

บทที่ 4

มาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็กในคดีอาญา

กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน เป็นกระบวนการที่ไม่ใช่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายล้วนๆ เหมือนการค้าเงินคดีกับผู้ใหญ่ แต่เป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับศาสตร์แขนงอื่น ๆ เช่น จิตวิทยา สังคมวิทยา สังคมสงเคราะห์ กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กจึงมีขั้นตอนในการดำเนินการไม่เฉพาะแต่ในศาลที่พิจารณาคดีเท่านั้น แต่ยังมีขั้นตอนก่อนพิจารณาคดีและหลังจากพิจารณาคดีอีกด้วย ในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนกรณีที่เกิดและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดขั้นตอนของกระบวนการจะมี 3 ขั้นตอน คือ¹

1. ขั้นตอนก่อนคดีขึ้นสู่ศาล ใช้วิธีการแก้ปัญหาเด็กกระทำความผิดมากกว่าการนำตัวขึ้นศาล ยอมให้เจ้าหน้าที่ตำรวจและสถานพินิจใช้ดุลยพินิจแทนการส่งตัวเด็กและเยาวชนไปดำเนินคดีในศาล
2. ขั้นตอนพิจารณาพิพากษาคดีลักษณะไม่เป็นทางการและเน้นในการแก้ไขบำบัด หลีกเลี่ยงการพิจารณาคดีโดยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ค้นหาความจริงในคดีเพื่อแสวงหามาตรการแก้ไขที่เหมาะสม
3. ขั้นตอนหลังการพิจารณาคดีจะมีลักษณะยืดหยุ่นและสามารถให้มาตรการได้หลายวิธีเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสม

กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนจึงมีขั้นตอน 3 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนก่อนคดีขึ้นสู่ศาล ขั้นตอนการพิจารณาพิพากษาคดี และขั้นตอนหลังการพิจารณาคดี ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดสำหรับเด็กและเยาวชนกรณีที่เกิดเป็นผู้เสียหายหรือเป็นพยานในคดี ขั้นตอนก็มี 3 ขั้นตอนเช่นเดียวกัน ดังนั้นแม้งานวิจัยนี้จะกล่าวเน้นถึงขั้นตอนในการดำเนินคดีในศาลคือ

¹ประธาน วัฒนาวณิชย์, กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก, หน้า 166.

การสืบพยานเด็กในศาลก็ตาม แต่ก็ต้องพิจารณาถึงขั้นตอนก่อนคดีขึ้นสู่ศาลด้วย เพราะกล่าวแล้วว่า กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนนั้น ขั้นตอนต่าง ๆ มีขึ้นเพื่อจะปกป้องดูแลเด็กเป็นพิเศษ จึงมีความสัมพันธ์และสอดคล้องซึ่งกันและกัน ส่วนขั้นตอนภายหลังการพิจารณาตัดสิน ในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายหรือเป็นพยานในคดีนั้น การดูแลปกป้องเด็กที่ต้องตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดไม้อาจมีกฎหมายบังคับเด็กได้ เพราะเด็กเป็นโจทก์หรือพยานไม่ใช่เป็นจำเลย จึงกระทำได้เพียงเสนอมาตรการบำบัดทางกายหรือทางจิตใจแก่เด็กที่ครอบครัวอาจไม่มีทางแก้ไขด้วยตนเอง หรือให้แก่เด็กที่ต้องการเข้าใช้มาตรการในการบำบัดรักษาโดยความสมัครใจ

ดังนั้นในส่วนมาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็กจึงมีเนื้อหาสำคัญอยู่ 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นขั้นตอนการเตรียมพยานที่เป็นเด็กก่อนคดีขึ้นสู่ศาล และส่วนที่เป็นขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ก็ได้กล่าวถึงการดำเนินการคดีอาญาในกรณีที่พยานเป็นเด็กซึ่งเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นของมาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็ก

1. การดำเนินการคดีอาญาในกรณีที่พยานที่เป็นเด็ก

ในการดำเนินการคดีอาญานั้นมีหลักในการดำเนินการคดีอาญาอยู่ 3 ประเภทคือ การดำเนินการคดีอาญาโดยผู้เสียหาย การดำเนินการคดีอาญาโดยประชาชน และการดำเนินการคดีอาญาโดยรัฐ

สำหรับประเทศไทยนั้น หลักการดำเนินการคดีอาญาเป็นหลักการดำเนินการคดีอาญาโดยรัฐ และหลักการดำเนินการคดีอาญาโดยผู้เสียหาย คือ ทั้งรัฐและผู้เสียหายมีอำนาจในการฟ้องร้องคดีอาญาดังที่บัญญัติเอาไว้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 28 ว่าทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาด้วยกันทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม หลักการดำเนินการคดีอาญาโดยรัฐถือว่ามีความสำคัญว่าหลักการดำเนินการคดีอาญาโดยผู้เสียหายดังที่บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 32 บัญญัติว่า

เมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหายจะกระทำหัตถ์ของอัยการเสียหายโดยกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในกระบวนการพิจารณา พนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำการนั้น ๆ ได้

การดำเนินคดีอาญากรณีที่มีพยานที่เป็นเด็กนั้น การดำเนินคดีโดยอัยการถือว่ามีความสำคัญกว่าการดำเนินคดีโดยผู้เสียหายเอง เพราะการดำเนินคดีโดยผู้เสียหายมักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์ส่วนรวม² ต่างกับการดำเนินคดีของพนักงานอัยการที่ถือว่าเป็นองค์การของรัฐในกระบวนการยุติธรรมที่การดำเนินคดีจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กต่างจากการดำเนินคดีโดยทั่วไป คือ กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กนั้นมุ่งปกป้องดูแลเด็กด้วย ดังเช่นการดำเนินคดีในกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิด รัฐได้เข้ามาเกี่ยวข้องในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี คือ ในขั้นก่อนฟ้องการพิจารณาคดี และหลังการพิจารณาพิพากษาคดี ดังเช่นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว 2534 ของไทยที่ขั้นตอนก่อนฟ้องจะมีการเก็บข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับเด็ก เพื่อเป็นข้อมูลที่จะให้ศาลใช้พิจารณาและพิพากษาไปในทางแก้ไขเด็ก และหลังการตัดสินแล้วก็จะหาสถานที่จะอบรมดูแลเพื่อแก้ไขเด็กให้กลับเป็นคนดี ซึ่งขั้นตอนทั้งก่อนและหลังพิจารณาอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กของศาลคดีเยาวชนและครอบครัว ดังนั้นการดำเนินคดีที่เด็กเป็นผู้เสียหายหรือเป็นพยานก็เช่นกัน เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อดูแลปกป้องเด็ก การดำเนินคดีที่ผู้เสียหายหรือพยานเป็นเด็กนั้นก็ต้องมีมาตรการเฉพาะ ซึ่งต้องใช้อุปกรณ์และเครื่องมือต่าง ๆ ตลอดจนการดำเนินการที่สัมพันธ์กับหน่วยงานอื่น ๆ ในขั้นตอนต่าง ๆ ซึ่งอัยการจะทำได้ดีกว่าเพราะเป็นองค์การของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่และบุคลากรอยู่แล้ว ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาที่ผู้เสียหายหรือพยานเป็นเด็กที่จะกล่าวถึงต่อไปจะหมายถึงการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นสำคัญ

2. กระบวนการก่อนการพิจารณาคดีและสืบพยานเด็ก

มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาล คือ ช่วยในการค้นหาความจริงในคดีอาญาให้มีประสิทธิภาพและช่วยปกป้องเด็ก และยังเป็นขั้นตอนที่จะช่วยให้การพิจารณาคดีและสืบพยานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วย ซึ่งในกระบวนการก่อนการพิจารณาและ

²โกเมน ภัทรภิรมย์, "งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม," อัยการนิเทศ 31 (2511): 489.

สืบพยานเด็กมีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ เรื่องการควบคุมสื่อมวลชนในการเสนอข่าวในกรณีผู้เสียหายเป็นเด็ก หลักการรับฟังพยานประกอบ (Corroboration) พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานวิทยาศาสตร์ และการให้ผู้เชี่ยวชาญและผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเด็กเข้าร่วมในการสอบสวนพยานที่เป็นเด็กด้วย

2.1 การควบคุมสื่อมวลชนในการเสนอข่าวในกรณีผู้เสียหายเป็นเด็ก ในการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยนั้นเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน ดังนั้นประชาชนจะต้องมีส่วนร่วมในการรับรู้ข่าวสารต่าง ๆ ในระบบเศรษฐกิจการเมือง สิทธิในการรับรู้ข่าวสารจึงเป็นสิทธิที่สำคัญอย่างหนึ่งของการปกครองระบอบประชาธิปไตย สื่อมวลชนจึงถือเป็นกลไกสำคัญของระบอบประชาธิปไตยเพราะทำให้ประชาชนได้รับรู้ข่าวสาร

การดำเนินคดีอาญาก็เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสังคม จึงเป็นสิทธิของประชาชนที่จะได้รับรู้ อย่างไรก็ตาม การเสนอข่าวของสื่อมวลชนก็อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและสถานะของผู้ถูกกล่าวหา สิทธิของโจทก์หรือผู้เสียหาย สิทธิหรือประโยชน์ของรัฐและกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา³ ดังนั้นในกรณีเกิดความขัดแย้งกันจึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข่าวสาร และประโยชน์ของสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา โจทก์หรือผู้ต้องหา รัฐ และความเป็นอิสระของผู้พิพากษาว่า สิทธิใดมีความสำคัญกว่ากัน

การเสนอข่าวสารในคดีอาญาของสื่อมวลชนในกรณีที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้เสียหายนั้น ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ในคดีบางประเภทการเสนอข่าวคดีอาญาก็อาจไม่มีผลกระทบต่อชื่อเสียง เกียรติคุณของโจทก์หรือผู้เสียหายเลย แต่ในกรณีที่โจทก์หรือผู้เสียหายเป็นเด็กนั้นย่อมมีผลกระทบ นอกจากชื่อเสียง เกียรติคุณของเด็กแล้ว ยังมีผลกระทบต่อจิตใจเด็กซึ่งจะมีต่อพัฒนาการทางร่างกายและจิตใจ ตลอดจนการปรับตัวและการเรียนรู้ที่จะอยู่ในสังคม เพราะเด็กยังเป็นผู้ที่อยู่ในภาวะที่อ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ การที่มีการเสนอข่าวสารที่เกี่ยวกับตัวเด็กจึงจะเป็นผลเสียต่อเด็กซึ่งถือเป็นทรัพยากรที่สำคัญของสังคม ดังนั้นกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ

³ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, "ผลกระทบทางกฎหมายจากการเสนอข่าวคดีอาญาต่อการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 69-110.

ครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 93 ก็ได้บัญญัติห้ามเสนอข่าวสารเกี่ยวกับตัวเด็กผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา⁴ ทั้งนี้เพราะในกรณีนี้ถือว่าสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนมีความสำคัญกว่าสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข่าวสาร ซึ่งในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายก็ควรมีมาตรการห้ามสื่อมวลชนที่จะเสนอข่าว หรือจะทำได้ก็เป็นกรณียกเว้น⁵ ซึ่งควรห้ามสื่อมวลชนเสนอข่าวในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหาย ทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาของศาลเหมือนกับกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

2.2 หลักการรับฟังพยานประกอบ (Corroboration)

Corroboration เป็นหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นหลักที่ต้องมีพยานประกอบในบางกรณีที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงๆ หลักการรับฟังพยานประกอบนำมาใช้ในกรณีการรับฟังและการสืบพยานเด็กค้ายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

คำว่า "Corroboration" ไม่ใช่เป็นคำทางที่มีความหมายเฉพาะในทางกฎหมาย แต่เป็นคำที่มีความหมายตรงตัวคือ "การยืนยัน" (Confirmation) หรือการสนับสนุน (Support)⁶ Corroboration มีหลักว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมีพยานประกอบนั้น

⁴ มาตรา 93 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า

ห้ามมิให้ผู้ใดบันทึกภาพ แพร่ภาพ พิมพ์รูป หรือบันทึกเสียง แพร่เสียงของเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิด หรือโฆษณาข้อความซึ่งปรากฏในทางสอบสวนของพนักงานสอบสวน หรือในทางพิจารณาคดีของศาล ที่อาจทำให้บุคคลอื่นรู้จักตัว ชื่อตัว ชื่อสกุลของเด็กหรือเยาวชนนั้น หรือโฆษณาข้อความเปิดเผยประวัติการกระทำความผิดหรือสถานที่อยู่ สถานที่ทำงาน หรือสถานศึกษาของเด็กหรือเยาวชนนั้น

⁵ วรรค 2 ของมาตรา 93 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ บัญญัติเป็นข้อยกเว้นว่า สามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาโดยได้รับอนุญาตจากศาลหรือการกระทำที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางการ.

⁶ Cross, *Evidence*, p.184.

จะต้องมีพยานหลักฐานที่เป็นอิสระต่างหาก (Independent Evidence) จากพยานที่กล่าวหาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดเข้ามาประกอบพยานที่กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิด สารัตถะ (essence) ของ corroboration ก็คือ ความน่าเชื่อถือของพยานอย่างหนึ่งยืนยันถึงความน่าเชื่อถือของพยานอีกอันหนึ่ง⁷ กล่าวคือ กรณี Corroboration เป็นกรณีต้องมีพยานประกอบนอกจากพยานโดยตรงที่กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิด พยานประกอบเป็นลักษณะของพยานที่สามารถบ่งชี้ (Implicate) สนับสนุนพยานโดยตรงว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดจริง เช่น อาการบาดเจ็บทางเนื้อตัวร่างกาย (Physical injuries) หรือกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางเพศต่อเด็กมีพยานเบิกความว่าเห็นผู้ถูกกล่าวหาเข้าไปพบเด็ก และในเวลาต่อมาอันใกล้เสียง พยานก็พบตัวเด็กมีอาการหวาดกลัวอย่างรุนแรง พยานที่มีเบิกความเช่นนี้ถือเป็นพยานประกอบ⁸

แนวคิดที่มาของ Corroboration คือ การไม่แน่ใจพยานและพยานนั้นไม่มีพยานอื่น ๆ มาสนับสนุน ซึ่งในบางกรณีพยานเพียงปากเดียวไม่เพียงพอเพราะเป็นกรณีที่พยานอาจจะจงใจใส่ร้ายผู้ถูกกล่าวหาได้ง่าย เช่นในคดีความผิดทางเพศ ถ้าไม่มีร่องรอยของการกระทำความผิดที่เห็นประจักษ์ ก็มักจะมีแต่พยานที่เป็นผู้เสียหายเท่านั้น เพราะการกระทำความผิดทางเพศมักเกิดในที่ลับตาคนอยู่แล้ว ดังนั้น เหตุผลของต้องมี Corroboration ก็เพราะถ้าไม่มี Corroboration การโกหกของพยานก็จะเป็นไปได้โดยไม่เชื่อจากัด และทำให้การค้นหาความจริงเป็นไปอย่างยากลำบาก⁹ ดังนั้น วัตถุประสงค์หลักของ Corroboration คือการพยายามค้นหาความจริงให้มีประสิทธิภาพ

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมีพยานประกอบนั้น ศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็จะถือเคร่งครัด คือ ไม่รับฟังพยานที่ไม่มีพยานประกอบใน Children and young Person Act 1933 ได้กำหนด Corroboration มาใช้กับกรณีพยานที่เป็นเด็กเอาไว้อย่างชัดเจนใน s 38 (1) คือ เด็กที่ไม่สามารถสาบานได้เพราะไม่รู้ความหมายของความจริง และหน้าที่ในการพูดความจริงไม่สามารถรับฟังเป็นพยานลงโทษจำเลยได้โดยลำพัง

⁷Ibid., p.173.

⁸Ibid., p.185-186.

⁹Ibid., p.168.

ถ้าไม่มีพยานอื่นประกอบ¹⁰ และแม้กระทั่งที่พยานที่เป็นเด็กสามารถสาบานได้ก็ตามแต่ถ้าไม่มีพยานประกอบ ศาลก็ต้องเตือนลูกขุนถึงอันตรายในการที่จะรับฟังพยานที่เป็นเด็กนั้น ทั้งนี้เพราะการสาบานเป็นกระบวนการในการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยาน เมื่อพยานไม่ได้ผ่านการสาบาน ความน่าเชื่อถือก็น้อยลงเมื่อจะรับฟังก็ต้องมีพยานมาประกอบ ทั้งนี้เพื่อให้การค้นหาความจริงในกรณีที่พยานเป็นเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งก็เป็นหลักการที่ดีเพราะพยานที่เป็นเด็กนั้น ถ้าพิจารณาแนวทางการพิสูจน์ความจริงก็เป็นไปในกรณีที่พยานยังเป็นเด็กอายุน้อย ๆ ซึ่งยังไม่มีประสบการณ์ที่จะเข้าใจหน้าที่ในการพิสูจน์ความจริง และผลที่ตามมาของการพิสูจน์ที่มีผลต่อกระบวนการยุติธรรม และพยานที่เป็นเด็กก็อาจจะถูกชักจูงให้พูดเท็จได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ ดังนั้นในการรับฟังและสืบพยานเด็กนอกจากจะมีมาตรการช่วยเด็กในการเป็นพยานและปกป้องเด็กแล้ว ก็ต้องคำนึงถึงกรณีที่พยานที่เป็นเด็กอาจให้การหรือเบิกความไม่ตรงกับความจริงด้วย หลักของ Corroboration ที่ต้องมีพยานประกอบในการรับฟังและสืบพยานเด็กจึงเป็นหลักการที่ควรพิจารณาไปใช้กับการรับฟังและการสืบพยานเด็ก อย่างไรก็ตาม การเอาหลัก Corroboration ไปใช้กับการรับฟังและสืบพยานเด็กในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นการนำเอาไปใช้อย่างเคร่งครัดคือ ใช้เป็นบทตัดพยานและให้ศาลเตือนลูกขุนในกรณีรับฟังพยานเด็กที่ไม่มีพยานสนับสนุน กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีที่พยานเป็นเด็กถ้าไม่มีพยานประกอบหรือยืนยันสนับสนุนและพยานไม่ได้สาบานแล้วก่อนเบิกความ ศาลก็จะไม่รับฟังพยานเด็กนั้นเลย แต่ถ้าเป็นกรณีที่เด็กสาบานก่อนเบิกความโดยไม่มีพยานประกอบ ศาลก็ยังมีหน้าที่เตือนลูกขุนถึง "อันตราย" ที่จะรับฟังพยานเด็กนั้น ซึ่งการใช้พยานประกอบในกรณีพยานเด็กก็มาจากสมมุติฐานของความไม่น่าเชื่อถือของพยานเด็ก การใช้หลักพยานประกอบโดยเคร่งครัดเป็นผลเสียมากกว่าผลดี เพราะในบางกรณีแม้เด็กจะอายุน้อยแต่ก็สามารถให้ข้อเท็จจริงได้โดยไม่ต้องอาศัยพยานประกอบก็ได้ การพิจารณาเด็กเป็นกรณี ๆ ไปถึงความน่าเชื่อถือในการเป็นพยานจะมีความยืดหยุ่นกว่าการ

10 "...Where the unsworn evidence of a child of tender years admitted by virtue of that section is given on behalf of the prosecution, the accused is not liable to be convicted unless that evidence is corroborated by some other evidence in support thereof implicating him," Spencer, *Child Witness-A Further Skirmish*, p.1127.

ไม่ไว้วางใจพยานเด็กทั้งหมด และกำหนดให้มีพยานประกอบเป็นการตายตัว¹¹ การรับฟังพยานประกอบในกรณีพยานเป็นเด็กก็เพราะสมมุติฐานความไม่น่าเชื่อถือและการรับฟังและสืบพยานเด็ก แม้ไม่มีพยานประกอบแต่ก็มีกระบวนการในการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานเหมือนพยานโดยทั่วไป คือ การสาบาน การเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้าม การถามค้าน ซึ่งก็เพียงพอที่จะตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานที่เป็นเด็กอยู่แล้ว¹²

ดังนั้น การนำหลักเรื่องพยานประกอบมาใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็กของไทยนั้น ไม่ควรนำมาใช้อย่างเคร่งครัดเหมือนประเทศที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ควรเป็นการนำแนวคิด คือ การต้องมีพยานประกอบเพื่อให้เกิดความแน่นอนในการรับฟังและสืบพยานเด็กกล่าวคือ การจะนำหลักเรื่องพยานประกอบมาใช้ก็ไม่ควรเคร่งครัดถึงกับเป็นบทตัดพยาน เพราะนอกจากจะทำให้ขาดความยืดหยุ่นในการรับฟังพยานเด็กแล้ว ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยก็ไม่มีเรื่องบทตัดพยานที่ชัดเจนและแน่นอน การรับฟังพยานประกอบในกรณีที่พยานเด็กของไทยจึงควรเป็นหลักกว้าง ๆ ว่าถ้ามีพยานประกอบในกรณีพยานเป็นเด็กก็จะทำให้พยานเด็กนั้นน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นหน้าที่ของคู่ความในคดีที่จะหาพยานประกอบมาเสนอในการพิจารณาคดีและสืบพยาน และที่สำคัญก็คือ หลักการรับฟังพยานประกอบควรอยู่บนขั้นตอนการวินิจฉัยชี้ขาดหน้าพยาน เพราะระบบพยานของไทยเป็นระบบไต่สวนและไม่มีระบบเรื่องบทตัดพยาน ศาลจึงมีบทบาทสำคัญที่จะนำเรื่องพยานประกอบมาวินิจฉัยชี้ขาดหน้าพยาน

2.3 พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง แต่การเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่ได้เบิกความตามที่ตนเองรู้เห็นข้อเท็จจริงมาด้วยตนเองเหมือนประจักษ์พยาน แต่พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความตามข้อสรุปหรือตามความเห็นของตนเอง เหตุที่ต้องรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ ก็เพราะประเด็นบางประเด็นในคดีไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลหรือบุคคลธรรมดาจะวินิจฉัยได้ ต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ในเรื่องนั้นเป็นพิเศษ เจื่อนไขสำคัญที่ศาลจะยอมให้นำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบ ก็คือ¹³

¹¹Spencer, "Child Witness - A Further Skirmish," p.1127.

¹²Yuille and others, Child Victims and Witness : The Social and Legal Literatures, p.39.

¹³เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 226-227.

1. ประเด็นข้อพิพาทนั้นเป็นปัญหาซึ่งคนธรรมดาไม่อาจตัดสินใจได้โดยใช้ความรู้ความสามารถหรือประสบการณ์ในชีวิตประจำวันของวิญญูชน กล่าวคือ ศาลจะไม่ยอมรับฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่สามารถตัดสินได้โดยความรู้ของคนธรรมดาสามัญ
2. พยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องมีความรู้ความชำนาญในสาขาวิชาการที่เป็นปัญหา ความรู้ความชำนาญนี้อาจจะได้มาจากการศึกษาเล่าเรียนจนได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตร หรือหนังสือรับรองอื่นๆ หรืออาจได้จากการทำงานในสาขานั้นมาเป็นเวลานานจนมีความชำนาญก็ได้ พยานผู้เชี่ยวชาญโดยทั่วไปจะเป็นผู้ที่ได้เห็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้นด้วยตนเอง เช่น แพทย์ที่ได้ตรวจร่างกายผู้เสียหายเบิกความถึงความร้ายแรงของบาดแผลนั้น หรือผู้เชี่ยวชาญในการตรวจพิสูจน์ลายมือก็ได้ตรวจพิสูจน์ลายมือแล้วเบิกความแสดงความเห็นต่อศาลว่าเป็นลายมือของใคร การเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นการให้ความเห็นจากข้อเท็จจริงที่พยานผู้เชี่ยวชาญได้ตรวจพิสูจน์มาจากหลักวิชาที่พยานมีความรู้

ในกรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น การรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ชำนาญการพิเศษ" ซึ่งบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 243 ว่า

ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตาม มีความชำนาญพิเศษในการใด ๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลป ฝีมือ พาณิชยกรรม การแพทย์ หรือกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของเขานั้น อาจมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี ในการสอบสวน ใต้วงมูลฟ้องหรือพิจารณา อาจเป็นพยานในเรื่องต่าง ๆ เป็นต้นว่า ตรวจร่างกายหรือจิตของผู้เสียหาย ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตรวจลายมือ ทำการทดลองหรือกิจการอย่างอื่น ๆ

พยานผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 243 นี้มีความหมายกว้างมาก คือ ไม่มีการกำหนดขอบเขตหรือจำกัดสาขาของศาสตร์ที่จะใช้ผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งลักษณะความรู้ของผู้เชี่ยวชาญดังที่มาตรา 243 บัญญัติเอาไว้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า "เช่น" ดังนั้น พยานผู้เชี่ยวชาญอาจเป็นผู้เชี่ยวชาญในศาสตร์ใด ๆ ก็ได้ถ้ามีลักษณะเป็นความรู้พิเศษที่บุคคลธรรมดาไม่อาจวินิจฉัยได้ ก็สามารถรับฟังเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญได้ และการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญาก็สามารถใช้ทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นชั้นสอบสวน ใต้วงมูลฟ้อง หรือชั้นพิจารณาคดี

พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญานั้นมีฐานะเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องมาเบิกความด้วยตนเองเสมอ แม้จะทำความเห็นเป็นหนังสือได้ก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 243 วรรคสอง ซึ่งต่างจากคดีแพ่งซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 130 บัญญัติว่าพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งอาจทำความเห็นเป็นหนังสือโดยไม่ต้องเบิกความด้วยตนเองก็ได้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะในคดีอาญานั้นจำเลยมีสำคัญประการหนึ่ง คือ สิทธิที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน (Right to Confront Witness) ดังนั้นเมื่อพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญาถือเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง พยานผู้เชี่ยวชาญก็ต้องมาเบิกความในศาลโดยผ่านกระบวนการสาบาน การเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้าม และการถามค้านของฝ่ายตรงข้าม

ในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีที่เด็กเป็นพยานนั้นเมื่อมีประโยชน์ 2 ประการคือ

1. ใช้ในการตรวจสอบเกี่ยวกับความสามารถของเด็กในการเป็นพยาน คือ ความสามารถในการรับรู้ การจำ การบรรยายถ่ายทอด และตรวจสอบความจริงใจของพยานที่เป็นเด็ก ว่าพยานที่เป็นเด็กนั้นมีความน่าเชื่อถือเพียงใดในการเป็นพยาน ซึ่งหลักวิชาที่ใช้ในการตรวจสอบ เช่น วิชาการแพทย์ จิตวิทยา เพื่อเป็นข้อมูลเบื้องต้นว่าพยานที่เป็นเด็กนั้นน่าเชื่อถือเพียงใด¹⁴
2. ตรวจสอบเกี่ยวกับความสามารถและความจริงใจและสภาพร่างกายและจิตใจของพยานที่เป็นเด็ก เพื่อเป็นข้อมูลที่จะประเมินว่าเด็กสามารถเบิกความได้ในกรณีสืบพยานโดยปกติธรรมดา หรือต้องเบิกความโดยใช้มาตรการเฉพาะที่เหมาะสมแก่เด็กในกรณีให้เห็นว่าเด็กมีความสามารถพอที่จะเป็นพยานได้ แต่ต้องเบิกความโดยใช้มาตรการเฉพาะ

การใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีที่เด็กเป็นพยานทั้ง 2 กรณีเป็นลักษณะโดยทั่วไปของพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งจะเป็นผู้ให้ความเห็นต่อศาลตามหลักวิชาของตน แต่ในกรณีของพยานเด็กนั้นผู้เชี่ยวชาญยังมีหน้าที่แตกต่างไปจากการให้ความเห็นของตนเองในฐานะพยานคือมีหน้าที่ช่วยพยานที่เป็นเด็กในการขึ้นสอบสวน และการเบิกความในศาล ซึ่งการช่วยของผู้เชี่ยวชาญคือการช่วยให้เด็กใช้ความสามารถในการให้การหรือเบิกความได้ดี และช่วยเป็นที่พึ่งพาให้เด็กมี

¹⁴Spencer, "Child Witness, corroboration and Expert Evidence," p.247.

ความกลัวในการให้การและเบิกความน้อยลง ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญช่วยให้พยานที่เป็นเด็กให้การ หรือเบิกความได้ดีขึ้น ก็เช่นในกรณีที่เด็กประสบกับเหตุการณ์ที่รุนแรงพิศดารมา เช่น ถูกทำร้าย ถูกข่มขืน เด็กจะมีความรู้สึกที่ตนเองมีความผิดและรู้สึกต่อต้านสังคม เด็กจะไม่สามารถลืม เหตุการณ์ดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุการณ์นี้จะคอยตามรบกวนจิตใจของเด็กอยู่ตลอดเวลา เด็กจึงพยายามเก็บเหตุการณ์นั้นไว้ในจิตใจได้สักพัก ซึ่งเด็กจะเปิดเผยต่อเมื่อได้รับการกระตุ้นจากคำถามของผู้เชี่ยวชาญที่เข้าใจจิตวิทยาของเด็กเท่านั้น สิ่งเหล่านี้บุคคลธรรมดาที่ไม่เข้าใจในตัวเด็กจะกระทำไม่ได้หรือกระทำได้ยาก¹⁵

ดังนั้น บุคคลที่ควรเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญหรือผู้เชี่ยวชาญในคดีพยานเป็นเด็ก ควรเป็นบุคคลดังต่อไปนี้¹⁶

1. นักจิตวิทยาเกี่ยวกับเด็ก และควรเป็นนักจิตวิทยาผู้หญิงในกรณีที่พยานที่เป็นเด็กผู้หญิง
2. จิตแพทย์
3. ผู้ที่ทำงานด้านสังคมสงเคราะห์ (Social Worker) ที่มีคุณสมบัติ คือมีประสบการณ์ในการทำงานเกี่ยวกับเด็กมานานพอสมควร

พยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญนอกจากจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับเด็กแล้ว ควรจะได้รับการอบรมให้มีความเข้าใจกระบวนการในการดำเนินคดีอาญาด้วย คุณสมบัติที่สำคัญที่สุดของพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญก็คือ ต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งความเป็นกลางนี้ต้องรักษาให้มิดชิดโดยเคร่งครัด เพราะถ้าพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญไม่รักษาความเป็นกลางก็อาจจะก่อความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมได้ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ พยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญจะต้องไม่สร้างอิทธิพลแก่เด็กไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แม้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญจะมีทัศนคติที่เป็นมิตรและช่วยเหลือเด็กก็ตาม เพราะความไม่เป็นกลางจะทำให้เกิดความผิดในการค้นหาความจริงและสร้างความเท็จจริงขึ้นมาได้¹⁷

¹⁵Ibid., p.248.

¹⁶Williams, "Videotaping Children's Evidence," p.112.

¹⁷Ibid., p.111.

2.4 พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Evidence) พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ก็คือ พยานที่เป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั่นเอง¹⁸ เพราะเป็นพยานที่ต้องใช้หลักวิชาและความรู้ในการที่จะสรุปเป็นความเห็นออกมาพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จึงถือว่าเป็นพยานความเห็น แต่เดิมถือกันว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มีคุณค่าน้อยกว่าประจักษ์พยาน เพราะประจักษ์พยานเป็นผู้รับรู้เหตุการณ์ด้วยตนเองแต่พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญภายหลังที่เกิดเหตุการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงในคดีแล้ว¹⁹ แต่ในสมัยปัจจุบันนี้วิชาการและวิทยาการต่าง ๆ โดยเฉพาะทางวิทยาศาสตร์ได้ก้าวหน้าไปมาก การที่ถือว่าพยานวิทยาศาสตร์เป็นพยานความเห็นมีคุณค่าน้อยกว่าประจักษ์พยานก็ไม่ถูกต้องเสียทั้งหมด เพราะปัจจุบันนี้วิทยาศาสตร์พิสูจน์ตัวเองได้ดีแน่ชัดมีมากจนถึงกับมีผู้กล่าวกันว่าพยานหลักฐานที่ได้จากการพิสูจน์ด้วยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้น อาจจะฟังได้แน่นอนกว่าประจักษ์พยาน เพราะประจักษ์พยานอาจมีการรับรู้ จำ บรรยายถ่ายทอดผิดพลาดหรือไม่มีความจริงใจที่จะถ่ายทอดให้ตรงกับความจริง ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะไม่มีในพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์²⁰ ซึ่งวิวัฒนาการของการรับฟังพยานหลักฐานในปัจจุบันก็ได้เข้าสู่ยุคของการรับฟังพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ก็เพราะความแน่นอนและเที่ยงตรงของพยานหลักฐานประเภทนี้²¹

ตามกฎหมายของไทยนั้นสามารถรับฟังพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้ ก็เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ได้บัญญัติหลักเอาไว้อย่างกว้างขวางในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา ประกอบกับการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 243 ซึ่งพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ก็เป็นศาสตร์แขนงหนึ่งที่สามารถอาศัยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานได้

¹⁸ ประมวล สุวรรณศร, "พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์," บทบัญญัติ เล่ม 25 ตอน 1 (มกราคม 2511): 34.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ แอล คูปลาตร์, กฎหมายลักษณะพยานและจิตวิทยา, หน้า 2-4.

ในการรับฟังและสืบพยานเด็กนั้น พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จะช่วยพิสูจน์ความจริงในคดีในกรณีที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าโดยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ การขาดยั้งคิด หรือถูกชักจูงโดยบุคคลอื่นๆ ซึ่งจะเป็นอันตรายต่อจำเลยและกระบวนการยุติธรรม การมีการพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ย่อมทำให้การค้นหาความจริงในคดีอาญาที่มีผู้เสียหายหรือพยานเด็กเป็นไปโดยถูกต้องมากขึ้น

2.5 การให้ผู้เชี่ยวชาญและผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเด็ก เข้าร่วมในการสอบสวนพยานที่เป็นเด็กด้วย

ดังกล่าวในบทที่ 3 แล้วว่าปัญหาในการค้นหาความจริงในชั้นสอบสวนก็คือการที่ผู้สอบสวนบิดเบือนข้อเท็จจริง และอาจจะมีปัญหาที่ผู้สอบสวนไม่ปกป้องเด็ก แนวทางการที่จะป้องกันการบิดเบือนข้อเท็จจริงและปกป้องเด็กในชั้นสอบสวนที่สำคัญก็คือการใช้ผู้เชี่ยวชาญเข้ามีส่วนร่วมในชั้นสอบสวนด้วย เพราะผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ที่เข้าใจจิตวิทยาเกี่ยวกับเด็กและโดยหลักการจะเป็นผู้ที่ได้รับการอบรมให้มีความเป็นกลางจะไม่จงใจเด็ก ไม่ว่าโดยเจตนาหรือไม่ ให้เด็กให้การตามความต้องการของตนเอง และผู้เชี่ยวชาญยังสามารถช่วยให้เด็กให้การได้ดีขึ้นโดยใช้หลักวิชาการทางจิตวิทยาช่วยกระตุ้นเตือนให้เด็กใช้ความจำได้ดี รวมทั้งช่วยให้ถ่ายทอดความจำนั้นออกมาได้เป็นที่เข้าใจและตรงกับความจริงที่เด็กต้องการถ่ายทอดมากที่สุด ส่วนการปกป้องเด็กเป็นหน้าที่โดยตรงของผู้เชี่ยวชาญที่เข้าใจเด็กมากกว่าพนักงานสอบสวนโดยทั่วไปอยู่แล้ว ผู้เชี่ยวชาญจึงสามารถดูแลและเป็นที่ยึดพิงให้เด็กไม่มีความกลัวและความทุกข์ทรมานในการให้ปากคำในชั้นสอบสวนมากนัก ดังนั้นในชั้นสอบสวนผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ช่วยพนักงานสอบสวนในการค้นหาความจริง ป้องกันการบิดเบือนข้อเท็จจริงและช่วยปกป้องเด็ก

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น การใช้ผู้เชี่ยวชาญเป็นการใช้โดยฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญตามที่บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 243 ว่า "...ความเห็นของเขานั้น (ผู้เชี่ยวชาญ) อาจมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีในการสอบสวน ได้ส่วนมูลฟ้องหรือพิจารณา..." ซึ่งเป็นการใช้ผู้เชี่ยวชาญโดยการให้เป็นพยานในคดีแต่กระบวนการในการสอบสวนพยานเด็กยังมีความจำเป็นในการใช้ผู้เชี่ยวชาญโดยการให้ผู้เชี่ยวชาญในการปกป้องเด็กในการสอบสวนพยานเด็ก ดังนั้นจึงต้องเพิ่มกรณีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 243 โดยกำหนดเป็นหลักการว่า ผู้เชี่ยวชาญอาจใช้ในกรณีที่เห็นว่าจะทำให้การค้นหาความจริงจะได้ประโยชน์

มากขึ้นและในกรณีที่เป็นเพื่อปกป้องดูแลผู้เสียหายหรือพยานเป็นพิเศษในชั้นสอบสวนไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา

นอกจากผู้เชี่ยวชาญที่จะช่วยปกป้องดูแลเด็กและช่วยค้นหาความจริงในกรณีพยานเป็นเด็กแล้วบุคคลที่จะช่วยในการปกป้องดูแลเด็กได้เป็นอย่างดีในระหว่างการสอบสวนพยานที่เป็นเด็กก็คือพ่อ แม่ ญาติพี่น้องหรือบุคคลที่ดูแลหรือความใกล้ชิดกับเด็ก เพราะบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่เด็กมีความรักและไว้วางใจ ดังนั้นถ้าบุคคลเหล่านี้อยู่ด้วยกับเด็กในการสอบสวนก็จะทำให้เด็กมีที่พึ่งพิงและลดความกลัวที่จะต้องให้การในชั้นสอบสวน การสอบสวนเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนโดยเฉพาะที่จะรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้²² และพนักงานสอบสวนมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 137 ที่มีอำนาจสั่งให้บุคคลใดออกจากสถานที่ทำการสอบสวน และในการสอบสวนนั้นเป็นเรื่องที่กระทบถึงสิทธิของปัจเจกชนคือผู้ถูกกล่าวหาและผู้เสียหาย ที่มีผลต่อชื่อเสียงเกียรติภูมิของผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้เสียหาย ดังนั้นหากเห็นว่าการปกป้องคุ้มครองเด็กมีความสำคัญมีความสำคัญกว่าสิทธิของปัจเจกชน และจะมีผลต่อดีต่อการสอบสวนก็ต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนลงไปเลยว่า ในการสอบสวนพยานที่เป็นเด็กนั้นพ่อ แม่ของเด็กหรือบุคคลอื่น ๆ ดังกล่าวข้างต้นมีสิทธิที่จะอยู่กับเด็กด้วยในการสอบสวนของพนักงานสอบสวน

สรุปแล้วการควบคุมการเสนอข่าวของสื่อมวลชนเป็นการปกป้องเด็ก ส่วนหลักพยานประกอบและพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นการช่วยในการค้นหาความจริง โดยเฉพาะช่วยป้องกันการบิดเบือนข้อเท็จจริงของพยานเด็ก ไม่ว่าจะเกิดจากตัวเด็กเองหรือบุคคลอื่น การเตรียมหาพยานประกอบหรือพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ จึงเป็นส่วนเสริมกระบวนการในชั้นพิจารณาเป็นอย่างมาก ส่วนเรื่องพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญนั้นจะเป็นทั้งการปกป้องดูแลและการช่วยในการค้นหาความจริง และเป็นเรื่องที่ใช้ทั้งในกระบวนการก่อนการพิจารณาและในชั้นพิจารณา นอกจากนี้การให้ผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่มีความใกล้ชิดอยู่ร่วมกับเด็กในการสอบสวนเด็กก็จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริง และช่วยปกป้องเด็กในชั้นสอบสวน

²²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131.

3. มาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็กในชั้นพิจารณาคดี

ในส่วนนี้จะมีเนื้อหาสำคัญอยู่ 3 ส่วนคือ ส่วนแรกจะเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของการใช้มาตรการในการสืบพยานเด็กในชั้นพิจารณาคดี ซึ่งเป็นหลักร่วมกันของมาตรการในการสืบพยานเด็กที่มาตรการเฉพาะแต่ละมาตรการอาจนำไปใช้ร่วมกันได้ ส่วนที่สองจะเป็นมาตรการที่ใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็กที่มีอยู่แล้วในกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย ส่วนที่สามเป็นมาตรการที่มีการคิดค้นขึ้นมาใหม่ เพื่อใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็ก

3.1 หลักเกณฑ์พื้นฐานที่จะใช้พิจารณาเพื่อนำไปใช้กับมาตรการในการสืบพยานเด็กในแต่ละมาตรการ

3.1.1 แนวคิดและการเคลื่อนไหวในต่างประเทศที่จะให้มีการนำมาตรการเฉพาะมาใช้ในการสืบพยานเด็กในคดีอาญา

แนวคิดและการเคลื่อนไหวที่จะนำมาตรการเฉพาะมาใช้ในการสืบพยานเด็กในคดีอาญาที่มีการตื่นตัวมากที่สุดคือ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เหตุที่ประเทศทั้งสองมีการเคลื่อนไหวในเรื่องดังกล่าว ก็เพราะประเทศทั้งสองเป็นประเทศที่ริเริ่มและพัฒนาแนวคิด เรื่องกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กขึ้นก่อนประเทศอื่นๆ ในโลก กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กที่ได้กล่าวมา เป็นศาลคดีเด็กและเยาวชนในกรณีของเด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดก็ได้กล่าวมาเนิ่นนานในประเทศทั้งสองนี้เช่นกัน

ในประเทศอังกฤษได้มีการเสนอแนวคิดที่จะให้มีการสืบพยานเด็กในคดีอาญา โดยเฉพาะที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ตั้งแต่ประมาณปี ค.ศ.1980 แต่มาปรากฏชัดในปี ค.ศ.1987 ที่มีการเสนอแนวคิดในการสืบพยานเด็กและมีการอภิปราย แลกเปลี่ยนความคิดเห็น ถึงหลักการ วิธีการ ตลอดจนปัญหาและอุปสรรคในการสืบพยานเด็ก และในปี ค.ศ.1987 แนวคิดเรื่องการสืบพยานเด็กโดยวิธีการเฉพาะก็ได้มีการพิจารณาในคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขร่างพระราชบัญญัติกฎหมายของ House of Lord²³ ซึ่งประเด็นที่มีการนำเสนอมากที่สุด

²³Spencer, "Child Witnesses and The Criminal Justice Bill," p.1031-1033.

ในทางวิชาการและการนำเสนอเป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษ ก็คือ การสืบพยานเด็กโดย บันทิกวีโอเทป ซึ่งเห็นกันว่าเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการสืบพยานเด็กในคดีอาญา นอกจากนี้ก็ได้มี การนำเสนอวิธีการสืบพยานเด็กโดยวิธีอื่น ๆ ตลอดจนอภิปรายกันถึงแนวคิดของกฎหมายอังกฤษ ที่เป็นอุปสรรคต่อการสืบพยานเด็กที่สำคัญ ก็คือ หลักเรื่องพยานบอกเล่า เนื่องจากประเทศ อังกฤษกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีความเคร่งครัดมากในเรื่องการรับฟังพยาน หลักฐาน วิธีการสืบพยานเด็กโดยเฉพาะในคดีอาญาของประเทศอังกฤษจึงอยู่ในระหว่างหา รูปแบบที่เหมาะสมที่จะนำวิธีเฉพาะในการสืบพยานเด็กมาใช้²⁴

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวคิดที่จะให้มาตรการเฉพาะ ในการสืบพยานเด็กในคดีอาญาเกิดขึ้นก่อนประเทศอังกฤษ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าประเทศสหรัฐอเมริกา มีความยืดหยุ่นของกฎหมายในการรับฟังและการนำเสนอพยานหลักฐานมากกว่าประเทศ อังกฤษ แนวคิดของการใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็กจึงมีการริเริ่มและยอมรับมากกว่าในประเทศอังกฤษ ทั้งในแง่วิชาการและการนำมาใช้จริงในการพิจารณาคดี การออก กฎหมายยอมรับการสืบพยานเด็กโดยการให้เด็กเบิกความบันทิกวีดีโอเทป ในสหรัฐอเมริกา เริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ.1977 ซึ่งตั้งแต่ปี ค.ศ.1977 ถึงปี 1983 ได้มีรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา ออกกฎหมายยอมรับการสืบพยานเด็กโดยการบันทึกคำเบิกความของพยานเด็กโดยวีดีโอเทป ถึง 12 รัฐ²⁵ และ 6 รัฐ ตั้งแต่ปี 1983 เป็นต้นมา²⁶

3.1.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่จะใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็ก ในการที่จะใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็ก ควรจะมีขอบเขต ำหนดแน่ชัดพอสมควรว่าเมื่อไรควรจะใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็ก หรือเมื่อไรควรสืบ พยานเด็กโดยกระบวนการสืบพยานปกติธรรมดาเหมือนที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความ

²⁴Spencer and Tucker, "The Evidence of Absent Children," p.816-817.; Spencer, "Child Witnesses-A Further Skirmish," p.1127-1128.

²⁵"The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecutions: Two Legislative Innovation," p.813.

²⁶Ibid.

แน่นอนกับกระบวนการยุติธรรม และเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยทำให้จำเลยรู้ถึงสิทธิและการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่รัฐกระทำต่อตนเองอย่างชัดเจน กฎหมายของรัฐต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายให้ยอมรับการสืบพยานเด็กโดยวิธีการบันทึกคำเบิกความของเด็กลงในวิดีโอเทป ก็ได้พยายามวางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่าเมื่อใดควรจะใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็ก แต่กฎหมายของรัฐ Indiana กำหนดเอาไว้ค่อนข้างชัดเจนกว่ารัฐอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายของรัฐดังกล่าวได้กำหนดหลัก 3 ประการ ที่จะให้ใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็ก คือ²⁷

1. จิตแพทย์มีคำยืนยันรับรองว่า ถ้าเด็กเข้าร่วมในกระบวนการสืบพยานที่ขึ้นอยู่กับคดีธรรมดาทั่วไปจะทำให้เด็กเกิดอาการทางจิตอย่างรุนแรง (traumatic experience)
2. แพทย์มีคำรับรองยืนยันว่า เด็กไม่สามารถเข้าร่วมในกระบวนการสืบพยานตามปกติได้เพราะเหตุผลทางการแพทย์
3. ศาลเห็นว่าเด็กไม่มีความสามารถที่จะเข้าใจธรรมชาติและหน้าที่ของการสาบาน

เหตุผลข้อแรกของการที่เด็กควรจะได้รับ การสืบพยานโดยมาตรการเฉพาะเป็นเพราะสภาพทางจิตใจของเด็กไม่ปกติ เหตุผลข้อที่สองเป็นเหตุผลทางร่างกาย คือเด็กอาจมีการบาดเจ็บทางร่างกายอย่างรุนแรง ซึ่งเหตุผลข้อแรกและข้อสองเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกัน ส่วนข้อที่สามเป็นเรื่องดุลพินิจของศาล ซึ่งในกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจจะไม่สืบพยานเด็กโดยวิธีการตามปกติธรรมดา ก็เพราะเด็กไม่เข้าใจธรรมชาติและหน้าที่ของการสาบาน ซึ่งเป็นสิ่งที่ตรวจสอบความน่าเชื่อถือของเด็กในการเป็นพยาน ดังนั้นถ้าสืบพยานเด็กโดยกระบวนการสืบพยานตามปกติธรรมดาก็อาจทำให้การตรวจสอบความน่าเชื่อถือไม่ได้ผลเต็มที่

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าควรจะใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็กหรือไม่ ประการแรกก็คือ ความจำเป็นทางร่างกายและจิตใจ สองดุลพินิจของศาล นอกจากหลัก 2 ประการนี้แล้ว หลักเกณฑ์ประการที่ 3 ที่ควรพิจารณาเพิ่มเติม คืออายุของเด็ก และความจำเป็นตามลักษณะของคดี ดังจะพิจารณาในแต่ละหลักเกณฑ์ดังนี้

²⁷Ibid., p.818.

1. ความจำเป็นทางร่างกายหรือจิตใจ ร่างกายและจิตใจมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน ความเจ็บป่วยทางร่างกายส่งผลถึงภาวะของจิตใจเช่นเดียวกันกับอาการทางจิตย่อมมีผลต่อร่างกาย ในกรณีที่เด็กที่เป็นผู้เสียหายและต้องมาเป็นพยานในคดี ถ้าเด็กถูกกระทำความผิดอย่างรุนแรง เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา การทารุณกรรมเด็กอย่างหนัก ในกรณีนี้จะเห็นได้ชัดเจนจากการบาดเจ็บทางร่างกายและย่อมมีผลต่อจิตใจเด็กด้วย หรือบางกรณีเด็กอาจได้รับบาดเจ็บที่มีผลโดยตรงต่อการใช้สติปัญญาความสามารถในการที่จะเป็นพยาน เช่น การได้รับความกระทบกระเทือนทางสมอง แต่ในบางกรณีการบาดเจ็บทางเนื้อตัวร่างกายภายนอกเล็กน้อย แต่เด็กอาจมีอาการทางจิตที่รุนแรง ดังนั้นในการพิจารณาเรื่องความจำเป็นทางร่างกายหรือจิตใจเด็กนั้น เมื่อเด็กมีอาการทางกายหรือทางจิตอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็ควรเป็นข้อพิจารณาว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ควรใช้มาตรการเฉพาะสำหรับการสืบพยานเด็กแล้ว ทั้งนี้ก็โดยมีคำยืนยันรับรองจากแพทย์หรือจิตแพทย์ว่าเด็กไม่อาจเป็นพยานได้ในกระบวนการสืบพยานโดยปกติธรรมดา

2. ความจำเป็นตามลักษณะของคดี ลักษณะของคดีที่จะใช้มาตรการเฉพาะ ในการสืบพยานเด็กควรเป็นคดีที่มีลักษณะรุนแรง คือ เป็นความผิดต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพในจัดแบ่งประเภทของอาชญากรรมนั้น อาชญากรรมที่กระทำต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพ จัดเป็น "อาชญากรรมที่กระทำต่อบุคคลในลักษณะรุนแรง" อาชญากรรมประเภทนี้ได้แก่ การฆาตกรรม การทำร้ายร่างกายจนบาดเจ็บสาหัส การข่มขืนกระทำชำเรา และการปล้น²⁸ ลักษณะของคดีที่รุนแรงนี้ย่อมมีผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของเด็กมากกว่าคดีประเภทอื่น ๆ

3. อายุของเด็ก โดยทั่วไปเด็กยิ่งอายุน้อยเท่าไร ความเข้มแข็งของร่างกายยิ่งมีน้อย และความอ่อนไหวของอารมณ์ก็ยิ่งมีมาก อายุของเด็กจึงน่าจะเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นว่า เด็กอายุน้อย ๆ ควรจะสืบพยานด้วยมาตรการสำหรับเด็กโดยเฉพาะมากกว่าการสืบพยานตามปกติธรรมดาทั่วไป วัยของเด็กที่ถือว่ามามีอารมณ์อ่อนไหวที่สุด คือ วัยเด็กตอนต้นคือ ช่วงอายุ 2-5 ขวบ และในช่วงวัยนี้เช่นกัน สติปัญญาและจริยธรรมของเด็กยังไม่ได้รับการพัฒนาเต็มที่ ความสามารถของเด็กในช่วงวัยนี้จะใช้ได้ก็ต้องอยู่ในสภาวะพิเศษ คือ ต้องใช้มาตรการเฉพาะสำหรับการสืบพยานเด็ก

²⁸ อรรถพร ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, หน้า 90-101.

4. คุณพินิจของศาล ศาลเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะพิจารณาว่าควร จะใช้มาตรการเฉพาะสำหรับเด็กหรือไม่ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการข้างต้น ประกอบกัน เพราะศาลเป็นผู้ที่เข้าใจตัวบทกฎหมายตลอดจนวิธีพิจารณาคดี และในการพิจารณา คดีที่เด็กเป็นพยานในคดี บทบาทของศาลควรจะเข้าเกี่ยวข้องกับคดีมากกว่าคดีปกติธรรมดาทั่วไป และที่สำคัญคือ ตัวผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้มีความเข้าใจถึงลักษณะเฉพาะทั้งทางร่างกายและจิต ใจของเด็ก

3.1.3 สิทธิของจำเลยในการที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน (Right to Confront Witness หรือ Confrontation)

ดังกล่าวแล้วในบทที่ 2 ในเรื่องแนวคิดพื้นฐานของมาตรการในการ รับฟังและสืบพยานเด็กในคดีอาญาว่า ในการนำมาตรการในการสืบพยานเด็กมาใช้นั้นต้องคำนึง ถึงจำเลยในคดีด้วย โดยเฉพาะมาตรการการรับฟังและสืบพยานเด็กโดยวิธีโอเพนและโดย ทรทัศน์วงจรมืด เพราะในคดีอาญานั้นจำเลยถือว่าเป็นประธานของคดี มีสิทธิต่าง ๆ ในการ ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ในการนำมาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็กในคดีอาญามาใช้ชั้น พิเคราะห์คดีนี้ สิทธิของจำเลยที่มีความเกี่ยวข้องที่ต้องนำมาพิจารณาดูด้วยก็คือ สิทธิที่จะร่วมอยู่ใ นการดำเนินคดีของเจ้าพนักงานและศาล ในชั้นพิเคราะห์คดีสิทธิของจำเลยก็คือ สิทธิที่จะได้ร่วม อยู่ในการดำเนินคดีของศาล สิทธิของจำเลยที่จะได้อยู่ร่วมในการดำเนินคดีของศาลที่สำคัญที่สุด ก็คือ สิทธิของจำเลยในการที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน (Right to Confront Witness หรือ Confrontation)

หลักในการรับฟังพยานบุคคล ก็คือ การพิจารณาถึงความน่าเชื่อถือ ของพยานบุคคล ซึ่งความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลพิจารณาได้จากหลัก 2 ประการ คือ ความ สามารถและความจริงใจของพยานบุคคลนั้น ๆ สิทธิของจำเลยในการที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน ก็เพื่อการตรวจสอบและทำลายความน่าเชื่อถือในเรื่องความสามารถหรือความจริงใจของพยาน บุคคล ซึ่งวิธีการตรวจสอบหรือทำลายความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลของจำเลย ก็โดยผ่าน กระบวนการ 3 ประการคือ การให้จำเลยถามค้านพยาน การให้พยานเบิกความต่อหน้าศาล และจำเลย เพื่อให้ศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามสังเกตอาการกับกริยาของพยาน และทั้งนี้การเบิก ความของพยานต่อหน้าศาลและจำเลย และการถามค้านต้องผ่านกระบวนการให้พยานสาบาน หรือปฏิญาณตนก่อนเบิกความ

ในระบบของกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น หน้าที่หน้าที่ในการถามคำถามมาก โดยถือว่าหลักการสำคัญที่สุดที่จำเลยได้เผชิญหน้ากับพยานก็เพื่อการถามค้าน อาจจะกล่าวได้ว่า สิทธิของจำเลยในการที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน คือ สิ่งเดียวกันหรือเป็นอีกชื่อหนึ่ง (it was the same right under different name) ของสิทธิในการถามค้าน²⁹ เป็นหลักการสำคัญที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ส่วนหลักการสำคัญรองลงมาของสิทธิของจำเลยในการที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน ก็คือ การปรากฏตัวของพยานต่อหน้าศาลและลูกขุน³⁰ ที่เป็นเช่นนี้เพราะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ระบบการรับฟังพยานหลักฐานเป็นระบบกล่าวหาซึ่งศาลจะเป็นคนกลางมากที่สุด และคู่กรณีจะดำเนินคดีในลักษณะต่อสู้กันเอง การถามค้านจึงเป็นวิธีการที่สำคัญที่สุดของจำเลยในการต่อสู้คดี ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงให้ความสำคัญกับการถามค้านมากที่สุด จนถือว่าเป็นสาระสำคัญอันดับแรกๆ ของสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน

สิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานจึงเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุดของจำเลยในชั้นพิจารณา เพราะเป็นการให้โอกาสแก่จำเลยที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยการตรวจสอบและทำลายความน่าเชื่อถือของพยานด้วยตัวเอง ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิอันนี้ของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานได้ถูกนำไปบัญญัติเอาไว้ใน Sixth Amendment ว่า "...ในคดีอาญานั้น ผู้ถูกกล่าวหา (จำเลย) มีสิทธิที่จะ... เผชิญหน้ากับพยานของฝ่ายที่กล่าวหาฟ้องร้องตนเอง..."³¹ และกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาใน Fourteenth Amendment ซึ่งได้วางหลัก Due Process อันเป็นหลักประกันพื้นฐานสิทธิของ

²⁹Wigmore, Evidence, Section 1395 p.123.

³⁰Ibid., p.125-127.

³¹..."In all criminal prosecution, the accused shall enjoy the right to ... be confronted with the witnesses against him..." Feher, "The Alleged Molestation Victim, The Rule of Evidence, and the Constitution : Should Children Really Be Seen and Not Heard?," p.250.

จาเลยก็ได้กำหนดหลักพื้นฐานความยุติธรรม (fundamentally fair) ของจาเลยเอาไว้³² ได้กล่าวถึงกรณีที่เป็นการขัดต่อหลักพื้นฐานความยุติธรรมต่อจาเลยเอาไว้ คือ

1. การใช้กระบวนการที่ขาดความยุติธรรม
2. ปฏิเสธสิทธิของจาเลยที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาบัญญัติ

เอาไว้โดยเฉพาะ

3. การปรับใช้กฎหมายของรัฐต่าง ๆ ขัดกับหลักประกันพื้นฐานความยุติธรรมดังกล่าว³³

หลักใน เรื่องสิทธิของจาเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานกฎหมาย รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะใน Sixth Amendment และใน Fourteenth Amendment ก็ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิของจาเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน เอาไว้ว่า การปฏิเสธสิทธิของจาเลยที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะถือ เป็นการขัดต่อหลักพื้นฐานความยุติธรรมต่อจาเลย สิทธิของจาเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับจาเลยจึง ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของจาเลยที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง จนกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ต้องนำไปบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจน

สำหรับประเทศไทยนั้นหลักใน เรื่องสิทธิของจาเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับ พยานบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญามาตรา 172 ส่วนในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ของประเทศไทยไม่ปรากฏว่าหลัก เรื่องสิทธิของกจาเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน ได้ถูกนำไป บัญญัติไว้โดยเฉพาะไม่ว่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับใด อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของประเทศ ไทยก็ได้บัญญัติถึงหลักประกันสิทธิเสรีภาพของจาเลยเอาไว้ ซึ่งเป็นหลักการที่รองรับสิทธิของ จาเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพราะสิทธิเสรีภาพจาเลยเอาไว้ เพราะสิทธิของจาเลยที่จะ ได้เผชิญหน้ากับพยานก็เป็นสิทธิประการหนึ่งของสิทธิพื้นฐานของจาเลยในคดีอาญา หลักประกัน พื้นฐานสิทธิของจาเลยที่รัฐธรรมนูญหลายฉบับได้บัญญัติเอาไว้ คือ การสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้อง หาหรือจาเลยในอาญาไม่มีความผิด และก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าบุคคลใดได้กระทำความ

³²No state may "deprive any person of life, or property, without due process of law...", Ibid.

³³Ibid.

ผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้³⁴ หลักที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการถือเป็นการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยในคดีอาญาเอาไว้มาก ๆ ส่วนหลักที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญามากที่สุดคือกฎหมายรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2517 ซึ่งในมาตรา 34 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า "ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการสอบสวนหรือพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม" ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับหลัก Due Process of Law ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติเอาไว้ใน Fourteenth Amendment ซึ่งหลักประกันสิทธิเสรีภาพของจำเลยถือหลักพื้นฐานความยุติธรรม ดังนั้นแม้กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่บัญญัติเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานโดยตรงในฉบับใดก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิพื้นฐานของจำเลยในคดีอาญาที่กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองมาโดยตลอด และหลักในเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานที่บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ศาลไทยก็ได้ตีความและใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาอย่างเคร่งครัดตลอดมา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า "การพิจารณาและการสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น" หลักในเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับจำเลย มาตรา 172 ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่า การพิจารณาคดีและการสืบพยานในศาลต้องทำ "ต่อหน้าจำเลย" เพราะเป็นโอกาสที่จำเลยจะได้ปกป้องสิทธิของตนเองในการตรวจสอบและทำลายความน่าเชื่อถือของพยานวิธีการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยาน ก็คือ การที่จำเลยได้ถามค้านพยาน ประกอบกับการสังเกตอาการปฏิกิริยาของพยาน โดยผ่านกระบวนการที่พยานได้สาบานหรือปฏิญาณตนก่อนเบิกความหลักการตาม มาตรา 172 ศาลไทยได้ถือเคร่งครัดมาตลอดว่า ถ้าการสืบพยานไม่ได้กระทำต่อหน้าจำเลยถือว่าคำเบิกความของพยานรับฟังไม่ได้³⁵ การสืบพยานที่ไม่ได้กระทำ

³⁴โปรดดูกฎหมายรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2490 มาตรา 30, พ.ศ. 2511 มาตรา 28 และ พ.ศ. 2521 มาตรา 27.

³⁵คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103-104/2461 การสืบพยานในคดีอาญานั้นต้องสืบต่อหน้าจำเลยเพื่อให้จำเลยมีโอกาสซักถามได้ ถ้ามิฉะนั้นจะยกเอาคำพยานนั้นมายันจำเลยมิได้.

ต่อหน้าจำเลยจะรับฟังไม่ได้แม้แต่ในกรณีต่อไปนี้คือ

1. คำให้การของพยานในชั้นสอบสวน ถ้าไม่สามารถนำสืบในศาลต่อหน้าจำเลยได้ ก็รับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้³⁶ แม้จำเลยจะยอมให้ถือคำให้การในชั้นสอบสวนเป็นคำเบิกความของพยานในชั้นศาลด้วย ก็ไม่อาจถือได้ว่าคำให้การในชั้นสอบสวนเป็นคำเบิกความของพยานในศาล³⁷
2. คำพยานในชั้นไต่สวนมูลฟ้องที่พยานไม่ได้มาเบิกความในศาลด้วย รับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้³⁸
3. คำให้การพยานในคดีอาญา เรื่องก่อนจะรับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ถ้าพยานไม่ได้มาเบิกความนคดีเรื่องใหม่³⁹

กรณีทั้ง 3 กรณีที่ถือว่าคำเบิกความพยานรับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ เหตุผลตามคำพิพากษาที่กล่าวถึงในกรณีทั้ง 3 กรณี ก็คือ "จำเลยไม่มีโอกาสในการถามค้านพยาน" ซึ่งถ้าพิจารณาในแง่ตัวจำเลยแล้ว การตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานที่จำเลยสามารถกระทำได้ดีที่สุด ก็คือ การถามค้านนั่นเอง โดยการสังเกตอาการปฏิกิริยาของพยานที่จำเลยจะทาลายน้ำหนักพยานนั้น และโดยการให้พยานสาบานหรือปฏิญาณก่อนเบิกความเป็นส่วนประกอบคำพิพากษาจึงกล่าวเป็นการเน้นถึงเรื่องโอกาสในการถามค้านของจำเลย

ในหลักเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญามาตรา 172 ศาลไทยจะเคร่งครัดมาก กรณีที่จะยกเว้นเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานก็ต้องเป็นตามที่มาตรา 172 วรรคแรก ตอนท้ายบัญญัติเอาไว้คือ "...เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น" กรณีที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้เป็นการยกเว้นมาตรา 172 วรรคแรก คือ การพิจารณาไม่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลยก็ได้มี 3 กรณีคือ

³⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 1043/91.

³⁷คำพิพากษาฎีกาที่ 1264/14.

³⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 254/2477, 1573/2521, 1383/31.

³⁹คำพิพากษาฎีกาที่ 706/2469.

1. กรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172

ทวิ 40

2. กรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 180

ซึ่งเป็นเรื่องบทบัญญัติ เรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยในศาลในคดีอาญา ซึ่งให้บทบัญญัติ เรื่องการรักษาความเรียบร้อยในศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ เป็นกรณี ที่ศาลสามารถสั่งจำเลยในคดีอาญาให้ออกจากห้องพิจารณา และศาลสามารถพิจารณาคดีลับหลัง จำเลยได้ถ้าจำเลยขัดขวางการพิจารณา

3. กรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 230

เป็นกรณีการส่งประเด็นไปสืบที่ศาลอื่นเมื่อจำเลยไม่ตั้งใจที่จะตามประเด็นไปฟังการพิจารณา ศาลที่รับประเด็นก็สามารถสืบพยานลับหลังจำเลยได้

40 มาตรา 172 ทวิ

ภายหลังที่ศาลได้ดำเนินการตาม มาตรา 172 วรรค 2 แล้ว เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับ หลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้ง จำทั้งปรับ เมื่อจำเลยมีทนายและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและการ สืบพยาน

(2) ในคดีที่มีจำเลยหลายคน ถ้าศาลพอใจตามความแถลงของโจทก์ว่าการพิจารณา และการสืบพยานตามที่โจทก์ขอให้กระทำไม่เกี่ยวแก่จำเลยคนใด ศาลจะพิจารณาและสืบพยาน ลับหลังจำเลยคนนั้นก็ได้

(3) ในคดีที่มีจำเลยหลายคน ถ้าศาลเห็นสมควรจะพิจารณาและสืบพยานจำเลยคน หนึ่ง ๆ ลับหลังจำเลยคนอื่นก็ได้

ในคดีที่ศาลพิจารณาและสืบพยานตาม (2) หรือ (3) ลับหลังจำเลยคนใด ไม่ว่า กรณีจะเป็นประการใด ห้ามมิให้ศาลรับฟังการพิจารณาและการสืบพยานที่กระทำลึบหลังนั้น เป็น ผลเสียหายแก่จำเลยคนนั้น

กรณียกเว้นสิทธิของจำเลยตามมาตรา 172 ทวิ เป็นกรณีที่แม้จะสืบพยานลับหลังจำเลย แต่ก็ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเพื่อตรวจสอบพยาน เพราะเป็นกรณีที่จำเลยมีโอกาสในการถามค้านโดยทนายจำเลยถามค้านแทนจำเลย (172 ทวิ (1) หรือเป็นกรณีที่การสืบพยานนั้นไม่เกี่ยวข้องกับจำเลยโดยตรง (172 ทวิ (2), (3) ซึ่งในมาตรา 172 ทวิ ก็ได้บัญญัติรับรองว่าการสืบพยานที่กระทำลับหลังจำเลยจะเป็นผลเสียหายแก่จำเลยไม่ได้ เพราะฉะนั้นการที่มาตรา 172 ทวิ ยกเว้นให้สืบพยานเพราะเห็นว่า เป็นกรณีที่ไม่มีผลเสียหายแก่จำเลย คือ เป็นกรณีที่จำเลยยังมีโอกาสถามค้านพยานหรือเป็นกรณีที่ ไม่เกี่ยวข้องกับจำเลยโดยตรง

กรณียกเว้นตามมาตรา 230 เป็นกรณีที่จำเลยได้ทราบการส่งประเด็นไปสืบยังศาลอื่นแล้ว ซึ่งจำเลยจะตามไปฟังการพิจารณาเองหรือยื่นคำถามเป็นหนังสือให้ศาลที่สืบก็ได้ ถ้าจำเลยไม่คิดจะไปฟังการพิจารณาหรือยื่นคำถามเป็นหนังสือ ศาลที่รับประเด็นก็สามารถสืบพยานลับหลังจำเลย เพราะเป็นกรณีที่จำเลยไม่ใช่สิทธิของจำเลยในการตรวจสอบพยานเอง

กรณียกเว้นตามมาตรา 180 เป็นบทบัญญัติไว้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในศาล ซึ่งให้หน้าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลสามารถสั่งจำเลยให้ออกจากห้องพิจารณา และศาลสามารถสืบพยานลับหลังจำเลยได้ถ้าจำเลยขัดขวางการพิจารณาคดี กรณีตามมาตรา 180 นี้สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานถูกกระทบกระเทือนโดยตรงต่างจากสองกรณีข้างต้น ที่สิทธิดังกล่าวของจำเลยไม่ถูกกระทบกระเทือนโดยตรง ก็เพราะว่าบทบัญญัติในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยในศาลเป็นบทบัญญัติเพื่อให้อำนาจศาลมีความศักดิ์สิทธิ์ เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีดำเนินไปโดยเที่ยงธรรมและรวดเร็ว ซึ่งเป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม ดังนั้นถ้าจำเลยขัดขวางอำนาจพิจารณาของศาล ศาลจึงมีอำนาจที่จะให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้

หลักเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน ได้กล่าวมาเพื่อเป็นแนวคิดพื้นฐานซึ่งในมาตรการเฉพาะแต่ละมาตรการที่ใช้ในการสืบพยานเด็กก็จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานแตกต่างกันออกไป คือ อาจเกี่ยวข้องกับสิทธิของจำเลยในการถามค้าน สิทธิของจำเลยที่จะสังเกตอาการปฏิกิริยาของพยานหรือเกี่ยวกับปัญหาในเรื่องพยานบอกเล่า ซึ่งจะได้กล่าวถึงในเรื่องมาตรการเฉพาะแต่ละมาตรการ

3.1.4 การสร้างสภาวะแวดล้อมที่เหมาะสมและการใช้อุปกรณ์ที่เอื้ออำนวยต่อการรับฟังและการสืบพยานเด็ก

ในการสืบพยานเด็กมีสิ่งที่เป็นจุดร่วมของมาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็กคือ การสร้างสภาวะแวดล้อมที่เหมาะสมและการใช้อุปกรณ์ที่เอื้ออำนวยต่อการรับฟังและการสืบพยานเด็ก ซึ่งมาตรการเฉพาะแต่ละมาตรการต้องนำไปใช้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้การสืบพยานเด็กมีลักษณะไม่เคร่งครัดและเป็นทางการ ซึ่งควรมีลักษณะดังนี้

1. ห้องพิจารณาคดี ควรเป็นห้องพิจารณาสำหรับเด็กโดยเฉพาะ ไม่ปะปนกับการพิจารณาคดีโดยทั่วไป การจัดห้องพิจารณาจะต้องไม่มีบัลลังก์ มีแต่โต๊ะ เก้าอี้ธรรมดาสำหรับผู้พิพากษา และพยานซึ่งเป็นเด็กกับจำเลย ไม่มีคอกพยาน ผู้พิพากษาจะไม่สวมเสื้อครุย ทั้งนี้เพื่อให้มีบรรยากาศเป็นกันเอง ไม่ทำให้พยานที่เป็นเด็กตื่นตระหนกตกใจ⁴¹

2. การพิจารณาคดีหรือการสืบพยานไม่ต้องดำเนินโดยเคร่งครัด การพิจารณาคดีที่เด็กเป็นพยานจะต้องไม่ดำเนินตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาโดยเคร่งครัด ควรใช้ภาษาง่าย ๆ ที่เด็กสามารถเข้าใจได้ดี⁴² อนุญาตให้พ่อแม่หรือผู้ดูแลเด็กอยู่ใกล้ ๆ เด็ก ในขณะที่เด็กเบิกความเพื่อให้เด็กลดความกลัวลง

3. ใช้อุปกรณ์ที่จะช่วยให้เด็กเบิกความได้ดี เช่น ตุ๊กตาที่เป็นรูปคนรูปสัตว์ แบบจำลองสถานที่ที่เกิดเหตุการณ์ สิ่งเหล่านี้จะช่วยให้เด็กระลึกถึงเหตุการณ์ได้ดีและช่วยให้เด็กอธิบายเหตุการณ์ในคดีได้ง่ายขึ้น⁴³

3.2 มาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็กที่มีอยู่แล้วในกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย

มาตรการที่จะกล่าวในหัวข้อนี้ เป็นมาตรการที่มีอยู่แล้วในกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยที่อาจจะนำมาใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็กได้ ซึ่งมาตรการเหล่านี้ได้แก่ การสืบพยาน

⁴¹กรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น วิธีพิจารณาคดีของศาลคดีเยาวชนและครอบครัว บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 72.

⁴²วิธีพิจารณาของศาลคดีเยาวชนและครอบครัว บัญญัติเรื่องนี้เอาไว้ในมาตรา 77.

⁴³Jone, "The Evidence of a Three-Year-old Child," p.679.

ไว้ล่วงหน้า การพิจารณา การเดินเผชิญสืบและหลักใน เรื่องการรับฟังพยานบอกเล่าซึ่งจะได้แยกพิจารณาในแต่ละเรื่องดังนี้

3.2.1 การสืบพยานเอาไว้ล่วงหน้า การสืบพยานเอาไว้ล่วงหน้าหน้านั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 101 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า

ถ้าบุคคลใดเกรงว่าพยานหลักฐานที่ตนอาจต้องอ้างอิงในภายหน้าจะสูญหายหรือยากแก่การนำมาหรือถ้าคู่ความฝ่ายใดเกรงว่าพยานหลักฐานซึ่งตนจำจะอ้างอิงสูญหายก่อนที่จะนำมาสืบหรือเป็นการยากที่จะนำมาสืบภายหลัง บุคคลนั้นหรือคู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำขอต่อศาลโดยทำเป็นคำร้องขอหรือคำร้องให้ศาลมีคำสั่งให้สืบพยานหลักฐานนั้นไว้ทันที

เมื่อศาลได้รับคำขอ เช่นว่านั้นให้ศาลหมายเรียกผู้ขอและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องมายังศาลและเมื่อได้ฟังพยานบุคคลเหล่านั้นแล้วให้ศาลสั่งคำขอตามที่เห็นสมควร ถ้าศาลสั่งอนุญาตตามคำขอแล้วให้สืบพยานไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ส่วนรายงานและเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้นั้นให้ศาลเก็บรักษาไว้

การจะนำการสืบพยานไว้ล่วงหน้ามาใช้ในการสืบพยานเด็กก็เพื่อประโยชน์ในการที่จะได้ข้อเท็จจริงจากพยานเด็กได้ถูกต้องที่สุดคือสืบพยานเด็กเอาไว้ ตั้งแต่หลังเกิดเหตุการณ์ใหม่ ๆ ซึ่งเป็นขณะที่ความรับรู้และความจำของเด็กยังดีอยู่ ซึ่งการสืบพยานเด็กไว้ล่วงหน้าในลักษณะนี้จะช่วยให้การค้นหาความจริงเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอย่างไรก็ตามการจะสืบพยานเด็กล่วงหน้าในคดีอาญาโดยใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 101 มาใช้นั้นตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าไม่น่ากระทำได้เพราะสาเหตุที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อขอให้ศาลสืบพยานหลักฐานไว้ล่วงหน้าคือผู้ร้องเกรงว่าพยานหลักฐานซึ่งอาจต้องใช้ในภายหน้าจะสูญหายหรือยากแก่การนำมาซึ่งการสูญหาย หรือการยากแก่การนำมาต้องมีอยู่จริงและเป็นเหตุที่มีน้ำหนักพอสมควรไม่เลื่อนลอยจนเกินไป⁴⁴ เพราะการสืบพยานไว้ล่วงหน้าเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ใช้ในกรณีที่น่าจะเป็นจริง ๆ⁴⁵ ในกรณีของพยานบุคคลถ้าหากเป็นตัวของพยานบุคคลจะสูญหายหรือยากแก่การนำมาในภายหน้า เช่น กรณีที่พยานเจ็บป่วยหนัก

44 เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 391.

45 เรื่องเดียวกัน, หน้า 392.

ากลัวจะตายก็จะเป็นกรณีที่จำ เป็นที่จะต้องสืบพยานนั้นเอาไว้ล่วงหน้า แต่ในกรณีของความสามารถของพยานบุคคลนั้นไม่ใช่เป็นกรณีที่จำ เป็นที่จะต้องสืบพยานนั้นเอาไว้ล่วงหน้า เพราะความสามารถในจำของพวกเราโดยทั่วไปก็ต้องลบเลือนไปตามกาลเวลาอยู่แล้ว แต่ถ้าเป็นกรณีเฉพาะ เช่น บุคคลนั้นประสบอุบัติเหตุ หรือกำลัง เป็นโรคที่มีผลต่อความ ลืมของเซลล์สมองซึ่งมีผลต่อความจำของบุคคลนั้นอย่างแน่นนอนย่อม เป็นกรณีที่จำ เป็นที่ต้องสืบพยานบุคคลนั้นไว้ล่วงหน้า ในกรณีของความสามารถในการจำของพยานเด็กก็ เช่นกัน เป็น เรื่องโดยทั่วไปไม่ใช่เป็นกรณีจำ เป็นจริง ๆ ที่ต้อง เกิดแน่นอน ดังนั้นการสืบไว้ล่วงหน้าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 101 จึงไม่อาจนำไปใช้กรณีการสืบพยานเด็กไว้ล่วงหน้าโดยอ้างว่าความจำของเด็กจะลบเลือนไป

การสืบพยานไว้ล่วงหน้าเพื่อรักษาความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่พยานเด็กรับรู้และจำ จึงต้องกำหนดเอาไว้เป็นกรณีพิเศษซึ่งมาตรการที่เหมาะสมที่สามารถนำมาใช้สืบพยานเด็กเอาไว้ล่วงหน้าก็คือการใช้วิธีโอเพ่นเทคคาให้การของพยานเด็กซึ่งเป็นมาตรการที่จะกล่าวต่อไปในส่วนของมาตรการใหม่ที่คิดค้นขึ้นมาเพื่อใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็ก

3.2.2 การพิจารณาเป็นการลับ ในการพิจารณาคดีอาญานั้น หลักสำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องพิจารณาโดยเปิดเผย ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการพิจารณาโดยเปิดเผยก็เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมของจำเลย และเป็นสิทธิของประชาชนที่จะได้รับรู้ข่าวสารซึ่งเป็นสิทธิสำคัญของประชาชนในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งการพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นหลักประกันความยุติธรรมของจำเลย ก็เพราะเป็นการกระทำต่อหน้าประชาชนที่จะเป็นประจักษ์พยานในความบริสุทธิ์ของจำเลย และเป็นหลักประกันว่าจำเลยจะไม่ถูกข่มขู่ ถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกพิจารณาคดีตามอำเภอใจ เนื่องจากมีบุคคลอื่น ๆ ร่วมฟังในการพิจารณาคดีด้วย⁷⁷ และการพิจารณาโดยเปิดเผยจะมีเหตุผลทางจิตวิทยาที่พยานบุคคลในคดีนั้นๆ ย่อมเกิดความกระตือรือร้นหรือความเกรงกลัวที่จะกล่าวเท็จ⁴⁶ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาโดยเปิดเผยก็อาจกระทบกระเทือนถึงสิทธิของปัจเจกชน สิทธิหรือประโยชน์ของรัฐ และความเป็นอิสระของผู้พิพากษา⁴⁷

⁴⁶ นวพงศ์ บุญสิทธิ์, "การเปิดเผยในคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาด้านนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 43-45.

⁴⁷ Ibid., p.58-101.

ซึ่งเมื่อใดสิทธิของปัจเจกชน สิทธิหรือประโยชน์ของรัฐ และความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีมากกว่าสิทธิของจำเลย การพิจารณาคดีจึงสามารถพิจารณาเป็นการลับได้

การพิจารณาเป็นการลับนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 และ 178 ได้บัญญัติหลักการและเงื่อนไขในการพิจารณาเป็นการลับเอาไว้ซึ่งการพิจารณาโดยลับนี้ เป็นหลักการที่ควรนำมาใช้ในการพิจารณาและสืบพยานในกรณีที่มีผู้เสียหายหรือพยานเป็นเด็ก เพราะเป็นการสร้างเงื่อนไขที่เหมาะสมในการพิจารณาและสืบพยานที่เป็นเด็ก ซึ่งจะทำให้เด็กมีความตื่นตระหนก หวาดกลัว กังวล หรือมีอาการทางจิตอื่น ๆ น้อยลง ซึ่งจะมีผลดี คือ เด็กสามารถเป็นพยานได้ดีกว่าในการสืบพยานโดยเปิดเผยเพราะการสืบพยานเป็นการลับนั้นมาตรา 178 ได้กำหนดให้บุคคลจำนวนจำกัดที่สามารถอยู่ร่วมฟังการพิจารณาได้⁴⁸ ส่วนเงื่อนไขการที่ศาลหรือคู่ความจะขอให้พิจารณาลับนั้นมาตรา 177 กำหนดว่า "เพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" หรือ "เพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน" ซึ่งเป็นเรื่องคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งในการพิจารณาคดีและสืบพยานที่เด็กเป็นผู้เสียหายเพื่อเป็นพยานนั้นก็ยังสามารถขอให้ศาลพิจารณาเป็นการลับได้ เพราะสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนย่อมเป็นสิทธิหรือประโยชน์ของรัฐอยู่แล้ว⁴⁹ ซึ่งปกติในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายหรือพยานนั้น ศาลก็จะมักอนุญาตตามคำขอของอัยการหรือคู่ความที่ขอพิจารณาเป็นการลับ⁵⁰ จึงไม่มีปัญหาในการที่จะนำวิธีการพิจารณา

⁴⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 178 ได้กำหนดบุคคลที่มีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาคดีเมื่อมีการพิจารณาเป็นการลับ คือ 1. โจทก์และทนาย 2. จำเลยและทนาย 3. ผู้ควบคุมตัวจำเลย 4. พยานและผู้ชำนาญการพิเศษ 5. ล่าม 6. บุคคลผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องและได้รับอนุญาตจากศาล 7. พนักงานศาลและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยแก่ศาล.

⁴⁹ในการที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น เห็นได้ชัดเจนว่าสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนสำคัญกว่าสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข่าวสาร เพราะพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 ได้กำหนดเอาไว้ในมาตรา 73 เป็นการบังคับเลยว่าการพิจารณาคดีต้องเป็นการพิจารณาเป็นการลับ.

⁵⁰สัมภาษณ์ วาสนา แก้วพันธ์, ฝ่ายช่วยเหลือและทนายความของศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กมูลนิธิเด็ก, 6 มีนาคม 2535.

เป็นการกลับมาใช้ในกรณีที่เกิดเป็นผู้เสียหายหรือเป็นพยานในคดี

3.2.3 การเดินเผชิญสืบ การเดินเผชิญสืบคือการที่ศาลให้โจทก์หรือจำเลยแล้วแต่กรณีซึ่งเป็นผู้อ้างพยานนำผู้พิพากษาหรือพนักงานศาลไปสืบพยาน ณ บ้านเรือนของพยานเองหรือสถานที่หนึ่งใดตามแต่จะเห็นสมควร⁵¹ ทั้งนี้โดยพิเคราะห์ตามความจำเป็นแห่งสภาพของพยานหลักฐานนั้น⁵² การเดินเผชิญสืบในคดีแพ่งผู้พิพากษาต้องไปสืบเอง เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่อนุญาตเปิดโอกาสให้ผู้อื่นไปทำแทนได้⁵³ แต่ในคดีอาญานั้นผู้พิพากษาจะไปสืบเองหรือให้จำศาลไปเดินเผชิญสืบแทนก็ได้⁵⁴

เหตุจำเป็นที่ศาลจะต้องไปเดินเผชิญสืบนอกศาลอาจเป็นเพราะพยานปากนั้นจะต้องเบิกความประกอบการชี้ที่เกิดเหตุ จึงจะสามารถอธิบายข้อเท็จจริงได้ชัดเจนหรือพยานที่จะสืบนั้น เป็นพยานวัตถุซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งไม่สามารถนำมาให้ศาลตรวจได้ หรือบุคคลที่ถูกอ้าง เป็นพยานมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมายที่ไม่จำเป็นต้องไปศาลได้⁵⁵

เหตุจำเป็นที่ศาลจะเดินสืบซึ่งพิเคราะห์จากสภาพของพยานนั้นมีความหมายกว้าง ดังนั้นจึงสามารถนำการเดินเผชิญสืบไปใช้ในการสืบพยานเด็กในคดีอาญาได้ ซึ่งประโยชน์ของการใช้การเดินเผชิญสืบในการสืบพยานเด็กก็จะเป็นการปกป้องเด็กที่ไม่ต้องไปเบิกความในศาลแต่สามารถขอให้ศาลไปเดินเผชิญสืบที่อยู่อาศัยของเด็กได้ซึ่งจะหลีกเลี่ยงบรรยากาศที่เคร่งครัดเป็นทางการในการพิจารณาคดีและสืบพยานในศาลได้ ซึ่งเมื่อเด็กมีความหวาดกลัวตื่นตระหนกน้อยลงก็จะมีผลทำให้เด็กใช้ความสามารถในการเป็นพยานได้ดี อย่างไรก็ตามข้อเสียของการเดินเผชิญสืบที่จะนำมาใช้สืบพยานเด็กก็คือ เด็กยังต้องเผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงและการสืบพยาน ยังคงมีลักษณะเหมือนการสืบพยานโดยทั่วไปคือมีลักษณะการต่อสู้กันขัดแย้งกันของสองฝ่าย มีการถามค้านโดยจำเลยโดยตรงซึ่งจะสร้างความสับสนให้เด็กได้เพราะ

⁵¹ พระนิติการณประสม, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานและจิตวิทยา พ.ศ. 2490, หน้า 110.

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 102 วรรคแรก

⁵³ โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 102, 107

⁵⁴ โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 230

⁵⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 321-322

จำเลยมีสิทธิที่จะไปฟังการพิจารณาในการเดินเพชฌัญญ์และสามารถใช้สิทธิของตนเอง เหมือน การสืบพยานในศาลโดยปกติทุกประการ

3.2.4 การรับฟังและสืบพยานพยานบอกเล่าแทนพยานเด็ก

การรับฟังและการสืบพยานเด็กโดยวิธีนี้คือ การรับฟังและการสืบพยาน จากบุคคลที่ได้รับการบอกเล่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์จากเด็ก และบุคคลนั้นก็ไปเป็นพยาน เบิกความแทนเด็กในศาล ซึ่งบุคคลที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงจากเด็กที่เป็นประจักษ์พยานนั้น ย่อมมี ลักษณะเป็นพยานบอกเล่าตนเอง วิธีการนี้ย่อมปกป้องเด็กที่จะไม่ต้องไปปรากฏตัวเบิกความใน ศาล อันจะทำให้เด็กต้องได้รับความทุกข์ทรมานจากกระบวนการสืบพยานที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก ส่วนในแง่การใช้การรับฟังพยานบอกเล่าแทนการรับฟังและการสืบพยานเด็กนั้น จะทำให้การ ค้นหาความจริงในคดีมีประสิทธิภาพและปกป้องสิทธิของจำเลยหรือไม่นั้น เป็นปัญหาในเรื่อง หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานบอกเล่า ดังนั้นในส่วนนี้จะมีเนื้อหาสำคัญอยู่ 2 ส่วนคือ ส่วนแรกจะ เป็นหลักเกณฑ์ทฤษฎีของการรับฟังพยานบอกเล่า ส่วนที่สองจึงจะเป็นแนวทางการรับและการสืบ พยานเด็กจากพยานบอกเล่า

1. หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานบอกเล่า

1.1 ความหมายของพยานบอกเล่า

ความหมายของพยานบอกเล่าในประเทศที่ใช้ระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์ พยานบอกเล่า หมายถึง คำกล่าวหรือข้อความที่ทำขึ้นนอกศาลและเสนอ ขึ้นมาเพื่อพิสูจน์ว่าข้อความหรือคำกล่าวนั้นเป็นความจริง⁵⁶ ดังนั้นจากคำนิยามดังกล่าวจึงอาจ จะแยกลักษณะสำคัญของพยานบอกเล่าออกได้ดังนี้⁵⁷

1. ต้องเป็นสิ่งที่ทำขึ้นนอกศาล หมายความว่า เป็น คำกล่าวหรือข้อความที่ทำขึ้นนอกศาลที่กำลังพิจารณาคดีนี้อยู่ ดังนั้น คำพยานที่เบิกความในคดีอื่น ที่มีใช้คดีนี้ หรือข้อเท็จจริงในส่วนวนความหรือคำพิพากษาในคดี เรื่องอื่น ก็ถือเป็นพยานบอกเล่า ทั้งสิ้น

⁵⁶ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 166.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167-171.

2. คำกล่าวหรือข้อความ (statement) นั้นมีความหมายกว้าง คือ อาจหมายถึงคำพูด หรือลายลักษณ์อักษร หรือกริยาท่าทางของบุคคลที่แสดงออกเพื่อสื่อความหมาย

3. คำกล่าวหรือข้อความดังกล่าวนั้นต้องเสนอต่อศาล เพื่อมุ่งพิสูจน์ว่าคำกล่าวหรือข้อความนั้นเป็นความจริง หมายความว่า คำกล่าวหรือข้อความนั้นมิได้เสนอเพียง เพื่อแสดงความเกี่ยวข้อง เป็นอยู่ หรือเพียงพอให้ศาลสันนิษฐานข้อเท็จจริงบางอย่างจากคำกล่าวหรือข้อความนั้นเท่านั้น แต่เสนอเพื่อให้ศาลเชื่อว่าข้อเท็จจริงพึงยุติได้ตามคำกล่าวหรือข้อความนั้น ดังนั้น คำกล่าวหรือข้อความที่กล่าวนอกศาลอาจจะไม่เป็นพยานบอกเล่าก็ได้ ถ้ามิได้เสนอต่อศาล เพื่อพิสูจน์ว่าคำกล่าวหรือข้อความนั้นเป็นความจริง

ส่วนความหมายของพยานบอกเล่าตามที่ใช้ในกฎหมาย ลักษณะพยานของไทยหมายถึง พยานบุคคลที่จะเบิกมาเบิกความถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่ข้อเท็จจริงนั้นตนมิได้เห็น มิได้ยิน และมิได้รู้มาด้วยตนเองโดยตรง หากแต่ได้ยินหรือทราบจากการที่คนอื่นเล่าให้ฟังอีกทีหนึ่ง⁵⁸

จากนิยามของความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ความหมายของพยานบอกเล่าตามกฎหมายไทย มีลักษณะแคบกว่าความหมายของพยานบอกเล่าของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะความหมายของพยานบอกเล่าของไทยหมายถึง เฉพาะพยานบุคคลเท่านั้น ไม่รวมถึงพยานเอกสารด้วย เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 ระบุชัดว่าใช้บังคับเฉพาะพยานบุคคลเท่านั้น ไม่ห้ามรับฟังพยานเอกสาร⁵⁹ ส่วนตามความหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ พยานบอกเล่ามีความหมายรวมถึงพยานเอกสารด้วย เพราะโดยลักษณะแล้วพยานเอกสารทุกชนิดมีลักษณะเป็นพยานบอกเล่าในตัวเอง เพราะเป็นการบอกเล่าของผู้ทำเอกสาร เหตุที่กฎหมายไทยยอมรับฟังพยานเอกสารโดยไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่าก็เพราะว่า พยานเอกสารไม่มีใครจะมีปัญหาเรื่องข้อเท็จจริงที่บอกเล่าเปลี่ยนแปลง เพราะผู้ทำเอกสารเขียนไว้อย่างไรก็คงเป็นอย่างนั้น การนำสืบพยานเอกสารกฎหมายจึงไปเข้มงวดเรื่องต้องนำค้นฉบับมาสืบเพื่อให้ได้คำบอกเล่าที่ใกล้เคียงกับต้นตอมากที่สุด⁶⁰

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 171.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

1.2 หลักการห้ามรับฟังพยานนอกเล่า

สาเหตุในการห้ามรับฟังพยานนอกเล่า มีแนวคิดที่ให้เหตุผลของการห้ามฟังพยานนอกเล่าหลายแนวคิด แต่สาเหตุสำคัญของการห้ามรับฟังพยานนอกเล่าพอสรุปได้ดังนี้คือ

1. ความอันตรายของการรับฟังพยานนอกเล่า เนื่องจากพยานนอกเล่าไม่ได้ผ่านกระบวนการในการตรวจสอบความถูกต้องของพยานบุคคล ดังกล่าวในบทที่ 2 แล้วว่า ความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลขึ้นอยู่กับความสามารถและความจริงใจ ความสามารถ คือ ความสามารถในการรับรู้ การจำ และการบรรยายถ่ายทอด ส่วนความจริงใจก็คือ ความตั้งใจของพยานที่จะเบิกความให้ตรงกับข้อเท็จจริงที่พยานรับรู้และจำมา กระบวนการที่จะตรวจสอบและกลั่นกรองว่าพยานมีความสามารถหรือความจริงใจหรือไม่ ก็คือ การให้พยานสาบานก่อนเบิกความ การให้พยานเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามเพื่อให้ศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามสามารถสังเกตอาการปฏิกิริยาของพยาน และการให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามมีโอกาสถามค้านพยาน ดังนั้น พยานนอกเล่าจึงเป็นพยานที่โดยทั่วไปแล้วไม่น่าเชื่อถือหรือเชื่อถือได้น้อย เพราะกระบวนการในการตรวจสอบและกลั่นกรองถึงความน่าเชื่อถือของพยานไม่ได้นำมาใช้อย่างเต็มที่ กล่าวคือ ตัวผู้บอกเล่าที่เป็นประจักษ์พยานไม่ได้ผ่านการสาบานการเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามและการถูกถามค้าน ซึ่งเป็นหลักประกันความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล ส่วนตัวพยานนอกเล่านั้นกระบวนการในการตรวจสอบพยานดังกล่าวก็แทบไม่มีผลใด ๆ ต่อพยานนอกเล่านั้นเลย กล่าวคือ ในการสาบานก่อนเบิกความก็ไม่มีผลให้พยานนอกเล่าพยานนอกเล่านั้นพูดความจริงโดยไม่กล้ากล่าวเท็จแต่อย่างใด เพราะพยานนอกเล่านั้นก็มักจะเบิกความตามที่ได้รับบอกเล่ามา เช่นเดียวกับอาการปฏิกิริยาของผู้ที่เป็นพยานนอกเล่าก็ไม่อาจสื่อความหมายอะไรได้มากเหมือนประจักษ์พยาน ส่วนการถามค้านที่เป็นเครื่องมือที่สำคัญและมีประสิทธิภาพมากที่สุดที่จะตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานนั้น เมื่อนำมาใช้กับพยานนอกเล่าก็จะไม่มีความหมายอะไรเท่าไรนัก เพราะผู้ที่เป็นพยานนอกเล่าไม่ได้เห็นเหตุการณ์เอง การที่จะถามค้านถึงการรับรู้และความจำของพยาน เพื่อให้เห็นถึงความบกพร่องของพยานก็ไม่อาจทำได้เลย

เหตุผลของการไม่รับฟังพยานนอกเล่า เนื่องจาก การขาดหลักประกันความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลเป็นเหตุผลหลักของการรับฟังพยานนอกเล่า เพราะพยานบุคคลที่จะรับฟังหรือมีน้ำหนักเป็นพยานในคดี ก็อยู่ที่ความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล

ในเรื่องความสามารถและความจริงใจของพยานบุคคลนั้น ซึ่งความน่าเชื่อถือนั้นถ้าไม่ผ่านการตรวจสอบหรือไม่มีโอกาสตรวจสอบพยานบุคคลนั้นก็ไม่มีความน่าเชื่อถือ

การที่พยานบอกเล่าไม่มีความน่าเชื่อถือ เพราะเป็นพยานที่ไม่ผ่านการตรวจสอบความน่าเชื่อถือโดยการสาบาน การปรากฏตัวต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามและการถูกถามคำถาม และเมื่อหลักความน่าเชื่อถือและการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลเป็นเรื่องในคดีอาญา หลักการนี้ก็จะมีเคร่งครัดยิ่งกว่าคดีแพ่ง เพราะในคดีอาญานั้นมีเรื่องสิทธิของจำเลยในคดีอาญาซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของจำเลยที่จะปกป้องสิทธิของตนเองเอาไว้ การตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานจึงเป็นสิทธิที่สำคัญของจำเลยประการหนึ่งที่จะพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของตนเอง ในคดีอาญาจึงมีสิทธิของจำเลยที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง คือ สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน (Right to Confront Witness) ก็เพื่อจำเลยจะได้ตรวจสอบและแสดงให้เห็นถึงความบกพร่องของพยานโดยการถามคำถามและสังเกตกริยาอาการของพยาน โดยผ่านการที่พยานได้สาบานก่อนเบิกความ การไม่รับฟังพยานบอกเล่าในคดีอาญาจึงมาจากหลักในเรื่องของสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน ซึ่งนอกจากเป็นการไม่รับฟังพยานที่ไม่ผ่านการตรวจสอบความน่าเชื่อถือแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่จะมีสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพราะการรับฟังพยานบอกเล่าทำให้พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ที่แท้จริงไม่ต้องมาเบิกความในศาลและไม่ต้องเผชิญหน้ากับจำเลยเป็นการเอาเปรียบและไม่เป็นธรรมต่อจำเลย⁶¹

2. หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) ซึ่งมีหลักว่า ถ้าประเด็นพิพาทประเด็นใดสามารถพิสูจน์ได้ด้วยพยานหลายชิ้นต่างกันคู่ความจะต้องนำพยานที่มีคุณภาพดีที่สุดในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นพิพาทนั้นมาสืบ⁶² เพราะจะทำให้ศาลได้พยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามความถูกต้อง จากหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุดจึงได้มีการแบ่งแยกพยานตามความใกล้ชิดในการรับรู้ข้อเท็จจริงออกเป็นประจักษ์พยานและพยานบอกเล่า และถือว่าประจักษ์พยานเป็นพยานที่ดีกว่า

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 177.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

พยานบอกเล่าซึ่งเป็นแต่ฟังคำบอกเล่าของผู้อื่นซึ่งมีโอกาสผิดพลาดมาก⁶³ หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุดจึงเป็นการบังคับให้คู่ความต้องการพยายามหาประจักษ์พยาน แทนที่จะหาพยานบอกเล่าซึ่งหาได้ง่ายกว่า และการทำให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างรวดเร็วไม่มีเยื่อเย็ดเนื่องจากได้ฟังพยานที่ดีที่สุด

3. พยานบอกเล่ามีลักษณะคลาดเคลื่อนในตัวเอง

กล่าวคือในการบอกเล่าข้อความที่บอกนั้นมักจะเปลี่ยนแปลงไป เพราะผู้เล่าแต่ละคนอาจจะตัดทอนหรือเพิ่มเติมข้อเท็จจริงลงไปทั้งโดยจงใจหรือไม่จงใจก็ได้ ยิ่งมีการบอกเล่าหลาย ๆ ทอดความคลาดเคลื่อนของข้อความเดิมก็มีโอกาสเปลี่ยนแปลงไปมาก

ส่วนหลักการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าตามกฎหมายลักษณะพยานของไทยนั้น ตามพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่า พยานบอกเล่านั้นห้ามรับฟังดังที่บัญญัติเอาไว้ในหมวดที่ 9 ข้อ 16 ว่า

อนึ่ง คู่ความทั้งสองอ้างพยาน (แต่) พยานให้การว่า มิได้เห็นจักขุ มิได้ยินแก่โสต เป็นแต่ผู้มีคดีมาบอกเล่าจึงรู้ ท่านว่าทักพยานก็ดี อุดรพยานก็ดี อุดรพยานก็ดี ท่านมิฟังให้ฟังเอาพยานนั้นเลย

คำรากฎหมายลักษณะพยานและคำพิพากษาฎีกาสมัยนั้นก็ยังยืนยันตรงกันถึงหลักการห้ามรับฟังพยานบอกเล่านี้⁶⁴ แต่ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ทำให้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าตามพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 ดังกล่าว อันเป็นผลให้หลักกฎหมายใหม่นั้นหาได้มีบทบัญญัติห้ามรับฟังพยานบอกเล่าไว้ชัดเจนไม่⁶⁵ คงมีเพียงมาตรา 95(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใดวันแต่บุคคลนั้น... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็นได้ยินหรือทราบข้อความเกี่ยวกับใน เรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง..." ส่วนในคดีอาญากลับบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 226 แห่ง

⁶³ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, "บทตัดพยานบอกเล่าในกฎหมายไทย," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 3 (2524): 3 และคำพิพากษาฎีกาที่ 688/2469, 1041/2466, 484/2473.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า "พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้..."

การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้บัญญัติเรื่องหลักการรับฟังพยานบอกเล่าเอาไว้อย่างชัดเจน ทำให้เห็นความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ⁶⁶

1. ความเห็นแรก เป็นความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ ซึ่งประกอบด้วยนักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากระบบ Anglo - American กลุ่มกับนักกฎหมายอนุรักษ์นิยมที่ยึดถือบทตัดพยานบอกเล่าตามที่เคยมีอยู่ในกฎหมายเก่านั้น ว่ายังคงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปัจจุบันอยู่ ความเห็นดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายลักษณะพยานที่ใช้อยู่ในปัจจุบันและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่⁶⁷

2. ความเห็นที่ 2 เป็นความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายข้างน้อยที่ส่วนหนึ่งเห็นว่าบทตัดพยานบอกเล่าเป็นกฎหมายของระบบกฎหมาย Anglo-American โดยเฉพาะเมื่อประเทศไทยวางรูปแบบกฎหมายในลักษณะของระบบประมวลกฎหมายแล้วก็ไม่น่าตัดพยานบอกเล่าออกไปเสียจากความรู้ของศาล ปัญหาของพยานบอกเล่าควรจะไปอยู่ในชั้นซึ่งน้ำหนักคำพยานมากกว่า นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งมิได้คำนึงถึงระบบกฎหมายเท่าใด แต่เมื่อต้องประสบกับพฤติการณ์ที่จะหาพยานหลักฐานอื่นที่ดีกว่าพยานบอกเล่าไม่ได้ หรือพฤติการณ์ที่พยานบอกเล่าไม่น่าเชื่อถืออย่างยิ่ง ก็พลอยเห็นด้วยว่าควรให้รับฟังพยานบอกเล่าได้

ถ้าหากพิจารณาจากสภาพของพยานบอกเล่าแล้วจะเห็นได้ว่าพยานบอกเล่ามีลักษณะไม่ควรค่าแก่การรับฟัง เพราะพยานบอกเล่าในฐานะที่เป็นพยานบุคคล แต่ไม่ได้ผ่านการตรวจสอบความถูกต้องโดยการสาบาน การเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามและการถามค้าน ซึ่งการตรวจสอบพยานดังกล่าวจะยังมีความสำคัญยิ่งขึ้นถ้าเป็นการตรวจสอบในคดีอาญา เพราะเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดี คือ เป็นสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน และพยานบอกเล่ามีลักษณะที่ไม่ควรรับฟัง อีกประการ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-9.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 65/2479, 1115/2480, 25/2482, 1315/2482, 165/2514.

หนึ่งคือ ความคลาดเคลื่อนของพยานบอกเล่าที่เกิดจากลักษณะของตัวพยานบอกเล่าเองที่มีการบอกเล่าต่อ ๆ กันมา ซึ่งอาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของข้อความที่บอกเล่าต่อกันมา เมื่อพิจารณาจากลักษณะพยานบอกเล่าดังกล่าวจึงน่าจะเห็นได้ว่า ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 บัญญัติไว้ว่า "ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่บุคคลนั้น... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวกับใน เรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเอง โดยตรง..." มุ่งประสงค์มิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า⁶⁸ ส่วนในคดีอาญานั้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักใน เรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน

1.3 ข้อยกเว้นของหลักห้ามรับฟังพยานบอกเล่า

ข้อยกเว้นของหลักห้ามรับฟังพยานบอกเล่า เมื่อแยกเป็นประเภท ๆ แล้วมีหลายประเภท แต่หลักสำคัญที่เป็นข้อยกเว้นหลักห้ามรับฟังพยานบอกเล่า มีอยู่ 2 ประการ คือ หลักประกันความน่าเชื่อถือของพยานบอกเล่า นั้น และหลักความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง กล่าวคือ

1. หลักประกันความน่าเชื่อถือของพยานบอกเล่า

เป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงบางอย่างที่เป็นประกันความน่าเชื่อถือของพยานบอกเล่า นั้นเป็นพิเศษ⁶⁹ หลักประกันดังกล่าวจะทำให้พยานบอกเล่ามีคุณค่าน่าเชื่อถือก็ต้อง เป็นหลักประกันที่มีคุณค่าอย่างน้อยเท่ากันหรือมากกว่าหลักการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล คือ การสาบาน การเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามและการถามค้าน⁷⁰ หรือหลักประกันจะต้องเป็นประกันได้ว่าพยานบอกเล่า นั้นไม่มีความคลาดเคลื่อนหรือมีความคลาดเคลื่อนแต่เพียงเล็กน้อยที่สามารถ เชื่อถือได้ว่าใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงเดิม เช่น คำกล่าวของผู้ถูกทำร้ายก่อนตายในคดีฆาตกรรม (Dying Declaration) นั้นเป็นคำพูดที่มีความศักดิ์สิทธิ์เสมือนกับคำเบิกความที่

⁶⁸ มยุรี จามิกรานนท์, "การรับฟังพยานบอกเล่าของศาลไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 181-182.

⁶⁹ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 180.

⁷⁰ "Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution : Two Legislative Innovation," p.810.

ได้สำบานแล้ว เพราะผู้ที่กำลังจะตายคงจะไม่พูดเท็จจริงใส่ร้ายคนอื่นให้บาปกรรมติดตัวต่อไป จึงน่าเชื่อถือและรับฟังได้ หรือพยานเอกสารที่แม้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เห็นว่าเป็นพยานบอกเล่า แต่ก็มีการยกเว้นยอมรับฟังพยานเอกสารหลายประเภท ก็เพราะว่าพยานเอกสารนั้นมีความคลาดเคลื่อนจากข้อเท็จจริงเดิมน้อยมาก เมื่อมีการบันทึกลงไปอย่างไรก็คงเป็นอยู่อย่างนั้น พยานบอกเล่าประเภทแรกนี้จึงอาจรับฟังและให้นำน้ำหนัก เช่นเดียวกับประจักษ์พยาน ดังนั้น พยานบอกเล่าประเภทนี้จึงรับฟังได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้บอกเล่ามีตัวตนอยู่ หรือมาเบิกความในศาลได้หรือไม่ซึ่ง F.R.E. (Federal Rules of Evidence) ของสหรัฐอเมริกาได้ระบุชัดเจนแยกแยะชัดเจนในข้อ 803 ว่าเป็นพยานบอกเล่าซึ่งสามารถรับฟังได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้บอกเล่ายังมีตัวตนหรือไม่ (Availability of Declarant immaterial)⁷¹

2. หลักความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงเป็นกรณีที่ไม้อาจหาประจักษ์พยานหรือผู้บอกเล่ามาเป็นพยานได้ เป็นกรณีที่ต้องเลือกระหว่างการมีเพียงพยานบอกเล่ากับการไม่มีพยานเลย ซึ่งอาจจะต้องเลือกที่จะรับฟังพยานบอกเล่าพยานบอกเล่าประเภทที่สองนี้ไม่มีหลักประกันความน่าเชื่อถือของคำบอกเล่า ดังนั้น ศาลอาจไม่รับฟังเลยหรือรับฟังโดยให้นำน้ำหนักน้อยกว่าพยานหลักฐานธรรมดาก็ได้ ซึ่งกรณีความจำเป็นที่พยานไม้อาจมาศาลได้นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจนใน F.R.E. ข้อ 804 ส่วนกรณีที่ไม่มีภาระระบุไว้ชัดเจนดังเช่นประเทศไทยนั้น กรณีที่ถือว่ามีความจำเป็นที่ต้องรับฟังพยานบอกเล่าก็เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป

กรณีของประเทศไทยนั้น ถ้าหากพิจารณาว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 95 เป็นบทบัญญัติในการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าดังกล่าวมาแล้ว บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าก็อยู่ในมาตรา 95 วรรคแรกตอนท้ายนั่นเองดังมาตรา 95 ๓ ได้บัญญัติว่า

ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใดวันแต่... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวกับเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง แต่ความข้อนั้นให้ใช้ได้ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือคำสั่งของศาลว่าไว้เป็นอย่างอื่น..."

⁷¹ มยุรี จามิกรานนท์, "การรับฟังพยานบอกเล่าของศาลไทย," หน้า 133-158.

ดังนั้น ข้อยกเว้นให้รับฟังพยานบอกเล่าได้มีตามมาตรา 95 มีสองกรณีคือ กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจน และกรณีที่ศาลจะเห็นสมควรรับฟัง กรณีที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนนั้นไม่ปรากฏในกฎหมายลักษณะพยานของไทย ก็คงจะมีกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานบอกเล่าตามที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งฎีกาของไทยได้วางบรรทัดฐานตามแนวของกฎหมายอังกฤษตลอดมา⁷²

2. การรับฟังพยานบอกเล่าแทนการสืบพยานเด็กในกรณีพยานบอกเล่านั้น เข้าข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า กรณีเพื่อความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง

การรับฟังพยานที่ได้รับฟังพยานบอกเล่าแทนการสืบพยานเด็กเป็นการเข้าข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า กรณีเพื่อความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงนั้น เป็นกรณีที่ไม่มีหลักประกันความน่าเชื่อถือ แต่ก็ต้องรับฟังพยานบอกเล่าประเภทนี้เพราะมิฉะนั้นก็จะมีพยานในคดีนั้นเลย เป็นกรณีที่ไม่สามารถหาหรือหาประจักษ์พยานมาเบิกความในศาลได้ เช่นคำบอกเล่าของผู้ที่ตายแล้ว ซึ่งหมายถึง ถ้อยคำของบุคคลที่บอกเล่าผู้อื่นเอาไว้หรือได้เขียนไว้เป็นหนังสือ และปรากฏว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้วขณะที่นำตัวไปเบิกความเป็นพยานในศาล จึงไม่อาจอ้างตัวผู้พูดมาให้การต่อศาลได้ คำบอกเล่าของผู้ตายโดยปกติจึงเป็นกรณีจำเป็นที่ต้องยอมให้ผู้รับฟังคำบอกเล่ามาเบิกความในศาลแทน

นอกจากคำบอกเล่าผู้ตายที่ถือว่าเป็นกรณีจำเป็นในการรับฟังพยานบอกเล่าแล้ว ก็อาจเป็นกรณีอื่น ๆ ที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังเช่นศาลไทยได้ตัดสินในคำพิพากษาฎีกาที่ 1781/2522 ว่ากรณีที่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราให้การไว้ในวันขึ้นสอบสวน แต่โจทก์นำมาเบิกความในชั้นศาลไม่ได้เพราะไปจากบ้านหาตัวไม่พบศาลก็รับฟังคำเบิกความในชั้นสอบสวนประกอบกับพยานโจทก์และคำรับเลยชั้นสอบสวนลงโทษจำเลยได้

ในกรณีที่รับฟังและสืบพยานบอกเล่าแทนเด็กที่เป็นผู้รับรู้ข้อเท็จจริงในคดีจึงเป็นกรณีที่กระทำได้หากเข้ากรณีจำเป็น ในกรณีที่เกิดกับเด็กที่เป็นผู้บอกเล่า

⁷² ธีรมชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 180 และมยุรีจามิกรานนท์, "การรับฟังพยานบอกเล่าของศาลไทย", หน้า 180-258.

และไม่สามารถเบิกความในศาลได้นั้น ศาลได้ยอมรับฟังพยานบอกเล่าแทนเด็กที่ไม่อาจเบิกความได้ซึ่งถือว่าเป็นกรณีจำเป็นเพื่อการค้นหาความจริงดังในคำพิพากษาฎีกาที่ 408/2485:

เด็กหญิงอายุ 5 ขวบ มาเป็นพยานขึ้นศาล แต่ตกประหม่าไม่กล้าเบิกความในศาล ศาลได้พยายามปลอบโยนเป็นหนักหนาจนหมดหนทางแล้ว ศาลก็ตัดพยานปากนี้ได้ แม้กระนั้น ศาลอาจรับฟังคำให้การของเด็กในชั้นสอบสวนประกอบกับคำรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลยและพยานอื่นลงโทษได้

การรับฟังพยานบอกเล่าแทนเด็กของศาลจึงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่า เข้ากรณีจำเป็นหรือไม่ ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา อังกฤษและสหรัฐอเมริการับฟังพยานบอกเล่าแทนเด็กจะมีความชัดเจนและแน่นอนกว่า คือในกรณีของประเทศอังกฤษใน Children and Young Person Act 1933 SS 42 และ 43 นั้น การรับฟังพยานบอกเล่าแทนการสืบพยานเด็กที่ถือว่าเป็นกรณีจำเป็นได้ระบุไว้ว่า ให้รับฟังพยานบอกเล่าในลักษณะที่จดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) คือ มีลักษณะเป็นพยานเอกสารในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายหรือเป็นพยานในคดี โดยมีการหรือการยืนยันทางการแพทย์ว่า ถ้าเด็กมาเบิกความในศาลจะเป็นอันตรายอย่างรุนแรงต่อชีวิตและสุขภาพของเด็ก⁷³

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การสืบพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะในกรณีเด็ก แต่ได้บัญญัติข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าเอาไว้เป็นหลักทั่วไปโดยใน F.R.E. 804 ได้บัญญัติข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่า

⁷³Children and Young Person Act 1933 SS 42 (1) บัญญัติว่า Where a justice of the peace is satisfied by the evidence of a duly qualified medical practitioner that the attendance before a court of any child or young person in respect of whom any of the offences mentioned in the First Schedule of this Act is alleged to have been committed would involve serious danger to his life or health, the justice may take in writing the deposition of the child or young person on oath..., Spencer and P.G. Tucker, "The Evidence of Absent Childrin," New Law Journal Vol.137 No.,6320 (August 1987) : 816.

ในกรณีที่ผู้บอกเล่าไม่สามารถมาศาลได้ (Declarant Unavailable) ซึ่งเป็นการรับฟังพยานบอกเล่าในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง ซึ่งใน F.R.E. 804 (9) ข้อ (4) เป็นกรณีที่ผู้บอกเล่าไม่สามารถมาศาลได้ เนื่องจากถึงแก่กรรมหรือในขณะที่นั้นมีความเจ็บป่วยไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ หรือต้องรับการรักษาพยาบาล⁷⁴

กรณีของประเทศอังกฤษนั้น Children and Young Person Act 1933 SS 42 และ 43 มีข้อโต้แย้งกันอยู่ว่ากรณีที่เด็กไม่มาศาลนั้นรวมถึงกรณีที่มีอาการทางจิตใจด้วยหรือไม่ ซึ่งมีผู้เห็นว่าความอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของเด็กควรจะรวมถึงอาการทางจิตใจด้วย⁷⁵ ส่วน F.R.E. 804 (a) ข้อ 4 ของสหรัฐอเมริกาได้ระบุเอาไว้ชัดเจนเลยว่า ความเจ็บป่วยนั้นไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจก็ถือเป็นข้อยกเว้นที่สามารถรับฟังพยานบอกเล่าโดยตัวผู้บอกเล่าไม่ต้องมาศาล กรณีของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นกรณีที่ชัดเจนในการที่จะรับฟังและสืบพยานบอกเล่าแทนเด็ก

ปัญหาในการสืบพยานเด็กที่กล่าวมาแล้ว ก็คือ กระบวนการรับฟังและการสืบพยานไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก โดยเฉพาะก่อให้เกิดความตึงเครียดและความกังวลซึ่งเป็นอาการทางจิตใจของเด็ก ซึ่งจะมีผลทำให้การใช้ความสามารถของเด็กในการเป็นพยานลดน้อยลงไป และยังก่อให้เกิดความทุกข์ทางใจจากอาการทางจิตดังกล่าว การคำนึงถึงอาการทางจิตใจของเด็กที่จะเป็นข้อยกเว้นที่เด็กไม่ต้องไปเป็นพยานในศาลและให้รับฟังพยานบอกเล่าที่ได้รับการบอกเล่าแทนเด็กนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพราะนอกจากอาการทางจิตจะมีผลต่อการเป็นพยานของเด็กแล้ว อาการทางจิตยังมีผลต่อร่างกายอีกด้วยเพราะร่างกายและจิตใจมีความสัมพันธ์อย่างแยกกันไม่ออก การที่จะยกเว้นที่จะรับฟังพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กจึงต้องคำนึงถึงอาการบาดเจ็บทั้งทางร่างกายและจิตใจ

กรณีของศาลไทยได้เคยตัดสินรับฟังพยานบอกเล่าแทนเด็กที่เป็นประจักษ์พยานดังกล่าวแล้วในคำพิพากษาฎีกาที่ 408/2485 ซึ่งเป็นการยกเว้นรับฟังพยานบอกเล่าในกรณีจำเป็น ซึ่งในกรณีของกฎหมายไทยนั้นไม่ได้มีการวางหลักเรื่องข้อยกเว้นการ

⁷⁴ มยุรี จามิกรานนท์, "การรับฟังพยานบอกเล่าของศาลไทย" หน้า 158-159.

⁷⁵ Spencer and Tucker, "The Evidence of Absent Children,"

รับฟังพยานบอกเล่าไว้อย่างชัดเจนเหมือน F.R.E. ของสหรัฐอเมริกา หรือในกรณีของ ประเทศอังกฤษก็ได้มีการระบุชัดเจนเรื่องข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่ากรณีที่จำเป็น เด็กมาเป็นพยานในศาลไม่ได้ ศาลไทยได้ใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่าการผิดใจจะเป็นกรณีจำเป็น เพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงบ้าง ในการรับฟังพยานบอกเล่าในกรณีที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงนั้น เป็นกรณีที่ต้องรับฟังพยานบอกเล่าเพื่อประโยชน์ของกระบวนการยุติธรรมอันเป็นประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้นแม้จะละเมิดสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานก็ตาม ก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้นแม้จะละเมิดสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานก็ตาม ก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของกระบวนการยุติธรรมว่ามีไม่น้อยกว่าสิทธิของปัจเจกชนเช่นกัน การรับฟังพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กก็เช่นกัน เป็นการรับฟังเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมคือ นอกจากประโยชน์ในการค้นหาความจริงของกระบวนการยุติธรรมแล้ว ยังเป็นการปกป้องเด็กจากกระบวนการสืบพยานที่ทำให้เด็กได้รับความทุกข์ทรมาน ดังนั้นแม้จะขัดต่อสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน ก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมที่จะปกป้องเด็กซึ่งถือว่าเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคมดังหลักใน Children and Young Person Act 1933 ดังกล่าวมาแล้วก็ได้ผ่อนคลายสิทธิของจำเลยในการถามค้านลง⁷⁶ ยอมรับพยานในลักษณะพยานบอกเล่าที่บันทึกคำให้การของเด็กแล้วมาใช้เป็นพยานในศาลได้และศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ในคดี *Mattox v. United State* (1895) ว่าการทำรับฟังพยานบอกเล่านั้นไม่ใช่หลักตายตัว แต่ต้องคำนึงถึงนโยบายสาธารณะและความจำเป็นของคดีด้วย⁷⁷ และได้ตีความเรื่องหลักสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานที่บัญญัติเอาไว้ใน Sixth Amendment ของรัฐธรรมนูญว่าไม่ควรตีความตามตัวอักษร แต่ให้พิจารณาถึงความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของผู้กล่าวหา และต้องคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะด้วยจึงจะถูกต้องชอบธรรม⁷⁸ ทั้งนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิของจำเลยซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนต้องคำนึงถึงการคุ้มครอง

⁷⁶Spencer and P.G. Tucker, "The Evidence of Absent Children," P.817.

⁷⁷"The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution : Two Legislative Innovation," P.816-817.

⁷⁸Ibid

ประโยชน์ของส่วนรวมด้วย กรณียกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กจึง เป็นกรณีจำเป็น ที่นอกจากเพื่อประโยชน์ของกระบวนการยุติธรรมในการค้นหาความจริงแล้วยัง เพื่อประโยชน์ใน การคุ้มครองปกป้องเด็กเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้น การรับฟังพยานบอกเล่าแทนพยาน เด็กซึ่ง เป็นกรณีที่สามารถรับฟังได้อยู่แล้วของศาลไทย จึงน่าจะมีการบัญญัติให้มีความชัดเจนดัง หลักใน F.R.E. ของสหรัฐอเมริกาและ Children and Young Person Act 1933 ของ อังกฤษ ว่าในกรณีที่เด็กมีความบาดเจ็บทางร่างกายและมีอาการทางจิตใจถ้าต้องมาเบิกความ ในศาลนั้นให้รับฟังพยานบอกเล่าแทนการสืบพยานเด็ก อย่างเช่นให้รับฟังคำให้การเด็กในชั้น สอบสวนดังกล่าวพิพากษาฎีกาที่ 408/2485 ทั้งนี้เพราะกรณีของเด็กเป็นกรณีจำเป็นพิเศษเพื่อ ประโยชน์ในการค้นหาความจริงและเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็ก

ในกรณีการรับฟังพยานบอกเล่าเพราะเป็นกรณีจำเป็น เพื่อ ประโยชน์ในการค้นหาความจริงนั้นแม้ไม่มีหลักประกันความน่าเชื่อถือที่จะมาทดแทนการตรวจสอบ พยาน คือการสาบาน การเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงและการถามค้านหรือไม่มี หลักประกันว่าพยานบอกเล่านั้นไม่มีความคลาดเคลื่อน หรือความคลาดเคลื่อนแต่เพียงเล็กน้อยที่ สามารถเชื่อถือได้ว่าใกล้เคียงข้อเท็จจริง แต่การรับฟังพยานบอกเล่าเพราะกรณีจำเป็น เพื่อ ประโยชน์ในการค้นหาความจริงก็ต้องมีความน่าเชื่อถือพอสมควรคือ ต้องมีหลักประกันบาง ประการแม้จะไม่เท่ากับหลักประกันของพยานบอกเล่าที่มีหลักประกันความน่าเชื่อถือ ดังเช่น ใน F.R.E. 804 (b) ข้อ 5 ได้กำหนดเป็นหลักว่าพยานบอกเล่าที่ยอมรับฟังเพราะเป็นกรณี จำเป็น เพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงโดยที่ไม่อาจนำตัวผู้บอกเล่ามาเบิกความได้นั้นต้องมี เหตุแวดล้อมซึ่งประกันความน่าเชื่อถือได้ (Circumstantial guarantees of trustworthiness) กล่าวคือนอกจากเป็นกรณีจำเป็นที่ไม่อาจนำมาเบิกความในศาลได้แล้ว พยานบอกเล่านั้นก็ต้องมีหลักประกันความน่าเชื่อถือบางประการด้วย

ในกรณีของการรับฟังและสืบพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กนั้น นอกจากกรณีจำเป็นเพราะเด็กไปเบิกความในศาลไม่ได้เพราะมีความบาดเจ็บทางร่างกายและ จะมีอาการทางจิตใจหรือจะมีอาการทางจิตใจถ้าไปเบิกความเป็นพยานในศาล การรับฟังและ สืบพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กก็ควรมีหลักประกันความน่าเชื่อถือบางประการด้วย ซึ่งหลัก ประกันความน่าเชื่อถืออาจพิจารณาจากลักษณะของข้อเท็จจริงในคดีและตัวผู้ที่ได้รับการคาบบอกเล่า ลักษณะของข้อเท็จจริงในคดีที่จะเป็นหลักประกันความน่าเชื่อถือ ของการรับฟังและการสืบพยานบอกเล่าแทนพยานเด็กได้เป็นอย่างดีคือ

1. มีพยานพหุติเหตุแวดล้อมกรณีว่าบ่งชี้ว่ามีการกระทำคามผิดจริงและผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำจริง โดยเฉพาะถ้าพยานพหุติเหตุแวดล้อมนั้นมีลักษณะเป็นพยานประกอบ (corroboration) ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁷⁹ เพราะพยานประกอบ (Corroboration) จะมีลักษณะที่ยืนยันได้ชัดเจนว่าประเด็นโดยตรงของคดีเป็นอย่างไร

2. การบอกเล่าของเด็กต่อผู้ได้รับคำบอกเล่าจะต้องเกิดขึ้นทันทีทันใดหรือเกิดขึ้นในระยะชั้นชิดกับเหตุการณ์ เพราะการบอกเล่าในลักษณะนี้เด็กจะไม่มีเวลาคิดแต่งเติมข้อเท็จจริงเพิ่มขึ้นโดยจุดแบ่งแยกว่าคำบอกเล่าของเด็กเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นคำบอกเล่า "ทันทีทันใด" หลังเกิดเหตุการณ์ก็คือพิจารณาว่าเวลาที่เกิดเหตุกับขณะที่บอกเล่าว่าห่างกันจนทำให้บุคคลธรรมดาสามารถเรียบเรียงเติมแต่งเรื่องหรือไม่ถ้าผู้บอกเล่าไม่มีเวลาใคร่ตรองเติมแต่งเรื่องก็ถือว่าคำบอกเล่านั้นได้กล่าวทันทีทันใดหรือระยะชั้นชิดกับเหตุการณ์

ลักษณะของข้อเท็จจริงทั้งสองประการนี้เป็นหลักประกันว่าเด็กจะไม่บอกเล่าข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนหรือเสริมแต่งข้อเท็จจริงเพราะเด็กมีความสามารถในการจำที่ยังไม่พัฒนาเต็มที่และเด็กอาจบอกเล่าไม่ตรงกับความจริงเพราะเด็กเป็นผู้ที่ถูกชักจูงให้บิดเบือนข้อเท็จจริงได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่⁸⁰ และเด็กเป็นผู้ที่ยังไม่มีความรู้สึกรับผิดชอบชั่วดีอย่างเต็มที่ที่จะเข้าใจหน้าที่และผลที่ตามมาของการพูดความจริง

หลักประกันความน่าเชื่อถือของการรับฟังและสืบพยานบอกเล่าแทนพยานเด็ก อีกประการหนึ่งก็คือตัวผู้ได้รับคำบอกเล่าจากเด็กซึ่งตัวพยานบอกเล่าจะแยกพิจารณาในแต่ละประเภทซึ่งหลักประกันความน่าเชื่อถือที่ว่าพยานบอกเล่าว่าจะถ่ายทอดคำบอกเล่าของเด็กได้ตรงกับความจริงโดยไม่มีการบิดเบือนก็จะพิจารณาได้จากความไว้วางใจของเด็กต่อพยานบอกเล่าที่จะบอกความจริงต่อพยานบอกเล่านั้น และความสัมพันธ์ของพยานบอกเล่ากับเด็ก

⁷⁹Michael H. Graham, "The Confrontation Clause, the Hearsay Rule, and Child Sexual Abuse Prosecution The State of the Relationship", Minnesota Law Review Vol 72. No,3 (February 1988): 535

⁸⁰Ibid., P536

ที่พยานบอกเล่าจะมีอคติจะมีอคติที่จะบิดเบือนคำบอกเล่าของเด็กหรือไม่ซึ่งจะแยกพิจารณาพยานบอกเล่าแต่ละประเภทคือ

1. พ่อ แม่ ญาติ พี่น้องหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก บุคคลประเภทนี้มีโอกาสได้รับคำบอกเล่าจากเด็กมากที่สุดเพราะเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ตัวเด็กและโดยปกติเป็นผู้ที่เด็กจะให้ความไว้วางใจ ดังนั้นบุคคลเหล่านี้เด็กจะบอกเล่าข้อเท็จจริงอย่างตรงไปตรงมาโดยไม่มีเจตนาที่จะบิดเบือนหรือบิดบัง แต่บุคคลเหล่านี้แม้จะได้รับคำบอกเล่าที่ถูกต้องจากเด็กก็ตามแต่การเบิกความของบุคคลเหล่านี้ในฐานะของพยานบอกเล่าก็อาจจะไม่เบิกความตามที่ได้รับการบอกเล่ามาจากเด็กแต่จะบิดเบือนเสริมแต่งข้อเท็จจริงเพื่อเป็นประโยชน์แก่เด็ก⁸¹

2. พนักงานสอบสวน เป็นบุคคลที่เด็กไม่มีความคุ้นเคยและใกล้ชิดและจากสถานะภาพของพนักงานสอบสวนอาจทำให้เด็กมีความกลัวดังนั้นเด็กจึงอาจไม่ทำข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและมีการปกปิดข้อเท็จจริงบางประการต่อพนักงานสอบสวน แต่ข้อดีของพยานบอกเล่าที่เป็นพนักงานสอบสวนก็คือ ไม่ได้เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กเหมือนบุคคลประเภทแรกจึงมีความเชื่อได้มากกว่าบุคคลประเภทแรกว่าจะไม่บิดเบือนแต่งเติมข้อเท็จจริงเพื่อเป็นประโยชน์แก่เด็ก

3. ผู้เชี่ยวชาญ เช่น หมอหรือจิตแพทย์ที่ตรวจร่างกายและจิตใจเด็กหลังเกิดเหตุการณ์หรือหมายถึง ผู้เชี่ยวชาญที่เข้าร่วมในการสอบสวนของพนักงานสอบสวนเพื่อช่วยพนักงานสอบสวนค้นหาความจริง ป้องกันการบิดเบือนข้อเท็จจริงและช่วยปกป้องเด็กในชั้นสอบสวน ผู้เชี่ยวชาญ แม้จะไม่มี ความใกล้ชิดที่เด็กจะไว้วางใจในการพูดความจริงแต่ก็เป็นผู้ที่มีหลักวิชาการที่เข้าใจถึงจิตวิทยาของเด็กจึงสามารถตรวจสอบและค้นหาความจริงจากเด็กได้ดีและผู้เชี่ยวชาญยังมีลักษณะเป็นกลางคือ ไม่ใช่เป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับเด็กที่จะบิดเบือนคำบอกเล่าของเด็กเพื่อช่วยเด็ก

ดังนั้นพยานบอกเล่าทั้ง 3 ประเภท ผู้เชี่ยวชาญถือว่ามีหลักประกันความน่าเชื่อถือมากที่สุด รองลงมาคือ พ่อ แม่ ญาติพี่น้องหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก และพนักงานสอบสวน

⁸¹Ibid.

3.3 มาตรการที่มีการคิดค้นขึ้นมาใหม่เพื่อใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็ก

3.3.1 การรับฟังและสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทป

1. ลักษณะการรับฟังและการนำเสนอ

การรับฟังและการสืบพยานเด็กโดยการบันทึกคำให้การของพยานเด็กโดยวิดีโอเทป เป็นวิธีการที่ได้รับการเสนอและมีการนำมาใช้มากในการรับฟังและสืบพยานเด็กในคดีอาญา เพราะเห็นกันว่าวิธีการนี้เป็นวิธีการที่ดีที่สุดที่บรรลุวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กโดยเฉพาะในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายและหรือเป็นพยานในคดีอาญา

การรับฟังและการสืบพยานเด็กโดยใช้วิดีโอเทปบันทึกคำให้การของเด็กก็โดยการบันทึกคำให้การของพยานเด็กล่วงหน้าก่อนจะพิจารณาคดี แล้วนำวิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานที่เป็นเด็กเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของคดีที่เกิดขึ้นมาเป็นพยานในการพิจารณาคดีในศาล ซึ่งการนำคำให้การของพยานเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้มาเป็นพยานในการพิจารณาคดีนั้น อาจกระทำได้ใน 2 รูปแบบ คือ⁸²

1. คำให้การของพยานเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้ใช้แทนคำเบิกความของพยานเด็กเลย คือ พยานไม่ต้องไปเบิกความเป็นพยานในศาลอีก
2. คำให้การของพยานเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้ใช้เป็นส่วนประกอบในการสืบพยานเด็กที่มาเบิกความเป็นพยานในศาล กล่าวคือ เป็นกรณีที่พยานเด็กต้องไปเป็นพยานเบิกความในศาลด้วย การที่เด็กไปศาลโดยใช้คำให้การที่บันทึกวิดีโอเทปประกอบนั้น เมื่อเด็กไปเบิกความในศาลเด็กอาจจะเบิกความโดยรูปแบบปกติ แต่มีการใช้วิดีโอเทปที่ได้บันทึกคำให้การของเด็กเอาไว้แล้วประกอบ คือ เด็กเผชิญหน้ากับจำเลยและอยู่ในบรรยากาศการพิจารณาคดีเหมือนปกติทั่วไป หรือเด็กไปเบิกความโดยเด็กไม่เผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงซึ่งอาจใช้โทรทัศน์วงจรปิด หรือให้จำเลยเห็นเด็กผ่านกระจกที่เห็นทางเดียวการสืบพยานเด็กที่วิดีโอเทปประกอบนั้นเป็นปัจจัยส่งเสริมความจำของเด็กคือ เมื่อเวลาที่เกิดเหตุการณ์ต่าง

⁸²Spencer, "Child Witness, Video-Technology and the Law of Evidence," p.77.

จากวันที่เบิกความในศาลมาก ก็จะทำให้ความจำของพยานเด็กกลบเลือนไปเมื่อมาเบิกความในศาล ถ้าได้คู่วิดีโอที่บันทึกคำให้การของตนเองก็จะช่วยให้เด็กจำเหตุการณ์ได้ดีขึ้น

หลักดังกล่าวเป็นหลักกว้าง ๆ ของการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปส่วนในรายละเอียดการที่จะนำไปใช้แตกต่างกันออกไป เพราะเทคนิคในการบันทึกวิดีโอเทปและการคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับจำเลยแตกต่างกันออกไป ในประเทศอังกฤษได้มีการเสนอร่างวิธีการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปซึ่งมีลักษณะดังนี้คือ⁸³

1. ให้ใช้สืบพยานเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ในคดีอาญา
2. มีองค์รเฉพาะในสัมภาษณ์เด็กและบันทึกวิดีโอเทปคำให้การของพยานเด็กเอาไว้

3. ในการพิจารณาคำให้การของพยานที่เป็นเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้ ให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมกรณี (All the circumstances) ว่า การบันทึกวิดีโอเทปกระทำถูกต้องหรือไม่ ซึ่งรวมทั้งกริยาทำทางรูปแบบคำถามที่ใช้ถามเด็กและคำตอบของเด็ก

4. การรับฟังพยานที่เป็นเด็กจากวิดีโอเทปที่บันทึกเอาไว้ เป็นการประกอบคำเบิกความของเด็กในศาล กล่าวคือ เด็กยังคงต้องไปเบิกความเป็นพยานในศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่จะได้ถามค้านอยู่

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีการนำวิธีการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปมาใช้แล้วหลายรัฐนั้นปัญหาเรื่องเทคนิคในการสัมภาษณ์พยานที่เป็นเด็กเพื่อบันทึกวิดีโอเทปไว้แม้จะแตกต่างกันไปก็ไม่มีปัญหาใด ๆ ความแตกต่างของกฎหมายของรัฐต่างๆ ที่เกี่ยวกับการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปคือ ปัญหาเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานแตกต่างกันออกไปโดยกฎหมายของรัฐต่างๆ ดังกล่าว โดยส่วนใหญ่ยังขาดความชัดเจนว่าวิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานที่เป็นเด็กเอาไว้ใช้นั้นใช้แทนคำเบิกความของพยานเด็กหรือใช้ประกอบคำเบิกความของพยานเด็ก ซึ่งถ้าวิดีโอเทปใช้แทนคำเบิกความของพยานที่เด็กโดยพยานไม่ต้องมาเบิกความศาลอีก จำเลยก็ต้องมีโอกาสถามค้านพยานเด็กนั้นด้วย กล่าวคือ

⁸³Spencer, "Child Witness and Criminal Justice Bill," p.1031.

กฎหมายของรัฐต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่า สิทธิของจำเลยที่จะได้ เฝ้าหน้ากับพยานมีอยู่หรือไม่ และถ้ามีอยู่จำเลยจะได้ใช้สิทธิดังกล่าวในขั้นตอนใดของการ สืบพยานโดยวิดิโอเทป⁸⁴ อย่างไรก็ตาม มีรัฐหลายรัฐที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของจำเลยในการ เฝ้าหน้ากับพยานเอาไว้อย่างชัดเจนที่สามารถใช้เป็นรูปแบบตัวอย่างของการสืบพยานเด็กโดย วิดิโอเทปได้ดี เช่น รัฐ New Mexico ซึ่งได้บัญญัติเรื่องการสืบพยานเด็กขึ้นในปี ค.ศ.1978 ได้กำหนดเอาไว้ชัดเจนถึงสิทธิของจำเลยที่จะอยู่ด้วยในการสัมภาษณ์พยานที่เป็นเด็ก⁸⁵ กฎหมาย ของรัฐ Wisconsin ซึ่งได้บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ.1984 ได้ระบุเอาไว้ชัดเจนเช่นเดียวกันว่า ถ้า จะใช้วิดิโอเทปแทนคำเบิกความของพยานที่เป็นเด็กโดยพยานไม่ต้องไปศาลอีก จำเลยต้องได้ ถ้ามคำพยานแล้วในขณะที่สัมภาษณ์พยานบันทึกวิดิโอเทป⁸⁶ ส่วนกฎหมายของรัฐ Texas และ Kentucky ซึ่งบัญญัติขึ้นในปีเดียวกัน คือ ค.ศ.1984 ก็ได้บัญญัติว่าถ้าวิดิโอเทปใช้ประกอบคำ เบิกความของพยานเด็กในศาล ในขณะที่สัมภาษณ์พยานบันทึกวิดิโอเทปนั้น แม้จำเลยจะไม่ได้ ถ้ามคำก็ไม่ถือว่าขัดกับหลักในเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้ เฝ้าหน้ากับพยาน เพราะจำเลยยังมีโอกาสถ้ามคำพยานเด็กในศาลได้อีก⁸⁷ และในปี ค.ศ.1984 ศาลของรัฐ Texas ก็ได้ ตัดสินรับรองหลักดังกล่าวในคดี Jolly v. State (1987)⁸⁸

ในส่วนเทคนิคการจัดทำวิดิโอเทปขึ้นมาคือ การสัมภาษณ์พยาน ที่เป็นเด็กบันทึกวิดิโอเทปเอาไว้ นั้น มีหลักการสำคัญอยู่ที่ตัวผู้ทำการสัมภาษณ์พยาน ซึ่งผู้สัมภาษณ์ ก็คือ บุคคลที่จะทำหน้าที่ช่วยศาลในการรับฟังและการสืบพยานเด็กเป็นลักษณะของผู้เชี่ยวชาญคือ เป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจเป็นเกี่ยวกับร่างกายและจิตใจของเด็กเป็นพิเศษ และที่สำคัญคือ มี ลักษณะเป็นกลางไม่มีอคติเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ คำถ้ามจากผู้สัมภาษณ์พยานจึงต้องมี ลักษณะที่ไม่ใช้คำถ้ามน่าควรจะเป็นการถ้ามเพื่อให้พยานที่เป็นเด็กเป็นผู้บอกเล่าข้อเท็จจริงออก

⁸⁴, "The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution: Two Legislative Innovation," p.814.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid., p.815.

⁸⁸ Ibid.

มาเอง ทั้งนี้เพื่อจะไม่เป็นการสร้างอิทธิพลจูงใจให้เด็กพูดในสิ่งที่ผู้ถามมีความต้องการให้พยานพูด ซึ่งอาจเกิดจากอคติของผู้ถามที่มีต่อคดีนั้นอยู่แล้ว⁸⁹ การถามของผู้สัมภาษณ์นอกจากจะไม่ใช้คำถามนำแล้ว ควรจะไม่มีลักษณะเป็นการถามค้ำเหมือนคำถามของฝ่ายจำเลยเช่นกันนอกจากลักษณะของคำถามแล้ว น้ำเสียงหรือโทนเสียงของผู้สัมภาษณ์ก็ต้องไม่มีลักษณะเป็นการจูงใจหรือสร้างอิทธิพลต่อพยานเด็กให้ตอบตามที่ผู้สัมภาษณ์ต้องการให้ตอบด้วย⁹⁰ กล่าวคือ การถามของผู้สัมภาษณ์จะต้องเป็นกลางมากที่สุด ความเป็นกลางของผู้สัมภาษณ์ดังกล่าวอาจจะควบคุมโดยศาลและฝ่ายจำเลย โดยศาลอาจจะออกกฎระเบียบในการสัมภาษณ์ที่ผู้สัมภาษณ์ต้องปฏิบัติตามและศาลคอยกำนกรองอีกครั้งหนึ่งในขณะที่นำวิดีโอเทปไปใช้ในศาล ว่าผู้สัมภาษณ์เป็นหรือกระทำการใด ๆ ที่เป็นการสร้างอิทธิพลหรือจูงใจเด็กให้พูดตามที่ผู้สัมภาษณ์ต้องการหรือไม่ ดังนั้นทุก ๆ สิ่งที่เกิดในท้องที่ทำการสัมภาษณ์พยานจะต้องถูกบันทึกเอาไว้ทั้งหมดเพื่อศาลจะได้รับรู้ทุก ๆ อย่างที่เกิดในท้องที่ทำการสัมภาษณ์⁹¹ ส่วนฝ่ายจำเลยนอกจากจะใช้สิทธิในการถามค้ำพยานในเวลาที่ยังสัมภาษณ์แล้ว จำเลยยังสามารถตรวจสอบดูแล้วไม่ให้ผู้สัมภาษณ์เด็กกระทำการใดอันเป็นการจูงใจเด็กให้บิดเบือนข้อเท็จจริงอีกด้วย⁹²

ลักษณะพิเศษหรือข้อดีของการรับฟังและการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปที่ดีกว่าการสืบพยานเด็กในศาลโดยปกติทั่วไป คือ การที่เด็กใช้ความสามารถในการเป็นพยานได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นการปกป้องเด็กจากกระบวนการรับฟังและสืบพยานที่สร้างความทุกข์ให้แก่เด็ก ซึ่งลักษณะพิเศษหรือข้อดีดังกล่าวอาจแจกแจงได้ดังนี้⁹³

1. การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทป ทำให้เด็กพ้นจากหรือบรรเทาจากสภาวะที่เคร่งครัดเป็นทางการ ซึ่งก่อความทุกข์ทรมานให้กับพยานที่เป็นเด็กของกระบวนการสืบพยานที่ขึ้นอยู่กับกติกาธรรมดานี้ในปัจจุบัน ในการรับฟังและสืบพยานเด็กโดย

⁸⁹Williams, "Videotaping Children's Evidence," p.110-111.

⁹⁰McEwan, "Child Evidence: More Proposals for Reform," p.818-819.

⁹¹Williams, "Videotaping Children's Evidence," p.111.

⁹²Ibid.

⁹³Ibid, p.108-109.

วิถีโอเพน เด็กสามารถเบิกความในบรรยากาศที่ไม่เป็นทางการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบุคลากรที่มีความรู้ความเข้าใจในตัวเด็ก

2. การทำให้เด็กเบิกความในกระบวนการสืบพยานแบบปกติธรรมดา นั้น จะเกิดทัศนคติที่ไม่ดีต่อพ่อแม่ของเด็กที่เป็นพยาน เพราะกระบวนการสืบพยานดังกล่าวเป็นการสืบพยานที่มีรูปแบบเป็นทางการ ทำให้ผู้ปกครองของเด็กอาจรู้สึกว่าจะทำให้เกิดภาวะตึงเครียดและเป็นอันตรายต่อจิตใจเด็ก การสืบพยานเด็กโดยวิถีโอเพนจะทำให้ผู้ปกครองของเด็กมีทัศนคติที่ดีต่อการสืบพยานที่เหมาะสมสำหรับเด็ก และจะทำให้ผู้ปกครองหรือพ่อแม่ของเด็กให้ความร่วมมือในการสืบพยาน

3. การสืบพยานเด็กโดยวิถีโอเพนจะไม่ทำให้เด็กเกิดความสับสนในวิธีการในการสืบพยาน เพราะในการสืบพยานโดยวิถีโอเพนจะมีผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ที่มีความเข้าใจถึงจิตใจเด็กเป็นผู้ถามคำถามเด็กฝ่ายเดียว ต่างจากการสืบพยานโดยปกติธรรมดาที่มีสองฝ่ายคอยถามคำถามเด็กที่แตกต่างกันคือ ฝ่ายทนายโจทก์พยายามช่วยเด็กให้เบิกความให้ได้ตามข้อเท็จจริงที่พยานประสบมา แต่ฝ่ายจำเลยพยายามที่จะถามค้านเด็ก

4. การสืบพยานโดยวิถีโอเพนช่วยให้เด็กใช้ความสามารถได้อย่างเต็มที่ เพราะสามารถบันทึกคำให้การของพยานที่เป็นเด็กในขณะที่ความรับรู้และความจำของเด็กเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีเพิ่งเกิดใหม่ ๆ ยังชัดเจนอยู่ในสมองเด็ก จะทำให้ได้ข้อเท็จจริงจากเด็กมากกว่า มีรายละเอียดดีกว่า และน่าเชื่อถือกว่าการสืบพยานในศาลปกติธรรมดา ซึ่งถ้าเหตุการณ์ได้ผ่านไปนาน ๆ แล้ว ความจำเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและรายละเอียดย่อมคลาดเคลื่อนไปเพราะปัจจัยที่มีผลต่อการลบเลือนของความจำของเรา ที่สำคัญประการหนึ่งก็คือการลบเลือนลงไปตามกาลเวลา ซึ่งในกรณีของเด็กจะเกิดได้มากกว่าผู้ใหญ่โดยเฉพาะเด็กที่อายุน้อย ๆ

5. ในการสืบพยานเด็กโดยวิถีโอเพน เด็กไม่ต้องรับรู้หรือระลึกถึงความทรงจำอันปวดร้าวบ่อยครั้ง เพราะเมื่อมีการบันทึกคำให้การของเด็กในวิถีโอเพนแล้วก็อาจมีกระบวนการบำบัดทางจิตให้เด็กลืมประสบการณ์อันเจ็บปวดนั้น โดยไม่ต้องรื้อฟื้นในการสืบพยานในศาลอีก

6. จำเลยสามารถดูวิถีโอเพนที่บันทึกคำให้การของพยานเด็กได้ก่อนสืบพยานในศาลจริง และพบว่าบ่อยครั้งที่ผู้ใจให้จำเลยรับสารภาพ ซึ่งสามารถเร่งรัดกระบวนการพิจารณาและทำให้ความเดือดร้อนของทุกฝ่ายหมดไป

7. เด็กไม่ต้องการให้การหลายครั้งในกรณีที่มีการฟ้องจำเลย
เพิ่มอีก ในคดีเดียวกัน เพราะสามารถใช้คำให้การที่พยานที่เป็นเด็กที่ได้บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้
แล้วได้เลย

8. การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปจะทำให้ทราบล่วงหน้าว่า
พยานเด็กนั้นเหมาะสมที่จะรับฟังหรือไม่

9. การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปสามารถทำได้อย่างรวดเร็ว
ภายหลังจากเกิดเหตุการณ์ ทำให้สามารถรักษาข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเอาไว้ต่างจากการสืบพยาน
โดยปกติทั่วไปที่อาจจะกระทำภายหลังเหตุการณ์ได้ผ่านไประยะเวลานานแล้ว ในระหว่างเวลาที่เหตุการณ์
ของคดีเกิดขึ้นกับเวลาที่สืบพยานในศาล เด็กอาจได้รับอิทธิพลจากความคิดของบุคคลอื่นโดย
เฉพาะบุคคลภายในครอบครัวที่เด็กมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ซึ่งอาจมีอิทธิพลในแง่จิตใจเด็กทั้ง
ทางตรงและทางอ้อม ทำให้เด็กอาจมองเหตุการณ์ในทัศนะที่แตกต่างจากความจริง และเบี่ยง
ความในการสืบพยานแตกต่างจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปจึง
สามารถรักษาข้อเท็จจริงเอาไว้ได้มากกว่า เป็นผลดีทั้งต่อจำเลยและกระบวนการยุติธรรม

10. จำเลยสามารถทราบค่าเบี่ยงเบนของพยานเด็กได้ก่อน
เบิกความในศาลจริง และได้ถามคำถามที่จำเลยต้องการถามแก่พยานเด็ก ถ้าในการสัมภาษณ์
บันทึกคำให้การของพยานเด็กโดยวิดีโอเทป จำเลยเห็นความคลาดเคลื่อนจากความจริง จำเลย
ก็อาจจะขอให้สอบสวนเพิ่มในประเด็นดังกล่าวได้

2. สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน (Right to
Confront Witnesses)

สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานก็เพื่อจำเลยจะได้
ตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานโดยการถามค้านและสั่งเกตอาการปฏิกิริยาของพยาน ในการใช้
วิดีโอเทปในการสืบพยานเด็กนั้น สิทธิของจำเลยดังกล่าวที่ถูกระงับกระเทือนก็เป็นสิทธิทั้งสอง
ประการดังกล่าว นอกจากนี้ การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปยังเกี่ยวข้องกับปัญหาเรื่องการ
รับฟังพยานนอกเล่าอีกด้วย ดังจะแยกพิจารณาในแต่ละเรื่องคือ

2.1 สิทธิในการถามค้านของจำเลย สิทธิในการถามค้าน
ของจำเลยถือว่ามีสำคัญที่สุดต่อจำเลยที่จะตรวจสอบและทำลายความน่าเชื่อถือของพยาน
ทั้งความสามารถในการรับรู้ การจำ และความจริงใจของพยาน โดยเฉพาะถ้าเป็นตามระบบ
กฎหมายคอมมอนลอว์ที่ระบบการรับฟังพยานหลักฐานเป็นระบบกล่าวหาที่คู่ความต้องต่อสู้กันเอง

การถามคำถามก็ยิ่งมีความสำคัญขึ้นไปอีก ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงถือว่าสิทธิในการถามคำถามเป็นสิทธิหลักของสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน ส่วนการได้เห็นพยานเพื่อสังเกตกริยาอาการของพยานนั้นเป็นสิทธิรองลงมา ปัญหาของการนำวิดีโอเทปมาใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็กที่มีการโต้แย้งมากที่สุด ก็คือ สิทธิในการถามคำถามของจำเลย โดยเห็นว่าการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปอาจทำให้จำเลยเสียโอกาสในการถามคำถาม ปัญหาสำคัญในการที่จะนำการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปมาใช้ ก็คือ การคงสิทธิในการถามคำถามของจำเลยเอาไว้ขณะเดียวกับที่ต้องรักษาสาระสำคัญของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กในกรณีที่เด็กเป็นพยานในคดีคือ บรรยากาศการสืบพยานที่ไม่เคร่งครัดและไม่เป็นทางการซึ่งเป็นสภาพที่เหมาะสมกับพยานที่ยังเป็นเด็กอยู่

การที่ยังสามารถรักษาสีทธิของจำเลยในการถามคำถามในการรับฟังและสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปนั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบการรับฟังพยานโดยวิดีโอเทปว่าเป็นการรับฟังประกอบพยานเด็กหรือรับฟังแทนคำเบิกความของพยานเลย กล่าวคือ

1. การรับฟังและสืบพยานโดยวิดีโอเทปประกอบคำเบิกความของพยานเด็กในศาล วิธีการแรกนี้เด็กยังคงต้องไปเบิกความในศาลโดยวิดีโอเทปเป็นอุปกรณ์ช่วยเบิกความของเด็ก ซึ่งวิธีการนี้จะบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็กในเรื่องเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงคือ พยานที่เป็นเด็กสามารถในการบันทึกวิดีโอเทปเอาไว้ตั้งแต่เหตุการณ์เกิดขึ้นใหม่ ๆ ในขณะที่ความรับรู้และความทรงจำยังดี ๆ อยู่ทำให้ได้ข้อเท็จจริงและรายละเอียดจากพยานที่เป็นเด็กถูกต้องกว่าวิธีการรับฟังและการสืบพยานโดยปกติธรรมดาที่อาจทำการสืบพยานหลังเหตุการณ์ได้ผ่านไปแล้ว ซึ่งทำให้การรับรู้และความทรงจำของพยานที่เป็นเด็กอาจลางเลือนไป แต่วิธีการแรกนี้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องเด็กไม่ให้ได้รับความทุกข์ทรมานจากกระบวนการสืบพยานที่ไม่เหมาะสมคือเด็กยังต้องไปเผชิญหน้ากับบรรยากาศที่เคร่งครัดเป็นทางการในศาล ซึ่งก่อให้เกิดความตึงเครียดและความกดดันต่อเด็ก⁹⁴ แต่วิธีการแรกนี้ยังคงรักษาสีทธิในการถามคำถามของจำเลยเอาไว้ คือตัวเด็กยังต้องไปปรากฏและเบิกความในศาลให้จำเลยถามคำถามในชั้นพิจารณาของศาลได้

⁹⁴, "The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution: Two Legislative Innovation," p.826-827

2. การรับฟังและสืบพยานวิดีโอเทปแทนคำเบิกความของพยานเด็กในศาล วิธีการที่สอนนี้พยานที่เป็นเด็กไม่ต้องเบิกความในศาลอีก วิธีการที่สอนนี้เป็นวิธีการที่บรรลุลักษณะประสงค์ของกระบวนการสืบพยานเด็ก คือ ทั้งพยานที่เป็นเด็กสามารถใช้ความสามารถในการเป็นพยานเต็มที่ โดยการบันทึกคำให้การของพยานโดยวิดีโอเทปภายหลังที่เกิดเหตุการณ์ใหม่ ๆ ซึ่งการรับรู้ ความจำ ของพยานที่เป็นเด็กยังดีอยู่ และการใช้วิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเอาไว้แล้วไปใช้แทนคำเบิกความของพยานที่เป็นเด็กในศาล โดยเด็กไม่ต้องไปเบิกความในศาลที่บรรยากาศที่ไม่เหมาะสมกับสภาวะของความเป็นเด็ก ก็เป็นการปกป้องเด็กจากความทุกข์ทรมานที่ต้องไปเป็นพยานในศาล ซึ่งวิธีการที่สอนนี้บรรลุลักษณะประสงค์ของการใช้มาตรการเฉพาะในการสืบพยานเด็ก ทั้งช่วยค้นหาความจริงในคดีอาญาดีขึ้นและช่วยปกป้องเด็ก

ส่วนสิทธิของจำเลยในการถามค้านของจำเลยในวิธีการที่สอนนี้ก็ยังมีอยู่ โดยจำเลยมีโอกาสถามค้านพยานในขณะที่มีการสัมภาษณ์พยานบันทึกวิดีโอเทป โดยมีทางแก้ปัญหา เรื่องสิทธิถามค้านจำเลยกับการคงสภาวะที่เหมาะสมสำหรับเด็กในการเป็นพยานเอาไว้คือ จำเลยหรือทนายของจำเลยมีสิทธิร่วมในการสัมภาษณ์พยานที่เป็นเด็กขณะบันทึกวิดีโอเทปโดยฝ่ายจำเลยสามารถมองเห็นพยานที่เป็นเด็กผ่านกระจกที่มองเห็นทางเดียว คือ ฝ่ายจำเลยสามารถมองเห็นพยานเด็ก แต่พยานที่เป็นเด็กไม่เห็นฝ่ายจำเลย และฝ่ายจำเลยสามารถถามคำถามต่อพยานได้โดยใช้ไมโครโฟนผ่านเข้าไปยังหูฟังของผู้เชี่ยวชาญเรื่องเด็กที่จะเป็นผู้ถามคำถามนั้นกับเด็กอีกทอดหนึ่ง ถ้าในกรณีที่ขณะสัมภาษณ์บันทึกวิดีโอเทปยังไม่มีตัวจำเลยอยู่ ก็จะมีการสัมภาษณ์พยานบันทึกวิดีโอเทปใหม่อีก แล้วจำเลยก็มีสิทธิถามคำถามที่ตนเองต้องการถามเหมือนวิธีการที่กล่าวมาแล้ว⁹⁵

อย่างไรก็ตาม วิธีการที่สอนที่ใช้วิดีโอเทปแทนคำเบิกความของพยานเด็กในศาล ก็อาจกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเป็นทางเลือกกว่าบางกรณีอาจจะเรียก

⁹⁵Williams, "Videotaping Children's Evidence," p.110.; Spencer, "Child Witness, Video-Technology and the Law of Evidence," p.79.

พยานเด็กมาเบิกความในศาลอีก ถ้าคำให้การของพยานที่บันทึกไว้ในวิดีโอเทปไม่เพียงพอ⁹⁶ แต่ต้องเป็นกรณีที่น่าเป็นจริง ๆ และพยานที่เป็นเด็กก็ต้องไม่มีอาการทางจิตที่รุนแรงมากนักและวิธีการเบิกความก็ต้องใช้มาตรการเฉพาะคือ ใช้รูปแบบเหมือนการสัมภาษณ์พยานบันทึกวิดีโอเทป มาใช้ในศาล หรืออาจใช้การเบิกความโดยใช้โทรศัพท์วงจรปิด

ในการรับฟังและสืบพยานเด็กโดยใช้วิดีโอเทปนั้น ถ้าหากใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งก็ยังคงรักษาสีเทาในการถามคำถามจำเลยไว้พร้อม ๆ กับสามารถใช้การรับฟังและการสืบพยานโดยวิดีโอเทป ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงในคดีอาญาและเป็นการปกป้องดูแลเด็กตามหลักการดำเนินกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กด้วย

2.2 สิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกต

การทำทางของพยาน การที่พยานได้ปรากฏตัวต่อหน้าศาลและจำเลยนั้น เป็นกระบวนการที่ช่วยให้การค้นหาความจริงมีมากขึ้น เพราะการสื่อสารของคนเรานอกจากสื่อสารโดยถ้อยคำภาษาแล้วการทำท่าทางก็เป็นการสื่อสารที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งจะใช้ประกอบการสื่อสารโดยถ้อยคำภาษาทำให้เข้าใจถ้อยคำภาษามากขึ้น หรือบางกรณีการทำทางอาจมีความสำคัญเท่ากันหรือมากกว่า การสื่อสารด้วยภาษาคำพูดเสียอีก การที่พยานมาเบิกความต่อหน้าจำเลยเพื่อให้จำเลยสังเกตการทำทางด้วย จึงทำให้จำเลยสามารถเข้าใจสิ่งที่พยานเบิกความได้มากขึ้น และจำเลยสามารถรับรู้ถึงบุคลิกของพยาน รู้ถึงการหลอกลวงและการเสแสร้ง รวมทั้งพิรุณทั้งหลายที่จำเลยอาจเห็นได้จากการทำทางของพยาน ซึ่งจำเลยจะได้รวบรวมความบกพร่องของการเบิกความของพยานที่จำเลยได้รับรู้จากทั้งถ้อยคำพูดและการทำทางไปใช้ในการถามคำถามพยาน

สิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกต

การทำทางนั้น ถ้าจำเลยได้เผชิญหน้ากับพยานในศาลโดยปกติธรรมดา จำเลยย่อมสังเกตการทำทางของพยานได้อย่างชัดเจนเพราะเป็นการเผชิญหน้ากับพยานโดยตรง (face to face) ซึ่งต่างกับจำเลยเห็นพยานผ่านอุปกรณ์ที่ใช้ในการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทป คือ ถ้าจำเลยอยู่ร่วมในการบันทึกวิดีโอเทปสัมภาษณ์คำให้การของพยาน จำเลยก็ต้องมองพยานผ่านกระจกที่เห็น

⁹⁶, "The Testimony of Child Victims in Sex Abuse prosecution: Two Legislative Innovation," p.825-826

ทางเดียว และในกรณีที่ใช้วิดีโอ เทปประกอบคำเบิกความพยานที่พยานต้องไปเบิกความที่ศาล โดยเห็นพยานผ่านกระจกที่เห็นทางเดียว หรือเห็นพยานผ่านโทรทัศน์วงจรปิดนั้นไม่ใช้เป็นการเห็นพยานโดยตรง ซึ่งการเห็นโดยตรงกับการผ่านวัตถุหรือสื่ออย่างใดอย่างหนึ่งจะแตกต่างกัน การเห็นโดยตรงจะเป็นการเห็นที่ตอบสนองต่อประสาทการรับรู้ของผู้เห็นมากกว่าการเห็นผ่านวัตถุหรือสื่ออย่างใดอย่างหนึ่ง ในการใช้วิดีโอ เทปรับฟังและสืบพยานจึงมีข้อโต้แย้งว่า การที่จำเลยไม่ได้เห็นพยานโดยตรงเป็นการเผชิญหน้าต่อหน้ากัน (face to face) นั้นเป็นการลดรอนสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานนั้นได้กล่าวถึงหลักการและความเคร่งครัดของหลักในเรื่องดังกล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทนี้ อย่างไรก็ตาม สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานก็ไม่ใช่หลักที่เคร่งครัดตายตัวเสมอไป⁹⁷ แต่มีกรณีที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดตายตัวของสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน 2 กรณีคือ

1. การคำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์

ของสาธารณชน กล่าวคือ ในการดำเนินคดีอาญาถือเป็นเรื่องของมหาชน เป็นเรื่องประโยชน์ของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม ซึ่งถือหลักประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญในการดำเนินคดีอาญาจึงมีมาตรการบังคับต่าง ๆ ที่จำต้องก้าวล่วงสิทธิของบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดของมนุษยนิยม (Humanism) ที่เติบโตเต็มที่ในศตวรรษที่ 19 มีผลต่อแนวคิดในด้านต่าง ๆ ของสังคมและรัฐยุคปัจจุบันรวมทั้งแนวคิดทางกฎหมายด้วย ดังนั้นในการดำเนินคดีอาญาแม้รัฐหรือสังคมจะเข้าไปเพื่อรักษาความสงบสุขของส่วนรวมก็ตาม ก็ต้องคำนึงถึงปัจเจกชนในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งซึ่งมีเกียรติและศักดิ์ศรีในตัวเอง ในการดำเนินคดีอาญาจึงเกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของรัฐหรือสังคมส่วนรวม กับสิทธิของปัจเจกชนอยู่ตลอดเวลา ซึ่งการดำเนินคดีอาญาที่ดีจะต้องมีความสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและสิทธิของปัจเจกชนนั่นเอง⁹⁸

สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเป็นสิทธิของจำเลยที่มีพื้นฐานมาจากสิทธิของปัจเจกชน ดังนั้น สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน

⁹⁷Ibid., p.816.

⁹⁸คณิต ๗ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 63.

ก็ไม่เช่นนั้นมากจนสิทธิประโยชน์ส่วนรวมของรัฐหรือส่วนรวมในการดำเนินคดีอาญาเสียไป แต่จะต้องคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ส่วนรวมในการดำเนินคดีอาญาเพื่อประโยชน์สุขของสังคม

2. ในหลักเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับ

พยานนั้นจะต้องคำนึงถึงส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิในแต่ละเรื่องของสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเป็นสำคัญ ส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงส่วนประกอบก็อาจไม่ต้องยึดถือเคร่งครัดตายตัว⁹⁹ ดังนั้น สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญจึงไม่อาจจะเลยได้ เพราะเป็นส่วนที่คำนึงถึงสิทธิของปัจเจกชนเป็นหลัก แต่ในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญหรือเป็นเพียงส่วนประกอบ ก็อาจจะเลยได้เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือส่วนรวมในการดำเนินคดีอาญาที่มีมากกว่า

ในปัญหาเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน เพื่อจะได้สังเกตกริยาท่าทางของพยาน ซึ่งในการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปนั้น จำเลยเห็นพยานผ่านวัตถุหรือสื่ออย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่ใช่เป็นการเผชิญหน้ากับพยานโดยตรงนั้น ถ้าพิจารณาถึงสาระสำคัญของสิทธิของจำเลยที่จะเผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตกริยาท่าทางของพยานนั้น ก็เพื่อให้เห็นกริยาท่าทางของพยานที่นอกเหนือจากคำพูดที่ทำให้จำเลยสามารถเข้าใจการสื่อสารของพยานได้มากยิ่งขึ้น และเป็นการจับพิรุณจากกริยาท่าทางของพยานเพื่อประโยชน์ของจำเลยในการถามค้าน ส่วนการที่จำเลยเห็นพยานโดยตรงจะทำให้ตอบสนองต่อประสาทการรับรู้ของจำเลยได้ดีกว่าการผ่านวัตถุหรือสื่ออย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ใช่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงส่วนประกอบของการเห็นกริยาท่าทางของพยานเท่านั้น เมื่อการเห็นพยานโดยตรงเป็นเพียงส่วนประกอบของสิทธิของจำเลยที่จะได้สังเกตกริยาท่าทางของจำเลย และเมื่อคำนึงถึงการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปเป็นประโยชน์ของส่วนรวม คือ สามารถช่วยค้นหาความจริงในคดีอาญาได้มากขึ้น และเป็นการปกป้องสวัสดิภาพของเด็กในการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปนั้น การที่จำเลยไม่ได้เห็นกริยาท่าทางของพยานโดยตรง จึงไม่ใช่เป็นส่วนสำคัญที่จะเลยไม่ได้เพราะในการสืบพยานโดยวิดีโอเทปจำเลยยังคงสามารถเห็นถึงกริยาท่าทางของพยาน ซึ่งเป็นส่วนสาระสำคัญของสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตกริยาท่าทางของพยาน ดัง

⁹⁹, "The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution: Two Legislative Innovation," p.817.

นั้นจึงถือว่าสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน เพื่อสังเกตกริยาท่าทางของพยานคงมีอยู่ แม้จำเลยจะไม่ได้เผชิญหน้ากับพยานโดยตรงก็ตาม

2.3 ปัญหาในเรื่องพยานบอกเล่า ในประเทศอังกฤษถือว่า วิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเอาไว้เป็นพยานบอกเล่า ดังนั้น การจะรับฟังจึงต้องเข้า ข้อยกเว้นของพยานบอกเล่าข้อใดข้อหนึ่ง¹⁰⁰ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นความคิดเห็นได้ แบ่งแยกออกเป็น 2 แนวทาง คือ

1. ฝ่ายที่เห็นว่าคำให้การของพยานที่บันทึกวิดีโอเทป ไว้เป็นพยานบอกเล่า การรับฟังคำให้การของพยานที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้จึงต้องอยู่ภายใต้ กฎเกณฑ์ของการรับฟังพยานบอกเล่า อย่างเช่นหลักที่วางเอาไว้ในคดีของ Roberts V. Ohio State (1980) ว่าคำให้การของพยานเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้จะใช้แทนพยานเด็ก โดยเด็กไม่มาเบิกความไม่ได้ คือ ถือว่าเป็นพยานบอกเล่าเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นของการ รับฟังพยานบอกเล่า เช่น มีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจนำตัวเด็กมาเบิกความในศาลได้¹⁰¹ แนวคิด แรกจึงเป็นแนวคิดที่ศาลได้วางหลักเอาไว้

2. ฝ่ายที่เห็นว่าคำให้การของพยานเด็กที่บันทึก วิดีโอเทปไว้ไม่เป็นพยานบอกเล่า แต่เป็นเครื่องมือกลไกอย่างหนึ่งที่ใช้ในการเบิกความในศาล (The functional equivalent of testimony at trial)¹⁰² แนวคิดนี้เป็นแนวคิด ของกฎหมายของรัฐต่าง ๆ ที่ออกมาใช้ในเรื่องการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทป¹⁰³ แนวคิดนี้ได้ โต้แย้งว่าพยานเด็กที่ให้การบันทึกวิดีโอเทปเอาไว้ไม่ใช่พยานบอกเล่า ก็เพราะว่าการสืบพยาน เด็กโดยบันทึกคำให้การโดยวิดีโอเทปเอาไว้ นั้น จำเลยยังคงมีสิทธิที่จะเผชิญหน้ากับพยานอย่าง ครบถ้วน ไม่ว่าจะ เป็นสิทธิในการถามค้านหรือสิทธิที่จะเผชิญหน้ากับพยานเพื่อที่จะสังเกตอาทิกับ

¹⁰⁰Spencer, "Child Witness, Video-Technology and the Law of Evidence," p.80.

¹⁰¹, "The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution : Two Legislative Innovation," p.822.

¹⁰²Ibid.,p.823.

¹⁰³Ibid.,p.814, 816,823.

กริยาของพยานซึ่งในกรณีของพยานบอกเล่าจะไม่มีสิทธิเหล่านี้เลย¹⁰⁴

จากความเห็นทั้งสองความเห็นนั้นจะเห็นได้ว่า

ความเห็นแรกที่เห็นว่าคำให้การของพยานเด็กที่บันทึกไว้โดยเทปเป็นพยานบอกเล่า ก็เพราะ
 เครื่องครัดกับลักษณะของคำให้การของพยานเด็กที่บันทึกไว้โดยเทปเอาไว้ว่า เมื่อเป็นสิ่งที่ทำนอก
 ศาลที่เสนอต่อศาลเพื่อพิสูจน์ว่าคำให้การนั้นเป็นความจริง ก็เป็นพยานบอกเล่าตรงตามนิยามที่
 กำหนดไว้ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ส่วนความเห็นที่สองเป็นการมองลึกลงไป
 ถึงสาระสำคัญของพยานบอกเล่า คือ การห้ามรับฟังพยานบอกเล่ามีสาเหตุสำคัญสองประการ
 คือ พยานบอกเล่าไม่ได้ผ่านการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานโดยการสาบาน การเบิก
 ความต่อหน้าศาลหรือคู่ความฝ่ายตรงข้ามและการถามค้าน โดยในคดีอาญาสิทธินี้มีความสำคัญ
 มากที่จะประกันถึงสิทธิและเสรีภาพของจำเลยคือ เป็นสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน
 (Right to Confront Witness) และพยานบอกเล่ามีความไม่น่าเชื่อถือ อีกประการหนึ่งก็
 คือ พยานบอกเล่าคลาดเคลื่อนได้ง่าย ถ้าพิจารณาคำให้การของพยานเด็กที่บันทึกไว้โดยเทป
 เอาไว้จะเห็นได้ว่าไม่มีลักษณะที่เป็นอันตรายทั้งสองประการ ดังนั้น ฝ่ายที่สองจึงเห็นว่าคำให้
 การของพยานเด็กที่บันทึกไว้โดยเทปเอาไว้ไม่เป็นพยานบอกเล่า จึงความน่าจะเป็นความคิดที่สม
 เหตุสมผลกว่าความเห็นแรก เพราะเป็นการมองลึกเข้าไปถึงสาระสำคัญในการห้ามรับฟังพยาน
 บอกเล่ากล่าวคือ เป็นการมองถึงเจตนารมณ์ของการรับฟังพยานบอกเล่า

3. การนำการสืบพยานเด็กโดยวิธีโอเทปมาปรับใช้กับกฎหมายวิธี
 พิเคราะห์ของไทย การนำการสืบพยานเด็กโดยวิธีโอเทปมาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีปัญหา
 และอุปสรรคดังกล่าวมาแล้ว เนื่องจากระบบการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศที่ใช้ระบบ
 กฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบกล่าวหา ซึ่งมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็น
 เรื่องรายละเอียดปลีกย่อยมากกว่าระบบประมวลกฎหมาย¹⁰⁵ แต่สำหรับประเทศไทยนั้นแม้
 กฎหมายลักษณะพยานจะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์มามากก็ตาม แต่ระบบการรับฟัง
 พยานหลักของไทยมีลักษณะค่อนข้างไปทางระบบไต่สวนโดยเฉพาะในคดีอาญาคือ ศาลจะเข้าร่วม

¹⁰⁴ Ibid., p. 823.

¹⁰⁵ สุโขทัยธรรมมาธิราช, ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร :
 ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), หน้า 823-829.

ในการค้นหาความจริงด้วย ดังนั้นการนำการสืบพยานเด็กโดยวิธีโอเทปมาใช้ในการสืบพยานเด็กของไทย จึงมีปัญหาและอุปสรรคน้อยกว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในเรื่องการนำวิธีโอเทปมาใช้ในการรับฟังและสืบพยานเด็กตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยนั้นมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ การจัดบันทึกวิธีโอเทปขึ้นมา การใช้วิธีโอเทปแทนการสืบพยานเด็ก การใช้วิธีโอเทปประกอบการสืบพยานเด็ก และการสืบพยานบุคคลสืบประกอบวิธีโอเทป ในส่วนการใช้วิธีโอเทปแทนหรือประกอบสืบพยานเด็กต้องพิจารณาถึงลักษณะของวิธีการดังกล่าวว่าปรับใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยได้เพียงใด และต้องพิจารณาถึงสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ว่าถูกกระทบกระเทือนเพียงใด

3.1 การจัดบันทึกวิธีโอเทป การบันทึกวิธีโอเทปไม่ว่าจะเป็นการบันทึกเพื่อใช้แทนหรือประกอบการสืบพยานเด็กก็ตามเป็นการจัดทำก่อนการพิจารณาคดีในศาลซึ่งตามขั้นตอนของการดำเนินคดีอาญาของไทยก็คือ ในขั้นการสอบสวนดังนั้นการบันทึกเทปวิธีโอเทปจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่สามารถทำได้เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 131 ได้บัญญัติให้อำนาจของพนักงานสอบสวนไว้อย่างกว้างขวางว่า "ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อ "ประสงค์" จะทราบข้อเท็จจริง และพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหาและเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิด" การจัดบันทึกเทปวิธีโอเทปให้การของพยานเด็กของพนักงานสอบสวนนั้นเป็นอำนาจที่สามารถกระทำได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 132 แต่ก็เป็นอำนาจโดยทั่วไปของเจ้าพนักงานสอบสวน ในการจัดบันทึกเทปวิธีโอเทปให้การของพยานเด็กนั้น มีวัตถุประสงค์ไปใช้ในขั้นพิจารณาคดีของศาลเพื่อใช้ปกป้องพยานที่เป็นเด็กและช่วยให้การค้นหาความจริงในคดีอาญามีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น ดังนั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงควรกำหนดให้ชัดเจนว่าการบันทึกเทปวิธีโอเทปให้การของพยานเด็กควรเป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนเหมือนการทำแผนที่สถานที่เกิดเหตุที่กำหนดเอาไว้ระเบียบของกรมตำรวจเลยว่าคดีบางประเภทพนักงานสอบสวนต้องทำแผนที่สถานที่เกิดเหตุ¹⁰⁶

¹⁰⁶ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะ 8 การสอบสวนข้อ 265-268, ไพรศุค คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงพัฒนางานการสอบสวนคดีอาญา, คู่มือพนักงานสอบสวน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ตำรวจ, 2532), หน้า 33

ลักษณะเฉพาะของการบันทึกเทปคำให้การของพยานเด็ก

นั่นก็คือ ต้องมีผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องเด็กร่วมอยู่ด้วยเพื่อช่วยพนักงานสอบสวนค้นหาความจริงจากเด็กได้ดีขึ้น และยังป้องกันการบิดเบือนข้อเท็จจริงซึ่งจะทำให้คำให้การของพยานเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้มีความถูกต้องมากยิ่งขึ้น และผู้เชี่ยวชาญยังเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ปกป้องดูแลเด็กอีกด้วยซึ่งการให้ผู้เชี่ยวชาญเข้าร่วมในการสอบสวนพยานที่เป็นเด็กได้กล่าวไว้ในเรื่องการให้ผู้เชี่ยวชาญเข้าร่วมในการค้นหาความจริงและการปกป้องเด็กในกระบวนการก่อนพิจารณาซึ่งอยู่ในเรื่องกระบวนการก่อนพิจารณาคดีและสืบพยานเด็ก

ส่วนบุคลากรที่จะช่วยพนักงานสอบสวนในการบันทึก

เทปวิดีโอคำให้การของพยานเด็กนั้น ระบบกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กของไทยก็มีอยู่แล้ว ในกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ซึ่งก็คือบุคลากรของศาลเยาวชนและครอบครัว ซึ่งมีบุคลากรที่ทำงานด้านกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กอยู่แล้ว คือ บุคลากรที่สังกัดสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนของศาลเยาวชนและครอบครัว บุคลากรเหล่านี้เป็นบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องเด็กเป็นอย่างดีบุคลากรเหล่านี้ก็คือ แพทย์ จิตแพทย์ นักจิตวิทยา พนักงานสังคมสงเคราะห์ นอกจากนี้ยังมีผู้พิพากษาสมทบซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องเด็กและความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการในการดำเนินคดีอาญาคด้วย บุคลากรเหล่านี้จะเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องเด็กที่จะช่วยพนักงานสอบสวนในการบันทึกเทปคำให้การของพยานเด็กได้เป็นอย่างดี

3.2 การรับฟังและสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปแทนการ

สืบพยานเด็ก การสืบพยานเด็กในลักษณะนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าวิดีโอเทปนั้นเป็นพยานบอกเล่าหรือไม่ เพื่อจะได้นำไปพิจารณาว่ารับฟังได้หรือไม่ เพียงใดตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่าวิดีโอเทปเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ พยานเอกสารนั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (7) ให้ความหมายว่า "...กระดาศหรือวัตถุอันใดซึ่งทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผังหรือแบบแผนอย่างอื่นจะโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพหรือวิธีอื่นอันใดเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น" ดังนั้นสาระสำคัญของพยานเอกสารคือ "สิ่งที่ปรากฏความหมาย" ซึ่งหมายถึง "ข้อความใด ๆ ที่ศาลอาจอ่านตรวจดูได้จากหนังสือลายลักษณ์อักษรหรือรูปรอยใด ๆ โดยประการที่ว่ารูปรายนั้นได้เป็นเครื่องหมายใช้แทนคำพูดในภาษาใดภาษาหนึ่ง"¹⁰⁷ ส่วนพยานวัตถุหมายถึง "สิ่งใด ๆ ที่คู่ความอ้างอิงให้ศาลตรวจดูเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน"¹⁰⁸ ความแตกต่างระหว่างพยานเอกสารและพยานวัตถุจึงอยู่ที่ว่าวัตถุประสงค์ของการอ้างอิงให้ศาลตรวจดูนั้นเป็นการอ้างเพื่อให้ศาลดูข้อความหรือเป็นการอ้างให้

ศาลครูปลักษณ์¹⁰⁹ พยานหลักฐานชิ้นหนึ่งจึงอาจเป็นได้ทั้งพยานเอกสารหรือวัตถุแล้วแต่วัตถุ ประสงค์ในการอ้างอิงพยานนี้¹¹⁰ วิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเด็กส่วนที่เป็นคำพูดนั้น เป็นข้อความที่มีความหมายจึงมีลักษณะเป็นพยานเอกสารส่วนกริยาทำทางของเด็กที่ปรากฏใน วิดีโอเป็นการแสดงถึงรูปลักษณ์และกริยาทำทางของเด็กจึงมีลักษณะเป็นพยานวัตถุ¹¹¹ ดังนั้น วิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเด็กเอาไว้จึงเป็นทั้งพยานเอกสาร และพยานวัตถุแล้วแต่ ว่าจะพิจารณาคำพูดหรือกริยาทำทาง ซึ่งในการที่พยานเบิกความต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่าย ตรงข้ามก็เพื่อให้ศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้สังเกตุกริยาทำทางซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการถ่าย ทอดข้อเท็จจริงของพยานด้วย

เมื่อพิจารณาได้ว่าวิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของ พยานเด็กเป็นพยานเอกสารและพยานก็ไม่ต้องห้ามรับฟังเพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งมาตรา 95 ที่บัญญัติห้ามรับฟังพยานบอกเล่านั้นห้ามเฉพาะพยานบุคคลเท่านั้น¹¹² วิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเด็กจึงสามารถรับฟังและนำสืบแทนการเบิกความของพยาน เด็กได้

ส่วนปัญหาเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับ พยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 นั้น สิทธิในการถามค้านของ จำเลยยังคงดำรงอยู่ โดยจำเลยมีสิทธิที่จะเข้าร่วมในการบันทึกเทปคำให้การของพยานและมี สิทธิในการถามค้านพยานตั้งวิธีการโดยละเอียดได้กล่าวมาแล้วในเรื่องปัญหาของสิทธิของจำเลย ในการเผชิญหน้ากับพยานในหัวข้อ 2.2 แล้ว

¹⁰⁷ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 12

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน

¹¹¹ โอสถ โภคิน, คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่อง กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 80-81

¹¹² โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3620/2524, 3825/2524

3.3 การรับฟังและการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปประกอบ

คำเบิกความของพยานเด็ก

การใช้วิดีโอเทปประกอบคำเบิกความของพยานเด็กมีลักษณะที่เด็กมาเบิกความในศาล และคู่มือประกอบเพื่อช่วยให้เด็กใช้ความสามารถในการจำได้ดีขึ้น ซึ่งการใช้วิดีโอเทปช่วยความจำของเด็กนั้นเป็นการที่เด็กฟังคำพูดของตนเองเป็นสำคัญซึ่งคำพูดที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้มีลักษณะเป็นพยานเอกสารดังกล่าวมาแล้วในเรื่องการใช้วิดีโอเทปแทนการเบิกความของพยานเด็ก

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 113 นั้น ได้บัญญัติว่า "พยานทุกคนต้องเบิกความด้วยวาจาและห้ามไม่ให้พยานอ่านข้อความที่เขียนมา เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากศาลหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ" มาตรานี้มุ่งให้พยานเบิกความจากความจำของพยานเพราะเป็นสิ่งที่พยานได้รับรู้มาจากเหตุการณ์จริงๆ ซึ่งจะทำให้ได้ข้อเท็จจริงที่ไม่คลาดเคลื่อนหรือมีการเสริมแต่งลงไป ดังนั้นพยานจะใช้วิธีจดข้อความเตรียมอ่านให้ศาลฟังไม่ได้ หรือพยานจะนำบันทึกช่วยความจำมาเปิดดูขณะเบิกความไม่ได้

การใช้วิดีโอเทปประกอบการเบิกความของพยานเด็กก็มีลักษณะการใช้บันทึกช่วยความจำจากวิดีโอเทปโดยปกติต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 113 อย่างไรก็ตามมาตรา 113 ก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้ตอนท้ายว่าการเบิกความโดยอ่านข้อความนั้นสามารถทำได้ถ้าได้รับการอนุญาตจากศาลหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ กรณีการได้รับอนุญาตจากศาลนั้นจะต้องไม่ทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบในเชิงคดี¹¹³ ดังนั้นการใช้วิดีโอเทปประกอบการเบิกความของพยานเด็กที่จะได้รับการอนุญาตจากศาลให้กระทำได้อาจไม่ทำให้จำเลยเสียเปรียบในเชิงคดีคือ

1. ต้องมีการส่งวิดีโอเทปให้ฝ่ายจำเลยได้ตรวจ

สอบก่อนวันสืบพยาน

2. จำเลยมีโอกาสถามค้านพยาน

ในเรื่องโอกาสในการถามค้านของจำเลยนั้นการใช้วิดีโอเทปประกอบการสืบพยานเด็กนั้น จำเลยมีโอกาสถามค้านพยานเต็มที่อยู่แล้วดังจะกล่าวต่อ

¹¹³ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 341

ไปในเรื่องของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน ส่วนการต้องส่งวิดีโอเทปให้ฝ่ายจำเลยได้ตรวจก่อนนั้นโดยปกติในคดีแพ่งนั้นกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานเอกสารต้องส่งสำเนาเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนสืบพยานอย่างน้อยสามวัน¹¹⁴ แต่ในคดีอาญาไม่บังคับว่าต้องส่งสำเนาเอกสารก่อน 3 วัน¹¹⁵ แต่อาจนำต้นฉบับมาส่งศาลในวันสืบพยานเลยแล้วศาลจะส่งต้นฉบับให้อีกฝ่ายหนึ่งตรวจดู จะมีการส่งสำเนาให้ต่อเมื่อศาลเมื่อคำสั่งเท่านั้น¹¹⁶ ดังนั้นหากศาลอนุญาตให้ใช้วิดีโอเทปประกอบคำเบิกความของพยานเด็กศาลก็ควรมีคำสั่งให้ส่งวิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเด็กให้แก่ฝ่ายจำเลยล่วงหน้าด้วยเพื่อจำเลยจะได้มีโอกาสตรวจสอบก่อนวันสืบพยาน

เมื่อพยานได้รับรองว่าคำให้การของตนเองในวิดีโอเทปถูกต้องและได้ส่งวิดีโอเทปให้ฝ่ายจำเลยล่วงหน้าก่อนวันสืบพยานแล้วก็สามารถใช้วิดีโอเทปนั้นประกอบการเบิกความของพยานเด็กได้ และคำให้การของพยานที่บันทึกไว้ในวิดีโอเทปที่ใช้คู่เพื่อเตือนความจำรับฟังได้และให้บันทึกเหมือนเป็นคำเบิกความของพยานเอง ซึ่งการใช้วิดีโอเทปประกอบคำเบิกความของพยานเด็ก จะทำให้ได้ข้อเท็จจริงจากพยานได้ถูกต้องมากยิ่งขึ้นนี้ เปรียบเทียบได้กับการให้พยานใช้บันทึกช่วยความจำหรือเอกสารใด ๆ ที่จะช่วยเตือนความจำของพยานในการเบิกความ ซึ่งจะ เป็นผลดีกว่าให้พยานต้องท่องจำข้อเท็จจริงทั้งหมดเพื่อเตรียมไปเบิกความในศาล¹¹⁷

ส่วนสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 นั้น สิทธิในการถามค้านของจำเลยก็มีอยู่ตามปกติ เพราะเป็นกรณีที่พยานเด็กมาเบิกความในศาลด้วยตนเองให้โอกาสจำเลยในการถามค้านได้เต็มที่ ส่วนสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตกริยาท่าทางของพยานนั้นในกรณีที่เป็นการใช้วิดีโอเทปประกอบการเบิกความของพยาน โดยที่พยานเผชิญหน้าโดยตรงกับ

¹¹⁴ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90

¹¹⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 240

¹¹⁶คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 896/2481, 621/2524

¹¹⁷เข็มชัย ชุติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 414-415 และ

จำเลยก็ไม่มีปัญหาเพราะจำเลยได้เผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงอยู่แล้ว แม้กรณีการใช้วิดีโอเทปประกอบการสืบพยานเด็กโดยที่พยานไม่ได้เผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงแต่จำเลยเห็นพยานฝ่ายโทรทัศน์วงจรปิดหรือกระจกที่เห็นทางเดียว การไม่ได้เผชิญหน้าโดยตรงดังกล่าวก็ไม่ใช้สาระสำคัญ สาระสำคัญก็คือการเห็นกริยาท่าทางของพยานที่จำเลยสามารถเห็นได้แม้ไม่ใช่โดยตรงก็ถือว่าสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานยังคงมีอยู่

3.4 การนำสืบพยานบุคคลประกอบวิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเด็ก

ในการใช้วิดีโอเทปไม่ว่าแทนการสืบพยานเด็กหรือประกอบการสืบพยานเด็กก็ตามต้องมีการสืบพยานบุคคลประกอบทั้งนี้เพื่อแสดงถึงความถูกต้องแท้จริงของวิดีโอเทปนั้นผู้ที่จะเป็นผู้เปิดเผยความประกอบยืนยันก็คือ ตัวบุคคลผู้จัดทำการบันทึกวิดีโอเทปซึ่งตามที่เสนอไปแล้วข้างต้นก็คือพนักงานสอบสวนและผู้เชี่ยวชาญที่เข้าร่วมในการสอบสวนและจัดทำกรบันทึกวิดีโอเทปคำให้การของพยานเด็ก

3.3.2 การสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิด (Closed Circuit Television)

1. ลักษณะการรับฟังและการนำสืบ

การใช้โทรทัศน์วงจรปิดในการสืบพยานที่เป็นเด็กมีหลักการคือการสืบพยานที่กระทำในศาลที่ให้พยานที่เป็นเด็กอยู่ในห้องอีกห้องหนึ่งต่างหากจากห้องพิจารณาที่ใช้สืบพยานโดยปกติ และให้เด็กเปิดเผยความจากห้องที่จัดไว้ต่างหากโดยถ่ายทอดการเปิดเผยความของพยานที่เป็นเด็กผ่านระบบโทรทัศน์วงจรปิด เข้าไปยังห้องพิจารณาคดีที่ใช้กันตามปกติโดยทั่วไปโดยที่ศาล อัยการ หรือทนายฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยอยู่ในห้องพิจารณา โดยศาลและคู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถถามคำถามต่อพยานที่เป็นเด็ก แต่พยานไม่เห็นฝ่ายที่อยู่ในห้องพิจารณาและบรรยากาศภายในห้องพิจารณา การใช้โทรทัศน์วงจรปิดในการสืบพยานเด็กเพื่อลดบรรยากาศที่ไม่เหมาะสมในการสืบพยานเด็กแบบปกติโดยทั่วไป เพราะห้องที่จัดให้เด็กเปิดเผยความเป็นห้องที่มีลักษณะไม่เป็นทางการ และพยานที่เป็นเด็กก็จะไม่พบบรรยากาศที่ตึงเครียดในห้องพิจารณาที่ใช้ในการสืบพยานกันโดยปกติ โดยที่การสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดยังคงสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเอาไว้

การใช้โทรทัศน์วงจรปิด ในการสืบพยานเด็กเมื่อเปรียบเทียบกับ การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปแล้วมีความแตกต่างกัน คือ

1. การสืบพยานโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิด เด็กต้องไปเบิกความที่ศาลด้วยตัวเองเสมอ แต่การสืบพยานโดยใช้วิดีโอเทปเด็กอาจจะต้องไปเบิกความที่ศาลหรือไม่ก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของการใช้วิดีโอเทปเป็นพยานว่าเป็นการใช้เพื่อประกอบการเบิกความของเด็กในศาล หรือใช้แทนคำเบิกความของพยานที่เป็นเด็กเลย
2. ผู้ที่ถามคำถามต่อพยานที่เป็นเด็กในการสืบพยานโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิด เป็นคู่ความของทั้งสองฝ่ายถามต่อพยานเด็กโดยตรง ส่วนการถามในการใช้วิดีโอเทปสืบพยานเด็ก ผู้ที่จะถามคำถามไม่ว่าฝ่ายใดก็ต้องถามผ่านคนกลางซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ ความเข้าใจในเรื่องเด็ก¹¹⁸
3. ลักษณะของคำถามในการสืบพยานโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิด นั้นคำถามของทั้งสองฝ่ายมีลักษณะเหมือนคำถามในการดำเนินคดีโดยปกติธรรมดา ส่วนคำถามของการสืบพยานเด็กโดยใช้วิดีโอเทปนั้น ผู้ถามเป็นผู้ที่มีความเข้าใจในเรื่องเด็กจึงสามารถใช้คำถามที่เหมาะสมสำหรับพยานที่เป็นเด็กแต่ละคนได้¹¹⁹

ลักษณะที่เป็นข้อดีของการสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิด ก็คือสามารถคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเอาไว้ คือ ทั้งสิทธิในการถามค้าน สิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตกริยาท่าทางของพยานและไม่มีปัญหาในเรื่องพยานบอกเล่า¹²⁰ และศาลก็จะได้เห็นกริยาท่าทางของฝ่ายจำเลยในการดำเนินคดีได้เหมือนการดำเนินคดีโดยทั่วไป

ส่วนที่เป็นข้อดีของการใช้โทรทัศน์วงจรปิดในการสืบพยาน เด็กก็คือ

¹¹⁸Williams, "Videotaping Children's Evidence," p.108.

¹¹⁹Ibid.

¹²⁰Spencer, "Child Witness, Video-Technology and the Law of Evidence," p.82-83.

1. เด็กยังต้องไปปรากฏตัวในศาลที่แม่ห้อง เด็กจะมีลักษณะไม่เป็นทางการก็ตาม พยานที่เป็นเด็กก็ต้องได้รับผลกระทบจากบรรยากาศที่เคร่งครัดจากศาลอยู่นั่นเองไม่มากนัก¹²¹
2. รูปแบบการสืบพยานโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดมีลักษณะเหมือนการสืบพยานโดยปกติธรรมดาเกือบทุกประการ ซึ่งการดำเนินคดีมีลักษณะต่อสู้กันซึ่งอาจสร้างความสับสนให้แก่พยานที่เป็นเด็กได้¹²²
3. การสืบพยานเด็กโดยโทรทัศน์วงจรปิดก็เหมือนการสืบพยานโดยปกติธรรมดาคือ ไม่ช่วยให้เด็กใช้ความสามารถได้ดีในกรณีเหตุการณ์เกิดขึ้นนานแล้ว อาจทำให้ความสามารถในการจำกลางเสื่อมไป ไม่เหมือนการสืบพยานโดยใช้วิดีโอเทปที่สามารถบันทึกคำให้การของพยานที่เป็นเด็กได้ทันทีที่เกิดเหตุการณ์ใหม่ ซึ่งการรับรู้และความทรงจำของเด็กยังคงดีอยู่¹²³
4. การเห็นผ่านโทรทัศน์วงจรปิดเป็นการที่ผู้พิพากษาเห็นพยานที่เป็นเด็กผ่านโทรทัศน์วงจรปิด ไม่ใช่เป็นการเห็นโดยตรง ตอบสนองต่อการรับรู้ได้น้อยกว่าการเห็นโดยตรง เช่น การสังเกตการทำทางของพยานที่เป็นเด็กได้น้อยกว่าเห็นโดยตรงในห้องพิจารณา การเห็นผ่านโทรทัศน์วงจรปิดดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาอาจรับการสื่อสารจากพยานได้น้อยกว่าการสืบพยานโดยปกติ ซึ่งย่อมเป็นผลเสียกับพยานที่สืบโดยผ่านระบบโทรทัศน์วงจรปิด¹²⁴

หลักการสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดที่กล่าวมาแล้ว เป็นหลักการพื้นฐาน ส่วนที่แตกต่างกันก็จะแตกต่างกันในรายละเอียดดังที่รัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาได้นำวิธีการสืบพยานที่เป็นเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดประมาณ 20 รัฐ ก็มีการนำไป

¹²¹Ibid., p.83.

¹²² Ibid.

¹²³Yuille and others, Child Victims and Witnesses: The Social Science and Legal Literatures, p.42.

¹²⁴McEwan, "Child Evidence : More Proposals for Reform," p.820.

ใช้โดยมีความแตกต่างกันเฉพาะในเรื่องรายละเอียด เช่น คำถามที่จะถามเด็กควรเป็นอย่างไร
 วิศวกรจะอยู่กับพยานที่เป็นเด็กในเวลาที่มีการเบิกความผ่านระบบโทรทัศน์วงจรปิดเข้าสู่ห้อง
 พิจารณา เด็กควรเป็นฝ่ายเห็นจำเลยโดยผ่านโทรทัศน์วงจรปิดด้วยเช่นกันหรือไม่¹²⁵ ส่วนใน
 ประเทศอังกฤษก็มีการเสนอให้ใช้การสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดในร่างพระราชบัญญัติ
 กฎหมายอาญา (Criminal Justice Bill) มาตรา 21¹²⁶ ซึ่งวิธีการนี้ก็คงจะได้นำไปใช้
 ในประเทศอังกฤษในไม่ช้า

2. สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานในการใช้โทรทัศน์ วงจรปิดสืบพยานเด็ก

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเรื่องสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้า
 กับพยานนั้นมีเพียงเรื่องเดียวคือ สิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตอาการ
 ของพยาน ส่วนการถามค้านนั้นในการสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดนั้น จำเลยก็สามารถ
 ถามค้านพยานเด็กได้โดยผ่านไมโครโฟน ส่วนปัญหาเรื่องพยานบอกเล่าไม่ต้องพิจารณาถึงเลย
 เพราะพยานเด็กมาเบิกความในศาลด้วยตนเองอยู่แล้ว

ประเด็นเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อ
 สังเกตอาการอาการของพยานนั้น จำเลยสามารถเห็นพยานโดยผ่านโทรทัศน์วงจรปิดซึ่งไม่ใช่
 เป็นการเห็นโดยตรง (face to face) ซึ่งเป็นปัญหาเดียวกับการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทป
 คือ จะทำให้ความสามารถในการรับรู้ของจำเลยลดลง แต่ที่ตั้งกล่าวในเรื่องการสืบพยานเด็ก
 โดยวิดีโอเทปไปแล้วว่าการที่จำเลยไม่อาจเห็นพยานโดยตรงไม่ใช่สาระสำคัญ สาระสำคัญก็คือ
 ความสามารถในการเห็นกริยาท่าทางเพื่อรับรู้การสื่อสารของพยานและจับพิรุณพยาน และเมื่อ
 คำนึงถึงประโยชน์ของการสืบพยานเด็กโดยมาตรการพิเศษนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมจึงถือ
 ว่าสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตอาการอาการของพยานไม่ได้เสียไป

¹²⁵Yuille and others, Child Victims and Witnesses : The Social Science and Legal Literatures, p.42.

¹²⁶Spencer, "Child Witnesses, Video Technology and the Law of Evidence," p.82-83.

3. การนำการสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดมาปรับใช้กับ กฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย

การนำการสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดมาปรับใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยนั้นสามารถนำมาใช้ได้เลย เพราะการใช้โทรทัศน์วงจรปิดในการสืบพยานเด็กมีลักษณะเหมือนการสืบพยานโดยปกติทั่วไปแทบทุกประการ คือเด็กมาเบิกความในศาลคู่ความสามารถถามคำถามต่อเด็กโดยตรงลักษณะของคำถามก็เหมือนคำถามที่ใช้ในการสืบพยานโดยปกติทั่วไปข้อแตกต่างของการใช้โทรทัศน์วงจรปิดสืบพยานเด็กจากการสืบพยานโดยทั่วไปก็คือการที่จำเลยไม่ได้เผชิญหน้ากับพยานโดยตรงแต่เห็นพยานผ่านโทรทัศน์วงจรปิดและถามคำถามกับพยานด้วยไมโครโฟนซึ่งเป็นปัญหาเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้เผชิญหน้ากับพยาน

สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 นั้น ในกรณีของการใช้โทรทัศน์วงจรปิดสืบพยานเด็กจะเห็นได้ว่าจำเลยไม่ได้เห็นหน้าพยานโดยตรงแต่เห็นพยานผ่านโทรทัศน์วงจรปิด ซึ่งการที่จำเลยไม่ได้เห็นพยานโดยตรง จะทำให้สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตการทำทางของพยานลดน้อยลง แต่อย่างไรก็ตามการที่จำเลยไม่ได้เห็นพยานโดยตรงไม่ใช่สาระสำคัญสาระสำคัญคือ การที่จำเลยสามารถเห็นการทำทางของพยานก็ถือว่าสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเพื่อสังเกตการทำทางของพยานตามที่กำหนดเอาไว้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ยังคงมีอยู่ ดังนั้น การนำการใช้โทรทัศน์วงจรปิดมาใช้ในการสืบพยานเด็กตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยจึงสามารถกระทำได้

4. การชี้แจงน้ำหนักพยานเด็ก

การชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นขั้นตอนที่ผ่านขั้นตอนการรับฟังพยานหลักฐานมาแล้ว คือ พยานหลักฐานนั้นสามารถรับฟังได้ตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะพยานแล้ว ซึ่งในระบบของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ขั้นตอนการรับฟังพยานหลักฐานมีกฎเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยและมีความเคร่งครัดในขั้นตอนการรับฟังพยานหลักฐานมาก เช่น มีบทตัดพยาน (Exclusionary Rule) มีกฎเกณฑ์การรับฟังพยานประกอบ (Corroboration) สาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีลักษณะดังกล่าว ก็คือ ระบบการรับฟังพยานหลักฐานของระบบคอมมอนลอว์เป็นระบบกล่าวหา ส่วนในระบบประมวลกฎหมายนั้น

ระบบกฎหมายลักษณะพยานเป็นระบบไต่สวน ที่ศาลมีอำนาจในการเข้าร่วมค้นหาความจริงด้วย จึงไม่มีกฎเกณฑ์ ในการรับฟังพยานที่เข้มงวดเหมือนระบบคอมมอนลอว์ แต่จะรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดถ้าเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี และได้ทำถูกต้องตามระเบียบวิธีพิจารณาความเมื่อพยานหลักฐานทั้งหมดได้ผ่านเข้าสู่สำนวนความของศาล จึงเป็นขั้นตอนของศาลในการชี้แจงน้ำหนักพยาน

ในคดีอาญานั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้บัญญัติการรับฟังพยานหลักฐานเอาไว้อย่างกว้างขวาง คือ ในมาตรา 226 นั้น พยานใด ๆ ไม่ว่าจะพยานวัตถุ พยานเอกสารซึ่งน่าจะพิสูจน์ถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยก็รับฟังได้ทั้งสิ้น เพียงแต่ต้องไม่ใช่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเท่านั้น และในประมวลกฎหมายมาตรา 227 บัญญัติถึงการชี้แจงน้ำหนักพยานของศาลว่า

ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าได้พิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 227 จะเห็นได้ว่า ในคดีอาญานั้นศาลมีดุลพินิจในการชี้แจงน้ำหนักพยานอย่างเต็มที่ เพราะการชี้แจงน้ำหนักพยานเป็นเรื่องของดุลพินิจของศาลโดยแท้ที่ศาลจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปในแต่ละคดี¹²⁷ อย่างไรก็ตาม การชี้แจงน้ำหนักพยานก็มีแนวทางที่ใช้พิจารณาในการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานโดยคำนึงถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาฎีกาที่วางหลักเกณฑ์หรือให้แนวทางในการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานบางประการเอาไว้ ความสมเหตุสมผลและพฤติการณ์แห่งพยานหลักฐานในคดี¹²⁸

¹²⁷ ในคดีแพ่ง การชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานก็เป็นดุลพินิจของศาลเช่นเดียวกัน โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 104.

¹²⁸ จริฎ ภักดีธนากุล, "พยานปากต่อปากยืนยันกันในคดีอาญา : ปัญหาหนึ่งในการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐาน," วารสารนิติศาสตร์ 16 (มิถุนายน 2529) : 133-139.

ในการชี้แจงน้ำหนักคำพยานเด็กก็เช่นกันควรจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเป็นข้อพิจารณาด้วย ซึ่งในการชี้แจงน้ำหนักคำพยานเด็กมีประเด็นที่ควรพิจารณาดังนี้

1. เมื่อคำนึงถึงเรื่องพฤติการณ์แห่งพยานหลักฐานในคดี ซึ่งคำนึงถึงประเภทของพยานในการชี้แจงน้ำหนักพยานนั้น พยานเด็กเป็นพยานบุคคลซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการประเมินค่าของพยานบุคคลที่สำคัญ คือ หลักในเรื่องความสามารถและความจริงใจของพยานบุคคล ซึ่งนอกจากเป็นหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานบุคคลแล้ว ยังสามารถนำมาใช้ในขั้นตอนการชี้แจงน้ำหนักด้วย คือ ประเมินค่าของความรับรู้ ความจำ ของพยานว่าดีเพียงใด และประเมินค่าของความจริงใจของพยานว่ามีเพียงไร ดังเช่นพยานคนกลางย่อมมีความจริงใจที่จะไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จึงมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากกว่าพยานของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การประเมินค่าของความรับรู้ ความจำ และความจริงใจของพยานจึงทำให้ชี้แจงน้ำหนักได้จากความมากน้อยของความรับรู้ ความจำ และความจริงใจของพยาน แต่ในที่พยานเป็นเด็กการชี้แจงน้ำหนักจากความสามารถและความจริงใจต้องคำนึงถึงว่าความสามารถของพยานเด็กอาจจะไม่ดีเท่าผู้ใหญ่โดยเฉพาะถ้าไม่ใช้การสืบพยานโดยมาตรการเฉพาะที่ทำให้เด็กใช้ความสามารถได้ดีขึ้น เช่น ถ้าเวลาผ่านไปนาน ๆ เด็กอาจจะจำเหตุการณ์ได้ไม่เท่าผู้ใหญ่ การชี้แจงน้ำหนักจึงจะใช้มาตรฐานของผู้ใหญ่ไปวัดเด็กไม่ได้ แต่ต้องคำนึงถึงสภาวะของความเป็นเด็ก ส่วนเรื่องความจริงใจของพยานเด็กที่ต้องแยกแยะกรณีที่เด็กเบิกความตามความเชื่อตรง เพราะไม่มีความรู้ในเรื่องที่ตนเองเบิกความมาก่อน และกรณีที่เด็กอาจถูกชักจูงให้เบิกความเท็จเป็นข้อวินิจฉัยในการให้น้ำหนักในเรื่องความจริงใจของพยานเด็ก

ส่วนกรณีที่ใช้การสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปนั้น คำให้การของพยานเด็กที่บันทึกวิดีโอเทปเอาไว้เป็นพยานเอกสารและพยานวัตถุ ซึ่งจุดเด่นของพยานเอกสาร ก็คือ ข้อความในเอกสารเปลี่ยนแปลงได้ยาก แต่ข้อบกพร่องของพยานเอกสาร ก็คือ บุคคลผู้ทำเอกสารซึ่งบุคคลนั้นอาจไม่ทำเอกสารให้ตรงกับความจริง¹²⁹ ซึ่งในกรณีการบันทึกคำให้การของพยานลงในวิดีโอเทปนั้น ได้กล่าวในเรื่องการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปแล้วว่า ต้องเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ต้องมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับเด็กและกระบวนการในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งได้รับการอบรมให้มีการเป็นกลางในการบันทึกคำให้การของพยานเด็กลงในวิดีโอเทป นอกจากนี้

¹²⁹ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 422-423.

ความเป็นกลางดังกล่าวก็จะถูกควบคุมโดยศาลและจำเลยอีกด้วย จึงเห็นได้ว่าคำให้การของพยานเด็กที่บันทึกไว้คือเอ. ทบ.เอาไว้ เป็นพยานเอกสารที่มีน้ำหนักในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานเด็กของศาลมากกว่าพยานเอกสารโดยทั่วไป

2. การชั่งน้ำหนักพยานเด็กควรคำนึงถึงการมีพยานประกอบที่จะช่วยยืนยันถึงน้ำหนักคำเบิกความของพยานเด็ก ซึ่งหลักการของพยานประกอบ (Corroboration) ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถนำมาใช้ในการชั่งน้ำหนักพยานได้เพราะหลักพยานประกอบ (Corroboration) นั้นต้องมีพยานที่แยกอิสระจากพยานหลักและมีเนื้อหาสาระที่จะช่วยยืนยันหรือสนับสนุนพยานหลักให้เห็น เชื่อถือได้¹³⁰

จากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาฎีกาของประเทศไทยที่ได้วางหลักการชั่งน้ำหนักพยานเอาไว้เน้นในบางกรณีที่พยานหลักฐานมีข้อบกพร่องบางประการ ศาลจะวางหลักว่าการชั่งน้ำหนักนั้นต้องมี "พยานหลักฐานประกอบอย่างอื่น" จึงจะทำให้พยานหลักฐานนั้นมีน้ำหนัก เช่น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ¹³¹ คำให้การรับสารภาพของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน¹³² คำเบิกความขัดทอดของพยานที่มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำผิดของจำเลยในคดีอาญาด้วย¹³³ แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่ก็ยังเป็นพยานที่มีน้ำหนักน้อย ศาลจะต้องรับฟังด้วยความระมัดระวังและจะต้องมีพยานหลักฐานประกอบอย่างอื่นอยู่ด้วยจึงจะมีน้ำหนักให้ส่งลงโทษจำเลยในคดีอาญาได้ เป็นต้น¹³⁴

¹³⁰ จริฎ ฎีกคดีอาญา, "พยานปากต่อปากยืนยันกันในคดีอาญา : ปัญหาหนึ่งในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน," หน้า 136.

¹³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483, 1163/2518.

¹³² คำพิพากษาฎีกาที่ 85/2484, 165/2503, 1662/2514, 656/2519, 2813-4/2523, 2093/2525, 330/2526.

¹³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1769/2509, 1120/2525, 2103/2525.

¹³⁴ จริฎ ฎีกคดีอาญา, "พยานปากต่อปากยืนยันกันในคดีอาญา : ปัญหาหนึ่งในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน," หน้า 135.

ในกรณีของพยานเด็ก ศาลฎีกาของไทยก็ได้วางหลักการรับฟังพยานประกอบมาใช้ในการชั่งน้ำหนักคำพยานเช่นเดียวกัน ดังเช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 673/2460 และคำพิพากษาฎีกาที่ 408/2485

คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2460 ถ้อยคำของเด็กอายุ 6 ขวบ ซึ่งให้การเป็นประจักษ์พยานนั้น ถ้ามีผู้ใหญ่เบิกความประกอบมั่นคงไซ้ร้ สั่งลงโทษจำเลยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 408/2485 เด็กหญิงอายุ 5 ขวบมาเป็นพยานขึ้นศาล แต่ตกประหม่าไม่กล้าเบิกความในศาล ศาลได้พยายามลอบโยนเป็นหนักหนาจนหมดหนทางแล้ว ศาลก็ต้องตัดพยานปากนี้ แม้กระนั้นศาลอาจรับฟังคำให้การของเด็กในชั้นสอบสวนประกอบคำรับสารภาพชั้นสอบสวนจำเลยและพยานอื่นลงโทษได้

ในการชั่งน้ำหนักพยานเด็กควรคำนึงถึงพยานประกอบตามหลักของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ หลักเรื่อง Corroboration ของพยานประกอบที่จะทำให้พยานเด็กมีน้ำหนักมาก ก็คือ ต้องเป็นพยานหลักฐานที่อิสระแยกต่างหากได้ (separtate or independent evidence) จากพยานหลักและมีสาระช่วยสนับสนุน (support) หรือยืนยัน (confirm) พยานหลักให้หน้าเชื่อถือ ซึ่งพยานประกอบ (Corroboration) หากเปรียบเทียบกับพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณี ซึ่งเป็นพยานที่ไม่ใช่เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นข้อพิพาทโดยตรงแต่เป็นข้อเท็จจริงที่ชี้ให้เห็นความน่าจะเป็นหรือน่าจะเกิดขึ้นของประเด็นที่พิพาท¹³⁵ พยานประกอบจึงมีน้ำหนักมากกว่าพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณี เพราะพยานประกอบ (Corroboration) ใกล้ชิดกับพยานโดยตรงมากกว่าพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณีคือ พยานประกอบ (Corroboration) นั้น "...ยืนยันถึงความมีอยู่หรือความเป็นไปแห่งข้อเท็จจริงที่พยานหลักฐานเดิมมุ่งแสดงถึง..."¹³⁶ แต่พยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณีเพียงแต่เป็นข้อเท็จจริงที่ชี้ให้เห็น "ความน่าจะเป็นหรือน่าจะเกิด

135 เข็มชัย ชุตินวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 148.

136 วิชัย อริยะนันท์กะ. "วงการกฎหมายทั่วไป," ศาลพาท 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2528) : 129.

ของประเด็นที่พิพาท" และพยานประกอบ (Corroboration) ยังมีลักษณะที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากพยานหลักต่างจากพยานพหุติเหตุแวดล้อมกรณีที่มีลักษณะกว้างกว่า คือ อาจจะไม่เป็นพยานที่มีลักษณะเป็นอิสระแยกจากพยานหลักก็ได้ พยานประกอบ (Corroboration) จึงเป็นกรณีที่มีพยานหลักฐาน 2 อย่างขึ้นไปเสมอ ต่างกับพยานพหุติเหตุแวดล้อมกรณีซึ่งอาจเป็นพยานที่สืบเนื่องมาจากพยานหลักก็ได้ พยานประกอบ (Corroboration) จึงนำมาใช้ในการให้น้ำหนักมากน้อยของพยานหลักฐานได้กว่าพยานพหุติเหตุแวดล้อมกรณี ซึ่งในกรณีของพยานเด็กถ้ามีพยานประกอบ (Corroboration) ก็จะทำให้เกิดความแน่นอนขึ้นในการค้นหาความจริงเพื่อป้องกันพยานเด็กที่อาจจะเบิกความเท็จ เพราะอาจจะขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี หรืออาจจะเกิดจากการชักจูงใจของผู้ใหญ่

พยานหลักฐานที่จะนำมาประกอบค่าเบิกความของพยานเด็กได้เป็นอย่างดี ก็คือ พยานวิทยาศาสตร์และพยานผู้เชี่ยวชาญ เพราะเป็นพยานความเห็นที่เกิดจากหลักวิชาการ พยานวิทยาศาสตร์เป็นพยานที่เกิดจากพยานผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้นการคำนึงถึงน้ำหนักของพยานวิทยาศาสตร์และพยานผู้เชี่ยวชาญก็ต้องพิจารณาถึงปัจจัยที่ช่วยเสริมให้พยานผู้เชี่ยวชาญมีน้ำหนักมาก ซึ่งก็คือ¹³⁷

1. ความเป็นกลางของพยาน ถ้าพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งที่เรียกว่า ผู้เชี่ยวชาญ หรือเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐที่มีหน้าที่ตรวจสอบพิสูจน์ให้ความเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นงานประจำ จะมีน้ำหนักน่าเชื่อถือกว่าผู้มีความรู้เชี่ยวชาญซึ่งคู่ความจ้างมา หรือรับจ้างพิสูจน์หรือลงความเห็นเป็นการส่วนตัว เพราะพยานผู้เชี่ยวชาญประเภทหลังอาจเบิกความลำเอียงเข้ากับฝ่ายที่จ้างตนได้

2. ความรู้หรือความชำนาญของพยานผู้เชี่ยวชาญ คู่ความที่อ้างพยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องมีหลักฐานแสดงความรู้ความชำนาญของพยานผู้เชี่ยวชาญให้ศาลเห็น โดยอาจถามจากประวัติการศึกษา การทำงานของพยาน หรือมีประกาศนียบัตร วุฒิบัตร หรือปริญญามาแสดง

3. เหตุผลประกอบลงความเห็นของพยาน นับเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ศาลเชื่อพยานหรือไม่ พยานที่สรุปความเห็นของตัวเองง่าย ๆ อาจไม่มีน้ำหนักพอที่ศาลจะเชื่อได้ ดังนั้นพยานผู้เชี่ยวชาญต้องให้อธิบายเหตุผลประกอบการตรวจพิสูจน์หรือการลงความเห็นให้บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีความรู้ในวิทยาการแขนงนั้นได้เห็นจริง เห็นจริงไปด้วย

¹³⁷ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 419-420.

4. ความมั่นใจในการลงความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ ถ้าพยานลงความเห็นด้วยความมั่นใจว่าถูกต้องแน่นอน คำพยานย่อมมีน้ำหนักมาก แต่ถ้าพยานไม่มั่นใจ เช่น เบิกความว่ามีโอกาสผิดพลาดได้ 20% คำนี้อาจทำให้ศาลไม่แน่ใจว่าจะรับฟังตามความเห็นนั้นได้

ส่วนในกรณีที่มีปัญหาว่า ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญกับบุคคลธรรมดาที่เบิกความในประเด็นเดียวกัน คำเบิกความของบุคคลใดจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน สำหรับปัญหานี้ตามปกติไม่น่าจะเกิดขึ้น เพราะประเด็นแห่งคดีที่จะต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบนั้น ไม่ใช่เป็นข้อเท็จจริง (Fact) ที่มีบุคคลรู้เห็นแต่เป็นการสืบถึงความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในเรื่องซึ่งบุคคลธรรมดาไม่อาจตัดสินได้เพราะไม่มีความรู้ ดังนั้น คำเบิกความของบุคคลธรรมดากับพยานผู้เชี่ยวชาญจึงไม่น่าจะมีทางเอามาเปรียบเทียบกันได้ แต่อาจมีบางกรณีที่ความเห็นของบุคคลธรรมดาอาจรับฟังได้ หรือประเด็นพิพาทนั้นอาจพิสูจน์โดยอาศัยหลักวิชาก็ได้ หรือพิสูจน์โดยข้อเท็จจริงก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ก็อาจเกิดปัญหาการเปรียบเทียบระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญกับบุคคลธรรมดา ซึ่งการชั่งน้ำหนักระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญกับบุคคลธรรมดานั้น ก็ต้องคำนึงถึงหลักในการชั่งน้ำหนักพยานที่กล่าวมาแล้วคือ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาฎีกาที่วางหลักเกณฑ์เอาไว้ ความสมเหตุสมผลและพฤติการณ์แห่งพยานหลักฐานในคดี