

บทที่ 4

การออกหมายจับตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงผลกระทบ ในการใช้ดุลพินิจของศาลในการออกหมายจับ

4.1 การออกหมายจับตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาหลักกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ส่วนใหญ่การจับ ต้องมีเหตุที่จะจับได้ ซึ่งโดยทั่วไป ก็อาศัยเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (Probable Cause) สำหรับระบบ Common Law เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาหรือในระบบกฎหมายยุโรป เช่น ประเทศเยอรมัน ต้องมีเหตุอันควรสงสัยอย่างแน่นแฟ้น (Strong Suspicion) เป็นเหตุในการจับ โดยทั้งสองระบบอาจจะแตกต่างกันในการเรียกชื่อ แต่เหตุที่จะจับกุมได้หรือเหตุที่จะดำเนินการออกหมายจับทั้งสองระบบไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกหมายจับ หรือ การจับโดยไม่มีหมายจับนั้น จะกระทำได้อาจต้องเป็นกรณีเร่งด่วนไม่อาจล่าช้าได้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการออกหมายจับ การที่จะมาขอให้ศาลออกหมายจับนั้น รัฐธรรมนูญมาตรา 237 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 ก็ต้องมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลนั้น น่าจะได้กระทำความผิดซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงเกิน 3 ปี หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะก่อเหตุอันตรายประการอื่น โดยในเหตุดังกล่าว กฎหมายบัญญัติไว้ควรจะต้องมีความหมายหรือการตีความในรายละเอียดอย่างไรควรที่จะได้พิจารณาหลักกฎหมายของต่างประเทศประกอบ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรม ประกอบกับต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยผู้เขียนจะพิจารณา เปรียบเทียบเป็นรายกรณีดังนี้

4.1.1 เหตุออกหมายจับ กรณีการมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลน่าจะได้กระทำความผิดอาญา

การมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลน่าจะได้กระทำความผิดอาญานั้น เป็นเงื่อนไขประการแรกในการที่ศาลจะพิจารณาว่าจะออกหมายจับบุคคลได้หรือไม่

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีอยู่ประการหนึ่ง คือ บุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ หรือมี “หลักกบประโยชน์แห่งความสงสัย” (in dubio pro reo)

DRPU

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 33 วรรคหนึ่ง ก็บัญญัติรับรองหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ โดยบัญญัติว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด”

ดังนั้น การมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลน่าจะได้กระทำความผิดอาญานั้น จึงต้องหมายความว่า มีหลักฐานที่มีความเป็นภาวะวิสัยมิใช่ความสงสัยลอย ๆ ฉะนั้น ถ้าฟังคำชัดทอดของผู้ต้องหาเป็นอย่างเดียวยังไม่มีความเป็นภาวะวิสัยเพียงพอที่จะเป็นเงื่อนไขประการแรกที่จะออกหมายจับได้

จากการศึกษาแนวคิดเรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญตามหลักนิติรัฐ ในการตรวจสอบว่า เจ้าพนักงานได้กระทำลงไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่เดิมนิติวิธีของ ไทยกลับถือว่าเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจอย่างไรก็ได้ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่จะมีการอธิบายลักษณะของเหตุดังกล่าวไว้ไม่ปล่อยให้ไปทำตามอำเภอใจ

หากกล่าวโดยสรุป “เหตุอันควรเชื่อได้” มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เชิงปฏิบัติไม่มีความหมายทางเทคนิคที่แน่นอนคือเป็นดุลพินิจอย่างหนึ่ง เพื่อนำกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริง ได้อย่างยืดหยุ่นแต่ละเรื่องไปและเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการเข้าแทรกแซงของรัฐ ดังนั้นลักษณะตามธรรมชาติของเหตุอันควรเชื่อได้จึงถือว่าเป็นหลักคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการกระทำของเจ้าพนักงาน¹³⁶

การจับที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ คือ¹³⁷

1. ต้องมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เจ้าพนักงานรู้และทำให้เจ้าพนักงานเชื่อโดยสุจริตว่าควรจะออกหมายจับโดยเชื่อว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและผู้ถูกจับก็เป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งความเชื่อดังกล่าวเป็นความหมายทางอัตวิสัย (Subjective) และ
2. ต้องมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่วิญญูชนทั่วๆ ไป พอละเห็นได้ว่าผู้นั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นความหมายทางภาวะวิสัย (objective)

เพราะฉะนั้นการพิสูจน์ “เหตุอันควรเชื่อได้” จะต้องพิสูจน์ทั้งสองประการคือ พิสูจน์ทั้งอัตวิสัยและภาวะวิสัยโดยพิสูจน์ว่าเจ้าพนักงานเชื่อและคนทั่วๆ ไปก็เห็นเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด เพราะฉะนั้นแม้เจ้าพนักงานจะเชื่อโดยสุจริตแต่คนอื่นไม่เชื่อตามก็เรียกว่ายังไม่มี “เหตุอันควรเชื่อได้” การพิสูจน์ทั้งสองประการดังกล่าวต้องพิสูจน์โดยพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อแต่ไม่จำเป็นต้องถึงกับสิ้นสงสัยและในเวลาขอออกหมายจับอาจจะ

¹³⁶ จิรนิติ หะวานนท์. สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 24.

¹³⁷ แหล่งเดิม. หน้า 25.

ไม่ต้องนำพยานหลักฐานมาให้ศาลดู เพียงแต่ต้องอ้างอิงพยานหลักฐานว่าอะไรคือเหตุแห่งความเชื่อที่พอ และมีพยานหลักฐานพอที่จะเชื่อมโยงให้เห็นว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิด

3. หลักความเป็นไปได้ (fair probability) เป็นการคำนวณถึงความเป็นไปได้ว่าเป็นไปได้หรือไม่ที่ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดการคิดคำนวณดังกล่าวต้องดูเป็นรายกรณีไป (เดิมในสหรัฐอเมริกาใช้เกณฑ์อันแรกต่อมาเห็นว่าเข้มงวดเกินไปในขณะนั้นจึงใช้เกณฑ์อันที่ 3 เป็นหลัก)

การพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอันเป็นข้อมูลที่จะมาสนับสนุน “เหตุอันควรเชื่อได้” จะต้องคำนึงถึงความน่าเชื่อถือและน้ำหนักของข้อมูล โดยพิจารณาว่าเป็นข้อมูลโดยตรง (direct information) คือ ตัวเจ้าพนักงานได้รู้เห็นเองมาโดยตรงแล้วจึงไปขอหมายศาลหรือเป็นข้อมูลบอกเล่า (Hearsay information) เป็นพยานพิสูจน์ความเป็นไปได้ว่าสมควรเชื่อหรือไม่ในการที่ศาลจะพิจารณาออกหมาย แต่ไม่ใช่การพิสูจน์ความผิด ดังนั้นจะต้องพิสูจน์ถึงความน่าเชื่อถือน้ำหนักของพยานว่าได้ข้อมูลมาอย่างไรและมีน้ำหนักน่าเชื่อถืออย่างไรและหากเป็นบัตรสนเท่ห์ถ้ามีรายละเอียดเพียงพอให้เจ้าพนักงานไปสืบแกะรอยตามเรื่องที่ได้มาได้ก็ใช้ได้ ดังนั้นการพิจารณาความน่าเชื่อถือของข้อมูลต้องพิจารณารายละเอียด 2 ประการ คือ รายละเอียดของตัวพยานและรายละเอียดในเนื้อหาของพยานหรือในข้อเท็จจริงที่ต้องการพิสูจน์

ดังนั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายบัญญัตินิยามคำว่า “Probable Cause” ที่จะทำการจับหรือตรวจค้นได้ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ 4 ของสหรัฐอเมริกาก็มิได้ให้คำจำกัดความของ “Probable Cause” ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้เคยตัดสินวางบรรทัดฐานไว้ในคดี Carroll v. United States, 267 U.S. 132, 162 (1925) ว่าจะถือว่ามี “Probable Cause” ได้ต่อเมื่อ “ข้อเท็จจริงและกรณีแวดล้อมที่เจ้าพนักงานทราบและซึ่งได้มาจากข้อมูลที่น่าเชื่อถืออย่างมีเหตุผลมีความเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชนเชื่อ” ว่า (ในกรณีจับ) ความผิดได้กระทำลงหรือกำลังกระทำอยู่และผู้ถูกจับได้กระทำหรือกำลังกระทำความผิดนั้น ดังนั้นเหตุอันควรเชื่อได้ตามที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้คำจำกัดความไว้อย่างกว้าง ๆ ดังกล่าวนี้อาจเป็นบรรทัดฐานที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาและศาลสูงสุดของรัฐต่างๆ ถือเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับเหตุการณ์จับและค้น ซึ่งศาลได้ตัดสินคดีไว้มากมายว่าข้อเท็จจริงอย่างใดถือเป็น “Probable Cause” ในการจับ

ห ร อ คื น

ได้แล้ว ซึ่งส่วนมากศาลมักจะตีความไปในแนวทางคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹³⁸

¹³⁸ คณะกรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ สาขานิติศาสตร์ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. (2544). การประมุขนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 2 (2 nd National Congress of Law 2544). หน้า 202 – 203.

สำหรับประเทศไทย ปัจจุบันได้มีการบัญญัติเหตุในลักษณะเดียวกับ “เหตุอันควรเชื่อได้” ของสหรัฐอเมริกา¹³⁹ ไว้ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 คือ “มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญา” และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาทิมตรา 59/1 ที่กำหนดให้ก่อนที่จะมีการออกหมายจับจะต้อง “ปรากฏพยานหลักฐานตามสมควรที่ทำให้ศาลเชื่อได้ว่ามีเหตุที่จะออกหมาย” ซึ่งคำว่า “พยานหลักฐานตามสมควร” ในมาตรา 59/1 นั้นน่าจะหมายถึง “มีพยานหลักฐานเพียงพอที่ทำให้น่าเชื่อถือว่ามีเหตุที่จะออกหมายมากกว่าไม่มีเหตุที่จะออกหมาย เช่น ในกรณีร้องขอให้ออกหมายจับในความผิดอาญาร้ายแรง ต้องปรากฏพยานหลักฐานเพียงพอที่ทำให้น่าเชื่อว่าผู้ที่จะถูกออกหมายจับนั้นน่าจะได้กระทำความผิดมากกว่าไม่ได้กระทำ นอกจากนี้ยังปรากฏอยู่ในมาตรา 66 (1), (2) คือ “มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะกระทำความผิด” ประธานศาลฎีกาได้วางหลักในการพิสูจน์ถึง “เหตุอันควรเชื่อได้” ในการออกหมายจับไว้เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน โดยอาศัยอำนาจตาม ป.วิ.อาญา มาตรา 59/1 กำหนดให้การเสนอพยานหลักฐานในการขอให้ออกหมายจับหรือหมายค้น ผู้ร้องจะต้องเสนอพยานหลักฐานตามสมควรว่าผู้จะถูกจับน่าจะได้กระทำความผิดอาญา โดยมีพฤติกรรมการตามมาตรา 66¹⁴⁰ ซึ่งถือว่าพฤติการณ์เหล่านี้ก็เป็นสิ่งบ่งชี้ถึงเหตุอันควรเชื่อได้เช่นกัน นอกจากนี้พยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุสมควรในการออกหมายจับหรือหมายค้นยังให้รวมถึงข้อมูลที่ได้จากหนังสือของพนักงานอัยการเรื่องขอให้จัดการให้ได้ตัวผู้ต้องหา (อ.ก.29), ข้อมูลที่ได้จากการสืบสวนสอบสวน เช่น บันทึกการสอบสวน, บันทึกถ้อยคำของสายลับ หรือของเจ้าพนักงานที่ได้จากการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรม ข้อมูลที่จากรายงานของแหล่งข่าวของเจ้าพนักงานหรือการหาข่าวจากผู้กระทำความผิดที่ทําไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้น นอกจากนี้ข้อมูลที่ได้จากการวิเคราะห์ทางนิติวิทยาศาสตร์ หรือที่ได้จากการใช้เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์หรือเทคโนโลยี เช่น เครื่องมือตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์นิ้วมือ, เครื่องจับเท็จ, เครื่องมือตรวจโลหะ และเครื่องมือตรวจพิสูจน์ทางพันธุกรรม รวมถึงข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น ข้อมูลที่ได้จากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต เป็นต้น¹⁴¹ ยังเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงเหตุอันควรสงสัยได้เช่นกันและ

¹³⁹ ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 31.

ตามกฎหมายประเทศอังกฤษใช้คำว่า “Reasonable grounds for believing that” ซึ่งหมายถึง มีเหตุผลตามสมควรที่ทำให้เชื่อได้ว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิด

¹⁴⁰ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 14.

¹⁴¹ แหล่งเดิม. ข้อ 17.

มาตรฐานในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิจารณาอนุญาตให้ออกหมายจับของประเทศไทย ประธานศาลฎีกาได้วางหลักว่าผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องถือเคร่งครัดเช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยซึ่งเป็นหลักการเดียวกับสหรัฐอเมริกา ดังนั้นผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือทราบข้อมูลอันเป็นเหตุแห่งการออกหมายจับหรือหมายค้นไม่จำเป็นต้องมาเบิกความต่อศาลด้วยตนเอง แต่อาจใช้บันทึกถ้อยคำของบุคคลดังกล่าวซึ่งได้สาบานตัวแล้วเสนอเป็นพยานหลักฐานประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอก็ได้¹⁴²

หลักการของ “เหตุอันควรเชื่อได้” ถือเป็นหลักสำคัญที่จะนำมาพิจารณาว่าการจับดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่โดยไม่ต้องคำนึงว่าการจับนั้นจะเป็นการจับโดยมีหมายหรือไม่มีหมายก็ตามจำเป็นต้องขึ้นอยู่กับพื้นฐานของหลักการดังกล่าว ดังนั้นการออกหมายศาลจึงต้องพิจารณาว่ามีเหตุที่รัฐจะเข้าไปจะเป็นการแทรกแซงหรือล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ แม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจศาลออกหมายศาลก็ต้องออกโดยมี “เหตุอันควรเชื่อได้” และผู้ร้องขอในการออกหมายจับก็ต้องระบุ “เหตุอันควรเชื่อได้” ไว้ในหมายด้วย เพื่อผู้ที่เกี่ยวข้องจะได้รู้ว่าเจ้าพนักงานผู้ทำการจับได้ปฏิบัติตามที่ระบุไว้ในหมายหรือไม่อาทิ บุคคลผู้ถูกจับพฤติการณ์ที่เป็นเหตุให้ออกหมายจับซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เดิมทางปฏิบัติแทบจะไม่เคยมีการขอหมายจับจากศาลเพราะเจ้าพนักงานออกหมายได้เองหากเป็นการจับตามมาตรา 78 วรรค 2 ดังนั้นทางปฏิบัติเดิมการออกหมายจับเป็นเพียงแบบพิธี แต่ขณะนั้นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การจับต้องขอหมายจากศาลและได้มีการวางหลักเกณฑ์ของเหตุอันควรเชื่อได้ในการจับไว้ในมาตรา 237 วรรคสอง¹⁴³ เพราะฉะนั้นเหตุอันควรเชื่อได้ในการจับตามรัฐธรรมนูญคือสงสัยว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและผู้ถูกจับเป็นผู้กระทำความผิดนั้น¹⁴⁴ และถ้าเป็นข้อยกเว้นในกรณีจำเป็นเร่งด่วนซึ่งในกรณีดังกล่าวแม้จะมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานในการจับโดยไม่ต้องมีหมายหากแต่ความจำเป็นเร่งด่วนเป็นเพียงข้อยกเว้นการออกหมายจับเท่านั้น แต่ไม่เป็นข้อยกเว้นเหตุอันควรเชื่อได้และแม้จะไม่มีตรวจสอบเหตุอันควรเชื่อได้ก่อนการจับ

¹⁴² แหล่งเดิม. ข้อ 13.

¹⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 237 วรรค 2.

“หมายจับหรือหมายค้นบุคคลจะออกได้ต่อเมื่อ

(1) มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาชญาร้ายแรงที่มีอัตราโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ

(2) มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาชญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหนีหรือหลบหนี หรือจะไม่อยู่หรือหนีกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุอันตรายประการอื่นด้วย”

¹⁴⁴ จิรนิติ หะวานนท์. สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 47.

โดยศาลแต่ถ้าต้องผ่านมาตรการตรวจสอบ “เหตุอันควรเชื่อได้” ในการจับภายหลังโดยศาลอยู่ดี ดังนั้นเท่ากับว่ารัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญในการสร้างหมายจับรวมถึงควบคุมตรวจสอบการจับ โดยไม่มีหมายให้มิบทบาทในทางปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจรัฐให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น

4.1.2 เหตุออกหมายจับ กรณีเหตุอันเนื่องมาจากความร้ายแรงของความผิดอาญา

ดังที่กล่าวแล้วว่า เหตุออกหมายจับเป็นเรื่องการเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐ แต่การเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อกรณีมีความจำเป็น เพื่อการดำเนินคดี ดังนั้น คำพิพากษามีพยานหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลน่าจะได้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว จึงไม่เป็นการเพียงพอที่จะเอาบุคคลไว้ในอำนาจรัฐ แต่จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ กล่าวคือ ต้องมีเหตุที่เป็นการเฉพาะเจาะจง มีอยู่ 4 เหตุ

- (1) เหตุอันเนื่องมาจากความร้ายแรงของความผิดอาญา
- (2) เหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี
- (3) เหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน และ
- (4) เหตุอันควรเชื่อว่าจะก่อเหตุอันตรายประการอื่น

การพิจารณาเหตุอันเนื่องมาจากความร้ายแรงของความผิดอาญา ตามมาตรา 66 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นการพิจารณาที่ระดับโทษ สำหรับความผิดอาญาเป็นการทั่วไป โดยความร้ายแรงของความผิดตามกฎหมายปัจจุบันคือ ความผิดที่มีโทษจำคุกอย่างสูงเกิน 3 ปี ซึ่งก็คือ ฝ่ายนิติบัญญัติได้เอาแนวความคิดตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยแนวทางปฏิบัติในการออกหมายจับ และหมายค้น พ.ศ. 2545 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2545 ข้อ 10 มาใช้บังคับนั่นเอง¹⁴⁵ โดยอัตราโทษอย่างสูงตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป ตามกฎหมายเก่านั้น เป็นเหตุที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินขอบเขต และเป็นเหตุแห่งความเดือดร้อนของประชาชนอีกเหตุหนึ่ง เพราะระดับโทษขนาดนี้เป็นระดับโทษที่ต่ำมาก การจับหรือการออกหมายจับหรือการออกหมายค้นตามกฎหมายจึงกระทำได้ง่าย

เหตุในการออกหมายจับตามมาตรา 66 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ กฎหมายกำหนดความร้ายแรงของอัตราโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ โดยอัตราโทษดังกล่าวนี้เป็นอัตราโทษขั้นสูงไม่ใช่อัตราโทษขั้นต่ำ ด้วยเหตุนี้หากความผิดอาญานั้นมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงสามปี หรือต่ำกว่านั้น ก็ยังไม่เป็นเหตุออกหมายจับผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น การที่นายแดง

¹⁴⁵ คณิต ฅ นกร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 216.

เอาไปซึ่งทรัพย์สินของนายคำ โดยทุจริต จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 โดยอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี จึงไม่เป็นเหตุที่จะออกหมายจับตามมาตรา 66 (1) ได้ ทั้งนี้ก็ด้วยความมุ่งหมาย เพื่อมิให้ เจ้าพนักงานขอให้ศาลออกหมายจับได้ตามอัตราโทษอย่างสูงไม่เกินสามปี เหตุที่กำหนดอัตราโทษดังกล่าว น่าจะส่งผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงเป็นเหตุที่จะควบคุมตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ไม่สามารถอาศัยเหตุออกหมายจับตามมาตรา 66 (1) ได้ กฎหมายเปิดช่องให้โดยดำเนินการออกหมายเรียกเสียก่อน หากไม่มาตามหมายเรียกโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรตาม มาตรา 66 วรรคสอง กฎหมาย ให้สันนิษฐานว่า บุคคลนั้นจะหลบหนี ซึ่งมีผลคือ เป็นเหตุให้ออกหมายจับได้¹⁴⁶

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในอนุมาตรานี้ ไม่มีรายละเอียดในทางปฏิบัติของพนักงาน ตำรวจ ในประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี และในทางปฏิบัติไม่เกิดปัญหาแต่อย่างไร เนื่องจากตัวบทกฎหมายได้บัญญัติได้ชัดเจนแล้ว ปัญหาที่ควรพิจารณา คือ เนื่องจากอัตราโทษที่แก้ไขใหม่ให้อัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีนั้น เป็นการถูกต้องหรือไม่ การกำหนดความร้ายแรงของความผิดอาญาที่อัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีตามกฎหมายปัจจุบันนั้น จะไม่มีเหตุผลที่สามารถอธิบายได้ เพราะเป็นการกำหนดโดยไม่พิจารณาระดับโทษตามกฎหมายประกอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายหลัก ซึ่งหากพิจารณา ระดับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะพบว่าระดับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่ระวางโทษจำคุกเกินสามปี คือ ระวางโทษจำคุกห้าปีขึ้นไป และหากพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเราแล้วความผิดร้ายแรงจะอยู่ที่ความผิดที่ต้องระวางโทษห้าปีหรือโทษที่หนักกว่านั้น เพราะระวางโทษดังกล่าวแม้จำเลยจะให้การรับสารภาพ แต่กฎหมายก็บังคับให้ศาลต้องฟังพยานประกอบ เพราะกฎหมายถือว่าความผิดระดับโทษดังกล่าว เป็นความผิดร้ายแรง¹⁴⁷ ดังนั้นหากมีการแก้ไขปรับปรุงอัตราโทษดังกล่าวในปัจจุบัน น่าจะมีเหตุผลรองรับมากกว่าอีกทั้งเป็นการพัฒนาความคิดในการคุ้มครองสิทธิที่สอดคล้องกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณากฎหมายต่างประเทศโดยประเทศเยอรมัน เหตุที่จะออกหมายจับ เนื่องจากความร้ายแรงของความผิดได้บัญญัติโดยระบุนฐานความผิดอาญาเป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปเลย และฐานความผิดที่ระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงนั้น โดยสภาพของความผิดเป็นฐานความผิดที่ร้ายแรงอย่างแท้จริงทั้งสิ้น เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเหตุในการออกหมายจับตามมาตรา

¹⁴⁶ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์. (2547). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 254.

¹⁴⁷ คณิต ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 288.

66 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ซึ่งได้กำหนดเหตุความร้ายแรงของความผิดโดยพิจารณาระดับโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ประกอบการพิจารณา คือ ความผิดที่มีอัตราโทษเกิน 3 ปี เป็นเหตุในการออกหมายจับ ส่วนในประเทศเยอรมันตามมาตรา 112 วรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มิได้บัญญัติโดยพิจารณาระดับโทษอย่างกฎหมายของประเทศไทย แต่กฎหมายของเยอรมันจะบัญญัติโดยระบุฐานความผิดอาญาเป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปเลย

แต่อย่างไรก็ตาม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 วรรคสาม จะบัญญัติให้ความผิดบางฐานความผิด โดยสภาพความผิดนั้นต้องเป็นความผิดที่ร้ายแรงจริงๆ เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต¹⁴⁸ นั้น ศาลสามารถที่จะออกหมายจับได้โดยไม่ต้องมีเหตุแห่งการออกหมายจับ กล่าวคือ ไม่ต้องมีเหตุหลบหนี หรือจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานตามมาตรา 112 วรรค 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาในแง่ของนิรนัยโดยาย ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่าการจะจับตัวผู้ถูกกล่าวหาเพื่อนำตัวมาสืบสวนสอบสวน (eine Untersuchungshaft) ตามมาตรา 112 วรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน จะทำให้เฉพาะไม่แต่เพียงเมื่อมีความสงสัยอย่างชัดแจ้งว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดในฐานความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น แต่จะต้องมีเหตุออกหมายจับด้วย¹⁴⁹ กล่าวคือ ต้องมีเหตุที่หลบหนี หรือจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานด้วย ตามมาตรา 112 วรรคสอง เพียงแต่เหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีของความผิดตามมาตรา 112 วรรคสาม ไม่ต้องมีความชัดเจนเหมือนกรณีของเหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีอื่นๆ ไปตามมาตรา 112 วรรคสอง เพียงแต่มีข้อเท็จจริงเพียงพอว่ามีความเป็นไปได้ที่ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน ก็เพียงพอแล้ว

ดังนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 66 (1) ในกรณีที่ใช้อัตราโทษของความผิดเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาเหตุในการออกหมายจับ ไว้แตกต่างจากความผิดอาญาธรรมดาตามมาตรา 66 (2) โดยที่ไม่ต้องมีเหตุแห่งการออกหมายจับนั้น เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่เน้นไปที่ประโยชน์ของรัฐในการที่จะค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด และเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 วรรค 3

¹⁴⁸ คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 289.

¹⁴⁹ ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 60.

แม้ว่าจะบัญญัติให้ความผิดบางฐานความผิด ศาลสามารถที่จะออกหมายจับได้ โดยไม่ต้องมีเหตุแห่งการออกหมายจับ แต่ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่า การที่ศาลจะออกหมายจับ โดยอาศัยความร้ายแรงของความผิดบางประเภท ซึ่งมีสภาพร้ายแรงจริงๆ ดังกล่าว ก็ยังต้องมีเหตุแห่งการออกหมายจับด้วย เพียงแต่ว่าเหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 วรรคสาม ไม่ต้องมีความชัดเจนเหมือนกรณีของเหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีความผิดทั่วไป กล่าวคือ ต้องมีเหตุที่หลบหนีหรือจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน ตามมาตรา 112 วรรคสอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน ดังนั้น การตีความหลักเกณฑ์ในการออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 66 (1) จึงควรตีความไปในแง่ที่ว่า การออกหมายจับในกรณีดังกล่าว ก็จะต้องมีเหตุแห่งการออกหมายจับด้วย เพียงแต่เหตุแห่งการออกหมายจับในกรณีดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องชัดเจนเหมือนในกรณีของมาตรา 66 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือต้องมีเหตุที่น่าเชื่อว่า จะหลบหนี หรือจะยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น

อนึ่งการที่จะออกหมายจับตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันจะพิจารณาที่เหตุอันควรเชื่อว่า จะหลบหนีและเหตุอันควรเชื่อว่า จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานเป็นสำคัญ ส่วนการออกหมายจับเพราะเหตุเนื่องมาจากความร้ายแรงของความผิดนั้น คือ การออกหมายจับในกรณีที่ไมปรากฏว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่า จะหลบหนี หรือไม่ปรากฏว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่า จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน อันเป็นการแสดงถึงความจำเป็นในการเอาบุคคลไว้ในอำนาจรัฐที่ชัดเจน¹⁵⁰

4.1.3 เหตุออกหมายจับ กรณีเหตุอันควรเชื่อว่า จะหลบหนี

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 (2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะกระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่า จะหลบหนีหรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น และตามมาตรา 66 วรรคสอง ถ้าบุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่มาตามนัด โดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นจะหลบหนี ดังนั้น เหตุในการออกหมายจับตามมาตรา 66 (2) นี้ เมื่อได้ความว่ามีหลักฐานตามสมควรว่าน่าจะกระทำความผิดอาญาแล้ว ไม่สามารถที่จะขอหมายจับได้ จะเข้าเหตุออกหมายจับได้ต้องประกอบกับว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่า จะหลบหนีด้วย

การจะพิจารณาในกรณีมีเหตุอันควรเชื่อว่า จะหลบหนี หากพิจารณาตามมาตรา 66 วรรคสอง ถ้าบุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่มาตามหมายเรียก หรือตามนัด โดยไม่มี

¹⁵⁰ คณิต ฌ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 289.

ข้อแก้ตัวอันสมควร ให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นจะหลบหนีเป็นบทบัญญัติ อธิบายให้เข้าข้อสันนิษฐานว่า หากปรากฏเหตุดังกล่าว กฎหมายสันนิษฐานว่า บุคคลนั้นจะหลบหนีเข้าเหตุที่จะออกหมายจับได้นั้นเอง

การที่จะพิจารณาว่า “มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี” จะมีความหมายอย่างไรนั้น ยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่จะตีความเอาไว้ คงปล่อยให้เป็นที่ของพนักงานตำรวจที่จะวินิจฉัยพฤติการณ์ของผู้กระทำผิดเป็นเรื่องๆ แม้ในประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีก็ไม่ได้ให้รายละเอียดไว้ แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 66 วรรคท้าย กฎหมายกำหนดให้สันนิษฐานว่า หากผู้กระทำความผิด ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่ตามหมายเรียก หรือตามนัด โดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร ถือว่าจะหลบหนี อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี เช่น เพียงแต่ผู้เสียหายได้แจ้งความต่อพนักงานสอบสวนว่าบุคคลผู้กระทำความผิดจะหลบหนี น่าจะไม่ใช่การเพียงพอ พนักงานสอบสวนควรมีการสืบสวนให้ได้ความว่าบุคคลผู้กระทำความผิดจะหลบหนีจริง เช่น ได้ความว่า ผู้กระทำความผิดเตรียมการจัดกระเป๋าเดินทาง และจองตั๋วเครื่องบินได้แล้ว เป็นต้น

ส่วนขอบเขตความหมายคำว่า “โดยไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง” มีความหมายเพียงไร ตามพจนานุกรมไทยได้ให้ความหมายของคำว่า ที่อยู่ ว่าหมายถึง ถิ่นที่อยู่ ส่วนคำว่า หลักแหล่ง หมายความว่า แห่งที่อยู่เป็นประจำ ในเรื่องนี้ผู้มีคำอธิบายไว้โดยย่อดังนี้คือ คำว่า ผู้ต้องหา หรือ จำเลย เป็นผู้ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง ในกรณีนี้คือ ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น ไม่ปรากฏว่ามีที่อยู่พอที่จะหาตัวได้ จึงต้องออกหมายจับ¹⁵¹ ดังนั้น คำว่าไม่มีที่อยู่เป็นหลัก จะต้องได้ความแน่ชัดว่า
 ใ ม่ มี
 ที่อยู่เป็นหลักแหล่งจริงๆ ในเรื่องดังกล่าวนี้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ดังนี้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 857/2484 ถ้าเพียงแต่โจทก์ได้รับรายงานจากอำเภอลำปางว่า จำเลยย้ายภูมิลำเนา โดยไม่ปรากฏว่าไปอยู่ ณ ที่ใด และโจทก์ก็มิได้สืบให้แน่นอนเช่นนั้น เพียงเท่านั้นยังไม่ถือว่าจำเลยไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 859/2496 คดีอาญาซึ่งศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ ส่งสำเนาฎีกาให้จำเลยไม่ได้ โดยตามตัวจำเลยไม่พบไม่ทราบจำเลยไปอยู่ที่ไหน แต่ไม่ปรากฏว่าจำเลยหลบหนีหรือไม่ที่อยู่เป็นหลักแหล่งนั้น ยังไม่เป็นเหตุอันควรที่ศาลจะออกหมายจับ

¹⁵¹ สัญญา ธรรมศักดิ์ และ ประภาศน์ อวยชัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า

ดังนั้น หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ต้องหาที่มีที่อยู่แน่นอนยอมออกหมายจับทันทีไม่ได้ ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนจะออกหมายเรียกผู้ต้องหาเสียก่อน โดยอาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 52 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากผู้ต้องหาไม่มาพบตามหมายเรียกหรือ ตามนัด โดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร พนักงานสอบสวนมีอำนาจขอหมายจับได้ เพราะเข้าข้อ สันนิษฐานว่าจะหลบหนี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1140/2481 ผู้ต้องหาขัดหมายเรียกของเจ้าพนักงานสอบสวน ไม่มีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน เพราะการขัดหมายเรียกนั้นมีการลงโทษคือ การออกหมายจับ อยู่แล้ว

ส่วนขอบเขตความหมายของคำว่า “โดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร” มีความหมายเพียงไรนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวๆ ไป โดยให้เป็นดุลพินิจของพนักงานสอบสวน เพื่อพิจารณาในการเสนอความเห็นในการขอหมายจับจากศาลต่อไป อย่างไรก็ดีได้มีผู้ให้ คำจำกัดความคำว่า โดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรไว้ ซึ่งอาจถือเป็นแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวนได้มีความหมายว่า การไม่มาตามหมายเรียก ไม่เป็นเหตุให้ออกหมายจับได้ในทุกกรณี เพราะอาจมีพฤติการณ์พิเศษที่แสดงให้เห็นว่า การที่จำเลยหรือผู้ต้องหาไม่มานั้น เพราะมีความ จำเป็น เช่น เกิดเจ็บป่วย หรือติดธุระกิจส่วนตัวสำคัญ¹⁵²

ดังนั้นเมื่อเราได้ศึกษาเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือไม่ตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 66 วรรคสอง บัญญัติว่า ถ้าบุคคลนั้น ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่มาตามหมายเรียก ตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร กฎหมายให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นจะ หลบหนี หากนอกเหนือจากบทสันนิษฐานดังกล่าว จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจรัฐในการพิจารณา ว่าจะหลบหนีหรือไม่ เช่น ได้ความว่า ผู้กระทำความผิดเตรียมการจัดกระเป๋าเดินทางจองตัว เครื่องบินไว้แล้ว เป็นต้น

หากพิจารณาเหตุออกหมายจับของประเทศเยอรมัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 วรรคสอง ได้บัญญัติเหตุออกหมายจับ (Haftgrund) ผู้กล่าวหา หาก ปรากฏว่า หลบหนีหรือจะหลบหนี (Flucht oder Fluchtgefahr) โดยเหตุแห่งการออกหมายจับใน กรณีหลบหนีต้องเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วยืนยันได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาหนีหรือหลบซ่อนตัวอยู่ กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหาได้หนีไปแล้ว

ส่วนกรณี น่าจะหลบหนี เกิดขึ้นจากความ ข้อเท็จจริงที่มีอยู่มีความเสี่ยงที่ผู้ถูกกล่าวหา จะหลบหนีกระบวนพิจารณาคดีอาญา และเหตุแห่งการออกหมายจับทั้งสองกรณีจะต้องไม่ใช่แค่

¹⁵² คะนั้นิง ฤาไชย. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 167.

เพียงข้อสันนิษฐานแต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงอันตรายดังกล่าว กล่าวคือ การหลบหนีโดยหลักในการวินิจฉัยในกรณีนี้ใช้มาตรฐานของวิญญูชน ว่าจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนี หรือ น่าจะหนีหรือไม่ โดยผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักข้อเท็จจริงทั้งหมดไม่แต่เพียงความร้ายแรงของข้อกล่าวหาต่อตัวผู้ถูกกล่าวหา และระดับความรุนแรงของโทษที่คาดว่าผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับแล้ว แต่รวมถึง เช่น บุคลิกส่วนตัวของผู้ถูกกล่าวหาต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจด้วย¹⁵³ เพียงแค่อัตราโทษที่สูงที่คาดว่าผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับ เช่น โทษจำคุก 4 ปี เป็นต้น ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นเหตุที่น่าจะหลบหนี การคาดการณ์ที่ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะหลบเลี่ยงกระบวนการพิจารณาคดีอาญา จะต้องมีความเป็นไปได้มากกว่าที่จะเป็นไปได้

เมื่อเปรียบเทียบเหตุในการออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยกับของประเทศเยอรมันแล้ว จะเห็นว่า การพิจารณาเหตุแห่งการออกหมายจับของประเทศไทยจะเหมือนกับของประเทศเยอรมัน ที่พิจารณาจากเหตุเกรงว่าผู้ถูกกล่าวหาจะหลบหนี เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยตามมาตรา 66 วรรคสอง จะมีเหตุข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า ถ้าไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งหรือไม่มาตามหมายเรียก หรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร ถือว่าหลบหนี แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ไม่ได้บัญญัติข้อสันนิษฐานไว้ แต่ผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักข้อเท็จจริงทั้งหมด ไม่แต่เพียงความร้ายแรงของข้อกล่าวหาต่อตัวผู้ถูกกล่าวหา และระดับความรุนแรงของโทษที่คาดว่าผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับแล้ว ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นเหตุที่น่าจะหลบหนี ผู้พิพากษาต้องพิจารณามูลค่าส่วนตัวของผู้ถูกกล่าวหาต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจด้วย และการคาดการณ์ที่ว่า จะหลบเลี่ยงกระบวนการพิจารณาคดีอาญา จะต้องมีความเป็นไปได้มากกว่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า แม้ความผิดที่มีอัตราโทษสูง ไม่ใช่เหตุผลในการหลบหนี แต่ต้องพิจารณาเหตุอื่นประกอบด้วย เช่น บุคลิกส่วนตัวของผู้ถูกกล่าวหา เป็นต้น

4.1.4 เหตุออกหมายจับ กรณีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน

การออกหมายจับอันเนื่องจาก “เหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน” กฎหมายมิได้ให้รายละเอียดไว้แต่ประการใด เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐผู้เขียนจึงเห็นว่า ในอนาคตสมควรจะได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนดังเช่นที่กระทำกันในต่างประเทศ เพราะคงต้องยอมรับกันได้กระมังว่าความคิดของคนในสังคมใดๆ โดยเฉพาะในสังคมไทยเรายังมีความเป็นอำนาจนิยมอยู่ การที่กฎหมายเปิดกว้างเช่นนี้ย่อมเป็นอันตรายต่อการตรวจสอบการใช้

¹⁵³ ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, หน้า 59.

อำนาจรัฐ ทำให้กฎหมายในส่วนนี้ขาดความเป็นประชาธิปไตยอันเป็นข้อสาระสำคัญประการหนึ่งของการเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี และพัฒนาการของความเป็นประชาธิปไตยของประเทศไทยเรามาตรฐมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้นจึงส่งผลกระทบต่อการศึกษาปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในการที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานแค่ไหนเพียงใดถึงจะเข้าเหตุประการดังกล่าว มีผลทำให้การควบคุมอาชญากรรมเป็นไปโดยไม่คล่องตัว ประกอบหากดำเนินการไปอาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกจับได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาคำว่า “ยุ่งเหยิง” ในตัวบทภาษาอังกฤษใช้คำว่า “tamper” ซึ่งคำๆ นี้ Black’s Law Dictionary ให้ความหมายไว้ว่า : to meddle so as to alter a thing , especially to make illegal, corrupting or perverting change , as to tamper with a document or a text, to interfere improperly , to meddle, to busy oneself rashly, to try trifling or foolish experiments.

ซึ่งมีความหมายของคำว่า tamper นี้ อาจกล่าวโดยสรุปเห็นได้ว่ากำหนดความหมายไปในลักษณะที่จะเข้าไปเปลี่ยนแปลงสิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือทำให้เสียหายกับพยานหลักฐานโดยมิชอบ เพราะฉะนั้นถ้าอธิบายคำว่า ยุ่งเหยิง ในที่นี้แล้ว ประกอบกับการออกหมายจับ ต้องการทำไปเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมอย่างถูกต้อง เป็นกรรมแก่ฝ่ายผู้เสียหายด้วยจึงต้องแปลว่า ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งไม่ได้ถูกควบคุมหรือขังอยู่มีเหตุอันควรสงสัยจะได้มีการกระทำให้เกิดความเสียหายต่อพยานหลักฐานในลักษณะที่ไม่ชอบ อันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่อไปแล้ว ย่อมได้ชื่อว่า เข้าไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานอันเป็นเหตุที่จะออกหมายจับได้ตามมาตรา 66 (2)¹⁵⁴

เมื่อถ้อยคำในตัวบทของเรายังบัญญัติความยังไม่ชัดเจนว่า อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการเข้าไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน ประกอบยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยไว้เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ แก่ผู้ขอหมายจับและผู้ออกหมายจับอันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรม เพราะในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานผู้ขอหมายจับต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าพฤติการณ์ และหลักฐานแค่ไหนจึงเข้าข่ายว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน จนบางครั้งไม่กล้าพอที่จะดำเนินการกับผู้กระทำความผิดและมีเหตุจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน กล่าวหากปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวไปแล้ว หากมิใช่กรณีตามกฎหมายบัญญัติไว้ดังกล่าว ตนเองอาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมายได้ ส่งผลให้ประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) ลดลงเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานผู้ขอหมายจับ และดุลพินิจของศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ออกหมายจับ ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาจากหลักกฎหมายของต่างประเทศประกอบ เกี่ยวกับเรื่องนี้

¹⁵⁴ BLACK’S Law Dictionary.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 112 วรรค 2 ข้อ 3 บัญญัติว่า¹⁵⁵

การออกหมายจับให้กระทำได้เมื่อมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาจะมีเจตนาจะ

(1) ทำลาย เปลี่ยนแปลง เอาไปเสีย ซ่อนเร้น หรือปลอมแปลงพยานหลักฐานหรือ

(2) ใช้อิทธิพล ด้วยวิธีการอันมิชอบต่อผู้ร่วมกระทำความผิด พยาน หรือพยานผู้
เจิวชาญ

(3) ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น

ประกอบเป็นที่เกรงว่าจะทำให้การค้นหาความจริงยากยิ่งขึ้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายเยอรมันนั้น ถ้าพึงการกระทำตาม (1) (2) หรือ (3) ยังไม่เป็นการเพียงพอแต่จะต้องเป็นที่เกรงว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะทำให้การค้นหาความจริงยากยิ่งขึ้นด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดีอาญาที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเป็นพยานบุคคล ผู้รู้เห็นเหตุการณ์ แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะใช้อิทธิพลต่อพยานบุคคลดังกล่าว เช่น ช่มชู้พยาน กรณีที่ย่อมจะไม่เป็นเหตุที่เกรงว่าผู้ถูกกล่าวหาจะทำให้การค้นหาความจริงยากยิ่งขึ้น¹⁵⁶

ถ้าหากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้กำหนดรายละเอียดไว้ชัดเจนเช่นนี้ ย่อมเกิดผลดีทั้งในด้านเจ้าพนักงานผู้ขอหมายจับและดุลพินิจของศาลซึ่งเป็นผู้ออกหมายจับใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ และที่สำคัญในด้านของการควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยมาตรฐานในการใช้ดุลพินิจแตกต่างกันไปตามวิจรรย์ญาณของผู้พิพากษาแต่ละท่านอีกด้วย กล่าวคือ หากภาระงานของผู้พิพากษาแต่ละท่านนั้นมากความเข้มงวดในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการขอหมายจับก็มีน้อยลงนั่นเองดังนั้น หากนำบทบัญญัติในกฎหมายเยอรมันที่ได้กล่าวไว้อย่างละเอียดและชัดเจนว่าพฤติการณ์อย่างใดที่ถือว่าผู้ต้องหาเข้าไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานแล้ว ย่อมตัดปัญหาในความไม่ชัดเจนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไปได้ ตรงนี้เองทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นว่าตนเองได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายตามหลักประกันสิทธิเสรีภาพตามที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จากการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานโดยมิชอบ

นอกจากกฎหมายของเยอรมันแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศญี่ปุ่นก็เช่นเดียวกัน ได้วางหลักในเรื่องอำนาจการควบคุม และเหตุในการร้องขอให้ศาลออกหมายจับโดย

¹⁵⁵ คณิต ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 290.

¹⁵⁶ คณิต ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 291.

ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 60 และมาตรา 199¹⁵⁷ สรุปความว่า ศาลอาจจะสั่งควบคุมตัวผู้ต้องหาได้ถ้ามีเหตุผลสมควรเพียงพอที่จะสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวจะไปทำลายหรือปกปิดพยานหลักฐาน ดังนั้นเมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะได้มีการพิจารณาแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 66 (2) เพื่อให้เกิดความละเอียดชัดเจนขึ้น โดยควรใช้ถ้อยคำที่สามารถอ่านแล้วเข้าใจความหมายในลักษณะของพฤติการณ์หรือการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลย กล่าวคือ ทำให้สงสัยได้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะทำลายเปลี่ยนแปลง ยักย้ายปกปิด หรือปลอมแปลงพยานหลักฐาน หรือใช้อิทธิพล หรือวิธีการอันมิชอบต่อผู้ร่วมกระทำ ความผิด พยาน หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือให้ผู้อื่นกระทำเช่นว่านั้น และการกระทำดังกล่าวเป็นที่เกรงว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะทำให้การค้นหาค้นหาความจริงยากขึ้น

4.1.5 เหตุออกหมายจับกรณีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปก่ออันตรายประการอื่น

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 66 (2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะก่ออันตรายประการอื่น โดยจะพิจารณาขอบเขตความหมายรวมถึงการตีความ เพราะเหตุออกหมายจับกรณีนี้เป็นเหตุใหม่ที่ไม่เคยปรากฏชัดเจนในกฎหมายเก่า¹⁵⁸ เมื่อถ้อยคำในตัวบทกฎหมายของเรายังบัญญัติความไว้ยังไม่ชัดเจนว่ากรณีอย่างไรจึงจะถือว่าก่อเหตุอันตรายประการอื่น ประกอบกับยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ จึงเป็นการลำบากในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ และในด้านการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ เพื่อยังผลให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น คำว่า ก่อเหตุอันตรายประการอื่นๆ ได้มีการอธิบายไว้ดังนี้ก่อเหตุอันตรายประการอื่นนี้ เป็นการป้องกันการก่ออาชญากรรม หรือการที่จะกระทำความผิดเพิ่มขึ้น ซึ่งนำมาใช้เพื่อจับผู้ที่กำลังจะกระทำความผิด เช่น กำลังจะไปฆ่าคน หรือ ค้าของเถื่อน หรือกระทำผิดแล้วแต่ไม่จับจะกระทำความเสียหายแก่บุคคลและทรัพย์สินเพิ่มขึ้นอีก¹⁵⁹

คำว่า “เหตุอันควรเชื่อว่าจะไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น” อาจเทียบได้กับเนื้อหาของระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 ข้อ 3 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบเดิมโดยมีความในข้อ 22 วรรคหนึ่งใหม่ดังนี้

“ข้อ 22 (หลักการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล)

¹⁵⁷ จุติ ธรรมมนโนวานิช. หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วยการจับและการแจ้งข้อหา, การควบคุม และการฝากขัง, การค้น, การปล่อยชั่วคราว. หน้า 43.

¹⁵⁸ คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 293.

¹⁵⁹ ณรงค์ ใจหาญ. วารสารรพี 48 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, หน้า 11.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานอกจากจะเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยแล้ว ยังเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีกด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อกรณีมีความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เหตุนี้การออกหมายจับหรือจับผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ถือว่าการควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ติดตามปกติจะต้องพิจารณาว่าเป็นกรณีที่น่าเชื่อว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนีหรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือไม่ด้วย หากกรณีคดีมีมูลว่าการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นความผิดและเป็นที่น่าเชื่อว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือกรณีมีมูลว่าการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นความผิดและมีเหตุอื่นจำเป็นและสมควร เช่น ผู้ต้องหาหรือจำเลยอาจจะก่ออันตรายโดยไปกระทำความผิดซ้ำแล้ว กรณีจึงจะมีความจำเป็นที่จะต้องออกหมายจับหรือจับควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อดำเนินคดีต่อไป”

ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดดังกล่าวนี้¹⁶⁰ เป็นระเบียบที่ได้ออกใช้ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในระเบียบนี้ได้ให้ตัวอย่างไว้ว่า การกระทำความผิดซ้ำเป็นเหตุอื่นที่เป็นอันตราย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำความผิดซ้ำเป็นเหตุอันตรายประการอื่นที่เป็นเหตุที่จะออกหมายจับได้

ตัวอย่าง : ผู้ต้องหาในคดีข่มขืนกระทำชำเราที่มีความโน้มเอียงว่าหากยังปล่อยให้ลอยนวลอาจไปกระทำความผิดกับหญิงอื่นซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 32 ได้แก้ไขเนื้อหาของระเบียบดังกล่าว โดยได้ตัดทอนข้อความอันเกี่ยวกับตัวอย่างเหตุอันตรายประการอื่นออกไป โดยผู้เขียนเห็นว่า การกระทำดังกล่าว น่าจะไม่ถูกต้องนัก เพราะในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 ข้อ 22 เป็นการให้เหตุผลในทางกฎหมายในการพิจารณาแปลความในตัวบทกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายและผู้ตีความกฎหมายนำมาเป็นเหตุผล ในการพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าว

หากพิจารณาเหตุออกหมายจับในประเทศเยอรมัน ตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 ประกอบมาตรา 112a. เหตุออกหมายจับตามมาตรา 112a. นี้ เป็นมาตรการเสริมจากมาตรา 112 โดยการออกหมายจับเมื่อมีเหตุอันตรายที่จะไปกระทำความผิดซ้ำ (Wiederholungsgefahr) เป็นเหตุออกหมายจับเช่นเดียวกัน โดยเหตุออกหมายจับโดยอาศัยเหตุนี้

¹⁶⁰ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 ข้อ 3 อัยการนิเทศ เล่มที่ 57 ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2538, หน้า 165.

ถูกจำกัดให้ใช้ได้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้น โดยเหตุออกหมายจับตามกฎหมายเยอรมันจะพิจารณาเหตุใหญ่อยู่ 3 เหตุคือ เหตุเกรงว่าจะหลบหนี เหตุเกรงว่าจะทำให้พยานหลักฐานยุ่งเหยิง และเหตุแห่งความร้ายแรงของความผิด ดังนั้น เหตุออกหมายจับตามมาตรา 112a เป็นมาตรการเสริมจากเหตุออกหมายจับตามมาตรา 112. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน โดยออกหมายจับ เมื่อมีเหตุอันตรายที่จะไปกระทำความผิดซ้ำ (widerholungsgefahr) และการออกหมายจับโดยอาศัยเหตุจะไปกระทำความผิดซ้ำ นี้ ถูกจำกัดให้ใช้ได้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้น ซึ่งแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร เห็นว่าในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไปกระทำความผิดซ้ำอีก นี่ต้องเป็นกรณีที่ความผิดดังกล่าวที่จะไปกระทำความผิดซ้ำอีกมีความร้ายแรงด้วย เช่น ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืน หากปล่อยตัวไปโดยไม่ควบคุมไว้ในอำนาจรัฐ ผู้ถูกกล่าวหาจะไปกระทำความผิดซ้ำอีกนั่นเอง ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการกระทำความผิดซ้ำ ตัวอย่างเช่น คดีที่นางสาว จิตรลดา หรือ เป็ด ต้นติวาณิชชยสุข อายุ 36 ปี อยู่บ้านเลขที่ 42/2 หมู่ 4 ตำบล วัดแค อำเภอ นครชัยศรี จังหวัดนครปฐม เหตุเกิดวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2548 เวลาตอนเช้า นางสาวจิตรลดา หรือ เป็ด ได้ก่อเหตุสะเทือนขวัญ บุกรุกเข้าไปในโรงเรียนเซนต์โยเซฟคอนเวนต์ โดยใช้อาวุธมีดไล่แทงเด็กนักเรียนจนได้รับบาดเจ็บถึง 4 ราย และสืบทราบจากอดีตประวัติดิเคย์ใช้มีดฟันหัวพ่อเลี้ยง เคยเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลโรคจิตบ่อยครั้งทางการแพทย์วินิจฉัยอาการว่าเป็น โรคจิตชนิดหนึ่ง ดังนั้น พฤติการณ์ของนางสาวจิตรลดา เห็นได้ว่า หากไม่นำตัวมาควบคุมไว้ในอำนาจรัฐ นางสาวจิตรลดา น่าจะก่อเหตุอันตราย โดยการไปกระทำความผิดซ้ำอีก เนื่องจากพฤติกรรมเป็นบุคคลประเภทจิตไม่ปกติโดยให้การต่อตำรวจในเบื้องต้นว่า ที่ได้ก่อเหตุดังกล่าว เพราะมีความเกลียดชังคนอินเดีย และคนจีนที่ร่ำรวย จึงได้ก่อเหตุสะเทือนขวัญดังกล่าว โดยศาลอาญากรุงเทพได้ออกหมายจับเลขที่ 1875/48 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2548 พิจารณามีหลักฐานตามสมควรว่าน่าจะได้กระทำความผิดอาญา และมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี¹⁶¹ เหตุนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากศาลไม่อนุมัติหมายจับในเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี ดังกล่าว อาจพิจารณาเหตุจะไปกระทำความผิดซ้ำอีก โดยการกระทำดังกล่าว เป็นการกระทำความผิดติดนิสัย จึงน่าจะก่อเหตุอันตรายโดยการไปกระทำความผิดซ้ำอีก

แต่อย่างไรก็ตามมีข้อถกเถียงกันว่า การจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ต้องเป็นการจับเพื่อนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดี และให้ศาลลงโทษในความผิดที่ผู้ถูกจับได้กระทำแต่การจับผู้ที่กระทำความผิด จะดำเนินคดีกับผู้ถูกจับได้อย่างไร ในเมื่อเขายังไม่ได้กระทำ

¹⁶¹ เติลนิวส์. 13 กันยายน 2548, หน้า 9.

ความผิด¹⁶² โดยผู้เขียนเห็นว่าในกรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วแล้วจะ
ไปกระทำความผิดซ้ำอีก หากปล่อยตัวไปโดยไม่ควบคุมไว้ในอำนาจรัฐผู้กระทำความผิดจะไป
กระทำความผิดซ้ำอีก จึงเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
อาญาเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด มิใช่เป็นการจับเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด
เกิดขึ้น

ดังนั้น หากนำหลักเกณฑ์การออกหมายจับในเหตุอันตรายที่จะไปกระทำความผิดซ้ำ
ตามมาตรา 112a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาเยอรมัน มาเป็นแนวทางในการพิจารณาออก
หมายจับกล่าวคือ ศาลซึ่งเป็นองค์กรในการพิจารณาถึงเหตุในการออกหมายจับมาพิจารณาถึงเหตุ
ในการออกหมายจับตามมาตรา 66 (2) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ก็
เมื่อมีหลักฐานสมควรว่าบุคคลใดน่าจะกระทำความผิดอาญาและมีเหตุที่จะไปกระทำความผิดซ้ำอีก
เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเหตุออกหมายจับในกรณีก่อเหตุอันตรายประการอื่นย่อมส่งผลให้
ผู้ใช้กฎหมายและผู้ตีความกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาที่เป็นองค์กรในการตรวจสอบใน
การออกหมายจับจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาในการออกหมายจับในเหตุดังกล่าวนี้ ควรมี
กรอบขอบเขตอย่างไรจะทำให้กฎหมายจับเคลื่อนดำเนินต่อไปได้ โดยหลักการควบคุม
อาชญากรรมและไม่เป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพประชาชน

4.2 การใช้ดุลพินิจในการออกหมายจับ

4.2.1 วิธีปฏิบัติกับการขอและการออกหมายจับ

ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการในการออกหมายจับนั้น มีขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. ผู้ขอให้ออกหมายจับให้ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจชำระคดีหรือศาลที่มีเขตอำนาจ
เหนือท้องที่ที่จะทำการจับ ในกรณีอยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ให้ร้องต่อศาลอาญา
ศาลอาญาธนบุรี ศาลอาญารุงเทพใต้ ศาลจังหวัด หรือศาลแขวงที่มีเขตอำนาจเหนือท้องที่นั้น
เว้นแต่เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจเหนือท้องที่แห่งใด มีความพร้อมที่ออกหมายจับ
และได้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อการนั้นแล้ว สามารถขอหมายจับต่อศาลเยาวชนและ
ครอบครัวได้¹⁶³ แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ขอให้ออกหมายจับจะทำการจับนอกเขตศาลอาญา

¹⁶² เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีใน
ขั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 258.

¹⁶³ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา,
พ.ศ. 2548, ข้อ 8.

เมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วน เช่น ผู้จะถูกละเมิดจะหลบหนี สามารถขอหมายจับต่อศาลอาญาได้¹⁶⁴

การขอหมายจับนั้นต้องทำเป็นคำร้อง ซึ่งทางศาลได้วางระเบียบให้ผู้ยื่นร้องต้องเป็นนายตำรวจ ตั้งแต่ชั้นสัญญาบัตรขึ้นไป หรือถ้าเป็นเจ้าพนักงานอื่นก็ต้องเป็นข้าราชการตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไป คำว่า เจ้าพนักงานอื่น เช่น เจ้าพนักงานของกรมสอบสวนพิเศษ หรือพนักงานอัยการเป็นต้น¹⁶⁵ โดยในคำร้องต้องมีเหตุออกหมายจับตามมาตรา 66 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และไปตามระเบียบข้อบังคับของประธานศาลฎีกา กล่าวคือ การร้องขอให้ออกหมายจับ ผู้ร้องขอต้องเสนอพยานหลักฐานตามสมควรว่า ผู้จะถูกละเมิดจะได้กระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือน่าจะได้กระทำความผิดอาญา และมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น¹⁶⁶ โดยพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุสมควรในการออกหมายจับให้รวมถึงข้อมูลที่ได้จากการสืบสวนสอบสวน เช่น บันทึกการสอบสวน บันทึกถ้อยคำของสายลับ หรือของเจ้าพนักงานที่ได้จากการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรม ข้อมูลที่ได้จากแหล่งข่าวของเจ้าพนักงาน หรือการหาข่าวจากผู้กระทำความผิดที่ทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงข้อมูลวิเคราะห์ทางนิติวิทยาศาสตร์ เช่น เครื่องมือตรวจพิสูจน์ลายมือ เครื่องมือตรวจพิสูจน์ของกลาง เครื่องจับเท็จ และเครื่องมือตรวจพิสูจน์ทางพันธุกรรม เป็นต้น¹⁶⁷

3. ในการเสนอพยานหลักฐานต่อผู้พิพากษาผู้ร้องขอสอบสวนหรือปฏิญาณตนและแถลงด้วยตนเอง รวมทั้งตอบคำถามของผู้พิพากษาเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่ได้จากการสืบสวนสอบสวนหรือพยานหลักฐานที่สนับสนุนถึงเหตุการขอออกหมายจับนั้น นอกจากนี้ผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือทราบข้อมูลอันเป็นเหตุแห่งการออกหมายจับควรมาเบิกความต่อผู้พิพากษาด้วยตนเองและหากบุคคลดังกล่าวมาเบิกความให้ผู้พิพากษาบันทึกสาระสำคัญโดยย่อและให้บุคคลนั้นลงลายมือชื่อไว้ แต่ถ้าผู้รู้เห็นการณ์หรือทราบข้อมูลตามวรรคสองไม่สามารถมาเบิกความต่อผู้พิพากษาได้ ผู้ร้องขอ

¹⁶⁴ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, พ.ศ. 2548, ข้อ 25.

¹⁶⁵ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548). ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 9.

¹⁶⁶ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, พ.ศ. 2548, ข้อ 14.

¹⁶⁷ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548). ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 17.

อาจใช้บันทึกถ้อยคำของบุคคลดังกล่าวที่ได้สาบานตนว่าจะให้ถ้อยคำตามความเป็นจริงและได้กระทำต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นใหญ่นั้นได้ลงลายมือรับรองว่าได้มีการให้ถ้อยคำตรงตามบันทึกเสนอเป็นพยานหลักฐานประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอก็ได้¹⁶⁸ นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้พิพากษาออกหมายจับเอง เช่น จำเลยหลบหนีในระหว่างปล่อยชั่วคราว จำเลยผู้ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขคุมความประพฤติหรือพยานไม่มาศาลตามหมายเรียกถ้าจำเลยหรือบุคคลที่จะถูกจับมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในกรุงเทพมหานคร ให้ศาลส่งหมายจับไปยังผู้บังคับบัญชาการตำรวจนครบาล หากอยู่ในต่างจังหวัดให้ส่งไปยังผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดนั้นๆ ทั้งนี้ ศาลจะส่งหมายจับไปให้หัวหน้าส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องด้วยก็ได้¹⁶⁹ และประธานศาลฎีกาได้วางแนวปฏิบัติในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิจารณาอนุญาตให้ออกหมายจับว่าผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องถือเคร่งครัด เช่น เดียวกับการฟังพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลย¹⁷⁰

4. หมายจับ ต้องทำเป็นหนังสือ จะต้องระบุสถานที่ วันเดือนปีที่ทำการขอหมายจับ รวมถึงต้องระบุชื่อ หรือรูปพรรณของบุคคลที่จะถูกจับตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญา มาตรา 60 นอกจากนี้รวมทั้งเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น บันทึกคำร้องทุกข์ หนังสือมอบอำนาจให้ร้องทุกข์มาทำคำร้องขอหมายจับด้วย¹⁷¹

4.2.2 วิธีปฏิบัติกับการขอและออกหมายทางโทรศัพท์

1. หลักเกณฑ์และขอบเขตในการออกหมายจับทางโทรศัพท์ มีขั้นตอนดังต่อไปนี้คือ ศาลจะออกคำสั่งหรือหมายจับตามที่ศาลเห็นสมควร หรือโดยมีผู้ร้องขอเป็นพนักงานฝ่ายหรือตำรวจ ต้องเป็นพนักงานฝ่ายปกครองตั้งแต่ระดับสามหรือตำรวจซึ่งมียศตั้งแต่วัยตำรวจชั้นไป

ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งมีเหตุอันควร โดยผู้ร้องขอไม่อาจไปพบศาลได้ ผู้ร้องขออาจร้องขอต่างศาลทางโทรศัพท์ โทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภท

¹⁶⁸ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548). ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 16.

¹⁶⁹ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, พ.ศ. 2548, ข้อ 22.

¹⁷⁰ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, พ.ศ. 2548, ข้อ 18.

¹⁷¹ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, พ.ศ. 2548, ข้อ 10.

อื่นที่เหมาะสมเพื่อขอให้ศาลออกหมายจับก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ เมื่อศาลสอบถามจนปรากฏว่ามีเหตุที่จะออกหมายจับตามมาตรา 59/1 และมีคำสั่งให้ออกหมายนั้นแล้วให้จัดส่งสำเนาหมายเช่นนี้ไปยังผู้ร้องขอโดยทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ สื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

เมื่อมีการออกหมายแล้ว ให้ศาลดำเนินการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการขอหมายมาพบศาลเพื่อการสาบานตัวโดยไม่ชักช้า โดยจัดบันทึกถ้อยคำของบุคคลดังกล่าวและลงลายมือชื่อของศาลผู้ออกหมายไว้ หรือจะใช้เครื่องบันทึกเสียงก็ได้โดยจัดให้มีการถอดเสียงเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของศาลผู้ออกหมายบันทึกที่มีการลงลายมือชื่อรับรองดังกล่าวแล้ว ให้เก็บไว้ในสารบบของศาล หากความปรากฏต่อศาลในภายหลังว่าได้มีการออกหมายไปโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลอาจมีคำสั่งให้เพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงหมายเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ร้องขอจัดการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่เห็นสมควรก็ได้¹⁷²

ก่อนอื่นจำต้องเข้าใจก่อนว่า หมายจับเป็นหมายอาญาชนิดหนึ่งตามมาตรา 2 (9) อันเป็นเครื่องมือของเจ้าพนักงานในการดำเนินคดี การที่จะพิจารณาออกกฎหมายนั้น ไม่เฉพาะจะคำนึงถึงความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานแต่ต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกชน คำนึงถึงความเป็นไปได้ที่สามารถนำไปก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ การส่งหมายอาญาทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นนั้นมีการถกเถียงในชั้นกรรมาธิการ แบ่งเป็นหลายความเห็นด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนาให้ก้าวไกลไปกับวิวัฒนาการยุคสมัยใหม่ แต่ก็ก็เป็นคำจำกัดความที่กว้างขวางเกินไป หากแต่การตรวจสอบถึงความถูกต้องแท้จริงของเอกสารหรือไม่ บางแนวเห็นว่าการให้มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว เพราะสถานที่ตั้งระหว่างสถานีมีตำรวจกับศาลห่างไกลกันมาก แต่สรุปแล้วก็มีการบัญญัติถึงหมายอาญาว่าให้รวมทั้งสื่อเทคโนโลยีดังกล่าวด้วย

ในส่วนของการร้องขอออกหมายจับกรณีพิเศษนี้ ยังมีข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่ง หรือหมายอาญา พ.ศ. 2548 ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน และมีเหตุอันควร ซึ่งผู้ร้องขอไม่อาจไปพบผู้พิพากษาได้ ผู้ร้องขออาจร้องขอต่อผู้พิพากษาทางโทรศัพท์ โทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศ ประเภทอื่น ที่เหมาะสมเพื่อ

¹⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59

ขอให้ศาลออกหมายจับได้ หากผู้ร้องขอเป็นตำรวจต้องมียศตั้งแต่พันตำรวจเอกขึ้นไป¹⁷³ และจะต้องได้ความปรากฏว่าการร้องขอออกหมายด้วยวิธีปกติก่อให้เกิดความล่าช้าเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่ โดยให้ผู้พิพากษาพิจารณาถึงข้อเท็จจริงว่าผู้ร้องขอไม่สามารถมอบหมายให้เจ้าพนักงานผู้อื่นร้องขอแทนได้ ประกอบกับระยะทางระหว่าง สถานที่ตั้งของหน่วยงานของผู้ร้องขอ หรือสถานที่ที่ผู้ร้องกับที่ตั้งของศาลอยู่ห่างไกลกันมากหรือเส้นทางคมนาคมเป็นเส้นทางทุรกันดาร หรือการเดินทางยากลำบาก หรือมีเหตุปัจจัยอื่น เช่น ความแปรปรวนของสภาพภูมิอากาศหรือภัยธรรมชาติ เป็นต้น¹⁷⁴ และหากผู้พิพากษาเห็นสมควรออกหมาย ให้ลงรหัสพร้อมลายมือชื่อของตนในหมายค้นจับ แล้วแจ้งผู้ร้องขอให้ขอรับสำเนาหมายทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น พร้อมแจ้งรหัสและผลของหมายด้วย ประกอบให้แจ้งผู้ร้องขอด้วยว่าให้มาพบเพื่อสาบานตัวภายในระยะเวลาที่กำหนดในการสาบานตัว ให้ผู้พิพากษาจับบันทึกถ้อยคำของผู้ร้องขอหรือจะใช้เครื่องบันทึกเสียงก็ได้โดยจัดให้มีการถอดเสียงเป็นหนังสือให้ผู้ร้องขอลงลายมือชื่อ¹⁷⁵ และให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้นและผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจัดให้มีรหัสของผู้พิพากษาและรหัสประจำหน่วยของผู้ร้องขอ¹⁷⁶

ดังนั้นการร้องขอออกหมายจับทางโทรศัพท์นั้นถือว่าเป็นกรณีพิเศษจริงๆ หากพิจารณาเนื้อหารายละเอียดตามข้อบังคับประธานศาลฎีกามีการวางระเบียบปฏิบัติงานเพื่อที่จะดำเนินงานต่างๆ ในการออกหมายจับกรณีพิเศษเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติงานของผู้พิพากษาในการพิจารณาออกหมายจับเป็นแนวทางเดียวกัน โดยมีกระบวนการขั้นตอนการขอที่ชัดเจนตามที่ได้อ้างข้างต้น แต่ในทางปฏิบัตินั้น ผู้เขียนได้มีการสอบถามผู้พิพากษาที่มีหน้าที่พิจารณาออกหมายจับ กล่าวว่า ในทางปฏิบัติของศาล ศาลไม่กล้าที่จะออกหมายจับทางโทรศัพท์ให้กับเจ้าพนักงานผู้ขอ เพราะได้รับฟังเพียงคำบอกเล่าของผู้ร้องขอเท่านั้น เสี่ยงต่อการผิดพลาดได้มากกว่าการออกหมายกรณีปกติ เนื่องจากได้มีการสอบถามประกอบกับเห็นบุคคลิกทางท่า

¹⁷³ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, พ.ศ. 2548, ข้อ 28.

¹⁷⁴ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548). ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 32.

¹⁷⁵ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548) ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 33.

¹⁷⁶ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548) ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 34.

อากัปกิริยาของผู้ร้องขออาจส่งผลให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเนื่องจากเป็นผู้ตรวจสอบในการออกหมายจับของเจ้าพนักงานจำต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อประโยชน์สูงสุด

2. อำนาจผู้พิพากษาในการพิจารณาออกหมายจับทางโทรศัพท์

อำนาจผู้พิพากษาในการพิจารณาออกหมายจับทางโทรศัพท์ โดยคำสั่งของศาลอาญาในการอนุญาตให้ออกหมายจับ หรือยกคำร้องต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสองคนเป็นองค์คณะ และจะเป็นผู้พิพากษาประจำศาลได้ไม่เกินหนึ่งคน¹⁷⁷

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลมีการกระทำหลายอย่าง สำหรับการกระทำบางอย่างที่มีใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีย่อมมีความหมายเหมาะสมที่ผู้พิพากษาคณะเดียวจะมีอำนาจกระทำได้ ไม่จำเป็นต้องทำโดยผู้พิพากษาหลายคนเป็นองค์คณะให้ยุ่งยากตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24 ให้ผู้พิพากษาคณะหนึ่งในทุกชั้นศาล มีอำนาจทั่วไปดังนี้

- (1) ออกหมายเรียก หมายอาญา หรือ หมายสั่งให้ส่งคนมาจากหรือไปยังจังหวัดอื่น
- (2) ออกคำสั่งใดๆ มิใช่เป็นในทางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี

ในส่วนของหมายอาญานี้ รวมความหมายถึง หมายจับ หมายขัง หมายจำคุก หมายปล่อย หมายค้ำ และหมายกักขัง

ดังนั้นการที่กฎหมายให้อำนาจผู้พิพากษาคณะเดียวสามารถออกหมายตามมาตรา 24 ได้ หมายเป็นคำสั่งหรือคำบงการของศาลที่ไม่ต้องการดุลพินิจมากนัก จึงให้ผู้พิพากษาคณะเดียวลงนามได้ แต่ตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อที่ 27 การออกหมายต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 2 คน เป็นองค์คณะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นคณะในการออกหมายตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม กับข้อบังคับประธานศาลฎีกายังมีความขัดแย้งกันอยู่ ดังนั้นปัญหาของคณะในการพิจารณาออกหมายจับควรยึดถือตามหลักพระธรรมนูญศาลยุติธรรม คือ ผู้พิพากษาคณะเดียวก็สามารถออกหมายได้ โดยต้องมีการพิจารณาปรับปรุง ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อที่ 27 ต่อไป

กล่าวโดยสรุปการออกหมายทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากการจับเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบในการพิจารณาถึงเหตุดังกล่าว และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59 บัญญัติให้มีการออกหมายทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางโทรสาร มิใช่มุ่งเน้นในเรื่องการปราบปรามอาชญากรรมเพียง

¹⁷⁷ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา. (2548) ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับออกคำสั่งหรือหมายอาญา, ข้อ 27.

อย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงเรื่องการคุ้มครองสิทธิ ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลที่มีมาตรานี้ขึ้นมา ก็เพื่อให้เจ้าพนักงานที่อยู่ห่างไกลออกไปสามารถออกหมายจับได้สะดวกขึ้นในกรณีที่หากต้องเดินทางไปศาลอาจจะเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่ได้ ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน เพราะถ้าไม่มีช่องทางนี้เจ้าหน้าที่พนักงานอาจจับโดยอ้างว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน กล่าวคือ จับโดยไม่มีความหมายจับ ซึ่งไม่ต้องผ่านการตรวจสอบจากศาล แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า เหตุการออกหมายจับทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จำเป็นต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดว่าไม่สามารถขอหมายจับได้ในกรณีปกติ แม้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย มีกระบวนการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการออกหมายโดยผิดพลาดไว้ก็ตาม

ดังนั้นในการพิจารณาออกหมายจับ นอกจากจะต้องการผู้ที่เป็นกลางและเป็นอิสระเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการออกหมาย สิ่งสำคัญ คือ ต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดในระดับพอพิจารณาถึงหลักฐานตามสมควรว่าจะออกหมายนั้นได้หรือไม่ ในส่วนของการร้องขอหมายจับต่อศาลทางโทรศัพท์ ทางปฏิบัติผู้ร้องขอว่าไม่กล้าที่จะโทรศัพท์ร้องขอหมายจับต่อศาลฝ่ายศาลก็ไม่มั่นใจ ที่จะพิจารณาออกหมายให้ เพราะไม่สามารถตรวจสอบถึงข้อมูลที่แท้จริง ได้มากกว่าการออกหมายจับกรณีปกติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่า จึงควรมีการตรวจสอบหรือกลไกที่ชัดเจน

ในปัจจุบันศาลนนทบุรีเป็นศาลแรกที่จะออกหมายจับทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยมีการตกลงร่วมกันระหว่างประธานศาลฎีกา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ศาลจังหวัดนนทบุรี และสถานีตำรวจภูธรจังหวัดนนทบุรี ร่วมมือกันจัดตั้งคณะทำงานพัฒนาและติดตั้งเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (c&p.net : court and Police Nonthaburi Network Processing) เพื่อใช้สำหรับเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างศาลกับหน่วยงานต่าง ๆ ทางอินเทอร์เน็ต และสามารถนำมาใช้ในการออกหมายจับทางอินเทอร์เน็ต ตามโครงการความร่วมมือการออกหมายจับ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (c&p.net) นี้ โดยมีการจัดสร้างระบบ โปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับการใช้งานนี้ขึ้นเป็นการเฉพาะ การใช้งานจะต้องสแกนลายนิ้วมือและป้อนรหัสส่วนตัวของผู้พิพากษา และเจ้าพนักงานตำรวจที่ได้รับอนุญาตไว้แล้วเท่านั้น จึงจะเข้าสู่โปรแกรมการใช้งานได้ และสามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว เจ้าพนักงานตำรวจเพียงแต่คีย์ข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ที่สถานีตำรวจแล้ว โทรศัพท์แจ้งผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจะใช้เครื่องคอมพิวเตอร์พกพา (Notebook) ซึ่งต่อเชื่อมสัญญาณกับโทรศัพท์มือถือทำการพิจารณาออกหมายให้ เมื่อออกหมายแล้วเจ้าพนักงานตำรวจก็ส่งพิมพ์หมายจับหมายค้นซึ่งมีข้อความลายมือชื่อผู้พิพากษาและรอยตราแผ่นดินเหมือนหมายจับหมายค้นจริงทุกประการนำไปปฏิบัติงานได้ทันที และมีการจัดเก็บข้อมูลเพื่อใช้วิเคราะห์และตรวจสอบความถูกต้องในภายหลังอีกด้วย ระบบนี้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่มีศักยภาพและมีความปลอดภัยในการจัดเก็บฐานข้อมูลที่มีมาตรฐาน

ทันสมัยมาก โดยการออกหมายจับผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (c&p.net) นี้ กำหนดเริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 18 ธันวาคม 2548 ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพสามารถสกัดยั้งการกระทำความผิดได้อย่างรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ สร้างความสะดวกรวดเร็วให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานและลดภาระค่าใช้จ่ายของทางราชการเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังช่วยพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ ของประชาชนและสร้างความเชื่อมั่นศรัทธาให้แก่ประชาชนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม น่าจะนำไปใช้ทั่วประเทศโดยเฉพาะศาลในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

D
P
U

4.2.3 หลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของศาลในการออกหมายจับ

การออกหมายจับโดยศาลนั้นจะต้องมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้ต้องหาจะ
ได้กระทำความผิดอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 โดยหลักเกณฑ์
การพิจารณา “เหตุอันควรเชื่อได้” มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เชิงปฏิบัติไม่มีความหมายทางเทคนิค
ที่แน่นอนคือ เป็นดุลพินิจอย่างหนึ่ง เพื่อนำกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงได้อย่างยืดหยุ่นแต่ละ
เรื่องไป และเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการเข้าแทรกแซงของรัฐ ดังนั้น
ลักษณะตามธรรมชาติของเหตุอันควรเชื่อได้จึงถือว่าเป็นหลักคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการ
กระทำของเจ้าพนักงาน¹⁷⁸ โดยการพิจารณาการออกหมายจับของศาลดังนี้

ก. การพิจารณาการออกหมายจับในความผิดร้ายแรง

ผู้ร้องขอต้องเสนอพยานหลักฐานต่อศาลให้เพียงพอที่ทำให้เชื่อว่าผู้จะถูกออกหมายจับ
น่าจะได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรง โดยผู้ร้องขอจะต้องสืบสวนสอบสวนจนได้ข้อมูลที่น่าเชื่อว่าผู้ที่จะ
ออกหมายจับเป็นผู้กระทำผิด ไม่ใช่เพียงแต่สงสัยผู้ใด ก็จะมาขอให้ศาลออกหมายจับสำหรับ
พยานหลักฐานที่อาจนำมาแสดงต่อศาลที่มีรายละเอียดตามที่ปรากฏในข้อบังคับของประธานศาล
ฎีกา

ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548 ซึ่งแม้แต่บันทึก
ถ้อยคำของพยานหรือบันทึกการรายงานของเจ้าพนักงานในชั้นสอบสวนก็สามารถนำมาประกอบ
เพื่อพิสูจน์ว่าผู้จะถูกออกหมายจับน่าจะเป็นผู้กระทำผิดได้ แต่พยานหลักฐานที่จะนำมาสนับสนุน
ขอหมายจับมิใช่จะใช้ได้ทุกอย่าง แต่จะต้องมีลักษณะเฉพาะกล่าวคือต้องเป็นพยานหลักฐานที่มี
ความเชื่อถือและพยานหลักฐานที่มีน้ำหนัก ถ้าเป็นพยานบุคคลต้องเป็นพยานบุคคลที่น่าเชื่อถือแล้ว
จึงจะพิจารณาว่าสิ่งที่ผู้พูดนั้น มีน้ำหนักหรือไม่ ถ้าเป็นพยานเอกสารตัวเอกสารต้องน่าเชื่อถือ เช่น
ไม่มีข้อพิรุธหรือข้อระแวงสงสัยว่าจะเป็นการปลอมหรือไม่ถูกต้องแท้จริง แล้วจึงจะพิจารณา
ว่าข้อความในเอกสารนั้นมีน้ำหนักน่ารับฟังเพียงใด

ข. การพิจารณาการออกหมายจับในความผิดไม่ร้ายแรง

นอกจากผู้ร้องขอจะต้องเสนอพยานหลักฐานต่อศาลให้เพียงพอที่ทำให้เชื่อว่าผู้ถูกออก
หมายจับน่าจะได้กระทำความผิดอาญาดังที่กล่าวมาแล้ว ผู้ร้องขอจะต้องแสดงพยานหลักฐานให้ปรากฏ
ต่อศาลด้วยอีกว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้จะถูกออกหมายจับน่าจะหลบหนีหรือจะไปยุ่งเหยิงกับ
พยานหลักฐาน หรือจะก่ออันตรายประการอื่น ซึ่งเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้จะถูกออกหมายจับน่าจะ
หลบหนี เช่นบุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่มาตามหมายเรียก หมายนัด โดยไม่มีข้อ

¹⁷⁸ จิรนิติ หะวานนท์. สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 24.

แก้ตัวอันควรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 วรรคท้าย ให้สันนิษฐานว่า บุคคลนั้นจะหลบหนี ส่วนจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน เช่น ทำลายและข่มขู่พยาน ส่วนจะ ก่อเหตุอันตรายประการอื่น เช่น กลับไปกระทำความผิดซ้ำอื่น เป็นต้น ดังนั้น คดีอาญาที่อยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแขวง แม้ในเบื้องต้นจะมีพยานหลักฐานเพียงพอที่ทำให้เชื่อได้ว่าผู้ จะถูกออกหมายจับ น่าจะได้กระทำความผิดอาญาก็ตาม แต่ไม่มีอันควรเชื่อว่าผู้นั้นน่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือจะก่อเหตุอันตรายประการอื่น อย่างหนึ่งอย่างใด ประกอบด้วยแล้ว ศาลก็ยังไม่อำนาจในการออกหมายจับแต่สามารถออกหมายเรียกได้ หากออก หมายเรียกแล้ว บุคคลดังกล่าวยังไม่มาศาลก็ถือว่าเข้าข้อสันนิษฐานกฎหมายว่าจะหลบหนีจึงออก หมายจับได้

ในส่วนการรับฟังพยานหลักฐานในชั้นร้องขอหมายจับศาลไม่จำเป็นต้องถือเคร่งครัด เช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลย กรณีจะไม่มียกข้อสงสัยหรือ ห้ามรับฟังพยานหลักฐานบางประการเข้ามาขัดขวางเหมือนเช่นในชั้นพิจารณา เจ้าพนักงาน สามารถเสนอพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาลได้อย่างกว้างขวางทุกรูปแบบ เท่าที่จะหามาได้ ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวน เช่น บันทึกรถยนต์ของ สายลับหรือของเจ้าพนักงาน ข้อมูลที่ได้จากแหล่งข่าวของเจ้าพนักงาน หรือการหาข่าวจาก ผู้กระทำความผิดและข้อมูลที่ได้จากการวิเคราะห์ทางนิติวิทยาศาสตร์ หรือได้จากการใช้เครื่องมือ ทางวิทยาศาสตร์หรือเทคโนโลยี¹⁷⁹ แม้กระทั่งบันทึกถ้อยคำของผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือผู้ทราบข้อมูล ก็ยังสามารถเสนอเป็นพยานหลักฐานประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอได้¹⁸⁰

ในกรณีความผิดอาญาร้ายแรงตามมาตรา 66 (1) เหตุในการร้องขอหมายจับ คือมี หลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นจะได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงโดยในทางปฏิบัติศาลจะออก หมายจับให้พนักงานสอบสวนตามที่ได้อ้างอิง อีกทั้งพนักงานสอบสวนไม่ต้องออกหมายเรียก ผู้ต้องหาแต่ก็สามารถร้องต่อศาลได้ทันที ตัวอย่างเช่น พิเคราะห์พยานหลักฐานของผู้ร้องขอแล้ว เห็นว่า เป็นความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่นโดยทรามาน ซึ่งเป็นกรณีที่ได้หรือน่าจะได้กระทำความผิด อาญาร้ายแรง ซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงเกิน 3 ปี

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าในกรณีการกระทำความผิดร้ายแรงศาลน่าจะให้พนักงานสอบสวน จะต้องออกหมายเรียกผู้ต้องหาก่อนที่จะมาร้องขอออกหมายจับ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้

¹⁷⁹ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 17.

¹⁸⁰ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อ 16 วรรคสาม.

ผู้ต้องหานั้นทราบว่ตนถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญา และเข้ามาสู่กระบวนการสอบสวนในการพิสูจน์แก้ข้อกล่าวหาของตนต่อพนักงานสอบสวน จึงทำให้หมดความจำเป็นที่จะร้องขอออกหมายจับเพื่อจับตัวผู้ต้องหานั้น อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาทางหนึ่ง แต่ทั้งนี้ การออกหมายเรียกให้ผู้ต้องหาทราบก่อนร้องขอออกหมายจับนั้นจะต้องเป็นกรณีทีปรากฏข้อเท็จจริงว่ผู้ต้องหาพร้อมที่จะเข้ามามอบตัวพิสูจน์ข้อกล่าวหาของตน อันขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป หากปรากฏข้อเท็จจริงว่เมื่อผู้ต้องหาทราบว่ตนถูกดำเนินคดีจากหมายเรียกผู้ต้องหาแล้วจะหลบหนี หรือ ไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือจะไปก่อนเหตุอันตรายประการอื่น พนักงานสอบสวนก็ไม่ต้องออกหมายเรียกให้ผู้ต้องหาทราบก่อน เนื่องจากจะทำให้เกิดความยากลำบากในการจับกุมตัวมาดำเนินคดี และการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน

ในกรณีความผิดอาญาไม่ร้ายแรงนอกจากมีหลักฐานตามสมควรว่ผู้ต้องหานั้นน่าจะกระทำ ความผิดอาญาแล้ว มาตรา 66 (2) จะต้องมียข้อเท็จจริงทีเจ้าพนักงานผู้ร้องขอออกหมายต้องเสนอเป็น พยานหลักฐานต่อศาลว่ มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ต้องหานั้นจะหลบหนี หรือ ไปยุ่งเหยิงกับพยาน หลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น อย่างใดอย่างหนึ่งประกอบด้วย ผลกระทบในทางปฏิบัติ ศาลจะมุ่งพิจารณาเพียงแต่พยานหลักฐานการส่งหมายเรียกผู้ต้องหาเท่านั้น ในการออกหมายจับใน ความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ตัวอย่างเช่น พิเคราะห์พยานหลักฐานของผู้ร้องแล้ว เห็นว่พนักงานสอบสวน ได้มีหมายเรียกไปยังผู้ต้องหาแล้วถึงสองครั้ง เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายสืบสวนออก ดำเนินการสืบสวนติดตามจับกุมตัวก็ไม่ว่าบว่ผู้ต้องหาหลบหนีไปอยู่ที่ใด แม้ข้อหาตามคำร้องมีย อัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 3 ปี แต่ได้หรือน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและน่าจะหลบหนีหรือ จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุอันตรายประการอื่นจึงอนุญาตให้ออกหมายจับ

ผู้เขียนมีความเห็นว่หากมีพยานหลักฐานอื่นทีแสดงให้เห็นว่ผู้ต้องหานั้นจะหลบหนี ก็เป็นเหตุออกหมายจับได้ เช่น จากบันทึกปากคำของเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายสืบสวนทีฝ่ายติดตามความ เคลื่อนไหวของผู้ต้องหา และนอกจากมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ต้องหาจะหลบหนีแล้ว ถ้าปรากฏข้อ เท็จจริงว่ผู้ต้องหาจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน เช่น จะเป็นการทำลายพยานเอกสารหรือพยาน วัตถุ หรือจะไปทำร้ายหรือข่มขู่พยานบุคคล หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น เช่น กลับไปกระทำ

ความผิดซ้ำ เป็นต้น ก็เป็นเหตุในการออกหมายจับด้วย เมื่อพนักงานสอบสวนผู้ร้องขอออกหมายจับได้แสดงพยานหลักฐานดังกล่าวต่อศาลก็ถือเป็นเหตุในการร้องขอออกหมายจับได้เช่นกัน

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างแนวทางปฏิบัติของศาลแขวงธนบุรีในการออกหมายเรียกผู้ต้องหาที่ศาลยอมรับและนำเชื่อว่าผู้ต้องหาหลบหนี มีดังนี้

(ก) ส่งหมายเรียกทางไปรษณีย์ตอบรับ (ใบสีเหลือง) มีผู้ต้องหา, ภรรยา, ญาติลงลายมือชื่อรับในใบตอบรับ (ใบสีเหลือง) ก่อนถึงวันครบกำหนดนัดของพนักงานสอบสวนไม่น้อยกว่า 3 วัน ไม่มาพบพนักงานสอบสวน

(ข) ส่งหมายเรียกโดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้ส่งหมาย ผู้ต้องหา, ภรรยา, ญาติลงลายมือรับหมายเรียกแล้วไม่มาพบพนักงานสอบสวนตามหมายเรียก

(ค) ส่งหมายเรียก โดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้ส่งหมาย หากไม่พบตัวผู้ต้องหาไม่มีผู้ใดรับให้ทำหมาย 2 ฉบับ ปิดหมาย หรือวางหมายไว้ที่หน้าบ้านผู้ต้องหาไว้ แต่ต้องกำหนดนัดให้ผู้ต้องหา มาพบต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 15 วัน นับแต่วันปิดหมาย

จากแนวทางปฏิบัติของศาลแขวงธนบุรีดังกล่าว การส่งหมายเรียกผู้ต้องหาที่ศาลยอมรับและนำเชื่อว่าผู้ต้องหาหลบหนี มี 2 วิธีการคือ วิธีการแรกคือการส่งหมายทางไปรษณีย์ตอบรับ (ใบสีเหลือง) มีผู้ต้องหา ภรรยา ญาติลงลายมือชื่อรับในใบตอบรับ ซึ่งศาลได้อนุโลมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 73 ทวิ¹⁸¹ มาบังคับใช้ วิธีที่สองคือส่งหมายเรียกโดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้ส่งหมายโดยมีผู้ต้องหา ภรรยา ญาติลงลายมือชื่อรับหมาย และหากไม่พบตัวผู้ต้องหาหรือไม่มีผู้ใดรับให้ปิดหมาย ซึ่งศาลได้อนุโลมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หลักกฎหมายในการส่งหมายเรียกผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะส่งให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่สามี ภรรยา ญาติหรือผู้ปกครองของผู้ต้องหารับแทนนั้นไม่ได้¹⁸² และหากเป็นกรณีผู้ต้องหาอยู่ต่างท้องที่กับท้องที่ซึ่งออกหมายให้ส่งไปยังพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งผู้ต้องหาอยู่ในท้องที่

¹⁸¹ มาตรา 73 ทวิ บัญญัติว่า “คำคู่ความหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานศาลเป็นผู้ส่งไม่ว่าการส่งนั้นจะเป็นหน้าที่ของศาลจัดการส่งเองหรือคู่ความมีหน้าที่จัดการนำส่งก็ตาม ศาลอาจสั่งให้ส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับโดยให้คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำส่งเป็นผู้เสียค่าธรรมเนียมไปรษณียากร กรณีเช่นนี้ ให้ถือว่าคำคู่ความหรือเอกสารที่ส่งโดยเจ้าพนักงานไปรษณีย์ มีผลเสมือนเจ้าพนักงานศาลเป็นผู้ส่ง และให้นำบทบัญญัติมาตรา 74 มาตรา 76 และ มาตรา 77 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

¹⁸² มาตรา 55 บัญญัติว่า “การส่งหมายเรียกแก่ผู้ต้องหา จะส่งให้แก่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่สามีภรรยา ญาติหรือผู้ปกครองของผู้รับหมายรับแทนนั้น ไม่ได้

เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจรับหมายเช่นว่านั้นให้สลักหลังหมายแล้วจัดการส่งแก่ผู้รับหมายไป¹⁸³

ดังนั้น เมื่อพนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานจนเป็นที่เพียงพอเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาแล้ว และในการส่งหมายเรียกผู้ต้องหาเพื่อให้ผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการสอบสวนในเบื้องต้นพนักงานสอบสวนสามารถส่งหมายเรียกผู้ต้องหาทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ทั้งนี้เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการส่งหมายเรียกผู้ต้องหา และหากผู้ต้องหาได้รับหมายหรือมีบุคคลรับหมายแทนได้ตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ผู้ต้องหาไม่มาตามพบพนักงานสอบสวนตามหมายเรียกโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรก็ดี พนักงานสอบสวนสามารถนำหลักฐานการลงทะเบียนตอบรับดังกล่าว มาเป็นหลักฐานเพื่อแสดงเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ต้องหาจะหลบหนีเพื่อนำออกมาจับได้ แต่ถ้าไม่สามารถส่งหมายเรียกให้ผู้ต้องหาได้ไม่ว่ากรณีใด พนักงานสอบสวนจะนำหลักฐานทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับว่าไม่สามารถส่งหมายเรียกให้ผู้ต้องหาได้มาเป็นเหตุในการออกหมายจับไม่ได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวควรให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้นำส่งหมายเรียกผู้ต้องหาดังกล่าวอีกครั้ง หากพบผู้ต้องหาแล้ว ผู้ต้องหาไม่ยอมรับหมายก็ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้นำส่งหมายวางหมายเรียกผู้ต้องหานั้นไว้ และหากบุคคลผู้รับหมายเรียกแทนผู้ต้องหาตามกฎหมายปฏิเสธไม่ยอมรับหมาย ก็ให้เจ้าพนักงานตำรวจผู้นำส่งแจ้งเหตุการณ์ส่งหมายเรียกให้พนักงานสอบสวนผู้ออกหมายทราบ และหากไม่พบบุคคลใดเลยเจ้าพนักงานสอบสวนก็นำส่งหมายจรรยาบรรณการส่งหมายให้พนักงานสอบสวนทราบ จึงจะถือว่าผู้ต้องหานั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ต้องหาจะหลบหนี ด้วยเหตุนี้รายงานการส่งหมายของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจถือเป็นพยานหลักฐานในการแสดงต่อศาลที่ทำให้เชื่อว่าผู้ต้องหาน่าจะหลบหนีได้

นอกจากนี้ผู้วิจัยขอตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่าการใช้ดุลพินิจของศาลในการออกหมายจับโดยเทียบเคียงการออกหมายค้น โดยขาดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจากข่าวทางหนังสือพิมพ์¹⁸⁴ สรุปได้ว่าเมื่อเวลา 01.00 น. วันที่ 7 กรกฎาคม เลขที่ 939/2547 เข้าปิดล้อม “บ้านบางไทร” เลขที่ 25/2 หมู่ 4 ต.เชียงรากน้อย อ.บางไทร จ. พระนครศรีอยุธยา เนื่องจากเจ้าหน้าที่สงสัยว่าเป็นแหล่งค้ายาบ้า แต่จากการตรวจค้นทั่วบ้านแล้วไม่พบสิ่งผิดกฎหมาย จากการเปิดเผยของเจ้าพนักงานตำรวจว่าตำรวจ

¹⁸³ มาตรา 56 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลที่รับหมายเรียกอยู่ต่างท้องที่กับท้องที่ซึ่งออกหมายเป็นหมายศาลก็ให้ส่งไปศาล เป็นหมายพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจให้ส่งไปยังพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่มีอำนาจออกหมายเรียกซึ่งผู้ถูกเรียกอยู่ในท้องที่ เมื่อศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้รับหมายเช่นนั้นแล้ว ก็ให้สลักหลังหมายแล้วจัดการส่งแก่ผู้รับต่อไป”

¹⁸⁴ ไทยรัฐ. 8 กรกฎาคม 2547, หน้า 16.

ชุดตรวจค้นได้ดำเนินการตามกฎหมายทุกขั้นตอน และมีหมายค้นถูกต้อง แต่กระทำเกินกว่าเหตุ ทั้งยังเข้าไปในบ้านและบุกรุกยามวิกาล ก่อนตรวจค้นได้รับข้อมูลจากสายลับว่าบ้านที่เกิดเหตุสงสัย ค้ายาเสพติดจึงตรวจค้นและยืนยันว่าตำรวจทำถูกต้องทุกอย่าง ไม่ถือว่าผิดพลาด เพราะมีการยืนยัน จากสายลับว่ามีการค้ายาเสพติด แต่การตรวจค้น ไม่พบความผิดพลาดและยืนยันว่าเป็นเรื่องที่ ร้องเรียนมาจากคนในเครือข่ายค้ายาที่ติดคุกแล้วพ้นโทษออกมาได้แจ้งข้อมูลให้กับคณะทำงาน จาก เหตุการณ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากศาลพิจารณาจากพยานหลักในชั้นออกหมายค้นเห็นได้ว่ากรณี ดังกล่าวถือว่าไม่มีเหตุอันควรในการออกหมายค้น เนื่องจากพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานตำรวจ นำไปอ้างต่อศาลเพื่อขอออกหมายค้นบ้านหลังดังกล่าวมาจากที่ใด เช่น มาจากสายลับ หรือจาก ผู้ ปณ. ของเลขาธิการนายกรัฐมนตรี หรือจากการร้องเรียนของคนในเครือข่ายค้ายาเสพติด หาก ได้มาจากสายลับศาลต้องสอบข้อเท็จจริงจากสายลับ เนื่องจากอ้างว่ามีการค้ายาเสพติดรายใหญ่และ เป็นการค้นในเวลากลางคืน เพราะฉะนั้นการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานต้องมีความ รอบคอบกว่าการค้นในเวลากลางวัน หากเป็นข้อมูลที่ได้จากผู้ ปณ. ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ รับฟังไม่ได้หากจะรับฟังต้องมีพยานอื่นประกอบ และที่สำคัญหากเป็นพยานบอกเล่าที่มาจาก การ ร้องเรียนของคนในเครือข่ายค้ายาเสพติด ศาลก็ต้องใช้สอบถามข้อมูลจากผู้ร้องเรียนโดยตรง เนื่องจากอาจมีการใส่ความหรือมีการกลั่นแกล้งกันได้ เปรียบเสมือนการชดทอดของผู้ต้องหา นั้นเอง และศาลต้องสอบสวนให้ทราบข้อเท็จจริงว่าบ้านหลังดังกล่าวมีผู้อยู่อาศัยอยู่กี่คน ซึ่งจะเป็น ประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวนผู้ทำการตรวจค้น การใช้กำลังตรวจกว่า 30 นายถือว่า กระทำเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น จากตัวอย่างดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างที่สะท้อนให้เห็นถึงการ ใช้ดุลพินิจของศาลในการออกหมายค้นซึ่งหากมีความเสียหายเกิดขึ้นไม่สามารถหาผู้รับผิดชอบได้ เนื่องจากตำรวจอ้างว่ามีการออกหมายค้น โดยชอบ เพียงแต่กระทำการค้นเกินกว่าเหตุเท่านั้นเอง เพราะฉะนั้นการควบคุมอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการค้นต้องเริ่มจากการใช้ดุลพินิจในการ ออกหมายเป็นสำคัญ ดังนั้น การพิจารณาคำร้องขอหมายจับศาลจะต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่มี ความน่าเชื่อถือและเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนัก หากเป็นพยานบุคคลต้องเป็นพยานบุคคลที่ น่าเชื่อถือ และสิ่งที่ผู้นั้นพูดต้องมีน้ำหนัก ถ้าเป็นพยานเอกสารตัวเอกสารต้องน่าเชื่อถือ เช่น ไม่มี ข้อพิรุธหรือข้อระวางสงสัยว่าจะเป็นเอกสารปลอมหรือไม่ถูกต้องแท้จริง และข้อความในเอกสาร นั้นจะต้องมีน้ำหนักและพยานหลักฐานที่รวบรวมมาได้เพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำ ความผิดตามข้อกล่าวหา ซึ่งพนักงานสอบสวนต้องมีเหตุให้เชื่อ โดยสุจริตและในระดับวิญญูชน ทั่วๆ ไปว่าผู้ต้องหานั้นน่าจะเป็นผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในการ กระทำผิดของผู้ต้องหาและพยานหลักฐานแต่ละชนิดที่รวบรวมได้ในแต่ละคดีๆ ไป

4.2.4 จำนวนพยานเอกสารประกอบการขออนุญาต

ในส่วนของพยานหลักฐาน บางศาลให้ส่งสำเนาคำให้การผู้เสียหายผู้กล่าวหา พยานที่ได้ทำการสอบสวนมาในคดีทุกคำให้การ และพยานเอกสารอื่นในสำนวนการสอบสวนยื่นส่งเป็นพยานหลักฐานประกอบคำร้องขออนุญาต ซึ่งบางคดีมีคำให้การและพยานเอกสารต่างๆ ในสำนวนการสอบสวนจำนวนมาก ทำให้เกิดการค่าใช้จ่าย และบางศาลต้องส่งต้นฉบับสำนวนการสอบสวนไปเพื่อพิจารณาประกอบคำร้องขออนุญาตด้วย ผู้เขียนขอแยกพิจารณา ดังนี้

ก. ในส่วนของสำเนาคำให้การของผู้กล่าวหาหรือ พยาน

เมื่อพิจารณาการยื่นคำร้องขออนุญาตในทางปฏิบัติศาลให้ผู้ร้องขอสรุปผลการสืบสวนสอบสวนมาเพื่อพิจารณาประกอบคำร้องขออนุญาต ซึ่งจะมีข้อเท็จจริงเพียงพอที่ทราบรายละเอียดและพฤติการณ์การกระทำความผิดของผู้ต้องหา รวมถึงมีการสรุปคำให้การของผู้เสียหาย ผู้กล่าวหา หรือพยาน ว่าให้การอย่างไร และข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่ง หรือหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 16 วรรคสาม กำหนดว่าผู้รู้เห็นเหตุการณ์หรือทราบข้อมูลอันเป็นเหตุในการออกหมายจับไม่จำเป็นต้องมาเบิกความต่อศาลด้วยตนเองแต่อาจใช้บันทึกถ้อยคำของบุคคลดังกล่าวซึ่งได้สาบานตนแล้ว เสนอเป็นพยานหลักฐานประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอก็ได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สำเนาคำให้การของผู้กล่าวหา หรือพยาน ที่พนักงานสอบสวนจะต้องยื่นประกอบคำร้องขออนุญาตต่อศาล ควรเป็นแต่สำเนาคำให้การของประจักษ์พยานรู้เห็นเหตุการณ์เท่านั้น และในการให้ปากคำของผู้กล่าวหา หรือพยานต่อหน้าพนักงานสอบสวนจะมีการสาบานตนก่อนที่จะให้การทุกครั้ง จึงไม่มีความจำเป็นต้องถ่ายสำเนาคำให้การผู้กล่าวหา หรือพยานทุกปากที่พนักงานสอบสวนได้ทำการสอบสวนมา เพื่อเสนอประกอบคำร้องขออนุญาตศาล โดยให้ถ่ายสำเนาคำให้การพยานเฉพาะที่พนักงานสอบสวนเห็นว่ามีความสำคัญและเป็นประจักษ์พยานในคดีก็น่าจะเพียงพอ

ข. ในส่วนของพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ

เมื่อพิจารณาจากสรุปผลการสืบสวนสอบสวนมาเพื่อพิจารณาประกอบคำร้องขออนุญาตนอกจากมีสรุปคำให้การของผู้เสียหายผู้กล่าวหา หรือพยาน ว่าให้การอย่างไร แล้วยังต้องแสดงด้วยว่ามีพยานเอกสารหรือพยานวัตถุอะไรบ้าง ประกอบกับข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่ง หรือหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 21 กำหนดว่าหากศาลเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้ผู้ร้องทำสำเนาพยานหลักฐานสำคัญที่สนับสนุนเหตุในการออกหมายจับ ดังนั้นสำหรับพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนต้องส่งศาลเพื่อประกอบคำร้องขออนุญาตต่อศาล จึงต้องทำเป็นสำเนา ผู้เขียนมีความเห็นว่าพยานเอกสารที่พนักงานสอบสวนต้องสำเนา

ส่งเป็นพยานหลักฐานที่ยื่นประกอบคำร้องขอหมายจับ ก็เช่นเดียวกันกับการสำเนาทำให้การกล่าวคือต้องเป็นสำเนาพยานหลักฐานสำคัญในการยื่นขอหมายจับนั้น สำหรับพยานวัตถุ เป็นการยากที่จะนำพยานวัตถุไปแสดงต่อศาล ผู้เขียนเห็นว่าให้สำเนาภาพถ่ายพยานวัตถุนั้นก็สามารถเอกสารยื่นประกอบเป็นพยานหลักฐานประกอบคำร้องขอออกหมายจับได้ แต่หากศาลต้องการดูพ ย า น วั ต ถุ ก็แจ้งให้พนักงานสอบสวนนำมาให้ศาลตรวจดู เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการร้องขอออกหมายจับต่อไป

4.2.5 ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงาน

การแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีผลกระทบถึงอำนาจและหน้าที่ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือจำเลยและยังมีผลกระทบต่อองค์กรในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งได้แก่ ตำรวจ อัยการ ทนายความ ศาล และราชทัณฑ์อีกด้วย กฎหมายรัฐธรรมนูญได้วางแนวทางในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจับ ดังนี้

1. การจับโดยหลักต้องมีหมายเสมอ การจับโดยไม่มีหมายจะต้องถือเป็นกรณีฉุกเฉินหรือกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนเท่านั้นและผู้ออกหมายจะต้องเป็นคนละองค์กรกับผู้ที่ทำหน้าที่ในการจับ เพื่อจะได้มีการถ่วงดุลอย่างรอบคอบจากองค์กรภายนอกก่อนที่จะมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2. การควบคุมตัวผู้ถูกจับควรมีการถ่วงดุล โดยองค์กรภายนอกโดยเร็วที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การจับนั้นกระทำโดยไม่มีหมาย การควบคุมตัวผู้ถูกจับไว้ควรเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนเท่านั้นและมีการถ่วงดุลโดยทันทีจากองค์กรภายนอกที่เป็นกลางซึ่งตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 กำหนดไว้คือ ศาล

3. การปล่อยชั่วคราวจะต้องถือเป็นหลักเสมอส่วนการควบคุมไม่ว่าจะเป็นชั้นสอบสวนหรือในชั้นพิจารณาคดีควรจะเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

4. กระบวนการยุติธรรมในแต่ละขั้นตอนไม่แยกจากกัน โดยเด็ดขาดจะต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรอย่างใกล้ชิด (Check and Balance)

จากแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 กำหนดไว้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวดังต่อไปนี้

นานาอารยประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยมีการบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการรื้อถอนต่อสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนให้สอดคล้องกับปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง (พลเมือง) และสิทธิทางการเมือง เนื่องจากแต่ละประเทศมีรูปแบบการปกครองสังคม วัฒนธรรม และระบบกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ในการบัญญัติกฎหมายนั้นแม้ว่าจะมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นหลัก แต่รายละเอียดปลีกย่อยในข้อกำหนดนั้นย่อมแตกต่างกันออกไป กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมีระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา ศาลจะมีบทบาทจำกัดเป็นเพียงผู้ตัดสินคดีเท่านั้นไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติม ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้น้อยกว่า ประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์มาก เช่น ในประเทศฝรั่งเศสผู้พิพากษาสอบสวนจะมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมหรือดสืบพยานเพื่อให้ได้พยานหลักฐานมากที่สุดศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้มาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาสอบสวนในการออกหมายอาญาต่างๆ เพื่อให้การสอบสวนบรรลุผล หมายต่างๆ ซึ่งผู้พิพากษาสอบสวนมีอำนาจออกได้แก่หมายเรียก หมายขัง และที่สำคัญการออกหมายจับและหมายคุมขังบุคคลนั้นเป็นอำนาจการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาไต่สวนแต่เพียงผู้เดียว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติให้ศาลเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจออกหมายถือเป็นการเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจของรัฐครั้งใหญ่ซึ่งจากเดิมการออกหมายเป็นอำนาจของนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่หรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการออกหมายเท่ากับเป็นการยกเลิกอำนาจออกหมายขององค์กรฝ่ายบริหารและมอบอำนาจนี้ให้ฝ่ายตุลาการในการออกหมายจะเป็นผู้ใช้แทนเช่นเดียวกับต่างประเทศ เช่น ในประเทศญี่ปุ่น แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 ว่าบุคคลใดก็ตามย่อมไม่ถูกจับกุม โดยไม่มีหมาย หมายซึ่งออกโดยเจ้าพนักงานกระบวนการยุติธรรมที่มีอำนาจแต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่น มาตรา 197 บัญญัติว่า ผู้กระทำความผิดจะถูกจับเมื่อมีหมายจับซึ่งออกโดยผู้พิพากษาที่มีอำนาจเท่านั้นและผู้ที่มีอำนาจขอให้ศาลออกหมายจับได้นั้นจะต้องเป็นพนักงานอัยการ ผู้ช่วยพนักงานอัยการ หรือตำรวจที่มียศสูงกว่าสารวัตร (Police Specter) เท่านั้น ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยผลแห่งการใช้และตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญทำให้เกิดบรรทัดฐานว่าเฉพาะแต่ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการออกหมาย ทำให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองเสรีภาพมากขึ้นเพราะมีการตรวจสอบการใช้อำนาจจับกุมของฝ่ายบริหารหรือตำรวจ โดยองค์กรตุลาการ เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน หมายจับออกโดยศาลตาม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมาตรา 114 แต่ถึงอย่างไรก็มีปัญหาที่ตามมาหลายประการด้วยกันคือ

1. เมื่อปรากฏว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นผู้ที่ได้รับความเสียหายต่างมีความประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองติดตามจับกุมคนร้ายมาโดยเร็วการที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจชั้นผู้ใหญ่ออกหมายได้ทำให้การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจเป็นไปด้วยความคล่องแคล่วและรวดเร็ว เพราะการออกหมายเป็นไปโดยตำรวจด้วยกันเองและเจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติงานตลอด 24 ชั่วโมง โดยเฉพาะตำรวจระดับสารวัตรขึ้นไป แม้จะไปไหนก็สามารถติดตามตัวได้ตลอดเวลา ทำให้การออกหมายจับเป็นไปอย่างรวดเร็ว ดังนั้นเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจในการออกหมายให้เป็นอำนาจของศาลอาจเกิดปัญหาได้ว่า เมื่อปรากฏการกระทำความผิดซึ่งไม่ใช่ความผิดซึ่งหน้าหรือมีเหตุจำเป็นอื่นให้จับได้โดยไม่ต้องมีหมายเจ้าพนักงานตำรวจต้องขอหมายจับจากศาล ซึ่งในกรุงเทพฯ อาจไม่มีปัญหามากนักในเรื่องการเดินทางแต่ในต่างจังหวัดที่ทุรกันดารเป็นเกาะ การคมนาคมไม่สะดวกกว่าที่ตำรวจจะไม่ถึงศาลเพื่อขอให้ผู้พิพากษาออกหมายได้ก็อาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดมีเวลาหลบหนีหรือ เคลื่อนย้ายพยานหลักฐาน วัตถุอันต้องสงสัยออกไปทำให้ขาดพยานหลักฐานเป็นการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาได้ แม้ในปัจจุบันสามารถขอหมายจับได้ทางโทรศัพท์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 59 ประกอบข้อบังคับของประธานศาลฎีกา พ.ศ. 2548 กรณีพิเศษ แต่ปรากฏว่าในทางปฏิบัติ ศาลไม่กล้าที่จะออกหมายจับทางโทรศัพท์ให้เจ้าพนักงานผู้ขอหมาย เพราะได้รับฟังเพียงคำบอกเล่าของผู้ร้องขอเท่านั้น เสี่ยงต่อการผิดพลาดได้มากกว่า การขอหมายกรณีปกติ เนื่องจากได้มีการสอบถามประกอบกับเห็นบุคคลิกท่าทางอาักปฏิกิริยาของผู้ร้องขอนั้นเอง

2. ในเรื่องจำนวนศาล ปัญหาในข้อนี้คงจะเกิดขึ้นเฉพาะในพื้นที่ต่างจังหวัดซึ่งเป็นจังหวัดเล็กๆ มีจำนวนศาลไม่มากนักหรือมีหลายศาลแต่ในแต่ละศาลอยู่ใกล้ๆ กันโดยส่วนใหญ่จะรวมอยู่ที่อำเภอเมืองส่วนอำเภออื่นซึ่งอยู่ห่างจากอำเภอเมืองมักจะไม่ค่อยมีศาล หากมีความผิดเกิดขึ้นในท้องที่ที่ห่างไกลอาจทำให้เกิดความไม่สะดวกในการขอหมายจับได้ แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นศาลที่ทำหน้าที่ในการออกหมาย คือ ศาล Magistrate หรือศาลแขวงซึ่งมีเป็นจำนวนมากแทบทุกมณฑล (country) ผู้พิพากษาในศาลนี้จะถูกเรียกว่า Magistrate ไม่เรียก Judge จะมีอำนาจในการออกหมายและมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษา คดีแพ่งและคดีอาญาเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งคล้ายๆ กับศาลแขวงบ้านเรา ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในต่างประเทศนั้นมีความพร้อมในเรื่องจำนวนศาลมากกว่าประเทศไทยมากทำให้ไม่มีปัญหาในเรื่องนี้

3. ในเรื่องของจำนวนผู้พิพากษาปัจจุบันผู้พิพากษามีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับตำรวจที่ประจำอยู่ที่สถานีตำรวจต่างๆ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ มีอัตรากำลังเจ้าพนักงานเพียง

พอที่จะอยู่ประจำที่สถานีตำรวจในท้องที่ต่างๆ ได้ตลอด 24 ชั่วโมง ในขณะที่กระทรวงยุติธรรมยังขาดผู้พิพากษาอีกมาก ทำให้การออกหมายจับล่าช้า ประกอบเนื่องจากภาระงานของผู้พิพากษา หรือวิธีการดำเนินงานของฝ่ายตุลาการในศาล ทำให้การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจขาดความคล่องตัวอาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้มีการทำลายพยานหลักฐาน ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อการพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้

ในการออกหมายจับนั้น นอกจากจะต้องการผู้ที่เป็นกลางและเป็นอิสระมาเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการออกหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ผู้นั้นจะต้องทราบข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในระดับหนึ่งเพียงพอที่จะพิจารณาว่าควรออกหมายหรือไม่ ในการออกหมายจับของตำรวจแต่เดิมนั้นแม้ว่าเจ้าพนักงานตำรวจจะเป็นผู้ออกหมายจับแต่การออกหมายจับของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นแม้ว่าเจ้าพนักงานตำรวจจะเป็นผู้ออกหมายจับแต่การออกหมายจับของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นไม่ได้เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะใช้ดุลยพินิจได้เพียงลำพัง เพราะในบางกรณีจะต้องไปขอความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งถือเป็นการควบคุมการใช้อำนาจที่ไม่ชอบในการออกหมายจับของตำรวจเช่นกัน แต่เป็นการควบคุมโดยองค์กรเดียวกันคือฝ่ายบริหารทำให้ขาดการตรวจสอบการออกหมายโดยองค์กรอื่นจึงไม่อาจคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่ซึ่งในการนี้หากจะพิจารณาว่าระหว่างกระทรวงมหาดไทยโดยผู้ว่าราชการจังหวัดหรือศาลองค์กรใดเหมาะสมที่จะสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงได้ดีกว่ากัน จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาย่อมมีความชำนาญในการพิจารณาสำนวนสืบสวนสอบสวนเบื้องต้นของตำรวจได้ดีกว่าเพราะเป็นผู้ที่คลุกคลีกับคดีอาญาอยู่แล้วย่อมสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างรอบคอบระมัดระวังกว่าว่ากรณีเช่นนี้ควรจะออกหมายจับหรือไม่และอีกประการหนึ่งคือผู้ว่าราชการจังหวัดส่วนมากเป็นนักปกครองไม่ใช่ นักกฎหมาย การจับกุมคุมขังบุคคลใดนั้นเป็นเรื่องของกฎหมายไม่ใช่เรื่องของนักกฎหมาย ดังนั้นหากได้นักปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยการออกหมายจับบุคคลแทนที่จะเป็นนักกฎหมายอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนได้เพราะการวินิจฉัยตีความของนักกฎหมายและนักปกครองแตกต่างกัน

4.2.6 ผลจากการจับไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า การที่บุคคลต้องถูกควบคุมตัวก็เพราะบุคคลนั้นต้องหาว่าได้กระทำความผิดทางอาญา และถูกจับมา ฉะนั้นการจับจึงเป็นต้นเหตุที่ทำให้บุคคลต้องถูกควบคุมตัว และการควบคุมตัวผู้ถูกจับนั้นกฎหมายก็ได้กำหนดระยะเวลาไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 ฉะนั้นหากผู้ใดควบคุมตัวอยู่เกินกว่าความจำเป็นแก่การสอบสวน หรือเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้นั้นก็ควรที่จะมีสิทธิในการที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายว่า เขาได้ถูกควบคุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถูกควบคุมโดยมิชอบได้แก่ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 240 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการควบคุมขังตัวบุคคลในคดีอาญา หรือในกรณีอื่นใด ผู้ถูกคุมขังเอง พนักงานอัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้คุมขัง มีสิทธิร้องต่อศาลท้องที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา ว่าการคุมขังเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีคำร้องเช่นว่านี้ ให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน ถ้าเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้ตัวผู้คุมขัง มาศาล โดยพลัน และถ้าผู้คุมขังแสดงให้เป็นที่พอใจของศาลไม่ได้รับการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที¹⁸⁵

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 บัญญัติว่า เมื่อมีการกล่าวอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกควบคุม หรือ ขังโดยผิดกฎหมาย หรือถูกจำคุกโดยผิดจากคำพิพากษาของศาล บุคคลเหล่านั้นมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ปล่อยคือ

- (1) บุคคลที่ถูกเข้าเช่นนั้น
- (2) สามี ภรรยา หรือญาติของผู้นั้น หรือผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง
- (3) พนักงานอัยการ
- (4) ผู้บัญชาการเรือนจำ หรือ พศดี

เมื่อได้รับคำร้องดังนั้นก็ให้ศาลหมายเรียก เจ้าพนักงาน หรือบุคคลอื่นซึ่งก่อให้เกิดการควบคุม ขัง หรือ จำคุก และผู้ที่ถูกควบคุม ขังหรือจำคุกพร้อมกันถ้าเป็นที่พอใจศาลว่าการควบคุม หรือขังผิดกฎหมาย หรือการจำคุคนั้นผิดจากพิพากษาก็ให้ศาลปล่อยตัวผู้นั้นไป¹⁸⁶

เป็นที่กล่าวกันว่า บทบัญญัติ มาตรา 90 และบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 240 มีที่มาจากหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเรียกว่า “The Prerogative writ of habeas corpus adsubiiciendum” หรือเรียกสั้นๆ ว่า¹⁸⁷

“Writ of habeas corpus” หลักการสำคัญของ Writ of Habeas Corpus คือ หากมีบุคคล โดยถูกควบคุม หรือ กักขังอยู่โดยเจ้าพนักงาน หรือบุคคลอื่นใดก็ตามให้ศาลมีหมายเรียกบุคคลที่ถูกอ้างว่า ก่อให้เกิดการควบคุม หรือกักขังโดยผิดกฎหมายนั้น นำตัวบุคคลที่ถูกควบคุมหรือกักขังมายังศาล ตามวันเวลาที่กำหนดในหมายเรียก เพื่อจะได้ให้ศาลได้พิจารณาว่าจะสมควรให้ควบคุม หรือกักขังหรือควรจะปล่อยตัวไปนั่นเอง

¹⁸⁵ รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540, มาตรา 240.

¹⁸⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90.

¹⁸⁷ ธานินทร์ ภัยวิเชียร. (2505). "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาปี 1200/2504, เรื่องอำนาจศาลในกรณีบุคคลถูกควบคุมหรือขังโดยผิดกฎหมายs." *บทบัญญัติ, เล่มที่ 20, ตอน 2.*

ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพในชีวิต และร่างกายตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ชัดเจน และได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 466/2541 ไว้ว่า การจับที่ไม่ชอบทำให้ไม่มีสิทธิควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้เพื่อสอบสวน ผู้ต้องหาสิทธิร้องขอให้ปล่อยตัว เพราะเป็นการควบคุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และรัฐธรรมนูญพ.ศ. 2540 มาตรา 240 ได้วาง หลักเกณฑ์ไว้เคร่งครัดว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ ศาลจะต้องดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วนและถ้าผู้ถูกคุมขัง แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าเป็นการควบคุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วศาลจะต้องปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังทันที จึงเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานต้องใช้ความระมัดระวัง แต่อย่างไรก็ตาม การจับโดยมิชอบที่ทำให้ไม่มีอำนาจควบคุมตัว ผู้ต้องหานั้นเป็นคนละกระบวนการ กับการสอบสวนโดยศาลฎีกาที่ 495/2500 กล่าวคือ เมื่อมีการสอบสวนโดยชอบธรรมแล้วพนักงานอัยการย่อมมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลได้ สำหรับการกระทำของจำเลยจำเลยก็ให้การรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดทุกประการ

ฉะนั้น การที่ผู้จับจำเลยจะมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะทำการจับกุมจำเลยหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่าทำให้จำเลยพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดหรือพ้นจากการถูกฟ้องไปได้ไม่ หากจำเลยเห็นว่ามิใช่ผู้ละเมิดต่อเสรีภาพของจำเลยอย่างไร จำเลยก็ชอบที่จะไปกล่าวเป็นอีกขณะหนึ่ง

188

ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผลของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทำให้เกิดหลัก Exclusionary Rule ได้กล่าวว่า การจับที่มีชอบด้วยกฎหมาย จะส่งผลต่อพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจะนำพยานหลักฐานชนิดนั้นมาอ้างเป็นพยานไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักการของต่างประเทศ แต่ตามหลักกฎหมายพยานหลักฐานของไทย เรานั้นไม่ได้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวกฎหมายพยานหลักฐานของไทยใช้การขังนำพยาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคแรก บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจ ขังนำพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักพยานหลักฐาน ของไทย การจับที่ไม่ชอบไม่ได้ส่งผลถึงขนาดว่าพยานหลักฐานที่ได้จากการจับเสียไป¹⁸⁹ แต่อาจจะมีน้ำหนักน้อยแต่สามารถนำไปใช้ในการพิจารณาประกอบพยานหลักฐานอย่างอื่นได้และการจับที่ไม่ชอบไม่มีผลต่อพยานหลักฐานอื่นที่

¹⁸⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2544). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วย การดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 196.

¹⁸⁹ จิรนิติ หะวานนท์. สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 52.

ไม่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานที่ได้มาใน ขณะจับกุมพยานหลักฐานอื่นก็ใช้อ้างเป็นพยานได้ มีการสั่งฟ้องคดีต่อไปได้ ศาลก็ดำเนินการพิจารณาต่อไปได้

ผลจากการจับไม่ชอบนี้ยังมีผลทำให้ผู้ที่จะถูกจับกระทำการโต้ตอบการจับการร้องป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้ ไม่มีความผิดฐานต่อผู้ขัดขวางเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138 และผู้จับอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 อีกทั้งผู้จับต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการกระทำละเมิดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 630/2541 ได้วางหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้เมื่อจับไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีการควบคุมตัวผู้ถูกจับ แม้ตัวผู้ถูกจับหลบหนีก็ไม่มี ความผิดฐานหลบหนีที่คุมขังตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 190