

บทที่ 4

วิเคราะห์หลักการห้ามรับฟังที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย

จากการศึกษาวิวัฒนาการความเป็นมาระบบกฎหมาย บทบาทศาลและแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติของจำเลยในการดำเนินคดีอาญา และการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลย ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย เห็นว่าการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยและการรับฟังพยานหลักฐานความประพฤติ ย่อมมีความสำคัญในการพิจารณาความรับผิดชอบของจำเลย ดังนั้น ไม่ว่าจะใช้ระบบกฎหมายใด ในการพิจารณาความรับผิดชอบของจำเลย ย่อมต้องรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีหรือพยานหลักฐานอื่นๆ ที่มีความสำคัญเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด และต้องเป็นพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของศาล

เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทย โดยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 226/2 จากการศึกษาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในคราวประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 5/2550 โดยปรากฏหลักการเหตุผลในการแก้ไขมาตรา 226/2 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การนำสืบพยานและการรับฟังพยานหลักฐาน เพื่อให้มีความชัดเจน รวดเร็ว เหมาะสมกับสภาพสังคมและการพัฒนาในด้านเทคโนโลยีของประเทศในปัจจุบัน และกำหนดหลักเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานหลักฐาน ที่เกี่ยวกับบอคิด (นิสัย) หรือความประพฤติของจำเลย รวมทั้งข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ดังกล่าว¹ ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยหรือไม่ และมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างไรบ้าง โดยผู้ศึกษามีความเห็นว่

¹ สำนักงานกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (มกราคม, 2550). เอกสารประกอบการพิจารณา. หน้า 1 - 2.

4.1 การบัญญัติมาตรา 226/2 ได้รับอิทธิพลแนวคิดในการรับฟังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยจากกฎหมายคอมมอนลอว์

ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 226/2 แต่เดิมศาลได้มีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ตามมาตรา 226 เท่านั้น ซึ่งทางปฏิบัติศาลได้มีการกล่าวอ้างหรือนำหลักกฎหมายของอังกฤษในเรื่องนี้มาใช้กันอยู่เสมอ บางเรื่องที่สำคัญและอาจนำมาใช้ประกอบดุลพินิจของศาลไทยได้ 2 เรื่อง ด้วยกัน คือ

4.1.1 ข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน (Similar facts) โดยหลักทั่วไปข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันกับข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นจึงรับฟังไม่ได้ เพราะการที่บุคคลเคยกระทำการเช่นเดียวกับการกระทำที่ถูกฟ้องนั้น ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นได้กระทำการที่ถูกฟ้องด้วย เหตุที่ไม่รับฟังข้อเท็จจริงเช่นนี้เพราะนอกจากจะไม่ชอบด้วยหลักตรรกวิทยาแล้วยังไม่คุ้มกับเวลา ภาระ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี แต่ข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน อาจเกี่ยวกับประเด็นและยอมให้นำสืบได้ ถ้าหากเป็นการนำสืบเพื่อพิสูจน์ในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1) แสดงถึงแหล่งกำเนิดแห่งเดียวกัน
- 2) แสดงถึงเจตนาของจำเลย หรือเพื่อหักล้างข้อต่อสู้เรื่องอุบัติเหตุ
- 3) แสดงว่าจำเลยรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด
- 4) แสดงว่าจำเลยเป็นคนร้ายในคดีที่ถูกฟ้อง เช่น คดีที่จำเลยถูกฟ้องว่าฆ่าเด็กหญิง

ด้วยวิธีบีบบังคับโดยไม่มีสาเหตุ ไม่มีการซ่อนสพ และไม่มีการกระทำทางเพศ ศาลยอมให้นำสืบว่าจำเลยเคยฆ่าเด็กหญิงหลายคนด้วยวิธีการและลักษณะเดียวกัน อันเป็นการผิดแผกไปจากคนร้ายทั่วไป เพื่อแสดงว่าจำเลยได้กระทำความผิดที่ถูกฟ้อง

4.1.2 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติ โดยหลักทั่วไปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติ ถือว่าไม่เกี่ยวกับประเด็นและไม่ยอมให้นำสืบ แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่มาก หลักกฎหมายในเรื่องนี้ใช้บังคับกับความประพฤติของกลุ่มความยิ่งกว่าความประพฤติของพยาน ความประพฤติในที่นี้หมายถึงนิสัยชื่อเสียง โดยทั่วไป และรวมถึงการที่เคยต้องคำพิพากษาทางอาญาด้วย

4.1.2.1 ความประพฤติของกลุ่มความ ความประพฤติของโจทก์อาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นได้ในคดีหมิ่นประมาท คดีขอเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ และอาจเกี่ยวกับประเด็นค่าเสียหายทางฝ่ายโจทก์ในคดีอื่นๆ ด้วย ส่วนความประพฤติของจำเลย ตลอดจนการเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เกี่ยวกับประเด็นในคดีแพ่ง สำหรับจำเลยในคดีอาญา ศาลยอมให้นำสืบถึงความประพฤติทางด้านดีของจำเลยเสมอ แต่โจทก์ในคดีอาญาจะไม่ได้รับอนุญาตให้นำสืบถึงความประพฤติชั่วหรือการต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของจำเลย ยกเว้นในกรณีที่จะต้องนำสืบ

หักล้างข้ออ้างของจำเลยว่าคุณมีความประพฤติดี กรณีที่จำเลยโจมตีความประพฤติของฝ่ายโจทก์ หรือพยานโจทก์ การนำสืบว่าจำเลยเคยต้องคำพิพากษาคดีอาญาเพื่อขอให้มีการเพิ่มโทษ เป็นต้น

4.1.2.2 ความประพฤติของพยาน ความประพฤติในทางไม่ดีของพยาน ยอมให้นำสืบเพื่อทำลายน้ำหนักพยานได้ ผู้เสียหายหรือจำเลยในคดีอาญาซึ่งเบิกความเป็นพยานตนเอง อาจถูกถามคำถามเกี่ยวกับความประพฤติในทางไม่ดี เพื่อทำลายน้ำหนักพยานได้เช่นกัน ในคดีข่มขืน กระทำชำเรา หรือความผิดทางเพศ ยอมให้นำสืบว่าผู้เสียหายมีความประพฤติเสื่อมเสีย² ซึ่งบดบังพยานหลักฐานดังกล่าวจะปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ โดยไม่ยอมให้ศาลรับเอาพยานหลักฐานที่ขัดกับหลักเกณฑ์การรับฟังเข้าสู่สำนวนความ กระบวนการสืบพยานหลักฐานต่างๆ ต้องยึดกฎเกณฑ์โดยเคร่งครัด เนื่องจากการพิจารณาและคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่ใช้คณะลูกขุนเป็นผู้ชี้ขาดข้อเท็จจริงนั้น ควรจะได้คำนึงว่าคณะลูกขุนและผู้พิพากษาของศาลอังกฤษหาได้มีดุลพินิจในเรื่องนี้กว้างขวางอย่างศาลไทยไม่ เนื่องจากคณะลูกขุนเป็นบุคคลธรรมดา มิได้เป็นผู้ที่ผ่านการฝึกฝนทางการพิจารณาคดีมาก่อน กฎหมายพยานของอังกฤษ จึงมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพยานโดยชัดเจนว่า ข้อเท็จจริงใดเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นอันจะ นำสืบได้หรือไม่ได้ สำหรับข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นย่อมต้องห้ามมิให้นำสืบโดยเด็ดขาดเพราะอาจจูงใจคณะลูกขุนให้หลงผิดได้ การนำสืบพยานนอกประเด็นอาจทำให้การพิจารณาในคดีเสียไปก็ได้

การที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/2 โดยบัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย เพื่อพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้อง เว้นแต่พยานหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง
- 2) พยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะ วิธี หรือรูปแบบเฉพาะในการกระทำความผิดของจำเลย
- 3) พยานหลักฐานที่หักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยถึงการกระทำหรือความประพฤติในส่วนดีของจำเลย

ความในวรรคหนึ่งไม่ห้ามการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าว เพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษหรือเพิ่มโทษ”

จึงเห็นได้ชัดเจนว่า หลักกฎหมายในมาตรา 226/2 วรรคหนึ่ง มีหลักเกณฑ์ เช่นเดียวกับบทตัดพยานของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ การที่ประเทศอังกฤษได้มี

² โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 180 - 181.

หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัด อันเนื่องมาจากพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริง บางอย่าง เช่น ความประพฤติ ประวัติความเป็นมาของจำเลย ภูมิหลัง การศึกษา ฯลฯ อาจจูงใจคณะลูกขุน ให้หลงเชื่อได้ เพราะคณะลูกขุนเป็นบุคคลธรรมดา มิได้เป็นผู้ที่ผ่านการฝึกฝนทางการพิจารณาคดี มาก่อน กฎหมายพยานของประเทศอังกฤษจึงมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพยาน โดยชัดเจนว่า ข้อเท็จจริงใด เกี่ยวหรือไม่เกี่ยวกับประเด็นอันจะนำสืบได้หรือไม่ สำหรับข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวกับประเด็น ย่อมต้องห้ามมิให้นำสืบโดยเด็ดขาดเพราะอาจจูงใจคณะลูกขุนให้หลงผิดได้ การนำสืบพยาน นอกประเด็นอาจทำให้การพิจารณาในคดีเสียไปก็ได้ หลักกฎหมายของอังกฤษในเรื่องนี้นำมาใช้ กันอยู่เสมอ บางเรื่องที่สำคัญอาจจะมาใช้ประกอบดุลพินิจของศาลไทย ซึ่งเดิม ศาลไทยอาจ นำมาใช้ในแนวทางปฏิบัติมาตลอด จนกระทั่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมาย อันทำให้เกิดความชัดเจนและ เป็นรูปธรรมมากขึ้นซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์

4.2 การบัญญัติกฎหมายมาตรา 226/2 ไม่สอดคล้องกับหลักการค้นหาความจริงและการรับฟัง พยานหลักฐานของศาล ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่โดยตรงในการค้นหา ข้อเท็จจริงจากการสืบพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงของการกระทำความผิด คู่ความไม่ได้มีบทบาท หลักในการค้นหาความจริง เพราะระบบนี้มีเจตนารมณ์ที่จะค้นหาความจริงมิใช่ค้นหาความผิด³ ระบบนี้จะเน้นหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อการค้นหาความ จริงโดยไม่จำเป็นต้องขึ้นกับความเชี่ยวชาญของคู่ความในการนำสืบพยานหลักฐานให้ประจักษ์ต่อศาล และไม่มีระเบียบกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานมาก ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ กว้างขวางและยืดหยุ่นได้มาก⁴ แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการสืบพยานโดยตลอด มีอำนาจที่จะค้นหาข้อเท็จจริงได้ทุกวิถีทาง แม้จะให้ สอบสวนพยานหลักฐานอื่นๆ ที่คู่ความไม่ได้นำเสนอก็ตามบทบาทของพนักงานอัยการและ ทนายจำเลยจะถูกจำกัดให้อยู่ในฐานะเป็นเพียงผู้ร่วมการพิจารณาคดี โดยทั้งพนักงานอัยการและ ทนายจำเลยจะถามคู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือถามพยาน โดยตรงไม่ได้ ต้องถามผ่านศาลซึ่งการเสนอ พยานหลักฐานของโจทก์และจำเลยทั้งสองฝ่ายจะมีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยศาลจะมีพนักงานอัยการ โจทก์และทนายจำเลยเป็นผู้กระตุ้นศาลดำเนินการ โดยอ้างการร้องขอให้ศาลสืบพยานต่างๆ ไม่มี การจำกัดศาลที่จะสืบพยานโดยพลการ

³ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 1 - 17.

⁴ เข็มชัย ชุตินวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 2 - 3.

หลักการค้นหาความจริงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ไม่มีลักษณะเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความสองฝ่าย หากแต่เป็นหน้าที่โดยตรงของผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะเป็นผู้รับผิดชอบในการค้นหาข้อเท็จจริง จากการสืบพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงของการกระทำผิด คือ ผู้กล่าวหาจะถูกส่งเข้าไปสอบสวนค้นหาความจริงโดยองค์กรในกระบวนการยุติธรรม โดยไม่ถือว่าองค์กรเหล่านี้ไม่ว่าตำรวจ อัยการ และศาลจะไม่เป็นปฏิปักษ์กับผู้ถูกกล่าวหา ฉะนั้น การที่องค์กรต่างๆ ของรัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก รัฐจึงไม่อาจเป็นคู่ความกับผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งเป็นประชาชนในรัฐได้ องค์กรต่างๆ จึงมีหน้าที่ค้นหาความจริงแท้ของเรื่องโดยไม่ผูกพันกับคำร้องหรือคำขอของผู้ใดทั้งสิ้น⁵ ศาลก็ต้องมีความกระตือรือร้น (Active) ในการค้นหาความจริงด้วยตนเอง⁶ ไม่มีหน้าที่นำสืบหรือระบบถามค้าน (Cross - examination)

ส่วนหลักการรับฟังพยานหลักฐานในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นการรับฟังพยานหลักฐานโดยดุลพินิจ กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือไม่ โดยหลักนี้เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจ ซึ่งชี้แจงน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดกับสัดส่วนความสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแห่งเอกชน⁷ ซึ่งระบบนี้จะยึดหลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยอาศัยดุลพินิจศาลเป็นหลัก ส่วนบทตัดพยานเป็นข้อยกเว้น

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ผู้พิพากษาศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในศาลที่มีลูกขุน (Crown Court) การพิจารณาคดีจะแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นทำคำวินิจฉัยและขั้นทำคำพิพากษา สำหรับขั้นทำคำวินิจฉัยกำหนดโทษว่าผิดหรือไม่นั้น จะกระทำโดยลูกขุนซึ่งจะต้องนั่งฟังการเสนอพยานของคู่ความโดยตลอดแล้ววินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ การใช้ระบบลูกขุนเป็นการยอมรับว่าประชาชนทั่วไปสามารถที่จะตัดสินใจได้ จึงมีหลักเกณฑ์ในการนำพยานมาพิสูจน์โดยเคร่งครัดและมีบทตัดพยานที่เด็ดขาดเพื่อมิให้พยานที่มีลักษณะต้องห้ามเข้าสำนวนความ⁸ สำหรับขั้นทำคำพิพากษาจะกระทำโดยผู้พิพากษาซึ่งจะดำรงตนเป็นกลางและวางเฉย กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัด⁹ เพื่อมิให้มีการเอาไรด์เอาเปรียบกันในการต่อสู้

⁵ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 28 - 29.

⁶ John H. Langbein. Op.cit. p 1.

⁷ ภวัต วัชรดาวัลย์. เล่มเดิม. หน้า 80 - 81.

⁸ จริญญา ภักดีชนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 1 - 2.

⁹ John H. Langbein. (1977). *Comparative Criminal Procedure Germany*. p. 29. อ้างถึงใน สมทรัพย์ นำอำนวยการ. (2541). *บทบาทของศาลในชั้นพิจารณากับการค้นหาความจริงในคดีอาญา*. หน้า 7.

คดีในศาล ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่สืบพยานหลักฐานในการวินิจฉัยความจริงในคดี¹⁰ คู่ความในคดีอาญาจะเป็นผู้นำสืบพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยในศาล ศาลจะไม่สืบพยานเอง นอกจากจะเป็นการซักพยานเพื่อความชัดเจนแน่นอนในการเบิกความ หรือทำการซักพยานเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการดำเนินคดี การใช้คำถามในการซักถามหรือซักค้านต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้น้อยมาก การยกฟ้องโดยข้อหลงผิดในทางแบบวิธี (Technical) จึงมีมาก ศาลไม่สามารถสืบพยานนอกเหนือจากที่คู่ความในคดีนำสืบ¹¹ การค้นหาความจริงในระบบนี้ มีลักษณะเป็นการต่อสู้ของคู่ความภายใต้กฎระเบียบที่แน่นอนตายตัวต่อหน้าผู้พิพากษาที่ปราศจากอคติต่อฝ่ายใด หน้าที่การค้นหาความจริงในคดี จึงเป็นของคู่ความที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบแสดง ดังนั้น จึงต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อที่จะจำกัดพยานของคู่ความ แต่ละฝ่ายเอาไว้ให้เหลือแค่พยานหลักฐานที่สมควรเข้าสู่การพิจารณาคดีเท่านั้น จึงมีการสร้างหลักเกณฑ์ในการจำกัดพยาน

ส่วนหลักการรับฟังพยานหลักฐานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะมีหน้าที่ในการควบคุมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ การนำสืบพยานหลักฐานว่า พยานหลักฐานใดต้องห้ามตามบทตัดพยานหลักฐานก็จะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นเด็ดขาด โดยจะเป็นหน้าที่ของคู่ความในการสืบพยานเพื่อค้นหาความจริงพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีต้องห้ามมิให้รับฟัง เนื่องจากอาจก่อให้เกิดอคติในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของคณะลูกขุนได้ ซึ่งระบบนี้จะยึดหลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามแบบพิธี

ดังนั้น เมื่อระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่เป็นระบบที่ศาลมีหน้าที่ในการค้นหาความจริงและการรับฟังพยานหลักฐานโดยหลักดุลพินิจ ศาลต้องมีบทบาทสำคัญเพื่อสืบพยานหลักฐานและค้นหาข้อเท็จจริงได้มากที่สุด ซึ่งก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/2 ในมาตรา 226 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ ศาลใช้ดุลพินิจในการแสวงหาความจริงได้อย่างกว้างขวาง และหลักกฎหมายตามมาตรา 226 กำหนดว่าพยานหลักฐานใดก็ตามหากไม่มีคุณสมบัติที่จะสามารถพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยในคดีได้ต้องห้ามมิให้รับฟัง เพราะพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมของจำเลยที่ดี หรือเกี่ยวกับความประพฤติชั่วร้ายของจำเลยในครั้งก่อนๆ ที่จะเกิดเหตุในคดีปัจจุบันก็ดี ไม่ใช่พยานหลักฐานที่สามารถจะพิสูจน์ความผิดของจำเลย

¹⁰ Paul B. Weston and Kenneth M. Wells. (1972). **Law Enforcement and Criminal Justice and Introduction.** pp. 161, 179. อ้างถึงใน สมทรัพย์ นำอำนวยการ. เล่มเดิม. หน้า 7.

¹¹ Henry I. Abraham. Op.cit. p. 104.

ในคดีนี้ได้ จึงไม่อาจรับฟังมาพิสูจนความผิดของจำเลยได้¹² เห็นได้ว่าการบัญญัติบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226/2 ย่อมไม่ใช่ลักษณะของการสืบพยานหลักฐานของระบบที่มีลักษณะไม่มีกฎเกณฑ์ การสืบพยานหลักฐานเป็นแบบพิธีที่เคร่งครัด เมื่อมีการจำกัดอำนาจรับฟังพยานหลักฐานของศาลตาม มาตรา 226/2 อาจทำให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ทุกเรื่อง อันเป็นการไม่เปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดได้ ผู้พิพากษาในระบบนี้จะมีบทบาทในการค้นหาความจริงมากกว่าศาลในระบบ Common Law ไม่ว่าจะเป็นการสืบพยาน หรือเรียกพยานมาสืบเอง ศาลจะมีบทบาทหลักในการควบคุมการพิจารณาคดี ส่วนคู่ความจะมีหน้าที่ในการเป็นผู้ช่วยศาลในการค้นหาพยานหลักฐาน โดยคู่ความอาจเสนอหัวข้อให้ศาลถามพยาน ซึ่งในการพิจารณาคดีและการสืบพยานไม่มีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดอย่างในระบบ Common Law อีกทั้งผู้พิพากษาในระบบ Civil Law เป็นผู้พิพากษาที่ได้รับการฝึกอบรมในวิชาชีพดังกล่าว มิใช่เป็นบุคคลธรรมดาเช่นคณะลูกขุน ซึ่งผู้พิพากษาย่อมรับฟังข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยโดยที่ไม่ต้องมีบทตัดพยานหลักฐานในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ศาลมีอำนาจในการสั่งสืบพยานหลักฐานโดยไม่ต้องมีคู่ความฝ่ายใดร้องขอขึ้น เพราะในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law นี้ใช้การดำเนินคดีโดยรัฐ โดยถือว่าการค้นหาความจริงเพื่อให้ได้ผู้กระทำผิดมาลงโทษนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐ เอกชนคนเดียวไม่ใช่ผู้เสียหาย ฉะนั้น รัฐจึงมีบทบาทเข้ามาควบคุมการดำเนินคดี

4.3 การบัญญัติกฎหมายมาตรา 226/2 ไม่สอดคล้องกับหลักการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยในชั้นพนักงานสอบสวน อัยการ และศาล

จากการศึกษาในบทที่ 3 ทำให้ทราบถึงการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลย โดยจะเห็นได้ว่าในกฎหมายต่างประเทศได้มีการรวบรวมข้อเท็จจริงดังกล่าวอย่างเป็นระบบและสอดคล้องกัน อีกทั้งการรวบรวมข้อมูลดังกล่าวได้มีขึ้นในชั้นเจ้าพนักงาน อัยการ ศาล แม้แต่จำเลยหรือทนายความเองก็มีส่วนในการเสนอข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับจำเลย กล่าวคือ

4.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

4.3.1.1 การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยในคดีอาญา

- 1) การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยโดยใช้รายงานก่อนพิพากษา
- 2) รายงานของกรมราชทัณฑ์ โดยศาลอาจสั่งให้กรมราชทัณฑ์หรือบุคคลอื่นใดเป็นผู้ทำรายงานในกรณีที่ศาลต้องการได้รับข้อมูลบางอย่างเพิ่มเติม เพื่อนำมาใช้กำหนดโทษจำเลย

¹² จริญ ภักดีธนากุล ข เล่มเดิม. หน้า 292.

4.3.1.2 องค์กรที่ทำหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลย

- 1) พนักงานคุมประพฤติ
- 2) นักจิตวิทยาหรือนักจิตวิเคราะห์
- 3) กรมราชทัณฑ์

4.3.1.3 บทบาทของผู้เกี่ยวข้องในการเสนอข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา

- 1) อัยการ
- 2) ทนายความ
- 3) จำเลย

4.3.1.4 การรับฟังพยานหลักฐานความประพฤติของจำเลย โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และใช้ระบบการสืบพยานแบบต่อสู้คดี ผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลาง ทำให้ต้องมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสืบพยานหลักฐานหรือบทคัดพยานหลักฐานที่เคร่งครัด เพื่อเป็นเครื่องมือแก่ศาลในการควบคุมพฤติกรรมการต่อสู้คดี การพิจารณาในชั้นศาลเป็นแบบทวิภาค คือ แบ่งออกเป็น 2 ชั้น คือ 1) ชั้นพิจารณาวินิจฉัยความผิด (Guilty Stage) และ 2) ชั้นพิจารณากำหนดโทษ (Sentencing State) โดยวัตถุประสงค์ของการแบ่งชั้นในการพิจารณาคดีนี้มีเหตุผลมาจากการที่กฎหมายต้องการให้มีภาคพิจารณาที่ยอมรับและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ อันเป็นเกราะคุ้มกันที่จะไม่ให้จำเลยต้องเสียเปรียบหรือมีการใช้อำนาจที่ไม่เป็นธรรมของรัฐบาล และให้มีอีกภาคการพิจารณาหนึ่งที่ยอมรับผลในทางปฏิบัติ เพื่อช่วยให้เกิดความสะดวกแก่ผู้บังคับใช้กฎหมายอยู่

สำหรับการรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤตินั้น พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤติที่ดีหรือไม่ดีของกลุ่มความหรือของพยาน มักมีคุณค่าเชิงการพิสูจน์อยู่เสมอ (Probative value) แต่คุณค่าเชิงการพิสูจน์นั้นจะมากหรือน้อยเป็นอีกกรณีหนึ่ง ตลอดทั้งบางกรณีอาจแฝงมาด้วยอคติในการโน้มน้าวใจให้คณะลูกขุนเชื่อตาม ซึ่งในประเทศอเมริกานั้นก็ได้ยอมรับถึงคุณค่าในเชิงการพิสูจน์ของพยานหลักฐานความประพฤติ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคอยถ่วงถ่วงถึงอคติในการรับฟัง ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤติที่ไม่ดี (Admissibility of Bad Character Evidence) ทำให้คณะลูกขุนเกิดอคติในการรับฟังพยานหลักฐานนั้น ซึ่งคณะลูกขุนจะให้น้ำหนักที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานความประพฤติที่ไม่ดีมากเกินไป จึงทำให้ การวินิจฉัยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของความประพฤติที่ไม่ดีนั้นมากกว่าข้อเท็จจริงในคดี หรือแม้ คณะลูกขุนจะให้น้ำหนักแก่ความประพฤติที่ไม่ดีอย่างเหมาะสม แต่พยานหลักฐานนั้นก็อาจชักนำคณะลูกขุนให้วินิจฉัยข้อเท็จจริงจำเลยนั้นได้กระทำผิด (Culpability) บนพื้นฐานพยานที่มีคุณภาพหรือปริมาณที่ไม่เพียงพอ

จะเห็นได้ว่าแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการห้ามรับฟังพยานหลักฐานในเรื่องความประพฤติ แต่ก็ไม่ใช่บทห้ามอย่างเด็ดขาดซึ่งได้มีการกำหนดถึงรายละเอียด รูปแบบ ที่ชัดเจนมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการรวบรวมพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่นที่เกี่ยวข้องไม่ว่าในชั้นเจ้าพนักงาน อัยการ ศาล ล้วนมีส่วนรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลทั้งสิ้น

4.3.2 ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

4.3.2.1 การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยในคดีอาญา

1) การสอบสวนรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยของตำรวจฝ่ายคดีนั้น ตำรวจจะทำหน้าที่ช่วยเหลืออัยการในการสอบสวน เนื่องจากอำนาจสอบสวนของฝรั่งเศสอยู่ภายใต้การควบคุมของอัยการ ฉะนั้นอัยการของฝรั่งเศสจึงเป็นพนักงานสอบสวน มีอำนาจสอบสวน และเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวน รับผิดชอบควบคุมการสอบสวนทั้งหมด ในการสอบสวนตำรวจจะทำรายงานเกี่ยวกับความผิดหาตัวผู้กระทำผิดและรวบรวมพยานหลักฐานในการกระทำผิด ประวัติภูมิหลัง ตลอดจนข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับตัวจำเลย ทั้งนี้เป็นผลดีและผลร้าย

2) การสอบสวนของผู้พิพากษาสอบสวน (Le juge d' instruction) จะกระทำเฉพาะในคดีบางประเภทที่กำหนดไว้ หรือตามคำร้องขอของอัยการเท่านั้น¹³ ซึ่งการสอบสวนโดยตำรวจฝ่ายคดีและโดยผู้พิพากษาสอบสวนต่างมีวัตถุประสงค์เดียวกันคือเพื่อทราบข้อเท็จจริงแห่งการกระทำผิด เพื่อรู้ตัวผู้กระทำผิด และเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์การกระทำผิดนั้นด้วยกัน

4.3.2.2 บทบาทของผู้เกี่ยวข้องในการเสนอข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา

- 1) พนักงานตำรวจ
- 2) อัยการ
- 3) ศาล

4.3.2.3 การรับฟังพยานหลักฐานความประพฤติของจำเลย ประเทศฝรั่งเศส ให้ความสำคัญกับการค้นหาความจริงในเชิงเนื้อหา อันมีลักษณะเป็นการไต่สวนที่ศาลจะมีบทบาทในการค้นหาความจริงในเชิงรุก (Active Role) โดยศาลจะควบคุมการพิจารณาคดีเป็นหลัก ซึ่งจะไม่ถูกจำกัดเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ควรเสนอต่อศาลเท่านั้น แต่ศาลจะเป็นผู้สืบพยานหรือซักถามพยานเอง และไม่มีติดติดอยู่กับหลักเกณฑ์การสืบพยาน หรือบทคัดพยานหลักฐานที่เคร่งครัด ซึ่งอาจถือได้ว่าศาลในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะถือหลักการใช้ดุลพินิจเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อความคล่องตัวในการพิจารณาคดี สำหรับการพิจารณาคดีประเทศฝรั่งเศสยึดถือการดำเนินพิจารณาคดีที่รวมเป็นเอกภาพ

¹³ โโกเมน ภัทรภิรมย์ ข เล่มเดิม. หน้า 340.

เป็นส่วนเดียวกันตลอด กล่าวคือ ในชั้นพิจารณาความผิดกับชั้นกำหนดโทษจะพิจารณาไปพร้อมๆ กัน โดยไม่ได้แยกออกจากกันเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้แบ่งการดำเนินคดีออกเป็น 2 ชั้น คือ 1) ชั้นวินิจฉัยความผิด (Guty Stage) และ 2) ชั้นกำหนดโทษ (Sentencing Stage) แต่ถ้าศาลได้ส่วนเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประพฤติไม่ดีของจำเลยหรือผู้เสียหายนั้น สามารถใช้พิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้แล้ว ก็จะนำเข้าสู่อำนาจศาลในส่วน เพื่อที่จะนำไปใช้ในศาลตัดสินต่อไป

จะเห็นได้ว่า การรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลในคดีอาญา ไม่ว่าจะเป็นจำเลย ผู้เสียหาย พยาน นั้นจะปล่อยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยของศาลว่าจะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ซึ่งในกรณีนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ชัดเจน

4.3.3 ประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

4.3.3.1 การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยในคดีอาญา มีการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติภูมิหลังตลอดจนข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับจำเลยในด้านที่เป็นผลดีและเป็นผลร้าย รวมถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุบรรเทาโทษอย่างกว้างขวาง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด โดยข้อเท็จจริงเหล่านั้นมักจะประกอบอยู่ในสำนวนสอบสวนที่พนักงานอัยการสั่งฟ้องคดี นอกจากนี้ข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับจำเลยยังอาจได้มาในระหว่างการพิจารณาคดีโดยศาล จะทำหน้าที่ค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้มีข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยอย่างเพียงพอ ในการนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เกิดความเหมาะสมถูกต้องกับจำเลย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับจำเลยมีความสมบูรณ์และถูกต้อง เนื่องจากทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่างช่วยกันค้นหาความจริงไม่เว้นแม้แต่ศาล จึงทำให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

4.3.3.2 บทบาทของผู้เกี่ยวข้องในการเสนอข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา

- 1) ตำรวจ
- 2) อัยการ
- 3) ศาล
- 4) ทนายจำเลย

4.3.3.3 การรับฟังพยานหลักฐานความประพฤติของจำเลย ประเทศเยอรมนีดำเนินคดีโดยใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐซึ่งรัฐเป็นผู้หน้าที่ดำเนินคดีอาญา และถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย อัยการจะทำหน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง ในขณะที่เดียวกันให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยมีสิทธิในการแก้ข้อกล่าวหาและต่อสู้คดีมากขึ้น

สำหรับรูปแบบการพิจารณาคดีอาญาในชั้นศาล เป็นแบบรวมภาคการพิจารณาความผิดกับการกำหนดโทษ รวมกันอย่างเป็นทางการ คือ การวินิจฉัยความผิดของจำเลยจะเข้าไปพร้อมกับการกำหนดโทษ โดยไม่มีการแบ่งแยกขั้นตอนออกจากกัน การไม่แบ่งแยกอำนาจในการดำเนินคดีอาญา อันเนื่องมาจากเยอรมนีใช้ระบบดำเนินคดีที่มีลักษณะของการค้นหาข้อเท็จจริงในเนื้อหาที่ทุกฝ่ายมีหน้าที่ในการตรวจสอบค้นหาความจริง และในชั้นศาลทุกฝ่ายต้องมีหน้าที่ ต้องกระตือรือร้นในการตรวจสอบค้นหาความจริง ซึ่งศาลจะมีบทบาทอย่างสูงในการเสาะหาพยานหลักฐานในคดีและกำกับกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมายเยอรมนีถือว่า ผู้พิพากษาเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงในคดีและศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานได้ทุกประเภท เว้นแต่พยานที่ไม่เกี่ยวกับคดี ซึ่งเป็นการชอบที่จะปล่อยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตามที่เห็นสมควร เนื่องจากศาลได้มีโอกาสสอบสวนและพิจารณาโดยใกล้ชิดด้วยตนเอง ตามหลักกฎหมายนี้จึงมีความคิดว่า ไม่ควรให้มีข้อบังคับของกฎหมายอันใดที่จะสามารถปฏิเสธพยานไว้ล่วงหน้าก่อนได้ เพราะไม่ใช่เป็นสิ่งที่จะสามารถทำได้ง่าย และจะวางหลักตายตัวให้เป็นการแน่นอนไว้นั้นย่อมทำไม่ได้ เหตุนี้ศาลจึงมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่ความและดุลพินิจนี้จะถูกโต้แย้ง นอกจากนี้ยังต้องให้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักอย่างเต็มที่ด้วย ศาลจะตัดสินคดีโดยผลของพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยการพิจารณาพิพากษาโดยอิสระ ซึ่งเกิดจากการรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดในคดี

ดังนั้น จะเห็นได้ในศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมนี นอกจากมีการรวบรวมข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลยแล้ว ยังปรากฏว่ามีการรวบรวมและการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับความประพฤติตลอดจนข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับตัวจำเลย มีการรวบรวมข้อเท็จจริงดังกล่าวตั้งแต่ในชั้นพนักงานตำรวจ อัยการ และศาล อย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ศาลสามารถที่จะสืบพยานเพิ่มเติมเกี่ยวกับประวัติภูมิหลังของจำเลยมาใช้ประกอบในการพิพากษากำหนดโทษ ศาลจะพิพากษาโทษและกำหนดขอบเขตของโทษโดยคำนึงถึงสภาพแห่งการกระทำความผิดและบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และได้มีการนำคณะลูกขุนเข้าร่วมในการพิจารณาคดีในกรณีที่เป็นความผิดที่ถูกต้องนี้เป็นความผิดชั้นออกฤกษ์โทษที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป ต้องขึ้นศาลลูกขุน (Cour d'Assises) ที่มีองค์คณะคือผู้พิพากษา 3 คน และลูกขุนที่มาจากประชาชนที่ไม่มีความรู้ด้านกฎหมายอีก 9 คน แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศสก็ไม่ได้กำหนดบทตัดพยานในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดในครั้งก่อนหรือความประพฤติชั่วของจำเลยที่ต้องห้ามรับฟังมาใช้ในการพิสูจน์ความผิดในคดีปัจจุบันของจำเลยแต่อย่างใด

สำหรับการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยของไทยจะเห็นว่า เมื่อพิจารณาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการสอบสวนเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลย กล่าวคือ การรวบรวมข้อเท็จจริงตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ ทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายต่อผู้ต้องหา รวมทั้งพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษของผู้ต้องหาตามมาตรา 131 นอกจากนี้พนักงานสอบสวนชอบที่จะดำเนินการสอบสวนผู้ต้องหาเกี่ยวกับความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของเขาหรือประวัติของผู้ต้องหา และมาตรา 138 แล้วเสนอต่ออัยการ โดยอัยการเองเมื่อรับสำนวนจากพนักงานสอบสวนแล้วเห็นว่าพยานหลักฐานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยยังไม่ครบถ้วนเพียงพอ พนักงานอัยการชอบที่จะสั่งให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมได้ ตามมาตรา 143 เพื่อให้มีข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยอย่างเพียงพอในการใช้ดุลพินิจว่าจะดำเนินคดีอาญากับจำเลยต่อไปหรือไม่ หากอัยการเห็นสมควรสั่งฟ้องก็จะมี การยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาล แต่ในชั้นพิจารณาของศาลประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 มาตรา 227 และมาตรา 229 บัญญัติหลักเกณฑ์ให้การปฏิบัติของศาลเกิดความชัดเจนในเรื่องการรับฟังพยาน โดยกฎหมายได้เปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจอิสระในการที่จะตรวจสอบค้นหาความจริงหรือรับฟังพยานหลักฐาน ที่ศาลเชื่อว่ามีเหตุผลได้อย่างกว้างขวางอยู่แล้ว สำหรับการค้นหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับจำเลยในระบบการพิจารณาคดีอาญาของไทย ปัญหาว่าศาลจะมีการสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการนั้น ในทางปฏิบัติการสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการแทบจะไม่มี เนื่องจากผู้พิพากษาส่วนมากของไทยซึ่งติดอยู่กับความเข้าใจว่ากฎหมายลักษณะพยานของไทยมาจากระบบกล่าวหาของอังกฤษ ทั้งๆ ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการในระหว่างพิจารณา อย่างไรก็ตามมีคดี ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาหลายเรื่องที่วินิจฉัยว่าระหว่างพิจารณาหลังจากสืบพยานโจทก์จำเลยเสร็จแล้ว ศาลเรียกพยานสืบเองอีกได้¹⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ศาลหาได้ดำเนินการสืบพยานเพิ่มเติมไม่

แม้ว่าพนักงานสอบสวนจะมีอำนาจในการสอบสวนและหาพยานหลักฐานในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษด้วย มิใช่มุ่งค้นหาพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความผิดของผู้ต้องหาแต่เพียงอย่างเดียว อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวยังได้ให้อำนาจพนักงานสอบสวนอย่างกว้างขวางในการค้นหารายละเอียดเกี่ยวกับตัวจำเลย หรือผู้กระทำผิดและรายละเอียดในการกระทำผิดเสนอต่อศาล เพื่อศาลจะได้ใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยได้อย่างถูกต้อง โดยจะเห็นได้ว่าการค้นหาความจริงของพนักงานสอบสวนจะต้องประกอบไปด้วย พยานหลักฐานที่ต้องรวบรวม

¹⁴ ชวลิต โสภณวัต ก เล่มเดิม. หน้า 37

จึงมี 3 ชนิด คือ พยานหลักฐานที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา หรือพยานหลักฐานที่ยันผู้ต้องหา พยานหลักฐาน ที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาหรือเป็นประโยชน์กับผู้ต้องหา และพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับ เหตุบรรเทาโทษ¹⁵ ซึ่งหากการสอบสวนของพนักงานสอบสวนได้ค้นหาความจริงในเรื่องภูมิหลัง ของจำเลย ทั้งในแง่ที่เป็นประโยชน์และเป็นโทษแก่จำเลย โดยเสนอมาพร้อมกับคำฟ้อง เพื่อให้ ข้อเท็จจริงจริงๆ เกี่ยวกับประวัติภูมิหลังของจำเลยเข้าสู่การพิจารณาของศาล เพราะข้อเท็จจริง เหล่านี้เป็นประโยชน์ต่อศาล อีกทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญามีความเกี่ยวเนื่องและ เชื่อมโยงทั้งระบบ หากศาลมีอำนาจรับฟังข้อมูลดังกล่าวโดยจำกัดแล้วย่อมทำให้การนำข้อมูล ดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น ขาดความเชื่อมโยงอย่างเป็นระบบ ซึ่งเป็นการบัญญัติ กฎหมายไม่สอดคล้องกัน

4.4 การบัญญัติมาตรา 226/2 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย ขึ้นใหม่แต่อย่างไร

พยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบได้นั้น ต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่ศาลรับฟังได้ และ การรับฟังข้อเท็จจริงของศาลในการวินิจฉัยคดีอาญาเกี่ยวกับชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของ ประชาชน จะต้องมีการถ่วงรอกันโดยรอบคอบ มิให้มีความผิดพลาด เพราะจะเป็นการเสียหาย ต่อความยุติธรรมและกระทบกระเทือนถึงความสงบสุขของบ้านเมืองได้ พยานหลักฐานที่ศาลรับฟัง ต้องเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีโดยตรงหรือเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีหลัก ดังนั้น บทบัญญัติ มาตรา 226/2 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย พร้อมกับกำหนดข้อยกเว้นที่ให้ศาลสามารถรับฟัง พยานหลักฐานดังกล่าวได้ในบางประการ ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า มิได้บัญญัติ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานใดขึ้นใหม่ ดังนี้

4.4.1 มาตรา 226/2 วรรคหนึ่ง ตอนต้นที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐาน ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย เพื่อพิสูจน์ว่า เป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้อง...”

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสีย ของจำเลย โดยหลักทั่วไปความประพฤติชั่วหรือกรณีจำเลยเคยประกอบอาชญากรรมในอดีต โจทก์จะนำสืบไม่ได้เพราะกฎหมายไม่ได้ถือว่าผู้ประพฤติชั่วมาก่อนจะต้องประพฤติชั่วเสมอไป และปกติก็มักเป็นเรื่องนอกประเด็น เพราะประเด็นแห่งคดี คือ ข้อเท็จจริงที่เกิดในคดีนี้ไม่ใช่ ข้อเท็จจริงในอดีต เช่น โจทก์ฟ้องว่าจำเลยลักทรัพย์แต่ขอสืบว่าจำเลยเป็นอันธพาลเกมมะเหรกเกร

¹⁵ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 450.

หรือเคยเป็นนักเลงคุมช่องโศกณีเหล่านี้ย่อมไม่เกี่ยวกับประเด็น หรือโจทก์ฟ้องว่าจำเลยมีแป้งเชื้อข้าวหมากไว้จำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยให้การว่าได้ซื้อแป้งของกลางมาเพื่อทำการแช่สาโทแต่ถูกจับเสียก่อน จำเลยหาได้มีไว้เพื่อจำหน่ายไม่ โจทก์แถลงขอสืบพยานว่าก่อนจับจำเลย 1 วัน จำเลยขายแป้งเชื้อข้าวหมากมาแล้ว แต่ไม่ใช่ของกลางรายนี้ ดังนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าศาลยกฟ้องโจทก์โดยไม่ให้โจทก์สืบพยานได้ เพราะเป็นการขอสืบนอกประเด็น และแม้จะสืบได้ความจริงก็ลงโทษจำเลยไม่ได้¹⁶ โดยมีรายละเอียดตามคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2476 คดีนี้โจทก์ฟ้องจำเลยว่ามีแป้งเชื้อข้าวหมาก 5 เม็ดไว้จำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิตในแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2467 มาตรา 6

จำเลยให้การว่าได้ซื้อแป้งของกลางมาเพื่อนำมากระแช่สาโทแต่ถูกจับเสียก่อนทำจำเลยหาได้มีไว้เพื่อจำหน่ายไม่

คดีนี้โจทก์แถลงต่อศาลฯ โจทก์จะขอสืบพยานว่าก่อนหน้าจะไปจับจำเลย 1 วัน จำเลยได้เคยขายแป้งเชื้อข้าวหมากมาแล้ว 5 เม็ด แต่ไม่ใช่ของกลางรายนี้และแถลงต่อไปว่าแป้งของกลางจำเลยยังไม่ได้ขายให้ใคร

ศาลจังหวัดสุรินทร์ไม่สืบพยานโจทก์โดยเห็นว่า ข้อที่โจทก์ขอสืบว่าก่อนหน้าจำเลยถูกจับ 1 วัน จำเลยเคยขายแป้งเชื้อข้าวหมากมาแล้ว 1 ครั้งนั้น เป็นการนอกฟ้องนอกประเด็น

ศาลอุทธรณ์เห็นด้วยกับศาลจังหวัดว่าเป็นข้อสืบนอกประเด็น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแม้ไม่ได้บัญญัติกฎหมายดังกล่าวไว้ ศาลก็ไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจึงมิได้บัญญัติกฎหมายใหม่ อีกทั้งทางปฏิบัติศาลก็ไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวอยู่แล้ว

4.4.2 บทบัญญัติมาตรา 226/2 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย กำหนดให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยได้ หากเข้าข้อยกเว้น ดังต่อไปนี้ “เว้นแต่พยานอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง” เห็นว่าโดยปกติคู่ความจะนำพยานหลักฐานเข้าสืบตามหน้าที่ของตนนั้น ต้องเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะต้องนำสืบ ซึ่งข้อเท็จจริงนี้ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีหรือประเด็นข้อพิพาท โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามข้ออ้าง ข้อเถียง

¹⁶ สมพงษ์ เหมวิมล. (2550). การรับฟังพยานหลักฐานและวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีอาญา (เอกสารประกอบการฝึกอบรมผู้ช่วยผู้พิพากษา). หน้า 2.

หรือข้อต่อสู้ในคำฟ้อง คำให้การหรือคำคู่ความอื่นๆ ด้วย¹⁷ ดังนั้น การที่คู่ความจะนำพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤตินทางเสื่อมเสียของจำเลย ที่เกี่ยวเนื่องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง ย่อมสามารถนำสืบได้อยู่แล้ว ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานี้ในทางปฏิบัติศาลไทยก็อนุญาตให้โจทก์นำพยานหลักฐานซึ่งอาจพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดมาสืบได้ อันเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดในข้อหา ที่ได้ฟ้อง ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5)¹⁸ อยู่แล้ว เช่น จำเลยถูกฟ้องฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้จากหญิงโสเภณี ความประพฤตินของจำเลยที่เป็นนักเลงคุมช่องยอมเป็นประเด็นการฟ้อง จำเลยว่าจำเลยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 วรรคสอง¹⁹ นั้น ถือเป็นความประพฤตินของจำเลยที่เกี่ยวเนื่องอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้โดยตรง กล่าวคือ โจทก์นำพยานหลักฐานซึ่งอาจพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดมาสืบได้ ข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำสืบในคดีอาญา ก็คือข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดในข้อที่โจทก์ฟ้องนั่นเอง ข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงเป็นข้อเท็จจริงในประเด็น โดยตรง ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบความผิดตามคำฟ้องของโจทก์ แต่ในคดีอาญานั้น ฟ้องของโจทก์ต้องกล่าวถึงไม่เฉพาะแต่การกระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดเท่านั้น ยังต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงและรายละเอียดอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเวลา สถานที่ และบุคคลที่เกี่ยวข้องตามสมควร เพื่อให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้คดีด้วย นอกจากนั้น โจทก์อาจนำสืบถึงสาเหตุหรือเหตุจูงใจให้จำเลยกระทำความผิด โอกาสในการกระทำความผิดและพยานแวดล้อมอื่นๆ ที่สนับสนุนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นโดยตรงได้เช่นกัน ข้อเท็จจริงที่โจทก์นำสืบนี้แม้ไม่ใช่ข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีโดยตรง ก็เป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องพันกับประเด็นแห่งคดี ความจริงในประเด็นคดีอาญา มิได้มีอยู่เฉพาะเรื่องที่ว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือจำเลยบริสุทธิ์หรือไม่เท่านั้น ดังนั้น แม้ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ ศาลย่อมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าว ไม่ได้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์ใดขึ้นใหม่ แต่อย่างไร

¹⁷ อุดม รัฐอมฤต. เล่มเดิม. หน้า 80.

¹⁸ คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือ และมี (5) การกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิด ข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้นๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรเท่าที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้คดี.

¹⁹ ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับการดำรงชีพ และมีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ ให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพอยู่จากรายได้ของผู้ซึ่งค่าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นที่พอใจได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น (1) อยู่ร่วมกับผู้ซึ่งค่าประเวณี หรือสมาคมกับผู้ซึ่งค่าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจิม.

4.4.3 บทบัญญัติ มาตรา 226/2 (2) ที่บัญญัติว่า

“(2) พยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะ วิธี หรือรูปแบบเฉพาะในการกระทำความผิดของจำเลย”

ในเรื่องแบบของความประพฤติดุจดวงคน ซึ่งเป็นธรรมดาของคนเมื่อบางคนชอบกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก็มักจะติดนิสัยชอบกระทำอย่างนั้นซ้ำๆ กันอยู่เรื่อยๆ เรื่องความประพฤติดุจดวงแบบนี้ อาจเป็นสาระสำคัญในคดีได้ และส่วนมากมักเป็นประโยชน์ในคดีอาญาที่จะทำให้การพิสูจน์ถึงตัวจำเลยเด่นชัดยิ่งขึ้น²⁰ ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรานี้ ศาลไทยได้นำหลักในการรับฟังข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งอาจนำมาใช้ประกอบดุลพินิจของศาลอยู่แล้ว คือ

ข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันเพื่อนำสืบพิสูจน์ในเรื่องที่แสดงว่าจำเลยเป็นคนร้ายในคดีอาญาที่ถูกฟ้อง เช่น คดีที่จำเลยถูกฟ้องว่า ฆ่าเด็กผู้หญิงด้วยวิธีการบีบคอโดยไม่มีสาเหตุ ไม่มีการชอนศพ และไม่มีการกระทำทางเพศ ศาลยอมให้นำสืบว่าจำเลยเคยฆ่าเด็กผู้หญิงหลายคนด้วยวิธีการและลักษณะเดียวกัน อันเป็นการผิดแผกไปจากคนร้ายทั่วไป เพื่อแสดงว่าจำเลยได้กระทำความผิดที่ถูกฟ้อง²¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติในมาตรา 226/2 (2) โดยปกติศาลยอมให้โจทก์นำสืบและศาลมีอำนาจรับฟังได้อยู่แล้ว เนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงและเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอันสามารถการพิสูจน์ในประเด็นคดีได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานี้ในทางปฏิบัติศาลไทยก็อนุญาตให้โจทก์นำพยานหลักฐานซึ่งอาจพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำผิดมาสืบได้ การบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าว ไม่ได้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์ใดขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด

4.4.4 บทบัญญัติมาตรา 226/2 (3) บัญญัติหลักเกณฑ์ว่า

“(3) พยานหลักฐานที่หักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยถึงการกระทำหรือความประพฤติดุจดวงในส่วนของจำเลย” ในคดีอาญา ศาลมักยอมให้นำสืบถึงความประพฤติดุจดวงของจำเลยเสมอ แต่โจทก์ในคดีอาญาจะไม่ได้รับอนุญาตให้นำสืบความประพฤติดุจดวง หรือการต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของจำเลย ยกเว้นในกรณีที่จะต้องนำสืบหักล้างข้ออ้างของจำเลยว่าตนมีความประพฤติดุจดวงที่จำเลยโจมตีความประพฤติดุจดวงฝ่ายโจทก์หรือพยานโจทก์ การนำสืบว่าจำเลยเคยต้องคำพิพากษาคดีอาญาเพื่อขอให้มีการเพิ่มโทษ²² ซึ่งข้อยกเว้นนี้เป็นไปตาม หลักกวาง²³ คือ

²⁰ โอสด โกสิน. เล่มเดิม. หน้า 166.

²¹ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม. หน้า 182.

²² สมพงษ์ เหมวิมล. เล่มเดิม.

การสืบพยานต้องกระทำด้วยวาจาและเฉพาะสิ่งที่ได้กระทำด้วยวาจาแล้วเท่านั้นที่จะยกมาวินิจฉัยคดีได้ ความรู้ที่ได้มานอกการพิจารณาของศาลนั้น ศาลจะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยคดีไม่ได้และศาลจะหยิบยกเอาสิ่งใดนอกจำนวนมาเป็นข้อวินิจฉัยคดีก็ไม่ได้คู่กัน แม้ถึงนั้นจะเป็นที่ทราบกันอยู่แก่ทุกคนในคดีและแม้จำเลยจะยินยอมเห็นชอบที่จะให้หยิบยกขึ้นวินิจฉัยก็ตาม และตามหลักพยานโดยตรง²⁴ ศาลต้องวินิจฉัยคดีตามเหตุผลที่ได้จากการสืบพยานโดยนัยแห่งหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความดังกล่าว อีกทั้งศาลต้องให้โอกาสจำเลยแก้ข้อกล่าวหาในชั้นศาลได้อย่างถูกต้อง เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาจึงต้องมีสิทธิต่างๆ ในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องหาจะต้องได้รับทราบว่าเขาถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการใดและการกระทำนั้นเป็นความผิดฐานใด หรือจำเลยที่ถูกฟ้องต้องรู้ว่าเขาได้กระทำการใดอย่างไร และการกระทำนั้นเป็นความผิดฐานใด ทั้งนี้ เพื่อเขาจะได้มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาในชั้นศาลได้อย่างถูกต้อง อันเป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่รับฟังความประพาศคดีด้านดีของจำเลย คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3127/2550 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยกับพวกซึ่งได้แยกดำเนินคดีต่างหากร่วมกันแจ้งข้อความอันเป็นเท็จต่อเจ้าพนักงานตามกฎหมายผู้มีหน้าที่รับแจ้งขึ้นทะเบียนเกษตรกรผู้ปลูกลำไย ปี 2547 ว่าจำเลยมีพื้นที่ปลูกลำไยให้ผลผลิตแล้วจำนวน 14 ไร่ ผลผลิตเฉลี่ย 944 กิโลกรัมต่อไร่ รวมผลผลิตทั้งสิ้น 13,216 กิโลกรัม ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ปรากฏว่าจำเลยเข้าใจศาลเคลื่อนไปว่าเมื่อผู้ใดมีลำไยสดอยู่ในความครอบครองไม่ว่าจะเป็นของตนเองหรือของญาติพี่น้อง แม้จะไม่มีพื้นที่ปลูกลำไยเป็นของตนเองก็สามารถเข้าร่วมโครงการรับซื้อลำไยสดจากเกษตรกรตามนโยบายของรัฐได้ จำเลยกระทำความผิดไปเพราะรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ทั้งเมื่อถูกดำเนินคดีก็ให้การรับสารภาพมาโดยตลอด อันแสดงว่าจำเลยรู้สำนึกในความผิดแห่งตนและไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน ประกอบกับจำเลยได้กระทำความดีโดยเข้าร่วมทำงานเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม โดยรับการฝึกอบรมไทยอาสาป้องกันชาติ เป็นทหารกองประจำการเข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตร โครงการศึกษาเพื่อความมั่นคงของชาติ ฝึกอบรมหลักสูตรแจ้งข่าวอาชญากรรมของสถานีตำรวจภูธรอำเภอ หลักสูตรฝึกอบรมอาสาสมัครป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน กระทรวงมหาดไทย หลักสูตรราษฎรอาสาสมัครตำรวจชุมชน และเป็นผู้ประสานพลังแผ่นดินของศูนย์อำนวยการต่อสู้เพื่อเอาชนะยาเสพติดแห่งชาติ เมื่อคำนึงถึงโทษจำคุกที่จำเลยได้รับเพียง 2 เดือน ซึ่งมีระยะเวลาอันสั้นแล้ว การให้จำเลยต้องรับโทษจำคุกไปเสียเลยนั้น ย่อมไม่เป็น

²³ คณิต ฅ นคร ซ (2552). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. หน้า 169.

²⁴ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 72 - 73.

ผลดีแก่จำเลยและสังคมส่วนรวม ศาลฎีกาจึงเห็นสมควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วยการรอลงโทษให้จำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4147/2550 การที่จำเลยรับราชการตั้งแต่วันที่ 2 มกราคม 2506 จำเลยเกษียณอายุราชการในตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานเร่งรัดพัฒนาชนบท ในวันที่ 30 กันยายน 2540 โดยจำเลยปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความวิริยะ อุตสาหะ เสียสละ และประกอบคุณงามความดีเป็นที่ประจักษ์มาก่อนจนได้รับพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ถึงขั้นสูงสุด ขณะเกิดเหตุจำเลยซึ่งได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาจังหวัดสุราษฎร์ธานี เป็นรองประธานวุฒิสภาคนที่หนึ่งนั้น เห็นว่าวุฒิสภาดังเช่นจำเลยไม่ใช่ข้อบ่งชี้เสมอไปว่าไม่ได้กระทำความผิดเสียเลย ดังนี้ พยานหลักฐานของจำเลยไม่อาจหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติศาลมักยอมให้นำสืบถึงความประพฤติด้านดีของจำเลยเสมอ บทบัญญัติดังกล่าวนี้จึงไม่มีอะไรใหม่ หากแต่เป็นเรื่องของตรรกเท่านั้น กรณีจึงเป็นการแก้ไขกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยโดยสิ้นเชิง ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าข้อยกเว้นดังกล่าว ไม่ได้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์ใดขึ้นใหม่แต่อย่างใด

4.4.5 บทบัญญัติมาตรา 226/2 วรรคสอง บัญญัติหลักเกณฑ์ว่า

“ความในวรรคหนึ่งไม่ห้ามการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าว เพื่อให้ศาลใช้ประกอบในการกำหนดดุลพินิจในการกำหนดโทษหรือเพิ่มโทษ” เห็นได้ว่าก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานี้ ศาลได้ดำเนินการนำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความประพฤติดังกล่าวมาใช้ประกอบในการกำหนดดุลพินิจในการกำหนดโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 กล่าวคือ สิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงถึง คือ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด ตลอดจนเหตุอันควรปราณี ซึ่งก่อนที่ศาลจะพิพากษาพนักงานคุมประพฤติจะทำการแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติภูมิหลัง สภาพความผิดมาประมวลวิเคราะห์ และทำรายงานเสนอศาลพร้อมทั้งความเห็นและข้อเสนอแนะว่าควรจะใช้วิธีการอย่างไรจึงจะเหมาะสมเพื่อศาลจะได้ใช้ประกอบดุลพินิจในการพิพากษาคดี ดังนั้น บทบัญญัติในวรรคนี้จึงเป็นเรื่องปกติอยู่แล้ว กรณีจึงเป็นการแก้ไขกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยอย่างสิ้นเชิง²⁵

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่รับฟังศาลได้ดำเนินการนำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความประพฤติดังกล่าวมาใช้ประกอบในการกำหนดดุลพินิจในการกำหนดโทษ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2307/2550 อาวุธปืนเป็นอาวุธร้ายแรงโดยสภาพ สามารถใช้ทำอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้อื่น ได้โดยง่าย ทั้งอาวุธปืนของกลางไม่มีเครื่องหมายทะเบียนของเจ้าพนักงานประทับ หากนำไปใช้ก่ออาชญากรรมย่อมยากแก่การตรวจสอบและ

²⁵ คณิต ฅ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 169.

ติดตามหาตัวผู้กระทำความผิด ประกอบกับสภาพปัญหาของสังคมในปัจจุบันมีการใช้อาวุธปืนก่ออาชญากรรมจำนวนมาก และนับวันจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น การที่จำเลยพาอาวุธปืนของกลางติดตัวเข้าไปในบริเวณที่ชุมนุมชนที่จัดให้มีการแสดงดนตรีเพื่อการรณรงค์ นับว่าเป็นอันตรายต่อประชาชนที่ไปเที่ยวงาน พฤติการณ์ในการกระทำความผิดของจำเลยจึงเป็นเรื่องร้ายแรง ประกอบกับข้อเท็จจริงได้ความตามรายงานการสืบเสาะและพินิจว่าจำเลยมีประวัติการทำความผิดมาก่อน จึงไม่สมควรที่จะรอการลงโทษจำคุกให้แก่จำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3981/2550 แม้จำเลยจะได้รับประโยชน์ตาม พ.ร.บ. ล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชทรงครองสิริราชสมบัติครบ 50 ปีฯ ซึ่งให้ถือว่าผู้นั้นมิเคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้นๆ ก็มีผลเพียงให้ถือว่าผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษจำคุกเท่านั้น มิได้มีผลถึงกับให้ถือว่าความประพฤติหรือการกระทำอันเป็นเหตุให้บุคคลนั้นถูกลงโทษจำคุกถูกลบล้างไปด้วย ศาลล่างทั้งสองจึงนำข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยเคยกระทำความผิดมาก่อนตามปรากฏในรายงานการสืบเสาะและพินิจมาประกอบการใช้ดุลพินิจไม่รอการลงโทษจำคุกให้แก่จำเลยได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 527/2551 จำเลยกระทำความผิด เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2542 แต่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลย เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2548 ในระหว่างนั้นไม่ปรากฏว่าจำเลยได้กระทำความผิดอื่นอีก เชื่อว่าจำเลยมีพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้น เมื่อปรากฏว่าจำเลยได้รับโทษจำคุกมาก่อน การให้โอกาสจำเลยกลับตนเป็นพลเมืองดีโดยรอการลงโทษจำคุกไว้สักครั้งหนึ่ง น่าจะเป็นผลดีแก่สังคมโดยรวมมากกว่าที่จะจำคุกจำเลยไปเสียทีเดียว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2815/2551 แม้จำเลยจะเป็นผู้ต้องโทษในกรณีความผิด ซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ 5 ธันวาคม 2550 และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่ พ.ร.บ. ล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษาฯ ใช้บังคับโดยมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. ดังกล่าวให้ถือว่าจำเลยมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้นๆ ก็ตาม แต่การที่จำเลยมีและพาอาวุธปืนพร้อมด้วยเครื่องกระสุนปืนของกลางติดตัวไปที่เกิดเหตุซึ่งเป็นในเมือง หมู่บ้านหรือทางสาธารณะ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตนับว่าเป็นการกระทำที่ไม่เคารพยำเกรงต่อกฎหมายผิดปกติวิสัยของสุจริตชน และก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม พฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่องร้ายแรง แม้ว่าจะเลวร้ายน้อยกว่าการกระทำความผิดและสามารถแก้ไขปรับปรุงตัวหลังเกิดเหตุ โดยมีความประพฤติไม่เสียหายหรือมีเหตุอื่น ก็ไม่เพียงพอที่จะรับฟังเพื่อ รอการลงโทษจำคุกแก่จำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4005/2551 การกระทำของจำเลยไม่สุจริตมุ่งเอาประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นเงินจำนวนมาก โดยจำเลยไม่ได้กระทำการใดที่แสดงว่าสำนึกผิดและมีเหตุอันควร

ปรานี แม้จำเลยจะไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนและมีภาระต้องเลี้ยงดูครอบครัวก็ไม่มีเหตุสมควร
รอการลงโทษจำคุก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288/2553 จำเลยกับพวกรวมจำนวนกว่า 10 คน ใช้ทั้งปืนและมี
มีขนาดใหญ่เป็นอาวุธยิงและฟิงตลอดจนกระแทบ เตะและต๋อยในลักษณะรุมทำร้ายผู้ตายและ
ผู้เสียหายทั้งสามโดยไม่ปรากฏว่าจำเลยกับพวกมีสาเหตุโกรธเคืองกันเป็นส่วนตัวมาก่อน ถือได้ว่า
จำเลยกับพวกได้กระทำต่อผู้ตายและผู้เสียหายทั้งสามด้วยความรุนแรงอย่างออกอาจเยี่ยงอันธพาล
ไม่เกรงยำเกรงต่อกฎหมายบ้านเมือง นับว่าเป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมโดยส่วนรวม และเป็นการ
ทำลายภาพพจน์ของชาติบ้านเมืองเป็นอย่างมาก แม้ขณะเกิดเหตุจำเลยยังเป็นนักศึกษาแต่ก็มีอายุถึง
ยี่สิบปีบรรลุนิติภาวะแล้ว ย่อมต้องมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่จะไม่กระทำคามผิดร้ายแรงเช่นนั้น
ทั้งการที่ศาลล่างทั้งสองใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยโดยไม่ลงโทษในความผิดฐานร่วมกับพวกฆ่าผู้อื่น
และพยายามฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามคำฟ้อง นับว่าเป็นผลดีแก่จำเลยมากอยู่แล้ว ทั้งยังเพื่อ มิให้เป็น
เยี่ยงอย่างที่ไม่ดีแก่บุคคลอื่นอีกต่อไป ส่วนที่จำเลยอ้างความจำเป็นเกี่ยวครอบครัวก็เป็นความจำเป็น
ที่มีอยู่ด้วยกันทุกคน กรณีจึงยังไม่มีเหตุสมควรเพียงพอที่จะรอการลงโทษให้แก่จำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2553 จำเลยร่วมกับพวกขับรถจักรยานยนต์ใช้มีดไล่ฟัน
ผู้เสียหายทั้งสองบนท้องถนนต่อหน้าผู้คนที่สัญจรไปมาจำนวนมาก แสดงถึงนิสัยอันธพาลและ
ไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายของจำเลยและทำให้ผู้คนที่เกิดความรูสึกไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน
ลักษณะการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม พุทธิการณแห่งคดี
เป็นเรื่องร้ายแรง ประกอบกับจำเลยเคยกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นและศาลให้โอกาส
จำเลยด้วยการรอการลงโทษมาครั้งหนึ่งแล้ว แต่จำเลยไม่เข็ดหลาบมากระทำความผิดคดีนี้อีก
แม้จำเลยไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อนมีภาระต้องรับผิดชอบครอบครัว ตลอดจนสามารถแก้ไข
ปรับปรุงตัวหลังเกิดเหตุโดยมีความประพฤติไม่เสียหายหรือมีเหตุอื่นก็ไม่เพียงพอที่จะรับฟังเพื่อ
รอการลงโทษให้จำเลยได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2588/2553 คดีนี้จำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง จึงรับฟังได้ว่า
จำเลยกระทำความผิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายตามฟ้อง โจทก์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิด
ฐานละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทงานศิลปกรรม ไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุก
มาก่อน จึงเห็นสมควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นคนดีโดยให้รอการกำหนดโทษไว้ แต่เห็นสมควร
ให้ความประพฤติของจำเลยไว้ด้วย

นอกจากนี้ ในปัจจุบันแนวคิดว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ไม่ว่าจะเห็นว่าเป็นความเห็นของนักวิชาการหรือความเห็นทางศาล โดยหลักการแล้วจะเป็นไปในทำนองเดียวกัน โดยต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังนี้ต่อไป²⁶

- 1) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ
- 2) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องเป็นกลางปราศจากอคติใดๆ
- 3) การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย
- 4) การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน
- 5) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เช่น สภาพและ

พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐ ผลของการกระทำความผิด ขนบธรรมเนียมประเพณีท้องถิ่น สาเหตุแห่งการกระทำความผิด เป็นต้น

ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำเสนอจึงมิได้จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิด ข้อเท็จจริงอื่นที่เกี่ยวกับคดีหรือคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ เช่น การขอให้เพิ่มโทษจำเลย ขอให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยให้หนัก ขอให้ศาลรอกการลงโทษ หรือขอให้รับของกลาง โจทก์ก็ต้องนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อให้ปรากฏเหตุตามที่คำขอนั้นด้วย เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อน การกระทำความผิดของจำเลยมีความรุนแรงเป็นพิเศษ หรือมีเหตุที่ศาลควรรับของกลาง เป็นต้น พยานหลักฐานที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นเหล่านี้ ก็เป็นพยานหลักฐาน ที่เกี่ยวกับประเด็นทั้งนั้น

สำหรับจำเลยนั้นจะไม่ยื่นคำให้การก็ได้ แม้จำเลยจะไม่ยกประเด็นอะไรขึ้นต่อสู้ จำเลยก็มีสิทธิที่จะนำเสนอพยานหลักฐานใดๆ เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือแสดงว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดเสมอ พยานหลักฐานดังกล่าวย่อมพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง แต่พยานหลักฐานอื่นที่สนับสนุนให้ไม่น่าเชื่อว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เช่น พยานฐานที่อยู่ พยานหลักฐานที่พิสูจน์ถึงความไม่น่าเชื่อถือ หรือเหตุน่าสงสัยของพยานโจทก์ แม้จะไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง ก็เป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวพันกับประเด็น ดังนั้น พยานหลักฐานใดๆ ที่แสดงว่าจำเลยได้กระทำความผิดมาแล้ว โจทก์นำเสนอได้นั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับว่าด้วยพยานหลักฐานและการยื่นพยานหลักฐานด้วย ดังที่มาตรา 226 ตอนท้าย บัญญัติว่า “แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้นำสืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นว่าด้วยการสืบพยาน” การสืบพยานของจำเลยก็อยู่ภายใต้บังคับดังกล่าวเช่นกัน แต่สำหรับจำเลยข้อห้ามในการสืบพยานมักจะไม่ได้บังคับใช้โดยเคร่งครัดดังเช่นโจทก์ ในบางกรณีแม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีแต่เป็นคุณแก่

²⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. (2549). การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ. หน้า 41 - 42.

จำเลย เช่นจำเลยอ้างว่าเป็นคนที่มีความประพฤติดี มีชื่อเสียงเพื่อแสดงว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด ศาลก็มักจะยอมให้นำสืบได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสสู้คดีได้เต็มที่

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ จึงเห็นได้ว่าการเพิ่มเติมมาตรา 226/2 มิได้กำหนดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยขึ้นใหม่แต่อย่างใด ประกอบกับศาลในระบบซีวิลลอว์สามารถรับฟังพยานหลักฐานโดยหลักดุลพินิจอยู่แล้ว อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 226 ได้ให้ศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวาง