

การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดยเอกชน



นางสาวช่อม่วง ม่วงทอง

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE BY PRIVATE

Miss Chormuang Muangthong



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2015
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดย
	เอกชน
โดย	นางสาวช่อม่วง ม่วงทอง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะ)

ช่อม่วง ม่วงทอง : การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดยเอกชน (ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE BY PRIVATE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์, 204 หน้า.

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบถูกกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ในประเทศต่าง ๆ นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อป้องกันการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ จึงมีประเด็นพิจารณาว่ามาตรา ๒๒๖ ถูกนำมาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนซึ่งมีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาด้วยเช่นกันหรือไม่ เนื่องจากประเด็นดังกล่าวไม่ถูกนำมาวินิจฉัยในคำพิพากษาของศาลฎีกาโดยตรงแต่อย่างใด อีกทั้งความเห็นทางวิชาการทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นอย่างยิ่ง ย่อมส่งผลต่อการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและรองรับการปรับใช้กับกรณีของเอกชนซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การแสวงหาพยานหลักฐานไว้เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่รัฐอันอาจสร้างความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เอกชนมีอำนาจในการฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวางได้

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยมีแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาแต่ดั้งเดิม และสอดคล้องกับระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไทยที่เอกชนมีบทบาทในการดำเนินคดีอาญาเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่รัฐ และคู่ความต่างมีสิทธิในการใช้พยานหลักฐานต่อสู้คดีอย่างกว้างขวาง ดังนี้ มาตรา ๒๒๖ จึงต้องถูกนำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนเช่นกัน และจากการศึกษาเปรียบเทียบลักษณะพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศ สามารถกำหนดขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนจากการพิจารณากฎหมายที่มีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนเป็นอย่างยิ่ง

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงเสนอแนะให้สร้างความชัดเจนในการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานำมาตรา ๒๒๖ มาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนในกระบวนการพิจารณาคดีได้อย่างเหมาะสม รวมถึงการกำหนดแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องและรองรับกับขอบเขตการปรับใช้ในกรณีของเอกชนต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิติ
.....

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก
.....

5585969034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: RULE AGAINST ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE / ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE / EXCLUSIONARY RULE / PRIVATE

CHORMUANG MUANGTHONG: ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE BY PRIVATE.

ADVISOR: ASST. PROF.PAREENA SRIVANIT, Ph.D., 204 pp.

The Rule Against Illegally Obtained Evidence was formulated for protecting Right of Privacy from illegally conducts.It had been adopted in many countries for deterrnce official.The integral point to consider is whether Section 226 of the Criminal Procedure Code of Thailand is able to be implemented in a case of illegally evidence obtained by a private person who has important roles in criminal procedures as same as officials. In the past, there was no court decision on that point, there is also a variation of academically critical conflicts on the subject-matters of evidence and of the uncertainty of law prescribing provisions on finding of evidence, this leads to confusion and difficulty of those involving in the criminal justice in order to examine and clarify which evidence is of illegally obtained by a private person.

According to a study of backgrounds of Section 226, it provides that Section 226 was originally written in order to serve as a provision to be suited with traditional Criminal proceedings of Thailand in which private persons also had greater parts. Therefore, it comes to a conclusion that the implementation of Section 226 is able to be implemented with the illegally obtained evidence by a private person.

According to the previous-mentioned reasons, this thesis suggests that it is needed to clarify Section 226 in case of illegally obtained evidence by private. Thus, those relating to the Criminal Justice Procedures can promulgate additional regulations or rules in order to serve as a guideline of illegally obtained evidence by private persons will therefore be more accurate and efficient.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2015

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ นายจุมพล ม่วงทอง และนางโสภิตา ม่วงทอง บิดามารดา และนางสาวพวงคราม ม่วงทอง น้องสาว รวมถึงสมาชิกในครอบครัวที่ให้การสนับสนุนเป็นกำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสามารถสำเร็จไปด้วยดี และขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้คำแนะนำและช่วยเหลือในการตรวจ ตลอดจนชี้แนะแนวทางเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยความเรียบร้อย ทั้งเข้าใจในข้อจำกัดเรื่องเวลาและให้ออกาสผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยนันทะกะและอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวาข ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านทั้งสามได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าเพื่อทำการตรวจพิจารณาวิทยานิพนธ์ ตลอดจนการให้คำแนะนำด้านข้อมูล การให้ข้อคิดเห็นเพิ่มเติม และข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความเรียบร้อยและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆในกลุ่มทุกคนที่คอยให้คำปรึกษาและแง่คิดดีๆแก่ผู้เขียนตลอดมา รวมถึงเพื่อนและรุ่นน้องที่คอยช่วยเหลือและคำแนะนำในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสมบูรณ์ และขอระลึกถึงพระคุณของคณาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาและเขียนตำราทางกฎหมายทุกท่านที่ให้ความรู้ที่เป็นประโยชน์ยิ่งต่อการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างยิ่ง

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงไปไม่ได้ หากไม่ได้รับการช่วยเหลือจากนางจรัญญา สว่างกิจที่ได้อำนวยความสะดวกในการติดต่อนัดหมายเข้าพบอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้ผู้เขียนอยู่เสมอ และเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิตทุกท่านที่ได้ให้คำแนะนำเป็นอย่างดีจนจบหลักสูตร และบุคคลอีกหลายท่านที่ไม่อาจกล่าวนามได้ทั้งหมดในที่นี้สำหรับความช่วยเหลือต่างๆที่ช่วยให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผ่านไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าแก่ผู้ที่สนใจได้ ผู้เขียนขอขอบความดีนั้นให้แก่บุคคลทุกท่านที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้และขอให้เป็พระคุณของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สถานที่ซึ่งบ่มเพาะความรู้ตั้งแต่หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิตและให้ประสบการณ์ชีวิตต่างอันมีค่ายิ่งของผู้เขียน หากมีความผิดพลาดหรือเกิดความบกพร่องใด ขออภัยมา ณ ที่นี้และผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ ๑ บทนำ.....	๑
๑.๑ ความสำคัญและความเป็นมาของปัญหา.....	๑
๑.๒ สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	๕
๑.๓ วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	๖
๑.๔ ขอบเขตของการศึกษา.....	๖
๑.๕ วิธีการศึกษาวิจัย.....	๖
๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	๗
บทที่ ๒ หลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา.....	๘
๒.๑ แนวคิดเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญา.....	๘
๒.๒ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา.....	๙
๒.๒.๑ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กับการแสวงหาพยานหลักฐาน คดีอาญาในระบบกล่าวหา (Accusatory System).....	๑๐
๒.๒.๒ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กับการแสวงหาพยานหลักฐานคดีอาญาใน คดีอาญาในระบบไต่สวน (Inquisitorial System).....	๑๒
๒.๒.๓ ระบบกฎหมายและการแสวงหาพยานหลักฐานคดีอาญาในประเทศไทย.....	๑๖
๒.๓ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาในประเทศไทย.....	๒๒
๒.๓.๑ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยรัฐ.....	๒๒
๒.๓.๒ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยเอกชน.....	๒๔
๒.๓.๒.๑ เอกชนในฐานะโจทก์.....	๒๕

๒.๓.๒.๒ เอกชนในฐานะจำเลย.....	๒๙
๒.๔ การแสวงหาพยานหลักฐานกับการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและสิทธิมนุษยชนใน กระบวนการยุติธรรมทางอาญา	๓๑
๒.๔.๑ แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ทางอาญา.....	๓๒
๒.๔.๒ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหา พยานหลักฐานในคดีอาญา	๓๓
๒.๔.๒.๑ มาตรฐานสากล	๓๔
๒.๔.๒.๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐	๓๗
๒.๕ บทคัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ (Rule Against Illegally Obtained Evidence)	๓๙
๒.๕.๑ ทฤษฎีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา โดยมิชอบ.....	๔๑
๒.๕.๑.๑ ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model).....	๔๒
๒.๕.๑.๒ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model).....	๔๒
๒.๕.๒ แนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในรัฐธรรมนูญ.....	๔๓
๒.๕.๓ แนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา	๔๖
บทที่ ๓ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดยเอกชนในต่างประเทศ	๕๕
๓.๑ รูปแบบการจัดการพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในต่างประเทศ	๕๕
๓.๒ แนวความคิดและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาโดยมิชอบด้วย กฎหมายโดยเอกชนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Countries)	๕๖
๓.๒.๑ สหรัฐอเมริกา.....	๕๗

๓.๒.๑.๑	ความเป็นมาบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule).....	๖๐
๓.๒.๑.๒	แนวความคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหา พยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชน.....	๖๒
๓.๒.๑.๓	การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดย เอกชนและการค้นหาการกระทำโดยรัฐ (State Action).....	๗๑
๓.๒.๑.๔	การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในมลรัฐ.....	๗๘
๓.๒.๒	สหราชอาณาจักร.....	๘๕
๓.๒.๓	แคนาดา.....	๙๒
๓.๒.๔	ประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อื่นๆ.....	๙๖
๓.๓	แนวความคิดและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาโดยมิชอบด้วย กฎหมายโดยเอกชนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Countries) ...	๑๐๒
๓.๓.๑	สหพันธ์รัฐเยอรมนี.....	๑๐๓
๓.๓.๒	ประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์อื่นๆ.....	๑๐๙
บทที่ ๔	การแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนในประเทศไทย.....	๑๑๖
๔.๑	ความคิดเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา ของเอกชน.....	๑๑๖
๔.๒	ข้อพิจารณาและเหตุผลการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชน.....	๑๑๘
๔.๒.๑	ปัญหาการตีความมาตรา ๒๒๖ ที่ส่งผลต่อแนวความคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐาน ที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน.....	๑๒๐
๔.๓	บทวิเคราะห์ขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาของเอกชนในประเทศไทย..	๑๒๔
๔.๓.๑	กรณีพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ.....	๑๒๕
๔.๓.๑.๑	พยานบุคคล (Testimony).....	๑๒๕

๔.๓.๑.๒ พยานวัตถุและพยานเอกสาร (real evidence).....	๑๒๖
๔.๓.๒ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ	๑๒๖
๔.๓.๒.๑ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (Illegally Obtained Evidence).....	๑๒๘
๔.๓.๒.๒ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบหรือไม่เป็นธรรม (Improperly and Unfair Obtained Evidence).....	๑๓๓
๔.๓.๓ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ	๑๓๖
๔.๓.๔ กรณีศึกษา	๑๓๗
๔.๔ บทวิเคราะห์แนวความคิดและขอบเขตของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาได้มาโดยมิชอบของเอกชนในต่างประเทศระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	๑๔๖
บทที่ ๕ การปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน	๑๕๓
๕.๑ การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑.....	๑๕๔
๕.๑.๑ บทวิเคราะห์การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน.....	๑๕๘
๕.๒ การตรวจสอบพยานหลักฐานจากการแสวงหาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย	๑๖๒
๕.๒.๑ การตรวจสอบในชั้นสอบสวน	๑๖๒
๕.๒.๑.๑ พนักงานสอบสวน.....	๑๖๒
๕.๒.๑.๒ พนักงานอัยการ.....	๑๖๔
๕.๒.๒ การตรวจสอบในชั้นศาล.....	๑๖๖
๕.๒.๓ การตรวจสอบโดยคู่ความ.....	๑๖๙
๕.๓ บทวิเคราะห์การปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑กับเอกชน.....	๑๗๐
๕.๓.๑ ในแง่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคู่ความในคดี.....	๑๗๐

๕.๓.๒ ในแง่ขอบเขตการปรับใช้มาตรา ๒๒๖และมาตรา ๒๒๖/๑.....	๑๗๒
๕.๓.๓ ในแง่การรักษาความสงบเรียบร้อยและกระบวนการยุติธรรม	๑๗๖
๕.๔ บทวิเคราะห์ผลกระทบต่อการรับฟังพยานหลักฐานที่แสวงหาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดี อื่น.....	๑๗๘
บทที่ ๖ บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	๑๘๓
๖.๑ บทสรุป.....	๑๘๓
๖.๒ ข้อเสนอแนะ.....	๑๙๑
รายการอ้างอิง.....	๑๙๔
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	๒๐๔



บทที่ ๑

บทนำ

๑.๑ ความสำคัญและความเป็นมาของปัญหา

การแสวงหาพยานหลักฐานเป็นกระบวนการให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการใช้พิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้นในคดีอาญาและนำไปสู่การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาคดีอาญา ขั้นตอนการแสวงหาพยานหลักฐานกระทำได้ในหลายรูปแบบวิธี เพื่อให้สามารถรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีของศาลมากที่สุด การแสวงหาพยานหลักฐานย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพพื้นฐานในการใช้ชีวิตปกติของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานซึ่งเป็นการเข้าแทรกแซงสิทธิเสรีภาพจะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองเท่านั้น และรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจะต้องเข้ามามีบทบาทในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนจนเกินขอบเขต โดยเฉพาะการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐในการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัดเพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐไปในทางมิชอบ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการละเมิดขอบเขตอำนาจที่กฎหมายรับรองแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าวจึงเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้รับฟังและนำสืบในการพิจารณาคดีของศาลได้

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Rule Against Illegally Obtained Evidence) จึงมีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำอันปราศจากอำนาจตามกฎหมาย โดยหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของไทยบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ความว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น...” ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ บัญญัติว่า “...ในกรณีที่มีความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสีย อันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน...”

จึงเห็นได้ว่าพยานหลักฐานหลักฐานทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานวัตถุ หรือพยานเอกสาร ที่มีความเกี่ยวข้องในคดีสามารถรับฟังและนำมาพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ได้ทั้งสิ้น เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่จะมีผลต่อการรับฟังและปรับใช้ในคดีของศาล^๑

ประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างกว้างขวางเพื่อให้การรวบรวมพยานหลักฐานจากหลายๆ ส่วนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ^๒ แต่หากเจ้าหน้าที่รัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนแห่งกฎหมาย อาจส่งผลให้พยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและอยู่ในบังคับของการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ ได้

อย่างไรก็ตาม นอกจากการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดให้เอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาเองได้ ซึ่งรูปแบบการดำเนินคดีอาญาทำให้โจทก์และจำเลยต่างอยู่ในบังคับที่จะต้องแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการกระบวนพิจารณาคดีทั้งสิ้น ดังนี้แล้ว แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นใดจะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจหรือกำหนดหลักเกณฑ์การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้ เช่นเดียวกับกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่มีได้หมายความว่ากฎหมายห้ามไม่ให้เอกชนไม่ว่าจะเป็นโจทก์หรือจำเลยแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิสูจน์ความจริงในคดีแต่อย่างใด แต่การที่มาตรา ๒๒๖ บัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวไว้อย่างกว้างๆ ทำให้เกิดประเด็นพิจารณาว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยอยู่ในบริบทเดียวกับหลักการของต่างประเทศที่ต่างกำหนดให้รัฐเท่านั้นที่มีอำนาจดำเนินคดีอาญาและเป็นผู้มีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานหรือไม่ โดยเฉพาะอิทธิพลแนวคิดของบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบโดยเอกชนแต่อย่างใด

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ประเด็นเรื่องการนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ มาปรับใช้กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนมิได้ถูกหยิบขึ้นขึ้นมาวินิจฉัยในคำพิพากษาของศาลโดยตรงแต่อย่างใด เช่น

^๑ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ ๘ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๕), หน้า ๗๒.

^๒ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, พิมพ์ครั้งที่ ๘ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๖), หน้า ๔๗.

กรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการล่อซื้อของเอกชนตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๗๗/๒๕๔๙ ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยเพียงว่าการที่เอกชนผู้เสียหายได้ดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยตนเอง หากแต่การล่อซื้อนั้นมีพฤติการณ์ที่ชักจูงใจหรือก่อให้เกิดจำเลยกระทำผิด จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นผู้เสียหายตามนิตินัย การแจ้งความร้องทุกข์จึงไม่ชอบและส่งผลให้การสอบสวนไม่ชอบ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี^๓

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น ไม่ได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับการล่อให้กระทำความผิดซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบที่ดำเนินการโดยเอกชนไว้โดยตรง เพียงแต่วินิจฉัยว่าหากเอกชนเป็นผู้เสียหายก่อให้เกิดผู้อื่นซึ่งไม่มีเจตนากระทำความผิดแต่แรกได้กระทำความผิดลง ย่อมไม่เป็นผู้เสียหายตามนิตินัย ทำให้ไม่มีอำนาจฟ้องคดีได้ จนกระทั่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๘๑/๒๕๕๕ ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า จำเลยได้ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจลอบจับที่กเทศการสนทนาระหว่างจำเลยและโจทก์ร่วมเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานก่อนการพิจารณาคดี โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์ร่วมให้การยินยอมแต่อย่างใด ศาลวินิจฉัยว่าการแอบจับที่กเทศการสนทนาดังกล่าวเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ เหตุผลในคำพิพากษาปรากฏว่า *แม้หลักกฎหมายดังกล่าวจะใช้ตัดพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีเจ้าพนักงานของรัฐใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ แต่มิได้หมายความว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวห้ามไม่ให้นำไปใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานของบุคคลธรรมดาแต่อย่างใด ผลของคำพิพากษาดังกล่าวทำให้แนวทางในการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ กับการวินิจฉัยของเอกชนมีความชัดเจนขึ้น*

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายและนักวิชาการบางส่วนมีความเห็นว่ากรณีบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ ไม่นำมาปรับใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐ กรณีจะเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๒๒๖ ต้องเป็นเรื่องที่เกิดจากการกระทำมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น การจะนำมาปรับใช้กับเอกชนได้จะต้องเป็นกรณีที่มีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนนั้นละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรงเท่านั้น^๔

นอกจากความเห็นทางวิชาการดังกล่าวข้างต้นแล้ว คำอธิบายทางวิชาการส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ กับการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มา

^๓ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๐๑/๒๕๔๓ และ ๔๐๘๕/๒๕๔๕ ตัดสินในแนวเดียวกัน

^๔ คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๒๒๐.

โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสำคัญ และคำพิพากษาศาลฎีกามีกรณีตัวอย่างให้ศึกษาค่อนข้างน้อย จึงทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสร้างความสับสนในทางปฏิบัติแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญารวมถึงการพิจารณาขอเขตหรือลักษณะหลักเกณฑ์การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนพอสมควร

นอกจากความไม่ชัดเจนในการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีของเอกชนดังที่ได้ อธิบายในข้างต้นแล้ว การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพียงแต่กำหนดถึงผลของการ แสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบที่มีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานของศาลอย่างกว้างๆ ไว้ในมาตรา ๒๒๖ เท่านั้น จากข้อจำกัดทางกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า พยานหลักฐานที่ได้มา “...โดยมิชอบด้วยประการอื่น.....” ของเอกชนมิชอบเขตในการพิจารณาที่จะทำให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญารวมถึงคู่ความทราบได้อย่างไรว่าพยานหลักฐานชิ้นนั้นเป็น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจะสามารถตรวจสอบได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากการ แสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนอาจละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนใน หลากหลายรูปแบบวิธีซึ่งล้วนมีระดับความรุนแรงทั้งในรูปแบบการแสวงหาและผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพที่เกิดขึ้นที่แตกต่าง โดยเฉพาะการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิต ส่วนตัว (Right to Privacy) ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการดำเนินชีวิตของมนุษย์และเป็น มาตรฐานขั้นต่ำที่มนุษย์ต้องปฏิบัติเคารพต่อกัน เช่น กรณีการดักฟังโทรศัพท์ การแอบถ่าย การสะกด รอย การใช้กล้องส่องทางไกล การข่มขู่ให้ผู้ต้องหารับสารภาพแล้วนำคำรับสารภาพนั้นแจ้งแก่เจ้า พนักงานผู้มีหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐาน หรือกรณีเอกชนผู้เสียหายได้บุกรุกบ้านของจำเลยเพื่อนำ พยานหลักฐานมาใช้ในคดี เป็นต้น

เมื่อพิจารณากฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจใช้พิจารณา ขอเขตกฎเกณฑ์การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนอาจไม่เพียงพอหรือสามารถสนองตอบต่อการ แสวงหาพยานหลักฐานที่ปัจจุบันสามารถกระทำได้หลายรูปแบบวิธี และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่มีหลักการคุ้มครองอย่างกว้างขวางก็ยากที่จะ กำหนดขอเขตได้ว่าอย่างไรจึงจะเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ เพื่อให้เกิดประโยชน์ใน การตรวจสอบและความชัดเจนในการอ้างและนำสืบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของคู่ความ

นอกจากนี้แล้วยังมีประเด็นนำพิจารณาต่อมาว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดย มิชอบของเอกชนควรจะเป็นไปในทิศทางใด เพราะเมื่อคำนึงปัจจัยด้านบทบาทหน้าที่ในการรักษา ความสงบเรียบร้อยแล้ว เห็นได้ชัดเจนว่าการดำเนินการของเอกชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วน บุคคลมากกว่าจะคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐ การ แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนมีลักษณะพิเศษคือเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์

เอกชนที่อยู่บนประโยชน์ของสาธารณะ หากศาลปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนโดยเด็ดขาดย่อมส่งผลให้รัฐเสียประโยชน์ในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพียงเพราะการกระทำที่ไม่ระมัดระวังในการจะปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนกฎหมายของเอกชน แต่หากศาลใช้ดุลพินิจรับฟังในทุกกรณีไป ย่อมจะทำให้ประชาชนอื่นไม่รู้สึกลบลดภัยจากการแสวงหาพยานหลักฐานตามอำเภอใจของเอกชน ศาลจึงต้องปรับใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างระมัดระวังเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทุกฝ่าย ซึ่งจะต้องไม่ขัดต่อหลักความสมควรแก่เหตุและมีความเหมาะสมไม่เป็นภาระแก่สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจนเกินไป ขณะเดียวกันรัฐสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศได้ในกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง หรือป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

ด้วยเหตุผลดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน โดยเริ่มจากการพิจารณาปัจจัยและมูลเหตุต่างๆ ที่จะสามารถอธิบายและพิสูจน์ถึงเหตุและความจำเป็นในการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ มาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน รวมถึงการศึกษาแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดนโยบายต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญารวมถึงหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ และเป็นพื้นฐานสำคัญในการพิจารณาขอเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนอีกด้วย นอกจากนี้แล้ว จะทำการศึกษานโยบายในการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับเอกชนในต่างประเทศ เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นข้อแตกต่างของการนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไปปรับใช้กับกรณีของเอกชน ซึ่งจะช่วยให้การปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับเอกชนมีความชัดเจนและสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ กับกรณีของเอกชนได้ต่อไป

๑.๒ สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยเอกชนอยู่ภายใต้ขอบเขตของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ เช่นเดียวกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ให้เกิดผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย

๑.๓ วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑.๓.๑ เพื่อศึกษาแนวคิดการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีอาญา

๑.๓.๒ เพื่อเปรียบเทียบแนวคิดและการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีอาญาในประเทศไทยกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

๑.๓.๓ เพื่อวิเคราะห์ผลที่จะเกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน

๑.๓.๔ เพื่อกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมต่อการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีอาญาต่อไป

๑.๔ ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิดและการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดยเอกชน โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และวิเคราะห์ถึงปัญหาตลอดจนการกำหนดขอบเขตและหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมสำหรับปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน

๑.๕ วิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าจากเอกสารข้อมูลตำราและเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น หนังสือ บทความ คำบรรยายกฎหมาย ตลอดจนตัวบทกฎหมายและคำพิพากษาของศาล ทั้งของไทยและของต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เป็นต้น เพื่อนำเสนอให้เห็นถึงปัญหาที่ทำให้การปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนมีความไม่ชัดเจน และจากการที่เอกสารข้อมูลตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องของไทยส่วนใหญ่มักจะอธิบายเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงทำการศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในต่างประเทศ เพื่อนำ

ข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์ขอบเขตการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนให้มีความเหมาะสมต่อไป

๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

๑.๖.๑ ได้ทราบถึงวิวัฒนาการความคิดเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีอาญาทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางประกอบการวิเคราะห์ในการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ ให้เหมาะสมกับเอกชน

๑.๖.๒ ได้ตระหนักถึงปัญหาจากความไม่ชัดเจนในการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนที่ เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาแก้ไขปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ให้มีความชัดเจนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป

๑.๖.๓ ได้ทราบถึงแนวคิดและความเห็นทางวิชาการในการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนบรรทัดฐานของศาลฎีกาในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนที่มีผลต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเป็นพื้นฐานในการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนได้อย่างเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

๑.๖.๔ ได้กำหนดขอบเขตที่เหมาะสมในการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖

บทที่ ๒

หลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา

พยานหลักฐานเป็นสิ่งสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทั้งทางแพ่งและทางอาญาที่ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ฝ่ายโจทก์และจำเลยต่างต้องใช้พยานหลักฐานในการพิสูจน์ยืนยันและสนับสนุนข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างในการดำเนินคดีโดยฝ่ายตน แต่ระบบกฎหมายจะมีรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีที่ส่งผลต่อหลักกฎหมายพยานหลักฐานซึ่งรวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ในบทนี้จะศึกษาหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีอาญา เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการศึกษาและเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนของไทยและต่างประเทศต่อไป

๒.๑ แนวคิดเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญา

กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีวัตถุประสงค์สำคัญคือการนำตัวผู้กระทำความผิดอาญามาฟ้องต่อศาลเพื่อลงโทษ^๑ แต่เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องร้ายแรงและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตของผู้ถูกกล่าวหา ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocent) จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำความผิด ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) จึงอยู่ที่ฝ่ายผู้กล่าวหาหรือโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำความผิดจริงโดยปราศจากข้อสงสัย (Prove Beyond Reasonable Doubt) ศาลจึงใช้พยานหลักฐานเป็นเครื่องมือในวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยว่ากระทำความผิดจริงดังฟ้องหรือไม่และสมควรได้รับโทษมากน้อยเพียงใด^๒ พยานหลักฐานจึงมีความสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเป็นอย่างยิ่งที่ฝ่ายโจทก์และจำเลยต่างต้องใช้อ้างในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของฝ่ายตน

^๑ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย: ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ", *ตุลพาห* ๔๓, ๔ (ตุลาคม - ธันวาคม ๒๕๓๙).

^๒ คณิง ภาไชย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒*, หน้า ๒๖๑.

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญา^๓ ประกอบบทบัญญัติเรื่องพยานหลักฐานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่นำมาปรับใช้ในคดีอาญาโดยอนุโลม^๔ พยานหลักฐานในคดีอาญาที่คู่ความสามารถนำเสนอเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาลตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องนั้น จึงประกอบด้วยพยานบุคคล (Witness) ที่สามารถเบิกความ หรือเปิดเผยการรับรู้ของตนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีหรือเป็นการให้ถ้อยคำต่อศาล^๕ หรือพยานเอกสาร (Documentary Evidence) และพยานวัตถุ (Real Evidence หรือ Material Evidence) ซึ่งสามารถพิสูจน์ความหมายและข้อเท็จจริงจากสิ่งปรากฏในร่องรอยนั้น^๖ เพื่อใช้ยืนยัน สนับสนุนข้ออ้าง หรือข้อเท็จจริงที่คู่ความในคดีอาญากล่าวอ้างขึ้นได้ และยังรวมถึงพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness)^๗ ที่สามารถใช้ความรู้ ความเชี่ยวชาญพิเศษจากประสบการณ์ในการอธิบายข้อเคลือบแคลงสงสัยในประเด็นแห่งคดีให้เป็นที่ประจักษ์มากยิ่งขึ้นอีกด้วย คู่ความจึงอ้างพยานหลักฐานที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้เพื่อประโยชน์แก่ข้อกล่าวอ้างของฝ่ายตนภายใต้กฎเกณฑ์การพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้

๒.๒ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา

การแสวงหาพยานหลักฐานเป็นกระบวนการที่ให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานอันจะช่วยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทราบข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดของความผิดที่เกิดขึ้น โดยระบบกฎหมายสำคัญของโลก อันได้แก่ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน สำหรับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้ระบบการพิจารณาคดีที่เรียกว่า “ระบบกล่าวหา” (Accusatory System) ส่วนระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ใช้ระบบที่เรียกว่า “ระบบไต่สวน” (Inquisitorial System) ส่งผลให้ในแต่ละประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน หรือแม้จะมีระบบกฎหมายเดียวกันอาจมีหลักเกณฑ์และแนวทางการแสวงหาพยานหลักฐาน รวมถึงหลักการรับฟังพยานหลักฐานแตกต่างกันได้ โดยพื้นฐานของแต่ละระบบกฎหมายเกี่ยวข้องและส่งอิทธิพลต่อรูปแบบการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา ดังนี้

^๓ เริ่มตั้งแต่ ๒๒๖ ถึง ๒๔๔/๑ พิจารณาประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๔ ถึง ๑๓๐

^๔ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕

^๕ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๙๕

^๖ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, พิมพ์ครั้งที่ ๕ แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๖), หน้า ๒๑๙.

^๗ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๔๓

๒.๒.๑ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กับการแสวงหาพยานหลักฐานคดีอาญาในระบบกล่าวหา (Accusatory System)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีรากฐานดั้งเดิมจากอังกฤษ ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ ๗ - ๑๐ อังกฤษยังอยู่อย่างกระจัดกระจายภายใต้การปกครองของชาวแองโกล-แซกซอน (Anglo-Saxon) เผ่าต่างๆ กฎหมายที่ใช้บังคับจึงเป็นกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎเกณฑ์ของแต่ละเผ่าตามท้องถิ่นต่าง ๆ ทำให้กฎหมายที่ใช้ในยุคนั้นมีความหลากหลายทำให้ขาดความเป็นเอกภาพ จนกระทั่งค.ศ. ๑๐๖๖ พระเจ้าวิลเลียมที่ ๑ (William I of England, William the Conqueror) ได้ทรงรวบรวมอาณาจักรของแต่ละชนเผ่าเข้าด้วยกัน และเพื่อความเป็นเอกภาพในการใช้บังคับกฎหมายจึงมีการตั้งตัวแทนของกษัตริย์ซึ่งทรงพระราชอำนาจสูงสุดจากการปกครองส่วนกลางไปตัดสินคดีประจำตามท้องที่ต่างๆ หรือที่เรียกว่า “ศาลหลวง” (Royal Court)^{๙๘} โดยศาลหลวงจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดมีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนมาใช้ในการตัดสินที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแบบเดียวกันในภายหลังตามหลักการที่กล่าวว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน การจัดระบบจารีตประเพณีเป็นหนึ่งเดียวนี้จึงทำให้เป็นระบบส่วนกลาง หรือระบบคอมมอนลอว์ขึ้น^{๙๙}

ศาลอังกฤษในสมัยแรกได้สร้างรูปแบบการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยอ้างอิงกับความเชื่อในสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือพระเจ้าภายใต้แนวความคิดที่ว่าพระเจ้าเป็นเจ้าของความคุ้มครองคนดีและเป็นพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของในการกำหนดตัวผู้ชนะคดี^{๑๐๐} โดยใช้วิธีการทรมาน (Trial by Ordeal) ที่กระทำทรมานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของคู่ความในคดี โดยหากบุคคลใดสามารถรอดพ้นอันตรายได้ก็จะถือว่าผู้นั้นเป็นผู้บริสุทธิ์ หรือการต่อสู้กัน (Trial by Battle) โดยให้โจทก์และจำเลยต่อสู้กันในที่สาธารณะต่อหน้าหัวหน้าและสมาชิกในชุมชนซึ่งการแพ้หรือชนะของคู่ความในคดีนั้นถือเป็นเรื่องของสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือพระประสงค์ของพระเจ้า

เมื่อสังคมมีความเจริญมากขึ้น แนวความคิดในการใช้วิธีการทรมานหรือการต่อสู้กันเพื่อพิสูจน์ความจริง หรือความบริสุทธิ์ของคู่กรณีเริ่มเสื่อมความนิยมลงและถูกแทนที่ด้วยการค้นหาความจริงโดยพยานหลักฐาน โจทก์ผู้ฟ้องคดีต่อศาลมีหน้าที่นำพยานหลักฐานสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด โดยใช้วิธีถามค้าน (Cross Examination) เป็นหลักในการค้นหาความจริงและ

^{๙๘} Matthew Hale, *The History of the Common Law of England: And an Analysis of the Civil Part of the Law*, 5 ed. (New Jersey: The Law Book Exchange, LTD., 2007), p. 159.

^{๙๙} สุนัย มโนมัยอุดม, *ระบบกฎหมายอังกฤษ*, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพมหานคร: ประยูรวงศ์, ๒๕๕๕), หน้า ๑๙.

^{๑๐๐} Andrew Sanders and Richard Young, *Criminal Justice*, 3 ed. (London: Butterworths 2010), pp. 387-389.

ศาลจะตัดสินไปตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ^{๑๑} พยานหลักฐานประเภทแรกที่นิยมนำเข้าสืบในคดีอาญาคือพยานบุคคลซึ่งเป็นประชาชนที่อยู่ในท้องถิ่นนั้น เนื่องจากถือว่าเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเหตุการณ์ความผิดที่เกิดขึ้นจึงน่าจะรู้เห็นข้อเท็จจริงมากกว่าผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีซึ่งเป็นตัวแทนการใช้อำนาจตุลาการจากส่วนกลาง ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงให้พยานทำหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีด้วย โดยมีการคัดเลือกประชาชนธรรมดาจากท้องถิ่นเป็นคณะลูกขุน (Jury) เพื่อเปิดความตามข้อเท็จจริงที่ตนรู้เห็นเป็นรายคดีไป ต่อมาคู่ความได้อ้างพยานหลักฐานอื่นประกอบข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากคำเบิกความของลูกขุน ทำให้ลูกขุนซึ่งนั่งฟังการสืบพยานของคู่ความในศาลมีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานของคู่ความด้วย และเมื่อการสืบพยานของทั้งสองฝ่ายเสร็จสิ้น ลูกขุนจะประชุมปรึกษาหารือกันเพื่อวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นระบบลูกขุน (Jury System) อย่างในปัจจุบัน^{๑๒}

การพิจารณาคดีจึงเริ่มต้นขึ้นจากการกล่าวหาว่ามีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้น (Accusatory System) รูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีเปิดโอกาสให้คู่ความโต้สู้กันด้วยพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ โดยเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริง^{๑๓} คู่ความสามารถอ้างพยานหลักฐานทุกประเภทไม่เฉพาะแต่พยานบุคคลเพื่อโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของฝ่ายตรงข้ามได้ โดยเฉพาะฝ่ายโจทก์ที่จะต้องแสวงหาพยานหลักฐานเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของลูกขุนเพื่อโน้มน้าวให้ลูกขุนเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง^{๑๔} รูปแบบการดำเนินคดีจึงลักษณะเป็นการต่อสู้กันระหว่างโจทก์และจำเลยที่มีฐานะเท่าเทียมกัน ศาลวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด (Neutrality) และทำหน้าที่เสมือนกรรมการผู้ดูแลควบคุมกระบวนการระหว่างคู่ความให้เป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดและมีบทบาทเพียงผู้ตัดสินคดีเท่านั้น เพื่อให้การต่อสู้คดีกันของคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นไปโดยชอบธรรมและมีความเท่าเทียมกัน จนคล้ายกับว่าเป็นการวางเฉย (Passive) ผู้พิพากษาจะไม่เข้าไปช่วยเหลือคู่ความในการแสวงหาพยานหลักฐานและไม่มีอำนาจสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อมิให้คู่ความเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบ เมื่อคณะลูกขุนมีมติว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ผู้พิพากษาจึงจะทำหน้าที่ในการกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย แต่เนื่องจากคณะลูกขุนเป็นคนธรรมดาใน

^{๑๑} Antony Duff, *The Trial on Trial: Truth and Due Process* (Oregon: Hart Publishing, 2004), pp. 131-132.

^{๑๒} Paul Brand and Joshua Getzler, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: From Antiquity to Modern Times* (London: Cambridge University Press, 2012), pp. 71-72.

^{๑๓} โสภณ รัตนากกร, *กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ ๑๑ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, ๒๕๕๗), หน้า ๒.

^{๑๔} ชาตี ชัยเดชสุริยะ, "สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา," ใน *เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน*, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๒), หน้า ๑๗๐-๑๗๑.

สังคมไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมาย หากมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่อาจสร้างความลำเอียงในจิตใจและก่ออคติแก่คณะลูกขุนก็อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมโดยรวม หลักการรับฟังพยานหลักฐานในระบบกล่าวหาจึงต้องมีความละเอียดและเข้มงวด มีวิธีการและขั้นตอนในการสืบพยานชัดเจน และการรับฟังพยานหลักฐานโดยศาลที่เคร่งครัดมาก^{๑๕} ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาพยานหลักฐานตั้งแต่แรกเพื่อมิให้ลูกขุนได้มีโอกาสที่จะได้พิจารณาหรือรับรู้ว่ามีพยานหลักฐานขึ้นดังกล่าวนั้นอยู่เลย เพื่อป้องกันมิให้ลูกขุนถูกโน้มน้าวจากพยานหลักฐานที่ทำให้การรับฟังข้อเท็จจริงของลูกขุนเบี่ยงเบนและส่งผลต่อการพิจารณาความผิดของจำเลยได้ การสืบพยานจึงต้องไปเป็นอย่างเคร่งครัดและการกั้นกรองพยานหลักฐานที่สำคัญที่สุดคือบทตัดพยานหลักฐานต่างๆ (Exclusionary Rules) นั้นเอง

พยานหลักฐานของโจทก์จะต้องมีความน่าเชื่อถือ (Reliability) เพียงพอที่จะให้ศาลพิพากษาลงโทษจำเลยหรือคณะลูกขุนเชื่อว่าจำเลยกระทำผิดจริง การแสวงหาพยานหลักฐานที่ฝ่ายโจทก์นำเสนอต่อศาลจึงต้องเป็นไปด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่งเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน มิเช่นนั้นหากพบว่าพยานหลักฐานของโจทก์มีข้อสงสัย พยานหลักฐานนั้นจะถูกตัดออกไปจากกระบวนการพิจารณาคดีและศาลจะต้องยกฟ้องเนื่องจากต้องยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย (in dubio pro reo)

แนวความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องระบบการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญา หลักการเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน รวมถึงบทบาทของคู่ความในคดียังคงสืบทอดและมีพัฒนาการสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน และมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศอื่นๆ ซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษในหลายประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศอินเดีย เป็นต้น

๒.๒.๒ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กับการแสวงหาพยานหลักฐานคดีอาญาในคดีอาญาในระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ระบบซีวิลลอว์มีจุดกำเนิดอยู่ที่อาณาจักรโรมัน ในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเมืองโรมัน (Jus Civil หรือ Civil Law) เกิดจากข้อเรียกร้องของชนชั้นใต้ปกครอง (Plebeians) ได้เรียกร้องให้นำกฎหมายมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เป็นที่ทราบโดยทั่วไป จึงเกิดการรวบรวมจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่ใช้เป็นกฎหมายอยู่ในขณะนั้นบันทึกลงบนแผ่นไม้ ๑๒ แผ่น ตั้งไว้ในที่สาธารณะใจกลางเมือง หรือที่รู้จักกันในชื่อ “กฎหมายสิบสองโต๊ะ” (Law of the Twelve

^{๑๕} อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ ๖ แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๘), หน้า ๒๗.

Tables)^{๑๖} ต่อมาจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian) ได้ทรงโปรดให้มีการรวบรวมเอาจารีตประเพณีของโรมันหรือกฎหมายต่างๆ หรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ โดยบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร มีการจัดเป็นหมวดหมู่ไว้อย่างเป็นระเบียบ และเรียกว่าประมวลกฎหมายจัสติเนียน (Corpus Juris Civilis)

ต่อมาระบบกฎหมายโรมันและประมวลกฎหมายดังกล่าวได้ล่มสลายไปพร้อมกับอาณาจักรโรมันในช่วงคริสตศตวรรษที่ ๕ แต่เนื่องจากในช่วงคริสตศตวรรษที่ ๑๑ การค้าและการพาณิชย์ในประเทศภาคพื้นยุโรปมีความเจริญมากขึ้น กฎหมายท้องถิ่นซึ่งเดิมใช้บังคับไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในระบบเศรษฐกิจที่มีความยุ่งยากซับซ้อนได้ จึงมีการศึกษาเพื่อฟื้นฟูกฎหมายโรมันเพื่อนำมาปรับใช้กับสังคมในขณะนั้น โดยใช้เมืองโบโลญญา (Bologna) ประเทศอิตาลี เป็นศูนย์กลาง เป็นผลให้ประเทศในภาคพื้นยุโรปโดยมาก เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี และสวิสเซอร์แลนด์ ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์^{๑๗}

ประเทศภาคพื้นยุโรปเหล่านั้นแต่เดิมในยุคแรกใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบระบบกล่าวหาจนกระทั่งเข้าสู่ช่วงยุคกลางในช่วงคริสตศตวรรษที่ ๖ - ๑๑ ที่อิทธิพลของคริสตจักรแห่งกรุงโรมได้แผ่ขยายเข้าสู่ประเทศภาคพื้นยุโรป และได้มีการนำวิธีการชำระคดีพระที่ประพฤติฝ่าฝืนคำสอนศาสนา ที่เรียกว่า Canon Law มาใช้เป็นหลักการพิจารณาผู้ที่ประพฤติผิดไปจากหลักคำสอนของคริสตศาสนานิกายโรมันคาทอลิก^{๑๘} รูปแบบวิธีการชำระคดีไม่จำเป็นต้องมีโจทก์กล่าวโทษ แต่ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้นำทางศาสนาที่จะต้องแสวงหาความจริงให้ปรากฏ จึงเกิดเป็นระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนขึ้น ผู้ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีจึงมีเพียง ๒ ฝ่าย คือ ผู้ไต่สวนและผู้ถูกไต่สวน โดยผู้ไต่สวนซึ่งมีหน้าที่ชำระคดีจะต้องเป็นผู้แสวงหาพยานหลักฐานเองและกระทำการใดก็ตามที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาสารภาพได้ในที่สุด เช่น การทรมาน (Torture) เป็นต้น^{๑๙}

ในช่วงศตวรรษที่ ๑๒ - ๑๓ วิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงในระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ของศาลในศาสนจักรได้ถูกนำไปปรับใช้ในการดำเนินคดีอาญาของอาณาจักรต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปเช่นกัน ภายใต้แนวคิดที่ว่ากระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำความผิดต่อรัฐด้วย รัฐซึ่งทำหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงเข้ามามี

^{๑๖} Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4 ed. (London: Cambridge University Press, 1997), p. 15.

^{๑๗} David S. Clark John Henry Merryman, and John O. Haley, , *Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia* (New Providence: LexisNexis, 2010), p. 277.

^{๑๘} Ibid., 295.

^{๑๙} โสภณ รัตนกร, *กฎหมายลักษณะพยาน*, หน้า ๙๒.

บทบาทในการดำเนินคดีอาญาโดยตรงและไต่สวนค้นหาความจริงเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษไม่ว่าจะมีผู้เสียหายหรือผู้อื่นมากล่าวหาหรือไม่^{๒๐} การฟ้องคดีอาญาจึงไม่ใช่วิธีการให้ผู้เสียหายกล่าวหาเองอีกต่อไป ส่งผลให้การดำเนินคดีอาญาในแถบประเทศภาคพื้นยุโรปเป็นรูปแบบของการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก

รูปแบบการแสวงหาข้อเท็จจริงในความผิดต่างๆ จึงเปลี่ยนมาเป็นระบบพิจารณาคดีอาญาเป็นแบบไต่สวนและการใช้หลักตรวจสอบ (Examination Principle) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ การพิจารณาคดีตามระบบนี้จึงไม่ใช่ลักษณะของการต่อสู้ระหว่างคู่ความในคดี แต่เป็นระบบที่ใช้วิธีซักพินัยข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมจึงมีอำนาจในการค้นหาความจริงอย่างกว้างขวาง ผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามลักษณะของระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์จึงเข้ามามีบทบาทดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงของการกระทำความผิด (Active) ทำให้รูปแบบการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาจึงเป็นทั้งผู้สอบสวนฟ้องร้องและทำหน้าที่พิจารณาคดีไปในคราวเดียวกัน^{๒๑}

ต่อมาระบบการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยการทรมานค่อยๆ เสื่อมความนิยมลงและระบบการใช้พยานหลักฐานเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงเข้ามาแทนที่ ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการดำเนินคดีจึงมีบทบาทสำคัญในการดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองได้อย่างเต็มที่และไม่จำกัดการพิสูจน์อยู่แต่พยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอเท่านั้น^{๒๒} หากผู้พิพากษาเห็นสมควรเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมในฐานะที่เป็นพยานศาล หรือดลสืบพยานหลักฐานก็ได้เพื่อได้ข้อเท็จจริงมากที่สุด การดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงไม่มีลักษณะเป็นการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความ แต่เป็นการร่วมกันค้นหาความจริง^{๒๓}

ศาลในระบบซีวิลลอว์จึงใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางและซ้มน้ำหนักพยานได้อย่างอิสระ พยานหลักฐานทุกชนิดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี (Relevant) หรือที่สามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือความผิดของจำเลยเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้^{๒๔} แม้จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากวิธีการแสวงหาที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของฝ่ายผู้ต้องหาหรือจำเลย

^{๒๐} ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ ๘ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, ๒๕๒๖), หน้า ๒.

^{๒๑} คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๕๖-๕๗.

^{๒๒} อุคม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๖.

^{๒๓} คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๔๐-๔๑.

^{๒๔} โอสท โกคิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: หอรัศนชัยการพิมพ์, ๒๕๓๘), หน้า ๓๕๒.

รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องก็ตาม ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าพยานหลักฐานใดสามารถรับฟังได้หรือไม่ โดยจะพิจารณาตอนซึ่งนำพยานหลักฐานอย่างละเอียดว่าพยานหลักฐานชิ้นใดมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใดอาศัยจากความรู้ในวิชาชีพและประสบการณ์ทำงาน^{๒๕} และจะคำนึงถึงหลักความยุติธรรมและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมควบคู่กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งการที่ผู้พิพากษาเป็นนักกฎหมายมืออาชีพก็ทั้งการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีไม่มีการนำระบบลูกขุน (Jury) มาใช้เพื่อพิจารณาความผิดของจำเลยเหมือนเช่นระบบคอมมอนลอว์ กฎเกณฑ์ในการห้ามรับฟังพยานหลักฐาน(Exclusionary Rules) ที่มีขึ้นเพื่อป้องกันการเกิดอคติเอนเอียงของคณะลูกขุนที่เป็นประชาชนธรรมดาจึงมีน้อยกว่าระบบแบบคอมมอนลอว์^{๒๖}

การพิสูจน์ความจริงด้วยพยานหลักฐานจึงเป็นหลักที่มีในระบบการดำเนินคดีทุกระบบ แม้ว่าโดยรากฐาน โครงสร้างและรูปแบบวิธีการพิจารณาของทั้งสองระบบจะมีความแตกต่างกัน เมื่อพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเสนอพยานหลักฐานเห็นได้ว่าในระบบคอมมอนลอว์ คู่ความในคดีสามารถต่อสู้กันด้วยพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่ หากแต่ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาพยานหลักฐานเมื่อปรากฏว่าการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความในคดีนั้นผิดไปจากหลักเกณฑ์ที่ศาลหรือกฎหมายกำหนดไว้ เพื่อป้องกันการนำพยานหลักฐานที่ไม่มีความน่าเชื่อถือซึ่งมีผลต่อความเป็นธรรมในคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุนได้ ในขณะที่การรับฟังพยานหลักฐานในระบบซีวิลลอว์เน้นระบบการค้นหาความจริงเป็นหลัก พยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือความผิดของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยจึงสามารถรับฟังได้ กฎเกณฑ์การสืบพยานจึงไม่เคร่งครัดเนื่องจากศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางที่จะเลือกรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานใดๆ ก็ตามที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล

เมื่อพิจารณากระบวนการทางอาญาในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าประเทศต่างๆ มีแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น จึงได้มีการนำเอาข้อดีของแต่ละระบบมาประยุกต์และพัฒนาเข้ากับระบบดั้งเดิมของตนที่ใช้อยู่ เพื่อให้การพิจารณาคดีอาญาเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็วและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย โดยเฉพาะมาตรการเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการทางอาญา

^{๒๕} John H.Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany* (New York: West Publishing Co., 1977), p. 1.

^{๒๖} ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒*, หน้า ๒๒๓.

๒.๒.๓ ระบบกฎหมายและการแสวงหาพยานหลักฐานคดีอาญาในประเทศไทย

ระบบกฎหมายและกระบวนการพิจารณาคดีของไทยดั้งเดิมตั้งแต่สมัยสุโขทัย ถูกสันนิษฐานว่ารับเอาแนวคิดทางกฎหมายจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ที่แผ่อิทธิพลผ่านทางคัมภีร์ธรรมสัทธัมของมอญ หากหลักฐานกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่คงใช้กันในลักษณะของจารีตประเพณีในรูปแบบกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht)^{๒๗} อย่างไรก็ตาม ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงซึ่งถือว่าเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ทำให้ทราบถึงการอำนวยความสะดวกในสมัยนั้นได้พอสมควรและสรุปได้ว่าระบบดำเนินคดีในสมัยนั้นกำหนดให้ราษฎรที่เดือดร้อนสามารถร้องทุกข์นำคดีความขึ้นกราบทูลพระมหากษัตริย์เพื่อขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยได้ โดยพระมหากษัตริย์ทรงให้ความสำคัญต่อการพิจารณาคดีโดยพระองค์เอง^{๒๘}

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี รูปแบบสังคมมีพัฒนาการที่สลับซับซ้อนแตกต่างไปจากสังคมสมัยสุโขทัยในหลายด้าน ประกอบกับแนวคิดแบบเทวราชาจากขอมเข้ามามีอิทธิพลต่อรูปแบบการปกครอง ทำให้รูปแบบการปกครองแบบพ่อปกครองลูกสมัยสุโขทัยเปลี่ยนเป็นการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นสมมติเทพซึ่งเป็นตัวแทนและศูนย์กลางการปกครองโดยอำนาจรัฐ ทรงมีพระราชภาระในการบริหารกิจการบ้านเมืองและการอำนวยความสะดวกประชาชนให้อยู่อย่างสงบสุข คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งประกอบด้วยหลักธรรมการปกครองสำหรับพระมหากษัตริย์จึงเข้ามามีบทบาทในฐานะกฎหมายแม่บทของกฎหมายต่างๆ ที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้รักษาความสงบเรียบร้อยในราชอาณาจักร ซึ่งครอบคลุมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิพากษาคดีต่างๆ ด้วย^{๒๙} ระบบการปกครองตลอดจนระบบกฎหมายและรูปแบบกระบวนการทางศาลในสมัยอยุธยาจึงพัฒนาอย่างชัดเจนเป็นแบบแผนมากที่สุด และมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายในสมัยรัตนโกสินทร์เรื่อยมาจนถึงคราวปฏิรูประบบกฎหมายครั้งใหญ่ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕^{๓๐}

^{๒๗} ร.แสงกาต์, ร.แสงกาต์กับไทยศึกษา: รวบรวมบทความแปลและบทความศึกษาผลงาน, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๘), หน้า ๑๐๕-๑๑๓.

^{๒๘} “ในปากประตูมีกระดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยมีความเจ็บท้อง ข้องใจ มันจ๊กกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ไปสิ้นกระดิ่งอันหั้นแขวนไว้ พ่ขุนรามคำแหงได้ยินเรียก เมื่อถาม สอนความแก่มันด้วยชื่อ”

^{๒๙} ร.แสงกาต์, ร.แสงกาต์กับไทยศึกษา: รวบรวมบทความแปลและบทความศึกษาผลงาน, หน้า ๔๖๒.

^{๓๐} สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ ทรงกล่าวถึงกระบวนการพิจารณาคดีของไทยไว้ตอนหนึ่งว่า “วิธีการพิจารณาและพิพากษาคดีในประเทศสยามตามแบบครั้งกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี ยังใช้ต่อมาในกรุงรัตนโกสินทร์ จนกระทั่งตั้งกระทรวงยุติธรรมในรัชกาลที่ ๕ เป็นวิธีแปลกที่เอาแบบอินเดียมาประสมกับแบบไทย ด้วยความฉลาดอันพึงเห็นได้ในเรื่องนี้ก็อย่างหนึ่งจึงเป็นประเพณีที่ไม่มีเหมือนในประเทศอื่น คือใช้บุคคล ๒ จำพวกเป็นพนักงานตุลาการ จำพวกหนึ่งเป็นพราหมณ์ชาวต่างประเทศซึ่งเชี่ยวชาญทางนิติศาสตร์ เรียกว่า ลูกขุน ณ ศาลหลวง มี ๑๒ คน หัวหน้าเป็นพระมหาราชครูปุโรหิตคน ๑ พระมหาราช

เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีและพยานหลักฐานดังกล่าวจึงสรุปได้ว่ากฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมให้ความสำคัญและสนับสนุนให้มีการค้นหาความจริงโดยพยานหลักฐานเป็นอย่างยิ่ง คู่ความในคดีมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาพยานหลักฐานควบคู่ไปกับการค้นหาความจริง โดยตระลาการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากยุคสมัยนั้นไม่มีการแบ่งแยกคดีแพ่งและคดีอาญาออกจากกันอย่างชัดเจน หากปรากฏว่าคดีที่พิพาทกันมีลักษณะเป็นความอาญาแล้ว ขั้นตอนการสืบพยานก็จะมีวิธีการสอบสวนที่แตกต่างไปจากคดีลักษณะอื่น กล่าวคือเมื่อลูกขุน ศาลหลวงเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยมีพิรุณหรือไม่ยอมรับสารภาพก็จะให้ตระลาการใช้มาตรการบังคับพิเศษที่เรียกว่า “จารีตนครบาล” ชักฟอกจำเลยเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดี^{๓๔} โดยการใช้วิธีทรมานร่างกาย เช่น ตอกเล็บ บีบขมับ เพื่อบังคับให้ผู้ต้องหารับสารภาพ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงมีพระวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวว่า

“วิธีพิจารณาความอาญาก่อนพระราชบัญญัตินี้กับภายหลังนั้นคนละวิธีทีเดียว เท่ากับกลับหน้าเป็นหลัง ในครั้งนั้นผู้ต้องหาเป็นความอาญาแล้วได้ความเดือดร้อนอย่างที่สุด เพราะในขั้นต้นถูกจับขังก่อนเสมอ กว่าจะได้มีใครพิจารณาก็นานมากกว่าวันนี้ แลในเวลาพิจารณานั้นถือว่าใครต้องหาแล้วต้องเป็นผู้ร้ายอยู่แล้ว ตบตีเชี่ยนจะเอาหลักฐานให้ได้จากตัวคนที่ต้องหานั้นเอง ถ้าคนๆ นั้นนำพยานมาสืบความบริสุทธิ์ของตนได้ก็รอดไป คือผู้ต้องหาเป็นผู้สืบผิดกับเดี๋ยวนี้ ที่ให้สันนิษฐานว่าผู้ต้องหาเป็นคนบริสุทธิ์กว่าโจทก์จะนำสืบให้เห็นว่าพิรุณ สองวิธีนี้ผิดกันมาก ตระลาการครั้งนั้นไม่ได้ลดหย่อนการเช่นเขี้ยวให้ราษฎรบ้างเลยเห็นจะเป็นเพราะเวลานั้น ตระลาการอยู่ในอำนาจเจ้าบ้านพื้นเมืองๆ เขี้ยวเข็ญผู้พิพากษาตระลาการต่อลงไป จนเอาผู้ร้ายให้ได้เพื่อเอาน่าต่อนายต่อขึ้นไป ผู้พิพากษาตระลาการจึงกลายเป็นโจทก์เองชำระเอาความแก้ตัวจำเลย...”^{๓๕}

การที่ผู้ต้องหาถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้กระทำความผิดจึงต้องใช้วิธีทรมานให้รับสารภาพหรือพิสูจน์ความผิดจนกว่าจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าตนเองบริสุทธิ์นั้นทำให้ผู้ที่ถูกจับตัวมาได้รับความเดือดร้อนและขัดกับหลักสากล เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ชาวต่างประเทศและคนในบังคับยกขึ้นเป็นข้ออ้างไม่ยอมขึ้นศาลไทย โดยตั้งศาลกงสุลของประเทศตนขึ้นชำระคดีแทน ทำให้ระบบและกระบวนการยุติธรรมของไทยไม่ได้รับความน่าเชื่อถือและไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ เนื่องจากไม่

^{๓๔} ร.แสงกาต์, ร.แสงกาต์กับไทยศึกษา: รวบรวมความแปลและบทความศึกษาผลงาน, หน้า ๑๕๐.

^{๓๕} กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติบัญญัติฉบับเล่ม ๒ ว่าด้วยจารีตนครบาล, หน้า ๖๒๒ อ้างถึงใน อภินันท์ ศรีศิริ, "เปรียบเทียบแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายตราสามดวงกับคดีอาญาไทยในปัจจุบัน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๒), หน้า ๑๐๐.

สามารถบังคับใช้กับคนต่างชาติที่อาศัยอยู่ในแผ่นดินไทยได้ และถือเป็นข้ออ้างในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตซึ่งทำให้ไทยสูญเสียเอกราชในทางการศาลต่อมา^{๓๖}

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิรูประบบกฎหมายต่างๆ ภายในประเทศให้ทันสมัยขึ้นเพื่อให้ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศ และหลีกเลี่ยงการกระทบกระทั่งเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับชาติตะวันตกที่อาจอ้างเหตุยึดเอกราชและอธิปไตยของไทย มีการยกเลิกกฎหมายจารีตนครบาล^{๓๗} ซึ่งเป็นจุดอ่อนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยที่ต่างชาติให้การโจมตีว่าเป็นกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานและพิจารณาคดีมีความล่าช้าและป่าเถื่อนรุนแรง ทรงแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการแก้กฎหมายซึ่งมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นประธานคณะกรรมการ และคณะกรรมการอื่นประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายทั้งชาวไทยที่ได้รับการศึกษากฎหมายจากต่างประเทศและชาวต่างประเทศ เพื่อการปรับปรุงระบบกฎหมายให้มีความชัดเจนและเป็นสากลมากขึ้น^{๓๘}

พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ถูกบัญญัติขึ้นไว้ใช้ชั่วคราวจนกว่าจะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความที่สมบูรณ์ออกใช้ เนื้อหาในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวครอบคลุมและทันสมัยมากกว่ากฎหมายจารีตนครบาลที่ใช้แต่เดิม โดยใช้กฎหมายอินเดียซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษเป็นมูลฐานในการร่าง^{๓๙} กฎหมายไทยจึงรับแนวคิดและหลักกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีของไทยด้วย ไม่ว่าเรื่องบทบาทของคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดี สิทธิต่างๆ ของจำเลย รวมถึงหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา ทำให้ระบบการพิจารณาคดีอาญาของไทยมีนิติวิธีในการค้นหาความจริงในคดีคล้ายระบบคอมมอนลอว์^{๔๐} ทำให้ระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหาแบบอังกฤษเข้ามามีอิทธิพลและส่งผลกระทบต่อรูปแบบการดำเนินคดี รวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของไทยเป็นอย่างมาก

^{๓๖} ร.แสงกาด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเล่ม ๒, ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และ วิภลย์ พงศ์พนิตานนท์, ผู้แปล, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ๒๕๒๔), หน้า ๖.

^{๓๗} การพิจารณาคดีแบบจารีตนครบาลได้ถูกยกเลิกในร.ศ. ๑๑๕ หรือพ.ศ. ๒๔๓๗ โดยประกาศพระราชบัญญัติพิจารณาคดีวิธีทางอาญาขึ้นใช้แทน

^{๓๘} แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, ๒๕๕๔), หน้า ๑๙๗-๑๙๙.

^{๓๙} ชาญชัย แสวงศักดิ์ และคณะ, "ความเป็นมาของการปฏิรูปกฎหมายไทย," วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช ๕, ๑ (๒๕๓๖).

^{๔๐} หยุค แสวงอุทัย, "ตำรากฎหมายในประเทศไทย," ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.หยุค แสวงอุทัย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทพิพิธการพิมพ์ จำกัด, ๒๕๒๓), หน้า ๑๒๒.

อย่างไรก็ตาม การที่ระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษมิได้มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่หรือเรียงลำดับมาตรา ทำให้การศึกษาและการปรับใช้ค่อนข้างยากลำบาก จึงมีการนำแนวคิดของระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีฝรั่งเศสเป็นต้นแบบและมีระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนมาใช้เป็นฐานในการร่างกฎหมายเข้าสู่การใช้บังคับประมวลกฎหมาย (Codification)^{๔๑} เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยมีความชัดเจนและเป็นระบบมากขึ้น เมื่อมีการจัดทำร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขึ้นในพ.ศ. ๒๔๗๗ คณะกรรมการร่างฯ ได้มีการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของแอฟริกาซึ่งได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์มาเป็นแบบร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย^{๔๒} และนำบทบัญญัติจากพระราชบัญญัติกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ รวมเข้าไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นด้วย ทำให้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีการผสมผสานกันระหว่างระบบกล่าวหาของอังกฤษที่มีอิทธิพลฝังรากลึกในระบกกฏหมายและกระบวนการยุติธรรมของไทยแต่เดิมกับระบบการดำเนินคดีอาญาแบบไต่สวนของระบบซีวิลลอว์^{๔๓}

เมื่อพิจารณาจากรูปแบบการดำเนินคดีแต่ดั้งเดิมที่แม้ว่าจะจะมีการแบ่งแยกอำนาจผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีออกจากกัน รวมทั้งการให้ผู้เสียหายเป็นผู้มีหน้าที่หลักในการกล่าวอ้างว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น บุคคลผู้กล่าวอ้างว่ามีบุคคลใดกระทำความผิดจะต้องฟ้องต่อศาลให้ถูกต้องตามเขตอำนาจศาล เป็นบทบัญญัติขั้นต้นแรกของการดำเนินคดีความมีลักษณะเหมือนระบบกล่าวหา หากแต่การที่กฎหมายได้ให้อำนาจตระลาการในการสืบพยานตามที่ตระลาการเห็นสมควรและไต่สวนคดีด้วยนั้น ทำให้การพิจารณาคดีมีลักษณะคล้ายกับระบบไต่สวนด้วยเช่นกัน^{๔๔} โดยศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรเห็นว่าระบบกฎหมายไทยเป็นระบบคอมมอนลอว์และมีระบบการพิจารณาคดีอาญาแบบกล่าวหาเป็นหลัก^{๔๕} ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนากรเห็นว่ากระบวนการพิจารณาแบบไทยมีทั้งลักษณะที่เป็นแบบกล่าวหาและระบบไต่สวนรวมกันแต่เริ่มแรก และศาสตราจารย์ดร.อุดม รัฐอมฤต เห็นว่าเมื่อพิจารณาจากกระบวนการทางศาลที่มีการแบ่งการดำเนินคดีให้กับองค์กรที่ต่างกันแล้ว แต่ละขั้นตอนมีรูปแบบการดำเนินคดีทั้งแบบระบบกล่าวหา

^{๔๑} อภินันท์ ศรีศิริ, "เปรียบเทียบแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายตราสามดวงกับคดีอาญาไทยในปัจจุบัน," หน้า ๔๘.

^{๔๒} แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า ๒๔๗-๒๔๘.

^{๔๓} กุลพล พลวัน, "การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทย," รายงานงานเสวนาทางวิชาการ เรื่องการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย: การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย (๒๕๕๖): ๖๕.

^{๔๔} คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๕๖.

^{๔๕} ประมุข สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๕.

และระบบใต้สวน^{๔๖} แต่จากการระบบการพิจารณาคดีอาญาของไทยก่อนการปฏิรูป ศาลเข้ามามีส่วนร่วมและตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างมาก อีกทั้งมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวางและบทตัดพยานมีไม่มาก ทำให้นักวิชาการบางส่วน เช่น ศาสตราจารย์พิเศษเข็มชัย ชุติวงศ์^{๔๗} และนายชวลิต โสภณวัต^{๔๘} เห็นว่าระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นแบบใต้สวน

ศาสตราจารย์พิเศษโรแบร์ แลงการ์ด นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสผู้ศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยได้อธิบายลักษณะของเรื่องการศาลและวิธีพิจารณาความของไทยไว้อย่างน่าสนใจ คือ

"เรื่องตำแหน่งศาลและวิธีพิจารณาความนั้น กฎหมายเก่าของประเทศไทยย่อมมีลักษณะทั้งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าของประเทศอื่น และทั้งลักษณะที่พบเฉพาะในกฎหมายเก่าของไทยอีกด้วย....ซึ่งยังไม่เคยพบในกฎหมายเก่าของประเทศอื่น และเป็นลักษณะสำคัญ เพราะเป็นหลักเป็นรากทั้งในระเบียบศาลและการพิจารณาคดี..."^{๔๙}

อย่างไรก็ตาม นอกจากไทยจะรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบการพิจารณาคดีของชาติตะวันตกเข้ามาปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีของไทยแล้ว ยังได้รับเอาแนวคิดการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐที่ถือว่าการดำเนินคดีอาญาว่าเป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐโดยตรงของระบบซีวิลลอว์มาปรับใช้ในกระบวนการดำเนินคดีอาญาของไทยด้วย^{๕๐} โดยพระราชบัญญัติพิจารณาความมิโทษใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. ๑๑๕ กำหนดให้พนักงานอัยการมีบทบาทในการฟ้องคดีอาญาที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้แม้ว่าคดีนั้นจะเกี่ยวข้องกับราษฎรโดยตรงหรือไม่มีผู้เสียหายกล่าวโทษร้องทุกข์กล่าวโทษก็ตาม^{๕๑} และต่อมาได้มีการจัดตั้งกรมอัยการขึ้น^{๕๒} เพื่อทำหน้าที่ในการฟ้องร้องคดี ทำให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินคดีอาญานอกจากจะเป็นเอกชนผู้เสียหายซึ่งเป็นประชาชนธรรมดาแล้ว ยังประกอบด้วยพนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่จะทำหน้าที่ร่วมกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะรับผิดชอบการสืบสวนและสอบสวนเพื่อรวบรวม

^{๔๖} อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๓๑-๓๓.

^{๔๗} เข็มชัย ชุติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๙ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๗), หน้า ๘.

^{๔๘} ชวลิต โสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ," ตุลพาท ๒๘, ๖ (พฤศจิกายน ๒๕๒๔): ๓๘-๔๑.

^{๔๙} ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเล่ม ๒, หน้า ๔๖๘-๔๖๙.

^{๕๐} กุลพล พลวัน, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, ๒๕๕๓), หน้า ๔-๗๕.

^{๕๑} พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมิโทษใช้ไปพลางก่อน รัตนโกสินทร์ศก ๑๑๕ หมวด ๒ ว่าด้วยชำระпенคความแผ่นดิน มาตรา ๗

^{๕๒} สำนักงานอัยการสูงสุดในปัจจุบัน

พยานหลักฐานในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือความผิดของผู้ที่ถูกกล่าวหาเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ดังนี้แล้ว นอกจากการที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการฟ้องคดีอาญาจะส่งผลให้องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาเปลี่ยนแปลงแล้ว ยังถือเป็นการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องของอัยการและตำรวจกับหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาออกจากกันอย่างชัดเจนมากขึ้นอีกด้วย^{๕๓}

๒.๓ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาในประเทศไทย

รูปแบบการดำเนินคดีอาญาของไทยกำหนดให้เอกชนโดยเฉพาะผู้เสียหายสามารถร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานสอบสวนหรือมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ รวมทั้งพนักงานอัยการในการเริ่มคดีความผิดต่อแผ่นดินที่กระทบต่อสังคมและคนจำนวนมากแม้จะไม่มีผู้เสียหายมาร้องทุกข์ก็ตาม ทำให้ทั้งเอกชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างมีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในคดีอาญาเช่นเดียวกัน

๒.๓.๑ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยรัฐ

แนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมประกอบกับการฟ้องร้องคดีอาญาของเอกชนที่มุ่งแต่จะแก้แค้นระหว่างกันมากกว่าจะคำนึงถึงความสงบสุขของสังคมที่อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมโดยรวมทำให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการฟ้องคดีอาญาแทนเอกชนมากขึ้น^{๕๔} โดยประเทศไทยรับแนวคิดการดำเนินคดีโดยรัฐจากชาติตะวันตกเข้ามาในช่วงการปรับปรุงระบบกฎหมายและศาลในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทำให้การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก^{๕๕} พนักงานอัยการมีอำนาจในการฟ้องร้องคดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งการฟ้องร้องคดีความผิดต่อแผ่นดินที่แม้จะไม่มีผู้ร้องทุกข์ และเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งมีหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนสามารถแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาไว้อย่างกว้างขวาง

การสืบสวนและสอบสวนเป็นกระบวนการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานรูปแบบหนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็น

^{๕๓} คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๕๖-๕๗.

^{๕๔} คณิต ฒ นคร, "วิธีพิจารณาความอาญาของไทย หลักปฏิบัติกับทางกฎหมายที่ไม่ตรงกัน," ใน รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิต ฒ นคร, (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, ๒๕๔๐), หน้า ๓๑๑.

^{๕๕} คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๔๗.

พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจตามกฎหมาย โดยที่พนักงานฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสอบสวนเฉพาะคดีอาญาที่เป็นการกระทำความผิดที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ในขณะที่เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นองค์กรแรกในกระบวนการยุติธรรมที่มีความใกล้ชิดต่อการกระทำความผิดอาญามากที่สุดมีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาส่วนใหญ่^{๕๖} เมื่อพนักงานสอบสวนรู้ตัวว่ามีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นไม่ว่าจะจากคำร้องทุกข์^{๕๗} หรือกล่าวโทษ^{๕๘} หรือวิธีอื่นใดก็ตาม พนักงานสอบสวนจะต้องรีบดำเนินการสอบสวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยไม่ชักช้าเพื่อทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ถูกกล่าวหา รวมถึงพยานหลักฐานที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาเพื่อพิสูจน์ให้เห็นความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดจริงตามที่ถูกกล่าวอ้างหรือไม่^{๕๙} และเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ การสอบสวนจึงเป็นขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดีที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากพยานหลักฐานชั้นสอบสวนจึงเป็นพยานหลักฐานชั้นต้นที่มีความสำคัญที่บ่งชี้ว่าผู้ต้องหาสมควรถูกฟ้องเป็นจำเลยหรือไม่^{๖๐}

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการใช้มาตรการบังคับในการตรวจค้นทั้งสิ่งของและตัวบุคคล ค้น ยึดหรือออกหมายเรียก^{๖๑} เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือเป็นไปเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ รูปแบบการแสวงหาพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนจึงสามารถทำได้หลายรูปแบบในหลายกรณีด้วยกันซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของตัวผู้ถูกกล่าวหาหรือประชาชนที่เกี่ยวข้อง หรือแม้ประชาชนทั่วไปที่อาจไม่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชญากรรมนั้นเลยก็เป็นได้ พนักงานสอบสวนจึงต้องกระทำการสอบสวนภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้การสอบสวนอยู่ในครรลองที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถตรวจสอบได้^{๖๒} หากพนักงานสอบสวนปฏิบัติไม่ถูกต้องตาม

^{๕๖} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒(๖)

^{๕๗} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒(๗)

^{๕๘} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒(๘)

^{๕๙} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๓๑

^{๖๐} จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, หลักและทฤษฎีการสอบสวน คณะตำรวจศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, ๒๕๕๖), หน้า ๓.

^{๖๑} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๓๒

^{๖๒} สมพร พรหมพิตร, คู่มือพยานหลักฐานคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๔๔), หน้า ๑๗๑.

ระเบียบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้จะทำให้การสอบสวนนั้นไม่ชอบและยังส่งผลต่ออำนาจฟ้องของพนักงานอัยการ^{๖๓} รวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานของศาลในชั้นพิจารณาอีกด้วย

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะเห็นได้ว่านอกจากกฎหมายจะกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญาได้แล่นั้น หากแต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้รับรองสิทธิของประชาชนที่เป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญาให้สามารถดำเนินคดีอาญาได้เช่นเดียวกับพนักงานอัยการ^{๖๔} อีกทั้งไม่มีกฎหมายใดห้ามเอกชนในการแสวงหาพยานหลักฐาน ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานไม่จำกัดอยู่แต่เพียงเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่รวมถึงเอกชนที่เป็นโจทก์และเอกชนที่เป็นจำเลยเองย่อมมีสิทธิจะใช้พยานหลักฐานสู่คดีได้อย่างเต็มที่อีกด้วย บทบาทของเอกชนที่เกี่ยวข้องในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาสามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้ได้ดังนี้

๒.๓.๒ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยเอกชน

จากบันทึกในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราชที่ได้อ้างถึงในบทที่แล้ว ทำให้สามารถสรุปสาระสำคัญของรูปแบบการดำเนินคดีอาญาของไทยได้อีกประการหนึ่งว่าการที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาและพิพากษาคดีด้วยพระองค์เอง โดยไม่ปรากฏว่ามีศาลยุติธรรมหรือองค์กรของรัฐอื่นใดเข้ามาทำหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา^{๖๕} ทำให้การร้องทุกข์กล่าวโทษเมื่อมีเหตุทะเลาะวิวาทหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นเป็นสิทธิการฟ้องร้องคดีหรือร้องเรียนข้อพิพาทของผู้เสียหายหรือกระทั่งการแก้ต่างความผิดของผู้ถูกกล่าวหาเกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวางและราษฎรต่างดำเนินการเองทั้งสิ้น จนกระทั่งในสมัยอยุธยาจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายหรือพระไอยการลักษณะรับฟ้องขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้เสียหายในคดีทั้งแพ่งและอาญาให้ชัดเจนและเป็นแบบแผนมากขึ้น พระไอยการลักษณะรับฟ้องดังกล่าวบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

พระไอยการรับฟ้อง พ.ศ. ๑๘๘๙ เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการศึกษาระบบการพิจารณาของไทยเนื่องจากเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดีที่พึงวงเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ โดยกำหนดให้บุคคลทั่วไปที่ได้รับความ

^{๖๓} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๒๐ “ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน”

^{๖๔} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒(๔)

^{๖๕} ประเสริฐ ณ นคร, "อำนาจตุลาการในสมัยสุโขทัย: ประวัติศาสตร์เบ็ดเตล็ด รวมบทนิพนธ์ เสถียรภาพวิชาการ ของ ศ.ดร.ประเสริฐ ณ นคร " ศิลปวัฒนธรรม ฉบับพิเศษ, กุมภาพันธ์ (๒๕๔๙): ๓๗๓.

เดือร้อนเสียหายมีสิทธิเป็นโจทก์ฟ้องขอให้รัฐลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เว้นแต่จะเป็นบุคคลที่
ต้องห้ามมิให้ฟ้องคดี^{๖๖} และเนื่องจากในสมัยนั้นยังไม่มีการแบ่งแยกคดีแพ่งและคดีอาญาอย่างชัดเจน
ทำให้ความผิดที่เกิดขึ้นแม้จะเป็นความผิดลักษณะอาญาหลวงหรืออาญาแผ่นดิน ราชภูมิจำนาจ
ฟ้องร้องคดีต่อศาลได้ โดยโจทก์จะนำคดีไปฟ้องต่อกรมประทับฟ้องโดยจำศาลจะตรวจสอบว่าฟ้องนั้น
คดีมีมูลหรือมีเหตุตัดฟ้องหรือรับฟังได้หรือไม่ จะรับฟ้องทันทีมิได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าฟ้องของ
โจทก์นั้นชอบก็จะทำการส่งคำฟ้องพร้อมกับตัวโจทก์ไปยังศาลที่มีเขตอำนาจชำระคดีพร้อมกับ
พยานหลักฐานตามที่คู่ความได้อ้างเพื่อให้ลูกขุน ณ ศาลหลวง พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป ระยะเวลาการ
ซึ่งถือเป็นเจ้าหน้าที่รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องเมื่อคู่ความไม่รับพยานหลักฐานขึ้นใดหรือในกรณีที่ต้อง
รวบรวมพยานหลักฐานเพื่อเสนอต่อลูกขุน ณ ศาลหลวง ในการทำคำพิพากษาในส่วนข้อเท็จจริง
เพิ่มเติมเท่านั้น^{๖๗} ประกอบกับไม่มีเจ้าพนักงานตำรวจทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวม
พยานหลักฐานในคดีเหมือนเช่นปัจจุบัน ทำให้เอกชนผู้เป็นโจทก์หรือแม้กระทั่งผู้ถูกฟ้องร้องว่าได้
กระทำความผิดต้องจัดหาพยานหลักฐานในคดีเพื่อให้ศาลทำการไต่สวนพิจารณาและดำเนินคดีอาญา
ในศาลด้วยตนเองแทบทั้งสิ้น^{๖๘} การดำเนินคดีอาญาและการแสวงหาพยานหลักฐานในไทยจึง
ดำเนินการโดยเอกชนทั้งที่เป็นโจทก์และจำเลยในคดีอาญาเรื่อยมา แม้ว่าจะมีการร่างประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มีความทันสมัยและทัดเทียมกับชาติตะวันตกในสมัยต่อมาก็ตาม

๒.๓.๒.๑ เอกชนในฐานะโจทก์

ดังที่ได้อธิบายแล้วว่าเอกชนโดยเฉพาะในฐานะผู้เสียหายมีบทบาทในการ
ดำเนินคดีอาญามาแต่ครั้งสมัยสุโขทัยเรื่อยมาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ที่เอกชนผู้เสียหายยังคงต้อง
ฟ้องร้องจัดหาพยานและดำเนินคดีอาญาในศาลด้วยตนเอง จนกระทั่งในพ.ศ. ๒๔๓๙ (ร.ศ. ๑๑๕)
พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิกกฎหมายวิธีพิจารณา
ความตามกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ตกทอดมาจากสมัยอยุธยาทั้งหมด และเปลี่ยน
วิธีพิจารณาความอาญาใหม่ปรากฏตามความในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษใช้ไปพลาง
ก่อน ร.ศ. ๑๑๕ โดยให้อำนาจผู้เสียหายที่จะฟ้องความอาญาได้อย่างกว้างขวางทั้งที่มีการจัดตั้งกรม
อัยการทำหน้าที่เป็นทนายแผ่นดินและฟ้องร้องกล่าวโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญาแล้วก็ตาม จึง

^{๖๖} บุคคล ๗ จำพวกที่ต้องห้ามมิให้ฟ้องคดีตามพระไอยการลักษณะพยาน อาทิ คนวิกลจริตบ้าใบ้ คนตาบอดทั้ง
สองข้าง คนสูงอายุหลงใหล และเด็กต่ำอายุเอาถ้อยคำมิได้ เป็นต้น

^{๖๗} วินัย พงศ์ศรีเพียร, กฎหมายตราสามดวง : แฉกสองสังคมไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน
กองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๕๗), หน้า ๒๕.

^{๖๘} ประดิษฐ์ พงษ์สุวรรณ, "อำนาจฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : สัมฤทธิ์ผลของการฟ้องคดีความผิดฐานฉ้อโกง"
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๙), หน้า ๑๘.

ถือได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้จัดให้มีการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐควบคู่ไปกับการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชนผู้เสียหายนับแต่นั้นเป็นต้นมา^{๖๙}

ครั้นเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คณะกรรมการยกร่างฯ เห็นสมควรที่จะคงสิทธิฟ้องคดีอาญาของเอกชนไว้เช่นเดิม โดยเหตุผลปรากฏตามบันทึกการประชุมเมื่อวันที่ ๑๗ และ ๒๐ มกราคม ๒๔๕๗ ของคณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญา ความว่า

“สิทธิในการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายเป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่เดิมนับแต่ประเทศไทยยังไม่มีพนักงานอัยการทำหน้าที่ฟ้องคดีอาญา ซึ่งสิทธิดังกล่าวถือได้ว่ามีมาช้านานแล้วจนอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่ฝังรากลึกลงอยู่ในจิตวิญญาณของประชาชนทุกคน ดังนั้นผู้เสียหายจึงควรมีสิทธินี้ อยู่ต่อไป...”^{๗๐}

โครงสร้างการดำเนินคดีอาญาของไทยจึงให้อำนาจเอกชนในการฟ้องคดีอาญาโดยปรากฏแนวคิดนี้ในมาตรา ๒๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. ๒๔๗๗ บัญญัติว่า

“บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

(๑) พนักงานอัยการ

(๒) ผู้เสียหาย”

ผู้เสียหายในคดีอาญารวมถึงผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายในคดีอาญา^{๗๑} จึงเป็นบุคคลสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการฟ้องคดีทั้งความผิดต่อแผ่นดินบางประเภทที่เอกชนนั้นได้รับความเสียหายเป็นพิเศษและความผิดต่อส่วนตัวต่อศาลอย่างกว้างขวางและเป็นเอกเทศจากพนักงานอัยการ ตั้งแต่ขั้นตอนดำเนินการร้องทุกข์ การเป็นโจทก์ฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา การใช้สิทธิอุทธรณ์ ฎีกา การระงับคดีด้วยการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง ยอมความ หรือแม้แต่การเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการในคดีที่พนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องต่อศาลไว้แล้ว^{๗๒} เพื่อใช้สิทธิในการระบุนาย สืบพยานเพิ่มเติม รวมถึงสามารถใช้สิทธิในการอุทธรณ์และฎีกา ภายใต้ข้อจำกัดเพียงว่าผู้เสียหายจะขอแก้ไขเพิ่มเติม

^{๖๙} กุลพล พลวัน, "ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยอัยการในประเทศไทย," วารสารอัยการ (๒๕๒๙): ๗๗.

^{๗๐} Report of the Proposed Code of Criminal Procedure for the Kingdom of Siam, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๔๕๗), หน้า AC 14/28.

^{๗๑} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒(๔) “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจ จัดการแทนได้ตั้งบัญญัติไว้ใน มาตรา ๔ มาตรา ๕ และมาตรา ๖”

^{๗๒} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๓๐

ฟ้องเดิมของพนักงานอัยการไม่ได้เท่านั้น^{๗๓} ทำให้รูปแบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐควบคุมไปกับการดำเนินคดีโดยเอกชนผู้เสียหายตลอดมา^{๗๔} และเอกชนผู้เสียหายจึงเข้ามามีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานดังกรณีต่อไปนี้

๑. การเข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน

คดีอาญาบางคดีมีข้อเท็จจริงที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน ประกอบกับรัฐมิได้ให้สิทธิเอกชนในการใช้อำนาจรัฐเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานได้เช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนผู้เสียหายจึงมักจะไปแจ้งความเพื่อให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีให้ เพราะนอกจากพนักงานสอบสวนจะมีความเชี่ยวชาญและเครื่องมือที่เหมาะสมในการแสวงหาพยานหลักฐานแล้ว พนักงานสอบสวนยังมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งถือเป็นการที่รัฐบัญญัติรับรองและให้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาสำหรับพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้

เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับการร้องทุกข์จากเอกชนผู้เสียหาย สิ่งสำคัญประการแรกคือการตรวจสอบเบื้องต้นเสียก่อนว่าผู้ที่กล่าวหาว่าผู้อื่นได้กระทำความผิดนั้นมีหลักฐานตามสมควรน่าเชื่อได้ว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาขึ้นจริงมาสนับสนุนคำร้องทุกข์กล่าวโทษหรือไม่^{๗๕} หากมีพยานหลักฐานพอให้เชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดขึ้นจริงพนักงานสอบสวนจะดำเนินการสืบสวนสอบสวนพยานหลักฐานเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงและรายละเอียดแห่งการกระทำความผิด รวมถึงการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา ทำให้ผู้เสียหายอยู่ในบังคับที่จะต้องแสดงพยานหลักฐานตามสมควรสนับสนุนคำร้องทุกข์ของตนประการหนึ่ง และมีหน้าที่เป็นผู้ช่วยและให้ความร่วมมือกับพนักงานสอบสวนในการแสวงหาพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนอีกประการหนึ่ง นอกจากนี้ผู้เสียหายหรือผู้ที่แจ้งความให้ดำเนินคดีก็สามารถนำพยานหลักฐานต่างๆ ให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนไว้เป็นพยานและรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนเพื่อใช้ในชั้นพิจารณาคดีของศาลได้^{๗๖}

^{๗๓} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๓๒ “ เมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหายจะกระทำให้คดีของอัยการเสียหาย โดยกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในกระบวนการพิจารณา พนักงาน อัยการมีอำนาจร้องต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำ การนั้น ๆ ได้”

^{๗๔} กุลพล พลวัน, "ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยอัยการในประเทศไทย," วารสารอัยการ: ๗๗.

^{๗๕} จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, หลักและทฤษฎีการสอบสวน คณะตำรวจศาสตร์, หน้า ๓.

^{๗๖} รชฎ เจริญฉ่ำ, พยานหลักฐานในคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, ๒๕๕๑), หน้า

๒. การฟ้องคดีต่อศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๘ กำหนดให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีเองได้ หากแต่อยู่ในบังคับที่ศาลจะต้องทำการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีอาญาก่อนเสมอ^{๗๗} เพื่อให้ศาลได้มีโอกาสตรวจสอบพยานหลักฐานของผู้เสียหายว่ามีเพียงพอที่จะทราบได้ว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นมีมูลคือมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ เนื่องจากการฟ้องคดีของผู้เสียหายอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์และผลประโยชน์ส่วนตัวระหว่างเอกชนด้วยกัน หากรัฐอนุญาตให้มีการฟ้องร้องคดีได้อย่างกว้างขวางปราศจากการตรวจสอบอาจทำให้มีฟ้องคดีกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรที่เกิดจากความโกรธเคืองอาฆาตแค้นกันเป็นส่วนตัว ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ที่ถูกฟ้องได้ การไต่สวนมูลฟ้องจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ได้รับความเสียหายเดือดร้อนจากการถูกระทบในคดีอาญา^{๗๘} ผู้เสียหายจึงอยู่ในบังคับที่จะต้องแสวงหาพยานหลักฐานในขั้นต้นเพื่อเสนอให้ศาลเห็นว่าคดีของตนมีมูลพอที่ศาลจะประทับฟ้องเพื่อเข้าสู่ชั้นพิจารณาต่อไป

ในชั้นพิจารณาซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตรวจสอบ ประกอบกับหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาตามหลักสากลที่กำหนดข้อสันนิษฐานว่าบุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิด (Presumption of Innocence) โจทก์ผู้กล่าวอ้างว่าจำเลยหรือผู้ต้องหากระทำความผิดจะต้องมีภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) และหน้าที่นำพยานเข้าสืบ^{๗๙} เพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงอย่างปราศจากข้อสงสัย (Proof Beyond Reasonable Doubt) ตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด หากปรากฏว่าพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาของโจทก์ไม่เพียงพอหรือมีเหตุอันควรสงสัยอย่างใดว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดจริงตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย (in dubio pro reo)^{๘๐} โดยจะต้องยกฟ้องจะพิพากษาลงโทษจำเลยตามฟ้องไม่ได้^{๘๑}

^{๗๗} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๖๒ “ถ้าฟ้องถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ให้ศาลจัดการสั่งต่อไปนี้

(๑) ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ ให้ไต่สวนมูลฟ้อง แต่ถ้าคดีนั้นพนักงานอัยการได้ฟ้องจำเลยโดยข้อหาอย่างเดียวกันด้วยแล้ว ให้จัดการตาม อนุมาตรา (๒)

(๒) ในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ ไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้อง แต่ถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนก็ได้

ในกรณีที่มีการไต่สวนมูลฟ้องตั้งกล่าวแล้ว ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพ ให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณา”

^{๗๘} อารยา เกษมทรัพย์, "การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะกรณีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้อง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๗), หน้า ๑๖.

^{๗๙} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๔

^{๘๐} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๗

^{๘๑} อุคม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๓.

โครงสร้างการดำเนินคดีอาญาของไทยที่อนุญาตให้อำนาจเอกชนในการฟ้องคดีอาญาเองได้ จึงทำให้เอกชนผู้เป็นโจทก์นอกจากจะเป็นผู้ช่วยพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ตนได้ร้องทุกข์ไว้แล้ว ยังอยู่ในบังคับที่จะต้องแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนต่อศาลในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องคดีเองอีกด้วย แม้ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมากฎหมายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการทางอาญาของไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดรับรองการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้อย่างชัดเจน หากก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามมิให้เอกชนแสวงหาพยานหลักฐานอีกเช่นกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๐๑/๒๕๔๓ ข้อเท็จจริงเบื้องต้นปรากฏว่าเอกชนผู้เป็นโจทก์ได้ว่าจ้างให้สายลับของโจทก์ไปทำการล่อซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานดำเนินฐานละเมิดลิขสิทธิ์กับจำเลย ซึ่งพฤติการณ์การล่อซื้อดังกล่าวเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานชนิดหนึ่ง แม้ศาลฎีกาจะวินิจฉัยเพียงว่าการล่อซื้อของโจทก์เป็นการโจทก์จึงเป็นผู้ก่อให้เกิดจำเลยกระทำความผิดทำให้โจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายและไม่มีอำนาจฟ้องคดี โดยไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงในประเด็นว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาโดยมิชอบโดยเอกชนสามารถรับฟังได้หรือไม่ หากเมื่อพิจารณาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการล่อซื้อโดยเอกชนแล้วสามารถสรุปได้ว่าศาลฎีกามีได้ปฏิเสธการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยเอกชนแต่อย่างใด

๒.๓.๒.๒ เอกชนในฐานะจำเลย

เมื่อครั้งประเทศไทยได้ปฏิรูประบบกฎหมายครั้งใหญ่ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ จึงรับอิทธิพลการดำเนินคดีแบบระบบกล่าวหา (Accusatorial System) จากอังกฤษเข้ามาปรับใช้ ทำให้ได้รับแนวความคิดเรื่องการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยที่สอดคล้องกับหลักพื้นฐานสากลในคดีอาญาของนานาอารยประเทศอันเกี่ยวกับคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่จะต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence)^{๕๒} และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองหลักการดังกล่าวเช่นกัน^{๕๓}

ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจึงมีสิทธิที่จะอยู่เฉยไม่ให้การ (Right to Silence) หรือให้การใดๆ ก็ได้ ไม่จำเป็นต้องตอบคำถามโดยไม่สมัครใจหรือกระทำการอะไรที่อาจจะส่ง

^{๕๒} The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Article 11 “Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence”

^{๕๓} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓๔ “...ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

ผลร้ายหรือเป็นการให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง (Privilege Against Self-incrimination)^{๘๔} ซึ่งรวมถึงการให้ความร่วมมือในการแสวงหาพยานหลักฐานที่จะมาผูกมัดตนเองได้ในทางพิจารณาคดี หากผู้ต้องหาให้การแก่เจ้าพนักงานผิดไปจากความเป็นจริงก็ไม่ทำให้ผู้ต้องหามีความผิดฐานแจ้งความเท็จ^{๘๕} แม้แต่การที่ผู้ต้องหาให้การเท็จเพื่อให้อัตนเองพ้นผิดก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานแจ้งความเท็จแต่อย่างใด^{๘๖} การรับฟังพยานหลักฐานของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจึงไม่เข้มงวดเหมือนกรณีอื่น^{๘๗}

อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาหรือจำเลยยังมีสิทธิที่จะร่วมพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน โดยให้การต่อสู้คดี หรือนำพยานหลักฐานของฝ่ายตนเข้าสู้แก้ หรือหักล้างความน่าเชื่อถือของพยานฝ่ายโจทก์ หรือยืนยันความบริสุทธิ์ หรือแสดงพยานหลักฐานประกอบเหตุแห่งการปฏิเสธ เพื่อให้ศาลเห็นว่าพยานของโจทก์นั้นยังมีข้อสงสัยอยู่ตามสมควรและพยานหลักฐานของจำเลยมีความน่าเชื่อถือกว่าพยานโจทก์ สำหรับกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยยอมรับว่าได้กระทำความผิดจริงแต่ขอให้ศาลยกเว้นโทษหรือลดหย่อนโทษ จำเลยย่อมมีภาระการพิสูจน์และจะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสู้แก้ เพื่อให้ปรากฏข้อเท็จจริงตามที่ได้อ้างขึ้นมาใหม่^{๘๘} นอกจากนี้แล้วยังหมายรวมถึงการที่ผู้ต้องหาประสงค์จะนำพยานหลักฐานมาใช้พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนในชั้นสอบสวนเพื่อรวมพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสู่สำนวนการสอบสวนได้เช่นเดียวกัน^{๘๙}

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงวางแนวทางให้คู่ความในคดีเสนอพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ได้อย่างกว้างขวาง การที่ศาลให้คู่ความทุกฝ่ายสามารถสู้คดีด้วยพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่ ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการทางอาญาต่างดำเนินการทุกวิถีทางเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นประโยชน์ในคดี วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานซึ่งเป็นกระบวนการค้นหาความจริงไม่ว่าจะกระทำโดยฝ่ายใดก็ตาม ต่างมีจุดมุ่งหมายสำคัญคือเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน หรือพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยอันจะนำไปสู่การลงโทษจึงอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการแสวงหาพยานหลักฐานโดยรัฐกับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนแล้วเห็นได้ว่ากรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็น

^{๘๔} ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๙๔.

^{๘๕} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๕/๒๕๐๘

^{๘๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๙๓/๒๕๒๒

^{๘๗} โสภณ รัตนกร, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๙๒.

^{๘๘} อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๑๔.

^{๘๙} รชฎ เจริญฉ่ำ, พยานหลักฐานในคดีอาญา, หน้า ๙.

เจ้าหน้าที่รัฐรับมอบการใช้อำนาจรัฐผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันเป็นกฎหมายที่มีสาระเกี่ยวกับกระบวนการทางอาญาและได้รับรองการใช้อำนาจให้แสวงหาพยานหลักฐานอย่างกว้างขวาง แต่การแสวงหาพยานหลักฐานจะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจหรือการใช้อำนาจในทางมิชอบที่จะละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้นอกจากเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความผิดทั้งทางแพ่ง ทางอาญาและทางวินัยแล้ว การแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อการนำพยานหลักฐานนั้นเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีและการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาจากการแสวงหาโดยมิชอบนั้นในชั้นศาลอีกด้วย

สำหรับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน เมื่อพิจารณาจากรูปแบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยที่เอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีเองได้ ทำให้ฝ่ายโจทก์มีภาระในการพิสูจน์โดยจะต้องนำเสนอพยานหลักฐานจนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง โดยปราศจากข้อสงสัย หรือแม้กระทั่งฝ่ายจำเลยผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดต้องอ้างอิงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนไม่ได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาเช่นกัน ทำให้สามารถสรุปได้ว่าเอกชนมีสิทธิแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ไม่ต้องห้ามแต่ประการใด หากแต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาของเอกชนไว้ เนื่องจากมิใช่กรณีการใช้อำนาจรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานเช่นกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การศึกษาและทำความเข้าใจแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ปรากฏในข้อตกลง อนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายภายในของประเทศไทยจะช่วยให้เข้าใจขอบเขตสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมิให้ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาได้มากขึ้น โดยเฉพาะกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานที่ชัดเจนเช่นเดียวกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยรัฐ

๒.๔ การแสวงหาพยานหลักฐานกับการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การแสวงหาพยานหลักฐานเป็นขั้นตอนที่สามารถกระทำได้ในหลายรูปแบบ จึงเลี้ยงไม่ได้ที่วิธีการบางอย่างอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้อง รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนจะต้องกำหนดมาตรการเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขึ้น

พื้นฐานแก่ประชาชนผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐหรือเอกชน

๒.๔.๑ แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

แนวความคิดเรื่องของสิทธิเสรีภาพของมนุษย์มีที่มาจากปรัชญาของกรีกโบราณ โดย อริสโตเติล (Aristotle) นักปราชญ์คนสำคัญในยุคนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ จากความคิดที่เชื่อว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ (Part of Nature) การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันเป็นสิ่งสำคัญคือการดำรงชีวิตตามธรรมชาติของมนุษย์ ดังนั้นมนุษย์จึงจะต้องดำรงอยู่โดยการเคารพกฎหมายเพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม และจะต้องเรียนรู้การเคารพสิทธิตามธรรมชาติซึ่งเป็นสิทธิหรือความชอบธรรมขั้นพื้นฐานเกิดมาพร้อมกับความของมนุษย์ของบุคคลอื่น เพื่อสร้างสังคมมนุษย์ที่ดีและสมบูรณ์แบบ^{๑๐} ต่อมาในยุคกลาง (Middle Age) กฎหมายธรรมชาติเป็นพื้นฐานสำคัญของแนวความคิดในการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐและการจำกัดอำนาจรัฐ กฎหมายใดๆ ที่ออกโดยรัฐจะต้องสอดคล้อง ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎธรรมชาติที่มีอยู่แต่เดิมแล้วไม่ได้^{๑๑}

ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาขึ้น การใช้สิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของปัจเจกชนอาจสร้างความเสียหายแก่สังคมโดยรวมได้ ทำให้เกิดแนวคิด “สัญญาประชาคม” (Social Contract) ขึ้น โดยสาระสำคัญคือแนวคิดที่ว่าทุกคนในสังคมต้องทำพันธสัญญาเพื่อตกลงละสิทธิและเสรีภาพบางส่วนให้ผู้ปกครองเพื่อให้ดูแลและปกครองสังคมให้เกิดความสงบสุข แต่ปัจเจกชนยังคงสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ครบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม และองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดจะออกกฎหมายที่ล่วงละเมิดสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์มิได้^{๑๒} ปัจเจกชนจึงได้รับการคุ้มครองในสิทธิ (Rights) ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้เจ้าของสิทธิมีอำนาจในการใช้สิทธินั้นภายใต้กรอบแห่งกฎหมายและเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการ หรือละเว้นกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตนได้ และบุคคลอื่นจะต้องเคารพและไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น^{๑๓} และเสรีภาพ (Liberty) ที่ทำให้บุคคลมีอำนาจอยู่เหนือ

^{๑๐} ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๑๔ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙), หน้า ๑๑๗.

^{๑๑} เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๗), หน้า ๓๘-๓๙.

^{๑๒} กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๓๘), หน้า ๓๓.

^{๑๓} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๓), หน้า ๒๒.

ตนเองและสามารถกำหนดตัวเอง (Self – determination) โดยเลือกวิถีชีวิตตามรูปแบบของตนได้^{๙๔} ผู้ใช้อำนาจปกครองอันได้แก่รัฐหรือองค์กรของรัฐรวมถึงเอกชนด้วยกันจะต้องเคารพในสิทธิเสรีภาพดังกล่าว โดยจะใช้อำนาจปล้ำง ล่วงละเมิด ดุหมั่นลบหลู่ หรือการกระทำอื่นใดที่ส่งผลให้สิทธิเสรีภาพนั้นเสื่อมเสียไม่ได้ รัฐทั้งหลายจึงผูกพันให้รับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการบัญญัติกฎหมายให้เป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น^{๙๕}

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการพิสูจน์ความผิดของมนุษย์และมีวัตถุประสงค์สำคัญคือการนำตัวผู้กระทำความผิดอาญามาฟ้องต่อศาลเพื่อลงโทษ จึงเป็นกระบวนการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างยิ่ง^{๙๖} กระบวนการดำเนินคดีอาญาที่ดีนอกจากจะคุ้มครองและรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้แล้ว ยังต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเฉพาะการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการที่เหมาะสมและสามารถตรวจสอบได้ในการคุ้มครองประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานจากภาครัฐและแม้แต่ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง โดยคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นสำคัญ

๒.๔.๒ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา

สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการใช้ชีวิตของบุคคลที่ต้องได้รับความคุ้มครองอย่างยิ่งคือ “สิทธิความเป็นส่วนตัว” (Rights to Privacy) หรือ “สิทธิส่วนบุคคล” (Individual right) ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อกันระหว่างมนุษย์ที่มีอาจถูกพรากไปได้ การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาที่มีหลายรูปแบบส่งผลให้สิทธิความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิเสรีภาพของประชาชนลำดับแรกๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานมากที่สุด ประเภทของสิทธิ

^{๙๔} นพนิธิ สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ และอุดม รัฐอมฤต, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร: นานาการพิมพ์, ๒๕๕๔), หน้า ๘๗.

^{๙๕} บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๕), หน้า.

^{๙๖} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย: ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ," อุลพาห: ๔.

ในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐาน สามารถแบ่งพิจารณาได้ ดังนี้^{๙๗}

(๑) ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัว (Information Privacy) บุคคลอื่นจะล่วงรู้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของบุคคลมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลดังกล่าว^{๙๘}

(๒) ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับเนื้อตัวและร่างกาย (Bodily Privacy) หรือความเป็นส่วนตัวในชีวิตร่างกาย ไม่มีผู้ใดอาจถูกล่วงละเมิดสิทธินี้ทางกายภาพหรือพรากสิทธินี้ตามอำเภอใจได้

(๓) ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (Privacy of Communication) บุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองมิให้ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย โทรศัพท์ ไปรษณีย์ อิเล็กทรอนิกส์ และวิธีการติดต่อสื่อสารอื่นใดมิให้ล่วงรู้หรือถูกละเมิดจากการแทรกแซงของผู้อื่น

(๔) ความเป็นส่วนตัวในการอยู่หรือพักอาศัย (Territorial Privacy) บุคคลใดจะกระทำการรุกรานพื้นที่ส่วนตัว หรือพื้นที่ส่วนบุคคลของผู้อื่นโดยมิชอบไม่ได้

สิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าวได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในกฎเกณฑ์และข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับเพื่อใช้เป็นแนวทางหรือมาตรการในการคุ้มครองจากการแสวงหาพยานหลักฐานในระดับมาตรฐานสากลที่หลายประเทศรวมถึงประเทศไทยให้การยอมรับและรับเอาแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายภายในประเทศ ประกอบด้วยอนุสัญญาและกติการะหว่างประเทศ ดังนี้

๒.๔.๒.๑ มาตรฐานสากล

ก. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights 1948)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ เป็นข้อตกลงที่สหประชาชาติ (United Nations; UN) ได้กำหนดขึ้นเพื่อวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนและเพื่อให้เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้ใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองดูแลสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองประเทศของตน โดยการรับรองโดยที่ประชุมสมัชชาองค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ ๑๐ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๙๑ โดย

^{๙๗} บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรอง และคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๕๔), หน้า ๖.

^{๙๘} จรัล ดิษฐาอภิชัย, "สิทธิเกี่ยวกับมโนธรรมและความเป็นส่วนตัว," ใน เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา กฎหมายสิทธิมนุษยชน, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๒), หน้า ๒๗-๒๘.

วัตถุประสงค์หลักของปฏิญญาฉบับนี้คือการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน เพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงจนนำมาซึ่งความสูญเสียในชีวิตและทรัพย์สินของประชากรโลกซึ่งร้อยในครั้งสงครามโลกครั้งที่ ๒^{๙๙} โดยรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลมิให้ถูกรบกวนหรือถูกระทบจากการใช้สิทธิของรัฐหรือเอกชนด้วยกันโดยมิชอบหรือเกินขอบเขตจากการดำเนินกิจกรรมหรือกระทำการใด อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพใดที่กำหนดไว้ ในปฏิญญาสากลฉบับนี้^{๑๐๐} โดยมีบทบัญญัติที่รับรองเกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานไว้ดังนี้^{๑๐๑}

ข้อ ๑๒ “บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจ ในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร หรือจะถูกลบลู่เกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกแซงสิทธิหรือการลบลู่ดังกล่าวนี้”

แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ จะไม่มีสถานะทางกฎหมาย แต่ถือได้ว่าเป็นตราสารที่สำคัญที่มีคุณค่าในการรับรองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นแบบอย่างที่เป็นมาตรฐานสากล กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับในปัจจุบันล้วนมีพื้นฐานจากปฏิญญาสากลฉบับนี้ทั้งสิ้น และกลายเป็นพื้นฐานสำหรับรัฐในการจะบัญญัติและพัฒนากฎหมายภายในประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้^{๑๐๒}

ข. อนุสัญญาของสภายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950)

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. ๑๙๕๐ มีการลงนามรับรอง เมื่อวันที่ ๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๙๓ โดยรัฐสมาชิกสภาแห่งยุโรป และมีผลบังคับใช้จริง เมื่อ ๓ กันยายน พ.ศ. ๒๔๙๖ อนุสัญญานี้เป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ครอบคลุมในเรื่องสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างกว้างขวาง และมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยผลของอนุสัญญาฉบับนี้ ก่อให้เกิดการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนเพื่อคุ้มครองการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ว่าฝ่ายที่ได้รับความ

^{๙๙} กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, หน้า ๓๘.

^{๑๐๐} ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ ๓๐

^{๑๐๑} กรมองค์การระหว่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ, ๒๕๕๑), หน้า ๑๘-๒๓.

^{๑๐๒} จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๕๖), หน้า ๓๐๘.

เสียหายจะเป็นรัฐหรือเอกชนบุคคลธรรมดา โดยเฉพาะเอกชนบุคคลธรรมดาที่สิทธิมนุษยชนได้รับการกระทบกระเทือนจากการกระทำของรัฐสามารถฟ้องร้องรัฐต่อศาลสิทธิมนุษยชนให้ชดใช้ค่าเสียหายหรือมีมาตรการเยียวยาได้^{๑๐๓}

อนุสัญญาแห่งยุโรป^{๑๐๔}ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้อย่างชัดเจนในข้อ ๘ ดังนี้

“๑. บุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว เคหสถานและการติดต่อสื่อสาร

๒. การแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลโดยองค์การของรัฐจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และการแทรกแซงดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยต่อความปลอดภัยของชาติ ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยและการป้องกันการกระทำคามผิดทางอาญา การคุ้มครองสุขภาพหรือจิตใจ หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น”^{๑๐๕}

ค. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention on Civil and Political Rights 1966)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รับรองโดยที่ประชุมสมัชชาองค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ ๑๖ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๐๙ มีวัตถุประสงค์ในการทำให้สิทธิมนุษยชนที่ได้รับรองไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายและมีการคุ้มครองในทางรูปธรรมที่ชัดเจนมากขึ้น^{๑๐๕} รัฐภาคีจะต้องบัญญัติกฎหมายหรือกำหนดมาตรการเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ประชาชนในรัฐโดยปราศจากการแทรกแซงไม่ว่าจะโดยรัฐหรือเอกชนโดยไม่มีการแบ่งแยก^{๑๐๖} และจะต้องดำเนินการให้มีมาตรการ

^{๑๐๓} วิชัย ศรีรัตน์, "การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค," ใน เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน หน่วยที่ ๑ – ๗ (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๒), หน้า ๑๓๙-๑๔๐.

^{๑๐๔} Article 8 “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

^{๑๐๕} กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๕๗), หน้า ๘๔.

^{๑๐๖} กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๗

ทางกฎหมายเพื่อให้ประชาชนผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิได้รับการชดเชยจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น โดยกติการะหว่างประเทศฯ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ดังนี้^{๑๐๗}

ข้อ ๑๗ “บุคคลที่ถูกสอดแทรกในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เคหสถานหรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือโดยมิชอบหาได้ไม่ และจะถูกลบหลู่เกียรติยศและชื่อเสียงเกียรติคุณโดยมิชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่ด้วยเช่นกัน

บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกสอดหรือการลบหลู่เช่นว่านั้น”

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม พ.ศ.๒๕๔๐

นอกจากนี้ยังมีปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่แสดงเจตนารมณ์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งรวมถึงประเทศไทย โดยปฏิญญาอาเซียนฯได้รับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนพลเมืองอาเซียนไว้ในข้อ ๒๑^{๑๐๘} เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการพัฒนาและกรอบในความร่วมมือระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

๒.๔.๒.๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

การรับรองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว(Rights to Privacy) จึงมีคุณค่าในระดับสากลที่องค์กรระหว่างประเทศและประเทศต่างๆ ให้การรับรอง รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการจัดระเบียบการปกครองประเทศจึงต้องมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่จะไม่ถูกละเมิดจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือถูกแทรกแซงทั้งจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายรวมถึงเอกชนด้วยกัน ประเทศไทยได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐^{๑๐๙} อย่างชัดเจนและครอบคลุมในหลายมาตรา โดยสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพที่รัฐมุ่งคุ้มครองเพื่อใช้เป็นแนวทางการพิจารณาขอบเขตและมาตรการในการแสวงหาพยานหลักฐานที่เหมาะสมของภาครัฐและเอกชนสามารถแบ่งพิจารณาตามประเภทของสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ดังนี้

ก. หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

^{๑๐๗} กรมองค์การระหว่างประเทศ, "กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๖. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/iccprt.pdf>

^{๑๐๘} ข้อ ๒๑ “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการแทรกแซงตาม อำนาจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร ซึ่งรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคล หรือการดูหมิ่นเกียรติและชื่อเสียงของ บุคคลนั้น บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย จากการแทรกแซงหรือการดูหมิ่นดังกล่าว”

^{๑๐๙} ผู้เขียนขออ้างรัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช ๒๕๕๐ แทน เนื่องจาก ในขณะที่กำลังทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีการรัฐประหารและใช้รัฐธรรมนูญฉบับ (ชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ แทน

มาตรา ๓๒ บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นหลักขั้นพื้นฐานสำคัญของสิทธิเสรีภาพประการอื่นๆ บุคคลจะไม่ถูกกระทำการใดๆ ที่เป็นการทารุณโหดร้ายต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกายโดยปราศจากเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย

ข.หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเคหสถาน

มาตรา ๓๓ บัญญัติรับรองให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการจะดำเนินชีวิตหรืออยู่อาศัยเคหสถานซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยหรือประกอบอาชีพของบุคคลได้อย่างปกติสุข ซึ่งเคหสถานของบุคคลจะต้องไม่ถูกล่วงละเมิดหรือรุกรานจากรัฐหรือเอกชนโดยพลการหากมิได้รับอนุญาตหรือยินยอมจากเจ้าของเสียก่อน โดยเฉพาะการค้นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในเคหสถานของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งจะต้องปรากฏเหตุหรือเป็นไปตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเสมอ

ค.หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในเกียรติยศและชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัว

มาตรา ๓๕ บัญญัติรับรองให้บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือข้อมูลส่วนตัวใดๆ ที่บุคคลนั้นประสงค์จะปกปิดไม่ว่าจะเป็นเรื่องของตนหรือของบุคคลอื่นในครอบครัว รวมถึงการแทรกแซงหรือรบกวนในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว รวมทั้งการลบลู่ดูหมิ่นเกียรติยศและชื่อเสียงเช่นว่านั้น ทั้งจากการกระทำของของรัฐหรือบุคคลธรรมดา

ง.หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสาร

มาตรา ๓๖ วางหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารซึ่งบางครั้งอาจไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกได้ล่วงรู้ถึงข้อความในการสื่อสารนั้น รัฐหรือบุคคลใดจะรบกวนหรือแทรกแซงหรือกระทำการใดที่อาจละเมิดอิสระในการสื่อสารของบุคคลอื่น รวมถึงเผยแพร่หรือใช้ข้อมูลที่ได้จากการละเมิดการสื่อสารให้เป็นที่เกี่ยวข้องต่อบุคคลผู้นั้นไม่ได้^{๑๑๐}

อย่างไรก็ตาม ผลจากแนวคิดสัญญาประชาคมที่เมื่อนุชนได้ยอมสละอำนาจที่ตนมีส่วนหนึ่งตามธรรมชาติให้รัฐได้คุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของตน รัฐจึงมีหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจของปัจเจกชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวมด้วย^{๑๑๑} มนุษย์จึงไม่อาจใช้สิทธิเสรีภาพตามอำเภอใจในทางที่ไม่ชอบหรือเป็นการใช้สิทธิในทางที่ผิดต่อ

^{๑๑๐} กมลชัย รัตนสกววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, ๒๕๓๙), หน้า ๓๘.

^{๑๑๑} บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า ๒๒๓.

กฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ได้^{๑๑๒} รัฐจึงมีเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลได้เพื่อคุ้มครองบุคคลหรือสังคม และป้องกันไม่ให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพมาทำลายล้างหรือกระทำการที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ^{๑๑๓} แต่การที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น^{๑๑๔}

รัฐธรรมนูญจึงได้รับรองสิทธิเสรีภาพโดยแบ่งเป็นสิทธิสมบูรณ์ (Absolute Right) อันได้แก่สิทธิในชีวิตและร่างกายซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นมนุษย์และเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ก่อนที่จะมีรัฐ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงไม่สามารถจำกัดสิทธิประเภทดังกล่าวได้โดยเด็ดขาด และสิทธิสัมพัทธ์ (Qualified Rights หรือ Relative Right) เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการหรืออาจถูกจำกัดและอาจถูกแทรกแซงได้เมื่อปรากฏว่าการแทรกแซงสิทธิดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า เมื่อใดที่ประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของเอกชนขัดกัน ประโยชน์ของรัฐย่อมมาก่อนของประโยชน์ของเอกชนเสมอ^{๑๑๕} หากจะต้องดำเนินการโดยกระบวนการอันชอบธรรมภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ดังนี้แล้ว การแสวงหาพยานหลักฐานจึงต้องดำเนินการตามกระบวนการอันชอบธรรมและถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อให้พยานหลักฐานที่ได้สามารถรับฟังได้ในชั้นพิจารณาของศาลต่อไป

๒.๕ บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ (Rule Against Illegally Obtained Evidence)

การรับฟังพยานหลักฐาน (Admissibility of Evidence) เป็นกระบวนการกลับกรองว่าพยานหลักฐานใดที่คู่ความสามารถนำสืบหรือนำเข้าสู่สำนวนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย^{๑๑๖} หลักเกณฑ์ที่บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐาน” หรือที่หลักกฎหมายพยานหลักฐานของต่างประเทศเรียกว่า “Exclusionary rules” เป็นหลักการมีที่มาจากระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษซึ่งใช้คณะลูกขุนในการพิจารณาความผิดของจำเลย จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการกลับกรองให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) ที่จะเข้าสู่

^{๑๑๒} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๘ “บุคคลย่อมอย่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้...”

^{๑๑๓} เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า ๑๓๑.

^{๑๑๔} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้...”

^{๑๑๕} เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า ๑๕๔.

^{๑๑๖} ไสภณ รัตนการ, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๙๒.

กระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุนเพื่อป้องกันมิให้คณะลูกขุนเกิดอคติจากพยานหลักฐานที่คู่ความใช้ต่อสู้กันในคดีและส่งผลต่อการตัดสินความผิดของจำเลยในคดีได้^{๑๑๗}

กรณีทั่วไปพยานหลักฐานที่มีคุณสมบัติบ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีหรือมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี(relevant) ไม่ฟุ่มเฟือย(superfluous) ไม่ประวิงคดีให้ชักช้า(undue delaying) และไม่ขัดต่อขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดีถือเป็นพยานหลักฐานที่ศาลสามารถรับฟังได้ทั้งสิ้น (Admissible Evidence)^{๑๑๘} เว้นแต่พยานหลักฐานนั้นต้องห้ามโดยกฎหมายว่าด้วยการยื่นพยานหลักฐานเพราะคู่ความมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการยื่นพยาน เช่น การยื่นบัญชีระบุพยานล่วงหน้าก่อนการสืบพยาน หรือการส่งสำเนาเอกสารล่วงหน้า เป็นต้น หรือเป็นพยานที่ไม่น่าเชื่อถือ เช่น พยานบอกเล่า เป็นต้น พยานหลักฐานแต่ละประเภทจึงมีหลักการห้ามรับฟังแตกต่างกัน พยานหลักฐานที่ปัจจัยภายนอกส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือไม่สมควรถูกนำมาใช้เป็นพยานหลักฐาน เช่น กรณีถ้อยคำพยานที่ได้จากการข่มขู่ยอมทำให้คำให้การนั้นไม่น่าเชื่อถือและไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ถือเป็นหลักสากลในการรับฟังถ้อยคำพยานบุคคลที่หลายประเทศให้การยอมรับ ในขณะที่การไม่รับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เพราะแม้วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะเป็นไปโดยไม่ชอบ หากมิได้ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่มีอยู่แล้วแต่อย่างใด^{๑๑๙}

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อีกทั้งเทคโนโลยีที่พัฒนาอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน ทำให้วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานสามารถกระทำได้ในหลายรูปแบบวิธี หากไม่มีหลักเกณฑ์หรือมาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้ป้องกันการแสวงหาพยานหลักฐาน ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในคดีไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนทั้งในฐานะโจทก์หรือจำเลยทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลและอาจส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างในระยะยาวต่อไปได้

บทตัดพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Rule Against Illegally Obtained Evidence) เป็นมาตรการที่ถูกกำหนดขึ้นจากรากฐานแนวคิดที่ว่าพยานหลักฐานที่ดีและมีคุณค่า (spirit of evidence) ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแห่งคดีจะต้องเป็นพยานหลักฐานที่ได้จากกระบวนการ

^{๑๑๗} จรรย์ ภักดีชนากุล, "กฎหมายลักษณะพยาน," ใน รวมคำบรรยาย ภาค ๒ (ครั้งที่ ๙) สมัยที่ ๖๔, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๔), หน้า ๘๑.

^{๑๑๘} โอสถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๓๕๒.

^{๑๑๙} มโน ซอศรีสาคร, "การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ คัน ยัด โดยมีชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๙), หน้า ๖.

แสวงหาภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย^{๑๒๐} หากพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบเพราะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนแล้ว แม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะมีความน่าเชื่อถือ (Reliability) แต่คุณค่าของพยานหลักฐานได้ถูกทำลายลงทำให้พยานหลักฐานชิ้นนั้นไม่มีประสิทธิภาพ (Effectiveness) และไม่สามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการจะใช้พิสูจน์ความจริงได้อีกต่อไป^{๑๒๑} กฎหมายว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานจึงบัญญัติหรือวางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานบางประเภทเพิ่มเติมไว้เนื่องจากลักษณะหรือคุณค่าของพยานหลักฐานนั่นเอง เช่น คำรับสารภาพที่ได้มาจากการข่มขู่ การห้ามมิให้รับฟังคำพยานที่ได้มาโดยไม่เต็มหรือพยานหลักฐานอื่นที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น^{๑๒๒} ศาลจะไม่นำพยานหลักฐานดังกล่าวเข้ามาใช้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีหรือพิจารณาชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (Weight of Evidence) เพื่อตัดสินคดี เว้นแต่กฎหมายจะให้ดุลพินิจรับฟังได้

บทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงเป็นเครื่องมือที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกินขอบเขตดังกล่าว โดยแต่ละประเทศจะมีหลักการและขอบเขตเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบแตกต่างกันทั้งนี้ขึ้นอยู่กับรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งเป็นพื้นฐานการกำหนดนโยบายทางอาญาของประเทศนั้นๆว่าจะเน้นหนักไปในด้านใด

๒.๕.๑ ทฤษฎีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

ทฤษฎีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาประกอบด้วยแนวคิดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการปราบปรามอาชญากรรมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวมที่รัฐใช้เป็นพื้นฐานที่ใช้กำหนดนโยบายในการดำเนินงานด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การที่แนวคิดทั้งสองต่างมีหลักการคุ้มครองในคุณค่าที่แตกต่าง รัฐจึงต้องพิจารณาว่าจะให้น้ำหนักในการคุ้มครองคุณค่าในด้านใดมากกว่าเพื่อจะได้กำหนดมาตรการทางกฎหมาย อำนาจในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ รวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่สร้างความสมดุลระหว่างคุณค่าทั้งสองให้ได้มากที่สุดและเป็นประโยชน์ต่อการนำไปปรับใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างเหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

^{๑๒๐} พรเพชร วิชิตชลชัย, เอกสารประกอบการสอนปริญญาโท วิชากฎหมายลักษณะพยานเปรียบเทียบ กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๓๒ อ้างในรุจิรัตน์ ชุมวรเดช, "พยานผู้ชำนาญการพิเศษในคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๖), หน้า ๒๑.

^{๑๒๑} ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๒๓.

^{๑๒๒} ไสภณ รัตนกร, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๙๒.

ศาสตราจารย์เฮร์เบิร์ต แพคเกอร์ (Professor Herbert Packer) นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกัน ได้กล่าวถึงรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่แตกต่างกันอย่างตรงข้ามไว้ ๒ รูปแบบ^{๑๒๓} คือ

๒.๕.๑.๑ ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model)

ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมยึดคุณค่าในประสิทธิภาพของการควบคุม ระวัง และปราบปรามอาชญากรรมซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการรักษาความสงบสุขของสังคม กระบวนการดำเนินการจะต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เพราะหากรัฐไม่สามารถปราบปรามหรือควบคุมอาชญากรรมได้ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและเสรีภาพของประชาชนส่วนมากในสังคมจะถูกคุกคามจากอาชญากรรม การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงมีความสำคัญรองลงไป เจ้าหน้าที่งานของรัฐโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเต็มที่เพื่อประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวม^{๑๒๔}

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมจึงให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ ขั้นตอนการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการลงโทษผู้กระทำ ความผิด แม้กระบวนการในการได้พยานหลักฐานมานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องก็ตาม ส่งผลให้รัฐสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายมากขึ้นและทำให้สังคมยอมรับการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่บางประการ เช่น การจับกุมโดยมิชอบ การค้นโดยมิชอบ หรืออื่นๆ เป็นต้น

๒.๕.๑.๒ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model)

ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าคุณค่าของประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม จึงมุ่งต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบโดยการจำกัดไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวางเกินสมควร การใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่และองค์กรของรัฐจะต้องมีความชอบธรรมและถูกต้อง โดยเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดและสามารถตรวจสอบได้ในทุกขั้นตอน กระทำการใดที่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนต้องมีกฎหมายอนุญาตไว้อย่างชัดเจน

^{๑๒๓} Herbert Packer, *The Limit of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press, 1968), pp. 149-173.

^{๑๒๔} ประธาน วัฒนพานิช, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม," *วารสารนิติศาสตร์* ๙, ๒ (กันยายน — พฤศจิกายน ๒๕๒๐): ๑๕๑.

โดยเฉพาะการค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งอาจจะใช้วิธีการล่อลวง ชู่เช็ญหรือ
กระทำการใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างร้ายแรงได้^{๑๒๕}

ประเทศที่มีระบบกฎหมายเน้นไปในทางหลักนิติธรรม (The Rule of Law) จะกำหนดกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานอยู่บนพื้นฐานการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนเสมอ การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือของรัฐในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐาน และรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมโดยศาลจะไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบจากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น

การกำหนดนโยบายหรือมาตรการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบขึ้นอยู่กับประเทศนั้นๆ ว่าให้ความสำคัญระหว่างคุณค่าของทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมหรือทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมมากกว่ากัน เนื่องจากพยานหลักฐานบางชิ้นมีคุณค่าต่อการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานหรือสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้มาก หากไม่รับฟังแล้วย่อมส่งผลต่อการป้องกันอาชญากรรมและรักษาความสงบสุขภายในรัฐได้ หากรัฐให้ความสำคัญในการควบคุมอาชญากรรมศาลย่อมมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม แต่หากมุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะถูกจำกัดขอบเขตของการรับฟังไว้อย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตามหลักการของทั้งสองทฤษฎีนี้ต่างตั้งอยู่บนประโยชน์สาธารณะด้วยกันทั้งสิ้น^{๑๒๖} หากแต่มีวิธีจัดการความขัดแย้งกันระหว่างความสงบเรียบร้อยซึ่งเป็นประโยชน์รัฐ (Public Interest) และสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นประโยชน์เอกชน (Individual Interest) ที่แตกต่างกันเท่านั้น^{๑๒๗} หลายประเทศจึงกำหนดแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยผสมผสานรูปแบบกระบวนการทางอาญาทั้งสองเข้าด้วยกันเพื่อสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐในการรักษาประโยชน์และความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมมากที่สุด

๒.๕.๒ แนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยเริ่มมีรัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศเป็นครั้งแรกในพ.ศ. ๒๔๗๕ โดยมีแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน ต่อมาหลังจากมีการ

^{๑๒๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕๒-๑๕๓.

^{๑๒๖} จรรย์ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๘), หน้า ๒๔๘.

^{๑๒๗} คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๑๑๕.

ประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในพ.ศ. ๒๕๓๗ จึงเริ่มเกิดแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเบื้องต้นด้วย และเมื่อแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแพร่ขยายอิทธิพลในหลายประเทศ รัฐธรรมนูญจึงให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่พลเมือง รวมถึงสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เป็นรูปธรรมมากขึ้นตามไปด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ ได้รับรองการคุ้มครองบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำโดยไม่สมัครใจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ในมาตรา ๓๕ บัญญัติว่า

“บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา

ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการทรมาน ชู่เช็ญ หรือใช้กำลังบังคับหรือเกิดจากการกระทำใดๆ ที่ทำให้ถ้อยคำนั้นเป็นไปโดยไม่สมัครใจ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้รับการรับรองในระดับรัฐธรรมนูญ หมายความว่าหน่วยงานหรือองค์กรรัฐใดมีอาจฝ่าฝืนได้ หากแต่บทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญ และไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นรัฐธรรมนูญที่มีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ชัดเจนและครอบคลุมฉบับหนึ่ง ซึ่งบทบัญญัติที่รับรองมาตรการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ ไว้ในมาตรา ๒๔๓ วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ชู่เช็ญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับหรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

จุดมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวคือการคุ้มครองความปลอดภัย เสรีภาพและทรัพย์สินส่วนบุคคลมิให้ถูกบุกรุกเข้าไปทำอันตรายโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการที่รัฐช่วยเหลือดูแลหรือกระทำสิ่งใดที่เป็นประโยชน์และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ การรับรองไว้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างเด็ดขาดและเท่าเทียมกัน แต่เมื่อมีรัฐประหารขึ้นในพ.ศ. ๒๕๔๙ และมีการประกาศใช้แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ แนวคิดในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตาม

มาตรา ๒๔๓ แห่งรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๕๐ ดังกล่าวไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับใหม่แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒๘) พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่บัญญัติมาตรา ๒๒๖/๑ ขึ้น โดยให้อำนาจศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรม จึงมีข้อพิจารณาว่าหากรัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ ยังคงหลักการเช่นเดียวกับมาตรา ๒๔๓ แห่งรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๕๐ ไว้ ในขณะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ากำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานเอกสาร พยานวัตถุหรือพยานอื่นใดที่ได้มาโดยมิชอบหรืออาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบได้ ย่อมทำให้การรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา ๒๒๖/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้ทั้งที่บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกฎหมายลำดับรอง และการที่ศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นย่อมทำให้การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญปราศจากความหมายและไม่มีคุณค่าเนื่องจากว่าศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายให้การรับรองการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ประกอบกับการที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองประเทศไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยง่าย การแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองสามารถทำได้ง่ายกว่าตามความเหมาะสมในการปรับใช้หรือเพื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละช่วงสมัย^{๑๒๘} และหากมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญไป การรับรองสิทธิของจำเลยก็ดีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญายังคงปรากฏอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างแท้จริง

แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นแผนการดำเนินงานทางอาญาที่สำคัญของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยและปราบปรามอาชญากรรมจะบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐอย่างกว้างขวางในการจับ ค้น ยึด หรือออกหมายอาญาต่างๆ เพื่อให้การรวบรวมและแสวงหาพยานหลักฐานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หากแต่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐไปในทางที่มีขอบและกระทบต่อ

^{๑๒๘} สุพจน์ ฌ บางช้าง, กระบวนการบังคับใช้กฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๕๗), หน้า ๖๒.

สิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้เพื่อให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่ออำนวยความสะดวกและรักษาประโยชน์ของส่วนรวม

๒.๕.๓ แนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนำหลักการรับฟังพยานหลักฐานและบทตัดพยานหลักฐานที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้เท่าที่จะไม่ขัดต่อการพิจารณาคดีอาญา^{๑๒๙} แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีด้วย ทำให้หลักการรับฟังพยานหลักฐานบางประการแตกต่างจากคดีแพ่งและได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อใช้ในการรับฟังพยานหลักฐานเฉพาะแต่ในคดีอาญาเท่านั้น^{๑๓๐} ซึ่งเหตุผลในข้อห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสามารถสรุปได้ ๓ ประการสำคัญด้วยกันคือ ๑. ห้ามมิให้รับฟังเนื่องจากพยานหลักฐานนั้นขัดต่อกระบวนการที่นาระเบียบเกี่ยวกับพยานหลักฐานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้โดยอนุโลม ๒. ห้ามมิให้รับฟังเนื่องจากความไม่น่าเชื่อถือ(unreliability)ของพยานหลักฐาน และ ๓. ห้ามมิให้รับฟังเนื่องจากวิธีการได้มากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ^{๑๓๑}

แนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่ดั้งเดิมของไทยปรากฏในพระไอยการลักษณะรับฟ้องและพระไอยการลักษณะพยานซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีและการรับฟังพยานหลักฐาน แต่ด้วยเหตุที่ในสมัยนั้นราษฎรรู้หนังสืออยู่ในวงจำกัด พยานเอกสารหรือพยานวัตถุมีไม่มาก พยานบุคคลจึงเป็นพยานที่สำคัญที่สุดในการค้นหาความจริงในคดี เป็นผลให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานบุคคลมีมากและเข้มงวดกว่าพยานหลักฐานชนิดอื่น โดยพระไอยการ

^{๑๒๙} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕ ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๖

“เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐาน ที่รับฟังไม่ได้ก็ดี หรือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่ได้ยื่นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ศาลปฏิเสธไม่รับพยานหลักฐานนั้นไว้

เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดฟุ่มเฟือยเกินสมควร หรือประวิง ให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวแก่ประเด็น ให้ศาลมีอำนาจงดการสืบพยาน หลักฐานเช่นนั้น หรือพยานหลักฐานอื่นต่อไป....”

^{๑๓๐} เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๒๗๔.

^{๑๓๑} ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๒๓.

ลักษณะรับฟังซึ่งเป็นบทบัญญัติขั้นตอนในการเริ่มต้นคดีได้กำหนดลักษณะตัดพยานไว้ในมุลคดีแห่งผู้พิพากษาและตระลาการประการที่ ๔ ซึ่งบัญญัติเหตุตัดพยานไว้เนื่องจากคู่ความได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายห้ามต่อพยานไม่ว่าจะเป็นพยานฝ่ายตนหรือพยานฝ่ายตรงข้าม เช่นการลักลอบซ้อมพยาน การแนะนำเสี้ยมสอนพยานให้ให้การตามข้ออ้างของตน การคุกคามขู่เชิญกรรโชกพยานให้ให้การตามข้ออ้างของตน เป็นต้น หากคู่ความฝ่าฝืนใดกระทำการอันเป็นเหตุตัดพยานให้เกิดขึ้นจะส่งผลคดีของคู่ความฝ่ายนั้นต้องถูกพิพากษาให้แพ้คดี^{๑๓๒}

พระไอยการลักษณะพยานถือได้ว่าเป็นกฎหมายพยานหลักฐานของไทยแต่เดิมที่มีหลักเกณฑ์และวิธีการสืบพยานหลักฐานที่เป็นรากฐานสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาคดีของไทยเป็นอย่างยิ่ง นอกจากพระไอยการลักษณะพยานจะกำหนดบทตัดพยานหลักฐานจากลักษณะส่วนตัวของพยานบุคคล ๓๓ จำพวกที่ต้องห้ามมิให้ตระลาการรับฟังคำพยาน เว้นแต่คู่ความจะยินยอมเพื่อคัดกรองความน่าเชื่อถือของคำให้การพยานบุคคล^{๑๓๓} และการชั่งน้ำหนักคำพยานตามลำดับความน่าเชื่อถือไว้อย่างละเอียดแล้ว^{๑๓๔} ยังกำหนดกระบวนการป้องกันการได้มาซึ่งพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบและบทลงโทษอีกด้วย กล่าวคือ พระไอยการลักษณะพยานมีบทตัดพยานในขั้นตอนการสืบพยานที่ห้ามมิให้รับฟังคำพยานที่ได้มาจากการขู่เชิญหรือหลอกลวง หรือการกระทำอื่นใดที่มีผลกระทบต่อความเปิดเผยของพยานโดยตรง หากปรากฏว่าคู่ความฝ่ายใดใช้อิทธิพลหรือกระทำการใดให้พยานไม่ว่าจะเป็นพยานของฝ่ายตนหรือพยานฝ่ายตรงข้ามเกรงกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่นจนเป็นเหตุให้พยานไม่มีอิสระในการให้การและต้องเปิดเผยความบิดเบือนไปจากความเป็นจริงเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่คู่ความฝ่ายที่เป็นกระทำการข่มขู่ นั้น การกระทำดังกล่าวจะถูกลงโทษซึ่งถึงขนาดมีผลเป็นอันแพ้คดีตั้งแต่ในชั้นเริ่มต้นสืบพยาน^{๑๓๕} และหากถึงขนาดใส่ร้ายความผิดแก่พยาน เพื่อให้พยานได้รับโทษคู่ความที่กระทำการดังนั้นย่อมถูกลงโทษให้แพ้คดีด้วยเช่นกัน และมีบทลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันการได้มาซึ่งคำพยานโดยมิชอบเช่น การแนะนำพยาน ที่คู่ความจะชักจูงหรือชี้้นำให้พยานตอบคำถามไม่

^{๑๓๒} อภินันท์ ศรีศิริ, "เปรียบเทียบแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายตราสามดวงกับคดีอาญาไทยในปัจจุบัน," หน้า ๔๒.

^{๑๓๓} เช่น พยานที่เป็นคนเป็นญาติหรือสหายของคู่ความที่ไม่อาจเปิดเผยความได้โดยอิสระเพราะมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณี คนวิกลจริตหรือเด็กไม่มีความซึ่งมีความบกพร่องทางความสามารถ โจรหรือหญิงแพศยาที่เชื่อคำเปิดเผยความได้ยาก รวมถึงขอรานหรือหมอผีซึ่งมีฐานะทางสังคมไม่เป็นที่ยอมรับ เป็นต้น

^{๑๓๔} กลุ่มพยานบุคคล ๓ ระดับ ได้แก่ ๑. ทิพพยาน เช่น พระภิกษุ พราหมณ์ ราชบัณฑิต และขุนนาง มีคำพยานที่มีความน่าเชื่อถือมากที่สุด ๒. อุดรพยาน เช่น ชาวบ้านทั่วไป พ่อค้า หรือผู้มีประสบการณ์ดี ความประพฤติชอบ มีคำพยานน่าเชื่อถือลำดับรองลงมา และ ๓. อุดริพยาน เช่น พี่น้อง มิตรสหาย คนโรคเรื้อ ดาบอด ที่คำพยานมีความน่าเชื่อถือน้อยที่สุด

^{๑๓๕} พระไอยการลักษณะพยานมาตรา ๓๕ "อนึ่งทั้งสองนำตระลาการไปเชิญพยาน มันผู้อ้างก็ ผู้มีได้อ้างก็ มันไปสำทับขู่รูดำรพยานเมื่อลักษณะตระลาการเชิญอยู่นั้น ได้เห็นแก่จักขุ ได้ยินแก่โสต ให้กฎเอาคดีมันปนแพ้แก่สำนวน"

ตรงกับความจริงในคดีที่เกิดขึ้น^{๑๓๖} หรือการเจรจาชักซ้อมพยาน เพื่อให้พยานให้การผิดไปจากข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน^{๑๓๗} เป็นต้น

กระบวนการป้องกันการได้มาซึ่งพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายพยานหลักฐานไทยให้ความสำคัญกับคุณค่าความน่าเชื่อถือของคำพยานเป็นอย่างยิ่ง พยานหลักฐานจะต้องได้มาโดยอิสระและปราศจากการแทรกแซงใดๆ เห็นได้ว่าแม้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะบัญญัติเกี่ยวกับถ้อยคำพยานบุคคลเสียส่วนมาก แต่แนวคิดในการตัดพยานหลักฐานตามพระโอัยการลักษณะพยานและพระโอัยการลักษณะรับฟังคือการกระทำหรือพฤติการณ์ที่คู่ความได้กระทำลงไปทางเสียเปรียบแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งนอกจากจะส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมในการพิจารณาคดีด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบปรากฏที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยมาแต่ดั้งเดิมแล้ว

ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้คณะกรรมการซึ่งมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นประธานยกร่างกฎหมายวิธีสบัญญัติขึ้นใช้บังคับไปพลางก่อนจนกว่าจะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่สมบูรณ์ออกใช้ ทำให้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ ขึ้นชั่วคราว โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้รับเอาแนวคิดของกฎหมายอินเดียซึ่งเป็นอาณานิคมของอังกฤษเป็นต้นร่าง แนวคิดและหลักกฎหมายพยานของอังกฤษมาจึงเข้ามามีอิทธิพลในกฎหมายลักษณะพยานของไทย อีกทั้งพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ ได้ประกาศยกเลิกกฎหมายพยานเดิมไปส่วนใหญ่ เว้นแต่พระโอัยการลักษณะพยานบางมาตราที่มีแนวคิดคล้ายคลึงกับหลักการรับฟังพยานของอังกฤษซึ่งรวมถึงพระโอัยการลักษณะพยานมาตรา ๓๕ และ มาตรา ๓๖ ที่บัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังคำพยานที่ได้มาจากการชู่เชื้อหรือหลอกลวง หรือการกระทำอื่นใดที่มีผลกระทบต่อค่าเบิกความของพยานโดยตรงยังสามารถนำมาปรับและบังคับใช้ได้จึง

^{๑๓๖} พระโอัยการลักษณะพยานมาตรา ๓๗ “อนึ่งนำตระลาการไปเชื้อพยาน ท้าวคำโดยอ้าง แลมันผู้อ้างก็ดี ผู้หมี่ได้อ้างก็ดี แลมันแนะนำข้อเนื้อความให้พยานฟังก่อนก็ดี แลสอนพยานมิให้รับต่อหน้าสุภาการระลาการพิจารณาเปนสัง ให้กฎเอาคดีมันเป็นแพ้”

^{๑๓๗} พระโอัยการลักษณะพยานมาตรา ๕๖ “มาตราหนึ่ง ทั้งสองอ้างพยาน แลมันผู้หนึ่งไปเจรจาด้วยพยานก็ดี มันให้สินแก่พยานก็ดี ในหว่างเปนความ ท่านว่ากู้อิมกันเทียมสินจ้างสินบน มากก็ดี น้อยก็ดี ท่านว่ามันไปย้อมแปลงพยานให้ข้างหนึ่งๆหมี่ได้ย้อมแปลงพยานนั้นเปนจริง ถ้าคดีนั้นต้องตัดสินมื่อถึงตายก็ดี ท่านให้ลงโทษแก่พยานแลผู้ให้สินจ้างย้อมแปลงพยานนั้น ให้หมี่โดยพยานอาญา”

ถูกนำมารวมไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้^{๑๓๘} ทำให้แนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการข่มขู่หรือหลอกลวงตามกฎหมายตราสามดวงแบบแนวคิดของไทยแต่เดิมนั้นยังคงมีผลในพระราชบัญญัติลักษณะพยานฯ ที่จะถูกนำมาปรับใช้เป็นรากฐานในการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในสมัยต่อมาด้วย

เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีอาญาไทยเพื่อประโยชน์ในการใช้กฎหมายและปรับปรุงระบบกฎหมายของไทยให้มีความเป็นสากลทัดเทียมนานาอารยประเทศขึ้นในภายหลัง คณะกรรมการร่างฯ ได้ตัดสินใจที่จะคงรูปแบบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานให้เป็นไปตามประเพณีนิยมทางกฎหมายของประเทศไทย โดยการได้นำหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานได้มาจากการขู่ข่มขู่หรือหลอกลวงหรือการกระทำอื่นใดที่มีผลกระทบต่อคำเบิกความของพยานตามพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ ซึ่งเป็นแนวคิดในการรับฟังพยานหลักฐานของกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมมารวมบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ คู่ความสามารถอ้างพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดได้ไม่จำกัดหากพยานหลักฐานเกี่ยวเนื่องกับประเด็นแห่งคดี^{๑๓๙} และคณะกรรมการในการร่างกฎหมายยังมายืนยันป้องกันว่าผู้พิพากษายังคงมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะสืบและรับพยานหลักฐานทุกชนิดที่ได้เสนอต่อศาล แต่ต้องมีใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งผู้พิพากษามีความเป็นอิสระที่จะหยิบยกหรือไม่ก็ได้^{๑๔๐}

นายเรอเน่ กียอง (René Guyon) คณะกรรมการร่างกฎหมายฯ มีส่วนช่วยยกร่างกฎหมายได้กล่าวถึงหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่จะถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญาว่า

“ได้มีการชี้ขาดในปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานด้วยการรับเอาระบบที่เรียกว่า La preuve morale มาใช้ขึ้นเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันอยู่ในสยาม หลักเกณฑ์ในระบบการรับฟังพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด (la preuve légale) ซึ่งมีการแยกระหว่างพยานที่รับฟังได้และพยานที่รับฟังไม่ได้นั้นเป็นอันว่าถูกตัดไปไม่นำมาใช้ ดังนั้น

^{๑๓๘} อภินันท์ ศรีศิริ, "เปรียบเทียบแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายตราสามดวงกับคดีอาญาไทยในปัจจุบัน," หน้า ๑๐๕.

^{๑๓๙} พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ มาตรา ๙ “โจทก์จำเลยจะอ้างพยานสืบตามประเด็นข้อหา ซึ่งได้รับกันในสำนวนจะต้องสืบมากมายหลายคนก็ได้ไม่มีกำหนด แต่เมื่อศาลพิเคราะห์เห็นว่า ข้อใดได้สืบพยานพอสมควรอยู่แล้ว ควรฟังเอาข้อนั้นเป็นเท็จหรือเป็นจริงได้ ศาลก็มีอำนาจไม่ให้สืบพยานในข้อนั้นต่อไปได้”

^{๑๔๐} เรอเน่ กียอง, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม, สุรพล ไตรเวทย์, ผู้แปล, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๐), หน้า ๑๗๖.

เท่ากับว่าในระบบของสยามนั้น การแสดงความจริงให้ปรากฏแก่ศาลนั้น อาจทำได้โดยทุกวิถีทางที่สามารถให้ความกระจ่างแก่ศาล โดยมีข้อแม้ที่ว่าพยานหลักฐานนั้นจะต้องมีใช้ได้มาโดยวิธีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย”^{๑๔๑}

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับปัจจุบันผ่านการตรวจพิจารณาตราเป็นกฎหมายโดยสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ ๕ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๘ และให้มีผลบังคับตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๘ เป็นเหตุให้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความต่างๆ ที่มีขึ้นเพื่อใช้ไปพลางก่อนที่มีเนื้อหาสาระเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ หากหลักการรับฟังถ้อยคำพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามแนวคิดจากกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมยังคงปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๒๖ ความว่า

“พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”^{๑๔๒}

กฎหมายลักษณะพยานของหลักฐานของไทยได้วางหลักทั่วไปของการรับฟังพยานหลักฐานให้พยานวัตถุ หรือพยานเอกสาร หรือพยานบุคคลใดๆ ก็ตามที่น่าจะพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำผิดหรือบริสุทธิ์นั้นสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ทั้งสิ้น เว้นแต่ในกรณีถ้อยคำพยานที่ให้การโดยไม่สมัครใจเนื่องจากถูกจงใจ มีการให้คำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นในลักษณะเดียวกันที่ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของถ้อยคำพยานไม่สามารถรับฟังได้เพราะน่าเชื่อได้ว่าจะให้ข้อมูลที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง รวมถึงพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นเช่นกันที่กฎหมายไม่ให้รับฟังเนื่องจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น^{๑๔๓}

^{๑๔๑} วิษณุ วรรณุญ, "René Guyon, Oeuvre De Codification Au Siam," *วารสารนิติศาสตร์* ๒๓, ๑ (๒๕๓๖): ๒๓.

^{๑๔๒} Any material, documentary or oral evidence, likely to prove the guilt or the innocent of the accused, is admissible, provide it is not obtained through in any inducement, promise, threat, deception or any unlawful means; such evidence should be produced in accordance with the provisions of this code or other laws governing production of evidence.

^{๑๔๓} ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒*, หน้า ๒๒๙.

ต่อมาแนวคิดสิทธิมนุษยชนเข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้นานาอารยประเทศต่างให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น การกระทำใดๆ ที่อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ต่างๆ ให้รับรองรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น และได้ส่งผลต่อแนวคิดในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาที่จะต้องเป็นไปอย่างถูกต้องและชอบธรรมภายใต้กฎหมายที่กำหนด และเพื่อความชัดเจนในการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ให้รัฐคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่ไปกับอำนวยความยุติธรรมของสังคมส่วนรวมได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ประกอบกับเหตุผลที่ต้องการจะป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมในการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่จึงมีการรับเอาแนวคิดบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine) ของสหรัฐอเมริกาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย^{๑๔๔} และดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากแนวคิดกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของประเทศออสเตรเลียที่มีการปรับปรุงในค.ศ. ๑๙๙๕ เข้ามารวมไว้ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒๘) พ.ศ. ๒๕๕๑ นี้ด้วย โดยบัญญัติเกี่ยวกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพิ่มเติม รวมถึงข้อยกเว้นที่ศาลจะรับฟังได้ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

“ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- ๑) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- ๒) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- ๓) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ

^{๑๔๔} โสภณ รัตนกร, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๒๐๖-๒๐๗.

๔) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่ เพียงใด”

การที่กฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และหรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบได้เนื่องจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนั้น แท้จริงแล้วเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ความจริงในคดี หากแต่รับฟังไม่ได้เนื่องจากกระบวนการได้มาเป็นไปโดยมิชอบ ทั้งที่จริงแล้วการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอาจมีความร้ายแรงไม่เท่ากันในการได้มาไม่เท่ากัน บางกรณีอาจได้มาโดยผิดกฎหมาย หากแต่บางกรณีเพียงแต่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย^{๑๔๕} หากศาลปฏิเสธไม่รับฟังเลยก็อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการควบคุมอาชญากรรมของสังคมโดยรวมได้ จากการศึกษามาตรา ๒๒๖/๑ กำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าว จึงอาจสรุปได้ว่ารูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยมีแนวโน้มไปในทางรูปแบบของการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) โดยศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์แต่ได้มาโดยมิชอบเพื่อนำไปสู่การพิสูจน์ความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

จากการศึกษาเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐาน สามารถสรุปได้ว่าบทบาทการดำเนินคดีอาญาของเอกชนในกฎหมายไทยแบบดั้งเดิมยังคงมีอิทธิพลทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฟ้องคดีอาญาได้เป็นเอกเทศจากพนักงานอัยการ อีกทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนนอกจากจะต้องมีหลักฐานพอสมควรแสดงให้เจ้าพนักงานสอบสวนเห็นว่ามีความผิดอันควรเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว เจ้าพนักงานสอบสวนยังอยู่ในบังคับที่จะต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา จึงต้องแสวงหารวบรวมพยานหลักฐานจากทั้งฝ่ายผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาด้วย และในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องคดีต่อศาลเอง ก็อยู่ในบังคับที่จะต้องแสดงหลักฐานให้ศาลเชื่อว่าคดีที่ฟ้องมีมูลก่อนศาลจึงจะประทับฟ้องได้ ต่อมาเมื่อเข้าสู่ชั้นพิจารณาคดีแล้ว โจทก์ผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยว่าได้กระทำความผิดจริงตามที่ตนได้กล่าวอ้างหรือไม่ ในขณะที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยก็สามารถใช้พยานหลักฐานพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนได้อย่างเต็มที่ จากรูปแบบการพิจารณาคดีอาญาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงทำให้ผู้กล่าวหาหรือโจทก์และผู้ต้องหาหรือจำเลยต่างอยู่ในบังคับที่จะต้องแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายของตนในการพิจารณาคดีทั้งสิ้น และแม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^{๑๔๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๘๘.

จะมีได้บัญญัติถึงอำนาจหรือขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้เลยก็ตาม แต่มิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามมิให้เอกชนแสวงหาพยานหลักฐานไว้ ทำให้การได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดีอาญาไม่จำกัดอยู่แต่เพียงการได้มาโดยเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้น

การแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทำโดยเอกชนอาจละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้ซึ่งเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ของเอกชนขัดแย้งกันเอง พยานหลักฐานที่ได้มาจึงเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาหรืออาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบได้ จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่าบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้บังคับในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนหรือไม่และควรจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ใดจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่า การแสวงหาพยานหลักฐานนั้นเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยการปรับใช้ มาตรา ๒๒๖ กับกรณีของเอกชนโดยตรง แต่จากการศึกษาทำให้สามารถสรุปได้ว่าแม้กฎหมายจะไม่ได้บทบัญญัติให้อำนาจเอกชนแสวงหาพยานหลักฐานไว้แต่มิได้ห้ามแต่อย่างใด จนกระทั่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๘๑/๒๕๕๕ ได้วินิจฉัยถึงการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา ๒๒๖ กับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนด้วย อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบทบัญญัติ มาตรา ๒๒๖ ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลแนวคิดมาจากบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเท่านั้น อีกทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จึงไม่ได้มีผลบังคับโดยตรงกับกรณีของเอกชนแต่อย่างใด กรณีจะเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๒๒๖ ต้องเป็นเรื่องที่เกิดจากการกระทำมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ นั้นไม่ถูกนำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบโดยเอกชนด้วย ประกอบกับคำอธิบายทางวิชาการส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับการปรับใช้ มาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสำคัญ และคำพิพากษาศาลฎีกามีกรณีตัวอย่างให้ศึกษาค่อนข้างน้อย จึงทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสร้างความสับสนในทางปฏิบัติแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาพอสมควรและส่งผลกระทบต่อการศึกษาเพื่อพิจารณาขอบเขตหรือลักษณะหลักเกณฑ์การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนด้วย

บทต่อไปจึงจะทำการศึกษาศึกษาการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดยเอกชนในต่างประเทศ เพื่อให้ทราบแนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย บทบาทของเอกชนในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา และการรับ

ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนตามกฎหมายต่างประเทศ เพื่อให้เข้าใจและสามารถเปรียบเทียบกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบโดยเอกชนและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายไทยต่อไป



บทที่ ๓

การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยมิชอบโดยเอกชนในต่างประเทศ

พื้นฐานในระบบพิจารณาคดีอาญาของแต่ละระบบกฎหมายส่งผลให้แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายพยานหลักฐานแตกต่างกัน ประกอบกับหลักการดำเนินคดีอาญาที่มีผลต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา ทำให้แนวคิดในการนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีความแตกต่างกันด้วย แต่เนื่องจากในปัจจุบันแนวคิดการปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีอิทธิพลอย่างกว้างขวาง หลายประเทศจึงนำข้อดีของแต่ละระบบกฎหมายมาปรับใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาให้มากที่สุด

ในบทนี้จึงจะศึกษาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและการปรับใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนจากกลุ่มตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Countries) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Countries) เพื่อให้เข้าใจแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อวิธีคิดของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบของแต่ละประเทศและนำมาเปรียบเทียบกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบโดยเอกชนของไทยต่อไป

๓.๑ รูปแบบการจัดการพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในต่างประเทศ

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบต้องห้ามมิให้รับฟังเนื่องจากวิธีการได้มาละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รัฐจึงมีหน้าที่จะต้องปกป้องคุ้มครองประชาชนจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการกระทำที่ปราศจากอำนาจตามกฎหมาย มิเช่นนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อความเป็นธรรมของระบบบริหารงานยุติธรรมทางอาญาในภาพรวมได้ แนวทางการจัดการและควบคุมพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของกลุ่มประเทศระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์สามารถแบ่งพิจารณาแบบได้ดังนี้^๑

๑. การใช้วิธีการทางกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) โดยการกำหนดเงื่อนไข ขอบเขตและกฎเกณฑ์การแสวงหาและการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน

^๑ อำนาจ เนตยสุภา และวัชรภรณ์ พิมพ์จุฬา, รายงานการวิจัยเรื่อง ปัญหาการล่อซื้อในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๔๘), หน้า ๓๓-๓๖.

๒. การใช้บทตัดพยาน(Exclusion of Evidence) การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

๓. หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยสร้างความเสียหายต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีและเพื่อคุ้มครองความริสุทธ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักการนี้ปรากฏใช้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์เป็นแบบดั้งเดิมเป็นส่วนมาก

๔. การใช้หลักการกระบวนการนิติธรรม (Due Process Defense) วิธีการนี้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยศาลสหรัฐอเมริกาเพื่อรับรองหลักการกระบวนการนิติธรรมตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕ และคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการถูกละเมิดอย่างรุนแรงจากการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๔

ประเทศต่างๆ ได้นำหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไปปรับใช้ต่างกันไปขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายและสภาพสังคม แต่ละประเทศอาจมีวิธีการจัดการพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหลากหลายวิธีขึ้นอยู่กับนิติบัญญัติของประเทศนั้นๆ แม้ว่าจะเป็นประเทศที่จัดอยู่ในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายเดียวกันก็ตาม

๓.๒ แนวความคิดและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยเอกชนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Countries)

ดังที่ได้อธิบายแล้วว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คู่ความสามารถนำเสนอพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดี (Relevant evidence) เข้าสู่การพิจารณาได้ เว้นแต่พยานหลักฐานนั้นจะต้องห้ามตามกฎหมาย (Exclusionary Rules) หรือเป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจไม่รับฟัง (Exclusionary Discretion) เพื่อป้องกันมิให้พยานที่ไม่มีที่น่าเชื่อถือเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุนที่เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีหน้าที่ในการตัดสินความผิดของจำเลย เพราะพยานหลักฐานดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัยความผิดของจำเลยและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในการพิจารณาได้ ศาลจึงรับฟังพยานหลักฐานนอกเหนือจากกรณีดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย (Inclusionary Rule) แต่ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังหากเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีได้

(Fairness discretion)^๒ และจะใช้กับกรณีของพยานวัตถุหรือพยานเอกสารเท่านั้น ไม่รวมถึงพยานที่เป็นคำรับสารภาพของผู้ต้องหาตัว

ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวางแตกต่างไปจากประเทศคอมมอนลอว์อื่นและยึดถือหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ^๓ หลักการรับฟังพยานหลักฐานในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงแบ่งออกเป็น ๒ หลักใหญ่ อันได้แก่^๔ หลักห้ามมิให้รับฟัง (Exclusionary rule) ที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกากับหลักยอมรับฟัง (Inclusionary rule) ที่ใช้ในประเทศคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่

๓.๒.๑ สหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริการับแนวคิดและอิทธิพลระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จากประเทศอังกฤษ ระบบการดำเนินคดีนอกจากจะยึดถือคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนหน้าเป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในภายหลังแล้ว ยังรับเอารูปแบบกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นลักษณะกล่าวหา (Accusatorial หรือ Adversary System) และใช้ระบบลูกขุนมา (Jury) ในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงตามแบบอังกฤษมาด้วย ระบบการพิจารณาคดีอาญาในระยะแรกของสหรัฐอเมริกาจึงมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเสนอพยานหลักฐานที่ไม่มีความน่าเชื่อถือ (Unreliability) อย่างเคร่งครัด ในทางตรงข้าม หากปรากฏว่าพยานหลักฐานมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์และมีความน่าเชื่อถือแล้วศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างไม่จำกัด (Inclusionary Rule) ซึ่งรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามแบบอังกฤษด้วยเช่นกัน^๕ ศาลจะอนุญาตให้พยานหลักฐานดังกล่าวสามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุน ส่วนพยานหลักฐานนั้นจะมีน้ำหนักเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะลูกขุน^๖ ต่อมาหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎหมาย จึงเกิดการปรับปรุงระบบการพิจารณาคดีให้มีความสอดคล้องและวางหลักการใช้กฎหมายโดยอาศัยการตีความตามรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองใน

^๒ ณรงค์ โจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๓๑.

^๓ จริญญา ภักดีธนากุล, "กฎหมายลักษณะพยาน," ใน รวมคำบรรยาย ภาค ๒ (ครั้งที่๙) สมัยที่ ๖๔, หน้า ๘๑.

^๔ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๒๒.

^๕ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา," วารสารนิติศาสตร์ ๙, ๓ (๒๕๒๑): ๑๒๐-๑๒๑.

^๖ จิรนิติ หะวานนท์, "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน," ตุลพาท ๓๑, ๓ (พฤษภาคม - มิถุนายน ๒๕๒๗): ๓๖.

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ส่งผลให้ระบบการพิจารณาคดีและกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเปลี่ยนแปลงไปจากแนวคิดที่รับมาจากอังกฤษในระยะแรกเป็นอย่างมาก^๗

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้ภายหลังจากการประกาศเอกราชในวันที่ ๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๗๗๖ และพัฒนาปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมา โดยมีรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติม (Amendment) จนถึงปัจจุบันทั้งสิ้น ๒๗ ฉบับ บทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับสำคัญที่ประกอบด้วยเนื้อหาเกี่ยวกับหลักประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองอย่างกว้างขวางและเป็นที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบัน คือบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑ ถึงฉบับที่ ๑๐ (The First 10 Amendments) หรือที่เรียกว่า The Bill of Right กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงถูกเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแนวรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Criminal Procedure) ซึ่งเป็นเกราะคุ้มครองประชาชนมิให้ถูกข่มขู่จากการใช้อำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด^๘ โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานแต่ละฉบับมีใจความสำคัญดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ (Fourth Amendment)^๙ มีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ของประชาชนที่จะได้รับประกันความมั่นคงปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสารให้ปลอดภัยจากการที่เจ้าหน้าที่รัฐค้นหรือยึดโดยปราศจากเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย (Probable Cause) หรือปราศจากหมายที่ระบุรายละเอียดในการดำเนินการดังกล่าวอันเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหมายรวมถึง “ความคาดหวังอันสมควรในความเป็นส่วนตัว” (Reasonable Expectation of Privacy) ด้วย^{๑๐}

^๗ Kunal M. Parker, *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900 :Legal Thought before Modernism* (London: Cambridge University Press, 2011), pp. 1-2.

^๘ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, "การพิจารณาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา: ระบบพิจารณาแบบไบเฟอร์เมชัน," *วารสารนิติศาสตร์* ๑๐, ๓ (๒๕๒๕): ๔๓๘.

^๙ Amendment IV “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects,[a] against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”

^{๑๐} Katz v U.S., 389 U.S. 347 (1967)

๒. รัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ (Fifth Amendment)^{๑๑} ได้รับรองสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยในคดีอาญาผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะรับการพิจารณาโดยคณะลูกขุนใหญ่ การรับรองมิให้ถูกพิจารณาความผิดซ้ำในการกระทำความผิดครั้งเดียว การห้ามมิให้ต้องให้การปรักปรำตัวเอง (Privilege Against Self – incrimination) รวมถึงการห้ามมิให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (Due Process of Law)

๓. รัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๔ (Fourteenth Amendment)^{๑๒} พลเมืองของสหรัฐอเมริกาจะพึงได้รับการคุ้มครองจากมลรัฐอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างชอบธรรมตามกระบวนการของกฎหมาย (Due process of law)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐจึงเน้นถึงความสำคัญของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความอาญามากกว่าเนื้อหาในทางสารบัญญัติ เพราะเชื่อว่าความยุติธรรมส่วนใหญ่อยู่ที่ระบบวิธีการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น การตีความตามรัฐธรรมนูญทำให้องค์กรตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีบทบาทสำคัญในการสืบสวนหาผู้กระทำความผิด ค้นหาพยานหลักฐาน ติดตามจับกุมผู้กระทำความผิดมาเสนอต่อพนักงานอัยการ จะต้องเคารพต่อสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ ให้การรับรอง เจ้าหน้าที่รัฐจะบุกรุกเข้าไปทำอันตรายสิทธิเสรีภาพพื้นฐาน อันประกอบด้วยสิทธิในความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายไม่ได้ และศาลอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการบังคับใช้และตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐว่าได้ใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้หรือไม่ (Ultra vires) หรือว่าฝ่ายปกครองใช้

^{๑๑} Amendment V “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the State Action offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”

^{๑๒} Amendment XIV § 1; “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws...”

อำนาจไปในทางที่มีขอบอย่างไร (Abuse of power) หรือการดำเนินการใดๆ เป็นไปอย่างเป็นธรรม และสามารถตรวจสอบได้หรือไม่ (Due process of law)^{๑๓}

๓.๒.๑.๑ ความเป็นมาบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา (Exclusionary Rule)

การที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ รับรองให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล (Right to privacy) จะต้องไม่ได้รับผลกระทบจากการค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ หากมิได้กำหนดบทลงโทษหรือผลที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาจึงได้สร้างหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานหรือบทตัดพยานหลักฐาน (Exclusionary Rule) ที่ได้มาโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่สอดคล้องกับกระบวนการอันชอบธรรมตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๔ กำหนดไว้ ให้มีสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยห้ามมิให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของจำเลยนำไปใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเด็ดขาด และถือบทตัดพยานหลักฐานเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายและเป็นการยับยั้งทำลายแรงจูงใจมิให้เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเช่นนั้นอีก (Deterrent) รวมถึงการรักษาความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล (Judicial Integrity) ไม่ให้เสียไปจากการที่ศาลเข้าไปมีส่วนร่วมหรือรับรู้ในการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงาน (Partnership in Official Lawlessness) โดยการยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบเช่นว่านั้นอีกด้วย^{๑๔}

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้สร้างบรรทัดฐานของหลักดังกล่าวขึ้นครั้งแรกในคดี Weeks v. United States (1914)^{๑๕} โดยได้ตัดสินว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นบ้านจำเลยโดยมิชอบไม่สามารถรับฟังได้ ต่อมาในคดี Silverthorne Lumber Co. v. United States (1920)^{๑๖} ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ขยายบทกฎหมายนี้ออกไปว่านอกจากพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนี้จะต้องห้ามรับฟังแล้ว ยังรวมถึงพยานหลักฐานอื่นๆ ที่เจ้าหน้าที่แสวงหาโดยชอบแต่อาศัยข้อมูลหรือความรู้ที่ได้มาจากการค้นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบในชั้นแรกก็ห้ามมิให้รับฟังไปด้วยโดยเรียกหลักนี้ว่า “ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ” (Fruit of the Poisonous

^{๑๓} อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, "การรับฟังพยานหลักฐานที่ดำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเปรียบเทียบสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ," *บทบัญญัติ*, ๖๙ (มิถุนายน ๒๕๕๖): ๒๘.

^{๑๔} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา," *วารสารนิติศาสตร์*: ๑๒๐-๑๒๑.

^{๑๕} 232 U.S. 383 (1914)

^{๑๖} 251 U.S. 385 (1920)

Tree Doctrine) และในคดี Mapp v. Ohio (1961)^{๑๗} ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวางหลักให้ศาลมลรัฐจะต้องนำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มลรัฐแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วย เพื่อให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๔ มีสภาพบังคับที่ทุกมลรัฐจะต้องปฏิบัติและยึดถือตามอย่างแท้จริง^{๑๘}

บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้สร้างขึ้นจึงปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่มีความเกี่ยวข้องและน่าเชื่อถือในคดี เนื่องจากกระบวนการที่ได้มาไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือละเมิดต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้^{๑๙} โดยไม่ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรมในคดีตามหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดั้งเดิมตามแบบอังกฤษอีกต่อไป ทำให้พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์แต่ได้มาโดยมิชอบถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งส่งผลกระทบต่อกระบวนการควบคุมอาชญากรรมเป็นอย่างยิ่ง ภายหลังศาลจึงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปรับหลักการดังกล่าวให้ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงเพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม^{๒๐} บทตัดพยานหลักฐานจึงถูกปรับใช้อย่างเคร่งครัดและระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ซึ่งรวมถึงการปรับใช้ในกรณีการค้นและยึดที่ไม่ได้ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่รัฐด้วยเช่นกัน

ลักษณะการดำเนินคดีอาญาของสหรัฐอเมริกากำหนดให้เอกชนผู้เสียหายจะฟ้องคดีอาญาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานอัยการไม่ได้ เพราะหากศาลรับคำฟ้องของผู้เสียหายก็เท่ากับเป็นการแทรกแซงอำนาจบริหาร (Executive Power) ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญ แม้ในบางมลรัฐได้มีช่องทางให้ผู้เสียหายดำเนินคดีได้อยู่บ้างแต่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ^{๒๑} ทำให้กรณีการดำเนินการของเอกชนไม่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้ต้องหาหรือจำเลยแต่อย่างใด ประกอบกับแนวคิดที่ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ใช้อยู่บังคับระหว่างรัฐกับประชาชนเท่านั้น การกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่ได้อาศัยอำนาจรัฐ (Acting Under Color of State) จึงไม่อาจละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้^{๒๒} ดังนี้แล้ว การ

^{๑๗} 367 U.S. 643 (1961)

^{๑๘} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา," วารสารนิติศาสตร์: ๑๒๔.

^{๑๙} อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๒๖.

^{๒๐} ข้อยกเว้นของการใช้บทตัดพยานหลักฐาน เช่น การกระทำโดยเจตนาสุจริต (Good Faith Exception) เป็นต้น

^{๒๑} กิติ บุศยพลากร, "ผู้เสียหายในคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๓), หน้า ๒๔.

^{๒๒} Perry J. Cockerell Charles P. Bubany, "Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison the Fruit?," *Texas Tech Law Review* 12, 611 (1981): 628.

แสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนที่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยเอกชนด้วยตนเองจึงไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในบังคับของรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔^{๒๓} พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและการยึดโดยไม่ชอบโดยเอกชนจึงไม่ต้องห้ามที่จะรับฟังและสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ เว้นแต่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนต้องห้ามมิให้รับฟังเนื่องจากกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีพยานหลักฐานที่ได้จากการดักฟัง เป็นต้น^{๒๔}

๓.๒.๑.๒ แนวคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหา

พยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชน

นับตั้งแต่คดี Weeks v. United States เป็นต้นมา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาไม่มีการวินิจฉัยหรือมีคำพิพากษาโดยตรงถึงประเด็นการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบโดยเอกชน จนกระทั่งคดี Burdeau v. McDowell (1921)^{๒๕} ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนเป็นคดีแรกถึงการไม่นำบทตัดพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ มาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากการกระทำของเอกชน และศาลในคดีต่อมาต่างดำเนินตามคำพิพากษานี้อย่างเคร่งครัด

ก. คดี Burdeau v. McDowell

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่านาย Jesse McDowell ผู้อำนวยการหน่วยก๊าซธรรมชาติของบริษัท Cities Service ถูกไล่ออกจากงานและบริษัทฟ้องดำเนินคดีข้อหาฉ้อโกง โดยบริษัทได้ส่งตัวแทนบริษัทพร้อมกับนักสืบเอกชนเข้าค้นยังสำนักงานส่วนตัวโดยไม่ปรากฏนาย McDowell อนุญาตแต่อย่างใด จากนั้นบริษัทจึงส่งเอกสารที่ยึดได้ไม่ว่าจะเป็นเอกสารบริษัท รวมถึงเอกสารส่วนตัว เช่น สมุดบันทึกส่วนตัวและจดหมายส่วนตัวให้กับสำนักงานอัยการของรัฐ เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีฉ้อโกงกับนาย McDowell

นาย McDowell ได้ร้องขอต่อศาลให้คืนสิ่งของและเอกสารก่อนที่พยานหลักฐานเหล่านั้นจะถูกนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุน โดยอ้างว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นได้มาจากการค้นและยึดโดยมิชอบ ศาลชั้นต้นรับคำร้องดังกล่าวและสั่งให้สำนักงานอัยการคืนเอกสารและวัตถุต่างๆ ที่ยึดได้คืน หากนาย Joseph Burdeau พนักงานอัยการได้โต้แย้งสิทธิของรัฐในการจะใช้พยานหลักฐานเหล่านั้นในคดี และศาลสูงได้ยกคำสั่งของศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่าการ

^{๒๓} Civil Rights Cases 190 U.S. 3, 11 (1883), “...Individual invasion of individual rights is not the subject-matter of the amendment...”

^{๒๔} "Evidence Illegally Obtained by Private Persons Held Admissible in State Civil Action," *Columbia Law Review* 63, 1 (1963): 170.

^{๒๕} 256 U.S. 465

ใช้บทตัดพยานหลักฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะปรับใช้กับกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นซึ่งพิจารณาได้จากประวัติความเป็นมาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ที่มีจุดมุ่งหมายชัดเจนในการยับยั้งและป้องปรามการกระทำอันมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ หากไม่ได้จำกัดการกระทำของบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่รัฐแต่ประการใด^{๒๖} ศาลเห็นว่ากรณีที่เกิดขึ้นปรากฏชัดเจนว่าไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องหรือรับรู้เกี่ยวกับการค้นและยึดโดยมิชอบด้วย การแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวจึงเป็นการกระทำของเอกชนโดยแท้ซึ่งไม่มีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ อันจะร้องขอการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด จากกรณีวินิจฉัยของศาลสูงดังกล่าวทำให้ศาลรัฐบาลกลางและศาลในหลายมลรัฐยึดหลักตามในคดีต่อมาอย่างแพร่หลาย โดยมีข้อสรุป ๒ ประการคือ

๑. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ไม่นำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชน

๒. การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนจะต้องปรากฏว่าเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมโดยตรงกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนเท่านั้น จึงจะทำให้การกระทำของเอกชนละเมิดรัฐธรรมนูญได้เนื่องจากมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐ และก่อให้เกิดรูปแบบความสัมพันธ์ที่เรียกว่า “State Action” ซึ่งถือเป็นการกระทำโดยรัฐขึ้น การแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงอยู่ในบังคับของบทตัดพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔^{๒๗}

คดี United States v. Goldberg (1964)^{๒๘} ศาลตัดสินว่ารัฐธรรมนูญมิได้ห้ามการนำพยานเอกสารที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนเข้ามาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ศาลมลรัฐและศาลรัฐบาลกลางจะต้องปฏิเสธที่จะตัดพยานหลักฐานดังกล่าวออกจากกระบวนการพิจารณาคดีอาญา เว้นแต่จะพบว่ากระบวนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

^{๒๖} “...The Fourth Amendment gives protection against unlawful searches and seizures, and as shown in the previous cases, its protections applies to governmental action. Its origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority, and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies...”

^{๒๗} David A. Maxwell, *Private Security Law: Case Studies* (London: Butterworths, 1993), p. 311.

^{๒๘} 330 F.2d 30 (3rd Cir. 1964)

คดี United States v. Mekjian (1975)^{๒๙} ศาลได้ตัดสินว่าเมื่อไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่รัฐบาลเข้ามาเกี่ยวข้องหรือรู้เห็นในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบโดยเอกชนสามารถรับฟังได้

คดี State v. McDaniel (1975)^{๓๐} จำเลยถูกพนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้าควบคุมตัวและค้นกระเป๋าถือหลังจากต้องสงสัยว่าได้ลักทรัพย์ในห้างสรรพสินค้า โดยอาศัยอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมลรัฐ จำเลยโต้แย้งในชั้นพิจารณาของศาลว่าการที่พนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้าใช้อำนาจตามที่กฎหมายมลรัฐให้อำนาจไว้ควบคุมตัวและตรวจกระเป๋าเหล่านั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็น State Action และร้องขอให้ตัดพยานหลักฐานเนื่องจากการค้นกระเป๋านั้นเป็นไปโดยไม่ชอบ หากศาลสูงได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวโดยเห็นว่าการที่กฎหมายได้ให้อำนาจพนักงานรักษาความปลอดภัยไม่ทำให้การกระทำของพนักงานรักษาความปลอดภัยมีลักษณะเป็น State Action แต่อย่างใด แม้ศาลจะเห็นด้วยกับข้อโต้แย้งที่ว่าพนักงานรักษาความปลอดภัยได้ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคลของผู้ต้องสงสัยก็ตาม และจากคำพิพากษาในคดีนี้ทำให้แนวคำพิพากษาของศาลมลรัฐและศาลรัฐบาลกลางมีแนวโน้มการตัดสินว่าการที่กฎหมายให้อำนาจเอกชนในการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานไว้ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้การกระทำของเอกชนกลายเป็นการกระทำโดยรัฐได้^{๓๑}

คดี United States v. Janis (1976)^{๓๒} ศาลได้อธิบายว่าบทตัดพยานหลักฐานเป็นบทลงโทษที่ปรับใช้กับกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเจ้าพนักงานหรือลูกจ้างของมลรัฐหรือรัฐบาลกลางเท่านั้น และจะไม่ถูกนำมาปรับใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนแต่อย่างใด ศาลจึงรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนได้

หลักการค้นหา State Action ตามที่คดี Burdeau วางหลักไว้ทำให้ศาลปฏิเสธที่จะตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนแต่มีเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องทางอ้อม หรือการที่เอกชนแสวงหาพยานหลักฐานโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการได้เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่นๆ จึงเกิดปัญหาในกรณีที่รัฐใช้เอกชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานรูปแบบอื่นขึ้น ส่งผลให้นักวิชาการรวมถึงนักกฎหมายร่วมกันแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมในการปรับหลักการค้นหา State Action ให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยศาล

^{๒๙} 505 F. 2d 1320 (5th Cir. 1975)

^{๓๐} 44 Ohio App.2d 163,337 N.E. 2d 173 (1975)

^{๓๑} Shaun B. Rafferty, "State V. Nelson : Exclusionary Derived from a Private Search," *Louisiana State University Law Review* 39, 1 (Fall 1978): 296.

^{๓๒} 428 U.S. 433,456 n.31 (1967)

ในคดี Frank v. Maryland (1959)^{๓๓} ชี้ให้เห็นว่าหลักการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องผูกพันกับประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติเท่านั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ควรครอบคลุมให้ปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนด้วย

ผู้พิพากษา Brandeis และ ผู้พิพากษา Holmes ผู้พิพากษาในองค์คณะที่พิจารณาคดี Burdeau ไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาโดยไม่ชอบของเอกชนเช่นกัน เพราะการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเท่ากับเป็นการที่ศาลเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นเสียเอง โดยผู้พิพากษา Brandeis เห็นว่าการรับฟังและใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเท่ากับเป็นการที่รัฐแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเสียเอง^{๓๔}

ข. หลัก Silver Platter และคดี Elkins

ในช่วงปี ๑๙๖๐ ก่อนศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะวางหลักในคดี Mapp (1961) ให้นำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้กับการค้นและยึดโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่มลรัฐ ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยเจ้าหน้าที่มลรัฐที่แม้จะละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ก็สามารถรับฟังในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาได้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางจะเข้ามาเกี่ยวข้องในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น สถานะของเจ้าหน้าที่มลรัฐในสายตาของศาลรัฐบาลกลางจึงเหมือนเป็นเอกชนฝ่ายหนึ่ง

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักในคดี Byars V. United States (1927)^{๓๕} โดยอนุญาตให้เจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากเจ้าหน้าที่ของมลรัฐในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐบาลกลางได้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางไม่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่มลรัฐนั้นด้วย ศาลเห็นว่าสิทธิในการใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางจะไม่เสียไปจากการที่เจ้าหน้าที่มลรัฐแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ และการที่พยานหลักฐานดังกล่าวถูกส่งต่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางเพื่อใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐบาลกลางต่อไปบนหลักการที่เรียกว่า “On a Silver Platter”

ต่อมาในคดี Elkins V. United States (1960)^{๓๖} ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้กลับหลัก Silver Platter จากคดี Byars ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่มลรัฐโอเรกอนได้พยานหลักฐานมาจากการค้นที่หมายค้นเป็นโมฆะตามกฎหมายของมลรัฐ ศาลแห่งมลรัฐ

^{๓๓} 359 U.S. 360 (1959)

^{๓๔} Burdeau v. McDowell 256 U.S. 465,477 (1921) Brandeis, J., dissenting

^{๓๕} 273 U.S. 28 1927

^{๓๖} 364 U.S. 206 1960

จึงไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นนั้นได้และยกฟ้องในที่สุด แต่พยานหลักฐานดังกล่าว กลับถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลสูงของรัฐบาลกลาง ปรากฏต่อมาว่าผู้พิพากษาศาลสูงได้ ประชุมวินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าวและมีมติเป็นเอกฉันท์ใช้อำนาจสูงสุดกลับหลักการรับฟัง พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากเจ้าหน้าที่มลรัฐไม่ให้นำมาพิจารณาได้ในกระบวนการ พิจารณาคดีของรัฐบาลกลางอีกต่อไป แม้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการแสวงหา พยานหลักฐานนั้นเลยก็ตาม โดยศาลให้เหตุผลถึงการเพิกถอนหลักการดังกล่าวเพราะหลัก Silver Platter อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางสามารถนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจาก เจ้าหน้าที่มลรัฐเข้ามาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาได้ จึงเป็นการสร้างแรงจูงใจให้เจ้าหน้าที่รัฐบาล กลางเล็งที่จะไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งละเมิดสิทธิของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ศาล จึงต้องยับยั้งและป้องกันการกระทำที่มิชอบโดยอาศัยช่องว่างทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐบาล กลาง และประการสำคัญที่สุดคือการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม ศาลจะไม่เป็นผู้ร่วม กระทำความผิดหรือละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยการนำพยานหลักฐานที่ได้มาจากการฝ่า ฝืนกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่

การยกเลิกการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่มลรัฐ ตามหลัก Silver Platter ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐบาลกลาง ทำให้นักวิชาการและผู้พิพากษา บางส่วนเห็นว่าการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนโดยแท้ (Private Doctrine) สมควรถูกนำมาพิจารณาปรับใช้กับบทตัดพยานหลักฐานโดยไม่จำเป็นต้องหาความเกี่ยวข้องกับ เจ้าหน้าที่รัฐเช่นกัน โดยเปรียบเทียบสถานะของเจ้าหน้าที่มลรัฐก่อนมีการปรับใช้บทตัด พยานหลักฐานกับมลรัฐตามหลักการจากคดี Mapp ว่ามีสถานะเช่นเดียวกับเอกชน ประกอบกับ แนวคิดของคดี Elkins แสดงให้เห็นว่าการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ มลรัฐทำให้เจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางหลีกเลี่ยงการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของมล รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากมีการนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้ กับกรณีของเอกชนย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องการเข้าไปมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนการกระทำที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประชาชน จึงเป็นวิธีการยับยั้งเจ้าหน้าที่อีกทางหนึ่งได้ อีกทั้งการที่ศาล อนุญาตให้นำพยานหลักฐานที่ได้จากการกระทำความผิดมาใช้ เท่ากับว่าศาลกลายเป็นผู้ร่วมสมคบใน การละเมิดต่อกฎหมายอย่างเต็มใจเสียเอง ผลที่ร้ายแรงที่สุดสำหรับการอนุญาตให้ใช้พยานหลักฐาน ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของเอกชนคือการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐหรืออัยการและเอกชนสมคบ คิดที่จะเลี่ยงกฎหมาย การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนอาจจะเพียงเครื่องบังหน้าการ กระทำที่ไม่ชอบของเจ้าหน้าที่รัฐและทำให้พยานหลักฐานที่ไม่สามารถรับฟังได้กลายเป็น พยานหลักฐานที่รับฟังได้ ศาลจึงควรนำบทตัดพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของ

สหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ มาปรับใช้กับกรณีของเอกชนเพื่อปกป้องความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมมากกว่าการปกป้องสิทธิตามรัฐธรรมนูญของจำเลย^{๓๗}

ในคดี United States v. Janis (1976)^{๓๘} ผู้พิพากษา Stewart ได้ทำความเห็นแย้งไว้อย่างน่าสนใจว่าการที่คดี Elkins ได้ยกเลิกหลัก Silver Platter โดยมีจุดมุ่งหมายในการกำจัดแรงจูงใจของเจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางในการพึ่งพาพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่มลรัฐ จึงเห็นว่าแนวคิดจากคดี Elkins สมควรถูกนำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนด้วยเพื่อกระตุ้นมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของมลรัฐหรือรัฐบาลกลางใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนเช่นกัน สอดคล้องกับศาลสูงแห่งมลรัฐ Pennsylvania ได้ให้ความเห็นว่า หากนักสืบเอกชนสามารถเข้าไปในบ้าน ดักฟังได้โทรศัพท์หรือกระทำการใดได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย สิทธิต่างๆ ของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองก็จะไร้ความหมาย

ผู้พิพากษา Wisdom แห่งศาลอุทธรณ์ (5th Circuit) เห็นว่าการยอมรับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนทำให้รัฐประสบความสำเร็จในสิ่งที่รัฐไม่สามารถทำให้สำเร็จเองได้โดยตรง เป็นกรณีที่เหมาะสมกับหลัก Silver Platter ซึ่งอนุญาตให้เจ้าหน้าที่รัฐบาลกลางใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานที่ได้มาเป็นเอกเทศจากเจ้าหน้าที่มลรัฐหรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นทุกประการ^{๓๙}

ผู้พิพากษา Brandeis ได้ทำความเห็นแย้งเกี่ยวกับการสิทธิทางการของเอกชนในคดี Olmstead v. U.S. (1928)^{๔๐} ไว้ว่า หากรัฐกลายเป็นผู้ละเมิดกฎหมายเสียเองก็จะทำให้เกิดการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้นโดยทั่วไป ถือเป็นภาระเชิญชวนให้ทุกคนกลายเป็นกฎหมายเสียเองและอาจนำไปสู่สภาวะอนาธิปไตยได้ ในกรณีของเอกชนก็เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนจะต้องถูกปฏิเสธในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหากใช้สิทธิทางการศาลด้วยมือที่ไม่สะอาด (Unclean Hands)

นอกจากนี้แล้ว การพิสูจน์ถึงความเกี่ยวข้องร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะฝ่ายจำเลยที่มีหน้าที่ในการพิสูจน์ความร่วมมือนั้น ซึ่งจากคดีตัวอย่างหลายๆ คดี จำเลยไม่อยู่ในสถานะที่จะทราบถึงความร่วมมือระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจกับเอกชนได้เลย บางครั้งจำเลยเองก็ไม่ได้สงสัยถึงความร่วมมือนั้นด้วยเช่นกัน ทำให้ไม่สามารถร้องขอให้ศาลปรับใช้บทตัด

^{๓๗} United States v. Payner, 447 U.S. 727,736 n.8 (1980)

^{๓๘} 428 U.S. 433

^{๓๙} U.S. v. Sanders, 592 F.2d . 788,801 (5th Cir. 1979) Wisdom,J., dissenting “permits the government to accomplish circuitously what it could not accomplish directly...it is the twin of ‘silver platter’ doctrine that allowed federal prosecutors to use illegal evidence independently obtained by state and local officers”

^{๔๐} 277 U.S. 438,485 (1928) Brandeis, J., dissenting

พยานหลักฐานได้เนื่องจากไม่อาจะระบุความเกี่ยวข้องได้เพียงพอ ศาลจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการปกป้องคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของจำเลยมากขึ้น^{๔๑}

อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวของนักวิชาการและนักกฎหมายไม่ได้รับการยอมรับ ศาลสูงสุดคดี *Center v. United States* (1925)^{๔๒} ได้ตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่าหลัก Silver Platter ใช้กับกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น นอกจากนี้แล้วฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมองว่าการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีของเอกชนนอกจากจะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ แล้ว การตัดพยานหลักฐานในคดีอาญาเหมือนจะทำให้ต้นทุนทางสังคมสูงขึ้นจากการปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปเพียงเพราะผลจากการกระทำที่ไม่ระมัดระวังถึงขั้นตอนตามกฎหมายของเอกชนที่เมื่อเปรียบเทียบแล้วถือได้ว่ามีจำนวนเพียงน้อยนิด^{๔๓} บทตัดพยานหลักฐานควรจะนำมาใช้อย่างเคร่งครัดและไม่สมควรนำปรับใช้กับกรณีของเอกชน หากเอกชนดำเนินการโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายมีวิธีการลงโทษทางเลือกอื่นๆ เพื่อเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบมากกว่าการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐาน^{๔๔}

ศาลในคดี *People v. Botts* (1967)^{๔๕} เห็นว่าการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นยังใช้ได้แต่เฉพาะกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ เนื่องจากเจ้าหน้าที่รัฐรู้ถึงขั้นตอนของกฎหมายซึ่งอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามระเบียบหรือใช้อำนาจเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ย่อมตระหนักได้ว่าหากการแสวงหาพยานหลักฐานไม่เป็นไปตามขอบเขตอำนาจตามกฎหมายย่อมทำให้โอกาสที่ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานนั้นลดน้อยลง แต่ในกรณีของเอกชนนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะรับรู้ถึงระเบียบดังกล่าว หากนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้อาจทำให้ผู้กระทำความผิดลอยนวลได้

อย่างไรก็ตาม แม้รูปแบบการดำเนินคดีอาญาของสหรัฐอเมริกาจะเป็นหน้าที่ของรัฐ แต่เอกชนไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายหรือประชาชนทั่วไปสามารถพบและนำส่งพยานหลักฐานแก่เจ้าหน้าที่ได้ ไม่ว่าจะเป็นอาวุธ ยาเสพติด เอกสาร หรือของกลางจากการลักทรัพย์ เป็นต้น รวมถึงการเข้ามามีบทบาทในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมของธุรกิจเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของเอกชน (Private Policing) ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาการนำบทตัด

^{๔๑} "Evidence Illegally Seized by Private Persons Excluded from Criminal Prosecution: People V. Mccomb," *Michigan Law Review* 64, 1 (1965): 143-145.

^{๔๒} 267 U.S. 132

^{๔๓} Charles P. Bubany, P. J. C., "Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison the Fruit?," *Texas Tech Law Review* 620.

^{๔๔} David A. Maxwell, *Private Security Law: Case Studies*, p. 312.

^{๔๕} 250 Cal.App. 2d 478,58 Cal.Rptr.412 (1967)

พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและยึดโดยมิชอบตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ มาปรับใช้กับเอกชนมากขึ้น

ค. บทบาทและอิทธิพลการแสวงหาพยานหลักฐานที่ดำเนินการโดยเอกชน

สภาวะเศรษฐกิจถดถอยหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ ทำให้คดีอาชญากรรมมีมากขึ้น สถานประกอบการต่างๆ จึงร้องขอการคุ้มครองจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ด้วยข้อจำกัดทางอัตรากำลังของเจ้าหน้าที่จึงไม่สามารถปกป้องและช่วยเหลือเอกชนได้อย่างเพียงพอ แนวคิดในการรักษาความปลอดภัยโดยเอกชนถือกำเนิดขึ้นอย่างถูกกฎหมายและขยายตัวอย่างรวดเร็วตามความต้องการของสังคมที่เห็นว่าการรักษาความปลอดภัยในสังคมเป็นสิ่งจำเป็นและให้การยอมรับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้รักษาความปลอดภัยของเอกชนอย่างกว้างขวาง^{๕๖}

ในระยะแรก ศาลวินิจฉัยว่าการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานรักษาความปลอดภัยของเอกชนไม่ได้กระทำการโดยอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมาย อีกทั้งจุดมุ่งหมายของการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ของนายจ้างมากกว่าจะช่วยรัฐรักษาความสงบเรียบร้อย การกระทำใดๆที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานจึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔^{๕๗} หากต่อมารูปแบบการรักษาความปลอดภัยของเอกชนได้เปลี่ยนแปลงไป พนักงานรักษาความปลอดภัยได้รับการฝึกฝนประสบการณ์ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจมากขึ้น โดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ที่คล้ายคลึงกับตำรวจพิเศษ (Special Police)^{๕๘} และจากลักษณะงานทำให้ในทางปฏิบัติ พนักงานรักษาความปลอดภัยของเอกชนมีโอกาสจะได้ใช้อำนาจมากกว่าพลเมืองธรรมดาและกระทำการเสมือนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้อย่างง่ายดาย เอกชนจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมควบคู่ไปกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐและเป็นเรื่องปกติธรรมดาในสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างยิ่ง^{๕๙} ซึ่ง

^{๕๖} Theodore M. becker, "The Place of Private Police in Society: An Area of Research for the Social Sciences," *Social Problems* 21, 3 (1974): 446-447.

^{๕๗} United States v. Lima, 424 A. 2d 113,118,121 (D.C. 1980), State v. McDaniel, 44 Ohio App. 2d 163, 170 – 174 (1975), United States v. Francoeur 431 U.S. 918, 923 (1977)

^{๕๘} ตำรวจพิเศษ (Special Police) เป็นพนักงานทั้งของมลรัฐและของท้องถิ่น ซึ่งมีเขตอำนาจทางภูมิศาสตร์จำกัด เช่น ตำรวจสนามบิน (Airport Police) ตำรวจสวนสาธารณะ (Park Police) ตำรวจโรงเรียน (Public School Police) ตำรวจมหาวิทยาลัย (College or University Police) ตำรวจพิเศษเหล่านี้มีเขตอำนาจจำกัดทั้งในด้านภูมิศาสตร์และในด้านการบังคับใช้กฎหมาย เช่น ตำรวจมหาวิทยาลัย มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับตำรวจทั่วไปในบริเวณมหาวิทยาลัย มีอำนาจจับกุมและค้น และสามารถพกพาอาวุธปืนได้ แต่เมื่อออกนอกเขตมหาวิทยาลัย ตำรวจเหล่านี้ก็หมดอำนาจ ดูเพิ่มเติมใน สุวจนน์ สุโรจน์, "กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา," ใน เอกสารประกอบการสอนชุดการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๕), หน้า ๙-๑๘.

^{๕๙} NLRB v. Jone Laughlin Corp, 331 U.S. 416, 429 (1947)

ในหลายกรณีเห็นได้อย่างชัดเจนว่ารัฐยอมรับการปฏิบัติหน้าที่และให้ความสำคัญกับการดำเนินการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของเอกชน รวมถึงมอบอำนาจให้เอกชนดำเนินการแทนโดยปริยายเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการสอบสวนในที่เกิดเหตุหรือควบคุมตัว^{๕๐} การเข้าช่วยเหลือในการจับกุมรายงานเหตุการณ์หรือบุคคลที่มีพฤติกรรมน่าสงสัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ และในบางครั้งรัฐเตรียมประวัติอาชญากรให้เอกชนช่วยจับตาและรายงานเหตุการณ์ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐทราบ บางครั้งการสอบสวนเริ่มต้นขึ้นจากผู้รักษาความสงบเรียบร้อยที่เป็นเอกชนอย่างสมบูรณ์ สังคมจึงเห็นว่าผู้รักษาความปลอดภัยเอกชนมีสถานะเป็นผู้ช่วยของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นผลมาจากการขยายตัวของอำนาจรัฐรูปแบบหนึ่ง ประชาชนส่วนมากในสังคมจึงยินยอมให้เอกชนดำเนินการต่างๆที่มีลักษณะคล้ายกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐโดยปริยาย เช่นการจับ หรือการค้น เป็นต้น แม้ว่าการกระทำเหล่านั้นจะส่งผลกระทบต่อทั้งทางจิตใจและทรัพย์สินก็ตาม^{๕๑}

ศาลและนักวิชาการจึงเห็นว่าการจ้างเอกชนให้ทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยก่อให้เกิดปัญหาสำคัญในการแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐกับเอกชน การที่เอกชนปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นสัญลักษณ์การคุกคามความปลอดภัยของประชาชนเพิ่มขึ้น ผู้รักษาความปลอดภัยของเอกชนอาจกระทำการที่กระทบต่อบุคคลผู้ต้องสงสัยว่าเป็นอันตรายต่อทรัพย์สินของนายจ้างได้เช่นเดียวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ^{๕๒}

ต่อมาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่า วิธีการดำเนินการของเอกชนเป็นการดำเนินการของรัฐ (Public Function) และสมควรที่จะพิจารณาในฐานะที่เป็นผู้ร่วมกระทำการกับรัฐ รวมถึงกรณีที่พนักงานรักษาความปลอดภัยที่ได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ (Under Color of State) ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะเป็นการกระทำโดยรัฐเช่นกัน^{๕๓} เพื่อป้องกันการอาศัยช่องว่างของกฎหมายตีความว่าการกระทำของเอกชนไม่ใช่การกระทำของรัฐจึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าได้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น^{๕๔} ศาลรัฐบาลกลางและศาลมลรัฐจึงขยายขอบเขตการค้นหากการกระทำโดยรัฐที่เกี่ยวข้องของรัฐทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานลงโทษการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานโดยใช้การ

^{๕๐} *Adickes v. S.H. Kress & Co.*, 398 U.S. 144, 171 (1970)

^{๕๑} Theodore M. becker, "The Place of Private Police in Society: An Area of Research for the Social Sciences," *Social Problems* 446-447.

^{๕๒} *People v. Zelinski*, 24 Cal. 3d 357, 365 – 368 (1979), *People v. Holloway*, 82 Mich. App. 629, 639 – 641 (1978)

^{๕๓} *Griffin v. Maryland* 378 U.S. 130, 135 – 137 (1964)

^{๕๔} *Burton v. Wilmington Parking Auth.*, 365 U.S. 715, 725 (1961)

กระทำของเอกชนเป็นเครื่องบังหน้าและเพื่อป้องกันเอกชนจากการใช้ประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของตัวเอง^{๕๕}

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ และอิทธิพลแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ฝังรากลึกในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาอย่างยาวนาน ทำให้บทตัดพยานหลักฐานยังไม่ถูกนำมาปรับใช้กับกรณีที่เป็นการกระทำของเอกชนโดยแท้ (The Private Search Doctrine)^{๕๖} ศาลเห็นควรที่จะจำกัดการขยายบทตัดพยานหลักฐานกับกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดแก่กระบวนการยุติธรรมหากศาลปฏิเสธพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์เพียงเพราะวิธีการได้มาไม่ชอบ^{๕๗}

๓.๒.๑.๓ การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนและการค้นหาการกระทำโดยรัฐ (State Action)

การพิจารณาหา State Action มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการตัดสินว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนอยู่ในบังคับที่จะปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งหรือปราบปรามการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นหรือไม่ ศาลอยู่ในบังคับที่จะต้องหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างรัฐและเอกชนในกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อพิสูจน์ถึงการเข้าไปมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องหรือสนับสนุนเอกชนในการแสวงหาพยานหลักฐานซึ่งหากวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานเช่นว่านั้นหากเจ้าหน้าที่รัฐดำเนินการเองแล้วจะเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักเกณฑ์ความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงของรัฐที่ยืดหยุ่นและกว้างขวางจากคดี *Burdeau* โดยมีแนวทางพิจารณา ดังนี้^{๕๘}

ก. การค้นหาการสนับสนุนหรือการเกี่ยวข้องของเจ้าหน้าที่รัฐ (State Authorization and Encouragement)

คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, (1974)^{๕๙} กำหนดให้พิจารณาว่าเอกชนเป็นผู้ริเริ่มการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหานั้นเองหรือไม่ หากรัฐรับรู้ถึงการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวและเข้ามามี

^{๕๕} Harvey L. Ziff, "Seizures by Private Parties: Exclusion in Criminal Cases.," *Stanford Law Review* 19, 3 (1967): 611-613.

^{๕๖} *Walter v. U.S.* 1980 447 U.S. 649 (1980)

^{๕๗} John William Strong, *Mccormick on Evidence*, 4 ed. (St. Paul: West publishing, 1992), p. 677.

^{๕๘} John M. Burkoff, "Not So Private Searches and the Constitution," *Cornell Law Review* 66, 4 (April 1981): 653.

^{๕๙} 419 U.S. 342

ส่วนร่วมในการให้คำแนะนำหรือสนับสนุนการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนทั้งทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งสามารถกระทำได้ในหลายระดับด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการบังคับ (Compulsion) หรือการอนุญาต (Permission) ก็จะถูกนำมาพิจารณาหา State Action ด้วยการพบว่ามีการเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนนั้นต้องห้ามมิให้รับฟัง

การพิจารณาการเกี่ยวข้อง สนับสนุนหรือรับรู้ของรัฐตามที่แนวคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ มีดังนี้

ก) เจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนร่วมในการกระตุ่นยุยงส่งเสริมหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการมากน้อยเพียงใด

คดี *Lustig v. United States* (1949)^{๖๐} เจ้าหน้าที่รัฐได้สั่งการด้วย ถือว่าเจ้าหน้าที่รัฐได้ยื่นมือเข้ามาเกี่ยวข้องแล้ว

คดี *Raymond v. Superior Court* (1971)^{๖๑} เด็กชายวัย ๑๒ ปีบอกแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจว่าเขาพบกัญชาอยู่ในห้องนอนของพ่อ เจ้าหน้าที่จึงขอให้เด็กชายนำตัวอย่างมาให้ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า “ถึงแม้ว่าเหตุการณ์การใช้เด็กชายผู้นั้นให้แสวงหาพยานหลักฐานจะไม่ใช่เรื่องที่คาดคิดมาก่อน หากแต่เจ้าหน้าที่รัฐได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการวางแผนและทำให้เป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นแล้ว”

คดีที่ถือว่าเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจแนะนำให้เจ้าหน้าที่บริษัทขนส่งแกะห่อพัสดุเพื่อค้นหายาเสพติด^{๖๒} เจ้าหน้าที่รัฐจ้างวิศวกรไฟฟ้าให้ติดตั้งเครื่องดักฟัง^{๖๓} เจ้าหน้าที่แนะนำให้ผู้จัดการโรงแรมค้นหายาเสพติดในห้องที่ผู้ต้องสงสัยเข้าพัก^{๖๔} เป็นต้น

ข) การปฏิบัติการร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชน

การกระทำของเอกชนจะกลายเป็น State Action ได้เมื่อเป็นการปฏิบัติการร่วมกัน หรือเอกชนมีส่วนร่วมในการวางแผนการกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการปฏิบัติการนั้น^{๖๕}

คดี *Stapleton V. Superior Court* (1968)^{๖๖} เจ้าหน้าที่ตำรวจ (LAPD) ได้ร่วมมือกับเจ้าหน้าที่บริษัทบัตรเครดิตเข้าไปทำการจับ Mr. Stapleton ในข้อหาฉ้อโกง

^{๖๐} 338 U.S. 74

^{๖๑} 19 Cal.App.3d 321,325 (1971)

^{๖๒} *William v. State*, 501 P.2d 841 (Okla. Crim. App. 1972)

^{๖๓} *People v. Tanantina*, 45 Cal. 2d 590,290 P.2d 505 (1955)

^{๖๔} *People v. Fierro* 236 Cal. App. 2d 344,46 Cal. Rptr. 132 (3d. Dist. 1965)

^{๖๕} *People V. McKinnon* 7 Cal.3d 899,912 (1972)

^{๖๖} 70 Cal. 2d 97,100 (1968)

บัตรเครดิตโดยไม่มีหมายจับ ซึ่งเจ้าหน้าที่บริษัทบัตรเครดิตได้ทำการค้นและยึดพยานหลักฐานอื่นๆที่อยู่ในรถของ Mr. Stapleton ต่อมาศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจอนุญาตให้เจ้าหน้าที่บริษัทบัตรเครดิตเข้ามามีส่วนร่วมในการค้นและการจับกุม มีลักษณะเป็นปฏิบัติการร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐและเอกชน และเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่บริษัทบัตรเครดิตอยู่ในฐานะที่จะยึดพยานหลักฐานอื่นๆ มาได้ แต่เนื่องจากการค้นดังกล่าวเป็นไปโดยมิชอบ พยานหลักฐานที่ได้มาจึงไม่สามารถรับฟังได้แม้ว่าจะเอกชนจะเป็นผู้ค้นและยึดก็ตาม

ค) ความล้มเหลวในการห้ามปรามหรือยับยั้งการกระทำความผิด

การที่เจ้าหน้าที่ไม่สามารถเข้าแทรกแซงในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนได้สามารถทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนกลายเป็น State Action ได้ เช่นกรณีเจ้าหน้าที่อยู่เฉยไม่ทำการห้ามปรามการกระทำของเอกชน ทั้งที่ทราบว่าเอกชนได้ละเมิดหรือกระทำการใดซึ่งผิดต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น เป็นการล้มเหลวในการปกป้องสิทธิของผู้ต้องหาจากการค้นโดยไม่ชอบนั้น นับว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาซึ่งถือเป็น State Action ด้วย

ศาลในคดี People v. De Juan (1985)^{๖๗} ได้อธิบายว่าบทตัดพยานหลักฐานจะถูกนำมาใช้เมื่อเจ้าหน้าที่รัฐทราบถึงการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวหากแต่เลือกที่จะอยู่เฉยไม่ทำอะไรเลย (Standing idly)

คดี U.S. v. Reed (1994)^{๖๘} ผู้จัดการโรงแรม Best Western ในมลรัฐอลาสกาแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบว่ายกของโรงแรมต้องสงสัยว่าน่าจะจัดกิจกรรมเกี่ยวกับยาเสพติดในห้องพัก จึงขอให้เจ้าหน้าที่ช่วยดูและเฝ้าตรงประตูในขณะที่พวกเขากำลังใช้กุญแจไขเข้าไปในห้อง เมื่อผู้จัดการเข้าไปก็ได้ทำการรื้อค้นตู้ใส่เสื้อผ้าและกระเป๋าเดินทางของแขกคนดังกล่าวทำให้พบปืนและยาเสพติด หากแต่ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยให้เหตุผลว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้ดำเนินการหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อห้ามปรามหรือยับยั้งผู้จัดการโรงแรมจากการค้นทรัพย์สินส่วนตัวของ Mr. Reed แต่อย่างใดเลย ทั้งที่เจ้าหน้าที่อยู่ในสถานที่เกิดเหตุและรับรู้ว่าผู้จัดการโรงแรมกำลังทำอะไร

อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้น ๒ ประการซึ่งจะทำให้การนิ่งเฉยของเจ้าหน้าที่ไม่ถือว่าเป็นการงดเว้นการกระทำการ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนจึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปรับใช้บทตัดพยานหลักฐาน คือ

ข้อยกเว้นประการที่ ๑. เจ้าหน้าที่รัฐเชื่อโดยสุจริตว่ากระกระทำของเอกชนเป็นไปอย่างสุจริตและมีอำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ หรือเอกชนเป็นผู้ริเริ่มการกระทำ

^{๖๗} 171 Cal. App. 3d 1110,1120 (1985)

^{๖๘} 37 F.3d 630 (5th Cir. 1994)

นั้นเองโดยอาศัยอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย จึงส่งผลให้การกระทำดังกล่าวของเอกชนไม่กลายเป็น State Action^{๖๙}

คดี People V. Minervini (1971)^{๗๐} เจ้าหน้าที่ประชาสัมพันธ์ของ โรงแรมสงสัยว่าแขกที่เข้าพัก ๒ คน เป็นสมาชิกของกลุ่มขโมยชุดเครื่องโทรทัศน์จากห้องพักตาม โรงแรมต่างๆ ในเมือง และเห็นว่าแขกคนหนึ่งได้ย้ายกล่องใบใหญ่ออกจากห้องพักจึงได้แจ้งให้ เจ้าหน้าที่ตำรวจและผู้จัดการโรงแรมทราบ ทั้งหมดได้ร่วมกันเปิดประตูห้องผู้ต้องสงสัยจึงพบว่า โทรทัศน์ได้หายไป เจ้าหน้าที่และผู้จัดการโรงแรมจึงตัดสินใจเปิดเข้าไปอีกห้องหนึ่งและพบว่าโทรทัศน์ ได้ถูกบรรจุไว้ในกล่องเตรียมเคลื่อนย้าย แขกทั้ง ๒ คนจึงถูกจับ ซึ่งในการพิจารณาคดีชั้นอุทธรณ์ ผู้ต้องหาได้อ้างว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่เฉยๆ ไม่ห้ามปรามการเมื่อผู้จัดการโรงแรมเปิดเข้าไปใน ห้องพัก การกระทำของผู้จัดการโรงแรมจึงมีลักษณะเป็น State Action แล้ว และร้องขอให้ศาลไม่รับ ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากคนโดยมิชอบนั้น หากแต่ศาลปฏิเสธคำโต้แย้งดังกล่าวโดยชี้ให้เห็นว่าการ เปิดห้องค้นเป็นความคิดริเริ่มของผู้จัดการโรงแรมเองซึ่งมีสิทธิที่จะกระทำการดังกล่าวเนื่องจากอยู่ใน ภาระหน้าที่ในการรักษาสมบัติของนายจ้าง และถึงแม้ว่าจะมีเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ด้วย หรือแม้ว่า ผู้จัดการโรงแรมจะได้อ้างขอให้เจ้าหน้าที่ตำรวจให้ช่วยเหลือหรือกระทำการอย่างใดก็ตาม ก็มีได้ทำให้สิทธิ ของผู้จัดการโรงแรมจะลดทอนลงแต่ประการใด

ข้อยกเว้นประการที่ ๒ การปฏิบัติการกิจประจำวันตามปกติของเอกชน
แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะอยู่ด้วยและไม่ได้ทำการห้ามปราม แต่ไม่ทำให้การกระทำของเอกชนเป็น State Action ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด

คดี United States v. Andriani (1982)^{๗๑} เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับความผิด วางเพลิง (ATF) ได้เฝ้าสังเกตโรงแรมที่ผู้ต้องหาอาศัยทำงานได้เช่าอยู่ ปรากฏว่ากระเป๋าของผู้ต้องหาได้ถูกส่งไปผิดห้องจึงถูกส่งคืนไปยังฝ่ายรับรองลูกค้าของโรงแรม พนักงานจำได้ว่ากระเป๋าใบ ดังกล่าวเป็นของผู้ต้องหาจึงสอบถามวิธีการจัดการกระเป๋าไปยังเจ้าหน้าที่ซึ่งแนะนำให้พนักงานของ โรงแรมดำเนินการตามขั้นตอนปกติของโรงแรมในกรณีการส่งกระเป๋าผิดห้องและไม่สามารถระบุได้ว่า กระเป๋าใบนั้นเป็นของแขกคนใด พนักงานจึงทำการเปิดกระเป๋าเพื่อตรวจหาเจ้าของ จากการเปิด กระเป๋าทำให้พบปืนและเชื้อระเบิดที่ใช้ในการวางเพลิงอีกด้วย ปรากฏในชั้นพิจารณาคดีต่อมาว่า ผู้ต้องหาได้โต้แย้งว่าการค้นกระเป๋าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยตรงแต่ใช้เอกชนเป็น เครื่องมือ หากศาลสูงไม่เห็นด้วย โดยให้เหตุผลว่าเจ้าหน้าที่ ATF ไม่ได้สั่งให้พนักงานโรงแรมเปิด

^{๖๙} United States v. Walther 652 F.2d 788 (9th Cir., 1981)

^{๗๐} 20 Cal. App. 3d 832 (1971)

^{๗๑} 685 F.2d 1094 (9th Cir. 1982)

กระเป่า ในทางตรงข้าม เจ้าหน้าที่ของรัฐเพียงแค่แนะนำให้พนักงานของโรงแรมปฏิบัติตามวิธีขั้นตอนปกติของโรงแรมเท่านั้น

เช่นเดียวกับคดี *United States v. Bruce*^{๗๒} เจ้าหน้าที่ตำรวจขอให้แม่บ้านแยกขยะของห้องพักที่ได้รับการแจ้งว่าน่าจะมีการสูบกัญชาภายในห้องหลังจากเข้าทำความสะอาดตามปกติ จากการตรวจถังขยะจึงพบเศษกัญชาและถูกนำมาใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีต่อมา ซึ่งในชั้นพิจารณาคดีของศาล ผู้ต้องหาต่อสู้ว่าการกระทำของแม่บ้านเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานโดยตรง หากศาลได้ยกคำร้องดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้ร้องขอให้แม่บ้านแสวงหาพยานหลักฐาน เพียงแต่เก็บรักษาพยานหลักฐานจากถังขยะที่จะต้องนำออกไปกำจัดตามหน้าที่ปกติอยู่แล้ว การกระทำของแม่บ้านจึงไม่มีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากลักษณะงานปกติแต่อย่างใด พยานหลักฐานที่ได้มาจึงรับฟังได้

ง) แรงจูงใจ (Citizen's Motivation)

ศาลจะพิจารณาว่าการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนสืบเนื่องมาจากเหตุผลส่วนตัวหรือไม่ หากเป็นเหตุผลส่วนตัว การแสวงหาพยานหลักฐานนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ตราบเท่าที่เอกชนมีเจตนาอิสระในการกระทำนั้น แม้ว่าการแสวงหาพยานหลักฐานจะเป็นไปเพื่อช่วยเหลือเจ้าพนักงานก็ตาม^{๗๓} ในทางตรงข้าม หากการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไม่ได้กระทำเนื่องจากเหตุผลส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัว แต่มีจุดประสงค์เพียงอย่างเดียวคือเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่รัฐในการบังคับใช้กฎหมาย ย่อมจะส่งผลให้การกระทำของเอกชนกลายเป็น State Action พยานหลักฐานที่ได้มาไม่สามารถรับฟังได้เพราะจะเป็นการใช้ประโยชน์จากการกระทำโดยมิชอบของเอกชน^{๗๔}

ข. การพิจารณารูปแบบการดำเนินการเหมือนรัฐ (Public Function) และการดำเนินการโดยรับมอบอำนาจจากรัฐหรือตามหน้าที่ตามกฎหมาย (Under Color of Law)

หลักการพิจารณาตามรูปแบบนี้ใช้สำหรับพิจารณากรณีที่การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไม่มีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างเอกชนกับรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องทั้งทางตรงและทางอ้อม แต่การแสวงหาพยานหลักฐานเช่นว่านี้ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำของเอกชนโดยแท้ (Private Doctrine) ที่จะไม่อยู่ในบังคับของการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานได้ เนื่องจากการกระทำของเอกชนมีวัตถุประสงค์ที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยอาศัยอำนาจหรือดำเนินการใน

^{๗๒} 396 F.3d 697 (6th Cir. 2005)

^{๗๓} *United States v. Shahid* 117 F.3d 322, 326 (7th Cir.1997)

^{๗๔} *State v. Anonymous*, 34 Conn. Supp. 104,379 A.2d 946,947 (1978)

ลักษณะที่เป็นการกระทำของรัฐ หรือที่ตามธรรมเนียมปกติแล้วสงวนไว้ให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น (Exclusivity) โดยเฉพาะกรณีการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเอกชน (Private Police) เช่น พนักงานรักษาความปลอดภัย นักสืบเอกชน หรืออาชีพอื่นๆ ที่ถูกจ้างให้ทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยของบุคคลหรือทรัพย์สินให้ปลอดภัยและรอดพ้นจากความสูญเสียหรือเสียหายตามสถานที่สาธารณะ เช่น สนามบิน โรงเรียน หรือห้างสรรพสินค้า เป็นต้น การปฏิบัติหน้าที่ซึ่งมีลักษณะพิเศษไม่ว่าจะเป็นด้วยเครื่องแบบ ตราประจำตัว (bandage) การได้รับอนุญาตให้พกพาอาวุธ รวมถึงใบอนุญาตจากรัฐ ทำให้รูปแบบการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลกลุ่มดังกล่าวมีลักษณะเป็นการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ของเอกชนโดยอาศัยอำนาจรัฐ นอกจากนี้แล้ว การที่เอกชนเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาเป็นปกติธรรมดาพอฟังจะรู้และคุ้นเคยกับกฎเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐาน จึงควรปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ ศาลจึงต้องขยายการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับเอกชนในกรณีเช่นนี้เพื่อป้องกันการคุกคามต่อสิทธิส่วนตัวของพลเมืองจากการกระทำตามอำเภอใจของเอกชน (Vigilante Citizens)^{๗๕}

นอกจากการกระทำหน้าที่หรือดำเนินการใดที่เหมือนการกระทำอันเป็นลักษณะเฉพาะของเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว ยังรวมถึงการดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจเฉพาะแก่เอกชนไว้ด้วย (Under Color of Law) ในคดี United States v. Price (1965)^{๗๖} ศาลสูงสุดตัดสินชัดเจนว่าเอกชนอาจกระทำการภายใต้อำนาจตามกฎหมายที่รัฐมอบให้โดยไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่การกระทำการใดๆ จะต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่รัฐในการกระทำเช่นเดียวกันนั้น

คดี Griffin v. Maryland (1964)^{๗๗} ศาลสูงได้ตัดสินว่าพนักงานรักษาความปลอดภัยที่ได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติหน้าที่จากรัฐเป็นเจ้าของพนักงานผู้รับมอบการใช้อำนาจรัฐและสามารถพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยรัฐได้

คดี Powe v. Miles (1968)^{๗๘} พยานหลักฐานที่ได้จากการค้นภายในห้องพักนักศึกษาโดยเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยรัฐ (Public University) ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของบทตัดพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ นักศึกษามีสิทธิที่จะคาดหวังความเป็นส่วนตัวจากการค้นห้องพักโดยเจ้าหน้าที่มหาวิทยาลัยได้เช่นเดียวกับกรณีการค้นของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

^{๗๕} Harvey L. Ziff, "Seizures by Private Parties: Exclusion in Criminal Cases.," Stanford Law Review 614-615.

^{๗๖} United States v. Price, 383 U.S. 787 (1965)

^{๗๗} 378 U.S. 130 (1964)

^{๗๘} 407 F.2d 73, 82 – 83 (2d Cir. 1968)

คดี State v. Nelson 1978^{๗๙} พยานหลักฐานที่ได้มาจากการที่พนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้ากระทำโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายรัฐกำหนดให้ เป็นการกระทำโดยใช้อำนาจรัฐ (Under Color of Statutory Authority) หากพยานหลักฐานได้มาโดยฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ไม่สามารถรับฟังได้

คดี People v. Zelinski (1979)^{๘๐} ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ต้องหาถูกค้นตัวโดยพนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้าเนื่องจากต้องสงสัยว่าได้ขโมยสินค้าในห้างสรรพสินค้า ศาลเห็นว่ากรกระทำของพนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้าจะเป็นการกระทำของเอกชนหากอยู่ภายใต้ขอบเขตของการรักษาผลประโยชน์ของนายจ้าง แต่จากการที่พนักงานรักษาความปลอดภัยได้ควบคุมตัวผู้ต้องหาสงสัยและตรวจค้นถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ก้าวล่วงการรักษาผลประโยชน์ของนายจ้างแล้ว การกระทำของพนักงานรักษาความปลอดภัยจึงไม่ได้กระทำการภายใต้ขอบเขตการดำเนินงานของเอกชนอย่างแท้จริง หากแต่เป็นลักษณะการกระทำของรัฐเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เมื่อปรากฏว่าการกระทำของพนักงานรักษาความปลอดภัยละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่ว่า การค้นและยึดโดยไม่ชอบ ศาลเห็นว่า การค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คุกคามและกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องหาเป็นอย่างยิ่งเช่นเดียวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ พยานหลักฐานที่ได้มาจึงไม่สามารถรับฟังได้

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลสูงไม่นำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนโดยแท้ ทำให้นักวิชาการและนักกฎหมายบางส่วนเห็นเป็นการรับรองและให้สัตยาบันในการกระทำอันมิชอบของเอกชนโดยปริยาย ทั้งที่รัฐไม่ควรจะอยู่ในฐานะเช่นนั้นแต่ประการใด หากรัฐใช้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบของเอกชนย่อมเป็นผู้ร่วมสมคบหรือบงการการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเอกชนนั้นด้วย หลายมลรัฐจึงพัฒนาการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานเป็นเอกเทศจากหลักการที่ศาลสูงได้วินิจฉัยในคดีก่อนหน้าอย่างกว้างขวางทั้งในระดับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายในของมลรัฐ^{๘๑} ให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายและระบบศาลของมลรัฐที่แตกต่างกันตราบทเท่าที่กฎหมายของมลรัฐไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา^{๘๒} และจากแนวคิดดังกล่าวข้างต้น ศาลในหลายมลรัฐจึงเห็นว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของรัฐธรรมนูญกลางไม่ได้ห้ามมิให้มลรัฐจัดการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องสงสัยที่มากกว่าที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ บทตัด

^{๗๙} 354 So. 2d. 540 (La.1978)

^{๘๐} People v. Zelinski (1979) 24 Cal. 3d 357, 155 Cal. Rptr. 575, 594 P. 2d 1000

^{๘๑} John William Strong, *Mccormick on Evidence*, pp. 687-688.

^{๘๒} วิสาร พันธุนะ, "วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา," *ตุลพาห* ๒๕, ๕ (กันยายน - ตุลาคม ๒๕๒๑): ๔๐.

พยานหลักฐานจึงถูกนำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนโดยแท้ในหลายมลรัฐ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

๓.๒.๑.๔ การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในมลรัฐ

ก.มลรัฐมิชิแกน

มลรัฐมิชิแกนรับเอาแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ มาปรับใช้ในมลรัฐในค.ศ. ๑๙๑๙^{๘๓} ซึ่งการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญา ของมลรัฐมิชิแกนอยู่บนพื้นฐานรัฐธรรมนูญของมลรัฐที่มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐมาตรา ๒ บัญญัติว่า

“บุคคล เคหสถาน เอกสาร หรือการครอบครองทรัพย์สินต่างๆ จะต้องปลอดภัยจากการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันควร”^{๘๔}

ในระยะแรกมลรัฐมิชิแกนได้ปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานแต่เฉพาะกรณีของการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ทำการค้นและยึดโดยปราศจากเหตุอันควรเช่นเดียวกับมลรัฐอื่น แต่สำหรับในกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน ศาลสูงแห่งมลรัฐมิชิแกนมิได้ตรวจสอบการเชื่อมโยงระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนเพื่อปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัดมากนัก

คดี *Lebel v. Swincicki* (1958)^{๘๕} เป็นคดีที่ศาลนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้โดยปราศจากการค้นหาความเกี่ยวข้องกับการกระทำโดยรัฐ (State Action) ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าโจทก์ฟ้องจำเลยขอหาเมาสุราขณะขับรถและขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ พยานหลักฐานที่ถูกนำมาใช้ในคดีมีผลการตรวจหาแอลกอฮอล์ในเลือดของจำเลยประกอบด้วย แต่เลือดดังกล่าวได้มาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากจำเลย อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ได้ตัวอย่างเลือดมาจากจำเลยคือพยาบาลซึ่งได้เจาะตัวอย่างเลือดตามคำสั่งของแพทย์ตามขั้นตอนการรักษาจากอุบัติเหตุในขณะที่จำเลยหมดสติ แต่ผลเลือดดังกล่าวถูกส่งไปยังเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อส่งต่อไปยังห้องปฏิบัติการทางพิษวิทยาเพื่อทดสอบหาระดับแอลกอฮอล์ในเลือด เมื่อโจทก์อ้างผลการตรวจสอบเลือดที่ได้เป็นพยานหลักฐานจำเลยจึงโต้แย้งการใช้ผลเลือดดังกล่าวเป็นหลักฐานในคดี

^{๘๓} *People v. Marxhausen* (204 Mich. 559, 171 N.W. 557 (1919))

^{๘๔} Michigan Constitution Article 2 § 10; “The person, houses, papers and possessions of every person shall be secure from unreasonable searches and seizures”

^{๘๕} 354 Mich 427,93 N.W. 2d 281 1958

ศาลสูงแห่งมลรัฐมิชิแกนตัดสินว่าการนำเลือดจากบุคคลซึ่งไม่ได้สติ โดยมีจุดประสงค์เพื่อนำไปตรวจวิเคราะห์เป็นการกระทำที่ละเมิดเอกสิทธิ์ที่จะให้การปรับส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญของจำเลย (Privilege Against Self-incrimination) ที่ถูกบังคับให้สารภาพตามผลการตรวจทางวิทยาศาสตร์ อีกทั้งการได้มาซึ่งตัวอย่างเลือดนั้นละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ที่รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของมลรัฐที่มีความคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ของรัฐบาลกลางเป็นอย่างยิ่ง พยานหลักฐานที่ได้มาจากการวิเคราะห์ผลเลือดนั้นไม่ควรจะรับฟังและใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดี^{๘๖} อย่างไรก็ตาม การที่ศาลนำบทตัดพยานหลักฐานซึ่งถือเป็นบทลงโทษฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้กับกรณีและผู้แสวงหาพยานหลักฐานไม่ใช่คู่กรณีในคดีหรือเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อปกป้องสิทธิตามรัฐธรรมนูญของจำเลย ทำให้คดี *Lebel* ของมิชิแกนแสดงให้เห็นถึงการตัดสินที่แตกต่างจากหลักในคดี *Burdeau* อย่างมีนัยยะสำคัญด้วยเหตุผลสำคัญ ๒ ประการ คือ^{๘๗}

๑. การปรับใช้กับกรณีการกระทำของเอกชนโดยแท้
๒. พยานหลักฐานนั้นถูกตัดออกแม้ฝ่ายที่ได้มาจะไม่ทราบถึงการกระทำอันมิชอบนั้นเลยก็ตาม

เช่นเดียวกับผลคำตัดสินในคดี *People V. Corder* (1928)^{๘๘} ศาลวินิจฉัยว่าคำให้การของแพทย์เกี่ยวกับผลการตรวจรักษาโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมของผู้ต้องสงสัยไม่สามารถรับฟังได้ เนื่องจากละเมิดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้การเป็นปฏิปักษ์แก่ตนเองในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ

ศาลมลรัฐมิชิแกนเห็นว่าบทตัดพยานหลักฐานอยู่บนพื้นฐานการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ การรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทำให้ศาลกำหนดมาตรฐานของความประพฤติของเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างเข้มงวด ดังนี้แล้ว ศาลจึงตระหนักว่าการไม่เคารพกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานอัยการได้รับอนุญาตจากศาลให้ใช้ประโยชน์จากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐควรจะเป็นแบบอย่างมากกว่าจะเป็นผู้ที่หลีกเลี่ยงกฎหมาย ศาลสูงจึงนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้

^{๘๖} "Evidence Illegally Seized by Private Persons Excluded from Criminal Prosecution: *People V. Mccomb*," *Michigan Law Review*: 145-147.

^{๘๗} "Admissibility of Illegally Obtained Evidence in a Civil Case," *Washington and Lee Law Review* 17, 1 (1960): 155.

^{๘๘} 244 Mich. 274,221 N.W. 309 1928

กับกรณีของเอกชนด้วย โดยศาลสูงไม่เต็มใจที่จะทำให้ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกรณีที่รัฐได้ใช้ประโยชน์จากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๘๙}

ศาลสูงแห่งมลรัฐมิชิแกนปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีแพ่งเช่นกัน เป็นผลสืบเนื่องจากการแนวคิดการให้ความสำคัญกับสิทธิของประชาชนจากการถูกรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการกระทำที่ไม่มีอำนาจ โดยไม่จำเป็นต้องค้นหาความเกี่ยวข้องของรัฐที่ศาลอยู่ในบังคับที่จะต้องหาเพื่อปรับใช้บทตัดพยานหลักฐาน เนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญคือการยับยั้งการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวทั้งทางตรงและทางอ้อมไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือเอกชน และการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตั้งอยู่บนพื้นฐานการรักษาความบริสุทธิ์ในกระบวนการบังคับใช้กฎหมายโดยเห็นว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและสังคมไม่ควรจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินคดีอาญาที่ใช้ประโยชน์จากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลอื่น โดยเฉพาะผู้ต้องหามาจากผู้ไม่มีอำนาจ

ข. มลรัฐมอนทานา

รัฐธรรมนูญของมลรัฐบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานว่าจะต้องไม่ถูกละเมิดเว้นแต่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ^{๙๐} โดยมาตรา ๑๑ บัญญัติรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ว่า

“ประชาชนจะต้องได้รับความปลอดภัยในตัวตน เอกสาร เคหสถาน และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะไม่มีหมายค้นสถานที่ใดหรือตัวบุคคลใด หรือหมายยึดสิ่งใดจะออกโดยปราศจากการระบุสถานที่ที่จะค้น หรือบุคคลที่จะถูกตรวจค้นหรือสิ่งของที่จะถูกยึด หรือกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือรับรองโดยคำสาบานหรือการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร”^{๙๑}

ศาลในคดี State v. Brecht 1971^{๙๒} เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิของประชาชนครอบคลุมจากการถูกละเมิดในทุกกรณี ไม่จำกัดแต่เฉพาะกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น การ

^{๘๙} "Evidence Illegally Seized by Private Persons Excluded from Criminal Prosecution: People V. Mccomb," *Michigan Law Review*: 148-149.

^{๙๐} Montana's Constitution, Article II § 10 "The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest."

^{๙๑} Montana's Constitution, Article II § 11; "The people shall be secure in their persons, papers, homes and effects from unreasonable searches and seizures. No warrant to search any place, or seize any person or thing shall issue without describing the place to be searched or the person or thing to be seized, or without probable cause, supported by oath or affirmation reduced to writing"

^{๙๒} 157 Mont. 264, 485 P.2d 47 (1971)

ละเมิดตามที่รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองหรือการบังคับที่จะให้จำเลยให้การปรีชาตัวจะต้องถูกนำมาพิจารณาในทุกบริบท การที่แบ่งแยกผู้กระทำละเมิดจะเป็นการทำลายสิทธิที่รัฐธรรมนูญนั้นมุ่งคุ้มครองเสียเอง

ในคดี State v. Coburn (1974)^{๔๓} ศาลสูงแห่งมลรัฐมอนทานาอ้างแนวคิดของคดี Elkins ว่าศาลในคดี Elkins ได้ประณามหลักการ Silver Platter ในทุกบริบทไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ไม่ชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม แม้ว่าการใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบโดยเอกชนอาจจะยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอในบริบทการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ก็ตาม ศาลเห็นว่าสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญของมลรัฐคือการรับประกันและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวมิให้ถูกละเมิดมากกว่าการจะกำหนดหรือจำแนกบุคคลซึ่งกระทำละเมิดเพื่อให้มีผลต่อการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานนั้น

ในคดี State v. Helfrich (1979)^{๔๔} ศาลสูงมลรัฐได้ตัดสินว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานของมลรัฐปรับใช้กับเอกชนเช่นเดียวกับการปรับใช้กับกรณีกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยเอกชนจึงไม่สามารถรับฟังและนำมาใช้ในศาลได้ โดยศาลสูงได้อ้างถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวและการแสวงหาพยานหลักฐานว่ารัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐได้รับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลมากกว่าและยิ่งใหญ่กว่าที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ได้กำหนดไว้ ศาลจะบ่งพร่องเป็นอย่างยิ่งหากมิได้ตระหนักว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบหรือโดยไม่มีเหตุอันควรได้ละเมิดสิทธิหลายประการที่ประชาชนได้รับการรับรองทั้งจากรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐและรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ เพราะการรับรู้และใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบโดยเอกชนนั้นเป็นการขยายหลัก Silver Platter ที่มีผลต่อการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม

ค. มลรัฐเท็กซัส

รัฐธรรมนูญของมลรัฐเท็กซัสมีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันควรในมาตรา ๑ วรรค ๙ บัญญัติว่า^{๔๕}

^{๔๓} 165 Mont. 488,503,530 P.2d 442,450 (1974)

^{๔๔} Mont, 600 P.2d.816 (1979)

^{๔๕} The Texas Constitution Article 1 'BILL OF RIGHTS' § 9 "The people shall be secure in their persons, houses, papers and possessions, from all unreasonable seizures or searches, and no warrant to search any place, or to seize any person or thing, shall issue without describing them as near as may be, nor without probable cause, supported by oath or affirmation."

“ประชาชนย่อมได้รับความปลอดภัยในส่วนตัว เคสสถาน เอกสารและการครอบครองทรัพย์สินจากการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันควร จะไม่มีหมายค้นบุคคลหรือสถานที่ใดหรือยึดสิ่งของใดบังคับใช้โดยปราศจากการระบุรายละเอียดเช่นนั้น หรือโดยปราศจากเหตุอันควร ซึ่งได้รับการรับรองโดยคำสาบานหรือการรับรอง”

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของมลรัฐดังกล่าว มีความคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ เป็นอย่างยิ่ง และเป็นที่มาของบทตัดพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งมลรัฐเท็กซัส มาตรา ๓๘.๒๓ บัญญัติว่า^{๙๖}

“(a) จะไม่มีพยานหลักฐานใดที่ได้มาจากเจ้าหน้าที่หรือบุคคลใดโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐเท็กซัส หรือบทบัญญัติของกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่จะใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานกล่าวหาจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาใดๆ ได้...”

ประวัติความเป็นมาของมาตราดังกล่าวสืบเนื่องจากในช่วงต้นปีค.ศ. 1990 เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการค้นหาและช่วยเหลือรัฐดำเนินคดีอาญากับผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายสุรา^{๙๗} ซึ่งเป็นช่วงที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดรัฐธรรมนูญในคดีอาญาที่ไม่ได้นำมาปรับใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนแล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาสูงสุดแห่งมลรัฐเท็กซัส (the Texas Court of Criminal Appeals) เห็นว่าการที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาไม่นำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนโดยขึ้นอยู่กับพื้นฐานความเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ ซึ่งไม่ถูกต้องแต่ประการใด^{๙๘} ทำให้ในค.ศ. ๑๙๒๕ สภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาดังกล่าว โดยบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๓๘.๒๓ ขึ้น ซึ่งถ้อยคำที่ใช้บัญญัติว่า “No evidence obtained by an officer or *other person*...”

^{๙๖} Code of Criminal Procedure, Article 38.23. “(a) No evidence obtained by an officer or other person in violation of any provisions of the Constitution or laws of the State of Texas, or of the Constitution or laws of the United States of America, shall be admitted in evidence against the accused on the trial of any criminal case...”

^{๙๗} Charles P. Bubany, P. J. C., “Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison the Fruit?,” *Texas Tech Law Review* 615.

^{๙๘} *Welchek v. State*, 93 Tex. Crim. 271, 247 S.W. 524 (1922)

การใช้ถ้อยคำดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นถกเถียงและตีความขึ้นอย่างมาก ว่าบทตัดพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปรับใช้กับกรณีของเอกชนหรือไม่ เนื่องจากอิทธิพลในคดี *burdeau* ที่สร้างหลักให้การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบบังคับใช้แต่กรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ซึ่งศาลอาญาสูงสุดแห่งมลรัฐเท็กซัสหลีกเลี่ยงที่จะพิจารณาถึงประเด็นการปรับใช้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๓๘.๒๓ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

คดี *Gillett v. State* (1979)^{๙๙} ข้อเท็จจริงปรากฏว่าพนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้าสังเกตเห็นว่าผู้ต้องสงสัยได้แอบนำเสื้อกันหนาวใส่ในกระเป๋าถือขณะที่อยู่ในห้องลองเสื้อของห้างสรรพสินค้า จึงได้ค้นและยึดเสื้อกันหนาวคืนจากผู้ต้องสงสัย ต่อมาผู้ต้องสงสัยถูกดำเนินคดีและตัดสินว่ามีความผิดฐานลักทรัพย์ โดยผู้ต้องสงสัยได้โต้แย้งว่าการค้นของพนักงานรักษาความปลอดภัยดังกล่าวเป็นการค้นโดยมิชอบภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๓๘.๒๓ หากแต่ศาลสูงปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวโดยผู้พิพากษาเสียงข้างมากเห็นว่าในกรณีคดีนี้ไม่มีการค้นแต่อย่างใด เพราะผู้ต้องสงสัยไม่มีสิทธิที่จะคาดหวังความเป็นส่วนตัว (*expectation of privacy*) ในห้องลองเสื้อ เนื่องจากมีป้ายสัญลักษณ์เตือนติดอยู่ในกระจกของห้องลองชุดที่ผู้ใช้บริการจะต้องเห็นและรับทราบการแจ้งเตือนดังกล่าว ทำให้ไม่มีสิทธิในความเป็นส่วนตัว (*Right to privacy*) ใดๆ ที่ถูกละเมิด แม้ว่าผู้ต้องสงสัยจะให้การว่าเธอไม่เห็นสัญลักษณ์ดังกล่าวก็ตาม

ผู้พิพากษา *Roberts* ได้วิพากษ์ผู้พิพากษาส่วนมากที่พยายามหลีกเลี่ยงการพิจารณาประเด็นการปรับใช้มาตรา ๓๘.๒๓ กับกรกระทำของเอกชนแต่ได้หยิบยกประเด็นว่าคดีดังกล่าวไม่มีการค้นเกิดขึ้นเนื่องจากผู้ต้องสงสัยไม่มีสิทธิที่จะคาดหวังความเป็นส่วนตัวในห้องลองชุดที่มีการแจ้งเตือน ทั้งที่การกระทำเช่นนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อความคาดหวังในสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องสงสัยโดยไม่มีเหตุอันควร และการจะนำมาตรา ๓๘.๒๓ มาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างมีประสิทธิภาพนั้นจะต้องปรับใช้ทั้งในกรณีของการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน กรณีที่ทำให้การค้นและยึดโดยปราศจากเหตุอันควรหากดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นหลักเกณฑ์พิจารณาเช่นเดียวกับกรณีของเอกชนด้วย

คดี *Stone v. State* (1978)^{๑๐๐} พี่เลี้ยงเด็กทำงานให้แก่ผู้ต้องสงสัยและได้รับอนุญาตให้เข้าไปในห้องนอนของผู้ต้องสงสัย ต่อมาเมื่อเธอได้เข้าไปในห้องนอนเพื่อหาสบู่อาบน้ำเด็กในลิ้นชักและพบภาพถ่ายซึ่งเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของผู้ต้องสงสัย หลังจากที่ได้ดูภาพถ่าย

^{๙๙} 588 S.W. 2d 361 (Tex. Crim. App 1979)

^{๑๐๐} 574 S.W. 2d 85 (Tex. Crim. App 1978)

เหล่านั้นจึงนำไปให้ผู้จัดการหมู่บ้านที่ต้องสงสัยอาศัยอยู่ และผู้จัดการหมู่บ้านได้ส่งภาพถ่ายเหล่านั้นแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาลเห็นว่าการที่พี่เลี้ยงเด็กนำภาพถ่ายออกมาจากห้องนอนไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายหรือเป็นการลักทรัพย์ตามที่ผู้ต้องสงสัยกล่าวอ้าง^{๑๐๑} เนื่องจากพยานหลักฐานที่ได้มาในครั้งนี้ไม่ได้เกิดจากการกระทำที่มีเจตนาที่จะแสวงหาพยานหลักฐานของพี่เลี้ยงเด็ก จึงเป็นการได้มาโดยชอบและสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

คำพิพากษาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการโต้แย้งในวงวิชาการอย่างกว้างขวาง นักวิชาการส่วนมากเห็นว่ามาตรา ๓๘.๒๓ ปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในทุกกรณีโดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาของบุคคล^{๑๐๒} และครอบคลุมถึงการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนด้วย เนื่องจากเหตุผลสำคัญในการป้องปรามการใช้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของเอกชนตามหลักการอำนวยความยุติธรรมโดยทั่วไปและเพื่อหลีกเลี่ยงการยอมรับการกระทำอันมิชอบของเอกชนทางอ้อมอีกด้วย

อย่างไรก็ดี อิทธิพลจากคำพิพากษาในคดี *Burdeau* ที่มีต่อการพิจารณาปรับใช้กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในศาลรัฐบาลและศาลในหลายมลรัฐ ทำให้ศาลมลรัฐเท็กซัสกำหนดเงื่อนไขในการปรับใช้มาตรา ๓๘.๒๓ โดยจำแนกลักษณะการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้ ๓ กลุ่มดังนี้^{๑๐๓}

๑. บุคคลซึ่งให้ความช่วยเหลือ ร่วมมือ หรือกระทำตามคำขอหรือเป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่
๒. บุคคลซึ่งทำการแสวงหาพยานหลักฐานเป็นเอกเทศจากเจ้าหน้าที่โดยวัตถุประสงค์ในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่จะใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา
๓. บุคคลซึ่งรวบรวมหรือแสวงหาพยานหลักฐาน หากแต่ไม่ใช่วัตถุประสงค์เพื่อจะใช้ในคดีอาญา

แนวคำพิพากษาของศาลในมลรัฐได้กำหนดให้บุคคลตามข้อ ๑. และ ข้อ ๒. เท่านั้นที่อยู่ในบังคับของบทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา ๓๘.๒๓ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า การที่ต้องจำแนกกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนเพื่อปรับใช้กับมาตรา ๓๘.๒๓ นั้น เนื่องจากจะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างตามประวัติความเป็นมาของมาตรานี้คือการบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีที่เอกชนช่วยเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินคดีกับผู้ที่กระทำความผิดตามกฎหมาย

^{๑๐๑} Texas Penal Code Article 31.03

^{๑๐๒} Charles P. Bubany, P. J. C., "Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison the Fruit?", *Texas Tech Law Review* 620.

^{๑๐๓} *ibid.*, 623.

สุรา ศาลเห็นว่าหากผู้ร่างมีเจตนาจะให้ปรับใช้มาตรานี้กับทุกคนไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชน อาจจะใช้ถ้อยบัญญัติว่า “evidence obtained by any person” ที่ง่ายกว่าการแยกใช้คำดังที่ปรากฏว่า “evidence obtained by officials and persons” จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีเจตนาที่จะหมายถึงบุคคลที่กระทำการเหมือนเจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลซึ่งร่วมมือหรือให้ความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น^{๑๐๔}

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่พัฒนาแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวางและชัดเจน บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญในการที่จะป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการจับกุม ค้นและยึด โดยมิชอบ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ (Fourth Amendment) เพื่อยับยั้งการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือการกระทำโดยปราศจากอำนาจของเจ้าหน้าที่ โดยหลักแล้วกรณีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนจึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Conduct) เนื่องจากเอกชนไม่มีความเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย หรือดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา อีกทั้งบทตัดพยานหลักฐานเป็นวิธีการที่ศาลสูงสร้างขึ้นเพื่อยับยั้งการละเมิดรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ แต่ไม่ใช่เพราะรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ กำหนดบทตัดพยานหลักฐานขึ้นเพื่อให้ปรับใช้กับทุกคนแต่อย่างใด^{๑๐๕} ดังนั้นแล้ว พยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบของเอกชนจึงไม่มีผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญของการใช้อำนาจรัฐหรือรัฐธรรมนูญอันจะทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นอยู่ภายใต้บทตัดพยานหลักฐาน

๓.๒.๒ สหราชอาณาจักร

ประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จากรูปแบบกระบวนการดำเนินคดีที่ใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ทำให้คู่ความในคดีมีฐานะเท่าเทียมกันและสามารถใช้พยานหลักฐานต่อสู้กันได้อย่างเต็มที่ (Competition Doctrine) หากพยานหลักฐานที่ถูกนำเสนอโดยคู่ความเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้น (Prima facie) ที่เกี่ยวข้องในคดี (Relevant Evidence) และสามารถรับฟังได้ไม่ต้องห้ามตามบทตัดพยานหลักฐาน (Admissible Evidence) ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่นำเสนอขึ้นได้ (Inclusionary Rule) โดยไม่สำคัญว่าคู่ความจะได้พยานหลักฐานมาอย่างไร^{๑๐๖}

^{๑๐๔} ibid., 624.

^{๑๐๕} 428 U.S. 465 (1976)

^{๑๐๖} I.H. Dennis, *The Law of Evidence*, 4 ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010), p. 302.

หลักการรับฟังพยานหลักฐานของอังกฤษจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่สังคมจะต้องได้รับประโยชน์อย่างยิ่งเมื่อศาลหรือลูกขุนได้มีคำพิพากษาคดีจากการพิจารณาพยานหลักฐานทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง พยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือแต่วิธีการได้มาผิดกฎหมาย (Illegal) วิธีการที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม (Improper) หรือไม่ยุติธรรม (Unfair) จึงรับฟังได้และไม่ควรจะถูกตัดจากการพิจารณาเพียงเพราะวิธีการได้มาไม่ชอบ เนื่องจากสิ่งที่มุ่งพิจารณาเป็นสำคัญคือการพิสูจน์ความจริง พยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือทำให้การพิจารณาคดีและการตัดสินคดีเป็นธรรม หากยอมให้มีการตัดพยานหลักฐานเช่นว่านั้นออกจากการพิจารณา ก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการถูกลงโทษได้ การเยียวยาเหยื่อและสังคมจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมจึงเป็นสิ่งสำคัญอยู่เหนือการปกป้องสิทธิในความเป็นส่วนตัวของจำเลย ซึ่งการรับผิดชอบต่อวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้นจะถูกแยกไปพิจารณาต่างหากโดยคู่ความฝ่ายที่เสียหายร้องขอการเยียวยาทางศาลตามที่กฎหมายกำหนด บทลงโทษไว้เป็นการเฉพาะได้^{๑๐๗} แม้ต่อมาเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้ามามีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญามากขึ้น ก็ไม่ทำให้แนวคิดนั้นเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

ศาลอังกฤษในระยะแรกไม่ยอมรับว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ (Obligatory Exclusion of Evidence) เพื่อป้องกันพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยออกไปจากคดีเพราะอาจทำให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการถูกลงโทษซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการบริหารงานยุติธรรมและประโยชน์สาธารณะโดยรวมได้^{๑๐๘} ศาลเห็นว่าสิทธิส่วนบุคคล (The Right of Privacy) ย่อมมาภายหลังประโยชน์ของสังคม^{๑๐๙} แต่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐาน (Exclusionary Discretion) หากเห็นว่าการรับฟังจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะต่อฝ่ายจำเลย เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์ได้เปรียบในเชิงคดีอันเป็นผลมาจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี^{๑๑๐} หรือการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นกระทบต่อความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณา (Fairness Discretion) แต่ไม่ใช่เพราะวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ประการเดียว^{๑๑๑} การใช้ดุลพินิจ

^{๑๐๗} Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 10 ed. (London: Oxford University Press, 2014), p. 56.

^{๑๐๘} Rupert Cross, *Evidence*, 15th Ed. (London: Butter Worths, 1979), pp. 324 – 325.

^{๑๐๙} *Morris v. Beardmore* (1980) 3 W.L.R. 283

^{๑๑๐} ฐานิศร์ วรรณสุข, "ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย" (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๐), หน้า ๕๘.

^{๑๑๑} Hodge M. Malek, *Phipson on Evidence*, 16 ed. (London: Sweet & Maxwell, 2005), pp. 1125-1133.

ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงเป็นไปอย่างจำกัด และมุ่งที่จะใช้ในสถานการณ์ที่พิเศษจริงๆ เท่านั้น^{๑๑๒}

คดี R v. Leatham (1861)^{๑๑๓} ศาลสูงสุดของอังกฤษ (House of Lord) ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับ การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีไว้ตอนหนึ่งว่า “ไม่สำคัญที่ว่าจะได้พยานหลักฐานมาอย่างไร แม้จะขโมยมาพยานหลักฐานนั้นก็รับฟังได้”

คดี Jones v. Owen (1870)^{๑๑๔} ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยผู้พิพากษา Mellor อธิบายให้เหตุผลว่า “จะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการบริหารกระบวนการยุติธรรม หากศาลวินิจฉัยว่าพยานวัตถุไม่สามารถใช้รับฟังในการพิสูจน์ความจริงของจำเลยได้ เพราะพยานวัตถุนั้นได้มาโดยมิชอบ”

อย่างไรก็ตาม พยานหลักฐานที่ศาลอังกฤษอาจใช้ดุลพินิจรับฟังได้แม้จะได้มาโดยมิชอบหมายถึงพยานวัตถุหรือพยานเอกสารเท่านั้น ไม่รวมถึงคำรับสารภาพโดยไม่สมัครใจ เช่น คำรับสารภาพเนื่องจากถูกจู่ใจ ช่มชู้ เป็นต้น คำรับสารภาพเหล่านั้นรับฟังไม่ได้ (Inadmissible) โดยศาลจะใช้ดุลพินิจรับฟังไม่ได้เป็นอันขาด^{๑๑๕} รวมถึงเอกสารที่เป็นเอกสิทธิ์ของคู่ความที่ถูกคู่ความฝ่ายตรงข้ามใช้กลอุบายเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสารนั้น คู่ความฝ่ายดังกล่าวจะไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้เอกสาร เพราะมีผลต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน^{๑๑๖}

ต่อมาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแพร่ขยายมากขึ้นและจากหลักคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่ได้รับการรับรองในอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention on for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 - ECHR) ที่อังกฤษรับมาปรับใช้ในกฎหมายในประเทศ รวมถึงการบัญญัติ the Human Rights Act 1998 ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเข้ามามีบทบาทใน

^{๑๑๒} ชลดา จินตเสถียร, "ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓), หน้า ๓๓.

^{๑๑๓} 8 Cox CC 498 (1861), Crompton J. "It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible in evidence"

^{๑๑๔} 34 J.P. 759 (1870), ดูเพิ่มเติมใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, ๒๕๕๓), หน้า ๑๗.

^{๑๑๕} ดู The Police and Criminal Evidence Act 1984: § 76 (1), (2) a และ (8)

^{๑๑๖} มโน ซอศรีสาร, "การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร," หน้า ๕๖.

การพิจารณาคดีอาญาและเป็นเหตุให้การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของ
อังกฤษเปลี่ยนแปลงไปด้วย^{๑๑๗}

The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) เป็นกฎหมายหลักที่
กำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการ
การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทำให้การรับฟังพยานหลักฐานประเภทอื่น
นอกจากคำรับสารภาพตามแนวทางแบบดั้งเดิมที่กำหนดให้เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษามีหลักการใช้
ดุลพินิจที่ชัดเจนมากขึ้น โดยแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิ
ชอบด้วยกฎหมายบัญญัติไว้ใน มาตรา ๗๘ ความว่า^{๑๑๘}

“(๑) ในกระบวนการพิจารณาใดๆ ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานซึ่ง
โจทก์ประสงค์จะอ้างอิง หากปรากฏต่อศาลว่าเมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งพฤติการณ์ที่
ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น ว่าการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียหายนต่อความเป็น
ธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่า ศาลไม่ควรยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้น

(๒) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ ไม่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมาย ซึ่ง
บังคับให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน...”

ศาลจึงอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟัง
พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นกว้างขวางกว่าการ
ใช้ดุลพินิจตามระบบคอมมอนลอว์แบบเดิม^{๑๑๙} ศาลย่อมใช้ดุลพินิจตามมาตรา ๗๘(๑) ไม่รับฟัง
พยานหลักฐานใดๆ ที่วิธีการได้มาอาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เพราะการ
รับฟังพยานหลักฐานที่ไม่มีความน่าเชื่อถือเช่นว่านั้นอาจทำอันตรายต่อความเป็นธรรมในการพิจารณา
คดีได้^{๑๒๐}

^{๑๑๗} Maureen Spencer and John Spencer, *Evidence Concentrate: Law Revision and Study Guide* (London: Oxford University Press, 2015), p. 58.

^{๑๑๘} The Police and Criminal Evidence Act 1984: § 78 Exclusion of unfair evidence.

“(1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.

(2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence. ...”

^{๑๑๙} I.H. Dennis, *The Law of Evidence*, p. 301.

^{๑๒๐} Andrew Choo, *Evidence*, 4 ed. (London: Oxford University Press, 2014), p. 176.

ศาลในคดี R v. Chalkley and Jeffries [1998]^{๑๒๑} วินิจฉัยว่า PACE 78 มีเจตนาที่จะปรับใช้ในสถานการณ์ที่คุณค่าของพยานหลักฐานได้รับผลกระทบจากวิธีการได้มาซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดีเท่านั้น

วิธีการได้มาที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมคือการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายสามารถแบ่งพิจารณาได้เป็นพยานหลักฐานที่วิธีการได้มาละเมิดต่อบทบัญญัติหรือข้อบังคับของกฎหมาย (Illegal Means) ไม่ว่าจะเป็นด้วยการกระทำความผิดอาญา แผง สัตว์ ยา หรือการฝ่าฝืนกฎหมายหรือบทบัญญัติของรัฐที่ให้อำนาจและกำหนดหน้าที่ของตำรวจหรือบุคคลอื่นๆ ซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนคดีอาญาไว้^{๑๒๒} อันได้แก่ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อประมวลหลักปฏิบัติ (Code of Practice) ที่กำหนดรายละเอียดการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ เช่น กรณีการค้นและยึดโดยมิชอบ การละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่ the Human Rights Act หรืออนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา ๖ และมาตรา ๘ บทบัญญัติรับรองไว้ เป็นต้น นอกจากนี้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อกฎหมายแล้ว ยังรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อกระบวนการ (Abuse of Process) ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Means) เช่น การใช้กลอุบาย การหลอกลวง การให้สินบน การขู่เข็ญหรือการล่อลวงทำให้พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่เหมาะสม (Improperly Obtained Evidence) เนื่องจากละเมิดต่อสิทธิในเรื่องของการให้การเป็นปฏิปักษ์กับตนเองและสิทธิพื้นฐานของผู้ต้องหาหรือจำเลยอีกด้วย^{๑๒๓}

ประมวลหลักปฏิบัติ (Code of Practice) ที่ถูกบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับ PACE ได้กำหนดรายละเอียดการใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานหรือเจ้าพนักงานอื่นในกระบวนการยุติธรรมและการแสวงหาพยานหลักฐานด้วย อย่างไรก็ตาม จากบทบัญญัติใน PACE Section 67(9)^{๑๒๔} ทำให้การปรับใช้ Code of Practice ขยายความรวมถึงบุคคลนอกที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นผู้มีหน้าที่ในการสืบสวนความผิดทางอาญาที่เกิดขึ้นไม่ว่าอำนาจหน้าที่นั้นจะมาจากกฎหมาย หรือตามธรรมเนียมของระบบการดำเนินคดีอาญาของอังกฤษที่ประชาชนสามารถ

^{๑๒๑} QB 848

^{๑๒๒} Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, p. 56.

^{๑๒๓} Hil Huxley, *Evidence, the Fundamentals*, 2 ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010), p. 212.

^{๑๒๔} PACE § 67(9); “Persons other than police officers who are charged with the duty of investigating offences or charging offenders shall in the discharge of that duty have regard to any relevant provision of a code”

ฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาบางประเภทเมื่อได้รับอนุญาตจาก Attorney – General^{๑๒๕} หรือสัญญาต่าง ๆ ได้อีกด้วย^{๑๒๖} เช่นกรณีของนักสืบของห้างสรรพสินค้า^{๑๒๗} นักสืบของบริษัท^{๑๒๘} เป็นต้น ศาลเห็นว่าการจะตัดสินว่าบุคคลเหล่านั้นไม่อยู่ในบังคับของ PACE Section 67(9) เพียงเพราะเขาถูกจ้างโดยบริษัทเอกชนคงจะไม่ถูกต้องนัก^{๑๒๙} พยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนอาจเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเนื่องจากฝ่าฝืนขั้นตอนตามที่ประมวลหลักปฏิบัติกำหนดไว้ ย่อมส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่บัญญัติใน PACE ถูกนำมาปรับใช้กับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนด้วย

คดี R v. Payne [1963]^{๑๓๐} ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าผู้ต้องหาถูกตั้งข้อหาฆาตกรรมในขณะขับขี โดยผู้ต้องหาได้รับแจ้งว่าแพทย์จะทำการตรวจเพื่อประเมินผลอาการบาดเจ็บที่ได้รับจากอุบัติเหตุ หากปรากฏต่อมาในชั้นพิจารณาของศาลชั้นต้นว่าแพทย์ได้ใช้ผลการตรวจดังกล่าวเป็นหลักฐานพิสูจน์สมรรถภาพในการขับขีรถยนต์ของผู้ต้องหาและศาลชั้นต้นรับฟังพยานหลักฐานนั้น ศาลสูงได้กลับคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นโดยเห็นว่าศาลชั้นต้นควรจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากแพทย์เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิในร่างกายของผู้ต้องหา โดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาได้ให้ความยินยอมเพื่อใช้เป็นหลักฐานแต่ประการใด

เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจของศาลในคดี R v. Apicella [1985]^{๑๓๑} ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าผู้ต้องหาถูกดำเนินคดีฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากการตรวจร่างกายของผู้เสียหายปรากฏว่าตรวจพบเชื้อกามโรค ต่อมาแพทย์ประจำเรือนจำตั้งข้อสงสัยว่าผู้ต้องหาซึ่งอยู่ในระหว่างที่ถูกคุมขังมีอาการของกามโรค จึงนำสารคัดหลั่งจากร่างกายของผู้ต้องหาไปตรวจเพื่อวินิจฉัยรักษาโรคโดยเข้าใจว่าผู้ต้องหาให้ความยินยอมดังกล่าวด้วย และผลการตรวจพบว่าผู้ต้องหาติดเชื้อกามโรคประเภทเดียวกับผู้เสียหาย ทำให้ผลการตรวจสารคัดหลั่งถูกใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาต่อมาผู้ต้องหาได้โต้แย้งในชั้นพิจารณาคดีของศาลว่าเขาไม่ได้ให้ความยินยอมให้แพทย์นำสารคัดหลั่งดังกล่าวไปตรวจสอบแต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่เรือนจำแจ้งว่าผู้ต้องหาไม่มีทางเลือก ผู้ต้องหาจึงจำเป็นต้องให้ความยินยอมเช่นนั้น พยานหลักฐานจึงได้มาโดยมิชอบต้องห้ามมิให้ศาลรับฟัง แต่

^{๑๒๕} กลุฬ พลวัน, "ความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานอัยการกับผู้เสียหายในคดีอาญา," *อัยการนิเทศ* ๕๓, ๑ (๒๕๓๔): ๖๘-๖๙.

^{๑๒๖} Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, p. 56.

^{๑๒๗} Bayliss (1994) 98 Cr. App. R. 235

^{๑๒๘} Twaites (1990) 92 Cr. App. R. 106

^{๑๒๙} Joy v. Federation against Copyright Theft Ltd[1993]

^{๑๓๐} 1 WLR 637 [1963]

^{๑๓๑} 82 Cr App R 295, CA. (1985)

ศาลสูงได้ยกคำร้องดังกล่าวและวินิจฉัยว่าผลการตรวจสอบสารคัดหลั่งดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของคดีและสามารถรับฟังได้

คดี Jefferey v. Black [1978]^{๑๓๒} ศาลมีแนวโน้มที่จะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานของโจทก์ หากพิจารณาเห็นว่า การอนุญาตให้โจทก์นำสืบพยานหลักฐานจะเป็นการไม่ยุติธรรมหรือเป็นการกดขี่ข่มเหง เนื่องจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นปรากฏเหตุพิเศษอื่นด้วย เช่น การใช้เล่ห์กลหรือหลอกลวงบุคคลหนึ่งบุคคลใด การกระทำที่เป็นการกดขี่ข่มเหงหรือไม่ยุติธรรม หรือประพฤติปฏิบัติไปในทางเลวทราม ผิดศีลธรรม เป็นต้น

คดี Mason [1987]^{๑๓๓} ตำรวจแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่ผู้ต้องหา โดยทนายความพยายามชักจูงให้ลูกความรับสารภาพแทนที่จะรักษาสีทธิในคดีของลูกความ ผู้ต้องหาจึงได้ให้การรับสารภาพเกี่ยวกับการกระทำความผิด ในชั้นพิจารณาของศาลสูงได้ตัดสินว่าศาลชั้นต้นล้มเหลวที่จะคำนึงถึงการที่ทนายความชักจูงลูกความดังกล่าว ซึ่งหากศาลชั้นต้นได้คำนึงการชักจูงเช่นนั้นแล้วก็อาจจะทำให้ใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ เพราะการกระทำโดยเจตนาของทนายความเหมือนเป็นการหลอกลวงทำให้ผู้ต้องสงสัยถูกชักจูงให้สละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตัวเอง ศาลสูงเห็นว่าหน้าที่ของทนายความคือการแนะนำลูกความให้ถูกต้องและเป็นอิสระจากการให้ข้อมูลเท็จของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไม่ใช่ร่วมมือกับตำรวจในการชักจูงให้บุคคลรับสารภาพเช่นนั้น

คดี R. v. Cook [1995]^{๑๓๔} จำเลยถูกดึงผมเพื่อนำไปตรวจ DNA ศาลเห็นว่าแม้ลักษณะการได้มาเหมือนเป็นการทำร้ายร่างกาย แต่การกระทำดังกล่าวไม่มีผลต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน และด้วยเหตุที่พยานหลักฐานที่ได้มามีคุณค่าความน่าเชื่อถือสูงจึงสามารถรับฟังได้

เปรียบเทียบกับคดี A and Others v. Secretary of State for the Home Department [2005]^{๑๓๕} พยานหลักฐานที่ได้มาจากการทำทรมาน แม้จะกระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของอังกฤษ ไม่สามารถรับฟังได้ โดยศาลเห็นว่านอกจากพยานหลักฐานนั้นจะไม่น่าเชื่อถือแล้ว แต่วิธีการยังได้มาโดยไม่ชอบอีกด้วย

ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยพิจารณาบนพื้นฐานของ PACE และ ECHR เป็นกรณีๆ ไป แต่เนื่องจากแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามระบบคอมมอนลอว์เดิมที่ฝังรากลึกอยู่ในระบบกฎหมายของอังกฤษ ทำให้ศาลยังคงระมัดระวัง

^{๑๓๒} QB 490

^{๑๓๓} 3 All E.R. 481 [1987]

^{๑๓๔} 1 Cr. App. R. 456.

^{๑๓๕} UKHL 71, [2006] 2AC 221

การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลมีแนวโน้มปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานเฉพาะกรณีที่วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานอย่างร้ายแรง^{๑๓๖} ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาแม้จะผิดกฎหมาย หรือวิธีการที่ไม่เหมาะสม หรือไม่ยุติธรรมไม่ได้ไม่สามารถรับฟังได้ทั้งหมด

ความร้ายแรงของการแสวงหาพยานหลักฐานจะไม่ทำให้พยานหลักฐานชิ้นนั้นถูกตัดออกจากการพิจารณาของศาลโดยทันที ศาลจะพิจารณาอย่างระมัดระวังเสียก่อนว่าการรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือไม่ และจะต้องชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบคุณค่าในเชิงพิสูจน์ (Probative Value) ของพยานหลักฐานนั้นกับผลเสียหายที่เกิดจากแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเพื่อรักษาความเป็นธรรมในคดีหรือการอำนวยความสะดวกยุติธรรมของศาล หากปรากฏว่าพยานหลักฐานเช่นว่านั้นมีความน่าเชื่อถือและคุณค่าในเชิงพิสูจน์แล้ว การรับฟังพยานหลักฐานย่อมจำเป็นเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมโดยพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ เนื่องจากเหตุผลสำคัญในการใช้บทตัดพยานหลักฐานคือการส่งเสริมความบริสุทธิ์ยุติธรรมของกระบวนการพิจารณาหรือการคุ้มครองให้ผู้ต้องหาได้รับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมเท่านั้น^{๑๓๗} การรับฟังพยานหลักฐานจึงไม่พิจารณาแต่เฉพาะการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ผู้ต้องหา หากต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมด้วย การรับผิดชอบต่อวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้นจะถูกแยกไปพิจารณาต่างหาก^{๑๓๘} และข้อสังเกตประการหนึ่งคือ แม้อังกฤษจะมีองค์กร Crown Prosecution Service (CPS) ทำหน้าที่ในการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญา แต่จากรูปแบบการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน (Private Prosecution) ทำให้เอกชนยังมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้ จึงเห็นได้ว่าแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษจึงไม่เกี่ยวข้องกับการยับยั้งหรือปราบปรามการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐแต่อย่างใด^{๑๓๙}

๓.๒.๓ แคนาดา

แคนาดาได้รับอิทธิพลระบบคอมมอนลอว์จากอังกฤษ ศาลจึงรับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดที่เกี่ยวข้องในคดี มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์และน่าเชื่อถือได้ทั้งสิ้น (Inclusionary rule) ผู้พิพากษาไม่มีดุลพินิจที่จะตัดพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ออกจากการพิจารณาคดีเพียงเพราะการได้มานั้นไม่ชอบหรือไม่เป็นธรรม เว้นแต่จะทำให้เกิดการให้การโดยไม่สมัครใจ การใช้ดุลพินิจในการตัดพยานหลักฐานของศาลจึงต้องไปเป็นอย่างระมัดระวัง ผู้พิพากษาจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟัง

^{๑๓๖} Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, p. 57.

^{๑๓๗} John William Strong, *Mccormick on Evidence*, pp. 671-673.

^{๑๓๘} Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, p. 56.

^{๑๓๙} R v. Mason [1987] 86 Crim. App. 349 “This is not the place to discipline the police”

พยานหลักฐานนั้นหากคุณค่าในเชิงพิสูจน์มีน้อยกว่าผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมเสียไปเท่านี้^{๑๔๐}

แนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของแคนาดาเปลี่ยนแปลงไปหลังการปรับใช้ Canadian Charter of Rights and Freedoms ในค.ศ. ๑๙๘๒ กฎบัตรดังกล่าวเป็นเสมือนรัฐธรรมนูญของแคนาดาที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานต่างๆ ของประชาชน และได้มีการกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น

Canada Charter of Rights and Freedom มาตรา ๒๔ บัญญัติว่า

“(๑) บุคคลใดก็ตามที่สิทธิหรือเสรีภาพของเขาที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายฉบับนี้ถูกละเมิดหรือถูกปฏิเสธอาจยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้เยียวยาได้ตามที่ศาลเห็นสมควรตามพฤติการณ์แห่งคดี

(๒) หากปรากฏว่ามีการพิจารณาคดีตาม (๑) หากศาลเห็นว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยพฤติกรรมที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายฉบับนี้รับรอง พยานหลักฐานนั้นจะต้องถูกตัดออกไปจากกระบวนการพิจารณาคดี เพราะหากยอมให้มีการรับฟังแล้วอาจส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมได้”^{๑๔๑}

ขอบเขตสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายฉบับนี้รับรองไม่ให้ถูกระงับจากการแสวงหาพยานหลักฐานปรากฏอยู่ในมาตรา ๘ ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิต เสรีภาพ ความปลอดภัยในชีวิต และร่างกายซึ่งเป็นสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลให้ปลอดภัยจากการถูกค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันควร^{๑๔๒} หากการแสวงหาพยานหลักฐานได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญทำให้พยานหลักฐาน

^{๑๔๐} Eileen Skinnider, "Improperly of Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada " Canadian International Development Agency funded Implementing International Standard Criminal Justice Project, Vancouver.

^{๑๔๑} Canada Charter of Rights and Freedom § 24 “(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.”

^{๑๔๒} Canada Charter of Rights and Freedom § 8; “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure”

ได้มาโดยไม่ชอบ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่ไม่ชอบดังกล่าวสามารถร้องขอให้ศาลตัดพยานหลักฐานเหล่านั้นออกจากกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อเยียวยาสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติในมาตรา ๒๔(๒) ได้ หรือศาลใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับฟังได้เพื่อประโยชน์ในการรักษาความยุติธรรมได้^{๑๔๓}

การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายฉบับนี้จึงอยู่บนพื้นฐานกึ่งกลางระหว่างการรับฟังตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในคดีโดยไม่สนใจว่าพยานหลักฐานนั้นจะได้อะไร กับบทตัดพยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกาหากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่รัฐนั้นได้ละเมิดสิทธิตามกฎหมายของผู้ต้องหาที่จะต้องรับการคุ้มครองจากการค้นและยึดโดยมิชอบ^{๑๔๔}

ในคดี R v Collins (1987)^{๑๔๕} ผู้พิพากษา Lamer เห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิตามที่กฎบัตรนี้รับรองที่อาจสร้างความเสียหายแก่การบริหารงานยุติธรรมได้ จึงกำหนดแนวทางการตรวจสอบนโยบายที่จำเป็นในการรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบนั้น ต่อมาในคดี R v. Jacoy (1988)^{๑๔๖} หัวหน้าผู้พิพากษา Dickson ได้กำหนดข้อพิจารณาเพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อค้นหาความจริงกับการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมของศาลไว้ ๓ ประการ คือ

๑. การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นมีผลกระทบต่อความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาหรือไม่

๒. การได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นมีความรุนแรงเพียงใด

๓. ผลกระทบที่จะเกิดแก่การบริหารงานยุติธรรมจากการตัดพยานหลักฐานเช่นนั้นนั้นมีมากน้อยเพียงใด

กฎบัตรของแคนาดาฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายในการปกป้องสิทธิของผู้ต้องหาในระหว่างขั้นตอนการสืบสวนสอบสวน ด้วยเหตุนี้ เหตุผลหลักในการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตาม section 24(2) คือการยับยั้งเจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายมิให้แสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการที่ละเมิดรัฐธรรมนูญหรือหมายถึงสิทธิเสรีภาพตามที่กฎบัตรฉบับนี้รับรองเท่านั้น เพราะมิเช่นนั้นแล้วพยานหลักฐานที่

^{๑๔๓} Hodge M. Malek, *Phipson on Evidence*, pp. 12-15.

^{๑๔๔} Steven Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter," *McGill Law Journal* 43, 105 (2003): 114-117.

^{๑๔๕} 1 S.C.R. 265 [1987].

^{๑๔๖} R v. Jacoy [1988] 2 S.C.R. 548 at 558.

ได้มาอาจต้องห้ามไม่ให้รับฟังในคดีได้ ทำให้โดยหลักแล้วการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามกฎหมายบัตร จึงไม่ครอบคลุมถึงกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนแต่อย่างใด^{๑๔๗}

คดี R. v. Meyers (1987)^{๑๔๘} ผู้จัดการโรงพยาบาลริเริ่มให้ทำการค้นตู้เก็บสัมภาระ ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ (locker) โดยไม่มีหมายค้น ต่อมาภายหลังจึงได้ปรึกษาเจ้าหน้าที่ตำรวจเกี่ยวกับการค้นดังกล่าว ศาลเห็นว่าการดำเนินการของเอกชนจะกลายเป็นการกระทำของรัฐหากการค้นของเอกชนกระทำโดยได้รับการสนับสนุนจากเจ้าหน้าที่ หรือเจ้าหน้าที่เข้ามามีส่วนร่วมด้วย พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงจะต้องห้ามมิให้รับฟัง

คดี R. v. Shafie (1989)^{๑๔๙} นายจ้างสงสัยว่าลูกจ้างลักทรัพย์ แต่หลังจากเจ้าหน้าที่ตำรวจทำการสอบสวนแล้วไม่พบความผิดปกติแต่อย่างใด นายจ้างจึงได้จ้างนักสืบเอกชนให้ทำการสืบสวนแทน หัวหน้างานได้พาลูกจ้างมาที่สำนักงานและสอบถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยมีนักสืบเอกชนที่แอบอยู่หลังประตูได้บันทึกเหตุการณ์สนทนาไว้เพื่อใช้เป็นหลักฐาน ในขณะที่ลูกจ้างถูกสัมภาษณ์อยู่นั้นไม่ปรากฏว่าได้รับการแจ้งสิทธิของเขาในการใช้ถ้อยคำที่ได้จากการสัมภาษณ์นี้แต่ประการใด จึงมีประเด็นพิจารณาในชั้นศาลว่าการที่ลูกจ้างถูกควบคุมตัวและการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยการแอบฟังนั้น เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิของลูกจ้างตามที่กฎหมายให้การคุ้มครองและจะได้รับความเสียหายจากการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่ ศาลได้วินิจฉัยว่าบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายดังกล่าวจะปรับใช้กับกรณีที่ปรากฏว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานกระทำของรัฐเท่านั้น นอกจากนี้แล้วศาลยังเห็นว่าการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยจะเป็นการควบคุมตัวตามนัยยะของ Section 10(b) ต่อเมื่อกระทำโดยตำรวจหรือเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น แต่ไม่ใช้กับกรณีการกระทำโดยเอกชนแต่อย่างใด

คดี R. v. Swanarchuk (1990)^{๑๕๐} ผู้จัดการของห้างสรรพสินค้าสงสัยว่าลูกจ้างได้นำของจากร้านค้ามาซ่อนไว้ในห้องน้ำก่อนที่จะนำออกไป จึงแอบตั้งกล้องไว้ในห้องน้ำเพื่อจะเฝ้าสังเกตการณ์ใช้ห้องน้ำของลูกจ้าง และพบว่าการใช้ห้องน้ำของจำเลยมีความผิดปกติ ผู้จัดการจึงได้ทำการค้นตัวและพบสินค้าที่ถูกขโมย ต่อมาภาพที่ได้จากการบันทึกและสิ่งที่ยึดได้ถูกใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาความผิดในข้อหาลักทรัพย์ ซึ่งจำเลยอ้างว่าการที่ผู้จัดการค้นตัวเพื่อหาของที่ขโมยเป็นการกระทำเสมือนเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Government Function) เมื่อกระทำไปโดยไม่มีเหตุอันควรและ

^{๑๔๗} Steven Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter," *McGill Law Journal*: 110-112.

^{๑๔๘} 52 Alta.L.R. (2d) 156 (Q.B.)

^{๑๔๙} 47 C.C.C. (3d) 27 (Ont.C.A.)

^{๑๕๐} M.J. No. 686 (QL)(Q.B.)

การถ่ายภาพได้ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของจำเลย จึงร้องขอให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะยกคำร้องของจำเลยแต่ยอมรับว่าหากการกระทำเช่นนี้ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมถือได้ว่าเป็นการค้นโดยไม่มีเหตุอันควรอย่างแน่นอน นอกจากนี้ศาลได้ยืนยันหลักจากคดี Shafie ว่าการกระทำของเอกชนไม่อยู่ในบังคับการคุ้มครองของกฎบัตรฯแต่อย่างใด เมื่อไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น พยานหลักฐานดังกล่าวจึงสามารถรับฟังได้

การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนที่วิธีการได้มาโดยละเมิดสิทธิของบุคคลอาจถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาได้ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา ๒๔ (๒) ของกฎบัตรฯฉบับนี้ เมื่อปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการได้มาของพยานหลักฐานที่ไม่ชอบนั้น หรือเป็นกรณีที่เอกชนได้กระทำเสมือนเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อรวบรวมและแสวงหาพยานหลักฐาน หากเป็นการกระทำของเอกชนโดยแท้จะไม่อยู่ภายใต้บทบังคับของกฎบัตรฯฉบับนี้ ผู้ที่สิทธิได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวต้องดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อร้องขอการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อไป เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ตามแนวคิดของระบบคอมมอนลอว์ที่ใช้หลัก Fairness discretion ซึ่งยังคงมีอิทธิพลต่อแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานของแคนาดา^{๑๕๑}

๓.๒.๔ ประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อื่นๆ

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (the Republic of South Africa)

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญาไว้ว่า^{๑๕๒}

“พยานหลักฐานใดที่ได้มาโดยการละเมิดต่อสิทธิใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ใน Bill of Rights จะต้องถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาหากการยอมรับฟังพยานหลักฐานเช่นว่านั้นอาจทำให้กระบวนการพิจารณาไม่เป็นธรรมหรืออาจมีผลต่อการบริหารงานยุติธรรม”

^{๑๕๑} Steven Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter," *McGill Law Journal*: 129-131.

^{๑๕๒} Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (Act No. 108 of 1996)

Chapter 2 - Bill of Rights § 35. Arrested, detained and accused persons (5) Evidence obtained in a manner that violates any right in the Bill of Rights must be excluded if the admission of that evidence would render the trial unfair or otherwise be detrimental to the administration of justice.

การกระทำที่ฝ่าฝืนหลักประกันสิทธิในรัฐธรรมนูญ แม้เป็นการกระทำของเอกชนก็ ต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเช่นกัน เช่นในคดี S v. Hena (2006)^{๑๕๓} ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลย ๒ คนถูกศาลชั้นต้นตัดสินในความผิดฐานข่มขืนและลักทรัพย์ โดยหนึ่งใน จำเลยไม่สามารถระบุตัวจากการตรวจสอบสารพันธุกรรม (DNA) ที่ได้มาจากการตรวจร่างกายผู้เสียหายได้ หากแต่ศาลรับฟังโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้เสียหายที่พบจากจำเลยที่พบในระยะเวลากระชั้นชิดกับการ กระทำความผิด โดยคณะกรรมการต่อต้านอาชญากรรมในชุมชน (Community's Anti - Crime Committee) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยประชาชนในหมู่บ้านเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยใน ชุมชนเป็นผู้ยึดโทรศัพท์นั้น ได้ทำการลักพาตัว ทำร้ายร่างกายและสอบสวนจำเลยก่อนที่จะพบ โทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้เสียหายและส่งให้โทรศัพท์เคลื่อนที่ให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ

ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของคณะกรรมการต่อต้านอาชญากรรมในชุมชนทำให้สิทธิ ไม่ให้การ (Right to Silence) สิทธิในร่างกายและอิสรภาพของจำเลยซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองถูกละเมิด อย่างร้ายแรง โทรศัพท์เคลื่อนที่จึงเป็นพยานหลักฐานซึ่งได้มาโดยมิชอบและไม่สามารถรับฟังได้แม้ การได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะไม่มีเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม โดยศาลสูงเห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจในการตัดพยานหลักฐานโดยจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ในการ บริหารงานยุติธรรมด้วย^{๑๕๔}

ออสเตรเลีย

ออสเตรเลียได้รับอิทธิพลระบบคอมมอนลอว์จากอังกฤษ บทตัดพยานหลักฐานที่ ได้มาโดยมิชอบของประเทศออสเตรเลียอยู่บนพื้นฐานการใช้ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรมทั่วไปซึ่งได้รับ อิทธิพลมาจากอังกฤษและการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ(Public Policy Discretion) ซึ่ง เป็นแนวทางการรับฟังที่กำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของออสเตรเลียเอง^{๑๕๕}

The Commonwealth Evidence Act 1995 เป็นกฎหมายลักษณะ พยานหลักฐานของออสเตรเลีย และมีการบัญญัติบททั่วไปซึ่งเป็นพื้นฐานของบทตัดพยานหลักฐานไว้ ในมาตรา ๑๓๘ (๑) ซึ่งกำหนดให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ถูกต้อง (Improperly) หรือละเมิดต่อ กฎหมาย (Contravention) หรือเป็นผลจากการได้มาโดยมิชอบดังกล่าวไม่สามารถรับฟังได้ เว้นแต่

^{๑๕๓} (2) SACR 33 (SECLD) 2006

^{๑๕๔} Nicci Whitear-Nel, "Admissibility of Unconstitutionally Obtained Evidence," *South Africa Journal Criminal Justice* 19, 375 (2006): 375-377.

^{๑๕๕} William van Caenegem, "New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report - Common Law "(Bond University, 2007), p. 7.

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าพยานหลักฐานเช่นว่านั้นควรรับฟังมากกว่าเมื่อพิจารณาถึงวิธีการได้มา^{๑๕๖} แต่เนื่องจากออสเตรเลียไม่มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพ หรือ Bill of Rights เหมือนในหลายประเทศ การจะพิจารณาขอเบรคการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องพิจารณาจากแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และ Australian Human Rights Commission Act 1986 ที่เป็นพื้นฐานในการกำหนดใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ ให้สอดคล้องกับหลักประกันสิทธิมนุษยชน และกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางพลเมือง และทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากวิธีการแสวงหา พยานหลักฐานละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางพลเมือง ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegally Obtained Evidence) ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังได้ และขยายความรวมถึง พยานหลักฐานที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับต่างๆ อันประกอบด้วยพยานหลักฐานที่ วิธีการได้มาไม่เหมาะสม (Improper Conduct) หรือวิธีการไม่เป็นธรรม (Unfairly Conduct) ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับฟังเช่นกัน^{๑๕๗}

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของออสเตรเลียแยกการใช้ ดุลพินิจเพื่อประโยชน์สาธารณะในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบออกจากการใช้ ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรมทั่วไป กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของออสเตรเลียจึงได้กำหนด ขอบเขตการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้ในมาตรา ๑๓๘ (๓)(a) – (h) ดังนี้^{๑๕๘}

^{๑๕๖} the Evidence Act § 138(3)(1); “(1) Evidence that was obtained:

(a) improperly or in contravention of an Australian law; or

(b) in consequence of an impropriety or of a contravention of an Australian law; is not to be admitted unless the desirability of admitting the evidence outweighs the undesirability of admitting evidence that has been obtained in the way in which the evidence was obtained.

^{๑๕๗} William van Caenegem, "New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report - Common Law " 11-12.

^{๑๕๘} the Evidence Act § 138(3)(a)-(h); “Without limiting the matters that the court may take into account under subsection (1), it is to take into account:

(a) the probative value of the evidence; and

(b) the importance of the evidence in the proceeding; and

(c) the nature of the relevant offence, cause of action or defence and the nature of the subject-matter of the proceeding; and

(d) the gravity of the impropriety or contravention; and

(e) whether the impropriety or contravention was deliberate or reckless; and

- (a) พยานหลักฐานนั้นมีคุณค่าในการพิสูจน์
- (b) ความสำคัญของพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดี
- (c) ลักษณะของพยานที่เกี่ยวกับกับความผิด ในเรื่องของการกระทำความผิดและเหตุยกเว้นความผิดและโทษ รวมถึงความเกี่ยวพันในกระบวนการพิจารณาคดีด้วย
- (d) ความร้ายแรงของการได้มาโดยมิชอบ
- (e) การกระทำโดยมิชอบนั้นเกิดจากความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเพียงใด
- (f) การกระทำที่มิชอบนี้ได้ละเมิดต่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองเพียงใด
- (g) มีการดำเนินการในกระบวนการพิจารณาอื่นไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางศาลหรือไม่ที่เกี่ยวกับการกระทำที่มิชอบนี้เพียงใด
- (h) มีความยุ่งยากเพียงใดในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหากไม่มีการกระทำโดยมิชอบนี้

ลักษณะบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของออสเตรเลียจึงไม่ใช่ทั้งแนวของสหรัฐอเมริกาหรือการใช้ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรมของอังกฤษ หากเป็นวัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะหลายประการในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลจะพิจารณาปัจจัยต่างๆ ประกอบกันโดยคำนึงถึงนโยบายสาธารณะที่เกี่ยวข้องและทำการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิมนุษยชนกับประโยชน์ของรัฐในการที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ การรับฟังพยานหลักฐานจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานการใช้ดุลพินิจตามนโยบายสาธารณะทำให้ไม่จำกัดเฉพาะกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น หากรวมถึงการใช้ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรมซึ่งอาจถูกนำมาปรับใช้กับการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนหรือพยานหลักฐาน

(f) whether the impropriety or contravention was contrary to or inconsistent with a right of a person recognized by the International Covenant on Civil and Political Rights; and

(g) whether any other proceeding (whether or not in a court) has been or is likely to be taken in relation to the impropriety or contravention; and

(h) the difficulty (if any) of obtaining the evidence without impropriety or contravention of an Australian law”

ซึ่งได้มาโดยวิธีการที่ไม่ได้ระดับมาตรฐานของออสเตรเลีย^{๑๕๙} และบทตัดพยานหลักฐานของ ออสเตรเลียได้ถูกนำมาปรับใช้ในคดีแพ่งด้วย^{๑๖๐}

คดี R v. Thomas (2006) VSCA 165 เป็นคดีเกี่ยวกับการก่อการร้าย ผู้ต้องหาได้ ให้การด้วยความสมัครใจต่อเจ้าหน้าที่ของประเทศปากีสถานในขณะที่ถูกคุมขังอยู่ในปากีสถานแต่ไม่ ปรากฏว่าผู้ต้องหาได้รับการจัดหาทนายความให้แต่อย่างใด ศาลออสเตรเลียเห็นว่าคำให้การในขณะที่ ไม่ได้รับความเป็นธรรมต่อเจ้าพนักงานต่างประเทศ แม้ว่าเป็นการให้การโดยสมัครใจและได้ทำต่อหน้า ตำรวจออสเตรเลียด้วย เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและศาลออสเตรเลียใช้ดุลพินิจไม่รับฟัง โดยถือเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ

แนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นหลักที่พัฒนามาจาก สหรัฐอเมริกาบนพื้นฐานแนวคิดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐอย่าง เกร็งครัด บทตัดพยานหลักฐานจึงถูกสร้างขึ้นเพื่อยับยั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนหรือละเมิด ต่อรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ (Fourth Amendment) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง สิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนไม่ให้ถูกรบกวนหรือล่วงละเมิดจากการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอัน ควร หากแต่ไม่ได้คำนึงถึงการรักษาความยุติธรรมโดยภาพรวมแต่อย่างใด การที่สหรัฐอเมริกาให้ ความสำคัญกับสิทธิของปัจเจกบุคคลมากกว่าประโยชน์ของสังคมทำให้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มา โดยมิชอบของสหรัฐอเมริกามีการพัฒนาอย่างกว้างขวางและมีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากหลักการ รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของระบบคอมมอนลอว์ทั่วไป หลักการไม่รับฟัง พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยการใช้ดุลพินิจตามระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษแบบดั้งเดิมจึง พัฒนาเป็นหลักการห้ามมิให้รับฟังโดยเด็ดขาดมิใช่เป็นเรื่องดุลพินิจศาลที่จะรับฟังหรือไม่อีกต่อไป

เนื่องจากอิทธิพลการรับฟังพยานหลักฐานจากระบบคอมมอนลอว์เดิมที่ยอมรับฟัง พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ที่มีความสำคัญในการพิสูจน์ความจริงแห่งคดีแม้ว่า พยานหลักฐานนั้นจะได้มาโดยมิชอบ การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานจึงต้องระมัดระวังและอยู่ใน ขอบเขตที่จำกัดอย่างยิ่ง เมื่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาสั่งสร้างบทตัดพยานหลักฐานขึ้นเพื่อยับยั้งการ ละเมิดรัฐธรรมนูญที่เจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นที่สามารถใช้อำนาจละเมิดรัฐธรรมนูญได้ การแสวงหา พยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนแม้พฤติการณ์ถือได้ว่าละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่ รัฐธรรมนูญรับรองจึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญที่จะต้องนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับ

^{๑๕๙} William van Caenegem, "New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report - Common Law " 5.

^{๑๖๐} Nicholas v The Queen (1998) 193 CLR 173, [197]

ใช้ เว้นแต่จะปรากฏว่าเจ้าหน้าที่รัฐเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นโดยมิชอบนั้นด้วย ซึ่งบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะถูกนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของจำเลยได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานเท่านั้น ไม่รวมถึงการแสวงหาพยานหลักฐานที่ละเมิดกฎหมายอื่นๆ ด้วย หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานของแคนาดาเป็นอย่างยิ่ง แต่เนื่องจากแนวความคิดการใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานเพื่อความยุติธรรมของการพิจารณาคดี (Fairness Discretion) ที่ได้รับอิทธิพลจากอังกฤษ ทำให้ศาลแคนาดามีแนวโน้มที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนหากปรากฏว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยอย่างร้ายแรง

ในขณะที่อังกฤษซึ่งเป็นประเทศแม่แบบระบบคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้นในคดีโดยพยานหลักฐานเป็นอย่างยิ่ง ศาลอังกฤษไม่เคร่งครัดในเรื่องของวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดี เพราะหากปรากฏว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเกี่ยวข้องกับในคดีและมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์แล้ว ย่อมรับฟังได้ทั้งสิ้น (Inclusionary Rule) แต่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐาน(Exclusionary Discretion) เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์การได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นแล้วเห็นว่าการรับฟังจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความ โดยเฉพาะฝ่ายจำเลย ซึ่งได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นกระทบต่อความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาโดยรวม ซึ่งจะพิจารณาถึงประโยชน์ของสังคมที่ได้จากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นประกอบมากกว่าจะมีจุดมุ่งหมายในการยับยั้งการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ ทำให้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่จำกัดอยู่แต่เพียงการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น หากคู่ความในคดีแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการละเมิดต่อบทบัญญัติหรือกฎหมายหรือพฤติการณ์มิชอบเนื่องจากโดยละเมิดต่อบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) หรือ the Human Rights Act 1998 รวมถึงกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาจากเอกชนผู้ที่มีหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนซึ่งแสวงหาพยานหลักฐานโดยฝ่าฝืน Code of Practice อีกด้วย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การแสวงหาพยานหลักฐานที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือใช้วิธีการอันไม่เหมาะสมนั้นอาจกระทบต่อการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมได้

ปัจจุบันนี้ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่ได้ยกเลิกหลักการใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานโดยมิชอบ ตามหลัก fairness discretion แต่พัฒนาหลัก discreet rules และหลัก discretionary power มาปรับใช้ในการวินิจฉัยการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดโดยมิชอบหรือได้มาโดยมิชอบโดยพิจารณาหลักว่าได้ละเมิดหลักประกันสิทธิ

มนุษย์ชนหรือไม่^{๑๖๑} โดยแต่ละประเทศจะกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและแนวคิดในการควบคุมอาชญากรรมของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน และส่งผลต่อการนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนด้วย

๓.๓ แนวความคิดและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการแสวงหาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยเอกชนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Countries)

ประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ใช้ระบบการพิจารณาคดีอาญาแบบไต่สวน (Inquisitorial System) ที่ให้ความสำคัญกับทฤษฎีค้นหาความจริง (Truth Theory) ระบบนี้จึงไม่เน้นการต่อสู้ระหว่างคู่ความ ศาลมีอำนาจค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดของจำเลยได้ด้วยตนเอง ไม่จำกัดแต่เพียงพยานหลักฐานที่คู่ความยกขึ้นอ้างอิง และการที่ผู้พิพากษาในระบบซีวิลลอว์เป็นผู้พิพากษาอาชีพที่มีความรู้และความเข้าใจในการตรวจสอบพยานหลักฐานเป็นอย่างดี ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไม่เคร่งครัดหรือมีบทตัดพยานหลักฐานมากเหมือนเช่นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะถือเป็นดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานจากหลักจิตวิทยาว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใดโดยอาศัยประสบการณ์การทำงานและความรู้ที่ได้ศึกษามาประกอบกัน^{๑๖๒} ศาลจะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อค้นหาความจริงในคดี เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะมาจำกัดดุลพินิจของศาลเท่านั้น ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีอำนาจในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวางและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานได้อย่างอิสระ

อย่างไรก็ตาม แนวคิดในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีปรากฏในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เช่นกัน โดยในค.ศ. ๑๖๗๒ ฝรั่งเศสปรากฏแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว (By means of an illegal search) และในค.ศ. ๑๙๑๐ มีคดีแรกที่ปรากฏว่าศาลฝรั่งเศสปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก่อนที่ศาลสหรัฐอเมริกาจะนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในคดี Weeks เสียอีก และในเยอรมนีมีการใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบปรากฏอย่างชัดเจนในค.ศ. ๑๘๘๙ แต่จากแนวพื้นฐานระบบดำเนินคดีอาญา กลุ่มประเทศซีวิลลอว์จะนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้ในทางปฏิบัติเป็นรายคดีไป ไม่ได้มีบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างชัดเจนแต่อย่างใด^{๑๖๓} จึงเห็นได้ว่าหลายประเทศมี

^{๑๖๑} อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๒๘.

^{๑๖๒} ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๒๔.

^{๑๖๓} Kuo-hsing Hsieh, *The Exclusionary Rule of Evidence: Comparative Analysis and Proposals for Reform*, 1 ed. (New York: Routledge, 2014), p. 57.

แนวคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญาในกระบวนการพิจารณาคดีแต่ดั้งเดิมแล้ว หากแต่แนวคิดในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวไม่ได้รับการพัฒนาอย่างกว้างขวางหรือมีความชัดเจนเท่ากับแนวทางของสหรัฐอเมริกาที่เริ่มต้นในศตวรรษที่ ๒๐

เมื่อแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้แพร่หลายมากขึ้นจนนำไปสู่การลงนามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention on for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 - ECHR) ทำให้หลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลรวมถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น ประกอบกับแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกาที่มีความสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลตามที่ ECHR รับรอง หลายประเทศจึงนำหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวมาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายในประเทศ และหลักการคุ้มครองดังกล่าวได้ถูกนำมาเป็นพื้นฐานพิจารณาขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อกำหนดแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของศาล ทำให้แนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในหลายประเทศของระบบซีวิลลอว์แตกต่างจากเดิมที่เป็นดุลพินิจในการรับฟังและชั่งน้ำหนักของศาลเท่านั้น^{๑๖๔}

๓.๓.๑ สหพันธรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และใช้ระบบการดำเนินคดีแบบไต่สวน (Inquisitorial System) ตามแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศส^{๑๖๕} ระบบการดำเนินพิจารณาความอาญาของเยอรมันจึงเป็นไปตามหลักการตรวจสอบ (der Ermittlungsgrundsatz) โดยเจ้าหน้าที่รัฐและศาลจะให้ความสำคัญกับการมุ่งค้นหาความจริงเป็นอย่างยิ่ง และศาลจะเป็นผู้สืบพยานหลักฐานในการสืบเสาะและแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง ทำให้ศาลสามารถค้นหาความจริงได้ในทุกๆ รูปแบบ^{๑๖๖} พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ทุกประเภทสามารถรับฟังได้ ศาลจึงมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางและจะทำการชั่ง

^{๑๖๔} Craig M. Bradley, "Mapp Goes Abroad," *Case Western Reserve Law Review* 52, 2 (2001): 375-376.

^{๑๖๕} คณิต ฌ นคร, "อัยการเยอรมัน และการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง," ใน *อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา รวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาในนานาประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: ชูติมาการพิมพ์, ๒๕๓๓), หน้า ๗๗.

^{๑๖๖} John H.Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, p. 66.

น้ำหนักพยานหลักฐาน (the Free Weighing of Evidence) นั้นโดยอาศัยความเชี่ยวชาญตามวิชาชีพ^{๑๖๗}

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (Criminal Procedure Code; Strafprozeßordnung, StPO) ไม่มีบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบทั่วไป แม้ถ้อยคำของผู้ต้องหาระหว่างการควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถรับฟังได้ เว้นแต่ถ้อยคำดังกล่าวจะเป็นถ้อยคำที่ได้มาจากการข่มขู่เท่านั้นที่ต้องห้ามมิให้รับฟังเนื่องจากความไม่น่าเชื่อถือไม่ใช่เพราะวิธีการที่ได้มาไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่า การตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นอุปสรรคต่อการค้นหาความจริง รัฐมีหน้าที่จะต้องทำให้กฎหมายอาญาที่มีผลในทางปฏิบัติ หากปราศจากพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาแล้วอาจทำให้เกิดความยุติธรรมได้^{๑๖๘} อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พยานหลักฐานบางประเภทซึ่งวิธีการได้มาละเมิดต่อสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญละเมิดไว้อย่างชัดเจนไม่สามารถรับฟังได้ ศาลจะต้องปฏิเสธที่จะใช้พยานหลักฐานนั้น โดยไม่สำคัญว่าจะมีคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งหรือไม่ เช่น คำให้การเป็นผลร้ายแก่ตนเอง การดักฟัง การสนทนาทั่วไป และเอกสิทธิ์ของพยานบุคคลบางประเภท เป็นต้น^{๑๖๙}

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเยอรมันใช้หลักนิติรัฐ (Rechtstaat) เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ศาลอาจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยศาลจะพิจารณาการรับฟังและชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของรัฐในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษกับประโยชน์ของจำเลยที่ได้รับการคุ้มครองเป็นรายคดีไป^{๑๗๐} ในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบบัญญัติไว้เฉพาะ ศาลจะปรับใช้ทฤษฎีดุลยภาพ (Die Abwaegungslehre) เป็นพื้นฐานแนวความคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐาน

^{๑๖๗} สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," ในประมวลสาระชุดวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง หน้าที่ ๖ – ๑๐, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ๒๕๕๕), หน้า ๖-๗.

^{๑๖๘} Craig M. Bradley, "The Exclusionary Rule in Germany," *Harvard Law Review* 96(1983): 1032-1033.

^{๑๖๙} *ibid.*, 1034.

^{๑๗๐} อิศราวุธ อ่อนน้อม, "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๔๑), หน้า ๖๓.

(Beweisverwertungsverbote) โดยมีหลักการที่เกี่ยวข้องในการรับฟังพยานหลักฐานมาปรับใช้ ดังนี้^{๑๗๑}

๑. การตัดพยานหลักฐานตามหลักการของรัฐธรรมนูญ (German Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: the Constitutional Law of the Federal Republic of Germany) ประกอบด้วย ๒ หลักการ คือ

ก. หลัก Rechtesstaatsprinzip พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการทรมานโหดร้าย ขู่ เชื้อหรือหลอกลวงจะต้องถูกตัดจากกระบวนการพิจารณาตามแนวคิดการปกครองแบบนิติธรรม เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม (Reinheit des Verfahrens) พยานหลักฐานใดที่ได้มาโดยมิชอบตามหลัก Rechtesstaatsprinzip นี้ จะต้องถูกตัดจากกระบวนการพิจารณาคดีโดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าในเชิงพิสูจน์หรือความร้ายแรงของความผิดที่จำเลยได้กระทำการลงแต่อย่างใด

ข. หลัก Verhältnismäßigkeit ใช้สำหรับพยานหลักฐานที่ศาลเห็นว่า พยานหลักฐานนั้นไม่ได้มาจากการทรมานโหดร้ายหรือหลอกลวงเหมือนเช่นกรณี Rechtesstaatsprinzip ศาลจึงนำหลักหลัก Verhältnismäßigkeit หรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาปรับใช้ ศาลจะใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เป็นรายคดีโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของรัฐในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ สัดส่วนความรุนแรงของความผิด และสิทธิในความเป็นส่วนตัวของจำเลยตามรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคุ้มครองในหลักเรื่องพยานหลักฐานที่ต้องห้ามรับฟัง (das Beweisverbot) เป็นสำคัญ ศาลจะถือผลประโยชน์ของชาติอยู่เหนือสิทธิส่วนบุคคลเสมอ หากมีการแอบฟังเทปบันทึกเสียงการสนทนาของบุคคลในคดีที่ตำรวจกำลังพยายามหาทางปราบปรามคดีฉ้อราษฎร์บังหลวง หรือคดีความมั่นคงของชาติ ผลของการแอบฟังดังกล่าวรับฟังเป็นพยานได้ เป็นต้น^{๑๗๒}

๒. การตัดพยานหลักฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozeßordnung, StPO) มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ เช่น เอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การปรักปรำตัวเอง หรือการดักฟังโทรศัพท์ เป็นต้น^{๑๗๓} การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงเป็นเฉพาะกรณี ศาลจึงสามารถตัด

^{๑๗๑} Bradley, C. M., "The Exclusionary Rule in Germany," *Harvard Law Review* 1034.

^{๑๗๒} จิรนิติ หะวานนท์, "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน," *ตุลพาท*: ๔๕-๔๖.

^{๑๗๓} ดู THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE § 136a(3)

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดบทบัญญัตินั้นได้โดยไม่ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักหรือนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แต่อย่างใด

หลักการดำเนินคดีอาญาของเยอรมันใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมีพนักงานอัยการเป็นตัวแทนในการดำเนินคดีเป็นหลัก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงไม่ถูกนำมาปรับใช้กับเอกชนด้วย แม้ว่าเอกชนผู้เสียหายจะมีสิทธิในการฟ้องร้องคดีอาญาบางฐานความผิดก็ตาม^{๑๗๔} อีกทั้งแนวคิดที่ว่า การค้นหาความจริงในคดีอาญาที่ไม่มีข้อจำกัดนั้นมีแต่จะทำลายคุณค่าต่างๆ (Werte) ทั้งในทางสังคมและในทางส่วนตัว^{๑๗๕} กฎหมายจึงจำกัดอำนาจการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้ เป็นผลให้จุดมุ่งหมายในการรับฟังพยานหลักฐานของกฎหมายลักษณะพยานเยอรมันจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้น (die Strafverfolgungsorgane) ไม่รวมถึงกรณีพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน (Rechtswidrige Beweisermittlungen durch Privatleute) แต่อย่างใด พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนจึงสามารถรับฟังได้ เว้นแต่เฉพาะในกรณีที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรง (Faelle Extremes Menschenrechtswidrigkeit) เช่น กรณีที่การได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยเอกชนได้ละเมิดต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น การบันทึกเสียง^{๑๗๖} หรือการแสวงหาพยานหลักฐานโดยได้รับมอบหมายจากพนักงานอัยการหรือตำรวจ (Strafverfolgungsbehoerden) เท่านั้น^{๑๗๗}

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าเอกชนได้กระทำการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แบ่งระดับการล่วงละเมิดไว้ ๓ ระดับ (Dreistufentheorie) เพื่อพิจารณาว่าพยานหลักฐานนั้นสมควรจะถูกตัดออกจากการพิจารณาคดีหรือไม่ ซึ่งแต่ละระดับการล่วงละเมิดมีสาระสำคัญดังนี้^{๑๗๘}

๑. Kernbereich พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ซึ่งโดยหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐแล้วจะถูกละเมิดไม่ได้และอยู่เหนืออำนาจรัฐทั้งปวง พยานหลักฐานที่ได้มาจากการละเมิดในระดับนี้จะต้องถูกตัดออกไปโดยไม่ต้อง

^{๑๗๔} ความผิดสถานเบาและกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของเอกชนมากกว่าประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ความผิดอาญาฐานบุกรุก ดุหมั่นหรือหมิ่นประมาท เปิดจดหมายผู้อื่น ทำร้ายร่างกายผู้อื่น ชูเชิญผู้อื่น ทำให้เสียทรัพย์ และความผิดอาญาบางฐานตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น

^{๑๗๕} BGHSt 14,358,365

^{๑๗๖} BGHSt 14, 358

^{๑๗๗} คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๒๒๐.

^{๑๗๘} Bradley, C. M., "The Exclusionary Rule in Germany," *Harvard Law Review* ๑๐๔๔-๑๐๔๖.

พิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยศาลได้อ้างอิงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในการปกป้องคุ้มครองมิให้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลถูกล่วงละเมิดโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย^{๑๗๙}

๒. Privatbereich (Private Sphere) การล่วงละเมิดที่ไม่ถึงระดับ Kernbereich การละเมิดตามระดับนี้จะเกิดขึ้นเมื่อการละเมิดสิทธิมีมากกว่าประโยชน์ของสาธารณะ โดยศาลจะสามารถระบุระดับความละเมิดได้หลังจากชั่งน้ำหนักความสมดุล (Abwägung) ระหว่างประโยชน์ในสิทธิความเป็นส่วนตัวของจำเลย (Rights to Privacy) กับประโยชน์สาธารณะที่พิจารณาจากความร้ายแรงของความผิดที่จำเลยได้กระทำแล้ว

๓. Allgemeine Handlungsfreiheit (General freedom to act) เป็นระดับที่สิทธิในความเป็นส่วนตัวของจำเลยไม่ได้ถูกละเมิดจากการที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานเช่นว่านั้น เช่น กรณีการรับฟังเทปบันทึกเสียงของการประชุมทางธุรกิจ จะไม่ถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาคดีอย่างแน่นอนตามหลักความได้สัดส่วนนี้ เนื่องจากบุคคลมีอิสระในการที่จัดการประชุมทางธุรกิจซึ่งการถกเถียงกันนั้นไม่ได้รับการปกป้องเป็นพิเศษตามรัฐธรรมนูญ^{๑๘๐} โดยศาลให้เหตุผลว่าบทสนทนาในคดีดังกล่าวมีบุคคลกว่าสามฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง^{๑๘๑}

คดีตัวอย่าง ศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าตำรวจได้รับสมุดจดบันทึกส่วนตัว (diary) ของจำเลยมาจากภรรยาชายชู้ของจำเลย ศาลสูงได้พิจารณาตามหลักการได้สัดส่วนแล้วเห็นว่าการใช้สมุดจดบันทึกส่วนตัวของจำเลยเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาความผิดเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๑ และมาตรา ๒ โดยศาลได้อธิบายว่าสิทธิของจำเลยที่ถูกละเมิดเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่ใช่สิทธิพื้นฐาน จึงต้องพิจารณาการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานจากระดับความรุนแรงของการละเมิดสิทธิของจำเลยกับความผิดที่จำเลยได้กระทำลงซึ่งศาลเห็นว่าเป็นความผิดเพียงเล็กน้อย สมุดจดบันทึกส่วนตัวจึงไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หากศาลรับฟัง

^{๑๗๙} the Constitutional Law of the Federal Republic of Germany: Article 1 (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

Article 2(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law. (2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.

Article 19(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

^{๑๘๐} Judgement of May 24, 1977, BVerfG, 44 BVerfG 353, 372 – 73.

^{๑๘๑} Judgement of January 31, 1973, BVerfG, 34 BVerfG at 247.

พยานหลักฐานเช่นว่านั้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของจำเลยอย่างรุนแรง ไม่ว่าสมมุติฐานที่จำเลยตั้งไว้จะได้อธิบายหรือไม่ อย่างไรก็ดี ศาลได้อธิบายเพิ่มเติมว่า หากความผิดที่จำเลยได้กระทำให้เป็นความผิดร้ายแรงก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าว เนื่องจากประโยชน์ในการดำเนินคดีอาญามีมากกว่าประโยชน์ในสิทธิความเป็นส่วนตัวของจำเลย^{๑๘๒}

คดีตัวอย่าง คดีเกี่ยวกับการบันทึกการสนทนาโดยเอกชน^{๑๘๓} ที่ศาลสูงแห่งสหพันธรัฐได้นำหลัก Dreistufentheorie มาพิจารณา ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าคู่แต่งงาน B ได้ขายบ้านอยู่อาศัยแก่จำเลย โดยจำเลยได้ขอให้ B ใส่ราคาทรัพย์สินที่น้อยกว่าราคาขายจริงในสัญญาซื้อขายเพื่อหลีกเลี่ยงภาษี ซึ่ง B ได้บันทึกเสียงระหว่างการสนทนานั้นไว้และได้ส่งเทปบันทึกเสียงดังกล่าวให้เจ้าหน้าที่ตำรวจในเวลาต่อมา ศาลได้วินิจฉัยว่าการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในพยานหลักฐานตามกรณีนี้สามารถแบ่งพิจารณาได้ ๓ ระดับด้วยกัน ศาลเห็นว่าในคดีนี้การพยานหลักฐานเช่นว่านั้นละเมิดต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในระดับ Privatbereich (Private Sphere) จึงต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวของจำเลย โดยศาลได้สรุปว่าผลประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการอนุญาตให้ใช้เทปบันทึกการสนทนานี้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาความผิดของจำเลยไม่มากไปกว่าผลกระทบที่เกิดแก่สิทธิของจำเลยที่ถูกละเมิด ทำให้ในกรณีนี้ศักดิ์ศรีของบุคคลไม่สามารถถูกล่วงละเมิดได้และอยู่เหนือกว่าอำนาจรัฐใดๆ บันทึกการสนทนาจึงต้องถูกตัดออกจากการพิจารณาคดีโดยไม่มีข้อโต้แย้ง อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าหากจำเลยได้กระทำความผิดร้ายแรงมากกว่าการกระทำความผิดในฐานะข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเปลี่ยนไป

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบในกฎหมายเยอรมันมีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดสิทธิพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ หากเป็นกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐจะนำหลักทฤษฎีดุลยภาพ (Die Abwägungslehre) มาปรับใช้เป็นรายกรณีไป แต่หากได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนศาลจะพิจารณาระดับการล่วงละเมิด (Dreistufentheorie) แต่อย่างไรก็ตาม หลักการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐและเอกชน ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริงและการใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ สัดส่วนความรุนแรงของความผิดทางอาญาที่ถูกฟ้องร้อง ความรุนแรงในวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน และสิทธิเสรีภาพของจำเลยที่ถูกละเมิดเสมอ ในกรณีความผิดร้ายแรงหรือประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายมีน้ำหนักมากกว่าการคุ้มครองของสิทธิ

^{๑๘๒} BVerfGE 80, 1989, 367 (373 – 83) (F.R.G.) สมุดบันทึกส่วนตัวของจำเลยในคดีฆาตกรรมสามารถรับฟังได้เนื่องจากมีการบันทึกความรู้สึกที่มีต่อบุคคลอื่นซึ่งมีผลต่อการพิจารณาในคดีฆาตกรรมที่เกิดขึ้น

^{๑๘๓} Judgment of Jan. 31, 1973, BVerfG, 34 BVerfG 238

เสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว ผลประโยชน์ของรัฐย่อมอยู่เหนือเอกชน พยานหลักฐานที่แม้จะมาโดยมิชอบสามารถจะรับฟังได้

๓.๓.๒ ประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์อื่นๆ

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention on for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 - ECHR) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่อิทธิพลต่อการกำหนดขอบเขตการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศภาคีต่างๆ เป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะแสวงหาพยานหลักฐานที่ละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิตความเป็นส่วนตัว^{๑๘๔} หรือฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์^{๑๘๕}

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Right - ECHR) เห็นว่าแม้ความในวรรคสองของมาตรา ๘ ซึ่งบัญญัติว่า “การแทรกแซงการใช้สิทธิส่วนตัวของบุคคลโดยองค์กรของรัฐจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่เมื่อ...” ทำให้เป็นที่เข้าใจว่าบุคคลผู้มีอำนาจในการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นเมื่อปรากฏเหตุอันชอบธรรมตามกฎหมายจำกัดแต่เฉพาะองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าหากผู้กระทำความผิดหรือดำเนินมาตรการอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเป็นเอกชนแล้วจะสามารถกระทำการได้หรือไม่มีความรับผิดชอบใดๆได้ ด้วยเหตุนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงรับรองในหลายบริบทว่าสิทธิมนุษยชนประการต่างๆ ดังที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะต้องตีความอย่างกว้าง การคุ้มครองจึงไม่จำกัดแต่เพียงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐและเอกชนเท่านั้น หากแต่ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองอีกด้วย^{๑๘๖} รัฐจึงต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้สิทธิ

^{๑๘๔} Article 8 “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

^{๑๘๕} Article 3 “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”

^{๑๘๖} Kuo-hsing Hsieh, The Exclusionary Rule of Evidence: Comparative Analysis and Proposals for Reform, p. 57.

ในความเป็นส่วนตัวของบุคคลได้รับการเคารพอย่างแท้จริง ซึ่งหมายถึงการกำหนดมาตรการต่างๆทางกฎหมายที่ไม่จำเป็นต้องเป็นมาตรการคุ้มครองทางแพ่งอย่างเดียว หากแต่ควรครอบคลุมไปถึงการกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน

กลุ่มประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์อื่นๆ ในสหภาพยุโรป มีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน สามารถพิจารณาตามประเทศตัวอย่างดังต่อไปนี้^{๑๘๗}

เดนมาร์ก

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีอาญาบัญญัติไว้ใน Danish Administration of Justice Act โดยในคดีที่มีการละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งกระทำโดยเอกชน ศาลยินยอมที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นได้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างร้ายแรง จะถูกตัดจากการพิจารณาคดีและไม่สามารถรับฟังได้ เช่นกรณีลูกจ้างสองคนถูกนายจ้างลอบจับตามองผ่านวิดีโอที่ติดตั้งไว้ในห้องทำงานโดยปราศจากการแจ้งเตือนมาก่อน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าพยานหลักฐานนั้นมีความสำคัญต่อการพิจารณาคดีและข้อกล่าวหาที่มีความร้ายแรง พยานหลักฐานที่ได้มาแม้จะละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงก็สามารถรับฟังได้

ฟินแลนด์

ระบบพยานหลักฐานของฟินแลนด์อยู่บนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานอย่างอิสระ กฎหมายจึงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นการเฉพาะแม้จะเป็นกรณีการได้พยานหลักฐานมาโดยการทรมานซึ่งถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและมีบทลงโทษตามกฎหมายฟินแลนด์ก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้การรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษา เมื่อปรากฏว่าพยานหลักฐานนั้นมีผลต่อการพิจารณาคดี (vapen todistelun periaate, The Principle of Free Evaluation of Evidence)^{๑๘๘}

^{๑๘๗} "Opinion on the Status of Illegally Obtained Evidence in Criminal Procedures in the Member States of the European Union.," E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS OF FUNDAMENTAL RIGHTS, 30 November 2003.

^{๑๘๘} the Code of Judicial Procedure (Act N. 571 of 1948) § 2; " After having carefully evaluated all the facts that have been presented, the court shall decide what is to be regarded as the truth in the case"

อย่างไรก็ตาม การแสวงหาพยานหลักฐานอยู่บนพื้นฐานที่จะต้องเคารพต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ซึ่งมาตรา ๑๐ บัญญัติว่า

“ชีวิตในความเป็นส่วนตัว การให้เกียรติและการเคารพในเคหสถานของทุกคนได้รับการรับรอง บทบัญญัติที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย ความลับในจดหมาย โทรศัพท์หรือการติดต่อสื่อสารใดๆ จะต้องไม่ถูกละเมิด”^{๑๘๙}

เนื่องจากรัฐธรรมนูญของฟินแลนด์ไม่ได้รับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวให้เป็นสิทธิโดยสมบูรณ์ (Absolute Right) เมื่อปรากฏว่าการใช้สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของปัจเจกชนหรือสังคม จึงมีข้อจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา แต่จะต้องดำเนินการโดยบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น^{๑๙๐} เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับการสื่อสาร (Pakkokeinlak Act N.450 of 1987: the Coercive Measures Act) กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับมาตรการการค้นในเคหสถาน การดักฟังโทรศัพท์หรือมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานว่าจะต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่เท่านั้น จึงเห็นได้ชัดว่าเอกชนไม่ได้รับอนุญาตให้แสวงหาพยานหลักฐานได้ บันทึกเทปการสนทนาทางโทรศัพท์โดยเอกชนสามารถใช้เป็นหลักฐานในคดีอาญาได้

ดังนั้น ศาลฟินแลนด์จึงรับฟังพยานหลักฐานทุกประเภทที่แม้จะได้มาโดยมิชอบหรือละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่รัฐธรรมนูญรับรองส่วนตัว เมื่อพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบถูกนำเสนอในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งปัจจัยสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานคือ ความร้ายแรงในการละเมิดความเป็นส่วนตัวในการจะให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น ไม่ว่าจะ เป็นโดยเอกชนหรือเจ้าหน้าที่รัฐก็ตาม หากมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นจากการแสวงหาพยานหลักฐานหรือการกระทำที่ส่งผลต่อความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามกฎหมายแพ่งก็จะถูกแยกพิจารณาออกไป

^{๑๘๙} The Constitution of Finland § 10 paragraph 1 “Everyone’s private life, honor and the sanctity of the home are guaranteed. More detailed provisions on the protection of personal data are laid down by an Act. The secrecy of correspondence, telephony and other confidential communications is inviolable”

^{๑๙๐} The Constitution of Finland § 10 paragraph 3 “Measures encroaching on the sanctity of the home, and which are necessary for the purpose of guaranteeing basic rights and liberties or for the investigation of crime, may be laid down by an Act. In addition, provisions concerning limitations of the secrecy of communications which are necessary in the investigation of crimes that jeopardize the security of the individual or society or the sanctity of the home, at trials and security checks, as well as during the deprivation of liberty may be laid down by an Act.”

ไอร์แลนด์

กฎหมายของไอร์แลนด์แยกความแตกต่างระหว่างพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคล พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะสามารถรับฟังได้โดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษา หากแต่ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนสิทธิตามรัฐธรรมนูญจะต้องห้ามมิให้รับฟัง เว้นแต่จะมีสถานการณ์พิเศษซึ่งทำให้พยานหลักฐานนั้นสามารถรับฟังได้^{๑๙๑} โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเป็นกรณีที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือได้มาโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และจะเป็นพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้หรือไม่ (Trial within a trial) แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้อย่างชัดเจน การพิจารณาการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงเป็นหน้าที่ของศาล กรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนจึงพิจารณาได้ยากกว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนได้ละเมิดต่อสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือไม่ เว้นแต่กรณีการละเมิดต่อกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติปรากฏว่าองค์กรที่มีบทบาทในการดำเนินคดีและแสวงหาพยานหลักฐานคดีอาญาเป็นของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น

เนเธอร์แลนด์

บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา ๘ ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการที่จะได้เคารพในสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้รับการยอมรับว่ามีผลโดยตรงกับกฎหมายของเนเธอร์แลนด์ เนื่องจากเมื่อใดที่กฎหมายภายในประเทศมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่เพียงพอ ศาลจะนำหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่อนุสัญญา มาตรา ๘ รับรองจะถูกนำมาปรับใช้^{๑๙๒} การจะพิจารณาว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวถูกละเมิดอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาฯ หรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี ซึ่งพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะสามารถรับฟังได้หรือไม่จะพิจารณาจากสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายที่ถูกละเมิดและวัตถุประสงค์ในการป้องกันการเกิดอาชญากรรม เพื่อชั่งน้ำหนักว่าวิธีการหรือมาตรการที่ใช้แสวงหาพยานหลักฐานมีความจำเป็นต่อสังคมหรือไม่ หากมีความจำเป็นที่จะต้องแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวก็จะถือได้ว่าไม่มีการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวเกิดขึ้น และพยานหลักฐานที่ได้มานั้นยอมรับฟังได้ แต่สำหรับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน แม้จะถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว หากการกระทำของเอกชนไม่ใช่การกระทำของรัฐ

^{๑๙๑} People (D.P.P.) v. Kenny (1990) ILRM 569

^{๑๙๒} The Constitution of the Kingdom of the Netherlands (Grondwet) Article 93 – 94.

หรือโดยเจ้าหน้าที่รัฐ จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามความหมายของอนุสัญญาฯ มาตรา ๘

เบลเยียม

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมายเบลเยียมหมายถึงพยานหลักฐานใดๆ ที่ได้มาจากเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเอกชนที่มีเจตนาจะใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นในกระบวนการพิจารณาคดี โดยปรากฏว่าวิธีการได้มาจากการกระทำผิดตามกฎหมายอาญา หรือละเมิดต่อขั้นตอนที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิของผู้ต้องหา รวมถึงศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ ศาลจะบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้เมื่อปรากฏว่าวิธีการได้มาได้ละเมิดต่อกระบวนการที่ได้กำหนดบทลงโทษหรือความเป็นโมฆะของพยานหลักฐานนั้นไว้แล้ว หรือวิธีการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน หรือเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการใช้พยานหลักฐานดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม โดยศาลจะปรับใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นรายคดีไป^{๑๙๓}

เมื่อพิจารณาหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกลุ่มประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนซึ่งให้ความสำคัญกับการค้นหาความจริงในคดีที่เกิดขึ้นและมีรัฐเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีอาญาเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ศาลมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวาง และมีอำนาจในการชี้ว่าพยานหลักฐานอย่างไม่จำกัด หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานจึงไม่เคร่งครัด แม้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็สามารถนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีได้ โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการถ่วงน้ำหนักว่าพยานหลักฐานใดสามารถรับฟังได้และทำหน้าที่ชี้ว่าพยานหลักฐานชิ้นนั้นอย่างไรจึงจะเหมาะสมโดยอาศัยความรู้และประสบการณ์เพื่อสามารถค้นหาข้อเท็จจริงให้ใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุด จึงมีข้อสังเกตว่าแนวคิดการฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในคดีและมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ แม้ว่าวิธีการจะได้มาโดยมิชอบของทั้งระบบซีวิลลอว์กับการรับฟังพยานหลักฐานตามระบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างยิ่ง

ดังที่ได้อธิบายแล้วว่า แนวคิดการปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้รับอิทธิพลจากข้อตกลงหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลต่อการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ หรืออนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนฯ ทำให้แนวคิดในการรับฟังพยานหลักฐานของแต่ละประเทศเปลี่ยนแปลงไปด้วย และเป็นเหตุให้ขั้นตอน

^{๑๙๓} Court of Cassation 23th March 2004

วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานซึ่งเป็นกระบวนการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายเพื่อให้พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบและสามารถรับฟังได้ แนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงไม่จำกัดใช้เฉพาะระบบคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ระบบใดระบบหนึ่งโดยแท้ หากเป็นหลักฐานที่ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในนานาอารยประเทศบนพื้นฐานของการคุ้มครองและปกป้องสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของบุคคลที่พึงมีในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาหลายประเทศมีรูปแบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก ย่อมส่งผลให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาของประเทศต่างๆ รวมทั้งการแสวงหาพยานหลักฐานและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบถูกปรับใช้กับกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ทั้งที่ในทางปฏิบัติเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการรวบรวมพยานหลักฐานร่วมกับเจ้าหน้าที่รัฐได้เช่นกัน อีกทั้งในปัจจุบันที่เทคโนโลยีมีความก้าวหน้าเป็นอย่างยิ่ง เอกชนสามารถแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อส่งมอบให้เจ้าหน้าที่รัฐรวบรวมได้ในหลายรูปแบบวิธี ทำให้หลายประเทศที่ให้สัตยาบันใน ECHR ซึ่งเป็นเสมือนรัฐธรรมนูญด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศทั้งหลายในยุโรปผูกพันที่จะต้องดำเนินการใดๆ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิดังกล่าวรวมถึงการบัญญัติกฎหมายภายในหรือกฎหมายอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไม่ให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจโดยปราศจากกฎหมายทั้งจากเจ้าหน้าที่รัฐและเอกชนด้วยกัน ศาลรวมถึงกฎหมายในหลายประเทศจึงกำหนดแนวทางหรือกฎหมายการพิจารณาปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานโดยคำนึงถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนมากขึ้น หลายประเทศนำแนวคิดเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์มาใช้เป็นพื้นฐานในการพิจารณาขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายเพื่อปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนด้วย แม้ว่ารัฐจะเป็นผู้มีบทบาทหลักในการดำเนินคดีอาญาและเป็นผู้มีหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐานก็ตาม ศาลจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานขั้นนั้นกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการรับฟังพยานหลักฐานเมื่อเทียบกับการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดขึ้นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ โดยแต่ละประเทศจะกำหนดเกณฑ์และความเข้มงวดในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการควบคุมอาชญากรรม และบทบาทของเอกชนในการดำเนินคดีอาญาในประเทศนั้นๆ รวมถึงการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมที่ศาลจะไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จำเป็นจะต้องคำนึงถึงด้วยเช่นกัน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ ๔

การแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนในประเทศไทย

ประเทศไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ จากการศึกษาแนวคิดในการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยและต่างประเทศในบทที่ ๒ และบทที่ ๓ ตามลำดับ เป็นที่น่าสังเกตว่าที่มาแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของมาตรา ๒๒๖ มีความแตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงบทบาทของเอกชนในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของไทยประกอบด้วย จึงมีประเด็นนำพิจารณาว่าบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นถูกนำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนหรือไม่และเพียงใด เพราะแม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยถึงการปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน หากแต่ไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นแนวทางศึกษา ประกอบกับแนวคิดทางวิชาการยังคงมีความเห็นขัดแย้งกัน ทำให้ขาดความชัดเจนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ บทนี้จึงจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิดบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยกับต่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงจุดมุ่งหมายและขอบเขตในการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีของเอกชน เพื่อประโยชน์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อให้สอดคล้องและรองรับการนำมาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน

๔.๑ ความคิดเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาของเอกชน

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ประเด็นเรื่องการนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ มาปรับใช้กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนมิได้ถูกหยิบขึ้นขึ้นมาวินิจฉัยในคำพิพากษาของศาลโดยตรงแต่อย่างใด เช่น กรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการล่อซื้อของเอกชนตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๗๗/๒๕๔๙ ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยเพียงว่าการที่เอกชนผู้เสียหายได้ดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยตนเอง หากแต่การล่อซื้อนั้นมีพฤติการณ์ที่ชักจูงใจหรือก่อให้เกิดจำเลยกระทำผิด จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นผู้เสียหายตามนิยาม การแจ้งความร้องทุกข์จึงไม่ชอบและส่งผลให้การสอบสวนไม่ชอบ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น ไม่ได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับการล่อให้กระทำความผิดซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบที่ดำเนินการโดยเอกชนไว้โดยตรง เพียงแต่วินิจฉัยว่าหากเอกชนเป็นผู้เสียหายก่อให้เกิดผู้อื่นซึ่งไม่มีเจตนากระทำความผิดแต่แรกได้กระทำความผิดลง ย่อมไม่ใช่ผู้เสียหายตามนิตินัย ทำให้ไม่มีอำนาจฟ้องคดีได้ จนกระทั่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๘๑/๒๕๕๕ ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า จำเลยได้ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจลักลอบบันทึกเทปการสนทนาระหว่างจำเลยและโจทก์ร่วมเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานก่อนการพิจารณาคดี โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์ร่วมให้การยินยอมแต่อย่างใด ศาลวินิจฉัยว่าการแอบบันทึกเทปการสนทนาดังกล่าวเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ เหตุผลในคำพิพากษาปรากฏว่าแม้หลักกฎหมายดังกล่าวจะใช้ตัดพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีเจ้าพนักงานของรัฐใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ แต่มิได้หมายความว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวห้ามไม่ให้นำไปใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานของบุคคลธรรมดาแต่อย่างใด ผลของคำพิพากษาดังกล่าวทำให้แนวทางในการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ กับการณ์ของเอกชนมีความชัดเจนขึ้น

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายและนักวิชาการบางส่วนมีความเห็นว่ากรณีบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ ไม่นำมาปรับใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐ กรณีจะเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๒๒๖ ต้องเป็นเรื่องที่เกิดจากการกระทำมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น

ศาสตราจารย์พิเศษ พรเพชร วิชิตชลชัย มีความเห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นหลักการของกฎหมายมหาชนที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ให้ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ^๑

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ได้วางหลักการไว้ว่า พยานหลักฐานทุกชนิดสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ บทบัญญัติการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

^๑ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๕), หน้า ๔๑๒.

เป็นเฉพาะข้อห้ามสำหรับองค์กรในการดำเนินคดีของรัฐเท่านั้น จะใช้กับกรณีที่เอกชนผู้เสียหายต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้นและต้องเป็นกรณีที่ร้ายแรงที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเท่านั้น^๒

รองศาสตราจารย์ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์ เห็นว่ากรณีที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๒๒๖ ต้องเป็นเรื่องที่เกิดจากการกระทำมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากเป็นการกระทำของบุคคลอื่นไม่น่าจะเข้าหลักเกณฑ์นี้^๓

รวมถึงดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ที่ให้ความเห็นประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๑๔/๒๕๕๑ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแอบบันทึกเหตุการณ์ทั้งภาพและเสียงในพฤติการณ์ที่ลักลอบกระทำเพื่อประโยชน์การได้มาซึ่งพยานหลักฐานของฝ่ายจำเลย โดยเห็นว่าหลักในเรื่องการไม่รับฟังพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ต้องเป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ใช่จากการกระทำของเอกชน เนื่องจากเหตุผลการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเกิดขึ้นจากศาลอเมริกันต้องการยับยั้งการกระทำที่มิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐ และนักกฎหมายเยอรมันที่เห็นไปในทำนองเดียวกันด้วย^๔

นอกจากความเห็นทางวิชาการดังกล่าวข้างต้นแล้ว คำอธิบายทางวิชาการส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสำคัญ อีกทั้งตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกามีให้ศึกษาถึงแนวทางการนำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนค่อนข้างน้อย จึงทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสร้างความสับสนในทางปฏิบัติแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาพอสมควร

๔.๒ ข้อพิจารณาและเหตุผลการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ และ ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชน

กระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานมีลักษณะการดำเนินการที่จะต้องละเมิดและแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะการกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการใช้ชีวิตของมนุษย์ที่สมควรจะต้องได้รับการเคารพทั้งจากองค์กรของรัฐและเอกชน การจะแทรกแซงสิทธิเสรีภาพใดๆจึงต้องดำเนินการภายใต้เงื่อนไขแห่งกฎหมาย เพื่อป้องกันการกระทำโดยปราศจากอำนาจที่อาจสร้างความเสียหายแก่

^๒ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๒๒๐.

^๓ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน: พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง, พิมพ์ครั้งที่ ๔ แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๗), หน้า ๖๐.

^๔ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๑๔/๒๕๕๑" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ ๕ เมษายน ๒๕๕๘. แหล่งที่มา: <http://www.deka.in.th/view-498524.html>

สังคมโดยรวม และด้วยเหตุที่รัฐมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม จึงทำให้รัฐต้องมอบอำนาจรัฐส่วนหนึ่งแก่เจ้าหน้าที่ในการเข้าแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมและประโยชน์สาธารณะ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินคดีอาญาได้กำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์การใช้อำนาจรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตัวอย่างเคร่งครัด เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้เกี่ยวข้องจากการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ หากวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานฝ่าฝืนขั้นตอนและหลักเกณฑ์ของกฎหมายย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ การกระทำความผิดจะต้องถูกตรวจสอบและลงโทษ บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ จึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไม่ให้ถูกละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ดังที่ได้อธิบายในบทที่ผ่านมาแล้วว่ารูปแบบการดำเนินคดีอาญาและหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความจริงด้วยพยานหลักฐานตามหลักเกณฑ์แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทำให้เอกชนทั้งโจทก์และจำเลยต่างจำต้องแสวงหาพยานหลักฐานใช้เป็นเครื่องมือในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนหรือหลักเกณฑ์การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้ หากมิได้หมายความว่าเอกชนไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานได้ อย่างไรก็ตาม แม้แนวคิดการปกครองแบบนิติรัฐจะรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างปัจเจกชนกับรัฐ หากยังรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนอีกด้วย จึงไม่มีสิทธิเสรีภาพใดที่สามารถใช้ได้โดยปราศจากขอบเขต ดังนี้แล้ว การที่กฎหมายมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้ มิได้หมายความว่าเอกชนสามารถแสวงหาพยานหลักฐานตามอำเภอใจได้แต่อย่างใด

การที่เอกชนแสวงหาพยานหลักฐานโดยละเมิดต่อกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น รัฐจึงไม่ใช่ผู้ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่เพียงฝ่ายเดียว ประชาชนด้วยกันเองอาจกระทำการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนอื่นได้เช่นกัน หากรัฐอนุญาตให้เอกชนสามารถแสวงหาพยานหลักฐานทุกวิถีทางโดยที่รัฐไม่เข้ามาดำเนินการหรือกำหนดมาตรการจัดการใดๆ เพื่อยับยั้งหรือป้องปรามการใช้สิทธิเสรีภาพโดยมิชอบนั้นย่อมไม่ถูกต้องตามหลักนิติรัฐ เพราะรัฐมีหน้าที่จะต้องอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน อีกทั้งการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไม่จำกัดจนกระทบต่อชีวิต ทรัพย์สิน และร่างกายของผู้อื่น และอาจนำไปสู่สภาวะ

อนาธิปไตย (Anarchie) ซึ่งสร้างความเสียหายแก่รัฐได้^๕ และหากปล่อยให้มีการนำเสนอ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล และศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายของเอกชนแล้ว ก็เปรียบเสมือนว่ารัฐสนับสนุนให้เอกชนใช้อำนาจของตนในทางที่รบกวนและรุกรานต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว อาจเป็นการสนับสนุนเจ้าหน้าที่ของรัฐทางอ้อมในการที่จะใช้เอกชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยไม่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน และก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดอื่นตามมากฎหมายอาญามากขึ้น ทั้งที่ศาลเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการควรตรวจสอบและดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้เสมอ ซึ่งอาจส่งผลให้ความน่าเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรมลดน้อยลง

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั้งหลายจึงไม่ควรจำกัดอยู่แต่เพียงการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่จะต้องรวมถึงการคุ้มครองให้พ้นจากการใช้สิทธิเสรีภาพที่เกินขอบเขตของเอกชนด้วย เมื่อปรากฏว่าจุดมุ่งหมายในการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ เพื่อให้รัฐเข้ามาวางหลักการและจัดระบบการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสวงหาพยานหลักฐาน และเป็นไปเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม ดังนี้แล้ว แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในคดีอาญา แต่สมควรนำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนด้วย เพราะการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนต่างอยู่บนพื้นฐานการแทรกแซงของรัฐทั้งสิ้น^๖

อย่างไรก็ตาม นอกจากเหตุผลที่อธิบายไว้ข้างต้นถึงเหตุผลที่สมควรนำการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนแล้ว การวิเคราะห์ปัญหาการตีความของมาตรา ๒๒๖ จะทำให้เข้าใจถึงที่มาและจุดมุ่งหมายของมาตรา ๒๒๖ เพื่อประโยชน์ในการปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนได้มากขึ้น

๔.๒.๑ ปัญหาการตีความมาตรา ๒๒๖ ที่ส่งผลต่อแนวคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน

จากการศึกษาหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทย เห็นได้ว่าแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบปรากฏอยู่ในพระโอัยการลักษณะรับฟ้องและพระโอัยการลักษณะพยานซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของ

^๕ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า ๑๒๙.

^๖ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๖

ไทยดั้งเดิม แต่เนื่องจากในสมัยนั้นราษฎรรู้หนังสือในวงจำกัด พยานบุคคลซึ่งมีมากกว่า พยานหลักฐานชนิดอื่นๆ จึงมีบทบาทสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก ทำให้กฎหมายได้ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับพยานบุคคลไว้มากกว่าพยานหลักฐานประเภทอื่น แต่มิได้หมายความว่า กฎหมายจะไม่ให้ความสำคัญกับพยานประเภทอื่นแต่อย่างใด เห็นได้จากในส่วนของพิจารณาพยาน เอกสารหรือพยานวัตถุจะต้องปรากฏว่าเป็นพยานที่มีความถูกต้องแท้จริงและสามารถพิสูจน์ความจริง ได้ ดังนี้แล้ว สามารถสรุปได้ว่าระบบพิจารณาคดีอาญาของไทยแต่ดั้งเดิมให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ ความจริงด้วยพยานหลักฐานเป็นอย่างยิ่ง คู่ความสามารถนำเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดที่เกี่ยวข้อง ในประเด็นพิพาทและไม่ต้องห้ามตามบทตัดพยานหลักฐานเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของลูกขุน ณ ศาลหลวงเพื่อทำการวินิจฉัยข้อพิพาทได้

ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูประบบกฎหมาย แนวคิดการไม่รับฟังคำพยานที่ได้มาโดยไม่ สมครุใจเนื่องจากถือเป็นพยานที่ไม่มีความน่าเชื่อถือและไม่สามารถพิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้นในคดีได้มี ความสอดคล้องกับหลักสากลของนานาอารยประเทศเป็นอย่างยิ่ง ทำให้หลักการไม่รับฟังคำพยานที่ ได้มาโดยมิชอบของกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมถูกนำไปรวมไว้ในพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. ๑๑๓ และเมื่อมีการยกร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขึ้นในพ.ศ. ๒๔๗๗ ยังคงหลักการ ดังกล่าวไว้ในหลักการรับฟังพยานของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญฉบับนี้ด้วย

นายเรอเน่ กียอง (René Guyon) หนึ่งในคณะกรรมการร่างกฎหมายประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพ.ศ. ๒๔๗๗ ได้อธิบายว่าคณะกรรมการร่างกฎหมายฯตัดสินใจที่จะ คงรูปแบบการรับฟังพยานหลักฐานให้เป็นไปตามประเพณีนิยมทางกฎหมายของไทยเดิมซึ่งเป็น ลักษณะการบัญญัติกฎหมายให้เหมาะสมกับระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย ผู้พิพากษายังคง มีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะสืบและรับพยานหลักฐานทุกชนิดที่ได้เสนอต่อศาล แต่ต้องมีใช้พยานหลักฐาน ที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงได้บัญญัติการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ “โดย ประการอื่น” ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ความว่า

“พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือ บริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชู เชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือ กฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

และถ้อยคำในภาษาอังกฤษคือ

“Any material, documentary or oral evidence, likely to prove the guilt or the innocent of the accused, is admissible, provide it is not obtained through in

any inducement, promise, threat, deception or any unlawful means; such evidence should be produced in accordance with the provisions of this code or other laws governing production of evidence.”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎหมายไทยรับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดที่สามารถใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีเพื่อพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดจริงตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ แต่จะต้องมีไซพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น^๗ และเมื่อพิจารณาคำในบทบัญญัติทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษของมาตรา ๒๒๖ จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าจุดมุ่งหมายของบทบัญญัติพยานหลักฐานของไทยห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำของพยานบุคคลที่เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นในลักษณะเดียวกัน รวมถึงพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นด้วยเช่นเดียวกัน^๘

อย่างไรก็ตาม แม้ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “Obtained” แต่ถ้อยคำในบทบัญญัติภาษาไทยใช้คำว่า “เกิดขึ้น” แทนที่คำว่า “ได้มา” ซึ่งจะมีความหมายตรงกับต้นร่างภาษาอังกฤษมากกว่า ทำให้เกิดข้อถกเถียงในการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบพอสมควร^๙ และผิดไปจากแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานของสากลที่ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ทั้งที่หลักกฎหมายที่ใช้กันทั่วไปได้มีการแบ่งแยกหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด^{๑๐} จึงเป็นที่น่าสังเกตอีกประการหนึ่งเช่นกันว่าแม้ไทยจะรับเอาแนวคิดระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) มาปรับใช้ โดยศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวาง และศาลสามารถชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานได้อย่างอิสระ (the Free Weighing of Evidence) ก็ตาม แต่การที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเช่นนี้ไว้แล้ว ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้ก่อนและใช้ดุลพินิจไม่รับฟังทีหลังไม่ได้

^๗ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า ๗๒.

^๘ ยิ่งศักดิ์ ฤกษ์ขณะจินดา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, ๒๕๒๘), หน้า ๕๗๑.

^๙ โปรดดูเพิ่มเติมในชลลดา จินตเสถียร, “ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓)

^{๑๐} จรัญ ภัคธีรานากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๖๖.

ดังที่ได้อธิบายถึงอิทธิพลของระบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษที่ฝังลึกในระบบกฎหมายไทยในบทที่ที่ผ่านมา เห็นได้ว่าแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแบบอังกฤษส่งผลต่อการตีความและการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ ของนักกฎหมายไทยในยุคแรกที่มีแนวโน้มการรับฟังพยานหลักฐานไปในทิศทางเดียวกันเป็นอย่างมาก^{๑๑} สังเกตได้จากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ต้องห้ามรับฟัง เห็นได้จากการเทียบเคียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรา ๒๒๖/๑ ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา เห็นได้ว่าในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ ศาลมักจะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบและวินิจฉัยให้การกระทำโดยมิชอบจะต้องแยกไปพิจารณาลงโทษต่างหากแต่จะไม่ตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากกระบวนการพิจารณาคดี

ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งยึดถือหลักการตามระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษส่งผลต่อแนวคิดเรื่องการนำมาตรา ๒๒๖ มาปรับใช้กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการบัญญัติมาตรา ๒๒๖/๑เพิ่มเติมในสมัยต่อมาเพื่อสร้างความชัดเจนในการรับฟังพยานหลักฐาน ได้แยกระหว่างพยานหลักฐานที่ “เกิดขึ้น” กับพยานหลักฐานที่ “ได้มา” รวมถึงพยานหลักฐานที่อาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ (Fruit of Poisonous Tree Doctrine) ซึ่งพยานหลักฐานประการหลังเป็นหลักการที่ได้รับอิทธิพลจากบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของสหรัฐอเมริกา ทำให้นักวิชาการบางส่วนเห็นว่าบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาและบังคับใช้เฉพาะกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจุดมุ่งหมายในการบัญญัติมาตรา ๒๒๖ คือการบัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานให้สอดคล้องกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามแนวคิดตามระบบกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมให้มีความเหมาะสมกับกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของไทย รวมถึงบทบาทของเอกชนในการฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวางและเป็นเอกเทศจากพนักงานอัยการด้วย

ดังนั้นแล้ว เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ จึงไม่ได้ผูกพันแต่การใช้อำนาจรัฐเท่านั้น หากรวมถึงเอกชนไม่ว่าจะเป็นโจทก์หรือจำเลยที่ดำเนินมาตรการอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนไม่สามารถกระทำได้โดยไม่มีความรับผิดชอบใดๆ หรือใช้ประโยชน์จาก

^{๑๑} ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๒๓.

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นโดยอ้างสถานะเอกชนเพื่อให้ช้อยกเว้นตามมาตรา ๒๒๖ ได้ตรงกันข้ามหากปรากฏว่าสิทธิมนุษยชนประการต่างๆที่ได้รับการคุ้มครองในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ดี หรือกฎหมายอื่นๆที่มุ่งในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล รวมทั้งหลักการใหญ่ในรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องตีความอย่างกว้างและได้รับการรับรองและคุ้มครองไม่เพียงแต่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนเท่านั้นหากยังได้รับการรับรองและคุ้มครองในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองอีกด้วย^{๑๒} ศาลเข้ามามีบทบาทในการควบคุมและตรวจสอบการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาการโดยการปฏิเสธที่จะใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั่นเอง

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การรับฟังพยานหลักฐานจึงไม่ได้พิจารณาแต่วิธีการอันมิชอบซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้ว ยังต้องพิจารณาพยานหลักฐานของผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วย เพราะแม้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะอยู่เฉย ไม่ถูกบังคับให้ต้องตอบข้อซักถามใดๆของโจทก์ และเพื่อการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ จำเลยมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์โต้แย้งของโจทก์ ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของผู้ต้องหาหรือจำเลยจึงไม่ค่อยเข้มงวดเหมือนกรณีอื่น^{๑๓} แม้จะให้การเท็จก็ไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด^{๑๔} แต่มิได้หมายความว่าจำเลยจะกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการได้

๔.๓ บทวิเคราะห์ขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาของเอกชนในประเทศไทย

การบัญญัติมาตรา ๒๒๖/๑ เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒๘) พ.ศ.๒๕๕๑ ทำให้แนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยมีความชัดเจนมากขึ้น พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ สามารถแบ่งพิจารณาได้เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ และพยานหลักฐานที่อาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ เมื่อนำมาพิจารณาเพื่อหาขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน สามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

^{๑๒} เช่นเดียวกับความเห็นของฐานันตร์ วรรณสุขว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ นำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนด้วย, ดูเพิ่มเติมใน ฐานันตร์ วรรณสุข, "ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย," หน้า ๗๗.

^{๑๓} โสภณ รัตนกร, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๓๓.

^{๑๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๙๓/๒๕๒๒

๔.๓.๑ กรณีพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเป็นพยานหลักฐานที่เดิมไม่เคยมีพยานหลักฐานขึ้นนี้อยู่เลย แต่จากการกระทำโดยมิชอบไม่ว่าจะเป็นการจูงใจ ให้คำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นจึงทำให้เกิดพยานหลักฐานประเภทนี้ขึ้น^{๑๕} ซึ่งเป็นพยานที่ไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจจึงน่าเชื่อว่าข้อมูลที่ได้จากพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบนี้จะไม่ตรงกับความเป็นจริง โดยบุคคลผู้ทำการจูงใจ ให้คำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบประการอื่นใดตามมาตรา ๒๒๖ นั้นกฎหมายมิได้บัญญัติว่าจะต้องเป็นโจทก์หรือจำเลยเป็นผู้กระทำ ดังนั้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงอาจเป็นโจทก์ จำเลยพนักงานสอบสวน ผู้เสียหาย ผู้จับกุมก็ได้ แม้จะเกิดจากบุคคลอื่นซึ่งมิใช่เจ้าพนักงานหรือพนักงานสอบสวนก็ตาม^{๑๖} หากพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นมาโดยมิชอบนี้ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดอย่างเด็ดขาดโดยไม่มีข้อยกเว้น

๔.๓.๑.๑ พยานบุคคล (Testimony)

ลักษณะการนำพยานบุคคลเข้าสืบมีอยู่กว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นประจักษ์พยานหรือพยานบอกเล่าที่สามารถเข้าใจและตอบคำถามเพื่อพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง ถ้อยคำของพยานบุคคลจึงจะรับฟังได้เมื่อปรากฏว่ามีความน่าเชื่อถือ จากการตีความของนักกฎหมายและศาลไทย พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหมายถึงถ้อยคำพยานของบุคคลที่เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบประการอื่นในลักษณะทำนองเดียวที่ทำให้คำให้การนั้นเป็นไปโดยไม่สมัครใจเท่านั้น เนื่องจากเห็นว่าถ้อยคำพยานเป็นพยานหลักฐานประเภทเดียวที่สามารถเกิดขึ้นมาได้

การที่สติสัมปชัญญะ (Perception) ของบุคคลผู้ให้ถ้อยคำถูกรบกวนจากพฤติการณ์การกระทำในลักษณะที่เป็นการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวงหรือหรือโดยมิชอบประการอื่นที่มีลักษณะของการกระทำในทิศทางเดียวกันรวมถึงการใช้กลอุบายเพื่อจูงใจให้พยานให้การอย่างไต่ยอมส่งผลกระทบต่อความทรงจำ (Memory) และส่งผลต่อการถ่ายทอด (Deposition) เหตุการณ์ที่จะพิสูจน์นั้นได้^{๑๗} ความพลาด (Error) ที่เกิดขึ้นในการให้การทำให้เป็นคำให้การที่เกิดขึ้นโดยผู้ให้ไม่สมัครใจ (Involuntary) ไม่สามารถเชื่อถือ (Reliable) และไม่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ (Probative Value) แต่อย่างใด^{๑๘} นอกจากนี้แล้ว กรณีการให้ถ้อยคำอันเป็นเท็จอาจถือได้ว่าเป็น

^{๑๕} จรัญ ภักดีธนากุล, "กฎหมายลักษณะพยาน," ใน *รวมคำบรรยาย ภาค ๒ (ครั้งที่ ๙) สมัยที่ ๖๔*, หน้า ๙๘.

^{๑๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒/๒๔๗๔

^{๑๗} ศุภชัย เกียรติเฉลิมพร, "การตรวจสอบพยานหลักฐานโดยศาลก่อนการพิจารณาคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙), หน้า ๑๑.

^{๑๘} จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, *หลักและทฤษฎีการสอบสวน คณะตำรวจศาสตร์*, หน้า ๑๑๒.

พยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยได้เช่นกัน เนื่องจากคำพยานเช่นนั้นไม่มีความน่าเชื่อถือแต่ประการใดเลย อีกทั้งผู้ให้ถ้อยคำอันเป็นเท็จอาจมีความผิดฐานให้การเท็จอีกด้วย

๔.๓.๑.๒ พยานวัตถุและพยานเอกสาร (real evidence)

พยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่จะเข้าลักษณะเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบได้นั้นอาจหมายถึงการทำพยานหลักฐานเท็จหรือปลอมขึ้น เนื่องจากโดยคุณลักษณะแล้วพยานเอกสารหรือพยานวัตถุเป็นพยานหลักฐานที่สามารถนำเสนอต่อศาลได้โดยตรง เนื่องจากสิ่งที่ต้องการพิสูจน์ปรากฏอยู่บนพยานหลักฐานนั่นเอง การอ้างพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ย่อมขึ้นอยู่กับว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นมีการปรับปรุง ดัดแปลง แก้ไขหรือทำปลอมหรือไม่ การพิจารณาพยานหลักฐานประเภทนี้จึงอยู่ที่ความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานเท่านั้น^{๑๙} ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าพยานหลักฐานขึ้นใดเป็นพยานหลักฐานเท็จหรือปลอม พยานหลักฐานขึ้นนั้นจะต้องถูกตัดทิ้งจากคดีนั้นทันที เพราะเป็นพยานหลักฐานที่ไม่มีความน่าเชื่อถือด้วยประการทั้งปวง จึงไม่สามารถนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงในทางคดีได้ซึ่งตรงตามหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศโดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นบทตัดพยานหลักฐานแบบเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด^{๒๐} พยานหลักฐานที่ถูกปลอมขึ้นน่าจะถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ และกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ที่ทำพยานหลักฐานเท็จหรือพยานหลักฐานปลอมขึ้นมีความผิดอีกด้วย

๔.๓.๒ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หมายถึงพยานหลักฐานที่สามารถถือเอาหรือกระทำการใดๆเพื่อให้ได้มา (Tangible) โดยที่ตัวของมันเองมีอยู่โดยชอบหรือเกิดขึ้นโดยชอบอยู่ก่อนอย่างแท้จริง มิได้มีผู้กระทำการแต่งเติมให้เกิดขึ้นหรือสร้างพยานหลักฐานนั้นๆขึ้นมาในภายหลังจึงมีความน่าเชื่อถือที่จะพิสูจน์ความจริงได้ แต่เนื่องจากวิธีการได้มาเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือข้อบังคับต่างๆเป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับฟัง^{๒๑} ตามนโยบายของรัฐที่ต้องการยับยั้งหรือปราบปรามผู้ที่แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบโดยการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ไม่ใช่เพราะวิธีการได้มาส่งผลกระทบต่อคุณค่าความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้นแต่อย่างใด^{๒๒}

^{๑๙} ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานว่าด้วยพยานเอกสาร, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๘), หน้า ๑๑.

^{๒๐} จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๗๐.

^{๒๑} อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๒๗.

^{๒๒} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา," วารสารนิติศาสตร์: ๑๒๑.

แม้พยานหลักฐานเหล่านี้จะได้มาโดยไม่ชอบ แต่คุณค่าในการพิสูจน์ความจริงของพยานหลักฐานเหล่านี้มิได้ลดลงไป กฎหมายจึงข้อยกเว้นให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังหรือไม่ก็ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑ เพื่ออำนวยความสะดวกธรรมดาในคดีอาญาระหว่างมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนกับประโยชน์ที่จะพึงได้รับจากการรับฟังพยานหลักฐานนั้นอย่างใดจะมีมากกว่า^{๒๓}

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ วางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้อย่างกว้างๆ จึงมีประเด็นพิจารณาว่าศาล คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีจะทราบได้อย่างไรว่าพยานหลักฐานที่คู่ความอ้างเข้ามาในคดีเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายทำให้หลักเกณฑ์การพิจารณาขอบเขตเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนมีไม่มากและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนการแสวงหาพยานหลักฐานไม่ได้บัญญัติไว้เช่นกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนจึงอาจจะไม่มีขอบเขตในแง่การตรวจสอบโดยศาลได้เลย ในบางครั้งคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานเองยังไม่ทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของวิธีการดังกล่าว หากศาลชั้นต้นให้สืบพยานหลักฐานนั้นและคดีขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลสูง และศาลสูงเห็นว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายและต้องห้ามมิให้รับฟัง ศาลสูงอาจมีคำพิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้วย้อนสำนวนมาให้ศาลชั้นต้นสืบพยานหลักฐานและตัดสินใหม่ เช่นนี้ย่อมเป็นการเสียเวลาและเป็นที่เสียหายแก่คู่ความได้

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Illegally Obtained Evidence) สามารถแบ่งพิจารณาได้ในหลายลักษณะด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่วิธีการได้มาฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือข้อบังคับต่างๆ บัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานประเภทนั้นไว้ (Illegal Conduct) รวมถึงการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Conduct)^{๒๔} หรือพยานหลักฐานโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม (Improper and Unfairly Conduct) ทำให้สามารถกำหนดขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน โดยการพิจารณาจากกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีขั้นพื้นฐานของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายทั่วไป รวมถึงหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างกว้างขวางได้ดังนี้

^{๒๓} เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๒๗๘.

^{๒๔} James J. Tomkovicz, Constitutional Exclusion: The Rules, Rights, and Remedies That Strike the Balance between Freedom and Order (London: Oxford University Press, 2011), pp. 197-198.

๔.๓.๒.๑ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (Illegally Obtained Evidence)

กฎหมายเฉพาะได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญในการตรวจค้นจับกุมผู้ต้องหาให้มีความสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายหลายฉบับได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนหรือบุคคลผู้มีอำนาจในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานชนิดนั้นๆเป็นการเฉพาะไว้ หากพยานหลักฐานดังกล่าวได้ปรากฏขึ้นจึงสามารถพิจารณาจากตัวพยานหลักฐานชิ้นนั้นได้โดยทันทีว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ และคู่ความฝ่ายที่ได้พยานหลักฐานชิ้นนั้นมาจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอีกด้วย เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ถึงข้อยกเว้นหรือวิธีการได้มาโดยชอบ เมื่อพิจารณากฎหมายเฉพาะซึ่งบัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้ มีดังนี้

ก. กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองด้านข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัว

ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูล (Information Privacy) เป็นการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีสิทธิที่จะเปิดเผยหรือปกปิดเรื่องราวส่วนตัวที่บุคคลไม่ต้องการให้ผู้อื่นรู้ โดยการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บรวบรวมและการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อให้ไม่ให้เกิดการแทรกแซงหรือละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลหรือนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ในทางมิชอบ โดยเฉพาะในปัจจุบันที่เทคโนโลยีสารสนเทศมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง การติดต่อสื่อสารรวมถึงการทำธุรกรรมต่างๆจึงดำเนินการโดยใช้ช่องทางอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (อีเมล) โปรแกรมเฟซบุ๊ก (Facebook) หรือโปรแกรมสนทนาไลน์ (Line) เป็นต้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองด้านข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัวมีตัวอย่างดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐^{๒๕} มีสาระสำคัญในการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้คอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ใช้ได้กำหนดมาตรการจำกัดการเข้าใช้ไว้ (Password หรือ Log In) แม้คู่ความจะสามารถอ้างอิงข้อมูลหรือสิ่งพิมพ์ออก (Printout) ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้^{๒๖} แต่หากปรากฏว่าข้อมูลที่ได้เป็นการเข้าใช้ข้อมูลหรือโปรแกรมที่กำหนดตัวบุคคล

^{๒๕} พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๗ “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๒๖} พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๑ “ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ผู้มีสิทธิเข้าใช้โดยที่ผู้มีสิทธิเข้าใช้ไม่ยินยอมหรือไม่รับรู้ ข้อมูลดังกล่าวย่อมได้มาเนื่องจากการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ย่อมเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบได้ เช่น การได้ข้อมูลไฟล์งานจากคอมพิวเตอร์ที่ผู้ใช้เข้ารหัสการใช้ บัญชีผู้ใช้งานทางอินเทอร์เน็ตซึ่งมีการกำหนดบัญชีข้อมูลผู้ใช้ไว้โดยจะต้องกรอกรหัสการเข้ารับบริการก่อนเสมอ (Sing In) หรือภาพถ่ายบนโทรศัพท์มือถือ หรือกล้องดิจิทัล หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ในลักษณะเดียวกันและมีการป้องกันการเข้าถึงภาพดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน เป็นต้น ดังนี้แล้ว

พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๘^{๒๗} มีสาระสำคัญห้ามมิให้เจ้าพนักงานหรือเอกชนใดดักฟังข้อความทางวิทยุคมนาคม และเปิดเผยข้อมูลข่าวสารทางโดยไม่ได้อนุญาตหรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐^{๒๘} กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการได้ เว้นแต่จะเป็นข้อมูลข่าวสารที่เมื่อเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติหรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน หากพยานหลักฐานที่มีการนำเสนอเป็นข้อมูลที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงอนุมานได้ว่าพยานหลักฐานดังกล่าวมีวิธีการได้มาโดยละเมิดหรือไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. ๒๕๔๕^{๒๙} มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้บริษัทข้อมูลเครดิตเปิดเผยหรือให้ข้อมูลแก่สมาชิกหรือผู้ใช้บริการที่ประสงค์จะใช้ข้อมูล เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์สินเชื่อและการออกบัตรเครดิต โดยในการเปิดเผยหรือให้ข้อมูลดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อนทุกครั้ง เว้นแต่เจ้าของข้อมูลได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ในการซึ่งผู้นำพยานหลักฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้นให้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ลักษณะหรือวิธีการเก็บรักษา ความครบถ้วน และไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงของข้อมูลลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย”

^{๒๗} พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๘ มาตรา ๑๗ “ห้ามมิให้ผู้ใดดักจับไว้ ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งข่าววิทยุคมนาคมที่ได้มุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน”

^{๒๘} พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๑๔ “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยมิได้” และมาตรา ๑๕ “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน...”

^{๒๙} พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๒๐ “มาตรา ๒๐ ให้บริษัทข้อมูลเครดิตเปิดเผยหรือให้ข้อมูลแก่สมาชิกหรือผู้ใช้บริการที่ประสงค์จะใช้ข้อมูล เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์สินเชื่อและการออกบัตรเครดิต โดยในการเปิดเผยหรือให้ข้อมูลดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อนทุกครั้ง เว้นแต่เจ้าของข้อมูลได้ให้ความยินยอมไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด...”

ให้ความยินยอมไว้เป็นอย่างอื่น หากปรากฏข้อมูลที่ห้ามมิให้เปิดเผยนี้เป็นพยานหลักฐานต่อศาล สามารถสันนิษฐานได้ว่าอาจเป็นข้อมูลที่ได้มาโดยมิชอบ เป็นต้น

นอกจากกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองตามข้างต้นแล้ว ยังประกอบด้วยกฎหมายเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับอาชีวเฉพาะบางอาชีพ ที่มีหน้าที่จะต้องปกปิดข้อมูลส่วนตัวของบุคคลอื่น หากปรากฏพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนตัวที่ผู้ทราบข้อมูลควรจะต้องปกปิด หรือข้อมูลดังกล่าวถูกเผยแพร่หรือนำมาเผยแพร่อย่างไม่สมควรและผู้กระทำไม่มีสิทธิกระทำเช่นนั้นจึงเชื่อได้ว่าเป็นข้อมูลที่ได้มาโดยมิชอบเช่นกัน เช่น การความลับของคนไข้โดยแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม^{๓๐} ซึ่งแพทย์มีหน้าที่จะต้องเก็บรักษาข้อมูลทางการแพทย์หรือข้อมูลการรักษาของผู้ป่วย รวมถึงกรณีความที่จะต้องรักษาความลับลูกความเช่นกัน^{๓๑} การรักษาข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้เอกสิทธิบุคคลที่มีวิชาชีพที่จำต้องรักษาความลับของบุคคลอื่นตามกรณีตัวอย่างนี้มีเอกสิทธิ์ที่จะให้การหรือไม่ก็ได้^{๓๒} หากมีการนำเสนอข้อมูลสุขภาพส่วนตัวเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีโดยที่เจ้าของข้อมูลหรือที่ผู้เก็บรักษาข้อมูลนั้นไม่รับรู้หรือยินยอม ย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นและเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองด้านข้อมูลบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัวที่ไม่มีเพียงพอหรือไม่มีบัญญัติไว้ สามารถพิจารณาการคุ้มครองการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลที่ มาตรา ๓๕ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ คุ้มครองอย่างกว้างขวางได้^{๓๓}

๓.๒.๒ การคุ้มครองพยานหลักฐาน

^{๓๐} ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๖ หมวด ๔ การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ข้อ ๒๗ “ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย หรือผู้ป่วยที่เสียชีวิตแล้วซึ่งตนทราบมา เนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามหน้าที่”

^{๓๑} ข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ. ๒๕๒๙ หมวด ๓ มรรยาทต่อตัวความ ข้อ ๑๑ “เปิดเผยความลับของลูกความที่รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล”

^{๓๒} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๓๑ (๒) “เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐาน อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(๒) เอกสารหรือข้อความลับ ซึ่งได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดไม่ยอมให้การ หรือไม่ส่งพยานหลักฐาน ดังกล่าวศาลมีอำนาจหมายเรียกเจ้าหน้าที่หรือบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับ ความลับนั้นมาแถลงต่อศาล เพื่อวินิจฉัยว่ากรมไม่ยอมนั้นมีเหตุผล คำจบนหรือไม่ถ้าเห็นวไรเหตุผลให้ศาลบังคับให้ให้การหรือส่งพยานหลักฐานนั้น”

^{๓๓} รัฐธรรมนูญบัญญัติแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ “...การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ...”

ข. กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองด้านการติดต่อสื่อสาร

การสื่อสารเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวประเภทหนึ่ง (Communication Privacy) ซึ่งบุคคลมีอิสระที่จะสื่อสารกับบุคคลอื่นได้โดยปราศจากการแทรกแซง (Right to Communication) และมีสิทธิที่จะคาดหวังความเป็นส่วนตัวที่ข้อมูลการสื่อสารส่วนบุคคลต้องไม่ถูกเปิดเผยหรือเผยแพร่โดยไม่ยินยอม บุคคลภายนอกย่อมไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการหรือกระทำการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลจากการสื่อสารของบุคคล เช่น การดักฟังโทรศัพท์ การกักจงดหมาย โทรเลข ไปรษณีย์ การเปิดตรวจจดหมายหรือไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ การลอบอ่านข้อมูล การลอบบันทึกเสียง เป็นต้น ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะซึ่งบัญญัติคุ้มครองการติดต่อสื่อสารที่เกี่ยวข้องดังตัวอย่างต่อไปนี้

พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. ๒๔๗๗^{๓๔} มีสาระสำคัญในการคุ้มครองข้อมูลการติดต่อสื่อสารของบุคคลทางโทรเลขหรือโทรศัพท์ บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้โดยมิชอบ รวมถึงการใช้กลอุบายหรือวิธีการใดๆ ให้ล่วงรู้ถึงข้อมูลหรือความในโทรเลขหรือโทรศัพท์

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔^{๓๕} ได้บัญญัติสาระสำคัญทำให้การดักฟังหรือแอบฟังบันทึกคำสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคล โดยการใช้เครื่องมือเข้ามาช่วยในการดักฟังการสนทนาของคุณสนทนาทางโทรศัพท์ไม่ว่าจะเป็นการดักฟังโทรศัพท์บ้านหรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ติดตามตัวโดยไม่ให้คุณสนทนาารู้ตัว เพื่อเข้าถึงข้อมูล ข่าวสาร และพยานหลักฐานต่าง ๆ นั้นมีความผิดและจะต้องรับโทษตามกฎหมาย เว้นแต่การดักฟังนั้นสามารถกระทำได้โดยภายใต้เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ จึงจะทำให้ข้อมูลที่ได้จากการดักฟังเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายและสามารถใช้ในการดำเนินคดีได้^{๓๖}

^{๓๔} ดูพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๒๔ “ผู้ใดใช้อุบายอย่างใด ๆ โดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อล่วงรู้หรือติดต่อถึงกันซึ่งเนื้อความในข่าวสารโทรเลขโทรศัพท์ใด ๆ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกิน ห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และมาตรา ๒๕ “ผู้ใดเอาความหมายของอาณัติสัญญาณหรือข่าวสาร โทรเลข โทรศัพท์ทั้งหมดหรือบางส่วนไปแพร่พรายแก่บุคคลใด ๆ ผู้ไม่มีสิทธิ จะรู้ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ ไม่เกินพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๓๕} พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๗๔ “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อดักจับไว้ ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยข้อความข่าวสาร หรือข้อมูลอื่นใดที่มีการสื่อสารทางโทรคมนาคมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๓๖} การดักฟังโดยชอบด้วยกฎหมาย ดูพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๒๘ มาตรา ๓ และ มาตรา ๔ , พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. ๒๕๕๗,พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๔ จัตวา, พระราชบัญญัติสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๒๕ และมาตรา ๒๖ ,พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๕ และ/หรือและพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ มาตรา ๑๑

พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. ๒๔๗๗ กำหนดให้การติดต่อสื่อสารทางไปรษณีย์ ไม่ว่าจะ เป็นจดหมายหรือพัสดุของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง จดหมายหรือพัสดุที่ส่งย้อมไม่ถูกเปิดหรือตรวจค้นโดยไม่มีอำนาจหรือเหตุอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดไว้^{๓๗} และประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดฐานเปิดเผยความลับซึ่งอาจเป็นการเปิดผนึก หรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป^{๓๘} และหากกระทำโดยเจ้าพนักงานที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายย่อมต้องรับผิดชอบมากขึ้นอีกด้วย^{๓๙}

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute right) เมื่อปรากฏว่าข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีสำคัญและจำเป็นต้องเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการควบคุมอาชญากรรม หรือในกรณีที่บุคคลใช้สิทธิในการกระทบถึงความมั่นคง ความปลอดภัยของประชาชน จึงเป็นการใช้สิทธิในทางที่มีขอบด้วยกฎหมาย รัฐสามารถเข้าแทรกแซงและจำกัดการใช้สิทธินั้นได้เพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมส่วนรวม หากแต่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ป.ป.ส.) สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ป.ป.ง.) หรือกรมสอบสวนคดีพิเศษ เป็นต้น

ดังนั้นแล้ว การแทรกแซงการสื่อสารดังกล่าวจะต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น พยานหลักฐานเช่นเอกสารหรือข้อมูลอื่นใดที่ได้มาตามพระราชบัญญัติข้างต้น จึงจะถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบ แต่หากการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นดำเนินการโดยเอกชนจึงเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อพยานหลักฐานดังกล่าวถูกใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาย่อมสันนิษฐานได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่

CHULALONGKORN UNIVERSITY

^{๓๗} ดูพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๒๕ และมาตรา ๗๐

^{๓๘} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๒ “ผู้ใดเปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารใด ๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความก็ตี เพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ตี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๓๙} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๖๓ “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ในการไปรษณีย์โทรเลข หรือโทรศัพท์ กระทบการอันมิชอบด้วยหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) เปิด หรือยอมให้ผู้อื่นเปิด จดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทาง ไปรษณีย์โทรเลขหรือโทรศัพท์ กระทบการอันมิชอบด้วยหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๒) ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้สูญหาย หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้เสียหาย ทำลายหรือทำให้สูญหาย ซึ่งจดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทางไปรษณีย์ หรือโทรเลข

(๓) กัก ส่งให้ผิดทาง หรือส่งให้แก่บุคคลซึ่งรู้ว่ามิใช่เป็นผู้ควรรับ ซึ่งจดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทางไปรษณีย์หรือโทรเลข หรือ

(๔) เปิดเผยข้อความที่ส่งทางไปรษณีย์ ทางโทรเลขหรือทาง โทรศัพท์

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑ ได้ เนื่องจากเป็น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการรับ ฟังได้ตามมาตรา ๒๒๖/๑ หากปรากฏว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นประโยชน์ต่อการ อำนวยความยุติธรรมสังคมโดยรวม

๔.๓.๒.๒ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบหรือไม่เป็นธรรม

(Improperly and Unfair Obtained Evidence)

การกระทำที่ได้มาโดยมิชอบ (Improper or Unfair conduct) เป็นการ กระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่เป็นการฝ่าฝืนแนวปฏิบัติ (Guideline) หรือเป็นการกระทำที่ ถือว่าไม่เป็นธรรมในพฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการใช้เทคนิคที่ไม่ชอบ (Trickey)^{๑๐} พยานหลักฐานที่ได้มา โดยวิธีการอันมิชอบจึงเป็นพยานหลักฐานที่วิธีการได้มานั้นกระทำโดยละเมิดต่อกฎหมาย โดยสามารถ พิจารณาจากกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการถูกละเมิดด้วย การกระทำอันมิชอบที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้

ก. ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุม ความประพฤติของบุคคลให้อยู่ในสังคมด้วยความเรียบร้อยเพื่อสร้างความสงบปลอดภัยในสังคม โดย ได้บัญญัติห้ามมิให้บุคคลกระทำความหรือดเว้นกระทำการใดที่อาจสร้างความเสียหายแก่สังคมโดยรวมไว้ หากฝ่าฝืนจะต้องมีการลงโทษ

ดังนั้นแล้ว วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามประมวล กฎหมายอาญาอาจเป็นเหตุให้พยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและต้องห้าม มิให้รับฟัง โดยจะพิจารณาเป็นรายกรณีๆไปว่าการกระทำดังกล่าวทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยตรงหรือไม่ เช่น

การแสวงหาพยานหลักฐานด้วยพฤติกรรมที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัว ในชีวิตร่างกาย (Bodily Privacy) ซึ่งบุคคลย่อมรับการคุ้มครองไม่ให้ถูกรบกวนจากการดำเนินการ ใดๆทางกายภาพ การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้วิธีการที่อันตรายเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของผู้อื่น เช่น การทำอันตรายให้เกิดแก่ชีวิต^{๑๑} การทำร้ายร่างกาย^{๑๒} ข่มขืนใจผู้อื่นเกิดความกลัวและยอม

^{๑๐} สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย เรื่อง ศึกษาปัญหาข้อขัดข้องการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, ๒๕๕๖), หน้า ๒๕.

^{๑๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุก ตลอดชีวิต หรือจำคุก ตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด^{๔๓} หรือการกระทำใดในลักษณะอื่นเช่นว่า จึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ ๑๐ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

การแสวงหาพยานหลักฐานที่ละเมิดต่อความเป็นส่วนตัวในเคหสถาน (Territorial Privacy) เนื่องจากเคหสถานหรืออสังหาริมทรัพย์ของบุคคลจะถูกบุคคลอื่นเข้าไปก้าวก่ายความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ หากบุกรุกเข้าไปเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานย่อมทำให้พยานหลักฐานนั้นมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้^{๔๔}

นอกจากนี้แล้ว หากการแสวงหาพยานหลักฐานได้กระทำต่อทรัพย์สิน และทำให้ทรัพย์สินนั้นเสียหาย อาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ได้^{๔๕} รวมถึงการเอาทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปโดยเจตนาทุจริตตามความผิดฐานลักทรัพย์ได้อีกด้วย^{๔๖}

ปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศได้พัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว ความเจริญดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ง่ายขึ้น เช่น กรณีการใช้เทคโนโลยีสะกดรอยตาม การดักจับหรือวิธีการได้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบต่างๆ เป็นต้น ทำให้ในบางครั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจมีไม่เพียงพอหรือไม่ทันต่อเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป หลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในประเทศที่ไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว ได้นำหลักตามที ECHR บัญญัติไว้มาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

^{๔๓} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๕๕ “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

^{๔๓} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๕๐ “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใดหรือ จำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...”

^{๔๔} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา มาตรา ๓๖๒ “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และมาตรา มาตรา ๓๖๔ “ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร เข้าไปหรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์หรือสำนักงานในความครอบครองของผู้อื่น หรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้นเมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๔๕} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๕๘ “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๔๖} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๔ “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวม อยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกพันบาท”

ประเทศไทยมีหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางเพื่อให้สามารถปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมและทันต่อเหตุการณ์ แม้ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดบทลงโทษหรือผลของการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวที่จะส่งผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานไว้ก็ตาม แต่หากสามารถใช้กำหนดขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่มุ่งคุ้มครองสามารถพิจารณาสาระสำคัญของการคุ้มครองแห่งสิทธิได้อย่างกว้างขวาง ดังนี้

ข. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๑. มาตรา ๓๒ การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล มิให้ได้รับการปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม การกระทำใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายจะต้องเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย

๒. มาตรา ๓๓ การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถานโดยบุคคลที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุขปราศจากการรบกวนหรือแทรกแซงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

๓. มาตรา ๓๕ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว

๔. มาตรา ๓๖ การกำหนดรับรองและคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงเป็นคำที่มีความหมายกว้างขวางและครอบคลุมสิทธิต่างๆ หลายประการ การจะพิจารณาขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเนื่องจากฝ่าฝืนการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญจึงควรต้องพิจารณาเนื้อหา สภาพสังคม วัฒนธรรม และพฤติการณ์แวดล้อมประกอบด้วย เพื่อให้ทราบว่าในสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลมีสิทธิที่จะคาดหวังสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้มากน้อยเพียงใด (Minimum Expectation of Privacy)^{๔๗} หากในสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลมีสิทธิที่จะคาดหวังการเคารพในความเป็นส่วนตัวแล้ว (Where the person has a reasonable expectation of privacy) การแสวงหาพยานหลักฐานที่ฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เช่นกรณีการสะกดรอยตามบุคคล (Stalking) หรือการถ่ายภาพหรือถ่ายวิดีโอในสาธารณสถานโดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นต้น

^{๔๗} Kylo v. United State (533 U.S. 27, 121 S.Ct.2038, 150 L.Ed.2d 94 (2001))

อย่างไรก็ตาม กรณีบุคคลซึ่งอยู่ในที่สาธารณะย่อมจะคาดหวังสิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่ได้ การถูกถ่ายภาพหรือถ่ายวิดีโอแม้บุคคลนั้นจะไม่ให้ความยินยอมจึงไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้นจึงสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เนื่องจากได้มาโดยชอบ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา ๒๒๓๖ - ๗/๒๕๕๐^{๔๘} หมายความว่า ภาพจากกล้องวงจรปิดที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยพาผู้ตายออกไปก่อนจะพบการเสียชีวิตเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่สามารถรับฟังได้ หากศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าจำเลยและผู้ตายอยู่ที่ห้างสรรพสินค้าซึ่งเป็นสาธารณสถานจึงไม่อาจคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้ เป็นต้น^{๔๙} แต่กรณีดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงไป หากจุดมุ่งหมายและพฤติการณ์เป็นการติดตามเพื่อถ่ายภาพโดยมีเจตนาใช้เป็นหลักฐานโดยเฉพาะ

ดังนั้นแล้ว การแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีที่ไม่ถูกต้องหรือเป็นธรรมดาโดยมากจึงเป็นกรณีการละเมิดทางกายภาพ (Physical Intrusion) หากการแสวงหาพยานหลักฐานได้กระทำโดยล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้กระทำได้ จึงเป็นกรณีที่ขัดต่อกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง พยานหลักฐานที่ได้รับมาย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายและไม่สามารถรับฟังได้ตามมาตรา ๒๒๖/๑

๔.๓.๓ กรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ

แนวความคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบเป็นหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ไทยรับแนวคิดตามหลักผลไม้มือของต้นไม้มือที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เห็นว่าเมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานหลักฐานมาเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้ว พยานที่ได้มาก็ย่อมเป็นสิ่งไม่ชอบไปด้วย ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากำหนดหลักการดังกล่าวขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้วิธีนอกกฎหมายแสวงหาพยานหลักฐานประกอบคดี^{๕๐} พยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลหรือฐานข้อมูลที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบหรือได้มาโดยมิชอบจึงเป็นพยานหลักฐานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยเบาะแสที่รู้ถึงที่อยู่หรือพยานหลักฐานประเภทนี้แล้วจึงนำไปสู่การได้มาโดยชอบ

^{๔๘} สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสารสนเทศ, "รวมฎีกาเผยแพร่ ครั้งที่ ๗" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๕๘. แหล่งที่มา: <http://www.stat.go.th/2551/deeka%20sep%2051.pdf>

^{๔๙} บุคคลผู้ถูกแอบถ่ายไม่อาจห้ามการเผยแพร่ได้เนื่องจากภาพถ่ายหรือวิดีโอเป็นลิขสิทธิ์ของผู้ถ่าย เว้นแต่ภาพถ่ายหรือวิดีโอสร้างความเสียหายหรือเสียหายเนื่องจากมีลักษณะไม่เหมาะสม เมื่อนำไปเผยแพร่แล้วอาจทำให้ผู้อื่นรู้สึกดูหมิ่นดูแคลนเสื่อมเสีย ผู้ที่ถูกถ่ายอาจดำเนินคดีกับผู้ถ่ายได้ ดู คณาธิป ทองรวีวงศ์, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกดักฟังการสื่อสารข้อมูล," วารสารกระบวนการยุติธรรม ๖, ๑ (มกราคม - เมษายน ๒๕๕๖).

^{๕๐} ชลลดา จินตเสถียร, "ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา," หน้า ๔๘.

หลักการนี้ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มาดังกล่าวควรจะถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาด้วย ถ้าศาลยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีนี้ย่อมส่งเสริมให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้วิธีการผิดกฎหมายในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานประกอบคดีซึ่งไม่ใช่เรื่องถูกต้อง พยานหลักฐานที่แม้จะได้มาโดยชอบลักษณะนี้จึงไม่อาจรับฟังได้เพื่อพยานเจ้าหน้าที่ให้ปฏิบัติหน้าที่ไปตามกฎหมายและวิธีการที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่ได้นำหลักการห้ามไม่ให้รับฟังพยานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้อย่างเคร่งครัด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑ ได้กำหนดข้อยกเว้นในการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว โดยศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมกับผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนว่าสิ่งใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน^{๕๑}

๔.๓.๔ กรณีศึกษา

ก. พยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด

การกระทำความผิดบางอย่างยากต่อการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหา จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการพิเศษหรือสร้างกลอุบายเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีเจตนากระทำความผิดในฐานความผิดนั้นๆมาก่อนแล้วได้กระทำความผิดขึ้นเพื่อนำไปสู่การรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดี ในทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เรียกว่า “การล่อซื้อ” (Undercover Operation) พยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดในลักษณะนี้ไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ แต่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑

ในทางตรงข้าม หากผู้นั้นมีได้ตั้งใจหรือมีเจตนากระทำความผิดในฐานความผิดนั้นๆมาก่อนเลย แต่ฝ่ายที่แสวงหาพยานหลักฐานได้ล่อหรือจูงใจให้จำเลยกระทำความผิด การกระทำเช่นนั้นจะกลายเป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) และส่งผลให้พยานหลักฐานที่ได้มาเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ศาลต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้โดยเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖^{๕๒}

การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนด้วยวิธีการล่อซื้อในคดีที่เอกชนเป็นผู้เสียหายมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่พยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนได้มายากลำบาก โดยเฉพาะกรณีการกระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดและผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดต่างได้รับ

^{๕๑} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๐/๒๕๗๔

^{๕๒} เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๒๘๒-๒๘๓.

หรือเอื้อผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน^{๕๓} เช่น คดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับการล่อซื้อโดยเอกชนไว้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๐๑/๒๕๔๓ โจทก์มีสิทธิดำเนินคดีแก่ผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยพยานหลักฐานของโจทก์แสดงให้เห็นว่าฝ่ายโจทก์ได้ล่อให้จำเลยซึ่งไม่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ทำซ้ำและบันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงในแผ่นบันทึกข้อมูลถาวรของเครื่องให้แก่ผู้ล่อซื้อของฝ่ายโจทก์ โดยได้ตกลงติดต่อซื้อเพื่อมอบให้ในวันหลัง ดังนี้ *น่าเชื่อว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากการล่อซื้อเท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติที่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้*

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๗๗/๒๕๔๙ พยานหลักฐานโจทก์ไม่อาจรับฟังได้ว่าจำเลยมีเจตนาแต่แรกที่จะขายแผ่นซีดีภาพยนตร์ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย *กรณีเป็นการที่ผู้เสียหายดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยตนเองแล้วแจ้งความร้องทุกข์เพื่อนำเจ้าพนักงานตำรวจเข้าจับกุมจำเลยชักจูงใจหรือก่อให้เกิดจำเลยกระทำความผิด จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย การแจ้งความร้องทุกข์จึงไม่ชอบ ทำให้การสอบสวนไม่ชอบ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดีปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้*

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น ไม่ได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับการล่อให้กระทำความผิดซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบที่ดำเนินการโดยเอกชนไว้โดยตรง เพียงแต่วินิจฉัยว่าหากเอกชนเป็นผู้เสียหายก่อให้เกิดผู้อื่นซึ่งไม่มีเจตนากระทำความผิดแต่แรกได้กระทำความผิดลง ย่อมไม่เป็นผู้เสียหายตามนิติบัญญัติ ทำให้ไม่มีอำนาจฟ้องคดีได้^{๕๔} แต่เห็นได้ว่าศาลไม่ปฏิเสธการแสวงหาพยานหลักฐานที่ดำเนินการโดยเอกชนแต่อย่างใด เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๖๐๐/๒๕๕๔ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าพยานโจทก์เบิกความว่าจำเลยบันทึกเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย อันเป็นการทำซ้ำงานดนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียงและซอฟต์แวร์ต้นฉบับลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เสียหาย แต่การกระทำดังกล่าวเกิดจากการที่ผู้รับมอบอำนาจช่วงจากผู้เสียหายว่าจ้างจำเลย จึงเป็นกรณีที่ฝ่ายผู้เสียหายเป็นผู้ก่อให้เกิดจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้เจ้าพนักงานจับจำเลยมาดำเนินคดี ผู้เสียหายจึงไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติที่มีอำนาจร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีแก่จำเลยในความผิดดังกล่าวได้ โดยศาลวินิจฉัยว่าทั้งแผ่นซีดีและวีซีดีคาราโอเกะที่ว่าจ้างให้

^{๕๓} ปารีณา ศรีวนิชย์, "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่อให้กระทำความผิด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายนานาชาติ," งานวิจัยโครงการ, กรุงเทพมหานคร.

^{๕๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๘๕/๒๕๔๕ วินิจฉัยในทิศทางเดียวกัน

ทำขึ้นและวิดีโอที่บันทึกภาพเหตุการณ์การบันทึกเพลงลงแผ่นซีดีของจำเลย ถือเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ และเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามที่โจทก์ฟ้อง

ข. การดักฟัง

การดักฟังเป็นการแทรกแซงการสื่อสารระหว่างบุคคลเพื่อเก็บข้อมูลการสนทนา ซึ่งกระทำโดยบุคคลที่ ๓ ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของที่รัฐหรือเอกชน โดยที่คู่สนทนาไม่ให้ความยินยอมและไม่รับรู้ถึงการดักฟังดังกล่าว^{๕๕} การแสวงหาพยานหลักฐานโดยการดักฟังจึงมีจุดมุ่งหมายในการเข้าถึงการสนทนาเพื่อนำข้อมูลที่ได้จากการดักฟังใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดี^{๕๖}

การดักฟังการสื่อสารสามารถกระทำได้ทั้งการบุกรุกทางกายภาพ (Eavesdrop accomplished by physical intrusion) เช่น การซ่อนตัวเพื่อแอบฟังการสนทนาในสถานที่ ต่างๆ (Eavesdrop หรือ Overhear) ซึ่งหากมีการละเมิดเข้าไปในเคนสถานหรือสถานที่ส่วนตัวของคู่สนทนา ผู้ที่ทำการดักฟังอาจมีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญาได้^{๕๗} รวมถึงการดักฟังซึ่งกระทำต่อระบบการสื่อสารโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (Eavesdrop accomplished by electronic means) ไม่ว่าจะเป็นการดักฟังทางโทรศัพท์ (Wiretap) หรือการติดตั้งอุปกรณ์ดักฟังอื่นๆ (Bugs)^{๕๘} หรือการดำเนินการอื่นใดโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางสายหรือคลื่นแม่เหล็กอื่นๆ อาจจะเป็นข้อมูลที่ส่งทางอินเทอร์เน็ต โทรสาร โทรพิมพ์ หรือการลักลอบดักฟังคลื่นที่ส่งไปในอากาศเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารของบุคคลอื่นอีกด้วย^{๕๙} การดักฟังจึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่สนทนาทั้งสองฝ่ายเป็นอย่างยิ่ง

กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังแม้จะกระทำโดยเอกชนต้องห้ามมิให้รับฟังในชั้นศาล^{๖๐} สำหรับประเทศไทย ในปัจจุบันยังไม่มีกำหนด

^{๕๕} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyer), พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, ๒๕๔๘), หน้า ๑๙.

^{๕๖} กมลชัย รัตนสกวาวงค์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง, หน้า ๒๑.

^{๕๗} คณาธิป ทองรวีวงศ์, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกดักฟังการสื่อสารข้อมูล," วารสารกระบวนการยุติธรรม ๓.

^{๕๘} Silverman v. United States - 365 U.S. 505 (1961)

^{๕๙} อรรถนพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์หัวข้อ เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๔๘), หน้า ๕๔.

^{๖๐} Electronic Communications Privacy Act of 1986; Public Law 99-508, 100 Stat. 1848, October 21, 1986, 18 U.S.C. §§ 2510-2522

ความผิดเกี่ยวกับการลอบดักฟังหรือลอบบันทึกการสื่อสารด้วยวิธีการอื่น มีเพียงกรณีการดักฟังทางโทรศัพท์ (Wiretapping) ที่พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. ๒๕๔๔^{๖๑} และพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. ๒๔๗๗^{๖๒} กำหนดความผิดและบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน โดยรัฐกำหนดข้อยกเว้นให้เฉพาะเจ้าหน้าที่รัฐในกฎหมายที่เกี่ยวข้องสามารถดักฟังโทรศัพท์ได้เท่านั้น^{๖๓} พยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังโทรศัพท์โดยเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจตามกฎหมายจึงสามารถรับฟังได้เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ แต่อย่างไรก็ดี ดังนี้แล้ว จึงสามารถสรุปได้ว่ากรณีการดักฟังโทรศัพท์ของเอกชนมิได้มีกฎหมายเฉพาะฉบับใดให้อำนาจไว้ หากเอกชนดักฟังหรือลอบบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ย่อมเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งต้องรับผิดชอบในทางอาญาตามที่พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ฯ หรือพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ กำหนดไว้และความรับผิดชอบทั้งฐานละเมิดในทางแพ่งอีกด้วย^{๖๔}

ผู้เขียนเห็นว่า หากการสนทนาของคู่สนทนาเป็นไปโดยสมัครใจ ไม่ได้ถูกจู่โจม มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน ย่อมทำให้บทสนทนาที่เกิดขึ้นเป็นไปตามเจตนาที่จะสื่อสารของคู่สนทนาเอง เจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่ ๓ ที่ไปดักฟังเพียงแต่บันทึกบทสนทนาไว้เท่านั้น เทียบบันทึกเสียงเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบและพยานหลักฐานที่ได้จากการดักฟังย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบไม่สามารถรับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑ แต่ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้^{๖๕} ในทางตรงข้ามผู้เขียนเห็นว่า หากปรากฏว่าการสนทนาดังกล่าว คู่สนทนาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจู่โจม มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน จนเป็นเหตุให้คู่สนทนาอีกฝ่ายสนทนาโดยไม่สมัครใจ และมีการดักฟังโดยที่คู่สนทนาจะไม่รู้มาก่อนก็ตาม คำ

^{๖๑} พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๗๔ “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อดักรับไว้ ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยข้อความข่าวสาร หรือข้อมูลอื่นใดที่มีการสื่อสารทางโทรคมนาคมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๖๒} พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๒๔ “ ผู้ใดใช้อุบายอย่างใด ๆ โดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อลวงรู้หรือติดต่อถึงกันซึ่งเนื้อความในข่าวสารโทรเลขโทรศัพท์ใด ๆ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๖๓} เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษฯ และพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ เป็นต้น

^{๖๔} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐ “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

^{๖๕} จรรย์ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๗๕.

สนทนานั้นไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้เนื่องจากถือเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบตาม มาตรา ๒๒๖

ค. เทปบันทึกเสียง

การบันทึกเทปการสนทนาโดยคู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งให้ความยินยอมการบันทึก เทปย่อมเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะความยินยอมของคู่สนทนาที่สมบูรณ์ทำให้การ บันทึกเทปการสนทนาดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดและสามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานยันคู่สนทนา ได้^{๖๖} แต่หากเป็นการบันทึกเทปการสนทนาเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีโดยคู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่รับรู้หรือให้ความยินยอมไว้ก่อน ได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นไปในทางที่เห็นว่า เมื่อการบันทึก เทปไม่ได้กระทำโดยบุคคลที่ ๓ แล้ว การบันทึกบทสนทนาดังกล่าวจึงไม่จำเป็นว่าคู่สนทนาฝ่ายอีกฝ่าย จะต้องรับรู้หรือให้ความยินยอมหรือไม่ เนื่องจากคู่สนทนาได้สละสิทธิในความเป็นส่วนตัวให้คู่สนทนา อีกฝ่ายเมื่อเริ่มสนทนากันแล้ว จึงมีหน้าที่ต้องระวางคำพูดซึ่งอาจถูกนำไปใช้ประโยชน์ในการอื่น ๆ โดยคู่ สนทนาฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น^{๖๗} การบันทึกเสียงที่ทำโดยคู่สนทนาฝ่ายตรงข้ามย่อมอ้างเป็น พยานหลักฐานได้เนื่องจากได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายและรับฟังได้ไม่ขัดประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๒๓/๒๕๐๙^{๖๘} โจทก์ฟ้องจำเลยในความผิดฐาน กรรโชกทรัพย์ และนำสืบเทปบันทึกเสียงซึ่งผู้เสียหายอัดเสียงจำเลยไว้ถึง ๖ ครั้ง มีปัญหาว่าศาลเชื่อ ได้หรือไม่ว่าเสียงในเทปเป็นเสียงของจำเลย ศาลฎีกาเชื่อว่าจำเลยได้ถูกบันทึกเสียงไว้ถึง ๖ ครั้ง ยากที่ จะมีใครมาเลียนเสียงที่จำเลยพูดได้เป็นชั่วโมงๆ และไม่ใช้ศาลชั้นต้นจะรับฟังลำพังแต่เทปอัดเสียงของ จำเลย มาลงโทษจำเลยก็หาไม่ ศาลเชื่อว่าโจทก์ร่วมได้อัดเสียงของจำเลยไว้จริง จึงไม่ขัดประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๖๗๔/๒๕๔๓ การที่จำเลยอ้างส่งเทปบันทึกเสียงซึ่ง บันทึกการสนทนาระหว่างโจทก์และจำเลยพร้อมเอกสารที่ถอดข้อความบันทึกการสนทนาเป็น พยานหลักฐานนั้น นับเป็นพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่จำเลยจะนำสืบในประเด็นเรื่องการ ใช้เงินแม้โจทก์จะไม่ทราบว่ามีกรบันทึกเสียงไว้ก็ตาม แต่เมื่อเสียงที่ปรากฏเป็นเสียงของโจทก์จริง และการบันทึกเสียงดังกล่าวเกิดจากการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นคู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้

^{๖๖} กมลชัย รัตนสากววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, แนวทางในการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทาง โทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง, หน้า ๒๔.

^{๖๗} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "แถลงการณ์เรื่องการดักฟังทางโทรศัพท์," รพีสาร ๔, ๑๔ (มกราคม - มีนาคม ๒๕๓๙): ๓๖.

^{๖๘} <http://www.deka.in.th/view-41700.html>

บันทึกเสียงไว้เอง ซึ่งโดยปกติจำเลยย่อมมีสิทธิที่จะเบิกความอ้างถึงการสนทนาในครั้งนั้นได้อยู่แล้ว จึงไม่ถือว่าเทปบันทึกเสียงและเอกสารที่ถอดข้อความนั้นเป็นการบันทึกถ้อยคำซึ่งเกิดจากการกระทำโดยมิชอบอันจะต้องมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๔๓ วรรคสอง

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางส่วนไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว โดยเห็นว่าหากคู่สนทนารับรู้ถึงการบันทึกเสียงและย่อมคาดหมายได้ว่าเทปเสียงดังกล่าวอาจถูกนำไปใช้ประโยชน์ของตนได้ ย่อมไม่มีคำสนทนาดังกล่าวเกิดขึ้น จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากคู่ความฝ่ายที่บันทึกการสนทนาโดยที่อีกฝ่ายไม่รับรู้หรือให้ความยินยอม มีพฤติการณ์ไปในทางที่จงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชี่ยว หลอกลวงหรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเดียวกันทำให้คู่สนทนาอีกฝ่ายให้ถ้อยคำอันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว ถ้อยคำพยานนั้นจะเป็นพยานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำอันมิชอบ ที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้ตามมาตรา ๒๒๖/๑ หรือเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบซึ่งต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังโดยเด็ดขาดตามมาตรา ๒๒๖

ผู้เขียนเห็นว่าการลักลอบบันทึกเสียงการสนทนาในกรณีที่จะเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบแต่สามารถใช้อยู่คู่สนทนาได้นั้น จะต้องเป็นกรณีเป็นการสนทนาโดยสมัครใจที่ปราศจากปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในบทสนทนา โดยเฉพาะการที่คู่สนทนาฝ่ายที่ทำการบันทึกการสนทนาได้จงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชี่ยว หลอกลวงหรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเดียวกันต่างส่งผลต่อถ้อยคำการสนทนาเป็นอย่างยิ่ง คู่สนทนาฝ่ายที่ถูกบันทึกเสียงการสนทนาจึงน่าจะอ้างหลักการป้องกันสิทธิของตนเองไม่ให้เกิดความเสียหาย (Self – defense) ได้ แต่ถ้าปรากฏว่าคู่สนทนาฝ่ายที่ถูกบันทึกเสียงนั้นเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งไม่รับรู้หรือไม่ยินยอมให้มีการบันทึกเสียงสนทนา จึงมีประเด็นพิจารณาเพิ่มเติมในหลักเรื่องเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง (Privilege Against Self-incrimination) ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา ๔๐ (๔)^{๖๙} ซึ่งเป็นที่มาของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๓๒ ที่บัญญัติห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน^{๗๐} ร่วมด้วยหรือไม่ เนื่องจากโจทก์มีภาระในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยจะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์การกระทำของจำเลยว่าเป็นความผิด แต่พยานหลักฐานนั้นจะต้องไม่ได้มาจากการบังคับเอาแก้ตัวจำเลยหรือการบังคับเอาแก้คำพูดของจำเลยให้ให้ถ้อยคำเป็นปรปักษ์แก่ตนเอง เพราะเป็นการใช้ประโยชน์จากตัวจำเลยเพื่อเพิ่มน้ำหนักแก่พยานหลักฐานของฝ่าย

^{๖๙} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๐ (๔) “ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดี มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง”

^{๗๐} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๓๒ “ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน”

โจทก์^{๗๑} จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองตามรัฐธรรมนูญซึ่งบุคคลจะสละเอกสิทธิ์ดังกล่าวได้เมื่อสมัครใจ (Voluntarily) โดยรู้ตัว (Knowingly) และโดยเข้าใจ (Intelligently) เท่านั้น^{๗๒}

การบันทึกการสนทนาเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีโดยที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ทราบหรือให้ความยินยอมย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความสมัครใจของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะสละเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองต่อตนเองได้ หากถือหลักว่าเทปบันทึกการสนทนาของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่กระทำโดยคู่กรณีเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบ ศาลสามารถที่จะได้ดุลพินิจในการรับฟังถ้อยคำที่ได้มาโดยมิชอบนี้ได้เท่ากับว่าเป็นการทำลายหลักในเรื่องของเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองซึ่งขัดต่อบทบัญญัติที่คุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยปริยาย^{๗๓}

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการบันทึกเสียงการสนทนาทางโทรศัพท์หรือการสนทนาโดยตรงเป็นคนละกรณีกับการดักฟังและได้บันทึกเสียงไว้ เนื่องจากรณีการดักฟังรวมถึงการบันทึกการสนทนาในขณะดักฟังเป็นความผิดตามกฎหมายเมื่อกระทำการโดยบุคคลภายนอกโดยที่คู่สนทนาไม่รับรู้หรือไม่ยินยอมและจะต้องเป็นการดักฟังทางโทรศัพท์เท่านั้น^{๗๔} จึงสามารถสรุปได้ว่าการบันทึกเสียงการสนทนาที่กระทำโดยบุคคลภายนอก หากปรากฏว่าคู่สนทนารับรู้และยินยอมย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของคู่กรณีแต่อย่างใด แต่หากการบันทึกเสียงการสนทนาซึ่งดำเนินการโดยบุคคลภายนอกที่แม้คู่สนทนาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะรับรู้ถึงการบันทึกเสียงนั้นก็ ตาม พยานหลักฐานจากการบันทึกเสียงการสนทนาดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเนื่องจากบุคคลภายนอกได้ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารของคู่สนทนาฝ่ายที่ไม่ยินยอมนั้นแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๘๑/๒๕๕๕ นายจำเลยที่ ๒ ได้ลักลอบบันทึกการสนทนาระหว่างโจทก์ร่วมกับพยานและจำเลยที่ ๒ โดยที่โจทก์ร่วมและพยานไม่ทราบมาก่อน เป็นการ

^{๗๑} ปิตักุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน: พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง, หน้า ๕๗.

^{๗๒} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "วิเคราะห์การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย," วารสารนิติศาสตร์ ๑๕, ๓ (๒๕๒๘): ๘.

^{๗๓} ดูเพิ่มเติมใน ปิตักุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน: พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง, หน้า ๕๗.

^{๗๔} อำนจรัฐในการดักฟังทางโทรศัพท์ (การเสวนาทางวิชาการเมื่อวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๙ ห้องประชุม ๑๑๒ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เวลา ๑๔.๐๐ -๑๖.๓๐ น.), "วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๒๖ ฉบับที่ ๒๓ (กันยายน, ๒๕๓๙), หน้า ๖๕๙ อ้างใน ฐานิศร์ วรรณสุข, "ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย," หน้า ๙๒.

แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ แต่ในคดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่าหากรับฟังเทปบันทึกเสียงที่เป็นพยานหลักฐาน น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑ ได้มาโดยมิชอบ ศาลจึงยอมรับฟังเทปบันทึกเสียงที่ได้จากการลักลอบบันทึกและละเมิดต่อสิทธิในการสื่อสารของโจทก์ร่วมและพยานนั้น

นอกจากการลักลอบบันทึกการสนทนาดังกล่าวแล้ว มีประเด็นนำพิจารณาว่าในปัจจุบันที่เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ได้รับการพัฒนาให้สามารถบันทึกเสียงและภาพได้หลายรูปแบบวิธี เช่น กรณีคลิปวิดีโอ ผู้เขียนเห็นว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการบันทึกเสียงหรือภาพดังกล่าวจะสามารถรับฟังได้เมื่อการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นไม่ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับการบันทึกเสียงหรือภาพนั้นๆ หากบุคคลที่สามลักลอบเข้าไปบันทึกเสียงหรือภาพโดยที่บุคคลนั้นไม่รู้ตัวย่อมเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่บุคคลที่ถูกบันทึกเสียงหรือภาพนั้นจะไม่มีสิทธิที่จะคาดหวังความเป็นส่วนตัว เช่น อยู่ในที่สาธารณะ เนื่องจากไม่มีการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวแต่อย่างใด^{๗๕} อย่างไรก็ตาม มีประเด็นนำพิจารณาเพิ่มเติมว่าหากมีการวางแผน หลอกลวงหรือการกระทำโดยมิชอบเพื่อบันทึกภาพและสร้างพยานหลักฐานขึ้นใหม่ จะเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายและต้องห้ามมิให้รับฟังหรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๑๔/๒๕๕๑ จำเลยไปที่บ้านของ ว. พร้อมกับทนายความและเจ้าพนักงานตำรวจอีกคนหนึ่งเพื่อพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องการเบิกเงินของ บ. และการใช้กระแสไฟฟ้าจากโรงงานจำเลย โดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้นั้นได้แอบบันทึกเหตุการณ์ทั้งภาพและเสียงไว้ด้วยพฤติการณ์ในการบันทึกเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นการลักลอบกระทำก่อนวันที่จำเลยอ้างตนเองเข้าเบิกความเป็นพยานเพียง ๑ วัน เพราะต้องการจะได้ข้อมูลที่แอบบันทึกไว้ เนื่องจากจำเลยฉีกเอกสารหลักฐานที่ว่าจ้าง บ. ก่อสร้างโรงงานทิ้งไปแล้ว จึงพยายามหาหลักฐานใหม่ ดังนั้น ข้อมูลดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐานที่จำเลยทำขึ้นใหม่ด้วยการทำเป็นตึกกับ ว. แล้วลักลอบบันทึกเหตุการณ์นั้นไว้ ถือได้ว่า เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวงและด้วยวิธีการที่มิชอบ ต้องห้ามมิให้อ้างเป็นพยานหลักฐานตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา ๒๖ ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖

^{๗๕} คำพิพากษาศาลฎีกา ๔๖๗๔/๒๕๕๓

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เห็นได้ว่าศาลได้วินิจฉัยถึงวัตถุประสงค์ในการบันทึกเสียงหรือภาพของคู่กรณีประกอบด้วย โดยมีได้พิจารณาแต่เพียงว่าหากการบันทึกเสียงและภาพนั้นดำเนินการโดยคู่กรณีแล้วจะสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้เสมอไป หากคู่กรณีมีเจตนาที่ถือได้ว่าเป็นการล่อลวงจนคู่กรณีอีกฝ่ายได้พูดหรือมีการกระทำที่สมประโยชน์คู่กรณีฝ่ายที่ทำการล่อลวงแล้ว ย่อมเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ แม้กรณีดังกล่าวจะเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจหากแต่ดำเนินการในทางมิชอบเพื่อประโยชน์ของคู่ความที่แม้จะเป็นฝ่ายจำเลยก็ตาม จึงสามารถสรุปได้ว่านอกจากศาลจะพิเคราะห์ถึงเจตนาเริ่มแรกของการบันทึกเทปเสียงและภาพนั้นแล้ว ยังปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของฝ่ายจำเลยด้วย

จากการศึกษาถึงวัตถุประสงค์ที่มาและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ทำให้สามารถสรุปได้ว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ มิได้มีจุดมุ่งหมายเพียงเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยมิให้ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าจะผู้ดำเนินการดังกล่าวจะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชนก็ตาม และยังเป็นไปเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมที่โดยศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วย เพราะแม้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานมาใช้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ แต่มิได้หมายความว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการได้แต่อย่างใด

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนซึ่งต้องห้ามมิให้รับฟัง จึงหมายถึงพยานหลักฐานที่ได้มาละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว โดยสามารถแบ่งพิจารณาได้เป็นพยานหลักฐานซึ่งวิธีการได้มาโดยกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือขั้นตอนของกฎหมาย (Illegally Conduct) หรือโดยวิธีการที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม (Improperly or Unfairly Conduct) วิธีการหรือเทคนิคได้มานั้นไม่ชอบซึ่งอาจมีความร้ายแรงไม่เท่ากัน^{๗๖} ในบางกรณีพยานหลักฐานนั้นอาจเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบและฝ่าฝืนกฎหมายอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้วพยานหลักฐานที่ได้มาทั้งสองประเภทนี้ต่างถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากการแบ่งพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็น ๒ ประเภทดังกล่าวจะทำให้คู่ความหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีสามารถเข้าใจและตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้ง่ายขึ้น โดยเฉพาะพยานหลักฐานที่

^{๗๖} โสภณ รัตนากร, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๑๘๘.

ได้มาโดยละเมิดต่อกฎหมาย ที่สามารถตรวจสอบความชอบของวิธีการได้ง่ายจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดถึงวิธีการหรือตัวบุคคลที่มีอำนาจในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นไว้ หากพยานหลักฐานใดได้มาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เมื่อปรากฏแก่ศาลหรือคู่ความหรือเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องในคดีย่อมสามารถสันนิษฐานได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เว้นแต่ฝ่ายที่ได้พยานหลักฐานเช่นนั้นมาจะมีข้อพิสูจน์อื่นหรือแสดงให้เห็นว่ามีอำนาจตามกฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานชั้นนั้น แต่สำหรับในกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ถูกต้องหรือเป็นธรรมชาติผู้เขียนเห็นว่าการตรวจสอบวิธีการได้มาค่อนข้างเป็นไปได้ยาก เนื่องจากบางครั้งผู้ที่ได้รับผลกระทบจากวิธีการแสวงหาไม่ทราบว่าสิทธิของตนถูกระทบจึงไม่ได้แย้งวิธีการได้มาโดยมิชอบต่อศาล และในบางครั้งการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก ศาลหรือผู้ที่เกี่ยวข้องจึงไม่อาจรู้และตรวจสอบถึงความไม่ชอบในการวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นได้แต่อย่างใดเลย

๔.๔ บทวิเคราะห์แนวความคิดและขอบเขตของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาได้มาโดยมิชอบของเอกชนในต่างประเทศระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

กลุ่มประเทศระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Countries) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Countries) ได้พัฒนาหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้รับความนิยมมากขึ้น หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐทำให้เกิดแนวคิดการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ หลายประเทศจึงนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ เช่น แอฟริกาใต้ แคนาดา หรือกำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีอาญา เช่น อังกฤษ รวมถึงการคุ้มครองไว้อย่างกว้างขวางในรัฐธรรมนูญ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือเยอรมนี เพื่อใช้บทตัดพยานหลักฐานเป็นเครื่องมือในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐให้อยู่ในกรอบอำนาจที่กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การที่หลายประเทศให้ความสำคัญกับคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานเป็นอย่างยิ่ง ทำให้แนวแนวคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีความคล้ายคลึงกัน โดยเห็นว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นเดิมเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นและมีอยู่จริง จึงมีความน่าเชื่อถือและการที่พยานหลักฐานบางชิ้นมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูง ซึ่งมีความสำคัญในการพิสูจน์ความจริงในคดีเป็นอย่างยิ่ง เมื่อวิธีการได้มาไม่มีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือหรือคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานนั้น การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์อาจทำให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการลงโทษและสร้างความเสียหายแก่สังคมอย่างใหญ่หลวงได้ ศาลจึงยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและจำกัดขอบเขตการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานใน

เฉพาะกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นไม่รวมถึงกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน แต่อย่างไร

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเอกชนซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาย่อมเข้ามาเกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานร่วมกับเจ้าหน้าที่รัฐทั้งทางตรงและทางอ้อม ไม่ว่าจะโดยการชี้เบาะแสหรือการมอบพยานหลักฐานให้เจ้าพนักงานที่มีอำนาจดำเนินการต่อในชั้นพิจารณาคดีของศาล ทำให้พยานหลักฐานอาจได้มาโดยเอกชนได้ และหากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยเอกชนนั้นใช้วิธีการมิชอบ ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนอื่น ศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการย่อมต้องพิจารณาว่าการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของประชาชนอย่างไร้แรงหรือไม่ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เสียหายจากการกระทำโดยมิชอบนี้ในทุกบริบทไม่ว่าจะในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกัน หากศาลรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นจึงเท่ากับศาลปฏิเสธการกระทำที่ผิดกฎหมายและปฏิเสธการอำนวยความยุติธรรมแก่บุคคลผู้ที่สิทธิเสรีภาพถูกละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายนั้น และย่อมส่งผลกระทบต่อความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมได้ หลายประเทศจึงนำหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนด้วย ดังนี้แล้ว จึงสามารถสรุปได้ว่าปัจจัยสำคัญในการนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกแทรกแซงจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจ ขอบเขตการนำพยานหลักฐานมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนแตกต่างกันขึ้นอยู่กับพื้นฐานกระบวนการดำเนินคดีและนิตินโยบายของแต่ละประเทศ

แนวคิดบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นจากการพัฒนาของศาลสูงสุดเพื่อยับยั้งและลงโทษการใช้อำนาจในการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันควรซึ่งถือเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่ละเมิดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประชาชนตามรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ (Fourth Amendment) ทำให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิจารณาปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานในกรณีที่พยานหลักฐานได้มาโดยการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Conduct) เท่านั้น แต่หากการแสวงหาพยานหลักฐานละเมิดกฎหมายทั่วไปที่ไม่มีบทตัดพยานหลักฐานเป็นการเฉพาะก็จะต้องแยกไปว่ากล่าวอีกคดีหนึ่ง อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาจะไม่นำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ดำเนินการโดยเอกชน (Private Doctrine) ที่ไม่ปรากฏความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับรัฐ (State Action) ไม่ว่าจะเข้าไปโดยการสนับสนุนหรือการเข้ามามีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่ หรือการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจรัฐ (Public Function/ Under color of law) โดยเด็ดขาด เนื่องจากเหตุผลสำคัญคือรัฐธรรมนูญกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับ

เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงเอกชนแต่อย่างใด ประกอบกับแนวคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยังคงฝังรากลึกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกาที่พยานหลักฐานแม้จะได้อามาโดยมิชอบก็สามารถรับฟังได้เนื่องจากวิธีการไม่ส่งผลกระทบต่อคุณค่าในการพิสูจน์ความจริงของพยานหลักฐานนั้น การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงต้องระมัดระวังและอยู่ในขอบเขตที่จำกัดอย่างยิ่ง และบทตัดพยานหลักฐานดังกล่าวจะถูกนำมาปรับใช้ต่อเมื่อการกระทำของเอกชนละเมิดต่อรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ เท่านั้น แม้ว่านักวิชาการและนักกฎหมายจะเห็นว่าควรจะนำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนโดยแท้เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมด้วย โดยศาลจะต้องไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ ในทุกบริบท ไม่ว่าจะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชนก็ตาม อย่างไรก็ตาม บางมลรัฐนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไปปรับใช้กับกรณีการกระทำของเอกชนโดยแท้ด้วยตราบทเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐมิชิแกนและมลรัฐมินิโซตา ในขณะที่มลรัฐเท็กซัสนำไปปรับใช้กับกรณีของเอกชนภายใต้เงื่อนไขเดียวกับศาลของรัฐบาลกลาง เป็นต้น

แคนาดามีแนวคิดเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาที่จะปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้ละเมิดต่อ Charter of Rights and Freedoms เท่านั้น แต่เนื่องจากแคนาดาได้รับแนวคิดการใช้ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรม (Fairness Discretion) จากอังกฤษ ทำให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรงในกรณีของเอกชนต่อเมื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองและรับรองตาม Charter of Rights and Freedoms อย่างร้ายแรงเท่านั้น ไม่รวมถึงการละเมิดกฎหมายอื่นๆทั่วไป

ในขณะที่อังกฤษซึ่งให้ความสำคัญกับการค้นหาความจริงโดยพยานหลักฐาน จึงมีหลักการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวางรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย (Inclusionary rule) แต่หากศาลเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานจะกระทบต่อความยุติธรรมในการดำเนินคดีหรือการอำนวยความยุติธรรมแก่กระบวนการพิจารณาคดีในภาพรวม ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นตามที่ PACE มาตรา ๗๘ ได้กำหนดไว้ โดยจะต้องคำนึงถึงความเสียหายที่อาจแก่กระบวนการยุติธรรมโดยรวมเป็นสำคัญ สำหรับการนำมาปรับใช้กับเอกชนนั้น หากการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนผู้มีส่วนที่เกี่ยวกับการสืบสวนและสอบสวน เช่น นักสืบ ละเมิดต่อแนวทางปฏิบัติที่กำหนดไว้ใน the Code of Practices ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เอกชนได้มาโดยละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง หรือวิธีการได้มาไม่ถูกต้องหรือไม่

เป็นธรรมเนียมที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) และ the Human Rights Act ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศให้การรับรอง การที่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อกฎหมายหรือใช้วิธีการอันไม่ถูกต้องอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมในคดีอย่างร้ายแรงได้ ศาลต้องพิจารณาลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ รวมถึงสิทธิที่ควรได้รับการปกป้องกับประโยชน์ของสาธารณะที่จะได้จากการรับฟังพยานหลักฐานนั้นประกอบเช่นกัน

ออสเตรเลียกำหนดให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายและพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบหรือไม่เหมาะสมหรือเป็นธรรมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งห้ามมิให้ศาลรับฟัง เว้นแต่ศาลจะใช้ดุลพินิจตามแนวทางที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓๘ (๓)(a) - (h) ของกฎหมายพยานหลักฐาน (the Evidence Act 1995) โดยศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ บทตัดพยานหลักฐานจึงถูกนำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชน และการแสวงหาพยานหลักฐานนอกประเทศที่ปฏิบัติไม่ได้ตามมาตรฐานของกฎหมายออสเตรเลียเช่นกัน

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลจึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และนำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนด้วย

สำหรับกลุ่มประเทศระบบซีวิลลอว์ใช้ระบบการพิจารณาคดีอาญาแบบไต่สวนซึ่งมีหลักการค้นหาความจริงโดยรัฐเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม ทำให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวาง และศาลสามารถขังน้ำหนักพยานหลักฐานได้อย่างอิสระ แต่เนื่องจากอิทธิพลของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) ทำให้หลายประเทศนำหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ในกฎหมายภายในประเทศรวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานด้วย แต่เนื่องจากแนวคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยรัฐ ทำให้การจะแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพใดๆของประชาชนจะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น เจ้าหน้าที่รัฐจึงผูกพันโดยตรงที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีอาญาในหลายประเทศจึงบังคับใช้กับการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น และจะปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนต่อเมื่อวิธีการการแสวงหาพยานหลักฐานละเมิดต่อบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรงเท่านั้น หรือฝ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติบทตัดพยานหลักฐานไว้โดยเฉพาะ เป็นที่น่าสังเกตประการหนึ่งคือหลักเกณฑ์สำคัญที่ทุกประเทศมีร่วมกันคือการรักษาประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการรับฟังพยานหลักฐาน เช่นว่านั้น หากผลประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการควบคุมอาชญากรรมและผลประโยชน์ของเอกชนที่จะได้รับการคุ้มครองในสิทธิเสรีภาพขัดกัน ประโยชน์ของรัฐย่อมมาก่อนสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้

ที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นเสมอ แต่จะต้องไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute rights) เช่น สิทธิในชีวิต หรือสิทธิในร่างกาย เป็นต้น ซึ่งจะถูกละเมิดไม่ได้เด็ดขาด

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่หลายประเทศปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ เนื่องจากการที่มีระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างเคร่งครัด เจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในกระบวนการพิจารณาตัดสินคดีอาญา การดำเนินการโดยเอกชนจึงเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้น้อย ทำให้บทบัญญัติมุ่งพิจารณาและให้ความสำคัญกับการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งใช้อำนาจรัฐเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐาน ซึ่งหากใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบอาจสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชนได้ โดยเฉพาะผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่อาจไม่ได้รับความยุติธรรมในการดำเนินคดีได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อสงสัยเกี่ยวกับประเทศที่มีระบบการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชนด้วย เช่น อังกฤษ แนวคิดในการไม่รับฟังพยานหลักฐานจะมีความแตกต่างออกไป กล่าวคือการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานในอังกฤษไม่ใช่เพื่อการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐาน หากขึ้นไปเพื่อความยุติธรรมของกระบวนการพิจารณาโดยรวม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจุดมุ่งหมายในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีความคล้ายคลึงกับจุดมุ่งหมายในการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยเป็นอย่างยิ่ง

จากการศึกษาที่ผ่านมา สามารถสรุปได้ว่าบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากำหนดขึ้นมีวัตถุประสงค์สำคัญในการยับยั้งการกระทำที่ละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของเจ้าหน้าที่รัฐ อันเป็นเหตุผลลักษณะเฉพาะของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เคร่งครัดต่างไปจากแนวคิดของการปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประเทศอื่นๆ โดยจะให้ความสำคัญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศอื่นแม้แต่ประเทศที่ใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลักเอง เมื่อเอกชนเข้ามามีบทบาทในการช่วยเจ้าหน้าที่รัฐรวบรวมพยานหลักฐานหรือพยานหลักฐานย่อมได้จากเอกชนในฐานะที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงต่างมีการนำแนวคิดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนด้วยเช่นกันเพื่อให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ซึ่งถือเป็นบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยแล้วเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของการร่างบทบัญญัติดังกล่าวคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ให้ถูกแทรกแซงจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับระบบการพิจารณาตัดสินคดีของไทยแบบดั้งเดิม ซึ่ง

รวมถึงรูปแบบการดำเนินคดีอาญาของไทยที่มีความแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาของต่างประเทศ เพราะแม้ไทยจะใช้ระบบดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก หากเอกชนมีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาควบคู่กับรัฐในเกือบทุกฐานความผิดทั้งคดีความผิดต่อส่วนตัวและความผิดอาญาแผ่นดินที่เอกชนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ จึงอาจกล่าวได้ว่าเอกชนมีอำนาจในสิทธิกระบวนการพิจารณาคดีอาญากว้างขวางและสิทธิในการดำเนินคดีอาญาดังกล่าวได้รับรองการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน จึงเห็นได้ว่ามีลักษณะที่แตกต่างจากประเทศตะวันตกที่มีลักษณะการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐที่เอกชนมีบทบาทในการดำเนินคดีอาญาน้อยมาก เอกชนของไทยจึงไม่เพียงแต่มีหน้าที่ช่วยเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์เช่นเดียวกับเอกชนของต่างประเทศเท่านั้น หากแต่อยู่ในฐานะที่จะต้องนำเสนอพยานหลักฐานในกรณีที่ฟ้องคดีต่อศาลเองตามหลักเกณฑ์ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ในหลายมาตราด้วยกันรวมถึงบทบัญญัติเรื่องพยานหลักฐานเช่นกัน

การที่กฎหมายไทยอนุญาตให้คู่ความสามารถนำพยานหลักฐานทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ หรือพยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยเข้าสืบและรับฟังได้อย่างกว้างขวางตามแนวทางของระบบซีวิลลอว์ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่การมีบทตัดพยานหลักฐานต่างๆรวมถึงบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาจากวิธีการหรือกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งได้สร้างความเสียหายแก่สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนและทำลายความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม รวมถึงการกำหนดข้อยกเว้นให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังเพื่อประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกคล้อยคลึงกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยแม้จะมีความคล้ายคลึงหรือได้รับอิทธิพลบางส่วนจากบทตัดพยานหลักฐานของต่างประเทศ หากมีมูลฐานทางความคิดที่แตกต่างจากการรับแนวคิดบทตัดพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากประเทศตะวันตกมาใช้ด้วยเหตุผลและความจำเป็นที่แตกต่างกับประเทศอื่นๆที่ปรับใช้ในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น บทตัดพยานหลักฐานของไทยจึงหาได้รับเอาแนวคิดของตะวันตกมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมดไม่

ดังนั้นแล้ว แม้บทตัดพยานหลักฐานจะบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเองได้รับรองการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชนอย่างกว้างขวางและเป็นเอกเทศจากพนักงานอัยการ กระบวนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาใดๆที่กระทำโดยเอกชนจึงต้องอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการขั้นตอนต่างๆของการดำเนินคดีอาญาด้วยเช่นกัน การที่เอกชนเป็นผู้มีสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาจึงทำให้ต้องตีความมาตรา ๒๒๖ ตามเจตนารมณ์

ที่มีขึ้นเพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจถูกระทบจากการแสวงหา
พยานหลักฐานโดยมิชอบไม่ว่าจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชนด้วยกันเองก็ตาม ทำให้
มาตรา ๒๒๖ ปรับใช้กับกรณีการกระทำของเอกชนด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖
ของไทยมีความทันสมัยเป็นอย่างยิ่ง และเป็นมาตรการเยียวยา (Remedy) ทางกฎหมายในแบบไทย
เพื่อให้บทตัดพยานหลักฐานได้ใช้เป็นเครื่องมือที่รัฐในการจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพของ
ราษฎรแต่ละคน เพื่อป้องกันไม่ให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆที่
กระทบต่อเอกชนด้วยกันหรือประโยชน์ส่วนรวมได้ การปรับใช้มาตรา ๒๒๖ จึงควรถูกนำมาปรับใช้ให้
เหมาะสมกับกระบวนการพิจารณาคดีของไทยโดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิงกับแนวคิดของต่างประเทศหรือ
ยึดถือถ้อยคำในตำบทย่างเคร่งครัด ซึ่งอาจส่งผลเสียต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและ
กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระยะยาวได้



บทที่ ๕

การปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน

ดังที่ได้ศึกษาและอธิบายในบทที่ผ่านมาถึงการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน สารสำคัญของ การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นไปเพื่อเหตุผลในการอำนวยความสะดวก ยุติธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีอาญา และเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

อย่างไรก็ดี จุดมุ่งหมายการดำเนินคดีอาญาของเอกชนเป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนบุคคลมากกว่าจะเป็นการรักษาประโยชน์สาธารณะหรือสังคมส่วนรวม การนำมาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ มาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนจึงจะต้องพิจารณาประโยชน์ของเอกชนที่ขัดกันควบคู่กับประโยชน์ของรัฐเสมอ ศาลจึงต้องปรับใช้อย่างระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลไม่ให้ถูกแทรกแซงโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญในการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในขณะเดียวกันเพื่อป้องกันมิให้พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ต้องเสียไปจากการไม่รู้หรือไม่สนใจจะปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนตามกฎหมายของเอกชน แต่เนื่องแนวความคิดการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนยังไม่มี ความชัดเจน อีกทั้งข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาขอเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการบริหารงานยุติธรรมโดยภาพรวมได้ ในบทนี้จึงจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการเสนอแนะแนวทางแก้ปัญหาในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนต่อไป

๕.๑ การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑

การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงอาจส่งผลกระทบต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์สาธารณะที่ควรได้รับในการพิสูจน์ความจริงที่ได้จากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีระดับความผิดร้ายแรงมาก เพราะเมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นย่อมสร้างความหวาดกลัวแก่สังคมและทำให้ประชาชนในสังคมรู้สึกไม่มั่นคงปลอดภัยจนกว่ารัฐจะสามารถนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้โดยอาศัยการวินิจฉัยจากพยานหลักฐานทั้งปวงที่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี^๑ ความขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์รัฐ (Public Interest) ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และประโยชน์เอกชน (Individual Interest) ที่สิทธิเสรีภาพอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินคดีอาญาจึงต้องถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาควบคู่ไปเสมอ^๒ การรับฟังพยานหลักฐานจึงต้องประสานระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของเอกชนให้สมดุลกัน แต่ประเทศไทยจึงบัญญัติกฎหมายเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในลักษณะที่ยืดหยุ่นให้สามารถปรับใช้ได้ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณี ซึ่งขอบเขตการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานจะแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าประเทศใดจะให้ความสำคัญต่อน้ำหนักในการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) หรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนตามหลักความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process) มากกว่ากัน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา ๒๒๖/๑^๓ ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ได้มาโดยมิชอบ หรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ โดยกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานเช่นว่านั้น ดังนี้

“ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็น

^๑ เข็มชัย ชุตินวงศ์, "กฎหมายลักษณะพยาน," ใน *รวมคำบรรยาย ภาค ๒ สมัยที่ ๖๑*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๒), หน้า ๑๔๕.

^๒ คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, หน้า ๑๑๕.

^๓ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒๘) พ.ศ. ๒๕๕๑

ประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกความยุติธรรมมากกว่าผลเสีย อันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (๑) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (๒) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (๓) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- (๔) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่ากฎหมายไทยให้ความสำคัญกับคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานเป็นอย่างยิ่ง^๔ เพราะแม้มาตรา ๒๒๖/๑ จะวางหลักห้ามศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ แต่เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายจึงให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวางและสามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมและเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีได้ หากการรับฟังพยานหลักฐานนั้นน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกความยุติธรรมทางอาญามากกว่าผลเสียจากการที่ยอมรับฟังที่มีต่อมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน^๕ ศาลซึ่งเป็นองค์กรในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งปวงเพื่อชั่งน้ำหนักเพื่อหาความสมดุลระหว่างประโยชน์และความเหมาะสมชอบธรรมในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ไม่ว่าจะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชนว่าได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนมากกว่าหรือน้อยกว่าประโยชน์ที่พึงจะได้รับจากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นหรือไม่ เป็นสำคัญ โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆในการพิจารณาใช้ดุลพินิจประกอบด้วย

^๔ พรเพชร วิชิตชลชัย, "สิทธิในการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาตามบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 6 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา : วิเคราะห์หลักการและเหตุผลรวมถึงสิทธิอนุพันธ์ (Derivative Rights)," ใน รายงานงานเสวนาทางวิชาการ เรื่องการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย : การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย , (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๔๖), หน้า ๔๓.

^๕ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๒๗๘.

เมื่อพิจารณาปัจจัยเรื่องคุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของ พยานหลักฐาน จึงเห็นได้ว่าโอกาสที่ศาลจะพิจารณารับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อใช้พิสูจน์ ความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเมื่อพยานหลักฐานนั้นมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ โดยเฉพาะ ในกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่น หรือไม่มีพยานหลักฐานอื่นเพียงพอที่จะสามารถใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริง ในคดีได้อีก พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงควรยกเว้นให้รับฟังได้ ประกอบกับปัจจัยในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี หากปรากฏว่าคดีนั้นเป็นคดีอุกฉกรรจ์ที่มี ความร้ายแรง สิ่งที่จะต้องพิจารณาขึ้นเป็นพิเศษมากกว่าในคดีปกติธรรมดา ก็คือประโยชน์สาธารณะ^๖ ทำให้ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องรับฟังพยานหลักฐานขึ้นสำคัญที่ได้มาจากการละเมิดสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะการต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไปหรือไม่สามารถลงโทษในฐานะความผิดที่ควรจะเป็นแล้ว สังคมย่อมได้รับผลกระทบมากกว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีความสำคัญและมีความน่าเชื่อถือ เพียงเพราะการได้มาไม่ชอบ^๗

อย่างไรก็ตาม ลำพังพฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งคดีไม่เพียงพอที่จะให้ศาลตัดสินใจ รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ศาลจะต้องพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะและความ เสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบคู่กับพฤติการณ์การได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นประกอบด้วย ถ้าวิธีการได้มาฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่รุนแรงเมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด พยานหลักฐานนี้สมควรรับฟังได้^๘ แต่หากความผิดในคดีนั้นไม่ร้ายแรง ความจำเป็นที่จะต้องลงโทษ จำเลยอย่างจริงจังก็น้อยลง โอกาสที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือที่ได้มาโดย อาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนั้นก็จะมีมากขึ้น เว้นแต่บุคคลผู้แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิ ชอบหรือปราศจากอำนาจตามกฎหมายซึ่งมีความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ถูกดำเนินคดีลงโทษ ไปแล้วก็ถือว่ามี การเยียวยาการกระทำไม่ชอบไปแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าวจึงสามารถรับฟังได้ เพราะการไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นมาตรการลงโทษ (Sanction) ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนหรือ ละเมิดกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่หากไม่มีการลงโทษอย่างจริงจัง ศาลก็น่าจะให้ตัดพยานหลักฐาน ดังกล่าว^๙

^๖ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, ๒๕๔๙), หน้า ๔๐-๔๑.

^๗ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๒๘๖.

^๘ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๒๖.

^๙ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า ๒๖๘-๒๖๙.

จากแนวทางการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ สามารถสรุปได้ว่าพฤติการณ์และความร้ายแรงของคดีเป็นตัวชี้วัดที่สำคัญที่สุดที่ศาลจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักอยู่เสมอ เนื่องจากในคดีอุกฉกรรจ์ที่มีความร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อประชาชนและสังคมเป็นอย่างมาก เช่น คดีความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย คดีความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงในราชอาณาจักร คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด คดีเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ คดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน คดีเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ หรือคดีอื่น ๆ ที่มีลักษณะร้ายแรงในทำนองเดียวกัน ล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะทั้งสิ้น ทำให้ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นประเด็นสำคัญในคดีที่มีความร้ายแรงเช่นกัน เนื่องจากสิ่งที่มีคุณค่ามากกว่าประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกบุคคลคือความปลอดภัยของสังคมโดยรวมที่ควรจะต้องมาก่อนเสมอ นั่นเอง

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ศาลไทยให้ความสำคัญกับการค้นหาความจริงเป็นอย่างยิ่ง เห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่ได้ใช้บทบัญญัติมาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด ศาลไทยกำหนดให้ผู้ชี้แจงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบแยกไปว่ากล่าวอีกส่วนหนึ่งแยกจากการรับฟังพยานหลักฐาน^{๑๐} แม้ต่อมาจะมีการบัญญัติมาตรา ๒๒๖/๑ เพิ่มเติมเพื่อให้แนวทางในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีความชัดเจนมากขึ้น ศาลมีแนวโน้มที่จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหากมีสามารถชี้บ่งข้อเท็จจริงอันสำคัญในคดีได้มากกว่าที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้น เพราะต้องการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ มุ่งเน้นวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างมาก เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ปรากฏว่าการแสวงหาพยานหลักฐานเช่นนั้นกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบการแสวงหาพยานหลักฐานระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการแสวงหาพยานหลักฐานไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มีความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะการเข้าถึงพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่รัฐอาศัยอำนาจรัฐเป็นเครื่องมือให้สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางมากกว่าเอกชน ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่รัฐได้มาอย่างเคร่งครัดเพื่อคุ้มครองผู้ต้องหรือจำเลยซึ่งเป็นประชาชนธรรมดาและไม่มีข้อได้เปรียบในการเข้าถึงพยานหลักฐานได้เท่าเจ้าหน้าที่รัฐ อีกทั้งวัตถุประสงค์ในการดำเนินการของเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างไปจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงมีประเด็นนำพิจารณาว่าการปรับใช้

^{๑๐} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๙๓/๒๕๕๐๗ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๔๔/๒๕๔๘

ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีของเอกชนจะมีทิศทางอย่างไร

๕.๑.๑ บทวิเคราะห์การใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน

รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งถือเป็นรากฐานความมั่นคงของรัฐตามแนวคิดของทฤษฎีสัญญาประชาคม การกระทำความผิดอาญาที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอาจส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมได้ รัฐจึงเข้ามามีบทบาทในการดำเนินคดีอาญากับผู้ที่กระทำความเสียหายแก่สังคมโดยใช้อำนาจรัฐผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งกำหนดภาระและหลักเกณฑ์ต่างๆ ให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีอำนาจบังคับการตามกฎหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม วัตถุประสงค์ในการเข้าแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงตั้งอยู่บนประโยชน์สาธารณะทั้งสิ้น ดังนั้นแล้ว การปกป้องคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากการเกิดอาชญากรรมและการป้องกันการกระทำความผิดอาญาจึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ยกเว้นหลักการห้ามแทรกแซงหรือล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพภายใต้การรับรองของกฎหมาย การดำเนินคดีอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นความรับผิดชอบของรัฐโดยเฉพาะ^{๑๑}

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์การดำเนินคดีอาญาของเอกชน เห็นได้ว่ามักจะตั้งอยู่บนพื้นฐานการคำนึงถึงเฉพาะส่วนได้เสียในประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความมากกว่าการจะคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือผลกระทบที่มีต่อความสงบสุขของสังคมเหมือนกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ การตัดสินใจและการดำเนินการใดๆ ของเอกชนจึงขึ้นอยู่กับความรู้สึกผิดชอบส่วนบุคคลมากกว่าจะคำนึงถึงสิทธิตามกฎหมาย เอกชนจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะกระทำการทางคดีเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดินแต่อย่างใด^{๑๒} การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้เอกชนมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางและเป็นเอกเทศจากพนักงานอัยการ จึงไม่อาจตีความได้ว่าหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเป็นหน้าที่ของเอกชนด้วย และการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไว้ก็มิได้หมายความว่าเอกชนจะสามารถแสวงหาพยานหลักฐานโดยปราศจากขอบเขตได้แต่อย่างใด ไม่เช่นนั้นแล้วเอกชนจะใช้อำนาจในการแทรกแซงสิทธิของเอกชนอื่นมากเสียกว่าที่เจ้าหน้าที่รัฐมีในการดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐเสียอีกและอาจเป็นการ

^{๑๑} กุลพล พลวัน, "ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยอัยการในประเทศไทย," วารสารอัยการ: ๔๕.

^{๑๒} นคร ผกามาต, "การฟ้องคดีอาญาแผ่นดิน (แง่คิดจากคำพิพากษา)," วารสารอัยการ ๑, (กรกฎาคม) (๒๕๒๑):

สนับสนุนเจ้าหน้าที่ของรัฐทางอ้อมในการใช้เอกชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพของประชาชนอื่นได้

การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ กกับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนจึงช่วยควบคุมให้เอกชนแสวงหาพยานหลักฐานด้วยความระมัดระวังและปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนแห่งกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอื่นมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงประชาชนมีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานค่อนข้างน้อย แม้ว่าการกระทำนั้นจะละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรือเป็นวิธีการที่วิญญูชนย่อมคาดหมายได้ว่าการกระทำนั้นไม่เหมาะสม และในบางครั้งเอง ผู้แสวงหาพยานหลักฐานและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานก็ไม่ได้ตระหนักถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นแต่อย่างใดเลย การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นอยู่เสมอและส่งผลกระทบต่อพยานหลักฐานที่ได้มานั้นเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ จึงมีประเด็นพิจารณาว่าประโยชน์ของส่วนรวมควรจะเสียไปจากการกระทำโดยไม่รู้และขาดความรอบคอบระมัดระวังในการปฏิบัติตามกฎหมายของเอกชนหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นกรณีคดีความผิดที่ไม่ร้ายแรงหรือคดีอุกฉกรรจ์ที่ส่งผลต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การแสวงหาพยานหลักฐานเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ของเอกชนทั้งสองฝ่าย หากปรากฏว่ามีความขัดแย้งกันระหว่างสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งกับผลประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง ศาลย่อมพิจารณาจากสิทธิที่ถูกกระทบว่าเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญ โดยเฉพาะต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือเป็นสิทธิที่รองลงมา และหากว่าเป็นเรื่องที่ปราศจากความสำคัญโดยสิ้นเชิง ศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนได้เสียต่างๆฝ่ายใดถูกกระทบมากน้อยกว่ากัน^{๑๓} ในกรณีนี้สิทธิและเสรีภาพย่อมได้รับความคุ้มครองก่อนอย่างชัดเจน^{๑๔} จึงเป็นการง่ายที่ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ยุติธรรมของกระบวนการพิจารณาคดี มิเช่นนั้นแล้วประชาชนก็จะไม่สนใจที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนแห่งกฎหมายเพราะพยานหลักฐานที่ได้มาไม่ว่าจะโดยวิธีการที่มิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมเพียงใดก็ตาม ถ้าศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังได้เสมอ ก็ย่อมไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างใดเลย โดยเฉพาะในกรณีที่คู่ความในคดีมีศักยภาพในการแสวงหาพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน หากศาล

^{๑๓} กมลชัย รัตนสากววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง, หน้า ๖๕.

^{๑๔} บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า ๒๑๗.

ใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากเอกชนฝ่ายที่มีความสามารถในการแสวงหาพยานหลักฐานที่เหนือกว่า ย่อมทำให้เกิดผลกระทบต่อหลักการสู่คดีอย่างเท่าเทียมกันได้

ข้อสังเกตเพิ่มเติมสืบเนื่องจากประเด็นดังกล่าวคือการพิจารณาความยากง่ายในการเข้าถึงพยานหลักฐานในแง่ที่ว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นได้สร้างความเดือดร้อนจนเกินสมควรกว่าความจำเป็นในการดำเนินการตามขั้นตอนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานตามกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้มาตรการที่อำนวยความสะดวกแก่เอกชนในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานในหลายวิธีการด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของพยานหลักฐานที่อาจได้มาโดยยาก เอกชนสามารถร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานที่ประสงค์จะใช้ อ้างอิงตามที่ระบุไว้ในบัญชีพยานได้อย่างกว้างขวาง เช่น กรณีพยานเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก หากผู้ที่ยึดถือพยานเอกสารได้รับหมายเรียกของศาลแล้วไม่ส่งพยานเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของตนให้ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดในหมายเรียก อาจมีความผิดทางอาญาและได้รับโทษ^{๑๕} เป็นต้น รวมถึงการอาศัยอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๓๒ ซึ่งพนักงานสอบสวนมีอำนาจในการตรวจ ยึด รวมถึงการออกหมายเรียกบุคคลที่ครอบครองสิ่งของใดที่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนเป็นกรณีคดีอุกฉกรรจ์ร้ายแรงและสร้างความเสียหายแก่สังคมเป็นอย่างมาก เห็นว่าการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานย่อมต่างออกไปจากกรณีคดีทั่วไปอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพไม่ใช่ความขัดแย้งระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองอีกต่อไป หากมีผลประโยชน์ของสังคมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย และศาลอาจต้องใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวแม้จะได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐจากการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อใช้พิสูจน์ความจริงในคดีอาญาจะต้องไม่ยุติลงหรือเสียไปจากการขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชน หรือเป็นผลจากการที่เอกชนซึ่งไม่รู้กฎหมายดีพอจึงอาจจะกระทำทางคดีลงไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรืออาจกระทำการใดๆโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนได้เสียของตนเองเป็นสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ของสังคมส่วนรวม เพราะหากประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชนขัดกันแล้ว ประโยชน์สาธารณะย่อมมาก่อนเสมอ^{๑๖} เพราะการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนเช่นว่าจะต้องก่อให้เกิดผลในทางยับยั้งอย่างจริงจัง ไม่เช่นนั้นแล้ว หากปรากฏว่าพยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานสำคัญในคดีแต่ศาลไม่

^{๑๕} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๓/๑

^{๑๖} เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า ๑๕๔.

รับฟังจนนำไปสู่การยกฟ้อง ถ้าความจริงปรากฏว่าผู้ต้องสงสัยหรือจำเลยได้กระทำความผิดจริงแต่ไม่ถูกลงโทษ ผลเสียก็จะตกอยู่กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งสิ้นอำนาจบังคับบัญชาสังคมให้เป็นระเบียบเรียบร้อยได้

การที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แม้จะกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ก็เป็นไปเพื่อให้สังคมดำรงอยู่อย่างสงบสุข แต่ในขณะเดียวกัน หากปรากฏว่าผู้ต้องสงสัยหรือจำเลยมิได้กระทำความผิดจริงก็จะเป็นเหยื่อทางคดีของราษฎรซึ่งอ้างว่าเป็นผู้เสียหาย โดยกลไกของรัฐไม่อาจเข้าไปให้ความเป็นธรรมได้แต่อย่างใด รวมถึงบุคคลภายนอกซึ่งสิทธิเสรีภาพได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานจนเกินความจำเป็นอีกด้วย ศาลจึงต้องคำนึงเสมอว่าการแสวงหาพยานหลักฐานกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในระดับใด หรือสิทธิเสรีภาพนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือไม่^{๑๗} เพราะแม้ว่าจะจะเป็นความผิดคดีอุกฉกรรจ์ หรือคดีที่มีผลกระทบต่อความเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรงที่สังคมต้องการจะได้บุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษมีเป็นอย่างยิ่ง แต่หากการแสวงหาพยานหลักฐานได้กระทบต่อสิทธิที่ได้รับการรับรองอย่างเด็ดขาด (Absolute Right) เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย ศาลควรจะต้องปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานเช่นว่านั้น แม้ว่าภายหลังต่อมาผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นจะถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิดจริงซึ่งถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิที่สร้างความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะและไม่สมควรได้รับการคุ้มครองหรือใช้ประโยชน์จากการคุ้มครองของรัฐก็ตาม เพราะหากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบสามารถให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้หมด ประชาชนจะไม่มีหลักประกันจากองค์กรใดของรัฐเลยที่รับรองความปลอดภัยในสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิต โดยเฉพาะสิทธิในชีวิตหรือร่างกายที่สมควรได้รับการปกป้องในทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของต่างประเทศมีแนวโน้มไปในทิศทางนี้เช่นกัน หากปรากฏแก่ศาลว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานได้ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องอย่างร้ายแรงและสิทธิเสรีภาพนั้นเป็นได้รับการรับรองอย่างเด็ดขาด ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังไม่ว่าพยานหลักฐานนั้นจะมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์เพียงใดและคดีนั้นเป็นคดีที่อุกฉกรรจ์ที่สร้างความเสียหายแก่สังคมอย่างร้ายแรงเพียงใดก็ตาม

การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์แต่เกิดจากการละเมิดที่ไม่ร้ายแรง อาจส่งผลต่อความมั่นใจและความปลอดภัยในสังคมระยะยาวได้ แต่การรับฟังพยานหลักฐานที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างร้ายแรงแม้ว่าความผิดนั้นจะเป็นคดีอุกฉกรรจ์น่าจะส่งผลกระทบและความเชื่อมั่นของคนในสังคมระยะยาวมากกว่าเช่นกัน และหากพยานหลักฐานในคดีอุกฉกรรจ์เช่นว่า

^{๑๗} บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า ๖๘.

นั้นได้มาโดยเอกชนย่อมแสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของประสิทธิภาพการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐในการป้องกันอาชญากรรมที่กำลังจะเกิดขึ้นด้วย

๕.๒ การตรวจสอบพยานหลักฐานจากการแสวงหาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนการพิจารณาหรือตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบแต่อย่างใด แต่จากการที่กฎหมายกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน จึงทำให้ศาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบระหว่างการพิจารณาคดีหรือในขณะที่มีการทำคำพิพากษาโดยปริยายเมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว การจะทราบได้ว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายและต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา ๒๒๖ ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานชิ้นนั้นเข้าสู่ขั้นตอนการนำสืบในกระบวนการพิจารณาคดีแล้ว การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ถูกละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่อาจไม่ทันการณ์หรือสร้างความเสียหายจนเกินเยียวยาได้^{๑๘๘} โดยเฉพาะการตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนไว้ โดยเฉพาะเหมือนกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากขั้นตอนต่างๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วพบว่า มีมาตรการตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในขั้นตอนต่างๆ ดังนี้

๕.๒.๑ การตรวจสอบในชั้นสอบสวน

๕.๒.๑.๑ พนักงานสอบสวน

พนักงานสอบสวนมีหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ทั้งจากฝ่ายผู้เสียหายหรือฝ่ายผู้ต้องหา เพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลย พยานหลักฐานที่ได้มานั้นจะถูกรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนเพื่อใช้พิจารณาทำความเห็นสั่งฟ้องและส่งสำนวนการสอบสวนให้พนักงานอัยการเพื่อดำเนินคดีต่อไป พยานหลักฐานที่รวบรวมไว้ในชั้นสอบสวนจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะนอกจากจะเป็นการเริ่มต้นดำเนินคดีแล้ว เมื่อพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนมิได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบด้วยประการอื่น ศาลย่อมไม่ใช้รับฟังมาประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ว่าจำเลยกระทำ ความผิดในชั้นพิจารณาได้อีกด้วย^{๑๘๙}

^{๑๘๘} ชาติ ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: เตือนตุลา, ๒๕๕๙), หน้า ๑๑๘.

^{๑๘๙} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๓/๒๕๓๖

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดหลักการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนไว้อย่างกว้างๆ แต่มิได้บัญญัติหน้าที่ในการตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้ พนักงานสอบสวนจึงรวบรวมพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของศาลเป็นหลัก หากพยานหลักฐานใดที่ศาลไม่รับฟัง การรวบรวมพยานหลักฐานที่ได้มานั้นก็จะไร้ประโยชน์และอาจสร้างความเสียหายแก่คดี^{๒๐} พนักงานสอบสวนจึงต้องตรวจสอบความน่าเชื่อถือ ความถูกต้องชอบด้วยระเบียบและสิ่งที่สำคัญที่สุดคือความถูกต้องชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานก่อนรวบรวมเข้าสำนวนเสมอ^{๒๑} โดยคำนึงถึงที่มาและความถูกต้องของวิธีการได้มาของพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อไม่ให้ศาลเกิดความสงสัยในข้อเท็จจริงได้

ดังนั้นแล้ว พนักงานสอบสวนจะต้องรวบรวมพยานหลักฐานให้ถูกต้องเป็นไปตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัดเพื่อให้พยานหลักฐานเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบ และสามารถรับฟังได้ รวมถึงการกลั่นกรองพิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานที่ได้จากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่น่ามารวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนนั้นมีความน่าเชื่อถือหรือรับฟังได้มากน้อยเพียงใด^{๒๒} เพื่อที่จะทำให้ทราบได้ว่าพยานหลักฐานใดที่มีความจำเป็นต้องรวบรวมไว้และพยานหลักฐานอย่างไรไม่สมควรนำเข้ามารวบรวมไว้ในสำนวนตามหลักกฎหมายเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖

อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา เป็นที่น่าสังเกตว่าพนักงานสอบสวนมุ่งเน้นการปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนเพื่อให้พยานหลักฐานได้มาโดยชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างเดียวนั้น แต่มิได้คำนึงถึงการตรวจสอบพยานหลักฐานที่อาจได้มาโดยมิชอบจากผู้เสียหายหรือผู้ต้องสงสัยแต่ประการใด เนื่องมาจากความไม่ชัดเจนในการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน ประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขั้นตอนการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนมีน้อยและไม่มีความชัดเจน ซึ่งแม้จะพิจารณาขอบเขตพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่างๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็จะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่เองขาดความรู้เกี่ยวกับกฎหมายที่มาของพยานหลักฐานนั้นๆ เช่นกัน ทั้งที่พยานหลักฐานบางชิ้นที่คู่กรณีเสนอเข้ามาเห็นได้อย่างชัดเจนว่าได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเฉพาะอย่างชัดเจน เช่น การดักฟังโทรศัพท์หรือการบันทึกเทปการสนทนาที่ฝ่ายตรงข้ามไม่รับรู้หรือไม่ยินยอม หรือแม้กระทั่งภาพแอบถ่าย เป็นต้น จึงเป็นเหตุให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนถูกรวบรวมเข้าในสำนวนการสอบสวนได้

^{๒๐} จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, หลักและทฤษฎีการสอบสวน, คณะตำรวจศาสตร์, หน้า ๓.

^{๒๑} คณิต ฒ นคร, อภิวินัยกระบวนการยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๗), หน้า ๖๑.

^{๒๒} สมพร พรหมพิตราร, คู่มือพยานหลักฐานคดีอาญา, หน้า ๑๘๗.

๕.๒.๑.๒ พนักงานอัยการ

พนักงานอัยการเป็นผู้ที่มีอำนาจฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล เมื่อได้รับสำนวนการสอบสวนจากพนักงานสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจะใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานในสำนวนสอบสวนโดยพิจารณาเนื้อหาในสำนวนการสอบสวนเพื่อออกความเห็นสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีตามเหตุผลที่เห็นสมควร^{๒๓} การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของพนักงานอัยการไม่มีกฎหมายวางหลักเกณฑ์ไว้แน่นอน พนักงานอัยการจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้กว้างขวางเพื่อพิจารณาว่าพยานหลักฐานมีเพียงพอที่คดีมีมูลให้ศาลพิจารณาประทับฟ้องหรือไม่ โดยไม่ต้องใช้วิธีพิจารณาชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานอย่างลึกซึ้ง^{๒๔} กรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานหรือมีพยานหลักฐานแต่ไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะให้ศาลพิจารณาลงโทษจำเลยได้ พนักงานอัยการย่อมสามารถใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามเหตุผลอันสมควรโดยออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

จากหลักการที่ว่า การดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ องค์กรทุกองค์กรต้องมีหน้าที่ในการตรวจสอบความจริงอย่างกระตือรือร้น (Active)^{๒๕} ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการนอกจากจะต้องดำเนินการค้นหาความจริงอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐแล้ว พนักงานอัยการยังมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย^{๒๖} จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่า หากพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนรวบรวมไว้ในสำนวนเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ โดยเอกชนและศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟัง เช่นนี้แล้วอาจทำให้คดีนั้นไม่มีพยานหลักฐานหรือมีพยานหลักฐานแต่ไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะให้ศาลพิจารณาลงโทษจำเลยได้ อีกทั้งการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการจะต้องอาศัยนโยบายของรัฐซึ่งถือความสงบสุขของประชาชนและสังคมโดยรวมเป็นสำคัญประกอบการพิจารณาด้วย^{๒๗} พนักงานจะใช้ดุลพินิจในการตัดพยานหลักฐานจากคดีดังกล่าวได้หรือไม่และเพียงใด เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกและปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานตั้งแต่ในชั้นเริ่มต้นคดี เนื่องจากพนักงานอัยการควรมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ

^{๒๓} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๔๓

^{๒๔} ดิน โต้ะกาเรม, "การตรวจและสั่งสำนวนคดีอาญา," วารสารอัยการ ๑๔, ๑๕๕ (๒๕๓๔): ๓๓.

^{๒๕} คณิต ณ นคร, "บทบาทของศาลในคดีอาญา," วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์ ๑, ๑ (๒๕๔๔): ๕๔.

^{๒๖} ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๔๗ ข้อ ๕

^{๒๗} รชฎ เจริญฉ่ำ, พยานหลักฐานในคดีอาญา, หน้า ๑๔๔.

พยานหลักฐานเช่นเดียวกันเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นกัน^{๒๘} โดยเฉพาะในกรณีที่ เอกชนผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ หากโจทก์ร่วมประสงค์จะสืบพยาน อื่นนอกจากที่พนักงานอัยการได้ยื่นไว้ก็ชอบที่จะระบุพยานหลักฐานเพิ่มเติม ซึ่งเมื่อยื่นบัญชีระบุ พยานแล้วก็สามารถใช้ได้ทั้งเรื่อง^{๒๙} หากพยานของโจทก์ร่วมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่ง อาจมีผลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ย่อมเสี่ยงต่อการทำให้คดีของพนักงานอัยการเสียหาย ได้ แม้ว่าพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายกระทำการหรือละเว้นกระทำการนั้น เพื่อประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญก็ตาม^{๓๐}

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖/๑ สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายกำหนดให้หน้าที่การใช้ดุลพินิจในการรับฟัง พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรืออาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบเป็นของศาลเท่านั้น เนื่องจากถือได้ว่าขั้นตอนการพิพากษาของศาลเป็นกระบวนการยุติธรรมขั้นสุดท้ายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เสรีภาพของประชาชน ศาลจึงต้องพิเคราะห์พยานหลักฐานอย่างมั่นคง ประกอบกับถ้อยคำในมาตรา ๒๒๗ ที่บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจทั้งปวงในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง” ศาลจึงเป็น องค์การเดียวที่มีอำนาจในการตรวจสอบกลั่นกรองว่าพยานหลักฐานชนิดใดที่นำจะนำเข้าสู่ศาลได้ หรือไม่ได้ จึงเห็นได้ว่าการรับฟังและกลั่นกรองพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนของพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการมีความหมายแคบกว่าในชั้นศาล เนื่องจากมีขอบเขตพิจารณาในชั้นต้นเพียงว่า พยานหลักฐานนั้นน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์และอยู่ในระดับมีเหตุอันควรเชื่อหรือคดีมี มูล (Prima Facie Case) หรือไม่เท่านั้น^{๓๑} ถ้าผลจากการกลั่นกรองของพนักงานสอบสวนเห็นว่าคดีมี เหตุอันควรเชื่อ (Probable Cause) และพนักงานอัยการเห็นว่าคดีมีมูลถึงขั้นที่จะให้ศาลรับฟ้องไว้ พิจารณาได้ก็จะดำเนินการฟ้องร้องผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อศาลต่อไป โดยไม่มีบทบัญญัติในประมวล

^{๒๘} เปรียบเทียบแนวทางของสหประชาชาติว่าด้วยบทบาทของอัยการ Guidelines on the Role of Prosecutors 1990 ข้อ ๑๖ “When prosecutors come into possession of evidence against suspects that they know or believe on reasonable grounds was obtained through recourse to unlawful methods, which constitute a grave violation of the suspect’s human rights, especially involving torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or other abuses of human rights, they shall refuse to use such evidence against anyone other than those who used such methods, or inform the Court accordingly, and shall take all necessary steps to ensure that those responsible for using such methods are brought to justice”

^{๒๙} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๐๙/๒๕๒๓

^{๓๐} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๓๒ “เมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหายจะกระทำให้คดีของอัยการเสียหาย โดยกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในกระบวนการพิจารณา พนักงาน อัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำ การนั้น ๆ ได้”

^{๓๑} จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, หลักและทฤษฎีการสอบสวน คณะตำรวจศาสตร์, หน้า ๑๑.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการต้องปฏิเสธไม่นำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเข้ามาสู่สำนวนไว้แต่อย่างใด

ผลที่ตามในทางปฏิบัติคือแม้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการรู้หรือควรรู้ว่าเอกชนได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบ พนักงานสอบสวนจะรวมพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นไว้ในสำนวนเสมอ พนักงานอัยการจะสั่งฟ้องคดีก่อนและให้เป็นดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้าในการเยียวยาสิทธิของผู้เสียหายจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้ ทั้งที่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในฐานะเป็นองค์กรรัฐที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรจะต้องเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานในแต่ละคดีด้วยเช่นกัน เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตั้งแต่เริ่มต้นคดี

๕.๒.๒ การตรวจสอบในชั้นศาล

การพิจารณาคดีอาญาอยู่บนพื้นฐานการให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีทั้งก่อนและในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล การตรวจสอบในชั้นศาลเพื่อพิจารณาว่าพยานหลักฐานต่างๆที่เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จึงเป็นหลักประกันแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีว่าจะได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรศาล ซึ่งกระบวนการตรวจสอบสามารถแบ่งได้เป็นการตรวจสอบความจริงในชั้นไต่สวนมูลฟ้องและการตรวจสอบความจริงชั้นพิจารณาคดี^{๓๒}

ก) ชั้นไต่สวนมูลฟ้อง

การไต่สวนมูลฟ้องเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องกระทำในทุกคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ ศาลจะต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนที่จะประทับฟ้องเสมอ เว้นแต่คดีนั้นพนักงานอัยการได้ฟ้องจำเลยโดยข้อหาเดียวกันแล้ว^{๓๓} เพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยจากการกลั่นแกล้งจากโจทก์หรือความเข้าใจผิดของโจทก์ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายบางประการ^{๓๔} โจทก์จึงอยู่ในบังคับที่จะต้องแสดงพยานหลักฐานให้ศาลเห็นว่าคดีมีข้อเท็จจริงพอที่จะให้ศาลรับคดีนั้นไว้พิจารณา

การรับฟังพยานหลักฐานในชั้นไต่สวนมูลฟ้องมีระดับเพียงว่าคดีของโจทก์มีมูลเพียงพอสำหรับพิสูจน์ความผิดของจำเลยเพื่อให้ศาลลงโทษตามฟ้องได้เท่านั้น ไม่ใช่เพื่อพิสูจน์

^{๓๒} จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, "การกลั่นกรองพยานหลักฐานชั้นสอบสวน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๐), หน้า ๓๒.

^{๓๓} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๖๒

^{๓๔} คณิง ฤไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒, หน้า ๘๐.

ความผิดหรือบริสุทธิ์เหมือนในชั้นพิจารณาแต่ประการใด^{๓๕} โจทก์จึงมีหน้าที่เพียงนำสืบพยานให้ศาลเห็นว่าคดีของตนมีมูลพอรับไว้พิจารณาต่อไปเท่านั้น ไม่ต้องนำสืบให้ละเอียดเท่าชั้นพิจารณาที่โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงระดับที่ปราศจากความสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงในการพิจารณาว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงและสมควรถูกลงโทษหรือไม่ ศาลจึงมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานในชั้นไต่สวนที่แสดงให้เห็นว่าคดีที่โจทก์ฟ้องนั้นมีมูลพอที่จะประทับฟ้องได้อย่างกว้างขวาง รวมถึงการใช้ดุลพินิจว่าจะให้นำพยานเข้ามาสืบหรือไม่ก็ได้

นอกจากนี้แล้ว ในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ ศาลชั้นต้นมีอำนาจพิพากษายกฟ้องโดยไม่นัดไต่สวนมูลฟ้อง หรือนัดไต่สวนมูลฟ้องแล้วพิพากษายกฟ้องโดยไม่ไต่สวนมูลฟ้อง หรือไต่สวนมูลฟ้องแล้วพิพากษายกฟ้องได้ทั้งสิ้น เพราะเป็นดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้คดีเสร็จสิ้นไปโดยเร็วและชอบด้วยกฎหมาย^{๓๖} จึงมีประเด็นพิจารณาว่าหากพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบในชั้นไต่สวนมูลฟ้องเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลจะตรวจสอบและปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตั้งแต่ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องหรือไม่ เพราะแม้ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องจะไม่มิบพบัญญัติเกี่ยวกับการชี้ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเหมือนในชั้นพิจารณา แต่การที่ศาลได้ตรวจสอบและวินิจฉัยสถานะของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเบื้องต้นในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมได้ เนื่องจากโอกาสที่ศาลจะวินิจฉัยคดีผิดพลาดจากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและไม่สามารถรับฟังได้จะไม่ถูกนำมาวินิจฉัยในคดีหรือนำมาเป็นเหตุผลในการชี้ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ซึ่งจะส่งผลให้แนวทางในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานมีความชัดเจนและได้รับการยอมรับจากคู่ความมากขึ้น หากพยานหลักฐานที่รับฟังได้มีไม่เพียงพอคู่ความอาจมีเวลาแสวงหาพยานหลักฐานโดยชอบเพื่อใช้ในคดีได้

ข) ชั้นพิจารณาคดี

การรับฟังพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาเป็นขั้นตอนที่ศาลจะวินิจฉัยหรือคัดเลือกว่าพยานหลักฐานชิ้นใดสามารถนำสืบหรือนำเข้าสู่สำนวนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สำหรับพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ พยานหลักฐานที่ต้องห้ามโดยกฎหมายว่าด้วยการยื่นพยานหลักฐานเช่น ก่อนการสืบพยานจะต้องมีการยื่นบัญชีระบุพยานล่วงหน้าหรือการส่งสำเนาเอกสารล่วงหน้า เป็นต้น กับพยานหลักฐานที่ต้องห้ามโดยว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน เช่น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่เข้ามาสู่สำนวนความโดยชอบ แต่ไม่สามารถรับฟังได้เนื่องจากวิธีการได้มาส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน

^{๓๕} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๔๒/๒๕๐๓

^{๓๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๒๒/๒๕๔๑

หรือวิธีการได้มาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาเห็นว่าศาลสามารถใช้ดุลพินิจตามกฎหมาย ในการรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้หรือไม่และมากน้อยเพียงใด

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กำหนดให้ศาลจะต้องไม่รับฟังพยานถ้อยคำที่เกิดขึ้นโดยมิชอบจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบประการอื่นที่มีลักษณะเดียวกันโดยเด็ดขาด เนื่องจากเป็น พยานหลักฐานที่ไม่มีที่น่าเชื่อถือ แต่หากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดย ได้แก่พยานวัตถุ หรือพยานเอกสาร ศาลอาจใช้ดุลพินิจหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยตัดสินคดีได้โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ ทั้งปวงตามแนวทางที่มาตรา ๒๒๖/๑ กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม การที่พยานวัตถุหรือพยานเอกสารทุก ชนิดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบในตัวเองอยู่เสมอ จึงเห็นได้ว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิ ชอบโดยเอกชนอาจจะไม่มีขอบเขตในการตรวจสอบโดยศาลได้เลย เว้นแต่พยานหลักฐานนั้นจะเป็น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ดังที่อธิบายถึงปัญหา ข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาขอบเขตพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนไว้ใน บทที่ผ่านมา

ในทางปฏิบัติ เมื่อมีการนำสืบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งกฎหมายให้ศาลใช้ ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังก็ได้ หากศาลชั้นต้นเห็นว่าที่มาพยานหลักฐานนั้นไม่ชัดแจ้งหรือเมื่อซึ่ง น้ำหนักตามที่มาตรา ๒๒๖/๑ วรรคสองกำหนดไว้แล้วเห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ ควรรับฟัง ศาลชั้นต้นมักจะใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานนั้นไว้ก่อน^{๓๓๗} แต่การที่ศาลอนุญาตให้เสนอ พยานหลักฐานขึ้นนั้นมีได้หมายความว่าศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานนั้น จึงเห็นได้ว่าในการทำคำ พิพากษาหรือคำสั่ง ศาลจะต้องวินิจฉัยเสมอว่าพยานหลักฐานนั้นไม่สามารถรับฟังได้เพราะขัดต่อ กฎหมายเรื่องใด หากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของศาลชั้นต้นไม่ก่อให้เกิดความ เสียหาย (Harmless Error) ศาลสูงก็อาจไม่ยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นก็เป็นได้ เพราะยังมี พยานหลักฐานอื่นๆอีกที่ไม่เสียไป แต่หากการที่ศาลชั้นต้นปฏิเสธไม่สืบพยานที่คู่ความขอโดยเห็นว่า เป็นพยานที่ต้องห้าม ต่อมาเมื่อคดีนั้นขึ้นสู่ชั้นศาลอุทธรณ์และชั้นศาลฎีกา และศาลสูงเห็นว่ามิเหตุอัน สมควรให้สืบพยานนั้น ศาลสูงอาจมีคำสั่งยกคำพิพากษาศาลชั้นต้น แล้วย้อนสำนวนมาให้ศาลชั้นต้น สืบพยานหลักฐานและตัดสินคดีใหม่ก็ได้ กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นการเสียเวลาและเป็นที่ยุติเสียแก่คู่ความ เป็นอย่างยิ่ง^{๓๓๘}

^{๓๓๗} ศุภชัย เกียรติเฉลิมพร, "การตรวจสอบพยานหลักฐานโดยศาลก่อนการพิจารณาคดีอาญา," หน้า ๑๑.

^{๓๓๘} โสภณ รัตนากร, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๔๑-๔๓.

๕.๒.๓ การตรวจสอบโดยคู่ความ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในมาตรา ๑๗๓/๑^{๓๙} ภายใต้เงื่อนไขว่าคดีอาญานั้นต้องเป็นคดีที่จำเลยไม่ให้การหรือให้การปฏิเสธ โดยคู่ความจะต้องส่งพยานเอกสารและพยานวัตถุที่ยังอยู่ในความครอบครองของตนต่อศาลหรือหากพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกก็ต้องให้ศาลมีหมายเรียกให้ผู้ที่ครอบครองพยานหลักฐานนั้นส่งมาให้^{๔๐} เพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายตรวจสอบในวันตรวจพยานหลักฐานเว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น และศาลจะสอบถามถึงการยอมรับพยานหลักฐานของคู่ความแต่ละฝ่าย

ขั้นตอนการตรวจพยานจึงเป็นกระบวนการค้นหาความจริงที่เป็นธรรม เนื่องจากช่วยให้คู่ความแต่ละฝ่ายได้ทราบถึงพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้า ทำให้คู่ความมีเวลาเพียงพอที่จะตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานและลดการจู่โจมพยานหลักฐานซึ่งส่งผลให้การถามค้านเพื่อตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานอีกฝ่ายหนึ่งเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและลดระยะเวลาในการดำเนินคดีให้สั้นลงได้

^{๓๙} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๓/๑ “เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรมในคดีที่จำเลยไม่ให้การหรือให้การปฏิเสธ เมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือศาลเห็นสมควรศาลอาจกำหนดให้มีวัน ตรวจพยานหลักฐานก่อนกำหนดวันนัดสืบพยานก็ได้ โดยแจ้งให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบวัน

ก่อนวันตรวจพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่งไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ให้คู่ความยื่นบัญชีระบุพยานต่อศาลพร้อมสำเนาในจำนวนที่เพียงพอ เพื่อให้คู่ความฝ่ายอื่นรับไปจากเจ้าพนักงานศาลและถ้าคู่ความฝ่ายใด มีความจำจนจะยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมให้ยื่นต่อศาลก่อนการตรวจพยานหลักฐานเสร็จสิ้น

การยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาตามวรรคสองจะกระทำได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล เมื่อผู้ร้องขอแสดงเหตุอันสมควรว่าไม่สามารถทราบถึงพยานหลักฐานนั้น หรือเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือเพื่อให้โอกาสแก่จำเลยในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่

ถ้าพยานเอกสารหรือพยานวัตถุอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ให้คู่ความที่ประสงค์จะอ้างขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกพยานเอกสาร หรือพยานวัตถุดังกล่าวมาจากผู้ครอบครองโดยยื่นคำขอต่อศาลพร้อมกับการยื่นบัญชีระบุพยาน เพื่อให้ได้พยานเอกสารหรือพยานวัตถุนั้นมาก่อนวันตรวจพยานหลักฐานหรือวันที่ศาลกำหนด”

^{๔๐} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๓/๒ “ในวันตรวจพยานหลักฐาน ให้คู่ความส่งพยานเอกสารและพยานวัตถุที่ยังอยู่ในความครอบครองของตนต่อศาล เพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตรวจสอบ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น อันเนื่องจากสภาพและความจำเป็นแห่งพยานหลักฐานนั้นเอง หรือพยานหลักฐานนั้นเป็นบันทึกคำให้การของพยาน หลังจากนั้นให้คู่ความแต่ละฝ่ายแถลงแนวทางการเสนอพยานหลักฐานต่อศาล และให้ศาลสอบถามคู่ความถึงความเกี่ยวข้องกับประเด็น และความจำเป็นที่ต้องสืบพยานหลักฐานที่อ้างถึงตลอดจนการยอมรับพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง เสร็จแล้วให้ศาลกำหนดวันสืบพยาน และแจ้งให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ในกรณีที่โจทก์ไม่มาศาลในวันตรวจพยานหลักฐานให้นำบทบัญญัติ มาตรา 166 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ ศาลจะมีคำสั่งให้สืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสำคัญในคดีไว้ล่วงหน้า ก่อนถึงกำหนดวันนัดสืบพยานก็ได้”

เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดเหตุจะให้มีการตรวจพยานหลักฐานไว้ แต่เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าพยานหลักฐานใดมีเหตุอันควรจะให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ตรวจ หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิจะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ดำเนินการในเรื่องนี้ได้ การใช้ประโยชน์จากขั้นตอนการตรวจสอบพยานหลักฐานในการตรวจสอบความชอบและความถูกต้องของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานของคู่ความแต่ละฝ่ายในชั้นต้น ย่อมช่วยให้คู่ความสามารถทราบได้ว่าพยานหลักฐานใดสามารถอ้างได้ เพื่อให้คู่ความได้มีโอกาสแสวงหาพยานหลักฐานที่ศาลรับฟังในคดีมากขึ้น แม้ยังไม่ถึงขั้นลงรายละเอียดการรับฟังได้หรือการชั่งน้ำหนักของพยานหลักฐานซึ่งอยู่ในชั้นพิจารณาสืบพยานก็ตาม

๕.๓ บทวิเคราะห์การปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑ กับเอกชน

เนื่องจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนมีขอบเขตที่กว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง ไม่ว่าวิธีการอันมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะได้กระทำต่อคู่ความในคดีหรือต่อบุคคลภายนอก โดยหลักแล้วก็ต่างถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบทั้งสิ้น จึงมีประเด็นพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามนัยยะของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ มีขอบเขตเพียงใด เพราะมิเช่นนั้นแล้วก็อาจจะเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้คู่ความในคดีสามารถอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไม่มีที่สิ้นสุด แต่หากปรับใช้เฉพาะกรณีพยานหลักฐานที่วิธีการอันมิชอบนั้นกระทำต่อคู่ความก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ เพราะแม้วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะมีความไม่ชอบธรรมหรือละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิมนุษยชนร้ายแรงเพียงใดก็ตาม แต่ศาลยอมที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวนั้น ซึ่งการตีความในลักษณะเช่นนี้แม้จะมีข้อดีคือเพื่อบังคับพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ต้องเสียไป แต่บุคคลภายนอกผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบจะไม่มีสิ่งใดที่เป็นหลักประกันเลยว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง จะได้รับการคุ้มครองและเยียวยาจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนจึงอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้

๕.๓.๑ ในแง่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคู่ความในคดี

การที่โจทก์มีหน้าที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยที่ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ทำให้การอาศัยประโยชน์จากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำ

อันมิชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นยุติธรรมต่อจำเลย เพราะเท่ากับว่าเป็นการขัดขวางมิให้จำเลยได้สู้คดีอย่างเต็มที่และไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสุจริตชน โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งสามารถใช้อำนาจรัฐเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยได้ ศาลซึ่งมีหน้าที่คุ้มครองจำเลยให้ได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องและยุติธรรมตามกฎหมายจะต้องไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น อย่างไรก็ดี หากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นสาระสำคัญแห่งคดี ศาลก็ย่อมรับฟังได้ด้วยเหตุผลที่ว่า “ถ้าไม่รับฟังก็ให้ความยุติธรรมไม่ได้” แต่การได้มาโดยมิชอบนั้นอาจทำให้ศาลต้องชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไปในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย^{๕๑}

การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงมุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยเป็นสำคัญ จากการศึกษาพบว่าในหลายประเทศมุ่งปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงคู่ความอีกฝ่ายเท่าที่ควร ทั้งที่ในทางกลับกัน จำเลยอาจแสวงหาพยานหลักฐานมาสืบแก้ฟ้องโจทก์ให้ฟังข้อเท็จจริงได้ว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์หรือมิได้เป็นผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน ซึ่งวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของจำเลยอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้เช่นเดียวกัน การให้จำเลยสามารถอ้างพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ย่อมไม่เป็นธรรมแก่โจทก์หรือผู้เสียหายที่จะต้องได้รับสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกัน เนื่องจากในหลายกรณีที่จำเลยมีความสามารถในการเข้าถึงพยานหลักฐานได้มากกว่าผู้เสียหายหรือโจทก์เสียอีก

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีจุดมุ่งหมายแต่เพียงการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน หากเป็นมาตรการของรัฐที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองให้ประชาชนทุกคนสามารถใช้ชีวิตประจำวันได้อย่างปกติสุขปราศจากความกลัวในอันตรายที่อาจเกิดแก่ชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สินของตัวบุคคลนั้น ทำให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องหาหรือจำเลยจึงไม่ใช่คุณค่าเดียวที่พึงได้รับการปกป้องหรือได้รับการเคารพในกระบวนการทางอาญา การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ จึงไม่สมควรที่จะถูกจำกัดให้นำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น หากรวมถึงโจทก์หรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นด้วย

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ไม่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าศาลนำมาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ มาปรับใช้ในกรณีที่จำเลยแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบด้วยหรือไม่ จนกระทั่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๘๑/๒๕๕๕ ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าจำเลยได้ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจลักลอบ

^{๕๑} ยิงศักดิ์ กฤษณะจินดา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า ๒๗๗.

บันทึกเทปการสนทนาระหว่างจำเลยและโจทก์ร่วมเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานก่อนการพิจารณาคดี โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์ร่วมให้การยินยอมแต่อย่างใด ศาลวินิจฉัยว่าการแอบบันทึกเทปการสนทนาดังกล่าวเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ จึงเห็นได้ว่าศาลไทยได้วางแนวทางการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยจำเลยด้วยเช่นกัน

๕.๓.๒ ในแง่ขอบเขตการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ และมาตรา ๒๒๖/๑

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ กำหนดให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่สามารถรับฟังได้ จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดีหรือพยานหลักฐานที่วิธีการได้มาละเมิดต่อกฎหมายหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่สามจะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ ซึ่งจะต้องถูกนำบทตัดพยานหลักฐานมาปรับใช้หรือไม่

กรณีบุคคลภายนอกเป็นผู้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบ

ผู้เขียนเห็นว่าบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖ ควรจะต้องปรับใช้กับบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความในคดีในคดีด้วย มิเช่นนั้นแล้วคู่ความในคดีหรือแม้กระทั่งเจ้าหน้าที่รัฐเองอาจใช้ประโยชน์จากบุคคลภายนอกในการแสวงหาพยานหลักฐานได้ แต่จะต้องปรากฏว่าบุคคลภายนอกมีเจตนาที่จะนำพยานหลักฐานนั้นไปใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีด้วย หากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกได้พยานหลักฐานมาโดยบังเอิญ เช่น กรณีการติดกล้องหนักรถยนต์เพื่อบันทึกภาพขณะเดินทาง หรือการบันทึกภาพหรือบันทึกเสียงในที่สาธารณะ ซึ่งต่อมามีการส่งมอบเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในคดี พยานหลักฐานที่ได้มาเช่นนี้ไม่อาจถือว่าได้มาโดยมิชอบแม้ว่าในบางครั้งจะละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นก็ตาม เนื่องจากเห็นได้ว่าผู้ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นไม่มีเจตนาในการแสวงหาพยานหลักฐานแต่แรก

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นน่าพิจารณาว่าการที่มาตรา ๒๒๖/๑ กำหนดให้เรื่องที่ทำโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใดเป็นหนึ่ง ในปัจจัยที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานนั้น เช่นนี้แล้ว หากเป็นกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยบุคคลภายนอก ศาลจะทราบได้อย่างไรว่าบุคคลนั้นได้รับการลงโทษหรือไม่และเพียงใด ผู้เขียนเห็นว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเพื่อรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจากบุคคลภายนอกจึงมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ

นอกจากนี้แล้ว การพิสูจน์เจตนาของการกระทำเพื่อกำหนดความผิดและปรับบทลงโทษเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะกรณีวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้อง

หรือไม่เป็นธรรม (Improperly or Unfair Obtained Evidence) ซึ่งโดยปกติวิญญูชนย่อมคาดหวังได้ว่า การกระทำใดเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม หรือเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือไม่ แต่ในบางครั้งกลับไม่ตระหนักเลยว่า การกระทำของตนเองเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบตามกฎหมาย เช่น การจ้างนักสืบให้สะกดรอยตาม การข่มขู่หรือจู่ใจให้พยานให้ถ้อยคำ หรือหลอกล่อให้บุคคลให้ถ้อยคำตามที่ตนต้องการ หรือการบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของผู้ครอบครองพยานหลักฐาน ทำให้เป็นปัญหาในการพิสูจน์เจตนาในการกระทำ ความผิดอย่างยิ่งโดยเฉพาะความผิดที่ต้องมีเจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบในการวินิจฉัยความผิดนั้นด้วย เช่น กรณีการฟ้องบุกรุกก็ต้องพิสูจน์ว่ามีเจตนาจะเข้าไปรบกวนการครอบครองของเจ้าของ หรือการไปเอามาซึ่งพยานหลักฐานที่อยู่ในครอบครองของบุคคลอื่นโดยบุคคลนั้นไม่รับทราบหรือยินยอมที่น่าจะมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ หากแต่บุคคลนั้นอาจอ้างว่าการกระทำของตนไม่มีเจตนาทุจริตซึ่งเป็นเจตนาพิเศษในการวินิจฉัยองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์แต่หากกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน อาจทำให้ศาลไม่มีแง่มุมในการตรวจสอบและกำหนดบทลงโทษที่ผู้แสวงหาพยานหลักฐานนั้นได้รับได้เลย

สำหรับการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegally Obtained Evidence) อาจให้ผลแตกต่างออกไป เนื่องจากมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้อย่างชัดเจน บุคคลทั้งหลายที่เกี่ยวข้องย่อมสามารถที่จะตรวจสอบหรือรับทราบหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายนั้นได้ บุคคลจะอ้างหรือปฏิเสธไม่รู้ว่าการกระทำของตนเองเป็นความผิดหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นไม่ได้^{๔๒} ศาลย่อมพิจารณาตามบทลงโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้นอย่างชัดเจนได้

กรณีบุคคลภายนอกเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

กรณีปรากฏว่าบุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้ให้ถ้อยคำถือว่าถ้อยคำพยานนั้นถูกจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของการให้ถ้อยคำ ศาลย่อมไม่สามารถรับฟังถ้อยคำนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีโดยเด็ดขาด เพราะบุคคลภายนอกทั่วไปที่รับรู้และสามารถเบิกความเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีได้ย่อมถูกอ้างเป็นพยานได้อยู่แล้ว

^{๔๒} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔ “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

สำหรับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นได้ละเมิดสิทธิต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวใดๆของบุคคลที่สาม แม้จะพิจารณาได้ว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบแต่จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามมาตรา ๒๒๖ หรือไม่

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่า พื้นฐานแนวคิดของการนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบสืบเนื่องมาจากเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาขึ้น ในทางหนึ่งถือได้ว่าเป็นการที่บุคคลใช้สิทธิที่สร้างความเสียหายแก่สังคมโดยเฉพาะในกรณีที่มีความผิดร้ายแรง โดยหลักแล้วบุคคลที่ใช้สิทธิในทางที่เสียหายแก่ผู้อื่นไม่สมควรได้รับการปกป้อง แต่การตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาเป็นเรื่องที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดเป็นอย่างยิ่ง หลักการดำเนินคดีอาญาจึงกำหนดให้ผู้ต้องสงสัยหรือจำเลยต้องถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocent) จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำความผิดจริง จึงทำให้รัฐไม่สามารถปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดได้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับสิทธิต่างๆในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ รวมถึงการได้รับความคุ้มครองจากการใช้ประโยชน์จากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการวิธีการแสวงหาที่กระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยด้วย

ดังนั้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อกฎหมายต้องการคุ้มครองจำเลยในฐานะที่เป็นผู้บริสุทธิ์ บุคคลภายนอกที่เป็นผู้บริสุทธิ์ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่ปราศจากอำนาจตามกฎหมายนั้นเช่นกัน การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานดังกล่าวจึงไม่ใช่เพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลย หากแต่เป็นไปตามแนวคิดที่ว่าพยานหลักฐานที่ดีจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมนุษยธรรม ซึ่งศาลจะต้องรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมโดยไม่เข้าไปมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนให้กระทำความผิดจากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกระบวนการพิจารณาคดี

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าแม้สิทธิเสรีภาพของบุคคลภายนอกสมควรจะได้รับการคุ้มครองจากการวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำนึงแต่สิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป ประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมก็จะลดลงและสังคมก็จะเสียประโยชน์จากการรับฟังพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ที่จะช่วยให้สามารถค้นหาความจริงในคดีและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ การพิจารณาขอบเขตการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ จึงต้องคำนึงถึงหลักนี้ด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีความขัดแย้งอยู่ในตัวแล้วว่าได้มาโดยวิธีการอันละเมิดต่อบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะแม้จะกระทำต่อบุคคลภายนอกก็ตาม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าผู้ที่แสวงหาพยานหลักฐานจงใจที่จะฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น

แล้ว แม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างหรือบุคคลภายนอกร้องขอให้มีการตัดพยานหลักฐาน ศาลในฐานะองค์กรตุลาการย่อมรู้ถึงกฎหมายดังกล่าวจึงสมควรที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น สำหรับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการนอกเหนือไปจากลักษณะข้างต้น แม้จะสร้างความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลที่สาม แต่พยานหลักฐานนั้นก็น่าจะรับฟังได้ และคู่ความในคดีไม่มีสิทธิจะยกเหตุดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้เนื่องจากสิทธิที่ถูกกระทบไม่ใช่ของตนที่จะส่งผลกระทบต่อคู่คดีอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เช่นนั้นแล้วอาจจะเป็นช่องว่างทางกฎหมายให้คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องต่างอ้างสิทธิในการร้องขอพยานหลักฐานได้ทั้งอย่างไม่จำกัด อีกทั้งความเป็นจริงในด้านของผู้เสียหายจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบเองเช่นกัน หลายครั้งแทบจะไม่ตระหนักเลยว่าสิทธิของตนถูกละเมิด จึงไม่อาจถือได้ว่ามีความเสียหายที่แท้จริงเกิดขึ้น การปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานให้ครอบคลุมถึงกรณีบุคคลที่สามจึงขยายหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานจนเกินความจำเป็นและเป็นการเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวดเร็วและเป็นธรรมได้ แต่หากบุคคลภายนอกนั้นมีความเกี่ยวข้องกับคู่ความในคดี ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง

มาตรา ๒๒๖/๑ ได้ให้อำนาจศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวาง ทำให้ในกรณีที่ศาลเห็นว่าวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลภายนอกอย่างร้ายแรง ศาลย่อมใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นเพื่ออำนวยความยุติธรรมของส่วนรวมได้ และไม่เห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบแต่อย่างใด เนื่องจากถ้อยคำในมาตรา ๒๒๖ กำหนดให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นอยู่แล้ว ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจเพื่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย เพราะในบางครั้งเช่นกันที่บุคคลภายนอกแม้จะทราบว่าสิทธิเสรีภาพของตนถูกละเมิด แต่แทบจะไม่สามารถดำเนินการเอาผิดหรือพิสูจน์ความผิดของเอกชนผู้ที่แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบนั้นได้ การที่ศาลปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเท่ากับว่าศาลได้เยียวยาบุคคลผู้ที่สิทธิเสรีภาพได้รับความกระทบกระเทือนจากการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นแล้ว อย่างไรก็ตาม กรณีการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สามยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง จึงต้องรอแนวทางวินิจฉัยเพื่อศึกษาต่อไป

สำหรับแนวความคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลภายนอกของสหรัฐอเมริกาปรากฏว่า ในกรณีที่จำเลยผู้คัดค้านการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ได้เป็นผู้ถูกค้นหรือยึดโดยชอบด้วยกฎหมายจำเลยนั้นไม่สามารถคัดค้านการรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ เพราะสิทธิตามรัฐธรรมนูญของจำเลยตามบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ ๔ ซึ่งคุ้มครองบุคคลจากการค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ถูกละเมิด

นั่นเอง หลักในข้อนี้เรียกว่า “Standing” ซึ่งมาจากการที่จำเลยไม่มีเหตุผลตามกฎหมาย หรือไม่มี Standing นั่นเอง^{๔๓}

หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษแตกต่างออกไป ศาลสามารถใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแม้จะไม่ได้กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดี อย่างเป็นธรรมของจำเลยได้ แต่เป็นไปเพื่อการรักษาความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีความคล้ายคลึงกับของไทย เนื่องจากไม่ได้คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยแต่เพียงฝ่ายเดียวและบทตัดพยานหลักฐานไม่ได้ถูกนำมาปรับใช้ในฐานะการควบคุมการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น หากเป็นไปเพื่อการอำนวยความสะดวกต่อส่วนรวมและเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากการดำเนินการกับอาชญากรรมเป็นผลประโยชน์สำหรับประชาชนทุกคนในสังคม ศาลจึงต้องพิจารณาประโยชน์และอำนวยความสะดวกแก่ทั้งผู้เสียหายซึ่งเป็นเหยื่อในอาชญากรรม ประโยชน์สังคมและผู้กระทำความผิดอย่างเท่าเทียมกัน

๕.๓.๓ ในแง่การรักษาความสงบเรียบร้อยและกระบวนการยุติธรรม

หลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ คือพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยมิชอบศาลจะต้องไม่รับฟังโดยเด็ดขาด^{๔๔} ไม่ใช่การใช้ดุลพินิจรับฟังในทุกกรณีไป เพราะมาตรา ๒๒๖ จะมีความศักดิ์สิทธิ์ก็ต่อเมื่อมีสภาพบังคับที่เด็ดขาด แต่การที่รัฐมีหน้าที่ในการรักษาความยืดหยุ่นเหมาะสมระหว่างคุณค่าของทฤษฎีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) กับทฤษฎีที่มุ่งป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) เพื่อมิให้คุณค่าใดคุณค่าหนึ่งต้องเหลื่อมล้ำจนเกินไป ทำให้ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นประเด็นสำคัญในคดีที่มีความร้ายแรงเช่นกัน

การแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจตามกฎหมายและย่อมสร้างผลกระทบต่อสังคมในระยะยาวได้ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนโดยหลักจึงต้องห้ามมิให้รับฟังโดยมิพักต้องพิจารณาว่าเอกชนจะมีความสามารถในการเข้าถึงหรือแสวงหาพยานหลักฐานได้เท่ากับเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งใช้อำนาจรัฐเป็นเครื่องมือหรือไม่

^{๔๓} Jones v. Unites States 362 U.S. 257 [1960]; Rakas v. Illinois 439 U.S. 128 [1978]; United States v. Salvucci 448 U.S. 83 [1980]

^{๔๔} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, หน้า ๑๖.

ดังนั้นแล้ว ผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน คือ การที่ศาลปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้น หรือใช้ดุลพินิจในการรับฟัง แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการดำเนินการและบทบาทหน้าที่ทางสังคมที่แตกต่างกัน ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน โดยเฉพาะในกรณีผู้เสียหายหรือโจทก์อาจก่อให้เกิดสภาพปัญหาที่เกี่ยวพันต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยรวมได้

แม้มาตรา ๒๒๖/๑ จะให้ดุลพินิจศาลในการรับฟังพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่นหรือมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอในคดีดังกล่าว แต่หากศาลพิจารณาปัจจัยอื่นๆประกอบแล้วเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นทำให้การบริหารการยุติธรรมเสื่อมเสียและปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว ซึ่งเมื่อปรากฏว่าศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของผู้เสียหายหรือโจทก์จะเกิดปัญหาว่าพยานหลักฐานในคดีไม่เพียงพอที่จะลงโทษจำเลยได้หรือมีแต่น้ำหนักไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามฟ้อง ผลของคดีจะต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์และปล่อยตัวจำเลยไปทั้งๆที่มีพยานหลักฐานชัดเจนว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง และส่งผลให้พนักงานอัยการหรือผู้เสียหายอื่นแล้วแต่กรณีหมดสิทธิที่จะดำเนินคดีแก่ผู้ถูกฟ้องนั้นอีกต่อไปได้ แม้ว่าในทางปฏิบัติศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์สูงมาก มีส่วนสำคัญอย่างมากและก็มีที่น่าเชื่อถือก็ตาม

อย่างไรก็ดี หากศาลเห็นว่าการปรับใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนควรจะผ่อนคลายน้อยกว่ากรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของรัฐในทุกกรณีไป อาจก่อให้เกิดประชาชนทั่วไปเกิดความหวาดระแวง เกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยในการดำเนินชีวิตและการประกอบวิชาชีพ และทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจในการกระทำของเอกชนว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายรับรองหรือไม่ หรือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพราะเกรงว่าตนจะถูกละเมิดสิทธิเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานนั้นด้วยและประชาชนทั่วไปย่อมไม่มั่นใจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยว่ามีสามารถเยียวยาสิทธิเสรีภาพที่ถูกละเมิดจากเอกชนที่ดำเนินการโดยปราศจากอำนาจนั้นอย่างแท้จริงได้

การแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชนจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ที่ขัดระหว่างเอกชนด้วยกันซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะได้ รัฐจะต้องไม่เสียประโยชน์ที่ได้จากการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเนื่องจากการกระทำของเอกชนซึ่งตั้งอยู่บนประโยชน์ส่วนบุคคล ในขณะที่เอกชนเองจะต้องได้รับการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเช่นกัน การรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นจะต้องเป็นกรณีที่เชื่อว่าการยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อ

ชื่อเสียงของกระบวนการยุติธรรมมากกว่าการไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น ศาลจะต้องทำให้สังคมมั่นใจว่าการใช้ดุลพินิจในการตัดพยานหลักฐานนั้นจะอำนวยความสะดวกแก่สังคมในระยะยาวอีกด้วย

๕.๔ บทวิเคราะห์ผลกระทบต่อการรับฟังพยานหลักฐานที่แสวงหาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีอื่น

คดีแพ่งและคดีอาญาต่างใช้พยานหลักฐานในการพิสูจน์ความจริง เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแล้วเห็นได้ว่า การที่คดีแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน ทำให้วัตถุประสงค์สำคัญของการดำเนินคดีแพ่งคือเยียวยาให้ผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สภาพหรือสถานะเดิมก่อนที่จะเกิดการกระทบกระทั่งสิทธิให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้^{๕๕} กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่ความโดยตรงและไม่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคมอย่างใด แต่สำหรับวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม ซึ่งรวมถึงการนำตัวผู้กระทำความผิดอาญามาลงโทษ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงไม่ใช่เรื่องระหว่างเอกชนอีกต่อไปหากมีความปลอดภัยมั่นคงของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย แม้ว่าในบางความผิดเอกชนจะเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำความผิดอาญานั้นก็ตาม

หลักการดำเนินคดีอาญาจึงมุ่งตรวจสอบความจริงที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ การดำเนินคดีอาญาย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นรัฐจึงต้องกำหนดมาตรการต่างๆที่มีความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีจึงแตกต่างกัน หลักการรับฟังพยานหลักฐานบางประการจึงถูกกำหนดเฉพาะแต่ในคดีอาญาเท่านั้น ซึ่งรวมถึงหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ จะเห็นได้ว่านอกจากจะเป็นการยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบแล้ว ยังเป็นเพื่อการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมที่ศาลจะไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอื่นอีกด้วย ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาในแง่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ควรจะถูกยกเว้นไปเพียงเพราะหลักในการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแตกต่างกันเท่านั้น เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมีความเป็นสากลและเป็นหน้าที่ของ

^{๕๕} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, ๒๕๕๑), หน้า ๙.

ศาลโดยตรงที่จะอำนวยให้เกิดการปกป้องคุ้มครองดังกล่าวให้เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ดังนั้น การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในคดีแพ่ง ไม่ว่าจะคู่ความจะคัดค้านพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ก็ตาม หากมีการนำพยานหลักฐานดังกล่าวมานำสืบในศาลไม่ควรจะรับฟัง เพราะเป็นการอาศัยข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการการวิธีการที่ละเมิดหรือกระทำผิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสังคม อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากศาลรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงจึงเท่ากับว่าศาลยอมรับการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย

จากการศึกษาหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของต่างประเทศพบว่าสหรัฐอเมริกามีแนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีแพ่ง โดยศาลแต่ละมลรัฐนำบทตัดพยานหลักฐานไปปรับใช้ต่างกัน ซึ่งในบางมลรัฐ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนสามารถรับฟังได้ เช่น คดี Mercer V. Parsons (1965)^{๕๖} มลรัฐนิวยอร์ก ศาลได้ตัดสินว่าเจตนาที่ใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ว่าจำเลยคบชู้ที่ได้มาโดยละเมิดต่อกฎหมายไปรษณีย์สามารถรับฟังได้ หรือมลรัฐนิวยอร์กในคดี Sackler V. Sackler (1965)^{๕๗} ศาลได้ตัดสินว่าพยานหลักฐานที่พิสูจน์ว่าภรรยาอกใจ สามารถรับฟังในคดีฟ้องหย่าได้ แม้จะได้มาโดยวิธีการโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากการที่สามีและนักสืบได้เข้าไปในบ้านของภรรยาซึ่งแยกกันอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต และได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นก็ตาม โดยศาลส่วนมากเห็นว่าบทตัดพยานหลักฐานดังกล่าวใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาเท่านั้น ไม่ใช่คดีแพ่งซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชน

ในขณะที่บางมลรัฐไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีแพ่ง เช่น มลรัฐนิวยอร์กได้กลับคำพิพากษาจากคดี Mercer V. Parsons ที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีแพ่งใหม่ในคดี Del Presto V. Del Presto (1966)^{๕๘} ศาลได้ตัดสินในคดีหย่าว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากสถานการณคล้ายกับคดี Sackler นั้นไม่สามารถรับฟังได้ เนื่องจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของภรรยาตามที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ บัญญัติรับรอง เช่นเดียวกับมลรัฐโอไฮโอ ในคดี Williams v. Williams (1966)^{๕๙} ศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ตัดสินว่าเจตนาที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบด้วย

^{๕๖} 95 N.J.L. Super 308,206 A 2d 779 1965

^{๕๗} 255 N.Y.S. 2d 83, 203 N.E. 2d 481 (1965)

^{๕๘} 92 N.J. Super 305,223 A.2d 217 (1966)

^{๕๙} 80 Ohio Mis.156, 221 N.E. 2d 622 (1966)

กฎหมายในคดีฟ้องหย่าไม่สามารถรับฟังได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า “แน่นอนว่าไม่มีปัจเจกชนใดที่จะมีอำนาจมากไปกว่าที่รัฐบาลมี”^{๕๐}

ในขณะที่ศาลทหารพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ เป็นข้อจำกัดที่บังคับใช้เฉพาะกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงเอกชน พยานหลักฐานดังกล่าวสามารถรับฟังได้^{๕๑} นอกจากนี้แล้ว สหรัฐอเมริกาได้นำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ จากเจ้าหน้าที่ของรัฐมาปรับใช้ในคดีแพ่งที่มีขั้นตอนลักษณะการดำเนินคดีคล้ายกระบวนการทางอาญา (quasi-criminal in nature) เช่น การยึดทรัพย์สินในคดีแพ่ง (civil forfeiture) เป็นต้น^{๕๒}

สำหรับแนวความคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีแพ่งของอังกฤษสามารถรับฟังได้^{๕๓} เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ต้องห้ามไม่ให้รับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง^{๕๔} หรือเพื่อปกป้องประโยชน์ในการบริหารงานยุติธรรม หรือเอกสารที่ได้มาโดยละเมิดความลับของคู่ความ

แนวคำพิพากษาศาลไทยยังไม่ปรากฏแนวความคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในคดีอื่น แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าในกฎหมายวิธีสบัญญัติอื่นที่นำหลักการรับฟังพยานหลักฐานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาปรับใช้โดยอนุโลม^{๕๕} จะต้องนำแนวความคิดการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้มาปรับใช้ในทิศทางเดียวกันเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรมได้เช่นกัน

จากที่ได้ศึกษามาทั้งสิ้น สามารถสรุปได้ว่าแม้การแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนจะไม่ได้ได้รับการรับรองจากกฎหมายอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากการที่หลายประเทศใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก หากแต่ในทางปฏิบัติเห็นได้ว่าเอกชนทั้งในไทยและต่างประเทศต่างเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากปล่อยให้เอกชนกระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในลักษณะเช่นนี้ต่อไป โดยที่เอกชนนั้นไม่ได้รับโทษหรืออยู่ในบังคับมาตรการที่ลงโทษที่มีขึ้นเพื่อเยียวยา

^{๕๐} “Certainly no individual has a greater power than the government itself”

^{๕๑} United States V. Carter, 15 USCMA 495, 35 CMR 467 (1965)

^{๕๒} Boyd v. United States, 116 U.S. 616

^{๕๓} Helliwell v. Riggott – Sim [1980] FSR 356

^{๕๔} The Civil Procedure Code, Rule 32.1

^{๕๕} เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา ๒๖, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีอาญา มาตรา ๓ เป็นต้น

สิทธิของบุคคลอื่นที่ถูกละเมิดตามกฎหมาย ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่ารัฐไม่อาจคุ้มครองส่วนได้เสียของสังคมจากการกระทำผิดกฎหมายที่รัฐหรือสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายกระทบกระเทือนจากการกระทำอันผิดต่อกฎหมายนั้นได้แต่อย่างใดเลย จึงเป็นการสมควรที่ศาลจะต้องเข้าไปมีส่วนในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและประโยชน์ของสังคมโดยการปฏิเสธการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

หลายประเทศจึงมีแนวทางเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชน แม้ว่าประเทศนั้นจะยึดหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างเคร่งครัดก็ตาม การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงถูกนำมาปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนในฐานะเครื่องมือที่ศาลใช้เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ศาลจะไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแสวงหาพยานหลักฐานอันมิชอบโดยการรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้การแสวงหาพยานหลักฐานของจะไม่ใช่การกระทำที่ใช้อำนาจรัฐแต่ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของเอกชนที่ทับซ้อนอยู่บนประโยชน์ของรัฐได้ เพราะหากศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน ประชาชนจะไม่มีหลักประกันใดเลยว่าสิทธิเสรีภาพของตนจะปลอดภัยจากการถูกละเมิดโดยเอกชนด้วยกัน อีกทั้งในความเป็นจริงมาตรการเยียวยาสิทธิเสรีภาพยังไม่เพียงพอและมีข้อจำกัดหลายประการซึ่งส่งผลให้ประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิไม่ได้รับการเยียวยาอย่างเต็มที่ รวมถึงเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้เอกชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยหลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการของกฎหมายอีกด้วย ในทางตรงกันข้าม หากศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่เป็นพยานหลักฐานที่สำคัญในคดี จนมีผลทำให้ศาลพิพากษายกฟ้องเนื่องจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอต่อการวินิจฉัยความผิดของจำเลย หากความจริงปรากฏว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดจริงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีความผิดร้ายแรงแต่ไม่ได้รับโทษทางอาญา ผลเสียก็จะตกอยู่กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้ การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนจึงต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง

แนวคิดในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนในคดีอาญาของแต่ละประเทศจึงแตกต่างกัน บางประเทศมิได้กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหน้าที่ของศาลในการกำหนดแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว หรือในบางประเทศได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือในรัฐธรรมนูญ โดยขอบเขตการรับฟังขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐในการรักษาสัมดุลระหว่างอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ตามแนวคิดในการควบคุม

อาชญากรรม (Crime Control Model) และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตาม
แนวความคิดหลักความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process Model)



บทที่ ๖

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ กับกรณีของเอกชน เพื่อประโยชน์ในการกำหนดขอบเขตและตรวจสอบการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชน โดยสามารถสรุปรายละเอียดและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการแก้ไขในประเด็นดังกล่าว ดังนี้

๖.๑ บทสรุป

ปัญหาเรื่องการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน มีความเกี่ยวข้องกับการยึดถือแนวคิดจากหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาสร้างขึ้นเพื่อยับยั้งและป้องปรามการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ (Fourth Amendment) ซึ่งรับรองให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล (Right to privacy) ไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการค้นและยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ และปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น

จากการศึกษาแนวคิดในการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ เห็นว่าแท้จริงแล้วหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ใช่เรื่องใหม่หรือเป็นแนวคิดที่ได้รับมาจากชาติตะวันตกวันออกทั้งหมดแต่อย่างใด แนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่ดั้งเดิมของไทยปรากฏในพระไอยการลักษณะรับฟ้องและพระไอยการลักษณะพยานซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีและการรับฟังพยานหลักฐานของกฎหมายไทยดั้งเดิม ที่แม้กฎหมายเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานของไทยโบราณจะไม่มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายในปัจจุบัน หากแต่สาระสำคัญที่ได้ถูกกำหนดไว้พบว่ารัฐได้ปกป้องคุ้มครองการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตั้งแต่ในสมัยโบราณแล้ว

เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีอาญาไทยเพื่อประโยชน์ในการใช้กฎหมายและปรับปรุงระบบกฎหมายของไทยให้มีความเป็นสากลทัดเทียมนานาอารยประเทศ คณะกรรมการร่างฯ ได้ตัดสินใจที่จะคงรูปแบบ

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานให้เป็นไปตามประเพณีนิยมทางกฎหมายของประเทศไทย ที่คู่ความสามารถอ้างพยานหลักฐานทุกชนิดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีเข้ามาสืบพิสูจน์ความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในคดีได้อย่างไม่จำกัด แต่ต้องมีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากเป็นพยานถ้อยคำจะต้องไม่ได้มาจากการจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นในทำนองลักษณะเดียวกันที่ส่งผลต่อการความน่าเชื่อถือของการให้ถ้อยคำพยาน และหากเป็นพยานวัตถุหรือพยานเอกสารจะต้องไม่ใช่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นซึ่งละเมิดต่อกฎหมาย

เมื่อพิจารณารูปแบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยที่เอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีเองได้อย่างกว้างขวางและเป็นเอกเทศจากพนักงานอัยการ อีกทั้งการที่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสนับสนุนให้คู่ความสามารถอ้างพยานหลักฐานเพื่อใช้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ จึงเห็นได้ว่าบทบาทของเอกชนในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของไทยมีลักษณะพิเศษและแตกต่างจากต่างประเทศที่มีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างเคร่งครัดและเอกชนมีหน้าที่เพียงช่วยเจ้าหน้าที่รัฐรวบรวมพยานหลักฐานในคดีเท่านั้น ดังนี้แล้ว แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากยังเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนในการดำเนินคดีอาญาที่จะทำให้ให้เอกชนซึ่งมีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาใช้เป็นแนวทางให้สามารถปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายได้อย่างถูกต้อง รวมถึงการแสวงหาพยานหลักฐานให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อที่พยานหลักฐานนั้นจะสามารถใช้อ้างในคดีและศาลรับฟังได้ การปรับใช้มาตรา ๒๒๖ จึงไม่จำกัดอยู่แต่เพียงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น หากรวมถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนด้วย

อย่างไรก็ตาม การที่ไทยรับเอาระบบกระบวนการพิจารณาคดีแบบกล่าวหาของอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์มาปรับใช้เมื่อครั้งปฏิรูประบบกฎหมายในประเทศให้ทันสมัยขึ้นในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประกอบกับนักกฎหมายและผู้พิพากษาในสมัยนั้นล้วนแล้วแต่ได้รับการศึกษาวิชากฎหมายจากประเทศอังกฤษแทบทั้งสิ้น ทำให้ระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหาแบบอังกฤษเข้ามามีอิทธิพลและส่งผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานในประเทศไทยตั้งแต่นั้นเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของอังกฤษนั้น หากปรากฏว่าพยานหลักฐานทุกชนิดที่มีความเกี่ยวข้องในคดีและเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังตามบทตัดพยานหลักฐานแล้ว ถ้าพยานหลักฐานนั้นมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์และน่าเชื่อถือ ศาลสามารถรับฟังได้ทั้งสิ้น (Inclusionary Rule) ผู้พิพากษาไม่มีดุลพินิจที่จะตัดพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ออกจากกระบวนการพิจารณาคดีเพียงเพราะการได้มานั้นไม่ชอบหรือไม่เป็นธรรม อีกทั้งถ้อยคำในมาตรา ๒๒๖ เองใช้คำว่า “เกิดขึ้น” แทนคำว่า “ได้มา” ทำให้แนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

เป็นไปในทิศทางที่ศาลมักจะรับฟังและการกระทำอันมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นแยกไปพิจารณาว่ากล่าวอีกเรื่องหนึ่งตามแนวทางของกฎหมายอังกฤษเสมอมา

เมื่อมีการบัญญัติมาตรา ๒๒๖/๑ เพิ่มเติมเพื่อสร้างความชัดเจนในการรับฟังพยานหลักฐาน โดยกำหนดให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเด็ดขาด แต่ในกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและพยานหลักฐานที่อาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบที่ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการรับฟังเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกความยุติธรรมได้ แต่จากการที่พยานหลักฐานที่อาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ เป็นหลักการที่ได้รับอิทธิพลจากบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของสหรัฐอเมริกา ทำให้เกิดความเข้าใจว่าแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑ ได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาทั้งหมด รวมถึงแนวทางการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานของนานาอารยประเทศที่มุ่งยับยั้งการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น นักวิชาการส่วนมากจึงมีความเห็นว่ามาตรา ๒๒๖ บังคับใช้เฉพาะกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่รวมถึงเอกชนแต่อย่างใด

เมื่อศึกษาความเป็นมาและพิจารณาจุดมุ่งหมายในการบัญญัติมาตรา ๒๒๖ แล้วเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการบัญญัติหลักการรับฟังพยานหลักฐานให้สอดคล้องกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามแนวคิดตามระบบกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิม แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พ.ศ. ๒๔๗๗) จะร่างขึ้นภายหลังจากที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้สร้างหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานหรือบทตัดพยานหลักฐาน (Exclusionary Rule) ที่ได้มาโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ ๔ (Fourth Amendment) ซึ่งรับรองให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล (Right to Privacy) จะต้องไม่ได้รับผลกระทบจากการค้นและยึดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่จากการสร้างบรรทัดฐานของหลักดังกล่าวขึ้นครั้งแรกในคดี Weeks v. United States (ค.ศ. 1914 หรือพ.ศ.๒๔๕๗) ก็ตาม

บทตัดพยานหลักฐานที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาส่งขึ้นจึงมีวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนในการยับยั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันเป็นเหตุผลที่มีลักษณะเฉพาะตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เคร่งครัดเป็นอย่างยิ่ง จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าบทตัดพยานหลักฐานของไทยมีมูลฐานความคิดที่แตกต่างและถูกกำหนดขึ้นให้เหมาะสมสอดคล้องกับการปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของไทยที่เอกชนมีบทบาทสำคัญ แตกต่างไปจากประเทศอื่นที่ให้ความสำคัญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐฝ่ายเดียวเท่านั้น หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานของไทยหาได้รับเอาแนวคิดของตะวันตกมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมดไม่

เพื่อเปรียบเทียบแนวคิดการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนในต่างประเทศ พบว่าในหลายประเทศต่างปรากฏหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Rule Against Illegally Obtained Evidence) ทั้งสิ้น แต่หลักการดังกล่าวได้รับการพัฒนาอย่างกว้างขวางในประเทศสหรัฐอเมริกา

กลุ่มประเทศระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Countries) มีหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน โดยแนวคิดการรับฟังตามระบบคอมมอนลอว์เดิมซึ่งมีอังกฤษเป็นต้นแบบ ศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่หากศาลเห็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจะส่งผลต่อการอำนวยความยุติธรรมในคดีแล้ว ศาลจะยึดแนวทางกรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามที่ PACE มาตรา ๗๘ กำหนดไว้ โดยจะคำนึงถึงความเสียหายที่อาจแก่กระบวนการยุติธรรมโดยรวมเป็นสำคัญ ส่วนกรณีการปรับใช้กับเอกชนนั้น หากการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการสืบสวนและสอบสวน ละเมิดต่อแนวทางปฏิบัติที่กำหนดไว้ใน the Code of Practices ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เอกชนได้มาโดยละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือวิธีการได้มาไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) และ the Human Rights Act ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศให้การรับรอง หากการรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมในคดีอย่างร้ายแรงได้ โดยศาลจึงต้องพิจารณาลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ สิทธิที่ควรได้รับการปกป้องและประโยชน์ของสาธารณะที่จะได้จากการรับฟังพยานหลักฐานนั้นประกอบเช่นกัน

สำหรับสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแตกต่างออกไปจากระบบคอมมอนลอว์เดิม เนื่องจากแนวคิดในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่ถูกนำมาบังคับใช้กับการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างเข้มงวด ทำให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาสั่งหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบขึ้น (Exclusionary Rule) เพื่อให้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับอย่างแท้จริง ซึ่งต่อมาหลักการดังกล่าวได้รับการพัฒนาอย่างกว้างขวางและมีอิทธิพลต่อการปรับใช้ในหลายประเทศ อย่างไรก็ตาม บทตัดพยานหลักฐานจะไม่ถูกนำไปปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ดำเนินการโดยเอกชน (Private Doctrine) ที่ไม่ปรากฏความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับรัฐ (State Action) ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการสนับสนุนหรือการเข้ามามีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่ หรือการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจรัฐ (Public Function/ Under Color of Law) โดยเด็ดขาด เนื่องจากเหตุผลสำคัญคือรัฐธรรมนูญกำหนด

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงเอกชนแต่อย่างใด ประกอบกับแนวคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยังคงฝังรากลึกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกา บนพื้นฐานที่ว่าแม้พยานหลักฐานจะได้มาโดยมิชอบก็สามารถรับฟังได้เนื่องจากวิธีการไม่ส่งผลกระทบต่อคุณค่าในการพิสูจน์ความจริงของพยานหลักฐานนั้น การปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงต้องระมัดระวังและอยู่ในขอบเขตที่จำกัดอย่างยิ่ง และบทตัดพยานหลักฐานดังกล่าวจะถูกนำมาปรับใช้ต่อเมื่อการกระทำของเอกชนละเมิดต่อรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการและนักกฎหมายเห็นว่าบทตัดพยานหลักฐานดังกล่าวควรจะนำมาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนโดยแท้ด้วย เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม โดยศาลจะต้องไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔ ในทุกบริบท ไม่ว่าจะการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชนก็ตาม โดยในบางมลรัฐนำบทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไปปรับใช้กับกรณีการกระทำของเอกชนโดยแท้ด้วยตราบทที่ไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐมิชิแกนและมลรัฐมิสซิสซิปปี ในขณะที่มลรัฐเท็กซัสนำไปปรับใช้กับกรณีของเอกชนภายใต้เงื่อนไขเดียวกับศาลของรัฐบาลกลาง เป็นต้น

ประเทศระบบคอมมอนลอว์อื่น เช่น แคนาดา นำหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแบบอังกฤษมาปรับใช้กับควบคู่ไปกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบที่มีความคล้ายคลึงกับสหรัฐอเมริกา แคนาดาจึงปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานกับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้ละเมิดต่อ Charter of Rights and Freedoms เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากศาลเห็นว่าเอกชนได้พยานหลักฐานดังกล่าวมาโดยละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรง ศาลอาจใช้ดุลพินิจเพื่อความยุติธรรม (Fairness Discretion) ตามแบบอังกฤษในการปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นได้

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้มีให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบซึ่งละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบโดยเอกชนก็ตาม ในขณะที่ออสเตรเลียกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบไว้ในมาตรา ๑๓๘ (๓)(a) - (h) ของกฎหมายพยานหลักฐาน (the Evidence Act 1995) โดยศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ทำให้บทตัดพยานหลักฐานถูกนำมาปรับใช้กับกรณีของเอกชน และการแสวงหาพยานหลักฐานนอกประเทศที่ปฏิบัติไม่ได้ตามมาตรฐานของกฎหมายออสเตรเลียเช่นกัน ซึ่งดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบมีความคล้ายคลึงกับมาตรา ๒๒๖/๑ ของไทยเป็นอย่างยิ่ง

กลุ่มประเทศระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Countries) ใช้ระบบการพิจารณาคดีอาญาแบบไต่สวนซึ่งมีหลักการค้นหาความจริงโดยรัฐเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม ทำให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างกว้างขวาง และศาลสามารถชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้อย่างอิสระ (the Free Weighing of Evidence) แต่เนื่องจากอิทธิพลของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) ทำให้หลายประเทศนำหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ในกฎหมายภายในประเทศรวมถึงการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย ในระยะแรก หลายประเทศซึ่งมีการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐจะจำกัดการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น เพราะนอกจากแนวคิดในการใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบแล้ว ยังมีแนวคิดเกี่ยวกับคุณค่าในเชิงพิสูจน์ของพยานหลักฐานที่ไม่เสียไปเนื่องจากวิธีการโดยมิชอบอีกด้วย แต่เนื่องจากในทางปฏิบัติเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยเจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา และพยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนสามารถใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของศาลได้เช่นกัน ทำให้ศาลในหลายประเทศปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับกรณีพยานหลักฐานของเอกชนมากขึ้น เช่น ในเยอรมนี ศาลได้กำหนดระดับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนไว้ในหลายระดับด้วยกัน โดยจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการค้นหาความจริงและการใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ สัดส่วนความรุนแรงของความผิดทางอาญาที่ถูกฟ้องร้อง ความรุนแรงในวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน และสิทธิเสรีภาพของจำเลยที่ถูกละเมิดเสมอ ในกรณีความผิดร้ายแรงหรือประโยชน์ของรัฐในการรักษากฎหมายมีน้ำหนักมากกว่าการคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว ผลประโยชน์ของรัฐย่อมมาก่อนผลประโยชน์ของเอกชน ทำให้พยานหลักฐานที่แม้จะมาโดยมิชอบสามารถจะรับฟังได้

อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศกลุ่มระบบซีวิลลอว์มีแนวคิดการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก ทำให้ประเทศส่วนใหญ่ปรับใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับเอกชนเมื่อวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานละเมิดต่อบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรง หรือฝ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติบทตัดพยานหลักฐานไว้โดยเฉพาะเท่านั้น หากแต่หลักเกณฑ์สำคัญที่ทุกประเทศมีร่วมกันคือการรักษาประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการรับฟังพยานหลักฐาน เช่นว่านั้น หากผลประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการควบคุมอาชญากรรมและผลประโยชน์ของเอกชนที่จะได้รับการคุ้มครองในสิทธิเสรีภาพขัดกัน ประโยชน์ของรัฐย่อมมาก่อนเสมอ แต่จะต้องไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute rights) เช่น สิทธิในชีวิต หรือสิทธิในร่างกาย เป็นต้น ซึ่งจะถูกละเมิดไม่ได้เด็ดขาด

จากการศึกษาแนวทางการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน ในต่างประเทศ เห็นว่ากลุ่มประเทศในระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีแนวคิดในการรับฟัง พยานหลักฐานร่วมกัน คือ

๑. การปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนเป็นไปเพื่อการรักษา ความบริสุทธิ์ยุติธรรมและเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะสิทธิในความเป็น ส่วนตัวมิให้ถูกละเมิดจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบของเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิ เสรีภาพในความเป็นส่วนตัวที่ได้รับการรับรองจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และอนุสัญญา แห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่หลายประเทศเป็นสมาชิกภาคี รัฐ ทั้งหลายจึงต้องคุ้มครองมิให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกละเมิดในทุกบริบท

๒. การปรับใช้กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนจะถูกนำมาปรับใช้กับ วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทบและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยเท่านั้น มีเพียงบาง ประเทศที่มีแนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแบบคอมมอนลอว์ที่จะปรับใช้เพื่อการ อำนวยความยุติธรรมคดีในภาพรวมได้ โดยศาลจะแบ่งระดับสิทธิที่ได้รับการละเมิดนั้น และจะชั่ง น้ำหนักประโยชน์สาธารณะที่ได้จากการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว หากเป็นสิทธิที่ไม่ได้รับการ รับรองเด็ดขาดศาลย่อมรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นไป แต่หากการแสวงหาพยานหลักฐานกระทบต่อ สิทธิที่ได้รับการรับรองอย่างเด็ดขาด เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย แม้จะเป็นความผิดร้ายแรงเพียงใด ศาลจะ ไม่รับฟังโดยเด็ดขาด

กฎหมายต่างประเทศได้มีการแบ่งประเภทของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ออกเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อกฎหมาย (Illegally Obtained Evidence) และ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม (Improperly or Unfair Evidence) บาง ประเทศจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น ขึ้นอยู่กับว่า วิธีการได้มาในพยานหลักฐานประเภทใดส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพร้ายแรงมากกว่ากัน ในขณะที่ บางประเทศจะไม่รับฟังพยานหลักฐานทั้งสองประเภท ทำให้สามารถนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณา ขอบเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนได้จากกฎหมายที่มีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้

การแบ่งการพิจารณาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็น ๒ ลักษณะ ดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้มาเป็นอย่าง ยิ่ง เพราะไม่เช่นนั้นแล้วศาล คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีจะไม่มีแรงในการตรวจสอบ พยานหลักฐานที่ได้มาโดยเอกชนที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐโดยศาลได้แต่อย่าง

ใดเลย โดยเฉพาะในกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดต่อกฎหมายที่เห็นได้อย่างชัดเจนในตัว พยานหลักฐานเองว่าได้มาโดยมิชอบ เนื่องจากกฎหมายกำหนดวิธีการได้มาโดยเฉพาะหรือบุคคลที่มีอำนาจในการได้มาโดยเฉพาะไว้ หากบุคคลได้พยานหลักฐานนั้นมาโดยละเมิดเงื่อนไขหรือไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่เกี่ยวข้องกับเอกชน ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนสามารถรับฟังได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นอย่างร้ายแรงนั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนทำทุกวิถีทางเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของบุคคลอื่นตามรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐจะยื่นมือเข้ามาต่อเมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงแล้วเท่านั้นย่อมไม่ถูกต้องด้วยหลักนิติรัฐ เพราะรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยกำหนดมาตรการทั้งในด้านป้องกันและแก้ไข นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นการส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ช่องว่างทางกฎหมายโดยใช้เอกชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานได้ เพราะศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนอยู่เสมอ ทั้งยังเป็นการสร้างภาระให้ศาลต้องกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปรับใช้บทตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนเพิ่มเติมอีก ทั้งที่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมถึงระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยที่เอกชนมีสิทธิฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวาง อีกทั้งโจทก์และจำเลยต่างมีสิทธิที่จะแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในคดีได้อย่างเต็มที่ เห็นได้ว่าบทบาทเอกชนในคดีอาญาของไทยมีลักษณะพิเศษและแตกต่างไปจากบทบาทเอกชนในต่างประเทศที่มีหน้าที่เพียงช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการรวบรวมพยานหลักฐานเท่านั้น และเมื่อพิจารณาในแง่ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลควบคู่ไปด้วยแล้ว หากศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมายก็เปรียบเสมือนว่าศาลได้ให้การสนับสนุนการกระทำอันมิชอบนั้นอีกด้วย

ดังนั้นแล้ว เมื่อได้ทราบแล้วว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถูกนำมาปรับใช้กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนด้วย โดยศาลหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีสามารถพิจารณาขอเขตการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนได้จากกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในหัวข้อต่อไปจะเป็นการเสนอแนะเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน เพื่อให้บรรล่วัตถุประสงค์ปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีของเอกชนมากขึ้น

๖.๒ ข้อเสนอแนะ

ประการแรก ในแง่ของกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ ความว่า

“พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชู เชื้อ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยบัญญัติตามมาตรา ๒๒๖ ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังแต่พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนแต่อย่างใด การนำมาตรา ๒๒๖ มาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนไม่ใช่การตีความมาตรา ๒๒๖ อย่างกว้างขวางเกินไปกว่าเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทบพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีความเหมาะสมกับระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยที่เอกชนมีบทบาทในการฟ้องคดีอย่างกว้างขวาง บทบัญญัติมาตรา ๒๒๖ จึงไม่จำกัดอยู่แต่เพียงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น หากยังรับรองและคุ้มครองในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองอีกด้วย จึงสามารถสรุปได้ว่ามาตรา ๒๒๖ ได้ครอบคลุมและมีความเหมาะสมสอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาความอาญาของศาลไทยแล้ว

สำหรับประเด็นเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ การแสวงหาพยานหลักฐานที่ขาดความรู้และความเข้าใจในการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายอาจทำให้รัฐเสียประโยชน์จากการรับฟังพยานหลักฐานขึ้นนั้นได้ เห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖/๑ บัญญัติให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยวิธีการที่มิชอบหรือได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบเป็นพยานหลักฐานได้ โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดีประกอบปัจจัยต่างๆได้อย่างกว้างขวาง ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมและเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีได้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงวางหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างประณีตและยืดหยุ่น โดยเปิดโอกาสให้มีข้อยกเว้นเพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจเพื่อความเป็นธรรมได้สูงสุดและสร้างความเหมาะสมระหว่างคุณค่าของทฤษฎีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) กับทฤษฎีที่มุ่งป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) เพื่อให้คุณค่าใดคุณค่าหนึ่งต้องเหลือมล้ำจนเกินไป

อย่างไรก็ดี ในปัจจัยเรื่องผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใดตามที่กำหนดไว้ใน อนุมาตรา (๔) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าในทางปฏิบัติสามารถตรวจสอบได้ยาก เมื่อพิจารณาปัจจัยในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของออสเตรเลียที่มีความคล้ายคลึงกับของไทยเป็นอย่างยิ่งแล้ว เห็นว่าปัจจัยที่พิจารณาว่าการกระทำโดยมิชอบนั้นเกิดจากความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเพียงใด (e) และความยุ่งยากเพียงใดในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหากไม่มีการกระทำโดยมิชอบนี้ (h) สมควรถูกนำมาปรับใช้ในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทยโดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นกรณีของเอกชนเท่านั้น แต่หากนำมาพิจารณาในกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนก็จะเป็นประโยชน์แก่ศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนเป็นอย่างยิ่ง เพราะเนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนที่จะใช้เป็นแนวทางให้เอกชนสามารถปฏิบัติตามขั้นตอนและหลักเกณฑ์ของกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ทำให้ในบางครั้งเอกชนไม่รู้ด้วยซ้ำว่าการแสวงหาพยานหลักฐานของตนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่อาจสรุปได้ว่าเอกชนตั้งใจจะแสวงหาพยานหลักฐานในทางที่เสื่อมเสียแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นได้อย่างแท้จริง สอดคล้องเกี่ยวเนื่องกับปัจจัยในด้านของการยุ่งยากในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น เพราะเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์ต่างๆมากมายที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่เอกชนในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น เอกชนย่อมใช้ประโยชน์จากมาตรการทางกฎหมายได้ หากเอกชนแสวงหาพยานหลักฐานโดยพลการย่อมอาจถูกพิจารณาได้ว่ามีเจตนาหรือมุ่งหมายที่จะสร้างความเสื่อมเสียแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นแล้ว

ดังที่ได้อธิบายแล้ว จึงเห็นว่ากรณีมาตรา ๒๒๖ กับกรณีการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนน่าจะมาจากปัญหาในแง่ปฏิบัติมากกว่าแง่ของกฎหมาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติและเพื่อให้การปรับใช้มาตรา ๒๒๖ มีประสิทธิภาพในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง ผู้เขียนเห็นว่าในทางปฏิบัติมีข้อพิจารณาดังที่จะเสนอแนะต่อไปนี้

ประการที่สอง ในแง่ของการปฏิบัติ นักกฎหมาย นักวิชาการหรือศาลจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการเสนอแนะแนวทางการปรับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๖ ประกอบมาตรา ๒๒๖/๑ กับกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนให้มีความชัดเจนขึ้น เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีไม่ว่าจะเป็นศาล พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ทนายความหรือคู่ความในคดีทราบได้ว่าพยานหลักฐานใดที่สามารถใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีได้และไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา ๒๒๖ และเนื่องจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเอกชนไม่มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานไว้โดยเฉพาะ แต่จะปรากฏตามกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบว่าพยานหลักฐาน

ที่ได้มาโดยเอกชนเป็นไปโดยชอบหรือไม่ ผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีไม่ว่าจะเป็นศาล พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ทนายความหรือคู่ความจะต้องมีความรอบรู้ในกฎหมายพอสมควร เพื่อให้การตรวจสอบพยานหลักฐานนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว

จากข้อเสนอแนะในทางปฏิบัติข้างต้น ผลที่จะเกิดขึ้นจากการสร้างความชัดเจนในการปรับใช้มาตรา ๒๒๖ กับกรณีของเอกชน คือการก่อให้เกิดประโยชน์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายหรือแนวทางอื่นๆที่สอดคล้องและรองรับการปรับใช้กับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชนที่มีอำนาจในการฟ้องคดีอาญาและบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างกว้างขวาง เช่น มาตรการตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือการกำหนดขอบเขตพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเอกชน เป็นต้น เพื่อให้การอำนวยความยุติธรรมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจากการใช้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในแง่ของการพิสูจน์ความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและประโยชน์ของสังคมโดยรวมได้

ดังนั้นแล้ว สามารถสรุปปัญหาในการทำวิจัยวิทยานิพนธ์หัวข้อนี้ได้ว่า แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐแต่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้สอดคล้องและอยู่บนพื้นฐานกระบวนการพิจารณาคดีอาญาตามแนวคิดของไทย การที่หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีความเหมือนหรือคล้ายกับหลักกฎหมายของต่างประเทศแต่มิได้หมายความว่าแนวทางการปรับใช้บทบัญญัติเหล่านั้นจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกับของต่างประเทศโดยไม่คำนึงถึงรากฐานที่มาของกฎหมายนั้นและอาจทำให้การปรับใช้ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายนั้นได้

รายการอ้างอิง

- Admissibility of Illegally Obtained Evidence in a Civil Case. Washington and Lee Law Review 17, 1 (1960).
- Adrian Keane and Paul McKeown. The Modern Law of Evidence. 10 ed. London: Oxford University Press, 2014.
- Andrew Choo. Evidence. 4 ed. London: Oxford University Press, 2014.
- Andrew Sanders and Richard Young. Criminal Justice. 3 ed. London: Butterworths 2010.
- Antony Duff. The Trial on Trial: Truth and Due Process. Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Bradley, C. M. The Exclusionary Rule in Germany. Harvard Law Review 96 (1983): 35.
- Charles P. Bubany, P. J. C. Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison the Fruit? Texas Tech Law Review 12, 611 (1981): 24.
- Craig M. Bradley. Mapp Goes Abroad. Case Western Reserve Law Review 52, 2 (2001).
- David A. Maxwell. Private Security Law: Case Studies. London: Butterworths, 1993.
- Eileen Skinnider. "Improperly of Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada " In Canadian International Development Agency funded Implementing International Standard Criminal Justice Project. Vancouver: International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2005.
- Evidence Illegally Obtained by Private Persons Held Admissible in State Civil Action. Columbia Law Review 63, 1 (1963).
- Evidence Illegally Seized by Private Persons Excluded from Criminal Prosecution: People V. Mccomb. Michigan Law Review 64, 1 (1965).
- Harvey L. Ziff. Seizures by Private Parties: Exclusion in Criminal Cases. Stanford Law Review 19, 3 (1967).
- Herbert Packer. The Limit of the Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.

- Hil Huxley. Evidence, the Fundamentals. 2 ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Hodge M. Malek. Phipson on Evidence. 16 ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.
- I.H. Dennis. The Law of Evidence. 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- James J. Tomkovicz. Constitutional Exclusion: The Rules, Rights, and Remedies That Strike the Balance between Freedom and Order. London: Oxford University Press, 2011.
- John H.Langbein. Comparative Criminal Procedure: Germany. New York: West Publishing Co., 1977.
- John Henry Merryman, D. S. C., and John O. Haley, . Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia. New Providence: LexisNexis, 2010.
- John M. Burkoff. Not So Private Searches and the Constitution. Cornell Law Review 66, 4 (April 1981): 46.
- John William Strong. Mccormick on Evidence. 4 ed. St. Paul: West publishing, 1992.
- Kunal M. Parker. Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900 :Legal Thought before Modernism. London: Cambridge University Press, 2011.
- Kuo-hsing Hsieh. The Exclusionary Rule of Evidence: Comparative Analysis and Proposals for Reform. 1 ed. New York: Routledge, 2014.
- Malcolm N. Shaw. International Law. 4 ed. London: Cambridge University Press, 1997.
- Matthew Hale. The History of the Common Law of England: And an Analysis of the Civil Part of the Law. 5 ed. New Jersey: The Law Book Exchange, LTD., 2007.
- Maureen Spencer and John Spencer. Evidence Concentrate: Law Revision and Study Guide. London: Oxford University Press, 2015.
- Nicci Whitear-Nel. Admissibility of Unconstitutionally Obtained Evidence. South Africa Journal Criminal Justice 19, 375 (2006).
- "Opinion on the Status of Illegally Obtained Evidence in Criminal Procedures in the Member States of the European Union.". In E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS OF FUNDAMENTAL RIGHTS, 2003.

Paul Brand and Joshua Getzler. Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: From Antiquity to Modern Times. London: Cambridge University Press, 2012.

Report of the Proposed Code of Criminal Procedure for the Kingdom of Siam.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๔๕๗.

Shaun B. Rafferty. State V. Nelson : Exclusionary Derived from a Private Search.

Louisiana State University Law Review 39, 1 (Fall 1978): 15.

Steven Penney. Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence under Section 24(2) of the Charter. McGill Law Journal 43, 105 (2003).

Theodore M. becker. The Place of Private Police in Society: An Area of Research for the Social Sciences. Social Problems 21, 3 (1974).

William van Caenegem. "New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report - Common Law ": Bond University, 2007.

เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๗.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑. พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม).

กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, ๒๕๕๑.

———. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ ๗ (แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง, ๒๕๕๓.

———. ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyer). พิมพ์ครั้งที่ ๑.

กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, ๒๕๔๘.

———. วิเคราะห์การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย. วารสารนิติศาสตร์ ๑๕, ๓ (๒๕๒๘).

———. หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา. วารสารนิติศาสตร์ ๙, ๓ (๒๕๒๑).

เข็มชัย ชูติวงศ์. กฎหมายลักษณะพยาน. ใน รวมคำบรรยาย ภาค ๒ สมัยที่ ๖๑.

กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๒.

———. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ ๙. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๗.

เรอเน่ กียอง. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม. แปลโดย ไตรเวทย์, ส. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๐.

- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ ๑๐. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๔.
- โสภณ รัตนการ. กฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ ๑๑. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, ๒๕๕๗.
- โอสถ โกศิน. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ ๓. กรุงเทพมหานคร: หอรัตนชัยการพิมพ์, ๒๕๓๘.
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. แนวทางในการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, ๒๕๓๙.
- กรมองค์การระหว่างประเทศ. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/iccppt.pdf> [เข้าถึงเมื่อ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๕๖]
- . ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ, ๒๕๕๑.
- กฤษฎา บุญยสมิต. กฎหมายตราสามดวง: แฉ่นส่องสังคัมไทย ผลงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ลำดับที่ ๒
กฎหมายตราสามดวง: การพิจารณาใหม่. กรุงเทพมหานคร: เพ็ญฟ้า, ๒๕๕๗.
- กิติ บุศยพลาการ. ผู้เสียหายในคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ๒๕๒๓.
- กุลพล พลวัน. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๓.
- . การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทย. รายงานงานเสวนาทางวิชาการ เรื่อง การช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย: การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย(๒๕๕๖).
- . ความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานอัยการกับผู้เสียหายในคดีอาญา. อัยการนิเทศ ๕๓, ๑ (๒๕๓๔).
- . พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ ๓. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๓๘.
- . ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยอัยการในประเทศไทย. วารสารอัยการ(๒๕๒๙).
- . สิทธิมนุษยชนในสังคัมโลก. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๔๗.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกดักฟังการสื่อสารข้อมูล. วารสารกระบวนการยุติธรรม ๖, ๑ (มกราคม - เมษายน ๒๕๕๖).

- คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ ๘. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๕.
- . บทบาทของศาลในคดีอาญา. วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์ ๑, ๑ (๒๕๔๔).
- . วิธีพิจารณาความอาญาของไทย หลักปฏิบัติกับทางกฎหมายที่ไม่ตรงกัน. ใน รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิต ฒ นคร. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, ๒๕๔๐.
- . อภิวัดณ์กระบวนการยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๓.
- . อัยการเยอรมัน และการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง. ใน อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา รวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาในนานาประเทศ. กรุงเทพมหานคร: ชูติมาการพิมพ์, ๒๕๓๓.
- คณิง ภาไชย. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒. พิมพ์ครั้งที่ ๘. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๖.
- จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๕๖.
- จรัญ ภัคดิธนากุล. กฎหมายลักษณะพยาน. ใน รวมคำบรรยาย ภาค ๒ (ครั้งที่๙) สมัยที่ ๖๔. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๔.
- . กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ ๑๐. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๘.
- จรัล ดิษฐาอภิชัย. สิทธิเกี่ยวกับมโนธรรมและความเป็นส่วนตัว. ใน เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๒.
- จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช. การกลั่นกรองพยานหลักฐานชั้นสอบสวน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ๒๕๔๐.
- . หลักและทฤษฎีการสอบสวน คณะตำรวจศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, ๒๕๕๖.
- จิรนิติ หะวานนท์. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน. อุลพาห ๓๑, ๓ (พฤษภาคม - มิถุนายน ๒๕๒๗).
- ชลลดา จินตเสถียร. ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา ๒๒๖/๑ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ๒๕๕๓.
- ชวลิต โสภณวัต. กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ. อุลพาห ๒๘, ๖ (พฤศจิกายน ๒๕๒๔).

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และคณะ. ความเป็นมาของการปฏิรูปกฎหมายไทย. วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช ๕, ๑ (๒๕๓๖).

ชาติ ชัยเดชสุริยะ. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทาง
อาญา. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, ๒๕๔๙.

———. สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. ใน เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา
กฎหมายสิทธิมนุษยชน. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๒.

ฐานิศร์ วรรณสุข. ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา : ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วย
 กฎหมาย. สารนิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ๒๕๕๐.

ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๒. พิมพ์ครั้งที่ ๕ แก้ไขเพิ่มเติม.
 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๖.

ดิน โต๊ะกาเร็ม. การตรวจและสั่งสำนวนคดีอาญา. วารสารอัยการ ๑๔, ๑๕๕ (๒๕๓๔).

นคร ผกามาศ. การฟ้องคดีอาญาแผ่นดิน (แง่คิดจากคำพิพากษา). วารสารอัยการ ๑, (กรกฎาคม)
 (๒๕๒๑).

นพนิตี สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ และอุดม รัฐอมฤต. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิ
และเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช
๒๕๔๐. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร: นานาการพิมพ์, ๒๕๔๔.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ ๔.
 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๕.

บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ปัญหาและมาตรการทาง
กฎหมายในการรับรอง และคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy).
 กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๕๔.

ประเสริฐ ฐ นคร. อำนาจตุลาการในสมัยสุโขทัย: ประวัติศาสตร์เบ็ดเตล็ด รวมบทนิพนธ์ เส้าหลัก
 ทางวิชาการ ของ ศ.ดร.ประเสริฐ ฐ นคร ศิลปวัฒนธรรม ฉบับพิเศษ, กุมภาพันธ์ (๒๕๔๙).

ประดิษฐ์ พงษ์สุวรรณ. อำนาจฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : สัมฤทธิ์ผลของการฟ้องคดีความผิดฐาน
 ฉ้อโกง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
 มหาวิทยาลัย. ๒๕๔๙.

ประธาน วัฒนพานิช. ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรม
 และกระบวนการนิติธรรม. วารสารนิติศาสตร์ ๙, ๒ (กันยายน – พฤศจิกายน ๒๕๒๐).

ประมุล สุวรรณศร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ ๘. กรุงเทพมหานคร:
 โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, ๒๕๒๖.

- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ ๑๔. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙.
- ปารีณา ศรีวนิชย์. "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่อให้กระทำความผิด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายนานาชาติ." In งานวิจัยโครงการ. กรุงเทพมหานคร, ๒๕๕๖.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน: พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง. พิมพ์ครั้งที่ ๔ แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๗.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานว่าด้วยพยานเอกสาร. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๘.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๕.
- . สิทธิในการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาตามบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 6 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา : วิเคราะห์หลักการและเหตุผลรวมถึงสิทธิอนุพันธ์ (Derivative Rights). ใน รายงานงานเสวนาทางวิชาการ เรื่องการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย : การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๖.
- พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช ๒๕๐๑-๒๕๐๒. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๐๒.
- มนั โขศรีสาคร. การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ คั่น ยึด โดยมีขอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ๒๕๓๙.
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ ๓. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, ๒๕๒๘.
- ร.แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเล่ม ๒. แปลโดย พงศ์พนิตานนท์, ช. เ. แ. ว. พิมพ์ครั้งที่ ๑. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ๒๕๒๔.
- . ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยว่าด้วยศาลและวิธีพิจารณา. วารสารอัยการ ๙, ๑๐๒ (มิถุนายน ๒๕๒๙).
- . ร.แลงการ์ดกับไทยศึกษา: รวมบทความแปลและบทความศึกษาผลงาน. พิมพ์ครั้งที่ ๑. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๘.
- รชฎ เจริญฉ่ำ. พยานหลักฐานในคดีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, ๒๕๕๑.
- รุจรัตน์ ชุมวรเดช. พยานผู้ชำนาญการพิเศษในคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ๒๕๓๖.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ ๓. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๙.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๓.
- วิชัย ศรีรัตน์. การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค. ใน เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน หน่วยที่ ๑ – ๗ นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๒.
- วินัย พงศ์ศรีเพียร. กฎหมายตราสามดวง : แฉ่นส่องสังคมไทย. พิมพ์ครั้งที่ ๑. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๔๗.
- วิษณุ วัลญญู. René Guyon, Oeuvre De Codification Au Siam. วารสารนิติศาสตร์ ๒๓, ๑ (๒๕๓๖).
- วิสาร พันธนะ. วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา. ตุลาคม ๒๕, ๕ (กันยายน - ตุลาคม ๒๕๒๑).
- ศุภชัย เกียรติเฉลิมพร. การตรวจสอบพยานหลักฐานโดยศาลก่อนการพิจารณาคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ๒๕๓๙.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานการศึกษาระดับสมบูรณัโครงการวิจัยเรื่อง ศึกษาปัญหาข้อขัดข้องการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, ๒๕๕๖.
- สมพร พรหมหิตาธร. คู่มือพยานหลักฐานคดีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๔๔.
- สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสารสนเทศ. รวมฎีกาเผยแพร่ ครั้งที่ ๗ [ออนไลน์]. ๒๕๕๑. แหล่งที่มา: <http://www.stat.ago.go.th/2551/deeka%20sep%202051.pdf> [เข้าถึงเมื่อ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๕๘]
- สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพมหานคร: ประยูรวงศ์, ๒๕๕๕.
- สุพจน์ ณ บางช้าง. กระบวนการบังคับใช้กฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๔๗.
- สุพจน์ สุโรจน์. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา. ใน เอกสารประกอบการสอนชุดการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบขั้นสูง. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๕๕.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. แถลงการณ์เรื่องการดักฟังทางโทรศัพท์. รพีสาร ๔, ๑๔ (มกราคม - มีนาคม ๒๕๓๙).

- — — . กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย: ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ. ตุล
พาท ๔๓, ๔ (ตุลาคม - ธันวาคม ๒๕๓๙).
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๑๔/๒๕๕๑ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<http://www.deka.in.th/view-498524.html> [เข้าถึงเมื่อ ๕ เมษายน ๒๕๕๘]
- — — . กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. ใน ประมวล
สารคดีวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ ๖ – ๑๐. พิมพ์ครั้งที่ ๑.
นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ๒๕๕๕.
- หยุด แสงอุทัย. ตำรากฎหมายในประเทศไทย. ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.หยุด
แสงอุทัย. กรุงเทพมหานคร: บริษัทพิชการพิมพ์ จำกัด, ๒๕๒๓.
- อภิรักษ์ ศรีศิริ. เปรียบเทียบแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายตราสาม
ดวงกับคดีอาญาไทยในปัจจุบัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ๒๕๕๒.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. การพิจารณาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา: ระบบพิจารณาแบบไบบ
เฟอร์เมชั่น. วารสารนิติศาสตร์ ๑๐, ๓ (๒๕๒๕).
- อรณพ ลิขิตจิตตะ และคณะ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์หัวข้อ เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ
กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๔๘.
- อารยา เกษมทรัพย์. การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะกรณีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่
ฟ้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย. ๒๕๓๗.
- อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. การรับฟังพยานหลักฐานที่ดำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
กรณีเปรียบเทียบสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ. บทบัณฑิตย, ๖๙ (มิถุนายน ๒๕๕๖).
- อำนาจ เนตยสุภา และวัชรภรณ์ พิมพ์จุฬา. รายงานการวิจัยเรื่อง ปัญหาการล่อซื้อในคดีละเมิด
ลิขสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๔๘.
- อิสราวุธ อ่อนน้อม. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ให้โดยมิชอบ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ๒๕๔๑.
- อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ ๖ แก้ไขเพิ่มเติม.
กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๘.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาว ช่อม่วง ม่วงทอง เกิดเมื่อวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๓๐ ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นประถมศึกษาจากโรงเรียนพวงคราม อำเภออรัญประเทศ จังหวัดสระแก้ว ชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนราชินี เขตพระนคร จังหวัดกรุงเทพมหานคร และปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับประกาศนียบัตรวิชา ว่าความ จากสภาทนายความ ปัจจุบันประกอบอาชีพธุรกิจส่วนตัว ที่อำเภออรัญประเทศ จังหวัด สระแก้ว

