อยาเสพติดจากผู้ค้า เนื่องจากผู้ค้ามักจะระมัดระวังตัวไม่จำหน่ายยาเสพติดให้แก่บุคคลแปลกหน้า นอกเสียจากบุคคลที่เคยติดต่อยาเสพติดกันมาก่อน ดังนั้น เจ้าพนักงานตำรวจจึงจำเป็นต้องใช้สายลับที่เป็นบุคคลที่ผู้ค้ารู้จักและไว้วางใจให้ไปล่อซื้อยาเสพติดจากผู้ค้า หากมีการวางแผนจับกุมเป็นอย่างดีโดยจัดให้มีผู้ร่วมรู้เห็นเหตุการณ์การล่อซื้อยาเสพติดระหว่างสายลับกับผู้ค้า แม้สายลับจะได้มาเบิกความในชั้นพิจารณา มีแต่พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ขณะสายลับติดต่อล่อซื้อยาเสพติดกับผู้ค้ามาเบิกความเป็นพยานโจทก์ และสามารถยึดยาเสพติดให้โทษได้จากสายลับที่ล่อซื้อจากผู้ค้าไว้เป็นของกลางประกอบคดี ก็น่าจะเป็นเพียงพอฟังลงโทษผู้ค้ายาเสพติดดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3865/2550 วินิจฉัยว่า จำเลยให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา ศาลสืบพยานโจทก์ประกอบคำรับสารภาพของจำเลย แม้สายลับไม่มาเบิกความเป็นพยาน แต่พยานพยานเหตุแวดล้อมกรณีที่โจทก์นำสืบมีน้ำหนักมั่นคงฟังได้โดยปราศจากสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง จึงฟังลงโทษจำเลยได้

2) รับฟังได้ เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าไม่มีบทกฎหมายใดห้ามมิให้ศาลรับฟังคำให้การชั้นสอบสวนของพยานเพื่อประกอบการพิจารณา ส่วนจะรับฟังได้เพียงใด

หรือไม่สุดแต่เหตุผลของแต่ละเรื่อง⁴⁹ คำให้การพยานในชั้นสอบสวนเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งที่จะนำมาประกอบการวินิจฉัยในการรับฟังเกี่ยวกับข้อเท็จจริงแห่งพฤติการณ์และการกระทำทั้งหลายได้ ไม่มีบทกฎหมายใดห้ามไว้เด็ดขาด⁵⁰ และไม่มีกฎหมายห้ามมิให้รับฟังคำให้การของพยานในชั้นสอบสวน⁵¹

นอกจากนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 มิได้บัญญัติห้ามโดยเด็ดขาด มิให้รับฟังพยานบอกเล่าเสียเลยทีเดียว เมื่อพยานบอกเล่านั้นกล่าวถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างมีเหตุผล ศาลย่อมใช้ดุลพินิจรับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นได้⁵² และแม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 จะห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่า แต่ก็มีข้อยกเว้นว่าให้ใช้ได้เมื่อไม่มีบทกฎหมายโดยแจ้งชัดหรือคำสั่งของศาลว่าให้เป็นอย่างอื่น ดังนี้แม้คำเบิกความของพยานจะเป็นพยานบอกเล่าและผู้บอกเล่ายังมีชีวิตอยู่สามารถนำมาสืบได้ ศาลย่อมมีอำนาจรับฟังพยานดังกล่าวซึ่งเบิกความประกอบเอกสารได้⁵³

3) ไม่มีน้ำหนักหรือมีน้ำหนักน้อยมีคำพิพากษาศาลฎีกามากมายที่วินิจฉัยว่าคำให้การของพยานในชั้นสอบสวนเป็นพยานบอกเล่าไม่มีน้ำหนัก หรือมีน้ำหนักน้อย แต่ฟังประกอบพยานอื่นของโจทก์ในคดีอาญาได้ ถ้าฟังแค่คำให้การของพยานในชั้นสอบสวนไม่พอฟังลงโทษจำเลยได้ เช่น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำให้การพยานในชั้นสอบสวนเป็นพยานบอกเล่า เมื่อไม่ได้ตัวผู้ให้การมาเบิกความที่ศาลเพราะตายเสียก่อนก็อาจใช้ได้ แต่มีน้ำหนักน้อยและใช้ประกอบคำเบิกความของพยานอื่นได้⁵⁴

หากโจทก์มีพยานหลักฐานอื่นด้วย ศาลอาจฟังประกอบกันลงโทษจำเลยได้ เช่น มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราให้การไว้ในชั้นสอบสวน แต่โจทก์นำตัว

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3219/2516, 3620/2524 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3825/2524 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2069/2523, 1123/2526, 2957/2532, 2381/2537 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2456/2526, 992/2527, 1522/2528 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3828/2533 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 692/2499, 1769/2509 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

มาเบิกความไม่ได้เพราะหาตัวไม่พบ ศาลรับฟังคำให้การในชั้นสอบสวนประกอบกับพยานโจทก์ และคำรับของจำเลยชั้นสอบสวน ลงโทษจำเลยได้⁵⁵ โจทก์ไม่ได้ตัวประจักษ์พยานมาเบิกความ แต่มี คำให้การของพยานในชั้นสอบสวน แม้จะเป็นพยานบอกเล่า กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามมิให้รับฟังเสียเลย พยานบอกเล่าจะรับฟังได้หรือไม่เพียงใดสุดแต่เหตุผลเป็นเรื่องราว ไป โดยรับฟังในฐานะพยาน ประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ได้ เมื่อโจทก์มีพนักงานสอบสวนผู้สอบปากคำประจักษ์ พยานมาเบิกความประกอบคำให้การชั้นสอบสวนกับบันทึกการชี้ตัวและภาพถ่ายการชี้ตัวผู้ต้องหา ทั้งปรากฏว่าปิ่นและกระสุนปืนของกลางที่ยึดได้จากจำเลยและลูกกระสุนปืนที่ได้จากที่เกิดเหตุและ ที่ฝังอยู่ในตัวของผู้ตาย มีตำหนิรอยลายเส้นที่ร่องเกลียวและสันเกลียวตรงกันและเข้ากันได้ จึงรับ ฟังประกอบคำให้การรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลยลงโทษจำเลยได้⁵⁶

หากโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอื่น หรือพยานหลักฐานอื่นก็ไม่มีน้ำหนัก ศาลจะไม่ฟัง ลงโทษจำเลย เช่น มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ไม่ได้ตัวผู้รู้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดมาสืบใน ชั้นศาล คงมีแต่บันทึกถ้อยคำของพยานในชั้นสอบสวนเท่านั้น พยานอื่นของโจทก์ก็ไม่มีผู้รู้เห็น เกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลย พยานหลักฐานของโจทก์ไม่พอฟังลงโทษจำเลย⁵⁷ และ โจทก์ไม่ได้ ตัวผู้รู้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดมาสืบในชั้นศาล คงมีแต่บันทึกคำให้การในชั้นสอบสวนซึ่งเป็นพยาน บอกเล่า รับฟังได้แต่เพียงพยานประกอบคำเบิกความของพยานในชั้นศาล เมื่อพยานโจทก์ในชั้น ศาลไม่มีผู้รู้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิด คงมีแต่บันทึกการจับกุมและคำให้การชั้นสอบสวนของพยาน จึงไม่พอฟังลงโทษจำเลย⁵⁸ บันทึกคำให้การชั้นสอบสวน คำเบิกความในอีกคดีหนึ่งของผู้เสียหาย ซึ่งมีได้มาเบิกความในคดีนี้ เป็นพยานบอกเล่ามีน้ำหนักน้อย ต้องมีพยานอื่นมาสนับสนุนจึงจะฟัง ลงโทษจำเลยได้ ส่วนบันทึกคำให้การรับสารภาพชั้นสอบสวนของ ค. ที่ว่าจำเลยมีส่วนร่วมมือยิง ผู้เสียหายด้วย เป็นทั้งพยานบอกเล่าและคำขัดทอด เมื่อ ค. มีได้มาเบิกความ จำเลยไม่มีโอกาสซัก ค้าน บันทึกดังกล่าวจึงมีน้ำหนักน้อย พยานหลักฐานโจทก์ยังมีข้อระวางสงสัย ต้องยกประโยชน์

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1781/2522 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 109/2534 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1404/2512 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁵⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 3065/2526 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

แห่งความสงสัยให้เป็นคุณแก่จำเลย⁵⁹ โจทก์ไม่ได้ตัวผู้เสียหายมาเบิกความ คงมีแต่ จ. เบิกความว่า ผู้เสียหายได้เล่าให้ฟังว่าจำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหาย กับมีคำให้การชั้นสอบสวนของผู้เสียหายและบันทึกการชี้ตัวจำเลยเป็นพยาน ซึ่งล้วนแต่เป็นพยานบอกเล่า มีน้ำหนักน้อย จึงไม่อาจรับฟังลงโทษจำเลยได้⁶⁰ โจทก์ไม่สามารถนำประจักษ์พยานซึ่งเป็นพยานคนเดียวที่รู้เห็นตัวคนร้ายมาเบิกความได้ คงอ้างแต่คำให้การชั้นสอบสวนของพยานว่าจำเลยเป็นคนร้าย ซึ่งเป็นพยานบอกเล่า แม้จะมีพนักงานสอบสวนมาเบิกความประกอบก็ไม่เพียงพอที่จะรับฟังว่าจำเลยเป็นคนร้าย⁶¹

2.5.3.2 คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวน คือ คำให้การในชั้นสอบสวนของจำเลย ที่ให้การต่อพนักงานสอบสวนว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนจึงเป็นพยานบอกเล่าชนิดหนึ่งซึ่งศาลยอมให้นำสืบได้⁶² คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนจะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ จะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134, 134/1 ถึง 134/4 และ 135 ที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนนี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยมีทั้งนำมาฟังลงโทษจำเลยได้กับไม่อาจนำมาฟังลงโทษจำเลย โดยจะแยกกล่าวดังต่อไปนี้

1) คำรับสารภาพชั้นสอบสวนที่มีพยานประกอบ ฟังลงโทษจำเลยได้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า จำเลยให้การรับสารภาพชั้นสอบสวนโดยสมัครใจ แม้โจทก์ไม่ได้ตัวเจ้าทรัพย์มาเบิกความ คงได้มาแต่คำให้การชั้นสอบสวน โดยมีเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมเบิกความว่า เจ้าทรัพย์ชี้ให้จับจำเลยในเวลาใกล้ชิด และมีพนักงานสอบสวนเบิกความประกอบก็เพียงพอลงโทษจำเลยในความผิดฐานลักทรัพย์ได้⁶³ จำเลยรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน พร้อมกับนำเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมไปตรวจค้นและยึดเครื่องยนต์และชิ้นส่วนอุปกรณ์ของรถจักรยานยนต์ผู้เสียหายได้เป็นของกลาง คำรับสารภาพของจำเลยดังกล่าวแม้จะเป็นเพียงพยานบอกเล่า แต่เมื่อ

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 722/2534 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5394/2534 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3451/2535 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶² โสภณ รัตนกร. (2542). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 175.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 52/2498 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

นำมาประกอบคำเบิกความของพยานโจทก์ซึ่งเป็นผู้จับกุมและผู้สอบสวน พยานโจทก์จึงมีน้ำหนักรับฟังลงโทษจำเลยได้⁶⁴

พยานประกอบนั้นศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ต้องไม่ใช่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของคำรับสารภาพนั่นเอง⁶⁵ เช่น ภาพถ่ายและบันทึกการนำตัวผู้ต้องหาซึ่งที่เกิดเหตุประกอบคำรับสารภาพ เป็นส่วนหนึ่งของคำรับสารภาพ ไม่ใช่พยานหลักฐานที่จะนำมาฟังประกอบคำรับสารภาพของจำเลยเพื่อให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำผิด⁶⁶

2) คำรับสารภาพชั้นสอบสวนที่ไม่มีพยานประกอบ หรือพยานประกอบฟังไม่ได้ ถ้าฟังคำให้การรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนหาพอฟังลงโทษจำเลยไม่ ดังที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์คงมีแต่พนักงานสอบสวนผู้สอบสวนคำให้การจำเลยมาเบิกความประกอบคำให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนของจำเลย โดยไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาสืบประกอบคำรับสารภาพดังกล่าว เมื่อจำเลยให้การปฏิเสธในชั้นพิจารณา และนำสืบว่าคำรับดังกล่าวพนักงานสอบสวนได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นพยานโจทก์ยังไม่พอให้รับฟังลงโทษจำเลย⁶⁷

2.5.3.3 คำกล่าวของผู้ถูกทำร้ายก่อนตาย ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า คำที่ผู้ตายให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่ในเวลาที่ตนรู้ว่าต้องตายเป็นหลักฐานที่รับฟังได้⁶⁸ แต่ถ้าโจทก์ไม่นำสืบให้เห็นว่าขณะที่กล่าวผู้ตายคิดว่าตนจะตาย ก็รับฟังไม่ได้⁶⁹ และจากบาดแผล กิริยาอาการ หรือคำพูดของผู้ตายอาจแสดงว่าผู้ตายรู้ตัวว่าจะตาย คำของผู้ตายจึงรับฟังได้⁷⁰

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 381/2531 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 480/2496 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2258/2533 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3578/2526 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2475 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 315/2479, 1724/2497, 3380/2526, และ 5916/2531 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 411/2513, 314/2515, 2414/2515, 2425/2519, 1059/2531, และ 1095/2535

สืบค้นจาก (<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

คำกล่าวของผู้ถูกทำร้ายก่อนตาย รับฟังได้เฉพาะในคดีอาญาที่เป็นการกระทำความผิดต่อชีวิต หรือความผิดอื่นๆ ที่มีความตายเป็นองค์ประกอบด้วย เช่น ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือวิวาทเป็นเหตุให้เกิดความตาย และรับฟังได้เฉพาะนามผู้ฆ่า สาเหตุและพฤติการณ์แห่งการฆ่าเท่านั้น เรื่องอื่นๆ แม้จะพูดในขณะเดียวกันก็รับฟังไม่ได้⁷¹

หลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้มีว่า ถ้อยคำของผู้กำลังจะตายใช้ได้เฉพาะในคดีที่จำเลยถูกฟ้องว่าฆ่าผู้ตาย และรับฟังได้เฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ที่จำเลยกระทำความผิด ข้อสำคัญที่สุดผู้กล่าวถ้อยคำถึงแก่ความตายไปแล้วไม่อาจมาเบิกความได้ และขณะที่กล่าวข้อความนั้นผู้กล่าวรู้ตัวว่าใกล้จะตาย โดยหมดหวังที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไปอีกแล้ว ซึ่งโจทก์จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นเช่นนั้นด้วย⁷²

การที่จะถือว่าผู้ตายรู้ตัวว่าจะตายหรือไม่ ดูจากคำกล่าวหรือกิริยาอาการของผู้ตายนั่นเอง ผู้ตายอาจสงสัยเกี่ยวกับลูกเมีย ทรัพย์สมบัติ การจัดงานศพ หรืออาจปรากฏจากความเห็นของแพทย์ที่บอกให้ผู้ตายรู้ว่าหมดหวังในชีวิตแล้ว หรือปรากฏจากบาดแผลที่สาหัสซึ่งผู้ตายย่อมรู้ว่าจะไม่มีการรอดได้

ศาลอังกฤษเคยตัดสินว่า ผู้ตายซึ่งได้รับแจ้งจากแพทย์ว่าใกล้จะตายแล้วได้บอกกับญาติว่า “ฉันจะไปแล้ว แต่อย่าบอกใครนะ” พร้อมกับเล่าเรื่องที่เกิดเหตุขึ้นอย่างนั้นนั้น แสดงว่าผู้ตายรู้ตัวว่าตนใกล้จะตายแล้ว คำกล่าวของเขาจึงรับฟังได้ อีกคดีหนึ่งผู้ตายบอกให้จดข้อความว่า “ฉันให้ถ้อยคำนี้ด้วยเกรงว่าใกล้จะสิ้นชีวิตแล้ว และไม่มี ความหวังว่าจะหาย” แต่เมื่อมีการอ่านข้อความนั้นให้ฟัง ผู้ตายกลับขอแก้ข้อความว่าเป็นว่า “และในปัจจุบันไม่มี ความหวังว่าจะหาย” ดังนี้ ศาลอังกฤษถือว่าผู้ตายยังไม่หมดหวังในชีวิต คำกล่าวของเขาจึงรับฟังไม่ได้⁷³

2.5.3.4 คำขัดทอดของผู้ร่วมกระทำความผิด หมายถึง ถ้อยคำของผู้ร่วมกระทำความผิดในคดีอาญาที่กล่าวข้อความอันเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดด้วยกันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น คำขัดทอดจึงอาจเป็นคำกล่าวของผู้ถูกกล่าวหาที่ให้การต่อพนักงานสอบสวน หรืออาจเป็นคำเบิกความในศาลของผู้ร่วมกระทำความผิดในฐานะพยาน โจทก์หรือในฐานะจำเลยร่วมก็ได้⁷⁴ คำขัดทอดของผู้ต้องหาซึ่งให้การต่อพนักงานสอบสวนที่ไม่ได้มาเบิกความในชั้นศาล หากโจทก์อ้างเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลก็มีฐานะเป็นพยานบอกเล่า⁷⁵

⁷¹ มยุรี จามิกรานนท์. (2529). การรับฟังพยานบอกเล่าของศาลไทย. หน้า 190.

⁷² โสภณ รัตนกร. (2551). คำอธิบายพยาน. หน้า 308.

⁷³ แหล่งเดิม. หน้า 309.

⁷⁴ โสภณ รัตนกร. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 401.

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 722/2534 สืบค้นจาก

กรณีคำชั้ดทอดของผู้ร่วมกระทำความผิดที่มาเบิกความเป็นพยานโจทก์นั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232 บัญญัติห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ร่วมกระทำความผิดที่มาเบิกความเป็นพยานนั้น ได้ถูกฟ้องหรือมีฐานะเป็นจำเลยในขณะเบิกความในคดีนั้นหรือไม่ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

(1) กรณีผู้ร่วมกระทำความผิดกับจำเลย แต่ไม่ได้มีฐานะเป็นจำเลยอยู่ในขณะที่จะเบิกความ อาจเป็นเพราะโจทก์ยังไม่ได้ฟ้องหรือฟ้องแล้วถอนฟ้อง หรือถอนฟ้องแล้วและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้ว บุคคลเหล่านี้โจทก์ย่อมอ้างมาเป็นพยานได้ไม่ต้องห้าม⁷⁶

(2) กฎหมายห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน แต่ไม่ได้ห้ามจำเลยเบิกความในฐานะพยานด้วยความสมัครใจ เช่น ในคดีที่มีจำเลยหลายคน การที่จำเลยคนหนึ่งเข้าเบิกความเป็นพยานอาจชั้ดทอดถึงจำเลยอื่นด้วยก็ได้⁷⁷ คำเบิกความของจำเลยที่ปรักปรำหรือเสียหายแก่จำเลยอื่น จำเลยอื่นอาจซักค้านได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 233

(3) ถ้าพยานคนนั้นเป็นเพียงผู้กระทำความผิดร่วมกับจำเลยแต่ไม่ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีด้วย อาจเป็นเพราะอัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันจำเลยบางคนไว้เป็นพยาน กรณีเช่นนี้โจทก์ย่อมอ้างผู้กระทำความผิดที่กันไว้มาเป็นพยานได้ และศาลรับฟังพยานเช่นนี้ได้ไม่ถือเป็นคำชั้ดทอดระหว่างจำเลย⁷⁸ แม้ผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีหนึ่งจะมาเบิกความเป็นพยานโจทก์ในอีกคดีหนึ่งก็ไม่ถือว่าเป็นจำเลยในคดีหลัง คำชั้ดทอดของพยานไม่ถือว่าเป็นคำชั้ดทอดของจำเลยด้วยกัน ไม่ต้องห้ามโดยมาตรา 232 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁷⁹

คำชั้ดทอดของผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น แต่เดิมศาลไม่รับฟัง เพราะถือว่าผู้ร่วมกระทำความผิดย่อมตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวหรือความหวัง คือความกลัวว่าตนให้การว่าทำผิดก็จะได้รับโทษ และหวังว่าถ้าตนให้การชั้ดทอดว่าคนอื่นทำผิดก็อาจทำให้ตนเองรับโทษน้อยลงหรือพ้นโทษไปเลย ดังนั้นคำให้การของจำเลยจึงไม่น่าเชื่อถือ⁸⁰ และวินิจฉัยว่าคำชั้ดทอดของผู้ร่วมกระทำ

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 331/2472, 227/2513, 2961/2522, 1425/2535 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 70/2497, cjit1014/2540 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 193/2483, 534/2512 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 331/2472, 1885/2523, 1513/2532 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸⁰ เจ็มซัย ชุตติวงศ์. “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 238-239.

ความผิดรับฟังเป็นพยานหลักฐานลงโทษจำเลยอื่นในคดีเดียวกันไม่ได้⁸¹ จะฟังเป็นพยาน หลักฐาน ได้ก็เฉพาะใช้ยันตัวจำเลยผู้ให้การ โดยเฉพาะเท่านั้น⁸² แม้จะเป็นกรณีที่ผู้ขัดทอดไม่ได้ถูกฟ้องด้วยก็ตามก็ใช้เป็นหลักฐานประกอบการพิจารณาเพื่อลงโทษจำเลยที่ถูกขัดทอดไม่ได้⁸³ ต่อมาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้เปลี่ยนไปโดยเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง หากประกอบข้อด้วยเหตุผลศาลมีอำนาจรับฟังประกอบการพิจารณาได้⁸⁴ แม้เป็นคำขัดทอดของผู้ต้องหาด้วยกันในชั้นสอบสวนก็รับฟังประกอบพยานอื่นของโจทก์ให้น้ำหนักได้⁸⁵ และศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานว่าคำขัดทอดของผู้ร่วมกระทำความผิดรับฟังได้แต่มีน้ำหนักน้อย ถ้าฟังแต่คำขัดทอดของผู้ร่วมกระทำความผิดไม่เพียงพอที่จะรับฟังลงโทษจำเลย จะต้องรับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่น เช่นคำเบิกความขัดทอดของผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิดด้วยกันกับจำเลย เป็นคำพยานที่มีน้ำหนักน้อย โจทก์ต้องมีพยานอื่นประกอบจึงจะฟังลงโทษจำเลยได้⁸⁶ คำเบิกความขัดทอดของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานแม้จะมีจำนวนถึงสองปากก็ไม่มีน้ำหนักพอที่จะลงโทษจำเลยได้จะต้องมีพยานอื่นประกอบ⁸⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15590/2553 วินิจฉัยว่า มีคนร้ายร่วมกันลักทรัพย์ยานยนต์ของผู้เสียหาย ต่อมาเจ้าพนักงานตำรวจจับกุม อ ได้ และ อ ให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน วันรุ่งขึ้นเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมจำเลยได้ที่บ้านของจำเลยพร้อมยึดทรัพย์ยานยนต์ของผู้เสียหายเป็นของกลาง ชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนจำเลยให้การปฏิเสธ ต่อมาโจทก์ฟ้องจำเลยและ อ ในข้อหาร่วมกันลักทรัพย์ จำเลยให้การปฏิเสธ ส่วน อ ให้การรับสารภาพ ศาลชั้นต้นมีคำ

⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 915/2478, 944/2500 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 543/2509 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 758/2487 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 203/2531, 2802 – 2805/2531 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2218/2531 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 968/2529 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 401/2496, 3611/2528 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

พิพากษาให้ลงโทษ อ กับมีคำสั่งให้โจทก์แยกฟ้องจำเลยเป็นคดีใหม่ โจทก์จึงฟ้องกล่าวหาจำเลยเป็นคดีนี้ โจทก์มีพนักงานสอบสวนเป็นพยานเบิกความว่า ชั้นจับกุมเจ้าพนักงานตำรวจแจ้งข้อหา อ ว่าร่วมกันลักทรัพย์ อ ให้การรับสารภาพ ชั้นสอบสวนพยานแจ้งข้อหา อ ว่าร่วมกันลักทรัพย์ อ ให้การรับสารภาพและให้การขัดทศว่าร่วมกับจำเลยลักรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหาย ต่อมาเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมจำเลยได้ที่บ้านของจำเลยพร้อมยึดรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายเป็นของกลาง โจทก์มีเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุม อ และจำเลยเบิกความสนับสนุนว่า พยานกับพวกเจ้าพนักงานตำรวจให้ อ พาไปที่บ้านของจำเลย พบจำเลยอยู่ในสวนหลังบ้านกำลังจะถอดเครื่องยนต์ออกจากรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหาย โดยจำเลยถอดกระดุมองหลังทั้งสองข้าง บังโคลนหน้า และไฟส่องท้ายออกไปแล้ว พยานจึงจับกุมจำเลยพร้อมยึดรถจักรยานยนต์ดังกล่าวเป็นของกลาง เห็นว่าแม้คำให้การของ อ นี้มีลักษณะเป็นคำขัดทศ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1 บัญญัติให้ศาลต้องใช้ความระมัดระวังในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานดังกล่าว และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลยก็ตาม แต่คำขัดทศของ อ ก็มีใช้คำขัดทศเพื่อให้ตนเองพ้นผิด เพราะมีรายละเอียดของการทำความผิดทั้งของ อ และของจำเลย ทั้งยังพาไปสู่การได้รถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่บ้านของจำเลยคืน นับว่าเป็นคำขัดทศที่มีเหตุผล เมื่อนำคำเบิกความเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมกับพนักงานสอบสวนมาฟังประกอบกับคำขัดทศของ อ แล้ว ทำให้พยานหลักฐานของโจทก์มีน้ำหนักมั่นคงรับฟังได้ว่าจำเลยร่วมทำความผิดกับ อ จริง

2.5.3.5 พยานบอกเล่าที่ศาลรับฟังอื่นๆ เช่น

1) คำกล่าวที่ใกล้ชิดเหตุการณ์ ตามกฎหมายอังกฤษยอมให้รับฟังข้อเท็จจริงซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ (res gestae) แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นพยานบอกเล่าก็ตาม ข้อความที่กล่าวขึ้นขณะเดียวกับที่เหตุการณ์เกิดขึ้นจะรับฟังได้ เช่น ผู้ที่ถูกทำร้ายระบุชื่อคนร้ายทันทีที่ถูกทำร้าย ผู้ที่ได้ยินคำระบุชื่อคนร้าย อาจมาเบิกความเป็นพยานได้

ในสหรัฐอเมริกาเรียกข้อความชนิดนี้ว่า “คำกล่าวที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้เตรียม การ (spontaneous statement) ซึ่งมีอยู่ 4 ประเภท คือ (1) คำกล่าวที่แสดงถึงการรับรู้ทางประสาทของผู้กล่าวในขณะนั้น (2) คำกล่าวที่เกิดจากความตื่นเต้น (3) คำกล่าวถึงสภาพทางร่างกายขณะผู้กล่าวในขณะนั้น และ (4) คำกล่าวถึงสภาพจิตใจและอารมณ์ของผู้กล่าวในขณะนั้น”⁸⁸

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าคำบอกเล่าหรือคำระบุคนร้ายที่ใกล้ชิดกับเหตุรับฟังได้เช่นกัน แต่มิได้ถือเคร่งครัดว่าจะต้องเป็นการบอกเล่าหรือระบุชื่อคนร้ายในขณะเดียวกันหรือทันทีที่เกิดเหตุการณ์ เช่นตำรวจเบิกความว่าพอเกิดเหตุแล้วเห็นจำเลยออกมาจากที่เกิดเหตุมาดกรม มีผู้ตามมาบอกว่าจำเลยแทงผู้ตาย ดังนี้เป็นคำบอกเล่าที่กระชั้นชิดทันที ตามธรรมดายังไม่ทันจะคิด

⁸⁸ แหล่งเดิม. หน้า 310.

ปรักปรำ ศาลจึงรับฟังคำเบิกความของตำรวจประกอบพยานอื่นลงโทษจำเลยได้⁸⁹ และในกรณีที่ผู้ตายคิดว่าตนจะไม่ตายได้ระบุชื่อจำเลยเป็นคนยิงต่อหน้านั้น คำบอกเล่าเช่นนี้รับฟังได้ในฐานะที่บอกกล่าวในเวลาใกล้ชิดกับเหตุ อันไม่มีโอกาสที่ผู้บอกกล่าวจะคิดใส่ความได้ทัน รับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ได้⁹⁰

2) คำรับที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของคู่ความ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า คำบอกเล่าของจำเลยต่อพยานโจทก์ว่าตนเป็นผู้ก่อเหตุร้ายเป็นการกล่าวร้ายเสียประโยชน์และไม่เป็นคุณแก่ตน ย่อมมีน้ำหนักที่จะรับฟังประกอบพฤติการณ์แวดล้อมอื่นเพื่อฟังลงโทษจำเลยได้⁹¹ แต่การที่จำเลยรับต่อมารดาและพี่ชายว่าได้ฆ่าผู้ตาย แต่พูดไปโดยถูกข่มขู่ไม่สมัครใจ แม้จะเป็นคำรับที่เป็นปรัปักษ์ต่อจำเลย ก็ไม่พอรับฟังลงโทษจำเลย⁹²

คำรับของคู่ความนอกศาลซึ่งกฎหมายอังกฤษถือว่าเป็นคำรับอย่างไม่เป็นทางการ รับฟังเป็นข้อยกเว้นพยานบอกเล่าได้ เพราะเป็นคำกล่าวที่ทำให้ตนเสียผลประโยชน์น่าเชื่อว่าเป็นความจริง แต่จะรับฟังได้เฉพาะที่ผู้กล่าวตายไป และต้องเป็นคำกล่าวที่ทำให้เสียผลประโยชน์ทางทรัพย์สินเท่านั้น เช่น คำกล่าวที่ว่าได้รับค่าเช่าแล้ว หรือได้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแล้ว เป็นต้น หากเป็นคำกล่าวที่เสียผลประโยชน์ในทางอื่นซึ่งมิใช่ทรัพย์สิน คำกล่าวนั้นหาอาจรับฟังได้ไม่ เช่น คำกล่าวของพระที่รับว่าได้ประกอบพิธีสมรสโดยไม่ถูกต้อง และคำกล่าวเช่นนี้เป็นคนละเรื่องกับคำรับของคู่ความเนื่องจากกล่าวในกรณีนี้จะรับฟังได้เฉพาะกรณีผู้กล่าวตาย จึงมักจะใช้ในกรณีที่ผู้กล่าวมิได้เป็นคู่ความในคดีด้วย กรณีที่คู่ความเป็นผู้กล่าวก็อาจใช้คำกล่าวนั้นในฐานะคำรับของคู่ความได้

จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้รับเอาแนวความคิดตามกฎหมายอังกฤษมาใช้ แต่ก็มีได้ยึดติดกับข้อจำกัดต่างๆ กล่าวคือ ไม่ได้คำนึงว่า ผู้กล่าวจะต้องตายไปแล้วหรือไม่ ผู้กล่าวจะเสียประโยชน์ในทางใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าจะต้องเสียประโยชน์ทางด้านทรัพย์สินเท่านั้น และในบางกรณีเป็นคำรับของคู่ความนอกศาลด้วย

⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 304/2500 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 308/2510 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1239/2527 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4617/2533 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

แนวคำพิพากษากฎีกานับว่าสอดคล้องกับ Federal Rules ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งขยายแนวความคิดในเรื่องการเสียประโยชน์ให้คลุมถึงเรื่องอาญาด้วย เพียงแต่จะต้องมีพยานอื่นมาสนับสนุนคำกล่าวนั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการรับสมอ้างว่าเป็นผู้กระทำผิดแทนกัน ซึ่งในกรณีนี้ผู้กล่าวไม่มีตัวตนที่จะต้องเกรงกลัวความรับผิดชอบให้การเท็จแล้ว นอกจากนั้นยังมีการเสนอให้ขยายหลักกฎหมายเรื่องนี้ให้คลุมไปถึงคำกล่าวที่ทำให้ผู้กล่าวได้รับความเกลียดชัง หรือถูกดูหมิ่นเหยียดหยามด้วย⁹³

2.6 การรับฟังพยานบอกเล่าของศาลในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เปรียบเทียบกับศาลไทย

“คำพยานบอกเล่า” คือ คำของพยานที่มาเบิกความว่าตนได้ทราบข้อเท็จจริงนั้นมาจากผู้อื่นอีกต่อหนึ่ง เป็นการนำเรื่องราวที่คนอื่นทราบมาถ่ายทอดอีกชั้นหนึ่ง จึงรับฟังไม่ได้เพราะขัดกับหลักที่ว่าพยานจะต้องเป็นผู้ที่ได้ทราบข้อเท็จจริงนั้นมาด้วยตนเองโดยการรับทางประสาททางใดทางหนึ่งจากประสาททั้งห้า⁹⁴ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95/1 วรรคหนึ่งกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 ได้บัญญัติถึงความหมายของพยานบอกเล่าไว้ตรงกับหลักวิชาหรือหลักสากล คำว่า “พยานบอกเล่า” หมายความว่า พยานหลักฐานใดก็ตามที่แสดงถึงคำกล่าว (statement) ของประจักษ์พยานที่ได้กระทำไว้นอกศาล และนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล โดยที่ไม่ได้นำตัวประจักษ์พยานผู้กล่าวข้อความนั้นมาเบิกความโดยตรงต่อศาล โดยความประสงค์ในการนำสืบพยานหลักฐานนั้นเพื่อแสดงให้เห็นว่าเนื้อความหรือเรื่องราวในข้อความนั้นเป็นความจริง⁹⁵ หลักการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายพยานแองโกล-อเมริกัน ที่มีความสำคัญรองจากระบบลูกขุน และมีส่วนสำคัญในการเสริมสร้างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของโลก หลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานบอกเล่าเชื่อมโยงอยู่กับระบบลูกขุนอย่างแยกกันไม่ออก ซึ่งตอนแรกไม่ได้มีการห้ามในเรื่องพยานบอกเล่า แต่ต่อมาเริ่มเห็นอันตรายของพยานบอกเล่าซึ่งอาจงู้อะไรลูกขุนได้ง่าย จึงเกิดหลักกฎหมายห้ามรับฟังพยานบอกเล่าขึ้นในศตวรรษที่ 17 ⁹⁶

⁹³ โสภณ รัตนกร. (2551). “คำอธิบายพยาน.” หน้า 311-313.

⁹⁴ โอสถ โกสิน. (2538). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 352.

⁹⁵ จรัญ ภักดีธนากุล. (2551). “กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 227.

⁹⁶ โสภณ รัตนกร. (2551). “คำอธิบายพยาน.” หน้า 284-285.

หลักที่ถือว่าพยานบอกเล่ารับฟังไม่ได้ หรือพยานบอกเล่าจะถูกตัดห้ามมิให้รับฟังนั้น ในระบบกฎหมายสากลยังมีความแตกต่างกันอยู่ ซึ่งมี 2 ระบบ คือ⁹⁷

1) ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) คือ ประเทศที่ใช้ระบบประมวล ระบบนี้ไม่มีบทคัดพยานบอกเล่า บทคัดพยานหลักฐานที่มีอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลอาจจะกล่าวได้ว่ามีอยู่เพียงข้อเดียวว่าต้องเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็น ถ้าเกี่ยวกับประเด็นแล้วก็รับฟังได้ทั้งสิ้นจะเป็นพยานบอกเล่าหรือไม่ไม่สำคัญ พยานหลักฐานชิ้นใดเป็นพยานบอกเล่า ความน่าเชื่อถือก็ไม่ได้ เพราะความคลาดเคลื่อนมีมาก เป็นการวินิจฉัยชั้นซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลนี้ปัญหาเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่าจึงไม่มี มีแต่ปัญหาเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานบอกเล่า ในระบบนี้พยานบอกเล่าทุกชิ้นรับฟังได้ขอให้เกี่ยวกับประเด็นรับฟังได้หมด ไม่ว่าจะมีชิ้นเดียวหรือหลายชิ้น มีพยานอื่นหรือไม่ไม่สำคัญรับฟังได้หมดแต่น้ำหนักไม่ดี การวิเคราะห์ให้น้ำหนักต้องคำนึงถึงความคลาดเคลื่อน ความไม่น่าเชื่อถือของการเล่าต่อๆ กันมาด้วย

ประเทศเยอรมนี เป็นประเทศที่ใช้ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งใช้ระบบที่เรียกว่า non-adversary system หรือ inquisitorial system ศาลจะมีบทบาทในการค้นหาความจริงอย่างมาก บทบาทของผู้พิพากษาจึงเป็น active การอ้างพยาน การซักถามพยาน เป็นหน้าที่ของศาล คู่ความมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือในคดีจึงเป็น passive พยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยจะถูกนำมาแสดงโดยศาล ประเทศเยอรมนีจึงเน้นในเรื่องการค้นหาความจริงตามหลักของความยุติธรรมในเนื้อหา (material justice) ระบบนี้อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า truth theory

บทคัดพยานหลักฐานที่มีอยู่ในประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย อาจจะกล่าวได้ว่ามีอยู่เพียงข้อเดียวว่าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็น ถ้าเกี่ยวกับประเด็นแล้วก็รับฟังได้ทั้งสิ้น แม้จะเป็นพยานบอกเล่าก็ตาม⁹⁸ ศาสตราจารย์ Thomas Weigend ได้สรุปสาระสำคัญของทำทีในเรื่องการคัดพยานหลักฐานของประเทศเยอรมนี ซึ่งมีหลักทั่วไปคล้ายคลึงกับประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรปว่า ประเทศเยอรมนี ไม่มีหลักทั่วไปในเรื่องการคัดพยานหลักฐานอันทำให้หลักฐานที่ได้มาซึ่งการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถรับฟังได้ ลักษณะที่น่าสนใจอย่างหนึ่งของระบบเยอรมนี คือ ในขณะที่การกระทำโดยมิชอบของตำรวจนั้น ไม่จำเป็นเสมอไปที่จะเป็นเหตุให้มีการคัดพยานหลักฐานออกไปนั้น การกระทำโดยถูกต้องเหมาะสมของตำรวจ ก็ไม่ได้เป็นหลักประกันในการที่หลักฐานนั้นจะรับฟังได้เสมอไปเช่นกัน ดังเช่นในคดีความผิดให้การเท็จคดีหนึ่งที่ศาลคัดหลักฐานที่เป็นไคอาร์ออกไป แม้ว่าคดีนี้ไคอาร์นั้นตำรวจจะได้มาโดยถูกต้องตาม

⁹⁷ โอสธ โกสิน. (2538). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 352.

⁹⁸ แหล่งเดิม.

กฎหมายก็ตาม แต่การที่ศาลตัดสินพยานหลักฐานนี้ออกไปโดยเหตุผลที่ว่าการใช้โคอาร์นี้พยานหลักฐานในศาลจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญในเรื่องความเป็นส่วนตัวของจำเลย อย่างไรก็ตามศาลได้กล่าวเพิ่มเติมต่อไปว่า หากคดีนี้เป็นคดีฆาตกรรม โคอาร์นี้ก็อาจรับฟังได้

2) ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) คือ ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ระบบนี้มีลักษณะพิเศษเด่นชัดเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานประการหนึ่งก็คือ มีบทคัดพยานบอกเล่าไว้อย่างชัดเจนแน่นอน วางหลักไว้ว่าถ้าเป็นพยานบอกเล่าแล้วโดยหลักไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาห้ามมิให้รับฟัง คือ รับฟังไม่ได้ เป็นพยานหลักฐานที่ใช้ไม่ได้ต้องตัดออกไปไม่อาจนำไปพิจารณาในชั้นชั่งน้ำหนักได้ต้องตัดออกไปเลย เว้นแต่ จะไปเข้าข้อยกเว้นที่ระบบกฎหมายนั้นเห็นว่าสมควรให้รับฟัง

ประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) พยานบอกเล่าอาจปรากฏในรูปของคำพูด เอกสาร หรือแม้แต่กริยาท่าทางก็เป็นพยานบอกเล่าได้ เหตุผลที่ศาลอังกฤษไม่รับฟังพยานบอกเล่ามีดังต่อไปนี้

(1) พยานบอกเล่าไม่ใช่พยานที่ดีที่สุด แต่มีหลายกรณีที่ผู้รู้เห็นเหตุการณ์ไม่มีชีวิตแล้วหรือเหตุการณ์เกิดมานานแล้วไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์นั้น ในกรณีเช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีพยานหลักฐานอื่นดีกว่าพยานบอกเล่าอีกแล้ว

(2) พยานบอกเล่ามิได้สาบานตนว่าจะเล่าเรื่องตามความจริง แต่ในปัจจุบันนี้เป็นที่น่าสงสัยว่า คนต่างๆ ไปจะยังคงถือว่าคำสาบานเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ และเป็นหลักประกันว่าพยานจะเบิกความตามความเป็นจริงได้เพียงใด

(3) พยานบอกเล่ามิอาจถูกถามคำถามเพื่อตรวจสอบความจริง เพราะการถามคำถามเป็นอาวุธสำคัญสำหรับคู่ความจะใช้จับผิดพยานของคู่ความตรงกันข้าม

(4) ศาลไม่ได้เห็นอากัปกิริยาของผู้บอกเล่า ดังเช่นกรณีที่พยานเบิกความ แต่บาง ครั้งพยานอาจเบิกความเท็จได้แนบเนียนโดยไม่แสดงร่องรอยให้ศาลเห็นก็ได้

(5) อาจมีการสร้างพยานเท็จ แต่บางครั้งพยานหลักฐานโดยตรงก็อาจมีการสร้างขึ้นได้ไม่ยากกว่าการอ้างว่าได้รับการบอกเล่าจากผู้อื่น

(6) อาจมีการจูงใจลูกขุนให้หลงผิดหรือทำให้การพิจารณาคดีของลูกขุนล่าช้าได้ ปัจจุบันคดีแพ่งที่พิจารณาโดยลูกขุนมีน้อย ประเทศอังกฤษพร้อมที่จะเลิกการห้ามรับฟังพยานบอกเล่ามากขึ้น

(7) ข้อความที่เล่าต่อๆ กันมาอาจมีการคลาดเคลื่อนได้ แต่พยานบอกเล่าที่รับฟังมาทอดเดียว ที่เรียกว่าพยานบอกเล่าชั้นเดียว (first-hand hearsay) และพยานบอกเล่าที่เป็นเอกสารหาไม่ก็น่าห่วงใยดังกล่าวไม่

ด้วยเหตุนี้ทางอังกฤษได้ยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าชนิดนี้ไว้ใน The Civil Evidence Act, 1968 ซึ่งเป็นการยกเลิกข้อห้ามในการรับฟังพยานบอกเล่าในคดีแพ่ง กับได้มีการเสนอให้ยกเลิกข้อห้ามเกี่ยวกับพยานบอกเล่า ให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ทุกชนิดโดยไม่จำกัด เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศยุโรปตะวันตก ซึ่งไม่มีข้อจำกัดไม่ให้รับฟังพยานบอกเล่า การไม่มีข้อจำกัดดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่าก่อให้เกิดข้อบกพร่องใดๆ ในปัจจุบันอังกฤษโดย The Civil Evidence Act, 1995 ได้ยกเลิกกฎหมายห้ามรับฟังพยานบอกเล่าในคดีแพ่งโดยสิ้นเชิง ส่วนในคดีอาญาโดย The Criminal Evidence Act, 1988 เอกสารที่เป็นพยานบอกเล่าชั้นต้น (first-hand documentary hearsay) ก็รับฟังได้

เหตุผลที่ไม่รับฟังพยานบอกเลาดังกล่าวข้างต้นหลายข้อในปัจจุบัน ไม่มีน้ำหนักเสียแล้ว พยานบอกเล่าในบางเรื่องมีเหตุน่าเชื่อถือยิ่งกว่าพยานชั้นต้นเสียอีก และเนื่องจากความจำเป็นทางการค้าทำให้ศาลอังกฤษสร้างข้อยกเว้นต่างๆ ขึ้น ในบางกรณีรัฐสภาได้ออกกฎหมายยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่าได้เพิ่มขึ้นมากมายเช่น The Evidence Act, 1938, The Criminal Evidence Act, 1965, The Civil Evidence Act, 1968, The Criminal Evidence Act, 1984, The Police and Criminal Evidence Act, 1984, The Criminal Justice Evidence Act, 1988, และ The Civil Evidence Act, 1995 เป็นต้น⁹⁹

สำหรับคดีอาญาแม้จะมีข้อเสนอให้ยกเลิกกฎหมายห้ามรับฟังพยานบอกเล่าเช่นคดีแพ่ง แต่ยังไม่เป็นผลสำเร็จ อย่างไรก็ตามก็ได้นอกจากข้อยกเว้นตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังมีข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลอยู่มากมาย เช่น

- (1) ข้อความในเอกสารมหาชน
- (2) คำกล่าวของผู้ตายในกรณีต่างๆ คือ
 - ก. คำกล่าวซึ่งตนเสียประโยชน์
 - ข. คำกล่าวในการปฏิบัติหน้าที่
 - ค. คำกล่าวในคดีที่ผู้ตายถูกฆ่า
 - ง. คำกล่าวที่เกี่ยวกับวงศ์ตระกูล
 - จ. คำกล่าวเกี่ยวกับสิทธิมหาชน
- (3) คำรับของคู่ความและคำรับสารภาพ
- (4) ข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีก่อน
- (5) ข้อความที่เกี่ยวข้องและอธิบายข้อเท็จจริงในประเด็น
- (6) คำกล่าวในทันทีและเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในประเด็น

⁹⁹ โสภณ รัตนการ. (2551). “คำอธิบายพยาน.” หน้า 284-294.

(7) คำกล่าวเกี่ยวกับสภาพร่างกายของผู้กล่าว

ข้อยกเว้นข้อ 5 ถึง ข้อ 8 นั้น มีการอธิบายไปในอีกทางหนึ่งว่าเป็นเรื่องของหลักการรับฟังพยานหลักฐาน (inclusionary rules) ไม่ใช่หลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐาน (exclusionary rules) เหตุที่มีการรับฟังพยานเหล่านี้ เพราะเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น (res gestae) มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีตรงที่เกิดขึ้นพร้อมกับข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์

The Criminal Evidence Act, 1965 ได้เพิ่มข้อยกเว้นให้รับฟังเอกสารซึ่งมีการบันทึกข้อมูลทางการค้าหรือธุรกิจ โดยผู้ให้ข้อมูลนั่นเองและไม่สามารถมาเบิกความต่อศาลได้ ต่อมาได้มีการออก The Police and Criminal Evidence Act, 1984 มาแทนที่ โดยได้ขยายข้อยกเว้นให้กว้างขวางขึ้น คลุมไปถึงเอกสารที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์ และเกี่ยวกับการรับฟังคำรับของผู้ต้องหาด้วย ส่วน The Criminal Justice Evidence Act, 1988 ก็ได้ยกเว้นให้ศาลสามารถอนุญาตให้รับฟังพยานบอกเล่าชั้นเดียวที่เป็นเอกสารได้ ในกรณีที่ผู้ทำเอกสารไม่อาจมาศาล รวมทั้งให้รับฟังเอกสารที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์และรับฟังรายงานของผู้เชี่ยวชาญโดยผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความ¹⁰⁰

ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ทุกประเทศถือว่าเรื่องบทคัดพยานบอกเล่า นั้น เป็นหลักสำคัญเป็นเรื่องเคร่งครัดในคดีอาญา หลักนี้เกิดขึ้นมาจากคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาให้เขาได้มีสิทธิซักค้านพยานโจทก์ บทคัดพยานหลักฐานในประเทศคอมมอนลอว์นั้นต้องมีและต้องใช้ในคดีอาญา ส่วนในคดีแพ่งนั้นผ่อนผันให้ค่อนข้างมาก ถึงขนาดกฎหมายของอังกฤษออกมาผ่อนผันว่า ในคดีแพ่งนั้นแม้เป็นพยานบอกเล่าก็นำสืบได้ แต่ขอให้พยานบอกเล่าชั้นที่หนึ่ง หากไม่ใช่พยานบอกเล่าคนต่อไปแล้วก็ใช้ได้ หรือถ้าเป็นพยานบอกเล่าที่อยู่ในรูปเอกสาร อยู่ในรูปของคอมพิวเตอร์หรือไมโครฟิล์มก็ใช้ได้ นำเชื่อถือมีน้ำหนัก ในคดีแพ่งจึงยอมผ่อนผันให้ในเรื่องบทคัดพยานบอกเล่าเพราะไม่ใช่เป็นเรื่องสำคัญ แต่บทคัดพยานบอกเล่าเป็นเรื่องสำคัญในคดีอาญา

ส่วนประเทศไทย นั้น กฎหมายไทยถือหลักไม่ยอมรับฟังพยานบอกเล่ามาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาโดยกฎหมายลักษณะพยาน มาตรา 16 บัญญัติว่า “อนึ่ง คู่ความทั้งสองอ้างพยานๆ ให้การว่ามีได้เห็นแก่จักขุ มิได้ยื่นแก่โสต เป็นแต่ผู้มีความบอกเล่าจึงรู้ ท่านว่าทิพพยานก็ดี อุดรพยานก็ดี อุดรพยานก็ดี ท่านว่ามีฟังให้ฟังเอาพยานนั้นเลย...” มาถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 มาตรา 37 ก็กล่าวไว้อีกว่า พยานนั้นจะต้องเป็นพยานที่รับรู้ได้เห็นมาเองอีกเหมือนกัน โดยกฎหมายใช้คำว่า “เมื่อศาลอ่านประเด็นข้อสืบ ซึ่งกำหนดไว้ในคำชี้สองสถานแล้ว ก็ให้ศาลซักถามพยานให้พยานเบิกความแต่โดยสัตย์โดยจริง ตามซึ่งตนรับรู้ได้เห็นได้ยินจนสิ้นกระแสความ...” และในเรื่องการถามค้านพยานก็มีมาตรา 38 (2) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กล่าว

¹⁰⁰ เล่มเดิม. หน้า 292-294.

ไว้ดีกว่า “ถามซักไซ้ไล่เรียงพยาน ให้พยานอธิบายชี้แจงว่า เหตุใดพยานจึงได้รู้ได้เห็น ได้ยินเหตุการณ์ต่าง ๆ ในข้อพิพาทที่ได้รู้ได้เห็น ได้ยินกิจการต่างๆ ซึ่งเป็นมูลคดีว่าท...”¹⁰¹

ก่อนมีการเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 95/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰² และมาตรา 226/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁰³ ปัญหาว่าประเทศไทยมีบทคัดพยานบอกเล่าหรือไม่ ปัญหานี้ได้เถียงกันมาก โดยแบ่งความเห็นของนักกฎหมายที่มีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ออกเป็นสองฝ่ายดังนี้¹⁰⁴

ฝ่ายแรกนักกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบประมวล (Civil Law) มีความเห็นว่าประเทศไทยเป็นประเทศในระบบประมวลไม่มีเหตุที่จะไปสร้างบทคัดพยานบอกเล่า เพราะประเทศระบบประมวลไม่มีบทคัดพยานบอกเล่า พอรับฟังเข้ามาแล้วก็ชั่งน้ำหนักพยาน หลักฐานนั้น ถ้าคุณภาพไม่ดีก็ให้น้ำหนักน้อยซึ่งดีกว่าไม่มีพยานหลักฐานเสียเลยซึ่งก็มีเหตุผลส่วนประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์มีบทคัดพยานบอกเล่าเพราะระบบนี้ไม่ได้ใช้ผู้พิพากษาอาชีพพิจารณาแต่ใช้ลูกขุนซึ่งเป็นสามัญชนเป็นผู้พิจารณา ถ้าให้รับฟังพยานบอกเล่าได้ ก็อาจจะเกิดอคติกับคณะลูกขุน จึงไม่รับฟังพยานบอกเล่าดีกว่าให้รับฟัง เพราะรับฟังแล้วอาจเกิดอคติ ทำให้ผิดเพี้ยนไปได้ ระบบของประเทศไทยเป็นระบบประมวลและไม่ได้ใช้ลูกขุนแต่ใช้ผู้พิพากษาอาชีพเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริง จึงไม่มีเหตุผลอะไรที่จะไปวางบทคัดพยานบอกเล่าไว้ และถึงจะมีก็มียู่แต่ในคดีแพ่ง เพราะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่น่าจะเอามาใช้ในคดีอาญา เพราะในคดีอาญานั้นมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติไว้เป็นหลักอยู่แล้วว่า พยานหลักฐานใดก็ตามที่สามารถที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ได้ ก็ให้รับฟังได้ทั้งนั้น กล่าวโดยสรุปก็คือพยานหลักฐานใดไม่ว่าจะเป็นบุคคล เอกสารหรือวัตถุ ถ้าเกี่ยวกับประเด็นในคดีอาญา คือ สามารถพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ได้ ก็รับฟังได้ทั้งนั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นพยานบอกเล่าหรือไม่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญابัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานไว้โดยชัดแจ้งแล้วในมาตรา 226 จึงไม่จำเป็นต้องอนุโลมเอามาตรา 95 (2) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในคดีอาญา บทคัดพยานบอกเล่าหากจะมีก็มีเฉพาะในคดีแพ่ง ไม่มีในคดีอาญา ส่วนข้อความในตอนท้ายมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

¹⁰¹ โอสถ โกสิน. (2538). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 358.

¹⁰² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550, มาตรา 8.

¹⁰³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551, มาตรา 11.

¹⁰⁴ เล่มเดิม. หน้า 355-357.

ความอาญา ที่ว่าทั้งนี้ให้อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นที่ว่าด้วยการสืบพยาน หมายถึงเรื่องวิธีการสืบพยานหลักฐานเท่านั้น เช่น การที่จะยื่นบัญชีระบุพยานหลักฐานต้องอยู่ใน บังคับของกฎหมายว่าด้วยการสืบพยานหลักฐานใดเมื่อเกี่ยวกับประเด็นและสืบได้แล้ว วิธีสืบจะต้องทำให้ ถูกวิธี ต้องยื่นบัญชีระบุพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 ซึ่งอนุโลมมาใช้ ในคดีอาญาได้ เพราะเกี่ยวกับการสืบพยาน หรือตัวอย่างอีกตัวอย่างหนึ่งก็ได้แก่เรื่อง ที่เกี่ยวกับวิธีการสืบพยานหลักฐานในคดีแพ่งคือ พยานบุคคลต้องสาบานตัวก่อนที่จะเบิกความ ถ้า ไม่สาบานตัวแล้วเบิกความไปคำเบิกความนั้นรับฟังไม่ได้ หลักกฎหมายในเรื่องนี้บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เกี่ยวกับวิธีการสืบพยานหลักฐาน ซึ่งอนุโลมเอามาใช้กับ การสืบพยานหลักฐานในคดีอาญาด้วย ความหมายของมาตรา 226 ตอนท้าย ที่ว่าอยู่ใต้บังคับแห่ง ประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน จึงหมายถึงเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วย วิธีการสืบพยานหลักฐานเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับบทคัดพยานหลักฐาน

ฝ่ายที่สองนักกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) มีความเห็นว่าประเทศไทยควรจะมีบทคัดพยานบอกเล่า เพราะถึงแม้ไทยจะเป็นประเทศใน ระบบประมวลแต่ก็เป็นแต่เพียงรูปแบบ ประเทศไทยไม่ได้ใช้ระบบประมวลโดยร้อยเปอร์เซ็นต์ เนื้อหาของกฎหมายและวิธีปฏิบัติของวิชาชีพกฎหมายของไทยมีสาระเป็นระบบคอมมอนลอว์อยู่ ด้วยมาก กล่าวได้ว่าเป็นระบบผสมที่ว่าได้และโดยเฉพาะระบบการพิจารณาพิพากษาคดีและสืบ พยานหลักฐานในศาล ไทยได้เลือกใช้วิธีการตามแบบประเทศในระบบคอมมอนลอว์ตลอดมาจน บัดนี้ ตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบันไทยเน้นการถามพยานแบบต้องมีการถามคำถาม ต้องให้สิทธิการถาม คำถามแก่คู่ความฝ่ายตรงข้ามโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญาต้องให้สิทธิในการถามคำถามแก่จำเลยจึงจะ ถือว่าชอบธรรม ถ้ายอมรับฟังพยานบอกเล่าก็เท่ากับยอมตัดสิทธิการถามคำถามของจำเลยในคดีอาญา หรือคู่ความไป ฝ่ายที่เห็นว่ามิมีบทคัดพยานบอกเล่าอยู่ในกฎหมายไทยก็อ้างว่ามีบทบัญญัติเกี่ยวกับ พยานบอกเล่าอยู่ในมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ศาลไทยก็นำบทบัญญัติ นี้ไปใช้กับคดีอาญาด้วย โดยอาศัยมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่มาตรา 95 (2) เขียนไว้ไม่ชัดเจนแต่ว่าอ่านแล้วก็แปลความได้โดยสรุปว่า พยานบอกเล่าห้ามมิให้รับฟัง ส่วนมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ไม่ใช่เป็นบทบัญญัติให้รับฟัง พยานหลักฐานได้เลย คือ ไม่ใช่เป็นบทบัญญัติทั้งหมดในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา เป็นแต่เพียงหลักหนึ่งเท่านั้นที่จะต้องพิจารณา ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นซึ่งไม่ สามารถจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ก็คัดออกไปรับฟังไม่ได้ตามมาตรา 226 แต่มิได้ หมายความว่าถ้าเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประเด็นแล้วจะรับฟังได้หมดทุกกรณี ต้องดูบท กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความอาญาเอง ในมาตรา 232 ก็บัญญัติว่า “ห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน” เป็นการตัดพยานโจทก์โดยตัดไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานโจทก์ ใดๆ ที่จำเลยก็สามารถจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์แต่ก็ห้ามไม่ให้เอามาเป็นพยาน คือไม่ได้ดูแลแต่เพียงมาตรา 226 ทั้งนี้เหตุผลหรือแนวความเห็นอย่างนี้ปรากฏชัดอยู่ในความตอนท้ายของมาตรา 226 เอง ซึ่งบัญญัติว่า แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการนำสืบพยานหลักฐาน จึงต้องคำนึงถึงกฎหมายอื่นด้วยไม่ใช่พิจารณาแต่มาตรา 226 มาตราเดียว ฉะนั้น การที่ศาลนำบทบัญญัติพยานบอกเล่ามาใช้ในคดีอาญาโดยอนุโลมเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) มาใช้ ก็ไม่น่าจะผิด ไม่น่าจะต้องห้ามอะไร ในคดีอาญาจึงมีบทตัดพยานบอกเล่าได้โดยนัยเดียวกับคดีแพ่ง

บทตัดพยานบอกเล่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) นี้ตัดเฉพาะพยานบอกเล่าที่อยู่ในรูปของพยานบุคคลเท่านั้น ส่วนพยานบอกเล่าที่อยู่ในรูปอื่น เช่น เอกสาร หรือเทปบันทึกเสียง วิดีโอ หรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่นซึ่งไม่ใช่พยานบุคคล ถ้าดูถ้อยคำตามตัวบทก็ไม่ต้องห้าม เพราะมาตรา 95 (2) ห้ามเฉพาะพยานบุคคล สิ่งเหล่านี้ไม่ใช่พยานบุคคล แต่สืบในฐานะพยานเอกสาร หรือพยานเทปบันทึกเสียง จึงรับฟังได้ เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1123/2509 และ 1172/2510 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1123/2509 วินิจฉัยว่า ตามวันเวลาที่โจทก์กล่าวหา จำเลยได้รับเงินจากนายทองดีโจทก์ร่วมไปจริง 500,000 บาทดังโจทก์ฟ้อง และจำเลยได้ขู่เชิญเรียกเอาเงินจากโจทก์ร่วมเพิ่มขึ้นจากที่ได้ตกลงไว้เดิมในลักษณะข่มขืนใจ ขู่เชิญโจทก์ร่วม ถ้าไม่ให้ก็จะต้องถูกจำคุกดังโจทก์ฟ้อง โดยเชื่อเป็นความจริงว่าจำเลยได้ถูกบันทึกเสียงไว้ถึง 6 ครั้ง ยากที่จะมีใครมาเลียนเสียงที่จำเลยพูดได้เป็นชั่วโมงๆ ทั้งจำเลยไม่มีพยานสืบหักล้างในเรื่องนี้ ไม่ใช่ศาลชั้นต้นจะรับฟังลำพังแต่เทปอัดเสียงของจำเลยมาลงโทษจำเลยก็หาไม่ ศาลชั้นต้นเชื่อว่าโจทก์ร่วมได้อัดเสียงจำเลยไว้จริง จึงไม่ขัดมาตรา 226 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1172/2510 วินิจฉัยว่า คำให้การรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนอาจใช้ยืนยันจำเลยในชั้นพิจารณาของศาลได้ หากมีพยานหลักฐานประกอบฟังได้ว่าจำเลยให้การรับสารภาพโดยสมัครใจและตามความสัตย์จริง และคดีอาญาเรื่องฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาจำเลยให้การปฏิเสธชั้นศาลโจทก์ไม่มีประจักษ์พยาน แต่มีคำให้การของจำเลยในชั้นสอบสวนรับว่าจำเลยเป็นคนยิงผู้ตาย โดยกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิด พฤติการณ์ในการกระทำความผิดตั้งแต่ต้นจนจบโดยละเอียดและมีผู้กำกับกับการตำรวจกับพนักงานสอบสวนมาเบิกความรับรองว่าจำเลยได้ให้การโดยสมัครใจ ได้พาไปชี้ที่เกิดเหตุและถ่ายภาพไว้ด้วย นอกจากจะบันทึกคำให้การรับสารภาพของจำเลยไว้เป็นหนังสือแล้วยังได้บันทึกเสียงคำรับสารภาพของจำเลยไว้มา

เปิดให้ศาลฟังด้วย นอกจากนี้โจทก์ยังมีพยานบุคคลประกอบอีกว่า ได้พบเห็นจำเลยในเวลาก่อนเกิดเหตุ และภายหลังเกิดเหตุ ณ บริเวณใกล้เคียงกับสถานที่เกิดเหตุ ดังนี้ ศาลรับฟังคำรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลยประกอบกับพยานแวดล้อมเหล่านั้นลงโทษจำเลยได้ แม้โจทก์จะไม่มีประจักษ์พยานก็ตาม

2.7 คำพิพากษาศาลฎีกาที่วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการวางหลักในเรื่องพยานประกอบ (corroborative evidence)

พยานประกอบ หมายถึงพยานหลักฐานที่มีข้อบกพร่องบางประการจึงมีน้ำหนักน้อย ลำพังแต่พยานประเภทนั้นประเภทเดียวไม่มีน้ำหนักให้พอรับฟังลงโทษจำเลยได้ แต่ถ้ามีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นประจักษ์พยานแต่อาจเป็นพยานแวดล้อมกรณี พยานเอกสาร พยานวัตถุ ก็สามารถฟังลงโทษจำเลยได้¹⁰⁵ พยานหลักฐานประกอบจึงเป็นพยานที่ประกอบหรือสนับสนุนพยานหลักฐานอื่นให้น่าเชื่อถือหรือมีน้ำหนักเพิ่มขึ้น¹⁰⁶ พยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน้อยได้แก่ คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวน¹⁰⁷ คำให้การพยานในชั้นสอบสวน¹⁰⁸ คำขัดทอดของผู้ร่วมกระทำความผิด¹⁰⁹

พยานประกอบตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยคล้ายคลึงกับหลักในเรื่องพยานประกอบ (corroboration) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งหมายถึงการหาพยานหลักฐานซึ่งมีแนวโน้มที่จะยืนยันความจริง หรือความถูกต้องแน่นอนของพยานหลักฐานชั้นอื่นในรายละเอียดที่สำคัญ โดยพยานประกอบจะต้องรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ที่สำคัญจะต้องมีที่มาเป็นอิสระแยกต่างหากจากพยานหลักฐานอื่นซึ่งตัวมันจะไปสนับสนุนเนื่องจากพยานไม่สามารถยืนยันหรือสนับสนุนตัวเองได้ และพยานที่จะนำมาประกอบจะต้องบ่งชี้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด (Implication of accused) นั่นคือจะต้องแสดงให้เห็นว่าความผิดนั้นได้ถูกก่อขึ้นและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น ในเรื่องพยานประกอบตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีกรณีที่

¹⁰⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2542). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน.” หน้า 338.

¹⁰⁶ โสภณ รัตนกร. (2542). “คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน.” หน้า 394.

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/2484, 165/2503, 1665/2514, 656/2519, 330/2536 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1769/2509, 3065/2526, 992/2527, 2544/2530 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2001/2514, 1885/2523, 968/2529, 1835/2532 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

กฎหมายบังคับว่าพยานหลักฐานที่จะฟังเพื่อลงโทษจำเลยนั้นจะต้องมีพยานประกอบ เช่น ในเรื่องคดีความผิดฐานเบียดบังทรัพย์ หรือขบถเร็วเกินอัตรา เป็นต้น และกรณีที่ศาลจะต้องมีคำเตือนคณะลูกขุนว่าเป็นการอันตรายมากหากลูกขุนจะตัดสินว่า จำเลยได้กระทำความผิดโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ปราศจากพยานประกอบ ซึ่งกรณีหลังนี้ไม่เข้มงวดเหมือนกรณีแรก กล่าวคือ แม้ลูกขุนจะได้รับคำเตือนถึงอันตรายจากพยานหลักฐานที่ปราศจากพยานประกอบแล้ว ลูกขุนก็สามารถตัดสินว่าจำเลยได้กระทำความผิดจากพยานหลักฐานที่ปราศจากพยานประกอบได้ หากเป็นที่พอใจโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น กรณีนี้จึงถือเป็นเพียงกฎในทางปฏิบัติ (rule of practice) เช่นในเรื่องคำให้การของพยานเด็ก เป็นต้น อย่างไรก็ตามในบางเรื่องเช่นคดีที่มีผู้สมคบกันกระทำความผิดมาให้การเป็นพยานโจทก์ คำเตือนของศาลต่อคณะลูกขุนในเรื่องพยานประกอบจะมีผลดังเช่นกฎหมายซึ่งหากไม่มีคำเตือนเช่นนั้น คำตัดสินของคณะลูกขุนจะถูกพิพากษากลับในศาลอุทธรณ์ สำหรับพยานประกอบของประเทศสหรัฐอเมริกา มีคุณสมบัติบางประการต่างจากกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือเพียงแต่มีเนื้อหาสาระที่จะช่วยยืนยันหรือสนับสนุนพยานหลักฐานให้น่าเชื่อถือได้ก็พอ ไม่จำเป็นต้องบ่งชี้ว่าจำเลยกระทำความผิดเช่นกฎหมายของอังกฤษ¹¹⁰

พยานประกอบตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยน่าจะเทียบได้กับกฎในทางปฏิบัติ (rule of practice) ของอังกฤษ กล่าวคือ ไม่ถือเป็นหลักกฎหมายผูกพันศาลอย่างเคร่งครัด แต่ไม่น่าจะต้องมีสาระเป็น Implication of accused อย่างกฎหมายอังกฤษ¹¹¹ คุณสมบัติพยานประกอบตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยจึงต้องรับฟังได้ มีที่มาเป็นอิสระจากพยานหลักฐานที่จะต้องถูกประกอบ และมีแนวโน้มที่จะพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ดังคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่จะนำมาประกอบคำรับสารภาพจะต้องมีแนวโน้มที่จะพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นจริงตามคำรับสารภาพ¹¹² ส่วนจะต้องมีพยานประกอบมากน้อยเพียงใดไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจน จึงเป็นเรื่องที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาฎีกาในเรื่องพยานประกอบวินิจฉัยว่าพยานที่มีน้ำหนักน้อยได้แก่ คำให้การของพยานในชั้นสอบสวน คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวน คำขัดทอดของผู้ร่วมกระทำ

¹¹⁰ จริญญา ภักดีธนากุล. (2529, มิถุนายน). “พยานปากต่อปากกันกันในคดีอาญา: ปัญหาหนึ่งในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน.” วารสารนิติศาสตร์, 16, 2. หน้า 136.

¹¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 137.

¹¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 381/2531 สืบค้นจาก

ความผิด ไม่อาจรับฟังลงโทษจำเลยได้โดยลำพังจะต้องมีพยานประกอบจึงจะรับฟังลงโทษจำเลยได้¹¹³

การวางหลักในเรื่องพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน้อยและในเรื่องพยานประกอบมีประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยจะช่วยให้ศาลและคู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมีความมั่นใจและทราบชัดด้วยว่า ในสถานการณ์เช่นนี้ น้ำหนักของพยานหลักฐานในคดีจะเป็นอย่างไร และตนควรจะทำหน้าที่ของตนไปในลักษณะใด เช่น โจทก์เมื่อเห็นว่าพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน้อยในสำนวนก็จำเป็นต้องหาพยานหลักฐานอื่นมาประกอบสำนวนคดีให้มีน้ำหนักยิ่งขึ้น ในส่วนของศาลจะทำให้ศาลชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน้อยด้วยความระมัดระวังไม่ลงโทษจำเลยด้วยพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน้อยโดยปราศจากพยานหลักฐานประกอบ ที่สำคัญเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 ที่ไม่ให้ลงโทษจำเลยจนกว่าจะได้ความชัดแจ้งว่ามีการกระทำความผิดโดยจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร

ภาระในการพิสูจน์และข้อสันนิษฐานในคดีอาญา

ภาระในการพิสูจน์ในคดีอาญา โจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อนและมีภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลย¹¹⁴ เนื่องจากจำเลยในคดีอาญาได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เมื่อโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น และจำเลยเป็นผู้กระทำ หากจำเลยให้การปฏิเสธหรือแม้จะไม่ให้การใดๆ เลย โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่กล่าวในฟ้องทุกประเด็น

หากจำเลยให้การรับสารภาพต่อศาล ปกติศาลจะฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องและลงโทษจำเลยโดยไม่ต้องสืบพยาน เว้นแต่เป็นคดีที่มีกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำให้คำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้น แม้จำเลยจะรับสารภาพศาลต้องฟังพยานโจทก์ต่อไปจนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง¹¹⁵

หน้าที่นำสืบของจำเลยในคดีอาญา กรณีจำเลยให้การปฏิเสธต่อศาล จำเลยหาภาระการพิสูจน์ไม่ จำเลยเพียงแต่นำสืบแก้หรือหักล้างพยานโจทก์ และนำสืบเพียงให้ศาลเห็นว่าพยานโจทก์มีความสงสัยตามสมควรก็พอที่จะให้ศาลยกฟ้องโจทก์แล้ว หากโจทก์นำสืบฟังไม่ได้ว่าจำเลย

¹¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 401/2496, 2001/2514, 656/2519, 1781/2522, 2813 – 2814/2523, 968/2529, 6015/2531, 37/2538 สืบค้นจาก (<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>)

¹¹⁴ คณิง ภาชัย. (2539). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. หน้า 257.

¹¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 176.

กระทำผิดศาลต้องยกฟ้องโจทก์โดยไม่ต้องสืบพยานจำเลยหรือแม้จะสืบพยานจำเลยไปแล้วก็ไม่ต้องยกพยานจำเลยขึ้นมาวินิจฉัย¹¹⁶

ข้อสันนิษฐานเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายลักษณะพยานที่ยอมให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องมีการสืบพยานหรือพิสูจน์แต่เพียงว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานเกิดขึ้น ข้อสันนิษฐานแบ่งเป็นสองชนิด คือ

1) ข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริง เช่น การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายถึงแก่ความตาย ศาลย่อมสันนิษฐานว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า¹¹⁷ ซึ่งฝ่ายที่ถูกสันนิษฐานเป็นโทษสามารถนำสืบหักล้างได้เสมอ

2) ข้อสันนิษฐานในกฎหมาย เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานไว้ ข้อสันนิษฐานในกฎหมายแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ

ก. ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หมายถึงข้อสันนิษฐานแห่งกฎหมายที่ไม่เปิดโอกาสให้มีการนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้าง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 บัญญัติว่า “.....การกระทำผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร” ข้อสันนิษฐานนี้มักจะใช้คำว่า “ให้ถือว่า” หรือ “ต้องถือว่า” ในบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐาน

ข. ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด คือข้อสันนิษฐานที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการนำสืบโต้แย้งหรือหักล้างได้ ข้อสันนิษฐานประเภทนี้มักใช้คำว่า “ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า” หรือ “ให้สันนิษฐานว่า” เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1357 บัญญัติว่า “ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้เป็นเจ้าของรวมกันมีส่วนเท่ากัน”

คดีอาญาตามหลักทั่วไปแล้วโจทก์ก็มีหน้าที่นำสืบก่อนเสมอ และการพิจารณาพิพากษาก็ต้องหยิบยกพยานหลักฐานของโจทก์ขึ้นวินิจฉัยก่อน แต่ก็มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่หน้าที่นำสืบตกอยู่แก่จำเลย เพราะมีบทบัญญัติมีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลย ซึ่งในกรณีเช่นนี้หากจำเลยนำสืบได้ไม่สมก็ต้องแพ้คดีไป กรณีที่หน้าที่นำสืบตกแก่จำเลยมีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อจำเลยยอมรับว่ากระทำผิดจริง แต่ต่อสู้ว่าไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง เช่น ต่อสู้ว่าวิกลจริต กระทำโดยจำเป็น บันดาลโทษสะ จำเลยต้องเป็นผู้นำสืบในข้อเหล่านี้ แต่ไม่ได้หมายความว่าทางโจทก์จะไม่ต้องนำสืบเสียเลย โจทก์ควรจะต้องนำสืบให้เห็นว่า จำเลยทำผิดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอย่างอื่น แล้วจำเลยจึงนำสืบในข้อแก้ตัวเหล่านี้ หากจำเลยสืบไม่สมจำเลยก็ต้องถูกลงโทษเต็มตามฟ้อง ส่วนในกรณีที่จำเลยรับว่าได้กระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องจริง แต่ต่อสู้ว่า

¹¹⁶ โสภณ รัตนกร. (2542). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 97.

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 412/2497 สืบค้นจาก

กระทำไปเพื่อป้องกันตนเอง โดยชอบด้วยกฎหมายนั้น มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์จะต้องนำสืบพิสูจน์ความผิดเสมอ ไม่ใช่ฝ่ายจำเลยเป็นผู้นำสืบ เพราะการกระทำโดยป้องกันอันชอบด้วยกฎหมายนั้น กฎหมายอาญาถือว่าไม่เป็นความผิดเลย ดังนั้น การที่จำเลยต่อสู้ว่าทำความผิดโดยป้องกันอันชอบด้วยกฎหมายจึงเท่ากับเป็นการต่อสู้ว่ามีได้กระทำความผิดนั้นเอง โจทก์จึงต้องนำสืบพิสูจน์ว่าจำเลยทำความผิดนั้น กรณีนี้ต่างกับต่อสู้ว่ากระทำไปด้วยความจำเป็น เพราะกระทำด้วยความจำเป็นถือว่ากระทำความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ จำเลยจึงต้องนำสืบให้เห็นว่าตนกระทำด้วยความจำเป็น มิฉะนั้นต้องรับโทษ¹¹⁸

(2) เมื่อมีกฎหมายบัญญัติสันนิษฐานไว้ให้เป็นคุณแก่โจทก์ หรือมีกฎหมายบัญญัติให้จำเลยมีหน้าที่นำสืบ เช่น พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 6 บัญญัติว่าผู้ใดอยู่ในวงการพนันแล้วให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้เล่นด้วย ผู้ใดจะอ้างเป็นอย่างอื่น ผู้นั้นจะต้องนำสืบ หรือตามพระราชบัญญัติฝิ่น ซึ่งเคยมีคำพิพากษาฎีกาตัดสินว่าเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยได้พร้อมกับฝิ่นของกลางอยู่ในความครอบครอง ถ้าจำเลยต่อสู้ว่าไม่ได้รู้เห็นเกี่ยวข้องกับฝิ่น จำเลยจะต้องเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน¹¹⁹ ซึ่งโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานก็เพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าจำเลยกระทำผิดหรือมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเกิดขึ้นแล้ว ข้อสันนิษฐานเช่นนี้ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานย่อมตกแก่จำเลย ถ้าจำเลยพิสูจน์หักล้างไม่ได้ศาลย่อมรับฟังข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐานและพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เรื่องภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในคดีอาญา โจทก์มีภาระตามกฎหมายในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามข้อกล่าวอ้างว่ากระทำความผิดจริง ในการนี้โจทก์มีหน้าที่ในการเสนอพยานหลักฐานต่อศาล (burden of producing evidence) อยู่ในตัว ซึ่งเป็นเรื่องของการนำสืบทางด้านพยานหลักฐาน (evidential) แต่ในกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือมีผลเป็นการสละสิทธิการพิจารณาคดี ศาลพิจารณาลงโทษได้เลยไม่ว่าคดีนั้นจะมีโทษขั้นสูงขั้นต่ำอย่างไร¹²⁰

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 330/2491 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>).

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 396 – 397/2500 สืบค้นจาก

(<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>).

¹²⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2536, กันยายน-ตุลาคม). “การชี้สองสถานหรือการสอบคำให้การจำเลยในคดีอาญา (Arraignment) ตามหลักกฎหมายอเมริกัน.” *ตุลพาท*, 40. หน้า 112.

การกำหนดภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นไปตามที่ตนกล่าวอ้าง (burden of persuasion) ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ตามกฎหมาย (legal burden) ถือหลักว่าฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น และถือหลักข้อสันนิษฐานโดยถือว่าเมื่อมีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่ฝ่ายใด คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งต้องมีการพิสูจน์หักล้างข้อเท็จจริงนั้น

ข้อสันนิษฐานในคดีอาญาที่มีผลกระทบต่อภาระการพิสูจน์จะต้องเป็นข้อสันนิษฐานในกฎหมายที่ไม่เด็ดขาด ซึ่งมีผลในการผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลย จำเลยมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างข้อสันนิษฐาน ระดับภาระการพิสูจน์ของจำเลยดังกล่าวอยู่ในระดับของการ พิสูจน์ที่น่าจะเป็นไปได้มากกว่า (probability) ภาระการพิสูจน์ที่จะถูกผลักไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ชนิดที่เรียกว่าภาระในการนำสืบพยานหลักฐานต่อศาล (burden of producing evidence) นอกจากนี้ในประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ก็มีข้อสันนิษฐานความผิดทางอาญาของบุคคล เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของไทย¹²¹

แนวความคิดและความหมายของ proof beyond a reasonable doubt

แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ให้ได้รับความชัดเจนจนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (proof beyond a reasonable doubt) เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษสืบเนื่องมาจากผลของการลงโทษในคดีอาญาซึ่งมีผลกระทบต่อชีวิต เสรีภาพ ตลอดจนชื่อเสียงของจำเลย และมีความเสียหายร้ายแรงมากกว่าผลของคำพิพากษาในคดีแพ่ง ความผิดพลาดในการตัดสินคดีอาญาเป็นเรื่องที่อาจบังเกิดขึ้นได้ ความผิดพลาดดังกล่าวอาจจะลดลงได้ก็โดยการเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้โจทก์พิสูจน์ให้ได้รับความชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ปี ค.ศ. 1970 ศาลฎีกาถือเป็นหลักการที่แน่นอนว่าในการลงโทษจำเลยในคดีอาญาต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ศาลจะให้คำแนะนำแก่คณะลูกขุนให้ปล่อยตัวจำเลยในคดีอาญาถ้ามีข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ความหมายของคำว่าสงสัยตามสมควร (reasonable doubt) มีอิทธิพลและเป็นปัญหาอันหนักหน่วงของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันว่าระดับภาระการพิสูจน์ของ proof beyond a reasonable doubt ไม่ได้หมายความว่า จะต้องพิสูจน์เพื่อให้เชื่อได้โดยแน่นอนอย่างเด็ดขาด (absolutely certain) ทั้งนี้เพราะรัฐไม่มีทางที่จะพิสูจน์ได้อย่างแน่นอนเด็ดขาดว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง และถ้าถือมาตรฐานการพิสูจน์ถึงขนาดนั้นแล้วก็จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายล้มเหลว เนื่องจากอาจทำให้เกิดการยกฟ้องในกรณีที่จำเลยกระทำความผิดจริงๆ ได้เสมอ ความเป็นไปได้ในการพิสูจน์จะสามารถกระทำได้ก็เพียง “เกือบเป็นจริงอย่างแน่นอน” (shall be establish as almost certainly true) โดยมาตรฐานนี้จะทำให้ผู้พิพากษา

¹²¹ เข็มชัย ชูติวงศ์. (2538). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 44-46.

สามารถชี้แนะมาให้ลูกขุนทราบได้ว่าโจทก์ไม่มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่าเป็นความจริงโดยเด็ดขาด (absolutely true) แต่โจทก์คงพิสูจน์เพียงมีความเป็นความจริงได้มากกว่าความไม่จริง (more probably true than false) หรือเกือบแน่นอน (almost certainly)

ส่วนนักกฎหมายไทยอธิบาย proof beyond a reasonable doubt ไว้ว่า “การพิสูจน์จนสิ้นสงสัย คือ การแสดงให้เห็นด้วยพยานหลักฐานถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงโดยปราศจากความสงสัย ในคดีอาญาเรื่องเกี่ยวกับการกระทำความผิดต้องมีการพิสูจน์จนสิ้นสงสัยเสมอ เพราะเมื่อมีความสงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย (in dubio pro reo)” ซึ่งตรงกันข้ามกับ “การพิสูจน์ว่ามีมูล” ในกรณีหลังนี้การแสดงให้เห็นด้วยพยานหลักฐานที่กระทำเพียงแค่นี้เห็นถึงความน่าเป็นไปได้ของข้อเท็จจริงก็เป็นการเพียงพอแล้ว ไม่ต้องถึงขนาดที่จะต้องปราศจากความสงสัย¹²² หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยแสดงให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานด้วยว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งถึงการยกฟ้องผู้บริสุทธิ์มากกว่าการลงโทษผู้ผิด หรือที่มักจะกล่าวกันเสมอว่าปล่อยคนผิดไปสิบคนดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาไว้ค่อนข้างสูง เป็นมาตรฐานที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายปัจจุบัน ไม่ว่าจะของประเทศใดคือ ให้ใช้มาตรฐานที่ว่า โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดรายนี้ ถ้ามีเหตุอันควรสงสัยอย่างใดอย่างหนึ่งว่าจำเลยอาจจะไม่ใช่คนร้ายที่กระทำผิด ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย คือ พิพากษายกฟ้องไป ซึ่งเท่ากับฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่ได้กระทำผิด¹²³ มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา proof beyond a reasonable doubt คือ โจทก์ต้องสืบให้เห็นโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย แต่ไม่ใช่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นร้อยเปอร์เซ็นต์ โดยปราศจากเหตุสงสัยใดๆ ทั้งปวงนั้นทำไม่ได้

สรุปได้ว่า proof beyond a reasonable doubt เป็นระดับภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในคดีอาญา โดยโจทก์จะต้องนำสืบให้เห็นด้วยพยานหลักฐานของโจทก์เองว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ระดับภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในคดีอาญาสูงกว่าของคู่ความในคดีแพ่ง กล่าวคืออยู่ในระดับที่สูงกว่าการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเป็นไปได้มากกว่าของคู่ความในคดีแพ่ง อาจเรียกได้ว่ามีความเป็นไปได้สูงหรือเกือบแน่นอน แต่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นขนาดว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยแน่แท้อย่างแน่นอน หรือปราศจากข้อสงสัยโดยสิ้นเชิงไม่ เพราะมาตรฐานที่ว่าโจทก์จะต้อง proof beyond any doubt นั้น ทำไม่ได้ในความเป็นจริง¹²⁴ หากจะ

¹²² คณิต ฅ นกร. (2538). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 203-204.

¹²³ จรัญ ภักดีธนากุล. (2551). “กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.” หน้า 243.

¹²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 243.

ให้โจทก์ในคดีอาญามีภาระการพิสูจน์ถึงขนาดนั้น คงไม่อาจนำผู้กระทำความผิดทางอาญามาลงโทษได้¹²⁵ การที่โจทก์ต้องนำสืบให้สิ้นสงสัยก็เฉพาะข้อสงสัยที่มีเหตุผลตามสมควรเท่านั้น ไม่ใช่ข้อสงสัยที่เลื่อนลอย และไม่ใช่เป็นเรื่องการเปรียบเทียบพยานฝ่ายโจทก์และจำเลยว่าฝ่ายไหนจะมีน้ำหนักดีกว่ากันอย่างไรคดีแพ่ง สำหรับคดีอาญาจะต้องพิจารณาพยานหลักฐานของโจทก์จนแน่ใจว่ามีความผิดเกิดขึ้นจริง และจำเลยกระทำความผิดนั้นจึงจะลงโทษจำเลยได้ จะเทียบเป็นเปอร์เซ็นต์ว่าถ้าพยานโจทก์หาสิบเอ็ดเปอร์เซ็นต์พยานจำเลยสี่สิบเก้าเปอร์เซ็นต์แล้วจะตัดสินลงโทษจำเลยไม่ได้ กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นที่สงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย¹²⁶

2.8 หลักการตีความกฎหมายของศาล และการใช้ดุลพินิจกับความเป็นธรรมในสังคม

เมื่อกล่าวถึงการตีความกฎหมาย เราย่อมหมายถึงการทำความเข้าใจของถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความชัดเจน ซึ่งแต่เดิมมามีความเข้าใจผิดๆ อยู่เสมอว่า การตีความกฎหมายนั้นเป็นการหาความหมายของถ้อยคำในบทกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอน หรือกำกวม เพื่อให้รู้แน่ชัดว่าบทบัญญัตินั้นๆ มีความหมายอย่างไร ทำให้มีผู้สรุปอยู่เสมอมาว่า การตีความกฎหมายจะพึงกระทำก็ต่อเมื่อมีข้อสงสัยในความหมายของกฎหมาย ถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความทั้งๆ ที่แท้จริงแล้วการที่เราสรุปได้ว่าข้อความในบทกฎหมายใดชัดเจนหรือไม่ ก็ย่อมหมายความว่าความอยู่ในตัวที่เราได้ตีความข้อความนั้นจนรู้ว่าข้อความนั้นมีความชัดเจนคือ มีความหมายอย่างไรแล้วนั่นเอง และการที่จะรู้ได้ว่าถ้อยคำใดมีความหมายอย่างไรนั้น ไม่มีทางที่เราจะรู้ได้จากความหมายของถ้อยคำ (Text) ในตัวของมันเองได้ จำเป็นต้องอาศัยข้อความแวดล้อม (Context) และเหตุผลของเรื่องๆ นั้นประกอบเข้าด้วยกัน การทำความเข้าใจข้อความแวดล้อม (Context) นี้แท้จริงแล้วก็คือการค้นหาเหตุผลของกฎหมาย หรือการทำความเข้าใจความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในถ้อยคำ (Text) ของบทบัญญัตินั้นเองความเข้าใจที่ว่า เมื่อถ้อยคำแห่งบทกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความนี้ เป็นความเข้าใจที่แพร่หลายอยู่ทั่วไปในวงวิชานิติศาสตร์ในศตวรรษที่ 19 ตามหลัก Literal Rule ของอังกฤษ อันเป็นผลมาจากความเชื่อมั่นต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และความเชื่อถือในอำนาจและความชอบธรรมของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในการตรากฎหมายที่แพร่หลายอยู่ทั่วไป ทั้งนี้ก็เพราะเห็นพ้องต้องกันว่า หากยอมให้ผู้ใช้อกฎหมายมีความชอบธรรมในการตีความกฎหมายได้เสมอ กฎหมายย่อมจะขาดความแน่นอนได้ง่าย และเท่ากับยอมให้ผู้ใช้อกฎหมาย ซึ่งโดยมากคือผู้พิพากษา ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติในการต่อเติมเสริมแต่ง หรือ

¹²⁵ โสภณ รัตนกร. (2551). “คำอธิบายพยาน.” หน้า 503.

¹²⁶ บัญญัติ สุชีวะ. (2545). ข้อสังเกตในการชักนำพยานหลักฐานและการเขียนคำพิพากษา.

บัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เสียเองแต่ความคิดทำนองนี้พึงก็ได้บรรเทาเบาบางลงในราวกลางศตวรรษที่ 20 นี้เอง¹²⁷

การตีความกฎหมาย คือ การตี “ถ้อยคำ” ของกฎหมายให้ได้เป็นข้อความที่จะนำไปใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท การตีความไม่ใช่แปลความ การแปลเป็นการกระทำตรงไปตรงมาไม่ต้องขบคิดค้นหาอะไรมาก ความในภาษาหนึ่งเป็นอย่างไร แปลไปสู่อีกภาษาหนึ่งให้ตรงกันก็ใช้ได้ แต่การตีความเป็นการขบคิดค้นหาจากคำตอบทางกฎหมายอย่างใช้เหตุใช้ผล ไม่ใช่การทายหรือเดาสุ่มทำนองการตีปริศนาหรือการทายปริศนา และไม่ใช่เป็นการแปลความด้วย โดยสรุปการตีความมีความหมายว่า การคิดค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยา และสามัญสำนึกเพื่อให้ได้มาซึ่ง “ข้อความ” ของกฎหมายที่จะนำไปใช้วินิจฉัยคดีข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง คือเหมาะสมเหมาะสมและเป็นธรรม

ในกรณีในที่ต้องมีการตีความ เรื่องนี้มีความเห็นของนักนิติศาสตร์แตกต่างกันอยู่ 2 ฝ่าย กล่าวคือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีความหมายชัดเจนแน่นอนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความกฎหมายนั้น การตีความกฎหมายจะเกิดขึ้นก็เฉพาะในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีข้อเคลือบแคลงสงสัยเท่านั้น

ฝ่ายสอง เห็นว่า การตีความกฎหมายนั้นไม่จำกัดเฉพาะในกรณีถ้อยคำในกฎหมายไม่ชัดเจนเท่านั้น แม้ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ต้องมีการตีความกฎหมาย เพราะความเป็นจริงถ้อยคำแต่ละถ้อยคำที่ประกอบเป็นข้อความนั้น ไม่มีความหมายที่ชัดเจนในตัวของมันเอง ความหมายของมันจะชัดเจนขึ้น เมื่อเราอ่านรวมกับถ้อยคำอื่นที่เป็นข้อความแวดล้อมและที่รวมกันเข้าก็ประกอบเป็นข้อความทั้งหมดของเรื่องนั้น โดยสรุปก็คือต้องพิจารณาถึงถ้อยคำตัวอักษรที่ชัดเจนนั้นประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นพร้อมกันไป เพื่อให้ได้ความหมายที่แท้จริงหรือเหตุผลที่แท้จริงของกฎหมาย

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญที่สุดเรื่องหนึ่ง ในการดำเนินวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าสาขาใด เพราะในกรณีที่ตัวบทกฎหมายมีความกำกวม การที่จะใช้กฎหมายนั้นปรับเข้ากับข้อเท็จจริงย่อมไม่มีปัญหายุ่งยาก แต่ถ้าตัวบทกฎหมายเคลือบคลุม หรือมีกรณีสงสัยว่าบทกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร ก็ต้องอาศัยการตีความกฎหมายเป็นเครื่องมือช่วย¹²⁸

¹²⁷ บทความวิชาการในโอกาสรำลึกครบรอบ 100 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์ หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย กิตติศักดิ์ ปกรติ. สืบค้นจาก www.keepandshare.com/doc/656202/?da=y

¹²⁸ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. (2539). การตีความกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 3).

เหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมาย การที่ต้องมีการตีความกฎหมายก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถรู้เหตุการณ์ล่วงหน้าที่เกิดขึ้นในภายหน้าได้ทุกกรณี จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณี นอกจากนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีความผิดพลาดในเรื่องการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ เช่นบัญญัติกฎหมายไว้เคลือบคลุมหรือขัดแย้งกันเอง เช่นนี้ในการใช้กฎหมายจึงต้องมีการตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมายทั่วไป การตีความกฎหมายต้องพิจารณาให้ได้ว่าความหมายของตัวอักษร และการจะรู้ความหมายของตัวอักษรได้ต้องพิจารณาเหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบด้วย การตีความกฎหมายจึงต้องพิจารณาประกอบกันไป 2 ด้าน คือ พิจารณาตัวอักษร และพิจารณาความมุ่งหมายของกฎหมาย (เจตนารมณ์ของกฎหมาย) ไปด้วยกัน โดยสรุปในการตีความนั้นต้องใช้ทั้งตีความตามตัวอักษรประกอบกับการตีความตามเจตนารมณ์

แต่เพื่อประโยชน์ในการศึกษาจะขอแยกพิจารณาการตีความกฎหมายโดยทั่วไป เป็น 2 กรณี คือ

1) การตีความตามตัวอักษร เป็นการพิจารณาความหมายของกฎหมายจากตัวบทกฎหมายนั้น ซึ่งแยกพิจารณาได้ 3 กรณีคือ

(1) กรณีที่ถ้อยคำมีความหมายเป็นไปตามที่สามัญชนทั่วไปเข้าใจกัน ซึ่งสามารถหาความโดยยึดถือความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมเป็นหลัก

(2) กรณีใช้ภาษาทางวิชาการหรือภาษาเทคนิค เมื่อใดคำในตัวบทกฎหมาย ใช้คำเป็นภาษาทางวิชาการหรือภาษาเทคนิค ก็ต้องถือความหมายตามที่เข้าใจในวงวิชาการนั้น เช่นกฎหมายที่เกี่ยวกับวิทยาศาสตร์ มีชื่อสารเคมีในตัวบทกฎหมาย ก็ต้องเข้าใจว่าสารเคมีที่ระบุในกฎหมายนั้นมีความหมายเหมือน กับความหมายในวงวิชาการสาขาวิทยาศาสตร์

(3) กรณีถ้อยคำที่กฎหมายประสงค์ให้มีความหมายเป็นพิเศษกว่าที่เข้าใจกันอยู่ในภาษาธรรมดา ที่เรียกว่า "ศัพท์กฎหมาย" ศัพท์กฎหมายนั้นจะใช้ในกรณีที่เป็นของกฎหมายโดยแท้ เช่นคำว่า นิติกรรม โฉมกรรม เป็นต้น จึงต้องเป็นไปตามความหมายที่เป็นที่เข้าใจกันในการของนักกฎหมาย หรือเป็นไปตามความหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์เป็นเช่นนั้น

ศัพท์กฎหมายนั้นแยกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

ก. ศัพท์กฎหมายที่ก่อตัวและพัฒนาโดยวิชานิติศาสตร์ วิชาการนิติศาสตร์ก็เหมือนวิชาการอื่นๆ ที่ต้องมีคำศัพท์เฉพาะที่ใช้ในทางวิชาการของตน นักนิติศาสตร์ได้คิดประดิษฐ์คำศัพท์กฎหมายขึ้นมาใช้ในวิชาการนิติศาสตร์ สะสมกันมานานนับเวลาเป็นพันปี นับตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมัน บางคำก็มีการนิยามไว้ บางคำก็มิได้มีการนิยามเอาไว้ซึ่งจำเป็นต้องศึกษาจากตำราคำสอบต่างๆ

ข. คำศัพท์ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษา ของศาลฎีกาได้มีการอธิบายความหมายหรือให้ความหมาย แก่ถ้อยคำบางคำของตัวกฎหมายไว้ และคำพิพากษาฎีกาที่มีมาในภายหลังได้ยอมรับ วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันเรื่อยมา จนเห็นที่ยอมรับกันในวงการนักกฎหมายทั่วไป เช่นคำว่า "ผู้เสียหาย" ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น นอกจากจะต้องเสียหายในทางพฤตินัย คือตามความเป็นจริงแล้ว ศาลฎีกายังได้ให้ความหมายอีกว่า ต้องเสียหายในทางนิตินัยด้วย คือไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด¹²⁹

ค. ศัพท์กฎหมายที่เกิดจากการนิบัญญัติ

1) กฎหมายประสงค์ให้คำมีใช้ในกฎหมายมีความหมายต่างไปจากความหมายที่เข้าใจกันทั่วไป กฎหมายจะมีบทนิยามความหมายของคำนั้นๆ ไว้

2) ในบางครั้งการบัญญัติกฎหมายจำเป็นต้องใช้ประโยคที่มีใจความยาวๆ ที่เหมือนกัน ซ้ำๆ กันอยู่เรื่อยๆ เพื่อไม่ให้ตัวบทกฎหมายมีลักษณะเยิ่นเย้อ และให้ง่ายต่อการเขียนและการอ่าน ทำความเข้าใจ ผู้บัญญัติกฎหมายมักคิดคำศัพท์กฎหมายขึ้นมาใช้แทนประโยคที่มีใจความยาวๆ ก็ใช้ศัพท์กฎหมายที่สั้นกะทัดรัดเข้าไปแทนที่ ในบางครั้งคำศัพท์มีความหมายต่างจากปกติธรรมดาที่คนทั่วไปเข้าใจกัน เช่นพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (1) บัญญัติว่า “สัตว์น้ำ” หมายความว่า ปลา เต่า กระ กุ้ง ปู สัตว์น้ำจำพวกปลิงทะเล จำพวกฟองน้ำ และจำพวกสาหร่ายทะเล ซึ่งโดยข้อเท็จจริง สาหร่ายทะเลเป็นพืช ไม่ใช่สัตว์ แต่ก็กลายเป็นสัตว์ไปตามที่กฎหมายนิยาม

3) บางกรณีการมีบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามยัง ใช้ประโยชน์ในการเป็นคำย่อของกฎหมายด้วย

ข้อสังเกตการใช้บทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยาม

(1) การค้นหาความหมายของถ้อยคำที่มี ปรากฏอยู่ในบทนิยามนั้น จะต้องยึดถือความหมายตามบทนิยามอย่างเคร่งครัด

(2) บทวิเคราะห์ศัพท์อาจทำให้ถ้อยคำหนึ่งๆ มีความหมายแตกต่างจากความหมายธรรมดา ขัดต่อสามัญสำนึก จากความเข้าใจของคนทั่วไปได้ ซึ่งความหมายเฉพาะนี้จะใช้เฉพาะ ในกฎหมายที่มีบทนิยามศัพท์นั้นเท่านั้น

(3) ในกรณีที่มีกฎหมาย 2 ฉบับ ซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเภทกัน และมีวัตถุประสงค์ต่างกัน ไม่อาจที่จะนำความหมายของคำเดียวกันในกฎหมายหนึ่งไปใช้กับ คำคำนั้นในกฎหมายอีกฉบับได้

¹²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2475, 1183/2480 สืบค้นจาก

2) การตีความตามเจตนารมณ์ คือ การค้นหาความหมายของถ้อยคำในบทกฎหมายจากเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นๆ เจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องมีไม่เหมือนกัน เช่น เจตนารมณ์ของกฎหมายอาญามุ่งที่จะควบคุมการกระทำผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด ในขณะที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มุ่งจะให้มีการชดเชยเยียวยาความเสียหาย

เจตนารมณ์ของกฎหมายนี้มีปัญหาว่าจะค้นหาจากที่ใด ซึ่งในเรื่องนี้มีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) ซึ่งเห็นว่าสามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายนั่นเองในทางประวัติศาสตร์ เช่นพิจารณาจากบันทึกรายงานการประชุมของสภา คำอภิปรายในสภา เป็นต้น

(2) ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ซึ่งเห็นว่าต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นว่ากฎหมายมีความมุ่งหมายอย่างไร โดยอาจค้นแปรไปตามบริบททางสังคมที่เปลี่ยนไปได้ เช่นกฎหมายออกในสมัยที่ยังไม่มีวิทยุโทรทัศน์ แม้ภายหลังมีโทรทัศน์ก็สามารถใช้กฎหมายปรับได้

ในการตีความกฎหมายควรใช้ทั้งสองทฤษฎีประกอบกัน เพราะถ้าพึ่งใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งนั้นจะมีข้อบกพร่อง

ตัวอย่างการตีความกฎหมายโดยพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 95/2484 ชายมีภริยาอยู่แล้ว ได้ขอหญิงมาเลี้ยงดูเป็นภริยาน้อย และได้ทำสัญญากับฝ่ายบิดาหญิงว่าจะให้ทรัพย์สินจำนวนหนึ่งแก่หญิงและบิดาหญิง ดังนี้สัญญานั้นเป็นการอุดหนุนให้ชายมีภริยาอีกคนหนึ่ง ต้องห้ามตามกฎหมายใช้บังคับไม่ได้

ข้อสังเกต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวยุติธรรม ใช้ระบบคู่เดียวเมียเดียวแทนระบบหลายเมียแต่เดิม โดยกำหนดไว้ในกฎหมายว่าชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ทั้งของผู้บัญญัติกฎหมาย (ทฤษฎีอำเภोजิต) และความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น (ทฤษฎีอำเภอการณ์)

การตีความกฎหมายพิเศษ (กฎหมายอาญา) กฎหมายพิเศษในที่นี้ หมายถึง กฎหมายที่มีโทษอาญา ซึ่งโดยหลักได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ยังรวมถึงกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาด้วย เช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร เป็นต้น

เหตุที่มีการตีความกฎหมายมีลักษณะต่างไปจากการตีความกฎหมายทั่วไป ก็เพราะกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคล ซึ่งการลงโทษนั้น กระบสิทธิของประชาชน จึงต้องใช้กฎหมายอาญาดูด้วยความระมัดระวัง

กฎหมายอาญามีหลักเกณฑ์ในการตีความดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ ฉะนั้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือถ้าบัญญัติว่าการกระทำหรือconduct ใดเป็นความผิด ก็ต้องตีความว่าเฉพาะการกระทำหรือconduct ใดเท่านั้น ที่ซึ่งกฎหมายมุ่งหมายจะให้เป็นการผิด การกระทำหรือconduct อื่นนอกจากนั้นหาเป็นความผิดไม่

(2) จะตีความประมวลกฎหมายอาญาในทางขยายความให้เป็นการลงโทษหรือเพิ่มโทษ ผู้กระทำให้หนักขึ้นไม่ได้ เช่น เมื่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 กำหนดให้การหลอกลวงโดยทุจริตให้บุคคลส่งแรงงานให้ เช่น อยากได้บ่อน้ำก็หลอกลวงว่าตรงนั้นมีขุมทรัพย์ซ่อนอยู่ ใครขุดได้จะยอมให้เอาไป เขาหลงเชื่อจึงขุดดินให้เป็นบ่อ ซึ่งเป็นการหลอกลวงให้เขาส่งแรงงานให้ศาลจะตีความว่าการส่งแรงงานก็เหมือนกับการส่งทรัพย์ แล้วลงโทษผู้หลอกลวงฐานฉ้อโกง เหมือนกับการหลอกลวงให้ส่งทรัพย์ได้ เพราะเป็นการตีความโดยขยายความให้เป็นการลงโทษบุคคล

(3) ในกรณีเป็นที่สงสัย ศาลต้องตีความให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาว่าไม่ได้กระทำความผิด แต่ทั้งนี้ต้องระลึกว่าศาลไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิด และศาลไม่มีหน้าที่พยายามหาทางตีความในทางที่เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิด ก็ต่อเมื่อถ้อยคำของตัวบทเป็นที่สงสัยซึ่งอาจตีความว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดก็ได้ ไม่เป็นความผิดก็ได้ หรือ จะให้เป็นผลร้ายหรือไม่ก็ได้ เฉพาะในกรณีเช่นว่านี้เท่านั้น ศาลจึงจะตีความให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหา

การตีความกฎหมายกับความเป็นธรรมในสังคม ตามกฎหมายไทย บทกฎหมายที่ให้อำนาจตีความแก่ศาลอย่างกว้างขวางที่สุดคือ มาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายที่ดี เป็นการพ้นวิสัยที่ดี เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ดี การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะกรรม” ในทางปฏิบัติ ศาลอาจใช้อำนาจตีความในมาตรานี้ให้มีผลไปในทางบวกหรือลบก็ได้

ในบรรดาผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายทั้งหลาย ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตีความในกรณีมีข้อขัดแย้ง และข้อพิพาทนั้นมาถึงศาล ว่ากันตามหลักทั่วไปแล้วศาลจะตีความกฎหมายถูกหรือผิดนั้น ไม่มีทางที่จะทราบได้ และแม้เมื่อศาลตีความกฎหมายเรื่องนั้นๆ ว่าดังนี้แล้วศาลอาจเปลี่ยนใจในภายหลังเมื่อจำเป็นต้องตีความกฎหมายเรื่องเดียวกันอีก โดยตีความเป็นอย่างอื่นก็อาจทำได้ ซึ่งแม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีระบบที่ให้ศาลฎีกาเป็นสถาบันสุดท้ายคอยตรวจสอบการตีความของศาลอื่นๆ ก็ตาม

ในประเทศไทย การตีความกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ ไม่สู้จะมีอิทธิพลเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ สังคม และชะตากรรมของประเทศชาติเท่าใดนัก เพราะนอกจากจะไม่ค่อยมีคดีประเภทที่ต้องการการตีความดังกล่าวขึ้นไปสู่ศาลแล้ว ศาลไทยยังขาดอำนาจการวินิจฉัยความสมบูรณ์ของ

กฎหมายว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การวิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาของศาลจึงเป็นไปในการพิจารณาการแปลความหมายถ้อยคำหรือเป็นการโต้แย้งในเชิง “อักษรศาสตร์” และ “นิติศาสตร์” มากกว่าจะเป็นการโต้แย้งในแง่ “มโนธรรม ศีลธรรม และความต้องการของสังคม” ฉะนั้น ในขณะที่ตุลาการตีความและใช้กฎหมายในฐานะเป็นศาล การตีความนั้นมักเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เพราะโอกาสที่จะตีความกฎหมายหรือใช้กฎหมายไปในทางขัดต่อมโนธรรม ศีลธรรม และความต้องการของสังคมนั้น ไม่สู้จะเกิดขึ้น แต่สำหรับนักกฎหมายอื่นๆ ที่เวียนว่ายอยู่ในกระแสของเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และชะตากรรมของประเทศชาตินั้น โอกาสที่จะตีความหรือใช้กฎหมายไปในทางขัด “มโนธรรม ศีลธรรม และความต้องการของสังคม” ย่อมเกิดขึ้นเป็นธรรมดา ความข้อนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนเมื่อนักกฎหมายฝ่ายตุลาการกลายมาเป็นนักกฎหมายฝ่ายการเมือง หรือเป็นนักกฎหมายฝ่ายการเมืองมาก่อนที่จะเป็นนักกฎหมายฝ่ายตุลาการ

ในสหรัฐอเมริกา ศาลมีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่ากฎหมายในชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ฉะนั้นว่ากันโดยทั่วไปแล้ว ศาลมีอำนาจควบคุมเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และชะตากรรมของประเทศได้อย่างเด็ดขาดโดยเครื่องมือเพียงอันเดียว คือ “อำนาจอิสระในการตีความกฎหมาย” ตัวอย่างเช่น สงครามกลางเมืองระหว่างมลรัฐฝ่ายเหนือและฝ่ายใต้ในสหรัฐ อเมริกา น่าจะกล่าวได้ว่าเกิดจากฝ่ายตุลาการเป็นจุดชนวนเพราะก่อนหน้าสงครามกลางเมืองไม่มากนัก ศาลได้ตีความรัฐธรรมนูญว่าชนิโกรไม่ใช่พลเมืองตามความหมายที่รัฐธรรมนูญต้องการ ฉะนั้นจึงไม่มีสิทธิใดๆ ตามรัฐธรรมนูญ กล่าวกันว่าถ้าศาลตีความ คำว่า พลเมือง ให้หมายถึงชนิโกรด้วย ทาสก็คงจะถูกยกเลิกไปโดยปริยายเสียแต่ครั้งกระนั้น

ปัญหาเรื่องการตีความหมายคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นปัญหาทั่วไปในประเทศ เพราะอำนาจศาลในการตีความคำนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับความเป็นธรรมในสังคมและเชื่อมโยงต่อไปถึงปรัชญากฎหมายโดยตรง ในระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล นิยมเรียกหลักนี้ว่า “หลักว่าด้วยศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม” (Principles of Good Morals and Public Policy) ส่วนในระบบกฎหมายจารีตประเพณีอันเรียกว่า “หลักรัฐประศาสนนโยบาย” (Public Policy) ว่ากันอันที่จริงแล้ว หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็คือหลักประศาสนนโยบายนั่นเอง ส่วนหลักเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลักเรื่องมาตรฐานความประพฤติของสมาชิกในสังคม ดูเหมือนว่าศาลในสหรัฐอเมริกาจะมีอิสระมากกว่าศาลในประเทศอื่นใด เช่น การวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นลามกอนาจารหรือไม่ ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ศาลมีอำนาจโดยผ่านทางคณะลูกขุนในอันที่จะใช้มาตรฐานของสังคมย่อยๆ เช่น ตำบลหรือเมืองนั่นเองเป็นเกณฑ์วัด

นักปรัชญากฎหมายชาวอังกฤษผู้หนึ่งชื่อ เด็นนิส ลอยด์ (Dennis Lloyd) ได้วิจัยหลักว่า ด้วยศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส โดยสรุปได้ความที่น่าสนใจว่า ลักษณะสำคัญของความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือเป็นหน้าที่อันผูกพันอยู่กับสมาชิกทุกคนในสังคมซึ่งจะตกลงกันเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เช่น ก. ข. ค. และคนอื่นๆ ต่างมีหน้าที่ตรงกันในด้านที่สร้างความสงบเรียบร้อยในสังคม ถ้า ก. และ ข. ตกลงกันทำลาย หรือฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยนี้ ค. และคนอื่นๆ ก็จะถูกระงับกระเทือนด้วย

ลอยด์สรุปว่า กรณีต่อไปนี้เป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ว่าในระบบกฎหมายของอังกฤษหรือฝรั่งเศส

- (1) การแทรกแซงในการปกครองและบริการสาธารณะ
- (2) ข้อสัญญาให้ชำระหนี้เป็นทองคำหรือเงินตราต่างประเทศ โดยถือเงินตราต่างประเทศเป็นหลักค่านวน
- (3) ข้อตกลงเปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลผิดไปจากที่กฎหมายกำหนด
- (4) ข้อตกลงเปลี่ยนแปลงบทกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลบางประเภท
- (5) ข้อตกลงเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าประมูลราคาในการขายทอดตลาด
- (6) ข้อตกลงที่จำกัดหรือเปลี่ยนแปลงอำนาจศาล

ประการสำคัญที่สุด ลอยด์ได้ย้ำว่า เนื่องจากว่า ศาลเป็นตัวจักรกลสำคัญที่จะวินิจฉัยว่า สิ่งใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ผู้พิพากษาแต่ละนายจึงต้องระมัดระวังให้มาก เพราะการวินิจฉัยอาจส่งผลกระทบกระเทือนไปถึงเศรษฐกิจสังคม และการเมืองก็ได้ ผู้พิพากษาจะต้องมีทรรศนะที่กว้างขวาง และมีความรู้ ความเข้าใจในคุณค่าทางจริยธรรมพอสมควร มิฉะนั้นแล้วอาจเกิดปัญหาอื่นๆ ตามมาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประชาชนทั่วไป ตลอดจนรัฐบาลเองต่างเห็นว่า กรณีนี้ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย แต่ศาลกลับเป็นอย่างอื่น

การใช้ดุลพินิจกับความเป็นธรรมในสังคม กฎหมายไม่อาจวางระเบียบหรือกฎเกณฑ์ตายตัวได้ หากแต่มอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจให้แก่ผู้ใช้กฎหมายในอันที่จะเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดภายในขอบเขตที่กฎหมายขีดไว้ให้ ทั้งนี้ก็เพื่อความยืดหยุ่นและยุติธรรมนั่นเอง เช่น กฎหมายไม่อาจบัญญัติว่าผู้ใดกระทำผิดฐานนั้นๆ จะต้องระวางโทษจำคุกห้าปีในทุกกรณีไป เพราะสภาพและพฤติการณ์ในการกระทำผิดของแต่ละบุคคลอาจผิดแผกแตกต่างกัน กฎหมายที่จำกัดมิให้ใช้ดุลพินิจโดยผิวเผินเหมือนว่าจะมีความเป็นธรรม เพราะบุคคลทุกรูปทุกนามอยู่ในกรอบเดียวกัน แต่ถ้าพิจารณาให้ลึกซึ้งจะเห็นว่า เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมมากกว่าจะเป็นการประสาทความยุติธรรม นอกจากนี้ควรสังเกตด้วยว่า ที่นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์โจมตีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากก็เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรวางระเบียบหรือกฎเกณฑ์ตายตัวเกินไปนั่นเอง

การให้มีโอกาสใช้ดุลพินิจบ้างจึงเป็นการผ่อนคลายความแข็งกระด้าง (rigidity) ของกฎหมายได้อย่างหนึ่ง

อำนาจในการใช้ดุลพินิจย่อมเกี่ยวข้องกับอำนาจในการตีความกฎหมาย ข้อนี้มิได้มุ่งหมายถึงฝ่ายตุลาการเท่านั้น แต่หมายถึงนักกฎหมายที่มีหน้าที่ทางฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติด้วย เมื่อกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจได้ การใช้ดุลพินิจไปในทางหนึ่งทางใดแม้จะไม่พึงปรารถนาแก่ผู้เกี่ยวข้อง ก็มิอาจกล่าวหาได้ว่าผู้นั้นปฏิบัติผิดกฎหมาย หรือประพฤตินิชอบทั้งนี้เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอื่นๆ เช่น ทุจริตด้วยสินบน เป็นต้น

เมื่อเป็นเช่นนี้การใช้ดุลพินิจจึงเป็นสิ่งสำคัญสุดยอดข้อหนึ่งในการอำนวยความยุติธรรม แต่ขณะเดียวกันก็ต้องระมัดระวังเพราะอาจเป็นดาบสองคมให้มีการใช้อำนาจในทางไม่ชอบได้ นักกฎหมายฝ่ายอุดมคติเสนอทฤษฎีการใช้ดุลพินิจว่า เมื่อใดที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจ นักกฎหมายควรใช้ดุลพินิจไปในทางสอดคล้องต่อ “มโนธรรม ศีลธรรม และความต้องการของสังคม” ซึ่งฟังดูใกล้เคียงกับความคิดของนักกฎหมายธรรมชาติอยู่มาก แต่นักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองก็อาจอธิบายได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งให้ผลคล้ายคลึง กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจที่ดีจะต้องมีเหตุผลกำกับทุกครั้งไป และเหตุผลจะต้องฟังขึ้นก็จะต้องใช้ดุลพินิจเช่นเดียวกันนั้น