

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับการค้ำ การยึดหรืออายัดทรัพย์สิน และหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

การปกครองของรัฐสมัยใหม่ที่ได้ชื่อว่าเป็น “รัฐเสรีประชาธิปไตย” ที่มีการปกครองโดยยึดหลักประชาธิปไตยนั้น ต่างมุ่งประกันความมั่นคงในนิติฐานะของประชาชนและสิทธิของประชาชนในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ประกอบกับรัฐเสรีประชาธิปไตยได้พัฒนาเจริญก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรการการยึดหรืออายัดทรัพย์สินอันเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลัก เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้เขียนจึงได้กล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครอง อันเนื่องจากการทำศึกษาในครั้งนี้ เป็นเรื่องของการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรการการยึดหรืออายัดทรัพย์สินอันเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลัก เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้เขียนจึงได้กล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครอง อันเนื่องจากการทำวิจัยในครั้งนี้ เป็นเรื่องของ การใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความจำเป็นต้องนำทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และหลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาถึงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว โดยมีเนื้อหาและรายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายการฟอกเงิน

ในปัจจุบันแนวความคิดเกี่ยวกับรูปแบบการทำความผิดของอาชญากรรม มีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาขึ้นเป็นลำดับจากอาชญากรรมธรรมดาที่เกิดขึ้นภายในประเทศและเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจำนวนไม่มาก หรืออาชญากรรมต่างๆ ไปก็พัฒนาไปสู่อาชญากรรมข้ามชาติที่มีผลประโยชน์มหาศาลมีการดำเนินการในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมมีการแบ่งงานหน้าที่

รับผิดชอบ มีเครือข่ายเพื่อการติดต่อประสานงานกันในหลายๆ ประเทศเพื่อก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวกับสิ่งผิดกฎหมายโดยมุ่งหวังให้ได้เงินจำนวนมหาศาลเป็นผลตอบแทน เงินเหล่านี้จะถูกนำไปผ่านกระบวนการเปลี่ยนแปลงสภาพในหลายๆ รูปแบบเพื่ออำพรางแหล่งที่มาของเงินที่ได้จากเงินที่ได้มาไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นเงินที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเรียกว่าการฟอกเงิน ในที่สุดเงินเหล่านั้นจะย้อนกลับไปเป็นเงินทุน เพื่อประกอบอาชญากรรมขึ้นมาอีกเป็นวงจรการประกอบอาชญากรรมที่ขาดต่อการจับกุมปราบปรามการฟอกเงินจึงถูกพัฒนาขึ้นเพื่อสกัดกั้นให้มีการนำเงินที่ได้จากการกระทำความผิดไปทำการฟอก โดยมีมาตรการจัดการกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเหล่านั้น¹

นอกจากการที่กำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งใช้บังคับเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำอันเป็นความผิดในประเทศไทย ยังมีขอบเขตอันจำกัดไม่ครอบคลุมการกระทำใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการฟอกเงินโดยตรงจึงมีแนวความคิดว่าควรให้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการฟอกเงินเพื่อกำหนดความผิดอันเกี่ยวกับการฟอกเงินอย่างชัดเจน ในการพิจารณาว่าสาระสำคัญของกฎหมายฟอกเงินของประเทศไทยจะมีลักษณะเป็นอย่างไร ต้องคำนึงถึงแนวความคิดต่างๆ อันเกี่ยวกับหลักการกำหนดความผิดว่าด้วยการฟอกเงิน

ตามกฎหมายที่กำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา นักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ได้นำทฤษฎีการสมคบกัน (conspiracy theory) และทฤษฎีการช่วยเหลือและสนับสนุน (aiding and abetting theory) มาประกอบแนวคิดเรื่องการฟอกเงิน อันมีสาระสำคัญดังนี้

2.1.1 ทฤษฎีการสมคบกัน (conspiracy theory)

ได้มีนักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้นำเอาทฤษฎีการสมคบกันมาประกอบด้วยแนวคิดเรื่องการฟอกเงิน โดยทฤษฎีการสมคบกันนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการกระทำความผิดอาญา ที่ว่า “ผู้ที่ทำการสมคบกันต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับตัวการ”² โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายความผิดพื้นฐานของการสมคบกันกระทำความผิดทางอาญาที่ว่า “บุคคลที่ร่วมในการสมคบกันจะต้องมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับตัวการ” นอกจากนี้ Pinkerton Rule วางหลักไว้ให้ถือว่า ผู้ร่วมสมคบกันร่วมกระทำความผิด ต่อการกระทำของผู้ร่วมสมคบกันอย่างไม่จำกัดและการให้ความช่วยเหลือในการสมคบยอมจะทำให้กลายเป็นกลุ่ม ทั้งนี้ตามข้อตรรกวิทยาที่ว่า การก่อตั้งมีที่มาจาก

¹ สีหนาท ประยูรรัตน์. (2547). *ความคิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกับมาตรการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพลในประเทศไทย*. หน้า 4-6.

² สีหนาท ประยูรรัตน์. แหล่งเดิม. หน้า 4-9.

การตกลง และการตกลงนำไปสู่การสมคบกัน และการสมคบกันก่อให้เกิดความรับผิดเช่นเดียวกับตัวการ³

นอกจากนี้ ยังมีแนวความคิดเพิ่มเติมที่ว่า การกระทำความผิดเกิดขึ้น เมื่อบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำความผิดหรือน้อยลต่อสหรัฐ โดยให้ถือว่าสหรัฐอเมริกาเป็นผู้เสียหาย และเพื่อจะพิสูจน์ความผิดต้องแสดงให้เห็นว่า

- 1) มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกัน หรือตกลงจะกระทำความผิดหรือน้อยล และ
- 2) ต้องมีลักษณะที่ผู้สมคบกันมีการกระทำอันแสดงออก เพื่อจะบรรลุวัตถุประสงค์ของการสมคบกัน

ดังนั้น การสมคบกันต้องมีการตกลงกันที่จะกระทำความผิดโดยการกระทำนั้นต้องมีการแสดงออกมาอันไปสู่การบรรลุข้อตกลง ถ้าหากไม่สามารถฟ้องร้องในความผิดฐานฟอกเงิน ก็อาจฟ้องในข้อหาสมคบกันกระทำความผิด ตลอดจนการสมคบกันไม่ต้องการการกระทำถึงขั้นสำเร็จแต่ต้องการกระทำการอันเป็นความผิด

ความรับผิดของผู้ร่วมสมคบกระทำผิดตามกฎหมายไทย การสมคบกระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดลักษณะที่มีบุคคลหลายคนเกี่ยวข้องกัน ซึ่งในการเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดนั้น ผู้กระทำผิดอาจร่วมตกลงเพื่อกระทำความผิด เพียงอย่างเดียว หรือได้ตกลงเพื่อกระทำความผิดด้วย หรือเป็นเพียงแต่ให้ความช่วยเหลือให้ความสะดวกในการสมคบกันกระทำความผิดก็ได้ ซึ่งความรับผิดของผู้เกี่ยวข้องกับความผิดในลักษณะดังกล่าว แยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

- 1) กรณีเข้าร่วมตกลงเพื่อกระทำความผิดและได้กระทำความผิดตามที่ตกลงนั้นด้วย เมื่อบุคคลได้เข้าร่วมตกลงกับบุคคลอื่น เพื่อกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ บุคคลนั้นย่อมต้องรับผิดในความผิดฐานสมคบและเมื่อได้กระทำความผิดวัตถุประสงค์ของการตกลงกันนั้นก็ย่อมต้องรับผิดตามวัตถุประสงค์ของการตกลงเป็นอีกกระทงหนึ่ง และเมื่อได้กระทำอันเป็นกบฏก็ต้องรับผิดในความผิดฐานกบฏอีกกระทงหนึ่งต่างหากด้วย เป็นต้น

- 2) กรณีเข้าร่วมตกลงเพื่อกระทำความผิดแต่ไม่ได้กระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ของการตกลงนั้น เมื่อบุคคลได้เข้าร่วมตกลงเพื่อกระทำความผิดจึงมีความผิดฐานสมคบ และแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีได้กระทำความผิดตามที่ตกลงนั้นก็ตามกฎหมายก็บัญญัติเป็นพิเศษให้บุคคลนั้นต้องรับผิดในทางอาญาเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นซึ่งความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ แตกต่างจากความผิดทางอาญาโดยทั่วไป คือ บุคคลผู้ต้องรับผิดมิได้เป็นผู้กระทำหรือละเว้นกระทำ แต่ต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งได้ก่อให้เกิดผลร้ายขึ้น ความรับผิดดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขแห่งการ

³ ไชยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 59-60.

ลงโทษทางภาวะวิสัย โดยบุคคลจะต้องรับโทษเมื่อมีผลอันหนึ่งอันใดเกิดขึ้นตามกฎหมายกำหนดเท่านั้น

หลักความรับผิดชอบจากการกระทำของผู้อื่นนี้ใช้หลักของกฎหมายอาญาโดยตรง แต่เป็นการนำหลักกฎหมายแพ่ง เรื่อง ตัวการตัวแทนมาใช้ในกฎหมายอาญา โดยอาศัยหลักอย่างเดียวกับกรณีนิติบุคคลหรือผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบต่อสิ่งที่ผู้ทำการแทนนิติบุคคลนั้นได้กระทำไปตามวัตถุประสงค์หรือในการสิ่งใดซึ่งเห็นชอบด้วยกันดังสุภาษิต “Agentes et Consentientes, Pari Poena Plectontur”⁴ ซึ่งหมายความว่า “ผู้ซึ่งกระทำก็ดี ผู้ซึ่งยินยอมพร้อมใจด้วยก็ดี จะต้องรับผิดชอบอาญาอย่างเดียวกัน” และเมื่อผู้ใดเห็นชอบในการสิ่งใดแล้ว จะต้องรับผิดชอบในการนั้นตลอดเรื่องจะบอกปิดไม่รับผิดชอบต่อผลเสียหาย ซึ่งเกิดจากการนั้นไม่ได้” ดังนั้น ผู้สมคบกระทำความผิดจึงต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้ในความผิดซึ่งผู้สมคบอื่นในกระทำความผิดประสงค์ของการสมคบกันนั้น⁵

หลักเกณฑ์การสมคบโดยการตกลงกันกระทำความผิดฐานฟอกเงิน กล่าวคือ

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติว่าผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงินต้องระวางโทษถึงหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁶

ถ้าได้มีการกระทำความผิดฐานฟอกเงินเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁷

ในกรณีที่ความผิดได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่เนื่องจากการเข้าขัดขวางของผู้สมคบทำให้การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้สมคบที่กระทำการขัดขวางนั้น คงรับโทษตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งเท่านั้น⁸

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกลับใจให้ความจริงแก่การสมคบ ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน ศาลจะไม่ลงโทษ ผู้นั้นหรือลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กำหนดไว้เพียงใดก็ได้⁹

การสมคบกันเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน คือ การเตรียมการเพื่อลงมือกระทำความผิด ซึ่งยังไม่ถึงขั้นพยายามกระทำความผิด ปกติการสมคบหรือเตรียมการเพื่อกระทำ

⁴ สุรจิต พัฒนสาร. (2529). ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอัยยิ : ช่องโหว่ในประเทศไทย. หน้า 92.

⁵ เล่มเดิม.

⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคแรก.

⁷ เล่มเดิม. มาตรา 9 วรรคสอง.

⁸ เล่มเดิม. มาตรา 9 วรรคสาม.

⁹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสี่.

ความผิคนั้นกฎหมายไม่ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดไม่มีโทษ เว้นแต่ความผิดบางประเภท ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การเตรียมการกระทำความผิดถือว่าเป็นความผิดและมีโทษ เช่น ผู้เตรียมการเพื่อกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ถือว่าเป็นความผิดและมีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114 การสมคบตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 9 ให้ถือว่ามีความผิดและต้องลงโทษกึ่งหนึ่งของความผิดสำเร็จและถ้าต่อมาได้มีการกระทำความผิดตามที่สมคบกันก็ต้องรับโทษเต็มตามที่กำหนดไว้ สำหรับความผิคนั้นตามมาตรา 9 วรรคสอง¹⁰

กรณีตามมาตรา 9 วรรคสอง หมายความว่า เมื่อได้สมคบกันโดยการตกลงกันเพื่อที่จะกระทำความผิดฐานฟอกเงินซึ่งมีความผิดฐานสมคบแล้ว ได้มีการกระทำความผิดฐานฟอกเงินขึ้น ซึ่งเป็นความผิดอีกต่างหาก ดังนั้น ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิคนั้น กล่าวคือ โดยหลักทั่วไป เมื่อบุคคลใดเข้าสมคบโดยการตกลงกับบุคคลอื่นเพื่อจะกระทำความผิดฐานฟอกเงิน บุคคลนั้นก็มีความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคแรกแล้ว ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิคนั้น และถ้าผู้สมคบนั้นได้กระทำความผิดฐานฟอกเงินด้วย ผู้สมคบนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิคนั้นอีกกระทงหนึ่ง ซึ่งเป็นความผิดจากการกระทำของตนเอง กรณีตามมาตรา 9 วรรคสอง คือ เมื่อบุคคลนั้นได้เข้าสมคบโดยการตกลงกับบุคคลอื่น ซึ่งมีความผิดตามมาตรา 9 วรรคแรกแล้ว และบุคคลอื่นซึ่งเข้าร่วมสมคบกันได้กระทำความผิดเกี่ยวกับฐานฟอกเงินขึ้นเพราะเหตุที่ได้สมคบกัน โดยที่บุคคลนั้นไม่ได้ลงมือกระทำความผิดฐานฟอกเงิน เพียงแต่เข้าร่วมสมคบโดยการตกลงเท่านั้น ผลก็คือ บุคคลนั้นต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิคนั้นที่ผู้ร่วมสมคบคนอื่นได้กระทำด้วย การที่ผู้ร่วมสมคบนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิคนั้นเช่นเดียวกับ ผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินด้วย ถือเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดด้วย

แต่ถ้าผู้สมคบลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ผู้สมคบด้วยกันเองได้ขัดขวาง มิให้การกระทำนั้นกระทำไปโดยตลอด หรือขัดขวางมิให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้สมคบที่ทำการขัดขวางนั้นก็รับโทษเพียงกึ่งหนึ่งของความผิดสำเร็จนั้นเท่านั้น หรือกรณีผู้สมคบกระทำความผิดวรรคหนึ่ง กลับใจให้ความจริงแก่การสมคบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน ดังนี้ ศาลจะไม่ลงโทษผู้หนึ่งหรือจะลงโทษผู้หนึ่งน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

¹⁰วิชัย ดันติกุลานันท์. เล่มเดิม. หน้า 72.

มาตรา 9 จึงเป็นบทบัญญัติพิเศษที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากถือว่าการสมคบเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงินเป็นความผิดที่ร้ายแรงดังกล่าวมาแล้ว¹¹

ดังนั้น ในกรณีที่มีบุคคลที่ร่วมกันกระทำความผิดตามกฎหมายฟอกเงินของประเทศไทย ตามมาตรา 48 หากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าอาจมีการโอน จำหน่าย ยักย้าย ปกปิด หรือซ่อนเร้น ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด บุคคลที่สมคบกันกระทำความผิดตามมาตรา 48 ของกฎหมายฟอกเงินของประเทศไทยต้องร่วมกันรับผิดตามทฤษฎีการสมคบกันด้วย

2.1.2 ทฤษฎีการช่วยเหลือและการสนับสนุน (aiding and abetting theory)

การนำทฤษฎีการช่วยเหลือและสนับสนุน (aiding and abetting theory) มาใช้ในคดีฟอกเงิน เนื่องจากการฟอกเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดถือว่าเป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือและสนับสนุนอาชญากร ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตาม ในการใช้เงินที่ได้มาเพื่อขยายอิทธิพลสำหรับการประกอบอาชญากรรมต่อไป โดยการพิสูจน์ว่าผู้กระทำการฟอกเงินได้รู้ว่ามีเงินดังกล่าวได้มาจากการกระทำความผิดและผู้กระทำได้ทำการฟอกเงิน โดยมีเจตนาที่จะช่วยให้มีการกระทำความผิดต่อไป¹²

ความรับผิดชอบของผู้ช่วยเหลือการสมคบกันกระทำความผิดในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้การตกลงกันที่จะกระทำความผิดเป็นความผิดฐานสมคบและห้ามการกระทำที่เป็นการช่วยเหลือการตกลงกันนั้น เช่นนี้ การช่วยเหลือดังกล่าวตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ถือว่าความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดได้รวมเอาลักษณะการร่วมกันวางแผนช่วยเหลือเข้าไว้ด้วย¹³ ในกรณีกฎหมายไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือการสมคบกันกระทำความผิดไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการขัดขวางมิให้การรวมตัวกันของบุคคลเพื่อกระทำความผิด และมีให้ดำเนินการต่อไปได้สะดวก ทั้งนี้ เพราะหากการสมคบ กระทำความผิดมิได้รับการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวก ย่อมมีผลต่อการคงอยู่ของการสมคบกระทำความผิดได้ ดังนั้น กฎหมายไทยจึงได้บัญญัติเป็นความผิดโดยวางหลักความผิดฐานช่วยเหลือการคบกันกระทำความผิดไว้ดังนี้¹⁴ คือ

- 1) จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่ช่องโจร
- 2) ชักชวนบุคคลให้เข้าเป็นพรรคพวกช่องโจร
- 3) อุปการะช่องโจรโดยให้หลักทรัพย์หรือประการอื่น หรือ

¹¹ วิชัย ตันติกุลานันท์. แหล่งเดิม.

¹² ไชยยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 60.

¹³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2528). *กฎหมายอาญา: หลักการและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 157.

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 212.

4) ช่วยจำหน่ายทรัพย์สินที่ช่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนถึงการช่วยเหลือการสมคบกระทำความผิดให้เป็นความผิดฐานหนึ่งต่างหาก ซึ่งถ้าพิจารณาอีกแง่หนึ่งจะพบว่า การช่วยเหลือการสมคบกันกระทำความผิด เช่นการจัดหาที่ประชุม หรือที่พำนัก ให้การชักชวนบุคคลอื่นเข้าเป็นสมาชิก หรืออุปการะ หรือกระทำการอื่นใด โดยที่บุคคลนั้นมีได้เข้าร่วมตกลงในการสมคบกระทำความผิดด้วยนั้นบุคคลนั้นตามกฎหมายไทยถือว่า ไม่มีความผิดฐานสมคบ แต่มีความผิดช่วยเหลือ การสมคบกระทำความผิด ซึ่งผลสุดท้ายก็ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานสมคบ ดังนั้น ความผิดตามมาตรา 212 จึงเป็นการบัญญัติเน้นให้เป็นอีกว่าบุคคลจะกระทำการใดๆ ก็ตามย่อมไม่มีความผิดฐานสมคบ เว้นแต่จะได้เข้าร่วมสมคบหรือร่วมตกลงในการกระทำความผิดจึงต่างจากของประเทศ คอมมอนลอว์ ซึ่งรวมเอาลักษณะการร่วมกันวางแผนช่วยเหลือเป็นการกระทำความผิดฐานสมคบด้วย

ในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามกฎหมายฟอกเงินของไทย โดยที่มีผู้สนับสนุนหรือผู้ช่วยเหลือให้มีการ โอน จำหน่าย ยักย้าย ปกปิด หรือซ่อนเร้นทรัพย์สินใดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 48 ผู้ที่ให้การสนับสนุน หรือช่วยเหลือนั้น ต้องร่วมกันรับผิด โดยระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติที่ว่าคนที่บุคคลใดให้ความสนับสนุนการกระทำความผิดหรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด ก็ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการในความผิดนั้น¹⁵

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายค่านึงว่าการกระทำความผิดฐานฟอกเงินนั้นเป็นเรื่องร้ายแรงและต้องปราบปรามอย่างหนัก เนื่องจากการฟอกเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดในความผิดมูลฐานนั้น จะนำความเสียหายหรือภัยร้ายแรงต่อประชาชน เช่น ผู้ที่กระทำความผิดซื้อหาจำหน่ายยาเสพติดเมื่อได้เงินมาแล้วหากสามารถฟอกเงินสำเร็จ ก็จะนำเงินจำนวนนั้นไปใช้จ่ายในการซื้อขายยาเสพติดเพิ่มขึ้นอีก ดังนั้น กฎหมายถึงบัญญัติเป็นพิเศษแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา¹⁶ โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนในความผิดซื้อหาฟอกเงินต้องรับโทษเท่ากับตัวการ¹⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่าการดังกล่าวของกฎหมายฟอกเงินของไทยก็นำมาจาก

¹⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 7 (1).

¹⁶ ปกติผู้ที่กระทำความผิดคืออาญาในฐานะเป็นผู้สนับสนุน ผู้สนับสนุนไม่ใช่ตัวการเป็นเพียงผู้สนับสนุนประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 86 กำหนดว่าผู้สนับสนุนจะต้องรับโทษเพียง 2 ใน 3 ส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดในฐานะตัวการ

¹⁷ วิชัย ตันติกุลานันท์ เล่มเดิม. หน้า 68.

ทฤษฎีการช่วยเหลือและสนับสนุนนั่นเอง ดังจะกล่าวรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อเกี่ยวกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

2.2 ความหมายและความเป็นมาของกฎหมายการฟอกเงิน

การกระทำความผิดของอาชญากรรมในรูปแบบต่าง ๆ มีการนำทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด มาทำการฟอกเพื่อให้เป็นทรัพย์สินที่ถูกต้องตามกฎหมาย และนำทรัพย์สินที่ผ่านการฟอกเรียบร้อยแล้วนำกลับไปในการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบต่างๆ เหมือนเดิมอีก ประกอบกับกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับฟอกเงินโดยตรง เพื่อเป็นการตรวจจรรยาชญากรรมจึงได้มีการนำกฎหมายฟอกเงินมาใช้บังคับกล่าวคือ

2.2.1 ความหมาย “การฟอกเงิน”

คำว่า “การฟอกเงิน” (money laundering) เป็นถ้อยคำที่รู้จักกันมานานกว่า 60 ปีแล้ว ในเหล่าบรรดาคดีอาชญากรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่คิดค้นแนวความคิดของการฟอกเงินดังกล่าวนี้ได้แก่ นายเมเยอร์ แลนสกี โดยมี ยุทธวิธีเกี่ยวกับการนำเงินที่ได้มาโดยไม่ชอบกฎหมาย หรือมักที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “เงินสกปรก” (dirty money) มาผ่านกระบวนการทางธุรกรรมประเภทต่างๆ ให้กลายเป็นเงินที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือที่เรียกกันว่า “เงินสะอาด” (clean money) ซึ่งเป็นวิธีการของ “การฟอกเงิน”¹⁸

นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการอีกหลายท่านได้ให้ความหมายของการฟอกเงินไว้ต่างๆ กัน ดังนี้ คือ การเปลี่ยนสภาพเงิน หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยผิดกฎหมายให้ดูเหมือนว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มา โดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁹

การฟอกเงิน หมายถึง การเปลี่ยนสภาพเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยผิดกฎหมายให้ดูเหมือนว่าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะผู้กระทำความผิดกฎหมายไม่ต้องการให้ผู้อื่นทราบที่มาของทรัพย์สิน จึงจำเป็นต้องใช้วิธีปิดบังหรือซุกซ่อนทรัพย์สิน อันจะช่วยปิดบังการกระทำความผิดของตนได้อีกด้วย นอกจากนี้ทรัพย์สินอื่นที่ได้กลายเป็นเงินสะอาดแล้วผู้กระทำความผิดกฎหมายก็สามารถใช้เป็นทุนในการขยายเครือข่ายอาชญากรรมและคุ้มครองความมั่นคงให้กับอาชญากรรมของตนด้วย²⁰

¹⁸ สีหนาท ประยูรรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 4 :7.

¹⁹ วีระพงษ์ บุญโญภาส. (2537, สิงหาคม). “ประเทศไทยกับกฎหมายฟอกเงิน.” *ไทยไฟแนนเชียล* หน้า 12.

²⁰ สุรพล ไตรเวทย์. (2543). *คำอธิบายกฎหมายฟอกเงิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 21.

การฟอกเงิน หมายถึง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เงินสกปรกหรือเงินที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้มาจากการกระทำผิดให้ดูเหมือนเป็นเงินสะอาดหรือเงินที่ได้มาจากการทำมาหากินหรือธุรกิจที่สุจริตอันเป็นการปกปิดซ่อนเร้นแหล่งที่มาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเงินหรือทรัพย์สินนั้น²¹

ดังนั้น ตามความเห็นของผู้ทำวิจัยอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การฟอกเงิน หมายถึง การนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดกฎหมายมาเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินให้ดูเหมือนว่าได้มาถูกต้องตามกฎหมาย

2.2.2 ความเป็นมาพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542²²

ปัจจุบันรูปแบบการกระทำความผิดของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ทั้งในประเทศและต่างประเทศมีการพัฒนาในรูปแบบต่างๆ มากขึ้น เนื่องมาจากในยุคนี้เป็นยุคที่เรียกว่า “ยุคโลกไร้พรมแดน” มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีสมัยใหม่กันอย่างไม่มีที่สิ้นสุด ทำให้อาชญากรรมนำมาใช้ในทางที่เกิดประโยชน์ในการประกอบอาชญากรรม ความเจริญและเทคโนโลยีเหล่านี้ มีผลทำให้รูปแบบอาชญากรรมมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เปลี่ยนแปลงจากอาชญากรรมพื้นฐานไปสู่อาชญากรรมข้ามชาติ และมุ่งหวังผลตอบแทนมหาศาล มีการดำเนินงานร่วมกันในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรม กล่าวคือ มีการรวมตัวกันของอาชญากรรมหลายอย่าง มีการแบ่งงานแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบ และมีเครือข่ายเพื่อการติดต่อประสานงานกันในหลายๆ ประเทศ เพื่อก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับ สิ่งผิดกฎหมาย การก่ออาชญากรรมประเภทนี้จะมุ่งหวังให้ได้เงินจำนวนมหาศาลตอบแทนและเงินเหล่านี้จะถูกนำไปผ่านกระบวนการเปลี่ยนสภาพในหลายๆ ลักษณะเพื่ออำพรางที่มาของเงินได้นั้นๆ ในการดำเนินการ และเงินที่ได้จากการประกอบกิจกรรมเหล่านั้นก็จะย้ายกลับไปเป็นเงินทุน เพื่อประกอบอาชญากรรมขึ้นมาอีกเป็นวงจรการประกอบอาชญากรรมที่ยากต่อการจับกุม ปราบปราม ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายเพื่อทำลายการประกอบอาชญากรรมจึงถูกสร้างขึ้นมาเพื่อจัดการกับทรัพย์สินหรือเงินได้ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งกระบวนการยุติธรรมในอดีตไม่อาจประสบความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินที่หมุนเวียนอยู่ในวงจรนี้ได้ เนื่องจากทรัพย์สินที่หมุนเวียนอยู่ในวงจรนี้ได้ถูกโอน แปรสภาพ หรือเปลี่ยนรูปไปแล้ว

²¹ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน. (2543). *การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน : คู่มือประชาชน*. หน้า 1.

²² สีหนาท ประยูรรัตน์. (2542). *คำอธิบายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542*. หน้า 35-36.

การที่เงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นถูกแปรสภาพเปลี่ยนรูป หรือถูกเปลี่ยนแปลงให้เป็นทรัพย์สินใหม่ เปรียบเสมือนกับการทำทรัพย์สินที่สกรปรกให้กลายเป็น ทรัพย์สินที่สะอาด จึงเรียกกระบวนการนี้ว่า “การฟอกเงิน” ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินจึงเกิดขึ้น เพื่อสกัดกั้นมิให้มีการนำเงินที่ได้จากการกระทำความผิดไปฟอก โดยมีมาตรการจัดการกับเงินหรือทรัพย์สินทั้งหมดเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น ปัญหาการฟอกเงินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมนี้ ประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยกำลังประสบอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมยาเสพติด

เมื่อต้นปี พ.ศ. 2537 ได้มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการปกปิด หรือเปลี่ยนสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2538 คณะอนุกรรมการดังกล่าวได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการปกปิดหรือเปลี่ยนสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด พ.ศ. ...” ต่อคณะรัฐมนตรี²³ ต่อมาสภาผู้แทนราษฎรก็ได้มีมติเห็นชอบกับร่างกฎหมายฉบับนี้ เมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2542 และวุฒิสภาก็ได้ให้ความเห็นชอบเช่นเดียวกันเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2542 โดยยังคงไว้ซึ่งสาระสำคัญตามร่างกฎหมายเดิมเกือบทุกประการ ทั้งนี้มีการเปลี่ยนแปลงคำว่า สำนักบริหารข้อมูล มาเป็นคณะกรรมการธุรกรรม โดยมีอำนาจหน้าที่เช่นเดิม ซึ่งในที่สุดแล้วกฎหมายฉบับนี้ก็ได้ใช้ชื่อว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2542

2.3 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการค้น การยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

การดำเนินการต่างๆ ของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยฝ่ายปกครองมีความผูกพันที่จักต้องดำเนินการของรัฐภายในขอบเขตแห่งกฎหมายที่รัฐให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอำนาจใดๆ ที่จะกระทำการใดตามอำเภอใจอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงต้องมีกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินงานของรัฐจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ หากรัฐหรือฝ่ายปกครองดำเนินกิจการใดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ภายใต้ปกครอง โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ผู้อยู่ภายใต้ปกครองที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของรัฐย่อมฟ้องเรียกร้องให้รัฐหรือฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้ได้ หรือจะฟ้องให้

²³ ไชยศ เหมะรัชตะ. (2542). “รวมบทความและสาระนั้นเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง “กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกับการแก้ไขปัญหายาเสพติด.” หน้า 18.

ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายปกครองที่กระทำโดยปราศจากอำนาจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

กล่าวได้ว่า การกระทำทางปกครอง (Administrative Action) เป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง การกระทำของรัฐแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้แทนของคนที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” การแสดงเจตนาหรือการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่มิได้มีผลผูกพันบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด ดังนั้น การกระทำของบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนการกระทำของบุคคลธรรมดาที่มีได้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐจึงเป็นการกระทำของเอกชน²⁴

ในการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องพิจารณาจากขอบวัตถุประสงค์ของรัฐ กล่าวคือ รัฐต้องใช้อำนาจของตนเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมแล้วถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนเองย่อมไม่ใช่เป็นการกระทำของรัฐ²⁵

โดยหลักการแล้วการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะฝ่ายปกครองทุกที่ได้กระทำออกไปทุกเรื่องเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกรณีใดกรณีหนึ่งของกฎหมายทางปกครอง²⁶ ซึ่งมีผลในทางกฎหมายฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนคนใดคนหนึ่ง แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่นหรือเพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์มหาชน” ก็ตามจะกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

จากการศึกษาถึงหลักกฎหมายปกครองพบว่า การออก “นิติกรรมทางปกครอง” (Administrative Juristic Act) ถือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง อันเป็นการแสดงออก

²⁴ มงคล คงแสงจันทร์. (2547). อำนาจหน้าที่ของเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ศึกษาเฉพาะกรณี มาตรา 38. หน้า 11.

²⁵ แหล่งเดิม. หน้า 12.

²⁶ วิชัย วงษ์ทอง. (2545). หลักการและขั้นตอนเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีเขตอำนาจศาลปกครอง. หน้า 38.

ของการใช้อำนาจรัฐ (อำนาจมหาชน) ที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติด้วย

นิติกรรมทางปกครอง หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ว่าตนประสงค์จะวางข้อกำหนดความสัมพันธ์ในทางสิทธิหน้าที่ ระหว่างบุคคลในกฎหมายปกครอง²⁷ กับบุคคลอื่น บุคคลอื่นในที่นี้อาจเป็นเอกชนที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรืออาจเป็นบุคคลในกฎหมายปกครองด้วยกันเองก็ได้

ดังนั้น การออกนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นการจำกัดอำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นหลักที่ยอมรับนับถือกัน ในนามนาอารยประเทศและเป็นหลักในการบริหารและการตัดสินใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม อันเป็นการปกครองโดยใช้หลักกฎหมายซึ่งบุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ต้องเคารพกฎหมาย รวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐ ก็ต้องกระทำการตามอำนาจหน้าที่ภายในขอบที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้²⁸ การใช้กฎหมายจะต้องสุจริตตลอดจนการใช้ดุลพินิจ (discretion) เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะต้องใช้ดุลพินิจนั้น โดยความสมเหตุสมผลที่สามารถจะชี้แจงเหตุผลได้²⁹ จะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ³⁰ ไม่ได้

2.3.1 ลักษณะการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กล่าวได้ว่า ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³¹ บัญญัติคำนิยามคำว่าเจ้าหน้าที่เอาไว้ดังนี้ คือ

²⁷ หมายถึง นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานของรัฐที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร

²⁸ ความหมายของหลักนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด การใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติอนุญาตให้กระทำฝ่ายปกครองจะกระทำการนั้นไม่ได้, วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2538). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). หน้า 12.

²⁹ อรุณ ภาณุพงศ์. (2537, มิถุนายน). “นิติธรรมประชาธิปไตย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 24(2). หน้า 364.

³⁰ หมายถึง พฤติกรรมอย่างหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขัดแย้งกับหลักกฎหมายต่างๆ โดยสิ้นเชิง การออกนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น. สิริชัย สุทธิวิระจกร. (2538). “หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง) หน้า 17.

³¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหก

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจ หรือได้รับมอบหมายอำนาจ ให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการรัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

ในการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 48

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมี 2 รูปแบบ คือ ลักษณะการใช้อำนาจ ผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ

อำนาจผูกพัน (mandatory power) กล่าวได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นไปโดยเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมาย หรือที่กฎหมายปกครองเยอรมันตะวันตกเรียกว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่ดุลพินิจถูกลดลงจนไม่มีเหลือ³² (ermessensreduzierung auf null) หรือที่เรียกว่า “อำนาจผูกพัน” (mandatory power-competence) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้³³

อำนาจผูกพัน ได้แก่ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่าย ปกครององค์กรใด องค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น

ดังนั้น จะเห็นว่าลักษณะของการใช้อำนาจผูกพันนั้น หมายความว่า การตัดสินใจในทางกฎหมายต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นมาก่อน ถ้าข้อเท็จจริงอย่างนี้ เกิดขึ้นเจ้าหน้าที่ก็ผูกพันที่จะต้องตัดสินใจไปในทางนี้เท่านั้น คือ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้

อำนาจดุลพินิจ (discretionary power) การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีดุลพินิจวินิจฉัย (quasi-judicial) หรือที่เรียกว่า “อำนาจดุลพินิจ” (discretionary power-pouvoir discretionnaire) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิด

³² กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2528, ธันวาคม). “หลักกฎหมายวิธีบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกลุ่มประเทศ Common Law”, *วารสารนิติศาสตร์*, 15 หน้า 4. อ้างถึงในอรธฤต สุวรรณมงคล. “หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการออกคำสั่งปกครอง.” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540). หน้า 25.

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2531). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” ใน *รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภมทรัพย์*. หน้า 199.

ช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นคนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร³⁴

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น คนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร³⁵

จะเห็นได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจได้เมื่อกฎหมายให้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระ ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาทางเลือกที่ล้วนชอบด้วยกฎหมายหากมีทางเลือกบางประการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตรงนั้นก็ไม่ใช่ดุลพินิจ

สรุปได้ว่า อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำการหรือต้องออกคำสั่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ แต่อำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่ง โดยมีเหตุผลประกอบ

2.3.2 คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ที่มีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่ง คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองนั้นมีคำสั่งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายรวมอยู่ด้วย ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจอธิบายได้ว่า หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองนั้นยังคงมีผลบังคับตราบเท่าที่ซึ่งไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่นเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอาจแยกเป็นประเภทย่อยๆ ได้ดังนี้³⁶

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” หน้า 200.

³⁵ มงคล คงแสงจันทร์ เล่มเดิม, หน้า 63.

³⁶ ประยูร กาญจนกุล. (2538). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 166-168.

เหตุจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการ คำสั่งทางปกครอง จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมาย กรณีดังกล่าวพอจะเทียบเคียงได้กับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาของบุคคล สำหรับในเรื่องเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตในด้านกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรือขอบเขตในด้านของเวลาขณะที่ดำรงตำแหน่ง นอกจากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครองจะต้องดำเนินการให้อยู่ภายใน ขอบอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดด้วย มิเช่นนั้นแล้วคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุจากวัตถุประสงค์ กล่าวคือ เป็นกรณีซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครอง โดยมีได้วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือมิได้มีวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วโดยเฉพาะ หรืออาจจะทำคำสั่งทางปกครองไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงมิชอบด้วยกฎหมาย

เหตุจากแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ในบางกรณีกฎหมายจะกำหนดแบบหรือขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้ เช่น ให้ทำเป็นลายอักษรหรือต้องหาหรือผู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวก่อน เป็นต้น ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะมีชอบด้วยกฎหมาย

เหตุจากการขาดมูลเหตุที่จะอ้างได้ หรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดซึ่งในการออกคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองได้ออกมาโดยไม่มีมูลเหตุที่เป็นข้อเท็จจริงที่จะอ้างได้ หรือมีการบิดเบือนมูลเหตุที่เป็นข้อเท็จจริงที่จะอ้างคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็มิชอบด้วยกฎหมาย

เหตุจากการใช้ดุลพินิจ จะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาเลือกสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่างได้ ซึ่งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องมิใช่เป็นการอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่างได้ ซึ่งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผลอย่างแจ้งชัดมิเช่นนั้นคำสั่งทางปกครองก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จะเห็นว่า จากหลักดังกล่าว ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีเหตุหรือเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดว่ามีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในขณะที่ไม่มีเหตุดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เมื่อปรากฏว่าหลังประสบอันตรายแล้วลูกจ้างโจทก์ไปทำงานตามปกติทุกวัน แต่จำเลย (กรมแรงงาน) ฟังข้อเท็จจริงผิดไปว่าลูกจ้างโจทก์ไม่สามารถทำงานได้ คำสั่งของจำเลยจึงไม่ชอบและแม้โจทก์จะเป็นผู้ทำให้จำเลยเข้าใจ

ข้อเท็จจริงนี้ผิด ไปก็ตาม³⁷ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจพิจารณาสั่งให้ปิดโรงแรมโดยมีกำหนดเวลา³⁸ หรือไม่มีกำหนดเวลาตามประกาศคณะปฏิบัติ ฉบับที่ 50 ได้ หากปรากฏว่าสถานที่ดังกล่าวมีการกระทำผิดกฎหมายหรือมีเหตุการณ์อันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือมีศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีคำสั่งปิดโรงแรมโจทก์หลังจากศาลแขวงพระนครใต้พิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีที่โจทก์กับพวกรวม 17 คน ถูกฟ้องเป็นจำเลย ในข้อหาว่าเป็นเจ้าของกิจการ ผู้ดูแลหรือผู้จัดการสถานการค้าประเวณียินยอมให้ผู้อื่นกระทำการค้าประเวณีเป็นปกติธุระในสถานบริการ ซึ่งเท่ากับว่าไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น จนคดีถึงที่สุดและผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติทราบคืออยู่แล้ว ยังมีคำสั่งให้ปิดโรงแรมของโจทก์อีก คำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติจึงไม่ถูกต้องและชอบด้วยประกาศของคณะปฏิบัติ ฉบับที่ 50³⁹

2.3.3 การตรวจค้น

ความหมายการตรวจค้น คำว่า “ค้น” ตามความหมายหรือคำจำกัดความของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้กล่าวไว้ว่า “ค้น” หมายถึง (ก) พยายามหาให้พบ โดยวิธีสืบเสาะ แสวง เป็นต้น

การค้นตามความหมายรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 33 บัญญัติรับรองว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุขการเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการตรวจค้นเคหสถานในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ดร.คณิต ณ นคร นักกฎหมายได้ให้ความหมายของการตรวจค้น หมายถึงมาตรการบังคับในการดำเนินคดีอาญาของรัฐที่เจ้าพนักงานของตำรวจมีอำนาจดำเนินการตรวจค้นเพื่อจับกุมผู้ต้องสงสัย หรือเพื่อพบสิ่งของที่สามรถอาจใช้เป็นพยานเอกสารเป็นของกลางหรือเป็นพยานวัตถุ หรือเป็นการกระทำเพื่อช่วยบุคคลดั่งนั้น การตรวจค้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ในกรณีเป็นการตรวจค้นสถานที่การตรวจค้นเป็นการกระทำที่กระทบถึงสิทธิเข้าบ้าน และในกรณีการตรวจค้นตัวบุคคลการตรวจค้นเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิตัวบุคคลหรือเสรีภาพใน

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3176/2525.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2473/2520.

³⁹ มงคล กงแสงจันทร์. เล่มเดิม. หน้า 23-23.

ร่างกาย ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงได้วางกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการตรวจค้นไว้ เพื่อความเป็นเสรีนิยม

ดร.จirinิติ หะวานนท์ ได้ให้ความหมายของการตรวจค้น มี 2 ประเภทคือ ความหมายโดยทั่วไปกับความหมายในทางเทคนิคกฎหมาย

1) ความหมายโดยทั่วไป การตรวจค้นคือ การที่เจ้าพนักงานล่วงล้ำสิทธิส่วนตัวของบุคคล โดยอาศัยอำนาจกฎหมายเพื่อหาสิ่งของหรือบุคคล เจื่อนไขประการแรกคือ ต้องมีการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคล ประการที่สองต้องอาศัยอำนาจกฎหมายและต้องกระทำโดยเจ้าพนักงาน ประการที่สามคือเพื่อค้นหาสิ่งของหรือบุคคล ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 ระบุเหตุออกหมายค้นเพื่อพบและยึดสิ่งของ

2) ความหมายในทางเทคนิคทางกฎหมายควรพิจารณาว่าบทบัญญัติการค้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งใด เดิมเข้าใจกันว่าหลักหลักการตรวจค้นคุ้มครองเคหสถาน คุ้มครองทรัพย์สิน ฉะนั้น การเข้าไปค้นเป็นการบุกรุกอย่างหนึ่ง เพียงแต่เข้าใจว่าการค้นจะต้องมีการกระทำอันเป็นการบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของบุคคล หากเข้าใจว่าการค้นเป็นการบุกรุก การดักฟังทางโทรศัพท์ก็ไม่ใช่การค้น เพราะการดักฟังโทรศัพท์ไม่ได้เข้าไปในบ้านของบุคคลแต่เป็นการต่อสายโทรศัพท์ (trap) ที่ชุมสายโทรศัพท์ (คดี Olmstead V.U.S.) จึงทำให้เข้าใจได้ว่าการค้นไม่ใช่เรื่องบุกรุก แต่เป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนตัว (privacy) การดักฟังทางโทรศัพท์เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัว ซึ่งไม่ได้เข้าไปในบ้านของบุคคล แต่ถือว่าเป็นการค้นอย่างหนึ่ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 238 บัญญัติว่า”ในคดีอาญา การค้นในที่รโหฐานจะกระทำมิได้เว้นแต่จะมีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล” กฎหมายของประเทศไทยเน้นไปที่รโหฐานแสดงว่า การค้นของประเทศไทยใช้หลักบุกรุกจะต้องเข้าไปในที่รโหฐาน

ปัญหาว่าการพูดโทรศัพท์อยู่ในตู้โทรศัพท์สาธารณะปิดประตูมิดชิดไม่ให้ใครได้ยิน ประกฏว่าเจ้าพนักงานได้ติดตั้งเครื่องดักฟังจากตู้โทรศัพท์สาธารณะ ถือว่าเป็นการค้นหรือไม่ ถ้าใช้หลักฐานบุกรุกไม่ใช่การค้นเพราะไม่ใช่เคหสถาน และไม่ใช่ที่รโหฐานเจ้าพนักงานยอมทำได้ แต่ถ้าเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นการค้นเพราะเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิส่วนตัว เจ้าพนักงานกระทำโดยไม่มีเป้าหมายไม่ได้ เพราะเมื่อผู้ใช้โทรศัพท์เข้าไปในตู้โทรศัพท์สาธารณะแล้วปิดประตูแสดงว่าไม่ประสงค์จะให้ใครได้ยิน ประสงค์ที่จะให้มีความเป็นส่วนตัว Expectation of Privacy ดังนั้น กฎหมายต้องคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของบุคคล

ถ้ามองจากมุมมองดังกล่าวข้างต้นเจื่อนไขจึงมีอยู่ว่าบุคคลต้องแสดงให้เห็นว่าต้องการความเป็นส่วนตัวแล้ว โดยต้องพิสูจน์ให้เห็น คือ พิสูจน์ทางอัตวิสัย (Subjective) ให้เห็นว่าได้แสดง

ออกไปแล้วต้องการความเป็นส่วนตัวในขณะที่เดียวกันก็ต้องพิสูจน์ทางภาวะวิสัย (Objective) ให้เห็นว่า การแสดงออกนั้นคนอื่นๆ ก็เข้าใจได้แล้วว่าต้องการความเป็นส่วนตัวต้องพิสูจน์ทั้งสองด้าน เมื่อพิสูจน์ได้อย่างนี้ถือว่าเกิดสิทธิที่จะเป็นความเป็นส่วนตัวขึ้นแล้ว กฎหมายต้องคุ้มครอง แม้พูดโทรศัพท์ในตู้สาธารณะที่ปิดมิดชิดเจ้าพนักงานดักฟังก็เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวเมื่อมีการละเมิดสิทธิส่วนตัวก็เป็นการค้นในความหมายนี้ (คดี Katz v. U.S.)

ในทางตรงกันข้ามหากมีคนอยู่ในบ้านแต่กางไม่มีมิดชิด เดินยกแขนยกเท้าออกกำลังกายซึ่งมองเห็นได้จากทางถนนหรือจากตึกตรงข้าม เจ้าพนักงานเอากล้องส่องไปก็มองเห็นหรืออาจจะใช้กล้องส่องทางไกลมองเข้าไปก็เห็น โดยที่ไม่ต้องบุกรุกเข้าไปในบ้านนั้นเช่นนี้จะเป็นการค้นหรือไม่ ถ้าถือเป็นการค้นเจ้าพนักงานจะไปส่องกล้องต้องมีหมายค้น แต่ถ้าไม่ถือเป็นการค้นก็ทำได้เลย ถ้าใช้หลักบุกรุกในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก็จะได้คำตอบว่า เมื่อไม่ได้บุกรุกไปในเคหสถานก็ไม่ใช่อำนาจค้น แต่ถ้าใช้หลักความเป็นส่วนตัวกรณีดังกล่าวเท่ากับว่าเราไม่ประสงค์ที่จะปกปิดให้เป็นเรื่องส่วนตัวมองเห็นได้จากสาธารณะแสดงว่าเราไม่มีความเป็นส่วนตัวในเรื่องนั้น เมื่อไม่ต้องการความเป็นส่วนตัว กฎหมายก็ไม่ต้องคุ้มครอง ไม่ถือเป็นการค้น ดังนั้น การใช้กล้องส่องจึงไม่ต้องใช้หมายค้น

การค้นเคหสถานมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าค้นเพื่อป้องกันอาชญากรรมและขณะเดียวกันจะต้องมีกฎหมายรองรับให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจค้นเป็นการใช้อำนาจรัฐที่ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทางอาญา ดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองให้อำนาจไว้ชัดเจนจึงจะมีอำนาจค้นได้และมีกฎหมายพอเศษให้อำนาจค้นในเคหสถาน โดยไม่มีหมายค้นของเจ้าหน้าที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เพื่อป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในวงกว้างทั้งทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรม มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ความหมายของการค้นมีอยู่ 2 ประเภท คือ ความหมายทั่วไป กับความหมายในทางเทคนิค กฎหมาย ความหมายโดยทั่วไปการค้นคือ การที่เจ้าพนักงานล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อหาสิ่งของหรือบุคคล

เงื่อนไขประการแรก คือ ต้องมีการล่วงล้ำสิทธิส่วนตัวของบุคคล กฎหมายต้องการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวมากกว่าสิทธิในทรัพย์สิน

เงื่อนไขประการที่สอง คือ ต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายและต้องทำโดยเจ้าพนักงาน

เงื่อนไขประการที่สาม คือ ค้นหาสิ่งของหรือบุคคลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 ระบุเหตุออกหมายค้นเพื่อพบและยึดสิ่งของ

ความหมายในทางกฎหมาย บทบัญญัติว่าด้วยการค้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง
 เลหสถาน คุ้มครองทรัพย์สิน เพราะฉะนั้นการเข้าไปค้นเป็นการบุกรุกอย่างหนึ่ง เพียงแต่เจ้า
 พนักงานอำนาจตามกฎหมายที่จะเข้าไปได้ ซึ่งแต่เดิมมาการค้นจึงยึดหลักบุกรุกอย่างหนึ่ง เพราะ
 เข้าใจว่าการค้นจะต้องมีการกระทำอันเป็นการบุกรุกเข้าไปในเลหสถาน

การค้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 33 ได้บัญญัติไว้ว่า
 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเลหสถานบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครอง
 เลหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเลหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการ
 ตรวจค้นเลหสถานหรือในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุ
 อย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นถือว่าเป็นหมายอาญาชนิดหนึ่ง หมายถึงเป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญา
 ของเจ้าพนักงานและศาล

หมายค้นมีความจำเป็นสำหรับการค้นในที่รโหฐาน⁴⁰

คำว่า “ที่รโหฐาน” นั้นกฎหมายให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง ที่ต่างๆ ซึ่งมีใช้ที่สาธารณสถาน
 ดังที่กฎหมายบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา (ประมวลกฎหมายอาญา)

คำว่า “เลหสถาน” หมายความว่า ที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย เช่น โรงเรือน เรือหรือแพซึ่งคน
 อยู่อาศัยและให้ความหมายรวมถึงบริเวณของที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้นด้วย จะมีรั้วล้อมหรือไม่ก็
 ตาม ก็น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่า “ที่รโหฐาน” เช่นกัน หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น “สถานที่”

คำว่า “ที่สาธารณสถาน” นั้นประมวลกฎหมายอาญาให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง สถานที่
 ใดๆ ซึ่งมีประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้

ฉะนั้น ที่รโหฐานจึงหมายถึงสถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไป
 ได้ หรือเป็น “ที่ส่วนตัว” (private place) อันแสดงถึงเจตนาหวงกันของเจ้าของหรือผู้ครอบครอง
 อันได้แก่ เลหสถาน สำนักงานในความครอบครองของบุคคลอื่น อสังหาริมทรัพย์ความครอบครอง
 โดยปกติสุขโดยปกติสุขของผู้อื่น ซึ่งการครอบครองโดยปกติสุขจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ครอบครองได้
 แสวงออกให้เห็นภายนอกว่าได้มีการหวงกันการเข้าไปของบุคคลอื่น เช่น ด้วยการล้อมรั้วจึงลวด
 หนามเป็นต้น⁴¹

⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 57,69,92

⁴¹ เทียบความผิดอาญาฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญาและคู่มือที่ 2024/2497, 61/2498

ผู้มีอำนาจออกหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน หมายค้นเป็นหมายอาญาชนิดหนึ่งในจำนวนทั้งหมด 5 หมาย คือ หมายจับ หมายขัง หมายจำคุก หมายค้น หมายปล่อย และความหมายของหมายอาญาก็คือ

“หมายอาญา” หมายถึง หนังสือบอกการซึ่งออกตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ สั่งให้เจ้าหน้าที่ทำการจับ ขัง จำคุก หรือปล่อยผู้ต้อง จำเลย หรือนักโทษ หรือให้ทำการค้น รวมทั้ง ดำเนินการเช่นนี้ อันได้รับรองว่าถูกต้องและบอกกล่าวทางโทรเลขว่าได้ออกหมายจับแล้ว ดังที่ได้ บัญญัติไว้ในมาตรา 77 (มาตรา 2 (9) เพราะฉะนั้นแล้วผู้มีอำนาจออกหมายค้นได้บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 57 ที่บัญญัติว่าเจ้าพนักงานและศาลมีอำนาจออก หมายอาญาได้ภายในเขตอำนาจดังต่อไปนี้คือ ถ้าเป็นหมายค้น ได้แก่ศาลเท่านั้น

ในการออกหมายค้น หมายจับ หรือหมายขัง ศาลออกหมายนั้นโดยพลการหรือมีผู้ร้อง ขอก็ได้ และในกรณีที่ผู้ร้องขอ เจ้าพนักงานหรือศาลผู้ออกหมายก็ต้องสอบให้ปรากฏเหตุผล สมควรที่จะออกหมายนั้นเสียก่อน เหตุผลนี้จะได้มาจากคำแจ้งความโดยสาบานตัวหรือจาก พฤติการณ์อย่างอื่นก็ได้ (มาตรา 59)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เหตุที่จะออกหมายค้นเหตุที่จะออกหมายค้น บัญญัติไว้ในมาตรา 69 ซึ่งบัญญัติว่า เหตุที่จะออกหมายค้นได้มีดังต่อไปนี้

เพื่อหาพยานหลักฐาน การออกหมายค้นเพื่อหาพยานหลักฐานคือ กรณีตามมาตรา 69(1) ที่ว่า เพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานประกอบการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง หรือ พิเคราะห์

คำว่า “สิ่งของ” หมายถึง สัมหาริมทรัพย์ซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ รวมทั้งจดหมาย โทรเลขและเอกสารอย่างอื่น⁴²

เพื่อหาของกลางการออกหมายค้นเพื่อหาของกลาง คือ กรณีตามมาตรา 69(2) ที่ว่า เพื่อ พบและยึดสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิด หรือได้มาโดยผิดกฎหมาย หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้ หรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิด

“สิ่งของที่มีไว้เป็นความผิด” เช่น อาวุธปืนเถื่อน เงินตราปลอม เป็นต้น

“สิ่งของที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย” เช่น ทรัพย์สินที่เป็นของโจร

⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (18)

“สิ่งของที่ใช้ในการกระทำความผิดหรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิด” เช่น อาวุธที่ใช้หรือจะใช้ในการฆ่าผู้อื่น ของกลางที่ค้นนี้ก็เพื่อที่จะริบเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน⁴³ หรือเพื่อคืนเจ้าของ⁴⁴

เพื่อช่วยบุคคลการออกหมายค้นเพื่อช่วยบุคคล คือ กรณีตามมาตรา 69(3)ที่ว่า เพื่อพบและช่วยบุคคลซึ่งได้ถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลซึ่งได้ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้แก่บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อผิดต่อกฎหมายอาชญากรรม⁴⁵ และบุคคลที่ถูกควบคุมหรือขังโดยผิดกฎหมายหรือถูกจำคุกผิดจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งบุคคลที่ถูกควบคุมหรือขังโดยผิดกฎหมายนี้หมายรวมถึงการถูกควบคุมหรือขังโดยบุคคลทั่วไปหรือบุคคลที่เป็นเอกชน⁴⁶

เพื่อจับบุคคลการออกหมายค้นเพื่อจับบุคคล หรือกรณีตามมาตรา 69(4) ที่ว่าเพื่อพบบุคคลซึ่งมีหมายให้จับ แม้จะมีหมายจับแล้วก็ตาม การที่จะจับบุคคลในที่สาธารณะ โดยปกติจะต้องมีหมายค้นด้วย⁴⁷

เพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษา การออกหมายค้นเพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษา คือ กรณีตามมาตรา 69(5) ที่ว่า เพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษาหรือตามคำสั่งศาล ในกรณีที่พบและยึดโดยวิธีอื่นไม่ได้แล้ว

การพบหรือยึดสิ่งของตามคำพิพากษา อาจไม่จำเป็นต้องออกหมายค้นก็ได้ ถ้าบุคคลที่ครอบครองสิ่งของนั้นยินยอมส่งมอบแต่โดยดี แต่ในกรณีที่ไม่นยินยอมรัฐก็จำเป็นต้องออกหมายค้น เช่น

(1) ศาลสั่งให้ริบทรัพย์สินแต่เจ้าพนักงานยังไม่ได้ทรัพย์สินนั้นมาไว้ในความครอบครองและผู้ครอบครองก็ไม่นยินยอมส่งมอบทรัพย์สินนั้น กรณีย่อมจำเป็นต้องขอให้ศาลออกหมายค้น

⁴³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 33, 34

⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 48 และคูฎีกาที่ 965/2504, 2248/2515

⁴⁵ ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 11 หมวด 1

⁴⁶ ฎีกาที่ 1200/2504 คำว่า “ควบคุม” หรือ “ขัง” ในมาตรา 90 นี้เป็นถ้อยคำที่ใช้ตามความหมายธรรมดาหาใช่จำกัดตั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) (22) อธิบายไว้ไม่ ฉะนั้น มาตรา 90 จึงเป็นบทบัญญัติสำหรับกรณีที่บุคคลต้องถูกควบคุมหรือขังโดยผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมหรือขังโดยเจ้าพนักงานหรือคนธรรมดาก็ตาม

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81, 92

(2) ในคดีลักทรัพย์ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำเลยและสั่งให้จำเลยคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินแล้ว และบุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นปฏิเสธที่จะส่งมอบทรัพย์สินยอมจำเป็นต้องออกหมายค้น⁴⁸

การค้นในที่รโหฐานโดยหลักแล้วต้องมีหมายค้น แต่ในกรณีดังต่อไปนี้การค้นในที่รโหฐานกระทำได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นคือ

- 1) เมื่อมีเสียงร้องให้ช่วยมาจากข้างในที่รโหฐาน
- 2) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐาน
- 3) เมื่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอันแน่นแฟ้น ควรสงสัยว่าได้เข้าไปซุกซ่อนตัวอยู่ในที่รโหฐาน
- 4) เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าสิ่งของที่ได้อามาโดยการกระทำความผิดได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้น ประกอบกับทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นการเน้นซ้ำกว่าจะเอาหมายมาค้นมาได้ สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายเสียก่อน
- 5) เมื่อที่รโหฐานนั้นผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าของบ้านและการจับนั้นมีหมายจับหรือจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ

มาตรการทางกฎหมายในการตรวจค้นในประเทศไทย

การตรวจค้นเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นเป็นมาตรการทางกฎหมายในการใช้ดุลพินิจเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะคณะกรรมการปกป้องและปราบปรามยาเสพติดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นการให้อำนาจในการตรวจค้นเคหสถานโดยไม่มีหมายค้น แต่วัตถุประสงค์หลักก็เพื่อการดำเนินการของรัฐเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งปัญหา ยาเสพติดเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง แม้ว่าการให้อำนาจในการตรวจค้นเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นจะเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานไปบ้าง แต่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากนักก็ถือว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้เมื่อเปรียบเทียบกับความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยส่วนรวม การตรวจค้นถือเป็นมาตรการในการสอบสวนคดีอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง เป็นการล่วงล้ำสิทธิส่วนตัวของบุคคลโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเพื่อหาสิ่งของหรือบุคคล มีเงื่อนไขที่สำคัญ ประการแรก ต้องมีการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคล ประการที่สอง คือต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายและต้องกระทำโดยเจ้าพนักงาน ซึ่งในที่นี้คือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ประการที่สาม คือเพื่อค้นหาสิ่งของหรือบุคคล

⁴⁸ คณิง ฤาไชย. *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. หน้า 201-202

การตรวจค้นในประเทศไทย การใช้อำนาจการค้นเคหสถานมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าค้นเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมขณะเดียวกันจะต้องมีกฎหมายรองรับบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจค้นเป็นการใช้อำนาจรัฐที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทางอาญา ดังนั้น จึงต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองให้อำนาจไว้ชัดเจนจึงจะมีอำนาจค้นได้และมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจค้นเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด เพื่อป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในวงกว้างทั้งทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรม มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดดังต่อไปนี้

หลักการตรวจค้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 18 โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550 ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ในมาตรา 33 ได้บัญญัติในวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

วรรคสอง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข วรรคสาม การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

หลักการตรวจค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาสามารถได้มาซึ่งพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดที่แท้จริงได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ลักษณะที่ 5 ซึ่งกรอบของการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและศาลให้จำกัดเสรีภาพทางร่างกาย หรือเสรีภาพในการครอบครองเคหสถาน โดยปกติสุขของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้เท่าที่จำเป็นและมีเหตุสมควร เพื่อประโยชน์ของการดำเนินคดี การค้นเคหสถานจึงเป็นส่วนสำคัญซึ่งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายในการใช้ดุลพินิจการค้น โดยไม่มีหมายค้นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด การค้นจึงแบ่งออกดังต่อไปนี้

ผู้มีอำนาจค้น มี 2 ประเภทคือ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และพนักงานสอบสวน

ประเภทของการค้นมี 3 ประเภท คือ ค้นที่รโหฐาน ค้นในวังหรือที่ประทับ ค้นบุคคล และค้นเอกสารทางไปรษณีย์ แต่ในกรณีนี้จะเน้นในเรื่องการค้นที่รโหฐาน

การค้นเอกสารที่รโหฐานนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้นหา 2 ประการ หาบุคคลและหาสิ่งของ การค้นหาบุคคลได้แก่บุคคลซึ่งถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังในที่รโหฐานนั้นหรือบุคคลที่มีหมาย

ให้จับได้โดยไม่ต้องมีหมาย ส่วนการค้นหาลังของ ได้แก่สิ่งของซึ่งอาจเป็นวัตถุ พยานหรือพยาน เอกสารก็ได้ หรือซึ่งมีไว้หรือได้มา โดยกระทำการผิดหรือใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งต้องถูกยึด ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ตามมาตรา 69 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ค้นต้องมีหมายค้นหรือศาลคำสั่งของศาล มาตรา 92 ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มี หมายค้นหรือคำสั่งของศาลเว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นและในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อเสียงร้องให้ช่วยมาจากในที่รโหฐานหรือมีเสียงหรือพฤติกรรมอื่นใดอันแสดง ได้ว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในที่รโหฐานนั้น

(2) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐาน

(3) เมื่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอัน แน่นแฟ้นควรสงสัยว่าเข้าไปซุกซ่อนอยู่ในที่รโหฐานนั้น

(4) เมื่อมีพยานหลักฐานพอสมควรว่าสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการ กระทำความผิดหรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิดหรืออาจเป็นพยานหลักฐาน พิสูจน์การกระทำความผิดได้ก่อนหรืออยู่ในนั้นกระทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าการเน้นซ้ำ กว่าจะเอาหมายค้นมาได้สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายหรือทำลายเสียก่อน

(5) เมื่อที่รโหฐานนั้นผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้าน และและการจับนั้นมีหมายจับตาม มาตรา 78

การใช้อำนาจตาม (4) ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจผู้ค้นส่งมอบสำเนาบันทึก การตรวจค้นและบัญชีทรัพย์สินที่ได้จากการตรวจค้นรวมทั้งจัดทำบันทึกแสดงเหตุผลที่ทำให้สามารถ เข้าค้น รวมทั้งจัดทำบันทึกแสดงเหตุผลที่ทำให้สามารถเข้าค้นได้เป็นหนังสือให้ไว้แก่ผู้ครอบครอง สถานที่ที่ถูกตรวจค้นแต่ถ้า

ไม่มีผู้ครอบครองอยู่ ณ ที่นั้น ให้ส่งมอบหนังสือดังกล่าวแก่บุคคลเช่นว่านั้นในทันทีที่กระทำได้ และริบรายงานเหตุผลและผลการค้นเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป

การค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 มีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) บทบัญญัติในมาตรา 92 มิได้แก้ไขสาระสำคัญของมาตรา 92 เดิม แต่ได้เพิ่มความ ให้ความรัดกุมและครอบคลุมมากขึ้นเช่น ในมาตรา 92 (1) เดิมใช้คำว่า “มีเสียงร้องให้ช่วย” แต่บทบัญญัติ ในปัจจุบันถึง “เสียงหรือพฤติกรรมอื่นใดอันแสดงได้ว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในที่รโหฐานนั้น” เช่น มี เสียงปืนดังขึ้น 3 นัด โดยไม่มีเสียงร้องให้ช่วยและเจ้าพนักงานผู้ได้อินก็ไม้อาจมองเห็นว่ามีการ ประทุษร้ายกันหรือไม่ เนื่องจากบ้านหลังนั้นมีกำแพงรั้วสูงทึบ เป็นต้น

(2) มาตรา 92(4) เพิ่มเติมคำว่า “มีพยานหลักฐานตามสมควร” ซึ่งเดิมคำว่า “มีความ สงสัยตามสมควร” และสิ่งของที่จะค้นนั้นเดิมกำหนดเพียง “สิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำความผิด” แต่

ในบทบัญญัติใหม่ใช้คำว่า “สิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำผิดหรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดหรืออาจเป็นพยานหลักฐานการกระทำความผิด” จึงมีขอบเขตกว้างกว่า และหากเน้นเข้าไปสิ่งของนั้นจะถูกยึดย้ายหรือทำลายเสียก่อน

(3) ในการค้นตามมาตรา 92 (4) พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจผู้ค้นต้องส่งมอบสำเนาบันทึกการตรวจค้นและบัญชีทรัพย์สินที่ได้จากการตรวจค้นรวมทั้งจัดทำบันทึกแสดงเหตุผลที่ทำให้สามารถเข้าค้นได้เป็นหนังสือให้ไว้แก่ผู้ครอบครองสถานที่ที่ถูกตรวจค้นแต่ถ้าไม่มีผู้ครอบครองอยู่ ณ ที่นั้น ให้ส่งมอบหนังสือแก่บุคคลเช่นว่านั้นในทันทีที่กระทำได้ และรีบรายงานเหตุผลและการค้นเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป(มาตรา 92 วรรคท้าย) มาตรานี้เป็น การควบคุมการค้นของเจ้าพนักงาน โดยให้ทำบันทึกและแสดงเหตุผลให้ผู้ครอบครองที่รโหฐานทราบเป็นหนังสือซึ่งเป็นการตรวจสอบภายในองค์กรโดยผู้บังคับบัญชาที่สูงขึ้นไปอีกชั้นหนึ่ง จึงถือเป็นมาตรฐานการควบคุมการใช้อำนาจของพนักงาน และเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อาจได้รับผลเสียหายจากการค้น โดยไม่มีหมายและเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับกฎหมายฉบับอื่นที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน

แต่มีข้อสังเกตว่า การค้นโดยมีหมายค้นหรือไม่มีหมายค้น เจ้าพนักงานยังคงต้องดำเนินการตามมาตรา 102, 103 และ 104 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยต้องทำบัญชีการค้นและบัญชีทรัพย์สินและบันทึกการค้น แต่มิได้มีมาตรการที่ต้องส่งให้แก่ผู้ครอบครองดังเช่นวรรคท้ายของมาตรา 92 นี้ จึงมีความเห็นว่าการได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกัน

อนึ่ง ในทางปฏิบัตินั้น แม้ว่าเจ้าพนักงานซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานตามกฎหมายพิเศษจะแสดงบัตรประจำตัวเจ้าพนักงานที่หมดอายุแล้ว เพื่อขอเข้าค้นแต่ยังมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานอยู่การค้นดังกล่าวก็ชอบด้วยกฎหมาย (ฎีกาที่ 4668/2541 ฎ. เล่ม 10 หน้า 28)

การค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 มีตัวอย่างคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานดังต่อไปนี้

(ก) สถานที่บนขบวนรถไฟโดยสาร ไม่ใช่ที่รโหฐานแต่เป็นที่สาธารณสถาน เจ้าพนักงานสรรพสามิตตรวจค้นจับฝิ่นเถื่อนบนรถด่วน โดยไม่ต้องมีหมายค้นและไม่จำเป็นต้องค้นในเวลากลางวัน หรือแสดงความบริสุทธิ์ก่อน และซึ่งจะต้องค้นต่อหน้าผู้ครอบครองสถานที่หรือต่อบุคคลอื่น เท่าที่สามารถจะทำได้ตามมาตรา 92, 96 และ 102 แต่ประการใด (ฎีกาที่ 2024/2597 2497 ฎ. 1776)

(ข) จำเลยเป็นผู้ใหญ่บ้านและผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้านได้เข้าค้นเรือนโจทก์เพื่อหาไม้ที่หาย โดยไม่ได้ความแน่ชัดว่าไม้ที่หายนั้นอยู่ในเรือนโจทก์ กรณีไม่เข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความอาญา มาตรา 92(4), (5) ที่จะค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น (ฎีกาที่ 246/2515 2515 ฎ. 180)

(ค) ผู้ใหญ่บ้านและผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้านจับจำเลยผู้ต้องหาว่าทำร้ายร่างกายที่ได้ถูกบ้าน ท. โดยไม่มีหมายค้นตามมาตรา 81, 92 อันเป็นที่ร โหฐาน เป็นการจับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยต่อสู้ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 138 (ฎีกาที่ 1025/2518 ฎ. 2853)

(ง) จำเลยที่ 2 เป็นสืบทารวจโท จับกุมโจทก์ภายในบริเวณบริษัทฯ อันเป็นที่ร โหฐาน ซึ่งโจทก์เป็นผู้เช่าประกอบการค้าอยู่ในเวลากลางคืน โดยไม่มีหมายจับและหมายค้น โดยจำเลยที่ 3 ไปร้องทุกข์ในข้อหาออกเช็คไม่มีเงินต่อจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีกับแล้ว จำเลยที่ 2 ได้จับกุมตามคำขอของจำเลยที่ 3 เนื่องจากจำเลยที่ 3 ได้ร้องทุกข์ไว้แล้ว กรณีจึงต้องด้วยข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78(4) และมาตรา 92(5) จำเลยที่ 2 มีอำนาจจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหมายค้น (ฎีกาที่ 741/2522 2522 ฎ. 686)

มีข้อสังเกตในคำพิพากษานี้ กล่าวคือ

คำพิพากษาฎีกาลบนี้ได้วินิจฉัยว่าการค้นในเวลากลางคืนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะปรากฏในข้อเท็จจริงว่าการทำการค้นในเวลากลางคืน ซึ่งต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 96 (ดูต่อไป)

(จ) เมื่อมีเหตุให้เชื่อได้ว่ามีของที่ได้มาโดยผิดกฎหมายอยู่ในบ้านที่เกิดเหตุหากไม่ทำการตรวจค้นเสียในวันเกิดเหตุ การตรวจค้นต่อหน้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองบ้านและโดยไม่ทำลายกุญแจก็ไม่อาจทำได้ ทั้งการตรวจค้นของจำเลยซึ่งเป็นสารวัตรตำรวจได้กระทำต่อหน้าพยานสองคน การตรวจค้นจำเลยจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92, 94, และ 102 จำเลยจึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, 358, 362, 365 (2)

เมื่อจำเลยมีอำนาจตรวจค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้น และมีพฤติการณ์ที่จะออกหมายค้นและทำการค้นได้ ดังนี้ หมายค้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ก็ทำให้จำเลยไม่มีอำนาจค้น (ฎีกาที่ 4791/2528 2528 ฎ. 2668)

(ฉ) เจ้าพนักงานผู้จับกุมได้พบตัวจำเลยขณะขับรถโดยสารประจำทางจึงติดตามไปทำการจับกุมตรวจค้นในทันทีทันใดที่จำเลยขับรถเข้าไปจอดในอุ้งรถโดยสารประจำทางมิฉะนั้นจำเลยย่อมหลบหนี หรือเคลื่อนย้ายยาเสพติดให้โทษของกลางไปได้ เป็นกรณีเจ้าพนักงานผู้จับกุมสามารถค้นได้ โดยไม่ต้องมีหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92(4) (ฎีกาที่ 1496/2543 2543 ฎ. 428)

(ช) เจ้าพนักงานตำรวจได้ขอความยินยอมจาก น. มารดาจำเลยซึ่งเป็นเจ้าบ้านที่เกิดเหตุ จะกระทำการค้น แสดงว่าการค้นกระทำขึ้นโดยอาศัยความยินยอมของ น. แม้การค้นจะกระทำโดยไม่มี

หมายค้นที่ออกโดยศาลอนุญาตให้ค้นได้ก็หายเป็นการค้นโดยมิชอบนอกจากนี้ ก่อนที่เจ้าพนักงานตำรวจจะดำเนินการค้นได้จำเลยซึ่งอยู่ในห้องนอนโยนเมทแอมเฟตามีนออกไปนอกหน้าต่างอันเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจพบจำเลยกำลังกระทำความผิดซึ่งหน้าและได้กระทำลงในที่รโหฐาน เจ้าพนักงานตำรวจย่อมมีอำนาจจับจำเลยโดยไม่ต้องมีหมายจับ หรือหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78(1), 92(2) เมทแอมเฟตามีนที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดได้จึงนำมารับฟังประกอบคำรับสารภาพของจำเลยได้ (ฎีกาที่ 1164/2546 2546 ฎ. 1862)

ข้อสังเกต เหตุแห่งการเข้าค้นในกรณีแรก ซึ่งไม่มีหมายจากศาล แต่ได้ขอความยินยอมจากเจ้าของบ้านแล้ว ซึ่งตามข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจ จึงมีผลเท่ากับคำว่า เจ้าบ้านสละสิทธิในการครอบครองเคหสถาน โดยปกติสุขและยินดีให้เจ้าพนักงานเข้ามาค้นได้ การค้นจึงไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่เจ้าของบ้านไม่ยินยอมให้เข้าค้น เจ้าพนักงานจะค้นได้ต่อเมื่อมีหมายค้นจากศาล หรือมีเหตุให้ค้นได้ตามมาตรา 92 (1)-(5) นอกจากนี้เหตุที่เจ้าพนักงานจับเพราะพบความผิดซึ่งหน้าในที่รโหฐานดั่งนั้น การจับจำเลยในบ้าน จึงเข้ากรณีตามมาตรา 78(1) และ 92(2)

ข้อจำกัดเรื่องเวลาในการค้นที่รโหฐาน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 96 บัญญัติให้การค้นต้องกระทำในเวลากลางวัน คือ ระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นและพระอาทิตย์ตก เว้นแต่ใน 3 กรณี ต่อไปนี้ อาจค้นได้ในเวลากลางคืน คือ

(1) เมื่อลงมือค้นแต่ในเวลากลางวัน ถ้ายังไม่เสร็จจะค้นต่อไปในเวลากลางคืนก็ได้ (มาตรา 96 (1))

(2) ในกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง หรือซึ่งมีกฎหมายอื่นบัญญัติให้ค้นได้เป็นพิเศษจะทำการค้นในเวลากลางคืนก็ได้ (มาตรา 96(2))

ความหมายของคำว่า “ฉุกเฉินอย่างยิ่ง” หมายถึง ถ้าไม่ค้นในเวลากลางคืนจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลที่ต้องการค้นได้พบตัว หรือบุคคลนั้นอาจจะหลบหนีไป หรือพยานหลักฐานที่ปรากฏอยู่ในที่รโหฐานนั้นอาจถูกทำลายก็ได้ ทั้งคดีนั้นต้องมีลักษณะร้ายแรงไม่ใช่คดีเล็กๆ น้อยๆ

มีตัวอย่างการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 96 (2) ดังนี้

(ก) การมีและการดื่มสาเกเถื่อนซึ่งปริมาณเพียงเล็กน้อย ไม่ถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง อันจะทำให้พลตำรวจมีอำนาจเข้าค้นและจับกุมบุคคลผู้มีและดื่มสุราในที่รโหฐานในเวลากลางคืนได้ ฉะนั้นเมื่อพลตำรวจเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดและถูกกระทำผิดขัดขวางผู้นั้นไม่มีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน (ฎีกาที่ 575/2483)

(ข) กำนันเห็นเจ้าของบ้านกับพวกกำลังดื่มกลั่นสุราในบ้านในเวลากลางคืนพฤติการณ์เป็นที่เห็นได้ว่า ถ้าไม่จับในขณะนั้นก็จะไม่เป็นการประจักษ์ว่าผู้นั้นกระทำความผิดเพราะอาจรวบรวมพยานหลักฐานได้ไม่ครบ ของกลางก็อาจจะยึดไม่ได้ ดังนี้ถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง กำนันกับพวกจึงมีอำนาจเข้าไปจับกุมได้ ไม่มีความผิดฐานบุกรุก (ฎีกาที่ 1087/2482 23 ธศ. 1660)

(ค) กำนันจะเข้าค้นบ้านโจทก์โดยถามโจทก์ก่อนว่าเห็นใครเข้ามาในบ้านบ้างโจทก์ตอบว่าไม่เห็น กำนันจึงเข้าค้น โจทก์ไม่ยอมให้ค้นโดยบอกว่าไม่มีหมายกำนันว่าถ้าไม่ให้เข้าค้นจะยิง โจทก์กลัวจึงยินยอมให้ค้น กำนันค้นแล้วไม่พบใครจึงออกไปพร้อมทั้งคำท้าทายโจทก์ วินิจฉัยว่าจากข้อเท็จจริงที่กำนันไปถามโจทก์ยอมแสดงอยู่ในตัวแล้ว กำนันไม่รู้คนร้ายหายไปไหน จึงไม่มีเหตุอันสมควรสงสัยคนร้ายได้เข้าไปในบ้านของโจทก์กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 92 หรือ 96 กำนันจึงมีความผิดฐานบุกรุก (ฎีกาที่ 754/2498 2498 ฎ.690)

(ง) ตำรวจสงสัยว่าจำเลยดื่มสุราจึงเข้าไปจับบนเรือนในเวลากลางคืน จำเลยขัดขวางโดยใช้สากกระเบือตีตำรวจวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด(ตามกฎหมายสุรา) ซึ่งหน้าและไม่มีเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง ตำรวจไม่มีอำนาจเข้าไปจับ เมื่อจำเลยต่อสู้ขัดขวางจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่ (ฎีกาที่ 719/2501 2501 ฎ.285)

(จ) จำเลยทั้งห้าเป็นตำรวจไปจับโจทก์ซึ่งเป็นแพทย์ประจำตำบลโดยไม่มีหมายจับในห้องฉายภาพยนตร์อันเป็นที่รโหฐานขณะฉายภาพยนตร์อยู่ในโรงภาพยนตร์ของโจทก์โดยเก็บค่าดูจากประชาชนและโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานตำรวจ เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันภัยอันตรายอันเกิดแก่การเล่นมหรสพ พ.ศ. 2564 มาตรา 5, 36 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษปรับไม่เกิน 500 บาทจำเลยใส่กุญแจมือโจทก์ไขว้หลังจนข้อมือทั้งสองข้างถลอก ดังนี้ ศาลวินิจฉัยว่า แม้การกระทำความผิดจะเป็นความผิดซึ่งหน้า แต่เมื่อเจ้าพนักงานรู้จักแหล่งของผู้จะกระทำความผิด ก็ไม่เป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่งซึ่งเจ้าพนักงานจะกระทำการจับกุมในที่รโหฐานในเวลากลางคืน ได้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, 309, 360, 295 และ 83 (ฎีกาที่ 702/251602516 ฎ.723)

(ฉ) ขณะเกิดเหตุนั้นมีคนอยู่บนเรือนประมาณ 50 คน ทั้งที่กำลังเล่น และไม่ได้เล่นการพนัน ถ้าปล่อยให้เห็นเข้าไปโดยไม่จับทันที ก็อาจจับผู้กระทำความผิดไม่ได้เลยเพราะปนเปกันอยู่มาก ทั้งบรรดาพยานหลักฐานต่างๆ ก็อาจสูญหายหรือถูกทำลายไปหมดจึงเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง ผู้เสียหายกับพวกซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตำรวจแต่ใช้ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ จึงมีอำนาจเข้าไปในบ้านที่เกิดเหตุอันเป็นที่รโหฐานในเวลากลางคืนเพื่อจับบุคคลผู้กระทำความผิดซึ่งหน้าในที่รโหฐาน ดังนั้นการดำเนินการของผู้เสียหายกับพวกจึงชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 96(2) และมีอำนาจจับผู้กระทำความผิดได้ตามมาตรา 92(2) ประกอบด้วยมาตรา 81(1) และ 80 (ฎีกาที่ 698/2516 ประชุมใหญ่ 2516 ฎ.2149)

(ข) แม้ พ.ต.ต. ชัชวาล กับพวกจะเป็นเจ้าพนักงานและออกมาปฏิบัติการตามหน้าที่เพื่อจับกุมและตรวจค้นบ้านจำเลยด้วยเหตุพลอันสมควรและมีหมายค้น แต่ได้ไปล้อมบ้านจำเลยและขอตรวจค้นในเวลากลางคืนซึ่งทำไม่ได้เพราะขัดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา 96 จึงไม่ได้รับความคุ้มครองและมีฐานะเจ้าของพนักงานตามกฎหมาย (ฎีกาที่ 1971/2528 2528 ฎ.686)

ข้อยกเว้นที่ให้ค้นในเวลากลางคืนได้ กรณีที่มีกฎหมายอื่นบัญญัติให้ค้นได้เป็นพิเศษในเวลากลางคืนเช่น พระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2497 มาตรา 12 เป็นต้น

(3) การค้นเพื่อจับกุมผู้ร้าย หรือผู้ร้ายสำคัญ จะทำในเวลากลางคืนก็ได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตพิเศษจากศาลตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา (มาตรา 96 (3))

ผู้ร้าย หมายถึง ผู้มีใจเหี้ยมโหดซึ่งอาจเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ บุคคลผู้ร้ายอาจเป็นผู้กระทำผิดมาแล้ว และมีการกระทำที่แสดงให้เห็นความเหี้ยมโหด หรืออาจยังมีได้เป็นผู้กระทำก็ได้ ผู้ร้ายนี้รวมถึงผู้มีจิตบกร้าง โจรจิต หรือจิตฟันเฟือน ซึ่งต้องค้นและจับมาเพื่อบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

ส่วนผู้ร้ายสำคัญ หมายความว่ากระทำความผิดร้ายแรงเป็นที่รู้จักกันทั่วไป เช่น คนร้ายปล้นหรือฆ่าบุคคลอื่นมามากจนชาวบ้านเรียกว่า “เสือ” เป็นต้น

การค้นในกรณีนี้ เดิมต้องได้รับอนุญาตเป็นพิเศษจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดนั้นก่อนจึงจะค้นได้ และกฎหมายกำหนดให้หัวหน้าในการค้นต้องเป็นนายอำเภอ หรือนายตำรวจซึ่งมียศตั้งแต่ นายร้อยตำรวจตรีขึ้นไป เพราะถือเป็นเรื่องสำคัญแต่ในมาตรา 96(3) ที่แก้ไขใหม่ให้อนุญาตศาลตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

หลักเกณฑ์และวิธีการตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ค้นในที่รโหฐานในเวลากลางคืน เพื่อจับผู้ร้ายสำคัญ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 35-38 มีสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

(ก) ผู้ร้องขอ แยกเป็น 2 กรณี กรณีแรก พนักงานฝ่ายปกครองหรือเจ้าพนักงานอื่นต้องดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับแปดขึ้นไป ส่วนกรณีที่สอง ตำรวจต้องมียศตั้งแต่ชั้นพันตำรวจเอกขึ้นไป (ข้อ 35)

(ข) การพิจารณาพยานหลักฐานต้องมีหลักฐานที่เป็นเหตุให้ค้นหรือจับได้ตามข้อ 15 และผู้รับรองขอต้องเสนอพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือผู้นั้นเป็นผู้ร้ายหรือเป็นผู้ร้ายสำคัญและมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องทำในเวลากลางคืน มิฉะนั้นผู้นั้นจะหลบหนีหรือก่อภัยอันตรายอย่างร้ายแรง (ข้อ 36)

(ค) ศาลที่จะทำคำสั่งอนุญาตหรือยกคำร้อง ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสองคนเป็นองค์คณะ และ จะเป็นผู้พิพากษาประจำศาลได้ไม่เกินหนึ่งคน และให้บันทึกการอนุญาตพิเศษไว้ในหมายค้น (ข้อ 37)

(ง) ผู้ที่เป็นหัวหน้าในการค้น ถ้าเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือพนักงานอื่นต้องดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับห้าขึ้นไปกรณีเป็นตำรวจผู้ต้องหาต้องมียศตั้งแต่ชั้นร้อยตำรวจเอกขึ้นไป (ข้อ 38)

ผู้จัดการตามหมายค้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 97 กำหนดให้การจัดการตามหมายค้น เจ้าพนักงานผู้มีชื่อในหมายค้นหรือผู้รักษาการแทนซึ่งต้องเป็นพนักงานฝ่ายปกครองตั้งแต่ระดับสาม หรือตำรวจซึ่งมียศตั้งแต่ชั้นตำรวจตรีขึ้นไปเท่านั้นมีอำนาจเป็นหัวหน้าไปจัดการให้เป็นไปตามเป้าหมายนั้น

การแก้ไขมาตรา 97 นี้เป็นการเพิ่มเติมว่า ผู้ที่เป็นหัวหน้าต้องเป็นพนักงานฝ่ายปกครองตั้งแต่ระดับสาม หรือตำรวจซึ่งมียศตั้งแต่ตำรวจตรีขึ้นไป ซึ่งไม่ระบุไว้ในบทบัญญัติเดิม

ขอบเขตเรื่องการค้น

การค้นนั้น โดยหลักจะต้องค้นเพื่อหาตัวคนหรือสิ่งของที่ต้องการค้นเท่านั้นแต่อย่างไรก็ตามมาตรา 98 กำหนดข้อยกเว้นไว้ 2 กรณีคือ

1) ในกรณีที่ค้นหาสิ่งของโดยไม่จำกัดสิ่ง เจ้าพนักงานผู้ค้นมีอำนาจยึดสิ่งขอใดๆ ซึ่งน่าจะใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อเป็นประโยชน์หรือยืนยันผู้ต้องหาหรือจำเลย (มาตรา 98 (1))

2) เจ้าพนักงานซึ่งการค้นมีอำนาจจับบุคคลหรือ (ยึด) สิ่งของอื่นที่ค้นนั้นได้เมื่อหมายอีกต่างหาก หรือ ในกรณีความผิดซึ่งหน้า (มาตรา 98 (2))

ตัวอย่างคำพิพากษาขอบเขตเรื่องการค้น

เจ้าพนักงานตำรวจนำหมายค้นเพื่อพบและยึดยาเสพติดซึ่งเป็นสิ่งของที่ไว้เป็นความผิดตามที่รับแจ้งจากศาลสายลับ จึงเข้าไปขอค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายจับบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 (2) แต่เมื่อตรวจค้นแล้วพบว่าเจ้าของบ้านมีเฮโรอีนและเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองซึ่งเป็นความผิดซึ่งหน้าเจ้าพนักงานตำรวจเข้าบ้านได้โยนไม่มีหมายจับตามมาตรา 78 (1) (ฎีกาที่ 360/2542 2542 ถ. 118)

อำนาจของเจ้าพนักงานผู้ค้นในการปฏิบัติให้เป็นตามกฎหมาย

เพื่อปฏิบัติตามให้เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการค้นกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดำเนินการค้น ดังนี้

(1) ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่ทำการค้นในที่รโหฐานสั่งเจ้าของหรือคนอยู่ในนั้นหรือผู้รักษาสถานที่ซึ่งจะค้น ให้ยอมให้เข้าไปโดยมิหวงห้าม อีกทั้งให้ความสะดวกตามความ

สมควรทุกประการในอันที่จะจัดการตามหมาย ทั้งนี้ ให้พนักงานผู้แสดงหมายหรือเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายก็ให้แสดงนามและตำแหน่ง

ถ้าบุคคลดังกล่าวในวรรคต้นนิยมให้เข้าไป เจ้าพนักงานมีอำนาจใช้กำลัง เพื่อเข้าไปในกรณีจำเป็นหรือทำลายประตูบ้าน ประตูเรือน หน้าต่าง รั้ว หรือสิ่งกีดขวางอย่างอื่นทำนองเดียวกันนั้นก็ได้ (มาตรา 94)

(2) ถ้ามีเหตุสงสัยว่าบุคคลซึ่งอยู่ในที่ซึ่งค้นหรือจะถูกค้น จะขัดขวางถึงกับทำให้การค้นนั้นไร้ผล เจ้าพนักงานผู้ค้นมีอำนาจเอาตัวผู้นั้นควบคุมไว้หรือให้อยู่ในความควบคุมดูแลของเจ้าของพนักงานในขณะทำการเท่าที่จำเป็นเพื่อมิให้ขัดขวางถึงกับทำให้การค้นนั้นไร้ผล (มาตรา 100 วรรคแรก)

(3) ถ้ามีเหตุอันสมควรสงสัยว่าบุคคลนั้นเอาสิ่งของที่ต้องการพบซุกซ่อนในร่างกาย เจ้าพนักงานผู้ค้นมีอำนาจค้นตัวผู้นั้นได้ดังบัญญัติไว้ตามมาตรา 85 (มาตรา 100 วรรคสอง)

วิธีปฏิบัติในการค้น

(1) ในการค้นหาสิ่งของที่หายถ้าพอทำได้จะให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสิ่งของนั้น หรือผู้แทนของเขาไปกับเจ้าพนักงานในการค้นนั้นด้วยก็ได้ (มาตรา 95)

(2) ก่อนลงมือค้น ให้เจ้าพนักงานผู้ค้นแสดงความบริสุทธิ์เสียก่อนและเท่าที่สามารถจะทำได้ให้คัดค้านหน้าผู้ครอบครองสถานที่หรือบุคคลในครอบครัวของผู้นั้นหรือถ้าบุคคลดังกล่าวไม่ได้ก็ให้คัดค้านหน้าบุคคลอื่นซึ่งเจ้าพนักงานได้ร้องขอมาเป็นพยาน (มาตรา 102 วรรคแรก)

มีตัวคำพิพากษาวิธีปฏิบัติในการค้นดังนี้

เจ้าพนักงานตำรวจค้นบ้าน โจทก์ต่อหน้าคนในบ้านคนหนึ่ง ซึ่งตาบอดทั้งสองข้าง และหูหนวกกับอีกบุคคลหนึ่งที่ได้เชิญมาเป็นพยานในการตรวจค้นด้วยนั้น เมื่อไม่ได้ความว่าเจ้าพนักงานตำรวจสามารถทำการค้นต่อหน้าคนอื่นนอกจากที่กล่าวแล้วได้จึงอาจเป็นกรณีเจ้าพนักงานตำรวจกระทำเท่าที่สามารถจะกระทำได้ และไม่อาจจะหาบุคคลอื่นใดมาเป็นพยานค้นมากไปกว่านั้น ถือได้ว่าเป็นการค้นที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102 แล้ว (ฎีกาที่ 395/259 2519 ฎ. 221)

(3) ถ้าเป็นการค้นที่อยู่หรือสำนักงานของผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งถูกควบคุมหรือขังอยู่ให้นำตัวผู้นั้นมาและทำการค้นต่อหน้าผู้นั้น ถ้าผู้นั้นไม่สามารถหรือไม่ตั้งใจมากำกับ ผู้นั้นจะตั้งผู้แทนหรือให้พยานมากำกับก็ได้ ถ้าผู้แทนหรือพยานไม่มี ให้คัดค้านหน้าบุคคลในครอบครัวหรือต่อหน้าพยานดังกล่าวในวรรคก่อน (มาตรา 102 วรรคสอง)

(4) ในการค้น เจ้าพนักงานต้องพยายามมิให้มีการเสียหายหรือกระจัดกระจายเท่าที่จะทำได้ (มาตรา 99)

(5) สิ่งของที่ยึดได้ในการค้ำ ให้ห่อหรือบรรจุหีบห่อหรือบรรจุหีบห่อดีตราไว้หรือทำเครื่องหมายไว้เป็นสำคัญ (มาตรา 101)

(6) เจ้าพนักงานผู้ค้ำจะต้องบันทึกรายละเอียดแห่งการค้ำและสิ่งของที่ค้ำได้นั้นต้องมีบัญชีรายละเอียดไว้บันทึกการค้ำและบัญชีสิ่งของเหล่านั้นให้อ่านให้ผู้ครอบครองสถานที่บุคคลในครอบครัวผู้ต้องหาจำเลยหรือพยานฟัง แล้วแต่กรณี แล้วให้ผู้นั้นลงลายมือชื่อรับรองไว้ (มาตรา 103)

(7) เจ้าพนักงานที่ค้ำ โดยมีหมายค้ำต้องรีบส่งบันทึกและบัญชีดังกล่าวใน (2) พร้อมด้วยสิ่งของที่ยึดมาถ้าพอจะส่งได้ไปยังผู้ออกหมายหรือเจ้าพนักงานอื่นตามที่กำหนดไว้ในหมาย

ในกรณีที่ค้ำ โดยไม่มีหมายโดยเจ้าพนักงานอื่นซึ่งไม่ใช่พนักงานสอบสวนให้ส่งบันทึกบัญชีและสิ่งของไปยังพนักงานสอบสวน หรือเจ้าหน้าที่ใดซึ่งต้องการสิ่งเหล่านั้น (มาตรา 104)

(8) การค้ำในพระบรมมหาราชวังหรือในที่ซึ่งพระมหากษัตริย์ พระมเหสี หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ประทับหรืออยู่ มาตรา 91 ให้นำบัญญัติแห่งมาตรา 81/1 มาบังคับโดยอนุโลมนั้นคือ ต้องขออนุมัติจากนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีซึ่งได้รับมอบหมาย และต้องได้แจ้งให้เลขาธิการพระราชวังหรือสมุหราชองครักษ์ทราบ

แนวคำวินิจฉัยศาลฎีกากรณี”ความสงสัยตามสมควร”

คำพิพากษาฎีกาที่ 246/2515 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยเป็นผู้ใหญ่บ้านกับผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้านและพวกได้ร่วมมือกันตรวจค้นเรือน โจทก์เพื่อหาไม้ที่หาย ไม่ใช่เพื่อจับโจทก์เพราะจำเลยทราบจากบิดาโจทก์ว่า โจทก์ไม่อยู่บ้าน ไม้ที่หายไม่ได้ความแน่ชัดว่าตกอยู่ในเรือนโจทก์น่าจะทำให้มีความสงสัยตามสมควรเช่นนั้น การที่จำเลยกับพวกเข้าตรวจค้นเรือน โจทก์หรือเข้าของกระจัดกระจายโดยไม่มีหมายค้ำ ถือว่ามีเจตนาบุกรุกเรือน โจทก์ การกระทำของจำเลยจึงเข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92(4) (5)

คำวินิจฉัยฎีกาที่ 197/2481 วินิจฉัยว่า กำนันมีหนังสือสั่งให้ผู้ใหญ่บ้านไปตรวจค้นบ้านจำเลยเพื่อหาตัวผู้หญิงคนหนึ่ง ผู้ใหญ่บ้านเลยไปตรวจค้นโดยไม่มีหมายค้ำพบจำเลยก็สอบสวนจำเลยตอบว่าไม่มีผู้หญิงคนนั้นอยู่ในบ้านซึ่งเป็นความเท็จ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานแจ้งความเท็จเพราะกำนันหรือผู้ใหญ่บ้านไม่ใช่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ที่จะเข้าตรวจค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้ำ ทั้งกรณีไม่เข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญามาตรา 92 ข้อใดข้อหนึ่ง

จากคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เพราะผู้ใหญ่บ้านหรือกำนันมิได้เป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ แม้ข้อเท็จจริงจะเปลี่ยนจากผู้ใหญ่บ้านหรือกำนันมาเป็นผู้กำกับการก็ดี หรือสารวัตรตำรวจก็ดี หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจก็ดี หรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่

อื่นๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(17) ก็ดี แต่ปัจจุบันเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่เหล่านี้ก็ไม่มีอำนาจที่จะตรวจค้น โคนไม่มีหมายค้นอยู่ดี เพราะเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ได้กล่าวไว้แล้ว

2.3.4 การจับกุม

ความหมายของการจับ “การจับ” ถือเป็นกรยึดอย่างหนึ่งคือ เป็นการยึดตัวบุคคล (seizure of person)⁴⁹ การจับเป็นการกระทำขั้นต้นที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เปลี่ยนที่ทางของบุคคลซึ่งเสรีภาพในการเปลี่ยนที่ทางของบุคคลนี้ หมายถึง เสรีภาพในการที่จะไปไหนมาไหนได้โดยปราศจากจำกัดเขต และเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญ⁵⁰ การจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะต้องกระทำโดยชอบตามขั้นตอนของกฎหมาย และการจับจะสิ้นสุดลงหรือสมบูรณ์เมื่อมีการมอบตัวผู้ถูกจับ ณ ที่ทำการของเจ้าพนักงานหรือศาล⁵¹

ถ้าได้พิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 33 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 ว่าด้วยเหตุที่จะออกหมายจับ และมาตรา 78 ที่ว่าด้วยการจับโดยไม่มีหมายจับแล้ว จะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายของการจับส่วนใหญ่เป็นการจับตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งภายหลังจากที่บุคคลนั้นต้องหาว่าได้กระทำความผิดขึ้น ซึ่งสามารถแยกความหมายของการจับกุมในแ่งดังกล่าวนี้ออกเป็น 3 ประการด้วยกัน คือ

(1) เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย เช่น เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหลบหนี หรือป้องกันการไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน

(2) เพื่อเป็นหลักประกันการดำเนินคดีอาญา ที่ต้องมีตัวบุคคลผู้ถูกดำเนินคดีอยู่ด้วย คือ มีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่เสมอ

(3) เพื่อเป็นหลักประกันในการบังคับการลงโทษตามคำพิพากษาของศาล

แต่ก็อาจมีบางกรณีหากพิจารณาตามถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า บางครั้งอาจมีการจับบุคคลใดบุคคลหนึ่งก่อนที่บุคคลนั้นจะได้กระทำความผิดตามกฎหมายขึ้นมา เพื่อเอาผู้นั้นมาดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ เพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายอาญาอันเป็นกฎหมายสารบัญญัติ และบุคคลที่มีอำนาจจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มี 3 ประเภทด้วยกันคือ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ พนักงานสอบสวนหรือราชฎ (ซึ่งมีอำนาจจับกุมในบางกรณีเท่านั้น) และนับตั้งแต่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 33

⁴⁹ คณิต ฌ นคร. (2546, กุมภาพันธ์). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). วิญญูชน กรุงเทพฯ.

⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 31

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 64, 65, 84

บัญญัติไว้ว่า “ในคดีอาญา การจับและคุมขังบุคคลใดจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือผู้นั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้า หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้โดยไม่มีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติฯ”

ศาล ซึ่งหมายความรวมถึง อำนาจการจับกุมของเจ้าพนักงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ ยังคงมีอยู่ต่อไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (2)(3) ส่วน (4) นั้นไม่มีอำนาจจับกุมแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อความผิดแตกต่างกันออกไปและยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายออกมารองรับ ยิ่งก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมากมาเป็นเหตุให้ผู้ปฏิบัติไม่กล้าตัดสินใจในบางกรณี ซึ่งหากกระทำลงไปอาจถูกกล่าวหาว่ากระทำโดยมิชอบได้ เมื่อเป็นเช่นนี้อาจก่อให้เกิดผลดีต่อผู้กระทำความผิดได้ที่เจ้าหน้าที่ของบ้านเมืองไม่กล้าจับกุมตัว แต่ทุกสิ่งทุกอย่างสามารถมองได้สองด้านทั้งด้านบวกและด้านลบและจากวงสัมมนาของนักวิชาการหรือการจัดสัมมนาที่ผ่านมาย่อมเป็นที่ประจักษ์แล้วว่า ปัญหาเรื่องการจับกุมยังไม่มีจุดสิ้นสุดจนกว่าจะมีการบัญญัติกฎหมายออกมารองรับให้ชัดเจน หากปล่อยไปเช่นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะเกิดผลดีกับผู้ต้องหาซึ่งได้กระทำความผิดมากกว่าเป็นผลดีต่อสังคมส่วนรวม ถึงแม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 80 จะบัญญัติความหมายของเหตุซึ่งหน้าไว้ก็ตาม

2.3.5 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในความหมายที่ว่าฝ่ายปกครอง จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไป มีว่ากฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง

โดยปกติแล้ว กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ได้แก่ “พระราชบัญญัติ”⁵² และ “กฎ” เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นต้น ก็อาจให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้เช่นกัน แต่ “กฎ” เหล่านี้จะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ดังนั้น การกล่าวว่า โดยปกติแล้วกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองได้แก่ พระราชบัญญัติ จึงไม่อาจถือว่าเป็นคำกล่าวที่คลาดเคลื่อนหรือขัดต่อสภาพการณ์ทางกฎหมายได้เลย

⁵² หมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย

2.4 ลักษณะของการฟอกเงิน

วัตถุประสงค์ของการฟอกเงินเป็นการทำเงินหรือรายได้จากการกระทำความผิดให้กลายเป็นเงินที่บุคคลทั่วไปเชื่อว่าเป็นเงินที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อปกปิดความผิดและใช้เป็นทุนรอนในการขยายขอบข่ายแห่งการกระทำความผิดในกาลต่อไป ด้วยเหตุนี้ลักษณะของการดำเนินการฟอกเงินที่แนบเนียนและสามารถปิดบังแหล่งที่มาของเงินดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งต่อความสำเร็จของการฟอกเงิน โดยลักษณะของการฟอกเงินนี้ย่อมขึ้นอยู่กับรูปแบบวิธีการของการฟอกเงิน ตลอดจนสถานที่ในการดำเนินการฟอกเงิน

2.4.1 รูปแบบของการฟอกเงิน

การฟอกเงินหรือการแปรสภาพ “เงินสกปรก” ที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้ดูเหมือนว่าเป็น “เงินสะอาด” นี้วิธีการอันหลากหลายเช่น

การนำเงินสดติดตัวออกนอกประเทศเป็นการนำเงินสดซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดออกไปใช้จ่ายในต่างประเทศ วิธีการฟอกเงินด้วยลักษณะเช่นนี้เป็นที่นิยมกระทำในอดีตซึ่งยังไม่มี การวางระบบทางการเงินอย่างเข้มงวด⁵³ แต่โดยที่การโยกย้ายเงินสดที่ได้รับจากการค้า ยาเสพติด หรืออาชญากรรมอื่น ๆ เป็นไปด้วยความยากลำบาก เนื่องจากมีจำนวนมากและธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับเงินสดจำนวนมากอาจถูกเพ่งเล็งจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ง่าย นอกจากนี้บางประเทศยังมีมาตรการกำกับควบคุมการทำธุรกิจด้วยเงินสดอย่าง เข้มงวด รวมทั้งระบบการเงินของบางประเทศอาจจะไม่นิยมการใช้จ่ายหรือการทำธุรกิจโดยใช้เงินสด ดังนั้น การใช้เงินสดที่ได้มาโดยไม่สุจริต จึงกระทำในบางประเทศที่ ไม่เข้มงวดในการใช้การทำธุรกิจด้านการเงิน หรืออาศัยการนำเงินสดผ่านทางพรมแดนระหว่างประเทศ โดยตัดสินบนเจ้าพนักงานซึ่งเป็นการเสี่ยงภัยอย่างมาก⁵⁴

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีตัวอย่างการนำเงินสดออกนอกประเทศไทยเป็นการฟอกเงินที่ไม่ผ่านธนาคาร แต่นำเงินสดออกนอกประเทศด้วยตนเอง ซึ่งมีตัวอย่างเกิดขึ้นและเชื่อกันว่าเป็นวิธีที่นิยมมากวิธีหนึ่ง คือ ผู้ขอเงินจะเดินทางด้วยกระเป๋าสองใบที่เป็นยี่ห้อเดียวกัน แบบเดียวกัน ขนาดเดียวกัน และสีเหมือนกัน กระเป๋าใบหนึ่งบรรจุ เสื้อผ้าของส่วนตัวผู้ถือ อีกใบหนึ่งจะบรรจุธนบัตรอย่างเดียว เมื่อเดินทางไปถึงที่หมายผู้ขอเงินจะนำเอากระเป๋าที่บรรจุธนบัตรออกมาเพียงใบเดียว แต่ถ้าศุลกากร ขอตรวจค้นเข้าก็จะทำท่าที่อย่างประหลาดในเมื่อกระเป๋าถูกปิดและเต็มไปด้วยธนบัตร เขาก็จะแก้ตัวว่าหยิบกระเป๋าผิดมาอย่างแน่นอนพร้อมกับยื่นยื่นกันที่จุดสายพานรับ

⁵³ ไชยยศ เหมะรัชตะ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 15.

⁵⁴ พ.ต.ต.ขวัญชัย ลิ้มประเสริฐกุล. (2544). ผลกระทบต่อกฎหมายฟอกเงินของไทย ศึกษากรณี ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) หน้า 102.

กระเป๋าคู ที่นั่นจะมีกระเป๋าคูที่บรรจุเสื้อผ้าและมีชื่อมีบัตรของเขาอยู่เพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ว่าหยิบกระเป๋าคูผิดใบ ส่วนกระเป๋าคูที่ถูกยึดไปนั้นเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สูญไปจากการทำธุรกิจ⁵⁵

ด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบันแต่ละประเทศต่างได้มีหลักเกณฑ์ในการควบคุมและจำกัดการนำเงินตราออกนอกประเทศ จึงเป็นผลให้การนำเงินตราในจำนวนมากออกนอกประเทศทำได้ยากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อการทำธุรกรรมขององค์กร อาชญากรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์จำนวนมาก เช่น การค้ายาเสพติด เป็นต้น การฟอกเงินด้วยรูปแบบดังกล่าวนี้จึงทำได้ในจำนวนจำกัด และในประเทศที่ยังล่าช้าทางเศรษฐกิจเท่านั้น จึงไม่เป็นที่นิยมกระทำกันแล้ว⁵⁶

การโอนเงินออกนอกประเทศเป็นการนำเงินตราไปฝากไว้ในประเทศที่ไม่มีการควบคุมระบบธนาคารหรือสถาบันการเงินอย่างเข้มงวดเพื่อให้เงินที่ผิดกฎหมายเข้าไปอยู่ในระบบ การเงินของประเทศนั้น และโอนกลับไปสู่ผู้ค้ายาเสพติดหรืออาชญากรโดยวิธีต่างๆ เช่น ทางโทรคมนาคม เป็นต้น เงินที่ผิดกฎหมายก็จะแปรสภาพเป็นเงินที่ถูกต้องตามกฎหมายอันเป็นจุดอ่อนของประเทศที่ไม่เข้มงวดเรื่องการนำเงินตราออกนอกประเทศ⁵⁷

ส่วนใหญ่เป็นการส่งเงินไปยังประเทศที่เป็นคู่ค้าผู้ร่วมกระทำ ความผิดซึ่งจะกระทำได้ง่ายในประเทศที่ไม่มีการควบคุมระบบธนาคารหรือสถาบัน การเงินอย่างเข้มงวด โดยเป็นรูปแบบอย่างหนึ่งของการฟอกเงินที่ให้ความสำคัญแก่การควบคุมการดำเนินงานของสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยการฟอกเงิน⁵⁸

การฝากเงินกับสถาบันการเงินในประเทศวิธีการนี้สะดวกและไม่จำกัดจำนวนเงินในการฝากเงินในสถาบันการเงินภายในประเทศซึ่งยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการฟอกเงิน โดยอาจกระทำในลักษณะของการใช้นามแฝง หรือซื้อปลอม เพื่อปกปิดความเป็นเจ้าของเงินอันทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถสืบหาต้นตอแห่งการกระทำความผิด ซึ่งเป็นอีกรูปแบบของการฟอกเงินที่ต้องควบคุมสถาบันการเงินตามกฎหมายการฟอกเงินเช่นกัน

อย่างไรก็ตามแม้แต่ในประเทศที่มีการใช้กฎหมายปราบปรามการฟอกเงินแล้ว เช่น ฮองกง ก็ได้มีการค้นพบการฟอกเงินจำนวนมากโดยผ่านระบบธนาคาร โดยในปลายปี พ.ศ. 2537 นั้น มีการจับกุมพ่อค้ายาเสพติดที่พยายามขนเฮโรอีนจำนวน 26 กิโลกรัม จากประเทศไทยไปยังสหรัฐอเมริกาได้ แต่ไม่สามารถสืบเสาะถึงเงินของ นักค้าเฮโรอีนผู้นี้ได้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2538 เงินจากการค้ายาเสพติดดังกล่าวได้ถูกค้นพบว่ามีเงินจำนวนกว่า 93 ล้านดอลลาร์ หรือประมาณ

⁵⁵ พิเชียร คุระทอง. (2539). 108 วิธีฟอกเงินโจรสล่อนอก. หน้า 55-57.

⁵⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ “รวมบทความและสารานุกรมเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน.” หน้า 15.

⁵⁷ พ.ต.ต.ขวัญชัย ลิ้มประเสริฐกุล. เรื่องเดิม. หน้า 104.

⁵⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ “รวมบทความและสารานุกรมเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน.” หน้า 15.

2,325 ล้านบาท มาพอกในระบบธนาคารโดยดำเนินการผ่านบัญชีเงินฝากตามธนาคารต่างๆ ในฮ่องกงสามารถจับกุมผู้มีส่วนช่วยเหลือพ่อค้ายาเสพติดในการพอกเงินได้⁵⁹

การจัดตั้งบริษัทหรือกิจการขึ้นบังหน้าวิธีการในลักษณะนี้เป็นที่นิยมใช้กันมากในเหล่าองค์กรอาชญากรรมด้วยการตั้งบริษัทหรือกิจการขึ้นมา หรือนำเงินไปซื้อกิจการที่มีผลขาดทุนและมีรายรับเป็นเงินสดเพื่อยกย้ายเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดมาทำให้กิจการค่อยๆ ฟื้นตัวขึ้น โดยการดำเนินธุรกิจบังหน้าเช่นนี้ทำให้รายได้เพิ่มพูนและกลายเป็นเงินได้ ซึ่งถูกต้องตามกฎหมาย⁶⁰

การที่ผู้ค้ายาเสพติดหรืออาชญากรปกปิดแหล่งที่มา และความเป็นเจ้าของที่ได้มาโดยผิดกฎหมายด้วยการจัดตั้งหรือซื้อกิจการในต่างประเทศ เช่น ในประเทศที่เป็นเขตปลอดภาษี เป็นต้น แล้วให้กิจการของตนในประเทศกักขังเงิน หรือซื้อ สินค้าจากกิจการในต่างประเทศดังกล่าวในราคาแพงกว่าปกติ ทั้งนี้ เพื่อให้เงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมายหมุนเวียนระหว่างกิจการทั้งสองแห่ง นอกจากนี้ยังมีวิธีการอื่นๆ ที่เป็นรูปแบบการพอกเงินอีก⁶¹ เช่น การใช้ใบอินวอยซ์ลวงเพื่อแสดงว่าได้มีการสั่งซื้อสินค้าเข้ามาจากต่างประเทศ หรือได้มีการส่งสินค้าออกไปต่างประเทศโดยที่ไม่ได้มีการส่งมอบสินค้ากันจริง เพื่อเป็นข้ออ้างในการโอนเงินได้อย่างถูกต้อง ใบอินวอยซ์ลวงที่นำมาใช้นี้ ทั้งที่แจ้งมูลค่าของสินค้าเกินจริงและสินค้าต่ำกว่าความเป็นจริง เป็นต้น การพอกเงิน ผ่านทางอินวอยซ์จะทำได้ก็ต้องผ่านบริษัทบังหน้าซึ่งจะทำให้มีการโอนเงินผ่านธนาคารอย่างถูกต้องเข้าไปในบัญชีของบริษัทบังหน้าเหล่านี้ และสามารถโอนเข้าไปได้ทุกประเทศทุกแห่งที่มีบริษัทบังหน้าตั้งอยู่

การดำเนินธุรกรรมหรือซื้อขายอื่นๆ เพื่อเปลี่ยนสภาพเงินสดซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดให้เป็นสินทรัพย์ต่างๆ เพื่อปิดบังแหล่งที่มาของเงินดังกล่าว⁶² เช่น การให้กู้ยืมเงิน การนำเงินสดไปซื้อตราสารที่เปลี่ยนมือได้ การซื้อหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ และการซื้อทรัพย์สินที่มีค่าอื่นๆ เป็นต้น ซึ่งต่อไปธุรกิจเหล่านี้ จะฟื้นกลับขึ้นมาเพราะอาศัยดอกผลจากเงินผิดกฎหมายดังกล่าว หลังจากนั้นจึงค่อยถ่ายเทเงินออกไปใช้ หรือการนำเงินไปซื้อตราสารที่โอนเปลี่ยนมือได้ซึ่งตราสารนั้นไม่มีการควบคุมจากสถาบันการเงินผู้ออก ทำให้ยากแก่การสืบหาผู้ซื้อและผู้รับตราสารนั้น⁶³

เนื่องจากปัจจุบันเทคโนโลยีทางการสื่อสารได้ก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ทำให้การโอนเงินในระบบสื่อสารทางอากาศมีการควบคุมน้อยกว่าการโอนเงินสด การโอนเงินต่างๆ จะมุ่งเน้นไปที่

⁵⁹ พ.ต.ต.ขวัญชัย ลิ้มประเสริฐกุล. แหล่งเดิม. หน้า 104.

⁶⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ “รวบบทความและสารานุกรมเกี่ยวกับกฎหมายพอกเงิน.” หน้า 15.

⁶¹ พ.ต.ต.ขวัญชัย ลิ้มประเสริฐกุล. แหล่งเดิม. หน้า 104.

⁶² ไชยยศ เหมะรัชตะ “รวบบทความและสารานุกรมเกี่ยวกับกฎหมายพอกเงิน.” หน้า 15.

⁶³ พ.ต.ต.ขวัญชัย ลิ้มประเสริฐกุล. แหล่งเดิม. หน้า 104.

ความรวดเร็วแต่ประการเดียว พนักงานโอนเงินจะไม่รู้จักลูกค้าและไม่ทราบวัตถุประสงค์ในการโอนเงิน วิธีการดังกล่าวจึงอาจจะเป็นช่องทางหลบซ่อนเงินผิดกฎหมายหรือการทุจริตของนักฟอกเงินได้เป็นอย่างดี

2.4.2 แหล่งสำหรับการฟอกเงิน

ในทางปฏิบัติ แหล่งที่อาชญากรมักใช้ในการฟอกเงินนี้ มีอยู่ทั้งภายนอกประเทศและภายในประเทศ โดยไม่จำกัดว่าแหล่งฟอกเงินดังกล่าวจะเป็นสถานที่ซึ่งตั้งอยู่ ณ ที่แห่งใดแห่งหนึ่งแน่นอน เพียงแต่แหล่งที่ใช้ในการฟอกเงินนั้นมีความสะดวกต่อ การเปลี่ยนสภาพเงินหรือทรัพย์สินได้อย่างง่ายดาย ก็มักเกิดการฟอกเงินกันอย่างมากมาย แหล่งในการฟอกเงินนั้นแยกได้เป็นสองแหล่ง อันได้แก่

แหล่งนอกประเทศ⁶⁴ แหล่งนอกประเทศเป็นแหล่งสำหรับการฟอกเงินซึ่งตั้งอยู่ภายนอกประเทศนี้ โดยทั่วไปเป็นสถานที่ที่ตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศเล็ก ๆ ซึ่งมีกฎหมายทางการเงินอันไม่เข้มงวดมากนัก จึงสะดวกต่อการใช้เป็นแหล่งแปรสภาพเงินอันไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการส่งหรือโอนหรือขนเงินออกจากประเทศหนึ่งไปยังแหล่งฟอกเงินนอกประเทศนั้นแหล่งนอกประเทศดังกล่าวมีดังนี้

1) ธนาคารในบางประเทศ ซึ่งมีกฎหมายคุ้มครองความลับของลูกค้า เช่น ธนาคารในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น การเปิดเผยข้อมูลทางการเงินของลูกค้าจึงกระทำได้อย่างมาก เว้นแต่จะได้รับการร้องขอจากรัฐบาลของประเทศอันเป็นแหล่งที่มาของเงินที่นำมาฝากในธนาคารนั้น

2) สถาบันการเงินในประเทศในแถบหมู่เกาะแคริบเบียน ซึ่งเป็นแหล่งใหญ่แห่งหนึ่งของการฟอกเงิน เพราะอยู่ใกล้กับศูนย์กลางการเงินของโลก อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา

3) ประเทศเล็กๆ ในยุโรปที่ไม่มีรายได้หลักที่แน่นอน เนื่องจากไม่มีผลิตผลและทรัพยากรธรรมชาติเพียงพอที่จะนำมาพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศได้ จึงต้องพึ่งพารายได้จากการให้เป็นแหล่งฟอกเงินไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เช่น บ่อนคาสีโนและรับจดทะเบียนบริษัทต่างๆ ซึ่งไม่ได้ประกอบกิจการอย่างจริงจัง เป็นต้น

4) ประเทศแถบศูนย์กลางการเงิน อันก่อให้เกิดความสะดวกในการยกย้ายถ่ายเทเงินหรือทรัพย์สินจากแหล่งการเงินแห่งหนึ่งไปสู่อีกแห่งหนึ่ง เช่น ประเทศในแถบแปซิฟิกตอนใต้และเกาะเล็กๆ หลายแห่งใกล้ชายฝั่งประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศอังกฤษ ซึ่งเรียกว่า เกาะไอร์แลนด์ ออฟมันด์ รวมทั้งเกาะในทะเลเมดิเตอร์เรเนียน เป็นต้น

⁶⁴ สีหนาท ประยูรรัตน์. ความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน กับมาตรการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพลในประเทศไทย. หน้า 4 : 8.

แหล่งในประเทศ⁶⁵ แหล่งในประเทศเป็นแหล่งสำหรับการฟอกเงินซึ่งตั้งอยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยทั่วไปมักเป็นแหล่งที่มีการแพร่สะพัดของเงินอย่างรวดเร็วตลอดจนมีการแลกเปลี่ยนทางการค้าอย่างมากมายจนทำให้ไม่มีความสนใจและ เป็นการยากต่อการตรวจสอบที่มาของเงินซึ่งนำมาใช้ในธุรกรรมนั้น ส่วนแหล่งในการฟอกเงินในประเทศซึ่งเป็นที่รู้จักกันสำหรับเหล่าอาชญากรมีดังนี้

5) บ่อนการพนันที่ถูกต้องตามกฎหมายและที่ขัดต่อกฎหมาย แหล่งที่มีการพนันเป็นที่มีการหมุนเวียนของเงินสดเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งบ่อนการพนันที่ได้รับอนุญาตให้เปิดกิจการได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายในบางประเทศ เป็นแหล่งที่อาชญากรใช้เป็นเครื่องมือในการฟอกเงิน ด้วยการสมคบกับเจ้าของบ่อนให้มีการชนะพนันเพื่อให้เปลี่ยนสภาพเงินที่ได้มาจากการกระทำความคิดที่นำมาเล่นพนันให้กลายเป็นเงินได้อันชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าของบ่อนได้รับผลตอบแทน หรือการที่องค์กรอาชญากรรมได้ลงทุนขออนุญาตเปิดกิจการบ่อนการพนันบังหน้าเพื่อใช้เป็นแหล่ง ฟอกเงินเสียเอง

6) ตลาดหลักทรัพย์ กิจการค่าหลักทรัพย์เป็นกิจการที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยในแต่ละวัน มีการซื้อขายหลักทรัพย์หรือหุ้นกันเป็นจำนวนมหาศาล จึงมีเงินเปลี่ยนมือระหว่างผู้ลงทุนจำนวนมาก และบรรดานายหน้าในตลาดหลักทรัพย์มักไม่ค่อยคำนึงถึงพื้นฐานประวัติของผู้ซื้อและผู้ขาย จึงมีเงินทุนหมุนเวียนและการเปลี่ยนมือของตราสารหุ้นในตลาดอย่างรวดเร็ว อันเป็นช่องทางในการเปลี่ยนสภาพเงินที่ได้มาจากการกระทำความคิดได้ง่าย

7) การค้าขายอสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีราคาสูงอสังหาริมทรัพย์ อันได้แก่ที่ดินและอาคารเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูง เช่นเดียวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีราคาสูงจำพวกอัญมณี และทองคำอันสามารถทำให้เกิดการเปลี่ยนสภาพเงินซึ่งได้มาจากการกระทำความคิดในจำนวนมากๆ ในแต่ละครั้งของการทำธุรกรรม โดยเฉพาะการทำธุรกรรมอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ใดย่อมทำให้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนั้นกลายมาเป็นสินทรัพย์ซึ่งสามารถซื้อขายเปลี่ยนมือและเปลี่ยนสภาพกลับมาเป็นเงินได้ในอนาคต ส่วนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีราคาสูงย่อมสามารถเปลี่ยนมือได้อย่างง่ายดายยิ่งกว่าอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากโดยสภาพแล้วเป็นสิ่งที่มิขนาดเล็กลงต่อการเคลื่อนย้ายและโอนให้แก่กันด้วยการส่งมอบ

8) การแลกเปลี่ยนเป็นเงินสกุลอื่นๆ การเปลี่ยนแปลงทางด้านวิทยาการ และเศรษฐกิจระหว่างประเทศอย่างรวดเร็วทำให้เกิดการเชื่อมโยงทางการเงินได้ โดยง่ายในปัจจุบันสามารถแลกเปลี่ยนเงินตราเพื่อกิจการและพฤติกรรมต่างๆ ของมนุษย์เกิดขึ้นอย่างมากมาย เช่น การซื้อขาย

⁶⁵วิชัย ตันติกุลนันท์. เรื่องเดิม. หน้า 15.

สินค้าด้วยสกุลเงินตราใดสกุลหนึ่ง การใช้จ่ายเงินตราในการท่องเที่ยวยังประเทศนั้นๆ ด้วยเงินสด หรือบัตรเครดิตและกิจการค้าเงินตราต่างประเทศ เป็นต้น จึงเป็นยากต่อการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา

9) การโอนเงินหรือทรัพย์สินให้ผู้อื่นถือแทน เป็นแหล่งที่ใช้ในการฟอกเงินที่ง่ายที่สุด ด้วยการมอบทรัพย์สินหรือเงินอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นให้ผู้ที่ตนไว้วางใจมากที่สุดได้ครอบครองไว้แทน โดยการสมรู้ระหว่างกัน เพื่อให้บุคคลผู้ครอบครองนำไปหาผลประโยชน์แทนตนหรือครอบครองไว้จนกว่าจะโอนกลับมาให้ตนต่อไปในอนาคต

2.5 มาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

เนื่องจากการฟอกเงินเป็นวิธีการหลีกเลี่ยงเพื่อมิให้ผู้ที่ได้เงินหรือทรัพย์สินนั้นมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยไม่สุจริตไม่ต้องถูกจับกุมลงโทษ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้นั้นสามารถนำเงินหรือทรัพย์สินนั้นกลับไปใช้ได้โดยสะดวกและสามารถนำไปก่ออาชญากรรมประเภทอื่นๆ ขยายเครือข่ายออกไปอย่างต่อเนื่องและไม่รู้จักจบสิ้น เช่น นำเงินที่ฟอกแล้วไปค้ายาเสพติดจำนวนมากขึ้น หรือนำเงินนั้นไปใช้แสวงหาอำนาจทางการเมืองโดยไม่ชอบ เมื่อทรัพย์สินที่ได้มาโดยผิดกฎหมายหรือไม่สุจริตจึงเป็นผลต่อเนื่องที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดที่รุนแรงยิ่งขึ้นซึ่งไม่ใช่เพียงแต่เป็นการทำลาย ความมั่นคงของชาติแต่เป็นการทำลายมั่นคงของโลก ประเทศต่างๆ ที่เจริญแล้ว จึงได้ร่วมกันออกกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ทั้งนี้เพื่อความสงบสุขของชาวโลกและความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้นๆ เอง⁶⁶

ประเทศไทยได้ตรากฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และมาตรา 2 ให้กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 120 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น ดังนั้นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 สิงหาคม 2542 เป็นต้นไป

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 คือ เนื่องจากในปัจจุบันผู้ประกอบการซึ่งกระทำความผิดกฎหมายบางประเภท ได้นำเงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นมากระทำการในรูปแบบต่างๆ อันเป็นการฟอกเงิน เพื่อนำเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปใช้ประโยชน์ในการกระทำความผิดต่อไปได้อีก ทำให้ยากแก่การปราบปรามการกระทำความผิดกฎหมายเหล่านั้น และโดยที่กฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่สามารถ

⁶⁶วิชัย ตันติกุลนันท์. แหล่งเดิม. หน้า 6-11.

ปราบปรามการฟอกเงินหรือดำเนินการกับเงินหรือทรัพย์สินนั้นได้เท่าที่ควร ดังนั้น เพื่อเป็นการตัดวงจรการประกอบอาชญากรรมดังกล่าว สมควรกำหนดมาตรการต่างๆ ให้สามารถดำเนินการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶⁷ โดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือหลักในการดำเนินการของนานาอารยะประเทศนั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 มาตรการที่สำคัญ คือ มาตรการเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด ได้แก่ ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน และผู้สมคบมาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด ได้แก่ การริบทรัพย์สินทางอาญาและการริบทรัพย์สินทางแพ่ง กล่าวคือ

2.5.1 มาตรการเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด

มาตรการเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดนั้น มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องประกอบไปด้วยมาตรการเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และมาตรการตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน รายละเอียดกล่าวคือ

ประมวลกฎหมายอาญาหลักตัวการตามมาตรา 83 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันเป็นตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าจะมีความผิดฐานตัวการนั้นต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา ในระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยต้องมีการกระทำร่วมกันในขณะกระทำความผิด โดยมีเจตนากระทำร่วมกันในขณะกระทำความผิดนั้น สามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

กรณีต้องเป็นการกระทำความผิดนั้น หากการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดผู้ซึ่งร่วมกระทำก็ไม่ใช่ตัวการ เพราะตัวบทใช้คำว่าร่วม “กระทำความผิด” ด้วยกัน และหากการกระทำนั้นได้กระทำไปไม่ถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้ซึ่งร่วมกระทำก็ไม่ใช่ตัวการ

กรณีในระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป หากคนๆ เดียวกระทำผิดไม่ถือว่าเป็นตัวการ ทั้งนี้บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปนี้ คนหนึ่งอาจเป็นนิติบุคคล อีกคนหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้⁶⁸

กรณีต้องมีการกระทำร่วมกัน ในขณะกระทำความผิด ซึ่งอาจเป็นการกระทำโดยวิธีการร่วมกระทำส่วนหนึ่งของการกระทำทั้งหมดที่รวมกันเป็นความผิดขึ้น กล่าวคือผู้กระทำแต่ละคนได้กระทำการถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเอง⁶⁹ วิธีการแบ่งหน้าที่กันทำ กล่าวคือผู้กระทำคนหนึ่งลงมือ

⁶⁷ยังมีกฎกระทรวง 10 ฉบับ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี 1 ฉบับ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี 3 ฉบับ ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2543

⁶⁸คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2507.

⁶⁹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 559/2514, 1202/2509, 227/2529, 1188/2531, 176/2537, 558/2542, 1558/2543.

กระทำการอันเป็นความผิดในตัวเอง ในขณะที่ผู้ร่วมกระทำอีกคนหนึ่งได้ทำหน้าที่อย่างอื่น ๆ ซึ่งโดยสภาพไม่เป็นความผิดในตัวเอง⁷⁰ วิธีการอยู่ร่วมหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุในลักษณะที่พร้อมจะช่วยเหลือกันได้ทันที หรือวิธีการอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุ และก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด⁷¹

กรณีต้องมีเจตนากระทำร่วมกันในขณะที่กระทำความผิด กล่าวคือ ผู้ที่กระทำการร่วมกันนั้น จะต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกันและต่างต้องประสงค์ ถือเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตนด้วย ซึ่งก็คือมุ่งหมายให้ความผิดนั้นสำเร็จลงด้วยตัวเอง ถึงแม้จะมีได้ทำจริงด้วยมือของตนเองก็ตาม⁷²

หลักผู้รู้ตามมาตรา 84 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้บังคับขู่เข็ญ จ้างวาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้สองกรณีคือ กรณีผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิด ซึ่งมีหลักสำคัญคือ ผู้ใช้ต้องมีการกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด กล่าวคือเป็นการกระทำอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นตกลงใจกระทำความผิด หากผู้อื่นมีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดนั้น ๆ อยู่ก่อนแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการ “ก่อ” ผู้ใช้ต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด กล่าวคือ ต้องประสงค์ต่อผล คือ มุ่งหมายให้ผู้อื่นกระทำความผิดนั้น ๆ โดยตรง หรือเล็งเห็นผล คือ เล็งเห็นว่าผู้อื่นจะกระทำความผิดนั้น ๆ อย่างแน่แท้ และต้องมีผล คือมีความผิดกระทำลงตามที่ก่อนนั้น กล่าวคือผู้ถูกใช้จะต้องมีการกระทำ หากไม่มีการกระทำก็ไม่เป็นการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด และการกระทำนั้นจะต้องเป็นความผิดโดยเจตนา

กรณีความผิดมิได้กระทำลง ซึ่งมีหลักสำคัญ คือ ต้องมีการกระทำของผู้ใช้อันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ผู้ใช้ต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด แต่ความผิดนั้นมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ผู้ถูกใช้ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด

หลักผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้เห็นถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1369 - 1370/2508, 980/2529, 456/2530, 5831/2534, 4197/2540, 1186/2542.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 975/2502, 1306/2513, 4043/2528.

⁷² จิตติ ดิงสภักดิ์. (2531). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 411.

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าจะมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนนั้นต้องปรากฏว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น กล่าวคือมีการกระทำเข้าขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากไม่มีกระทำความผิดก็ไม่มีผู้สนับสนุน ผู้สนับสนุนต้องกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือในความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดที่ได้เกิดขึ้นนั้น กล่าวคืออาจเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกเพียงส่วนหนึ่งที่ทำให้ความผิดเกิดขึ้น⁷³ และไม่จำเป็นว่าจะต้องช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกกันตรงๆ อาจช่วยกันเป็นทอดๆ ก็ได้ หรืออาจจะกระทำโดยใช้คำพูดก็ได้⁷⁴ หรืออาจเป็นการนิ่งเฉยเสียไม่ละเว้นห้ามปรามมิให้มีการกระทำความผิดนั้น⁷⁵

หลักความผิดฐานอั้งยี่ ตามมาตรา 209 ซึ่งได้บัญญัติไว้ ดังนี้

“ผู้ใดเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งปกปิดวิธีดำเนินการและ มีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งที่ในคณะบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

มาตรา 209 มีองค์ประกอบความผิดโดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ดังนี้คือ⁷⁶

1) องค์ประกอบภายนอก ประกอบด้วย

(1) เป็นสมาชิก หมายถึง ผู้มีสิทธิและมีส่วนร่วมในสมาคมหรือองค์การใดๆ ซึ่งจะ
เป็นสมาชิกในตำแหน่งใดๆ ก็ได้

(2) ของคณะบุคคล หมายถึง การเข้าไปเป็นสมาชิกของคณะบุคคลโดยมีบุคคลตั้งแต่ 2 คน ขึ้นไปแสดงออกซึ่งเจตนาเข้าร่วมความมุ่งหมายเดียวกัน⁷⁷

(3) ซึ่งปกปิดวิธีดำเนินการ หมายถึง มีการรู้และเข้าใจกันเฉพาะในคณะโดยอาจใช้เครื่องหมายลับหรือสัญลักษณ์เฉพาะกลุ่มในการติดต่อและประสานงานกันก็ได้⁷⁸

(4) มีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การปกปิดดำเนินการเพราะเหตุว่าจะมีความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมซึ่งได้ฝ่าฝืนและละเมิดต่อกฎหมายอาญาเป็นสำคัญสำหรับกรณีการปกปิดวิธีดำเนินการ โดยมีความมุ่งหมายที่จะกระทำความผิดต่อ

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 757/2528, 4086/2536, 2073/2537.

⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2517, 811/2534.

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495-496/2526.

⁷⁶ หยุต แสงอุทัย. (2515). *กฎหมายอาญา ภาคที่ 2 และ 3*. หน้า 172.

⁷⁷ จิตติ ตั้งสภักดิ์. *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 1515.

⁷⁸ แหล่งเดิม. หน้า 1516.

กฎหมายเอกชน ถือว่าไม่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่มีความผิดฐานเป็นอั้งยี่ตามมาตรา 209 แต่อย่างใด

2) องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาธรรมดาตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 รวมถึงความรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นประกอบความผิดด้วย⁷⁹

ส่วนในวรรคที่ 2 เป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษสูงขึ้น เนื่องจากตำแหน่งของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นสมาชิกของคณะบุคคล ได้แก่ หัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่ในคณะบุคคล ถือว่าเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลมากที่สุดต่อการควบคุม สั่งการต่อการกระทำความผิด การเข้าเป็นอั้งยี่มิได้กำหนดจำนวนสมาชิกขั้นต่ำไว้ ดังนั้น ความหมายของการเข้าเป็นสมาชิกของคณะบุคคล ตามตัวบทมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงหมายถึง การร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป แต่อย่างไรก็ดี ความผิดฐานอั้งยี่ตามมาตรา 209 นี้ไม่ได้มีการนำหลักการสมคบกันกระทำความผิด (conspiracy theory) มาบังคับใช้แต่อย่างใด การกระทำความผิดตามมาตรา 209 นั้น จะต้องประกอบไปด้วยบุคคลที่กระทำความผิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป โดยมีการแสดงเจตนาร่วมกันซึ่งปกติวิธีการดำเนินการ เพื่อความมุ่งหมายในการประกอบกรณียกิจที่มิชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ

ความผิดฐานเป็นช่องโจร ตามมาตรา 210 ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังนี้

1) องค์ประกอบภายนอก ประกอบด้วย

(1) การสมคบกันเพื่อกระทำความผิด หมายถึง การแสดงออกซึ่งความตกลงกันในการที่จะกระทำความผิดร่วมกัน⁸⁰ ถึงแม้จะไม่ได้มีการลงมือกระทำความผิดก็ไม่ว่าก่อให้เกิดอันตรายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎหมายถึงได้บัญญัติให้การสมคบกัน เพื่อกระทำความผิดช่องโจรเป็นความผิดสำเร็จทันทีตามกฎหมาย⁸¹

(2) ตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หมายถึง บุคคลที่จะมีความผิดเป็นช่องโจรได้นั้นจะต้องมีผู้กระทำความผิดได้สมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องมีอายุและสติสัมปชัญญะพอที่จะตกลงกระทำความผิดได้ ซึ่งอาจจะเป็นเด็กก็ได้ แต่ไม่หมายถึงเด็กไม่รู้เดียงสาหรือบุคคลที่จิตบกพร่อง โรคจิตฟั่นเฟือนจนไม่สามารถรู้ผิดชอบได้ตามกฎหมาย⁸²

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 1516.

⁸¹ พิพัฒน์ จักรางกูร. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน. หน้า 10-11.

⁸² หยุต แสงอุทัย. แหล่งเดิม. หน้า 174.

2) องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วย

(1) เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 และ

(2) เจตนาพิเศษ เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป คือ บุคคลใดจะมีความผิดเป็นช่องโหว่ตามมาตรา 210 ได้ นั้น จะต้องมิลักษณะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาคที่ 2 และความผิดดังกล่าวจะต้องมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปเท่านั้น การกระทำความผิดในกฎหมายอื่นใด ซึ่งมีโทษจำคุกอย่างสูงต่ำกว่าหนึ่งปี กฎหมายถือว่าการกระทำนั้นไม่มีความผิดเป็นช่องโหว่

ส่วนในวรรคที่ 2 นั้น เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้สมคบกันกระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นถ้าเป็นการสมคบกัน เพื่อกระทำความผิดที่ระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป⁸³

ความผิดฐานช่องโหว่ตามมาตรา 210 นั้น ได้มีการนำทฤษฎีหลักการสมคบกันกระทำความผิดมาบังคับใช้ โดยมีความหมายและหลักเกณฑ์ที่สำคัญเช่นเดียวกับหลักสมคบกันกระทำความผิดของกฎหมาย Common Law อันจะได้กล่าวต่อไป แต่การบังคับใช้หลักการสมคบกันกระทำความผิดฐานเป็นช่องโหว่ในมาตรา 210 ได้มีข้อกำหนดที่จำกัดเป็นอย่างมากต่อการฟ้องร้องและดำเนินคดีผู้กระทำความผิด กล่าวคือ มีการกำหนดว่าจะต้องมีผู้สมคบกันกระทำความผิดตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปและต้องเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดเฉพาะในส่วนภาคที่ 2 และต้องมีระวางโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปเท่านั้น ซึ่งต่างจากหลักการสมคบกันกระทำความผิดชอบกฎหมาย Common Law ที่มีหลักเกณฑ์และข้อกำหนดที่สำคัญต่อการสมคบกันกระทำความผิดไปบังคับใช้ต่อความผิดในลักษณะต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางมากกว่าการบังคับใช้มาตรการสมคบกันกระทำความผิดในกฎหมายของประเทศไทย

บทบัญญัติมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีความแตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐานช่องโหว่ ในประเด็นที่ว่า มาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายอาญายกเว้นโทษจำคุกโดยชัดแจ้งว่าการจะเป็นความผิดฐานช่องโหว่ได้ผู้กระทำความผิดจะต้องสมคบกันเพื่อกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูง ตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ดังนั้น การที่มาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีบทบัญญัติที่เกาะเกี่ยวกับฐานความผิดในลักษณะอื่นๆ เว้นแต่ในมาตรา 221 มาตรา 212 และมาตรา 213 ซึ่งเป็นความผิดที่เกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนเช่นเดียวกัน ทำ

⁸³ สุวัณชัย ไชหาญ. (2532). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2*. หน้า 640.

ให้เกิดปัญหาของการพิจารณาถึงความหมายของการอันมิชอบด้วยกฎหมายว่าจะตีความไปได้เพียงใด ซึ่งในที่นี้ควรที่จะนำมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วยหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมายมาพิจารณาเป็นสำคัญ อันจะทำให้เห็นว่าหากไม่มีการบัญญัติถึงความเกาะเกี่ยวระหว่างมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กับความผิดในฐานความผิดอื่นๆ ไว้อย่างชัดเจน การที่จะตีความว่าการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย ให้หมายรวมไปถึงการกระทำนอกเหนือจากบทบัญญัติในมาตรา 209 มาตรา 211 และมาตรา 212 จึงน่าจะไม่นับด้วยหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกบัญญัติใน ภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา การบังคับใช้จึงต้องจำกัดอยู่แต่ในความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มิอาจที่จะนำไปใช้กับการอันมิชอบด้วยกฎหมายตามความหมายในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดได้ นอกจากนี้ยังมีปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กับความผิดในฐานความผิดอื่นๆ ไว้อย่างชัดเจน การที่จะตีความว่าการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย ให้หมายรวมไปถึงการกระทำนอกเหนือจากบทบัญญัติในมาตรา 209 มาตรา 211 และมาตรา 212 จึงน่าจะไม่นับด้วยหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกบัญญัติในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา การบังคับใช้จึงต้องจำกัดอยู่แต่ในความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มิอาจที่จะนำไปใช้กับการอันมิชอบด้วยกฎหมายตามความหมายในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดได้ นอกจากนี้ยังมีปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแม้จะมีบทขยายการกระทำ ความผิดฐานเป็นอั้งยี่ ตามมาตรา 211 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า ผู้ใดประชุมในที่ประชุมอั้งยี่ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่ เว้นแต่จะแสดงได้ว่าได้ประชุมโดยไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของอั้งยี่ หรือบทกำหนดโทษของการเป็นผู้ให้ความช่วยเหลืออั้งยี่ตามนัยมาตรา 212 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่การที่จะพิจารณาในกรณีดังกล่าวได้จะต้องปรากฏว่าได้มีอั้งยี่เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งโดยปกติของการร่วมกันกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย คณะบุคคลหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดย่อมจะต้องปกปิดวิธีดำเนินการเป็นความลับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันมีรูปแบบในการดำเนินการที่สลับซับซ้อนมากกว่าในอดีตมาก ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำความผิดมากขึ้น พอกับความเสี่ยงที่จะต้องถูกดำเนินคดี องค์กรอาชญากรรมยาเสพติดจึงมีวิธีการดำเนินงานที่ยังต้องปกปิดเป็นความลับมากยิ่งขึ้น หากต่อการพิสูจน์ความผิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเห็นได้ว่าการที่จะเอาผิดกับสมาชิกหรือผู้ที่อยู่เบื้องหลังองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดโดยมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นมีอาจกระทำได้

กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน สืบเนื่องจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ.

1988⁸⁴ ได้กำหนดหลักการสำคัญในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรในสังคมให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งแต่เดิมนั้นการกระทำนี้ไม่ถือว่าเป็นความผิด จึงทำให้เกิดเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่อาชญากรมาใช้เป็นเครื่องมือในการปกปิดหรือเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้เป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินการทางกฎหมายจากมาตรการริบทรัพย์สิน ประเทศไทยก็ตระหนักถึงปัญหาการฟอกเงินจากอาชญากรจึงได้มีการตรากฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และบัญญัติความผิดฐานฟอกเงินไว้ในมาตรา 5⁸⁵ ว่า “ผู้ใด”

1) โอนรับโอนหรือเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อซุกซ่อนหรือปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้น หรือช่วยเหลือผู้อื่นไม่ว่าก่อน ขณะหรือหลังการกระทำความผิดมิให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงในความผิดมูลฐานหรือ

2) กระทำด้วยประการใดๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริงการได้มา แหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใดๆ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฟอกเงิน”

องค์ประกอบความผิดฐานฟอกเงิน คือ องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การโอน รับโอน หรือเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด (ซึ่งก็คือเงิน หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐานหรือจากการสนับสนุน หรือช่วยเหลือจากการกระทำซึ่งเป็นความผิดมูลฐาน หรือเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่าย จ่าย โอนด้วยประการใดๆ ซึ่งเงินหรือทรัพย์สินที่กล่าวมา และรวมถึงดอกผลของเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีการจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนแปลงไปกี่ครั้งและไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด โอนไปเป็นของบุคคลใดหรือปรากฏหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลใด) หรือกระทำด้วยประการใดๆ ส่วนองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจการกระทำเพื่อซุกซ่อนหรือปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้น หรือเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นไม่ว่าก่อน ขณะหรือหลังการกระทำความผิดมิให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงในความผิดมูลฐานหรือเพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริง การได้มาแหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใดๆ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด

⁸⁴ Vienna Convention อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1988 อ้างถึงใน สิหนาท ประยูรรัตน์, ความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกับมาตรการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพลในประเทศไทย, แหล่งเดิม, หน้า 4 : 8.

⁸⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 5.

นอกจากนี้ยังได้นำหลักการสมคบกันกระทำความผิดมาบัญญัติไว้อีกในมาตรา 9⁸⁶ ที่ว่า “ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงินต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ในกรณีที่ความผิดได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่เนื่องจากการเข้าขัดขวางของผู้สมคบทำให้กระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้สมคบที่กระทำการขัดขวางนั้นคงรับโทษที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งเท่านั้น

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกลับใจให้ความจริงแก่การสมคบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน ศาลจะไม่ลงโทษผู้นั้น หรือลงโทษผู้นั้นหรือลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้”

องค์ประกอบความผิดในมาตรา 9 มีสาระสำคัญคือ องค์ประกอบภายนอกประกอบด้วย

1) ผู้ใด หมายความว่า บุคคลที่มีสติสัมปชัญญะ อายุ พอที่จะตกลงกระทำความผิดได้

2) สมคบโดยตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป หมายความว่า ผู้กระทำความผิดตามมาตรา นี้ต้องมีบุคคลจำนวนตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยได้มีการตกลงร่วมกันในการกระทำความผิด

องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วย

3) เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 คือ ผู้กระทำความผิดต้องรู้สำนึกในการกระทำและผู้กระทำความผิดต้องการสมคบกัน และ

4) เจตนาพิเศษ เพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน กล่าวคือ

(1) โอน รับโอน หรือเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวกับ การกระทำความผิด เพื่อซุกซ่อนหรือปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้น หรือเพื่อช่วยเหลือผู้อื่น ไม่ว่าจะก่อน ขณะหรือหลังการกระทำความผิดมิให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงในความผิดมูลฐาน หรือ

(2) กระทำด้วยประการใดๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางลักษณะที่แท้จริงการได้มา แหล่งที่ตั้งการจำหน่าย การโอน การได้สิทธิใดๆ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด

มาตรการสมคบกันกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้มาตรา 9 มิได้กำหนดว่าการตกลงกันนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างใด จะกระทำในรูปแบบทางวาจา ลายลักษณ์อักษร กิริยา ท่าทาง สัญญาณ หรือสัญลักษณ์ก็ได้ และภายหลังที่ผู้สมคบกันกระทำความผิดได้ตกลงกัน (Agreement) ที่จะกระทำ

⁸⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

การอันเป็นความผิดฐานฟอกเงิน ก็ถือว่ามีผิดสำเร็จทันที แม้ผู้สมคบกันกระทำความผิดจะยังไม่ได้ลงมือกระทำ ความผิดตามวัตถุประสงค์ที่ได้ตกลงร่วมกัน⁸⁷

บทบัญญัติในวรรคสาม เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเข้าขัดขวางของผู้สมคบ เพื่อให้การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอด กล่าวคือ ในบทบัญญัติวรรคสาม เป็นการนำหลักเกณฑ์และข้อกำหนดใน มาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้โดยกำหนดว่าผู้สมคบ ได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอดหรือกลับใจไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลกฎหมายถือว่าบุคคลนั้นมีความผิด และต้องได้รับโทษในฐานะความผิดสมคบกันกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งเท่านั้น โดยไม่ต้องรับโทษในฐานะความผิดที่ได้มีการกระทำตามวัตถุประสงค์ในการสมคบกันเป็นความผิดอีกกระทงหนึ่งแต่อย่างใด

บทบัญญัติในวรรคสี่เป็นเหตุผลโทษแก่ผู้สมคบกันกระทำความผิด ถ้าปรากฏว่าได้มีการแสดงเจตนากลับใจอย่างแท้จริงในการกระทำความผิด โดยได้มีการแจ้งความจริงแก่การสมคบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน โดยกฎหมายได้กำหนดว่าในการพิจารณาคดีในชั้นศาล ศาลจะพิจารณาลงโทษให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะไม่ลงโทษเลยก็ได้

กฎหมายนี้ยังได้นำหลักการเพิ่มโทษแก่ผู้สนับสนุน ช่วยเหลือการกระทำความผิด หรือพยายามกระทำความผิดฐานฟอกเงิน⁸⁸ เช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

2.5.2 มาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สิน

มาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประกอบไปด้วยมาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา และมาตรการ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาก็คือ โทษ ริบทรัพย์ ซึ่งแบ่งออกเป็นกรณีริบทรัพย์สินโดยเด็ดขาด และการริบทรัพย์สินโดยใช้ดุลพินิจ⁸⁹

การริบทรัพย์สิน โดดเด็ดขาด คือ การริบทรัพย์สินตามมาตรา 32 และมาตรา 34 ซึ่งกฎหมายบังคับให้ศาลต้องริบทรัพย์สินที่ระบุไว้ จะใช้ดุลพินิจไม่ริบไม่ได้กล่าวคือ ทรัพย์สินตาม

⁸⁷ บุญญวิจักขณ์ เหล่ากอที่. (2547). *มาตรการทางกฎหมายในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมยาเสพติด* (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด). หน้า 1 : 30 สี่หนาท ประยูรรัตน์. *ความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินกับมาตรการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมและผู้มีอิทธิพลในประเทศไทย* แหล่งเดิม. หน้า 4 : 8.

⁸⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 7 และมาตรา 8.

⁸⁹ พิพัฒน์ จักรางกูร. (ม.ม.ป.). *“การริบทรัพย์สิน.”* หน้า 9-11.

มาตรา 32 มีลักษณะเป็นความผิดโดยสภาพของตัวมันเอง ไม่ว่าจะเป็นครณีทำขึ้นหรือมีไว้ ก็เป็นความผิดทั้งนั้น ไม่ว่าจะเป็นของผู้ใดก็ต้องรับทั้งสิ้น ไม่ต้องคำนึงว่าจะมีผู้ใดถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ หรือศาลจะพิพากษายกฟ้องเพราะเหตุใดก็ตาม ทรัพย์สินเหล่านี้จะต้องรับทั้งสิ้น การรับทรัพย์สินตามมาตรา 32 นี้จึงเป็นการลงโทษในทางทรัพย์สินของบุคคลที่รุนแรงและเข้มงวดกว่าการรับทรัพย์สินประเภทอื่น เพราะทรัพย์สินที่ศาลรับได้ในกรณีเช่นนี้ แม้จะเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นมิใช่ผู้กระทำความผิด หรือจะมีส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำผิดหรือไม่ก็ตาม ศาลก็ต้องรับเสมอ นับเป็นการตัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลโดยเด็ดขาด แต่ถือว่าเป็นความจำเป็นที่กฎหมายจำต้องบัญญัติไว้เช่นนั้น เนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวยอมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าเป็นทรัพย์สินที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นหลักใหญ่ในการคุ้มครองสวัสดิภาพและสังคมโดยรวม ส่วนทรัพย์สินตามมาตรา 34(1) นั้นเป็นสภาพของการกระทำความผิดโดยการไว้ ทรัพย์สินนั้นเป็นวัตถุขององค์ประกอบความผิด และมาตรา 34(2) เป็นทรัพย์สินที่ได้มาเพราะเกี่ยวข้องกับความผิด โดยทรัพย์สินตามมาตรา 34 นี้จะแตกต่างกับมาตรา 32 ตรงที่ว่าถ้าเป็นทรัพย์สินของผู้อื่นที่ไม่รู้เห็นเป็นใจด้วยกันในการกระทำความผิดจะรับไม่ได้ แม้รับไว้แล้วก็ต้องคืนแก่เจ้าของไปตามมาตรา 36

การรับทรัพย์สินโดยใช้ดุลพินิจคือการรับทรัพย์สินตามมาตรา 33 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บังคับให้ศาลจะต้องรับทรัพย์สินนั้นเสมอไป แต่ให้ตกอยู่ในดุลพินิจของศาล โดยเล็งออกเป็นสามกรณี กล่าวคือ

กรณีแรกเป็นกรณีทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งโดยสภาพแล้วจะเป็นทรัพย์สินที่บุคคลยอมมิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากแต่ได้มีการนำเอาทรัพย์สินนั้นไปใช้โดยผิดกฎหมาย คือ ใช้ในการกระทำความผิดที่มีได้มีกฎหมาย ยกเว้นความผิดไว้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 ส่วนทรัพย์สินใดที่จะถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดอันเป็นทรัพย์สินที่ควรรับตามมาตรา 33(1) ควรจะเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดโดยตรง และหากไม่มีทรัพย์สินนั้นจะกระทำความผิดไม่สำเร็จ⁹⁰ แม้จะเป็นอุปกรณ์หรือช่วยเหลือในการกระทำความผิดสำเร็จหรือสะดวกขึ้นก็ตาม

กรณีที่สองคือ ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด แม้จะยังมีได้ใช้กระทำความผิดก็รับได้ แต่ต้องได้ความว่าโดยสภาพของทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อการกระทำความผิดไม่หมายถึงทรัพย์สินที่มีไว้เพียงเพื่อใช้ในธุรกิจธรรมดา และจะต้องดูจากเจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดนี้มีหลักเช่นเดียวกับ

⁹⁰พิพัฒน์ จักรางกูร. แหล่งเดิม. หน้า 38.

ทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดคือ จะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีไว้สำหรับใช้ในการกระทำความผิดโดยตรง และจะต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดพร้อมกับมีทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดโดยเจตนาด้วย

กรณีที่สาม คือ ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด ซึ่งมีความชัดเจนอยู่ในตัว แต่จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติว่าการได้ทรัพย์สินนั้นมาเป็นความผิด ถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติว่าทรัพย์สินเช่นนั้นเป็นความผิดก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะรับได้

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการริบทรัพย์สิน โดยใช้ดุลพินิจจะเห็นว่ามัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือการประกอบอาชญากรรม เช่น เงินที่ได้จากการค้ายาเสพติดหรือจากการเล่นการพนัน เป็นต้น อีกทั้งยังเป็นการมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ให้ได้รับประโยชน์ใดๆ ที่ได้มาจากการกระทำความผิดของตนหรือการประกอบอาชญากรรมขององค์กร

กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายนี้เป็นมาตรการขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินทางแพ่ง (Civil Forfeiture) ที่มีต้นกำเนิดจากระบบกฎหมาย CommonLaw ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการยับยั้งและปราบปรามการกระทำความผิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ และเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้ ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินนั่นเอง และเป็นมาตรการเสริมการลงโทษโดยวิธีจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่มักจะไม่ค่อยได้ผลนัก เนื่องจากอาชญากรในองค์กรอาชญากรรมมักหลุดพ้นหรือสามารถหลีกเลี่ยงการดำเนินการทางกฎหมายด้วยการอาศัยข้อจำกัดด้านพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดตนโดยภาครัฐ โดยการริบทรัพย์สินนี้แต่เดิมนั้นถือว่าตัวทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นสิ่งที่ต้องริบให้ตกแก่ พระเจ้าแผ่นดิน การฟ้องคดีริบทรัพย์สิน ถือเป็นคดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน (คดีแพ่ง) และเรียกว่าการริบทรัพย์สินทางแพ่ง (Civil Forfeiture) จึงไม่มีการนำหลักในทางอาญา มาใช้⁹¹ สำหรับการดำเนินการและสาระสำคัญของมาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่งตามกฎหมายนี้ โดยสรุปแล้วมีดังนี้⁹²

เมื่อสำนักงาน ปปง. ได้รับรายงานธุรกรรมจากสถาบันการเงิน สำนักงานที่ดิน หรือผู้ประกอบการวิชาชีพที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือตรวจพบเอง และเป็นกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าธุรกรรมใดเกี่ยวข้องหรืออาจเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดฐานฟอกเงินเลขานุการจะเสนอเรื่อง

⁹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2531, กรกฎาคม). “โทษริบทรัพย์สิน.” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 12(1). หน้า 92.

⁹² พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 48 มาตรา 49 มาตรา 50 มาตรา 51 มาตรา 53 และมาตรา 56.

ให้คณะกรรมการธุรกรรมดำเนินการสั่งขังขังการทำธุรกรรมนั้นเพื่อตรวจสอบ หรือกรณีจำเป็นหรือเร่งด่วนเลขานุการอาจสั่งเองก็ได้ ซึ่งในการตรวจสอบก็จะมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการ และภายหลังการ ตรวจสอบแล้วหากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า อาจมีการ โอน จำหน่าย ยักย้าย ปกปิด หรือซ่อนเร้นทรัพย์สินใดที่เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด คณะกรรมการธุรกรรมก็จะสั่งยึดหรืออายัดไว้ในกำหนดไม่เกิน 90 วัน ซึ่งในกรณีจำเป็นหรือเร่งด่วนเลขานุการจะสั่งยึดหรืออายัดดังกล่าวนั้นก็ได้อีก และภายในระยะเวลาการยึดหรืออายัดนี้ หากปรากฏ หลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเลขานุการจะต้องส่งเรื่องให้พนักงานอัยการพิจารณาเพื่อยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินนั้น ตกเป็นของแผ่นดิน โดยในการพิจารณาเพื่อสั่งของศาลนั้นก็จะมีโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ซึ่งอ้างว่าเป็นเจ้าของมาพิสูจน์การ ได้ซึ่งทรัพย์สินนั้น หากพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็น ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ศาลก็จะสั่งให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของแผ่นดิน โดยกระบวนการทั้งหมดกฎหมายกำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุ โลม ซึ่งศาลจะใช้หลักการชั่งน้ำหนักพยาน ความน่าเชื่อถือของทั้งสองฝ่าย (Principle of Preponderance of Proof) และจะเชื่อฝ่ายที่มีน้ำหนักมากกว่า โดยมีได้ใช้หลักการพิสูจน์โดยปราศจากสงสัย (Principle of Proof Beyond a Reasonable Doubt)⁹³ ดังเช่น การริบทรัพย์สินทางอาญา

2.6 สาระสำคัญของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

กฎหมายฟอกเงินเป็นกฎหมายที่มีการกำหนดมูลฐานความผิดที่มีโทษทางอาญาโดยมีมูลฐานความผิด 8 มูลฐานด้วยกัน แต่การร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินนั้นเป็นมาตรการในทางแพ่ง แต่ภาระในการพิสูจน์ยังเป็นผู้ร้องหรือพนักงานอัยการที่จะพิสูจน์ว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด จะมีข้อสันนิษฐานตามมาตรา 51 วรรคสอง ซึ่งภาระในการพิสูจน์จะตกอยู่ฝ่ายจำเลยหรือเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ซึ่งอ้างว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ส่วน โจทก์หรือพนักงานอัยการมีหน้าที่พิสูจน์เพียงให้เข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น

ความผิดมูลฐานอันเป็นความผิดมูลฐานทางอาญาตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ปัจจุบันมีความผิดมูลฐานทั้งสิ้น 12 มูลฐานความผิด⁹⁴ กล่าวคือ

⁹³ วิชัย ตันติกุลานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 5.

⁹⁴ แหล่งเดิม, หน้า 14.

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ถ้าทรัพย์สินที่นำมาฟอกเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าวก็ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานฟอกเงิน ตามมาตรา 5(1) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามที่ระบุไว้ดังกล่าวนี้มีหลายฉบับดังนี้

พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยฉบับที่ 2 พ.ศ. และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติมโดยฉบับที่ 2 พ.ศ. 2528 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2535

พระราชกำหนดป้องกันการใช้สารระเหย พ.ศ. 2533

พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิด พ.ศ. 2534

กล่าวได้ว่า ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น หมายถึง การได้ทรัพย์สินมาเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดคือ ผลิดยาเสพติด นำเข้ามาซึ่งยาเสพติดในราชอาณาจักร ส่งออกซึ่งยาเสพติดออกไปนอกราชอาณาจักร นำผ่านเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อส่งต่อไปยังประเทศอื่น ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวหากมีการนำไปฟอกด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่งตามมาตรา 5 ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 5(1)

ความผิดเกี่ยวกับเพศ ทรัพย์สินที่ได้มาจากการทำผิดเกี่ยวกับทางเพศนั้นถือว่าเป็นทรัพย์สิน ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน ซึ่งมีได้หลายกรณีดังต่อไปนี้⁹⁵

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 282 มาตรา 283 ได้แก่ การเป็นธุระจัดหาล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารหญิงเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น ทั้งนี้โดยหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม หรือใช้อุบายหรือใช้กำลังประทุษร้ายหรือใช้วิธีข่มขืนด้วยประการใดก็ตาม

ความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 เพื่อหากำไรหรือเพื่อทำอนาจาร

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 และมาตรา 319 โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจหรือเต็มใจทั้งนี้เพื่อการหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร

ความผิดตามพระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540

⁹⁵ วิชัย ตันติกุลานันท์. แหล่งเดิม. หน้า 14.

ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีเฉพาะที่ เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณี หรือความผิด เกี่ยวกับการเป็นเจ้าของกิจการค้าประเวณี ผู้ดูแลหรือ ผู้จัดการกิจการค้าประเวณี หรือสถานการณื ค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุมกระทำ การค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณีได้แก่⁹⁶

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ตามมาตรา 9 ได้แก การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งบุคคลใดเพื่อให้บุคคลนั้นทำ การค้าประเวณี แม้บุคคลนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าการกระทำต่างๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำภายใน หรือนอกราชอาณาจักร

หรือผู้ดูแลหรือผู้จัดการกิจการค้าประเวณี หรือสถานค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุม ผู้กระทำการค้าประเวณีในสถานการณืค้าประเวณีตามมาตรา 11

กล่าวได้ว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา เฉพาะที่เกี่ยวกับการเป็น ธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารหญิงและเด็ก เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นและความผิด ฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปราม การค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี เฉพาะที่เกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณี หรือ สถานการค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุมผู้กระทำการค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณี

ดังนั้น ผู้ที่ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 5 เพื่อเปลี่ยนสภาพทรัพย์สินที่ได้มาจาก การกระทำความผิดดังกล่าวซึ่งถือว่าเป็นความผิดมูลฐาน ผู้นั้นก็จะมีความผิดฐานฟอกเงินตาม มาตรา 5(1)

ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชนตาม ประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน ความผิดมูลฐานนี้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 และต้องประกอบด้วย มาตรา 343

ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 มาตรา 4 ซึ่งแก้ไข เพิ่มเติมโดยฉบับที่ 2 พ.ศ. 2534

⁹⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ. “รวมบทความและสารานุกรมเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน.” หน้า 20.

ความผิดเกี่ยวกับการข่มขู่หรือล่อโก่งหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำโดยทุจริต ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หรือกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งกระทำโดย กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องในการดำเนินงานของ สถาบันการเงินนั้น ความผิดมูลฐานนี้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁹⁷ คือความผิดเกี่ยวกับการข่มขู่หรือ ล่อโก่งหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำการ โดยทุจริตตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 46 นว. แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (พ.ศ. 2508) มาตรา 18

ความผิดเกี่ยวกับการข่มขู่ หรือล่อโก่ง หรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำการ โดยทุจริตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (พ.ศ. 2526) มาตรา 34 ความผิดเกี่ยวกับการ ข่มขู่หรือล่อโก่งหรือประทุษร้ายต่อทรัพย์สินหรือกระทำการ โดยทุจริตตามกฎหมายว่าด้วย หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามประมวล กฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริต ต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ความผิดมูลฐานนี้มีกฎหมายที่ เกี่ยวข้องแยกได้เป็น 3 อย่างคือ⁹⁸ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ถึงมาตรา 166 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 ถึงมาตรา 204 ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือ หน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2502 ตั้งแต่มาตรา 4 ถึงมาตรา 11

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น เช่น ความผิดตาม พระราชบัญญัติประกอบด้วยรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เป็นต้น

ความผิดเกี่ยวกับการกรรโชก หรือรีดเอาทรัพย์สินที่กระทำโดยอ้างอำนาจอัยย์หรือช่องโหว่ ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดมูลฐานนี้มีกฎหมายเกี่ยวข้อง คือ ประมวลกฎหมายอาญา

⁹⁷ ไชยยศ เหมะรัชต์. “รวมบทความและสารานุกรมเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน” หน้า 21.

⁹⁸ วิชัย ตันติกุลานันท์ แหล่งเดิม. หน้า 16 – 17.

มาตรา 337 และมาตรา 338 ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบหนีศุลกากร ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ความผิดมูลฐานนี้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 ซึ่งแก้ไขโดยพระราชบัญญัติศุลกากรฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 13 ให้แก้ไขโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 329 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 พ.ศ. 2528 และฉบับที่ 14 พ.ศ. 2534 ความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายฟอกเงินต้องการที่จะให้มีการตัดวงจรอาชญากรรม โดยให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมูลฐานเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงินนั้น สูดท้ายก็คือ ให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน แต่การที่จะร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินอาจจะต้องใช้เวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนของศาลเป็นเวลานาน ทำให้ไม่สามารถที่จะป้องกันการจำหน่าย จ่าย โอน ของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้จึงต้องมีมาตรการในการที่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้ชั่วคราว