

## บทที่ 3

### บทบัญญัติเรื่องการออกหมายจับตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงศาลพิพากษาลงโทษ อาจแบ่งเป็น 2 ขั้นตอน คือ กระบวนการก่อนฟ้อง และกระบวนการหลังฟ้อง ขั้นตอนแรก คือ ขั้นตอนก่อนฟ้องนั้นซึ่งเป็นเรื่องของเจ้าพนักงาน ได้แก่ พนักงานปกครองหรือตำรวจ พนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการในขั้นตอนก่อนฟ้องนี้มีการดำเนินการเป็นขั้นตอนคือ การจับกุม การควบคุมหรือขัง การสอบสวนการฟ้องและการปล่อยชั่วคราว ซึ่งกฎหมายให้อำนาจในการที่จะกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ขั้นตอนหลังเป็นเรื่องของศาลนี้ มีการดำเนินการเป็นขั้นตอนคือ ภายหลังจากฟ้องคดีแล้วการใช้ดุลพินิจสั่งคดี การพิจารณาพิพากษาคดี การใช้มาตรการบังคับที่ร้ายแรงที่สุด ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ คือการจับ โดยหลักการจับบุคคลได้ในกรณีใดนั้นการจับต้องมีหมายจับและยึดเป็นหลักไว้เสมอ ส่วนการจับโดยไม่มีหมายจับนั้นเป็นข้อยกเว้น และในการออกหมายจับ จะต้องพิจารณาว่ามีหลักฐานตามสมควรว่าจะเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดหรือมีเหตุแห่งการจับหรือไม่ มีความจำเป็นในการออกหมายจับหรือไม่ อย่างไรตามแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการจับ โดยมีหมายจับนั้น ในแต่ละประเทศ ต่างมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน และต่างกันไปในเรื่องนิยามความหมายและขอบเขตของการจับโดยมีหมายจับ รวมถึงการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจับกุมผู้กระทำความผิดดังกล่าว ทั้งนี้เป็นผลมาจากแต่ละรัฐมีกระบวนการยุติธรรมที่ต่างกัน และมีความเป็นเสรีประชาธิปไตยของแต่ละรัฐไม่เท่ากัน ดังนั้น จึงควรทำการศึกษาถึงแนวคิด และหลักเกณฑ์ของประเทศต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ และปรับใช้กฎหมายดังกล่าวของไทย

#### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักประกันสิทธิเกี่ยวกับการจับตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในประเทศสหรัฐอเมริกาหลักประกันที่สำคัญที่สุดในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาโดยบรรดาบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม (Amendments) มาตรา 1-10 ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในชื่อว่า Bill of Rights การที่รัฐธรรมนูญสหรัฐซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (Federal constitution) สามารถเข้าไปมีบทบาทในการให้หลักประกันแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมของทุกๆ มลรัฐนั้นก็เนื่องจากศาลสูงสุดของ

สหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ ได้ตีความรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการขยายความให้เข้าไปคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือ จำเลยอย่างแท้จริงและในขณะเดียวกันก็เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้กับเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทั้งในระดับสหพันธรัฐและมลรัฐ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ศาลสูงสุดได้วางไว้เท่านั้น<sup>56</sup>

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเรื่องการจับ มีปรากฏใน Fourth Amendment ดังนี้

Fourth Amendment บัญญัติว่า “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation and particularity describing the place to be searched and the persons or things to be seized”

“สิทธิของบุคคลที่จะได้รับความปลอดภัยในร่างกาย บ้านเรือนเอกสาร ทรัพย์สินให้พ้นจากการค้น และยึดโดยไม่มีเหตุอันสมควร จะถูกล่วงละเมิดมิได้ และห้ามมิให้มีการออกหมายค้นแต่จะมีเหตุอันควร (Probable Cause) และหมาย เช่นนั้นจะออกได้ต่อเมื่อปรากฏเหตุอันน่าเชื่อถือประกอบกับได้มีการสาบานให้ถ้อยคำรับรอง โดยจะต้องระบุสถานที่ที่จะถูกค้นตัวบุคคลหรือสิ่งของที่จับหรือยึดด้วย”<sup>57</sup>

การจับเป็นการที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายของรัฐ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคลศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงตีความว่าเป็น “การยึด” อย่างหนึ่ง คือเป็น “การยึดตัวบุคคล” (seizure of person) จึงอยู่ในความหมายของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 4 (The Fourth Amendment) ด้วยเหตุนี้การจับที่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องมี “ความสมเหตุสมผล” และหากจะมีการออกหมายจับต้องมี “เหตุอันควรสงสัย” (Probable cause) จึงจะสามารถออกหมายได้<sup>58</sup>

ผู้มีอำนาจออกหมายจับ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา แม้ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญจะไม่ได้เขียนชัดเจนว่า การจับจะต้องมีหมายและใน Fourth Amendment ระบุไว้แต่เพียงว่าหมายที่ออกนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างไรแต่มิได้กล่าวถึงตัวผู้มีอำนาจในการออกหมายนั้นว่าเป็นผู้ใด อย่างไรก็ตามศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินวางหลักไว้ว่าผู้มีอำนาจออกหมาย

<sup>56</sup> ฌรงค์ ใจหาญ. สิทธิของผู้ต้องหา จำเลยและผู้ต้องโทษในคดีอาญา (โครงการวิจัย). หน้า 22.

<sup>57</sup> สุเมธ ลิขิตธนานันท์. เหตุในการจับกุม. หน้า 19.

<sup>58</sup> ฌรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 24.

จะต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ ซึ่งคือศาลนั่นเอง การออกหมายโดยฝ่ายบริหารเช่นตำรวจหรืออัยการนั้น ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ตีความว่าขัดต่อความมุ่งหมายที่มุ่งคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจโดยปราศจากเหตุอันควรของเจ้าพนักงานเนื่องจากการออกหมายจับบุคคลใดนั้นตามกฎหมายรัฐธรรมนูญต้องปรากฏเหตุอันควรสงสัยก่อนและแนวทางในการตีความคำว่า “เหตุอันควรสงสัย” (Probable cause) นั้นมักจะไม่น่าจะแน่นอน ขึ้นอยู่กับทัศนคติของศาลแต่ละแห่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจเองจึงมักจะมีความพอใจที่จะมาขอหมายเพื่อให้ศาล (Magistrate) พิจารณาถึง “เหตุอันควรสงสัย” เสียก่อนแทนที่จะจับโดยไม่มีหมายแล้วมาโดยตัดพยานในตอนหลัง เมื่อมีคำวินิจฉัยว่าการจับไม่ชอบ ตามหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule)<sup>59</sup>

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักไว้ว่าไม่จำเป็นต้องมีหมายจับ หากการจับนั้นได้กระทำไปโดยมีเหตุอันควรแล้วถือว่าเป็นการจับที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ต้องมีการออกหมายนั้นจะต้องอยู่ในการควบคุมของอัยการและศาล อัยการมีบทบาทในการควบคุมอำนาจของตำรวจกฎหมายบังคับให้อัยการต้องให้ความเห็นชอบในหมายจับนั้นก่อน มิฉะนั้นแล้วศาลจะออกหมายจับไม่ได้ กล่าวคือตำรวจต้องเอาหมายไปให้อัยการตรวจสอบพร้อมสำนวนการสอบสวน อัยการจะสอบสวนตำรวจเพิ่มเติมหากอัยการเห็นชอบอัยการจะเซ็นชื่อด้านหลังสำนวนคดีและตำรวจจะนำหมายนั้นไปยังศาลต่อไปหมายที่ออกตามคำร้อง คำร้องต้องแสดงเหตุแห่งการร้องขอออกหมายซึ่งผู้ร้องรวมทั้งพยานที่ผู้ร้องอ้างถึงจะต้องมาแสดงตนและสาบาน (oath) ต่อหน้าผู้พิพากษา magistrate หรือศาลแห่งสหรัฐ ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ศาลต้องบันทึกไว้โดยถือเป็นสำนวน ป ร ะ ะ ก ะ อ ะ บ คำร้อง<sup>60</sup> เมื่อมีการจับตัวผู้ต้องหาแล้วตำรวจจะต้องพาตัวผู้ต้องหาที่อยู่ในความควบคุมไปพบศาลโดยเร็ว ทั้งนี้เพื่อให้ศาลได้มีโอกาสเข้ามาตรวจสอบถึง “เหตุอันควรสงสัย” (probable cause) โดยเฉพาะในการจับที่ไม่มีหมายจับส่วนกรณีการจับโดยมีหมายจับ ก็เป็นการเปิด โอกาสให้ศาลตรวจสอบถึงความจำเป็นที่จะควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ ปัญหาว่าแค่ไหน เพียงใด จึงจะถือได้ว่าการนำตัวผู้ต้องหามาสู่ศาลนั้นชักช้าหรือไม่ หรือชักช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ เป็นเรื่องแล้วแต่กรณีไป ปกติทั่วไปจะต้องนำตัวผู้ต้องหามาปรากฏต่อศาลภายใน 24 ชั่วโมง หรือ 48 ชั่วโมง

<sup>59</sup> Legislation and Special Projects Section, Handbook on the law of search and seizure (Criminal Division Department of Justice : February), pp.13 – 15.

<sup>60</sup> Police Sciences Institutes, The Administration of Justice. p. 6.

นับแต่จับ แต่ก็เป็นเรื่องที่ศาลจะวินิจฉัยเป็นกรณี ๆ ไป การล่าช้ามักจะขึ้นอยู่กับองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความจำเป็นบางประการที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ<sup>61</sup>

1. จังหวะหรือระยะเวลาของการจับ เช่น การจับในวันหยุดศาลไม่เปิดทำการ การจับกุมในเวลาที่ยี่สิบนอกเวลาทำการของศาลแล้ว

2. ความต้องการของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสอบสวนผู้ต้องหา

3. จำนวนของผู้ถูกจับซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

องค์ประกอบเหล่านี้ เป็นผลให้กำหนดระยะเวลาการนำตัวผู้ต้องหามาสู่อำนาจศาลโดยเร็ว โดยไม่ชักช้า นั้น มีขีดความจำกัดหรือความยืดหยุ่นแตกต่างกันออกไป แล้วแต่พฤติการณ์แวดล้อมแห่งกรณี แต่สำคัญคือต้องถือหลักว่า การชักช้า นั้น ไม่ใช่ชักช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะกำหนดให้มีการนำตัวผู้ต้องหามาสู่อำนาจศาลภายใน 24 ชั่วโมง หรือ 48 ชั่วโมง นับแต่ถูกจับ

สำหรับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของการนำตัวผู้ต้องหามาปรากฏตัวต่อศาลโดยเร็ว นั้น มีความมุ่งหมายเพื่อให้มีการคุ้มครองผู้ต้องหาอย่างเต็มที่ โดยการนำมาสู่อำนาจศาลได้มีโอกาสได้สวนเรื่องราวข้อเท็จจริง เจ้าหน้าที่ตำรวจมีโอกาสควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ในระยะเวลาอันสั้น เป็นการตัดโอกาสหรือลดโอกาสกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายในระหว่างการจับหรือควบคุมตัว

ตัวอย่างของคดีที่วินิจฉัยถึงเหตุผลของการนำผู้ต้องหามาสู่อำนาจศาลโดยเร็ว คือ

คดี U.S. v. Carignan (1951) วินิจฉัยว่า เหตุผลของการมีบทบัญญัติการให้นำตัวผู้ต้องหามาปรากฏตัวต่อศาลโดยเร็ว นั้น ก็เพื่อที่จะยกเลิกการควบคุมตัวโดยมิชอบ ควบคุมตัวโดยไม่มีเหตุอันสมควรอย่างแน่ชัดในชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือชั้นก่อนการพิจารณาให้หมดสิ้นไป

คดี Upshaw v. U.S. (1948) และคดี U.S. v. Chadwick (1969) ได้วินิจฉัยไปในแนวเดียวกันว่า วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการนำตัวผู้ต้องหามาปรากฏตัวต่อศาลโดยเร็ว ก็เพื่อที่จะตรวจสอบการสอบสวนซึ่งกระทำเป็นการจับของเจ้าหน้าที่ตำรวจป้องกันการควบคุมโดยมิชอบก่อนนำสู่ศาลเพื่อพิจารณา และเพื่อให้ผู้ต้องหาทราบถึงสิทธิต่างๆ

ในส่วนของรายละเอียดขั้นตอนวิธีการในชั้นนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานอัยการจะนำตัวผู้ต้องหามาปรากฏตัวต่อหน้า magistrate บทบาทหน้าที่ของ magistrate ในชั้นนี้ คือ

1. ทำการตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่า เป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ปรากฏในคำร้องทุกข์ กล่าวโทษหรือไม่

<sup>61</sup> เข็มชัย ชุตินวงศ์. (2526). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเปรียบเทียบ 2 (เอกสารอัดสำเนา). หน้า 6.

2. แจ้งให้ทราบถึงข้อหาความผิดที่ถูกต้องแล้วหา อ่านคำร้องให้ฟัง ในบางมลรัฐจะให้สำเนาคำร้องทุกข้อกล่าวหาแก่ผู้ต้องหา

3. แจ้งให้ผู้ต้องหาทราบถึงสิทธิต่างๆ ที่มี เช่น สิทธิการมีทนาย สิทธิที่จะนิ่งเงียบไม่ให้ การ (remain silent) และเตือนให้ทราบว่าคำให้การจะใช้เป็นพยานหลักฐานกล่าวอ้างยันตัวเขา สิทธิที่จะได้รับการไต่สวนมูลฟ้อง สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนเป็นต้น

4. กรณีมีการจับโดยไม่มีหมาย ศาลต้องทำการไต่สวนทันที เพื่อให้แน่ใจว่า การจับนั้นมีเหตุอันควร การทบทวนถึงเหตุอันควรนั้นเหมือนกับการพิจารณาก่อนออกหมายจับ โดยผู้จับสาบานตนด้วย

5. พิจารณาให้ประกันตัวในกรณีที่ยังไม่มีการประกันตัว

การนำตัวผู้ต้องหาเข้าสู่ศาลโดยเร็ว นั้น เป็นเรื่องสำคัญ หากมีความควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้แล้วไม่มาปรากฏตัวต่อศาล หรือนำมาโดยซุกซำไม่ปรากฏเหตุอันสมควร จะมีผลให้การควบคุมตัวในระหว่างนั้นเป็นการควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การดำเนินการในช่วงดังกล่าว เช่น การสอบสวน การได้คำรับสารภาพ ก็อาจจะไม่มีผลหรือนำมาใช้กล่าวอ้างไม่ได้

ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยถึงการฝ่าฝืนไม่นำตัวผู้ต้องหาเข้าสู่ศาลโดยเร็ว คือ

คดี Mc Nabb v. U.S. (1943) วินิจฉัยว่า คำสารภาพที่ได้มาระหว่างการไม่นำผู้ต้องหาไปปรากฏตัวต่อศาลโดยเร็ว คือเป็นการซุกซำโดยปราศจากเหตุอันสมควร ไม่ยอมให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาซึ่งตามข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นการควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้เป็นเวลานานถึง 6 วัน หลังจากการจับกุม โดยไม่มีเหตุผลสมควรถึงความซุกซำดังกล่าว

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการกำหนดให้มีการนำตัวผู้ต้องหาเข้าสู่ศาลโดยเร็วของสหรัฐอเมริกา เป็นมาตรการที่ทำให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองผู้ต้องหาได้อย่างเต็มที่ การควบคุมตัวผู้ต้องหาของเจ้าหน้าที่ตำรวจมีระยะเวลาอันสั้น ทำให้มีโอกาสในการกระทำการที่มิชอบเกี่ยวกับการสอบสวน การกระทำทรมาณน้อยลง เพราะศาลได้มีโอกาสเข้ามาคุ้มครอง แจ้งให้ทราบถึงสิทธิต่างๆ พิจารณาให้ประกันตัว แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถควบคุมตัวไว้ในระยะเวลาอันสั้น แต่ก็ไม่ได้เกิดปัญหาต่อทางเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสอบสวนมากนัก เพราะรายละเอียดข้อเท็จจริง พยานหลักฐานส่วนใหญ่ได้ทำการรวบรวมไว้ก่อนการจับกุมแล้ว การสอบสวนหลังการจับกุมจึงเป็นการสอบปากคำเพื่อประกอบข้อเท็จจริงเท่านั้น การกำหนดมาตรการให้มีการนำผู้ต้องหาเข้าสู่ศาล จึงทำให้เกิดผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ต้องหา ทำให้ศาลหรือองค์กรตุลาการมีบทบาทในการคุ้มครองผู้ต้องหา ในขั้นก่อนการพิจารณาได้อย่างแท้จริง

ในช่วงที่ตำรวจนำตัวผู้ต้องหาเข้าสู่ศาลที่เรียกว่า Initial appearance นี้เองที่ศาลจะพิจารณาว่าผู้ต้องหาสมควรได้รับการประกันตัวหรือไม่ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไข

เพิ่มเติมที่ 8 (Eighth Amendment) บัญญัติว่า “ในคดีอาญาจะเรียกหลักประกันหรือปรับเกินสมควรไม่ได้” “เป็นการรับรองถึงสิทธิผู้ต้องหา หรือจำเลยเกี่ยวกับเรื่องการประกันตัวไว้โดยห้ามมิให้เรียกหลักประกันในการปล่อยตัวชั่วคราวที่ “สูงเกินไป” ในการคำนวณว่าหลักประกันจะสูงเกินไปหรือไม่นั้นศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการเรียกหลักประกันโดยกล่าวว่า การเรียกหลักประกันก็เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปศาลในวันนัดพิจารณา ดังนั้น การเรียกหลักประกันที่สูงเกินกว่าจำนวนที่น่าจะเป็นเพื่อสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าวย่อมถือว่า “สูงเกินไป” ทั้งสิ้น นอกจากนี้ศาลยังได้กล่าวถึงความสำคัญของอิสรภาพของผู้ต้องหาในช่วงเวลาก่อนฟ้องคดีว่าเป็นประโยชน์อย่างมากในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหาทำให้ไม่ต้องได้รับผลร้ายหรือลงโทษก่อนการพิจารณาและเป็นการทำให้หลักการ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ได้รับการปฏิบัติตามอย่างแท้จริง

แม้ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาทุกคนจะต้องมีสิทธิในการประกันตัวแต่ในความคิดในทางอาญาของสหพันธรัฐที่ไม่ใช่ความคิดที่มีโทษประหารชีวิต จะมีกฎหมายให้สิทธิประกันตัวไว้เสมอ และในระดับมลรัฐก็มีรัฐธรรมนูญของกว่า 40 รัฐที่รับรองสิทธิในการประกันตัวไว้ โดยมักจะเขียนไว้ชัดเจนยิ่งกว่าในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเสียอีกเช่น รัฐธรรมนูญของรัฐแคลิฟอร์เนียบัญญัติไว้ว่า “ทุกคนมีสิทธิได้รับการประกันตัวโดยมีหลักประกันที่เหมาะสมเว้นแต่ในคดีที่มีโทษประหารชีวิตซึ่งมีพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือ” เป็นต้น สิทธิในการประกันตัวนั้นอาจกล่าวได้ว่ามีข้อยกเว้นเฉพาะคดีที่มีโทษประหารชีวิตเท่านั้นซึ่งเป็นแนวที่ใช้บังคับปฏิบัติอยู่ในสหพันธรัฐและในมลรัฐต่างๆ เหตุผลในการไม่ให้สิทธิในการประกันไว้อย่างชัดเจนในคดีที่มีโทษประหารชีวิตก็เพราะในคดีดังกล่าวมีโอกาสที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนีนั่นเอง

สิทธิในการประกันตัวมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่ถูกควบคุม ไม่ว่าจะเป็นชั้นก่อนฟ้องชั้นพิจารณาคดีและระหว่างควบคุมขณะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล นอกจากนี้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำสั่งศาลเกี่ยวกับการประกันด้วยหากกฎหมายไม่เปิดช่องให้อุทธรณ์ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิจะร้องต่อศาลที่สั่งเกี่ยวกับกับการประกันด้วยอย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะร้องต่อศาลให้พิจารณาความชอบธรรมของการควบคุมที่เรียกว่า Habeas Corpus อีกทางหนึ่งด้วย

### 3.1.1 แนวคิด และทฤษฎีของหลัก Probable Cause

การศึกษาเรื่องกระบวนการจับและการค้นของสหรัฐอเมริกาจะต้องทำการศึกษาจากหลักการตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ที่ 4 (The Fourth Amendment) ที่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของ

ประชาชนความว่า<sup>62</sup> “สิทธิของประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองป้องกันในชีวิต ร่างกาย เลหสถาน เอกสารและทรัพย์สินให้ปลอดภัยจากการจับกุม, ตรวจค้น และยึดโดยปราศจากเหตุผล อันควรเชื่อถือได้นั้นผู้ใดจะละเมิดมิได้ หมายอาญาจะออกมิได้เว้นแต่จะออกโดยอาศัยเหตุผล อันควรเชื่อได้ (probable cause) หรือโดยมีคำสาบานตัวหรือคำปฏิญาณของผู้แจ้งขอให้ออกหมาย และหมายนั้นจะต้องระบุโดยละเอียดถึงสถานที่ที่จะตรวจค้น และบุคคลหรือสิ่งของที่将被จับหรือ ยึด” และแม้ใน The Fourth Amendment จะมีได้กล่าวถึง การจับเอาไว้ หากแต่การจับเป็นกรณี ที่เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายของรัฐ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการ เคลื่อนไหวของบุคคล คำนึงศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงตีความว่าเป็น “การยึด” อย่างหนึ่งคือ เป็นการยึดตัวบุคคล<sup>63</sup> ดังบทบัญญัติที่ปรากฏใน The Fourth Amendment ในส่วนท้ายที่ว่า “against unreasonable searches and seizures” จึงให้ความหมายของการยึดรวมถึงการจับด้วย

นอกจากนี้ The Fourth Amendment ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจค้น ยึด (จับ) ที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องประกอบไปด้วย 2 ประการ ได้แก่<sup>64</sup>

1. ห้ามจับ ยึด ค้น โดยไม่มีเหตุผล (unreasonable) และ
2. จะต้องออกหมายค้นหรือหมายจับโดยต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ (Probable Cause)

ดังนั้น การค้นและการจับไม่ว่าจะกระทำลงโดยมีหมายหรือไม่หากกระทำโดย ปราศจากเหตุผลอันสมควรย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกรณีใดถือว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานของเหตุอันควรเชื่อได้ เนื่องจากถ้อยคำในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้ระบุเงื่อนไขการจับ การค้นทั้งโดยมีหมาย และไม่มีหมายไว้ชัดเจนว่าจะกระทำมิได้

<sup>62</sup> จุติ ธรรมโนวานิช. หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วยการจับและการแจ้งข้อหา, การควบคุม และฝากขัง, การค้น และการปล่อยชั่วคราว. หน้า 48.

Fourth Amendment of the U.S. Constitution

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

<sup>63</sup> George F. Cole. (1995). **The American system of criminal justice.** p.204.

“Arrest is the seizure of an individual by a governmental official with authority to take the person into custody.”

<sup>64</sup> Larry K. Gaines, Michael Kaune and Roger LeRoy Miller. (2001). **Criminal Justice in action the core.** p.144.

เว้นแต่มี “เหตุอันควรเชื่อได้”<sup>65</sup> ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 4 มิได้ให้ความหมายไว้แต่ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้เคาะวางหลักไว้ในคดี *Carroll v. United States* โดยมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ว่ากรณีที่จะถือว่ามี “เหตุอันควรเชื่อได้” นั้นมีความหมายมากกว่าการเพียงแค่มีความสงสัย และสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกกรณีที่มีข้อเท็จจริง และสภาพแวดล้อมพร้อมด้วยข้อมูลที่น่าเชื่อถืออย่างมีเหตุผลเพียงพอที่เจ้าหน้าที่จะทำการจับบุคคลคนหนึ่ง ซึ่งตนมีเหตุอันควรเชื่อโดยชอบด้วยเหตุผลว่าเขาได้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งหรือกำลังกระทำความผิดอยู่<sup>66</sup> และในคดี *Brinegar v. United States* ศาลก็ได้ยืนยันด้วยว่ามาตรฐานของเหตุอันควรเชื่อได้นั้น เบากว่าการที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ และเป็น การพิจารณาเรื่องข้อเท็จจริงและที่ปฏิบัติอยู่ในชีวิตประจำวันของบุคคลโดยทั่วไปซึ่งมีเหตุผลและรอบคอบ ไม่ใช่เป็นเรื่องโดยเฉพาะของผู้ชำนาญทางด้านกฎหมาย จึงเป็นเรื่องของความสุจริตใจในการวิเคราะห์ว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่ โดยการวิเคราะห์ดังกล่าวต้องตั้งอยู่ในระดับที่สูงกว่าการสงสัยแต่ไม่ต้องถึงกับแน่ใจว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินคดีไว้มากมายว่า ข้อเท็จจริงอย่างใดถือได้ว่าเป็นเหตุอันควรเชื่อได้ในการจับหรือค้นซึ่งส่วนมากศาลมักจะตีความไปในแนวทางคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>67</sup>

โดย Probable Cause นั้นอาจได้มาจากหลายทาง (several source) กล่าวคือ

(1) Probable Cause นั้น อาจได้มาจากการเฝ้าดูของเจ้าพนักงานของรัฐนั่นเอง (คดี *Pennsylvania v. Labron*, 518 U.S. 939, 1996 และ *McDonald v. U.S.*, 335 U.S. 451, 454-55, 1948) โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นอาจใช้ประสบการณ์ที่มีการฝึกฝนเป็นพิเศษ และความชำนาญในการที่จะบอกได้ว่าการประกอบอาชญากรรมเกิดขึ้นทั้งๆ ที่หากคนทุกๆ ไปดูจะเหมือนไม่มีอะไรเกิดขึ้น

(2) Probable Cause นั้นขึ้นอยู่กับข้อมูลที่ได้นั้นมาจากแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือหรือผู้แจ้งข่าวนั้นเป็นผู้ที่รู้จักกันดีว่าน่าเชื่อถือ หรือข้อมูลนั้นได้มาจากแหล่งข้อมูลที่เป็นอิสระซึ่งสามารถหาพยานหลักฐานมายืนยันสนับสนุนความเป็นอิสระของแหล่งข้อมูลนั้นได้

<sup>65</sup> นักวิชาการไทยได้เรียกต่างกัน เช่น จิรนิติ หะวานนท์ เรียก “เหตุที่เป็นไปได้” หรือเหตุอันควรสงสัย” อุทัย อาทิวช เรียกว่า “มูลเหตุอันน่าจะเป็น” จุตติ ธรรมมโนวานิช เรียก “เหตุผลอันสมควร” เป็นต้น

<sup>66</sup> อุทัย อาทิวช. (2544, กันยายน). การจับการค้นในประเทศสหรัฐอเมริกา. หน้า 3.

<sup>67</sup> การประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 2. “การสืบสวนสอบสวนก่อนการจับกุม” คณะทำงานกลุ่มกฎหมายการสืบสวนสอบสวนก่อนการจับกุม, คณะกรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ สาขานิติศาสตร์ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, ศูนย์การประชุมสหประชาชาติ, หน้า 203.

(3) อาวุธหรือพยานหลักฐานที่ยึดได้ในระหว่างให้หยุดเพื่อตรวจค้นในลักษณะที่เป็น การตรวจสอบเบื้องต้น (stop) นั้นอยู่บนพื้นฐานของข้อสงสัยที่มีเหตุมีผล ซึ่งจะช่วยให้เกิด Probable Cause ในการค้นครั้งนั้นได้ เช่นเดียวกับพยานหลักฐานที่ยึดได้ในกรณี plain view หรือ พยานหลักฐานที่ยึดมาได้จากการค้นโดยความยินยอมหรือจากการสนทนา<sup>68</sup>

### 3.1.2 ข้อมูลที่จะนำมาสนับสนุน Probable Cause

ข้อมูลที่จะนำมาสนับสนุนการออกหมายจับนั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ ตัว ข้อมูลนั้นจะต้องมีความน่าเชื่อถือ และตัวข้อมูลนั้นจะต้องมีน้ำหนัก หากตัวข้อมูลเป็นคนที่ต้องเป็น คนที่น่าเชื่อถือก่อน แล้วจึงพิจารณาว่าสิ่งที่เขาพูดมีน้ำหนักหรือไม่ ถ้าตัวข้อมูลเป็นเอกสาร ตัวเอกสารต้องน่าเชื่อถือ เช่น เป็นต้นฉบับหรือเป็นฉบับ แล้วจึงพิจารณาว่าข้อความในเอกสารนั้น มีน้ำหนักที่จะฟังได้เพียงไร เวลาเกิดคดีที่ต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานจะต้องแสดงทั้งสอง อย่าง แม้จะเป็นการนำสืบพยานในชั้นพิจารณาก็ต้องแสดงทั้งสองอย่างในพยานหลักฐานแต่ละคน หรือแต่ละชั้น บางครั้งไม่ได้แสดงความน่าเชื่อถือของพยานก็จะทำให้พยานหลักฐานนั้นกลับ กลายเป็นมีน้ำหนักน้อยไป เช่น นำสืบว่าประจักษ์พยานเห็นอย่างนั้นเห็นอย่างนี้ แต่ไม่ได้นำสืบว่า ประจักษ์พยานคนนี้ไปยืนอยู่ตรงนั้นได้อย่างไร ทำให้ตัวประจักษ์พยานคนนั้นไม่มีความน่าเชื่อถือ

ความน่าเชื่อถือของข้อมูล หรือน้ำหนักของข้อมูลดังกล่าวขึ้นอยู่กับ

(1) เป็นข้อมูลโดยตรง (direct information) คือ ตัวเจ้าพนักงานได้รู้เห็นเองมาโดยตรง ว่าเห็นของสิ่งนั้นอยู่ในบ้านนั้น เห็นคนคนนั้นอยู่ในบ้านนั้น แล้วไปขอหมายศาลเข้าไปค้นเข้าไป จับโดยตรง

(2) เป็นข้อมูลบอกเล่า พยานบอกเล่าแม้จะมีน้ำหนักน้อยในชั้นสืบพยาน แต่ในชั้นที่ เจ้าพนักงานอ้างอิงเพื่อขอหมาย เพราะไม่ใช่การพิสูจน์ความคิด เพียงแต่พิสูจน์ความเป็นไปได้ (คดี Brinegar v.U.S.) แต่จะต้องแสดงความน่าเชื่อถือกับความมีน้ำหนักของพยานว่า ได้ข้อมูล อย่างเป็นประการหนึ่ง และข้อมูลนั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถืออย่างไรอีกประการหนึ่ง<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Allen, Kevin J. (2000, May). "Investigation and Police : Overview of the Fourth Amendment."

Georgetown Law Journal, p. 124.

<sup>69</sup> จิรนิติ หะวานนท์. (2543). สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 26.

### 3.1.3 หลักเกณฑ์การพิจารณา Probable Cause

คดี *Spinelli v. United States*<sup>70</sup> ในคดีนี้ William Spinelli ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานกระทำการพ่นขันท่อ โดยเดินทางจากรัฐอิลลินอยส์ไปยังเมืองเซนต์หลุยส์ในรัฐมิสซูรีเพื่อทำการพ่นขันท่อซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐมิสซูรี ผู้ร้องได้ต่อสู้เรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหมายค้นที่ให้อำนาจ FBI เข้าทำการค้น ศาลจึงอธิบายหลักในคดี *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964) ว่า ในคดี *Aguilar* หมายค้นได้ออกโดยมีถ้อยคำภายใต้การสาบานของตำรวจ (affidavit) ซึ่งสาบานเพียงว่าตนได้รับข่าวที่เชื่อถือได้จากบุคคลที่น่าเชื่อถือและตนก็เชื่อตามนั้นว่า มียาเสพติดซุกซ่อนอย่างผิดกฎหมายในสถานที่หนึ่ง แม้จะมีหลักว่า Probable Cause อาจพิสูจน์โดยพยานบอกเล่าก็ได้ก็ตาม แต่ศาลก็วินิจฉัยว่า ถ้อยคำภายใต้ การสาบานดังกล่าวไม่เพียงพอจะแสดงว่ามี Probable Cause ด้วยเหตุ 2 ข้อ คือ

1) ผู้ขอออกหมายไม่ได้บรรยายหรือให้การถึงรายละเอียดข้อเท็จจริงที่จำเป็น (underlying circumstances) แก่ศาล magistrate ที่จะทำให้ศาลสามารถวินิจฉัยได้เองว่าข่าวที่ผู้ให้ข่าวกล่าวอ้างมานั้นเชื่อถือได้เพียงใด และ

2) ตำรวจที่ให้ถ้อยคำไม่ได้พยายามสนับสนุนข้อกล่าวอ้างที่ว่าผู้ให้ข่าวของเขา น่าเชื่อถือ หรือข่าวที่เขาให้มานั้นเชื่อถือได้

อาจกล่าวได้ว่าในคดี *Spinelli* ถ้อยคำของตำรวจ (affidavit) ในการขอออกหมายสมบูรณ์กว่าในคดี *Aguilar* คือ ไม่ได้มีแค่ข่าวจากแหล่งนิรนามแต่ยังมีรายงานการสอบสวนของ FBI ซึ่งเป็นส่วนเสริมแก่ข่าวจากแหล่งนิรนามนั้น ศาลได้ปรับข้อเท็จจริงในคดีนี้เข้ากับหลักเดิมจากคดี *Aguilar* และวางหลักว่า ใจความสำคัญถ้อยคำที่ตำรวจสาบานเพื่อขอหมายมีเนื้อหาดังนี้

(1) FBI ได้แกะรอยความเคลื่อนไหวของ Spinelli เป็นเวลา 5 วันในเดือนสิงหาคม 1965 พบว่า Spinelli ได้เดินทางจากรัฐอิลลินอยส์ข้ามสะพานไปยังเมืองเซนต์หลุยส์ รัฐมิสซูรี 4 ครั้ง ในช่วงระหว่างเวลา 11.00-12.15 นาฬิกา และได้จอดรถไว้ที่ลานจอดรถ 4 วัน ที่ 108 อินเดียน เซอร์เคิล ไครฟ์ ตั้งแต่เวลา 15.30-16.45 นาฬิกา และวันหนึ่งเห็นเขาขับรถเข้าไปในอพาร์ทเมนต์แห่งหนึ่ง

(2) FBI ได้สอบถามไปที่บริษัทโทรศัพท์ทราบว่า อพาร์ทเมนต์แห่งนั้นมีผู้ใช้ชื่อ Grace P. Hagen เข้าโทรศัพท์ไว้ 2 เลขหมายคือ เลขหมาย WYdown 4-0029 และ WYdown 4-0136

<sup>70</sup> Israel, Jerold H, Yale Kamisar and Wayne R. Lafave. (1995). **Criminal Procedure and the Constitution.** pp. 97 – 100.

(3) ผู้ขอหมายไต่อย่างว่านาย Spinelli นี้เป็นที่รู้จักของตำรวจผู้ขอหมาย และบรรดาเจ้าพนักงานตำรวจของสหรัฐ และเจ้าพนักงานตำรวจท้องถิ่นว่าเป็นเจ้ามือรับแทงพนัน

(4) FBI ได้รับแจ้งจากแหล่งข่าวลับที่เชื่อถือได้ว่า Spinelli กำลังเป็นเจ้ามือรับแทงพนันทางโทรศัพท์ และเผยแพร่การรับพนันทางโทรศัพท์ทั้ง 2 เลขหมายตามข้อ 2

จะเห็นว่าเนื้อหาข้อ 4 นี้เองที่เป็นหลักสำคัญในการพิสูจน์ Probable Cause เพราะในข้อ 1-2 นั้นเป็นเพียงพฤติกรรมปกติที่ไม่ก่อให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายแต่อย่างใด และศาลวินิจฉัยว่าข้อกล่าวอ้างที่ว่า Spinelli เป็นที่รู้จักกันดีในบรรดาเจ้าพนักงานว่าเป็นนักพนันและรับแทงพนัน เป็นการกล่าวอ้างอย่างลอยๆ และไม่มีความจริงพอ (a bald and unilluminating assertion of suspicion) ทำให้ข้อกล่าวอ้างนี้ไม่มีน้ำหนักที่จะนำไปใช้วินิจฉัย Probable Cause

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่า กรณีนี้การใช้หลักพิจารณา ข้อเท็จจริงแวดล้อมโดยรวมอย่างที่ศาลอุทธรณ์ใช้นั้นกว้างเกินไป โดยอธิบายหลักการวัด Probable Cause ตามเกณฑ์ Aguilar ว่า ขั้นแรกจะต้องแยกส่วนข้อเท็จจริงที่ได้รับจากผู้ให้ข่าวออกจากข้อเท็จจริงอื่นๆ ใน affidavit แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้มาจากผู้ให้ข่าวนั้นมาพิจารณาว่าผ่านเกณฑ์ Aguilar หรือไม่ หากข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ (คือไม่ผ่านเกณฑ์ Aguilar) จึงค่อยนำข้อเท็จจริงส่วนที่เหลือตามรายงานของตำรวจซึ่งเป็นพยานบอกเล่ามาพิจารณาประกอบ

เมื่อใช้หลักดังกล่าวปรับกับคดี Spinelli นี้ จะเห็นว่าเมื่อแยกข้อเท็จจริงส่วนที่ว่า ตำรวจได้ให้ถ้อยคำภายใต้การสาบานว่าผู้ให้ข่าว (informant) ของเขาน่าเชื่อถือขึ้นพิจารณาก่อน ก็ปรากฏว่าข้อเท็จจริงเหล่านั้นก็ไม่ผ่านเกณฑ์ด้วยเช่นกัน คือไม่มีการให้รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงแวดล้อมที่ทำให้ผู้ให้ข่าวสรุปว่านาย Spinelli เป็นเจ้ามือรับแทงพนัน (คือไม่มีการแสดงทั้ง basis of knowledge และ veracity) ยิ่งไปกว่านั้นหากผู้ให้ข่าวทราบข้อมูลโดยอ้อมมาก็จะต้องแสดงข้อเท็จจริงว่าแหล่งข่าวของผู้ให้ข้อมูลน่าเชื่อถืออย่างไรด้วย การที่ต้องมีรายละเอียดแห่งข้อกล่าวอ้าง

เช่นนั้นก็เพื่อให้ศาล magistrate ประเมินความน่าเชื่อถือของผู้ให้ข่าวและตัวข่าวนั้นได้นั่นเอง

คดี Illinois v. Gates (1983)<sup>71</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้เปลี่ยนวิธีการวินิจฉัยความมี Probable Cause จากการใช้หลัก Two-pronged test ที่เข้มงวด มาเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงแวดล้อมโดยรวม (Totality of circumstances)

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ตำรวจได้รับบัตรสนเท่ห์ซึ่งแจ้งว่ามีสามีภรรยาคนหนึ่งคือ Lance and Susan Gates มีอาชีพค้ายาเสพติด โดยภริยาจะขับรถยนต์ไปฟลอริดาเพื่อบรรเทาทุกข์ยาเสพติด

<sup>71</sup> Israel, Kamisar, and Lafave. Ibid. pp.100 – 105.

หลังจากนั้นจะทิ้งรถไว้ที่นั่นแล้วให้สามีขึ้นเครื่องบินไปที่ฟลอริดา และขับรถคันนั้นกลับมา โดยบรรทุกยาเสพติดที่มีมูลค่าถึง 100,000 ดอลลาร์สหรัฐ มาด้วย และขาดกล่าวเก็บไว้ที่ห้องใต้ดินที่บ้าน (คอนโดมิเนียม) ที่ทั้งสองอาศัยอยู่ เมื่อตำรวจทราบเช่นนั้นก็ได้ออกแกะรอย Lance and Susan Gates ตามบัตรสนเท่ห์นั้นจนสามารถรวบรวมข้อเท็จจริงได้หนักแน่นพอสมควรแล้วจึงได้ขออนุญาตหมายค้นรถยนต์ที่เชื่อว่าใช้ขนยาเสพติด และขอหมายค้นบ้านของ Gates โดยตำรวจได้ให้ถ้อยคำภายใต้การสาบาน (affidavit) บรรยายข้อเท็จจริงที่ตำรวจพบในระหว่างการแกะรอยตามบัตรสนเท่ห์พร้อมทั้งแนบสำเนาบัตรสนเท่ห์ดังกล่าวยื่นต่อศาล ศาลได้ออกหมายค้นให้แก่ตำรวจ และเมื่อค้นตามหมายก็ปรากฏว่าพบยาเสพติดซุกซ่อนอยู่ในรถ และในบ้านดังกล่าวจริงจึงยึดยาเสพติดเหล่านั้นใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดจำเลย จำเลยได้ต่อสู้มิให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวด้วยเหตุว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ เนื่องจากในการออกหมายค้นนั้นไม่มี Probable Cause ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐอิลลินอยส์วินิจฉัยว่า พยานหลักฐานดังกล่าวได้มาจากการค้นที่ไม่ชอบเพราะไม่มี Probable Cause จริง โดยอาศัย การปรับหลัก two-pronged test ซึ่งมาจากคำพิพากษาในคดี Spinelli v. U.S. ว่าจะต้องแยกพิจารณาบัตรสนเท่ห์ดังกล่าวต่างหากจาก affidavit ของตำรวจ และวินิจฉัยว่า บัตรสนเท่ห์นั้น ไม่ผ่านเกณฑ์ทั้งสองประการคือ

1) ในแง่ Basis of knowledge ไม่มีข้อมูลแสดงว่าผู้เขียนบัตรสนเท่ห์รู้เหตุการณ์เช่นนั้นได้อย่างไร และ

2) ในแง่ Veracity ไม่มีข้อมูลแสดงว่าข้อมูลจากบัตรสนเท่ห์นั้นมีความน่าเชื่อถือ reliability เพียงใด และตัวผู้เขียนบัตรสนเท่ห์นั้นมีความน่าเชื่อถือ credibility เพียงใด

เมื่อบัตรสนเท่ห์ขาดข้อมูลดังกล่าวโดยสิ้นเชิงจึงไม่สามารถนำถ้อยคำของตำรวจที่ได้จากการแกะรอยมาพิจารณาประกอบเพื่อเพิ่มน้ำหนักให้ผ่านเกณฑ์ดังกล่าวได้

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษากลับโดยให้เหตุผลว่า การปรับใช้หลัก Two-pronged test อันเข้มงวดเช่นนั้นไม่จำเป็นต้องทำทุกกรณีและไม่ควรทำในคดีนี้ และควรใช้หลักการพิจารณา Probable Cause จากการพิจารณาพยานหลักฐานทั้งปวงร่วมกัน (totality of circumstances) แทน โดยการพิจารณาข้อเท็จจริงจากการแกะรอยประกอบกับข้อมูลในบัตรสนเท่ห์ร่วมกัน และเมื่อพิจารณาเช่นนั้นแล้วปรากฏว่าเป็นการเพียงพอที่บุคคลสามัญจะเชื่อว่าเป็นไปได้ที่อาจมียาเสพติดซุกซ่อนอยู่ในที่ดังกล่าวจริง เช่นนี้ก็ถือว่ามี Probable Cause แล้ว การออกหมายค้นดังกล่าวจึงชอบ

ในทางวิชาการ นักวิชาการกฎหมายในสหรัฐอเมริกาสรุปว่า<sup>72</sup> หลัก Probable Cause จะถูกนำมาปรับใช้ผ่านหลักจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาในคดี Aguilar v. Texas (1964) และคดี Spinelli, V. United States (1969) โดยเรียกหลักนี้ว่า Aguilar-Spinelli test ซึ่งวางหลักไว้ว่า ในการพิจารณาว่าเจ้าพนักงานของรัฐมี Probable Cause ในการที่จะขอให้ศาลหรือคณะลูกขุนออกหมายค้น หรือ Probable Cause ที่จะทำให้สามารถค้นได้โดยไม่มีหมายค้น จะต้องพิจารณาข้อมูลที่มีนั้นใน 2 แง่มุม กล่าวคือ

(1) ฐานที่มาแห่งข้อเท็จจริง (the basis of knowledge) กล่าวคือ เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าผู้ให้ข้อเท็จจริงนั้นได้รับรู้ข้อเท็จจริงนั้นมาอย่างไร โดยทางใดซึ่งการตอบคำถามเหล่านี้ต้องอาศัยข้อมูลที่ได้จากคำบอกกล่าวชี้แจงของผู้ให้ข้อเท็จจริงนั่นเอง

(2) ตัวผู้ให้ข้อเท็จจริง (the “veracity”) กล่าวคือ เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าเหตุใดผู้ให้ข้อเท็จจริงจึงเป็นบุคคลที่เชื่อถือได้หรือไว้ใจได้

นอกจากนั้นรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐ ควรจะมีพยานอื่นๆ ที่จะนำมาใช้สนับสนุนหลักเกณฑ์ทั้งสองดังกล่าวได้

เดิมศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (supreme court) ได้ปรับใช้หลัก Aguilar-Spinelli test นี้อย่างเข้มงวด แต่ต่อมาแนวบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาได้สร้างหลักการวิเคราะห์ Probable Cause ขึ้นอีกหลักหนึ่งโดยใช้การประเมิน สถานการณ์หรือเหตุการณ์ทั้งหมดประกอบกัน (the totality of the circumstances test) ซึ่งถือกันว่าเป็นหลักที่ยืดหยุ่นกว่า โดยหลักใหม่นี้ปรากฏครั้งแรกในคดี Illinois v. Gates (1963) อย่างไรก็ตาม หลัก Aguilar-Spinelli test ก็มีได้ ถูกยกเลิกไปอย่างเด็ดขาด หลักนี้ยังคงถูกนำมาใช้ในคดีต่อๆ มาภายหลังจากที่ศาลสร้างหลัก The totality of the circumstances test ขึ้นแล้ว เช่นในคดี United States v. Hester (1998)<sup>73</sup> โดยผู้พิพากษา Crawford ซึ่งแม้จะรู้ว่าได้มีการนำหลัก The totality of the circumstances test มาใช้ในคดี Illinois v. Gates (1963) แล้วก็ตาม แต่ในคดีนี้ศาลยังคงปฏิเสธหลักดังกล่าวและกลับไปใช้หลักเก่าคือ Aguilar-Spinelli test โดยศาลยอมรับว่าเจ้าพนักงานของรัฐได้พิสูจน์ให้เห็นฐานที่มาแห่งข้อเท็จจริง (the basis of Knowledge) แล้ว ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีปรากฏดังนี้ นาย Hester ถูกตัดสินจำคุก 8 ปี ในข้อหาครอบครองและจำหน่ายกัญชา

<sup>72</sup> Hudson, Major Walter M. (1999). **A Few New Developments in the Fourth Amendment.** p.118.

<sup>73</sup> Hudson. Ibid. p.161.

การปรับใช้หลัก Probable Cause ของศาลสูงสุดในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัยนั้น ในทางวิชาการได้พยายามวางหลักเกณฑ์ หรือตั้งข้อสังเกต ในการใช้ดุลพินิจของศาลสูงสุดว่าการปรับใช้หลัก Probable Cause นั้น ขึ้นอยู่กับการชั่งน้ำหนัก และเป้าหมายของรัฐในการพิทักษ์รักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมผ่านกระบวนการการบังคับใช้ กฎหมาย ซึ่งศาลจะมีมุมมองแตกต่างกันไปตามแต่ละยุคสมัย

### 3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

กฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนับว่าเป็นกฎหมายที่มีชื่อเสียงและได้มีประเทศ ต่างๆ ยอมรับมาเป็นแบบอย่างหรือนำมาใช้มีอิทธิพลในการจัดทำประมวลกฎหมาย ตั้งแต่ปลาย คริสต์ศตวรรษที่ 19 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ไม่น้อยไปกว่าอิทธิพลของกฎหมายฝรั่งเศส และ ตี อ ง ยอมรับว่าระบบต่างๆ ในวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ทั้งนี้เพราะเหตุว่าหลังจากที่ราชอาณาจักรโรมันถึงแก่กาลวสาน เพราะมีคนป่าเผ่าเยอรมันเข้ายึด ครอง แต่ระบบของกฎหมายโรมันที่จัดทำขึ้นยังอยู่ในความทรงจำและเป็นแบบอย่างได้กฎหมาย โรมันจึงถูกคิดแปลงให้เข้ากับกฎหมายจาริตประเพณีของชนเผ่าเยอรมัน ดังกล่าวเรียก Vulgarized Roman Law<sup>74</sup> ดังนั้นเมื่อจักรวรรดิเยอรมันได้ก่อกำเนิดขึ้นมาในปี ค.ศ.1871 จึงได้มีการจัดทำ ประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาใช้ ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายของ อาณาจักรปรัสเซีย ปี ค.ศ.1851 ถึงแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในประวัติศาสตร์เยอรมนี ตั้งแต่ปี ค.ศ.1871 และมีความพยายามอย่างไม่มีที่สิ้นสุดในการที่จะจัดทำประมวลกฎหมายอาญา ใหม่ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 ช่วงระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 1920 และอีกครั้งตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 1960 แต่ประมวลกฎหมายอาญาฉบับ 1871 ก็ยังคงมีผลอยู่จนถึงปัจจุบันยอมถือว่าเป็นการเชิดหน้า ชูตาในช่วงประวัติศาสตร์อันยาวนาน ส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมันได้ ปรากฏอย่างชัดเจน โดยเรียกสิ่งนี้ว่าหลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย<sup>75</sup> ซึ่งจะต้องมีการบังคับให้มีการฟ้องคดีเมื่อปรากฏว่า คดีมีพยานพอพียงและพยานหลักฐานนั้นอาจนำมาใช้ลงโทษผู้ต้องสงสัย ได้ แต่ในระยะเวลาหลังนี้ประเทศเยอรมันได้ผ่อนคลายโดยนำหลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ

<sup>74</sup> อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). ผู้เสียหายในคดีอาญา. หน้า 42.

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ขอใช้ชื่อว่า ประเทศเยอรมัน

<sup>75</sup>ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 156 แสดงให้เห็นถึง “หลักเปลี่ยนแปลงไม่ได้” (Immutabilitatsprinzip) โดยบัญญัติว่า “หลังจากที่ได้มีการไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาแล้ว การถอนฟ้องจะ กระทำไม่ได้”

มาใช้ แม้ว่าจะมีข้อขัดข้องกับกฎหมายก็ตาม<sup>76</sup> แต่การใช้ดุลพินิจต้องถูกจำกัดอย่างเข้มงวด โดยต้องสอดคล้องกับมาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ และบางกรณีก็อาจถูกควบคุมโดยศาลได้

ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาในประเทศเยอรมันก็คือ การนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับแก่คดี ซึ่งการดำเนินคดีอาญาเป็นหน้าที่ของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลอาจเริ่มดำเนินคดีอาญาได้ในขอบเขตจำกัด หลักการเช่นนี้ก็ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน เป็นความผิดที่กระทบต่อบุคคลผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าส่วนที่กระทบต่อสังคม ความผิดเช่นนี้รัฐจะดำเนินคดีจะต้องมีอำนาจ ซึ่งก็เป็นการผ่อนคลยหลักการดำเนินคดีโดยรัฐ และเป็นความผิดที่มีลักษณะคล้ายกับความผิดอันยอมความได้ของประเทศไทย อันเป็นความผิดทางอาญาที่รัฐเปิดโอกาสให้บุคคลผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการแสดงเจตจำนงหรือที่เรียกว่า Private Charge กล่าวคือประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติให้ความผิดทางอาญาบางฐานความผิดขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายว่าจะต้องการจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งความผิดนี้ต้องขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้ายเป็นสำคัญ

### 3.2.1 การดำเนินคดีอาญาในประเทศเยอรมัน

การดำเนินคดีอาญาในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) คือ เป็นการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา กล่าวคือ ได้มีการแยกการดำเนินคดีออกเป็นขั้นตอนสำคัญๆ โดยเป็นการแยกหน้าที่ในการ “สอบสวนฟ้องร้อง” ออกจากหน้าที่ใน “การพิจารณาพิพากษา” อันเป็นขั้นตอนหลังการฟ้องคดีอาญา ทั้งนี้โดยมีองค์กรที่ทำหน้าที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี (StPO) จึงแยกการดำเนินคดีออกเป็น 3 ขั้นตอนใหญ่ ๆ<sup>77</sup> คือ

#### 1) กระบวนการดำเนินคดีอาญาขั้นต้น (Vorverfahren)

อันเป็นกระบวนการในการหาข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนการฟ้องคดีอาญาหน้าที่ในขั้นนี้เป็นหน้าที่ขององค์กรอัยการ ซึ่งการดำเนินคดีในขั้นนี้ แม้ที่จริงเป็นการดำเนินการเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาอันเป็นการชี้ขาดเรื่องที่มีการกล่าวหา ซึ่งการที่จะชี้ขาดได้จะต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงที่ได้มาจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาโดยชอบด้วยการชี้ขาดใน

<sup>76</sup> กณิต ฒ นคร. (2540). อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง. หน้า 154.

<sup>77</sup> Alfred Rieg. Introduction au droit allemand. (Re'publique fe'de'rale). Tome II. Titre II : Prece'dure' Pe'nale. Pans. Editions Cujas, 1984, p.365. อ้างใน ณรงค์ ใจหาญ. สิทธิผู้ต้องหา จำเลยและผู้ต้องโทษในคดีอาญา (โครงการวิจัย). หน้า 96.

ขั้นนี้จึงเป็นการชี้ขาดคดีอาญาชั้นเจ้าพนักงาน หากข้อเท็จจริงที่ได้มาพอฟังได้ว่าผู้กล่าวหาได้กระทำความผิดจริง ก็จะดำเนินการฟ้องศาลเพื่อทำการชี้ขาดคดีอาญาโดยศาล ซึ่งก็คือขั้นตอนการพิจารณาพิพากษานั้นเอง

### 2) กระบวนการดำเนินคดีอาญาชั้นกลาง (Zwischenverfahren)

เมื่อพนักงานอัยการสอบสวนเสร็จและสั่งให้มีการดำเนินคดีแล้วก่อนที่จะถึงขั้นตอนสุดท้ายเพื่อพิจารณาพิพากษา จะต้องมีการดำเนินกระบวนการในชั้นกลางก่อนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมดุลยพินิจในการสั่งให้ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ โดยศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ไต่สวนมูลฟ้องนี้ โดยศาลอาจสั่งให้คดีมีมูล หรือไม่มีมูลก็ได้ตามพยานหลักฐานที่นำมาแสดง

### 3) กระบวนการดำเนินคดีอาญาชั้นหลัก (Hauptverfahren)

การดำเนินคดีอาญาในขั้นนี้เป็นกระบวนการชี้ขาดคดีโดยศาล ซึ่งก็คือการพิจารณาและพิพากษาคดีนั้นเอง ซึ่งในแต่ละขั้นตอนกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาของเยอรมนีได้กำหนดองค์กรต่างๆ ที่จะเข้ามามีบทบาทที่แตกต่างกัน โดยภาระหลักขององค์กรทั้งหลายก็คือ การช่วยกันตรวจสอบค้นหาความจริง (Untersuchungsgrundsatz) เพื่อบรรลุเป้าหมายของการดำเนินคดีอาญา คือ การชี้ขาดเรื่องที่กล่าวหา

หน้าที่ในการค้นหาความจริงขององค์กรต่างๆ เหล่านี้ จะต้องทำการค้นหาความจริงในเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ว่าข้อความจริงที่ได้มานั้นจะเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้ต้องหาก็ตาม

องค์กรที่ทำหน้าที่ค้นหาความจริงเพื่อชี้ขาดคดีมี 2 องค์กร คือ

#### (1) องค์กรอัยการและผู้ช่วย (die Staatsanwaltschaft und ihre Gehilfen)

องค์กรอัยการจะทำหน้าที่ชี้ขาดคดีชั้นเจ้าพนักงาน ซึ่งนอกจากการรับคำร้องทุกข์แล้ว หน้าที่สำคัญ ก็คือ การสอบสวนคดีอาญาด้วย

#### (2) องค์กรศาลอาญา (Strafgerichte)

องค์กรศาลอาญาจะทำหน้าที่ชี้ขาดคดีชั้นศาล ซึ่งเป็นการดำเนินคดีอาญาชั้นพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเอง

รูปแบบของการดำเนินคดีอาญาของเยอรมนีในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาและจำเลย มีหลักสำคัญ 3 ประการ อันจะมีผลต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหา และจำเลย

หลักสำคัญ 3 ประการ ดังกล่าว ได้แก่

#### (1) หลักการดำเนินคดีโดยวาจา

#### (2) หลักการดำเนินคดีโดยเปิดเผยในชั้นพิจารณาคดี

(3) หลักการดำเนินคดีโดยรวดเร็ว ซึ่งแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยตรงก็ตาม แต่ก็กล่าวไว้ในบทบัญญัติต่างๆ เช่น การบัญญัติให้นำตัวผู้ถูกจับส่งผู้พิพากษาโดยเร็ว ตามมาตรา 115 มาตรา 128 StPO. หรือมาตรา 229 ซึ่งกำหนดว่าการเลื่อนนัดการพิจารณาออกไป ให้เลื่อนได้ไม่เกิน 10 วัน เป็นต้น<sup>78</sup>

### 3.2.2 การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้อง

การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้อง (Vorverfahren) ในเยอรมนีเป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียว ผู้รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาในชั้นนี้คือ อัยการ แม้ว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 163 วรรคแรก ของประเทศเยอรมนี ดำรวจมีหน้าที่ต้องติดตามการกระทำความผิดอาญาและต้องทำการทุกอย่างโดยไม่ชักช้าเพื่อป้องกันมิให้คดีมีคณไปก็ก็ตาม แต่ตำรวจก็มีฐานะเป็นเพียงมือของอัยการเท่านั้น<sup>79</sup> ทั้งนี้ไม่ว่าการที่ตำรวจกระทำไปนั้นจะเป็นการต้องกระทำไปก่อนตามกฎหมายหรือทำตามคำสั่งของอัยการ ในกรณีที่กระทำไปก่อน ตำรวจต้องส่งเรื่องราวให้อัยการโดยไม่ชักช้า (มาตรา 163 วรรคสอง) กล่าวโดยสรุปก็คือว่า ในเยอรมนีการเริ่มคดีก็ดี การดำเนินคดีต่อไปก็ดี และการวินิจฉัยสั่งคดีก็ดี อัยการเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจเองทั้งสิ้น<sup>80</sup> ตำรวจในเยอรมนีไม่เป็นหน่วยงานที่ขึ้นอยู่กับอัยการ แต่ขึ้นอยู่กับกระทรวงมหาดไทยของมลรัฐ อย่างไรก็ตามเจ้าพนักงานตำรวจส่วนใหญ่กฎหมายกำหนดให้เป็น “เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ” (Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft) เจ้าพนักงานตำรวจพวกนี้จึงมีผู้บังคับบัญชา 2 ฝ่าย คือผู้บังคับบัญชาฝ่ายตำรวจโดยตรงของตนฝ่ายหนึ่ง และอัยการอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการต้องฟังคำสั่งของอัยการเป็นอันดับแรก หลักการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมนีคือหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อทราบและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น อัยการมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีนั้น (มาตรา 152 วรรคสอง) ในการดำเนินคดีอาญาพนักงานอัยการเยอรมนีต้องสอบสวนไม่เฉพาะแต่ข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา หากแต่ต้องสอบสวนข้อเท็จจริงที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาด้วย (มาตรา 160 วรรคสอง) ยิ่งกว่านั้นพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ที่มีความหมายต่อการที่จะกำหนดโทษก็ชอบที่จะได้รับการสอบสวนด้วย (มาตรา 160 วรรคสาม)

### 3.2.3 มาตรการเชิงบังคับแก่ผู้ต้องหา

<sup>78</sup> ฌรงค์ ใจหาญ. สิทธิของผู้ต้องหา จำเลย และผู้ต้องโทษในคดีอาญา (โครงการวิจัย). หน้า 96 – 97.

<sup>79</sup> อรุณี กระจ่างแสง. (2533, กันยายน). วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 20, ฉบับที่ 3. หน้า 62.

<sup>80</sup> แหล่งเดิม. หน้า 63.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน ได้บัญญัติวิธีการต่างๆ ที่เป็นมาตรการ บังคับต่อตัวผู้ต้องหาไว้ ซึ่งมาตรการบางอย่างอาจเป็นการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้ต้องหา อย่างเช่น การออกหมายจับ รวมถึงมาตรการบางอย่างที่อาจเป็นการกระทำที่กระทบต่อร่างกายของ ผู้ต้องหา เช่น การตรวจเลือด ดังนั้น มาตรการเชิงบังคับดังกล่าว เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิ ขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญาของเยอรมันได้วางมาตรการไว้ดังต่อไปนี้

โดยบทบัญญัติมาตรการเชิงบังคับที่อาจเป็นการกระทบต่อเสรีภาพของผู้ต้องหาใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (STPO.) บัญญัติไว้ 3 ประการคือ<sup>81</sup>

- (1) การจับชั่วคราว
- (2) การออกหมายนำ
- (3) การออกหมายจับ และการขังชั่วคราว

#### 3.2.3.1 การจับชั่วคราว

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) ไม่มีการบัญญัติเรื่องอำนาจ ควบคุมตัวโดยตำรวจไว้มีแต่เรื่องอำนาจในการจับชั่วคราวและการจับบุคคลที่ต้องสงสัยว่ากระทำ ความผิดไว้เพื่อถามชื่อและที่อยู่ และเหตุที่จะทำการจับชั่วคราวนั้น มีบัญญัติไว้ตามมาตรา 127 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยจะทำการจับชั่วคราวได้ในกรณีความผิดซึ่งหน้า โดย ประชาชนมีสิทธิจับบุคคลที่ต้องสงสัยว่ากระทำผิด และกำลังจะหลบหนีไว้ชั่วคราว (มาตรา 127 วรรค 1) หากเป็นกรณีการจับโดยพนักงานอัยการหรือตำรวจ ในกรณีความผิดซึ่งหน้านั้น พนักงานอัยการและตำรวจมีอำนาจตามจำเป็นเพื่อทราบชื่อที่อยู่ของผู้ต้องสงสัยได้ และมีอำนาจจับ ผู้นั้นไว้ได้ด้วยตามมาตรา 163-b วรรค 1 นอกจากนี้ พนักงานอัยการหรือตำรวจ ยังมีอำนาจจับ บุคคลบางคนไว้ได้หากเขาสามารถให้ความกระจ่างแก่ความผิดที่เกิดขึ้นได้ (ตามมาตรา 163-b วรรค 2)<sup>82</sup> และในกรณีดังกล่าวบุคคลที่ถูกจับไว้ชั่วคราวนั้นหากยังไม่ได้รับการปล่อยตัวจะต้องถูก นำไปยังผู้พิพากษาโดยเร็ว และอย่างช้าที่สุดก็ในวันรุ่งขึ้นตาม (มาตรา 128 วรรค 1) และในกรณี การจับโดยพนักงานอัยการหรือตำรวจตามมาตรา 163-b กำหนดระยะเวลาในการจับนั้นจะจับได้ เฉพาะเพื่อให้ทราบชื่อ-ที่อยู่ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องไม่เกิน 12 ชั่วโมง ตามมาตรา 163-c วรรค 3

<sup>81</sup> Alfred RIEG. Introduction au droit allemand (Re'publique fe'de'rale). Tome II, Titre II. Proc'e'dure pe' nale. Paris, Editions Cujas, 1984, p.375. อ้างใน ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 102.

<sup>82</sup> Peter HUENERFFLD, "La garda' vue en Re'publique fe'de'rale d'Allemagne", Les atteintes a' la liberte' avant jugement en droit pe' nal compare, Op.cit.p.89. อ้างใน ณรงค์ ใจหาญ. หน้า 102.

หลังจากนั้นจะต้องนำตัวส่งผู้พิพากษา เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากผู้พิพากษาให้สามารถจับไว้ได้นานกว่านั้น โดยผู้ถูกจับไว้ชั่วคราวมีสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้ มีสิทธิได้รับทราบข้อกล่าวหาจากตำรวจ โดยตำรวจจะต้องแจ้งข้อหาแก่ผู้ถูกจับรวมทั้งแจ้งถึงสิทธิของผู้ถูกจับก่อนจะทำการสอบปากคำ และนำส่งผู้พิพากษาสอบสวนตามมาตรา 128 หากผู้พิพากษาสั่ง จะต้องแจ้งถึงสิทธิของเขาว่า เขามีสิทธิที่จะติดต่อไปยังผู้ใกล้ชิดถึงการถูกจับไว้ได้ และในกรณีการจับโดยพนักงานอัยการหรือตำรวจตามมาตรา 163-b และ 163-c จะต้องแจ้งให้เขาทราบถึงสิทธิที่จะแจ้งการถูกจับไปยังผู้ใกล้ชิดโดยทันที เว้นแต่การแจ้งนั้นจะทำให้การสอบสวนเสียหาย รวมถึงจะต้องได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิใน การมีทนายก่อนที่จะสอบปากคำผู้ถูกจับ ทั้งนี้ ตำรวจอาจยอมให้ทนายร่วมฟังในการสอบสวน แต่ทั้งนี้ไม่ใช่เป็นสิทธิที่จะเข้าร่วมฟังการสอบสวนแต่อย่างไร

### 3.2.3.2 การออกหมายนำ

ในการที่จะได้ตัวผู้ต้องหาทำการสอบสวน มาตรา 163-a วรรค 3 ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาสอบสวน หรือ พนักงานอัยการ ที่จะออกหมายนำผู้ต้องหาที่ปฏิเสธไม่มาตามหมายเรียก ทั้งนี้โดยการใช้กำลังบังคับให้มา โดยเหตุที่จะทำการออกหมายนำได้นั้น มีเหตุกำหนดไว้ 2 ประการ คือ

1. เมื่อผู้ต้องหาไม่มาปรากฏตัว โดยไม่มีเหตุอันสมควรตามมาตรา 133 วรรค 2
2. เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับได้ตามมาตรา 134a (แต่ยังไม่ออกหมายจับ) การบังคับตามหมายนำตัวนี้ พนักงานอัยการเป็นผู้บังคับตามหมาย โดยมีตำรวจจะเป็นผู้ช่วย<sup>83</sup>

### 3.2.3.3 การออกหมายจับ

การออกหมายจับตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ตัวมาขังไว้ชั่วคราวซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้ต้องหาอย่างยิ่ง เพราะผู้ต้องหาถูกจำกัดเสรีภาพก่อนมีคำพิพากษาอันเป็นการขัดต่อหลักที่สันนิษฐานว่า เป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษา และหมายจับนั้นออกโดยผู้พิพากษาสอบสวน ตามมาตรา 114 วรรค 1<sup>84</sup> และหมายจับต้องมีรายละเอียดตามมาตรา 114 วรรค 2<sup>85</sup> ดังนี้

<sup>83</sup> ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 104.

<sup>84</sup> ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 104.

<sup>85</sup> The German Code of Criminal Procedure. Section 114. [Warrant of Arrest]

(1) Remand detention shall be imposed by the judge in a written warrant of arrest.

(2) The warrant of arrest shall indicate.

1. ผู้ถูกกล่าวหา  
 2. ข้อหาที่กระทำความผิด เวลา สถานที่ และหลักฐานอื่นๆ เกี่ยวกับการกระทำผิด

3. มีมูลเหตุที่จะคุมขัง  
 4. มีเหตุที่จะคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม  
 ดังนั้น การออกหมายจับตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 112 วรรค 1 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) มีองค์ประกอบ 3 ประการ กล่าวคือ

(1) ความสงสัยอย่างชัดแจ้งว่ามีการกระทำความผิด<sup>86</sup> (die dringende Tatverdacht) ซึ่งหมายถึง ตามทางการสืบสวนสอบสวนที่ดำเนินการมานั้น มีความเป็นไปได้อย่างมาก (die hohe Wahrscheinlichkeit) ที่ผู้ถูกกล่าวหาจะเป็นผู้กระทำความผิด หรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด หรือ อาจกล่าวได้ว่า มีความเป็นไปได้ที่จะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ตามมาตรา 112 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO)

(2) เหตุแห่งการออกหมายจับ (Haftgrund) ตามมาตรา 112 วรรคหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) แบ่งออกเป็น 4 กรณี

2.1 หลบหนี หรือ น่าจะหลบหนี<sup>87</sup> (Flucht oder Fluchtgefahr) กล่าวคือ เหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีที่หลบหนีนั้นเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วยืนยันได้ว่า ผู้ถูก

- 
1. the accused.
  2. the offense of which he is strongly suspected, the time and place of its commission, the statutory elements of the criminal offense and the penal provisions to be applied.
  3. the ground for arrest, as well as.
  4. the facts disclosing the strong suspicion of the offense and the ground for arrest, unless national security is thereby endangered.

<sup>86</sup> The German Code of Criminal Procedure. Section 112 , Grounds for Arrest

(1) Remand detention may be ordered against the accused if he is strongly suspected of the offense and if there is a ground for arrest. It may not be ordered if is disproportionate to the significance of the case or to the penalty or measure of reform and prevention likely to be imposed.

<sup>87</sup> (2) A ground for arrest shall exist if on the basis of certain facts.

1. it is established that the accused has fled or is hiding.
2. Considering the circumstances of the individual case, there is a risk that the accused will evade the criminal proceedings.

กล่าวหาหนีหรือหลบซ่อนตัวอยู่ และเหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีน่าจะหลบหนีนั้น เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่มีความเสี่ยงที่ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนีกระบวนการดำเนินการพิจารณาาคคืออาญา จึงส่งผลต่อเหตุแห่งการออกหมายจับผู้ถูกกล่าวหาตัวเองที่ต้องถูกควบคุมตัวอยู่ในอำนาจรัฐ โดยเหตุที่หลบหนี หรือน่าจะหลบหนีตามมาตรา 112 วรรค 2 ข้อ 1 และข้อ 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) นั้น

โดยเหตุแห่งการออกหมายจับทั้งสองกรณี กล่าวคือ หลบหนี หรือน่าจะหลบหนีนั้นจะต้องไม่ใช่เพียงแค่ข้อสันนิษฐาน แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงอันตรายดังกล่าวคือ การหลบหนี โดยหลักการวินิจฉัยในกรณีนี้ใช้มาตรฐานของวิญญูชนว่าจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนีหรือน่าจะหลบหนีหรือไม่<sup>88</sup>

ผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักข้อเท็จจริงทั้งหมดไม่แต่เพียงความร้ายแรงของ ข้อกล่าวหาต่อตัวผู้ถูกกล่าวหาและระดับความรุนแรงของโทษที่คาดว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับแล้ว แต่รวมถึง เช่น กรณีดูจากบุคลิกส่วนตัวของผู้ถูกกล่าวหาตั้งถูกนำมาพิจารณาประกอบการใช้ ดุลพินิจในการพิจารณาเหตุดังกล่าวด้วย ดังนั้น เพียงแค่อัตราโทษที่สูงที่คาดว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับ เช่น โทษจำคุก 4 ปี เป็นต้น ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นเหตุที่หลบหนี หรือน่าจะหลบหนี การคาดการณ์ที่ว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบเลี่ยงกระบวนการพิจารณาาคคืออาญา จะต้องมีความเป็นไปได้มากกว่าที่จะเป็นไปได้<sup>89</sup>

2.2 เหตุแห่งการออกหมายจับ กรณีอันตรายที่จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน (Verdun-kelungsgefahr) ตามมาตรา 112 วรรคสอง ข้อ 3<sup>90</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) โดยถือว่า เหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีนี้เกิดขึ้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาจะมีเจตนาจะ

<sup>88</sup> ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 59.

<sup>89</sup> แหล่งเดิม. หน้า 59.

<sup>90</sup> The German Code of Criminal Procedure. Section 112.

(2) A ground for arrest shall exist if on the basis of certain facts.

3. the accused's conduct give rise to the strong suspicion that he will

(a) destroy, alter, remove, suppress, or falsify evidence,

(b) improperly influence co – accused, witnesses, or experts, or

(c) cause other to do so.

and if, therefore, the danger exists that establishment of the truth will be made more difficult.

- (1) ทำลาย เปลี่ยนแปลง เอาไปเสีย ซ่อนเร้น หรือปลอมแปลงพยานหลักฐาน หรือ
- (2) ใช้อิทธิพลด้วยวิธีการอันมิชอบต่อผู้ร่วมกระทำผิด พยาน หรือพยานผู้ เชี่ยวชาญ หรือ
- (3) ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น และจากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสี่ยง ที่ว่าจะทำให้ค้นหาความจริงยากยิ่งขึ้น

2.3 เหตุแห่งการออกหมายจับ กรณี ความสงสัยอย่างชัดเจนว่ามีการกระทำ ความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 112 วรรค 3<sup>91</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) เหตุที่จะจับได้ในประเทศเยอรมันต้องเป็นเหตุความร้ายแรงของความผิด โดยกฎหมาย ประเทศเยอรมันมิได้บัญญัติโดยระบุอัตราโทษ แต่กฎหมายเยอรมันระบุฐานความผิดลงไปเลย และ ความผิดที่ระบุลงไปนั้น โดยสภาพของความผิดเห็นได้ชัดเจนว่า เป็นความผิดที่ร้ายแรงจริงๆ เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต<sup>92</sup> ศาลสามารถที่จะออกหมายจับ นั้นเอง

ในกรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่แม้ว่าจะไม่มีเหตุที่จะออกหมายจับตามมาตรา 112 วรรคสอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้หนี หรือ น่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน แต่มีความสงสัยอย่างชัดเจนว่าผู้ถูก กล่าวหาได้กระทำความผิดตามฐานความผิด (eine Katalogtat) ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 112 วรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันในความผิดบางฐานความผิด เช่น ความผิดเกี่ยวกับ ชีวิต นั้นเอง<sup>93</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม การที่สามารถจับผู้ถูกกล่าวหาเพื่อดำเนินการสืบสวน สอบสวนโดยอาศัยเหตุแต่เพียงว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ โดยไม่มีเหตุที่จะ ออกหมายจับได้ และการบังคับโทษก็ไม่ได้เสียไป ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาในแง่ของนิติน โยบาย ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงได้พิจารณาตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่าการจะจับตัว ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อนำตัวมาสืบสวนสอบสวน (eine Untersuchungshaft) ตามมาตรา 112 วรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) จะทำได้เฉพาะไม่แต่เพียงเมื่อมีความ

<sup>91</sup> The German Code of Criminal Procedure.

Section 112 (3) Remand detention may be ordered against an accused strongly pursuant to section 129a subsection (1) or pursuant to section 211, 212, 220 of the penal Code, even if there is no ground for arrest.

<sup>92</sup> คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 216.

<sup>93</sup> ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547 น.60.

สงสัยอย่างชัดเจนว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามฐานความผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 112 วรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) เท่านั้น แต่จะต้องมีเหตุที่จะออกหมายจับด้วย<sup>94</sup>

เหตุที่จะออกหมายจับตามมาตรา 112 วรรคสามนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวางมาตรฐานในการพิสูจน์ถึงเหตุที่จะออกหมายจับไว้ต่ำกว่ากรณีของเหตุที่จะออกหมายจับตามมาตรา 112 วรรคสอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) ดังนั้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการพิสูจน์อย่างชัดเจนถึงความเสี่ยงที่ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนี หรือไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน เพียงแต่มีข้อเท็จจริงเพียงพอว่ามีความเป็นไปได้ที่ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนีหรือจะยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะเป็นเหตุในการออกหมายจับของศาลในความสงสัยอย่างชัดเจนว่ามีการกระทำความผิดที่ระบุไว้ นั่นเอง<sup>95</sup>

2.4 เหตุแห่งการออกหมายจับ กรณี อันตรายที่จะไปกระทำความผิดซ้ำ (Wiederholungsgefahr) ตามมาตรา 112 a<sup>96</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) โดยเป็นเหตุแห่งการออกหมายจับ เหตุสุดท้าย กล่าวคือ มีเหตุเกรงว่า ผู้ต้องหาจะไปก่อความผิดขึ้นใหม่ ซึ่งเหตุแห่งการออกหมายจับตามมาตรานี้ เป็นมาตรการหมายจับโดยอาศัยเหตุดังกล่าวนี้ ถูกจำกัดให้ใช้ได้บางกรณีเท่านั้น อาจกล่าวได้ว่า ใช้ได้สำหรับกับความผิดบางประเภท เช่น ความผิดฐานข่มขืน หากไม่ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ ผู้กระทำความผิดอาจจะไปกระทำความผิดซ้ำอีกนั่นเอง

(3) การออกหมายจับประการที่ 3 ซึ่งเป็นประการสุดท้าย คือ หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

ตามมาตรา 112 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) การออกหมายจับเพื่อที่จะเอาตัวผู้ถูกกล่าวหามาสอบสวนนั้น จะต้องได้สัดส่วนกับความสำคัญของข้อเท็จจริง และโทษ รวมถึงวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยหลักความได้สัดส่วนไม่ใช่เป็นหลักที่

<sup>94</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2528, มิถุนายน-กันยายน). วารสารศาลยุติธรรมฉบับพิเศษ, ปีที่ 5, ฉบับพิเศษ. หน้า 49.

<sup>95</sup> ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 60.

<sup>96</sup> The German Code of Criminal Procedure. Section 112a. [Further Grounds for Arrest]

(2) having repeatedly or continually committed a criminal offense which seriously undermines legal order pursuant to section 125a the Penal Code.

ระบุไว้ในมาตรา 112 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ในทางตรงข้าม การออกหมายจับเพื่อเอาตัวผู้ถูกกล่าวหามาสอบสวนที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนจะเป็นผลให้ไม่อาจที่จะออกหมายจับได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าว ความไม่ได้สัดส่วนดังกล่าวจะต้องเป็นสิ่งที่มืออยู่จริง ไม่ใช่แต่เพียงยังคงเป็นที่สงสัยอยู่<sup>97</sup> ทั้งนี้ตามมาตรา 113 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) บัญญัติว่า หากเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับแบบ day-fine ไม่เกิน 180 วัน ไม่อาจออกหมายจับได้โดยเหตุที่จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน แต่อาจออกหมายจับได้หากเกรงว่าจะหลบหนี นั่นเอง<sup>98</sup> หลักความได้สัดส่วนกับการออกหมายจับ ต้องดูข้อเท็จจริงและโทษมาพิจารณาด้วย

ภายหลังจากได้มีการจับบุคคลแล้วกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันยังได้บัญญัติให้มีการนำผู้ถูกจับกุมไปพบเจ้าหน้าที่ศาลโดยไม่ชักช้าตามมาตรา 115 เมื่อได้มีการจับกุมบุคคลแล้วสิ่งแรกที่เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติคือการนำผู้ถูกจับกุมไปพบกับศาลฝ่ายบริหาร (Competent Judge) เพื่อพิจารณาว่าข้อกล่าวหาที่ผู้ถูกกล่าวหาอ้างนั้นมีมูลหรือไม่ ในระหว่างการศึกษาพิจารณา เขาจะได้รับแจ้งถึงสิทธิต่างๆ ของเขาโดยในระหว่างนี้ เขาไม่จำเป็นต้องตอบคำถามอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสิ้น และต้องให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาที่จะพิสูจน์ความผิดได้ หากไม่สามารถนำผู้ถูกกล่าวหาไปพบศาลฝ่ายบริหารภายหลังการจับกุมก็ต้องนำไปพบกับศาลแมจิสเตรท (Magistrate) โดยไม่ชักช้า ซึ่งศาลแมจิสเตรทจะตรวจดูข้อกล่าวหา หากพิจารณาแล้วเห็นว่า เขาไม่ได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาที่ต้องรีบปล่อยไปทันที<sup>99</sup> ดังนั้น กฎหมายเยอรมันกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาตรวจสอบว่าสมควรจะควบคุมตัวผู้ถูกกล่าวหาหรือไม่ จึงทำให้ไม่เกิดปัญหาเรื่องการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพภายหลังการจับกุม ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบในเหตุการณ์จับ และตรวจสอบภายหลัง การจับจึงเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นจะเห็นว่า การพิจารณาเหตุแห่งการออกหมายจับของประเทศเยอรมัน พิจารณาเหตุใหญ่อยู่ 3 เหตุ คือ

1. เหตุเกรงว่าผู้ต้องหา หลบหนี หรือจะหลบหนี
2. เหตุเกรงว่าผู้ต้องหาจะทำให้พยานหลักฐานยุ่งเหยิง กล่าวคือ มีเจตนาจะทำลาย เปลี่ยนแปลงพยานหลักฐาน ใช้อิทธิพล หรือวิธีการอันมิชอบต่อพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น รวมถึงกรณีที่เกรงว่าจะทำให้การค้นหาคำความจริงยากยิ่งขึ้นด้วย

<sup>97</sup> ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 61.

<sup>98</sup> ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 104.

<sup>99</sup> มาลี ทองภูสวรรค์. (2524). การคุมขัง และกักขังผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา. หน้า 100.

3. เหตุแห่งความร้ายแรงของความผิด โดยจะระบุบางฐานความผิดที่มีสภาพความผิดร้ายแรงจริงๆ มิได้ระบุอัตราโทษ เช่น ประเทศไทยในเหตุออกหมายจับ

#### 3.2.3.4 การพิจารณาเกี่ยวกับการสั่งขังชั่วคราว

ในประเทศเยอรมันผู้มีอำนาจในการสั่งขังชั่วคราว คือ ผู้พิพากษา โดยการพัฒนาเกี่ยวกับการคุมขังนั้นคือ การพิจารณาว่าสมควรจะปล่อยผู้ต้องหาหรือไม่ และก่อนออกคำสั่งขังชั่วคราวผู้ต้องหานั้น ผู้พิพากษาอาจสอบถามจากพนักงานอัยการและทนายความของผู้ต้องหาได้ ทั้งนี้ ผู้ต้องหามีสิทธิแถลงแก้ข้อกล่าวหา หรือข้อสงสัยได้ตาม<sup>100</sup> มาตรา 115 วรรคสอง และวรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) และในการควบคุมตัวผู้ต้องหานั้นอาจควบคุมได้อย่างสูงไม่เกิน 6 เดือน แต่สามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีกคราวละ 3 เดือน หากเห็นว่า มีความจำเป็นเนื่องจากความยุ่งยากในการสอบสวน ตามมาตรา 120 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาก็ร้องขอให้มีการปล่อยได้ตลอดเวลา

การพิจารณาคำร้องขอปล่อยตามกฎหมายของประเทศเยอรมันจะพิจารณาเกี่ยวกับเหตุในการควบคุมตัวผู้ต้องหา (เหตุออกหมายจับซึ่งเป็นเหตุเดียวกัน) ซึ่งกฎหมายระบุให้ใช้ระยะเวลาพิจารณาคำร้องขอปล่อยไม่เกินสองอาทิตย์ โดยพิจารณาจากเหตุในการควบคุมตัวผู้ต้องหาที่ว่า เกรงว่าผู้ต้องหาจะหลบหนี เกรงว่าจะทำให้พยานหลักฐานยุ่งเหยิง และเหตุแห่งความร้ายแรงของความผิดหากควบคุมมาถึง 3 เดือนแล้ว ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงการพิจารณา (review of detention) เกี่ยวกับว่าสมควรจะควบคุมหรือไม่ การควบคุมดังกล่าวต้องถูกยกเลิกไปทันที ตามมาตรา 117 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน นอกจากนี้ การควบคุมผู้ต้องหานั้น หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าไม่มีประโยชน์ที่จะควบคุมต่อไปแล้ว ศาลก็จะออกคำสั่งถอนการควบคุมนั้นได้ โดยศาลต้องสั่งโดยเร็ว หากพบว่าการควบคุมนั้นไม่ถูกต้องด้วยความยุติธรรมหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ต้องรีบปล่อยตัวผู้ถูกควบคุมโดยไม่ชักช้า ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว การขยายระยะเวลาที่ให้ควบคุมหรือขังผู้ต้องหานั้น ยังไม่สำคัญเท่ากับการพิจารณาถึงเหตุและความจำเป็นในการควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ ซึ่งศาลควรตระหนักถึงหลักการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล

<sup>100</sup> ฌรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 105.

### 3.3 ประเทศไทย

ในคดีอาญานั้น อาจเรียกได้ว่า การจับมีส่วนสำคัญในการดำเนินคดีเป็นอย่างมาก เพราะการจับหมายถึงการกระทำที่ได้ตัวผู้กระทำผิดหรือต้องสงสัยว่ากระทำผิดมาฟ้องร้อง<sup>101</sup> ทั้งนี้ เพราะตามหลักกฎหมายนั้น พนักงานสอบสวนจะต้องส่งสำนวนที่มีความเห็นสั่งฟ้องพร้อมตัวผู้ต้องหาไปยังอัยการ<sup>102</sup> และอัยการเมื่อใช้ดุลพินิจสั่งฟ้องและฟ้องคดีต่อศาลแล้วจะต้องมีตัวผู้ต้องหาพร้อมกับคำฟ้องด้วย ในกรณีศาลสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก็จะต้องมีตัวผู้ต้องหาไปในวันไต่สวนมูลฟ้องด้วย<sup>103</sup> แม้ในชั้นพิจารณาของศาลก็ต้องพิจารณาต่อหน้าจำเลย เพื่อให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ จนกระทั่งในที่สุดเมื่อศาลมีคำพิพากษาลงโทษถึงขั้นจำคุกฝ่ายราชทัณฑ์ก็ต้องนำตัวไปลงโทษ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการดำเนินคดีอาญาดังกล่าว ถ้าไม่ได้ตัวผู้ต้องหาควบคุมตั้งแต่แรกแล้ว กระบวนการก็จะไม่สามารถดำเนินมาถึงจุดสุดท้ายคือลงโทษจำคุกได้เลย เมื่อการจับเพื่อให้ได้ตัวผู้ต้องหาที่มีความสำคัญต่อการดำเนินคดีเช่นนี้ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจจับจึงมีความต้องการที่จะมีอำนาจมากๆ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการทำงาน แต่การมีอำนาจมากๆ นี้เองเป็นเหตุให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เช่นการจับโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอ โดยเฉพาะการจับโดยไม่มีหมายจับเป็นการตัดสินใจในเหตุการณ์เฉพาะหน้าไม่ผ่านการพิจารณาของศาล รวมตลอดถึงการใช้วิธีการที่รุนแรงต่อเนื้อตัวผู้ถูกจับ สิ่งต่างๆ เหล่านี้อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อผู้ถูกจับ และความเกิดความรู้สึกที่ไม่ดีต่อผู้รู้เห็นเหตุการณ์ในการกระทำของเจ้าพนักงาน เพราะการจับมักเกิดจะเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจเป็นส่วนใหญ่ และปัญหาที่เกิดจากการจับของตำรวจก็มักเกิดขึ้นอยู่เสมอ เช่น การจับผิดตัว แกล้งจับ จับคนไม่ผิดมาดำเนินคดี วิธีการจับรุนแรงเกินกว่าเหตุ เป็นต้น

#### 3.3.1 ความหมายของคำว่า การจับ

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “จับกุม” ไว้ว่า หมายถึง การยึดตัวเอาไว้<sup>104</sup> และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า การจับไว้ แต่ มาตรา 83 ได้บัญญัติลักษณะและวิธีการของการจับไว้ว่า

“การจับนั้น เจ้าพนักงานหรือราษฎรซึ่งทำการจับต้องแจ้งแก่ผู้ที่จะถูกจับนั้นว่าเขาต้องถูกจับ แล้วสั่งให้ผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจพร้อมด้วยผู้จับ แต่ถ้าจำเป็นก็ให้จับตัวไป

<sup>101</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 142 วรรคสาม.

<sup>102</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 165 วรรคสาม.

<sup>103</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172.

<sup>104</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 222.

ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับหรือหลบหนีหรือพยายามที่จะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีการหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น”

คำว่า “การจับ” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 นั้น ไม่ใช่ด้วยคำธรรมดา เช่น การจับปากกาหรือสิ่งของ แต่เป็นด้วยคำเชิงวิชาการ การจับในที่นี้หมายถึงการจับตัวไป (party’ person) ไม่ใช่การจับหรือแตะต้องส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งของ<sup>105</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้ให้ความหมายของคำว่า การจับ ไว้ว่า หมายถึง เป็นการกระทำขั้นต้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงที่ทางของบุคคล ซึ่งเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงที่ทางนี้หมายถึงเสรีภาพในร่างกายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

การจับจึงหมายถึง การกระทำที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้บุคคลนั้น ไปยังที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เพื่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสอบสวนดำเนินคดีต่อไป<sup>106</sup> ความหมายของการจับกุมที่กล่าวมาข้างต้นเป็นความหมายของการจับกุมในการจับกุมเพื่อดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่การจับกุมในแง่ โยบายทางอาญา (Criminal Policy) มีความหมายกว้างกว่านี้ กล่าวคือ ไม่เคร่งครัดถึงเหตุแห่งการจับและองค์ประกอบในการจับดังกล่าวมาแล้ว เป็นต้นว่า การจับเพื่อลดความตึงเครียดลง เช่น ภรรยากล่าวหาว่าสามีพยายามจะร่วมเพศด้วยแต่ภรรยาไม่ยอม ตำรวจก็อาจจะจับกุมสามีมาก่อนชั่วคราว หรือการจับเพื่อรักษาไว้ซึ่งความยำเกรงต่อตำรวจ เช่น กรณีที่ผู้ซึ่งรถยนต์กำลังจะฝัดจราจรหรือไม่เมื่อตำรวจสอบถามก็ตอบด้วยถ้อยคำก้าวร้าวคุกคาม หรือการจับเพื่อรักษาภาพพจน์ต่อประชาชนว่าการบังคับตามกฎหมายไม่ได้หย่อนยาน เช่น มีผู้พบเห็นผู้เล่นไพ่เพื่อความสนุกเล็กน้อย เพื่อการสมาคมตามปกติ แต่เล่นอย่างเปิดเผย ตำรวจก็อาจจะจับเพื่อไม่ให้เสียภาพพจน์ของการบังคับใช้กฎหมายหรือการจับเพื่อลงโทษ เช่น เมื่อตำรวจรู้ว่าบุคคลนั้นมีความประพฤติไม่ดี เคยกระทำความผิดมาบ้างแต่ไม่อาจจับกุมได้ เพราะขาดพยานหลักฐาน เมื่อมีพยานหลักฐานในการกระทำความผิดครั้งหลังนี้แต่เจ้าทุกข์ไม่คิดใจดำเนินคดีก็จะดำเนินคดีไม่ได้ ตำรวจก็อาจจะจับกุมตัวมาก่อนเพื่อควบคุมเอาไว้ระยะหนึ่งเป็นการลงโทษไปในตัวหรือเป็นการจับเพื่อช่วยในการสืบสวนความผิด

<sup>105</sup> ไพจิตร ปุณฺณพันธ์. (2509, เมษายน). “จับ.” บทบัญญัติ, เล่ม 28, ตอน 2. หน้า 311.

<sup>106</sup> ฉลาด วุฑฒิกธรรมรักษา. (2531). การจับโดยราษฎร.

เมื่อได้มีการจับตามกฎหมายแล้ว หากพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว บุคคลผู้ถูกจับซึ่งถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมาย อาจตกอยู่ในฐานะใดฐานะหนึ่ง หรือหลายฐานะต่อเนื่องกัน

ก. ฐานะที่เรียกว่าผู้ถูกจับ คำว่า “ผู้ถูกจับ” (the arrested person) มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(21), 83, 83, 86 และมาตรา 84 ดังนั้น ผู้ถูกจับหมายความว่าผู้นั้นอยู่ในฐานะเป็นเพียงถูกจับมาหาเจ้าพนักงาน โดยจะต้องหาแล้วหรือไม่ก็ได้<sup>107</sup>

ข. ฐานะที่เรียกว่าผู้ต้องหา คำว่า “ผู้ต้องหา” (the alleged offender) หมายความว่าถึงบุคคลผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิด แต่ยังมีได้ถูกฟ้องต่อศาล<sup>108</sup> ฉะนั้น การที่บุคคลหนึ่งจะตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาจะต้องมีการกล่าวหาบุคคลนั้นว่าได้กระทำความผิดอาญา ซึ่งต้องเป็นการกล่าวหาต่อเจ้าพนักงานหรือเจ้าพนักงานกล่าวหาเอง การกล่าวหาต่อเจ้าพนักงานอาจเป็นในรูปของคำร้องทุกข์โดยมีผู้เสียหายเองหรือมีคำกล่าวขอโทษของบุคคลอื่นก็ได้

หากพิจารณาตามที่กล่าวข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า ความเป็นผู้ต้องหาเป็นการเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงาน กล่าวคือมีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษมายังเจ้าพนักงาน เพื่อให้เจ้าพนักงานได้ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมต่อไป ถ้าไม่เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงาน ผู้กระทำความผิดยังไม่ตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ต้องหา กรณีนี้ย่อมเกิดขึ้นได้ เมื่อผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องผู้กระทำความผิดต่อศาลเองโดยไม่ผ่านการดำเนินการของเจ้าพนักงาน

ค. ฐานะที่เรียกว่าจำเลย คำว่าจำเลย (the accused) หมายความว่าถึงบุคคลซึ่งถูกฟ้องยังศาลแล้ว โดยข้อหาว่าได้กระทำความผิด<sup>109</sup> ซึ่งตามคำนิยามนี้ ใช้ได้เฉพาะในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องเท่านั้น เพราะในคดีราษฎรเป็นโจทก์ ศาลมีอำนาจไต่สวนมูลฟ้องลับหลังจำเลย ให้ศาลส่งสำเนาฟ้องแก่จำเลยรายตัวไป กับแจ้งวันนัดไต่สวนให้จำเลยทราบ จำเลยจะมาฟังการไต่สวนมูลฟ้องโดยตั้งทนายมาให้ซักค้านพยานโจทก์ด้วยหรือไม่ก็ได้ หรือจำเลยจะไม่มาแต่ตั้งทนายมาซักค้านพยานโจทก์ก็ได้ ห้ามมิให้ถามคำให้การจำเลย และก่อนที่ศาลจะประทับฟ้องมิให้ถือว่าจำเลยอยู่ในฐานะเช่นนั้นตามมาตรา 165 วรรค 3

### 3.3.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างการจับและการควบคุม

การควบคุมเป็นผลต่อเนื่องจากการจับ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ชี้ให้เห็นว่าความมุ่งหมายที่จะจับกุมผู้ต้องหาสงสัยว่าได้กระทำความผิดอาญานั้นส่วนหนึ่ง และความ

<sup>107</sup> สัญญา ธรรมศักดิ์ และ ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 15.

<sup>108</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (2).

<sup>109</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (3).

มุ่งหมายที่ให้พนักงานสอบสวนควบคุมหรือขอให้ศาลขังผู้ต้องหาในส่วนหนึ่ง กล่าวคือ ที่ต้องจับกุมผู้ต้องสงสัยเพื่อที่จะได้ตัวผู้นั้นมาสอบสวน เมื่อได้มีการสอบสวนเสร็จสิ้นต้องถือว่าความจำเป็นที่จะจับกุมคุมขังย่อมหมดไป ในต่างประเทศ พนักงานสอบสวนหรือศาลจะไม่ให้ประกันได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุ 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ถ้าให้ประกันไปแล้วจะทำให้พยานหลักฐานเลื่อนรางหรือประการที่สอง เกรงว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี ซึ่งความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุดแสงอุทัย ที่กล่าวมานี้ นับเป็นความเห็นที่ถูกต้องและสอดคล้องกับบทบัญญัติในกฎหมาย หากเราได้พิจารณาขั้นตอนของบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อการจับแล้ว ผลขั้นแรกคือการควบคุม และการควบคุมกฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้ใช้วิธีควบคุมผู้ถูกจับหลังจากที่ได้มีการจับโดยชอบแล้ว เพราะหากการจับเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว ต้องถือว่าเจ้าพนักงานผู้ทำการจับกุมนั้นมีความผิด และไม่ถือว่าได้กระทำการเป็นเจ้าพนักงาน เกิดผลร้ายกับเจ้าพนักงานผู้นั้น ไม่เป็นความผิดฐานต่อผู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน หากการจับเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์นี้ ผู้จับอาจอาจมีความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ หรือมีความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และอาจต้องรับผิดชอบทางละเมิดโดยต้องชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งให้กับผู้ถูกจับอีกด้วย

ดังนั้น การจับเป็นมาตรการแรกที่รัฐนำตัวผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เมื่อการจับกุมผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยชอบด้วยกฎหมายขึ้นแล้ว นอกจากจะมีผลกระทบต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ตลอดจนการประกอบอาชีพของผู้ถูกจับ อันเป็นผลกระทบต่อสังคมแล้ว ผลทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ เพราะการจับมิได้หลายประการ และมีผลต่อทั้งผู้จับ ผู้ถูกจับ หรือต่อผู้หนึ่งผู้ใดที่จะกล่าวต่อไปนี้

1. ผลในทางกฎหมายต่อผู้จับ ในบางกรณี ผู้จับอาจต้องรับผิดชอบในทางอาญาได้ กรณีที่ได้กระทำการใด ๆ โดยเจตนาหรือประมาทเป็นเหตุให้ผู้ที่ถูกควบคุมนั้นหลบหนีไปได้ ผู้จับต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 204 ที่ว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานมีตำแหน่งหน้าที่ควบคุมดูแล ตามผู้ที่ต้องคุมขังตามอำนาจของศาล ของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ที่อยู่ในระหว่างคุมขังนั้นหลุดพ้นจากการคุมขังไปต้องระวางโทษ” หรือมีความผิดตามมาตรา 205 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำได้กล่าวในมาตรา 204 เป็นการกระทำโดยประมาท ผู้กระทำต้องระวางโทษ”

2. ผลในทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก หากมีผู้ใดช่วยเหลือให้ผู้ถูกจับหลบหนีระหว่างการควบคุมของเจ้าพนักงาน หรือให้ที่พักแก่ผู้ที่ถูกจับที่หลบหนีไป ผู้ช่วยเหลือต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 191 หรือมาตรา 192

3. ผลในทางกฎหมายต่อผู้ถูกจับ

(1) ผู้ถูกจับจะถูกค้นตัว (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85) การค้นตัวผู้ถูกจับในกรณีนี้ อาจจะไม่เป็นการค้นตัวในที่สาธารณะสถาน และไม่มีเหตุอันสมควรสงสัยว่าผู้นั้นมีของไว้ครอบครอง เพื่อจะใช้ในกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิด หรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 93 ก็ได้

(2) ผู้ถูกจับจะถูกควบคุมตัว (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 86)

(3) หากผู้ถูกจับหลบหนีการควบคุมของเจ้าพนักงาน ผู้ถูกจับย่อมมีความผิดฐานหลบหนีการคุมขัง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 190

จากหลักกฎหมายนี้ได้ชี้ให้เห็นถึงผลของการจับ ว่ามีผลกระทบอย่างไรแล้ว เรื่องนี้ตั้งข้อสังเกตได้ว่า การจับนับเป็นมาตรการบังคับขั้นแรกที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางร่างกายของบุคคลเป็นอย่างมาก นอกจากนี้มีผลกระทบตามมาอีกหลายประการ เพราะฉะนั้น รัฐจะต้องสร้างและให้หลักประกันอันเกิดจากการถูกจับโดยไม่ชอบธรรม โดยกำหนดให้มีมาตรการควบคุมอำนาจการจับทั้งมาตรการควบคุมก่อนและหลังการจับ

ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัยที่กล่าวมาแล้วประกอบหลักกฎหมายที่ได้กล่าวถึงตามลำดับมานั้น จะเห็นได้ว่าการจับและการควบคุมผู้ถูกจับนั้น กฎหมายได้บัญญัติแยกกันไว้เป็นคนละขั้นตอนกัน และมีความมุ่งหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ การควบคุมตัวนั้นเกิดภายหลังการจับ เพราะว่าการจับนั้นสิ้นสุดลงเมื่อได้มีการมอบตัวผู้ถูกจับมา ณ ที่ทำการของเจ้าพนักงาน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 84 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานหรือราษฎรผู้ทำการจับ ต้องเอาตัวผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจโดยทันที และเมื่อถึงที่ทำการนั้นแล้ว ถ้ามีหมายจับนำออกอ่านให้ผู้ถูกจับฟัง ทั้งแจ้งเหตุที่จับด้วย” ดังนั้น เมื่อผู้ถูกจับมาที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจแล้ว พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจย่อมมีอำนาจควบคุม และการควบคุมนั้นกฎหมายได้กำหนดวิธีการเอาไว้ว่าให้ใช้วิธีการควบคุมเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถูกจับหลบหนีเท่านั้น<sup>110</sup>

### 3.3.2 หมายจับ

หมายจับ เป็นหมายอาญาชนิดหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นต้นฉบับหมายจับและสำเนาหมายจับอันได้รับรองว่าถูกต้องแล้ว กฎหมายยังกำหนดลักษณะของหมายจับไว้ในรูปแบบอื่นอีก ทั้งนี้ก็เพื่อความรวดเร็วในทางปฏิบัติ และในกรณีที่ไม่ใช่ต้นฉบับหมายจับหรือสำเนาหมายจับอันได้รับรองว่าถูกต้อง กฎหมายก็ได้กำหนดเงื่อนไขประกอบในการที่จะใช้จับบุคคลไว้ด้วย<sup>111</sup>

<sup>110</sup> คณิศ ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 158.

<sup>111</sup> แหล่งเดิม. หน้า 212.

หมายอาญา หมายถึง หนังสือบงการซึ่งออกตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ สั่งให้เจ้าหน้าที่ทำการจับ ขัง จำคุก หรือปล่อยผู้ต้องหา จำเลย หรือนักโทษ หรือให้ทำการค้น รวมทั้งดำเนินหมายจับ หรือหมายค้นที่ได้ส่งทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นตามมาตรา 77<sup>112</sup>

เมื่อพิจารณาคำนิยาม จะเห็นว่าหมายอาญามีห้าประเภท คือ หมายจับ หมายขัง หมายจำคุก หมายค้น และหมายปล่อย และเหตุที่หมายเรียกไม่ได้เข้ามาอยู่ในหมายอาญาก็เพราะว่าหมายเรียกมีหลักเกณฑ์พื้นฐานต่างจากหมายอาญา บุคคลผู้ถูกหมายเรียกเป็นผู้อยู่ในฐานะต้องให้ความร่วมมือแก่บ้านเมืองในการรักษาความยุติธรรม แม้ว่าบุคคลนั้นจะถูกเรียกมาในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ตามก็อยู่ในฐานะเป็นคู่ความเท่าเทียมกับอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ไม่มีฐานะอย่างผู้กระทำผิด โดยหลักการพื้นฐานของความร่วมมือนี้เอง การปฏิบัติตามหมายเรียกจึงเป็นเรื่องของผู้ถูกเรียกเอง แต่หมายอาญานั้น มีลักษณะและสภาพในทางอาญาซึ่งกระทบถึงเสรีภาพในทางร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้เกี่ยวข้องโดยตรง และการปฏิบัติตามหมายนั้นเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะ

### 3.3.2.1 ผู้มีอำนาจออกหมายจับ

ดังที่ได้กล่าวมาในบทก่อนๆ แล้วว่าการจับเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงเสรีภาพของบุคคล และเป็นการกระทำที่เป็นพื้นฐานเบื้องต้นในการจำกัดเสรีภาพที่จะไปไหนมาไหนได้โดยปราศจากการถูกจำกัดเขต เมื่อการจับมีความสำคัญต่อเสรีภาพของบุคคลเช่นนี้ ในส่วนนี้ จึงเห็นควรที่จะพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการในการออกหมายจับ ซึ่งจะเริ่มจากผู้ที่มีอำนาจในการออกหมายจับพิจารณาว่าควรออกหมายจับหรือไม่ และผ่านกระบวนการออกหมายถูกต้องหรือไม่ และกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนี้เหมาะสมหรือไม่ที่กำหนดให้บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีอำนาจออกหมายจับก่อนที่จะพิจารณาผู้ต้องหาตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เห็นควรที่จะได้ศึกษาแนวความคิดหรือความเป็นมาของกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องนี้ เมื่อสมัยก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับปัจจุบัน

หากพิจารณาถึงวิธีการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดในสมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 ก่อนที่จะมีการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลจะปรากฏหลักฐานว่าเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองมีอำนาจเต็มที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหาความจริงและ ลงโทษผู้กระทำความผิด การใช้อำนาจดังกล่าวมักไม่ค่อยคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคลของราษฎรเท่าใดนัก ดังจะเห็นได้จากวิธีจารีตนครบาล ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากแนวความคิดทางการเมืองและการปกครองสมัยนั้น ซึ่งถือว่าการปกครองเป็นอำนาจสิทธิเด็ดขาดของผู้ปกครอง ดังนั้น การจับกุมหรือค้นจึงถือ

<sup>112</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (9).

เป็นอำนาจเด็ดขาดของเจ้าพนักงาน โดยปราศจากการตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่น ทั้งนี้ เนื่องจาก มุ่งที่จะก่อให้เกิดความคล่องตัวในการใช้อำนาจในทางบริหาร (expediency) แต่เมื่อ รัชกาลที่ 5 ได้ทรงปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล ก็ทรงได้นำระบบกฎหมายและการศาลของอารยะ ประเทศมาใช้ จึงทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองมากขึ้น<sup>113</sup> แต่ยังคงยึดแนว ในหลักการแห่งความคล่องตัวในการใช้อำนาจในทางบริหารอยู่ตลอดมา แม้ภายหลังจากสมัยที่ได้ เปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 แล้วก็ตาม โดยเฉพาะการจับและการออกหมายจับ

เมื่อแนวความคิดและความเป็นมาในประวัติศาสตร์ของไทยที่อำนาจจับและ ออกหมายจับอยู่กับพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตลอดมาเช่นดังที่กล่าวข้างต้นจะมีอยู่เพียงใน ร.ศ.115 ในระหว่างที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมิโทษสำหรับใช้ไปพลางๆ ก่อน เท่านั้น ที่กฎหมายวางหลักว่าผู้พิพากษาเท่านั้นที่มีอำนาจออกหมายจับและการจับโดยไม่มีหมายจับ จะกระทำได้โดยเฉพาะกรณีความผิดซึ่งหน้า และผู้จับจะต้องนำตัวผู้ถูกจับมาให้ศาลทำการไต่สวน ใน 48 ชั่วโมงตั้งแต่จับตัวมา ถ้าเข้าไปด้วยเหตุใดก็ให้ผู้พิพากษาไต่สวนบันทึกเหตุการณ์ที่ต้องซักเข้าไปลงไว้ในเรื่องนั้น รายงานทุกคราวไป<sup>114</sup>

แต่หลักการดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปนับแต่มีการประกาศใช้ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นต้นมา จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราช อาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ผู้ที่มีอำนาจออกหมายอาญาคือศาลองค์กรเดียว แต่เดิมพนักงานฝ่าย ปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่มีอำนาจออกหมายจับผู้ต้องหาที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลและออกหมาย ค้นได้นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ วันที่ 11 ตุลาคม 2540 เป็นต้นมา การออกหมายค้น เป็นอำนาจของศาลแต่ฝ่ายเดียว และกรณีการออกหมายจับเช่นเดียวกัน พนักงานฝ่ายปกครองหรือ ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ไม่มีอำนาจออกหมายจับผู้ต้องหาอีกต่อไป ทั้งนี้ โดยเหตุของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบันบัญญัติให้อำนาจ ในการออกหมายจับ หมายค้น เป็นอำนาจของศาลแต่ฝ่ายเดียวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 59<sup>115</sup>

<sup>113</sup> สุรินทร์ ถั่วทอง. (2525, มกราคม). “การจับ หมายจับ และเสรีภาพในร่างกายของบุคคล.” วารสาร อัยการ, ปีที่ 5, ฉบับที่ 49. หน้า 46 – 48.

<sup>114</sup> แหล่งเดิม. หน้า 46 – 48.

<sup>115</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59.

### 3.3.2.2 ลักษณะของหมายจับและขอบเขตของหมายจับ

หมายจับ เป็นหมายอาญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หมายจับ จึงต้องประกอบด้วย คุณลักษณะของหมายอาญาครบถ้วน กล่าวคือ จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 60<sup>116</sup> ซึ่งบัญญัติถึงลักษณะทั่วไปของหมายอาญาจะต้องมี สถานที่ออกหมาย วันเดือนปีที่ออกหมาย เหตุที่ต้องออกหมาย และลายมือชื่อผู้ออกหมาย และใน มาตราเดียวกันยังบัญญัติถึงลักษณะเฉพาะของหมายจับไว้ คือ จะต้องระบุชื่อหรือรูปพรรณของ บุคคลที่จะจับ ซึ่งหมายความว่า หมายจับนั้นออกเพื่อจับบุคคลที่ไม่ทราบชื่อก็ได้

ขอบเขตของหมายจับ กล่าวคือหมายจับใช้ได้ทั่วราชอาณาจักร ดังนั้นหากจะใช้ ต้นฉบับเพียงฉบับเดียว ก็คงเป็นไปได้ยากที่จะใช้หมายจับฉบับเดียวพร้อมกันทั่วราชอาณาจักร จึงต้องมีบทบัญญัติขยายไปถึงสำเนาหมายจับอันรับรองว่าถูกต้อง และกำบอกกล่าวทางโทรเลข แจ้งว่าได้ออกหมายจับแล้วก็ได้<sup>117</sup> แต่กรณีหลังนี้ ต้องส่งหมายหรือสำเนาอันรับรองแล้วไปยัง ผู้จัดการตามหมายโดยพลัน ซึ่งเป็นการยืนยันความถูกต้องว่ามีการออกหมายจริง อีกทั้งหมายจับ ใช้ได้จนกว่าจะจับตัวได้ตามมาตรา 68 ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในทางปฏิบัติ ซึ่งหากไม่กำหนดไว้เช่นนี้ ย่อมจะเกิดความยุ่งยากในเมื่อจำเลยหรือผู้ต้องหาหลบหนีออกไปนอกเขตท้องที่ออกหมาย และการ กำหนดเวลาไว้ก็จะไม่เป็นประโยชน์อันใด อย่งไรก็ดี หมายจับย่อมสิ้นอายุเมื่อคดีตามความผิดนั้น ขาดอายุความหรือเมื่อศาลผู้ออกหมายนั้นถอนหมายคืนตามมาตรา 68 ซึ่งการถอนหมายคืนอาจ เกิดขึ้นได้ เช่น ในกรณีผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ในคดีความผิดอันยอมความได้ หรือพนักงาน อัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องบุคคลนั้น<sup>118</sup> หรือโจทก์ถอนฟ้อง หรือบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย เป็นต้น

### 3.3.3 หลักเกณฑ์ในการออกหมายจับ

การจับเป็นการใช้อำนาจรัฐขั้นต้นในการควบคุมการเคลื่อนไหวของบุคคลที่เป็นผู้ ต้องหาว่ากระทำความผิด โดยมีการยึดตัวบุคคลนั้นไว้เพื่อให้บุคคลนั้นให้การตอบข้อกล่าวหา และ เนื่องจากการจับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้ต้องหา ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐเสรีนิยม จึงได้มีการ กำหนดกรอบในการใช้อำนาจการจับของเจ้าพนักงาน ให้อยู่ในกรอบที่เหมาะสมและสมควรตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งนอกจากจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่ง

<sup>116</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 60.

<sup>117</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 77.

<sup>118</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 212.

รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดห้ามมิให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ในการจับบุคคลต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 วรรคสาม ที่กำหนดให้การจับจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการจับบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งจะแยกพิจารณาเป็นลำดับดังนี้

หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจับไว้ในมาตรา 237 ว่า “ในคดีอาญาการจับและคุมขังบุคคลใดจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล ผู้นั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้าหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้โดยไม่มีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยผู้ถูกจับจะต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดแห่งการจับโดยไม่มีชักช้า กับจะต้องได้รับโอกาสแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับไว้วางใจทราบในโอกาสแรก และผู้ถูกจับซึ่งยังถูกควบคุมอยู่ ต้องถูกนำตัวไปศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการของพนักงานสืบสวน เพื่อศาลพิจารณาว่ามีเหตุที่จะขังผู้ถูกจับไว้ตามกฎหมายหรือไม่ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ หมายจับหรือหมายขังบุคคลจะออกได้ต่อเมื่อ

(1) มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มีอัตราโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ

(2) มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญา และมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะหลบหนี หรือจะยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น ด้วย

จากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 ดังกล่าวข้างต้น อาจพิจารณาเกี่ยวกับการจับได้ ดังนี้

ประการแรก แสดงให้เห็นถึงความเป็นเสรีนิยมและความเป็นประชาธิปไตยในเรื่องการจับได้ว่ารัฐนั้นถือว่าผู้ต้องหาเป็นประธานในคดี การใช้มาตรการบังคับในการจับกับผู้ต้องหาจะกระทำมิได้หากไม่มีหมายจับของศาล ซึ่งเป็นไปตามหลักสากลที่ถือว่า เสรีภาพของบุคคลที่จะไม่ถูกจับเป็นหลัก การจับเป็นข้อยกเว้น หลักการดังกล่าวแตกต่างจากทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานที่ถือว่า การจับเป็นหลัก การไม่จับเป็นข้อยกเว้น<sup>119</sup>

<sup>119</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. รัฐธรรมนูญน่ารู้. หน้า 222.

ประการที่สอง บทบัญญัติในมาตรา 237 มีการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องการจับและคุมขังบุคคลที่แต่เดิมให้การจับและคุมขังบุคคลนั้น อาจกระทำได้โดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่เท่านั้น โดยในมาตรา 237 ได้บัญญัติไว้ในคดีอาญา การจะจับกุมคุมขังบุคคลใดจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ประการหนึ่ง และต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาลอีกประการหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้ศาลได้สวนเสียบก่อนว่ามีเหตุที่จะจับได้หรือไม่ เพราะการจับกับการขังนั้นเป็นเรื่องเดียวกัน คือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคลซึ่งต้องอาศัยคำสั่งหรือหมายของศาล

ประการที่สาม ตามรัฐธรรมนูญได้วางหลักเอาไว้ว่าการจับต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องมีหมายศาลเว้นแต่มีการกระทำความผิดซึ่งหน้าหรือมีความจำเป็นอย่างอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้รัฐธรรมนูญได้ ให้ศาลเป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) ที่แท้จริง

ประการที่สี่ ตามรัฐธรรมนูญ เมื่อจับแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดแห่งการจับโดยไม่ชักช้า รวมทั้งจะต้องให้โอกาสกับตัวผู้ถูกจับแจ้งให้ญาติหรือคนที่ผู้ถูกจับไว้วางใจทราบในโอกาสแรก โดยให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับต้องเป็นผู้แจ้ง และหากผู้จับไม่แจ้งข้อกล่าวหาและสิทธิดังกล่าวให้ผู้ถูกจับทราบ ย่อมถือว่าเป็นการจับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน การแจ้งเช่นนี้ก็เพื่อให้ญาติหรือคนที่ผู้จับไว้วางใจเข้ามาดูแลผู้ถูกจับได้ ปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 ให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่แจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ต้องหา จึงทำให้การปฏิบัติของเจ้าพนักงานผู้จับในบางครั้งก็ไม่มีแจ้งให้ผู้ถูกจับทราบว่าตนถูกจับด้วยเรื่องใด เพราะเหตุที่ถือว่าเป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวน จึงทำให้เกิดการขัดข้องในการจับกุมเสมอ เมื่อจับแล้วให้นำตัวผู้ถูกจับไปศาลภายใน 48 ชั่วโมง นับแต่วันที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวน เพื่อที่ศาลจะได้ดูว่ามีเหตุที่จะขังผู้ถูกจับเอาไว้ตามกำหนดหรือไม่ ถ้าหากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุผลก็ปล่อยไป ในการออกหมายจับหรือหมายขังนั้น ศาลจะออกก็ต่อเมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มีอัตราโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือมีหลักฐานว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนีหรือเข้าไปยุ่งกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายอื่นจึงจะออกหมายจับได้

หากพิจารณาเหตุในการออกหมายจับตามรัฐธรรมนูญจะพบว่าเงื่อนไขในการออกหมายจับตามรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วยหลัก 2 ประการ ได้แก่<sup>120</sup>

<sup>120</sup> คณิต ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 214.

## 1. การมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลนั้นน่าจะกระทำความผิดอาญา

“มีหลักฐานตามสมควร” หมายถึง การถูกสงสัยโดยมีเหตุอันสมควรซึ่งความสงสัยแบ่งได้ออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่

- (1) สงสัยลอยๆ ไม่สามารถจะนำมาเป็นเหตุในการออกหมายจับได้
- (2) สงสัยโดยมีเหตุอันควร และ
- (3) ปรากฏว่าเป็นผู้กระทำความผิด<sup>121</sup>

ดังนั้นการมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดอาญาหรือไม่ควรจะเป็นความสงสัยในระดับ 2 – 3 เท่านั้น ซึ่งเป็นการมองเหตุในการออกหมายจับในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย มิใช่เป็นเพียงความสงสัยลอยๆ

## 2. การมีเหตุที่เป็นการเฉพาะเจาะจง

เนื่องจากเหตุในการออกหมายจับถือเป็นเรื่องที่เอาตัวบุคคลมาไว้ในอำนาจรัฐซึ่งจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นในการดำเนินคดีเท่านั้น ดังนั้นคำพิพากษาที่มีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลนั้นน่าจะได้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียวจึงไม่เป็นการเพียงพอที่จะเอาบุคคลไว้ในอำนาจรัฐแต่จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ประกอบด้วยเท่านั้น กล่าวคือต้องมีเหตุที่เป็นการเฉพาะเจาะจงประกอบด้วยซึ่งเหตุดังกล่าว ได้แก่<sup>122</sup>

- (1) เหตุเนื่องจากความร้ายแรงของความผิดอาญา
- (2) เหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี
- (3) เหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน
- (4) เหตุอันควรเชื่อว่าจะก่อเหตุอันตรายประการอื่น

ในปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การออกหมายไว้ในมาตรา 59/1 โดยวางหลักเกณฑ์ว่าก่อนออกหมายจะต้องปรากฏพยานหลักฐานตามสมควรที่ทำให้ศาลเชื่อได้ว่ามีเหตุที่จะออกหมายตามมาตรา 66, มาตรา 69 หรือมาตรา 71<sup>123</sup> ดังนั้นการออกหมายจับของศาลในปัจจุบันจะต้องพิจารณาเหตุในการออกหมายจับซึ่งได้การแก้ไขในรัฐธรรมนูญ 2540 ประกอบกับ

<sup>121</sup> เหตุที่ยังถือเป็นความสงสัยเนื่องจากการมีข้อสันนิษฐานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 33 วรรคหนึ่ง ซึ่งถือว่าบุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ ซึ่งหลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไป คือหลัก in dubio pro reo หรือเป็นหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย

<sup>122</sup> คณิต ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 215.

<sup>123</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59/1 “ก่อนออกหมาย จะต้องปรากฏพยานหลักฐานตามสมควรที่ทำให้ศาลเชื่อว่ามีเหตุที่จะออกหมายตามมาตรา 66 มาตรา 69 หรือมาตรา 71...”

มาตรา 66 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยกำหนดเหตุที่จะออกหมายจับในกรณีดังต่อไปนี้

“มาตรา 66 เหตุที่จะออกหมายจับได้มีดังต่อไปนี้

1. เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญา ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือ

2. เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น

ถ้าบุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งหรือไม่มาตามหมายเรียกหรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร ให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นหลบหนี

เมื่อพิจารณาเหตุในการออกหมายจับตามบทบัญญัติในมาตรา 66 นี้จะพบว่า มีหลักการที่แตกต่างจากเดิมหลายประการ อาทิ

1) การที่จำเลยเป็นผู้ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งก็ดี เมื่อความผิดที่จำเลยถูกฟ้อง มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปก็ดี การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งไม่ได้ถูกควบคุมหรือขังอยู่ ไม่มาตามหมายเรียกหรือหมายนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรที่ดี มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน โดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ดี ตามบทบัญญัติเดิมถือเป็นเหตุให้ออกหมายจับได้ตาม (1) (2) (3) แต่ตามบทบัญญัติใหม่นี้ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบสำคัญอีกประการหนึ่งคือ จะต้องมีความพยานหลักฐานตามสมควรนั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญา

2) ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งถูกปล่อยตัวชั่วคราวไม่สามารถทำสัญญาประกันได้ จำนวนเงินสูงกว่าเดิมหรือหาหลักประกันมาเพิ่มหรือให้ดีกว่าเดิมตาม ป.วิ.อาญา มาตรา 115 บทบัญญัติเดิมถือเป็นเหตุให้ออกหมายจับได้ตาม (4) แต่บทบัญญัติใหม่ได้ตัดความในอนุมาตรานี้ออกไป<sup>124</sup>

3) เหตุในการออกหมายจับนั้นมาตรา 66 (1) ได้กำหนดอัตราโทษของความผิดอาญาซึ่งเป็นเหตุออกหมายจับ คือ “จำคุกอย่างสูงเกินสามปี” ซึ่งเท่ากับว่าความผิดที่มีอัตราโทษอย่างสูงเกินสามปี ถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงตามรัฐธรรมนูญมาตรา 237 ซึ่งเป็นเหตุในการออกหมายจับด้วย หากความผิดดังกล่าวมิใช่ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงสามปีหรือต่ำกว่านั้นก็ยังไม่มีเหตุให้ออกหมายจับตามมาตรา 66 (1) ได้ ดังนั้นจะต้องออกหมายเรียกบุคคลดังกล่าวก่อนและหากบุคคลนั้นไม่มาศาลตามที่กฎหมายกำหนดอาจเข้าข้อสันนิษฐานตามมาตรา 66 (2) ได้

<sup>124</sup> ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 57.

4) เหตุตามมาตรา 66 (2) นั้นเป็นเหตุให้ออกหมายจับอันเนื่องมาจากการมีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีพฤติการณ์ดังต่อไปนี้ประกอบ

1. มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนีซึ่งเหตุนี้กฎหมายได้บัญญัติพฤติการณ์พิเศษไว้ในวรรคที่ 2 ว่าหากเป็นพฤติการณ์ดังกล่าวยอมเข้าข้อสันนิษฐานว่าผู้นั้นจะหลบหนีได้
2. มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือ
3. มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะก่อเหตุอันตรายประการอื่น

5) เหตุในการจับโดยไม่มีหมายตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย เมื่อผู้นั้นได้กระทำความผิด ซึ่งหน้า ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา 80 หรือกรณีซึ่งมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา 78<sup>125</sup>

จะเห็นได้ว่าเหตุในการออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบันเป็นเหตุที่ถูกถอดจากรัฐธรรมนูญ 2540 ซึ่งประกอบด้วยกรณีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะกระทำความผิดและมีเหตุเฉพาะเจาะจงและเพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ ป.วิ.อาญา มาตรา 58<sup>126</sup> จึงได้ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งหรือหมายอาญาได้ภายใน หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ดังนั้นเพื่อให้การออกคำสั่งหรือหมายอาญาของศาลเป็นไปอย่างเหมาะสม เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประธานศาลฎีกาจึงเห็นสมควรวางหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งและหมายอาญาไว้เพื่อถือปฏิบัติเป็นแนวเดียวกัน โดยวางแนวปฏิบัติในการออกหมายจับ, หมายค้นและเกณฑ์มาตรฐานในการพิจารณาพยานหลักฐานของศาลก่อนออกหมายไว้ใน “ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548” อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 58 มาตรา 59 วรรคสาม มาตรา 59/1 วรรคสาม มาตรา 77 วรรคสอง และมาตรา 96 (3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547 มีสาระสำคัญคือ ในการยื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายจับจะต้องมีรายละเอียดและเอกสารประกอบดังที่กำหนดไว้ในข้อ 10 ได้แก่

<sup>125</sup> เล่มเดิม, หน้า 58.

<sup>126</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58 “ศาลมีอำนาจออกคำสั่งหรือหมายอาญาได้ภายในเขตอำนาจตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา”

(1) ต้องระบุชื่อตัว ชื่อสกุล รูปพรรณ อายุ อาชีพ หมายเลขประจำตัวประชาชนของบุคคลที่จะถูกจับเท่าที่ทราบ

(2) เหตุที่จะออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 พร้อมทั้งสำเนาเอกสารซึ่งสนับสนุนเหตุแห่งการออกหมายจับ และ

(3) ต้องแนบแบบพิมพ์หมายจับที่กรอกข้อความครบถ้วนแล้วพร้อมสำเนา รวมทั้งเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น บันทึกรายชื่อผู้ต้องหา หนังสือมอบอำนาจให้ร้องทุกข์ เป็นต้น มาทำคำร้อง

ในการร้องขอให้ออกหมายจับ ผู้ร้องขอต้องเสนอพยานหลักฐานตามสมควรว่าผู้ที่จะถูกจับน่าจะได้กระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะหลบหนีหรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุอันตรายประการอื่นและถ้าผู้ที่จะถูกจับไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งหรือไม่มาตามหมายเรียกหรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรให้สันนิษฐานว่าผู้นั้นจะหลบหนี<sup>127</sup> ซึ่งเหตุในการร้องขอออกหมายที่ประธานศาลฎีกาได้กำหนดเป็นแนวทางในการปฏิบัตินั้นก็คือเหตุในการจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 โดยในการเสนอพยานหลักฐานต่อผู้พิพากษา ผู้ร้องขอจะต้องสาบานหรือปฏิญาณตนและแถลงด้วยตนเอง รวมทั้งตอบคำถามของผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่ได้จากการสืบสวนหรือพยานหลักฐานที่สนับสนุนถึงเหตุแห่งการขอออกหมายนั้น นอกจากนี้ผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือทราบข้อมูลอันเป็นเหตุแห่งการออกหมายจับหรือหมายค้นควรมาเบิกความต่อผู้พิพากษาดด้วยตนเองและหากบุคคลดังกล่าวมาเบิกความให้ผู้พิพากษาบันทึกสาระสำคัญโดยย่อและให้บุคคลนั้นลงลายมือชื่อไว้ แต่ถ้าผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือทราบข้อมูลตามวรรคสองไม่สามารถเบิกความต่อผู้พิพากษาได้ ผู้ร้องขออาจใช้บันทึกถ้อยคำของบุคคลดังกล่าวที่ได้สาบานตนว่าจะให้ถ้อยคำตามความเป็นจริงและได้กระทำต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้นั้นได้ลงลายมือชื่อรับรองว่าได้มีการให้ถ้อยคำตรงตามบันทึก เสนอเป็นพยานหลักฐานประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอก็ได้<sup>128</sup> นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้พิพากษาออกหมายจับเอง เช่น จำเลยหลบหนีในระหว่างปล่อยชั่วคราว จำเลยผู้ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขคุมความประพฤติหรือพยานไม่มาศาลตามหมายเรียกถ้าจำเลยหรือบุคคลที่จะถูกจับมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในกรุงเทพมหานคร ให้ศาลส่งหมายจับไปยังผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หากอยู่ในต่างจังหวัดให้ส่งไปยังผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดนั้นๆ ทั้งนี้ ศาลจะส่งหมายจับไปให้

<sup>127</sup> ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 14.

<sup>128</sup> ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 16.

หัวหน้าส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องด้วยก็ได้<sup>129</sup> และประธานศาลฎีกาได้วางแนวปฏิบัติในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิจารณาอนุญาตให้ออกหมายจับหรือหมายค้นว่าผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องถือเคร่งครัด เช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลย<sup>130</sup>

กล่าวโดยสรุปคือการออกหมายจับโดยศาลนั้นจะต้องมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้ต้องหาจะได้กระทำความผิดอาญาและนอกจากเหตุในการออกหมายจับจะถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วหลักการดังกล่าวยังถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 ฉะนั้นหลักการตีความความกฎหมายและการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับหลักการตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญด้วย

### 3.3.4 การจับโดยไม่มีหมายจับ

โดยหลักทั่วไปแล้วการที่เจ้าพนักงานจะจับผู้ใดนั้นจะต้องมีหมายจับเสมอและเหตุที่จะออกหมายจับก็จะออกได้เมื่อเข้ากรณีหนึ่งกรณีใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 66 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายประสงค์จะให้มีการจับกุมเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นจริงๆ เท่านั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายเคารพต่อประสิทธิภาพในร่างกายของบุคคล อย่างไรก็ตามมีบางกรณีตามพฤติการณ์ ถ้าต้องรอให้ออกหมายจับแล้วอาจจะไม่ทันการ โดยผู้กระทำความผิดอาจจะหลบหนีไปก่อนได้ ดังนั้นจึงต้องมีข้อยกเว้นในการจับกุมได้โดยไม่ต้องมีหมายจับได้บางกรณี หากพิจารณาจากบทบัญญัติที่กำหนดเป็นข้อยกเว้นให้จับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ จะเห็นว่าล้วนเป็นพฤติการณ์ที่มีความจำเป็นรีบด่วน หากจะให้เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยดำเนินการตามขั้นตอน เพื่อออกหมายจับอาจจะทำให้เกิดความเสียหายมาสู่สังคมส่วนรวม แต่อย่างไรบ้างที่จะถือว่าเป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนให้จับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับตามความหมายของคำว่า เหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้โดยไม่ต้องมีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการจับที่อาจเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกจับได้นั้น มีสาเหตุมาจากตัวเจ้าพนักงานผู้จับเองแล้วจะต้องพิจารณาถึงเหตุที่จะทำให้เกิดอำนาจอีกส่วนหนึ่งด้วย โดยเฉพาะการจับนั้นไม่ต้องใช้หมายจับ ดังนั้นกฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดพฤติการณ์ไว้ในขอบเขตจำกัดเพื่อให้สมกับเป็นข้อยกเว้นของการจับ โดยไม่ต้องมีหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

<sup>129</sup> ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 22.

<sup>130</sup> ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 18.

มาตรา 78 พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่

- (1) เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 80
- (2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด
- (3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตามมาตรา 66 (2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้
- (4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117

เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นของการจับโดยไม่มีหมายจับ ตามบทบัญญัติมาตรา 78 นี้จะพบว่า มีหลักการที่แตกต่างจากเดิมรวม 3 ประการ คือ

(1) ตัดความในอนุมาตรา 1 เดิม ในส่วนที่เกี่ยวกับ “การพบบุคคลกำลังพยายามกระทำความผิด” ออก แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับบุคคลที่พบที่กำลังพยายามกระทำความผิดไม่ได้โดยไม่มีหมายจับ เพราะลักษณะการกระทำเป็นความผิด ซึ่งเห็นกำลังกระทำ อันเป็นความผิดซึ่งหน้าตามมาตรา 78 (1) อยู่แล้ว

(2) ตัดความในอนุมาตรา 3 เดิม เกี่ยวกับการจับเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดมาแล้วและจะหลบหนี ออก โดยวางหลักเกณฑ์มาตรฐานการจับสูงขึ้น กล่าวคือนำเอาเหตุที่จะออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 (2) มาประกอบกับความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับได้ทัน จึงจะจับได้โดยไม่มีหมายจับ

(3) ตัดความในอนุมาตรา 4 เดิม เกี่ยวกับการจับเมื่อมีผู้ขอให้จับโดยแจ้งว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิด และแจ้งด้วยว่าได้ร้องทุกข์ไว้ตามระเบียบแล้วออก แล้วนำเอาวิธีปฏิบัติในกรณีการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 117 ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสามารถจับได้อยู่แล้ว มาบัญญัติให้ชัดเจนในอนุมาตรานี้ว่าเป็นกรณีที่จับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหรือคำสั่งของศาล<sup>131</sup>

เดิมการจับไม่ว่าจะเป็นการจับโดยมีหมายจับหรือไม่ก็ตาม กฎหมายไม่ได้เคร่งครัดว่า จะต้องมี การสืบสวนสอบสวนจนปรากฏพยานหลักฐานก่อนว่าบุคคลที่จะถูกจับนั้นน่าจะ ได้กระทำ

<sup>131</sup> ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 67.

ความผิดอาญา สังกัดได้จากมาตรา 66 บัญญัติว่าถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มาตามหมายเรียกหรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรก็เป็นเหตุที่จะออกหมายจับได้ และมาตรา 78 (4) บัญญัติว่า ถ้ามีผู้เสียหายซึ่งร้องทุกข์ไว้แล้วขอให้จับบุคคลใด พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจที่จะจับบุคคลนั้นได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ ทำให้มีการจับกุมผู้ต้องหาไว้ก่อนโดยที่ยังไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอแล้วนำผู้ต้องหานั้นมาสอบสวนเอาข้อเท็จจริงในภายหลัง ซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา” ดังนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 237 จึงได้วางหลักการใหม่ว่า การจับและคุมขังบุคคลใดจะต้องไปขอหมายจับจากศาลก่อนและหมายจับจะออกได้ต่อเมื่อปรากฏพยานหลักฐานตาม

ส ม ก ว ร ว า

ผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญา แสดงว่า ก่อนจับกุมบุคคลใดพนักงานฝ่าย ปกครองและตำรวจต้องมีข้อมูลหรือพยานหลักฐานพอที่จะเชื่อได้ว่า ผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญาแม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้สามารถออกกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้พนักงานฝ่าย ปกครองหรือตำรวจจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหรือคำสั่งของศาลก็ตาม การกำหนดข้อยกเว้นนั้นจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย ซึ่งตามมาตรา 78 (1) ถึง (4) ที่แก้ไขใหม่ ล้วนแต่เป็นกรณี quehen ได้ชัดว่ามีพยานหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลนั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญา ส่วนกรณีที่มีผู้เสียหายร้องขอให้จับโดยแจ้งว่าได้ร้องทุกข์ไว้แล้วตามมาตรา 78 (4) เดิมนั้น เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ถึงถูกตัดออกไป

โดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ อาจจับกุมบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดอาญาได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีหมายหรือคำสั่งศาล หากเข้าเงื่อนไขกรณีใดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 ดังนี้

ก. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (1) เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 80

ที่เรียกว่า ความผิดซึ่งหน้านั้น ได้แก่ความผิดที่กำลังกระทำหรือพบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่าเขาได้กระทำความผิดมาแล้ว

อย่างไรก็ดี ความผิดอาญาซึ่งระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้ให้ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดซึ่งหน้าในกรณีดังนี้

(1) เมื่อบุคคลหนึ่งถูกไล่ดังผู้กระทำโดยมีเสียงร้องเอะอะ

(2) เมื่อบุคคลหนึ่งแทบจะทันใดหลังจากการกระทำผิดในถิ่นแหวไกล่เคียงกับที่เกิดเหตุ นั้น และสิ่งของที่ได้มาจากการกระทำผิดหรือมีร่องรอยพิรุณเห็นประจักษ์ที่เสื้อผ้า หรือเนื้อตัวผู้นั้น<sup>132</sup>

จากบทบัญญัติกฎหมายนี้จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายได้บัญญัติลักษณะความผิดซึ่งหน้าไว้ 2 ประเภท ดังนี้

(1) ความผิดซึ่งหน้าอย่างแท้จริง และ

(2) ให้ถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้า

สำหรับความผิดซึ่งหน้าอย่างแท้จริงนั้น ความผิดซึ่งเจ้าพนักงานเห็นกำลังกระทำหรือพบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่า เขาได้กระทำผิดมาแล้วสด ๆ ตัวอย่าง ส.ต.ต. ขาว เห็นนายแดงขณะกำลังยิงนายดำ เป็นกรณีเห็นกำลังกระทำ หรือได้ยินเสียงปืนจึงวิ่งมาตรงที่ได้ยินเสียงปืนและเห็นนายดำนอนพับจอมกองเลือด และมีปืนอยู่ในมือนายแดง เป็นกรณี พบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่า ได้กระทำความผิดมาแล้วสดๆ<sup>133</sup>

สำหรับความผิดให้ถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้าโดยเข้าลักษณะอย่างใด ๆ อย่างหนึ่ง กล่าวคือ กรณีที่ผู้จับมิได้เห็น หรือ พบซึ่งหน้า แต่เป็นกรณีที่เห็นความผิดที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมีบุคคลถูกไล่จับตั้งผู้กระทำผิดโดยมีเสียงร้องเอะอะหรือ เมื่อพบบุคคลแทบจะทันที่ทันใดหลังจากการกระทำผิดในถิ่นแหวไกล่เคียงกับที่เกิดเหตุ นั้น และมีสิ่งของที่ได้มาจากการกระทำผิด หรือมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสันนิษฐานได้ว่า ได้ใช้กระทำความผิด หรือมีร่องรอยพิรุณ เห็นประจักษ์ที่เสื้อผ้าหรือเนื้อตัวของผู้นั้น

ตัวอย่าง ส.ต.ต. ขาว เห็นชาวบ้านกลุ่มหนึ่งวิ่งไล่ตามนายแดง และร้องว่าขโมยๆ เช่นนี้ย่อมจับนายแดงได้ เพราะนายแดง ถูกไล่จับตั้งผู้กระทำความผิดโดยมีเสียงร้องเอะอะด้วยเหตุดังกล่าวมาเห็นได้ว่าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจจับในความผิดซึ่งหน้ามีอยู่ 2 ประการตามที่กล่าวมาข้างต้น

ข. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 78 (2)

เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด

<sup>132</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 80 วรรค 1, วรรค 2.

<sup>133</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2544). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 174 – 175.

ถ้อยคำดังกล่าวนี้ ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถจับผู้ที่ “ตระเตรียม” กระทำความคิดได้โดยไม่ต้องมีหมาย แม้ว่าการตระเตรียมนั้นจะไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความคิดก็ตาม ทั้งนี้เพื่อเป็นการ “ป้องกัน” มิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ กฎหมายจึงได้ระบุเงื่อนไขไว้ด้วยว่า ผู้ที่จะถูกจับนั้นต้องมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด<sup>134</sup>

โดยคำว่า “พบโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัย” คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือของสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าให้พิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป เช่น ในกรณีเมื่อพบบุคคลโดยพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นกระทำความผิด ฉะนั้นจึงเป็นการยากในการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้จับที่จะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่า พฤติการณ์อย่างไรจึงต้องเข้าข่าย คำๆ นี้มีผลให้การตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายอาจจะไม่อยู่ในระดับเดียวกัน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้ เช่น “นายคำแจ้งต่อสืบตำรวจตรีขาวว่านายแดงกำลังเดินทางมาทำร้ายตน โดยมีอาวุธติดตัวมาทำร้ายด้วยคือ ดาบ สืบตำรวจตรีขาวจึงไปดักรออยู่ทางที่นายแดงจะเดินมาเมื่อพบนายแดงเดินมาจึงจับนายแดง” พิจารณาดังนี้ สืบตำรวจตรีขาว สามารถจับนายแดงได้โดยไม่ต้องมีหมายจับตามมาตรา 78 (2) โดยพิจารณาจากว่า พบโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดโดยมีอาวุธคือ ดาบนั่นเอง ผู้เขียนเห็นว่าตามตัวอย่างที่กล่าวมานั้นมันค่อนข้างใช้ดุลพินิจอย่างมากถึงจะจับโดยไม่ต้องมีหมาย หากพิจารณาเจตนารมณ์ การที่กฎหมายบัญญัติให้จับได้แม้ยังไม่มีกระทำความผิดคงเป็นมาตรการไว้รองรับเพื่อให้สังคมปลอดภัย อาจกล่าวได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำความผิดไว้ล่วงหน้าในชั้นใกล้ชิดต่อผลก็เป็นได้

ก. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (3)

เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตามมาตรา 66 (2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้ หมายถึงว่า จะต้องมีความพยานหลักฐานตามสมควรว่าผู้ที่จะถูกจับนั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไม่ยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น และเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนซึ่งไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับได้ทัน อนุมาตรานี้เป็นบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นภาพรวมของข้อยกเว้นสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้หลายกรณี แม้แต่กับกรณีที่ผู้เสียหายชี้ให้จับ เช่น เมื่อมีผู้เสียหายชี้ให้จับ ถ้าคดีนั้นมีการสืบสวนสอบสวนจนปรากฏพยานหลักฐานตามสมควรแล้วว่าผู้ที่จะถูกจับน่าจะได้กระทำความผิดอาญาหรือถ้าเป็นคดีที่ยังไม่ได้ทำการสืบสวนสอบสวนแต่พนักงานฝ่าย

<sup>134</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2547). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 258.

ปกครองหรือตำรวจผู้จะทำการจับได้ตรวจสอบข้อมูลจากบุคคลที่ชี้ให้จับ จนปรากฏพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ตามสมควรว่าผู้ที่จะถูกจับน่าจะได้กระทำความผิดอาญา และมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะหลบหนีหรือจะยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น ทั้งเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับได้ทัน เช่นนี้ก็สามารถทำการจับกุมบุคคลนั้นได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหรือคำสั่งของศาล

ง. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนี หรือจะหลบหนีใน ระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117 กล่าวได้ว่า นำเอาวิธีปฏิบัติในการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีตามมาตรา 117 มาบัญญัติไว้รวมเป็นมาตราเดียวกันโดยในมาตรา 78 ว่าเป็นกรณีที่จับโดยไม่ต้องมีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั่นเอง ส่วนประการสุดท้ายในกรณีการจับโดยไม่มีหมายจับ คือ มาตรา 65

จ. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 65 บัญญัติว่า ถ้าบุคคลที่ถูกจับตามหมายหลบหนี หรือมีผู้ช่วยให้หนีไปได้ เจ้าพนักงานผู้จับมีอำนาจติดตามมาจับกุมผู้นั้น โดยไม่ต้องมีหมายอีก

การจับตามมาตรา 65 ก็คือ เจ้าพนักงานผู้ที่เคยจับบุคคลนั้นตามหมายมาก่อนนั่นเอง หากพิจารณามาตรา 68 บัญญัติว่า หมายจับคงใช้ได้อยู่จนกว่าจะจับได้ ดังนั้น เมื่อจับผู้กระทำความผิดได้แล้วในระหว่างเดินทางไปสถานีตำรวจ ผู้กระทำความผิดหลบหนี เจ้าพนักงานผู้จับตามหมายทำการจับได้อีกโดยไม่ต้องมีหมายใหม่ พิจารณา เพราะการจับในตอนแรกเป็นการจับโดยมีหมายจับซึ่งผ่านกระบวนการ “ตรวจสอบ” โดยศาลมาก่อนแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นอันใดที่จะต้องขอให้ศาลออกหมายจับ เพราะศาลได้ทำการตรวจสอบมาครั้งหนึ่งแล้ว และความผิดก็เป็นเรื่องเดียวกัน มิใช่ไปจับเพราะกระทำความผิดอันใดขึ้นมาใหม่<sup>135</sup>

ดังนั้นเมื่อพิจารณามาตรา 78 (1) – (4) และมาตรา 65 เป็นข้อยกเว้นให้จับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ เห็นได้ว่า ล้วนเป็นพฤติการณ์ที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากจะให้เจ้าพนักงานของรัฐดำเนินการตามขั้นตอนตามมาตราดังกล่าว เพื่อออกหมายจับจะทำให้ระบบการควบคุมอาชญากรรมไปในทิศทางที่ไร้ประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า เจ้าพนักงานต้องดุลพินิจในการพิจารณาถึงเหตุตามมาตราดังกล่าว ย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาในระบบเช่นเดียวกันว่า ระดับดุลพินิจขนาดไหนเพียงใดถึงจะเพียงพอตนเองโดยไม่ไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

<sup>135</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 262.