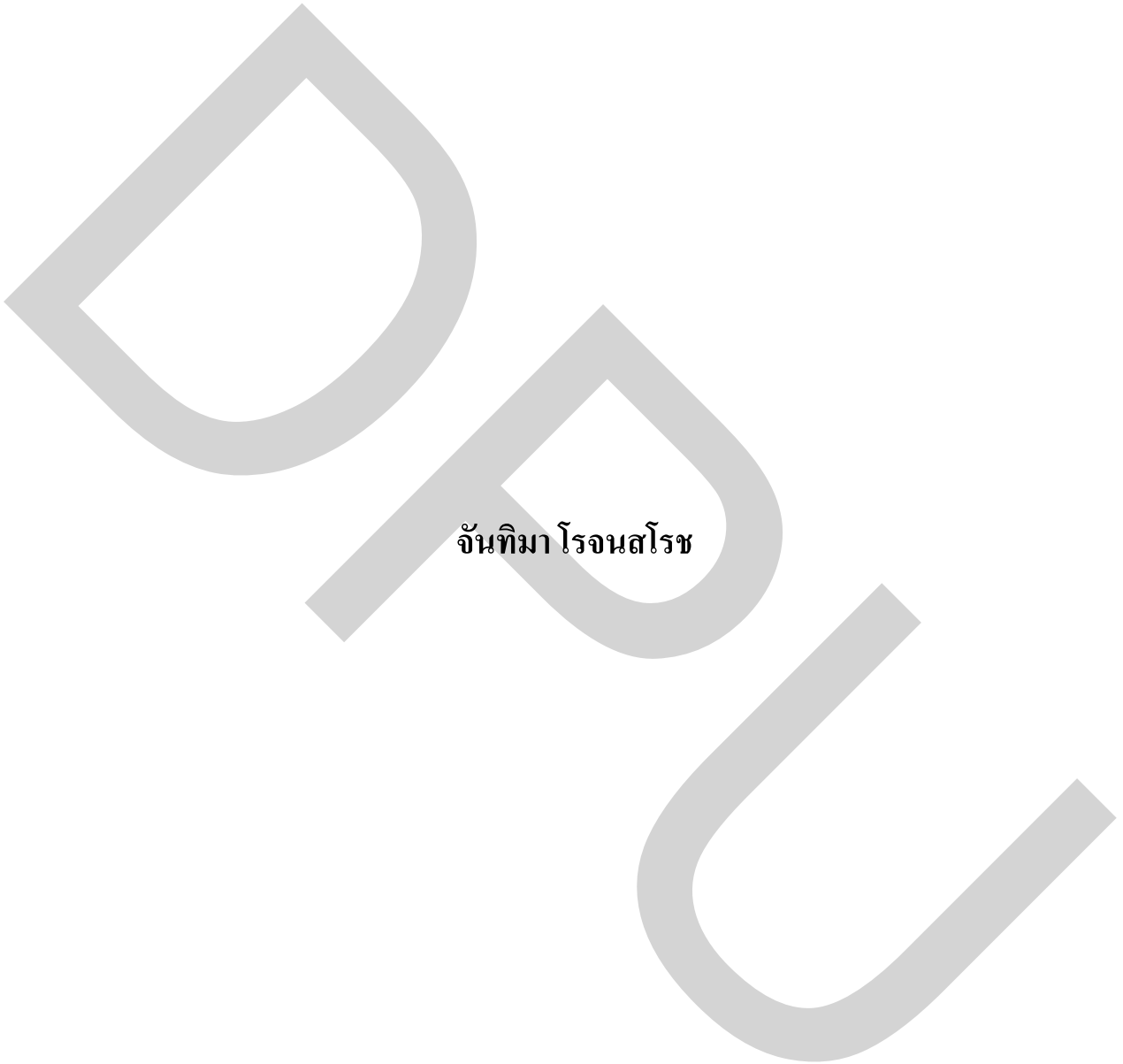


พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างคำพิพากษาศึกษา

ก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของมาตรา 226/1



จันทิมา โรจนสโรช

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2557

**Unfairly Obtained Evidence: Comparison of Supreme Court Decision prior
to Prescribe Section 226/1 with The Enforcement of Section 226/1**

JANTIMA ROJANASAROJ

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pandit University

2014

หัวข้อวิทยานิพนธ์ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่าง
คำพิพากษาศาลฎีกาก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของมาตรา 226/1

ชื่อผู้เขียน จันทิมา โรจนสโรช

อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้นำเสนอให้เห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 แต่อย่างไร เพราะการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ โดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น พนักงานสืบสวน พนักงานสอบสวน ในการแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันก็มีความจำเป็นต้องควบคุมและตรวจสอบ เรียกว่า “หลักตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กร” ซึ่งกระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหารด้วยตนเอง หรือองค์กรตุลาการเพื่อยับยั้งการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานมาลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่รัฐตามหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองระบบนิติรัฐ ซึ่งจะกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของมาตรา 226/1 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า กลับมีผลให้องค์กรตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นการส่งเสริมสนับสนุนการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐเสียมากกว่า

ดังนั้น เมื่อมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2478 ได้บัญญัติหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบไว้ และจากการตีความตามวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายรวมทั้งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของระบบนิติรัฐแล้ว จึงเห็นได้ชัดแล้วว่า มาตรา 226 ได้บัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้เกิดขึ้นและได้มาโดยมิชอบจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง และเมื่อศึกษาหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่

ได้มาโดยมิชอบของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี ซึ่งมีหลักการพื้นฐานรับรองหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐแสวงหาพยานหลักฐานไว้ชัดเจนนั้น ในการพิจารณาพยานหลักฐานควรใช้หลักการและข้อยกเว้นปลีกย่อยของ Inclusionary Rule เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนในกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐแสวงหาพยานหลักฐานโดยชัดแจ้ง ควรใช้หลักดุลยภาพหรือหลักชั่งน้ำหนักของประโยชน์ (Die Abwaegungslehre) เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติมาตรา 226/1 แต่อย่างใด

Thesis Title	Unfairly Obtained Evidence: Comparison of Supreme Court Decision prior to Prescribe Section 226/1 with The Enforcement of Section 226/1
Author	Jantima Rojanasaroj
Thesis Advisor	Professor Dr. Surasak Likasitwattanakul
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

This Thesis presents that it is not necessary to amend Section 226/1 of The Criminal Procedure Code under the Criminal Procedure Code Amendment Act (No. 28) B.E. 2551 (2008) due to the fact that the prescription of Criminal Procedure Code has the purpose of bringing the accused to conviction the guilty by empowering governmental officials such as investigator official and inquiry official to do so. Meanwhile in order to restrain unlawful action by governmental official in procuring evidence to conviction the guilty to the accused, it needs to be controlled and examined or so-called “Principles of Checks and Balances among Organizations” by administrative organizations themselves or judicial organization. Consequently, for protection of right and liberty of people against the use of discretion power of governmental officials according to the substantial fundamental principle under the rule of law, any action causing the effects to the right and liberty of people is permitted upon the statute prescription grants such power to do so. However, in consideration of the contents of Section 226/1 of the Criminal Procedure Code Amendment Act (No. 28) B.E. 2551 (2008), the author opines that its result is rather to give the judicial to have the power to use a discretion to admit unfairly obtained evidence of governmental official which is to support the use of power unlawfully by governmental official.

For this reason, after considering the principle of admissibility prohibition of occurred unfair evidence under Section 226 of the Criminal Procedure Code applicable since B.E. 2478 (1935) and construction in accordance with statute purpose including the protection principle of right and liberty of people which is the fundamental principle under the rule of law, it expressly deems that Section 226 thus prescribes the principle of admissibility prohibition of occurred or acquired unfair evidence through any inducement, promise, threat, deception or other unlawful

means by governmental official. Similarly, after considering the principle of inclusionary discretion over unfairly obtained evidence of the United States of America and Germany which assure the same fundamental protection principle over the right and liberty of people under the Constitution as Thailand, the author opines that in the case where the statute expressly prescribes the granting of power to the governmental official in order to procure evidence, the same principle and incident exclusion of Inclusionary Rule as the United States of America should be applied. On the other hand, if there is no statute expressly prescribing the granting of power to the governmental official to procure evidence, the same principle of balance or weigh of benefit as Germany should be applied. Therefore, it is not necessary to prescribe Section 226/1.

กิตติกรรมประกาศ

ขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ที่อบรมเลี้ยงดูให้รักในการเรียนใฝ่รู้ กราบ
ขอบพระคุณคุณพ่อวิโรจน์ โรจนสโรช ที่ให้การสนับสนุนกำลังทรัพย์ทั้งหมด รวมทั้งให้กำลังใจ
ในการเรียนในทุกระดับชั้นแม้ว่าคุณพ่อจะไม่ได้ได้เห็นความสำเร็จของลูกคนนี้ แต่ขอให้ดวงจิต
ของคุณพ่อได้รับทราบด้วยว่าลูกคนนี้ได้ทำงานสำเร็จแล้วและมีวันนี้ได้เพราะคุณพ่อ คุณแม่ของลูก

ขอกราบนมัสการขอบพระคุณพระปลัดสามารถ ธมฺมชโร วัดไร่ขิง ที่ให้คำปรึกษาและ
ชี้แนะแนวทางการทำงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้สำเร็จสมบูรณ์ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล สำหรับความ
เมตตาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ทั้งยังสละเวลาอันมีค่ายิ่งแนะนำการทำงานวิทยานิพนธ์ และ
ฝึกฝนการทำงานให้มีระเบียบวินัยอย่างเคร่งครัด ที่สำคัญคือความเรียบร้อยและการเตรียมพร้อม
ของเนื้อหางานก่อนที่จะขอคำปรึกษา จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ประธานกรรมการสอบ
วิทยานิพนธ์ ท่านศาสตราจารย์ ดร.อุคม รัฐอมฤต ท่านอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ และ
ท่านรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ สำหรับความเมตตาในการ
สละเวลา ให้คำแนะนำ และข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ในการทำงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จได้
ด้วยดี

ขอขอบพระคุณบุคลากรในหน่วยงานของรัฐ บุคลากรในหน่วยงานปริญญาโท
สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ที่สละเวลาให้ข้อมูลและคำแนะนำในการจัดทำ
วิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จ รวมทั้งเพื่อนร่วมรุ่นทุกคนที่ให้คำแนะนำในการทำงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ขอขอบพระคุณคุณอัจฉริยา ส่วงวัฒนา ที่ช่วยอนุเคราะห์สละเวลาแปลเอกสาร
ต่างประเทศและเพื่อนร่วมรุ่นธรรมศาสตร์ที่คอยให้กำลังใจในการเรียนและการจัดทำวิทยานิพนธ์
เล่มนี้จนสำเร็จ

หากการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์ในการศึกษาแก่ผู้สนใจอยู่บ้าง ผู้เขียนขอ
อุทิศและแสดงความดีทั้งหมดให้แก่คุณพ่อ คุณแม่ ผู้มีพระคุณทั้งหลาย รวมทั้งท่านอาจารย์ทุกท่าน
ทั้งที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	9
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	11
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	12
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	12
2. แนวคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและหลักการ รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ.....	13
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.....	13
2.1.1 ความหมายและความสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชน.....	13
2.1.2 หลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักสากล.....	15
2.1.3 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายไทย.....	19
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ในคดีอาญา.....	23
2.2.1 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน.....	23
2.2.2 แนวคิดว่าด้วยทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	25

สารบัญ (ต่อ)

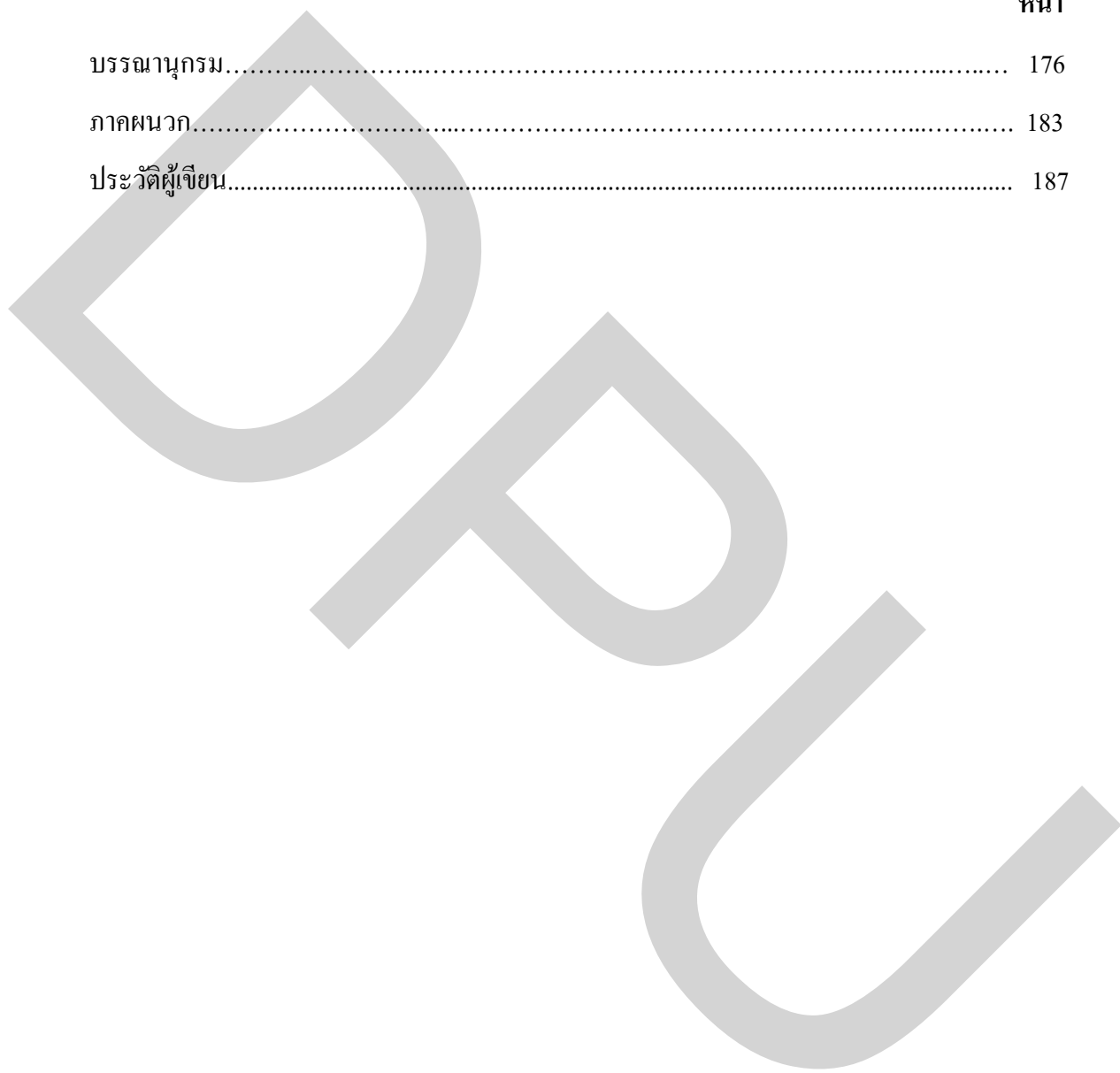
บทที่	หน้า
3. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในต่างประเทศ.....	28
3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	28
3.1.1 ประเทศอังกฤษ.....	29
3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	40
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	58
ประเทศเยอรมนี.....	60
3.2.1 ความเป็นมาของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ ได้มาโดยมิชอบ.....	60
3.2.2 หลักการและเหตุผลของการไม่รับฟังพยาน หลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ	61
3.2.3 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการ ไม่รับฟังพยานหลักฐาน ที่ได้มาโดยมิชอบ.....	67
3.2.4 หลักผลไม่ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Die Fruechte des verifteten Baumes).....	68
3.2.5 สรุปหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดย มิชอบของประเทศเยอรมนี.....	69
4. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทย.....	71
4.1 หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทยก่อน บัญญัติมาตรา 226/1.....	71
4.1.1 เนื้อหาของกฎหมายมาตรา 226.....	71
4.1.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226.....	74
4.1.3 ประเภทของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ.....	77

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1.....	111
4.2.1 เหตุผลในการบัญญัติมาตรา 226/1.....	113
4.2.2 เนื้อหาของมาตรา 226/1	119
4.2.3 ผลของการบัญญัติมาตรา 226/1.....	121
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรา 226 กับผลของมาตรา 226/1.....	122
4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของมาตรา 226/1.....	124
4.4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ พยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ.....	124
4.4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับพยานหลักฐาน ที่ได้มาจากการล่อให้กระทำผิดของเจ้าพนักงาน.....	147
4.4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับพยานหลักฐาน ที่ได้มาจากถ้อยคำของบุคคล.....	149
4.4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้หลัก ผลไม้มองต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree Doctrine).....	156
4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบผลของมาตรา 226 กับกฎหมายต่างประเทศ.....	158
4.6 วิเคราะห์เปรียบเทียบผลของมาตรา 226/1 กับกฎหมายต่างประเทศ.....	160
4.7 วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในประเทศไทย.....	162
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	168
5.1 บทสรุป.....	168
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	172

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บรรณานุกรม.....	176
ภาคผนวก.....	183
ประวัติผู้เขียน.....	187



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เดิมตั้งแต่ พ.ศ. 2478 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 5 ว่าด้วยพยานหลักฐาน ได้บัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานไว้ดังนี้

มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร พยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือมิชอบโดยประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

“พยานหลักฐานทุกชนิดที่น่าจะพิสูจน์ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องมีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นฯ” จะเห็นว่ามาตรา 226 นั้น นักกฎหมายบางส่วนมีความเห็นว่าพยานหลักฐานที่เป็นพยานวัตถุ และพยานเอกสารนั้น ได้มาโดยมิชอบศาลก็ไม่ต้องรับฟัง บทบัญญัติมาตรา 226 ไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟัง⁴ ในขณะที่นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่ามาตรา 226 มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ โดยเฉพาะ เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องการแสวงหาความจริง จึงปล่อยเป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานด้วยตัวเอง⁵ แต่ขณะเดียวกันก็ได้บัญญัติการห้ามรับฟังพยานหลักฐานไว้ซึ่งเรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐาน”⁶

ในการตีความถ้อยคำตามมาตรา 226 ได้มีการแบ่งแนวคิดของนักกฎหมายไว้เป็น 2 แนวคือ

⁴ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551, กุมภาพันธ์). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 16.

⁵ อุดม รัฐอมฤต. (2552). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 218.

⁶ แหล่งเดิม. หน้า 219.

แนวคิดที่หนึ่ง มีความเห็นว่า การ “เกิดจาก” หรือ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานนั้นมีความหมายต่างกัน พยานหลักฐานที่แท้จริงที่มีคุณค่าแห่งการพิสูจน์และเป็นประเด็นแห่งคดีนั้นควรจะต้องรับฟังมาใช้ประโยชน์ในคดี แม้ว่าการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นมาจะเกิดจากการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็เป็นคนละประเด็นกับการรับฟังพยานหลักฐานนั้น ควรจะต้องแยกต่างหากจากการรับฟังพยานหลักฐานขึ้นนั้น เจ้าหน้าที่ที่กระทำผิดหรือกระทำมิชอบในการแสวงหารวบรวมพยานหลักฐานอย่างไรก็ควรแยกไปดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่นั้นต่างหาก ซึ่งเป็นแนวคิดที่รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ⁷ และมาตรา 226 มีเจตนารมณ์ที่จะห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น เช่น ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพเนื่องจากเจ้าพนักงานตำรวจได้พูดข่มขู่หรือใช้กำลังทำร้าย คำรับสารภาพของผู้ต้องหาจึงเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินตามแนวคิดที่หนึ่งมีดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2550⁸ วินิจฉัยว่า การตรวจค้นและการจับกุมของเจ้าพนักงานตำรวจจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันต่างหาก และเป็นคนละขั้นตอนกับการสอบสวนและอำนาจในการฟ้องคดีของโจทก์ ทั้งหามีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่

ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่าแม้ถ้อยคำในมาตรา 226 จะใช้คำว่า “เกิดจาก” หรือ “เกิดขึ้น” ของพยานหลักฐานก็ตาม แต่ก็มีความหมายเช่นเดียวกับ วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์เรื่องการเกิดขึ้นกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานแต่อย่างใด กล่าวคือ การเกิดขึ้นของพยานหลักฐานเป็นการพิจารณาว่าพยานหลักฐานเกิดขึ้นโดยชอบหรือไม่ ส่วนวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเป็นการพิจารณาว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยวิธีการที่ถูกต้องหรือไม่ หากพยานหลักฐานนั้นเกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วแต่การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานนั้นใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การจับ การค้น โดยไม่มีหมายจับ หมายค้น พยานหลักฐานนั้นย่อมไม่สามารถจะรับฟังได้ ประกอบกับประมวล

⁷ จรัญ ภักดีธนากุล. (2553). *กฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 273 .

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2550 (สงเสริม)

⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง*. หน้า 380.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “obtained” ซึ่งหมายถึง “การได้มา” นั้นเอง ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้

นอกจากนี้ ยังมีแนวความคิดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ว่า แม้ว่าพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยไม่ชอบจะเป็นพยานหลักฐานที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้ก็ตาม แต่การที่เจ้าหน้าที่ไปแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เป็นหลักพื้นฐานของสังคมนั้น ก็ทำให้การรับฟังพยานหลักฐานเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายมากขึ้น ย่อมจะเกิดผลเสียต่อสังคมมากกว่าเกิดผลเสียในคดีโดยตัดพยานหลักฐานชิ้นนั้นไป ซึ่งเป็นแนวคิดที่ต้องการจะป้องปรามยับยั้งไม่ให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบในการแสวงหาพยานหลักฐาน แม้ว่าจะเสียประโยชน์คือพยานหลักฐานในคดีไป แต่ก็เกิดประโยชน์ในภาพรวมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศได้¹⁰ ซึ่งแนวคิดนี้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากกว่าจะป้องกันปราบปรามอาชญากรรมเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินตามแนวคิดที่สอง มีดังนี้

เดิมมีคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482¹¹ ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า “โจทก์ฟ้องจำเลยฐานมิสุราเถื่อนไว้ในครอบครอง แต่เจ้าพนักงานค้นบ้านของจำเลยเพื่อจับสุราเถื่อนมียศเป็นนายสิบและพลตำรวจซึ่งมิใช่ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ และเป็นการค้นโดยไม่มีหมาย ทั้งไม่ได้แสดงบริสุทธิ์ไว้ก่อน และไม่ได้ให้ภริยาจำเลยลงชื่อรับรองในบัญชีของกลาง ในข้อกฎหมายศาลฎีกาเห็นว่า เจ้าพนักงานได้ตรวจค้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และมีได้ปฏิบัติในการจับกุมของกลางตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 92,102 ส่วนในข้อที่ว่าจำเลยรับสารภาพนั้น ปรากฏว่ามีได้รับสารภาพในชั้นสอบสวน ดังคำพยานนายร้อยตำรวจตรีแก้ว กมลรัตน์ เจ้าพนักงานผู้สอบสวน จำเลยรับกับนายสิบตำรวจตรีผู้แจ้งจับเท่านั้น

ในข้อเท็จจริงว่าสุรารายนี้เป็นของจำเลยหรือไม่นั้นก็คงมีแต่คำพยานที่มีข้อสงสัยดังศาลอุทธรณ์วินิจฉัย คดีจึงฟังลงโทษจำเลยไม่ได้...”

¹⁰ จรัญ กักศิธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 273.

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482(รศ.).

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าศาลฎีกาตัดสินว่าพยานมีข้อสงสัย จึงฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ แต่การวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่า “เจ้าพนักงานได้ตรวจค้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และมีได้ปฏิบัติในการจับกุมของกลางตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 92,102” น่าจะเป็นแนวทางในการวินิจฉัยของศาลในเรื่องเจ้าพนักงานกระทำโดยไม่มีอำนาจ ซึ่งเห็นได้ว่าศาลทำหน้าที่กานอำนาจของฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่ได้สนับสนุนการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันเป็นการรองรับหลักการถ่วงดุลอำนาจ และสนับสนุนหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐนั่นเอง

ต่อมามีคำพิพากษาของศาลจังหวัดอุดรธานีในคดีหมายเลขแดงที่ 2358/2542¹² ซึ่งสรุปใจความสำคัญได้ว่า คดีนี้ โจทก์ฟ้องจำเลยในความผิดต่อ พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษและพ.ร.บ.อาวุธปืน โดยข้อเท็จจริงมีว่า เจ้าพนักงานได้ค้นที่เกิดเหตุโดยไม่มีหมายของศาล ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยคือ ประเด็นแรก การตรวจค้นของเจ้าพนักงานชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 238 หรือไม่ สรุปได้ว่าการตรวจค้นยาเสพติดให้โทษปฏิบัติไม่ถูกต้องตามที่ พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2519 บัญญัติไว้ และไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 238

ประเด็นที่สอง พยานหลักฐานที่ค้นพบในที่เกิดเหตุจะสามารถนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยทั้งสามผิดหรือไม่ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นโดยไม่มีหมายค้นของศาล ดังนั้นพยานหลักฐานต่างๆ ที่ค้นพบเนื่องจากการตรวจค้นจึงเป็นพยานหลักฐานที่มีชอบด้วยกฎหมายไม่อาจนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยทั้งสาม แม้จำเลยทั้งสามจะรับสารภาพก็ไม่อาจลงโทษจำเลยที่ 2 ได้

คดีนี้ แม้จะเป็นคำพิพากษาของศาลชั้นต้น แต่ก็ก็เป็นคำพิพากษาที่วางหลักในเรื่อง

¹² คดีหมายเลขดำที่ 2043/2541. อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. (2550). ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐาน ในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบ. หน้า 117-120.

การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นต้องไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นสิทธิที่กฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของนักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่ามาตรา 226 เป็นหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่เคร่งครัดเกินไปโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา จากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจในชั้นจับกุมหรือชั้นสืบสวนสอบสวน เช่น การจับโดยไม่มีความหมายจับ หรือการค้นโดยไม่มีความหมายค้น การข่มขู่หรือจูงใจให้เขารับสารภาพและบอกที่ซ่อนของพยานหลักฐานที่มีไว้หรือใช้ในการกระทำความผิด การดักฟังข้อมูลทางโทรศัพท์ การตรวจร่างกายโดยฝ่าฝืนความยินยอมเพื่อหาพยานหลักฐานจากร่างกายของผู้กระทำความผิด เป็นต้น โดยเห็นว่าจะมีผลทำให้สูญเสียพยานหลักฐานที่มีคุณค่าเชิงพินิจหรือพยานหลักฐานที่สำคัญในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อันเป็นนโยบายของรัฐในการปราบปรามอาชญากรรมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

ต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2551 จึงได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 บัญญัติมาตรา 226/1 ดังนี้

มาตรา 226/1 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) คุณค่าในเชิงพินิจ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ

(4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด”

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 226/1 แล้วจะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญดังนี้

หลัก ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยไม่ชอบ หรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยไม่ชอบศาลจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ เป็นการบัญญัติยืนยันหลักมาตรา 226 นั้นเอง

แต่เพื่อมิให้เป็นการเคร่งครัดจนเกินไป มาตรา 226/1 จึงผ่อนคลายเป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา 226/1 กำหนดไว้¹³

ดังนั้น จะเห็นว่าการบัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 226 ซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่พ.ศ.2478 และมาตรา 226/1 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 นั้นสอดคล้องกัน

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยไม่ชอบ เช่น ปิ่นเป็นหลักฐานในการกระทำความผิด แต่เจ้าพนักงานได้มาโดยไม่มีความหมายค้น หรือไม่มีเหตุแห่งการค้น ซึ่งทั้งมาตรา 226 และ มาตรา 226/1 วรรคแรกตอนต้น ห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานแต่มาตรา 226/1 วรรคแรกตอนต้นได้ผ่อนคลายเป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

แต่ถ้าเป็นเพียงการทำไม่ถูกต้องในเรื่องปลีกย่อยของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น เช่น บันทึกรายละเอียดแห่งการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 103 กรณีไม่ถือเป็นการค้นโดยไม่ชอบ พยานวัตถุที่ได้มาจากการค้นนั้นย่อมรับฟังได้อยู่แล้วตามมาตรา 226 ไม่ต้องใช้มาตรา 226/1¹⁴

การที่กฎหมายอาญาเป็นเรื่องการค้นหาความจริง โดยการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามนโยบายปราบปรามอาชญากรรมของประเทศ ซึ่งเป็นหน้าที่ของเจ้า

¹³ เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 24.

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 25.

พนักงานของรัฐตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 2(11)¹⁵ เนื่องจากการแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา นั้น ไม่สามารถทำได้โดยง่าย อาจต้องใช้วิธีการที่ผิดกฎหมาย เช่น การค้น การจับ ที่ไม่มีหมายค้นหรือหมายจับ การดักฟังทางโทรศัพท์ การตรวจร่างกายโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ต้องหา หรือการข่มขู่เพื่อให้ผู้ต้องหารับสารภาพหรือวิธีการที่ไม่ชอบเพื่อพาไปหาหลักฐานที่มีไว้เป็นความผิดหรือที่ใช้ในการกระทำผิด ซึ่งหากเจ้าพนักงานไม่ทำเช่นนั้นก็อาจจะไม่ได้พยานหลักฐานขึ้นสำคัญในการพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ต้องหาได้เช่นกัน ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งขอยกเป็นเพียงตัวอย่าง ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เรื่องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในชีวิต ร่างกาย

มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในชีวิตเสรีภาพในร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคหนึ่ง

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ...” เป็นต้น

2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีดังนี้

¹⁵ มาตรา 2 (11) “การสอบสวน หมายถึงการรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหาเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ”

มาตรา 57 “ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติในมาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 92 และมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายนี้ จะจับ ขัง จำคุก หรือคั่นในทึรโหลานหาตัวคนหรือสิ่งของ ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาลสำหรับการนั้น...”

มาตรา 78 “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่...”

มาตรา 92 “ห้ามมิให้คั่นในทึรโหลานโดยไม่มีหมายคั่นหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้คั่นและในกรณีดังต่อไปนี้...”

มาตรา 93 “ห้ามมิให้คั่นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้คั่นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด” เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่ พ.ศ.2478 ได้บัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานไว้ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทตัดพยานหลักฐานที่เคร่งครัด ไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เพื่อยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานอันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองไว้แล้วซึ่งแม้ว่าศาลจะวินิจฉัยไปในแนวที่ต่างกันแล้วแต่ความเห็นของแต่ละองค์กรขณะที่วินิจฉัยก็ตาม เหตุใดจึงต้องมีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 226/1 ซึ่งกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบไว้แล้วยังจำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลอีกด้วย

นอกจากนี้ การที่มาตรา 226/1 ได้บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบโดยชัดแจ้งจะเป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบอันเป็นการขัดต่อหลักการปกครองในระบบนิติรัฐซึ่งมีหลักการที่สำคัญคือ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ

บุคคลหรือไม่ ซึ่งการที่รัฐจะแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้¹⁶ ประกอบกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ¹⁷

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
2. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหลักการไม่ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทยตามมาตรา 226
4. เพื่อศึกษาที่มาของการบัญญัติมาตรา 226/1 และผลของการบัญญัติมาตรา 226/1
5. เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยในการใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของการบัญญัติมาตรา 226/1
6. เพื่อวิเคราะห์ว่าการบัญญัติมาตรา 226/1 มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในประเทศไทยหรือไม่อย่างไร
7. เพื่อศึกษาว่าควรนำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศใด เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศเยอรมนี มาใช้กับประเทศไทยจึงจะมีความเหมาะสม

1.3 สมมติฐานการศึกษา

จากความเห็นที่ไม่ตรงกันของนักกฎหมายไทยในเรื่องการตีความการเกิดขึ้นกับการได้มาของพยานหลักฐานนั้น ทำให้แนวคำวินิจฉัยของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา นั้นไม่ได้เป็นไปในแนวเดียวกันเพราะแม้ว่าจะมีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่เคร่งครัดตามมาตรา 226 ก็ตาม แต่มาตรา 226 ยังมีการเขียนถ้อยคำที่ยังต้องการตีความ นั่นคือ คำว่า “เกิดจาก” ว่ารวมถึงการ “ได้มา” ด้วยหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีซึ่งจะเป็นไปในแนวใดก็ขึ้นอยู่กับองค์คณะผู้พิพากษาแต่ละองค์คณะว่ามีความเห็นอย่างไร

อย่างไรก็ตามในการที่ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหา

¹⁶ บรรณเจต สังกะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. หน้า 26-27.

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 36-37.

พยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานอันเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ได้มีทฤษฎีว่าด้วยการให้ความยุติธรรมทางอาญาซึ่งแบ่งเป็น 2 รูปแบบ คือ ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีจุดมุ่งหมายสุดท้ายคือประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการป้องกันอาชญากรรม โดยไม่คำนึงถึงคุณค่าในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเท่ากับประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรม ซึ่งมีผลทำให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจในการแสวงหาพยานหลักฐานไม่ว่าจะกระทำโดยชอบหรือไม่ก็ตาม ส่วนทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due process Model) นั้น เป็นรูปแบบของกระบวนการพิจารณาความอาญาที่คำนึงถึงคุณค่าในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งต่อต้านการใช้อำนาจโดยไม่ชอบโดยการจำกัดอำนาจของรัฐไม่ให้กระทำการใดที่จะเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือประชาชน ซึ่งจะต้องมีการถ่วงดุลอำนาจโดยองค์กรอื่น เช่น องค์กรตุลาการหรือศาล เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการบริหารกระบวนการยุติธรรมนั้นจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นอย่างดีเหมาะสม แต่จะอย่างไรจึงจะมีการรักษาความสมดุลดังกล่าวให้ควบคู่กันไปได้ จึงต้องไปพิจารณาการพัฒนาระบบการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา และประเทศในกลุ่มที่ใช้ประมวลกฎหมาย เช่น เยอรมนี เป็นต้น

จากการศึกษาผู้เขียนจึงตั้งสมมติฐานว่า ในกรณีที่มิกฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานไว้อย่างชัดเจนน่าจะนำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้เป็นหลักในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทย ซึ่งมีหลักการคือ ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) เป็นหลัก แต่ก็มีข้อยกเว้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งมีได้ไปกระทบต่อหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด นอกจากหลักห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้โดยมิชอบ (Exclusionary Rule) แล้ว สหรัฐอเมริกายังขยายผลครอบคลุมไปถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากการรับฟังพยานหลักฐานชิ้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบ นั่นคือ ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree) แต่ก็ยังมี

ข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวอีกด้วย ซึ่งหลักการและข้อยกเว้นทั้งหลายของสหรัฐอเมริกาที่ต่างก็มีแนวคิดที่ยึดหลักเพื่อยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักนั่นเอง

ส่วนในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้ชัดแจ้งนั้นน่าจะใช้หลักของทฤษฎีดุลยภาพ หรือทฤษฎีซึ่งน้ำหนักของประโยชน์ ซึ่งวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป โดยในด้านหนึ่งเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริงและการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ การกระทำผิดอาญาที่ถูกฟ้องร้อง และความรุนแรงของความน่าตำหนิ ส่วนในอีกด้านหนึ่งเป็นการเปรียบเทียบถึงความสำคัญของประโยชน์ที่ถูกละเมิด และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความอาญาความแล้ว ต้องเปรียบเทียบถึงความสำคัญต่อบัญญัติดังกล่าว อันเป็นการชั่งน้ำหนักของรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีใดคดีหนึ่งกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน

หากประเทศไทยใช้หลักการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนีแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 226/1 ซึ่งมาตรา 226/1 วรรคแรกได้บัญญัติให้ดุลพินิจแก่ศาลไว้อย่างชัดแจ้งแต่ก็ยังมีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจไว้ตามมาตรา 226/1 วรรคสองตามหลักกฎหมายของอังกฤษและออสเตรเลีย ที่ให้ดุลพินิจแก่ศาลอย่างกว้างขวางในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งการบัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานไว้อย่างชัดแจ้งนี้สำหรับประเทศไทยเท่ากับเป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานของรัฐแสวงหาพยานหลักฐานตามอำเภอใจโดยฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อนำพยานหลักฐานนั้นมาเข้าสู่สำนวนแล้วให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าจะรับฟังพยานหลักฐานนั้นหรือไม่ในชั้นพิจารณาคดี ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจในประเทศที่มีการปกครองระบบนิติรัฐอย่างประเทศไทย ซึ่งต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจกันโดยฝ่ายตุลาการจะตรวจสอบหรือคานอำนาจกับฝ่ายบริหาร กล่าวคือ หากเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานมาโดยมิชอบแล้ว ศาลต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศให้การรับรองคุ้มครองไว้นั่นเอง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยศึกษาจากแนวคิดและทฤษฎีมาตรฐานทางกฎหมายต่างประเทศในระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา และในระบบซีวิลลอว์ เช่น ประเทศเยอรมนี ซึ่งผู้เขียนจะนำมาเปรียบเทียบกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทย โดยวิธีเปรียบเทียบคำพิพากษาฎีกาก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของการบัญญัติมาตรา 226/1 ตลอดจนข้อคิดเห็นว่า การบัญญัติมาตรา 226/1 เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในประเทศไทยซึ่งมีกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งได้รับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้เป็นหลักการสำคัญหรือไม่ หรือควรจะนำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศใดมาใช้จึงจะเหมาะสมกับระบบกฎหมายของไทย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) จากตำรากฎหมาย วิทยานิพนธ์ บทความในวารสาร แนวคำพิพากษาฎีกาทั้งในประเทศและต่างประเทศ รายงานการประชุม รายงานการวิจัย ตลอดจนเอกสารทางวิชาการที่ได้มาในรูปแบบของข้อมูลทาง Internet เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้เป็นระบบในการหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบแนวความคิดเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
2. ได้ทราบแนวคิดเรื่องหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของต่างประเทศ
3. ได้ทราบหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทยตามมาตรา 226
4. ได้ทราบที่มาของการบัญญัติมาตรา 226/1 และผลของการบัญญัติมาตรา 226/1
5. ได้เปรียบเทียบคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยในการใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของมาตรา 226/1 ว่ามีผลต่างกันอย่างไร
6. ได้ทราบว่า การบัญญัติมาตรา 226/1 มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในประเทศไทยหรือไม่อย่างไร
7. ได้ทราบว่าควรนำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศใดมาใช้กับประเทศไทยจึงจะเหมาะสม

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและหลักการรับ

ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

การปกครองประเทศในระบบเสรีประชาธิปไตยโดยยึดถือหลักนิติรัฐอันเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายบริหาร แต่เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพจากการกระทำของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาลงโทษผู้กระทำความผิดอันเป็นนโยบายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมของประเทศอย่างหนึ่งนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดเจนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นๆ ของแต่ละประเทศ ซึ่งหากเจ้าพนักงานกระทำละเมิดกฎหมายเหล่านั้นแล้วจะต้องมีผลทำให้พยานหลักฐานเหล่านั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งต้องห้ามมิให้ศาลรับฟัง สิทธิเสรีภาพของประชาชนในอันที่จะได้รับการรับรองคุ้มครอง หรือการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะมีลักษณะเป็นอย่างไรนั้นผู้เขียนจะได้อธิบายถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.1.1 ความหมายและความสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชน

“สิทธิ” (Right) ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่าอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน² นอกจากนี้ยังมี “สิทธิตามกฎหมาย

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 16.

รัฐธรรมนูญ” ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน อย่างหนึ่ง ซึ่งหมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง คุ่มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง และยังรวมถึง “การให้หลักประกันในทางหลักการ” (Die Institutionellen Garantien) ซึ่งหมายถึงมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังนี้อาจกล่าวได้ว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐซึ่งองค์ผู้ใช้ อำนาจทั้งหลายจะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ³

“เสรีภาพ” (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นอันเป็น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง นั่นคือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Selfdetermination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็น อำนาจที่มีอยู่เหนือตนเอง

ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพจึงมีความแตกต่างกัน โดยสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อ เรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่ เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่นการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่าง หนึ่งให้แก่บุคคล ย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอัน เนื่องมาจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพ⁴ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงหมายถึง บุคคลย่อมมี สิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง อันจะก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ บุคคลอื่นย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น⁵

สิทธิเสรีภาพถือเป็นพื้นฐานอย่างหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity)

³ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 58.

⁴ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 17.

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 61.

ซึ่งในประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) ที่ทั้งหลายถือว่าสิทธิเสรีภาพเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ โดยจะยึดมั่นอยู่ในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งจะยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายและในทางจิตใจไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้นจึงสามารถกระทำได้ ทั้งนี้เพราะถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การกระทำของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์ถือเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐมิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมต้องดำรงอยู่เพื่อมนุษย์มิใช่ดำรงอยู่เพื่อรัฐ⁶

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายบริหาร อันได้แก่รัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ตามหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมนี้ องค์กรฝ่ายบริหารจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง (แม้การกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบของผู้อื่นหรือเพื่อปกป้องรักษาประโยชน์ของมหาชนโดยส่วนรวมก็ตาม) ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น⁷

2.1.2 หลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักสากล⁸

สิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์และเป็นสิทธิที่เป็นสากล (Universal Right) ซึ่งดำรงอยู่ทั่วไป โดยกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความคุ้มครองไว้ดังนี้

⁶ ศิริินทร์ อินทรวิชะ. (2548). การแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ถูกกล่าวหา : ศึกษาการตรวจตัวและการค้นตัวในการดำเนินคดีอาญา. หน้า 12.

⁷ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 10.

⁸ ศิริินทร์ อินทรวิชะ. เล่มเดิม. หน้า 14 – 16.

2.1.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948)

เรื่องสิทธิและเสรีภาพมีความสำคัญอย่างยิ่ง องค์การสหประชาชาติจึงได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ขึ้นเพื่อเป็นมาตรฐานร่วมกัน เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับและถือปฏิบัติต่อสิทธิอันเป็นสากลและได้ผลทั้งในหมู่ประเทศรัฐสมาชิกเอง และบรรดาประชาชนในดินแดนที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐสมาชิก โดยมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นให้ประชาชนและประชาชาติทั้งมวลเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงเป็นเรื่องของสิทธิและหน้าที่ ซึ่งสิทธิในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ⁹

(1) สิทธิของพลเมืองและการเมือง (Civil and political Rights) ปรากฏอยู่ในข้อ 10 ถึง ข้อ 21

(2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights) ปรากฏอยู่ใน ข้อ 22 ถึง ข้อ 28

กรณีการให้ความคุ้มครองบุคคลให้พ้นจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นสิทธิของพลเมือง ปฏิญญาสากลฉบับนี้ ได้ให้ความคุ้มครองไว้ดังนี้

(1) หลักประกันความมั่นคงพื้นฐานในสิทธิ เสรีภาพของบุคคล (ข้อ 3) กล่าวคือ บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย

(2) การที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลใดนั้น จะต้องมิกฎหมายให้อำนาจจะกระทำตามอำเภอใจมิได้ (ข้อ 9)

(3) บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีสิทธิสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ (ข้อ 11(1))

(4) หลักของสิทธิความเป็นส่วนตัว (Private Right) ที่จะไม่ถูกสอดแทรกจากบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิ (ข้อ 12)

ปฏิญญาสากลฉบับนี้ มิได้มีผลผูกพันประเทศสมาชิกแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีสภาพบังคับ (Sanction) ไม่ถือเป็นกฎหมาย เป็นเพียงความคิดที่ก่อให้เกิดความผูกพันต่อกันที่จะให้

⁹ จรัญ โฆษณานันท์. (2545). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. หน้า 288.

สมาชิกยึดถือปฏิบัติตาม โดยการออกกฎหมายภายในอีกชั้นหนึ่ง¹⁰

2.1.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 เป็นการเน้นย้ำแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของพลเมืองและการเมืองจากปฏิกิริยาของศาลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ที่เห็นว่าการยอมรับต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดและสิทธิเสมอภาคอันไม่อาจพรากไอนได้ของมนุษย์เป็นรากฐานของเสรีภาพซึ่งสิทธิเหล่านี้มีที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งกติการะหว่างประเทศฉบับนี้มีบทบัญญัติคุ้มครองบุคคลให้พ้นจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ดังนี้

(1) การจับ คุมขัง หรือติรอนเสรีภาพของบุคคลจะกระทำมิได้ หากไม่มีเหตุหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้

(2) สิทธิส่วนตัวของบุคคลจะไม่ถูกรบกวน รวมไปถึงการคุ้มครองการถูกลักลอบดักฟัง ฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ไว้ด้วย

รัฐภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ จะมีพันธะหน้าที่ โดยจะต้องเคารพและให้ความมั่นใจแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายใต้อำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาลฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ¹¹ ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรืออื่นใดในขณะนี้ รัฐภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะดำเนินการเป็นขั้นตอนอย่างสอดคล้องกับกระบวนการทางรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกติการะหว่างประเทศฉบับนี้¹² ดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นเพื่อให้เกิดการเคารพและยืนยันในสิทธิทั้งหลาย

¹⁰ สุพร วัฒนวงศ์วรรณ. (2529). การคุ้มครองเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา. หน้า 17.

¹¹ ข้อ 2 (1) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.

¹² ข้อ 2 (2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.

และสร้างความมั่นใจแก่การมีสิทธิต่อปัจเจกชนทุกคน โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ ซึ่งมีผลตามกฎหมายเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540¹³

นับตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ประเทศสมาชิกดังเช่นสหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส ซึ่งเป็นแบบอย่างให้ประเทศต่างๆ ได้นำแนวความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้เข้าไปบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศตน ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติการเคารพต่อสิทธิที่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจะเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก¹⁴

นอกจากจะปรากฏหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว ปัจจุบันยังถือว่าประชาชนจะมีความสุขได้มีใช้เพียงเพราะว่าอยู่ในประเทศซึ่งมีระบบการปกครองที่ดีเท่านั้น แต่จะต้องมีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ด้วยเหตุนี้จึงถือกันในเวลาต่อมาว่ารัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์และเป็นประชาธิปไตยจะต้องมีบทคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเรียกว่า “Bill of Rights” ด้วยสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าแต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องเคารพและคำนึงถึงอยู่เสมอว่าบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพมิได้มีฐานะเป็นเพียงคำประกาศอุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว¹⁵

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ บางกรณีบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมบูรณ์ (Absolute) กล่าวคือ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ แต่บางกรณีบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะ

¹³ กุลพล พลวัน. (2547) *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. หน้า 236.

¹⁴ วิวัฒน์ วงศ์กิตติรักษ์. (2549, ธันวาคม). “มนุษยชนในระดับสากล”. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 8 (2). หน้า 62.

¹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 9.

จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นๆ ในภายหลังได้ เฉพาะแต่สิทธิเสรีภาพในมโนธรรมหรือในทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่อำนาจอย่างสมบูรณ์ ส่วนสิทธิและเสรีภาพในการกระทำนั้น รัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์เสมอ เพราะการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นจำเป็นต้องมีระเบียบวินัย แต่ละคนจะใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้อื่นต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชน (Public Interest) ไม่ได้ ความจริงข้อนี้ทำให้ต้องยอมรับว่าองค์กรต่างๆ ของรัฐหรืออีกนัยหนึ่ง “ผู้ปกครอง” มีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน¹⁶ รัฐหรือองค์กรมีจึงมีหน้าที่ให้ความมั่นใจกับประชาชนว่าจะไม่ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจและปฏิบัติ ตามกฎหมายระเบียบข้อบังคับต่างๆ ที่กำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าพนักงานไว้เท่านั้นจึงจะกระทำได้

ดังนั้น การล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลที่มีกฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ เช่น เจ้าพนักงานใช้อำนาจจับกุมหรือตรวจค้นราษฎรโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกจากจะเป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลแล้วยังเป็นการฝ่าฝืนต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดและละเมิดปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

2.1.3 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยได้กำหนดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังต่อไปนี้

2.1.3.1 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ได้บัญญัติหลักประกันสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ดังนี้

1) หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกาย

¹⁶ แหล่งเดิม. หน้า 37 – 38.

มาตรา 32 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้าย หรือ ไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้...

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่ มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุ
 อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำ
 มิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ...”

2) หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคหสถาน

มาตรา 33 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข
 การเข้าไปในเคหสถาน โดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจ
 ค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุผลอย่าง
 อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

3) หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสาร

มาตรา 35 “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อม
 ได้รับความคุ้มครอง...

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ โดยมีขอบจากข้อมูลส่วนบุคคล
 ที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

มาตรา 36 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ กัก หรือ ปิดผนึกสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน การกระทำด้วยประการอื่นใด
 เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัย
 อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบ
 เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

4) หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

มาตรา 40 “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(3) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมี

สิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง”

2.1.3.2 หลักประกันสิทธิเสรีภาพตามของบุคคลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษและในขณะเดียวกันก็มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหา ทั้งนี้เพราะ กฎหมายเป็นผู้รักษาประโยชน์ของสังคมและในขณะเดียวกันก็เป็นผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลด้วย¹⁷

การกระทำผิดทางอาญาตามหลักทั่วไปถือว่าเป็นการกระทำผิดต่อความสงบสุขของรัฐ ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดจึงตกเป็นภาระหน้าที่โดยตรงของรัฐ รัฐจึงก่อตั้งสถาบันต่าง ๆ ขึ้นดำเนินการให้มีศาลเพื่อพิจารณาพิพากษาความผิด มีเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการเพื่อจับกุมสอบสวนและฟ้องร้องผู้กระทำผิดต่อศาล อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของเอกชน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงต้องวางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพตามสมควร เพื่อวัตถุประสงค์ทั้งในการปราบปรามลงโทษผู้กระทำผิดและในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้ถูกกล่าวหาดังที่กล่าวข้างต้นด้วย¹⁸

หลักประกันสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีดังนี้

1) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกาย

มาตรา 132 “เพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมพยานหลักฐาน ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) ตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอม หรือตรวจตัวผู้ต้องหาหรือตรวจสิ่งของหรือที่ทางอันสามารถอาจเป็นพยานหลักฐานได้ ให้รวมทั้ง ...พิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า...”

มาตรา 132 (1) เป็นการบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐในการตรวจร่างกายนอก คือ ตรวจสิ่งของที่ปรากฏบนร่างกายของบุคคลเท่านั้น เช่น การตรวจบาดแผล หรือลาย

¹⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2536). “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา”. *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์*. หน้า 14.

¹⁸ คณิง ภาไชช. (2543). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. หน้า 17.

พิมพ์นิ้วมือนิ้วเท้า เศษดิน เศษหญ้า และอื่นๆ ที่ไม่ใช่เป็นการนำสิ่งทีมาจากร่างกายของบุคคลโดยตรง¹⁹ เช่น การบังคับให้เจาะเลือด การเก็บเส้นผม ขน หรือสารคัดหลั่งอื่น ๆ ที่นำมาจากร่างกายของบุคคลโดยตรงแต่อย่างใด

มาตรา 135 “ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ เพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างไรๆ ในเรื่องที่ต้องหาขึ้น”

ถ้อยคำในมาตรา 135 ที่ว่า “โดยมิชอบประการใดๆ เป็นการบัญญัติขึ้นมาใหม่ (โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 22 พ.ศ. 2547) เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 243 วรรคสอง (ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว) และเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งใช้คำว่า “โดยมิชอบประการอื่น” ซึ่งในประเด็นนี้มีผู้อธิบายว่า คำว่า “โดยมิชอบประการอื่น” ตามมาตรา 226 หมายความว่า “การซักถามผู้ต้องหาจนเกินขอบเขตธรรมดาจนเห็นได้ว่าเป็นการทรมานต่อจิตใจหรืออนาถ หรือว่าการกระทำให้ผู้ต้องหาตกอยู่ในอำนาจของเคมีภัณฑ์นั้น... เชื่อไม่ได้ว่าผู้ต้องหาให้การโดยสมัครใจ”²⁰ ด้วยเหตุนี้คำว่า “โดยมิชอบประการใดๆ” ตามมาตรา 135 และคำว่า “โดยมิชอบประการอื่น” ตามมาตรา 226 จึงน่าจะมีความหมายสอดคล้องกัน กล่าวคือ โดยมิชอบในทำนองเดียวกับการให้คำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวง ทรมาน หรือใช้กำลังบังคับนั่นเอง ซึ่งทำให้ผู้ต้องหาให้ถ้อยคำออกมาโดยไม่สมัครใจ²¹ ประกอบกับหัวใจของบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ คือ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ของผู้ต้องหา²²

มาตรา 78 “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่...”

¹⁹ ยูพาทรณ์ วงศ์วิกรานต์. (2547). การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 2.

²⁰ ประมุข สุวรรณศรี. (2514). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 105.

²¹ เกียรติจักร วจนสวัสดิ์. (2553). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 562.

²² คณิต ฅ นคร. (2552). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. หน้า 115.

มาตรา 81 “ไม่ว่าจะมีหมายจับหรือไม่ก็ตาม ห้ามมิให้จับในที่รโหฐาน เว้นแต่จะทำได้ทำตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้อันว่าด้วยการค้นในที่รโหฐาน”

มาตรา 85 “เจ้าพนักงานผู้จับหรือรับตัวผู้ถูกจับไว้ มีอำนาจค้นตัวผู้ต้องหา...”

มาตรา 93 “ห้ามมิให้ค้นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด...”

2) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคหสถาน

มาตรา 91 “ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นและในกรณีดังต่อไปนี้...”

3) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสาร

มาตรา 105 “จดหมาย ไปรษณีย์ โทรเลข สิ่งพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่ส่งทางไปรษณีย์และโทรเลข จากหรือถึงผู้ต้องหาหรือจำเลย และยังมีได้ส่ง ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน ใต้วานมูลฟ้อง พิจารณาหรือการกระทำอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ให้ขอคำสั่งจากศาลถึงเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์โทรเลขให้ส่งเอกสารนั้นมา...”

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีอาญา

ในคดีอาญาที่รัฐเป็นโจทก์ กฎหมายให้อำนาจกับเจ้าพนักงานในการสืบสวนสอบสวนคดี โดยวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งในบางครั้งเจ้าพนักงานได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตแห่งอำนาจที่กฎหมายได้ให้อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องหา จึงมีผลทำให้พยานหลักฐานที่ได้มานั้นเป็นพยานหลักฐานที่มิชอบ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปนี้

2.2.1 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน

2.2.1.1 ความหมายของพยานหลักฐาน²³

พยานหลักฐาน หมายถึง สิ่งชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งและเป็นสิ่งที่ยืนยัน

²³ รุานิศร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 11.

สนับสนุนข้ออ้างที่มุ่งถึงสิ่งที่บ่งถึงหรือช่วยให้งบความเท็จและความจริงในข้อเท็จจริงที่คู่ความทุ่มเถียงกัน²⁴ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นสิ่งที่มาพิสูจน์ว่าข้อกล่าวอ้างในคดีเป็นความจริง²⁵ ดังนั้นพยานหลักฐานจึงหมายถึง สิ่งใดๆ ที่แสดงถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่ศาล²⁶ ที่สามารถแบ่งประเภทตามรูปลักษณะได้ออกเป็น 3 รูปแบบด้วยกันคือ พยานบุคคล²⁷ พยานเอกสาร²⁸ พยานวัตถุ²⁹ ดังนั้นกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานในขั้นตอนก่อนการพิจารณา อันได้แก่ การสืบสวนสอบสวนจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมเป็นอย่างมาก เพราะขั้นตอนดังกล่าวเป็นขั้นตอนแห่งต้นสายของกระบวนการยุติธรรมและเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุด โดยเฉพาะพนักงานสอบสวนมีอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวาง ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 131³⁰ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยอันมีสาระสำคัญในเนื้อหา 2 ประการคือ เนื้อหาในเรื่องของการรวบรวมพยานหลักฐาน และเนื้อหาว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับ³¹

2.2.1.2 การแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมีชอบของเจ้าพนักงาน

²⁴ ยี่งศักดิ์ กฤษณะจินดา. (2524). *กฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 2.

²⁵ แวว ยอดผยอง. (2509). *กฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 3

²⁶ โสภณ รัตนกร. (2544). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 19.

²⁷ พยานบุคคล หมายถึง ผู้ที่จะต้องเปิดเผยถึงการรับรู้ของตนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยการให้ถ้อยคำ อ้างถึงในคดี ณ นคร. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 218.

²⁸ พยานเอกสาร หมายถึง ข้อมูลที่บันทึกไว้ในสื่อชนิดใดก็ตามสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้และนำสืบชนิดที่บันทึกข้อมูลดังกล่าวขึ้นมาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลก็ให้ถือเป็นพยานหลักฐานและให้รวมถึงสื่อที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสื่อสารสนเทศอื่นๆ ด้วย อ้างถึงใน ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์. (2545, มิถุนายน). “การรับฟังสื่อบันทึกเสียงและภาพในกฎหมายลักษณะพยาน”. *วารสารนิติศาสตร์*, 32, 2. หน้า 372.

²⁹ พยานวัตถุ หมายความว่า วัตถุอย่างใด อันมิใช่เอกสารซึ่งคู่ความนำส่งเพื่อให้ศาลตรวจ โดยอาจเป็นสิ่งที่มิมีชีวิต เช่น ร่างกายมนุษย์ สถานที่ สัตว์ หรือเป็นสิ่งไม่มีชีวิตที่คู่ความนำมาให้ศาลเห็นได้ด้วยตา หรือให้ศาลไปดูอยู่ที่พยานอยู่. อ้างถึงใน ยี่งศักดิ์ กฤษณะจินดาและวุฒิพงษ์ เวชยานนท์. (2541). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 376-377.

³⁰ มาตรา 131 บัญญัติว่า “ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพดิดการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่าหาว...”

³¹ คณิต ณ นคร. (2528). “วิธีพิจารณาความอาญาของไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน”. *วารสารนิติศาสตร์*, 15 (3). หน้า 11.

เมื่อกล่าวถึงการแสวงหาพยานหลักฐานในปัจจุบันเจ้าพนักงานรัฐอาจทำได้ด้วยวิธีคือ³²

- (1) การใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการ เข้าค้น เพื่อยึดพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ จากเคหสถานของบุคคล
- (2) การใช้วิธีแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการจับ การค้นเพื่อยึดพยานเอกสารหรือพยานวัตถุจากตัวบุคคล
- (3) การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายมนุษย์
- (4) การใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการใช้เทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ในการดักฟัง การติดต่อสื่อสารของบุคคลหรือการใช้อุปกรณ์ดังกล่าวบันทึกเสียงของบุคคล หรือการบันทึกเสียงการสนทนากันระหว่างบุคคล
- (5) การแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการล่อซื้อ ล่อจับ โดยเจ้าพนักงาน
- (6) การแสวงหาพยานหลักฐานจากการถามคำให้การของผู้ต้องหา

ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้จากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงาน โดยมีชอบตามตัวอย่างในข้อ 1) – 6) จึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั่นเอง

2.2.2 แนวคิดว่าด้วยทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

แนวคิดว่าด้วยทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญานี้ ศาสตราจารย์เซอร์เบิร์ต แพกเกอร์ (Herbert Parker) ได้แยกแบบของทฤษฎีว่าด้วยการให้ความยุติธรรมทางอาญาเป็น 2 รูปแบบ คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) และทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model)³³ โดยรูปแบบทั้งสองนี้มีแนวคิดที่แตกต่างกันและมีความขัดแย้งกันระหว่างคุณค่าทั้งสองประการดังนี้³⁴

2.2.2.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model)

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม เป็นรูปแบบที่ยึดถือคุณค่าในประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมเป็นหลัก และจุดมุ่งหมายสุดท้าย คือ ประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งหมายความว่า รัฐจะต้องดำเนินการในการจับกุมและ

³² ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 12.

³³ Herbert Parker. (1968). *The Limit of the Criminal Sanction*. California : Stanford University. pp. 152-153.

³⁴ อิศราวุธ อ่อนน้อม. (2541). *หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 25-27.

ลงโทษผู้กระทำผิดให้ได้อัตราส่วนที่สูงและจะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วและบรรลุผลด้วย ดังนั้น การปฏิบัติที่รวดเร็วถูกต้องและมีประสิทธิภาพของการบริหารในการค้นหาผู้กระทำความผิด การรวบรวมพยานหลักฐาน การเสนอข้อเท็จจริง โดยเจ้าพนักงานตำรวจ พนักงานอัยการและฝ่ายตุลาการทุกชั้นตอนมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดคือ การกำราบอาชญากรรม³⁵ ตามแนวความคิดในรูปแบบนี้จะไม่คำนึงถึงคุณค่าในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากไปกว่าประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งหากประเทศใดให้ความสำคัญกับแนวความคิดในการควบคุมอาชญากรรม กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกระบวนการพิจารณาความอาญาของประเทศนั้นก็จะเน้นหนักในการสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ อันเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานเพื่อทำการสืบสวนสอบสวนป้องกันและปราบปรามด้วยความเฉียบขาดฉับพลัน รวดเร็ว โดยอาจจะไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้บริสุทธิ์มากนัก เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจในการจับกุมได้กว้างขวาง การควบคุมกระทำได้นาน การสืบสวนสอบสวนและการป้องกันอาชญากรรมสามารถกระทำได้กว้างขวาง การให้ประกันตัวเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานโดยอิสระ ตลอดจนหลักในการรับฟังพยานหลักฐานก็สามารถรับฟังได้อย่างกว้างขวาง เป็นต้น³⁶

2.2.2.2 ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model)

ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย เป็นรูปแบบของกระบวนการพิจารณาความอาญาที่คำนึงถึงคุณค่าในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก รูปแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบโดยการจำกัดอำนาจของรัฐ เพราะรัฐย่อมต้องการให้มีประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมให้ได้ผลให้มากที่สุดก็ยอมให้อำนาจเกินสมควรได้เสมอ ตามแนวความคิดในรูปแบบนี้จะให้ความสำคัญกับคุณค่าในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าคุณค่าของประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เช่นนี้ หากประเทศใดให้ความสำคัญแก่แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกระบวนการพิจารณาความอาญาของประเทศนั้นก็

³⁵ John Griffiths. (1970). "Ideology in Criminal Procedure or A third Model of the Criminal Process". *The Yale Law Journal*, 79. pp. 366-361.

³⁶ Daniel Katkin. (1982). *The Nature of Criminal Law*. pp. 265-267.

จะเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนบริสุทธิ์มิให้ถูกล่วงละเมิดโดยไม่เป็นธรรมจากเจ้าพนักงานของรัฐ กระบวนการยุติธรรมทุกขั้นตอนจะถูกจำกัดและถ่วงดุลโดยองค์กรอื่นที่มีช่องักรของฝ่ายบริหาร เช่น การสืบสวนสอบสวนป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม การให้ประกันตัว การรับฟังพยานหลักฐานจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนยิ่งกว่าความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน เป็นต้น³⁷

จะเห็นว่าจากสองทฤษฎีข้างต้น มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) มีแนวคิดที่ยึดถือคุณค่าในประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมเป็นหลัก ซึ่งจะส่งผลให้ในการปฏิบัติงานปราบปรามอาชญากรรมของเจ้าพนักงานของรัฐมีโอกาสที่จะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เพราะตามทฤษฎีนี้ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐในการบังคับใช้มาตรการปราบปรามอาชญากรรมอย่างกว้างขวาง รวมทั้งศาลก็สามารถรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางโดยไม่มีหลักเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือมีอยู่เบาบางมาก โดยให้ความสำคัญกับคุณค่าของพยานหลักฐานมากกว่าการยับยั้งเจ้าพนักงานไม่ให้กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในขณะที่ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) นั้น คำนึงถึงคุณค่าในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก เพื่อต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบโดยการจำกัดอำนาจของรัฐไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวางเกินสมควร กระบวนการยุติธรรมทุกขั้นตอนจะมีการตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กรอื่นที่มีช่องักรของฝ่ายบริหาร

ดังนั้น จึงเป็นการยากสำหรับผู้บัญญัติกฎหมายที่จะหาความสมดุลระหว่างการปราบปรามอาชญากรรมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งควรจะต้องกระทำควบคู่กันไป ไม่เน้นหนักไปทางด้านใดด้านหนึ่ง ซึ่งหลักการนี้ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่องทั้งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ และประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น สหพันธรัฐเยอรมนี หรือฝรั่งเศส ซึ่งจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงความ เป็นมารวมทั้งหลักการและเหตุผลของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในแต่ละประเทศเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักการที่ปรากฏในประเทศไทยต่อไป

³⁷ Ibid.

บทที่ 3

หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในต่างประเทศ

การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของแต่ละประเทศนั้นมีหลักเกณฑ์ที่ต่างกันแล้วแต่ประเทศนั้นๆ จะใช้ระบบกฎหมายประเภทใด แต่อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ด้วยกันอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ยังมีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เพราะในแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับคุณค่าของพยานหลักฐานที่ต่างกันอันเนื่องมาจากแต่ละประเทศมีแนวคิดว่าด้วยรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ต่างกัน ซึ่งในประเทศอังกฤษนั้นให้ความสำคัญกับทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) มากกว่า ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้นให้ความสำคัญกับทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมาย (Due Process) ซึ่งคำนึงถึงคุณค่าของสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักมากกว่า ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเช่น ประเทศเยอรมนีนั้น แม้ว่าจะให้ความสำคัญกับทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายโดยมีรากฐานมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา แต่ก็ยังมีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ซึ่งหลักการรับฟังพยานหลักฐานของในแต่ละประเทศจะเป็นเช่นไรนั้นผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial หรือ Adversary System) ซึ่งเป็นระบบที่พัฒนาขึ้นในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ คือ อังกฤษ แล้วต่อมาพัฒนาไปยังสหรัฐอเมริกาและประเทศในเครือจักรภพ² ระบบกฎหมายในการพิจารณาคดีและสืบพยานของระบบกล่าวหานี้ เริ่มโดยโจทก์

² พรเพชร วิชิตชลชัย. (2552). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 5.

เป็นผู้กล่าวหา โจทก์จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ระบบนี้จึงเน้นเป็นพิเศษว่าจำเลยในคดีอาญาได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเป็นที่สงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เมื่อโจทก์นำสืบได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่นำสืบหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์³ ศาลหรือผู้พิพากษาเปรียบเหมือนกรรมการของการต่อสู้คดีที่จะวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างเป็นหน้าที่ของกลุ่มความซึ่งจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลสั่ง ระบบกล่าวหาถือว่าภาระการพิสูจน์เป็นของกลุ่มความ ถ้ากลุ่มความใดไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงใดซึ่งตนมีภาระหรือหน้าที่ที่ย่อมแพ้ในประเด็นข้อนั้น ระบบกล่าวหาจึงมีกฎเกณฑ์ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานที่ละเอียดเคร่งครัด เริ่มตั้งแต่การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและภาระการพิสูจน์ วิธีการนำเสนอพยานหลักฐานประเภทต่างๆ และเนื่องจากในระบบกล่าวหาเริ่มต้นในอังกฤษซึ่งมีการนำลูกขุนมาเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ได้มีการนำสืบ จึงได้มีกฎเกณฑ์ต่างๆ มากมายที่เคร่งครัดมากในการนำเสนอพยานหลักฐานและการรับฟังพยานหลักฐาน เช่น มีบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ เป็นต้น⁴

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1.1 ความหมายของหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Inclusionary Rule)

Inclusionary Rule เป็นหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศไทยซึ่งได้วางหลักไว้ว่า พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนี้ไม่ต้องห้ามรับฟัง ศาลสามารถรับฟังมาใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีนั้นได้ ส่วนการที่เจ้าหน้าที่ไปทำผิด ทำให้ไม่ชอบก็แยกไปดำเนินการลงโทษอีกส่วนหนึ่งต่างหาก แต่หลักการเช่นนี้ไม่เด็ดขาด มีข้อยกเว้นหลายกรณี คือ

(1) ข้อยกเว้นที่สำคัญที่สุด คือ ถ้าเป็นส่วนที่เกี่ยวกับคำให้การรับสารภาพ (Confession หรือ Admission) ของผู้ต้องหาในคดีอาญา เจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะพนักงานสอบสวนไปทำให้เกิดขึ้น หรือได้มาโดยมิชอบก็จะมีแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาในทางปฏิบัติของศาลอังกฤษเรียกว่า Judges Rules ระบุให้ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังเป็นพยานหลักฐาน

³ โสภณ รัตนกร. (2544). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 2.

⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย. เล่มเดิม. หน้า 5 – 6.

(2) ข้อยกเว้นอีกข้อหนึ่งไว้เป็นการทั่วไปว่า ถ้าศาลเห็นว่าการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานนั้นกระทำไปในลักษณะที่มีความรุนแรงกระทบกระเทือนก่อให้เกิดผลร้ายต่อกระบวนการยุติธรรมในภาพรวมมากกว่าประโยชน์ที่จะได้จากพยานหลักฐานชิ้นนั้น ก็ให้ศาลมีดุลพินิจที่จะตัดพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ (Exclusionary Discretion) อันทำให้การใช้กฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศไทยสามารถปรับให้ยืดหยุ่นและเข้ากับสถานการณ์เป็นรายกรณีได้⁵

3.1.1.2 ความเป็นมาของหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁶

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีระบอบการปกครองที่ยอมรับเรื่องสิทธิมนุษยชนมาเป็นเวลาหลายร้อยปี แม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีรากฐานมาจากทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมิใช่เป็นลายลักษณ์อักษร รวมทั้งมีรากฐานมาจากธรรมเนียมปฏิบัติด้วย การที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหลักประกันและมิได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้โดยเด็ดขาด แต่ความรู้สึกรับผิดชอบของประชาชนชาวอังกฤษในระบบผู้แทนและความรับผิดชอบของรัฐก็เป็นเครื่องป้องกันการล่วงละเมิดสิทธิของชาวอังกฤษได้

เดิมการปกครองประเทศไทยเป็นระบอบกษัตริย์ ในสมัยพระเจ้าจอห์น พระองค์ทรงใช้อำนาจเกินขอบเขตทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน จึงเกิดความขัดแย้งกับพวกพระและขุนนาง เมื่อ ค.ศ. 1215 พวกพระและขุนนางจึงบังคับให้พระองค์ทรงลงพระปรมาภิไธยในเอกสารฉบับหนึ่งเรียกว่า “มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) อันเป็นเอกสารที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรชาวอังกฤษ ซึ่งนับว่าเป็นการกำเนิดของการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวอังกฤษ โดยมีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้น 63 ข้อ อันมีส่วนที่สำคัญคือ บุคคลใดจะถูกจับกุม กักขัง ขังขัง ปล่อย หรือริบทรัพย์หาได้ไม่ เว้นเสียแต่จะได้รับการพิจารณาโดยบุคคลชั้นเดียวกับเขาและตามกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งต่อมาก็คือระบบการพิจารณาโดยคณะลูกขุนนั่นเอง

⁵ จรัญ กัทธินากุล. (2553). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. หน้า 274.

⁶ อิศราวุธ อ่อมน้อม. (2541). *หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 52 .

ต่อมาในค.ศ. 1689 รัฐสภาของอังกฤษได้ตราเอกสารฉบับหนึ่งเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในอันที่ได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน และกำหนดว่าในศาลทุกแห่งจะไม่มี การเรียกหลักประกันที่จะใช้ในการประกันตัวมากเกินไปและจะไม่มี การลงโทษที่หนักเกินไป และไม่มี การลงโทษที่ทำให้ได้รับความทรมานอย่างโหดร้ายและผิดปกติธรรมดา เป็นต้น ซึ่งเรียกว่า “The English Bill of Rights”⁷

ในสมัยโบราณ แนวความคิดทางการเมืองนั้นถือว่าการปกครองเป็นอำนาจสิทธิขาดของผู้ปกครองซึ่งได้รับมอบหมายมาจากสรวงสวรรค์ จึงมีวิธีการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิด โดยให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานเต็มที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหาความจริงและลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่ค่อยจะคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคลของราษฎร เช่น ใช้วิธีทรมานผู้ต้องสงสัยให้รับสารภาพว่าได้กระทำความผิด การจับกุม หรือการยึดการค้นของกลางถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของเจ้าพนักงานโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขใดๆ

ต่อมา แนวความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปโดยถือว่า อำนาจของผู้ปกครองย่อมมีจำกัดในฐานะที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนโดยมีเงื่อนไขให้ต้องใช้อำนาจโดยชอบธรรมและเคารพต่อสิทธิของประชาชน จึงเกิดหลักเกณฑ์ให้เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติในกรณีที่อาจล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลซึ่งรวมทั้งกรณีจับและค้นด้วย ซึ่งระยะแรก แม้ว่าจะยอมรับว่าการจับและค้นโดยฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เป็นการมิชอบที่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคล แต่นักกฎหมายก็ยังถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับและค้นนั้นรับฟังได้ ซึ่งคดีแรกที่พบในประเทศอังกฤษคือ เมื่อปี ค.ศ. 1832 คดี บิชอป อัทเทอบิวรี ศาลวินิจฉัยว่า บรรดาจดหมายที่เจ้าพนักงานยึดมาเป็นหลักฐานในคดี ถ้าสมเหตุสมผลน่าเชื่อโดยตัวของมันเองแล้ว ย่อมรับฟังลงโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องคำนึงว่า จดหมายเหล่านั้นจะได้มาโดยวิธีการอย่างไร เพราะถ้าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จริงแล้วข้อเท็จจริงก็ย่อมจะต้องปรากฏอยู่ดี ถึงแม้จะมีจดหมายเหล่านั้นเป็นพยาน⁸

⁷ กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิ*. หน้า 30-31. อ้างถึงใน อิศราวุช อ่อนน้อม. (2541). *หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 52.

⁸ คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2522, มกราคม). “จับค้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่ของพยานหลักฐาน.” *วารสารอัยการ*. หน้า 64. อ้างถึงใน อิศราวุช อ่อนน้อม. (2541). *หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 52.

3.1.1.3 หลักการ เหตุผล และแนวคิดของนักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁹

แม้ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา แต่หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษนั้นมีความแตกต่างจากสหรัฐอเมริกา โดยศาลอังกฤษไม่เคร่งครัดกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลอังกฤษสามารถใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ในกรณีที่เห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะเป็นการยุติธรรมในการพิจารณาคดีเท่านั้น การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังจึงเป็นไปอย่างจำกัด

เดิม กฎหมายอังกฤษมีหลักการว่า พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดียอมรับฟังได้ โดยไม่มีหลักในการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่มีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

(1) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับเอกสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ของบุคคล แม้ว่าจะมีกฎทั่วไปในการยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้สืบเนื่องมาจากเอกสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น พยานหลักฐานอันเป็นเอกสารของคู่ความฝ่ายหนึ่งที่อยู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการใช้เล่ห์กลและได้นำมาเสนอต่อศาล คู่ความดังกล่าวจะไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้เอกสารนั้น

(2) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการรับฟังคำรับสารภาพที่ศาลจะไม่ยอมรับฟังคำสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบเพราะมีผลต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน¹⁰

ปัจจุบันแนวความคิดของนักกฎหมายในเรื่องหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในอังกฤษได้เกิดขึ้นจากผลกระทบของแนวความคิดที่ขัดแย้งกันสองแนว คือ

แนวความคิดที่หนึ่ง เห็นว่า พยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีไม่ควรที่ศาลจะไม่ยอมรับฟัง (exclude) เพียงเพราะเหตุว่า พยานหลักฐานนั้นได้มาโดยวิธีการอันไม่ชอบโดยถือว่าพยานหลักฐานทุกชิ้นมีความสำคัญในการที่ผู้พิพากษาหรือศาลจะใช้ในการพิสูจน์ความผิดในข้อกล่าวหา

⁹ อิศราวุธ อ่อนน้อม. เล่มเดิม. หน้า 55-57.

¹⁰ Adrian Keane. Ibid. pp. 38-39.

ตามแนวความคิดนี้จะเห็นว่า พยานหลักฐานทั้งหมดซึ่งมีความจำเป็นต่อการประสิทธิประสาทความยุติธรรมแล้วควรที่จะรับฟังได้ การตอบสนองต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมอาจถูกฟ้องร้องต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งต่างหาก

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า ศาลไม่ควรฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสม การยอมรับฟังอาจเป็นการกระตุ้นหรือส่งเสริมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

ตามแนวความคิดนี้ จึงไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวแม้ว่าบางครั้งจะมีผลต่อความยุติธรรมรวมถึงการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นข้อหาไป ดังนั้น การตอบสนองต่อการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสมก็คือการบังคับในเวลาต่อมาให้เกิดการเคารพในสิทธิเสรีภาพและยับยั้งการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมือง¹¹

ความเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่างสองแนวความคิดดังกล่าวส่งผลให้หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายอังกฤษมีลักษณะในทางประสมประสานระหว่างสองแนวความคิดเข้าด้วยกัน กล่าวคือ แม้ว่าโดยทั่วไปนั้นหลักกฎหมายอังกฤษได้นำแนวความคิดแรกมาใช้ในการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งถือว่าการรับฟังพยานหลักฐานนี้เป็นกรณีของข้อกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายอังกฤษก็ให้อำนาจผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีในการไม่รับฟังพยานหลักฐานอันถือว่าเป็นกรณีของดุลพินิจอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามเหตุผลในการไม่รับฟังพยานหลักฐานในหลักกฎหมายอังกฤษ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาวินัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ตกเป็นของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญาและจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่จะไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดี¹²

สืบเนื่องมาจากการประสานสองแนวความคิดดังกล่าวเข้าด้วยกันทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายอังกฤษ มีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในลักษณะที่มีความยืดหยุ่น กล่าวคือในมาตรา 78 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยตำรวจและพยานหลักฐานส่วนอาญา 1984 (The Police and Criminal Evidence Act 1984 (Peace)) บัญญัติมีใจความว่า

¹¹ Ibid. pp. 37-38.

¹² Ibid. p.38

“(1) ในกระบวนการพิจารณาใดๆ ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานซึ่งโจทก์ประสงค์จะอ้างอิง หากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้งพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่า ศาลไม่ควรยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้น

(2) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ ไม่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมาย ซึ่งบังคับให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน”¹³

จากบทบัญญัติในมาตรา 78 แสดงว่ากฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือปฏิเสธพยานหลักฐานได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมทั้งปวงรวมทั้งสถานการณ์ที่ทำให้ได้มา (obtained) ซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานได้หากเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดี แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลต่อบทบัญญัติอื่นของกฎหมายซึ่งบังคับให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐาน ดังนั้น คำรับสารภาพซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ชอบ¹⁴ ที่ทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่มีความน่าเชื่อถือ (unreliable) ในอันที่จะพิสูจน์ข้อกล่าวหาในคดีจึงรับ

¹³ M.D.A. Freeman. Police and Criminal Evidence Act 1984. pp. 127 อ้างถึงใน อิศราวุธ อ่อนน้อม. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ. หน้า 57.

¹⁴ The Police and criminal evidence Act 1984 มาตรา 76 บัญญัติว่า คำรับสารภาพ

(1) ไม่ว่าในกระบวนการพิจารณาใดๆ คำรับสารภาพของถูกกล่าวหาอาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อปรับปรำตัวเขาได้ หากเป็นการเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ใดๆ ซึ่งเป็นประเด็นในตัวกระบวนการพิจารณาและจะต้องไม่ถูกตัดออกโดยศาล ตามบทบัญญัติแห่งมาตรานี้

(2) ถ้าในกระบวนการพิจารณาใดๆ ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดี ซึ่งได้เสนอคำรับสารภาพของผู้ถูกกล่าวหาเป็นพยานหลักฐานแสดงให้ศาลเห็นว่า คำรับสารภาพนั้นได้รับหรือน่าจะได้รับมา

(a) โดยผู้ถูกกล่าวหาถูกบังคับ ชู้เชิญ...

ศาลจะต้องไม่อนุญาตให้อ้างคำรับสารภาพนั้นเป็นพยานหลักฐานในการปรับปรำตัวเขา เว้นแต่ผู้ฟ้องคดีจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่า คำรับสารภาพนั้น (แม้ว่ามันอาจจะไม่เป็นความจริงก็ตาม) ไม่ได้รับมาตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น...

(8) ในบทบัญญัติมาตรานี้ คำว่า “บังคับชู้เชิญ” ให้มีความหมายรวมถึงการทรมาน การปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย และการใช้หรือขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง”

ฟังไม่ได้ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ ดังนั้น ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานเพียงเฉพาะในกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการต่อสู้คดีของจำเลยในชั้นพิจารณาเท่านั้น

สำหรับคำรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลย แม้ได้มาโดยไม่สมัครใจซึ่งรับฟังไม่ได้ นั้น หากว่าจากคำรับสารภาพนั้นได้ข้อเท็จจริงอื่นตามมา เช่น ได้ทรัพย์ที่จำเลยลักไป ได้อาวุธที่จำเลยใช้ในการกระทำความผิด ดังนี้ ข้อเท็จจริงดังกล่าวศาลอาจรับฟัง แต่มีข้อแม้ว่าการอ้างข้อเท็จจริงเหล่านั้นต้องไม่ทำความไปถึงคำรับสารภาพอันมิชอบนั้นด้วย ส่วนพยานหลักฐานที่ได้จากการตรวจค้นหรือกระทำการอื่นอันมิชอบนั้น ผู้พิพากษาอังกฤษเคยกล่าวว่า จะเป็นการขัดขวางการบริหารงานยุติธรรมเป็นอย่างยิ่งหากไม่ยอมรับฟัง ศาลอังกฤษเคยรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว เช่น การตรวจลายพิมพ์นิ้วมือผู้ต้องหา ซึ่งตำรวจทำไปโดยไม่ได้รับคำสั่งจากศาล บันทึกเสียงของผู้ต้องหาโดยตอบคำถามของตำรวจและมีการแอบบันทึกไว้ และการที่ตำรวจปลอมตัวเป็นพวกจำเลยไปสอบถามความลับของจำเลย เป็นต้น¹⁵

อย่างไรก็ตาม ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Inclusionary Rule) จาก “Inclusionary Discretion over Unfairly Obtained Evidence”¹⁶ ซึ่งมีใจความสรุปได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลฎีกาออสเตรเลียในคดี *Bunning v. Cross* คือ ผู้พิพากษามีดุลพินิจที่จะตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยไม่มีข้อจำกัด เพื่อถ่วงดุลนโยบายของรัฐที่ขัดแย้งกันในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และการป้องกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์ที่น่าชื่นชมซึ่งมี 2 เหตุผลคือ

ประการแรก โดยคำนึงถึงความจริงที่ว่า การตัดสินรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เกี่ยวเนื่องกับการพิจารณาการถ่วงดุลนโยบายของรัฐ ประการที่สอง โดยการอ้างถึงปัจจัยในการวินิจฉัยของศาลที่สะท้อนให้เห็นถึงการพิจารณา นโยบายของรัฐด้วย ซึ่งคดี *Bunning v. Cross* นี้

¹⁵ Cross & Wilkins. *Outline of Law of Evidence*. (4th ed). pp. 278-284. อ้างถึงใน อิศราวุธ อ่อนน้อม. หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ. หน้า 58.

¹⁶ Meng Heong Yeo. (1982). Inclusionary Discretion Over Unfairly Obtained Evidence. *International & Comparative Law Quarterly*, 31. pp. 392-395. อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง*. หน้า 383. (ตุลาคมพจนก)

ได้รับการชื่นชมในการแสดงให้เห็นถึงความสามารถของศาลฎีกาออสเตรเลียในการเลือกวิธีที่ดีที่สุดจากหลายๆ วิธี ในการปฏิบัติในเขตอำนาจศาลคอมมอนลอว์ ศาลประเทศก็อตแลนด์นั้นก็ได้รับเกียรติสูงสุดเกิน 25 ปีก่อน ในการกำหนดวิธีการอย่างที่ทำในคดี *Bunning v. Cross*

3.1.1.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ¹⁷

คดี *Derrington* (1826) นักโทษได้ให้จดหมายส่วนตัวกับผู้คุมซึ่งให้สัญญาแก่นักโทษว่าจะส่งจดหมายนั้นให้ แต่ผู้คุมกลับนำจดหมายดังกล่าวไปให้อัยการ ถือว่าจดหมายถือเป็นพยานหลักฐานได้หากมีข้อมูลที่ใช้พิสูจน์ความผิดของนักโทษผู้นั้น¹⁸

คดี *R v. Leatham* 8 Cox CC 498 (1861) ศาลวินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “ไม่สำคัญว่าจะได้พยานหลักฐานมาอย่างไร แม้จะขโมยมาพยานหลักฐานก็รับฟังได้”¹⁹

คดี *Jones v. Owens* 34 J.p. 759 (1870) จำเลยถูกฟ้องโดยกล่าวหาว่าจับปลาแซลมอนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ผลตำรวจเข้าค้นตัวจำเลยในพฤติการณ์ที่กฎหมายมิได้อนุญาตให้ทำเช่นนั้นได้ และค้นพบลูกปลาแซลมอนจำนวนยี่สิบห้าตัวในกระป๋องของจำเลยจำเลยโต้แย้งว่าศาลจะรับฟังพยานหลักฐานในข้อที่ว่าพบปลาแซลมอนในกระป๋องของจำเลยไม่ได้ เพราะเป็นหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลสูงของอังกฤษวินิจฉัยว่า ลูกปลาเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังลงโทษจำเลยในความผิดดังกล่าวได้ โดยในคดีนี้ *Mellor, J* ได้กล่าวว่า “ข้าพเจ้าคิดว่าจะเป็นอุปสรรคที่จะเป็นอันตรายอย่างใหญ่หลวงในการประสิทธิประสาทความยุติธรรม หากจะถือว่าเพราะเหตุที่การได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยวิธีการที่ไม่ชอบทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่สามารถถูกนำไปใช้ต่อสู้กับบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญาในเรื่องนั้น”

20

¹⁷ อิศราวุธ อ่อนน้อม. เล่มเดิม. หน้า 53-55

¹⁸ Glanville L. Williams. “The Exclusionary Rule under Foreign Law.” *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. 52(3). Septembre-October 1961, p.272.

¹⁹ G.D.Nokes. (1963). *Cockle's case and statutes on evidence* (10th ed). p.350 . and Adrian Keane. (1944). *The Modern Law of Evidence* (3rd ed). p. 39.

²⁰ Glanville L. Williams. *Ibid*. p. 272.

คดี *Elias v. Pasmore* 2 KB 164 (1934) ศาลวินิจฉัยว่า เพื่อประโยชน์ของรัฐเราจำเป็นต้องยอมรับว่าการยึดเอกสารมาโดยวิธีการที่ไม่ชอบนั้นกระทำได้อีกหากปรากฏว่าเอกสารนั้นแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำผิดอาญาโดยบุคคลหนึ่ง²¹

ในระยะแรกประเทศอังกฤษปฏิเสธหลักการที่ว่า พยานหลักฐานจะรับฟังได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานเหล่านั้นว่าหากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วจะไม่รับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นเลย แต่มีกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่ถือว่าพยานหลักฐานซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้เป็นพยานหลักฐานที่ได้อีกโดยมีการล่วงละเมิดหรือการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการค้นหรือการยึดพยานหลักฐาน พยานหลักฐานเหล่านั้นจะไม่ถูกตัดออกไปจากการพิจารณาคดี²² ซึ่งศาลสูงประเทศอังกฤษเคยรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสารที่ได้มาจากการจับการค้นโดยมิชอบในคดีต่างๆ เช่น

คดี *King v. R* (1951) AC 304 ซึ่งเป็นกรณีที่ตำรวจค้นตัวจำเลยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและพบยาเสพติด ศาลรับฟังยาเสพติดลงโทษจำเลย

Lord Hodson ผู้พิพากษาได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า กรณีนี้มีใช้คดีซึ่งมีการได้พยานหลักฐานมาโดยวิธีการที่รัฐไม่ควรใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานนั้น หากศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีนี้แล้ว พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการกระทำผิดคดีจะต้องถูกตัดออกไป

คดี *Kuruma, Son of Kaniu v. R* AC 197 (PC) (1955) จำเลยถูกฟ้องกล่าวหาว่ามีเครื่องกระสุนปืนและวัตถุระเบิดไว้ในครอบครองโดยเจ้าพนักงานค้นพบของกลางในกระเป๋าของจำเลย แต่การค้นพบนั้นไม่ชอบ เพราะเป็นการค้นโดยเจ้าพนักงานที่มียศต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดว่าให้ทำได้ ศาลสูงสุดของอังกฤษวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังได้²³

ในคดีนี้ผู้พิพากษา Goddard ได้กล่าวว่า “หากพยานหลักฐานนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำผิดก็ให้รับฟังลงโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะได้พยานหลักฐานนั้นมาอย่างไร”

²¹ Adrian Keane. Ibid. p. 39.

²² Peter Murphy. (1980). *A Practical to Evidence*. (3rd ed). p. 27.

²³ Glanville L. Williams. Ibid. p. 232.

อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาก็ได้วางเป็นหลักเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า ผู้พิพากษาย่อมมีดุลพินิจเสมอในการที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานลงโทษจำเลยในคดีอาญาหากกฎเกณฑ์เคร่งครัดในเรื่องความสามารถของการรับฟังได้นั้นจะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา²⁴

คดี Jefferey v. Black (1978) QB 490 ศาลได้วินิจฉัยว่า การตรวจค้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการเข้าไปในเคหสถานโดยไม่ได้รับความยินยอม ไม่มีหมายค้น และมีได้ทำการตรวจค้นเคหสถานอันเกี่ยวเนื่องกับความผิดที่จำเลยถูกจับ โดยจำเลยคดีนี้ถูกจับในข้อหาขโมยแซนวิช เจ้าพนักงานค้นบ้านจำเลยโดยปราศจากความยินยอม และไม่มีหมายค้น ปรากฏว่าพบยาเสพติดจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นของกลางในคดีนี้ แม้ยาเสพติดจะได้มาจากการตรวจค้นอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยาเสพติดจำนวนนี้ก็เกี่ยวข้องกับประเด็น และสามารถนำสืบหรือรับฟังในคดีความผิดฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองได้เพราะไม่มีความเป็นธรรม การกลั่นแกล้งใดๆ เข้ามาเกี่ยวข้องในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น ข้อเท็จจริงในคดีนี้ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานแห่งการค้นพบยาเสพติดนี้

ศาลมีแนวโน้มที่จะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานของโจทก์ หากพิจารณาเห็นว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมหรือเป็นการกดขี่ข่มเหงที่จะอนุญาตให้โจทก์นำสืบพยานดังกล่าวเข้ามาสู่การพิจารณาในศาล ศาลจะใช้ดุลพินิจในบางกรณีเท่านั้น ตัวอย่างเช่น หากเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่เพียงแต่จะเข้าไปในเคหสถานโดยไม่มีอำนาจเท่านั้น แต่ยังใช้เล่ห์หรือหลอกลวงบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือเป็นการกระทำที่เป็นการกดขี่ข่มเหง หรือไม่ยุติธรรม หรือประพฤติปฏิบัติไปในทางเลวทรามผิดศีลธรรมอีกด้วย

Lord Widgery ผู้พิพากษาคดีนี้ยังได้กล่าวไว้ว่า “การจะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานใดนั้นขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานนั้นว่าเกี่ยวข้องกับประเด็นของความผิดหรือไม่”²⁵

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษสรุปแนวโน้มหลักการของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ว่า แม้กฎหมายอังกฤษจะมีได้มีกฎเกณฑ์เรื่องการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้โดยตรงก็ตาม แต่หลักการเกี่ยวกับการรับฟังหรือไม่รับฟัง

²⁴ Peter Murphy. Ibid. p. 28.

²⁵ Adrian Keane. Ibid. p. 39. and Peter Murphy. Ibid. p. 28.

พยานหลักฐานดังกล่าวตามแนวทางที่ศาลได้วางไว้นั้น จะเห็นว่า โดยหลักการนั้นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าอยู่ในตัวเองและเกี่ยวกับประเด็นข้อสงสัยที่สามารถที่จะรับฟังได้ในทุกกรณี แม้วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้วิธีการไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม²⁶ ดังที่ศาสตราจารย์ David Feldman ได้กล่าวสรุปถึงแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่า “กฎหมายอังกฤษไม่มีกฎเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ถูกต้อง ซึ่งโดยแท้จริงแล้วพยานหลักฐานที่ได้มาอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่สามารถรับฟังได้หรือจะต้องถูกตัดออกไป หากแต่ศาลจะพิจารณาอย่างระมัดระวังในการที่จะตัดพยานหลักฐานก็แต่โดยเฉพาะกรณีที่หากรับฟังพยานหลักฐานนั้นแล้วจะทำให้กระบวนการพิจารณาเกิดความไม่เป็นธรรม”²⁷

นอกจากนี้ ศาลยังได้กล่าวอีกว่า หลักการดังกล่าวใช้สำหรับการได้มาซึ่งพยานวัตถุหรือพยานเอกสารจากการจับ หรือค้นโดยมิชอบเท่านั้น แต่ไม่ใช้กับการรับฟังคำรับสารภาพของจำเลย กล่าวคือ ถ้าเป็นเรื่องคำรับสารภาพแล้วศาลต้องไม่รับฟังหากได้มาโดยไม่ชอบ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบได้

3.1.1.5 สรุปหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษ

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นว่า แนวความคิดของการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศอังกฤษนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยตรง คงมีแต่เพียงแนววินิจฉัยของคำพิพากษาของศาลและพระราชบัญญัติว่าด้วยตำรวจและพยานหลักฐานส่วนอาญา 1984 (The Police and Criminal Evidence Act 1984 (Peace)) บัญญัติเป็นแนวทางไว้เท่านั้น โดยถือหลักเกณฑ์ว่า ศาลจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งปวงและพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อจำเลยหรือไม่ เพราะพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในตัวของมันเองย่อมรับฟังได้เสมอ โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการได้มาซึ่ง

²⁶ John Smith. *Supra note 39*. p. 191. อ้างถึงใน สุทธิศรี วรรณสุข. *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 62.

²⁷ David Feidman. *Regulating Treatment of Suspects in Police Stations : Judicial Interpretation of detention in the Police and criminal Evidence Act of 1984,1990 CRIM.L. RVE*. pp. 452-453 . อ้างถึงใน สุทธิศรี วรรณสุข. *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 63.

พยานหลักฐานนั้นว่าจะได้มาอย่างไร นั่นคือ ประเทศอังกฤษพิจารณา คุณค่าของความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเป็นสำคัญนั่นเอง การที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ต้องเป็นเรื่องกระทบต่อความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาซึ่งถือเป็นข้อยกเว้น เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการล่อซื้อหรือวิธีการต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม แต่หากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นคำรับสารภาพของบุคคล เช่น คำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจ ศาลอังกฤษจะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นโดยถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือเป็นประเทศหนึ่งที่ได้มีการพัฒนาการของหลักการให้ ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจเรียกได้ว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่ เติบโตสูงสุดของการปกครองประเทศ²⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1789 James Madison ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นบิดาแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้กล่าวต่อรัฐสภาเพื่อสนับสนุนร่าง รัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิหรือที่เรียกว่า Bill of Rights ซึ่งต่อมา รัฐบัญญัตินี้ก็ได้ผ่านความเห็นชอบตาม กระบวนการและได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาตั้งแต่วันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1791²⁹ เมื่อกล่าวถึงวิวัฒนาการในทางประวัติศาสตร์จะเห็นได้ว่า Bill of Rights ได้กลายเป็น แนวคิดที่สำคัญของการปกครองประเทศและกฎหมายอันมีผลต่อการพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกาเรื่อยมา ในสิบสามมลรัฐที่ต่อมารวมกันเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา มีถึงเจ็ดมลรัฐที่รับ Bill of Rights เป็นรัฐธรรมนูญของมลรัฐโดยตรง ส่วนอีกหกมลรัฐที่เหลือก็ได้บรรจุสาระสำคัญของ Bill of Rights ไว้ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ มลรัฐที่รับ Bill of Rights เป็นมลรัฐแรกคือ มลรัฐ เวอร์จิเนีย ซึ่ง Bill of Rights แห่งมลรัฐนี้ได้กลายเป็นต้นแบบแก่มลรัฐต่างๆ และสหรัฐอเมริกาใน เวลาต่อมา³⁰

²⁸ วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 130.

²⁹ ซาดิ ซัยเดชสุริยะ. (2549). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญา*. หน้า 13.

³⁰ รุานิศร์ วรณสุข. (2550). *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิ ชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 36.

3.1.2.1 ความหมายของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule)

The Exclusionary of Evidence เป็นหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ อันมีลักษณะเฉพาะของกฎหมายสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักนี้ขึ้นจากบรรทัดฐานคำพิพากษาโดยอ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานใดๆ ที่เจ้าพนักงานได้มาโดยละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญข้อใดข้อหนึ่งใน 4 ข้อ คือ

(1) The Fourth Amendment “สิทธิของประชาชนที่จะมีความปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และทรัพย์สินของตน จากการถูกตรวจค้นหรือยึดโดยไม่มีสาเหตุอันควร จะละเมิดไม่ได้และจะออกหมายเพื่อกระทำการดังกล่าวใดๆ ไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันควรเชื่อซึ่งได้รับการยืนยันด้วยคำสาบานหรือคำปฏิญาณ และโดยเฉพาะต้องระบุสถานที่ที่จะค้นหรือบุคคลที่จะจับกุม หรือสิ่งที่จะยึดไว้ในหมายนั้น”

(2) The Fifth Amendment “บุคคลใด...จะถูกบังคับให้ให้การเป็นภัยแก่ตนเองในคดีอาญาใดๆ ไม่ได้ หรือจะถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินโดยไม่ต้องด้วยกระบวนการแห่งกฎหมายไม่ได้”

(3) The Sixth Amendment “ในการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง จำเลยทรงไว้ซึ่งสิทธิ...ที่จะได้รับแจ้งให้ทราบถึงลักษณะแห่งเหตุที่กล่าวหา (สิทธิ)ที่จะมีการสืบพยานโจทก์ต่อหน้า...และ (สิทธิ)ที่จะมีทนายความแก้ต่างคดี”

(4) The Fourteenth Amendment “ข้อ 1. ...มลรัฐใดจะออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันที่พลเมืองของสหรัฐจะพึงรับไม่ได้ หรือมลรัฐใดจะรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการแห่งกฎหมายหรือจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดที่อยู่ในเขตอำนาจได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน ไม่ได้...” หรือเรียกว่า The Due Process of Law³¹

³¹ จิระนิติ หะวานนท์. (2527, พฤษภาคม-มิถุนายน). “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ : เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกาและกฎหมายเยอรมัน.” *คูลพาท*, 31(3). หน้า 35-36.

3.1.2.2 ความเป็นมาของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

The Fourth Amendment ได้บัญญัติขึ้นใน ค.ศ. 1791 และมีได้มีบทบัญญัติแสดงให้เห็นได้ว่าถ้ามีการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลตามที่มาตรานี้บัญญัติห้ามไว้ เช่น ค้นตัวบุคคลโดยไม่มีเหตุอันควรแล้ว พยานหลักฐานที่มีรูปร่างที่ได้มาจะรับฟังไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ในระยะแรกๆ ศาลฎีกาอเมริกันจึงยึดตามหลักคอมมอนลอว์เดิมที่ว่า พยานวัตถุ พยานเอกสาร นั้นรับฟังได้ ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำผิด โดยไม่คำนึงถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นๆ แม้ว่าจะได้มาจาก การค้นและยึดอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 4 ดังกล่าว³² โดยศาลจะยอมรับพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้มาโดยละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามมาตรา 4 เข้าสู่การพิจารณาของคณะลูกขุน ส่วนพยานหลักฐานนั้นจะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะลูกขุน³³

ต่อมาในปี ค.ศ. 1914 ศาลสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแนวเดินใหม่ โดยได้วินิจฉัยในคดี Weeks v. United States³⁴ ว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นอันมิชอบด้วยมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ จะใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ โดยศาลอ้างว่าถ้ายอมให้รับฟังได้ บทบัญญัติมาตรา 4 ที่ห้ามการค้น การยึดโดย ไม่มีเหตุอันควรจะไร้ผล³⁵ ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐชี้แจงวัตถุประสงค์ว่า สร้างหลัก Exclusionary Rule ขึ้นเพื่อบังคับบัญชาบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้เป็นผลอย่างจริงจัง³⁶ ทั้งนี้เพื่อให้เห็นเป็นรูปธรรมหากมีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำการซึ่งมีลักษณะเกินขอบเขตของกฎหมายอันละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากคดีดังกล่าวพยานหลักฐานที่ได้มาจึงไม่อาจนำมารับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานได้ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอันมิชอบอีกต่อไปนั่นเอง³⁷

³² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2521, ธันวาคม). “หลักการไม่รับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา.” *วารสารนิติศาสตร์*, 9(3). หน้า 122.

³³ จิระนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 36.

³⁴ 232 U.S 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1941) อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. (2550). *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 44.

³⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 122.

³⁶ จิระนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 37.

³⁷ ฐานิสร์ วรรณสุข. (2550). เล่มเดิม. หน้า 40.

ด้วยเหตุนี้ หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ หรือพยานเอกสารที่ได้มาจากการจับ ค้น หรือยึดอันมิชอบจึงเริ่มเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาโดยศาลฎีกาเป็นผู้นำมาใช้ในปี ค.ศ. 1941 เป็นต้นมา³⁸

อย่างไรก็ตามหลัก Exclusionary Rule ยังคงมีข้อจำกัดในเรื่องการบังคับใช้อยู่ โดยเฉพาะการตีความของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี Wolf v. People of the State of Colorado³⁹ โดยศาลวางหลักไว้ว่า

หลัก Exclusionary Rule คงใช้บังคับเฉพาะคดีที่ขึ้นสู่ศาลสหรัฐอเมริกา และเฉพาะกรณีที่เจ้าพนักงานผู้ละเมิดสิทธิของประชาชนเป็นเจ้าพนักงานของสหรัฐเท่านั้น ส่วนมลรัฐต่างๆ นั้นมีสิทธิจะเลือกยึดถือตามหลักคอมมอนลอว์เดิม คือ ให้รับฟังพยานหลักฐานได้เสมอโดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการได้มาหรือจะยึดตามหลักของศาลสหรัฐในคดี Weeks v. United States คือ ไม่ยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบก็ได้ ด้วยเหตุนี้ในทางปฏิบัติของศาลแต่ละมลรัฐจึงเกิดถกเถียง เพราะหากจำเลยละเมิดกฎหมายสหรัฐและขึ้นศาลสหรัฐ จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบได้ ในขณะที่ขบวนการที่จำเลยซึ่งละเมิดกฎหมายของมลรัฐและต้องขึ้นศาลมลรัฐอาจไม่มีสิทธิอย่างเดียวกัน หากรัฐนั้นๆ ยึดตามหลักคอมมอนลอว์เดิม เพื่อให้หลักการนี้เป็นไปอย่างเดียวกันทั้งศาลสหรัฐและศาลมลรัฐทุกแห่ง ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการแปลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยในปี ค.ศ. 1961⁴⁰ ในคดี Mapp v. Ohio⁴¹ ซึ่งได้วางหลักสำคัญและมีผลบังคับใช้จนถึง ปัจจุบันนี้ โดยมีเหตุผลประการสำคัญที่ศาลได้วินิจฉัยคือ ศาลได้ตีความขยายความว่า หลัก Exclusionary Rule ถือเป็น ส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 และเหตุผลประการต่อมาที่ศาลได้ให้ไว้คือ ศาลเห็นว่าเป็นหลักประกันในการให้ประชาชนได้รับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอย่างจริงจัง ประกอบกับหลักกระบวนการนิติธรรม

³⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. หน้าเดิม

³⁹ 338 U.S. 25, 69 S.Ct. 1359, 93 L.Ed. 1782 (1949). อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 41.

⁴⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 123-124.

⁴¹ 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed. 2 d 1080 (1961). อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 44.

ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (The Fourth Amendment) ได้วางหลักไว้ว่า “มลรัฐต่างๆ ไม่อาจทำให้บุคคลต้องสูญเสียซึ่งชีวิตเสรีภาพ หรือทรัพย์สินโดยปราศจากกระบวนการที่ชอบด้วยหลักนิติธรรม⁴²” ที่ได้รับหลักประกันทุกประการในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ที่ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการจับ ค้นหรือยึดโดยไม่ชอบโดยเด็ดขาดไม่ว่าจะเป็น ศาลสหรัฐหรือศาลมลรัฐ ดังนั้น ศาลของมลรัฐทุกรัฐจึงต้องยอมรับปฏิบัติตามหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ โดยศาลได้กล่าวเหตุผลที่สำคัญไว้คือ “หลักการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการเดียวซึ่งมีประสิทธิภาพที่จะบังคับให้เจ้าพนักงานของรัฐยอมรับนับถือต่อหลักประกันในรัฐธรรมนูญที่ทุกมลรัฐจึงต้องปฏิบัติ และยึดถือตาม”⁴³ และศาลยังให้เหตุผลว่า “ไม่มีสิ่งใดสามารถบ่อนทำลายรัฐได้รวดเร็วยิ่งไปกว่าการที่เจ้าพนักงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย”⁴⁴

ดังนั้น คำพิพากษาลบนี้จึงเป็นคำพิพากษาที่สำคัญที่สุดของการวางหลักเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยการกำหนดให้หลัก Exclusionary Rule เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบรรทัดฐานของคดี Mapp v. Ohio นี้ก็มีผลใช้ตลอดเรื่องมาจนถึงปัจจุบัน⁴⁵

3.1.2.3 เหตุผลในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

เหตุผลที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาห้ามมิให้รับฟังพยานวัตถุ หรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ทั้งๆ ที่ความน่าเชื่อถือ (reliability) ของพยานนั้นมิได้แปรเปลี่ยนไปเพราะการจับ การค้น หรือการยึด ที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งเหตุผลแห่งการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ มี 3 ประการ คือ⁴⁶

(1) เหตุอันแรงของการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการเช่นนั้นอีก (deterrent) ศาลฎีกาอเมริกัน ได้กล่าวซ้ำในคำพิพากษาคดีต่างๆ เสมอว่า เหตุผลที่สำคัญที่สุดในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันไม่ชอบ ก็เพื่อยับยั้งมิให้เจ้า

⁴² The Fourteenth Amendment Section 1...; nor shall any state deprive any person, life, or property, without due process of law. อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 42.

⁴³ ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 42.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ แหล่งเดิม.

⁴⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 123.

พนักงานกระทำการอันมิชอบเช่นนั้นต่อไป ในกรณีนี้อาจเป็นการยับยั้งเจ้าพนักงานผู้นั้นโดยเจาะจง (specific deterrent) หรือยับยั้งเจ้าพนักงานอื่นโดยทั่วไป (general deterrent) ก็ได้เช่น เจ้าพนักงานผู้ทำการค้นโดยไม่มีหมายค้นย่อมตระหนักดีว่า ศาลจะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นนั้น เจ้าพนักงานผู้นั้นอาจไม่กล้ากระทำการค้นโดยไม่มีหมายค้นนั้นต่อไปอีก เมื่อจะกระทำการค้นคราวต่อไป จำเป็นต้องดำเนินการให้มีการออกหมายค้นเสียก่อน ซึ่งหลักการเดียวกันนี้ก็เพื่อมุ่งหวังว่าจะมีผลเป็นการยับยั้งเจ้าพนักงานรายอื่นๆ โดยทั่วๆ ไปด้วย

(2) เหตุในแง่ของความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล (Judicial Integrity)

นอกจากเหตุผลในแง่การยับยั้งแล้ว ศาลฎีกาอเมริกันยังได้อ้างอยู่เสมอว่า ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลจะเสื่อมเสียไป ถ้ายอมให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ถ้าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลย ก็เท่ากับศาลไร้ความบริสุทธิ์และกลายเป็นหุ้นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมายของเจ้าพนักงาน (partnership in official lawlessness)

หลักในเรื่องความยุติธรรมเป็นกลางของศาลที่จะไม่เอียงเอนกับฝ่ายใด มีผลเป็นการบังคับให้ศาลต้องไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการเตือนให้ฝ่ายบริหารผู้ควบคุมเจ้าพนักงานได้ตระหนักว่า ศาลจะไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารได้รับผลประโยชน์ใดๆ จากการกระทำอันมิชอบโดยเจ้าพนักงานของฝ่ายบริหารนั้น

(3) เหตุในแง่ของสิทธิส่วนบุคคล (Personal Rights) ของผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ

ในระยะแรกๆ ศาลฎีกาอเมริกันเคยอ้างว่า เหตุผลที่ไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็เพราะเป็นสิทธิของจำเลยผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำโดยมิชอบ จะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานนั้นๆ และการที่ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานตามที่จำเลยร้องขอก็เสมือนหนึ่งเท่ากับว่าศาลได้ให้ค่าสินไหมทดแทนแก่จำเลยในการที่มีการค้น ยึด หรือจับอันมิชอบต่อจำเลยนั้น เช่นเดียวกับที่ศาลบังคับให้ผู้กระทำละเมิดกรณีต่างๆ ไปใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกล่วงละเมิดนั่นเอง

3.1.2.4 ผลของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁴⁷

⁴⁷ แหล่งเดิม. หน้า 132-133.

ผลของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น มีทั้งผลดีและผลเสียดังนี้
ผลดีของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ คือ เป็นการคุ้มครองหรือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยการยับยั้งมิให้เจ้าหน้าที่ตำรวจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้บ้าง ดังเช่นในคดี Mapp v. Ohio ซึ่งผู้พิพากษา White กล่าวว่า “ไม่มีสิ่งใดสามารถบ่อนทำลายรัฐได้รวดเร็วยิ่งไปกว่าการที่เจ้าพนักงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย”

ในขณะที่หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ อาจมีผลดีในแง่ที่เป็นการยับยั้ง (deter) มิให้เจ้าพนักงานล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้บ้าง แต่หลักการนี้มีผลเสียหลายประการ คือ⁴⁸

(1) การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอาจมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกปล่อยตัวไป

ในคดีบางประเภท พยานหลักฐานบางชิ้นมีความสำคัญอย่างมากที่จำเป็นจะต้องเสนอต่อศาลเพื่อที่ศาลจะได้ใช้ในการวินิจฉัยความผิดของจำเลย เช่น ยาเสพติด หรือปืน ในความผิดฐานครอบครองยาเสพติด หรือครอบครองปืนไม่มีทะเบียน หรือวัตถุที่ใช้ในการเล่นการพนันในความผิดฐานเล่นการพนัน เป็นต้น พยานหลักฐานเหล่านี้ ถ้าได้มาโดยวิธีการอันมิชอบและศาลจะรับฟังมิได้แล้ว ก็เป็นการบังคับให้อัยการจำต้องถอนฟ้องซึ่งผลก็คือ ผู้กระทำความผิดจะถูกปล่อยตัวไป

ในคดีอื่นๆ ซึ่งพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้นั้นมีความสำคัญไม่มากนัก เช่น มีคของกลาง ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้นอาจจะมีผลทำให้คดีต้องเสียไป ถ้าอัยการยังสามารถนำพยานอื่นๆ เช่น พยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์มาเบิกความต่อศาลได้ อย่างไรก็ตาม การห้ามมิให้รับฟังพยานบางชิ้นที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบต่างๆ ที่พยานนั้นน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยผิด เป็นการเพิ่มภาระให้แก่อัยการที่จะต้องแสวงหาพยานชิ้นอื่นๆ ที่รับฟังได้ให้มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพราะอัยการมีหน้าที่จะต้อง “พิสูจน์โดยปราศจากความสงสัยตามสมควร” (proof beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยมีความผิดจริงตามที่ฟ้อง หากอัยการไม่สามารถหาพยานหลักฐานชิ้นอื่นๆ ได้อีกและพยานที่เสนอให้รับฟังได้นั้นมีน้อยชิ้นเกินไป ศาลหรือลูกขุน

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 132.

อาจจะแน่ใจว่าจำเลยกระทำผิดจริง และในบางกรณีอาจจะต้องตัดสินยกฟ้องไปเลยก็ได้การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอาจมีผลกระตุ้นให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบบางอย่าง

(2) การกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานที่อาจเกิดขึ้นได้ คือ การให้การเท็จ (perjury) เพื่อให้ศาลเห็นว่าวิธีการที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในสหรัฐอเมริกาได้มีการทำวิจัยพบว่า เจ้าพนักงานตำรวจใจให้การเท็จอยู่เป็นประจำ เช่น กรณี “ของกลางตก” (drophy case) โดยเจ้าพนักงานจะให้การว่าจำเลยทิ้งพยานหลักฐานของกลาง (ซึ่งส่วนใหญ่เป็นยาเสพติด) ในที่สาธารณะทันทีที่จำเลยเห็นเจ้าพนักงาน การที่ให้การไปเช่นนั้นก็เพื่อที่จะให้ศาลเห็นว่า เจ้าพนักงานมิได้กระทำการอันมิชอบเพราะได้ของกลางมาจากการเก็บตก มิได้เกิดจากการค้นหรือยึดแต่อย่างใดทั้งๆ ที่ตามความเป็นจริงแล้ว เจ้าพนักงานอาจได้พยานของกลางนั้นมาจากจำเลยโดยการค้นตัวอันมิชอบด้วยกฎหมายได้⁴⁹

นอกจากนั้นแล้ว บางกรณีเจ้าพนักงานตำรวจอาจแสวงหาประโยชน์อันมิชอบโดยสมคบกับผู้กระทำความผิดด้วยการจงใจจับ ค้น หรือยึด พยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดนั้นอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้พยานหลักฐานนั้นเสียไปรับฟังไม่ได้ ในขณะที่เดียวกับที่ประชาชนก็อาจเข้าใจว่าเจ้าพนักงานได้กระทำการรักษากฎหมายตามหน้าที่อย่างดีทุกอย่าง แต่ศาลต่างหากที่เคร่งครัดในกฎหมายมากเกินไปไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มานั้นเอง⁵⁰

ความคลี่คลายของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในสหรัฐอเมริกา จากหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ทั้งๆ ที่พยานหลักฐานนั้นอาจสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายในสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก ศาสตราจารย์วิกเมอร์ (Wigmore) ปรมจารย์ของนักกฎหมายลักษณะพยานของสหรัฐอเมริกาผู้ล่วงลับไปแล้ว ได้กล่าววิจารณ์ไว้อย่างตรงจุดว่า “การไม่รับพยานหลักฐาน มิได้มีผลเป็นการคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ซึ่งถูกค้น โดยมิชอบ หรือมีผลเป็นการลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำการอันมิชอบแต่ประการใดเลย ตรงกันข้าม การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน

⁴⁹ Comment. Police Perjury In Narcotics “Drophy” Cases ; A New Credibility Gap. 60 Geo L.J. 507 (1971)

⁵⁰ Oaks. Studying the Exclusionary Rule Search and Seizure. 37 U. Chi. L. ev. 665. 749 – 750 (1970)

กลับเป็นการให้รางวัลแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกค้นโดยมิชอบ เพราะการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาอาจมีผลให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้รับการปลดปล่อยตัวไปได้ ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการลงโทษสังคม โดยการปล่อยผู้กระทำความผิดไปอยู่ในสังคมต่อไป⁵¹

นอกจากนี้ศาลสูงของสหรัฐให้เหตุผลว่าวัตถุประสงค์ของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) คือการยับยั้งเจ้าพนักงานของรัฐไม่ให้แสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของประชาชนก็เริ่มมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่า มีผลเป็นการยับยั้งจริงหรือไม่ หากไม่มีผลทางยับยั้ง การไม่รับฟังพยานหลักฐานย่อมมีแต่ผลเสียอย่างเดียว คือ ผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษ กระบวนยุติธรรมทางอาญาสิ้นอำนาจบังคับบัญชาให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อย⁵²

หรือหากหลักเกณฑ์นี้มีผลยับยั้งจริง จะหามาตรฐานใดมาวัดว่าผลทางยับยั้งมีน้ำหนักหรือคุณค่ายิ่งกว่าประสิทธิผลของกระบวนยุติธรรมทางอาญาในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ศาลควรปล่อยผู้กระทำความผิดพ้นข้อหาไปเพียงเพื่อควบคุมเจ้าพนักงานของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ถูกระเบียบขั้นตอนเท่านั้นหรือ ในสังคมที่มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจและมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสูง เช่น สหรัฐอเมริกา อาชญากรย่อมมีความเฉลียวและใช้เทคนิคขั้นสูงเป็นธรรมดา หากศาลเคร่งครัดต่อระเบียบวิธีการต่างๆ ผู้กระทำความผิดอาจอาศัยช่องว่างนี้เด็ดขาดโทษทัณฑ์ไปได้

Chief Justice Burger ของศาลสูงแห่งสหรัฐ ผู้มีแนวความคิดต่อต้านอาชญากรรมพยายามวางบรรทัดฐานใหม่ในคดี Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1975) ว่าคู่ความที่อ้างหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นข้อต่อสู้ต้องพิสูจน์ว่าผลทางยับยั้งมีน้ำหนักดีกว่าสัมฤทธิ์ผลของกฎหมายอาญา ซึ่งเท่ากับเป็นการเรียกร้องให้ยกเลิกหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยสิ้นเชิง เพราะถ้าศาลสูงสุดของสหรัฐยอมรับบรรทัดฐานใหม่นี้ จะเป็นการยากลำบากยิ่งที่ผู้ใดจะพิสูจน์ได้ว่าผลการยับยั้งมีคุณค่ากว่าสัมฤทธิ์ผลของกฎหมายอาญา

⁵¹ 8 Wigmore on Evidence 2184. At 51-52 (McNaughton ed. 1961). อ้างถึงใน เกียรติจิกร วัจนะ สวัสดิ์. (2521, ธันวาคม). “หลักการไม่รับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา.” วารสารนิติศาสตร์, 9(3). หน้า 134.

⁵² จิระนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 41.

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษ่วิจารณ์ที่รุนแรงที่สุดอีกว่า ข้อที่ว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้น การที่ศาลสูงของสหรัฐอ้างว่าหลักนี้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญเพราะขาดศรัทธาในระบบความยุติธรรมทางอาญาของศาลแห่งมลรัฐต่างๆ จึงรวมอำนาจเข้าสู่ศาลสูงแห่งสหรัฐ หากหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ คดีย่อมมีประเด็นข้อพิพาทว่าเจ้าพนักงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลแห่งสหรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาท่ามกลางเสียงวิพากษ์วิจารณ์และสติอาชญากรรมที่สูงขึ้น หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดำเนินมาถึงจุดที่ต้องมีการปรับปรุงเพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่ตั้งเครียดศาลอุทธรณ์ภาค 5 แห่งสหรัฐได้เสนอทางออกไว้ในคดี U.S. v. Williams, 623 F.2d 830 (1980) โดยเพิ่มเติมข้อยกเว้นเรื่องหลักสุจริต (good faith exception) ว่า ศาลไม่นำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาใช้บังคับแก่กรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบ แต่เชื่อโดยสุจริตในขณะนั้นว่า อำนาจกระทำได้ ณ จุดนั้นเวลานั้น หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบย่อมไม่มีผลยับยั้งการกระทำดังกล่าวเลย แต่ความเห็นของศาลอุทธรณ์นี้ยังไม่ได้รับการรับรองจากศาลสูงแห่งสหรัฐ เพราะยังไม่มีความคิดลักษณะเดียวกันขึ้นสู่ศาลสูงสุดเพื่อวางบรรทัดฐาน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ข้อยกเว้นเรื่องความสุจริตถูกวิจารณ์ว่า เป็นการพิสูจน์ความจริงทางจิตวิสัย คือ ต้องหยั่งรู้สภาพจิตใจของเจ้าพนักงานในขณะปฏิบัติหน้าที่ มีแต่เจ้าพนักงานนั่นเองสามารถเบิกความยืนยันความสุจริต จำเลยยากที่จะหาพยานหลักฐานใดมาพิสูจน์ว่าเจ้าพนักงานไม่สุจริต อีกประการหนึ่ง การวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องอยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษาเท่านั้น หากให้คณะลูกขุนวินิจฉัยเท่ากับอนุญาตให้คณะลูกขุนได้รับฟังพยานหลักฐานขึ้นที่กล่าวถึงมีปัญหายุ่งยากอยู่แน่นอน แต่การให้ผู้พิพากษามีอำนาจวินิจฉัยข้อเท็จจริงก็เป็นการขัดกับหลักการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยคณะลูกขุนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁵³

⁵³ J.B. Dawson, The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence: A comparative Study, 31 International and Comparative Law Quarterly 513-549, 1982). อ้างถึงใน จิระนิติ หะวานนท์. นนท์. (2527 พฤษภาคม-มิถุนายน). “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ : เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกาและกฎหมายเยอรมัน.” *คูลพาท*, 31(3). หน้า 44.

เดิมหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) จำกัดเฉพาะพยานหลักฐานที่มีรูปร่าง ได้แก่ พยานเอกสาร และพยานวัตถุ ต่อมาความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ทำให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐขยายหลักเกณฑ์คุ้มครองบุคคลที่ถูกลอบดักฟังทางวิทยุหรือลอบมองดูทางโทรภาพ ตามบันทึกในคดี *OlmsTead v. United States*, 277 U.S. 438 และ *Katz v. United State*, 389 U.S. 347⁵⁴

3.1.2.5 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁵⁵

คดี *Weeks v. United States*⁵⁶ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ “เจ้าพนักงานได้พยานเอกสารมาโดยการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พยานนั้น ได้แก่ บรรดาจดหมายและเอกสารติดต่อของจำเลยจากการค้นบ้านของจำเลยโดยไม่ชอบ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืน The Fourth Amendment ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะการที่เจ้าพนักงานตำรวจได้ค้นบ้านของจำเลยโดยไม่มีหมายค้นและได้ยึดเอกสารส่วนตัวบางชิ้นของจำเลยมาเป็นพยานหลักฐานในการฟ้องร้องคดีนี้ว่า จำเลยเล่นการพนันทางไปรษณีย์ ดังที่ศาลได้ให้เหตุผลว่า หากมีการยอมรับให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ที่ห้ามการค้น การยึดโดยไม่มีเหตุผลอันควรจะไร้ผล”

ในคดี *Mapp v. Ohio*⁵⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ “เจ้าพนักงานตำรวจได้เข้าไปในบ้านของจำเลยคือ Ms.Mapp เพื่อที่จะทำการค้นหาพยานหลักฐานที่ใช้ในการเล่นการพนันและผู้เล่นที่หลบซ่อนอยู่ จำเลยได้ถามถึงหมายค้น เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้หนึ่งได้แสดง กระดาษแผ่นหนึ่งแต่มิได้ให้จำเลยอ่านข้อความในกระดาษแผ่นนั้น ซึ่งข้อเท็จจริงนี้ เจ้าพนักงานตำรวจได้ยอมรับในภายหลังว่า กระดาษแผ่นดังกล่าวไม่ใช่หมายค้น แต่เป็นการแสดงเพื่อหลอกลวงจำเลยในการค้นดังกล่าวเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานภายในบ้านทั้งหลัง ซึ่งรวมถึงหนังสือและกระดาษของจำเลยด้วย แม้ว่าใน

⁵⁴ จิระนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 39.

⁵⁵ ฐานิศร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 42-46.

⁵⁶ 232 U.S 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1941) อ้างถึงใน ฐานิศร์ วรรณสุข. (2550). *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา: ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 44.

⁵⁷ 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed. 2 d 1080 (1961) อ้างถึงใน ฐานิศร์ วรรณสุข. *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 44.

ระหว่างการค้น เจ้าพนักงานตำรวจจะได้พบหนังสือผิดกฎหมายจำนวน 4 เล่มซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดสำหรับผู้ที่ครอบครองหนังสือผิดกฎหมายเหล่านี้ แต่ศาลสูงแห่งสหรัฐก็ได้ปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว เพราะการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 และคำพิพากษาของศาลสูงฉบับนี้ก็ยังได้วินิจฉัยเพิ่มไปด้วยอีกว่า หลัก Exclusionary Rule ถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4

ในคดี *Rochin v. California*⁵⁸ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ เจ้าพนักงานตำรวจได้ข้อมูลมาว่า ผู้ต้องหากำลังขายยาเสพติดในบ้านของผู้ต้องหา เจ้าหน้าที่ตำรวจสามคนจึงไปที่บ้านของผู้ต้องหาซึ่งเป็นบ้าน 2 ชั้น โดยมีผู้ต้องหาพักอยู่กับภริยา น้องชายและน้องสาว เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจไปถึงพบว่า ประตูบ้านเปิดอยู่จึงได้เข้าไปและขึ้นไปชั้น 2 ของบ้านซึ่งเป็นห้องนอนของผู้ต้องหา และได้พบผู้ต้องหานั่งอยู่บนเตียงและภริยานอนอยู่ข้างๆ เจ้าหน้าที่ตำรวจมองเห็นยา 2 เม็ดวางอยู่บนเตียงนอนจึงสอบถามว่าเป็นของใคร ทันใดนั้นเองผู้ต้องหาได้หยิบยา 2 เม็ดดังกล่าวเข้าไปในปาก เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงได้กระโดดเข้าไปขัดขวางเพื่อนำยาเสพติดดังกล่าวออกมา แต่ผู้ต้องหาได้กลืนลงไป ต่อมาผู้ต้องหาถูกใส่กุญแจมือและนำตัวไปที่โรงพยาบาล สายยางที่มีลักษณะเป็นท่อขนาดเล็กใส่ทางปากของผู้ต้องหาผ่านไปยังช่องท้องและมีสารละลายผสมด้วยยาที่ทำให้อาเจียนถูกส่งผ่านท่อเข้าไป โดยการบังคับและฝืนความรู้สึกของผู้ต้องหา จนกระทั่งทำให้ผู้ต้องหาอาเจียนและต่อมาพบมอร์ฟิน 2 เม็ดภายหลังจากการที่ผู้ต้องหาอาเจียนออกมา ยาเสพติดที่ได้มานั้นถูกนำมาใช้เป็นพยานหลักฐาน ดังนี้ การที่เจ้าพนักงานทำให้ผู้ต้องหาอาเจียนออกมาโดยวิธีการบังคับและฝืนความรู้สึกของผู้ต้องหา เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งยาเสพติดประเภทมอร์ฟินชนิดแคปซูลที่ผู้ต้องหาได้กลืนลงไปในห้องนั้น ศาลสูงปฏิเสธไม่ยอมรับฟัง พยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้มานั้นโดยถือว่าเป็นการกระทำที่รุนแรงโหดร้าย จึงพิพากษายกฟ้องจำเลย เพราะการกระทำดังกล่าวได้ฝ่าฝืนหลักการในศาสนาที่ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติและขัดกับความยุติธรรมในความรู้สึกของศาล และประการที่สำคัญที่สุดคือ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาไม่รับฟังพยานหลักฐานนี้ก็เพราะเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญนั่นเอง

3.1.2.6 ข้อยกเว้นของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา⁵⁹

⁵⁸ 324 U.S.165. 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952)

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา มีข้อยกเว้นดังต่อไปนี้

(1) หลัก Standing หรือหลักสิทธิที่จะคัดค้านเกิดขึ้นต่อเมื่อเสรีภาพของบุคคลถูกล่วงละเมิด

หลักนี้เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดี Alderman v. United State, 394 U.S. 165 (1969) โดยศาลได้กำหนดข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับบุคคลผู้ถูกระงับโดยตรง กล่าวคือ ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีสิทธิยกการกระทำอันฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างเฉพาะกรณีที่เขาได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนนั้น เช่น บ้านของเขาถูกค้นโดยฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญและพยานหลักฐานที่ได้จากการค้นผูกมัด ข. ดังนี้ ข. ยกการได้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบขึ้นอ้างอิงมิได้ เพราะ ข. ขาด Standing ที่จะคัดค้านเนื่องจากเขาไม่ได้เป็นผู้เสียหาย (victim) จากการค้นนั้น ผู้ที่จะยกขึ้นคัดค้านได้ก็เฉพาะ ก. เท่านั้น ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการค้นที่ไม่ชอบ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่เขาถูกฟ้อง และยกเอาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างอื่นเขาโดยตรง ไม่ใช่เป็นผู้อื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง

หลัก Standing นี้เป็นการสอดคล้องกับหลัก “สิทธิส่วนบุคคล” (personal rights) กล่าวคือเฉพาะจำเลยที่ถูกจับหรือค้นโดยมิชอบเท่านั้นที่จะร้องขอให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา หากจำเลยมิได้ถูกล่วงละเมิดก็ไม่มีอำนาจที่จะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลที่สาม

(2) หลัก Impeachment หรือหลักว่าด้วยการพิสูจน์ต่อพยาน

หลักดังกล่าวนี้มาจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐอเมริกาในคดี Harris v. New York, 461 U.S. 222 (1971) โดยศาลวินิจฉัยว่าการที่จำเลยมีสิทธิจะให้การในคดีที่ตนถูกฟ้องว่าการกระทำ ความผิดนั้น ไม่ได้หมายความว่าจำเลยมีสิทธิจะให้การเท็จ ดังนั้น พยานหลักฐานแม้จะรับฟังไม่ได้เพราะได้มาโดยมิชอบ แต่หากเสนอเข้ามาเพื่อหักล้างน้ำหนักคำเบิกความของพยานบุคคลก็รับฟังได้ หลักการนี้จะใช้เมื่อจำเลยให้การขึ้นพิจารณา และไม่ยอมรับข้อเท็จจริงซึ่งไม่สามารถพิสูจน์ได้นอกจากอาศัยพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ กรณีนี้เป็นการนำพยานหลักฐานมาเพื่อหักล้างโต้ตอบกันนั่นเอง แม้พยานหลักฐานนั้นจะได้มาโดยมิชอบก็ตาม เช่น จำเลยอ้างยืนยันในการ

⁵⁹ มโน ซอศรีสาคร. (2539). การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร. หน้า 37 – 42.

สืบพยานชั้นพิจารณาว่า ไม่เคยมียาเสพติดไว้ในครอบครองเลยในชีวิต พนักงานอัยการสามารถนำสืบได้ว่าเคยยึดเฮโรอีนจากจำเลยได้เมื่อ 2 ปีที่ผ่านมา แม้การยึดจะกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายและถูกห้ามรับฟังในการพิจารณาคดีก่อนเกี่ยวกับข้อหาครอบครองยาเสพติดก็ตาม

(3) หลัก Harmless Error หรือความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

หลักนี้เกิดจากคำตัดสินของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดี Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967) และต่อมาได้มีคดี Arizona v. Fulminante, 499 U.S. 279 (1991) ให้เหตุผลว่าหลักนี้มีความมุ่งหมายที่จะรักษาวัตถุประสงค์หลักการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งได้แก่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความผิด หรือความบริสุทธิ์ของจำเลย หลักนี้จึงเกิดขึ้นเพื่อป้องกันกระบวนการดำเนินคดีอาญามีให้ต้องถูกกีดร่อนไปโดยความผิดพลาดที่มีใช้ประเด็นสำคัญในคดี

หลักดังกล่าวหมายถึงการที่เจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานมาโดยละเมิดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในข้อรายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิหลักๆ ตามรัฐธรรมนูญ พยานหลักฐานที่ได้มาจึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้

(4) หลัก Good Faith หรือหลักสุจริต

ก่อนที่จะเกิดหลักนี้ขึ้น ผู้พิพากษา White แห่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ได้เคยทำความเห็นแย้งไว้ในคดี Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976) ว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจได้ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 4 ควรที่จะมีการแก้ไขอย่างมากเพื่อมิให้มีการใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานนี้แก่กรณีพยานหลักฐานซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มาโดยการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต (Good Faith) ของเจ้าหน้าที่นั้นเองว่าตนได้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายทุกประการ และความเชื่อว่าตนปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องนั้นก็เป็นความเชื่อถือที่มีเหตุผล

ในคดีดังกล่าว ผู้พิพากษา White ได้กล่าวว่า เป็นเรื่องไร้เหตุผลที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีเช่นนี้ เพราะเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความสุจริตใจว่าตนทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาเพราะการกระทำของเจ้าหน้าที่ในกรณีเช่นนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดผลในการยับยั้งมิให้เจ้าหน้าที่กระทำการ โดยมีขอบแต่อย่างใด

แนวความคิดของผู้พิพากษา White เป็นความจริงขึ้นมาเมื่อท่านได้มีโอกาสเป็นผู้ตัดสิน

คดี United State v. Leon, 468 U.S. 897 (1984) คดีดังกล่าวนี้ศาลได้ตัดสินว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้หลักนี้เป็นอุปสรรคต่อการรับฟังพยานหลักฐานของพนักงานอัยการซึ่งได้มาโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่โดยยึดถืออย่างมีเหตุผลตามหมายค้นซึ่งออกโดยผู้พิพากษาที่เป็นอิสระและเป็นกลาง แต่หมายค้นนั้น ในภายหลังปรากฏว่าออกมาโดยไม่มีเหตุอันควรสงสัย จึงเป็นหมายที่มีชอบ

ผู้พิพากษา White ได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปราบปรามหรือยับยั้ง (deter) การกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจทำการค้นตามหมายค้นที่ศาลเป็นผู้ออก เจ้าหน้าที่ตำรวจก็มิได้ทำอะไรผิด จึงไม่มีเหตุผลที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น หากไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีเช่นนี้ก็จะส่งผลทำให้จำเลยผู้ซึ่งกระทำผิดอย่างแท้จริงต้องรอดพ้นจากการถูกลงโทษไป หรือมิฉะนั้นก็อาจได้รับการลดโทษอันเป็นผลมาจากการต่อรอง (plea bargains)

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา White ก็ได้กล่าวว่า อาจมีกรณีที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่มีหมายอยู่เหมือนกัน เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเชื่อว่าหมายนั้นออกมาโดยชอบ เช่น คำร้องของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ขอให้ศาลออกหมายมีข้อความที่เจ้าหน้าที่ผู้ร้องรู้อย่างแน่ชัดว่าเป็นเท็จ หรือหากไม่รู้ก็ถือว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการที่ไม่รู้ว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นเท็จ หรือในกรณีที่หมายนั้นเห็นได้ชัดว่าเป็นหมายที่บกพร่อง เช่น ไม่ระบุให้แน่ชัดถึงสถานที่ที่จะถูกค้น หรือสิ่งของที่จะถูกค้น กรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะไม่สามารถกล่าวอ้างได้อย่างมีเหตุผลว่าหมายนั้นมีความถูกต้อง อีกกรณีหนึ่งก็คือ หากคำร้องขอให้ศาลออกหมายนั้นเป็นคำร้องที่เห็นได้ชัดว่ามีเหตุอันควรสงสัยในการออกหมายเลย ถึงขนาดที่ว่าหากเจ้าหน้าที่ตำรวจมีความเชื่อว่ามีเหตุอันควรสงสัยที่จะทำการค้นได้แล้ว ความเชื่อของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นก็ไร้เหตุผลอย่างสิ้นเชิง

นอกจากกรณีความสุจริตเพราะหมายผิดพลาดแล้ว ยังมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่โดยยึดถือตามกฎหมายของมลรัฐ กล่าวคือ ในคดี Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987) ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า หากเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่โดยยึดถือตามกฎหมายของมลรัฐ แต่ต่อมากฎหมายนั้นถูกศาลวินิจฉัยในภายหลังว่าเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการค้นเคหสถานโดย

ไม่มีหมายค้น แต่เป็นการค้นที่กฎหมายของมลรัฐนั้นๆ อนุญาตให้กระทำได้ ถือว่าเป็นการค้นที่ชอบ สิ่งที่ได้มาจากการค้นย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แม้ว่าต่อมาภายหลังกฎหมายของมลรัฐที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการค้นนั้นจะถูกศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลว่า การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานมีจุดมุ่งหมายเพื่อขยับยั้งการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่โดยยึดถือตามตัวบทกฎหมายของมลรัฐ ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมิได้กระทำการใดๆ อันมิชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าว ก็หาไม่ผลเป็นการปราบปรามหรือขยับยั้งการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่อย่างใด เพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจมิได้กระทำการใดๆ โดยมิชอบในขณะนั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักไว้ด้วยว่า หากบทบัญญัติของกฎหมายของมลรัฐนั้นๆ มีสภาพที่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีความรอบคอบควรจะรู้ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว การปฏิบัติหน้าที่โดยยึดถือตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ ก็ย่อมเป็นการกระทำที่มิชอบ หากมีการค้นเคหสถานตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ พยานหลักฐานที่ได้มาก็ย่อมรับฟังไม่ได้

3.1.2.7 ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine)

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของสหรัฐอเมริกา มิได้จำกัดใช้บังคับแก่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น หากแต่ครอบคลุมไปถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากพยานหลักฐานชิ้นแรก เรียกว่า Fruit of the Poisonous Tree⁶⁰ หรือเรียกว่า “ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ” กล่าวคือ เมื่อต้นไม้เกิดเป็นพิษขึ้น ผลไม้ของต้นไม้ที่งอกขึ้นนั้นก็ย่อมจะเป็นพิษตามไปด้วย

ตัวอย่างเช่น คดี *Nardone v. United State*⁶¹ ซึ่งเจ้าพนักงานค้นบ้าน ก. โดยไม่มีหมายในกรณีที่ต้องมีหมาย และได้พบและยึดบันทึกลงตัวซึ่งระบุว่า ก. ทำร้าย ข และเอาปืนของกลางไปซ่อนไว้ที่กลางทุ่งนา ศาลจะรับฟังบันทึกลงตัวดังกล่าวเป็นพยานเอกสารยื่นต่อ ก. มิได้ ส่วนปืนของกลางก็จะรับฟังมิได้เช่นเดียวกัน เพราะถือว่าเป็นพยานที่ได้มาจากพยานชิ้นแรก (derivative

⁶⁰ จิระนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 40.

⁶¹ *Nardone v. United State*. 308 U.S. 338, (1940)

evidence) ที่เสียไป ตรงตามหลักที่ศาลอเมริกันเรียกว่า “ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ” (Fruit of the Poisonous Tree) นั่นเอง

เหตุผลที่ไม่รับฟังป็นของกลางก็เพื่อมุ่งหวังที่จะยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ ถ้าเจ้าพนักงานตระหนักดีว่าการกระทำโดยมิชอบของตนจะมีผลทำให้พยานทุกชั้นที่ได้มารับฟังไม่ได้หมดแล้ว เจ้าพนักงานอาจไม่กล้ากระทำเช่นนั้นอีก ถ้าจะไม่รับฟังเฉพาะพยานชั้นแรกแต่ยอมให้รับฟังพยานชั้นต่อๆ มาได้ ก็อาจจะไม่มีผลเป็นการยับยั้งอย่างเต็มที่มิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบได้⁶²

หรือ คดี Wong Son v. United State⁶³ ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ปลอมเป็นสายลับเกี่ยวกับการการสอบสวนในความผิดที่เกี่ยวกับคดียาเสพติดเป็นจำนวน 6 คน ได้เข้าไปในร้านให้บริการซักเสื้อผ้าของ Toy เพื่อหาตัว Toy โดยเจ้าพนักงานได้เข้าไปในเขตที่เป็นที่อยู่อาศัยด้านหลังร้านและเป็นที่พักนอนของภริยาและลูกของ Toy เจ้าหน้าที่ได้พบตัว Toy และได้ใส่กุญแจมือ ต่อมา Toy จึงบอกกับเจ้าหน้าที่ว่า Yee เป็นผู้ขายยาเสพติด เจ้าหน้าที่จึงไปพบ Yee ในทันที ซึ่งต่อมา Yee ได้ยอมมอบยาเสพติดคือ เฮโรอีน แก่เจ้าหน้าที่ และให้การนำไปสู่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าเฮโรอีนด้วยก็คือ Toy และ Wong Sun ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ศาลสูงสหรัฐได้ถือว่า คำให้การของ Toy ที่อยู่ระหว่างการใส่กุญแจมือในห้องนอนและยาเสพติดที่ได้จาก Yee ซึ่งได้เพราะคำให้การของ Toy นั้นเป็นพยานหลักฐานที่ไม่อาจรับฟังได้ เพราะถือว่าเป็นผลที่ได้มาจากการที่เจ้าพนักงานได้ไปในห้องนอนของ Toy โดยมีชอบด้วยกฎหมาย

ข้อยกเว้นของหลักผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ

หลักผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษก็มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ แม้พยานหลักฐานชั้นหลังซึ่งได้มาเพราะพยานหลักฐานชั้นแรกที่มีชอบก็อาจสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หากเป็นกรณีดังนี้⁶⁴

⁶² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 128-129.

⁶³ 371 U.S. 471< 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed. 2d 441 (1963). อ้างถึงใน ฐานิศร วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 51.

⁶⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 129-130.

(1) กรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานชิ้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Discovery) พยานชิ้นหลัง (derivative evidence) อาจจะใช้รับฟังได้ ถ้าพยานชิ้นหลังนั้น จะต้องถูกค้นพบอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่มีการได้มาซึ่งพยานชิ้นแรกก็ตาม เช่น ถ้าบันทึกของ ก. ระบุว่าเอาปืนของกลางไปทิ้งไว้ในตู้ไปรษณีย์ปืนของกลางนั้นอาจรับฟังได้ เพราะมีระเบียบข้อบังคับให้พนักงานไปรษณีย์ต้องนำสิ่งของแปลกปลอมต่างๆ ส่งให้เจ้าพนักงานตำรวจโดยเร็ว เมื่อพบสิ่งของนั้นๆ ด้วยเหตุนี้เจ้าพนักงานก็ต้องได้พบปืนของกลางนั้นอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่ทราบถึงที่ซ่อนของปืนนั้นจากบันทึกของ ก. ที่ได้มาเพราะการค้นบ้าน ก. อันมิชอบก็ตาม

(2) กรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานชิ้นนั้นจากแหล่งอิสระ (Independent Source) พยานชิ้นหลังอาจใช้รับฟังได้ ถ้าอัยการสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการค้นพบพยานชิ้นหลังนั้น อยู่แน่นอนจากแหล่งหรือวิธีการอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวพันกับพยานชิ้นแรกนั้น เช่น ตามกรณีบันทึกของ ก. ข้างต้น ถ้าอัยการสามารถพิสูจน์ได้ว่าผลการสืบสวนสอบสวนของตำรวจจะนำไปสู่การพบปืนของกลางนั้นอยู่แล้ว แม้ว่าจะไม่มีการค้นและยึดบันทึกส่วนตัวของ ก. มากก็ตาม กล่าวคือ ตำรวจได้สอบปากคำพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ตอนที่จำเลยนำปืนไปทิ้ง และตำรวจพอจะทราบแล้วว่าปืนนั้นอยู่ที่ใด ซึ่งในที่สุดตำรวจก็คงจะหาปืนนั้นพบ แม้จะไม่มีการค้นและยึดบันทึกส่วนตัวของ ก. ก็ตาม

3.1.2.8 สรุปหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณาเรื่องหลักในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule) ซึ่งเป็นหลักการที่ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือเป็นบทตัดพยานนั่นเอง โดยมีหลักการพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อยับยั้งมิให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองไว้ แต่จากหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ก็ยังมีข้อยกเว้นที่สำคัญคือ หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error) ซึ่งเป็นหลักที่ถือว่าหากเจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานนั้นมาโดยละเมิดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในข้อรายละเอียดปลีกย่อย ย่อมไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักรัฐธรรมนูญ จึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ และข้อยกเว้นในเรื่อง หลัก

สุจริต (Goog Faith) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานได้ถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความสุจริตใจว่าตนทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ยังขยายผลไปถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากพยานหลักฐานชิ้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบ ที่เรียกว่า ผลผลไม้มองต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree) อันมีผลให้เจ้าพนักงานตระหนักดีว่าการกระทำอันมิชอบของคนมีผลทำให้พยานทุกชิ้นที่ได้มารับฟังไม่ได้ทั้งหมด ซึ่งทำให้เจ้าพนักงานอาจไม่กล้ากระทำการโดยมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานอีก อย่างไรก็ตาม ผลผลไม้มองต้นไม้ที่เป็นพิษ ก็ยังผ่อนคลาโดยมิข้อยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นได้ คือ กรณีที่ถึงอย่างไรก็จะต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชิ้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Discovery) หรือในกรณีที่ถึงอย่างไรก็จะต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชิ้นนั้นจากแหล่งอิสระ (Independent Source)

ผู้เขียนเห็นว่า จากหลักการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกาที่เป็นบทตัดพยานโดยเคร่งครัด หรือผลผลไม้มองต้นไม้ที่เป็นพิษ ซึ่งตัดพยานทุกชิ้นที่เป็นผลพลอยได้จากพยานชิ้นแรกที่มีชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักดังกล่าวก็ยังมีข้อยกเว้นที่ผ่อนคลาความเคร่งครัดเพื่อให้รับฟังพยานหลักฐานบางชิ้นได้ ทั้งนี้เพื่อรักษาความยุติธรรมให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยมีได้มีผลเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่นั่นเอง อันเป็นการรักษาสมดุลระหว่างทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) และทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) ซึ่งเป็นทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งทุกประเทศควรจะใช้หลักการทั้งสองนี้ควบคู่กันไป ไม่เน้นหนักไปทางด้านใดด้านหนึ่งนั่นเอง

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์หรือระบบประมวลกฎหมายส่วนใหญ่ใช้กระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากวิธีการชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาโรมันคาทอลิกในวงการศาสนาคริสต์นั้นเมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลได้ทราบว่ามีกรกระทำ ความผิดหรือการกระทำอันมิชอบขึ้นในสังคม ผู้มีอำนาจปกครองจะต้องไต่สวนค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ในการไต่สวนหรือวิธีพิจารณาเคร่งครัดเพราะมุ่งแต่จะเอาผลที่ได้รู้

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากกว่าจึงอาจมีการใช้วิธีทรมานจำเลยด้วยประการต่างๆ เพื่อให้จำเลยรับสารภาพ และเล่าข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ผู้ชำระความฟัง การพิจารณาอาจกระทำลับหลังจำเลย คือ การสืบพยานอาจกระทำลับหลังจำเลยก็ได้เพราะถือว่าผู้ชำระความสามารถให้ความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิให้จำเลยอยู่แล้ว ระบบนี้มีอิทธิพลอยู่ในภาคพื้นยุโรปซึ่งเดิมเคยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของสันตะปาปาแห่งกรุงโรม และต่อมาก็มีบทบาทสำคัญในประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี เป็นต้น ต่อมาเมื่อระบบการทรมานจำเลยได้หมดไปและนักกฎหมายเริ่มค้นหาความจริงโดยมีการนำพยานมาสืบแต่ยังคงเอกลักษณ์เดิมอยู่ คือศาลมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาลหรือศาลเห็นสมควรเรียกมาสืบเองและไม่มีการทรมานข่มขู่หรือบีบบังคับการสืบพยานหรือไม่มีการตัดพยานโดยเคร่งครัดว่าพยานประเภทนี้รับฟังได้หรือรับฟังไม่ได้ ดังนั้น ศาลมักจะรับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดเข้าสู่สำนวนความและจะไปพิจารณารายละเอียดตอนซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าพยานชั้นใดควรมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด

ระบบไต่สวนมีบทบาทสำคัญ คือ

ประการแรก ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรืองดสืบพยานทั้งนี้เพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธี (Technicality) เกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้กว้างและยืดหยุ่นได้มาก

ประการที่สอง การพิจารณาโดยเฉพาะ ในคดีอาญาจะมีลักษณะเป็นการดำเนินการระหว่างศาลกับจำเลย โจทก์จะไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญนัก แต่เป็นเพียงช่วยเหลือศาลในการค้นหาพยานหลักฐาน ส่วนระดับของความช่วยเหลือที่โจทก์กับศาลจะร่วมมือกันมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับระบบของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส พนักงานอัยการอาจขึ้นนั่งซักถามพยานบนบัลลังก์เคียงคู่กับผู้พิพากษาได้

ประการที่สาม ในระบบไต่สวนมักจะไม่มีการกีดกันการสืบพยานที่เคร่งครัดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะไม่มีการตัดพยาน (Exclusionary Rule) ที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาล และศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้

อย่างกว้างขวาง⁶⁵ ในหัวข้อ 3.2 นี้ จะกล่าวถึงประเทศเยอรมนี ดังต่อไปนี้

ประเทศเยอรมนี

3.2.1 ความเป็นมาของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁶⁶

หลักกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดไปในทางที่ไม่เห็นด้วยกับหลักไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างไปจากในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และอิตาลี เพราะเยอรมนีถือว่ามิทฤษฎีของการลงโทษและการฟ้องร้องผู้ใช้อำนาจโดยไม่ชอบที่มีความสมบูรณ์อยู่ในหลักกฎหมายเยอรมันอยู่แล้ว ส่วนหนึ่งของคำพิพากษาศาลเยอรมันสร้างกฎเกณฑ์ที่คำนึงถึงคุณค่าของพยานหลักฐานมากกว่าคำนึงถึงการได้มาของพยานหลักฐานว่าจะได้มาอย่างไร ตัวอย่างเช่น ศาลเยอรมันถือหลักว่าพยานหลักฐานสามารถได้มาโดยการมีหมายหรือหมายนั้นมิชอบพร้อมก็ได้ ซึ่งนำไปสู่บทสรุปว่าหลักการนี้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีความหมายในการค้นซึ่งเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเยอรมันไม่ได้ให้ความสำคัญต่อกฎหมายที่วางหลักปฏิบัติในการใช้มาตรการบังคับของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานเลย อย่างไรก็ตามในกฎหมายเยอรมันก็มีหลักการรับฟังพยานหลักฐานเช่นกันและหลักการนี้ได้ถูกใช้ก่อนในสหรัฐอเมริกาเสียอีก แต่นักกฎหมายในสหรัฐเพิ่งได้รับรู้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานในเยอรมนีเมื่อไม่กี่ปีมานี้เอง

ในราวปี ค.ศ. 1889 ประเทศเยอรมนีเริ่มมีหลักการที่ว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษา วันที่ 7 เดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1889 (Judgment of Nov. 7, 1889, RGSt, Ger.) แต่มีความเบาบางมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ต่อมาหลังจากนั้นเยอรมนีได้พัฒนาหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ที่ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการรับรองเกียรติภูมิของมนุษย์และการพัฒนาสิทธิส่วนบุคคล⁶⁷

หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการค้นและการยึดที่ไม่ชอบด้วย

⁶⁵ อิศราวุธ อ่อนน้อม. (2541). *หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 59-60.

⁶⁶ แหล่งเดิม. หน้า 61-62.

⁶⁷ Walter Parker. (1985). "Exclusionary Rule in France, Germany, and Italy." *Hastings International and Comparative Law Review*. 9(1). pp. 3-5,46.

กฎหมายของเยอรมนีนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในการติดต่อ สื่อสาร และการคิด การพัฒนาของเยอรมนีเกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปที่ละขั้นตอนเป็นลำดับ โดยเริ่มจาก civil cases ซึ่งเป็นการปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีวิถีทางในการที่จะบรรลุผลโดยการพัฒนาหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้ขึ้นมาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของตน ฝ่ายเสียงข้างน้อยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเยอรมนีเชื่อว่า การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบน่าจะมีผลในการยับยั้งการค้นและการยึดที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานไม่ได้โต้แย้งในประเด็นของความไม่มีประสิทธิภาพของหลักการนี้เหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กลับโต้แย้งว่า การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้ไม่ควรนำมาบัญญัติในกฎหมายเยอรมัน เพราะระหว่างสหรัฐอเมริกากับเยอรมนีมีความแตกต่างกันด้านพื้นฐานของกฎหมายและสภาพสังคม แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาส่วนใหญ่เชื่อในผลดีของการใช้หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้ รวมไปถึงหลัก Fruit of The Poisonous Tree⁶⁸

3.2.2 หลักการและเหตุผลของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁶⁹

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกฎหมายเยอรมันมีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์รัฐเยอรมนีซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.1949 โดยได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหมือนกับที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศที่เจริญแล้วหลายประเทศดังนี้⁷⁰

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐเยอรมนีนั้นมีการรับรองสิทธิแห่งการเป็นมนุษย์บัญญัติไว้ในมาตรา 1 มีใจความว่า “(1) เกียรติภูมิของมนุษย์จะละเมิดมิได้ เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของรัฐที่จะต้องเคารพและปกป้องเกียรติของมนุษย์ (2) คนชาวเยอรมันยอมรับว่า สิทธิมนุษยชนที่จะละเมิดไม่ได้และที่จะโอนไม่ได้นั้นเป็นพื้นฐานของทุกประชาคมของสันติภาพและ

⁶⁸ Ibid. pp. 34,46.

⁶⁹ อิศราวุธ อ่อนน้อม. เล่มเดิม. หน้า 62.

⁷⁰ เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ. (2516). รัฐธรรมนูญนานาชาติ. หน้า 39 -49.

ของความยุติธรรมในโลก (3) ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ พึงเคารพสิทธิมนุษยฐานทั้งมวลดังต่อไปนี้เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้”

ส่วนเรื่องเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคล บัญญัติใน มาตรา 2 มีใจความว่า “(1) บุคคลมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้โดยเสรี ตราบใดที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นหรือละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (2) บุคคลมีสิทธิในชีวิตและมีสิทธิในร่างกายของตนที่จะละเมิดมิได้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย”

สำหรับเรื่องการค้น ใต้บัญญัติไว้ใน มาตรา 13 ว่า (1) เลหสถานจะถูกละเมิดมิได้ (2) การค้นเลหสถานจะทำได้ก็แต่โดยคำสั่งของผู้พิพากษา หรือหากมีการล่าช้าในการค้นอาจจะเกิดอันตรายขึ้นได้ จะกระทำได้อีกแต่โดยองค์กรอื่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายและการค้นจะต้องกระทำในลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น (3) นอกจากนี้ การละเมิดมิได้อาจถูกยกเลิกหรือถูกจำกัดเฉพาะเพื่อหลีกเลี่ยงภัยพิบัติสาธารณะหรือภัยที่เป็นอันตรายต่อชีวิตของบุคคล หรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันมีมาเป็นการฉุกเฉินต่อความมั่นคงสาธารณะและความสงบเรียบร้อยและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อบรรเทาการขาดแคลนที่อยู่อาศัยเพื่อการปราบปรามโรคติดต่อหรือคุ้มครองเยาวชนที่ตกอยู่ในอันตราย”

อย่างไรก็ตาม การรับรองสิทธิเหล่านี้ยังมีข้อจำกัดอยู่บ้างเพื่อประโยชน์ในการออกคำสั่งสาธารณะดังนั้น ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงมีข้อความที่เปิดช่องเพื่อให้อำนาจรัฐสามารถดำเนินนโยบายในการบริหารและปกครองประเทศได้ เช่น ในบทบัญญัติมาตรา 2 ที่บัญญัติให้บุคคลมีสิทธิในชีวิตและมีสิทธิในร่างกายของตนที่จะละเมิดมิได้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ แต่รัฐสามารถที่จะจำกัดสิทธิดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย นอกจากนี้ บทบัญญัติในมาตรา 13 ที่บัญญัติเรื่องการค้นเลหสถานจะกระทำได้อีกแต่โดยคำสั่งของผู้พิพากษาเท่านั้น และการค้นจะต้องกระทำในลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น⁷¹

สำหรับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น

⁷¹ Walte R. Clemens. “The Exclusionary Rule under Foreign Law” *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police science*. 52(3). September-October 1961. p.280. อ้างถึงใน อิศราวุธ อ่อนน้อม. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ. หน้า 62 – 63.

ศาลเยอรมันมีวิธีวิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานนั้นสามารถรับฟังได้หรือไม่อยู่ 2 ขั้นตอน ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานในการจะบังคับบัญชากฎหมายที่ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ขั้นตอนแรก การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการขู่เข็ญหรือหลอกลวง (Rechtsstaatsprinzip)

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการขู่เข็ญหรือหลอกลวงนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม หลักนี้จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการขู่หรือการสอบสวนที่มีลักษณะโหดเหี้ยม คุร้าย หรือมีการหลอกลวง การใช้กลอุบายของเจ้าหน้าที่ตำรวจและต้องการให้คำสั่งในการค้นระบุความผิดซึ่งจะต้องถูกสอบสวนและลักษณะของพยานหลักฐานที่จะถูกค้นหา โดยอย่างน้อยที่สุดสิ่งนั้นที่ถูกเปิดเผยควรจะไม่ขัดกับศีลธรรมอย่างมากเกินไปในการสอบสวน ผลที่เกิดขึ้นคือ พยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ได้แสวงหามา นั้นได้มาโดยวิธีที่ขัดหลักนี้ ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการฝ่าฝืนหลักพื้นฐานนี้ อย่างเด็ดขาด แม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะมีความน่าเชื่อถือในคุณค่าเพียงใดก็ตาม แต่ศาลเยอรมัน จำกัดหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีลักษณะเปิดกว้างเช่นนี้ โดยการพิจารณาการค้นและการยึดแยกจากกัน คือ ในการค้นตามคำสั่งที่ละเมิดหลักการนี้ไม่มีการระบุความผิดซึ่งจะต้องถูกสอบสวนและลักษณะของพยานหลักฐานที่จะถูกค้นหาคงครบพร้อมนี้ไม่นำไปสู่การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ส่วนพยานหลักฐานที่เกิดจากการยึดนั้นถือว่ามีค่าประเมินค่าของพยานหลักฐานอย่างอิสระจากการค้นในการตัดสินใจของศาลว่าการยึดนั้นมีลักษณะโหดเหี้ยม คุร้าย หรือมีการหลอกลวง การใช้กลอุบายของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือไม่ โดยศาลให้เหตุผลว่า การค้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นเรื่องของความไม่ชอบในตัวเองไม่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานที่ได้มา เพราะการยึดต่างหากที่ถือว่าเป็นต้นกำเนิดของพยานหลักฐาน ดังนั้น ผลของการยึดโดยขัดรัฐธรรมนูญจะนำไปสู่การไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น โดยตรง แต่อย่างไรก็ตามการค้นและการยึดที่ขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ไม่จำเป็นต้องมีผลเช่นนี้เสมอไป

ขั้นตอนที่สอง การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล (Verhältnismässigkeit)

หากผ่านขั้นตอนแรกมาแล้วโดยศาลไม่ปฏิเสธพยานหลักฐานนั้นจึงมาถึง

ขั้นตอนที่สองคือ การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจบ้าง คือ ชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเป็น ผู้กระทำความผิด กับสัดส่วนความสำคัญของสิทธิเสรีภาพแห่งเอกชน โดยหลักนี้เป็นเรื่องของความเหมาะสม เมื่อสิทธิส่วนบุคคลของจำเลยถูกละเมิดโดยเจ้าพนักงานรัฐ ซึ่งไม่ได้หมายความว่าพยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังไม่ได้โดยอัตโนมัติ หลักเรื่องสิทธิเหนือบุคคลมีน้ำหนักเหนือประสิทธิผลในกระบวนการยุติธรรมกรณีความผิดเล็กๆ น้อยๆ เท่านั้น แต่ในกรณีความผิดอุกฉกรรจ์หรือเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศที่กระทบต่อความสงบสุขเรียบร้อยของสังคมแล้ว ผลประโยชน์ของชาติย่อมอยู่เหนือสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งหมายความว่าแม้ว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้นจะได้มาโดยวิธีการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญก็ย่อมจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานและสามารถลงโทษจำเลยผู้กระทำความผิดได้ หากว่าเป็นความผิดร้ายแรงและเป็นความร้ายแรงที่กระทบต่อความมั่นคงของชาตินั้นอยู่ในดุลพินิจของศาล โดยการใช้หลักการนี้ศาลจะไม่คำนึงว่าเจ้าพนักงานตำรวจจะได้พยานหลักฐานนี้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตาม พยานหลักฐานที่ไม่แสดงบุคลิกภาพส่วนตัวของจำเลยย่อมรับฟังได้เสมอ ศาลเยอรมันให้เหตุผลว่า การรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวไม่ทำให้สิทธิส่วนบุคคลของจำเลยถูกล่วงละเมิด ตัวอย่างเช่น กฎหมายไม่คุ้มครองเทปบันทึกเสียงการประชุมธุรกิจซึ่งบุคคลเพียงกลุ่มเดียวประสงค์จะรักษาข้อความนั้นเป็นความลับ⁷²

ตามกฎหมายเยอรมัน แนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ชัดเจนอยู่แล้วดังกล่าวข้างต้นก็ไม่มีปัญหาอะไร ปัญหาที่เกิดขึ้นคือในกรณีอื่นๆ ที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะมีผลให้พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังได้หรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่ยังไม่ยุติ และมีทฤษฎีต่างๆ ที่สำคัญดังนี้⁷³

1) ทฤษฎีว่าด้วยพรมแดนแห่งสิทธิ (Die Rechtskreisthorie)

⁷² จิระนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 46.

⁷³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก. (2551, พฤษภาคม-สิงหาคม). ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิธี

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า ทฤษฎีว่าด้วยพรมแดนแห่งสิทธิ โดยวางหลักไว้ว่า ในกรณีที่เป็นการละเมิดต่อข้อห้ามของการนำสืบพยานหลักฐาน (Verletzung von Beweishehungsverböten) สิทธิในการอุทธรณ์ข้อกฎหมาย (die Revisibilitaet) และพยานหลักฐานที่ได้มานั้นจะรับฟังได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าการละเมิด (Verletzung) ดังกล่าวเป็นการกระทำต่อสิทธิของผู้อุทธรณ์ที่สำคัญมากสำคัญน้อยหรือเป็นแต่เพียงสิทธิที่ไม่สำคัญ

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีในระหว่างนี้ไม่ได้ยึดตามทฤษฎีว่าด้วยพรมแดนแห่งสิทธิแล้ว กฎหมายไม่แต่เพียงว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหมดที่มีไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนนั้นจะต้องได้รับการถือปฏิบัติเท่านั้น แต่รวมถึงการมีหลักประกันที่ว่ากระบวนการพิจารณาจะต้องดำเนินไปตามที่กฎหมายกำหนดด้วย การละเมิดต่อบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามของการนำสืบพยานหลักฐาน จึงเป็นการกระทำต่อพรมแดนสิทธิของจำเลย อันจะนำไปสู่ข้อห้ามของการรับฟังพยานหลักฐานได้ ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีนี้จึงไม่มีความเหมาะสม ในอีกด้านหนึ่งนั้น ก็ยังไม่ได้พูดถึงและยังไม่ได้รับการยอมรับจากศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีในแง่ที่ว่า การนำสืบพยานหลักฐานที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดและเป็นการกระทำต่อพรมแดนแห่งสิทธิของจำเลยนั้น จะเป็นผลให้พยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังไม่ได้โดยปราศจากข้อยกเว้นใดๆ⁷⁴

2) ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลเบื้องหลังของบรรทัดฐาน (Die Lehre vom Schutzzweck der Norm)

ทฤษฎีดังกล่าวระบุว่าบรรทัดฐานที่กำหนดว่าการนำสืบพยานหลักฐานต้องทำอย่างไรนั้นแล้วไม่เป็นไปตามนั้นมีไว้เพื่อคุ้มครองอะไร ถ้าสิ่งที่บรรทัดฐานดังกล่าวคุ้มครองถูกละเมิดพยานหลักฐานที่ได้มาที่รับฟังไม่ได้ ทฤษฎีดังกล่าวไม่อาจใช้ได้โดยทั่วไป หากแต่จะใช้ได้ต่อเมื่อมีบรรทัดฐาน (Eine Norm) ใดบรรทัดฐานหนึ่ง ข้อต่อของทฤษฎีดังกล่าวคือเราไม่อาจมั่นใจได้ว่าบรรทัดฐานดังกล่าวมีไว้เพื่อคุ้มครองอะไรแน่ๆ

3) ทฤษฎีดุลยภาพ หรือทฤษฎีชั่งน้ำหนักของประโยชน์ (Die Abwaegungslehre)

ทฤษฎีดุลยภาพหรือทฤษฎีชั่งน้ำหนักของประโยชน์วินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไปโดยในด้านหนึ่งเปรียบเทียบ

⁷⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข. (2548). “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5144/2548”. คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2548 เล่มที่ 12. หน้า 89.

กันระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริง (das Interesse an Wahrheitsfindung) และการใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ (effektiver Strafrechtspfändung) การกระทำความผิดทางอาญาที่ถูกฟ้องร้อง (die angeklagte Straftat) และความรุนแรงของความน่าตำหนิ (die Schwere des Vorwurfs) ในอีกด้านหนึ่งเป็นการเปรียบเทียบถึงความสำคัญของประโยชน์ที่ถูกละเมิด (die Bedeutung des verletzten Interesses) และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความแล้วต้องเปรียบเทียบถึงความสำคัญ (Gewicht) บทบัญญัติดังกล่าว เป็นการชั่งน้ำหนักของรัฐในการลงโทษการกระทำความผิด (Strafverfolgung) ในคดีใดคดีหนึ่งกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน

ทฤษฎีดังกล่าวได้รับการยอมรับจากศาลและเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำรา อย่างไรก็ตาม เหตุผลเบื้องหลังของบรรทัดฐานได้ถูกนำมาใช้กับทฤษฎีนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการชั่งน้ำหนักของประโยชน์ในการค้นหาความจริงและสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดที่จะถูกละเมิด

ศาลแห่งสหพันธ์เยอรมนี (BGHSt 38, 214, 219f.) ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “ปัญหาว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจะรับฟังได้หรือไม่ เป็นเรื่องที่จะต้องมาชั่งน้ำหนักประโยชน์กันซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของกระบวนการที่ถูกละเมิด รวมทั้งความสำคัญของกระบวนการดังกล่าวที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของจำเลยตลอดจนข้อพิจารณาที่ว่า ไม่ใช่ทุกกรณีที่เอาความจริงมาตีแผ่กัน ในอีกด้านหนึ่ง ก็จะต้องไม่ลืมว่าข้อห้ามของการรับฟังพยานหลักฐานเป็นอุปสรรคต่อการค้นหาความจริง และตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญ รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้กฎหมายอาญามีผลในทางปฏิบัติขึ้นมาให้ได้ เพราะหากปราศจากสิ่งนี้แล้ว ความยุติธรรมก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นมาได้ ในกรณีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ถูกละเมิดนั้น ไม่ได้มีไว้หรือไม่ได้มีไว้แต่เริ่มแรกเพื่อคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดแล้ว ในกรณีดังกล่าว ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มารับฟังได้ในทางตรงกันข้าม พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังไม่ได้ ในกรณีที่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีที่ถูกละเมิดนั้น มีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลยในกระบวนการพิจารณา คดีอาญา⁷⁵

⁷⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข. เล่มเดิม, หน้า 90.

3.2.3 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁷⁶

1) ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันปรากฏหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลได้พิจารณาตัดสินรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารทางการแพทย์ซึ่งยึดได้จากศูนย์บำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติด การไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นเพราะว่าเป็นการได้มาโดยการละเมิดบทบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานที่ระบอบเขตการปกป้องและคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล แต่อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมาถึงปัญหานี้ ศาลได้เคยพิจารณาตัดสินไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นในเวลากลางคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแล้ว ศาลได้ให้เหตุผลว่าศูนย์บำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติดก็เป็นสถานที่ที่มีลักษณะและคุณสมบัติเหมือนกับบ้านที่อยู่อาศัยซึ่งมีการคุ้มครองสิทธิของผู้อาศัยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามในการวิเคราะห์ของศาลในปัญหานี้ได้อธิบายว่า การค้นควรที่จะเป็น โมงะและพยานหลักฐานที่ได้จากการค้นนั้นควรจะถูกปฏิเสธโดยศาล (Judgment of May. 5, 1977, BVerfG 353.)⁷⁷

2) พยานที่ได้มาโดยไม่ชอบในกรณีที่ไม่มีหมายหรือไม่มีเหตุอันสมควร

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้น และศาลได้เริ่มนำหลักการนี้มาใช้เป็นคดีในเดือนเมษายน ค.ศ. 1980 (Judgment of April 18, 1980' BGHSt, W. Ger) เจ้าพนักงานเกี่ยวกับเรื่องภาษีของเยอรมันได้เข้าไปในที่ทำงานของจำเลยและได้ค้นหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับบัญชีเงินฝากธนาคารของจำเลยในที่ทำงานนั้น โดยมีหมายค้นที่มีขอบเขตในการค้นและปราศจากเหตุอันสมควรที่จะขยายขอบเขตของการค้นให้กว้างขวางออกไป แต่เจ้าพนักงานกลับยึดเอาเอกสารที่รวมไปถึงเอกสารที่เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารกันทางจดหมายในเรื่องส่วนตัว และได้ขยายขอบเขตการสืบสวนสอบสวนของเขาไปถึงในบ้านและห้องนอนของจำเลย ศาลชั้นต้นในคดีนั้นปฏิเสธที่จะคืนเอกสารซึ่งเป็นจดหมายส่วนตัวของจำเลยตามที่จำเลยร้องขอ แต่ศาลสูงได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่าเอกสารส่วนตัวที่ยึดถือไว้เวลานั้นไม่สามารถจะนำมาเป็นพยานหลักฐานได้และควรที่จะคืนให้กับจำเลยไป เนื่องจากศาลให้เหตุผลว่า การยึดในคดีนั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 13 ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพในที่อยู่อาศัยของบุคคล คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นสัญลักษณ์ของการเปลี่ยนแปลงที่เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการ

⁷⁶ อิศราวุธ อ่อนน้อม. เล่มเดิม. หน้า 67.

⁷⁷ Walter Parker. Ibid. p. 48.

พิจารณาความของกฎหมายเยอรมัน ซึ่งแต่เดิมนั้นบทบัญญัติในมาตรา 13 ไม่เคยที่จะถูกอ้างถึงในเยอรมนีที่เกี่ยวกับการไม่รับฟังพยานหลักฐานในคดีเลย⁷⁸

ศาลสูงเยอรมันได้พิจารณาตัดสินในชั้นอุทธรณ์ว่า สมุดบันทึกส่วนตัวของผู้ต้องหาสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในศาลได้ ในคดีนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้สมุดบันทึกส่วนตัวของผู้ต้องหาโดยที่ ภรรยาของผู้รักของจำเลยได้นำสมุดบันทึกส่วนตัวซึ่งถูกซ่อนอยู่ในบ้านมาให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาลสูงเยอรมันได้กลับคำตัดสินของศาลล่างที่ไม่รับฟังสมุดบันทึกส่วนตัวของจำเลยเป็นพยานหลักฐานลงโทษจำเลยเพราะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 1 และมาตรา 2 ศาลได้เน้นย้ำว่าพยานหลักฐานซึ่งข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคลของจำเลยไม่ใช่จะต้องปฏิเสธข้อเท็จจริงนั้นโดยอัตโนมัติ และการไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีนี้น่าจะต้องเป็นเพราะน้ำหนักของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมีคุณค่ามากกว่าการฟ้องคดีอาญาของรัฐที่ไม่มีความสำคัญ (Judgment of Feb. 21, 1964, BGH, 19BGHSt 325)⁷⁹

3.2.4 ผลผลิตไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Die Früchte des verifteten Baumes)

เมื่อพยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้แล้วปัญหาต่อไปมีว่าการรับฟังไม่ได้ของพยานหลักฐานดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะพยานหลักฐานที่ได้มาโดยตรงจากวิธีการอันไม่ชอบหรือจะรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอ้อมจากวิธีการอันไม่ชอบ เช่น ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้ข่มขู่บอกที่ซ่อนของศพและได้มีการค้นศพจนพบ นอกจากนี้ยังมีร่องรอยของเลือดของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดที่ศพด้วย ปัญหาคือ ข้อห้ามของการพิสูจน์พยานหลักฐาน (Beweisverbote) จะไปไกลถึงขนาดที่ว่าร่องรอยของเลือดของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะรับฟังไม่ได้หรือไม่ ซึ่งตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันก็เป็นทำนองเดียวกับ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของอเมริกาที่ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแม้จะไม่ใช่เป็นพยานหลักฐานโดยตรง แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานโดยอ้อม ก็เป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ โดยที่ความเห็นเช่นนี้เป็นความเห็นข้างน้อยที่กำลังมาแรง ส่วนความเห็นของ BGH ยังไม่ไปไกลถึงขนาดนั้น

⁷⁸ Ibid. p. 47.

⁷⁹ Craig M. Bradley. Ibid. pp. 1042 – 1043.

พยานหลักฐานต่างๆ ไม่จำกัดว่าต้องได้มาเฉพาะจากตำรวจหรืออัยการเท่านั้น (die Strafverfolgungsorgane) แต่รวมถึงจากเอกชนด้วย ดังนั้นการได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบจากเอกชน (Rechtswidrige Beweisermittlungen durch Privatleute) ด้วย เช่น ผู้เสียหายไปขโมยเอกสารจากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดแล้วนำไปให้ตำรวจ ปัญหาว่าพยานเอกสารนั้นจะรับฟังได้หรือไม่ เนื่องจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของกระบวนการพิจารณาคดีในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ใช้เฉพาะแต่กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (die Strafverfolgungsorgane) ด้วยเหตุนี้พยานหลักฐานดังกล่าวโดยหลักจึงรับฟังได้ ข้อยกเว้นมีเพียงเฉพาะในกรณีที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรงเท่านั้น (Faelle extremer Menschentechtswidrigkeit) เช่น การได้พยานหลักฐานมาโดยทรมานผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น เป็นต้น หรือกรณีที่เอกชนได้พยานหลักฐานมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยได้รับมอบหมายจากองค์กรบริหารงานยุติธรรมทางอาญากล่าวคือ พนักงานอัยการหรือตำรวจ

3.2.5 สรุปหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศเยอรมนี

การที่กฎหมายเยอรมันยึดหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหา ซึ่งศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เห็นว่า การรับฟังเป็นการละเมิดหลักพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ 2 ข้อ คือ การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการขู่เข็ญหรือหลอกลวง (Rechtsstaatsprinzip) เช่น การยึดที่ไม่ชอบ เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมและหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล (Verhältnismässigkeit) โดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจบ้าง คือ ชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด กับสัดส่วนความสำคัญของสิทธิเสรีภาพแห่งเอกชน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ หากเป็นกรณีละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ศาลจะพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของจำเลยด้านสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกับผลประโยชน์ของรัฐด้านการควบคุมอาชญากรรม ในกรณีความผิดร้ายแรง ผลประโยชน์ของรัฐย่อมอยู่เหนือเอกชน

การวางหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ตั้งมั่นอยู่บนพื้นฐานแห่งสิทธิและเสรีภาพเช่นนี้เป็นหลักที่มีความหนักแน่นทำให้สามารถหลีกเลี่ยงปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้อย่างสวยงาม

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่หากเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ก็มีทฤษฎีต่างๆ อยู่ 3 ทฤษฎี แต่ทฤษฎีคุณภาพ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยโดยการเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริงและการใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ การกระทำที่ถูกต้องร้องและความรุนแรงของความน่าตำหนิ หรือเป็นการเปรียบเทียบถึงความสำคัญที่ถูกละเมิด และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความแล้ว ต้องเปรียบเทียบถึงความสำคัญของบทบัญญัตินี้ ซึ่งทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับจากศาลและเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำรา ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสม โดยเฉพาะพิจารณาจากประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนว่าอย่างใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน ถ้าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว พยานหลักฐานที่แม้จะได้มาโดยมิชอบก็สามารถรับฟังได้ แต่ถ้าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมาย พยานหลักฐานดังกล่าวก็ไม่อาจรับฟังได้⁸⁰

⁸⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข. เล่มเดิม. หน้า 91.

บทที่ 3

หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในต่างประเทศ

การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของแต่ละประเทศนั้นมีหลักเกณฑ์ที่ต่างกันแล้วแต่ประเทศนั้นๆ จะใช้ระบบกฎหมายประเภทใด แต่อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ด้วยกันอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ยังมีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เพราะในแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับคุณค่าของพยานหลักฐานที่ต่างกันอันเนื่องมาจากแต่ละประเทศมีแนวคิดว่าด้วยรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ต่างกัน ซึ่งในประเทศอังกฤษนั้นให้ความสำคัญกับทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) มากกว่า ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้นให้ความสำคัญกับทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมาย (Due Process) ซึ่งคำนึงถึงคุณค่าของสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักมากกว่า ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเช่น ประเทศเยอรมนีนั้น แม้ว่าจะให้ความสำคัญกับทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายโดยมีรากฐานมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา แต่ก็ยังมีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ซึ่งหลักการรับฟังพยานหลักฐานของในแต่ละประเทศจะเป็นเช่นไรนั้นผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial หรือ Adversary System) ซึ่งเป็นระบบที่พัฒนาขึ้นในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ คือ อังกฤษ แล้วต่อมาพัฒนาไปยังสหรัฐอเมริกาและประเทศในเครือจักรภพ² ระบบกฎหมายในการพิจารณาคดีและสืบพยานของระบบกล่าวหานี้ เริ่มโดยโจทก์

² พรเพชร วิชิตชลชัย. (2552). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 5.

ถือพยานหลักฐานนั้นได้เพียงใดเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งเป็นเรื่องของศาสตร์อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นเรื่องของตรรกศาสตร์³

แม้ว่า มาตรา 226 ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง ในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน แต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 226 จะเห็นได้ว่า หากพยานหลักฐานนั้นๆ เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น ก็อ้างเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ แม้ว่าพยานหลักฐานนั้นๆ น่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ก็ตาม ดังนั้น เมื่อ “อ้าง” พยานหลักฐานนั้นๆ ไม่ได้ ก็น่าจะหมายความว่า “รับฟังไม่ได้” (inadmissible) นั่นเอง (ข้อสังเกต ฎีกาที่ 1758/2523 ก็วินิจฉัยว่า เมื่อพยานหลักฐานนั้นต้องห้ามมิให้อ้างเป็นพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 จึงรับฟังไม่ได้)⁴

การรับฟังประเภทของพยานหลักฐานในคดีอาญานั้น จะเห็นว่าตามมาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้” ดังนั้น พยานหลักฐานทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล รวมทั้งพยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ย่อมรับฟังได้ แต่จะเข้าสู่การพิจารณาได้ภายใต้ข้อกำหนดของมาตรา 226 ที่ว่า แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน ซึ่งหมายความว่า ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการสืบพยานและการรับฟังนั่นเอง⁵ ในส่วนที่เกี่ยวกับพยานวัตถุ และพยานเอกสารนั้น หากได้มาโดยมิชอบศาลก็จะต้อง “ไม่รับฟัง” โดยบทบัญญัติในมาตรา 226 ไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟัง⁶

³ คณิต ฒ นกร. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 204.

⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ก (2551). *คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา*. (พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 15.

⁵ คณิต ฒ นกร. (2549). เล่มเดิม หน้า 203-204.

⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 16.

บทบัญญัติมาตรา 226 มีขึ้นเพื่อให้ศาลปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลจึงมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยแท้⁷ และ พยานหลักฐานต่างๆ ที่จะนำมาอ้างนี้จะต้องเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยบริสุทธิ์⁸

จากหลักที่ว่าพยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณสมบัติบ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีได้ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีนั้นได้ ถือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า admissible evidence ไม่ใช่พยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ แต่เป็นพยานหลักฐานที่รับเข้ามาในคดีนั้นได้ ซึ่งตรงกับที่ภาษาไทยใช้คำว่า พยานหลักฐานที่รับฟังได้ หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นอยู่ว่า ถ้ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติหรือวางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดใด ประเภทใดไว้ พยานหลักฐานชนิดนั้น ประเภทนั้นก็จะเข้าลักษณะเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ (inadmissible evidence) ต้องถูกตัดทิ้งไป นำเข้ามาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานในระบบของไทยมีหลายกรณีรวมกฎหมายเหล่านี้เรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐาน” หรือที่ตรงกับหลักกฎหมายพยานหลักฐานของต่างประเทศที่เรียกว่า Exclusionary Rule ซึ่งบทตัดพยานหลักฐานในกฎหมายลักษณะพยานของแต่ละประเทศไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย ระบบความเชื่อของแต่ละประเทศที่เห็นสมควรว่ากรณีใดห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดใดประเภทใดหรือไม่อย่างไร⁹

เงื่อนไขที่มาตรา 226 วางไว้ในบทตัดพยานคือ เงื่อนไขของการที่พยานหลักฐานนั้นต้องมีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา บู่เชืงู หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น ซึ่งบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นี้ กฎหมายใช้คำว่า ต้องเป็นพยานหลักฐานที่มีได้ “เกิดจาก” หรือที่นักกฎหมายบางท่านใช้คำว่า “เกิดขึ้น” นั้น คำๆ นี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการพิจารณาในประเด็นของสภาพลักษณะพยานหลักฐานในแต่ละประเภท กล่าวคือ หากพยานหลักฐานนั้นเป็นถ้อยคำของบุคคล กรณีเช่นนี้จะไม่มีปัญหาเพราะการที่กฎหมายได้วาง

⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก (2539, มกราคม-มีนาคม). “แถลงการณ์เรื่องการดักฟังทางโทรศัพท์.” *รพีสาร*, 4(14). หน้า 36.

⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข (2553). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง*. หน้า 376.

⁹ จริฎุ ภักดิธนากุล ก (2553). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. หน้า 266.

เป็นบทตัดพยาน คือ ถ้อยคำที่เกิดขึ้นเพราะการถูกจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่ขู่ขู่ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ ซึ่งหลักสากลก็ถือเป็นหลักเดียวกันว่า จะต้องไม่รับฟังหรือตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ออกไปโดยเด็ดขาด¹⁰ เพราะการกระทำโดยมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานถ้อยคำนั้นมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือเป็นอย่างมาก แต่ปัญหาในกรณีนี้จะอยู่ที่ว่า หากพยานหลักฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 เป็นพยานหลักฐานประเภทเอกสารหรือพยานวัตถุแล้ว ประเด็นนี้เองที่ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการตีความของคำว่า “เกิดขึ้น” กับ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานที่มีความหมายเหมือนหรือต่างกันหรือไม่ เพราะโดยหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปมิได้มีการแบ่งแยกหลักการดังกล่าวขึ้นมาแต่อย่างใด¹¹

4.1.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226

บทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226 ในเรื่อง “การเกิดขึ้น” กับ “การได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานนั้น มีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านที่แตกต่างกันซึ่งความเห็นของแต่ละท่านแบ่งเป็น 2 แนวทางดังนี้

แนวทางแรก ได้มีความเห็นของบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นี้ว่า ในเรื่องของถ้อยคำ แม้ตัวบทจะใช้คำว่า “เกิดจาก” หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “เกิดขึ้น” ก็ตาม แต่ก็มีความหมายเป็นเช่นเดียวกับการได้มา โดยมีได้มีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเกิดขึ้นกับวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานออกจากกันแต่ประการใด กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยวิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ หรือการค้นโดยไม่ชอบ หรือการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือการใช้วิธีการที่มีชอบในกรณีอื่นใดก็ตาม พยานหลักฐานที่ได้มาก็ย่อมไม่สามารถที่จะรับฟังได้ เพราะจะต้องถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาลโดย

¹⁰ Craig M. Bladley. Mapp Goes Abroad. 2001. Case Western Reserve Law Review. Volume 52(2001-2001) No.2. pp. 376. อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 71.

¹¹ จริฎ กักศิษานกุล ข (2549). กฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 276.

ผลของมาตรา 226 ดังกล่าวนั้นเอง¹²

แนวทางที่สอง ได้มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การ “เกิดขึ้น” กับวิธี “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐาน มีความหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว แนวความคิดนี้มีความเห็นว่า พยานหลักฐาน ทุกชนิดที่มีคุณค่าแห่งการพิสูจน์และเป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว พยานหลักฐานนั้นก็ย่อมสามารถที่จะ รับฟังได้เสมอ แม้วิธีการของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม พยานหลักฐานดังกล่าว ก็ไม่ถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาลตามมาตรา 226 แต่อย่างไร เพราะเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 226 นั้น มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐาน เฉพาะที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น¹³

จากแนวคิดทั้งสองแนวคิดดังกล่าว ในการพิจารณาเรื่องการตีความนั้น เมื่อการตีความกฎหมาย ต้องตีความทั้งตามลายลักษณ์อักษร (The textual approach) ควบคู่ไปกับการตีความตาม วัตถุประสงค์ (The purposive approach) โดยที่การตีความตามลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นวิธีการที่ให้ความสำคัญกับตัวอักษรเป็นอันดับแรกซึ่งผู้ตีความจะต้องตีความถ้อยคำด้วยความหมายตาม ธรรมดาก่อนที่จะพิจารณาถึงเจตนาที่อยู่ภายในใจของผู้บัญญัติ ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ มีความเห็นว่า การให้ความสำคัญกับการตีความตามตัวอักษรจะมีความหมายอย่างไร หากว่าการตีความไปเช่นนั้นไม่สามารถทำให้บุคคลได้รับความคุ้มครองตาม ความมุ่งหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ส่วนการตีความตามวัตถุประสงค์นั้นเป็นวิธีการที่ให้ความสำคัญกับการค้นหาคำวัตถุประสงค์ของการ

¹² ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 74.

¹³ “แนวความเห็นที่สองนี้ตรงกับข้อสรุปวิทยานิพนธ์ของ อิศราวุธ อ่อนน้อม ที่เห็นว่า คำว่า “เกิดขึ้น” นั้นต่างกับคำว่า “ได้มา” เพราะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบหมายถึง พยานหลักฐานที่สร้างขึ้นมาเพื่อการใด การหนึ่ง ไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือตามความเป็นจริง ส่วนพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นการได้มาซึ่ง พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจริง เป็นพยานหลักฐานที่แท้จริงสามารถพิสูจน์ความผิดในคดีได้ แต่เป็นการได้ พยานหลักฐานขึ้นนั้นมาโดยมิชอบ ดังนั้น การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบจึงหมายถึงกรณีที่ไม่ รับฟังถ้อยคำพยานหรือบุคคลเท่านั้น” อิศราวุธ อ่อนน้อม. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ. หน้า 103. (อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งที่ได้มาโดยมิ ชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 75.).

บัญญัติกฎหมายเพื่อความยุติธรรม เพื่อคุ้มครอง และเพื่อประสิทธิภาพของกฎหมายที่เป็นความมุ่งหมายของระบบกฎหมายทุกระบบ ซึ่งวิธีการค้นหาเจตนารมณ์นั้นผู้มีความสามารถจะกระทำได้ โดยนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดหรือกฎหมายฉบับก่อนๆ มาพิจารณาเพื่อหาสาเหตุของการบัญญัติกฎหมาย¹⁴

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเรื่องหลักการตีความกฎหมายแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดแรกที่ว่า พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ก็มีความหมายเช่นเดียวกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั่นเอง เพราะวัตถุประสงค์ของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบก็เพื่อยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติไว้ การที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้เป็นการที่ฝ่ายตุลาการได้ตรวจสอบการกระทำการตามหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งเป็นผู้แทนของฝ่ายบริหาร อันเป็นการที่ฝ่ายตุลาการคานอำนาจฝ่ายบริหารซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการปกครองระบอบนิติรัฐอย่างหนึ่ง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาด้านร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ฉบับภาษาอังกฤษของคณะกรรมการร่างกฎหมาย ซึ่งนำโดย Mr. Delestreé ฉบับปี ค.ศ. 1915 แล้ว จะพบว่าภาษาอังกฤษใช้คำว่า “obtained” กล่าวคือ ต้นร่างดังกล่าวมีข้อความว่า “Any kind of evidence produced by the public or private prosecutor, or the accused, shall be admitted provided that it has not been unlawfully obtained”¹⁵ และต้นร่างของ Mr. Renè Guyon ฉบับปีที่ ค.ศ. 1917 มีข้อความว่า “Any kind of real, documentary or oral evidence likely to prove the innocence or the guilt of the accused or has good and bad character, is admissible, provide lawfully obtained.

Any evidence obtained through an offence or by means of any promise threat of false

¹⁴ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2552). “การใช้และการตีความ”. *สังคมกับกฎหมาย*. หน้า 139-140.

¹⁵ *Archives Concerning The Criminal Procedure Code*. (1915). Vol.VII, Work of the commission under Mr. Delestreé. sec.34. อ้างถึงใน มโน ซอศรีสาคร. *การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร*. หน้า 71.

allegation shall always be considered as unlawfully obtained and not admissible.”¹⁶

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ที่ใช้ในปัจจุบันฉบับภาษาอังกฤษมีข้อความว่า “Any material, documentary or oral evidence likely to prove or the innocence of the accused is admissible ,provided it be not obtained through any inducement, promise, threat, deception or other unlawful means...”¹⁷

จะเห็นได้ว่าทั้งจากต้นร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ฉบับภาษาอังกฤษเดิมจนถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ที่ใช้ในปัจจุบัน ใช้คำว่า obtained ทั้งสิ้น ซึ่งแปลว่า “ได้มา” นั่นเอง

นอกจากนี้ คำว่า “โดยมิชอบประการอื่น” ตามมาตรา 226 นั้น อาจเป็นการมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติต่างๆ ก็ได้¹⁸ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติเช่นนี้ ยังเป็นการสนับสนุนชัดเจนว่าการห้ามรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นั้น รวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบประการอื่น เช่น การแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการไม่ชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติต่างๆ นั่นเอง

ดังนั้นพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานคือพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ และพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั่นเอง

4.1.3 ประเภทของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

นักกฎหมายไทยพยายามอธิบายหลัก “พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ” ตามที่กำหนดในมาตรา 226 โดยแยกเป็น 2 ส่วน คือ การเกิดขึ้นของพยานหลักฐาน และวิธีการได้มาซึ่ง

¹⁶ Archives Concerning The Criminal Procedure Code. Draft of Mr.Guyon, 1917. Sec.330. อ้างถึงใน มโน ชอศรีสาคร. การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ คั่น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร. หน้า 71.

¹⁷ สุชาติ จิระชาติ, เลิศชาย จิระชาติ. (2544). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทย-อังกฤษ*. หน้า 87.

¹⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข (2553). *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*. หน้า 376.

พยานหลักฐาน ทั้งที่เป็นเรื่องเดียวกัน โดยมักจะอธิบายเพื่อให้มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันดังนี้¹⁹

1) “การเกิดขึ้นของพยานหลักฐาน” เป็นการพิจารณาว่าพยานหลักฐานนั้นเกิดขึ้นโดยชอบหรือไม่กล่าวคือ หากพยานหลักฐานนั้นเกิดขึ้นโดยมิชอบก็รับฟังไม่ได้ เช่น การซ้อมผู้ต้องหาเพื่อได้รับสารภาพ หรือการล่อให้กระทำความผิดถือว่าเป็นพยานหลักฐานเกิดขึ้นโดยมิชอบก็รับฟังไม่ได้ หากเกิดขึ้นโดยชอบก็รับฟังได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าวิธีการได้มาจะชอบหรือไม่ก็ตาม

2) “วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน” เป็นการพิจารณาว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ หากวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานที่ได้จากการนั้นศาลก็สามารถรับฟังได้ (admissible evidence) เว้นแต่ พยานหลักฐานเกิดขึ้นโดยชอบเองอยู่แล้วก็ยอมรับฟังได้

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ หมายความว่า เดิมไม่เคยมีพยานหลักฐานขึ้นนี้อยู่เลยแต่จากการกระทำโดยไม่ชอบหรือโดยผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่ทำให้เกิดมีพยานหลักฐานประเภทนี้เกิดขึ้นโดยไม่ชอบ ซึ่งไม่น่าเชื่อถือในตัวเอง²⁰ ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน โดยเด็ดขาด ส่วนพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบ หมายถึงพยานหลักฐานที่โดยตัวของมันเองดำรงอยู่หรือเกิดขึ้น โดยมีผู้ใดทำการเสริมแต่งให้เกิดขึ้น แต่พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบนั้นในเวลาที่นำไปใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยนั้นได้มีการใช้วิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น²¹

จากการอธิบายของนักกฎหมายข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่ว่าจะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบหรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการมิชอบก็ล้วนแล้วแต่เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานทั้งสิ้น จึงขออธิบายประเภทของพยานหลักฐาน โดยมิชอบครอบคลุมทั้งพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบและพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไปด้วยกัน

จากที่ผู้เขียนได้อธิบายเรื่องบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226 กล่าวคือ มีเงื่อนไขที่จะไม่รับฟัง

¹⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข แหล่งเดิม. หน้า 380.

²⁰ จริฎ ฎกดิชนากุล ค (2553). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 10 วิชากฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 310.

²¹ จริฎ ฎกดิชนากุล ง (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 266.

พยานหลักฐานนั้นก็ต่อเมื่อเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น การที่จะเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนั้น คือ เป็นการกระทำของเจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐาน โดยวิธีการที่ไม่ชอบซึ่งมีอยู่หลายวิธีการ ซึ่งในกฎหมายไทยมีกรอบหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวทางในการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะแสวงหาพยานหลักฐาน โดยใช้วิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายอันจะเป็นการไม่ขัดต่อบทบัญญัติของ มาตรา 226 เพื่อให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ จึงจำเป็นต้องศึกษาในเรื่องบทตัด พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในแต่ละกรณีดังต่อไปนี้

4.1.3.1 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการจับ คั่น และยึด²²

หลักทั่วไปเรื่องการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเรื่องสำคัญต่อการแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นพยานเอกสาร และพยานวัตถุที่จะนำมาพิสูจน์ความผิดของบุคคล ซึ่งแบ่งหลักเกณฑ์ได้เป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นในที่รโหฐานของบุคคล

ตามทีผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 เรื่องหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในเคหสถานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2550 และการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยการค้นในที่รโหฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าต้องมีการออกหมายค้นโดยศาล²³ เท่านั้น โดยเจ้าพนักงานจะต้องทำเป็นหนังสือเสนอต่อศาลและในการขออนุญาตหมายค้นเจ้าพนักงานจะต้องมีเหตุแห่งการค้นตามกฎหมาย²⁴ ด้วยเสมอ แต่ทั้งนี้ กฎหมายก็มีข้อยกเว้นให้อำนาจเจ้าพนักงานสามารถทำการค้นในที่รโหฐานของบุคคลได้โดยไม่ต้องมีหมายของศาล หากมีพฤติการณ์ต่อไปนี้ คือ

1) ผู้มีสิทธิร้องให้ช่วยมาจากขังในที่รโหฐานหรือผู้มีสิทธิหรือพฤติการณ์อื่นใดอันแสดงได้ว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในที่รโหฐานนั้น

2) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐาน

3) เมื่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอันแน่นแฟ้น

²² ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 79 – 81.

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 92.

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 69.

ควรสงสัยว่า ได้เข้าไปซุกซ่อนตัวอยู่ในที่รโหฐานนั้น

4) เมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควรว่าสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือไม่โดยการกระทำ ความผิด หรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิดหรืออาจเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์การ กระทำความผิด ได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้น ประกอบทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่า เนื่องจากการเน้นซ้ำกว่า จะเอาหมายค้นมาได้ สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายหรือทำลายเสียก่อน

5) เมื่อที่รโหฐานนั้น ผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้านและการจับนั้นมีหมายจับหรือจับตาม มาตรา 78

จากหลักดังกล่าวในเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการค้นที่รโหฐานของบุคคล ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในข้างต้นโดยเคร่งครัด หากเจ้าพนักงานทำการค้นโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติ ของกฎหมายโดยการค้นโดยไม่มีหมายหรือไม่มีเหตุในการค้นโดยไม่ต้องมีหมาย ถือว่าเจ้าพนักงาน ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ²⁵ อันจะขาดเสียมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรพุทธศักราช 2540 และประมวลกฎหมายวิธี พิพิจารณาความอาญา มาตรา 92 วรรคหนึ่ง ได้วางหลักในเรื่องของการค้นที่จะต้องมีความหมายของศาลก็ เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า เพื่อเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานที่เป็นฝ่ายบริหารในทาง หนึ่งด้วย การตรวจสอบอำนาจกันระหว่างองค์กรเพื่อให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในการค้นได้โดย อำนาจอันอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน คือ สิทธิเสรีภาพของบุคคลใน เฉลยสถานตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองและคุ้มครองไว้ ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานได้ทำการค้น ในที่รโหฐานของบุคคลโดยไม่มีหมายของศาลและไม่มีเหตุให้ค้นได้โดยไม่มีหมาย จึงมีผลในแง่ พยานหลักฐาน คือ พยานเอกสารหรือพยานวัตถุ นั้นย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ประการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 อันต้องห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาดนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หากการค้นที่รโหฐานนั้นเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติซึ่งเป็นเพียงรายละเอียด เช่น ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการค้นที่ รโหฐานดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 102 และ มาตรา 103 นั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยได้ถือเอาโดย ตลอดว่าข้อบกพร่องของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดจะต้องตัด

²⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ ข (2523). “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจสอบที่ไม่ชอบธรรม.” *วารสารนิติศาสตร์*, 113(3). หน้า 462.

พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นนั้นออกไป²⁶ ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁷

(2) พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นตัวบุคคล²⁸

การค้นตัวบุคคล ถือเป็น การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 32 แล้ว ยังมีผลกระทบต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการค้นตัวบุคคลโดยแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

ประการแรก หลักเกณฑ์ว่าด้วยการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถาน ดังที่มาตรา 93 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ทำการค้นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครอง เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมิใช่เป็นความผิด”

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่าเงื่อนไขในการที่เจ้าพนักงานมีอำนาจในการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถาน ได้คือ กรณีที่ต้องมี “เหตุอันควรสงสัย” (Reasonable Suspicion) ว่าบุคคลที่ถูกค้นนั้นมีสิ่งของเพื่อที่จะใช้ในการกระทำความผิดหรือสิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำความผิด หรือสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือไม่ เจ้าพนักงานจึงจะมีอำนาจค้นตัวบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายได้²⁹

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2482 (ชศ), 5455/2534 (ส่งเสริม) และ 4793/2549 (ส่งเสริม).

²⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ค. (2549). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง*. หน้า 103.

²⁸ ฐานิสร์ วรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 81 - 84.

²⁹ มีข้อควรสังเกตว่า ในการที่ศาลจะวินิจฉัยถึงเหตุอันควรของการจับกุม หรือตรวจค้นนั้น ศาลจะต้องคำนึงแต่เฉพาะประเด็นที่ว่า ก่อนการจับกุม หรือตรวจค้น มีเหตุอันควรหรือไม่เท่านั้น ส่วนประเด็นที่ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงๆ เพราะของกลางได้มาจากตัวจำเลยและจำเลยก็ยอมรับด้วยแล้วนั้น ศาลจะนำมาปะปนกับการวินิจฉัยเหตุอันควรแห่งการจับและค้นมิได้ ตามหลักที่ว่า “สิ่งที่ได้มา มิใช่เป็นเครื่องพิสูจน์ถึงความถูกต้องของวิธีการอันได้มาซึ่งสิ่งนั้น” หรือ “The End Does Not Justify the Means” กล่าวคือ ของกลางที่ได้มาจากการค้นตัวจำเลยซึ่งจำเลยก็ยอมรับแล้วว่า ตนครอบครองสิ่งนั้น มิใช่เครื่องพิสูจน์ย้อนหลังว่า การค้นตัวจำเลยโดยเจ้าพนักงานในตอนแรกนั้นกระทำไปโดยชอบ เพราะความชอบธรรมของการจับ หรือการค้นนั้น จะต้องคำนึงถึงเฉพาะข้อเท็จจริงในขณะที่เจ้าพนักงานกระทำการจับหรือค้นเท่านั้น ข้อเท็จจริงที่ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดเพราะค้นของกลางได้จากตัวจำเลยนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลัง ซึ่งไม่เกี่ยวกับความชอบธรรมของการจับ

ประการที่สอง ได้แก่ หลักเกณฑ์ในเรื่องของการค้นตัวบุคคลภายหลังที่มีการจับกุมตามที่ มาตรา 85 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้จับหรือรับตัวผู้ถูกจับไว้มีอำนาจค้นตัวผู้ต้องหา และยึดสิ่งของ ต่างๆ ที่อาจเป็นพยานหลักฐานได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า ในการค้นตัวผู้ต้องหาภายหลังการจับกุมนั้น กฎหมาย มิได้ระบุว่า “ต้องมีเหตุอันควรสงสัย” ว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อที่จะใช้ในการ กระทำความผิด หรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือซึ่งมีไว้เป็นความผิดอย่างในกรณีของการ ค้นครอบตัวบุคคลในที่สาธารณะตามมาตรา 93 แต่อย่างไรก็ดี อาจเป็นเพราะการค้นภายหลังจาก การจับกุมนั้นได้ผ่านการตรวจสอบโดยกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ของการจับกุมมาแล้ว ดังนั้น การ ค้นของเจ้าพนักงานภายหลังการจับกุมนั้น จะกระทำโดยอาศัยเหตุใดๆ ก็ได้นั่นเอง

จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการค้นในที่รโหฐาน ตามมาตรา 92 และการค้นตัวบุคคลตามมาตรา 85 จะเห็นว่า หากเจ้าพนักงานกระทำการค้นโดยไม่ ชอบตามบทบัญญัติดังกล่าว อันเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตของกฎหมายที่ว่ากระทำการดังกล่าว เป็นการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมีขอบและเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลใน ส่วนที่เป็นสาระสำคัญสิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นก็คือ สิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคหสถานและสิทธิ เสรีภาพต่อร่างกายของบุคคลอันเป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ศาลจึงไม่ รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเสมอ

4.1.3.2 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากเนื้อตัวร่างกายของบุคคล³⁰

วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกาย ของบุคคลนั้น นอกเหนือจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยการค้นตัวบุคคลในที่ สาธารณะสถานหรือการค้นตัวบุคคลภายหลังมีการจับกุมแล้ว ยังมีวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานเอา จากเนื้อตัวร่างกายของบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานวัตถุที่สามารถพิสูจน์ได้โดยวิธีการทาง วิทยาศาสตร์ อันได้แก่ สารคัดหลั่งต่างๆ ของร่างกาย ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ก็กำเนิดมาจากการที่ใน ปัจจุบันได้มีความเจริญก้าวหน้าทางกระบวนการทางวิทยาศาสตร์เป็นอย่างมากโดยเฉพาะการ

การค้นในตอนแรกเลย อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2523). “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจค้นที่ไม่ เป็นธรรม.” *วารสารนิติศาสตร์*, 11(3). หน้า 459.

³⁰ รุานิศร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 85 – 88.

พิสูจน์พยานหลักฐานได้มีการพัฒนาไปมากกว่าเดิมที่วิทยาศาสตร์ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเก็บตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผม เส้นขนหรือปัสสาวะ น้ำลาย คราบอสุจิ สารพันธุกรรม ตลอดจนสารคัดหลั่งอื่นๆ ที่ได้มาจากร่างกายของบุคคลเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนของเจ้าพนักงาน

แม้ว่าการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้จากร่างกายของบุคคลอันได้แก่ สารคัดหลั่งต่างๆ ซึ่งโดยทั่วไปถือว่าเป็นพยานวัตถุอย่างหนึ่งที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ถึงความเชื่อถือเป็นอย่างมาก³¹ แต่เมื่อพิจารณาถึงอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐในประเทศไทยในการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า มีข้อจำกัดเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นกฎหมายหลักต่อการใช้อำนาจเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐานในกรณีต่างๆ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาเทียบเคียงได้ในกรณีนี้คือ บทบัญญัติในมาตรา 132 ที่บัญญัติว่า

มาตรา 132 “เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) ตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอมหรือตรวจตัวผู้ต้องหา...หรือพิมพ์ลายนิ้วมือลายมือหรือลายเท้า...

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่ากฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานทำการตรวจค้นตัวบุคคลได้ แต่จำกัดเฉพาะเป็นการตรวจสิ่งที่ปรากฏอยู่บนร่างกายของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายเท่านั้น เช่น การตรวจเขม่าดินปืน การตรวจหาพยานวัตถุอื่นๆ เช่น การตรวจบาดแผล ตลอดจนถึงการพิมพ์ลายนิ้วมือ หรือลายนิ้วเท้า³² ดังนั้น การตรวจค้นตัวบุคคลตามมาตรา 132 นี้จึงไม่ใช่การให้อำนาจเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลโดยตรง แสดงว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นพยานวัตถุด้วยวิธีการนำสิ่งที่อยู่ภายในร่างกาย อันได้แก่สารคัดหลั่งต่างๆ มาพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของบุคคลได้แต่อย่างใด

³¹ ยี่งศักดิ์ กฤษณะจินดา. (2542). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. หน้า 199.

³² ยุพาภรณ์ วงศ์วิกรมต์. (2547). *การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*.

เมื่อกฎหมายของไทยไม่มีบทบัญญัติให้เจ้าพนักงานมีอำนาจในการนำพยานหลักฐานที่ได้มาจากร่างกายของบุคคลมาตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นการเจาะเลือดเพื่อพิสูจน์ดีเอ็นเอ (DNA) หรือ การถอนเส้นผมหรือเส้นขนหรือการตรวจน้ำลายหรือกรณีอื่นๆ โดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ที่จะถูกตรวจแล้ว พยานหลักฐานต่างๆ ที่ได้มาจากการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เหล่านั้นไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุอันได้แก่ สารคัดหลั่งต่างๆ หรือทำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญที่มาให้การต่อศาลเกี่ยวกับผลของการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เหล่านี้จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 226 ได้หรือไม่

คำตอบคือเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานจากเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องหาเช่นที่กล่าวข้างต้นแล้ว ดังนั้น พยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานกระทำการดังกล่าว ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยตรง ซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาด เพราะนอกจากการกระทำดังกล่าวของเจ้าพนักงานจะเป็นการกระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ³³ และเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาและความผิดทางวินัยแล้ว การกระทำเช่นว่านี้ ก็ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จากการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกายของบุคคลผู้ที่ถูกตรวจโดยตรง แม้ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องให้พยานหลักฐานดังกล่าวในการค้นหาความจริงมากแค่ไหนก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องไม่ลืมหลักทั่วไปไปด้วยว่า การใช้อำนาจของรัฐซึ่งในกรณีนี้คือ การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของมนุษย์ มีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ หากการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว แม้พยานหลักฐานนั้นจะมีความน่าเชื่อถือมากเพียงใด พยานหลักฐานนั้นก็ไม้อาจที่จะรับฟังได้โดยผลของมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเอง

มีข้อสังเกตซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฐานันท์ วรรณสุข ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้

³³ ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการสามารถแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวได้ในบางกรณี เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พุทธศักราช 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2545 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พุทธศักราช 2519 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2545 และพระราชบัญญัติจราจรทางบก (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2542 อ้างถึงใน ยุพาทธณ์ วงศ์วิกรานต์. การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 87- 90.

อำนาจเจ้าพนักงานในการตรวจพยานหลักฐานจากเนื้อตัวร่างกายของบุคคลแล้ว แต่หากบุคคลผู้ที่ถูกตรวจร่างกายนั้นให้ความยินยอมโดยสมัครใจ เช่น การเจาะเลือด กล่าวคือ มิได้เกิดจากการจงใจมีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นและให้ความยินยอมในขณะที่ผู้นั้นรู้ตัวแล้ว เป็นการที่ผู้ถูกเจาะเลือดได้สละสิทธิในร่างกายแล้ว น่าจะถือได้ว่าพยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบ ย่อมรับฟังได้ ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของมาตรา 226 รวมทั้งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ส่วนปัญหาเรื่องการเจาะเลือดดังกล่าวนี้ จำเป็นหรือไม่ที่เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งถึงสิทธิในร่างกายที่จะไม่ถูกเจาะเลือดโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ มิใช่เรื่องของการแจ้งสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การตามหลักในเรื่องของเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญาแต่อย่างใด เจ้าพนักงานจึงไม่จำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้ตรวจว่ามีสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้เจ้าพนักงานทำการตรวจร่างกายก็ได้ ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายแต่ประการใด เพราะเอกสิทธิ์ดังกล่าวคุ้มครองเฉพาะการให้ถ้อยคำ (Testimony) ของบุคคลเท่านั้น กับทั้งสิทธิเสรีภาพในร่างกายของทุกคนย่อมทราบอยู่ในตัวแล้วว่า สิทธิเสรีภาพนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่โดยทั่วไปในแง่ของสามัญสำนึกนั้นวิญญูชนทั่วไปก็ควรที่จะรู้ได้โดยเฉพาะในหลักของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้นั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้จะต่างจากสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การที่โดยทั่วไปเป็นการยากที่เอกสิทธิ์นี้ทุกคนจะได้ทราบ ดังนั้นเจ้าพนักงานจึงไม่จำเป็นต้องแจ้งสิทธิดังกล่าวแก่ผู้ที่จะถูกเจาะเลือดแต่อย่างใด

4.1.3.3 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการลักลอบดักการสื่อสารของบุคคล

การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ (Wire Tapping) เป็นวิธีการสืบสวนแบบพิเศษประเภทหนึ่งที่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อที่จะดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดประเภทนี้ได้เพราะข้อมูลที่ได้มาจะเชื่อมโยงกันทำให้ทราบถึงแผนการกระทำความผิดทั้งหมด รวมทั้งเป็นวิธีการซึ่งให้ได้มาซึ่งข่าวสารก่อนการร้ายต่างชาติเพื่อป้องกันประเทศได้ โดยผู้สนทนาไม่อาจทราบได้ว่าการกระทำดังกล่าว แต่การกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง³⁴

³⁴ สุชาติ ตรีเศษกุลเกษมสุข. (2543). การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์. หน้า 2.

ตามที่กฎหมายหลายประเทศและมาตรฐานสากลโดยส่วนใหญ่ต่างก็ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไว้ ดังนั้น การแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการลักลอบดักฟังโทรศัพท์ของเจ้าพนักงานตามหลักโดยทั่วไปจึงต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐดำเนินการดังกล่าวด้วยเสมอ³⁵ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 36 แต่ได้ยกเว้นให้อำนาจเจ้าพนักงานล่วงรู้ข้อความในสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อพิจารณากฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในเรื่องนี้ ในประเทศไทยคงมีเพียง 3 กรณีเท่านั้น คือ³⁶

(1) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พุทธศักราช 2519 มาตรา 4 จัตวา แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2545 มาตรา 9³⁷

³⁵ มานิตย์ จุมปา. (2539, สิงหาคม). “การดักฟังทางโทรศัพท์.” *รพีทัศน์คดี*. บทความทางวิชาการของนิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เนื่องในโอกาสวันรพี 7 สิงหาคม 2539. หน้า 23 – 24.

³⁶ ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 89 – 93.

³⁷ บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใด ซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการเป็นหนังสือ จะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบกับเหตุผลและความจำเป็นดังต่อไปนี้

- (1) มีเหตุอันควรเชื่อว่า มีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
- (2) มีเหตุอันควรเชื่อว่า จะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว
- (3) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

(2) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พุทธศักราช 2547 มาตรา 25 ที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ก็คงให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานสามารถทำการดักฟังทางโทรศัพท์ที่ได้ก็แต่โดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษเท่านั้น

(3) พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พุทธศักราช 2548 มาตรา 11 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน มีการก่อการร้าย มีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า มีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหาก็ให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทันทั่วถึง ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงและโดยผลของการประกาศตามมาตรา 11 (5) กฎหมายได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการสั่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง ทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลม

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นว่าแม้กฎหมายไทยจะมีการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐที่จะสามารถทำการดักฟังโทรศัพท์อันเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิที่จะไม่ถูกดักหรือกักการสื่อสาร ภายใต้หลักเกณฑ์วิธีการตามที่กฎหมาย

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วัน โดยกำหนดเงื่อนไขใดๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังจากที่มีคำสั่งอนุญาตหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร

เมื่อเจ้าพนักงานได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบ

บรรดาข่าวสารที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาและใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีเท่านั้น ทั้งนี้ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด”

กำหนดไว้ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่า การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็จำกัดแต่เฉพาะความผิดตามที่กฎหมายในเรื่องดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้น และกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น หากการที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ทำการลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนต่อคดีอื่นๆ ที่ไม่ได้อยู่ในขอบอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว เช่น คดีอาญาทั่วไปต่างๆ ก็ย่อมถือว่า การใช้อำนาจรัฐในการเข้าดักฟังนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจและถือว่าการลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์ได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองไว้โดยตรง การกระทำดังกล่าวนอกจากที่พนักงานจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวไม่ว่าโดยทางวินัยหรือตามกฎหมายอาญา³⁸ แล้วข้อพิจารณาในผลของพยานหลักฐาน หรือสิ่งที่ได้มาซึ่งก็คือ เทปหรือข้อมูลที่ถูกบันทึกลงไปในเรื่องบันทึกเสียง จะเห็นได้ว่า พยานหลักฐานดังกล่าวย่อมไม่สามารถที่จะรับฟังได้ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226

มีข้อสังเกตว่า การลักลอบบันทึกเสียงการสนทนาทางโทรศัพท์ของกลุ่มสนทนากันเองนั้น

³⁸ พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พุทธศักราช 2477

มาตรา 24 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้อุบายใดๆ โดยมีชอบด้วยกฎหมายเพื่อล่วงรู้หรือติดต่อซึ่งเนื้อความในข่าวสาร โทรเลข โทรศัพท์ใดๆ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 25 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาความหมายของอาณัติสัญญาณข่าวสาร โทรเลข โทรศัพท์ทั้งหมดหรือบางส่วนไปแพร่กระจายแก่บุคคลใดๆ ผู้ไม่มีสิทธิจะรู้ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีหรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 163 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่ในการไปรษณีย์ โทรเลข หรือโทรศัพท์ กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ดังต่อไปนี้

(4) เปิดเผยข้อความที่ส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข หรือทางโทรศัพท์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

รองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีความเห็นว่า การที่ข้อมูลบันทึกเสียงได้ถูกบรรจุลงไปในเครื่องบันทึกเสียงที่คู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งได้บันทึกไว้ นั่นถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เนื่องจากผู้ที่บันทึกเสียงเป็นผู้ที่สนทนาและเป็นบุคคลที่อีกฝ่ายหนึ่งประสงค์จะบอกข้อความ การบันทึกถ้อยคำเช่นนี้จึงไม่ต่างจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งส่งจดหมายมาให้อีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น การบันทึกเสียงในถ้อยคำกรณีนี้จึงมิใช่เป็นการ “ล่วงรู้ถึงข้อความในสื่อสารทั้งหลาย” ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 ห้ามไว้แต่อย่างใด³⁹ ทั้งนี้ มิใช่เป็นกรณีที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่สามอันจะเรียกว่าเป็นการลักลอบซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การบันทึกเสียงถ้อยคำผู้ร้ายที่โทรศัพท์มาติดต่อเพื่อเรียกค่าไถ่ เทปนั้นย่อมนำมาเป็นพยานหลักฐานที่ฟังได้ เพราะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบประกอบกับเหตุผลใน คดี U.S. v. White⁴⁰ ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาที่ได้วินิจฉัยว่า “แม้กฎหมายจะคุ้มครองการสนทนาก็ตาม แต่ผู้ที่พูดในการสนทนานั้นก็ต้องระมัดระวังคำพูดของตนเอง เมื่อผู้พูดให้คู่สนทนาได้ยิน ผู้พูดนั้นก็จะต้องเสี่ยงเอาเองว่าคู่สนทนาที่ได้ยินนั้นจะนำคำพูดของตนไปเปิดเผยหรือแอบอัดเทปไว้ หรือว่าในตัวผู้พูดนั้นมีไมโครโฟนซ่อนไว้หรือไม่ ผู้พูดนั้นไม่มีสิทธิที่จะอ้างความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Forth Amendment) และไม่อาจที่จะคัดค้านการนำเสนอคำพูดนั้นเป็นพยานหลักฐานต่อศาลได้”

หากเป็นกรณีที่บุคคลที่ 3 ซึ่งไม่ใช่คู่สนทนาทางโทรศัพท์เป็นผู้ลักลอบบันทึกถ้อยคำสนทนาของผู้อื่น โดยคู่สนทนาไม่ยินยอม ย่อมเป็นการ “ล่วงรู้ถึงข้อความในสื่อสารทั้งหลาย” ซึ่งเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 ถ้อยคำจากเทปที่ลักลอบบันทึกถ้อยคำดังกล่าวย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มา “โดยมิชอบประการอื่นๆ” เนื่องจากได้มาโดยวิธีการที่ผิดกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁴¹

จากที่กล่าวข้างต้นการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา

³⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ง (2539, มกราคม – มีนาคม). แฉลงกรณีเรื่องการลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์. *รพีสาร*, 4(14). หน้า 35.

⁴⁰ 401 U.S. 745 (1971)

⁴¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ง แหล่งเดิม.

36 บัญญัติ ห้ามมิให้กระทำการเพื่อให้ล่วงรู้ข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน เว้นแต่โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์ ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกรณีดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นกรณีที่ศาลได้ตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญานั้นเอง หากมีการดักฟังทางโทรศัพท์โดยฝ่ายบริหาร โดยไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้นั้น จะทำให้ประเทศไทยกลายเป็น “รัฐตำรวจ” (Police State) มิใช่นิติรัฐ อีกต่อไป

กรณีการดักฟังทางโทรศัพท์นั้น ในการเสวนาทางวิชาการเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2539 ห้องประชุม 112 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เวลา 14.00 ถึง 16.30 น. หัวข้อ “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์” ได้กล่าวถึงคดีนายเอกกมล ศิริวัฒน์ ซึ่งผู้เขียนพอจะสรุปได้ โดยมีเนื้อหาที่น่าจะเกี่ยวข้องดังนี้

รศ.ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวไว้ซึ่งผู้เขียนสรุปได้ว่า “ได้มีการปลดคุณเอกกมล ออกจากตำแหน่งรองผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ข้อมูลที่ใช้เป็นเหตุในการอ้างคือ ข้อมูลที่ได้จากการการสืบสวนของเจ้าพนักงานข่าวกรองแห่งชาติ ปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับบ้านเมืองนั้น สาธารณชนควรพิจารณาด้วยกัน 3 ปัญหา (ที่เกี่ยวข้องมี 2 ปัญหา) ปัญหาที่หนึ่ง คือ ปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล และถ้าหากว่ามีการละเมิดเช่นนั้น ผู้ที่ทำการละเมิดจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งทางอาญามากน้อยเพียงไร ปัญหาที่สอง คือ ปัญหาเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดอาญาของคุณเอกกมลในศาล ทั้งนี้ เพราะว่าคุณกล่าวหาเป็นความผิดทางอาญาในการเปิดเผยความลับเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ ปัญหาคือ คำพูดที่ปรากฏอยู่ในเทปที่ลักลอบอัด ไม่ว่าจะอัดทางโทรศัพท์ก็ดี อัดทางเอาเครื่องเล่นเทปไปซ่อนไว้ก็ดี สามารถใช้พิสูจน์ความผิดของคุณเอกกมลในศาลอาญามากน้อยแค่ไหน เพียงใด

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรเอาไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเสมอ สิ่งที่เราเรียกว่า “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” หมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายทั้งปวงที่ราษฎรในฐานะเป็นมนุษย์คนหนึ่งจำเป็นต้องมีและใช้

เพื่อกระทำการต่างๆ ไปในทางที่พัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในกายภาพ และทางจิตใจตามที่เขาปรารถนา รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน

ลักษณะที่ 1 คือ บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ไว้โดยไม่มิเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ เป็นสิทธิเสรีภาพเต็มบริบูรณ์ปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัด

ลักษณะที่ 2 คือ การรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนั้นๆ ได้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมที่เราเรียกว่าประโยชน์มหาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนอื่นในทางใดทางหนึ่ง

เสรีภาพประการอื่นๆ เป็นเสรีภาพในการตัดสินใจทั้งสิ้น (Freedom of action) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในโลกภายนอกตัวเรา เพราะฉะนั้นการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ล้วนแล้วแต่กระทบต่อส่วนรวม หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นได้ไม่มากนักน้อย เพราะฉะนั้นสำหรับเสรีภาพในการกระทำรัฐไม่อาจรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรได้อย่างปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ รัฐจำเป็นต้องตรากฎหมายจัดระเบียบการใช้สิทธิเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน เพื่อป้องกันไม่ให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ที่กระทบต่อส่วนรวม เช่น กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ กระทบต่อความสงบเรียบร้อยภายใน หรือป้องกันไม่ให้แต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับเสรีภาพในการกระทำคือ ทำอย่างไรราษฎรจึงจะมั่นใจว่ารัฐจะไม่ใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจ คำตอบคือสถาปนาหลัก “นิติรัฐ” หรือหลัก “นิติธรรม” ขึ้นในแผ่นดิน

หลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม นั้นหมายความว่า รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างชัดเจนและเพียงพอที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น トラบใดที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจองค์กรต่างๆ ของรัฐ เจ้าหน้าที่งานต่างๆ ของรัฐต้องละเว้นจากการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร เพราะчинทำไป การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามหลักนิติรัฐ สิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นด้านหลัก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรแม้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเพื่อรักษาสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นก็ตามเป็นข้อยกเว้น และข้อยกเว้นนั้นมิได้ในกรณีเดียวเท่านั้น คือ มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการได้ ความ

จำเป็นที่ไม่ก่อให้เกิดอำนาจ การอ้างว่าเพื่อความมั่นคง เพื่อความสงบเรียบร้อย ไม่ก่อให้เกิดอำนาจ กระทำการใดๆ อันมีผลเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร แหล่งที่มาของอำนาจกระทำการเช่นว่านั้นคือ “กฎหมาย”

หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมนั้นมีอยู่ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำตอบคือ เมื่อดูจากรัฐธรรมนูญหมวดสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หมวด 3 จะพบว่ามี 2 วรรค คือ ในวรรคแรกจะบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของราษฎร ส่วนวรรค 2 บัญญัติว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2 มาตรา คือ

มาตรา 39 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” คือรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของราษฎร ส่วน วรรค 2 บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรค 1 จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะกฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเลื่อมทรามของจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน หลัก คือ “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน”

เมื่อมีหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมที่ได้รับการสถาปนาเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันแล้ว ดังนั้น การลักลอบดักฟังการสนทนาของผู้อื่นทางโทรศัพท์และการแอบอัดเทปการสนทนานั้น ลงในเทปเป็นเสมือนผู้ผลิตเทปเพลง เป็นการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยเฉพาะของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 อันที่จริงเสรีภาพในการสื่อสารเป็นเพียงแง่มุมหนึ่งหรือด้านหนึ่งของสิ่งที่ใหญ่กว่านั้น สิ่งนั้นคือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือที่เรียกว่า “right of privacy” ซึ่งแสดงออกมาเป็นรูปธรรมในเสรีภาพย่อยๆ หลายเสรีภาพด้วยกัน นอกเหนือจากเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารแล้ว ยังรวมถึงเสรีภาพในเคหสถานต่างๆ ตามมาด้วย เพราะฉะนั้น การลักลอบดักฟังผู้อื่นสนทนาทางโทรศัพท์ที่มีลักษณะไม่ต่างอะไรไปจากเจาะฝาผนังห้องน้ำแอบดูคนแก้ผ้าอาบน้ำ ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ให้อำนาจตำรวจซึ่งมีหน้าที่สืบสวน หรือสอบสวน

ในคดีอาญาคัดฟังการสนทนาของบุคคลทางโทรศัพท์ พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528 มาตรา 4 ให้อำนาจให้พนักงานข่าวกรองแห่งชาติมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

1) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสารและการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน (มาตรา 3 การข่าวกรองทางการสื่อสาร หมายความว่า การใช้เทคนิคและการดำเนินกรรมวิธีทางเครื่องมือสื่อสารด้วยการดักรับฟัง การติดต่อสื่อสารทางสัญญาณวิทยุ เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวซึ่งเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้ายอันอาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งให้อำนาจดักรับฟังการสื่อสารระหว่างบุคคลผ่านทางสัญญาณวิทยุ ไม่ใช่โทรศัพท์

2) บุคคลที่อาจจะถูกรับฟังตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ บุคคลต่างชาติ หรือองค์การก่อการร้ายที่อาจกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติ (ซึ่งกรณีคุณเอกกมล เป็นคนสัญชาติไทยแน่นอน เพราะเป็นพนักงานธนาคารแห่งประเทศไทย และไม่ได้เป็นผู้ก่อการร้าย เพราะฉะนั้นเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข่าวกรองแล้ว สำนักข่าวกรองก็ไม่มีอำนาจที่จะไปกระทำการละเมิดเสรีภาพในการสื่อสาร และยังไม่มีพบว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจ เมื่อกรณีคุณเอกกมลไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็ต้องเท่ากับว่าการกระทำไปนี้เป็นละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล ละเมิดเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคล และละเมิดสิทธิที่ใหญ่กว่า นั่นคือ สิทธิในความเป็นส่วนตัว

ดังนั้น ผู้กระทำความผิดโดยละเมิดดังกล่าวโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจจะมีความผิดทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำความผิดต่อบุคคลโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี รวมทั้งสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วย ท่านว่าผู้นั้นจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ส่วนความรับผิดทางอาญานั้น มีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี หรือปรับตั้งแต่ 2,000 บาท ถึง 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” กรณีคุณเอกกมลเป็นการปฏิบัติหรือ

ละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ถูก
ลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์ ก่อความเสียหายแก่คู่สนทนาทางโทรศัพท์แน่นอนชัดเจน)⁴²

ส่วน ผศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ได้กล่าวไว้ซึ่งผู้เขียนสรุปได้ว่า “ในส่วนของ
เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น มีวัตถุประสงค์ คือ การแสวงหาตัวผู้กระทำความ
ผิดโทษ ซึ่งจะต้องมีการใช้อำนาจต่างๆ ต่อบุคลากรของรัฐไม่ว่าจะเป็นพนักงานสอบสวน พนักงาน
อัยการ เพื่อที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องสงสัยเพราะฉะนั้นในส่วนที่
เกี่ยวกับการให้อำนาจต่างๆ นี้เป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งและในขณะเดียวกันการให้อำนาจทั้งหลายนั้น
ต้องมีการควบคุมและตรวจสอบ โดยที่ในการดำเนินคดีต่างๆ เราใช้วิธีดำเนินคดีแบบกล่าวหาซึ่ง
หมายความว่าจำเลย และผู้ต้องหาที่มีสิทธิต่างๆ ซึ่งมีกฎหมายให้การรับรอง เพราะในส่วนการใช้
อำนาจของรัฐในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญานี้ หลักนิติรัฐจึงมีความจำเป็น ในการใช้อำนาจของ
พนักงานสอบสวนหรือพนักงานสืบสวนเอง รวมทั้งอำนาจของพนักงานอัยการ ซึ่งในกฎหมายวิธี
พิจารณาความอาญามีการควบคุมระหว่างองค์กร ซึ่งเรียกว่า “หลักตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ
ระหว่างองค์กร” คือ องค์กรฝ่ายบริหารมีการตรวจสอบกันเองต่างๆ เช่น ในเรื่องการออกหมาย
อาญาบางอย่างในวิธีพิจารณาความอาญาของเราให้พนักงานตำรวจหรือพนักงานฝ่ายปกครองชั้น
ผู้ใหญ่ออกหมายอาญาได้ เช่น ออกหมายจับ หมายค้นต่างๆ อันเป็นการตรวจสอบไม่ให้พนักงาน
สอบสวนกระทำการตามอำเภอใจ ซึ่งเป็นการควบคุมภายในองค์กร การควบคุมภายในองค์กรใน
บางครั้งอาจจะยังไม่พอต้องมีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกซึ่งถือว่าเป็นต่างอำนาจในอำนาจ
อธิปไตยคืออำนาจตุลาการ ซึ่งจะเห็นได้ในวิธีพิจารณาความอาญาว่าในหลายครั้งแม้คดีนั้นยังไม่ถึง
ศาลโดยตรง ฝ่ายตุลาการก็เข้ามาทำหน้าที่พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนใน
มาตรา 90 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดถูกควบคุม
หรือถูกขัง โดยผิดกฎหมายหรือถูกจำคุกโดยคำพิพากษา บุคคลเหล่านั้นได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลให้
ปล่อย เพราะถึงแม้ว่าจะอยู่ในชั้นแค่เป็นผู้ถูกควบคุมโดยอำนาจของพนักงานสอบสวน ศาลก็เข้ามา
ตรวจสอบ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเขาได้ซึ่งเป็นขั้นตอนแรก ส่วนปัญหาในเรื่องการ
ดักฟังทางโทรศัพท์นั้นเป็นวิธีหนึ่งซึ่งจะเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดของ

⁴² -, (2531, กันยายน). “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์.” *วารสารนิติศาสตร์*, 26(3). หน้า 650

ผู้ต้องหาในคดีให้ได้ ปัญหาว่าการดักฟังทางโทรศัพท์ทำได้หรือไม่ นั่น ท่านรองศาสตราจารย์ วรพจน์ได้พูดไปแล้ว (ดังกล่าวข้างต้น) เป็นหลักล่วงละเมิดในสิทธิของปวงชนชาวไทยที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นข้อห้ามต่างๆ อาจจะมีข้อห้ามในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเอง เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 นั้น ในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนถูกห้ามใช้การล่อลวง ชู่เชิญ หรือให้สัญญาเพื่อจูงใจให้ผู้ต้องหามาให้การ เพราะฉะนั้นโดยหลักแล้วการแสวงหาพยานหลักฐานต่างๆ นั้นจะต้องทำภายในกรอบของกฎหมายที่กฎหมายอนุญาตให้ทำเท่านั้น เช่น มาตรา 132 เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน พนักงานสอบสวนมีอำนาจดังต่อไปนี้ ตรวจสอบตัวผู้ต้องหา ถ่ายภาพทำแผนที่ ภาพวาดจำลอง ค้นสิ่งของ เรียกบุคคลส่งสิ่งของ หรือเรียกบุคคลมาให้การซึ่งอันนี้เป็นกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ปัญหาว่าดักฟังโทรศัพท์ได้ไหม? กรอบใหญ่ต้องไล่มาจากมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลักคือ ห้ามมิให้มีการตรวจ กัก หรือเปิดเผยสิ่งสื่อสาร รวมทั้งทำประการใดเพื่อล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสาร นี่คือการรอบอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ ปัญหาว่าถ้าเขาทำความผิดทางแพ่งหรือทางอาญา ในเรื่องแพ่งคือเรื่องละเมิด ส่วนอาญามีในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 162 ซึ่งท่านรองศาสตราจารย์ วรพจน์ ได้พูดไปแล้ว (ดังกล่าวข้างต้น) ปัญหาว่าถ้าทำไปแล้ว ข้อความหรือหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังจะรับฟังได้หรือไม่ นั่นเป็นเรื่องการตรวจสอบ คือ ศาลซึ่งเป็นผู้คานอำนาจกับฝ่ายบริหาร เรามองว่าพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการอยู่ในส่วนฝ่ายบริหารหรือไม่ เพราะฉะนั้นสิ่งที่ฝ่ายตุลาการจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็คือ ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ สภาพบังคับที่ฝ่ายตุลาการจะทำได้เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไป คือ การไม่รับฟังสิ่งที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งหลักนี้เป็นหลักสากล ประเทศไทยเราเป็นประเทศนิติรัฐ เพราะฉะนั้นมาตรา 226 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นสภาพบังคับที่ฝ่ายตุลาการจะคานอำนาจกับฝ่ายบริหาร ก็คือว่า พยานวัตถุ พยานเอกสาร พยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ่างได้ เป็นพยานหลักฐานได้ มีเงื่อนไขว่า ต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่ไม่ได้เกิดจากการจูงใจ ให้คำมั่นสัญญา ชู่เชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นๆ ทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งคุ้มครองไม่ให้ประชาชนถูกรังแกโดยรัฐ เพราะฉะนั้นตุลาการจึง

แสดงบทบาทได้ในส่วนนี้ ซึ่งคือการคานอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหาร ปัญหาในเรื่องการดักฟังทางโทรศัพท์ท่าน ผศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ขอแยกเป็น 2 กรณี

1) ในเรื่องที่ว่าฝ่ายรัฐจะเข้ามาแทรกแซงการสื่อสารระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นห้ามอย่างชัดเจนแน่นอน ผลที่ตามมาจะต้องเกิดขึ้นตามมาตรา 226 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พยานหลักฐานเหล่านั้นจะมารับฟังทั้งหมดย่อมไม่ได้ หมายความว่าลงโทษโดยอาศัยพยานหลักฐานนั้นมาลงโทษไม่ได้ อันนี้คือสภาพบังคับ ปัญหาว่าถ้าเป็นการกระทำระหว่างเอกชนกับเอกชน กรณีเอกชนดักฟัง ซึ่งแน่นอนอาจจะมีคามผิดเช่นเดียวกันทั้งทางแพ่งและทางอาญาทางแพ่งอาจจะเป็นเรื่องละเมิด ทางอาญาอาจจะเป็นเรื่องตามพระราชบัญญัติโทรเลข โทรศัพท์ พ.ศ. 2477 เพราะว่ารายนามนั้นไม่ใช่เจ้าพนักงาน ปัญหาว่าพยานหลักฐานนั้นจะเอามาใช้ได้หรือไม่ ถ้าเอกชนดักฟังกันเอง ในความเห็นส่วนตัวของผศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เห็นว่า การดักฟังโทรศัพท์กับการอัดเทปโทรศัพท์ข้อความที่มาถึงโดยตรงนั้นท่านอาจารย์เห็นว่าเป็นคนละอย่างกัน เพราะว่าข้อความที่มีการโทรศัพท์มาถึงเรา สมมติว่าเราเป็นผู้เสียหาย เช่น ในกรณีโจรเรียกค่าไถ่หรือกรร โขกทรัพย์ต่างๆ ถ้าผู้กระทำความผิดโทรศัพท์มาหาเรา การอัดเทปไว้ นั้นไม่ใช่การดักฟัง เพราะเราคือผู้รับข้อความและข่าวสาร ซึ่งท่านอาจารย์ไม่เห็นว่าจะเป็นการแตกต่างกับการถูกกรร โขกทางจดหมาย จดหมายที่เราได้รับมานั้นใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ทำนองเดียวกับคลื่นเสียงที่ส่งมาเราก็สามารถที่จะดักเอาไว้เพื่อเป็นพยานหลักฐานเอาความผิดกับผู้ที่ถูกกรร โขกหรือว่าคนที่มาเรียกค่าไถ่ได้ แต่กรณีนี้แตกต่างกันอย่างยิ่ง ถ้ามีคนที่สามซึ่งไม่ใช่คู่สนทนาเลยเข้ามาสอดรู้สอดเห็นหรือว่าเข้ามาล่วงรู้ข้อความที่เจรจากันระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ เพราะฉะนั้นท่านอาจารย์จึงเห็นว่า การดักฟังกับการอัดเทปข้อความที่มาโดยตรงแตกต่างกัน การดักฟังนั้นเป็นบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่สนทนาของเราซึ่งนอกจากจะผิดมรรยาทในสังคมแล้วก็ผิดกฎหมายด้วย ส่วนการอัดเทปข้อความที่มาถึงตนนั้นถือว่าเป็นวิธีการรับฟังบางประการ ไม่ต่างกับการที่ส่งจดหมายมาให้เราจดหมายฉบับนั้นเป็นหลักฐานในคดีได้ ซึ่งแน่นอน โดยหลักทั่วไปแล้วการเปิดเผยข้อความในจดหมายจะเป็นผิดหรือไม่นั้น ในมรรยาทของสังคมจดหมายที่มาถึงเรา เราจะไม่เปิดเผย แต่ถ้าเขากระทำความผิดต่อเรา เราใช้เป็นพยานหลักฐานที่จะเอาความผิดต่อคนที่ส่งข้อความนั้นมาได้ อันนี้คือในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ปัญหาว่าการดักฟังโทรศัพท์จำเลยจำเป็นหรือไม่ อันนี้เป็นปัญหาหนึ่ง รัฐธรรมนูญของเราได้เปิดโอกาสเอาไว้ให้ว่าถ้ามีเหตุจำเป็น 3 อย่าง เพื่อรักษาความ

สงบเรียบร้อย เพื่อรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ซึ่งสามารถทำได้แต่ต้องมีกฎหมายรองรับ การที่มีกฎหมายรองรับ ในแง่หนึ่งก็ถือว่าต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติผ่านกฎหมายฉบับนี้ออกมาซึ่งก็คือวิธีการอันหนึ่งในการคานอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร แล้วก็จะเห็นว่าองค์กร 3 ฝ่ายซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และนิติบัญญัติจะคานอำนาจกันทั้งสิ้น...ประเทศใดที่เป็นนิติรัฐไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารทำอะไรก็ได้ เพราะมีรัฐธรรมนูญคุ้มครอง ท่านอาจารย์เห็นว่าบางกรณีเท่านั้นที่จำเป็นต้องมีกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ ซึ่งอนุญาตเฉพาะดักฟังทางวิทยุ แต่ถ้าจำเป็นต้องไปอาจจะต้องมีกฎหมายหรือขยายข้อความให้รวมถึงการดักฟังโทรศัพท์ได้ เป็นกฎหมายที่ทำการต่อต้านข่าวกรอง หรือว่าการต่อต้านการก่อการร้ายเป็นสิ่งจำเป็น หรือว่าในบางกรณีเช่นยาเสพติด ถ้าเราเห็นว่าเป็นสิ่งจำเป็นอย่างอื่นอาจจะต้องมีการผ่านกฎหมายออกมา ซึ่งทุกอย่างจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย ถ้ามีกฎหมายยอมให้ทำได้ ก็ทำได้ ถ้าไม่มีกฎหมายยอมให้ทำ ถึงแม้ว่าเขาจะพูดจริง ศาลเป็นผู้คานอำนาจว่าทำไม่ได้ ท่านอาจารย์เห็นว่าอยากให้สาธารณชนสำนึกถึงเรื่องสิทธิเสรีภาพในเรื่อง due process of law ว่าฝ่ายใดฝ่ายนั้นจะต้องกระทำให้ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด ฝ่ายศาลเป็นผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันนี้หลักก็คือที่มาของศรัทธาที่มีต่อระบบทั้งหลาย⁴³

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากเป็นกรณีที่การกระทำความผิดที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เจ้าพนักงานมีอำนาจล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน และเจ้าพนักงานจะต้องกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ควรจะต้องบัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เพื่ออนุญาตให้เจ้าพนักงานกระทำได้ไว้โดยเฉพาะ หากเจ้าพนักงานได้แสวงหาพยานหลักฐานจากการดักฟังโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ดังกล่าว ข้อมูลที่ได้จากการดักฟังนั้น ไม่อาจจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้นั่นเอง

4.1.3.4 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงาน การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) มีความหมายแตกต่างกันออกไปใน

⁴³ - (2539, กันยายน), “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์.” *วารสารนิติศาสตร์*, 26(3). หน้า 657 -

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไป คือ เป็นการกระทำของฝ่ายรัฐที่เกิดขึ้นในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา โดยมักเกิดขึ้นกับความผิดประเภทที่ไม่มีเอกชนเป็นผู้เสียหายโดยเฉพาะ (Victimless Crimes) เช่น คดียาเสพติด หลีกเลี่ยงภาษี เป็นต้น การล่อให้กระทำความผิด เกิดจากการที่เจ้าพนักงานมีความจำเป็นต้องใช้เทคนิควิธีการในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่น การใช้สายลับไปล่อซื้อยาเสพติด เมื่อเจ้าพนักงานใช้วิธีการดังกล่าวเกินขอบเขตจนถึงขนาดก่อให้เกิดบุคคลซึ่งไม่เคยคิดจะกระทำความผิดมาก่อน กลับเกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดขึ้น การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) โดยในหลายประเทศได้ใช้วิธีการควบคุมความไม่เหมาะสมของการกระทำของเจ้าพนักงานแตกต่างกันออกไป⁴⁴

ความผิดที่เกี่ยวกับการซื้อขายของที่ผิดกฎหมาย เช่น จำหน่ายเมทแอมเฟตามีน ปิ่นเถื่อน สลากกินรวบ รับของโจร หรือการซื้อขายบริการที่ผิดกฎหมาย เช่น หลีกเลี่ยงภาษี ซึ่งผู้กระทำความผิดมักจะแอบทำการติดต่อซื้อขายกันอย่างลับๆ ทำให้เจ้าพนักงานไม่มีโอกาสจะจับผู้กระทำความผิดได้คาหนังคาเขาขณะกระทำผิด และถ้าจับได้ภายหลังมีการกระทำความผิดไปแล้วก็มักจะไม่ได้ของกลาง ทำให้คดีไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องให้ผู้กระทำผิดถูกลงโทษได้ จึงมีวิธีการที่เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยการที่เจ้าพนักงานตำรวจจะปลอมตัวเข้าไปทำการซื้อขายสินค้า หรือบริการที่ผิดกฎหมายนั้นเสียเงินเพื่อให้ได้พยานหลักฐานมาดำเนินคดี ซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจเรียกวิธีนี้ว่า “ล่อซื้อ” เช่น เจ้าพนักงานตำรวจสืบทราบมาว่า ก. เป็นผู้ลักลอบจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนจึงมอบธนบัตรซึ่งลงบันทึกประจำวันไว้ให้สายลับเข้าไปติดต่อล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจาก ก. เมื่อสายลับล่อซื้อได้แล้วเจ้าพนักงานตำรวจก็เข้าจับกุมตัว ก. ค้นได้ธนบัตรดังกล่าว อันเป็นพยานหลักฐานที่บ่งชี้ว่ามีการซื้อขายกันจริง⁴⁵

ในทางปฏิบัติโจทก์มักจะไม่เปิดเผยตัวสายลับ คือ ไม่นำตัวสายลับมาเป็นพยานในคดี

⁴⁴ วิสรุต คุรุทไกวัด. (2549, มกราคม – เมษายน). “ผลทางกฎหมายของการล่อจับผู้กระทำความผิด (Undercover Operation) เปรียบเทียบกับการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment).” *ศาลพาห*, 53(1). หน้า 129 – 130.

⁴⁵ ธาณี สิงหนาท. (2551). *คู่มือการศึกษาพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา*. หน้า 306.

เพราะต้องการปกปิดตัวสายลับไว้ล่อซื้อล่อจับในโอกาสต่อไป ฉะนั้นจึงเหลือพยานหลักฐานสำคัญคือ ของผิดกฎหมายที่ล่อซื้อมาได้ และเงินที่นำไปใช้ในการล่อซื้อ มีปัญหาว่าพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อซื้อล่อขายสิ่งผิดกฎหมายนี้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่⁴⁶ ในกฎหมายของไทยไม่ได้บัญญัติในเรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานไปแสวงหาพยานหลักฐานโดยการล่อให้กระทำความผิดโดยตรงทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วจะเห็นว่า ได้บัญญัติแนวทางในการให้อำนาจของเจ้าพนักงานที่จะรวบรวมพยานหลักฐานอย่างกว้างๆ ในมาตรา 131 ซึ่งบัญญัติว่า

“ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหาเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา”

จะเห็นได้ว่า แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐานเท่าที่สามารถจะทำได้ แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติขอบเขตไว้ว่าทำได้เพียงใด การที่ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบการปกครองโดยนิติรัฐ ดังนั้น การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องกระทำภายใต้กฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เสมอ ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานกรณีนี้ไว้โดยตรง แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยได้วางหลักตามแนวคำพิพากษาฎีกามาโดยตลอดว่า การล่อจับเป็นเพียงวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานวิธีการหนึ่งเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้วเท่านั้น⁴⁷ หรือในบางกรณีเป็นรัฐประศาสนโยบายในการปกครองบ้านเมืองที่จำเป็นจะต้องมีตำรวจเป็นสายลับบ้าง⁴⁸ การแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวจึงไม่ต้องห้ามรับฟังสิ่งที่

⁴⁶ จริฎ กักตริธนากุล ค เล่มเดิม. หน้า 328-329. อ้างถึงใน ชลลดา จินตเสถียร. *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 61.

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 696/2475 (ตศ.), 230/2504 (เนติ), 549/2509 และ 8187/2543 (สงเสริม). อ้างถึงในฐานิสร์ วรรณสุข. *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 95.

⁴⁸ ทวี เจริญพิทักษ์และอนุมติ ใจสมุทร. (2508). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 1 ถึงมาตรา 267 ว่าด้วยหลักทั่วไป และการพิจารณาในศาลชั้นต้นและอุทธรณ์ฎีกา ฯลฯ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2)

ได้มาจากการล่อซื้อ ล่อจับนั้นแต่ประการใด เพราะเมื่อกล่าวโดยทั่วไปแล้ว ในคดีความผิดบางประเภทเช่นคดีเกี่ยวกับยาเสพติด หรือคดีเกี่ยวกับการค้าอาวุธ หรือคดีที่ไม่มีผู้เสียหาย หรือคดีความผิดเกี่ยวกับการสคบ เป็นต้น เป็นการยากที่ตำรวจจะจับกุมผู้กระทำความผิดได้พร้อมของกลาง แต่ศาลไทยได้วางแนวทางไว้โดยมีจุดแบ่งแยกระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานที่ต้องห้ามกับการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ต้องห้ามอันเนื่องมาจากการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงาน โดยศาลฎีกาของไทยตัดสินตามแนวทางของศาลสหรัฐอเมริกา โดยแยกแยะการล่อซื้อล่อขายของเจ้าหน้าที่ว่าเป็นการไปล่อซื้อล่อขายเพื่อจับกุมคนร้ายที่กระทำความผิดประเภทนี้มาดำเนินคดี หรือไปล่อซื้อล่อขายให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิด⁴⁹

ถ้าเป็นเรื่องที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาและมีพฤติกรรมในการกระทำความผิดประเภทนี้อยู่แล้ว และเจ้าหน้าที่ให้สายลับไปทำการล่อซื้อแล้วจับกุมผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดี วิธีการเช่นนี้ในหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาเรียกว่า undercover operation หรือปฏิบัติการปกปิดตัวสายลับ ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ซึ่งศาลฎีกาไทยก็ยืนยันหลักการนี้เช่นกันว่า ถ้ามีพฤติการณ์แสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่เชื่อว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดอยู่ก่อนแล้ว เจ้าหน้าที่ใช้วิธีโดยให้สายลับไปทำการล่อซื้อล่อขายสิ่งผิดกฎหมายและได้พยานหลักฐานมา พยานหลักฐานทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ ได้มาโดยชอบ รับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดได้ ไม่ต้องห้ามรับฟังตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 แต่อย่างไร⁵⁰

คำพิพากษาฎีกาที่ 6523/2545 จำเลยมีพฤติการณ์กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์อยู่ก่อนแล้ว โจทก์ส่งสายลับไปล่อซื้อและจับกุมจำเลยมาดำเนินคดีนี้มิใช่เป็นการล่อให้จำเลยกระทำความผิด แต่เป็นการดำเนินการเพื่อจับกุมปราบปรามผู้กระทำความผิดเป็น

หน้า 1162. อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 95.

⁴⁹ จรัญ ภัคศิรินากุล ค เล่มเดิม. หน้า 328-329. อ้างถึงใน ชลลดา จินตเสถียร. ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ. หน้า 61.

⁵⁰ แหล่งเดิม.

การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยมีอำนาจร้องทุกข์ มีอำนาจฟ้องและศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อซื้อโดยชอบนั้นได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 81/2551 การใช้สายลับล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนเป็นเพียงการกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยตามอำนาจใน ป.วิ.อ. มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำเพื่อให้ได้จับกุมจำเลยพร้อมด้วยพยานหลักฐานอันเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐาน⁵¹

ในทางตรงข้าม ถ้าผู้ล่อซื้อไม่เคยกระทำความผิด ไม่เคยมีความประพฤตินในการกระทำความผิดมาก่อน ไม่เคยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานนี้มาก่อน แต่สายลับไปล่อซื้อล่อขายก่อให้เกิดผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดตามที่สายลับไปล่อให้กระทำแล้วจับมาดำเนินคดี พฤติกรรมเช่นนี้ไม่เรียกว่า under operation แต่เรียกว่า entrapment การวางกับดักล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิด พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่อย่างนี้เท่ากับเป็นการล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเกิดผล 2 ประการ คือ⁵²

ประการที่ 1 ถ้าเจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำ ถือว่าพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดนี้เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 โดยไม่มีข้อยกเว้นทั้งพยานวัตถุ พยานเอกสารและพยานบุคคล เพราะก่อนหน้าที่จะกระทำความผิดไม่มีพยานหลักฐานเหล่านี้อยู่แล้ว พยานหลักฐานเหล่านี้เกิดขึ้นเพราะการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ จึงเห็นว่ายู่ในบังคับ ป.วิ.อ. มาตรา 226 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมก็ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบต้องห้ามรับฟังตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226

ประการที่ 2 ถ้าผู้ล่อซื้อล่อขายในลักษณะ entrapment ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ แต่เป็นผู้เสียหายกระทำเอง ศาลฎีกาตัดสินว่าเมื่อผู้เสียหายไปมีพฤติกรรมในการล่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดจึงถือว่ามีส่วนกระทำความผิดด้วย จึงไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย เมื่อไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัยจึงไม่มีอำนาจฟ้อง ไม่มีอำนาจร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วม และถ้าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัวก็ไม่มีอำนาจร้อง

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 81/2551. อ้างถึงใน ชลลดา จินตเสถียร. *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 62.

⁵² จริฎ ภัทธรินากุล ค เล่มเดิม. หน้า 314 – 315. อ้างถึงใน ชลลดา จินตเสถียร. *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 62 – 63.

ทุกซ์ หากมีการร้องทุกข์ถือเป็นการร้องทุกข์โดยไม่ชอบ พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน ถ้ามีการสอบสวนถือเป็นการสอบสวนโดยไม่ชอบ พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้อง ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นในคำพิพากษาฎีกาที่ 4301/2543 เป็นกรณีที่บริษัทไมโครซอฟท์จ้างนักสืบเอกชนไปล่อซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านของจำเลย พนักงานขายของจำเลยว่าร้านนี้ไม่มีของปลอมขาย ขายแต่ของที่มีลิขสิทธิ์ สายลับของไมโครซอฟท์ยืนยันว่าให้ช่วย พนักงานของจำเลยจึงจัดหาให้ พอสายลับรับของส่งมอบเงินแล้วส่งสัญญาณให้ตำรวจไทยเข้าจับกุมดำเนินคดี ศาลฎีกาคัดสินว่าข้อเท็จจริงในคดีปรากฏชัดเจนจากเทปบันทึกเสียงคำสนทนาของสายลับกับพนักงานขายของจำเลย ว่า จำเลยไม่มีพฤติการณ์ทำผิดกฎหมายในเรื่องนี้มาก่อน สายลับของผู้เสียหายเป็นผู้ไปร้องขอให้เขาทำ ให้แล้วพนักงานขายของจำเลยทำให้ก็เพื่อที่จะบริการลูกค้า เพราะฉะนั้นการล่อซื้อนี้เป็นการก่อให้เกิดผู้บริสุทธิ์กระทำผิด บริษัทไมโครซอฟท์ซึ่งเป็นผู้เสียหายเป็นผู้ว่าจ้างให้สายลับไปล่อซื้อในลักษณะนี้จึงต้องถือว่าไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย ขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจะฟ้องเองไม่ได้ และคดีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นคดีความผิดส่วนตัว บริษัทไมโครซอฟท์จึงไม่มีอำนาจร้องทุกข์ด้วย หากมีการร้องทุกข์ถือว่าไม่ชอบการสอบสวนจึงไม่ชอบ พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้อง ศาลพิพากษายกฟ้องได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4301/2543⁵³ วินิจฉัยว่า “พยานหลักฐานของโจทก์เองแสดงให้เห็นว่าการทำเข้าบันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ลงในแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ ส. ล่อซื้อนั้นเป็นการทำเข้าหลังจากวันที่ ส. ไปล่อซื้อ โดยเป็นการทำเข้าเพื่อมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ทำเข้านั้นให้แก่ ส. ตามที่ ส. ได้ล่อซื้อนั่นเอง มิใช่เป็นการทำเข้าโดยผู้กระทำความผิดอยู่ก่อนการล่อซื้อ ดังนี้ จึงน่าเชื่อว่าการที่มีผู้กระทำความผิดด้วยการทำเข้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์และแจกจ่ายตามฟ็องนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากการล่อซื้อของ ส. ซึ่งได้รับจ้างให้ล่อซื้อจากโจทก์ เท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น โจทก์ไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และมาตรา 28 (2)”

ถ้าเปลี่ยนข้อเท็จจริงจากคำพิพากษานี้เป็นว่า คนที่ไปล่อซื้อในคดีนี้ไม่ใช่สายลับของโจทก์

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 4301/2543 (ส่งเสริม).

แต่เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจความผิดก็ไปอยู่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจคนนั้น ไม่ได้อยู่ที่ผู้เสียหาย และเมื่อผู้เสียหายไม่ได้เป็นคนล่อซื้อ ผู้เสียหายจึงเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย จึงยังมีสิทธิร้องทุกข์ การสอบสวนจึงชอบ พนักงานอัยการจึงมีอำนาจฟ้อง ต่อเนื่องจากการล่อซื้อรายนี้เป็นการล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิด (entrapment) เป็นการกระทำโดยไม่ชอบ พยานหลักฐานต่างๆ ที่ได้มาจากการล่อซื้อรายนี้จึงเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226⁵⁴

ดังนั้น ในประเทศไทย การล่อให้กระทำความผิดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เจ้าพนักงานกระทำได้เป็นการเฉพาะเรื่องไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติต่างๆ แต่ศาลฎีกาได้ใช้แนวทางของสหรัฐอเมริกาเป็นแนววินิจฉัยเรื่องนี้ โดยพิจารณาว่า หากเป็นการล่อให้กระทำความผิดโดยล่อให้ผู้ที่ไม่ได้มีความคิดริเริ่มที่จะกระทำความผิดมาก่อนนั้นกระทำความผิดขึ้นแล้ว ศาลฎีกาถือว่าถ้าเป็นการกระทำของเอกชน เอกชนผู้นั้นไม่ใช่ผู้เสียหาย ไม่มีอำนาจฟ้องคดีซึ่งหมายถึงไม่มีอำนาจกระทำได้นั้นเอง แต่ถ้าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ผลคือพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อซื้อนั้นไม่อาจใช้ลงโทษจำเลยในคดีได้ เพราะว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบของเจ้าพนักงานอันเป็นการต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นั้นเอง

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีความคิดริเริ่มที่จะกระทำความผิดอยู่แล้ว เช่น มีเฮโรอีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอยู่แล้ว และเจ้าพนักงานไปกระทำการล่อซื้อให้เขาส่งมอบสิ่งนั้นให้ เช่นนี้ถือว่าเป็นการล่อซื้อเพื่อเข้าจับกุมผู้กระทำความผิด อันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อซื้อเฮโรอีนจึงเป็นพยานวัตถุที่รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 226 ซึ่งแนวทางของศาลฎีกานี้จะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมเพื่อความมั่นคงของประเทศชาติเป็นอย่างยิ่ง

4.1.3.5 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นถ้อยคำของบุคคล

ตามหลักในเรื่องการรับฟังถ้อยคำเป็นพยานหลักฐานมีหลักการพื้นฐาน

⁵⁴ จริญญา กักศิษนากุล งาม เล่มเดิม. หน้า 287. อ้างถึงใน ชลลดา จินตเสถียร. *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 63-64.

เช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานอื่นๆ ในคดี คือ ต้องเป็นถ้อยคำที่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ถ้อยคำนี้จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มาตรฐานในการพิสูจน์ของแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แตกต่างกัน โดยหลักเกณฑ์ที่ถือเป็นสากลนั้นคือความสมัครใจ (voluntariness) ในการให้ถ้อยคำเป็นสำคัญ⁵⁵ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาโดยถือว่า ความสมัครใจในการให้ถ้อยคำของผู้ต้องหา โดยเฉพาะถ้อยคำรับสารภาพต้องอยู่บนพื้นฐานหลักการเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิบัติต่อตนเองอันอาจทำให้ถูกฟ้องในคดีอาญา⁵⁶

ถ้อยคำของบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นการได้มาโดยมิชอบนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบันได้แบ่งแยกเหตุของการไม่รับฟังถ้อยคำของบุคคลไว้ออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1) ถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยไม่สมัครใจโดยตรง⁵⁷

จากหลักการพื้นฐานเบื้องต้นและเป็นพื้นฐานที่มีความสำคัญที่สุดคือ ถ้อยคำที่ได้มานั้นจะต้องเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยสมัครใจ โดยพิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่บัญญัติว่า“...พยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น...” ซึ่งจะเห็นว่าหากถ้อยคำของบุคคลที่ได้มานั้น เป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ เช่น ถ้อยคำของบุคคลที่เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบด้วยประการอื่น ถ้อยคำทั้งหลายเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน⁵⁸ เช่น ถ้าจำเลยให้การในชั้นสอบสวนโดยยอมรับสารภาพเพราะเหตุที่พนักงานสอบสวนแจ้งว่าจะไม่ฟ้องร้องหรือจะฟ้องแต่ความผิดที่มีโทษเบา กรณีนี้ถือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 และมาตรา 135 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดทำกรใดๆ ซึ่งเป็นการล่อลวง หรือ

⁵⁵ ปรีชา พันธุ์ชูสร. (2551). ปัญหาการรับฟังถ้อยคำของผู้ถูกจับในชั้นจับกุม. หน้า 16.

⁵⁶ ปรีชา พันธุ์ชูสร. เล่มเดิม. หน้า 17.

⁵⁷ รุณิศร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 99 – 101.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 บัญญัติว่า “ในการถามคำให้การผู้ต้องหาห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ เพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างใดๆ ในเรื่องที่ต้องหาขึ้น”.

บุ้เจ้ญ หรือให้สัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างใดๆ ในเรื่องที่ต้องหา นั้น” โดยมีข้อสังเกตว่ามาตรา 135 บัญญัติห้ามเฉพาะกรณีที่พนักงานสอบสวนจูงใจผู้ต้องหาโดยมิชอบเท่านั้น ส่วนมาตรา 226 ไม่จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำต่อผู้ต้องหา อาจเป็นการกระทำของบุคคลใดๆ ที่เป็นพยานก็ได้ เพราะฉะนั้นแม้ไม่มีจำเลยหรือผู้ต้องหา เป็นเพียงพยานในคดีที่ให้การโดยไม่สมัครใจก็เป็นพยานที่รับฟังไม่ได้เช่นกัน⁵⁹ หรือคำให้การของผู้ถูกจับในชั้นจับกุมหรือแม้กระทั่งเป็นคำให้การของบุคคลในชั้นศาลก็ตาม ถ้อยคำดังกล่าวที่ได้มาโดยไม่สมัครใจเหล่านี้ก็ต่างต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 ทั้งสิ้น⁶⁰

⁵⁹ อุดม รัฐอมฤต. (2552). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 222 - 223.

⁶⁰ หลักในเรื่องการไม่รับฟังถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในมาตรฐานสากลที่ศาลจะต้องตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ออกไปอย่างเด็ดขาด เพราะถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจนั้นมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือเป็นอย่างมาก ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงาน ดังเช่นแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้หลายกรณี เช่น

คดี *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 143, (1936) ศาลสูงสหรัฐวินิจฉัยว่า ผู้ต้องหาต้องไปอยู่ภายใต้การข่มขู่หรือการใช้กำลังรุนแรง เช่น ในคดีข่มขืน เจ้าหน้าที่ตำรวจกล่าวว่า หากผู้ต้องหาไม่รับสารภาพจะถูกริดน้ำอสุจิออกไปตรวจเปรียบเทียบกับคราบอสุจิที่ตกค้างอยู่ในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ผู้ต้องหาทราบดีว่าวิธีการดังกล่าวเจ็บปวดมาก จึงยอมรับสารภาพ คำรับสารภาพจึงมีอาหรับฟังได้ เพราะมิได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ

คดี *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556, (1954) ศาลสูงไม่ยอมรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาโดยการซักถาม ผู้ต้องสงสัยอย่างเร่งรัดและโน้มน้ำวจิตใจโดยจิตแพทย์ของมลรัฐ ซึ่งได้รับการแนะนำให้รู้จักกับผู้ต้องสงสัยว่าเป็นแพทย์ที่สามารถบรรเทาโรคลาชนิสของผู้ต้องสงสัยได้

คดี *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944) และคดี *Spano v. New York*, 360 U.S. 315, (1959) ได้วางหลักว่าผู้ต้องหาต้องไม่อยู่ภายใต้ความกดดันเชิงจิตวิทยา เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจให้ผู้ต้องหาอดอาหาร อดนอน ไม่ให้อาบน้ำ ไม่ให้เปลี่ยนเสื้อผ้า ล้วนแต่สร้างความกดดันให้ผู้ต้องหาจำใจรับสารภาพ

คดี *Lymumn v. Illionois*, 372 U.S. 528, (1963) เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องไม่ให้สัญญาว่าจะให้ประโยชน์แก่ผู้ต้องหา เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจให้สัญญาว่าจะทำสำนวนให้รูปคดีเบาขึ้น ผู้ต้องหาจึงยอมรับสารภาพ ศาลสูงสุดอเมริกาถือว่า เป็นคำรับสารภาพที่มีได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ หรือคดี *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731, (1969) เจ้าหน้าที่ตำรวจหลอกลวงว่าผู้ต้องหาอีกคนหนึ่งให้การรับสารภาพแล้ว ผู้ต้องหาคนนี้จึงยอมรับสารภาพด้วย หรือ คดี *Leyra v. Denno*, 348 U.S. 851, (1954) เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นแพทย์เข้าไปรักษาพยาบาลผู้ต้องหาและถามข้อเท็จจริง เหล่านี้ล้วนแต่เป็นคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจที่ศาลจะต้องไม่รับฟังทั้งสิ้น อ้างถึงใน จิรนิติ หะวานนท์. (2542). *สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 81. อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. หน้า 100.

มีข้อสังเกตว่า การจงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นที่เป็นเหตุให้เกิดคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจนั้นต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลใด พระสุทธิธรรมณฤมณตร์ เห็นว่า ต้องมาจากผู้มีอำนาจ เช่น ผู้จับ ผู้ขัง ผู้คุม ผู้ไต่สวน ผู้จะฟ้องคดีเท่านั้น⁶¹ ส่วนศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณสร เห็นว่า ไม่จำเป็นจะต้องมาจากเจ้าพนักงานเท่านั้น⁶² แม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของกลุ่มความฝายใดฝายหนึ่งหรือทั้งสองฝายหรือพนักงานสอบสวน⁶³ หรือนายอำเภอ⁶⁴ ปลัดอำเภอ กำนัน⁶⁵ ผู้ใหญ่บ้าน⁶⁶ ก็อาจเป็นบุคคลที่เป็นต้นเหตุทำให้ผู้ที่ไต่ให้ถ้อยคำออกมาโดยไม่สมัครใจได้ทั้งสิ้น แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจอันเกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นซึ่งเป็นถ้อยคำในชั้นสอบสวนหรือในชั้นจับกุมนั้นควรจะต้องเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐ เพราะตามมาตรา 135 ได้บัญญัติชัดเจนว่า “...ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ...” จึงจะเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งศาลจะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 226

(2) ถ้อยคำที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่เป็นถ้อยคำของบุคคล นอกจากถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจแล้ว ยังมีถ้อยคำที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นอีก ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดจากขั้นตอนต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในปัจจุบันได้บัญญัติหน้าที่ต่างๆ แก่เจ้าพนักงานที่จะต้องกระทำก่อนที่ผู้ต้องหาจะให้ถ้อยคำ ทั้งเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา หากเจ้าพนักงานไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้แล้ว ถือว่าพยานหลักฐานจากการที่เจ้าพนักงานไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 ได้แก่⁶⁷

⁶¹ พระสุทธิธรรมณฤมณตร์. (2473). *กฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 1.

⁶² ประมุข สุวรรณสร. (2517). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 106.

⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 249/2475 (ชส), 944/2474 (ชส), 98/2463 (ชส), 542-543/2506 (เนติ), 598/2484 (ชส), 157/2467 (ชส), 173/2476 (ชส).

⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2463 (ชส).

⁶⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 500/2474 (ชส).

⁶⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 102/2474 (ชส).

⁶⁷ ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 101 – 104.

1) การแจ้งสิทธิต่างๆ แก่ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาตามกฎหมาย

ก. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้แจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา⁶⁸

ข. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้แจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาในการมีทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน⁶⁹

ค. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้มีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาที่จะพบและปรึกษาทนายความหรือผู้ที่จะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว⁷⁰

⁶⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 134/4 “ในการถามคำให้การผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(1) ผู้ต้องหาสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การก็ได้ ถ้าต้องการให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้น อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้...”

มาตรา 83 วรรคสอง “ในกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับต้องแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกจับทราบ หากมีหมายจับให้แสดงต่อผู้ถูกจับพร้อมทั้งแจ้งด้วยว่า ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือไม่ให้การก็ได้ และถ้อยคำของผู้ถูกจับนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้...”

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 134/3 “ผู้ต้องหาสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้”.

มาตรา 134/4 “ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(2) ผู้ต้องหาสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้

มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

(2) ให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้ในชั้นสอบสวน...

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง”.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 83 วรรคสอง “ในกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับ...พร้อมทั้งแจ้งด้วยว่า...ผู้ถูกจับมีสิทธิ ที่จะพบและปรึกษาทนายความ หรือผู้ที่จะเป็นทนายความ...”

มาตรา 84 วรรคสอง “...ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ซึ่งมีผู้นำผู้ถูกจับมาส่ง แจ้งให้ผู้ถูกจับทราบถึงสิทธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7/1...”

มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

ง. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้มีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับให้ทราบถึงสิทธิประการอื่นๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7/1⁷¹

2) การปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นตามกฎหมาย

ก. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้จัดให้มีการสอบสวนให้ถูกต้องตามกฎหมายในกรณีที่มีการสอบสวนนั้นเป็นการสอบสวนผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี⁷²

ข. กรณีที่ทนายความมิได้จัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาในคดีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ต้องหาต้องมีทนายความในชั้นสอบสวน⁷³

ค. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้อนุญาตให้ผู้ถูกจับแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุม⁷⁴

(1) พบและปรึกษาผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว...

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง”.

⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุม หรือ ขัง มีสิทธิจะแจ้ง หรือ ขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือ ผู้ซึ่งผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับไว้วางใจได้ทราบถึงการถูกจับ และสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรกให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา มีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย...

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง”.

⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/2, มาตรา 133 ทวิ และมาตรา 133 ตริ.

⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่ผู้ต้องหา มีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามค่าให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามค่าให้การ พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้...”

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (7) ที่บัญญัติว่า “ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และได้รับการปล่อยชั่วคราว”.

ง. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้จัดให้ผู้ถูกจับติดต่อกับญาติหรือผู้ซึ่งถูกจับไว้วางใจหรือไม่ดำเนินการดังกล่าวตามที่ผู้ถูกจับร้องขอ⁷⁵

จ. กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้ดำเนินการรักษาพยาบาลผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย⁷⁶

นอกจากถ้อยคำที่เกิดขึ้น โดยมีชอบของบุคคล ซึ่งแบ่งเป็นถ้อยคำที่ได้มาโดยไม่สมัครใจ และถ้อยคำที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นแล้ว ยังมีการคุ้มครองเอกสิทธิ์ของบุคคลอันเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญเป็นสิทธิที่พัฒนามาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิประเภทนี้เป็นอย่างมาก โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5 ว่า “บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับให้เป็นพยานอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา” สิทธิดังกล่าวคือ “สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา” (Privilege against self-incrimination)

สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา เป็นเอกสิทธิ์ที่สำคัญประการหนึ่งของหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสอบปากคำผู้ต้องหา กล่าวคือ สิทธิประเภทนี้นอกจากจะเป็นสิทธิที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาในการตอบคำถามจากการสอบสวนของพนักงานสอบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาแล้ว ยังเป็นการควบคุมอำนาจของพนักงานสอบสวนไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรค 2 “...ถ้าผู้ถูกจับประสงค์จะแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุมที่สามารถดำเนินการ ได้สะดวกและไม่เป็นการขัดขวางการจับหรือการควบคุมผู้ถูกจับหรือทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก็ให้เจ้าพนักงานอนุญาตให้ผู้ถูกจับดำเนินการให้ได้ตามสมควรแก่กรณี...”

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 84 วรรค 2 “เมื่อได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ...รวมทั้งจัดให้ผู้ถูกจับสามารถติดต่อกับญาติหรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับไว้วางใจ เพื่อแจ้งให้ทราบถึงการจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมได้ในโอกาสแรก เมื่อผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนตามวรรคหนึ่ง หรือถ้ากรณีผู้ถูกจับร้องขอให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้แจ้งให้จัดการตามคำร้องขอนั้นโดยเร็ว...”

⁷⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหามีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย
(4) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย”.

โดยกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้⁷⁷ สิทธิประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องพยานหลักฐานอันเกิดจากการสื่อสารโดยวาจาหรือคำพูดที่ทำให้ผู้ต้องหา รับโทษในคดีอาญาโดยตรง เช่น คำรับสารภาพ คำรับในคดีอาญา หรือคำให้การอื่นที่ชี้ยันเขาใน การพิจารณาของศาลได้ จึงเป็นการนำมาซึ่งการบัญญัติกฎหมายในการคุ้มครองเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้ การ และสิทธิที่จะปรึกษาทนายความนั่นเอง ดังนั้น ในการบังคับใช้สิทธิ ประเด็นสำคัญคือ ต้องมี การแจ้งสิทธิทั้งสิทธิที่จะไม่ให้การและสิทธิในการปรึกษาทนายความ ในโอกาสที่เขาถูกจับ ถูก ควบคุมตัว หรือก่อนเริ่มทำการสอบสวน⁷⁸

สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา เป็นหลักการที่มาจากผลของ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้ตัดสินไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966 ในคดี *Miranda v. Arizona*⁷⁹ โดยศาลได้ตัดสินโดยตีความขยายบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของ สหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 (The Fifth Amendment) โดยวางหลักการที่สำคัญ ในการสอบสวนคดีอาญาว่า ก่อนเริ่มทำการสอบสวน พนักงานสอบสวนผู้มีหน้าที่สอบสวน จะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบว่า

- (1) ผู้ต้องหาสิทธิที่จะไม่ให้การใดๆ เลยก็ได้
 - (2) ถ้อยคำหรือสิ่งที่ผู้ต้องหากล่าวออกมานั้น อาจใช้เป็นพยานหลักฐานยันเขาในชั้น พิจารณาได้
 - (3) ผู้ต้องหาสิทธิที่จะมีทนายความอยู่ร่วมด้วยในระหว่างการสอบสวน
 - (4) หากผู้ต้องหาไม่สามารถจัดหาทนายความได้เอง จะมีการแต่งตั้งทนายความให้แก่ ผู้ต้องหาก่อนเริ่มการสอบสวน ถ้าผู้ต้องหาไม่มีความประสงค์เช่นนั้น
- หากการสอบสวนดังกล่าว พนักงานสอบสวนมิได้แจ้งเตือนถึงสิทธิทั้งหลายเหล่านี้

⁷⁷ ปวีณา พันธุ์ชูบุตร. เล่มเดิม. หน้า 22.

⁷⁸ แหล่งเดิม. หน้า 23.

⁷⁹ 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966) อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการ รับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 104.

ครบถ้วน ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ไม่อาจที่จะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการยื่นผู้ต้องหาที่ตกเป็นจำเลยในภายหลังที่มีการฟ้องคดีได้ แม้คำให้การที่ผู้ต้องหาได้ให้ออกมานั้นจะเป็นถ้อยคำที่ให้ออกมาโดยสมัครใจก็ตาม⁸⁰

จากคำตัดสินของศาลในคดี *Miranda v. Arizona* ได้มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยที่วางหลักการเรื่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่เคยใช้มาตลอด 10 ปี ในมาตรา 243 ที่วางหลักไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา...” อันเป็นผลทำให้ต่อมาในภายหลังกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเกิดการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 134/4 (1) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแจ้งให้ทราบสิทธิ และมาตรา 134/4 (2) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแจ้งให้ทราบถึงการมีผู้พิทักษ์สิทธิ และมาตรา 134/3 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการจัดให้มีผู้พิทักษ์สิทธิ และมาตรา 134/1 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาคกันในการมีผู้พิทักษ์สิทธิ เป็นต้น นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยยังได้บัญญัติคุ้มครองเอกสิทธิ์เช่นว่านี้ ในชั้นจับกุมด้วยดังจะเห็นได้จากมาตรา 83 มาตรา 84 และมาตรา 7/1 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นการที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ละเมิดต่อเอกสิทธิ์นี้อย่างร้ายแรง ซึ่งผลของการที่เจ้าพนักงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้คือ การปฏิเสธ “ถ้อยคำ” ต่างๆ ที่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับได้กล่าวออกมาก่อนที่จะมีการแจ้งสิทธินั้น โดยบริบูรณ์ ดังจะเห็นได้จากบทตัดพยานหลักฐานในเรื่องนี้โดยตรงก็คือ มาตรา 134/4 วรรคท้าย และมาตรา 84 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁸¹

4.2 หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1

เมื่อ พ.ศ. 2551 ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) เพิ่มเติมมาตรา 226/1 ซึ่งบัญญัติว่า

⁸⁰ เกียรติจจร วัจนะสวัสดิ์. (2547, มิถุนายน). “สิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 34(2). หน้า 328.

⁸¹ รุณิศร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 105.

“ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่ การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- 1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน
- 2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- 3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- 4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด”

หากพิจารณาที่มาของบทบัญญัติในมาตรา 226/1 แท้จริงแล้วก็คือข้อถกเถียงปัญหาเรื่อง “Inclusionary Discretion over Unfairly Obtained Evidence”⁸² ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษซึ่งมีระบบการดำเนินคดีแบบต่อสู้กันระหว่างคู่ความ (Adversary System) ซึ่งแตกต่างจากระบบซีวิลลอว์ที่มีระบบการดำเนินคดีแบบค้นหาความจริง (Examination System) ปัญหาที่ถกเถียงในเรื่อง “Inclusionary Discretion over Unfairly Obtained Evidence” นั้น ก็คือ ควรรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาหรือเกิดขึ้นโดยมิชอบหรือไม่ โดยเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (bringing to conviction the guilty) หรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดี (protecting the rights of accused persons) ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 226/1 ได้เลือกที่จะเน้นหนักแก่การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดีซึ่งเป็นการประนีประนอมระหว่างหลักการป้องกันอาชญากรรม (Crime prevention) กับหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (Due process)⁸³

⁸² ภาคผนวก ก

⁸³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข เล่มเดิม. หน้า 383.

4.2.1 เหตุผลในการบัญญัติมาตรา 226/1

แต่เดิมมานั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติวางหลักการรับฟังพยานหลักฐานว่าพยานหลักฐานใดรับฟังได้และพยานหลักฐานใดรับฟังไม่ได้ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 226 ซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2477 จนถึง ปี พ.ศ. 2551 จึงได้มีการเพิ่มเติมมาตรา 226/1 ในการรับฟังพยานหลักฐานขึ้น เมื่อพิจารณาเนื้อหาของมาตรา 226 แล้วจะเห็นว่าเหตุผลของการเพิ่มเติมมาตรา 226/1 นั้นมีเหตุผลที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ

- 1) เรื่องการตีความการเกิดขึ้นกับการได้มา
- 2) ความเคร่งครัดในการใช้กฎหมายโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเลย

(1) เหตุผลในเรื่องการตีความการเกิดขึ้นกับการได้มานั้น อธิบายได้ดังนี้

การที่มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” จะเห็นว่ามาตรา 226 บัญญัติเพียงว่า “แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการการจงใจ ฯลฯ” การบัญญัติคำว่า “เกิดจาก” นั้นก็เป็นปัญหาการตีความของนักกฎหมายไทยเป็นอย่างมากซึ่งสรุปได้จากที่กล่าวแล้วข้างต้นในข้อ 4.1.2 ได้ว่า นักกฎหมายไทยมีความเห็นเป็นสองแนวทางกล่าวคือ แนวคิดแรก ตีความคำว่า “เกิดจาก” ในมาตรา 226 นั้น ต้องตีความโดยเคร่งครัด คือห้ามศาลรับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เกิดจาก หรือเกิดขึ้น จากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นเท่านั้น อันเป็นการตีความโดยเคร่งครัดจากถ้อยคำในมาตรา 226 โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 226 นั้น มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เกิดขึ้น โดยมิชอบเท่านั้น ส่วนพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นไม่ต้องห้ามรับฟัง ส่วนแนวคิดที่สองนั้น ตีความคำว่า “เกิดจาก” นั้นรวมถึงวิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย เพราะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายเพื่อยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติไว้

ประกอบกับการพิจารณาจากร่างกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันซึ่งใช้คำว่า “Obtained” ซึ่งแปลว่าการ “ได้มา” นั้นเอง

(2) เหตุผลในเรื่องความเคร่งครัดในการใช้กฎหมายโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเลย

จากบันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ...สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 28 สรุปได้ว่า มาตรา 226/1 ท่านอาจารย์จรูญ ภักดีชนากุล ได้เสนอข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับ มาตรา 226/1 ว่า มาตรา 226/1 เป็นเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นก็ได้หากการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนมากกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้จากการรับฟังพยานหลักฐานนั้น

บทตัดพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบตามมาตรา 226 นี้ไม่มีข้อยกเว้นไว้เลย ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ต้องห้ามรับฟังตามบทตัดพยานหลักฐานในมาตรา 226 กฎหมายไทยก็จะตัดพยานหลักฐานนั้นทิ้งเป็นการเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นไว้ให้เลย เป็นผลทำให้กฎหมายไทยอยู่ในสภาพที่เคร่งครัด เมื่อเวลาที่จะบังคับก็ใช้อย่างเคร่งครัดจนไม่มีทางที่จะผ่อนปรนให้ยืดหยุ่นเหมาะสมแก่สภาพการณ์ของเหตุการณ์ได้เหมือนในกฎหมายที่เป็นอยู่ในระบบสากล ตัวอย่างเช่น ถ้าพนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้ต้องหาเด็กโดยลี้มเชิญพนักงานอัยการและนักจิตวิทยามาร่วมฟังการสอบปากคำด้วย แต่ผู้ต้องหาอายุ 17 ปีเศษแล้วไม่มีความหวาดกลัวหรือบาดแผลทางจิตใจแต่อย่างใดและไม่ได้เรียกร้องขอให้พนักงานอัยการหรือนักจิตวิทยามาอยู่ด้วย ได้ให้การรับสารภาพไปอย่างละเอียดว่าได้กระทำความผิดอย่างไร กับใครบ้าง แล้วความผิดที่กระทำนั้นก็รุนแรงมาก สะเทือนสังคม เช่น เป็นความผิดร่วมกับพวกที่ยังหลบหนีอยู่เอาเด็กหญิงอายุ 9 ขวบ ไปรุมข่มขืนกระทำชำเราและฆ่า เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงมาก เสียหายต่อสังคมมาก แต่พนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้ต้องหาผิดวิธีไปเพียงเล็กน้อยข้อใดข้อหนึ่ง ผลก็จะเกิดตามมาตรา 134/4 วรรคท้ายอย่างเคร่งครัดเด็ดขาดว่า ถ้อยคำของผู้ต้องหานั้นจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของเขาในชั้นศาลไม่ได้เลย ตัดเด็ดขาด ผลก็คือ พนักงานไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่มั่นคงเพียงพอแล้วศาลก็

จะต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีนี้ ผลเสียที่เกิดขึ้นกับสังคมจะรุนแรงกว่าผลดีที่จะไปปราบปรามเจ้าหน้าที่บ้านเมืองให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย เมื่อเข้าเงื่อนไขที่จะต้องใช้บทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226 แล้ว ไม่มีช่องทางยกเว้นเลยจึงเป็นกฎหมายที่เคร่งครัดจนเกินไป⁸⁴ ไม่เหมือนกับกฎหมายที่อยู่ในระบบสากล ดังเช่นกฎหมายของประเทศอังกฤษ ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานใด เงื่อนไขสำคัญที่ต้องคำนึงคือ พฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เพื่อให้ความเป็นธรรมทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์ได้เปรียบในเชิงคดี อันเป็นผลมาจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี

ในส่วนของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น หรือได้มาโดยมิชอบที่จะพิจารณาตามหลักผลไม่ของต้นไม้ที่เป็นพืชของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการรับเอาแนวความคิดหรือหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของไทยด้วย โดยมีเหตุผลที่ต้องการที่จะป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องไม่ควรของเจ้าหน้าที่ เพราะการที่เจ้าหน้าที่ทำการสืบสวนสอบสวนโดยใช้วิธีการที่ไม่ชอบสอบคำให้การผู้ต้องหาหรือพยานเป็นเรื่องที่ฝ่าฝืนต่อระบบงานยุติธรรมของประเทศและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ถ้าศาลยอมรับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่เจ้าหน้าที่อาศัยข้อมูลที่ได้มาจากการกระทำที่ไม่ชอบแม้จะทำการค้นยึดโดยชอบก็ตามก็เท่ากับกฎหมายและศาลสนับสนุนส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องต่อประชาชนอยู่ต่อไป และไม่สามารถที่จะป้องปรามพฤติกรรมที่ไม่อยู่ในมาตรฐานของเจ้าหน้าที่ได้เพราะถึงแม้ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ แต่เบาะแสที่ได้มาจากการใช้มาตรการนอกกฎหมายนั้นนำไปสู่การแสวงหาพยานหลักฐานที่สำคัญและไม่มียกกฎหมายห้ามรับฟัง ด้วยเหตุนี้จึงให้ตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ตามแนวของศาลสูงในสหรัฐอเมริกา แต่มีการขยายความต่อไปว่าบทตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ไม่ควรตัดเป็นการเด็ดขาด เพราะในบางครั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่อาจจะเป็นเรื่องของความพลั้งเผลอผิดพลาดเล็กน้อยไม่ใช่เป็นเรื่องชั่วร้ายรุนแรง แต่

⁸⁴ จรัญ กักดิธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 284.

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบหรืออาศัยข้อมูลที่ได้มาโดยมิชอบไปค้นยึดได้มาโดยมิชอบ อาจมีความสำคัญอย่างมากต่อคดีอุกฉกรรจ์คดีสำคัญสะท้อนขวัญต่อสังคม เพราะฉะนั้นถ้าไม่รับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้โดยเด็ดขาด โดยที่ไม่มีข้อยกเว้นแล้วอาจทำให้เสียหายในทางการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมากยิ่งขึ้นกว่าที่จะเกิดความเสียหายต่อการป้องกันปราบปรามพฤติกรรมอันมิชอบของเจ้าหน้าที่⁸⁵ เพราะตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเองที่สร้างหลักเกณฑ์เรื่องผลไม่ของต้นไม้มันที่เป็นพิษขึ้นมายังมีการยกเว้นได้⁸⁶

ดังนั้น เนื่องจากนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 226 มีความไม่ชัดเจน ในถ้อยคำทำให้เกิดปัญหาในการตีความโดยเฉพาะในเรื่องการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ว่ามีความหมายเหมือนหรือต่างกันหรือไม่ และขอบเขตของการใช้กฎหมายในกรณีพยานวัตถุ พยานเอกสารที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบ รวมถึงเพื่อไม่ให้กฎหมายในเรื่องนี้เคร่งครัดจนเกินไป ดังนั้น ในการพิจารณาพยานหลักฐาน ตามมาตรา 226 จึงได้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติม ในหลักการบางประการ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 โดยเฉพาะการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำที่มิชอบ ซึ่งได้บัญญัติหลักการขึ้นใหม่ในมาตรา 226/1 ว่า ให้ดุลพินิจศาลที่จะใช้ “ดุลพินิจ” รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้⁸⁷

ในการพิจารณาชั้นของคณะกรรมการวิสามัญเกี่ยวกับหลักการว่า ด้วยเรื่องพยานหลักฐานที่ให้เพิ่มความเป็น มาตรา 226/1 นั้น มีการแสดงความคิดเห็นโดยสรุปได้ดังต่อไปนี้⁸⁸

แนวทางในการพิสูจน์พยานหลักฐานในคดีอาญาใช้หลักการพิสูจน์จนกว่าจะสิ้นข้อ

⁸⁵ จรัญ ภักดีธนากุล ค เล่มเดิม. หน้า 310 . อ้างถึงใน ชลลดา จินตเสถียร. *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 49.

⁸⁶ ชลลดา จินตเสถียร. เล่มเดิม. หน้า 49.

⁸⁷ ฐานิศร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 50 – 52.

⁸⁸ บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ครั้งที่ 29 วันที่ 13 กันยายน 2550. อ้างถึงในชลลดา จินตเสถียร. *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. หน้า 80 – 82.

สงสัยตามมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากมีการสืบพยานหลักฐานมากเท่าใด ก็จะเป็นผลดีต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรม สำหรับมาตรา 226 เป็นการเปิดให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี โดยการรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเห็นว่าความตามมาตรา 226 และมาตรา 227 มีการบัญญัติให้สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาของศาลไทยอย่างครอบคลุมแล้ว ดังนี้ เห็นว่า เกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้น เป็นเรื่องของการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบเป็นเรื่องของผู้กระทำผิดคดี ซึ่งมีประเด็นที่แตกต่างกัน ดังนี้ การห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอาจเป็นการขัดต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ เช่น การค้นโดยไม่มีความหมายค้นอาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานได้

นอกจากนั้น การแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้ถือเป็นการรวบรวมผลงานวิจัยทางด้านวิชาการ ซึ่งแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก ควรรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดเนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ชอบ ส่วนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานว่าได้มาโดยชอบหรือไม่นั้นเป็นคนละประเด็นกัน และ

กรณีที่สอง เป็นแนวความคิดของหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลักการว่า ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเว้นแต่ ในบางกรณีที่ศาลอาจรับฟังพยานหลักฐานนั้นแม้จะได้อามาโดยมิชอบก็ตาม อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าการที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะต้องเสียผลแห่งคดีไปก็ตาม แต่เป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งระบบดังกล่าวเรียกว่า Exclusionary Rule

ซึ่งแนวความคิดทั้งสองดังกล่าว ต้องพิจารณาแต่ละคดีว่ามีความหนักเบาของข้อหากระทำผิด ผลกระทบของแต่ละคดี ตลอดจนการดำเนินกระบวนการของเจ้าพนักงานมีความแตกต่างกัน ซึ่งในบางกรณีมีการทำร้ายผู้ต้องหาโดยเจ้าพนักงานอย่างรุนแรงแต่ได้ผลแห่งคดีเพียงเล็กน้อย ผลคดีเพียงเล็กน้อยกับการป้องกันการดำเนินการของเจ้าพนักงานที่กระทำโดยมิชอบเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม แต่ในทางกลับกัน หากคดีร้ายแรง เช่น คดีฆ่าผู้อื่น โดยเจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบเพียงเล็กน้อย อาทิ การลี้มแจ้งสิทธิต่อผู้ต้องหา โดยผู้ต้องหาก็กให้การรับสารภาพทั้งหมด หากเห็นว่ากรรับสารภาพดังกล่าวไม่สามารถใช้ได้ก็มีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมได้ ทั้งนี้ เห็นว่าการใช้แนวความคิดตามแนวคิดที่หนึ่งเป็นหลักสำคัญย่อม

ไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งที่ผ่านมาก็ไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งยึดหลักการใดเป็นสำคัญ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ระบบ Exclusionary Rule เป็นหลัก แต่ก็มีการสร้างข้อยกเว้นมาเพื่ออำนวยความสะดวก เช่น unharmed exception, public safety exception, good faith exception และสำหรับประเทศอังกฤษมีลักษณะเป็น free prove โดยใช้ระบบ Inclusionary Rule โดยหลักการคือไม่ตัดพยานหลักฐานแต่มีข้อยกเว้นสำหรับพยานหลักฐานเช่นกัน โดยเป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณาที่จะรับฟังพยานหลักฐานนั้น

หลักการในมาตรา 226/1 นี้ได้อาศัยแนวทางของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของออสเตรเลียซึ่งเป็นการบูรณาการของกฎหมายลักษณะพยานระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ คือเป็นหลักการที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมด แต่มีข้อยกเว้นที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ ซึ่งหลักการทั้งสองอย่างมีผลในทางการพิจารณาของศาลไม่ต่างกัน โดยให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐาน (คือมีหลักไม่รับฟัง แต่ต้องมีข้อยกเว้นให้รับฟังได้โดยเขียนแนวทางให้ละเอียด เป็นการจำกัดดุลพินิจของศาล มิใช่ให้อำนาจศาล ในการที่จะใช้ดุลพินิจยกเว้นให้รับฟังต้องคำนึงถึงอะไรบ้างเป็นแนวของออสเตรเลีย) (ท่านอาจารย์รัฐภักดิ์ศรณกุลกล่าวว่า ประเทศออสเตรเลียนำหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศอังกฤษคือ ให้รับฟังพยานหลักฐานโดยไม่ตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่มีข้อยกเว้นว่า ถ้าเป็นการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่โดยไปล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจนน่าเกลียดหรือว่าทำให้มาตรฐานกระบวนการยุติธรรมโดยรวมเสียไปก็ให้ศาลใช้ดุลพินิจตัดพยานหลักฐานนั้นทิ้งได้ และประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่มีข้อยกเว้น เช่น ถ้าเจ้าหน้าที่ทำผิดพลาดเล็กน้อย เป็นต้น ก็ให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังได้ ซึ่งประเทศออสเตรเลียนำหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ คือ ให้ตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแบบประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีข้อยกเว้นยืดหยุ่นแบบประเทศอังกฤษ คือ ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่กับอาชญากรรมในเรื่องนั้นอันไหนจะได้ประโยชน์กับประเทศมากกว่ากัน โดยกำหนดแนวทางในการ

ใช้ดุลพินิจไว้เช่นเดียวกับมาตรา 226/1 วรรค 2 (1) – (4) เพื่อไม่ให้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปตามอำเภอใจ⁸⁹

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 226/1 นี้เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยวิธีการที่มีชอบหรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบเป็นพยานหลักฐานได้ โดยอาศัยข้อยกเว้นนี้ได้อย่างกว้างขวางสามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมและเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีได้ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมให้มากที่สุด

4.2.2 เนื้อหาของมาตรา 226/1

มาตรา 226/1 วรรคหนึ่ง วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น แต่มิได้เป็นหลักเครื่องครัดตายตัว โดยเปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวโดยอาศัยข้อยกเว้นได้อย่างกว้างขวางสามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมและเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีได้ ซึ่งศาลมีดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ หากการรับฟังนั้นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อระบบงานยุติธรรมทางอาญาและสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน⁹⁰

“ประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรม” หมายถึง การที่กระบวนการยุติธรรมสามารถนำตัวผู้ที่กระทำความผิดมาดำเนินคดีหรือลงโทษตามกฎหมายได้ ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ประชาชนที่จะไม่ถูกประทุษร้ายจากองค์การอาชญากรรม หรืออาชญากรกระทำผิดซ้ำอีก⁹¹

⁸⁹ สรุปรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (อาญา) (ฉบับที่...) พ.ศ. ... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 28 วันพฤหัสบดีที่ 6 กันยายน 2550. หน้า 5/7 – 5/8.

⁹⁰ ชลลดา จินตเสถียร. เล่มเดิม. หน้า 103.

⁹¹ คณิง ภาไชย. (2551). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 278.

“มาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา” หมายถึง มาตรการในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการสืบสวน สอบสวน หรือการส่งคดี ที่ต้องมีการดำเนินการที่รวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม⁹²

“สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” หมายถึง สิทธิของประชาชนที่จะไม่ถูกละเมิด สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร หรือเสรีภาพในการครอบครองเคหสถาน โดยปกติสุข ซึ่งได้รับการคุ้มครองหรือกำหนดเป็นหลักประกันตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือมาตรฐานสากล⁹³

มาตรา 226/1 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์สำหรับ (1) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ และ (2) พยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่อาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบไปยึดค้นได้มาโดยมิชอบ (Fruit of the poisonous Tree) เสียใหม่ว่า ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานทั้งสองประเภทนี้เช่นกัน แต่มีข้อยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ ถ้าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน⁹⁴

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานทั้งสองประเภทนี้ มาตรา 226/1 วรรคสอง บัญญัติเป็นแนวทางไว้ว่า “ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงปัจจัยต่างๆ” อีก 4 ประการ ดังต่อไปนี้คือ⁹⁵

1) “คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น” กล่าวคือ ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่า น่าเชื่อถือมาก สามารถชี้บ่งข้อเท็จจริงอันสำคัญในคดีนั้นได้มาก โอกาสที่ศาลจะใช้ดุลพินิจยกเว้นให้รับฟังได้ก็จะมากตามไปด้วย แต่ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่สำคัญ ช้ำยังมีน้ำหนักน้อยอีกด้วย ศาลก็น่าจะใช้ดุลพินิจไปในทางตัดทิ้งไปตามหลักที่กฎหมายวางไว้

2) “พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี” ที่จำเลยถูกฟ้องมีความชั่วร้าย

⁹² แหล่งเดิม.

⁹³ แหล่งเดิม.

⁹⁴ จรัญ ภักดีธนากุล ก เล่มเดิม. หน้า 284.

⁹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 285.

เพียงใด กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนมากน้อยอย่างไร ถ้าความผิดในคดีนั้นไม่ร้ายแรง ความจำเป็นที่จะต้องลงโทษจำเลยอย่างจริงจังก็น้อยลง โอกาสที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบก็จะมากขึ้น แต่ถ้าความผิดในคดีนี้ร้ายแรงมาก ประโยชน์สาธารณะที่จะต้องพิสูจน์ความผิดและลงโทษจำเลยก็มาก โอกาสที่ศาลจะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวตามข้อยกเว้นก็มากขึ้นด้วย

3) “ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ” ของเจ้าหน้าที่ที่มีความรุนแรงมากน้อยเพียงใด ถ้าเจ้าหน้าที่ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างผิดกฎหมายผิดศีลธรรม ทำให้เสื่อมเสียต่อการอำนวยความสะดวกของประเศมากหรือทำให้เสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ศาลก็น่าจะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นไปตามหลัก แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ทำผิดเพียงเล็กน้อยเสียหายไม่มาก ศาลก็น่าจะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ตามข้อยกเว้นและ

4) เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำการอันมิชอบนั้นถูกลงโทษหรือไม่ เพียงใด หากมีการลงโทษอย่างเหมาะสมไปแล้ว ความจำเป็นที่จะไปตัดพยานหลักฐานนั้นก็น้อยลง แต่หากไม่มีการลงโทษอย่างจริงจัง ศาลก็น่าจะให้ตัดพยานหลักฐานดังกล่าว

4.2.3 ผลของการบัญญัติมาตรา 226/1

เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นจะทำให้มีผลคือพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยไม่ชอบ หรือ พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ แม้ว่าโดยหลักนั้นมาตรา 226/1 ห้ามมิให้ศาลรับฟังนั้น แต่ก็มีข้อยกเว้นที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้หากการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจของศาลผู้รับฟังพยานหลักฐานและตัดสินคดี แต่ มาตรา 226/1 ก็ได้จำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลไว้ว่าให้คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226/1 วรรค 2

จะเห็นว่าการบัญญัติมาตรา 226 เดิม น่าจะเป็นเรื่องที่ผู้บัญญัติมิได้มีเจตนาจะรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบเท่านั้น แต่น่าจะรวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยตามข้อสันนิฐานของท่านอาจารย์จรูญ ภักดีธนากุล แต่เหตุใดจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมาย

มาตรา 226/ 1 ให้มีการแยกส่วนของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” หรือ “ได้มา” ด้วยผู้เขียนเห็นว่า พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยไม่ชอบ หรือพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ซึ่งมาตรา 226/1 ห้ามมิให้ศาลรับฟังนั้น ทั้งสองกรณีต่างๆ ก็เป็นเรื่องการกระทำของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบทั้งสิ้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติแยกออกจากกันอย่างชัดเจน แต่ศาลผู้ที่มีประสบการณ์ มีความรู้ความสามารถในการวินิจฉัยคดีย่อมสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาการกระทำดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ซึ่งในการบัญญัติมาตรา 226/1 นี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณคร ได้เขียนหมายเหตุไว้ดังนี้คือ “บทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นเพียงการวางแนวทาง (Guideline) สำหรับผู้พิพากษาเท่านั้น ไม่ได้มีหลักการอะไรเป็นพิเศษแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นบทกฎหมายที่ดูมองว่าผู้ที่เป็นผู้พิพากษานั้นขาดความคิดในเชิงตรรกโดยสิ้นเชิง ควรเป็นแนวทางในการฝึกอบรมผู้พิพากษามากกว่านำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย⁹⁶

จากเหตุผลที่กล่าวข้างต้น ทำให้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่แตกต่างกันไปซึ่งการตัดสินของศาลนั้นแล้วแต่ศาลท่านใดจะใช้แนวความเห็นใดเป็นหลักในการวินิจฉัยซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อ 4.4 ต่อไป

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรา 226 กับผลของมาตรา 226/1

บทบัญญัติในมาตรา 226/1 ที่ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐาน เป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักในมาตรา 226 ซึ่งถ้อยคำในมาตรา 226 นี้ แม้จะมีได้บัญญัติไว้ตรงๆ ว่า ห้ามมิให้ศาลรับฟัง แต่ก็ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (illegally obtained evidence) ย่อมรับฟังไม่ได้⁹⁷

การที่มาตรา 226/1 บัญญัติขึ้นใหม่ และระบุว่า “ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น” ย่อมมีความหมายว่า เป็นการห้ามมิให้รับฟังตามหลักทั่วไปในมาตรา 226⁹⁸ นั่นเอง

มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่า

⁹⁶ คณิต ณคร . (2552). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 168.

⁹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

⁹⁸ แหล่งเดิม.

จำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่ามาตรา 226 วางหลักการรับฟังพยานหลักฐานไว้ กล่าวคือ พยานหลักฐานทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งหากพยานหลักฐานเหล่านั้นสามารถจะพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยได้ ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ขณะเดียวกันก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น รวมทั้งพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย

ส่วนมาตรา 226/1 นั้น ท่านอาจารย์จรูญ ภักดีชนากุล ได้กล่าวว่า ผู้บัญญัติได้มองปัญหาเรื่องการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” แยกคนละส่วนกัน ซึ่งการพิจารณาแยกส่วนนี้ ตามหลักสากลไม่มีประเทศไหนแยกระหว่างการเกิดขึ้น โดยมิชอบกับการได้มาโดยมิชอบ เพราะการเกิดขึ้นโดยมิชอบกับการได้มาโดยมิชอบที่อยู่ในความหมายของ *illegally acquired evidence*⁹⁹ ซึ่ง มีความหมายว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง แต่เมื่อนักกฎหมายไทยเรานำไปเขียนเมื่อ พ.ศ. 2478 ว่า “เกิดขึ้นโดยมิชอบ” นี้ ซึ่งศาลในกรอบความคิดของนักกฎหมายก็จะได้รับอิทธิพลจากหลักเรื่องนี้ ซึ่งพัฒนาหลังจากประมวล พ.ศ. 2500 ซึ่งของไทยเราไม่มีฐานข้อมูลอยู่ในช่วงก่อน พ.ศ. 2500 นักกฎหมายไทยก็ว่ากันไปตามถ้อยคำ มาตรา 226 จึงใช้ถ้อยคำว่า “เกิดขึ้นโดยมิชอบ” เพราะฉะนั้นศาลฎีกาจึงยอมรับ เริ่มต้นตัดสินว่ามาตรา 226 ตัดทิ้งเฉพาะ “เกิดขึ้นโดยมิชอบ” สิ่งที่เกิดขึ้นโดยมิชอบแล้ว แต่ตำรวจไปได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบจึงไม่ตัดทิ้ง เรียกว่า “ได้มาโดยมิชอบ” เมื่อนักกฎหมายไทยไปยึดแยกระหว่างเกิดขึ้นกับได้มาโดยมิชอบแล้ว เราจึงไม่อยากไปยุ่งกับคำว่า “เกิดขึ้นโดยมิชอบ” ซึ่งท่านยึดของท่านอยู่แล้ว แต่สิ่งที่ไม่ได้เขียนและเป็นสุญญากาศก็คือ ที่เกิดขึ้นโดยมิชอบแล้วได้มาโดยไม่ชอบ และรวมทั้งข้อมูลจากพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยไม่ชอบไปแสวงหาได้มาก็คืออาวุธปืนหรือทรัพย์สินที่เอาไปซ่อนนั้น ซึ่งเป็นสุญญากาศ แล้วฎีกาเดิมเป็น

⁹⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ... สกานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 29 วันพฤหัสบดีที่ 13 กันยายน 2550. หน้า 3/8.

1,000 ฎีกาก็วินิจฉัยกลับไปกลับมาตลอด ในสมัยก่อนปี 2500 มีคดีลัทธิจักรยานสามล้อ แล้วตำรวจไปค้นบ้านจำเลย ไปเจอรถจักรยานสามล้อซ่อนอยู่ในสวนหลังบ้านจำเลย จึงยึดรถมาแล้วก็ดำเนินคดีกับจำเลยฐานลักทรัพย์ รับของโจร จำเลยก็ต่อสู้สืบพยานหลักฐานเข้ามา บอกตำรวจว่ารถที่ตำรวจค้นได้มาตำรวจค้นโดยมิชอบ ตำรวจไม่มีหมายค้น ตำรวจบุกเข้ามาโดยไม่มีเหตุผล เพราะฉะนั้นขอศาลอย่ารับฟัง ศาลฎีกาตัดสินว่าไม่ใช่มาตรา 226 เพราะมาตรา 226 ใช้คำว่า “เกิดขึ้นโดยมิชอบ” ถึงจะตัด แต่รถจักรยานยนต์สามล้อเกิดขึ้นโดยชอบอยู่แล้ว ตำรวจไปค้นหรือไม่ค้นมีอยู่แล้ว การค้นไม่ชอบไม่ได้ทำให้เกิดขึ้นแต่ทำให้ได้มาเท่านั้น ไม่ตัด แต่มาระยะหลังศาลรับแนวคิดมาจากต่างประเทศ จึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งต่อมามีการกลับคำพิพากษาแล้วแต่องค์คณะใดจะคิดอย่างไรเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้¹⁰⁰ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 กับผลของมาตรา 226/1 กับกฎหมายต่างประเทศ

4.4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 857/5482¹⁰¹ (ฎีกาสुरาเถื่อน) ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า “โจทก์ฟ้องจำเลยฐานมีสุราเถื่อนไว้ในครอบครอง แต่เจ้าพนักงานค้นบ้านของจำเลยเพื่อจับสุราเถื่อนมีศเป็นนายสิบและพลตำรวจซึ่งมิใช่ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ และเป็นการค้นโดยไม่มีหมาย ทั้งไม่ได้แสดงบริสุทธิ์ไว้ก่อน และไม่ได้ให้กรียาจำเลยลงชื่อรับรองในบัญชีของกลาง ในข้อกฎหมายศาลฎีกาเห็นว่า เจ้าพนักงานได้ตรวจค้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และมีได้ปฏิบัติในการจับกุมของกลางตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92,102 ส่วนในข้อที่ว่าจำเลยรับสารภาพนั้น ปรากฏว่ามีได้รับสารภาพในชั้นสอบสวน ดังคำพยานนายร้อยตำรวจตรีแก้ว กมลรัตน์ เจ้าพนักงานผู้สอบสวน จำเลยรับกับนายสิบตำรวจตรีผู้แจ้งจับเท่านั้น

¹⁰⁰ เล่มเดิม. หน้า 3/9.

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 857/2482 (ชส).

ในข้อเท็จจริงว่าสุรารายนี้เป็นของจำเลยหรือไม่นั้นก็คงมีแต่คำพยานที่มีข้อสงสัยดังศาลอุทธรณ์วินิจฉัย คดีจึงฟังลงโทษจำเลยไม่ได้...”

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าศาลฎีกาตัดสินว่าพยานมีข้อสงสัย จึงฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ แต่การวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่า “เจ้าพนักงานได้ตรวจค้น โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และมีได้ปฏิบัติในการจับกุมของกลางตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92,102” น่าจะเป็นแนวทางในการวินิจฉัยของศาลในเรื่องเจ้าพนักงานกระทำโดยไม่มีอำนาจ ซึ่งเห็นได้ว่าศาลทำหน้าที่คานอำนาจของฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่ได้สนับสนุนการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันเป็นการรองรับหลักการถ่วงดุลอำนาจ และสนับสนุนหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐนั่นเอง

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างมาตรา 226 กับ มาตรา 226/1 แล้วจะเห็นว่า การที่ศาลฎีกาตัดสินเช่นนี้ แสดงว่าศาลได้ยึดหลักว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน หรือได้มาโดยมิชอบประการอื่นนั้น ศาลต้องไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย มิได้วินิจฉัยโดยใช้การตีความตามตัวอักษรในมาตรา 226 ที่ว่า “เกิดขึ้น” โดยชอบจนเคร่งครัดเกินไป แต่อยู่ที่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง แต่เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 แล้ว ผลของคำพิพากษาศาลดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงไปซึ่งอาจถึงขนาดเป็นการกลับคำพิพากษาศาลดังกล่าวเลย กล่าวคือ สุราเถื่อนเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น แต่ทั้งนี้ ศาลอาจรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ ถ้าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง ซึ่งมีผลเท่ากับ ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐนั่นเอง

ต่อมาได้มีแนวคำพิพากษาของศาลได้ยืนยันหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจน แม้ว่าจะเป็นคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็ตามนั่นคือ คำพิพากษาศาลจังหวัดอุตรดิตถ์หมายเลขแดงที่ 2358/2542¹⁰²

¹⁰² คดีหมายเลขดำที่ 2043/2541. อ้างถึงใน ฐานิศร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 117.

คดีนี้ โจทก์ได้ฟ้องจำเลยในความผิดต่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ฯลฯ และพระราชบัญญัติอาวุธปืน ฯลฯ โดยข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า เจ้าพนักงานได้ทำการค้นในที่เกิดเหตุโดยมิได้มีหมายของศาล ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยในข้อแรกมีอยู่ว่า การตรวจค้นของเจ้าพนักงานชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 หรือไม่ โจทก์มีเจ้าพนักงานผู้ทำการค้นมาเบิกความว่า ได้รับแต่งตั้งจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้เป็นเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจค้นบุคคลและเข้าไปในเคหสถานเพื่อตรวจค้น โดยไม่มีหมายค้นจากศาลในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นที่สำคัญที่สุดว่า

“ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 บัญญัติว่า ในคดีอาญา การค้นในที่ที่โหลวมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมิเหตุให้ค้นได้ โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 238 มีความหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 35 วรรคแรกว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถานและวรรคสองว่า บุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจบทบัญญัติกฎหมาย เหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานไว้เช่นนี้ก็เนื่องจากเสรีภาพดังกล่าวเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญพิทักษ์เชิดชู และเห็นว่า บทบัญญัติมากมายที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าว ดังนี้ การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะต้องตีความโดยคำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมที่มีอยู่ของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการออกหมายค้นและบัญญัติว่าด้วยการค้น โดยไม่ต้องมีหมายค้นซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พุทธศักราช 2519 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อ้างว่า ให้อำนาจเจ้าพนักงานค้นเคหสถาน โดยไม่ต้องมีหมายค้นของศาลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลได้รับความคุ้มครองภายในขอบเขตใดและรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายจะเปลี่ยนแปลงขอบเขตของการคุ้มครองดังกล่าวอย่างไร ในเรื่องออกหมายค้นนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 58 (3) ให้ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่เป็นผู้มีอำนาจ

ออกหมายค้นได้และบัญญัติในเรื่องนี้อีกว่า การออกหมายค้นจะต้องมีเหตุดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 อย่างใดอย่างหนึ่ง คือ (1) เพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานประกอบการสอบสวน ไล่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา (2) เพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยผิดกฎหมายหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้ใช้หรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิด (3) เพื่อพบและช่วยบุคคลซึ่งได้ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (4) เพื่อพบบุคคลซึ่งมีหมายให้จับ และ (5) เพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษาหรือตามคำสั่งของศาลในกรณีที่จะพบหรือยึดโดยวิธีอื่นไม่ได้แล้ว ส่วนในเรื่องการค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นนั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 92 โดยบัญญัติแยกเป็น 2 กรณี กรณีแรก เป็นการค้นของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เมื่อมีพฤติการณ์ตามมาตรา 52 วรรคแรก (1)-(4) และกรณีที่สอง เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นด้วยตนเอง และเป็นกรณีที่สามารถออกหมายค้นได้ตามมาตรา 93 วรรคสอง ดังนี้ หลักการสำคัญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาคือ การค้นในที่สาธารณะอยู่ในเงื่อนไข 2 ประการ คือ ประการแรก มีเหตุสมควรอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 69 และประการที่สอง ผู้ใช้ดุลพินิจว่า กรณีมีเหตุอันสมควรดังกล่าวหรือไม่ คือ ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ด้วยหลักการสำคัญดังกล่าวเห็นได้ว่า ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นได้ในกรณีที่ 2 นั้น เป็นกรณีที่สืบค้นเนื่องมาจากอำนาจในการออกหมายค้นของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตนเอง หมายความว่า พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งมิใช่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ย่อมมีอำนาจเพียงดำเนินการตามหมายค้นเท่านั้น การออกหมายค้นซึ่งต้องใช้ดุลพินิจว่ามีเหตุสมควรอย่างหนึ่งอย่างใดใน 5 ประการ ตามมาตรา 69 หรือไม่ เป็นอำนาจของศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงและมีอำนาจออกหมายค้นให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ดำเนินการค้นได้อยู่แล้วนั้น เมื่อพนักงานดังกล่าวดำเนินการค้นด้วยตนเอง ซึ่งย่อมจะต้องใช้ดุลพินิจในขณะที่อยู่แล้ว กรณีที่เหตุสมควรจะออกหมายค้นได้หรือไม่ จึงไม่มีความจำเป็นจะต้องออกหมายค้นให้แก่ตนเองก่อนและเห็นได้ว่า ที่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 บัญญัติให้เจ้าพนักงานมีอำนาจค้นเคหสถานใดๆ ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า มียาเสพติดซุกซ่อนอยู่นั้น เป็นการบัญญัติทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 92 วรรคสอง กล่าวคือ เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด

พ.ศ. 2519 ที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า กรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามียาเสพติดซุกซ่อนอยู่ในเคหสถานที่จะค้นหรือไม่ อย่างเดียวกับการให้อำนาจแก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 92 วรรคสอง การคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ดี ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ก็ดี เป็นการคุ้มครองที่อาศัยดุลพินิจของรัฐที่มีสถานะพิเศษ โดยปราศจากการควบคุมและการสอดส่องดูแลของฝ่ายตุลาการซึ่งไม่ต้องด้วยหลักการของรัฐธรรมนูญที่พิทักษ์เชิดชูศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล โดยกำหนดให้การใช้ดุลพินิจว่าก้าวล่วงเข้าไปกระทำการใดๆ ที่กระทบถึงเสรีภาพที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุขของบุคคลในกรณีปกติต้องเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายตุลาการเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 238 บัญญัติยกเลิกอำนาจในการออกหมายค้นของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเดิมที่มีอยู่และให้ศาลเท่านั้นมีอำนาจออกหมายค้นแก่เจ้าหน้าที่ เป็นการเปลี่ยนแปลงวิธีคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลให้ต้องกับหลักการนี้ การยกเลิกอำนาจออกหมายค้นของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่า การใช้ดุลพินิจว่ามีเหตุสมควรจะออกหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 69 อย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ มิใช่อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่อีกต่อไป แต่ต้องอยู่ในอำนาจของศาลเท่านั้น ดังนี้ จึงข่อมเป็นการยกเลิกอำนาจในการค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจสืบเนื่องด้วย ไม่ว่าจะเจ้าพนักงานดังกล่าวจะเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือเป็นเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ก็ตาม เหตุให้ค้นในที่รโหฐานได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาลซึ่งเป็นข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 238 หมายถึง เหตุอย่างอื่นนอกจากเหตุเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐอาศัยสถานะพิเศษตามกฎหมายที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า มีหรือไม่มีเหตุสมควรจะค้น ทำนองเดียวกับการใช้ดุลพินิจออกหมายค้นของศาล ฉะนั้นการตรวจค้นของพนักงานตำรวจตรีศรีทะนันท์ เรื่องมูล อ้างว่ามีอำนาจค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 จึงไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238...”

ประเด็นปัญหาสุดท้ายที่ศาลได้วินิจฉัยคือ พยานหลักฐานที่ค้นพบในที่เกิดเหตุจะสามารถ

นำมาอ้างอิงเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า จำเลยทั้งสามมีผิดได้หรือไม่ ศาลก็ได้วินิจฉัยว่า

“ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 บัญญัติว่า พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน ดังนั้น เมื่อพยานตัวจริงที่เรียกชื่อไว้ไม่มีอำนาจตรวจค้นที่เกิดเหตุโดยไม่มีหมายค้นของศาล ดังนั้น พยานหลักฐานต่างๆ ที่ค้นพบเนื่องจากการตรวจค้นจึงเป็นพยานหลักฐานที่มีชอบด้วยกฎหมายไม่อาจนำมาอ้างอิงเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยทั้งสาม แม้จำเลยที่ 2 จะให้การรับสารภาพก็ไม่อาจลงโทษจำเลยที่ 2 ได้”

จากคำพิพากษาของศาลจังหวัดอุตรดิตถ์ดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในประการแรก แม้จะเป็นเพียงคำพิพากษาของศาลชั้นต้น แต่ก็ก็เป็นคำพิพากษาที่วางหลักเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานของศาลที่ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยเจ้าพนักงานของรัฐต้องไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจในการแสวงหาพยานหลักฐานซึ่งเป็นการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลในเคหสถานอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญพิทักษ์เชิดชู ส่วนประการที่สอง เมื่อศาลเห็นว่าการค้นกระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นจึงเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างอิงเป็นพยานหลักฐานได้ หรือไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ตามมาตรา 226 นั้นเอง

แต่เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 จะมีผลให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบของเจ้าพนักงานแม้ว่าจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอันเกี่ยวโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความรับรองคุ้มครอง ซึ่งอาจแสดงให้เห็นว่าศาลส่งเสริมให้เจ้าพนักงานของรัฐแสวงหาพยานหลักฐานตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศหรือ

กฎหมายที่ให้อำนาจในการค้น โดยเฉพาะเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519

คำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมาข้างต้นเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องของการไม่มีหมายค้นของ ศาลและไม่มีเหตุตามกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการค้นโดยไม่ต้องมีหมาย จึงต้องถือว่าเป็นการที่เจ้าพนักงานใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมีขอบด้วยกฎหมายอันเป็น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา เพราะการค้น โดยไม่มีหมายของศาลหรือไม่มีเหตุค้น โดยไม่ต้องมีหมายของ ศาลนั้น เป็นการงดเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมายทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันมีผลเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

อย่างไรก็ตาม ในการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานก็อาจมีการกระทำบางอย่างที่ ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานนั้นรับฟังไม่ได้ แม้ว่าจะได้พยานหลักฐานนั้นมาโดยมีหมายค้น ของศาลก็ตาม ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6471/2543¹⁰³ สรุปได้ว่า โจทก์ได้ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของ โจทก์ในงานสร้างสรรค์ศิลปกรรมภาพพิมพ์ ซึ่งในคดีดังกล่าวเจ้าพนักงานตำรวจได้ค้นร้านถ่ายรูป ของจำเลยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ภาพปกเทปเพลง ประเด็นที่สำคัญในคดีคือ ในขณะที่เจ้า พนักงานกำลังตรวจค้นร้านถ่ายรูปของจำเลยดังกล่าวนั้น ได้มีบุคคลอื่นขับรถจักรยานรับจ้างนำ กล่องกระดาษเข้ามาในร้านของจำเลยจำนวน 2 กล่องเพื่อส่งให้จำเลย ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏใน ภายหลังว่าในกล่องนั้นมีเทปเพลงอันเป็นวัตถุพยานในคดีนี้บรรจุอยู่เต็มทั้งสองกล่อง จำนวน 157 ม้วน เจ้าพนักงานจึงยึดไว้เป็นของกลางและทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมไว้ ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้ วินิจฉัยว่า เทปเพลงของกลางจำนวน 157 ม้วนนี้เป็นของกลางที่มีข้อโต้แย้ง เพราะในขณะที่ตรวจค้น ของกลางนี้ไม่ใช่ของที่อยู่ในร้านของจำเลยหรือมีอยู่แล้วก่อนตรวจค้นแต่เป็นของที่บุคคลภายนอก นำมาในร้านของจำเลยในขณะที่มีการตรวจค้นร้านของจำเลย เมื่อจำเลยอ้างในขณะนั้นว่า ของที่ นำมาส่งดังกล่าวไม่ใช่ของจำเลยดังนี้ การยึดเทปของกลางไว้และทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมไว้ว่า เป็นของกลางที่ตรวจค้นได้ในร้านของจำเลยนั้น จึงไม่ถูกต้องตรงกับความจริงและไม่อาจรับฟังได้

¹⁰³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6471/2543 (สงเสริม) อ้างถึงใน ฐานิสร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟัง พยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 125.

ว่า เทปเพลงของกลางเป็นของที่ยึดได้จากการตรวจค้นร้านของจำเลย เทปของกลางที่เจ้าพนักงานยึดมาดังกล่าวไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดได้ ตามนัยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 26 ประกอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั่นคือ การที่ศาลฎีกาเห็นว่า พยานวัตถุที่ได้มาจากบุคคลภายนอกนี้เป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเอง และการตรวจค้นดังกล่าวแม้จะมีหมายของศาล แต่ก็เห็นได้ว่าพยานหลักฐานที่ได้มาดังกล่าวมิได้เกิดจากการค้นในที่รโหฐานตามหมายค้น แต่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากบุคคลภายนอกอันมิได้เกี่ยวข้องกับหมายค้นแต่อย่างใด การที่เจ้าพนักงานยึดพยานหลักฐานดังกล่าวและทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมว่าเป็นของกลางที่ตรวจค้นได้ในร้านของจำเลยนั้น จึงเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6471/2543 จึงแสดงให้เห็นได้ว่า แม้การตรวจค้นพยานหลักฐานอยู่ในที่รโหฐานนั้นก็ถือเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่มิชอบของเจ้าพนักงานได้เช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวข้างต้นเป็นเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐาน โดยเคร่งครัดตามมาตรา 226 แต่เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมแล้วจะมีผลให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเหล่านั้นเป็นพยานหลักฐานได้

อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับหมายค้น แต่เป็นเรื่องที่แตกต่างจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6471/2543 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6475/2547¹⁰⁴ วินิจฉัยว่า “การที่ศาลออกหมายค้นบ้านของจำเลย โดยระบุเลขที่บ้านเป็นเลขที่ 74 ตามที่เจ้าพนักงานร้องขอ ร้อยตำรวจเอก ก. แก้วเลขที่บ้านในหมายค้นเป็นเลขที่ 161 เพื่อให้ตรงกับความจริงโดยไม่มีอำนาจ อันอาจมีผลให้หมายค้นเสียไปและการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก เมื่อปรากฏว่าคดีมีการสอบสวนกันโดยชอบทั้งในชั้นพิจารณาจำเลยก็นำสืบยอมรับว่าเจ้าพนักงานตำรวจค้นพบเฮโรอีนของกลางฝังอยู่ในดินห่างจากบ้านของจำเลยประมาณ 3 เมตร จากพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาย่อมรับฟังลงโทษจำเลยได้...”

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6475/2547 (ส่งเสริม).

จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547 จะเห็นว่า การที่ศาลออกหมายค้นระบุบ้านเลขที่ผิดไปตามคำร้องขอของเจ้าพนักงานตำรวจ ในขณะที่เข้าตรวจค้นเจ้าพนักงานได้แก่เลขที่บ้านในหมายค้นจากบ้านเลขที่ 74 เป็นบ้านเลขที่ 161 โดยไม่มีอำนาจแก้ไข จึงเป็นหมายค้นที่ไม่ชอบ เมื่อเข้าทำการตรวจค้นตามหมายค้นที่ไม่ชอบแล้ว การค้นของเจ้าพนักงานจึงเป็นการค้นที่ไม่ชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นดังกล่าว จึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226 ด้วยความเคารพการตัดคดีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ผลของคำพิพากษาน่าจะเป็นว่า เมื่อเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ จึงต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเสียมากกว่า การที่เจ้าพนักงานพบในขณะที่ตรวจค้นว่าหมายค้นระบุบ้านเลขที่ผิดไปแล้วยังทำการแก้หมายค้นนั้น ไม่น่าจะถือว่าเจ้าพนักงานผู้ตรวจค้นและแก้ไขหมายนั้นกระทำการสุจริตแต่อย่างใด จึงไม่น่าจะใช้ข้อยกเว้นของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของสหรัฐอเมริกา นั้นหมายถึง หลักสุจริต (Good Faith) ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตโดยเข้าใจว่าตนปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายทุกประการนั่นเอง แต่ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกานี้เจ้าพนักงานย่อมรู้ระเบียบและหน้าที่ที่อยู่แล้วว่าจะไม่สามารถแก้ไขหมายที่ออกโดยศาลได้ แต่จะต้องนำไปให้ศาลแก้ไขนั่นเอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อเป็นการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นนั้นย่อมรับฟังไม่ได้เพราะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแล้ว ดังนั้นการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเช่นนี้ ย่อมเป็นการกลับหลักตามคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 (ฎีกาสุราเถื่อน) ด้วยความเคารพ การที่ศาลฎีกาตัดสินไปในแนวดังกล่าวแสดงว่าศาลได้ยึดหลักการปราบปรามอาชญากรรมเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเสียยิ่งกว่าหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเคสดานตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมแล้วนั้น ย่อมมีผลทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามคำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547 นั้นย่อมต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานแต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจให้รับฟังได้ตามเงื่อนไขในมาตรา 226/1 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

นอกจากนี้ในเรื่องการค้นนั้น ยังมีคำพิพากษาฎีกาอีกส่วนหนึ่งที่ศาลตัดสินไปตามหลักในเรื่องความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error) ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483¹⁰⁵ (ฎีกาจรดสามล้อ) ข้อเท็จจริงในคดีนี้เจ้าพนักงานผู้เข้าค้นมิได้ทำบันทึกการค้นของกลางตามมาตรา 102, 103 โดยศาลวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติดังกล่าวเป็นแต่วิธีการที่เจ้าพนักงานจะต้องกระทำ มิได้บังคับว่า ถ้าไม่ปฏิบัติตามแล้วจะไม่ให้ฟังเสียเลยว่าได้ค้นของกลางได้ที่บ้านนั้น จริงอยู่การที่ไม่มีบันทึกให้จำเลยรับรู้ไว้แล้ว ศาลก็จำต้องระมัดระวังพยานบุคคลที่โจทก์นำสืบในข้อได้ของกลางที่บ้านจำเลย แต่เฉพาะคดีนี้ศาลเห็นว่า พยานบุคคลของโจทก์ฟังได้โดยปราศจากระวางสงสัยว่า จับของกลางได้ที่บ้านจำเลยทั้งสิ้น”

คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 นี้ น่าจะเป็นคำพิพากษาฎีกาเรื่องแรกที่วางหลักเรื่องความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error) ซึ่งเป็นไปตามข้อยกเว้นของหลัก Exclusionary Rule ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษานี้ เพราะการที่เจ้าพนักงานค้น โดยมีหมายค้นนั้นเท่ากับเป็นการเริ่มต้นกระทำการ โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เมื่อการค้นสถานที่ถูกต้องตามหมายแล้ว แม้ว่าจะไม่ได้ปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 102 หรือไม่ได้บันทึกรายละเอียดแห่งการค้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 103 ก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็มิได้เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาแต่อย่างใด เจ้าพนักงานเพียงแต่มิได้ปฏิบัติตามวิธีการของการค้นอันเป็นเพียงรายละเอียดเท่านั้น เมื่อเทียบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 (ฎีกาสुरาเถื่อน) แล้ว จะเห็นว่าข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 นั้นเป็นการค้นโดยไม่มีหมายและเจ้าหน้าที่ที่เข้าค้นไม่มีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมค้นด้วยซึ่งเป็นการค้นโดยการที่เจ้าพนักงานปฏิบัติมิชอบมาตั้งแต่เริ่มต้นนั่นเอง เมื่อศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่ชอบด้วยกฎหมายตามคำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 แล้ว แม้ในการค้นจะไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์คือมิได้บันทึกรายละเอียดแห่งการค้นก็ตาม จึงมิใช่การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226 เมื่อศาลวินิจฉัยตามหลักดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ต้องใช้หลักตามมาตรา 226/1 ที่บัญญัติเพิ่มเติมแต่อย่างใด

ต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ 1328/2544¹⁰⁶ ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว เจ้าพนักงานได้ค้นบ้านของจำเลย โดยมีหมาย แต่เลขที่บ้านในหมายค้นผิดแผกแตกต่างจากบ้านเลขที่ของจำเลยในหมายค้นระบุว่าบ้านเลขที่ 53/3 ซึ่งไม่ตรงกับบ้านเลขที่ของจำเลยคือบ้านเลขที่ 54/3 ในคดีนี้ศาล วินิจฉัยว่า นายดาบตำรวจ ว. ค้นบ้านของจำเลย โดยมีหมายค้น ส่วนที่หมายค้นระบุเลขที่บ้านผิดไปหาจะมีผลทำ

¹⁰⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 (จรด).

¹⁰⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1328/2544 (เนติ).

ให้หมายค้นเสียไปไม่ ทั้งจำเลยก็ยอมให้ตรวจค้นบ้านโดยดี การค้นบ้านจำเลยจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 35 (เหตุเกิด 9 กรกฎาคม 2540 เวลา กลางวัน) นายดาบตำรวจ ว. กับพวกเห็นจำเลยจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับ เมื่อเข้าไปตรวจค้นบ้านจำเลยก็พบเมทแอมเฟตามีนอีก 1 เม็ด การกระทำของนายดาบตำรวจ ว. กับพวกกระทำต่อเนื่องกัน เมื่อพบเห็นจำเลยจำหน่าย และมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย อันเป็นความผิดซึ่งหน้าตาม ป.วิ.อ. มาตรา 80 จึงมีอำนาจจับจำเลยได้โดยไม่ต้องมีหมายจับตามมาตรา 78 (1) การตรวจค้นและจับจำเลยกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานของโจทก์จึงมิใช่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ต้องห้ามรับฟังตามมาตรา 226

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1382/2544 จะเห็นว่า การที่ศาลระบุเลขที่บ้านในหมายค้นผิดไป คือ ระบุว่า บ้านเลขที่ 53/3 ความจริงเป็น 54/3 ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเรื่องความผิดพลาดเล็กน้อยที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งตรงกับข้อยกเว้นเรื่อง Harmless Error ของสหรัฐอเมริกา และเจ้าพนักงานก็มีได้แก่หมายอันจะทำให้หมายค้นนั้นเป็นหมายค้นที่ไม่ชอบเช่นเดียวกับข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547 ซึ่งมีได้ทำให้พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด ประกอบกับข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยยอมให้ตรวจค้นบ้าน โดยดี การกระทำของจำเลยจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเมื่อนายดาบตำรวจ ว. กับพวกเห็นจำเลยจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับ เมื่อเข้าไปตรวจค้นบ้านจำเลยก็พบเมทแอมเฟตามีนอีก 1 เม็ด เป็นการกระทำต่อเนื่องเมื่อพบเห็นจำเลยจำหน่ายและมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย อันเป็นความผิดซึ่งหน้าจึงมีอำนาจจับโดยไม่ต้องมีหมาย พยานหลักฐานที่ได้จากการตรวจค้นและจับจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบ ดังนั้นการที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานตามข้อเท็จจริงนี้จึงน่าจะเป็นการถูกต้องแล้ว ซึ่งการใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ตามมาตรา 226 นั้น ในการวินิจฉัยของศาลหากใช้หลักการวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกาก็ไม่จำเป็นจะต้องบัญญัติมาตรา 226/1 ขึ้นมาใหม่

อย่างไรก็ดี แม้ในการค้นของเจ้าพนักงานจะไม่มีหมายค้น แต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของบ้าน ก็ถือว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในเคหสถานตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2546¹⁰⁷ วินิจฉัยว่า “เจ้าพนักงานตำรวจได้ขอความยินยอมจาก น. มารดาของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของบ้านที่เกิดเหตุก่อนทำการค้น แสดงว่าการค้นกระทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจความยินยอมของ น. แม้การค้นจะกระทำโดยไม่มีหมายค้นที่ออกโดยศาลอนุญาตให้ค้นได้ ก็หาเป็นการค้นโดยมิชอบไม่ นอกจากนี้ ก่อนที่เจ้าพนักงานตำรวจจะดำเนินการค้นได้เห็นจำเลยซึ่งอยู่ในห้องนอน โยนเมทแอมเฟตามีนออกไปนอกหน้าต่างอันเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจพบจำเลยกำลังกระทำความผิดซึ่งหน้าและได้กระทำลงในที่รโหฐาน เจ้าพนักงานตำรวจย่อมมีอำนาจจับจำเลยโดยไม่ต้องมีหมายจับหรือหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (1), 92 (2) เมทแอมเฟตามีนที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดได้จึงนำมารับฟังประกอบคำรับสารภาพของจำเลยได้”

ข้อสังเกต คำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2546 รองศาสตราจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้ สรุปได้ว่า “แม้เป็นการค้นที่ต้องมีหมายค้น แต่ผู้เป็นเจ้าของบ้านได้สละสิทธิในสิทธิดังกล่าว โดยให้ความยินยอมแก่เจ้าหน้าที่ในการค้นในที่รโหฐาน และความยินยอมนั้นมิได้เกิดจากการขู่เข็ญ หรือหลอกลวง ให้เจ้าของบ้านให้ความยินยอมแต่ประการใด แม้ว่าศาลฎีกาจะกล่าวว่า “แม้การค้นดังกล่าวจะกระทำลงโดยไม่มีหมายค้นที่ออกโดยศาลอนุญาตให้ค้นได้ ก็หาได้เป็นการค้นโดยมิชอบแต่อย่างใดไม่” ประกอบกับเจ้าพนักงานยังมีอำนาจค้นโดยอาศัยเหตุอื่นอีก กล่าวคือ ข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 (2) ที่ให้ค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นได้ด้วย” ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวแสดงว่าศาลได้คำนึงถึงหลักกฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงาน ในเมื่อไม่มีหมายค้น แต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของบ้านผู้ทรงสิทธิในที่รโหฐานนั้นแล้วโดยสมัครใจ ย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในเคหสถานอันเป็นหลักการพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองไว้ ประกอบกับเจ้าพนักงานยังมีอำนาจค้นได้โดยอาศัยเหตุอื่น คือข้อยกเว้นตามมาตรา 92 (2) อีกด้วยจึงยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้นตามมาตรา 226 จึงน่าจะเป็นเรื่องการกระทำไปด้วยความสุจริตของเจ้าพนักงานตามหลัก good faith ว่าตนมีอำนาจกระทำได้ด้วยตนเอง จะเห็นว่าการตัดสินของศาลในคดีนี้ได้ใช้มาตรา 226 ในการตัดสิน โดยไม่จำเป็นต้องใช้ผลของมาตรา 226/1 เลย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้ว แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถือหลัก

¹⁰⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2546 (เนติ).

เครื่องครัดมากกว่า การค้นในที่รโหฐานต้องมีหมายค้นที่ออกโดยศาล ยังยอมรับหลักในเรื่องความยินยอมให้ค้น โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดี Schneckloth v. Bustamonte 412 U.S. 218 (1973) เจ้าพนักงานมีอำนาจค้นโดยไม่มีหมายหากมีการให้ความยินยอมโดยสมัครใจ (voluntary) และโดยเข้าใจ (intelligent)

อย่างไรก็ตาม หากไม่มีหมายค้นแต่ไม่ปรากฏว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของบ้านแล้ว ก็ทำให้การค้นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายดังคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6391/2547 วินิจฉัยว่า “สำหรับข้อที่จำเลยที่ 1 อ้างต่อไปว่า เจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 โดยไม่มีหมายค้น จึงไม่น่ารับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้น เห็นว่า ในปัญหานี้ จำเลยที่ 1 รับอยู่แล้วว่าของกลางถูกยึดจากบ้านจำเลยที่ 1 ตามบันทึกการตรวจค้นเอกสารหมาย จ.7 ก็ปรากฏมีลายมือชื่อผู้ครอบครองบ้านลงรับรองไว้ว่าเจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติอยู่ในกรอบของกฎหมาย โดยมีได้มีการบังคับขู่เข็ญ ร้อยตำรวจเอกยุทธนา พิชัย พยานโจทก์ก็เบิกความคำถามค้านนายจำเลยที่ 1 แล้วว่าเหตุที่ไปตรวจค้นบ้านของจำเลยที่ 1 เนื่องจากจำเลยที่ 2 ชัดทอดว่าลักเอาทรัพย์สินไปขายให้แก่จำเลยที่ 1 การไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 จึงไม่ใช่เรื่องของการกลับแก่ง ส่วนการตรวจค้นจะมิชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6391/2547 จะเห็นว่าเมื่อไม่มีหมายค้น และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเจ้าของบ้านยินยอมแต่อย่างใด การเข้าตรวจค้นบ้านซึ่งเป็นที่รโหฐาน จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและรัฐธรรมนูญซึ่งได้บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลอันจะละเมิดมิได้ การกระทำของเจ้าพนักงานจึงเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ พยานหลักฐานหรือของกลางในคดีดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้นด้วยความเคารพ การที่ศาลตัดสินว่า “ส่วนการค้นจะมิชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกต่างหาก” เป็นการตัดสินโดยใช้ดุลพินิจโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งหมายความว่า ศาลก็ได้ยอมรับว่าพยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่ศาลก็ยังยอมรับฟังเพื่อรักษาพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอันเป็นการคำนึงถึงหลักการปราชัยปราชัยอาชญากรรมยิ่ง

กว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นการส่งเสริมการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐ แทนที่จะรับรองอำนาจของศาลในการออกหมายค้นก่อนเข้าตรวจค้น หรือคอยดูแลตรวจสอบการกระทำของเจ้าพนักงานว่ากระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อันเป็นการคานอำนาจหรือถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารไม่ให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจอันเป็นหลักการสำคัญของนิติรัฐ

เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 ซึ่งให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้อย่างชัดเจน ศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้โดยถูกต้องซึ่งเป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานของรัฐแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบอย่างชัดเจนนั่นเอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2548¹⁰⁸ วินิจฉัยว่า “จำเลยทั้งสี่นำสืบยอมรับว่าถูกจับกุมในห้องเช่าที่เกิดเหตุและเจ้าพนักงานตำรวจได้เมทแอมเฟตามีนเป็นของกลางจริง แม้จะปรากฏว่าห้องเช่าดังกล่าวเลขที่ 82/16 ไม่ใช่เลขที่ 105 ตามที่ระบุในหมายค้น แต่ตามหมายค้นดังกล่าวได้ระบุเหตุที่ขอออกหมายค้นว่า การสืบสวนทราบว่าบ้านจำเลยที่ 1 เลขที่ 105 ห้องเช่า มียาเสพติดให้โทษซุกซ่อนอยู่ในบ้านหรือบริเวณบ้านจึงขอให้ศาลออกหมายค้น โดยระบุชื่อและนามสกุลจำเลยที่ 1 ไว้ถูกต้อง และร้อยตำรวจโท บ. ผู้จับกุมซึ่งเป็นผู้ออกหมายค้นดังกล่าวก็เบิกความระบุสาเหตุที่ระบุเลขบ้านในหมายค้นว่าบ้านเลขที่ 105 เพราะสายลับระบุเช่นนั้น เมื่อเข้าจับกุมจึงปรากฏว่าเป็นบ้านเลขที่ 82/16 จึงเป็นการขอออกหมายค้นเพื่อตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 การระบุเลขที่บ้านผิดไม่ทำให้การตรวจค้นจำเลยที่ 1 อยู่ในบ้านหลังดังกล่าวเป็นการไม่ชอบ การตรวจค้นโดยมีหมายค้นกรณีนี้ชอบด้วยกฎหมายแล้ว”

ตามคำพิพากษานี้ จะเห็นได้ว่ากรณีที่เจ้าพนักงานเข้าค้นห้องเช่าที่เกิดเหตุเลขที่ 105 ตามที่ระบุในหมายค้นเพื่อตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 ซึ่งออกโดยศาล แต่เมื่อจับกุมปรากฏว่าเป็นบ้านเลขที่ 82/16 นั้น เป็นการที่เจ้าพนักงานเข้าตรวจค้นตามหมายของศาลแล้วและเป็นบ้านที่เกิดเหตุจริงแม้ศาลจะระบุเลขที่บ้านผิดไป การที่ศาลวินิจฉัยว่า การระบุเลขที่บ้านผิดไม่ทำให้การตรวจค้นจำเลยที่ 1 อยู่ในบ้านหลังดังกล่าวเป็นการไม่ชอบ การตรวจค้นโดยมีหมายค้นกรณีนี้ชอบด้วยกฎหมายแล้วนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีนี้น่าจะเป็นเรื่องความผิดพลาดของหมายค้นที่ศาลเป็นผู้ออก

¹⁰⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2548 (ส่งเสริม).

ตามที่สายลับระบุมาโดยมีวัตถุประสงค์จะค้นบ้านเลขที่ 82/16 จริง ๆ หากจะกลับไปขอให้ศาลแก้ไขก็คงจะไม่สามารถพบพยานหลักฐานที่กระทำความผิด จึงน่าจะเป็นเรื่องผิดพลาดเล็กน้อยที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ ซึ่งศาลน่าจะวินิจฉัยตามหลัก Harmless Error หรือความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกา นั่นเอง ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อวินิจฉัยตามหลักนี้แล้วก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติมาตรา 226/1 ไว้เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวอีกเช่นกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548¹⁰⁹ “การตรวจค้นอาจมิชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการตรวจค้นโดยไม่มีหมายค้น ก็เป็นเรื่องที่จะไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก หากมีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่”

จากคำวินิจฉัยคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ท่านอาจารย์ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้

“ประเด็นตามคำพิพากษาฎีกาที่หมายเหตุนี้ เป็นประเด็นในเรื่องที่ว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้หรือไม่ นั้น ซึ่งตามกฎหมายไทยได้บัญญัติประเด็นในเรื่องดังกล่าวไว้ใน ป.วิ.อ. มาตรา 226 โดยความเห็นทางตำราสามารถแบ่งออกเป็นสองฝ่ายกล่าวคือ

ฝ่ายแรกเห็นว่า หากพยานหลักฐานได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังไม่ได้ ฝ่ายนี้เห็นว่า ป.วิ.อ. มาตรา 226 มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา การตีความของความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับต้นร่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้คำว่าได้มา (obtained) เช่นกัน ทั้งนี้เพราะว่าฝ่ายนี้เห็นว่า การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีความสำคัญมากกว่าการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม ฝ่ายนี้จึงไม่ยอมให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานของรัฐได้มาโดยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าพยานหลักฐานจะมีความน่าเชื่อถือและพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้

¹⁰⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548 (สงเสริม)

ฝ่ายที่สองเห็นว่า กฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” โดยมีขอบเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยไม่ชอบ ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงรับฟังได้ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายนี้เห็นว่า การควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม มีความสำคัญมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงละเมิดในขณะแสวงหาพยานหลักฐาน ฝ่ายนี้จึงยอมให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานของรัฐได้มาจากการกระทำที่มิชอบได้ โดยถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้น มีคุณค่าในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย จำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดไม่ควรที่จะหลุดพ้นจากการถูกลงโทษเพียงเพราะว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำมิชอบ

สำหรับความเห็นทางศาล จะเห็นไปแนวทางที่ให้ความสำคัญกับการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม (ฎ. 495/2500, 2699/2516, 1547/2540, 99/2541, 1378/2544, 4370/2544, 837/2483, 800/2474) คำพิพากษาศาลฎีกาที่หมายเหตุนี้เป็นการเดินตามแนวเดิมที่ศาลฎีกาเคยวางบรรทัดฐานเอาไว้

ตามกฎหมายเยอรมันแนวความคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งอยู่แล้วว่าพยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังไม่ได้ เช่น มาตรา 81 C III 5, 98 b III 3, 100 b V, 100 d III 3, 100 d V, 100 f, 108 II, 136 a III 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น) (Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, บทที่ 24, หัวข้อ 19) ก็ไม่มีปัญหาอะไร ปัญหาจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะมิผลให้พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังได้หรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่ยังไม่ยุติและมีทฤษฎีต่าง ๆ ที่สำคัญดังต่อไปนี้

ก. ทฤษฎีว่าด้วยพรมแดนแห่งสิทธิ (Die Rechtskreistheorie)

ศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน (เทียบกับของไทยเราคือศาลฎีกา) (BGHSt 11, 213) ได้พัฒนาหลักทฤษฎีหลักกฎหมายดังกล่าว โดยวางหลักไว้ว่า ในกรณีที่เป็นการละเมิดต่อข้อห้ามของการนำสืบพยานหลักฐาน สิทธิในการอุทธรณ์ในข้อกฎหมาย และพยานหลักฐานที่ได้มานั้นจะรับฟังได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าการละเมิดดังกล่าวเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้อุทธรณ์ที่สำคัญมาก สำคัญน้อย หรือเป็นแต่เพียงสิทธิที่ไม่สำคัญ (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 24 หัวข้อ 20) อย่างไรก็ตาม

ตาม ปัจจุบันศาลแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน (BGHSt 52, 73, 77) ไม่ได้ยึดตามทฤษฎีว่าด้วยพรหมแดนแห่งสิทธิแล้ว (vgl. Volk, Strafprozessrecht, 1997, บทที่ 28, หัวข้อ 9)

ทฤษฎีดังกล่าว มีข้อบกพร่องในแง่ที่ว่า ในด้านหนึ่ง จำเลยมีสิทธิตามกฎหมายไม่แต่เพียงว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่มีไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนนั้นจะต้องได้รับการถือปฏิบัติเท่านั้น แต่รวมถึงการมีหลักประกันที่ว่ากระบวนการพิจารณาจะต้องดำเนินไปตามที่กฎหมายกำหนดด้วย การละเมิดต่อบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามของการนำสืบพยานหลักฐาน จึงเป็นการกระทบต่อพรหมแดนแห่งสิทธิของจำเลย อันจะนำไปสู่ข้อห้ามของการรับฟังพยานหลักฐานได้ ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีดังกล่าวจึงไม่มีความเหมาะสม ในอีกด้านหนึ่งนั้น ก็ยังไม่มีการพูดถึง และยังไม่ได้รับการยอมรับจากศาลแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน ในแง่ที่ว่าการนำสืบพยานหลักฐานที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และเป็นการกระทบต่อพรหมแดนแห่งสิทธิของจำเลยนั้น จะเป็นผลให้พยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังไม่ได้โดยปราศจากข้อยกเว้นใด ๆ (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 24, หัวข้อ 20)

ข. ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลเบื้องหลังของบรรทัดฐาน (Die Lehre vom Schutzzweck der Norm)

ทฤษฎีดังกล่าวไม่อาจใช้ได้โดยทั่วไป หากแต่จะใช้ได้ต่อเมื่อมีบรรทัดฐานใดบรรทัดฐานหนึ่งแล้ว ทฤษฎีดังกล่าวถือว่าบรรทัดฐานที่กำหนดว่าการนำสืบพยานหลักฐานต้องทำอย่างไรนั้นแล้วไม่เป็นไปตามนั้นมีไว้เพื่อคุ้มครองอะไร ถ้าสิ่งที่บรรทัดฐานดังกล่าวคุ้มครองถูกละเมิดพยานหลักฐานที่ได้มากรับฟังไม่ได้ ข้อด้อยของทฤษฎีดังกล่าวคือ เราไม่อาจมั่นใจได้ว่าบรรทัดฐานดังกล่าวมีไว้เพื่อคุ้มครองอะไรแน่ๆ (vgl. Volk, อ้างแล้ว, บทที่ 28, หัวข้อ 10)

ค. ทฤษฎีดุลยภาพ (Die Abwägungslehre)

ทฤษฎีดังกล่าววินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป โดยในด้านหนึ่งเป็นการเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริง และการใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ การกระทำ ความผิดอาญาที่ถูกรื้อฟื้น และความรุนแรงของความน่าตำหนิ ในอีกด้านหนึ่ง เป็นการเปรียบเทียบถึงความสำคัญของประโยชน์ที่ถูกละเมิด และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความแล้ว ต้องเปรียบเทียบถึงความสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าว (vgl. Volk, อ้างแล้ว, บทที่ 28, หัวข้อ 11) กล่าวโดยสรุปเป็นการชั่งน้ำหนักของรัฐในการลงโทษการกระทำ

ความผิดในคดีใดคดีหนึ่งกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (Vgl. Beulke, Strapprozessrecht, 3. Auflage, 1998, หัวข้อ 458)

ทฤษฎีดังกล่าวได้รับการยอมรับจากทางศาล และเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำรา อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลเบื้องหลังของบรรทัดฐานได้ถูกนำมาใช้กับทฤษฎีนี้ด้วย (vgl. Volk, อ้างแล้ว, บทที่ 28, หัวข้อ 11) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการชั่งน้ำหนักของประโยชน์ในการค้นหาความจริงและสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดที่จะถูกละเมิด (Vgl. Beulke, อ้างแล้ว, หัวข้อ 458)

ศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน (BGHSt 38, 214, 219f.) ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “ปัญหาว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจะรับฟังได้หรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่จะต้องมาชั่งน้ำหนักประโยชน์กันซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของกระบวนการที่ถูกละเมิด รวมทั้งความสำคัญของกระบวนการพิจารณาดังกล่าวที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของจำเลย ตลอดจนข้อพิจารณาที่ว่า ไม่ใช่ทุกกรณีที่จะต้องเอาความจริงมาตีแผ่กัน ในอีกด้านหนึ่ง ก็จะต้องไม่ลืมว่าข้อห้ามของการรับฟังพยานหลักฐานเป็นอุปสรรคต่อการค้นหาความจริง และตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญ รัฐมีหน้าที่ๆ จะต้องทำให้กฎหมายอาญามีผลในทางปฏิบัติขึ้นมาให้ได้ ในกรณีที่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการที่ถูกละเมิดนั้น ไม่ได้มีไว้หรือไม่ได้มีไว้แต่เริ่มแรกเพื่อคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดแล้ว ในกรณีดังกล่าว ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มารับฟังได้ ในทางตรงกันข้าม พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังไม่ได้ ในกรณีที่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีที่ถูกละเมิดนั้น มีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา (vgl. Volk, อ้างแล้ว, บทที่ 28, หัวข้อ 11)

ผู้หมายเหตุเห็นว่า การมีความเห็นไม่ว่าในแง่การปราบปรามอาชญากรรมหรือการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว น่าจะไม่ใช่แนวทางที่ถูกต้องเพราะเป็นการให้ความสำคัญกับแนวคิดด้านใดด้านหนึ่งแต่เพียงด้านเดียว โดยละเลยต่อแนวคิดอีกด้านหนึ่ง ในความเห็นของผู้หมายเหตุแล้ว ต้องแปล ป.วิ.อ. มาตรา 226 ไปในแนวทางที่จะไม่รับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” มาโดยมิชอบเท่านั้น โดยไม่รวมถึงพยานหลักฐานที่ “ได้มา” โดยมิชอบด้วย ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับความเห็นทางตำราฝ่ายที่สอง และความเห็นของศาลฎีกา อย่างไรก็ตาม ผู้หมายเหตุเห็นว่า เมื่อพยานหลักฐานที่ได้มา

โดยมิชอบรับฟังได้แล้วมิได้หมายความว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวจะรับฟังได้ในทุก ๆ กรณีถึงความเห็นของศาลฎีกา

ปัญหาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะรับฟังได้หรือไม่นั้น ผู้หมายเหตุเห็นว่าสามารถนำทฤษฎีดุลยภาพของเยอรมัน ซึ่งเป็นแนวทางสายกลางมาปรับใช้ ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสม กล่าวคือ ต้องมาดูเป็นกรณี ๆ ไปว่าในคดีดังกล่าวประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอย่างใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน ถ้าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว พยานหลักฐานที่แม้จะได้มาโดยมิชอบก็สามารถรับฟังได้ แต่ถ้าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมาย พยานหลักฐานดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะรับฟังได้ ทั้งนี้โดยอาจพิจารณาแยกเป็นสองกรณี กล่าวคือ

1. การกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เป็นตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องการจับและการค้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237, 238 ในกรณีดังกล่าว อัตราโทษของความผิดอาญาที่เกิดจากการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ ป.อ. มาตรา 310 ในกรณีการจับโดยมิชอบ และ ป.อ. มาตรา 362 ในกรณีของการค้นโดยมิชอบ กับความผิดอาญาที่จำเลยถูกหาว่ากระทำความผิดมาเปรียบเทียบกัน เช่น ถ้าจำเลยถูกจับโดยไม่มีหมายจับจากศาลและไม่ใช้กรณีที่จับได้โดยไม่มีหมายจับแล้ว เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของจำเลยในกรณีดังกล่าวถูกละเมิดโดยการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นความผิดตาม ป.อ. 310 แต่ถ้าจำเลยในคดีดังกล่าวกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นและถูกฟ้องในความผิดฐานดังกล่าวซึ่งเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 288 จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายอยู่เหนือประโยชน์ของจำเลย กล่าวคือเป็นการชั่งน้ำหนักกันระหว่างเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางกับชีวิต โดยต้องถือว่าชีวิตมีคุณค่าเหนือกว่าเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเพราะในกรณีดังกล่าวรัฐเห็นว่าความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดอาญาที่มีผลกระทบต่อสังคมที่รุนแรงกว่าความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง จึงได้กำหนดโทษในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไว้หนักกว่า ด้วยเหตุนี้แม้พยานหลักฐานจะได้มาโดยมิชอบ ก็สามารถรับฟังลงโทษจำเลยได้

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่หมายเหตุนี้ ก็จะเป็นในทำนองเดียวกันเพราะความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมีอัตราโทษที่สูงกว่าความผิดตาม ป.อ. มาตรา 362

ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพราะไม่มีหมายค้นจากศาลก็สามารถรับฟังเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้

ในทางตรงกันข้าม ถ้าจำเลยแทนที่จะถูกฟ้องในความผิดตามมาตรา 288 ตามตัวอย่างข้างต้นดังกล่าวกลับถูกฟ้องในความผิดฐานถือโกงค่าอาหารตาม ป.อ. มาตรา 345 จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าว เป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางและทรัพย์สิน โดยหลักต้องถือว่า เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางมีคุณค่าเหนือกว่าทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงไม่สามารถรับฟังได้ อย่างไรก็ตาม อัตราโทษแต่เพียงอย่างเดียวอาจจะไม่เพียงพอต่อการชั่งน้ำหนักประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ถ้าพิจารณาจากอัตราโทษเพียงอย่างเดียวแล้ว ประโยชน์ของรัฐเสมอหรือค้ำกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ในกรณีดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงระดับของความรุนแรงของการทำอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองด้วย เช่น การถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเพียงชั่วระยะเวลาเพียงสั้นๆ กับทรัพย์สินที่มีมูลค่าจำนวนมาก เป็นต้น ในกรณีดังกล่าวจึงต้องถือว่าทรัพย์สินมีคุณค่ามากกว่าเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง ผลในทางกฎหมายก็จะกลายเป็นว่า ในกรณีดังกล่าวพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบสามารถรับฟังได้ อย่างไรก็ตาม การนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยระดับของความรุนแรงของการทำอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองไม่ใช่ว่าจะนำไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนด้วยในกรณีที่อัตราโทษของการกระทำความผิดของจำเลยมากกว่าอัตราโทษของการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น หากจำเลยกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมิเหตุฉกรรจ์ มีอัตราโทษตาม ป.อ. มาตรา 289 ก็ไม่ได้หมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำการใดๆ ต่อจำเลย เช่น การไป “อุ้ม” จำเลยเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน เพราะแม้ว่าอัตราโทษของความผิดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ เมื่อเปรียบเทียบกับอัตราโทษที่จำเลยกระทำความผิดจะน้อยกว่าแต่การ “อุ้ม” เป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นหลักใหญ่ในรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบแล้วต้องถือว่าประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีคุณค่าเหนือกว่าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมาย

2. การกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของรัฐในการรักษา กฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติที่ถูกละเมิดจาก เจ้าหน้าที่ของรัฐมีไว้เพื่อคุ้มครองผู้ต้องหา หรือจำเลยจากการกระทำอันมิชอบดังกล่าวของ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ เช่น ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดโดยไม่มี การแจ้งสิทธิ ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 7/1 ปัญหาว่าคำให้การรับสารภาพดังกล่าวรับฟังได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าเป็น การละเมิดต่อบทบัญญัติดังกล่าวในอนุมาตราใด หากเป็นกรณีตาม (1) ซึ่งมีความมุ่งหมาย เพื่อให้ผู้ต้องหาได้มีโอกาสที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ คำให้การรับสารภาพที่รับฟังไม่ได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 แต่ถ้าได้มีการแจ้งสิทธิตาม (1) แล้ว ผู้ต้องหาไม่ต้องการและรับสารภาพโดยไม่มี การแจ้งสิทธิตาม (4) ต้องถือว่าคำให้การรับสารภาพสามารถรับฟังได้ เพราะกรณีตาม (4) ไม่น่าจะ เกี่ยวข้องประเด็นว่า ผู้ต้องหาจะสามารถใช้สิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่หรือไม่ แต่ต้องเข้าใจว่า ผู้ต้องหาได้ให้การรับสารภาพไปโดยสมัครใจด้วยเพราะถ้าไม่สมัครใจ ก็เข้า ป.วิ.อ. มาตรา 135 ที่ ศาลจะรับฟังคำให้การรับสารภาพไม่ได้อยู่แล้ว (รัฐธรรมนูญ มาตรา 243 วรรคสอง)

ในกรณีที่ประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายด้อยกว่าประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยตามทฤษฎีดุลยภาพ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการกระทำ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถรับฟังมาลงโทษจำเลยได้ คุณจะไม่มีปัญหาเพราะเป็นไปตามหลัก ข้างต้นที่ว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะสามารถรับฟังได้เฉพาะเมื่อประโยชน์ของรัฐในการ รักษากฎหมายเหนือกว่าประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

ปัญหาจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่ประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายเสมอกับ ประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลย ปัญหาว่า ในกรณีดังกล่าว พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะรับฟังได้หรือไม่นั้น ผู้หมายเหตุเห็นว่า ตามหลักนิติรัฐแล้ว การ กระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ต้องมีกฎหมาย ให้อำนาจกระทำการไว้ เมื่อรัฐในฐานะเป็นผู้รักษากฎหมายไม่กระทำการตามบทบัญญัติของ กฎหมายดังกล่าว จึงไม่ควรที่จะสามารถอ้างเอาประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบของตนเองแล้วมี ผลไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน”

จากคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักการตามผู้หมายเหตุดังกล่าวข้างต้น ในเมื่อกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติให้

อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐให้กระทำการใดโดยชัดแจ้ง ก็ใช้ทฤษฎีดุลยภาพเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนดังกล่าวข้างต้น แต่กรณีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548 นี้ แม้จะฟังได้ว่าจำเลยจะให้การรับสารภาพโดยสมัครใจ แต่ในการตรวจค้นเพื่อจำกุมผู้ต้องหาในคดีนี้นั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการค้น ซึ่งถือว่าเจ้าพนักงานได้กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ศาลจึงไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานอื่นที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบ การที่ศาลฎีกาในเหตุผลในการตัดสินคดีนี้ว่า “การตรวจค้นอาจมิชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการตรวจค้นโดยไม่มีหมายค้น ก็เป็นเรื่องที่จะไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก หากมีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่” ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการที่องค์กรศาลซึ่งควรจะถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐในการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำตามอำเภอใจในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบอันเป็นการส่งเสริมการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบบนิติรัฐนั่นเอง ดังนั้น โดยความเคารพในการตัดสิน ศาลฎีกาจึงไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวตามหลักแห่งมาตรา 226 แต่การบัญญัติมาตรา 226/1 ขึ้นมาจึงอาจมีผลทำให้การตัดสินของศาลฎีกาดังกล่าวอาจเป็นการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดอันเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอันเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบบนิติรัฐของประเทศไทยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2550¹¹⁰ ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ เจ้าพนักงานตำรวจเข้าตรวจค้นบ้านของจำเลยทั้งสองโดยไม่มีหมายค้น และไม่มีเหตุที่จะเข้าค้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 (2) และ (5) เนื่องจากการกระทำความผิดในคดีนี้มีได้กระทำโดยซึ่งหน้า ทั้งมิใช่กรณีที่ต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้านและการจับนั้นมีหมาย ศาลวินิจฉัยว่า “การตรวจค้นและการจับกุมของเจ้าพนักงานตำรวจจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องที่จะไปว่ากล่าวกันอีกต่างหาก และเป็นคนละขั้นตอนกับการสอบสวน ไม่มีผลกระทบไปถึงการสอบสวนของพนักงานสอบสวน

¹¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2550 (ส่งเสริม).

และอำนาจในการฟ้องคดีของโจทก์ ทั้งหาผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่”

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2550 จะเห็นได้ว่า ด้วยความเคารพในคดีดังกล่าวศาลไม่คำนึงถึงเลยว่าการตรวจค้นและจับกุมของเจ้าพนักงานจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ศาลกลับให้เป็นเรื่องที่ต้องไปว่ากล่าวกันต่างหาก ไม่กระทบถึงการสอบสวนของพนักงานสอบสวนและอำนาจในการฟ้องคดีของโจทก์ ผู้เขียนเห็นว่า ตามมาตรา 120¹¹¹ และ มาตรา 121¹¹² แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีได้ต่อเมื่อมีการสอบสวนในคดีฐานนั้นมาก่อน และพนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทั้งปวง แต่ถ้าเป็นการความผิดต่อส่วนตัว พนักงานสอบสวนจะสอบสวนได้ต่อเมื่อมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ ดังนั้น เมื่อมีสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจึงมีอำนาจฟ้องคดีแม้จะเป็นคนละชั้นตอนกัน แต่ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยต่อไปว่า “ทั้งหาผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่” นั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเมื่อการค้นโดยไม่มีหมายค้นและไม่มีเหตุในการค้นตามกฎหมายแล้ว จึงเป็นการที่เจ้าพนักงานกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาจากการตรวจค้นที่มิชอบนั้นจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามหลักที่กล่าวมาข้างต้น จึงต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 226 แต่เหตุใดศาลจึงวินิจฉัยว่าหาผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่ การที่ศาลวินิจฉัยเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ายิ่งเป็นการส่งเสริมการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงาน ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ศาลหรือตุลาการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร นั่นคือศาลจะรับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบเท่านั้นด้วยความเคารพ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีวินิจฉัยโดยคำนึงถึงประโยชน์ในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษมากกว่ายับยั้งเจ้าพนักงานในการปฏิบัติตามหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอันเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งรัฐธรรมนูญ

¹¹¹ มาตรา 120 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานยื่นฟ้องคดีต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในคดีฐานนั้นมาก่อน”.

¹¹² มาตรา 121 บัญญัติว่า “พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทั้งปวง

แต่ถ้าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว ห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ”.

รับรองคุ้มครองไว้ คำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินขัดกับหลักตามมาตรา 226 แต่เมื่อบัญญัติมาตรา 226/1 อาจทำให้การวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงนี้เปลี่ยนแปลงไปเป็นว่า “เมื่อเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน พยานหลักฐานนั้นย่อมรับฟังได้”

4.4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำผิดของเจ้าพนักงาน

คำพิพากษาศาลฎีกา 4301/2543¹¹³ วินิจฉัยว่า “พยานหลักฐานของโจทก์เองแสดงให้เห็นว่าการทำซ้ำบันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ลงในบันทึกแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ ส. ล่อซื้อนั้นเป็นการทำซ้ำหลังจากวันที่ ส. ไปล่อซื้อ โดยเป็นการทำซ้ำเพื่อปลอมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ทำซ้ำนั้นให้แก่ ส. ตามที่ ส. ได้ล่อซื้อตนเอง มิใช่เป็นการทำซ้ำโดยผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดอยู่ก่อนการล่อซื้อ ดังนี้ จึงน่าเชื่อว่าการที่มีผู้กระทำความผิดด้วยการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์และแจกจ่ายตามฟ็องนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากการล่อซื้อของ ส. ซึ่งได้รับจ้างให้ล่อซื้อจากโจทก์ เท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และมาตรา 28 (2)”

จากคำพิพากษาศาลฎีกา 4301/2543 จะเห็นว่าการกระทำของโจทก์ที่จ้างให้ ส. ในการไปล่อซื้อนั้นเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยที่เขาไม่มีเจตนากระทำความผิดมาก่อน โจทก์จึงไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัยไม่มีอำนาจฟ้องนั้น กรณีนี้เป็นการที่เอกชนกระทำการล่อซื้อศาลจึงวินิจฉัยในปัญหาเรื่องผู้เสียหายเป็นอันดับแรก แต่หากกรณีเป็นเจ้าพนักงานเป็นผู้กระทำการล่อซื้อนั้นมิคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้ต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4417/2548¹¹⁴ วินิจฉัยว่า “การใช้สายลับไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนเป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้วตามอำนาจในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) ชอบที่เจ้า

¹¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4301/2543 (ส่งเสริม).

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4417/2538 (เนติ).

พนักงานตำรวจจะกระทำเพื่อให้ได้โอกาสจับกุมจำเลยพร้อมพยานหลักฐาน การใช้สายลับไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยจึงเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดของจำเลย มิใช่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบ”

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 4417/2548 จะเห็นว่า หากเป็นเจ้าของพนักงานกระทำการล่อซื้อเอง ศาลกลับวินิจฉัยไปในลักษณะว่าเป็นกระทำเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยมิใช่การแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมีชอบ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดดังกล่าวของเจ้าพนักงานนั้นก็มีลักษณะเป็นการจงใจให้กระทำความผิดนั่นเอง เพราะการกระทำความผิดนั้นพิจารณาแต่ละกรรมหรือแต่ละครั้งที่ทำ กรณีที่เจ้าพนักงานไปล่อซื้อสิ่งผิดกฎหมายซึ่งจำเลยมิไว้ในครอบครองอยู่แล้วหรือเป็นผู้มีอาชีพขายสิ่งนั้นอยู่แล้ว มิได้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดก็ตาม แต่หากเจ้าพนักงานไม่กระทำเช่นนี้ เขาก็ต้องไปกระทำความผิดต่อไปเรื่อยๆ ซึ่งผู้กระทำความผิดเหล่านี้จะไม่มีกระทำความผิดซึ่งหน้าให้ตำรวจเห็นอย่างแน่นอน ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ แต่ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนี้เป็นความผิดที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชาติและประชาชนอย่างใหญ่หลวง ซึ่งหากศาลไม่หาทางออกโดยวินิจฉัยไปในลักษณะเป็นการพิสูจน์ความผิดของจำเลยเช่นนี้แล้ว น่าจะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชาติอย่างใหญ่หลวงนัก

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็เห็นด้วยกับแนววินิจฉัยนี้ ซึ่งศาลมิได้วินิจฉัยในลักษณะว่า ไม่มีการกระทำความผิดอันเป็นลักษณะก่อให้เกิดจำเลยกระทำความผิดครั้งต่อไป แต่เป็นการพิสูจน์ว่าจำเลยได้มีการกระทำความผิดอยู่แล้วคือมีเจตนากระทำความผิดอยู่แล้ว เช่น เป็นผู้ครอบครอง หรือผู้ขายสิ่งผิดกฎหมายอยู่แล้ว หากไม่สามารถจับผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้เขาก็ต้องไปกระทำความผิดต่อไปเรื่อยๆ ซึ่งผู้กระทำความผิดเหล่านี้จะไม่มีกระทำความผิดซึ่งหน้าให้ตำรวจเห็นอย่างแน่นอน แม้ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เจ้าพนักงานกระทำการล่อซื้อได้ และแม้ว่าการกระทำนั้นจะเข้าลักษณะจงใจให้กระทำความผิดอันเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยมีชอบตามมาตรา 226 แต่ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นการกระทำที่สุจริตของเจ้าพนักงานเพื่อจะพิสูจน์ว่าเขามีการครอบครองหรือขายเมทแอมเฟตามีนตามหลัก Good Faith ของสหรัฐอเมริกา แต่การกระทำของเจ้าพนักงานก็มิได้เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานขึ้นมาใหม่อันจะเป็นการก่อให้เกิดคนที่บริสุทธิ์กระทำความผิดขึ้นมาได้

ผู้เขียนเห็นว่าศาลได้วินิจฉัยหาทางออกเพื่อประโยชน์ในการปราบปรามอาชญากรรม โดยมีได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการที่เจ้าพนักงานของรัฐใช้วิธีการล่อซื้อ เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 4417/2548 เช่นนี้ ก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมเพื่อรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นแต่อย่างใด

4.4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ได้มาจากถ้อยคำของบุคคล รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้วางหลักคุ้มครองเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองไว้ในมาตรา 40 (4)¹¹⁵ ซึ่งสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญานี้เป็นเอกสิทธิ์สำคัญประการหนึ่งของสิทธิมนุษยชนของกระบวนการยุติธรรมในทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสอบปากคำผู้ต้องหาที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของการสอบสวนที่สำคัญซึ่งเจ้าพนักงานจะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปขยายผลเพื่อสืบหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพของผู้ต้องหา และในการสอบสวนนี้เจ้าพนักงานมีโอกาสอย่างมากที่จะแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาได้ ซึ่งในการจะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นต้องอาศัยบทตัดพยานหลักฐานในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งศาลได้มีแนววินิจฉัยดังนี้¹¹⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 98/2463¹¹⁷ จำเลยรับสารภาพฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเพราะพนักงานสอบสวนกล่าวแก่จำเลยว่าได้สวนพยานโจทก์สม พยานจำเลยไม่สม พยานจำเลยบางปากกลับสม โจทก์ จริงอย่างไรขอให้รับเสียจะได้รับความกรุณาจากศาล จำเลยเห็นว่าเห็นจะถูกตัดหัว พนักงานสอบสวนว่า ฟังทำเป็นครั้งแรก ศาลคงกรุณาไม่ถูกตัดหัว คำรับฟังไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 218/2474, 218/2475, 589/2484¹¹⁸ จำเลยรับสารภาพเพราะพนักงานสอบสวน

¹¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(4) ...การไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง”.

¹¹⁶ ฐานิสร์ วรรณสุข. เล่มเดิม. หน้า 137-138.

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 98/2463 (ธศ.).

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 218/2474, 218/2475, 589/2484 (ธศ.).

พูดว่า ถ้ารับเสียคงจะได้รับความกรุณาจากศาล เพราะเรื่องนี้มีหลักฐาน รับฟังไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 102/2474¹¹⁹ คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นไต่สวน ซึ่งรับโดยหวังประโยชน์ตอบแทนจากเจ้าพนักงานในทางความและมีผู้หนุนให้รับมิใช่รับด้วยน้ำใสใจจริงนั้น ท่านว่าจะฟังมาลงโทษจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 944/2474¹²⁰ จำเลยรับสารภาพเพราะพนักงานสอบสวนแนะนำว่าให้รับเสียโดยดี จะกันไว้เป็นพยาน คำรับฟังไม่ได้ หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 598/2484¹²¹ ฎีกานี้ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า “ที่ว่าเจ้าพนักงานพูดเช่นนี้เป็นเหตุให้จำเลยหลงเชื่อรับสารภาพ คำรับชนิดนี้จะฟังว่าจำเลยรับโดยสุจริตไม่ได้” ที่ศาลเห็นเป็นการหลอกลวงคงอยู่ที่ว่า เพราะเรื่องนี้มีหลักฐานซึ่งความจริงไม่มี ย่อมเป็นการล่อลวงจำเลย มิได้ยอมรับโดยซื่อตา

คำพิพากษาฎีกาที่ 542-543/2506¹²² ผู้ต้องหาให้การเพราะถูกหลอกลวงว่ามีพยานเห็นจำเลยเป็นคนร้าย ถ้าไม่รับจะตกหนักคนเดียว ถ้ารับบางทีศาลจะกรุณาเพียง 4-5 ปี คำรับฟังไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1758/2523¹²³ พยานหลักฐานที่เกิดจากการจับเชื่อว่าจะให้พยานออกจากงาน โดยรับบำนาญและไม่จับกุมมาดำเนินคดี รับฟังไม่ได้ตามมาตรา 226

คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2539¹²⁴ หากจำเลยไม่ให้การรับสารภาพ เจ้าพนักงานตำรวจก็ต้องจับกุมภริยาจำเลยและคนในบ้านทั้งหมดด้วย เป็นคำรับสารภาพที่มีเหตุจงใจและบังคับให้กลัว จึงไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2544¹²⁵ เจ้าพนักงานตำรวจเสนอว่าหาก ส. ไปต่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยได้ก็จะไม่ดำเนินคดี ส. การที่ ส. มาเบิกความเป็นพยานโจทก์ จึงเป็นพยานชนิดที่เกิดขึ้นจากการจงใจและให้คำมั่นสัญญาโดยมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจ รับฟังเป็นพยานไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา มาตรา 226

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 102/2474 (ธศ.).

¹²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 944/2474 (ธศ.).

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 598/2484 (ธศ.).

¹²² คำพิพากษาฎีกาที่ 542-543/2506 (เนติ).

¹²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1758/2523 (เนติ).

¹²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2539 (เนติ).

¹²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2544 (สงเสริม).

คำพิพากษาฎีกาที่ 2804/2548¹²⁶ จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานเบิกความว่า จำเลยถูกเจ้าพนักงาน ตำรวจผู้จับกุมซ้อมโดยคนหนึ่งเข้ามาบีบคอ อีกคนหนึ่งใช้มือล้วงเข้าไปในปากจนจำเลยหายใจไม่ ออกและปีศาจอะไรไหลออกมา จำเลยจึงกัดมือผู้จับกุม จากนั้นผู้จับกุมทุบจำเลยจนหมดสติ ดังนั้น บันทึกรการตรวจค้นจับกุมเอกสารหมาย จ. 2 และบันทึกคำให้การของผู้ต้องหาเอกสารหมาย จ.10 ที่มีคำรับสารภาพของจำเลยจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 226

จากคำพิพากษาฎีกาที่กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นถ้อยคำรับสารภาพของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน ของพนักงานสอบสวนซึ่งล้วนแต่เป็นพยานหลักฐานที่เกิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิ ชอบของเจ้าพนักงานอันเป็นการต้องห้ามมิให้กระทำตามมาตรา 135 แห่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญากล่าวคือ ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการให้ คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ เพื่อจูงใจ ให้เขาให้การในเรื่องที่ต้องหา นั้น เมื่อพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยมิชอบ ย่อมถือว่าเป็นสิ่งที่ได้มาโดยมิชอบอันต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา

คำพิพากษาฎีกาเหล่านี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยแนวเดียวกับสหรัฐอเมริกาในคดี *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) ซึ่งเป็นกรณีที่ขณะเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าจับกุมผู้ต้องหา พบยาสองเม็ดวางอยู่ข้าง เติง จึงสอบถามว่าเป็นของใคร ผู้ต้องหาจึงหยิบยาสองเม็ดใส่เข้าไปในปากของเขาและกลืนลงไป เจ้าพนักงานตำรวจจึงพาส่งโรงพยาบาล และใส่ท่อขนาดเล็กทางปากของผู้ต้องหาผ่านไปยังช่อง ท้องและสารละลายผสมด้วยยาที่ทำให้อาเจียน ถูกส่งผ่านท่อเข้าไปโดยการบังคับและฝืนความรู้สึก ของผู้ต้องหาจนกระทั่งอาเจียนออกมา ปรากฏว่าเป็นมอร์ฟิน 2 เม็ดซึ่งถูกนำมาใช้เป็น พยานหลักฐานกล่าวโทษผู้ต้องหา ศาลสูงสหรัฐอเมริกาไม่รับฟังพยานหลักฐานนี้ เพราะเป็นการฝึ ฝืนรัฐธรรมนูญ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1029/2548¹²⁷ “...ยังปรากฏว่าหลังจากเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมจำเลยที่ 2 กับพวกเวลา 0.30 นาฬิกา จนถึงเวลาที่จำเลยที่ 2 ถูกสอบปากคำอย่างต่อเนื่องโดยเจ้าพนักงาน

¹²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2804/2548 (ส่งเสริม).

¹²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1029/2548 (ส่งเสริม)

ตำรวจหลายคนเป็นเวลาประมาณ 8 ชั่วโมง และเมื่อพันตำรวจตรี ช. พนักงานสอบสวนได้รับตัว
 จำเลยที่ 2 ไว้แล้ว ได้ทำการสอบปากคำจำเลยที่ 2 ต่อเนื่องไปจนถึงเวลา 12 นาฬิกา ที่นำตัวจำเลย
 ส่งไปชี้ที่เกิดเหตุและถ่ายภาพไว้ด้วย ดังนั้น การสอบปากคำจำเลยที่ 2 ในชั้นสอบสวน รวมทั้งการ
 นำจำเลยที่ 2 ไปชี้ที่เกิดเหตุและถ่ายภาพจึงมีเหตุสมควรสงสัยว่าน่าจะเกิดขึ้นระหว่างที่จำเลยที่ 2 มี
 ความเหนื่อยล้าอ่อนเพลียทั้งร่างกายและจิตใจ และมีผลกระทบต่อน้ำหนักความน่าเชื่อถือของคำรับ
 สารภาพที่ได้รับจากจำเลยที่ 2 ด้วย พยานหลักฐาน โทศก่เกี่ยวกับคำรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ในชั้น
 สอบสวนจึงไม่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ”

จากคำวินิจฉัยคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ท่านอาจารย์ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์วัฒน์ ได้
 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้

“ปัญหาว่าคำรับสารภาพของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนที่ให้ไปในขณะที่ผู้ต้องหามีความ
 เหนื่อยล้าอ่อนเพลียทั้งร่างกายและจิตใจจะเป็นคำรับสารภาพที่รับฟังไม่ได้หรือคำรับสารภาพที่ฟัง
 ได้แต่น้ำหนักน้อย ปัญหาดังกล่าว ศาลฎีกาในคดีนี้ให้คำตอบไปในแนวทางหลัง

ในประเด็นดังกล่าวตามกฎหมายเยอรมันแล้ว คำตอบกลับอยู่ที่มาตรา 136a ประมวล
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (เทียบกับของไทยแล้วก็คือ มาตรา 135 ประมวลกฎหมาย
 วิธีพิจารณาความอาญา)

มาตรา 136a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันบัญญัติไว้ว่า

(1) การตัดสินใจและการกระทำตามเจตจำนงที่เป็นอิสระของผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจที่
 จะถูกทำให้เสียไปด้วยวิธีการกระทำโดยโดยมิชอบต่อกายและจิตใจ การทำให้เหนื่อยอ่อน การทำ
 ร้ายร่างกาย การจำขยา การทรมาน การหลอกลวง หรือการสะกดจิต มาตรการบังคับจะถูกนำมาใช้
 ได้เท่าที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอนุญาตให้ทำได้ การข่มขู่ว่าจะใช้มาตรการบังคับใด ๆ ที่
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้อนุญาตให้ทำได้ และการให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้ประโยชน์
 ใดๆ ที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องห้าม

(2) มาตรการใดๆ ที่ทำให้ความสามารถในการระลึกหรือความสามารถในการรับ
 รู้ข้อเท็จจริงของผู้ถูกกล่าวหาต้องเสียไป ไม่อาจทำได้

(3) ข้อห้ามตามที่กำหนดไว้ใน (1) และ (2) โดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของผู้ถูก

กล่าวหา คำให้การใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดข้อห้ามดังกล่าวข้างต้นไม่อาจรับฟังได้ แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะให้ความยินยอมให้รับฟังได้ก็ตาม

วิธีของการสอบปากคำที่ต้องห้ามตามมาตรา 136 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน

เพราะว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเป็นประธานในคดี ด้วยเหตุนี้การตัดสินใจและการกระทำตามเจตจำนงที่เป็นอิสระของผู้ถูกกล่าวหาในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานชนิดหนึ่งจะต้องไม่ได้รับการกระทบกระเทือน ซึ่งมีเหตุผลมาจากหลักของการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม อันเป็นหลักนิติรัฐหลักหนึ่งรวมถึงข้อบัญญัติที่ต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (vgl. Beulke, StrafprozeßBrecht, 3.Auflage, 1998, หัวข้อ 130) หลักดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 136a ซึ่งได้ระบุรูปแบบของการสอบคำให้การที่ต้องห้ามไว้ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

a) การสอบคำให้การทุกๆ รูปแบบที่มีผลต่อสภาพร่างกาย เป็นต้นว่า การกระทำมิชอบต่อกายและจิตใจ, การทำให้เหนียวอ่อน, การทำร้ายร่างกาย, การจำขยา กล่าวคือการนำสารใดๆ เข้าไปในร่างกายไม่ว่าจะในรูปของยาเม็ด ยาฉีด สารสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ (BGH) เคยตัดสินว่าการให้หนูหรือจะถือว่าเป็นการต้องห้ามหรือไม่ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของการกระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาและการติบหูหรือของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด (vgl. Beulke, อ้างแล้ว, หัวข้อ 133)

b) การสอบคำให้การในทุกๆ รูปแบบที่มีผลโดยตรงต่อสภาพจิตใจ เป็นต้นว่าการหลอกลวง, การสะกดจิต, การข่มขู่, การให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้รับประโยชน์ใดๆ ที่ไม่ได้มีการระบุไว้ในกฎหมาย, การทรมาน

c) การบังคับใดๆ ที่เป็นการขัดต่อระเบียบกระบวนการพิจารณาคดี

d) มาตรการใดๆ ที่เป็นผลให้เป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่ความสามารถในการระลึก (das Erinnerungsvermögen) และความสามารถในการรับรู้ข้อเท็จจริง (die Einsichtsfähigkeit) (vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, บทที่ 25, หัวข้อ 14)

หลักประกันของข้อห้ามดังกล่าวก็คือ การสอบคำให้การที่เป็นการต้องห้ามนั้น ไม่อาจนำคำให้การของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมาใช้ได้ กล่าวคือรับฟังไม่ได้ (ตามมาตรา 136a วรรคสามประโยคที่สอง) (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 15)

เพราะว่ามาตรา 136a ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของมาตรา 1 กฎหมายพื้นฐาน (เทียบกับของไทยคือกฎหมายรัฐธรรมนูญ) ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะให้ความยินยอมต่อรูปแบบของการสอบคำให้การที่ต้องห้าม ความยินยอมดังกล่าวก็ไม่มีผลใช้บังคับ (มาตรา 136a (3)) ใช้ในชั้นกระบวนการพิจารณาคดีทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสอบคำให้การผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยพนักงานอัยการและตำรวจ (มาตรา 163a (3) (4)) รวมตลอดถึงการค้นหาข้อเท็จจริงโดยพยานผู้เชี่ยวชาญ (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 16)

ข้อสังเกตของมาตรา 136a

a) ตัวอย่างของรูปแบบของการสอบคำให้การที่ต้องห้ามตามที่ระบุไว้ในมาตรา 136a เป็นเพียงตัวอย่าง หลักจึงอยู่ที่ว่า วิธีการสอบคำให้การใด ๆ ก็ตามที่ทำให้เสรีภาพที่จะให้การต้องถูกทำให้เสียหายแล้วเป็นสิ่งที่ต้องห้ามทั้งสิ้น เช่น การใช้เครื่องจักรจับเท็จก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้าม (BGHSt 5,332) (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 17)

b) อย่างเป็นการสอบคำให้การที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเหนื่อยล้า ซึ่งต้องห้ามนั้นยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ หลักอยู่ที่ว่า ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในทางความเป็นจริงแล้วได้เหนื่อยล้าเสียจนกระทั่งจะเป็นการทำให้เสียหายต่อเสรีภาพในการตัดสินใจหรือไม่ ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็ไม่จำเป็นที่สภาวะการดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยจงใจ (absichtlich) หรือว่าเป็นไปตามธรรมชาติของการสอบคำให้การ BGHSt 13,60 เคยตัดสินว่า ถือว่าเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 136a หากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก่อนจะให้การรับสารภาพไม่ได้นอนมาเป็นเวลา 30 ชั่วโมง (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 19) แต่ถ้าจำเลยมีโอกาสนอนแต่นอนไม่หลับเองไม่เข้ามาตรา 136a (vgl. Beulke, อ้างแล้ว, หัวข้อ 132)

c) การกระมิชอบต่อกายและจิตใจ หมายถึงการทรมานที่มีผลต่อสภาพร่างกายและสภาพจิตใจ BGHSt 15, 187 ตัดสินว่าเป็นการกระทำที่มิชอบต่อกายและจิตใจในกรณีที่พ่อที่ต้องสงสัยว่าฆ่าลูกตัวเองหลังจากที่ถูกข่มขู่หลายครั้งแล้วก็ได้มีการนำตัวผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดดังกล่าวไปที่ศพของลูกและในที่นั้นเองผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้ปล่อยโฮและให้การรับสารภาพ (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 21)

d) ตามความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่า การหลอกลวงจะต้องตีความโดยแคบเพียงแก่การใช้ลูกเล่น (List)

ถือว่าทำได้โดยชอบ แต่การที่โกหกโดยตั้งใจนั้น ไม่อาจทำได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจ หรือ พนักงานอัยการ เพื่อที่จะให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดให้การรับสารภาพนั้น ได้หลอกว่ามี พยานหลักฐานที่จะเอาผิดกับผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้ซึ่งไม่เป็นความจริง (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 22)

a) วิธีการที่ใช้ในการข่มขู่ต้องเป็นมาตรการที่ขัดต่อระเบียบของ ของกระบวนการพิจารณาคดี ด้วยเหตุนี้การข่มขู่ว่าจะใช้มาตรการของการจับชั่วคราวที่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมาย กรณีที่เป็นความผิดซึ่งหน้า จึงกระทำโดยชอบ (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 25, หัวข้อ 23)

b) วิธีการสอบคำให้การที่ต้องห้ามตามมาตรา 136a ใช้บังคับเฉพาะแต่เจ้าหน้าที่ ของรัฐแต่ไม่รวมถึงเอกชนที่ไม่ได้รับมอบหมายจากรัฐ (vgl. Beulke, อ้างแล้ว, หัวข้อ 131) เช่น นักสืบที่ผู้เสียหายจ้างไปใช้กำลังบังคับให้จำเลยรับสารภาพผิด เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ขัดต่อสิทธิแห่ง ความเป็นมนุษย์ จึงต้องห้ามไม่ให้รับฟัง เช่น ได้คำรับสารภาพของจำเลยมาจากการทรมาน

หากนำหลักในมาตรา 136a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมาวิเคราะห์ หลักในมาตรา 135 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย แล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 135 มี ไว้เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาในการที่ผู้ถูกกล่าวหาจะสามารถตัดสินใจได้อย่างเป็นอิสระ และ กระทำการตามเจตจำนงที่ตัดสินใจไปนั้นได้อย่างเป็นอิสระ กล่าวคือจะให้การหรือไม่ก็ได้ และถ้า ให้การแล้วจะให้การอย่างไรก็ได้ ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 135 แล้วจะเห็นได้ว่าอาจแบ่ง ลักษณะของการสอบคำให้การที่ต้องห้ามออกได้อย่างกว้างๆ เป็น 2 ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือการ สอบคำให้การที่มีผลต่อสภาพทางร่างกาย (ทรมาน, ใช้กำลังบังคับ) และการสอบคำให้การที่มีผล โดยตรงต่อสภาพจิตใจของผู้ถูกกล่าวหา (การให้คำมั่นสัญญา, ขู่เชิญ, หลอกลวง) ด้วยเหตุนี้ การ ตีความถ้อยคำที่ว่า “กระทำโดยมิชอบประการใดๆ” ซึ่งเขียนไว้ค่อนข้างกว้างจึงต้องตีความไปใน แนวทางดังกล่าวด้วย กระทำโดยมิชอบด้วยประการใดๆ การทำร้ายร่างกาย การทำให้เหนื่อยอ่อน การสะกดจิต เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามต่างๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 135 เป็นแต่เพียงตัวอย่างของ การสอบคำให้การที่ต้องห้ามเท่านั้น หลักจึงอยู่ที่ว่าวิธีการสอบคำให้การใดๆ ก็ตามที่ทำให้เสรีภาพ ที่จะให้การต้องถูกทำให้เสียไปแล้วเป็นสิ่งที่ต้องห้ามทั้งสิ้น

จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่หมายเลขนี้ หากข้อเท็จจริงฟังยุติได้ว่า ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพไปในขณะที่มีความเหน็ดเหนื่อยเพลียทั้งทางร่างกายและจิตใจแล้ว คำให้การรับสารภาพดังกล่าวไม่น่าที่จะรับฟังได้ตามนัยของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 และประเด็นก็ยังไม่ได้อยู่ที่ว่าผู้ต้องหาไม่ได้พักผ่อนหลับนอนมา 30 ชั่วโมงหรือ 12 ชั่วโมง หากแต่อยู่ที่ในขณะที่ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพไปนั้นตนเองมีอิสระที่จะตัดสินใจหรือไม่ต่างหาก”

จากคำพิพากษาและหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ศาลฎีกาได้ตัดสินในประเด็นว่า การสอบปากคำจำเลยที่ 2 ในขณะที่จำเลยที่ 2 มีความอ่อนล้าทั้งร่างกายและจิตใจและมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของคำรับสารภาพที่ได้รับของจำเลยที่ 2 ด้วยนั้น น่าจะเป็นการให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยประการใดๆ ตามความหมายของมาตรา 135 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีผลให้พยานหลักฐานในชั้นสอบสวนนั้นไม่น่าเชื่อถือคือรับฟังไม่ได้นั่นเอง แม้ว่าศาลฎีกาจะไม่ได้ใช้คำว่า จำเลยรับสารภาพในขณะที่ขาดอิสระหรือขาดเสรีภาพในการตัดสินใจก็ตาม

เมื่อมีการบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติม จะมีผลให้ในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเหล่านั้น ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ตามเงื่อนไขแห่งมาตรา 226/1 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ซึ่งเป็นการที่เจ้าพนักงานละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหาในอันที่จะมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองตามรัฐธรรมนูญได้

4.4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้หลักผลไม้มืดของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree Doctrine)

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วถึงหลักผลไม้มืดของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree Doctrine) ซึ่งเป็นหลักการที่ขยายผลของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่วินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2474¹²⁸ ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวโจทก์ได้ฟ้องจำเลยในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จำเลยได้สมคบกัน ไปปล้นและทำร้ายเจ้าทรัพย์กับพวกได้รับบาดเจ็บสาหัส ประเด็นที่สำคัญในคดีคือ ผู้ใหญ่บ้านได้จับจำเลยมาไต่สวน โดยผู้ใหญ่บ้านได้พูดแนะนำพวกจำเลยว่า “ให้รับเสีย

¹²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2474 (ธศ.). อ้างถึงใน ฐานิศร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 141.

โดยดีและจะกันจำเลยไว้เป็นพยาน” จำเลยจึงให้การรับสารภาพและนำค้ำของกลาง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า แม้คำรับของจำเลยจะรับฟังไม่ได้ แต่โจทก์ก็ได้มีพยานบุคคลเป็นพยานยืนยัน และสิ่งที่สำคัญที่สุดในคดีนี้คือ ศาลได้รับฟังพยานวัตถุคือของกลางที่จำเลยได้นำค้ำดังกล่าว แสดงว่าศาลไม่เคร่งครัดจนถึงขนาดต้องตัดพยานหลักฐานชั้นหลัง คือพยานวัตถุของกลางที่จำเลยนำค้ำจากการจูงใจของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันได้มาจากคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจของจำเลยตามหลักผลไม้มงค้ำไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree Doctrine) คำรับสารภาพจากการจูงใจของเจ้าพนักงานหมายถึงต้น ไม้ที่เป็นพิษ ผลไม้มงค้ำไม้ที่เกิดจากต้น ไม้ที่เป็นพิษ หมายถึง พยานวัตถุที่เป็นของกลางในคดีที่ได้มาจากคำรับสารภาพย่อมเป็นพิษตามไปด้วย ซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ศาลฎีกาในคดีนี้วินิจฉัยให้รับฟังได้ จึงเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาชั้นเดียวที่แสดงให้เห็นว่าในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นศาลไทยไม่เคร่งครัดเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพ มีข้อนำพิจารณาว่าการที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากพยานหลักฐานที่ไม่ชอบชั้นแรกเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2474 นี้ เป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลรับพยานหลักฐานที่เป็นผลไม้มงค้ำไม้ที่เป็นพิษเช่นนี้ เป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบเพื่อให้ได้พยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยซึ่งเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ อันทำให้พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั่นเอง ซึ่งถ้าวินิจฉัยโดยอาศัยหลักมาตรา 226 อย่างเคร่งครัดแล้ว พยานหลักฐานที่เป็นผลของพยานหลักฐานชั้นแรกที่ไม่ชอบย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไปด้วย ซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟัง

การบัญญัติมาตรา 226/1 ที่ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ แต่ให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้น ได้ถ้าพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยกำหนดเงื่อนไขการใช้ดุลพินิจไว้ในมาตรา 226/1 วรรคสองนั้น ก็เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบตามความเห็นของผู้เขียนที่กล่าวในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2474 นั่นเอง

4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบผลของมาตรา 226 กับกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาหลักการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของต่างประเทศแล้ว จะเห็นว่ามี ความแตกต่างกัน ระหว่างหลักการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ประเทศอังกฤษมีความเคร่งครัดน้อยกว่าในสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้จาก อังกฤษมีแนวความคิดในการประสานประโยชน์ร่วมกันระหว่างคุณค่าในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและคุณค่าในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยวางหลักให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี (Inclusionary Rule) คือพยานหลักฐานที่มีคุณค่าพอที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้เป็นหลักทั่วไป แต่มีข้อยกเว้นให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานได้บางกรณีซึ่งเป็นการผ่อนคลายนหลักการนี้เพื่อรักษาความยุติธรรมไว้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นในเงื่อนไขที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดี (Fairness of the Proceedings) ถึงขนาดที่ว่าศาลไม่ควรยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้นหรือไม่ กับข้อยกเว้นในเรื่องของคำรับสารภาพ (Confessions) ที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา มีความเคร่งครัดในเรื่องการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยจะมีบทตัดพยานไม่ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) โดยไม่ให้ศาลใช้ดุลพินิจใดๆ ในการรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้น ซึ่งหลักนี้ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้เริ่มต้นวินิจฉัยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันในการให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างจริงจัง ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำการมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยอีกต่อไป แต่หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ก็ยังมีข้อยกเว้นคือ หลัก Standing, Impeachment, Harmless Error และ Good faith ซึ่งเป็นหลักยกเว้นให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้โดยยังคงยึดหลักการที่เป็นการกระทำที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญอีกเช่นกัน นอกจากหลัก Exclusionary Rule แล้วยังขยายผลไปถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากพยานหลักฐานชิ้นแรกซึ่งเรียกว่า ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous

Tree Doctrine) แต่หลักนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นที่ว่า แม้ว่าพยานหลักฐานชั้นหลังซึ่งได้มา เพราะพยานหลักฐานชั้นแรกที่มีชอบก็อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ในกรณีที่ถึงอย่างไรก็ต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชั้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Discovery) หรือ กรณีที่มีการค้นพบพยานหลักฐานชั้นนั้นจากแหล่งอิสระโดยไม่เกี่ยวพันกับพยานหลักฐานชั้นแรกเลย (Independent Source)

เมื่อพิจารณาหลักการรับฟังและไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบทั้งของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษนั้นไม่ยึดหลักเคร่งครัดตามรัฐธรรมนูญ แต่ให้ความสำคัญกับคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานที่ได้มาเสียมากกว่า ทั้งนี้ เพื่อนำตัวผิดกระทำผิดมาลงโทษอันเป็นการเน้นเรื่องนโยบายปราบปรามอาชญากรรมตามหลักการของทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) เสียมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักการของทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เน้นหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือเน้นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยการยับยั้งไม่ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าการปราบปรามอาชญากรรม อันเป็นการให้ความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ส่วนหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศไทยตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก่อนบัญญัติมาตรา 226/1 นั้น แม้ว่าจะมีปัญหาในเรื่องการตีความในเรื่องพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานว่ามีความแตกต่างหรือเหมือนกันก็ตาม อันมีผลทำให้แนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับเรื่องนี้ไม่ไปในแนวทิศทางเดียวกันซึ่งคำพิพากษาจะตัดสินเช่นไรก็สุดแล้วแต่องค์คณะที่พิจารณาในคดีนั้นว่าจะมีความเห็นไปในทางใด แต่ด้วยความเคารพ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศซึ่งมีหลักการอันเป็นสาระสำคัญและเป็นส่วนสุดของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ส่วนหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ คือ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นเมื่อมีกฎหมายหรือการกระทำใดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญ

ได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้ กฎหมายหรือการกระทำนั้นย่อมไม่อาจเป็นที่ยอมรับได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของไทยซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 226 ก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมนั้น แม้ว่าจะมีการตีความในเรื่องพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานว่ามีความแตกต่างหรือเหมือนกันก็ตาม ก็ควรจะต้องตีความไปในทางที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้ ดังนั้น การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติอำนาจในกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้โดยตรง ก็ควรจะนำแนวทางของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule) มาเป็นแนวปฏิบัติในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสมและสมเหตุสมผล

แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะใช้หลักแห่งทฤษฎีดุลภาพ ซึ่งเป็นการให้ศาลวินิจฉัยเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ถ้าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว พยานหลักฐานที่แม้จะได้อ้อมโดยมิชอบก็สามารถรับฟังได้ แต่ถ้าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมีน้ำหนักน้อยกว่าประโยชน์ในการรักษากฎหมาย พยานหลักฐานดังกล่าวก็ไม่อาจรับฟังได้ แต่ทั้งนี้ต้องใช้หลักนี้ในการพิจารณาเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่มีผลร้ายแรงต่อประโยชน์ของประเทศชาติเท่านั้น ซึ่งต้องไม่ใช่เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐกระทำไปโดยเจตนาอันไม่บริสุทธิ์ โดยแท้ เช่นในกรณีที่ไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาได้โดยวิธีอื่นแล้วจึงไม่อาจเลี่ยงวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบได้ หรืออยู่ในเหตุการณ์บังคับให้เจ้าพนักงานต้องกระทำเช่นนั้นเป็นต้น ซึ่งจะต้องพิสูจน์กันขึ้นศาลและมีการพิจารณาวินิจฉัยอย่างรอบคอบ

4.6 วิเคราะห์เปรียบเทียบผลของมาตรา 226/1 กับกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากการบัญญัติมาตรา 226/1 นั้น มีเหตุผลที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ เหตุเรื่องการตีความการเกิดขึ้นกับการได้มาของพยานหลักฐาน และความเคร่งครัดในการใช้กฎหมายโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.2.1 ซึ่งผู้ร่างเห็นว่าความเคร่งครัดของการใช้บทตัดพยานหลักฐานมาตรา 226 โดยไม่มี

ข้อยกเว้น ไว้โดยมีผลทำให้กฎหมายไทยอยู่ในสภาพที่เคร่งครัด เมื่อเวลาจะใช้ ก็จะใช้อย่างเคร่งครัดจนไม่มีทางที่จะผ่อนปรนให้ยืดหยุ่นเหมาะสมแก่สถานการณ์ได้เหมือนในกฎหมายที่อยู่ในระบบสากล ผลเสียที่เกิดขึ้นกับสังคมจะรุนแรงกว่าผลดีที่จะไปปราบปรามเจ้าหน้าที่บ้านเมืองให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้ร่างจึงนำแนวทางของกฎหมายลักษณะพยานของประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นการบูรณาการของกฎหมายลักษณะพยานระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ถือเป็นหลักที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมด (ของอังกฤษ) แต่มีข้อยกเว้นไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ (ของสหรัฐอเมริกา) โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานซึ่งการใช้ดุลพินิจยกเว้นให้รับฟังต้องคำนึงถึงอะไรบ้างเป็นแนวของออสเตรเลียนั่นเอง

หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศอังกฤษ (Inclusionary Rule) ซึ่งวางหลักไว้ว่า พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนี้ไม่ต้องห้ามรับฟัง ศาลสามารถรับฟังมาใช้พิสูจน์ความคิดของจำเลยในคดีนั้นได้ ส่วนเจ้าหน้าที่ไปกระทำการอันมิชอบอย่างไรก็แยกไปลงโทษอีกส่วนหนึ่งต่างหาก แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ว่าถ้าเป็นคำให้การรับสารภาพที่เจ้าพนักงานทำให้เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนั้น ให้ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานนั้น และอีกกรณีหนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐานนั้นกระทำไปในลักษณะที่มีความรุนแรงกระทบกระเทือนก่อให้เกิดผลร้ายต่อกระบวนการยุติธรรมในภาพรวมมากกว่าประโยชน์ที่จะได้จากพยานชิ้นนั้นก็ให้ศาลใช้ดุลพินิจตัดพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ ซึ่งทำให้กฎหมายเรื่องนี้ของประเทศไทยปรับยืดหยุ่นและเข้ากับสถานการณ์เป็นรายกรณีได้

เมื่อพิจารณาหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษ (Inclusionary Rule) ที่กล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า หลักการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษนั้นจะคำนึงถึงคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานนั้นเพื่อนำมาลงโทษผู้กระทำความผิดอันเป็นการให้ความสำคัญกับนโยบายปราบปรามอาชญากรรมเสียยิ่งกว่าคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้ ดังนั้นเมื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยโดยบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 226/1 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีผลให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และยังเป็น การขัดต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย ใน

เทศสถาน ในการสื่อสารตามที่กล่าวในบทที่ 2 ซึ่งน่าจะจะมีผลเป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหารซึ่งมีอำนาจในการปกครองประเทศกระทำผิดกฎหมายเสียเองโดยไม่มีการตรวจสอบหรือถ่วงดุลอำนาจนั้นเสียเลย แล้วประชาชนธรรมดาผู้ไม่มีอำนาจใดๆ จะอยู่ในประเทศชาติบ้านเมืองอย่างสงบสุขได้อย่างไร

4.7 วิเคราะห์อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในประเทศไทย

การที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเนื่องมาจากแต่เดิมระบบกฎหมายไทยและศาลไทยยังล้าหลังและสับสนไม่ว่าจะเป็นเรื่องการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือวิธีการชกฟอกจากจารีตประเพณี เช่น การบีบบังคับ ดอกเบี้ย เป็นต้น ซึ่งเหล่านี้เท่ากับเป็นการไม่ให้ความสำคัญกับความปลอดภัยที่เพียงพอแก่ชาวต่างชาติ¹²⁹ เมื่ออิทธิพลของชาติตะวันตกได้แผ่ขยายเข้ามาในประเทศไทย ก็ส่งผลให้ประเทศไทยรับอิทธิพลของระบบคอมมอนลอว์เข้ามาในประเทศไทยด้วย โดยเริ่มตั้งแต่ประเทศไทยได้มีการส่งบุคลากรในราชสำนักไปศึกษาวิชากฎหมายในประเทศอังกฤษ และทำการปฏิรูประบบกฎหมายการศาลและการยุติธรรมในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งพระองค์ก็ได้ทรงจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น โดยมีสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระสวัสดิ์วัฒนวิเศษ ผู้ซึ่งไปศึกษาวิชากฎหมายจากประเทศอังกฤษเป็นเสนาบดีพระองค์แรก¹³⁰ และเพื่อให้สอดคล้องกับระบบการพิจารณาคดีในศาลแบบใหม่ จึงมีการประกาศใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติขึ้นใช้ไปพลางก่อน อันได้แก่ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 (พ.ศ. 2437) พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลาง และพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ในปี ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) พร้อมกับการยกเลิกกฎหมายที่เป็นภาพลักษณ์แห่งความป่าเถื่อนโหดร้าย คือ วิธีพิจารณาความแบบจารีตนครบาล โดยพระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาโจรผู้ร้ายตามจารีตนครบาล ในปี ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2539) พระราชบัญญัติลักษณะพยานฯ และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความฯ ที่กล่าวข้างต้นทั้งสองฉบับ ร่างขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายของอังกฤษเป็นมูลฐาน อันถือเป็นการรับอิทธิพลของระบบ

¹²⁹ วิหามหาคุณ. (2523). *ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย*. หน้า 43.

¹³⁰ อมรเทพ เมืองแสน. (2549). *อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย*. หน้า 114.

กฎหมายคอมมอนลอว์เข้ามาในระบบวิธีพิจารณาความ ซึ่งตั้งแต่นั้นระบบวิธีพิจารณาของไทยก็เข้าสู่ระบบค้นหาความจริงโดยอาศัยพยานหลักฐานของคู่ความมาจนถึงทุกวันนี้¹³¹

เนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ไม่ใช่ระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้น ในประเทศอังกฤษจึงไม่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การดำเนินการต่างๆ ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ ศาล หรือราชทัณฑ์ จะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น การสอบสวนของตำรวจเป็นไปตาม The Police and Criminal Evidence Act 1984¹³² ส่วนการดำเนินคดีอาญาของอังกฤษนั้น ใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) กล่าวคือ เป็นเรื่องของการพิสูจน์ความจริงโดยการต่อสู้คดี (Trial by battle) ระหว่างโจทก์ผู้กล่าวหาและจำเลยผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งโจทก์และจำเลยทั้งสองฝ่ายมีฐานะในศาลเท่าเทียมกัน โดยมีลูกขุนเป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริง โดยซึ่งนำพยานหลักฐานในคดีว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ส่วนผู้พิพากษาหรือศาลจะทำหน้าที่วางหลักกฎหมายและชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมาย รวมทั้งกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด รวมทั้งต้องเป็นกลางจึงต้องวางเฉย (passive) ให้เป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหาที่ต้องนำพยานหลักฐานมาแสดงว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดจริง และผู้ถูกกล่าวหาต้องนำพยานหลักฐานมาแก้ไขว่าตนมิได้กระทำความผิด ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างหาพยานหลักฐานของตนมาสนับสนุนฝ่ายตน นอกจากศาลทำหน้าที่เป็นกลางแล้ว ศาลยังมีบทบาทที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องพยานหลักฐาน คอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะพยานโดยเคร่งครัด มีบทคัดพยานที่เด็ดขาดเพื่อมิให้พยานที่ต้องห้ามเข้าสู่สำนวนความ ทั้งนี้เพื่อมิให้มีการเอาเปรียบกันและกันในการต่อสู้คดี และมีหลักเกณฑ์ค้นหาความจริงโดยการถามค้าน (Cross Examination) เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจที่จะแสวงหาพยานหลักฐานได้เอง จึงเป็นหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายที่ต้องระวังรักษาผลประโยชน์ของตนเอง ดังนั้นรูปแบบในการดำเนินคดีอาญาในศาลอังกฤษจึงมีลักษณะทำนองเดียวกับในคดีแพ่ง จึงเป็นนิติสัมพันธ์สามฝ่าย¹³³

¹³¹ แหล่งเดิม. หน้า 35 – 36.

¹³² แหล่งเดิม. หน้า 22.

¹³³ คณิต ฒ นคร. (2528, กันยายน). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” *วารสารนิติศาสตร์*, 15(3). หน้า 2.

บ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่สำคัญที่สุดคือ หลักกฎหมายจากคำพิพากษา¹³⁴ ซึ่งแต่เดิมอาจทำให้มีปัญหาว่าพอนานไปแนวคำพิพากษาอาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง จึงมีข้อยกเว้นหลักนี้ในกรณีที่ข้อเท็จจริงในประเด็นแตกต่างกันศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวบรรทัดฐาน เรียกว่า หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง (The Technique of Distinction) ทำให้ศาลอังกฤษสามารถพัฒนาระบบกฎหมายให้ยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องกลับหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิม

ส่วนบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ แต่ในปัจจุบันเนื่องจากการขยายตัวของสังคมที่มีความซับซ้อนมากขึ้น บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเริ่มเป็นที่ยอมรับมากขึ้นว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเทียบเท่ากับหลักกฎหมายจากคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม ในทัศนะของผู้พิพากษาศาลคอมมอนลอว์มักจะถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะต่ำกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา และจะไม่ยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจัง จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งนำเอาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกัน ผู้พิพากษาจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าอ้างบทกฎหมาย

ส่วนการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เป็นการค้นหาความจริงที่มีแนวความคิดดั้งเดิมว่า ผู้กระทำความผิดอาญาเป็นผู้กระทำความผิดต่อรัฐด้วย รัฐจึงทำหน้าที่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดและค้นหาความจริงโดยตนเอง ซึ่งเรียกว่า การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public prosecutor) กล่าวคือ ทั้งฝ่ายปกครองและศาลต่างก็พยายามค้นหาความจริงว่ามีความผิดอาญาเกิดขึ้นจริงหรือไม่ โดยมุ่งหมายให้ศาลสอบสวนบุคคลทุก ๆ คน รวมทั้งจำเลยและผู้ต้องหาด้วย รัฐจึงต้องรับผิดชอบโดยตรงที่จะดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดและค้นหาพยานหลักฐานต่างๆ พยานหลักฐานในที่นี้จึงเป็นพยานหลักฐานของศาลไม่ใช่พยานของโจทก์หรือจำเลย และไม่มีคามจำเป็นที่จะใช้วิธีการถามค้าน โดยคู่ความฝ่ายตรงข้ามพยานหลักฐานที่น่าจะพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยก็สามารถนำเข้าสู่การพิจารณาคดีได้ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานโดยศาลจึงมีความสำคัญมาก ดังนั้นศาลจึงมีบทบาทหน้าที่ทั้งการสอบสวนฟ้องร้อง

¹³⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มีนาคม – เมษายน). “ความเป็นมาของหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตลอร์และคอมมอนลอว์ (ตอน 2).” *ศุลพาห*, 41(2). หน้า 51.

การค้นหาคำความจริง และการพิจารณาคดีซึ่งศาลไม่เพียงแต่เป็นคนกลางในการตัดสินคดี ยังมีอำนาจแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของกลุ่มความด้วย โดยซักถามและแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ ซึ่งเรียกว่า “หน้าที่ในการสอบสวนอย่างอิสระ และหน้าที่ในการค้นความกระจ่างชัด” การดำเนินคดีในลักษณะนี้ไม่มีทั้งโจทก์และจำเลย แต่มีเพียงผู้ไต่สวนและผู้ถูกไต่สวนเท่านั้น¹³⁵

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี กล่าวว่า ประเทศเราได้ใช้กฎหมายลักษณะพยานตามระบบกล่าวหาตลอดมา แต่ในตอนหลังๆ ได้มีการนำเอาวิธีพิจารณาตามจารีตนครบาลซึ่งมีการทรมานร่างกายจำเลยด้วยวิธีต่างๆ มาใช้อันเป็นวิธีการของระบบไต่สวน ต่อมาเมื่อใน ร.ศ. 115 ได้มี พ.ร.บ. ยกเลิกวิธีพิจารณาโจรผู้ร้ายตามจารีตนครบาล วิธีค้นคว้าหาข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้ เราได้ใช้ระบบกล่าวหาโดยครบถ้วนตั้งแต่ต้นที่มีการจัดระเบียบการศาลยุติธรรมตามอารยประเทศ ทั้งนี้ เนื่องด้วยท่านบรมครูของนักกฎหมายแห่งประเทศไทย เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงศึกษาวิชาการกฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ¹³⁶ ซึ่งคำกล่าวนี้ทำให้นักกฎหมายของไทยแทบจะทั้งหมดเข้าใจกันว่ากฎหมายลักษณะพยานของเราเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหา แต่เมื่อพิจารณาละเอียดแล้ว ท่านชวลิต โสภณวัต มีความเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) ที่ให้ศาลมีอำนาจสั่งยอมรับฟังพยานบอกเล่าโดยกว้างขวางก็ดี ให้ศาลออกคำสั่งกำหนดการตรวจบุคคล วัตถุ สถานที่ หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญเมื่อศาลเห็นเองว่าจำเป็นและสมควรก็ดี (มาตรา 99) การให้ศาลเลือกใช้วิธีถามพยานเองได้ก็ดี (มาตรา 116 (1)) การให้ศาลมีอำนาจถามพยานด้วยคำถามใดๆ ในระหว่างพิจารณาเพื่อค้นหาคำความจริงก็ดี (มาตรา 119) สำหรับในคดีอาญา การให้ศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 115) การให้ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการที่เรียกว่าพยานศาลในระหว่างพิจารณา (มาตรา 228) และการให้ศาลมีอำนาจถาม โจทก์จำเลยหรือพยานคนใดได้ในระหว่างพิจารณาเมื่อศาลเห็นสมควร (มาตรา 235) เหล่านี้เป็นต้น เป็นหลักการค้นหาคำความจริงโดยศาล (Principle of judicial investigation) ของระบบ

¹³⁵ ณรงค์ ใจหาญ. (2544). *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 29.

¹³⁶ ประมุข สุวรรณศรี. (2510). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. หน้า 1 – 2. อ้างถึงใน ชวลิต โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน – ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” *คูลพาท*, 28(6). หน้า 38.

ไต่สวนโดยแท้ อันตรงกันข้ามกับหลักการที่จำกัดอำนาจศาลให้พิจารณาแต่เฉพาะพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความเสนอ (Principle of party presentation) ของระบบกล่าวหา ฉะนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยโดยเฉพาะส่วนที่ว่าด้วยพยานหลักฐานจะต้องเป็นกฎหมายในระบบผสม คือเอาข้อดีของแต่ละระบบมาใช้¹³⁷ ซึ่งท่านได้พบคำร่ำที่กล่าวว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังมีอีกระบบหนึ่งคือ ระบบผสม (The Mixed System) ซึ่งเขียนโดยศาสตราจารย์ François Garraud เจ้าตำรับผู้หนึ่งทางกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส ซึ่งกล่าวว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแทบทุกชาติจะเริ่มต้นด้วยระบบกล่าวหาก่อนแล้วต่อมาส่วนมากจะวิวัฒนาการไปสู่ระบบไต่สวน และเนื่องจากทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสีย จึงควรนำข้อดีของแต่ละระบบมาใช้ตัดข้อเสียออกไป¹³⁸

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในระบบกฎหมายของไทยเราปัจจุบันมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลัก ซึ่งบัญญัติเรื่องพยานหลักฐานไว้ใน ภาค 5 พยานหลักฐาน ดังนั้น การรับฟังพยานหลักฐานของไทยจึงควรจะต้องพิจารณาตามหลักแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยพยานหลักฐานในมาตรา 226 เป็นหลัก มิใช่พิจารณาโดยยึดหลักตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นหลักเช่นเดียวระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างเช่นประเทศอังกฤษ เมื่อมาตรา 226 บัญญัติว่า ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น ก็ควรจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายด้วยคือ มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างเคร่งครัด แต่ทั้งนี้เนื่องจากในการพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเรา ใช้ทั้งระบบกล่าวหาซึ่งเห็นได้จากมาตรา 174 ซึ่งบัญญัติว่า “ก่อนนำพยานเข้าสืบ โจทก์มีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีโจทก์...เสร็จแล้วให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยาน โจทก์เสร็จแล้ว จำเลยมีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีจำเลย...เสร็จแล้วให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ” ซึ่งเป็นการให้สิทธิคู่ความในการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อนำสืบข้อเท็จจริงอันจะเป็นประโยชน์ต่อคดีของตนเองทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยอันเป็นเนื้อหาของ

¹³⁷ แหล่งเดิม. หน้า 39.

¹³⁸ ชาเลิศ โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน – ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” *ศุลพาห*, 28(6). หน้า 39 – 40.

ระบบกล่าวหา แต่ในขณะเดียวกันศาลก็มีอำนาจค้นหาข้อเท็จจริงด้วยเช่นกัน จะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งมาตรา 95(2), 115, 116(1), 119 ที่กล่าวข้างต้น และมาตรา 175 ที่ให้ศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัย หรือมาตรา 228 ที่ให้ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมในระหว่างพิจารณา หรือมาตรา 235 ที่ว่าศาลมีอำนาจถามโจทก์หรือจำเลยหรือพยานคนใดก็ได้ ในระหว่างพิจารณา ซึ่งเป็นการค้นหาความจริงของศาลในระบบไต่สวน ดังนั้น เมื่อระบบวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นระบบผสมผสานกันระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในการที่จะนำระบบกฎหมายของประเทศใดไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์มาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดปลีกย่อยไว้อันเป็นข้อพิจารณาในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีนั้น จึงน่าจะนำหลักการและวิธีคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ประเทศเยอรมนีมาใช้ได้ทั้งสองระบบ

การที่ประเทศไทยไม่มีระบบลูกขุนในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง แต่มีผู้พิพากษาทำหน้าที่ทั้งพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายรวมทั้งทำคำพิพากษาคด้วย ศาลจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาโดยใช้ความรู้ความสามารถของแต่ละท่านในการวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้มาจากการกระทำโดยสุจริตของเจ้าพนักงาน หรือเกิดมาจากการดำเนินการผิดขั้นตอนเพียงเล็กน้อยไม่ใช่สาระสำคัญอันจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามหลักกฎหมายได้เองซึ่งไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนเพราะเป็นเพียงวิธีปฏิบัติในการวินิจฉัยของศาลเท่านั้นตามที่ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้กล่าวโดยสรุปว่า “บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ (มาตรา 226/1) เป็นเพียงแนวทาง (Guideline) ของผู้พิพากษาเท่านั้น ไม่ได้มีหลักการอะไรเป็นพิเศษแต่อย่างใด ควรเป็นแนวทางในการฝึกอบรมผู้พิพากษามากกว่านำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย”¹³⁹

¹³⁹ คณิต ฅ นคร. (2552). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 168.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาคือ การหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพขึ้น โดยการค้นหาความจริงจากตัวผู้ถูกกล่าวหาไม่ว่าจะโดยวิธีใดในขณะเดียวกันก็คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาด้วย โดยตั้งข้อสมมติฐานว่าทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด แต่มีปัญหาว่าจะทำอย่างไรให้ปรับใช้วัตถุประสงค์ทั้งสองประการนั้นได้อย่างสมดุลไม่เน้นหนักไปทางใดทางหนึ่ง

การค้นหาความจริงของเจ้าพนักงานเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนับตั้งแต่การค้นตัวบุคคลและค้นที่รโหฐาน การจับกุมผู้กระทำความผิด การยึดของกลาง การตรวจเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด การดักฟังการติดต่อสื่อสารของบุคคล การล่อซื้อเพื่อเข้าจับกุม หรือการกระทำการใดๆ ให้ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพก็ตาม เจ้าพนักงานอาจต้องใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้พยานหลักฐานนั้นมาเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เมื่อเจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานนั้นมาโดยการฝ่าฝืนกฎหมายโดยชัดแจ้งแล้ว หากศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเหล่านั้นเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเช่นนี้ จะยังเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้เจ้าพนักงานกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เดิมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ได้บัญญัติหลักการรับฟังและไม่รับฟังพยานหลักฐานไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2477 ซึ่งมีปัญหาในเรื่องการตีความคำว่าพยานหลักฐานที่ “เกิดจาก” การจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นนั้นแตกต่างกันเป็นสองความเห็น คือ หมายถึงพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น หรือรวมถึงพยานหลักฐานที่

ได้มาโดยมิชอบด้วยและศาลจะใช้ดุลพินิจในการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานได้หรือไม่ ซึ่งมีทั้งความเห็นที่ว่ามาตรา 226 เป็นบทบัญญัติที่เคร่งครัดไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานเลย กับความเห็นที่ว่าศาลอาจใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้ ด้วยเหตุสองประการนี้ทำให้คำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นั้นแตกต่างกันไปซึ่งยังไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนได้

ต่อมา พ.ศ. 2551 จึงมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับที่ 28 ได้บัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 226/1 ซึ่งผู้ร่างเห็นว่าจะช่วยแก้ปัญหาในเรื่องการตีความคำว่า “การเกิดขึ้น” กับ “การได้มา” ซึ่งพยานหลักฐาน และปัญหาเรื่องความเคร่งครัดในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้ โดยบัญญัติแยกส่วนการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ออกจากมาตรา 226 เพื่อไม่ต้องตีความให้ปะปนกัน คือห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานเหล่านั้น แต่กำหนดข้อยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานเหล่านั้นได้หากการรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังได้ แต่มาตรา 226/1 ก็ยังได้จำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 นี้ เมื่อพิจารณาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะมีความสอดคล้องกับมาตรา 226 คือ หากตีความว่าพยานที่ “เกิดจาก” รวมถึงพยานหลักฐานที่ “ได้มา” ซึ่งหมายถึง มาตรา 226 ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ส่วนมาตรา 226/1 ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำแล้ว เห็นว่ามาตรา 226/1 ได้บัญญัติสอดคล้องกับมาตรา 226 ซึ่งเป็นการบัญญัติยืนยันหลักทั่วไปนั่นเอง แต่มาตรา 226/1 บัญญัติเพิ่มเติมให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ หากการรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวย

ความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยจำกัดการใช้ดุลพินิจศาลไว้ตามมาตรา 226/1 วรรค 2 (1) – (4)

มาตรา 226/1 เป็นการที่ผู้ร่างได้นำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศ ออสเตรเลียซึ่งเป็นการบูรณาการของหลักการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษ คือ ให้รับ ฟังพยานหลักฐานโดยไม่ตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่มีข้อยกเว้นว่า ถ้าเป็นการกระทำ โดยไม่ชอบของเจ้าหน้าที่โดยไปล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจนน่าเกลียดหรือว่า ทำให้มาตรฐานกระบวนการยุติธรรมโดยรวมเสียไปก็ให้ศาลใช้ดุลพินิจตัดพยานหลักฐานนั้นทิ้งได้ และประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่มีข้อยกเว้น เช่น ถ้าเจ้าหน้าที่ทำผิดพลาดเล็กน้อย เป็นต้น ก็ให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังได้ ซึ่งประเทศออสเตรเลียนำ หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามา ใช้ คือ ให้ตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแบบประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีข้อยกเว้นยืดหยุ่น แบบประเทศอังกฤษ คือ ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่กับอาชญากรรมในเรื่องนั้น อันไหนจะได้ประโยชน์กับประเทศมากกว่ากัน โดยกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจไว้เช่นเดียวกับ มาตรา 226/1 วรรค 2 (1) – (4) เพื่อไม่ให้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงต้องศึกษาหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา จึงพบว่า ประเทศอังกฤษ ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยตรง ศาลจะ รับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดที่ได้มาโดยมิชอบ (Inclusionary Rule) ที่เกี่ยวกับประเด็นในคดีและที่ มีคุณค่าสามารถพิสูจน์ความจริงในคดีได้ ส่วนการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานจะ กระทำไม่ถูกต้องตามกฎหมายอย่างไรก็เป็นคนละประเด็นในการรับฟังพยานหลักฐาน และควร แยกไปดำเนินคดีทางวินัยหรือทางกฎหมายอาญาหรือทางแพ่งกับเจ้าหน้าที่นั้นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบต้องเป็นเรื่องที่กระทบต่อความเป็น ธรรมในกระบวนการพิจารณา

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีบทตัดพยานคือห้ามมิให้รับฟังพยานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่บัญญัติรองรับไว้ใน รัฐธรรมนูญโดยเคร่งครัด แต่จากหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary

Rule) ก็ยังมีข้อยกเว้นที่สำคัญคือ หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error) ซึ่งเป็นหลักที่ถือว่าหากเจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานนั้นมาโดยละเมิดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในข้อรายละเอียดปลีกย่อย ย่อมไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักรัฐธรรมนูญ จึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ และข้อยกเว้นในเรื่อง หลักสุจริต (Goog Faith) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานได้ถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความสุจริตใจว่าตนทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ยังขยายผลไปถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากพยานหลักฐานชั้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบที่เรียกว่า ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree) อันมีผลให้เจ้าพนักงานตระหนักดีว่าการกระทำอันมิชอบของตนมีผลทำให้พยานทุกชั้นที่ได้มารับฟังไม่ได้ทั้งหมด ซึ่งทำให้เจ้าพนักงานอาจไม่กล้ากระทำการ โดยมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานอีก อย่างไรก็ตาม ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ ก็ยังผ่อนคลายโดยมีข้อยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานชั้นนั้นได้ คือ กรณีที่ถึงอย่างไรก็จะต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชั้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Discovery) หรือในกรณีที่ถึงอย่างไรก็จะต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชั้นนั้นจากแหล่งอิสระ (Independent Source)

จะเห็นได้ว่า หลักการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษ (Inclusionary Rule) นั้น มีวัตถุประสงค์โดยเน้นการปราบปรามอาชญากรรม (Criminal Control Model) โดยมีได้เน้นในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule) นั้น มุ่งยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นการมุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) นั่นเอง

ส่วนในประเทศเยอรมันนั้นใช้หลักหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยมีรากฐานมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา โดยศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะในกรณีที่เห็นว่าการรับฟังเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ 2 ขั้นตอนซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนแรก คือการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการขู่เข็ญหรือหลอกลวง (Rechtsstaatsprinzip) และขั้นตอนที่สอง คือ หลักการไม่รับฟัง

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล (Verhältnismässigkeit) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจบ้าง คือ ชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดกับสัดส่วนของความสำคัญของสิทธิเสรีภาพแห่งเอกชน

ส่วนในกรณีที่ไม่มีการหมายจับผู้ต้องหาไว้โดยชัดแจ้งนั้น ปัจจุบันศาลเยอรมันและความเห็นข้างมากใช้ทฤษฎีดุลยภาพหรือทฤษฎีชั่งน้ำหนักของประโยชน์ วินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไปโดยในด้านหนึ่งเปรียบเทียบกันระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริง (das Interesse an Wahrheitsfindung) และการใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ (effektiver Strafrechtspfändung) และการกระทำความผิดอาญาที่ถูกฟ้องร้อง (die angeklagte Straftat) และความรุนแรงของความน่าตำหนิ (die Schwere des Vorwurfs) ในอีกด้านหนึ่งเป็นการเปรียบเทียบถึงความสำคัญของประโยชน์ที่ถูกละเมิด (die Bedeutung des verletzten Interesses) และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติในทางวิธีพิจารณาความแล้วต้องเปรียบเทียบถึงความสำคัญ (Gewicht) ของบทบัญญัติดังกล่าว คือ เป็นการชั่งน้ำหนักของรัฐในการลงโทษการกระทำความผิด (Strafverfolgung) ในคดีใดคดีหนึ่งกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน

5.2 ข้อเสนอแนะ

การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่จำเป็นต้องพยายามรักษาสมดุลระหว่างอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ตามทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Criminal Control Model) และหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) นั้น ดังนั้น ในการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้น เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานมาดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างๆ เพื่อนำพยานหลักฐานนั้นมาอ้างต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย ซึ่งเดิมมีหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่แล้ว

แม้ว่ามาตรา 226 จะมีปัญหาทั้งในเรื่องการตีความคำว่า การเกิดขึ้นกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน และปัญหาในเรื่องความเคร่งครัดของกฎหมายที่ไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเลยก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า การตีความนั้นควรตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายมากกว่าการตีความตามลายลักษณ์อักษร โดยเคร่งครัด และวัตถุประสงค์ของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบก็คือ เพื่อยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังนั้น การพิจารณารับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 226 หรือไม่นั้น จึงควรมีหลักคือ พยานหลักฐานทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ได้มีบทตัดพยานไว้ว่า ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาจากการการจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นนั่นเอง ส่วนปัญหาเรื่องมีความเคร่งครัดในการใช้ดุลพินิจหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อวัตถุประสงค์ของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ คือการยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศดังที่กล่าวแล้ว ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลหรือองค์กรตุลาการที่จะคานอำนาจหรือถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยการทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐไม่ให้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศให้การรับรองคุ้มครองไว้ อันเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศนั้น ในการที่ศาลจะพิจารณาว่าพยานหลักฐานใดจะรับฟังได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ควรใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบที่มีความเคร่งครัดแบบหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule) เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ ดังกล่าวข้างต้น แต่หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule) ก็มีได้เคร่งครัด

จนถึงขนาดมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันเกิดจากความผิดพลาดเล็กน้อย (Harmless Error) หรือความสุจริตของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น (Good Faith) และการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็ยังคงขยายผลไปถึงพยานหลักฐานชั้นหลังซึ่งได้มาเพราะพยานหลักฐานชั้นแรกที่มีชอบด้วยตามหลักผลไม้มืดของต้นไม้มืดที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree) แต่หลักการดังกล่าวก็ยังมีข้อยกเว้นให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ในกรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชั้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หรือกรณีต้องมีการค้นพบพยานหลักฐานชั้นนั้นจากแหล่งอิสระ แต่ทั้งนี้ต้องยึดหลักการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายของเจ้าพนักงานมาตั้งแต่ต้นเป็นหลักในการพิจารณานั้นเอง

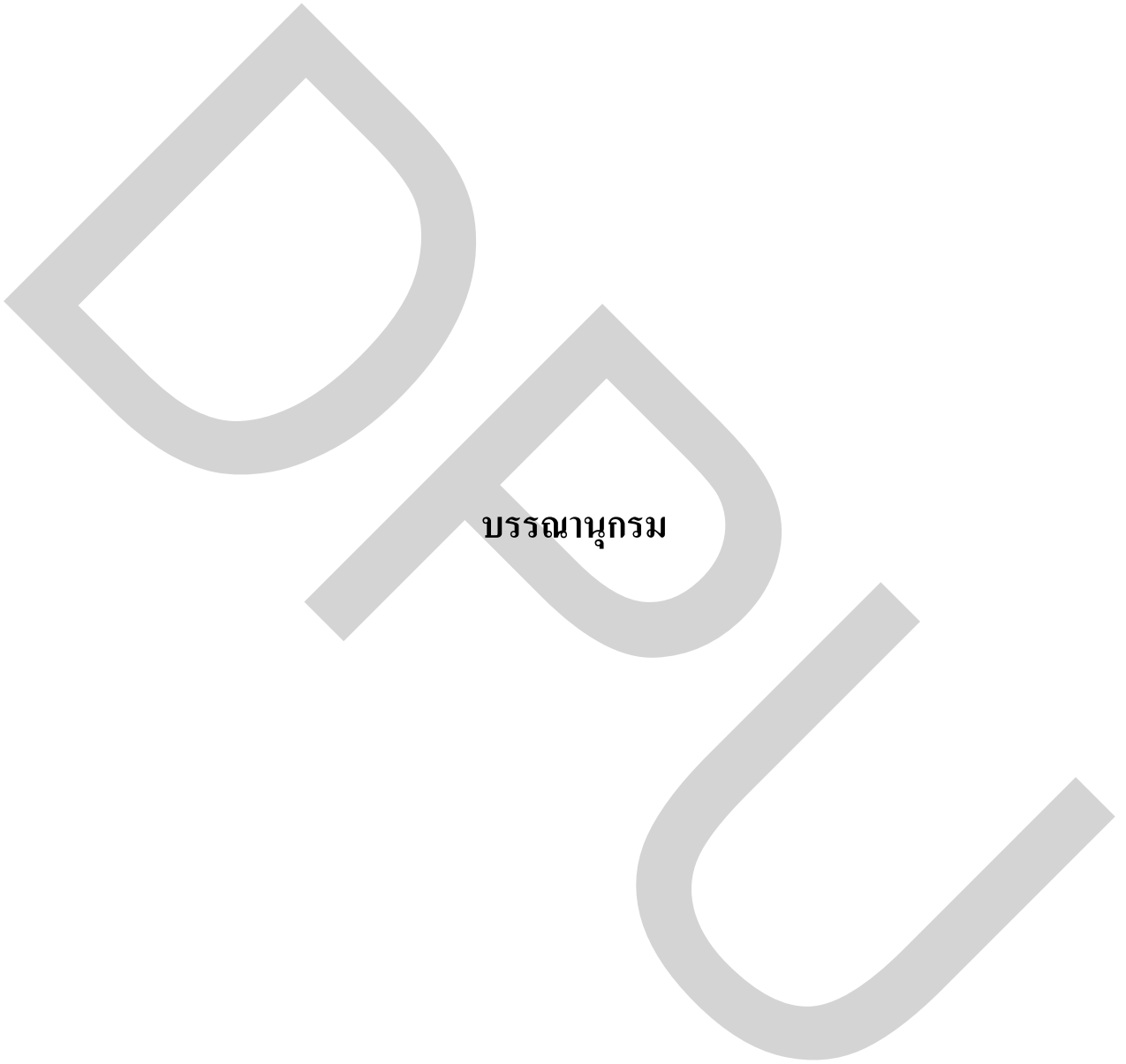
อย่างไรก็ตาม หากเป็นคดีที่มีความร้ายแรงเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศและเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเจ้าพนักงานกระทำได้อหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะใช้ทฤษฎีดุลยภาพหรือทฤษฎีซึ่งน้ำหนักของประโยชน์ของประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นการพิจารณาจากประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนว่าอย่างใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน ถ้าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายพยานหลักฐานดังกล่าวก็ไม่อาจรับฟังได้ แต่หากประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว พยานหลักฐานที่แม้จะได้มาโดยมิชอบก็สามารถรับฟัง

โดยที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.7 ว่าระบบวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นระบบผสมผสานกันระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนเช่นนี้ การที่ผู้เขียนนำหลักการพิจารณาการใช้มาตรา 226 ในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดปลีกย่อยไว้อันเป็นข้อพิจารณาในการรับฟังพยานหลักฐานหรือไม่นั้น โดยการนำทั้งหลัก Inclusionary Rule ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักดุลยภาพ หรือหลักซึ่งน้ำหนักของประโยชน์ของประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มาใช้ทั้งสองระบบจึงไม่น่าจะเป็นการผิดในแบบของนิติวิธีแห่งการปรับใช้กฎหมายของทั้งสองระบบแต่อย่างใด

ด้วยความเคารพอย่างสูงในความเห็นของผู้ร่างมาตรา 226/1 ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา 226/1 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน เท่ากับเป็นการที่ศาลส่งเสริมหรือ

สนับสนุนอย่างชัดเจนให้เจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบนั่นเอง จึงเห็นว่าการนำ มาตรา 226/1 มาใช้ในประเทศไทยนั้นไม่เหมาะสม ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติมาตรา 226/1 แต่ อย่างไรก็ดี

อย่างไรก็ตาม เมื่อเราทราบปัญหาในเรื่องหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแล้ว ซึ่งปัญหาส่วนหนึ่งคือ ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เจ้าพนักงานกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น ได้ในความคิดบางฐานที่สำคัญและเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงประเทศแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ปัญหานั้นขึ้น โดยการบัญญัติกฎหมายให้เหมาะสมกับความผิดแต่ละเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติในเรื่องนั้นๆ แต่ผู้บัญญัติกฎหมายควรจะต้องคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของประเทศนั้นๆ ว่าพร้อมที่จะใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่หรือไม่ เช่น การปฏิบัติงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศไทยนั้น หน่วยงานนั้นๆ ยังให้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่แต่ละคนหรือไม่ มีกฎเกณฑ์หรือระเบียบที่เคร่งครัดเพื่อควบคุมเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้กระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรจะมีกฎเกณฑ์และระเบียบภายในที่เคร่งครัดในการควบคุมเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้นๆ มิใช่ให้ฝ่ายตุลาการคอยถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารแต่ฝ่ายเดียวด้วย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศ เพื่อให้เกิดความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยแก่ประเทศชาติบ้านเมืองของไทยด้วยดีตลอดไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กุลพล พลวัน. (2538). พัฒนาการสิทธิมนุษยชน (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2547). สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพฯ: นิติตธรรม.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วย
ดำเนินคดีในชั้นก่อนการพิจารณา (พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ:
จิริรัชการพิมพ์.
- คณิต ฒ นคร. (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2552). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐาน
การเข้าใจ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิง ภาไชย. (2543). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2551). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จรัญ ภัคศิธนากุล. (2553). กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2549). กฎหมายลักษณะพยาน (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: จิริรัชการพิมพ์.
- _____. (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จิริรัชการพิมพ์.
- _____. (2553). กฎหมายลักษณะพยาน (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
แห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2553). รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 10 วิชา
กฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความ
เป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพฯ: นิติตธรรม.

- จิตติ เจริญน้ำ. (2538). *พยานหลักฐานในคดีอาญา*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. (2516). *รัฐธรรมนูญนานาชาติ*. กรุงเทพฯ: สภาวิจัยแห่งชาติ.
- ทวี เจริญพิทักษ์, อนุมัติ ใจสมุทร. (2508). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 1 ถึงมาตรา 267 ว่าด้วยหลักทั่วไป และการพิจารณาในศาลชั้นต้นและอุทธรณ์ฎีกา ฯลฯ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). *สังคมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- ธานี สิงหนาท. (2551). *คู่มือการศึกษาพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร.
- บรรเจิด สังคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ประมูล สุวรรณสร. (2517). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2552). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- พระสุทธธีรธรรณมณตร์. (2473). *กฎหมายลักษณะพยาน*. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา. (2542). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วิชา มหาคุณ. (2523). *ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิญญู เครื่องงาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- แวว ยอดผยอง. (2509). *กฎหมายลักษณะพยาน*. กรุงเทพฯ: สุทธิสารการพิมพ์.
- สุชาติ จิระชาติ, เลิศชาย จิระชาติ. (2544). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทย-อังกฤษ*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2549). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่

9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่

9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

โสภณ รัตนกร. (2544). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

อุดม รัฐอมฤต. (2552). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

กิตติศักดิ์ ปรัตติ. (2537, มีนาคม – เมษายน). “ความเป็นมาของหลักการใช้นิติวิธีในระบบชิวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ (ตอน 2).” *ศุลพาห*, 41(2) น.51.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2523). “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจสอบที่ไม่ชอบธรรม.” *วารสารนิติศาสตร์*, 11(3) น.462.

_____. (2547, มิถุนายน). “สิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 34(2) น.328.

_____. (2521, ธันวาคม). “หลักการไม่รับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา.” *วารสารนิติศาสตร์*, 9(3). น. 122

คณิต ณ นคร. (2528). “วิธีพิจารณาความอาญาของไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” *วารสารนิติศาสตร์*, 15(3). น.11.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2512, มกราคม). “จับคน : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลใน แห่งของพยานหลักฐาน.” *วารสารอัยการ*, 2(13). น.61- 68.

จิระนิติ หะวานนท์. (2527, พฤษภาคม-มิถุนายน). “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกาและกฎหมายเยอรมัน.” *ศุลพาห*, 31(3). น.35-36.

ชวลิต โสภณวัตติ. (2524, พฤศจิกายน – ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมาย

ในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” *คูลพาท*, 28(6). น.39 - 40.

วิวัฒน์ วงศ์กิตติรักษ์. (2549, ธันวาคม). “มนุษย์ชนในระดับสากล.” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมราช*,

8(2). น.62.

วิศรุต ฤทธิ์ไถวัลย์. (2549, มกราคม – เมษายน). ผลทางกฎหมายของการล่อจับผู้กระทำความผิด

(Undercover Operation) เปรียบเทียบกับการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment). *คูลพาท*,

53(1). น.129 – 130.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2536). “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา.” *รวมบทความ*

ทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศรัทย์. น.14.

_____ ง. (2539, มกราคม–มีนาคม). “แถลงการณ์เรื่องการลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์.” *รพีสาร*, 4(14). น.

35.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนกุล (2551, พฤษภาคม-สิงหาคม). “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เยอรมันลักษณะพยาน.” *คูลพาท*, 55(2). น.171-173.

วิทยานิพนธ์

ชลลดา จินตเสถียร. (2553). *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*

(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ฐานิสร์ วรรณสุข. (2550). *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบ*

(สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปวีณา พันธุ์ธนุสร. (2551). *ปัญหาการรับฟังถ้อยคำของผู้ถูกจับในชั้นจับกุม* (วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ยุพาภรณ์ วงศ์วิกรานต์. (2547). *การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*

(สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

มโน ซอศรีสาคร. (2539). *การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ คั่น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษา*

เฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี).

กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ศิริินทร์ อินทวิชะ. (2548). *การแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ถูกกล่าวหา : ศักยภาพการตรวจตัวและและการค้นตัวในการดำเนินคดีอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุพร วัฒนวงศ์วรรณ. (2529). *การคุ้มครองเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. (2543). *การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อมรเทพ เมืองแสน. (2549). *อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อิสราวุธ อ่อนนุ่ม. (2541). *หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

เอกสารอื่นๆ

- บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ครั้งที่ 29 วันที่ 13 กันยายน 2550.
- รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(อาญา) (ฉบับที่....) พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 28 วันพฤหัสบดีที่ 6 กันยายน 2550. น.5/7 – 5/8.

กฎหมาย

- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550
สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (2548). *คำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2548 เล่มที่ 12*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน

ศาลยุติธรรม. น.89. 85 – 94.

_____. (2548). คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2548 เล่มที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม. น.49 - 59

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Adrian Keane. (1994). *The Modern Law of Evidence* (3rd ed). London: Betterworths.
- Cross & Wilkins. (1974). *Outline of Law of evidence* (5th ed). London: Butterworths.
- Daniel Katkin. (1982). *The Nature of Criminal Law*. Monterey: cole Publishing Company.
- David Feidman. (1990). “Regulating Treatment of Suspects in Police Stations : Judicial Interpretation of detention in the Police and criminal Evidence Act of 1984.” *Criminal Law Review*.
- G.D.Nokes. (1963). *Cockle’s case and statutes on evidence* (10th ed). London: Sweet & Maxwell Limited.
- J.B. Dawson, (1982). “The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence.” *A comparative Study*, 31 *International and Comparative Law Quarterly*
- Peter Murphy. (1980). *A Practical to Evidence* (3rd ed). Betterworths: London.

ARTICLES

- Craig M. Bradley. (2001). “Mapp Goes Abroad.” *Case Western Reserve Law Review*, Volume 52(2001-2002), No.2. pp.1042 – 1043.
- Glanville L. Williams. (1961, Septembre-October). “The Exclusionary Rule under Foreign Law.” *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 52(3). p.272.
- Meng Heong Yeo. (1982). “Inclusionary Discretion Over Unfairly Evidence.” *International & Comparative Law Quarterly*, 31(3). pp.392-395.

Oaks. (1970). Studying the Exclusionary Rule Search and Seizure. 37 U. Chi. L. ev. 665. pp.749 – 750. “The Exclusionary Rule under Foreign Law.” (1961, Septembre-October) *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 52(3).

Walte R. Clemens. (1961, September-october). “The Exclusionary Rule under Foreign Law.” *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police science*, 52(3). p.280

Walter Parker. (1985). “Exclusionary Rule in France, Germany, and Italy.” *Hastings International and Comparative Law Review*, 9(1). pp.3-5, 46.

LAW

Comparative Law Review. (1985). 9(1).

๑๒๓

ภาคผนวก

INCLUSIONARY DISCRETION OVER UNFAIRLY OBTAINED EVIDENCE

THE House of Lords decision in *R v. Sang*¹ has received much academic criticism both of the diverging views expressed in the individual judgments and of its failure to consider how the courts in other jurisdictions have handled the discretion over unfairly obtained evidence.² In *Sang* the House held that there exists a discretion to exclude such evidence provided that it has been obtained after the crime from the accused.³ In reaching this conclusion, the House made no reference to the Canadian Supreme Court case of *R v. Wray*⁴ which decided that a judge has no discretion to exclude evidence of substantial probative value because it was unfairly obtained. Neither was the Australian High Court case of *Bunning v. Cross*⁵ discussed. That decision concluded that a judge has a discretion to exclude wrongfully obtained evidence without the limitations imposed in *Sang*.

In both *Sang* and *Wray* the issue was considered in terms of whether the exclusion of unfairly obtained evidence would avoid unfairness to the accused at his trial. In contrast, the approach taken in *Bunning* was to balance the two conflicting public policy considerations of bringing to conviction the guilty, on the one hand, and protecting the rights of accused persons, on the other.

The decision in *Bunning* has received favourable comment for two main reasons. First, it pays due regard to the fact that any decision on the admissibility of wrongfully obtained evidence inevitably involves a balancing of public policy considerations. Secondly, by referring to a number of judicially pronounced factors to reflect these public policy considerations, the Australian courts are equipped to exercise the discretion with consistency, predictability and clarity.⁶ Yet *Bunning* should be applauded only for demonstrating the ability of the Australian High Court to choose the best from a number of approaches then existing in common law jurisdictions. Full honours go to the Scottish courts which had, over 25 years before⁷, formulated the approach taken in *Bunning*.

Although *Bunning* generally adopted the Scottish type of discretion, that decision retained a material part of the English discretion. This aspect was pronounced on by Lord Reid in *Myers v. Director of Public Prosecutions*:

1. [1979] 2 All E.R. 1222

2. For example, see R. Cross, "Discretion and the Law of Evidence: when it comes to the Forensic Crunch" (1979) 30 N.I.L.Q. 289; J. D. Heydon, "Entrapment and Unfairly Obtained Evidence in the House of Lords" [1980] Crim. L.R. 129; D. Price, "Comment on *R. v. Sang*" (1980) 14 *The Law Teacher* 52; R. Pattenden, "The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence in England, Canada and Australia." (1980) 29 I.C.L.Q. 664.

3. See R. Pattenden, *op. cit. supra* n. 3, at 665-666.

4. [1970] 11 C.R.N.S. 235 (S.C.).

5. [1978] 19 A.L.R. 641 (H.C.).

6. In contrast, the loose notion of fairness governing the exercise of the English discretion fails to provide sufficient guidance for that task. This inadequacy of the discretion results in the guilt or innocence of an accused being made to depend on whether he appears before a judge who follows a very wide or narrow formulation of the discretionary rule.

7. The principal authority for the recognition of the discretionary rule in Scotland is the High Court of Justiciary case of *Lawrie v. Muir* 1950 S.L.T. 37.

It is true that a judge has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires, but it is a very different thing to say that he has a discretion to admit legally inadmissible evidence.⁸

It may therefore be said that under English common law, the judicial discretion with regard to the admissibility of evidence is entirely exclusionary.⁹ The Australian courts have retained this exclusionary nature of the discretion. Thus in *R v. Ireland*, Chief Justice Barwick said that "the judge has a discretion to reject the evidence",¹⁰ and in *Bunning*, this statement was held to represent the law in Australia.¹¹ Furthermore, in *Conley v. R.*, the South Australian Supreme Court applied *Ireland* and *Bunning* and stated that "the judge could reasonably have excluded the evidence in the exercise of his general discretion."¹² There is then a general rule of admissibility, followed by a discretionary rule of exclusion. As with cases involving the admissibility of voluntary confessions, the burden of invoking the exercise of the discretion rests with the party seeking to have the evidence excluded — this is invariably the accused.

The exclusionary nature of the discretion and the accompanying burden upon the accused do not fit well with the English approach of ensuring a fair trial to the accused. Neither are these features consistent with the Australian approach of balancing competing public policy considerations.

The notion of fairness raises the argument that the rules of criminal justice should be weighted against the State to compensate for the weaker position of the individual defendant. Generally, the law has considered it proper for the rules of evidence and procedure to afford greater protection to the individual in order to counterbalance the greater resources of the State. This assumes that disparity of resources derogates from the principle that every defendant should have a fair trial. The present-day accused must compete with an infinitely more powerful police force; he will probably now be tried without a jury, so that his chances of acquittal are much less than with a jury, and major inroads have been made by the State into the heavy burden of proof by the prosecution. Despite all these matters weighted against him, the accused is still required to satisfy the trial judge that unfairly obtained evidence, tendered at trial by the prosecution, should be rejected. Moreover, raising the issue may amount to an imputation on the character of the prosecution, and so expose the accused to cross-examination on his character. This has been suggested as one reason why there are surprisingly few cases on unfairly obtained evidence in England.¹³

The exclusionary discretion also contradicts the objectives sought to be achieved by the *Bunning* approach. It places too much power on the side of the prosecution and crime control authorities. The competing consideration of protecting individual rights dictates that the burden should rest on the prosecution to persuade the court that the evidence should be admitted. After

8. [1965] A.C. 1001 (H.L.) at 1024.

9. In some cases, however, the requirement of a fairly high degree of relevancy in order to render evidence admissible creates the appearance of the exercise of an inclusionary discretion.

10. (1970) 126 C.L.R. 321, at 335 (emphasis added).

11. [1978] 19 A.L.R. 641 (H.C.) at 657.

12. [1979] 21 S.A.S.R. 166, at 169-170 (emphasis added). See also *French v. Scarman* [1979] 20 S.A.S.R. 333, per King C. J. at 338; *Cross on Evidence* (2nd Australian edn.) at p. 32.

13. J. A. Andrews, "Involuntary Confessions and Illegally Obtained Evidence in Criminal Cases" [1963] Crim. L.R. 15, at 16; J. D. Heydon, "Illegally Obtained Evidence" (Pt. II) [1973] Crim. L.R. 690.

all, the evidence has been procured, in the first place, in breach of the law or some established social standard of conduct. Thus far, in only one of the five reported Australian cases¹⁴ which have applied the *Bunning* approach was the wrongfully obtained evidence excluded. The cause of this may well be the continuing existence of an exclusionary discretion in that jurisdiction.

The position in Scotland is that "evidence illegally or irregularly obtained is inadmissible unless the illegality or irregularity associated with its procurement can be excused by the court."¹⁵ While the final result might be the same in both Anglo-Australian and Scottish cases, the Scottish type of discretion places a slightly heavier onus on the judge to consider the appropriateness of admitting the evidence. Another consequence of this inclusionary discretion is that the party seeking to admit the evidence — normally the prosecution — would have the burden of showing to the court why the discretion should be exercised. When the discretion was first recognised in Scottish law, the courts of that jurisdiction did not hesitate to render inadmissible wrongfully obtained evidence.¹⁶ This is in sharp contrast to the Australian experience already noted.

The Scottish inclusionary discretion is consistent with the view that the discretion is to be exercised by balancing competing public policy considerations. The discretion strives towards this balance by requiring the positive determination by the court as to whether generally inadmissible evidence should be admitted. It also rests the burden of showing cause for admissibility upon the prosecution. The decisions of the English and Australian courts suggest that a discretion which is not inclusionary by nature will lean too heavily on the side of crime control considerations to the extent that unfairly obtained evidence will rarely be rendered inadmissible. It would therefore have been better if the High Court in *Bunning* had taken the additional step of incorporating the Scottish concept of an inclusionary discretion into Australian law.

However it is encouraging to note that the law reformers of that jurisdiction have not been idle on this issue.¹⁷ Thus clause 71 of the draft Evidence Bill of the Australian Law Reform Commission reads:

(1) Where, in proceedings in the court in respect of an offence, objection is taken to the admission of evidence on the ground that the evidence was obtained in contravention of, or in consequence of a failure to comply with a provision of this or any other Act, or any rule of the common law, in relation to a person, the court shall not admit the evidence unless it is, on the balance of probabilities, satisfied that admission of the evidence would specifically and substantially benefit the public interest without unduly prejudicing the rights and freedoms of any person.¹⁸

14. *French v. Scarman*, *supra*, n. 12. The wrongfully obtained evidence was not excluded in *Bunning v. Cross*, *supra*, n.5; *R. v. Lavery (No. 2)* [1979] 20 S.A.S.R. 430; *R. v. Conley*, *supra* n. 12, and *R. v. Franklin* [1980] 22 S.A.S.R. 101.

15. Sheriff MacPhail, research paper (April 1979, para 21.01) cited by Lord Scarman in *Sang*, *supra*, n. 1, at 1247. Involuntary confessions are also *prima facie* inadmissible, with a judicial discretion to admit them. See *Chalmers v. H.M. Advocate* [1954] J.C. 66, at 76. See also *R. v. Mahler* 1872 Irv. 634; A. G. Walker and N. W. Walker, *Law of Evidence in Scotland* (1964).

16. For example, see *Lawrie v. Muir*, *supra* n. 7; *McGovern v. H.M. Advocate* 1950 S.L.T. 133; *H.M. Advocate v. Turnbull* 1951 S.L.T. 409.

17. Australian Law Reform Commission Report, *Criminal Investigation* (Report No. 2) (1975), Draft Bill, s.71; New South Wales Law Reform Commission Working Paper, *Illegally and Improperly Obtained Evidence* (1979), Draft Bill, s. 200(1), (3) and (7).

18. It may be noted how this sub-section states that the trial judge's decision whether the evidence should be admitted is to be determined by the balancing of the competing public policy interests.

(2) The burden of satisfying the court that evidence obtained in contravention of, in consequence of the contravention of, or in consequence of failure to comply with a provision of this Act should be admitted in proceedings lies on the party who seeks to have the evidence admitted.

It may be observed how this section adopts the Scottish inclusionary discretion and places the onus on the party seeking to admit wrongfully obtained evidence to show cause why this should be done.¹⁹ In making this recommendation, the Law Reform Commission believed that "things will change if the court has to find a positive reason for exercising its discretion in favour of admissibility."²⁰ This belief, it is submitted, is well grounded, and the ensuing change would go a long way towards enhancing the proper administration of criminal justice.

MENG HEONG YEO

19. While the Canadian Law Reform Commission has proposed a judicial discretion over wrongfully obtained evidence, this discretion is exclusionary in nature. See Law Reform Commission of Canada, Report, *Evidence* (1975), Draft Evidence Code, s. 15.

20. Australian Law Reform Commission, *supra* n. 17, para 298.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

จันทิมา โรจนสโรช

ประวัติการศึกษา

พ.ศ.2530 ปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พ.ศ.2533 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 42

พ.ศ.2534 ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายธุรกิจ

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

อาจารย์พิเศษ คณะวิศวกรรมศาสตร์

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

ทนายความ