

บทที่ 4

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาถึงหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศไทยจะเห็นได้ว่าเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้โดยตรงคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ในการตีความ มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าตกลงแล้วหลักในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา ในกรณีที่พยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นในประเทศไทยมีแนวคิดในเรื่องนี้อย่างไรกันแน่ กล่าวคือ หลักการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายของไทยนั้น มีหลักการที่เหมือนกับหลัก **Exclusionary Rule** ในสหรัฐอเมริกาหรือไม่ หรือประเทศไทยได้ถือหลักการในเรื่องของการให้น้ำหนักถึงคุณค่าแห่งพยานหลักฐานมากกว่าการให้น้ำหนักของวิธีการได้มาว่ามีความถูกต้องชอบธรรมอันเป็นแนวคิดของหลักการในอังกฤษหรือไม่ หรือหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของไทยมีหลักแนวคิดทฤษฎีที่เป็นของตนเองโดยไม่ถือตามแนวความคิดของประเทศใด เหล่านี้เป็นกรณีที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดดังต่อไปนี้ คือ

4.1 ข้อพิจารณาในเนื้อหาของกฎหมาย

บทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญาตามกฎหมายไทยได้มีการวางหลักการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2478 จวบจนถึงปัจจุบันที่กฎหมายฉบับนี้ได้มีการวางรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐไว้มากมายตั้งแต่ชั้นจับกุม สอบสวน ฟ้องร้องคดี และ ชั้นพิพากษาคดี ตลอดจนถึงขั้นตอนของกระบวนการในการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญประการหนึ่งที่ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าขั้นตอนอื่น ๆ ของการดำเนินคดีอาญา เพราะสิ่งที่สำคัญที่สุดของการที่ศาลจะใช้เป็นตัวชี้ให้น้ำหนักถึงความน่าเชื่อถือหรือความไม่น่าเชื่อถือว่าจะได้กระทำความผิดจริงตามฟ้องภายใต้หลักในเรื่องของการพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Beyond

Reasonable Doubt) สิ่งนั้นก็คือ พยานหลักฐานนั่นเอง¹ พยานหลักฐานในคดีอาญาจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดต่อการค้นหาความจริงในคดีอาญา ขั้นตอนของการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา จะสามารถนำมารับฟังเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยในคดีได้หรือไม่ พยานหลักฐานใดสามารถรับฟังได้ หรือจะต้องถูกตัดออกไปจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นอย่างมาก หลักการในเรื่องนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 226 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 226 พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า หลักการที่กฎหมายไทยได้วางไว้คือ พยานหลักฐานทุกชนิดที่สามารถนำมาพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ พยานหลักฐานเหล่านั้นก็ย่อมที่จะสามารถรับฟังได้หมดทุกกรณี² ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานวัตถุหรือพยานเอกสารก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงบทบัญญัติดังกล่าวโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขเดียวที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้วางไว้ ในบทตัดพยานหลักฐานบทนี้ก็คือ เงื่อนไขของการที่พยานหลักฐานนั้นจะต้องมิได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น ข้อสังเกตประการสำคัญในเรื่องนี้มีอยู่ว่า เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังกล่าวนั้น จะเห็นได้ชัดที่กฎหมายได้ใช้คำว่า ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้ “เกิดจาก..” การที่กฎหมายได้ใช้คำว่า “เกิดจาก” หรือที่นักกฎหมายบางท่านได้ใช้คำว่า “เกิดขึ้น”

¹พระสุทธอรรถกถาจารย์ได้กล่าวไว้ว่ากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานเป็นกฎหมายที่มีหน้าที่ช่วยเหลือศาล ช่วยเลือกเฟ้นเครื่องมือให้ศาล เพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ทู่เข็ญกันอยู่ เพื่อให้รู้ว่าใครมีสิทธิ และ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามสารบัญญัติอย่างไร.(อ้างถึงใน พระสุทธอรรถกถาจารย์, กฎหมายลักษณะพยาน, พระนคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง 2473, น.1)

²คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.204

นั้น คำ ๆ นี้ ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ มาตรา 226 เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการพิจารณาในประเด็นของสภาพลักษณะพยานหลักฐานในแต่ละประเภท กล่าวคือ หากพยานหลักฐานนั้นเป็นถ้อยคำของบุคคล กรณีเช่นนี้จะไม่มีปัญหา เพราะการที่กฎหมายได้วางเป็นบทตัดพยาน คือ ถ้อยคำที่เกิดขึ้น เพราะการถูกจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น ย่อมแสดงให้เห็นในตัวแล้วว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจซึ่งหลักสากลก็ถือเป็นหลักเดียวกันว่า จะต้องไม่รับฟังหรือตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ออกไปโดยเด็ดขาด³ เพราะการกระทำโดยมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งถ้อยคำนั้นมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือเป็นอย่างมาก แต่ปัญหาในกรณีนี้จะอยู่ที่ว่า หากพยานหลักฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 เป็นพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสารหรือพยานวัตถุแล้ว ประเด็นนี้เองที่ก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการตีความของคำว่า “เกิดขึ้น” กับ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานมีความหมายเหมือน หรือ ต่างกันหรือไม่ เพราะโดยหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปได้มีการแบ่งแยกหลักการดังกล่าวขึ้นมาแต่อย่างใด⁴

ในประเด็นนี้ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในวงกรณักกฎหมายไทยอย่างมากมา โดยเฉพาะในเรื่องของการตีความบทบัญญัติมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้แบ่งแยก การเกิดขึ้นซึ่งพยานหลักฐาน กับวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานว่ามีความถูกต้องหรือชอบธรรมแล้วหรือไม่ กล่าวคือ ในมิติของการแบ่งแยกระหว่างการเกิดขึ้นกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเหมือนกันหรือแตกต่างกัน ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

4.2 ข้อวิจารณ์ของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาในบทตัด

พยานหลักฐานตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในปัจจุบันบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

³Craig M. Bladley, “Mapp Goes Abroad”, Case Western Reserve Law Review, Volume 52(2001-2002) Winter 2001, NO.2, p.376

⁴จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : จีระรัชการพิมพ์, 2549) น.276

อาจารย์ ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา มีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 เป็นเรื่องของการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁵

ศาสตราจารย์ ไสภณ รัตนกร มีความเห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ความไม่ชอบอาจมีความร้ายแรงไม่เท่ากัน บางกรณีเป็นการผิดกฎหมาย บางกรณีเพียงแต่ไม่ปฏิบัติขั้นตอนของกฎหมาย บางกรณีเพียงแต่ไม่เป็นธรรม หรือ เอาเปรียบจำเลยเท่านั้น การที่จะรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้น หรือไม่ จึงน่าจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงดังกล่าวด้วย⁶

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร มีความเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ได้วางหลักการไว้ว่า พยานหลักฐานทุกชนิดสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁷

อาจารย์ คัมภีร์ แก้วเจริญ มีความเห็นว่า ผลของการห้ามมิให้อ้างพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ การค้นโดยมิชอบย่อมทำให้คดีที่ผู้ถูกจับ หรือ ถูกค้นเป็นผู้ต้องหาปราศจากพยานหลักฐานในส่วนที่เกี่ยวกับตัว เจ้าพนักงานผู้จับ หรือ ค้น และวัตถุของกลางที่ยึดได้นั้นไปเลยหาใช่จะต้องนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักแต่อย่างใดไม่ บทบัญญัติแห่งมาตรา 226 จึงมีลักษณะเป็นกฎแห่งการลบล้างพยานหลักฐาน ซึ่งเจ้าพนักงานผู้ใช้กฎหมายพึงถือ ตามโดยเคร่งครัด ในทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐ ที่มีลักษณะบังคับ (stare decisis)⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ มีความเห็นว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผลก็คือ

⁵ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา, วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541), น.571

⁶ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), น.188

⁷คณิต ญ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.72

⁸คัมภีร์ แก้วเจริญ, “จับ ค้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน,” วารสารอัยการ ปีที่ 2 ฉบับที่ 13 (2512), น.66

หากได้พยานวัตถุ หรือพยานเอกสารมาจากการจับ หรือการค้นที่มีขอบดังกล่าวพยานหลักฐาน เหล่านั้นก็จะ “รับฟัง” ไม่ได้⁹ เพราะกรณีดังกล่าวศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้เลย¹⁰

รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 226 มีขึ้นทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบศาลจึงมีบทบาทในการ คัดกรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยแท้¹¹ และพยานหลักฐานต่างๆ ที่จะนำมาอ้างได้นี้ ไม่ว่าจะ เป็นพยานประเภทใดก็ตาม จะต้องเป็นพยานที่ได้มาโดยบริสุทธิ์¹²

อาจารย์ พรเพชร วิชิตชลชัย มีความเห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Illegally obtained evidence) เป็นหลักการของกฎหมายมหาชนที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ บุคคลไม่ให้ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ส่วนคุณค่าของพยานหลักฐานประเภทนี้เช่น อาวุธ ปืนของกลางที่ได้จากการค้นโดยมิชอบก็ดี ถ้อยคำของบุคคลที่ไปแอบดักฟังทางโทรศัพท์ที่ฝ่าฝืน ต่อกฎหมายก็ดี ไม่ได้มีคุณค่าในทางพยานหลักฐานลดน้อยลงในเรื่องความน่าเชื่อถือแต่อย่างใด ดังนั้นความพยายามในการโยงเรื่องพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบกับได้มาโดยมิชอบเข้า ด้วยกันจึงน่าจะไม่ต้อง¹³

ศาสตราจารย์ เข้มชัย ชูติวงศ์ มีความเห็นว่า สำหรับกฎหมายไทย แม้ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 จะห้ามรับฟังพยานชนิดที่ “เกิดขึ้น” โดยมิชอบ แต่ก็ มิได้หมายความว่าความรวมถึง พยานที่ “เกิดขึ้น” โดยชอบแต่ “ได้มา” โดยมิชอบ¹⁴

⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการ ดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์, 2549), น.15

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 17

¹¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “แถลงการเรื่อง การดักฟังทางโทรศัพท์,” รพีสาร ปีที่ 4 ฉบับ ที่ 14 (มกราคม-มีนาคม, 2539), น.36

¹² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2549), น.333.

¹³ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทเกนโกร จำกัด, 2542), น.412

¹⁴ เข้มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น.253

อาจารย์ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์ มีความเห็นว่า ตามกฎหมายไทยมาตรา 226 วางหลักทั่วไป ให้รับฟังพยานหลักฐานซึ่งน่าจะพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ เว้นแต่ พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น มาตรา 226 ตอนท้ายนี้ เป็นข้อยกเว้นในการรับฟังพยานซึ่งต้องตีความอย่างเคร่งครัด จำกัดอยู่ในเฉพาะแต่ที่บัญญัติอยู่ในตัวบทเท่านั้นจะขยายความให้นอกเหนือจากที่ปรากฏในตัวบทมิได้ โดยข้อความในตัวบทเองไม่มีบทบัญญัติถึงการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงต้องเข้าใจว่า กฎหมายไม่ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ตามกฎหมายไทยได้มีการแยกปัญหาการได้มาซึ่งพยานหลักฐานกับปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานออกจากกันโดยการได้มาอย่างไรวินิจฉัยไม่เป็นข้อสำคัญในขั้นตอนการรับฟังพยานหลักฐาน¹⁵

จากกรณีผู้เขียนได้กล่าวถึงความเห็นในเรื่องนี้ของนักกฎหมายหลายท่าน ในช่วงต้น เห็นได้ว่า แนวความคิดของการตีความบทบัญญัติในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สามารถแบ่งแยกออกได้เป็นสองแนวทาง คือ

แนวทางแรก ได้มีความเห็นในเรื่องของบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นี้ว่า ในเรื่องของถ้อยคำแม้ตัวบทจะใช้คำว่า “เกิดขึ้น” หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “เกิดขึ้น” ก็ตาม แต่ก็มี ความหมายเป็นเช่นเดียวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น โดยมีได้มีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเกิดขึ้นกับการวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานออกจากกันแต่ประการใด กล่าวคือ หาก ข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยวิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ หรือการค้นโดยไม่ชอบ หรือการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือการใช้วิธีการที่มีชอบในกรณีอื่นใดก็ตาม พยานหลักฐานที่ได้มาก็ย่อมไม่สามารถที่จะรับฟังได้ เพราะจะต้องถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาล โดยผลของมาตรา 226 ดังกล่าว นั่นเอง

แนวทางที่สอง ได้มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การ “เกิดขึ้น” กับวิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานมีความหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ โดยหลักการแนวความคิดนี้ มีความเห็นว่า พยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณค่าแห่งการพิสูจน์และเป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว พยานหลักฐานนั้นก็ย่อมสามารถที่จะรับฟังได้เสมอ แม้วิธีการของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม พยานหลักฐานดังกล่าว ก็ไม่ถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาลตามมาตรา

¹⁵ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์, “การรับฟังพยานหลักฐานคดีอาญา,” วารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉบับที่ 218 (เมษายน, 2539), น.18

226 แต่อย่างใด เพราะเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 226 นั้น มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น¹⁶

จากข้อสรุปของแนวความคิดทั้งสองแนวทางดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวทางแรก เพราะผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้มิได้มีเจตนารมณ์เพียงเพื่อจะรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น หากแต่ สิ่งที่มาตรา 226 ได้มุ่งคุ้มครองไปถึงด้วยก็คือเจตนารมณ์ในแง่ของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายอีกประการหนึ่งด้วยการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะให้ศาลเข้ามามีส่วนในการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานที่เป็นฝ่ายบริหารทางหนึ่งนั่นเอง และแม้จะตีความว่าการ “เกิดขึ้น” หรือ “เกิดจาก” ดังถ้อยคำที่มาตรา 226 บัญญัติไว้โดยเคร่งครัดแล้ว ก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาได้โดยเฉพาะในกรณีที่หากพยานหลักฐานหรือ สิ่งที่ได้มานั้นเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ย่อมทำให้พยานหลักฐานทั้งสองประเภทนี้ไม่อาจถูกตัดออกไปได้เลย¹⁷ เพราะพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ในตัวอยู่แล้วจึงไม่มีทางที่พยานหลักฐานนี้จะเกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการจงใจ มีคํามั่นสัญญา ชูเชิญ

¹⁶ แนวความเห็นที่สองนี้ตรงกับข้อสรุปวิทยานิพนธ์ของ อิศราวุธ อ่อนน้อม ที่เห็นว่า คำว่า “เกิดขึ้น” นั้นต่างกับคำว่า “ได้มา” เพราะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบหมายถึงพยานหลักฐานที่สร้างขึ้นเพื่อการใดการหนึ่ง ไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือตามความเป็นจริง ส่วนพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจริงเป็นพยานหลักฐานที่แท้จริงสามารถพิสูจน์ความผิดในคดีได้ แต่เป็นการได้พยานหลักฐานขึ้นนั้นมาโดยมิชอบ ดังนั้นการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบจึงหมายถึงกรณีที่ไม่รับฟังถ้อยคำพยานหรือพยานบุคคลเท่านั้น อิศราวุธ อ่อนน้อม, “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541), น.103)

¹⁷ เว้นแต่จะเป็นการมองในบริบทที่ว่าพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ขึ้นนั้นถูกอ้างขึ้นมาเพื่อปรักปรำจำเลยโดยไม่เป็นความจริงที่เรียกว่าเป็นพยานเท็จ หรือ เป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่เกิดจากการที่เจ้าพนักงานได้ทำการล่อซื้อซึ่งถึงขนาดเป็นการก่อให้เกิดความผิด ในกรณีเหล่านี้อาจถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบตามแนวความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองได้

หลอกลวงหรือกระทำโดยมิชอบได้ ทั้งผู้เขียนก็มีความเห็นว่า การที่กฎหมายได้กล่าวเช่นนี้ น่าจะมีความหมายในเรื่องของการให้น้ำหนักเน้นไปที่ถ้อยคำของบุคคลเสียมากกว่า¹⁸ แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าหลักในเรื่องของการตัดพยานหลักฐานอื่น ๆ นอกเหนือจากพยานหลักฐานที่เป็นถ้อยคำของบุคคลอื่นได้แก่ พยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะถูกเปลี่ยนไปแต่อย่างใด หากแต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติรวมถึงพยานบุคคล พยานเอกสาร และพยานวัตถุด้วยนั้นก็ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า พยานหลักฐานทั้งสามประเภทนี้ หากได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย พยานทุกประเภทก็ย่อมไม่อาจที่จะรับฟังโดยผลของมาตรา 226 ดังนั้น การที่มีการตีความว่าการ “เกิดขึ้น” หรือ “เกิดจาก” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 มีความหมายที่แตกต่างกับวิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานนั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยในเหตุผล เพราะเป็นการตีความที่เคร่งครัดในถ้อยคำอักษรจนเกินไป

นอกจากนี้สิ่งสำคัญที่สุดคือ เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาถึงถ้อยคำในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตามที่ได้มีการยกสร้างขึ้นในครั้งแรกของฉบับที่เป็นภาษาอังกฤษ ข้อพิจารณาร่างฉบับภาษาอังกฤษดังกล่าวมีอยู่ว่า ร่างฉบับนี้ได้ใช้ถ้อยคำว่า “Illegally Obtained”¹⁹ ซึ่งแปลความหมายเป็นภาษาไทยก็คือ “ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” นั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่า หลักการในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศไทย โดยเฉพาะบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันไม่ถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิได้มีหลักทฤษฎีที่แตกต่างไปจากหลักสากลแต่อย่างใด เพราะเจตนารมณ์อันแท้จริงของบทบัญญัติในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นก็ยังคงมีความมุ่งหมายที่จะตัดพยานหลักฐานทุกประเภทที่ได้มาโดยมิ

¹⁸ ดังจะเห็นได้จากแต่เดิมคำอธิบายมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นมุ่งในการให้น้ำหนักไปในเรื่องของการพิจารณาคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเสียมากกว่า โปรดดู ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), น.104

¹⁹ จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 276

ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณีโดยมิได้มีการแบ่งแยกการ “เกิดขึ้น” กับวิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานแต่ประการใด²⁰

นอกจากนี้ หลักในเรื่องของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ ก็มีข้อสังเกตอยู่ว่าหากผู้ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น มิใช่เป็นการกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐที่เป็นฝ่ายบริหาร หากแต่เป็นเอกชนด้วยตนเองเช่น ผู้เสียหายได้ทำการบุกรุกบ้านของจำเลยเพื่อนำพยานวัตถุมาเป็นพยานหลักฐานในคดีที่ผู้เสียหายฟ้องร้อง หรือ มีการกระทำโดยมิชอบในกรณีอื่นๆ เช่น การลักลอบดักฟังโทรศัพท์ของจำเลยเพื่อที่จะทราบว่าจำเลยติดต่อกับใครบ้าง ปัญหาจึงมีอยู่ว่า พยานหลักฐาน หรือ สิ่งใดๆ ที่ผู้เสียหายที่เป็นเอกชนได้ใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายเหล่านี้ในการแสวงหาพยานหลักฐานจะรับฟังได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักในเรื่องของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ก็ได้จำกัดเฉพาะ การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเจ้าพนักงานเท่านั้นแต่อย่างไรก็ตาม แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าผู้ที่แสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะเป็นเอกชนที่เป็นผู้เสียหาย หรือ เป็นเอกชนคนอื่นก็ตาม ศาลก็จะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานหรือ สิ่งที่ได้มาโดยมิชอบ ตามนัยของมาตรา 226²¹ อยู่นั่นเอง เพราะ หลักใน

²⁰ อย่างไรก็ตามการตีความในลักษณะเช่นนี้ก็มิชอบควรอยู่เช่นเดียวกันเพราะเป็นการเคร่งครัดจนเกินไปหากศาลจะต้องตัดพยานหลักฐานทุกกรณีที่ได้มาโดยมิชอบออกไปและในบางกรณีหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็ควรที่จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างหลักในเรื่องของประโยชน์สาธารณะ(Public Interest)ด้วยเช่นกัน ซึ่งในประเด็นนี้เองที่เป็นการทำงานในส่วนที่สำคัญที่สุดของสารนิพนธ์ฉบับนี้ในร่างมาตรา 226/1 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในการให้อำนาจศาลที่จะชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าทั้งสองนี้เพื่อที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 5 โดยละเอียด

²¹ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ได้มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การรวบรวมพยานหลักฐานอาจมิได้กระทำโดยองค์กรของรัฐเท่านั้น เอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เสียหายอาจสืบเสาะเอาเองได้ด้วย ปัญหาจึงมีว่า ในกรณีที่ผู้เสียหายใช้วิธีการอันมิชอบ ผลของพยานหลักฐานนั้นจะเป็นอย่างไร จะรับฟังได้หรือไม่เพียงใด โดยที่บทบัญญัติในกฎหมายได้กล่าวถึงเฉพาะข้อห้ามสำหรับองค์กรในการดำเนินคดีของรัฐเท่านั้น ฉะนั้น การใช้กับกรณีผู้เสียหายต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้นและต้องเป็นกรณีที่ร้ายแรงที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเท่านั้น เป็นต้นว่า กรณีเอกชน

เรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานตามมาตรา 226 นั้น มิได้จำกัดที่ว่าผู้แสวงหาพยานหลักฐาน หรือ ผู้ฟ้องร้องคดี เป็นบุคคลใด แต่สิ่งที่สำคัญและเป็นหัวใจของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายไทย นั่นก็คือการพิจารณาว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเป็นไปตามกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญ

ดังนั้น แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าคดีอาญาดังกล่าว เอกชนที่ เป็นผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้องคดีเอง หากในคดีนั้นมีการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวนั้นจะใช้วิธีการใด หรือ กระทำโดยบุคคลใด ศาลก็ต้องไม่รับฟังพยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวเสมอ แม้ว่าจะเป็นสิ่งที่น่าเห็นใจต่อผู้เสียหายที่ฟ้องร้องคดี ที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้ให้อำนาจแก่เอกชนในการแสวงหาพยานหลักฐานแต่ประการใด แต่ทั้งนี้ก็ต้องไม่ลืมว่าการกระทำใดๆ ที่เป็นการกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถที่จะกระทำได้ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจและแม้ผู้นั้นจะเป็นจำเลย หรือ ผู้ต้องหาก็ตาม ทั้งนี้เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองโดยยึดถือกฎหมายเป็นหลักหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการปกครองในระบบนิติรัฐที่มีหลักอยู่ว่าการกระทำอันใด ส่งผลกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลการกระทำอันนั้นก็ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ด้วยเสมอ

4.3 บทวิเคราะห์การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานแต่ละกรณีและผลของการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบตามกฎหมายไทย

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในเรื่องของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ซึ่งก็คือเงื่อนไขของการที่ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ก็ต่อเมื่อ พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ถูกต้องหรือที่เรียกว่า “ชอบด้วยกฎหมาย” และเมื่อย้อนกลับมาพิจารณาถึงกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันจะเห็นได้

ผู้เสียหายทรมานให้เขาไร้สารภาพ เป็นต้น (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.211)

ว่า เจ้าพนักงานมีวิธีการในการแสวงหาพยานหลักฐานได้หลายรูปแบบวิธีการอย่างไม่จำกัด ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาว่า วิธีการในการทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานแต่ละประเภทยังมีวิธีการอย่างไรบ้าง และในกฎหมายของไทยมีกรอบหรือกฎเกณฑ์กำหนดแนวทางไว้อย่างไรต่อการให้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะสามารถแสวงหาพยานหลักฐานในวิธีการต่าง ๆ ได้โดยชอบด้วยกฎหมายอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา 226 ที่จะให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานนั้น ๆ ได้ ความสำคัญต่อการศึกษาดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่แยกไม่ออกกับการที่จะต้องพิจารณาเรื่องของ บทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญา ดังที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในแต่ละกรณีดังต่อไปนี้ คือ

4.3.1 กรณีที่พยานหลักฐานหรือสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นการได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยวิธีการจับ ค้น และยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักการทั่วไปในเรื่องของการ “ค้น” ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักการที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อแสวงหาพยานเอกสารหรือพยานวัตถุในการที่จะนำมาพิสูจน์ความผิดของบุคคล กรณีต่างๆ ซึ่งโดยลักษณะทั่วไปสามารถแบ่งหลักเกณฑ์การค้นออกได้เป็น 2 กรณีด้วยกันคือ

4.3.1.1 การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการค้นที่รื้อฐานของบุคคล

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองและคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคหสถาน และการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยการค้นในที่รื้อฐานนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องมีการออกหมายค้นโดยศาล²² เท่านั้นโดยเจ้าพนักงานจะต้องทำเป็นหนังสือเพื่อขอต่อศาลในการออกหมายค้น และในการขอออกหมายค้น เจ้าพนักงานจะต้องมีเหตุแห่งการขอออกหมายค้นตามกฎหมาย²³ ด้วยเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้มีข้อยกเว้นในการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานสามารถทำการค้นในที่รื้อฐานของบุคคลโดยไม่ต้องมีหมายของศาล หากมีพฤติการณ์ดังต่อไปนี้ คือ

²²โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92

²³โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69

ก. เมื่อมีเสียงร้องให้ช่วยมาจากข้างในที่รโหฐานหรือมีเสียงหรือพฤติกรรมอื่นใดอันแสดงได้ว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในที่รโหฐานนั้น

ข. เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้า กำลังกระทำลงในที่รโหฐาน

ค. เมื่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอันแน่นแฟ้นควรสงสัยว่า ได้เข้าไปซุกซ่อนตัวอยู่ในที่รโหฐานนั้น

ง. เมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควร ว่าสิ่งของที่มิใช่เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือมิใช่เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิดหรืออาจเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์การกระทำความผิด ได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้น ประกอบทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่า เนื่องจากการเน้นข่าวว่าจะเอาหมายค้นมาได้ สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายหรือทำลายเสียก่อน

จ. เมื่อที่รโหฐานนั้น ผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้านและการจับนั้นมีหมายจับหรือจับตามมาตรา 78

นอกจากนี้ ก็ยังมีหลักเกณฑ์ในเรื่องของการปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจค้นที่ได้มีการกำหนดไว้โดยละเอียดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 94 ถึงมาตรา 104 เช่น การให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่ทำการค้นในที่รโหฐานสั่งเจ้าของ ผู้ครอบครอง หรือคนที่อยู่ในนั้นยอมให้เข้าไป หรือการค้นในที่รโหฐานต้องกระทำระหว่างดวงอาทิตย์ขึ้นและตกโดยมีข้อยกเว้นในบางกรณี และในการค้นนั้นจะต้องพยายามไม่ให้เกิดความเสียหาย และผู้ค้นก็จะต้องแสดงความบริสุทธิ์เสียก่อน และจะต้องค้นต่อหน้าผู้ครอบครองสถานที่หรือบุคคลในครอบครัวของผู้ครอบครองนั้น แต่หากหาไม่ได้ก็ให้ค้นต่อหน้าบุคคลอื่นอย่างน้อยสองคน ซึ่งเจ้าพนักงานขอให้มาเป็นพยาน กับทั้งจะต้องบันทึกรายละเอียดของการค้นนั้นและอ่านให้ผู้ครอบครองสถานที่นั้นและผู้ที่เกี่ยวข้องฟัง และให้ผู้ผู้นั้นลงลายมือชื่อรับรองไว้ เป็นต้น

จากหลักการดังกล่าวในเรื่องของการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการค้นที่รโหฐานของบุคคลนั้นจึงต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้างต้นโดยเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องของการค้นที่โดยหลักจะต้องมีหมายของศาลหรือมีเหตุให้เจ้าพนักงานเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายของศาล 5 ประการดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้น หากเจ้าพนักงานได้ทำการค้นโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในการค้นโดยไม่มีหมายของศาลและไม่มีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย ถือว่าเป็นการที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่

สาระสำคัญ²⁴ อันจะขาดเสียมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 วรรคหนึ่ง ได้วางหลักในเรื่องของการค้นที่จะต้องมีหมายของศาลก็เนื่องด้วยมาจากเหตุผลที่ว่า เพื่อเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานที่เป็นฝ่ายบริหารในทางหนึ่งด้วยการตรวจสอบอำนาจกันระหว่างองค์กรเพื่อมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในการค้นได้โดยอำเภอใจอันอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน คือ สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในเคสสถานตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองและคุ้มครองไว้ ดังนั้นการที่เจ้าพนักงานได้ทำการค้นในที่หรือฐานของบุคคลโดยไม่มีหมายของศาลและไม่มีเหตุให้ค้นได้โดยไม่มีหมาย ผลในแง่ของพยานหลักฐานก็คือ พยานเอกสารหรือพยานวัตถุ นั้น ย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันต้องห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาดนั่นเอง

อย่างไรก็ตามหากการค้นที่รื้อฐานนั้นเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์บางอย่างที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติที่เป็นเพียงรายละเอียดเช่น ข้อปฏิบัติของเจ้าพนักงานเกี่ยวกับการค้นที่รื้อฐานดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 102 และมาตรา 103 นั้นแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาไทยได้ถือมาโดยตลอดว่าข้อบกพร่องของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่ศาลจะต้องตัดพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นนั้นออกไป²⁵ ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁶

4.3.1.2 การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการค้นตัวบุคคล

การค้นตัวบุคคล ถือเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานอย่างหนึ่งที่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้เคยบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ในมาตรา 31 ตามที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไปแล้ว เมื่อพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการค้นตัวบุคคลนั้น สามารถแบ่งแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ

²⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 (2523), น.462

²⁵ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2482 (รศ.) และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5455/2534 (สงเสริม.) และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4793/2549 (สงเสริม.)

²⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 12, น.103

ประการแรก ได้แก่ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการค้นบุคคลในที่สาธารณะสถานดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ทำการค้นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครอง เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สิ่งที่เป็นเงื่อนไขของการที่เจ้าพนักงานสามารถมีอำนาจในการเข้าค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถานได้ คือ การที่ต้องมี “เหตุอันควรสงสัย” (Reasonable Suspicion) ว่าบุคคลที่ถูกค้นนั้นมีสิ่งของ เพื่อที่จะใช้ในการกระทำความผิด หรือสิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำความผิด หรือสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิด เจ้าพนักงานจึงจะมีอำนาจในการเข้าค้นตัวบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายได้²⁷

ประการที่สอง ได้แก่ หลักเกณฑ์ในเรื่องของการค้นตัวบุคคลภายหลังที่มีการจับกุม ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 85 ที่บัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานผู้จับหรือรับตัวผู้ถูกจับไว้มีอำนาจค้นตัวผู้ต้องหา และยึดสิ่งของต่าง ๆ ที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้”

ในกรณีที่สองนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานผู้จับหรือเจ้าพนักงานผู้รับตัวผู้ถูกจับสามารถที่จะทำการค้นตัวผู้ต้องหาและยึดสิ่งของ

²⁷ มีข้อควรสังเกตว่า ในการที่ศาลจะวินิจฉัยถึงเหตุอันควรของการจับกุม หรือตรวจค้น นั้นศาลจะต้องคำนึงแต่เฉพาะประเด็นที่ว่า ก่อนการจับกุม หรือ ตรวจค้น มีเหตุอันควรหรือไม่เท่านั้น ส่วนประเด็นที่ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง ๆ เพราะของกลางได้มาจากตัวจำเลย และจำเลยก็ยอมรับด้วยแล้วนั้น ศาลจะนำมาปะปนกับการวินิจฉัยเหตุอันควรแห่งการจับและค้นมิได้ ตามหลักที่ว่า “สิ่งที่ได้มา มิใช่เป็นเครื่องพิสูจน์ถึงความถูกต้องของวิธีการอันได้มาซึ่งสิ่งนั้น” หรือ “The End Does Not Justify the Means” กล่าวคือ ของกลางที่ได้มาจากการค้นตัวจำเลย ซึ่งจำเลยก็ยอมรับแล้วว่า ตนครอบครองสิ่งนั้น มิใช่เครื่องพิสูจน์ย้อนหลังว่า การค้นตัวจำเลยโดยเจ้าพนักงานในตอนแรกนั้นกระทำไปโดยชอบ เพราะความชอบธรรมของการจับ หรือการค้นนั้นจะต้องคำนึงถึงเฉพาะข้อเท็จจริงในขณะที่เจ้าพนักงานกระทำการจับหรือค้นเท่านั้น ข้อเท็จจริงที่ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เพราะค้นของกลางได้จากตัวจำเลยนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลัง ซึ่งไม่เกี่ยวกับความชอบธรรมของการจับ การค้น ในตอนแรกเลย (อ้างถึงใน เกียรติขจรวิจาณะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, น.459)

ต่าง ๆ ที่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ โดยกฎหมายมิได้ระบุหลักเกณฑ์ว่า จะต้องเข้าข่ายในเรื่องของการ “มีเหตุอันควรสงสัย” ว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อที่จะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิด หรือซึ่งมีไว้เป็นความผิดเหมือนอย่างในกรณีของการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถาน ตามมาตรา 93 แต่อย่างใด เพราะฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์ในการค้นตัวบุคคลภายหลังที่มีการจับกุมนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติเหตุของการเข้าค้นไว้ ทั้งนี้ก็ด้วยมาจากสาเหตุที่ว่า การเข้าค้นดังกล่าวได้ผ่านการตรวจสอบโดยกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ของการจับบุคคลมาแล้วนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อสังเกตอยู่ว่าหลักในเรื่องการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถานตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานไว้ตามมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ปัญหามีอยู่ว่าหากเจ้าพนักงานมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลที่ถูกค้น มีสิ่งของที่ “ได้ใช้” ในการกระทำความผิดโดยมีเหตุนี้เพียงเหตุเดียวในการเข้าค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถานนั้น เจ้าพนักงานจะมีอำนาจในการเข้าค้นตัวบุคคลโดยอาศัยเหตุดังกล่าวที่มีเพียงเหตุเดียวได้หรือไม่ คำตอบในเรื่องนี้ก็คือ เจ้าพนักงานไม่มีอำนาจที่จะเข้าค้นตัวบุคคลตามมาตรา 93 ได้ เพราะแม้กรณีดังกล่าวจะถือเป็นเหตุหนึ่งในการออกหมายค้นตามมาตรา 69(2) ก็ตาม แต่การค้นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่อยู่ในตัวบุคคลนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้บัญญัติว่า จะต้องมีความหมายของศาลด้วยแต่อย่างใด ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 57 และมาตรา 60(4)(ค) คงมุ่งหมายที่จะต้องมีการออกหมายค้นโดยศาล เฉพาะกรณีที่เป็นกรณีค้นในที่สาธารณะเพื่อหาตัวบุคคลหรือสิ่งของ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 57 บรรทัดหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น

ดังนั้น หากเจ้าพนักงานผู้ค้นต้องการให้ได้มาซึ่งสิ่งของที่ “ได้ใช้” ในการกระทำความผิดก็สามารถที่จะกระทำได้ด้วยการจับตัวบุคคลดังกล่าวเสียก่อนแล้วจึงทำการค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับโดยอาศัยอำนาจในการค้นนั้น ตามมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะสิ่งที่เป็นข้อสังเกตก็คือ การค้นตัวผู้ถูกจับภายหลังที่มีการจับกุมเจ้าพนักงานผู้จับก็ชอบที่จะสามารถทำการค้นตัวบุคคลนั้นโดยอาศัยเหตุใด ๆ ก็ได้ เพราะกรณีการค้นตัวบุคคลตามมาตรา 93 เป็นเรื่องของการค้นก่อนจับ ส่วนมาตรา 85 เป็นเรื่องของการจับแล้วค้นนั่นเอง²⁸

²⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 332

4.3.1.3 ผลทางกฎหมายของการที่เจ้าพนักงานได้แสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการ “ค้น” โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากกรณีนี้ที่ผู้เขียนได้กล่าวในข้างต้น สำหรับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้วางหลักการและขอบอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐเกี่ยวกับการค้นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในกรณีต่าง ๆ มาแล้ว หากเจ้าพนักงานได้กระทำการค้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็คือ การไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายให้อำนาจแต่เจ้าพนักงานได้กระทำไปโดยพลการ เช่นการเข้าค้นในที่รโหฐานของบุคคลโดยมิได้มีหมายของศาล และไม่มีเหตุอันจะทำให้เจ้าพนักงานสามารถค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายหรือการเข้าค้นตัวบุคคลโดยไม่มีเหตุอันควรสงสัยตามกฎหมายในกรณีที่เจ้าพนักงานใช้อำนาจในการเข้าค้นบุคคลในที่สาธารณะสถาน หรือแม้กระทั่งกรณีการค้นตัวบุคคลภายหลังจากการจับกุมที่หากการจับกุมดังกล่าวเป็นการจับโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย²⁹ เช่น เป็นการจับโดยไม่มีหมายจับและไม่มีเหตุตามกฎหมายที่เจ้าพนักงานสามารถจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ ซึ่งผลของการจับที่ไม่ชอบยอมทำให้เจ้าพนักงานไม่มีอำนาจที่จะค้นตัวบุคคลภายหลังที่มีการจับไม่ชอบนั้น³⁰ กรณีเหล่านี้จะเห็นได้ว่า การใช้อำนาจดังกล่าวของเจ้าพนักงานเป็นการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตของกฎหมายที่ถือว่าการกระทำความดังกล่าวเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในส่วนที่เป็นสาระสำคัญสิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นก็คือ สิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคหสถานและสิทธิเสรีภาพต่อร่างกายของบุคคลอันเป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นโดยผลของบทบัญญัติมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลจึงต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานหรือ สิ่งต่าง ๆ ที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบนั้นเสมอ

²⁹ หากเป็นการจับที่ชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ และ ค้นนั้นสามารถรับฟังได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1328/2544 (สงเสริม.)

³⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น.306

4.3.2 กรณีที่พยานหลักฐานหรือสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นการได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานจากเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

จากหลักในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองบุคคลในเรื่องเสรีภาพในร่างกายตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า นอกเหนือจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถานหรือการค้นตัวบุคคลภายหลังที่มีการจับกุม ที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในหัวข้อก่อนแล้ว วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานก็ยังคงมีอีกวิธีการหนึ่งที่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพดังกล่าวโดยตรง นั่นก็คือวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานจากเนื้อตัวร่างกายของบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานวัตถุที่สามารถพิสูจน์ได้โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์อันได้แก่ สารคัดหลั่งต่าง ๆ ของร่างกาย แนวความคิดเหล่านี้กำเนิดขึ้นมาจากการที่ในปัจจุบันกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ได้มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการพิสูจน์พยานหลักฐานได้มีการพัฒนาไปมากกว่าเดิมที่วิทยาศาสตร์ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเก็บตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผม เส้นขนหรือปัสสาวะ น้ำลาย คราบอสุจิ สารพันธุกรรม ตลอดจนสารคัดหลั่ง อื่น ๆ ที่ได้มาจากร่างกายของบุคคล เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนของเจ้าพนักงาน

อย่างไรก็ดี แม้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานจากเนื้อตัวร่างกายของบุคคล อันได้แก่สารคัดหลั่งต่าง ๆ ซึ่งโดยหลักการทั่วไปถือว่าเป็นพยานวัตถุอย่างหนึ่งที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ถึงความน่าเชื่อถือเป็นอย่างมาก³¹ แต่หากเมื่อพิจารณาถึงอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐในประเทศไทยในการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า มีข้อจำกัดเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่เป็นกฎหมายหลักต่อการให้อำนาจเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐานในกรณีต่าง ๆ หลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาเทียบเคียงได้ในกรณีนี้ก็คือ บทบัญญัติในมาตรา 132 ที่บัญญัติว่า

มาตรา 132 “เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจดังต่อไปนี้

³¹ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น.199

(1)ตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอม หรือ ตรวจตัวผู้ต้องหา...หรือพิมพ์ลายนิ้วมือลายมือ หรือ ลายเท้า...”

จากบทบัญญัติดังกล่าว นี้ แม้กฎหมายจะให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานสามารถทำการตรวจตัวบุคคลได้ก็ตาม แต่ข้อจำกัดของอำนาจเจ้าพนักงานในกรณีนี้ คือ มาตรา 132 (1) นี้คงจำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นการตรวจสิ่งที่ปรากฏอยู่บนร่างกายของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายเท่านั้น เช่น การตรวจหาเขม่าดินปืน การตรวจหาพยานวัตถุอื่น ๆ เช่น การตรวจบาดแผล ตลอดจนถึงการพิมพ์ลายพิมพ์นิ้วมือ หรือลายมือหรือลายเท้า³² ดังนั้น การตรวจตัวบุคคลตามที่ระบุในมาตรานี้จึงมิใช่การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของบุคคลโดยตรง ด้วยเหตุนี้เองจึงอาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการที่จะสามารถแสวงหาพยานวัตถุด้วยวิธีการนำสิ่งที่อยู่ในร่างกาย อันได้แก่สารคัดหลั่งต่าง ๆ มาพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของบุคคลได้แต่อย่างใด

สภาพปัญหาจึงเกิดขึ้นในกรณีที่หากมีการนำพยานหลักฐานที่ได้มาจากร่างกายของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการเจาะเลือดเพื่อพิสูจน์ดีเอ็นเอ (DNA) หรือการถอนเส้นผมหรือเส้นขนหรือการตรวจน้ำลายหรือในกรณีอื่น ๆ และเป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ที่จะถูกตรวจแล้ว พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้มาจากการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุอันได้แก่ สารคัดหลั่งต่าง ๆ หรือคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญที่มาให้การต่อศาลเกี่ยวกับผลของการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ เหล่านี้ จะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 226 ได้หรือไม่

คำตอบในเรื่องนี้ก็คือ พยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่เจ้าพนักงานได้มาจากการกระทำดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐาน หรือ เป็นสิ่งที่เจ้าพนักงานได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยตรง ซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 โดยเด็ดขาด เพราะนอกจากการกระทำดังกล่าวของเจ้าพนักงานจะเป็นการกระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ³³ และเป็น ความผิดตามกฎหมาย

³² ฎีกาภรณ์ วงศ์วิกรานต์, “การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.2

³³ มีข้อสังเกตว่าในปัจจุบันประเทศไทยได้มีกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการสามารถแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวได้ในบางกรณี เช่น ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พุทธศักราช 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2545 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พุทธศักราช 2519 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช

อาญา และความผิดทางวินัยแล้วการกระทำเช่นว่านี้ ก็ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จากการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกาย ของบุคคลผู้ที่ถูกตรวจโดยตรง แม้ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้พยานหลักฐานดังกล่าวในการค้นหาความจริงมากแค่ไหนก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็ต้องไม่ลืมหลักการทั่วไปด้วยว่า การใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งในกรณีนี้คือ การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของมนุษย์ มีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ หากการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว แม้พยานหลักฐานนั้นจะมีความน่าเชื่อถือมากเพียงใด พยานหลักฐานนั้นก็ไม่ว่าที่จะรับฟังได้โดยผลของมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตอยู่ว่าหากการใช้วิธีการตรวจสอบคดีหลัง เช่น การใช้วิธีการเจาะเลือด เป็นการกระทำโดยผู้ต้องหาได้ให้ความยินยอมแล้ว แม้การกระทำดังกล่าวกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะมีได้ให้อำนาจไว้ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าความยินยอมดังกล่าวสามารถยกเว้นความผิดทางอาญาต่อเจ้าพนักงานที่ทำการเจาะเลือดนั้นได้ และ ต้องถือว่าผู้ถูกเจาะเลือดนั้นได้สละสิทธิในร่างกาย ด้วยการยินยอมเข้าเจาะเลือดนั้นแล้ว ซึ่งความยินยอมเพื่อให้มีการพิสูจน์เป็นพยานหลักฐานเกี่ยวกับคดีนี้ ก็ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ ขัดในแง่ของความชอบธรรมของการรับฟังพยานหลักฐานแต่ประการใด พยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำดังกล่าวก็ควรที่จะรับฟังได้ แต่ก็ต้องมีเงื่อนไขอยู่ว่าการให้ความยินยอมนั้นจะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจโดยแท้จริงเสมอ กล่าวคือความยินยอมนั้นจะต้องมิได้เกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และจะต้องให้ความยินยอมในขณะที่ผู้รู้ตัว เป็นต้น ส่วนปัญหาในการขอเจาะเลือดดังกล่าวนี้ จำเป็นหรือไม่ที่เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในร่างกายที่จะไม่ถูกเจาะเลือดโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้มิใช่เรื่องของการแจ้งสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การตามหลักในเรื่องของเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญาแต่อย่างใด เจ้าพนักงานจึงไม่จำเป็นต้องแจ้งแก่ผู้ถูกตรวจว่ามีสิทธิที่จะให้

2545 และ พระราชบัญญัติจราจรทางบก (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2542 (รายละเอียดในเรื่องนี้โปรดดูใน ยุภาภรณ์ วงศ์ภิรณันต์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.61-62. และ เทพนฤทธิ์ พิพิมาย, "อำนาจพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐาน," (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) น.87-90)

หรือไม่ให้เจ้าพนักงานทำการตรวจร่างกายก็ได้ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อกฎหมาย แต่ประการใด เพราะเอกสิทธิ์ดังกล่าวคุ้มครองเฉพาะการให้ ถ้อยคำ (Testimony) ของบุคคล เท่านั้น กับทั้ง สิทธิเสรีภาพในร่างกายทุกคนย่อมทราบอยู่ในตัวแล้วว่า สิทธิเสรีภาพนี้เป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่โดยทั่วไปในแง่ของสามัญสำนึกนั้นวิญญูชนทั่วไปก็ควรที่จะรู้ได้ โดยเฉพาะในหลักของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้นั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้จะต่างจากสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การที่โดยทั่วไปเป็นการยากที่เอกสิทธิ์นี้ทุกคนจะได้ทราบ ดังนั้น เจ้าพนักงานจึงไม่จำเป็นต้องที่จะแจ้งสิทธิ ดังกล่าวให้แก่ผู้ที่จะถูกเจาะเลือดแต่อย่างใด

4.3.3 กรณีที่พยานหลักฐานหรือสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นการได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานจากการลักลอบดักการสื่อสารของบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การดักฟังทางโทรศัพท์ (Wire tapping)³⁴ เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่เจ้าพนักงานมักใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือพยานหลักฐานทางหนึ่ง เมื่อมีการสื่อสารสนทนากันทางโทรศัพท์ เจ้าพนักงานก็จะทำการอัดเสียงสนทนาดังกล่าวไว้ในสิ่งบันทึกเสียงเพื่อที่จะนำเสียงสนทนานั้นไปใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยที่ผู้สนทนานั้นไม่อาจทราบได้ว่าการกระทำดังกล่าว ซึ่งการที่เจ้าพนักงานได้กระทำการอันถือว่าเป็นการลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์นั้น ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่การดักฟังทางโทรศัพท์ได้มีผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right)³⁵ ตามที่กฎหมายหลาย ประเทศและมาตรฐานสากลโดยส่วนใหญ่ต่างก็ให้ความสำคัญคุ้มครองต่อสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไว้ ดังนั้นการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการลักลอบดักฟังโทรศัพท์ของเจ้าพนักงานตามหลักการโดยทั่วไป จึงต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐในการดำเนินการ

³⁴โปรดดูรายละเอียดในเรื่องนี้ใน กิตติมา ประคุณดี, “การดักฟังโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533)

³⁵การแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบที่มีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลยังสามารถกระทำได้โดยวิธีการอื่นนอกเหนือจากการดักฟังโทรศัพท์ได้ เช่น การลักลอบเปิดจดหมายที่ส่งถึงกัน หรือ การลักลอบเข้าดูข้อมูลในอีเมล หรือไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

ดังกล่าวด้วยเสมอ³⁶ และเมื่อหากพิจารณากฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในเรื่องนี้ ในประเทศไทยสังเกตได้ว่า คงมีเพียง 3 กรณีเท่านั้น คือ

(ก) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พุทธศักราช 2519 มาตรา 14 จัตวา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2545 มาตรา 9³⁷

³⁶มานิตย์ จุ่มปา, "การดักฟังทางโทรศัพท์," รพีพัฒนศักดิ์, บทความทางวิชาการของนิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เนื่องในโอกาสวันรพีที่ 7 สิงหาคม 2539, น.23-24

³⁷บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใด ซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการเป็นหนังสือ จะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้"

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบกับเหตุผลและความจำเป็นดังต่อไปนี้

(1) มีเหตุอันควรเชื่อว่า มีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

(2) มีเหตุอันควรเชื่อว่า จะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิด เกี่ยวกับยาเสพติด จากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

(3) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วันโดยกำหนดเงื่อนไขใดๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร

เมื่อเจ้าพนักงานได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบ

(ข) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พุทธศักราช 2547 มาตรา 25 ที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ก็คงให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานสามารถทำการดักฟังทางโทรศัพท์ได้ก็แต่โดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษเท่านั้น

(ค) พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พุทธศักราช 2548 มาตรา 11 ที่กำหนดว่าในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน มีการก่อการร้าย มีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า มีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหาก็ทำได้โดยมีประสิทธิภาพ และทันทั่วถึง ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรง และโดยผลของการประกาศตามมาตรา 11(5) กฎหมายได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการสั่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรงได้ ทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ โดยอนุโลม

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายไทยจะมีการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐที่จะสามารถทำการดักฟังโทรศัพท์อันเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิที่จะไม่ถูกดักหรือกักการสื่อสารได้ ภายใต้หลักเกณฑ์วิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่า การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็จำกัดแต่เฉพาะความผิดตามที่กฎหมายในเรื่องดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้น

ดังนั้น หากการที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ทำการลักลอบดักฟังโทรศัพท์เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนต่อคดีอื่น ๆ ที่ไม่ได้อยู่ในขอบอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว เช่น คดีอาญาทั่วไปต่าง ๆ ก็ย่อมถือว่า การใช้อำนาจรัฐในการเข้าดักฟังนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจและถือว่าการลักลอบดักฟังโทรศัพท์นั้นได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองไว้โดยตรง การกระทำดังกล่าว นอกจากที่เจ้าพนักงานจะต้องรับ

บรรดาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาตามวรรคหนึ่งให้เก็บรักษาและใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีเท่านั้น ทั้งนี้ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

ผิดเป็นส่วนตัวไม่ว่าจะโดยทางวินัยหรือตามกฎหมายอาญา³⁸ แล้วข้อพิจารณาในผลของพยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่ได้มาซึ่งก็คือ เทปหรือข้อมูลที่ถูกบันทึกลงไปในเครื่องบันทึกเสียง จะเห็นได้ว่า พยานหลักฐานดังกล่าวย่อมไม่สามารถที่จะรับฟังได้ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

อนึ่ง แม้อาจมองได้ว่า ถ้อยคำของบุคคลที่สนทนากันนั้นเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจในการสนทนาสื่อสารระหว่างกัน กล่าวคือ เป็นถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการจู่ใจ ชูเชิญ หลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ ซึ่งโดยหลัก ควรที่จะนำมารับฟังได้ แม้วิธีการที่ได้มาจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็ตาม แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า หากศาลได้ยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายคือการลักลอบดักฟังโทรศัพท์ที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว สิ่งใดที่จะเป็นหลักประกันต่อประชาชนผู้บริสุทธิ์ว่า เขาจะไม่ถูกล่วงละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว คือการสื่อสารของเขา จากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการที่

³⁸พระราชบัญญัติโทษและโทรศัพท์ พุทธศักราช 2477

มาตรา 24 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้อุบายอย่างใด ๆ โดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อลวงรู้หรือติดต่อกัน ซึ่งเนื้อความในข่าวสาร โทเลข โทรศัพท์ใด ๆ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 25 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาความหมายของอาณัติสัญญาณหรือข่าวสาร โทเลข โทรศัพท์ ทั้งหมดหรือบางส่วนไปแพร่พรายแก่บุคคลใด ๆ ผู้ไม่มีสิทธิจะรู้ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีหรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 163 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่ในการไปรษณีย์ โทเลข หรือโทรศัพท์ กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ดังต่อไปนี้

(4) เปิดเผยข้อความที่ส่งทางไปรษณีย์ ทางโทเลข หรือทางโทรศัพท์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

สามารถดักฟังโทรศัพท์ใครก็ได้ตามอำเภอใจ จริงอยู่แม้ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการดังกล่าวในการสืบสวนสอบสวนก็ตาม แต่รัฐก็ควรที่จะต้องบัญญัติวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานให้มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ชัดเจน และสามารถตรวจสอบได้ จากการใช้อำนาจดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้เป็นการสอดคล้องและสมดุลกันระหว่างการขึ้นน้ำหนักในเรื่องของทฤษฎีป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) และในขณะเดียวกันก็เป็นการให้หลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) ซึ่งก็คือ การมีกฎเกณฑ์ในการตรวจสอบถ่วงดุลกันของการใช้อำนาจดังกล่าวนั่นเอง

นอกจากนี้ ก็มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการบันทึกเสียงจากการสนทนาของบุคคลในบางกรณี คือ

ในเรื่องของการลักลอบบันทึกเสียงการสนทนานั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยผู้ที่เป็นคู่สนทนาระหว่างเอกชนด้วยกันเองเป็นผู้บันทึกเสียงการสนทนากับอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ได้เคยมีผู้ให้ความเห็นว่า การดักฟังทางโทรศัพท์กับการอัดเทปหรือบันทึกเสียงในข้อความที่มาถึงโดยตรงโดยเป็นการบันทึกจากผู้ที่เป็นคู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรงนั้นเป็นคนละกรณีกัน³⁹ กล่าวคือ การที่ข้อมูลบันทึกเสียงได้ถูกบรรจุลงไปในเครื่องบันทึกเสียงที่คู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งได้บันทึกไว้นั้นถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เนื่องจากผู้ที่บันทึกเสียงเป็นผู้ที่สนทนาและเป็นบุคคลที่อีกฝ่ายหนึ่งประสงค์จะบอกข้อความ การอัดเทปถ้อยคำเช่นนี้จึงไม่ต่างจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งส่งจดหมายมาให้อีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นการบันทึกเสียงในถ้อยคำกรณีนี้จึงมิใช่เป็นการล่วงรู้ ถึงข้อความในการสื่อสาร⁴⁰ ที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่สามอันจะเรียกได้ว่าเป็นการลักลอบ อันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้เองผู้เขียนก็เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง เพราะในกรณีดังกล่าวย่อมถือได้ว่าคู่สนทนาได้ละสิทธิต่อความลับหรือความเป็นส่วนตัวให้แก่บุคคลที่สนทนาด้วยแล้ว ทั้งสิทธิเช่นนี้ก็เป็นสิทธิที่สามารถสละได้ และ แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงสิทธิ ของบุคคลที่จะไม่ถูกตรวจ กัก เปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีต่อกัน ก็ตาม แต่กรณีนี้ผู้ที่บันทึก หรือ กักนั้นกลับเป็นผู้ที่สนทนาด้วยในครั้งนั้น ซึ่งถือเป็นสิทธิที่คู่สนทนาสามารถกระทำได้โดยมิใช่เรื่องของ “การลักลอบ” หรือ “ดักฟัง” อัน

³⁹“อำนาจรัฐในการดักฟังทางโทรศัพท์ (การเสวนาทางวิชาการเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2539 ห้องประชุม 112 คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เวลา 14.00-16.30 น.),” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 26 ฉบับที่ 23 (กันยายน, 2539), น.659

⁴⁰สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น.35

ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และนอกจากนี้ก็ยังมิใช่เหตุผลสนับสนุนอีกว่า นอกจากที่ผู้พูดได้ละสิทธิ ในความเป็นส่วนตัวให้แก่คู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรงแล้วก็ตาม แต่ผู้พูดก็ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังคำพูดของตนเอง เมื่อผู้พูดได้กล่าวต่อ คู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งได้ยิน ผู้พูดจะต้องเป็นผู้เสี่ยงเอาเองว่าคู่สนทนาของตนนั้นจะนำคำพูดของตนไปเปิดเผย หรือแอบบันทึกเสียงไว้ หรือไม่ด้วยเสมอ หลักเกณฑ์ดังกล่าวในต่างประเทศคือที่สามารถนำมาเทียบเคียงได้ในกรณีนี้ คือ คดี *U.S. v. White*⁴¹ ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาที่ได้วินิจฉัยว่า

“แม้กฎหมายจะคุ้มครองการสนทนาก็ตาม แต่ผู้ที่พูดในการสนทนานั้นก็ต้องระมัดระวังคำพูดของตนเอง เมื่อผู้พูดพูดให้คู่สนทนาได้ยิน ผู้พูดนั้นก็จะต้องเสี่ยงเอาเองว่า คู่สนทนาที่ได้ยินนั้นจะนำคำพูดของตน ไปเปิดเผยหรือแอบอัดเทปไว้ หรือว่าในตัวผู้พูดนั้นมีไมโครโฟนซ่อนไว้หรือไม่ ผู้พูดนั้นไม่มีสิทธิที่จะอ้างความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (*The Fourth Amendment*) และไม่อาจที่จะคัดค้านการนำเสนอคำพูดนั้นเป็นพยานหลักฐานต่อศาลได้”⁴²

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการที่ผู้พูดมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวัง แม้ผู้ที่ตนสนทนาด้วยจะทำการบันทึกเสียงเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานจริงก็ตาม กรณีนี้ก็ไม่ว่าอะไรไปจากการที่ผู้พูดนั้นได้กล่าวปราศรัยต่อหน้าสาธารณชน ในข้อความที่หมิ่นประมาทต่อบุคคลอื่น ผู้พูดก็ย่อมเข้าใจและรู้ดีอยู่ในตัวว่าสิ่งที่ตนกล่าวออกไปนั้น อาจมีบุคคลใดที่อยู่ในสาธารณชนนั้นทำการบันทึกเสียงของตนในการกล่าวปราศรัยนั้นๆ ได้ สิทธิในเรื่องของการที่จะไม่ถูกตรวจ กัก หรือเปิดเผยการสื่อสารตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ ซึ่งก็ย่อมถือได้ว่าบุคคลนั้นได้ละสิทธิ

⁴¹401 U.S. 745 (1971)

⁴²สิ่งใดที่บุคคลได้ตั้งใจเปิดเผยต่อสาธารณะแม้ว่าจะได้กระทำที่บ้านหรือที่ทำงาน ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 4 นอกจากนี้ในคดี *United States v. Gorshkov*, 2001 WL 1024026, at *2 (W.D. Wash. May 23, 2001) ได้วินิจฉัยว่าจำเลยไม่อาจถือประโยชน์จากความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลในสิทธิส่วนบุคคลในการใช้โครงข่ายคอมพิวเตอร์ เมื่อเจ้าหน้าที่สืบสวนลับของสหพันธรัฐได้มองข้ามไหล่ของจำเลย เมื่อจำเลยไม่ได้เป็นเจ้าของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้ และเมื่อจำเลยทราบว่าผู้บริหารระบบอาจจับตาดูการกระทำของจำเลยได้

ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยปริยายแล้วนั่นเอง พยานหลักฐานที่ได้มานั้นจึงสามารถที่จะรับฟังได้โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่อย่างใด⁴³

4.3.4 กรณีที่พยานหลักฐานหรือสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นการได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานจากการล่อซื้อ ล่อจับ ของเจ้าพนักงาน

เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมาย มิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ขอบเขตเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานเกี่ยวกับการล่อซื้อหรือล่อจับที่ถือว่าเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานทางหนึ่งไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด⁴⁴ โดยเฉพาะในความผิดบางประเภทที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการที่เจ้าพนักงานสามารถจับกุมผู้กระทำความผิดให้ได้พร้อมกับพยานหลักฐานเพื่อยืนยันการกระทำความผิดนั้นอย่างชัดแจ้งในคราวเดียวกัน เหล่านี้คงเป็นสิ่งที่ปรากฏให้เห็น

⁴³โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1123/2509 (เนติ.) วินิจฉัยวางหลักการในเรื่องนี้ว่า “ศาลเชื่อว่าจำเลยได้ถูกบันทึกเสียงไว้ถึง 6 ครั้ง ยากที่จะมีใครมาเลียนเสียงที่จำเลยพูดได้เป็นชั่วโมงๆ ไม่ใช่ว่าศาลชั้นต้นจะรับฟังลำพังแต่เทปอัดเสียงของจำเลยมาลงโทษจำเลยก็หาไม่ ศาลเชื่อว่าโจทก์ร่วมได้อัดเสียงจำเลยไว้จริง จึงไม่ขัดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226...” และ นอกจากนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4674/2543 (เนติ.)วินิจฉัยว่า “...เทปบันทึกเสียงการสนทนาและเอกสารที่ถอดข้อความบันทึกการสนทนา นับเป็นพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่จำเลยจะนำสืบในประเด็นเรื่องการใช้เงิน เมื่อการบันทึกเสียงดังกล่าวเกิดจากการกระทำของจำเลย ซึ่งเป็นคู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บันทึกเสียงไว้เอง ซึ่งโดยปกติจำเลยย่อมมีสิทธิที่จะเบิกความอ้างถึงการสนทนาในครั้งนั้นได้อยู่แล้ว จึงไม่ถือว่า เทปบันทึกเสียงและเอกสารที่ถอดข้อความบันทึกการสนทนาเป็นการบันทึกถ้อยคำซึ่งเกิดจากการกระทำโดยมิชอบอันจะต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 243 วรรคสอง”

⁴⁴ต่างจากประเทศออสเตรเลียที่หลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้พัฒนาไปไกลกว่าประเทศอื่น ดังจะเห็นได้จากการออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์รองรับโดยแจ้งชัดในหลายมลรัฐ เช่น The Crimes Amendment (Controlled Operations) Act 1996, The Criminal Law (Undercover Operation) Act 1995

ในทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานเท่านั้นและ เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย จะเห็นได้ว่าคงบัญญัติแนวทางในการให้อำนาจของเจ้าพนักงานที่จะรวบรวมพยานหลักฐานไว้ อย่างกว้าง ๆ เท่านั้นดังจะเห็นได้จาก

“มาตรา 131 ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหาเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงอยู่ที่แม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะได้อำนาจแก่เจ้าพนักงานโดยเฉพาะพนักงานสอบสวนในอันที่จะสามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้ทุกชนิดตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 131 นี้ก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็ต้องละไว้ในฐานที่เข้าใจว่า ประเทศไทยถือเป็นประเทศหนึ่งที่ปกครองโดยนิติรัฐ ดังนั้นการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานในการที่จะนำมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย จึงจะต้องกระทำภายใต้กรอบและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ด้วยเสมอ แม้หลักเกณฑ์ในเรื่องของการล่อซื้อล่อจับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยจะมีได้มีการบัญญัติกรอบและกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ชัดเจนโดยตรงก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงแนวทางปฏิบัติโดยเฉพาะแนวคำพิพากษาของศาลไทยก็ได้วางหลักมาโดยตลอดว่า การล่อซื้อล่อจับเป็นเพียงวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานวิธีการหนึ่งเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้วเท่านั้น⁴⁵ หรือในบางกรณี เป็นรัฐประศาสน์นโยบายในการปกครองบ้านเมือง ที่จำเป็นจะต้องมีตำรวจเป็นสายลับบ้าง⁴⁶ การแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวจึงไม่ต้องห้ามในการที่จะไม่รับฟังสิ่งที่ได้มาจากการล่อซื้อ ล่อจับนั้นแต่ประการใด เพราะเมื่อกล่าวโดยทั่วไปแล้วในคดีความผิดบางประเภทโดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับการค้าของผิดกฎหมาย การที่เจ้าพนักงานตำรวจจะจับกุมผู้นั้นให้ได้พร้อมกับของกลางอาจเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก เช่นคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือ

⁴⁵โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 696/2476(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 230/2504(เนติ.), คำพิพากษาฎีกาที่ 549/2540(สงเสริม.), คำพิพากษาฎีกาที่ 8187/2543(สงเสริม.)

⁴⁶ทวี เจริญพิทักษ์, อนุมติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 1 ถึงมาตรา 267 ว่าด้วยหลักทั่วไป และ กระบวนพิจารณาในศาลชั้นต้น และ อุทธรณ์ฎีกา ฯลฯ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรศาสตร์, 2508), น.1162

คดีเกี่ยวกับการค้าอาวุธหรือ คดีที่ไม่มีผู้เสียหาย หรือคดีความผิดเกี่ยวกับการสคบ เป็นต้น⁴⁷ และสิ่งที่ศาลไทยได้วางเป็นแนวทางไว้เป็นจุดแบ่งแยกระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ต้องห้ามกับการแสวงหาพยานหลักฐานที่ต้องห้ามอันเนื่องมาจากการล่อซื้อหรือล่อจับของเจ้าพนักงานของรัฐก็คือ เงื่อนไขที่ว่า การกระทำความผิดของจำเลยนั้นจะต้องมีอยู่และได้กระทำอยู่แล้ว โดยที่การกระทำความผิดนั้นจะต้องมีได้เป็นการกระทำที่เกิดจากการล่อหรือชักจูงใจของเจ้าพนักงานให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นโดยตรง หรือ กรณีที่สายลับให้จำเลยกระทำความผิดอาญาที่จำเลยมิได้คิดที่จะกระทำมาก่อน เพราะกรณีนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการล่อซื้อหรือล่อจับเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานแต่หากเรียกว่าเป็นการ “ก่อ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งแน่นอนผลในทางพยานหลักฐานก็คือ สิ่งใดๆ ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสาร พยานวัตถุที่เจ้าพนักงานได้มาจากการกระทำอันมิชอบดังกล่าวนั้น ก็ย่อมที่จะต้องห้ามที่จะไม่รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเสมอ

ข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งคือ เมื่อได้ความว่าหากการแสวงหาพยานหลักฐานในการล่อซื้อดังกล่าว ถึงขนาดเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยตรงแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การล่อซื้อดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำ ของเจ้าพนักงานหรือ โดยเอกชนเพราะจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ให้อำนาจแก่ผู้เสียหายที่สามารถฟ้องคดีได้ตามมาตรา 28 และมาตรา 2(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เอกชนที่เป็นผู้เสียหายก็อาจใช้วิธีการบางอย่าง เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด เช่น การจ้างวานใช้สายลับ หรือ แม้กระทั่งการเข้าเป็นสายลับเสียเอง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ที่จะได้พยานหลักฐานนั้นมาดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดนั่นเอง เพราะหากการล่ออันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นมาจากการกระทำโดยเอกชนผู้เสียหายแล้ว ย่อมเท่ากับว่าเอกชนนั้น ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย⁴⁸ อันเป็นผลทำให้เอกชนนั้น ไม่มีอำนาจในการร้องทุกข์ หรือ ฟ้องร้องคดี หรือเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการเหล่านี้เป็นต้น

⁴⁷Andrew Ashworth and Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 3rd (Oxford University Press, 2005), p.260

⁴⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 4301/2543 (เนติ.) วินิจฉัยว่า การที่มีผู้กระทำความผิดด้วยการทำซ้ำ บันทึกลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ลงในแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ล่อซื้อและแจกจ่ายตามฟ้องเกิดขึ้นเนื่องจากการล่อซื้อของ ส. ซึ่งได้รับจ้างให้ล่อซื้อจากโจทก์

อย่างไรก็ตาม หากการล่อที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐแล้ว ผลคือพยานหลักฐานที่ได้มาจากการก่อการนั้น ไม่อาจใช้ลงโทษจำเลยในคดีดังกล่าวได้เพราะต้องถือ ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยตรง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานเสียด้วยซ้ำนั่นเอง และแม้ว่าเจ้าพนักงานของรัฐจะสามารถอ้างว่าขาดเจตนาที่จะก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดอันจะถือเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบในความผิดอาญานั้น ๆ ก็ตาม แต่กรณีนี้ก็เป็นกรณีการพิจารณาคนละเรื่องกับประเด็นปัญหาในด้านของความชอบธรรมเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน เพราะเมื่อหากได้พิจารณาในเรื่องของความชอบธรรมในการรับฟังพยานหลักฐานแล้ว จะเห็นได้ว่าผลของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวต้องถือว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานด้วยวิธีการที่ไม่ชอบธรรมอย่างร้ายแรง ที่ถือว่าเป็นการได้มาโดยมิชอบโดยประการอื่น ตามที่มาตรา 226 ได้บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน

มีข้อสังเกตอยู่ว่า การที่ประเทศไทยมิได้มีการวางกรอบหรือขอบเขตเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวอย่างชัดเจนโดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่ว่า พยานหลักฐานอันได้มาจากการล่อซื้อหรือล่อจับนั้น หากจะให้ถือว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีความชอบธรรม จะต้องมีการปฏิบัติอย่างไรนั้น กฎเกณฑ์เหล่านี้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มิได้มีการวางแนวทางไว้อย่างแน่ชัด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในบางกรณี โดยเฉพาะข้อพิจารณาถึงผลที่หากการล่อซื้อนั้น ไม่ถึงขนาดเป็นการ “ก่อ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิด แต่การใช้วิธีการล่อซื้อดังกล่าวมีความไม่ชอบธรรม ดังที่ปรากฏในอดีตที่มีคำพิพากษาของศาลไทยอยู่เรื่องหนึ่ง ที่เจ้า

เท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) และมาตรา 28(2)

คำพิพากษาฎีกาที่ 4085/2545(เนติ.) วินิจฉัยว่า เมื่อพยานหลักฐานที่โจทก์นำเสนอ ยังฟังไม่ได้แน่ชัดว่า จำเลยมีเจตนากระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วและคดีได้ความว่าโจทก์เป็นผู้ว่าจ้าง ฟ. ไปทำการล่อซื้อจึงเท่ากับว่าโจทก์มีส่วนเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดตามคำฟ้องขึ้นเอง โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะกล่าวอ้างว่า โจทก์เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่มีอำนาจฟ้องคดีได้

พนักงานตำรวจได้ใช้วิธีการ ล่อซื้อ โดยร่วมประเวณีกับจำเลย เพื่อพิสูจน์ถึงความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี ในกรณีนี้ พยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่ได้มาจากการล่อซื้อดังกล่าวนั้น จะสามารถนำมารับฟังได้หรือไม่ โดยเฉพาะข้อพิจารณาในเรื่องของความชอบธรรมของวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานตามที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในบทวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลไทยต่อไป

4.3.5 กรณีที่พยานหลักฐานหรือสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นถ้อยคำของบุคคล

โดยหลักการทั่วไปในเรื่องความหมายของพยานบุคคล หมายถึง พยานที่ศาลได้จากบุคคลในฐานะที่บุคคลนั้นได้ให้ถ้อยคำหรือเปิดเผยความต่อศาลและศาลได้จัดบันทึกไว้ในสำนวนความที่เรียกว่า “ถ้อยคำสำนวน” กล่าวคือ เป็นถ้อยคำของบุคคลที่เปิดเผยความต่อศาล⁴⁹ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อได้ย้อนกลับมาพิจารณาถึงลักษณะของคำว่า ถ้อยคำของพยานบุคคล ในแง่ของพยานหลักฐานนั้นจะเห็นได้ว่า ถ้อยคำของบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นเฉพาะแต่ในชั้นศาลเท่านั้น หากแต่ขั้นตอนก่อนการพิจารณาของศาลอันได้แก่ ขั้นตอนการจับกุม ขั้นตอนการสอบสวนก็ถือว่าอยู่ในความหมายที่จะต้องพิจารณาในขอบเขตของคำว่า พยานบุคคล ตาม มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วยเช่นเดียวกัน เพราะ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้อยคำที่ได้มาจากบุคคลตามนัยแห่งมาตรา 226 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั้น อาจมิใช่ถ้อยคำของบุคคลที่กล่าวต่อศาลในความหมายโดยทั่วไปก็ได้ แต่อาจรวมถึงถ้อยคำของบุคคลที่ได้ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนในชั้นสอบสวน หรือ ที่ได้ให้ไว้ต่อผู้จับในชั้นจับกุม หรือ ในชั้นที่มีการจับกุม หรือ ในชั้นที่มีการควบคุมตัวผู้ต้องหา เป็นต้นก็ได้

นอกจากนี้ ถ้อยคำของบุคคลที่ในทางกฎหมายถือว่าเป็นการได้มาโดยมิชอบด้วยนั้น จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในปัจจุบันได้แบ่งแยกเหตุแห่งการไม่รับฟังถ้อยคำของบุคคลไว้ออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน

⁴⁹ แวว ยอดผยอง, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สุทธิสารการพิมพ์, 2509), น. 41

4.3.5.1 กรณีเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยไม่สมัครใจโดยตรง

เมื่อกล่าวถึงรายละเอียดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งถือว่าเป็นหลักทั่วไปของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาจากพยานบุคคลต่างก็ถือว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทหนึ่งที่อยู่ขอบเขตของการพิจารณาในบทบัญญัติมาตรา 226 นี้ และเห็นได้ว่า หลักการพื้นฐานที่สำคัญประการแรกซึ่งมีความสำคัญที่สุดก็คือ ถ้อยคำที่ได้มานั้นจะต้องเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยสมัครใจเป็นพื้นฐานเบื้องต้นก่อนเสมอ ดังจะเห็นได้จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ที่บัญญัติไว้ว่า

“...พยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากถ้อยคำของพยานบุคคลที่ได้มานั้นเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ เช่น เป็นถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นเพราะการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น ถ้อยคำทั้งหลายเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน⁵⁰ หรือคำให้การของผู้ถูกจับในชั้นจับกุมหรือแม้กระทั่งเป็นคำให้การของบุคคลในชั้นศาลก็ตาม ถ้อยคำดังกล่าวที่ได้มาโดยไม่สมัครใจเหล่านี้ ก็ต่างต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 ด้วยกันทั้งสิ้น⁵¹ ทั้งก็มีข้อสังเกตอยู่ว่า จำเป็นหรือไม่ที่การจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชู

⁵⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 135 บัญญัติว่า

“ในการถามคำให้การผู้ต้องหาห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ เพื่อจงใจให้เขาให้การอย่างใดๆ ในเรื่องที่ต้องหานั้น”

⁵¹หลักในเรื่องของการไม่รับฟังถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในมาตรฐานสากลที่ศาลจะต้องตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ออกไปอย่างเด็ดขาด เพราะถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจนั้นมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือเป็นอย่างมาก ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงาน ดังเช่นแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้หลายกรณี เช่น

คดี *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 143, (1936) ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา วินิจฉัยว่า ผู้ต้องหาต้องไม่อยู่ภายใต้การข่มขู่หรือการใช้กำลังรุนแรง เช่นในคดีข่มขืน เจ้าหน้าที่ตำรวจกล่าว

เช็ญ หลอกหลวง จะต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้นเพราะในประเด็นนี้ได้เคยมีนักกฎหมายท่านหนึ่งได้กล่าวไว้ว่า “ การหลอก การขู่ ที่จะทำให้คำรับสารภาพใช้ไม่ได้จะต้องมาจากผู้มีอำนาจ เช่น ผู้จับ ผู้ขัง ผู้คุม ผู้ไต่สวน ผู้จะฟ้องคดีเท่านั้น⁵² ซึ่งคำตอบในเรื่องนี้ก็คือ ไม่จำเป็นที่จะต้องมาจากการกระทำของเจ้าพนักงานเสมอไป⁵³ แต่หากบุคคลที่พูดจริงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่ เช็ญ หลอกหลวง อันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ต้องหาให้การออกมาโดยไม่สมัครใจโดยตรงนั้น อาจจะเป็นใครก็ได้ กล่าวคือ แม้ผู้ที่กระทำการดังกล่าวจะเป็นการกระทำของคุณความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้ง

ว่า หากผู้ต้องหาไม่รับสารภาพจะถูกรีดน้ำอสุจิกออกไปตรวจเปรียบเทียบกับคราบอสุจิที่ตกค้างอยู่ในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ผู้ต้องหาทราบ่วิธีการดังกล่าวต้องเจ็บปวดมาก จึงยอมรับสารภาพ คำรับสารภาพจึงมีอาจรับฟังได้ เพราะมิได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ

คดี *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556, (1954) ศาลสูงสุดไม่ยอมรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาโดยการซักถาม ผู้ต้องสงสัยอย่างเร่งรัดและโน้มน้าวจิตใจ โดยจิตแพทย์ของมลรัฐ ซึ่งได้รับการแนะนำให้รู้จักกับผู้ต้องสงสัยว่าเป็นแพทย์ที่สามารถบรรเทาโรคไชนัสของผู้ต้องสงสัยได้

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. Illinois*, 372 U.S. 528, (1963) เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องไม่ให้สัญญาว่าจะให้ประโยชน์ใดแก่ผู้ต้องหา เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจให้สัญญาว่า จะทำสำนวนให้รูปคดีเบาขึ้น ผู้ต้องหาจึงยอมรับสารภาพ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาถือว่า เป็นคำรับสารภาพที่มีได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ หรือคดี *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731, (1969) เจ้าหน้าที่ตำรวจหลอกหลวงว่า ผู้ต้องหาอีกคนหนึ่งให้การรับสารภาพแล้ว ผู้ต้องหาคนนี้ จึงยอมรับสารภาพด้วย หรือคดี *Leyra v. Denno*, 348 U.S. 851, (1954) เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นแพทย์เข้าไปรักษาพยาบาลผู้ต้องหาแล้วสอบถามข้อเท็จจริง เหล่านี้ล้วนแต่เป็นคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจที่ศาลจะต้องไม่รับฟังทั้งสิ้น (อ้างถึงใน จิรนิติ หะวานนท์, สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), น.81)

⁵² พระสุทธินิรโรคณมณตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 9

⁵³ ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.106

สองฝ่ายหรือพนักงานสอบสวน⁵⁴ หรือ นายอำเภอ⁵⁵ ปลัดอำเภอ กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน⁵⁶ หรือแม่เอกชนที่เป็นบุคคลทั่วไป⁵⁷ ก็อาจเป็นบุคคลที่เป็นต้นเหตุทำให้ผู้ที่ได้ให้ถ้อยคำนั้นให้ถ้อยคำออกมาโดยไม่สมัครใจได้ทั้งสิ้น

4.3.5.2 กรณีเป็นถ้อยคำที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ที่โดยหลักถ้อยคำของพยานบุคคลที่สามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ จะต้องเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยสมัครใจอย่างแท้จริง ซึ่งก็คือ จะต้องเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่ เชิญ หลอกลวง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณีก็จะเห็นได้ว่าแม้ถ้อยคำที่ได้มานั้นจะเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยสมัครใจอย่างแท้จริงแล้วก็ตาม แต่ถ้อยคำดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ โดยเฉพาะในเรื่องของขั้นตอนต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในปัจจุบันได้บัญญัติหน้าที่ต่าง ๆ แก่เจ้าพนักงานที่จะต้องกระทำเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแจ้งสิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ต้องหา หรือผู้ถูกจับ หรือบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับให้เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติแต่เจ้าพนักงานก็ไต่ถามวันไม่ยอมดำเนินการตามที่บทบัญญัติของกฎหมายบังคับไว้ ดังเช่น

(ก) กรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการแจ้งสิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา

1) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้มีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ถูกฟ้องเป็นคดีอาญา⁵⁸

⁵⁴โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 249/2475(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 944/2474(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 98/2463(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 542-543/2506(เนติ.), คำพิพากษาฎีกาที่ 598/2484(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2467(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2476(ธส.)

⁵⁵โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 256/2463(ธส.)

⁵⁶โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 500/2474(ธส.)

⁵⁷โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 102/2474(ธส.)

⁵⁸มาตรา 134/4 “ในการถามคำให้การผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

2) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้มีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาในการมีทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน⁵⁹

3) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้มีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาที่จะพบและปรึกษาทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว⁶⁰

(1) ผู้ต้องหาสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้น อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้...”

มาตรา 83 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับต้องแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกจับทราบ หากมีหมายจับให้แสดงต่อผู้ถูกจับพร้อมทั้งแจ้งด้วยว่า ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือให้การก็ได้ และถ้อยคำของผู้ถูกจับนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้...”

⁵⁹มาตรา 134/3 “ผู้ต้องหาสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้”

มาตรา 134/4 “ในการถามค่าให้การผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(2) ผู้ต้องหาสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้

มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

(2) ให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้ในชั้นสอบสวน ...

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง

⁶⁰มาตรา 83 วรรคสอง “ในกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับ...พร้อมทั้งแจ้งด้วยว่า ... ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความ หรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความ...”

มาตรา 84 วรรคสอง “...ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ซึ่งมีผู้นำผู้ถูกจับมาส่งแจ้งให้ผู้ถูกจับทราบถึงสิทธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7/1...”

มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

(1) พบและปรึกษาผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว...

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง

4) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้มีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับให้ทราบถึงสิทธิประการอื่นๆตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7/1⁶¹

(ข) กรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติ

(1) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้จัดให้มีการสอบสวนให้ถูกต้องตามกฎหมาย ในกรณีที่มีการสอบสวนนั้นเป็นการสอบสวนผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี⁶²

(2) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้จัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาในคดีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ต้องหาต้องมีทนายความในชั้นสอบสวน⁶³

(3) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้อนุญาตให้ผู้ถูกจับแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุม⁶⁴

⁶¹มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุม หรือ ชังมีสิทธิจะแจ้ง หรือ ขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือ ผู้ซึ่ง ผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ไว้วางใจ ได้ทราบถึงการถูกจับกุม และสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรกและให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาสิทธิติดต่อกับญาติด้วย...

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง

⁶²โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/2 ,มาตรา 133 ทวิ ,มาตรา 133 ตริ

⁶³มาตรา 134/1 “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่ผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้...”

นอกจากนี้โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (7) ที่บัญญัติว่า “ในคดีอาญาผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว”

(4) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้จัดให้ผู้ถูกจับติดต่อกับญาติหรือผู้ซึ่งถูกจับไว้วางใจ หรือ ไม่ดำเนินการดังกล่าวตามที่ผู้ถูกจับร้องขอ⁶⁵

(5) กรณีที่เจ้าพนักงานมิได้ดำเนินการรักษาพยาบาลผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาโดยเร็ว เมื่อเกิดการเจ็บป่วย⁶⁶

จากกรณีดังกล่าวมานี้จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ก็ได้มีการวางหลักประกัน สิทธิของผู้ที่ถูกดำเนินคดีไว้อย่างมากมาย โดยเฉพาะ

ประการแรก อันเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดคือ เอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา (The Privilege Against Self-incrimination) ซึ่งถือเป็นหลักการที่มาจากผลของคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้ตัดสินไว้ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1966 ในคดี *Miranda v. Arizona*⁶⁷ ที่ศาลได้ตัดสินโดยตีความขยายบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 (The Fifth Amendment) ที่บัญญัติไว้ว่า “...nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...” หรือ “บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับให้เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง” คดีนี้ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการที่สำคัญคือ ในการสอบสวนคดีอาญาว่า ก่อนเริ่มทำการสอบสวน พนักงานสอบสวนผู้มีหน้าที่สอบสวนจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบ ว่า

(1) ผู้ต้องหาจะมีสิทธิที่จะไม่ให้การใด ๆ เลยก็ได้

⁶⁴มาตรา 83 วรรค 2 “...ถ้าผู้ถูกจับประสงค์จะแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุมที่สามารถดำเนินการได้โดยสะดวกและไม่เป็นการขัดขวางการจับหรือการควบคุมผู้ถูกจับหรือทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก็ให้เจ้าพนักงานอนุญาตให้ผู้ถูกจับดำเนินการได้ตามสมควรแก่กรณี...”

⁶⁵มาตรา 84 วรรค 2 “เมื่อได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ...รวมทั้งจัดให้ผู้ถูกจับสามารถติดต่อกับญาติหรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับไว้วางใจ เพื่อแจ้งให้ทราบถึงการจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมได้ในโอกาสแรก เมื่อผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนตามวรรคหนึ่ง หรือถ้ากรณีผู้ถูกจับร้องขอให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้แจ้งก็ให้จัดการตามคำร้องขอนั้นโดยเร็ว...”

⁶⁶มาตรา 7/1 “...ให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

(4) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

⁶⁷384 U.S. 436, 86 S.Ct 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966).

(2) ถ้อยคำหรือสิ่งที่ผู้ต้องหากล่าวออกมานั้น อาจใช้เป็นพยานหลักฐานยันเขาในชั้นพิจารณาได้

(3) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะมีทนายความอยู่ร่วมด้วยในระหว่างการสอบสวน

(4) หากผู้ต้องหาไม่สามารถจัดหาทนายความได้เอง จะมีการแต่งตั้งทนายความให้แก่ผู้ต้องหา ก่อนเริ่มการสอบสวน ถ้าผู้ต้องหาไม่มีความประสงค์เช่นนั้น

หากการสอบสวนดังกล่าวพนักงานสอบสวนมิได้มีการแจ้งเตือนถึงสิทธิทั้งหลายเหล่านี้อย่างครบถ้วน ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ไม่อาจที่จะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการยันผู้ต้องหาที่ตกเป็นจำเลยในภายหลังที่มีการฟ้องคดีได้ แม้คำให้การที่ผู้ต้องหาได้ให้ออกมานั้นจะเป็นถ้อยคำที่ให้ออกมาโดยสมัครใจก็ตาม⁶⁸ และโดยอิทธิพลของคำตัดสินของศาลในคดี *Miranda v. Arizona* ที่ตัดสินตีความขยายบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 นี้ ต่อมาก็ได้มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของไทยที่วางหลักการในเรื่องนี้ไว้ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่เคยบังคับใช้ตลอดมาเกือบ 10 ปีมานี้ในมาตรา 243 ที่วางหลักไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา⁶⁹...” อันเป็นผลทำให้ต่อมาในภายหลังกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 134/4(1) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิ และมาตรา 134/4 (2) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแจ้งให้ทราบถึงการมีผู้พิทักษ์สิทธิ และมาตรา 134/3 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการจัดให้มีผู้พิทักษ์สิทธิ และมาตรา 134/1 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาคกันในการมีผู้พิทักษ์สิทธิ เป็นต้น

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ยังได้บัญญัติคุ้มครองเอกสิทธิ์เช่นว่านี้ ในชั้นจับกุมด้วยดังจะเห็นได้จากมาตรา 83 มาตรา 84 และมาตรา 7/1 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว กรณีนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ทำการละเมิดต่อเอกสิทธิ์นี้อย่างร้ายแรง ซึ่งผลของการที่เจ้าพนักงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้คือ การปฏิเสธไม่รับฟัง “ถ้อยคำ” ต่างๆที่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกจับได้กล่าวออกมาก่อนที่จะมีการแจ้งสิทธินั้นโดยบริบูรณ์ดังจะเห็นได้

⁶⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “สิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง,” *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 34 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2547), น.328

⁶⁹ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (4)

จากบทคัดพยานหลักฐานในเรื่องนี้โดยตรงก็คือ มาตรา 134/4 วรรคท้าย และมาตรา 84 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้ถ้อยคำต่างๆ ที่ผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหาได้ให้ออกมานั้น เจ้าพนักงานจะมีได้กระทำการใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการจงใจ มีคํามั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ต่อตัวผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับโดยตรง ถ้อยคำของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับที่ได้ให้ออกมาด้วยความสมัครใจเหล่านั้น ก็ไม่สามารถที่จะรับฟังได้อยู่แน่นอน ทั้งยังถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยประการอื่นตามนัยมาตรา 226 นี้ด้วยเช่นเดียวกัน⁷⁰

นอกจากนี้ ก็มีข้อสังเกตที่สำคัญในประเด็นแรกก็คือประเด็นในเรื่องคำรับสารภาพของผู้ถูกจับในชั้นจับกุมดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งมาตรา 84 วรรคสี่ที่บัญญัติว่า

“ ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ถูกจับให้ไว้ต่อเจ้าพนักงานผู้จับ หรือ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ในชั้นจับกุมหรือรับมอบตัวผู้ถูกจับถ้าถ้อยคำนั้นเป็นคำรับสารภาพของผู้ถูกจับว่าตนได้กระทำความผิด ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าเป็นถ้อยคำอื่นจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับได้ต่อเมื่อได้มีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือตามมาตรา 83 วรรคสองแก่ผู้ถูกจับ แล้วแต่กรณี”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้มีการวางหลักการคุ้มครองในเรื่องของเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ถูกฟ้องเป็นคดีอาญาไว้เคร่งครัดมากกว่ามาตรฐานสากลโดยทั่วไป เพราะโดยหลักการแล้วสิทธิดังกล่าวนี้ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาดที่ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถสละได้แต่อย่างใด กล่าวคือ สิทธินี้เป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิสามารถสละได้ ถ้าการสละสิทธินั้นเป็นการสละด้วยความสมัครใจ (voluntarily) โดยรู้ตัว (knowingly) และโดยเข้าใจ (intelligently)⁷¹

⁷⁰ ในประเด็นนี้ นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่าการอ้างตัวบทกฎหมายเพื่อที่จะคัดพยานหลักฐานดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องอ้างมาตรา 226 ในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นอีก เพราะกรณีดังกล่าวได้มีบทคัดพยานหลักฐานบทนี้ไว้โดยเฉพาะแล้วนั่นเอง (โปรดดู จรูญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.264)

⁷¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, วิเคราะห์การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 15 ฉบับที่ 3(2528), น. 82

หากเมื่อย้อนกลับมาถึงบทบัญญัติในมาตรา 84 วรรคสี่แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่า หากผู้ต้องหาได้ให้การรับสารภาพในชั้นจับกุม คำรับนี้ศาลจะต้องห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาดแม้ในชั้นจับกุมผู้ต้องหาจะได้ให้การออกมาด้วยความสมัครใจ และ เจ้าพนักงานได้มีการแจ้งสิทธิต่างๆทุกประการแล้วก็ตามเหตุผลส่วนหนึ่งของคำตอบในเรื่องนี้อาจมีมูลฐานมาจากความไม่ไว้วางใจต่อการปฏิบัติในการบันทึกการจับกุมของเจ้าพนักงาน แต่ในประเด็นนี้ด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ออกไปจากคดีโดยต้องห้ามมิให้รับฟังอย่างเด็ดขาด เพราะผู้เขียนเห็นว่า

1. การแก้ปัญหาด้วยการไม่รับฟังคำรับสารภาพ โดยตัดสินด้วยเหตุผลเพียงว่าไม่ไว้วางใจการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะนอกจากจะเป็นการกล่าวหาการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการจับกุมโดยภาพรวมแล้ว ยังเป็นการไม่ไว้วางใจการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลด้วยเพราะทั้งนี้ต้องไม่ลืมว่าการที่ศาลจะพิพากษาลงโทษหรือยกฟ้องจำเลยศาลจะต้องใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง เมื่อศาลแน่ใจ ต่อน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงแล้วศาลจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลย แต่การที่กฎหมายไทยได้ตัดพยานหลักฐานที่เป็นคำรับสารภาพในชั้นจับกุมออกไปเช่นนี้ คำรับสารภาพในชั้นจับกุมที่ผู้ถูกจับได้ให้การออกมาโดยสมัครใจ โดยรู้ตัว และเข้าใจในการการสละสิทธิดังกล่าวนั้น อาจถือได้ว่าคำรับสารภาพในชั้นจับกุมนี้เป็นพยานหลักฐาน “ชั้นสุดท้าย” ที่ทำให้ศาลแน่ใจในการลงโทษจำเลยก็เป็นได้ ดังนั้นหากการที่ศาลจะต้องตัดพยานหลักฐานนี้ออกไปในขณะที่ศาลยังไม่แน่ใจว่าจำเลยกระทำความผิดจริง หรือไม่นั้นศาลก็ต้องยกฟ้องจำเลยไปโดยปริยายนั่นเอง ซึ่งจะเป็นความเสียหายอย่างมากถ้าหากจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง

2. การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติบางกรณีโดยเฉพาะในเรื่องของผลกระทบในแง่ของการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษได้ เพราะ แต่เดิมคำรับสารภาพของผู้ถูกจับนั้น ศาลถือว่าเป็นเหตุหนึ่งในการลดโทษต่อเจ้าพนักงาน อันถือว่าเป็นเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78⁷² การที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ตัดพยานหลักฐานประเภทดังกล่าวนี้ออกไปก็อาจทำให้เกิดข้อถกเถียงได้ว่า คำรับสารภาพในชั้นจับกุมนั้นจะสามารถนำมารับฟังในฐานะที่เป็นเหตุบรรเทาโทษได้หรือไม่ หรือ การที่กฎหมายห้าม

⁷²โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1209/2521(เนติ.), คำพิพากษาฎีกาที่ 1963/2531(เนติ.), คำพิพากษาฎีกาที่ 108/2540(เนติ.)

มิให้รับฟังคำรับสารภาพตามมาตรานี้จะจำกัดเฉพาะ กรณีที่จะนำคำรับสารภาพดังกล่าวมาใช้ เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยเท่านั้น⁷³

ด้วยเหตุนี้เองผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวโดยให้มีมาตรฐานเช่นเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในชั้นสอบสวน นั่นก็คือ ภายหลังที่เจ้าพนักงานได้แจ้งสิทธิต่างๆให้ผู้ถูกจับได้ทราบแล้ว ผู้ถูกจับก็ชอบที่จะสามารถสละสิทธินี้ได้อยู่เสมอซึ่งก็รวมไปถึงการรับสารภาพด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า บทบัญญัติในวรรคท้ายของมาตรา 84 ในส่วนของคำรับสารภาพในชั้นจับกุมที่กฎหมายถือเป็นบทตัดพยานโดยเด็ดขาดนี้จึงสมควรที่จะต้องถูกยกเลิกไป

ประการที่สอง ในเรื่องของกรณีที่หากเจ้าพนักงานของรัฐมิได้มีการแจ้งสิทธิบางประการให้แก่ผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ทราบถึงสิทธิตามที่มาตรา 7/1 บัญญัติไว้ หรือ เจ้าพนักงาน ได้ทำการแจ้งสิทธิดังกล่าวแล้ว แต่มิได้ยอมให้ผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ได้ใช้สิทธิในกรณีดังกล่าว ได้แก่

- 1.สิทธิของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ที่จะแจ้ง หรือ ขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือ ผู้ซึ่งผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ไว้วางใจ ได้ทราบถึงการถูกจับกุม และสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก
- 2.สิทธิของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ที่จะพบและปรึกษานายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว
- 3.สิทธิของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ที่จะให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนในชั้นสอบสวน
- 4.สิทธิของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับ ที่จะได้รับการเยี่ยมและติดต่อกับญาติได้ตามสมควร
- 5.สิทธิของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับที่จะได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

⁷³ในประเด็นนี้ได้มีผู้ทำความเข้าใจไว้ว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าเจ้าพนักงานได้ทำการบันทึกคำรับสารภาพของผู้ถูกจับในชั้นจับกุมว่าตนได้กระทำความผิดนั้น ศาลน่าจะรับฟังโดยถือว่าเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ เพราะการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 84 นี้เป็นการห้ามมิให้รับฟังเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับเท่านั้น (อ้างถึงใน ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่ 22)พ.ศ.2547, น. 83)

กรณีเหล่านี้ถ้อยคำของพยานบุคคลหรือ สิ่งที่ต้องการหา หรือ ผู้ถูกจับ ได้กล่าวออกมา ก่อนที่เจ้าพนักงานจะได้มีการแจ้งสิทธิ หรือ จัดให้มีการดำเนินการตามสิทธิที่กฎหมายกำหนดนั้น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกันกับรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ที่เห็นว่า ถ้อยคำใดๆที่ต้องการหา หรือ ผู้ถูกจับ ได้กล่าวออกมานั้นไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานลงโทษ ผู้ที่กล่าวถ้อยคำนั้นได้ ในฐานะที่ถ้อยคำนั้นเป็นถ้อยคำที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นตามนัยแห่งมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁷⁴ แม้หลักการของมาตรา 7/1 นี้ จะมีได้กล่าวไว้ในบทตัดพยานหลักฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 84 วรรคสี่ที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ตาม(เพราะบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 84 วรรคสี่นั้นคงจำกัดเฉพาะในเรื่องของถ้อยคำของ ผู้ถูกจับ ที่เป็นคำรับในชั้นจับกุม หรือ ถ้อยคำอื่นที่เจ้าพนักงานมิได้ทำการแจ้งสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 83 วรรคสอง และมาตรา 84 วรรคหนึ่งเท่านั้น และแม้ในวรรคสองของมาตรา 84 ดังกล่าวจะบัญญัติให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือ เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องดำเนินการแจ้งถึงสิทธิตามที่บัญญัติในมาตรา 7/1 แต่ในมาตรา 84 ก็มีได้บัญญัติถึงผลในทางพยานหลักฐานของการที่เจ้าพนักงานได้ละเว้นหน้าที่ดังกล่าวไว้ด้วยแต่ประการใด) แต่การที่ต้องตัดพยานหลักฐาน คือ ถ้อยคำของผู้ต้องหา หรือ ผู้ถูกจับที่ได้ให้ไว้ ก่อนที่จะมีการแจ้งสิทธิตามมาตรา 7/1 หรือ ก่อนที่จะมีการดำเนินการให้บุคคลดังกล่าวได้ใช้สิทธิในระหว่างที่ผู้นั้น “ถูกควบคุม” หรือ “ขัง” อยู่ตามนัยของมาตรา 226 ทั้งนี้ก็เพื่อให้บทบัญญัติมาตรา 7/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเกิดความศักดิ์สิทธิ์ และ เพื่อมิให้มีการล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไปอีกนั่นเอง

ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องไม่รับฟังสิ่งใดๆที่ต้องการหา หรือ ผู้ถูกจับได้กล่าวออกมา ก่อนที่เจ้าพนักงานจะได้มีการแจ้ง หรือ ดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7/1 ตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเสมอ

นอกจากนี้ก็มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ละเว้นการที่กฎหมายบังคับให้เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติเรื่องอื่นๆ บางกรณี เช่น ในกรณีที่พนักงานสอบสวนได้ใช้อำนาจในการควบคุมตัวผู้ต้องหาเกินกว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ 48 ชั่วโมง⁷⁵ ปัญหาเมื่ออยู่ว่า สิ่งใดๆที่ผู้ต้องหาที่ได้ให้การออกมาในระหว่างนั้นจะสามารถ รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ เพราะใน

⁷⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 9, น.10-11

⁷⁵ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 87

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มิได้มีการกล่าวไว้อย่างชัดเจนสำหรับกรณีที่เจ้าพนักงานได้ทำการฝ่าฝืนเรื่องนี้ แต่อย่างไร

ในเรื่องนี้ผู้เขียนก็ยังคงมีความเห็นว่าถ้อยคำ หรือ สิ่งที่ต้องหาได้กล่าวออกมานั้นก็ไม่ว่าจะรับฟังได้ ตามนัยของมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอยู่นั่นเองเพราะจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของหลักการนี้มีขึ้นเพื่อความมุ่งหมายที่จะจำกัดระยะเวลาของการควบคุมผู้ต้องหา ภายหลังที่มีการจับกุมให้น้อยลงเพื่อที่จะเป็นการป้องกันมิให้เจ้าพนักงานตำรวจกระทำการใดอันมิชอบต่อผู้ต้องหาตามอำเภอใจอย่างไม่มีขอบเขต ดังนั้นหากเจ้าพนักงานไม่ยอมปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่กลับควบคุมตัวผู้ต้องหานานเกินควร ศาลจึงอาจไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน คือ ถ้อยคำใดๆ ที่ได้มาภายหลังจากที่ผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวไว้นานเกินควรก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า ในระหว่างนั้นจะมีการใช้กำลังบังคับ ช่มชู้ หรือให้คำมั่นสัญญาแก่ผู้ต้องหา หรือผู้ต้องหาจะมีสภาพจิตใจหรือร่างกายผิดปกติหรือไม่อย่างใดก็ตาม กล่าวคือ แม้ว่าคำรับสารภาพนั้นตามความเป็นจริงจะถือว่าได้มาโดยสมัครใจ (Voluntary) แค่นั้นเพียงใด แต่ในแง่ของกฎหมายแล้วต้องถือว่าจะใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ตายตัวลงไปทีเดียว หากว่าคำรับสารภาพนั้นได้มาภายหลังจากระยะเวลาที่ผู้ต้องหาควรถูกนำตัวไปยังศาลได้แล้ว⁷⁶

⁷⁶ คดี **Miranda** ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า หากผู้ต้องหาถูกควบคุมนานเกินควรและในระหว่างนั้นมีการสอบสวนยาวนานเกินไป อาจจะถือได้ว่า ผู้ต้องหานั้นมิได้สละสิทธิอย่างถูกต้องตามกฎหมายในขณะที่ยินยอมให้มีการสอบสวน ซึ่งผลก็คือ คำรับสารภาพที่ได้มาจะใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวเกิน 48 ชั่วโมง และในระหว่างนั้นพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาตลอดเวลา แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า ทุกครั้งที่มีการสอบสวน พนักงานสอบสวนจะได้ให้คำเตือน 4 ประการตามหลักคดี **Miranda** ก็ตาม ศาลอาจถือว่า การที่ผู้ต้องหายอมให้การรับสารภาพนั้น เป็นการสละสิทธิที่จะไม่ให้การอย่างไม่สมัครใจก็ได้ ซึ่งจะมีผลทำให้คำรับสารภาพที่ได้มารับฟังไม่ได้ เพราะโดยสภาพการณ์เช่นนั้น ยากที่ผู้ต้องหาจะปฏิเสธไม่ยอมรับร่วมมือให้การตามที่พนักงานสอบสวนต้องการ ด้วยเหตุนี้การควบคุมตัวผู้ต้องหายาวนานเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดยังมีผลต่อการไม่ยอมรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาอยู่เสมอ (อ้างถึงใน เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, “การควบคุมอำนาจเจ้าพนักงานสอบสวน,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 4 (มีนาคม, 2521), น. 55)

4.4 บทวิเคราะห์แนวความคิดของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายใน คดีอาญาระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากกรณีนี้ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดในเรื่องของความเห็นเกี่ยวกับบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในคดีอาญาดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นจะเห็นได้ว่า แม้หลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศไทยจะถือหลักการพิจารณาถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่ระดับในเรื่องความเคร่งครัดในการตัดพยานหลักฐานบางประเภทและในบางสถานการณ์ ความเคร่งครัดในเรื่องนี้ ก็อาจมีข้อเหมือนและข้อต่างอยู่บ้างในบางกรณี ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่แม้จะมีลักษณะที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของหลัก Exclusionary Rule ในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์และเพื่อที่จะยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานได้ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบในลักษณะเช่นนี้ต่อไปอีก แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า จุดแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดที่สุดก็คือ ระดับของความเคร่งครัดในการตัดพยานหลักฐานของประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในเรื่องของหลัก “ผลไม้มือของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine)” ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลไทยนั้นจะเห็นได้ว่าศาลไทยคงจำกัดเฉพาะการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานโดยตรงเท่านั้น หาได้รวมถึงดอกผลที่ได้มาเพราะการกระทำอันมิชอบนั้นด้วยไม่ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 500/2474⁷⁷ วางเป็นบรรทัดฐานไว้ที่ได้วินิจฉัยยืนยันอย่างชัดเจนว่า ศาลไทยไม่เคร่งครัดไปถึงขนาดที่จะต้องตัดพยานหลักฐานชั้นหลัง ได้แก่พยานวัตถุที่เป็นผลไม้อันได้มาจากการสืบสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบจากต้นไม้ที่เป็นพิษ นั่นเอง

นอกจากนี้ ผู้เขียนก็ยังมีความเห็นว่า กฎหมายไทยก็มิได้มีหลักการที่พิเศษในเรื่องของการแบ่งแยกระหว่างการ “เกิดขึ้น” ซึ่งพยานหลักฐานกับวิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานเป็นทฤษฎีของตนเองโดยเฉพาะแต่อย่างใดแม้การตีความในลักษณะดังกล่าวจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับหลักการของประเทศอังกฤษที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่า หากเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแล้วย่อมสามารถที่จะรับฟังได้ทั้งสิ้น โดยไม่ได้คำนึงว่า วิธีการได้มาซึ่ง

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 500/2474(ธส.)

พยานหลักฐานนั้น จะได้อามาด้วยวิธีการใด อันถือเป็นแนวคิดที่มุ่งเน้นให้น้ำหนักในด้านของการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) เป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการของประเทศอังกฤษก็ได้มีข้อยกเว้นอยู่เช่นเดียวกัน ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องของเงื่อนไขที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดี (Fairness of the Proceedings) ถึงขนาดที่ว่า ศาลไม่ควรยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้นหรือไม่ กับข้อยกเว้นในเรื่องของการรับสารภาพ (Confessions) ที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาถึงแนวทางของการตีความมาตรา 226 ของกฎหมายไทย ที่แบ่งแยกการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานออกจากกันตามแนวความเห็นดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการตีความเช่นนี้ กฎหมายไทยจะมีข้อยกเว้นที่ศาลจะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” โดยมีขอบเพียงกรณีเดียวคือในกรณีที่พยานหลักฐานนั้นเป็น “ถ้อยคำ” ของบุคคลที่เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบประการอื่นๆ เท่านั้น เพราะพยานหลักฐานประเภทนี้เป็นพยานหลักฐานประเภทเดียวที่สามารถ “เกิดขึ้น” โดยมีขอบตามมาตรา 226 ได้ ส่วนพยานหลักฐานอื่น ๆ นอกเหนือจากนี้ ไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุหรือพยานเอกสาร พยานหลักฐานเหล่านี้จะไม่ขอบเขตในแง่ของการตรวจสอบโดยศาลได้เลย เพราะ พยานวัตถุ หรือ พยานเอกสารทุกชนิด ย่อมเป็นพยานที่เกิดขึ้นโดยชอบในตัวเองอยู่แล้วเสมอ(เว้นแต่จะมองในบริบทที่ว่า เป็นการนำพยานวัตถุ หรือ พยานเอกสาร มาปรับปรำจำเลย หรือ เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อ ที่ถึงขนาดเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด กรณีนี้อาจมองได้ว่าเป็นพยานวัตถุ หรือเป็นพยานเอกสารที่เกิดขึ้นโดยมิชอบได้) จึงดูเหมือนประหนึ่งว่า การตีความเห็นของฝ่ายที่แบ่งแยกระหว่างการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ออกจากกันนั้นเหมือนจะมุ่งพิจารณาว่าความชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 226 โดยขึ้นอยู่กับ “น้ำหนักความน่าเชื่อถือ” ของพยานเอกสาร หรือ พยานวัตถุนั้นเสียมากกว่าซึ่งในจุดนี้เองที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นจุดบกพร่อง เพราะหากเราได้แบ่งแยกการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานออกจากกันแล้ว พยานวัตถุหรือพยานเอกสารทุกชนิดแม้จะได้มาด้วยวิธีการที่มิชอบด้วยกฎหมายวิธีใด หรือ ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบธรรม หรือรุนแรงแค่ไหนเพียงใดก็ตาม เช่นการทรมานผู้ต้องหาเพื่อให้บอกที่ซ่อนของกลางหรือการล้วงคอผู้ต้องหาเพื่อให้ผู้ต้องหาอาเจียนยาเสพติดของกลางออกมาหรือการบังคับเจาะเลือดผู้ต้องหาเพื่อพิสูจน์ดีเอ็นเอ โดยผู้ต้องหาไม่ยินยอมและไม่มีกฎหมายให้อำนาจ พยานวัตถุหรือพยานเอกสารเหล่านี้ก็ย่อมที่จะสามารถนำมารับฟังได้ทุกกรณี โดยศาลไม่อาจตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานที่เป็นฝ่ายบริหารด้วยการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้

แต่อย่างใด เพราะการ “เกิดขึ้น” ซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นการเกิดขึ้นโดยชอบอยู่แล้วและเมื่อเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบก็ไม่ว่าจะถูกตัดออกไปตามมาตรา 226 ตามแนวทางการตีความของนักกฎหมายฝ่ายนี้ได้ ดังนั้น พยานหลักฐานที่เป็นของกลางต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ยาเสพติด หรือ เลือดของผู้ต้องหาที่ได้มาจากการบังคับตรวจของเจ้าหน้าที่โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจต่างก็สามารถรับฟังได้เสมอแม้วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานเหล่านั้นจะมีความไม่ชอบธรรมหรือละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือ สิทธิมนุษยชน ร้ายแรงแค่ไหนเพียงใดก็ตาม

จากการตีความในลักษณะเช่นนี้ แม้จะมีข้อดีคือ เพื่อมิให้พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ต้องเสียไปจากการที่เจ้าพนักงานใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบก็ตาม แต่เราจะมีสิ่งใดที่เป็นหลักประกันว่าการใช้อำนาจเหล่านี้จะไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชน ตลอดจนถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่ถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหลักในเรื่องของการตรวจสอบ การถ่วงดุล และคานอำนาจกันระหว่างองค์กร ที่ถือเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดต่อหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่รัฐในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Control of Police Powers) ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและสำคัญที่ศาลจะต้องเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบอย่างจริงจัง โดยเฉพาะในกรณีที่พยานหลักฐานหรือ สิ่งที่ได้มานั้นเจ้าพนักงานได้ใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือ มีความรุนแรงไม่ชอบธรรมอย่างมากแล้ว ศาลก็ชอบที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวด้วยการ ตัด หรือ ปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวออกไป จริงอยู่แม้การดำเนินการทางอาญา หรือ ทางวินัย ต่อเจ้าพนักงานที่กระทำโดยมิชอบนั้นจะเป็นสิ่งที่จะต้องปฏิบัติโดยหลักการอยู่แล้วก็ตาม แต่ก็ต้องยอมรับในความเป็นจริงว่าในทางปฏิบัติย่อมเป็นไปได้น้อยมากเพราะ เจ้าพนักงานย่อมมีข้ออ้างอย่างมีเหตุผลในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ต่างนานาอยู่เสมอ เช่น การอ้างว่าเป็นการขาดเจตนา หรือ การอ้างว่าเข้าใจว่ามีเหตุตามกฎหมายที่ตนสามารถกระทำได้ ตลอดจนถึงพนักงานอัยการก็อาจมีคำสั่งไม่ฟ้องเจ้าพนักงานผู้นั้นเพราะเห็นว่าเจ้าพนักงาน ได้กระทำไปด้วยความสุจริตใจ หรือ แม้กระทั่งพนักงานสอบสวนก็ยากที่จะดำเนินคดีเพราะความเห็นใจระหว่างเจ้าพนักงานด้วยกันเองเป็นต้น และ แม้ขนาดกฎหมายอังกฤษที่มีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ให้น้ำหนักไปในด้านของการป้องกัน ควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) ด้วยการวางเป็นหลักการไว้ว่า พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องประเด็นย่อมสามารถที่จะนำมารับฟังได้เสมอ แต่หลักการที่ยึดหยุ่นนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นเช่นเดียวกันแล้วประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศหนึ่งที่ใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศจะไม่ให้

หลักประกันต่อประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเลยหรือ

โดยเฉพาะบางกรณีในเรื่องเกี่ยวกับการค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้นและไม่มีเหตุให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย หรือการค้นตัวบุคคลโดยไม่มีเหตุอันสมควร การค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายเหล่านี้ก็อาจถือเป็นช่องทางหนึ่งในขยายการกระทำโดยมิชอบไปมากขึ้นกว่าเดิมเสียด้วยซ้ำเช่น ในกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจได้ยึดของกลางให้กับผู้ถูกค้นไม่ว่าจะเป็น ยาเสพติด อาวุธปืนเถื่อน หรือ สิ่งของผิดกฎหมายประเภทอื่นๆ ให้กับผู้ถูกตรวจค้น เป็นต้น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่าเป็นสิ่งสมควรแล้วหรือที่จะนำพยานเอกสาร หรือ พยานวัตถุที่เป็นเท็จเหล่านี้เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลโดยปล่อยให้เป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจของศาลในการชั่งน้ำหนักของพยานหลักฐาน ที่เป็นข้อพิจารณาในเรื่องของความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เหล่านี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การตีความมาตรา 226 โดยการแบ่งแยกระหว่างการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” นั้นได้ก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดีนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เขียนจะถือตามความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายที่เห็นว่าการตีความมาตรา 226 ต่างก็ถือในความหมายของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานทั้งสิ้นก็ตาม แต่การที่กฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ในลักษณะอย่างกว้างๆ โดยเฉพาะคำว่า “โดยมิชอบประการอื่น” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 นี้ เราจะตีความมาตรา 226 กว้างหรือแคบแค่ไหนเพียงใด เพราะจะเห็นได้ว่า “โดยมิชอบประการอื่น” นั้นมีความหมายที่กว้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าพนักงานจะต้องปฏิบัติอย่างมากมายซึ่งบางเรื่องก็มีทั้งที่มีความสำคัญเพราะมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของบุคคล หรือ บางเรื่องก็เป็นเพียงการกำหนดให้เจ้าพนักงานให้ต้องปฏิบัติในรายละเอียดเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้เองจึงก่อให้เกิดคำถามตามมาว่าหากเราจะต้องตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น จะเป็นการชอบด้วยเหตุผลและมีความเหมาะสมชอบธรรมแล้วหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานนั้นได้กระทำไปด้วยความบริสุทธิ์ใจอย่างแท้จริง หรือ ผลที่เกิดขึ้นจากการที่เจ้าพนักงานได้ใช้วิธีการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นคงเป็นเพียงความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ในประเด็นปัญหานี้จะเห็นได้ว่าบางกรณีศาลไทยก็ได้ตีความเคร่งครัดตามถ้อยคำในมาตรา 226 มากจนเกินไปเช่นเดียวกัน เพราะเมื่อกล่าวถึงความเหมาะสมชอบธรรมในการรับฟังพยานหลักฐานในบางกรณี ก็ไม่ควรที่จะต้องตัดพยานหลักฐานดังกล่าวออกไปแม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่มีได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดก็ตาม ดังจะเห็นได้จาก

คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483⁷⁸, คำพิพากษาฎีกาที่ 1328/2544⁷⁹, คำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547⁸⁰, คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2548⁸¹ ได้วางเป็นข้อยกเว้นไว้ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

4.5 บทวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ในหัวข้อนี้จะเป็นการกล่าวถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยเกี่ยวกับการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกรณีต่างๆเท่าที่ผู้เขียนรวบรวมมาได้ในปัจจุบันว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั้น มีผลบังคับในความเป็นจริงอย่างไรบ้าง การวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการมองแนวความคิดของศาลในแต่ละเรื่องนั้นว่าศาลมีมุมมองอย่างไรในคดีแต่ละคดีที่มีข้อโต้แย้งกันในเรื่องการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะอย่างน้อยที่สุดการศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลย่อมทำให้ทราบถึงหลักการของ มาตรา 226 ว่ามีผลใช้บังคับกันทางปฏิบัติอย่างไรโดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้ คือ

4.5.1 แนวคำพิพากษาของศาลไทยที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสิ่งซึ่งได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการได้มาจากคนในที่รโหฐานของบุคคลโดยมิชอบ

4.5.1.1 กรณีการค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้น

⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483(ธส.)

⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1328/2544(เนติ.)

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547(สงเสริม.)

⁸¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2548(สงเสริม.)

คำพิพากษาของศาลในกรณีแรกนี้คือ คำพิพากษากฎีกาที่ 857/2482⁸² แม้คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้จะตัดสินไว้เป็นเวลานานแล้ว แต่ก็ถือว่า เป็นคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับแรกที่ได้วางหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่มีชอบด้วยกฎหมายไว้โดยตรง ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า โจทก์ฟ้องจำเลยฐานมีสุราเถื่อนไว้ในครอบครอง แต่เจ้าพนักงานที่เข้าทำการค้นบ้านของบุคคลอื่นเพื่อจับสุราเถื่อนมีชั้นยศเป็นนายสิบและพลตำรวจซึ่งมิใช่ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ และการค้นดังกล่าวเป็นการค้นโดยไม่มีหมาย การแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ศาลจะมีได้วินิจฉัยโดยตรงว่า พยานวัตถุคือสุราเถื่อนที่ได้มาจากการค้นนั้นรับฟังไม่ได้ เพราะเป็นการค้นที่มีชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 226 โดยตรงก็ตาม แต่ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลไม่ลงโทษจำเลยในความผิดฐานมีสุราเถื่อนอยู่ในครอบครองดังที่ศาลได้ให้เหตุผลว่า “ในข้อเท็จจริงที่ว่า สุรารายนี้เป็นของจำเลยหรือไม่ ก็คงมีแต่คำพยานซึ่งมีข้อสงสัยดังศาลอุทธรณ์วินิจฉัย คดีจึงฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ให้ยกฎีกาโจทก์เสีย” จากการแสดงเหตุผลของศาลดังกล่าวจึงชี้ให้เห็นโดยปริยายว่า ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว (ซึ่งความผิดฐานมีสุราเถื่อนไว้ในครอบครองนั้น สุราเถื่อนถือเป็นพยานหลักฐานชั้นที่สำคัญที่สุดและเป็นหัวใจของคดี) การที่เจ้าพนักงานได้เข้าตรวจค้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย⁸³ และได้ปฏิบัติในการจับกุมของกลางตามกฎหมายเป็นการไม่ชอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเอง

กับทั้งต่อมาก็ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลได้ยืนยันหลักดังกล่าวนี้ชัดเจนยิ่งขึ้นแม้คำพิพากษากฎีกาฉบับที่จะกล่าวต่อไปนี้จะคำพิพากษาของศาลชั้นต้นแต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าคำ

⁸² คำพิพากษากฎีกาที่ 857/2482(ฎส.)

⁸³ มีข้อสังเกตอยู่ว่าการที่คำพิพากษากฎีกานี้ได้ให้เหตุผลในเรื่องของการเข้าค้น เป็นการเข้าค้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายนั้น ก็เพราะการเข้าค้นดังกล่าวเป็นการค้นโดยไม่มีหมาย และเป็นการค้นโดยไม่มีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมในการค้นด้วยนั่นเอง กล่าวคือ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น เงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายในการค้นที่รื้อฐานของบุคคลนั้น มิได้จำกัดเฉพาะการมีหมายค้นแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาด้วยการเข้าค้นนั้น เป็นการเข้าค้นโดยมีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมในการค้นหรือไม่ด้วย เพราะแม้การเข้าค้นดังกล่าวจะเป็นการเข้าค้นโดยไม่มีหมาย แต่ถ้ามียนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมด้วยในการค้นนั้น กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นก็ยังคงถือว่า การค้นดังกล่าวเป็นการค้นที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่นั่นเอง ซึ่งในคดีนี้จะเห็นได้ว่ามิได้มีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมในการค้นแต่อย่างใด

พิพากษานี้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้อย่างถูกต้องและมีความชัดเจนในการวินิจฉัยหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้อย่างดี ที่สุดของการวินิจฉัยประเด็นในเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจโดย วิธีการค้นที่มีชอบด้วยกฎหมายสำหรับการเข้าค้นโดยมิได้มีหมายของศาลไว้โดยตรง คือ คำ พิพากษาศาลจังหวัดอุตรดิตถ์ในคดีหมายเลขแดงที่ 2358/2542⁸⁴

คดีนี้ โจทก์ได้ฟ้องจำเลยในความผิดต่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ฯลฯ และ พระราชบัญญัติอาวุธปืน ฯลฯ โดยข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า เจ้าพนักงานได้ทำการค้นในที่เกิดเหตุ โดย มิได้มีหมายของศาล ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยในข้อแรกมีอยู่ว่า การตรวจค้นของเจ้าพนักงานชอบด้วย บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 หรือไม่ โจทก์มี เจ้าพนักงานผู้ทำการค้น มาเบิกความว่า ได้รับแต่งตั้งจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้เป็นเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ มีอำนาจหน้าที่ ในการตรวจค้นบุคคลและเข้าไปในเคหสถานเพื่อตรวจค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นจากศาลในคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นที่สำคัญที่สุดว่า

“ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 บัญญัติว่า ในคดีอาญา การค้นในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 238 มีความหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานซึ่ง บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 35 วรรคแรกว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถานและ วรรคสองว่า บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครอง เคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ ครอบครองหรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจบทบัญญัติ กฎหมาย เหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานไว้เช่นนี้ ก็เนื่องจาก เสรีภาพดังกล่าวเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญพิทักษ์ เชิดชู และเห็นว่า บทบัญญัติมากมายที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครอง เสรีภาพดังกล่าว ดังนั้นการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะต้องตีความโดย คำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมที่มีอยู่ของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธี

⁸⁴ คดีหมายเลขดำที่ 2043/2541

พิจารณาความอาญาว่าด้วยการออกหมายค้นและบทบัญญัติว่าด้วยการค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พุทธศักราช 2519 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อ้างว่าให้อำนาจเจ้าพนักงานค้นเคหสถานโดยไม่ต้องมีหมายค้นของศาลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลได้รับความคุ้มครองภายในขอบเขตใดและรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายจะเปลี่ยนแปลงขอบเขตของการคุ้มครองดังกล่าวอย่างไร ในเรื่องการออกหมายค้นนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 58 (3) ให้ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่เป็นผู้มีอำนาจออกหมายค้นได้และบัญญัติในเรื่องนี้อีกว่า การออกหมายค้นจะต้องมีเหตุดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 69 อย่างหนึ่งอย่างใด คือ (1) เพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานประกอบการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา (2) เพื่อพบและยึดสิ่งของ ซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยผิดกฎหมายหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้ใช้หรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิด (3) เพื่อพบและช่วยบุคคลซึ่งได้ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (4) เพื่อพบบุคคลซึ่งมีหมายให้จับ และ (5) เพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษาหรือตามคำสั่งของศาลในกรณีที่จะพบหรือยึดโดยวิธีอื่นไม่ได้แล้ว ส่วนในเรื่องการค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นนั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 92 โดยบัญญัติแยกเป็น 2 กรณี กรณีแรก เป็นการค้นของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เมื่อมีพฤติการณ์ตามมาตรา 52 วรรคแรก (1)-(4) และกรณีที่สอง เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นด้วยตัวเอง และเป็นกรณีที่อาจออกหมายค้นได้ ตามมาตรา 92 วรรคสอง ดังนี้ หลักการสำคัญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือการค้นในที่รโหฐาน อยู่ในเงื่อนไข 2 ประการ คือ ประการแรก มีเหตุสมควรอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 69 และประการที่สอง ผู้ใช้ดุลพินิจว่า กรณีมีเหตุอันสมควรดังกล่าวหรือไม่ คือศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ด้วยหลักการสำคัญดังกล่าวเห็นได้ว่า ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นได้ในกรณีที่ 2 นั้น เป็นกรณีที่สืบเนื่องมาจากอำนาจในการออกหมายค้นของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่นั้นเอง หมายความว่า พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งมิใช่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ย่อมมีอำนาจเพียงดำเนินการตามหมายค้นเท่านั้น การออกหมายค้นซึ่งต้องใช้ดุลพินิจว่ามีเหตุสมควรอย่างหนึ่งอย่างใดใน 5 ประการ ตามมาตรา 69 หรือไม่ เป็นอำนาจของศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่

สำหรับพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงและมีอำนาจออกหมายค้นให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ดำเนินการค้นได้อยู่แล้วนั้น เมื่อพนักงานดังกล่าวดำเนินการค้นด้วยตนเอง ซึ่งย่อมจะต้องใช้ดุลพินิจในขณะนั้นอยู่แล้วว่า กรณีที่เหตุสมควรจะออกหมายค้นได้หรือไม่ จึงไม่มีความจำเป็นจะต้องออกหมายค้นให้แก่ตนเองก่อนและเห็นได้อีกว่า ที่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 มาตรา 14 บัญญัติให้เจ้าพนักงานมีอำนาจค้นเคหสถานใด ๆ ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า มียาเสพติดซุกซ่อนอยู่นั้น เป็นการบัญญัติทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 วรรคสอง กล่าวคือ เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า กรณีมีเหตุอันสมควรสงสัยว่ามียาเสพติดซุกซ่อนอยู่ในเคหสถานที่จะค้นหรือไม่ อย่างเดียวกับการให้อำนาจแก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 วรรคสอง การคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ดี ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ก็ดี เป็นการคุ้มครองที่อาศัยดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีสถานะพิเศษโดยปราศจากการควบคุมและการสอดส่องดูแลของฝ่ายตุลาการซึ่งไม่ต้องด้วยหลักการของรัฐธรรมนูญที่พิทักษ์เชิดชูศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลโดยกำหนดให้การใช้ดุลพินิจว่าจะก้าวล่วงเข้าไปกระทำการใด ๆ ที่กระทบถึงเสรีภาพที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุขของบุคคลในกรณีปกติต้องเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายตุลาการเท่านั้น ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 238 บัญญัติยกเลิกอำนาจในการออกหมายค้นของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเดิมที่มีอยู่และให้ศาลเท่านั้นมีอำนาจออกหมายค้นแก่เจ้าหน้าที่ เป็นการเปลี่ยนแปลงวิธีคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลให้ต้องกับหลักการนี้ การยกเลิกอำนาจออกหมายค้นของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่า การใช้ดุลพินิจว่ามีเหตุสมควรจะออกหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 อย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ มิใช่อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่อีกต่อไป แต่ต้องอยู่ในอำนาจของศาลเท่านั้น ดังนั้นจึงย่อมเป็นการยกเลิกอำนาจในการค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจสืบเนื่องด้วย ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือเป็นเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ก็ตาม เหตุให้ค้นในที่

รโหฐานได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาลซึ่งเป็นข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 หมายถึง เหตุอย่างอื่นนอกจากเหตุเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐอาศัยสถานะพิเศษตามกฎหมายที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า มีหรือไม่มีเหตุสมควรจะค้น ทำนองเดียวกับการใช้ดุลพินิจออกหมายค้นของศาล ฉะนั้น การตรวจค้นของพันตำรวจตรีศรีทระนันท เรือนมูล อ้างว่า มีอำนาจค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 จึงไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238...”

ประเด็นปัญหาสุดท้ายที่ศาลได้วินิจฉัยคือ พยานหลักฐานที่ค้นพบในที่เกิดเหตุจะสามารถนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า จำเลยทั้งสามมีผิดได้หรือไม่ ศาลก็ได้วินิจฉัยว่า

“..ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือ พยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่า จำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชู เชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยานดังนั้น เมื่อพันตำรวจตรีศรีทระนันท เรือนมูล ไม่มีอำนาจตรวจค้นที่เกิดเหตุโดยไม่มีหมายค้นของศาล ดังนั้น พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ค้นพบเนื่องจากการตรวจค้นจึงเป็นพยานหลักฐานที่มีชอบด้วยกฎหมายไม่อาจนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยทั้งสาม แม้จำเลยที่ 2 จะให้การรับสารภาพก็ไม่อาจลงโทษจำเลยที่ 2 ได้”

จากเหตุผลของการที่ศาลจังหวัดอุตรดิตถ์ได้ให้มานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยในเรื่องของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้อย่างชัดเจนและตรงจุดที่สุด โดยเฉพาะประเด็นในเรื่องของการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุด ที่บัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคสสถานในอันที่จะไม่ถูกเจ้าพนักงานล่วงละเมิดโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจซึ่งในกรณีนี้ก็คือ การที่เจ้าพนักงานได้เข้าค้นบ้านของบุคคลโดยไม่มีหมาย และ ไม่มีเหตุตามกฎหมายที่จะทำให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย ซึ่งถือ ว่าเป็นการละเมิดต่อ สิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคสสถานอันเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญได้เชิดชูและคุ้มครองไว้

อย่างไรก็ดีในประเด็นข้อวินิจฉัยเกี่ยวกับการที่เจ้าพนักงานได้ทำการค้นในที่รโหฐานโดยมิได้มีหมายของศาลนั้น ต่อมาในปี พุทธศักราช 2547 ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาอยู่เรื่องหนึ่งที่มีข้อสงสัยว่าเป็นการเปลี่ยนแนวคิดของศาลเกี่ยวกับหลักการไม่รบกวนพื้นฐานที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบตามบรรทัดฐานของคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 ที่ได้เคยวางไว้หรือไม่คือคำพิพากษาฎีกาที่ 6391/2547 ที่วินิจฉัยว่า

“สำหรับข้อที่จำเลยที่ 1 อ้างต่อไปว่าเจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 โดยไม่มีหมายค้น จึงไม่น่ารบกวนเป็นพยานหลักฐานนั้น เห็นว่า ในปัญหานี้ จำเลยที่ 1 รับอยู่แล้วว่าของกลางถูกยึดจากบ้านจำเลยที่ 1 ตามบันทึกการตรวจค้นเอกสารหมายเลข จ.7 ก็ปรากฏมีลายมือชื่อผู้ครอบครองบ้านลงรับรองไว้ว่าเจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติอยู่ในกรอบของกฎหมาย โดยมิได้มีการบังคับขู่เข็ญ ร้อยตำรวจเอกยุทธยา พิชัย พยานโจทก์ก็เบิกความตอบคำถามค้านนายจำเลยที่ 1 แล้วว่าเหตุที่ไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 เนื่องจากจำเลยที่สองขัดทอดว่าลักเอาทรัพย์สินไปขายให้แก่จำเลยที่ 1 การไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 จึงไม่ใช่เรื่องของการกลั่นแกล้ง ส่วนการตรวจค้นจะมีชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่ง”

จากกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าในคดีนี้ศาลได้ยอมรับพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้มาจากการค้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสำหรับในคดีนี้ คือ การค้นโดยไม่มีหมายของศาลจากผลของคำตัดสินดังกล่าว ด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยในหลักการ จริงอยู่แม้ว่าเจตนารมณ์ของการที่ศาลยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีนี้คือ เพื่อที่จะไม่ต้องการให้พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ต้องถูกตัดออกไปจากการแสวงหาพยานหลักฐานอันมิชอบของเจ้าพนักงานก็ตาม แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าการที่ศาลยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่ไม่มีหมายของศาลที่ถือว่าการค้นโดยมิชอบนี้ ถือได้ว่าศาลได้มองหลักในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามที่ได้ถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่รองลงมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ศาลยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบนี้อาจทำให้มองได้ว่าศาลกลับมีส่วนร่วมในการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวนี้เสียเองและหากศาลยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยไม่มีหมายนั้น สิ่งใดที่จะเป็นหลักประกันต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคสสถานที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการค้นโดยมิได้ผ่านการตรวจสอบโดยศาลต่อไปอีกได้

เพราะทั้งนี้จะต้องไม่ลืมว่า หมายค้นซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดของเจ้าพนักงานในการที่จะมีอำนาจตามกฎหมายเข้าไปในเคสสถานที่เพื่อหาบุคคล หรือสิ่งของ ซึ่งกระทบ

ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะครอบครองเคสสถานโดยปกติสุข⁸⁵ รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่เป็นกลางมีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ว่าเป็นไปโดยชอบและมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ตามมาตรา 59/1 ก็ได้วางหลักเกณฑ์ในการออกหมายค้นของศาลที่จะต้องปรากฏพยานหลักฐานตามสมควรในการออกหมายค้นด้วยเสมอ ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้เองที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบจากเจ้าพนักงานในการค้นที่รื้อฐานได้⁸⁶

การที่คำพิพากษาของศาลในฉบับนี้ได้ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่ไม่มีหมายของศาลโดยให้เหตุผลว่า การตรวจค้นจะมีชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่ง นั่นจึงเป็นสิ่งที่ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย จริงอยู่แม้ว่าศาลจะได้ให้เหตุผลในลักษณะที่จะต้องเป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวเอากับตัวเจ้าพนักงานที่กระทำโดยมิชอบเองก็ตาม แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าการที่เจ้าพนักงานผู้นั้นต้องถูกลงโทษทางวินัย หรือ ในทางอาญาย่อมเป็นไปได้ยากมาก เพราะ มาตรการที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ไม่ถูกล่วงละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบได้ดีที่สุดก็คือ การที่ศาลปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวนั่นเอง โดยเฉพาะในเรื่องของการค้น ไม่ว่าจะในรัฐธรรมนูญก็ดี หรือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ดี ต่างก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการล่วงละเมิดเคสสถานของ

⁸⁵ รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่วางหลักในเรื่องของการออกหมายค้นที่จะต้องกระทำโดยศาลเท่านั้นคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ในมาตรา 238 ซึ่งต่อมาหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกยกเลิก เพราะมีการทำรัฐประหารเกิดขึ้นในปีพุทธศักราช 2549 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 33 วรรค 2 อันมีหลักการเดียวกัน

⁸⁶ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้มีความเห็นอย่างชัดเจนในบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1164/2546 ว่า “ในแง่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากเป็นการค้นที่ไม่ชอบ พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นก็ถือว่าได้มาโดย “มิชอบประการอื่น” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ทำให้รับฟัง เป็นพยานหลักฐานลงโทษจำเลยไม่ได้ ซึ่งหากกฎหมายบัญญัติว่าต้องมีหมายค้น “การค้นที่ชอบ” คือการค้นโดยมีหมายค้นเท่านั้น...”

บุคคลในการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยการค้น ว่าจะสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อมีหมายค้น หรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องไม่มีหมายเสมอ การที่คำพิพากษาในคดีนี้ตัดสินว่าสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบนี้ได้ก็เท่ากับว่าบทบัญญัติต่างๆของกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพเหล่านี้จึงแทบจะไม่มี ความหมายเลยนั่นเอง

ต่อมาในปี พุทธศักราช 2548 ได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาอยู่เรื่องหนึ่งที่เหมือนจะเป็นการเดินตามแนวทางที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 6391/2547 ในช่วงต้นนี้ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548 ที่วินิจฉัยว่า

“การตรวจค้นอาชญากรรมด้วยกฎหมายเพราะเป็นการตรวจค้นโดยไม่มีหมายค้น ก็เป็นเรื่องที่จะไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก หากมีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่”

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนก็ยังคงมีความเห็นว่าผลของคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องนี้ ยังไม่ใช่เป็นคำพิพากษาที่สามารถถือเป็นบรรทัดฐานได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548 กลับยืนยันไว้อย่างชัดเจนว่าการค้นที่ไร้ฐานของบุคคลโดยไม่มีหมายค้นนั้น กลับกลายเป็นว่าการค้นโดยไม่มีหมายของศาลนั้นเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลได้ใช้คำว่า “หากมีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบเป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่” จากแนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสองกรณีนี้เองจึงชี้ให้เห็นได้ว่าศาลไทยได้ให้ความสำคัญต่อบทบาทของตนในการควบคุมอำนาจเจ้าพนักงานตำรวจน้อยเกินไป กล่าวคือ ศาลกลับมุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นที่ว่า พยานหลักฐานนั้นๆ น่าจะพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้หรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้คำนึงถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าได้มาด้วยวิธีการที่ถูกต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งตรงจุดนี้เองจึงทำให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างศาลไทยและศาลสหรัฐอเมริกา เพราะศาลสหรัฐอเมริกาจะมีบทบาทอย่างมากในการควบคุมอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ จนมีการกล่าวกันว่าเป็นการ “ควบคุมตำรวจโดยตุลาการ” หรือที่เรียกว่า Judicial Control of Police Powers ดังนั้นหากศาลไทยอันเป็นสถาบันที่มีความเป็นอิสระและได้รับความเชื่อถือจากสังคม จะได้ทำหน้าที่ควบคุมอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจให้มากขึ้นด้วยการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบแล้ว ก็จะเป็นการให้หลักประกันที่แน่นอนแก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น⁸⁷

⁸⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, น.466-467

ดังนั้น คำตัดสินในคำพิพากษาฎีกาที่ 6391/2547 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548 นี้ ด้วยความเคารพ ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาทั้งสองฉบับนี้ไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานได้ เพราะหากถือคำพิพากษาทั้งสองฉบับนี้เป็นบรรทัดฐานก็จะเท่ากับว่าการคัดค้านที่ไร้พื้นฐานของเจ้าพนักงาน ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความหมายค้น หรือ มีเหตุที่จะทำให้เจ้าพนักงานค้นได้โดยไม่ต้องมีความอีกต่อไป เพราะอย่างไรเสียการถูกล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคสสถานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ก็จะมีผลใดๆต่อการรับฟังพยานหลักฐานของศาล หากแต่สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบนั้นกลับเป็นเรื่องที่จะต้องไป “ว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่ง” ซึ่งการที่จะมีการว่ากล่าวกันต่อไปหรือไม่เป็นสิ่งที่ไม่อาจก่อให้เกิดความแน่นอนต่อหลักประกันของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบได้นั่นเอง

เพราะฉะนั้นหลักการที่ศาลฎีกาไทยได้เคยวางไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 อันเป็นคำพิพากษาฎีกาเรื่องแรกที่ตัดสินด้วยการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(ในคดีนี้ประเด็นการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การค้นโดยไม่มีความหมาย และ เป็นการค้นโดยมิได้มีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมในการค้นด้วย) ผู้เขียนมีความเห็นว่ายังคงเป็นบรรทัดฐานอยู่ตลอดมา แม้คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 นี้จะมีได้วินิจฉัยว่าพยานหลักฐานรับฟังไม่ได้ตามมาตรา 226 โดยตรงก็ตาม แต่ก็ยังเป็นคำพิพากษาฎีกาที่ชี้ให้เห็นถึงแนวความคิดของนักกฎหมายในสมัยนั้นว่า การปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นสิ่งที่มีอยู่และเป็นแนวคิดที่เคยเกิดขึ้นมาก่อน และยังคงใช้เป็นบรรทัดฐานจวบจนถึงปัจจุบัน

4.5.1.2 กรณีที่เจ้าพนักงานได้กระทำการมิชอบบางอย่างเกี่ยวกับการคัดค้านที่ไร้พื้นฐาน

จากกรณีที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ในเรื่องของการค้นโดยไม่มีความหมายของศาล และไม่มีเหตุตามกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะค้นได้โดยไม่ต้องมีความหมายนั้น ต้องถือว่าการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าว เป็นการใช่วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันต้องห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะการค้นโดยไม่มีความหมายค้นที่ออกโดยศาลถือเป็นการดเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้ก็มีข้อสังเกตอยู่ว่าในการแสวงหาพยานหลักฐานเจ้าพนักงานก็อาจมีการกระทำบางอย่างที่มีชอบอันอาจทำให้พยานหลักฐานเช่นนั้นรับฟังไม่ได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าการแสวงหา

พยานหลักฐานในการค้นนั้นจะได้มีหมายของศาลก็ตามดังจะเห็นได้จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 6471/2543⁸⁸

ข้อเท็จจริงของคดีดังกล่าวเป็นคดีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยโจทก์ได้ฟ้องว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ในงานศิลปกรรมภาพพิมพ์และในคดีดังกล่าวได้มีเจ้าพนักงานตรวจค้นร้านถ่ายรูปของจำเลยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ภาพปกเทปเพลง ประเด็นที่สำคัญในคดีนี้คือ ในขณะที่เจ้าพนักงานกำลังตรวจค้นร้านถ่ายรูปของจำเลยดังกล่าวนั้น ได้มีบุคคลอื่นขับรถจักรยานยนต์รับจ้างนำกล่องกระดาษเข้ามาในร้านของจำเลยจำนวน 2 กล่อง เพื่อส่งให้จำเลย ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏในภายหลังว่าในกล่องนั้นมีเทปเพลงอันเป็นพยานวัตถุในคดีนี้บรรจุอยู่เต็มทั้ง 2 กล่อง จำนวน 157 ม้วน เจ้าพนักงานจึงยึดไว้เป็นของกลางและทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมไว้ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า เทปเพลงของกลางจำนวน 157 ม้วนนี้เป็นของกลางที่มีข้อโต้แย้ง เพราะในขณะที่ตรวจค้นของกลางนี้ไม่ใช่ของที่อยู่ในร้านของจำเลยหรือมีอยู่แล้วก่อนตรวจค้นแต่เป็นของที่บุคคลภายนอกนำมาในร้านของจำเลยในขณะที่มีการตรวจค้นร้านของจำเลย เมื่อจำเลยอ้างในขณะนั้นว่า ของที่นำมาส่งดังกล่าวไม่ใช่ของจำเลยดังนี้ การยึดเทปของกลางไว้และทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมไว้ว่าเป็นของกลางที่ตรวจค้นได้ในร้านของจำเลยนั้น จึงไม่ถูกต้องตรงกับความจริงและไม่อาจรับฟังได้ว่า เทปเพลงของกลางเป็นของที่ยึดได้จากการตรวจค้นร้านของจำเลย เทปของกลางที่เจ้าพนักงานยึดมาดังกล่าวจึงไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า จำเลยกระทำความผิดได้ ตามนัยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 มาตรา 26 ประกอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั่นก็คือ การที่ศาลฎีกาเห็นว่า พยานวัตถุที่ได้มาจากบุคคลภายนอกนี้เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเอง และแม้การตรวจค้นดังกล่าวจะมีหมายของศาล แต่ก็เห็นได้ว่าการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะกรณีนี้ต้องถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มามีได้มาจากการค้นในที่สาธารณะตามหมายค้นนั้น ๆ หากแต่เป็นการได้พยานหลักฐานมาจากบุคคลภายนอก อันมิได้เกี่ยวข้องกับหมายค้นนั้นแต่อย่างใด การที่เจ้าพนักงานได้ยึดพยานหลักฐานดังกล่าวและทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมว่าเป็นของกลางที่ตรวจค้นได้ในร้านของจำเลยนั้น จึงเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย

⁸⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 6471/2543(สงเสริม.)

จากหลักคำพิพากษากฎีกา ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้นี้ จึงเป็นการยิ่งชี้ให้เห็นและยืนยันหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน (สำหรับกรณีนี้คือ พยานวัตถุ) ที่ได้มาโดยมิชอบอย่างชัดเจนหากเจ้าพนักงานได้กระทำการอันมิชอบบางอย่างซึ่งในคำพิพากษากฎีกานี้คือ การยึดพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานไม่มีอำนาจที่จะเข้ายึดได้(เพราะมิได้มีเหตุที่จะให้อำนาจเจ้าพนักงานเข้าค้นและยึดสิ่งของจากบุคคลภายนอกดังกล่าวได้) และการทำบันทึกการค้นที่เป็นเท็จโดยเจตนาของตนเอง

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตอยู่ว่าต่อมาในปี 2547 ได้มีคำพิพากษากฎีกาอยู่เรื่องหนึ่ง คือ คำพิพากษากฎีกาที่ 6475/2547⁸⁹ ได้วินิจฉัยในผลที่แตกต่างออกไปอีกแนวทางหนึ่ง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าวที่ว่า การที่ศาลออกหมายค้นบ้านของจำเลยโดยระบุเลขที่บ้านเป็นเลขที่ 74 ตามที่เจ้าพนักงานตำรวจร้องขอ ร้อยตำรวจเอก ก. แก่เลขที่บ้านในหมายค้นเป็นเลขที่ 161 เพื่อให้ตรงกับความจริงโดยไม่มีอำนาจอันอาจมีผลให้หมายค้นเสียไปและการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก เมื่อปรากฏว่าคดีมีการสอบสวนกันโดยชอบทั้งในชั้นพิจารณาจำเลยก็นำสืบยอมรับว่า เจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นพบเฮโรइनของกลางฝังอยู่ในดินห่างจากบ้านจำเลยประมาณ 2 เมตร จากพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาย่อมรับฟังลงโทษจำเลยได้ จากคดีดังกล่าวจึงมีปัญหายุ่งว่า คำพิพากษากฎีกาฉบับหลังนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการในคำพิพากษากฎีกาที่ 6471/2543 นี้หรือไม่ คำตอบในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในคำพิพากษากฎีกาที่ 6475/2547 ฉบับหลังนี้มีความแตกต่างกับคำพิพากษากฎีกาที่ 6471/2543 ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญคือ “ความสุจริตของเจ้าพนักงานผู้ทำการค้น” นั่นเอง กล่าวคือในคดีหลังนี้จะเห็นได้ว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจได้แก่เลขที่บ้านในหมายค้นเพื่อให้ตรงกับความจริงนั้นแม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจและอาจมีผลให้หมายค้นเสียไปและการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมายดังที่คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ได้วินิจฉัยก็ตามแต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า การแก้เลขที่บ้านเพื่อให้ตรงกับความจริงดังกล่าวย่อมชี้ให้เห็นว่า เจ้าพนักงานได้มีเจตนาที่จะแก้เลขที่บ้านเพื่อให้ถูกต้องตามความจริงโดยสุจริตเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ผลของคำพิพากษากฎีกาฉบับหลังจึงเห็นว่า เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ซึ่งก็หมายความว่า ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้น หาใช่ว่าการที่ศาลพิพากษาให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวก็เพราะศาลตีความให้รับฟังพยานหลักฐานได้เพราะการตีความคำว่า “เกิดขึ้น” ตามที่บัญญัติในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความแตกต่างกับคำว่า “ได้มา” แต่อย่างใดไม่

⁸⁹ คำพิพากษากฎีกาที่ 6475/2547(สงเสริม.)

อย่างไรก็ดี เมื่อหากพิจารณาข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาที่ 6471/2543 สิ่งที่เจ้าพนักงานได้กระทำการมิชอบบางอย่างอันชี้ให้เห็นถึงความไม่สุจริตของเจ้าพนักงานในส่วนที่สำคัญที่สุดก็คือ แม้เจ้าพนักงานจะได้ยึดเห็บของกลางดังกล่าวมาได้ก็ตาม แต่เห็บของกลางที่ยึดมาได้ นั้น หาใช่พยานวัตถุที่ได้มาจากสถานที่ที่ศาลได้ออกหมายค้นโดยชอบแต่อย่างใดไม่ หากแต่เป็นการได้มาจากบุคคลภายนอกที่มีไต่ทั้งจำเลย หรือ บุคคลในที่รโหฐานดังกล่าว กับทั้งเจ้าพนักงานได้ทำบันทึกการตรวจค้นจับกุมว่าเป็นของกลางที่ตรวจค้นได้ในร้านของจำเลย จุดนี้ต่างหากคำพิพากษาฎีกาที่ 6471/2543 จึงได้วินิจฉัยว่า เห็บของกลางที่ยึดมาดังกล่าวจึงไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้เพราะการกระทำดังกล่าวของเจ้าพนักงานเป็นการกระทำที่ชี้ให้เห็นถึงความไม่สุจริตในการค้นนั่นเอง ดังนั้นหลักการของมาตรา 226 ในเรื่องของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ก็ยังคงมีอยู่ ไม่เปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด

4.5.1.3 กรณีที่เจ้าพนักงานได้กระทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบแต่เป็นการกระทำโดยสุจริตใจหรือเป็นข้อบกพร่องเล็กน้อยในการแสวงหาพยานหลักฐาน

จากกรณีและผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่สาม เกี่ยวกับบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือหลัก **Exclusionary Rule** ซึ่งมีความเคร่งครัดเป็นอย่างมากจนได้มีผู้เสนอแนวความคิดว่าประเทศสหรัฐอเมริกาว่าควรหรือไม่ที่จะผ่อนคลายนโยบายดังกล่าวให้ลดความเคร่งครัดโดยกำหนดให้มีข้อยกเว้นบ้างในบางกรณี ที่ให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานนั้น ๆ ได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานได้กระทำการบางอย่างแม้จะเป็นการมิชอบแต่เป็นการกระทำด้วยความบริสุทธิ์ใจ ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้เรียกว่า หลัก **Good Faith Exception** คำถามแรกที่ต้องตอบสำหรับข้อยกเว้นนี้มีอยู่ว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยมีมุมมองถึงข้อยกเว้นดังกล่าวนี้หรือไม่อย่างไรนั้น จะเห็นได้ว่าศาลไทยก็ได้มีการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นว่านี้ด้วยเช่นเดียวกัน แม้แนวคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลจะมีได้กล่าวไว้โดยตรงว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างชัดเจนก็ตาม แต่โดยที่ผลของการที่ศาลไม่ตัดพยานหลักฐานดังกล่าวออกไปจากการพิจารณา นั้นก็หมายความว่า หลักนี้ก็ถือเป็นข้อยกเว้นที่อยู่เบื้องหลังของมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ดังจะเห็นได้จาก แนวคำพิพากษาฎีกาที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว ในข้อ 4.5.1.2 คือคำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547 ในเรื่องของการที่เจ้าพนักงานได้แก้ไขเลขที่บ้านในหมายค้นให้ถูกต้องตามความเป็นจริง แม้คดีดังกล่าว ศาลจะได้วินิจฉัยว่า เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันอาจมีผลทำให้หมายค้นเสียไป และเป็นการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่คดีนี้ศาลก็ได้วินิจฉัยไว้ชัดเจน

ว่า ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานดังกล่าวได้ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหากนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อสังเกตอยู่ว่า การที่ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหากนี้ จะหมายความว่า ศาลได้วินิจฉัยกลับหลักแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 (ฎีกาสุราเถื่อน) ที่ได้วางหลักการปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบคือของกลางสุราเถื่อนออกไป กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้ยืนยันสนับสนุนแนวความคิดของนักกฎหมายของฝ่ายที่แยกความหมายของคำว่า “เกิดขึ้น” กับ “ได้มา” แตกต่างกันหรือไม่ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดิมว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6475/2547 นี้ มิได้เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่กลับหลักการเดิมในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 857/2482 (ฎีกาสุราเถื่อน) ที่ได้วางไว้แต่ประการใด เพราะจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นการวางหลักในเรื่องของข้อยกเว้นของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะที่คล้ายกับ หลัก Good Faith Exception ซึ่งเป็นข้อยกเว้นข้อหนึ่งของหลัก Exclusionary Rule ต่างหาก เพราะแม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเคร่งครัดกับการไม่รับฟังพยานวัตถุที่ได้มาโดยมิชอบเป็นอย่างมาก แต่ก็ยังรับฟังพยานวัตถุที่ได้มาจากการค้นหาความผิดพลาดในการค้นนั้นเกิดขึ้นโดยสุจริตตามหลักที่เรียกกันว่า ข้อยกเว้นหากเป็นความผิดพลาดโดยสุจริต (Good Faith Exception)⁹⁰

นอกจากนี้ก็มีข้อสังเกตอยู่ว่าหลักในเรื่องของความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless error)⁹¹ ศาลไทยก็ได้เคยมีการวางหลักการดังกล่าวเช่นเดียวกันในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1328/2544⁹² โดยข้อเท็จจริงมีว่า ในคดีดังกล่าว เจ้าพนักงานได้ทำการค้นบ้านของจำเลยโดยมีหมาย แต่เลขที่บ้านในหมายค้นผิดแตกต่างจากบ้านเลขที่ของจำเลยคือในหมายค้นระบุบ้านเลขที่ 53/3 อันไม่ตรงกับเลขที่บ้านของจำเลยซึ่งเป็นบ้านเลขที่ 54/3 ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า “น่าจะเป็นเรื่องเขียนตัวเลขผิดพลาดไป ส่วนที่หมายค้นระบุเลขที่บ้านผิดไป หากมีผลทำให้หมายค้นเสียไปไม่ การค้นบ้านจำเลยจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁹⁰โปรดดูคดี United States v. Leon 468 U.S. 897 (1984)

⁹¹โปรดดูคดี Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967) และคดี Arizona v. Fulminante, 499 U.S. 279 (1991)

⁹²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1328/2544(เนติ.)

พทศักราช 2540 มาตรา 35⁹³ กับทั้งก็ยังได้มีคำพิพากษาฎีกา 837/2483⁹⁴ (ฎีกาธสามล้อ) อันเป็นคำพิพากษาฎีกาฉบับแรกที่ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการวางหลักในเรื่องความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในเรื่องว่าด้วยการบันทึกการค้ำของกลางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102, 103 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ เจ้าพนักงานผู้เข้าค้ำมิได้ทำบันทึกการค้ำของกลาง ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า

“บทบัญญัติดังกล่าวเป็นแต่วิธีการที่เจ้าพนักงานจะต้องกระทำ มิได้บังคับว่า ถ้าไม่ปฏิบัติตามแล้วจะไม่ให้ฟังเสียเลย ว่า ได้ค้ำของกลางได้ที่บ้านนั้น จริงอยู่การที่ไม่มีบันทึกให้จำเลยรับรู้ไว้แล้ว ศาลก็จำต้องระมัดระวังพยานบุคคลที่โจทก์นำสืบในข้อได้ของกลางที่บ้านจำเลย แต่เฉพาะคดีนี้ศาลเห็นว่า พยานบุคคลของโจทก์ฟังได้โดยปราศระวางสงสัยว่า จับของกลางได้ที่บ้านจำเลยทั้งสิ้น”

จากเหตุผลที่ศาลได้ให้ไว้ในคำพิพากษาจึงชี้ให้เห็นได้ว่า ความผิดพลาดในบางกรณีที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยโดยตรงแล้ว เช่น อย่างในคดีดังกล่าวนี้ บทบัญญัติว่าด้วยบันทึกการค้ำของกลางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102, 103 คงเป็นแต่เพียงกำหนดวิธีการที่เจ้าพนักงานจะต้องกระทำเท่านั้น แม้เจ้าพนักงานจะมีได้บันทึกรายละเอียดแห่งการค้ำให้ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม แต่ศาลก็ยังคงรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้ำดังกล่าวอยู่นั่นเอง

⁹³นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2548 (สงเสริม.) ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า “จำเลยทั้งสี่นำสืบยอมรับว่าถูกจับกุมในห้องเช่าที่เกิดเหตุและเจ้าพนักงานตำรวจได้เมฆแฟมเฟตมีนเป็นของกลางจริงแม้จะปรากฏว่าห้องเช่าดังกล่าว เลขที่ 82/16 ไม่ใช่เลขที่ 105 ตามที่ระบุในหมายค้น แต่ตามหมายค้นดังกล่าวได้ระบุเหตุที่ขอออกหมายค้นว่า การสืบสวนทราบว่าบ้านจำเลยที่ 1 เลขที่ 105 ห้องเช่า มียาเสพติดให้โทษซุกซ่อนอยู่ในบ้านหรือบริเวณบ้านจึงขอให้ศาลออกหมายค้นโดยระบุชื่อและนามสกุลจำเลยที่ 1 ไว้ถูกต้อง และร้อยตำรวจโท บ.ผู้จับกุมซึ่งเป็นผู้ออกหมายค้นดังกล่าวก็เบิกความระบุนหาเหตุที่ระบุเลขที่บ้านในหมายค้นว่าบ้านเลขที่ 105 เพราะสายลับระบุเช่นนั้น เมื่อเข้าจับกุมจึงปรากฏว่าเป็นบ้านเลขที่ 82/16 จึงเป็นการขอออกหมายค้นเพื่อตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 การระบุเลขที่บ้านผิดไม่ทำให้การตรวจค้นจำเลยที่ 1 ซึ่งอยู่ในบ้านหลังดังกล่าวเป็นการไม่ชอบ การตรวจค้นโดยมีหมายค้นกรณีนี้จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว”

⁹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483(ธส.)

อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อสังเกตอยู่กรณีหนึ่งคือ ในคำพิพากษากฎีกา 837/2483 (ฎีกา รดสามล้อ) ที่ข้อเท็จจริงเป็นการเข้าคันโดยเจ้าพนักงานแต่ไม่มีหมายของศาลซึ่งในประเด็นนี้มีความเหมือนกันกับข้อเท็จจริงในคำพิพากษากฎีกาที่ 857/2482 (ฎีกาสุราเถื่อน) ตามที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไปหัวข้อ 4.5.1.1 ซึ่งคำพิพากษากฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว ต่างก็เป็นการคันในที่รโหฐาน โดยไม่มีหมายเช่นเดียวกันแต่เพราะเหตุใด คำพิพากษากฎีกาฉบับหลังนี้กลับมุ่งพิจารณาเฉพาะ ประเด็นในเรื่องของการที่เจ้าพนักงานไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยการบันทึกการคันของ กลางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102,103 แทนที่จะพิจารณาว่า การ เข้าคันนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

คำตอบในเรื่องนี้มีอยู่ว่า หากพิจารณาวิเคราะห์โดยละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคำพิพากษากฎีกาที่ 857/2482 (ฎีกาสุราเถื่อน) เป็นการเข้าตรวจคันโดยเจ้า พนักงานตำรวจที่มีใ้หมายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ แต่เป็นการเข้าคันโดยนายสิบและพลตำรวจ ซึ่ง กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นถือว่าการเข้าคันโดยเจ้าพนักงานผู้คันไม่มีอำนาจในการคันที่ รโหฐานของบุคคลอื่น กล่าวคือ การคันนี้มิได้มีหมายคันและมีใ้หมายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วม ด้วยในการคันอันจะทำให้การคันชอบด้วยกฎหมาย (ในสมัยนั้น) นั่นเอง ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงต่าง จากข้อเท็จจริงดังที่ปรากฏในคำพิพากษากฎีกาที่ 837/2483(ฎีการดสามล้อ) ในการคันเพื่อยึดของ กลาง ซึ่งก็คือรถจักรยานสามล้อ ประเด็นที่สำคัญที่สุดและเป็นจุดตัดระหว่างสองคดีนี้จะเห็นได้ว่า ในคำพิพากษากฎีกาที่ 837/2483(ฎีการดสามล้อ)เป็นการเข้าคันโดยมีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วม ในการคันนั้นด้วย ดังนั้นการเข้าคันเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของคดีนี้คือ รถจักรยานสามล้อ จึงเป็นการเข้าคันโดยถูกต้องตามกฎหมายในสมัยนั้นแล้วนั่นเอง เพียงแต่ใน การคันดังกล่าวเจ้าพนักงานมิได้ทำบันทึกการคันของกลางให้ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งศาลถือว่า คงเป็นเพียงการบกพร่องในรายละเอียดแห่งการคันเท่านั้น โดยกฎหมายมิได้บังคับว่าถ้าไม่ปฏิบัติ ตามแล้วจะไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการคันโดยมีข้อบกพร่องดังกล่าวแต่อย่างใด พยานหลักฐานที่ได้มาก็ยังคงที่จะรับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้อยู่แน่นอน ในประเด็นนี้จึงต่างจาก ข้อเท็จจริงในคำพิพากษากฎีกาสุราเถื่อนที่การเข้าคันโดยเจ้าพนักงานเป็นการเข้าคันในที่รโหฐาน โดยไม่มีหมายของศาลและมีใ้หมายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เข้าร่วมในการคันด้วยแต่อย่างใด⁹⁵ ด้วยเหตุ

⁹⁵ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์ ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าข้อเท็จจริงใน คำพิพากษากฎีกาที่ 857/2482 นี้ต่างจาก คำพิพากษากฎีกาที่ 837/2483 เพราะในเรื่องแรกนั้นการ เข้าคันในที่รโหฐานกระทำโดยมิชอบ เพราะสิบตำรวจตรีเป็นผู้คัน ทั้งวิธีการคันก็ไม่ชอบด้วย

นี้โดยผลของคำวินิจฉัยที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในข้อ 4.5.1.1 คือการคั่นนั้น เป็นการคั่นโดยไม่มีหมาย และไม่มีอำนาจเพราะชั้นยศของเจ้าพนักงานผู้เข้าคั่นไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ อันจะทำให้ การคั่นในที่รโหฐานนั้นชอบด้วยกฎหมายศาลจึงไม่รับฟังพยานหลักฐาน (สุรเถื่อน) ที่ได้มาจากการคั่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง ซึ่งหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตาม บรรทัดฐานจากคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 นี้ก็ยังคงมีอยู่และมีได้เปลี่ยนแปลงไป จากหลักการ ที่มีอยู่เดิมแต่อย่างใด ดังนั้นการที่มีนักกฎหมายบางท่านได้ตีความในคำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 เป็นการวางหลักสนับสนุนแนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายที่สองที่มีความเห็นในเรื่อง ของคำว่าเกิดขึ้นดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 มีความหมายแตกต่างจากคำว่าได้นั้นด้วยความ เคารพอย่างสูงผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เพราะ จากการที่ได้ค้นหาแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับ มาตรา 226 ไม่มีคำพิพากษาฎีกาใดวางหลักสนับสนุนแนวความเห็นของนักกฎหมายที่แบ่งแยก การ เกิดขึ้น กับ วิธีการได้มาแต่ประการใด

เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่แม้ข้อเท็จจริงทั้งสอง คดีดังกล่าวจะเหมือนกันตรงที่เป็นการคั่นโดยไม่มีหมาย แต่จุดต่างที่สำคัญที่สุดของคดีทั้งสองนี้ คือ อำนาจของเจ้าพนักงาน(ชั้นยศของเจ้าพนักงานผู้เข้าคั่น)ที่ทำการคั่นนั้นต่างกัน โดยมีตำแหน่ง ของเจ้าพนักงานคือ นายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เป็นเงื่อนไขที่ทำให้การคั่นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นเอง ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว ดังนั้น คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 จึง มิได้กลับหลักคำพิพากษาฎีกาที่ 857/2482 แต่อย่างใด

จากกรณีนี้ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผลของการที่ศาลได้ ตัดสินโดยยอมรับฟังพยานหลักฐานที่แม้จะเกิดจากข้อบกพร่องของเจ้าพนักงานในบางกรณีนั้น เป็นการถูกต้องแล้ว เพราะการที่ศาลได้ตีความดังกล่าวเป็นการสอดคล้องสมดุลระหว่างหลักการ ป้องกันและควบคุมอาชญากรรมกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเหมาะสม โดยไม่เคร่งครัดในการให้น้ำหนักฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป เพราะสิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือ แม้จะมี ความผิดพลาดในบางกรณีก็ตามก็ถือว่า ไม่ถูกต้องตามกฎหมายแต่หากความผิดพลาดดังกล่าว เป็นความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือที่เรียกว่าเป็นความผิดพลาดที่ไม่ได้กระทบต่อ

มาตรา 102 ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 นั้น เป็นการเข้าคั่นที่กระทำโดยชอบ เพราะมี นายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ร่วมด้วยในการคั่น แต่วิธีการคั่นไม่ชอบด้วยมาตรา 102 และมาตรา 103 (อ้างถึงใน เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น.18)

สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เจ้าพนักงานได้กระทำลงไปอย่างบริสุทธิ์ใจโดยแท้จริง ความผิดพลาดทั้งหลายเหล่านี้ก็ไม่ควรที่จะถือเป็นเงื่อนไขที่ศาลจะต้องยึดถือโดยเคร่งครัดว่าจะไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว เพราะผู้เขียนเห็นว่า ความผิดพลาดนี้มีได้เป็นความผิดพลาดอันจะทำให้สิทธิในเคสดานของประชาชนถูกระทบแต่อย่างใด หากแต่สิ่งที่ถูกระทบคงเป็นเพียงแบบหรือพิธีการในรายละเอียดเท่านั้น ซึ่งหากความผิดพลาดเหล่านี้ศาลไทยถือโดยเคร่งครัดที่จะต้องตัดพยานหลักฐานดังกล่าวออกไปจะเท่ากับว่า บทตัดพยานหลักฐานของไทยมีความเคร่งครัดเสียยิ่งกว่าหลัก **Exclusionary Rule** ของประเทศสหรัฐอเมริกาเสียด้วยซ้ำ ดังนั้นจึงเป็นถูกต้องแล้วที่ศาลไม่นำความผิดพลาดบางประการของเจ้าพนักงานที่กระทำไปโดยสุจริตใจ หรือ เป็นความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาเป็นเหตุให้ต้องตัดพยานหลักฐานออกไปเพราะนอกจากจะไม่ชอบธรรมและชอบด้วยเหตุผลในการรับฟังพยานหลักฐานแล้ว ศาลยังอาจที่จะต้องยกฟ้องปล่อยตัวจำเลยไปเพราะความบกพร่องในแบบพิธีซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลต้องยกฟ้องเพราะความบกพร่องดังกล่าวมิใช่เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่ประการใดเลยนั่นเอง

4.5.1.4 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการค้นที่รื้อฐานของบุคคล

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในเรื่องของการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ที่ได้ให้สิทธิของบุคคลไว้หลายประการ โดยเฉพาะเมื่อกล่าวถึงสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกค้นในที่รื้อฐานโดยไม่มีหมาย ก็ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้เช่นเดียวกัน เพราะโดยหลักการบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในเคสดาน ซึ่งในที่นี้ก็รวมถึงสิทธิที่จะไม่อนุญาตให้เจ้าพนักงานหรือผู้ใดล่วงล้ำเข้ามาในเคสดานของตนโดยมิได้รับอนุญาตได้ โดยเฉพาะในเรื่องของการค้นที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐที่เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้โดยตรง

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ สิทธิของบุคคลในเคสดานดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 33 บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ สิทธิดังกล่าวนี้สามารถสละได้หรือไม่ เพราะหากสิทธิในเคสดานตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ได้ถูกสละและการเข้าค้นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานนั้น เป็นการเข้าค้นโดยมิได้มีหมายของศาลและไม่มีเหตุให้เจ้าพนักงานเข้าค้นได้โดยไม่มีหมายกรณีเช่นนี้ พยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่ได้มาจากการค้นดังกล่าว จะสามารถนำมารับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้หรือไม่ คำตอบในเรื่องนี้คือ ศาลไทย

ยอมรับว่า ผู้ครอบครองที่รื้อฐานสามารถสละได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2546⁹⁶ ที่วินิจฉัยว่า

“เจ้าพนักงานตำรวจได้ขอความยินยอมจาก น. มารดาจำเลย ซึ่งเป็นเจ้าของบ้านที่เกิดเหตุก่อนทำการค้น แสดงว่าการค้นกระทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจความยินยอมของ น. แม้การค้นจะกระทำโดยไม่มีหมายค้นที่ออกโดยศาลอนุญาตให้ค้นได้ ก็หาได้เป็นการค้นโดยมิชอบไม่...”

จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้วางหลักในเรื่องของการค้นด้วยความยินยอมของผู้ครอบครองในที่รื้อฐาน สิทธิที่จะไม่ถูกค้นในที่รื้อฐานโดยไม่มีหมายของศาลและไม่มีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย สิทธินี้ เป็นสิทธิที่สามารถสละได้ และถือว่าการค้นดังกล่าวมิได้เป็นการค้นที่มิชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาว่า

“แม้การค้นดังกล่าว จะกระทำโดยไม่มีหมายค้นที่ออกโดยศาลอนุญาตให้ค้นได้ก็หาเป็นการค้นโดยมิชอบแต่อย่างใดไม่”

ประโยคนี้นี้เป็นประโยคที่สำคัญที่สุดของการวางหลักในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการค้นด้วยความยินยอมกับทั้งคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ ก็ยังปรากฏข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่ง คือ ความยินยอมของมารดาจำเลย ซึ่งเป็นเจ้าของบ้านในที่เกิดเหตุเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจ กล่าวคือ ความยินยอมดังกล่าวไม่ปรากฏว่า เจ้าพนักงานตำรวจได้ขู่เข็ญหลอกลวง ให้มารดาจำเลยให้ความยินยอมในการค้นแต่ประการใด ดังนั้นจึงชี้ให้เห็นได้ว่า หลักอีกประการหนึ่งที่ศาลฎีกาได้วางไว้ในคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ก็คือ ความยินยอมให้เจ้าพนักงานเข้าค้นโดยมิได้มีหมายของศาลและไม่มีเหตุตามกฎหมายอันจะทำให้เจ้าพนักงานเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายของศาลนั้นจะต้องเกิดขึ้นเพราะความสมัครใจ (Voluntary) ของผู้ครอบครองที่รื้อฐานอย่างแท้จริง เพราะ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าความยินยอมดังกล่าวได้เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจแล้ว เช่น เป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นเพราะเจ้าพนักงานตำรวจได้ขู่เข็ญ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญหลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบประการใด อันชี้ให้เห็นได้ว่า ผู้ให้ความยินยอมอาจให้ความยินยอมโดยไม่สมัครใจแล้ว พยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่ได้มาจากการค้นดังกล่าวก็ไม่สามารถนำมารับฟัง เพื่อลงโทษจำเลยได้ เพราะการค้นนั้นมิได้มีหมายของศาลและไม่มีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายของศาล การเข้าค้นดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายอันต้องห้ามมิให้รับฟังตาม มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั้นเอง

⁹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2546(เนติ.)

หลักในเรื่องการค้นด้วยความยินยอมนี้ แม้ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลัก Exclusionary Rule ซึ่งมีความเคร่งครัดในเรื่องการค้นในที่รโหฐานจะต้องมีหมายค้นที่ออกโดยศาลก็ยังคงยอมรับหลักในเรื่องนี้ด้วยเช่นเดียวกัน ดังที่ศาลฎีกาของประเทศไทยได้ตัดสินไว้ในคดี *Schneckloth v. Bustamonte*⁹⁷ ที่วินิจฉัยว่า หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่รโหฐานนั้นให้ความยินยอมอย่างสมัครใจและเข้าใจ⁹⁸ การค้นโดยไม่มีหมายค้นก็สามารถทำได้ แม้ไม่มีเหตุฉุกเฉินให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นก็ตาม กล่าวคือ เจ้าพนักงานมีอำนาจค้นโดยไม่มีหมาย หากมีการให้ความยินยอมโดยสมัครใจ (Voluntary) และโดยเข้าใจ (Intelligent) ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดีนี้ได้กล่าวไว้ว่า การค้นด้วยความยินยอม คือ “การสละ” (Waiver) สิทธิต่าง ๆ ของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญ การที่ผู้ครอบครองที่รโหฐานยินยอมให้เจ้าพนักงานตำรวจทำการค้นและจะถือว่ามี การสละสิทธิได้ ทางฝ่ายพนักงานอัยการซึ่งเป็นโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นถึง “การจงใจยกเลิกเพิกถอนสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิทราบดีอยู่แล้วว่าตนมีสิทธินั้นอยู่”⁹⁹ (an intentional relinquishment of a “Known” right)¹⁰⁰ และความยินยอมนี้ อาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้¹⁰¹

⁹⁷412 U.S. 218 (1973)

⁹⁸ ความยินยอมจะเกิดขึ้นโดยเต็มใจหรือไม่เป็นประเด็นข้อเท็จจริงที่ศาลจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด หากไม่มีสิ่งบ่งชี้ชัดเจน ศาลสูงสุดได้กำหนดให้พิจารณาจากปัจจัยสำคัญดังต่อไปนี้ คือ (1) อายุ การศึกษา สติปัญญา สภาพร่างกายและจิตใจของบุคคลผู้ให้ความยินยอม (2) บุคคลดังกล่าวถูกจับกุมหรือไม่ (3) บุคคลดังกล่าวได้รับการแจ้งสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมหรือไม่ (โปรดดู ฦัฐสภา จัตุรไพฑูรย์ และคณะ, การค้นและยึดคอมพิวเตอร์และการได้มาซึ่งพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในการสอบสวนคดีอาญา (แผนกอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และทรัพย์สินทางปัญญาสำนักงานคดีอาญากระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา กันยายน 2002 (กรุงเทพฯ : สำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น.13

⁹⁹ รัฐมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าความยินยอมได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ โปรดดูคดี *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 177 (1974) และโปรดดูคดี *United States v. Price*, 599 F.2d 494, 503 (2d Cir. 1979)

¹⁰⁰ ท่านผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหรัฐฯ ชื่อ Justice Stewart ได้กล่าวไว้ว่า คำวินิจฉัยของศาลเป็นคำวินิจฉัยในประเด็นเพียงว่า หากรัฐประสงค์ที่จะให้การค้นด้วยความยินยอมเป็นการค้นที่ชอบแล้วตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 4 และมาตรา 14 รัฐจะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าเป็น

กับทั้งประเด็นที่ว่า ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมนั้น จำกัดเฉพาะเจ้าของที่รโหฐานหรือไม่ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกันกับท่านรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ว่า ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมมิได้จำกัดเฉพาะเจ้าของที่รโหฐานเท่านั้น เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102 คงกำหนดแต่เพียงให้เจ้าพนักงานค้นต่อหน้า “ผู้ครอบครอง” สถานที่ หรือบุคคลในครอบครองของผู้นั้นก็น่าจะถือเป็นแนวทางได้ว่าบุคคลเหล่านี้สามารถให้ความยินยอมได้เช่นเดียวกันแม้บุคคลเหล่านั้นจะมีได้เป็นเจ้าของในที่รโหฐานก็ตาม ในประเด็นนี้ ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดี *Illinois v. Rodriguez*¹⁰² ได้วินิจฉัยถึงขนาดที่ว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยไม่มีหมายค้นรับฟังได้แม้ผู้ให้ความยินยอมในการค้นพาร์ทเมนต์จะเป็นแต่เพียงเพื่อนหญิงของผู้ครอบครอง ซึ่งไม่ได้พักอาศัยในสถานที่นั้นก็ตาม เพราะผู้ให้ความยินยอมมีกุญแจไขเข้าห้องสู่อีกห้องพักได้ และกล่าวต่อเจ้าพนักงานว่า สถานที่นั้น คือ “อพาร์ทเมนต์ของเรา” (Our Apartment)¹⁰³

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1164/2546 แม้จะมีคำวินิจฉัยตอนหนึ่งที่ว่า วินิจฉัยว่า “ก่อนที่เจ้าพนักงานตำรวจจะดำเนินการค้นได้เห็นจำเลยซึ่งอยู่ในห้องนอนโยนเมทแอมเฟตามีนออกไปนอกหน้าต่างอันเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจพบจำเลยกำลังกระทำความผิดซึ่งหน้า และได้กระทำลงในที่รโหฐาน เจ้าพนักงานตำรวจย่อมมีอำนาจจับจำเลยได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหรือหมายค้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (1) และมาตรา

ความยินยอมโดยสมัครใจอย่างแท้จริง ที่มีได้เป็นผลมาจากการข่มขู่ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย ความสมัครใจหรือไม่นั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งปวง จริงอยู่การที่ผู้ให้ความยินยอมเข้าใจดีว่า ตนมีสิทธิที่จะปฏิเสธมิให้มีการค้น ถือว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะต้องนำมาคำนึงในการพิจารณาว่า ให้ความยินยอมโดยสมัครใจอย่างแท้จริงหรือไม่ ในการที่จะแสดงว่า เป็นความยินยอมโดยสมัครใจนั้น พนักงานอัยการไม่ถึงกับมีหน้าที่ต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้ให้ความยินยอมมีความเข้าใจเช่นนั้นอยู่แล้ว ในขณะที่ให้ความยินยอม (อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, การสละสิทธิตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 34 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2547), น. 31)

¹⁰¹โปรดดูคดี *United States v. Milian-Rodriguez*, 759 F.2d 1558, 1563-64 (11th Cir. 1985)

¹⁰²497 U.S 177 (1990)

¹⁰³เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1164/2546 (เนติ.)

92(2)” ก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้จะไม่มีข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลก็ย่อมสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยความยินยอมดังกล่าวได้อยู่แล้วเพราะศาลได้วินิจฉัยไว้ชัดเจนว่า หาได้เป็นการค้นโดยมิชอบไม่งั้นเอง กับทั้งหลักในเรื่องของการค้นโดยความยินยอมนี้ก็ได้เคยเกิดขึ้นในปี พ.ศ.2518 ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2186/2518¹⁰⁴ มาแล้วเช่นเดียวกัน แม้คำพิพากษาฎีกาฉบับหลังนี้ ศาลจะมีได้วินิจฉัยในเรื่องของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยความยินยอมไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในคดีหลังนี้ ศาลก็ได้วินิจฉัยประเด็นที่สำคัญว่า การยินยอมให้เจ้าพนักงานตำรวจเข้าไปในที่รโหฐานเพื่อจับผู้ต้องหาในคดีกรรโชกทรัพย์ โดยมีเจ้าบ้านยินยอมให้เจ้าพนักงานทำการค้น การที่จำเลยขัดขวางกันไม่ให้เจ้าพนักงานขึ้นบันได ดึงแขนและกีดมือตำรวจเป็นความผิดตามมาตรา 138 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา “แม้ตำรวจไม่มีหมายค้น จำเลยก็อ้างเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดมิได้” ซึ่งก็หมายความว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจเข้าไปในบ้านโดยความยินยอมให้ค้นของเจ้าบ้านจึงเป็นการกระทำที่เจ้าพนักงานมีอำนาจแห่งการค้นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานซึ่งในกรณีนี้คือเพื่อหาตัวบุคคลได้นั่นเอง ศาลจึงวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานที่กระทำตามหน้าที่¹⁰⁵

4.5.2 แนวคำพิพากษาของศาลไทยที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นถ้อยคำของบุคคล

จากกรณีที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของสิทธิของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญาเป็นเอกสิทธิ์ที่สำคัญประการหนึ่งของหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกระบวนการยุติธรรมในทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสอบปากคำผู้ต้องหา ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของการสอบสวนที่สำคัญของการแสวงหาข้อเท็จจริงใน

¹⁰⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2186/2518(เนติ.)

¹⁰⁵ อย่างไรก็ตามท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทิย์ ได้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ว่า “เรื่องการค้น จับ ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อยู่ที่อำนาจในการนั้นถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หาได้อยู่ที่เจ้าของบ้านอนุญาตหรือไม่อนุญาต ซึ่งคงมีผลเพียงไม่เป็นบุกรุกหรือละเมิดเท่านั้น แต่จะถือเป็นเหตุป้องกันต่อไปอีกชั้นหนึ่ง โดยอ้างว่าตำรวจใช้อำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมายก็คงไม่ได้อีกเหมือนกัน เพราะเมื่อยอมให้ค้นและจับโดยไม่มีหมายแล้ว ความจำเป็นต้องป้องกันก็มีไม่ได้

การนำไปขยายผลเพื่อสืบหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพของผู้ต้องหา และเมื่อกล่าวโดยทั่วไปการสอบสวนเช่นนี้นี้อาจทำให้เกิดแรงจูงใจของเจ้าพนักงานในการใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงหรือคำรับสารภาพของผู้ต้องหาก็เป็นได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ได้วางหลักคุ้มครองเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองไว้ด้วยเช่นเดียวกันตามที่บัญญัติไว้ในส่วนที่สี่ ที่ว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมในมาตรา 40(4)

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากถ้อยคำที่ได้มานั้นเป็น ถ้อยคำของบุคคลที่ได้มาโดยไม่สมัครใจโดยตรงบทบัญญัติที่เป็นบทตัดพยานหลักฐานในเรื่องนี้โดยตรง คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยหลายกรณี ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 98/2463¹⁰⁶ จำเลยรับสารภาพฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะพนักงานสอบสวนกล่าวแก่จำเลยว่า ได้สวนพยานโจทก์ผิด พยานจำเลยไม่สม พยานจำเลยบางปากกลับสมโจทก์ จริงอย่างไรขอให้รับเสียจะได้รับความกรุณาจากศาล จำเลยเห็นว่าเห็นจะถูกตัดหัว พนักงานสอบสวนว่า ฟังทำเป็นครั้งแรก ศาลคงกรุณาไม่ถูกตัดหัว คำรับฟังไม่ได้, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 218/2474, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 218/2475, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 589/2484 จำเลยรับสารภาพ เพราะพนักงานสอบสวนพูดว่า ถ้ารับเสียคงจะได้รับความกรุณาจากศาล เพราะเรื่องนี้มีหลักฐาน คำรับฟังไม่ได้¹⁰⁷, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 102/2474¹⁰⁸ คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นไต่สวน ซึ่งรับโดยหวังประโยชน์ตอบแทนจากเจ้าพนักงานในทางความและมีผู้หนุนให้รับมีใ้รับด้วยน้ำใจจริงนั้น ท่านว่าจะฟังมาลงโทษจำเลยไม่ได้, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 944/2474¹⁰⁹ จำเลยรับสารภาพ เพราะพนักงานสอบสวนแนะนำว่าให้รับเสียโดยดี จะกันไว้เป็นพยาน คำรับฟังไม่ได้ หรือ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 598/2484¹¹⁰ ฎีกานี้กรรมการศาลฎีกาให้เหตุผลว่า “ที่ว่าเจ้าพนักงานพูดเช่นนี้เป็นเหตุให้จำเลยหลงเชื่อรับสารภาพ คำรับชนิดนี้จะฟังว่า จำเลยรับโดยสุจริตไม่ได้” ที่ศาลเห็นเป็นการ

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 98/2463(ธส.)

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 218/2474(ธส.) , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 218/2475(ธส.) , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 589/2484(ธส.)

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 102/2474(ธส.)

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 944/2474(ธส.)

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 598/2484(ธส.)

หลอกลวง คงอยู่ที่คำว่า เพราะเรื่องนี้มีหลักฐานซึ่งความจริงไม่มี ย่อมเป็นการล่อลวงจำเลย จำเลยมิได้ยอมรับโดยขึ้นตา, คำพิพากษาฎีกาที่ 542-543/2506¹¹¹ ผู้ต้องหาให้การเพราะถูก ตำรวจหลอกลวงว่ามีพยานเห็นจำเลยเป็นคนร้าย ถ้าไม่รับจะตักหน้าคนเดียว ถ้ารับบางที่ศาลจะ กรณียก 4-5 ปีคำรับฟังไม่ได้, คำพิพากษาฎีกาที่ 1758/2523¹¹² พยานหลักฐานที่เกิดจากการชู้ เชิญว่า จะให้พยานออกจากงานโดยรับบำนาญและไม่จับกุมมาดำเนินคดี รับฟังไม่ได้ ตามมาตรา 226, คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2539¹¹³ หากจำเลยไม่ให้การรับสารภาพ เจ้าพนักงานตำรวจก็ จะต้องจับกุมภริยาจำเลยและคนในบ้านทั้งหมดด้วยเป็นคำรับสารภาพที่มีเหตุจูงใจและบังคับให้ กลัว จึงไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้, คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2544 เจ้าพนักงานตำรวจเสนอว่าหาก ส. ไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลย การที่ ส.มา เบิกความเป็นพยานโจทก์ จึงเป็นพยานชนิดที่เกิดขึ้นจากการจูงใจและให้คำมั่นสัญญาโดยมิชอบ ของเจ้าพนักงานตำรวจรับฟังเป็นพยานไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226, คำพิพากษาฎีกาที่ 2804/2548 จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานเบิกความว่า จำเลยถูก เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมซ้อมโดยคนหนึ่งเข้ามาบีบคอ อีกคนหนึ่งใช้มือล้วงเข้าไปในปากจน จำเลยหายใจไม่ออกและบัสสาวะไหลออกมา จำเลยจึงกัดมือผู้จับกุม จากนั้นผู้จับกุมทุบจำเลยจน หมดสติ ดังนั้นบันทึกการตรวจค้นจับกุมเอกสารหมาย จ.2 และบันทึกคำให้การของผู้ต้องหา เอกสารหมาย จ.10 ที่มีคำรับสารภาพของจำเลยจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226

จากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นจึงชี้ให้เห็นได้ว่า ถ้อยคำ ของบุคคลที่ได้ให้ออกมาโดยไม่สมัครใจนั้นไม่อาจนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อลงโทษ จำเลยได้ ไม่ว่าวิธีที่จะทำให้จำเลยให้การหรือรับสารภาพนั้น จะเป็นวิธีจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชู้เชิญ หลอกลวง ทรมาน หรือใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใด ๆ ต่างก็ถือว่าเป็น พยานหลักฐาน หรือ เป็นสิ่งที่ได้มาโดยไม่ชอบอันจะต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดำเนินกันทั้งสิ้น

¹¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 542-543/2506(เนติ.)

¹¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 1758/2523(เนติ.)

¹¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2539(เนติ.)

อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อสังเกตอยู่ว่า ในปี พ.ศ. 2548 ได้มีคำพิพากษากฎีกาอยู่เรื่องหนึ่งที่ได้ตัดสินในผลออกมาเป็นอีกแนวทางหนึ่ง คือคำพิพากษากฎีกาที่ 1029/2548¹¹⁴ ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า โจทก์ฟ้องจำเลยตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ และจำเลยได้ให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนโดยประเด็นที่สำคัญของคำให้การรับสารภาพปรากฏว่า ข้อเท็จจริงภายหลังจากที่เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมจำเลยที่ 2 กับพวก เวลา 0.30 นาฬิกา จนถึงเวลาที่จำเลยที่ 2 ถูกส่งตัวให้แก่พนักงานสอบสวน จำเลยที่ 2 ถูกสอบปากคำอย่างต่อเนื่องโดยเจ้าพนักงานตำรวจหลายคนเป็นเวลาประมาณ 8 ชั่วโมง และเมื่อพนักงานสอบสวนได้รับตัวจำเลยที่ 2 ไว้แล้ว ก็ได้สอบปากคำจำเลยที่ 2 ต่อเนื่องไปจนถึงเวลา 12 นาฬิกา ที่นำตัวจำเลยส่งไปที่ที่เกิดเหตุและถ่ายภาพไว้ด้วย ในคดีนี้ศาลได้เห็นว่า การสอบปากคำจำเลยที่ 2 ในชั้นสอบสวนรวมทั้งการนำจำเลยที่ 2 ไปชี้ที่เกิดเหตุและถ่ายภาพ จึงมีเหตุสมควรสงสัยว่า น่าจะเกิดขึ้นระหว่างที่จำเลยที่ 2 มีความเหนื่อยล้าอ่อนเพลียทั้งร่างกายและจิตใจ และมีผลกระทบต่อน้ำหนักความน่าเชื่อถือของคำรับสารภาพที่ได้รับจากจำเลยที่ 2 ด้วย พยานหลักฐานโจทก์เกี่ยวกับคำให้การรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ในชั้นสอบสวนจึงไม่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ

จากผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ เพราะในคดีดังกล่าว เห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้พิจารณามุ่งน้ำหนักไปในทางความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานยิ่งกว่าเหตุผลในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานคือถ้อยคำรับสารภาพจะสามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ เพราะในคดีดังกล่าวจะต้องไม่ลืมว่าการที่จำเลยได้ให้การในขณะที่มีความเหนื่อยล้าอ่อนเพลีย ทั้งทางร่างกายและจิตใจอันเนื่องมาจากการสอบปากคำโดยเจ้าพนักงานมาเป็นระยะเวลาที่นานมากนี้ ย่อมเห็นได้ว่า คำให้การรับสารภาพของจำเลยในคดีนี้เป็น การรับสารภาพออกมาโดยมิใช่คำรับสารภาพโดยสมัครใจอย่างแท้จริง ซึ่งผลของการที่จำเลยได้ให้การรับสารภาพออกมาโดยไม่สมัครใจนั้น หากใช่เรื่องที่จะต้องมาพิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของถ้อยคำแต่อย่างใดไม่ หากแต่ถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจนั้นจะต้องถูกตัดออกไปจากคดีเสียทีเดียว ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ควรที่จะวินิจฉัยว่า คำรับสารภาพของจำเลยที่ 2 นั้น เป็นคำรับสารภาพโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁵ ที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน คือการสอบปากคำเป็น

¹¹⁴ คำพิพากษากฎีกาที่ 1029/2548(สงเสริม.)

¹¹⁵ หลักเกณฑ์ในคดีต่างประเทศที่สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ก็ คือ คดี Blackburn v. Alamaba, 361 U.S. 199 (1960) ที่ศาลตัดสินไม่รับฟังพยานหลักฐานคือคำรับสารภาพที่ผู้ต้องหา

เวลานานอย่างต่อเนื่องโดยมิได้ให้ผู้ต้องหาหยุดพัก อันเป็นพยานหลักฐานที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบประการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาศาลจึงต้องตัดพยานหลักฐานในคดีนี้ คือ ถ้อยคำของผู้ต้องหาอันได้ให้ไว้ ออกไปจากคดี เพราะต้องถือว่าเป็นพยานหลักฐานหรือ เป็นสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเอง

4.5.3 แนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับหลักผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ(Fruit of the Poisonous Tree Doctrine)

ดังที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวมาแล้วในหลักผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine) อันโด่งดังของประเทศสหรัฐอเมริกา สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ หลักการดังกล่าวนี้ ศาลไทยยอมรับหรือไม่ เพราะ โดยทั่วไปการสอบปากคำผู้ต้องหาหรือวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจของประเทศไทยในปัจจุบัน แนวโน้มส่วนใหญ่ มักจะเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ต้องหานั่นเอง ซึ่ง พยานวัตถุทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นอาวุธปืน มีด หรือยาเสพติด หรือพยานเอกสารใดก็แล้วแต่ โดยส่วนมากพยานวัตถุหรือพยานเอกสารทั้งหลายเหล่านี้ ก็มักที่จะได้มาในภายหลังที่ผู้ต้องหาได้ให้ข้อมูลแก่เจ้าพนักงานตำรวจ คำถามก็คือ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ต้องหาได้ถูกเจ้าพนักงานตำรวจพุดจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน หรือใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใด ๆ ที่เจ้าพนักงานได้กระทำเพื่อให้ผู้ต้องหาได้ให้ข้อมูลในการขยายผลของคดี ไม่ว่าจะเป็นการขยายผลในทางพยานหลักฐาน หรือขยายผลเพื่อที่จะจับตัว ผู้ร่วมหรือสมคบในการกระทำความผิดคนอื่น ๆ หากข้อมูลที่เกิดจากถ้อยคำที่ให้การออกมาโดยไม่สมัครใจอันต้องห้ามไม่ให้รับฟัง ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ได้ให้ไว้ในชั้นสอบสวนตามหลักทั่วไปนั้น พยานหลักฐานต่างๆ ที่เจ้าพนักงานได้มาในภายหลัง

ได้ให้ในขณะมีอาการอ่อนเพลียเพราะพิษไข้ และในคดี Haynes v. Washington, 373 U.S. 503, (1963) ที่วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่เถียงไม่ได้ว่ามีการกักขังจำเลยไว้เป็นเวลานานและไม่ให้อาหารแก่เขา ที่จะโทรศัพท์เรียกหาทนายความหรือภรรยาของเขา ในระหว่างนั้น ถ้าเขาไม่ “ร่วมมือ” ศาลกล่าวว่า สิ่งที่แสดงให้เห็นถึง “บรรยากาศของการบังคับ และชักจูงอย่างจริงจัง” แม้ว่าจะมิได้มีการใช้กำลังทางร่างกายก็ตาม คำรับสารภาพที่ได้มาด้วยวิธีการดังกล่าว จึงไม่สามารถลงโทษจำเลยได้

และได้มาเพราะข้อมูลอันเกิดขึ้นโดยมิชอบนี้ พยานหลักฐานขึ้นหลังจะสามารถนำมารับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้หรือไม่ กล่าวคือ หลักในเรื่องผลไม้ม้ของต้นไม้ม้ที่เป็นพิษ ที่เป็นส่วนหนึ่งของหลัก Exclusionary Rule นี้ ใช้บังคับตามกฎหมายไทย หรือ เป็นหลักการที่ศาลไทยยึดถือตามหรือไม่

คำตอบในเรื่องนี้มีอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2474¹¹⁶ ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว โจทก์ได้ฟ้องจำเลยในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ฐานที่จำเลยได้สมคบกันไปปล้นทรัพย์และทำร้ายเจ้าทรัพย์กับพวกได้รับบาดเจ็บสาหัส ประเด็นที่สำคัญในคดีนี้มีอยู่ว่า ผู้ใหญ่บ้านได้จับจำเลยมาไต่สวนโดยผู้ใหญ่บ้านได้พูดแนะนำพวกจำเลยว่า “ให้รับเสียโดยดีและจะกันจำเลยไว้เป็นพยาน” จำเลยจึงให้การรับสารภาพและนำคั่นของกลาง ในคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า แม้คำรับของจำเลยจะรับฟังไม่ได้ แต่โจทก์ก็ได้มีพยานบุคคลเป็นพยานยืนยัน และสิ่งที่สำคัญที่สุดของคดีนี้ก็คือ ศาลได้รับฟังพยานวัตถุ คือของกลาง ที่จำเลยได้นำคั่นดังกล่าว จึงเท่ากับว่า ศาลไทยไม่เคร่งครัดจนถึงขนาดที่จะตัดพยานหลักฐานขึ้นหลัง คือ พยานวัตถุของกลางที่จำเลยนำคั่น อันได้มาเพราะคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ตามหลักผลไม้ม้ของต้นไม้ม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine) แต่อย่างใด กล่าวคือ พยานวัตถุอันเป็นของกลางในคดี (ผลไม้ม้) นี้แม้จะได้มาจากคำรับสารภาพคือ ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (ต้นไม้ม้ที่เป็นพิษ) เพราะเป็นถ้อยคำที่ผู้ต้องหาได้ให้ไว้เพราะการจู่ใจ อันต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ศาลก็ยังคงที่จะรับฟังพยานวัตถุนี้เพื่อลงโทษจำเลยได้อยู่แน่นอน

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จึงเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับเดียวที่ชี้ให้เห็นว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยนั้น มิได้เคร่งครัดเหมือนกับหลัก Exclusionary Rule ของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ประการใดเพราะ แม้พยานวัตถุที่ได้มาในคราวหลังจะได้มาเพราะถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ศาล ก็ยังคงที่จะรับฟังพยานวัตถุที่เป็นผลมาจากถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ได้ให้ไว้โดยมิชอบอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตามก็มีข้อนำคิดอยู่เช่นเดียวกันว่าหากการกระทำโดยมิชอบในตอนแรกนั้น เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาอย่างรุนแรง เช่นในคดีความผิดเล็กน้อยเรื่องหนึ่งเจ้าพนักงานตำรวจได้ทรมานผู้ต้องหาโดยทำไฟมาลนที่อวัยวะเพศของผู้ต้องหาเพื่อให้บอกที่ซ่อนของกลางที่ลักไป ผลจากการกระทำเช่นนั้นทำให้ผู้ต้องหายอมรับสารภาพและพาเจ้าพนักงานตำรวจไปพบของกลางที่ได้ซ่อนไว้ กรณีเช่นนี้พยานหลักฐานคือพยานวัตถุที่ได้มาจากการนำคั่นใน

¹¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2474(ธส.)

คราวหลังนั้นศาลก็ยังคงที่จะตัดสินตามบรรทัดฐานเดิมหรือไม่ เพราะจะเห็นได้ว่าวิธีการที่เจ้าพนักงานตำรวจได้กระทำต่อผู้ต้องหาเป็นการละเมิดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชน เป็นอย่างมาก ประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้จึงมีได้อยู่ที่ว่าพยานวัตถุนั้น ได้มาคราวแรกหรือคราวหลังแต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ ศาลสมควรที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาเพราะผลอันสืบเนื่องมาจากคำรับสารภาพของผู้ต้องหาที่เกิดจากการกระทำทรมานนั้นๆหรือไม่ซึ่งปัญหานี้เป็นปัญหาของความชอบธรรมในแง่ของการรับฟังพยานหลักฐาน และมีความเกี่ยวข้องกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในมาตรา 226/1 ที่เสนอแนวทางของศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น หรือ ได้มาโดยมิชอบ อันมีลักษณะที่เหมือนกับการขยายหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามหลักผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine) ของประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹⁷

4.5.4 แนวคำพิพากษาของศาลไทยที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบธรรมเกี่ยวกับการล่อซื้อ ล่อจับของเจ้าพนักงานบางประการ

ดังที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไปแล้วในเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการล่อซื้อ ล่อจับของเจ้าพนักงานที่ศาลไทยถือมาโดยตลอดว่าเป็นเพียงวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานทางหนึ่งของเจ้าพนักงาน ที่สามารถกระทำได้¹¹⁸ แต่อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาฎีกาอยู่เรื่องหนึ่งที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับ การล่อซื้อ ซึ่งก่อให้เกิดคำถามว่ามีความชอบธรรมที่ศาลควรนำพยานหลักฐานดังกล่าวมารับฟังได้หรือไม่ นั่น คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1163/2518¹¹⁹ ที่วินิจฉัยว่า

“การที่ตำรวจนายหนึ่งขอร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีในสถานที่เกิดเหตุจริงหรือไม่ จำเลยที่ 2 ยอมร่วมประเวณีและรับเงินจากตำรวจผู้นั้น ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ...”

¹¹⁷ ในประเด็นนี้เป็นสิ่งที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 5 โดยละเอียด

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 696/2476(ธส.), คำพิพากษาฎีกาที่ 230/2504(เนติ.), คำพิพากษาฎีกาที่ 549/2540(สงเสริม.), คำพิพากษาฎีกาที่ 8187/2543(สงเสริม.)

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1163/2518(เนติ.)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า พนักงานสอบสวนได้สั่งให้สืบตำรวจโทวิรัช เข้าไปขอรับบริการอาบอบนวดจากจำเลยที่ 1 และร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 และให้เงินแก่จำเลยที่ 2 ประเด็นปัญหาจึงอยู่ที่ว่า การใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าว ถือว่า เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า เมื่อสืบตำรวจโทวิรัชขอร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีในสถานที่เกิดเหตุจริงหรือไม่ ตามคำสั่งของพนักงานสอบสวน แล้วจำเลยที่ 2 ยอมร่วมประเวณีและรับเงินจากสืบตำรวจโทวิรัชดังที่ศาลอุทธรณ์ฟังมานั้น ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบแต่อย่างใด ถ้าไม่มีการค้าประเวณีกันจริงแล้ว จำเลยที่ 2 ก็ชอบที่จะปฏิเสธการขอร่วมประเวณีและรับเงินจากสืบตำรวจโทวิรัช ทั้งไม่ปรากฏว่า สืบตำรวจโทวิรัช แกล้งซุกใส่ธนบัตรแก่จำเลยที่ 2 หรือมีคำมั่นสัญญาหรือขู่เชิญหลอกลวงแต่ประการใด พยานหลักฐานของโจทก์จึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้

ผลจากคำตัดสินในคดีนี้ ก่อให้เกิดคำถามตามมาว่า การใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยการถึงขนาดไปใช้บริการ ในสถานบริการดังกล่าวนั้นมีความถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ ในเรื่องนี้ด้วยความเคารพผู้เขียนมีความเห็นที่ต่างออกไปจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับนี้ นั่นก็ด้วยเหตุผลที่ว่าในการตีความมาตรา 226 มิใช่เป็นเพียงการตีความอย่างแคบ ว่าการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือ ผ่าฝืนกฎหมาย แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น¹²⁰ หากแต่บทบัญญัติในมาตรา 226 นี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความคำว่า “โดยมิชอบประการอื่น” นั้นควรต้องเป็นการตีความในความหมายอย่างกว้าง เพราะนอกจากการที่ศาลจะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐาน หรือ สิ่งที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยตรงแล้ว

¹²⁰ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับบทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญาไว้ว่า “การแสวงหาพยานหลักฐานที่จะผูกมัดผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องใช้วิธีการในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ชอบธรรม มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไม่ให้ศาลรับฟังพยานที่ได้มา “โดยมิชอบ” คำว่า โดยมิชอบนั้นไม่ได้หมายความว่าโดยผิดกฎหมายเสมอไป การแสวงหาพยานหลักฐานบางกรณี ตำรวจอาจจะกระทำโดยถูกกฎหมายแต่ใช้วิธีการซึ่งประชาชนโดยทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรที่จะต้องกระทำถึงขนาดนั้น เช่นนี้ ก็อาจถือได้ว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐาน “โดยมิชอบ” ได้ (อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : จีระการพิมพ์, 2546), น.444)

ผู้เขียนก็ยังคงมีความเห็นให้รวมไปถึงการที่ศาลควรจะต้องปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบธรรมหรือไม่ชอบด้วยมาตรฐานการปฏิบัติของวิญญูชนในสังคมนั้นๆ มาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาเป็นองค์ประกอบข้อหนึ่งด้วย แม้ความไม่ชอบธรรมหรือการไม่ชอบด้วยมาตรฐานการปฏิบัติของวิญญูชนดังกล่าวนั้นจะไม่ถึงขนาดเป็นการผิดกฎหมายโดยตรงก็ตาม¹²¹ เพราะกระบวนการวิธีการที่ไม่เหมาะสม ไม่ถูกต้องด้วยประการต่างๆ ทั้งในแง่ของสามัญสำนึก หรือ ในทางกฎหมาย ล้วนแต่เป็นสิ่งที่จะต้องให้ความสำคัญต่อข้อพิจารณาการได้มาซึ่งพยานหลักฐานทั้งสิ้น

โดยเฉพาะตัวอย่างที่พบอยู่เสมอก็คือ เรื่องของการจับหญิงโสเภณีที่บางกรณีตำรวจผู้จับกุมได้แสวงหาพยานหลักฐานที่จะผูกมัดหญิงโสเภณีนั่นให้แน่นแฟ้นด้วยการร่วมประเวณีกับหญิงและให้เงินที่ได้มีการจดทะเบียนบัตรแก่หญิงแล้วจึงจับหญิงนั้น การกระทำดังกล่าวอาจจะเป็นประโยชน์ในแง่ของการได้พยานหลักฐานต่างๆ ที่จะมัดหญิงโสเภณีอย่างดินไม่หลุดก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าออกจะขัดกับความรู้สึกโดยทั่วไปของประชาชนเป็นอย่างมากที่อาจจะเห็นว่าเจ้าพนักงานตำรวจไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำถึงขนาดนั้น เพราะหากจะหาพยานหลักฐานผูกมัดว่าหญิงโสเภณีได้กระทำการค้าประเวณีแล้ว ก็ยังมีวิธีการต่างๆ อีกหลายวิธีการที่สามารถกระทำได้ซึ่งอาจจะต้องเสียเวลาและต้องใช้ความพยายามมากขึ้น การแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการร่วมประเวณีจนสำเร็จก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำ “โดยมิชอบ” ได้แล้ว¹²²

ในคดีนี้จึงเห็นได้ว่า การที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน ด้วยวิธีการที่ถึงขนาดร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีจริงหรือไม่ นั้น ย่อมเป็นการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบธรรม และ ขัดต่อสามัญสำนึกของวิญญูชนอยู่ในตัว ด้วยเหตุนี้เอง พยานหลักฐานในคดีนี้ที่ได้มาไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำเบิกความของเจ้าพนักงานในประเด็นที่ได้มีการร่วมประเวณี หรือ พยานวัตถุคือ ธนบัตรของกลางที่เจ้าพนักงานได้ให้จำเลยที่ 2 ไป พยานหลักฐานดังกล่าวก็ควรที่จะต้องถูกตัดออกไปจากการพิจารณาตามมาตรา 226 ตามเหตุผลที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด

¹²¹ ในทางสากลเรียกการได้มาซึ่งพยานหลักฐานลักษณะนี้ว่า Improperly Obtain (อ้างถึงใน จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปผลการสัมมนาการรวบรวมและการรับฟังพยานหลักฐานในการดำเนินคดี : พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน, (กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักกิจการยุติธรรม), น.70)

¹²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 120, น.445

