

การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ



นายกฤษดากร กีก้อง

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2556

The Hearing of Evidenceacquired wrongfully in Criminal Cases

Mr. Krisdakorn Kukkong

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2013

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ
ชื่อและนามสกุล	นายกฤษดากร ก๊กก้อง
วิชาเอก	กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ

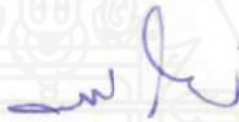
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาคตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2556

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



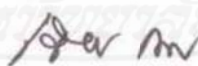
(รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ)

ประธานกรรมการ



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม)

กรรมการ



(อาจารย์เชิรชัช ณ นคร)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา คั่นคว่ำอิสระ การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ

ผู้ศึกษา นายกฤษดากร กีก้อง **รหัสนักศึกษา** 2544001965 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ **ปีการศึกษา** 2556

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ (2) ศึกษาปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ (3) ทราบแนวทางการแก้ไขปัญหาของการนำพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ และพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น หรือได้มาโดยมิชอบตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 และมาตรา 226/1 (4) ทราบแนวทางการใช้ข้อยกเว้นของหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 226 และมาตรา 226/1 (5) เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ

ในการศึกษานี้ เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative research) โดยการวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) ซึ่งอาศัยข้อมูลจากเอกสาร หนังสือ บทความในวารสาร คำพิพากษาของศาล ตลอดจนการสืบค้นข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์และ ข้อเท็จจริงจากข้อมูลเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ และนำข้อมูลที่ได้มาจากการศึกษานำมาวิเคราะห์ เสนอในรูปแบบของการศึกษาคั่นคว่ำอิสระ เพื่อเป็นประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาในข้อกฎหมายต่อไป

ผลการศึกษาพบว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั้น พยานหลักฐานในคดีอาญา ที่ได้มาโดยมิชอบมิให้ศาลรับฟังโดยเด็ดขาด จึงมีลักษณะที่เคร่งครัดจนเกินไป ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาทุกคดีจึงได้มีการบัญญัติ ป.วิ.อ.มาตรา 226/1 เพิ่มเติมขึ้นเพื่อคลายความตึงเครียดและเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานได้ ตาม ป.วิ.อ.มาตรา226/1 ได้เพื่อดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมของสังคม

คำสำคัญ พยานหลักฐาน คดีอาญา

Independent Study title: The Hearing of Evidenceacquired wrongfully in Criminal Cases
Author: Mr. Krisdakorn Kukkong; **ID:** 2544001965; **Degree:** Master of Laws;
Independent Study advisor: Mali Surachate, Associate Professor;
Academic year: 2013

Abstract

This study aims to (1) examine the theoretical concepts on the hearing of evidence acquired wrongfully in criminal cases (2) study the hearing of evidence acquired wrongfully in criminal cases were wrongful (3) find the solutions of the evidence in criminal cases is derivedwrongfully and evidence-based data acquisition occurs or acquired illegally as defined in the Criminal Procedure Code Article 226 and Article 226/1 (4) find the exceptions of the hearing of evidence occurred legally but acquired illegally according to Penal Code Section 226 and Section 226/1 (5) comparative Thai law and International law in the hearing of the evidence acquired wrongfully in a criminal case.

This research is a qualitative research based on study, data compilation and analysis of related Judgment of the Court, research reports, journal articles, various electronic data . Internet network (Internet) and exploration of the law concerning the hearing of evidence acquired wrongfully in criminal cases. And the data obtained from the study were analyzed. Presented in the form of independent study. To be useful in solving problems in the law.

The results showed that Under the Criminal Procedure Code Article 226 are strictly prohibited the Court from hearing the evidence acquired wrongfully in criminal cases. This strictly prohibited looks to be too strict and unable to apply to every cases. There have to consider the Criminal Procedure Code Article 226/1 . In order to relieve tension, more beneficial to the administration of justice and to maintain social justice the Court of Justice allowed to use its discretion to hear such evidences as the Criminal Procedure Code Article 226/1.

Keywords: Hearing of Evidence in Criminal cases

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้รวบรวมเอกสารทางวิชาการจากแหล่งข้อมูลต่างๆ และขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ ประธานกรรมการ และอาจารย์กรรมการท่านอื่นๆ ที่ได้โปรดกรุณาเสียสละเวลาอันมีค่าที่คอยให้คำปรึกษา คำแนะนำ ตลอดถึงช่วยเหลือแนะแนวทางในการกระทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ

ขอขอบคุณคณะอาจารย์สาขาวิชานิติศาสตร์ ที่คอยให้ความรู้ในด้านการฝึกอบรมส่งเสริมประสบการณ์วิชาชีพ ของคณะนิติศาสตร์ทุกท่าน

ท้ายที่สุดนี้ ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่า การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้สนใจในด้านกฎหมายหรือด้านความรู้อื่นๆ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติ หรือการดำเนินงาน ตลอดจนเป็นการพัฒนาด้านแนวคิดในการดำรงชีวิตให้เป็นปกติสุขแก่สังคมสืบๆ ไป และหากมีข้อบกพร่อง หรือผิดพลาดประการใด ผู้ศึกษาพร้อมที่จะนำไปปรับปรุงแก้ไขต่อไป

กฤษฎดากร กีกก้อง

พฤษภาคม 2556



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์.....	5
3. ประเด็นปัญหาการวิจัย.....	5
4. ขอบเขตการวิจัย.....	6
5. วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 ความหมาย ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการรับฟังพยานหลักฐาน.....	7
1. ความหมาย ความเป็นมา เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน.....	7
1.1 ความเป็นมาของกฎหมายลักษณะพยาน.....	8
1.1.1 พระอัยการลักษณะพยาน มหาศักราช 1894.....	8
1.1.2 พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113.....	9
1.1.3 กฎหมายลักษณะพยานในปัจจุบัน.....	10
1.2 แนวคิดและวิวัฒนาการในไทย.....	11
1.3 แนวคิดเกี่ยวกับหลักฐานทางกฎหมาย (legal evidence) และหลักฐานทางศีลธรรม (moral evidence).....	12
1.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา.....	14
2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน.....	16
2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา.....	16
2.1.1 ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น.....	16
2.1.2 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา.....	17
2.1.3 หลักการว่าด้วยการจำกัด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ 6 ประการ ของกฎหมายอาญา.....	18
2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	19

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.1 ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม.....	19
2.3 ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model).....	20
2.4 ผลักผลไม้อันเป็นพิษ (Fruit of the poisonous tree Doctrine).....	22
3. ความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน.....	23
3.1 หลักการรับฟังพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี.....	26
3.1.1 วิวัฒนาการของการพิจารณาคดีโดยใช้พยานหลักฐาน.....	26
3.1.2 ความสำคัญของการพิจารณาคดีโดยใช้พยานหลักฐาน.....	27
3.2 การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน.....	29
3.2.1 หลักประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ.....	30
3.3 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.....	32
บทที่ 3 หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทย.....	33
1. ความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน ที่ได้มาโดยมิชอบ.....	33
2. บทบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานหรือเรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐาน ในคดีอาญา”.....	35
2.1 คำรับสารภาพในชั้นจับกุมหรือในชั้นรับมอบตัวผู้ถูกจับกุม ว่าตนได้กระทำความผิดห้ามมิให้ผู้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน.....	35
3. พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นมาโดยมิชอบ.....	38
3.1 พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจงใจ และให้คำมั่นสัญญาโดยมิชอบ ต้องห้ามรับฟังพยานหลักฐาน.....	38
3.2 พยานหลักฐานที่ได้จากการล่อซื้อ ล่อจับให้กระทำความผิด.....	38
3.2.1 พยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อลวง.....	40
3.2.2 พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการขู่เชิญ ทรมาน.....	41
3.2.3 พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการ กระทำโดยมิชอบ.....	42

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2.4 การไม่แจ้งสิทธิให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาทราบ.....	45
3.2.5 การไม่แจ้งสิทธิของผู้ต้องหาในการมีทนายความ.....	46
3.2.6 การไม่แจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบก่อนเริ่มถามคำถามให้การ ในชั้นสอบสวน.....	48
3.2.7 พนักงานสอบสวนฝ่าฝืนไม่ยอมให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจ เข้าฟังการสอบปากคำของผู้ต้องหา.....	51
3.2.8 การสอบปากคำเด็กในฐานะผู้เสียหาย หรือพยาน.....	51
3.2.9 การสอบปากคำและชี้ตัวเด็กในฐานะผู้ต้องหา.....	58
3.3 พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ ของจำเลย.....	60
3.4 คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	62
3.5 ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานหลักฐานในคดี.....	62
4. บทวิเคราะห์การใช้มาตรา 226.....	67
4.1 การใช้ดุลพินิจของศาลที่จะเลือกรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ.....	75
บทที่ 4 หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของต่างประเทศ.....	79
1. ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	79
1.1 หลักการและเหตุผล.....	79
1.2 กระบวนการในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานในสหรัฐอเมริกา.....	84
1.3 ประเภทของพยานหลักฐานที่ศาลไม่รับฟัง.....	86
1.4 วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน.....	90
2. ประเทศอังกฤษ.....	96
2.1 หลักการและเหตุผล.....	96
2.2 วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน.....	98
3. ประเทศเยอรมัน.....	100
3.1 ความเป็นมา.....	100
3.2 หลักการและเหตุผล.....	101
3.3 วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน.....	103

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ.....	104
บทที่ 5 สรุปข้อเสนอแนะ.....	110
1. บทสรุป.....	110
2. ข้อเสนอแนะ.....	116
บรรณานุกรม.....	120
ประวัติผู้ศึกษา.....	124



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันการก่ออาชญากรรมนั้นมีรูปแบบและวิธีการที่แยบยล ในบางครั้งทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการรับผิดชอบ สืบสวนสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายนั้นค่อนข้างยาก อีกทั้งผู้กระทำความผิดในบางครั้งเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ หรือเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะด้าน หรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเอง เมื่อกระทำความผิดแล้ว มักจะรู้วิธีการในการปิดบังซ่อนเร้นอำพรางในการกระทำความผิดของตนเอง หรือมักจะทำลายพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งทำให้ยากในการติดตามและจับกุมในที่สุดทำให้ไม่สามารถได้ตัวผู้กระทำความผิดอันแท้จริงมาลงโทษได้ ซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้มักเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่เป็นประจำในสังคมไทยและยังเป็นที่เคลือบแคลงสงสัยต่อสาธารณชนเสมอๆ ในบางครั้งมักมีอิทธิพลมีคดีการเล่นพรรคเล่นพวกหรือแม้กระทั่งมีการจ้างบุคคลอื่น มารับจ้างเป็นผู้ต้องหา มีการปั่นพยานหลักฐานอันเป็นเท็จเข้ามาสู่สำนวนการสอบสวน เป็นเหตุให้กระบวนการยุติธรรมต้องเสื่อมเสีย และผลเสียหายตกกับประชาชนผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดเพราะผลจากการนำพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ หรือเป็นการสมยอมกันต่างๆ นานา ดังตัวอย่างคดี ฆ่า น.ส. เซอร์รี่ แอน ดันแคน ซึ่งเป็นคดีที่โด่งดังมาแล้วในสังคมไทย ซึ่งเนื้อหาสรุปโดยย่อของคดีดังกล่าวก่อนฟ้อง เจ้าพนักงานตำรวจทำพยานหลักฐานเท็จขึ้นมา โดยมีการจ้างนายประเมิน พลัดโพชน์ อาชีพขับสามล้อรับจ้างให้การเท็จต่อพนักงานสอบสวน ว่าในวันเกิดเหตุ เขากำลังพบเห็น นายรุ่งเฉลิม กนกชวาลชัย จำเลยที่ 2 และนายพิทักษ์ คำชาย จำเลยที่ 3 กำลังประคอง น.ส. เซอร์รี่ แอน ดันแคน ออกมาจากซอยแห่งหนึ่ง เธออยู่ในสภาพสลบไสลไม่รู้สีกตัว โดยมีจำเลยที่ 1 นายวินัย ชัยพานิช จำเลยที่ 4 นายกระแสร้ พลอยกลุ่ม และจำเลยที่ 5 นายธวัช กิจประยูร เดินตามมาที่หลัง และนายประเมินจอดรถสามล้อแวะเข้าไปถามคนกลุ่มนั้นว่า ต้องการให้พาไปส่งโรงพยาบาลหรือไม่ แต่ได้รับการปฏิเสธ ทั้งนายประเมินยังได้ให้การเท็จต่อผู้พิพากษาว่า เขาเป็นคนจำหน้าเด็กผู้หญิงคนนั้นได้ดี และแม่นยำเพราะเธอเป็นสาวลูกครึ่ง หน้าตาสวยมาก เมื่อทราบว่าเธอถูกฆ่าตายจากข่าวหนังสือพิมพ์ จึงเดินทางมาเป็นพยานเพื่อให้การกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม พ.ศ. 2529 และในส่วน of เจ้าหน้าที่ตำรวจ

รับเร่งแสวงหาพยานหลักฐานสรุปสำนวนคดีความให้แล้วเสร็จตามกระแสของสังคม โดยไม่ได้วิเคราะห์หรือนำพยานหลักฐานที่ขอด้วยกฎหมายเข้ามาในสำนวน หน้าซ้ายยังร่วมกับบุคคลภายนอก ทำพยานหลักฐานเท็จจนกระทั่งมีการสรุปสำนวนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของศาล ในข้อหา ร่วมกันฆ่าผู้อื่น ส่วนนายวินัย ชัยพาณิชย์ หรือเสี้ยแจ๊ค ตกเป็นจำเลยที่ 1 ฐานเป็นผู้จ้างวานตามคำสั่งให้การ ของนายประมิน พลัดโพชน์ โฆเฟอร์สามล้อ ซึ่งเป็นพยานปากเอกเพียงคนเดียวที่ทำให้การต่อเจ้าหน้าที่ ตำรวจในขณะนั้น ซึ่งเป็นสาเหตุให้บุคคลทั้ง 5 คน ต้องถูกดำเนินคดี และต่อมาต้องมีการรื้อฟื้นคดี กันใหม่อีกครั้ง โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ออกคำสั่งที่ 658 / 2542 ลงโทษข้าราชการไว้ก่อน ตำรวจที่มีส่วนร่วมกระทำผิดวินัยร้ายแรง ปันพยานเท็จให้ร้ายผู้บริสุทธิ์มีคำสั่งให้ออกจากราชการ ไว้ก่อน แต่ภายหลังได้กลับรับราชการเหมือนเดิม โดยศาลตัดสินว่ากระทำลงไปตามขั้นตอนของ การสอบสวนตามกฎหมายทุกประการ และทั้งหมดมิได้ถูกลงโทษแต่อย่างใด ส่วนนายประมิน คนขับรถสามล้อ พยานที่ทำให้การเท็จ และในที่สุดศาลพิจารณาลงโทษจำคุก 8 ปี และต่อมาผู้ต้องหา ที่แท้จริง คือ นายสมภกร ฐูปบุษการ และ นายสมพงษ์ บุญฤทธิ์ ต้องคำพิพากษาลงโทษจำคุกตลอด ชีวิต ซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้ล้วนเป็นการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งตามคดีตัวอย่างของ น.ส.เชอร์รี่แอน ดันแคน นั้นเป็นการนำพยานหลักฐานในคดีอาญา เข้ามาเป็นสำนวนโดยมิชอบ ซึ่ง หลักฐานนั้น ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานวัตถุสิ่งของ ซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจนำมาสู่สำนวนการ สอบสวนเป็นการทำพยานหลักฐานเท็จ ซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นการได้มาโดยมิชอบ ซึ่งใน เนื้อหารายละเอียดของคดีมีการซ้อม และการทรมานผู้ต้องหาให้รับสารภาพ (จากคำให้การของนายก ระแสร์ พลอยกลุ่ม) และเป็นที่มาของกระแส “พะรับบาป” ในสังคมไทยตั้งแต่กระบวนการแจ้งข้อ กล่าวหา พยานหลักฐานคดีตั้งแต่ชั้นสอบสวน ซึ่งสะท้อนช่องโหว่ของกระบวนการยุติธรรมและ ตรวจสอบกระบวนการทำงานขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวของเจ้า พนักงานล้วนเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเหมือนกัน และนั่นปลายสุดท้ายก็เสมือน หนึ่งให้ผู้บริสุทธิ์ต้องรับบาปกรรมที่ตนเองมิได้ก่อการกระทำผิด เป็นเหตุให้ตกเป็นจำเลยของ สังคมเป็น “พะรับบาป” ยาวนานกว่า 6 ปี รวมทั้งการต่อสู้เรียกร้องสิทธิต่างๆ รวมกว่า 10 ปี ทาง แพ่งและอาญา ในที่สุดศาลแพ่งชั้นต้นก็พิพากษาให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ในคดีนี้เป็นเงินกว่า 26 ล้านบาท พร้อมดอกเบี้ย 7.5 % ต่อปี รวมทั้งหมด 38 ล้านบาท เบื้องต้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติจะอุทธรณ์ แต่นายกรัฐมนตรีได้แนะนำให้อือเป็นบทเรียนของตำรวจไทย ทุกอย่างจึงจบลงที่สำคัญเป็นคดีตัวอย่างที่ส่งผลให้มี พ.ร.บ. ค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน ค่าใช้จ่ายจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 เกิดขึ้น เพื่อให้ความช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การกระทำผิด ซึ่งที่ยกตัวอย่างมานี้ก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมของไทย (Criminal Justice Process) ไม่ใช่เฉพาะตำรวจ แต่มีผลไปถึง อัยการ และศาล ที่ดำเนินการ

สอดคล้องกัน จนกระทั่งตัดสินคดีความว่า “มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ตาม ป.วิอาญา ม.227 เพราะไม่มีข้อสงสัยอะไรเลยที่จะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย ซึ่งคดีดังกล่าว ทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกไม่เชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในชั้นสอบสวนของตำรวจ และจนในที่สุดผู้ต้องหาตัวจริงที่ฆ่า น.ส. เซอร์เอน ดันแคน ก็ปรากฏตัว และต่อมาศาลก็ได้พิพากษาให้จำคุกตลอดชีวิตสำหรับจำเลยที่แท้จริง และนี่ก็เป็นเพียงตัวอย่างที่กระผมได้ยกข้อบกพร่องของระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย เพียง 1 คดีเท่านั้น แต่ในความจริงปัจจุบันมีคน ถึงร้อยละ 20 ที่ต้องติดคุกฟรี โดยไม่ได้กระทำความผิด ตามกฎหมาย¹

นอกจากนี้ ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางปฏิบัติที่เป็นการขัดหลักตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ที่ว่าสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลพิสูจน์ถึงที่สุด จึงจะลงโทษ proof beyond a reasonable doubt เหตุเพราะจากคดีที่มี “แพะรับบาป” ปรากฏอยู่เสมอๆ นั้น แสดงให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันมุ่งแต่เฉพาะกระทำการอย่างใดๆ เพื่อแสวงหาผู้ที่จะมารับโทษในคดีมากกว่าการคำนึงถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา แม้บางครั้งจะยังไม่มียานหลักฐานที่แน่นอนว่าผู้รับโทษในกรณีดังกล่าว เป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริง ดังนั้น จากหลักฐานข้อสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ดังกล่าว ผู้ต้องหาจึงควรได้รับการพิสูจน์จนกว่าจะมี ยานหลักฐานที่แท้จริง จากกระบวนการทำงานที่มีประสิทธิภาพ ในกระบวนการยุติธรรม พิสูจน์ ยืนยันแล้วว่า ผู้ต้องหาดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดจริง

ความบกพร่องของระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยที่สะท้อนออกมาให้ ประชาชน ได้เห็นจากคดีต่างๆ จะเป็นบทเรียนให้แก่หน่วยงานที่รับผิดชอบ ในการประสานงาน ช่วยแก้ไขและหามาตรการที่จะเป็นหลักประกันคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ มิให้ถูกกระทำการ ใช้อำนาจ โดยมิชอบ หรือโดยผิดพลาดของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ ของกระบวนการยุติธรรมที่ให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพของการปราบปรามอาชญากรรม และ คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้อง (crime control กับ due process of law) ซึ่งหากดำเนินการ บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว นอกจากจะเป็นการศึกษาความสงบเรียบร้อยในสังคมแล้ว ยังเป็นการ เพิ่มความเชื่อมั่น และความศรัทธา ของประชาชนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับกระบวนการยุติธรรมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้ศึกษามีความ สนใจที่จะศึกษาในเรื่องการนำยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบเข้ามาสู่สำนวนการ สอบสวนตั้งแต่กระบวนการสอบสวนชั้นของเจ้าพนักงานตำรวจ อัยการ และศาล ซึ่งผลการนำ

¹ www.Chaibadancrime.com

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้บริสุทธิ์และสังคมมากมาย และที่สำคัญ เจ้าพนักงานผู้นำพยานเข้ามาในคดีนั้นมิได้ถูกลงโทษตามกระบวนการยุติธรรม ซึ่งในบางครั้งเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ มิได้เกรงกลัวต่อบาปกรรม และยังมีหน้าที่ทำงานเจริญเติบโตยิ่งขึ้นไป โดยมีได้ถูกลงโทษโดยอย่างแท้จริง จึงเป็นความจำเป็นที่หน่วยงานทุกฝ่ายต้องร่วมมือกันในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมอย่างจริงจังไม่ว่าจะเป็นในส่วนองค์กรของกระบวนการยุติธรรม ที่ในชั้นสอบสวนควรมีระบบการทำงานในการแสวงหาข้อเท็จจริงที่แท้จริงแน่นอน พนักงานอัยการสามารถค้นกรองคดีไปสู่ศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนการสร้างระบบศาลชั้นต้นที่สมบูรณ์ที่มีองค์คณะที่ครบถ้วนในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือปรับปรุงแก้ไขในด้านกฎหมาย ปกป้องจริยธรรม คุณธรรม ให้แก่บุคลากรที่เกี่ยวข้องและมีระบบการตรวจสอบ และถ่วงดุลของการกระทำความผิดนั้น พยานหลักฐาน ถือเป็นสิ่งที่สำคัญและมีคุณค่าในการพิสูจน์ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ที่ถูกกล่าวอ้างว่าได้กระทำความผิด หากการแสวงหาหรือได้พยานหลักฐานมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ขั้นตอนของการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยก็จะขึ้นไปโดยยุติธรรม ตามกระบวนการทางกฎหมาย แต่หากการได้มาของพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ และการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย มิได้เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรม ผลเสียหายก็จะเกิดแก่จำเลยและยังเป็นผลร้ายต่อองค์กรของรัฐ

ในประเทศไทยมีการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเช่นเดียวกับระบบกฎหมายของหลายประเทศ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานชนิดที่ “เกิดขึ้น” โดยมิชอบ และมาตรา 226/1 เพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 บัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” โดยชอบแต่ “ได้มา” โดยมิชอบนอกเสียจากว่าต้องด้วยข้อยกเว้นซึ่งให้ศาลรับฟัง เพราะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมทางอาญายิ่งกว่าผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพพื้นฐาน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4417/2548 วินิจฉัยว่า การใช้สายลับไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนเป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นและสมควรในการแสวงหาหลักฐานในการกระทำผิดของจำเลยที่ได้กระทำอยู่แล้วตามอำนาจในการประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(10) ชอบที่เจ้าพนักงานตำรวจจะกระทำได้ เพื่อให้ได้โอกาสจับกุมจำเลยพร้อมพยานหลักฐาน การใช้สายลับไปล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยซึ่งเป็นเพียงวิธีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยมิใช่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

จากที่มาและความสำคัญของปัญหาดังกล่าว จึงควรศึกษาถึงหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาตามระบบกฎหมายไทยดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/1 แห่งประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 โดยศึกษาปัญหาความเป็นมาของระบบการรับฟังพยานหลักฐานทั้งก่อนและหลังการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/1 เมื่อมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ได้แก้ปัญหการรับฟังพยานหลักฐานในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ และศึกษาแนวทางของต่างประเทศในการวางหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เพื่อให้มีกระบวนการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพและต้องเป็นกระบวนการที่ให้ความยุติธรรมแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยคำนึงถึงความเหมาะสมของระบบเศรษฐกิจ สังคม และความพร้อมของระบบงานยุติธรรมทางอาญา และความรุนแรงของอาชญากรรมในประเทศเป็นสำคัญ ทั้งนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรม และไม่ให้มีผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

2. วัตถุประสงค์

- 2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ
- 2.2 เพื่อศึกษาปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ
- 2.3 เพื่อทราบแนวทางการแก้ไขปัญหของการนำพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ และพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1
- 2.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ ในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ
- 2.5 เพื่อทราบแนวทางการใช้ข้อยกเว้นของหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226/1

3. ประเด็นปัญหาการวิจัย

การศึกษากฎหมายในลักษณะพยานนั้น ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งในบางครั้งนักกฎหมายอาจมองได้ว่า เมื่อพยานหลักฐานที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมนั้นไม่ชอบ จะทำให้การตัดสินคดีตลอดจนมีการพิพากษาคดีนั้นชอบอย่างไร ในเมื่อเริ่มต้นนั้นไม่ชอบอยู่แล้ว เพราะเหตุใดศาลท่านยังต้องรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้น

ซึ่งหลักในการวินิจฉัยหรือรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา จึงจะต้องถือหลักว่าจะต้องเลือกพยานหลักฐานที่ดีที่สุด และเป็นพยานที่ได้ให้ข้อมูลอันจะนำไปสู่ข้อเท็จจริงในคดีที่สอดคล้องกับความเป็นจริง โดยอาศัยหลักเหตุผล และความเป็นไปได้ตามหลักฐานวิเคราะห์ข้อเท็จจริง

4. ขอบเขตการวิจัย

ศึกษาว่าการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบนั้น มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาคดีพิพากษาของศาลอย่างไร และเปรียบเทียบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนศึกษาการแก้ไขปัญหาคำพิพากษาที่มิชอบเข้าสู่กระบวนการสอบสวน ตามมาตรา 226 , 226/1

5. วิธีดำเนินการศึกษา

รายงานฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) เป็นการศึกษาค้นคว้าจากตำรา หนังสือ บทความในวารสาร คำพิพากษาของศาล ตลอดจนการสืบค้นหาข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 6.1 ทำให้ทราบแนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับลักษณะพยานหลักฐานในคดีอาญา
- 6.2 ทราบถึงลักษณะและปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ
- 6.3 เพื่อให้ทราบพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง
- 6.4 เพื่อให้ทราบแนวทางแก้ไขปัญหาคำพิพากษาที่มิชอบโดยมิชอบ
- 6.5 ทราบผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ

บทที่ 2

ความหมาย ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการรับฟัง พยานหลักฐาน

1. ความหมาย ความเป็นมา เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน

การรับฟังพยานหลักฐาน หมายถึง ขั้นตอนในการกลั่นกรองหรือคัดเลือกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวน ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐานนั้น โดยทฤษฎีแล้ว ศาลจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าพยานหลักฐานชิ้นใดสามารถนำสืบเข้าสู่สำนวนได้ ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายจึงอาจกล่าวได้ว่า ปัญหาของการรับฟังพยานหลักฐานนั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐาน กับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้น เป็นคนละเรื่องกัน การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นเป็นกรณีที่ศาลจะพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่รับฟังได้นั้น น่าเชื่อถือหรือไม่เพียงใด ซึ่งเป็นเรื่องดุลพินิจของศาลประการหนึ่งว่า พยานนั้นสอดคล้องกันกับเหตุการณ์หรือไม่ประการใด และเป็นปัญหาข้อเท็จ

ในคดีอาญาพยานหลักฐานทุกชนิด หากมีคุณสมบัติบ่งชี้ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เว้นแต่จะต้องห้ามมิให้รับฟังโดยบทกฎหมายบทใดบทหนึ่ง ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน ป.วิอาญา มาตรา 226 ว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสารหรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบด้วยประการอื่น” โดยพยานบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นพยานที่เคยให้การในชั้นสอบสวนมาก่อน แม้พยานยังไม่เคยให้การในชั้นสอบสวน โจทก์ก็อ้างเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาได้ ตัวอย่างเช่น

โจทก์อ้าง ก จำเลยในคดีอาญาหมายเลขแดง ที่ 2699/2529 ของศาลชั้นต้นมาเป็นพยานในคดีนี้ โดยพนักงานสอบสวนไม่ได้สอบสวน ก ไว้เป็นพยาน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้พนักงานสอบสวนจะมีได้สอบสวน ก ไว้ในฐานะพยานก็ตาม แต่พนักงานสอบสวนได้สอบสวนพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีนี้มาแล้ว จึงถือว่ามี การสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว พยานวัตถุซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ เมื่อ ฆนบัตรของกลางเป็นพยานวัตถุที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้ล่อ ซึ่งแมทแอมเฟตามีน จากจำเลย แม้จะมีได้ลงบันทึกประจำวันไว้ โจทก์ย่อมอ้างเป็นพยานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ไม่มีกฎหมายห้าม

(คำพิพากษาฎีกาที่ 270/2554) และจากคำพิพากษาฎีกาที่ 270/2554 นั้นเป็นการขยายความว่า พยานหลักฐานนั้นเป็นวัตถุ สิ่งของหรือเอกสาร หรือสิ่งอันใดที่สามารถบ่งชี้ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ เว้นแต่ต้องห้ามตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 พยานบุคคลแม้ในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนไม่ได้สอบสวนบุคคลที่จะเป็นพยานกรณีที่โจทก์อ้างบุคคลอื่น ในคดีอื่นมาเป็นพยาน แต่พนักงานสอบสวนได้สอบสวนพยานหลักฐานอื่นในคดีนี้มาแล้ว จึงถือว่าเป็นการสอบสวนและการรวบรวมพยานหลักฐานโดยชอบ โจทก์จึงสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1481/2548 คำให้การในชั้นสอบสวน ส. และ ข. แม้จะมีลักษณะเป็นคำชักทอในระหว่างผู้ต้องหาด้วยกัน แต่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามมิให้รับฟังคำให้การ เช่นว่านี้เสียทีเดียว หากการชักทอมีเหตุผลรับฟังได้ ศาลมีอำนาจรับฟังประกอบการพิจารณาได้ ทั้งคำให้การดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่ามีเหตุจงใจให้การเพื่อให้ตนพ้นความผิด หรือได้ประโยชน์แต่อย่างใด ศาลจึงรับฟังคำให้การของ ส. และ ข. ประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ได้²

1.1 ความเป็นมาของกฎหมายลักษณะพยาน

กล่าวกันว่าวิธีการในเรื่องพยานวิวัฒน์ผันแปรไปตามวิธีการในเรื่องโทษ ซึ่งแบ่งได้เป็น 4 ยุค คือ ยุคฝูงชน ยุคศาสนา ยุคกฎหมาย และยุควิทยาศาสตร์ ในฝูงชนการลงโทษในครอบครัวเดินควบคู่ไปกับการลงโทษระหว่างครอบครัว อำนาจการลงโทษอยู่ที่หัวหน้าครอบครัว ความผิดที่จะลงโทษกันเป็นชนิดที่เกิดขึ้นต่อหน้าต่อตา จึงไม่ต้องอาศัยพยานหลักฐานอะไร ส่วนในยุคศาสนาการลงโทษกระทำในนามของพระเจ้า จึงต้องมีวิธีการให้ 2 ฝ่ายที่จะพิพาทกันมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ต่อพระเจ้า เช่น มีการดำน้ำ ลุยเพลิงกัน ใครได้รับอันตรายก็ถือว่าเป็นผู้ผิด ผู้ไม่ได้รับอันตรายถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยเข้าใจว่าพระเจ้าเป็นผู้บันดาลให้เป็นไปเช่นนั้น ต่อมาในยุคกฎหมายจึงเกิดมีกฎหมายลักษณะพยานกำหนดว่าพยานชนิดใดที่จะนำมาสืบได้ตลอดจนวิธีการสืบพยาน หลังจากนั้นจึงมาถึงยุควิทยาศาสตร์ซึ่งมีการพิสูจน์ความจริงโดยอาศัยผู้ชำนาญการพิเศษ เพื่อช่วยค้นหาตัวผู้กระทำให้รวดเร็วแน่นอนขึ้น

1.1.1 พระอัยการลักษณะพยาน มหาศักราช 1894

เดิมเราคงไม่มีกฎหมายลักษณะพยานเป็นกิจลักษณะ แรกเริ่มเรายึดถือตามพระธรรมศาสตร์ซึ่งพราหมณ์โปรุहितนำมาใช้เช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆ ต่อมาในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 แห่งกรุงศรีอยุธยาได้มีกฎหมายลักษณะพยานขึ้น ในมหาศักราช 1894 ทำนองหลักใน

² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาลบย่อฉบับอ้างอิง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ น. 375

พระธรรมศาสตร์ โดยวางหลักเป็นข้อแนะนำแก่ผู้พิพากษาว่า ก่อนสืบพยานให้ผู้พิพากษาชี้แจงให้พยานให้การตามความเป็นจริง ถ้าให้การเท็จจะมีโทษ กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักว่าพยานบุคคลประเภทใดเชื่อถือได้หรือไม่ โดยพิจารณาตามฐานะและวงศ์ตระกูลของพยาน พยานบางประเภทไม่ควรรับฟัง เช่น พยานบอกเล่าข่าวลือ เป็นต้น ตลอดจนกำหนดห้ามรับฟังบุคคล 33 พวก เช่น คนไม่มีศีล คนกุ่มนี้ยืมสิน คนขอทาน เพื่อน ญาติ คนหูหนวก ตาบอด โสเภณี หญิงมีครรภ์ กระเทย เด็ก คนแก่ ช่างเกือก คนประมง นักเลงการพนัน คนขี้โมโห คนบ้า เป็นต้น กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113

ตามกฎหมายตราสามดวง นอกจากมีพระอัยการลักษณะพยานบัญญัติแยกไว้เป็นพิเศษแล้ว ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ อีก เช่น ลักษณะรับฟ้อง ลักษณะตระลาการ การพิสูจน์คำนำอุบายเพลิง ลักษณะโจร และลักษณะกุ่มนี้เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดเก่า พระราชกำหนดใหม่เกี่ยวกับพยานเฉพาะเรื่องอีกมากมาย

1.1.2 พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113

พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ออกบังคับใช้ในสมัยที่มีการปรับปรุงระบบศาลยุติธรรม โดยเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงนำแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายพยานจากอังกฤษ กฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกกฎหมายเก่าว่าด้วยพยานไปเสียส่วนใหญ่ โดยได้ยกเลิกพระราชบัญญัติเรื่องพยาน จุลศักราช 1232 และพระราชบัญญัติลักษณะพยาน จุลศักราช 1239 ทั้งหมด ที่ยกเลิกบางส่วนได้แก่กฎหมายลักษณะพยาน มหาศักราช 1894 กฎหมายสามสิบหกข้อ จุลศักราช 1048 กฎหมายพระราชกำหนดเก่า จุลศักราช 1099 และกฎหมายพระราชกำหนดใหม่ จุลศักราช 1146 นอกจากนี้ยังได้รวมเอากฎหมายเก่าบางมาตรารวมไว้ในพระราชบัญญัตินี้ด้วย คือ บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะรับฟ้อง 8 มาตรา กฎหมายลักษณะพยาน มหาศักราช 1894 รวม 65 มาตรา กฎหมายลักษณะตระลาการ 1 มาตรา

พระราชบัญญัตินี้แม้จะบัญญัติห้ามรับฟังพยานบุคคลได้กว้างขวางขึ้น โดยถือว่าบุคคลที่มีสติดี รู้จักรับผิดชอบ เข้าใจความ สามารถเป็นพยานได้ โจทก์จะอ้างจำเลย หรือจำเลยจะอ้างโจทก์เป็นพยานก็ได้ และมีวิธีการบัญญัติตามกฎหมายสมัยใหม่คือวางเป็นหลักทั่วไปไว้มิใช่เป็นการเล่าเรื่องหรือกล่าวถึงเป็นกรณีๆ ไปอย่างในกฎหมายเก่า นับว่าเป็นกฎหมายลักษณะพยานที่ทันสมัยขึ้น แต่เป็นบทบัญญัติที่ยังไม่ครบถ้วนบริบูรณ์ และมีบทบัญญัติในเรื่องอื่นปะปนอยู่ด้วย เช่น บัญญัติกำหนดโทษพยานผู้เบิก ความเท็จ ผู้ทำพยานเท็จ และผู้ละเมิดอำนาจศาลไว้ด้วย

กฎหมายฉบับนี้ใช้อยู่ไม่นานก็ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมาย

พยานหลักฐานรวมอยู่ด้วย หลังจากนั้นก็ได้มีการนำกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน ร.ศ. 113 มาใช้อีกโดยถือว่าถูกยกเลิกไปโดยปริยาย

1.1.3 กฎหมายลักษณะพยานในปัจจุบัน

ปัจจุบันนี้เรายังไม่มียประมวลกฎหมายพยาน และกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานก็ไม่ได้รวมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน แต่หากกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่างๆ หลายฉบับด้วยกัน แต่ส่วนใหญ่เป็นบทบัญญัติแทรกอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีบทบัญญัติแยกไว้โดยเฉพาะในมาตรา 84 ถึงมาตรา 130 ส่วนที่แทรกอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเริ่มจากมาตรา 108/2, 131/1, 133 วรรคห้า, 172 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า, 226/1 ถึง 226/5, 227/1, 229/1, 230/1, 230/2, 237 ตรี และ 224/1 และมีแทรกอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลพิเศษอื่นๆ อีกด้วย นอกจากนี้ในการบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติรับรองสิทธิหน้าที่ของบุคคลบางเรื่อง มีการบัญญัติวิธีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นฐานของสิทธิหน้าที่นั้นไว้เป็นพิเศษด้วย ในคดีอาญาบางประเภทที่ยากต่อการพิสูจน์ความผิด ก็มีการกำหนดหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงบางอย่างให้ตกแก่จำเลยเป็นพิเศษแตกต่างไปจากหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงและหน้าที่นำสืบกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่างๆ นี้ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานเช่นกัน ดังที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 85 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานที่จะกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายอื่นๆ นั้น ส่วนใหญ่จะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น หน้าที่นำสืบของลูกหนี้เมื่อโต้แย้ง การริบเบียปรับ มาตรา 385 พยานหลักฐานที่จะนำสืบในเรื่องสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เช่าอสังหาริมทรัพย์ กู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาทขึ้นไป และการนำสืบเรื่องการชำระหนี้เงินกู้ตามมาตรา 556, 538, และ 653 เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย อันมีผลให้ผู้รับผลประโยชน์จากข้อสันนิษฐานไม่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงบางประการอีกด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6, 203, 290, 297, 422, 437, 1027, 1045, 1357, 1358, 1369 ถึง 1373 เป็นต้น ข้อสันนิษฐานที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายเรื่องอื่นก็มี เช่น พ.ร.บ. ล้มละลายฯ พ.ร.บ. สุลกากรฯ และ พ.ร.บ. การพนันฯ เป็นต้น³

³ โสภณ รัตนากร คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ (2551) น. 10-13

1.2 แนวคิดและวิวัฒนาการในไทย

บทคัดพยานหลักฐานในคดีอาญาตามกฎหมายไทยได้มีการวางหลักการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2478 จวบจนถึงปัจจุบันที่กฎหมายฉบับนี้ได้มีการวางรายละเอียดเกี่ยวกับมาตราต่างๆ อันเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐไว้มานาน ตั้งแต่ชั้นจับกุม สอบสวนฟ้องร้องคดี และชั้นพิพากษาคดีตลอดจนถึงขั้นตอนกระบวนการในการรับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญประการหนึ่งที่ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าขั้นตอนอื่นๆ ของการดำเนินคดีอาญา เพราะสิ่งที่สำคัญที่สุดของการที่ศาลใช้เป็นตัวชี้หน้าหนักถึงความน่าเชื่อถือ หรือความไม่น่าเชื่อถือ ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามฟ้องภายใต้หลักในเรื่องของการพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Beyond Reasonable Doubt) สิ่งนั้นก็คือ พยานหลักฐานนั่นเอง พยานหลักฐานในคดีอาญาจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดต่อการค้นหาความจริงในคดีอาญา และในประเทศไทย เมื่อศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในคดีเซอร์รีแอน ดันแคน ทำให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและการเยียวยาค่าเสียหายแก่ผู้ตกต้องเป็นจำเลยในคดีอาญา และผู้เสียหายที่ตกต้องเป็นเหยื่ออาชญากรรมอย่างกว้างขวาง จนได้มีการบัญญัติหลักการในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายและจำเลยผู้บริสุทธิ์ในคดีอาญา ซึ่งการคุ้มครองสิทธิของประชาชนดังกล่าวยังคงได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับพุทธศักราช 2550 ไว้ในมาตรา

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำอันใดกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในกรณีที่มีการกระทำซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง ผู้เสียหาย พนักงานอัยการหรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย มีสิทธิร้องต่อศาลเพื่อให้สั่งระงับหรือ

เพิกถอนการกระทำเช่นนั้น รวมทั้งจะกำหนดวิธีการตามสมควรหรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยก็ได้

มาตรา 33 บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข

การเข้าไปเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชนการผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้

มาตรา 40(4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการรับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

1.3 แนวคิดเกี่ยวกับหลักฐานทางกฎหมาย (Legal Evidence) และหลักฐานทางศีลธรรม (Moral Evidence)

Legal Evidence หมายถึง พยานหลักฐานที่รับฟังได้ พยานหลักฐานที่รับฟังได้ทั้งหมดทั้งพยานบุคคลและพยานเอกสารที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้อย่างสมเหตุสมผล⁴ พยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณสมบัติบ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีได้ ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีนั้นได้

ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า Admissible Evidence ไม่ใช่พยานหลักฐานที่เชื่อได้แต่เป็นพยานหลักฐานที่รับเข้ามาในคดีนั้นได้⁵

⁴ Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, Black's law dictionary, St. Paul, Minn. : West/Thomson Reuters, (2009) p. 368.

⁵ จรัญ ภักดีธนากุล คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร จีระรัชการพิมพ์ (2551) น. 215

Moral Evidence ในความหมายอย่างกว้างหมายถึง พยานหลักฐานที่ขึ้นอยู่กับความเชื่อ มากกว่าที่จะเป็นการพิสูจน์ได้อย่างแน่แท้หรือเด็ดขาด โดยทั่วไป Moral Evidence คือ คำให้การของบุคคล Moral Evidence เป็นสิ่งที่กฎหมายไม่ยอมรับให้ใช้เป็นพยานหลักฐานทางคดี แต่ก็ยังเป็นพยานหลักฐานทางความเป็นจริงที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้ แต่กฎหมายไม่รับรองอ้างทางกฎหมายไม่ได้นั่นเอง

หลักกฎหมายว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานมีหลักทั่วไปว่า พยานหลักฐานทุกชนิดเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ เว้นแต่มีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติหรือวางหลักเกณฑ์ห้ามไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดใด ประเภทใดไว้ พยานหลักฐานชนิดนั้นประเภทนั้นก็จะเป็นลักษณะเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ (Inadmissible Evidence) ต้องถูกคัดทิ้งไป นำเข้ามาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ กฎหมายที่บัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานเรียกว่า บทตัดพยานหลักฐาน บทตัดพยานหลักฐานในกฎหมายพยานหลักฐานของแต่ละประเทศไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย ระบบความเชื่อของแต่ละประเทศที่เห็นสมควรว่ากรณีใดควรที่จะวางหลักเกณฑ์ห้ามไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดใดประเภทใดหรือไม่อย่างไร ซึ่งโดยหลักการแล้ว การที่จะวางบทตัดพยานหลักฐานนั้นมักจะมองเปรียบเทียบระหว่างคุณค่าในเชิงพิสูจน์ (Probative Value) ของพยานหลักฐานชิ้นนั้นว่ามีสูงหรือต่ำเพียงใด แล้วไปเปรียบเทียบกับผลกระทบทางด้านอคติ (Prejudicial Effect) ที่จะทำให้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนไปว่ามีมากน้อยเพียงใด⁷

ถ้ามีการใช้บทตัดพยานหลักฐานพยานหลักฐานที่ได้มาก็จะเป็น Legal Evidence ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ เป็นพยานหลักฐานที่รับเข้ามาในคดีนั้นได้ ก็เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลัก Due Process อำนาจของเจ้าพนักงานและกระบวนการของรัฐจะต้องถูกควบคุมต่อต้านการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ โดยการจำกัดอำนาจของรัฐซึ่งกล่าวได้ว่ารูปแบบนี้มีค่านิยมในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม แต่ถ้าไม่ใช่บทตัดพยานหลักฐานพยานหลักฐานที่ได้มาก็จะเป็น Moral Evidence ซึ่งเป็นพยานหลักฐานทางความเป็นจริงที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้ แต่กฎหมายไม่รับรองเพราะเป็นพยานหลักฐานที่ขึ้นอยู่กับความเชื่อมากกว่าที่จะเป็นการพิสูจน์ได้อย่างแน่แท้หรือเด็ดขาด ก็จะสนับสนุนหลัก CrimeControl ที่มุ่งการควบคุมอาชญากรรมเป็นสำคัญ ถือว่าการควบคุมปราบปรามอาชญากรรม

⁶ Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, *supra* note 29, p. 368.

⁷ จริญ ภักดีชนากุล อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30 น. 251-252

เป็นหน้าที่อันสำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ส่วนเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นเรื่องรองลงไป

1.4 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา (Privilege against self-incrimination)

สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญยิ่งของบุคคลโดยเฉพาะเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย สิทธิดังกล่าวนี้ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Privilege against self-incrimination ซึ่งเป็นคำที่นำมาจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "No person...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself..." ซึ่งแปลว่า "บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับให้เป็นพยานอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา"⁸

สิทธินี้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเสรีภาพของมวลมนุษย (Fundamental to Human Liberty) เป็นสิทธิที่สืบเนื่องมาจากภาษาลาตินที่ว่า "Nemo Tenetur Prodere Seipsum" ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า "No one is Bound to Betray Himself" ความหมายคือ "บุคคลไม่อาจถูกบังคับให้ปรักปรำตนเอง"⁹ ซึ่งสิทธินี้เป็นเอกสิทธิ์ที่สำคัญประการหนึ่งของหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะเป็นสิทธิที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาในการสอบปากคำของพนักงานสอบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาแล้ว ยังเป็นการควบคุมอำนาจของพนักงานสอบสวนไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่โดยกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญานั้น เป็นแนวคิดที่คุ้มครองเฉพาะ "ถ้อยคำ" ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Testimony" เท่านั้น กล่าวคือจะบังคับให้บุคคลกล่าว "ถ้อยคำ" ใดๆ เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญาไม่ได้ สิ่งที่ถือเป็น Real Evidence หรือ Physical Evidence เช่น การบังคับเจาะเลือด บังคับให้ปัสสาวะเพื่อตรวจหาสารเสพติด บังคับให้เปล่งเสียงเข้าเครื่องตรวจสอบเสียง บังคับให้เซ็นชื่อ บังคับให้พิมพ์ลายนิ้วมือ หรือ บังคับให้ยื่นเข้าแถวให้พยานชี้ตัว ไม่ถือเป็นถ้อยคำหรือ Testimony เจ้าหน้าที่จึงบังคับได้หากมีกฎหมายบัญญัติให้ทำได้¹⁰ และในส่วนของประเทศไทยได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่ง

⁸ เฟ็งอ้าง.

⁹ ชลลดา จินตเสถียร ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2553) น.8

¹⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา พิมพ์ครั้งที่ 6 (แก้ไขเพิ่มเติม) กรุงเทพมหานคร จีระวิชาการพิมพ์ (2551) น. 1

ในคดีไม่ได้ ถือว่าได้มาโดยมิชอบ แม้ว่าผู้ต้องหาจะให้ถ้อยคำออกมาด้วยความสมัครใจเพียงใดก็ตาม¹²

2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน

2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา

แม้ว่ารัฐมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้เพื่อความปลอดภัยสันคมกษัตริย์ต่าง ๆ เพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย แต่ก็มิใช่ว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาได้ตามใจชอบ การที่รัฐกำหนดว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคมโดยรวมที่จะนำเสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ไปทำหน้าที่ออกกฎหมายและแม้ว่าจะอาศัยหลักศีลธรรมและจารีตประเพณีมาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมาย แต่การกระทำบางอย่างที่ถึงแม้ว่าจะผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีมากมายเพียงใด แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องผิดกฎหมายอาญาเสมอไป เช่น การพูดเท็จถือว่าผิดศีลธรรม แต่จะไม่ถือว่าผิดกฎหมายอาญาจนกว่าจะมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด

2.1.1 ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น

ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮาร์ต (H.L.A. Hart) แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด On Liberty มาอธิบาย โดยศาสตราจารย์ฮาร์ต ได้หยิบยกคำกล่าวของมิลล์มากล่าวอ้างในหนังสือของตนเองชื่อ Law , Liberty and Morality ไว้ดังนี้

“...เหตุผลในการใช้อำนาจส่วนบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้นคือ เพื่อป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น...” การที่จะใช้อำนาจโดยอ้างเหตุผลว่า “...เพื่อให้กายและใจของบุคคลนั้นดีขึ้นย่อมไม่เป็นการเพียงพอ บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับโดยชอบธรรมให้กระทำความผิดหรือละเว้นกระทำโดยอ้างว่าจะทำให้เขาดีขึ้น หรือจะทำให้เขามีความสุขขึ้น หรือในสายตาของผู้อื่นการกระทำหรือละเว้นการกระทำ จะทำให้บุคคลนั้นฉลาดหรือถูกต้องขึ้น...”¹³

¹² เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์ “การควบคุมอำนาจพลังงานสอบสวน: ตัวอย่างของสหรัฐอเมริกา” *วารสารนิติศาสตร์* ฉบับที่ 4 ปีที่ 9 (2521):44

¹³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง พิมพ์ครั้งที่ 1 นนทบุรี สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 2-11

จากข้อความดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแนวคิดของจอห์น สจ๊วต มิลล์ ยึดถือหลักการป้องกันภัยที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น เป็นหลักในการพิจารณาว่ารัฐควรจะกำหนดกฎหมายอาญามาบังคับควบคุมการกระทำนั้นหรือไม่เพียงใด กล่าวได้ว่า การมีกฎหมายอาญานี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่อาจเป็น “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (Harm to Others) และนำหลักการนี้มาใช้เป็นหลักในการพิจารณาว่าการกระทำลักษณะอย่างไรควรเป็นความผิดอาญา

แต่กรณีที่เราจะถือเอาหลักการเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น เท่ากับว่าเราปฏิเสธหลัก “ความยินยอม ไม่ยกเว้นความผิด” เพราะหากเราถือว่าผู้ถูกกระทำยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกกระทำ ความผิดอีกต่อไป อย่างไรก็ดี การที่เราจะถือว่าการกระทำที่ได้รับความยินยอมนั้น ไม่เป็นความผิด จะถูกต้องหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่นักกฎหมายต้องพิจารณาต่อไป

กล่าวโดยสรุป ในการกำหนดการกระทำใดว่าควรเป็นความผิดอาญา และรัฐนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองป้องกันสังคม รัฐอาศัยหลักการป้องกันภัยอันตรายต่อผู้อื่น (harm to others) มาใช้ในการสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายอาญา

2.1.2 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์ในเกล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ได้อธิบายว่ากฎหมายอาญาต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการดังนี้

1) คุ้มครองป้องกันตัวบุคคล จากการกระทำโดยเจตนาอันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณ หรือประกอบกรรมทางเพศด้วยวิธีอันไม่พึงประสงค์ต่างๆ คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการอันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา คุ้มครองป้องกันตัวบุคคลที่อาจชักจูงให้หลงผิดได้ โดยง่ายจากการทำร้ายกดขี่ หรือชู้ดริคอันจะเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น

2) คุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมนั้นให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล และยินยอมจากการกระทำนั้น แต่ถือว่าเป็นผิดธรรมชาติ (เช่น การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง) ป้องกันการกระทำบางประเภท ซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณชนแล้ว จะกระทบกระเทือนใจบุคคลอื่นเป็นอย่างมาก รวมทั้งป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจช่วยทำให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

3) คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์สิน และกรณีอื่นๆ

4) คุ้มครองป้องกันสาธารณะชนจากความไม่สะดวกสบายต่างๆ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

5) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม รวมทั้งบังคับให้เกิดความเมตตาอาณัติที่จำเป็น

6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้อัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล¹⁴

2.1.3 หลักการว่าด้วยการจำกัด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ 6 ประการของกฎหมายอาญา ดังกล่าวค่อนข้างกว้างและครอบคลุมพฤติกรรมแทบทุกชนิดของบุคคล จึงมีผู้คิดค้นวิธีการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles) มีแนวคิดว่าการใช้โทษทางอาญาต้องมีข้อจำกัด ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการมีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดดังนี้¹⁵

1) กฎหมายอาญาไม่ควรเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังคือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น แต่ล้าพังข้อห้ามนั้นเองปราศจากอรรถประโยชน์ที่เป็นแก่นสาร แนวคิดนี้เป็นของ ซิซาร์ เบ็คคาเรีย ผู้ยึดถือในแนวทางอรรถประโยชน์นิยมที่เคยยื่นขอเสนอไว้ว่า “การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด สิ่งนี้ควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการออกกฎหมายที่ดี”

2) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย หลักการข้อนี้เป็นธัมได้ขยายความเพิ่มเติมต่อจากหลักเกณฑ์ของเบ็คคาเรีย ถ้าการกระทำนั้นมิได้เป็นความชั่วอยู่ในตัวแล้วการใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง แต่หลักเกณฑ์ข้อนี้ยังมีปัญหาว่า จะตัดสินใจได้อย่างไรว่าพฤติกรรมเช่นนั้นมิภัยหรือยัง เป็นธัมจึงได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์ของตนต่อไปอีก

3) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการเพื่อจะนำไปสู่จุดประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุซึ่งจุดประสงค์ได้เช่นเดียวกัน ด้วยวิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า หลักเกณฑ์ข้อนี้ เป็นธัมได้ปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้นแต่ก็ยังมีข้อบกพร่องเขาจึงปรับปรุงหลักเกณฑ์อีกครั้ง

4) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนาดำสุดของเบ็นธัม แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่ตรงที่เราไม่สามารถจะวัดได้ว่าผลร้ายอันเกิดจากการกระทำผิดและผลร้ายอันเกิดจากการลงโทษนั้นประการไหนจะมากกว่ากัน และผลร้ายที่จะตามมาวัดนั้นยังเกิดต่อบุคคลที่แตกต่างกัน

¹⁴ Walk Nigel. “ the scope of Criminal Law” Sentencing in a Rational Society. Plican Books, 1972. อ้างใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ทฤษฎีอาญา กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน (2552) หน้า 49 -50

¹⁵ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ทฤษฎีอาญา กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน (2552) หน้า 51-56

5) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติตามแนวทางที่จะนำไปให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นของ จอห์น สจ๊วต มิลล์ โดยมิลล์ยึดหลักว่า อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าการทำงานของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นมิได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้แก่บุคคลอื่น รัฐก็ไม่ควรจะไปยุ่งเกี่ยว

จอห์น สจ๊วต มิลล์ เขียนเรียงความชื่อว่า “เสรีภาพ” (1859) มีข้อความว่า

“วัตถุประสงค์ของเรียงความนี้ เพื่อที่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่ง่ายสักหลักเกณฑ์หนึ่ง ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการที่สังคมจะควบคุมบุคคลสังคมด้วยวิธีการต่างๆ ไม่ว่าวิธีการที่สังคมนั้นใช้อยู่ จะใช้วิธีการใช้กำลังในรูปของโทษตามกฎหมาย หรือการขู่บังคับทางศีลธรรมโดยประชาติหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ปกป้องตนเอง เป็นหลักที่มีเป้าหมาย เพื่อคุ้มครองมนุษยชาติ ไม่ว่าจะเป็นรายบุคคล หรือโดยส่วนรวม จากการถูกย่ำยีเรื่องเสรีภาพ โดยการกระทำของบุคคลในสังคมนั้น ในสังคมที่เจริญแล้วนั้น การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตนจะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์เพื่อที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่น ในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง โดยมิได้มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิด ไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพ หรือทางจริยธรรมแล้ว ย่อมไม่อาจถือเป็นข้ออ้างที่เพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพของการกระทำของมนุษย์”

2.2 ทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

แนวความคิดเกี่ยวกับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันนั้น อยู่ระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กับความพยายามในการควบคุมอาชญากรรมให้อยู่ในปริมาณน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

แนวความคิดดังกล่าว ศาสตราจารย์ เฮอร์เบิร์ต แพกเกอร์ (Herbert Packer) ได้แยกแบบของทฤษฎีว่าด้วยการให้ความยุติธรรมทางอาญาเป็น 2 รูปแบบด้วยกัน คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) และทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model)¹ โดยรูปแบบทั้งสองนี้แตกต่างกันในทางแนวความคิดและมีความขัดแย้งกันระหว่างคุณค่าทั้งสองประการ ดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model)

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) เป็นรูปแบบที่เน้นการส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุม ระงับ และปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ทฤษฎีนี้เชื่อว่าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะควบคุมและปราบปราม

อาชญากรรมหรือจับกุมอาชญากรรมมาลงโทษได้ตามกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และเสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตถูกคุกคามจากภัยอาชญากรรม

ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดสูง และผู้ที่ถูกจับกุมนั้นจะต้องเป็นผู้กระทำความผิดจริง การดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการ เริ่มตั้งแต่มีการสืบสวนก่อนการจับกุม ดำเนินการจับกุม การสืบสวนภายหลังการจับกุม การเตรียมคดีเพื่อฟ้องยังศาล การพิจารณาคดี การพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด และการปล่อยจำเลย โดยมีผู้เรียกขั้นตอนนี้ว่ากระบวนการคัดกรอง (Screening Process)¹⁶ ทำให้ผู้ต้องหาบริสุทธิ์ ก็จะถูกคัดกรองออกไป ส่วนผู้กระทำความผิดก็จะถูกดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว

ความมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ คือ ขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมจะต้องรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ และต้องยอมรับว่า การค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นตำรวจและชั้นอัยการเพียงพอที่จะเชื่อถือว่าสามารถจะวินิจฉัยความถูกผิดของขั้นตอนได้

รูปแบบนี้จะเน้นหนักที่การควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเต็มที่ ส่วนเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น คือเป็นเรื่องรองลงไป หากประเทศใดให้ความสำคัญกับแนวความคิดการควบคุมอาชญากรรมนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกระบวนการพิจารณาความอาญาของประเทศนั้นก็เน้นหนักไปในทางการสร้างกฎเกณฑ์อันเป็นการให้อำนาจแก่พนักงานเพื่อทำการสืบสวน สอบสวน ป้องกันและปราบปรามด้วยความเฉียบขาด รวดเร็ว โดยอาจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้บริสุทธิ์มากนัก เช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดให้เจ้าพนักงานรัฐมีอำนาจในการจับกุมได้อย่างกว้างขวาง การควบคุมกระทำได้นาน การให้ประกันตัวเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงาน โดยอิสระ ตลอดจนหลักในการรับฟังพยานหลักฐานก็สามารถรับฟังได้อย่างกว้างขวาง เป็นต้น¹⁷

2.3 ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model)

ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) คือรูปแบบที่ยึดกฎหมายเป็นสำคัญ และเป็นรูปแบบที่ยึดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือที่เรียกว่า “ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม” ที่ถือค่านิยมในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่างๆ

¹⁶ อารีรัตน์ วงศ์ศักดิ์มณี, “รายงานการวิจัยส่วนบุคคลเรื่องปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ” สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, น.7. อ้างถึงใน ปวีณาพันธุ์ธนุสร, “ปัญหาการรับฟังถ้อยคำของผู้ถูกจับในชั้นจับกุม” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2551)น. 19

¹⁷ อิศราวุธ อ่อนน้อม “หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต (2540) น. 26

ในกระบวนการรูปแบบนี้เป็นรูปแบบของกระบวนการพิจารณาความอาญา ที่คำนึงถึงคุณค่าในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก และต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ โดยมีรูปแบบตรงกันข้ามกับรูปแบบแรก เพราะการควบคุมอาชญากรรมนั้นรัฐย่อมต้องการให้มีประสิทธิภาพ ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมให้ได้ผล จึงอาจเกิดการใช้อำนาจเกินสมควรได้เสมอทั้งไม่เชื่อว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรมนั้นจะมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง โดยเฉพาะการค้นหาคือแท้จริงซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการ

หรือฝ่ายปกครองว่าจะเชื่อถือได้เพียงใด เพราะวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการเป็นการดำเนินการในทึรโหลฐาน ซึ่งอาจจะใช้วิธีการล่อลวง ชู่เช็ญ และการสร้างพยานหลักฐานขึ้นใหม่ได้¹⁸

จะเห็นได้ว่าสองแนวความคิด ของรูปแบบทั้งสองนี้มีความแตกต่างกัน คือ ถ้าหากในกระบวนการพิจารณาโดยยึดถือประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม ย่อมส่งผลให้เจ้าพนักงานของรัฐมีโอกาสที่จะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้โดยง่าย เนื่องจากเจ้าพนักงานของรัฐได้รับอำนาจอย่างกว้างขวางในการใช้มาตรการบังคับต่างๆ เพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม และการวางหลักเกณฑ์ในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็จะไม่ปรากฏเลย หรือมีอยู่อย่างเบาบางมาก เพราะศาลย่อมยึดถือคุณค่าของพยานหลักฐานมากกว่าที่จะยอมละทิ้งคุณค่าของพยานเพื่อยับยั้งเจ้าพนักงานไม่ให้กระทำการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ถ้าหากกระบวนการพิจารณาโดยยึดถือคุณค่าของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนเป็นสำคัญแล้ว ย่อมส่งผลให้การป้องกันปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพลดน้อยลงได้ เนื่องจากอำนาจที่เจ้าพนักงานของรัฐมีอย่างจำกัด และจะนำหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาใช้อย่างเคร่งครัด

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวความคิดของรูปแบบทั้งสองนี้จะแตกต่างกัน แต่เป้าหมายของทั้งสองรูปแบบตรงกัน คือ มุ่งประสงค์ที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคมเป็นส่วนรวม แต่วิถีทางที่จะนำไปสู่เป้าหมายนั้นแตกต่างกัน

แม้จะมีการแยกรูปแบบกระบวนการทางอาญาออกเป็นสองรูปแบบดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่ปฏิบัติตามแนวความคิดแบบใดแบบหนึ่งเพียงแบบเดียวอย่างเคร่งครัด โดยรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ใช้กันอยู่จริงมักเป็นแบบการผสมระหว่างสองรูปแบบเข้าด้วยกัน ในประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และ

¹⁸ เพิ่งอ้าง

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้พยายามที่จะเสาะแสวงหาหนทางในการประสานประโยชน์ระหว่างแนวความคิดทั้งสองให้มีจุดสมดุลหรือดุลยภาพเพื่อให้ทั้งประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดำเนินควบคู่กัน

2.4 ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine)

ในหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาก็ได้มีการพัฒนาก้าวไกลไปถึงการขยายขอบเขตที่ศาลจะไม่รับฟังดอกผลที่ได้มาจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นด้วย โดยถ้าศาลวินิจฉัยว่าเจ้าพนักงานกระทำการจับ ค้น หรือยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา

เช่น เจ้าพนักงานค้นบ้าน ก. โดยไม่มีหมายในกรณีที่ต้องมีหมาย และได้พบหรือยึดบันทึกส่วนตัวซึ่งระบุว่า ก. ทำร้าย ข. และเอาปืนของกลางไปซ่อนไว้ที่กลางทุ่งนา ศาลจะรับฟังบันทึกส่วนตัวซึ่งระบุว่า ก. ทำร้าย ข. และเอาปืนของกลางไปซ่อนไว้ที่กลางทุ่งนา ศาลจะรับฟังบันทึกดังกล่าวเป็นพยานเอกสารยันต่อ ก. มิได้ ส่วนปืนของกลางก็จะรับฟังมิได้ เช่นเดียวกันเพราะถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากพยานชั้นแรก (Derivative Evidence) ที่เสียไป ตรงตามหลักที่ศาลสหรัฐอเมริกาเรียกว่า ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree) กล่าวคือ เมื่อต้นไม้เกิดเป็นพิษขึ้นผลของต้นไม้นั้นก็ย่อมจะเป็นพิษตามไปด้วย¹⁹

การที่ศาลได้วางหลักขยายขอบเขตของพยานหลักฐานที่ศาลจะไม่รับฟังดอกผลที่ได้มาจากพยานหลักฐานชั้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบปรากฏในคดี Silverthorne Lumber Co. V. United State โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า นอกจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยตรงจากการค้น โดยมิชอบจะรับฟังไม่ได้แล้ว พยานหลักฐานอื่นๆ ที่สืบเนื่องมาจากพยานหลักฐานที่ได้มาจากค้นโดยมิชอบนั้นก็รับฟังไม่ได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ศาลได้ขยายหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ออกไปครอบคลุมถึงดอกผลของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นด้วย โดยถือว่าพยานชั้นหลังเป็นผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษคือ พยานชั้นแรก ซึ่งถือว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอันฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ หรือในคดี Nardone v. United States²⁰ ที่ได้ให้เหตุผลว่า เหตุที่ไม่ยอมรับฟังปืนของกลางก็เพื่อมุ่งหวังที่จะยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ เพราะถ้าเจ้าพนักงานตระหนักดีว่า การกระทำโดยมิชอบของตนจะมีผลให้

¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา” *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 9 ฉบับที่ 3 (ธันวาคม 2551): น. 128

²⁰ 308 U.S. 338,341 (1940) อ้างใน ฐานิศร์ วรรณสุข “ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา: ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” *สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* (2550) น. 50

พยานหลักฐานต่างๆ ชั้นที่ได้มารับฟังไม่ได้หมดแล้ว เจ้าพนักงานอาจไม่กล้ากระทำการเช่นนั้นอีก ถ้าจะไม่รับฟังเฉพาะพยานชั้นแรกแต่ยอมให้รับฟังพยานชั้นต่อๆ มาได้ ก็อาจจะไม่มีผลเป็นการ ยับยั้งอย่างเต็มที่ เพื่อมิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบได้

ในคดี *Wong Sun v. United States*²¹ สายลับซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการ สืบสวนผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติดจำนวน 6 คน ได้เข้าไปในร้านให้บริการซักเสื้อผ้าของ Toy เพื่อหาตัว Toy โดยเข้าไปภายในเขตที่เป็นที่อยู่อาศัยด้านหลังร้านและเป็นที่พักนอนของภริยาและ ลูกของ Toy เจ้าหน้าที่

พบตัว Toy และได้ใส่กุญแจมือ Toy จึงบอกกับเจ้าหน้าที่ว่า Yee เป็นผู้ค้ายาเสพติด เจ้าหน้าที่จึง ไปพบ Yee ในทันทีและ Yee ยอมรับมอบเฮโรอีนให้กับเจ้าหน้าที่และให้การนำไปสู่ผู้ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าเฮโรอีนด้วยคือ Toy และ Wong Sun ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ศาลสูงสุดสหรัฐถือว่า คำให้การของ Toy ที่อยู่ระหว่างการใส่กุญแจมือในห้องนอนและยาเสพติดที่ได้จาก Yee ซึ่งได้ เพราะคำให้การของ Toy นั้นต้องเป็นในพยานหลักฐานที่ถูกตัดออกไปไม่สามารถรับฟังได้ เนื่องจากถือเป็นผลที่ได้มาจากการเข้าไปในห้องนอนของ Toy โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในคดี *Brewer v. Williams* พนักงานสอบสวนปฏิเสธไม่ให้ผู้ต้องหาพบทนายความ ต่อมาผู้ต้องหาให้การรับสารภาพ การรับสารภาพนั้นนำไปสู่การค้นพบศพผู้ตาย ทั้งคำรับสารภาพ และศพผู้ตายล้วนเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ในคดี²²

3. ความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน

พยานหลักฐานที่รวบรวมได้นั้นจะมีความน่าเชื่อถือมากน้อยกว่ากันเพียงใดขึ้นอยู่กับ สภาพและลักษณะของพยานหลักฐานนั้นเองว่าจะมีความน่าเชื่อถือและน่าเชื่อถือที่จริงที่ต้องการ พิสูจน์เพียงใด อย่างไรก็ดี แนวทางในการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานนั้น ผู้วินิจฉัยไม่ว่าจะเป็นศาล หรือเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม โดยหลักแล้วมักจะเลือกพยานที่น่าเชื่อถือที่สุด เป็นพยาน ที่นำมาเป็นหลักในการพิเคราะห์ข้อเท็จจริง และพิจารณาพยานอื่นๆ เปรียบเทียบว่าข้อเท็จจริง ตามที่พยานหลักฐานต่างๆ ได้นำเสนอนั้น มีความสอดคล้องต้องกัน หรือสอดคล้องกับเหตุการณ์ที่

²¹ 371 U.S. 471, 83 S.Ct.407,9 L.Ed.2d 441 (1963) อ้างใน ฐานิสร์ วรรณสุข “ปัญหาการรับฟัง พยานหลักฐานในคดีอาญา: ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตร มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2550) น. 50

²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีใน ขั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 6 (แก้ไขเพิ่มเติม) กรุงเทพมหานคร จีระการพิมพ์ (2551) น. 1

ควรจะเป็นเพียงใด ซึ่งในการวิเคราะห์ความสอดคล้องต้องกันของพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้ จำต้องอาศัยประสบการณ์และความรู้ในเรื่องนั้นๆ มาเป็นข้อประกอบในการวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยาน อันจะนำไปสู่ข้อเท็จจริงที่สรุปได้²³

หลักพิสูจน์ความสอดคล้องต้องกันเพื่อนำไปสู่การชี้ขาดตัดสินในข้อเท็จจริงวิเคราะห์นั้น ผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้หลักวิเคราะห์จากกฎแห่งความคิดซึ่งมีความสัมพันธ์ในเชิงตรรกวิทยา 4 ประการดังนี้²⁴

(1) กฎแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หมายถึง เหตุการณ์อันหนึ่งจะมีความจริงได้เพียงประการเดียว จะมีความจริงหลายประการในข้อเดียวกันไม่ได้ ดังนั้น พยานที่เบิกความหลายปากในเรื่องเดียวกันและสอดคล้องต้องกัน แสดงให้เห็นว่าน่าจะเป็นความจริง แต่มีข้อสังเกตว่าแม้จะสอดคล้องกันก็อาจไม่เป็นความจริงก็ได้เพราะซุ่มกันมา จึงเบิกความเหมือนกันเกินไปจนเชื่อไม่ได้ ความสอดคล้องต้องกันนี้ แม้เป็นพยานปากเดียวกันก็ต้องวิเคราะห์ว่าสอดคล้องกันตั้งแต่ต้นจนปลาย หรืออาจสอดคล้องกับพยานวัตถุหรือพยานเอกสารก็ได้

(2) หลักความขัดกัน หมายถึง ข้อที่ขัดกันย่อมไม่เป็นความจริง เช่น พยานเบิกความแตกต่างกัน ย่อมเป็นจริงด้วยกันทั้งสองคนไม่ได้ แต่หากเป็นความแตกต่างกันในรายละเอียดก็อาจเป็นเรื่องธรรมดา เพราะความจำและการสังเกตของแต่ละคนไม่เหมือนกัน

(3) หลักความเป็นจริงครึ่งๆ กลางๆ หมายถึง ข้อความใดเป็นจริงอย่างไรต้องเป็นความจริงอย่างนั้นเสมอไป จะจริงบ้างไม่จริงบ้าง หรือบางทีจริงบางทีไม่จริงไม่ได้ นอกจากจะมีพฤติการณ์เพิ่มเติมจึงจะเปลี่ยนแปลงได้ เช่น น้ำเมื่อเป็นของแข็งจะเปลี่ยนเป็นของเหลวต้องมีอุณหภูมิเพิ่มเติมจึงจะเปลี่ยนแปลงได้ เป็นต้น

(4) หลักความมีเหตุผลอันสมควร หมายถึง ความเป็นข้อพิสูจน์ทางบวกว่าอะไรเป็นความจริง โดยการพิจารณาจากหลักใน ((1) - (3) แล้วเป็นข้อพิสูจน์ทางลบว่าอะไรไม่จริงถ้าไม่มีข้อพิสูจน์ว่าจริงก็ยิ่งเชื่อว่าจริงไม่ได้ นอกจากจะมีข้อยืนยันขึ้นมาอีก ความบังเอิญอาจเป็นความจริงได้แต่ไม่เป็นเหตุอันสมควร ต้องมีพฤติการณ์อื่นประกอบในการยืนยัน

ในการวิเคราะห์ความมีเหตุผลสมควรมันนั้น ต้องพิจารณาถึงอาการทางจิตของพยานด้วยว่าพยานมีสติสัมปชัญญะ ความจำและการถ่ายทอดดีเพียงใด ซึ่งพยานที่จะรับฟังในศาลนั้น มี

²³ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน (2550) น.243

²⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ ข้อสังเกตในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและการเขียนคำพิพากษา กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน (2544)

หลักพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ โอกาสที่รู้เห็นเหตุการณ์, เหตุผลในคำพยาน มีความน่าจะเป็นและมีความกลมกลืนเพียงใด, เหตุผลในการได้พยานมาและเชื่อถือพยานได้เพียงใด

ดังนั้น หลักในการวินิจฉัยพยานหลักฐานและการสรุปข้อเท็จจริงในคดี จึงถึงหลักที่จะต้องคัดเลือกพยานหลักฐานที่ดีที่สุด และเป็นพยานหลักฐานที่ได้ให้ข้อมูลอันจะนำไปสู่ข้อเท็จจริงในคดีที่สอดคล้องกับความเป็นจริง โดยอาศัยหลักเหตุผล และความเป็นไปได้ตามหลักการวิเคราะห์ข้อเท็จจริง²⁵

กรณีพยานวัตถุซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญและมีน้ำหนักดีที่สุดในคดีอาญา เพราะพยานวัตถุมีลักษณะที่แน่นอนและศาลสามารถตรวจดูได้ด้วยสายตาโดยตรงและเห็นเองได้จากรูปลักษณะของพยานวัตถุนั้นๆ ว่าข้อเท็จจริงในคดีเป็นเช่นไร โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการแปลความหมายหรือข้อความอะไรอีก พยานวัตถุนั้นย่อมบ่งบอกข้อเท็จจริงนั่นเอง เช่น ของกลางในคดีอาญา อาวุธมีด ปืน หรือยาเสพติด บาดแผลของผู้เสียหาย สถานที่เกิดเหตุ เทปบันทึกเสียง หรือเทปบันทึกภาพ เป็นต้น²⁶ การวิเคราะห์ถึงความน่าเชื่อถือของพยานวัตถุนั้นส่วนใหญ่ไม่ค่อยมีปัญหามากนัก เนื่องจากพยานวัตถุส่วนใหญ่มักเป็นสื่อนำไปสู่ตัวผู้กระทำความผิด จึงจัดเป็นพยานที่มีความน่าเชื่อถืออยู่ในตัวเองแล้ว²⁷

สรุปหลักการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานโดยผู้ศึกษาเห็นว่า จะต้องถือหลักว่า จะต้องคัดเลือกพยานหลักฐานที่ดีที่สุด และเป็นพยานหลักฐานที่ได้ให้ข้อมูลอันจะนำไปสู่ข้อเท็จจริง ที่จะพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาโดยสอดคล้องกับความเป็นจริงและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยอาศัยหลักเหตุผล และหลักความเป็นไปได้ตามการวิเคราะห์ข้อเท็จจริง เพื่อที่จะนำไปสู่กระบวนการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีและขั้นตอนของการซึ่งนำหน้าของการรับฟังพยานหลักฐาน

²⁵ ณรงค์ ใจหาญ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6 น. 244

²⁶ อุดม รัฐอมฤต คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน กรุงเทพมหานคร โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2551) น. 294

²⁷ สุรนาท วงศ์พรหมชัย “การตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์กับพยานหลักฐานในคดีอาญา” วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2551) น. 80

3.1 หลักการรับฟังพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี

3.1.1 วิวัฒนาการของการพิจารณาคดีโดยใช้พยานหลักฐาน

หลักการพิจารณาคดีอาญาไม่ว่าจะเป็น ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) หรือ ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ต่างมีวิธีการค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งวิวัฒนาการมาจาก ระบบฟังพาสักดิ์สิทธิ์มาสู่ระบบการใช้พยานหลักฐานพิสูจน์ความจริงทั้งสิ้นกล่าวคือ

ในระบบไต่สวนซึ่งเป็นระบบการค้นหาข้อเท็จจริงที่มีวิธีการสืบเนื่องมาจาก อิทธิพลวิธีการชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาโรมันคาทอลิก คือในวงการศาสนาคริสต์นั้นเมื่อ ผู้มีอำนาจปกครองดูแลได้ทราบว่ามีการกระทำความผิดหรือหรือการกระทำอันมิชอบเกิดขึ้นใน สังคมของตนจะมีผู้มากล่าวหาฟ้องร้องหรือไม่ก็คืผู้มีอำนาจปกครองจะต้องไต่สวนค้นหา ข้อเท็จจริงให้จงได้²⁸ จึงอาจมี

การใช้วิธีทรมานจำเลยด้วยประการต่างๆ เพื่อให้จำเลยยอมรับสารภาพและ เล่าข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ผู้ชำระความฟัง ระบบนี้มีอิทธิพลอยู่ในภาคพื้นยุโรปซึ่งเดิมเคยตกอยู่ใต้ อิทธิพลของสันตปาแห่งกรุงโรม ต่อมาเมื่อระบบการทรมานจำเลยหมดไปและนักกฎหมายใช้ วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงโดยทางพยานหลักฐานระบบนี้จึงคลี่คลายไปในทางค้นหาความจริงโดยนำ พยานมาสืบแต่ยังคงเอกลักษณ์เดิมอยู่คือศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงจากพยานหลักฐานและไม่มีบท ตัดพยานที่เคร่งครัด²⁹ จะเห็นได้ว่าวิธีการค้นหาความจริงในระบบไต่สวนแต่เดิมนั้นจะยึดถือความ สักดิ์สิทธิ์ของผู้ทำการไต่สวนซึ่งในสมัยนั้นคือนำทางศาสนาและดำเนินการใช้อำนาจรัฐในการไต่ สวนจนกระทั่งวิวัฒนาการมาถึงระบบการใช้พยานหลักฐานพิสูจน์ความจริง

ในระบบกล่าวหาเป็นวิธีการที่จะค้นหาข้อเท็จจริงที่สืบเนื่องมาจากที่ บุคคลคนหนึ่งนำเรื่องราวมาฟ้องร้องว่ากล่าวบุคคลอีกคนหนึ่งต่อผู้มีอำนาจเพื่อให้ผู้มีอำนาจชำระ คดีแก่ตน การพิจารณาชี้ขาดว่าฝ่ายใดผิดหรือถูกไม่ได้ขึ้นอยู่กับการนำพยานมาพิสูจน์ความจริงแต่ ขึ้นอยู่ที่ฝ่ายกล่าวหาเป็นผู้ปฏิบัติตามกติกาที่วางไว้ได้ครบถ้วนฝ่ายนั้นก็เป็นผู้ชนะคดี³⁰ โดยมี วิวัฒนาการจากประเทศอังกฤษเมื่อ 800-900 ปีผ่านมานี้ซึ่งมีวิธีการแสวงหาความจริงโดยใช้วิธี พิเคราะห์ที่อาศัยเพลิงหรืออาศัยน้ำ (Trial by Ordeal) หรืออาศัยการต่อสู้ด้วยอาวุธ (Trial by Battle)

²⁸ ประมวล สุวรรณศร คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน นพิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ (2526) น. 2

²⁹ เข็มชัย ชุตินวงศ์ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ (2538) น. 2

³⁰ โอสด โกสิน คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะ พยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์ไทยเกษม (2517) น. 2

วิธีพิจารณาทั้งสามวิธีเกิดขึ้นเพราะชาวอังกฤษในสมัยนั้นเชื่อถือและมีความศรัทธาในพระผู้เป็นเจ้า และเชื่อมั่นว่าผู้บริสุทธิ์หรือผู้สุจริตเท่านั้นที่พระผู้เป็นเจ้าจะทรงคุ้มครองจะลงโทษผู้นั้นให้มีอันเป็นไปต่างต่างนานา³¹ ในส่วนของค้นหาความจริงก็มีวิธีการเช่นเดียวกันกับของต่างประเทศคือ วิธีการพิสูจน์ความจริงที่อาศัยวิธีค้ำน้ำลุยไฟ (Trial by Ordeal) คือการทดสอบที่ทรหดเพื่อพิสูจน์ความจริง ซึ่งประกอบด้วยวิธีพิจารณาโดยอาศัยเพลิง (Trial by Fire) มีวิธีการคือเจ้าพนักงานจะนำเอาเหล็กแท่งยาว 5 นิ้วมาเผาไฟไหมจนเหล็กมีความร้อนแรงเป็นสีแดงแล้วให้จำเลยซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง โดยใช้มือเปล่าจับแท่งเหล็กที่ร้อนแดงนั้น แล้วเดินไปเป็นระยะทาง 9 ฟุตจึงวางแท่งเหล็กนั้นลง หลังจากนั้นเอาผ้าขาวพันรอบมือของจำเลยที่จับเหล็กที่ร้อนแดงแท่งนั้นไว้ เมื่อครบ 7 วันก็ให้แก้ผ้าขาวที่พันมือจำเลยออก หากปรากฏว่าแผลหายสนิทโดยไม่มีอาการผิปกติแต่อย่างใดก็ถือว่าพระผู้เป็นเจ้าทรงปกป้องคุ้มครองจำเลย จำเลยผู้นั้นเป็นผู้บริสุทธิ์ ตรงกันข้ามถ้าหากว่ามือของจำเลยนั้นมีแผลถูกไฟลวกก็ถือว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด จะต้องถูกลงโทษ และยังประกอบด้วยวิธีพิจารณาโดยอาศัยน้ำ (Trial by Water) มีวิธีการคือเจ้าพนักงานตม่น้ำในกะทะจนเดือดแล้วนำก้อนหินใส่ลงไปในกะทะน้ำเดือดนั้นแล้วให้จำเลยซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดล้วงเอาหินขึ้นมา เสร็จแล้วให้เอาผ้าขาวมาพันรอบมือจำเลยที่ล้วงก้อนหินจากกะทะน้ำเดือดนั้น เมื่อครบ 7 วันก็ให้แก้ผ้าขาวที่พันมือจำเลยออก หากแผลหายเป็นปกติก็ถือว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่ถ้าแผลไม่หายเป็นปกติจำเลยจะต้องถูกลงโทษเพราะพระผู้เป็นเจ้าไม่ทรงคุ้มครองผู้ผิด ส่วนวิธีพิจารณาโดยการต่อสู้ด้วยอาวุธ (Trial by Battle) ได้แก่การนำเอาโจทก์และจำเลยมาต่อสู้กันด้วยอาวุธ ซึ่งในคดีอาญาจำเลยอยู่ในฐานะเสียเปรียบอย่างยิ่ง คือเมื่อต่อสู้กันด้วยอาวุธแล้วจำเลยเพียงพล้ำเสียทีก็ถูกฆ่าตาย ถ้ายังไม่ตายแต่พ่ายแพ้แก่โจทก์จำเลยก็จะถูกแขวนคอที่ตะแลงแกงซึ่งอยู่ในบริเวณต่อสู้กันนั่นเอง ส่วนในคดีแพ่งโจทก์จำเลยไม่ต้องต่อสู้กันเองหากแต่ให้นักต่อสู้อาชีพต่อสู้แทนตนได้ และถ้านักต่อสู้อาชีพของฝ่ายใดแพ้ฝ่ายนั้นก็จะเป็นฝ่ายแพ้คดีและยังแทรกด้วยการบวงสรวงต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์เพื่อให้ลดบันดาลให้แพ้ชนะกัน³²

3.1.2 ความสำคัญของการพิจารณาคดีโดยใช้พยานหลักฐาน

การพิจารณาคดีในปัจจุบันนั้นพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือมีความสำคัญมากเนื่องจากก่อนที่ศาลจะตัดสินคดีว่าคู่ความฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูกใครมีสิทธิหน้าที่มีความรับผิดชอบหรือต้องรับโทษหรือไม่เพียงใด ศาลจะต้องชี้ขาดข้อเท็จจริงบางอย่างอันเป็นพื้นฐานที่

³¹ ธานินทร์ กรีชัยเชียร “ศาลกับพยานบุคคล” วารสารกฎหมาย 3, 3.กันยายน - ธันวาคม 2520

³² Theodore Plucknett. A Concise History of the Common Law. 5th ed. London: Butterworths, 1956, p.114-118.

ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบหรือการต้องรับโทษเสียก่อน ถ้าหากศาลยังไม่อาจฟังข้อเท็จจริงให้เป็นยุติอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลก็ไม่อาจยกข้อกฎหมายขึ้นปรับว่าฝ่ายใดมีสิทธิหรือความรับผิดชอบอย่างไรได้ ก่อนที่ศาลจะชี้ขาดข้อเท็จจริงได้คู่ความก็ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างและข้อเถียงของตนเพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าควรเชื่อข้อเท็จจริงเป็นอย่างใด³³ หากว่าพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือต้องถูกตัดไปจากการพิจารณาย่อมส่งผลเสียหายต่อการฟังข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีได้

ดังนั้น การที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือเนื่องจากการ ได้มาของพยานหลักฐานนั้นละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้เช่นเจ้าพนักงานใช้อำนาจจับกุมตรวจค้นราษฎรโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดและการจับกุมตรวจค้นนั้นได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดที่เกิดขึ้นได้แต่จำต้องตัดพยานเหล่านี้ไปย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างแน่นอน กฎหมายจึงต้องวางหลักการให้ชัดเจนว่าจะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่อย่างไร และมีด้วยเหตุผลประการใดบ้างจึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ³⁴

จะเห็นได้ว่าการค้นหาความจริงในระบบกล่าวหาเดิมนั้นยึดถือสิ่งศักดิ์สิทธิ์โดยมีความเชื่อว่าจะเข้าข้างคนที่ถูกระงับวิวัฒนาการมาเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงโดยใช้พยานหลักฐานเหมือนในระบบไต่สวนแต่ยังคงเอกลักษณ์ของระบบนี้คือผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางเคร่งครัดจะเอนเอียงเข้ากับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้และมีหลักเกณฑ์ในการที่จะนำพยานเข้าสืบเป็นไปโดยเคร่งครัดมีบทตัดพยานที่เด็ดขาดเพื่อมิให้ทั้งสองฝ่ายได้เปรียบเสียเปรียบกัน

ต่อมาทั้งสองระบบเกิดแนวความคิดขึ้นในทางเดียวกันว่าการค้นหาความจริงในคดีให้ได้จากวิธีการยึดถือสิ่งศักดิ์สิทธิ์เหล่านั้น ไม่อาจเป็นผลและอำนวยความสะดวกที่แท้จริงได้แลเป็นเรื่องที่ล้าสมัยจึงได้เปลี่ยนแปลงมาใช้วิธีการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยโดยใช้ระบบพยานหลักฐานคือการนำพยานหลักฐานพิสูจน์ข้อเท็จจริงและนำข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้แล้วมาเชื่อมโยงกันเป็นเรื่องราวที่เกิดเป็นคดีแทนระบบแบบดั้งเดิม³⁵

³³ เฟิงอ้าง.

³⁴ อิศราวุธ อ่อนน้อม อ่างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 29. น. 17

³⁵ โสภณ รัตนกร คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2537) น. 51-52

3.2 การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ขั้นตอนหรือกระบวนการต่างๆ ในการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคม กระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ดีมิใช่จะเพียงแต่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น แต่ยังต้องมีมาตรการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการเช่น ผู้ต้องหา จำเลย ผู้เสียหาย พยานด้วยความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่าบุคคลเกิดมาพร้อมกับศักดิ์และสิทธิ์ในความเป็นมนุษย์อันมีอาชญากรรมไม่ได้และย่อมมีความชอบธรรมเสมอภาคและมีศักดิ์ศรี

การให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติธรรมซึ่งหมายถึงการปกครองที่มีกฎหมายเป็นใหญ่ หลักดังกล่าวนี้รัฐเองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับประชาชน ดังนั้นนอกจากรัฐจะมีหน้าที่ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมแล้ว รัฐยังมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายและมีภารกิจที่จะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือโดยบุคคลหรือองค์กรของรัฐเอง รัฐมีกระบวนการยุติธรรมเป็นกลไกหลักในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมขณะเดียวกันก็มีหน้าที่โดยตรงในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย ในการดำเนินการกิจดังกล่าวได้อย่างมีคุณภาพจึงต้องเริ่มจากการที่กระบวนการยุติธรรมต้องไม่เป็นกระบวนการที่ไปคุกคามหรือล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสียเอง และด้วยเหตุที่รัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการที่อาจกระทบต่อสิทธิของหลายฝ่ายทั้งผู้ต้องหา จำเลย พยาน และผู้เสียหาย

ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมที่ดีจึงต้องสร้างหลักประกันที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยคำนึงถึงความสมดุลของหลักควบคุมอาชญา (Crime Control) กับหลักนิติธรรม (Due Process) แนวคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวข้างต้นมีที่มาจากหลักนิติรัฐที่ถือว่าการกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายย่อมไม่อาจใช้ยันหรือ

กล่าวอ้างในกระบวนการยุติธรรมได้ แม้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีวัตถุประสงค์เพื่อจะเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษอันเป็นประโยชน์ของรัฐก็ตามแต่มิได้หมายความว่าในการดำเนินการเพื่อค้นหาความจริงดังกล่าว รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำได้ทุกวิถีทางโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสังคม ในบางประเทศมีบทลงโทษรัฐในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่เกินกว่าอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายโดยพยานหลักฐานใดที่ได้มาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว ดังนั้นกระบวนการในการค้นหาความจริงในคดีอาญาจึงต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ได้มีการวางหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอันอาจถูกกระทบจากการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่สำคัญประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้ให้การรับรองและคุ้มครองไว้โดยผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ พยานหลักฐานหรือสิ่งที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบนั้นจะรับฟังได้หรือไม่เพียงใด เหล่านี้เป็นสิ่งที่จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

3.2.1 หลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

อาจจะกล่าวได้ว่าก่อนที่จะมีการร่างกฎบัตรสหประชาชาติ สิทธิซึ่งรับรู้กันในชื่อของ "สิทธิขั้นพื้นฐาน" "สิทธิซึ่งมีอาจแบ่งกันได้" หรือ "สิทธิตามธรรมชาติ" เหล่านี้ปรากฏว่าได้รับการยอมรับโดยกฎหมายในหลายประเทศดังที่ได้ปรากฏในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาเมื่อ ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence 1776) และปรากฏในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังปรากฏในคำประกาศสิทธิของมนุษย์และพลเมืองซึ่งได้ออกมาโดยสมัชชาแห่งชาติของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ซึ่งได้ให้การรับรองอย่างชัดเจนและให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์⁶

⁶ วิวัฒน์ วงศกิตติรักษ์ “สิทธิมนุษยชนในระดับสากล” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 8, 2,

ที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติให้ผ่านร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ใน ค.ศ.1948 ซึ่งปฏิญญานี้ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้วางหลักเกณฑ์และมาตรฐานของสิทธิมนุษยชนในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานและกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแก่เจ้าพนักงานในการจับหรือค้นไต่อย่างแข็งขัน ซึ่งถือว่าการประกันหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นการให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนและส่งผลดีกับมนุษยชาติ³⁷

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นมิได้ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายที่ประเทศสมาชิกจะต้องยึดถือปฏิบัติตามแต่กระนั้นก็ตามประโยชน์ที่จะได้รับในด้านกฎหมายก็คือประโยชน์ในด้านช่วยในการตีความบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และนอกจากนี้ปฏิญญาสากลดังกล่าวแม้ว่ามิได้ก่อความผูกพันกับประเทศที่ให้การยอมรับดังเช่นที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาที่มีหน้าที่จะต้องผูกพันกันตามสนธิสัญญาก็ตาม แต่นับตั้งแต่มีออกปฏิญญานี้มีหลายประเทศสมาชิกดังเช่นสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส ซึ่งเป็นแบบอย่าง ให้ประเทศต่างๆ ได้นำเอาแนวความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้เข้าไปบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศตนถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติการเคารพต่อสิทธิที่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจะเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก³⁸

นอกจากจะปรากฏหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว ปัจจุบันยังถือกันว่าประชาชนจะมีความผาสุกได้มิใช่เพราะอยู่ในประเทศซึ่งมีระบบการปกครองดีเท่านั้นแต่จะต้องมีหลักประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ด้วยเหตุนี้จึงถือกันไปในเวลาต่อมาว่ารัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์และเป็นประชาธิปไตยจะต้องมีบทคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเรียกกันว่า "Bill of Rights" ด้วยสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่ามนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องเคารพและคำนึง

³⁷ คัมภีร์ แก้วเจริญ “จับ คั่น: ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน” วารสาร อัยการ 13,2

³⁸ อิศราวุธ อ่อนน้อม อ่างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 29. น. 14

อยู่เสมอว่าบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพมิได้มีฐานะเป็นเพียงคำประกาศอุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-Executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว³⁹

3.3 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งอยู่บนหลักการที่ว่า "เสรีภาพอันเป็นรากฐานของชีวิตและสิทธิโดยธรรมชาติ (Essential Freedom and Natural Rights) ของมนุษย์จะต้องได้รับการเคารพจากบุคคลอื่นและต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ" ซึ่งในความเป็นจริงเมื่อมนุษย์อยู่ในสังคมสิทธิเสรีภาพของแต่ละบุคคลจะต้องถูกจำกัดเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมที่ต้องมีการอยู่ร่วมกัน สิทธิเสรีภาพของบุคคลจากสภาพธรรมชาติก็ควรได้รับ ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากรัฐก็ดีย่อมไม่อาจจะเท่ากันได้ ดังนั้นหนทางเดียวที่จะทำให้มนุษย์ในสังคมมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันได้ก็โดยมีกฎหมายที่เป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ทุกคนให้เท่าเทียมกัน การจำกัดสิทธิของมนุษย์จะต้องกำหนดไว้โดยกฎหมายและกฎหมายก็จะต้องให้ความเท่าเทียมกันแก่ทุกคนและการลงโทษ โดยกฎหมายจะมีได้เฉพาะในกรณีที่ทำเป็นอย่างยิ่งและจะไม่เป็นการลงโทษแบบกตัญญู การปฏิบัติใดๆจะต้องให้ความคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาด้วย แม้ในบางครั้งอำนาจของเจ้าพนักงานจะต้องสูญไป⁴⁰

จากแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อหลักการดำเนินคดีอาญาในปัจจุบันที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้รู้ถึงการกระทำความผิด ผู้ถูกกระทำความผิด การติดตามผู้กระทำผิด พิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำผิด เพราะเพื่อให้เกิดผลบรรลุตามความมุ่งหมายดังกล่าวเจ้าพนักงานของรัฐจำเป็นจะต้องมีวิธีการและปฏิบัติการเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงแห่งการกระทำความผิด อาทิ เช่นต้องมีการค้นหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำผิด เป็นต้น ดังนั้นในทุกขั้นตอนของกระบวนการทางอาญาสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยผู้ถูกไต่สวนพิจารณา คดี ผู้ต้องโทษจะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างจริงจัง⁴¹

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ กรุงเทพมหานคร สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (2538) น

⁴⁰ Leon Radzinowicz. "The Liberal Position." Ideology And Crime. New York: Columbia University Press, 1966, p. 6-9 อังโน จงรัก จุฑานนท์ "การคุ้มครองสิทธิของประชาชน ต่อการถูกจับกุมและตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2525) น. 1

⁴¹ อิศราวุธ อ่อนน้อม "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ" วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต (2541) น. 12

บทที่ 3

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทย

ในปัจจุบันบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสารหรือ พยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้” ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วพยานหลักฐานทุกชนิดทุกประเภทได้แก่พยานวัตถุพยานเอกสาร หรือพยานบุคคล สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในทางคดีอาญาได้ทั้งหมดยกเว้นแต่จะมีกฎหมายบทใดบทหนึ่ง บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นไว้พยานหลักฐานชิ้นนั้นจึงจะต้องห้ามมิให้รับฟังและเรา เรียกว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ฉะนั้น เวลาจะวิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานชิ้นใดรับฟังได้ หรือ ไม่ก็ต้องพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งห้ามรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นหรือไม่ ถ้าไม่มีก็แสดงว่าพยานหลักฐานชิ้นนั้นเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่ถ้ามีกฎหมายบทใดบท หนึ่งบัญญัติห้ามมิให้รับฟัง พยานหลักฐานชิ้นนั้นก็ถูกตัดออกไปห้ามมิให้รับฟังและเป็น พยานหลักฐานที่รับฟังมิได้

1. ความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

อาจารย์ ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา มีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 เป็นเรื่องของการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁴²

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนากร มีความเห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ความไม่ชอบอาจมีความร้ายแรงไม่เท่ากัน บางกรณีเป็นการผิดกฎหมาย บางกรณีเพียงแต่ไม่ปฏิบัติ ขั้นตอนของกฎหมาย บางกรณีเพียงแต่ไม่เป็นธรรมเนียม หรือ เอาเปรียบจำเลยเท่านั้น การที่จะรับฟัง พยานหลักฐานเหล่านั้น หรือ ไม่ จึงน่าจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงดังกล่าวด้วย⁴³

⁴² ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร (2541) น.571

⁴³ โสภณ รัตนากร คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ (2544) น.188

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร มีความเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ได้วางหลักไว้ว่า พยานหลักฐานทุกชนิดสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁴⁴

อาจารย์ คัมภีร์ แก้วเจริญ มีความเห็นว่า ผลของการห้ามมิให้อ้างพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ การค้นโดยมิชอบยอมทำให้คดีที่ผู้ถูกจับ หรือ ถูกค้นเป็นผู้ต้องหาปราศจากพยานหลักฐานในส่วนที่เกี่ยวกับตัว เจ้าพนักงานผู้จับ หรือ ค้น และวัตถุของกลางที่ยึดได้นั้น ไปเลยหาใช่ว่าจะต้องนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักแต่อย่างใดไม่ บทบัญญัติแห่งมาตรา 226 จึงมีลักษณะเป็นกฎแห่งการลงโทษพยานหลักฐาน ซึ่งเจ้าพนักงานผู้ใช้กฎหมายพึงถือตามโดยเคร่งครัด ในทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐ ที่มีลักษณะบังคับ (Stare Decisis)⁴⁵

รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 226 มีขึ้นทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปฏิเสธรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของศาลจึงมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยแท้⁴⁶ และพยานหลักฐานต่างๆ ที่จะนำมาอ้างได้นี้ไม่ว่าจะเป็นพยานประเภทใดก็ตาม จะต้องเป็นพยานที่ได้มาโดยบริสุทธิ์⁴⁷

อาจารย์ พรเพชร วิชิตชลชัย มีความเห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Illegally Obtained Evidence) เป็นหลักการของกฎหมายมหาชนที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ให้ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ส่วนคุณค่าของพยานหลักฐานประเภทนี้ เช่น อาวุธปืนของกลางที่ได้จากการค้นโดยมิชอบก็ดี ถ้อยคำของบุคคลที่ไปแอบดักฟังทางโทรศัพท์ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายก็ดี ไม่ได้มีคุณค่าในทางพยานหลักฐานลดน้อยลงในเรื่องความน่าเชื่อถือแต่อย่างใด ดังนั้นความพยายามในการโยงเรื่องพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบกับได้มาโดยมิชอบเข้าด้วยกันจึงน่าจะไม่ต้อง⁴⁸

⁴⁴ คณิต ฒ นคร กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน (2549) น.72

⁴⁵ ชลลดา จินตเสถียร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. น. 40

⁴⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล “แถลงการณ์เรื่อง การดักฟังทางโทรศัพท์” ราชสาร ปีที่ 4 ฉบับที่ 14 (มกราคม – มีนาคม, 2539) น.36

⁴⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร

⁴⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 4 เกน โกรว (2542) น.412

ศาสตราจารย์ เข็มชัย ชุตินวงศ์ มีความเห็นว่า สำหรับกฎหมายไทย แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 จะห้ามรับฟังพยานชนิดที่ “เกิดขึ้น” โดยมีชอบ แต่ก็มิได้หมายความว่าความรวมถึง พยานที่ “เกิดขึ้น” โดยชอบแต่ “ได้มา” โดยมีชอบ⁴⁹

อาจารย์ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์ มีความเห็นว่า ตามกฎหมายไทยมาตรา 226 วางหลักทั่วไปให้รับฟังพยานหลักฐานซึ่งน่าจะพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ เว้นแต่พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น มาตรา 226 ตอนท้ายนี้ เป็นข้อยกเว้นในการรับฟังพยานซึ่งต้องตีความอย่างเคร่งครัด จำกัดอยู่ในเฉพาะแต่ที่บัญญัติอยู่ในตัวบทเท่านั้นจะขยายความให้นอกเหนือจากที่ปรากฏในตัวบทมิได้ โดยข้อความในตัวบทเองไม่มีบทบัญญัติถึงการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยมิชอบจึงต้องเข้าใจว่า กฎหมายไม่ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ตามกฎหมายไทยได้มีการแยกปัญหา การได้มาซึ่งพยานหลักฐานกับปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานออกจากกัน โดยการได้มาอย่างไรนั้นไม่เป็นข้อสำคัญในขั้นตอนการรับฟังพยานหลักฐาน⁵⁰

ในส่วนของผู้ศึกษาเห็นว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั้นเป็นบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายไทย ในการตีความตามบทบัญญัติดังกล่าว ต้องตีความ โดยเคร่งครัด จะตีความในลักษณะที่เป็นคุณแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ เพราะจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีปัญหาในทางปฏิบัติ

2. บทบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานหรือเรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญา” ได้แก่

2.1 คำรับสารภาพในชั้นจับกุมหรือในชั้นรับมอบตัวผู้ถูกจับ ว่าตนได้กระทำความผิดห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน

เดิมถ้อยคำของผู้ถูกจับในชั้นจับกุม ไม่ว่าจะให้การต่อเจ้าพนักงานผู้จับหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับไว้ สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เว้นแต่ถ้อยคำนั้นจะเกิดขึ้น โดยมีชอบตามบัญญัติไว้ใน ป.วิ.อ. มาตรา 226 ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติ

⁴⁹ เข็มชัย ชุตินวงศ์ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ (2547) น.253

⁵⁰ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์ “การรับฟังพยานหลักฐานคดีอาญา” วารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉบับที่ 218 (พฤษภาคม, 2539) น.18

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547 บัญญัติมาตรา 84 วรรคสี่ เพิ่มเติมขึ้นใหม่ ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 ธันวาคม 2547 เป็นต้นไป โดยบัญญัติไว้ว่า “ถ้อยคำใดๆที่ผู้ถูกจับให้ไว้ต่อเจ้าพนักงานผู้จับ หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในชั้นจับกุมหรือรับมอบตัวผู้ถูกจับ ถ้าถ้อยคำนั้นเป็นคำสารภาพของผู้ถูกจับว่าตนได้กระทำความผิดห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าเป็นถ้อยคำอื่น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับได้ต่อเมื่อได้มีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือตามมาตรา 83 วรรคสอง แก่ผู้ถูกจับ แล้วแต่กรณี” ซึ่งในชั้นจับกุมหรือรับมอบตัวผู้ถูกจับ เจ้าพนักงานผู้จับหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับจะต้องแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกจับทราบว่าคุณกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดข้อหาใด แต่ถ้อยคำที่ผู้ถูกจับให้ไว้ต่อเจ้าพนักงานผู้จับหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในชั้นจับกุมหรือรับมอบตัวผู้ถูกจับ ถ้าถ้อยคำนั้นเป็นคำรับสารภาพว่าตนได้กระทำความผิด จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ แม้เจ้าพนักงานได้แจ้งสิทธิให้ผู้ถูกจับทราบตามมาตรา 83 วรรคสองหรือตามมาตรา 84วรรคหนึ่งก่อนที่ผู้ถูกจับจะให้ถ้อยคำนั้นและผู้ถูกจับให้ถ้อยคำนั้นโดยสมัครใจก็ตามก็รับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ เพราะการแจ้งสิทธิต่างๆ ให้ผู้ถูกจับทราบตั้งแต่ในชั้นจับกุม ก็ยังไม่สามารถทำให้ผู้ถูกจับรักษาสติของตนเองได้ เนื่องจากยังอยู่ในภาวะตกใจหวาดกลัวและไม่มีทนายความให้ความช่วยเหลือ การที่ผู้ถูกจับให้การรับสารภาพไปนั้นจะถือว่าเป็นการสารภาพด้วยความเข้าใจถึงผลที่จะตามมาอย่างแท้จริงย่อมไม่ได้ และหากผู้ต้องหาประสงค์จะให้การรับสารภาพก็ยังสามารถให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนได้ภายหลังจากที่พนักงานสอบสวนได้แจ้งสิทธิต่างๆ ให้ผู้ต้องหาทราบและจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหานั้นแล้ว กฎหมายจึงห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานโดยเด็ดขาดและไม่มีข้อยกเว้นๆทั้งสิ้น

แต่ถ้อยคำของผู้จับในชั้นจับกุมหรือรับมอบตัวผู้ถูกจับที่ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้น หมายถึงเฉพาะถ้อยคำที่เป็นคำสารภาพว่าตนได้กระทำความผิดเท่านั้น ส่วนถ้อยคำที่เป็นคำให้การปฏิเสธว่าตนไม่ได้กระทำความผิดคำให้การภาคปฏิเสธคำให้การต่อสู้ว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย คำให้การยอมรับว่าอยู่ในที่เกิดเหตุ แต่ไม่ได้ทำร้าย คำให้การต่อสู้ว่ากระทำไปโดยขาดเจตนาไม่รู้ซ่องเท็จจริงหรือคำให้การชักทอดผู้ร่วมกระทำผิดคนอื่น มิใช่คำสารภาพว่าตนได้กระทำความผิดแต่ถือเป็นถ้อยคำอื่น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ต่อเมื่อเจ้าพนักงานได้แจ้งสิทธิให้ผู้ถูกจับทราบตามมาตรา 83 วรรคสอง หรือตามมาตรา 84 วรรคหนึ่งแล้วแต่กรณีก่อนที่ผู้ถูกจับจะให้ถ้อยคำนั้น หากมีการแจ้งสิทธิให้ถูกต้อง ก็สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับได้ แต่ถ้าไม่มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวหรือมีการแจ้งสิทธิแต่ไม่ครบขาดข้อหนึ่งข้อใดไป ย่อมถือว่าถ้อยคำนั้นเกิดขึ้นโดยมิชอบรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226

ถ้อยคำอื่นๆ หากมิได้แจ้งสิทธิให้ถูกต้อง ห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับเท่านั้น แต่มิได้ห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้อื่น ดังนั้น ถ้าผู้ถูกจับให้การขัดท้อผู้ร่วมกระทำผิดคนอื่นก่อนที่จะมีการแจ้งสิทธิให้ถูกต้อง ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของคนอื่นได้ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 84 วรรคสี่

การแจ้งสิทธิตามมาตรา 83 วรรคสองและการแจ้งสิทธิตามมาตรา 84 วรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานผู้จับหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับแล้วแต่กรณีจะต้องแจ้งให้ผู้ถูกจับทราบว่า ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือให้การก็ได้ และถ้อยคำของผู้ถูกจับอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้และถ้าเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับตามมาตรา 83 วรรคสอง กำหนดให้เจ้าพนักงานผู้จับมีหน้าที่ต้องแจ้งเพิ่มเติมด้วยว่า ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความด้วย หากผู้ถูกจับได้รับการแจ้งสิทธิครบถ้วนแล้วให้ถ้อยคำอื่นที่มีใช้เป็นการรับสารภาพว่าตนได้กระทำความผิด ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แม้ถ้อยคำนั้นมีลักษณะบ่งชี้ในทางที่แสดงว่าจำเลยได้เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดก็ตาม เช่น ถ้อยคำของผู้ถูกจับที่ว่าได้นำรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่ถูกคนร้ายลักไปซุกซ่อนที่หนึ่งที่ใด เป็นต้น ย่อมเป็นถ้อยคำที่รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

อนึ่ง มาตรา 84 วรรคสุดท้ายที่แก้ไขใหม่บัญญัติห้ามมิให้นำคำรับสารภาพในชั้นจับกุมของผู้ถูกจับมารับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้นใช้บังคับกับคำรับสารภาพในชั้นจับกุมของผู้ถูกจับหลังวันที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่ให้มีผลใช้บังคับแล้วคือตั้งแต่วันที่ 24 ธันวาคม 2547 เป็นต้นไป แต่ไม่ใช่บังคับกับคำรับสารภาพในชั้นจับกุมของผู้ถูกจับก่อนวันที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะมีผลใช้บังคับ เพราะเป็นพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานผู้จับได้จัดทำขึ้น โดยชอบด้วยกฎหมายก่อนวันที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะมีผลใช้บังคับ จึงรับฟัง เป็นพยานหลักฐานตาม ป.วิ.อ.มาตรา 226 โดยชอบแล้ว ประกอบกับ พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547 ไม่มีบทบัญญัติให้นำมาตรา 84 วรรคสุดท้าย ที่แก้ไขใหม่มาใช้บังคับแก่คดีที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลยุติธรรมก่อนวันที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จึงต้องใช้หลักทั่วไปว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ศาลจึงนำคำรับสารภาพในชั้นจับกุมของจำเลยก่อนวันที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะมีผลบังคับมารับฟังเป็นพยานหลักฐานประกอบการลงโทษได้ตามกฎหมายเดิม (คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2548(ประชุมใหญ่))⁵¹

⁵¹ ธานี สิงหนาท คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพมหานคร กรุงเทพมหานคร (2554) น.347-350

3. พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นมาโดยมิชอบ

พยานหลักฐานที่กฎหมายห้ามมิให้รับฟังเพราะเกิดขึ้นโดยมิชอบ มีบัญญัติอยู่ใน ป.วิ.อ. มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสารหรือพยานบุคคลให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น” พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบตามมาตรา 226 นี้ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในชั้นจับกุมหรือชั้นสอบสวนหรือในชั้นศาลก็ตามย่อมต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อเป็นการคุ้มครองให้จำเลยได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม และศาลไม่ควรรับรู้และสนับสนุนวิธีการที่มิชอบด้วยกฎหมาย แยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1 พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจงใจและให้คำมั่นสัญญาโดยมิชอบ ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐาน

เจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นตัว ส. พบเมทแอมเฟตามีน จึงจับกุมในข้อหาที่มีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครอง แล้วเสนอว่าหากผู้ถูกจับไปปล่อยชื่อเมทแอมเฟตามีนจากผู้จำหน่ายให้ก็จะไม่ดำเนินคดี ส. ตกลงยินยอมเป็นสายลับ เจ้าพนักงานตำรวจจึงมอบธนบัตรซึ่งถ่ายเอกสารและลงรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีไว้ยินยอมเป็นสายลับ เจ้าพนักงานตำรวจจึงมอบธนบัตรซึ่งถ่ายเอกสารและลงรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีไว้แล้วให้แก่ ส. ไปปล่อยชื่อ โดยเจ้าพนักงานตำรวจไปรออยู่ที่ศาลาพักร้อนข้างทางห่างจากบ้านจำเลยประมาณ 300 เมตร ไม่เห็นเหตุการณ์ในขณะที่ปล่อยชื่อต่อมาประมาณ 30 นาที ส. กลับไปพบเจ้าพนักงานตำรวจพร้อมกับมอบเมทแอมเฟตามีนให้จำนวน 1 เม็ด โดยแจ้งว่าชื่อมาจากจำเลย เจ้าพนักงานตำรวจจึงไปที่บ้านจำเลยแสดงตัวเป็นเจ้าพนักงานตำรวจขอตรวจค้นพบธนบัตรที่ใช้ปล่อยชื่ออยู่ในกระเป๋ากางเกงข้างขวาของจำเลย และได้จับกุมจำเลยดำเนินคดีในข้อหาจำหน่ายเมทแอมเฟตามีน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่ ส. อ้างต่อเจ้าพนักงานตำรวจว่าปล่อยชื่อเมทแอมเฟตามีนมาจากจำเลย ซึ่งเป็นผู้จำหน่ายให้จึงเกิดจากการจงใจ ให้คำมั่นสัญญาของเจ้าพนักงานตำรวจว่าจะไม่ดำเนินคดีในความผิดที่ ส. ถูกจับกุมโดยมิชอบและการที่ ส. มาเบิกความยืนยันในชั้นศาลเป็นพยานโจทก์ จึงเป็นพยานชนิดที่เกิดขึ้นจากการจงใจและให้คำมั่นสัญญาโดยมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าว จึงรับฟังคำเบิกความของ ส. เป็นพยานไม่ได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2544) หรือในตัวอย่างกรณีคดีข่มขืน เจ้าหน้าที่ตำรวจกล่าวว่าหากผู้ต้องหาไม่ให้การรับสารภาพ จะถูกรีดน้ำอสุจิจอกไปตรวจเปรียบเทียบกับคราบอสุจิที่ตกค้างอยู่ในอวัยวะเพศผู้เสียหาย ผู้ต้องหาทราบ่วิธีการดังกล่าวต้องเจ็บปวดมากจึงยอมรับสารภาพ ถือว่าคำรับสารภาพดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ จึงไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

3.2 พยานหลักฐานที่ได้จากการล่อซื้อ ล่อจับและล่อให้กระทำความผิด

การล่อซื้อไม่ใช่เพื่อจับกุมคนที่มีเจตนากระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วแต่ไปก่อล่อหรือชักจูงให้คนบริสุทธิ์กระทำความผิดอาญาโดยผู้นั้นไม่เคยมีเจตนากระทำความผิดมาก่อน ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ รับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 เช่น

ในการล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลย เมื่อสืบตำรวจตรี ส.ขอซื้อยาลดความอ้วนซึ่งมีส่วนผสมของ เมทแอม เฟตามีนจากจำเลย จำเลยบอกว่าไม่มีและที่ร้านของจำเลยไม่ได้ขายยาลดความอ้วนดังนั้น สืบตำรวจตรี ส. จึงบอกว่าคนรักต้องการใช้ยาลดความอ้วนจำเลยจึงบอกว่ามียาลดความอ้วนอยู่ 1 ชุดที่จำเลยซื้อมาไว้รับประทานเองสืบตำรวจตรี ส.ขอซื้อยาลดความอ้วนชุดนั้น จำเลยจึงขายให้ในราคา 250 บาท และจำเลยไม่มีเมทแอมเฟตามีนของกลางไว้เพื่อขายดังที่โจทก์ฟ้อง และรับฟังไม่ได้ว่าที่ร้านขายยาของจำเลยเคยมีการขายเมทแอม เฟตามีนมาก่อน ดังนั้นการที่จำเลยขายเมทแอมเฟตามีนของกลางให้แก่สืบตำรวจตรี ส. จึงเกิดจากการถูกล่อให้กระทำความผิด โดยจำเลยไม่มีเจตนาจะกระทำความผิดในการขายเมทแอมเฟตามีนมาก่อน พยานหลักฐานของโจทก์ดังนั้นจึงเป็นพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ โจทก์ไม่สามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 (คำพิพากษาฎีกา 2429/2551)

บริษัทไมโครซอฟท์โจทก์จ้างนักสืบเอกชนไปหลอกซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จำพวกโปรแกรมไมโครซอฟท์วินโดว์ 95 จากผู้ละเมิดสิทธิ์ แต่บริษัทจำเลยที่ 1 ไม่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ในแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรหรือฮาร์ดดิสก์อยู่ก่อนสายลับของโจทก์ไปหลอกซื้อ แต่สายลับของโจทก์ไปติดต่อซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จากจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นพนักงานของบริษัทจำเลยที่ 1 โดยมีข้อตกลงว่าจำเลยที่ 3 ต้องแถมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ให้แก่สายลับด้วยและได้กำหนดส่งมอบสินค้ากันภายใน 7 วัน หลังจากนั้นจำเลยที่ 1 ทำการประกอบเครื่องคอมพิวเตอร์เสร็จแล้วมีการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ลงในแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรของเครื่องคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดดิสก์แล้วส่งมอบให้แก่สายลับตามเวลาที่นัดไว้ สายลับจึงส่งสัญญาณให้เจ้าพนักงานตำรวจ จับกุมจำเลยที่ 3 และดำเนินคดีแก่บริษัทจำเลยที่ 1 ด้วย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การทำซ้ำบันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงในแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรของเครื่องคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดดิสก์ของจำเลยที่ 1 เกิดขึ้นเนื่องจากการหลอกซื้อของสายลับ มิใช่ทำซ้ำโดยผู้กระทำความผิด เจตนากระทำความผิดอยู่แล้วก่อนการหลอกซื้อ เท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิรันดร์จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ ต้องพิพากษายกฟ้อง (คำพิพากษาฎีกา 4301/2543)

ข้อสังเกต แต่ถ้าเหตุการณ์อย่างนี้เกิดขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงอำนาจฟ้อง แต่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ รับฟังพยานหลักฐานไม่ได้ ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ.มาตรา 226

3.2.1 พยานหลักฐานที่เกิดจากการหลอกลวง ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐาน

(ก) พนักงานสอบสวนรู้อยู่แล้วว่าคดีนี้ไม่มีพยานยืนยันเอาความผิดแก่ผู้ต้องหา แต่หลอกลวงผู้ต้องหาว่ามีพยานยืนยันเอาความผิดผู้ต้องหาจึงยอมให้การรับสารภาพ ดังนี้ คำรับสารภาพในชั้นสอบสวนของผู้ต้องหาเกิดจากการหลอกลวงต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 (คำพิพากษาฎีกา 598/2484 และ 542-543/2460)

(ข) จำเลยว่าจ้าง บ.ก่อสร้างโรงงานบริเวณ โรงรถที่บ้านของ ว. เพื่อผลิตบุหรี่ยกแตรโดยไม่ได้รับอนุญาต และถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมดำเนินคดี จำเลยจึงไปที่บ้านของ ว. พร้อมกับทนายความและเจ้าพนักงานตำรวจอีกคนหนึ่งเพื่อพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องการเบิกเงินของ บ. และการใช้กระแสไฟฟ้าจากโรงงานจำเลย โดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้นั้นได้แอบบันทึกเหตุการณ์ทั้งภาพและเสียงไว้ด้วย พฤติการณ์ในการบันทึกดังกล่าวเป็นการลักลอบกระทำก่อนวันที่จำเลยอ้างตนเองเข้าเบิกความเป็นพยานเพียง 1 วัน เพราะต้องการจะได้ข้อมูลที่แอบบันทึกไว้เนื่องจากจำเลยนึกเอกสารหลักฐานที่ว่าจ้าง บ. ก่อสร้างโรงงานทิ้งไปแล้ว จึงพยายามหาหลักฐานใหม่ดังนั้น ข้อมูลดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐานที่จำเลยทำขึ้นใหม่ด้วยการทำเป็นดึกกับ ว.แล้วลักลอบบันทึกเหตุการณ์นั้นไว้ ถือได้ว่า เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวงและด้วยวิธีการที่มิชอบ ต้องห้ามมิให้อ้างเป็นพยานหลักฐานตาม พ.ร.บ. จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา 26 ประกอบ ป.วิ.อ. มาตรา 226 (คำพิพากษาฎีกา 2414/2551)

(ค) ถ้าพนักงานสอบสวนกล่าวคลาดเคลื่อนไปโดยไม่รู้ว่าเป็นความจริงไม่เป็นการหลอกลวงหรือจงใจให้จำเลยรับสารภาพตาม ป.วิ.อ. มาตรา 135 ไม่ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานตาม ป.วิ.อ.มาตรา 226 เช่นรถยนต์คู่กับรถยนต์กระบะเกิดเหตุเฉี่ยวชนกับเป็นเหตุให้ผู้โดยสารมาที่รถยนต์ทั้งสองคันถึงแก่ความตายและบาดเจ็บ ภายหลังเกิดเหตุพนักงานสอบสวนไปสอบปากคำจำเลยซึ่งได้รับบาดเจ็บที่โรงพยาบาลโดยแจ้งแก่จำเลยว่า ว.คนที่นั่งไปกับจำเลยยังไม่ตาย โดยไม่รู้ว.ตายไปแล้วจำเลยจึงรับต่อพนักงานสอบสวนว่า จำเลยเป็นผู้ขับรถยนต์กระบะคันเกิดเหตุ แต่ในชั้นพิจารณาจำเลยทราบความจริงว่า ว. ตายในที่เกิดเหตุ จึงให้การปฏิเสธว่า ขณะเกิดเหตุจำเลยเมาสุราหลับอยู่ในรถยนต์กระบะ ซึ่งมี ว. เป็นผู้ขับมีปัญหาในชั้นฎีกาว่าคำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนรับฟังได้หรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่พนักงานสอบสวนแจ้งแก่จำเลย ว. ยังไม่ตายซึ่งผิดไปจากความจริงนั้น ไม่ถือเป็นการหลอกลวงเพื่อจงใจให้จำเลยเป็นผู้ขับรถยนต์

จับกุมจำเลยโดยมิได้แจ้งข้อหาหรือดำเนินคดีแก่บิดาจำเลยและญาติพี่น้องของจำเลยแต่อย่างใด แม้ต่อมาจำเลยยอมเข้ามาขอตัวต่อพนักงานสอบสวนและให้การรับสารภาพเพื่อให้เจ้าพนักงาน ปลดปล่อยตัวบิดาและญาติพี่น้องของจำเลย ก็เป็นการตัดสินใจโดยอิสระของจำเลยเอง มิได้เกิดจากการ จูงใจหรือมีคำมั่นสัญญาของพนักงานสอบสวนแต่ประการใด เพราะเจ้าพนักงานตำรวจมิได้จับกุม หรือดำเนินคดีแก่บิดาหรือญาติพี่น้องของจำเลยเป็นแต่เพียงการเชิญตัวไปในการสืบสวนหา ข้อเท็จจริงเพื่อจับกุมจำเลยซึ่งเป็นคนร้ายเท่านั้น เมื่อจำเลยเข้ามาขอตัวความจำเป็นที่จะต้องสืบสวน เพื่อจับกุมจำเลยยอมหมดไปจึงไม่มีเหตุผลที่พนักงานสอบสวนจะหยิบยกเงื่อนไขการปล่อยตัวบิดา และญาติพี่น้องของจำเลยขึ้นมาเสนอเพื่อจูงใจหรือเป็นคำมั่นสัญญาให้จำเลยยอมรับสารภาพ จึงน่าเชื่อว่าจำเลยให้การรับสารภาพด้วยความสมัครใจเพราะรัฐสำนึกผิดเพื่อการบรรเทาโทษตามที่ จำเลยได้ให้การไว้ในชั้นสอบสวนคำรับสารภาพของจำเลยไว้ในชั้นสอบสวนจึงใช้เป็นพยานหลักฐาน ยันจำเลยในชั้นพิจารณาได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134 และมาตรา 226 (คำพิพากษาฎีกา 1581/2548)

3.2.3 พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟัง เป็นพยานหลักฐาน

(ก) พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เช่น พยานหลักฐานที่ยึดได้มาจากการ ค้น โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ข้อความที่ได้มาจากการลักลอบดักฟัง โทรศัพท์โดยไม่มีอำนาจตาม กฎหมายหรือไม่ได้รับคำสั่งจากศาล การใช้กำลังบังคับ ตรวจเลือด ตรวจปัสสาวะ ถอนเส้นผม หรือ ดึงขน พยานหลักฐานเหล่านี้เกิดขึ้นและมีอยู่โดยชอบแล้วมีคุณค่าเชิงพิสูจน์สูง เพียงแต่ได้มาโดย วิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายและละเมิดหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะรับฟังเป็น พยานหลักฐานได้หรือไม่แม้ในต่างประเทศก็มีแนวความคิดไม่เหมือนกัน ในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษถือเอาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้เป็นหลัก ส่วนการที่เจ้าพนักงานไปกระทำความผิดกฎหมายได้พยานหลักฐานมา เป็นเรื่องที่จะต้องแยกไป ดำเนินการลงโทษเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ไม่ต้องห้ามให้รับฟัง แต่หลักการนี้ มิได้เด็ดขาดมีข้อยกเว้นหลายกรณีที่ห้ามมิให้รับฟังส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการมิให้เกิด การกระทำที่มิชอบของพนักงานขึ้นอีกจึงมีหลักห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ รวมทั้งขยายไปถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบในตอนแรก ด้วยโดยเรียกหลักนี้ว่า หลักผลไม้มะขามต้น ไม้ที่มีพิษ หรือ Fruit of the Poisonous Tree Doctrire เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจเข้าไปค้นบ้านของผู้ต้องสงสัยโดยไม่มีหมายค้นและพบกุญแจคู่เก็บของ

พยาเสพติด ฤทธิ์ซึ่งได้มาจากผลโดยตรงของการเข้าไปค้นบ้านผู้ต้องสงสัยโดยผิดกฎหมาย และ ยาเสพติดซึ่งได้มาโดยทางอ้อมจะถูกกันออกไปจากการเป็นพยานหลักฐานและต้องห้ามมิให้รับฟัง แต่หลักการนี้ก็มีได้ห้ามรับฟังเด็ดขาด โดยมีข้อยกเว้นหลายกรณีที่ได้รับฟังได้

สำหรับหลักกฎหมายไทย แม้ ป.วิ.อ.มาตรา 226 จะห้ามมิให้รับฟัง พยานหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยมีชอบก็ตาม แต่แนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาแบ่งแยกการรับฟัง พยานหลักฐานออกเป็น 2 กรณี ระบุว่าพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” กับ “ได้มา” โดยมีชอบ โดยห้าม มิให้รับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยมีชอบเท่านั้น ไม่รวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิ ชอบ หากเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นและมีอยู่โดยชอบก่อนที่เจ้าพนักงานจะทำผิดกฎหมายคือไป ค้น ไปจับโดยไม่ชอบ การค้นการจับโดยไม่ชอบของเจ้าพนักงานไม่ได้ทำให้เกิดพยานหลักฐาน เหล่านี้ขึ้นมา เป็นแต่เพียงได้มาโดยวิธีการอันมิชอบเท่านั้น การจับการค้นโดยไม่ชอบเป็นเรื่องที่จะ ต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก พยานหลักฐานที่ได้มาดังกล่าวจึงไม่ต้องห้ามมิให้รับฟัง ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 226 เช่น

คนร้ายลักเอาเครื่องเสียงและปรีแอมป์ติดรถยนต์ของผู้เสียหายไป ต่อมาเจ้าพนักงานตำรวจสืบทราบที่ จำเลยที่ 2 เป็นผู้ลักทรัพย์และนำไปขายให้แก่จำเลยที่ 1 จึงได้ พาตัวจำเลยที่ 2 ไปที่บ้านของจำเลยที่ 1 ก่อนแล้วเข้าตรวจค้นพบและยึดปรีแอมป์ของผู้เสียหายที่ถูก คนร้ายลักไปเป็นของกลาง คดีมีปัญหาว่าเจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 โดยไม่มี หมายค้น จะรับฟังของกลางที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยรับอยู่ แล้วว่าของกลางถูกยึดจากบ้านจำเลยที่ 1 ตามบันทึกการตรวจค้นก็ปรากฏมีลายชื่อผู้ครอบครอง บ้านลงรับรองไว้ว่าเจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติอยู่ในกรอบของกฎหมาย โดยมีได้มีการบังคับขู่เข็ญ เหตุที่เจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 เนื่องจากจำเลยที่ 2 ชัดทอว่าลักเอาทรัพย์ไปขาย ให้แก่จำเลยที่ 1 การไปตรวจค้นบ้านจำเลยที่ 1 จึงมิใช่เป็นเรื่องของการก่อกวนแก่ง ส่วนการตรวจค้น จะมิชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่ง พยานหลักฐานที่ได้มา ดังกล่าวจึงสามารถรับฟังได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 6391/2547)

การที่ศาลออกหมายค้นบ้านของจำเลยโดยระบุเลขที่บ้านเป็นเลขที่ 74 ตามที่เจ้าพนักงานตำรวจร้องขอแล้ว ร้อยตำรวจเอก ก. แก้วเลขที่บ้านในหมายค้นเป็นเลขที่ 161 เพื่อให้ตรงกับความจริงโดยไม่มีอำนาจ อันอาจมีผลให้หมายค้นเสียไปและการค้นมิชอบด้วย กฎหมาย ก็เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก เมื่อปรากฏว่าคดีมีการสอบสวนกัน โดยชอบทั้งในชั้นพิจารณาจำเลยก็นำสืบยอมรับว่าเจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นพบเฮโรอีนของกลาง ฝังอยู่ในดินห่างจากบ้านของจำเลยประมาณ 3 เมตร พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาย่อมรับฟัง ลงโทษจำเลยได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 6475/2547 และ 5144/2548)

อย่างไรก็ดีในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องนี้ขึ้นมาใหม่เปลี่ยนแปลงกลับหลักเดิมที่ศาลฎีกาวางบรรทัดฐานเอาไว้ โดยห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบเพิ่มไว้ในมาตรา 226/1 วรรคหนึ่ง ว่า “ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้น...”ต้องถือว่าหลักกฎหมายที่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวางบรรทัดฐานไว้ใช้เป็นบรรทัดฐานไม่ได้อีกแล้ว ดังนั้น พยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ยึดได้มาจากการค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ข้อความที่ได้มาจากการลักลอบดักฟังโทรศัพท์โดยมิชอบ หรือการใช้กำลังบังคับตรวจเลือด ตรวจปัสสาวะ ถอนเส้นผมหรือดิงขน โดยผู้ต้องหาไม่ยินยอมอันเป็นการกระทำโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 226/1 วรรคหนึ่ง เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นของมาตรานี้

(ข) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน หากมีการนำข้อมูลหรือถ้อยคำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ หรือนำข้อมูลที่ได้มาโดยมิชอบไปรวบรวมพยานหลักฐานมา พยานหลักฐานนั้นก็ต้องห้ามไม่ให้รับฟังตามมาตรา 226/1 วรรคหนึ่ง ด้วย เช่น เจ้าพนักงานตำรวจทำร้ายผู้ต้องหาจนให้การรับสารภาพพร้อมกับแจ้งว่าได้เอาอาวุธปืนที่ใช้อยู่ผู้ตายไปซุกซ่อนไว้ที่ใด เจ้าพนักงานตำรวจจึงตามไปยึดอาวุธปืนที่ใช้ในการกระทำผิดมาเป็นของกลาง ดังนี้คำให้การสารภาพของผู้ต้องหาเกิดขึ้นโดยมิชอบรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ อาวุธปืนของกลางที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลหรือถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยมิชอบในตอนแรกไปรวบรวมมาก็ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วย หรือลักลอบดักฟังโทรศัพท์โดยแอบบันทึกเสียงไว้โดยมิชอบ แล้วนำข้อมูลนั้นไปค้นบ้านของผู้ต้องหายึดเอาอาวุธปืนที่ใช้ในการกระทำผิดมาเป็นของกลางโดยมีหมายค้นถูกต้อง ดังนี้ ข้อความในเทปบันทึกเสียงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ รับฟังหลักฐานไม่ได้ อาวุธปืนของกลางที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวก็ต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเช่นเดียวกัน หากศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานก็เปรียบเสมือนยอมรับเอาผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษด้วย

ข้อยกเว้น หลักกฎหมายที่ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว ไม่ได้ห้ามเด็ดขาด แต่ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ หากเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

โดยการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว มาตรา 226/1 วรรคสอง ได้บัญญัติแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลไว้ว่า ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- (4) ผู้ระทำการ โดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 226/1 นี้เปิดโอกาสในศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยมิชอบหรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบเป็นพยานหลักฐานได้ โดยอาศัยข้อยกเว้นนี้ได้อย่างกว้างขวางสามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมและเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีได้ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เป็นประโยชน์จ่อสังคมให้มากที่สุด ดังนั้นแม้พยานวัตถุหรือพยานเอกสารจะได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน เช่น ไปค้นโดยมิชอบ ลักลอบดักฟังโทรศัพท์โดยมิชอบ หรือบังคับตรวจเลือด ตรวจปัสสาวะ โดยผู้ต้องหาไม่ยินยอมอันเป็นการกระทำที่มิชอบ แต่ถ้าการกระทำผิดหรือกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานนั้นมีได้มีลักษณะร้ายแรงจนเกินไปกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้รับจากพยานหลักฐานนั้น เช่น กระทำไปโดยสุจริต เชื่อว่าได้กระทำไป โดยชอบก็ถือว่าขยกเว้นให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้นได้ แต่ในทางตรงกันข้ามถ้าการกระทำผิดหรือกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานนั้นมีลักษณะรุนแรงมีผลกระทบต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่จะได้พึงรับจากพยานหลักฐานนั้นเสียอีก ศาลก็อาจจะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้แต่ขยกเว้นนี้ไม่นำไปใช้กับพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบตามมาตรา 226 หรือคำรับสารภาพในชั้นจับกุมตามมาตรา 84 วรรคสุดท้าย หรือคำให้การในชั้นสอบสวนของผู้ต้องหาที่พนักงานสอบสวนปฏิบัติไม่ถูกต้องตามมาตรา 134/4 วรรคสุดท้าย

3.2.4 การไม่แจ้งสิทธิให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาทราบ

ในชั้นรับมอบตัวผู้ถูกจับ เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือฝ่ายตำรวจได้ดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุแห่งการจับให้ผู้ถูกจับทราบตาม ป.วิ.อ. มาตรา 84 วรรคหนึ่ง แล้วจะต้องแจ้งให้ผู้ถูกจับทราบถึงสิทธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7/1 และจัดให้ผู้ถูกจับสามารถติดต่อกับญาติหรือผู้ซึ่งถูกจับไว้วางใจทราบถึงการจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก เมื่อผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวน หรือถ้ากรณีผู้ถูกจับร้อง

ขอให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้แจ้งก็ให้จัดการตามคำร้องขอ นั้น โดยเร็ว และห้ามมิให้เรียกค่าใช้จ่ายใด ๆ จากผู้ถูกจับตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 84 วรรคสอง ที่แก้ไขใหม่ ซึ่งบัญญัติสอดคล้องกับความในวรรคสองของมาตรา 7/1 ที่กำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา นั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่งของมาตรา 7/1 รวม 5 ประการ

- (1) สิทธิแจ้งหรือขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้วางใจทราบถึงการถูกจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก
- (2) พบและปรึกษาผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นกรณีเฉพาะตัว
- (3) ให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนในชั้นสอบสวน
- (4) ได้รับการเยี่ยมหรือติดต่อกับญาติได้ตามสมควร
- (5) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

มีปัญหาว่า หากพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจผู้รับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 7/1 จะรับฟังถ้อยคำของผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาในชั้นรับมอบตัวได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ ถ้าเป็นถ้อยคำที่ผู้ถูกจับรับสารภาพว่าตนได้กระทำความผิดนั้น ความมาตรา 84 วรรคท้าย บัญญัติห้ามมิให้รับฟังคำรับสารภาพของผู้ถูกจับในชั้นรับมอบตัวผู้ถูกจับเป็นพยานหลักฐาน โดยเคร่งครัดอยู่แล้วจึงไม่เกิดปัญหา แต่ถ้าเป็นถ้อยคำอื่นที่มิใช่คำรับสารภาพของผู้ถูกจับนั้น มิได้มีบทกฎหมายบัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องใช้บัญญัติทั่วไปใน ป.วิ.อ.มาตรา 226 โดยถือว่าเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับไม่ได้

แต่การแจ้งสิทธิให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาทราบตาม ป.วิ.อ. มาตรา 7/1 กฎหมายมิได้บังคับไว้ว่าจะต้องบันทึกการแจ้งสิทธิไว้ในบันทึกการจับกุมหรือบันทึกคำให้การของผู้ต้องหา แม้เจ้าพนักงานตำรวจผู้รับมอบตัวผู้ถูกจับมิได้บันทึกข้อความในเรื่องการแจ้งสิทธิดังกล่าวไว้ในบันทึกการจับกุมหรือบันทึกคำให้การของผู้ต้องหา ก็ไม่ทำให้บันทึกการจับกุมหรือบันทึกคำให้การของผู้ต้องหานั้นเสียไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2547)

3.2.5 การไม่แจ้ง สิทธิของผู้ต้องหาในการมีทนายความ

ป.วิ.อ. มาตรา 134/1 บัญญัติว่า “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้

การจัดหาทุนความตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พนักงานสอบสวน ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงและให้ทุนความที่รัฐจัดหาให้ ได้รับเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจาก กระทรวงการคลัง

เมื่อได้จัดหาทุนความให้แก่ผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรค สามแล้ว ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากทุนความไม่อาจมาพบผู้ต้องหาได้ โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้ พนักงานสอบสวนทราบหรือแจ้งแต่ไม่มาพบผู้ต้องหาภายในเวลาอันสมควร ให้พนักงานสอบสวน ทำการสอบสวนผู้ต้องหาไปได้โดยไม่ต้องรอทุนความ แต่พนักงานสอบสวนต้องบันทึกเหตุ นั้น ไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย”

เดิมมีมาตรา 134 ทวิ บัญญัติให้พนักงานสอบสวนต้องจัดหาทุนความให้ เฉพาะกรณีสอบสวนผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีเท่านั้น แต่ต่อมาปี 2547 ได้มีการ แก้ไขปรับปรุงมาตรา 134 ทวิ เป็นมาตรา 134/1 ซึ่งบังคับให้พนักงานสอบสวนต้องจัดหา ทุนความให้แก่ผู้ต้องหาที่มีอายุเกินสิบแปดปีด้วยโดยได้นำระบบทุนความขอแรงในชั้นศาลไป ใช้กับการสอบสวนผู้ต้องหาด้วย นับว่าอยู่ในระดับเดียวกับมาตรฐานสากลที่ใช้กับคดีอาญาทุก ประเภทไม่ใช่เฉพาะเด็กเท่านั้นเพื่อให้ทุนความเข้ามาช่วยเหลือ ค้ำครองสิทธิของผู้ต้องหาในการ ต่อสู้คดี แต่มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติมาตรานี้ใช้บังคับเฉพาะในชั้นสอบสวนเท่านั้น มิได้บัญญัติ รวมถึงในชั้นจับกุมด้วย การสอบถามผู้ต้องหาเรื่องทุนความและจัดหาทุนความให้ตาม มาตรา 134/1 นี้แยกเป็น 2 กรณี

กรณีแรกในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกิน สิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา มาตรา 134/2 วรรคหนึ่ง กำหนดว่าก่อนเริ่มถาม คำให้การ พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ถามผู้ต้องหาว่ามีทุนความหรือไม่ถ้าไม่มีพนักงานสอบสวน มีหน้าที่ต้องจัดหาทุนความให้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ต้องหาจะต้องการทุนความหรือไม่ แม้ ผู้ต้องหายืนยันว่าไม่ต้องการทุนความพนักงานสอบสวนก็ยังมีหน้าที่ต้องจัดหาทุนความให้ เท่ากับว่าผู้ต้องหาไม่อาจสละสิทธินี้ได้ ทั้งนี้เพื่อความคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหา ในคดีอุกฉกรรจ์หรือผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอย่างเต็มที่ แต่การนับอายุของผู้ต้องหาที่เป็นเด็กนั้น บทบัญญัติมาตรานี้ให้นับถึงในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา มิใช่วันที่ผู้ต้องหากระทำความผิด ดังนั้น แม้ขณะกระทำความผิดผู้ต้องหาจะมีอายุไม่เกิน 18 ปี แต่ถ้าในวันที่พนักงานสอบสวน แจ้งข้อหา ผู้ต้องหามีอายุเกิน 18 ปีแล้ว พนักงานสอบสวนก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรา 134/1 วรรคหนึ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 2132/2548)

กรณีที่สองในคดีที่ผู้ต้องหาถูกกล่าวหาว่าหาว่ามีอัตราโทษจำคุก ไม่จำกัดว่าจะมีโทษเท่าใด มาตรา 134/1 วรรคสอง กำหนดว่า ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้พนักงานสอบสวนจัดหาทนายความให้ แต่กรณีตามมาตรา 134/1 วรรคสองนี้ ผู้ต้องหาไม่มีสิทธิที่จะสละสิทธิในการมีทนายความได้ หากผู้ต้องหาสละสิทธิไม่ต้องการทนายความ พนักงานสอบสวนก็ไม่มีหน้าที่ต้องจัดหาทนายความให้แม้ผู้ต้องหาไม่มีทนายความก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติถูกต้องแล้ว แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 134/1 นี้ มิได้ใช้บังคับคดีที่ผู้ต้องหาอายุเกิน 18 ปี และมีโทษปรับสถานเดียว พนักงานสอบสวนจึงไม่มีหน้าที่ต้องสอบถามผู้ต้องหาก่อนว่ามีทนายความหรือไม่

ความในวรรคที่สี่ของมาตรา 134/1 ได้บัญญัติยกเว้นไว้ว่า ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากทนายความที่จัดหาให้ผู้ต้องหาไม่อาจมาพบผู้ต้องหาได้ โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทราบหรือแจ้งแต่ไม่มาพบผู้ต้องหาภายในเวลาอันสมควรให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาไปได้โดยไม่ต้องรอนทนายความ แต่ต้องบันทึกเหตุอันไว้ในส่วนการสอบสวนด้วย ทั้งนี้เพื่อให้การสอบสวนต้องสะดุดหยุดลงหรือล่าช้าเกิดความเสียหาย

หากพนักงานสอบสวนมิได้สอบถามผู้ต้องหาเรื่องทนายความหรือไม่จัดหาทนายความให้ในกรณีที่ต้องตั้งทนายความแล้วทำการถามปากคำผู้ต้องหาไปโดยไม่มีทนายความ การสอบปากคำดังกล่าวผลจะเป็นอย่างไร มาตรา 134/4 วรรคสาม ได้บัญญัติถึงผลของการที่พนักงานสอบสวนมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา 134/1 เอาไว้เป็นการเฉพาะแล้วว่า “ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นมีได้” แต่ไม่ทำให้การสอบสวนเสียไป

3.2.6 การไม่แจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบก่อนเริ่มถามคำให้การในชั้นสอบสวน

ในชั้นสอบสวน การสอบสวนผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่กล่าวหาว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดแล้วจึงแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบว่าถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดข้อหาใด เพื่อผู้ต้องหาจะได้ให้การโต้ตอบหรือยอมรับข้อหาที่แจ้งได้ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 134 วรรคหนึ่งหากพนักงานสอบสวนไม่แจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบ ถือว่าไม่มีการสอบสวนในข้อหาความผิดนั้น พนักงานอัยการจึงไม่มีอำนาจฟ้องในข้อหาดังกล่าวตาม ป.วิ.อ.มาตรา 120

ถ้าพนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาแล้ว ในการถามคำให้การผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ป.วิ.อ.มาตรา 134/4 วรรคหนึ่งที่แก้ไขใหม่ที่บัญญัติให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบก่อน 2 ประการ คือ

- (1) ผู้ต้องหามีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้
- (2) ผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้

หากพนักงานสอบสวนไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวให้ผู้ต้องหาทราบ หรือแจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบไม่ครบถ้วน ไม่ทำให้การสอบสวนเสียไป เพราะความในมาตรา 134/4 วรรคสาม ได้บัญญัติถึงผลของการมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องไว้เป็นการเฉพาะแล้วว่า ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่งนั้นจะรับฟังพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้ ดังที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า คำรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลยได้เกิดขึ้นโดยพนักงานสอบสวนมิได้คัดเตือนให้จำเลยทราบก่อนว่าถ้อยคำของจำเลยอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยืนยันจำเลยในการพิจารณาได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134 (เดิม) จึงรับฟังเป็นคำรับสารภาพชั้นสอบสวนยืนยันจำเลยไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2482 และ 57/2498) หรือในการสอบสวนเพิ่มเติมพนักงานสอบสวนมิได้แจ้งให้จำเลยทราบว่าถ้อยคำที่จำเลยให้การต่อพนักงานสอบสวนอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยืนยันจำเลยในชั้นพิจารณาของศาลได้มิได้ทำให้การสอบสวนเป็นการไม่ชอบ เพราะมาตรา 134 (เดิม) เพียงแต่บัญญัติว่าคำให้การจำเลยไม่อาจใช้ยืนยันในชั้นพิจารณาได้เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7568/2546)

ในการถามคำให้การผู้ต้องหาเพิ่มเติม พนักงานสอบสวนก็ยังมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิตามมาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง แก่ผู้ต้องหาด้วย แม้จะเคยแจ้งสิทธิดังกล่าวมาก่อนครั้งหนึ่งแล้วก็ตาม หากพนักงานสอบสวนไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวให้ทราบ คำให้การเพิ่มเติมของผู้ต้องหารับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาไม่ได้ตามมาตรา 134/4 วรรคสุดท้าย เช่นในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนได้ถามคำให้การจำเลยเพิ่มเติมโดยมิให้คำเตือนจำเลยก่อนตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134 (เดิม) ปัจจุบัน มาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง (1) คำให้การเพิ่มเติมของจำเลยจึงเป็นพยานหลักฐานยืนยันจำเลยไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1304/2482)

นอกจากนี้หากเดิมพนักงานสอบสวนมิได้ดำเนินคดีกับจำเลย เพียงแต่เรียกมาสอบปากคำในฐานะพยานจึงไม่ต้องแจ้งให้ทราบก่อนว่าถ้อยคำที่จำเลยกล่าวอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้ เพราะไม่ได้สอบปากคำในฐานะผู้ต้องหาแต่หลักจากนั้นพนักงานสอบสวนเรียกจำเลยมาอีกครั้งแล้วสอบปากคำในฐานะผู้ต้องหาแต่จำเลยให้การปฏิเสธก็เอามาใช้ประโยชน์ไม่ได้ เมื่อพนักงานอัยการ โจทก์ฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยต่อศาลแล้ว ดังนี้ โจทก์จะอ้างคำให้การจำเลยในครั้งแรกที่ให้การต่อพนักงานสอบสวนในฐานะพยานเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาไม่ได้เพราะถ้าจะเอาจำเลยเป็นผู้ต้องหาที่ต้องแจ้งให้จำเลยทราบก่อนว่าถ้อยคำที่

จำเลยกล่าวอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง (1) การที่พนักงานสอบสวนสอบปากคำจำเลยในฐานะพยาน โดยไม่ได้แจ้งสิทธิดังกล่าวให้จำเลยทราบ จึงไม่อาจนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความ ป.วิ.อ. มาตรา 134/4 วรรคสาม เช่น

เดิมพนักงานสอบสวนมิได้ดำเนินคดีกับจำเลย เพียงแต่สอบสวนในฐานะเป็นพยานโจทก์ ศาลจะหยิบยกเอาคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลย ซึ่งให้การในฐานะเป็นพยานโจทก์มาวินิจฉัยลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะในคดีอาญานั้นพยานหลักฐานที่จะฟังลงโทษจำเลยได้ ต้องเป็นพยานหลักฐานโจทก์ทั้งกฎหมายห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน เมื่อจะเอาจำเลยเป็นผู้ต้องหาที่ต้องสอบสวนในฐานะผู้ต้องหาตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134 (เดิม) การที่พนักงานสอบสวนอ้างจำเลยเป็นพยานในชั้นแรกจึงเป็นพยานที่มีชอบ อ้างเป็นพยานพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดไม่ได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1106/2506)

ก่อนจับกุมจำเลย พนักงานสอบสวนได้เรียกจำเลยมาสอบสวนในฐานะพยาน และทำการบันทึกคำให้การไว้ ซึ่งตามบันทึกคำให้การดังกล่าวก็ระบุว่าเป็นการของจำเลยในฐานะพยาน มิใช่ในฐานะผู้ต้องหา ไม่มีข้อความที่แสดงว่าได้บอกให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า ถ้อยคำที่ผู้ต้องหากล่าวนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยันตนในการพิจารณาได้ตามที่ ป.วิ.อ. มาตรา 134 (เดิม) บัญญัติไว้เช่นนี้ จะถือว่าเป็นบันทึกคำให้การของผู้ต้องหาไม่ได้ เมื่อโจทก์ไม่มีประจักษ์พยานหรือพยานแวดล้อมให้ฟังว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง ถ้าฟังบันทึกคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยซึ่งให้การไว้ในฐานะพยานมิใช่ในฐานะผู้ต้องหา ยังฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1581/2531)

ในคดีอาญามีกฎหมายห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นผู้ต้องหาที่ต้องสอบสวนในฐานะผู้ต้องหา เพราะจะต้องบอกให้จำเลยทราบก่อนว่าถ้อยคำที่จำเลยกล่าวอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยันจำเลยในการพิจารณาได้พิจารณาได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134 (เดิม) ปัจจุบันมาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง (1) การที่พนักงานสอบสวน สอบสวนจำเลยเป็นพยาน แล้วโจทก์จะอ้างคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยในฐานะพยานเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดตามที่โจทก์ฟ้องนั้นเป็นการมีชอบ แม้คำให้การของจำเลยดังกล่าวเป็นคำรับซึ่งปรักปรำและเป็นผลร้ายแก่ตนเองก็รับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะขัดต่อมาตรา 226 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1581/2533)

ในคดีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น จำเลยได้รับต่อพนักงานสอบสวนว่าเป็นผู้เผาทรัพย์ของผู้เสียหาย แต่เป็นคำรับที่พนักงานสอบสวนถามจำเลยก่อนที่จะแจ้งข้อหาแก่จำเลย จำเลยยังไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้ต้องหา โจทก์จะอ้างเอาคำรับดังกล่าวเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดตามฟ้อง จึงเป็นการมีชอบ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 148/2536)

นอกจากนี้การถามคำให้การผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนยังมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบก่อน ผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง (2) ที่แก้ไขใหม่ คำพิพากษาฎีกาที่ 764/2545 ที่เคยวินิจฉัยว่าหลักไว้ว่า “แม้ผู้ต้องหาจะมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 241 วรรคสอง ที่จะขอให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้ แต่ก็มีได้มีกฎหมายบทบัญญัติให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธินั้นให้ผู้ต้องหาทราบ ดังนั้น การที่พนักงานสอบสวนไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ” นั้น ย่อมใช้เป็นบรรทัดฐานไม่ได้อีกแล้ว

แต่อย่างไรก็ดีแม้ ป.วิ.อ. มาตรา 134/4 (2) ข้อบัญญัติให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่าผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ก็ตาม แต่ในบทบัญญัติของมาตรา 134/4 วรรคท้ายก็บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่งจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้เท่านั้น ดังนั้น แม้พนักงานสอบสวนจะไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นก็ทำให้การสอบสวนคดีไม่ชอบแต่อย่างใดไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 3119/2550)

3.2.7 พนักงานสอบสวนฝ่าฝืนไม่ยอมให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของผู้ต้องหา ในชั้นสอบสวนผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134/3 ที่แก้ไขใหม่หากพนักงานสอบสวนฝ่าฝืนไม่ยอมให้ทนายความหรือผู้ซึ่งผู้ต้องหาไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของผู้ต้องหา ความในมาตรา 134/4 วรรคสาม ได้บรรยายถึงผลของการมิได้ปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะว่าถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาไม่ได้ แต่ไม่ทำให้การสอบสวนเสียไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 3119/2550)

3.2.8 การสอบสวนปากคำเด็กในฐานะผู้เสียหายหรือพยานและการจับให้ผู้เสียหายหรือพยานเด็กชี้ตัวผู้ต้องหาโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย

ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ บัญญัติว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศกับชีวิตและร่างกายอันมิใช่ความผิดที่เกิดจากการข่มขืนต่อผู้ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดฐานกรรโชกชิงทรัพย์ และปล้นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการหรือคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุกซึ่งผู้เสียหาย หรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีร้องขอ การถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็น

เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ให้พนักงานสอบสวนแยกการกระทำเป็นสัดส่วนในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก และให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอพนักงานอัยการร่วมอยู่ด้วยในการถามปากคำเด็กนั้น และในกรณีที่นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เห็นว่าการถามปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใดอาจมีผลกระทบต่อจิตใจอย่างรุนแรง ให้พนักงานสอบสวนถามผ่านนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์เป็นการเฉพาะตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวน โดยมีให้เด็กได้ยินคำถามของพนักงานสอบสวนและห้ามมิให้คำถามซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ให้เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะต้องแจ้งให้นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการทราบรวมทั้งแจ้งให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่งด้วย

นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ หรือพนักงานอัยการที่เข้าร่วมในการถามปากคำอาจถูกผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กตั้งรังเกียจได้ หากมีกรณีดังกล่าวให้เปลี่ยนตัวผู้นั้น

ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 139 การถามปากคำเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำดังกล่าวซึ่งสามารถนำออกถ่ายทอดได้อย่างต่อเนื่องไว้เป็นพยาน

ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งซึ่งมีเหตุอันควรไม่อาจรอนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำพร้อมกันได้ ให้พนักงานสอบสวนถามปากคำเด็กโดยมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามวรรคหนึ่งอยู่ร่วมด้วยก็ได้ แต่บันทึกเหตุที่ไม่อาจรอนบุคคลอื่นไว้สำนวนการสอบสวน และมีให้ถือว่าการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กในกรณีดังกล่าวที่ได้การกระทำไปแล้วไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

หลักการที่กฎหมายให้คุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี โดยกำหนดวิธีปฏิบัติในการถามปากคำและชี้ตัวผู้ต้องหาของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี รวมถึงการสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ต้องมีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เป็นเด็กร้องขอ และพนักงานอัยการอยู่ร่วมด้วยโดยมุ่งหมายมิให้เด็กได้ผลกระทบทางร่างกายและสภาพทางจิตใจจากกระบวนการยุติธรรม แต่เนื่องจากเดิมมิได้จำกัดประเภทคดีซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้วิธีการพิเศษอย่างแท้จริงไว้ จึงทำให้การดำเนินคดีบางประเภทเป็นด้วยความล่าช้าโดยไม่จำเป็นมาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง ที่แก้ไขใหม่จึงได้จำกัดประเภทคดีที่ต้องใช้วิธีการพิเศษในการถามปากคำเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ไว้ 3 ประเภท

(1) ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายอันมิใช่ ความผิดที่เกิดจากการข่มขืนต่อผู้ ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดฐานกรรโชก ชิงทรัพย์และปล้น ทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตราในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ความผิด กฎหมายว่าด้วยสถานบริการ

(3) คดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุก ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุ ไม่เกิน 18 ปี ร้องขอให้มีการถามปากคำโดยใช้วิธีการพิเศษนี้

ในคดีความผิดตาม (1) และ (2) พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม มาตรา 133 ทวิ อย่างเคร่งครัด โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กร้องขอหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1610/2551) ส่วนคดีความผิดที่มีโทษจำคุกตาม (3) พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ ต้องปฏิบัติตามมาตรา 133 ทวิ เฉพาะกรณีการถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่พนักงานสอบสวนปากคำ พนักงานสอบสวนจะต้องปฏิบัติตามหลักการที่กฎหมายที่ กำหนดไว้ดังนี้

(1) ผู้จัดให้มีการสอบสวนปากคำในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กแยกเป็น ส่วนสัดส่วนต่างหากจากผู้ใหญ่

(2) ต้องจัดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและ พนักงานอัยการร่วมด้วยในการถามปากคำเด็ก โดยให้พนักงานสอบสวนที่มีหน้าที่แจ้งให้บุคคล ดังกล่าวทราบ

ความในมาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง กำหนดให้มิให้นักจิตวิทยาหรือนักสังคม สงเคราะห์ร่วมในการสอบปากคำเด็กในชั้นสอบสวนด้วย แต่มิได้บังคับให้พนักงานสอบสวนต้อง ถามผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ พนักงานสอบสวนจึงมีสิทธิถามพยาน โดยตรงด้วย ตนเองได้ แต่คำถามที่พนักงานสอบสวนใช้ถามเด็กอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจเด็กและมีการ ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งเป็นการตอกย้ำความรู้สึกที่เจ็บปวดให้แก่เด็กมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดว่าใน กรณีที่นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เห็นว่าการถามปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใดอาจจะมี ผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจเด็กรุนแรง ให้พนักงานสอบสวนถามผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคม สงเคราะห์เป็นการเฉพาะตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวน โดยมีให้เด็กได้ยื่นคำถามของ พนักงานสอบสวนและห้ามมิให้ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร

(3) พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นถึงสิทธิดังกล่าวตามวรรคหนึ่งของมาตรา 133 ทวิ รวมถึงสิทธิของเด็กที่จะร้องขอให้ถึงวิธีการพิเศษนี้ในคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุกด้วย ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ในวรรคสองของมาตรา 133 ทวิ

(4) ต้องจัดให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำไว้เป็นพยานหลักฐานด้วย ทั้งนี้เพื่อมุ่งคุ้มครองมิให้เด็กต้องตอบคำถามซ้ำซ้อนหลายครั้ง จึงให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำในชั้นสอบสวนไว้ หากเด็กไปเบิกความในชั้นศาลก็ให้ศาลเปิดบันทึกนั้นต่อหน้าคู่ความ และให้ถือว่าเป็นบันทึกดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของคำเบิกความพยานในชั้นพิจารณาของศาล โดยให้คู่ความถามพยานเพิ่มเติม ถามค้านหรือถามติงพยานได้ภายในขอบเขตที่ศาลเห็นควร แต่ถ้าไม่ได้ตัวเด็กมาเบิกความเป็นพยานในชั้นศาล เพราะมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นก็ให้ศาลรับฟังดังกล่าวเสมือนหนึ่งเป็นคำเบิกความของพยานชั้นพิจารณาศาลและรับฟังประกอบพยานอื่นของโจทก์ได้ตามความในมาตรา 172 ตรี วรรคสามและวรรคสี่ ที่แก้ไขใหม่

อย่างไรก็ดี ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่ง ซึ่งมีเหตุอันสมควรไม่อาจรอนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำพร้อมกันได้ มาตรา 133 ทวิ วรรคห้าได้บัญญัติยกเว้นให้พนักงานสอบสวนสามารถถามปากคำเด็กโดยมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งดังกล่าวอยู่ร่วมด้วยก็ได้แต่ต้องบันทึกเหตุที่ไม่อาจรอนักจิตวิทยาในสำนวนการสอบสวน สำหรับเหตุจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งตามวรรคห้าของมาตราวรรค 133 ทวิ นี้ หมายถึงเหตุจำเป็นที่มีได้เกิดจากตัวบุคคลดังกล่าว แต่เป็นแห่งจำเป็นอันเนื่องมาจากตัวเด็ก พฤติกรรมการณ์ภายนอกที่จะต้องสอบปากคำเด็กไว้โดยด่วน เช่น เด็กกำลังใกล้จะตายหรือคิดจะขาดอายุความเป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีเพียงแต่เหตุที่สหวิชาชีพมาไม่พร้อมหรือไม่ว่างตรงกัน และไม่อาจหาคนอื่นมาแทนได้ในเขตท้องถิ่นนั้น ไม่อาจถือว่าเป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งอันจะเป็นเหตุให้สอบปากคำโดยไม่ต้องมีบุคคลดังกล่าวครบทุกคน หากพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรานี้ เช่น สอบปากคำเด็กที่เป็นผู้เสียหายหรือพยานไปโดยไม่มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการอยู่ร่วมด้วย โดยไม่ปรากฏกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งที่มีเหตุอันควรไม่อาจรอได้ผลจะเป็นประการใด มิได้มีกฎหมายบัญญัติถึงผลของการที่พนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นกรณีตามมาตรา 134/4 วรรคท้ายสุด แต่ก็จะต้องตีความในทำนองเดียวกันว่าไม่ถึงขนาดทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมด ส่วนคำให้การของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หรือไม่นั้น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เพราะเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบประการอื่นตาม ป.วิ.อ.มาตรา 226 เช่น

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีขึ้นไป และเป็นคดีทำร้ายร่างกายเด็ก อายุไม่เกินสิบแปดปี กรณีต้องด้วยหลักเกณฑ์ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ (เดิม) ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าในการถามปากคำเด็กไว้ในฐานะผู้เสียหายให้แยกกระทำเป็นส่วนstückในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก และให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการ เข้าร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยเมื่อปรากฏว่าพนักงานสอบสวนถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก ต่อหน้า ร. มารดา (เสียหายนั้น โดยไม่ปรากฏว่ามีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำนั้นกับมิได้ปรากฏว่าพนักงานสอบสวนได้บันทึกเหตุที่ไม่อาจรบกวนบุคคลอื่นดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 133 ทวิ วรรคท้าย ด้วย การถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กที่พนักงานสอบสวนได้กระทำไปจึงเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แต่ก็ห้ามมีผลถึงขนาดทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมด และถือเท่ากับไม่มีการสอบสวนในความผิดนั้นมาก่อนอันจะทำให้พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องตาม ป.วิ.อ. มาตรา 120 ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 7241/2549)

ในชั้นสอบสวนพนักงานสอบสวนได้สอบปากคำเด็กหญิง ว. ซึ่งมีอายุ 13 ปีเศษ ในฐานะพยาน โดยไม่ได้จัดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำ ทำให้การของเด็กหญิง ว. จึงไม่ชอบด้วย ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง แต่ผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรานี้ คงทำให้คำให้การในชั้นสอบสวนของเด็กหญิง ว. ไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 243 วรรคสอง เท่านั้น ไม่เป็นเหตุให้การสอบสวนของพนักงานสอบสวนเสียไปทั้งหมด ถือได้ว่าการสอบสวนความผิดในคดีนี้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 120 แล้ว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 5294/2549)

ตามบันทึกคำให้การของผู้เสียหายในชั้นสอบสวนปรากฏว่า พนักงานสอบสวนได้สอบปากคำผู้เสียหายรวม 4 ครั้ง แม้การถามปากคำผู้เสียหายในครั้งแรกและครั้งที่สองจะไม่ชอบด้วย ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง และวรรคสุดท้ายเนื่องจากการถามปากคำนั้นไม่มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์และพนักงานอัยการเข้าร่วม ก็มีผลทำให้รับฟังคำให้การของผู้เสียหายในครั้งแรกและครั้งที่สองเป็นพยานหลักฐานไม่ได้เท่านั้น หากทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมดไม่เพราะบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองพยานที่เป็นเด็กเป็นสำคัญ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 8908/2550) ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์ ไม่ใจไปด้วยปรากฏว่านางสาว จ. มีอายุเพียง 17 ปีเศษ การสอบปากคำนางสาว จ. ไม่ว่าจะในฐานะผู้เสียหายหรือพยาน จึงต้องปฏิบัติตาม ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่งและวรรคสี่ โดยไม่มีข้อยกเว้น และไม่จำเป็นต้องได้รับการร้องขอจากนางสาว จ. เมื่อไม่ปรากฏว่ามีกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่าง

ซึ่งซึ่งมีเหตุอันควรไม่อาจรอบบุคคลตามวรรคหนึ่งได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 133 ทวิ วรรคห้า การที่พนักงานสอบสวนปากค่านางสาว จ. ตามลำพังโดยไม่มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำด้วย จึงเป็นการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามบทบัญญัติดังกล่าว แม้จะเป็นการไม่ชอบแต่ก็หาไม่ผลทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมด และถือเท่ากับไม่มีการสอบสวนในความคิดเห็นมาก่อน อันจะทำให้พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องตาม ป.วิ.อ. มาตรา 120 ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1610/2551)

แต่อย่างไรก็ดี คำให้การของพยานที่เป็นเด็กนั้นได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ มิได้เกิดขึ้นจากการจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหรือหลอกลวง เพียงแต่ได้มาโดยมิชอบเพราะพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 133 ทวิ เท่านั้น กรณีน่าจะ ต้องปรับตามมาตรา 226/1 ที่แก้ไขใหม่ โดยถือเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ แม้จะห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานก็ตามแต่บทบัญญัติมาตรา 226/1 มิได้เคร่งครัดห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาดเสียทีเดียวเพราะยังมีข้อยกเว้นที่ให้อำนาจศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานได้หากเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน ซึ่งจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 133 ทวิ ที่มุ่งหมายจะคุ้มครองผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กสำคัญ มิให้เด็กต้องตอบคำถามซ้ำซ้อนหลายครั้งและการที่พนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 133 ทวิ ก็มีได้ กระทั่งกระเทือนสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยแต่อย่างใด ดังนั้น ศาลควรจะใช้ดุลพินิจรับฟังเป็นพยานหลักฐานโดยอาศัยข้อยกเว้นของมาตรา 226/1

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กชี้ตัวผู้ต้องหาหรือบุคคลใดไว้ในมาตรา 133 ตรี วรรคหนึ่ง ว่า “ในกรณีที่พนักงานสอบสวนมีความจำเป็นต้องจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ชี้ตัวบุคคลใด ให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการชี้ตัวบุคคลในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กและสามารถป้องกันมิให้มีการชี้ตัวเห็นตัวเด็ก โดยให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการรวมอยู่ด้วยในการชี้ตัวบุคคลนั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นไม่อาจหรือรอบบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้และเด็กไม่ประสงค์จะให้ชี้หรือรอบบุคคลดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้ให้พนักงานสอบสวนบันทึกเหตุดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย”

ในกรณีที่พนักงานสอบสวนมีความจำเป็นต้องจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กชี้ตัวผู้ต้องหาหรือบุคคลใด บทบัญญัติมาตรา 133 ตรี วรรคหนึ่ง กำหนดให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ (1) ต้องจัดให้มีการชี้ตัวเห็นตัวเด็กที่เหมาะสมสำหรับป้องกันมิให้บุคคลซึ่งจะถูกชี้ตัวให้เห็นเด็ก ทั้งนี้เป็นการหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้า ซึ่งจะมีผลทำให้เด็กเกิดความกลัว และ (2) ต้องมี

นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการอยู่ด้วยในการชี้ตัว ซึ่งเดิมบทบัญญัติมาตรา 133 ตรี ให้นำชื่อยกเว้นของมาตรา 133 ทวิ วรรคห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การชี้ตัวผู้ต้องหาของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กด้วย กล่าวคือหากกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่ง ที่มีเหตุอันสมควร ไม่อาจรอบุคคลดังกล่าวได้ ก็ให้มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งร่วมอยู่ด้วยในการชี้ตัวก็ได้ แต่ชื่อยกเว้นนี้เคร่งครัดมากเพราะเหตุจำเป็นจะต้องมิได้เกิดจากตัวบุคคลดังกล่าว เพียงแต่เหตุที่บุคคลดังกล่าวไม่ว่างตรงกัน และไม่อาจหาคนอื่นมาแทนได้ ไม่ถือว่าเป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่ง อันจะเป็นเหตุทำการชี้ตัวโดยไม่มีบุคคลดังกล่าวครบทุกคนได้ ทำให้เกิดข้อขัดแย้งในการปฏิบัติงานเป็นผลที่ทำให้คดีเกิดความล่าช้า ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลผลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2550 จึงได้มีการเสนอแก้ไขมาตรา 133 ตรี โดยกำหนดชื่อยกเว้นเสียใหม่ไว้เป็นการเฉพาะว่า กรณีที่มีเหตุจำเป็นไม่อาจหาหรือรอบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้และเด็กไม่ประสงค์จะให้มีหรือรอบุคคลดังกล่าวต่อไป ก็ให้พนักงานสอบสวนจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กชี้ตัวผู้ต้องหาหรือบุคคลใดได้ แต่ให้พนักงานสอบสวนบันทึกเหตุดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย ดังนั้น เมื่อการชี้ตัวผู้ต้องหาของผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กไม่ได้อนุโลมนำบทบัญญัติในมาตรา 133 ทวิ วรรคห้ามาใช้บังคับอีกแล้ว เหตุจำเป็นต้องเกิดจากตัวเด็กเท่านั้น อาจเกิดจากตัวบุคคลดังกล่าวก็ได้ เช่น มีเหตุจำเป็นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่ว่างตรงกันและไม่อาจหาคนอื่นมาแทนได้ หรือบุคคลดังกล่าวมาไม่พร้อมกัน ไม่อาจรอบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ และเด็กไม่ประสงค์จะให้มีหรือรอบุคคลดังกล่าวต่อไป พนักงานสอบสวนก็จะจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กชี้ตัวผู้ต้องหาหรือบุคคลใดได้ โดยให้พนักงานสอบสวนเพียงแต่บันทึกเหตุดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนเท่านั้นซึ่งจะทำให้การสอบสวนดำเนินไปด้วยความรวดเร็วขึ้น

แต่บทบัญญัติมาตรา 133 ตรี หากใช้บทบัญญัติที่บังคับให้พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีการชี้ตัวทุกคดีไม่ กรณีเป็นดุลพินิจของพนักงานสอบสวนที่จะจัดให้มีการชี้ตัวหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ว่าหากจัดให้มีการชี้ตัวต้องดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การที่พนักงานสอบสวนคดีนี้ไม่ได้จัดให้เด็กหญิง ณ. ผู้เสียหายชี้ตัวกรณีที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายบัญญัติไว้ การสอบสวนจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2834/2550)

อนึ่ง ความในมาตรา 133 ตรี ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าบังคับกับคดีความผิดประเภทใดบ้าง จึงมีปัญหาว่าจะใช้บังคับกับคดีความผิดทุกประเภทหรือไม่ เห็นว่า การจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กชี้ตัวบุคคลในตามมาตรา 133 ตรี นี้ เป็นเรื่องต่อเนื่องจากการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กตามมาตรา 133 ทวิ และการจัดให้มีการชี้ตัวตามมาตรานี้มีความสำคัญน้อยกว่าการสอบปากคำเด็กตามมาตรา 133 ทวิ เพราะหากมีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจหาหรือรอบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นสหวิชาชีพได้ ถ้าเด็กไม่ประสงค์จะให้มีหรือรอบุคคลดังกล่าว พนักงานสอบสวนก็จัดให้มี

การชี้ตัวไปด้วยไม่ต้องมีบุคคลดังกล่าวอยู่ร่วมด้วยก็ได้ ไม่ได้เคร่งครัดเหมือนกันก็ได้ การสอบปากคำเด็กดังนั้น น่าจะต้องตีความว่า บทบัญญัติมาตรา 133 ตรี นี้ ใช้บังคับเฉพาะคดีความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 133 ตรี วรรคหนึ่ง เท่านั้น ไม่ได้ใช้บังคับกับคดีความผิดทุกประเภท

3.2.9 การสอบปากคำและชี้ตัวเด็กในฐานะผู้ต้องหา

(ก) ในการสอบสวนคดีที่ผู้ต้องหาเป็นเด็กมีอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวนผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 134 /1 วรรคหนึ่ง บทบัญญัติมาตรานี้ นำระบบทนายความของแรงในชั้นศาลไปใช้กับการสอบสวนปากคำผู้ต้องหาที่เป็นเด็กด้วยทุกคดีไม่ว่าความผิดนั้นจะมีอัตราโทษเพียงใด ก่อนเริ่มถามคำให้การพนักงานสอบสวนให้ แม้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กด้วยทุกคดีไม่ว่าความผิดนั้นจะมีอัตราโทษเพียงใด ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กว่ามีทนายความหรือไม่ถ้าไม่มีทนายความ รัฐต้องจัดหาทนายความให้ แม้ผู้ต้องหาเด็กจะยืนยันไม่ต้องก็ตาม พนักงานสอบสวนก็ยังมีหน้าที่ต้องจัดหาทนายความให้ ถ้าพนักงานสอบสวนไม่จัดหาทนายความให้ แต่ไม่มีผลกระทบต่ออำนาจการสอบสวนไม่ทำให้การสอบสวนเสียไป เพียงแต่ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาไม่ได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134/4 วรรคสาม เท่านั้น

(ข) ในการสอบคำให้การผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่พนักงานสอบสวนสอบคำให้การนั้น ป.วิ.อ.มาตรา 134/2 บัญญัติว่า“ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ตรี มาใช้บังคับโดยอนุโลมแต่การสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ด้วย ดังนั้นหากเป็นคดีความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 133 ตรี วรรคหนึ่ง พนักงานสอบสวนจะต้องนำวิธีการสอบให้แก่ผู้เสียหาย หรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 133 ตรี มาใช้โดยอนุโลมด้วย โดยกำหนดให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ (1) ต้องจัดให้มีการสอบปากคำในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กแยกเป็นส่วนต่างหากจากผู้ใหญ่ (2) ต้องเชิญนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำด้วย (3) ในกรณีที่นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เห็นว่าการถามปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใดอาจจะมีผลกระทบต่อจิตใจเด็กอย่างรุนแรงให้พนักงานสอบสวนถามผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เป็นการเฉพาะตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวน โดยมีให้เด็กได้ยินคำถามของพนักงานสอบสวนและห้ามมิให้ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร (4) ต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาเด็กทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่งของมาตรา 133 ตรีด้วย โดยเฉพาะคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุกจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาเด็กทราบถึงสิทธิที่จะร้องขอให้ใช้วิธีการพิเศษนี้ด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ต้องหาเด็กได้ทราบถึงสิทธิของตนและอาจขอให้สิทธิดังกล่าวได้และ (5) ต้องจัดให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถาม

ปากคำเด็กเป็นพยานหลักฐานด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการบังคับเด็ดขาดว่าต้องจัดให้มีบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมในการสอบปากคำผู้ต้องหาที่ต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี แม้ผู้ต้องหาเด็กจะยืนยันว่าไม่ต้องการให้บุคคลเข้าร่วม พนักงานสอบสวนก็ยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามตามกฎหมายดังกล่าว เว้นแต่กรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างอื่นมีเหตุสมควร ไม่อาจรอบุคคลดังกล่าวพร้อมกันได้ก็อาจถามปากคำโดยมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ร่วมด้วยก็ได้ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 133 ทวิ วรรคห้า หากปฏิบัติไม่ถูกต้อง เช่น พนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยไม่มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการอยู่ร่วมด้วย โดยไม่ปรากฏกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างอื่นที่มีเหตุอันควรไม่อาจรอได้ เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5252/2545 และ 4834/2546 วินิจฉัยไว้ว่ามีผลให้มีการสอบสวนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายถือว่ามิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้น พนักงานอัยการจึงไม่มีอำนาจฟ้องศาลต้องพิพากษา ซึ่งเหตุที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนั้น เพราะเดิมมิได้มีบทกฎหมายบัญญัติถึงผลของการที่พนักงานสอบสวนปฏิบัติไม่ถูกต้องในกรณีนี้เอาไว้ การตีความให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมดจึงพอเป็นไปได้ แต่บัดนี้ได้มีมาตรา 134/4 วรรคสาม ที่แก้ไขใหม่บัญญัติถึงผลของการที่พนักงานสอบสวนมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา 134/2 (มาตรา 134 ตรี เดิม)เอาไว้เป็นการเฉพาะแล้วว่า “ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวน... ก่อนที่จะดำเนินตามมาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้” ดังนั้น การปฏิบัติไม่ถูกต้องดังกล่าวศาลพิพากษายกฟ้องโดยถือว่าการสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่ากับไม่มีการสอบสวนพนักงานอัยการจึงไม่มีอำนาจฟ้องไม่ได้อีกแล้ว ต้องถือว่า คำพิพากษาฎีกาที่ 5252/2545 และ 4834/2546 ใช้เป็นบรรทัดฐานไม่ได้อีกแล้ว

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา 134/2 ที่ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ทวิมาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การสอบสวนผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปีด้วยนั้น ใช้บังคับเฉพาะการสอบปากคำผู้ต้องหาเท่านั้น ไม่ได้ใช้บังคับในการรวบรวมพยานหลักฐานอื่นๆ ด้วย ดังนั้น การที่พนักงานสอบสวนนำตัวผู้ต้องหาไปนำซึ่งที่เกิดเหตุประกอบการดำเนินคดี แม้จะกระทำขณะที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกิน 18 ปี ก็ไม่จำเป็นต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการสอบสวนผู้ต้องหาอายุไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 134/2 ประกอบมาตรา 133 ทวิและมาตรา 133 ตรี มาใช้บังคับ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องมีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการอยู่ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 647/2549 และ 2132/2548)

บทบัญญัติตามมาตรา 134/2 ประกอบมาตรา 113 ทวิ นี้ใช้บังคับสำหรับกรณีผู้ต้องหาอายุไม่เกิน 18 ปี ในขณะที่จะมีการสอบปากคำ ถ้าขณะที่พนักงานสอบสวนถามปากคำผู้ต้องหา ผู้ต้องหาอายุเกิน 18 ปีแล้ว การสอบสวนปากคำที่ผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวนจึงไม่จำเป็นต้องมีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์บุคคลที่ผู้ต้องหาร้องขอ และพนักงานอัยการ

เข้าร่วมในการถามปากคำผู้ต้องหาด้วย ในขณะที่เกิดเหตุผู้ต้องหาจะมีอายุไม่เกิน 18 ปี ก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 2132/2548)

นอกจากนี้ เดิมบทบัญญัติมาตรา 134/2 ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ตรี มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การชี้ตัวผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ด้วย โดยกำหนดพนักงานสอบสวนมีหน้าที่ (1) ต้องจัดให้มีการชี้ตัวในสถานที่เหมาะสมสำหรับเด็กและสามารถป้องกันมิให้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กเห็นตัวบุคคลที่จะทำการชี้ตัวและ (2) ต้องมีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการร่วมอยู่ด้วย เว้นแต่กรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งอันมีเหตุสมควรไม่อาจรอบุคคลดังกล่าวพร้อมกันได้ ก็อาจทำการชี้ตัวผู้ต้องหาเด็กโดยมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ร่วมด้วยก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติการชี้ตัวผู้ต้องหาเด็กต้องจัดให้มีสทวิชาชีพออยู่ร่วมด้วยนั้น ทำให้การดำเนินคดีเป็นไปด้วยความล่าช้าโดยไม่จำเป็น ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2550 จึงได้บัญญัติเพิ่มเติม มาตรา 133 ตรี วรรคสอง ขึ้นมาใหม่ กำหนดวิธีการดำเนินการสำหรับกรณีการชี้ตัวผู้ต้องหาเด็กให้กระทำโดยรวดเร็วขึ้นว่า “ในกรณีการชี้ตัวผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการชี้ตัวในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กสามารถป้องกันมิให้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กนั้นเห็นตัวบุคคลที่จะทำการชี้ตัว” เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีสทวิชาชีพออยู่ร่วมด้วย ดังนั้น ในการชี้ตัวผู้ต้องหาเด็ก พนักงานสอบสวนจึงไม่ต้องจัดให้มีสทวิชาชีพออยู่ร่วมด้วย ในขณะที่ทำการชี้ตัวผู้ต้องหาเด็กอีกแล้ว คงมีหน้าที่จัดให้มีสทวิชาชีพออยู่ร่วมด้วยเฉพาะการสอบปากคำผู้ต้องหาเด็กเท่านั้น

3.3 พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย ต้องห้ามมิให้รับฟังเพื่อให้พิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้อง

ป.วิ.อ. มาตรา 226/2 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้อง เว้นแต่พยานหลักฐานอย่างหนึ่งในดังต่อไปนี้

- (1) พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง
- (2) พยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะ วิธี หรือรู้แบบเฉพาะในการกระทำความผิดของจำเลย
- (3) พยานหลักฐานที่หักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยถึงการกระทำหรือพฤติกรรมในส่วนดีของจำเลย

ความในวรรคหนึ่งไม่ห้ามการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวเพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษหรือเพิ่มโทษ”

ในคดีอาญาประเด็นที่สำคัญที่สุดคือ ประเด็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีนั้นหรือไม่ ย่อมเป็นประเด็นโดยตรง เพราะฉะนั้น พยานหลักฐานใดก็ตามที่อาจพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ ย่อมสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ถ้าพยานหลักฐานใดไม่มีคุณสมบัติพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ พยานหลักฐานนั้นก็รับฟังไม่ได้ สำหรับพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ เช่น ประวัติอาชญากรรมของจำเลยในครั้งก่อนๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีหลังหรือไม่ กฎหมายจึงห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้องต้องตามมาตรา 226/2 วรรคหนึ่ง แต่หลักข้อนี้ห้ามเฉพาะการรับฟังเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีนั้นเท่านั้น ไม่ได้ห้ามโจทก์นำสืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในการเสื่อมเสียของจำเลยเพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ หรือเพิ่มโทษหรือไม่รอกการลงโทษจำคุก

อย่างไรก็ดี หลักการนี้มีได้เคร่งครัดว่าจะรับฟังไม่ได้เด็ดขาดเสียทีเดียว เพราะตามหลักวิชาอาญาวิทยายอมรับพยานหลักฐานที่มีคุณค่าอาจนำมาให้พิสูจน์ความผิดบางอย่างได้ จึงกำหนดข้อยกเว้นให้ฟังเป็นพยานหลักฐานได้ 3 กรณี คือ

(1) พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง เช่น กระทำความผิดซ้ำ หรือกระทำความผิดเป็นอาชญากรรม เป็นต้น

(2) พยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะ วิธี หรือรูปแบบเฉพาะในการกระทำความผิดของจำเลย กรณีนี้เป็นเรื่องของคนร้ายที่กระทำความผิดหลายครั้งแต่จะมีการกระทำในลักษณะวิธีและรูปแบบเฉพาะในการกระทำความผิด ไม่ใช่อาชญากรรมทั่วไป ลักษณะวิธีและรูปแบบเฉพาะของการกระทำความผิดจึงมีคุณค่าในการพิสูจน์ ความผิดที่น่าจะเป็นคนร้ายคนเดียวกันเป็นผู้กระทำความผิดในครั้งหลังหรือครั้งก่อนๆ กฎหมายจึงยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะวิธีหรือรูปแบบเฉพาะในการกระทำความผิดของจำเลยในครั้งอื่นๆ เพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้องได้

(3) พยานหลักฐานที่หักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยถึงการกระทำ หรือความประพฤติในส่วนดีของจะเลย เนื่องจากในคดีอาญาจำเลยอาจนำสืบพยานหลักฐานถึงการกระทำ หรือความประพฤติในส่วนดีของจำเลยมาเป็นเหตุผลเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ของจำเลยได้ ดังนั้น โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยได้ โดยอาจนำพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยมาพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้องได้

3.4 ในคดียุติความผิดเกี่ยวกับเพศ ห้ามมิให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลย

ป.วิ.อ. มาตรา 226/4 บัญญัติว่า “ในคดียุติความผิดเกี่ยวกับเพศ ห้ามมิให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลตามคำขอ

ศาลจะอนุญาตตามคำขอในวรรคหนึ่ง เฉพาะในกรณีที่ศาลเห็นว่าจะก่อให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี”

ในคดีอาญาไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับความประพฤติในทางเสื่อมเสียของผู้เสียหาย ดังนั้นเดิมในคดียุติความผิดเกี่ยวกับเพศ หากผู้เสียหายเข้าเบิกความเป็นพยานมักจะถูกทนายจำเลยถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นเพื่อทำลายน้ำหนักคำพยานของผู้เสียหายได้ ทำให้ผู้เสียหายหลายคนกลัวได้รับความอับอายไม่กล้าร้องทุกข์ดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดหรือนำคดีความมาสู่ศาลเป็นเหตุให้เสียความเป็นธรรมในสังคม จึงได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 226/4 ขึ้นมาใหม่เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายในคดียุติความผิดเกี่ยวกับเพศว่า ห้ามมิให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลเฉพาะในกรณีที่ศาลเห็นว่าจะก่อให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้นเช่น

จำเลยถูกฟ้องว่าทำอนาจารจับนมหญิงผู้เสียหายต่อหน้าธารกำนัล จำเลยขอสืบพยานหลักฐานว่าผู้เสียหายสำส่อนทางเพศ มีผิวไม่เป็นตัวเป็นตนจำเลยเคยจับนมผู้เสียหายมาหลายครั้งแล้ว ทั้งในที่ลับและที่แจ้ง เพื่อแสดงว่าจะเลยกระทำเพื่อหยอกล้อเท่านั้น ศาลชั้นต้น ไม่อนุญาตให้สืบได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 633/2475)

3.5 ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานหลักฐานในคดี

ป.วิ.อ. มาตรา 232 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน” บทบัญญัตินี้เป็นบทตัดพยานบุคคลโดยกำหนดคุณสมบัติของพยานบุคคลในคดีอาญาว่าโจทก์จะอ้างจำเลยเป็นพยานไม่ได้ เป็นการห้ามทั้งการที่โจทก์อ้างจำเลยมาเป็นพยานเพื่อยืนยันเอาความผิดกับตัวจำเลยเอง และการที่โจทก์อ้างจำเลยคนหนึ่งมาเป็นพยานเพื่อยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่ง ในคดีนั้นด้วย เหตุผลที่ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานตัวจำเลยเองนั้น ก็เพราะบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความปรักปรำตนเอง ส่วนเหตุผลที่ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยคนหนึ่งมาเป็นพยานยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่งก็เพราะว่าจำเลยแต่ละคนตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวและความหวังคือกลัวว่าถ้าตนให้การว่าผิดก็จะต้องได้รับโทษ และหวังว่าถ้าตนให้การชัดทอดว่าคนอื่นทำผิดก็

อาจทำให้ตนเองรับโทษน้อยลงหรือพ้นโทษไปเลย ดังนั้นคำให้การของจำเลยจึงไม่น่าเชื่อถือ เพื่อตัดปัญหาดังกล่าวกฎหมายจึงห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานเสียเลย เช่น

จำเลยสองคนเข้าต่อสู้ทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน โจทก์ฟ้องจำเลยทั้งสองคนเป็นคดีเดียวกัน โดยฟ้องจำเลยคนหนึ่งฐานทำร้ายอีกคนหนึ่งบาดเจ็บ และฟ้องอีกคนหนึ่งว่าทำร้ายคนแรกบาดเจ็บสาหัส แล้วโจทก์อ้างจำเลยคนหนึ่งเป็นพยาน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์อ้างพยานนี้ไม่ได้ ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 (คำพิพากษาฎีกาที่ 885/2483)

แต่บทบัญญัติมาตรานี้ศาลฎีกาเคร่งครัดกับฐานะของบุคคลที่จะเป็นพยานว่ามีฐานะเป็นจำเลยขณะที่เบิกความหรือไม่ ถ้าหากขณะที่เบิกความเป็นพยานโจทก์มิได้อยู่ในฐานะเป็นจำเลยในคดีเดียวกันนั้น ก็ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ.มาตรา 232 แม้จะเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยด้วยกันก็ตาม ได้แก่

(ก) โจทก์แยกฟ้องจำเลยที่ร่วมกันกระทำผิดเป็นคนละคดี โจทก์ยอมอ้างจำเลยที่ถูกฟ้องในคดีหนึ่งเป็นพยานอีกคดีหนึ่งได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 เช่น

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยกับพวกร่วมกันปลอมเอกสารราชการและโจทก์อ้าง น.จำเลยในคดีอีกคดีหนึ่งซึ่งถูกฟ้องว่าร่วมกันปลอมเอกสารราชการในการกระทำเดียวกันกับจำเลยในคดีนี้เป็นพยาน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 ซึ่งห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานนั้น หมายถึง จำเลยในคดีเดียวกัน แต่ น. มิได้เป็นจำเลยร่วมกับจำเลยในคดีนี้ กรณีจึงเป็นเรื่องที่โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 โจทก์อ้าง น. เป็นพยานโจทก์ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2547)

ส. ถูกฟ้องร่วมกันฆ่าผู้ตายด้วย แต่เป็นคนละสำนวนกับคดีนี้ การที่โจทก์อ้าง ส. เป็นพยานจึงไม่ใช่กรณีที่โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 คำเบิกความของ ส. จึงรับฟังได้ แต่จะเชื่อฟังได้เพียงใดหรือไม่ เป็นอีกเรื่องหนึ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 9300/2539)

โจทก์อ้างพยานซึ่งเป็นผู้ที่จำเลยเข้าไปยังผู้ตายและถูกฟ้องขอหาฆ่าผู้ตายในอีกคดีหนึ่งมาเป็นพยานโจทก์ในคดีที่จำเลยถูกฟ้องฐานเป็นผู้ใช้ได้ ไม่ถือว่าเป็นการอ้างจำเลยเป็นพยานอันต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 (คำพิพากษาฎีกาที่ 5877/2530)

(ข) กรณีผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยหลายคน แต่โจทก์กันผู้ร่วมกระทำผิดบางคนไว้เป็นพยานโดยมิได้ฟ้องเป็นจำเลย โจทก์ยอมอ้างผู้ร่วมกระทำผิดที่กันไว้มาเป็นพยานได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 เช่น

แม้พยานโจทก์ทั้งสองปากจะมีพฤติการณ์เป็นผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกันกับจำเลย แต่เมื่อพนักงานสอบสวนได้กันไว้เป็นพยาน คำเบิกความของพยานดังกล่าวจึงรับฟังพยานหลักฐานได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4512/2530)

(ค) โจทก์ฟ้องผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยจนคดีถึงที่สุดพ้นจากฐานะเป็นจำเลยไปแล้ว โจทก์ย่อมอ้างเป็นพยานโจทก์ได้ เช่น

โจทก์อ้าง ค. จำเลยในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 2699/2529 ของศาลชั้นต้นมาเป็นพยานในคดีนี้ โดยพนักงานสอบสวนไม่ได้สอบสวน ค. ไว้เป็นพยานแม้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน แต่ ค. มิได้เป็นจำเลยร่วมกับจำเลยนี้ กรณีจึงมิใช่โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน และแม้พนักงานสอบสวน มิได้สอบสวน ค. ไว้ในฐานะพยานก็ตาม แต่พนักงานสอบสวนได้สอบพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีนี้มาแล้ว จึงถือว่ามี การสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว และพยานโจทก์ที่เบิกความในศาลก็ไม่จำเป็นต้องเป็นพยานในชั้นสอบสวน ศาลย่อมรับฟังคำเบิกความของ ค. ลงโทษจำเลยได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4012/2534)

(ง) ในคดีที่โจทก์ฟ้องจำเลยหลายคน ต่อมาโจทก์ก็ได้ถอนฟ้องจำเลยบางคน โจทก์ย่อมอ้างจำเลยที่มีการถอนฟ้องไปแล้วเป็นพยานได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 เช่น

โจทก์ฟ้อง ส. ข. และ บ. เป็นจำเลยในคดีนี้ด้วย แต่โจทก์ก็ได้ถอนฟ้องคนเหล่านี้ไปก่อนที่จะลงมือสืบพยานโจทก์ ขณะที่บุคคลทั้งสามเบิกความเป็นพยานโจทก์ จึงไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นจำเลย กรณีจึงไม่ต้องด้วย ป.วิ.อ. มาตรา 232 (คำพิพากษาฎีกาที่ 227/2513)

(จ) ในคดีที่โจทก์ฟ้องจำเลยหลายคน จำเลยบางคนรับสารภาพ หากศาลสั่งให้จำหน่ายคดีสำหรับจำเลยที่ปฏิเสธให้โจทก์แยกฟ้องเป็นคดีใหม่ โจทก์ย่อมอ้างจำเลยที่ถูกแยกฟ้องเป็นคดีใหม่เป็นพยานโจทก์ในคดีที่ฟ้องเป็นคดีใหม่ได้ เช่น

ป.วิ.อ. มาตรา 232 ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานเท่านั้น ฉะนั้นแม้ร้อยเอกจูลพยานโจทก์จะเคยถูกฟ้องเป็นจำเลยร่วมกับจำเลยคดีนี้มาก่อน แต่ศาลก็ได้สั่งให้แยกฟ้องจำเลยคดีนี้เป็นคดีใหม่ ต่างหากจากคดีที่ร้อยเอกจูลเคยถูกฟ้องเป็นจำเลยร่วมกับจำเลย โจทก์จึงอ้างร้อยเอกจูลเป็นพยานโจทก์ได้ โดยขณะที่ร้อยเอกจูลเบิกความเป็นพยานโจทก์ในคดีนี้ ร้อยเอกจูลมิได้อยู่ในฐานะจำเลย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1202/2520)

แม้ อ. จะเคยถูกฟ้องร่วมกับจำเลยมาก่อน แต่ศาลได้สั่งแยกฟ้องจำเลยเป็นคดีใหม่ต่างหากจากคดีที่ อ. ถูกฟ้องร่วมกับจำเลย โจทก์จึงอ้าง อ. เป็นพยานได้โดยขณะที่ อ. เบิกความเป็นพยานโจทก์ในคดีนี้ อ. มิได้อยู่ในฐานะเป็นจำเลย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1513/2532)

นอกจากนี้การที่โจทก์อ้างคำให้การชั้นสอบสวนของผู้ต้องหาเป็นพยานก็ไม่ถือว่าเป็นการอ้างจำเลยเป็นพยานโจทก์ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 เพราะในชั้นสอบสวนผู้ต้องหาซึ่งมิได้ตกอยู่ในฐานะเป็นจำเลย เช่น

คำให้การของจำเลยในชั้นสอบสวนที่พนักงานสอบสวนทำไว้โดยชอบยอมใช้เป็นหลักฐานยังจำเลยในการพิจารณาได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 134 การที่ศาลนำเอาคำให้การชั้นสอบสวน

ที่โจทก์อ้างส่งมาประกอบการวินิจฉัยพยายามจำเลย เพื่อแสดงให้เห็นว่าคำเบิกความของจำเลยในชั้นพิจารณาแตกต่างกับคำให้การในชั้นสอบสวนเท่านั้นหาได้อาศัยแต่เพียงคำให้การในชั้นสอบสวนมาลงโทษจำเลยแต่อย่างใด กรณีถือไม่ได้ว่าเป็นการอ้างจำเลยเป็นพยานของโจทก์ จึงไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ. มาตรา 232 (คำพิพากษาฎีกาที่ 35/2532)

บทบัญญัติมาตรา 232 มีหลักการว่าในคดีอาญาโจทก์จะต้องหาพยานหลักฐานอื่นนอกจากตัวจำเลยมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย จะอ้างจำเลยเป็นพยานเพื่อบังคับให้จำเลยให้การไม่ได้ เอมมาจากหลักกฎหมาย common law แต่หลักดังกล่าวห้ามเฉพาะมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานเท่านั้น แต่มิได้ห้ามจำเลยอ้างตนเองเบิกความพยาน ถ้าจำเลยสมัครใจอ้างตนเองเบิกความเป็นพยาน ก็เท่ากับเข้ามาเป็นพยานในคดีนั้น คำเบิกความของจำเลยทั้งในส่วนที่เป็นคุณและเป็นโทษแก่จำเลยย่อมรับฟังได้ เพราะเป็นพยานหลักฐานของคดีนั้น จะเลือกรับฟังเฉพาะในส่วนที่เป็นคุณแก่จำเลย ไม่รับฟังในส่วนที่เป็นโทษแก่จำเลยไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติของศาลไทยวางบรรทัดฐานไว้ว่าในการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดอาญาหรือไม่ ศาลจะต้องฟังพยานหลักฐานของโจทก์เท่านั้น จะฟังพยานหลักฐานของจำเลยประกอบการวินิจฉัยไม่ได้ หากพยานหลักฐานของโจทก์ไม่พอฟังว่าจำเลยกระทำความผิดแล้ว ศาลจะต้องพิพากษายกฟ้อง โดยไม่ต้องไปพิจารณาพยานหลักฐานของจำเลย ศาลจะเอาคำเบิกความของจำเลยที่ตอบคำถามค้านโจทก์ในทางเป็นโทษแก่จำเลยมาใช้ประกอบพยานหลักฐานของโจทก์ลงโทษจำเลยไม่ได้ ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้ เช่น

ในคดีความผิดของ พ.ร.บ. ว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค ข้อเท็จจริงที่ว่าวันที่จำเลยออกเช็ค จำเลยไม่มีเงินอยู่ในบัญชี อันจะฟังให้ใช้เงินได้ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดเกิดขึ้นจากการที่จำเลยตอบคำถามค้านของโจทก์ถือไม่ได้ว่าโจทก์นำสืบข้อเท็จจริงนั้น เพราะในการพิจารณาคดีอาญาโจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบให้ฟังได้ว่าจำเลยกระทำผิดตามฟ้อง จึงต้องยกฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 806/2528)

คดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานมีอาวุธปืนไม่มีหมายเลขทะเบียนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต แม้จะได้ความจากคำเบิกความจากจำเลยตอบคำถามค้านของโจทก์ว่า จำเลยไม่เคยได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนให้มีอาวุธปืนไว้ในครอบครองก็ตาม ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ได้จากการที่จำเลยตอบคำถามค้านของโจทก์ ถือไม่ได้ว่าโจทก์นำสืบถึงข้อเท็จจริงนั้น เพราะในการพิจารณาคดีอาญา โจทก์มีหน้าที่นำสืบให้ฟังได้ว่าจำเลยกระทำผิด ทั้งโจทก์ไม่ได้อาวุธปืนมาเป็นของกลางยื่นยันและไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่พิสูจน์ให้เห็นว่า อาวุธปืนดังกล่าวไม่มีหมายเลขทะเบียนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 853/2532 (ประชุมใหญ่), 3674/2532, 3691/2533 และ 390/2551)

อย่างไรก็ดี ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ได้มีการเสนอแก้ไขปรับปรุงหลักกฎหมายในเรื่องนี้ให้ชัดเจนขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากลโดยบัญญัติเพิ่มไว้ในมาตรา 233 วรรคสองว่า “ในกรณีที่จำเลยเบิกความเป็นพยาน คำเบิกความของจำเลยย่อมใช้ยันจำเลยนั้นได้ และศาลอาจรับฟังคำเบิกความนั้นประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ได้” ดังนั้น หากจำเลยสมัครใจอ้างตนเองเบิกความเป็นพยาน คำเบิกความของจำเลยที่ตอบคำถามค้านของโจทก์ในทำนองเป็นโทษแก่จำเลยย่อมใช้ยันเป็นจำเลยได้ และศาลอาจรับฟังคำเบิกความของจำเลยนั้นประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์เพื่อลงโทษจำเลยได้และต้องถือว่าแนวทางพิพากษาฎีกาดังกล่าวใช้เป็นบรรทัดฐานไม่ได้อีกแล้ว

สำหรับกรณีที่พยานหลักฐานของโจทก์พอฟังลงโทษจำเลยได้ไม่ถึงขนาดจะต้องยกฟ้องได้เลย เพียงแต่อาจมีน้ำหนักไม่มั่นคง ขาดความน่าเชื่อถือบ้าง เช่นนี้ศาลไทยเคยวินิจฉัยว่าสามารถนำเอาคำเบิกความของจำเลยหรือพยานจำเลยมาเป็นเหตุผลสนับสนุนพยานหลักฐานของโจทก์ได้ ศาลมักใช้คำว่า คำเบิกความของจำเลยหรือ พยานจำเลยเชื่อมกับพยานหลักฐานของโจทก์ จึงฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าข้อเท็จจริงเป็นเช่นนั้น เช่น

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยมีอาวุธปืน ไม่มีหมายเลขทะเบียนของเจ้าพนักงานประทับไว้ในครอบครองโดยไม่ครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยให้การปฏิเสธ ข้อเท็จจริงฟังยุติว่าจำเลยใช้อาวุธปืนลูกซองสั้นจ้องยิงศีรษะผู้เสียหาย 1 นัด คดีมีปัญหาว่า จำเลยมีความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามฟ้องหรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าพนักงานสอบสวนเบิกความว่าในชั้นสอบสวนได้แจ้งข้อหาว่าจำเลยมีอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตและสอบถามจำเลยปรากฏว่าจำเลยไม่มีใบอนุญาตให้มีการใช้อาวุธปืน จำเลยไม่ได้สืบหักล้างแต่กลับเบิกความตอบคำถามค้านเชื่อมว่า จำเลยไม่เคยมีใบอนุญาตให้ใช้อาวุธปืนไว้ในครอบครอง ถือว่าโจทก์ได้นำสืบแล้ว แม้ไม่ได้อาวุธปืนมาเป็นของกลางยื่นยันพยานหลักฐาน โจทก์ดังกล่าวก็เพียงพอฟังลงโทษจำเลยฐานมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อโจทก์นำสืบไม่ได้ว่า อาวุธปืนดังกล่าวเป็นอาวุธปืนที่ไม่ได้รับอนุญาตให้มีตามกฎหมายหรือไม่ จึงต้องฟังให้เป็นคุณแก่จำเลยว่าอาวุธปืนที่จำเลยมีอาวุธปืนของผู้อื่นซึ่งได้รับอนุญาตให้มีและใช้ตามกฎหมายอันเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. อาวุธปืนฯ มาตรา 7,72 วรรคสามเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 2132/2534)⁵²

⁵² เพิ่งอ้าง

4. บทวิเคราะห์การใช้มาตรา 226

หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพยานหลักฐานในคดีอาญาใช้หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป เพื่อพิจารณาพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล แต่เนื่องจากถ้อยคำตามตัวบทใน มาตรา 226 นั้น มีปัญหาในการตีความ เนื่องจากความไม่ชัดเจนแน่นอนในถ้อยคำของกฎหมายโดยเฉพาะในเรื่องของการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ว่ามีความหมายเหมือนหรือต่างกันหรือไม่ เพราะโดยหลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปมิได้มีการแบ่งแยกหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด⁵³

หากพิจารณาตามสภาพลักษณะของพยานหลักฐาน กรณีที่พยานหลักฐานนั้นเป็นถ้อยคำของบุคคลไม่น่าจะเป็นปัญหา เพราะถ้อยคำที่เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น ย่อมแสดงให้เห็นในตัวแล้วว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ กฎหมายจึงไม่รับฟัง แต่ในการตีความคำว่า “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่ามีความหมายเหมือนกันหรือมีความหมายที่ต่างกัน จะเป็นปัญหาในกรณีที่ว่าหากพยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานประเภทพยานวัตถุหรือพยานเอกสาร ซึ่งจะส่งผลที่แตกต่างกันเป็นอย่างมาก โดยในการตีความถ้อยคำของมาตรา 226 ดังกล่าวนี้นักกฎหมายไทยหลายท่านให้ความเห็นที่แตกต่างกัน ดังนี้ ที่ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ได้วางหลักการไว้ว่า พยานหลักฐานทุกชนิดสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ⁵⁴ มาตรา 226 ระบุถึงพยานทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็พยานวัตถุ พยานเอกสารหรือพยานบุคคลก็ตาม⁵⁵ ในส่วนที่เกี่ยวกับพยานวัตถุ และพยานเอกสารนั้น หากได้มาโดยมิชอบศาลก็จะต้อง “ไม่รับฟัง” โดยบทบัญญัติในมาตรา 226 ไม่เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟัง⁵⁶

⁵³ จริฎุ ภักดีธนากุล คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร จริฎุชการพิมพ์ (2551) น. 266

⁵⁴ คณิต ฒ นคร กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์ วิญญูชน (2549) น. 72

⁵⁵ เกียรดิขจร วัจนะสวัสดิ์ คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา พิมพ์ครั้งที่ 6 (แก้ไขเพิ่มเติม) กรุงเทพมหานคร จริฎุชการพิมพ์ (2551), น.16

⁵⁶ เพิ่งอ้าง

บทบัญญัติมาตรา 226 มีขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้ศาลปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลจึงมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยแท้⁵⁷ และพยานหลักฐานต่างๆ ที่จะนำมาอ้างได้นี้ ไม่ว่าจะเป็พยานประเภทใดก็ตาม จะต้องเป็นพยานที่ได้มาโดยบริสุทธิ์⁵⁸

สำหรับกฎหมายไทย แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 จะห้ามรับฟังพยานชนิดที่ “เกิดขึ้น” โดยมิชอบ แต่ก็มีได้หมายความว่ารวมถึง พยานที่ “เกิดขึ้น” โดยชอบ แต่ “ได้มา” โดยมิชอบ⁵⁹

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นหลักการของกฎหมายมหาชนที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ให้ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ส่วนคุณค่าของพยานหลักฐานประเภทนี้ เช่น อาวุธปืนของกลางที่ได้จากการค้นโดยมิชอบก็ดี ถ้อยคำของบุคคลที่ไปแอบดักฟังทางโทรศัพท์ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายก็ดี ไม่ได้มีคุณค่าในทางพยานหลักฐานลดน้อยลงในเรื่องความน่าเชื่อถือแต่อย่างใด ดังนั้นความพยายามในการโยงเรื่องพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบกับได้มาโดยมิชอบเข้าด้วยกันจึงน่าจะ ไม่ถูกต้อง⁶⁰

ผลของการห้ามมิให้อ้างพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ การค้นโดยมิชอบ ย่อมทำให้คดีที่ผู้ถูกจับหรือถูกค้นเป็นผู้ต้องหาปราศจากพยานหลักฐาน ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวเจ้าพนักงานผู้จับ หรือค้นและวัตถุของกลางที่ยึดได้นั้น ไปเลย หากว่าจะต้องนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาพิจารณาซึ่งน้ำหนัก แต่อย่างใดไม่ บทบัญญัติแห่งมาตรา 226 จึงมีลักษณะเป็นกฎแห่งการลบล้างพยานหลักฐาน ซึ่งเจ้าพนักงานผู้ใช้กฎหมายพึงถือตามโดยเคร่งครัด ในทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐที่มีลักษณะบังคับ⁶¹ ตามกฎหมายไทยมาตรา 226 วางหลักทั่วไปให้รับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งน่าจะพิสูจน์ ความมีผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ เว้นแต่ พยานหลักฐานที่

⁵⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล “แถลงการณ์เรื่อง การดักฟังทางโทรศัพท์” ราชสาร, ปีที่ 4 ฉบับที่ 14 (มกราคม-มีนาคม 2539) 36

⁵⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน (2549) น.333

⁵⁹ เข็มชัย ชุตินวงศ์ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ (2547) น. 253

⁶⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร เคน โกรว (2542), น. 412

⁶¹ คัมภีร์ แก้วเจริญ “จับ ค้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน” วารสารอัยการ ปีที่ 2, ฉบับที่ 13 (2512) : 66

เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น มาตรา 226 ตอนท้ายนี้ เป็นข้อยกเว้นในการรับฟังพยานซึ่งต้องตีความอย่างเคร่งครัด จำกัดอยู่ในเฉพาะแต่ที่บัญญัติอยู่ในตัวบทเท่านั้น จะขยายความให้นอกเหนือจากที่ปรากฏอยู่ในตัวบทมิได้ โดยข้อความในตัวบทเองไม่มีบัญญัติถึงการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยมิชอบจึงต้องเข้าใจว่ากฎหมายไม่ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ตามกฎหมายไทยได้มีการแยกปัญหาการได้มาซึ่งพยานหลักฐานกับปัญหาการรับฟังตามกฎหมายไทยมาตรา 226 วางหลักทั่วไปให้รับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งน่าจะพิสูจน์ ความมีผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ เว้นแต่ พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น มาตรา 226 ตอนท้ายนี้ เป็นข้อยกเว้นในการรับฟังพยานซึ่งต้องตีความอย่างเคร่งครัด จำกัดอยู่ในเฉพาะแต่ที่บัญญัติอยู่ในตัวบทเท่านั้น จะขยายความให้นอกเหนือจากที่ปรากฏอยู่ในตัวบทมิได้ โดยข้อความในตัวบทเองไม่มีบัญญัติถึงการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยมิชอบจึงต้องเข้าใจว่ากฎหมายไม่ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ตามกฎหมายไทยได้มีการแยกปัญหาการได้มาซึ่งพยานหลักฐานกับปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานออกจากกัน โดยการได้มาอย่างไรมิเป็นข้อสำคัญในขั้นตอนการรับฟังพยานหลักฐาน⁶²

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 226 ดังกล่าว สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 แนวทางด้วยกัน คือ

แนวทางแรก มีความเห็นว่า ในเรื่องของถ้อยคำแม้ตัวบทจะใช้คำว่า “เกิดจาก” หรือที่เรียกกันโดยทั่วไป “เกิดขึ้น” ก็ตาม แต่ก็มีความหมายเป็นเช่นเดียวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น มิได้มีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในเรื่องของเกิดขึ้นกับการวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานออกจากกันแต่ประการใด กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยวิธีการที่มิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็พยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ หรือการค้นโดยไม่ชอบ หรือการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่มิกฎหมายให้อำนาจหรือการใช้วิธีการที่มิชอบในกรณีอื่นใดก็ตาม พยานหลักฐานที่ได้มาก็ย่อมไม่สามารถที่จะรับฟังได้ จะต้องถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาล โดยผลของ มาตรา 226 นั้นเอง

แนวทางที่สอง⁶³ มีความเห็นว่า การ “เกิดขึ้น” กับวิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐาน มีความหมายที่แตกต่างกัน โดยหลักการตามแนวความคิดนี้ มีความเห็นว่า พยานหลักฐานทุกชนิดที่

⁶² ชีสุทธิ พันธุ์ฤทธิ์ “การรับฟังพยานหลักฐานคดีอาญา” วารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉบับที่ 218 (เมษายน 2539) :18

⁶³ แนวความเห็นที่สองนี้ตรงกับข้อสรุปของ อิศราวุธ อ่อนนุ่ม ที่เห็นว่าคำว่า “เกิดขึ้น” นั้นต่างกับ คำว่า “ได้มา” เพราะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ หมายถึงพยานหลักฐานที่สร้างขึ้นมาเพื่อการใดการหนึ่ง

มีคุณค่าแห่งการพิสูจน์และเป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว พยานหลักฐานนั้นก็ย่อมสามารถที่จะรับฟังได้เสมอ แม้วิธีการของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม และพยานหลักฐานนั้นจะไม่ถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาลตามมาตรา 226 แต่อย่างไรเพราะเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 226 นั้น มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น ซึ่งการตีความตามแนวความคิดนี้ก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาได้เช่นกัน กล่าวคือหากพยานหลักฐานหรือ สิ่งที่ได้มานั้นเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุแล้ว พยานหลักฐานทั้งสองประเภทนี้ไม่อาจถูกตัดออกไปได้เลย เพราะพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ในตัวอยู่แล้ว จึงไม่มีทางที่พยานหลักฐานนี้จะเกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือกระทำโดยมิชอบได้ การที่กฎหมายได้กล่าวมาเช่นนี้น่าจะมีความหมายในเรื่องของการให้นำหนักแน่นไปที่ถ้อยคำของบุคคลเสียมากกว่า⁶⁴ เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดทั้งสองแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวทางแรก กล่าวคือ แม้ด้วยทจะใช้คำว่า “เกิดจาก” หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “เกิดขึ้น” ก็ตามแต่ก็มีความหมายเป็นเช่นเดียวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น มิได้มีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเกิดขึ้นกับวิธีการได้มาแต่อย่างใด ซึ่งเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ ก็มีได้มีเจตนารมณ์เพียงเพื่อจะรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น หากแต่สิ่งที่มาตรา 226 ได้มุ่งคุ้มครองไปถึง ก็คือเจตนารมณ์ในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วย ในการที่จะตีความว่าการ “เกิดขึ้น” หรือ “เกิดจาก” มีความหมายที่แตกต่างกับ “วิธีการได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานเป็นการตีความเคร่งครัดในถ้อยคำตามอักษรจนเกินไป ทั้งหากพิจารณาในร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ฉบับที่เป็นภาษาอังกฤษ ที่ใช้ถ้อยคำว่า “Obtained” ซึ่งแปลความหมายเป็นภาษาไทยก็คือ “การได้มา” นั้นเอง ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่า พยานหลักฐานทุกประเภทที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ก็ต้องห้ามมิให้รับฟัง

ไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือตามความเป็นจริงส่วนพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจริง เป็นพยานหลักฐานที่แท้จริงสามารถพิสูจน์ความผิดในคดีได้ แต่เป็นการได้พยานหลักฐานขึ้นนั้นมาโดยมิชอบ ดังนั้นการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบจึงหมายถึงกรณีที่ไม่รับฟังถ้อยคำพยานหรือพยานบุคคลเท่านั้น ดู อิศราวุธ อ่อนนุ่ม, “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต (2541) น. 103

⁶⁴ ดังจะเห็นได้จากแต่เดิมคำอธิบาย มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นมุ่งในการให้นำหนักไปในเรื่องของการพิจารณาคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเสียมากกว่า ดู ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ (2517) น. 104

ดังนั้น การที่มาตรา 226 นี้ ใช้คำว่าพยานหลักฐานที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบเท่านั้น ไม่ได้ใช้คำว่าได้มาโดยไม่ชอบ ซึ่งผิดจากหลักกฎหมายสากล หลักกฎหมายสากลในเรื่องนี้เป็นกฎหมายที่ใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ ไม่มีกฎหมายของประเทศไหนที่ใช้กฎหมายนี้กับพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ของไทยใช้คำว่า “เกิดขึ้น” จากการกระทำอันมิชอบนี้ทำให้เกิดปัญหาว่าจะนำไปใช้ตัดพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นและมีอยู่โดยชอบก่อนแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ไปใช้วิธีการที่ไม่ชอบในการแสวงหาได้มาด้วยหรือไม่ ตัวอย่างเช่น พยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการค้นเคหสถาน ที่รโหฐาน หรือค้นตัวบุคคลก็ตาม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา⁶⁵ ตัดสินว่ารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ไม่ต้องห้ามรับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 มีคำอธิบายในทางตำราว่าเป็นเพราะพยานหลักฐานนั้นเกิดขึ้นโดยชอบอยู่ก่อนแล้ว การค้นโดยไม่ชอบของเจ้าหน้าที่ไม่ได้ทำให้เกิดพยานหลักฐานนั้นขึ้น เป็นแต่เพียงให้ได้พยานหลักฐานนั้นมาเท่านั้น และมาตรา 226 ไม่ได้ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ⁶⁶ เป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ เพราะไม่ได้เกิดขึ้นหรือเกิดจากการกระทำที่มิชอบ และมิใช่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบโดยตรง ตอนไปยึดหรือไปค้นได้มานั้นก็มีหมายค้นถูกต้องยึดถูกต้อง การกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ไปอยู่ที่ตอนสอบปากคำผู้ต้องหาหรือพยานที่ผิดวิธี ซึ่งข้อนี้ทำให้คำให้การของผู้ต้องหาหรือพยานนั้นต้องห้ามรับฟังไปแล้ว ไม่เกี่ยวอะไรกับพยานหลักฐานสืบเนื่อง (Consequential Evidence) จึงเป็นการไม่เอาหลักผลไม่ของต้นไม้พิษของประเทศสหรัฐอเมริกาไปใช้⁶⁷

นอกจากปัญหาในเรื่องการตีความบทบัญญัติมาตรา 226 และขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายในส่วนของพยานวัตถุ พยานเอกสารที่ได้มาจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่บทบัญญัติตามมาตรา 226 ไม่เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังโดยจะตัดพยานหลักฐานนั้นทิ้งเป็นการเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นไว้ให้เลย เป็นผลทำให้กฎหมายไทยในเรื่องนี้อยู่ในสภาพที่เคร่งครัด เมื่อเวลาจะใช้บังคับก็ใช้อย่างเคร่งครัดจนไม่มีทางที่จะผ่อนปรนให้ยืดหยุ่นเหมาะสมแก่สภาพการณ์ของเหตุการณ์ได้เหมือนในกฎหมายที่เป็นอยู่ในระบบสากล

ตัวอย่างเช่น ถ้าพนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้ต้องหาเด็กโดยลี้มเชิญพนักงานอัยการและนักจิตวิทยามาอยู่ร่วมฟังการสอบปากคำด้วย แต่ผู้ต้องหาอายุ 17 ปีเศษแล้วไม่มีความ

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5144/2548

⁶⁶ จรัญ ภักดีธนากุล อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 น. 266 - 267

⁶⁷ เพิ่งอ้าง

หวาดกลัวหรือบาดเจ็บทางจิตใจแต่อย่างใด และไม่ได้เรียกร้องขอให้พนักงานอัยการหรือนักจิตวิทยามาอยู่ด้วย ได้ให้การรับสารภาพไปอย่างละเอียด ว่าได้กระทำความผิดอย่างไร กับใครบ้าง แล้วความผิดที่กระทำนั้นร้ายแรงมาก สะเทือนสังคม เช่น เป็นความผิดฐานร่วมกับพวกที่ยังหลบหนีอยู่เอาเด็กหญิงอายุ 9 ขวบ ไปรุมข่มขืนกระทำชำเราและฆ่า เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงมาก เสี่ยงต่อสังคมมาก แต่พนักงานสอบสวนสอบปากคำผู้ต้องหาผิดวิธีไปเพียงเล็กน้อยข้อใดข้อหนึ่ง ผลก็จะเกิดตามมาตรา 134/4 วรรคท้าย อย่างเคร่งครัดเด็ดขาดว่า ถ้อยคำของผู้ต้องหาจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของเขาในชั้นศาลไม่ได้เลยเด็ดขาด ผลก็คือถ้าพนักงานอัยการไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่มั่นคงเพียงพอแล้ว ศาลก็จะต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีนี้ ผลเสียที่เกิดขึ้นกับสังคมจะรุนแรงกว่าผลดีที่จะไปฟ้องปรามเจ้าหน้าที่บ้านเมืองให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย จึงเป็นกฎหมายที่เคร่งครัดจนเกินไป⁶⁸ ไม่เหมือนกับกฎหมายที่เป็นอยู่ในระบบสากล ดังเช่นกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานใด เงื่อนไขสำคัญที่ต้องคำนึงคือ พฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การรับฟังพยานหลักฐานจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์ได้เปรียบในเชิงคดี อันเป็นผลมาจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี

และในส่วนของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบที่จะพิจารณาตามหลักผลไม่ของต้นไม้ที่เป็นพืชของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการรับเอาแนวความคิดหรือหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยด้วย โดยมีเหตุผลที่ต้องการที่จะป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องไม่ควรของเจ้าหน้าที่ เพราะการที่เจ้าหน้าที่ทำการสืบสวนสอบสวน โดยใช้วิธีการที่ไม่ชอบสอบคำให้การผู้ต้องหาหรือพยานเป็นเรื่องที่ฝ่าฝืนต่อระบบงานยุติธรรมของประเทศและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ถ้าศาลยอมรับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่เจ้าหน้าที่อาศัยข้อมูลที่ได้มาจากการกระทำที่ไม่ชอบแม้จะทำการค้นยึดโดยชอบก็ตามก็เท่ากับกฎหมายและศาลสนับสนุนส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องต่อประชาชนอยู่ต่อไป และไม่สามารถที่จะป้องปรามพฤติกรรมที่ไม่อยู่ในมาตรฐานของเจ้าหน้าที่ได้ เพราะถึงแม้ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ แต่เบาะแสที่ได้มาจากการใช้มาตรการนอกกฎหมายนั้นนำไปสู่การแสวงหาพยานหลักฐานที่สำคัญและไม่มีกฎหมายห้ามรับฟัง ด้วยเหตุนี้จึงให้ตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ตามแนวทางของศาลสูงสุดในสหรัฐอเมริกาแต่มี

⁶⁸ เพิ่งอ้าง น. 268

การขยายความต่อไปว่าบทตัดพยานหลักฐานประเภทนี้ไม่ควรจะตัดเป็นการเด็ดขาด เพราะในบางครั้งการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่อาจจะเป็นเรื่องของความพลั้งเผลอผิดพลาดเล็กน้อยไม่ใช่เป็นเรื่องชั่วร้ายรุนแรง แต่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบหรืออาศัยข้อมูลที่ได้มาโดยมิชอบไปค้นยึดได้มาโดยชอบ อาจจะมีมีความสำคัญอย่างมากต่อคดีอุกฉกรรจ์คดีสำคัญสะท้อนขวัญต่อสังคม เพราะฉะนั้นถ้าไม่รับฟัง

พยานหลักฐานประเภทนี้โดยเด็ดขาด โดยที่ไม่มีข้อยกเว้นแล้วอาจทำให้เสียหายในทางการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมากยิ่งขึ้นกว่าที่จะเกิดความเสียหายต่อการป้องปรามพฤติกรรมอันมิชอบของเจ้าหน้าที่⁶⁹ เพราะตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเองที่สร้างหลักเกณฑ์เรื่องผลไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นพิษนี้ขึ้นมาซึ่งมีการยกเว้นได้ ดังนั้น เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 226 มีความไม่ชัดเจนในถ้อยคำทำให้เกิดปัญหาในการตีความโดยเฉพาะในเรื่องของการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ว่ามีความหมายเหมือนหรือต่างกันหรือไม่ และขอบเขตของการใช้กฎหมายในกรณีพยานวัตถุ พยานเอกสารที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบ รวมถึงเพื่อไม่ให้กฎหมายในเรื่องนี้อยู่ในสภาพที่เคร่งครัดจนเกินไป ดังนั้นในการพิจารณาการรับฟังพยานหลักฐาน ตามมาตรา 226 จึงได้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติม ในหลักการบางประการ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 โดยเฉพาะเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำที่มิชอบ ซึ่งได้บัญญัติหลักขึ้นมาใหม่ ในมาตรา 226/1⁷⁰ ว่าให้อำนาจศาลที่จะใช้ “ดุลพินิจ” รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้

โดยบทบัญญัติของมาตรา 226/1 ดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ ว่า “ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น

⁶⁹ จริฎุ ภักดีชนากุล รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 10 วิชากฎหมายลักษณะพยาน กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2553) น. 310

⁷⁰ มาตรา 226/1 เพิ่มเติมโดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 30ก วันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2551

- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- (4) ผู้ที่กระทำการ โดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด”

โดยในการพิจารณาชั้นของคณะกรรมการวิสามัญฯ เกี่ยวกับหลักการว่าด้วยเรื่องพยานหลักฐานที่ให้ความเป็น มาตรา 226/1 นั้น มีการแสดงความคิดเห็นโดยสรุป ดังนี้⁷¹

แนวทางในการพิสูจน์พยานหลักฐานในคดีอาญาใช้หลักการพิสูจน์จนกว่าจะสิ้นข้อสงสัยตามมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากมีการสืบพยานหลักฐานมากเท่าใด ก็จะเป็นผลดีต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรม สำหรับมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นการเปิดให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี โดยการรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเห็นว่าการตามมาตรา 226 และมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีการบัญญัติให้สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาของศาลไทยอย่างครอบคลุมแล้ว ดังนี้ เห็นว่าเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้นเป็นเรื่องของการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบเป็นเรื่องของผู้กระทำความผิด ซึ่งมีประเด็นที่แตกต่างกันดังนั้น การห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอาจเป็นการขัดต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมได้ ซึ่งในทางปฏิบัติเช่น การค้นโดยไม่มีหมายค้นอาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานได้

นอกจากนั้นการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้ยังถือเป็นการรวบรวมผลงานวิจัยทางด้านวิชาการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน โดยตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้มีการบัญญัติไว้ จากกรณีดังกล่าวจึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับแนวความคิดด้านวิชาการซึ่งแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก ควรรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดเนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ชอบ ส่วนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานว่าได้มาโดยชอบหรือไม่นั้นเป็นคนละประเด็นกัน และ

กรณีที่สอง เป็นแนวความคิดของหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลักการ ว่าศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเว้นแต่ในบางกรณีที่ศาลอาจรับฟังพยานหลักฐานนั้นแม้จะได้มาโดยมิชอบก็ตาม อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าการที่ศาลจะไม่รับฟัง

⁷¹ บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ครั้งที่ 29 วันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2550

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะต้องเสียผลแห่งคดีไปก็ตาม แต่เป็นการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งระบบดังกล่าวเรียกว่า Exclusionary Rule

ซึ่งแนวความคิดทั้งสองดังกล่าว ต้องพิจารณาแต่ละคดีว่ามีความหนักเบาของข้อหากระทำผิด ผลกระทบของแต่ละคดี ตลอดจนการดำเนินกระบวนการของเจ้าพนักงานมีความแตกต่างกันด้วย ซึ่งในบางกรณีมีการทำร้ายผู้ต้องหาของเจ้าพนักงานอย่างรุนแรงแต่ได้ผลแห่งคดีเพียงเล็กน้อย ผลคดีเพียงเล็กน้อยกับการป้องกันปราบปรามการดำเนินการของเจ้าพนักงานที่กระทำโดยมิชอบย่อมเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม แต่ในทางกลับกันหากคดีร้ายแรง เช่น คดีฆ่าผู้อื่นตาย โดยเจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบเพียงเล็กน้อย อาทิ การลี้ภัยสิทธิต่อสู้ผู้ต้องหา โดยผู้ต้องหาให้การรับสารภาพทั้งหมด หากเห็นว่าการรับสารภาพดังกล่าวไม่สามารถใช้ได้ก็มีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมได้ ทั้งนี้ เห็นว่าการใช้แนวความคิดใดแนวคิดหนึ่งเป็นหลักการสำคัญย่อมไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งที่ผ่านมาก็ไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งยึดหลักการใดเป็นสำคัญ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ระบบ Exclusionary Rule เป็นหลัก แต่ก็มีการสร้างข้อยกเว้นขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรม เช่น Unharmed Exception, Public Safety exception, Good Faith Exception และสำหรับประเทศอังกฤษ มีลักษณะเป็น free prove โดยใช้ระบบ inclusionary rule โดยหลักการคือ ไม่ตัดพยานหลักฐานแต่มีข้อยกเว้นสำหรับพยานหลักฐานเช่นกัน โดยเป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณาที่จะรับฟังพยานหลักฐาน

4.1 การใช้ดุลพินิจของศาลที่จะเลือกรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

โดยจะเห็นว่า จะก่อให้เกิดผลต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมมากกว่า หรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยเห็นว่าจะเกิดผลเสียหายต่อมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมหรือต่อสิทธิพื้นฐานของประชาชนมากกว่า หากการรับฟังพยานหลักฐานนั้น โดยพิจารณาปัจจัย 4 ประการประกอบกันดังนี้

(1) คุณค่าเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น หมายความว่า พยานหลักฐานนั้นมีคุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริงเพียงใด เช่น เป็นพยานชั้นที่หนึ่งหรือเป็นพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ประเด็นโดยตรงของการกระทำนั้น และเป็นพยานหลักฐานที่ยังมิได้เปลี่ยนแปลงไปจากที่เกิดขึ้นแต่เดิม⁷² หากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบในบางกรณีก็ไม่มีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เช่น การค้นโดยไม่มีหมายค้นและพบสิ่งของผิดกฎหมาย กล่าวคือ⁷³ ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่า น่าเชื่อถือมาก สามารถบ่งชี้ข้อเท็จจริงอัน

⁷² อุคม รัฐอมฤต (2551) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 2 หน้า 226

⁷³ จริฎ ภัคดิธนากุล (2551) กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (กุมภาพันธ์) หน้า 268-269

สำคัญในคดีนั้นได้มาก โอกาสที่ศาลจะใช้ดุลพินิจยกเว้นให้รับฟังได้ก็จะมากตามไปด้วย แต่ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่สำคัญ ชำยังมีน้ำหนักน้อยอีกด้วย ศาลก็น่าจะใช้ดุลพินิจไปในทางตัดทิ้งไปตามหลักที่กฎหมายวางไว้

ผู้ศึกษามีความเห็นว่ามีแนวคำพิพากษากฎีกามาสนับสนุนเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวนี้คือ คำพิพากษากฎีกาที่ 6475/2547 ที่วินิจฉัยว่า ศาลออกหมายค้นบ้านของจำเลยตามหมายค้นเอกสารหมาย จ.1 โดยระบุเลขที่บ้านเลขที่ 5 ตามที่เจ้าพนักงานตำรวจร้องขอ การที่ ร.ต.ต. แก่เลขที่บ้านในหมายค้นเป็นเลขที่ 10 เพื่อให้ตรงกับความจริง โดยไม่มีอำนาจ อันอาจมีผลให้หมายค้นเสียไปและการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเรื่องที่ต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก เมื่อปรากฏว่าคดีมีการสอบสวนกันโดยชอบ ทั้งในชั้นพิจารณาจำเลยก็นำสืบรับว่าเจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นพบเฮโรอีนของกลางฝังอยู่ในดิน ห่างจากบ้านของจำเลยประมาณ 3 เมตร พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาย่อมรับฟังลงโทษจำเลยได้

(2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี หมายความว่า การกระทำ ความผิดของผู้กระทำ หรือขนาดของความร้ายแรงของความผิดที่เกิดขึ้นมีอย่างไร เช่น เป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ทั้งระดับชาติหรือระดับระหว่างประเทศ หรือความผิดที่กระทำโดยองค์กร หรือการค้ายาเสพติด เป็นต้น ศาลอาจต้องคำนึงถึงว่าพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบนั้น หากเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่รุนแรงเมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด เช่น การค้นที่ไม่แสดงหมายค้น หรือมีการใช้กำลังเกินกว่าเหตุ ในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย กล่าวคือ ที่จำเลยถูกฟ้องมีความชั่วร้ายรุนแรงเพียงใด กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนมากหรือน้อยอย่างไร ถ้าความผิดในคดีนั้นไม่ร้ายแรง ความจำเป็นที่จะต้องลงโทษจำเลยอย่างจริงจังก็น้อยลง โอกาสที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนั้นก็มากขึ้น แต่ถ้าความผิดในคดีนั้นร้ายแรงมาก ประโยชน์สาธารณะที่จะต้องพิสูจน์ความผิดและลงโทษจำเลยก็มาก โอกาสที่ศาลจะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวตามข้อยกเว้นก็มากขึ้นด้วย

ผู้ศึกษามีความเห็นว่ามีแนวคำพิพากษากฎีกามาสนับสนุนในกรณีดังกล่าวโดยเทียบเคียงได้ตามนัยคำพิพากษากฎีกาที่ 6475/2547 ดังกล่าวข้างต้นเช่นกัน

(3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ หมายความว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชน หรือหลักประกันความยุติธรรมที่ประชาชนจะได้รับการสอบสวนหรือพิจารณาที่เป็นธรรม ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่า การได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือไม่ เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้กำลังซ้อมผู้ต้องหาหรือบังคับขู่เข็ญให้รับคำสารภาพย่อมเกิดความเสียหายมาก เพราะกระทบสิทธิและเสรีภาพในชีวิต

ร่างกายตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิที่จะไม่ให้ปรักปรำตนเอง กล่าวคือ ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ที่มีความรุนแรงมากน้อยเพียงใด ถ้าเจ้าหน้าที่ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างผิดกฎหมาย ผิดศีลธรรม ทำให้เสื่อมเสียต่อการอำนวยความสะดวกของประเทศมาก หรือทำให้เสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ศาลก็จะน่าจะไม่นำรับฟังพยานหลักฐานนั้น ไปตามหลัก แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ผิดเพียงเล็กน้อยเสียหายไม่มาก ศาลก็น่าจะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ตามข้อยกเว้น

ผู้ศึกษามีความเห็นว่ามีแนวคำพิพากษาฎีกามาสนับสนุนในกรณีดังกล่าวนี้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2483 ที่วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงได้ความว่า จำเลยรับของโจรจักรยาน 3 ล้อพร้อมด้วยอุปกรณ์ เมื่อเจ้าทรัพย์มาแจ้งความว่า จำเลยเป็นคนร้ายนี้ จึงพากันไปตรวจค้นบ้านของจำเลย จึงพลรถจักรยาน 3 ล้อ พร้อมด้วยอุปกรณ์ที่หายไปและยึดเอามาเป็นของกลาง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อปฏิบัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102 103 เป็นเพื่อกำหนดวิธีการอันหนึ่งที่เจ้าพนักงานจะต้องทำ ไม่ได้บังคับว่าถ้าไม่ปฏิบัติตามนั้นแล้ว จะไม่ให้ฟังเสียเลยว่าได้ของกลางที่บ้านจำเลย การที่ไม่บันทึกให้จำเลยรับรู้ ศาลก็จำต้องระมัดระวังพยานบุคคลที่โจทก์นำสืบในข้อที่ได้ของกลางที่บ้านจำเลย แต่เฉพาะคดีนี้ศาลเห็นว่า พยานบุคคลของโจทก์ฟังได้โดยปราศจากสงสัยว่า จับของกลางได้ที่บ้านจำเลยทั้งสิ้น จึงพิพากษากลับให้ลงโทษจำเลย ตามคำพิพากษาฎีกานี้ เป็นการค้นโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นแต่ไม่ได้บันทึกรายละเอียดแห่งการค้น และสิ่งของที่ค้นได้เท่านั้น จึงไม่น่าจะกระทบถึงมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน พยานหลักฐานที่ค้นได้มานั้นน่าจะรับฟังได้

(4) ผู้ที่กระทำการ โดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด หมายความว่า ผู้ที่ก่อให้เกิดการได้มาโดยมิชอบได้ถูกดำเนินคดีอาญาในส่วนที่กระทำโดยมิชอบเพียงใด ทั้งนี้ เพราะหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานโดยมิชอบนี้ เป็นมาตรการที่บังคับอีกฝ่ายหนึ่งที่ศาลในต่างประเทศนำมาใช้ เพื่อยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจในการจับหรือค้นโดยมิชอบ เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าว ดังนั้น หากเจ้าพนักงานเหล่านั้นได้รับโทษแล้ว ก็อาจไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่ออย่างยิ่งอีก⁷⁴ กรณีนี้เป็นการปราบเจ้าพนักงานมิให้แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพราะศาลจะไม่รับฟัง

การบัญญัติมาตรา 226/1 เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 หากพิจารณาไม่ดีแล้วอาจเข้าใจได้ว่ามาตรา

⁷⁴ อุคม รัฐอมฤต (2551) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 2 หน้า 227

226/1 เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 226 แต่ความจริงแล้วไม่ใช่ เพราะเจตนารมณ์ของมาตรา 226/1 ไม่ได้ประสงค์จะให้มิผลกระทบถึงบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา 84 วรรคท้าย มาตรา 134/4 วรรคท้าย และมาตรา 226 ดังนั้นพยานหลักฐานที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวจึงต้องถือว่าเป็นบทตัดพยานหลักฐานโดยเด็ดขาด ส่วนมาตรา 226/1 นี้ น่าจะมุ่งถึงพยานหลักฐาน 2 ประการคือ (1) พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ ซึ่งปัญหานี้ อาจกระทบถึงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการค้นโดยมิชอบ ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่ รวมทั้งพยานหลักฐานอื่นๆ ที่วิธีการได้มาของพยานหลักฐานทำไม่ถูกต้อง และ (2) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ พยานหลักฐานตาม (2) นี้ เข้าในได้ง่ายกว่า (1) เช่นพยานหลักฐานที่เป็นคำรับสารภาพของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนซึ่งปฏิบัติไม่ถูกต้องตามมาตรา 134/1 จึงต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 134/4 วรรคท้าย แต่ในคำรับสารภาพนั้นได้ระบุถึงแหล่งซ่อนอาวุธปืน ของกลางซึ่งเจ้าพนักงานไปยึดมาได้ อาวุธปืนของกลางจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น โดยมิชอบเข้าหลักเกณฑ์ของมาตรา 226/1 ⁷⁵



⁷⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย (2551) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (มีนาคม) หน้า 101

บทที่ 4

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของต่างประเทศ และวิเคราะห์

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา

1.1 หลักการและเหตุผล

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา นั้นกล่าวได้ว่าแต่เดิมที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานใดในการพิจารณาคดีอาญาจะมีการพิจารณาเพียงว่าพยานหลักฐานนั้นช่วยให้ลูกขุนตัดสินความผิดถูกได้หรือไม่เท่านั้น ดังนั้นหลักการรับฟังพยานหลักฐานเดิมจะมีความเชื่อกันว่าพยานหลักฐานที่อยู่ในประเด็นหรือเกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิจารณาควรที่จะรับฟังได้โดยไม่ต้องถูกกีดกันออกไปเพียงเพราะเหตุในเรื่องของแบบอย่างการได้มาเท่านั้น แม้ว่าแบบอย่างวิธีการได้มาจะผิดกฎหมายแต่พยานหลักฐานที่ได้มาขึ้นนั้นมีคุณค่าพอที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยแล้วศาลย่อมรับฟัง ในปัจจุบันหลักการรับฟังพยานหลักฐานในวิธีพิจารณาความอาญาได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเนื่องจากความเชื่อของฝ่ายตุลาการที่พิจารณาเห็นว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักประกันการจับ คั้น ยึด โดยไม่มีเหตุอันควรใน The fourth Amendment ซึ่งกรณีดังกล่าวจะไร้ความหมาย เว้นแต่จะมีการป้องกันการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเสาะแสวงหาหรือได้มาซึ่งพยานหลักฐานเพื่อผูกมัดผู้ต้องหา พยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานตำรวจได้มาโดยวิธีการอันไม่ถูกต้องตามกฎหมายนั้น สำหรับมาตรการที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยคือการนำเอาหลักเกณฑ์ในการไม่รับฟังพยานหลักฐานโดยเคร่งครัดมาใช้ ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า

(1) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการฝ่าฝืนสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในการพิจารณาคดีเหตุผลหลักที่ศาลใช้ในการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้เพราะศาลเชื่อว่าการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญออกไป เป็นการยับยั้งตำรวจมิให้กระทำการใดๆที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁷⁶ นอกจากนี้ศาลได้อ้างหลัก “ศักดิ์ศรีของตุลาการ” หรือ judicial Integrity ว่าหากศาลรับฟัง

⁷⁶ D.Lowell Jensen and Rosemary Hart. “The Good Faith Restatement of the Exclusionary Rule.” The Journal of Criminal Law & Criminal Law & Criminology. 73, 3. 1982. P.

พยานหลักฐานเหล่านี้ ก็เท่ากับศาลมีส่วนร่วมสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดกฎหมาย

(2) หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานชนิดที่เป็นพยานเอกสารและวัตถุพยานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นเป็นหลักการของศาลอเมริกาที่จะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานชนิดที่เป็นพยานเอกสารหรือวัตถุพยานที่เจ้าพนักงานแสวงหาหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งศาลอเมริกาได้อ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญใน The Fourth Amendment ที่มีใจความสรุปได้ว่า "สิทธิของประชาชนที่จะมีความปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และทรัพย์สินจากการถูกตรวจค้นหรือยึดโดยไม่มีสาเหตุอันควรจะละเมิดไม่ได้ และจะออกหมายเพื่อกระทำความดังกล่าวไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันควรเชื่อถือซึ่งได้รับการยืนยันด้วยคำสาบานหรือคำปฏิญาณ และโดยเฉพาะต้องระบุสถานที่ที่จะค้นหรือบุคคลที่จะจับกุมหรือสิ่งที่จะยึดไว้ในหมายนั้น" การจับหรือค้นที่ถูกกฎหมายตามบทบัญญัติดังกล่าวต้องมีหมาย ซึ่งผู้พิพากษาออกให้โดยที่เจ้าหน้าที่พนักงานทำเป็นคำร้องระบุบุคคลที่จะจับสถานที่หรือสิ่งของที่จะค้น และจะต้องอ้างว่ามีสาเหตุอันควร (Probable Cause) ที่ต้องทำเช่นนั้น โดยมายืนยันเองด้วยการสาบานหรือปฏิญาณคำว่า "สาเหตุอันควร" นี้ผู้พิพากษาจะพิจารณาจากหลักฐานหรือข่าวสารทั้งในเชิงคุณภาพและปริมาณซึ่งเจ้าพนักงานนำเสนอเพื่อแสดงรายละเอียดว่าได้มีการกระทำความผิดบุคคลผู้ต้องสงสัยเป็นผู้กระทำความผิดหรือพยานหลักฐานนั้นจำเป็นต่อการพิสูจน์ความผิด หากพยานเอกสารหรือวัตถุพยานที่เจ้าพนักงานได้มาจากการจับหรือการค้นโดยไม่มีหมายหรือไม่เข้าข่ายยกเว้นในกฎหมายแล้วศาลอเมริกันจะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีเลยเนื่องจากศาลอเมริกันถือว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาไว้ซึ่งเป็นหลักพื้นฐาน ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดสิทธิของจำเลยและถือว่าความมีวินัยของตำรวจในการหาพยานหลักฐานในคดีเป็นเรื่องสำคัญ การยอมให้ตำรวจปฏิบัติการณ์มิชอบเป็นความชั่วร้ายยิ่งกว่าการปล่อยอาชญากรไปบ้างในบางครั้งเสียอีก ศาลจึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) การที่ศาลอเมริกันนำหลัก Exclusionary Rule มาใช้อย่างเคร่งครัด คือ คำว่า "หลักการตัดพยาน" นี้แปลมาจากคำภาษาอังกฤษว่า Exclusionary Rule ความหมายโดยย่อของคำนี้ก็คือ พยานหลักฐานอะไรที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้มา โดยการตรวจค้นและการยึดที่มีชอบไม่อาจใช้ยืนยันผู้ถูกค้น หรือถูกยึดนั้นในคดีอาญาได้หลักกฎหมายนี้พัฒนา โดยฝ่ายตุลาการได้พัฒนาโดยอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่สี่ ซึ่งมีข้อความดังนี้

สิทธิของประชาชนที่จะได้รับหลักประกันในเนื้อตัว บ้าน เอกสาร และข้าวของเครื่องใช้ของตนจากการตรวจค้น และการยึดที่ไม่มีเหตุอันสมควรไม่อาจล่วงละเมิดมิได้ และจะไม่มี

หมายค้นใดที่อาจออกให้ได้เว้นเสีย แต่ว่าเป็นการออกโดยมีเหตุอันน่าเชื่อที่สนับสนุน โดยคำสาบาน หรือคำยืนยัน และกล่าวเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ที่จะตรวจค้น และบุคคล และสิ่งของที่ จะยึด

ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่สี่ดังกล่าวมีข้อความเพียงสั้นๆ แต่ด้วยการขยายความของศาลอเมริกัน บทบัญญัตินี้จึงมีผลสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกาอย่างมากมาย ซึ่งก็ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ที่บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยาน เอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลย มีผิด หรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น....”

เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติใน มาตรา 226 ของไทยเห็นได้ว่า มีความหมายกว้างกว่าของสหรัฐอเมริกา และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็บัญญัติการคุ้มครองแบบเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่สี่ของสหรัฐอเมริกา เช่น มาตรา 35 บัญญัติในวรรคหนึ่งว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน และในวรรคสองว่า บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัย และครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หลัก Exclusionary Rule มิได้จำกัดการใช้บังคับกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดสิทธิของประชาชนดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น หากแต่ได้ถูกตีความขยายขอบเขตออกไปครอบคลุมถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากพยานหลักฐานชิ้นแรกด้วย พยานหลักฐานชิ้นหลังนี้เรียกว่า Fruit of the Poisonous Tree (ผลไม้ของต้นไม้ที่มีพิษ) ซึ่งศาลสูงสุดห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานแม้ว่าจะได้มาโดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ถ้าได้มาซึ่งพยานหลักฐานชิ้นนั้นสืบเนื่องมาจากการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น กรณีที่พยานหลักฐานชิ้นแรกซึ่งได้มาโดยมิชอบและถูกตัดออกไปโดยหลักนี้ แต่ข้อมูลซึ่งได้มาจากพยานหลักฐานนั้นทำให้ตำรวจสามารถนำพยานหลักฐานอีกชิ้นหนึ่งมาโดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้ก็ยังถือว่าพยานหลักฐานชิ้นหลังเป็นเสมือนผลไม้ที่ถือกำเนิดมาจากต้นไม้ที่มีพิษไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ทฤษฎีซึ่งศาลกำหนดขึ้นนี้ทำให้พยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยไม่ชอบตามรัฐธรรมนูญนั้นนอกจากจะไม่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลแล้วก็ยังไม่สามารถนำไปใช้เพื่อประโยชน์ใดๆทั้งสิ้นด้วย เช่นคดี Brewer v. Williams พนักงานสอบสวนปฏิเสธไม่ให้ผู้ต้องหาพบทนายความ ต่อมาผู้ต้องหาให้การรับสารภาพ การรับสารภาพนั้นนำไปสู่การค้นพบศพผู้ตาย ทั้งคำรับสารภาพและศพผู้ตายล้วนเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ในคดี และคดี Wong Sun v. United States เจ้าพนักงานจับกุมผู้ต้องหาโดยละเมิดสิทธิตาม The Fourth Amendment ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพชั้นจับกุมคำรับสารภาพ

นำไปสู่การค้นหายาเสพติดให้โทษ ทั้งคำรับสารภาพและยาเสพติดให้โทษไม่เป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้แต่หลักการดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้น 2 ประการ คือ

1. กรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานชิ้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ (Inevitable Discovery) พยานชิ้นหลัง (Derivative Evidence) ที่ได้มาเพราะพยานชิ้นแรกอาจจะใช้รับฟังได้ ถ้าพยานชิ้นหลังนั้นจะต้องถูกค้นพบอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่มีการได้มาซึ่งพยานชิ้นแรกก็ตาม เช่น ถ้ำบันทึกของจำเลยที่ได้มาโดยมิชอบระบุว่าเอาปืนของกลางไปทิ้งไว้ในตู้ไปรษณีย์ ปืนของกลางนั้นอาจรับฟังได้ เพราะมีระเบียบบังคับให้พนักงานไปรษณีย์ต้องนำสิ่งของแปลกปลอมต่างๆ ส่งให้เจ้าพนักงานตำรวจโดยเร็วเมื่อพบสิ่งของนั้น ด้วยเหตุนี้เจ้าพนักงานก็จะต้องได้พบปืนของกลางนั้นอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่ทราบถึงที่ซ่อนของปืนนั้นจากบันทึกของจำเลยที่ได้มาเพราะการค้นบ้านจำเลยอันมิชอบก็ตาม

2. กรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานชิ้นนั้นจากแหล่งอิสระ (Independent Source) พยานชิ้นหลังอาจใช้รับฟังได้ ถ้าอัยการสามารถพิสูจน์ได้ว่าจะมีการค้นพยานชิ้นหลังนั้นอยู่นั่นเอง จากแหล่งหรือวิธีการอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับพยานชิ้นแรกนั้นเช่น ตามกรณีบันทึกของจำเลยข้างต้น ถ้าอัยการสามารถพิสูจน์ได้ว่าผลการสืบสวนสอบสวนของตำรวจจะนำไปสู่การค้นพบปืนของกลางนั้นอยู่แล้วแม้ว่าจะไม่มีการค้นและยึดบันทึกส่วนตัวของจำเลยก็ตาม กล่าวคือตำรวจได้สอบปากคำพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ตอนที่จำเลยนำปืนไปทิ้งตำรวจพอจะทราบแล้วว่าปืนนั้นอยู่ที่ใด ซึ่งในที่สุดตำรวจก็คงจะหาปืนนั้นพบแม้ว่าจะไม่มีการค้นและยึดบันทึกส่วนตัวของจำเลยก็ตาม

เหตุผลที่ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา ห้ามมิให้รับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยวิธีอันมิชอบ ทั้งที่ความน่าเชื่อถือ (Reliability) ของพยานนั้นมิได้แปรเปลี่ยนไปเพราะการจับ การค้น หรือการยึด ที่มิชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใดซึ่งอาจจะแยกแยะเหตุผลแห่งการไม่ยอมรับฟังมี 3 ประการคือ⁷⁷

(1) เหตุผลประการแรก คือเหตุผลในแง่ของการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการเช่นนั้นอีก (Deterrent) ศาลฎีกาอเมริกันได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาคดีต่างๆอยู่เสมอว่าเหตุผลที่สำคัญที่สุดในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบก็เพื่อที่จะยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบเช่นนั้นต่อไปอีก ในกรณีนี้อาจเป็นการยับยั้งเจ้าพนักงานผู้นั้นโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Deterrent) หรือยับยั้งเจ้าพนักงานอื่นโดยทั่วไป (General Deterrent) ก็ได้ เช่น ถ้าเจ้าพนักงานผู้ทำการค้นโดยไม่มีหมายค้นตระหนักดีว่าศาลจะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่

⁷⁷ เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์ “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่มิชอบด้วยกฎหมาย” หน้า 122

ได้มาจากการคั่นนั้น เจ้าพนักงานผู้นั้นอาจไม่กล้ากระทำการคั่นโดยไม่มีหมายคั่นนั้นต่อไปอีก เมื่อจะทำการคั่นในคราวต่อไปจำเป็นต้องดำเนินการให้มีการออกหมายคั่นเสียก่อนหลักการเดียวกันนี้ก็มุ่งหวังว่าจะมีผลเป็นการยับยั้งต่อเจ้าพนักงานรายอื่น โดยทั่วไปด้วย

(2) เหตุผลประการที่สอง คือเหตุผลในแง่ของความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล (Judicial Integrity) นอกจากเหตุผลในแง่ของการยับยั้งแล้วศาลฎีกาอเมริกันได้อ้างอยู่เสมอว่าความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลจะเสื่อมเสียไปถ้ายอมให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบถ้าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลยก็เท่ากับศาลไร้ความบริสุทธิ์และกลายเป็นหุ้นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมายของเจ้าพนักงาน (Partnership in Lawlessness) หลักในเรื่องความยุติธรรมเป็นกลางของศาลที่จะไม่เอียงเอนเข้ากับฝ่ายใดมีผลเป็นการบังคับให้ศาลต้องไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการเตือนให้ฝ่ายบริหารควบคุมเจ้าพนักงานได้ตระหนักว่า ศาลจะไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารได้รับประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบโดยเจ้าพนักงานของฝ่ายบริหารนั้น

(3) เหตุผลประการสุดท้าย คือเหตุผลในแง่ของสิทธิส่วนบุคคล (Personal Right) ของผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ ซึ่งในระยะแรกศาลฎีกาอเมริกันเคยอ้างว่าเหตุผลที่ไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็เพราะเป็นสิทธิของจำเลยผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบจะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานนั้น และการที่ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานตามที่จำเลยร้องขอเสมือนหนึ่งเท่ากับศาลได้ให้คำสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกล่วงละเมิดนั่นเอง

จะเห็นว่าแนวความคิดของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของศาลอเมริกันมีวิวัฒนาการเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิส่วนบุคคลจากเดิม ซึ่งถือเพียงว่าการปฏิบัติของเจ้าพนักงาน โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลเป็นการกระทำที่ไม่ชอบบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิอาจฟ้องร้องว่ากล่าวแก่เจ้าพนักงานผู้นั้นได้ มาสู่แนวความคิดในปัจจุบันที่ขยายขอบเขตแห่งความคุ้มครองออกไปถึงผลงานที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติโดยมิชอบนั้นด้วย โดยให้ถือว่าสิ่งของหรือข้อมูลที่เจ้าพนักงานผู้นั้นไม่ได้มาโดยชอบเป็นอันเสียเปล่าไม่อาจใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานในคดีได้จากหลักการและเหตุผลที่ศาลของสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบผู้ศึกษาเห็นว่ามิทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่บ้าง ในบางครั้งการที่เราร่วมงวดและเคร่งครัดจนเกินไปอาจทำให้เสียกระบวนการยุติธรรมไปบ้างจนทำให้ผู้กระทำความผิดชกเป็นเหตุผล หรืออ้างการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่เป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่างๆ ที่พยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ค้นพบมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ยังคงมีคุณค่าเหมือนเดิมจากหลักการและเหตุดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะมีที่เหมาะสมสำหรับใช้ในประเทศที่มีการพัฒนาแล้วเนื่องจากประชาชนมีการศึกษาที่พัฒนาสูงขึ้นไม่เหมาะสมสำหรับประเทศกำลังพัฒนา

1.2 กระบวนการในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานในสหรัฐอเมริกา⁷⁸

กระบวนการในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานในสหรัฐอเมริกานั้น เริ่มจากจำเลยผู้ถูกละเมิดสิทธิขอให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน หากจำเลยไม่ยื่นคำร้องคัดค้านพยานหลักฐานศาลก็ถือว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยวิธีการอันถูกต้องและจะรับฟังพยานหลักฐานนั้นเสมอไป ด้วยเหตุนี้จำเลยจึงต้องยื่นคำร้องต่อศาลเสมอขอให้ศาลไม่รับฟังถ้าจำเลยเห็นว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยการล่วงละเมิดสิทธิของจำเลยโดยตรง มีข้อน่าสังเกตว่าถ้าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่สามแล้วจำเลยไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลไม่รับฟัง ส่วนเวลาในการร้องขอกฎหมายของรัฐต่างๆ ส่วนมากให้จำเลยยื่นคำขอหรือก่อนมีการพิจารณาคดี ทั้งนี้เพื่อป้องกันให้ลูกขุนซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าจำเลยผิดหรือบริสุทธิ์ได้มีโอกาสรู้เห็นเกี่ยวกับพยานหลักฐานดังกล่าวอันจะทำให้ลูกขุนเกิดอคติต่อจำเลยได้ แม้ในกรณีที่ไม่มีการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยลูกขุนการวิจัยถึงความถูกต้องของวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานก็ควรกระทำให้เสร็จสิ้นไปก่อนเริ่มต้นการพิจารณาคดี ทั้งนี้เพื่อในการพิจารณาคดีมุ่งโดยตรงถึงประเด็นที่เกี่ยวกับความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยเท่านั้น โดยระหว่างพิจารณาศาลมีต้องมาเสียเวลาวินิจฉัยนอกประเด็นว่าพยานหลักฐานชิ้นหนึ่งนี้ได้มาด้วยวิธีอันถูกต้องหรือไม่ การพิจารณาจะกระทำโดยเปิดเผย โดยฝ่ายจำเลยอ้างว่าเจ้าพนักงานล่วงละเมิดสิทธิของตนมีหน้าที่นำสืบก่อนว่าการกระทำของเจ้าพนักงานไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรบ้าง จากนั้นอัยการจะนำเจ้าพนักงานผู้กระทำการจับ คั่น หรือยึดมาให้การแก้ การโต้แย้งอาจมีทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ปัญหาข้อเท็จจริงก็เช่นฝ่ายจำเลยอาจอ้างว่าเจ้าพนักงานได้ทำการค้นตัวจำเลยโดยไม่มีเหตุอันควร ทางฝ่ายเจ้าพนักงานก็อาจโต้แย้งว่าไม่ได้มีการค้นเกิดขึ้นเลย เพราะเมื่อจำเลยเห็นเจ้าพนักงานก็เอาของกลางทั้งหมดที่ เป็นต้น ปัญหาข้อกฎหมายก็เช่นฝ่ายจำเลยอ้างว่าตามข้อเท็จจริงยังไม่ถือว่ามีเหตุอันควรที่เจ้าพนักงานจะดำเนินการค้นได้ ซึ่งทางฝ่ายเจ้าพนักงานก็อาจแย้งว่าตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อหน้าเจ้าพนักงาน เช่น ถ้าทางอัยการของจำเลยถือได้แล้วว่ามีเหตุอันควรที่จะกระทำค้นตัวจำเลยได้ เป็นต้น ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริง หรือ ข้อกฎหมายดังกล่าว อาจเป็นคนเดียวกับผู้พิพากษาที่จะนั่งเป็นประธานในการพิจารณาคดีนั้นต่อไปก็ได้ หรือบางกรณีอาจเป็นคนเดียวกันที่ได้เคยออกหมายให้แก่เจ้าพนักงานมาแล้วก็ได้ แต่ภายหลังมาถูกจำเลยโต้แย้งอีกว่าการออกหมายโดยผู้พิพากษาทำไปโดยไม่ถูกต้อง เพราะยังไม่มีเหตุในการออกหมายตามกฎหมาย ศาลวินิจฉัยว่าเจ้าพนักงานกระทำการจับ คั่น หรือ ยึด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็อาจไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน

ในส่วนของการอุทธรณ์คำสั่งศาล ถ้าศาลวินิจฉัยแล้วเห็นว่าวิธีที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะสั่งไม่รับฟังพยาน หลักฐานที่ได้มานั้น ซึ่งอัยการสามารถอุทธรณ์ คำสั่งดังกล่าวต่อศาลสูงสุดได้ทันที ทั้งนี้เพราะพยานหลักฐานที่ศาลไม่ยอมรับฟังนั้นอาจเป็นพยานชิ้นสำคัญในคดี เช่น ยาเสพติดในความผิดฐานครอบครองยาเสพติด หรือ ปืนในความผิดฐานครอบครองปืนไม่มีทะเบียน ถ้าอัยการอ้างยาเสพติดหรือปืนเป็นพยานมิได้ เมื่อคดีไปถึงศาล ศาลอาจจะต้องยกฟ้อง ซึ่งอาจมีผลบังคับให้อัยการต้องถอนฟ้องคดี นั้นเสียตั้งแต่แรก ด้วยเหตุนี้เองอัยการจึงมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งศาลที่ไม่ยอมรับฟังพยานนั้นได้ทันที ส่วนจำเลยนั้นถ้าศาลวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานรับฟังได้เพราะวิธีการที่ได้มาซึ่งพยานนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว จำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งศาลมิได้ในทันที จำเลยจะต้องหาทางออก 2 ประการ คือ ประการแรก เมื่อคดีนั้นไปสู่การพิจารณา จำเลยอาจร้องขอต่อศาล ซึ่งพิจารณาคดีนั้นให้วินิจฉัยถึงประเด็นที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นๆ เสียใหม่ ถ้าศาลไม่ยอมวินิจฉัยใหม่ตามคำร้องขอของจำเลย หรือถ้าวินิจฉัยใหม่แล้วเห็นว่าพยานนั้นรับฟังได้เพราะวิธีการที่ได้มาซึ่งพยานนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในกรณีเหล่านี้ จำเลยก็จะต้องรอให้การพิจารณาคดีสิ้นสุดลง หากจำเลยถูกตัดสินว่าผิด จำเลยก็จะต้องหาทางออก ประการที่สองด้วยการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยอ้างว่าศาลชั้นต้นตัดสินผิดพลาด เพราะรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ควรรับฟัง ในกรณีนี้ศาลอุทธรณ์ก็จะวินิจฉัยใหม่ว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นมิชอบ เช่น ยังไม่มีเหตุอันควรที่เจ้าพนักงานจะทำการค้นบ้านจำเลยได้ ศาลอุทธรณ์ก็จะสั่งว่าพยานหลักฐานนั้นรับฟังไม่ได้ และศาลชั้นต้นได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดพลาดในการที่ไปรับฟังพยานหลักฐานนั้น

ในกรณีนี้ศาลอุทธรณ์อาจดำเนินการสองประการคือ ประการแรกคือศาลอุทธรณ์อาจตัดสินยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นทั้งที่ศาลอุทธรณ์เห็นว่าศาลชั้นต้นรับฟังพยานหลักฐานไม่ถูกต้องทั้งนี้อัยการสามารถพิสูจน์ให้ศาลอุทธรณ์เห็นว่าศาลชั้นต้นอาศัยพยานหลักฐานชิ้นอื่นมิใช่พยานหลักฐานชิ้นที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าเสียไปนั้นเป็นหลักฐานในการพิจารณา พิพากษาคดี เช่น ในคดีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย นอกจากพยานวัตถุคือมีดของกลางที่จำเลยใช้ในการกระทำความผิดแล้วอัยการ โจทก์ยังอ้างพยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์อย่างใกล้ชิดอีกหลายปากด้วยการที่ศาลชั้นต้นรับฟังพยานวัตถุอย่างผิดพลาดไปนั้นจึงไม่ทำให้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นต้องเสียไปทุกกรณี ทั้งนี้เพราะศาลชั้นต้นอาจจะใช้พยานอื่นๆ เช่น พยานบุคคลเป็นเครื่องมือในการพิพากษาคดีก็ได้ การที่ศาลชั้นต้นรับฟังพยานวัตถุอย่างผิดพลาดแต่การรับฟังนั้นไม่ทำให้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นต้องเสียไปเพราะยังมีพยานบุคคลอื่นที่รับฟังได้อยู่อีกนี้ เรียกตามภาษากฎหมายอเมริกันว่า “ความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย”

ประการที่สอง บางกรณีศาลอุทธรณ์อาจจำต้องยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและส่งสำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่าพยานหลักฐานที่ศาลชั้นต้นรับฟังอย่างผิดพลาดนั้นเป็นพยานชิ้นสำคัญที่สุดของคดีเช่น ยาเสพติดในคดีครอบครองยาเสพติด หรือปืนในคดีครอบครองปืนไม่มีทะเบียนในกรณีนี้จะอ้างหลัก “ความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย” ไม่ได้ในทางปฏิบัติ เมื่อศาลอุทธรณ์ ส่งสำนวนกลับมายังศาลชั้นต้นให้พิจารณาใหม่คดีก็จะสิ้นสุดลงทันที โดยอัยการมักจะไม่ยอมดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อไปอีก เพราะเห็นว่าถ้าขึ้นฟ้องร้องไปโดยไม่อาจอ้างพยานชิ้นสำคัญที่สุดของคดีนั้นได้ ศาลก็จะยกฟ้องอย่างแน่นอน สรุปกระบวนการที่ศาลอเมริกาไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาเริ่มต้นจากการที่จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการล่วงละเมิดสิทธิของจำเลยโดยตรงระยะเวลาในการร้องขอต้องร้องขอก่อนมีการพิจารณาคดี เพื่อป้องกันให้ลูกขุนซึ่งมาหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์และการพิจารณาจะกระทำโดยเปิดเผย โดยฝ่ายจำเลยผู้อ้างอิงเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบก่อนว่าการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร และต่อจากนั้นพนักงานอัยการก็นำเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจยึด จับกุมมาทำการแก้ต่างถ้าศาลวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่ได้จากการตรวจยึด จับกุม หรือค้น โดยมิชอบด้วยกฎหมายศาลก็อาจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มานั้นได้และส่วนในการอุทธรณ์คำสั่งศาลนั้น ถ้าศาลเห็นว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น และพนักงานอัยการสามารถอุทธรณ์คำสั่งของศาลได้ทันที ส่วนจำเลยเมื่อศาลวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานรับฟังได้เพราะวิธีการได้มาชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งทันทีไม่ได้จำเลยจะต้องหาทางออก 2 ประการคือคืออยู่ในระหว่างการพิจารณาจำเลยอาจร้องขอต่อศาลถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานใหม่ และวิธีการที่สองคือการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยอ้างว่าศาลชั้นต้นตัดสินผิดพลาดเพราะรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ควรรับฟัง

1.3 ประเภทของพยานหลักฐานที่ศาลไม่รับฟัง

(1) พยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำที่โหดร้ายของเจ้าหน้าที่ตำรวจสำหรับประเด็นนี้จะเกี่ยวข้องกับปัญหาเรื่องการใช้มาตรการนำพยานหลักฐานในตัวผู้ต้องหาออกมาพิสูจน์ความผิดที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องหาหรือจำเลย ในสหรัฐอเมริกาประเด็นนี้มีปัญหาความขัดแย้งกันในเรื่องความสำคัญของการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับประสิทธิภาพในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่อยู่ในตัวของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มีคุณค่าในการสามารถพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ ซึ่งเมื่อศึกษาจากคำพิพากษาของศาลแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลสหรัฐอเมริกากำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ตำรวจไว้เป็นกรณีแต่ละคดีดังนี้

ในคดีแรก *Rochin v. California, U.S. 165 (1952)*⁷⁹ คดีนี้ศาลสูงสหรัฐปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้พยานหลักฐานนั้นมาโดยถือว่าเป็นการกระทำที่รุนแรงโหดร้าย โดยถือว่ายาเสพติดประเภท มอร์ฟินชนิดแคปซูลที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาจากกรรมาที่ให้ผู้ต้องหาอาเจียนออกมาโดยวิธีการบังคับและฝืนความรู้สึกของผู้ต้องหาจนพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ยาเสพติดนั้นมาหลังจากผู้ต้องหาถูกไล่ออกไปในห้อง และนำเสนอเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี ศาลสูงได้ยกฟ้องจำเลยเพราะถูกพบว่าการกระทำดังกล่าวฝ่าฝืนหลักการในศาสนาที่ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติและขัดกับความยุติธรรมในความรู้สึกของศาลอาจเรียกเป็นภาษาอังกฤษ “Shocking”

ข้อเท็จจริงในคดีนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ข้อมูลมาว่าผู้ต้องหากำลังขายยาเสพติดอยู่ที่บ้านของผู้ต้องหา เจ้าหน้าที่ตำรวจสามคนจึงไปที่บ้านของผู้ต้องหาซึ่งเป็นบ้านสองชั้นมีผู้ต้องหากักอยู่กับภรรยา น้องชายและน้องสาว เมื่อตำรวจไปพบว่าประตูหน้าบ้านเปิดอยู่จึงได้เข้าไปและขึ้นไปชั้นสองของบ้านซึ่งเป็นห้องนอนของผู้ต้องหา พบผู้ต้องหานั่งอยู่บนเตียงและภรรยาอนอยู่ข้างๆ เจ้าหน้าที่ตำรวจมองเห็นยาสองเม็ดวางอยู่บนเตียงนอน จึงสอบถามว่าเป็นของใครทันใดนั้นเองผู้ต้องหาได้หยิบยาสองเม็ดดังกล่าวใส่เข้าไปในปากของเขา เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงได้กระโดดเข้าไปขัดขวางเพื่อนำยาสองเม็ดนั้นออกมาแต่ผู้ต้องหาได้กลืนลงไปแล้ว ต่อมาผู้ต้องหาถูกใส่กุญแจมือและนำตัวไปที่โรงพยาบาล สายยางที่มีลักษณะเป็นท่อขนาดเล็กถูกสอดใส่ทางปากของผู้ต้องหา ผ่านไปยังช่องท้องและสารละลายผสมด้วยยาที่ทำให้อาเจียนถูกส่งผ่านเข้าไปโดยการบังคับและฝืนความรู้สึกของผู้ต้องหา จนกระทั่งทำให้ผู้ต้องหาอาเจียนออกมา และปรากฏมอร์ฟินสองเม็ดจากการที่ผู้ต้องหาอาเจียนออกมาซึ่งถูกนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานกล่าวโทษผู้ต้องหาในเวลาต่อมา ศาลสูงสหรัฐไม่รับฟัง พยานหลักฐานนี้เพราะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 14 รัฐธรรมนูญ⁸⁰

(2) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ (ในกรณีที่ไม่มีหมาย) ในคดี *Weeks v. United States, 232 U.S.383 (1914)* เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานได้พยานเอกสารมาโดยการค้นที่มิชอบสำหรับในคดีนี้เจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานคือบรรดาจดหมายและเอกสารโต้ตอบต่างๆ ของจำเลยจากการค้นบ้านของจำเลยโดยมิชอบ และศาลสูงตัดสินชี้ชัดว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืน The Fourth Amendment รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ ในคดีนี้ ตำรวจได้ค้นพบบ้านของจำเลยโดยไม่มีหมาย และได้ยึดเอกสารส่วนตัวบางชิ้นของจำเลยมาเป็นพยานหลักฐานในการ

⁷⁹ Rolando V.del Carmen. Ibid. p.61,62.

⁸⁰ Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Isreal. Ibid. p.36.

ฟ้องร้องคดีอาญาว่าจำเลยเล่นการพนันทางไปรษณีย์ โดยศาลอ้างว่าถ้ายอมให้ฟังพยานหลักฐานชั้นนั้น ได้บทบัญญัติมาตรา 4 ในรัฐธรรมนูญที่ห้ามการค้นการยึด โดยไม่มีเหตุอันควรจะได้ผล

ในคดี *Mapp v. Ohio* เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปในบ้านของ Ms.Mapp เพื่อที่จะทำการค้นหาพยานหลักฐานที่ใช้ในการเล่นการพนันและผู้เล่นที่หลบซ่อน Ms.Mapp ได้ถามถึงหมายค้นซึ่งแน่นอนว่าหากเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีหมายค้นย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำการค้นในสถานการณ์เช่นนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้หนึ่งได้แสดงกระดาษแผ่นหนึ่งแต่ไม่ได้ให้ Ms.Mapp อ่านข้อความในกระดาษแผ่นนั้น ซึ่งต่อมาภายหลังเจ้าหน้าที่ตำรวจยอมรับว่ากระดาษแผ่นดังกล่าวไม่ใช่หมายค้น แต่แสดงเพื่อหลอก Ms.Mapp ในการค้นหาอย่างละเอียดภายในบ้านทั้งหลังรวมไปถึงหนังสือและกระดาษของเขาด้วย ปรากฏว่าในระหว่างการค้นเจ้าหน้าที่ตำรวจพบหนังสือผิดกฎหมายจำนวน 4 เล่ม ต่อมา Ms.Mapp ถูกฟ้องในข้อหาที่มีหนังสือผิดกฎหมายไว้ในครอบครอง พยานหลักฐานดังกล่าวรับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้⁸¹

(3) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการมิชอบ (ในกรณีไม่มีสาเหตุอันสมควร) ถึงแม้หลักการทั่วไปของการค้นและการยึดจะต้องมีหมาย แต่การค้นการยึดโดยไม่มีหมายสารก็สามารถทำได้ในบางสถานการณ์ ส่วนที่สำคัญที่สุดคือกรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งพยานหลักฐานที่สำคัญจะต้องถูกทำลายหรือหายไปถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่กระทำการค้นในทันที หรือในสถานการณ์บางอย่างที่มีเหตุผลอันสมควรในการค้นโดยไม่มีหมายได้

ในคดี *In re Harvey*, 295 A. 2d 93 (1972) ซึ่งศาลถือว่าเป็นการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงมีว่า ตำรวจได้รับมอบหมายจากผู้บังคับบัญชาให้ดูแลความสงบเรียบร้อยในสถานที่แห่งหนึ่ง ซึ่งมีวัยรุ่นตั้งกลุ่มทะเลาะวิวาทและไล่ยิงกันเป็นประจำ ขณะที่ตำรวจเข้าไปในสถานที่นั้นในคืนวันหนึ่งเวลาสองทุ่ม ตำรวจพบชายวัยรุ่นสามคน จึงหยุดรถและลงเดินไปหาชายทั้งสาม ชายคนหนึ่งเมื่อเห็นตำรวจตรงเข้ามาจึงได้เดินผละออกจากชายอีกสองคน ตำรวจจึงเรียกจำเลยซึ่งอยู่ในกลุ่มนั้นให้มาหา เมื่อจำเลยเข้ามาใกล้ตำรวจจึงกล่าวดูที่เสื้อโค้ตและเข็มขัดพบวัตถุชิ้นหนึ่งภายในกระเป๋าเสื้อโค้ตด้านซ้ายตำรวจจึงค้นจำเลยและพบว่าวัตถุชิ้นนั้นคือปืนเถื่อนศาลถือว่าเป็นการค้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ยอมรับฟังปืนเป็นพยานหลักฐานของกลางในคดีที่ฟ้องว่าจำเลยมีปืนเถื่อนไว้ในครอบครอง ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่า ในขณะที่ตำรวจกล่าวดูที่เสื้อโค้ตและเข็มขัดนั้น ตำรวจไม่ทราบมาก่อนเลยว่า จำเลยกระทำสิ่งใดที่เป็นการผิดกฎหมายหรือว่ามีวัตถุติดตัว ตำรวจไม่ทราบมาก่อนเลยว่าจำเลยและพวกของจำเลยอีกสองคนเป็นสมาชิกกลุ่มอันธพาล หรือเกี่ยวพันในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มอันธพาล ขณะที่จำเลยถูกรื้อกให้เข้ามาหา

⁸¹ Rolando V.del Carmen. Ibid. p.61.

ตำรวจและขณะถูกตำรวจกล่าวที่เสีย ใ้คิดและเข้มขันนั้นจำเลยมิได้กระทำการอย่างใดซึ่งตำรวจจะสันนิษฐานได้ว่ามีการกระทำที่ผิดกฎหมายในขณะนั้นเลย การที่จำเลยมิได้เชื่อฟังตำรวจและมิได้ตรงเข้าไปหาตำรวจในทันทีที่ถูกเรียกนั้นไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้ตำรวจมีอำนาจจะต้องร่างกายและคลำค้นหาสิ่งใดๆ จากร่างกายของจำเลยได้⁸²

(4) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยสืบเนื่องมาจากพยานหลักฐานอื่นซึ่งถือว่าไม่ชอบ ในคดี *Silverthorne Lumber co. v. United States*, 252 U.S. 385 (1920) ได้ขยายหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานนี้ออกไปครอบคลุมถึงดอกผลของพยานหลักฐานที่ได้มาไม่ชอบนั้นด้วย เรียกว่าเป็น *fruit of the poisonous tree* ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่านอกจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยตรงจากการค้น โดยมิชอบจะรับฟังมิได้แล้ว พยานหลักฐานอื่นๆ ที่สืบเนื่องมาจากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้น โดยมิชอบนั้นก็รับฟังไม่ได้เช่นเดียวกัน

ในคดี *Wong Sun v. United States*, 371 u.s. 471. 83 S.Ct. 407,9 L.Ed.2d 441 (1963) สายลับซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการสืบสวนผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติดจำนวน 6 คน ได้เข้าไปในร้านให้บริการซักเสื้อผ้าของ Toy เพื่อหาตัว Toy โดยเข้าไปภายในเขตที่เป็นที่อยู่อาศัยด้านหลังร้านและเป็นที่พักนอนของภริยาและลูกของ Toy เจ้าหน้าที่พบตัว Toy และได้ใ้กุญแจมือ Toy จึงบอกกับเจ้าหน้าที่ที่ว่า Yee เป็นผู้ขายยาเสพติด เจ้าหน้าที่จึงไปพบ Yee ในทันที และ Yee ยอมมอบเฮโรอินให้กับเจ้าหน้าที่และให้การนำไปสู่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าเฮโรอินด้วยคือ Toy และ Wong Sun ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาถือว่า คำให้การของ Toy ที่อยู่ในระหว่างการใ้กุญแจมือในห้องนอน และ ยาเสพติดที่ได้จาก Yee ซึ่งได้เพราะคำให้การของ Toy นั้นต้องเป็นพยานที่ถูกตัดออกไปไม่สามารถรับฟังได้เนื่องจาก ถือเป็นผลที่ได้มาจากการเข้าไปในห้องนอนของ Toy โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸³

ในคดี *Brewer v. W.lliams* พนักงานสอบสวนปฏิเสธไม่ให้ผู้ต้องหาพบทนายความ ต่อมาผู้ต้องหาให้การรับสารภาพ การรับสารภาพนั้นนำไปสู่การค้นพบศพผู้ตาย ทั้งคำรับสารภาพและศพผู้ตายล้วนเป็นพยานหลักบนที่รับฟังไม่ได้ในคดี

คดี *Back v. Ohio* , 379 U.s. 89 (1964) ศาลถือว่า การจับไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือไม่มีเหตุอันควร ในกรณีนี้ผู้จับเพียงแต่รู้ว่าผู้ถูกจับเคยกระทำความผิดมาก่อน และมีประวัติอาชญากรรมอยู่ในทะเบียนประวัติของตำรวจและผู้จับเจ้าหน้าที่ตาทำทางของผู้ถูกจับได้ถูกศาลสูง

⁸² เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์ “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม” *วารสารนิติศาสตร์* 11, 3 (2523) หน้า 26

⁸³ Yale Kamisar, wayne R. LaFave, Jerold H. Isreal. Ibid. p.819.

สหรัฐกล่าวว่า หากข้อเท็จจริงเพียงเท่านี้ถือว่าเป็นเหตุอันควรในการจับได้แล้ว ผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมติดตัวก็จะถูกจับกุมได้ตามอำเภอใจ ในคดีนี้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้น อันสืบเนื่องมาจากการจับที่ปราศจากเหตุอันควร⁸⁴

1.4 วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน

ที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยและวางหลักการที่จะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานชนิดที่เป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่เจ้าพนักงานแสวงหาหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่าไว้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการฝ่าฝืนสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในการพิจารณาคดีเหตุผลก็คือเป็นการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานตำรวจกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น พยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำที่โหดร้าย และเป็นการกระทำที่ขัดแย้งในเรื่องการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการกระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นเหตุที่มีลักษณะเฉพาะตัวของศาลสหรัฐที่เข้มแข็งและเคร่งครัดต่างไปจากต่างประเทศอื่นซึ่งประเด็นนี้เองที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง เนื่องจากแม้ว่าหลักนี้จะมีผลดีที่ถูกอ้างเป็นเหตุผลสนับสนุนแล้ว แต่ในความเป็นจริงเมื่อศาลสูงสหรัฐนำหลักนี้มาใช้แล้วก็ปรากฏผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมกล่าวคือการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอาจมีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกปล่อยตัวไป ตัวอย่างเช่น กรณีคดีบางประเภท พยานหลักฐานบางชิ้นมีความสำคัญอย่างมากที่จำเป็นจะต้องเสนอต่อศาลเพื่อที่ศาลจะได้ใช้ในการวินิจฉัยความผิดของจำเลย เช่น ยาเสพติดหรือปืน ในความผิดฐานครอบครองยาเสพติด หรือ ครอบครองปืนไม่มีทะเบียน หรือ วัตถุที่ใช้ในการเล่นการพนันในความผิดฐานเล่นการพนัน เป็นต้น พยานหลักฐานเหล่านี้ถ้าได้มาโดยวิธีการอันมิชอบและศาลจะรับฟังมิได้แล้ว ก็เป็นการบังคับให้อัยการจำต้องถอนฟ้องคดีนั้นไปในตัว เพราะถ้าฟ้องร้องต่อไปศาลก็จะยกฟ้อง ซึ่งผลก็คือผู้กระทำความผิดจะถูกปล่อยตัวไปในที่สุด

ประเด็นนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายในสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก ศาสตราจารย์ วิกมอร์ ปรามจารย์กฎหมายลักษณะพยานของสหรัฐอเมริกา ได้วิจารณ์ไว้อย่างตรงจุด การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานมิได้มีผลเป็นการคุ้มครองราษฎรผู้บริสุทธิ์ ซึ่งถูกค้น โดยมิชอบหรือมีผลเป็นการลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำอันมิชอบแต่ประการใดเลย ตรงกันข้ามการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานกลับเป็นการให้รางวัลแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกค้น โดยมิชอบนั้นเพราะการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาอาจมีผลให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้รับการปลดปล่อยตัวไปได้ ซึ่งก็มีผลเท่ากับเป็นการลงโทษสังคม โดยปล่อยผู้กระทำความผิดไปอยู่ในสังคมนั้นอีกต่อไป คำวิจารณ์นี้

⁸⁴ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์ “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม” หน้า 26

ตรงกับคำกล่าวของ ท่านผู้พิพากษา คาร์โดโซ่ ที่ว่าอาชญากรต้องถูกปล่อยตัวไปเพราะเหตุตำรวจทำผิดพลาด และอดีตประธานศาลฎีกาสหรัฐ นายอเรนอี เบเกอร์ ก็ไม่เห็นด้วยอย่างมากกับหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้ โดยเห็นว่าหลักการนี้มีผลทำให้ความยุติธรรมเสื่อมเสียไป

ส่วนในคดีประเภทอื่นซึ่งพยานหลักฐานที่รับฟัง ไม่ได้นั้นมีความสำคัญไม่มากนัก เช่น มีคของกลางในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้นอาจ不会有ผลทำให้คดีนั้นต้องเสียไปถ้าอัยการยังไม่สามารถนำพยานอื่นๆ เช่น พยานบุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์มาเบิกความต่อศาลได้ อย่างไรก็ตามการห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบางชิ้นที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ทั้งๆที่พยานนั้นน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยผิดเป็นการเพิ่มภาระให้แก่อัยการที่จะต้องแสวงหาพยานชิ้นอื่นที่รับฟังได้มาให้มากยิ่งขึ้นทั้งนี้เพราะอัยการมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์โดยปราศจากความสงสัยตามสมควร (Proof Beyond Reasonable Doubt) ว่าจำเลยมีความผิดจริงตามที่ถูกฟ้อง หากอัยการไม่สามารถหาพยานชิ้นอื่นๆ ได้อีก และพยานที่เสนอให้รับฟังได้นั้นมีน้อยชิ้นเกินไปศาลหรือลูกขุน อาจจะไม่แน่ใจว่าจำเลยกระทำผิดจริง และในบางกรณีอาจจะต้องตัดสินยกฟ้องไปเสียก็ได้⁸⁵ จะเห็นได้ว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบในสหรัฐนั้นแม้จะสร้างกรอบคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนให้มีความแข็งแกร่งขึ้นแต่มีผลกระทบกับประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมเนื่องจากศาลสหรัฐมิใช่หลักการนี้อย่างเคร่งครัดมากเกินไป

การวิพากษ์วิจารณ์ในสหรัฐได้ดำเนินต่อไปในประเด็นว่าเมื่อศาลสูงสหรัฐให้เหตุผลว่าวัตถุประสงฆ์หลักการนี้ คือการยับยั้งเจ้าพนักงานของรัฐไม่ให้แสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของประชาชน ผลทางการยับยั้งนั้นเกิดขึ้นคุ้มค่ากับการที่จะเกิดผลเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะต้องสิ้นอำนาจบังคับบัญชาให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อยหรือไม่ เพราะหากไม่มีผลยับยั้งจริงการไม่รับฟังพยานหลักฐานกลับจะเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดที่ศาลจะต้องปล่อยตัวไปแม้ว่าผู้นั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดจริงก็ตาม ทั้งๆที่พยานหลักฐานนั้นอาจสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด เนื่องจากหลักการนี้มีอิทธิพลน้อยมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ตำรวจในสหรัฐเพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลใช้เวลานานกว่าจะทราบผลว่าพยานหลักฐานที่เสนอไปศาลไม่รับฟังอันเนื่องมาจากได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้อง เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งมีคดีมากมายได้ลี้ภัยเหตุการณ์และข้อเท็จจริงในคดีเก่าๆ หมดแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจจะไม่ให้ความสนใจติดตามผลคดี แต่จะสนใจเพียงสถิติการจับกุมเท่านั้นเพราะ

⁸⁵ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การกัน การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” หน้า 134-136

นั่นเป็นผลงานความดีความชอบประจำปีคำพิพากษาของศาลไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อความเจริญก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่การงาน⁸⁶

นอกจากนี้การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอาจมีผลกระตุ้นให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบบางอย่าง การกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานที่อาจเกิดขึ้นได้ คือ การให้การเท็จ (perjury) เพื่อให้ศาลเห็นว่าวิธีการที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในสหรัฐอเมริกาได้มีการทำวิจัยพบว่าเจ้าพนักงานตำรวจใจให้การเท็จอยู่เป็นประจำ เช่น กรณี “ของกลางตก” (Dropsy Case) โดยเจ้าพนักงานจะให้การว่าจำเลยทิ้งพยานหลักฐานของกลาง (ซึ่งส่วนใหญ่เป็นยาเสพติด) ในสาธารณะทันทีที่จำเลยเห็นเจ้าพนักงาน การที่ให้การไปเช่นนั้นก็เพื่อที่จะให้ศาลเห็นว่าเจ้าพนักงานมิได้กระทำการอันมิชอบเพราะได้ของกลางมาจากการเก็บตก มิได้เกิดจากการค้นหรือยึดแต่อย่างใดต่างๆ ที่ตามความเป็นจริงแล้วเจ้าพนักงานอาจได้พยานของกลางนั้นมาจากจำเลยโดยการค้นตัวอันมิชอบด้วยกฎหมายก็ได้ หรือในบางกรณีเจ้าพนักงานตำรวจอาจแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบโดยสมคบกับผู้กระทำความผิดด้วยการจงใจจับ ค้น หรือ ยึดพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดนั้นอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้พยานหลักฐานนั้นเสียไปรับฟังมิได้ ในขณะที่เดียวกันกับที่ประชาชนก็อาจเข้าใจว่าเจ้าพนักงานได้กระทำการรักษากฎหมายตามหน้าที่อย่างดีแล้วทุกอย่าง แต่ศาลต่างหากที่เคร่งครัดในกฎหมายมากเกินไปไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มานั้นเอง⁸⁷

อย่างไรก็ตามสำหรับฝ่ายที่เห็นด้วยกับหลักการนี้ได้วิจารณ์ว่าไม่ควรพิจารณาแต่เพียงผลที่เกิดจากการใช้หลักการนี้เพียงอย่างเดียว แต่ควรหวนกลับไปพิจารณาถึงความจำเป็นที่รัฐต้องมีกฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและกำหนดหลักเกณฑ์การจับ-ค้นขึ้นไว้ดังกล่าวข้างต้น มีนักกฎหมายบางท่านซึ่งมีความคิดแบบเล็งผลในทางปฏิบัติโดยเห็นว่าการยอมรับหลักการนี้และบังคับให้เจ้าพนักงานต้องผูกพันกับหลักเกณฑ์การจับ-ค้น โดยเคร่งครัดแล้ว อาจเป็นเหตุให้สถิติการประกอบอาชญากรรมเพิ่มขึ้นเพราะต้องปล่อยผู้กระทำผิดในคดีที่มีแต่พยานซึ่งได้จากการจับ-ค้น โดยมิชอบ ข้อคิดเห็นดังกล่าวนี้ น่าจะเกิดจากความเข้าใจผิดเพราะหลักเกณฑ์การจับ-ค้น เป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและเป็นหน้าที่ของรัฐในการบังคับให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้นอย่างจริงจัง ความจำเป็นที่ปล่อยผู้กระทำผิดในกรณีจับ-ค้นโดยมิชอบ จึงเป็นผลสืบ

⁸⁶ จิรนิติ หะวานนท์ เรื่องเดียวกัน หน้า 34,42

⁸⁷ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” หน้า 133

เนื่องมาจากความล้มเหลวของรัฐเองที่ไม่สามารถจัดมาตรการให้เจ้าพนักงานปฏิบัติโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ เช่น ไม่อาจแก้ไขเรื่องประสิทธิภาพหรือการขาดอัตรากำลังของเจ้าพนักงาน

ใช่เป็นเพราะความไม่ถูกต้องแห่งหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจับ-คั่นหรือหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ถ้ายอมรับให้มีการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการจับ-คั่นโดยมิชอบแล้วก็จะเท่ากับว่ารัฐได้ปฏิเสธความบกพร่องของตนที่ไม่สามารถบังคับให้กฎหมายอันเป็นบทคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลได้มีผลอย่างจริงจังนั่นเอง⁸⁸

สำหรับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานนี้ในสหรัฐมีความเข้มงวดกวัดขันจนเกินไปเพราะโดยหลักแล้วจะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานในทุกกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่บางกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำการผิดพลาดไปอย่างบริสุทธิ์ใจอย่างแท้จริง เช่น เจ้าพนักงานพิมพ์ข้อความในหมายค้นตกหล่น หรือ ผิดพลาดอย่างไม่ตั้งใจ หรือเจ้าพนักงานเชื่ออย่างบริสุทธิ์ใจในขณะที่ทำการค้นว่ามีเหตุอันควรที่จะทำการค้นได้แล้ว เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้ถ้าจะถือว่าการค้นเสียไปทั้งหมดและพยานหลักฐานที่ได้มารับฟังไม่ได้เลย ก็ออกดูจะเป็นการเคร่งครัดเกินไป แต่ในความเป็นจริงนั้นผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้ ไม่ต้องการให้มีการยกเลิกหลักการนี้ไปอย่างสิ้นเชิงทีเดียวนัก เพราะบางกรณีก็ยังคงจำเป็นที่จะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานอยู่ถ้าวิธีการที่ได้รับมาซึ่งพยานหลักฐานนั้นรุนแรง หรือผิดมนุษยธรรมจนเกินไป เช่น เจ้าพนักงานสั่งให้แพทย์เอายาถ่ายไส้หลอดและเจาะเข้าไปในท้องของจำเลยโดยประสงค์จะให้จำเลยจับถ่ายของกลางออกทางปากหรือเจ้าพนักงานใช้มือสว่หาพยานหลักฐานในปากผู้ต้องหาอย่างรุนแรงจนฟันผู้ต้องหาหัก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีการเสนอแนะว่าสหรัฐอเมริกาควรจะเปลี่ยนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานเสียใหม่ โดยให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานได้ถ้าศาลเห็นว่าเจ้าพนักงานได้กระทำการผิดไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นอย่างบริสุทธิ์ใจ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เสนอโดย ผู้พิพากษา ไวท์ แห่งศาลฎีกาอเมริกัน หลักการดังกล่าวนี้ มีส่วนคล้ายคลึงกับหลักการของประเทศอังกฤษซึ่งยอมให้รับฟังพยานหลักฐานแม้จะได้อาจจากการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ผู้พิพากษามีดุลพินิจในการไม่ยอมรับฟังได้เสมอ ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยวิธีการบางอย่างนั้นจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่จำเลย⁸⁹ ท่ามกลางเสียงวิพากษ์วิจารณ์และสถิติอาชญากรรมในสหรัฐเพิ่มสูงขึ้น หลักการนี้ได้ดำเนินมาถึงจุดที่จะต้องปรับปรุงแก้ไข ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐได้เสนอทางออกไว้ในคดีโดย

⁸⁸ คัมภีร์ แก้วเจริญ เรื่องเดียวกัน หน้า 64-66

⁸⁹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” หน้า 135

เพิ่มเติมเรื่องข้อยกเว้นเรื่องความสุจริตว่าศาลไม่นำหลักการนี้มาใช้กับกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบ แต่เชื่อโดยสุจริตและอย่างมีเหตุผลว่าเขามีอำนาจกระทำเช่นนั้น เหตุผลคือ เมื่อพนักงานเชื่อโดยสุจริตใจในขณะที่นั้นมีอำนาจกระทำได้ ณ จุดนั้น เวลานั้น หลักการนี้ย่อมไม่มีผลยับยั้งการกระทำดังกล่าวเลย ความเห็นของศาลอุทธรณ์นี้ไม่ได้รับการรับรองจากศาลสูงสหรัฐเพราะยังไม่มีคดีในลักษณะเดียวกันขึ้นสู่ศาลสูงสุดเพื่อวางบรรทัดฐาน อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นเรื่องความสุจริตนี้ก็ยังมีจุดอ่อนอยู่ที่เป็นการพิสูจน์ความจริงทางจิตวิสัย คือต้องยังรู้สภาวะจิตของเจ้าพนักงานในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่มีแต่เจ้าพนักงานนั้นเองสามารถเบิกความยืนยันความสุจริต จำเลยยากที่จะหาพยานหลักฐานใดมาพิสูจน์ว่าเจ้าพนักงานไม่สุจริต และการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องอยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษาเท่านั้น หากให้ลูกขุนวินิจฉัยเท่ากับอนุญาตให้คณะลูกขุนได้รับฟังพยานหลักฐานขึ้นที่กำลังมีปัญหานั้นเอง แต่การให้พิพากษามีอำนาจวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงก็เป็นการขัดกับหลักการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงโดยคณะลูกขุนในระบอบกฎหมายคอมมอนลอว์⁹⁰

จากข้อวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวทำให้ศาลสูงสหรัฐระมัดระวังมากขึ้นในการบังคับใช้ Exclusionary Rule ศาลได้นำเอาทฤษฎีใหม่ๆมาใช้ประกอบการพิจารณา เช่น ทฤษฎี (Balancing Test) มาวินิจฉัยว่าสมควรตัดพยานหลักฐานขึ้นนั้นๆ ออกจากการพิจารณาหรือไม่ กล่าวคือศาลจะคำนวณว่าผลประโยชน์ในแง่ของความยับยั้งที่จะมีผลต่อเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายในคดีนั้นเมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะในการลงโทษจำเลยในคดีนั้นแล้ววิธีการใดเหมาะสมกว่ากัน หรือทฤษฎีความบริสุทธิ์ใจ (Good Faith Exception) เช่น กรณีที่ได้พยานหลักฐานมา แม้ตามความจริงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบแต่หากเจ้าหน้าที่ได้กระทำโดยเข้าใจโดยสุจริตว่ามีอำนาจทำให้ได้ พยานหลักฐานนั้นก็สามารถนำมาใช้ในคดีได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลสูงสหรัฐเริ่มที่จะหาทฤษฎีเพื่อเป็นทางออกในการที่ผ่อนคลายน Exclusionary Rule แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีข้อวิพากษ์วิจารณ์อยู่บ้าง Exclusionary Rule เป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดของสหรัฐอเมริกาที่คงดำเนินต่อไปในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย และแม้จะมีวิธีอื่นๆ ที่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย แต่ก็ไม่มีประสิทธิภาพเท่ากับการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบออกไปจากการพิจารณา และอาจกล่าวได้ว่าหลักการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบออกมาจากการพิจารณานั้นเป็นเอกลักษณ์ที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา และเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงถึงความจริงใจของรัฐในการที่จะให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยจากการกระทำไม่ชอบโดยเจ้าพนักงานของรัฐเอง

⁹⁰ จิรนิติ หะวานนท์ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44

สรุปหลักการวิเคราะห์ที่ศาลสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบ

1. เป็นการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่นการที่เจ้าพนักงานค้นโดยไม่มีหมายค้นและได้พยานหลักฐานมาในการพิจารณาคดี ศาลย่อมไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นเจ้าพนักงานผู้ทำการค้นหรือตรวจยึด ย่อมตระหนักดีว่าการที่ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้น และเป็นเหตุผลในครั้งต่อไปที่ไม่กล้ากระทำการเช่นนั้นอีกต่อไป

2. เพื่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลเองนอกจากเหตุผลของการยับยั้งแล้วศาลอเมริกาได้อ้างอยู่เสมอว่าความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลจะเสื่อมเสียไปถ้ายอมให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบถ้าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลยก็เท่ากับศาลไร้ความบริสุทธิ์และกลายเป็นหุ่นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมายของเจ้าพนักงาน

3. เหตุผลในแง่สิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบซึ่งในระยะแรกศาลฎีกาอเมริกาเคยอ้างว่าเหตุผลที่ไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็เพราะเป็นสิทธิของจำเลยผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบจะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานตามที่จำเลยร้องขอเสมือนหนึ่งเท่ากับศาลได้ให้คำสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ล่วงละเมิดนั่นเอง

จากการวิเคราะห์หลักฐานไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับกรับฟังพยานหลักฐานของไทย ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกามีความเข้มงวดในหลักเรื่อง Exclusionary Rule มาก ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ส่วนการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 นั้น ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ และต่อมาก็ได้มีการผ่อนคลายความเคร่งครัดของบทบัญญัติดังกล่าว และมีการบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพิ่มเติมมาตรา 226/1 ทั้งนี้เพื่อเป็นการคลายความเคร่งครัดในบทตัดพยานหลักฐานในคดีที่ได้มาโดยมิชอบของไทย ทั้งนี้สามารถให้ศาลใช้ดุลพินิจ โดยเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตราฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2. ประเทศอังกฤษ

2.1 หลักการและเหตุผล

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์เหมือนสหรัฐอเมริกา แต่หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศอังกฤษนั้นมีความแตกต่างจากสหรัฐอเมริกา โดยศาลอังกฤษไม่เคร่งครัดกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบศาลอังกฤษสามารถใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ในกรณีที่เห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบจะเป็นการไม่ยุติธรรมในการพิจารณาคดีเท่านั้น การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังจึงเป็นไปอย่างจำกัด เดิมกฎหมายของอังกฤษมีหลักว่าพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประเด็นในคดียอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่ทั้งนี้มิมีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรกข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับเอกสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ของบุคคล แม้ว่าจะมีกฎทั่วไปในการยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้สืบเนื่องมาจากเอกสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์นั้น ตัวอย่างเช่น พยานหลักฐานอันเป็นเอกสารของคู่ความฝ่ายหนึ่งที่อยู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการใช้เล่ห์กลและได้นำมาเสนอต่อศาล คู่ความฝ่ายดังกล่าวจะไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้เอกสารนั้น

ประการที่สองข้อยกเว้นเกี่ยวกับการรับฟังคำรับสารภาพซึ่งศาลจะไม่ยอมรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบเพราะมีผลต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน⁹¹

ปัจจุบันแนวความคิดของนักกฎหมายในเรื่องหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในอังกฤษกำเนิดขึ้นจากผลกระทบจากแนวความคิดที่ขัดแย้งกันสองแนว คือ แนวความคิดแรก เห็นว่าพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีไม่ควรที่ศาลจะไม่ยอมรับฟังเพียงเพราะเหตุว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยวิธีการอันไม่ชอบ โดยถือว่าพยานหลักฐานทุกชิ้นมีความสำคัญในการที่ผู้พิพากษาหรือศาลจะใช้ในการพิสูจน์ความผิดตามข้อกล่าวหาตามแนวความคิดนี้จึงเห็นว่าพยานหลักฐานทั้งหมดซึ่งมีความจำเป็นต่อการประสิทธิประสาทความยุติธรรมแล้วควรที่จะรับฟังได้ การตอบสนองต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมอาจถูกฟ้องร้องต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งต่างหาก ส่วนอีกแนวความคิดหนึ่งในทางตรงกันข้ามเห็นว่าศาลไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสมการยอมรับฟังอาจเป็นการกระตุ้นหรือส่งเสริมการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ แนวความคิดนี้จึงไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวแม้ว่าบางครั้งจะมีผลต่อความยุติธรรมรวม

⁹¹ Adrain Keane. Ibid. p.38,93.

ตลอดทั้งการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นข้อหาไปตั้งนั้นการตอบสนองต่อการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสมก็คือการบังคับในเวลาต่อมาให้เกิดการเคารพในสิทธิเสรีภาพและยับยั้งการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมือง⁹²

ความเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่างสองแนวความคิดเห็นดังกล่าวส่งผลให้หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายอังกฤษมีลักษณะในทางประสมประสานระหว่างสองแนวความคิดเข้าด้วยกัน ดังนั้นแม้จะกล่าวโดยทั่วไปว่าหลักกฎหมายอังกฤษนำแนวความคิดแรกมาใช้ในการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งถือว่าการรับฟังพยานหลักฐานนี้เป็นกรณีของข้อกฎหมายในขณะเดียวกัน

กฎหมายอังกฤษก็ให้อำนาจผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอันถือว่าเป็นกรณีของดุลพินิจอีกด้วย อย่างไรก็ตามเหตุผลในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานในหลักกฎหมายอังกฤษไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาวินัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ตกเป็นผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา และจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดี⁹³ และสืบเนื่องมาจากการประสานสองแนวคิดดังกล่าวเข้าด้วยกันทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอังกฤษ มีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในลักษณะที่มีความยืดหยุ่น กล่าวคือ ในมาตรา 78 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยตำรวจและพยานหลักฐานส่วนอาญา 1984 บัญญัติมีใจความว่า “(1) ในกระบวนการพิจารณา ศาลอาจปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานซึ่งโจทก์จะอ้าง หากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงเหตุการณ์ทั้งหมดรวมทั้งเหตุการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่าศาลไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานนั้น (2) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่มีผลกระทบต่อมาตรการอื่นของกฎหมายซึ่งบังคับให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน”⁹⁴

บทบัญญัติในมาตรา 78 ดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือปฏิเสธพยานหลักฐานที่ได้ทั้งนี้ ได้คำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นรวมทั้งสถานการณ์ที่ทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานด้วย ศาลสามารถใช้ดุลพินิจไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานได้หากเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในกระบวนการ

⁹² Ibid. p.37,38

⁹³ Ibid. p.38

⁹⁴ M.D.A. Freeman. Police and Criminal Evidence Act 1984.London :Butterworths. 1985, p. 127.

พิจารณาคดี อย่างไรก็ตามเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่มีผลต่อบทบัญญัติอื่นของกฎหมายซึ่งบังคับให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐาน ดังนั้นคำรับสารภาพซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ชอบที่ทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่มีความน่าเชื่อถือจะพิสูจน์ข้อกล่าวหาในคดีจึงรับฟังไม่ได้ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ ดังนั้นศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานเพียงเฉพาะในกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการต่อสู้คดีของจำเลยในชั้นพิจารณาเท่านั้น

สำหรับคำรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลยแม้ได้มาโดยไม่สมัครใจซึ่งรับฟังไม่ได้นั้นหากจากคำรับสารภาพนั้นได้ข้อเท็จจริงอื่นตามมา เช่น ได้ทรัพย์สินที่จำเลยลักไป ได้อาหารที่จำเลยใช้ในการกระทำความผิด ดังนี้ข้อเท็จจริงดังกล่าวศาลอังกฤษรับฟังแต่มีข้อแม้ว่าการอ้างข้อเท็จจริงเหล่านั้นต้องไม่เท่าเทียมไปถึงคำรับสารภาพอันมิชอบนั้นด้วย ส่วนพยานหลักฐานที่ได้มาจากการตรวจค้นหรือกระทำการอย่างอื่นอันมิชอบนั้นผู้พิพากษาอังกฤษเคยกล่าวว่าเป็นการขัดขวางการบริหารงานยุติธรรมเป็นอย่างยิ่งหากไม่ยอมรับฟัง ศาลอังกฤษเคยรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว เช่น การตรวจลายพิมพ์นิ้วมือผู้ต้องหา ซึ่งตำรวจทำไปโดยไม่ได้รับคำสั่งจากศาลบันทึกเสียงผู้ต้องหา โดยตอบคำถามของตำรวจและมีการแอบบันทึกไว้ และการที่ตำรวจปลอมตัวเป็นพวกจำเลยไปสอบถามความลับจากจำเลย เป็นต้น⁹⁵

2.2 วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน

สำหรับพยานเอกสารและวัตถุพยานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ เช่น พยานหลักฐานที่ยึดมาโดยไม่มีหมายตรวจค้นข้อความที่ได้มาจากการลอบดักฟังโทรศัพท์ หรือลอบเปิดซองจดหมาย การใช้กำลังบังคับตรวจเลือด ตรวจปัสสาวะ หรือตรวจลมหายใจ จะรับฟังได้หรือไม่นั้นในระบบกฎหมายในประเทศอังกฤษ มีแนวความคิดว่า ขณะที่เสรีภาพของประชาชนควรจะได้รับ ความคุ้มครองมิให้ถูกละเมิดแต่ขณะเดียวกันพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประเด็นก็ไม่ควรต้องห้ามมิให้รับฟังด้วยเหตุทางด้านเทคนิคเหล่านั้นอันเป็นแนวโน้มของกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสกอตแลนด์ ซึ่งพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบรับฟังได้โดยมีข้อจำกัด ศาลอังกฤษจะไม่ปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานเพียงเพราะพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบ แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว หากเห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่จำเลย⁹⁶ เช่น ตำรวจขอให้จำเลยพิมพ์ลายนิ้วมือโดยไม่บอกให้ทราบก่อนว่าอาจนำไปใช้เป็นพยานยืนยันจำเลยหรือแพทย์ตรวจจำเลยเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยป่วยไม่อยู่ในสภาพจะขับรถได้ โดยไม่บอกให้จำเลยรู้ว่าตรวจเพื่ออะไรนั้น ศาลอังกฤษเคย

⁹⁵ Cross & Wilkins.Outline of the Law of Evidence. 4th ed. London :Butterworths. 1980, p.278-284.

⁹⁶ G.D. Nokes.An Introduction to Evidence.3rd.London : Sweet &Maxeell Limited. 1962, p.452-454.

คุณพินิจว่าการใช้พยานเหล่านี้ไม่อาจรับฟังได้⁹⁷ ต่างกับหลักการไม่ยอมรับฟังพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความเคร่งครัดถึงขนาดที่บางกรณีศาลสูงสหรัฐไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานชั้นที่ได้มาเนื่องจากเจ้าพนักงานกระทำผิดหรือปฏิบัติผิดพลาดเล็กๆ น้อยๆ และทำให้ศาลต้องปล่อยตัวผู้กระทำผิดไปเพราะไม่สามารถนำพยานหลักฐานซึ่งมีความน่าเชื่อถือพอที่จะสามารถพิสูจน์ความผิดของจำเลยเข้ามาในการพิจารณาคดีได้ นักกฎหมายอังกฤษเห็นว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานเพียงเพราะเหตุที่หลักฐานได้มาโดยวิธีการไม่ชอบ เช่น ที่ปฏิบัติอยู่ในอเมริกานั้นส่งผลทำให้หลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยนั้นได้และจะเป็นอุปสรรคที่อันตรายอย่างยิ่งหลวงในการอำนวยความยุติธรรม ดังนั้นหากพยานหลักฐานซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมีการล่วงละเมิดหรือปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการค้นหรือการยึดพยานหลักฐาน พยานหลักฐานเหล่านั้นจะไม่ถูกตัดออกไปจากการพิจารณาพิพากษาคดีแต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายอังกฤษก็ได้วางเป็นหลักเพิ่มเติมไว้ด้วยว่าผู้พิพากษาย่อมมีดุลพินิจเสมอในการที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานลงโทษจำเลยในคดีอาญาหากกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดในเรื่องความสามารถของการรับฟังได้นั้นจะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา

ศาลได้ยกตัวอย่างกรณีที่ผู้พิพากษาอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟัง เช่น กรณีที่มีการได้เอกสารมาจากจำเลยโดยไม่ใช้เล่ห์เหลี่ยมหรือการหลอกลวง ศาลยังกล่าวอีกว่าหลักการดังกล่าวนี้ใช้สำหรับการได้มาซึ่งพยานวัตถุหรือพยานเอกสารจากการจับ หรือค้นโดยมิชอบเท่านั้น หลักการนี้ไม่เกี่ยวกับการรับฟังคำรับสารภาพของจำเลยแต่อย่างใด กล่าวคือถ้าเป็นเรื่องรับสารภาพแล้วศาลต้องไม่รับฟังหากได้มาโดยมิชอบศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบได้สรุปได้ว่ากฎหมายอังกฤษไม่ได้รับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดที่เกี่ยวกับประเด็นในคดีและสามารถพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ แต่นำหลัก Exclusionary Rule มาใช้โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลผู้พิพากษาจะไม่รับฟังพยานเอกสารหรือวัตถุพยานที่ได้มาโดยการกระทำที่ละเมิดกฎหมายของเจ้าพนักงานซึ่งจะเกิดความไม่เป็นธรรมต่อจำเลยหากศาลรับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นเพื่อเป็นการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันอาจจะถูกเจ้าพนักงานล่วงละเมิดและรักษาความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล หลักการดังกล่าวดูเหมือนว่าจะเป็นแนวทางของการประสานความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างเหมาะสม

⁹⁷ Cross & Wilkins.Ibid. p.28.

3. ประเทศเยอรมัน

3.1 ความเป็นมา

หลักกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดไปในทางที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างไปจากในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และอิตาลี เพราะเยอรมันถือว่า มีทฤษฎีของการลงโทษและการฟ้องร้องผู้ใช้อำนาจโดยไม่ชอบที่มีความสมบูรณ์ อยู่ในหลักกฎหมายเยอรมันอยู่แล้วส่วนหนึ่งของคำพิพากษาศาลเยอรมันสร้างหลักเกณฑ์ที่คำนึงถึงคุณค่าของพยานหลักฐานมากกว่าคำนึงถึงการได้มาของพยานหลักฐานว่าจะได้มาอย่างไร ตัวอย่างเช่น ศาลเยอรมันถือหลักว่าพยานหลักฐานสามารถได้มาโดยการมีหมายหรือหมายนั้นมีข้อบกพร่องก็ได้ นำไปสู่วาทะรูปของหลักการนี้ว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีความหมายในการค้นซึ่งเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเยอรมันไม่ได้ให้ความสำคัญของกฎหมายที่วางหลักปฏิบัติในการใช้มาตรการบังคับของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในกฎหมายเยอรมันก็มีหลักการไม่รับฟังพยานเช่นกันและหลักการนี้ก็ได้ถูกใช้ก่อนในสหรัฐอเมริกาเสียอีก เพียงแต่ว่าบรรดานักกฎหมายในสหรัฐเพิ่งจะรับรู้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานในเยอรมันเมื่อไม่กี่ปีมานี้เท่านั้น หลักการที่ว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและการยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เป็นหลักที่เริ่มมีขึ้นในเยอรมันราวปี ค.ศ.1889 ซึ่งปรากฏในคำพิพากษา วันที่ 7 เดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1889 (Judgment of Nov.7, 1889,RGSt,Ger.) แต่มีความเบาบางมากในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ต่อมาหลังจากนั้นเยอรมันได้พัฒนาหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ที่ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ.1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการรับรองเกียรติภูมิของมนุษย์ และการพัฒนาสิทธิส่วนบุคคล⁹⁸

ถึงแม้ว่าในแต่ละประเทศจะมีหลักเฉพาะของประวัติศาสตร์และความต้องการในสังคมที่มีความแตกต่างกันก็ตามแต่การพัฒนาหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการค้นและการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ดำเนินมาในแนวทางที่ใกล้เคียงกันมากประเด็นสำคัญที่หลักกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสารและการคิด การพัฒนาของเยอรมันเกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยที่เยอรมันเริ่มจาก civil cases เป็นการปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและการยึดที่ไม่ชอบด้วย

⁹⁸ Walter Pakter. "Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy." *Hastings international and Comparative Law Review*.9,1.1985, p.3-5,46.

กฎหมายซึ่งมีวิถีในการที่จะบรรลุผลหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน การเจริญของฝ่ายที่มีเสียงข้างน้อยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเยอรมันเชื่อว่าการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบน่าจะมีผลในการยับยั้งการค้นและการยึดที่ถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานไม่ได้โต้แย้งในประเด็นของความไม่มีสิทธิภาพของหลักการนี้เหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กลับโต้แย้งว่าการไม่ยอมรับฟังพยานนี้ไม่ควรนำมาบัญญัติในกฎหมายเยอรมัน เพราะระหว่างสหรัฐอเมริกากับเยอรมันนั้นมีความแตกต่างกันด้านพื้นฐานของกฎหมายและสภาพสังคม แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาส่วนใหญ่เชื่อในผลดีของการใช้หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานนี้รวมไปถึงหลัก fruit of the poisonous tree⁹⁹

3.2 หลักการและเหตุผล

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกฎหมายเยอรมันมีรากฐานจากรัฐธรรมนูญว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายพื้นฐานสำหรับสหพันธรัฐเยอรมันได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.1949 โดยได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เหมือนกับที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศตะวันตกที่เจริญแล้วหลายประเทศไว้ดังนี้คือ¹⁰⁰ การรับรองสิทธิแห่งการเป็นมนุษย์บัญญัติไว้ในมาตรา 1 มีใจความว่า “(1) เกียรติภูมิของมนุษย์จะละเมิดมิได้ เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของรัฐที่ต้องเคารพและปกป้องเกียรติของมนุษย์ (2) คนชาวเยอรมันยอมรับว่า สิทธิมนุษยชนที่จะละเมิดไม่ได้และที่จะโอนไม่ได้นั้นเป็นพื้นฐานของทุกประชาคม ของสันติภาพและของความยุติธรรมในโลก (3) ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ พึงเคารพสิทธิมูลฐานทั้งหมดดังต่อไปนี้เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้”

ส่วนเรื่องเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคล บัญญัติไว้ใน มาตรา 2(2) มีใจความสำคัญ บุคคลมีสิทธิในชีวิตและมีสิทธิในร่างกายของตนที่จะละเมิดมิได้ เสรีภาพของบุคคลจะและมีสิทธิในร่างกายของตนที่จะละเมิดมิได้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย”

⁹⁹ Ibid.p.34,46.

¹⁰⁰ เฉลชาติ วงศ์โกมลเชษฐ รัฐธรรมนูญนานาชาติกรุงเทพมหานคร สภาวิจัยแห่งชาติ (2516)

สำหรับเรื่องการค้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ว่า “ (1) เคหสถานจะถูกละเมิดมิได้ (2) การค้นเคหสถานจะกระทำได้อีกแต่โดยคำสั่งของผู้พิพากษา หรือหากมีการล่าช้าในการค้น อาจเกิดอันตรายขึ้นได้ จะกระทำได้อีกแต่โดยองค์กรอื่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายและการค้น จะต้องกระทำในลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น (3) นอกจากนี้ การละเมิดมิได้อาจถูกเลิกหรือถูกจำกัดเฉพาะเพื่อหลีกเลี่ยงภัยพิบัติสาธารณะหรือภัยที่เป็นอันตรายต่อชีวิตของบุคคล หรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันมีมาเป็นการฉุกเฉินต่อความมั่นคงสาธารณะและความสงบเรียบร้อยโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อบรรเทาการขาดแคลนที่อยู่อาศัยเพื่อการปราบปรามโรคติดต่อหรือคุ้มครองเยาวชนที่ตกอยู่ในอันตราย”

อย่างไรก็ตาม การรับรองสิทธิเหล่านี้ยังมีข้อจำกัดอยู่บ้างเพื่อประโยชน์ในการออกคำสั่งสาธารณะดังนั้นในการบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงมีข้อความที่เปิดช่องเพื่อให้อำนาจรัฐสามารถดำเนินนโยบายในการบริหารและปกครองประเทศได้ อย่างเช่นใน บทบัญญัติ มาตรา 2 นั้น บัญญัติให้บุคคลมีสิทธิในชีวิตและมีสิทธิในร่างกายของตนที่จะละเมิดมิได้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ แต่รัฐสามารถที่จะจำกัดสิทธิดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นบทบัญญัติในมาตรา 13 การค้นเคหสถานจะกระทำได้อีกแต่โดยคำสั่งของผู้พิพากษาเท่านั้นและการค้นจะต้องกระทำในลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น¹⁰¹

สำหรับหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ศาลเยอรมันมีวิธีการวิเคราะห์พยานหลักฐานว่าจะสามารถรับฟังหรือไม่สองขั้นตอนด้วยกันซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานในการจะบังคับบัญชาตามกฎหมายตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ คือ หลักประการแรกที่เรียกว่า Rechtsstaatsprinzip ซึ่งหมายถึงการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการขู่เข็ญหรือหลอกลวงโดยมีเหตุผลของการไม่รับฟังก็เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมและ หลักประการที่สองเรียกว่า Verhältnismässigkeit คือเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจบ้างคือ ชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดกับสัดส่วนความรุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดกับสัดส่วนความสำคัญของเสรีภาพแห่งเอกชน¹⁰²

หลัก Rechtsstaatsprinzip นี้จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการขู่หรือการสอบสวนที่มีลักษณะโหดเหี้ยม คุ้ยเขี่ย หรือมีการหลอกลวง การใช้กลอุบายของเจ้าหน้าที่ตำรวจและ

¹⁰¹ Walter R.Clemens. “The Exclusionary Rule under Foreign Law” The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police science. 52,3. September-October 1961, p.280.

¹⁰² Craig M. Bradley. “The Exclusionary Rule in Germany.” Harvard Law Review. 69, 1983. p.1042. อ้างแล้วใน จินนิติ หะวานนท์. เรื่องเดียวกัน หน้า 45, 46

ต้องการให้คำสั่งในการค้นระบุนความผิดซึ่งจะต้องถูกสอบสวนและลักษณะของพยานหลักฐานที่จะถูกค้นหา โดยอย่างน้อยที่สุดสิ่งนั้นที่ถูกเปิดเผยควรจะไม่ขัดกับศีลธรรมอย่างมากเกินไปในการสอบสวน ผลที่เกิดขึ้นคือพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้แสวงหามาได้นั้นได้มาโดยวิธีที่ขัดหลักที่เรียกว่า Rechtsstaatsprinzip ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการฝ่าฝืนหลักพื้นฐานนี้ อย่างเด็ดขาด แม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะมีความน่าเชื่อถือในคุณค่าเพียงใดก็ตามแต่ศาลเยอรมันจำกัดหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีลักษณะเปิดกว้างเช่นนี้โดยการพิจารณาการค้นและการยึดแยกจากกันคือ ในการค้นตามคำสั่งที่ละเมิดหลักการนี้ไม่มีการระบุนความผิดซึ่งจะต้องถูกสอบสวนและลักษณะของพยานหลักฐานที่จะค้นหาจวบจนกระทั่งไม่นำไปสู่การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ ส่วนพยานหลักฐานที่ได้จากการยึดถือว่ามีค่าประเมินค่าของพยานหลักฐานอย่างอิสระจากการค้นในการตัดสินใจของศาลว่าการยึดนั้นมีลักษณะโหดเหี้ยม คุร้าย หรือมีการหลอกลวง การใช้กลอุบายของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือไม่ โดยศาลให้เหตุผลว่าการค้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นเรื่องของความไม่ชอบในตัวเองไม่เกี่ยวข้องกับการกับพยานหลักฐานที่ได้มา เพราะการยึดต่างหากที่ถือว่าเป็นต้นกำเนิดของพยานหลักฐาน ดังนั้นผลของการยึดโดยชัดรัฐธรรมนูญจะนำไปสู่การไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นโดยตรง แต่อย่างไรก็ตามการค้นและการยึดที่ขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมีผลเช่นนี้เสมอไป

3.3 วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน

ในกฎหมายเยอรมันเห็นได้ชัดเจนว่าการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยและการป้องกันการละเมิดสิทธิโดยเจ้าพนักงานซึ่งมีอยู่นั้นยังไม่เพียงพอ จึงได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการค้นที่เคยให้อำนาจตำรวจไว้อย่างไม่มีขอบเขต ศาลบางแห่งในเยอรมันได้เริ่มนำหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นที่ไม่ชอบมาใช้ตัดสินคดีที่เกิดขึ้น สำหรับสิ่งที่เป็นต้นกำเนิดของลักษณะที่สำคัญที่สุดคือศาลได้ให้ความสำคัญของวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานมากกว่าที่จะคำนึงถึงคุณค่าของพยานหลักฐาน ศาลได้ให้ความเห็นไว้ว่าในการไม่รับฟังพยานหลักฐานขึ้นใดหรือไม่ขึ้น ไม่เพียงแต่ที่ศาลควรจะต้องชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างดำเนินคดีกับอาชญากรและเรื่องการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเท่านั้นแต่ศาลยังต้องให้ความสำคัญกับการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจอีกด้วย

สำหรับจุดมุ่งหมายของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ไม่นับวัตถุประสงค์ทางยับยั้งการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงาน แต่เน้นวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแห่งความเป็นมนุษย์ ตัวอย่างเช่นเจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีขู่เข็ญหรือหลอกลวงศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาอย่างเด็ดขาดทั้งนี้เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิด

สิทธิส่วนตัวศาลพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของจำเลยด้านสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกับผลประโยชน์ของรัฐด้านการควบคุมอาชญากรรม กรณีความผิดร้ายแรงผลประโยชน์ของรัฐย่อมอยู่เหนือเอกชนส่วนผลทางยับยั้งที่อาจเกิดขึ้นก็เป็นเพียงผลพลอยได้เท่านั้น ดังนั้นกฎหมายเยอรมันจึงไม่ประสบปัญหาเหมือนกับที่กฎหมายอเมริกันกำลังประสบอยู่ คือศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพัฒนาหลักไม่รับฟังพยานหลักฐาน โดยเน้นวัตถุประสงค์ด้านการยับยั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายและให้เหตุผลว่าเป็นการกำจัดแรงจูงใจที่จะแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมิชอบแต่ในที่สุดก็ประสบปัญหาคือไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าหลักการนี้มีผลยับยั้งจริงขณะเดียวกันสถิติอาชญากรรมสูงขึ้น เยอรมันวางหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานตั้งมั่นบนพื้นฐานแห่งสิทธิเสรีภาพขณะเดียวกันกฎหมายเยอรมันสามารถหลีกเลี่ยงจุดอ่อนได้อย่างสวยงามคือกรณีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของชาติและเอกชน โดยพิจารณาจากความร้ายแรงแห่งความผิด¹⁰³

4. วิเคราะห์หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยให้อำนาจกับพนักงานสอบสวนในการใช้มาตรการบังคับต่างๆ เพื่อประสิทธิภาพในการรวบรวมพยานหลักฐานในการหาตัวผู้กระทำผิด และนำตัวผู้กระทำมาฟ้องลงโทษ ซึ่งมาตรการต่างๆ เหล่านี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติไว้และปรากฏในบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในเรื่องการค้น และการยึด ส่วนที่สำคัญคือพยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยการค้นที่รโหฐานซึ่งไม่มีหมายค้นตามมาตรา 92 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค้นที่รโหฐานในเวลากลางคืนตามมาตรา 96 ซึ่งถือได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานต่างๆ เหล่านี้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอีกด้วย ซึ่งตามปกติและเจ้าพนักงานจะล่วงละเมิดเข้าทำการจับ ค้น หรือยึดโดยพลการไม่ได้ เพราะจะเป็นความผิดอาญา เช่น การเข้าไปค้นเคหสถานของผู้หนึ่งผู้ใดโดยพลการก็เป็นความผิดฐานบุกรุก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 , 364 หรือหากทำการควบคุมโดยมิชอบที่จะเป็นความผิดอาญาฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 , 310 ได้เช่นกัน

¹⁰³ จิรนิติ หะวานนท์เรื่องเดียวกันหน้า 50,51

หากเจ้าพนักงานใช้มาตรการการบังคับตามอำนาจที่กฎหมายให้ได้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องการจับขัง คั่น จำคุกและปล่อยชั่วคราว โดยทำตามระเบียบขั้นตอนต่างๆ โดยเคร่งครัด ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าเป็นการกระทำไม่ชอบยอมส่งผลให้พยานหลักฐานที่ได้มาไม่ชอบไปด้วยซึ่งในหลักกฎหมายไทยบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักการนี้ปรากฏอยู่ใน มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 นี้ยังไม่มีความชัดเจนพอที่จะสามารถพัฒนาหลักการ ไม่รับฟังพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ได้มาโดยไม่ชอบเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด อันเนื่องมาจากเหตุผลที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วนั้น และจากความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลให้แนวการวินิจฉัยของศาลไม่ปรากฏการปฏิเสธการ ไม่รับฟังพยานโดยใช้หลักการไม่รับฟังพยานเอกสารหรือวัตถุพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเลย ทั้งศาลยังไม่เคยใช้เหตุผลของหลักการในเรื่องนี้อ้างในคำพิพากษากฎีกาอีกด้วย

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในต่างประเทศซึ่งจากการศึกษาพบว่าในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ปรากฏหลักการไม่รับฟังพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ได้มาโดยไม่ชอบทั้งสิ้น แต่จะมีความแตกต่างของระดับความเคร่งครัดและวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ต่างกันไป เนื่องจากความแตกต่างในทางแนวความคิดซึ่งมีความขัดแย้งกันระหว่างคุณค่าสองประการคือ คุณค่าของประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม และคุณค่าของหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือพยานเอกสารหรือพยานวัตถุซึ่งได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นสามารถพิสูจน์ร่องรอยแห่งคดีและโดยเนื้อหาสาระของพยานมีความน่าเชื่อถือพอที่จะสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้ แม้ว่าจะได้พยานหลักฐานเหล่านี้มาโดยชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามคุณค่าในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของพยานหลักฐานเหล่านี้ยังคงมีความน่าเชื่อถืออยู่อย่างสมบูรณ์ การที่จะปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานเหล่านี้ย่อมส่งผลเสียต่อคุณค่าของประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม จึงต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นพอในการละทิ้งคุณค่าของพยานหลักฐานเหล่านั้นได้ อย่างไรก็ดีเหตุผลพื้นฐานคือคุณค่าของการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย

จากการวิเคราะห์หลักการนี้ในระบบกฎหมายในแต่ละประเทศแล้วพบว่าในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการนี้มาใช้อย่างเคร่งครัดมากกว่าประเทศอื่น โดยมีหลักการทั่วไปคือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบอย่างเด็ดขาด แต่ปัจจุบันเริ่มมีข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้นที่สามารถรับฟังได้ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าความเคร่งครัดนี้น่าจะมีผลสืบเนื่องมาจากเหตุผลหลายประการดังนี้

1. สหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีความเคร่งครัดในระเบียบวิธีพิจารณา เนื่องจากไม่ต้องการให้คู่ความได้เปรียบเสียเปรียบกันและการมีระบบลูกขุนซึ่งศาลสหรัฐไม่ต้องการให้ลูกขุนได้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพราะอาจจะมีผลกระทบต่อการโน้มน้าวให้ลูกขุนเอียงเอนไปกับฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ

2. หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและระบอบประชาธิปไตยในสหรัฐมีวิวัฒนาการและมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานทำให้หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพยังรากลึกอยู่ในสายเลือดของชาวอเมริกันทุกคน

3. การที่ศาลสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลในการไม่รับฟังพยานหลักฐานเพื่อที่จะยับยั้งและลดแรงจูงใจไม่ให้พยานเกือบทั้งหมดที่ได้มาโดยมิชอบถูกตัดทิ้งไป ซึ่งต่างจากในอังกฤษที่การยับยั้งเจ้าพนักงานไม่ใช่เหตุผลหลักแต่เป็นเพียงผลพลอยได้เท่านั้น

ประเทศที่มีการใช้หลักการนี้ในระดับที่เคร่งครัดรองลงมาคือในระบบกฎหมายอังกฤษ ที่มีหลักการให้รับฟังพยานหลักฐานทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี แต่มีข้อยกเว้นให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบได้หากเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับจำเลย ซึ่งกลับหลักที่ใช้ในสหรัฐที่วางหลักทั่วไปว่าไม่ให้รับฟังแต่มีข้อยกเว้นให้รับฟังได้บางกรณี ประเด็นนี้เองทำให้การใช้หลักการนี้ในอังกฤษมีความเคร่งครัดน้อยกว่าในอเมริกา แม้ว่าทั้งสองประเทศจะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เหมือนกันเมื่อวิเคราะห์กฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นของสหรัฐอเมริกานั้น เมื่อจะนำมาใช้บังคับกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นดูเหมือนว่าจะมีความเคร่งครัดมากเกินไป เพราะในบางครั้งการแสวงหาพยานหลักฐานที่ใช้ประกอบในการกล่าวหาผู้กระทำความผิดนั้น เป็นไปด้วยความยากลำบาก เนื่องจากมีปัจจัยอื่นๆเข้ามาเกี่ยวข้อง และในบางครั้งต้องดูว่าในคดีอาญานั้นบางคดีเป็นคดีที่มีอัตราโทษสูง หรือเป็นคดีสะเทือนขวัญ เป็นที่สนใจของประชาชน อาชญากรเป็นผู้มีจิตใจชั่วร้าย และเมื่อดำเนินถึงการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาในรูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่สามารถรับฟังเพื่อจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เพราะคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและระบอบประชาธิปไตยมากเกินไปก็จะทำให้เสียระบบกระบวนการยุติธรรมไป ซึ่งก็หมายความว่าผู้กระทำความผิดจริง ไม่ได้รับการลงโทษ เพียงแต่เพราะการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาที่มีขอบเท่านั้น ก็เป็นการเสียความสมดุลในการรักษาความสงบสุขของบ้านเมืองไป

ส่วนในการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายในด้านการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศอังกฤษนั้น ศาลอังกฤษไม่เคร่งครัดกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยศาลอังกฤษสามารถใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ในขณะที่เห็น

ว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบจะเป็นการไม่ยุติธรรมในการพิจารณาคดีเท่านั้น การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังจึงเป็นไปอย่างจำกัด นั่นก็หมายความว่า ศาลอังกฤษนั้นสามารถรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบแต่ก็มีข้อจำกัดอยู่บางประการ อาทิเช่น กฎหมายให้อำนาจศาลในการรับฟังหรือปฏิเสธพยานหลักฐาน ได้ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นรวมทั้งสถานการณ์ที่ทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย และถ้าศาลเห็นว่าการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ศาลก็จะปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศอังกฤษนั้นมีความเหมาะสมที่จะใช้เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบกับไทยเพราะมีความยืดหยุ่นไม่เคร่งครัดจนเกินไปซึ่งมีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 ของไทย ประกอบกับหลักกฎหมายอังกฤษใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 78 ที่ใช้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจในการที่จะไม่รับฟังหรือรับฟังพยานหลักฐานใด เงื่อนไขสำคัญที่ต้องคำนึงถึงคือ พฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการรับฟังจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย อีกทั้งเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์ได้เปรียบในเชิงคดี อันเป็นผลมาจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี ซึ่งทำให้การใช้กฎหมายในเรื่องนี้สามารถปรับให้ยืดหยุ่นและเข้ากับสถานการณ์เป็นรายกรณีได้ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่ามิผลดีมากกว่าผลเสียเมื่อคำนึงถึงผลกระทบของกระบวนการยุติธรรมไทย

สรุปข้อดีและข้อเสียของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบของไทยและของต่างประเทศ

1. การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของไทยมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งใจความของบทบัญญัติดังกล่าวระบุว่า พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ โดยทั่วไปแล้ว พยานหลักฐานทุกชนิดทุกประเภท ได้แก่ พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในทางคดีอาญาได้ทั้งหมด ยกเว้นแต่จะมีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติห้ามไว้มิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้นไว้ พยานหลักฐานชั้นนั้นจึงจะต้องห้ามมิให้รับฟัง ดังนั้นเมื่อจะวิเคราะห์ว่า พยานหลักฐานใดต้องห้ามมิให้รับฟัง ต้องพิจารณาก่อนว่ามีบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งห้ามรับฟังหรือไม่ ถ้าไม่มีก็แสดงว่าไม่ต้องห้ามรับฟัง ซึ่งในปัจจุบันแนวโน้มของศาลไทยในการพิจารณาพิพากษาคดีที่พยานหลักฐานที่

เกิดขึ้น โดยแต่ได้มาโดยมิชอบสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนการได้มาโดยมิชอบอย่างไรก็ไปว่ากล่าวเป็นส่วนหนึ่งอีกต่างหาก ซึ่งข้อดีของการรับฟังพยานหลักฐานของไทยนี้มีความยืดหยุ่น ไม่เคร่งครัดเหมือนของสหรัฐอเมริกา สามารถเอาตัวผู้กระทำผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ ส่วนข้อเสียของการรับฟังพยานหลักฐาน ในคดีอาญาของไทยก็คือถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีความยุติธรรม มีการบั่นพยานหลักฐานอันเป็นเท็จ และมีการนำพยานหลักฐานในคดีอาญาเข้าสู่สำนวนการสอบสวน โดยมิชอบและศาลเชื่อฟังพยานหลักฐานนั้น ลงโทษจำเลยผลเสียหายก็ตกอยู่กับประชาชนผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิด

2. การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของอังกฤษ โดยศาลอังกฤษไม่เคร่งครัดกับหลักการ ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลอังกฤษสามารถใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานได้ในกรณีที่เห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะเป็นการไม่ยุติธรรมในการพิจารณาคดีเท่านั้น การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังจึงเป็นไปอย่างจำกัด และจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดีและบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายของอังกฤษมีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในมาตรา 78 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยตำรวจและพยานหลักฐานส่วนอาญา 1984 บัญญัติมีใจความว่า (1) ในกระบวนการพิจารณา ศาลอาจปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานซึ่งโจทก์จะอ้างหากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงเหตุการณ์ทั้งหมดรวมทั้งเหตุการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่าศาลไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานนั้น (2) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่มีผลกระทบมาตรการอื่นของกฎหมายซึ่งบังคับให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือปฏิเสธพยานหลักฐานที่ได้ ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของอังกฤษมีความคล้ายคลึงกับของไทยและสามารถยืดหยุ่นได้

3. การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของสหรัฐอเมริกาในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบนั้น มาตรการที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยคือการนำเอาหลักเกณฑ์ในการไม่รับฟังพยานหลักฐาน โดยเคร่งครัดมาใช้ ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการฝ่าฝืนสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ในการพิจารณาคดีเหตุผลหลักที่ศาลใช้ในการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้เพราะศาลเชื่อว่าการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญออกไป เป็นการยับยั้งตำรวจมิให้กระทำการใดๆที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้ศาล ยังอ้างหลัก ศักดิ์ศรีของตุลาการ (หรือ Judicial Integrity) รักษาความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลและ บทตัดพยานหลักฐาน (Exclusionary Rule) คือ ไม่ยอมรับฟังพยานเอกสาร

หรือพยานวัตถุที่ได้มาจากการจับ การค้น หรือการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานต่างๆ ที่
 ในความเป็นจริงแล้วพยานหลักฐานเหล่านั้นมีความน่าเชื่อถือพอที่จะสามารถพิสูจน์ความผิดของ
 จำเลยได้ และหลักผลไม้มงต้นไม้ที่เป็นพิษรวมขยายถึงขอบเขตของพยานหลักฐานที่ศาลจะไม่รับ
 ฟังคอกผลที่ได้มาจากการพยานหลักฐานชิ้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบเช่นกัน โดยถือว่าพยานหลักฐานชิ้น
 หลังเป็นผลไม้มงต้นไม้ที่เป็นพิษคือพยานชิ้นแรก ซึ่งถือว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอย่าง
 หนึ่งอันฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ โดยนำมาใช้อย่างเคร่งครัดซึ่งข้อดีของการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว
 เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนข้อเสียของการรับฟังพยานหลักฐานของ
 สหรัฐอเมริกานั้นค่อนข้างที่จะเคร่งครัดมากเกินไป โดยผู้กระทำความผิดอาจอ้างศักดิ์ศรีความเป็น
 มนุษย์ หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยผิดกฎหมาย โดยพยานหลักฐานที่
 ได้จากการค้น ตรวจยึด จับกุมไม่ชอบและเป็นเหตุให้ศาลไม่สามารถที่จะนำพยานหลักฐานนั้นมา
 รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ และเป็นเหตุให้ต้องปล่อยตัวผู้กระทำผิดไปในที่สุด

4. การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบของเยอรมันนั้น มีรากฐานมา
 จากรัฐธรรมนูญว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และมีแนวคิดไปในทางที่ไม่เห็น
 ด้วยกับหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้น และการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 ต่างไปจากในสหรัฐอเมริกา เพราะเยอรมันถือว่ามีทฤษฎีของการลงโทษและการฟ้องร้องผู้ใช้
 อำนาจโดยไม่ชอบที่มีความสมบูรณ์อยู่ในหลักกฎหมายเยอรมัน และหลักการไม่ยอมรับฟัง
 พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันและศาลเยอรมันมีวิธี
 วิเคราะห์พยานหลักฐานว่าจะสามารถรับฟังหรือไม่ คือหลักประการแรกที่เรียกว่า Rechtsstaatsprinzip
 ซึ่งหมายถึงการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการขู่เข็ญหรือหลอกลวง โดยมีเหตุผลของการ
 ไม่รับฟังก็เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม และหลักประการที่สองเรียกว่า
 Verhältnismässigkeit คือเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจบ้างคือ ชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนความ
 รุนแรงของความผิดและความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดกับสัดส่วนความสำคัญของเสรีภาพ
 แห่งเอกชน และหลักการนี้จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการยึดและการสอบสวนที่มี
 ลักษณะ โหดเหี้ยม ทุกร้าย หรือมีการหลอกลวง การใช้กลอุบายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และถ้า
 พยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานแสวงหามานั้นขัดกับหลักที่เรียกว่า Rechtsstaatsprinzip ศาลจะไม่รับ
 ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนหลักพื้นฐานนี้อย่างเด็ดขาด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

การดำเนินคดีอาญาเป็นหัวใจสำคัญอันหนึ่งของการดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การดำเนินคดีอาญาเริ่มตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน ทำการสืบสวน สอบสวน และจับกุมผู้กระทำความผิด โดยพนักงานสอบสวนเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานเบื้องต้น ในอันที่จะกล่าวหาผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหา เพื่อทำสำนวนและมีความเห็นส่งพนักงานอัยการ และหลังจากนั้นพนักงานอัยการเป็นผู้พิจารณากลับกรองสำนวนที่พนักงานสอบสวนส่งมาให้ เพื่อพิจารณาสั่งฟ้องผู้ต้องหา ถ้าพยานหลักฐานเป็นที่เชื่อได้แน่ชัดว่า ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิด ก็จะนำตัวผู้ต้องหาพร้อมสำนวนหรือสั่งฟ้องต่อศาลต่อไป จึงอาจกล่าวได้ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอาญาต้องมีความสอดคล้องและสัมพันธ์กันอย่างหนึ่งเดียว จะขาดเสียซึ่งขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งมิได้ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน ต้องมีความซื่อสัตย์ สุจริต และเป็นธรรมดำเนินการตามหลักของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้

การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญานั้น พยานหลักฐานถือว่าเป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยในการพิสูจน์ความจริงแห่งคดี ซึ่งพยานหลักฐาน คือสิ่งที่สามารถนำพิสูจน์ความจริง ตามที่ได้มีการกล่าวอ้างในข้อเท็จจริงแห่งคดี โดยศาลจะนำข้อมูลที่ได้อามาสืบพยานที่คู่ความนำสืบในศาลเห็นมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือเพื่อตัดสินคดีความนั้นต่อไป ดังนั้นพยานหลักฐานที่ดีจะต้องเป็นพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพ (Effectiveness) และมีความน่าเชื่อถือ (Reliability) แต่พยานหลักฐานที่ดีนั้น ย่อมจะต้องเกิดการมีระบบพยานหลักฐานที่เอื้ออำนวยต่อกระบวนการกลั่นกรองพยานหลักฐาน และมีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่มีความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพของการควบคุมอาชญากรรม กับการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่บุคคลหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วย โดยหลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพยานหลักฐานในคดีอาญาใช้หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 แต่เนื่องจากความไม่ชัดเจนในถ้อยคำทำให้เกิดปัญหาในการตีความ โดยเฉพาะในเรื่องของการ “เกิดขึ้น” กับการ “ได้มา” ว่ามีความหมายต่างกัน หรือไม่อย่างไรซึ่งการที่มาตรา 226 ใช้คำว่า “เกิดขึ้น” กับการกระทำอันมิชอบนี้ ทำให้เกิดปัญหาว่าจะนำไปใช้ตัดพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นและมี

อยู่โดยชอบก่อนแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ไปใช้วิธีการที่ไม่ชอบในการแสวงหาการได้มาด้วยหรือไม่ เช่น พยานหลักฐานจากการค้น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย

กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอาศัยความรู้จากข้อมูลหรือถ้อยคำของบุคคลที่เกิด โดยมีชอบ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจทำร้ายผู้ต้องหาจนให้การรับสารภาพ ทำให้การรับสารภาพนั้น เกิดขึ้น โดยมีชอบรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ แต่ในคำให้การรับสารภาพ บอกให้รู้เบาะแสว่าได้นำอาวุธที่ใช้ในการกระทำความผิดที่ใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดไปซ่อนไว้ที่ไหน เก็บไว้กับใคร พนักงานสอบสวนก็ตามไปยึดอาวุธที่ใช้ในการกระทำความผิดและทรัพย์สินที่ได้ไปจากการกระทำความผิดมา โดยมีหมายค้นถูกต้อง พยานหลักฐานดังกล่าวนี้ ต้องห้ามรับฟังตามมาตรา 226 หรือไม่ แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายไทยเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ เพราะไม่ได้เกิดขึ้นหรือเกิดจากการกระทำโดยมิชอบโดยตรง

นอกจากปัญหาในเรื่องการตีความบทบัญญัติมาตรา 226 และความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้กฎหมายในส่วนของพยานวัตถุ พยานเอกสารที่ได้มาจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่มาตรา 226 ไม่มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟัง โดยจะตัดพยานหลักฐานนั้นทิ้งเป็นการเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นไว้ให้เลย เป็นผลทำให้กฎหมายหมายไทยในเรื่องนี้อยู่ในสภาพที่เคร่งครัด เมื่อเวลาจะใช้บังคับก็จะใช้อย่างเคร่งครัดจนไม่มีทางที่จะผ่อนปรนให้ยืดหยุ่นเหมาะสมแก่สภาพการณ์ของเหตุการณ์ได้เหมือนในกฎหมายที่เป็นอยู่ในระบบสากลเพราะหากยึดถือหลักการที่ว่าต้องตัดพยานหลักฐานที่ได้มา โดยมีชอบด้วยกฎหมายทุกกรณีออกไปแล้ว ก็อาจถูกกล่าวได้ว่าเป็นการให้น้ำหนักต่อทฤษฎีในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Model) มากเกินไป จนไม่ได้สัดส่วนกับทฤษฎีป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) อย่างสมดุลและเหมาะสม ซึ่งจะทำให้เกิดผลเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างมาก โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นอาชญากรรมอย่างร้ายแรง เช่น คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นต้น ซึ่งเป็นคดีที่มีผลกระทบหรือมีความร้ายแรงต่อประชาชนอย่างมาก และเป็นคดีที่มีผลกระทบต่อสังคมโดยรวม การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำโดยไม่ชอบทำให้ต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไป ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมและการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ผลเสียที่เกิดขึ้นกับสังคมจะรุนแรงกว่าผลดีที่จะไปปราบปรามเจ้าหน้าที่บ้านเมืองให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย

ดังนั้น เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 226 มีความไม่ชัดเจนในถ้อยคำทำให้เกิดปัญหาในการตีความ โดยเฉพาะในเรื่องของการ “เกิดขึ้น” กับ การ “ได้มา” ว่ามีความหมายเหมือนหรือต่างกันหรือต่างกันหรือไม่ และความไม่แน่นอนของความสับสนในการใช้กฎหมายมาตรา 226 กรณี

พยานวัตถุ พยานเอกสารที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบ รวมถึงเพื่อไม่ให้กฎหมายไทยในเรื่องนี้ อยู่ในสภาพที่เคร่งครัดจนเกินไปจนเกิดความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นในการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 226 จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข เพิ่มเติมในหลักการบาง ประการ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2551 โดยเฉพาะเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำที่ มิชอบ ซึ่งได้บัญญัติหลักขึ้นมาใหม่ในมาตรา 226/1 ว่า ให้อำนาจศาลที่จะใช้ “ดุลพินิจ” รับฟัง พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้

บทบัญญัติมาตรา 226/1 เป็นหลักการใหม่ที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่การ รับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา โดยผลของบทบัญญัติในมาตรา 226/1 วรรคหนึ่งนี้ได้วางหลักว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือ เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบห้ามมิให้รับฟัง พยานหลักฐานนั้น แต่มิได้เป็นหลักเคร่งครัดตายตัว เปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะรับ ฟังพยานหลักฐานดังกล่าวโดยอาศัยข้อยกเว้นได้อย่างกว้างขวาง สามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้ กฎหมายให้เหมาะสมและเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีได้ หากการรับฟังพยานหลักฐาน นั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมทางอาญามากกว่าผลเสียจากการที่ยอมรับฟังที่มี ต่อมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน ซึ่งในการใช้ ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึง ปัจจัยต่างๆ ในการพิจารณาใช้ดุลพินิจดังต่อไปนี้คือ คุณค่าในเชิงพิสูจน์ความสำคัญ และความ น่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น, พฤติการณ์และความผิดในคดีร้ายแรงของความผิดในคดี, ลักษณะ และความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ และผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้ พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด

จากการที่ผู้ศึกษาพบว่า การให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว ได้ตามมาตรา 226/1 มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักการของกฎหมายอังกฤษใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 ตามที่บัญญัติไว้มาตรา 78 ที่ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะไม่ รับฟังหรือรับฟังพยานหลักฐานใด เงื่อนไขสำคัญที่ต้องคำนึงคือ พฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน นั้นด้วย ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการรับฟังจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมทั้ง ฝ่ายโจทก์และจำเลย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์ได้เปรียบในเชิงคดี อันเป็นผลมาจากการ ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยมิชอบซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี ซึ่งทำให้การใช้

กฎหมายในเรื่องนี้สามารถปรับให้ยืดหยุ่นและเข้ากับสถานการณ์เป็นรายกรณีได้ โดยมีปัจจัยต่างๆ ดังนี้

1. ปัจจัยต่างๆ ที่นำมาพิจารณาในการใช้ดุลพินิจรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐาน ตามมาตรา 226/1 วรรคสองนั้น โดยส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกับปัจจัยที่นำมาพิจารณาในการรับฟังพยานหลักฐานในกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา โดยปัจจัยแรกที่จะต้องพิจารณาคือ ตัวพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นเอง ว่ามีคุณค่าในการพิสูจน์ มีความน่าเชื่อถือ และมีความสำคัญต่อการดำเนินคดีนั้นมากน้อยเพียงใด ซึ่งทุกประเทศก็จะมีแนวทางการใช้ดุลพินิจไปในทางเดียวกันคือ พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงมีความน่าเชื่อถือมาก และมีความสำคัญต่อการดำเนินคดีนั้นมาก ศาลก็อาจรับฟังพยานหลักฐานนั้น เพราะพยานหลักฐานนั้นสามารถพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ เป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นอันเป็นสาระสำคัญของคดี โดยเฉพาะในกฎหมายของประเทศว่าอังกฤษที่ให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือ และมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงมากที่สุด โดยมีหลักว่าพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดียอมรับฟังได้ โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่ไม่ยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นการใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์สูง มีความน่าเชื่อถือมาก และมีความสำคัญต่อการดำเนินคดีจึงเป็นไปอย่างจำกัดและมุ่งใช้สถานการณ์ที่พิเศษจริงๆ การใช้ดุลพินิจตามกฎหมายอังกฤษนี้จึงให้อำนาจศาลกว้างมาก

2. ปัจจัยเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน ดังนั้นกรณีที่มีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานจนทำให้พยานหลักฐานนั้นมีความไม่น่าเชื่อถือศาลก็จะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น เช่น กรณีคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจ ถ้อยคำนั้นมีความไม่น่าเชื่อถือ จึงไม่อาจรับฟังได้ ซึ่งกฎหมายของอังกฤษนั้นพยานหลักฐานที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังได้แม้จะได้มาโดยมิชอบ หมายถึง พยานวัตถุหรือพยานเอกสารเท่านั้น ไม่รวมถึงคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจด้วย คือถ้าเป็นกรณีคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจต้องห้ามรับฟังโดยเด็ดขาด ไม่อาจใช้ดุลพินิจได้ เพราะคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจนั้นไม่น่าเชื่อถือนั่นเอง

การพิจารณาเรื่องคุณค่าในการพิสูจน์ ความน่าเชื่อถือ และความสำคัญของพยานหลักฐาน ยังไม่สามารถที่จะตัดสินได้ว่าจะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่ จึงยังต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ด้วย ต่อมาปัจจัยเรื่องพฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี คือ การกระทำความผิดของผู้กระทำ หรือขนาดของความร้ายแรงของความผิดที่เกิดขึ้นมีอย่างไร โดยในแต่ละประเทศก็จะพิจารณาปัจจัยนี้ด้วยและมีแนวทางที่คล้ายคลึงกันคือ ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง เพราะบางกรณีที่เป็นความผิดที่ร้ายแรงหรือความผิดอุกฉกรรจ์ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ทั้งในระดับชาติหรือระดับประเทศ เช่น ความผิดที่

กระทำโดยองค์กร หรือการค้าขายเสพติด ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย เป็นต้น ทั้งนี้เพราะความผิดที่ร้ายแรงส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดก็จะมีความสามารถสูงในการปกปิดการกระทำ ความผิดเช่นกัน และมีความยากลำบากในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน การไม่รับฟังพยานหลักฐาน จะทำให้คนร้ายในคดีร้ายแรงหลุดรอดไปได้ ดังนั้นถ้าความผิดในคดีนั้นร้ายแรงมาก ประโยชน์สาธารณะ (public interest) ที่จะต้องพิสูจน์ความผิดและลงโทษจำเลยก็มาก โอกาสที่จะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวก็มีมากขึ้นด้วย

3. ปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะและความเสียหาย ที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ ถ้าพิจารณาในมาตรา 78 ใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 ของกฎหมายอังกฤษจะเห็นว่า แม้พยานหลักฐานนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิด แต่ก็ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานใด โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การรับฟังพยานหลักฐานจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีแสดงว่าการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ความร้ายแรงจนถ้ารับฟังพยานหลักฐานนั้นแล้วจะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ศาลก็ย่อมมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น โดยส่วนใหญ่การกระทำที่ร้ายแรงมักเป็นกรณีทราฐม โหดร้าย การหลอกลวง การกระทำโดยทุจริต เป็นต้น สำหรับการทรมานและการใช้กำลังบังคับนั้น เป็นเรื่องผิดทั้งศีลธรรมและกฎหมายเป็นเรื่องรุนแรงสมควรนำมาใช้ในการสอบสวน ถ้อยคำที่ได้มาโดยวิธีการนี้จึงรับฟังไม่ได้โดยเด็ดขาด

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหากเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความสุจริตใจว่าตนทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เรียกหลักการดังกล่าวว่า “หลักสุจริต” (good faith) ก็ให้รับฟังพยานหลักฐานที่มิชอบได้ เพราะเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความสุจริตใจว่าตนทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาเพราะการกระทำของเจ้าหน้าที่ในกรณีเช่นนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดผลในการยับยั้งไม่ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำโดยมิชอบแต่อย่างใด และนอกจากเรื่องสุจริตแล้วยังมีกรณีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอีกด้วย ที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐาน

และหากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ทำให้เกิดความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยเรียกหลักนี้ว่า “หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย” (harmless error) การที่เจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานมาโดยละเมิดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในข้อรายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการสิทธิหลักๆ ตามรัฐธรรมนูญ ก่อให้เกิดความเสียหายไม่มากนัก พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นจึงอาจรับฟังได้ กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

และนิวซีแลนด์ก็มีแนวทางในการพิจารณาใช้ดุลพินิจเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งกฎหมายไทยก็น่าจะใช้แนวทางดังกล่าวเช่นเดียวกัน

4. ปัจจัยเกี่ยวกับเรื่องผู้ที่กระทำการ โดยมีขอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด ปัจจัยเรื่องนี้กฎหมายของประเทศอังกฤษได้นำมาพิจารณาในการใช้ดุลพินิจรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐาน เพราะแนวคิดที่ว่าพยานหลักฐานที่แท้จริงมีคุณค่า สามารถพิสูจน์ความจริงในคดีได้นั้นควรจะต้องรับฟังมาใช้ประโยชน์ในคดี หากกรณีที่ตัดทิ้งไปไม่ เจ้าหน้าที่กระทำความผิดหรือกระทำมิชอบในการแสวงหารวบรวมพยานหลักฐานเหล่านั้นมาก็ควรจะแยกไปดำเนินการทางวินัยหรือทางกฎหมายอาญาหรือทางกฎหมายละเมิดกับเจ้าหน้าที่เป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก แต่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และไทยให้พิจารณาเรื่องผู้ที่กระทำการ โดยมีขอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใดด้วย ซึ่งนอกจากการไม่รับฟังพยานหลักฐานแล้วยังมีมาตรการอื่นๆ อีก เช่น การดำเนินคดีทางแพ่งหรือทางอาญา การดำเนินการทางวินัย เป็นต้น โดยหากเจ้าหน้าที่ที่กระทำการ โดยมีขอบได้ถูกดำเนินคดีหรือได้รับการลงโทษไปแล้ว ก็ถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นได้รับการเยียวยาแล้วจึงไม่จำเป็นที่จะต้องใช้บทลงโทษ โดยการที่จะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานซ้ำอีก แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ยังไม่ถูกดำเนินคดียังลอยนวลอยู่ก็มีเหตุผลที่ศาลจะใช้วิธีการไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น เป็นมาตรการเยียวยาความเสียหาย

แม้การดำเนินการทางอาญาหรือทางวินัยต่อเจ้าพนักงานที่กระทำการ โดยมีขอบนั้นจะเป็นสิ่งที่จะต้องปฏิบัติโดยหลักการอยู่แล้วก็ตาม แต่ก็ต้องยอมรับในความเป็นจริงว่าในทางปฏิบัติ ย่อมเป็นไปได้น้อยมาก เพราะเจ้าพนักงานย่อมมีข้ออ้างอย่างมีเหตุผลในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ต่างๆ นานาอยู่เสมอ เช่น การอ้างว่าเป็นการขาดเจตนา หรืออ้างว่าเข้าใจว่ามีเหตุตามกฎหมายที่ตนสามารถกระทำได้ ตลอดจนพนักงานอัยการก็อาจมีคำสั่งไม่ฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเพราะเห็นว่าเจ้าพนักงานได้กระทำไปด้วยความสุจริตใจ หรือแม้กระทั่งพนักงานสอบสวนก็ยากที่จะดำเนินคดี เพราะความเห็นใจระหว่างเจ้าพนักงานด้วยกันเอง เป็นต้น ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีหรือลงโทษเจ้าหน้าที่ที่กระทำการโดยไม่ชอบได้จริง

2. ข้อเสนอแนะ

จากเหตุผลโดยทั้งหมดที่กล่าวอ้างมานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักการตามที่มีการเสนอให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้โดยอิสระนี้มีข้อดีดังต่อไปนี้

1. เป็นการสร้างความสมดุลระหว่างคุณค่าของทฤษฎีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) กับทฤษฎีการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) มิให้คุณค่าระหว่าง 2 ทฤษฎีดังกล่าวเกิดความเหลื่อมล้ำจนเกินไป

2. บางกรณีศาลไม่ควรจะตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบออกไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอุกฉกรรจ์หรือคดีที่มีผลกระทบต่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสังคมโดยรวม ศาลก็ควรที่จะต้องรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหากพิจารณาได้ว่าคุณค่าของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) นั้นมีมากกว่าคุณค่าของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีแม้วิธีการที่ได้พยานหลักฐานนั้นจะเป็นการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เพราะพฤติการณ์และความร้ายแรงของคดีเหล่านี้เองที่เป็นตัวชี้วัดที่สำคัญที่สุดที่ศาลจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักอยู่เสมอ แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าหลักการที่นำเสนอขึ้นใหม่ในร่างมาตรา 226/1 จะไม่คำนึงถึงหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกเจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานที่มิชอบด้วยการทำให้ศาลต้องตัดพยานหลักฐานดังกล่าวออกไปแต่อย่างใด แต่ในทางกลับกัน ผู้ศึกษากลับเห็นว่าสิ่งที่มีคุณค่ามากกว่าก็คือความปลอดภัยของสังคมโดยรวมที่ควรจะต้องมาก่อนเสมอ นั่นเอง

และปัจจัยหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ที่นำมาพิจารณาในการใช้ดุลพินิจในการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 มีลักษณะเปิดกว้างให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจได้เพื่อเป็นประโยชน์แก่สังคมและกระบวนการยุติธรรม ซึ่งผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะในการอธิบายความหมายของปัจจัยหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ประกอบการใช้ดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายดังต่อไปนี้

1. คุณค่าในเชิงพิสูจน์ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน หมายถึงพยานหลักฐานที่มีคุณค่า น่าเชื่อถือมาก สามารถบ่งข้อเท็จจริงอันสำคัญในคดีนั้น ได้มากหรือเป็นพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ประเด็นโดยตรงของการกระทำนั้น โอกาสที่ศาลจะใช้ดุลพินิจยกเว้นให้รับฟังได้ก็จะมากตามไปด้วย เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงเท่าใด การรับฟังพยานหลักฐานก็จะรับฟังมากขึ้นเท่านั้นเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณะ

โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่น หรือไม่มีพยานหลักฐานอื่นเพียงพอในเหตุการณ์ดังกล่าว แต่หากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำโดยผิดกฎหมายหรือไม่ถูกต้องไม่เป็นสิ่งสำคัญในการพิสูจน์ในการดำเนินคดี ซ้ำยังมีน้ำหนักน้อยอีกด้วย การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานก็อาจจะไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเนื่องจากไม่ได้ทำให้การบริหารการยุติธรรมเสื่อมเสีย เพราะมีพยานหลักฐานอื่นที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้เหมือนกัน

2. พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี หมายถึง การกระทำความผิดของผู้กระทำ หรือขนาดของความร้ายแรงของความผิดที่เกิดขึ้นได้อย่างไร โดยไม่เกี่ยวข้องกับข้อหาคดีที่กำลังฟ้องร้องกันอยู่เป็นคดีที่มีความร้ายแรงขนาดไหน เป็นคดีอุกฉกรรจ์หรือไม่ เพราะถ้าเป็นคดีร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมอย่างมาก เช่น คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด คดีความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย เป็นต้น ความต้องการของสังคมที่จะได้คนผิดมาลงโทษสูงมาก การที่ศาลจะปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่สำคัญแล้วทำให้คนร้ายหลุดไปนั้นทำให้สังคมได้รับความกระทบกระเทือนมากกว่าที่จะใช้พยานหลักฐานชิ้นนั้นมาลงโทษ แต่ถ้าเป็นคดีไม่ร้ายแรง น้ำหนักที่จะได้ประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกก็จะลดลง ศาลก็อาจจะไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว

3. ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ หมายถึง พิจารณาการกระทำไม่ชอบว่ามีลักษณะอย่างไร ระดับของความรุนแรงหรือความร้ายแรงของการกระทำของเจ้าพนักงานว่าเป็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานอย่างร้ายแรงหรือไม่เทียบกับความบกพร่องที่เกิดขึ้น ถ้าการกระทำที่มิชอบของเจ้าหน้าที่มีความร้ายแรงมาก เกิดการกระทบสิทธิที่สำคัญก่อความเสียหายมาก ก็ไม่ควรรับฟังพยานหลักฐาน ถ้าการกระทำที่มิชอบมีความร้ายแรงน้อยไม่เกิดผลเสียหายมากก็อาจจะรับฟัง เช่น กรณีความผิดเล็กน้อยหากการกระทำของเจ้าหน้าที่มีความรุนแรงกระทบต่อสิทธิมากโดยการทำร้ายร่างกายหรือซ้อมให้เขารับสารภาพ การเอาไฟฟ้าช็อต ซึ่งการกระทำที่โหดร้ายทารุณผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เป็นการกระทำที่มิชอบอย่างร้ายแรงอันเป็นการที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง ศาลก็ไม่ควรที่จะรับฟังพยานหลักฐานเพราะเกิดผลเสียหายกระทบต่อสิทธิของบุคคลอย่างมากกว่าความร้ายแรงของคดีและควรพิจารณาเรื่องความสุจริตของเจ้าพนักงานรวมถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย

4. ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด หมายถึง ถ้าเจ้าพนักงานที่ล่วงละเมิดสิทธิอันทำให้ได้พยานหลักฐานมาถูกดำเนินคดีลงโทษไปแล้วก็ถือว่ามีการเยียวยาการกระทำไม่ชอบไปแล้ว ก็สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้เพราะการไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นการลงโทษอย่างหนึ่ง เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกลงโทษอย่างอื่นไปแล้ว ก็ไม่ต้องใช้มาตรการนี้อีก โดยการลงโทษเจ้าพนักงานที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นมีหลายกรณี ได้แก่ เจ้าพนักงานอาจมี

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อาจถูกฟ้องเป็นคดีแพ่งในข้อหาละเมิดหรืออาจถูกร้องเรียนทางวินัย โดยการลงโทษอาจแตกต่างกันไปตามระดับความรุนแรงของการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่

โดยการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานจะต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆ ทั้งหมดประกอบกัน ไม่ใช่พิจารณาปัจจัยเพียงข้อใดข้อหนึ่ง โดยพิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างประโยชน์และโทษของการที่รับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ โดยสองอนุมาตราแรกพิจารณาด้านประโยชน์ที่จะได้รับจากการรับฟังพยานหลักฐาน ส่วนสองอนุมาตราหลังพิจารณาผลเสียที่จะเกิดจากการรับฟังพยานหลักฐาน ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าหากรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจะได้ประโยชน์มากกว่าก็ให้ศาลรับฟังได้แม้พยานหลักฐานนั้นจะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากคดีนั้นเป็นคดีอุกฉกรรจ์ที่มีความร้ายแรง หรือเป็นคดีที่มีความกระทบต่อประชาชนหม่มาก ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นประเด็นสำคัญหรือพยานหลักฐานชิ้นสำคัญในคดีที่มีความร้ายแรงเช่นกัน เพราะความผิดที่ร้ายแรงส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดก็จะมีความสามารถสูงในการปกปิดการกระทำ ความผิด และมีความยากลำบากในการ ได้มาซึ่งพยานหลักฐานหากไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีความสำคัญในคดีนั้นอย่างมาก มีความน่าเชื่อถือมาก และไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ ทำให้ต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไปหรือไม่สามารถลงโทษในฐานะความผิดที่ควรจะเป็นแล้ว สังคมย่อมได้รับผลกระทบจากการไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นอย่างมาก แต่ในบางกรณีอาจไม่ต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆ ทั้งหมดประกอบกันอย่างเด็ดขาด โดยเฉพาะปัจจัยเรื่องผู้ทำกระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด เพราะอาจจะยังไม่ทราบผลการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ที่กระทำการโดยมิชอบ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีหลักที่ต้องดำเนินคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม จึงต้องพิจารณาตามความเหมาะสมในแต่ละกรณี

เป็นการนำเอาหลักคุณค่าของประโยชน์สาธารณะมาชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้น การที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานนั้นเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) และหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model) เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกันอย่างเหมาะสมและสามารถอำนวยความสะดวกในการดำเนินคดีก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ควรจะมีกฎเกณฑ์ และตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ไม่เช่นนั้นจะเป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ และเป็นการตัดสินโดยไม่มีกฎเกณฑ์ โดยทั้งนี้ดุลพินิจของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 นั้น นอกจากประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ตาม 226/1 (1) – (4) แล้ว ควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปถึงจำคุกตลอดชีวิต เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจในกรอบของกฎหมายได้





บรรณานุกรม

มหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

สภามหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

บรรณานุกรม

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ “การควบคุมอำนาจพลังงานสอบสวน: ตัวอย่างของสหรัฐอเมริกา”

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 4, ปีที่ 9

_____. (2549) คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอน
ก่อนการพิจารณา พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร จีระราชการพิมพ์

_____. (2551) “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น
การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9, ฉบับที่ 3
ธันวาคม

_____. “หลักประกันจากการถูกจับกุมตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม” วารสารนิติศาสตร์

เข็มชัย ชูติวงศ์ (2538) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ
คณิต ณ นคร (2549) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์
วิญญูชน

ประมุข สุวรรณสร (2517) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ

คัมภีร์ แก้วเจริญ “จับ ค้น: ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน” วารสาร
อัยการ, ปีที่ 2 ฉบับที่ 13

จรัญ ภัคดีชนากุล (2551) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3
กรุงเทพมหานคร จีระราชการพิมพ์

_____. (2553) รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 10 วิชากฎหมาย
ลักษณะพยาน กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

จิตติ ดิงศภัทย์ (2544) ข้อสังเกตในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและการเขียนคำพิพากษา
กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน

ชลลดา จินตเสถียร (2553) ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ณรงค์ ใจหาญ (2550) หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 4
กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน

ธานี สิงหนาท (2554) คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพมหานคร
กรุงสยามพับลิชชิง

ชานินทร์ กรัยวิเชียร “ศาลกับพยานบุคคล” วารสารกฎหมาย, 3, 3. กันยายน - ธันวาคม 2520

ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์ (2539) “การรับฟังพยานหลักฐานคดีอาญา” วารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉบับที่ 218
(เมษายน)

บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ครั้งที่ 29 วันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2550

ประมุล สุวรรณศร (2526) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8
กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ

พรเพชร วิชิตชลชัย (2542) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร
เคนโกรว

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง พิมพ์ครั้งที่ 1 นนทบุรี
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มาตรา 226/1 เพิ่มเติมโดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 30ก วันที่ 7
กุมภาพันธ์ 2551.

ยิ่งศักดิ์ กลุณณะจินดา (2541) วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน,
พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร

วิวัฒน์ วงศกิตติรักษ์ (2539) “สิทธิมนุษยชนในระดับสากล” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช
8, 2, ธันวาคม

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ (2538) สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ กรุงเทพมหานคร สำนักงานกองทุน
สนับสนุนการวิจัย

สุรนาท วงศ์พรหมชัย (2551) “การตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์กับพยานหลักฐานในคดีอาญา”
วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 6
กรุงเทพมหานคร

_____. (2539) “แถลงการณ์เรื่อง การดั่งฟังทางโทรศัพท์,” รฟีสสาร ปีที่ 4 ฉบับที่ 14 (มกราคม –
มีนาคม)

โศภณ รัตนากร (2537) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร โครงการ
ตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ (2552) ทฤษฎีอาญา กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน

อารีรัตน์ วงศ์ศักดิ์มณี (2551) “รายงานการวิจัยส่วนบุคคลเรื่องปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่
ได้มาโดยมิชอบ,” สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, น.7. อ้างถึงใน ปวีณา พันธุ์

- ธนุสร, “ปัญหาการรับฟังถ้อยคำของผู้ถูกจับในชั้นจับกุม” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,)
- อิสราวุธ อ่อนน้อม (2541) “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต)
- อุดม รัฐอมฤต (2551) คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร โครงการตำราและเอกสารประกอบการเรียนการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- โอสถ โกศิน (2517) คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์ไทยเชมม
- Adrain Keane. Ibid. p.38,93.
- Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, Black's law dictionary,(2009) St. Paul,Minn. : West/Thomson Reuters.
- Craig M. Bradley. (1983) “The Exclusionary Rule in Germany.” Harvard Law Review.69.
- Cross & Wilkins. (1980) Outline of the Law of Evidence. 4th ed. London : Butterworks.
- D.Lowell Jensen and Rosemary Hart. (1982) “The Good Faith Restatement of the Exclusionary Rule.” The Journal of Criminal Law & Criminal Law & Criminology. 73, 3.
- G.D. Nokes. (1962) An Introduction to Evidence. 3rd.London : Sweet & Maxeell Limited.
- Leon Radzinowicz. (1966) “The Liberal Position.” Ideology And Crime. New York: Columbia University Press.
- Rolando V.del Carmen. Ibid. p.61.
- Walter Pakter. (1985) “Exclusionary Rules in France,Germany,and Italy.” Hastings international and Comparative Law Review.9,1.
- Walter R.Clemens.(1961) “The Exclusionary Rule under Foreign Law” The Journalof Criminal Law,Criminology,and Police science.52,3.September-October.
- www.Chaibadancrime.com
- Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Isreal.

ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายกฤษดากร กีก้อง
วัน เดือน ปี เกิด	12 เมษายน 2513
สถานที่เกิด	จังหวัดแพร่
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เนติบัณฑิตไทย สมัย 62
สถานที่ทำงาน	สำนักบริหารพื้นที่อนุรักษ์ที่ 13 (แพร่)
ตำแหน่ง	ผู้อำนวยการส่วนประสานราชการประจำจังหวัดแพร่

