

## บทที่ 2

### สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กับการดักฟังการกระทำความผิด

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เริ่มมีการเรียกร้องให้รับรองคุ้มครองมาตั้งแต่สมัยอดีต และมีการพัฒนาแนวคิดเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ในแต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทย บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้มีการรับรอง คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ด้วยเหตุนี้ในการตรากฎหมายต่าง ๆ ผู้เกี่ยวข้องจะต้องคำนึงว่ากฎหมายดังกล่าวจะไปกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรอง คุ้มครองไว้หรือไม่ ต้องคำนึงเป็นประการสำคัญเสมอ เพราะมองว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และเป็นหลักการพื้นฐานของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องมี หากละเลยหรือไม่คุ้มครองย่อมส่งผลต่อเกียรติภูมิของประเทศ

#### 2.1 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้น ถือกันว่าเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง บรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานะแต่เพียง “คำประกาศ” อุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว<sup>2</sup>

ที่มาของสิทธิและเสรีภาพเกิดจากการที่มนุษย์พยายามหาคำตอบที่ว่ามนุษย์ทุกคนควรมีสิทธิประเภทหนึ่งอันเป็นสิทธิประจำตัว ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่อาจถูกทำลายลงได้ โดยอำนาจใด ๆ ขณะเดียวกันก็ได้มีการต่อสู้ดิ้นรนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิเช่นว่านั้นตลอดมา ระหว่างผู้ได้ปกครองและผู้มีอำนาจปกครอง ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดในเรื่องของ “กฎหมายธรรมชาติ

---

<sup>2</sup> สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม) (น. 9), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

(Natural law) และสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights)” ซึ่งความมุ่งหมายที่แท้จริงที่ได้มีการเสนอความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติขึ้นมา ก็เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองมักมีความขัดแย้งกันอยู่เสมอ ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองก็พยายามดิ้นรนที่จะมีสิทธิเสรีภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะมีได้ แต่ในขณะที่เดียวกันผู้มีอำนาจปกครองรัฐก็มีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่เสมอ<sup>3</sup>

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจ ในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจึงขอศึกษาในเรื่องความหมายของสิทธิและเสรีภาพ ว่ามีความหมายอย่างไร เหมือนหรือต่างกันหรือไม่

### 2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิ (Rights) และเสรีภาพ (Liberty) เป็นคำที่ปรากฏคู่กันอยู่เสมอ และจะมีความผูกพันซึ่งกันและกันในการกล่าวถึงคำใดคำหนึ่ง จนมีการกล่าวรวมกันและนำไปใช้ปะปนกันว่า “สิทธิเสรีภาพ” อย่างไรก็ตาม คำสองคำนี้มีได้ความหมายใกล้เคียงกันหรือเป็นอย่างเดียวกันไม่ ดังนั้น จึงจะศึกษาความหมายของคำว่าสิทธิและเสรีภาพกันว่ามีความหมายต่างกันอย่างไร

#### 2.1.1.1 ความหมายของคำว่า “สิทธิ” (Rights)

คำว่า “สิทธิ” มีนักกฎหมายให้คำจำกัดความไว้หลายรูปแบบ อาทิ

ท่าน ALEX WEILL ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งประเทศฝรั่งเศส ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ว่า

สิทธิ (Rights)<sup>4</sup> คือ “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทวงหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่าอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้แก่ผู้อื่นอีกคนหนึ่ง หรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน เช่น เรียกร้องให้เขาชำระเงินให้หรือซ่อมแซมกำแพงบ้านให้ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เรียกร้องให้ผู้ที่ขายกิจการให้แก่ตนละเว้นการประกอบกิจการอย่างเดียวกันกับที่ขายให้แก่ตนในเมืองเดียวกันแข่งกับตน ส่วนกรรมสิทธิ์ในบ้านหลังหนึ่ง เมื่อวิเคราะห์กันอย่างถึงที่สุดแล้ว แท้ที่จริงก็คืออำนาจของผู้ที่เป็นเจ้าของบ้านหลังนั้นในอันที่จะใช้สอยบ้านหลังนั้น แสวงประโยชน์จากบ้านหลังนั้น ห้ามมิให้ผู้อื่นเข้าไปในบ้านหลังนั้น และใช้บ้านหลังนั้นด้วยประการใด ๆ โดยมีชอบนั่นเอง”

<sup>3</sup> สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย, โดย ชนิษฐ์ ดิชาวัน, รวมบทกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 8, 2552, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

<sup>4</sup> สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ที่เหมาะสม). เล่มเดิม (น. 21).

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ว่า

ความหมายของคำว่า “สิทธิ” มีความเห็นอยู่ 2 ความเห็น กล่าวคือ<sup>5</sup>

ความเห็นประเภทที่ 1 เห็นว่า “สิทธิ” หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง” เช่น ในการที่บุคคลใดมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน บุคคลนั้นย่อมมีอำนาจ มีเจตนาครอบครอง ใช้สอย หรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้น โดยเขาจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ หรือจะใช้อำนาจดังกล่าวแต่เพียงบางประการก็ได้ แล้วแต่เจตจำนงของเขา ผู้ที่มีความเห็นประเภทที่ 1 นี้ได้เห็นถึงความสำคัญอยู่ที่ “อำนาจ” ที่กฎหมายให้แก่บุคคล ความเห็นนี้ วินด์ไฮช (Windscheid) นักกฎหมายเยอรมันเป็นผู้คิดขึ้น

ความเห็นประเภทที่ 2 เห็นว่า “สิทธิ” คือ “ประโยชน์ที่มีกฎหมายคุ้มครองให้ ความเห็นนี้เยียร์ริง (Jhering) นักกฎหมายเยอรมันเป็นผู้คิดขึ้น ผู้ที่มีความเห็นประเภทที่ 2 นี้เน้นหนักไปที่ “จุดประสงค์” (Zweck) ของสิทธิ กล่าวคือ การที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลที่จะมีเจตจำนง (Willensmacht) ก็เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลมุ่งประสงค์ ...”

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้วิจารณ์ความเห็นทั้งสองว่า ความเห็นที่ 1 เป็นการมองไปในแง่ “เนื้อหาของสิทธิ” ส่วนความเห็นที่ 2 เป็นการมองไปในแง่ “จุดประสงค์ของสิทธิ” ในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นทั้ง “อำนาจ” และ “ประโยชน์” จึงควรยึดถือความหมายของสิทธิว่าหมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้”<sup>6</sup>

ศาสตราจารย์พิเศษ วิชามหาคุณ ได้ให้ความหมาย “สิทธิ” ไว้ว่า<sup>7</sup>

“สิทธิ” หมายถึง การที่บุคคลจะพึงกระทำได้ภายในขอบเขตของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิของบุคคลจะต้องมีกฎหมายรับรอง หรือยอมรับบังคับให้

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมาย “สิทธิ” ไว้ว่า<sup>8</sup>

“สิทธิ (Rights) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้”

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ มีความเห็นในเรื่อง “สิทธิ” นี้ว่า หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิร่างกาย”

<sup>5</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ต้องหาโดยองค์กรตุลาการในชั้นก่อนการพิจารณา : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีไทยและสหรัฐอเมริกา (น. 8) โดย สุพิศ ประณีตพลกรัง, 2528, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม (น. 9).

<sup>7</sup> แหล่งเดิม.

<sup>8</sup> แหล่งเดิม (น. 10).

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ตามรัฐธรรมนูญไว้ว่า<sup>10</sup>

“สิทธิ” ความหมายทั่วไป หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย”<sup>11</sup>

และศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต และคณะ มีความเห็นเรื่อง “สิทธิ” นี้ว่าหมายถึง<sup>12</sup> “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและบุคคลอื่น... หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่น หรือหลายคนกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการบางอย่าง เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน

หากนำหลักการและความคิดเกี่ยวกับสิทธิมาประมวลแล้ว ก็จะสามารถเห็นว่า สิทธิมีลักษณะสำคัญที่ตรงกันหลายประการ ได้แก่<sup>13</sup>

1) สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ “สิทธิ” จะเป็นการรับรองให้เจ้าของสิทธิมี “อำนาจ” สามารถ “ใช้” สิทธินั้นได้ หรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นได้ตามเจตจำนงของเจ้าของสิทธิ ในบางกรณีก็อาจจะให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนแทนได้ ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนนี้มักพบกันในกฎหมายแพ่ง

2) สิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตนนั้น กล่าวคือ ถ้าเป็นสิทธิในทางแพ่ง จะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์สิน (ทรัพย์สินสิทธิ) บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องยอมรับและไม่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินอันผู้อื่นมีสิทธิอยู่นั้น หรือเรียกร้องให้บุคคลดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใด ๆ (บุคคลสิทธิ) หรือในทางกฎหมายมหาชน สิทธินั้นจะเรียกร้องให้รัฐโดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อตนได้ ทุกกรณีนั้นแสดงถึง “หน้าที่” ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธินั้น กล่าวคือในทุกสิทธิจะมีหน้าที่ต่อผู้อื่นเสมอ

<sup>9</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ (น.7), โดยสมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช, 2546, (รายงานผลการวิจัย) ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>10</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ต้องหาโดยองค์กรตุลาการในชั้นก่อนการพิจารณา : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีไทยและสหรัฐอเมริกา. หน้าเดิม.

<sup>11</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 58), โดยบรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

<sup>12</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ. หน้าเดิม.

<sup>13</sup> แหล่งเดิม (น. 8).

3) สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจ และหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐ บังคับทุกคนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายรับรองสิทธิของตนและกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น แม้ในทางแพ่งบุคคลจะมีสิทธิ ทำนิติกรรมผูกพันได้โดยเสรีและนิติกรรมนั้นก็อาจจะเกิดสิทธิทางแพ่งขึ้นก็ได้ แต่การที่บุคคล สามารถทำนิติกรรมกันได้ นั้น ก็ต้องชอบด้วยเงื่อนไขที่กฎหมาย ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ได้กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น โดยกฎหมายจะกำหนดสิทธิไว้โดยชัดเจนหรือให้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปก่อตั้งสิทธิระหว่าง กันและกันได้โดยเสรี ตราบใดที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนสิทธิต่อรัฐ ก็ชัดเจนว่า จะต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติเท่านั้น

สรุปได้ว่า “สิทธิ” (Rights) โดยทั่วไปแล้วหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่ บุคคลในอันที่จะกระทำการใดที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินของตนหรือบุคคลอื่น หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ หรือประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ทั้งที่เป็นรูปธรรม จับต้องได้ และที่เป็นนามธรรม ถ้ากฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสูงสุดคือรัฐธรรมนูญ คุ้มครองและรับรองสิทธิใด ก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐและเจ้าพนักงานของรัฐ ที่จะต้องเคารพสิทธินั้น ๆ รวมถึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่ประชาชนที่จะต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกัน ด้วย<sup>14</sup>

#### 2.1.1.2 ความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” (Liberty)

“เสรีภาพ” มีนักกฎหมายให้คำจำกัดความไว้หลายรูปแบบเช่นกัน อาทิ

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายความไว้ว่า<sup>15</sup> “ตามตำราธรรมศาสตร์ของอังกฤษ ได้แยก “เสรีภาพ” ออกจาก “สิทธิ” ซึ่งตามความหมายภาคพื้นยุโรปไม่ได้แยกเสรีภาพออกไป ต่างหาก โดยจัดอยู่ในจำพวกสิทธิตามกฎหมายมหาชน แต่ตามกฎหมายอังกฤษ เสรีภาพอาจเป็นเรื่องกฎหมายเอกชนก็ได้ แซลมอนด์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” ไว้ว่า เป็นประโยชน์ ซึ่งบุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย เป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ได้ตามใจชอบ ข่ายแห่งเสรีภาพตามกฎหมายได้แก่ข่ายแห่งกิจกรรมซึ่งภายในข่ายนี้กฎหมาย ปล่อยให้บุคคลกระทำไปโดยลำพัง ...”

<sup>14</sup> สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. เล่มเดิม.

<sup>15</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ต้องหาโดยองค์กรตุลาการในชั้นก่อนการพิจารณา : ศึกษาเปรียบเทียบกรณี ไทยและสหรัฐอเมริกา. เล่มเดิม (น. 9).

ศาสตราจารย์พิเศษ วิชา มหาคุณ ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เสรีภาพ” หมายถึง<sup>16</sup> การที่บุคคลสามารถทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดได้โดยไม่ถูกรบกวน ทั้งนี้ โดยได้รับความคุ้มครองจากรัฐ และเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่เสรีภาพมีลักษณะเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งมีความหมายว่า ในการใช้ชีวิตส่วนตัวของบุคคลในรัฐมีขอบเขตที่รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายว่า “เสรีภาพ” (Liberty) หมายถึง<sup>17</sup> ความมีอิสระที่จะกระทำการหรือละเว้นกระทำการ และเห็นว่า เสรีภาพนั้นมีความหมายต่างกับสิทธิ อย่างไรก็ตาม ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง เสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย ดังที่มักมีผู้เรียกรวม ๆ กันไปว่าสิทธิและเสรีภาพ

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” ว่าหมายถึง<sup>18</sup> สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเองและเห็นความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” อยู่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด

ศาสตราจารย์ ดร.วราพงษ์ วิสรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” (Liberty) ว่า หมายถึง<sup>19</sup> “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น” “ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง” บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ กล่าวโดยสรุป เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination) โดยอำนาจนี้บุคคลในอันนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ดังนั้น เสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็น

<sup>16</sup> แหล่งเดิม.

<sup>17</sup> แหล่งเดิม (น. 10).

<sup>18</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น. 61).

<sup>19</sup> สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ที่เหมาะสม). เล่มเดิม (น. 22).

ประโยชน์แก่ตน จริงอยู่การที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลหนึ่งนี้ เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

ศาสตราจารย์ ดร.วราพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้เปรียบเทียบความแตกต่างของสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า<sup>20</sup>

สิทธิกับเสรีภาพ แม้จะคล้ายคลึงกันในข้อที่ว่าต่างเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล แต่ก็แตกต่างกันในข้อสาระสำคัญอันมีอาจมองข้ามเสียได้ “สิทธิ” เป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน ส่วน “เสรีภาพ” เป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์ที่จะกระทำและที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำ และแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นก็เพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น

ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต และคณะ มีความเห็นเรื่อง “เสรีภาพ” นี้ว่า หมายถึง<sup>21</sup> “สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่นหรือปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่เท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์ที่จะกระทำ

สรุปได้ว่า “เสรีภาพ” (Liberty) นั้น หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น หรืออำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล หรือความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพใด ก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ ที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้น ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้เป็นประโยชน์ชนิดหนึ่ง ดังนั้น เสรีภาพจึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่งเมื่อกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” โดยไม่เจาะจง จึงหมายความรวมถึง “เสรีภาพ” ด้วย<sup>22</sup>

<sup>20</sup> แหล่งเดิม (น. 23).

<sup>21</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น. 9).

<sup>22</sup> สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. เล่มเดิม.

ความแตกต่างระหว่างคำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจของบุคคลที่มีอยู่เพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นหรือองค์กรของรัฐกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สิทธินั้น ก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐหรือบุคคลอื่นในการที่จะต้องกระทำการ หรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิในตนเอง แต่เสรีภาพนั้น คือ อำนาจของบุคคลที่มีอยู่เหนือตนในการที่จะกระทำการอย่างใด อย่างหนึ่งด้วยอำเภอใจตน ผู้หนึ่งผู้ใดหาอาจเข้ามามีอิทธิพล โน้มน้ำหรือบังคับบัญชาให้บุคคลกระทำการเยี่ยงนั้นไม่ และแม้ว่าการมีเสรีภาพจะมีผลให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นหรือองค์กรของรัฐก็ตาม แต่ก็เป็นที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางการใช้เสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพเท่านั้น หาได้มีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือองค์กรของรัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนหรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่<sup>23</sup>

ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพจึงมีความหมายต่างกัน ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองเสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วยแต่โดยทั่วไปมักจะมีการใช้คำว่าสิทธิกับเสรีภาพปะปนกัน โดย ดร.กมล สมวิเชียร เห็นว่า คำสองคำนี้จะใช้แลกเปลี่ยนกันได้ แม้จะมีได้มีความหมายถึงสิ่งเดียวกัน เปรียบเหมือนคนเราเรียกด้านสองด้านของเหรียญคนละอย่างแต่ก็หมายถึงเหรียญอันเดียวกัน<sup>24</sup>

### 2.1.1.3 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (The Law of Constitution) หมายถึง กฎหมายว่าด้วยระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนั้น ๆ ต่อกันและกัน กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุด ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการต่อกันและกัน<sup>25</sup>

จากที่กล่าวมาว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดจากแนวความคิดในเรื่องของกฎหมาย ธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ แต่เมื่อมนุษย์ต้องเปลี่ยนสถานภาพจากเสรีชนที่สมบูรณ์แบบตามธรรมชาติมาเป็นประชาชนที่เป็นองค์ประกอบส่วนควบของรัฐ (องค์ประกอบของรัฐ ประกอบด้วย ดินแดน อำนาจอธิปไตย รัฐบาล ประชากร) สิทธิและเสรีภาพอันสมบูรณ์ ก็ต้องแปรสภาพไปเป็นสิทธิอันจำกัดและต้องผูกพันกับอำนาจแห่งรัฐ ขณะเดียวกันกฎของธรรมชาติก็จะกลายเป็นกฎหมายแห่งรัฐหรือกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองรัฐหรือรัฐธรรมนูญนั่นเอง<sup>26</sup>

<sup>23</sup> แหล่งเดิม.

<sup>24</sup> ประชาธิปไตยกับสังคมไทย. (น.18), โดย กมล สมวิเชียร, 2516, กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.

<sup>25</sup> ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น. 186), โดย หยุต แสงอุทัย, 2548, กรุงเทพฯ : ประกายพริ้ง.

<sup>26</sup> สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. เล่มเดิม.

เมื่อรัฐประชาธิปไตยได้จัดทำรัฐธรรมนูญของตนขึ้น โดยได้รับแรงบันดาลใจจากลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) ลัทธินี้สอนว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมจะปรากฏตัวออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมในรูปความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self-determination) อนึ่ง มนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of Individual Liberty) ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้ อย่างอิสระปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ให้แก่ราษฎร เพื่อให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตน ทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจได้ตามใจปรารถนา<sup>27</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยก “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ออกจากความหมายของคำว่า “สิทธิตามความหมายทั่วไป” โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง กลุ่มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน<sup>28</sup>

สิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิของประชาชนที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองไว้ สิทธิดังกล่าวมีขอบเขตรอบคลุมถึงสิ่งทั้งหลายทั้งปวงอันพึงมี พึงกระทำ และพึงได้ โดยที่สิ่งนั้นไม่ถูกขัดขวางได้แย้งโดยกฎหมาย องค์กรรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงไม่ถูกขัดขวางได้แย้งโดยบุคคลอื่นด้วย<sup>29</sup>

สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjective oeffentliche recht) มีความหมายว่า อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ซึ่ง ณ จุดนี้เองจึงเกิดสิทธิเรียกร้องต่อรัฐเพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองเขตแดนดังกล่าวนี้ อีกทั้งเพื่อให้บุคคลในรัฐได้รับประโยชน์สมดังสิทธินั้น ๆ นอกจากนี้สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังมีความหมายรวมถึงการให้

<sup>27</sup> สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม). เล่มเดิม (น. 7).

<sup>28</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ. หน้าเดิม.

<sup>29</sup> แหล่งเดิม.

หลักประกันในเชิงสถาบัน (die institutionellen garantien) จึงทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็น ความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ หรือต่อองค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐจึงต้องให้ความเคารพ และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลได้อย่างสมบูรณ์ในทาง ปฏิบัติ<sup>30</sup>

การปกครองของรัฐประชาธิปไตยจะปกครองโดย “หลักนิติรัฐ” (Regal State) และ “หลักนิติธรรม” (The Rule of law) อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากใช้อำนาจ ตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายบริหาร อันได้แก่ รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าพนักงานของรัฐที่อยู่ภายใต้ การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ตาม “หลักนิติรัฐ” และ “หลักนิติธรรม” นี้ องค์กรฝ่ายบริหารจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แม้การกระทำนั้น ๆ จะเป็นไป เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อปกป้องรักษาประโยชน์ ของมหาชนโดยส่วนรวม ก็ได้ จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายใน ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>31</sup>

#### 2.1.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ<sup>32</sup>

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งประเภทได้ มีวิธีการแบ่งได้หลายวิธี ด้วยกัน ดังนี้

2.1.2.1 แบ่งโดยพิจารณาจากวิธีการใช้สิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ การแบ่งสิทธิและ เสรีภาพโดยคำนึงถึง “วิธีการใช้” สิทธิและเสรีภาพนั้น กล่าวคือ แบ่งสิทธิและเสรีภาพที่ปลอดจาก การแทรกแซงของรัฐ สิทธิและเสรีภาพที่เรียกร้องเอจากรัฐ สิทธิและเสรีภาพในการแสดงเจตจำนง ทางการเมือง

1) สิทธิและเสรีภาพที่ปลอดจากการแทรกแซงของรัฐ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐรับรองว่าจะไม่เข้ามาก้าวล่วงหรือบังคับเอาแก่ประชาชน โดยประชาชนสามารถใช้สิทธิและ เสรีภาพเช่นว่านั้นเป็นประการใดก็ได้ตามใจสมัคร เว้นแต่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย สิทธิ ประเภทนี้ เช่น สิทธิในการที่รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อประชาชน เพราะเหตุแห่งความแตกต่าง

<sup>30</sup> การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 และ วรรค 3 (น.20), โดย บุญชัย วสุธนธา, 2552, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>31</sup> สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ อย่างเหมาะสม). เล่มเดิม (น.10).

<sup>32</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น.10).

ในถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (มาตรา 30 วรรคสาม) สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว (มาตรา 35) เสรีภาพในเคหะสถาน และสิทธิในการที่จะอาศัยและครอบครองเคหะสถาน โดยปกติสุข (มาตรา 33)

2) สิทธิและเสรีภาพที่ประชาชนสามารถเรียกร้องเอาจากรัฐ ได้แก่ สิทธิที่ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องขอต่อรัฐ หรือรัฐจะต้องดำเนินการเพื่อให้สมแก่สิทธินั้นของประชาชน สิทธิและเสรีภาพนี้มีได้จำกัดอำนาจรัฐเพียงประการเดียว แต่เป็นการสร้าง “หน้าที่” ให้แก่รัฐด้วย เช่น สิทธิในคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และวิทยุโทรคมนาคมที่เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ หมายถึง เป็นสิทธิของประชาชนทุกคนในการที่จะได้รับประโยชน์จากคลื่นความถี่เช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 47) สิทธิในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปี ซึ่งสิทธินี้รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย (มาตรา 49) เป็นต้น

3) สิทธิและเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง ทั้งทางตรง เช่น สิทธิในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 94 มาตรา 95) สมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 112) หรือเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น (มาตรา 284) ทั้งนี้ รวมถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ได้แก่ การเข้าชื่อเสนอกฎหมาย (มาตรา 163) ข้อมติบัญญัติท้องถิ่น (มาตรา 286) และสิทธิในการเข้าชื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา 164) เป็นต้น

#### 2.1.2.2 แบ่งโดยพิจารณาจากการจำกัดและสิทธิและเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญวิธีนี้ ได้แก่การพิจารณาว่า สิทธิและเสรีภาพนั้น สามารถถูกจำกัดได้อย่างไรบ้าง โดยอาจไล่เรียงจากการจำกัดที่น้อยที่สุด ไปสู่การจำกัดที่มากที่สุด ได้แก่

1) สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จำกัดไม่ได้เลย หรือสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้จำกัดของกฎหมายใด ๆ เลย ได้แก่เสรีภาพในการนับถือศาสนา โดยรัฐธรรมนูญได้ใช้คำว่า “เสรีภาพบริบูรณ์” ด้วย อนึ่ง การนับถือศาสนานั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ไม่มีมีการจำกัดใด ๆ เลย แต่ “เสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา” นั้น เป็นสิทธิและ

เสรีภาพที่จำกัดได้โดยเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จะกระทำได้เท่าที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

2) สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ถูกจำกัดได้โดยผลของกฎหมาย แต่มีใช้ว่ากฎหมายใด ๆ ก็สามารถตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่า สิทธิและเสรีภาพกลุ่มนี้จะสามารถถูกจำกัดได้ในกรณีใด หรือด้วยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ประการใดบ้าง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ สังเกตได้ว่า รัฐธรรมนูญจะใช้ถ้อยคำว่า “...โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อ...” เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ตามมาตรา 45 รัฐธรรมนูญได้บัญญัติการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้ไว้ว่า จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน เท่านั้น หากมีการตรากฎหมายขึ้นในกรณีอื่น ๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เช่น มีกฎหมายห้ามข้าราชการในตำแหน่ง นักวิชาการหรืออาจารย์ในมหาวิทยาลัยเขียนบทความวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาลลงในหนังสือพิมพ์รายวัน เช่นนี้ ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่มีขอบเพราะไม่เข้าด้วยเงื่อนไขของกฎหมาย

3) สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จำกัดได้โดยผลของกฎหมายทั่วไป สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ถูกจำกัดได้โดยผลของกฎหมาย โดยไม่มีเงื่อนไขประการใด ๆ กำหนดไว้อีก ดังนั้น กฎหมายใด ๆ ก็สามารถตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ได้ทั้งสิ้น ซึ่งสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้รัฐธรรมนูญจะใช้ถ้อยคำลงท้ายมาตราที่รับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวว่า “...ตามที่กฎหมายบัญญัติ...” หรือ “...ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...” เช่น สิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดกตามมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้ โดยผลของกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ถ้อยคำของมาตราดังกล่าวได้บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ... ...การสืบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้ระบุว่า กฎหมายใดบ้างที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพเรื่องนี้ได้ ซึ่งกฎหมายที่รับรองสิทธิและจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ที่บัญญัติถึงหลักทั่วไปและข้อจำกัดแห่งสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเอาไว้ และยังรวมถึงกฎหมายอื่นที่อาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้ด้วย

หลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก หากเจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำการที่มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพต่อประชาชน โดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือกระบวนการเกินขอบเขตที่กฎหมายวางไว้ เช่น การ เข้าตรวจค้นบุคคล โดยที่ไม่มีเหตุอันควรสงสัยหรือการเข้าดักฟังโทรศัพท์ของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือการบังคับให้บุคคลใดให้การหรือให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีด้วยวิธีการทรมานหรือ บังคับโดยวิธีอื่นใด การกระทำดังกล่าว ย่อมได้ชื่อว่า เป็นการที่รัฐได้ไปกระทำการละเมิดต่อศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนของบุคคลดังกล่าวเสียเอง<sup>33</sup>

### 2.1.3 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

แนวคิดในทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพมีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องกฎหมาย ธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติ<sup>34</sup> ซึ่งความมุ่งหมายที่แท้จริงที่ได้มีการเสนอความคิดเรื่องสิทธิตาม ธรรมชาติขึ้นมา ก็เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ โดยสาระสำคัญของกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติ คือ มนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเท่าเทียมกัน มีสิทธิบางประการที่ติดตัวตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพซึ่งในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สินและความเสมอภาค<sup>35</sup>

ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้มีการพัฒนาเป็นลำดับ ดังนี้

#### 2.1.3.1 ในยุคต้น

สมัยกรีกและสมัยโรมันโบราณ ได้เชื่อว่าได้ทำการคิดค้นและทดลองปฏิบัติเกี่ยวกับการเมือง การปกครอง อีกทั้งยังได้ทิ้งมรดกทางวิชาการอันล้ำค่าไว้ให้แก่คนรุ่นหลัง<sup>36</sup> นักปราชญ์กรีกและโรมันได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลสืบเนื่องกันมาโดยตลอด จากความคิด

<sup>33</sup> การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรม โดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ (น. 17). โดย มยุรา วิมลโลหการ. (2553). (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>34</sup> กระบวนการของฝ่ายตุลาการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกละเมิด โดย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศึกษาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 กรณีศาลเห็นเอง (น. 11), โดย จริยา อัครวิทย์, 2550, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>35</sup> ปัญหาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 (น. 9), โดย เจตนา เหมมุน, 2556, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>36</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 528), โดย บุญศรี มีวงศ์โสม, 2556, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและ เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในการจำกัดอำนาจของกษัตริย์หรือผู้มีอำนาจปกครองซึ่งมีมากเกินไป จึงเกิดความพยายามในการกำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่บุคคลต้องได้รับจากรัฐในฐานะที่พวกเขาเป็นมนุษย์ในมาตรฐานเดียวกัน คือ สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งสืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)<sup>37</sup>

ในสมัยนั้น ได้มีการเริ่มต้นความคิดทางปรัชญาที่สามารถจะพัฒนาต่อไปเป็น สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ได้ แต่สิ่งที่ขาดไปในสมัยนั้นก็คือ การแปลงสิ่งเหล่านั้นใหม่ให้เป็นกฎหมาย ที่ใช้บังคับได้ ทั้งกรีกและโรมันต่างก็ยังไม่รู้จักการที่ทำให้รัฐเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ปกป้องสิทธิ ขั้นพื้นฐานเหล่านี้ พลเมืองของรัฐโบราณทั้งสองต่างก็พอใจแล้วกับการที่รัฐเคารพในขอบเขต แห่งความสัมพันธ์แบบเอกชนของตน<sup>38</sup>

Aristotle กล่าวว่าไว้ว่า เสรีภาพและแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็เป็นที่ยุ้จักกันในสมัยนั้นแล้ว แต่สภาพความเป็นจริงจะไม่ปรากฏเกณฑ์สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับรัฐในสมัยนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับแดนแห่งสิทธิและเสรียังไม่เกิดขึ้นในสมัยนั้น เนื่องจาก มนุษย์ในสมัยนั้นมีสภาพเป็นเพียงส่วนหนึ่งของระบบการเมืองของรัฐ ความมีอยู่ของแต่ละบุคคล เป็นผลมาจากความมีอยู่ของรัฐ มนุษย์แต่ละคนจะมีที่ที่แน่นอนของตนในนครรัฐ (polis) และ จะเป็นสมาชิกที่มีบทบาทในนครรัฐได้ก็ต่อเมื่อผู้นั้นเป็นเพศชาย และไม่เป็นทาส ในสมัยโรมัน พลเมืองชาวโรมันจะมีแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย แต่แวดวงของ ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะในส่วนของความเป็นเอกชน และตามสถานะของแต่ละบุคคล ฉะนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในสมัยโบราณ จึงวนเวียนอยู่ในด้านของการเข้าไปมีส่วนร่วม ในปรากฏการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นเท่านั้น สรุปได้ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพภายในรัฐ (freedom from State) ในสมัยนั้น ยังมีได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพจากรัฐแต่อย่างใด<sup>39</sup>

<sup>37</sup> กระบวนการของฝ่ายตุลาการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกละเมิดโดย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศึกษาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 กรณีศาลเห็นเอง. หน้าเดิม.

<sup>38</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น.529).

<sup>39</sup> แหล่งเดิม. (น.528).

ในระยะรุ่งเรืองของกรีก ประชาชนในนครรัฐกรีกได้รับการรับรองซึ่งสิทธิที่สำคัญ บางประการ เช่น สิทธิในการพูดที่เท่าเทียมกัน (Isogoria) สิทธิในความเสมอภาคกันตามกฎหมาย (Isomomia) ซึ่งสิทธิทั้งสองชนิดนี้ได้กลายเป็นสิทธิที่สำคัญ และถูกกล่าวอ้างอยู่เสมอในปัจจุบัน<sup>40</sup>

### 2.1.3.2 ยุคกลาง

ยุคนี้ การปกครองอยู่ภายใต้อิทธิพลทางศาสนาของศาสนาคริสต์ ต่อมาเกิดความขัดแย้งระหว่างอาณาจักรและฝ่ายศาสนา เป็นโอกาสสำหรับการพัฒนาสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาได้ โดยชนชั้นกลางในยุโรปไม่อาจทนการกดขี่จากชนชั้นสูงได้ จึงได้ต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพ จนได้รับหลักประกันบางประการ<sup>41</sup> แต่การต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการกล่าวถึงคือ การต่อสู้เรียกร้องของชนชั้นกลางในประเทศอังกฤษ จนนำไปสู่การจัดทำ “มหากฎบัตรที่ยิ่งใหญ่” หรือที่เรียกว่า Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 สมัยพระเจ้าจอห์น เหตุเพราะพระเจ้าจอห์น มักจะมีการจัดเก็บภาษีตามอำเภอใจเพื่อใช้ในการประกาศสงคราม ทำให้ประชาชนและชนชั้นกลางในอังกฤษได้รับความเดือดร้อน ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการรบพุ่งกัน พระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้จึงต้องยอมประทับตราลงใน Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้ความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสระชนไม่อาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”<sup>42</sup>

### 2.1.3.3 ยุครัฐสมัยใหม่

ยุคนี้ มีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากขึ้น ก่อให้เกิดความเข้าใจถึงสิทธิและเสรีภาพตามความหมายสมัยใหม่มากขึ้น

ในปี ค.ศ. 1628 ประเทศอังกฤษ สภานิติบัญญัติและสภาสามัญได้รวมตัวกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล เพื่อให้พระองค์ยอมรับการกำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างพระองค์กับรัฐสภา ซึ่งเรียกเอกสารฉบับนี้ว่า “Petition of Rights” ซึ่งในจุดนี้เองเป็นการพลิกความหมายของ

<sup>40</sup> กระบวนการของฝ่ายตุลาการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศึกษาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 กรณีศาลเห็นเอง. เล่มเดิม (น.13).

<sup>41</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (น. 8), โดย วรศักดิ์ กล้วยชนะ, 2552, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>42</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 40), โดยบรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

เสรีภาพที่มีมาแต่เดิมให้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ยังผลให้ประชาชนของพระองค์สามารถอ้างสิทธิต่าง ๆ โดยชอบ จากพระบรมราชโองการที่ยืนยันความคงอยู่แห่งสิทธินั้นเอง<sup>43</sup>

ในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาอังกฤษได้ร่างเอกสารฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “Bill of Rights” ให้พระเจ้าวิลเลียม กษัตริย์ในขณะนั้นทรงเห็นชอบ โดยเอกสารฉบับนี้มีประเด็นสำคัญ ๆ เช่น การคานอำนาจของฝ่ายกษัตริย์โดยรัฐสภาในเรื่องการมีผลหรือสิ้นผลของกฎหมาย คือการที่พระมหากษัตริย์จะทรงให้กฎหมายใดมีผลบังคับใช้ หรือระงับผลไปนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาด้วย นอกจากนี้กษัตริย์จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในการเรียกเก็บภาษี รวมทั้งการให้เสรีภาพในการพูด การอภิปราย หรือการดำเนินการในรัฐสภาจะฟ้องร้องหรือสอบสวนนอกรัฐสภาไม่ได้ และการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาต้องเป็นไปโดยเสรี เป็นต้น<sup>44</sup>

จากที่กล่าวมา เห็นได้ว่าการเรียกร้องให้ผู้ปกครอง ซึ่งก็คือรัฐ ที่กระทำการผ่านผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งก็คือเจ้าพนักงานของรัฐ ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกระทบหรือถูกระทบน้อยที่สุดในกรณีที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยได้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ

2.1.4 หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ถือเป็นหลักการสำคัญในการปกครองประเทศที่บุคคลทุกคนและทุกชนชั้น รวมทั้งเจ้าพนักงานของรัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมือง และกฎหมายที่กำหนดขึ้นไว้แล้วก็ต้องชอบด้วย จึงจะถือเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ กล่าวคือ หลักนิติรัฐเป็นหลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษย์ทุกมุมรัฐต้องให้ความอารักขาและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหารราชย์<sup>45</sup> หรือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้หลักการที่ว่าการกระทำใดอันเป็นการรุกรานสิทธิของประชาชนจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น โดยรัฐและหน่วยงานกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่อยู่เหนือกว่าเอกชนมีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่

<sup>43</sup> การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ โดยศาสตราจารย์ ดร. วิจิตร วิจิตร (น. 6), โดย เฉลิมพงศ์ เอกเผ่าพันธุ์, 2548, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>44</sup> แหล่งเดิม.

<sup>45</sup> คำอธิบายกฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (น.20), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยไม่สมควรใจได้ การที่กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่ในขณะเดียวกันกฎหมาย นั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้ หรือ ที่เรียกว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย<sup>46</sup> นั่นเอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของ การกระทำทางปกครองนี้ได้ ปราชญ์ผู้อธิบายได้ดีที่สุดคนหนึ่งคือ การเร เดอ มัลแบร์ ( R. Carre de Malberg) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์ กับปัจเจกชนและคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐต้องยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์สองนัย คือ การกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ จากหลักดังกล่าวทำให้เกิดผล คือ เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับ ปัจเจกชนฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ และเป็นการบังคับปัจเจกชน โดยไม่สมควรใจไม่ได้ เว้นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นได้ให้อำนาจไว้โดยตรง ดังนั้นหลักนิติรัฐ อันเป็นการต้องดำเนินการตามหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นจึงเป็นหลักที่ให้หลักประกัน แก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองหากฝ่ายปกครองละเมิด หลักนี้ ปัจเจกชนสามารถนำคดีไปสู่ผู้วินิจฉัย ให้เพิกถอนการกระทำที่ละเมิดกฎหมายได้จึงเป็นการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของ ฝ่ายปกครองได้นั่นเอง<sup>47</sup>

#### 2.1.4.1 อำนาจอธิปไตยและหลักนิติรัฐ<sup>48</sup>

หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แสดงไว้ อย่างชัดเจน ในมาตรา 3 ดังนี้

มาตรา 3 “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

มาตรานี้ เป็นการแสดงเจตนารมณ์กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตย และหลักการ แบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

<sup>46</sup> คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.33), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2542, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

<sup>47</sup> Clade Leolercq, Institutions politiques et droit constitutionnel, (Paris : Litec, 2 ed) pp 89 - 90, อ้างใน คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. เล่มเดิม (น.277).

<sup>48</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับผลกระทบด้านกฎหมายในการป้องกันและ แก้ไขปัญหาอาชญากรรม (น. 15), โดย จีรวุฒิ ลิปิพันธ์, 2552, (รายงานผลการวิจัย) สำนักงานป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม.

(The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรมสามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติของกฎหมายรับรองนั้นไม่ได้

โดยหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลॉว์ เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขต โดยต้องปกครองภายใต้กฎหมาย

โดยหลักนิติรัฐ (Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลॉว์ มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึง

- 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้  
อำนาจรัฐ
- 2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยบทบัญญัติของ  
กฎหมาย
- 3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครอง  
ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด
- 4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบ  
ในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน
- 5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีควมผิด ซึ่ง  
เป็นหลักในทางกฎหมายอาญา
- 6) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการ คือ

- 1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าพนักงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจ  
กระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
- 2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมาย  
ไปตามของเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

“หลักนิติรัฐ” และ “หลักนิติธรรม” ในความหมายที่ว่า รัฐ และเจ้าพนักงานของรัฐ ที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจการกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐนั่นเอง

#### 2.1.4.2 สถานะของรัฐธรรมนุญ

มาตรา 6 “รัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

รัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ มาตรา 6 เป็นการแสดงอำนาจของรัฐธรรมนุญหรือศักดิ์ของกฎหมายนั่นเอง เจตนารมณ์เพื่อแสดงความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ลำดับความสำคัญว่าบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญไม่ได้ อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนี้ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ที่มีอยู่หรือที่จะออกมาบังคับใช้ต่อไปในอนาคตจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญไม่ได้<sup>49</sup>

บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของคนในรัฐ การที่รัฐธรรมนุญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนที่เป็นพลเมืองในรัฐ หมายความว่า คุ้มครองพลเมืองทุก ๆ คนในประเทศนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นคนดี คนไม่ดี หรือที่เป็นอาชญากรมืออาชีพ ซึ่งรัฐธรรมนุญหลาย ๆ ประเทศได้มีบทบัญญัติระบุไว้ในรัฐธรรมนุญ เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐ<sup>50</sup> ตามที่ปรากฏในมาตรา 4 และมาตรา 5 ดังนี้

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง”

มาตรา 5 “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนุญนี้เสมอกัน”

มาตรา 4 รัฐธรรมนุญได้รับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล เป็นไปตามที่ปฏิญญาสากลหรืออนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติรับรอง และประเทศไทยร่วมเป็นภาคี เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนพึงได้รับโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่คำนึงว่าบุคคลนั้น ๆ จะเป็นคนสัญชาติไทยหรือไม่ เช่น คนต่างด้าว คนไร้สัญชาติ ชนกลุ่มน้อย ในฐานะที่เป็นมนุษย์ และอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร ย่อมได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับชนชาวไทย เพียงแต่บุคคลดังกล่าวจะกล่าวอ้างสิทธิตามกฎหมายทำนองเดียวกับชนชาวไทยไม่ได้<sup>51</sup>

<sup>49</sup> แหล่งเดิม (น. 18)

<sup>50</sup> แหล่งเดิม.

<sup>51</sup> แหล่งเดิม (น. 19).

บทบัญญัติในมาตรา 5 กำหนดหลักความเสมอภาคทั้งเรื่องแหล่งกำเนิด เพศ ศาสนา และประชาชน เนื่องจากอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเดียวกัน ดังนั้น เจตนารมณ์จึงมุ่งเน้นในเรื่องความเสมอภาคของประชาชน เป็นหลักความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย (Principle of Equality before the Law) เป็นหลักการสำคัญที่เป็นสากล โดยต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่มีแบ่งแยก<sup>52</sup>

#### 2.1.4.3 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ หรือเจ้าพนักงานของรัฐ<sup>53</sup>

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันถือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ดังนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายเจ้าพนักงานของรัฐ หรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองก็ไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการแล้วอาจกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

อำนาจรัฐตามกฎหมายในการที่ภาครัฐจะเข้าไปดำเนินการใด ๆ ก็จะมีผลกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจรัฐดังกล่าวจะใช้กับบุคคลได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลใดก็ตามที่กระทำผิดกฎหมายอันนั่นเอง บทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐได้ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญก็จะมีผลให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถนำกฎหมายเรื่องต่าง ๆ ที่จัดไว้โดยเฉพาะมาดำเนินการกับบุคคลนั้น ๆ ได้ทันที ทั้งนี้ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและเป็นการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้นในสังคม อันจะทำให้สังคมอยู่ได้อย่างปกติสุข ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐอาจกระทบกระทั่งต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย

ในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐในกรณีต่าง ๆ ที่เป็นการเฉพาะเรื่องนั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขรายละเอียดเป็นการเฉพาะไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งแน่นอนว่าเงื่อนไขรายละเอียดของกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในความแตกต่างกันนั้นก็ยังมีหลักทั่วไปที่เป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐที่เหมือนกันอยู่บางประการ ดังต่อไปนี้

##### 1) อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐ

ในการที่จะใช้อำนาจรัฐได้นั้น ในเบื้องต้นเจ้าพนักงานของรัฐต้องเป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการนั้น

<sup>52</sup> แหล่งเดิม.

<sup>53</sup> แหล่งเดิม.

## 2) เขตอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ

ในการที่จะใช้อำนาจรัฐนั้น เจ้าพนักงานของรัฐต้องใช้อำนาจรัฐภายในเขตอำนาจของตน คำว่า “เขตอำนาจ” ในที่นี้หมายถึงท้องที่เจ้าพนักงานของรัฐ ผู้หนึ่งผู้ใดมีอำนาจใช้อำนาจรัฐที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายได้

โดยทั่วไปกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐที่จะใช้อำนาจรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งได้ จะกำหนดเขตอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม ก็มีเจ้าพนักงานของรัฐบางประเภทหรือบางตำแหน่งตามกฎหมายที่สามารถใช้อำนาจรัฐได้ทั่วราชอาณาจักร เป็นต้นว่า เจ้าพนักงานตำรวจ

## 3) เงื่อนไขของการใช้อำนาจรัฐ

เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐในทุกเรื่องจะกำหนดเงื่อนไขสำคัญในทางรูปแบบไว้ในกฎหมาย ซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในทางรูปแบบนั้น ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองบุคคลผู้ถูกกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ บทบัญญัติในทางรูปธรรม เช่น จะจับบุคคลต้องมีหมายศาล หรือจะบังคับคดีได้ต้องมีคำพิพากษาของศาล เป็นต้น

ในเรื่องรูปแบบนี้จัดว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจำเป็นอย่างหนึ่ง ซ้ำอีกวันในเรื่องรูปแบบหากจะมีก็ต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจนในกฎหมาย

## 4) หลักความละมุนละม่อมและหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในการใช้อำนาจรัฐอันเป็นมาตรการเพื่อให้ภารกิจของรัฐมีความสมบูรณ์นั้นจำเป็นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความละมุนละม่อม” (Grundsatz des schonendsten Eingriffs) กล่าวคือ ในการที่เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้อำนาจรัฐกับบุคคลใด เจ้าพนักงานของรัฐก็ต้องกระทำให้กระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นน้อยที่สุด ทั้งนี้ เพื่อความเสรีนิยมในการใช้อำนาจรัฐ

นอกจากนี้ เพื่อความเป็นเสรีนิยมที่สมบูรณ์ในรัฐประชาธิปไตย การใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานของรัฐก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” (Verhaeltnismassigkeitsgrundsatz) อีกด้วย กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นการกระทำที่ไม่เกินความจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งเรื่องนั่นเอง

จากที่กล่าวมา การดำเนินการทั้งหลายของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยเฉพาะการใช้อำนาจของรัฐ สิ่งสำคัญที่สุดที่รัฐจะต้องให้ความเคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้วยการไม่ใช้วิธีการใด ๆ ที่เป็นการลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์ลง จึงอาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะสืบเนื่องจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกคนโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ ศาสนา ใด ๆ ก็ตาม โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็น

มนุษย์เป็นคุณค่าที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

2.1.5 ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากที่กล่าวมาหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตั้งแต่สมัยกรีกและสมัยโรมัน จนถึงยุครัฐสมัยใหม่ มีการพัฒนาและให้ความสำคัญกับประชาชนมากขึ้นเรื่อย ๆ สังเกตได้จากในยุคต้น ประชาชนเป็นเพียงส่วนหนึ่งของระบบการเมือง เพศชายเท่านั้นที่จะสามารถมีบทบาทในการเมืองได้ ในยุคกลางที่มีการขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายอาณาจักรกับฝ่ายศาสนา จึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง และในยุครัฐสมัยใหม่มีการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น

สิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันนี้ พัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกของตน โดยการให้หลักประกันดังกล่าวมักจะกระทำในรูปของเอกสารต่าง ๆ ดังจะเห็นได้ในปี ค.ศ. 1188 Cortes von León บรรดานักบวช และประชาชนชาวสเปนได้ปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญ ๆ เช่น เกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้รับรองการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์ แต่ข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลางคือ Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสระชนไม่อาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”<sup>54</sup>

บุคคลที่มีบทบาทสำคัญบุคคลหนึ่งในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ คือ John Lock (ค.ศ. 1632 – 1704) โดย Lock ได้เขียนหนังสือที่มีความสำคัญยิ่งคือ “Two Treaties on Civil Government” โดย Lock เห็นว่า ชีวิต (Leben) เสรีภาพ (Freiheit) และกรรมสิทธิ์ (Eigentum) เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่ในทางตรงกันข้าม อาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม ซึ่งกรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของยุคกลาง

<sup>54</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น. 40).

และตามแนวคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล<sup>55</sup>

และนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา ได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งอยู่บนหลักการที่ว่า “เสรีภาพอันเป็นรากฐานของชีวิตและสิทธิโดยธรรมชาติ (Essential Freedom and Natural Rights) ของมนุษย์จะต้องได้รับเคารพจากบุคคลอื่น และต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ โดยมีข้อสมมุติฐานว่า “โดยสภาพอันแท้จริงของมนุษย์ย่อมเป็นอิสระเมื่อเข้ามาอยู่ในสังคม การพัฒนาสังคมทำให้เขาต้องขึ้นอยู่กับบุคคลอื่นและเสรีภาพตามธรรมชาติของประชาชนให้เท่าเทียมกันได้” และมีข้อสันนิษฐานว่า “ทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ การปล่อยผู้กระทำผิดไปสืบคนย่อมดีกว่าการลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว และการลงโทษผู้กระทำผิดก็มีใช้เพื่อทดแทนแต่เพียงอย่างเดียว แต่เป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดด้วย”<sup>56</sup>

เมื่อมีการรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนมากขึ้น หลาย ๆ ประเทศได้นำสิทธิและเสรีภาพมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มีการเรียกร้องให้ราษฎรทุกคนได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน ทำให้เกิดหลักการห้ามปฏิบัติที่แตกต่างกัน เป็นหลักการที่ประกาศครั้งแรกในกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพ โดยไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางด้านเผ่าพันธุ์ เพศ ภาษา และศาสนา ดังนั้นหากการดำเนินการใด ๆ ของรัฐเป็นการกระทำเพื่อให้สิทธิหรือลดทอนสิทธิ หรือประโยชน์ของประชาชนแล้ว จะต้องอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันและต้องเป็นการกระทำในทางยืนยัน (re - affirmative action) ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่มุ่งหมายส่งเสริมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นพิเศษเพื่อให้บุคคลที่อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่าได้รับโอกาสที่จะใช้สิทธิได้เท่าเทียมกับผู้อื่น ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ถูกบรรจุในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 3 โดยได้เขียนให้ชัดเจนขึ้นว่า “ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน” และตราสารสิทธิมนุษยชนต่อมาเกือบทุก ๆ เรื่องได้บรรจุหลักการนี้ไว้ในมาตราต้น ๆ เช่น กติการะหว่างประเทศ เป็นต้น<sup>57</sup>

เมื่อประชาชนมีการเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลาย ๆ ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจึงได้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญของ

<sup>55</sup> แหล่งเดิม (น. 42)

<sup>56</sup> การดักฟังทางโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน (น. 7), โดย กิตติมา ประคุณคดี, 2533, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>57</sup> การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน. เล่มเดิม (น. 9).

แต่ละประเทศ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรองคุ้มครองนั้นก็มีความหมายเหมือนกัน ประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันรวมทั้งสิ้น 18 ฉบับด้วยกัน

#### 2.1.5.1 การรับรอง คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานในทุกประเทศในโลกไม่ว่าจะมีระบอบการปกครองแบบใด สิทธิของประชาชนที่รัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองให้มักจะมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐจะทำการละเมิดต่อสิทธิเหล่านั้นมิได้ สิทธิดังกล่าวนี้ตามหลักการสากลที่รัฐ โดยเฉพาะรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างรับรองไว้<sup>58</sup>

ประเทศไทยนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทำให้การบัญญัติสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏชัดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็นถึงการที่รัฐยอมรับการมีแดนเสรีภาพของประชาชนระดับหนึ่ง<sup>59</sup> ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญผู้เกี่ยวข้องจะคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นประการสำคัญเสมอ เพราะมองว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

รัฐประชาธิปไตยยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ ดังนี้

- 1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิและเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิและเสรีภาพในครอบครัว
- 2) สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิและเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิและเสรีภาพในการทำสัญญา
- 3) สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง อันได้แก่สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิและเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของคนในรัฐ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนที่เป็นพลเมืองในรัฐหมายความว่า คุ้มครองพลเมืองในทุก ๆ คนในประเทศนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นคนดี คนไม่ดี รวมถึง

<sup>58</sup> โครงการวิจัย เรื่อง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับผลกระทบต่อด้านกฎหมายในการป้องกันและแก้ไขปัญหาเสพติด. เล่มเดิม (น. 11).

<sup>59</sup> การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น. 95).

ที่เป็นอาชญากรมืออาชีพระัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศได้มีบทบัญญัติระบุไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เช่น ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศไทยก็เช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเมืองที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐ<sup>60</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแบ่งออกเป็น 12 ส่วน แต่ละส่วนมีเจตนารมณ์สรุปได้ดังนี้<sup>61</sup>

1) การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยจากการใช้อำนาจใด ๆ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร

2) ความเสมอภาค มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติแก่บุคคลที่มีความแตกต่างกันว่ายอมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

3) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล มีเจตนารมณ์เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายในเคหสถาน การเลือกที่อยู่อาศัย การเดินทาง เกียรติยศชื่อเสียง ความเป็นส่วนตัว การสื่อสารของบุคคล การนับถือศาสนา การป้องกันมิให้รัฐบังคับใช้แรงงาน

4) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบอาญาให้ต้องรับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิด คุ้มครองความเสมอภาคและการเข้าถึงได้โดยง่ายในกระบวนการยุติธรรม การได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา

5) สิทธิในทรัพย์สิน มีเจตนารมณ์เพื่อประกันความมั่นคงในการถือครองทรัพย์สิน ประกันสิทธิของผู้ถูกเวนคืนทรัพย์สินที่ต้องกำหนดค่าทดแทนที่เป็นธรรม

6) สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ มีเจตนารมณ์เพื่อประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การแข่งขันทางธุรกิจที่เป็นธรรม ความปลอดภัย สวัสดิภาพ และการดำรงชีพของการทำงาน

7) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชนด้วยการพูด การเขียน การพิมพ์

<sup>60</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรค 2 “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”.

<sup>61</sup> สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. สืบค้นวันที่ 14 มิถุนายน 2557. จาก [www.kpi.ac.th/wiki/index.php/](http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php/).

การโฆษณา การกำหนดมิให้รัฐจำกัดเสรีภาพการแสดงออกของบุคคล เว้นแต่เพื่อความมั่นคงของรัฐ เพื่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว ของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกัน ความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน อีกทั้งเพื่อป้องกันมิให้รัฐตั้งปิดกิจการ หนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ คุ้มครองและจัดสรรคลื่นความถี่อย่างเป็นธรรม ให้ประชาชนมีส่วนร่วมและป้องกันการครอบงำ การครองสิทธิข้ามสื่อ เพื่อคุ้มครองให้ประชาชน ได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลาย จึงป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเข้าเป็นเจ้าของกิจการ หรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม รวมถึงการ แทรกแซงทั้งทางตรงและทางอ้อม

8) สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา มีเจตนารมณ์เพื่อให้บุคคลมีความเสมอภาค ในการได้รับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีตั้งแต่ชั้นประถมศึกษาจนถึงชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย หรือเทียบเท่า ซึ่งรัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึง มีคุณภาพ และเหมาะสมกับผู้เรียน คุ้มครอง เสรีภาพทางวิชาการที่ไม่ขัดต่อหน้าที่พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

9) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ มีเจตนารมณ์เพื่อให้ ประชาชนได้รับบริการทางสาธารณสุขจากรัฐอย่างเสมอภาค เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก เยาวชน สตรี ผู้พิการหรือทุพพลภาพ การดำรงชีพของผู้สูงอายุ

10) สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองการเข้าถึง ข้อมูลข่าวสารสาธารณะ การรับรู้และรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การร้องทุกข์ การโต้แย้ง การปฏิบัติราชการในทางปกครองและเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการฟ้องหน่วยงานของรัฐ

11) เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพ ของ ประชาชนในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ คุ้มครองประชาชนให้ได้รับความสะดวก ในการใช้พื้นที่สาธารณะ คุ้มครองการรวมกลุ่มเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์กรเอกชน องค์กรพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่น คุ้มครองการตั้งพรรคการเมืองเพื่อสืบสาน เจตนารมณ์ทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขในระบบรัฐสภา

12) สิทธิชุมชน มีเจตนารมณ์เพื่อรับรองสิทธิชุมชน ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่น ดั้งเดิม คุ้มครองบุคคลในการอนุรักษ์ บำรุงรักษาและการได้รับประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

13) สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข คุ้มครองบุคคลในการต่อต้าน โดยสันติวิธีต่อการกระทำ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองด้วยวิถีทางที่มีชอบ

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแล้ว ในความเป็นประชาคมโลกที่มีความแตกต่างกันตามอัตลักษณ์ของแต่ละประเทศ จึงมีวิถีปฏิบัติ ต่อประชาชนของตนแตกต่างกันและเพื่อให้มนุษย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เหมือนกัน จึงได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่ประเทศภาคีสมาชิกยึดถือปฏิบัติ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หากพบว่าประเทศภาคีสมาชิกใดละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตาม ข้อตกลง ย่อมได้รับการลงโทษ ตอบโต้ หรือนำมาตรการทางเศรษฐกิจมากำหนดด้านความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศได้

ข้อสังเกต เห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยที่ได้รับการคุ้มครองโดย รัฐธรรมนูญนั้น จำแนกออกได้ 3 ประเภท คือ (1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล (2) สิทธิและ เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และ (3) สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง<sup>62</sup>

จากที่กล่าวมา เห็นได้ว่าการที่รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใด ๆ รัฐจึงต้องให้ความเคารพ ต่อขอบเขต “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ของประชาชน ซึ่งถือเป็นพื้นฐานอย่างหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)” การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยอำนาจรัฐจะ กระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนตามหลัก ความชอบธรรมในประชาธิปไตยที่ได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงสามารถที่จะกระทำได้ ดังนั้น ในการใช้อำนาจของรัฐโดยเจ้าพนักงานของรัฐจึงจำเป็นที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการ ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยรอบคอบอยู่เสมอ เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตาม ขอบเขตและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยเคร่งครัด เพราะเจ้าพนักงานของรัฐย่อม ไม่มีสิทธิหรืออำนาจใด ๆ ต่อการก้าวล่วงไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องให้ความสำคัญและเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน ของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย เคหสถาน การสื่อสาร หรือ สิทธิในความ เป็นส่วนตัว เป็นต้น<sup>63</sup>

#### 2.1.5.2 หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ

ตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรอง ไว้ โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมายการใช้บังคับ กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กร

<sup>62</sup> สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. เล่มเดิม.

<sup>63</sup> การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรม โดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. เล่มเดิม (น. 16).

ของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 นั้น ซึ่งโดยแท้จริงแล้วสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐโดยตรงอยู่แล้ว แต่การบัญญัติดังที่เขียนไว้ในมาตรา 27 เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะในทางปฏิบัติการใช้รัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในส่วนสิทธิและเสรีภาพที่ผ่าน ๆ มานั้น หมวดสิทธิและเสรีภาพมักจะไม่ได้นำมาใช้พิจารณาในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายเท่าที่ควร ดังนั้น การที่บัญญัติความในมาตรา 27 จึงเป็นการเหมาะสมกับสภาพการณ์ในการใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในส่วนของสิทธิและเสรีภาพของไทย<sup>64</sup>

จากบทบัญญัติตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดผลในการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ได้ดังนี้<sup>65</sup>

1) “สิทธิและเสรีภาพ” ที่ผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐ ตามมาตรา 27 บัญญัติให้ “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญที่รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ...” จึงอาจแบ่งแยก “สิทธิและเสรีภาพ” ที่ผูกพันองค์กรของรัฐได้ ดังนี้

(1) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง อาจแยกออกได้เป็น 3 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 หมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ตามที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 30 ถึงมาตรา 65 ส่วนที่ 2 หมวด 8 “ศาล” ในส่วนที่ 1 ของหมวด 8 ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และส่วนที่ 3 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิที่กระจัดกระจายอยู่ตามมาตราด่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย (ตามมาตรา 170) สิทธิในการออกเสียงประชามติ (มาตรา 214) หรือสิทธิในการเข้าชื่อเพื่อถอดผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา 304) เป็นต้น

(2) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย ได้แก่ กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้รับรองไว้อย่างชัดแจ้งเช่นในกรณีแรก แต่จากการพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วถือได้ว่ารัฐธรรมนูญให้ความรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้โดยปริยาย ซึ่งในกรณีนี้อาจต้องอาศัยการตีความ เช่น การรับรองการมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์มารดา จะถือว่าเป็นการรับรองไว้โดยปริยายจากการคุ้มครองรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย หรือการให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะถือว่าเป็นการรับรองไว้โดยปริยายสำหรับทารกในครรภ์มารดาได้หรือไม่ เป็นต้น

<sup>64</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น.250).

<sup>65</sup> แหล่งเดิม. (น.251 - 252).

(3) สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่นอกเหนือไปจากสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งก็ดี หรือโดยปริยายก็ดี กล่าวคือ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ต่อมากรณีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เช่น หญิงที่แต่งงานแล้วมีสิทธิที่จะใช้นามสกุลของตนได้หรือไม่<sup>66</sup> สำหรับในเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าถ้อยคำของบทบัญญัติ มาตรา 12<sup>67</sup> แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 นั้น มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลดทอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันเกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลเป็นสิทธิของบุคคลที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันทุกคน โดยมีได้มีการแบ่งแยกว่าเป็นสิทธิของชายหรือหญิง อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานการณ์สมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศจนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันอันจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 (ขัดต่อหลักความเสมอภาค) เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลทำให้หญิงที่แต่งงานแล้วย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะใช้นามสกุลเดิมของตนได้ภายหลังจากที่แต่งงานแล้ว อันเป็นการรับรองสิทธิในการใช้นามสกุลของหญิงมีสามีโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นอกเหนือจากสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และจากการวินิจฉัยรับรองสิทธิดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลทำให้สิทธิดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง เช่นเดียวกับสิทธิที่รัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

## 2) องค์กรของรัฐที่ถูกผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพ<sup>68</sup>

การพิจารณาว่าองค์กรใดต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นมีเกณฑ์ในการพิจารณา คือ

<sup>66</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546

<sup>67</sup> มาตรา 12 “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี”

<sup>68</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น.252 - 255).

(1) พิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในทางโครงสร้าง หมายความว่า ถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรของรัฐ ตามที่ได้แบ่งออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการแล้ว การกระทำต่าง ๆ ขององค์กรเหล่านั้นย่อมต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(2) พิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของการทำภารกิจขององค์กร โดยพิจารณาว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรที่มีภารกิจในทางมหาชนหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงว่าองค์กรนั้นจะเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชน

ซึ่งแต่ละเกณฑ์ก็จะมีปัญหาในการพิจารณาว่าองค์กรใดบ้างจะต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ คือ ถ้าพิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในทางโครงสร้างก็มีบางกรณี ที่องค์กรของรัฐที่เป็นนิติบุคคลมหาชนได้กระทำการในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางแพ่งไม่มีการใช้อำนาจมหาชนแต่อย่างใด เช่น การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือว่าเป็นนิติบุคคลมหาชนได้ทำสัญญาซื้อวัสดุอุปกรณ์สำนักงานจากเอกชน ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะของการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่อาศัยฐานของสิทธิมาจากกฎหมายแพ่ง คือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา กรณีมีปัญหาว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังจะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอยู่หรือไม่ หากพิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในทางโครงสร้างจะเห็นได้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ แต่หากพิจารณาจากภารกิจแล้วซึ่งเป็นการทำภารกิจในทางเอกชน ก็ไม่ถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้ามแม้เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งโดยทั่วไปไม่ถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน เช่นในกรณีที่มหาวิทยาลัยเอกชนประกาศผลสอบแล้วให้นักศึกษาคณิศคนหนึ่งสอบตก จะเห็นได้ว่าการให้นักศึกษาสอบตกมีลักษณะของการใช้อำนาจมหาชน กรณีย่อมมีปัญหาว่ามหาวิทยาลัยเอกชนแห่งนี้จะต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ จากปัญหาดังกล่าวการที่จะพิจารณาว่าองค์กรใดจะเป็นองค์กรของรัฐที่จะต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นจะพิจารณาเฉพาะองค์กรของรัฐในทางโครงสร้างเพียงอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาหรือภารกิจขององค์กรเหล่านั้นด้วยว่าได้อำนาจมหาชนหรือไม่ หากใช้อำนาจมหาชนแม้องค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนนั้นจะเป็นองค์กรเอกชน องค์กรนั้นก็จะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพราะในบางกรณีรัฐอาจมอบหมายภารกิจบางอย่างให้นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้กระทำการนั้น ซึ่งหมายความว่ารัฐได้มอบอำนาจมหาชนให้แก่นิติบุคคลเอกชนนั้นไปด้วย นิติบุคคลเอกชนนั้นย่อมมีฐานะเป็นองค์กรของรัฐที่กระทำการในนามของรัฐที่ต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุป องค์กรที่จะถือว่าเป็นองค์กรที่ต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญคือองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนโดยไม่คำนึงว่าองค์กรเหล่านั้นจะเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชน

3) มาตรา 27 ได้บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรง หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรตุลาการ ในส่วนขององค์กรนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญได้เรียกร้องในการใช้อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่ามีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้หรือไม่ หากกฎหมายนั้นจำกัดสิทธิและเสรีภาพการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ เช่น กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป หรือต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจการตรากฎหมายนั้นด้วย ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารนั้น หมายถึง รัฐบาลและฝ่ายปกครองย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในการใช้และตีความกฎหมายสำหรับองค์กรตุลาการย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในการใช้และการตีความกฎหมาย เช่นเดียวกับองค์กรฝ่ายบริหาร การใช้และการตีความกฎหมายขององค์กรศาลในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ นั้น ศาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบอยู่ 2 ประการ ประการแรก ศาลจะต้องตรวจสอบว่ากรณีที่เป็นปัญหาสู่การพิจารณาคดีของศาลนั้นมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ และประการที่สอง ศาลเองก็จะต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายให้เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีศาลต้องไม่ละเมิดสิทธิในทางวิธีพิจารณาของคู่ความในคดี ดังนั้น จากความผูกพันขององค์กรศาลต่อสิทธิและเสรีภาพกรณีจึงอาจเป็นไปได้ว่า ศาลเห็นว่กรณีที่เป็นปัญหาสู่การพิจารณาคดีของศาลซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพอยู่แล้ว แต่ศาลกลับเห็นว่าไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ หรืออีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ศาลเองใช้กฎหมายหรือตีความกฎหมายอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพหรืออาจเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพอันเนื่องมาจากกระบวนการพิจารณาของศาล<sup>69</sup>

ความหมายของความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพ จะต้องควบคู่ไปกับหลักการควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ เช่น การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบในรูปแบบใดก็ตาม ส่วนการใช้หรือการตีความกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะเป็นการใช้หรือตีความกฎหมายที่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ ย่อมอยู่ภายใต้

<sup>69</sup> แหล่งเดิม (น. 255).

การควบคุมตรวจสอบขององค์กรศาลที่มีอำนาจในเรื่องนั้น เช่น หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะควบคุมตรวจสอบ ส่วนกรณีขององค์กรตุลาการหากเห็นการใช้หรือตีความโดยศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ศาลที่อยู่ในระดับสูงขึ้นก็ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบ กล่าวโดยสรุป หลักความผูกพันโดยตรงจะปราศจากความหมายหากการใช้อำนาจขององค์กรนั้น ๆ ไม่สามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งหมายความว่า จะทำให้คุณค่าของสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญท้ายที่สุดก็จะไร้ความหมายไม่มีค่าบังคับในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้หลักความผูกพันโดยตรงจึงต้องมีองค์กรตุลาการอาจควบคุมตรวจสอบได้เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องดังกล่าว<sup>70</sup>

4) เมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น ถึงแม้ว่าในขณะนี้ยังไม่มีกรออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรองรับการใช้สิทธิดังกล่าว ก็ไม่อาจจะตีความไปในทิศทางที่ทำให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลได้ เช่น ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ได้บัญญัติให้ “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ถึงแม้ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยตรง ชุมชนก็ย่อมมีสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ โดยอาศัยสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยมาตราดังกล่าว เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลโดยตรงทันทีที่รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะเขียนข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนว่ามิให้มีผลบังคับเมื่อรัฐธรรมนูญประกาศใช้ เมื่อสิทธิตามมาตรา 46 มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดของรัฐธรรมนูญบัญญัติมิให้มีผลบังคับใช้เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ กรณีย่อมต้องถือว่าสิทธินั้นมีผลก่อตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญแล้ว ผลจากการที่สิทธิดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว ย่อมมีผลตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญคือองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องถูกผูกพันโดยตรงต่อสิทธิดังกล่าวในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมาย

ในกรณีนี้ ต้องถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ สิทธินั้นย่อมมีผลบังคับทันทีที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับและผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ รัฐไม่อาจจะอ้างว่าเมื่อยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้น จึงไม่ยอมรับสิทธิของประชาชนเรื่องดังกล่าว เพราะการที่จะมีกฎหมายนั้นมาบังคับใช้หรือไม่

<sup>70</sup> แหล่งเดิม.

มิได้อยู่ในอำนาจกระทำการของประชาชนแต่อย่างใด หากแต่เป็นเรื่องขององค์กรของรัฐทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องหรือความล่าช้าในการทำหน้าที่ของรัฐมาทำลายสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญของประชาชนได้ และหากมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับใดขัดขวางต่อการ ใช้สิทธิของชุมชนก็จะต้องตีความให้สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะที่เหนือกว่า แต่อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ นั้น ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิและเสรีภาพจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้โดย ไม่มีขอบเขตหรือข้อจำกัดเสียเลย ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดล้วนแล้วแต่ มีข้อจำกัดทั้งสิ้น แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งจะ ขอกกล่าวในหัวข้อต่อไป<sup>71</sup>

## 2.2 หลักประกันประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรม และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

จากที่กล่าวมาว่า ยาเสพติดเป็นภัยร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อสังคมหลายด้าน รวมถึง ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน รัฐจึงต้องเข้ามาดำเนินการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิด ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดออกมาบังคับใช้หลายฉบับ สร้างมาตรการและกลไกทางกฎหมายต่าง ๆ มากมาย ตลอดจนจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมารับผิดชอบ บริหารจัดการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างจริงจัง รวมถึงให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐ ในการที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อขจัดปัญหาเสพติดให้หมดสิ้นไป ทั้งนี้ ในการดำเนินการของ เจ้าพนักงานของรัฐนั้นไม่สามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้โดยพลการ แต่ต้องควบทบทวนคดีของ กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ว่ากำหนดกรอบอำนาจและแนวทางไว้อย่างไร ถ้ากระทำไปโดยไม่มีอำนาจ ก็จะส่งผลกระทบต่อตัวเจ้าพนักงานของรัฐเองเนื่องจากมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย นั้นมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิ ของบุคคลเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารไว้ดังนี้

มาตรา 35 วรรคหนึ่งและวรรคสาม บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง...

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วน บุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>71</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น. 256).

มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นการวางหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร อันถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลหรือเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Rights of Privacy) ของบุคคลประเภทหนึ่ง ที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองและคุ้มครองเพื่อมิให้ผู้ใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เจ้าพนักงานของรัฐ มักจะใช้วิธีการลักลอบดักฟังการกระทำความผิด โดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ<sup>72</sup> ในประเด็นปัญหานี้ แม้ในปัจจุบันอาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคโนโลยีในการดักฟังการกระทำความผิดมาใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดี โดยเฉพาะปัญหาเสพติดที่กระทำเป็นองค์กรอาชญากรรมที่เป็นเครือข่ายขนาดใหญ่ที่สร้างความเสียหายให้กับประเทศชาติเป็นอย่างมากก็ตาม แต่ในขณะที่เดียวกันหากการใช้อำนาจรัฐในการดักฟังการกระทำความผิดเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือหลักประกันในการควบคุมการใช้อำนาจนั้นแล้ว สิ่งที่เป็นปัญหาซึ่งอาจตามมาก็คือ การใช้อำนาจรัฐก็จะเป็นไปตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐ ผู้ใช้อำนาจนั้นเสียเองอันอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนที่มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมให้ต้องได้รับความเสียหายได้ เพราะย่อมเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเป็นส่วนตัว ซึ่งอาจเป็นเรื่องของสิทธิในครอบครัวหรือความลับในทางธุรกิจหรือ เรื่องอื่นใดก็ตามที่จำเป็นจะต้องปิดเป็นความลับ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงได้วางหลักการที่สำคัญไว้ในเรื่องสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกตรวจหรือกักหรือเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลติดต่อกัน โดยมีขอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันส่วนใหญ่ที่มักเป็นปัญหาเกิดขึ้นอยู่เสมอ ก็คือการลักลอบดักฟังการกระทำความผิดนั่นเอง

ดังนั้น แม้ในบางกรณีการที่รัฐจะต้องแสวงหาข้อมูลต่าง ๆ ในการสืบสวนสอบสวนของคดีความผิดบางประเภท จำเป็นที่จะต้องมีมาตรการดักฟังการกระทำความผิดเข้ามามีส่วนในการรวบรวมข้อมูลเพื่อสืบหาตัวการใหญ่ในองค์กรอาชญากรรมหรือข้อมูลอื่นใดอันสำคัญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งถ้อยคำที่จะเป็นพยานหลักฐานแก่คดีก็ตาม แต่ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศ

<sup>72</sup> รายงานการศึกษาวิจัยแนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง (น. 38), โดย กมลชัย รัตนสวางค์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

หนึ่งที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐ (Legal State) การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะกระทำการใดที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ<sup>73</sup> ทั้งนี้ รัฐจะบัญญัติกฎหมายใดบังคับใช้กับประชาชนจะต้องมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจเพียงเท่าที่พอเหมาะ ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในปัจจุบันนี้หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายทุกระดับ ตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และแม้กระทั่งในกฎหมายเอกชนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวจะถูกใช้ในกรณีของการแทรกแซงของฝ่ายอำนาจรัฐที่กระทำต่อเอกชนโดยการแทรกแซงจะกระทำได้ต่อเมื่อการแทรกแซงนั้นมีความเหมาะสม ความจำเป็นและเป็นการแทรกแซงที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ<sup>74</sup>

จากกรณีดังกล่าวในข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดของเจ้าพนักงานของรัฐในฐานะที่เป็นตัวแทนของรัฐ จะต้องคำนึงถึงอยู่เสมอก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) และหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ตลอดจนถึง สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ถูกรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้การแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือการแสวงหาข้อมูลเพื่อค้นหาความจริงในขั้นตอนก่อนการพิจารณาจะมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อระบบของการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งเน้นถึงการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอันเป็นวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้กฎหมายสารบัญญัติมีประสิทธิภาพในการที่จะข่มขู่ยับยั้ง และเกิดความศักดิ์สิทธิ์ให้สมกับเจตนารมณ์ตามหลักในเรื่องของทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในทฤษฎีป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control Model) ก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็จะต้องไม่ลืมว่าหากการดำเนินคดีอาญาที่มีลักษณะของการมุ่งเน้นให้น้ำหนักไปที่การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมมากเกินไปแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนที่บริสุทธิ์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการกระทำที่เกิดขึ้นในภายหลังที่รัฐได้กระทำต่อบุคคลที่เป็นผู้ต้องหาหรือบุคคลที่สามในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมีขอบนั้นมีความร้ายแรงมากกว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในคราวแรก กรณีนี้จะกลับกลายเป็นว่าบุคคลที่ทำผิดกฎหมายอันละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนกลับกลายเป็นรัฐนั่นเอง ดังคำกล่าว

<sup>73</sup> คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) (น. 76), โดย มานิตย์ จุมปา, 2547, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

<sup>74</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 344), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2549, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ของ Montesquieu (ค.ศ. 1689 - 1755) นักปราชญ์คนสำคัญชาวฝรั่งเศสที่ว่า “ไม่มีความเลวร้ายใดที่ยิ่งไปกว่าความเลวร้ายที่ได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและในนามของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา”<sup>75</sup> สิ่งที่เป็นปัญหาตามมาก็คือ พยานหลักฐานหรือสิ่งที่ได้มาจากการแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยผิดกฎหมาย นั้นจะสามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีนั้น ๆ ได้หรือไม่ การกระทำของรัฐที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ ในฐานะที่เป็นหลักพื้นฐานอย่างหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักสิทธิมนุษยชนและไม่ว่าผู้ที่ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยมีขอบนั้นจะเป็นผู้ต้องหาหรือบุคคลใดก็ตาม การกระทำดังกล่าวจะมีผลต่อหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแตกต่างกัน

### 2.2.1 เงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ตามหลักทั่วไปแล้ว การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจกระทำได้แต่จะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ตามความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่และตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันเห็นว่า การตรวจสอบการกระทำของรัฐที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องดำเนินการตรวจสอบตามขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้<sup>76</sup>

ขั้นตอนแรก จะต้องตรวจสอบว่า การกระทำของบุคคลหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Schutzgut) นั้น อยู่ภายใต้บังคับประกอบที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพ (Tatbestand der Grundrechtsverbürgung) หรือไม่ การตรวจสอบในขั้นตอนแรกเพื่อต้องการทำให้องค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพแต่ละเรื่องมีความชัดเจนตามหลักการตีความรัฐธรรมนูญก่อน และหลังจากนั้น จึงตรวจสอบว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นอยู่ภายใต้คำนิยามดังกล่าวหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง จะต้องตรวจสอบว่า ผู้ที่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ (Grundrechtsadressat) ได้ทำการแทรกแซงในองค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ ทั้งนี้เฉพาะกรณีของการแทรกแซงต่อขอบเขตสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่สิทธิและเสรีภาพนั้นสามารถแสดงให้เห็นถึงภารกิจในการป้องกัน (Abwehrfunktion) ได้ เมื่อเข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว จึงต้องตรวจสอบเงื่อนไขอื่น ๆ ต่อไป

<sup>75</sup> Michael A. Caloyannides, Desktop Witness (West Sussex, John Wiley & Sons Ltd.,2002), p.1, In <http://www.hempfiles.com/quotes/montesquieu.shtml>, อ้างใน *ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (น. 25), โดย ชลลดา จินตเสถียร, 2553, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>76</sup> หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. เล่มเดิม (น. 213).

ขั้นตอนที่สาม การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กระทำตามเงื่อนไขในทางกฎหมายตามที่กำหนดไว้หรือไม่ (Gesetzesvorbehalt) กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างไร โดยจะต้องตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่

ขั้นตอนที่สี่ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่ภายใต้หลักการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป หลักการระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิมิได้ เป็นต้น

ขั้นตอนที่ห้า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสิทธิและเสรีภาพแต่ละเรื่อง ซึ่งอาจมีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับสิทธิใดสิทธิหนึ่ง

ขั้นตอนที่หก การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip) หรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติหลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 29 ซึ่งชี้ให้เห็นถึงรากฐานความคิดของหลักนิติรัฐ และเป็นมาตรฐานให้ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้ในการพิจารณาถึงความด้วยการตรากฎหมายที่ออกมากกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>77</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 29 เช่นเดียวกัน

มาตรา 29 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

จากบทบัญญัติในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง นี้ แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้นำหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจ ดังนั้น หากรัฐจะตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของ

<sup>77</sup> เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2556, จาก <http://www.lawwebservice.com/lawsearch/AchamVorachet03.pdf>.

ประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ การตรากฎหมายนั้นต้องอยู่ภายใต้รากฐานของหลักความได้สัดส่วน และภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

### 2.2.1.1 หลักความได้สัดส่วน

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassverbot) ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>78</sup>

หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) ตามหลักกฎหมายของเยอรมันนั้น ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่เฉพาะแต่ในเยอรมัน รวมถึงออสเตรีย ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์และประเทศอื่น ๆ นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรป เช่น ตามสัญญา EWG - Vertrag ซึ่งได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยสนธิสัญญา Maastricht อันเป็นสนธิสัญญาที่ก่อตั้งสหภาพยุโรป ได้กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 วรรคสาม เป็นต้น เห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญ ทั้งนี้ เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit) อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย ทั้งนี้ เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศในทางตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนนี้เองเป็นหลัก ในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว ส่งผลให้การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันเป็นไปอย่างสันติบนหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ และโดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะได้ทำความเข้าใจต่อสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

<sup>78</sup> หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. เล่มเดิม (น. 299).

เพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย โดยในที่นี้จะได้ศึกษาหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมัน<sup>79</sup>

สำหรับหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญไทย<sup>80</sup> เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย... และเท่าที่จำเป็น...” ย่อมเป็นการแสดงว่ารัฐธรรมนูญได้นำหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ดังนั้นเมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งมีหลักการย่อยอยู่ 3 หลัก คือ

#### 1) หลักความเหมาะสม

หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องอยู่ในวิสัยที่จะทำให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายนั้นสามารถบรรลุผลได้หลักแห่งความเหมาะสม หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็น มาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ โดยรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้ก็เฉพาะเพียงเพื่อจัดระเบียบ แห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นไม่ให้เกิดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน คนหนึ่งกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเท่านั้น ดังนั้น การตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือมิให้ กระทำการใด โดยที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือประโยชน์มหาชนไม่ได้รับการคุ้มครองให้ดีขึ้นมาเลย ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อหลักแห่งความเหมาะสมเพราะไม่สามารถบรรลุผลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้จริงในทางปฏิบัติ

#### 2) หลักความจำเป็น

หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็น มาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องนำมาตรการที่เหมาะสมหลาย ๆ มาตรการมาเปรียบเทียบกันว่ามาตรการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และเลือกเอามาตรการนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมาย

<sup>79</sup> แหล่งเดิม.

<sup>80</sup> แหล่งเดิม (น. 318).

เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหลักแห่งความจำเป็น หมายถึงมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ประชาชนจำต้องยอมสละสิทธิและเสรีภาพของตนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและหรือประโยชน์มหาชนเท่านั้น ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นในการดำเนินการให้บรรลุ จุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ย่อมขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น

### 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว การที่องค์กรนิติบัญญัติจะนำเอามาตรการนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมาย องค์กรนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไป เนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการนั้นแล้วก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไป องค์กรนิติบัญญัติจะต้องละเว้นไม่ใช้มาตรการนั้นไปบังคับกับประชาชนแม้ว่ามาตรการนั้นจะมีความเหมาะสมหรือจำเป็นก็ตาม หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหลักแห่งความสมดุล หมายถึงมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้อง เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่สังคมโดยส่วนรวม เพราะแม้ว่ากฎหมายนั้นจะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ก็ตาม แต่หากบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือต่อสังคมเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ส่วนรวมที่พึงได้รับก็ น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวขัดต่อหลักแห่งความสมดุล การที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเกินความจำเป็นสมควรหรือไม่ คือจะใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาประกอบกฎหมายที่ออกมาได้เป็นการจำกัดเสรีภาพประชาชนเกินความจำเป็นและสมควรหรือไม่ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายจำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนได้ก็ตาม แต่ก็หาได้มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพด้วยไม่ ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เพิกถอนสิทธิและเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของประชาชนย่อมมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมีกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างเคร่งครัดให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามที่จะใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ แต่ไม่มีประชาชนคนใดสามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้ กฎหมายในลักษณะ

ดังกล่าวถือว่าการกระทบถึงแก่นของสิทธิและเสรีภาพ แม้ตามรูปแบบแล้วจะเป็นกฎหมาย จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้และในทำนองเดียวกันกฎหมายที่ บัญญัติว่าการกระทำหรือการละเว้นไม่กระทำการใดเป็นความผิดอาญา และกำหนดระวางโทษ ทางอาญาไว้อย่างโหดร้ายทารุณ เช่น ตัดแขน ตัดขา เช่นนี้ ย่อมเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและ เสรีภาพในร่างกายของประชาชนจนถึงแก่นของสิทธิและเสรีภาพ ย่อมมีผลใช้บังคับไม่ได้เช่นกัน

จากหลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วนดังกล่าว ประเทศไทยได้นำมาเป็นเกณฑ์ ตรวจสอบทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เนื่องจากหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ และถือข้อจำกัดในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น แม้จะ ไม่มีการบัญญัติ รับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่นในรัฐธรรมนูญไทยแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การที่องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก็ต้อง นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เพราะประเทศไทย เป็นรัฐประชาธิปไตยที่มีหลักนิติรัฐเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

#### 2.2.1.2 อำนาจรัฐกับการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การที่รัฐจะตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมาย เพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ป้องกันมิให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลคนหนึ่งกระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น หรือประโยชน์สาธารณะ การที่รัฐบัญญัติตรากฎหมาย ที่มีลักษณะดังกล่าวต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

##### 1) ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย<sup>81</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนไว้ตั้งแต่เมื่อพุทธศักราช 2540 และยังคงหลักดังกล่าวไว้เช่นเดิมในรัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2550 จึงถือได้ว่าประเทศไทยยอมรับในหลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญในการปกครอง ประเทศ ดังนั้น องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายของรัฐจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่ามีบทบัญญัติของกฎหมาย ฉบับใด และมาตราใดให้อำนาจในการกระทำนั้นหรือไม่ สังเกตได้จากการใช้อำนาจในเรื่องใด ๆ จะต้องมีการอ้างถึงบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น การใช้ข้อความในคำสั่งองค์กรของรัฐว่า “อาศัย อำนาจตามความ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญ

<sup>81</sup> แหล่งเดิม.

นี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้...” เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อยืนยันถึงอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งของตน หากไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้ องค์การของรัฐนั้น ๆ ก็จะไม่กระทำการดังกล่าว นอกจากนั้นการตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จะต้องเป็นไปเพื่อการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ สิ่งหนึ่งสิ่งใดที่รัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายจะส่งเสริมหรือคุ้มครองป้องกัน เช่น เพื่อความมั่นคงของรัฐ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อสวัสดิภาพของประชาชนหรือการผังเมือง เพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ กรณีจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ฉะนั้นหากเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลหรือเพื่อพวกพ้องของตนย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power) ส่งผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับ

## 2) สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นการกระทบกระเทือนต่อประชาชนเป็นวงกว้าง ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้สามารถกระทำได้เท่าที่จำเป็นตามหลักพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อไม่ให้ใช้อำนาจรัฐได้ตามอำเภอใจไร้ขอบเขต แม้หลักความได้สัดส่วนนั้นมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ก็ได้ได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญเพราะเป็นหลักที่ค้ำึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม เพราะผลประโยชน์ของทุกฝ่ายย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ สาระสำคัญคือมาตรการหรือวิธีการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้นั้นต้องมีความเหมาะสมและก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุด โดยผลกระทบดังกล่าวต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้นจะต้องมีมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น<sup>82</sup>

หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) เป็นหลักที่ถือว่ามีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน (Bundesverfassungsgericht) นับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1950 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่

<sup>82</sup> เนื่องไปการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตรฐาน” ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย. (เล่มเดิม).

มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นหลักที่นำมาใช้เป็นการทั่วไป โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท ในปัจจุบันนักนิติศาสตร์ของเยอรมันต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่า หลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุเป็นหลักที่มีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ในปี 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>83</sup>

ภาระหน้าที่หลักของหลักความได้สัดส่วนนั้นมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะการจำกัดการแทรกแซงของอำนาจรัฐเท่านั้น แต่หากตีความหลักความได้สัดส่วนอย่างถูกต้องแล้ว หลักความได้สัดส่วนนั้นนอกเหนือจากจะเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) แล้ว หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า เกือบไม่มีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ครั้งใดที่มีให้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในการปกครองทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลายาวนานแล้ว ในปัจจุบันนี้หลักความได้สัดส่วนยังได้นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา สำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนด้วย และขอบเขตที่สำคัญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้คือ ในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งในปัจจุบัน ถือได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีภาระหน้าที่สำคัญสำหรับขอบเขตของเรื่องสิทธิและเสรีภาพ<sup>84</sup>

หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมกฎหมาย กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติกำหนดหลักแห่งความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการจะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการนี้ หลักการนี้ประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ หลักแห่ง

<sup>83</sup> หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. เล่มเดิม(น. 299).

<sup>84</sup> แหล่งเดิม (น. 300).

ความเหมาะสม (principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense) หลักความได้สัดส่วนในฐานะเป็นหลักกฎหมายในการควบคุมกฎหมายหรือกฎหมายให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ

3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น<sup>85</sup>

รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจของรัฐมีอำนาจเพียงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองเท่านั้น ดังนั้นหากมีการกระทำใดอันเป็นการยกเลิกมิให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวได้ เช่น การตรากฎหมายเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกระทำหรือบทบัญญัติอื่น ๆ ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรอง ส่งผลให้การกระทำหรือบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม มีสิทธิและเสรีภาพบางประเภทที่ได้รับการรับรองอย่างบริบูรณ์ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ดังนั้นรัฐหรือองค์กรใด ๆ ก็ไม่มีอำนาจไปจำกัดเสรีภาพเช่นนั้นได้ รวมถึงการพิจารณาเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ มาตรการใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย

4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง<sup>86</sup>

หลักดังกล่าวมีที่มาจากหลักความเสมอภาค เพราะประชาชนทุกคนต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเนื้อหาของกฎหมายเดียวกัน ดังนั้นหากมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจงแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่เสมอภาคและไม่เท่าเทียมกันในสังคม และยังเป็น การกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นอย่างมาก ส่งผลให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ได้ต่อไป เนื่องจากการขัดต่อเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุป แม้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะพิจารณาถึง “ประโยชน์สาธารณะ” ก็ดี หรือ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ก็ดี ยังไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณานำเอาเหตุผลดังกล่าว เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้อย่างชัดเจน ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความอิสระในการพิจารณาว่าแก้ไขไหนเพียงใดเป็นเพื่อประโยชน์

<sup>85</sup> เจอนไปการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย. (เล่มเดิม).

<sup>86</sup> แหล่งเดิม

สาธารณะหรือเป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ก็มีได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจอาศัยเหตุผลดังกล่าวจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้โดยปราศจากขอบเขต เพราะถึงแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในเรื่องดังกล่าว แต่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตหรือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน และจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้<sup>87</sup>

2.2.2 หลักประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรม และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

กระบวนการยุติธรรม เป็นกระบวนการที่มีส่วนสำคัญของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงพัฒนาค่อนข้างช้า ระเบียบกฎหมายที่มีอยู่รวมถึงวิธีการเพื่อบังคับใช้กฎหมายยังมีปัญหาโดยไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะควบคุมอาชญากรรมและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่ การคัดค้านการกระทำความคิดจึงเป็นอีกแนวคิดหนึ่งที่รัฐนำมาปรับใช้เพื่อให้ทันต่อรูปแบบและวิธีการในการประกอบอาชญากรรมในศตวรรษที่ 21

เมื่อรัฐออกกฎหมายมาเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอันไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว รัฐก็ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อที่จะไม่ให้ถูกกระทบสิทธิหรือได้รับผลกระทบจากการกระทำนั้นน้อยที่สุด

แนวความคิดในการดำเนินคดีทางอาญาในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของประชาชนมากที่สุด โดยรูปแบบที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป คือรูปแบบตามแนวความคิดของ Profersor Herbert Packer<sup>88</sup> นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกัน ได้กล่าวถึงรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ 2 รูปแบบ คือ การดำเนินคดีอาญาซึ่งเน้นในเรื่องการควบคุมอาชญากรรมเพื่อรักษาความเรียบร้อยของบ้านเมือง (Criminal Control Model) หรือแนวคิดเรื่องอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและรูปแบบในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้เกิดกับประชาชน (Due Process Model) หรือแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แนวคิดทั้งสองรูปแบบนี้มีความแตกต่างกันอยู่ที่การให้ความสำคัญระหว่างประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของประชาชน กล่าวคือ รูปแบบหลังจะให้ความสำคัญของประชาชนมากกว่าของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองรูปแบบดังกล่าวก็มี

<sup>87</sup> หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม (น.234).

<sup>88</sup> การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ คั้น ยึด โดยมีขอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานหลักฐาน (น.17), โดย มโน ซอศรีสาคร, 2539, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วัตถุประสงค์สุดท้ายเดียวกัน ซึ่งก็คือ การทำให้กระบวนการทางอาญาสามารถคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ และลงโทษคนผิด อันส่งผลให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

จากแนวความคิดดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญในระดับต่าง ๆ กัน โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในส่วนที่จะถูกระทบกระเทือนจากการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะปฏิบัติต่อประชาชน ทำให้เกิดวิวัฒนาการทางแนวความคิดที่จะหาวิธีให้สังคมเกิดการยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนกระทั่งเป็นแรงผลักดันให้เกิดบทบัญญัติที่ใช้เป็นหลักสากล เพื่อให้มนุษยชาติยอมรับเป็นแนวทางปฏิบัติในเวลาต่อมา

แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าประชาชนมีสิทธิโดยธรรมชาติดังกล่าวแล้วจะต้องมีอำนาจใช้สิทธิของตนได้เต็มที่ แต่ทางตรงกันข้ามกลับเป็นที่ยอมรับกันว่าประชาชนที่อยู่ในสังคมที่เจริญแล้วจำเป็นต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพลงในส่วนหนึ่ง เพื่อการอยู่ร่วมกันด้วยความสงบสุขในสังคม ทั้งนี้ เนื่องจากไม่มีระบบการบริหารความยุติธรรมทางอาญาใดที่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดกฎหมายมารับโทษหรือลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่โดยไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐจึงสามารถใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยกระทำการในลักษณะที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ของประชาชนได้ เช่น การที่รัฐใช้อำนาจในการจับกุม การค้นและการดักฟังการกระทำความผิด เป็นต้น โดยรัฐจะกระทำการดังกล่าวได้ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ประเทศในโลกเสรีส่วนมากจะปกครองประเทศโดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งถือเป็นหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลที่มีประสิทธิภาพเป็นอย่างยิ่ง โดยอาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” ซึ่งเรียกรวมให้ภาระหน้าที่ของรัฐมีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าพนักงานของตนเองอันมิใช่เป็นเจ้าพนักงานของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้นหรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุม ตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจและในแง่ของตัวบุคคล แล้วกรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้

อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้ จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญ<sup>89</sup>

ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาตามบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อไป<sup>90</sup>

อย่างไรก็ตาม การที่มีกฎหมายออกมาเป็นจำนวนมากก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้แก่เจ้าพนักงานของรัฐฝ่ายบริหารในการติดตามศึกษา การทำความเข้าใจศึกษาและการหยิบยกขึ้นบังคับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากเจ้าพนักงานของรัฐส่วนใหญ่มิใช่ นักกฎหมาย แม้จะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐผู้ที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมโดยตรงก็ตาม หากเจ้าพนักงานของรัฐไม่สนใจติดตามหยิบยกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ ซึ่งส่วนใหญ่ไม่ทราบว่ามีกฎหมายบังคับอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าพนักงานของรัฐที่มีหน้าที่บังคับการตามกฎหมายทุกฉบับที่มีโทษทางอาญา ย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ และเป็นไปตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาผู้แทนราษฎรจึงมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามสอดส่องการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต้องมีหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานฝ่ายบริหาร ในกรณีที่ถูกกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎหมายอาญา และพิจารณาคดีต่าง ๆ ที่เจ้าพนักงานของรัฐดำเนินการมา

การติดตามสอดส่องการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการ จึงนับเป็นการควบคุม ตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารวิธีการหนึ่งที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่ง

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ โดยเจ้าพนักงานของรัฐต้องมีความเคารพในหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดด้วยเสมอ

วิธีการประการหนึ่งที่จะทำให้หลักนิติรัฐ หรือรัฐที่ปกครองโดยยึดหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนและเพื่อป้องกัน หรือแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ การให้ขั้นตอนการดำเนินการ

<sup>89</sup> แหล่งเดิม (น. 25).

<sup>90</sup> พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน (น. 113), โดย กุลพล พลวัน, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทุกขั้นตอน โปร่งใส (Transparency) ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การตรวจสอบ การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐด้วย (Accountability)<sup>91</sup>

การดักฟังทางการกระทำความคิด ต้องเป็นมาตรการแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน การรักษาความมั่นคงทาง เศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และการป้องกันและปราบปราม การกระทำผิดอาญา การคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นมาตรการสุดท้าย เมื่อไม่อาจแสวงหาข้อมูลข่าวสาร เพื่อคุ้มครองคุณค่าดังกล่าวได้โดยวิธีการอื่น ๆ แล้วเพื่อให้เป็นไปตามนี้ การดักฟังการกระทำ ความผิดจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่ในกรณีที่ได้มีหรือจะมีการกระทำผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นยังต้องมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐที่ประสงค์ ใช้การดักฟังการกระทำความคิดเริ่มตั้งแต่เจ้าพนักงานของรัฐที่ประสงค์ใช้การดักฟังการกระทำ ความผิดจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มี หลักประกันความเป็นอิสระทำนองเดียวกับศาล ทั้งนี้ ต้องมีการกำหนดระยะเวลาชั้นสูงที่จะกระทำ เช่นว่านั้น รวมไปถึงหลักประกันว่าจะไม่มีการติดต่อการบันทึกเสียงสนทนา หรือการถ่ายเสียง สนทนาเป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนหลักประกันว่าจะมีการทำตามสิ่งที่บันทึกเสียงการสนทนา เมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้อำนาจแล้ว<sup>92</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความเห็นไว้ว่าระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ดีนั้น ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐ รวมถึงเจ้าพนักงานของรัฐควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นไปได้อย่างแท้จริง องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบครอบคลุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐที่ยิ่งหลากหลายก็ยิ่งมีประสิทธิผลจริงจัง แต่ องค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้นต้องไม่ซ้ำซ้อนไม่สับสน ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้ำซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ ไม่มีประเทศใดที่มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงระบบเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันให้เหมาะสมเสมอทั้งระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐ ที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบการควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างคุณภาพของความจำเป็น

<sup>91</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง (น. 543), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>92</sup> รายงานการศึกษาวิจัยแนวทางในการกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง. เล่มเดิม (น. 86).

ในการใช้อำนาจรัฐ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิเอกชนจนเจ้าพนักงานของรัฐทำอะไรเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่ได้เลย เป็นระบบที่ล้มเหลวพอ ๆ กับการปล่อยให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนสิทธิและเสรีภาพประชาชนสูญสิ้นไป ความสำคัญจึงอยู่ที่การออกแบบระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชนและองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็นอิสระเป็นกลางและถูกตรวจสอบได้ ก็จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้นเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพราะองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็อาจกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมไม่ชอบเสียเอง สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยกว้างขวางขึ้น อันจะทำให้ระบบควบคุมที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่ต้องไม่กว้างเกินไปทำให้ระบบการบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าพนักงานของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนบางคนจึงมีผลกว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรผู้ทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครองพิจารณาได้

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจในการดักฟังการกระทำความผิดจึงต้องมีการบัญญัติองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการอนุญาตให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจดังกล่าวได้ โดยองค์กรที่ได้รับการยอมรับว่ามีความบริสุทธิ์ ยุติธรรม โปร่งใส ในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาให้อำนาจพนักงานของรัฐในการกระทำที่ต้องละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือ ศาล แนวคิดที่ให้องค์กรภายนอกที่มีได้มีส่วนได้เสียกับพนักงานของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายทำการถ่วงดุลร้องขอและอนุมัติให้มีการดักฟังการกระทำความผิดได้ ก็เพื่อให้การกระทำดังกล่าวของพนักงานของรัฐต้องได้รับความรอบคอบและละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด ท้ายสุดก็คือข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังการกระทำความผิดสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างชัดเจนและโปร่งใส เนื่องจากกระบวนการดักฟังดังกล่าวมีองค์กรศาลคอยควบคุมกำกับดูแลอย่างเคร่งครัด

#### 2.2.2.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลภายในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

การควบคุมแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หมายถึง การควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วมักมีการกำหนดให้

องค์กรในฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากพนักงานของรัฐของฝ่ายปกครองได้ซึ่งอาจจำแนกลักษณะการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองได้<sup>93</sup>

มาตรการควบคุมภายใน (Internal Control) เป็นการควบคุมภายในองค์กรบังคับใช้กฎหมายเอง ทั้งนี้ตามสายงานการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นการควบคุมโดยอาศัยการบังคับบัญชา

การควบคุมบังคับบัญชา<sup>94</sup> คือ มาตรการหนึ่งของการรวมอำนาจบริหาร ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานของรัฐขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางด้วยกันเอง ในรูปของสายการบังคับบัญชา กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา หากเห็นว่ากระทำโดยของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการต่าง ๆ ไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจการเพิกถอน รวมทั้งมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง และอำนาจที่จะสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาตัวผู้ใต้บังคับบัญชาอีกด้วย หมายความว่า การที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนเพื่อกระทำการต่าง ๆ เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งอำนาจการควบคุมของผู้บังคับบัญชาในกรณีดังกล่าวนี้มี 3 ประการด้วยกัน คือ อำนาจที่จะลงโทษทางวินัย อำนาจที่จะโยกย้ายหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นและอำนาจที่จะเลื่อนขึ้นเงินเดือน เป็นต้น

การบังคับบัญชาภายในองค์กรของรัฐนั้น ถือเป็นหลักสำคัญในการปฏิบัติงาน ทั้งยังเป็นการตรวจสอบการทำงานของผู้ปฏิบัติ แต่การที่จะมีการตรวจสอบและถ่วงดุลไปพร้อมกันนั้น ผู้ที่ใช้อำนาจและผู้ตรวจสอบควรเป็นผู้ที่มีอำนาจระดับเดียวกันอย่างน้อยและต้องมีการตรวจสอบขั้นตอนการใช้อำนาจในการดักฟังการกระทำความคิดตั้งแต่การเริ่มทำคำร้องขอ ซึ่งได้แก่การตรวจสอบรายงานการสืบสวนไปจนถึงปัญหาที่ผู้ทำคำร้องประสบมาซึ่งเป็นเหตุให้มีการขอใช้อำนาจดังกล่าว ดังนั้น หน่วยหรือส่วนที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลจึงต้องมีอำนาจเทียบเท่าหรือมากกว่าหน่วยหรือส่วนที่ใช้อำนาจในการดักฟังการกระทำความคิด

<sup>93</sup> หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.78.) โดย บรรเจิด สิงคนดี, 2552, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

<sup>94</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง (น. 14), โดย ไพรัช โดสสวัสดิ์, 2547, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

### 2.2.2.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลภายนอกหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

มาตรการควบคุมภายนอก (External Control)<sup>95</sup> หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายเป็นการควบคุมโดยองค์กรอื่น ๆ ในกระบวนการยุติธรรม คือ องค์กรตุลาการหรือศาล องค์กรอัยการและทนายความ ในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี อาทิ การจับ การค้น การควบคุมตัว การสอบสวน ตลอดจนจนถึงการใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลด้วยการใช้วิธีการดักฟังการกระทำความผิด ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานของรัฐในการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง โปร่งใสและเป็นธรรมมากที่สุด

เพื่อเป็นการรับรองเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยมีอาจถูกล่วงละเมิดได้ กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิดจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่า โดยหลักแล้วการดักฟังการกระทำความผิดมีอาจกระทำได้ เว้นแต่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ทั้งนี้เพื่อการดักฟังการกระทำความผิดจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิดจะต้องประสานระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Privacy of individuals)<sup>96</sup> จากการถูกลอบฟังการติดต่อสื่อสารและการให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐในการดักฟังการติดต่อสื่อสารเพื่อให้ได้ข้อมูลที่จำเป็นในการป้องกันมิให้มีการก่ออาชญากรรมและสืบสวนคดีที่มีการกระทำความผิด ฉะนั้น ในการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐดักฟังการกระทำความผิดได้จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่จะทำการดักฟังการกระทำความผิดไว้เพื่อมิให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้ดักฟังการกระทำความผิดก้าวล่วงกระทบกระเทือนเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันของบุคคลโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ระบบการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐอย่างรัดกุมในกระบวนการดักฟังการกระทำความผิดทุกขั้นตอน เริ่มตั้งแต่เจ้าพนักงานของรัฐที่ประสงค์ดักฟังการกระทำความผิดและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระทำนองเดียวกับศาล

1) ศาล นอกเหนือจากการที่ให้อำนาจศาลในการอนุมัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐในการดักฟังการกระทำความผิดแล้วนั้น หากเจ้าพนักงานของรัฐฝ่าฝืน ไม่ยอมขออำนาจศาล

<sup>95</sup> การบริหารงานยุติธรรม. เล่มเดิม (น.64).

<sup>96</sup> รายงานการศึกษาวิจัยแนวทางในการกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง. เล่มเดิม (น. 111).

ในการกระทำได้กล่าว พยานหลักฐานที่ได้มาข้อมมิชอบด้วยกฎหมายและศาลย่อมจะไม่รับฟังเป็น พยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิด

หลักการรับฟังพยานหลักฐานของศาลนั้น ตามหลักสากลหรือที่เรียกกันว่า fruit of the poisonous tree ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่มีความปรากฏแก่ศาลว่าพยานหลักฐานใด เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบหรือเป็น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟัง พยานหลักฐานนั้น

ดังนั้น หากข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังกระทำความผิดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ก่อนนั้น ถือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้พยานหลักฐานที่ได้มารับฟัง ไม่ได้ ศาลจะไม่รับฟังทุกกรณี

จะเห็นได้ว่าศาลถือหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ<sup>97</sup> เพื่อเป็น การลงโทษเจ้าพนักงานของรัฐโดยทางอ้อมอีกทางหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานของรัฐได้ทราบว่า หากยังคง ฝ่าฝืนกฎหมายการดักฟังกระทำความผิดนั้น การดักฟังดังกล่าวก็จะไร้ผลเพราะข้อมูลข่าวสาร ที่ได้มารับฟังไม่ได้ ประกอบกับมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าพนักงานของรัฐเคารพและปฏิบัติตาม กฎหมาย และเป็นการคุ้มครองประชาชนจะมีได้ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยปราศจากเหตุอันควร

ทั้งนี้ ถ้าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลย ก็เท่ากับศาลไร้ความ บริสุทธิ์และกลายเป็นหุ้นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมายของเจ้าพนักงานของรัฐด้วยเช่นกัน หรือ เป็นกรณีที่ผู้พิพากษาซึ่งถือเป็นนักกฎหมาย หากสนับสนุนการใช้กำลังการใช้วิธีนอกกฎหมาย ข้อมได้ชื่อว่าทรยศต่อวิชาชีพของตน<sup>98</sup> ข้อมเป็นสิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้นในประเทศที่ปกครองโดย ใช้หลักนิติรัฐ

2) อัยการ องค์กรอัยการเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลที่ได้มา จากเจ้าพนักงานของรัฐฝ่ายสืบสวนสอบสวน เพื่อประมวลเป็นสำนวนส่งฟ้องผู้กระทำความผิด ต่อศาล ดังนั้น อัยการจึงต้องมีบทบาทและอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการกระทำต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานของรัฐในการสืบสวนสอบสวน เพื่อที่ข้อมูลที่ได้มาจะสามารถนำเสนอเป็น พยานหลักฐานในชั้นศาลได้อย่างบริสุทธิ์ ชัดเจน อันจะยังประโยชน์ให้แก่กระบวนการยุติธรรม

<sup>97</sup> คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา พร้อมด้วย คำอธิบายมาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ตาม พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา ฉบับที่ 25,26,27,28,29 (เฉพาะชั้นตอนก่อนการพิจารณา) (น. 396), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ : จีระการพิมพ์.

<sup>98</sup> หลักวิชานักกฎหมาย (น. 53), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2547, กรุงเทพฯ : ประการพริก.

ในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างถูกต้อง ดังนั้น ในกรณีการอนุมัติให้มีการดักฟังกระทำความผิดล่วงหน้าหรือในกรณีฉุกเฉินของบางประเทศ กฎหมายจะให้เป็นการอำนาจของอัยการในการอนุมัติให้เจ้าพนักงานสืบสวนทำการดักฟังกระทำความผิดไปก่อน แต่ต่อมาต้องรายงานการปฏิบัติต่อศาลตามขั้นตอนการทำคำร้องขอในกรณีปกติภายใน 48 ชั่วโมง

ดังนั้น อัยการที่จะอนุมัติให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจดังกล่าวได้ จะต้องมีการตรวจสอบและกลั่นกรองข้อมูลที่ได้มาจากการสืบสวนและปัญหาที่ประสบจนไม่สามารถได้ข้อมูลมาด้วยทางอื่นหรืออาจจะเป็นอันตรายเกินควร จึงถือว่า อัยการเป็นอีกองค์กรที่คอยถ่วงดุลการใช้อำนาจดังกล่าวของเจ้าพนักงานของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.2.3 มาตรการนอกเหนือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

มาตรการนอกเหนือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานหรือเจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจกระทำการที่ไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากวิธีการค้นหาความจริงเพื่อพิสูจน์ความผิดที่มีโทษทางอาญาตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้ไม่เพียงพอ การดักฟังการกระทำความผิด ถือเป็นมาตรการนอกเหนือวิธีพิจารณาความวิธีหนึ่งที่เจ้าพนักงานของรัฐได้นำมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามปัญหาอาชญากรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่ไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองไว้ เมื่อเกิดการกระทำดังกล่าวแล้ว รัฐจำเป็นต้องมีกระบวนการที่จะคุ้มครองความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของประชาชนในรัฐไม่ให้ถูกระทบกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือกระทบสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด การนำมาตราดังกล่าวมาใช้จะต้องกระทำไปด้วยความระมัดระวัง และกระทำภายในกรอบของกฎหมาย เพื่อให้มีผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด

กรณีนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจ<sup>99</sup> คือ มีนักปกครองที่เป็นกลุ่มนักวิชาการที่มักจะวิพากษ์วิจารณ์นักกฎหมาย และมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา นักกฎหมายเป็นไม้เบื่อไม้เมากับนักปกครองตลอดมา ทั้งนี้เพราะวิธีการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมของนักวิชาการประเภทนี้ผิดแผกแตกต่างกัน ตุลาการของสหรัฐอเมริกาได้เคยวินิจฉัยว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นจุดปรารถนาสุดยอดในสังคม ศาลสูงได้วินิจฉัยว่า พยานหลักฐานใดที่ได้มาจากการข่มขู่ หรือได้มาโดยวิธีการใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย ยอมรับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ ซึ่ง

<sup>99</sup> ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา (น. 211), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, เอกสารประกอบการศึกษาสำหรับนิสิตนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

หลักการนี้ ปรากฏว่าฝ่ายศาลได้ยกฟ้องคดีเป็นอันมาก เพราะเจ้าพนักงานตำรวจหรืออัยการได้หลักฐานมาโดยวิธีอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้จำเลยรอดพ้นจากการถูกลงโทษทั้งที่กระทำผิดจริง เช่น กฎหมายบัญญัติว่าการค้นจะต้องมีหมายค้น ข้อเท็จจริงได้ความว่าเจ้าพนักงานตำรวจค้นบ้านจำเลยโดยไม่มีหมายค้นและพบว่าจำเลยมีธนบัตรปลอม อาวุธเถื่อนของหนีภาษีสุลกากร ตลอดจนเฮโรอีน กัญชา และวัตถุระเบิดในครอบครอง เมื่อจำเลยถูกฟ้อง ปรากฏว่าศาลพิพากษายกฟ้อง เพราะถือว่าพยานหลักฐานที่ปรักปรำว่าจำเลยกระทำความผิดเป็นหลักฐานที่ได้มาโดยการค้นที่ผิดกฎหมายจึงรับฟังไม่ได้ เมื่อรับฟังไม่ได้ก็ถือว่าไม่มีหลักฐานใดปรักปรำจำเลย เรื่องเหล่านี้ได้รับการวิจารณ์จากฝ่ายปกครองเป็นอันมากกว่าเป็นการวินิจฉัยซึ่งให้ผลที่ไม่พึงปรารถนา ศาลควรจะได้รับฟังพยานหลักฐานเหล่านั้นแล้วลงโทษจำเลยไปตามกฎหมาย ส่วนการที่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองทำผิดกฎหมายก็เป็นเรื่องที่ควรจะมีการฟ้องร้องลงโทษภายหลังอีกเรื่องหนึ่ง ผู้ว่าราชการรัฐแคลิฟอร์เนียได้วิจารณ์ว่าใครผิดก็ว่าไปตามผิด จะเอาความผิดของฝ่ายหนึ่งมาลบล้างความผิดของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตุลาการได้โต้ตอบว่า ถ้าศาลยอมรับฟังหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นก็เท่ากับว่าศาลสนับสนุนให้มีการปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การลงโทษเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองภายหลังอาจเป็นเรื่องที่ล่าช้าไม่ทันการ ยิ่งกว่านั้นอาจไม่มีการฟ้องร้องขึ้นมาก็ได้ เพราะผู้จะฟ้องก็คืออัยการซึ่งเป็นฝ่ายปกครองด้วยกัน การไม่ยอมรับฟังหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการผิดกฎหมายจึงเป็นวิธีการเดียวที่จะทำให้ฝ่ายปกครองเจ็ดหลาบไม่กล้าใช้วิธีผิดกฎหมายอีกต่อไป ศาลได้ยกตัวอย่างว่าถ้าศาลยอมลงโทษจำเลยที่สารภาพว่ากระทำผิด ทั้งที่ทราบเจ้าพนักงานตำรวจซ้อมจนจำเลยรับสารภาพ ก็เท่ากับว่าศาลเห็นว่าการซ้อมนั้นเป็นวิธีการที่ชอบ ซึ่งเรื่องนี้ยากนักที่นักกฎหมายจะยอมรับได้<sup>100</sup>

ในการปฏิบัติและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายในการดำเนินการของรัฐเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในด้านที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมและควบคุมอาชญากรรมนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการจัดรูปแบบและแนวทางการดำเนินงานอย่างมีระบบ โดยจะต้องคำนึงถึงปัจจัยภายนอกและสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ทั้งในเรื่องนโยบายรัฐบาล ลักษณะข้อบังคับของกฎหมาย สภาพทางเศรษฐกิจสังคม การเมือง ตลอดจนขนบธรรมเนียมศีลธรรมจารีตประเพณี และสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไป โดยแนวคิดทฤษฎี ดังนี้

<sup>100</sup> แหล่งเดิม (น. 213)

### 2.2.3.1 แนวความคิดว่าด้วยทฤษฎีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

สำหรับรูปแบบและแนวทางในการบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้พยายามกำหนดรูปแบบและแนวทางขึ้นมาหลายรูปแบบด้วยกัน โดยการมองภาพรวมว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งประกอบด้วยองค์กร ตำรวจ หนายความ อัยการ ศาล และราชทัณฑ์นั้น จะต้องมามีวิธีในการดำเนินการกับสภาพปัญหาอาชญากรรมและพฤติกรรมของอาชญากรอย่างไร และเพียงใดจึงจะประสบผลสำเร็จและมีประสิทธิภาพ ซึ่งรูปแบบและแนวทางเช่นนี้ก็แตกต่างกันไปตามแต่ละแนวความคิด แต่ที่เป็นที่รู้จักกันดีในหมู่นักวิชาการและนักปฏิบัติการได้แก่รูปแบบการบริหารงานกระบวนการยุติธรรม ของ ศาสตราจารย์ Herbert Packer ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คือ

#### 1) แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model)<sup>101</sup>

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) เป็นรูปแบบที่เน้นการส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุม ระวัง และปราบปรามอาชญากรรม เป็นหลักทฤษฎีนี้เชื่อว่าการที่พนักงานของรัฐไม่สามารถจะควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือจับกุมอาชญากรรมมาลงโทษได้ตามกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และเสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตถูกคุกคามจากภัยอาชญากรรม

ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดสูงและผู้ที่ถูกจับกุมนั้นจะต้องเป็นผู้กระทำความผิดจริง การดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการเริ่มตั้งแต่มีการสืบสวนก่อนการจับกุม ดำเนินการจับกุม การสืบสวนภายหลังการจับกุม การเตรียมคดีเพื่อฟ้องยังศาล การพิจารณาคดี การพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด และการปล่อยจำเลย โดยมีผู้เรียกขั้นตอนนี้ว่ากระบวนการคัดกรอง (Screening Process) ทำให้ผู้ต้องหาบริสุทธิ์ ก็จะถูกคัดกรองออกไป ส่วนผู้กระทำผิดก็จะถูกดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว

ความมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ คือ ขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมจะต้องรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ และต้องยอมรับว่า การค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นตำรวจและชั้นอัยการเพียงพอที่จะเชื่อถือว่าสามารถจะวินิจฉัยความผิดของขั้นตอนได้

รูปแบบนี้จะเน้นหนักที่การควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเต็มที่ ส่วนเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ถือเป็นเรื่องรองลงไป หากประเทศใดให้ความสำคัญกับแนวความคิดการควบคุมอาชญากรรมนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือ

<sup>101</sup> ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา โดยมีชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. เล่มเดิม (น. 9).

กระบวนการพิจารณาความอาญาของประเทศนั้น ก็เน้นหนักไปในทางการสร้างกฎเกณฑ์อันเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจเพื่อทำการสืบสวน สอบสวน ป้องกันและปราบปรามด้วยความเฉียบขาด รวดเร็ว โดยอาจไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้บริสุทธิ์มากนัก เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจในการจับกุมได้อย่างกว้างขวาง การควบคุมกระทำได้นาน การให้ประกันตัวเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานตำรวจโดยอิสระ ตลอดจนหลักการรับฟังพยานหลักฐานก็สามารถรับฟังได้อย่างกว้างขวาง เป็นต้น

2) แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model)<sup>102</sup>

รูปแบบนี้มีผู้เรียกในภาษาไทยว่า “รูปแบบที่ยึดกฎหมายเป็นสำคัญ” บางครั้งก็เรียกว่า “รูปแบบที่ยึดถือการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน” หรือ “ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม” ซึ่งความหมายแห่งถ้อยคำต่างก็ใกล้เคียงกัน

รูปแบบกระบวนการนิติธรรมนี้เป็นรูปแบบที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ ดังนั้น อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐและกระบวนการของรัฐจะต้องถูกควบคุมต่อต้านการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ โดยการจำกัดอำนาจของรัฐซึ่งกล่าวได้ว่ารูปแบบนี้มีค่านิยมในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมที่ตรงกันข้ามกับรูปแบบแรก อย่างไรก็ตามก็ยังมีผู้อธิบายว่ามีได้หมายความว่าอุดมการณ์ของทฤษฎีนี้แตกต่างจากทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมแต่ทว่าทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมยึดถือหลักกฎหมายหรือหลักนิติธรรมมากกว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรมนั้นจะมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง โดยเฉพาะการค้นหาข้อเท็จจริง ซึ่งกระทำโดยเจ้าพนักงานตำรวจและอัยการหรือฝ่ายปกครองจะเชื่อถือได้เพียงใด เพราะวิธีปฏิบัติของเจ้าพนักงานตำรวจและอัยการเป็นการดำเนินงานในที่รโหฐาน ซึ่งอาจจะใช้วิธีการล่อลวง บู่เช็ญ และการสร้างพยานหลักฐานขึ้นใหม่ได้ ดังนั้น แนวความคิดของทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมจึงไม่เห็นพ้องด้วยการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการของทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม และต้องการให้มีการพิจารณาคดี หรือไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ต้องหาอย่างเป็นทางการและเปิดเผยในศาลสถิตยุติธรรมทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อหน้าองค์กรคณะผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่ลำเอียงเข้ากับฝ่ายใด

เมื่อพิจารณาแนวคิดทั้งสองรูปแบบแล้วจะเห็นได้ว่า ต่างมุ่งที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคมเป็นส่วนรวม แต่วิถีทางนั้นแตกต่างกัน ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมอาจเป็นผลให้สังคมยอมรับการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานของรัฐ

<sup>102</sup> การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมโดยการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. เล่มเดิม (น. 16).

บางประการ เช่น การจับกุมโดยมิชอบ การค้นโดยมิชอบ ส่วนทางทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมจะเน้นข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ หากเจ้าพนักงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือละเมิดกฎหมายศาลจะใช้ดุลพินิจให้ปล่อยตัวจำเลยหรือให้พิจารณาคดีใหม่ได้<sup>103</sup>

การแยกรูปแบบกระบวนการทางอาญาออกเป็น 2 รูปแบบนี้ อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีระบบกฎหมายของประเทศใดที่ปฏิบัติตามแนวคิดแบบหนึ่งแบบใดเพียงแบบเดียว แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ถือได้ว่ามีหลักการใกล้เคียงกับแนวคิดทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมมากกว่าระบบประเทศอื่นก็ตาม รูปแบบกระบวนการทางอาญาที่ใช้กันอยู่ จึงมักจะเป็นแบบผสมผสานแนวคิดของรูปแบบทั้งสองเข้าด้วยกัน<sup>104</sup>

2.2.3.2 ทฤษฎีด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

#### 1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

การดำเนินคดีอาญาตามวิธีพิจารณาความในระบบกฎหมาย Common law ใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) โดยถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงหรือไม่ ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษ ผู้กระทำผิดด้วยตนเอง และรวบรวมพยานหลักฐานมานำสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยในศาล ส่วนศาลหรือผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด<sup>105</sup>

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยแบบสหพันธรัฐ โดยแบ่งอำนาจของรัฐออกเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ การแบ่งอำนาจ และหน้าที่ของแต่ละฝ่ายเป็นไปเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งควบคุมอำนาจรัฐทั้งหมดได้ โดยทั่วไปกฎหมายอาญาถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ต่อจากนั้นถูกตีความโดยฝ่ายตุลาการ และถูกใช้บังคับโดยอำนาจของประธานาธิบดี ฝ่ายนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา สมาชิกของทั้งสองสภา ได้รับการเลือกตั้งจากแต่ละมลรัฐรวมห้าสิบมลรัฐ ด้วยวิธีนี้ จึงทำให้มลรัฐโดยรัฐสภามีความเชื่อมโยงกับรัฐบาลกลางหรือประธานาธิบดี ส่วนฝ่ายตุลาการนั้นมีศาลสูงของสหรัฐอเมริกาคือศาลสูงสุด ผู้พิพากษาของศาลสูงสุดได้รับแต่งตั้งโดยคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา และดำรงตำแหน่งตลอดชีพ

<sup>103</sup> การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ (น. 10), โดย ดวงใจ สิงหนาท, 2555, การอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 10 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

<sup>104</sup> แหล่งเดิม.

<sup>105</sup> การบริหารกระบวนการยุติธรรม (น. 13), โดย กุลพล พลวัน, 2544, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

เมื่อกล่าวถึงเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำโดยมิชอบในกรณีต่าง ๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของการบังคับใช้กฎหมายไปในทางที่มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่ เพื่อที่จะข่มขู่ยับยั้งป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำการอันมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานที่จะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีกต่อไป สิ่งซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้สร้างกฎเกณฑ์แห่งการยับยั้ง การกระทำที่มิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐาน<sup>106</sup> หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าบทคัดพยานหลักฐาน อันเป็นหลักการที่ได้ถูกวางแนวทางไว้โดยศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นศาลที่มีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>107</sup>

ระบบการพิจารณาคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา การฟังข้อเท็จจริงใช้ระบบลูกขุน ให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ปรับข้อกฎหมายเท่านั้น ศาลอเมริกามีแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายรับฟังพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัด<sup>108</sup> ถือว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาไว้เป็นหลักพื้นฐาน ศาลจึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยละเมิดสิทธิของจำเลย และถือว่าความมีวินัยของเจ้าพนักงานตำรวจในการหาพยานหลักฐานในคดีเป็นเรื่องสำคัญ การยอมให้เจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติการณ์อันมิชอบเป็นชั่วร้ายยิ่งกว่าการปล่อยอาชญากรไปบ้างในบางครั้งเสียอีก

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมและทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมต่างก็มีจุดเด่นและจุดด้อยต่างกันไป และการบังคับใช้กฎหมายก็เป็นเรื่องที่ต้องใช้ความระมัดระวังสูงเกินกว่าจะดำเนินการไปตามแนวคิดใดแนวคิดหนึ่งโดยสิ้นเชิง โดยไม่คำนึงถึงหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากบางแนวคิดนั้นยากที่จะปฏิบัติได้จริง หรือบางแนวคิดนั้นแข็งกร้าวเกินไปเพื่อเป็นการเพิ่มความปลอดภัยและลดความเสี่ยงและรักษาไว้ซึ่งเสรีภาพของประชาชน จึงมีแนวคิดใหม่ ๆ เกิดขึ้นว่าควรมีการผสมผสานแนวคิดทั้งสองแบบเข้าด้วยกันเพื่อเสริมจุดเด่น ลดจุดด้อยในกระบวนการทางกฎหมายของอเมริกา

ในเรื่องของการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นับแต่ ค.ศ. 1789 ถึง ค.ศ. 1791

<sup>106</sup> *จับ คั่น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน* (น. 64), โดย คัมภีร์ แก้วเจริญ, วารสารอักษร ปี 2522 เล่ม 13.

<sup>107</sup> คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการยกย่องจากบรรดานักนิติศาสตร์ทั่วโลกว่าเป็นคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่ทรงคุณค่าอย่างยิ่งโดยเฉพาะในการใช้เป็นบรรทัดฐานในการศึกษารัฐธรรมนูญ

<sup>108</sup> *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (น. 185), โดย โสภณ รัตนากร, 2544, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรวมทั้งสิ้น 10 ครั้ง และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) ได้บัญญัติให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลที่ว่า “สิทธิของบุคคลที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงในร่างกาย เคหสถาน เอกสารและวัตถุสิ่งของต่อการค้น การยึด และการจับ โดยไม่มีเหตุอันควรนั้น จะถูกล่วงละเมิดมิได้ และห้ามมิให้ออกหมาย เว้นแต่จะมีเหตุอันควร ซึ่งได้มาโดยการสาบานหรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ที่ซึ่งจะถูกค้น ตัวบุคคลที่จะถูกจับ หรือสิ่งของที่จะถูกยึด”<sup>109</sup>

จากบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 นี้ ได้มีการบัญญัติโดยมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะได้รับความปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสารและวัตถุสิ่งของจากการใช้อำนาจของรัฐซึ่งก็คือ การใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐต่อการจับ การค้น การยึด ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว และข้อสังเกตประการต่อมาก็คือรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 นี้ ก็ยังได้มีการวางหลักในเรื่องของการกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติการของเจ้าพนักงานของรัฐไว้ ดังจะเห็นได้จากการวางข้อกำหนดเอาไว้ว่า หมายค้น หมายจับและหมายยึด จะต้องมียาละเอียดในการที่จะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ ซึ่งจะถูกค้นตัวบุคคลที่จะถูกจับหรือสิ่งของที่จะถูกยึดไว้ตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วยนั่นเอง

ข้อพิจารณาในเรื่องของผลจากการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปอยู่ในตัวว่าแทบทุกประเทศที่พัฒนาแล้ว หากเจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำการที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้แก่เจ้าพนักงานของรัฐที่จะกระทำได้และโดยเฉพาะหากการกระทำเหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการโดยมิชอบนั้นก็ต้องถูกดำเนินการตามกฎหมายต่อไป ไม่ว่าจะในทางคดีอาญาหรือทางวินัยตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้

ในเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานของรัฐ ได้กระทำโดยมิชอบในกรณีต่าง ๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ทำให้หน้าหนักของการบังคับใช้กฎหมายไปในทางที่มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่ เพื่อที่จะข่มขู่ยับยั้งป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำการอันมิชอบในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีกต่อไป ประเทศสหรัฐอเมริกาได้

<sup>109</sup> การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาเนื่องจากการกระทำที่ไม่ชอบ. เล่มเดิม (น.11).

สร้างกฎเกณฑ์แห่งการยับยั้ง การกระทำที่มีขอบในการแสวงหาพยานหลักฐาน<sup>110</sup> หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “บทคัดพยานหลักฐาน” อันเป็นหลักการที่ได้ถูกวางแนวทางไว้โดยศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นศาลที่มีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>111</sup>

จากที่กล่าวมา ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศที่มีแนวคิดเกี่ยวกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ที่อาจมีความเคร่งครัดที่สุดในบรรดาหลาย ๆ ประเทศ ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ตีความหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ให้ขยายไปจนถึงขนาดที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เป็น “ดอกผล” อันได้มาเพราะผลสืบเนื่องจากพยานหลักฐานชิ้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบหรือที่เรียกว่า “ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of The Poisonous Tree Doctrine)”<sup>112</sup> โดยเป็นแนวคิดที่แตกต่างจากหลักการในกฎหมายของประเทศอังกฤษ

## 2) ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษในสมัยโบราณ เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจเต็มที่ในการกระทำการสืบสวนสอบสวนและแสวงหาความจริงเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดที่มักจะไม่ค่อยคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคลของราษฎรเท่าใดนักไม่ว่าจะเป็นการใช้วิธีการทรมานผู้ต้องสงสัยให้รับสารภาพว่าได้กระทำความผิดหรือในขั้นตอนของการจับกุม การค้น หรือการยึดของกลางถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของเจ้าพนักงานของรัฐที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะผลสืบเนื่องจากแนวคิดในทางการเมืองของยุคนั้นที่ถือว่าการปกครองเป็นอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดของผู้ปกครอง ต่อมาภายหลังที่ประเทศได้มีการพัฒนามากขึ้น แนวคิดดังกล่าวจึงได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไปและถือว่า “อำนาจอผู้ปกครอง” ย่อมมีอย่างจำกัดในฐานะที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนโดยมีเงื่อนไขให้ต้องใช้อำนาจโดยชอบธรรมและเคารพต่อสิทธิของประชาชน จึงเกิดหลักเกณฑ์ที่จะให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องปฏิบัติในกรณีที่มีการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคล

แต่เดิม การนำตัวผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดมาฟ้องร้องต่อศาลนั้นถือเป็นหน้าที่โดยเฉพาะของผู้เสียหายหรือญาติของผู้ต้องหา อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่สมัยนอร์แมน เป็นต้นมา ที่ชาวนอร์แมนเข้ามาอาศัยปะปนอยู่กับชาวอังกฤษเดิมซึ่งเป็นเผ่าแองโกล – แซกซอน ชาวนอร์แมนมีจำนวนน้อยและเป็นชาวต่างถิ่น ไม่มีญาติอยู่ในอังกฤษ กษัตริย์อังกฤษในสมัยนั้นเห็นความจำเป็นที่ชาวนอร์แมน

<sup>110</sup> จับ คั้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน. หน้าเดิม.

<sup>111</sup> วินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา.

<sup>112</sup> ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชน และหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน (น. 160). สืบค้นวันที่ 20 มิถุนายน 2557, จาก [http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0951/11CHAPTER\\_6.pdf](http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0951/11CHAPTER_6.pdf).

ควรจะได้รับการคุ้มครอง จึงได้นำระบบความรับผิดชอบของสังคมร่วมกัน (System of communal responsibility) มาใช้สำหรับการความผิดทางอาญาที่เกิดขึ้น นับแต่นั้น ระบบการรักษาความสงบเรียบร้อย ตามหลักการดำเนินคดีอาญาของอังกฤษจึงถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย และมีสิทธิฟ้องคดีได้<sup>113</sup> แสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ดี ในแง่ของพยานหลักฐานแนวความคิดในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเริ่มพัฒนามากขึ้น แต่ศาลอังกฤษและนักกฎหมายอังกฤษโดยส่วนใหญ่ยังคงถือว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ การค้น โดยมิชอบสามารถรับฟังได้ ดังเช่นในคดีบิชอป อัทเทอบิวรี<sup>114</sup> ในปี ค.ศ. 1832 ศาลได้วินิจฉัยว่า บรรดาจดหมายที่เจ้าพนักงานของรัฐได้ยึดมาเป็นพยานหลักฐานในคดีหากเป็นการสมเหตุสมผลน่าเชื่อถือโดยตัวของมันเองแล้ว ย่อมรับฟังลงโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องคำนึงว่า จดหมายเหล่านั้นจะได้มาด้วยวิธีการอย่างไร เพราะถ้าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จริงแล้ว ข้อเท็จจริงก็ย่อมจะต้องปรากฏอยู่ดี ถึงแม้ว่าจะมีจดหมายเหล่านั้นเป็นพยานหลักฐานก็ตาม

แม้ประเทศอังกฤษจะถือเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อันจะต้องพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลเป็นสิ่งสำคัญในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ถือเป็นหลักการสำคัญของระบบคอมมอนลอว์ก็ตาม แต่หลักการในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยเฉพาะข้อพิจารณาในเรื่องของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในประเทศอังกฤษก็ได้มีการบัญญัติหลักการในเรื่องนี้เป็นลายลักษณ์อักษรที่วางแนวทางของศาลเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายไว้ด้วยเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จาก The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 78<sup>115</sup> ที่บัญญัติว่า

“(1) ในกระบวนการพิจารณาใด ๆ ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งโจทก์ประสงค์จะอ้างอิง หากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่า การรับฟังพยานหลักฐานนั้นก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่าศาลไม่ควรยอมรับฟังพยานหลักฐานนั้น

<sup>113</sup> เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาการบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (น. 57), โดย ประเทือง ธนิยผล, 2547, หลักสูตรนิติศาสตร์มหบัณฑิตย ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>114</sup> จับ ค้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน. หน้าเดิม.

<sup>115</sup> การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานหลักฐาน. เล่มเดิม (น. 60).

(2) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ ไม่มีผลกระทบต่อบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมาย ซึ่งบังคับให้ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มาตรา 78 นี้ได้ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐาน โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญคือ การคำนึงถึงพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นด้วย ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เช่น พยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น หรือยึดโดยมิชอบ ศาลก็อาจที่จะใช้ดุลพินิจที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การรับฟังพยานหลักฐานจะกระทบต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรม ทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์ได้เปรียบในเชิงคดี อันเป็นผลมาจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยมิชอบซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี<sup>116</sup>

หลักการในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของประเทศอังกฤษ พยานหลักฐานที่มีคุณค่าในตัวของมันเองย่อมสามารถที่จะรับฟังได้เสมอ โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่าจะได้มาอย่างไร และสิ่งที่ดูเหมือนประเทศอังกฤษจะมุ่งพิจารณาเป็นสำคัญก็คือ คุณค่าในความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเป็นสำคัญ การที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่กระทบต่อความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณา<sup>117</sup>

การที่ The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), Section 78 บัญญัติไว้เช่นนี้ กฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความยุติธรรมในการพิจารณาคดี แต่ก็ได้หมายความว่า เป็นการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจระหว่างการสืบสวนคดีด้วยเหตุนี้ แนวปฏิบัติที่ผ่านมาศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะในกรณีที่การกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจได้ส่งผลเสียหายต่อความยุติธรรมในการพิจารณาคดีของศาล ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงมี โอกาสที่จะนำมาปรับใช้เพื่อที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานน้อยมากนั่นเอง<sup>118</sup>

<sup>116</sup> ข้อยกเว้นในการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. เล่มเดิม (น. 37).

<sup>117</sup> แหล่งเดิม.

<sup>118</sup> การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานหลักฐาน. เล่มเดิม (น. 62).

เดิมกฎหมายอังกฤษมีหลักว่า พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดียอมรับฟังได้ โดยไม่มีหลักในการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นอยู่ 2 กรณี กล่าวคือ<sup>119</sup>

ประการแรก ข้อยกเว้นอันเกี่ยวกับเอกสารที่เป็นเอกสิทธิ์ของบุคคล แม้ว่าจะมีกฎทั่วไปในการยอมรับฟังพยานหลักฐานเป็นเอกสารของคู่ความฝ่ายหนึ่งได้มาโดยใช้เล่ห์กล และได้นำมาเสนอต่อศาล คู่ความฝ่ายดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ใช้เอกสารนั้น

ประการที่สอง ได้แก่ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการรับฟังคำรับสารภาพ ซึ่งศาลจะไม่ยอมรับฟังคำรับสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยเด็ดขาด เพราะคำรับสารภาพที่ได้มาโดยไม่ชอบนั้นมิผลต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเป็นอย่างมากนั่นเอง

จากกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษไม่มีกฎเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยตรง ซึ่งศาลในประเทศอังกฤษได้ยึดถือหลักมาโดยตลอดว่า พยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณค่าแห่งการพิสูจน์ในตัวเองและเกี่ยวกับประเด็นก็ย่อมสามารถนำมารับฟังได้เสมอ แม้พยานหลักฐานนั้นจะได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เพราะศาลอังกฤษมิได้เคร่งครัดต่อวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานแต่อย่างใด แม้จะมีข้อยกเว้นอยู่บ้างในบางกรณี ทั้งนี้เพราะประเด็นที่สำคัญของหลักการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ถูกต้องตามหลักการที่บัญญัติไว้ใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 78 ก็คือ ศาลสามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ภายใต้กรอบของหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายได้วางไว้เป็นแนวทางแห่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าว และการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากกระบวนการอันได้มาโดยมิชอบนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อความเป็นธรรมต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาจริง ๆ เท่านั้น การที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยบทบัญญัติใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 78 จึงเป็นไปได้น้อยมาก<sup>120</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม หากพยานหลักฐานดังกล่าวทำลายสิทธิและเสรีภาพและความคุ้มครองจำเลยในคดีอาญาแล้วก็ไม่อาจรับฟังเป็นพยานได้ แต่มีข้อสังเกตว่า ในเรื่องคำรับสารภาพ<sup>121</sup>

<sup>119</sup> ข้อยกเว้นในการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. เล่มเดิม (น. 34).

<sup>120</sup> ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชน และหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน. เล่มเดิม (น. 161).

<sup>121</sup> บทบัญญัติ The Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 76 (4)(a) และ (b) ที่บัญญัติว่า มาตรา 76 คำรับสารภาพ

ในชั้นสอบสวนที่แม้จะเป็นคำรับที่ได้มาโดยไม่สมัครใจซึ่งโดยหลักการรับฟังไม่ได้ อันเป็นหลักการทั่วไปทั้งในประเทศสากล และในประเทศไทยเองก็ยึดหลักดังกล่าว แต่โดยหลักตามกฎหมายอังกฤษ หากคำรับสารภาพนั้นเป็นเหตุให้ได้ข้อเท็จจริงอื่นตามมา เช่น ได้พยานวัตถุอื่น ๆ มาในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลอังกฤษยังคงที่จะได้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาในคราวหลังอยู่นั้นเอง แม้ว่าพยานหลักฐานชั้นหลังนั้นจะได้มาเพราะผลสืบเนื่องมาจากคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ อันต้องห้ามมิให้รับฟังก็ตาม แต่ก็มีข้อพิจารณาอยู่ว่า ในการอ้างพยานหลักฐานชั้นหลังนั้นจะต้องไม่เป็นการก้าวไปถึงคำรับสารภาพอันมิชอบนั้นด้วย<sup>122</sup>

ดังนั้น แม้คำรับสารภาพที่ได้มาโดยมิชอบจะรับฟังไม่ได้แต่โดยผลของบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นการกระทบต่อการที่ศาลจะรับฟังข้อเท็จจริงที่ตรวจพบอันเป็นผลมาจากคำรับสารภาพนั้นด้วยแต่อย่างใด และคำรับสารภาพนั้นเองก็อาจใช้แสดงว่าจำเลยได้กล่าวเขียนหรือแสดงข้อความโดยวิธีการซึ่งมีลักษณะเฉพาะเฉพาะเพื่อใช้เป็น พยานหลักฐานในการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นคนร้ายได้เช่นเดียวกัน เช่น ในคดีรับของโจรมีการใช้วิธีการอันมิชอบให้จำเลยรับสารภาพว่าได้ซ่อนของโจรไว้ที่ไหน จนเป็นผลให้ตรวจค้นพบของนั้น ของนั้นก็ย่อมใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ หรือในคดีฆ่าคนตายได้มีการค้นพบกระดาดซึ่งมีการเขียนข้อความมีลักษณะพิเศษตกอยู่ที่ศพของผู้ตาย เจ้าพนักงานตำรวจได้หลอกลวงให้จำเลยเขียนข้อความนั้นขึ้นใหม่ ข้อความที่จำเลยเขียนขึ้นใหม่มิใช่เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า จำเลยเป็นผู้เขียนข้อความในกระดาดที่ตกอยู่ที่ศพของผู้ตายได้<sup>123</sup>

---

(1) ไม่ว่าในกระบวนการพิจารณาใดๆ คำรับสารภาพของผู้ถูกกล่าวหาอาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อปรักปรำตัวเขาได้หากเป็นการเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ใดๆ ซึ่งประเด็นในกระบวนการพิจารณาและจะต้องไม่ถูกคัดออกโดยศาล ตามบัญญัติแห่งมาตรานี้

(2) ถ้าในกระบวนการพิจารณาใดๆ ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดี ซึ่งได้เสนอคำรับสารภาพของผู้ถูกกล่าวหาเป็นพยานหลักฐานแสดงให้ศาลเห็นว่า คำรับสารภาพนั้นได้รับหรือน่าจะได้รับการ

(a) โดยผู้ถูกกล่าวหาถูกบังคับ ชูเชิญ

ศาลจะต้องไม่อนุญาตให้อ้างคำรับสารภาพนั้นเป็นพยานหลักฐานในการปรักปรำตัวเขาเว้นแต่ผู้ฟ้องคดีจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่า คำรับสารภาพนั้น (แม้ว่ามันอาจจะไม่เป็นความจริงก็ตาม) ไม่ได้รับมาตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น

(8) ในบทบัญญัติมาตรานี้ คำว่า “บังคับชูเชิญ” ให้มีความหมายรวมถึงการทรมาน, การปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย, และการใช้หรือขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง

<sup>122</sup> ข้อยกเว้นในการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. เล่มเดิม (น. 38).

<sup>123</sup> คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. เล่มเดิม (น. 187).

จากการศึกษาของกระบวนการยุติธรรมของทั้งสองประเทศแล้วนั้นเห็นว่า กระบวนการยุติธรรม ที่มีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จ คือ ต้องสามารถที่จะนำผู้กระทำความผิดกฎหมายที่แท้จริงมาลงโทษได้และสามารถมีโอกาสได้รับการบำบัดฟื้นฟูเข้าไปสู่สังคมได้ ไม่ใช่หมดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ คือให้ผู้กระทำความผิดได้รับการฟื้นฟูกลับสู่สังคม และในขณะเดียวกันก็ต้องสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ด้วยระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีต้องสมดุลระหว่างมาตรการปราบปรามอาชญากรรมที่มีประสิทธิภาพกับมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>124</sup> เพราะจะไปกระทบต่อลักษณะของกฎหมายอาญาที่สำคัญอันได้แก่การที่ต้องเป็นระบบที่เป็นเครื่องมือของสังคมในการที่จะควบคุมสังคม เป็นกฎหมายที่รวมระหว่างอำนาจ วิธีการดำเนินการและบทลงโทษในตัวกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็สิทธิของผู้ต้องหา ผู้เสียหายตลอดจนสิทธิของความเป็นมนุษย์โดยทั่วไปซึ่งวัตถุประสงค์ที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ก็คือ การชี้ขาดข้อเท็จจริงในเรื่องที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและหากมีการชี้ขาดว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วก็จะนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป

จากที่กล่าวมาอาจเห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่แนวคิดในเรื่องการใช้อำนาจรัฐโดยมุ่งที่จะให้น้ำหนักไปในทางด้านของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model) มากกว่า หลักการของประเทศอังกฤษที่ดูเหมือนจะให้น้ำหนักในเรื่องของการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model)<sup>125</sup> นั่นเอง

### 2.3 คติยาเสพติดและการดักฟังการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519

การดักฟัง หมายถึง การลอบฟังการสนทนาด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะที่เป็น การดักฟังการสื่อสารทางโทรศัพท์ที่บุคคลอื่นสื่อสารถึงกัน โดยมีได้รับความยินยอมจากคู่สนทนานั้น ซึ่งการดักฟังไม่จำเป็นต้องดักฟังเฉพาะโทรศัพท์เท่านั้น แต่ในความหมายที่แท้จริง การดักฟังเป็นการดำเนินการเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลของบุคคล โดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสาร

<sup>124</sup> สิทธิของผู้ต้องหาจำเลย และผู้ต้องหาโทษในคดีอาญา (น.1) โดย ณรงค์ใจหาญ, ประธาน วัฒนาวณิชย์, สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ธรรมชัย แสงเสย์โย, นัทธี จิตสว่าง และกิตติพงษ์ กิตยารักษ์, 2500, (รายงานผลการวิจัย) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานกฤษฎมนตรี.

<sup>125</sup> ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชน และหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน. หน้าเดิม.

ซึ่งส่งทางสายหรือคลื่นแม่เหล็กอื่น ๆ อาจจะเป็นข้อมูลที่ส่งทางอินเทอร์เน็ต โทรสาร โทรพิมพ์ หรือ การลักลอบดักฟังคลื่นที่ส่งไปในอากาศเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสาร<sup>126</sup>

แนวคิดและแนวทางการพัฒนาการใช้อำนาจดักฟังการกระทำความผิด มีที่มาจาก กระบวนการยุติธรรมของนานาประเทศต่างที่ต้องการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดที่จะเกิด หรือเกิดขึ้นแล้ว เพื่อป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นภายในประเทศของตนในทุกวิถีทาง เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสงบสุข ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงาน ของรัฐในการละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลเพื่อเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ติดต่อกันได้ใน ขณะเดียวกันก็ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจนเกินขอบเขต<sup>127</sup> ควบคู่กันไป

ตัวอย่างเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ดักฟังการสนทนาหรือดักฟังการกระทำความผิด<sup>128</sup> เช่น

ก) กล้องวงจรปิดซ่อนในฐานโคมไฟ มีเครื่องส่งภาพ วิดีโอไร้สายในตัว เพียงเสียบ ปลั๊กไฟก็สามารถเห็นภาพในจอมอนิเตอร์ด้วยระบบ INFRARED ทำให้สามารถเห็นภาพในที่มืดได้

ข) กล้องส่องในที่มืดระบบ INFRARED สามารถเห็นภาพในเวลากลางคืนได้สว่าง เหมือนกลางวัน กล้องจะส่งแสง INFRARED ที่มองไม่เห็นด้วยตาเปล่าออกไปสะท้อนกับวัตถุซึ่งอยู่ในที่มืด แสงนั้นจะสะท้อนกลับมายังเครื่องจับแสง INFRARED ซึ่งจะทำให้เห็นภาพได้

ค) เครื่องดักฟังขนาดเล็กไร้สาย ใช้ระบบคลื่นวิทยุ FM และ UMF ส่งสัญญาณได้ไกล ประมาณ 300 เมตร การใช้งานสามารถนำไปวางที่เป้าหมาย และเครื่องจะส่งสัญญาณไปยังเครื่องรับ

ง) เครื่องบันทึกโทรศัพท์อัตโนมัติ สามารถบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ได้ เครื่องจะทำงานโดยอัตโนมัติ เมื่อมีสัญญาณโทรเข้าหรือโทรออก และหยุดทำงานเมื่อวางสาย สามารถติดตั้ง และเดินสายนำไปซ่อนอำพรางสายตาผู้อื่นได้

จ) เครื่องดักฟังโทรศัพท์ เป็นปลั๊กเสียบเข้ากับปลั๊กโทรศัพท์ทั่วไป เพียงนำสายโทรศัพท์ มาเสียบก็สามารถฟังคู่สนทนาได้ทั้งสองทาง สามารถฟังได้ทางคลื่นวิทยุ FM

ฉ) เครื่องดักฟังข้ามกำแพง สามารถนำไมโครโฟนไปแนบกำแพงห้อง ซึ่งหนาไม่เกิน 6 นิ้ว เพื่อฟังการสนทนาของอีกห้องหนึ่งได้

<sup>126</sup> การตรวจสอบและถ่วงดุลการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ตาม มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547. เล่มเดิม ( น. 20)

<sup>127</sup> แหล่งเดิม (น.13).

<sup>128</sup> แหล่งเดิม (น.20)

ข) เครื่องดักฟังโทรศัพท์มือถือ ระบบ 800 MHz และ 900 MHz สามารถดักฟังโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือมือถือได้ สำหรับการใช้งานกับโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือมือถือที่อยู่ห่างไม่ถึง 10 กิโลเมตร

สำหรับวิธีการที่ใช้ในการดักฟังทางโทรศัพท์นั้นอาจทำได้หลายวิธี<sup>129</sup> ดังต่อไปนี้

ก) Loop Interception คือ การดักฟังทางโทรศัพท์โดยการพ่วงสายหรือ Tap สายโทรศัพท์ที่แยกจากตู้พักสายเดินเข้าอาคารที่ต่อเข้ากับเครื่องโทรศัพท์

ข) Trunk Interception คือ การดักฟังทางโทรศัพท์โดยการดักสัญญาณจากสายที่เดินต่อจากชุมสายขนาดใหญ่ ซึ่งใช้ร่วมกันหลายเลขหมาย ต้องใช้ไมโครโปรเซสเซอร์ช่วยเลือกดักฟังเฉพาะหมายเลขโทรศัพท์ที่ต้องการฟัง

ค) Microwave Truck คือ การดักฟังทางโทรศัพท์ในกรณีที่เป็นการเชื่อมโยงที่ชุมสายที่อยู่ห่างกัน ตัวอย่างเช่น การโทรศัพท์ทางไกลระหว่างจังหวัด จะใช้จานรับสัญญาณดิโนระยะทาง 5 ไมล์จากเครื่องรับปลายทาง เพื่อคัดสัญญาณจากสายอากาศนำเข้าเครื่องแปลงสัญญาณ และทำการดักรับข้อมูลการสื่อสารเฉพาะหมายเลขที่ต้องการ จึงจะบันทึกการสนทนาไว้

ง) Satellite Interception คือ การดักฟังทางโทรศัพท์โดยวิธีการเช่นเดียวกับ Microwave Truck เพียงแต่ใช้จานดาวเทียมแทนชุมสายขนาดใหญ่

จ) Fiber optic trunk คือ การดักฟังทางโทรศัพท์จากสายเคเบิลใยแก้วนำแสงซึ่งต้องใช้เทคนิคอย่างสูงประกอบกับต้องเพิ่มอุปกรณ์อื่น

ฉ) การดักฟังโทรศัพท์จากตู้สวิตช์ที่ชุมสาย วิธีนี้กระทำได้โดยใช้คีมปากปูช่วยในการดักฟังการสนทนาของบุคคลทางโทรศัพท์บ้านหรือโทรศัพท์ที่ใช้สาย ซึ่งการติดต่อสื่อสารถึงกันจะต้องผ่านชุมสายโทรศัพท์ก่อน จากชุมสายจะผ่านไปยังตู้โทรศัพท์ข้างถนน แล้วจึงแปรสัญญาณคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเป็นสัญญาณเสียง ระหว่างทำการดักฟัง ผู้ดักฟังจะต้องรู้หมายเลขโทรศัพท์และคู่สายที่ต้องการดักฟัง หรือรู้หมายเลขที่ผู้เป็นเป้าหมายแห่งการดักฟังก่อน หลังจากนั้นจึงดำเนินการเปิดตู้เขียวขององค์การโทรศัพท์ ซึ่งตั้งอยู่ริมถนนทั่วไป แล้วนำคีมปากปูไปหนีบตรงคู่สายดังกล่าวก็จะสามารถฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้

ช) การดักฟังทางโทรศัพท์ที่ชุมสายขององค์การโทรศัพท์ เมื่อทราบหมายเลขของเป้าหมายที่จะทำการดักฟังทางโทรศัพท์แล้ว โดยทั่วไปแต่ละชุมสายขององค์การโทรศัพท์จะมีโปรแกรมซอฟต์แวร์ช่วยในการดักฟังทางโทรศัพท์ เมื่อใช้คีมปากปูหนีบชุมสายของหมายเลขเป้าหมายแล้วต่อเข้ากับลำโพงก็จะสามารถฟังการสนทนาได้

<sup>129</sup> แหล่งเดิม (น.21)

ที่กล่าวมาเป็นเพียงตัวอย่างของวิธีการที่ใช้ในการดักฟังทางโทรศัพท์เท่านั้น นอกจากนี้ยังสามารถจำแนกรูปแบบการดักฟังการกระทำผิด หรือการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 4 รูปแบบ ดังนี้<sup>130</sup>

ก) รูปแบบที่รัฐเป็นผู้ดักฟังการติดต่อถึงกันของเอกชน หมายถึง การที่เอกชนติดต่อกับเอกชนด้วยกันทางโทรศัพท์ หรือเอกชนติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ แต่องค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้ดักฟังนั้น ได้ดักฟังจากเลขหมายโทรศัพท์ของเอกชนผู้เป็นเจ้าของเลขหมายนั้น และโดยทั่วไปเอกชนก็เป็นผู้ใช้บริการโทรศัพท์เลขหมายนั้นด้วย

ข) รูปแบบที่รัฐดักฟัง โดยเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการในนามของรัฐ หรือในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยใช้เครื่องโทรศัพท์ของทางราชการ ซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ราชการอยู่นั้นอาจจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะส่วนตัวไม่ว่าทางอาญาทางวินัย หรือในทางแพ่งก็ได้

ค) รูปแบบที่เอกชนดักฟังการติดต่อถึงกันทางโทรศัพท์ของหน่วยงานของรัฐ หมายถึง กรณีที่เอกชนประสงค์จะทราบข้อมูลหรือความลับของทางราชการ จึงกระทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรศัพท์ของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการนั้น ไม่ว่าจะเป็เลขหมายของส่วนราชการหรือเลขหมายโทรศัพท์ส่วนตัวของเจ้าพนักงานของรัฐก็ตาม ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของการดักฟังเพื่อทราบข้อมูลหรือความลับของทางราชการเป็นสาระสำคัญ

ง) รูปแบบที่เอกชนดักฟังการติดต่อถึงกันทางโทรศัพท์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็เรื่องธุรกิจการค้า หรือเรื่องส่วนตัวอื่น ๆ โดยไม่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด

จากรูปแบบการดักฟังการติดต่อถึงกัน หรือการดักฟังการกระทำผิดทั้ง 4 แบบนี้ จะเห็นได้ว่ารูปแบบที่ ก) กับรูปแบบที่ ข) เป็นการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะเป็นการดักฟังเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานหรือสอบถามข้อเท็จจริงให้ทราบว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิด หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไม่ว่าผู้กระทำหรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นจะเป็นเอกชนหรือเจ้าพนักงานของรัฐ การดักฟังการกระทำผิดทั้ง 2 รูปแบบนี้ จะกระทำมิได้เลยหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจและกำหนดขอบเขตของการให้อำนาจไว้ เพราะจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 แต่ในกรณีที่รัฐดักฟังการกระทำผิดของเจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อให้ล่วงรู้ถึงสถานการณ์ภายในประเทศอันเป็นการป้องกัน

<sup>130</sup> การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์ (น. 26), โดย สุชาติ ตรีภูมิกษม, 2543, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ความมั่นคงของรัฐนั้น รัฐสามารถดำเนินการได้ เป็นการกระทำที่ยังไม่กระทบกระเทือนต่อผู้ใด เพราะเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องไม่มีความลับต่อรัฐ แต่หากการดักฟังการกระทำความคิดที่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีหรือดำเนินการทางวินัยต่อเจ้าพนักงานของรัฐผู้นั้น ย่อมเป็นการกระทำที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวที่เป็นสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคลแล้ว รัฐไม่สามารถกระทำได้<sup>131</sup>

รูปแบบการดักฟังการติดต่อถึงกัน หรือการดักฟังการกระทำความคิด รูปแบบที่ ก) และรูปแบบที่ ง) เป็นการกระทำของเอกชน ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาดมิให้กระทำ ผู้กระทำการดักฟังย่อมต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง และทางอาญา<sup>132</sup>

แนวคิดในการได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารของบุคคลเพื่อใช้เป็นหลักฐานในคดีอาชญากรรม เป็นเครื่องมือที่สำคัญที่จะช่วยให้การรับมือกับอาชญากรรมอาชญากรรมอาชญากรรมได้ดีขึ้นและสามารถหาหลักฐานในการที่จะเอาผิดกับตัวการที่อยู่เบื้องหลังมาลงโทษได้ ซึ่งข้อมูลข่าวสารของบุคคลที่เกี่ยวข้องและควรนำมาใช้เป็นหลักฐานในคดีอาชญากรรมมีหลายลักษณะ ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารที่เป็นเอกสาร หรือสามารถขอเป็นเอกสารได้ และข้อมูลที่เกิดจากการสนทนาระหว่างบุคคลซึ่งมีทั้งที่เป็นสนทนาต่อหน้ากัน และการสนทนาโดยใช้เครื่องมือสื่อสารไม่ว่าจะเป็นคอมพิวเตอร์ โทรศัพท์ทั้งที่มีสายและไร้สาย<sup>133</sup>

การดักฟังการกระทำความคิด เป็นการกระทำที่ไปกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน แม้จะมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมก็ตาม การที่กฎหมายให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐมีสิทธิก้าวล่วงในสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ย่อมทำให้กฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมมีบทบัญญัติที่ไปกระทบต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในหมวดเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญก็มีบทบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้เช่นกันว่าหากเป็นการกระทำของรัฐเพื่อให้เกิดความสงบสุขหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐก็อาจสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ รัฐก็ต้องทำไปนอกขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้

### 2.3.1 กฎหมายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดักฟังการกระทำความคิดในปัจจุบัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 ได้รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยชอบด้วยกฎหมายว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>131</sup> แหล่งเดิม (น.27).

<sup>132</sup> แหล่งเดิม.

<sup>133</sup> การดักฟังข้อมูลข่าวสารในคดีอาชญากรรม : บทสะท้อนจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม (น. 6), โดย วิฑลวัลย์ สุนทรขจิต, 2546, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้ง การกระทำ ด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำ มิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ปัจจุบันนี้ก็มีกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติขึ้นมาบังคับใช้ แต่กลับเป็นผลให้ไปกระทบ กับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามมาตรา 36 ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ดังกล่าว ดังนี้

#### 2.3.1.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

เป็นการกำหนดถึงการกระทำความผิดที่เป็นการดักจับ เข้าถึงข้อมูล หรือกระทำการมิชอบ ด้วยประการอื่นใดเกี่ยวกับข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็น ส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจาก คำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่น ในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ข่มขู่ก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อ เศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตรา พระราชบัญญัตินี้ขึ้น

#### 2.3.1.2 พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528

ให้อำนาจสำนักข่าวกรองแห่งชาติกรองการสื่อสาร โดยการดักจับการติดต่อสื่อสารทาง สัญญาณวิทยุ เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้าย อันอาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงชาติ

#### 2.3.1.3 พระราชบัญญัติกัญชากัญชง พ.ศ. 2457

ให้อำนาจทหารมีอำนาจดักฟังทางโทรศัพท์ที่ได้เฉพาะในภาวะไม่ปกติ เช่น สงคราม ในสภาวะปกติกฎหมายมิได้ให้อำนาจรัฐที่จะดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้ แต่ในภาวะไม่ปกติ เช่นสถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่า ความ จำเป็นสาธารณะสำคัญยิ่งกว่าความจำเป็นเอกชน (Public Necessity is more Important than Private Necessity) รัฐมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นกว่าปกติ ในประเทศไทยกรณีที่เกิดอยู่ในภาวะไม่ปกติ กฎหมาย

ก็ให้อำนาจรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐเพิ่มมากขึ้นกว่าที่มีอยู่ในภาวะปกติด้วยการประกาศกฎอัยการศึก โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 188<sup>134</sup> บัญญัติรับรองไว้<sup>135</sup>

#### 2.3.1.4 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 ให้อำนาจกรมสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจในการดักฟังการกระทำความผิดเช่นเดียวกับที่บัญญัติในมาตรา 14 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ที่บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบกับเหตุผลและความจำเป็นดังต่อไปนี้

- (1) มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ
- (2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว
- (3) ไม่อาจใช้วิธีอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวันโดยกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังจากที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร

<sup>134</sup> มาตรา 188 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการริบคว้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารยอมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก”

<sup>135</sup> การดักฟังทาง โทรศัพท์ในคดียาเสพติด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 (น.88), โดย พิทยา จินาวัฒน์, 2552, เอกสารวิชาการการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 13.

เมื่อพนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบ

บรรดาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่ง และให้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวนหรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีพิเศษดังกล่าวเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น ทั้งนี้ตามข้อบังคับที่ กคพ. กำหนด”

การให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการดักฟังการกระทำความผิดตามมาตรา 25 เนื่องจากการกระทำความผิดบางกรณี อาชญากรรมอาจมีการใช้อีเมลหรือข้อมูลข่าวสาร เช่น โทรเลข โทรศัพท์ คอมพิวเตอร์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ สื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศ เพื่อการสอบสวนคดีพิเศษ จึงได้กำหนดให้มีการเข้าถึงเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการหาพยานหลักฐาน<sup>136</sup> ข้อแตกต่างของมาตรา 25 กับมาตรา 14 จัดว่า มีเพียง 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการเพิ่มฐานความผิดที่มีโทษความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หากแต่เป็นความผิดพิเศษตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งมีด้วยกัน 22 ฐานความผิด ประการที่สอง เป็นเรื่องตัวบุคคลที่ร้องขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิด จากเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ เป็นพนักงานสอบสวนคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษฯ<sup>137</sup>

### 2.3.1.5 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 46 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีพยานหลักฐานตามสมควรว่าบัญชีลูกค้าของสถาบันการเงินเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเลขาธิการมอบหมายเป็นหนังสือยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่งเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าถึงบัญชีข้อมูลทางการสื่อสาร หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวนั้นก็”

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ศาลจะสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ยื่นคำขอดำเนินการโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ใด ๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้แต่ทั้งนี้ให้อนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วัน

<sup>136</sup> ปัญหาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547. เล่มเดิม (น. 66).

<sup>137</sup> การดักฟังทางโทรศัพท์ในคดียาเสพติด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36. เล่มเดิม (น. 96).

เมื่อศาลได้สั่งอนุญาตตามความในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองแล้ว ผู้เกี่ยวข้องกับบัญชี ข้อมูลทางการสื่อสาร หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งดังกล่าว จะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้”

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ มาตรา 46 นี้ เป็นมาตรการสืบสวนพิเศษเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน เพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงิน นับว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติชัดเจนว่าให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถเข้าถึงข้อมูลทางการสื่อสารได้โดยยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่ง เพื่อขออนุญาตเสียก่อนจึงสามารถดำเนินการได้ ในมาตรา 46 นี้ มีที่มาจากมาตรา 18 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Electronic Surveillance Act 1996) ซึ่งกำหนดแนวทางให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการได้ 3 วิธี ได้แก่การเข้าถึงบัญชีลูกค้าของสถาบันการเงิน การเข้าถึงข้อมูลทางการสื่อสาร (รวมถึงการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์) และการเข้าถึงข้อมูลทางคอมพิวเตอร์<sup>138</sup>

นอกจากนี้ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินสามารถร้องขอให้กรมสอบสวนคดีพิเศษใช้อำนาจสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน หรือเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินหรือเพื่อดำเนินการกับทรัพย์สินเกี่ยวกับการกระทำความผิด ในกรณีนี้ ให้กรมสอบสวนคดีพิเศษดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน เพื่อสนับสนุนการดำเนินการของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 46/1<sup>139</sup> แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

<sup>138</sup> แหล่งเดิม (น. 91).

<sup>139</sup> มาตรา 46/1 บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานตามพระราชบัญญัตินี้เมื่อสำนักงานร้องขอให้กรมสอบสวนคดีพิเศษใช้อำนาจสืบสวน สอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อดำเนินการกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดให้กรมสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจดำเนินการตามอำนาจหน้าที่เพื่อสนับสนุนการดำเนินการของสำนักงาน

เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการตามวรรคหนึ่ง อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ โดยการเสนอแนะของเลขาธิการอาจมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานผู้หนึ่งผู้ใดเป็นพนักงานสอบสวนคดีพิเศษเพื่อปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับการสืบสวน การสอบสวน และการรวบรวมพยานหลักฐานตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ได้

ในการปฏิบัติการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษและเลขาธิการร่วมกันกำหนด”

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า มีกฎหมายหลายฉบับที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดักฟังการกระทำ ความผิด นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานกระทำการดักฟังการกระทำ ความผิดในคดียาเสพติดแล้ว ยังให้อำนาจ เจ้าพนักงานของรัฐกระทำการดักฟังข้อมูลในการติดต่อสื่อสารของประชาชนในด้านอื่น ๆ ที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ ต่อความมั่นคงของประเทศทั้งในสภาวะปกติ หรือสภาวะที่ไม่ปกติ หรือนำมาใช้ประโยชน์ต่อการดำเนินคดีในเรื่องอื่น ๆ เช่น เพื่อนำมาใช้ประโยชน์เบาะแสในการติดตาม คนร้ายในคดีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นคดีเกี่ยวกับยาเสพติด คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ หรือคดีที่เกี่ยวกับ ความมั่นคงของประเทศ โดยให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐกระทำในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการ ดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ ทางคอมพิวเตอร์ ดักสัญญาณทางวิทยุ เป็นต้น จากที่กล่าว มาล้วนแต่ไปกระทบซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการติดต่อสื่อสาร โดยทางที่ชอบด้วย กฎหมาย ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ทั้งสิ้น

### 2.3.2 การดักฟังการกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519

ปัญหา ยาเสพติดในประเทศไทยมีการขยายตัวและมีความรุนแรงเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีสาเหตุที่สำคัญหลายประการ อาจจำแนกเป็นปัจจัยนอกประเทศและปัจจัยภายในประเทศ สาเหตุของปัญหา ยาเสพติดจากปัจจัยภายในประเทศ ได้แก่ ปัญหาการผลิตและค้า ยาเสพติดโดย ชนกลุ่มน้อยในประเทศพม่า ซึ่งก็ส่งผลกระทบต่อประเทศไทยโดยตรง ปัญหาการลำเลียงยาเสพติด จากแหล่งผลิตนอกประเทศเข้ามาในประเทศไทยโดยชนกลุ่มน้อย แรงงานอพยพและผู้ขิ่นชาวไทย ส่วน ปัญหาภายในประเทศ ได้แก่ ผลกระทบของการพัฒนาประเทศที่ไม่สมดุล ซึ่งส่งผลให้ประชาชน จำนวนไม่น้อยมีทัศนคติที่มุ่งเน้นวัตถุนิยม มุ่งเน้นค่านึงถึงความสำเร็จตามเป้าหมายซึ่งอยู่ในรูปของ ทรัพย์สิน เงินทอง สิ่งอำนวยความสะดวก โดยไม่คำนึงถึงวิธีที่ได้มาว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือ ศีลธรรมอันดี กระแสบริโภคนิยม และความล้มเหลวของระบบการศึกษาและการสร้างค่านิยม ที่ถูกต้องแก่ประชาชนในสังคม นอกจากนี้ ถ้าไรหรือผลตอบแทนที่ได้จากยาเสพติดมีมูลค่าสูง เมื่อเปรียบเทียบกับความเสี่ยงที่นักค้า ยาเสพติดจะถูกจับกุม ถูกดำเนินคดี และถูกลงโทษ ตามกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งมีอยู่นั้น น้อยกว่าผลตอบแทนที่ได้รับ ปัจจัยทางด้านความอ่อนแอ ของสถาบันครอบครัวและสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันการศึกษา สถาบันทางศาสนา อิทธิพลของ สื่อมวลชนและสภาพแวดล้อม เช่น สถานเริงรมย์ สิ่งอบายมุข ซึ่งเป็นปัจจัยหลักและดึงให้บุคคลต้องไป

ใช้และติดยาเสพติด เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ปัญหาเสพติดขยายตัวเพิ่มมากขึ้น<sup>140</sup>

ในช่วง 20 ปีมานี้ ขบวนการค้ายาเสพติดมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปมากทั้งในด้านตัวบุคคล แบบแผนวิธีการกระทำผิด การบริหารจัดการและตัวสินค้า/ผลิตภัณฑ์หรือยาเสพติด เป็นต้น กลุ่มผู้ค้า ประกอบด้วยบุคคลหลายกลุ่ม มีความเชื่อมโยงกับกลุ่มผู้ผลิต ผู้ค้านอกประเทศ มีการจัดรูปแบบเป็นองค์กรอาชญากรรมเป็นขบวนการ มีการแบ่งงานกันทำแล้วซ่อนเร้นอำพรางตัว ซึ่งมีทั้งผู้ผลิต ผู้จัดหาสารตั้งต้น สารเคมี อุปกรณ์การผลิต ผู้ขนส่ง ผู้จำหน่าย อาชญากรมือปืนรับจ้าง นักการเมืองทุจริต เจ้าพนักงานของรัฐที่มีพฤติกรรมเกี่ยวข้อง อาชญากรข้ามชาติ และผู้ประกอบการผิดกฎหมายและถูกกฎหมายบังหน้าและทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายและการเงิน มีผู้ดำเนินการฟอกเงินและเชื่อมโยงกับเครือข่ายทรชน ที่ประกอบธุรกิจนอกกฎหมาย เช่น การค้ำมนุษย์ อาวุธสงคราม บ่อนการพนัน<sup>141</sup>

เพื่อเป็นการป้องกันความสงบเรียบร้อยของสังคมและปราบปรามอาชญากรที่ยกระดับจากการกระทำผิดรูปแบบปกติเป็นกระบวนกรที่เรียกว่าองค์กรอาชญากรรมหรือก้าวไปจนถึงระดับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ นานาประเทศจึงได้มีการพัฒนากฎหมายให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถใช้เทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนหาข้อมูลผู้กระทำความผิดด้วยการลอบฟังหรือดักจับข้อมูลการสนทนาระหว่างผู้กระทำความผิดขณะที่มีการวางแผน สังการ ตลอดถึงขั้นตอนการลงมือกระทำความผิด โดยที่ผู้กระทำความผิดเหล่านั้นไม่รู้ตัว ทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารทั้งจากคำพูดการสนทนา ข้อมูลที่ส่งระหว่างกันทางเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือคอมพิวเตอร์ ใช้เป็นข้อมูลหรือกล่าวอ้างเป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิดในชั้นศาลได้<sup>142</sup>

เทคนิควิธีการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษที่ใช้ในการสืบสวนจับกุมนักค้ารายสำคัญเหล่านี้ที่จำเป็นต้องนำใช้ ได้แก่ การดักฟังการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม (Control Delivery) การอำพรางตัว การสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ และการล่อให้กระทำผิดหรือการล่อซื้อ

<sup>140</sup> การดักฟังทางโทรศัพท์ในคดียาเสพติด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36. เล่มเดิม (น.1).

<sup>141</sup> แหล่งเดิม (น. 2).

<sup>142</sup> การตรวจสอบและถ่วงดุลการดักฟังทาง โทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 (น. 1), โดย ธนชัย นักสอน, 2552, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รวมทั้งการใช้ผู้ให้ข่าวและสายลับ มิฉะนั้นก็ไม่สามารถที่ดำเนินการจับกุมและดำเนินคดีต่อนักค้ารายสำคัญให้บรรลุผลสำเร็จได้<sup>143</sup>

ในสังคมที่ถือว่าเป็นประชาธิปไตยนั้น การรับรองสิทธิส่วนบุคคลเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอันหนึ่ง เพราะสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับการมีสภาพบุคคลซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิย่อมจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการส่วนตัวได้โดยรัฐหรือเอกชนอื่นไม่อาจก้าวก่ายได้ เช่น บุคคลย่อมมีสิทธิในร่างกายและทรัพย์สิน ตลอดจนมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในเคหสถานของตนได้โดยปราศจากการถูกรบกวน เป็นต้น เหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าว เพื่อคุ้มกันบุคคลให้ปลอดภัยจากการรบกวนของรัฐเอง หรือจากบุคคลอื่น และในกรณีที่รัฐมีความจำเป็นจะต้องรบกวนสิทธิส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องมีบทกำหนดวิธีการให้เจ้าพนักงานของรัฐผู้กระทำการอันเป็นการรบกวนนั้นปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด เพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่ารัฐจะล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลให้น้อยที่สุด<sup>144</sup>

การดักฟังการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 จัตวา ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจในการยื่นคำขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิดเฉพาะเจ้าพนักงานของรัฐผู้ซึ่งเลขานุการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดแต่งตั้งให้เป็น “เจ้าพนักงาน”<sup>145</sup> ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ที่จะมีอำนาจกระทำการใด ๆ ตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 จัตวา ได้กำหนดให้ใช้มาตรการในการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งเป็นที่มาของการดักฟังการกระทำความผิดในคดีเกี่ยวกับยาเสพติด โดยได้กำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารไม่ว่าทางไปรษณีย์ทางโทรศัพท์ โทรสาร เครื่องข่ายคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องข่ายสารสนเทศอื่น ที่อาจถูกใช้เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ที่เป็นการเปิดทางให้เจ้าพนักงานของรัฐที่เกี่ยวข้องมีอำนาจในการดักฟังการกระทำความผิดได้ ทั้งนี้ ต้องมีมูลเหตุที่จะกระทำการดักฟังการกระทำความผิดได้ ดังต่อไปนี้

<sup>143</sup> การดักฟังทางโทรศัพท์ในคดียาเสพติด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36. หน้าเดิม.

จับ คั้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน (น. 62), โดย คัมภีร์ แก้วเจริญ, วารสารอัยการ ปี 2522 เล่ม 13.

<sup>145</sup> มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าพนักงาน” หมายความว่า ผู้ซึ่งเลขานุการแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”.

### 2.3.2.1 เหตุในการร้องขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิด

การที่เจ้าพนักงานจะกระทำการดักฟังการกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้นเจ้าพนักงานไม่อาจทำได้โดยพลการ ต้องมีเหตุที่จะร้องขอให้กระทำการดังกล่าวได้ เพราะการที่จะดักฟังการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ไปกระทบสิทธิของประชาชน อันเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ หากให้อำนาจเจ้าพนักงานกระทำการดังกล่าวโดยพลการได้ การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง เพราะในการดักฟังการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเพียงการแสวงหาพยานหลักฐานหรือแสวงหาข้อมูลเบื้องต้นที่จะนำมาดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ยังไม่อาจเชื่อได้ว่าบุคคลที่ถูกดักฟังการกระทำความผิดนั้นเป็นผู้ที่กระทำความผิดจริง ด้วยเหตุนี้การที่เจ้าพนักงานที่จะขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิดต้องมีเหตุในการที่จะร้อง

เหตุในการร้องขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิด ประกอบด้วย

- 1) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิด หรือจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
- 2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด จากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว
- 3) ก่อนที่จะมีการขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิด เจ้าพนักงานของรัฐได้ใช้วิธีการอื่นมาแล้ว แต่ไม่ได้ผลหรือไม่มีประสิทธิภาพและไม่เหมาะสม เช่น กลุ่มนักค้ายาเสพติดรู้ตัวและระมัดระวังตัว จึงไม่อาจใช้วิธีอื่นที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่า

การที่จะร้องขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 จัตวา จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ครบทั้ง 3 ข้อที่กล่าวมา มิฉะนั้นศาลก็ไม่อาจอนุญาตให้มีการดักฟังการกระทำความผิดได้

### 2.3.2.2 ความผิดอาญาที่อาจถูกดักฟังการกระทำความผิด

มาตรา 14 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 บัญญัติว่า “กรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสารสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้” เห็นได้ว่ามาตรา 14 จัตวา มิได้ระบุความผิดที่อาจถูกดักฟังการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน แต่ระบุไว้กว้าง ๆ ว่าเป็นความผิด

ที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ในคดีเกี่ยวกับยาเสพติด หากเจ้าพนักงานพิจารณาแล้วเห็นว่ามิเหตุในการร้องขอ ก็ชอบที่จะดำเนินการร้องขอเพื่อกระทำการดักฟังการกระทำความผิดนั้นได้

### 2.3.2.3 องค์การที่มีอำนาจอนุญาตและพิจารณาคำร้องขอดักฟังการกระทำความผิด

มาตรา 14 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 บัญญัติว่าให้ "...เจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้"

ดังนั้น องค์การที่มีอำนาจอนุญาตให้ดักฟังการกระทำความผิด และพิจารณาคำร้องขอของขอดักฟังการกระทำความผิด คือ อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา

เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในการยื่นคำร้องขอจะยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวขออนุญาตต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อใช้มาตรการดักฟัง และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาจะอนุญาตตามคำขอต่อเมื่อพิจารณาได้ว่าคำขอนั้นมิเหตุในการที่จะดักฟังการกระทำความผิดได้ ดังนี้

- 1) เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับ ยาเสพติด
- 2) เมื่อมีเหตุควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับ ยาเสพติด
- 3) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

### 2.3.2.4 ขั้นตอนวิธีการในการยื่นคำร้องขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิด

ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการได้มา การใช้ประโยชน์ และการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2545 ได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดยาเสพติด โดยข้อมูลข่าวสารที่สามารถกระทำการดักฟังการกระทำความผิดในความหมายตามระเบียบนี้ ได้แก่ เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่ออื่นเจ้าพนักงานได้ดำเนินการเพื่อให้ได้มาตามคำสั่งของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา

ขั้นตอนในการยื่นคำร้องขอให้มีการดักฟังการกระทำความผิดนี้ประกอบด้วยกระบวนการ/ขั้นตอนสำคัญ คือ (1) การยื่นคำขออนุมัติ (2) การพิจารณาถ้อยแถลงคำขออนุมัติ และ (3) การพิจารณาคำขอเพื่อดำเนินการอนุมัติ (4) การดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของเจ้าพนักงานหลังจากได้รับคำสั่งอนุญาต และขั้นตอนสุดท้าย (5) การเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการดักฟังการกระทำความผิด

1) การยื่นคำขออนุมัติ<sup>146</sup>

(1) ผู้ยื่นคำขออนุมัติ คือ เจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ผู้เป็นหัวหน้าชุดสืบสวนหรือหัวหน้าพนักงานสอบสวนยื่นเสนอคำขออนุมัติเพื่อกระทำการดักฟัง การกระทำความผิดต่อหัวหน้าส่วนราชการ (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 9 วรรคแรก)

(2) คำขออนุมัติ ต้องมีรายละเอียดดังนี้ (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 6)

(2.1) ระบุชื่อหน่วย/ส่วนราชการของผู้ยื่นคำขอ

(2.2) วันเดือนปีที่ยื่นคำขอ

(2.3) ระบุชื่อและตำแหน่งของเจ้าพนักงานผู้ขอและผู้ที่จะดำเนินการ เข้าถึงข้อมูล/การดักฟังการกระทำความผิด

(2.4) ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลและสถานที่ที่จะทำการดักฟังการ กระทำความผิดเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควร เพื่อให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา ซึ่งเป็นผู้อนุมัติจะได้ กำหนดคำสั่งได้

(2.5) รายงานการสืบเสาะที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและ พฤติการณ์ต่าง ๆ ของบุคคลที่ต้องการดักฟังการกระทำความผิด

(2.6) ระบุสถานที่ วิธีการที่จะดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (ดักฟัง การกระทำความผิด) ในสื่อที่ต้องการ เช่น ระบบการแสดงผลตำแหน่งของเครื่องมือ ระบบการตรวจสอบ การใช้งานโทรศัพท์ทั้งเข้าและออก (Pen Register, Trap และ Trace Device) บันทึกการติดต่อต้นทาง ปลายทางของระบบโทรคมนาคม ระบบทะเบียนผู้เช่าและผู้ใช้ หรือเอกสาร เลียง แผนภูมิ ในกรณีที่ใช้ วิธีการเข้าถึงข้อมูล ข่าวสารจากสื่ออื่น ๆ (ที่มีใช้การดักฟังโทรศัพท์)

(2.7) ระยะเวลาที่จะขอดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร

(2.8) ระบุเหตุผลและความจำเป็นโดยละเอียดเกี่ยวกับเหตุของการดักฟัง การกระทำความผิดทั้ง 3 ประการที่กล่าวแล้ว

(2.9) ลายมือชื่อและตำแหน่งของเจ้าพนักงานฯ ผู้ยื่นคำขอ

2) การพิจารณาถ่วงรอกคำขออนุมัติ<sup>147</sup> (ขั้นตอนนี้ เป็นขั้นตอนก่อนที่จะมีการ ยื่นคำขอต่อศาล เป็นขั้นตอนที่กระทำภายในองค์กรนั้น)

<sup>146</sup> การดักฟังทาง โทรศัพท์ในคดีอาเสพติด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36. เล่มเดิม (น. 119).

<sup>147</sup> แหล่งเดิม. (น. 120).

(1) องค์กร/บุคคลที่ทำหน้าที่กลั่นกรองคำขออนุมัติ (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 9 วรรคแรก)

(1.1) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด โดยเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดทำหน้าที่พิจารณาถ้อยแถลงคำขออนุมัติจากเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งเป็นหัวหน้าชุดสืบสวนหรือหัวหน้าพนักงานสอบสวน

(1.2) เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดจะมีองค์กร/คณะบุคคล คือ เจ้าหน้าที่ของสำนักปราบปรามยาเสพติดเป็นผู้ช่วยในการกลั่นกรองคำขอดังกล่าว

(2) การกลั่นกรองคำขออนุมัติต้องพิจารณาได้ว่า (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 9 วรรคสองและวรรคสาม)

(2.1) มีพฤติการณ์เกี่ยวกับการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด

(2.2) มีพฤติการณ์เกี่ยวกับการสนับสนุน ช่วยเหลือ พยายาม หรือสมคบกันกระทำความผิดตามที่กล่าวในข้อ (ก) ตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

(2.3) มีพฤติการณ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดในลักษณะข้างงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติด

และในการอนุมัติดังกล่าวต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และไม่อาจใช้วิธีอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพได้มากกว่าวิธีการดักฟังการกระทำความผิด

(3) ระยะเวลาในการพิจารณา (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 10)

(3.1) เมื่อคำขอฯ มาถึงสำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดต้องพิจารณาคำขอโดยเร็ว โดยใช้เวลาไม่เกิน 7 วันทำการ นับแต่วันที่ได้รับคำขอ

(3.2) เมื่อพิจารณาคำขอแล้วเสร็จ ให้เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดมีหนังสือแจ้งให้ผู้ขอทราบ

(4) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขออนุมัติการดักฟังการกระทำความผิด (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 11) เลขาธิการคณะกรรมการ

ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และคณะทำงานของเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ต้องพิจารณา 3 ประการ คือ

(4.1) ความถูกต้องสมบูรณ์ของคำขอและเอกสารประกอบคำขอ

(4.2) ความพร้อมของสถานที่ เครื่องมือ และอุปกรณ์ในการดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร/การดักฟังการกระทำความผิด

(4.3) บุคลากรที่จะดำเนินการดักฟังการกระทำความผิด

(5) การสอบถามข้อมูลข่าวสารเพิ่มเติมในระหว่างขั้นตอนการพิจารณา (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 10 วรรคสอง)

ถ้าข้อมูลประกอบคำขออนุมัติไม่เพียงพอ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดพิจารณาว่าไม่อนุมัติหรือไม่ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดอาจเรียกเจ้าพนักงานผู้ยื่นคำขอหรือผู้เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ หรือส่งพยานหลักฐาน เอกสารเพิ่มเติมมายังสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด

(6) การยื่นคำขออนุมัติหลังจากผ่านการกลั่นกรองจากเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 12)

(6.1) ให้ผู้ประสานงานซึ่งเป็นเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดผู้ยื่นคำขอรีบดำเนินการยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา

(6.2) เมื่อทราบผลการพิจารณาจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาแล้ว ให้ผู้ประสานงานรายงานผลให้เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดทราบโดยเร็ว

3) การพิจารณาคำขอเพื่อมีคำสั่งอนุญาต<sup>148</sup> (พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ มาตรา 14 จัตวา<sup>149</sup>)

<sup>148</sup> แห่งเดิม (น. 121).

<sup>149</sup> มาตรา 14 จัตวา บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสารสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา พิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบกับเหตุผลและความจำเป็น ดังต่อไปนี้

(1) มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีกระทำความผิดหรือจะมีกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

## (1) ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการมีคำสั่งอนุญาต

อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว

## (2) การพิจารณาอนุญาต ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบเหตุผลและความจำเป็นดังต่อไปนี้

(2.1) เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

(2.2) เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

(2.3) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

## (3) ระยะเวลาที่อนุญาต และเงื่อนไขในการอนุญาต

อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสามารถสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วัน หากการสืบสวนยังไม่ประสบผลสำเร็จอาจร้องขอต่อเป็นคราว ๆ ไป แต่ไม่เกินคราวละ 90 วัน และอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารตามคำสั่งอนุญาตดังกล่าวต้องให้ความร่วมมือ

## (4) การเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาต

ภายหลังมีคำสั่งอนุญาต หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุในคำขอ หรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร

เมื่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญามีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลข่าวสารให้เจ้าพนักงานผู้ขอคำสั่งดังกล่าวรวมทั้งบัญชีแสดงรายการเครื่องมือและอุปกรณ์ที่จะใช้ดำเนินการเสนอ

(2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

## (3) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวัน โดยกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร

เมื่อเจ้าพนักงานได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบบรรดาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาและใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีเท่านั้น ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด”.

เลขานุการเพื่อพิจารณาและแจ้งขอความร่วมมือไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเร็ว หากเจ้าพนักงานผู้ขอไม่สามารถจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการดำเนินการให้สำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดจัดหาและสนับสนุนเครื่องมือหรืออุปกรณ์และวิธีการ ตามควรแก่กรณี และให้เจ้าพนักงานดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่ง และ ต้องยุติการดำเนินการทันทีที่ระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง เว้นแต่เมื่อปรากฏกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ ให้เจ้าพนักงานยุติการดำเนินการก่อนครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว

(4.1) เมื่อได้ข้อมูลข่าวสารตามที่ต้องการครบถ้วนสมบูรณ์

(4.2) เมื่อความจำเป็นหรือพฤติการณ์ที่ต้องดำเนินการเปลี่ยนแปลงไป หรือ ไม่มีความจำเป็นในการดำเนินการนั้นอีก

(4.3) เมื่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญามีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่ได้ อนุญาตไว้ นั้นจนเป็นเหตุให้ไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

โดยให้เจ้าพนักงานรายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาและเลขานุการ ทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ ไม่เกิน 7 วัน นับแต่วันสิ้นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในคำสั่ง หรือวันที่ยุติการ ดำเนินการ

4) การดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของเจ้าพนักงานหลังจากได้รับคำสั่ง อนุญาต

(1) เจ้าพนักงานผู้ทำคำขอฯ ทำคำสั่งอนุญาตจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา รวมทั้งบัญชีแสดงรายการเครื่องมือและอุปกรณ์ที่จะใช้ดำเนินการเสนอเลขานุการคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามยาเสพติดเพื่อพิจารณา และให้เลขานุการคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม ยาเสพติดแจ้งขอความร่วมมือไปยังบุคคล/หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเร็ว (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 13 วรรคแรก)

(2) กรณีที่เจ้าพนักงานผู้ขอฯ ไม่สามารถจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ ในการดำเนินการได้ ให้สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดจัดหาและ สนับสนุนเครื่องมือหรืออุปกรณ์และวิธีการตามสมควรแก่กรณี (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและ ปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 13 วรรคสอง)

(3) ให้เจ้าพนักงานดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตให้เสร็จสิ้นภายในเวลา ที่กำหนด และต้องยุติการดำเนินการทันทีที่ระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง เว้นแต่เมื่อปรากฏเหตุอย่าง หนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้เจ้าพนักงานยุติการดำเนินการก่อนครบระยะเวลาดังกล่าว

(3.1) เมื่อได้ข้อมูลข่าวสารตามที่ต้องการครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว

(3.2) เมื่อความจำเป็นหรือพฤติกรรมที่ต้องดำเนินการเปลี่ยนแปลงไป หรือไม่มีความจำเป็นในการดำเนินการนั้นอีกต่อไป

(3.3) เมื่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญามีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่ได้ อนุญาตไว้แล้ว จนเป็นเหตุให้ไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

ให้เจ้าพนักงานรายงานเหตุดังกล่าวให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาและเลขาธิการ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดทราบโดยเร็ว ทั้งนี้ไม่เกิน 7 วันนับแต่สิ้นระยะเวลา ตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งหรือวันที่ยุติการดำเนินการ (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม ยาเสพติดฯ ข้อ 14)

(4) ในกรณีที่ข้อมูลข่าวสารที่ดักฟังการกระทำความผิดเป็นถ้อยคำ หรือเสียง ของบุคคล หรือการสนทนาระหว่างบุคคลให้จัดทำบันทึกถ้อยคำเป็นลายลักษณ์อักษร และหาก ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นภาษาต่างประเทศหรือรหัสที่จำต้องแปลความหมายก็ให้เจ้าพนักงาน หรือ ผู้เชี่ยวชาญดำเนินการแปลความหมายนั้นไว้ด้วย โดยการบันทึกข้อมูลข่าวสารนั้นต้องมีรายละเอียด เกี่ยวกับวันเดือนปีและเวลาในการบันทึกด้วย

(5) ให้เจ้าพนักงานจัดทำรายงานบันทึกข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือพฤติกรรมของบุคคลที่ประมวลได้จากที่บันทึกข้อมูล ข่าวสารและบันทึกถ้อยคำจัดทำเป็น ลายลักษณ์อักษรไว้

(6) ให้เจ้าพนักงานส่งรายงานบันทึกข้อมูลข่าวสาร ถึงบันทึกข้อมูลข่าวสาร/ ดักฟัง และบันทึกถ้อยคำที่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาภายในเวลา ไม่เกิน 7 วัน โดยให้ปิดผนึกประทับตรา “ลับ” และลงลายมือชื่อกำกับไว้

#### 5) การเก็บรักษาข้อมูลข่าวสาร

ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการดักฟังการกระทำความผิดจำต้องเก็บรักษาด้วยความ ระมัดระวังมิให้ถูกเปิดเผยโดยง่าย ทั้งนี้ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ว่าด้วยการใช้ประโยชน์และการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2545 ได้กำหนดวิธีการในการเก็บรักษาไว้ ดังนี้

(1) เมื่อได้ข้อมูลข่าวสารมาแล้ว เจ้าพนักงานผู้ดำเนินการเข้าถึงข้อมูล ข่าวสารมีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลข่าวสาร ที่ได้มาในระหว่างการดำเนินการ โดยต้องไม่ให้มีการ เปลี่ยนแปลงแก้ไข และให้จัดระบบในการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารและการรักษาความปลอดภัย (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 17)

(2) เพื่อใช้ประโยชน์ในการสืบสวนหรือใช้เป็นพยานหลักฐานในการ ดำเนินคดี ให้ใช้เฉพาะการสืบสวนหรือการใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดียาเสพติดกับบุคคล

ข้างงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติด (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 18)

(3) เพื่อการสืบสวนให้ใช้จากรายงานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของบุคคล ข้างงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติด หรือเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีให้เป็นไปตามคำสั่งศาล (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 19)

(4) หากหัวหน้าส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามยาเสพติดประสงค์จะขอใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสาร ให้ยื่นคำขอต่อหัวหน้าส่วนราชการหรือหัวหน้าหน่วยราชการของผู้ยื่นคำขอเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว และในการพิจารณาอนุมัติคำขอดังกล่าว ให้หัวหน้าส่วนราชการหรือหัวหน้าหน่วยราชการของผู้ยื่นคำขอเข้าถึงข้อมูลข่าวสารพิจารณาให้แล้วเสร็จโดยเร็ว ทั้งนี้ ไม่เกิน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอ (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 20)

(5) เมื่อเสร็จสิ้นการใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารให้หัวหน้าส่วนราชการหรือหัวหน้าหน่วยราชการทำลายข้อมูลข่าวสารที่เก็บรักษาไว้ โดยระบุประเภท ลักษณะและวิธีการที่จะทำลายแล้วรายงานให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาและเลขาธิการทราบ (ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ ข้อ 21)

จากที่กล่าวมา เห็นได้ว่าการดักฟังการกระทำผิดนี้เป็นการขยายอำนาจการทำงานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดและเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดในการแสวงหาพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและข้อมูลของผู้กระทำความผิด โดยการใช้มาตรการพิเศษทางอาญาที่อาจขัดต่อหลักนิติธรรมตามวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 36 แต่สนับสนุนหลักการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Policy)

บทบัญญัติในมาตรา 14 จัตวา นี้ ได้บัญญัติขึ้นมาก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกาศใช้บังคับ จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาผลกระทบในด้านต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 เฉพาะที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรฐานระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับยาเสพติด โดยทั้งนี้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งรัฐธรรมนูญเป็นที่มาของกฎหมายทั้งหลาย ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายแม่บทซึ่งมีศักดิ์ทางกฎหมายสูงสุด เป็นผลให้กฎหมายใดที่ออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่สามารถบังคับใช้ได้ ฉะนั้น กฎหมายทุกฉบับรวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ต้องมีความสอดคล้องในหลักการของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในหน่วยงานของรัฐจะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” คือ ต้องตั้งอยู่บน

พื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความจำเป็น สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่กฎหมายให้อำนาจ ซึ่ง ถ้ากระทำการเกินกรอบอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และการกระทำนั้นไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และถูกลงโทษตามกฎหมายอันเป็นกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน ดังนั้น ในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานจึงต้องกระทำภายในขอบอำนาจของกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าพนักงานผู้มียุทธศาสตร์หน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย เช่น เจ้าพนักงานตำรวจ

การคัดฟังการกระทำผิด เป็นการกระทำที่ไปกระทบสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ แต่ก็ยังเป็นมาตรการที่จำเป็นต้องใช้สำหรับการเก็บข้อมูลหรือการหาเบาะแสจากการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบใหม่ โดยเฉพาะอาชญากรรมที่อาศัยปัจจัยทางเทคโนโลยีเข้าช่วย เช่น เครื่องมือสื่อสารหรือคอมพิวเตอร์ออนไลน์ ซึ่งทำให้การประสานงานในการประกอบอาชญากรรมทำได้รวดเร็วขึ้นและก่อให้เกิดร่องรอยของการประกอบอาชญากรรมน้อยลง ทำให้เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติงานเพื่อหาเบาะแสในการกระทำความผิดได้ยากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ เพื่อที่จะให้การทำงานของเจ้าพนักงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเจ้าพนักงานต้องมีเครื่องมือเครื่องใช้ในการดักจับข้อมูลจากการกระทำความผิดบนเทคโนโลยีเหล่านั้นให้ทันต่อความก้าวหน้าของอาชญากรรม

การคัดฟังการกระทำผิดมิใช่จะใช้ได้ตลอดเวลาและกับใครก็ได้ เราไม่สามารถจะตั้งเครื่องมือใช้ในการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสารและเปิดเอาไว้ทั้งวันได้ เพราะข้อมูลที่ได้จากการดักฟังตลอดเวลา นั้นมีทั้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องและไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ข้อมูลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ได้แก่ การสนทนาที่เป็นเรื่องส่วนตัวระหว่างญาติมิตร การนิทนาบว่าร้ายบุคคลในภาวะปกติ หรือเรื่องอื่นใดที่ผู้สนทนาไม่ต้องการจะให้ผู้อื่นได้รับรู้ ด้วยเหตุนี้ การดักฟังการกระทำผิด จึงควรใช้เฉพาะเวลาที่เหมาะสมเท่านั้น อันได้แก่ เวลาที่อาชญากรได้ลงมือกระทำความผิดหรือติดต่อประสานงานเพื่อการกระทำความผิดตามปกติ การดักฟังทางเครื่องมือสื่อสาร โดยเฉพาะโทรศัพท์จะกระทำโดยใช้เทป เมื่อดักฟังเป็นที่เรียบร้อยแล้วก่อนที่จะนำเทปมาเสนอต่อศาล เจ้าพนักงานควรจะต้องตัดต่อการสนทนาของกลุ่มที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดออก เพราะการนำเสนอเทปส่วนที่เป็นการสนทนาส่วนตัวอาจเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล เจ้าพนักงานอาจถูกฟ้องฐานละเมิดได้

แต่อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นการดักฟังกับผู้กระทำความผิดหรือองค์กรอาชญากรรมอยู่แล้วตามหลัก เหตุอันพึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดมาแต่เก่าก่อน (Pre Disposition) ก็ไม่น่าจะเป็นปัญหา แต่ถ้าเป็นการใช้มาตรการดักฟังกับบุคคลธรรมดา โดยตั้งข้อสันนิษฐานว่า

บุคคลนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ทั้งที่บุคคลนั้นไม่เคยมีพฤติกรรมว่าเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตั้งแต่แรก การกระทำเช่นนี้มีความเสี่ยงต่อการที่เจ้าพนักงานจะถูกฟ้องร้องในเรื่องการใช้อำนาจโดยมิชอบมาก ในกรณีที่หลบจากการดักฟังการกระทำความผิดไม่ได้ชี้ว่าบุคคลนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด แต่เป็นการนำเสนอเรื่องส่วนตัวของบุคคลนั้นซึ่งทำให้เกิดความน่าอับอายต่อสาธารณชน

### 2.3.3 การรับฟังพยานในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นคดีที่มีโทษทางอาญา ข้อมูลข่าวสารจากการดักฟังการกระทำความผิดสามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการรับฟังพยานที่ได้มาจากการดักฟังการกระทำความผิดนั้นคือ หลักการรับฟังพยานตามหลักการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังต่อไปนี้

#### 2.3.3.1 ข้อห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเพราะความไม่น่าเชื่อของพยานหลักฐาน<sup>150</sup>

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้ว่าพยานหลักฐานชนิดใดรับฟังได้และพยานหลักฐานใดต้องห้ามมิให้รับฟัง แต่ได้บัญญัติถึงการอ้างพยานหลักฐานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งนำ จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” มาตรานี้มีข้อพิจารณา ดังนี้

1) หลักการในตอนแรกของมาตรา 226 วรรคหนึ่งที่ว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งนำ จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้” แสดงว่าหลักในกฎหมายไทยมิได้จำกัดประเภทของพยานที่จะนำเสนอเป็นพยานหลักฐานแต่ต้องเป็นพยานที่น่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ได้

2) ข้อความที่ว่า “แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น” เป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหรือหลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นซึ่งเหตุผลในการห้ามมิให้รับฟังเพราะเป็นพยานที่เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงเป็นพยานที่มีได้ให้การด้วยความสมัครใจ จึงเป็นพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อว่าจะให้ข้อมูลที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง ส่วนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบประการอื่นนั้น อาจเป็นพยาน

<sup>150</sup> หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 (น. 229), โดย ณรงค์ ใจหาญ, 2556, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ที่ปรากฏอยู่จริงแต่การได้มาซึ่งพยานหลักฐานมีการกระทำโดยมิชอบโดยประการใดประการหนึ่ง จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง กฎหมายจึงไม่ให้นำพยานเพราะเกิดจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ เป็นพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้นำพยาน ถือเป็นหลักสากลที่ใช้กันในนานาอารยประเทศ โดยในแต่ละประเทศจะมีความเข้มงวดที่แตกต่างกันไป เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลยึดถือหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการอันมิชอบต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้มาจึงเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบตามหลักผลไม้มองต้นไม้มที่เป็นพิษ (The fruit of a poisonous tree doctrine) กล่าวคือ การได้มาซึ่งพยานหลักฐานชั้นแรกโดยมิชอบเป็นต้นไม้มที่เป็นพิษ ส่วนพยานหลักฐานอื่นที่สืบเนื่องจากพยานหลักฐานชั้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบเป็นผลไม้มของต้นไม้มที่เป็นพิษซึ่งต้องห้ามมิให้นำพยาน<sup>151</sup>

แต่ในประเทศอังกฤษกลับเห็นว่า พยานหลักฐานเป็นเรื่องการพิจารณาข้อเท็จจริง ดังนั้น หากพยานนั้นสามารถแสดงถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องการนำสืบ แม้พยานดังกล่าวจะมีปัญหาในเรื่องของการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ศาลก็ยอมรับฟังได้<sup>152</sup>

ส่วนในประเทศภาคพื้นยุโรป ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะมาจำกัดดุลพินิจของศาลเท่านั้น<sup>153</sup>

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยประการอื่น<sup>154</sup> หมายถึง พยานหลักฐานนอกเหนือจากที่ได้มาโดยไม่สมัครใจและจากการล่อให้กระทำความผิด กล่าวคือ ได้มาโดยมีการปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น พยานหลักฐานที่ได้มาจากการที่เจ้าพนักงานของรัฐทำการจับ ค้น ยึด โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือพยานหลักฐานที่ได้จากการดักฟังทางโทรศัพท์ หรือลักลอบเปิดจดหมาย หรือใช้กำลังบังคับในการตรวจสืบสาวะ เป็นต้น

ในต่างประเทศมีการถกเถียงกันว่า พยานหลักฐานดังกล่าวสามารถรับฟังได้หรือไม่ในเรื่องนี้มีแนวคิดเป็น 3 แนวทางคือ

แนวความคิดเห็นแรก เห็นว่า พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ศาลต้องปฏิเสธไม่รับฟัง โดยถือว่าเป็นบทตัดพยาน (Exclusionary Rule) ชนิดหนึ่ง

<sup>151</sup> คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น. 225), โดย อุดม รัฐอมฤต, 2552, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>152</sup> แหล่งเดิม.

<sup>153</sup> แหล่งเดิม.

<sup>154</sup> แหล่งเดิม (น. 225).

ศาลอเมริกาถือตามแนวคิดนี้อย่างเคร่งครัด โดยได้เปรียบเทียบว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เหมือนกับการยอมรับเอาผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (The fruit of a poisonous tree) ศาลจึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น พยานหลักฐานที่ได้มาจากการตรวจค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจากการบังคับให้จำเลยปรักปรำตนเอง เป็นต้น

เหตุที่ศาลอเมริกานี้ถือหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัดก็เพราะบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้ กล่าวคือ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (Fourth Amendment) บัญญัติห้ามการตรวจค้นและยึดทรัพย์โดยไม่มีเหตุอันสมควร บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) ให้สิทธิผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาไม่ต้องตอบคำถามซึ่งอาจทำให้ตนต้องถูกฟ้องคดีอาญา และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (Sixth Amendment) ให้สิทธิผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาที่จะมีทนายอยู่ด้วยในขณะสอบปากคำหรือระหว่างถูกพิจารณาคดีในศาล ดังนั้น หากมีการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ศาลจึงไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำดังกล่าว

แนวความคิดที่สอง เห็นในทางตรงข้ามว่าปัญหาเรื่องนี้เกี่ยวกับนโยบายของรัฐ หากใช้เรื่องของกฎหมายลักษณะพยาน ดังนั้น หากพยานหลักฐานใดเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีแล้ว แม้การได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะไม่ชอบ ศาลก็รับฟังได้

แนวความคิดที่สาม เป็นการประนีประนอมแนวความคิดทั้งสองข้างต้น โดยเห็นว่าเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนควรได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกละเมิด แต่ขณะเดียวกับพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับประเด็นก็ไม่ควรต้องห้ามมิให้รับฟังด้วยเหตุผลทางเทคนิค ประเทศอังกฤษเห็นด้วยกับแนวคิดนี้ กล่าวคือ ศาลอังกฤษไม่ปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานเพียงเพราะพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบ แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่ยอมรับฟังพยานดังกล่าว หากเห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่จำเลย

สำหรับประเทศไทยนั้น ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เช่น การดักฟังทางโทรศัพท์ หากดำเนินการโดยมีเหตุสมควรและมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เป็นพิเศษ รวมทั้งมีมาตรการตรวจสอบความจำเป็นในการดำเนินการดังกล่าว เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดีสำคัญ เช่น การดักฟังทางโทรศัพท์ในคดียาเสพติด เจ้าพนักงานย่อมมีอำนาจกระทำได้

3) หลักสำคัญอีกประการหนึ่ง<sup>155</sup> คือ ต้องเป็นพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ตามมาตรา 226 วรรคหนึ่ง นี้ จะต้องนำสืบพยานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน

<sup>155</sup> หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. เล่มเดิม (น. 230).

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และที่ไม่ขัดต่อหลักการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตัวอย่างเช่น

(1) ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนพยาน ที่ผู้ต้องหาจะนำมาให้ถ้อยคำต่อพนักงานสอบสวน ทั้งไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ผู้ต้องหา นำพยานไปให้ถ้อยคำต่อพนักงานสอบสวน ดังนั้น การที่พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนพยาน ใดๆ ก็ซึ่งเป็นพยานที่ผู้ต้องหา นำไปให้การต่อพนักงานสอบสวน จึงรับฟังได้ (ฎีกาที่ 7886/2553)

(2) เครื่องจับเท็จเป็นเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ที่นำผลการตอบคำถามของ จำเลยมาวิเคราะห์ตามหลักวิชาการแล้วประเมินผลจากการวิเคราะห์นั้นว่าจำเลยพูดจริงหรือเท็จ มีลักษณะเป็นเพียงความเห็นทางวิชาการ ย่อมไม่อาจนำมาพิสูจน์ทราบถึงข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการ กระทำความผิดของจำเลยที่แน่ชัดได้ ถ้าฟังเครื่องจับเท็จและความเห็นของผู้ชำนาญด้านเครื่องจับ เท็จยังไม่อาจรับฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นคนร้ายฆ่าผู้ตาย (ฎีกาที่ 734/2553)

ฉะนั้น ในการพิจารณาว่าพยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือไม่ ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่ามีบทกฎหมายบทหนึ่งบทใดบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดนั้นหรือไม่ หากไม่มี ย่อมแสดงว่าพยานหลักฐานชนิดนั้นรับฟังได้ แต่หากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทหนึ่งบทใดบัญญัติ ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชนิดดังกล่าว พยานหลักฐานชนิดนั้นย่อมถูกตัดออกไปจากกระบวนการ พิจารณา<sup>156</sup>

2.3.3.2 ข้อห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเพราะการได้มาโดยมิชอบ หรือเพราะมีกระบวนการ ที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

#### 1) ข้อห้ามตามมาตรา 226/1

“มาตรา 226/1 ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐาน ที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัย ข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟัง พยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสีย อันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ ทั้งปวงแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

<sup>156</sup> คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. เล่มเดิมเชิง (น. 218)

- (1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- (4) ผู้ที่กระทำการ โดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการ

ลงโทษหรือไม่เพียงใด”

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หมายถึงพยานหลักฐานที่โดยตัวของมันเองแล้วดำรงอยู่หรือเกิดขึ้นโดยมิได้มีผู้ใดไปกระทำการเสริมแต่งให้เกิดขึ้น แต่พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบนั้นในเวลาที่จะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยนั้น ได้มีการใช้วิธีการที่มิชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น<sup>157</sup>

แนวคิดของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ มาจากระบบคอมมอนลอว์ โดยหลักการและเหตุผล ดังนี้<sup>158</sup>

(1) ในกฎหมายคอมมอนลอว์ การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นมีหลักการที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เพราะพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดี (Relevant Evidence) เป็นหลักฐานที่น่าเสนอเข้าสู่การพิจารณาได้ ยกเว้นพยานนั้นจะต้องห้ามตามกฎหมายหรือเป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจไม่รับฟัง

ในกฎหมายอังกฤษ เดิมการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบ ไม่เป็นข้อห้ามมิให้นำเสนอพยานหลักฐานโดยกฎหมายบัญญัติห้าม แต่ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่รับฟังหากเห็นว่าการรับฟังจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม (Fairness Discretion) หลักดังกล่าวมาจากพื้นฐานที่ว่าในกรณีที่พยานวัตถุหรือพยานเอกสารดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือและเป็นพยานที่ยากต่อการนำมาพิสูจน์ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการรับฟังได้ ส่วนพยานที่เป็นคำรับสารภาพของผู้ต้องหานั้น หากได้มาโดยมิชอบแล้วศาลจะใช้ดุลพินิจที่ไม่รับฟังเพราะเป็นการก่อให้เกิดคำรับที่ไม่ชอบ

ปัจจุบันประเทศในระบอบกฎหมายคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่ ได้ยกเลิกหลักการใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานโดยมิชอบ ตามหลัก fairness discretion แต่พัฒนาหลัก discreet rules และหลัก discretionary power ในกรณีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดโดยมิชอบ หรือได้มาโดยมิชอบ โดยพิจารณาหลักว่าได้ละเมิดหลักประกันสิทธิมนุษยชนหรือไม่

<sup>157</sup> แหล่งเดิม (น. 228).

<sup>158</sup> หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. เล่มเดิม (น. 231 - 235).

(2) การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 บัญญัติข้อห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยมีขบนี้ถือเป็นข้อห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานใหม่ในกฎหมายไทย เพราะเดิมไม่มีบทบัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบนี้ ศาลจึงใช้ดุลพินิจรับฟังหรือไม่รับฟังได้โดยพิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน แต่เมื่อมีบทบัญญัติในมาตรานี้ การได้มาโดยไม่ชอบแม้ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยมิชอบ จึงต้องห้ามมิให้รับฟัง

(3) อย่างไรก็ดี ศาลมีดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ต้องห้ามได้ หากพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สองประการ คือ ประการแรก ประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกธุรกรรม และประการที่สอง มาตรฐานของกระบวนการยุติธรรมและเสรีภาพของประชาชน หากน้ำหนักของประโยชน์ของการอำนวยความสะดวกธุรกรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือเสรีภาพของประชาชนแล้ว ศาลมีดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้

“ประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกธุรกรรม” หมายความว่า การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นการพิสูจน์ความจริง และเป็นการทำให้กระบวนการยุติธรรมสามารถทราบได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ และนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย

“มาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือเสรีภาพของประชาชน” หมายถึง การบริหารงานยุติธรรมทางอาญาจะต้องมีความโปร่งใส เป็นธรรม และไม่เป็นการกระทำอันเกิดจากการละเมิดสิทธิของประชาชนเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้

(4) ปัจจัยที่ศาลจะนำมาพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักว่าควรจะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้หรือไม่ มีเหตุที่จะนำมาพิจารณา 4 ประการ ดังนี้

(4.1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น

“คุณค่าในเชิงพิสูจน์” (Probative Value) หมายความว่า พยานหลักฐานดังกล่าวมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์โดยเป็นพยานหลักฐานโดยตรง เป็นพยานที่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงในคดีที่ดีที่สุด

“ความสำคัญ” หมายความว่า เป็นพยานที่สำคัญในคดีที่จะพิสูจน์ความจริงที่ชัดเจน

“ความน่าเชื่อถือของพยาน” หมายความว่า พยานหลักฐานดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือเพียงใด

## (4.2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี

“พฤติการณ์” หมายความว่า พฤติการณ์ของการกระทำความผิดมีความอุกฉกรรจ์เพียงใด หรือเป็นความผิดเล็กน้อย

“ความร้ายแรงของความผิด” หมายความว่า ความผิดดังกล่าวมีผลกระทบต่อสังคมร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงเพียงใด

## (4.3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ

“ลักษณะของการกระทำ” หมายความว่า การกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบนี้ มีลักษณะที่เกิดจากความตั้งใจในการก่อให้เกิดขึ้นเพียงใด หรือเป็นเพียงความประมาทเลินเล่อ

“ความเสียหาย” หมายความว่า ก่อให้เกิดความเสียหายต่อหลักประกัน สิทธิ และเสรีภาพหรือเสียหายต่อการอำนวยความสะดวกสาธารณะ เพียงใด

(4.4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการลงโทษหรือไม่ เพียงใด

หมายความว่า เจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการโดยมิชอบได้รับการลงโทษทางอาญา หรือทางวินัยเพียงใด ซึ่งในกรณีนี้หากเทียบกับแนวทางที่ศาลสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณาที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบ ซึ่งให้เหตุผลว่าเป็นการยับยั้งการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐโดยมาตรการที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐาน ดังนั้น ในปัจจัยที่ (4) จึงเป็นปัจจัยที่พิจารณาถึงสภาพบังคับที่จะยับยั้งการกระทำที่ผิดกฎหมายของเจ้าพนักงานของรัฐ แต่ข้อที่ยังไม่ชัดเจนก็คือ หากเจ้าพนักงานของรัฐถูกลงโทษแล้ว แสดงว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ได้มีผลเสียหายแก่การอำนวยความสะดวกสาธารณะเพราะเจ้าพนักงานของรัฐได้รับโทษแล้ว หรือในทางกลับกัน การที่เจ้าพนักงานของรัฐถูกลงโทษแสดงให้เห็นว่าการกระทำโดยมิชอบมีมูลความจริง จึงไม่ต้องรับฟังเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานของรัฐอีกทางหนึ่ง

ปัญหาว่า ปัจจัยทั้งสี่ในมาตรา 226/1 ศาลจะต้องพิจารณาทั้งสี่ปัจจัย หรือพิจารณาเพียงปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งแล้วจึงมาชั่งน้ำหนักว่าศาลจะรับฟังหรือไม่รับฟังโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการอำนวยความสะดวกสาธารณะว่ามากกว่าผลเสียจากการบริหารงานยุติธรรมและสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ประเด็นปัญหานี้มีแนวความคิดเห็นเป็นสองแนว แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่าต้องพิจารณาปัจจัยทั้งสี่ทั้งหมดประกอบกัน เพราะปัจจัยที่หนึ่งและที่สอง เป็นปัจจัยที่แสดงให้เห็นถึงความสำคัญประโยชน์ที่กระบวนการยุติธรรมจะได้รับ ส่วนปัจจัยที่สามและที่สี่ เป็นกรณีที่จะ

แสดงให้เห็นว่าผลเสียหายต่อมาตรฐานการอำนวยความสะดวกยุติธรรมและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนอีกความเห็นหนึ่ง เห็นว่า ศาลไม่ต้องพิจารณาปัจจัยทั้งสี่ก็ได้ เพราะเป็นกรณีที่จะนำมาพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ด้านการอำนวยความสะดวกยุติธรรมและผลเสียที่จะเกิดขึ้นต่อมาตรฐานการยุติธรรมและการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในความเห็นของ รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ เห็นว่า หลักพิจารณาของศาลในการรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ ปัจจัยทั้งสี่ประการเป็นกรณีที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบกันในแต่ละคดี แต่ปัจจัยทั้งสี่นี้อาจไม่มีครบถ้วนในบางคดี แต่สิ่งที่ศาลจะต้องให้เหตุผลที่จะรับฟังหรือไม่รับฟังคือ เหตุผลที่ว่า การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นมีประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมมากกว่าผลเสียที่เกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงและเป็นหลักการที่ศาลในต่างประเทศใช้ในการวินิจฉัยเพื่อรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้

## 2) ข้อห้ามไม่ให้รับฟังเกี่ยวกับความประพฤติกของจำเลย<sup>159</sup>

“มาตรา 226/2 ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่น ๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลย เพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีที่ถูกฟ้องเว้นแต่พยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง

(2) พยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะ วิธี หรือรูปแบบเฉพาะในการกระทำความผิดของจำเลย

(3) พยานหลักฐานที่หักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยถึงการกระทำ หรือความประพฤติในส่วนดีของจำเลยความในวรรคหนึ่งไม่ห้ามการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าว เพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจ ในการกำหนดโทษหรือเพิ่มโทษ”<sup>160</sup>

โดยหลักการทั่วไป พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่น ๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีอันต้องห้ามไม่ให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 87 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อยู่แล้ว แต่การบัญญัติมาตรา 226/2

<sup>159</sup> แหล่งเดิม (น. 235 – 238).

<sup>160</sup> คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. เล่มเดิม (น. 228)

เป็นการกระทำเพื่อเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยการกระทำผิด หรือการกำหนดบทลงโทษแก่การกระทำผิดของจำเลย

แนวคิดในเรื่องการห้ามสืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤติที่ไม่ดีของจำเลย ในคดีอาญานั้นเป็นหลักการทั่วไป เพราะพฤติการณ์ที่ไม่ดีของจำเลยไม่ใช่เป็นประเด็นโดยตรงกับการกระทำที่จำเลยถูกฟ้องร้อง เว้นแต่ เป็นกรณีที่เกิดจากองค์ประกอบความผิดจะต้องพิจารณาถึงความประพฤติอันเป็นอาชญากรรมของจำเลย เช่น การประพฤติเป็นปกติธรรมดาที่จะให้ที่พยานแก่ผู้กระทำผิด หรือการอยู่ร่วมกับหญิงที่ค้าประเวณีเป็นอาชญากรรม เป็นต้น ในกฎหมายคอมมอนลอว์ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤติที่ดีหรือความประพฤติที่ไม่ดีของจำเลย (Good Character and bad Character) แต่ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับพฤติการณ์ที่ไม่ดีของจำเลย เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะพฤติการณ์ที่ไม่ดีของจำเลย อาจมีผลต่อความไม่เป็นกลางหรือความอคติของผู้วินิจฉัยที่จะนำพฤติการณ์ที่ไม่ดีของจำเลยมาใช้ประกอบในการค้นหาความจริง ซึ่งต่างจากพฤติการณ์ของจำเลยที่ดี จะมีผลต่อการสร้างคติในการค้นหาความจริงได้น้อยกว่า โดยหลักแล้ว การที่โจทก์จะนำสืบเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่ไม่ดีของจำเลย เพื่อจะนำเสนอข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ ไม่อาจกระทำได้ แต่ในกรณีที่จำเลยจะนำสืบพฤติการณ์ที่ดีของตน เพื่อหักล้างพยานฝ่ายโจทก์ที่ปรักปรำตนว่าเป็นผู้กระทำความผิดนั้น ไม่มีข้อห้ามในกฎหมายที่จะนำเสนอพยานหลักฐานดังกล่าว เพราะเป็นสิทธิของจำเลยที่จะเสนอพยานหลักฐานเพื่อหักล้างฝ่ายโจทก์

ช้อยกเว้นในมาตรา 226/2 ที่ศาลรับฟังได้ มีสามประการ ดังนี้

(1) พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับองค์ประกอบความผิดของคดีที่ฟ้อง หมายความว่า พยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมไม่ดีของจำเลยนั้น เป็นพฤติการณ์ที่ครบองค์ประกอบความผิดที่ได้ฟ้อง เช่น

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่แม้บางส่วนของรายได้ของหญิงที่ค้าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ซึ่งมีข้อสันนิษฐานในวรรคสอง (1) ว่า “อยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือสมาคม กับหญิงซึ่งค้าประเวณีคนเดียว หรือหลายคนเป็นอาชญากรรม” การที่โจทก์จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมหรือไม่ จึงต้องพิสูจน์พฤติกรรมที่ไม่ดีของจำเลยเพื่อให้ครบตามองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด

ความผิดฐานประพฤติตนเป็นปกติธรรมดาเป็นผู้จัดหาที่พำนัก ที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 114 แห่งประมวลกฎหมายอาญา การที่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการประพฤติตนเป็นปกติธรรมดา ต้องนำสืบว่าจำเลยมีพฤติกรรมที่ท้อแท้ต่อเนื่องในการที่โจทก์พยาน ที่ซ่อนเร้น หรือที่ประชุมแก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาภาคสอง จึงต้องนำสืบพฤติการณ์ที่ไม่ดีของจำเลยในเรื่องดังกล่าว

(2) พยานหลักฐานที่แสดงถึงลักษณะ วิธี หรือรูปแบบเฉพาะในการกระทำ ความผิดของจำเลย หมายความว่า เป็นพยานหลักฐานที่น่าสืบว่าลักษณะของการกระทำความผิด วิธีการหรือรูปแบบของการกระทำความผิดนั้น เป็นลักษณะที่นำไปสู่การพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นเพราะไม่มีใครที่จะสามารถกระทำได้อันจะนำไปสู่การที่จะชี้ว่าจำเลยเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น หากเป็นเพียงพฤติกรรมที่ผู้กระทำความผิดในฐานนั้นกระทำซึ่งมีลักษณะเฉพาะของความผิด ไม่ใช่ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดก็ไม่อาจพิสูจน์ความประพฤติจำเลยได้ เช่น การลักทรัพย์ในเคหสถาน จะต้องมีการตัดช่องย่องเบาไป และมีการใช้กุญแจผีเข้าไป ซึ่งลักษณะดังกล่าวมีผู้กระทำความผิดหลายคน สามารถทำได้ในลักษณะนี้ การที่จะนำสืบว่าจำเลยมีพฤติกรรมของการลักทรัพย์ในการลักทรัพย์ในเคหสถานทำนองเดียวกับการลักทรัพย์ในคดีนี้ ยังไม่ใช่ลักษณะเฉพาะของการที่จะเข้าข้อยกเว้นของการนำสืบพฤติกรรมที่ไม่ดีของจำเลย

(3) พยานหลักฐานที่หักล้างข้อกล่าวอ้างของจำเลยถึงการกระทำ หรือ ความประพฤติในส่วนตัวของจำเลย หมายความว่า เป็นพยานหลักฐานที่หักล้างการกระทำของจำเลย ที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยมีความประพฤติดี แต่ความจริงแล้วจำเลยไม่ได้มีความประพฤติดีตามที่กล่าวอ้างอันจะนำไปสู่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่จำเลยกล่าวอ้าง

ในกฎหมายต่างประเทศนั้น ข้อยกเว้นที่จะให้รับฟังการนำสืบพฤติกรรมที่ไม่ดีของจำเลยได้กำหนดไว้หลายประการ เช่น ในกฎหมายอังกฤษและเวลส์ ในมาตรา 98 ของ The Criminal Justice Act 2003 ได้ให้นิยามของความประพฤติไม่ดีของจำเลยว่า หมายความว่าถึง พยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นหรือนำไปสู่การกระทำที่กระทำความผิดและในมาตรา 112 (1) กำหนดนิยามของคำว่า กระทำความผิดว่า หมายความว่าถึง การกระทำความผิดอาญาหรือพฤติกรรมที่ไม่ดีอื่น ๆ ส่วน มาตรา 101 (1) กำหนดหลักเกณฑ์ที่พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความประพฤติไม่ดีของจำเลยจะนำเสนอต่อศาลได้ ต้องมีปัจจัย

- (ก) คู่กรณีตกลงให้นำเสนอพยานหลักฐานได้
- (ข) จำเลยนำเสนอพยานหลักฐานเองหรือเป็นการให้การเพื่อตอบคำซักค้านของตน
- (ค) มีความสำคัญต่อการที่จะทำให้คณะลูกขุนหรือศาลเข้าใจพยานหลักฐานอื่นที่นำเสนอ
- (ง) มีความเกี่ยวพันในประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกันระหว่างโจทก์กับจำเลย
- (จ) มีความสำคัญต่อคุณค่าในการพิสูจน์อันเกี่ยวพันระหว่างจำเลยกับจำเลยร่วม
- (ฉ) เป็นพยานหลักฐานที่จะหักล้างคำให้การของจำเลย
- (ช) จำเลยเป็นผู้เสนอเพื่อโต้แย้งพฤติการณ์ของอีกคนหนึ่ง

3) ข้อห้ามไม่ให้รับฟังพยานบอกเล่า ตามมาตรา 226/3<sup>161</sup>

“มาตรา 226/3 ข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าที่พยานบุคคลใดนำมาเบิกความต่อศาล หรือที่บันทึกไว้ในเอกสารหรือวัตถุอื่นใดซึ่งอ้างเป็นพยานหลักฐานต่อศาล หากนำเสนอเพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความนั้นให้ถือเป็นพยานบอกเล่า ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า เว้นแต่

(1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่า นั้น น่าเชื่อว่าจะพิสูจน์ความจริงได้ หรือ

(2) มีเหตุจำเป็น เนื่องจากไม่สามารถนำบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยินหรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นด้วยตนเอง โดยตรงมาเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควร เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานบอกเล่า นั้น

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่ควรรับไว้ซึ่งพยานบอกเล่าใด และคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องร้องคัดค้าน ก่อนที่ศาลจะดำเนินคดีต่อไป ให้ศาลจตรายงานระบุนาม หรือชนิดและลักษณะของพยานบอกเล่า เหตุผลที่ไม่ยอมรับ และข้อคัดค้านของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องไว้ ส่วนเหตุผลที่คู่ความฝ่ายคัดค้านยกขึ้นอ้างนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจจดลงไว้ในรายงานหรือกำหนดให้คู่ความฝ่ายนั้น ยื่นคำแถลงต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน”

มาตรา 226/3 วรรคแรก บัญญัติขึ้นเพื่อจำกัดความของสิ่งของที่เรียกว่าพยานบอกเล่าไว้ และหมายถึงพยานเอกสารและพยานวัตถุยังเป็นพยานบอกเล่าได้ด้วย เช่น เทปบันทึกเสียงของบุคคล หรือบันทึกคำให้การของพยานในชั้นสอบสวน ส่วนวรรคสอง บัญญัติหลักการห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า โดยเปิดเป็นข้อยกเว้นเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานบอกเล่าได้หากเข้า (1) หรือ (2) ข้างต้น และวรรคสาม เปิดโอกาสให้คู่ความคิดค้านการสั่งไม่รับฟังพยานบอกเล่าของศาล . โดยกำหนดให้ศาลต้องบันทึกรายละเอียดของเรื่อง ซึ่งรวมถึงเหตุผลที่ไม่ยอมรับและข้อคัดค้านของคู่ความฝ่ายนั้นเป็นหลักฐานไว้ด้วย เพื่อคู่ความจะได้อ้างอิงในชั้นอุทธรณ์ได้ต่อไป<sup>162</sup>

มาตรานี้มีข้อพิจารณาอยู่ว่า กฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาก่อนปี พ.ศ. 2551 มิได้มีข้อห้ามไม่ให้รับฟังพยานบอกเล่า เพราะเป็นพยานที่ได้ยินมาอีกต่อหนึ่ง เพียงแต่มีน้ำหนักน้อยกว่าประจักษ์พยานโดยตรงในเรื่องนั้น ๆ แต่เมื่อเพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 226/3 นี้เป็นการกำหนดหลักว่า พยานบอกเล่าไม่สามารถรับฟังได้ตามกฎหมาย แต่ถ้าศาลจะรับฟัง ต้องเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟัง แต่ต้องให้เหตุผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในข้อยกเว้นในมาตรา 226/3 แนวคิดของการไม่รับฟังพยาน

<sup>161</sup> หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. เล่มเดิม (น. 238 - 242).

<sup>162</sup> คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. เล่มเดิม (น. 221).

บอกเล่าในกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะพยานหลักฐานดังกล่าวมิได้เกิดจากถ้อยคำที่กระทำในห้องพิจารณาของศาล จึงไม่อาจนำเสนอเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาได้ แต่ในปัจจุบันหลักดังกล่าวผ่อนคลายความเคร่งครัดลง เช่น ในอังกฤษและเวลส์ ได้มีข้อยกเว้นที่ศาลรับฟังพยานบอกเล่ามากขึ้น ดังที่กำหนดไว้ใน The Criminal Justice Act 2003 และในบางกรณีให้สามารถรับฟังได้โดยอัตโนมัติ ปัญหาว่าพยานบอกเล่า มีความหมายอย่างไร จากแนวคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์ ที่ให้นิยามคำว่า “พยานบอกเล่า” ว่าเป็นคำที่ขาดต่อการกำหนดนิยามศัพท์ แต่มีผู้เคยให้คำนิยามของคำว่า “พยานบอกเล่า” ไว้ว่า หมายถึง “คำให้การหรือบันทึกคำให้การของบุคคลที่ไม่ใช่คู่ความ และไม่ใช่มุขมนตรีที่เป็นพยานในคดีนั้น และไม่อาจนำมาอ้างเพื่อรับฟังในการพิจารณาคดีนี้” สำหรับในกฎหมายอังกฤษและเวลส์ปัจจุบัน The Criminal Justice Act 2003 มาตรา 14 และ The Proceeds of Crime Act 2002 มาตรา 46 (3) ให้คำนิยามของพยานบอกเล่าว่า “หมายความถึง คำให้การที่ไม่ได้ให้การในกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้น” พยานบอกเล่าอาจเป็นคำให้การที่บันทึกในเอกสารหรือในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น เช่น microfiche หรือแผ่นบันทึกภาพและเสียงหรืออื่น ๆ เป็นต้น ซึ่งในกฎหมายบางฉบับได้กำหนดให้พยานบอกเล่ามีความหมายว่า “เป็นข้อมูลที่ได้บันทึกไว้ในสื่อต่าง ๆ” หรืออาจเป็นแผนภูมิ ภาพสเกต หรือรูปแบบอื่น ๆ ที่แสดงความหมายได้ เหตุผลที่ไม่รับฟังพยานบอกเล่าพอสรุปได้ดังนี้

ประการแรก เป็นการกระทบต่อพยานหลักฐานที่ดีที่สุด การที่มีสิ่งใดที่กระทำโดยบุคคลภายนอกไม่ควรจะมีผลกระทบต่อคู่กรณี ดังนั้น คำให้การที่กระทำนอกศาลไม่ควรอนุญาตให้นำเสนอเข้าสู่การพิจารณา เว้นแต่ผู้ให้ถ้อยคำนั้นจะถึงแก่ความตายไปแล้ว

ประการที่สอง เป็นเรื่องความน่าเชื่อถือของพยาน ทั้งนี้เพราะพยานบอกเล่าที่เล่าต่อ ๆ กันมาย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่ข้อความนั้นจะมีความผิดพลาดจากความเป็นจริงหรือตกหล่นในรายละเอียดหรือมีความผิดพลาด อย่างไรก็ตาม หลักในคอมมอนลอว์นั้น พยานบอกเล่าที่เรียกว่า First Hand Hearsay จะมีความน่าเชื่อถือและสามารถนำเข้าสู่การพิจารณาได้

ประการที่สาม เป็นเหตุผลในการสร้างความน่าเชื่อถือในกระบวนการพิสูจน์ความจริงในศาลซึ่งคณะลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริง กล่าวคือ (1) ต้องมีหลักประกันว่าคณะลูกขุนจะไม่ให้ความสำคัญกับคุณค่าของพยานหลักฐานที่นำมาพิสูจน์เกินกว่าคุณภาพของพยานแต่ละชนิด ทั้งนี้โดยให้คู่กรณีที่โต้แย้งความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น ๆ ด้วยการซักค้าน (2) พยานบอกเล่านั้น จะต้องได้รับการตรวจสอบถึงความบกพร่องของพยานสี่ด้าน คือ ความจำ ความคลาดเคลื่อนในการสังเกตหรือความเข้าใจในสิ่งที่พบเห็น การคิดหรือทบทวน ความรอบคอบ และความกำกวมในข้อเท็จจริงที่ให้การ

ประการสุดท้าย คือ เป็นกรณีที่ไม่เป็นธรรมเนียมแก่จำเลยที่ไม่มีโอกาสตรวจสอบพยานหลักฐาน (Rights to Confront) ได้ เพราะเป็นการให้ถ้อยคำนอกศาล

การพิจารณาคดีของศาลไทย ใช้ผู้พิพากษาซึ่งได้รับการฝึกฝนในการฟังพยานหลักฐาน มาดีแล้ว เป็นผู้ชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง มิได้ใช้ระบบลูกขุน จึงไม่น่าห่วงว่าศาลจะให้ความสำคัญแก่พยานบอกเล่ามากเกินไป การรับฟังพยานบอกเล่าควรจะได้ปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยว่าพยานบอกเล่าคนใดหรือเอกสารบอกเล่าฉบับใดน่าเชื่อถือหรือมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด บางกรณีพยานบอกเล่ามีความน่าเชื่อถือและมีคุณค่าไม่น้อยกว่าประจักษ์พยานด้วยซ้ำ<sup>163</sup>

ในออสเตรเลีย หลักไม่รับฟังพยานบอกเล่า กำหนดไว้ใน The Evidence Act 2011, division 3.2.1 มาตรา 59 - 61 ดังนี้

มาตรา 59 กำหนดหลักเกณฑ์ห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่าไว้ ว่าหากเป็นพยานที่บุคคลใดได้นำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยความประสงค์ของผู้นั้นที่จะนำเสนอข้อเท็จจริงในคดี ไม่อาจนำมาสืบในการพิจารณาของศาลได้

ข้อยกเว้นของพยานบอกเล่าที่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ กำหนดไว้ใน มาตรา 59 (4) ให้สามารถนำเสนอได้ หากเป็นพยานเอกสารที่มีกฎหมายนี้หรือกฎหมายพิเศษ กำหนดให้นำเสนอในศาลได้ เช่น First Hand Hearsay พยานที่ไม่อาจนำมาพิสูจน์ต่อศาลได้ รายงานการตรวจเกี่ยวกับสุขภาพ ข้อมูลทางด้านธุรกิจ ข้อมูลจากอิเล็กทรอนิกส์ ทะเบียนสมรส หรือประวัติของความสัมพันธ์ทางครอบครัว ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับลักษณะของผู้กระทำความผิด เป็นต้น

ข้อยกเว้นที่ให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่าได้ มี 2 ประการดังนี้

ในกรณีที่ 1 พิจารณาถึงสภาพของพยาน ลักษณะของพยาน และแหล่งที่มาของพยานบอกเล่าประกอบกับข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่าว่ามีความน่าเชื่อว่าจะพิสูจน์ความจริงได้ ทั้งนี้ เพราะเหตุผลของการต้องห้ามนั้นเป็นเพราะไม่ได้นำเสนอให้ศาล ดังนั้น ถ้าพยานบอกเล่าดังกล่าวเป็นพยานที่มีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ ก็สามารถรับฟังได้ ส่วนน้ำหนักความน่าเชื่อถือนั้นจะต้องพิจารณาในมาตรา 227/1 อีกครั้งหนึ่ง

ส่วนในกรณีที่ 2 เป็นความจำเป็นที่ไม่อาจนำพยานบุคคลนั้นมาเบิกความต่อศาลได้ เช่น ผู้นั้นได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว หรือเดินทางไปต่างประเทศ และไม่อาจเข้ามาในประเทศไทยได้ หรือเพราะเป็นสายลับ ซึ่งหากนำมาเบิกความจะทำให้องค์กรอาชญากรรมรู้ตัวสายลับ และ

<sup>163</sup> คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. เล่มเดิมเชิงอรรถที่ 107 (น. 281).

ก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่พยานนั้น เป็นต้น และศาลพิจารณาแล้วเห็นสมควรรับฟัง เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานบอกเล่า

การคัดค้านการไม่รับฟังพยานบอกเล่าของศาล ตามมาตรา 226/3 วรรคสาม คู่ความต้องร้องคัดค้านการไม่รับฟังพยานบอกเล่าของศาล โดยยกเหตุของการคัดค้านต่อศาลหลังจากที่ศาลได้รับคำคัดค้านแล้ว ให้ศาลจดยางาน ระบุนาม หรือชนิดและลักษณะของพยานบอกเล่า เหตุผลของการไม่ยอมรับฟังพยาน และข้อคัดค้านของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ส่วนเหตุผลที่คู่ความฝ่ายคัดค้านยกขึ้นอ้างนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจตกลงไว้ในรายงานหรือกำหนดให้คู่ความฝ่ายนั้นยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน