

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กและผู้หญิง จากการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะต้องมีการนำบุคคลซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย แต่การที่จะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลผู้กระทำความผิดได้นั้น จะต้องมีการตรวจสอบค้นหาความจริงของเรื่อง โดยมีกระบวนการในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมและแนวความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมาย ซึ่งสิ่งที่สามารถพิสูจน์ความจริงดังกล่าวได้แก่พยานหลักฐาน โดยเฉพาะพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ได้จากการเก็บตัวอย่างจากร่างกายของบุคคลจะต้องคำนึงถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในร่างกายบุคคลด้วย

ในปัจจุบันกฎหมายไทยได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการเก็บตัวอย่างของร่างกายบุคคลไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹ แต่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์แต่เพียงว่าให้ผู้ถูกตรวจต้องให้ความยินยอมและต้องดำเนินการโดยแพทย์ เท่านั้น โดยมีได้คำนึงสภาพความอ่อนแอทางด้านร่างกาย จิตใจและความพร้อมทางด้านสติปัญญาของเด็กซึ่งอาจไม่สามารถตัดสินใจที่จะให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองและบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมหากผู้ถูกตรวจเป็นเพศหญิงซึ่งบางครั้งอาจต้องมีการเปิดเผยร่างกาย จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษและประเทศนิวซีแลนด์ ต่างให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานทางด้านวิทยาศาสตร์และกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการเก็บตัวอย่างของร่างกายบุคคลไปตรวจพิสูจน์ได้เช่นเดียวกันกับประเทศไทย และยังมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเด็กและผู้ถูกตรวจที่เป็นเพศหญิงให้ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ เห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศและประเทศไทยมีความแตกต่างกันอยู่ ดังนั้นจึงมีประเด็นที่เป็นปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายไทยในปัจจุบัน สามารถคุ้มครองเด็กและผู้หญิงจากการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ได้เพียงพอหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษา

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1.

แนวความคิด ทฤษฎีและบทบัญญัติของต่างประเทศ มีกรณีที่จะต้องวิเคราะห์เพื่อนำข้อมูลมาใช้ในการปรับปรุงกฎหมายไทยดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบจากการตรวจพิสูจน์เด็กโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายของประเทศไทย

เนื่องจากในปัจจุบันการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์มีหลักเกณฑ์ที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก โดยไม่ได้คำนึงถึงสถานภาพ มนุษยธรรมและสภาพความแตกต่างของเด็กกับผู้ใหญ่ทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญาและอารมณ์ที่แตกต่างกันของเด็กในแต่ละวัย โดยผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีมักจะมองว่าเด็กเป็นเพียงบุคคลทั่วไปเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ไม่ได้คำนึงว่าเด็กจะได้รับผลกระทบทางด้านร่างกาย จิตใจ อารมณ์และพัฒนาการในด้านการเรียนรู้ อย่างไรก็ตาม เด็กควรได้รับความคุ้มครอง ปกป้องดูแลตามกฎหมายเป็นพิเศษจากผู้ใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่จะต้องมีการตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเด็กอาจจะต้องถูกส่งไปยังสถานพยาบาลเพื่อรับการตรวจหาร่องรอยในการทำร้ายเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีต่อไป ยิ่งเด็กที่เป็นผู้เสียหายแล้วก็จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งเด็กมักจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมอยู่เสมอ ๆ และพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ก็ถือได้ว่ามีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการพิสูจน์ความจริงในคดีอาญาในปัจจุบัน

4.1.1 วิเคราะห์หลักการให้ความยินยอมของเด็ก

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1² วรรคสองกำหนดให้มีการเก็บตัวอย่างจากร่างกาย ซึ่งถือว่าการกระทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นการกระทบต่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของร่างกายบุคคลที่จะไม่ถูกทรมานหรือทารุณโหดร้าย ด้วยเหตุ

² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 วรรคสอง ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หากการตรวจพิสูจน์ตามวรรคหนึ่งจำเป็นต้องตรวจเก็บตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน น้ำลาย ปัสสาวะ อุจจาระ สารคัดหลั่ง สารพันธุกรรมหรือส่วนประกอบของร่างกายจากผู้ต้องหา ผู้เสียหาย หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบมีอำนาจให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจดังกล่าวได้แต่ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควร โดยใช้วิธีการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้นี้จะต้องไม่เป็นอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยของบุคคลนั้น และผู้ต้องหา ผู้เสียหาย หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องให้ความยินยอม หากผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายไม่ยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายกระทำการป้องกันขัดขวางมิให้บุคคลผู้เกี่ยวข้องยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรให้สันนิษฐานไว้เบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามผลการตรวจพิสูจน์ที่หากได้ตรวจพิสูจน์แล้วจะเป็นผลเสียต่อผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายแล้วแต่กรณี.

ดังกล่าวจึงมีการกำหนดให้การเก็บตัวอย่างของร่างกายบุคคลไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องหา ผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่จะถูกตรวจก่อนไม่ว่าผู้จะต้องถูกตรวจดังกล่าวจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่หรือไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม ต่างก็จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจที่กระทำต่อเด็กจึงต้องได้รับความยินยอมจากเด็กเช่นเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าผู้จะต้องถูกตรวจซึ่งเป็นเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปีนั้น จะมีความสามารถในการรับรู้ถึงการให้ความยินยอมหรือผลของการปฏิเสธความยินยอมของตนเองหรือไม่ เพียงใด หรือพ่อแม่ ผู้ปกครองสามารถให้ความยินยอมแทนเด็กได้หรือไม่

กรณีดังกล่าวนี้หากพิจารณาในแง่มุมของแนวคิดในการคุ้มครองเด็กแล้ว เด็กถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญา ดังนั้นในทางกฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดความสามารถของเด็ก โดยเฉพาะตามกฎหมายแพ่งแล้วเด็กที่อายุยังไม่เกิน 20 ปี ถือว่าเป็นผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถ กฎหมายจึงได้กำหนดให้การทำนิติกรรมใด ๆ ของเด็กจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน³ ทั้งยังได้กำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาด้วย เห็นได้ว่าความมุ่งหมายของบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งดังกล่าวสืบเนื่องมาจากสภาพของเด็กถือได้ว่ายังขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาที่จะตัดสินใจอะไรที่มีผลในทางกฎหมายได้ด้วยตนเองจึงกำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจ โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนจึงจะสามารถทำนิติกรรมใด ๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องความสามารถของตนเอง⁴ และเป็นผลเสียหายนับตนเองได้ เพราะการทำนิติกรรมดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องสำคัญและมีผลผูกพันต่อเด็กและเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดมาแสวงหาประโยชน์จากเด็กได้ หากเปรียบเทียบกับความยินยอมของเด็กในการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจทางวิทยาศาสตร์ในทางอาญา แม้ว่าความยินยอมดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นการทำนิติกรรมก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงความมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กและสภาพของความเป็นเด็กแล้ว คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสภาพความพร้อมของเด็กในทางอาญาก็ไม่ได้แตกต่างไปจากผู้เยาว์ในกฎหมายแพ่ง ซึ่งยังถือว่า

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 24 ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก่ฐานะานุรูปแห่งตน และเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะไปได้ซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง.

เป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาเช่นเดียวกัน การตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ จึงไม่อาจตัดสินใจได้ด้วยลำพังตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วการเก็บตัวอย่างของร่างกายเพื่อนำไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเด็ก ยิ่งเสียกว่าการทำนิติกรรมในทางแพ่ง ยังจะต้องได้รับการคุ้มครองมากเป็นพิเศษเช่นเดียวกัน

จะเห็นได้ว่าตามแนวคิดในการคุ้มครองเด็กถือว่าเด็กไม่สามารถให้ความยินยอมโดยแท้จริงได้ เนื่องจากเด็กมีสภาพทางด้านร่างกาย สติปัญญา จิตใจ อารมณ์ แตกต่างไปจากผู้ใหญ่ จึงต้องมีการคุ้มครองเด็กโดยเริ่มจากการที่สังคมให้การดูแลเด็ก โดยการให้เสรีภาพและยอมรับถึงศักดิ์ศรีของเด็ก และให้เด็กได้รับแต่สิ่งที่ดีเพื่อประโยชน์โดยแท้จริงของเด็กให้ได้รับการดูแลเอาใจใส่เป็นพิเศษ ทั้งนี้เนื่องจากความอ่อนแอของเด็กและความแตกต่างระหว่างโลกของความเป็นเด็กและผู้ใหญ่ ดังนั้นการให้ความยินยอมของเด็กผู้ถูกตรวจเพียงลำพัง จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมโดยแท้จริงของผู้ถูกตรวจได้ เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กกฎหมายจึงไม่ควรนำแต่เพียงความยินยอมของเด็กมาเป็นหลักเกณฑ์ในตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์

นอกจากเด็กจะยังไม่สามารถตัดสินใจที่จะยินยอมได้ด้วยตนเองแล้ว ในบางครั้งความยินยอมของเด็กอาจเกิดจากการถูกชักจูงใจ การหลอกล่อโดยที่เด็กไม่สามารถรับรู้ได้ว่าความยินยอมดังกล่าวของตนเองจะก่อให้เกิดผลอย่างไรบ้าง หากเด็กให้ความยินยอมเพราะเหตุดังกล่าวความยินยอมนั้นก็ถือว่าไม่ใช่ความยินยอมจากผู้ถูกตรวจอย่างแท้จริง ฉะนั้น เด็กจึงไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองเพียงลำพัง การเก็บตัวอย่างของร่างกายเด็กไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกตรวจก่อนนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมจากผู้ถูกตรวจ ดังนั้น ในปัจจุบันการแก้ไขกฎหมายจึงมีการคำนึงถึงปัญหาดังกล่าวมากขึ้น โดยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองเด็กมากขึ้นและในเรื่องการให้ความยินยอมดังกล่าว ก็ได้รับการพิจารณาและมีการบัญญัติให้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นการคุ้มครองเด็ก โดยกำหนดให้การตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้ถูกตรวจเป็นผู้เยาว์อายุไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ นอกจากจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์แล้ว จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนด้วย⁶ เนื่องจากมองเห็นว่าเด็กเป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมทางด้านปัญญาทำให้การขอ

⁶ มาตรา 160 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในระหว่างพิจารณาคดีเมื่อคู่ความฝ่ายใดร้องขอหรือศาลเห็นสมควร ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องไปให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเห็นสมควรตรวจร่างกาย เก็บตัวอย่างเลือด สารคัดหลั่ง สารพันธุกรรม หรือดำเนินการอื่นใด เพื่อตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นข้อพิพาทที่สำคัญแห่งคดี ทั้งนี้ ต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น

ความยินยอมจากเด็กเพียงลำพังอาจไม่ใช่การให้ความยินยอมของผู้ถูกตรวจอย่างแท้จริงจึงมีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองเด็ก แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับแต่เฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น หากเป็นการตรวจพิสูจน์เด็กในคดีอาญาก็ยังคงต้องใช้หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่เช่นเดิม โดยเด็กที่ต้องถูกตรวจในคดีอาญายังคงต้องใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับหลักเกณฑ์การขอความยินยอมจากผู้ถูกตรวจที่เป็นผู้ใหญ่ จึงทำให้เด็กในคดีอาญายังไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้เยาว์ในคดีแพ่ง จากที่กล่าวมานั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการขอความยินยอมในการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ในคดีอาญากรณีที่ผู้ถูกตรวจเป็นเด็กและผู้ใหญ่ควรต้องมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองเด็กที่มุ่งคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แต่ในคดีอาญาที่เด็กจะต้องเป็นผู้ถูกตรวจตามบทบัญญัติกฎหมายไทย เด็กกลับไม่ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด

4.1.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดให้ผู้คล้อยตามอยู่ร่วมในขณะตรวจ

การแสวงหาพยานหลักฐานจากการนำส่วนประกอบของร่างกายไปตรวจทางวิทยาศาสตร์ในกรณีที่ผู้ถูกตรวจเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี กฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ในชั้นสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 131/1 และในชั้นพิจารณาตามมาตรา 244/1 ซึ่งมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ โดยให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนที่จะต้องถูกตรวจอย่างเท่าเทียมกันโดยเข้มงวดไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองเด็กหรือบุคคลใดไว้เป็นพิเศษในเรื่องดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มุ่งคุ้มครองเด็กที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีความไม่ได้ถูกละเลยเสียทีเดียว เนื่องจากมีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองของเด็กจากการแสวงหาพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาจากเด็กโดยมีการเพิ่มประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์และรูปแบบในการค้นหาความจริงจากเด็กดังนี้

และสมควรโดยใช้วิธีการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ และจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจของบุคคลนั้น ทั้งนี้ ถือเป็นสิทธิของคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นที่จะยินยอมหรือไม่ก็ได้

ในกรณีผู้เยาว์อายุยังไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ ก่อนที่แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญจะเก็บตัวอย่างเลือด สารคัดหลั่ง หรือสารพันธุกรรมของผู้เยาว์เพื่อใช้ในการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์นั้นด้วย.

1. กำหนดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ เข้าร่วมในการร้องทุกข์ การสอบสวน⁸ การไต่สวนมูลฟ้อง⁹ ในคดีที่พยาน ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปี
2. กำหนดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอเข้าร่วมในการชี้ตัวผู้ต้องหาในคดีที่ผู้เสียหายหรือพยานไม่อายุไม่เกิน 18 ปี¹⁰
3. กำหนดให้การสอบสวนผู้ต้องหา ที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องมีความอยู่ร่วมด้วย¹¹

จากการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ความคุ้มครองกับเด็กที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งการร้องทุกข์ การสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้อง รวมถึงการพิจารณาของผู้เสียหาย พยาน ผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าผู้ใหญ่ เนื่องจากเด็กอาจไม่รู้สภาพความจริงหรืออธิบายข้อเท็จจริงที่พบเห็นได้ หรืออาจเกิดความกลัวเนื่องจากสภาพร่างกายและจิตใจที่อ่อนแอของเด็กแตกต่างจากผู้ใหญ่ ซึ่งมีความพร้อมทั้งร่างกายและสติปัญญา ทำให้มีการแก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ต้องให้บุคคลอื่นหรือบุคคลที่กฎหมายกำหนดที่เรียกว่า สหวิชาชีพ เข้ามามีส่วนร่วมในการคุ้มครองเด็กด้วย

เมื่อเปรียบเทียบกับ การเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์แล้ว จะเห็นได้ว่าการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลถือว่าเป็นสิ่งสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากันเนื่องจากการกระทำที่เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล หากว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายโดยเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี แล้ว ก็ถือได้ว่าเด็กนั้นตกอยู่ในสภาพไม่แตกต่างไปจากเด็กที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยการร้องทุกข์ การสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้อง ดังกล่าว

นอกจากนี้แล้ว การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บตัวอย่างจากร่างกายว่าจะต้องมีบุคคลใดอยู่ร่วมในขณะตรวจได้หรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาว่าการปล่อยให้เด็กอยู่กับผู้ตรวจตามลำพังย่อมทำให้เด็กเกิดความวิตกกังวลที่จะต้องอยู่กับผู้ตรวจซึ่งเป็นบุคคล

⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 124/1.

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/2.

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 171.

¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ตริ.

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1.

แปลกหน้าส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กซ้ำขึ้นไปอีก และแม้ว่าเด็กจะยินยอมให้มีการตรวจพิสูจน์แล้ว ก็ตาม แต่การที่เด็กไม่คุ้นเคยกับเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจอาจทำให้เด็กไม่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ ทำให้เป็นอุปสรรคในการปฏิบัติงานได้ หากให้บุคคลอื่นที่มีความคุ้นเคยและสามารถพูดกับเด็กให้ร่วมมือกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก็จะทำให้การปฏิบัติงานสำเร็จลุล่วงไปตามวัตถุประสงค์ได้และยังทำให้เด็กรู้สึกอบอุ่นใจ ไม่วิตกกังวลจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจ เป็นการคุ้มครองเด็กไม่ได้ให้รับผลกระทบทางด้านจิตใจเพิ่มเติมขึ้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยกลับปรากฏว่าการให้ความคุ้มครองแก่เด็กโดยให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมกับเด็กด้วยที่กล่าวมานั้น กลับปรากฏอยู่ในเรื่องของการสอบปากคำ การร้องทุกข์และการชี้ตัวผู้ต้องหาเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่กฎหมายไทยไม่ได้ให้การคุ้มครองแก่เด็กในเรื่องดังกล่าวนี้เช่นเดียวกับกรณีอื่น ๆ ทำให้เด็กไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอและอาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจเด็ก

4.2 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบจากการตรวจพิสูจน์ผู้หญิงโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายของประเทศไทย

การเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์นั้น แม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลได้ แต่การปฏิบัติต่อบุคคลในการตรวจร่างกายก็ต้องไม่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ซึ่งในปัจจุบันความเท่าเทียมกันของชายและหญิงได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเสมอไป เพราะโดยธรรมชาติหญิงจะมีภาวะทางด้านจิตใจและสรีระทางด้านร่างกายที่อ่อนแอกว่าเพศชายจึงต้องการความละเอียดอ่อนมากกว่า ดังนั้นหากว่าผู้ถูกตรวจเป็นเพศหญิงแล้วการตรวจบุคคลดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงการปฏิบัติต่อหญิงนั้นว่าสมควรปฏิบัติเช่นนั้นหรือไม่ และผู้ตรวจจะต้องคำนึงถึงสภาพจิตใจของเพศหญิงด้วย เนื่องจากสังคมในปัจจุบันได้ให้ความสำคัญกับการปฏิบัติที่มีผลกระทบทางด้านจิตใจของเหยื่ออาชญากรรมเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในคดีความผิดทางเพศ หญิงมักตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมซึ่งทำให้ได้รับการกระทบกระเทือนทางด้านจิตใจอยู่แล้ว จึงไม่ควรทำให้หญิงรู้สึกว่าได้ตนเองถูกซ้ำเติมจากกระบวนการยุติธรรมอีก

4.2.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การตรวจพิสูจน์โดยผู้ถูกตรวจที่เป็นผู้หญิง

กฎหมายไทยนั้นเดิมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ได้บัญญัติในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลไว้ในมาตรา 132(1) ซึ่งกำหนดให้อำนาจพนักงานสอบสวนที่จะตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอมหรือตรวจตัวผู้ต้องหาหรือตรวจสิ่งของหรือสิ่งใดก็ตามที่สามารถอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ รวมทั้งทำภาพถ่ายแผนที่

หรือภาพวาดจำลอง หรือพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่ปรากฏอยู่บนร่างกายของบุคคล เช่น คราบโลหิต คราบดิน ผื่นเขม่าดินปืน

ต่อมาจึงมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 131/1 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 เนื่องจากเกิดปัญหาในข้อจำกัดในการใช้อำนาจของรัฐที่จะแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายบุคคลเพราะการตรวจเลือดถือเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิในร่างกายของบุคคลจึงจะต้องได้รับความยินยอมของผู้ถูกตรวจเท่านั้นดังที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 131/1 วรรคสอง ที่บัญญัติเพิ่มเติมใหม่ เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่แต่บทบัญญัตินี้ไม่ได้แบ่งแยกในเรื่องเพศของผู้ถูกตรวจไว้แต่อย่างใด ในขณะที่บทบัญญัติมาตรา 132(1) มีการพิจารณาและแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 โดยมีการเพิ่มเติมวรรคสองของ (1) ดังกล่าวให้คุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ถูกตรวจไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือ หากการตรวจที่ผู้ถูกตรวจเป็นเพศหญิงให้จัดเจ้าพนักงานที่เป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติที่ได้เพิ่มเติมดังกล่าวได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงว่าหากมีการตรวจเพศหญิงแล้วจะต้องไม่กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิง โดยคุ้มครองหญิงผู้ถูกตรวจไม่ให้ได้รับความอับอาย จึงได้กำหนดให้เจ้าพนักงานที่เป็นหญิงเป็นผู้ตรวจ

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 132(1) และมาตรา 131/1 วรรคสองแล้วพบว่าบทบัญญัติมาตรา 132 เป็นการตรวจตัวบุคคลภายนอกร่างกายมิได้ล่วงล้ำเข้าไปสิทธิในร่างกายของผู้ถูกตรวจแต่อย่างใด ส่วนมาตรา 131/1 วรรคสองเป็นการตรวจโดยมีการกระทำที่เป็นการก้าวล่วงสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย แต่การตรวจบุคคลทั้งสองกรณีอาจต้องมีการเปิดเผยร่างกายของผู้ถูกตรวจได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 131/1 วรรคสอง กำหนดให้แพทย์เป็นผู้ตรวจก็ตาม แต่ผู้ถูกตรวจอาจมีความรู้สึกอับอายอยู่หากผู้ตรวจเป็นเพศชายโดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้หญิงเป็นผู้เสียหายการตรวจหาร่องรอยการข่มขืน นอกจากหญิงจะได้รับการกระทบกระเทือนทางด้านจิตใจที่เกิดจากการที่ตนจะต้องตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดแล้ว ยังจะทำให้หญิงเกิดความรู้สึกอับอายมากขึ้นจากการตรวจได้ แต่บทบัญญัติมาตรา 131/1 วรรคสอง กลับไม่ได้คำนึงถึงเรื่องเพศของผู้ถูกตรวจทำให้ผู้หญิงผู้ถูกตรวจไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลที่เป็นหญิงควรจะได้รับปฏิบัติที่เหมาะสมเช่นเดียวกันทั้งในเรื่องการตรวจตัวตามมาตรา 132 และการพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์มาตรา 131/1

วรรคสอง เพื่อให้หญิงได้รับการปกป้องคุ้มครองตลอดทั้งเรื่อง สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองผู้หญิง

4.2.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมในขณะตรวจ

การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 132(1) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา นอกจากจะกำหนดให้การตรวจเพศหญิงจะต้องดำเนินการโดยผู้ตรวจที่เป็นเพศหญิงแล้ว ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญขึ้นอีกประการหนึ่ง คือ การกำหนดให้ผู้ถูกตรวจสามารถให้บุคคลโดยอยู่ร่วมในการตรวจด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรหาว่าผู้ถูกตรวจดังกล่าวเป็นเพศหญิง เนื่องจากเพศหญิงแม้ว่าจะเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้วก็ตาม แต่โดยธรรมชาติตามธรรมชาติของเพศหญิงมักมีสภาพทางด้านร่างกาย จิตใจที่ประปรายแตกต่างไปจากเพศชาย ที่มีความเข้มแข็งมากกว่า ดังนั้นเพื่อให้หญิงผู้ถูกตรวจรู้สึกสบายใจและปลอดภัยหากต้องอยู่กับ ผู้ถูกตรวจสองต่อสองจึงมีการกำหนดให้มีบุคคลอื่นอยู่ร่วมในการตรวจได้ ทั้งยังเป็นการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานโดยทางอ้อมจากบุคคลภายนอกอีกด้วย

ซึ่งการตรวจร่างกายตามบทบัญญัติมาตรา 132(1) และการตรวจทางวิทยาศาสตร์ตามมาตรา 131/1 วรรคสอง ที่ผู้ถูกตรวจเป็นเพศหญิงนั้น คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสภาพจิตใจของผู้ถูกตรวจคงไม่แตกต่างไปจากกันมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถูกตรวจที่เป็นหญิงผู้เสียหายแล้วยังจะได้รับผลกระทบทางด้านจิตใจมากอยู่แล้ว ทั้งการตรวจโดยการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจทางวิทยาศาสตร์ถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการตรวจร่างกายตามมาตรา 132(1) แต่การเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ตามมาตรา 131/1 วรรคสอง ที่ผู้ถูกตรวจเป็นเพศหญิงกลับไม่ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใดอันเป็นการคุ้มครองที่จะทำให้อุปนิสัยที่เป็นการล่วงเกินสิทธิหญิงจากเจ้าหน้าที่ได้

4.3 วิเคราะห์การกำหนดแนวทางการคุ้มครองเด็กและผู้หญิงจากการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

การเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์นั้น กฎหมายไทยและต่างประเทศ ต่างมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไป ซึ่งหัวข้อนี้จะได้วิเคราะห์แนวทางเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและผู้หญิงเพื่อนำมาใช้ในการกำหนดแนวทางในการคุ้มครองที่เหมาะสมต่อไป

4.3.1 วิเคราะห์การกำหนดแนวทางร่วมกันในการคุ้มครองเด็กและผู้หญิง

4.3.1.1 ผู้มีอำนาจสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์

ตามกฎหมายไทยเกี่ยวกับการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ได้กำหนดให้สามารถกระทำได้ในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา โดยชั้นสอบสวนได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจในการสั่งให้ดำเนินการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ได้แก่ พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบมีอำนาจให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวจะต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี¹² ส่วนในชั้นพิจารณานั้นได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลที่จะสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้ หากมีความจำเป็นจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นด้วยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ และสามารถสั่งให้ทำการตรวจพิสูจน์ได้ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก โดยไม่ได้กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้เช่นในชั้นสอบสวน¹³

การที่กฎหมายไทยกำหนดให้ชั้นสอบสวนเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนที่จะใช้ดุลพินิจสั่งให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการเก็บตัวอย่างจากร่างกายของผู้ถูกตรวจได้ ทำให้ขาดกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลที่เพียงพอ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในร่างกายของผู้ถูกตรวจเป็นอย่างมาก การมีมาตรการตรวจสอบและถ่วงดุลจึงเป็นมาตรการสำคัญที่จะสามารถปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกตรวจไม่ให้ถูกกระทบมากเกินไปจนเกิดความจำเป็น หากเปรียบเทียบกับมาตรการอื่น ๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น การจับและการค้น กฎหมายกลับกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจสั่งได้ ทั้งที่การตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในร่างกายของบุคคลยิ่งเสียกว่าการจับและการค้น แต่กฎหมายไทยกลับไม่ได้กำหนดมาตรการในการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกเช่นศาลไว้แต่อย่างใด ทั้งตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ได้กำหนดให้การตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล เว้นแต่กรณีจำเป็นเร่งด่วนหากชักช้าจะเกิดผลร้ายแก่ผลการตรวจพิสูจน์ จึงเป็นอำนาจของพนักงานอัยการและผู้ช่วยพนักงานอัยการเป็นผู้ออกคำสั่งดังกล่าวได้ เพื่อทำการตรวจสอบและถ่วงดุลในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ ทำให้การใช้อำนาจรัฐไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลมากเกินไปจนความจำเป็น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้การตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์จะต้องให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งในชั้นสอบสวนด้วย หากมีกรณีจำเป็นเร่งด่วนควรกำหนดให้พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์บุคคลได้ตามแนวทางของประเทศเยอรมนี เพื่อเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กรภายนอกและไม่ให้การใช้อำนาจรัฐกระทบสิทธิในร่างกายของผู้ถูกตรวจเกินความจำเป็น

¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 วรรคสอง.

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 244/1.

4.3.1.2 การกำหนดให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมในขณะตรวจ

การกำหนดให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมในขณะตรวจตามกฎหมายไทยนั้น จากการศึกษาพบว่าปรากฏอยู่ในเรื่องการตรวจตัวผู้เสียหายหรือตรวจตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 132(1) และเรื่องการถามปากคำผู้เสียหายที่เป็นหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 โดยมีการกำหนดให้ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะนำบุคคลใดมาอยู่ร่วมในการตรวจหรือสอบปากคำนั้นด้วยก็ได้¹⁴

ส่วนกรณีของเด็กเป็นผู้ถูกตรวจนั้นปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองเด็กที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีอาญามากขึ้น โดยมีการกำหนดให้การสอบสวน การถามปากคำผู้เสียหายหรือพยาน หรือผู้ต้องหาจะต้องกระทำที่สถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กและจัดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการอยู่ร่วมกับเด็กด้วย ทำให้เห็นว่าการรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ในชั้นสอบสวนกฎหมายได้บัญญัติโดยคำนึงถึงการคุ้มครองเด็กและผู้หญิงไว้เป็นพิเศษ แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป เนื่องจากเด็กและผู้หญิงต่างมีสภาพทางด้านร่างกายและจิตใจที่เปราะบางเช่นเดียวกัน จึงเป็นบุคคลที่อาจตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ที่เป็นเพศชายซึ่งมีสรีระทางด้านร่างกายที่แข็งแรงตามธรรมชาติ หากเด็กและผู้หญิงต้องตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมแล้วการที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ ไว้ว่าจะต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลอื่นโดยไม่ได้คุ้มครองเด็กและผู้หญิงไว้เป็นพิเศษแล้ว ย่อมจะเป็นการซ้ำเติมบุคคลดังกล่าวให้ได้รับความบอบซ้ำทางด้านจิตใจมากขึ้นจากการดำเนินคดีตามกฎหมาย ดังนั้น ควรที่จะกำหนดให้ได้รับความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ แต่การคุ้มครองเด็กและผู้หญิงในเรื่องต่าง ๆ ตามกฎหมายไทยกลับพบว่าปรากฏอยู่ในเรื่องการสอบปากคำในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและการสอบสวนเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้น เด็กและผู้หญิงที่จะต้องถูกตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์จึงยังไม่ได้รับการคุ้มครองแต่อย่างใด ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองเด็กและผู้หญิง

หากพิจารณาหลักเกณฑ์การตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ของประเทศอังกฤษแล้ว กลับพบว่ามีความแตกต่างจากกฎหมายไทย กล่าวคือประเทศอังกฤษมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจทางวิทยาศาสตร์เพื่อคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 17 ปี เพิ่มขึ้นจากการตรวจบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ โดยมีการกำหนดให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์สามารถอยู่ร่วมในการตรวจได้หากว่ามีความจำเป็น แม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศตรงข้ามกับผู้ถูกตรวจก็ตาม ส่วนบุคคลอื่นไม่สามารถอยู่ร่วมในการตรวจได้นอกจากจะเป็นแพทย์หรือพยาบาลซึ่งเป็นผู้ตรวจ

ส่วนการทดสอบหาสารเสพติดในร่างกาย นั้น ตามกฎหมายอังกฤษการเก็บตัวอย่างจะต้องนำมาจากปัสสาวะหรือตัวอย่างชนิดอย่างไม่ใกล้ชิด (Non Intimate Sample) จากบุคคลที่อยู่

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 (1).

ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจและจะต้องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจตำแหน่งตั้งแต่สารวัตรขึ้นไป (Inspector) เป็นผู้มีคำสั่งอนุญาตให้มีการเก็บตัวอย่าง นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้การตรวจเด็กที่อายุไม่เกิน 17 ปี จะต้องพิจารณาถึงอายุของเด็กด้วย และการเก็บตัวอย่างจากเด็กจะไม่สามารถกระทำได้อีกหากว่าไม่มีผู้ใหญ่ที่เหมาะสมอยู่ร่วมด้วย ซึ่งผู้ใหญ่ที่เหมาะสมนี้ กฎหมายอังกฤษก็ได้กำหนดตัวบุคคลที่สามารถอยู่ในระหว่างการตรวจกับเด็กได้ไว้อย่างชัดเจนให้หมายถึงพ่อ แม่ หรือผู้ปกครอง หรือ กรณีที่บุคคลนั้นอยู่ในความดูแลของหน่วยงานท้องถิ่นหรือองค์กรมูลนิธิต้องต้องมีบุคคลที่เป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นนั้นหรือองค์กรดังกล่าวหรือเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์ของหน่วยงานท้องถิ่นในกรณีที่ไม่มี พ่อ แม่ ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นนั้นหรือองค์กรดังกล่าว หรือเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์ของหน่วยงานท้องถิ่นก็ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีความรับผิดชอบ โดยมีอายุ 18 ปี หรือมากกว่า ซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเป็นลูกจ้างของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สามารถอยู่ร่วมด้วยได้ นอกจากนี้เด็กแล้วยังได้ตระหนักถึงบุคคลอื่นซึ่งถือได้ว่ามีความอ่อนแอเช่นเดียวกันกับเด็กให้ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษด้วย คือ บุคคลวิกลจริตหรือบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต โดยไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึง ผู้ถูกตรวจที่เป็นเพศหญิงด้วย แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นการคุ้มครองเพศหญิงไว้เช่นกัน โดยมีการกำหนดให้การตรวจที่ต้องถอดเสื้อผ้าของผู้ถูกตรวจจะต้องไม่ทำให้ผู้นั้นรู้สึกอับอายและต้องไม่มีผู้อื่นที่เป็นเพศตรงข้ามกับผู้ถูกตรวจอยู่ในระหว่างการตรวจ เว้นแต่จะเป็นแพทย์หรือพยาบาลที่เป็นผู้ตรวจ

ส่วนประเทศนิวซีแลนด์ จากการศึกษาพบว่าได้บัญญัติกฎหมายโดยคำนึงสิทธิของผู้ถูกตรวจในลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษโดยมีกำหนดหลักเกณฑ์ให้การเก็บตัวอย่างจากร่างกายบุคคลที่จะให้ตัวอย่างสามารถให้ทนายความหรือบุคคลอื่นใดที่ผู้ถูกตรวจนั้นเลือกอยู่ร่วมในการตรวจด้วยได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ใช้ได้ทั้งกับเด็กและผู้หญิง การให้ทนายความอยู่ร่วมด้วยถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกตรวจได้อย่างดี ส่วนประเทศเยอรมนีนอกจากจะกำหนดให้การตรวจเพศหญิงต้องกระทำโดยเพศหญิงแล้ว ผู้หญิงยังได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในการตรวจโดยสามารถที่จะร้องขอให้หญิงอื่นหรือญาติเข้าอยู่ด้วยขณะทำการตรวจได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับประเทศนิวซีแลนด์ที่ได้กำหนดให้บุคคลที่ให้ตัวอย่างมีสิทธิที่จะให้ทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งผู้ถูกตรวจนั้นเลือกอยู่ร่วมด้วยได้ แต่แตกต่างกันที่ประเทศเยอรมนีมุ่งคุ้มครองบุคคลผู้ถูกตรวจที่เป็นเพศหญิง ส่วนประเทศนิวซีแลนด์ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ถูกตรวจทุกคนอย่างเท่าเทียมกันไม่ได้มุ่งคุ้มครองแต่เฉพาะเพศหญิงดังเช่นประเทศเยอรมนี

จะเห็นได้ว่าทั้งกฎหมายอังกฤษและกฎหมายนิวซีแลนด์ต่างได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เด็กในเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจโดยให้มีบุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในขณะตรวจ และกำหนดตัวบุคคลไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ประเทศนิวซีแลนด์นั้นผู้หญิงก็ได้รับความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวนี้ด้วยเช่นกัน ส่วนประเทศเยอรมนีกำหนดให้ผู้หญิงสามารถให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมในขณะตรวจได้ โดยไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กด้วยแต่อย่างใด หากพิจารณาถึงเหตุผลของการให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมในการเก็บตัวอย่างกับเด็กและผู้หญิงด้วย คงเป็นเพราะต้องการให้เด็กและหญิงเกิดความอบอุ่นใจในระหว่างการตรวจหรือเก็บตัวอย่าง และบุคคลที่ควรอยู่ร่วมด้วยที่เหมาะสมในกรณีของเด็กก็ควรจะเป็นบิดามารดา ญาติสนิท ผู้ปกครองหรือผู้ที่ดูแลเลี้ยงดูเด็ก เพราะบุคคลดังกล่าวจะทำให้เด็กรู้สึกอบอุ่นใจได้และสามารถพูดให้เด็กคลายความกลัวที่มีอยู่ ทำให้เด็กให้ความร่วมมือแก่เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจได้ดีกว่าที่จะให้เด็กอยู่ตามลำพังซึ่งเป็นผลดีต่อตัวเด็ก ทำให้เด็กได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่ได้บัญญัติกฎหมายโดยมีการคำนึงถึงเรื่องอายุและเพศของบุคคลที่จะต้องให้ได้รับการคุ้มครองไว้เป็นพิเศษเช่นเด็กและผู้หญิง แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยปรากฏว่าการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้หญิงโดยให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมด้วย กลับปรากฏอยู่ในเรื่องของการสอบปากคำ การร้องทุกข์และการชี้ตัวผู้ต้องหาหรือการตรวจตัวผู้ต้องหา ผู้เสียหายที่เป็นหญิง และการสอบปากคำหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศเท่านั้น หากเปรียบเทียบเรื่องดังกล่าวกับการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์แล้ว จะเห็นได้ว่าการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลถือว่าเป็นสิ่งสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน เนื่องจากการล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล การที่กฎหมายไทยกำหนดหลักเกณฑ์ในการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจทั้งที่ผู้ถูกตรวจเป็นเด็กและผู้หญิงจะต้องมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่จึงไม่สอดคล้องกับสภาพของตัวเด็กและผู้หญิงซึ่งเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางด้านร่างกายและจิตใจ

ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้การเก็บตัวอย่างร่างกายเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี และผู้หญิงใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น ยังขาดความเหมาะสมอยู่ ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้หญิงอย่างเพียงพอ ดังนั้น กฎหมายไทยจึงควรกำหนดให้การตรวจผู้หญิงและเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี สามารถให้บุคคลอื่นซึ่งไว้วางใจอยู่ด้วยในขณะที่มีการตรวจพิสูจน์ได้และควรกำหนดให้ชัดเจนว่านอกจากบุคคลที่ไว้วางใจกับผู้ถูกตรวจแล้ว จะต้องไม่มีบุคคลอื่นอยู่ร่วมด้วยในขณะตรวจดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศ ก็จะทำให้เด็กและผู้หญิงได้รับการคุ้มครองมากขึ้น

4.3.2 วิเคราะห์การกำหนดแนวทางเฉพาะในการคุ้มครองของเด็กและผู้หญิง

4.3.2.1 การให้ความยินยอมของเด็ก

การให้ความยินยอมของผู้ถูกตรวจตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญที่สามารถตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้ แต่เนื่องจากผู้ถูกตรวจที่เป็นเด็กซึ่งถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมด้านสติปัญญา หากอาศัยเฉพาะความยินยอมของเด็กแล้ว ย่อมทำให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกับบุคคลอื่น เพราะเด็กไม่สามารถเข้าใจถึงผลของการยินยอมหรือไม่ยินยอม ซึ่งในการตรวจพิสูจน์บุคคลทางวิทยาศาสตร์ในคดีอาญาตามกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเด็กในเรื่องการขอความยินยอมไว้แต่อย่างใด คงปรากฏแต่เฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น โดยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดให้การให้ความยินยอมในการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้เยาว์อายุไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ นอกจากจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์แล้ว จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนด้วย เนื่องจากเด็กถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมทางด้านปัญญาทำให้การขอความยินยอมจากเด็กเพียงลำพังอาจไม่ใช่การให้ความยินยอมของผู้ถูกตรวจอย่างแท้จริงกฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะและสติปัญญาที่จะรับรู้ถึงผลของการยินยอมหรือไม่ยินยอมเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจกับเด็กด้วย ดังนั้น การตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้ถูกตรวจเป็นเด็กในคดีอาญาก็ยังคงใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่อาศัยแต่เฉพาะความยินยอมของผู้ถูกตรวจเท่านั้น หากเด็กเป็นผู้ถูกตรวจการขอความยินยอมก็ต้องเป็นความยินยอมแต่เฉพาะของเด็กนั่นเอง ทำให้หลักเกณฑ์ในการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่เด็กเป็นผู้ถูกตรวจในคดีแพ่งและคดีอาญา เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

หากพิจารณากฎหมายของต่างประเทศจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกับกฎหมายไทย โดยหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่ให้ความคุ้มครองเด็กในการเก็บตัวอย่างร่างกายไปตรวจด้วย กล่าวคือ การตรวจเลือดเด็ก ผู้เยาว์ ซึ่งมีความบกพร่องทางด้านจิตใจหรืออารมณ์หรือขาดความพร้อมทางปัญญาซึ่งไม่สามารถเข้าใจถึงสิทธิที่จะปฏิเสธจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนตามกฎหมายซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลผู้นั้นก่อน¹⁵

นอกจากเด็กที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นพิเศษแล้ว กฎหมายยังได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไร้ความสามารถซึ่งถือว่ามีความบกพร่องทางด้านจิตใจหรืออารมณ์หรือขาดความพร้อมทางปัญญาที่ไม่สามารถเข้าใจถึงสิทธิที่จะปฏิเสธได้เช่นเดียวกับเด็กอีกด้วย¹⁶ เนื่องจากกฎหมายเยอรมนี

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี มาตรา 81c (3).

¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี มาตรา 81c (3).

เห็นว่าผู้ใดมีความสามารถที่มีความบกพร่องทางด้านจิตใจหรืออารมณ์หรือขาดความพร้อมทางปัญญาถือว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความบกพร่องในการพัฒนาทางด้านสมอง จึงสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเด็ก เพื่อให้เขาได้รับความคุ้มครองสิทธิในคดีอาญาได้เทียบเท่ากับบุคคลธรรมดาที่มีสติปัญญาสามารถเข้าใจถึงความยินยอมหรือผลของการปฏิเสธความยินยอม

ส่วนกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์และประเทศอังกฤษก็มีบทบัญญัติเช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนีในเรื่องการขอความยินยอมจากเด็กซึ่งเป็นบุคคลผู้ถูกตรวจโดยถือว่าเด็กไม่สามารถให้ความยินยอมได้โดยลำพัง เนื่องจากขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาจึงได้เพิ่มบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองเด็กโดยกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองด้วยและโดยเฉพาะกฎหมายประเทศอังกฤษได้แบ่งแยกประเภทของเด็กออกเป็น 3 ช่วงอายุ ตามความพร้อมทางด้านสติปัญญา ดังนี้

- 1) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น
- 2) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่อายุตั้งแต่ 14 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป แต่ไม่เกิน 17 ปีบริบูรณ์ หมายถึงความยินยอมของบุคคลนั้นและพ่อแม่หรือผู้ปกครอง และ
- 3) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีอายุยังไม่ถึง 14 ปีบริบูรณ์ จะต้องได้รับความยินยอมจากพ่อแม่หรือผู้ปกครองของบุคคลนั้น

เห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความสำคัญต่อความสามารถของบุคคลที่จะให้ความยินยอมต่อการตรวจด้วยว่าผู้ถูกตรวจจะต้องอยู่ในภาวะที่มีความสามารถที่จะแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้ เพราะการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกตรวจและเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในกรณีที่ว่าเด็กจะสามารถให้พ่อแม่ ผู้ปกครองร่วมตัดสินใจให้ความยินยอมได้หรือไม่

นอกจากนี้แล้วประเทศนิวซีแลนด์ยังได้กำหนดให้ก่อนการตรวจเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องแจ้งให้ผู้ปกครองได้ทราบด้วยการเก็บตัวอย่างจะกระทำมิได้หากไม่ได้รับความยินยอมในการเก็บตัวอย่างและยังได้กำหนดถึงเนื้อหาของหนังสือที่แจ้งว่าจะต้องปรากฏข้อความใดบ้าง เช่น ข้อความที่เกี่ยวกับการขอความยินยอมของผู้ปกครอง สิทธิที่จะปรึกษาทนายความได้ก่อนตัดสินใจและผู้ปกครองอาจยกเลิกความยินยอมได้ไม่ว่าเวลาใดก่อนการเก็บตัวอย่าง เป็นต้น ส่วนประเทศอังกฤษก็ได้กำหนดให้มีการแจ้งให้ผู้ถูกตรวจได้ทราบถึงสิทธิที่จะปฏิเสธความยินยอมและผู้ถูกตรวจสามารถปรึกษาทนายความได้เช่นเดียวกันไม่ว่าผู้ถูกตรวจจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ ทั้งนี้จะต้องมีการอธิบายให้ผู้ถูกตรวจที่จะให้ความยินยอมเข้าใจด้วย แตกต่างไปจากกฎหมายไทยที่มุ่งเน้นไปที่การแจ้งสิทธิในขั้นตอนของการสอบปากคำ ส่วนในเรื่องการตรวจพิสูจน์

ทางวิทยาศาสตร์นั้นยังไม่มี การแจ้งสิทธิเพื่อให้ทราบถึงสิทธิของผู้ถูกรวบรวมที่จะมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้ ความยินยอม และไม่ได้แจ้งผลของความยินยอมด้วยว่า หากไม่ยินยอมโดยไม่มีเหตุสมควรอาจจะมี ผลกระทบต่อการดำเนินคดีหรือการพิจารณา ซึ่งการแจ้งสิทธิดังกล่าวให้ทราบก่อนจะเป็นการช่วยให้ ผู้ถูกรวบรวมตัดสินใจได้ง่ายขึ้น และอาจยินยอมให้มีการตรวจ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อคดี ที่จำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และสอดคล้องกับหลักค้นหาความจริงในคดีอาญา

สำหรับกรณีที่ไม่ได้รับความยินยอม ประเทศเยอรมนีได้กำหนดให้สามารถที่จะบังคับ ให้มีการเก็บตัวอย่างร่างกายไปตรวจได้ ในกรณีที่พ่อแม่ ผู้ปกครองหรือผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็ก ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการตัดสินใจแทน แต่จะต้องดำเนินการ โดยขออนุญาตจากศาลเพื่อให้มีคำสั่งพิเศษให้ทำการตรวจได้ และกรณีนี้จะต้องเป็นกรณีที่มีความ จำเป็นเร่งด่วนที่ต้องทำการเก็บตัวอย่างเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐาน เท่านั้น ส่วนประเทศอังกฤษก็ เช่นเดียวกันหากว่าไม่ได้ได้รับความยินยอมก็ต้องได้รับอนุญาตจากศาล และเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตำแหน่งตั้งแต่ระดับสารวัตรขึ้นไป (Inspector) อนุญาตให้มีการเก็บตัวอย่างได้ แต่กรณีนี้จะ สามารถกระทำได้ต่อเมื่อเป็นการเก็บตัวอย่างประเภทที่ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิร่างกาย (Non Intimate Sample) และตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ก็ได้กำหนดให้สามารถบังคับให้มีการ เก็บตัวอย่างได้ หากเด็กอายุไม่เกิน 17 ปี ไม่ได้ให้ความยินยอมก็ต้อง ร้องขอต่อศาล เช่นเดียวกันแต่แตกต่างที่ประเทศนิวซีแลนด์จะกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการร้องขอ ต่อศาลโดยละเอียด ดังนี้

- 1) กำหนดให้ผู้พิพากษาศาลแขวงสามารถมีคำสั่งได้
- 2) กำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องขอจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับไม่ต่ำกว่าสารวัตร เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ รวมทั้งคำร้องจะต้องประกอบด้วย เหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องหาได้ กระทำผิด และความจำเป็นของการเก็บตัวอย่าง
- 3) กรณีที่ศาลมีคำสั่งบังคับให้มีการเก็บตัวอย่างจะต้องมีการแจ้งให้บุคคลใดทราบบ้าง และบุคคลใดบ้างที่สามารถเสนอพยานหลักฐานต่อศาลได้
- 4) มีการกำหนดไม่ให้มีการเผยแพร่รายงานหรือเอกสารใด ๆ ที่ปรากฏชื่อของผู้ต้องหา ที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 17 ปี หรือผู้ปกครอง ผู้ดูแล หรือรายละเอียดอื่น ๆ ที่จะทำให้สามารถ รู้ว่าผู้ต้องหาเป็นใคร
- 5) เจาะลึกในการพิจารณาคำร้องของศาลที่จะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรง ของความผิด อายุ และเหตุผลที่ปฏิเสธของผู้ต้องหาหรือผู้ปกครอง รวมทั้งหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ เปรียบเทียบ หรือเหตุผลอื่นที่ศาลเห็นสมควร

6) มีการกำหนดรายละเอียดในคำสั่งของศาล กรณีที่ศาลมีคำสั่งบังคับให้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กเข้าร่วมการเก็บตัวอย่าง เช่น วันเวลา สถานที่ ขั้นตอนการเก็บตัวอย่าง และศาลอาจกำหนดวิธีการเก็บตัวอย่างได้เอง รวมทั้งอาจกำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้โดยพิจารณาจากเหตุจำเป็นสุขภาพของเด็กด้วย

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายต่างประเทศได้พิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ เพราะถือว่าเด็กขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาซึ่งไม่สามารถเข้าใจถึงผลของการให้ความยินยอมหรือการปฏิเสธ ดังนั้น ถ้าพึงเฉพาะแต่ความยินยอมของเด็กจึงยังไม่เพียงพอที่จะเก็บตัวอย่างจากเด็กไปตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ แต่จะต้องอาศัยความยินยอมของบุคคลที่มีความพร้อมทางด้านสติปัญญาและมีวุฒิภาวะที่มากพอ ซึ่งได้แก่พ่อแม่ ผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ดูแลเด็กตามกฎหมายด้วย แต่ในส่วนของกฎหมายอังกฤษกรณีที่เด็กอายุยังไม่ถึง 14 ปี กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องขอความยินยอมจากเด็กเลย แต่ต้องให้พ่อแม่หรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแทน ซึ่งเป็นการมอบอำนาจในการตัดสินใจของเด็กให้แก่พ่อแม่หรือผู้ปกครองโดยเด็ดขาด หากพิจารณาถึงแนวคิดในการคุ้มครองเด็กแล้วคงเป็นเพราะกฎหมายของประเทศอังกฤษเห็นว่าเด็กที่อายุไม่ถึง 14 ปี นั้น ยังขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เพื่อประโยชน์ของเด็กจึงให้พ่อแม่หรือผู้ปกครองเป็นผู้ตัดสินใจแทน ซึ่งบุคคลดังกล่าวถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเด็กและต้องหวังดี รวมทั้งคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้นเพื่อให้แน่ใจว่าความยินยอมดังกล่าวของเด็กจะเกิดผลดีต่อตัวเด็กเองจึงให้บุคคลดังกล่าวเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจแทนเด็ก

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่เด็กเป็นผู้ถูกตรวจตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี นิวซีแลนด์และประเทศอังกฤษต่างมิได้พิจารณาแต่เฉพาะการขอความยินยอมจากเด็กเท่านั้นที่จะเป็นเงื่อนไขในการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ได้ แต่ยังได้พิจารณาถึงความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้ถูกตรวจด้วยว่า จะต้องสอดคล้องกับความสามารถของบุคคล โดยมีการกำหนดให้พ่อแม่หรือผู้ปกครองของเด็กที่จะต้องให้ความยินยอมด้วย สำหรับประเทศไทยตามบทบัญญัติมาตรา 131/1 วรรคสอง ได้นำเรื่องความยินยอมมาเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งหากผู้ถูกตรวจเป็นเด็กแล้วจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกตรวจเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจร่วมกับเด็กทั้ง ๆ ที่เด็กเป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาไม่สอดคล้องกับความสามารถของเด็ก ฉะนั้นการขอความยินยอมในกรณีที่ผู้ถูกตรวจเป็นเด็กนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับเด็กตามหลักกฎหมายของต่างประเทศจะเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่าและ

เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็ก รวมทั้งยังเป็นการให้ความยินยอมของผู้ถูกตรวจอย่างแท้จริงในการเก็บตัวอย่างจากร่างกายไปตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ด้วย

4.3.2.2 การตรวจพิสูจน์โดยผู้ถูกตรวจที่เป็นผู้หญิง

ในปัจจุบันการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายไทยได้ให้ความสำคัญต่อการปฏิบัติต่อผู้หญิงว่าจะต้องไม่กระทำการที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 132(1) ที่กำหนดให้การตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาที่เป็นหญิงจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นหญิง ทั้งในเรื่องการสอบปากคำผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศก็ต้องให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้สอบสวน แต่ในเรื่องการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์มาตรา 131/1 วรรคสอง กลับไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะต้องให้เจ้าหน้าที่ที่เป็นหญิงเป็นผู้ดำเนินการเก็บตัวอย่างร่างกายของผู้ถูกตรวจที่เป็นหญิงแต่อย่างใด ทั้งที่การตรวจบุคคลทั้งสองกรณีอาจต้องมีการเปิดเผยร่างกายของผู้ถูกตรวจได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 131/1 วรรคสอง กำหนดให้แพทย์เป็นผู้ตรวจก็ตาม แต่ผู้ถูกตรวจอาจมีความรู้สึกอับอายอยู่หากผู้ตรวจเป็นเพศชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้หญิงเป็นผู้เสียหาย นอกจากหญิงจะได้รับการกระทบกระเทือนทางด้านจิตใจที่เกิดจากการที่ตนจะต้องตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดแล้ว ยังจะทำให้หญิงเกิดความรู้สึกอับอายมากขึ้นจากการตรวจได้ ทำให้ผู้หญิงผู้ถูกตรวจไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้ถูกตรวจเป็นเพศหญิงตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษกลับพบว่า มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากกฎหมายไทย โดยมีการกำหนดบทบัญญัติที่ให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิในร่างกายของเพศหญิงมิให้ถูกล่วงละเมิดต่อสิทธิของหญิง โดยประเทศเยอรมนีมีการกำหนดให้การตรวจร่างกายผู้หญิงที่เป็นการละเมิดความรู้สึกและทำให้เกิดความอับอายจะต้องกระทำโดยผู้หญิงหรือนักเทคนิคการแพทย์ ส่วนประเทศอังกฤษได้กำหนดด้วยบุคคลผู้ทำการตรวจไว้ว่าจะต้องเป็นเพศตรงข้ามกับผู้ถูกตรวจไม่ได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นแพทย์หรือพยาบาลก็ตาม ซึ่งมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนีที่กำหนดด้วยบุคคลที่ทำการตรวจจะต้องเป็นผู้หญิงหากว่าผู้ถูกตรวจเป็นผู้หญิงและการตรวจจะทำให้เกิดความอับอาย แตกต่างเพียงว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษหากผู้ถูกตรวจเป็นเพศชายบุคคลผู้ทำการตรวจจะต้องเป็นเพศชายด้วย ทำให้เห็นว่าประเทศอังกฤษคุ้มครองบุคคลทุกเพศซึ่งแตกต่างจากประเทศเยอรมนีที่มุ่งคุ้มครองผู้หญิงเป็นหลักสำคัญ แต่บทบัญญัติของทั้งสองประเทศดังกล่าวต่างก็ให้ความคุ้มครองเพศหญิงผู้ถูกตรวจมากกว่ากฎหมายไทย

จึงเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศนอกจากจะคำนึงถึงความจำเป็นของการใช้อำนาจอรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยจากร่างกายของบุคคลแล้ว ยังได้คำนึงถึงเพศของผู้ถูกตรวจเพื่อให้การกระทำดังกล่าวไม่ละเมิดต่อสิทธิของหญิงโดยการปฏิบัติต่อผู้ถูกตรวจจะต้องไม่ทำให้รู้สึกอับอายหากการตรวจจะต้องมีการเปิดเผยร่างกายซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเพศหญิงตามบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายไทยที่ไม่ได้กำหนดให้ผู้ตรวจเป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกตรวจทำให้ผู้ถูกตรวจที่เกรงว่าตนจะรู้สึกอับอายหากจะต้องมีการตรวจที่ต้องเปิดเผยร่างกาย อาจเลือกที่จะไม่ให้ความยินยอมให้มีการตรวจมากกว่าที่จะยอมให้ตรวจและการไม่ยินยอมดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการไม่ยินยอมให้ตรวจโดยไม่มีเหตุอันสมควรซึ่งกฎหมายให้สันนิษฐานว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามผลการตรวจพิสูจน์ที่หากได้ตรวจพิสูจน์แล้วจะเป็นผลเสียต่อผู้ถูกตรวจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ทั้งยังไม่หลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญา

ผู้เขียนจึงเห็นว่าการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นเพศหญิงจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็นเพศหญิงด้วยกันเพื่อไม่ให้เกิดความรู้สึกอับอายดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งอาจกำหนดให้ผู้ถูกตรวจหรือเก็บตัวอย่างสามารถที่จะเลือกเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจได้เองด้วยก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่น่าจะทำให้การตรวจบุคคลที่เป็นเพศหญิงได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมขึ้น

4.4 เหตุผลความจำเป็นของการกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็กและผู้หญิงจากการตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์

เนื่องจากการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจอรัฐเป็นการกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดแนวทางการปฏิบัติหรือการวางกรอบการใช้อำนาจที่ชัดเจน เพียงพอและได้สัดส่วนกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจอรัฐกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะเด็กและผู้หญิงซึ่งถือว่าเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป ทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ หรือแม้แต่สภาพความพร้อมทางด้านปัญญา จะเห็นได้ว่ากฎหมายในปัจจุบันได้มุ่งคุ้มครองบุคคลเหล่านี้มากขึ้นโดยมีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กและผู้หญิงที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในคดีอาญามากขึ้น เช่น การกำหนดให้ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือตรวจตัวผู้ต้องหา หากการตรวจร่างกายดังกล่าวซึ่งผู้ถูกตรวจเป็นหญิง จะต้องจัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ รวมทั้งกำหนดให้ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะนำบุคคลใดมาอยู่

ร่วมในการตรวจนั้นด้วยก็ได้¹⁷ หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการถามปากคำผู้เสียหายที่เป็นหญิง กฎหมายกำหนดให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน ถ้าหากว่าเป็นการสอบสวนใน คดีความผิดเกี่ยวกับเพศและยังกำหนดให้สามารถนำบุคคลใดมาอยู่ร่วมในการถามปากค่านั้น ด้วยก็ได้¹⁸ เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่กล่าวมานั้นได้กำหนดให้การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจจะต้องเป็นเพศหญิงเช่นเดียวกันเนื่องจากในบางครั้งจะต้องมีการสัมผัสเนื้อตัว ร่างกายของ ผู้ถูกตรวจ หากให้เจ้าหน้าที่ชายเป็นผู้ดำเนินการแล้วย่อมเป็นการไม่เหมาะสมทั้งยัง เปิดโอกาสให้มีการกระทำที่ล่วงละเมิดสิทธิหญิง นอกจากนี้แล้วการกำหนดให้คดีความผิดเกี่ยวกับ เพศจะต้องให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้สอบสวนและยังมีการกำหนดให้บุคคลอื่นอยู่ร่วมด้วย ได้ เป็นการบัญญัติกฎหมายที่คำนึงถึงความรู้สึกของผู้หญิงที่จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจ เนื่องจากตามธรรมชาติของหญิงที่มีความประมาทในด้านจิตใจแตกต่างจากชาย แต่ในเรื่องการ ตรวจพิสูจน์หญิงโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์กฎหมายกลับไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็น การคุ้มครองผู้หญิงไว้ว่าจะต้องดำเนินการโดยผู้ตรวจที่เป็นหญิง ทำให้การตรวจผู้หญิง ไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองผู้หญิง ซึ่งโดยสภาพของหญิงที่เป็นผู้ถูกตรวจนั้น ย่อมมีสภาพทางด้านร่างกาย และจิตใจไม่แตกต่างไปจากกรณีหญิงที่ต้องถูกสอบปากคำหรือ ตรวจตัว ดังนั้นหากมีการกำหนดให้ผู้ตรวจเป็นเพศเดียวกับหญิงแล้วก็จะทำให้หญิงได้รับการ ปฏิบัติที่เหมาะสม และลดผลกระทบต่อสภาพจิตใจของหญิงผู้ถูกตรวจลงได้ ทั้งการกำหนดให้ บุคคลอื่นอยู่ร่วมในการตรวจด้วยจะทำให้หญิงได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันกับกรณีอื่น ๆ สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองผู้หญิง

ส่วนกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกตรวจนั้นปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองเด็ก ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีอาญามากขึ้น โดยมีการกำหนดให้การสอบสวน การถามปากคำ ผู้เสียหายหรือพยาน หรือผู้ต้องหาจะต้องกระทำที่สถานที่เหมาะสมสำหรับเด็กและจัดให้มี นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการอยู่ร่วมกับเด็กด้วย ส่วนในชั้นพิจารณามีการกำหนดให้การสืบพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องให้พยานเด็กอยู่ใน สถานที่ที่เหมาะสม และให้ศาลเป็นผู้ถามพยานเองหรือศาลอาจถามเด็กผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ได้ นอกจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ตามพระราชบัญญัติ ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ก็ได้มีการแก้ไข กฎหมายที่เป็นการคุ้มครองเด็กมากขึ้นและในเรื่องการให้ความยินยอมในการเก็บตัวอย่าง ของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ ก็ได้รับการพิจารณาและมีบัญญัติให้มีหลักเกณฑ์

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 (1).

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133.

ที่เป็นการคุ้มครองเด็กมากขึ้นด้วย โดยกำหนดให้การตรวจทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้เยาว์อายุไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ตามวรรคสองนั้น นอกจากจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์แล้ว จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนด้วย เนื่องจากเด็กถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดความพร้อมทางด้านปัญญาทำให้การขอความยินยอมจากเด็กเพียงลำพังอาจไม่ใช่การให้ความยินยอมของผู้ถูกตรวจอย่างแท้จริง แต่บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับแต่เฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น หากเป็นการตรวจพิสูจน์เด็กในคดีอาญาก็ยังคงใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ดังนั้น การกำหนดให้การขอความยินยอมจากเด็กผู้ถูกตรวจเท่านั้นทำให้เกิดปัญหาที่เด็กไม่สามารถรับรู้ถึงผลของการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้มีการตรวจ จึงไม่สอดคล้องกับเรื่องความสามารถของบุคคล เนื่องจากเด็กขาดความพร้อมทางด้านสติปัญญาซึ่งเป็นไปตามวัยของเด็ก และอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติกรณีที่เด็กยังเล็กมากซึ่งอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง หากอาศัยเฉพาะแต่ความยินยอมของเด็กโดยที่ไม่มีบุคคลที่มีวุฒิภาวะและสติปัญญาเพียงพอเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับเด็ก อาจทำให้เด็กโดยเฉพาะที่ตกเป็นผู้ต้องหาถูกชักจูงใจ หลอกล่อให้ต้องให้ความยินยอมจากเจ้าหน้าที่รวมถึงการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บตัวอย่างจากร่างกายว่าจะต้องมีบุคคลโดยอยู่ร่วมในขณะตรวจได้หรือไม่ ซึ่งหากปล่อยให้เด็กอยู่กับผู้ตรวจตามลำพังย่อมทำให้เด็กเกิดความวิตกกังวลที่จะต้องอยู่กับผู้ตรวจซึ่งเป็นบุคคลแปลกหน้าส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กซ้ำขึ้นไปอีกต่างไปจากเรื่องการสอบปากคำและสอบสวนผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ที่กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นการคุ้มครองเด็กไว้แตกต่างไปจากผู้ใหญ่ทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ ซึ่งการตรวจพิสูจน์บุคคลก็ถือได้ว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานเช่นเดียวกันและเด็กที่จะต้องถูกตรวจคงมีสภาพไม่ต่างกันกับเรื่องการสอบปากคำหรือสอบสวนผู้ต้องหาเด็กมากนัก แต่กฎหมายกลับไม่ได้คุ้มครองเด็กที่จะต้องถูกตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์แต่อย่างใด คงใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ดังนั้นหากมีการกำหนดให้พ่อแม่หรือผู้ปกครองเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการตรวจร่วมกับเด็กย่อมทำให้การขอความยินยอมจากผู้ถูกตรวจเป็นความยินยอมอย่างแท้จริง ทั้งการกำหนดให้พ่อแม่หรือผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่เด็กไว้วางใจอยู่ร่วมในขณะที่มีการตรวจด้วยจะทำให้การเด็กเกิดความอบอุ่นใจ คลายความวิตกกังวล และไม่ส่งผลกระทบต่อจิตใจเด็ก นอกจากนี้ยังจะทำให้การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการตรวจง่ายขึ้น เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่เด็กมีความคุ้นเคยและไว้วางใจซึ่งสามารถช่วยพุดให้เด็กปฏิบัติตามคำแนะนำและให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ได้ก็จะทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมและทำให้การทำงานของเจ้าหน้าที่สามารถสำเร็จลุล่วงได้

นอกจากการคุ้มครองเด็กและผู้หญิงแล้ว การดำเนินการเพื่อให้มีการตรวจพิสูจน์บุคคล โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์จะต้องมีมาตรการในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจที่มีความเหมาะสม เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐในกรณีดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างมาก แต่ในชั้นสอบสวนกฎหมายกลับกำหนดให้พนักงานสอบสวนเป็นผู้มีอำนาจสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์บุคคลได้ โดยไม่มีการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวโดยองค์กรภายนอก ต่างจากกรณีการจับและการค้น ซึ่งเจ้าพนักงานจะสามารถดำเนินการได้ ก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่ามีเหตุที่จะต้องออกหมายจับและหมายค้นเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไม่ให้กระทบสิทธิในร่างกายและเคหสถานของบุคคลมากเกินไป แต่หากพิจารณาการตรวจพิสูจน์บุคคลในชั้นสอบสวนดังกล่าวแล้ว พบว่ามีการกระทำที่เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิร่างกายของบุคคลไม่ ยิ่งหย่อนไปกว่าการจับและการค้น แต่ผู้มีอำนาจสั่งให้มีการตรวจกฎหมายกลับกำหนดให้พนักงานสอบสวนเป็นผู้มีอำนาจสั่งได้เอง โดยไม่มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจจากองค์กรภายนอกแต่อย่างใด ดังนั้นเพื่อให้การตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ไม่ละเมิดต่อสิทธิในร่างกายของบุคคลจนเกินความจำเป็นจึงควรกำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์จะต้องเป็นองค์กรภายนอกเช่นศาล เพื่อให้สิทธิของบุคคลได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับการจับและการค้น

จากเหตุผลที่กล่าวมานั้นผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในชั้นเจ้าพนักงาน เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษอย่างเท่าเทียมกัน ตลอดทั้งการดำเนินคดีอาญาที่บุคคลเพศหญิงเข้ามาเกี่ยวข้องควรต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมเช่นเดียวกัน โดยจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสภาพจิตใจของเด็กและเพศหญิง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเปราะบางมากกว่าบุคคลทั่วไป รวมทั้งมีการตรวจสอบและถ่วงดุลของผู้ใช้อำนาจที่เหมาะสมด้วย แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบันกลับพบว่าเด็กและเพศหญิงเพียงได้รับการคุ้มครองเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการถามปากคำ การสอบสวนและการค้นตัวบุคคลเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการเก็บตัวอย่างของร่างกายไปตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยกำหนดให้ การขอความยินยอมของเด็กจะต้องให้พ่อแม่หรือผู้ปกครองมีส่วนในการตัดสินใจร่วมกับเด็กด้วย และในการตรวจผู้หญิงนั้นจะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าจะต้องให้ผู้ตรวจเป็นเพศหญิงเช่นเดียวกัน รวมทั้งควรกำหนดให้เด็กและผู้หญิงสามารถให้พ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือบุคคลที่หญิงไว้วางใจเข้าร่วมในขณะที่มีการตรวจด้วยได้ และต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์โดยองค์กรภายนอกเช่นศาล เพื่อให้เกิดแนวทางในการปฏิบัติที่เหมาะสมไม่กระทบต่อสภาพจิตใจ ทั้งยังเป็น

การสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ให้ถูกระทบจากการใช้อำนาจรัฐมากเกินไปจนจำเป็น