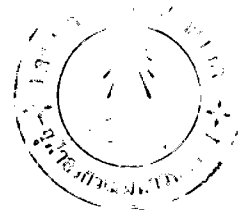


ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับดุลพินิจ



การที่จะพิจารณาถึงปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ ไม่ว่าจะ เป็นการพิจารณาถึงปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิดก็ดี การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษก็ดี หรือการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัย เหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษก็ดี สิ่งสำคัญยิ่งที่ควรแก่การทำความเข้าใจ เป็นประการแรก ควรได้แก่การทำความเข้าใจกับคำว่า "ดุลพินิจ" และรวมถึงลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับดุลพินิจอันจะเป็นประโยชน์และแนวทางในการทำความเข้าใจในหัวข้ออื่น ๆ ต่อไป

๑. ดุลพินิจคืออะไร

คำว่า "ดุลพินิจ" ความหมายตามความเข้าใจโดยทั่วไปหมายถึงการวินิจฉัยเห็นสมควร^๑ มีลักษณะเป็นคำนาม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า "Discretion" ซึ่งมาจากรากศัพท์ภาษาลาตินว่า "Discretio"

สำหรับความหมายในทางกฎหมายนั้น มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาหลักความยุติธรรม^๒ ซึ่งสิทธิ

^๑ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๔๘๓, พิมพ์ครั้งที่ ๑๑. (พระนคร: โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๓), หน้า ๓๓๘.

^๒ Black's Law Dictionary, 4th ed. (St Paul, Minn: West Publishing Co., 1951), p. 553.

พิเศษหรืออำนาจที่พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (circumstances) และรวมถึงการใช้วิชา ญาณคติในการตัดสินคดีของตัวผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นกับ วิชา ญาณหรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด (uncontrolled by the judgment or conscience of others.)

ความหมายในทางกฎหมายของ "ดุลพินิจ" มีกว้างกว่าที่กำหนดไว้รัดกุม มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่นั้น เพราะยังมีความหมายเคยไปถึงการใช้ดุลพินิจในกระบวนการ พิจารณาคติวิธี การ รูปการ ความหนักเบาของข้อหา และองค์ประกอบอื่น ๆ อีก มาก^๑ ในบางครั้งการจะพิจารณาพิเคราะห์ถึงความหมายของคำว่า ดุลพินิจนั้น ยังมีความสับสนซับซ้อนอยู่ด้วย เช่นในการพิจารณาใช้ดุลพินิจ เกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณ นอกเหนือจากการพิจารณาซึ่งนำหนักพยานแล้ว ยังต้องคาดคะเน เกี่ยวกับข้อเท็จจริง บางอย่างที่ยังไม่แจ่มแจ้ง และทำคำพิพากษา เกี่ยวกับกฎหมายที่เคลือบคลุมอยู่อีกด้วย (not only weighing desirability but also guessing about unknown facts and making a judgment about doubtful law)^๒

ในหลายครั้งที่ความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" อาจรวมหรือไม่รวมถึงคำ พิพากษาที่จะต้องพิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ขัดแย้งกัน (conflicting evidence) อีกทั้งจำต้องปรับข้อเท็จจริง เหล่านั้นให้เข้ากับหลักกฎหมายที่ยัง เคลือบคลุม อยู่อีกด้วย^๓ แต่อย่างไรก็ดี ความหมายของดุลพินิจ ไม่ว่าจะในทางปฏิบัติจะมีมากมาย สับสนประการใดก็ตาม หากนำข้อเท็จจริง เกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณา แล้ว ความหมายของดุลพินิจคงมีอยู่เพียง ๓ ประการ เท่านั้นคือ

- ๑. ค้นหาข้อเท็จจริง (finds facts)

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 4.

^๒ Ibid.

^๓ Ibid, p. 5.

๒. ข้อมติข้อเท็จจริง เข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)

๓. พิจารณา เกี่ยวกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบ
ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the
circumstances after the facts and the law are known)

องค์ประกอบ ๓ ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความ
หมายทั้งหมดของคำว่า ดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง ๓ นี้รวมกัน
ว่า "พฤติกกรรมแห่งดุลพินิจ" (the exercise of discretion)^๑

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติกกรรมดังได้กล่าวไว้แล้ว
นี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรดาคดีในหลาย ๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแยกข้อ
เท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจให้ออกจากกัน^๒ เพราะการค้นหาข้อเท็จจริง
ซึ่งบางครั้ง เป็นส่วนหนึ่งของกรากำหนดข้อบังคับกฎหมาย เช่นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคู่ความ
ที่จำต้องนำเอากฎหมายมาปรับใช้ ซึ่งเรียกว่า "adjudicative facts"^๓ ส่วน
ข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของกรากำหนดข้อบังคับกฎหมายหรือนโยบายหรือพฤติกกรรม
แห่งดุลพินิจเรียกว่า "legislative facts" และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม
องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรม
จำต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจนี้เอง

๒. เมื่อใดจึงจะใช้ดุลพินิจ

ในคดีความผิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญานั้น สิ่งสำคัญที่สุดก็คือตัวบทกฎหมายที่
จะใช้พิจารณาว่า ข้อเท็จจริงตามที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องกับองค์ประกอบของกฎหมายใน

^๑ Ibid., p. 4.

^๒ Ibid.

^๓ Ibid., p. 5. อ้างถึง Davis, Administrative Law

บทภาควาใจ จากนั้นศาลก็นำเอาบทกฎหมายดังกล่าวมาปรับบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิด เมื่อ เป็นดังนี้จะเห็นได้ว่าความผิดทางอาญานั้น เมื่อ เกิดขึ้น เป็นข้อเท็จจริงแล้ว ขั้นตอนต่อไป เป็นการวินิจฉัยกฎหมายปรับ เขาก็ข้อเท็จจริง หากเป็นเช่นนี้ เมื่อใดเวลาใดจริง จะใช้ดุลพินิจ

หากย้อนกลับไปพิจารณาถึงความหมายของดุลพินิจแล้ว จะเห็นว่า ดุลพินิจนั้น แทรกไข้อยู่ในขณะศาลพิจารณาค้นหาถึงข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็น การยากในบางครั้งที่จะแยกความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริง กฎหมาย และดุลพินิจออกจากกัน เมื่อกล่าวเช่นนี้ เวลาที่จะใช้ดุลพินิจ ก็คือเวลาที่จะใช้กฎหมายนั่นเอง

แม้จะเป็นที่ทราบแล้วว่า เวลาที่จะใช้ดุลพินิจ เป็นเวลาที่ใช้กฎหมายปรับ เข้ากับข้อเท็จจริง หรือเวลาที่ใกล้เคียงกับเวลา เช่นนั้น แต่ก็มีเวลาที่จะใช้ดุลพินิจในกรณีอื่นที่สำคัญควรแก่การพิจารณา ซึ่งเป็นเวลาที่นอกเหนือจากความเข้าใจในเบื้องต้นนั้น กล่าวคือ

๒.๑ เมื่อไม่มีกฎหมาย เมื่อใดก็ตามที่สังคมต้องการ ความยุติธรรม ก็สามารถจะหาความเป็นธรรมได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่รัฐได้บัญญัติขึ้น แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นหรือกฎหมายที่มีที่มาอย่างอื่นนอกจากการบัญญัติตราขึ้นนั้น ย่อมมีช่องว่างซึ่งมิได้บัญญัติคลุมถึงไว้อยู่หลายประการ ไม่ว่าจะการไม่บัญญัติขึ้นนั้นจะเป็นด้วยจงใจหรือไม่ จงใจของฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม หากจะต้องมีการให้ความยุติธรรมเป็นเฉพาะกรณีไป (Individualized Justice) การใช้ดุลพินิจจะเริ่มต้นเมื่อนั้น กรณีเช่นนี้จะกล่าวให้รวบรัดก็คือ "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้ดุลพินิจก็เริ่มต้น"

รองพล เจริญพันธ์, "การใช้ดุลพินิจในกฎหมายเยอรมัน." วารสาร นิติศาสตร์, ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๔ (๒๕๒๑), หน้า ๓

คำกล่าวที่ว่า "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้อุทธรณ์ก็เริ่มขึ้น" นี้ ฟังดูก็เป็นคำกล่าวที่ไร้เหตุผลยิ่ง เพราะตามหลักกฎหมายนั้น หากมีช่องว่างกฎหมายเกิดขึ้น ต้องเป็นหน้าที่ของศาลที่จะอุดช่องว่างกฎหมายไว้ด้วยวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม การที่มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว เป็นเหตุให้ศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องจะใช้อุทธรณ์เพื่อปิดช่องว่างใต้นั้น ปกติเป็นเรื่องของกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายอาญา เช่นตามหลักกฎหมายปกครอง^๑ เป็นต้น ส่วนตามหลักกฎหมายอาญา หรือในการใช้กฎหมายอาญานั้น หลักดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างระมัดระวัง และไม่ควรรีบใช้พร่ำเพรื่อ เพราะเหตุที่กฎหมายอาญานั้นมีหลักว่า "กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด" การจะปรับใช้กฎหมายอาญาต้องเป็นกรณี "มีกฎหมายจึงจะมีความผิด" ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีผิด ไม่มีโทษ" (Nulla poena, nullum crimen, sine lege) เหตุที่หลักกฎหมายอาญา เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้องค์กรใดใช้กฎหมายอาญาโดยไม่มีขอบเขตแล้ว สิ่งที่ประชาชนได้รับนั้นจะมีสิทธิความยุติธรรม แต่จะเป็นการรกดขี่ ข่มเหงจากองค์กรหรือผู้มีอำนาจปฏิบัติกรตามกฎหมายอาญา และด้วยเหตุเช่นนี้เอง จึงได้มีคำกล่าวที่สำคัญ ๕ คำ สดักจาร์ริก เคือนใจผู้ปฏิบัติตามกฎหมายอาญาอยู่ในก้นหิน หน้าที่ทำการกระทำความผิดบรรณณเพนนิลว่า เนีย ในวอชินตันว่า "Where law ends tyranny begins."^๒ ซึ่งหมายความว่า "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึงหรือยุติลง การรกดขี่อันไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น"

^๑ เรื่อง เคิม, และ K.C. Davis, op.cit., pp. 3 - 4.

^๒ รวงพล เจริญพันธ์, เรื่อง เคิม, หน้า ๒ - ๓, K.C. Davis, op.cit., p. 3 พฤติกรรมเช่นนี้ในทางปฏิบัติเกิดขึ้นมาก ในการปฏิบัติกรของ ตำรวจบางนาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรปฏิบัติกรตามกฎหมายว่าด้วยอันธพาลหรือภัยสังคม.

แม้จะมีถ้อยคำที่ว่า "Where law ends tyranny begins." ก็ตาม แต่
 ก็เป็นเพียงการเตือนการใช้อำนาจพิทักษ์ของผู้ปฏิบัติกฎหมายเท่านั้น หวังสิ่งจริงเพื่อจะได้
 ใช้อำนาจพิทักษ์ในทางถูกต้องเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายแต่เพียงว่า "tyranny begins"
 (การรกดขี่ไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น) แต่เพียงอย่างเดียวไม่ เพราะในบางโอกาสหรือ
 หลายโอกาส แม้เป็นการปฏิบัติกฎหมายกฎหมายอาญา และเป็นช่องว่างของกฎหมาย
 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ศาลหรือองค์กรที่ปฏิบัติกฎหมายอาญาก็จำต้อง "ใช้
 อำนาจพิทักษ์" เช่นกัน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็จะเปลี่ยนจากคำว่า "Where law ends tyranny
 begins มาเป็นคำว่า "where law ends discretion begins" ° (เมื่อใช้
 กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้อำนาจพิทักษ์ก็เริ่มขึ้น) ซึ่งการใช้อำนาจพิทักษ์นี้เองอาจเป็น
 ที่มาของผลประโยชน์หรือการรกดขี่, ยุติธรรมหรืออยุติธรรม แม้กระทั่งการมีเหตุผล
 หรือไร้เหตุผล ๒ แล้วแต่ว่าผู้ใช้อำนาจพิทักษ์จะใช้เหตุผลหรืออำนาจของตนไปในทาง
 ใด

เกี่ยวกับกรณีที่ไม่มีความหมายแล้วควรรักษาอำนาจพิทักษ์ในทางกฎหมายอาญานั้น
 ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญายังมีน้อยอยู่ในสภาวะสังคมกฎหมายว่า "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีผิด ไม่มี
 โทษ" ในทางปฏิบัติจึงพบเห็นการใช้อำนาจพิทักษ์ในกรณีที่ไม่มีความหมายน้อยมาก จะกล่าว
 ว่าไม่มีเสียเลยก็ไม่ได้ และได้เริ่มมีปัญหาให้นักนิติศาสตร์บางกลุ่มขบคิดกัน ซึ่งเป็น
 กรณีที่ต้องใช้อำนาจพิทักษ์ในกรณีที่ไม่มีความหมายบัญญัติ อันเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับนำมาพิจารณา
 คือ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๔๔ บัญญัติว่า "ผู้ใดฆ่าผู้อื่น..."
 คำว่าผู้อื่นในที่นี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า จะต้องเป็นผู้ที่มีสภาพบุคคลตามที่บัญญัติไว้
 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕ ว่า "สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอด

° Ibid.
 ๒ Ibid.

แล้วอยู่รอด เป็นทา รก..." สำหรับความหมายของคำว่า "คลออด" นั้น หมายถึงการ
 ออกจากห้องหรือครุ มักรก ณะนั้น การคลออดของบุคคลโดยธรรมชาติ ไม่ว่าจะโดย
 วิธีทางธรรมชาติหรือการ มา ตัดก็ยังคงอยู่ในความหมายของ "คลออด" ต่อมา มีนักนิติศาสตร์
 บางกลุ่ม^๑ ตั้งปัญหาว่า หากต่อไปในอนาคตวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีก้าวหน้า
 มากขึ้น ใ ก้มีการ ผลิตประ ติน้ จูการ์ รสร้างทา รกขึ้นโดยมิได้ผ่านการตั้งคร มักรกของมารดา
 ก่อน เช่นน้ำ น้ ำเชื้อของบี กามารดา มาใส่ในตู้ทดลอง แล้วทำให้น้ำ เชื้อนั้นกลาย เป็น
 ทา รกขึ้นมา ทา รกนั้นจะ เป็นบุคคลตามนัยแห่งมาตรา ๑๕ หรือไม่ หากมีผู้ใดไปฆา
 ทา รกนั้น ผู้นั้นจะมีความผิดฐานฆา ต์ผู้อื่น ตามมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
 หรือไม่ ปัญหาหนักแน่น เกิดขึ้นมาจริง ก็จะเป็นกรณีพิพาทจะต้องใช้ดุลพินิจในการปรับ
 ข้อเท็จจริง เข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)^๒ ซึ่ง เป็นการ ใช้ดุลพินิจอย่าง
 หนึ่ง

๒.๒ แม้กฎหมายแต่ใช้ดุลพินิจ เพราะให้ผลที่ดีกว่า ในการพิจารณาว่า
 เวลาใดควรจะใช้ดุลพินิจนี้ ลักษณะสำคัญของการทำความเข้าใจจะคาบ เกี่ยวกับการ
 พิจารณาถึงขอบ เขตแห่งดุลพินิจ (confining discretion) อยู่มาก การจะ
 พิจารณาว่า เมื่อถึง เวลา นั้นควรใช้ดุลพินิจอย่างไร เมื่อถึง เวลา นั้นควรใช้ดุลพินิจแบบนี้
 เช่นนี้ เป็น เรื่องของขอบ เขตแห่งการ ใช้ดุลพินิจ ซึ่ง เป็น เรื่องสำคัญที่จะกล่าวถึงต่อไป
 แต่ปัญหาการ พิจารณาว่า เมื่อใดควรจะใช้ดุลพินิจนี้ ต่างกับขอบ เขตแห่งดุลพินิจ เพราะ

โดย เฉพาะอย่างยิ่งในบรรดา อัจจา รยผู้สอนวิชา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 ว่าด้วยบุคคล ในหลายสถาบัน ได้ยกตัวอย่างนี้ในการ อธิบายถึงความในมาตรา ๑๕
 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นประจำ เช่นในการ บรรยายในคณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

^๒ เป็นดุลพินิจอย่างไร ดูความหมายของดุลพินิจ ในบทที่ ๑ ข้อ ๑.

จะเป็นการพิจารณาโดยตรงว่า เมื่อนั้นจึงจะใช้ดุลพินิจ หากเป็นเวลานี้ยังไม่ต้องใช้ดุลพินิจ แต่ความแตกต่างของขอบ เขตแห่งดุลพินิจและกำหนดเวลา ใช้ดุลพินิจมีความใกล้เคียงกัน บางครั้งอาจทำให้สับสนได้ง่าย ฉะนั้นก่อนที่จะพิจารณาถึงกำหนดเวลาใช้ดุลพินิจในข้อนี้ จึงจำต้องแยกพิจารณาเสียก่อนระหว่างความคล้ายคลึงกันของลักษณะทั้งสองประการ

คงได้พิจารณาในข้อ ๒.๑ มาแล้วว่า กำหนดเวลาพิเศษในการที่จะเลือกใช้ดุลพินิจนั้น หลักสำคัญ เป็นกรณีที่ไม่มีความหมายบังคับครอบคลุมถึง ฉะนั้น เพื่อปิดช่องว่างของกฎหมายจึงจำต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาไปตามความเหมาะสม แต่สำหรับเวลาที่ใช้ดุลพินิจที่จะกล่าวถึงนี้ กฎเกณฑ์และวิธีการแตกต่างไปจากเดิมโดยสิ้นเชิง เพราะเป็นการให้ใช้ดุลพินิจ แม้ว่าจะมีกฎหรือกฎหมายอยู่ก็ตาม แต่การให้ดุลพินิจนั้นจะให้ผล (ความยุติธรรม) ที่ดีกว่า (A rule is undesirable when discretion will serve better)^๑

เวลาใช้ดุลพินิจในข้อนี้ เป็นการให้อย่างละเอียดอ่อนและเฉพาะกรณี โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกโอกาสในการใช้ดุลพินิจมากกว่าการใช้ดุลพินิจในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กฎหมายหรือกฎอย่างใดก็ตาม ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายปกครองและอื่น ๆ ศาลหรือองค์กรเหล่านั้นจะต้องพึงใช้ความระมัดระวังการใช้ดุลพินิจแทนกฎเกณฑ์เป็นอย่างยิ่ง และจะพิจำดุลพินิจมาใช้แทนกฎหรือกฎหมายก็เฉพาะเป็นที่เห็นว่า เมื่อใช้ดุลพินิจแล้ว จะอำนวยความยุติธรรม หรือ เป็นสาระประโยชน์ยิ่งกว่าการใช้กฎเกณฑ์หรือกฎหมาย เพราะฉะนั้น หากใช้อย่างพร่ำเพรื่อ ไร้ขอบเขตแล้วดุลพินิจนั้นเองจะสร้าง ความยุติธรรมอย่างหาสิ่งเปรียบประมาณมิได้^๒

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 54.

^๒ ดูการควบคุมและกำหนดขอบเขตแห่งดุลพินิจในตอนต่อไป.

เมื่อใดก็ตามที่ศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมาย ได้พิจารณาแล้วเห็นว่ากฎเกณฑ์ หรือกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ ไม่อาจสนองตอบความยุติธรรมเฉพาะราย กรณีหรือเฉพาะบุคคล ได้ (individualized justice) ศาลหรือองค์กร เช่นนั้นก็อาจเลือกใช้ดุลพินิจของตน แทนกฎหมายหรือกฎ เช่นนั้นได้ การเลือกใช้ดุลพินิจแทนกฎหมายหรือกฎนั้น หากสามารถ ให้ผลดีกว่าการใช้กฎหมายอย่างจริงจังแล้ว ดุลพินิจนั้นเองก็จะกลายเป็นกฎเกณฑ์ขึ้นมา ในภายหลัง เช่น การที่ court of chancery ได้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดี โดยไม่ถือตามกฎเกณฑ์ของ common law จนได้กลายมาเป็น Equity ซึ่งถือเป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่งของอังกฤษในภายหลัง^๑ หรือในยุคทอง (classical period) แห่งกฎหมายของโรมันก็เช่นกัน ในขณะที่นั้น หลักกฎหมายของโรมันคือ Ius Civile ซึ่งกำหนดให้การดำเนินกิจกรรมใดก็ตาม จะต้องทำถูกต้องตามแบบ (formula) มิเช่นนั้นกิจกรรมนั้นเป็นโมฆะ โดยมีได้พิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาเลย หลักกฎหมายใน Ius Civile นี้สร้างความไม่เป็นธรรมให้กับ คู่สัญญา เป็นอย่างมาก ทำให้ Praetor ซึ่งเป็นผู้บริหารกฎหมายแห่งโรม ได้ใช้ดุลพินิจพิจารณาให้สิทธิตามสัญญาแก่คู่กรณี โดยไม่พิจารณาถึงบทบัญญัติใน Ius Civile สร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ตามดุลพินิจของตน และให้ผลในความเป็นธรรม แก่คู่สัญญา เป็นอย่างยิ่ง ดุลพินิจของ Praetor นี้เอง เป็นที่มาของหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสิทธิครอบครอง (possessio) มาตราบททุกวันนี้^๒

จะเห็นได้ว่า การที่ศาลหรือองค์กรที่บริหารกฎหมาย เลือกใช้ดุลพินิจแทนการใช้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ได้มีมานานแล้วตั้งแต่ ๓๐๐ ปีก่อนคริสตกาล

^๑ Black's Law Dictionary, op.cit., pp. 634 - 635.

^๒ ความละเอียด คู Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law (London: Oxford University Press, 1962), pp. 23 - 26.

และถือว่า หากการ เลือกใช้ดุลพินิจแทนกฎหมาย เป็นการกระทำด้วยใจบริสุทธิ์ มุ่งสร้าง ความยุติธรรมให้สังคมแล้ว ดุลพินิจ เช่นนั้นย่อมได้รับการยอมรับนับถือตลอดไป ไม่ว่าจะ เป็นเวลานานเท่าใดก็ตาม

การใช้ดุลพินิจแทนกฎ เกณฑ์หรือกฎหมายนี้ หากจะมีเฉพาะในอดีตกาลเท่านั้น แม้ในปัจจุบันศาลหรือองค์กรทางกฎหมาย หากพิจารณา เห็นว่าใช้ดุลพินิจแล้วจะให้เกิด ได้ดีกว่ากฎหมายที่บัญญัติไว้ ก็ยังคง เลือกที่จะใช้ดุลพินิจอยู่นั่นเอง เช่น ในคดี F.C.C.v.

RCA Communication, (1953)^๑ ข้อเท็จจริง เป็น เรื่องของนักธุรกิจที่ต้องการ จัดตั้งบริษัทใหม่ เพื่อทำการ ผลิตออกขายสาร เป็นบริการ แก่ประชาชน แต่เพราะติดขัด ในกฎ เกณฑ์การ จัดตั้ง เกี่ยวกับ "นโยบายรัฐ เกี่ยวกับการ สนับสนุนการ แข่งขัน" (the national policy in favor of competition) ศาลสูงสหรัฐต้องการ ความหมาย ของคำว่า "national policy" จึงได้ส่งรายละเอียดแห่งคดีไปให้ทำรายงานเกี่ยวกับ พฤติการณ์แห่งคดีที่ปรากฏนั้น เพื่อจะนำเอาข้อเท็จจริง เช่นนั้นมา กำหนดถึงความ เป็น "national policy" แทนการ เปิดดูในหลัก เกณฑ์เบื้องต้นของกฎหมายนั้นที่ได้นิยาม ความหมายของ "national policy" ไว้แล้ว โดยศาลสูงของสหรัฐ เห็นว่า ใน กรณีเช่นนี้หากใช้ดุลพินิจพิจารณา รายละเอียดเฉพาะคดี (ad hoc determination) แล้ว ให้ผลดีกว่าที่จะใช้บทบัญญัติกฎ เกณฑ์ที่ เขียนคลุมถึงหลาย ๆ กรณีไว้

สำหรับ การใช้ดุลพินิจแทนกฎหมายในประเทศไทยก็มีใช้เช่นกัน ดังปรากฏใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๘๘/๒๕๑๖ ข้อเท็จจริง เป็น เรื่องการ ลักลอบตัดไม้ในป่า สงวนแห่งชาติ โดยจำเลยใช้เครื่องมือในการ ลักลอบตัดไม้ของผู้อื่น ซึ่งมีใ้รู้ เห็นในการ กระทำความผิด บทบัญญัติในพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ใ้บัญญัติให้รับทรัพย์สิน ที่นำมา เป็นเครื่องมือในการ ลักลอบตัดไม้ ไม่ว่าจะ เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นที่ไม่รู้ เห็นใน การกระทำความผิดด้วยก็ตาม ประเด็นที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาให้พิจารณาคือ ศาลจะรับทรัพย์

^๑ K.C. Davis, Loc. cit. อ้างถึงที่มาใน 346 U.S. 86 (1953).

ของผู้อื่นที่ไม่รู้ เห็นด้วยในการกระทำความคิดหรือไม่ หากพิจารณาตามข้อกฎหมายแล้ว แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖ จะบัญญัติให้เจ้าของทรัพย์สินไม่รู้เห็นในการกระทำความคิดสามารถร้องขอทรัพย์สินได้ แต่มาตรา ๑๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ก็ให้ศาลใช้บทบัญญัติในกฎหมายอื่นนั้นบังคับกับคดี ในกรณีเช่นนี้ ตามหลักกฎหมาย ศาลจะต้องรับทรัพย์สิน ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไม่รับทรัพย์ โดยอ้างว่า บทบัญญัติที่ให้รับทรัพย์สินของผู้อื่นที่มีใ้รู้เห็น เป็นใจในการกระทำความคิด เป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยกฎ ปรกครองในระบบประชาธิปไตย และขัดกับหลัก เหตุผลทั่วไปในกฎหมายอาญา

ตามนัยแห่งคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ยอมใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาบังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่ใช้ดุลพินิจของตนปล่อยทรัพย์สินนั้นเสีย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลฎีกานี้ย่อมก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น ด้วยเหตุที่ตนไม่ทราบว่า จะมีผู้นำเอาทรัพย์สินของตนไปใช้ในการกระทำผิด หากศาลยอมปฏิบัติบังคับการตามกฎหมายแล้ว ผลร้ายย่อมตกอยู่กับผู้บริสุทธิ์ การเลือกใช้ดุลพินิจของศาล เช่นนี้ จึง เป็นการวินิจฉัยที่เหมาะสมและทำให้ประชาชนอุ่นใจได้ว่า ศาลสถิตยยุติธรรม จะเป็นที่ยิ่งแห่งสุดท้ายให้กับคนได้

เป็นสิ่งที่จริงแท้แน่นอนว่า หากศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมาย ใช้กฎหมายในทางมุ่งสร้างคามยุติธรรม ย่อมใช้ดุลพินิจที่เป็นธรรมแทนการใช้กฎหมายในบางกรณีอย่างเหมาะสมแล้ว ดุลพินิจ เช่นนั้นย่อมเป็นดุลพินิจที่แท้จริงตามความหมายของ Sir Edward Coke ที่ได้กล่าวไว้เป็นภาษาลาตินว่า "Discretio est discernere per legem quid sit justum" ซึ่งหมายความว่า ดุลพินิจคือการรู้รอบเรื่องกฎหมายว่า สิ่งใดควร เป็นธรรม

๑ Black's Law Dictionary, op.cit., p. 553.

๓. ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา

สิ่งที่ได้รับฟังมาอยู่เสมอ จนเป็นถ้อยคำที่ชินหูแล้วคือวลีที่กล่าวโดยปราชญ์ อริสโตเติล (Aristotle) ว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย" วลีนี้เป็นคำกล่าวที่ ชอบด้วยเหตุผลและยอมรับกันว่า ในสังคมทุกสังคม หากต้องการความสงบสุขภายใน สังคมแล้ว ย่อมจะปราศจากเสียซึ่งกฎหมายไม่ได้

กฎหมายทุกฉบับย่อมจะต้องมีดุลพินิจอยู่ด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่า "ที่ไหนมี กฎหมาย ที่นั่นมีดุลพินิจ" ถ้อยคำวลีนี้อาจ เป็นสิ่งที่ยังใหม่อยู่ต่อบุคคลทั้งหลาย ซึ่งต่าง กับถ้อยคำแรกที่ว่าที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย แต่แท้จริงแล้วถ้อยคำของวลีประโยค หลัง เป็นถ้อยคำที่มีชื่อเสียง ซึ่ง Cohen ได้กล่าวไว้ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๓๓ แล้วว่า "เมื่อมีกฎ (หมาย) ก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่" (Rules must be supplemented with discretion) เพราะเป็นสิ่งที่ยอมรับในข้อเท็จจริงกันว่า หากการบังคับใช้ กฎหรือกฎหมายใดโดยตรงเพียงประการเดียว สิ่งนั้นเป็นความอยุติธรรม เพราะไม่อาจ สนองตอบความยุติธรรมเฉพาะรายกรณีได้ สิ่งซึ่ง Cohen ถือว่าสามารถสนองความ ยุติธรรมได้อย่างแท้จริงนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่สามารถสนองความยุติธรรมได้ทุกกรณี และสิ่งจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้กฎหมายช่วยสนองความยุติธรรมรายกรณีได้นั้น ก็คือดุลพินิจนั่นเอง ซึ่ง Cohen เรียกดุลพินิจนี้ว่า "ชีวิตและความยืดหยุ่นได้" (the life and flexibility) ดังปรากฏในคำร้องพิเศษที่ Cohen นั้นเอง เคยกล่าวไว้ว่า "Legal history shows, if not alternating periods of justice according to law and justice without law, at least periodic waves of reform during which the sense of justice, natural law, or

๑
K.C. Davis, op.cit., p. 19.

equity introduces life and flexibility into the law and makes it adjustable to its work. In course of time, however, under the social demand for certainty, equity gets hardened and reduced to rigid rules, so that after a while, a new reform wave is necessary.^๑

เมื่อ เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า กฎหมายที่จะ เป็นกฎหมายที่ดีได้นั้น จะต้องมีความยืดหยุ่นอยู่ด้วย เพื่อประโยชน์ในการ รวบรวมความยุติธรรม เฉพาะบุคคลหรือกรณี ด้วย เหตุที่จุดพินิจนั้นทำให้กฎหมาย "flexibility into law and makes it adjustable to its work" ฉะนั้น คำกล่าวที่ว่า "ที่ไหนมีกฎหมาย ที่นั่นย่อมมีจุดพินิจ" เป็นถ้อยคำที่มีใ้คิดไปจากความจริงเลย

และเมื่อ เป็นที่ยอมรับกันว่า ที่ใดมีกฎหมายที่นั่นมีจุดพินิจ ฉะนั้น จากถ้อยคำที่ว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย" ก็ย่อมจะหมายความว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมายและจุดพินิจ" ด้วย

คำกล่าวในทำนองนี้เป็นความจริงทั้งในทางปฏิบัติ และทฤษฎี เพราะได้ปรากฏตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์มาตลอดแล้วว่า ทุกสังคมนั้นและทุกระบบกฎหมายย่อมมีทั้งกฎและจุดพินิจ (every governmental and legal system in world history has involved both rules and discretion)^๒ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ล่าพังจะมีเพียงกฎอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องมีความยืดหยุ่นช่วยเหลือให้ความยุติธรรมเป็นรายกรณี^๓ ยิ่งไปกว่านั้น การที่จะต้องมีจุดพินิจ เป็นเหตุผลจิตวิทยา รัฐศาสตร์

^๑ Ibid. อ้างถึง Law and the Social Order (1933), 261.

^๒ Ibid., p. 17.

^๓ Ibid.

และอื่น ๆ ไปด้วย เพราะเป็นที่ยอมร่วมกันว่าการจะเป็นสังคมรัฐนั้น จะประกอบด้วย กฎหมายและมนุษย์ (คฤพินิจ) ^๑ หากสังคมใดหรือระบบกฎหมายใด บังคับไว้แต่เพียงกฎหมายอย่างเดียว โดยไม่มีการใช้คฤพินิจด้วย นอกจากจะไม่มีความเป็นธรรมแล้ว ยังถือว่าประชาชนในสังคมนั้น ยินยอมให้ "คนตายปกครองคนเป็น" ^๒ หรือยอมให้คนตายมาตัดสินคนเป็น" ไปด้วยว่าคุณคฤพินิจในสังคมนั้นไม่ได้ทำอะไรเลย นอกจากการพิจารณาให้ เป็นไปตามกฎหมายที่บรรพบุรุษ ซึ่งเป็น "คนตาย" ไปแล้วบัญญัติไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ สังคมนั้นก็ย่อมจะหาความเจริญต่อไปไม่ได้ นอกจากจะคงไว้ซึ่งอารยธรรมที่บรรพบุรุษสะสมไว้เท่านั้น ในกรณีกลับกัน การใช้คฤพินิจนั้น ย่อมเป็นการสร้างสรรค์วิวัฒนาการใหม่ ๆ เพื่อให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้า ดังปรากฏเป็นตัวอย่างแต่ครั้งอดีตกาล ที่ Praetor แห่งโรม ได้ใช้คฤพินิจของตนสร้าง หลักกฎหมาย jus praetorium หรือ ius honorarium ขึ้นนอกเหนือ จากหลักกฎหมายใน Ius Civile หรือการที่เหล่า Chancellor แห่ง อังกฤษตั้งศาล Court of Chancery ภายใต้การแต่งตั้งของกษัตริย์ เพื่อใช้ คฤพินิจในการตัดสินอรรถคดี นอกเหนือจากหลักกฎหมายใน common law จน กลายเป็นหลัก Equity ที่รู้จักกันในภายหลัง ^๓

^๑ a government of laws and of men. ราชละเอียดยก Ibid. อ้างถึงหลักเกณฑ์ของ Aristotle ใน Jerome Frank, If Men Were Angels, (1942), pp. 190 - 211.

^๒ ชุมพร พลวัณ. "การละเมิดกฎหมายในสังคมไทย" วารสารทนายความ ปีที่ ๑๕ เล่มที่ ๒, สิงหาคม ๒๕๑๖, หน้า ๑๑๘.

^๓ K.C. Davis, loc. cit., ซึ่งการสร้างหลักให้โดยคฤพินิจนี้ ในกฎหมาย ไทยก็มี เช่นการที่ศาลสร้างหลัก "สัญญาต่างตอบแทนที่มีค่ายิ่งกว่าสัญญา เช่ากรรมคา" ขึ้นมาจากคฤพินิจของตน ราชละเอียดยก มานะ พิทยาภรณ์, เช่าทรัพย์ พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๖), หน้า ๑๕๘.

สำหรับการใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญาก็เช่นกัน แม้จะมีหลัก เกี่ยวกับการ กำหนดให้กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หรือถือว่ากฎหมายที่ให้ผู้พิพากษาใช้ ดุลพินิจน้อยที่สุด เป็นกฎหมายอาญาที่ถือก็ตาม แต่จะถือว่ากฎหมายอาญา ไม่ควรใช้ ดุลพินิจ หรือจะต้องใช้ดุลพินิจในขอบเขตจำกัดก็เป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนัก เพราะ หากการใช้ดุลพินิจ เพื่อ เป็นการ รวบรวมของว่างของกฎหมาย เพื่อสร้างความเป็นธรรม หรือ ใช้ดุลพินิจ เสริมเนื้อหา ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในโอกาสที่จะสร้าง ความยุติธรรมได้ ก็ เป็นความ จำเป็นที่จะต้องมี การใช้ดุลพินิจในขณะ เวลา เช่นนั้น แต่ถ้า เป็นการใช้ดุลพินิจ ที่ไม่ เป็นธรรมแล้ว ไม่เพียงแต่จะเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญา เท่านั้น ถือว่า เป็นสิ่ง ที่กฎหมายทุกไม่พึงปรารถนา

การใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญา เมื่อคำนึงถึงความต้องการ ยุติธรรม เฉพาะ กรณีส หรือ เฉพาะบุคคล (individualized justice) แล้ว กฎหมายอาญากลับ เป็น กฎหมายที่ต้องการมากที่สุด ด้วยเหตุที่ เป็นกฎหมายซึ่งกระทบถึงสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคล โดยตรง ฉะนั้น ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมกรณี ในกฎหมายอาญาจึงมีความ สำคัญยิ่ง หากจะกล่าวโดย เฉพาะแล้ว กฎหมายอาญาต้องการ ความยุติธรรม เฉพาะ บุคคลหรือ เฉพาะกรณี เพื่อช่วย เหลือการ บังคับใช้ตามกฎหมายดังนี้

๓.๑ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (find fact) ข้อเท็จจริงตามกฎหมาย อาญานั้น ถือว่ามีความสำคัญยิ่ง เพราะจะเป็น เครื่องช่วยกำหนดในการ ตัดสินใจของ ศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมาย ว่าควร จะปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือผู้กระทำผิดอย่างไร กับทั้ง ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาจึงได้วางหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๑ - ๒๓๘/๒๕๕๒ ว่า "ในการวินิจฉัยพยานหลักฐานนั้น ศาล ทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจหยิบยกหลักฐานใดขึ้นพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นได้ ไม่จำต้องหยิบยกมาพิจารณา ทุกชั้นทุกอัน และกา รหยิบยกหรือไม่หยิบยก เช่นนี้ ไม่เป็น ข้อกฎหมายประกาศ ใด"

๓.๒ การใช้กฎหมาย (applies law) ในการพิจารณาใช้กฎหมายก็ เช่นกัน ศาลจำต้องใช้ดุลพินิจใช้อย่างเหมาะสม ว่าข้อเท็จจริง เช่นใดควรจะใช้ กฎหมายหรือควรจะใช้ดุลพินิจแทนกฎหมาย

๓.๓ การกำหนดโทษ (impose penalties) การใช้ดุลพินิจของศาล ในคดีอาญา เพื่อกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดนี้ ถือเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง และจะเป็น หัวข้อในการพิจารณาโดยละเอียดต่อไป เพราะเหตุที่การกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจที่สำคัญ ๒ ประการ คือ

ก. พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามพฤติเหตุแวดล้อม คดี การใช้ดุลพินิจในข้อนี้เอง ถือว่าเป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดคิดนึ้สยได้รับโทษตรงกับผู้กระทำผิด อันควรปราบถึงที่พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอาญาท่านหนึ่ง ได้เคยกล่าวเตือนไว้ว่า "ตัวอย่างต่อไปนี้ อาจ เป็นเครื่องสะกิดใจนักศึกษา

(๑) ก. เป็นกุยสะพานเหล็ก มีชื่อเสียงในทางฉกชิงวิ่งราวต่าง ๆ วันหนึ่ง ก. ไล่ทำบังอาจ เข้าฉวยเอาห่อขนมที่หญิงหาบมาในทาง เปลี่ยนแล้วพาขนม ไปนั่งกิน เสียตามชอบใจต่อหน้าต่อตา

(๒) ข. ไปรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลต่างจังหวัด พอหายก็เป็นปกติ จึงฉกฉวยกลับบ้าน ข. เดินมา กลางทาง เห็นยอนนอนมอยหลับไปที่ใต้ต้นไม้แห่งหนึ่ง มีคน ลักลวง เงินทองของเขา ไปหมด ข. เห็นหัวโซเซมาในทาง เปลี่ยน เห็นหญิงหาบของมาก็แอบ เข้าฉวยห่อขนมจากหาบมากินโดยกำลังหัว

คดี ๒ เรื่องนี้ไม่ต้องสงสัย จำเลยคงมีความผิดละเมิดกฎหมายบทเดียวกัน แต่การกำหนดที่จะวางนั้น กระทำให้ต้องใช้ดุลพินิจจะลงโทษ เอาตามความพอใจ เหมือน กันไปหมดนั้น ยังไม่สมควรอยู่"

ข. พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและการ ลงโทษวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นมีหลายประการ แต่ละประการย่อมเป็น ผลประโยชน์ต่างกัน ฉะนั้น จึง เป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสม กับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้น ๆ เช่น

พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, กฎหมายอาญาพิศดาร, (พระนคร : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัย วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๔๕๓), หน้า ๔๕ - ๔๖.

- (๑) ทำให้ไม่อาจกระทำความผิดได้อีก (incapacitation)
- (๒) เพื่อให้กลับใจแก้ไข เสียใหม่ (reformation)
- (๓) เพื่อข่มขู่ให้กลัวเกรง (intimidation)^๑

๔. โทษของดุลพินิจ

แม้ดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่กลับกันแล้ว จะเห็นได้ว่า สิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่มาจากการใช้ดุลพินิจอีกเช่นกัน ทั้งสืบเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด เช่นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดคดีนี้สืบ เช่นเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดอันมีเหตุควรปรานี เช่นนี้ถือว่า ไม่ยุติธรรมในแง่ความเป็นธรรมเฉพาะกรณี ทั้งนี้ทั้งนั้นก็สืบเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจด้วยเหตุนี้เอง ดุลพินิจจึงอาจกล่าวได้ว่า เปรียบเสมือนกับขวาน ที่อาจสร้างประโยชน์ให้กับผู้ใช้และผู้อื่นอย่างมหันต์ แต่ก็อาจเป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าฟันผู้คนได้เช่นกัน (like an axe, it can be a weapon for mayhem or murder)^๒

จะกล่าวโดยเฉพาะแล้ว ดุลพินิจนั้นมิได้มีอันตรายอยู่ในตัวเอง แต่อันตรายของดุลพินิจซึ่งจะเป็นโทษมหันต์อยู่ที่ตัวผู้ใช้ดุลพินิจนั่นเอง วาจะใช้พิจารณาเทียบยกเอาดุลพินิจมาใช้ในชั้นใดตอนใด เพราะในข้อเท็จจริงทุกเรื่องจะมีช่องทางให้ใช้ดุลพินิจหลายประการ และแต่ละประการนั้นอาจใช้ดุลพินิจได้หลายแบบดัง K.C. Davis ได้กล่าวว่า "ดุลพินิจนั้นประกอบด้วยมิติหลายมิติ"^๓ อันทำให้ผู้ที่ใช้ดุลพินิจนั่นเอง

^๑ Halsbury's Law of England, 3rd. ed., (London:

Butterworth Co. (Publishers) Ltd., 1955), p. 487.

^๒ K.C. Davis, op.cit., p. 25.

^๓ Ibid., p. 24.

ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า ข้อเท็จจริงเช่นใด จึงจะควรรักษาสิทธิในของคู่พิพาทมา บังคับ หากเลือกใช้คู่พิพาทใดถูกต้อง คู่พิพาทนั้นก็ย่อมสร้างความเป็นธรรมอันควร สรรเสริญ แต่ถ้าเลือกใช้ผิดคู่พิพาทนั้น ก็ เป็นความอยุติธรรม

ปัญหาการ เลือกใช้คู่พิพาทผิดพลาค่อนก่อนใหม่แก่ผู้ได้รับนี้ ส่วนใหญ่มาจากการตัดสินใจ เลือกใช้คู่พิพาทผิดพลาค หรือในบางครั้ง เป็นความจริงใจ ใช้คู่พิพาทที่ผิดพลาค ก็มี^๑ ที่เป็นเช่นนั้น สาเหตุใหญ่สืบเนื่องมาจากคู่พิพาทนั้น ไม่มีกฎเกณฑ์การ ใช้ที่แน่นอน จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการ ใช้คู่พิพาทไว้ให้แน่ชัด เพื่อป้องกันการใช้คู่พิพาทที่ผิดพลาคได้หรือไม่

คำถามนี้ K.C. Davis ให้คำตอบไว้ว่า^๒ การคิดตั้งกฎเกณฑ์การใช้คู่พิพาทนี้ ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะควรคำนึงถึงโครงสร้างและขอบเขตของคู่พิพาทมากกว่า ซึ่งให้ผลในการควบคุมคู่พิพาทให้เป็นไปอย่าง เป็นธรรม ดีกว่าที่จะค้นหาวีธีวางกฎเกณฑ์ในการสร้างกฎในการ ใช้คู่พิพาท ด้วยเหตุที่คู่พิพาทนั้นมีประโยชน์เพื่อสนองความยุติธรรมเฉพาะกรณี โดยจะต้องอาศัยการพิจารณาพฤติ เหตุพฤติการ รัณแวดล้อม เป็นเครื่องช่วยกำหนด หากจะวางกฎ เกณฑ์ไว้จะสามารถสร้างกฎ เกณฑ์คลุมถึงทุก พฤติการ รัณได้หรือไม่ และแม้จะมีการสร้างกฎ เกณฑ์วางไว้ก็ยังต้องใช้คู่พิพาทอีกนั่นเอง เพราะให้ผลดีกว่า (Even when rules can be written, discretion is often better.)

ความข้อนี้เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ก็ทรง เห็นด้วยดังปรากฏในหนังสือกราบบังคมทูล ที่ ๑๐๒/๓๕๕๐ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑^๓ มีใจความว่า

ตัวอย่างการ ใช้คู่พิพาทผิดพลาค ทั้งจงใจและไม่จงใจ คู่ข้อ ๑, ๓, ๕, ๖, ๗, ๘, ๑๑ และ ๑๔ ใน Ibid., pp. 9 - 11,

^๒ Ibid., pp. 15 - 17.

^๓ รายละเอียดของหนังสือกราบบังคมทูล ดูชานันทร์ กรีวิเชียร, ภาษาไทยกฎหมายไทย (พระนคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, ๒๕๑๔), หน้า ๑๔๓ - ๑๔๗.

"... เพราะเหตุนี้ ถ้ามีบัญญัติพระมหากษัตริย์ทรงอำนาจหนึ่ง และกำหนดโทษตารางหนึ่งมากกว่าในป็นก็ดี เกือนนี้ก็ดี การที่ผู้พิพากษากำหนดโทษนั้น จะเป็นการสมควรหรือไม่ ก็ไม่มีประโยชน์อะไรนัก เพราะข้อที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยนั้นมีอีกหลายอย่างมาก เกินที่จะลงในตารางบัญญัติได้

ประมาณ ๗ ปีมาแล้ว ข้อที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พระเจ้าแผ่นดินที่เมืองอังกฤษ มีสเตอร์แลนซ์แซ่โลกลาวขึ้นเหมือนกันในหนังสือพิมพ์ มีนามว่า 'ตรุท' มีสเตอร์แลนซ์แซ่โลกลาวผู้พิพากษาตัดสินโทษเป็นคดี ๆ กันไป ข้างหนึ่งกำหนดที่สูงเหลือ เกินข้างหนึ่งต่ำเหลือ เกิน เรื่องนี้ได้ออกในหนังสือพิมพ์ ตรุททุกอาทิตย์กว่าปี เรียกว่าลีเกิลบิลเลเจอร์ (ตอกชื่อผู้พิพากษา) ได้มีข้อพิพาทเถียงกันมาก แต่ถาดูในหนังสือพิมพ์อย่างเดียว การที่มีสเตอร์แลนซ์แซ่โลกลาวขึ้นนั้นก็ชอบกล จึงได้มีคนพิจารณา เลี้ยวคลงไปคนใดว่าตารางบัญญัติเช่นนี้จะยกขึ้น เป็น เกณฑ์ไม่ได้..."

แม้ว่าการใช้ดุลพินิจไม่อาจวางกฎเกณฑ์ลงไปตายตัวให้ใช้ได้ แต่การใช้ดุลพินิจนั้น ก็ย่อมมีพื้นฐานหรือหลักชี้้นำในการปฏิบัติ เช่นกัน และการใช้ดุลพินิจที่มีพื้นฐานหรือหลักนิติธรรม เป็นเครื่องช่วยกำหนดในการใช้ ก็คือสิ่งที่เรียกว่า "ดุลพินิจยุติธรรม" หรือ "Judicial Discretion, Legal Discretion" ^๑

สิ่งที่ จะ เรียกว่า เป็นดุลพินิจยุติธรรมตามความหมายนี้ มุ่งกำหนดให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้ดุลพินิจ พิจารณาถึงหลักพื้นฐานหรือหลักยุติธรรมเสียก่อน เพื่อจะได้ดุลพินิจที่เป็นคุณ เพราะหากใช้ปฏิบัติโดยไม่มีหลักประการใดยกชี้ นำไว้เลย ดุลพินิจนั้นอาจเป็นโทษได้ ซึ่งสิ่งนี้ Hayek ได้กล่าวไว้เป็นเครื่องช่วยพิจารณาว่า ^๒

^๑ Black's Law Dictionary, Loc.cit., อ้างถึงคดี Griffin v. State, 12 Ga. App. 615, 77 S.E. 1080, 1083, discretion bounded by the rules and principles of law.

^๒ K.C. Davis, op.cit., pp. 32 - 33, อ้างถึง The Constitution of Liberty, (1960), 205, 206, 211, 213 - 214.

"...ในการพิจารณาเหตุผลการนั้น จะต้องมาจากหลักนิติธรรม (rules of Law) และพฤติการณ์แวดล้อมที่กฎหมายอ้างถึง (circumstances to which the law refers) ซึ่งคู่ความที่เกี่ยวข้องจะต้องทราบด้วย การพิจารณา เช่นนี้จะต้องไม่พิจารณาจากความรู้พิเศษที่ได้มาจากรัฐบาล หรือมาจากการตั้งเป้าหมายไว้แล้ว ไมวาจะเป็นเป้าหมายชั่วคราวหรือถาวรก็ตาม ทั้งรวมถึงการคิดที่จะกำหนดผล เกี่ยวเนื่องกันในบุคคลที่อยู่ในภาวะต่างกันด้วย"

และ Hayek ยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า "อะไรก็ตามซึ่งเป็นความต้องการของหลักนิติธรรม ศาลย่อมมีอำนาจนำมาพิจารณาได้ หรือกฎหมายอาจกำหนดข้อเท็จจริงพิเศษไว้ให้ก็ได้" ๑

การที่ให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้ดุลพินิจจะต้องใช้ดุลพินิจบนพื้นฐานแห่งหลักนิติธรรมหรือหลักทั่วไปของกฎหมายนี้ นอกจากจะทำให้ผลการวินิจฉัย เป็นคุณแก่ผู้เกี่ยวข้องอย่างเต็มผลแล้ว ยังมีประโยชน์ในด้านความรู้ลึกของประชาชนที่สามารถจะหยั่งทราบได้ว่า เขาจะได้รับผลในลักษณะใด ในทางตรงกันข้าม หากการใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างปราศจากหลักชี้แนะแล้ว นอกจากจะให้ผลเป็นโทษแก่ผู้เกี่ยวข้อง ยังทำให้ประชาชนไม่อาจทราบเลยว่า เขาจะถูกใช้ดุลพินิจให้กำหนดไปในทางใด แน่นนอนที่เหตุผลนี้เป็นสิ่งสำคัญ เพราะหากให้อำนาจของประชาชนแขวนอยู่กับความไม่แน่นอนแล้ว สิ่งนั้นคือเผด็จการที่ชั่วร้ายที่สุด ด้วยเหตุนี้เอง ในรายงานการประชุมของ the British Committee on Administrative Tribunals and Enquiries ในหัวข้อเรื่องหลักนิติธรรมและความไม่เป็นธรรม จึงแสดงเหตุผลไว้ว่า ๒

"The rule of law stands for the view that decisions should be made by the application of known principles or laws.

๑ Ibid.

๒

Ibid., p. 29 อ้างถึง 2 Report (1957), 6.

In general such decisions will be predictable, and the citizen will know where he is. On the other hand there is what is arbitrary. A decision may be made without principle, without any rules. It is therefore unpredictable, the antithesis of a decision taken in accordance with the rule of law."

หากศาลหรือองค์กรอื่นอันเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ ใ้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว โทษของดุลพินิจ ก็ย่อมจะไม่มีปรากฏให้เห็น หรืออาจมีบ้างแต่ก็คงจะเล็กน้อยเท่านั้น และเกณฑ์ที่จะกำหนดให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่าง เป็นธรรมตามที่กล่าวมาเดี๋ยวนี้ หากจะสรุปเป็นข้อเท็จจริงอย่างสั้น ๆ แก่ผู้ใช้ดุลพินิจ คงมีเพียง ๕ ประการ ดังที่ Lord Diplock ได้กล่าวไว้
ว่า

จงอย่าละเลยที่จะคำนึงถึง เพียงความต้องการดุลพินิจหรือโทษของมัน แต่จงพิจารณาถึงค่าแห่งทั้งประโยชน์และโทษของดุลพินิจ

"จงอย่าปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจ แต่จงปฏิเสธการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีความจำเป็น

จงอย่าปฏิเสธต่อความยุติธรรม เฉพาะบุคคลที่ใช้โดยดุลพินิจ แต่จงอย่าให้ผลประโยชน์เฉพาะบุคคลที่ไม่มีหลักความคุ้ม

จงอย่าปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจอันมีส่วนสมดุลงับงานของรัฐ แต่จงอย่าใช้ดุลพินิจที่ไม่มีความสมควร เช่นนั้น

จงอย่าปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจยุติธรรมที่มีขอบเขตเหมาะสม มีทั้งโครงสร้างและการควบคุม แต่จงปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจอันไม่มีขอบเขต ไม่มีโครงสร้างและไม่มีการควบคุม"

๕. ดุลพินิจยุติธรรม

ดุลพินิจยุติธรรม หรือที่เรียกว่า Discretionary Justice, Judicial Discretion หรือ Legal Discretion นี้ เป็นดุลพินิจที่ให้คุณประโยชน์ต่อผู้เกี่ยวข้อง เพราะเหตุที่การจะเป็นดุลพินิจยุติธรรมได้นั้น ต้องมีลักษณะดังที่ K.C. Davis กล่าวไว้คือ^๑ มีทั้งความคิดริเริ่ม (initiating) การสืบเสาะ (investigating), ระเบียบวิธี (prosecuting), การตกลง (negotiating) การกำหนด (settling), สัญญา (contracting), การกระทำ (dealing), แนะนำ (advising), ขู่ (threatening), เผยแพร่ (publicizing), ปกปิด (concealing), แผนกำหนด (planning), แนะนำสนับสนุน (recommending), ตรวจสอบ (supervising) สิ่งต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไว้ย่อมมีได้ทั้งที่เป็นประโยชน์และเป็นโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับการใช้

ในชั้นนี้ จะกล่าวถึง เฉพาะดุลพินิจที่เป็นประโยชน์หรือดุลพินิจยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งการที่จะให้ผลสมบูรณ์เป็นดุลพินิจยุติธรรม ต้องขึ้นอยู่กับองค์ประกอบต่อไปนี้คือ

๑. ขอบเขตแห่งดุลพินิจ (confining discretion)
๒. การควบคุมดุลพินิจ (control of discretionary power)

๕.๑ ขอบเขตแห่งดุลพินิจ คำว่าขอบเขตแห่งดุลพินิจนี้ ได้เคยเกริ่นกล่าวถึงความหมายมาแล้ว ในการพิจารณาเทียบเคียงกับเวลาในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งความหมายที่แท้จริงของขอบเขตแห่งดุลพินิจของขอบเขตแห่งดุลพินิจนั้น ก็หมายถึงอำนาจการเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะมีมากน้อยเพียงใด สิ่งที่เป็นเครื่องกำหนดขอบเขตนั้นก็คือกฎหมายนั่นเอง โดยกฎหมายจะเป็นผู้กำหนดเปิดโอกาสให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจเลือกใช้ดุลพินิจในบางโอกาส หรือแม้กฎหมายจะมีได้เปิดโอกาสให้โดยตรงแต่อาจจะมีการใช้ดุลพินิจได้ ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติควบคุมไม่ถึงกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

^๑ Ibid., p. 22.

ขอบ เขตของดุลพินิจย่อมมีไว้ทั้งกว้างและแคบ และผลก็ผลเสียของการกำหนดขอบเขตแห่งดุลพินิจย่อมมีด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ เป็นขอบเขตที่กว้างหรือแคบก็ตาม เพราะหากเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่กว้างขวางแล้ว ก็เป็นการง่ายที่จะไถ่รับผลร้ายจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด หรือไม่เป็นธรรม แต่หากกำหนดขอบเขตดุลพินิจไว้แคบ ปัญหาที่ศึกษามากก็คือผลร้ายที่ให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีได้ไม่เต็มผลนั้นเอง ซึ่งมีปัญหาที่มักจะพบมาครั้งจากเหตุที่ขอบเขตแห่งดุลพินิจกำหนดไว้แคบนี้ก็คือ การที่ผู้ใช้ดุลพินิจ เช่นศาล ไล่คดีกันไปในทางที่ไม่เป็นธรรม และความไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมเช่นนั้น เป็นที่เห็นได้ชัดแจ้ง หากจะมีผู้ตั้งคำถามแก่ผู้ตัดสินนั้น ว่า เหตุใดจึงตัดสินไปในทำนองนั้น คำตอบมักจะเป็นไปในลักษณะเดียวกัน คือ "ไม่มีทางเลือก กฎหมายได้กำหนดไว้เรียบร้อยแล้ว" ^๑

ด้วยเหตุที่ขอบเขตของดุลพินิจ ไม่ว่าจะกว้างหรือแคบก็ย่อมมีประโยชน์และโทษด้วยกันทั้งสิ้น ฉะนั้น การที่จะพิจารณากำหนดขอบเขตของดุลพินิจในแต่ละกรณีนั้น จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่พิจารณาถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการใช้ดุลพินิจในแต่ละประการว่า กฎหมายอย่างไรควรจะใช้ดุลพินิจไปในลักษณะใด

ขอบเขตที่กำหนดไว้ ซึ่งเห็นได้ชัดแจ้งจะเห็นได้ว่า หากเป็นการใช้กฎหมายอาญานั้น กฎหมายจะกำหนดขอบเขตไว้หลายประการ ในแง่การพิจารณาคดีใช้กฎหมายขอบเขตของดุลพินิจจะกำหนดไว้ค่อนข้างแคบ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลักที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด" สำหรับกฎหมายปกครองนั้น กฎหมายหลายประเทศว่าขอบเขตของดุลพินิจไว้ในลักษณะกว้าง จนในบางครั้ง เรียกขอบเขตแห่งดุลพินิจ เช่นนี้ว่า ทฤษฎีดุลพินิจของฝ่ายปกครองการเมือง (the so-called administrative political discretion doctrine) ^๒ หลักเกณฑ์เช่นนี้ มีทั้งกฎหมายปกครองของเยอรมันและประเทศอื่น ๆ เช่นสหรัฐอเมริกา

^๑ Ibid., p. 52.

^๒ รองพล เจริญพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า ๕.

รวมความแล้ว เกี่ยวกับการพิจารณาว่าควรกำหนดขอบเขตของดุลพินิจ
เช่นไร จะกว้างหรือจะแคบจึงขึ้นอยู่กับพื้นฐานหลายประการ แต่หลักสำคัญต้องคำนึง
ถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนว่าอยู่ในอันตรายหรือไม่^๑

และหากกรณีจะเป็นเช่นนี้ก็ตาม การใช้ดุลพินิจที่จะให้ผลไปอย่างยุติธรรม
อันแท้จริงแล้ว จะต้องขึ้นอยู่กับการควบคุมดุลพินิจอีกชั้นหนึ่ง เพราะเหตุที่การกำหนด
ขอบเขตแห่งดุลพินิจเพียงอย่างเดียวนั้น ไม่อาจครอบคลุมให้คุ้มครองประโยชน์ได้ทุกกรณีนั่นเอง

๕.๒ การควบคุมดุลพินิจ เพราะเหตุที่การใช้ดุลพินิจนั้น มีผลทั้งคุณและ
โทษ เนื่องจากความเห็นและทัศนคติในการเลือกใช้ดุลพินิจมีต่างกัน บ้างอาจเลือกใช้
ดุลพินิจได้อย่างถูกต้อง แต่ก็มิปรากฏในข้อเท็จจริง เป็นจำนวนไม่น้อยว่า มีการใช้
ดุลพินิจที่ผิดพลาดเกิดขึ้น ฉะนั้น เพื่อให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างเหมาะสม และเป็น
ธรรมมากที่สุด จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแน่นอนที่เดียว
ว่าหากการใช้ดุลพินิจ ใ้ผ่านการกลั่นกรองตามขั้นตอนต่าง ๆ ครบถ้วนแล้ว ดุลพินิจ
นั้นจะ เป็นดุลพินิจยุติธรรมอย่างแท้จริง

หลักพื้นฐานในการควบคุมดุลพินิจมี ๒ ประการ ซึ่งจะแยกพิจารณาตามลำดับ
ไปดังนี้คือ

ก. โครงสร้างของดุลพินิจ (Structuring) โครงสร้างนี้หากจะกล่าว
ว่าเป็นโครงสร้างของดุลพินิจโดยตรงก็ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะความหมายของโครงสร้าง
มีกว้างครอบคลุมออกไป กล่าวไปแล้วก็คือ สิ่งที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณา
เกี่ยวกับดุลพินิจ เป็นองค์สำคัญในการช่วยเหลือให้ดุลพินิจได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ อย่าง
เปิดเผยและยุติธรรม ดังนั้น โครงสร้างจึงมีความหมายรวมถึงแผนการ (plans)
นโยบายและกฎหมาย อีกทั้งยังประกอบด้วย ข้อเท็จจริงที่เปิดเผย กฎเกณฑ์ที่เปิดเผย
และกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยอีกด้วย^๒

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๔.

^๒ K.C. Davis, op.cit., p. 55.

เมื่อกล่าวถึงความหมายของโครงสร้างนี้ จะพบว่ามีคล้ายคลึงกันในหลายประการกับขอบ เขตแห่งดุลพินิจ แต่ที่แท้จริงแล้ว โครงสร้างและขอบ เขตแห่งดุลพินิจ มีความแตกต่างกันมาก ไม่ว่าจะในด้านการใช้ และความมุ่งหมาย แต่ในบางครั้งความหมายของทั้งสองประการนี้อาจ เกี่ยวพันกันอยู่บ้าง^๑ หากกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการใช้ขอบ เขตแห่งดุลพินิจแล้ว เป็นเรื่องของการพิจารณาว่าจะสามารถใช้ดุลพินิจได้มากน้อยเพียงใด โดยพิจารณาตามหลักกฎหมายหรือหลัก เกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายในแต่ละเรื่อง ส่วนวัตถุประสงค์ของโครงสร้างนั้น เป็นการควบคุมและใช้อำนาจให้พฤติกรรมแห่งดุลพินิจ (exercise of discretionary power) สำเร็จผลภายในขอบ เขตที่กำหนด และสำเร็จผลตามกฎหมาย ประกาศ กฎ หลักเกณฑ์ในการปกครอง หรือกฎ เกณฑ์อื่นอันมีความหมายทำนองเดียวกัน ส่วนความเกี่ยวพันกันของโครงสร้างและขอบ เขตแห่งดุลพินิจนั้น จะเห็นได้จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติสร้างกฎหมายขึ้นมา กฎหมายนี้จะทำให้มีผลกว้างหรือแคบนั้นมาจากการกำหนดขอบ เขตแห่งดุลพินิจ แต่การที่จะให้กฎหมายสำเร็จผลตามความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายหรือไม่ สิ่งนี้โครงสร้างของดุลพินิจจะเป็นผู้กำหนดช่วยเหลือ^๒

องค์ประกอบของโครงสร้าง องค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างมีอยู่ด้วยกัน ๗ ประการคือ แผนการที่เปิดเผยม โน้บายที่เปิดเผยม กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เปิดเผยม การสืบเสาะที่เปิดเผยม เหตุผลที่เปิดเผยม แบบอย่างที่เปิดเผยม และกระบวนการพิจารณาที่ขาวสะอาด^๓

^๑
Ibid., p. 97.

^๒
Ibid.

^๓
Ibid., p. 98.

เป็นที่น่าสังเกตว่า องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างนี้ ได้เข้าถึงคำว่า "เปิดเผย" (open) ไว้โดยตลอด ซึ่งจะทำให้การพิจารณาความสำคัญของคำว่า เปิดเผยในโอกาสต่อไป

องค์ประกอบทั้ง ๗ ประการของโครงสร้างแห่งดุลพินิจนี้ สามารถจัดแบ่งเป็นกลุ่มตามความสัมพันธ์ได้ดังนี้คือ ในเรื่องของแผนการณ์ นโยบายและกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ เป็นสิ่งที่มีจุดประสงค์เดียวกัน กล่าวคือ เป็นตัวกำหนดให้วัตถุประสงค์ของรัฐดำเนินไปตามครรลองยุติธรรมอย่างขาวสะอาด (clarify) เช่นเดียวกันกับการสืบเสาะและเหตุผล สำหรับการสืบเสาะนั้น เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง ซึ่งอาจมีกลวิธีต่างกันไปแล้วแต่ว่าจะเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้แก่องค์กรใดเพื่อใช้ดุลพินิจ หากเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้กับศาล ก็ได้แก่การวินิจฉัยสืบพยาน (hearing) ทั้งการสืบเสาะหาข้อเท็จจริงและเหตุผลนี้ เป็นสิ่งที่กำหนดให้ดุลพินิจ เป็นไปในรูปใดนั่นเอง ส่วนการใช้แบบอย่าง (precedents) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายในระบบ Common law ที่ถือเอาตัวอย่างคำวินิจฉัยอันมีมาก่อนมา เป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ดุลพินิจสามารถที่จะพิเคราะห์หาข้อเท็จจริงอย่างใดควรใช้กฎหมายใด อันถือว่าเป็น "ทฤษฎีกำหนดตามแบบ" (Doctrine of precedent) และองค์ประกอบสุดท้าย กระบวนพิจารณา ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำให้ดูความไต่ทาบและมีโอกาสต่อสู้แสดงหลักฐานต่าง ๆ อันเป็นข้อมูลในการใช้ดุลพินิจ

ในการใช้ดุลพินิจนั้น หลายครั้งต้องอาศัยองค์ประกอบของโครงสร้างทุกข้อ และในบางครั้งอาศัยองค์ประกอบบางข้อ เป็นเครื่องช่วยพิจารณาดุลพินิจ เท่านั้น ความสำคัญของการมีโครงสร้างต่าง ๆ ก็เพื่อจะช่วยให้การกำหนดดุลพินิจ เป็นไปอย่างมีแบบแผน และมีเหตุผล

ความสำคัญอง โครงสร้างในการที่จะเอื้ออำนวยให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปสม
 เจตนาธรรม ซึ่งมีทั้ง เหตุผลและความยุติธรรมนี้ อยู่ที่องค์ประกอบต่าง ๆ จะต้องมีลักษณะ
 ที่เปิดเผย (open) เพราะความเปิดเผยนี้ยอมหักล้างความไร้เหตุผลและหลีกเลี่ยง
 ความอยุติธรรมได้ (openness is the natural enemy of arbitrariness and
 a natural ally in the fight against injustice)^๑

เหตุผลสำคัญที่สนับสนุนให้องค์ประกอบต่าง ๆ ต้องเปิดเผยจะสามารถพบเห็น
 ได้บ่อยครั้ง ซึ่งในบางครั้งถึงกับเรียก "อาชวพิเศษ" ของดุลพินิจในการต่อสู้กับอธรรม^๒
 คั้งนั้น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความของอารยประเทศต่าง ๆ จึงได้กำหนดค
 องค์ประกอบของโครงสร้างแห่งดุลพินิจไว้ให้มีลักษณะเปิดเผยทั้งสิ้น เช่นประมวล
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา ๑๗๒, ๑๘๒ เป็นต้น ซึ่งเช่นเดียวกับ
 หลักการพิจารณาความของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ common law ที่
 Wigmore ได้กล่าวว่า "ประเพณีการพิจารณาอรรถคดีของ common law
 นั้นต้อง เป็นการ เปิดประตูให้กว้าง"^๓

ผลร้ายขององค์ประกอบลับ องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างแห่ง
 ดุลพินิจนั้น ถ้าหาก เป็นการลับ เช่นแสดง เหตุผลที่ไม่ประจักษ์ ไม่มีการพิจารณาคดีที่
 เปิดเผย นำเอากฎ เกณฑ์หรือกฎหมายใดมาพิจารณาก็ไม่ปรากฏแล้ว ย่อมเป็นการ
 เสี่ยงต่อความบริสุทธิ์ของประชาชน เพราะหากมีการใช้แผนการฉ้อโกงนโยบายหรือ
 กฎหมายที่ปกปิดไว้ ย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นไม่อาจพิจารณาพบหนวนให้ถูกต้องได้
 หากเป็นการสืบเสาะข้อเท็จจริงหรือแสดง เหตุผลที่ไม่เปิดเผย ความยอมไม่อาจ

^๑ Ibid.

^๒ Ibid., p. 111, One valuable weapon in the fight against arbitrary exercise of discretion is openness.

^๓ Ibid. อ้างถึง 6 Wigmore, Evidence, 1834 (3d.ed, 1940).

โต้แย้งหรือชี้แจงได้ว่าข้อเท็จจริงใดจริงหรือเท็จ ยิ่งหาก เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่เปิดเผยและบริสุทธิ์ด้วยแล้ว นอกจากจะเป็นการเสียดายต่อการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด ยัง เป็นการร้ายที่จะใช้อำนาจหรือดุลพินิจที่ผิดกรรลองธรรมอีกด้วย^๑ เหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้เองที่ทำให้ Edmund Burke จึงต้องกล่าวว่า "there mystery begins, justice ends"^๒; ซึ่งหมายความว่า เมื่อใดความลับปรากฏ ยุติธรรมก็เสื่อมหาย

การให้กระบวนการพิจารณาคดีหนึ่งปิดเป็นความลับ เช่นนี้ ปราชญ์แห่งวงการนิติศาสตร์ท่านหนึ่งคือ Jeremy Bentham ได้กล่าวถึงไว้ว่า

"... สมมติให้กระบวนการพิจารณาทั้งหมดเป็นความลับ และให้ศาลมีองค์คณะของผู้พิพากษาไม่เกิน ๑ นาย นั่นแหละ จะเกิดความไม่ยุติธรรม และ เกิดจรรยาขึ้นมาทันที ทั้งจะต้องมีการฉ้อฉลสิทธิของคู่ความ เพราะ จะไม่มีการทบทวนด้วยเหตุที่จะไม่มีอะไรให้ทบทวนหรือถกเถียงได้..."^๓

เหตุที่ Bentham กล่าวเช่นนี้ ก็ เป็นเพราะว่า การพิจารณาคดีแบบ เอกสารทุกฉบับ กฎหมายทุกบทที่นำมาใช้ประกอบพิจารณานั้น ไม่มีผู้ใดทราบเลย แต่ถ้าหากเป็นการพิจารณาที่เปิดเผยแล้ว เอกสารทุกฉบับกฎหมายทุกบทย่อมเป็นอันแสดงออกให้ทุกคนได้เห็นประจักษ์^๔

^๑ Ibid.

^๒ Judicature, Vol 59, No. 10, May, 1976, p. 463.

^๓ K.C. Davis. op.cit., p. 112 อ้างถึง 1 Bentham, Judicial Evidence 524 (1827)

^๔ Ibid., p. 113.

แม้จะเป็นสิ่งที่ยอมรับกันแล้วว่า องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างแห่ง
 คุณพินิจจะต้องเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณา เหตุผล หรือการสืบพยานหาข้อ
 เท็จจริง หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม โดยเฉพาะการแสดงเหตุผลในการวิพากษ์กฎหมายและ
 คุณพินิจนั้น เป็นสิ่งจำเป็นยิ่ง เพราะเป็นการแสดงให้ทราบถึงสาเหตุว่าการใช้
 คุณพินิจไปเช่นนั้น มาจากสิ่งใดหรือกฎหมายใด ซึ่งจะเป็นสิ่งที่แสดงอยู่ในตัวเองว่า
 ได้ใช้คุณพินิจนั้นภายใต้ขอบเขต หลักเกณฑ์อย่างไร อีกทั้งเป็นการง่ายที่จะทบทวน
 การใช้คุณพินิจอีกด้วย

ถึงกระนั้นก็ตาม ใต้นข้อเท็จจริงของคดีเรื่องหนึ่งได้ปรากฏสู่ศาลฎีกา
 ศาลฎีกาได้ใช้เหตุผลในการปกปิดเหตุผล คดีนั้นคือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๐/๒๕๑๘
 ข้อเท็จจริง เป็นเรื่องที่นายตำรวจและพลเรือนจำนวนหนึ่ง ได้อาศัยเครื่องมือและปัจจัย
 หลายประการของทางราชการ เข้าไปล่าสัตว์ในป่าทุ่งใหญ่ ทำให้เกิดเป็นคดีที่นาย
 ตำรวจและพลเรือนเหล่านั้นต้องหา เป็นจำเลย ศาลฎีกาได้พิพากษาคดีนี้แต่เพียงสั้น ๆ
 ในการพิจารณาฟ้องและลงโทษจำเลยเหล่านั้น โดยมีได้กล่าวถึงรายละเอียดแห่ง
 ข้อเท็จจริง หรือเหตุผลที่ใช้ในการวินิจฉัยเลย โดยศาลฎีกาอ้างว่า "คดีนี้เป็นคดี
 ที่กระทบกระเทือนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความปลอดภัยภายใน และความมั่นคง
 ของราชอาณาจักร... ศาลจะพิจารณา เป็นการลับได้ และศาลมีสิทธิที่จะไม่กล่าวถึง
 รายละเอียดของบุคคลหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องไว้ในคำพิพากษาได้..."

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๐/๒๕๑๘ นี้ มีปัญหาที่ควรพิจารณาอยู่คือ
 การที่ศาลฎีกาใช้คุณพินิจไม่แสดง เหตุผลและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องไว้ในคำพิพากษานี้
 เป็นคุณพินิจยุติธรรมหรือไม่ หากพิจารณาในแง่หลักการและหลักกฎหมายแล้ว จะเห็นว่า
 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา ๑๘๒ วรรคสอง บัญญัติไว้แต่เพียง
 "ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลโดยเปิดเผย..." เท่านั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้
 เลยว่า คำพิพากษาที่จะอ่านนั้นจะต้องแสดง เหตุผลโดยเปิดเผยไว้ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้
 เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้คุณพินิจย่อมเกิดขึ้น การที่ศาลใช้คุณพินิจ

ไม่ได้เหตุผล จึงทำได้โดยชอบตามหลักการพิจารณา เวลาในการใช้ดุลพินิจ อีกทั้งการ
จะเป็นดุลพินิจยุติธรรมนั้น หากปกปิดสิ่งที่ควรปกปิดก็เป็นการชอบด้วย^๑

หากพิจารณา เป็นรายละเอียดเฉพาะอย่าง โดยเฉพาะการปกปิดการแสดง
เหตุผลแห่งดุลพินิจ เช่นนี้ จะเป็นดุลพินิจที่สมควรหรือไม่ แม้การปกปิดในบางครั้งถือได้ว่า
ดุลพินิจยุติธรรมได้ก็ตาม แต่จะต้องมีสาเหตุการปกปิดการแสดง เหตุผลอย่างใดก็ตาม เพราะ
ถือ เป็นองค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างแห่งดุลพินิจ อีกทั้ง เป็นสิ่งที่ถือกันว่า เหตุผลนั้น
จะต้องแสดงให้เห็นประจักษ์แจ้ง ดังปรากฏในคำแนะนำการพิพากษาอรรถคดีที่สำคัญ
ฉบับหนึ่งว่า

"... การเรียงคำพิพากษา เป็นกิจสำคัญอย่างหนึ่งในหน้าที่ผู้พิพากษา
ผู้ใดที่ชื่อว่า เป็นผู้พิพากษาที่ดีนั้น มีใจแต่เพียงตัดสินความโดยยุติธรรม และ
ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น จักของตัดสินใหญ่ไต่กันไต่ฟัง เห็นควายว่า
คำตัดสินนั้น เป็นยุติธรรมและชอบด้วยกฎหมาย การที่จะให้โดยผลอย่างนี้
ก็คือจักของชี้แจง แสดงเหตุผลในการตัดสินให้ชัดแจ้ง บทกฎหมายหรือ
คดีแบบอย่าง หรือหลักกฎหมาย ที่ควรหยิบยื่นอ้าง จะนำมาปรับแก้ก็ได้
หรือไม่ประการใด ควรกล่าวอธิบายไว้ เมื่อคุณได้ฟังคำพิพากษาแล้วให้
ทราบได้ว่า เขาชนะหรือแพ้ไปประเด็นข้อใด และเพราะเหตุใด การเรียง
คำพิพากษาโดยไม่แจ้งเหตุผล กล่าวความรวม ๆ แล้วรวบรัดรวบทางให้
ฝ่ายโน้นแพ้ ให้ฝ่ายนั้นชนะนั้น อาจเป็นเหตุให้ผู้ความเสียใจไปว่า เขาไม่ได้
รับความยุติธรรม..."^๒

^๑ ความหมายดุลพินิจยุติธรรม ซึ่งได้กล่าวไว้แล้ว.

^๒ ชานินทร์ กรวยวิเชียร, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย (กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๘), หน้า ๑๔๓ - ๑๔๔ อ้างถึง ชาวศาล, เล่ม ๒,
ฉบับที่ ๒๗, ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๑๕ (ไม่ปรากฏนามผู้เขียน).

เมื่อเป็นดังนี้ แม้ในคำพิพากษาฎีกาถึงกล่าวจะมีเหตุผลที่ดีในการยกแสดง
เหตุผลและข้อเท็จจริงในอรรถกถา ก็ตาม โดยอ้างว่า " เป็นคดีที่กระทบกระเทือนความ
สัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความปลอดภัยภายใน และความมั่นคงของราชอาณาจักร..."
แต่เมื่อคำนึงถึง เหตุผลในทางอุทธรณ์ยุติธรรม และผลักดันไปในการพิพากษาอรรถคดี
แล้ว โดยความเคารพอย่างสูง คุณพิณิจ เช่นนี้อาจทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้อง เข้าใจศาลใน
ทางที่มีคหลงคิดว่า ไม่ยุติธรรมก็ " "

และไม่ว่ากรณีจะเป็น เช่นใดก็ตาม การแสดงคำพิพากษาที่เปี่ยมด้วยเหตุผล
และข้อเท็จจริงควรมีอยู่ต่อไปโดยปราศจากการยกเว้น เพื่อให้สมกับที่ Blackstone
ปราชญ์ผู้ยิ่งใหญ่ทางกฎหมายท่านหนึ่งได้กล่าวไว้ว่า " การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดย
เปิดเผย... จะ เป็นสิ่งที่แสดงออกของมวลมนุษยชาติ " ๑

ข. การทบทวนคุณพิณิจ (Checking) คุณพิณิจยุติธรรมที่แท้จริงนั้น
นอกจากจะต้องมีขอบเขต โครงสร้าง และกฎเกณฑ์ขึ้นในการใช้คุณพิณิจแล้ว เพื่อให้
ผลสมกับความยุติธรรม จะต้องมียุติธรรมอีกองค์หนึ่งคอยตรวจตราการใช้คุณพิณิจ
เพื่อเหตุผลสำคัญคือ ป้องกันการใช้คุณพิณิจผิดพลาด และไม่ยุติธรรม

ในการใช้คุณพิณิจนั้น หากจะแบ่งตามวิธีการทบทวนการใช้คุณพิณิจแล้ว
มี ๒ ประการด้วยกันคือ

๑. คุณพิณิจที่มีการทบทวน (checking discretion) คุณพิณิจที่มีการ
ทบทวนนี้ จะมีลักษณะที่สำคัญคือ ศาลหรือองค์กรผู้ใช้คุณพิณิจ จะใช้คุณพิณิจในการพิจารณา
อรรถคดีหรือข้อเท็จจริงตามอำนาจของตน แต่เมื่อมีการใช้คุณพิณิจ เช่นนั้นแล้ว จะมีอีก
องค์กรหนึ่งคอยควบคุมการใช้คุณพิณิจนั้น ซึ่งการควบคุมนี้ อาจ เป็นไปในรูปของการ
อุทธรณ์ฎีกา (appeal) การตรวจทาน (supervision) หรือการควบคุม
มิให้ใช้กฎหมายที่ขัดกับหลักเกณฑ์ (judicial review) ๒

^๑K.C. Davis, *op.cit.*, p. 112 อ้างถึง Max Radin, The Right
to a Public Trial 6 Temp. L. Q. 381 (1932)

^๒Ibid., p. 55.

๒. คุณพิณิจเด็ดขาด (absolute discretion) เป็นคุณพิณิจที่มีความเด็ดขาดอยู่ในตัวเอง สมบูรณ์ในตัวเองโดยไม่มีการทบทวน และองค์กรอื่นใดก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้ามาพิจารณาทบทวนได้ ซึ่งองค์กรที่จะใช้คุณพิณิจเด็ดขาดนี้จะต้องเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในตัวเอง ในลักษณะที่มีความ "สูงสุด" อยู่ในตัว เช่นคุณพิณิจในการพิจารณาอภัยโทษ ซึ่งเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ เมื่อได้ใช้คุณพิณิจนี้ไปในทางใดแล้ว จะมีองค์กรใดมาทบทวนการใช้คุณพิณิจไม่ได้^๑ หรืออาจเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสดงความเลื่อมใสศรัทธา เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ในประเทศหรือหมู่คณะ เช่น การใช้คุณพิณิจของศาลทหาร เป็นต้น

การที่จะกำหนดให้การใช้คุณพิณิจอย่างใด เป็นคุณพิณิจเด็ดขาดอันไม่อาจมีองค์กรใดมาพิจารณาการใช้คุณพิณิจซ้ำอีกอัน เป็นการทบทวนนี้ จะต้องพิจารณาให้รอบคอบว่ามีเหตุผลที่จะให้ เป็นคุณพิณิจอย่างเด็ดขาด หากมีทางเลือกทางอื่นได้แล้วไม่ควรที่จะกำหนดให้ เป็นคุณพิณิจอย่างเด็ดขาด เพราะ เหตุที่คุณพิณิจที่ไม่มีการทบทวนนี้ อาจมีการผิดพลาดได้ เมื่อผิดแล้วก็จะไม่มีองค์กรใดคอยชี้ เพื่อให้แก้ไข สำหรับองค์กรบางอย่างหรือการใช้คุณพิณิจบางประการที่มี เหตุผลจำเป็นอันจะต้องใช้คุณพิณิจอย่างเด็ดขาดก็จำต้องมีต่อไป

เหตุที่ต้องกำหนดให้มีการใช้คุณพิณิจอย่างเด็ดขาดในบางจำกัก็ เพราะว่า คุณพิณิจเด็ดขาดที่ไม่มีองค์กรใดหรือผู้ใดจะสามารถมาชี้ได้ว่ากระทำโดยผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรมนั้น ย่อมเป็นที่มาของความชั่วร้าย อยุติธรรม ดังที่ Mr. Justice Douglas ได้กล่าวไว้ในคดี United States v. Wunderlich, (1951)^๒ ว่า "กฎหมายจะถูกนำออกใช้นอกกฎหมาย จากบุคคลที่มีอำนาจใช้คุณพิณิจตามกฎหมาย

^๑ Ibid., pp. 152 - 153.

^๒ Ibid., p. 132 อ้างถึงที่มาใน 342 U.S. 98, 101 (1951).

จากพลเรือนหรือหน่วยทหาร จากองค์กรของรัฐ เมื่อเป็นการใช้ดุลพินิจศึกษาคน มนุษย์ จะพบแต่ความปวดทรมาน (man has always suffered) ดุลพินิจศึกษาจะทำลาย ซึ่งเสรีภาพยิ่งกว่าวิธีการอื่นใดของมนุษย์ " Mr. Justice Douglas ยังกล่าวแสดงความเห็นต่อไปอีกในคดี New York v. United States, (1951) ^๑ ว่า "ดุลพินิจศึกษาเปรียบเสมือนการฉ้อราษฎร์ เป็นเครื่องทลายแห่งการ เปิดรับจุกอบ แห่งเสรีภาพ" (Absolute discretion, like corruption, marks the beginning of the end of liberty)

การที่ Mr. Justice Douglas กล่าวเช่นนั้นก็ชอบด้วยเหตุผล เพราะเป็นที่ทราบแล้วว่า ดุลพินิจนั้นอาจเป็นไปได้ทั้งคุณและโทษ ซึ่งการมีคุณหรือโทษ เช่นนี้ อาจมาจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดทั้งโดยจงใจและไม่จงใจ ซึ่งการใช้ดุลพินิจอันเป็น โทษนี้ ย่อมมีได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะกระทำในขอบเขต แม้จะมีหลักเกณฑ์ หรือโครงสร้าง แห่งดุลพินิจ คอยชี้นำช่วยเหลืออยู่ก็ตาม หากการใช้ดุลพินิจนั้นมีศาลหรือองค์กรอื่น คอยตรวจทานทบทวนดุลพินิจแล้ว ข้อผิดพลาดนั้นก็ย่อมได้รับการแก้ไข แต่หากไม่มี องค์กรใดคอยทบทวนการใช้ดุลพินิจ ความผิดพลาดเช่นนั้นก็จะยังคงมีอยู่ต่อไป เมื่อ เป็นเช่นนั้น ความยุติธรรมจะมีอยู่ได้หรือ ดังนั้น จึงมีความเห็นที่ยอมรับกันในขณะนี้ว่า การใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นธรรมอาจจะกำจัดให้สิ้นไปได้โดยการให้ศาลทบทวนดุลพินิจ ให้มากที่สุด ^๒

วิธีการทบทวน วิธีการทบทวนดุลพินิจนั้นมีหลายวิธีการด้วยกัน โดยแต่ละ วิธีนั้น ย่อมมีวัตถุประสงค์สำคัญในการควบคุมให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่าง เป็นธรรม และเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิของปัจเจกชน ^๓

^๑ Ibid., อ้างถึงที่มาใน 342 U.S. 882, 884 (1951)

^๒ รวงพล เจริญพันธ์, เรื่อง เคมี, หน้า ๑๘.

^๓ เรื่อง เคมี, หน้า ๑๖, ๑๗.

วิธีการควบคุมการใช้ดุลพินิจมีอยู่ด้วยกันหลายวิธี ซึ่งแต่ละวิธีนั้นย่อมมีความสำคัญของการใช้เหมาะสมกับประโยชน์ของแต่ละโอกาส ดังนี้คือ

๑. การร้องอุทธรณ์ฎีกายังศาลสูง การร้องคัดค้านการใช้ดุลพินิจหรือคำวินิจฉัยโดยวิธีการร้องอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลสูงนี้ เป็นวิธีการที่มีประวัติพื้นฐานและความเป็นมาที่เก่าแก่อย่างหนึ่ง โดยเปิดโอกาสหรือจำกัดบางโอกาสให้ร้องคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลล่าง

๒. กำหนดผู้ใช้อดุลพินิจมากมาย การทบทวนดุลพินิจนั้นมิใช่มีแต่เพียงการให้องค์กรอื่นนอกเหนือจากองค์กรผู้ใช้อดุลพินิจ เป็นผู้ทบทวน เท่านั้น แต่โดยแท้ที่จริงแล้ว การทบทวนหรือควบคุมการใช้ดุลพินิจ อาจมาจากในหมู่คณะขององค์กรที่ใช้อดุลพินิจนั่นเอง โดยการกำหนดให้้องค์คณะในการพิจารณาดุลพินิจจำนวนมากมาย เช่น การกำหนดให้คณะลูกขุน (jury) มีจำนวน ๑๒ นาย ย่อมมีผลดีกว่าลูกขุนนายเดียว เพราะสามารถควบคุมทบทวนซึ่งกันและกันในจุดอ่อน อารมณ์และแนวความคิดเห็น ผู้พิพากษาจำนวน ๕ นาย หรือ ๓ นายย่อมดีกว่าผู้พิพากษาเพียงนายเดียวก้วย เหตุผลเช่นเดียวกัน^๑ หากว่าบุคคลผู้เป็นองค์คณะเหล่านั้นมาจากสภาพแวดล้อม สภาพจิตใจ และตกอยู่ใต้อิทธิพลที่ต่าง ๆ เหตุผลในท่านองนี้เอง จึงเป็นพื้นฐานที่มาสำคัญของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ที่ได้กำหนดองค์คณะของผู้พิพากษาไว้หลายนาย ส่วนอำนาจของผู้พิพากษานายเดียวที่จะมีไต่ถาม ก็ให้วินิจฉัยในเรื่องราวที่ไม่ค่อยสำคัญ และแม้จะกำหนดองค์คณะของผู้พิพากษาไว้แล้วก็ตาม กฎหมายก็ยังเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาอื่น ๆ นอกเหนือจากผู้ร่วมเป็นองค์คณะ เช่นหัวหน้าศาล อธิบดีผู้พิพากษา มีอำนาจลงนามในคำพิพากษานั้นด้วย^๒

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 143.

^๒

พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๑๐, ๑๓, ๒๖, ๒๗.

๓. โดยออมบุสมาน ออมบุสมาน (ombudsman) เป็นคณะกรรมการ
 ผู้มีอำนาจรับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนผู้ได้รับผลร้ายจากการปฏิบัติหน้าที่ของ
 พนักงานรัฐ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือการงดเว้น (action or inaction) มีอำนาจใน
 การสืบสวนค้นหาข้อเท็จจริง และวิจารณ์ อำนาจของออมบุสมานนี้จะมีขึ้นได้เมื่อมีการ
 ร้องเรียนเกิดขึ้นแล้ว หากมีอำนาจที่จะพิจารณาสืบหาความยุติธรรมโดยตนเอง โดย
 ตรงไม่ องค์กรทบทวนการไร้ดุลพินิจ เช่นนี้ มีใช้มากในกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย และ
 นิวซีแลนด์ สำหรับประเทศไทย ใ้รับอิทธิพลทำให้มีการตั้งออมบุสมานในปี ค.ศ.
 ๑๙๖๖ นี้เอง ^๑

การใช้ออมบุสมานคอยควบคุมและทบทวนการไร้ดุลพินิจนี้ ได้แพร่หลายไปยัง
 นานาประเทศ เพราะเหตุที่ช่วยลดในการควบคุมและทบทวนการไร้ดุลพินิจของพนักงาน
 รัฐได้เป็นอย่างดี และแม้กระทั่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ความคิดที่จะมีออมบุสมาน
 ไว้คอยควบคุมการไร้ดุลพินิจได้เริ่มมีอิทธิพลมากขึ้น จนกระทั่งรัฐสภายุโรปและหลาย ๆ เมือง
 ได้ยอมรับหลักการนี้ไว้ใช้ด้วย ^๒ สำหรับในประเทศไทย การที่จะควรมีออมบุสมาน
 หรือไมก็ได้ เคยเป็นที่ถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์โดยเหล่าผู้ทรงคุณวุฒิในสภามาแล้ว เมื่อ
 มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗ ว่าด้วยเรื่องศาลปกครอง

๔. กำหนดองค์กรขึ้นพิจารณา ในการไร้ดุลพินิจของแต่ละสถาบันของ
 องค์กรรัฐ ย่อมต้องมีพื้นฐานและกฎเกณฑ์ของแต่ละประเด็นแตกต่างกันไป ฉะนั้น จึง
 มีความจำเป็นที่จะต้องไขว่คว้าหาบุคคลที่มีความรอบรู้ เฉพาะเรื่อง เข้าทำการทบทวนการไร้
 ดุลพินิจ การก่อตั้งองค์กรขึ้นพิจารณการไร้ดุลพินิจในเรื่องใดโดยเฉพาะจึงมีความ
 จำเป็นอีกทั้งสัมพันธ์ เหตุผลในทฤษฎีสมาพันธ์ (the theory of reconciliation)^๓

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 150.

^๒ Ibid.

^๓ รุ่งพล เจริญพันธ์, เรื่องเกม, หน้า ๑๘.

ที่เห็นความจำเป็นในการให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจของพนักงานรัฐ แต่ในขณะเดียวกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงจำต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ เช่นนี้

การกำหนดองค์กฏขึ้นพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจ เฉพาะ เรื่องที่มีการใช้แพรวหลายมากที่สุดก็คือ ศาลปกครอง ซึ่งหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ก่อตั้งขึ้น เช่นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลไว้ ในมาตรา ๔๕ แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้จัดแยกศาลสูงสุดพิเศษ (Federal Supreme Court) ไว้โดยให้อำนาจในการพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองของเยอรมันมีด้วยกัน ๓ ระดับ โดยมีศาลสูงสุดพิเศษอยู่ที่นคร Berlin รองลงมา เป็น Court of Appeal และ Administrative Trial Court ซึ่งเป็นศาลของรัฐ^๑

วิธีการทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจเหล่านี้ เป็นวิธีที่มีการใช้แพร่หลายในปัจจุบัน ซึ่งนอกเหนือจากวิธีการเหล่านี้ก็ยังมีวิธีอื่น ๆ อยู่อีก เช่น การควบคุมโดยสภาหรือการที่สภากำหนดให้องค์กรใดหนึ่งมีหน้าที่พิจารณาทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจแทนโดยเฉพาะ^๒ แต่ไม่ว่าจะเป็นวิธีในการควบคุมทบทวนเช่นใดก็ตาม หากเป็นการกระทำโดยชอบด้วยเหตุผล และชอบด้วยหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดุลพินิจแล้ว สามารถกำจัดความอยุติธรรมที่มาจากการใช้อำนาจดุลพินิจได้

และการมีองค์กรที่คอยทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจ เช่นนี้เอง ทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจเป็น ดุลพินิจยุติธรรม อันจะยังประโยชน์และความยุติธรรมให้แก่ประชาชนอย่างเต็มที่

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๖.

^๒ ดูรายละเอียดใน K.C. Davis, op.cit., pp. 146 - 150.

คุณพินิจขั้นต้นในการลงโทษของศาล

ในการพิจารณาวินิจฉัยลงโทษจำเลยนั้น ความสำคัญประการแรกก็คือ การวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ว่าการกระทำของจำเลยนั้นจะมีลักษณะการกระทำ เป็นประการใด มีข้อเท็จจริงแห่งการกระทำเช่นใด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕๘ (๕) บัญญัติว่า

"การกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำผิด ข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับ เวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้น ๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของ ที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควร เท่าที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ก็..."

ความในมาตรา ๑๕๘ นี้ เป็นจุดเริ่มแรกแห่งการนำคดีอาญาขึ้นสู่ศาล โดยเป็นการบรรยายฟ้องคดีอาญา จะเห็นได้ว่าในคำฟ้องนั้นสิ่งสำคัญที่สุด ซึ่งจะต้อง เสนอต่อศาลก็คือ ข้อเท็จจริงแห่งการกระทำของจำเลย รวมทั้งพฤติการณ์แวดล้อม ของการกระทำต่าง ๆ นั้นเอง เมื่อฟ้องคดีอาญาสู่ศาลแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็คือการที่ ศาลจะต้องค้นหาข้อเท็จจริงตามที่โจทก์ได้กล่าวไว้ในฟ้องว่าจะ เป็นดังที่โจทก์ได้กล่าว อ้างหรือไม่ สิ่งที่ต้องนำมากล่าวอ้างหรือหักล้าง เหตุผลในชั้นพิจารณาคดีของศาลนี้เอง คือสิ่งที่เรียกว่า "พยานหลักฐานในคดี" และการที่ศาลจะ เชื่อหรือไม่ว่าพยานหลักฐาน ในคดีที่น่าสืบมานั้น เป็นความจริงที่ควรฟังได้เพียงใด เป็นปัญหาข้อเท็จจริง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๘/๒๕๓๕)

เพราะเหตุที่ข้อเท็จจริงมีความสำคัญดังนี้เอง จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้อง ทำความเข้าใจกับความหมายของคำว่า "ข้อเท็จจริง" เพราะถ้อยคำคำนี้เป็นศัพท์ที่ใช้ แพร่หลายโดยเฉพาะในวงการกฎหมาย แต่กระนั้นก็เป็นคำที่เข้าใจง่าย เพราะมี

ความชัดเจนอยู่ในตัว โดยเอาคำสามัญสองคำมารวมกัน คือเท็จ คำหนึ่งกับจริงอีกคำหนึ่ง คำสองคำนั้นในทางสามัญไม่มีการใช้ร่วมกัน แยกกันใช้คนละทีเพราะมีความหมายตรงกันข้าม คือคำว่า "เท็จ" มีความหมายว่าเป็นของไม่แท้ เป็นของโกหก แต่คำว่า "จริง" มีความหมายว่าเป็นของแท้ ไม่ใช่โกหก ถ้าจะใช้ในลักษณะคำถามก็ต้องเติมคำว่า หรือไว้กลาง เช่นเท็จหรือจริง จริงหรือเท็จ ส่วนในทางการพิจารณาอรรถคดีมีความจำเป็นโดยแท้ ที่จะต้องใช้อยู่เสมอในระหว่างพิจารณาคดี เพราะเป็นเวลาที่ยังมีไต่สวนวินิจฉัยชี้ขาดว่า เป็นจริงหรือเป็นเท็จ เป็นเวลาที่ยังหุ้มเถียงกันอยู่ เป็นเวลาที่ยังมีปัญหาอยู่ว่า เป็นความจริงหรือความเท็จ ซึ่งอยู่ในระหว่างเวลาที่ เป็นลักษณะคำถาม เพราะฉะนั้น จึงต้องมีศัพท์ที่ใช้โดยเฉพาะ ให้เรียกรวมกันไปก่อนว่า ข้อเท็จจริง จนกว่าจะถึงเวลาตัดสินชี้ขาด จึงจะแยกเท็จกับจริงออกจากกันได้^๑

การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีคดีลงไปยังอย่างไร ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ ๒ ประการคือ ข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงสำหรับข้อกฎหมาย ศาลสามารถพิจารณาได้โดยตรง โดยตรวจค้นจากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่รัฐได้บัญญัติตราขึ้นไว้ ส่วนข้อเท็จจริงนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๗ บัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ขาดนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่า จำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย"

^๑ หลวงสถิตยุทธชำนานู, วิชาข้อเท็จจริง พิมพ์ครั้งที่ ๔ (ธนบุรี : โรงพิมพ์ประยูรวงศ์, ๒๕๐๕), หน้า ๔ - ๕.

หลักในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง เพื่อประกอบในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษนั้น มาตรา ๒๒๗ วางหลักเกณฑ์ไว้เป็นแนวทางแต่เพียงว่า ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนัก พยาน และ

หากแน่ใจว่ามีกรกระทำผิดโดยจำเลยนั้น ให้ศาลลงโทษได้

หากมีความสงสัยว่าจำเลยจะกระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แก่จำเลย

แนวทางของการที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา ๒๒๗ นี้ เป็นแนวทาง ที่กว้างขวางมาก เพราะการจะใช้ดุลพินิจว่าอย่างไรจึงจะแน่ใจว่าเป็นการกระทำ ความผิดนั้น พื้นฐานความเข้าใจหรือแน่ใจ ความหนักแน่น ความละเอียดรอบคอบ ของผู้พิพากษาแต่ละนายมีไม่เหมือนกัน ฉะนั้น จึงปรากฏในความเป็นจริงอยู่เสมอว่า คดีอย่างเดียวกันศาลใช้ดุลพินิจไม่เหมือนกัน

แม้ว่าบทบัญญัติในมาตรา ๒๒๗ จะบัญญัติไว้ให้ศาลมีแนวทางในการใช้ ดุลพินิจในการพิจารณาอย่างกว้างขวางก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจของศาลนั้นก็ยังคง ต้องกระทำไปตามหลักพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยาน จะใช้อำนาจของตนเพื่อกำหนด ดุลพินิจอย่างเสรีก็ตาม ไม่ ค้ำยเหตุนี้เอง สิ่งที่อยู่เบื้องหลังการใช้ดุลพินิจของศาล ในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงก็คือ หลักกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งมีหลักช่วยพิจารณา ที่สำคัญ ๒ ประการคือ

๑. ประเภทพยาน การแบ่งประเภทของพยานนั้น มีหลายประการ ค้ำยกัน ตามวัตถุประสงค์แห่งการใช้ เช่นอาจแบ่งออกเป็นพยานบุคคล พยาน เอกสาร พยานวัตถุ แต่สำหรับการพิจารณาประเภทของพยานในที่นี้จะพิจารณา เฉพาะ ประเภทพยานที่เป็นสิ่งช่วยดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานเท่านั้น ซึ่งมี ดังนี้คือ

๑.๑ พยานชั้นหนึ่งและพยานชั้นสอง การแบ่ง เรียกพยานชั้นหนึ่ง และพยานชั้นสองนี้ เป็นการแบ่งตามหลักที่ว่า "กฎแห่งพยานที่ดีที่สุด (Best evidence rule.)" ซึ่งเป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษประมาณ ค.ศ. ๑๗๐๐ คือ ฎีกาจะต้องนำพยานที่ดีที่สุดมาพิสูจน์ โดยหลักที่จริง เป็นเหตุให้ศาลไม่ยอมรับฟังคำ พยานบอกเล่า พยานชั้นสอง หรือพยานแวดล้อมถ้าพยานโดยตรงยังมีอยู่ แต่หลักการ นี้ได้อนคลายลงในประมาณ ค.ศ. ๑๘๐๐^๑ โดยยอมรับฟังพยานชั้นสองได้ แต่การรับฟังพยานชั้นสองนี้ ย่อมมีน้ำหนักให้เชื่อฟังน้อยกว่า^๒ เช่น การที่ หนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่งลงข่าวตำหนิการดำเนินการค้าของโจทก์ เป็นเหตุให้คนไม่เข้าร้าน ถ้าโจทก์จะสืบเพียงแต่ว่า ตามบัญชีการเงินของโจทก์ การขายคดค่าไปมาก ย่อมจะ สู้อเอาตัวลูกคามาสืบ เหตุที่หยุดการซื้อไม่ได้^๓

ควยเหตุผลดังกล่าวนี้ ย่อมถือเป็นหลักในการช่วยกำหนดดุลพินิจในการ ชั่งน้ำหนักแห่งพยานหลักฐานได้ว่า ในกรณีใดก็ตามถ้ามีพยานที่ใกล้ชิดกับ เหตุการณ์ โดยตรง ย่อมมีน้ำหนักควร เชื่อถือมากกว่าการรับฟังพยานที่ห่างไกลกับ เหตุการณ์ เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๐๘/๒๕๕๕ เด็กหญิงอายุ ๕ ขวบมา เป็นพยานชั้นศาล แต่ ตกประหลาดไม่กล้า เบิกความ หมกหนทางที่ศาลจะสืบ เด็กนั้น ศาลรับฟังคำให้การ

^๑ไอสลด โกลดิน, กฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ-มหานคร : โรงพิมพ์ไทยเชชม, ๒๕๑๗), หน้า ๗๓.

^๒ประมูล สุวรรณศรี, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพฯ-มหานคร: โรงพิมพ์กรุงชน, ๒๕๑๗), หน้า ๑๒.

^๓ไอสลด โกลดิน, เรื่องเดิม, หน้า ๗๔.

ของ เด็กในชั้นสอบสวนได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๕๕ ส่วนจะ เชื่อฟัง เพียงใ้คนั้น แล้วแต่ดุลพินิจของศาล

ตัวอย่างของพยานชั้นหนึ่งที่มีน้ำหนักมากกว่าพยานชั้นสองจนเห็นได้ชัด ได้ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๕/๒๕๐๓ ว่า "ในคดีหาว่าข่มขืนกระทำชำเรา โจทก์ไม่สามารถหาตัวผู้เสียหายและมารดา มาเบิกความ คงมีแต่คำให้การผู้เสียหาย และมารดาในชั้นสอบสวน ซึ่งให้การไว้ว่า จำเลยกับพวกได้ร่วมกันฉุดคร่าผู้เสียหาย ไป และผู้เสียหายให้การด้วยว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยมีพนักงานสอบสวน เบิกความประกอบ กับมีผู้ใหญ่บ้าน เบิกความว่า มารดาผู้เสียหายได้แจ้งความ ในคืนวันเกิด เหตุว่าจำเลยกับพวกได้ฉุดคร่าผู้เสียหายไป ดังนี้ ศาลยังรับฟังลงโทษ จำเลยไม่ได้ เหตุผลตามคำพิพากษาฎีกานี้ ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๐๔/๒๕๑๒ วินิจฉัยตาม

๑.๒ พยานโดยตรงและพยานเหตุผลหรือพยานแวดล้อมกรณี พยาน โดยตรงคือพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งทูลเถียงกันโดยตรง อันสามารถบ่ง ระบุว่าข้อเท็จจริง เช่นว่านั้นได้มีอยู่ โดยไม่ต้องไปค้นหา เหตุผลสันนิษฐานอย่างใดต่อไป อีก เช่น ในกรณีที่ ก. ทำร้าย ข. ผู้ที่เห็นเหตุการณ์ในขณะที ก. กำลังทำร้าย ข. อยู่ นั้น เป็นพยานโดยตรง ส่วนผู้ที่ได้เห็น ก. วิ่งมา โดยมีร่างกายเปื้อนมีอาดูช เปราะอะเปื้อนโลหิตย่อม เป็นพยานเหตุผลหรือพยานแวดล้อมกรณีตั้งนั้น พยานแวดล้อมกรณี จึงหมายถึงพยานซึ่งแสดงข้อเท็จจริง อันอาจทำให้ศาลพึงอนุมานหรือสันนิษฐานถึง ข้อเท็จจริงในประเด็นได้

กล่าวไปแล้วพยานแวดล้อมกรณีนี้มีความสำคัญยิ่ง โดยเฉพาะการพิจารณา ประกอบว่าพยานโดยตรงนั้นควร เชื่อถือได้เพียงใด เช่นในคดี เรื่องผู้ร้ายย่อง เขา

เข้ามาลักทรัพย์ในห้องนอนของเจ้าทรัพย์ เจ้าทรัพย์ยืนยันว่าจำหน้าจำเลยได้ เพราะแสงไฟฟ้าในบ้านซึ่งเจ้าทรัพย์เปิดในขณะที่รู้สึกตัวตื่นขึ้น แต่มีพยานแวดล้อมกรณีชุดหนึ่ง ได้ความว่า ในคืนเกิดเหตุนั้น ไฟฟ้าของโรงไฟฟ้าเสีย ไม่มีกระแสไฟตลอดคืน เช่นนี้ ก็ยอมทำลายน้ำหนักของพยานโดยตรงให้หมดไป^๑

ความสำคัญของพยานแวดล้อมกรณี นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีความสำคัญในกรณีที่ไม่อาจหาพยานโดยตรงมาอ้างศาลได้ ศาลก็ยอมรับฟังความตามที่ปรากฏของพยานแวดล้อมกรณีได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕/๒๕๔๘ จำเลยต้องหาว่าลักเหล็กแหวนรถไฟโดยใช้กำลังหักไปจากรถ มีพยานเบิกความว่า เหล็กนั้นโยกหักได้ และมีพยานได้ยินเสียงดังปัง แล้วก็เห็นจำเลยถือเหล็กนั้นไปจากรถ ทั้งนี้ จึงลงโทษจำเลยฐานลักเหล็กนั้นได้

๑.๓ พยานโดยตรงและพยานบอกเล่า พยานโดยตรงนั้นเป็นที่ทราบมาจากข้อ ๑.๒ แล้วก็คือพยานที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงนั้นจากโสตประสาของเขาเอง เช่นได้ยินมาเอง หรือได้เห็นมาเอง ส่วนพยานบอกเล่านั้น เป็นพยานซึ่งเพียงแต่ได้ทราบข้อเท็จจริงมาจากผู้อื่นที่เขา เล่าถึงข้อเท็จจริงนั้นมาอีกทอดหนึ่ง หรือหลายทอด^๒

เกี่ยวกับคำพยานบอกเล่านี้ ได้ถือ เป็นหลักมาโดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบลูกขุน (Jury) ว่าไม่ควรรับฟัง^๓ สำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทยนั้น

^๑ โอสถ โกสิน, เรื่องเดิม, หน้า ๗๕.

^๒ ประมุข สุวรรณศรี, เรื่องเดิม, หน้า ๑๔.

^๓ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

ก็เช่นกัน ถือว่าคำพยานบอกเล่า เป็นคำที่ไม่ควรรับฟัง แต่มีความเคร่งครัดน้อยกว่า ประเทศที่ใช้ลูกขุน เพราะระบบการศาลไทยนั้น ไม่มีการใช้ลูกขุน ผู้พิพากษา เป็นผู้ คัดเลือกชี้ขาดทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง การให้อ่านศาลใช้ดุลพินิจ ว่าพยานบอกเล่าปากใดควรรับฟังหรือไม่รับฟัง หรือ เมื่อรับฟังแล้วมีน้ำหนัก เพียงใดย่อมอำนวยความสะดวกกรรมในเชิงคดีได้เต็มที่^๑ ถึงกระนั้นก็ตาม คำพยานบอกเล่าก็ยังมีน้ำหนักเบา และไม่ควรรับฟังอยู่นั่นเอง ทั้งนี้เพราะ

ก. ผู้ที่ให้ข้อเท็จจริงมากับพยานที่มา เบิกความนั้น มิได้สาบานตัวต่อศาล แม้ว่าพยานซึ่ง เป็นพยานบอกเล่าจะต้องสาบานตัวก็ดี แต่เมื่อผู้อ้างว่า ข้อเท็จจริงไม่ได้สาบานแล้ว ผลก็เท่ากับว่าการกล่าวถึงข้อเท็จจริงนั้น กล่าวกันโดยมิได้สาบาน^๒

ข. ผู้ที่ให้ข้อเท็จจริงแก่พยานบอกเล่าไม่มีทางจะถูกคุกคามอีกฝ่ายหนึ่งถามค้านได้ จึงเป็นการยากที่จะเชื่อถือ เพราะเท่ากับปล่อยให้ทุกข้างเดียว^๓ การให้โอกาสสู่ความฝ่ายตรงข้ามได้ตามค่านี เรียกว่า เป็นสิทธิอันสำคัญที่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้กำหนดไว้ จนเรียกได้ว่าเป็น "right to confrontation"^๔

ค. เป็นการขัดกับหลักในเรื่องที่ว่า ศาลจะต้องฟังแต่พยานที่ดีที่สุด (Best evidence rule) ฉะนั้น จึงควรให้พยานที่เป็นต้นตอมาให้การ ไม่ใช่ฟังจากคำพยานบอกเล่าอีกต่อหนึ่ง^๕

^๑ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล," วารสารกฎหมาย ปีที่ ๓, ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๗.

^๒ โอสถ โกสิน, เรื่องเดิม, หน้า ๗๖.

^๓ เรื่องเดิม, หน้า เดิม.

^๔ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๘.

^๕ โอสถ โกสิน, เรื่องเดิม, หน้า เดิม.

ง. คำพยานบอกเล่าที่ทำให้การต่อศาลนี้ อาจหาความแน่นอนไม่ได้ เพราะพยานอาจจำข้อเท็จจริงที่ไต่ถามมากไม่หมด หรือจำผิดพลาด ได้ยินมาอย่างหนึ่ง แต่ให้การไปอีกอย่างหนึ่ง^๑ ซึ่งการรับฟังมาผิดพลาดนี้ จะเห็นตัวอย่างไต่อย่างเด่นชัดในการเล่น "พรายกระซิบ" เรื่องราวที่คนแรกกระซิบให้คนที่สองฟัง แล้วคนที่สองกระซิบต่อให้คนที่สามฟัง และกระซิบต่อ ๆ กันไปอีกสี่ห้าคน เรื่องที่คนสุดท้ายเล่าให้ฟังนั้น แตกต่างไปจากเรื่องของคนแรกเล่า เป็นคนละเรื่อง เสมอ ยิ่งเป็นเรื่องคอขาดบาดตายอย่างคดีความในศาลด้วยแล้ว ถ้ามีความผิดพลาดมาก เช่นนี้คู่ความจะได้รับความยุติธรรมได้อย่างไร อย่าวาแควว่า เลาคอ ๆ กันมาหลายทอดเลย แม้แค่ทอดเดียวก็จะรับฟังว่า เป็นจริงตามนั้นได้ยากแล้ว^๒

จากเหตุผลหลายประการนี้เอง จึงทำให้น้ำหนักของพยานบอกเล่ารับฟังได้น้อยมาก ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๕๒/๒๕๕๕ "คำให้การพยานชั้นสอบสวนเป็นพยานบอกเล่า เมื่อไม่ได้ตัวผู้ให้การมา เบิกความที่ศาล เพราะตายเสียก่อน ก็อาจใช้ได้ แต่มีน้ำหนักน้อย และใช้เป็นคำประกอบคำเบิกความของพยานอื่นได้" ในบางกรณีคำพยานบอกเล่าไม่อาจรับฟัง เป็นพยานในคดีได้เลย เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๕๕/๒๕๔๗ พยานเบิกความถึง เรื่องการกระทำผิดที่จำเลยคนหนึ่ง เล่าให้ฟังนั้น จะรับฟัง เพื่อประกอบการลงโทษจำเลยอื่นไม่ได้ เพราะเป็นพยานบอกเล่า^๓

^๑ เรื่อง เกม, หน้า เกม.

^๒ ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, เรื่อง เกม, หน้า ๗ - ๘.

^๓ เหตุที่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๕๕/๒๕๔๗ ไม่อาจรับฟังแม้จะเป็นการประกอบหลักฐานอื่นนั้น เพราะตกอยู่ที่หลักที่ว่า ห้ามศาลฟังคำที่จำเลยขัดทอดกันเอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๕/๒๕๓๕, ๖๕/๒๕๓๕, ๑๑๑๕/๒๕๔๐, ๕๔๔/๒๕๐๐, ๕๔๓/๒๕๐๘.

อย่างไรก็ดี คำพยานบอกเล่าซึ่งโดยปกติมีน้ำหนักน้อยนี้ ในบางกรณีมีความจำเป็นที่ศาลจะต้องรับฟัง เช่นกัน เพราะหากไม่รับฟังแล้วก็ไม่อาจจะหาหลักฐานจากพยานอื่นใดได้อีก เช่นคำบอกเล่าของผู้ใกล้ชิดตาย ในกรณีเช่นนี้ ผู้ถูกทำร้ายได้กล่าวถ้อยคำถึงพฤติการณ์ที่ถูกทำร้ายตลอดจนบอกชื่อของบุคคลที่ทำร้ายตนก่อนตายนั้น ถือว่าศาลจะต้องรับฟัง เช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๒/๒๕๐๑ ว่า

"คำที่ผู้ถูกยิงร้องบอกกล่าวขึ้นทันทีที่ไม่มีเวลาคิดไตร่ตรอง รับฟัง เป็นพยานได้ คำที่ผู้ถูกยิงบอกแก่มารดาอีก ๓ - ๔ คำ เป็นการยืนยันว่าที่ร้องบอกกล่าวนั้น ไม่ใช่การสงสัยคำที่ผู้ถูกยิงบอกกำนัน โดยรู้ตัวว่าใกล้ตายว่า จำเลยยิง รับฟังประกอบได้"

ซึ่งคำบอกกล่าวของบุคคลก่อนตายเช่นนี้ ศาลฎีกาถือ เป็นหลักไว้ว่าให้รับฟังได้

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๓/๒๔๘๒, ๖๘๓/๒๔๘๔, ๑๔๔๓/๒๕๑๔) แต่จะต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่า คำกล่าว เช่นนั้นผู้กล่าวรู้ว่าตนใกล้ตายจึงจะรับฟังได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๕/๒๔๙๕) ถ้า เป็นกรณีที่ผู้ตายกล่าวโดยไม่คิดว่าตนเองจะใกล้ตายนั้น ศาลฎีกาถือว่า เป็นคำพยานบอกเล่าที่รับฟังไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๕/๒๔๙๘, ๑๔๕๓/๒๔๙๙, ๑๗๒๔/๒๔๙๙)

แม้ศาลจะถือว่าคำพยานบอกเล่าในกรณีที่ผู้กล่าวใกล้จะตายนั้น เป็นคำที่รับฟังได้ก็ตาม แต่ก็หาใช่เป็นการรับฟังได้โดยลำพังของคำบอกเล่านั้นเอง แต่ศาลจะต้องพิจารณาพยานแวดล้อมอื่น ๆ ประกอบอีกด้วย จึงจะรับฟังคำพยานบอกเล่าก่อนตายนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๐/๒๕๑๕)

สำหรับคำพยานบอกเล่าในกรณีอื่น ๆ นอกจากคำบอกกล่าวของผู้ใกล้ตายที่ศาลจะพิจารณารับฟังนั้นก็ยังมีอยู่ แต่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างละเอียดว่า คำกล่าว เช่นนั้นมีลักษณะที่ควร เชื่อถือได้เพียงใด หากเป็นคำกล่าวที่ควร เชื่อถือได้แล้ว ศาลย่อมรับไว้เพื่อพิจารณาประกอบพยานอื่น ๆ ได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๘/๒๕๐๐ คำรวจ เบิกความว่าพอ เกิด เหตุแล้ว จำเลยออกมาจากที่เกิดเหตุมากรรม มีผู้ตามจำเลย

ตีความข้อนี้ก็ให้จับจำเลยว่าแห่งผู้ตาย คำของคำรวจน์นี้เป็นพยานชั้นหนึ่งไม่ใช่คำบอกเล่า แต่ถ้อยคำที่ผู้ตายจำเลยมาบอกคำรวจน์นั้น เป็นคำบอกเล่า แต่เป็นคำบอกเล่าในขณะ กระชั้นชิดทันที ซึ่งตามธรรมดาที่ยังไม่ทันจะมีช่องโอกาสคิดแก่งปรักปรำ ศาลรับฟัง ประกอบพหุติเหตุอื่น ๆ ลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนโดยเจตนาได้

๒. ประเพณีข้อเท็จจริง ตามกฎหมายไทยนั้น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพยาน หลักฐานที่เป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิด ได้มีบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๐๔ บัญญัติว่า "ให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบนั้นจะเกี่ยวกับ ประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟัง เป็นยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น"

ความตามมาตรา ๑๐๔ นี้ เป็นหลักที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดี อาญาด้วย โดยมีความที่น่าสนใจก็คือ การกำหนดให้ศาลพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่สืบพยานนั้น เป็นข้อเท็จจริงในประเด็นหรือไม่โดยยอมให้ เป็นอำนาจเต็มที่ของศาลพิเคราะห์แล้ว อำนาจศาลออกจะมากและกว้าง เกี่ยวกับการกำหนดว่าอะไรควรจะอยู่ในประเด็นหรือนอกประเด็น เพราะไม่มีกฎหมายที่ช่วยชี้กำหนดให้เลยว่า อย่างไร เป็นข้อเท็จจริง ในประเด็นหรือนอกประเด็น มีผู้เห็นว่า ^๒ "ผู้ร่างกฎหมายคงเห็นว่าการที่จะใส่ หลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานใครรับฟังได้ และรับฟังไม่ไถ่ลงไปในประมวลด้วยแล้ว จะเป็นเรื่องออกกฎหมายไปบังคับศาล มีซึ่งบังคับประชาชน" ฟังแล้วย่อมรู้สึกผิดปกติ เพราะความเห็นเช่นนั้นคล้ายกับจะยอมให้ศาลอยู่เหนือกฎหมาย

อะไรควรจะเป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็นที่ศาลไม่ควรนำมารับฟังในการ พิจารณาบรรดาคดี เพื่อให้เข้าใจได้ง่ายว่าอะไร เป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็นนั้น ย่อม

^๑ โดยอาศัยอำนาจมาตรา ๑๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

^๒ ประมุข สุวรรณศรี, เรื่องเดิม, หน้า ๖๕.

ต้องพิจารณาเสียก่อนว่า อะไร เป็นข้อเท็จจริงในประเด็นที่ศาลจะรับฟังได้ และ เมื่อเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในประเด็นแล้ว การที่จะเข้าใจว่าอะไร เป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็น ย่อมเป็นสิ่งที่กระทำโดยง่าย กล่าวคือ ก็ เป็นข้อเท็จจริงที่มีข้อเท็จจริงในประเด็นนั่นเอง

ที่เรียกว่าข้อเท็จจริงในประเด็นนั้น หมายถึงข้อเท็จจริง ๒ ประเภทด้วยกัน คือ ข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง และข้อเท็จจริงอันมา เกี่ยวพันกับประเด็น

๒.๑ ข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง หมายถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความโต้เถียงกันอัน เป็นเหตุให้สืบพยาน ทั้งนี้ต้องพิเคราะห์คำฟ้องของโจทก์และคำให้การของจำเลยด้วย แต่คำพิพากษาให้การของจำเลยในคดีอาญาไม่ถือเป็นสิ่งที่จะกำหนดประเด็นได้ เพราะจำเลยจะให้การหรือไม่ให้การ หรือให้การและจะเปลี่ยนแปลงเสียก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๗/๒๕๔๔) แต่หลักสำคัญที่ถือว่า เป็นข้อเท็จจริงโดยตรงก็คือ ข้อเท็จจริงที่น่าจะพิสูจน์ได้ว่า จำเลยผิดหรือบริสุทธิ์เป็นสำคัญ ทั้งนี้ควรพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบความเข้าใจบาง เรื่องคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๓๔/๒๕๕๓ การฟ้องในความผิดฐานฉ้อโกงนั้น ถ้าไม่บรรยายฟ้องว่าผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว อัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๖/๒๕๕๓ ฟ้องว่าจำเลยเล่นการพนันกึ่งปลาท่านอง ไปนั้นจะลงโทษฐานเล่นการพนันอย่างอื่นที่ไม่ระบุชื่อในกฎกระทรวงไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๕/๒๕๕๓ โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยทำร้ายร่างกายโดยตีศีรษะแก่ชวา ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยตีศีรษะแก่ชวาครั้งนี้ ไม่ใช่แตกต่างในสาระสำคัญอันจะเป็นเหตุให้ยกฟ้อง

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๓-๔/๒๕๕๗ จะเห็นว่า ข้อเท็จจริงในประเด็น
ของคดีนี้ นอกจากจะอยู่ที่ว่า จำเลยกระทำผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ ยังมีประเด็นข้อ
ขึ้นมาก่อประการคือ โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๖/๒๕๕๗
นั้น ประเด็นโดยตรงอยู่ที่ว่า จำเลยเล่นการพนันกึ่งปลาท่านองโปป็นหรือไม่ การที่
ศาลจะไปลงโทษจำเลยฐานเล่นการพนันชนิดอื่นนั้น ถือว่าผิดประเด็น ส่วนคำพิพากษา
ฎีกาที่ ๑๖๕๕/๒๕๕๗ เป็นตัวอย่างที่ชี้ของคำว่าข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง เพราะ
คดีนี้ประเด็นอยู่ที่ว่า จำเลยทำร้ายผู้เสียหายจริงหรือไม่ ส่วนข้อผิดพลาตเล็กน้อยนั้น
หาใช่ความสำคัญไม่ ซึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๐/๒๕๕๕ ก็เช่นเดียวกัน.

๒.๒ ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวข้องกับประเด็น กล่าวไปแล้วข้อเท็จจริง
อันเกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ มีข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง แต่มีความสำคัญที่ศาล
จะต้องรับฟัง เช่นกัน เพราะจะเป็นข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงใน
ประเด็นได้ หรือเป็นข้อเท็จจริงที่จะทำให้ศาลใช้ดุลพินิจหา เหตุผลที่จะอนุมานหรือฟัง
ข้อเท็จจริงในประเด็นได้ กล่าวไปแล้วข้อเท็จจริงอันเกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ถึงต่อไป
คือ

(๑) ข้อเท็จจริงที่มีมาก่อนหรือหลังข้อเท็จจริงแห่งประเด็น
ข้อเท็จจริง เช่นนี้ อาจมีพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงบางอย่างช่วยชี้ให้ข้อเท็จจริงใน
ประเด็นแจ่มชัดขึ้น เช่นในคดีที่จำเลยเอาปืนมายิงเพื่อนตาย ถ้าในระยะกระชั้นชิด
กับเวลาเกิดเหตุ จำเลยแสดงความอาฆาตมาดร้ายแก่ผู้ตายด้วยการคำ เสียดก่อน
คำพูดนี้ เป็นข้อเท็จจริงที่มีมาก่อน อันจะประกอบให้เห็นได้ว่าจำเลยฆ่าคนตายโดย
เจตนาก็ได้^๑ หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๕๕/๒๕๒๒ ยิ่งผู้เสียหายโดยมีสาเหตุ
กล่าวคำอาฆาตไว้ก่อน ศาลฎีกาถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ในการนี้กลับกัน การที่จำเลยฆ่าหรือทำร้ายผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏสาเหตุหรือมีข้อเท็จจริง เช่นนี้มาก่อนเลย ย่อมนำมาประกอบให้เห็นว่าจำเลยไม่มีเจตนาฆ่าได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๗๕/๒๕๐๐, ๒๐๕/๒๕๑๐, ๑๐๔๘/๒๕๑๒) ซึ่งข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๕/๒๕๑๐ มีว่า "จำเลยและผู้เสียหายวิวาทกันด้วยเรื่องพุดผัดหูกันเพียงเล็กน้อยโดยไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกันมาก่อน ผู้เสียหายคือศิษย์จำเลย ๑ ที่ จำเลยใช้มีดปลายแหลมยาวทั้งค้ำมทั้งตัวประมาณ ๑ คืบ แหว่งไป ๑ ที่ ผู้เสียหายคือจำเลยก็แหว่งไปอีก ๑ ที่ ทั้งนี้เห็นได้ว่า จำเลยได้แทงผู้เสียหายในขณะที่ถูกศิษย์จำเลย ยอมยอมมีนงอยู่ และขณะนั้นก็มีแสงไฟมุกขมัวไม่เห็นกันถนัด ไม่มีโอกาสที่จำเลยจะตั้งใจเลือกหรือกำหนดได้ว่า จะแหว่งไปให้ถูกบริเวณไหนของร่างกายได้ ทั้งเมื่อผู้เสียหายร้องขึ้นว่าถูกจำเลยแทง จำเลยก็ทิ้งมีดหนีไปโดยไม่ได้ทำร้ายซ้ำเติมอีก เช่นนี้ ยังไม่พอพียงว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย" ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ นอกจากจะไม่มีข้อเท็จจริงที่มีมาก่อนอันจะประกอบให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าแล้ว ยังมีข้อเท็จจริงที่เกิดภายหลัง เป็นเครื่องสนับสนุนว่าจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่าอีกคือ "จำเลยก็ทิ้งมีดหนีไปโดยไม่ได้ทำร้ายซ้ำเติมอีก"

(๒) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโอกาสในการกระทำความผิด ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโอกาสในการกระทำความผิดนี้ จะเป็นเครื่องช่วยเสริมข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรงได้เป็นอย่างดีว่า ในภาวะเช่นนั้น จำเลยจะมีโอกาสกระทำความผิดได้หรือไม่ ถ้ามี เมื่อศาลพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นอันพอเพียงแล้ว ก็ย่อมมาพิจารณาได้ว่า จำเลยกระทำความผิด แต่ถ้าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโอกาสนั้นชี้ให้เห็นว่าจำเลยไม่มีโอกาสในการกระทำความผิดเลย ก็ย่อมช่วยให้ศาลพิจารณาได้ว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๘/๒๕๐๐ ข้อเท็จจริงไต่ความว่าจำเลยเป็นผู้นำเงินหลายแสนบาทไปชำระค่าภาษีขา เข้าของสินค้า ซึ่งตั้งเข้ามาและได้รับสินค้าออกมาแล้ว ต่อมาความปรากฏว่า เงินภาษีนั้นมิได้เข้าบัญชีของกรมศุลกากร จึงเกิดตรวจค้นกันขึ้น

ได้ความว่าบรรดาไบเสร์รับเงินและเอกสารในการตรวจปล่อยสินค้า เป็นเอกสารปลอม จำเลยจึงถูกฟ้องฐานยักยอกเงินและใช้เอกสารปลอม ศาลอุทธรณ์ฟังว่าไบเสร์รับเงินค่าอากร เป็นหลักฐานในเบื้องต้นว่า ได้มีการชำระค่าอากรแล้ว และไบเสร์จนีอยู่ในความอารักขาของเจ้าหน้าที่ จำเลยหรือบุคคลภายนอกไม่มีช่องทางที่จะหยิบฉวยเอามาได้ ฯลฯ จึงทำให้มีช่องทางสงสัยได้ว่าจำเลยอาจชำระอากรให้แล้ว แต่เกิดมีการทุจริตขึ้นภายในงานงายกยอกเงินไว้เป็นประโยชน์เสีย แล้วทำเอกสารถึงกล่าว แล้วปลอมขึ้นมอบให้ผู้นับใบรับสินค้าและผู้ชำระเงิน ซึ่งผู้นับใบไม่มีโอกาสจะรู้ได้ จึงพิพากษายกฟ้อง และศาลฎีกาพิพากษายืน

(๓) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนา คดีแทบทุกคดีความสุจริต ไม่สุจริตของคู่ความยอม เป็นประเด็นในการวินิจฉัยอยู่เสมอ^๑ โดยเฉพาะในคดีอาญามีหลักสำคัญตามมาตรา ๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำโดยเจตนา

หากจะกล่าวไปแล้ว เรื่องของเจตนา เป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำ ฉะนั้น ศาลจะถือสิ่งใดเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาได้ ปัญหา เช่นนี้ยอมต้องเป็นไปตามหลักสุภาษิตลาตินที่ว่า "Acta aetiora indicate interiora secreta." ซึ่งหมายความว่า "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" (Act indicate intention) นั้นเอง

สิ่งที่เป็นปัญหาสำคัญในเรื่องเจตนา นี้ มักจะโต้แย้งเจตนาพิเศษ โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องเจตนาฆ่า ตามมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปัญหาที่ศาลจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาฆ่าจึง เป็นเรื่องที่สำคัญควรแก่การพิจารณาถึง

^๑ ประมุข สุวรรณศรี, เรื่องเกม, หน้า ๒๘.

ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งจะ
เป็นเครื่องชี้เจตนาไว้พอเป็นแนวทางดังนี้คือ

๑) พิจารณาความสำคัญของอาชุร หากอาชุรที่ใช้นั้นมีความ
ร้ายแรง เช่น เป็น ระเบิดแล้ว เป็นข้อเท็จจริงที่ถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า (คำพิพากษา
ฎีกาที่ ๖๐๕/๒๕๐๐, ๖๐๐/๒๕๐๒, ๓๖/๒๕๐๓; ๑๓๘๓/๒๕๐๓, ๑๔๐๑/๒๕๑๒,
๑๕๓๑/๒๕๑๒, ๑๗๒๕/๒๕๑๒, ๑๔๔๔/๒๕๑๓) แต่ถาอาชุรนั้นไม่ร้ายแรง เช่นขวาน
เล็ก ๆ ถือว่าจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่า (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๗/๒๕๐๐)

๒) พิจารณาสาเหตุโกรธ เคืองกันมากอน หากเป็นกรณีที่ไม่มี
สาเหตุโกรธ เคืองกันมากอน ยอมรับมาพิจารณาประกอบได้ว่าจำเลยไม่มีเจตนาฆ่า
(คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๗๕/๒๕๐๐, ๒๐๕/๒๕๑๐, ๑๐๔๔/๒๕๑๒, ๖๕๕/๒๕๑๗)

๓) พิจารณาพฤติการณ์ว่ายุติ เป็นเช่นใด ในข้อนี้หมายถึงการ
พิจารณาถึงข้อเท็จจริงแห่งการกระทำของจำเลยว่า การที่จำเลยแสดงออกเช่นนั้น
มีความหมายยุติแล้วว่า เป็นเจตนาฆ่า หรือยังจะมีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ หาก
พฤติการณ์ของจำเลยอาจทำให้เข้าใจ เป็นอื่นได้แล้ว ยังไม่ถึงว่าจำเลยมีเจตนา เช่น
จำเลยชักปืนขึ้นมาจ้องทางผู้เสียหาย เช่นนี้พฤติการณ์ของจำเลยยังไม่ยุติในทางใด
แน่ชัด อาจ เป็นการจระฆ่า หรือขู่ก็ได้ เช่นนี้ถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่ายังไม่ได้ (คำ
พิพากษาฎีกาที่ ๑๖๔๗/๒๕๑๒, ๔๕๕/๒๕๑๓, ๑๓๒/๒๕๑๕)

๔) พิจารณาโอกาสเลือกทำ ในกรณีที่จำเลยกระทำกราด
ลงไปในภาวะที่ถูกละหุกคัมขัน ศาลฎีกาถือว่าแม้จะกระทำไปยังอวัยวะที่สำคัญของ
ร่างกายผู้เสียหาย ก็ยังถือว่ามิเจตนาฆ่าไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๐๕/๒๕๐๔,
๘๒๒/๒๕๑๐, ๑๐๔๔/๒๕๑๒) และในกรณีเดียวกัน หากจำเลยมีโอกาเลือกที่จะ
ทำร้ายในร่างกายนส่วนใดของผู้เสียหายก็ได้ แต่กลับกระทำไปยังอวัยวะที่ไม่สำคัญ
เช่น เลี้ยงยงที่ตาคุม ถือว่ามีเจตนาฆ่าไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๐๖/๒๕๐๑) และ
ในกรณีกลับกัน หากจำเลยอยู่ในภาวะที่มีโอกาสเลือกกระทำ เช่นผู้เสียหายหรือผู้ตาย
ล้มลง แล้วจำเลยเลือกฟันยังที่คอ ถือว่ามีเจตนาฆ่า (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๑๕/๒๕๐๑,

๖๕๕-๖๐/๒๕๐๓, ๓๖/๒๕๐๓, ๘๓๑/๒๕๑๑, ๑๐๔๘/๒๕๑๒, ๑๕๕๗/๒๕๑๒, ๑๕๐๓/๒๕๑๒,
๕๐๓/๒๕๑๓, ๔๓๕/๒๕๑๔, ๒๐๕๘/๒๕๑๔, ๑๒๒๔/๒๕๑๕, ๖๑๖/๒๕๑๖)

(๔) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความ
ประพฤตินี้ แบ่งออกพิจารณาตามฐานบุคคลในคดีได้ ๓ ประเภทคือ

๑) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลย โดยหลักแล้ว
ในคดีอาญานั้น การนำสืบถึงความประพฤติของจำเลยว่าจำเลย เป็นผู้ที่มีสันดานชั่วร้าย
ความประพฤติไม่คืบ เป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็นที่ไม่ให้นำสืบ เพราะไม่อาจอ้าง
พิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดในคดีที่ฟ้องหรือไม่^๑ แต่หากจำเลยจะขอสืบถึงข้อ
เท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยว่าเป็นคนดีแล้วยอมทำได้ เพราะตามหลัก
กฎหมายอาญานั้น ให้สิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยอย่างเต็มที่ และศาลเองก็เคยใช้
เหตุผลของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยเพื่อยกฟ้องมาแล้ว เช่น
ใน ค.ศ. ๑๘๐๐ เคยมีเรื่องเกิดขึ้นในอังกฤษ เหตุเกิดในระหว่างการเมืองงาน
ออกบ้านเพื่อเก็บเงินบำรุงการกุศล มีเสียงร้องเอะอะว่ามีคนลักทรัพย์ ในทันทีคนร้าย
ก็รีบเอากระเป๋าต๋างค์หย่อนลงไปในกระเป๋าพระองค์หนึ่ง ศาลยกเอาความประพฤติ
ดีของพระชั้นวินิจัย และยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่พระไป^๒

๒) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของโจทก์ เกี่ยวกับ
ความประพฤติของโจทก์นี้ ศาลจะต้องวินิจฉัยอย่างระมัดระวังจะควรมิให้มีการนำสืบหรือไม่
เพราะบางกรณีการขอให้นำสืบเช่นนั้น หรือข้อเท็จจริงเหล่านั้นอาจมิใช่เรื่องในประเด็น
เลย แต่บางกรณีก็อาจเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีได้ เช่นในกรณีที่จำเลย
อ้างว่าได้กระทำร้ายไป เพราะเป็นการป้องกัน ยอมจะนำสืบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับนิสัย

^๑ เรื่อง เดิม, หน้า ๗๐.

^๒ โอสถ โกสิน, เรื่อง เดิม, หน้า ๑๕๒.

ความประพฤติกของผู้ถูกทำร้ายว่าเป็นคนเกกมะเหรกเกเร เป็นอันขาดได้^๑

สำหรับในกรณีที่เป็นกรกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นการกระทำอนาจารหรือข่มขืนกระทำชำเรา หากจำเลยขอสืบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในความประพฤติกของผู้เสียหายหรือโจทก์ เช่นเป็นหญิงโสเภณี หรือเป็นคนที่มากินกามคุณแล้วศาลต้องพิจารณาให้แน่ชัดเสียก่อนว่า การขอสืบเช่นนั้น จะเป็นประโยชน์แก่คดีโดยตรงจึงจะอนุญาตให้สืบ เพราะข้อเท็จจริงเช่นนี้ เป็นการประจานตัวโจทก์หรือผู้เสียหายอยู่ในตัว เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๓/๒๕๗๕ คดีนี้จำเลยถูกฟ้องว่าจับนมโจทก์ต่อหน้าธารกำนัล จำเลยจะขอสืบว่า จำเลยเคยจับนมโจทก์เนื่อง ๆ และโจทก์เป็นหญิงโสเภณีมากี่หลายตัว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลมีอำนาจตัดสินลงโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องยอมให้จำเลยสืบในข้อนี้ เพราะข้อที่จำเลยขอสืบนั้น เป็นไปในทางมุ่งเพื่อประจานโจทก์ และถึงจะได้ความสมจริงจำเลยก็ไม่พ้นผิด เพราะการกระทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัลจะอ้างความยินยอมซึ่งเคยมาแต่ก่อนเพื่อให้พ้นผิดมิได้

ตามหลักพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานที่ได้กล่าวโดยสังเขปมานี้ เป็นสิ่ง^๑ที่แสดงถึงพื้นฐานหรือหลักเกณฑ์ที่อยู่เบื้องหลังการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาชั้นนำหน้าพยานหลักฐาน

แต่อย่างไรก็ดี พื้นฐานตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมานี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่มีใช้บังคับทำให้ศาลต้องปฏิบัติตามเสมอไป ดังนั้น การวินิจฉัยถึงพยานหลักฐานต่าง ๆ จึงยังคงเป็นดุลพินิจโดยแท้ของศาล ที่จะพิจารณาอย่างใดก็ได้ เช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๑-๔/๒๕๔๒ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ในการวินิจฉัยพยานหลักฐานนั้น ศาล

ทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจหยิบยกหลักฐานใดอื่นพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นได้
ไม่จำเป็นต้องหยิบยกมาทุกชั้นทุกอัน และการหยิบยกหรือไม่หยิบยกเช่นนี้ ไม่เป็นข้อ
กฎหมายประการใด"

ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับดุลพินิจในข้อเท็จจริง

แม้ว่าการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงของศาล จะมีหลัก
พื้นฐานช่วยในการใช้ดุลพินิจก็ตาม แต่เนื่องเพราะมาตรา ๒๒๗ แห่งประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีบัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั้นน้ำหนักพยาน
หลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลย
เป็นผู้กระทำความผิดนั้น..."ก็ตาม แต่เพราะการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชั้นน้ำหนัก
พยานนี้ เป็นอำนาจแท้จริงของศาลในการที่จะหยิบยกหลักฐานใดขึ้นมาวินิจฉัยก็ได้
ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๗-๕/๒๕๕๒ ทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลในการ
ชั้นน้ำหนักพยานอันเป็นปัญหาข้อเท็จจริงนี้ ยังไม่อยู่ในแบบแผนเดียวกัน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจ
พิจารณาของผู้พิพากษาแต่ละนายเป็นสำคัญ ตัวอย่างที่จะเห็นได้อย่างชัดเจนในการใช้
ดุลพินิจชั้นวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนี้ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๔๔/๒๕๑๓ "ผู้เสียหาย
กำลังเอาข้าวให้ เบ็ดकिन จำเลยทั้งสองกระโจนเข้าใช้เหล็กแหลมแทงถูกที่บริเวณ
ศีรษะ สะบัก หลัง และแขน รวม ๑๔ แผล แพทย์เห็นว่าต้องรักษาประมาณ ๑๕ วัน
ชนิดและขนาดของ เหล็กแหลมนั้นก็ไม่ได้ปรากฏชัด เพราะไม่ได้มา เป็นของกลาง ยังถือ
ไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า" จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ พิเคราะห์เฉพาะความสำคัญ
ของอาวุธร้ายแรงเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณากรรมอื่น ๆ ของจำเลยประกอบ เช่น
การกระทำในขณะที่มีโอกาสเลือกทำ และบริเวณอวัยวะที่สำคัญ ทั้งที่ได้มีแนววินิจฉัย
ของศาลฎีกาวางบันทัดฐานไว้แล้วว่า การเลือกทำเพราะมีโอกาส บริเวณแห่งอวัยวะ
ที่สำคัญ ลักษณะบาดแผลเหล่านี้ชี้ให้เห็นถึงเจตนาฆ่าทั้งสิ้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าอาวุธ
ที่ใช้จะร้ายแรงหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๑๕/๒๕๐๑, ๒๕๕-๖๐/๒๕๐๓, ๓๖/๒๕๐๓,
๔๒/๒๕๐๔, ๗๗๗/๒๕๐๕, ๑๒๕๑/๒๕๐๘, ๑๕/๒๕๑๘, ๔๑๕/๒๕๐๘, ๖๓๒/๒๕๐๘,

๓๕๕/๒๕๐๘, ๘๓๑/๒๕๑๑, ๑๐๘๘/๒๕๑๒, ๑๔๘๗/๒๕๑๒, ๑๕๕๗/๒๕๑๒, ๑๖๐๓/๒๕๑๒, ๑๓๐๘/๒๕๑๓, ๑๕๘๒/๒๕๑๓, ๘๐๓/๒๕๑๓, ๘๓๕/๒๕๑๔, ๘๑๓/๒๕๑๔, ๑๒๖๔/๒๕๑๔, ๒๐๕๘/๒๕๑๔, ๒๒๘๗/๒๕๑๔, ๓๓๐๑/๒๕๑๔ (ณ), ๔๘/๒๕๑๕, ๑๘๑/๒๕๑๕, ๖๓๑/๒๕๑๕, ๑๒๒๔/๒๕๑๕, ๑๒๒๕/๒๕๑๕, ๑๕๐๘/๒๕๑๕, ๒๕๒๘/๒๕๑๕, ๖๑๖/๒๕๑๖) และปรากฏว่า จำเลยแห่งทำร้ายผู้เสียหายถึง ๑๔ แผล เพียงแค่หาของกลางที่ทำร้ายไม่ได้ ไม่พอที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าหรือไม่นั้น โดยความเคารพอย่างสูงต่อศาลฎีกา ข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่ปรากฏนอกเหนือจากความร้ายแรงของอาวุธก็พอเพียงที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าได้เช่นกัน

ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่ตก เป็นข้อวิพากษ์วิจารณ์อยู่ เสมอว่าคดีนี้โดยฉกฉพลานั้น ส่วนใหญ่มาจากการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งพยานในปัญหาข้อเท็จจริงฉกฉพลาดเสียส่วนใหญ่ และสิ่งที่ถือว่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ฉกฉพลาดอย่างมหันต์ของศาล มาจากการที่ศาลตัดสินลงโทษจำเลยผู้บริสุทธิ์ ปัญหาเหล่านี้มีได้ในระบบศาลของนานาประเทศ และแม้กระทั่งในระบบศาลของประเทศไทย เช่นคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นมานานปีแล้ว ข้อเท็จจริงในคดีนั้นมิว่า ผู้เสียหายตื่นขึ้นมากลางดึก เพราะได้ยินเสียงก๊อกแก๊ก ๆ ที่ชั้นล่างของบ้าน ผู้เสียหายจึงลงไปดูผู้เสียหายเห็นคนร้ายกำลังชนของแล้วกำลังจะหลบหนีไปพอดี ผู้เสียหายจำหน้าคนร้ายได้ ผู้เสียหายไปแจ้งความที่สถานีตำรวจ พนักงานสอบสวนให้ผู้เสียหายให้การ เกี่ยวกับรูปพรรณสัณฐานของผู้กระทำผิด ผู้เสียหายพรรณนาถึงรูปร่างหน้าตาของคนร้ายว่ามีคำหึงน่าสังเกตุอย่างไร อ้วนผอม ผิวพรรณดำขาวอย่างไร แต่งกายอย่างไร ตัดผมอย่างไร หลังจากที่พนักงานสอบสวนฟังผู้เสียหายพรรณนาแล้ว ก็นึกออกว่าผู้ต้องหารายนี้ควรจะเป็นผู้ใด เพราะพนักงานสอบสวนเป็นเจ้าของท้องถิ่นเอง ยอมรับว่ามีบุคคลอันธพาล นักเลงหัวไม้ พวกของ เบาที่โตบาง พนักงานสอบสวนลงความเห็นว่า ผู้ที่มีรูปพรรณสัณฐานเช่นนั้นคง เป็นผู้ต้องสงสัยผู้นั้นแน่ พนักงานสอบสวนจึงให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไปจับตัวผู้ต้องสงสัยมาให้ผู้เสียหายดูตัว ผู้เสียหายดูแล้ว ก็ยังลังเลใจอยู่ จึงบอกแก่พนักงานสอบสวนว่า คนจำได้เพียงคล้ายคล้ายคล้ายว่า

อาจจะใช้คนร้ายที่เข้าไปย่อง เขาขโมยของบ้านตน พนักงานสอบสวนยั่วว่า ไม่มีใคร
 อีกแล้ว ต้องเป็นคนนี้แน่นอน ผู้เสียหายก็เลยว่า เมื่อพนักงานสอบสวนว่าต้องเป็น
 คนนี้ ก็ต้องเป็นคนนี้ พนักงานสอบสวนจึงทำสำนวนส่งอัยการ เพื่อฟ้องผู้ต้องสงสัย
 ผู้นั้น เป็นจำเลยต่อศาล พอคดีถึงศาล ผู้เสียหายก็เบิกความในฐานะ เป็นพยานโจทก์
 ศาลถามผู้เสียหายว่าจำคนร้ายได้หรือไม่ ผู้เสียหายแถลงว่าจำได้ ศาลถามต่อไปว่า
 คนร้ายอยู่ในศาลหรือไม่ ผู้เสียหายก็ชี้ตัวจำเลยว่าเป็นคนร้ายรายนั้น

เมื่อสืบพยานโจทก์เสร็จสิ้นแล้ว บัง เอื้อเจ้าหน้าที่ตำรวจไปจับตัวคนร้าย
 ที่ไปย่อง เขาบ้านผู้อื่นได้อีกรายหนึ่ง ทั้งยังค้นของกลางได้จากบ้านคนร้ายรายนี้เป็น
 จำนวนมาก ในบรรดาของกลางที่ยึดมาได้จากบ้านคนร้ายรายนั้นมีของของผู้เสียหาย
 รายนี้รวมอยู่ด้วยหลายรายการ เช่น นาฬิกา เครื่องวิทยุ และเครื่องไฟฟ้าอื่น ๆ
 ที่ถูกขโมยไปและยังไม่ได้รับคืน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงนำคนร้ายไปให้ผู้เสียหายดูตัว
 อีกครั้งหนึ่ง ผู้เสียหายดูแล้วไม่ได้ตั้งใจแถมแค้นอย บอกรับเจ้าหน้าที่ตำรวจทันทีว่า
 นี้แหละคนร้ายที่ย่อง เขาบ้านตนแน่ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไปปรึกษาพนักงานอัยการว่า
 จะกระทำการอย่างไรกับจำเลยผู้บริสุทธิ์ เพราะสืบพยานโจทก์เสร็จสิ้นแล้ว พนักงาน
 อัยการคัดค้านว่าจะทำอะไรได้ ว่าแถลงต่อศาลตามจริง ต่างฝ่ายต่างก็ต้อง
 รับผิดชอบอาญาด้วยกันหมดทุกคน คือทั้งผู้เสียหาย พนักงานสอบสวนและพนักงาน
 อัยการ จำเป็นต้องปล่อยเลยตามเลย ในคดีนั้น จำเลยต้องรับโทษโดยไม่มีความผิด
 เลย ๑

คุณวินิจฉัยที่ศาลใช้ผิดพลาด ข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจผิดพลาดนั้น
 มีมากมายหลายประการ อาจมาจากพื้นฐานความคิดเห็นของผู้พิพากษาแต่ละนาย
 ประสบการณ์ ภาวะแวดล้อม หรืออาจมาจากการนำข้อเท็จจริงมาสู่ศาล อาจเป็น

๑ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘ - ๓๙.

ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด หรือความประหมากลัวของพยาน เป็นต้น แต่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจไปในทางที่ผิดพลาดมากที่สุดมีอยู่ ๔ ประการคือ

๑. ศาลวินิจฉัยผิดพลาดเอง ในบางกรณีศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นตามท้องสำนวนผิดพลาดไปโดยการตัดสินใจที่ผิดพลาดของศาลเอง ดังนี้ปรากฏอยู่เสมอมา สาเหตุอาจสืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายและการศาลของไทยไม่มีผู้พิพากษาเฉพาะสาขา ผู้พิพากษานายหนึ่ง ๆ มีโอกาสเป็นได้ทั้งผู้พิจารณาในคดีแพ่ง คดีอาญาคดีภาษีอากร ฯลฯ แล้วแต่จะมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าไปประจำศาลใด ดังนั้น ในบางกรณี ผู้พิพากษาที่ตัดสินในคดีอาญาก็สืบสน นำเอาวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาความอาญา เช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๕๕-๖๐/๒๕๐๔ ซึ่งผู้พิพากษาสืบสน เอาหลักการรับรองคุณธรรมตามวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๒๒๔ มาใช้แทนที่จะเป็นการอนุญาตให้คุณธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕๓ ทวิ

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจนว่าศาลใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดเอง เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๔/๒๕๕๐ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องที่ประจักษ์พยานเบิกความถึงวัน เดือน ปีของจีน ทำให้ศาลไม่เข้าใจและยกฟ้อง การใช้ดุลพินิจยกฟ้องในครั้งนี้ ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย โดยถือว่า "เมื่อศาลไม่เข้าใจก็ควรให้ผู้อ้างนำคำหรือผู้รู้มาอธิบาย ไม่ควรยกฟ้องเสียทีเดียว"

๒. คุณความน่าเชื่อถือเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาล ในระบบศาลของไทย และรวมถึงระบบศาลของหลายประเทศ มีข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยอมรับกันอยู่ว่า คุณความน่าเชื่อถือพยานเท็จ บันพยาน มาสู่ศาล^๑ ไม่ว่าจะ เป็นการเสนอข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยตั้งใจ หรือไม่ตั้งใจ ซึ่งปัญหาเรื่องการเสนอข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดนี้ จนเป็นปัญหาในการพิจารณาโดยละเอียดของบทต่อไป

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๔๐.

๓. กุลพิณิจอันคืบแคบของศาล ในหลายครั้งหลังจากศาลพิพากษาอรรถคดีแล้ว จะพบว่าภายใต้เหตุผลที่ศาลนำวาทินิจฉัยนั้น ศาลไม่ยอมรับรู้ในความเป็นจริงของข้อเท็จจริงบางอย่าง แล้วตัดสินไม่ตามทัศนคติอันคืบแคบของคน เช่น เคยปรากฏเป็นคดีในศาลของต่างประเทศว่า ในคดีที่จำเลยต้องหาว่าใช้ปืนยิงคนตาย พยานโจทก์เบิกความว่า เห็นจำเลยยิงผู้ตายด้วยปืนลูกของพก คดีนั้นศาลตัดสินยกฟ้องโดยอ้างเหตุผลว่า ปืนลูกของพกไม่มีในโลก มีแต่ลวดล่องยาว ๆ จะพกไม่ได้^๑ หรือในศาลของต่างประเทศอีกคดีหนึ่ง เป็นคดีที่จำเลยต้องหาว่าลักม้า พยานโจทก์เบิกความว่า เห็นจำเลยขี่ม้าหลังเปล่า (ไม่มีอาน) แล้ววิ่งหนีไปต่อหน้าพยาน ศาลไม่เชื่อพยานโจทก์ ตัดสินยกฟ้องโดยอ้างเหตุผลว่า ม้าหลังเปล่าโดยไม่มีอานนั้น คนจะขี่วิ่งหนีไปไม่ได้ ครั้นต่อมาท่านผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีนั้นไปเที่ยวชนบท เห็นราษฎรขี่ม้าหนีแข่งกันโดยไม่มีอาน จึงทำให้ผู้พิพากษานั้นรู้สึกตัวว่า ได้ตัดสินคดีผิดจากความจริงเสียแล้ว^๒

การใช้กุลพิณิจอันคืบแคบที่ผิดพลาดของศาล มิได้มีปรากฏในศาลของต่างประเทศเท่านั้น แม้ในศาลไทยเองก็ปรากฏข้อเท็จจริงที่ศาลใช้กุลพิณิจอันคืบแคบของตนเพื่อวินิจฉัยคดีอยู่เสมอ เช่น เคยมีผู้พิพากษาท่านหนึ่ง ท่านมีความเชื่อว่าไม่มีผู้ใดคิดจะลักรถจักรยานกันดอก ดังนั้น ในคดีลักรถจักรยาน แม้ฝ่ายโจทก์จะมีพยานหลักฐานสนับสนุนคำฟ้องเพียงใด ท่านก็ยกฟ้องเสมอมา เพราะท่านไม่เชื่อว่าจำเลยจะลักรถจักรยานของผู้เสียหาย จนกระทั่งอยู่มาวันหนึ่ง รถจักรยานที่บ้านของท่านเองถูกลักไป นั่นแหละท่านจึงได้คิดว่า การลักรถจักรยานนั้น เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ นับว่าพนักงานสอบสวนจัดให้เรื่องการลักรถจักรยานที่บ้านท่านผู้พิพากษาเป็นไปได้^๓

^๑ หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่องเดิม, หน้า ๔๕.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๔๕.

^๓ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๑.

เกี่ยวกับ เรื่องคุณพินิจอันคับแค้นของศาลนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ควร
 แก่การพิจารณาอยู่คดีหนึ่ง คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๗/๒๕๕๕ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า
 "โจทก์ฟ้องว่าจำเลย เป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ไทยรายวัน ได้ลงบทประพันธ์อันมี
 ข้อความหมิ่นประมาทอธิบดีกรมอัยการ เกี่ยวกับการดำเนินคดีกรณีสวรรคต ทั้งนี้โดย
 จำเลยมีเจตนาหมิ่นประมาทใส่ความหลวงอรรถปริชาชฎูปการ อธิบดีกรมอัยการ ฯลฯ
 จำเลยให้การต่อสู้ว่า ไม่มีเจตนาใส่ความหรือหมิ่นประมาทหลวงอรรถปริชาชฎูปการ
 หรืออธิบดีกรมอัยการ หรือผู้ใด และหลวงอรรถปริชาชฎูปการไม่ได้เสียหาย โจทก์
 ไม่มีอำนาจฟ้อง

โจทก์จำเลยแถลงรับกันบางข้อ ฝ่ายโจทก์จะขอสืบว่า ข้อความที่ปรากฏ
 ในหนังสือพิมพ์อาจทำให้หลวงอรรถปริชาชฎูปการอธิบดีกรมอัยการ เสียชื่อเสียงหรือ
 ถูกคนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังได้ ฝ่ายจำเลยจะขอสืบว่าการที่ลงพิมพ์เช่นนั้น เป็น
 สาธารณประโยชน์

ศาลแขวงพระนครใต้เห็นว่า ข้อความที่โจทก์จำเลยแถลงจะสืบนั้น เป็น
 เรื่องที่ศาลรับรู้เองหรือวินิจฉัยได้เอง จึงไม่สืบพยานคู่ความเสียแล้วพิพากษา
 ลงโทษจำเลย จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ปัญหาที่ว่าอธิบดีกรมอัยการที่ระบุไว้ในข้อความนั้น
 คือหลวงอรรถปริชาชฎูปการหรือไม่ เป็นปัญหาข้อเท็จจริง และไม่ใช่วินิจฉัยที่รู้
 กันอยู่ทั่วไป ศาลชั้นต้นจะฟังข้อเท็จจริงในเรื่องนี้เอาเอง หรือสันนิษฐานข้อ
 เท็จจริงเอาเอง โดยไม่ฟังจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบจึงไม่ชอบ จึงให้
 ยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและให้ดำเนินการพิจารณาต่อไป จำเลยฎีกาขอให้ยกฟ้อง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้โจทก์ฟ้องตอนต้นว่าจำเลยหมิ่นประมาทอธิบดี
 กรมอัยการและตอนท้ายกล่าวว่า ทั้งนี้โดยจำเลยเจตนาหมิ่นประมาทใส่ความ
 หลวงอรรถปริชาชฎูปการอธิบดีกรมอัยการ จำเลยมิได้ให้การรับว่าหลวงอรรถ-
 ปริชาชฎูปการ เป็นอธิบดีกรมอัยการ หลวงอรรถปริชาชฎูปการ เป็นอธิบดีกรมอัยการ

หรือไม่นั้น เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องนำสืบมิใช่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป ทั้งโจทก์ก็ได้นำสืบความข้อนี้ด้วยว่า หลวงธรรมาปรีชาชนูปการคืออธิบดีกรมอัยการ ซึ่งอาจเสียชื่อเสียถูกคนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังได้ ศาลชั้นต้นจึงยังไม่บังคับรวบรัดสั่งงดสืบพยานคู่ความเสียและพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์."

ข้อเท็จจริงในประวัติของคำพิพากษานี้ อยู่นอกการพิจารณาว่าศาลควรจะรับรู้ว่าใคร เป็นอธิบดีกรมอัยการหรือไม่ แต่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้เห็น ว่าข้อเท็จจริง เช่นนี้ ไม่ใช่สิ่งที่ศาลรู้เองตามมาตรา ๔๔(๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นไปไต่หรือที่ศาลจะไม่รู้ว่าใคร เป็นอธิบดีกรมอัยการ อีกทั้งอธิบดีกรมอัยการนี้ เป็นหน่วยงานที่ติดต่อกับศาลโดยตรง การประกาศแต่งตั้งโดยพระบรมราชโองการ เป็นหลักฐานในหนังสือราชกิจจานุเบกษา เช่นนี้ ศาลมีอำนาจจะใช้ดุลพินิจในการค้นหาหลักฐานคือราชกิจจานุเบกษา เพื่อกระตุ่น เคือนความจำแล้วรับรู้ว่าข้อเท็จจริงนี้เสียเองไต่หรือไม่^๑

๔. อคติของผู้พิพากษา อคติหรือทัศนคติในแง่ใดแง่หนึ่งของผู้พิพากษานี้ เป็นอารมณ์สำคัญที่จะกำหนดการใช้ดุลพินิจไปในทางที่ผิดพลาดได้ง่าย เพราะเป็นอารมณ์ที่รักหรือชัง หากก่อกำเนิดในจิตใจของผู้พิพากษาแล้ว ผลร้ายในคดีนั้นจะต้องมี ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายลักษณะพยานของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ พ.ศ. ๑๘๘๔ จึงได้กล่าวตักเตือนไว้ว่า "ให้ผู้พิพากษาตั้งสติปัญญาผูกพันในอารมณ์พิจารณาอุทธรณ์อันน้อย อันมีในภายในภายนอกสรรพการแห่งอัครมาภาพให้แจ้งในปัญญา ก่อน แล้วจึงให้ตั้งใจปลงฟังคำพยานจงหนัก อย่าให้ดูอำนาจแก่ใจอันเป็นบาปและพิพากษาว่ากล่าวประกอบด้วยปัญญาจงละเอียด"^๒

^๑ โอสถ โกสิน, เรื่อง เกม, หน้า ๓๘.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๑๑.

แม้จะไ้มีการกล่าวตักเตือนไว้ เป็นแนวทางแล้วก็ตาม แต่ก็ปรากฏเสมอ มาว่า ที่มาของอุคพิณีจิในการวินิจฉัยขั้งพยานของศาลหรืออุคพิณีจิในการพิจารณา อรรถคดี มาจากอคติของผู้นักพิพากษาเอง เป็นจำนวนไม่น้อย และบางท่านก็ถึงกับได้ อคติของตนลง เป็นหลักฐานในคำพิพากษาไว้ก็มี เช่นในคำพิพากษาดับหนึ่ง มีความ ตอนหนึ่งว่า "...ศาลเห็นว่า ผู้นักพิพากษาน่าฟัง เพราะส่วนมากผู้นักพิพากษาในทางนี้ (ไม่ใช่เรื่องชก)..."^๑

บางครั้ง เมื่อผู้นักพิพากษาได้แสดงอคติของตนในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ จนเป็นที่รู้ที่ทราบของบุคคลทั่วไปแล้ว อาจเกิดความเสียหายในเชิงคดีได้มากทีเดียว ดังมีผู้นักพิพากษาท่านหนึ่ง ท่านเป็นผู้สุจริตและเป็นคนตรง ท่านรังเกียจผู้ไม่สุจริต และผู้วิ่งเต้นอย่าง เข้ากระดุกด่า โดยเฉพาะคู่ความรายไ้วิ่งเต้นในทางคดีกับท่าน แล้ว คู่ความรายนั้น เป็นแพคคี่ทุกรายไป เรื่องนี้เป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปในเมืองที่ท่าน ประจำอยู่ อยู่มาวันหนึ่งจำเลยในคดีหนึ่งมีสมองใสพอตัว จำเลยให้สมัครพรรคพวก ของตนไปวิ่งคดีกับผู้นักพิพากษาท่านนั้น ทำที่วิ่งคดีให้ทางฝ่ายโจทก์ ผลปรากฏว่า แม้คดีนั้นรูปคดีของโจทก์ดี พยานหลักฐานก็ดี ทนายก็ดี ก็แพคคี่ไปในที่สุด เพราะ ท่านผู้นักพิพากษาท่านคิดว่ อคติของท่านนั้น เป็นคติธรรมที่คี่^๒

จากข้อเท็จจริงหลาย ๆ ประการที่แสดงว่าศาลอาจใช้อุคพิณีจิมิผลพลาค เหล่านี้เอง ได้สร้างทัศนคติในแง่ลบของบุคคลผู้เกี่ยวข้องกั้ศาลต่อศาล เป็นอันมาก จนมีเรื่องเล่าต่อกันมาว่า มีสเตอร์ ซี. สเปนเนอร์ ทนายความหัว เห็นของสหรัฐ คนหนึ่ง ภายหลั้ที่ถูกศาลสูงพิพากษาให้แพคคี่สำคัญคดีหนึ่ง พบกับเพื่อนทนายอีกคนหนึ่ง เพื่อนทนายคนนั้นกล่าวว่า "สเปนเนอร์ ผมทราบว่ศาลสูงวินิจฉัยให้คุณแพคคี่เรื่อง

^๑ ชานินทร์ กรยวีเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๒.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๔๑.

สนิทกับโจนส์ไปแล้ว แต่เรื่องนี้คุณไม่มีอะไรจะต้องไปวิตกกังวลเกี่ยวกับเรื่องชื่อเสียงของคุณหรอก" มิสเตอร์ ซี. สปุนเนอร์ก็โหลแล้วตอบว่า "ผมเห็นด้วยกับที่คุณว่า แต่ผมกำลังวิตกกังวลอยู่กับชื่อเสียงของศาลสูงต่างหาก" ^๑

ทางออกของคู่ความในกรณีพิพาทคดีพิพลาต ในหลายกรณีศาลได้ใช้ดุลพินิจคดีพิพลาต และผู้ที่มั่นใจว่าศาลใช้ดุลพินิจคดีพิพลาตก็คือตัวจำเลยผู้บริสุทธิ์นั่นเอง และเมื่อจำเลยเหล่านั้นมีความมั่นใจในความบริสุทธิ์ของตัวเอง เขาบางส่วนยินยอมรับชดเชยการไปอย่างน่าสงสาร แต่ก็ยังมีจำเลยอีกบางส่วนที่ต้องค้นคว้าหาความยุติธรรมให้แก่ตัวเอง ทางออกที่จำเลยผู้บริสุทธิ์เหล่านั้นจะมีไว้ก็คือ

๑. อภัยโทษ อภัยโทษ เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยที่ปวงชนชาวไทยถวายไว้ให้ ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ และถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของประมุขแห่งรัฐ ในรัฐที่มีวิธีการอภัยโทษทุกรัฐ การอภัยโทษนี้ จะเป็นทางออกอันสำคัญของจำเลยผู้บริสุทธิ์ เป็นอย่างก็ ในกรณีที่ได้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีพิพลาต โดยการทูลเกล้าฯ ขอรับพระราชทานอภัยโทษ โดยผ่านทางรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ด้วยการแสดงพยานหลักฐานว่า เรื่องจริงเป็นอย่างไร ^๒

การอภัยโทษนี้ ตามประวัติศาสตร์ได้มีมาในประเทศไทยนานแล้ว โดยเริ่มขึ้นในสมัยรัชกาลที่ ๕ ^๓ และมีการอภัยโทษมากในกรณีที่มีการสิ้นแผ่นดิน

^๑ คณิง ภาไชย, คดีพิพลาต (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เชื้องอักษร, ๒๕๒๑), หน้า ๑๖๕.

^๒ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘.

^๓ อภา อมรบุตร, รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม วันที่ ๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สถาบันวิจัยศาสตร์ประยุกต์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๕), หน้า ๑๗๓.

เมื่อผลิตแผ่นดินใหม่ก็จะมีการรอกษ์โงให้ แต่มีผล เสียทำให้ เหล่านักโงอยากให้มี การ สิ้นแผ่นดิน เพื่อจะได้ออกโงในการผลิตแผ่นดินใหม่ ทำให้รัชกาลที่ ๒ ได้ออก พระราชกำหนด วางระเบียบการรอกษ์โงไว้หลายประการ รวมทั้งการรอกษ์โงใน กรณีที่มีการผลิตแผ่นดินด้วย ^๑ ต่อมาการรอกษ์โงมีวิวัฒนาการมากขึ้น โดยแบ่ง ออกเป็นสองประการ ในประการแรก เป็นการพระราชทานอภัยโงตามคดี เกาถือตาม ประเพณีทั้งพุทธและพราหมณ์ร่วมกัน ^๒ เมื่อมีพระราชกรณียกิจที่สำคัญ หรือมี เหตุการณ์สำคัญของประเทศก็มีการพระราชทานอภัยโง อีกกรณีคือการรอกษ์โง เฉพาะรายบุคคลในกรณีที่มีการผิดพลาดในคำพิพากษา ^๓ และจำเลยร้องขออภัยโง นั้น ในชั้นนี้จะพิจารณา เฉพาะการรอกษ์โง เฉพาะรายบุคคลที่มีการร้องขอ เมื่อมีการ ผิดพลาดในคำพิพากษา เท่านั้น

ในกรณีที่มีร้องขออภัยโงในกรณีอภัยโง เฉพาะรายบุคคลนี้ จำเลย กระทำไต่ทาบไต่หลักแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา ๒๕๕, ๒๖๐ และ ๒๖๑ ดังนี้คือ

มาตรา ๒๕๕ "ผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโงอย่างใด ๆ หรือผู้ที่มีประโยชน์ เกี่ยวข้อง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ถ้าจะพูด กล่าว ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์ ขอรับพระราชทานอภัยโง จะยื่นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็ได้"

มาตรา ๒๖๐ "ผู้ถวายเรื่องราวซึ่งต้องจำคุกอยู่ในเรือนจำ จะยื่น เรื่องราวต่อพิศคีหรือผู้บัญชาการ เรือนจำก็ได้ เมื่อได้รับเรื่องราวนั้นแล้ว ให้พิศคี หรือผู้บัญชาการ เรือนจำออกใบรับให้แก่ผู้ยื่น เรื่องราว แล้วให้รับส่ง เรื่องราวนั้นไป ยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย"

^๑ เรื่อง เติม.

^๒ เรื่อง เติม.

^๓ เรื่อง เติม.

มาตรา ๒๒๑ "รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์ พร้อมทั้งถวายความเห็นว่าจะควรพระราชทานอภัยโทษหรือไม่..."

แม้ว่าหลัก เหตุการณ์ขออภัยโทษจะรวมอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมก็ตาม แต่กึ่งหาใช่เรื่องของศาลไม่ แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารที่จะกราบทูลต่อองค์พระมหากษัตริย์ โดยศาลมิได้เกี่ยวข้องเลย^๑ โดยวิธีการในการยื่นเรื่องราวขอพระราชทานอภัยโทษนั้น สามารถยื่นได้โดยตรงต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือหากตนต้องจำคุกอยู่ในเรือนจำ ตนจะยื่นเรื่องราวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยผ่านพิศคี หรือผู้บัญชาการ เรือนจำก็ได้

การถวายเรื่องราวผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยนี้ เป็นสิ่งที่นักโทษต่าง ๆ หรือจำเลยได้ใช้ เป็นอันมาก เพราะเมื่อตนไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปยังชั้นศาลตามปกติ เช่นศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาแล้ว หากจำเลยยังมีความมั่นใจในข้อต่อสู้ของตนก็อาจถวายเรื่องราวการขออภัยโทษได้ หรือแม้ตนจะเป็นผู้ผิดจริงก็ตาม ก็ปรากฏว่ามีจำเลยไม่น้อยที่กระทำความผิดจริงแต่ขอรับพระราชทานอภัยโทษ

การพระราชทานอภัยโทษในกรณีเฉพาะบุคคลนี้ นอกจากจะเป็นหนทางที่จะช่วยเหลือจำเลยผู้บริสุทธิ์ได้เป็นอย่างดีแล้ว ในบางครั้งยังช่วยแก้ข้อขัดข้องของความยุติธรรมได้ด้วย เช่นเคยมีเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นความจริงใน พ.ศ. ๒๕๑๙ ว่าได้มีการกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ขึ้นโดยคนร้าย ๒ คน เป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด เจ้าหน้าที่ตำรวจจับผู้ต้องหาได้ ๑ คน ซึ่งเป็นหนึ่งในจำนวนคนร้ายนั่นเอง และทำการสอบสวนส่งสำนวนให้อัยการฟ้องคดีต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษาคัดสินลงโทษจำเลยตามฟ้อง จำเลยอุทธรณ์ต่อไปยังศาลอุทธรณ์ ในระหว่างนั้นเอง ตำรวจได้จับกุม

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๓๕.

คนร้ายที่เหลืออีก และทำสำนวนส่งให้ัยการฟ้องศาล ศาลตัดสินลงโทษจำคุก เช่นเดียวกับจำเลยคนแรก เพราะเป็นเหตุลักษณะคดีที่จำเลยทั้งสองเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด ขณะเดียวกันศาลอุทธรณ์ยกฟ้องจำเลยคนแรก โดยอ้างเหตุผลว่าลักษณะการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ก่อนที่จำเลยคนหลังจะอุทธรณ์ ได้มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินขึ้น และได้มีการออกคำสั่งห้ามอุทธรณ์ในคดีบางประเภท โดยให้ถือว่าคำพิพากษาศาลล่างเป็นเด็ดขาด ซึ่งรวมทั้งคดีที่จำเลยถูกฟ้องลงโทษนี้ด้วย จำเลยคนหลังจึงตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามอุทธรณ์ หากพิจารณาตามหลักกฎหมายและความยุติธรรมแล้ว กรณีเช่นนี้ เป็นเหตุลักษณะคดีที่จะต้องถือผลคำพิพากษาศาลอุทธรณ์มาบังคับแก่จำเลยคนหลังให้ได้รับประโยชน์ในการยกฟ้องด้วย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๑๓ และแม้จะพิจารณาในแง่สามัญสำนึก การที่บุคคล ๒ คนรวมกระทำการอย่างเดียวกัน บุคคลหนึ่งได้รับโทษ ในขณะที่อีกบุคคลหนึ่งได้รับการปลดปล่อยนั้นย่อมไม่เป็นธรรม

ต่อมาจำเลยคนที่สอง ได้ถวายเรื่องราวขอรับพระราชทานอภัยโทษ และได้รับพระมหากรุณาธิคุณอภัยโทษตามคำขอ ๑

ข้อควรพิจารณา เรื่องการอภัยโทษ จะเห็นว่าทางออกของจำเลยผู้บริสุทธิ์ในการขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น เป็นทางออกที่ดีในปัจจุบัน แต่มีข้อควรพิจารณาอยู่เกี่ยวกับการถวายคำขอของเหล่าจำเลย เพราะปรากฏเป็นข้อเท็จจริงอยู่จำนวนมากที่คำขอนั้นได้อ้างเหตุผลในคำขอรับพระราชทานอภัยโทษในลักษณะที่เป็นการ "คัดค้านคำพิพากษาของศาล" เมื่อเป็นเช่นนั้นย่อมจะเป็นการขัดกับบทบัญญัติแห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๒๐ วรรคท้าย ที่บัญญัติว่า "คดีใด

๑ ข้อเท็จจริงนี้ได้รับคำยืนยันว่าเป็นความจริงจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม แตรายละเอียดและที่มาค้นไม่พบ.

ซึ่งศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาแล้ว ความหาผิดที่ผิดจะหลุดเกล้าฯ ถวายฎีกาคัดค้าน คดีนั้นต่อไปอีกไม "

เหตุที่มาตรา ๒๐ วรรคท้ายได้บัญญัติไว้เช่นนี้ ก็เนื่องมาจากกรวินิจฉัย อรรถคดีนั้น ผู้พิพากษาได้กระทำไปภายใต้พระปรมาภิไธยแห่งพระมหากษัตริย์อยู่แล้ว อีกทั้ง เพื่อเป็นการธำรงไว้ซึ่งอิสระและความศักดิ์สิทธิ์ของศาลยุติธรรม จึงไม่ควร มีการคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลฎีกาอีก

ขอเท็จจริงในการขอรับพระราชทานอภัยโทษยังปรากฏว่า มีจำเลยบางส่วน ถวายเรื่องราว "คัดค้านคำพิพากษา" ตั้งแต่เมื่อสิ้นสุดการพิจารณาในศาลชั้นต้น โดย มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามระเบียบวิธีแห่งความยุติธรรม อันเป็นการไม่เชื่อถือในคุณพินิจ และความสำคัญของศาลยุติธรรม

ปัญหาที่นำมานี้เคยปรากฏมาแล้วในอดีต ที่จำเลยได้ถวายเรื่องราวขอรับ พระราชทานอภัยโทษ โดยเหตุผลในการขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น เป็นการคัด- ค้านคำพิพากษา อันเป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๖ ได้ออก พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการรับพระราชทานอภัยโทษ กำหนดวิธีการขอรับพระราชทาน อภัยโทษว่า เหตุที่ขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น จะต้องเป็นการขอ "เมตตากรรม" มิใช่ขอ "ยุติธรรม" ด้วยเหตุที่ความยุติธรรมนั้นควรจะไปขอจากศาลยุติธรรม *

ขอเท็จจริงเกี่ยวกับการขอรับพระราชทานอภัยโทษในปัจจุบันนี้ จำเลย ส่วนใหญ่ยืนยันว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ และคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแทบทั้งสิ้น ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้เกี่ยวข้องกับการขอรับพระราชทานอภัยโทษ ไม่ว่าจะ เป็นพนักหรือ ผู้บัญชาการเรือนจำ และแม้กระทั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะต้องแก้ไข ให้การขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น เป็นการขอ "เมตตากรรม" มิใช่ "ขอความ

*ความละเอียดพิเคราะห์ พระราชกฤษฎีกาวางระเบียบการหลุดเกล้าฯ ถวายฎีกา

ยุติธรรม" หากปรากฏว่ามีกรวดขายคำขอโดยอ้าง เหตุผลความถูกต้องของตนคัดค้าน คำวินิจฉัยของศาลแล้ว ควรชี้แจงให้ผู้กรวดขายคำขอ เปลี่ยนลักษณะคำขอเสียใหม่ เว้นแต่ จะเป็นที่เห็นอย่างชัดเจนว่าควรจะให้คัดค้านคำพิพากษานั้นได้ เช่นกรณีถามตัวอย่างที่ ยกไว้ข้างต้น

๒. กฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ กฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ยังเป็นสิ่งที่ไม่มีใช้ในระบบกฎหมายของไทย แต่ก็ได้เคยมีอิทธิพลในแนวความคิดของ นักกฎหมายไทย จนกระทั่งได้รับการบัญญัติวางหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗^๑ มาแล้ว ตามผลของรัฐธรรมนูญนี้เอง รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกา ยกร่างพระราชบัญญัติใหม่ ทางหากจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยใช้ชื่อว่า "ร่างพระราชบัญญัติ การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ."^๒ แต่เป็นที่น่าเสียดายที่ร่าง พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ประกาศใช้ เป็นกฎหมาย

เหตุผลสำคัญที่ทำให้หลาย ๆ ประเทศ เล็งเห็นความสำคัญของกฎหมาย รื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่นี้ก็ เพราะ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การใช้ดุลพินิจ ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลมีการผิดพลาดได้ แม้ศาลจะบริสุทธิ์ยุติธรรมเพียงใด

มาตรา ๓๖ "บุคคลใดต้องรับโทษอาญา โดยคำพิพากษาถึงที่สุด หาก ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลที่รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ภายหลังว่า บุคคลนั้นมิได้ เป็นผู้กระทำความผิด ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทน และได้รับสิทธิที่เสียไป เพราะผล แห่งคำพิพากษานั้นคืน ทั้งนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ"

^๒ มาร์ท บุนนาค, "การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารนายความ ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๑, พฤษภาคม ๒๕๑๘, หน้า ๘.

จะได้พิจารณาอีกโดยละเอียดรอบคอบ มีการถกเถียงกันตามลำดับขั้นถึง ๓ ศาลก็ตาม^๑ อีกทั้งสาเหตุที่ทำให้ศาลวินิจฉัยข้อพิพาทผิดไปจากความเป็นจริงก็มาจากเหตุผลหลายอย่างหลายประการ เช่นการขาดสมรรถภาพในการทำสำนวนสอบสวนของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจและหน้าที่ การปลุกปล้ำทำพยานเท็จของผู้มีสาเหตุโกรธเคืองหรือของเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ การหลงผิดของเจ้าทุกข์หรือพยานโจทก์หรือศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาลงโทษจำเลยในคดีการเมืองตามความประสงค์ของรัฐบาลแต่ละยุคแต่ละสมัย ฯลฯ เหล่านี้ ย่อมเป็นมูลเหตุอันสำคัญที่ทำให้คำพิพากษาของศาลคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงได้มากมายหลายคดี^๒

เมื่อเป็นสิ่งที่ยอมรับกันในข้อเท็จจริงแล้วว่า ศาลนั้นอาจตัดสินผิดพลาดได้ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องมีการทบทวนหรือฟื้นคดีขึ้นพิจารณา เพราะการยินยอมให้มีการร้องฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง เป็นสิ่งจำเป็นในวงการยุติธรรม เป็นการสร้างศรัทธาให้แก่ประชาชนว่ายังมีความยุติธรรมอยู่ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายหรือฟื้นคำพิพากษา ก็จะเป็นการปล่อยให้ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้นคงอยู่ต่อไปโดยไม่มีการแก้ไข ข้อผิดพลาดที่ปรากฏนั้นก็ทำให้ศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการยุติธรรมเสื่อมคลายไปได้ จึงจำเป็นต้องยอมให้มีการร้องฟื้นคดีแก้ไขได้^๓

^๑ โกลแมน ภัทรภิมย์, "การร้องฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารกฎหมาย ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๓, กันยายน ๒๕๑๘, หน้า ๕๐.

^๒ มารุต บุนนาค, เรื่องเดิม, หน้า ๖.

^๓ โกลแมน ภัทรภิมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๕๑.

เหตุผลสำคัญที่ควรมีกฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่อีกก็คือ เพื่อให้ผสมผสานไปกับการขอภัยโทษ กล่าวไปแล้วแม้ว่าทางออกของการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอาจกระทำได้โดยการขอภัยโทษก็ตาม แต่การขอภัยโทษนั้น คำพิพากษาที่ลงโทษยังคงอยู่เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษ เท่านั้น^๑ ผลคำพิพากษาที่ลงโทษไปแล้วหาถูกดลล้างไม่ ทั้งตามสถิติของทางการความปรานีทำนองนี้ไม่ถึงร้อยละ ๑ ของคดีความทั้งหมด^๒ ฉะนั้น จำเลยผู้บริสุทธิ์ก็ยังคงมีชนกคึกคักอยู่ตลอดเวลาว่า เขา เป็นผู้กระทำความผิด แต่ถ้าหากมีกฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เขาสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของเขาได้อย่างเต็มที่ แน่นอน นอกจากจะกอบกู้ชื่อเสียงของจำเลยผู้บริสุทธิ์ไว้ได้แล้ว ยังเป็นหลักการที่กลมกลืนไปกับการขอภัยโทษ เพราะ เมื่อจำเลยต้องการคัดค้านคำพิพากษา จำเลยสามารถแสดง เหตุคัดค้านได้ในคดีที่ศาลรื้อฟื้นคดีของคดีขึ้นพิจารณา ไม่ต้องไปคัดค้านคำพิพากษาของศาลโดยการถวายเรื่องราวขอภัยโทษ อันเป็นการขัดกับหลักเกณฑ์ในมาตรา ๒๐ วรรคท้ายแห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม เพื่อให้การขอภัยโทษเป็นไปตามประเพณีที่คั่งงามมาแต่เดิม คือ เพื่อให้ "เมตตากรรม" ได้อย่างเต็มที่

ลักษณะของการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เพราะกฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เป็นสิ่งสำคัญและเชื่อว่าในอนาคตอันใกล้ หลักการ เช่นนี้จะต้องมีในกฎหมายไทย จึงจะกล่าวถึงลักษณะของการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เพื่อเป็นแนวทางกว้าง ๆ โดยยึดถือตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ (Le pourvoi en révision) ของประเทศฝรั่งเศส ดังนี้

(๑) เจื่อนไซในการขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ คำพิพากษาในคดีที่จะขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ จะต้อง เป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ฎีกาได้อีกต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่าคำพิพากษานั้นจะถูกบังคับตามผลหรือไม่ก็ตาม เช่นมีการขอภัยโทษนิรโทษกรรม ก็ยังขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาได้^๓

^๑ เรื่อง เคิม.

^๒ มารุต มุนนาค, เรื่อง เคิม, หน้า เคิม.

^๓ โทแมน ภัทรภรมย์, เรื่อง เคิม, หน้า ๕๒.

ลักษณะของคำพิพากษาที่จะขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่นั้น นอกจากคำพิพากษาในศาลพลเรือนแล้ว ในประเทศฝรั่งเศสยังยินยอมให้คำพิพากษาของศาลทหารและคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (La - Cour de sûreté d'Etat) มีการรื้อฟื้นขึ้นพิจารณาได้อีกด้วย^๑ ปัญหาของคำพิพากษา หรือถ้าวินิจฉัยของศาลอื่น หรือองค์กรอื่นอันมิใช่ศาลพลเรือนนี้ ในประเทศไทยยังจะไม่เป็นที่ยอมรับ ดังจะเห็นได้จากร่างพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ที่ได้มีการยกร่างขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งในชั้นพิจารณาร่างนั้น ได้มีข้อถกเถียงของผู้ทรงคุณวุฒิ เกี่ยวกับสาระของคำพิพากษา ๒ ประการคือ

๑. ผู้ที่ถูกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติให้ถูกลงโทษทางอาญา โดยมิได้ผ่านการพิจารณาของศาลยุติธรรม
๒. ผู้ที่ถูกลงโทษทางอาญาตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๗ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๑๕ โดยมิได้ผ่านการพิจารณาของศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับข้อ ๑^๒

ในชั้นพิจารณาร่าง กรรมการเห็นว่าลักษณะคำวินิจฉัยขององค์กรทั้งสองนั้น ไม่ควรจะคลุมถึงให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ แต่ถ้าวางถึงด้านความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจแล้ว องค์กรทั้งสองนี้ใช้ดุลพินิจลงโทษโดยมิได้ผ่านการบวนการยุติธรรม ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยไม่มีโอกาสฟังคำพยานหรือซักค้านพยานที่มาให้การ เป็นปฏิปักษ์ต่อเขาได้ การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างรวบรัดและฟังความข้างเดียวไปโดยตลอด ย่อมเป็นหนทางที่จะใช้ดุลพินิจผิดพลาดได้โดยง่าย อีกทั้งมีข้อเท็จจริงปรากฏเสมอว่า บางคดีนั้น ผู้ถูกจับกุมได้ถูกจับกุมโดยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย การพิจารณาของพนักงานสอบสวน ขอลำนาจศาลยุติธรรมในการฝากขังผู้ต้องหา มาตลอด เมื่อพนักงานสอบสวนทำส่วนวนสั่งให้อัยการ พนักงานอัยการทำความเห็น

^๑ เรื่องเดิม.

^๒ มาตุศ บุนนาค, เรื่องเดิม, หน้า

ไม่ฟ้อง และสั่งให้ปล่อยตัวผู้ต้องหา ก็กลับนำผู้ต้องหาประเภทนี้ไปลงโทษตามคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติ หรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๗ ของธรรมนูญการปกครอง โดยปราศจากความยุติธรรมและมนุษยธรรม^๑

(๒) กรณีของคำพิพากษาที่จะขอหรือฟื้นขึ้นพิจารณาใหม่ กรณีที่จะขอใหม่การหรือฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ มีกรณีสำคัญอยู่สี่กรณีดังนี้คือ^๒

๒.๑ กรณีที่ผู้ถูกอ้างว่าได้ถูกฆาตกรรมไปแล้วยังมีชีวิตอยู่ ภายหลังที่มีคำพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำความผิดฐานฆาตกรรมโดยเจตนา หรือทำร้ายร่างกาย เป็นเหตุให้ถึงตาย หรือทำให้ตายโดยประมาทแล้ว

๒.๒ กรณีที่มีคำพิพากษาขัดแย้งกัน ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาให้ลงโทษไปแล้ว ได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำเลยอีกคนหนึ่งในการกระทำอันเดียวกันนั้น และคำพิพากษาที่ให้ลงโทษทั้งสองฉบับนั้นขัดแย้งกัน ซึ่งความขัดแย้งกันนั้น เป็นข้อพิพาทถึงความบริสุทธิ์ของผู้ที่ถูกลงโทษคนใดคนหนึ่ง

๒.๓ กรณีที่มีคำพิพากษาลงโทษฐานเบี่ยงความเท็จแก่พยานซึ่งได้ให้การเป็นผลร้ายแก่จำเลย หลังจากที่มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำเลยแล้ว พยานคนใดคนหนึ่งที่ได้ให้การในคดีเป็นผลร้ายแก่จำเลย ได้ถูกศาลพิพากษาลงโทษฐานเบี่ยงความเท็จ

๒.๔ กรณีที่มี "ข้อเท็จจริงใหม่" เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีคำพิพากษาว่าจำเลยผิด ซึ่งข้อเท็จจริงใหม่เพิ่งเกิดหรือเพิ่งปรากฏขึ้น หรือพยานหลักฐานที่ไม่ได้ปรากฏในการพิจารณาได้ปรากฏขึ้นในลักษณะที่แสดงถึงความบริสุทธิ์ของจำเลย

เกี่ยวกับคำว่า "ข้อเท็จจริงใหม่" นี้ เป็นพื้นฐานสำคัญในอันที่จำเลยผู้บริสุทธิ์จะไต่ร้องขอให้ศาลทบทวนอุทธรณ์เสียใหม่ได้ เพราะข้อเท็จจริงใหม่นี้หมายถึง

^๑ เรื่อง เกิม,

^๒ โกเมน ภัทรภิรมย์, เรื่อง เกิม, หน้า ๕๒ - ๕๔.

ข้อเท็จจริงที่มาสู่ศาลอันใหม่ โดยที่ข้อเท็จจริงนี้ไม่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นภายหลังคำพิพากษา แต่เป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่ได้ปรากฏสู่ศาลก็ถือได้ว่าเป็นข้อเท็จจริงใหม่ เช่น คำรับสารภาพของบุคคลที่สามว่าตนเป็นผู้กระทำผิดไม่ใช่จำเลยกระทำความผิด คำรับสารภาพของพยานที่ได้เคยให้การเท็จในคดีเป็นต้น^๑

(๓) ผลของคำพิพากษาที่รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ หลังจากที่ได้มีการรื้อฟื้นคดีพิจารณาใหม่แล้ว มีผลสำคัญเกิดขึ้น ๒ ประการคือ

๓.๑ ผลย้อนหลัง หากศาลพิพากษาว่าจำเลยไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิด คำพิพากษานั้นย่อมจะมีผลย้อนหลังไป เสมือนหนึ่งว่า จำเลยไม่เคยต้องคำพิพากษาเลย ผลทุกอย่างที่เกิดจากคำพิพากษาเดิมจะถูกลบล้างหมดสิ้นไป การบังคับตามคำพิพากษาที่รอไว้ไม่อาจบังคับต่อไป ถ้าควบคุมอยู่ก็ต้องปล่อยตัว คำปรับค่าธรรมเนียมจะต้องคืนให้ ค่าเสียหายที่ไต่คดีใช้แก่ผู้เสียหายในคดีจะถูกยกเลิกไป แม้ว่าจะได้พิพากษาต่างหากในคดีแพ่งโดยศาลอื่นก็ตาม ถ้าหากได้จ่ายค่าเสียหายไปแล้ว ก็มีสิทธิเรียกร้องคืนในฐานะลาภมิควรได้จากผู้ที่ได้รับไว้ แต่ผลย้อนหลังนี้จะไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของบุคคลที่สาม เช่น ถ้าคู่สมรสของผู้ต้องคำพิพากษาได้ฟ้องหย่า เพราะเหตุที่ผู้ต้องคำพิพากษาถูกจำคุกและสมรสใหม่แล้ว การหย่าการสมรสใหม่จะไม่มีผลกระทบกระเทือน เพราะเหตุที่ได้มีการรื้อฟื้นคดีและมีคำพิพากษาใหม่^๒

๓.๒ การชดเชยความเสียหายแก่ผู้ต้องคำพิพากษา ผู้ต้องคำพิพากษาไปโดยไม่มีความผิดนั้น ย่อมได้รับความเสียหายในหลาย ๆ ด้าน ทั้งนั้น จึงเป็นการสมควรที่เขาจะได้รับการชดเชยความเสียหาย ทั้งด้านการเงิน และด้านจิตใจ

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๕๔.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๕๕ - ๕๖.

ในด้านการเงินนั้น เขาจะได้รับการชดเชยความเสียหายให้ และแม้ว่าเขาจะเสียชีวิตไปแล้วก็ตาม คู่สมรส ผู้สืบสันดานหรืออนุภคามีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายเช่นกัน^๑

ในทางจิตใจนั้น เขาจะได้รับการโฆษณาประกาศผลของคำพิพากษาใหม่ว่า เขาบริสุทธิ์ตามสถานที่ต่าง ๆ แล้วตามกฎหมายหรือศาลจะกำหนด

จะเห็นได้ว่า การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณา นั้น นอกจากจะเป็นการประสาคความยุติธรรมได้เต็มที่แล้ว ยังมีผลดีต่อจำเลยผู้บริสุทธิ์อย่างยิ่ง เพราะเป็นการเรียกร้องความบริสุทธิ์ และสิทธิต่าง ๆ ที่เขาเสียไปให้กลับคืนมาได้ดีกว่าอย่างอื่น แม้จำเลยจะมีทางออกทางอื่น เช่นการขอรับพระราชทานอภัยโทษได้ แต่ทราบปยังตรึงตราอยู่ตลอดเวลาว่า เขากระทำความผิด สิทธิต่าง ๆ ที่เสียไป เช่นสิทธิในการรับราชการ ก็ไม่อาจเรียกกลับคืนมาได้ และนอกจากผลดีต่อจำเลยโดยตรงแล้ว ยังมีผลดีต่อวงการยุติธรรมอีกด้วย เพราะจะทำให้บุคคลเกรงกลัวในการปั้นพยานหรือหลักฐานเท็จ เพราะเหตุที่การพิสูจน์ความจริงไม่สิ้นสุดไปตามคำพิพากษา หลักฐานความจริงอาจแสดงออกในภายหลังได้อีก อันอาจให้ผู้ปั้นพยานเท็จ เสียหาย ผลเช่นนี้ยังรวมเลยไปถึงตัวผู้พิพากษา ซึ่งจะต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงมากขึ้น ค่ายเกรงว่าในภายหน้าถ้าปรากฏหลักฐานว่าคำพิพากษาผิดไปจากความเป็นจริงอย่างชัดเจน จะเสียเกียรติยศและได้รับความอับอาย เป็นทางป้องกันมิให้ผู้พิพากษามีอคติใด ๆ ๒

และไม่ว่าผลจะเป็นอย่างไรก็ตาม การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยนั้น เป็นสิ่งที่จำเลยผู้บริสุทธิ์ทุกคนแสวงหาไม่ว่าจะเป็นในโอกาสหรือเวลาที่เนิ่นนานเพียงใดก็ตาม ดังตัวอย่างซึ่งเคยเป็นคดี

^๑ เรื่อง เคิม, หน้า ๕๖.

^๒ หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่อง เคิม, หน้า ๕๓.

ครีกโครมอย่างยี่งมาแล้วในประเทศญี่ปุ่น เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๐๖ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า นายโยชิตะ ชายชราชาวญี่ปุ่นซึ่งมีอายุถึง ๘๓ ปี ได้เคยถูกศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นพิพากษาว่ามีความผิดฐานฆาตกรรมโดยเจตนา เมื่อ ค.ศ. ๑๙๑๓ ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยผู้นั้นฆ่าพ่อค้าขายไหมตาย และชโยยกกระเป่าเงินมีมูลค่าประมาณ ๗๒ สตางค์ ในชั้นแรกศาลไคฉิงโตะประหารชีวิตจำเลย ต่อมาจำเลยอุทธรณ์ขอลดหย่อนโทษและได้รับการวินิจฉัยให้เหลือโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นคำพิพากษาเมื่อประมาณ ๕๐ ปีมาแล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อจำเลยผู้นี้ได้รับคำพิพากษาลงโทษ ก็ได้อุทธรณ์ไปคุมขังที่เรือนจำโคสุเกะในกรุงโตเกียว เป็นเวลา ๔ ปี และถูกส่งตัวไปคุมขังที่เรือนจำอะบาชิริโนในภาคเหนือของเกาะฮอกไกโด ๗ ปี แล้วได้อุทธรณ์ส่งตัวไปคุมขังที่เรือนจำอคิตะในเมืองอคิตะอีก ๑๐ ปี ตลอดระยะเวลาที่อยู่ในเรือนจำต่าง ๆ ดังกล่าว จำเลยชาวญี่ปุ่นผู้นี้ได้ปฏิเสธตลอดเวลาวาเขาไม่ได้กระทำความผิด หากแต่เขาเป็นผู้บริสุทธิ์และเขาไม่ได้รับความยุติธรรมจากคำพิพากษาของศาล เนื่องจากเขาถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เขาไม่ยอมทำงานหนักทุกชนิดที่เรือนจำมอบหมายให้ ซึ่งเป็นผลให้ทางการเรือนจำไคฉิงโตะจำเลยฐานฝ่าฝืนระเบียบของเรือนจำด้วยวิธีธรรมดาต่าง ๆ เกือบทุกชนิด รวมความว่า ตลอดเวลาที่เขาถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำต่าง ๆ ถึง ๒๑ ปีนั้น เขาได้รับโทษธรรมดาจากทางการเรือนจำถึง ๕๓ ครั้ง ในระหว่างที่อยู่ในคุก โยชิตะผู้ถูกทนต์ยื่นคำร้องขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ถึง ๔ ครั้ง แต่ก็ปราศจากผล

ต่อมาในเดือนมีนาคม ค.ศ. ๑๙๓๕ โยชิตะได้รับการนิรโทษกรรมจากทางราชการภายใต้เงื่อนไขที่คับขัน ทันทีที่ได้รับอิสรภาพ โยชิตะได้ดำเนินการต่อสู้เพื่อสิทธิอันชอบธรรม และเพื่อทบทวนชื่อเสียงเกียรติยศของเขาทันที สิ่งแรกที่เขากระทำก็ได้แก่การค้นหาตัวยูมีตะและคิตาคาวา พยานโจทก์ซึ่งให้การบรักปราว่า เขาในการพิจารณาของศาล จากความพยายามของเขา ๆ ก็ได้พบบุคคลทั้งสอง และได้รับคำรับสารภาพ เป็นลายลักษณ์อักษรจากบุคคลทั้งสองว่า เบิกความในศาลที่อ้างว่ารู้เห็นการกระทำของโยชิตะนั้น เป็นเท็จทั้งสิ้น โยชิตะได้ยื่นคำร้องขอให้

พิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง เป็นครั้งที่ ๕ ในปี ค.ศ. ๑๘๖๑ ศาลสูงในเมืองนาโกยา ได้ยอมรับคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ของเขาค้วยคิ ค้วยเหคุนี้ การขอพิจารณาใหม่จึงได้เริ่มอย่างจริงจัง เมื่อวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๐๖

ภายในห้องพิจารณาศาลยุติธรรมครั้งหลังนี้ โคมีทนายโจทก์ ซึ่งได้แก่ พนักงานอัยการของแผ่นดิน ๒ คน และทนายจำเลยผู้มีชื่อเสียงรวม ๑๐ คน ซึ่งได้รับว่าความให้จำเลยผู้ชรา โดยมีความสงสารและเห็นแก่ความยุติธรรม มิได้คิดคำนึงว่าความแต่อย่างใด ในการพิจารณาคดีพิเศษนี้ มีประชาชนให้ความสนใจมาฟังการพิจารณอย่างคับคั่ง เป็นประวัติการณ์ นอกจากประชาชนซึ่งมาฟังการพิจารณายกยัดเยียดแล้ว ยังมีนักหนังสือพิมพ์อีกประมาณ ๑๕๐ คน รวมทั้งช่างภาพอีกมากมาย ศาลได้อนุญาตให้มีการตั้งกล้องโทรทัศน์ถ่ายทอดเหตุการณ์ในห้องพิจารณา ไปให้ประชาชนทั่วประเทศดูพร้อมกัน ซึ่งเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การพิจารณาศาลญี่ปุ่นที่มีการอนุญาต เช่นนี้

ผลแห่งการพิจารณาคดีของศาลครั้งหลังนี้ ผู้พิพากษาโคบายาชิ ได้อ่านคำพิพากษาในท่ามกลางบรรยากาศอันเจ็บกริบของคนนับพันว่า "ศาลเชื่อในการอ้างฐานที่อยู่ของจำเลยในขณะที่เกิดเหตุ และศาลเชื่อต่อไปว่า คำให้การของพยานโจทก์ คือโชทาโรคุมิตะ ซึ่งขณะนี้อายุได้ ๗๐ ปีเศษแล้ว และคำให้การของโยชิเนอิจิ คิตากาวา ซึ่งบัดนี้ได้ถึงแก่กรรมไปแล้ว เป็นคำให้การเท็จ" ศาลสรุปในคำพิพากษาคอนท่ายว่า "ศาลขออภัยพรให้โยชิคะงูเฝ้า จึงมีความสุขความเจริญในบั้นปลายของชีวิตที่ยังหลงเหลืออยู่" ๑

๑ มารุต มุนาค, "ชะตากรรมของจำเลยผู้บริสุทธิ์," บทบัดพิศ เล่ม ๒๗ ตอน ๑, ปี พ.ศ. ๒๕๑๓, หน้า ๖๔ - ๖๖.

การแก้ไขข้อผิดพลาดของดุลพินิจในข้อเท็จจริง

การใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการพิจารณาซึ่งนำนักพยานนั้น เป็นสิ่งที่ย่อมจะเกิดขึ้นเป็นขึ้นได้ ทั้งนี้แม้ว่าศาลจะไต่สวนพยานอย่างถี่ถ้วนรอบคอบถึง ๓ ศาล ดังกล่าวแล้วก็ตาม ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลายสาเหตุ และในบางกรณีความยุติธรรมตามกฎหมายกับความยุติธรรมที่แท้จริงนั้น ไม่ใช้ความยุติธรรมที่ตรงกันเสมอไป เพราะการชี้ขาดคดีของศาลยุติธรรมจะเป็นการชี้ขาดแต่เพียงพยานหลักฐานในท้องสำนวนอย่างเดียวเท่านั้น โดยผู้ตัดสินชี้ขาดไม่มีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด

ความผิดพลาดจากการใช้ดุลพินิจของศาลในการซึ่งวินิจฉัยพยานเหล่านี้ จึงถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาอย่างยิ่ง เพราะปัญหาข้อเท็จจริง เช่นนี้ เป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษตามกฎหมาย และผู้บริสุทธิ์ได้รับการปลดปล่อยอย่างแท้จริง

ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้ จะแก้ไขได้โดยประการใด

จะกล่าวไปแล้ว ความผิดพลาดทั้งหลายเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงใน จะต้องทราบถึงสาเหตุสำคัญในการทำให้การใช้ดุลพินิจผิดพลาด ทราบถึงข้อบกพร่องเกี่ยวกับกลไกองค์ประกอบของการใช้ดุลพินิจเสียก่อน หากได้ทราบถึงเหตุเหล่านี้แล้ว ก็ย่อมจะหาทางป้องกันการผิดพลาดอันจะมีจะเป็นมีให้ลดน้อยลงหรือให้หมดสิ้นไปได้ ดังนั้น จึงจะแบ่งแยกสาเหตุอันมีส่วนให้การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาด ออกพิจารณา เป็น ๒ ประการดังนี้

๑. สาเหตุในทางกฎหมาย
๒. สาเหตุในทางข้อเท็จจริง

๑. สาเหตุในทางกฎหมาย สาเหตุในทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงที่สำคัญนั้น อยู่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วางข้อกำหนดห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ปรากฏตามมาตราต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑๘๓ ทวิ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นในปัญหาข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่

- (๑) จำเลยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก หรือให้ลงโทษกักขังแทนโทษจำคุก
- (๒) จำเลยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก แต่ศาลรอกการลงโทษไว้
- (๓) ศาลพิพากษารว่า จำเลยมีความผิด แต่รอกการกำหนดโทษไว้ หรือ
- (๔) จำเลยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษปรับ เกินกว่าห้าร้อยบาท

มาตรา ๒๑๘ ในคดีที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลล่าง หรือแต่เพียงแก้ไขเล็กน้อย และให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินห้าปี หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ แต่โทษจำคุกไม่เกินห้าปี ห้ามมิให้อุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

มาตรา ๒๑๙ ในคดีซึ่งศาลชั้นต้นพิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าศาลอุทธรณ์ยังคงลงโทษจำเลยไม่เกินกำหนดที่ว่่ามานี้ ห้ามมิให้อุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

มาตรา ๒๑๘ ตี ในคดีที่ศาลชั้นต้นลงโทษกักขังแทนโทษจำคุก หรือ เปลี่ยนโทษกักขัง เป็นโทษจำคุก หรือคดีที่เกี่ยวกับการกักขังแทนค่าปรับ หรือกักขัง เกี่ยวกับการวิทวีปสัน ถ้าศาลอุทธรณ์ได้พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น ห้าม มีให้ดูความฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

มาตรา ๒๒๐ ห้ามมีให้ดูความฎีกาในคดีซึ่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ พิพากษายกฟ้องโจทก์โดยอาศัยข้อเท็จจริง

เหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดห้ามมีให้ดูความอุทธรณ์หรือฎีกา ในปัญหาข้อเท็จจริงบางประการเหล่านี้ สืบมาจากการนำเอาวิธีการและหลักเกณฑ์การห้าม อุทธรณ์ฎีกาปัญหาข้อเท็จจริงมาจากประเทศที่ใช้ลูกขุน (Jury) เป็นผู้วินิจฉัย ข้อเท็จจริง การที่ลูกขุน ซึ่งเป็นประชาชนธรรมดาผู้มีคุณสมบัติพอที่จะ เป็นลูกขุนได้ ตามกฎหมาย ได้มานั่งวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง โดยมีผู้พิพากษาคอย เป็นผู้แนะนำข้อควรทราบบางประการนี้เอง การวินิจฉัยข้อเท็จจริงส่วนใหญ่จึงกำหนดเด็ดขาด ไปตามคำวินิจฉัยของลูกขุน

เมื่อศาลไทยได้นำเอาวิธีการห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงมาใช้ ผลประโยชน์ที่ได้รับส่วนใหญ่ มีโซ่มาจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้อย่างเที่ยงธรรม แต่ เป็น เรื่องการตัดสินปัญหาให้คดีความรกโรงรกศาล เป็นส่วนใหญ่ และจาก เหตุผล อันนี้เอง เมื่อใดที่เกิดมีการพิจารณาคดีล่าช้า ทางออกที่ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายมักจะ คำนึงถึงก็คือ ต้องการให้มีข้อห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงให้มากยิ่งขึ้นไปอีก

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม, วันที่ ๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
สถาบันวิจัยศาสตร์ประยุกต์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๔), หน้า ๑๐๘.

โดยมิได้พิจารณาเลยว่า การห้ามมิให้ผู้ทรงคุณวุฒิแก้ปัญหาข้อเท็จจริงนี้ เป็นการขัดหลักเกณฑ์ในเรื่องการควบคุมการใช้ดุลพินิจ เพราะการใช้ดุลพินิจในการตั้งวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลนั้น จะยุติลงไปเพียงชั้นศาล เดียวหรือสองศาล เท่านั้น

แม้จะมีผู้กล่าวว่า การให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง ให้ผลดีกว่าการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นประชาชนชาวบ้าน แต่แท้ที่จริงและตามเหตุผลแล้ว เป็นเช่นนั้นจริงหรือ เพราะผู้พิพากษาแม้จะเป็นผู้ทรงคุณวุฒิชำนาญ ใฝ่ศึกษาเล่าเรียนมากก็แต่เฉพาะวิชากฎหมายเท่านั้น แต่หาใฝ่ศึกษาเล่าเรียนในวิชาข้อเท็จจริงไม่ ความรู้พื้นฐานในวิชาข้อเท็จจริงระหว่างผู้พิพากษากับชาวบ้านธรรมดาในส่วนนี้จึงมิได้มีข้อแตกต่างกันแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การวินิจฉัยข้อเท็จจริงของลูกขุน มีกฎหมายบัญญัติการรับฟังข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจไว้โดยละเอียด ในขณะที่ตุลาการของไทย เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง กฎหมายกลับมีบัญญัติไว้น้อยเหลือเกิน เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจ เป็นส่วนใหญ่ หากจะกล่าวต่อไปว่า ผู้พิพากษา เป็นผู้ที่ถูกคล้อยอยู่กับปัญหาข้อเท็จจริงโดยตลอด ทำให้มีความรู้ความชำนาญมากกว่าชาวบ้านที่ไม่เคยได้ศึกษามาเลย ความข้อนี้ฟังดูมีเหตุผลยิ่ง แต่ในทางข้อเท็จจริงมิได้เป็นไปเช่นนั้น เพราะตามระบบงานยุติธรรมของศาลไทย หากได้กำหนดงานเฉพาะค่านิติกับผู้พิพากษาไม่ ผู้พิพากษาแต่ละนายในศาลชั้นต้น จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยบรรดคดีทั้งในคดีแพ่ง อาญา ภาษี ฯลฯ จนเป็นที่ปรากฏมาแล้วว่า ผู้พิพากษาสับสน เวลาจะตัดสินคดีอาญาก็ใช้หลักทางแพ่งมาตัดสิน เช่น ค้างในคำพิพากษฎีกาที่ ๑๑๕๕-๒๐/๒๕๐๘ ซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้ว การกำหนดองค์คณะ เฉพาะค่านิติมากขึ้นจะมีก็ในชั้นศาลสูงขึ้นไป เท่านั้น

และสืบเนื่องมาจากการต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงนี้เอง ยังทำให้เป็นอุปสรรคในการสร้างสรรค์วิทยาการเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงอีกด้วย เพราะนอกจากความทงกฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้โดยละเอียดแล้ว การที่จะศึกษาแนววินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลสูงวางบันทึกฐานไว้ ก็หาได้ยากยิ่งอีกด้วย^๑

การที่กฎหมายกำหนดให้ข้อเท็จจริงนั้นต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกา แต่ออกกฎหมายสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้เช่นนั้น กล่าวไปแล้วชอบด้วยเหตุผลหรือไม่

การใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีคดีใดก็ตาม เบื้องแรกต้องใช้ข้อเท็จจริงมาพิจารณาเสียก่อนว่า จำเลยได้กระทำความผิดข้อเท็จจริงที่กล่าวในฟ้องหรือไม่ ถ้าได้ความว่ากระทำความผิดจริง จึงจะใช้ข้อกฎหมายคดีเป็นขั้นที่สองต่อไปว่า การกระทำของจำเลยนั้นจะเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่

ตามรูปการดังที่กล่าวมา เป็นเครื่องแสดงในเบื้องต้นว่า ข้อเท็จจริงนั้นสำคัญไม่น้อยกว่ากฎหมาย หรือจะสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายอีกด้วย เพราะการตัดสินใช้ดุลพินิจผิดพลาดในทางข้อเท็จจริง ก่อผลเสียหายยิ่งกว่าการผิดพลาดในข้อกฎหมายด้วย เป็นทางให้จำเลยผู้บริสุทธิ์ต้องรับเคราะห์กรรมอันเป็นบาปอย่างมหันต์ ดังนั้นจึงมีสุภาษิตกฎหมายว่า "ปล่อยคนผิดสิบคน ดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว"

(It is better to prevent one false conviction than to ensure ten true one) ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้กล่าวว่าข้อเท็จจริงสำคัญกว่าข้อกฎหมายถึงสิบเท่า^๒

^๑ โอสถ โกสิน, เรื่องเกม, หน้า ๘๘.

^๒ หลวงสัจจพิทยธานานู, เรื่องเกม, คำนำหน้า ๓.

ยิ่งไปกว่านั้น เป็นที่ทราบแล้วว่าการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนั้น กฎหมาย เปิดช่องทางให้ใช้ดุลพินิจโดยมิได้วางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ไว้แน่นอน ไม่มีหลักสูตรการเรียนการสอนในชั้นใด ๆ ในขณะที่ข้อกฎหมายนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน มีทั้งตำราหรือหลักสูตรให้ศึกษา ไม่ว่าจะในระดับชั้นปริญญาตรีหรือ เนติบัณฑิต การจะวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างใด เป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จึงง่ายกว่าการที่จะพิจารณาว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่

เมื่อ เป็นเช่นนี้ จึง เห็นได้ว่าในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งมีความสำคัญยิ่ง และไม่มีหลักเกณฑ์บังคับไว้แน่นอน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง กฎหมาย กลับไม่เปิดช่องทางให้ได้พิจารณาในหลายชั้นศาล ส่วนข้อกฎหมายมีบทบัญญัติไว้ชัดเจนกว่า กลับเปิดโอกาสให้พิจารณาได้ทุกชั้นศาล ซึ่งหมายความว่า ทางที่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยผิดพลาดง่ายไม่ผ่านการพิจารณาหลายชั้น ส่วนทางที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยผิดพลาดยาก กฎหมายกลับปล่อยให้ผ่านการพิจารณาหลายชั้น อันเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ของการควบคุมการใช้ดุลพินิจ (control of discretionary power) อย่างชัดเจน

ปัญหาข้อขัดข้อง เช่นนี้จะแก้ไขโดยวิธีใด

ข้อขัดข้องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง เช่นนี้ ย่อมมีทางแก้ไขได้คือการออกกฎหมายหรือสิ้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ ซึ่งได้กล่าวไปแล้วข้างต้น การออกกฎหมายใหม่หรือสิ้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่นี้ เป็นทางควบคุมการใช้ดุลพินิจได้เป็นอย่างดี เพราะจะทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีได้อย่างรอบคอบรัดกุมยิ่งขึ้น อีกทั้ง เป็นการช่วยเหลือเหล่าจำเลยผู้บริสุทธิ์ให้ได้รับความยุติธรรมอย่างเต็มที่ เพราะปรากฏเป็นข้อเท็จจริงในศาลนานาประเทศว่า ศาลยอมใช้ดุลพินิจผิดพลาดได้

ทางแก้ไขข้อขัดข้องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงอีกประการก็คือ การวางหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ เกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริง ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาความอาญา มิได้วางบทบัญญัติในการพิจารณาวินิจฉัย เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ ในปัญหาข้อเท็จจริงไว้ แต่ปล่อยให้ เป็นอำนาจของผู้พิพากษา ฉะนั้นจึงก่อความสับสน ในทางปฏิบัติ และก่อความผิดพลาดขึ้นไม่น้อย สิ่งเหล่านี้ย่อมชี้ให้เห็นความจำเป็นใน การที่จะต้องวางบทบัญญัติ เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานให้รัดกุมยิ่งขึ้น

ทางแก้ไขข้อบกพร่องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงที่สำคัญอีกประการก็คือ การสร้างทักษะและความชำนาญในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงให้กับศาล เพราะ นอกจากจะทำให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปด้วยความเหมาะสมแล้ว ยังแก้ไขปัญหาความ คิดอันคับแคบของผู้พิพากษาลงได้อีกด้วย เพราะเหตุที่ผู้พิพากษามีความเข้าใจใน พื้นฐานของวิชาข้อเท็จจริงมากขึ้น ซึ่งการสร้างทักษะและความชำนาญในปัญหาข้อเท็จจริงนั้นมีได้ ๒ ทางคือ

- (๑) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลสามัญ
- (๒) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลพิเศษ

๒. สาเหตุในทางข้อเท็จจริง การใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการวินิจฉัย ปัญหาข้อเท็จจริงนั้น สาเหตุสำคัญสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงด้วย ข้อเท็จจริงที่ ทำให้การใช้ดุลพินิจผิดพลาดนั้น มาจากสาเหตุหลายประการด้วยกัน แต่ที่เป็น สาเหตุสำคัญ ๆ มีอยู่ ๓ ประการคือ

(๑) นำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาล การนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด มาสู่ศาลนี้ เป็นสิ่งที่ปรากฏมากที่สุดในการทำให้การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยผิดพลาดไปจาก ความเป็นจริง ไม่ว่าจะการนำข้อเท็จจริง เช่นนั้นจะโดยจงใจหรือไม่จงใจของคุณความ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องก็ตาม

เกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดยที่คุณความมิได้จงใจนั้น เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ไม่น้อย ไม่ว่าในศาลไทยหรือวงการศาลของต่างประเทศก็ตาม เพราะในข้อเท็จจริงบางประการมี เหตุผลมาจากความบังเอิญ แม้พฤติการณ์ตาม ข้อเท็จจริงจะไม่ใช่ความจริงก็ตาม แต่ความบังเอิญ เช่นนั้นมีเหตุผลทำให้น่า เชื่อถือได้

ก็เป็นเหตุให้การวิชันดพิบัติผิดพลาดไปจากความเป็นจริงได้ เช่น นาย ก. ลือเป็นเงินไป
ชুরะในเวลาค่ำ เดินผ่านทางหน้าบ้านนาย ข. ขณะนั้นมีคนร้ายปล้นทรัพย์สินนาย ข.
เมื่อนาย ก. ได้เห็นเหตุการณ์ดังนั้น จึงออกวิ่งหนีโดยกลัวจะวิ่งปล้น พวกปล้นก็วิ่งหนี
ตามคิด ๆ กันไป ทันทีนั้นตำรวจมาจับจึงจับนาย ก.

สภาพการอย่างนี้ ถึงความจริงนาย ก. ไม่ได้เป็นผู้ปล้นด้วย แต่เหตุผล
ทั้งหลายที่แสดงว่าเป็นพวกปล้น มาสวมเข้ากับนาย ก. พอดี กรณีอย่างนี้ ถ้าผู้สอบสวน
หรือศาลพิเคราะห์เหตุผลไม่ละเอียดแล้ว นาย ก. อาจเป็นผู้กระทำผิดและมีโทษ
ทั้ง ๆ ที่ตนมิได้กระทำเลย เหตุผล เช่นนี้ เรียกว่า เหตุผลโดยบังเอิญถึงกล่าวแล้วและ
เหตุผล เช่นนี้จะได้พบบ่อย ๆ ในศาล *

ตัวอย่างการที่ศาลลงโทษตามข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยไม่ตั้งใจนั้นได้แก่
มีชายฝรั่ง เศรษฐคนหนึ่งได้ติดตามไปแต่งงานกับหญิงอเมริกันถึงประเทศอเมริกา ได้
เข้าทำงานในโรงสวดหลายปีไม่มีทางก้าวหน้า จึงลาออกและเดินทางไปหางานใหม่
ในเมืองอื่น ก่อนหน้าวันที่ชายฝรั่ง เศรษฐจะออกจากโรงสวดไป ได้มีคนร้ายลักถูก
เศรษฐี และภายหลังที่เขาออกจากโรงสวดไปวันเดียว ตำรวจได้ค้นพบศพถูก
เศรษฐีในตู้ ซึ่งอยู่ในโรงสวดนั้น เพราะเหตุที่ชายฝรั่ง เศรษฐออกจากโรงสวดไปโดย
กระตือรือร้น ตำรวจจึงออกติดตามจับชายฝรั่ง เศรษฐได้ และนำส่งศาล ๆ ตักสินจาก
ตลอดชีวิต

เมื่อเขาถูกจำคุกมาได้ ๒๕ ปี ทางกรมแห่งตำรวจอเมริกันจึงได้หลักฐาน
แน่นอนว่า ความจริงชายฝรั่ง เศรษฐไม่ได้เป็นคนร้ายฆ่าถูกเศรษฐี จึงได้ปล่อยตัวเขา
พร้อมด้วยให้เงินค่าทนาย ๑๖๐,๐๐๐ เหรียญ และ เมื่อเขากลับถึงฝรั่ง เศรษฐแล้ว
เขายังมีหนังสือไปขอจากรัฐบาลอเมริกันได้อีก ๕๐,๐๐๐ เหรียญ ^๒

* หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่อง เกม, หน้า ๔๐ - ๔๑.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๔๑ - ๔๒.

จะเห็นได้ว่า เหตุผลในการที่ให้ความน่าเชื่อถือแท้จริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดย
 คุณความดีได้จริงใจนี้ ในหลายครั้งเหตุผลแนวคัมภีร์เชื่อและสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้
 กระทำความผิด โดยเฉพาะตามเหตุผลแห่งความบังเอิญ ซึ่งเป็นเรื่องที่ค่อนข้าง
 จะพิจารณาแยกแยะข้อเท็จจริงออกจากกันได้ยาก เพราะในบางกรณีมีเหตุผลให้
 ชวนคิดว่าเป็นไปเช่นนั้นจริง ๆ เช่น มีชายหนุ่มคู่ป่วน 2 คนพี่น้อง บิดามารคาคาย
 มาตั้งแต่เล็ก เขายากจนมาก เมื่อเขาโตขึ้น จึงพากันไปเช่าบ้านอยู่ ค่อมานอง
 ค่อมเจ็บลงไม่สามารถจะไปทำงานได้ วันหนึ่งเมื่ออีกสักมาจากทำงานได้นำอาหาร
 เข้าไปจะให้น้องในห้อง พอเข้าไปถึงก็มองเห็นน้องนอนจมโลดิห้อย และพยายาม
 ลุกขึ้นนั่งเมื่อได้เห็นพี่ชายเข้ามา ข้างพูดว่าฉันได้เชือดคอตนเองจะให้ตายแต่ยังไม่
 ตายมีดกำลังคาแผลอยู่ ขอให้เอามันยิงเฉิบให้ตายโดยเร็ว เพื่อให้พ้นการทรมาน
 ขณะนั้นเขากำลังเอามือกุมที่คอไว้ และร้องครวญแวงด้วยความเจ็บปวด จะเชือด
 คอไปด้วยตนเองไม่ไหว เมื่อพี่ชายเห็นดังนั้น จึงถูกเขาลงดิ่งมีดออกจากถ้อง
 พอมีดหลุดออกมาถ้องก็หมดลมหายใจลง

ในขณะที่พี่ชายกำลังดึงมีดออกจากถ้อง มีหญิงแก่เพื่อนบ้านได้มาเห็น
 เข้าใจว่าพี่เชือดถ้องตาย จึงแจ้งความแก่ตำรวจ ในที่สุดศาลฎีกาตัดสินจำคุก
 ตลอดชีวิตฐานฆาตกรรม ¹

นอกจากการนำข้อเท็จจริงมาสู่ศาลโดยผิดพลาดโดยไม่ตั้งใจแล้ว ในทาง
 ปฏิบัติยังพบว่าความจงใจนำเอาข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลอีกด้วย ซึ่งข้อเท็จ
 จริงที่ผิดพลาดเช่นนี้ อาจมาจากการไร้อำนาจอันมิชอบของพนักงานสอบสวนหรือ
 การปลุกปล้ำทำพยานเท็จของคุณความ หรือโดยวิธีอื่นใดก็ตาม แต่ปัญหาการนำข้อ
 เท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดยจงใจที่ปรากฏมากที่สุด ก็ได้แก่การไร้อำนาจอัน
 มิชอบของพนักงานสอบสวน และการปลุกปล้ำทำพยานเท็จของคุณความนี้เอง

¹ เรื่องเกิม, หน้า 41 - 43.

การใช้อำนาจโดยมิชอบของพนักงานสอบสวนนี้ มีผู้ถือว่า เป็นมูล เหตุสำคัญ
อันที่ทำให้คำพิพากษาของศาลตลอดคดีนั้นไปจากความจริง ได้มากมายหลายคดี^๑
ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนจึง เป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริง เพื่อเสนอ
ต่อศาล เป็นองค์การแรกนี้ จึงได้รับการพิจารณา เกี่ยวกับหน้าที่ที่ปฏิบัติมาก และใน
หลายกรณีพนักงานสอบสวนบางคนก็ได้ใช้อำนาจในการสอบสวนคดีอาญา เป็นไปใน
รูปการที่บิดเบือนจากความจริง ทำให้ เป็นปัญหาในชั้นการวินิจฉัยพิจารณาข้อเท็จจริง
ของศาลมาตลอด ปัญหา เช่นนี้ในรายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและ
ปราบปรามอาชญากรรม เคยได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า "โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่
ของพนักงานสอบสวน ถ้าหากว่าจะได้ปฏิบัติตามที่ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความอาญาว่า พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริง รวบรวม
หลักฐานต่าง ๆ เท่าที่มีอยู่เพื่อพิสูจน์ความผิด และเพื่อที่จะนำผู้กระทำความผิดฟ้องร้อง
ต่อศาล แต่ความมุ่งในประเด็นที่ว่า เพื่อพิสูจน์ความผิดแล้ว เราก็จะได้ความยุติธรรม
ที่ถูกต้องมากกว่า กล่าวคือ ถ้าหากว่ามี การจับกุมผู้ต้องหาในคดีใด หากว่าผู้ต้องหา
มีเหตุผลแห่งความยุติธรรมที่จะแสดงได้ เช่นต่อสู้ว่า เป็นเรื่องป้องกันตัว หรือว่า
ผู้ต้องหา เป็นผู้ที่มีความดีความชอบมาแต่ก่อน หรือว่า เป็นผู้ที่ยากจนชั้นแค้น สิ่งเหล่านี้
ควรอย่างยิ่งที่พนักงานสอบสวนควรที่จะแสดงให้ปรากฏในสำนวนการสอบสวน และ
ให้จำเลยได้รับโทษตามสมควร มิควรมุ่งแต่บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่นำสิ่งเหล่านั้น
ให้ปรากฏในสำนวนการสอบสวน เพียงหวังจะให้จำเลยได้รับโทษสถานหนัก เห็นว่า
เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยความยุติธรรม และมีคดีอยู่เป็นอันมาก เช่นมีคดีบาง เรื่อง
ที่นำตัวผู้ต้องหา ไปฟ้องหรือไปฝากขังยังศาล เช่นมีคนขับรถแท็กซี่รายหนึ่งขับรถเฉี่ยว

^๑ ปรากฏ ในนิตยสาร, การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่, วารสารนายความ
ปีที่ ๑๗, ฉบับที่ ๑, พฤษภาคม ๒๕๑๘, หน้า ๖.

ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งตามข้อหาน่าจะเป็นเรื่องซบถโดยประมาท เป็นเหตุให้คน
 บาดเจ็บ แต่ก็นำไปฝากซึ่งฐานพยายามฆาตคนตายโดยเจตนา เป็นต้น นี้ก็รู้สึก
 ว่าเป็นเรื่องที่รุนแรงเกินควร หรือถ้าหากว่าเป็นเรื่องที่ถูกข่มเหงด้วยประการใด ๆ
 ก็เป็นเรื่องที่ควรจะได้รับความเป็นธรรมจากพนักงานสอบสวน ในกรณีที่มีการทำร้าย
 ร่างกายโดยธรรมดา แต่ทว่าพนักงานสอบสวนตั้งรูปคดีเป็นทำร้ายร่างกายโดย
 บาดเจ็บสาหัส เพื่อที่จะให้ได้รับโทษสถานหนัก อันเป็นการช่วยเหลือผู้เสียหายจน
 เกินสมควร ส่วนในกรณีที่ช่วยเหลือผู้ต้องหาที่มีอยู่เป็นอันมาก..." *

ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐานตามข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยจงใจของ
 พนักงานสอบสวนเพื่อปรักปรำหรือช่วยเหลือจำเลยนี้ เป็นสิ่งที่ศาลจะต้องพิจารณา
 ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วนยิ่ง เพราะจะเป็นทางช่วยเหลือผู้เสียหาย
 หรือจำเลย และสร้างความยุติธรรมให้แก่ลสมความประสงค์

นอกจากปัญหาเรื่องการใช้อำนาจโดยมิชอบของพนักงานสอบสวนแล้ว
 ยังมีปัญหาในเรื่องการปลูกปล้ำพยานเท็จอยู่มากมาย หลายครั้งที่พยานเหล่านั้น
 ถูกฟ้องลงโทษฐานเบิกความเท็จ แต่ก็มีจำนวนไม่น้อยที่กระทำไ้แนบเนียนให้ศาล
 เชื่อดื้อได้ ซึ่งการป้นพยานเท็จเช่นนี้ เคยมีท่านผู้พิพากษาอาวุโสท่านหนึ่งถึงกับ
 ยอมรับว่า "การที่พยานเบิกความเท็จป็นน้ำเป็นคว หรือบิดเบือนข้อเท็จจริงเสีย
 บางส่วนนั้นมีอยู่เสมอ" ^๒ ซึ่งปัญหาในเรื่องการแสดงหลักฐานที่ผิดพลาดไป
 จากข้อเท็จจริง เช่นนี้จะต้องได้รับการแก้ไขให้หมดสิ้นไป

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม, เรื่อง เคมี, หน้า ๑๕๕ - ๑๕๖.

^๒ ธานีทร กฤษวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล", วารสารกฎหมาย
 ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๕๐.

(๒) ทักษะหรืออคติของผู้พิพากษา ปัญหาทัศนะหรืออคติของผู้พิพากษาที่มีต่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในส่วนวนความนั้น มีอิทธิพลไม่น้อยในกาารที่ทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจต่อข้อเท็จจริง เช่นนี้ ไปตามอคติ หรือทัศนะคติของคน ในหลายครั้งที่ผู้พิพากษาไม่ยินยอม เชื่อถือพยานหลักฐานข้อเท็จจริงที่ปรากฏ แต่ใช้ดุลพินิจของคนเป็นที่ตั้ง เช่นการที่ผู้พิพากษาไม่ยอมเชื่อว่าจะมีการลักขโมยจักรยาน หรือไม่เชื่อว่ามีการใช้ปืนของพก ทั้งข้อเท็จจริงเหล่านี้ ได้มีการนำสืบพยานกันอย่างชัดเจนในศาลแล้ว ว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้น เป็นอย่างไร

การที่ผู้พิพากษาใช้อคติหรือทัศนะคติของคนโดยไม่เห็นพ้องกับข้อเท็จจริงทั้งที่ปรากฏแจ้งชัดในส่วนวนความนี้เอง เป็นที่มาของอำนาจอุทธรณ์ มิได้ใช้ดุลพินิจโดยการวินิจฉัยหวั่นพยานหลักฐาน แต่ตัดสินใจไปตามอำเภอใจของคนในบางครั้ง พยานหลักฐานในคดีไม่ชัดเจน ผู้พิพากษาก็ใช้ดุลพินิจของคนวินิจฉัยไปตามทัศนะคติ เคาราคเหตูกาารเอาเอง โดยไม่มีพยานหลักฐานของข้อเท็จจริงมาสนับสนุน เช่นในคำพิพากษานับหนึ่ง มีใจความตอนหนึ่งว่า

"การที่ผู้ตายกับจำเลยนั่งคุยกับหญิงโสเภณี ไม่มีเรื่องทะเลาะกัน จำเลยก็อาจยิงผู้ตายได้ เพราะเห็นว่ามัวแต่นั่งหัวเราะอยู่นานแล้ว จะกลับหรือพาเข้าห้องก็ไม่ทำ จำเลยอาจอยากชวนผู้หญิงเข้าห้อง แต่กระดากอายผู้ตายหรือเห็นว่าผู้ตายมานั่งซัดจังหวะอยู่ก็ได้ ซึ่งเป็นเรื่องจิตใจของจำเลย จำเลยอาจจะเกิดอารมณ์วุ่นขึ้นมาในทันทีทันใด จึงได้ชักปืนออกมายิงผู้ตายแบบนึกเลง เหตุกาารณ์เช่นนี้ย่อมจะมีขึ้นได้ มีใจว่าต้องทะเลาะกันก่อน แล้วจึงจะยิงเสมอไป"

(๓) ข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของศาลนั้น ในบางครั้งมาจากการที่ข้อเท็จจริงในคดีมีไม่ครบตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง ทั้งนี้เพราะเหตุว่าศาลยุติธรรมยอมจำเป็นจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปตามถ้อยคำสำนวนที่มีอยู่ในสำนวนศาล ศาลหาอาาาที่จะรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนได้ไม่

เมื่อพยานหลักฐานในท้องสำนวนปรากฏว่าจำเลยผิดเช่นนั้น ไม่ว่าจะพยานหลักฐานจะเกิดขึ้นด้วยการปลอมปล้ำทำพยานเท็จของพนักงานสอบสวนผู้ไม่สุจริตบางคน หรือพยานโจทก์ที่มุ่งให้การปรับว่าจำเลยด้วยความอาฆาตมาดร้ายเป็นส่วนตัว หรือด้วยเข้าใจผิดประการใดก็ตาม ศาลยุติธรรมย่อมไม่อาจจะรับรู้ได้ หากพฤติการณ์เช่นนี้มิได้ปรากฏชัดแจ้งในท้องสำนวน เพียงพอที่ศาลจะนำหีบยกมา เป็นประโยชน์ให้จำเลยได้

ข้อเท็จจริง ๓ ประการอันเป็นสาเหตุสำคัญให้ใช้ดุลพินิจผิดพลาดไปจากความเป็นจริง เช่นนี้จะมีทางแก้ไขด้วยวิธีใด

เป็นที่ยอมรับอยู่ประการหนึ่งว่า สาเหตุในทางข้อเท็จจริงทั้ง ๓ ประการคือการนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลก็ อคติของผู้พิพากษา เกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงก็ดี ข้อเท็จจริงปรากฏในสำนวนไม่เพียงพอก็ดี เกี่ยวข้องกับเหตุผลของความเป็นไปเท่านั้นในปัญหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้น หากศาลเข้าใจถึงเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริง และข้อเท็จจริงที่ขัดต่อเหตุผลแล้ว ย่อมสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้ลดน้อยลงหรือหมดสิ้นไปได้ กล่าวคือ หากผู้พิพากษาเข้าใจถึงเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริง และข้อเท็จจริงอันขัดต่อเหตุผล ก็ย่อมจะแยกข้อ "เท็จ" และข้อ "จริง" ออกจากกันเพื่อพิจารณาเฉพาะ "ข้อจริง" เท่านั้น อันทำให้การเสนอข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลได้รับการขจัดสิ้นไป เมื่อผู้พิพากษาเข้าใจถึงเหตุผลดังกล่าว ก็ย่อมทำให้ทัศนคติในการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ กว้างขวางเหมาะสมกับสภาพแห่งข้อเท็จจริงนั้น ๆ อันเป็นการแก้ไขปัญหาคติของผู้พิพากษา เกี่ยวกับข้อเท็จจริงไปได้ ประการสุดท้าย เมื่อศาลเข้าใจถึงเหตุผลของข้อเท็จจริง ย่อมทำให้ศาลสามารถใช้อำนาจและดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อใดที่ข้อเท็จจริงตามท้องสำนวนมีไม่เพียงพอที่จะให้วินิจฉัย ศาลก็ย่อมจะใช้อำนาจตามมาตรา ๒๒๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีอำนาจสืบพยาน

มารุท มุนนาค, ชะตากรรมของจำเลยผู้บริสุทธิ์, บทบัญญัติคดี เล่ม ๒๗
 ตอน ๑, พ.ศ. ๒๕๑๓, หน้า ๖๒.

เพิ่มเติมโดยพลการได้ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลก็ใช้วิธีสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการมาแล้วไม่น้อย เช่นการเรียกส่วนการสอบสวนประกอบพิจารณา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘/๒๕๕๓, ๕๐๘/๒๕๖๕) แต่ทั้งนี้ การเรียกสืบพยานเพิ่มเติมเช่นนั้น จะต้องเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเท่านั้น จะสืบพยานเพิ่มเติมให้เป็นที่เสียหายแก่รูปคดีของคุณความฝ่ายหนึ่ง โดยประสงค์จะช่วยเหลือคุณความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นการกระทำไปโดยไม่มีเหตุผลแห่งความยุติธรรมแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

การสืบพยานโดยศาลเพิ่มเติมนั้น ย่อมกระทำได้หลายประการ อาจเป็นการส่งประเด็นไปเดิน เเขยดูสืบ หรือสืบเองโดยการซักถามพยาน หรือนำพยานมาหรือบุคคลอื่นมาสืบได้อีกด้วยตามสมควร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๙๓/๒๕๕๐) ซึ่งอำนาจการเรียกสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการของศาลตามมาตรา ๒๒๕ นี้ จะกระทำในเวลาใด ๆ ก่อนศาลพิพากษาก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๕/๒๕๕๓) หากเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแล้ว เป็นสิ่งที่ควรสรรเสริญทั้งสิ้น ดังเช่นตัวอย่างการที่ศาลสืบพยานเองโดยการซักถามพยานในคดีเรื่องหนึ่งข้อเท็จจริงมีว่า

"เหตุเรื่องนี้เกิดที่ศาลจังหวัดปากพนัง เมื่อประมาณ ๒๐ ปีมาแล้ว ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าศาลผู้หนึ่ง เล่าว่า สมัยท่านเป็นหัวหน้าศาลปากพนังนั้น มีพยานอาชีพ เป็นจำนวนมากรับจ้าง เป็นพยานทั้งโจทก์ ทั้งจำเลย มีผู้ใหญ่บ้านคนหนึ่ง สมมติว่าชื่อ "ผู้ใหญ่เชิด" ก็รวมอยู่ในจำนวนพยานอาชีพด้วย ผู้ใหญ่เชิดมาเป็นพยานที่ศาลบ่อย ๆ จนเป็นที่รู้จักกันทั่วไปของข้าราชการศาล วันหนึ่ง เป็นวันหยุดราชการ ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าศาลกับมิตรสหายเอา เรือไปล่าจระเข้ที่คลองแห่งหนึ่ง เวลาเช้าเที่ยงวัน ท่านไปพบผู้ใหญ่เชิดกำลังรับประทานอาหารกลางวันอยู่ ท่านจึงสั่งให้เทียบ เรือกับเรือผู้ใหญ่เชิดแล้วรับประทานอาหารกลางวันกันจนถึงบ่ายโมงเศษ จึงแยกเรือกันไป วันนั้น เป็นวันหยุดราชการพิเศษ ดูเหมือนจะเป็นวันเฉลิมพระชนมพรรษา

ต่อมาราว ๒ เดือน ผู้ใหญ่เช็กมา เป็นพยานจำเลยที่ศาลในคดีอาญา
เรื่องหนึ่ง ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าศาลออกพิจารณาคดีนั้นเอง จำเลยถูกกล่าวหา
ว่ากระทำผิดในเวลาราวเที่ยงวันเศษ เมื่อวันนั้นตรงกับวันหยุดราชการ คือ
วันเฉลิมพระชนมพรรษา วันที่ท่านหัวหน้าศาลกับพรรคพวกไปลาจรรยา เช่นนั้นเอง

เมื่อผู้ใหญ่เช็ก เข้าคอกสาบานตัวแล้ว

ท่านหัวหน้า : พยานจะเบิกความอย่างไรว่าไป

ผู้ใหญ่เช็ก : วันเกิดเหตุจำเลยกับพวก ๒ - ๓ คน ไปช่วยดมมูม

หลังคา เรือนอยู่กับผมตลอดทั้งวัน

ท่านหัวหน้า : เอ๊ะ ก็วันนั้นผู้ใหญ่กินข้าวกลางวันด้วยกันที่คอก

ไม้ไผ่หรือ

ผู้ใหญ่เช็ก : ท่านจำได้ ร

ท่านหัวหน้า : ทำไมจะจำไม่ได้ เพราะเป็นวันหยุดพิเศษ

ผู้ใหญ่เช็ก : ถ้ากระนั้น ผมไม่ยอมเบิกความต่อไป

ว่าแล้วผู้ใหญ่เช็ก ก็เดินออกจากศาลไปโดยไม่ไ้กล่าวอะไร"

ก็อย่างคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ในการที่ศาลสืบพยานเองนั้น เพื่อประโยชน์
แห่งความยุติธรรมแล้ว นอกจากจะแก้ปัญหาข้อเท็จจริงในท้องสำนวนไม่พอเพียงแล้ว
บางครั้งยังช่วยจับพยานเท็จได้ด้วย ซึ่งคำถามของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลในคดีนี้
เป็นคำซักถามพยานเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมโดยแท้

ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่อง เกม, หน้า ๑๔ - ๒๐ อ้างถึง
นายสุพรรณ ในการประกวกรเกร็ดคดี, กฎหมาย, ปีที่ ๙ เล่ม ๒, กุมภาพันธ์
๒๕๐๓, หน้า ๒๑๖ - ๒๑๗.

เมื่อ เป็นเช่นนั้น จึง เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึง เหตุผล เกี่ยวกับข้อ
เท็จจริงและข้อเท็จจริงที่หักต่อ เหตุผล ก็จะแยกพิจารณา คือ

- (๑) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลสามัญ
- (๒) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลพิเศษ
- (๓) ข้อเท็จจริงที่หักต่อ เหตุผล

(๑) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลสามัญ เหตุผลสามัญในที่นี้ คือความ
เป็นไปได้ของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยความเป็นไปได้เช่นนั้น สามารถพิเคราะห์ได้
ด้วยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปว่า หากมีข้อเท็จจริงนั้น ๆ เกิดขึ้นแล้วจะ เป็น
อย่างไร มาจากเหตุผลเช่นไร เช่น หากมีการปาไชลงกระทบหิน ไชยอมแตก
เช่นนี้เป็น เหตุผลที่บุคคลทั่วไปทราบ ด้วยเหตุนี้ เหตุผลสามัญกล่าวอีกอย่างก็คือ
เหตุผลเหล่านั้นตามธรรมดาบุคคลย่อมรู้จักและเข้าใจดี ไม่ต้องใช้ความรู้พิเศษ
อย่างใดก็ เห็นหรือ เข้าใจได้^๑

เหตุผลสามัญนี้ แบ่งพิจารณาออกได้ ๒ ประการด้วยกันคือ

๑.๑ เหตุผลจากศัพทภาษ เหตุผลสามัญที่ใช้ในการพิจารณาซึ่ง
นำหนักพยาน จากศัพทภาษนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา เบื้องต้นว่า ข้อเท็จจริง
หรือนำหนักพยานนั้น จะมีเพียงพอให้ศาล เชื่อหรือไม่ เพราะผู้ที่ เป็นพยานในชั้น
ศาลนั้น นอกจากจะเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามกฎหมาย ไม่ตกอยู่ใน ข้อต้องห้ามอย่างใด
แล้วก็ตาม แต่ในหลายกรณีปรากฏ อยู่เสมอมาว่า พยานนั้นให้การผิดพลาดจาก
ความเป็นจริง ไม่ว่าจะ เป็นการผิดพลาดโดยจงใจ หรือสำคัญผิดก็ตาม

สา เหตุจะทำให้พยานให้การผิดพลาดไปจากความเป็นจริงนั้น มีอยู่หลาย
สา เหตุ ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตาม เหตุผลสามัญว่า จะควร เชื่อถือด้วยคำ
พยานนั้นเพียงใดหรือไม่ ซึ่งมีข้อควรพิจารณาดังนี้คือ

^๑ หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่อง เกม, หน้า ๘๓ - ๘๔.

ข้อเท็จจริงตามเหตุผลสามัญว่า ความทรงจำของพยาน เป็นสิ่งที่ยอมรับกันอยู่แล้ว ความทรงจำของบุคคลนั้น ย่อมจะมีมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับภาวะหลายอย่าง ประกอบกัน รวมทั้งระยะเวลาแห่งการทรงจำด้วย หากใครพบเห็นเหตุการณ์ในเวลาที่ยืนนานมาแล้ว ย่อมมีความจำเรื่องตอยจากรายละเอียดต่าง ๆ ลงได้ กล่าวไปแล้ว สาเหตุสามัญที่ทำให้ความทรงจำมีมากหรือน้อยมีดังนี้

๑. ความเคลื่อนไหว ไม่ว่าจะ เป็นผู้พบเห็นหรือวัตถุที่เห็นได้ เคลื่อนไหว เช่น พยานนั่งอยู่ในรถไฟ หรือรถยนต์ที่แล่นผ่านเหตุการณ์ในคดี ย่อมมีเหตุสำคัญ ทำให้การพบเห็นจดจำได้ไม่ครบถ้วน

๒. สิ่งรบกวน ในบางครั้ง เมื่อพยานพบเห็นเหตุการณ์ในคดี ในขณะที่มีภาวะหรือพฤติกรรมบางอย่างมา เป็นสิ่งรบกวนการพิจารณาของ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ย่อมทำให้การจดจำเหตุการณ์ต่าง ๆ ล่น้อยลงได้ เช่นในเวลาต่อสู้วาทกัน เวลาถูกตำร้าย เป็นต้น

๓. ความหวาดเสียวต่อพฤติกรรม ในพฤติกรรมบางอย่างที่ก่อความเสียวสยองให้กับผู้พบเห็น มีส่วนให้พยานไม่กล้าพิจารณาข้อเท็จจริงในรายละเอียดได้ ซึ่งตัวอย่างการจดจำเหตุการณ์คลาดเคลื่อนเพราะตกอยู่ที่อารมณ์บีบคั้น เช่นนี้ มีเรื่องเล่าต่อกันมาว่า ในประเทศฝรั่งเศส ผู้พิพากษา ๓ คนได้ไปดูการประหารชีวิตนักโทษ เมื่อกลับมาถึงศาล อธิบดีถามผู้พิพากษาว่า เพฆนฆาตสวมถุงมือหรือเปล่า ผู้พิพากษาทั้ง ๓ คนตอบไม่เหมือนกัน โดยคนแรกตอบว่าไม่สวมถุงมือ คนที่สองตอบว่าสวมถุงมือสีขาว คนที่สามกลับเห็น เพฆนฆาตสวมถุงมือสีดำ การที่ผู้พิพากษาทั้ง ๓ คนเห็นแตกต่างกันไป เช่นนี้ก็ เพราะความหวาดเสียวในการประหาร เลยกระทำให้เพ่ง เหตุการณ์ไม่ทั่ว *

๔. ระดับการศึกษา การสังเกตจดจำของผู้ที่ไร้การศึกษา กับผู้ที่มีการศึกษาสูงนั้นแตกต่างกัน ผู้ที่ไร้การศึกษาซึ่งรวมทั้ง เด็กอาจพิจารณาเหตุการณต่าง ๆ ใ้ไม่ทั่วถึง

๕. ความสนใจต่อเหตุการณ์ พยานบางคนอาจมีความสนใจเป็นพิเศษ หรือมีความรู้ เป็นพิเศษ กับสภาพที่ เกิด เป็นข้อเท็จจริงขึ้น ซึ่งความสนใจเป็นพิเศษนี้ ย่อมทำให้การสังเกตจดจำเหตุการณ์ใ้มากกว่าปกติ เช่นผู้ที่ชอบ เรื่องรถยนต์ เมื่อเห็นรถยนต์คันหนึ่งแล่นผ่านไป ย่อมจำและทราบรายละเอียดมากกว่าผู้ที่ไม่ได้สนใจเรื่องรถยนต์ เพราะเขาจะทราบว่ารอดคันนั้นรุ่นอะไร สีอะไร ไซ้ล้ออะไร เช่น ไซ้ล้อแม็ก (ล้อโลหะอัลลอย) บางครั้งยังจดจำไ้แม้กระทั่ง เลขทะเบียน

จากเหตุผลสามมัญทั้ง ๕ ประการ ที่กล่าวมาแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นได้ ว่าพยานในบางกรณีแม้จะสุจริต แต่ก็อาจ เบิกความผิดพลาดได้ แต่อย่างไรก็ดี การผิดพลาดท่างอนนี้ จะเป็นการผิดพลาดในส่วนปลีกย่อย แต่สาระสำคัญแล้วมัก จะจำได้ *

ในกรณีคล้ายกัน หากพยานคนใด เบิกความจำเหตุการณ์ต่าง ๆ ใ้้อย่างละเอียดละออ กลับ เป็นการขัดต่อเหตุผลสามัญว่าด้วยความจำของพยาน ดังตัวอย่างในคดีเรื่องหนึ่ง จำเลยต้องหาว่าดอบเอาปืนยิงคนมากเจ็บ พยานโจทก์ เบิกความว่า ในคืนเกิดเหตุ พยานเห็นจำเลยยืนแอบอยู่ พยานยังได้พูดจาทักถามจำเลย แล้วจำเลยจึงได้ยิงเจ้าทุกข์ พยานจำจำเลยและ เครื่องบุงหมได้ละเอียดคระออยิ่งกว่าเวลากลางวัน คำพยานที่ เบิกความชนิดนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นคำพยานที่ไม่สมเหตุผล ไม่พอฟังลงโทษจำเลยได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๓๑/๒๕๖๓)

พยานเท็จ การ เบิกความให้ การของพยานที่ผิดพลาดไปจากความเป็นจริง เป็นสิ่งที่มีอยู่ในวงการศาลทั่วไป แม้ว่าการ เบิกความเท็จในสารสำคัญของคดีจะเป็นความผิดที่มีโทษอาญาที่กำหนดไว้ก็จริง แต่ก็ยังปรากฏว่ามีผู้กระทำความผิดจะเป็นพยานเท็จอยู่มากมาย มาจากสาเหตุต่าง ๆ กัน ซึ่งได้มีท่านผู้รู้จักสาเหตุของการ เบิกความเท็จไว้ดังนี้คือ ๑

ก. ในเรื่องความรัก บุคคลบางคนเมื่อมีความรักอยู่กับบุคคลอื่นหรือสิ่งอื่นใด มักจะมีความลำเอียง เข้าข้างบุคคลนั้น ทั้งในทางที่ผิดและที่ถูกปล่อยความรักให้อยู่เหนือศีลธรรมหรือสิ่งอื่นใดทั้งหมด แม้แต่การ เป็นพยาน เขาก็กล้าที่จะ เบิกความเท็จได้ เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ตนรัก สาเหตุที่จะทำให้นบุคคล เกิดความรักมีหลายอย่าง เช่น

๑. เป็นญาติ เช่นบิดามารดา บุตร หลาน เป็นต้น
๒. มิตรและคนรัก มิตรนั้นอาจ เป็นบุคคลหรือหมู่คณะ
๓. มีบุญคุณมาก่อน เช่น เป็นครูบาอาจารย์ เป็นนายเป็นผู้มีอุปการคุณ
๔. มีประโยชน์ตอบแทน มีการให้น้ำใจ ให้สินบน เป็นต้น

ข. ในเรื่องความโกรธ บุคคลที่มีความโกรธแค้น หรือมีสาเหตุบาดหมางกันในทางส่วนตัวมาก่อน ย่อมมีสาเหตุในการที่จะ เบิกความเท็จ เพื่อปรักปรำผู้ที่ตนโกรธให้เสียหายได้

ค. ในเรื่องความกลัว ความกลัวนั้นมาจากหลายสาเหตุ อาจจะกลัวเกรงต่ออิทธิพลของผู้เป็นฝ่ายในคดี เกรงว่าถ้าตน เบิกความตามที่ เป็นจริงแล้วจะถูกทำร้ายได้ เป็นต้น บางครั้งกลัวว่าถ้ากล่าวความจริงตามที่ตนรู้เห็นไปแล้ว บุคคลอื่นอาจสงสัยว่าตน เป็นผู้สมคบในการกระทำความผิดด้วยก็ได้ ในบางครั้งความกลัวมี

สา เหตุมาจากความกลัวที่จะเสียเกียรติ เสียชื่อ เสียงกก็ได้ เช่นในคดีความผิด
 ข่มขืนกระทำชำเรา หญิงสาวผู้มีความจริงใจ เข้มยอมบอกความจริง เป็นต้น

ง. ในเรื่องความเขลา ความผิดพลาดในคำให้การของพยานบางครั้ง
 มาจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ไม่รอบคอบหรือเดินเลอ ขาดความใคร่ครวญก็เป็น
 ทางทำให้ข้อเท็จจริงผิดพลาดคลาดเคลื่อนได้

การให้การเท็จของพยานนั้น ในหลายครั้งมีการชักจูงพยานก่อนไปศาล
 ในบางครั้งหมายความถึงขนาด เรียงคำพยานขึ้นให้พยานท่องจำขึ้นใจไป เบิกความใน
 ศาลก็มี แต่ก็มีเหมือนกันที่พยานบางคน เบิกความผิดตะกุกตะกัก เพราะตกใจหรือ
 ประหม่าจนลืมข้อความที่ตนท่องจำขึ้นใจมา^๑ แต่ทางแก้ไขของเหล่าทนาย
 ความ หรืออัยการก็มักจะใช้การตั้ง "คำถามนำ" ให้กับพยานของตน ซึ่งเป็นทาง
 ที่กระตุ้นเตือนความจำของพยานได้เป็นอย่างดี เช่นในกรณีที่ทนายความต้องการ
 ที่จะถามพยานของตนว่า "เห็นจำเลยวิ่งหนีไปทางไหน" เมื่อพยานตอบไม่ได้เพราะ
 ลืมข้อความที่ตนเคยท่องจำมา ทนายความหรืออัยการ เหล่านี้ก็จะใช้คำถามนำถาม
 พยานว่า "จำเลยวิ่งไปทางท้ายซอยใช่ไหม" คำถามเช่นนี้เอง ย่อมเป็นการเตือน
 ความทรงจำที่พยานได้ท่องจำคำให้การมาว่า ให้ตอบว่าจำเลยวิ่งหนีไปทางท้ายซอย
 จึงตอบคำถามเช่นนั้นได้ถูกต้องสมใจทนายความและอัยการ

การที่อัยการหรือทนายความได้ตั้งคำถามนำแก่พยานฝ่ายของตนนั้น เป็น
 การชักจูงกฎหมายอย่างชัดแจ้ง คือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
 มาตรา ๑๑๘ วรรคแรก บัญญัติว่า "ในการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานจะซักถาม
 พยานก็ดี หรือถามถึงพยานก็ดี ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นใช้คำถามนำ เว้นแต่

^๑ ธานีรินทร์ ภัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๐.

คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาล" แต่ตามข้อเท็จจริงของการซักถามพยานโดยทั่วไป ได้มีการใช้คำถามนำเพื่อกระตุ้นความทรงจำของพยานจนเป็นประเพณีนิยมของวงการอัยการหรือทนายความ เพราะนั่นจะเป็นคำถามที่ขัดต่อกระบวนการพิจารณาความ แต่ศาลก็เพียงแต่ตั้งเตือนมิให้ทนายความใช้คำถามนำเช่นนั้นอีกเท่านั้น ส่วนรูปคดีของคู่ความได้ผลสมความตั้งใจของผู้ถามไปแล้วคือทำให้พยานจำข้อความที่ควรจะเบิกความได้ แม้ผู้ถามจะถูกศาลตำหนิและกลับมาตั้งคำถามใหม่ เป็นคำถามธรรมดา พยานก็ย่อมจะตอบตามเนื้อความที่ตนจดจำได้โดยถูกต้อง

เมื่อเป็นดังนี้ การสร้างพยานหลักฐานเท็จจึงยังคงมีปรากฏอยู่ต่อไป พฤติการณ์เช่นนี้ศาลควรจะต้องหาวิธีการแก้ไข เช่นการตั้งเตือนหรือกำหนดเป็นข้อห้ามไว้ก่อนที่จะเริ่มสืบพยานว่า มิให้คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานตั้งคำถามนำในกรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล เพราะเป็นการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๓๐ และ ๓๑ ได้ และรวมทั้งควรจะต้องถือว่าคำตอบของพยานในกรณีที่มีการตั้งคำถามนำแล้วเป็นคำให้การที่ไร้น้ำหนัก ซึ่งศาลไม่ควรรับฟังอีกด้วย

๑.๒ เหตุผลจากข้อเท็จจริง ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในศาลนั้น ย่อมมาจากการที่พยานได้สัมผัสกับข้อเท็จจริง เช่นนั้นมาด้วยอาการ ๓ ประการด้วยกัน คือ การรู้ การเห็น การจำได้ และจากองค์ประกอบ ๓ ประการนี้เองที่พยานจะมาเบิกความให้การต่อศาลว่าข้อเท็จจริงตามที่ตนรู้ เห็น จำได้นั้น มีเหตุผลสามัญ เช่น โคนับสนุนอยู่ ซึ่งเหตุผลสามัญที่จะสนับสนุนการรู้เห็นจำได้นั้นมีอยู่ด้วยกัน ดังนี้คือ

๑. รู้จากอะไร ประสาทสัมผัสที่จะรับรู้ เหตุการณ์ต่าง ๆ ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น จะต้องเป็นไปตามเหตุผลของความ เป็นไปได้อย่างสามัญ

การอ้างการรู้เห็นด้วยวิธีหรือเหตุผลที่เกิดขึ้นเลยจากความเป็นจริง ย่อมเป็นสิ่งพิสูจน์
อยู่ในตัวว่าพยานนั้นไม่ควรที่จะรับฟัง และประสาทที่จะรับความรู้ในข้อเท็จจริงใน
มีดังนี้

ก. ทา คานี้เป็นส่วนรับรู้ข้อเท็จจริงที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่ง ซึ่ง
พยานในศาลส่วนใหญ่จะรับรู้ข้อเท็จจริงด้วยการมองเห็นทั้งสิ้น เกี่ยวกับการมองเห็น
นี้ จะต้อง เป็นการมองเห็นอย่างสามัญ กล่าวคือ บุคคลที่สายตาสั้น แต่ไม่ได้สวม
แว่นตา จะมองเห็นเหตุการณ์ในระยะไกลได้ก็เท่ากับผู้ที่มิสายตาก็ยอมไม่ได้
และผู้ที่มิสายตาก็ยอมจะมองเห็น เหตุการณ์ชัด เจนหรือละเอียดละออก็ยอมต้อง
ขึ้นอยู่กับสภาพแสง และระยะทางระหว่างสายตากับวัตถุด้วย หากพยานอ้างว่า
มองเห็น เหตุการณ์อย่างละเอียดในระยะไกลและเป็นเวลาค่าคืนที่มีแสงไฟสลัว ย่อม
เป็นการ เบิกความที่มีเหตุผลขัดกับความจริง

ปัญหาว่าการมองเห็นที่ เป็นการรับรู้ เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง จะอยู่ใน
วิสัยของ เหตุผลสามัญหรือไม่ต้องพิจารณา เป็นรายกรณีไป เช่นในการสืบพยานของ
คดีเรื่องหนึ่ง พยานโจทก์ เบิกความว่ารู้เห็นเหตุการณ์ เพราะชดะ เกิดเหตุ เป็น
คืนเดือนหงาย

ทนายจำเลย : พยานอยู่ห่างจากที่เกิดเหตุสักเท่าไร

พยาน : สี่ร้อย เมตรเศษ

ทนายจำเลย : ห่างขนาดนั้นพยานยังมองเห็น เหตุการณ์ได้ เขียวหรือ

พยาน : พระจันทร์อยู่ไกลกว่าตั้งโยชน์ ผมยังเห็นชัดเลย^๑

ข. หู การรับฟัง เรื่องราวตามข้อเท็จจริง ก็เป็นสิ่งสำคัญในชั้นพิจารณา
เบิกความของพยาน และในการที่จะเชื่อถือว่าผู้ที่ได้รับฟังมานั้น รับฟังมาจริงหรือไม่

^๑ เรื่อง เดิม, หน้า ๑๖ - ๑๗.

คาม เหตุผลสามัญ นอกจากจะพิจารณาถึงสภาพความปกติของหู เรายังมีผู้คนหูหนวกแล้ว ยังต้องคำนึงถึงสภาพเหล่านี้ด้วยคือ ความสงบของสถานที่ ความดังของเสียง ระยะทางที่เกิดเสียง เครื่องกำบังเสียง

ค. จมูก ข้ออ้างที่อ้างถึงกลิ่นนั้น อาจมีบ่อย ๆ เว้นในกรณีที่อ้างว่า ไ้กลิ่นศพ ซึ่งแสดงว่าคนไ้กายมาหลายวันจนมีกลิ่นเหม็นแล้ว หรือไ้กลิ่นยาพิษ กลิ่นน้ำมันก๊าด เป็นต้น

เคยปรากฏว่า ในคดีฆาตกรรมกระทำชำเราหญิงคนกลางให้การ เป็นพยานว่า พยานกำลังนอนหลับในมุ้ง พยานรู้สึกว่ามีคนมากอดกพยาน พยานจำกลิ่นตัวไ้ได้ว่า ไม่ใช่สามีของพยาน พยานไ้เปิดไ้ขึ้น เห็นจำเลยคานออกจากมุ้งออกจากห้องแล้ว วิ่งหนีไปยังห้องจำเลย ตามตัวไ้อย่างนี้ แสดงว่าพยานถือเอากลิ่นตัว เป็นข้ออ้าง

ง. ลิ่น เป็นการรับรู้ข้อเท็จจริงที่อาจมีไ้ในกรณีเกี่ยวกับยารักษาโรค หรือยาพิษ หรืออาหาร เป็นต้น

จ. ประสาทส่วนอื่น ๆ ของร่างกาย การรับรู้ข้อเท็จจริงอาจมาจากการสัมผัสโดยทางอื่นนอกจากที่กล่าวมาแล้วไ้ เช่นการจับฉวย การเหยียบ เป็นต้น

๒. เหตุไ้ไ้จึงมารู้เห็น สาเหตุไ้จะมารู้เห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริงนั้น จะต้อง เป็นสาเหตุที่ประกอบด้วยเหตุผลสามัญ เพราะสาเหตุไ้ไ้มารู้เห็น เหตุการณ์นี้ เป็นเรื่องพิสูจน์ความจริงแท้ไ้ไ้คืออย่างหนึ่ง ด้วยเหตุไ้การรู้เห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริงจะมีความน่าเชื่อถือไ้ จะต้องมีการสนับสนุนจากสาเหตุการรู้เห็นด้วย เช่นมีคดีในศาล เรื่องหนึ่ง เป็นคดีหาว่าจำเลยยิงผู้ว่าราชการจังหวัดตายที่จังหวัดพระประแดง (ปัจจุบัน เป็นอำเภอหรือเขตพระประแดง) พยานโจทก์คนหนึ่ง เบิกความว่า

เมื่อมีเสียงปั้งดังขึ้นที่บ้านผู้ตายแล้ว พยานได้เห็นจำเลยถือปืนวิ่งผ่านหน้าพยาน ๆ จำจำเลยได้ พยานให้การตอบทนายจำเลยต่อไปว่า ที่พยานเห็นจำเลยก็เพราะพยานไปนั่งถ่ายอุจจาระอยู่ข้างทางที่จำเลยวิ่งมา ที่พยานมานั่งถ่ายอุจจาระนั้น พยานมาจากบ้านของพยาน ครั้นถูกถามว่าบ้านอยู่ไหน พยานตอบว่า "อยู่ตำบลบางซื่อ จังหวัดพระนคร" ^๑

เหตุที่ตนมารู้ เห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง

ก. เจตนามารู เห็น เหตุการณ์ เป็นกรณีพยานผู้นับประสงค์หรือรู้ตัว มาแต่คิดว่า ตนจะเป็นพยานในข้อเท็จจริง เช่นนั้น ทำให้ความจำ หรือการรู้เห็น เหตุการณ์ต่าง ๆ ของข้อเท็จจริง เป็นไปอย่างละเอียดกว่าพยานผู้มีเจตนามารู เห็น เช่นตำรวจไปจับผู้ลักลอบ เล่นการพนัน ตำรวจผู้นั้นเมื่อมา เป็นพยานในคดีย่อมจะเห็นรายละเอียดบางอย่าง เช่นเห็นจำเลย เห็นของกลางอย่างไรก็ได้ ถ้าหาก รายละเอียดสำคัญในคดี พยานเช่นนี้จำไม่ได้หรือไม่รู้เห็นแล้ว ย่อมทำให้น่าหนัก การซึ่งพยานลคน้อยลง ไม่น่า เลื่อมใส กวญเหตุขัดต่อ เหตุผลสามัญว่าด้วยการรู้สำนึกตน ตัวอย่างของพยานผู้มีเจตนามารู เห็น เหตุการณ์ได้แก่ คดีฟ้องอดีตรัฐมนตรีสุจริต จารุเสถียร กับพวกในคดี "กินป่า" ซึ่งพยานสำคัญในคดีคือนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ซึ่งเป็นผู้ให้ สิบบนแก่อดีตรัฐมนตรีผู้นั้น รวมทั้ง เป็นผู้ร้องทุกข์กล่าวหาขอให้เจ้าพนักงานสอบสวน คดีมาแต่แรก ^๒ หรือในคดีที่นายชัยมระภา นพคุณถูกกล่าวหาว่าใช้ตำแหน่ง หน้าที่โดยมิชอบ โดยมีนายทองดี อิศรางกูร เป็นผู้ให้ทรัพย์สินในการกระทำผิดของจำเลย

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๐๘.

^๒ รายละเอียดของคดี ดู วิชา กฎ เครื่องถาม, สังคมการ เมืองสำหรับ นักกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ ๒) (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย รามคำแหง, ๒๕๒๐), หน้า ๖๒ - ๖๕.

และมา เป็นพยานในคดี^๑ พยานทั้งสองคดีนี้ เป็นพยานที่จงใจรู้เห็นเหตุการณ์ การ
จกจำรายละเอียดยกแห่งข้อเท็จจริงได้อย่างละเอียดละออจึงสมเหตุผล

ในกรณีข้างอย่าง แม้ว่าจะ เป็นพยานผู้จงใจมา รู้เห็นเหตุการณ์ แต่ดำตก
อยู่ภายใต้ภาวะบีบคั้นบางอย่าง เช่น เหตุการณ์หวาดเสียว หรือความฉุกเฉินใดๆ ก็
อาจจะจำข้อเท็จจริงปลีกย่อยคลาดเคลื่อนไปได้ แต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของ
คดีจะต้องจกจำได้เสมอ มิเช่นนั้น เป็นการขัดต่อ เหตุผลสามัญ

ข. ไม่เจตนามารู้เห็น เป็นกรณีที่พยานมาพบ เห็นข้อเท็จจริงโดยบังเอิญ
เหตุผลสามัญที่จะสนับสนุนการรู้เห็นข้อเท็จจริงของพยานประเภทนี้ มีข้อควรพิจารณา
ดังนี้คือ

๑. มาอย่างไร พยานกำลังทำอะไรหรือจะไปไหนจึงได้มาพบเห็น
เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง การพบเหตุการณ์ของพยานนี้จะต้อง เป็นไปได้ตาม เหตุผล
สามัญ เช่นพยานอยู่บนบ้านของตน และพบ เห็น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหน้าบ้านของตน
เช่นนี้สม เหตุผล แต่ในกรณีกลับกัน การที่พยานมีบ้านอยู่บางซื่อ แต่มานั่งถ่าย
อุจจาระที่พระประแดง ทำให้พบเห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง เช่นนี้ ย่อม เป็นการขัด
กับ เหตุผลสามัญ

๒. แสงสว่าง ในขณะที่พบเห็น เหตุการณ์นั้น เป็นเวลาใด หากเป็น
เวลากลางคืนแล้ว มีแสงสว่างพอที่จะให้พยาน เห็น เหตุการณ์ได้หรือไม่ และหาก
สามารถมองเห็น เหตุการณ์ได้แล้ว แสงสว่างนั้นมีพอเพียงที่จะให้พยานจำได้ว่า
ผู้กระทำความผิดคือตัวจำเลยหรือไม่

๓. ระยะไกลใกล้ ระหว่างพยานกับ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นมีความไกลใกล้
เพียงใด เป็นเหตุผลสามัญว่าด้วยการรู้เห็นจกจำของพยานเช่นกัน เพราะถ้าหาก
พยานอยู่ในระยะที่ห่างไกลเกินไป ย่อมจะ เห็นข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วน และอาจ

^๑ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๓๓/๒๕๐๘ (ประชุมใหญ่)

เข้าใจความหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนึกไปค้วย ค้วย เหตุที่ไม่ทราบรายละเอียด และมีได้เห็นข้อเท็จจริงใกล้ชิด

๔. ใ้รู้เห็นนานเพียงใด การจะจดจำเหตุการณ์ตามที่ใ้รู้เห็นได้มาก หรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับระยะเวลาในการพบเห็นค้วย เพราะเป็นเหตุผลสำัญว่าหากข้อเท็จจริงนั้น พยานได้พบเห็นเป็นเวลานาน หรือบ่อยครั้งย่อมจะจดจำข้อเท็จจริงได้ดีกว่าผู้พบเห็นในเวลาอันสั้น

ฉะนั้น หากพยานให้การว่า เห็นจำเลยวิ่งผ่านพยานไปเท่านั้น แต่พยานจำได้ตลอดจนกระทั่งหมวก เสื้อ กางเกง รองเท้า และไม้เท้าถือในมือจำเลย เช่นนี้ เป็นการขัดต่อเหตุผล เพราะไม่มีผู้ใดจะสามารถจดจำในชั่วระยะเวลาจำกัดได้อย่างละเอียดละอออย่างนั้น ดังนั้น คำพยานอย่างนี้ไม่ควรเชื่อถือ^๑

๕. พบเห็นแล้วพยานปฏิบัติตนอย่างไร หลังจากพบเห็นเหตุการณ์แล้ว หากเป็นความผิดสำคัญ พยานจะต้องมีปฏิกริยาอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เล่า เหตุการณ์ที่พบเห็นให้ผู้อื่นฟัง ไปแจ้งความ เป็นต้น

มีตัวอย่าง เกี่ยวกับการปฏิบัติตนของพยานในคดีเรื่องหนึ่งคือ ตามหลักฐานในสำนวนปรากฏว่า ผู้ตายได้หายไปจากบ้านไม่มีใครทราบวไปไหน บิดามารดา และญาติของผู้ตายได้สืบถามชาวบ้านใกล้ เคียงอยู่หลายวันไม่ไ้ข่าว เวลาล่วงมา ๑๐ วัน มีคนไปพบศพผู้ตายอยู่ในหนองห่างบ้านผู้ตายประมาณ ๑ กิโลเมตร เมื่อคดีถึงศาล พยานโจทก์ได้ให้การว่า เห็นจำเลยฟันผู้ตายแล้วตัดเป็นท่อน ๆ ใส่กระสอบหามไปทางหนองที่ไ้ศพนั้น โดยพยานเป็นญาติกับผู้ตาย บ้านอยู่ติดกับบ้านผู้ตาย พยานไม่เคยบอกกับใครว่าไ้เห็นจำเลยฟันผู้ตายใส่กระสอบ จนเมื่อไ้ศพผู้ตายแล้ว ตำรวจสอบสวนพยานจึงบอก

^๑ หลวงสถิตยพุทธชำนาญ, เรื่อง เกม, หน้า ๑๒๔.

คำพยานอย่างนี้ จะเชื่อว่าได้เห็นเหตุการณ์ตามที่อ้างไม่ได้ เพราะเมื่อได้
เห็นแล้ว มิได้ปฏิบัติกรอย่างใด ไม่ได้เล่าให้แก่ผู้ใด ตามธรรมเนียมบุคคลเมื่อเห็น
เหตุการณ์อันแปลกประหลาดน่าหวาดเสียว ย่อมจะต้องได้บอกเล่าผู้ใดคนหนึ่งให้ทราบ
อีกทั้งพยานเป็นญาติกับผู้ตายอีกด้วย จะมิอาจยอมยอมเป็นการรั้คต่อเหตุผลธรรมดา^๑

(๒) ข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษ ข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษนี้
เป็น เหตุผลตามหลักวิชาพิเศษ ซึ่งจะต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญพิเศษ เฉพาะก้านมา เป็น
พยานในศาล เรียกว่า พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งมีอยู่ ๓ ประเภทด้วยกันคือ

๑. ผู้เชี่ยวชาญของศาล คือผู้เชี่ยวชาญซึ่งขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญ
ของศาล ณ กระทรวงยุติธรรมแล้ว ศาลเองอาจเรียกให้ไป เป็นพยานโดยแสดง
ความเห็นด้วยวาจา หรือ เป็นหนังสือก็ได้ หรือคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จะขอให้ศาล
เรียกไปแสดงความคิดเห็นดังกล่าวแล้วก็ได้ หรือคู่ความทั้งสองฝ่ายจะตั้งผู้เชี่ยวชาญของ
ศาล เป็นพยานรวมก็ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๒๕)

๒. ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะคดี ได้แก่ผู้ที่ศาลแต่งตั้งให้ เป็นผู้เชี่ยวชาญ
เฉพาะคดีโดยศาลจะให้ผู้เชี่ยวชาญประเภทนี้ทำความเห็น เป็นหนังสือก็ได้ แต่ต้องมา
ให้การ เบิกความประกอบหนังสือนั้น และให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวแก่คู่ความทราบ
ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน ก่อนเบิกความ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
มาตรา ๒๔๓ วรรค ๒) ในทางอาญา เรียกพยานนี้ว่า ผู้ชำนาญการพิเศษ

๓. บุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ หมายถึงบุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ
ในศิลปวิทยา การฝีมือ การค้า หรือการงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ
ซึ่งความเห็นของบุคคลประเภทนี้อาจ เป็นประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็น
ที่พิพาท ไม่ว่าบุคคลนั้น ๆ จะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม คู่ความก็อาจอ้าง
บุคคลดังกล่าวมา เป็นพยานของตนได้^๒ พยานเช่นนี้ เรียกว่าผู้ชำนาญการพิเศษ เช่นกัน

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๑๓๐ - ๑๓๒.

^๒ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๘.

ในการสืบพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงตาม เหตุผลพิเศษนี้ โดยทั่วไปแล้ว ศาลจะเชื่อถือถ้อยคำของพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นสำคัญ และมีความเชื่อมากถึงขั้นว่า การอ้าง เหตุผลพิเศษของพยานหากผู้นั้นมิใช่พยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ศาลจะ ปฏิเสธไม่ยอมรับฟังเลย ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕/๒๕๔๔ จำเลยอ้างพยาน มาสืบ เพื่อแสดงว่า เหล็กที่ถูกลักไม่สามารถหักออกเพื่อทำการลักด้วยแรงคนได้ แต่ไม่แสดงว่าพยานที่อ้างนั้น เป็นผู้ชำนาญการพิเศษ ดังนั้น ศาลจึงจะไม่สืบพยาน นั้นได้

แม้ว่ากฎหมายจะ เปิดช่องให้ เชื่อถือพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ชำนาญการ พิเศษนี้ ให้น้ำหนัก และสามารถมี เอกสิทธิ์พิเศษบางประการ เช่นการส่งหนังสือ ประกอบคำเบิกความก็ตาม แต่ก็หาใช่ว่าคำเบิกความของพยานเช่นนี้จะเป็นสิ่งถูกต้อง เสมอไปไม่ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อมีการ เบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ไม่ค่อยมีปรากฏในส่วนนวนความเกี่ยวกับการถามค้านผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจมาจาก ไม่เข้าใจถึง เหตุผลพิเศษ เช่นนั้นก็ได้อ ละนั่น ส่วนใหญ่แล้ว เมื่อผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ ชำนาญการ เบิกความอย่างไร ก็เชื่อถือกันไปตามนั้น เท่ากับ เป็นการให้ผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ชำนาญการมาคัดลั่นข้อเท็จจริงแทนศาล ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏอยู่เสมอว่า หาก เป็นการอ้างข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษบางอย่างแล้ว ศาลมักจะ เชื่อความเห็นของ ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษก่อน โดยไม่รับฟังความเห็นของผู้อื่นดังปรากฏแล้ว ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕/๒๕๔๔ ยิ่งไปกว่านั้น แม้ศาลเองจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัย เหตุผลพิเศษบางประการ เองก็ยังไม่กระทำไม่ได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๕๔๖ ว่า ในคดีอาญาความผิดฐานปลอมหนังสือ ศาลจะวินิจฉัยข้อเท็จจริง ด้วยการตรวจเทียบ เคียงลายมือเอาเอง แล้วพิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยไม่ยอมให้ โจทก์สืบพยานผู้ชำนาญการพิเศษตามที่โจทก์ขอนั้นไม่ได้

กล่าวไปแล้ว ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษจะถือ ว่า เป็นความเห็นที่ถูกต้อง เสมอไปก็ยังไม่ถูกต้อง เพราะความเห็นเช่นนั้นอาจมีการ ผิดพลาดได้เช่นกัน ซึ่งเคยมีตัวอย่างมาแล้ว เช่นในคดี Danva1 แห่งประเทศ

ฝรั่งเศส ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Danval เป็นเภสัชกร ได้ถูกศาลพิพากษาว่าฆาตรกรยา โดยการวางยาพิษ โดยใช้สารหนู เพราะภรรยาของ Danval มีอาการอย่างที่ยูตาย โดยสารหนู และจากการผ่าศพออกตรวจ ได้พบสารหนูจำนวนหนึ่งในศพด้วย และเป็นที่เชื่อกันในขณะนั้นว่าร่างกายของมนุษย์โดยปกติจะไม่รับสารหนูไว้ ต่อมาการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ได้พิสูจน์ว่า สารหนูอาจมีอยู่ในร่างกายมนุษย์ได้ และยิ่งกว่านั้น ได้มีการพบอาการของโรคชนิดใดหนอย่างหนึ่งที่แสดงอาการ เช่น เกี่ยวกับการถูกวางยาพิษด้วยสารหนู จึงได้มีการรื้อฟื้นคดีของ Danval ขึ้นพิจารณาใหม่ และศาลฎีกาได้พิพากษาให้ลบล้างคำพิพากษาเดิม °

ในการพิจารณาข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษนี้ แม้จะเป็นที่ยอมรับว่ามีความจำเป็น และเป็นพยานที่ควร เชื่อถือได้ก็ตาม แต่ศาลก็ควร เปิดโอกาสหรือใช้ดุลพินิจให้กว้างขวางกว่าเดิม โดยมีวิธีการควบคุมผู้ชำนาญการพิเศษให้มากขึ้น มีการค้นคว้าเกี่ยวกับหลักวิชาพิเศษอื่น เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี ประกอบพิจารณาความเห็นของผู้ชำนาญการพิเศษด้วย มิใช่จะปล่อยให้ความเห็นของผู้ชำนาญการพิเศษถือ เป็นสิ่งถูกต้องเสมอไป เช่นในปัจจุบัน

(๓) ข้อเท็จจริงที่ชี้ค่อเหตุผล เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนความนั้น ย่อมมีเหตุผลสนับสนุนความเป็นไปได้ของข้อเท็จจริงนั้นอยู่ในตัวเอง หากข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้นไม่มี เหตุผลสนับสนุนหรือชี้ค่อกับเหตุผล ก็ย่อมจะทำให้หน้าหนักในการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะรับฟังลดน้อยลง กล่าวไปแล้ว ข้อเท็จจริงที่ชี้ค่อเหตุผลนี้มี ๒ ประการด้วยกันคือ

° โกอเมน ภัทรภิมย์, "การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารกฎหมาย, ปีที่ ๒, ฉบับที่ ๓, กันยายน ๒๕๑๘, หน้า ๕๘.

ก. ชักเหตุผลของตนเอง การชักเหตุผลตนเองของข้อเท็จจริงนี้ หมายถึง ข้อเท็จจริง เช่นนั้นเอง ไม่มีเหตุผลสนับสนุน หรือชักกับเหตุผลสามัญ หรือ ชักกับข้อเท็จจริงอยู่ในตัวเอง ข้อเท็จจริง เช่นนี้ไม่ควรรับฟัง

ข้อเท็จจริงอย่างใดจึงจะถือว่าชักเหตุผลของตนเองนั้น ย่อมจะต้องพิจารณา เป็นรายกรณีไป เช่น

นาย ก. อ้างว่าได้ยินจำเลยยกนาย ข. แต่ไม่เห็นตัวจำเลย จำเลย จำเลยได้ จำเลยคนนั้นไม่เคยเห็นหน้ามาก่อน เพิ่งมาเห็นในศาลขณะเบิกความ เท่านั้น ข้อเท็จจริงเช่นนี้ ย่อมชักเหตุผลอยู่ในตัวเอง เพราะการอ้างว่าจำเลย จำเลยได้ทั้ง ๆ ที่ไม่เคยเห็นจำเลยมาก่อน ย่อมเป็นไปไม่ได้^๑

หรือในคดีหนึ่ง พยานโจทก์ปากหนึ่ง เบิกความว่า ก่อนเกิดเหตุเล็กน้อย พยานได้ยินเสียงคนถ่ายปัสสาวะ พยานจำได้ว่า เป็นเสียงจำเลยถ่ายปัสสาวะ ท่านเชื่อพยานโจทก์ปากนี้หรือไม่^๒

ในคดีอีกเรื่องหนึ่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจไปจับจำเลยกับพวกซึ่งกำลัง เล่น การพนันอยู่ เจ้าหน้าที่ตำรวจยึดอุปกรณ์การเล่นมาเป็นของกลางทั้งหมด แต่ในขณะที่ จับกุมนั้น ไม่ได้ตัวเจ้าสำนัก อย่างไรก็ตาม ขณะที่เจ้าหน้าที่ออกจากบ้าน เหลือบไป เห็นเจ้าสำนักนั่งอยู่บนหลังคาบ้าน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงถามว่า เหตุใดจึงไปนั่งบนหลังคา บ้าน เจ้าสำนักตอบว่า "บ้านของกิน ฉันจะนั่งที่ไหนก็ได้"^๓ ซึ่งพิจารณาแล้ว ย่อมทราบได้ว่า เป็นคำตอบที่สมเหตุผลหรือชักเหตุผล

^๑ หลวงสถิตย์พรชานาญ, เรื่องเดิม, หน้า ๒๗ - ๒๘.

^๒ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๘), หน้า ๑๕๐.

^๓ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล" วารสารกฎหมาย ปีที่ ๓, ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๒๕.

เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ชี้ชัดเหตุผลของตนเองนั้น ได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกา เรื่องหนึ่ง ซึ่งเป็นการพิจารณาคำพิพากษาคดีเหตุผลตัวเองอันเป็นตัวอย่างที่ดี คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๕๐/๒๕๕๕ ซึ่งจำเลยถูกฟ้องในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

"กรรมการศาลฎีกาพิจารณาความเรื่องนี้ เห็นว่าโจทก์เป็นหญิงสาว แต่เป็นผู้รู้ถึงการที่ชั่วแล้วในเชิงสังวาส ฝ่ายจำเลยเป็นคนค่อนข้างชรา หญิงสาวที่ใจไม่หนักแน่นบางทีก็จะดังเด ที่แรกถึงจะยินยอมที่หลังกลับไม่ยินยอม และพาโล เหตุต่าง ๆ เรื่องนี้ถ้าโจทก์เป็นหญิงที่ใจหนักแน่น สงวนตัวจริงแล้ว จะต้องหาทางหลีกเลี่ยงบอกกล่าวเสียตั้งแต่คืนแรก ไม่ควรสงบเนื้อความไว้ ปลอ่ยให้จำเลยเข้าปล้ำปลุกทุกคืนมากครั้งจนนับไม่ถ้วน เป็นแต่เอาพิศัยจำเลยบ้าง และเมื่อจำเลยจับแขนกึ่งหนึ่ง เฉยเสียปลอ่ยให้จับเล่นตามสบายบ้าง (อันเป็นมารยาหญิงยั่ววนชักชวนจำเลยซึ่งเป็นชาย)

ในที่สุด กรรมการศาลฎีกาซึ่งขาดในคดีนี้ว่า พิจารณาได้ความจริงแต่เพียงว่า จำเลยได้เข้าหาและปลุกปล้ำ จำเลยไม่ได้ยินใจ ไม่ได้พยายามข่มขืนกระทำชำเรา โจทก์ก็จ้องโจทก์กล่าวหา ศาลล่างปริกษาคดีไม่รู้หนักเบาในท่วงทีทางประเวณีธรรม ไม่ชอบด้วยวิธีพิจารณารรคคดี ควรให้ยกคำพิพากษาศาลล่างทั้งสอง และให้ยกฟ้องโจทก์เสียด้วย"

ข. ชักเหตุผลผู้อื่น ข้อเท็จจริงที่ชี้ชัดเหตุผลผู้อื่นนี้ เป็นข้อเท็จจริงที่แม้ในตัวเองจะมีเหตุผล แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นแล้ว เห็นว่าชักกัน เช่นนี้ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ชี้ชัดเหตุผลผู้อื่น

ข้อเท็จจริงที่ชี้ชัดเหตุผลผู้อื่นนี้จะพบมากในกรณีที่มีการเบิกความของพยานคู่ และปรากฏข้อเท็จจริงในทางพิจารณาต่างกัน เช่นยินยอมเป็นการทำลายน้ำหนักของพยานคู่หนึ่งลง ซึ่งตัวอย่างของการเบิกความชักกันเองของพยานคู่ที่มีปรากฏอยู่มากมายทั่วไป

นอกจากจะพบในกรณีสืบพยานคุณแล้ว ข้อเท็จจริงที่ขัดเหตุผลผู้อื่นนี้อาจพบ
ในกรณีที่คำเบิกความขัดกับพยานเอกสาร หรือขัดกับพยานวัตถุ หรือแม้แต่ขัดกับ
ข้อเท็จจริงของ เหตุผลพิเศษ อีกด้วย

เช่นพยานอ้างว่าคนเดิน เคียงคู่ไปกับผู้ตายในเวลากลางคืน ซึ่งบริเวณนั้น
ไม่มีแสงไฟ คอมาพยานได้ยินเสียงปืนดังปังและเห็นผู้ตายล้มลง พยานจึงเหลียวหลัง
ไปดู จากแสงไฟจากปลายกระบอกปืนจำได้ว่าผู้ยิงคือจำเลยคำพยานนี้ ถือว่าขัด
ต่อเหตุผลผู้อื่น คือขัดกับหลักวิทยาศาสตร์ที่ว่า แสงย่อมเร็วกว่า เสียง เมื่อพยาน
ได้ยินเสียงปืนแล้วหันหลังกลับไปยัง เห็นแสงจากปลายกระบอกปืนอยู่ ย่อมจะขัดกับ
เหตุผลอันไม่นา เชื่อถือ

หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๖/๒๕๖๓ พยานโจทก์เบิกความว่า พยาน
เห็นจำเลยจ้องยิง เจ้าทุกข์ควายเป็นแกบในระยะเวลาประมาณ ๑ ไร่ เมื่อปืนลั่นพยาน
เห็นหมอนปืน เป็นไฟแดง ไปติดอกเจ้าทุกข์ แต่ถูกกระสุนปืนหาถูกเจ้าทุกข์ไม่
คำพยานเช่นนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นถ้อยคำที่ไม่สมเหตุผลเชื่อไม่ได้ เพราะหาก
หมอนปืนซึ่ง เบากว่ากระสุนปืนไปถูกหน้าอก แต่ถูกกระสุนซึ่งปืน ซึ่งหนักกว่าไม่ถูกยอม
เป็นการขัดกันที่ไม่น่า รับฟัง