

ปัญหาในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม : กรณีการใช้ดุลพินิจของ
เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ

Problems in Testing and Collecting Evidence Derived from Genetic Material:
A Case of Exercising the Discretion of the Competent Officials

ฝ้ายแกมแพร แก้วหน่อวรรณ¹ สัญลักข์ ปัญวัฒนลิขิต²

Faikaemphrae Kaewnornwan¹ Sanyalux Panvatanalikit²

¹นักศึกษาลัทธิศาสตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ

¹Graduate Student in Master of Law, Faculty of Law, Payap University

²สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ

²Major of Law, Faculty of Law, Payap University

E-mail: Fhay_smile@hotmail.com โทร: 0617966945

Received: 2020/09/11

Revised: 2020/11/24

Accepted: 2020/12/15

บทคัดย่อ

งานวิจัยเรื่อง ปัญหาในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม : กรณีการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการสั่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมของกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายแคนาดา และกฎหมายออสเตรเลีย เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบ วิเคราะห์ถึงปัญหาและสาเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมกระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุคคลรวมทั้งเพื่อศึกษาหาแนวทางในการเสนอ แก้ไข ปรับปรุง เพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายของไทยให้มีความสมบูรณ์และมีมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ผลการศึกษา พบว่า ปัจจุบันกฎหมายไทยในเรื่องการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมในร่างกาย ยังไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรม หรือการได้มาซึ่งสารพันธุกรรมจากแหล่งต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน กลับมีเพียงการบัญญัติถึงวิธีการและขั้นตอนของการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมเพียงเท่านั้น จึงส่งผลให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย อันเป็นสาเหตุให้พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานใช้ดุลพินิจที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ถูกตรวจและเก็บสารพันธุกรรมได้ และจากมูลเหตุดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาที่พนักงานสอบสวนใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น จึงควรมีการเพิ่มเติมมาตรการ

ทางกฎหมายในการแบ่งประเภทสารพันธุกรรม และกำหนดเงื่อนไขในการแสวงหาพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมให้มีความชัดเจน เพื่อการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: นิติวิทยาศาสตร์/ สารพันธุกรรม/ ดุลพินิจ

Abstract

This research was a documentary study which meant to study the legal measures in ordering the genetic material samples testing and collecting under Thai law and foreign laws, which are British law, American law, Canadian law, and Australian law, in order to compare and analyze the problems of improper use of the discretion of the competent investigative officials which violating the basis of the human rights. This research is, as well, to discover the means to propose the amendments to Thai legal provisions to enforce the law to be more effective.

The study found that the current Thai law on the testing and collecting evidence of genetic material or DNA in the human body still lacks a proper approach to categorize the types and sources of the genetic material. Only processes and procedures were legislated in the current law which causing a gap in the law which was the case that the competent investigative officials who examined and collected the evidence used their own discretion that could be violate the human rights of the person being genetically examined and collected. This issue may lead to problems where the competent investigative officials use the legal authority for illegal exploitation. Therefore, proper legal measures to categorize genetic materials should be added, and the standard conditions onto the process of collecting and investigating evidences from genetic material or DNA should be settled in order to be clear for more efficient uses of the discretion of the authorized officers or government officials to test and collect evidence from genetic material.

Keywords: Forensic Science/ Genetic Material/ Discretion

บทนำ

การนำเทคโนโลยีวิทยาศาสตร์ที่เรียกว่า Deoxyribonucleic acid (DNA) หรือ ลายพิมพ์สารพันธุกรรม มาประยุกต์ใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะการพิสูจน์อัตลักษณ์บุคคล ถือว่ามีประสิทธิภาพที่สุดในการช่วยคลี่คลายคดีอาญาที่จะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ บทบัญญัติอันเกี่ยวกับนสารพันธุกรรมมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 (พนักงานสอบสวน) และ 244/1 (ศาล) ซึ่งเป็นบทบัญญัติในการกำหนดขั้นตอนและวิธีการตรวจเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรม แต่เมื่อพิจารณาแล้ว พบว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรม รวมถึงขั้นตอนเงื่อนไขในการจำกัดอำนาจของพนักงานสอบสวน (มาตรา 131/1) ไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด ทำให้อาจส่งผลกระทบต่อเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน อันได้แก่ สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล จนนำไปสู่ผลกระทบต่อการศึกษาของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานนั่นเอง กล่าวคือ สารพันธุกรรม คือส่วนประกอบชนิดหนึ่งที่อยู่ภายนอกร่างกาย และที่อยู่ภายในร่างกาย เช่น ผม ขน เลือด เป็นต้น เมื่อพนักงานสอบสวนทำการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายแล้ว หากทำการรูดผ้าเข้าไปโดยที่บุคคลไม่ได้ให้ความยินยอม พยานหลักฐานที่ได้มาจากร่างกายนั้น ย่อมไม่สามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ ดังนั้นจึงเป็นสาเหตุที่กฎหมายของไทยควรทำการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนสามารถใช้ดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมในร่างกายได้อย่างเต็มที่ และมีอิสระภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 ได้ให้อำนาจไว้ เพราะอำนาจผูกขาดอยู่ที่พนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีแต่เพียงผู้เดียว ทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นเป็นไปในลักษณะที่พนักงานสอบสวนทำการชี้แจงน้ำหนักถึงความเป็นไปได้และความสมเหตุสมผลถึงความสำคัญอันเกี่ยวกับคดีว่า หากทำการสังตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากร่างกายแล้วจะสามารถทำให้รูปคดีมีความชัดเจน และพบเจอพยานหลักฐานที่จะสามารถไขข้อกังวนคนร้ายมาดำเนินคดีได้ ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าว มักจะขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานในสำนวนคดีที่มีความชัดเจนมากน้อยเพียงใด ถ้าหากในบางคดีมีประจักษ์พยาน หรือมีพยานหลักฐานที่แน่ชัดที่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดได้ ในกรณีนี้เจ้าพนักงานสอบสวนจะไม่ดำเนินการสังตรวจหรือเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมอีกต่อไป เนื่องจากพยานหลักฐานที่มีทั้งหมดสามารถพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดได้ทันที ในทางตรงกันข้าม หากเป็นคดีที่ขาดพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดได้ การที่เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจในการดำเนินการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรม จะถือว่าเป็นส่วนช่วยส่งเสริมการพิสูจน์ความผิดในกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อาจกล่าวได้ว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวของพนักงานสอบสวนจึงมีความสำคัญต่อผลคดีเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจอย่างไม่ถูกต้องเหมาะสมย่อมอาจก่อให้เกิดความอยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ยกตัวอย่างเช่น ในคดี บอส อยู่วิทยา ทายาท

กระทิงแดง ที่ทางพนักงานสอบสวนไม่ได้ทำการตรวจวัดปริมาณแอลกอฮอล์และไม่ได้รวบรวมพยานหลักฐานในทันที เป็นเหตุให้ขาดพยานหลักฐานในการฟ้อง ตลอดจนการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนที่มีความเห็นสิ่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาในความผิดฐานขับรถเร็วเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดและยาเสพติดในตอนแรก ทำให้ทางฝั่งผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรม (สำนักข่าวช่อง 7, 2563) แม้ว่าจะมีพนักงานอัยการเป็นผู้ทำหน้าที่กลั่นกรองและมีอำนาจสั่งให้พนักงานสอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานมาเพิ่มเติมหรือการที่ศาลสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 244/1 เพื่อสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมได้ก็ตาม แต่ระยะเวลาการดำเนินการดังกล่าวย่อมต้องใช้เวลาพอสมควร อาจทำให้วัตถุพยานบางชนิดเสื่อมสภาพไป อีกทั้งการกลั่นกรองของพนักงานอัยการดังกล่าว ยังคงเป็นมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมเฉพาะความสมบูรณ์ของสำนวนคดีเท่านั้น หากใช้เป็นการควบคุมวิธีการ หรือการใช้ดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมแต่ประการใด นอกจากนี้ ด้วยสถานการณ์ปัจจุบันของไทยที่ปฏิเสธไม่ได้ว่ายังไม่มีความหมายหรือแนวทางปฏิบัติในการกำหนดมาตรฐานในการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนที่ยังคงมีข้อบกพร่องไม่ชัดเจนอยู่ โดยส่วนมากมักขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถของพนักงานสอบสวนแต่ละบุคคล และการที่กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการสั่งตรวจและเก็บสารพันธุกรรมได้อย่างอิสระ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมที่เกินความจำเป็นและพอดี และกระทบต่อสิทธิของบุคคลอีกด้วย

บทความนี้ จึงทำการศึกษาลงถึงประเด็นปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนและศาลในการสั่งตรวจเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมตามมาตรา 131/1 และ 244/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งปัจจุบันยังคงขาดมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดขอบเขตและมาตรการในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจดังกล่าวอย่างชัดเจน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย มาใช้เป็นแนวทางในการไปสู่การแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีประสิทธิภาพ

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการสั่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมของกฎหมายไทย และกฎหมายอังกฤษ กฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายแคนาดา และกฎหมายออสเตรเลีย
2. เพื่อศึกษาปัญหาและสาเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวน ตามมาตรา 131/1 แห่งประมวลวิธีพิจารณาความอาญา ในการสั่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมกระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นในประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการเสนอแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายไทย ในกรณีการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจตามมาตรา 131/1 แห่งประมวลวิธีพิจารณาความอาญาในการ

สั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมให้มีความสมบูรณ์และมีมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ขอบเขตการวิจัย

ศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม (DNA) รวมถึงแนวคิดและหลักกฎหมายที่กำหนดแบบปฏิบัติต่าง ๆ ในการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาตัวบทกฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย อันเกี่ยวกับเรื่องนิติวิทยาศาสตร์ พยานหลักฐาน และแบบปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำหรับกฎหมายไทย ผู้ทำวิจัยได้ให้ความสำคัญแก่ตัวบทกฎหมายในมาตรา 131/1 และ มาตรา 244/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาข้อมูลต่อไปสำหรับกฎหมายประเทศไทย

วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยผู้วิจัยทำการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลอันเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรม จากเอกสาร บทความต่าง ๆ หนังสือเรียน หนังสือทั่วไป เอกสารอิเล็กทรอนิกส์ ตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย และคดีตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน แล้วทำการศึกษาข้อมูล วิเคราะห์ รวมถึงทำการเปรียบเทียบในเรื่องการกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรม (DNA) ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อทำการเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาของกฎหมายของไทยตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย ท้ายที่สุดผู้วิจัยจะตรวจสอบข้อมูลให้ครบถ้วนถูกต้องจนสามารถนำมาเสนอเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาในประเด็นที่ศึกษา เพื่อให้เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

การเก็บรวบรวมข้อมูล

ศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรม ประกอบกับขอบเขตการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจของกฎหมายไทย คือประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และ 244/1 และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมาย The Police and Criminal Evidence Act 1984 ของประเทศอังกฤษ กฎหมาย The DNA Identification Act 1994 ของประเทศสหรัฐอเมริกา The DNA Identification Act

1998 ของประเทศแคนาดา และThe Crimes (Forensic Procedures) Act 2000 ของประเทศออสเตรเลีย

การวิเคราะห์ข้อมูล

ผู้ศึกษานำข้อมูลที่ได้จากการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล อันเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และหลักกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนิติวิทยาศาสตร์และพยานหลักฐาน และการใช้ดุลพินิจในการสั่งตรวจและเก็บสารพันธุกรรมของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และ 244/1 เพื่อหาข้อบกพร่องในการบังคับใช้กฎหมายในกรณีการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลียในเรื่องดังกล่าวข้างต้น ท้ายที่สุดผู้วิจัยจะตรวจสอบข้อมูลให้ครบถ้วนถูกต้องจนสามารถนำมาเสนอเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาในประเด็นที่ศึกษา เพื่อให้เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

ผลการวิจัย

ผลการศึกษาปัญหาในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม ในกรณีการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ มีสาระสำคัญ ดังนี้

1. มาตรการทางกฎหมายในการสั่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรม

แต่เดิมกฎหมายที่ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญาทุกชนิด จะถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 131 แห่งประมวลวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งต่อมาภายหลังในปี พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญา โดยทำการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายอันเป็นหัวใจสำคัญในเรื่องการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นหลักฐานชนิดพิเศษที่มาจากสารพันธุกรรมในร่างกาย เช่น เลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน น้ำลาย สารคัดหลั่ง เป็นต้น ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งถูกระบุในมาตรา 131/1 และ 244/1 ที่กำหนดขั้นตอน วิธีการ การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนและของศาลในการพิสูจน์หลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ นอกเหนือจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และ มาตรา 244/1 แล้ว ยังมีกฎหมายไทยบางฉบับที่นำเรื่องการตรวจหาพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมมาใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยจะอยู่ในรูปแบบของกฎหมายพิเศษ ซึ่งเป็นการกำหนดให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนในการตรวจและแสวงหาสารเสพติดและแอลกอฮอล์ในร่างกาย เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการให้บริการด้านนิติวิทยาศาสตร์ พ.ศ. 2559 อย่างไรก็ตาม แม้จะมีบทบัญญัติอันเป็นหัวใจสำคัญในการตรวจหาพยานหลักฐานที่มาจากส่วนประกอบในร่างกาย หรือจะมีกฎหมายพิเศษตราออกมาเพิ่มเติม แต่กฎหมายไทยอันเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวกลับไม่มีการแบ่งแยกหรือจำแนกประเภทของตัวอย่างสารพันธุกรรมที่นำมา

ตรวจไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดไว้ในภาพรวมว่าให้ตรวจเก็บจาก เลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน น้ำลาย ปัสสาวะ หรืออุจจาระ หรือจากสารคัดหลั่งต่าง ๆ ของร่างกาย เท่านั้น ส่วนเรื่องการกำหนดเงื่อนไข ขั้นตอนในการดำเนินการส่งตรวจพยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์กฎหมายไทย โดยเฉพาะกรณีของพนักงานสอบสวน ตามมาตรา 131/1 ก็ยังไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน จึงส่งผลให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานที่มาจากร่างกายได้อย่างเต็มที่และอิสระ ทั้งในร่างกายของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี และยังรวมถึงบุคคลภายนอก ซึ่งอำนาจที่ไม่จำกัดและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนดังกล่าวนี้ ย่อมอาจส่งผลต่อการละเมิดสิทธิของบุคคลได้ โดยเฉพาะส่วนของบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องในคดี และอาจเป็นมูลเหตุที่ก่อให้เกิดการใช้อำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมายตามมาด้วยเช่นกัน

แต่หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ในการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานที่มาจากร่างกาย พบว่า ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย ได้มีการแบ่งแยกประเภทของการได้มาซึ่งสารพันธุกรรมไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการกำหนดขอบเขตและเงื่อนไขในการปฏิบัติเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานสารพันธุกรรมดังกล่าวอย่างเป็นธรรมอันตั้งอยู่บนหลักของการกระทำเพื่อให้กระทบสิทธิต่อผู้ถูกตรวจให้น้อยที่สุดอีกด้วยประการหนึ่ง ซึ่งการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมของประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย ได้มีการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมไว้ 2 ประเภท คือ สารพันธุกรรมประเภท intimate sample หมายถึง ส่วนประกอบภายในร่างกาย จำพวกเลือด อสุจิ หรือสารคัดหลั่งอื่น ตลอดจน ปัสสาวะ หรือขนบริเวณอวัยวะสืบพันธุ์ อีกทั้งรวมถึง dental impression (ในที่นี้จะหมายถึงความถึง ประวัติทางทันตกรรม) และเนื้อเยื่อที่ได้จากร่างกาย แต่ไม่รวมถึงช่องปาก และประเภท non intimate sample หมายถึง ส่วนประกอบภายนอกในร่างกาย จำพวกขนหรือผมที่ไม่ได้มาจากอวัยวะสืบพันธุ์ สิ่งที่ได้จากเล็บหรือใต้เล็บ เนื้อเยื่อที่มาจากช่องปากหรือส่วนใดในร่างกายที่ไม่ได้มาจากช่องปาก น้ำลาย ตลอดจน ลายเท้าหรือการพิมพ์ส่วนอื่นของร่างกายที่ไม่ใช่ลายพิมพ์นิ้วมือ รวมถึงแผลเป็นหรือรอยสัก

สำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน วิธีการ และการกำหนดขอบเขตในการดำเนินการส่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานทางพันธุกรรม พบว่าในต่างประเทศได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์รวมถึงบัญญัติไว้เป็นกฎหมายในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมไว้อย่างชัดเจน อันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ที่กำหนดให้ศาลแต่เพียงผู้เดียวที่จะสามารถมีอำนาจดำเนินการออกหมายส่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมในร่างกาย ทั้งของบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีและบุคคลที่อยู่ภายนอกคดีได้ โดยพนักงานสอบสวนจะสามารถดำเนินการตรวจและเก็บได้จากส่วนประกอบที่อยู่ภายนอกในร่างกายของบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีเท่านั้น หรือประเทศแคนาดากำหนดไว้ตามฐานความผิด ว่าหากเป็นความผิดตามมาตรา 487.04 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา ที่กำหนดให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้ทำหน้าที่ดำเนินการส่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากร่างกายทั้งภายในและภายนอกได้ และหากเป็นความผิดอื่น

นอกเหนือจากความผิดมาตราดังกล่าวข้างต้น ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้ว่าการสั่งตรวจหรือไม่ก็ได้ ส่วนประเทศอังกฤษ กำหนดให้พนักงานสอบสวน และศาล เป็นผู้มีอำนาจดำเนินการสั่งตรวจเก็บได้ เพียงแต่ในส่วนของการพนักงานสอบสวนจะถูกจำกัดว่าในการตรวจและเก็บสารพันธุกรรม จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้ถูกตรวจและต้องเป็นการตรวจส่วนประกอบที่อยู่ภายนอกร่างกายเท่านั้น เว้นแต่ว่าหากเป็นความผิด recordable offence และไม่สามารถหาส่วนประกอบในร่างกายในชั้นสอบสวนหรือหาไม่ได้แต่ไม่เพียงพอหรือใช้ไม่ได้ สามารถใช้กำลังและไม่ต้องขอความยินยอมจากบุคคลผู้ถูกตรวจได้ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายกำหนดว่าศาลสามารถเรียกบุคคลภายนอกมาทำการตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมได้เพียงคนเดียวเท่านั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย ในหลักเกณฑ์ขั้นตอน วิธีการ และการกำหนดขอบเขตในการดำเนินการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานทางพันธุกรรมของต่างประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีระเบียบวิธีหลักเกณฑ์ใด ๆ อันเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมแต่ประการใด ซึ่งมีเพียงแต่การบัญญัติถึงวิธีการลงมือตรวจพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมเพียงเท่านั้น

2. ปัญหาในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม ในกรณีการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการสั่งตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมของประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ กฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายแคนาดา และกฎหมายออสเตรเลีย ผู้ศึกษาสามารถแบ่งแยกประเด็นปัญหาในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม ในกรณีการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ ประกอบด้วยผู้ศึกษาได้เสนอแนวทางและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทย เป็นกรณีดังต่อไปนี้

2.1 การแบ่งแยกประเภทของการได้มาซึ่งสารพันธุกรรม

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และ 244/1 หรือกฎหมายเฉพาะลำดับชั้นของกฎหมายไทยใดก็ตามที่เกี่ยวกับเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมในร่างกาย พบว่า ยังไม่ได้มีการบัญญัติหรือกำหนดหลักเกณฑ์ถึงการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมที่ได้มาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งจากมาตรา 131/1 และ 244/1 ที่เป็นมาตราหัวใจหลักสำคัญในเรื่องดังกล่าวข้างต้น มีเพียงการกำหนดไว้ในภาพรวมว่าให้ตรวจและเก็บจาก เลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน น้ำลาย ปัสสาวะ หรืออุจจาระ หรือจากสารคัดหลั่งต่าง ๆ ของร่างกายเท่านั้น หากใช่เป็นการแบ่งแยกประเภทของการได้มาซึ่งสารพันธุกรรมแต่อย่างใด

ซึ่งหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์กฎหมายประเทศอังกฤษในพระราชบัญญัติว่าด้วยตำรวจและอาชญากรรม พ.ศ.2527 (The Police and Criminal Evidence Act 1984) มาตรา 65 และกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ในพระราชบัญญัติอาชญากรรมทางนิติวิทยาศาสตร์ (The Crimes (Forensic Procedures) Act 2000) ในมาตรา 3 ซึ่งทั้งสองประเทศข้างต้น ต่างได้กำหนดให้มีการแบ่งประเภทของ

สารพันธุกรรมที่ได้มาไว้เป็น 2 ประเภทอย่างชัดเจน อันได้แก่ 1) สารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายในร่างกาย (Intimate Sample) หมายถึง ส่วนประกอบภายในร่างกาย จำพวกเลือด อสุจิ หรือสารคัดหลั่งอื่น ตลอดจน ปัสสาวะ หรือขนบริเวณอวัยวะสืบพันธุ์ รวมไปถึงประวัติทางพันธุกรรม และเนื้อเยื่อที่ได้จากร่างกาย แต่ไม่รวมถึงช่องปาก 2) สารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายนอกในร่างกาย (Non Intimate Sample) หมายถึง ส่วนประกอบภายนอกในร่างกาย จำพวกขนหรือผมที่ไม่ได้มาจากอวัยวะสืบพันธุ์ สิ่งที่ได้จากเล็บหรือใต้เล็บ เนื้อเยื่อที่มาจากช่องปากหรือส่วนใดในร่างกายที่ไม่ได้มาจากช่องปาก น้ำลาย ตลอดจน ลายเท้าหรือการพิมพ์ส่วนอื่นของร่างกายที่ไม่ใช่ลายพิมพ์นิ้วมือ รวมถึงแผลเป็นหรือรอยสัก (ณรงค์ ใจหาญ, และคณะ. 2553, หน้า 51) อันมีความแตกต่างจากกฎหมายไทยในปัจจุบันซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดประเภทของสารพันธุกรรมที่ได้มาไว้แต่ประการใด ส่งผลให้ขาดมาตรการที่เป็นกรกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ และอาจส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจตามกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสิทธิมนุษยชนที่นานาประเทศให้การยอมรับและปฏิบัติตาม

โดยการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมนี้ ถือเป็นมาตรการทางกฎหมายอย่างหนึ่ง ที่ส่งผลต่อการเกิดเงื่อนไขและระเบียบข้อบังคับของกฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาจากส่วนประกอบของร่างกาย ซึ่งถือเป็นขั้นตอนในทางปฏิบัติที่มีความชัดเจน เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เป็น บุคคลผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจ หรือวิธีการให้ได้มาซึ่งสารพันธุกรรม เป็นต้น ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้กฎหมายของประเทศไทยในกรณีการใช้ดุลพินิจในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้มีประสิทธิภาพและเกิดความยุติธรรมที่สุด ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรให้มีการกำหนดแบ่งแยกประเภทของการได้มาซึ่งสารพันธุกรรม โดยมีต้นแบบอ้างอิงมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ (มาตรา 65) และประเทศออสเตรเลีย (มาตรา 3) ที่มีการแบ่งแยกการได้มาซึ่งสารพันธุกรรมออกเป็น 2 ประเภท คือ สารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายในร่างกาย (Intimate Sample) และสารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายนอกในร่างกาย (Non Intimate Sample) เพราะการแบ่งแยกประเภทของการได้มาซึ่งสารพันธุกรรมดังกล่าวนี้ เป็นองค์ประกอบชนิดหนึ่งที่จะส่งเสริมทำให้เกิดขอบเขตและจำกัดการใช้อำนาจและดุลพินิจของพนักงานสอบสวนที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยได้ รวมถึงสามารถช่วยส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับ

2.2 การกำหนดขอบเขตอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการสั่งตรวจและเก็บสารพันธุกรรม

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และกฎหมายอื่นใดของประเทศไทย กลับไม่พบว่ามีความหมายใดที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดขอบเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนในการดำเนินการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมไว้อย่างชัดเจน พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจดำเนินการได้อย่างอิสระและเต็มที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีเหตุผลอันสมควร ภายใต้อำนาจของหลักการใช้

ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจดังกล่าวคงตั้งอยู่บนหลักการความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) (บรรเจิด สิงคะนติ, 2552, หน้า 273) หรือที่เรียกว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ของการใช้อำนาจหรือการใช้ดุลพินิจเพียงเท่านั้น ซึ่งถือเป็นหลักการที่มุ่งให้เกิดความสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับ กับประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งท้ายที่สุด หากเป็นการใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนได้เช่นเดียวกัน แต่ต่างจากกฎหมายต่างประเทศที่พบว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทั้งในการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรม และมีการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจในการตรวจและเก็บสารพันธุกรรมของพนักงานสอบสวนไว้อย่างชัดเจน อันถือเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ช่วยส่งเสริมให้กฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายมีประสิทธิภาพและเกิดความยุติธรรม ตลอดจน ช่วยลดผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้อีกประการหนึ่ง

โดยกรณีประเด็นปัญหาของการกำหนดขอบเขตอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการสังตรวจและเก็บสารพันธุกรรมของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งในประเด็นนี้สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ 1) การสังตรวจและเก็บสารพันธุกรรมจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี และ 2) การสังตรวจและเก็บสารพันธุกรรมจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี

1) การตรวจและเก็บสารพันธุกรรมที่มาจากบุคคลที่มีส่วนได้เสียในคดีหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในคดี ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะทำการแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีของการตรวจสารพันธุกรรมที่มาจากส่วนประกอบภายในร่างกาย (Intimate Sample) เป็นการตรวจที่ค่อนข้างกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นอย่างมาก หากไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่มีความชัดเจนและรัดกุม การตรวจดังกล่าวย่อมส่งผลเสียต่อผู้ที่ได้รับการตรวจ และอาจก่อให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งปัจจุบันอำนาจดังกล่าวอยู่ที่พนักงานสอบสวนเป็นหลัก ในกรณีปัญหานี้ การแก้ไขปัญหาก็เห็นควรให้มีการยกเลิกบทบัญญัติในการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานสอบสวนตามมาตรา 131/1 ในการสั่งให้ตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่รุกล้ำเข้าไปในร่างกาย โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลแต่เพียงผู้เดียว ตามมาตรา 244/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจสั่งให้กระทำการตรวจหรือเก็บอย่างไรก็ได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยให้เหมือนกับหลักกฎหมายมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ Crimes (Forensic Procedures) Act 2000 แห่งออสเตรเลีย ที่กำหนดให้ศาลสามารถออกหมายสั่งให้ดำเนินการตรวจส่วนประกอบจากร่างกายได้ไม่ว่าจะเป็นภายในหรือภายนอกร่างกาย และในส่วนของกฎหมายแคนาดาจะมีการกำหนดจากฐานความผิดซึ่งความผิดตามมาตรา 487.04 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา ศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ดำเนินการสั่งให้ตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์ หรือฐานความผิดอื่นนอกจากมาตรา 487.04 ศาลจะใช้ดุลพินิจในการดำเนินการสั่ง ซึ่งผู้ศึกษามองว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลเป็น

ผู้มีอำนาจดำเนินการสั่งตรวจนั้น เนื่องจากศาลเป็นหน่วยงานที่มีความเป็นอิสระสูง ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหน่วยงานใด จะเห็นได้จากการที่กฎหมายไทยได้กำหนดหลักความเป็นอิสระของศาลไว้ในรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2560 มาตรา 188 วรรค 2 “ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง” ไว้ ดังนั้นจึงยากต่อการเข้าถึงหรือถูกจูงใจให้ละเมิดจรรยาบรรณต่อหน้าที่ได้ ซึ่งต่างจากเจ้าพนักงานสอบสวนที่จะมีการดำเนินงานตามสายการบังคับบัญชาเป็นหลัก ซึ่งมักจะถูกชักจูงและสามารถเข้าถึงได้ง่ายกว่า หากเปรียบเทียบกับกรดำเนินงานของศาล (สำนักงานชาวไทยรัฐ. 2553) ดังจะเห็นได้จากกรณีคดี “บอส” นายวรยุทธ อัญญาวิทยา ที่มีการแทรกแซงและใช้อำนาจหน้าที่ ที่มีขอบด้วยกฎหมายเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ใด ๆ ในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

สำหรับกรณีการตรวจสารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายนอกร่างกาย (Non Intimate Sample) นั้น ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมาตรา 63 (3) แห่งพระราชบัญญัติ Police and Criminal Evidence Act 1984 ซึ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษเจ้าพนักงานสอบสวนสามารถใช้กำลังเพื่อให้ได้มาซึ่งสารพันธุกรรมประเภทนี้ได้อีกด้วยหากผู้นั้นไม่ยินยอม ทั้งบางกรณีอาจไม่ต้องขอความยินยอมจากบุคคลที่ได้รับการตรวจก็ได้ เช่น หากเป็นความผิด recordable offence (ความผิด Recordable offences ซึ่งระบุไว้ใน The National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000 เช่น nuisance communications (phone calls, letters) การสื่อสารที่ก่อความรำคาญ, firearms, air weapons, knives ความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืนหรือมีด, causing harm or danger to children ความผิดที่ก่อให้เกิดอันตรายกับเด็ก, drunkenness ความเมา, poaching รุกป่า, failing to provide a specimen of breath ปฏิเสธไม่ให้ตรวจลมหายใจ, หรือ taking a pedal cycle without owner's consent เป็นต้น) และไม่สามารถหาส่วนประกอบในร่างกายในชั้นสอบสวนหรือหามาได้แต่ไม่เพียงพอหรือใช้ไม่ได้ เป็นต้น และกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งระบุไว้ในส่วนที่ 4 มาตรา 17-18 (Non-intimate forensic procedures on suspects by order of senior police officer) แห่งพระราชบัญญัติ Crimes (Forensic Procedures) Act 2000 ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจและเก็บสารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายนอกร่างกาย เนื่องจากการตรวจเก็บที่ไม่สร้างผลกระทบและสร้างความเจ็บปวดให้แก่ตัวผู้ถูกตรวจน้อยที่สุดหรือรบกวนร่างกายเพียงเล็กน้อย ทั้งเป็นวิธีการที่ยากต่อการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าพนักงานสอบสวน ผู้ศึกษาเห็นว่า ในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการตรวจที่ไม่ถือว่าการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเท่าใดนักและก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุด หากเทียบกับกรณีการตรวจสารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายในร่างกาย (Intimate Sample) ที่ต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิจากการรुक้าเข้าสู่ร่างกาย จึงเห็นควรให้พนักงานสอบสวนยังมีอำนาจที่จะดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานในกรณีดังกล่าวได้ตามมาตรา 131/1 ได้ทันที เพื่อเป็นการลดภาระของศาล ทั้งนี้ให้กำหนดเป็นเฉพาะกรณีไปเหมือนของต่างประเทศ

2) กรณีการตรวจและเก็บสารพันธุกรรมจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี ซึ่งตามกฎหมายของไทย มาตรา 131/1 ที่กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนสามารถเรียกให้บุคคลภายนอกมาทำการตรวจได้นั้น ถือเป็นกรณการดำเนินการที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลรูปแบบหนึ่ง อีกทั้งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของพนักงานสอบสวนย่อมมีความโน้มเอียงต่อการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบได้มากกว่าและอาจถูกแทรกแซงได้ง่าย หากใช้ดุลพินิจไม่ถูกต้องย่อมอาจเกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลมีหน้าที่เป็นองค์กรหลักที่ให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรม รวมถึงเป็นองค์กรกลางที่สร้างสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงควรเป็นอำนาจของศาลที่จะสั่งให้บุคคลภายนอกมาดำเนินการตรวจเก็บสารพันธุกรรมมากกว่าเป็นคำสั่งของพนักงานสอบสวน แม้ว่าบุคคลภายนอกจะให้ความร่วมมือแก่เจ้าพนักงานในการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมอยู่แล้ว แต่มิใช่เหตุจำเป็นเร่งด่วนที่จะระมัดระวังได้ พนักงานสอบสวนควรทำการขออำนาจจากศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลภายนอกมาดำเนินการตรวจดังกล่าว ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรกำหนดให้การกระทำของบุคคลภายนอก ควรเป็นอำนาจของศาลในการสั่งให้บุคคลภายนอกมาดำเนินการตรวจสารพันธุกรรมเพื่อใช้ประกอบเป็นพยานหลักฐานในคดีแทนคำสั่งที่มาจากพนักงานสอบสวน โดยให้พนักงานสอบสวนขอคำสั่งจากศาลในการดำเนินการตรวจ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางแนวบรรทัดฐานเอาไว้ในคดี Edward Honaker (Edward Connors. 1996, pp.57-59) ไว้ในกรณีแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายบุคคลภายนอกคดี โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจเรียกบุคคลภายนอกได้แต่เพียงผู้เดียว (ราณี ถนอมปัญญารักษ์. 2548, หน้า 44-45)

หากกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจและเก็บสารพันธุกรรมให้เป็นไปได้กล่าวมาข้างต้น ย่อมจะส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยมีความยุติธรรมและเป็นกลางมากยิ่งขึ้น อีกทั้งเป็นการถ่วงดุลอำนาจมิให้พนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจใช้ดุลพินิจไปในทางที่มีชอบด้วยกฎหมายอย่างไรก็ตาม ปัจจุบันการตรวจและเก็บสารพันธุกรรมของประเทศไทยยังคงตั้งอยู่บนหลักการของความยินยอมเป็นสำคัญ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรกำหนดข้อยกเว้นให้เฉพาะบางกรณีหรือบางฐานความผิดที่เจ้าพนักงานสอบสวนมีอำนาจในการดำเนินการตรวจเก็บสารพันธุกรรมได้ ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไปนี้ ที่ให้อำนาจพนักงานสอบสวนดำเนินการส่งตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากบุคคลที่เป็นผู้ต้องหา โดยนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 132 แห่งประมวลวิธีพิจารณาความอาญามาบังคับใช้ในส่วน of มาตรา 131/1 ในกรณีของการดำเนินการของพนักงานสอบสวน เพราะมาตรา 132 กฎหมายให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมหากเป็นผู้ต้องหา เพื่อวัตถุประสงค์ในการหาพยานหลักฐานหรือร่องรอยที่ปรากฏอยู่บนตัวของผู้ต้องหาที่เกิดจากการกระทำความผิด ทั้งนี้ จะต้องเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานจากภายนอกร่างกาย (Non Intimate Sample) เท่านั้น เช่น ดึงเส้นผม ขูดจากกระพุ้งแก้ม เป็นต้น เพราะตามมาตรา 132 มีลักษณะเป็นการค้นตัวบุคคลทั่ว ๆ ไปที่ยังไม่มีการรูดเสื้อผ้าร่างกาย เหมือนการเจาะเลือดที่ต้องรูดเสื้อผ้าเข้าไปใน

ร่างกายของบุคคลนั่นเอง ซึ่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้ใช้วิธีเก็บจากเนื้อเยื่อกระพุ้งแก้มได้หากเป็นบุคคลที่ยังมิได้ถูกศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิด โดยให้เหตุผลว่า การเก็บจากเนื้อเยื่อข้างแก้มเป็นวิธีที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยและไม่ถือว่าเป็นการรบกวนร่างกายแม้แต่น้อยตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หากเทียบกับการเก็บจากเลือดหรือส่วนประกอบภายในร่างกาย (Eric H. Holder) จากกรณีดังกล่าว ผู้ศึกษามองว่า แม้การตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมในร่างกายจะเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนนี้ คือ บรรดาซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด รัฐหรือผู้มีอำนาจออกกฎหมายต้องไม่พรากสิทธิดังกล่าวไปจากบุคคล และจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิให้แก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกันภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐที่ตนอยู่ โดยมีได้แบ่งแยก เชื้อชาติ ศาสนา (คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ (คอ.นธ.). 2558, หน้า 13) แต่การที่บุคคลคนหนึ่ง (ผู้ต้องหา) ได้กระทำการลิดรอนสิทธิของผู้อื่น (ผู้เสียหาย) ก่อน รัฐย่อมไม่อาจทำการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ที่ทำการละเมิดได้ กล่าวคือ การกระทำของรัฐที่จะทำการตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมของบุคคลผู้ทำการกระทำความผิด (ผู้ลิดรอนสิทธิบุคคลอื่น) แม้การดำเนินการของรัฐเป็นการละเมิดสิทธิของผู้กระทำความผิด รัฐย่อมสามารถทำได้โดยที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจนำเรื่องแนวคิดของหลักนิติธรรมมาใช้เป็นข้ออ้างเพื่อไม่ให้รัฐดำเนินการตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรม เพราะหลักนิติธรรมมีไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกบุคคลหนึ่งกดขี่ ข่มเหง หรือลิดรอนสิทธิ เมื่อผู้กระทำความผิดลิดรอนสิทธิบุคคลอื่นก่อน หลักนิติธรรมย่อมมีอาจคุ้มครองผู้กระทำความผิดในเรื่องดังกล่าวได้อีก และ แม้ว่าการดำเนินการของรัฐจะถือเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดที่ถูกตรวจ แต่หากเป็นการดำเนินการที่ทำเพื่อประโยชน์สุขแก่สาธารณะและไม่เกินความจำเป็น (ทักษิณีย์ ชื่อเสียง. 2556, หน้า 13-14) จึงถือได้ว่าการกระทำของรัฐเป็นการดำเนินการที่ยังอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และสามารถเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หากอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายกำหนด

2.3 การตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมในกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วน

หากพิจารณาถึงกฎหมายการแสวงหาพยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายไทย ในกรณีที่เกิดความจำเป็นเร่งด่วน พบว่าไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียงเท่าใดนัก เพียงแต่ก็ไม่ได้บัญญัติห้ามให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจดำเนินการใช้ดุลพินิจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมในกรณีเร่งด่วนแต่ประการใด ซึ่งการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมในกรณีเร่งด่วนนั้น หากไม่มีกำหนดกรอบอำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว ย่อมอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้โดยง่าย หากเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษนั้น จะเห็นว่า ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดว่า ต้องอยู่ในรูปแบบของการขออำนาจสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าพนักงานที่มียศระดับสูงมากกว่าสารวัตรขึ้นไปหรือเทียบเท่า

หรือกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีระดับไม่ต่ำกว่า inspector (ผู้ตรวจการ หรือ สารวัตร) ดำเนินการตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์ได้ อันเป็นการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน อันถือเป็นมาตรการขั้นพื้นฐานที่ช่วยคลี่คลาย และเพื่อเป็นขอบเขตในการจำกัดอำนาจเพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้อีกประการหนึ่ง

สำหรับกฎหมายไทย เมื่อเกิดกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลดำเนินการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมได้ ไม่ว่าจะป็นกรณีของการตรวจสารพันธุกรรมจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในคดี หรือกรณีการตรวจสารพันธุกรรมของบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีนั้น ในกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรกำหนดขอบเขตอำนาจให้แก่พนักงานสอบสวนโดยจำกัดเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยไว้เนิ่นช้าไปอาจมีผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงของพยานหลักฐานในคดี (ทั้งนี้ให้เจ้าพนักงานสอบสวนสามารถดำเนินการตรวจเก็บหลักฐานจากสารพันธุกรรมได้ตั้งแต่ฐานความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี ภายใต้มาตรา 131/1 เช่นเดิม เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมให้ต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น) ซึ่งการตรวจสารพันธุกรรมอันมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนนั้น ต้องอยู่ในรูปแบบของการขออำนาจสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าพนักงานที่มียศระดับสูงมากกว่าสารวัตรขึ้นไปหรือเทียบเท่าเช่นเดียวกับกฎหมาย PACE ของประเทศอังกฤษ มาตรา 62 หรือ กฎหมาย The Crimes (Forensic Procedures) Act 2000 ของประเทศออสเตรเลีย ในส่วนที่ 4 มาตรา 17-21 ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีระดับไม่ต่ำกว่า inspector (ผู้ตรวจการ หรือ สารวัตร) ดำเนินการตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์ได้ ผู้ศึกษามองว่าสาเหตุที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ในระดับนี้สามารถดำเนินการตรวจได้นั้น เพราะ เจ้าพนักงานตั้งแต่ระดับนี้ขึ้นไปจะสำเร็จหลักสูตรวิชาจากโรงเรียนนายร้อยตำรวจ รวมถึงในบางคนมีการสำเร็จหลักสูตรจากเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งถือได้ว่าเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจในด้านวิชากฎหมายในระดับที่ดี เพราะเรื่อง การแสวงหาพยานหลักฐานที่มาจากร่างกายของบุคคล จะเกี่ยวพันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยเฉพาะสิทธิในเนื้อตัวร่างกายอันเป็นเรื่องละเอียดอ่อน หากมีการก้าวล่วงละเมิดในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลนั้นโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือกระทำการอันที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ ย่อมส่งผลกระทบต่อรับฟังพยานหลักฐานในคดีและอาจมีผลกระทบต่อหน้าที่ได้ กล่าวคือ อาจถูกลงโทษ หรือ ถูกฟ้องร้อง เป็นต้น ประกอบกับต้องมีการทำบันทึกข้อความถึงเหตุที่ขอทำการตรวจและมีพยานไม่ต่ำกว่า 2 คนร่วมลงนามรับรองการกระทำของเจ้าพนักงานสอบสวนในขณะแจ้งสิทธิอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1 มาตรา 134/1 มาตรา 134/3 มาตรา 134/4 และมาตรา 135 แก่ผู้ต้องหา และทำเป็นสำเนามอบไว้ให้แก่ผู้ต้องหาที่ทำการตรวจด้วย เพื่อสร้างหลักประกันว่าเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการอย่างตรงไปตรงมาครอบคลุมและซื่อสัตย์ ให้เสมือนกฎหมาย The Crimes (Forensic Procedures) Act 2000 ในส่วนที่ 7 B มาตรา 75Z ของประเทศออสเตรเลียและกฎหมาย The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) มาตรา 62-63 ของประเทศอังกฤษที่ทั้งสอง

ประเทศได้กำหนดรูปแบบการขอความยินยอมในการตรวจและเก็บสารพันธุกรรมที่กำหนดให้เจ้าพนักงานระดับสูงเป็นผู้มีอำนาจสั่งตรวจและเป็นผู้กำกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปอีก คือ กรณีใดถือเป็นเหตุแห่งความจำเป็นที่ถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องดำเนินการขอศาลเพื่อที่จะดำเนินการตรวจสารพันธุกรรมตามที่ผู้ศึกษาได้เสนอไปข้างต้นนั้น ซึ่งในกรณีนี้ คำว่า “ความจำเป็น” ในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมนี้ กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาให้นิยามไว้ในเรื่องของการค้นหรือยึดโดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาต ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ให้ความยินยอมแก่เจ้าพนักงานของรัฐให้กระทำได้ เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ที่ระบุเรื่องการค้นและการยึดต้องกระทำอย่างมีเหตุอันสมควร ซึ่งคำว่า “ค้น” หรือ “ยึด” ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีได้ระบุขอบเขตถึงความหมายของคำว่าค้นหรือยึด เมื่อมีได้ระบุไว้จึงมีความหมายอย่างกว้าง ไม่ว่าจะค้นทรัพย์สิน ค้นบุคคล อาจรวมถึงการค้น ยึด หรือแสวงหาส่วนประกอบในร่างกายของตัวบุคคลรวมไปด้วย (มานิตย์ จุมปา, และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. 2552, หน้า 159) โดยได้วางเงื่อนไข คือ ต้องกระทำโดยมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องหาหรือสิ่งใด ๆ อยู่ในร่างกายซึ่งเป็นพยานหลักฐานในคดี และก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุด โดยพิจารณาว่ากรณีใดที่ถือว่ามีความเหตุอันควรสงสัย (โปรดดูคดี United States v. Cortez, 449 U.S. 411 (1981) และคดี State v. Guzy, 407 N.W.2d 548 (1987) ประกอบ) สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้ (ณรงค์ ใจหาญ, และคณะ. 2553, หน้า 64-65) เช่น ลักษณะเฉพาะของผู้กระทำผิดหรือยานพาหนะ สถานที่ที่พบผู้กระทำผิด โดยคาดการณ์จากเวลาที่เกิดการกระทำผิดและเวลาที่เจ้าพนักงานเข้าไปในบริเวณสถานที่เกิดเหตุ ข้อผิดสังเกตของบุคคล ลักษณะของผู้ต้องสงสัย ความร้ายแรงของความผิด ความยินยอมของผู้ถูกตรวจค้น หรือเพื่อความปลอดภัยของสาธารณะและประโยชน์แก่คนในสังคม เป็นต้น

ทั้งนี้ หลักการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยคำว่า “ความจำเป็น” กฎหมายไทยมิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนหรือเฉพาะเจาะจง แต่จะอยู่ในรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นข้อยกเว้นให้ไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนปกติเนื่องด้วยมีเหตุความจำเป็นเร่งด่วน เช่น กรณีการจับโดยที่ไม่ต้องมีหมายจับ ตามมาตรา 78 หรือกรณีของการสืบพยานก่อนฟ้อง ตามมาตรา 237 ทวิ เป็นต้น จากรูปแบบข้างต้นจะเห็นว่า เหตุที่กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นไม่ให้อปฏิบัติตามขั้นตอนตามปกติ มีเหตุผลเบื้องหลังมาจากการที่หากปล่อยให้เนิ่นช้า อาจก่อให้เกิดความเสียหายในการดำเนินคดี ประกอบกับอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมได้ จึงส่งผลให้เกิดการบัญญัติมาตรการต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่กรณีที่มีเหตุแห่งความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อที่จะสามารถบังคับใช้ให้เกิดความยุติธรรมและเป็นธรรมได้มากที่สุด

ดังนั้น การจับโดยที่ไม่ต้องมีหมายจับ ตามมาตรา 78 หรือการสืบพยานก่อนฟ้อง ตามมาตรา 237 ทวิ นั้น ผู้ศึกษาจึงพออนุมานถึงเหตุแห่งความจำเป็นเร่งด่วนตามกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้ในกรณีของการตรวจสารพันธุกรรมได้ คือ การที่พนักงานสอบสวนจะดำเนินการตรวจหรือเก็บพยานหลักฐานจาก

สารพันธุกรรมแต่ไม่สามารถที่จะดำเนินการขอศาลหรือปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดได้ตามปกติ อันเนื่องจากสาเหตุที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า พยานบุคคลที่จะต้องตรวจสอบสารพันธุกรรมจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือหากปล่อยให้เนิ่นช้าไป อาจทำให้พยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมเสื่อมสภาพ หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดอันเป็นการยากแก่การตรวจและเก็บพยานสารพันธุกรรมในกายภาคหน้า พนักงานสอบสวนย่อมสามารถดำเนินการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมได้ทันที แต่ต้องกระทำโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องหาหรือบุคคลใดมีสิ่งใด ๆ อยู่ในร่างกายซึ่งเป็นพยานหลักฐานในคดี และต้องกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดอีกด้วย

ส่วนประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาอีก คือ จะกระทำประการใดให้เหมาะสมและก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดนั้น ในกรณีนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีที่ต้องกระทำโดยวิธีการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุด ควรกำหนดให้เฉพาะกรณีที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสารเสพติด และตรวจหาแอลกอฮอล์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ ในการตรวจจากผู้เสียหายเท่านั้น ที่ให้เจ้าพนักงานสามารถถูกล้ำในส่วนองภายในร่างกายได้โดยต้องใช้วิธีการเจาะจากเลือด หรือตรวจจากภายในอวัยวะเพศ เพราะเป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนหากปล่อยเวลาให้เนิ่นช้าไปจะทำให้ไม่อาจหาค่าแอลกอฮอล์ในร่างกายได้ หรือไม่อาจหาสารคัดหลั่งในกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศได้ นอกเหนือจากความผิดดังกล่าวให้ใช้วิธีการตรวจจากกระพุ้งแก้มหรือติ่งจากผม เนื่องจากเป็นวิธีการที่ไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดและถือว่าไม่ละเมิดในสิทธิเนื้อตัวร่างกายของบุคคลมากเกินไปสมควร จึงอาจกล่าวได้ว่าการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมจากเนื้อตัวร่างกาย ทั้งในกรณีที่ได้สารพันธุกรรมมาจากภายในร่างกายหรือสารพันธุกรรมที่ได้มาจากภายนอกร่างกายก็ตาม ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหมาะสมเพียงพอ อันจะไม่สร้างผลกระทบหรือสร้างความเสียหายแก่ตัวผู้กระทำความผิด ทั้งการตรวจพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมควรตรวจเฉพาะมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเพียงเท่านั้น หากดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดอันมิใช่เพื่อการพิสูจน์ความผิด ย่อมถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจกระทำได้ทั้งสิ้น

สรุปผลการวิจัย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และ มาตรา 244/1 ถือเป็นบทบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมหรือทางนิติวิทยาศาสตร์ รวมถึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวน (131/1) และ ศาล (244/1) ในการดำเนินการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมเท่านั้น นอกเหนือจากทั้งสองมาตรานี้ที่กล่าวมา ในปัจจุบันไม่ปรากฏว่ามีมาตรการทางกฎหมายในการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมไว้อย่างชัดเจน รวมถึงไม่มีการกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดในการแสวงหาพยานหลักฐานจาก

สารพันธุกรรมแต่ประการใด ซึ่งอาจส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมของพนักงานสอบสวนกระทบกระเทือนต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ที่ได้รับการตรวจและเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรมอย่างร้ายแรง และอาจก่อให้เกิดการใช้ดุลพินิจเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ อันสืบเนื่องมาจากการเกิดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว

อภิปรายผลการวิจัย

ผู้ศึกษาอภิปรายผลการศึกษาค้นคว้าแยกตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย ดังนี้

1. จากข้อค้นพบ ปัญหาในการตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรม ในกรณีการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในกฎหมายไทยไม่ว่าเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 และ 244/1 อันเป็นหัวใจสำคัญของเรื่องดังกล่าวและกฎหมายพิเศษอื่นใด กลับไม่มีการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมที่ได้มาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในปัจจุบันกลับมีเพียงการบัญญัติถึงวิธีการและขั้นตอนของการตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมเพียงเท่านั้น จึงส่งผลให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย อันเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานใช้ดุลพินิจที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ถูกตรวจและเก็บสารพันธุกรรม และจากมูลเหตุดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาที่พนักงานสอบสวนใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบได้

2. จากข้อค้นพบ การตรวจและเก็บพยานหลักฐานที่มาจากสารพันธุกรรมในต่างประเทศ ได้มีการบัญญัติกฎหมายให้มีการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมไว้อย่างชัดเจน รวมถึงได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ข้อกฎหมายในขั้นตอน เงื่อนไข หรือการกำหนดกรอบอำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐาน ทั้งในกรณีสถานการณ์ปกติและในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนไว้ของพนักงานสอบสวนอย่างชัดเจน เพื่อป้องกันการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และเพื่อป้องกันการใช้ดุลพินิจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมไปในทางแสวงหาประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงควรมีการเพิ่มเติม ปรับปรุง แก้ไข บทบัญญัติกฎหมายของไทยให้มีการแบ่งแยกประเภทของสารพันธุกรรมที่ได้มา รวมไปถึงกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจำกัดขอบเขตหรือขอบอำนาจในการดำเนินการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนให้มีความชัดเจน เพื่อเป็นการลดการใช้อำนาจที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมิชอบ และเพื่อใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการสั่งตรวจและเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรมให้มีความสมบูรณ์และมีมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะเพื่อการนำผลการวิจัยไปใช้

1. ควรนำผลที่ได้จากการวิเคราะห์งานวิจัยนี้ทำการศึกษาต่อยอดพัฒนาในการพัฒนา ปรับปรุงแก้ไข และเพิ่มเติมกฎหมายในกรณีการแบ่งแยกประเภทของการได้มาซึ่งสารพันธุกรรม ออกเป็น 2 ประเภท คือ สารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายในร่างกาย (Intimate Sample) และ สารพันธุกรรมที่ได้มาจากส่วนประกอบภายนอกในร่างกาย (Non Intimate Sample) เพื่อเป็นการวางขอบเขตให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐในการใช้อำนาจในการตรวจเก็บพยานหลักฐานจากสารพันธุกรรม

2. ควรยกเลิกบทบัญญัติในการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานสอบสวนตามมาตรา 131/1 ในการส่งตรวจพิสูจน์บุคคลโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่รุกร้าเข้าไปในร่างกาย เช่น เจาะเลือด ผ่าตัด หรือวิธีอื่นใด ในลักษณะที่รุกร้าเข้าไปในร่างกายรวมถึงอำนาจเรียกบุคคลภายนอกมาดำเนินการ ตรวจเก็บตัวอย่างสารพันธุกรรม แต่กำหนดให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจสั่งตรวจและเรียกบุคคลภายนอกมาดำเนินการแทนเจ้าพนักงานสอบสวน ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่มี “เหตุอันสมควรหรือเหตุจำเป็นเร่งด่วน” สามารถให้เจ้าพนักงานสอบสวนมีอำนาจดำเนินการสั่งตรวจพยานหลักฐานจากร่างกายได้

เอกสารอ้างอิง

คมสัน สุขมาก. (2559). หลักนิติธรรมกับการอำนวยความสะดวกธรรมชาติทางอาญาของพนักงานสอบสวน.

วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย, 8 (1), 361-389.

จิรนิติ หะวานนท์. (2544). สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2553). รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การค้นตัว

บุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาชาติ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

ทักษิณีย์ ชื่อเสียง. (2556). การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล : ศึกษากรณีการจัดเก็บพยานหลักฐาน

DNA. ปริญญาานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ:

วิญญูชน.

บวรศักดิ์ อวรรณโณ. (ม.ป.ป.). คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ภาค 1 หลักทั่วไป ภาค 2 ความเป็น

กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์ และเผ่าพันธุ์ ขอบน้ำตาล. (2553). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แห่งประเทศไทย. นนทบุรี: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์.

ปัญญา อุดชาชน. (2557). หลักประชาธิปไตยเรื่อง: สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลัก

ประชาธิปไตย. วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, 5 (1), 1-32.

พระราชบัญญัติการระบุ DNA แห่งแคนาดา (DNA Identification Act). สืบค้นเมื่อ 12 มิถุนายน

2562, จาก <https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/D-3.8/index.html>.

- พระราชบัญญัติว่าด้วยตำรวจและอาชญากรรม พ.ศ. 2527 แห่งอังกฤษ (The Police and Criminal Evidence Act 1984).** สืบค้นเมื่อ 12 มิถุนายน 2562, จาก <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>.
- พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางนิติวิทยาศาสตร์แห่งออสเตรเลีย (Crimes Forensic Procedures Act 2000 No 59).** สืบค้นเมื่อ 12 มิถุนายน 2562, จาก <https://www.legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-2000-059#statusinformation>.
- มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2552). **รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา : คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ราณี ถนอมปัญญารักษ์. (2548). **หลักเกณฑ์การนำลายพิมพ์ดีเอ็นเอมาใช้ในคดีข่มขืนกระทำชำเรา.** ปริญญาานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รุ่งนภา แสนละมะ. (2552). **การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายผู้ต้องหา: ศึกษารณีกิจการตรวจวัดระดับแอลกอฮอล์ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522.** ปริญญาานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รัชนี้ แดงอ่อน. (2560). **มาตรการทางกฎหมายในการพัฒนาฐานข้อมูลดีเอ็นเอแห่งชาติ และสิทธิความเป็นส่วนตัว: แนวทางในการตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ในประเทศไทย.** วารสารการเมือง การบริหาร และ กฎหมาย, 9(2), 579-611.
- สราวุธ เบญจกุล. (2560). **หลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์กับกระบวนการยุติธรรม,** สืบค้นเมื่อ 18 ตุลาคม 2562, จาก <http://www.library.coj.go.th/EbookInfo/index/3932>.
- สำนักงานข่าวช่อง 7. (2563). **เปิด 10 ข้อบกพร่อง ตำรวจทำคดี บอส อยู่วิทยา.** สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2563, จาก <https://news.ch7.com/detail/430977>.
- สำนักงานข่าวไทยรัฐ. (2553). **ตำรวจ – ความยุติธรรมเบื้องต้นที่ต้องปฏิรูปด่วน,** สืบค้นเมื่อ 17 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.thairath.co.th/content/99484>.
- Edward Connors. (1996). **Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial.** Retrieved February 1, 2020, from <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/dnaevid.pdf>.
- Eric H. Holder (Jr. Attorney General). (n.d.). **DNA Sample Collection from Federal Arrestees and Defendants** Retrieved October 23, 2019, from <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2010/11/19/ag-memo-dna-collection111810.pdf>.