

บทที่ 2

ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้นในทรีโฐาน

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ก่อนศตวรรษที่ 18 การคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการที่ถูกเจ้าพนักงานของรัฐละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพ ต่อร่างกาย และการอยู่อาศัยในเคหสถาน ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการจับกุม หรือการตรวจค้นยังไม่ได้รับการคุ้มครอง เป็นเหตุให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจอย่างมากในการที่จะเข้าไปละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีหลักเกณฑ์ใดมาจำกัดอำนาจ เช่นในประเทศฝรั่งเศส เจ้าพนักงานของรัฐสามารถจับกุมบุคคลใดไปขังไว้โดยยังไม่ทราบข้อกล่าวหา และสามารถขังโดยไม่มีกำหนดได้³ ต่อมาในช่วงยุคศตวรรษที่ 18 ได้มีนักปรัชญาหลายท่าน เช่น มองเตสกีเออ จังจาคสรูสโซ เป็นต้น ได้สร้างแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นการนำไปสู่แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น โดยในยุคดังกล่าวรัฐจะคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น เห็นได้จากการทำเอกสารที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล⁴ เช่น ประเทศอังกฤษได้จัดทำให้มีการทำเอกสารเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล เรียกว่า แมกนาคาร์ต้า (Magna Carta) โดยได้บัญญัติไว้เป็นจำนวน 63 ข้อ แต่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำการศึกษา คือ เรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะถูกดำเนินการตรวจค้น จับกุม กักขัง ขังไว้ หรือริบทรัพย์สินจะไม่สามารถทำได้ เว้นเสียแต่จะได้รับการพิจารณาโดยบุคคลชั้นเดียวกับเขาและตามกฎหมายบ้านเมือง การที่รัฐได้สร้างบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมานั้นย่อมเป็นการก่อให้เกิดหลักของสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (Personal Liberty)⁵ หรืออย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดทำเอกสารเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเหมือนกัน โดยใช้ชื่อว่า The Declaration of Independence โดยภายในเอกสารดังกล่าวได้มีการรับรองสิทธิไว้ในวรรคสองโดยได้เขียนข้อความไว้ว่า “เราคือความจริงซึ่งได้ประจักษ์แก่ตัวเองแล้วว่า มนุษย์เราเกิดมาย่อมเท่าเทียมกัน และต่างก็ได้รับสิทธิบางประการซึ่งไม่อาจโอนให้แก่กันได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าว

³ จงรัก จุฑานนท์. (2525). การคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการถูกจับและตรวจค้นโดยไม่ชอบ. หน้า 1.

⁴ กุลพล พลวัน. (2538). พัฒนาการสิทธิมนุษยชน. หน้า 74.

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 31.

ได้รับมอบมาจากพระผู้เป็นเจ้า กล่าวคือสิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุข สิทธิในการป้องกันมิให้บุคคลอื่นมารบกวนสิทธิดังกล่าว จึงได้จัดตั้งขึ้นซึ่งรัฐบาลที่ได้รับอำนาจอันชอบธรรมด้วยประชาชนผู้อยู่ได้ปกครอง เมื่อได้รับอำนาจอันชอบธรรมด้วยความยินยอมจากประชาชนแล้ว การที่รัฐบาลใช้อำนาจที่ได้รับมาจากประชาชนดำเนินการในทางปกครองในการที่เป็นปรีภัยต่อหลักดังกล่าวเมื่อใดแล้ว ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินการเปลี่ยนแปลงหรือล้มเลิกรัฐบาลนั้นเสียก็ย่อมได้ และสามารถดำเนินการสถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นตามที่จะเห็นว่ารัฐบาลใหม่นั้นจะทำให้ประชาชนได้รับความปลอดภัยและยังความสุขให้เกิดขึ้นมากที่สุด”⁶

ในอดีตเห็นได้ว่าพัฒนาการในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะเป็นเรื่องการคุ้มครองภายในรัฐแต่ละรัฐเท่านั้น แต่ในปัจจุบันพัฒนาการสิทธิมนุษยชนนั้นได้มีการพัฒนาโดยได้มีการสร้างความร่วมมือการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว โดยในแต่ละประเทศได้มีการให้ความร่วมมือกันในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวมากขึ้น ทำให้การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวมีการพัฒนาการ และเดินทางไปทิศทางเดียวกันมากขึ้น พัฒนาการสิทธิดังกล่าวได้พัฒนาเรื่อยมา จนกระทั่งวันที่ 10 ธันวาคม 1948 องค์การสหประชาชาติ ได้มีการประชุม และได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้น ในเนื้อหาของประกาศดังกล่าวได้กำหนดถึงสิทธิต่างๆ ที่ประชาชนพึงมี การใช้สิทธิดังกล่าวมิให้ไปล่วงละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่น รวมถึงการใช้อำนาจของรัฐมิให้ไปกระทบกระเทือนถึงสิทธิดังกล่าว

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ข้อ 12 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นอยู่ทั่วไปของประชาชน ซึ่งมีใจความสำคัญดังต่อไปนี้ “บุคคลใดจะถูกแทรกสอดโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือการถูกลบหลู่ในเกียรติยศ และชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายต่อการแทรกสอด หรือการลบหลู่ดังกล่าวนี้”⁷

สิทธิของบุคคลที่พึงได้รับการคุ้มครองตามสิทธิมนุษยชนนั้นเกิดจากการที่องค์การสหประชาชาติได้จัดตั้งขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือก็เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพื่อให้มนุษยทั่วโลกได้รับความคุ้มครองในการที่จะดำรงตนเป็นมนุษย์ด้วยความเสมอภาคในการดำรงชีวิตด้วยความผาสุก การประกอบอาชีพ การแสดงความคิดเห็นหรือการนับถือศาสนาต่างๆ ทางองค์การสหประชาชาติได้จัดให้มีการประชุมร่างปฏิญญาสากลเพื่อสิทธิ

⁶ แหล่งเดิม, หน้า 32.

⁷ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 12.

มนุษย์ชน เพื่อเสนอและแนะนำให้รัฐต่าง ๆ นำไปใช้เป็นหลัก⁸ โดยองค์การสหประชาชาติประกาศ เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับและการถือปฏิบัติต่อสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 เมษายน ค.ศ.1984 ด้วย เหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรจะได้รับ การคุ้มครอง โดยหลักนิติธรรมถึงความเชื่อมั่นใน สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคล และในความเสมอกันแห่งสิทธิของ ชายและหญิง โดยเฉพาะสิทธิในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจค้นที่ได้รับความคุ้มครองมีบัญญัติไว้ใน สาระสำคัญว่าด้วยการแทรกสอดโดยผลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน ของบุคคลนั้นๆจะกระทำมิได้ (no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy family, home or correspondence,...) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของมนุษย์ขององค์การ สหประชาชาติไม่มีผลบังคับ หรือพันธะทางกฎหมายแก่บรรดารัฐภาคีสหประชาชาติ เนื่องจาก ไม่มีข้อกำหนดให้บรรดารัฐภาคีสมาชิกรับเอาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไปปฏิบัติเป็น กฎหมายบังคับภายในรัฐ หรือกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในรัฐของ ตน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงเป็นเพียงบรรทัดฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จสำหรับ บรรดาประชาชนและประชาชาติทั้งหลาย⁹ อีกประการหนึ่งสิทธิมนุษยชนก็เป็นมาตรฐานการ ปฏิบัติโดยทั่วไปของทุกชนชาติและทุกองค์การของสังคมต่างๆ ให้ตระหนักอยู่เสมอและพยายาม สอนและให้การศึกษาดลอดจนส่งเสริมให้มีการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพ และให้ใช้มาตรการที่ ก้าวหน้าทั้งระดับชาติและสากล เพื่อให้มีการยอมรับและมีประสิทธิผล รวมทั้งปฏิบัติตามของ รัฐสมาชิกและชนชาติต่างๆที่อยู่ในดินแดนอารักขา¹⁰

ฉะนั้นสิทธิของบุคคลที่พึงได้รับการคุ้มครองตามสิทธิมนุษยชนตามเจตนารมณ์ของ ปฏิญญาสากลในเรื่องการเข้าสอดแทรกโดยผลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ใน เคหสถานของบุคคล ก็คือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการถูกตรวจค้นนั่นเอง

จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองความเป็นอยู่ ส่วนตัวของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการดำเนินชีวิตประจำวัน หรือการอยู่ในที่พักอาศัย หรือการสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นในฐานะส่วนตัว หรือฐานะครอบครัว แต่หลักดังกล่าวก็สามารถยกเว้นได้หากรัฐเห็นว่ การกระทำที่จะเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมี กฎหมายที่อนุญาตให้สามารถทำได้ ก็สามารถเข้าไปรบกวนสิทธิดังกล่าวได้

⁸ อูทซ์ วิเศษสมิต. (2503,7 เมษายน). “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันเกี่ยวกับกฎหมายอาญา และ วิธีพิจารณาความอาญา.” ดุลพาห, 4, หน้า 418.

⁹ วีระ โลจายะ. (2531). กฎหมายสิทธิมนุษยชน. หน้า 72.

¹⁰ โกศล โสภาควิจิตร. (2520, 2 พฤษภาคม – สิงหาคม). “หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของ องค์การสหประชาชาติ.” วารสารกฎหมาย, 3, หน้า 29.

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แม้ว่าสหประชาชาติจะได้กำหนดมาตรการให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามความที่กล่าวไว้แล้วนั้น แต่หลักดังกล่าวยังอนุญาตให้รัฐเข้าไปล่วงละเมิดถึงสิทธิดังกล่าวได้เมื่อมีเหตุที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ การที่รัฐจะเข้าไปล่วงละเมิดถึงสิทธิดังกล่าวนั้น รัฐจะมอบให้ “เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รักษากฎหมาย (Law Enforcement Officials)” เป็นผู้ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับบุคคลที่จะถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว เพื่อเป็นการที่จะให้เจ้าพนักงานดังกล่าวใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐในการที่จะเข้าไปล่วงละเมิดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของประชาชนนั้น ต้องถูกควบคุมมิให้เป็นการใช้อำนาจที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนมากเกินไป

ฉะนั้นเพื่อให้การใช้อำนาจของรัฐไม่ล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนมากเกินไป สมัชชาสหประชาชาติจึงได้สร้างหลักการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐขึ้นมา โดยประกาศใช้ “ประมวลจรรยาบรรณสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่โดยกฎหมาย” (Code of Conduct for Law Enforcement Officials) โดยเนื้อหาสาระสำคัญของประกาศฉบับดังกล่าวคงมีอยู่ในข้อ 1 และข้อ 2 โดยในเนื้อหาสาระสำคัญของประกาศข้อที่ 1 นั้นได้กำหนดให้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รักษากฎหมายต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ส่วนในเนื้อหาสาระของประกาศ ข้อ 2 นั้น เป็นการที่กำหนดให้เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่รักษากฎหมาย เมื่อมีการดำเนินการตามกฎหมายที่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิดังกล่าว การกระทำนั้นต้องเคารพและคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และจะต้องไม่เป็นการทำลายล้างหลักสิทธิมนุษยชน เห็นได้ว่าสหประชาชาติได้สร้างกรอบของสิทธิที่ประชาชนพึงมี และกรอบของการใช้อำนาจของรัฐ เพื่อให้รัฐแต่ละรัฐออกกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับหลักดังกล่าว¹¹

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่องค์การสหประชาชาติได้สร้างหลักในปฏิญญาสากล และประมวลจรรยาบรรณสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่โดยกฎหมายขึ้นมานั้น ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจากเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมายโดยเมื่อมีเหตุอันควร และได้กำหนดหลักวิธีที่เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะเข้าไปละเมิดต่อสิทธิดังกล่าวของประชาชนนั้น จะต้องทำไปให้พอสมควรแก่เหตุไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองจากประกาศทั้งสองขององค์การสหประชาชาตินั้นได้ ซึ่งไปสอดคล้องกับแนวความคิดของ Herbert Packer ซึ่งได้เขียนแนวความคิดของเขาไว้ในบทความเรื่อง “Two Models of The Criminal Procedure”¹²

¹¹ ศุภฤกษ์ สุกรเสพย์. (2545). การค้นในทิวทัศน์ของเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด. หน้า 10-11.

¹² John Griffiths. (1970). *Idedoge in Criminal Procedure or “A third “Model” of Criminal Process.* The Vale Law Journal Vol.79. pp. 360-361.

แนวความคิดดังกล่าวถือได้ว่าเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในปัจจุบัน โดยเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งการใช้อำนาจนั้นจะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยปรัชญาที่ว่า “เมื่อรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย และการกระทำที่รัฐได้กระทำลงไปตามอำนาจนั้นย่อมเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิดังกล่าว ดังนั้นการที่รัฐจะต้องดำเนินการตามภายใต้กรอบที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำได้ กล่าวคือ การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องอยู่ในขอบเขตที่ไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป หลักดังกล่าวถือได้ว่าเป็นปรัชญาที่สำคัญของกระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่สำคัญที่สุด

จากปรัชญาดังกล่าวข้างต้นพอจะสรุปได้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่ดีนั้นจะต้องมีประสิทธิภาพในการป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรม ควบคู่ไปกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจที่ได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยมิชอบด้วย¹³ จากแนวความคิดนี้ Packer ได้แบ่งกระบวนการพิจารณาคดีอาญาออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือรูปแบบแรกเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เรียกว่า Due Process Model ส่วนรูปแบบที่สองเป็นแนวทางในการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรม เรียกว่า Crime Control Model¹⁴

Packer ได้อธิบายถึงรูปแบบของ Due Process Model ไว้ว่าหากรัฐใดบัญญัติกฎหมายโดยให้ความสำคัญต่อหลักดังกล่าว กฎหมายของรัฐนั้นจะออกมาในทิศทางของการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมาก หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักดังกล่าวมุ่งความสำคัญไปที่การจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐที่จะดำเนินการใดก็ตามที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำได้ แต่หากการกระทำนั้นต้องเข้าไปล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้วเจ้าพนักงานจะสามารถทำได้แต่คงต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวโดยสรุปได้ว่ารูปแบบดังกล่าวเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบนั่นเอง¹⁵

ส่วนรูปแบบ Crime Control Model นั้น Packer ได้อธิบายว่า หากรัฐใดให้ความสำคัญในรูปแบบดังกล่าว กฎหมายภายในรัฐดังกล่าวจะมุ่งไปในทิศทางที่การเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรม โดยในกฎหมายจะอนุญาตให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถเข้าไปแสวงหาความจริง ไม่ว่าจะเป็นการตรวจค้น จับกุม หรือควบคุมขัง โดยมีการตรวจสอบที่ไม่เคร่งครัดจากองค์กรภายนอก ซึ่งการกระทำทั้งหมดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้เพื่อความสงบสุขของสังคม

¹³ กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์. (2543). กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง. หน้า 11.

¹⁴ จงรักษ์ จุฑานนท์. เล่มเดิม. หน้า 10.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 11.

โดยรวม กล่าวโดยสรุปแนวความคิดของรูปแบบดังกล่าว เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐ เข้าไปแสวงหาพยานหลักฐาน ป้องกัน หรือควบคุมมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้น หากเจ้าพนักงาน กระทำการดังกล่าวแล้วจะต้องกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแน่นอน แต่ หากมีเหตุผลว่าเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบสุขโดยรวมของประชาชน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมสามารถกระทำได้¹⁶

จากแนวความคิดดังกล่าว Packer ได้อธิบายว่าให้มองแนวความคิดทั้งสองเป็นจุดสอง จุดอยู่ที่ปลายเส้นตรงเส้นเดียวกัน แล้วจุดทั้งสองจุดจะไหลมาชนกัน หากเปรียบกับสังคม หรือรัฐ ใดรัฐหนึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะให้กระบวนการพิจารณาอาญาไปในทิศทางใด ถ้าหากรัฐหรือ สังคมนั้นมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่า การเพิ่มประสิทธิภาพในการ ป้องกันอาชญากรรม จุดทางด้าน Due Process Model ก็จะไหลมากกว่าด้าน Crime Control Model หากสังคมหรือรัฐใดก็ตาม มีวัตถุประสงค์ในการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกัน อาชญากรรม หรือต้องการความเด็ดขาดในการควบคุมอาชญากรรมไม่ให้เกิดในรัฐของตนหรือให้ เกิดน้อยที่สุด ทิศทางในการไหลก็จะสวนทางกัน กล่าวคือ จุดด้าน Crime Control Model ก็จะไหล มากกว่าด้าน Due Process Model ฉะนั้นกระบวนการพิจารณาอาญาที่ดีนั้นจะต้องมีการ ผสมผสานระหว่างสอง Model ให้เกิดดุลยภาพที่เหมาะสม¹⁷ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสังคมของประเทศนั้นๆ

ปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมมีการพลวัต (Dynamic) ตลอดเวลา การที่รัฐจะออกกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาอาญาให้เกิดดุลยภาพโดยอาศัยทั้งสอง Model มาเป็น แนวทางในการบัญญัติกฎหมายนั้นสามารถทำได้โดยยาก กล่าวคือ ในช่วงเวลาที่รัฐได้บัญญัติ กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวออกมา ในรัฐดังกล่าวมีปัญหาเกิดอาชญากรรมจำนวนมาก สังคมอยู่ กันอย่างไม่มีความสุข รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายที่เป็นการให้อำนาจกับเจ้าพนักงานของรัฐในการที่ เข้าไปแสวงหาพยานหลักฐาน หรือการหาตัวผู้กระทำความผิด หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมมากขึ้น เป็นเหตุให้การ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยลง หรือในกรณีกลับกันหากรัฐนั้นไม่ค่อยเกิดปัญหา อาชญากรรม จึงบัญญัติกฎหมายที่ออกมาในลักษณะคุ้มครองสิทธิของประชาชนมาก ดังที่ได้กล่าว ไปแล้วว่าปัญหาอาชญากรรมมันพลวัตตลอดเวลา หากในรัฐนั้นๆ ได้บัญญัติกฎหมายออกมาแล้ว หากเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย การแก้ไขกฎหมายไม่สามารถทำได้รวดเร็ว เพราะ ต้องมีการผ่านกระบวนการพิจารณาหลายขั้นตอน เป็นเหตุให้กฎหมายไม่ทันสมัย ไม่สอดคล้องกับ การป้องกันอาชญากรรม หรือการคุ้มครองสิทธิของประชาชน จึงเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติ

¹⁶ กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์. เล่มเดิม. หน้า 10.

¹⁷ จงรัก จุฑานนท์. เล่มเดิม. หน้า 12.

พยายามเปิดช่องว่างไว้ คือการกำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถใช้ดุลพินิจในการป้องกันอาชญากรรมได้ การใช้ดุลพินิจนี้กฎหมายไม่อาจวางหลักควบคุมไว้ได้มากนัก จึงเป็นภาระของเจ้าพนักงานที่จะต้องดำเนินการไปโดยใช้หลักความสุจริตใจ ซึ่งยากแก่การตรวจสอบ ส่วนในประเทศที่ยึดหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Common Law) ไม่ค่อยมีปัญหา เพราะหลักต่างๆ จะมาจากคำพิพากษา หากปัญหาอาชญากรรมพลวัต ศาลก็พิพากษากำหนดหลักใหม่ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้ทันทั่วทั้ง¹⁸

2.2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทฤษฎีฐาน

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีที่มาจากหลักการที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน (Dignity) และบุคคลทุกคนมีความสามารถในการคิด ตัดสินใจ ตลอดจนปกครองดูแลตัวเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคม ย่อมมีความจำเป็นที่ต้องสร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อให้บุคคลสามารถใช้ชีวิตร่วมกันได้อย่างสงบสุขโดยไม่ล่วงล้ำก้ำก่ายซึ่งกันและกัน นั่นคือการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพของบุคคล” โดยสิทธิ “(Right) เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น”¹⁹ ในขณะที่เสรีภาพ (Liberty) เป็นอำนาจในการกำหนดตัวเอง สิทธิและเสรีภาพจึงมีความแตกต่างในสาระสำคัญตรงที่สิทธิเป็นอำนาจที่ใช้ในความสัมพันธ์กับผู้อื่นโดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำและที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์กระทำ และการมีอำนาจดังกล่าวมีผลเพียงเป็นการก่อกำหนดที่จะต้องละเว้นการกระทำใดๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น ทั้งนี้ในปัจจุบันได้มีการใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพรวมๆ กันไป โดยเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลแต่ละคนพึงมีในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ว่า “สิทธิมนุษยชน” หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” อย่างไรก็ตาม สิทธิดังกล่าวหาใช่อำนาจของบุคคลที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เกิดประโยชน์แก่ตนไม่ แต่เป็น “สิทธิในเสรีภาพ”(Right of Liberty) ซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่บุคคลจะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ²⁰

¹⁸ ศุภฤกษ์ สุกรเสพย์, เล่มเดิม, หน้า 13.

¹⁹ จิรนิติ หะวานนท์, (2544), สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 14.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2543), สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในความหมายของสิทธิของมนุษยชนเป็นการจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยคำนึงถึงการกำเนิดของสิทธิ กล่าวคือเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด จึงแตกต่างจากสิทธิพลเมืองที่เกิดจากการเป็นสมาชิกของรัฐใดรัฐหนึ่ง สิทธิมนุษยชนนี้แบ่งออกเป็นหลายประเภท ยกตัวอย่างเช่น

สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร สิทธิในครอบครัว สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ฯลฯ

เสรีภาพทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิยายของศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ฯลฯ

สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับผู้อื่น ฯลฯ

สำหรับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับสถานที่ซึ่งเรียกว่า “ที่รโหฐาน” นั้น แม้จะไม่ใช่สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรองรับไว้โดยตรงในกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับสิทธิในเคหสถานที่ได้รับการรับรองโดยข้อ 12 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)²¹ และข้อ 17 ของกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant On Civil and Political Rights)²² ที่ระบุไว้โดยสอดคล้องกันว่าการเข้าไปแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน การติดต่อสื่อสาร ตลอดจนการลบลู่ชื่อเสียงและเกียรติยศของบุคคลจะทำได้ และบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกแซงและลบลู่ดังกล่าว โดยมาตรา 1(13)ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้บัญญัติว่า “ที่รโหฐาน” หมายความว่าสิ่งต่างๆ ซึ่งมีใช้ที่สาธารณสถาน ดังบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา ในขณะที่มาตรา 1(3) ของประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “สาธารณสถาน” หมายความว่าสถานที่ใดๆซึ่งประชาชน

²¹ Article 12.

No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

²² Article 17

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้คำว่า “ที่รโหฐาน” จึงหมายถึงสถานที่ที่บุคคลมีอำนาจหากันไม่ให้ผู้อื่นเข้าไป โดยมีได้รับอนุญาตซึ่งมีความหมายแตกต่างจาก “เคหสถาน” (home) อันเป็นสถานที่ที่บุคคลใช้ในการอยู่อาศัย โดยที่รโหฐานย่อมรวมถึงเคหสถานใดๆ ที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของหรือครอบครองมิได้ประสงค์ให้บุคคลภายนอกเข้ามาใช้สอยได้ดังที่สาธารณสถานด้วย²³

อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในที่รโหฐานนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ทุกประเทศต่างได้ให้การรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนในรัฐว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งที่เป็นผู้เสียหายผู้ต้องหา และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง จะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยไม่มีเหตุผลหรือโดยไม่จำเป็น ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 33 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” และมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้น และในกรณีดังต่อไปนี้.....”

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นแม้จะถูกรับรองโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายก็อนุญาตให้มีการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้หลายช่องทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการค้นในเคหสถานของประชาชน กฎหมายได้กำหนดให้ศาลเท่านั้นที่ เป็นผู้พิจารณาในการออกหมายค้น ดังนั้นในการออกหมายค้น ศาลยุติธรรมจึงได้มีการออกกระเบียนศาลว่าด้วยการออกหมายจับและหมายค้น ซึ่งทำให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญมากขึ้น โดยศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจจากพยานหลักฐานที่มีเหตุอันสมควร หรือเพื่อไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจไปในทางที่มิชอบหรือแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะค้นหรือจับบุคคลใดก็ตาม หากมีการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ล่วงละเมิดต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในผลการละเมิดที่ได้กระทำไปและต้องมีความรับผิดชอบ

²³ ประกัสสร ประกอบแก้ว. (2554). การค้นในที่รโหฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา : ศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ. หน้า 6-8.

ในทางอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ ทำให้ประชาชนได้รับการรับรองความคุ้มครองตามสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้²⁴

ในส่วนของแต่ละประเทศนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) ก็ได้สร้างหลักการเพื่อเป็นการรับรองว่า สิทธิของประชาชนในอันที่จะได้รับความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย เคหสถาน และเอกสารจากการค้นและยึดโดยไม่มีความยินยอมจะถูกล่วงละเมิดมิได้²⁵ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกล่าวถึง “เคหสถาน” (houses) แต่นักกฎหมายและศาลของสหรัฐอเมริกาก็ได้ยึดถือเป็นหลักตลอดมาว่า The Fourth Amendment เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในสถานที่ที่บุคคลนั้นมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิในทรัพย์สิน โดยไม่ได้จำกัดว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเฉพาะสถานที่ที่บุคคลอยู่อาศัยเท่านั้น²⁶ ซึ่งแนวคิดนี้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในประเทศอังกฤษ ในการใช้อำนาจสืบสวนสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจ ตาม The Police and Criminal Evidence Act 1984 ที่ระบุหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการค้นในทรัพย์สิน (Search of premise) และได้ให้ความหมายของ “premise” ว่า สถานที่ใดๆก็ตาม โดยให้รวมถึงยานพาหนะ หรือสิ่งปลูกสร้างที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ เช่น เต็นท์²⁷ ด้วย

²⁴ อรรถนพ ลิขิตจิตถะ,ณรงค์ รัตนานุกูล และสุวัฒน์ รุ่งเมฆารัตน์. (2548). รายงานการวิจัยเรื่อง การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ 1) หัวข้อ เทคนิคการสอบสวนคดีพิเศษ.

²⁵ The Four Amendment

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 particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

²⁶ The U.S. Government Printing Office, “4 Amendment US Constitution Search and Seizure,” pp. 1205-1206, www.gpoaccess.gov/constitution/pdf/con015.pdf.

²⁷ 23. Meaning of “premises”

In this Act-

“premises” includes any place and, in particular, includes-

- (a) any vehicle, vessel, aircraft or hovercraft;
- (b) any offshore installation;
- (ba) any renewable energy installation;
- (c) any tent or movable structure;...

จึงอาจกล่าวได้ว่า การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทึร์โฮฐานครอบคลุมพื้นที่ใดๆที่อยู่ภายใต้การหวงกันของบุคคลในอันที่จะป้องกันหรือต่อสู้ขัดขวางมิให้บุคคลอื่นเข้ามาแทรกแซง ทั้งนี้ ไม่ว่าสถานที่นั้นจะเป็นเคหสถานหรือไม่ก็ตาม แต่เนื่องจาก “ทึร์โฮฐาน” เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งของบุคคล ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งเกี่ยวเนื่องกับทึร์โฮฐานซึ่งได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจของรัฐนี้จึงประกอบด้วยสิทธิที่สำคัญสองประการ นั่นคือ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และสิทธิในทรัพย์สิน”

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐในการป้องกันอาชญากรรมและการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ในการปกครองดูแลประชาชนให้เกิดความสงบสุข รัฐจึงต้องใช้อำนาจปกครองและการใช้อำนาจปกครองนั้นมีทั้งอำนาจในทางบวกและทางลบ ก็จะขึ้นกับผู้ปกครองนั้นมีคุณธรรมมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะการใช้อำนาจเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย กล่าวโดยเฉพาะก็คือการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมนั่นเอง

ในตอนต้นของศตวรรษที่ 18 ได้มีการรณรงค์แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องถูกจำกัดไว้โดยกฎหมายและกฎหมายจะต้องให้ความเท่าเทียมกันแก่คนทุกคน และการลงโทษโดยกฎหมายจะมีได้เฉพาะในกรณีที่จำเป็นอย่างยิ่ง และจะไม่มีการลงโทษแบบกดขี่ข่มเหง และจะต้องคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาด้วยโดยนักปราชญ์ในยุคนี้ได้ตั้งข้อสันนิษฐานต่างๆ เช่น “ทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์การปล่อยผู้กระทำความผิดสืบคิดว่าการลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว และการลงโทษผู้กระทำความผิดมิใช่เป็นการทดแทนเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วย หลักการนี้เองได้กลายมาเป็นรากฐานสำคัญ ที่ประเทศต่างๆ ได้ยึดเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้ในประเทศของตน

จากแนวคิดนี้ได้กลายมาเป็นรากฐานสำคัญในกระบวนการทางอาญาหรือกระบวนการทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเอง ความมุ่งหมายของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้รู้ถึง การกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดตลอดจนการติดตามผู้กระทำความผิด การพิสูจน์ผู้กระทำความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อให้บรรลุเป้าหมายนี้รัฐย่อมมีสิทธิกำหนดภาระหน้าที่จำนวนหนึ่งให้แก่สมาชิกในสังคมของตน และประชาชนมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับรัฐและยอมรับการกระทำใดๆของรัฐที่เป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ประชาชนจึงต้องยอมรับความทุกข์จากการกระทำดังกล่าว แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้ก่ออาชญากรรมนั้น เพราะถือว่าอาชญากรรมนั้นเกิดจากความบกพร่องของสังคม สังคมจึงต้องมี

ส่วนรับผิดชอบไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เช่น ประชาชนต้องยอมให้มีการค้นหาพยานหลักฐาน มาพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาเป็นต้น²⁸

จากแนวความคิดนี้ทำให้เกิดความขัดแย้ง 2 ประการคือ ความพยายามที่จะให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนมากที่สุด และความจำเป็นที่จะต้องยอมให้รัฐใช้อำนาจในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมโดยยอมให้รัฐผลกระทบบางประการให้แก่ประชาชนได้บางส่วน คือ มีสิทธิบางส่วนที่จะได้รับความคุ้มครองน้อยลงเช่นในการใช้อำนาจรัฐในการเข้าตรวจค้นบ้านเรือน อันเป็นเคหสถานย่อมกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนในอันที่จะใช้สิทธิของเขาได้อย่างเต็มที่ แม้จะมองในอีกแง่หนึ่งประชาชนต้องเสียสิทธิของตนเองไปบ้างเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมเอาไว้ เมื่อเกิดปัญหาในการเสียสิทธิส่วนตัวเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวมจึงเกิดความขัดแย้งในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของประชาชนและการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม จึงทำให้ต้องพิจารณาว่ากฎหมายควรจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้อำนาจรัฐเข้าทำการตรวจค้นกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างไร จึงจะเกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ดังนั้นเราจึงต้องมองถึงความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน และประชาชนจะต้องยอมรับถึงการใช้อำนาจรัฐที่กระทบสิทธิของตนเนื่องจากการแสวงหาพยานหลักฐาน เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตามถึงแม้จะเกิดความขัดแย้งทั้งสองทาง แต่เพื่อความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม จึงต้องดำเนินการทั้งสองอย่างไปพร้อมๆกัน จึงเกิดแนวคิดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของประชาชนให้มากที่สุดซึ่งเป็นรูปแบบตามแนวความคิดของ Herbert Packer ในบทความเรื่อง “The Model of the Criminal Procedure” โดยได้แสดงระบบแนวทางกระบวนการพิจารณาคดีอาญาออกเป็นสองแนวทางใหญ่ๆ คือ

แนวทางที่หนึ่ง เป็นการควบคุมอาชญากรรม (crime control model)²⁹ แนวคิดนี้มีใช้ในระบบกฎหมายยุโรป ซึ่งมุ่งเน้นการควบคุมและปราบปรามการอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเห็นว่าการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดย่อมเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของคนส่วนรวมได้ดีที่สุด จึงมุ่งหมายให้ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะต้องรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ การค้นหาข้อเท็จจริงในคดีจะพยายามให้ยุติในขั้นตอนของกระบวนการ

²⁸ มุรธา วัฒนะชีวะกุล. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบในส่วนของนโยบายทางอาญา. แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า3-5.

²⁹ ประธาน วัฒนพานิช. (2520, กันยายน-พฤศจิกายน). “ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม.” วารสารนิติศาสตร์,9(2). น. 150-151.

ยุติธรรมให้มากที่สุด ดังนั้น หากมีความจำเป็นต้องก้าวล่วงเพื่อจำกัดเสรีภาพของประชาชน ก็สามารถกระทำได้ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรภายนอก เช่นศาล เป็นต้น ดังนั้นกระบวนการนี้จึงอาจให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนเป็นลำดับรองจากเหตุผลในการสร้างประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

แนวทางที่สอง เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือที่เรียกว่า “หลักนิติธรรม” (due process model) เป็นแนวทางที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา แนวทางนี้เน้นการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก ดังนั้นหากมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แม้จะกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งตัวบุคคล ศาลจะไม่อนุญาตให้กระทำ เพราะเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งที่ต้องให้การปกป้องและศาลจะไม่ยอมให้มีการละเมิดโดยอำเภอใจ และหากปล่อยให้เจ้าพนักงานกระทำเท่ากับเป็นการยอมรับผลของการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หลักนี้เองทำให้การให้อำนาจของเจ้าพนักงานในการค้นหรือจับตัวบุคคลจึงมีมาตรการที่เข้มงวด และต้องมีเหตุอันควรในการเข้าไปจำกัดเสรีภาพ นอกจากนี้หากเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ฝ่าฝืนหลักประกันสิทธิและเสรีภาพจะมีผลต่อการไม่รับฟังพยานหลักฐานในศาล

แนวคิดในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งสองระบบนี้มีเป้าหมายและแนวคิดที่แตกต่างกัน พอสรุปได้ ดังนี้³⁰

1) Crime Control Model มีพื้นฐานความคิดว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญามีหน้าที่หลักในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม โดยถือว่าเป็นกระบวนการที่ทำให้สังคมมีความสุขและเป้าหมายสำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือการค้นหาความจริงหรือการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา ในขณะที่ Due Process Model มีพื้นฐานความคิดที่ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีการตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดี และมีพื้นฐานในการดำเนินคดีที่เป็นธรรม

2) Crime Control Model เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรเน้นการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายมากกว่าการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา ในขณะที่ Due Process Model เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา ควรให้ความสำคัญต่อสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาไม่ใช่สิทธิของผู้เสียหาย เพราะหลักประกันสิทธิมนุษยชน (Bill of Rights) ได้เน้นที่การให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา

³⁰ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2553). *โครงการศึกษาวิจัยเรื่องการค้นตัวบุคคล ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ*. สำนักงานอัยการสูงสุด. หน้า.16-18.

3) Crime Control Model เห็นว่า อำนาจของตำรวจ สามารถใช้ขยายให้กว้างขวางขึ้น เพื่อประสิทธิภาพในการสืบสวน สอบสวน การจับกุม การค้น และยึด รวมถึงการหา พยานหลักฐานในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ในขณะที่ Due Process Model เห็นว่า อำนาจของตำรวจจะต้องใช้อย่างจำกัด เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิของปัจเจกชน

4) Crime Control Model เห็นว่า กฎ ระเบียบทางกฎหมายจะต้องไม่ทำให้ตำรวจมี ข้อจำกัดในการใช้อำนาจในการป้องกันอาชญากรรม ในขณะที่ Due Process Model เห็นว่า หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นหลักประกันที่เจ้าหน้าที่ใน กระบวนการยุติธรรมทุกหน่วยงานจะต้องถือปฏิบัติ รวมถึงการออกกฎหมาย ระเบียบและ ข้อบังคับต่างๆ ต้องก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

5) Crime Control Model ต้องมีกระบวนการดำเนินคดีที่เป็นระบบและเป็นขั้นตอน ของการดำเนินการตามภาระหน้าที่ของเจ้าพนักงานแต่ละหน่วยงาน ในขณะที่ Due Process Model เห็นว่าในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะต้องมีหลักประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาโดยถือว่า ผู้นั้นเป็นผู้ที่บริสุทธิ์อยู่ และเพื่อให้เป็นหลักประกันว่าจะได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณา และ พิพากษาลงโทษ

6) Crime Control Model เห็นว่า ในกรณีที่ตำรวจจับผู้ต้องหาหรือพนักงานอัยการได้ ฟ้องจำเลยต่อศาลแล้ว บุคคลที่ถูกจับหรือถูกฟ้องได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิด เพราะการสืบสวนของตำรวจและการตั้งฟ้องของพนักงานอัยการเป็นกระบวนการที่ค้นหาความจริง ที่มีความน่าเชื่อถือสูง ในขณะที่ Due Process Model เห็นว่า การจับของตำรวจหรือการฟ้องคดีของ พนักงานอัยการอันเกิดมาจากการค้นหาความจริงในขั้นก่อนพิจารณานั้น ยังถือไม่ได้ว่า ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดจนกว่าจะได้รับการพิจารณาโดยกระบวนการค้นหาความจริง ตามที่กฎหมายบัญญัติ

หลักการทั้งสองประการนี้ มิใช่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในหลายประเทศ แต่ในปัจจุบันประเทศต่างๆ ได้นำแนวคิดของสองแนวทางนี้ไปใช้เพื่อรักษาความสมดุลในการใช้ อำนาจของเจ้าหน้าที่และการป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการจับกุม คမ်းและ ตรวจค้น โดยคำนึงและหาความสมดุลของทั้งสองแนวคิด มิได้จำกัดเฉพาะแนวคิดใดแนวคิดหนึ่ง แต่มีผลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จะจำกัดอำนาจเจ้าพนักงานในการป้องกัน อาชญากรรมหรือการจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้มากน้อยเพียงใด หากมีความจำเป็นต้องได้มา ซึ่งพยานหลักฐานในคดีอาญาหรือการควบคุมและปราบปรามการกระทำความผิด

2.4 การค้นในทฤษฎีฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2.4.1 ความหมายของการค้น

หากพิจารณาความหมายของคำว่าค้น น่าจะแปลความหมายได้ว่าเป็นการสืบเสาะ แสวงหา แต่ความหมายดังกล่าวไม่อาจที่จะครอบคลุมความหมายของคำดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่จะต้องทำการศึกษา เพื่อที่จะได้รู้ขอบเขตการดำเนินการค้นของเจ้าพนักงานภายในนิยามของคำดังกล่าว

การค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นมาตรการ บังคับในการดำเนินคดีอาญาของรัฐที่กฎหมายได้มอบอำนาจให้กับเจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการ การค้นเป็นการดำเนินการเพื่อจับกุมผู้ต้องสงสัย หรือเพื่อพบสิ่งของที่สามารรถ อาจใช้เป็นพยานหลักฐาน เป็นของกลางหรือเป็นพยานวัตถุ หรือเป็นการกระทำที่ช่วยเหลือบุคคล³¹ โดยได้กำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐ 2 ประเภท เป็นผู้สามารถดำเนินการดังกล่าวได้คือ พนักงานฝ่ายปกครอง และเจ้าพนักงานตำรวจหรือพนักงานสอบสวน โดยกฎหมายมิได้อนุญาตให้ประชาชนไปดำเนินการค้นเองไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม³² โดยการดำเนินการดังกล่าวข้างต้นจะกระทำไปเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ หรือพยานเอกสาร เป็นต้น หรืออาจเป็นการตรวจค้นเพื่อหาตัวบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการค้นเพื่อช่วยเหลือตัวบุคคลที่ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือถูกกักขัง หรือเป็นการค้นเพื่อจับกุมบุคคลตามหมายจับก็สามารถดำเนินการตรวจค้นได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่าค้นไว้ เมื่อไปศึกษาจากพจนานุกรม ถึงความหมายของคำว่า “ค้น” ซึ่งได้ความหมายว่า “พยายามหาให้พบโดยวิธีสืบ เสาะ แสวงหา เป็นต้น”³³ แต่ความหมายของการค้นที่เป็นมาตรการในการแสวงหาพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น คงไม่ได้มีคำจำกัดความอยู่เพียงเท่านั้น เพราะแท้จริงแล้วการค้นมีการกำหนดหลักเกณฑ์มากกว่าความหมายดังกล่าว กล่าวคือ การค้นต้องมีกรรมที่ถูกกระทำ หรืออาจกล่าวได้ว่าการค้นของเจ้าพนักงานนั้นเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพราะการค้นเป็นการดำเนินการของเจ้าพนักงานที่กฎหมายอนุญาตให้เข้าไปแสวงหาพยานหลักฐานได้ตามสถานที่ต่างๆ หรือจากตัวบุคคลก็ย่อมทำได้ เมื่อการค้นเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานจากสถานที่ต่างๆ หรือตัวบุคคล การค้นของ

³¹ คณิศ ฅ นกร. (2542). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 163.

³² คณิง ภาไชย. (2540). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 252.

³³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542. หน้า 217.

เจ้าพนักงานเมื่อได้ดำเนินการลงไปแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในความเป็นอยู่ในเคหสถาน และกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย³⁴

ความหมายของการ “ค้น” การค้นในความหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น เป็นเรื่องการใช้อำนาจของรัฐเหนือประชาชนโดยผ่านเจ้าหน้าที่ในชั้นสอบสวนเพื่อให้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งนักกฎหมายได้ให้ความหมายของการค้นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้ให้ความหมายของการค้นว่าหมายถึง มาตรการบังคับในการดำเนินคดีอาญาของรัฐที่เจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้นมีอำนาจดำเนินการตรวจค้นเพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี เพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยผิดกฎหมาย หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้หรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิดเพื่อช่วยบุคคลซึ่งได้ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อจับกุมบุคคลซึ่งมีหมายให้จับ เพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกรณีที่จะพบหรือจะยึดโดยวิธีอื่นไม่ได้แล้ว การตรวจค้นเป็นการกระทำที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคล หรือเสรีภาพในร่างกาย ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงได้วางหลักเกณฑ์ต่างๆเกี่ยวกับการตรวจค้นไว้เพื่อความเป็นเสรีนิยม³⁵

ดร.จิรนิติ หะวานนท์ ได้ให้ความหมายของการค้นว่า ความหมายของการค้นมี 2 ประเภท คือ

1. ความหมายทั่วไป การตรวจค้น คือ การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ล่วงล้ำสิทธิส่วนตัวของบุคคลโดยอาศัยอำนาจกฎหมายเพื่อหาสิ่งของหรือบุคคล เงื่อนไขประการแรกคือ ต้องมีการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคล ประการที่สองคือต้องอาศัยอำนาจกฎหมายและต้องกระทำโดยเจ้าพนักงาน ประการที่สาม คือ เพื่อค้นหาสิ่งของหรือบุคคล

2. ความหมายในทางเทคนิคของกฎหมาย บทบัญญัติว่าด้วยการค้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งใดนั้น เดิมเข้าใจกันว่าหลักการค้นคุ้มครองเคหสถาน คุ้มครองทรัพย์สิน เพราะฉะนั้นการเข้าไปค้นเป็นการบุกรุก เพียงแต่เจ้าพนักงานมีอำนาจจะเข้าไปได้ การค้นจึงยึดหลักบุกรุก เพราะเข้าใจว่าการค้นจะต้องมีการกระทำอันเป็นการบุกรุก การดักฟังโทรศัพท์จึงไม่ใช่การค้น เพราะไม่ได้เข้าไปในบ้านของบุคคลแต่ต่อโทรศัพท์ที่ชุมสายโทรศัพท์

อีกหลักหนึ่ง เข้าใจว่าการค้นไม่ใช่เรื่องบุกรุก แต่เป็นการคุ้มครองสิทธิ (privacy) การดักฟังเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัว แม้ไม่ได้เข้าไปในบ้านของบุคคลแต่ก็เป็นการค้นอย่างหนึ่ง จึงมี

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 32

³⁵ คณิต ฌ นคร. (2555). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 368.

ปัญหาว่า การพูดโทรศัพท์ในตู้โทรศัพท์สาธารณะถือว่าการกั้นหรือไม่ ถ้าใช้หลักนุกรก ไม่ใช่การกั้นเพราะไม่ใช่เคหสถาน ไม่ใช่ที่รื้อฐานเจ้าพนักงานยอมทำได้ แต่ถ้าถือว่าการกั้นเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิส่วนตัว เจ้าพนักงานย่อมกระทำโดยไม่มีหมายไม่ได้ เพราะเมื่อเขาเข้าไปในตู้โทรศัพท์สาธารณะแล้วปิดประตูแสดงว่าไม่ประสงค์จะให้ใครได้ยิน ประสงค์ที่จะให้มีความเป็นส่วนตัว กฎหมายต้องคุ้มครอง หลักการนี้จึงมีเงื่อนไขอยู่ว่าบุคคลต้องแสดงให้ประจักษ์ว่าต้องการความเป็นส่วนตัว ในขณะที่เดียวกันก็ต้องพิสูจน์ทางอัตวิสัย (subjective) ให้เห็นว่า ได้แสดงออกไปแล้วว่าต้องการความเป็นส่วนตัว ในขณะเดียวกันก็ต้องพิสูจน์ในทางภาวะวิสัย ให้เห็นว่า การแสดงออกนั้นบุคคลอื่นก็เข้าใจได้ว่าคนผู้นั้นต้องการความเป็นส่วนตัว เมื่อพิสูจน์ได้ทั้งสองด้านถือว่าเกิดสิทธิที่จะมีความเป็นส่วนตัวขึ้นแล้ว ในทางตรงกันข้ามแม้เราจะอยู่ในบ้านแต่แต่งกายไม่มีมิดชิด เดินยกแขนยกขาออกกำลังกายซึ่งมองเห็นได้จากถนนหรือตึกตรงข้าม เจ้าพนักงานอาจล่องส่องไปก็มองเห็นโดยที่ไม่ต้องนุกรกเข้าไปในบ้านนั้น ถ้าใช้หลักการนุกรกในการวินิจฉัยปัญหา ก็จะได้คำตอบว่าเมื่อไม่ได้นุกรกเข้าไปในเคหสถานก็ไม่ใช่การกั้น แต่ถ้าใช้หลักความเป็นส่วนตัวกรณีดังกล่าวเท่ากับว่าเราไม่ประสงค์ที่จะปกปิดให้เป็นเรื่องส่วนตัว เมื่อมองเห็นได้จากที่สาธารณะแสดงว่าเราไม่มีความเป็นส่วนตัวในเรื่องนั้น เมื่อไม่ต้องการความเป็นส่วนตัว กฎหมายก็ไม่คุ้มครอง

ดังนั้นจึงพอสรุปความหมายของการกั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้ดังนี้ กล่าวคือ เป็นการที่เจ้าพนักงานใช้อำนาจตามที่กฎหมายอนุญาต ล่วงละเมิดเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคล ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการครอบครองเคหสถาน หรือสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกายของบุคคล เพื่อเข้าไปแสวงหาพยานหลักฐาน หรือช่วยเหลือบุคคล หรือจับกุมตัวบุคคล³⁶

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วว่า การกั้นเป็นมาตรการดำเนินการของเจ้าพนักงานที่กฎหมายอนุญาตให้เข้าไปล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการครอบครองที่รื้อฐาน หรือต่อเสรีภาพในร่างกาย เมื่อพิจารณาแล้วหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เจ้าพนักงานไม่ได้รับอนุญาตจากกฎหมาย หากเป็นการเข้าไปรบกวนต่อสิทธิในการครอบครองที่รื้อฐานแล้วเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการ โดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมมีความผิดในเรื่องการนุกรก หากเป็นการตรวจค้นร่างกายโดยที่เจ้าพนักงานไม่ได้รับอนุญาตจากกฎหมายแล้ว ผู้ตรวจค้นย่อมมีความผิดในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

แต่เมื่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถดำเนินการตรวจค้นได้เมื่อมีเหตุอันควร ก็ย่อมสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจำเป็นที่จะต้องศึกษาต่อไปว่าเหตุอันควรเชื่อที่กฎหมายอนุญาตให้ทำการค้นได้นั้น มีเพียงใด

³⁶ จินนิติ หะวานนท์. (2544). *สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 19.

2.4.2 ความหมายของที่รโหฐาน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แบ่งประเภทการค้นออกเป็นการค้นสถานที่ และการค้นตัวบุคคล ซึ่งหากพิจารณาในแง่สถานที่ที่ทำการค้นแล้ว การค้นสถานที่ยังแบ่งออกเป็นการค้นในที่รโหฐาน และการค้นที่สาธารณะสถาน การจำแนกว่าการค้นในบริเวณใดบริเวณหนึ่งเป็นที่รโหฐานหรือเป็นสาธารณะสถานย่อมมีความสำคัญต่อการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน เนื่องจากหากสถานที่นั้นเป็นที่รโหฐานแล้ว การค้นต้องกระทำตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่เคร่งครัด กล่าวคือ จะต้องมีความหมายที่ออกโดยศาลเพื่อทำการค้นตามนัยของมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ระบุว่า “ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีความหมายค้นหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้น”

สำหรับความหมายของคำว่า “ที่รโหฐาน” นั้นค่อนข้างมีปัญหาเพราะมีคำอยู่สองคำที่มีความหมายใกล้เคียงกัน คือ “ที่รโหฐาน” และ “เคหสถาน” กล่าวคือ

“ที่รโหฐาน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 12 (13) ให้คำนิยามว่า “หมายความถึงที่ต่างๆ ที่มีใช้ที่สาธารณะ” ซึ่งคำว่า “ที่สาธารณะสถาน” ในประมวลกฎหมายอาญาหมายความว่า สถานที่ใดๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้³⁷ ฉะนั้นที่รโหฐานจึงหมายถึงที่ใดๆ ซึ่งประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้นั้นเอง รวมถึงที่ส่วนตัวอันแสดงเจตนาหวงกันโดยเจ้าของหรือผู้ครอบครอง เช่น เคหสถาน สำนักงานในการครอบครองของผู้อื่น อสังหาริมทรัพย์ในความครอบครองโดยปกติสุขของบุคคลอื่น ซึ่งจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ครอบครองได้แสดงออกภายนอกว่าได้มีการหวงกันเข้าไปของบุคคลอื่น³⁸

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายได้วางหลักการพิจารณาที่รโหฐานไว้ว่า “ที่รโหฐานเป็นสถานที่ที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองแสดงเจตนาหวงกันมิให้บุคคลภายนอกเข้าไป การแสดงเจตนาหวงกัน อาจเป็นไปโดยชัดแจ้งหรือปริยายหรือโดยสภาพแห่งสถานที่นั้น เช่น สถานที่แห่งใดที่เจ้าของปิดป้ายห้ามเข้าหรือสร้างรั้วรอบล้อมเป็นเจตนาของการหวงกัน แต่สถานที่ที่มีการยินยอมให้ประชาชนเข้าไปแต่อยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ต้องถือว่าเป็นที่สาธารณะสถาน”³⁹

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่ามีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่อธิบายและยกตัวอย่างสถานที่อันเป็นที่รโหฐาน ดังนี้

1. ที่ตอนในของร้านอาหาร ซึ่งเจ้าของแบ่งไว้เป็นที่อาศัยหลับนอน ผู้คนจะเข้าไปได้ก็ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ไม่เป็นที่สาธารณะสถาน

³⁷ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 12(3)

³⁸ คณิต ณ นคร. (2542). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 133-134.

³⁹ คณิง ฤาไชย. (2530). วิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 131.

2. การค้นสถานที่อาจจะเป็นการค้นที่สาธารณะสถานหรือที่รโหฐานก็ได้ การค้นที่สาธารณะสถาน กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีหมายค้น พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจึงมีอำนาจค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น สถานที่บนขบวนรถไฟโดยสารไม่ใช่ที่รโหฐานแต่เป็นที่สาธารณะสถาน เจ้าพนักงานสรรพสามิตค้นจับฝิ่นในที่ดังกล่าวได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น และไม่จำเป็นต้องค้นในเวลากลางวันหรือแสดงความบริสุทธิ์ก่อน สถานที่บนขบวนรถไฟโดยสารนั้นไม่ใช่ที่รโหฐาน เป็นที่สาธารณะสถาน

3. สถานที่ใดจะเป็นสาธารณะสถานหรือไม่ ไม่ต้องคำนึงว่าสถานที่นั้นจะเป็นสถานที่ผิดกฎหมาย เช่น สถานที่ประกอบการค้าประเวณีหรือไม่ เพียงแต่พิจารณาว่าสถานที่นั้นประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้หรือไม่ และต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไป ถ้าประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ สถานที่นั้นก็เป็นสาธารณะสถานไม่ใช่ที่รโหฐาน ได้ความว่าเจ้าของสถานที่ประกอบการค้าประเวณีหรือช่องโสเภณี มิได้หวงห้ามผู้หนึ่งผู้ใดที่จะไปหาความสุขกับหญิงโสเภณีหรือไปธุระอื่นที่จะเข้าไปในห้องโถง ซึ่งใช้เป็นที่พักในสถานการค้าประเวณีหรือช่องโสเภณีนั่น ห้องโถงจึงเป็นสถานที่ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้เป็นสาธารณะสถานไม่ใช่ที่รโหฐาน พนักงานตำรวจมีอำนาจค้นและจับได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 93,78(3) จำเลยมิและใช้อาวุธปืนยิงต่อสู้ขัดขวางมีความผิดตามมาตรา 140,289(2),80,52

4. บ้านของจำเลยยังไม่มีประตูรั้วกับประตูบ้าน ทั้งยังสร้างไม่เสร็จ แต่โดยสภาพของบ้านที่พักอาศัยย่อมถือเป็นที่รโหฐาน บุคคลภายนอกไม่มีสิทธิเข้าไปโดยมิได้รับอนุญาต

นอกจากคำพิพากษาของศาลดังกล่าวข้างต้น นักกฎหมายของไทยยังได้ให้คำอธิบายไว้สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า “ที่รโหฐาน” ได้แก่สถานที่ที่บุคคลมีเจตนาหวงห้ามมิให้บุคคลอื่นเข้าไปโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งการหวงห้ามดังกล่าวอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยสภาพแห่งสถานที่นั้น เช่น บริเวณเคหสถานบ้านเรือนของบุคคลใดย่อมเป็นที่รโหฐาน สถานที่แห่งใดที่เจ้าของปิดป้ายห้ามเข้าหรือสร้างรั้วรอบ ย่อมเป็นเจตนาหวงห้าม การยินยอมให้ประชาชนเข้าไปแต่อยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ต้องถือว่าเป็นที่สาธารณะสถาน เช่น โรงภาพยนตร์ หรือโรงมหรสพอื่นๆ ที่ผู้เข้าชมต้องเสียค่าผ่านประตูเข้าไป

ดังนั้นที่รโหฐาน จึงมีความหมายว่าที่ใดที่ประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปนั่นเอง ฉะนั้นสรุปได้ว่าถ้าเป็นสถานที่แล้ว ถ้าไม่ใช่สาธารณะสถานก็ต้องเป็นที่รโหฐานนั่นเอง ตามความหมายแห่งกฎหมายไทย

ส่วนคำว่า “เคหสถาน” มีกำหนดในประมวลกฎหมายอาญา ได้ความว่า

ที่อยู่อาศัยตามปกติ เช่นบ้านที่อยู่อาศัยระยะยาว หรือห้องพักในโรงแรมซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยชั่วคราว รวมทั้งอาคารที่ต่อเนื่องกับที่อยู่อาศัย เช่น โรงรถ ที่อยู่ใต้ถุนบ้านก็เป็นเคหสถานด้วย

บริเวณที่อยู่อาศัย ที่บุคคลสามารถครอบครองได้ตามความเป็นจริง เพื่อใช้ชีวิตส่วนตัว แต่ก็ไม่ใช่กรณีที่เปิดกว้างไปทั้งหมด เช่นมีที่ดินอยู่ 100 ไร่ ซึ่งไม่มีรั้วกั้นไม่ใช่ทั้งหมดที่เป็นเคหสถาน บริเวณที่ที่เจ้าของนานๆจะไปดูสักครั้งอย่างนี้ไม่ถือว่าเป็นเคหสถาน

ฉะนั้นการที่เดินผ่านไปมาในที่ดินส่วนนั้นจึงไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาดูบริเวณรอบๆจึงไม่ต้องมีหมายค้น ดังนั้นคำว่าเคหสถานจึงแตกต่างจากกับคำว่ากรรมสิทธิ์⁴⁰

จะเห็นได้ว่า “เคหสถาน” ก็เป็นสถานที่เช่นกัน ซึ่งอยู่ในความหมายของ “ที่รโหฐาน” เพราะเนื่องจากเคหสถานเป็นที่ที่ให้อยู่อาศัย เพราะฉะนั้นประชาชนคนอื่นย่อมไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปนั่นเอง ส่วนสำนักงาน โกดัง อาคารพาณิชย์ที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัย จึงไม่ถือว่าเป็นเคหสถาน ตามความหมายของกฎหมายไทย เราจะใช้คำว่ารโหฐาน ซึ่งรโหฐานหมายถึง สถานที่ที่ไม่ใช่สาธารณะสถาน กล่าวคือไม่จำเป็นต้องเป็นสถานที่ที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัย แต่เป็นสถานที่ที่ประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไป แต่เคหสถานต้องเป็นที่อยู่อาศัยเท่านั้น⁴¹

2.4.3 ความสำคัญของการค้นในที่รโหฐานต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การค้นเป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการสืบสวนและสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยการสืบสวนเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น คอยสอดส่องดูว่ามีบุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่ และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด คดีอาญาจะเริ่มต้นด้วยการสืบสวนก่อน แต่เมื่อเริ่มทำการสอบสวนแล้วไม่ได้หมายความว่า การสืบสวนจะยุติลง เนื่องจากเพื่อให้การสอบสวนถูกต้องจะต้องทำการสืบสวนข้อเท็จจริงและหลักฐานเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิดอยู่เสมอ ซึ่งในต่างประเทศนั้น ไม่ปรากฏว่าแยกการสืบสวนออกจากการสอบสวนเช่นกฎหมายไทย สำหรับการสอบสวนเป็นกระบวนการที่กระทำเพื่อประโยชน์ 3 ประการคือ (1) เพื่อจะทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เช่น ความตายได้เกิดจากที่มีบุคคลทำให้ตายหรือไม่ (2) เพื่อพิสูจน์ความผิด เช่น พิสูจน์ว่าความตายของนาย ก ที่เกิดขึ้นนั้นได้เกิดโดยนาย ข กระทำโดยเจตนา (3) เพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เช่น การจับและควบคุมผู้ต้องหา โดยการสอบสวนประกอบด้วย การรวบรวม

⁴⁰ Hester V. U.S., 265 U.S.57.1924

⁴¹ เสริมสิริ ลีวานิชกุล, การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการค้น: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547, หน้า 40.

พยานหลักฐาน ซึ่งได้แก่ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ นอกจากนี้ การรวบรวมพยานหลักฐานยังรวมถึงการจัดให้มีสิ่งต่างๆ ซึ่งจะพิสูจน์ถึงความเชื่อถือของพยานหลักฐานดังกล่าว และการกระทำอื่นๆ นอกจากการรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เช่น การบันทึกว่าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การในชั้นสอบสวน⁴²

การค้นและยึดในที่รโหฐาน เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการสืบสวนและสอบสวนที่มีความสำคัญ เพราะเป็นขั้นตอนของการนำตัวผู้กระทำความผิดตลอดจนพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่มีการกล่าวหาแล้ว เข้าสู่คดี และในหลายๆกรณีเป็นการนำเจ้าหน้าที่ไปพบผู้ร่วมกระทำความผิดหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดที่ต่อเนื่องกับการกระทำนั้น รวมถึงการกระทำความผิดอื่น เนื่องจากที่รโหฐานเป็นสถานที่ซึ่งมิใช่สถานที่สาธารณะที่บุคคลใดๆ จะเข้าไปได้โดยพลการ ดังนั้น ที่รโหฐานจึงมักถูกใช้เป็นที่แอบซ่อน อำพรางตัวบุคคลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดอยู่เสมอ

การค้นนอกจากจะมุ่งประโยชน์โดยตรงต่อรัฐในการคุ้มครองสังคม และการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด ผ่านการแสวงหาพยานหลักฐานและผู้กระทำความผิดเพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแล้ว ยังเกิดประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนในการค้นหาบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลืออีกด้วย เพราะการค้นประกอบด้วยเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ 2 ประการ กล่าวคือ

1. เพื่อพบบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิด หรือผู้ที่ตกอยู่ในอันตรายหรือต้องการความช่วยเหลือ จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า ที่รโหฐานเป็นสถานที่ที่บุคคลมีอำนาจหวงกันไม่ให้คนอื่นเข้ามาบริเวณการอยู่ในสถานที่นั้นโดยลำพัง ในกรณีที่ต้องการตัวบุคคลที่ต้องการหาว่ากระทำความผิดซึ่งหลบซ่อนอยู่ในที่รโหฐาน ย่อมเป็นไปได้ที่จะให้เจ้าพนักงานใช้แต่เพียงวิธีการควบคุมพื้นที่อยู่ภายนอกสถานที่นั้นเพื่อรอให้บุคคลดังกล่าวออกมา การใช้มาตรการบังคับค้นสถานที่ย่อมมีความจำเป็นอยู่ในตัว เช่นเดียวกับกรณีที่กำลังมีการกระทำละเมิดต่อกฎหมายซึ่งเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลอยู่ในที่รโหฐานนั้น หากไม่มีการเข้าช่วยเหลือโดยทันทีด้วยการใช้กำลังบังคับเข้าตรวจค้นแล้ว การช่วยเหลือย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

2. เพื่อพบและยึดสิ่งของ ซึ่งอาจเป็นของที่มีไว้เป็นความผิด ได้มาโดยการกระทำความผิด ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด รวมถึงสิ่งของที่เป็นพยานหลักฐานในการกระทำความผิด ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สิ่งของใดที่บุคคลมีไว้เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็ก หากผู้ครอบครองรู้ถึงความผิดนั้นแล้วไม่ทำลายเสียเอง บุคคลนั้นย่อม

⁴² หุุด แสงอุทัย. (2507). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาของศาล*. หน้า 85-86.

เจตนาครอบครองทรัพย์สินต่อไปโดยซุกซ่อนไว้ในสถานที่ที่ผู้อื่นไม่อาจพบเห็น การทำให้ทรัพย์สินนั้นออกมาจากการครอบครองของบุคคลดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดห้ามการครอบครองทรัพย์สินนั้น ย่อมไม่มีหนทางอื่นใดนอกเสียจากการเข้าคั่นในที่รโหฐานเพื่อยึดเอาทรัพย์สินนั้นมา

ในขณะเดียวกัน หากทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งของที่ได้อามาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิดหรือเป็นพยานหลักฐานในความผิดนั้น หากอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำความผิดเอง บุคคลดังกล่าวย่อมซุกซ่อนหรือเตรียมทำลายทรัพย์สินนั้นเพื่อปกปิดความผิด การจะแสวงหาสิ่งของนั้นมาใช้ในการดำเนินคดีและได้มาทันทั่วทั้งก่อนที่จะมีการโยกย้าย ทำลายทรัพย์สินนั้น จำเป็นต้องใช้มาตรการค้นในที่รโหฐานซึ่งหลายกรณีต้องเป็นการเข้าคั่นโดยฉุกเฉิน ยิ่งคดีนั้นเป็นคดีอุกฉกรรจ์ คดีที่มีความร้ายแรง หรือของกลางมีราคาสูง มีปริมาณจำนวนมากแล้ว ทรัพย์สินนั้นย่อมถูกปิดบังซ่อนเร้นเป็นอย่างดี ยากแก่การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานจากที่อื่นโดยที่ไม่มีการเข้าไปในที่รโหฐานที่ผู้นั้นอยู่ ซึ่งผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดย่อมไม่ยินยอมให้เจ้าพนักงานเข้าไปตรวจค้นหาพยานหลักฐานแต่โดยดี

นอกจากนี้ อาจมีกรณีที่พยานหลักฐานนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น แม้เจ้าพนักงานจะมีอำนาจเรียกให้บุคคลนั้นส่งพยานหลักฐานมาให้ แต่หากบุคคลนั้นมีเจตนาให้ความช่วยเหลือผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นการสร้างโอกาสให้มีการโยกย้าย ทำลายทรัพย์สินนั้นไปเสียก่อน การใช้มาตรการบังคับเข้าตรวจค้นในที่รโหฐานของบุคคลที่สาม จึงมีความจำเป็นเช่นกัน

ดังนั้น แม้ว่าการค้นในที่รโหฐานจะเป็นการใช้อำนาจเหนือสิทธิและเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวของบุคคล อีกทั้งการค้นในที่รโหฐานเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อบุคคลทั่วไป แม้จะมีผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด แต่ก็เป็นการกระบวนกรที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง และเพื่อให้การค้นในที่รโหฐานเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวในสาระสำคัญจนเกินจำเป็น กฎหมายจึงต้องกำหนดให้รัฐเท่านั้นเป็นผู้ใช้อำนาจค้น ราษฎรด้วยตนเองแม้จะเป็นผู้เสียหาย ก็ไม่มีอำนาจค้นในที่รโหฐานได้ และเจ้าหน้าที่ที่จะทำการค้นได้ต้องเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ กล่าวคือ เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่สืบสวน สอบสวนการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือตามที่ได้อำนาจไว้ตามกฎหมายเฉพาะอื่นๆ ซึ่งหากการค้นในที่รโหฐานได้กระทำภายใต้กรอบอำนาจที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ผลเสียที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐในการค้นในที่รโหฐานย่อมน้อย

กว่าประโยชน์ที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาความเสียหายและสมาชิกในสังคมจะได้รับความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยในสังคม⁴³

2.4.4 การค้นในทึรโหลฐานโดยมีหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เนื่องจากการค้นในทึรโหลฐานของเจ้าพนักงานนั้น เป็นการเข้าไปเพื่อล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในอันที่จะครอบครองเคหสถานหรือทึรโหลฐานโดยปกติสุข ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ จึงจำเป็นที่จะต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวคือจะต้องมีการขออนุญาตค้นจากศาลเสียก่อน จึงจะสามารถดำเนินการตรวจค้นโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการในการควบคุมการทำงานของเจ้าพนักงานไว้ชั้นหนึ่งเสียก่อนเพื่อมิให้มีการค้นตามอำเภอใจโดยต้องมีมูลเหตุตามที่กฎหมายกำหนดเสนอไปยังศาลเพื่อทำการค้นกรองอีกชั้นหนึ่งแล้วจึงอนุญาตให้มีการค้นโดยการออกหมายโดยผู้ค้นก็ต้องปฏิบัติตามเนื้อหาตามหมายค้นด้วย⁴⁴

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ในมาตรา 33 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถานและได้รับการคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในทึรโหลฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ” ซึ่งแสดงว่ารัฐธรรมนูญมีความประสงค์ให้การออกค้นต้องได้รับการกลั่นกรองเสียก่อน เพื่อเป็นหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล และเพื่อให้เกิดดุลภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ดังนั้นในการออกหมายค้นนั้นศาลจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงหรือล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ แม้ว่ากฎหมายกำหนดให้ศาลออกหมายค้นแล้ว ศาลก็ต้องออกหมายโดยมีความเป็นไปได้ที่จะเชื่อว่ามีวัตถุประสงค์ที่ต้องการค้นอยู่ในสถานที่นั้น ซึ่งในเรื่องการออกหมายค้นนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นมาตรฐานในการพิจารณาของศาลก่อนออกหมาย ซึ่งประธานศาลฎีกาได้มีการออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยแนวการปฏิบัติในการออกหมายจับและหมายค้นในคดีอาญา พ.ศ.2545 เช่น การร้องขอหมายค้นให้ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือท้องที่ที่ทำการค้น⁴⁵ ผู้ร้องขอหมายค้นจะต้อง

⁴³ ประภัสสร ประกอบแก้ว, เล่มเดิม, หน้า 19-21.

⁴⁴ เสริมสิริ ลีวานิชกุล, (2549), เล่มเดิม, หน้า 30.

⁴⁵ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปฏิบัติในการออกหมายจับและหมายค้นใน

เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนหรือสอบสวนในคดีที่ร้องขอออกหมายนั้นและต้องพร้อมที่จะมาให้ศาลสอบถามก่อนออกหมายได้ทันที⁴⁶ เป็นต้น

เหตุในการออกหมายค้น

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 ได้กำหนดเหตุที่จะออกหมายค้นไว้ทั้งสิ้น 5 กรณี คือ

1. เพื่อพบและยึดสิ่งของที่将会ใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือการพิจารณา⁴⁷ ซึ่งเป็นการค้นเพื่อพบและยึดสิ่งของ คำว่า “สิ่งของ” หมายถึงสิ่งหาปริมาตรพื ซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา รวมทั้งจดหมาย โทรเลข และเอกสารอื่นๆ⁴⁸

การค้นสิ่งของตามข้อนี้ก็เพื่อค้นหาพยานวัตถุเพื่อเป็นหลักฐานประกอบคดีให้มั่นคงยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่นการค้นหาอาวุธปืนของกลางที่ผู้ต้องหาใช้ยิงผู้ตายในวันเกิดเหตุซึ่งผู้ต้องหาเข้าไปชุกซ่อนที่บ้านญาติหรือบ้านเพื่อน เป็นต้น เพราะคดีฆ่าผู้ตายโดยใช้อาวุธปืนยิงน่าที่จะได้อาวุธนั้นมาเป็นของกลางและมาเป็นพยานหลักฐานด้วย เมื่อปรากฏว่าอาวุธปืนซ่อนอยู่ที่ใด ย่อมที่จะขอออกหมายค้นบ้านที่อาวุธปืนนั้นชุกซ่อนอยู่เพื่อนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานยันผู้ต้องหา

2. เพื่อหาของกลาง ซึ่งเป็นการค้นเพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิด เช่น อาวุธปืนเถื่อน เงินตราปลอม หรือสิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำความผิด เช่น ทรัพย์สินที่เป็นของโจร แต่ไม่รวมทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดโดยทางอ้อมเช่นขโมยเงินมาแล้วเอาเงินไปซื้อรถยนต์ รถยนต์ที่ซื้อมาจากการขโมยนั้นไม่ใช่ของที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย⁴⁹ หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าสิ่งของที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดหรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิด เช่น อาวุธที่ใช้หรือจะใช้ฆ่าผู้อื่น ของกลางที่ยึดได้ในกรณีนี้ก็เพื่อจะรับเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน⁵⁰ หรือเพื่อคืนเจ้าของ⁵¹

⁴⁶ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปฏิบัติในการออกหมายจับและหมายค้นในคดีอาญา พ.ศ.2545 ข้อ 5

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 (1)

⁴⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (18)

⁴⁹ หยุต แสงอุทัย. (เล่มเดิม). หน้า 581.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 และ 34

⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48

3. เพื่อช่วยบุคคล⁵² หมายความว่าถึงบุคคลที่ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้แก่บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของความผิดต่อเสรีภาพ และบุคคลที่ถูกควบคุมหรือกักขังโดยผิดกฎหมายหรือถูกจำคุกโดยผิดคำพิพากษาของศาล ซึ่งบุคคลที่ถูกคุมหรือขังโดยผิดกฎหมายนี้หมายรวมถึงการถูกควบคุมหรือขังโดยบุคคลทั่วไปหรือบุคคลที่เป็นเอกชนด้วย

4. เพื่อพบบุคคลซึ่งมีหมายจับ⁵³ การจับบุคคลแม้มีหมายจับแล้วก็ตาม แต่การที่จะจับบุคคลในที่รโหฐานต้องมีหมายค้นด้วย เช่นติดตามจับคนร้ายในคดีปล้นทรัพย์หลบหนีเข้าไปซ่อนอยู่ที่บ้านญาติ เจ้าพนักงานจะเข้าไปค้นเพื่อจับกุมคนร้ายนั้น จะต้องมีการค้นและหมายจับด้วยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 70 โดยจะอ้างเป็นเหตุในการขอหมายค้นในกรณีที่เข้าไปค้นหาและจับกุมบุคคลตามหมายจับ เหตุที่อ้างว่าเพื่อค้นและจับกุม จึงต้องมีหมายจับบุคคลนั้นด้วยเพราะมิใช่กรณีค้นหาสิ่งของ แต่เป็นกรณีค้นหาบุคคลที่กระทำความผิดและหลบหนีซ่อนอยู่ในสถานที่ที่ต้องการค้นหา เป็นต้น⁵⁴

5. เพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล⁵⁵ ในกรณีเป็นกรณีที่พบหรือยึดโดยวิธีอื่นไม่ได้แล้ว เช่นกรณีโจรปล้นรถขนเงินธนาคารได้เงินสดใส่ถุงของธนาคารไปได้ เจ้าหน้าที่ติดตามจับโจรกลุ่มนั้นได้แต่ยังไม่ได้เงินของกลาง ศาลได้พิพากษาลงโทษและให้คืนเงินของกลางนั้นไปแก่ธนาคารผู้เสียหาย โดยโจรคนหนึ่งสารภาพว่าได้นำเงินไปซ่อนอยู่ในบ้านกำนัน เช่นนี้ศาลก็มีอำนาจในการออกหมายค้นให้ไปค้นหาเงินของกลางที่บ้านกำนันเพื่อนำเงินมาคืนแก่ผู้เสียหายได้

ฎีกาที่ 5479/2536 วินิจฉัยว่า เมื่อมีผู้ร้องเรียนต่อร้อยตำรวจโท ส. ว่าจำเลยมีพฤติการณ์ที่น่าสงสัยโดยตอนกลางวันจะปิดบ้านและเก็บตัวอยู่ภายในบ้าน ตอนกลางคืนจึงออกจากบ้านไม่ยุ่งเกี่ยวกับเพื่อนบ้านและไม่ปรากฏว่าประกอบอาชีพอะไร สงสัยว่าภายในบ้านจะมีสิ่งของผิดกฎหมายซ่อนอยู่ ถือได้ว่าเป็นกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีสิ่งของผิดกฎหมายซ่อนอยู่ในบ้านที่เกิดเหตุ อันเป็นเหตุให้ออกหมายค้นได้

หลักเกณฑ์ที่ศาลจะอนุญาตสำหรับการตรวจค้นที่พักอาศัยของผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดนั้นเป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐานที่ว่ามีความผิดฐานอยู่ในสถานที่นั้น ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่จำเป็นต้องวางอยู่ในพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่เห็นชัดเจน แต่ก็ต้องสามารถอธิบายโดยวางอยู่บนพื้นฐานของประสบการณ์การสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ข้อสันนิษฐานที่วางอยู่บนความรู้สึก

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 (3)

⁵³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 (4)

⁵⁴ สหส สิงหวิริยะ. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 194.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 (5)

เพียงอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอ ดังนั้นในส่วนของความสงสัยจะต้องตีความโดยแคบ การสงสัยแค่เพียงลอยๆต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งจึงไม่เป็นการเพียงพอ แต่หากเป็นการตรวจค้นบ้านของผู้ไม่ต้องสงสัย จะต้องมิใช่ข้อเท็จจริงที่นำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าบุคคลที่ถูกค้นหา หรือสิ่งของที่ต้องการค้นหา อยู่ในสถานที่ที่จะถูกทำการค้น พยานหลักฐานต้องมีความชัดเจนกว่ากรณีของการตรวจค้นบ้านของผู้ต้องสงสัย เจ้าของสถานที่ที่จะถูกตรวจค้น จะต้องได้รับการแจ้งถึงวัตถุประสงค์ในการตรวจค้นก่อนที่จะทำการค้นส่วนรายละเอียดอย่างอื่นเหมือนกับการค้นบ้านของผู้ต้องสงสัย⁵⁶

2.5 หลักเกณฑ์ของการค้นในที่สาธารณะโดยไม่มีหมายค้น

2.5.1 หลักการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน

ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁷ จากความหมายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างอิสระ ดังนั้นดุลพินิจของเจ้าพนักงาน ก็คืออำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจที่จะกระทำการได้หลายอย่างเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ทำไมกฎหมายจึงต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไร มีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร⁵⁸

เมื่อใดฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกได้หลายทางในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากตัดสินใจเลือกกระทำการไปทางใดทางหนึ่งโดยมี

⁵⁶ สำนักงานศาลยุติธรรม, “ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่22)พ.ศ.2547,” หน้า 102-103

⁵⁷ อำพน เจริญชีวินทร์. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง*. หน้า 58.

⁵⁸ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย. (2542). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 114-115.

เหตุผลอันสมควรแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดเพียงทางเดียว โดยไม่ให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือก ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไว้นั่นเอง

ความอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจทำให้เข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทางก็เพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมาย สามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินใจอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นกรอบหรือหลักทั่วไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมายเป็นกลาง โปร่งใสไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ขณะเดียวกันก็ต้องสงวนและรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญด้วย จึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความอิสระในที่นี้หมายถึง ความอิสระในการตัดสินใจปราศจากการแทรกแซงใดๆ มีความเป็นกลาง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรม ความอิสระในการใช้ดุลพินิจมิใช่ว่าหมายความว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจอย่างใดก็ได้ตามอำเภอใจ การที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจ ไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แต่ละกรณี ใช้ดุลพินิจขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดไว้สำหรับกรณีนั้นๆ เป็นต้น

2.5.2 หลักการจำกัดดุลพินิจของเจ้าพนักงาน

หลักการที่สำคัญซึ่งใช้เป็นแนวทางในการจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ คือหลักที่เรียกว่า “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) ซึ่งรู้จักกันดีในฐานะข้อจำกัดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในทางปกครอง แต่แท้จริงแล้วหลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐเหนือประชาชนในกฎหมายมหาชนทุกประเภท

ซึ่งรวมถึงกฎหมายอาญาค้วย โดยหลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อยๆ สามประการ ดังต่อไปนี้⁵⁹

1. หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability) ซึ่งมีความหมายว่า มาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น เจ้าหน้าที่ต้องใช้วิจารณญาณเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ ลุล่วง มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่า หลักความสัมฤทธิ์ผลนี้เรียกร้องความสัมพันธเชิงเหตุและผล โดยให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับเป็นเหตุและสิ่งที่กฎหมายให้อำนาจเป็นผล ดังนั้น ถ้าจะกล่าวไปแล้วหลักความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นสิ่งที่เดียวกับสามัญสำนึก หากเจ้าหน้าที่ตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีความมุ่งหมายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือจากผลที่กฎหมายนั้นประสงค์จะให้เกิดขึ้น เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ⁶⁰

2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นการกระทำที่ไม่เกินความจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งเรื่องหรือไม่มีมาตรการที่ผ่อนผันหรือร้ายแรงน้อยกว่าที่จะทำให้เป้าหมายของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นสัมฤทธิ์ผลได้⁶¹ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของการแสวงหาพยานหลักฐาน การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หากมีมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้โดยมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกันแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดดังที่ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น....”⁶²

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ความเสียหายที่คาดหมายได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือแก่สังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการ

⁵⁹ ประภัสสร ประกอบแก้ว, เล่มเดิม, หน้า 23.

⁶⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เล่มเดิม, หน้า 86-87.

⁶¹ Volker Krey, (2009). German Criminal Procedure Law. pp.13-15.

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29.

หนึ่งที่เจ้าหน้าที่ใช้บังคับ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกว่ามาตรการที่ใช้บังคับนั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ เจ้าหน้าที่จึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสีย มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าจะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยกว่า ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชน เจ้าหน้าที่ต้องละเว้นจากการใช้อำนาจดังกล่าว⁶³ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่จึงต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด หรือได้สัดส่วนกับความสงสัยว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น (Tatverdacht) กล่าวคือ ยิ่งมาตรการที่ใช้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมากเท่าใด ข้อสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดอาญาที่จะต้องมากขึ้นเท่านั้น

2.5.3 การค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้น

แม้ว่าโดยหลักการค้นในที่รโหฐานจะกระทำได้อต่อเมื่อมีหมายค้นที่ออกโดยองค์กรผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดก็ตาม แต่ในหลายๆประเทศก็ได้ยอมรับการใช้อำนาจรัฐเพื่อค้นสถานที่โดยไม่มีหมายค้น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะ เช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า “...การตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

มาตรา 92 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาล เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้น และในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีเสียงร้องให้ช่วยมาจากข้างในที่รโหฐาน หรือมีเสียงหรือพฤติกรรมอื่นอันอันแสดงได้ว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในที่รโหฐานนั้น ความมุ่งหมายของข้อยกเว้นนี้ก็เพื่อให้เจ้าพนักงานเข้าไปช่วยเหลือผู้ร้องขอให้ช่วยได้ทันทั่วถึง แต่ไม่จำกัดว่าจะเข้าไปได้ก็ต่อเมื่อมีเสียงร้องให้ช่วยเท่านั้น ถ้าเป็นพฤติกรรมอื่นอันแสดงว่ามีเหตุร้าย เช่น มีเสียงคนทะเลาะกัน หรือมีเสียงปึงดังในบ้านก็สามารถเข้าไปค้นในที่รโหฐานนั้นได้⁶⁴

(2) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐาน ความผิดซึ่งหน้าหมายความว่า ซึ่งหน้าเจ้าพนักงานผู้ค้น ไม่ใช่ซึ่งหน้าบุคคลอื่นแล้วมาบอกกล่าวต่อเจ้าพนักงานอีกทอดหนึ่ง โดยอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอื่นๆที่มีโทษในทาง

⁶³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เล่มเดิม, หน้า 91-94.

⁶⁴ คณิง ภาไชย, เล่มเดิม, หน้า 274.

อาญาได้⁶⁵ โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นประเภทตามที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁶⁶ เช่น

เจ้าพนักงานตำรวจเห็นคนหลายคนกำลังเล่นการพนันกันอยู่บนบ้าน ถือเป็นการผิดซึ่งหน้า หากไม่จับทันทีก็อาจจับผู้กระทำความผิดไม่ได้เลย เพราะปนเปกันอยู่มากทั้งบรรดาพยานหลักฐานทั้งหลายก็อาจสูญเสียหรือถูกทำลายไปหมด จึงเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง ผู้เสียหายกับพวกจึงมีอำนาจเข้าไปในบ้านที่เกิดเหตุอันเป็นที่รื้อถอนตามมาตรา 92(2)⁶⁷

เจ้าพนักงานตำรวจเห็นจำเลยซึ่งอยู่ในห้องนอนโยนเมทแอมเฟตามีนออกไปนอกหน้าต่าง เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจพบจำเลยกำลังกระทำความผิดซึ่งหน้าและได้กระทำลงในที่รื้อถอน เจ้าพนักงานย่อมมีอำนาจจับจำเลยโดยไม่มีหมายจับ หรือหมายค้น⁶⁸

(3) เมื่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอันแน่นแฟ้นควรสงสัยว่าได้เข้าไปซุกซ่อนตัวอยู่ในที่รื้อถอนนั้น กรณีนี้เป็นเรื่องที่เจ้าพนักงานพบบุคคลกระทำความผิดซึ่งหน้า และจะเข้าจับกุมและผู้กระทำความผิดหนีเข้าไปในที่รื้อถอนต่อหน้าเจ้าพนักงานนั่นเอง หรือเจ้าพนักงานพบผู้กระทำความผิดซึ่งหน้า แล้วไล่จับแต่คลาดสายตาไป แต่มีเหตุแน่นแฟ้นอันควรสงสัยว่าเข้าไปซ่อนตัวอยู่ในที่รื้อถอน เช่นมีพลเมืองดีหลายคนบอกให้ทราบหรือในบริเวณที่นั้นมีที่รื้อถอนนั้นอยู่แห่งเดียว เป็นต้น

ความผิดซึ่งหน้าจะต้องเกิดขึ้นจริง ถ้าฟังแต่พฤติการณ์เป็นที่น่าสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะกระทำความผิดยังไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะให้เจ้าพนักงานมีอำนาจติดตามเข้าไปในที่รื้อถอนโดยไม่มีหมายได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 224/2491 กำนันได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการอำเภอให้เป็นพนักงานตรวจโรงฆ่าสัตว์ มีอำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดฐานฆ่าสุกรโดยไม่ได้รับอนุญาต กำนันเห็นคนหนึ่งหาบของต้องสงสัยว่าเขาจะขายเนื้อสุกร โดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งความจริงเป็นเนื้อเถื่อน กำนันขอตรวจ แต่บุคคลนั้นไม่ยินยอมให้ตรวจและหลบหนีเข้าไปในห้องของตน กำนันติดตามไปเพื่อจะจับกุมบุคคลนั้น บุคคลนั้นจึงได้ใช้มือค้ำคอกำนันและใช้มีดแทง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กริยาอาการของจำเลยไม่ต้องด้วยลักษณะที่เรียกว่าความผิดซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

⁶⁵ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2553). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 439.

⁶⁶ คณิง ภาไชย. เล่มเดิม. หน้า 274-275.

⁶⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 698/2516 (ประชุมใหญ่)

⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2546

ความอาญา มาตรา 80 และกรณีไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92

(4) เมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควรว่าสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิดหรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรืออาจเป็นพยานหลักฐาน พิสูจน์การกระทำความผิดได้ซ่อนหรืออยู่ในที่รโหฐานนั้น ประกอบทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่า เนื่องจากการเน้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้ สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายหรือทำลายเสียก่อน การค้นโดยไม่มีหมายค้นในกรณีนี้เป็นการกำหนดให้อำนาจค้นที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้น เมื่อประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของอำนาจ 2 ประการ คือ

เงื่อนไขประการแรก คือ มีพยานหลักฐานตามสมควรว่า มีสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือมีไว้เพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรืออาจเป็นพยานหลักฐาน พิสูจน์การกระทำความผิดได้ซ่อนหรืออยู่ในที่รโหฐานนั้น

คำว่า “เมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควร” จะต้องปรากฏพยานหลักฐานตามสมควรก่อนว่าสิ่งของที่จะค้นน่าจะอยู่ในที่รโหฐานนั้น ไม่ใช่เพียงแค่สงสัยก็มีอำนาจเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล

เงื่อนไขประการที่สอง คือ มีเหตุอันควรเชื่อว่า เนื่องจากการเน้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้ หากเจ้าพนักงานไม่เข้าค้นที่รโหฐานในทันทีจะทำให้สิ่งของนั้นถูกโยกย้ายหรือทำลายเสียก่อน

จะเห็นได้ว่าการใช้ถ้อยคำ คำว่า “มีพยานหลักฐานตามสมควร” และคำว่า “มีเหตุอันควรเชื่อ” ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการค้นในกรณีนี้ เป็นการป้องกันการโยกย้ายทำลายพยานหลักฐาน ซึ่งโดยทั่วไปเหตุได้เกิดขึ้นในที่รโหฐานโดยไม่มีพฤติการณ์ที่ชัดเจนที่จะทำให้เจ้าพนักงานรู้ว่าเหตุที่ทำให้มีอำนาจค้นได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ จึงแตกต่างจากกรณีอื่นๆ ที่มักจะมีเสียงให้ได้ยิน เช่นเสียงร้องให้ช่วยหรือเสียงปืน หรือกรณีการตามจับบุคคล ซึ่งเจ้าพนักงานเห็นอยู่ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดซึ่งหน้า การใช้อำนาจตามอนุมาตรา 4 นี้จึงมีความจำเป็นที่เจ้าพนักงานจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างมาก ซึ่งการกำหนดเพียงแต่ให้ “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจผู้ค้นส่งมอบสำเนาบันทึกการตรวจค้นและบัญชีทรัพย์สินที่ได้จากการตรวจค้น รวมทั้งจัดทำบันทึกแสดงเหตุที่ทำให้สามารถเข้าค้นได้เป็นหนังสือให้ไว้แก่ผู้ครอบครองสถานที่ที่ถูกตรวจค้น และริบรายงานเหตุผลและผลการตรวจค้นเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป” ย่อมไม่เพียงพอที่จะเป็นการปกป้องคุ้มครองบุคคลจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

การค้นตามข้อยกเว้นนี้เมื่อเจ้าพนักงานใช้อำนาจค้นโดยไม่มีหมายแล้ว ผู้ค้นต้องมีหน้าที่

1. จัดทำและส่งมอบบันทึกแสดงเหตุผลที่ทำให้สามารถเข้าคั่นได้ บันทึกการตรวจค้น และบัญชีทรัพย์สินที่ได้จากการค้นให้แก่ผู้ครอบครองสถานที่ที่ถูกตรวจค้น

2. รายงานเหตุผลและผลการตรวจค้นเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือขึ้นไป
เงื่อนไขทั้งสองข้อนี้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ เพื่อให้มีมาตรการในการตรวจสอบและเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อาจได้รับผลเสียหายจากการค้นโดยไม่มีหมายค้นดังกล่าว⁶⁹ แต่ก็ยังไม่เป็นหลักประกันที่เพียงพอในการที่ประชาชนจะไม่ถูกเจ้าพนักงานกระทำการตรวจค้นในทึรโหรณโดยไมชอบด้วยกฎหมายได้

(5) เมื่อที่รโหรณนั้น ผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้าน และการจับนั้นมีหมายจับหรือจับตามมาตรา 78

การเข้าไปในที่รโหรณข้อนี้เข้าไปเพื่อจับเจ้าบ้านเท่านั้น คำว่าเจ้าบ้านตามข้อนี้หมายถึงผู้เป็นหัวหน้าของบุคคลที่พักอาศัยอยู่ในบ้านและเป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่รโหรณนั้น⁷⁰ รวมตลอดถึงคู่สมรสของผู้เป็นหัวหน้าด้วย เพราะบุคคลดังกล่าวเป็นผู้รับผิดชอบในการครอบครองบ้านและปกครองผู้อยู่อาศัยในบ้านหลังนั้น ไม่รวมถึงผู้อยู่อาศัยในบ้านหลังนั้นทุกคน เช่น บิดามารดาหรือบุตร เช่นในบ้านเกิดเหตุมีบิดามารดาของจำเลย จำเลยและน้องสาวพักอาศัยอยู่ในสำเนาะเบียนบ้านระบุว่า บิดาจำเลยเป็นหัวหน้ามีชื่อจำเลยอยู่ในฐานะบุตร จำเลยจึงมิได้อยู่ในฐานะเจ้าของบ้าน ผู้เสียหายกับพวกซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตำรวจเข้าไปจับกุมจำเลยในบ้านที่จำเลยพักอาศัยอยู่ จึงเป็นการจับกุมในที่รโหรณ ซึ่งตามมาตรา 81 ห้ามมิให้ทำการจับกุมบุคคลในที่รโหรณไม่ว่าจะมีหมายหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่จะทำได้ตามบทบัญญัติว่าด้วยการค้นในที่รโหรณ และตามมาตรา 92 ก็บัญญัติห้ามมิให้ค้นที่รโหรณโดยไม่มีหมายค้น โดยมีมาตรา 92(5) บัญญัติยกเว้นว่าเมื่อที่รโหรณนั้นผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้านและการจับนั้นมีหมายจับหรือจับตามมาตรา 78 ก็ให้ทำการจับกุมได้ ดังนั้นการที่ผู้เสียหายกับพวกจะเข้าทำการจับกุมจำเลยในบ้านดังกล่าว จึงต้องมีหมายค้นให้ถูกต้องก่อนกรณีนี้จึงเป็นการจับโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเป็นการจับกุมโดยไม่มีอำนาจจำเลยจึงชอบที่จะป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากอันตรายที่เกิดจากการจับกุมโดยมิชอบเช่นนี้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1035/2536)

⁶⁹ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2547). ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22). หน้า 100-101.

⁷⁰ เริงธรรม ฉิมพลี. (2534). สัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 122.

ข้อสังเกต ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่ไม่ใช่ผู้ที่ครอบครองที่ร โหฐานอยู่ก็จะไม่เข้าตามข้อยกเว้นนี้ เช่นการให้ผู้อื่นเช่าผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ยอมไม่เช่าบ้านตามข้อยกเว้นนี้ ดังนั้นผู้เช่าย่อมมีสิทธิครอบครองในบ้านที่เช่าและเป็นเจ้าบ้านได้⁷¹

2.5.4 การค้นในเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นตาม พ.ร.บ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

หลักเกณฑ์ในการค้นโดยไม่มีหมายค้นตาม พ.ร.บ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 นั้นได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 24 (1) โดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจเข้าไปค้นในเคหสถานหรือสถานที่ใดๆเพื่อทำการตรวจค้นเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยตามสมควรว่ามีบุคคลที่มีเหตุสงสัยว่ากระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษหลบซ่อนอยู่ หรือมีทรัพย์สินซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษหรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ประกอบกับมีเหตุอันควรเชื่อว่า เนื่องจากการเน้นย้ำว่าจะเอาหมายค้นมาได้ บุคคลนั้นจะหลบหนีไปหรือทรัพย์สินนั้นจะถูกโยกย้าย ซุกซ่อนทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนสภาพไปจากเดิม

ซึ่งการใช้อำนาจค้นดังกล่าว นอกจากพนักงานสอบสวนคดีพิเศษต้องดำเนินการเกี่ยวกับการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าค้น รายงานเหตุและผลการตรวจค้นเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป และบันทึกเหตุสงสัยตามสมควรและเหตุอันควรเชื่อที่ทำให้สามารถเข้าค้นได้เป็นหนังสือให้ไว้แก่ผู้ครอบครองเคหสถานหรือสถานที่ค้น แต่ถ้าไม่มีผู้ครอบครองอยู่ ณ ที่นั้น ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษส่งมอบสำเนาหนังสือนั้นให้แก่ผู้ครอบครองดังกล่าวในทันทีที่กระทำได้ และหากเป็นการเข้าค้นในเวลากลางคืนภายหลังพระอาทิตย์ตก พนักงานสอบสวนคดีพิเศษผู้เป็นหัวหน้าในการเข้าค้นต้องเป็นข้าราชการพลเรือนตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 7 ขึ้นไปด้วย ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษผู้เป็นหัวหน้าในการเข้าค้นส่งสำเนาบันทึกเหตุสงสัยตามสมควรและเหตุอันควรเชื่อตามวรรคสาม และสำเนาบันทึกการตรวจค้น และบัญชีทรัพย์สินที่ยึด หรืออายัดต่อศาลจังหวัดที่มีอำนาจเหนือท้องที่ที่ทำการค้น หรือศาลอาญาในเขตกรุงเทพมหานครภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากสิ้นสุดการตรวจค้น เพื่อเป็นพยานหลักฐาน

มาตรา 24 นี้มีแนวความคิดว่า แม้ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะบัญญัติให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าค้นสถานที่ต่างๆได้โดยไม่ต้องขออำนาจจากศาลแต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นอย่างยิ่งซึ่งกว่าจะขอหมายค้นได้ บุคคลผู้กระทำความผิดก็อาจหลบหนีไปก่อนหรือทรัพย์สินถูกโยกย้าย ซุกซ่อนทำลาย จึงจำเป็นต้องมีมาตรการพิเศษให้อำนาจเจ้าพนักงานเข้าค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายแต่

⁷¹ จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช. (2545). *คำอธิบายประมวลวิธีพิจารณาความอาญา(ภาค1-2)*. หน้า 295.

จะต้องมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์การดำเนินการเพื่อกำกับเจ้าพนักงานอันเป็นการคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชนดังปรากฏตามรายละเอียดของมาตรา 24

ในมาตรา 24 นี้อาจารย์วิชญ์ เครืองาม มีความเห็นว่า จากแนวคิดของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 (ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในขณะมีกฎหมายสอบสวนคดีพิเศษ ปัจจุบันได้มีการยกเลิกแล้ว) รัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้ความสำคัญคุ้มครองเคสสถานมากกว่าจะคุ้มครองที่รโหฐาน ซึ่งเมื่อใดที่รัฐธรรมนูญกล่าวถึงที่รโหฐานจะกล่าวเพียงเรื่องเดียวคือเรื่องการค้นและทั้งสองคำก็มีความหมายที่แตกต่างกัน การค้นในการสอบสวนคดีพิเศษเป็นกรณีการค้นใน “เคสสถาน” ซึ่งเป็นการค้นที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้คำว่า “ที่รโหฐาน” เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้ให้ความสำคัญกับการค้นในที่รโหฐานมากกว่าการค้นเคสสถาน ซึ่งผู้ร่างกฎหมายสอบสวนคดีพิเศษคิดว่าแนวคิดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งคุ้มครองที่รโหฐาน จึงไม่อยากใช้คำว่า ค้นในที่รโหฐาน”อีก แต่ที่บัญญัติว่าการค้นใน “เคสสถาน” เพื่อที่จะอุดช่องว่างที่เจ้าหน้าที่คดีทั่วไปยังขาดอยู่เพราะฉะนั้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่รโหฐานใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเคสสถานใช้พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจในคดีอาญาทั่วไปไม่มีกฎหมายเรื่องการค้นเคสสถานหรือมีแต่ก็น้อยกว่ามาตรฐานของกฎหมายการสอบสวนคดีพิเศษ แล้วเจ้าหน้าที่ในคดีทั่วไปจะมาใช้กฎหมายการสอบสวนคดีพิเศษในการค้นที่เคสสถานโดยอนุโลมก็ไม่ได้ แต่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษสามารถใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยอนุโลมได้ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษจึงมีอำนาจมากกว่า แต่การใช้อำนาจนี้ก็ควรจะใช้ด้วยความระมัดระวัง เพราะเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิของประชาชน⁷²

การค้น จึงเป็นมาตรการสอบสวนในคดีอาญาที่มีการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการอยู่อาศัยในกรณีที่เป็นการค้นในที่รโหฐาน หรือสิทธิใน ชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน ซึ่งปัจจุบันการออกหมายค้นจึงจะต้องออกโดยศาลที่เป็นองค์กรกลางเพื่อเป็นการตรวจสอบดุลพินิจของพนักงานสอบสวนที่ขอออกหมายค้น การค้นโดยที่ไม่มีหมายค้นจึงเป็นข้อยกเว้นซึ่งเป็นอำนาจหลักในการค้นของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในกรณีจำเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ

มีปัญหาว่า การให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจเข้าไปตรวจค้นในเคสสถานโดยไม่มีหมายค้นจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ได้มีการชี้แจงในคณะกรรมการ

⁷² วิชญ์ เครืองาม. (2547, 24 พฤษภาคม). “การสอบสวนคดีพิเศษตามมาตรฐานรัฐธรรมนูญ”. การบรรยายเรื่องการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษตามมาตรฐานรัฐธรรมนูญ ในหลักสูตรสอบสวนคดีพิเศษและเจ้าหน้าที่คดีพิเศษ รุ่นที่ 1 .

วิสามัญของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ว่าหลักการค้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น ซึ่งต้องมีเหตุสงสัยตามสมควร และต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ กคพ.กำหนด เพราะการค้นโดยไม่ต้องมีเหตุสงสัยตามสมควรเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษจึงกำหนดให้การค้นต้องแสดงเหตุแห่งการค้นเป็นหนังสือแจ้งให้ผู้ครอบครองเคหสถานทราบก่อนและจะต้องแสดงความบริสุทธิ์ก่อนเข้าค้น เมื่อค้นเสร็จแล้วต้องรายงานให้อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษทราบ และรายงานให้ทราบภายใน 48 ชั่วโมง อย่างไรก็ตามแนวทางในการเข้าค้นเคหสถานหรือสถานที่ใดๆเพื่อตรวจค้นตามมาตรา 24 (1) นั้นมาตรา 24 วรรคสองและวรรคสามได้กำหนดไว้แล้ว

การค้นในเคหสถาน ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 24(1) ซึ่งให้อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจ “เข้าไปค้นในเคหสถานหรือสถานที่ใดๆเพื่อทำการตรวจค้นเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยตามสมควรว่ามีบุคคลที่มีเหตุสงสัยว่ากระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษหลบซ่อนอยู่ หรือมีทรัพย์สินซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษหรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ประกอบกับมีเหตุอันควรเชื่อว่าการเนิ่นช้ากว่าจะเอาหมายค้นมาได้ บุคคลนั้นจะหลบหนีไปหรือทรัพย์สินนั้นจะถูกโยกย้าย ซุกซ่อนทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนสภาพไปจากเดิม” ดังนั้นการค้นเคหสถานหรือสถานที่ใดๆ นั้นมีเพื่อวัตถุประสงค์

1. เพื่อการค้นหบุคคลที่มีเหตุสงสัยว่ากระทำความผิดในคดีพิเศษ
2. เพื่อหาทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิด หรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษหรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้

เงื่อนไขของการค้นตามมาตรา 24 นี้ ต้องมีเหตุสงสัยตามสมควรว่าบุคคลที่กระทำความผิดคดีพิเศษหลบซ่อนอยู่ในสถานที่นั้น หรือต้องมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิด หรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษหรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ และต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่สำคัญอีกส่วนหนึ่งคือหากจะไปเอาหมายค้นมาอาจจะเป็นการเนิ่นช้าเกินไปทำให้บุคคลนั้นจะหลบหนีไปหรือทรัพย์สินนั้นจะถูกโยกย้าย ซุกซ่อนทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนสภาพไปจากเดิม การเข้าค้นเคหสถานหรือสถานที่นั้นจะขาดเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งไม่ได้ และเงื่อนไขทั้งสองข้อต้องประกอบกันจึงเป็นเหตุในการเข้าค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้น

ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดที่ให้อำนาจพนักงาน ป.ป.ส.มีอำนาจเข้าค้นเคหสถานหรือสถานที่ใดๆโดยไม่ต้องมีหมายค้น และยัง

ใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการค้นในที่รโหฐานโดยไม่ต้องมีหมาย แต่ความมีประสิทธิภาพของบทบัญญัตินี้จะส่งผลดีต่อการค้นในคดีเกี่ยวกับความผิดอาญาโดยทั่วไปเท่านั้น หากเป็นคดีอาญาที่มีลักษณะพิเศษแล้วการให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษเข้าไปในเคหสถานแล้วทำการค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้เป็นการให้อำนาจที่ยังไม่มีประสิทธิภาพพอ เพราะการค้นในคดีพิเศษนั้นน่าจะมีวิธีการปฏิบัติที่เป็นพิเศษมากกว่าการค้นในคดีอาญาทั่วไปจึงได้มีการมอบอำนาจให้มีการค้นเคหสถาน หรือสถานที่ใดๆก็ได้⁷³ เป็นพิเศษ

ข้อสังเกตการค้นในเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นตามกฎหมายการสอบสวนคดีพิเศษนั้น ยังไม่ได้มีการบัญญัติถึงแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษไว้อย่างชัดเจน แต่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคสองของ พ.ร.บ. การสอบสวนคดีพิเศษว่า การค้นตาม (1) ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษปฏิบัติตามข้อบังคับที่ กคพ. กำหนด โดยมีการกำหนดข้อบังคับ กคพ. ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการค้นตามพ.ร.บ. นี้ ไว้ แต่ก็ยังไม่มี การกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงเหตุอันควรเชื่อเพื่อค้นในเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นตามมาตรา 24 (1) ไว้ในข้อบังคับดังกล่าวแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรมสอบสวนคดีพิเศษควรที่จะมีกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจค้นในเคหสถานตามมาตรา 24 (1) ของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษให้มีความชัดเจนหรือมีการวางแนวทางในการปฏิบัติให้ชัดเจนมากขึ้นกว่านี้ ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 24 (1) นั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เพียงกว้างๆ โดยที่ยังไม่มีระเบียบภายในออกมารองรับการปฏิบัติอย่างจริงจัง ทำให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษอาจใช้อำนาจของตนเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรได้

2.5.5 การค้นในเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นตาม พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519

หลักการค้นตามพ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 นั้น มีหลักการสำคัญในการตรวจค้นเคหสถาน กล่าวคือ ในการตรวจค้นเคหสถานของบุคคลโดยหลักแล้วจะต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาลเว้นแต่มีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล⁷⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเจ้าพนักงานจะดำเนินการตรวจค้นในเคหสถานได้ จะต้องมีการมีคำสั่งหรือหมายของศาลเป็น

⁷³ เสริมสิริ ลีวานิชกุล. เล่มเดิม. หน้า 87-88.

⁷⁴ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการแต่งตั้ง การปฏิบัติหน้าที่และการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานปปส. ข้อที่ 14

หลักในการค้นเท่านั้น การค้นในเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุให้ค้นได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 (1) ของบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีการบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 14 เพื่อดำเนินการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ให้กรรมการ เลขาธิการ รองเลขาธิการและเจ้าพนักงานมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) เข้าไปในเคหสถาน หรือสถานที่เพื่อตรวจค้นเมื่อมีเหตุสงสัยตามสมควรว่า มีบุคคลที่มีเหตุสงสัยว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหลบซ่อนอยู่ หรือมีทรัพย์สินซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ประกอบกับมีเหตุอันควรเชื่อว่าการเนื่องจากการเน้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้ บุคคลนั้นจะหลบหนีไป หรือทรัพย์สินนั้นจะถูกโยกย้าย ซุกซ่อนทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนสภาพไปจากเดิม....”

การใช้อำนาจตาม (1) ให้เจ้าพนักงานผู้ค้นปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด และแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าตรวจค้น รายงานเหตุผลและการตรวจค้นเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปและบันทึกเหตุผลอันควรสงสัยตามสมควรและเหตุอันควรเชื่อที่ทำให้สามารถเข้าตรวจค้นได้เป็นหนังสือให้ไว้แก่ผู้ครอบครองเคหสถานหรือสถานที่ค้น แต่ถ้าไม่มีผู้ครอบครองอยู่ ณ ที่นั้น ให้เจ้าพนักงานผู้ค้นส่งมอบสำเนาหนังสือนั้นให้แก่ผู้ครอบครองดังกล่าวทันทีที่กระทำได้ และหากเป็นการเข้าค้นในเวลากลางคืนภายหลังพระอาทิตย์ตก เจ้าพนักงานผู้เป็นหัวหน้าในการเข้าค้นต้องเป็นข้าราชการพลเรือนตำแหน่งระดับ 7 ขึ้นไป หรือข้าราชการตำแหน่งสารวัตรขึ้นไปหรือเทียบเท่าขึ้นไป หรือข้าราชการทหารตำแหน่งตั้งแต่ผู้บังคับการกองร้อยหรือเทียบเท่าขึ้นไป

จะเห็นว่ามาตรา 14(1) ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การค้นเคหสถานโดยไม่ต้องมีหมายค้นจากศาลของเจ้าพนักงาน ป.ป.ส.ไว้ ให้สามารถกระทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ก็เพื่อกำหนดมาตรการและให้อำนาจในการดำเนินการป้องกันและปราบปรามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้ได้ผลเด็ดขาดและมีประสิทธิภาพ ประกอบกับยาเสพติดเป็นพยานหลักฐานที่อาจถูกเคลื่อนย้ายหรือทำลายได้ง่าย กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดอำนาจพิเศษให้เจ้าพนักงานมีอำนาจเข้าตรวจค้นโดยเร่งด่วนและเจ้าพนักงานก็มีใช้พนักงานทั่วไปแต่ต้องมีการแต่งตั้งพิเศษโดยการกลั่นกรองคุณสมบัติและระดับตำแหน่งของผู้รับการแต่งตั้งซึ่งแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ทั่วไป โดยในส่วนนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน⁷⁵

⁷⁵ กพิพากษ์ เกียรติกมลเลิศ. (2546). ปัญหาเกี่ยวกับการค้นและการจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศึกษาเฉพาะกรณีอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในชั้นก่อนฟ้องคดี. หน้า202-203.

การใช้อำนาจในการตรวจค้นของเจ้าพนักงานป.ป.ส.จำกัดเฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้นไม่รวมถึงความผิดประเภทอื่นๆ ซึ่งหากเจ้าพนักงานป.ป.ส.ใช้อำนาจในการตรวจค้นตามมาตรา 14 (1) นี้แล้ว พบการกระทำความผิดอื่น เช่นพบว่าผู้ถูกตรวจค้นมีวัตถุระเบิดในความครอบครอง เช่นนี้เจ้าพนักงานป.ป.ส. ก็ไม่มีอำนาจในการจับกุมได้เพราะมาตรา 14 (1) นี้ให้อำนาจเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น⁷⁶

มาตรา 14 (1) ใต้ให้อำนาจเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. เข้าไปตรวจค้นในเคหสถานโดยไม่ต้องมีหมายค้นได้ โดยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการ ดังนี้

1. มีเหตุสงสัยตามสมควรว่ามีบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหลบซ่อนอยู่ หรือมียาเสพติดซุกซ่อนอยู่ รวมทั้งมีทรัพย์สินที่มีไว้ ได้มา หรือได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้

2. ประกอบกับต้องมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าอาจเป็นการเน้นซ้ำเกินไปกว่าที่จะขอหมายค้นจากศาลมาได้ บุคคลนั้นจะหลบหนีหรือทรัพย์สินจะถูกโยกย้ายหรือเปลี่ยนสภาพไปจากเดิม

ข้อเท็จจริงต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 2 ประการดังกล่าว จึงจะทำให้เจ้าพนักงานป.ป.ส.สามารถดำเนินการตรวจค้นในเคหสถานได้โดยไม่มีหมายค้นหรือมีคำสั่งจากศาลได้ กล่าวโดยสรุปก็คือ ต้องป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วนจริงๆที่ไม่สามารถเอาหมายค้นมาได้ กรณีจำเป็นเร่งด่วนนี้เป็นข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวไป อย่างเช่นกรณีเจ้าพนักงานป.ป.ส.ติดตามนักค้ายาเสพติดรายหนึ่งไปที่บ้านซึ่งนักค้ายาเสพติดรายนี้เคยมีประวัติในการค้ายาเสพติดมาก่อน เจ้าพนักงานป.ป.ส.ก็สามารถทำการค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายจากศาลเพราะเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วนจึงจำเป็นต้องดูข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องไป ในกรณีเช่นเจ้าพนักงานป.ป.ส.สามารถแสดงบัตรเจ้าพนักงานป.ป.ส.แล้วทำการค้นได้เลย ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานป.ป.ส.มักจะใช้เหตุค้นในกรณีจำเป็นเร่งด่วนนี้คือ กรณีค้นแล้วพบยาเสพติดก็สามารถจับกุมผู้ต้องหาได้โดยไม่ต้องขอหมายจับซึ่งเป็นปฏิบัติการในทางเทคนิคโดยถือว่าเป็นการจับต่อเนื่องจากการค้น

เมื่อการค้นตามพระราชบัญญัตินี้มีความพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เหตุแห่งการค้นตามกฎหมายนี้จึงแตกต่างจากเหตุในการค้นของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย ซึ่งเหตุแห่งการค้นตามมาตรา 14(1) มีดังนี้⁷⁷

1. การค้นในเคหสถานหรือสถานที่ใดเพื่อหาบุคคลที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าได้กระทำ

⁷⁶ แหล่งเดิม หน้า 203.

⁷⁷ เสริมสิริ ลีวานิชกุล, เล่มเดิม, หน้า 102.

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด กล่าวคือเมื่อเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. ได้ทำการสืบทราบว่ามีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดขึ้นที่สถานที่ใดก็ตาม ในกรณีนี้จำเป็นเร่งด่วนเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. สามารถค้น โดยที่ไม่ต้องมีหมายจากศาลสำหรับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแบ่งออกเป็นการผลิตยาเสพติดโดยไม่ได้รับอนุญาต, จำหน่าย

ยาเสพติดโดยผิดกฎหมาย, ครอบครองยาเสพติดโดยผิดกฎหมาย, เสพยาเสพติดโดยผิดกฎหมายและในปัจจุบันบัญญัติในเรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้รวมถึงแม้ผู้กระทำความผิดยังมีได้ลงมือกระทำความผิดเองแต่หากสมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิดฐานผลิตหรือจำหน่ายยาเสพติดจะมีความผิดฐานสมคบในการกระทำความผิดด้วย

2. ค้นเพื่อยึดหรืออายัด ยาเสพติดหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด หรืออาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด เหตุในการค้นนี้กฎหมายได้ให้อำนาจกับเจ้าพนักงานในการที่เจ้าพนักงานจะอ้างเหตุไปล่วงหน้าเพื่อสิทธิส่วนบุคคลในการครอบครองและใช้สอยในเคหสถานค่อนข้างมากเนื่องจากเจ้าพนักงานสามารถที่จะยึดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่เจ้าพนักงานนั้นไม่สามารถยึดทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเนื่องจากยาเสพติดได้ เช่น เจ้าพนักงานไม่สามารถยึดรถยนต์ของผู้กระทำความผิดที่ได้มาจากการกระทำความผิด

นอกจากนี้เจ้าพนักงาน ป.ป.ส. ยังมีอำนาจค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย ในที่นี้คือกรณีที่ต้องขอหมายค้นก็ให้ปฏิบัติตามขอหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และยังมีอำนาจในการค้นโดยไม่มีหมายตามวิธีพิจารณาความอาญาด้วยเช่นเดียวกัน ดังที่ได้ได้มีการบัญญัติไว้ตามมาตรา 14(5)

ในส่วนวิธีการค้นนั้น ได้มีการบัญญัติให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดโดยมีรายละเอียดการค้นดังต่อไปนี้⁷⁸

ในกรณีการค้นในเคหสถานโดยไม่มีหมายให้ดำเนินการโดยแจ้งผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปหนึ่งระดับทราบก่อนการดำเนินการเว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนให้ดำเนินการไปก่อนแล้วแจ้งให้ทราบโดยเร็ว ก่อนการลงมือตรวจค้นต้องแสดงความบริสุทธิ์และแสดงบัตรประจำตัวต่อผู้ครอบครอง ผู้ดูแลหรือบุคคลในครอบครัวนั้นการค้นก็ต้องทำต่อหน้าผู้ครอบครอง ผู้ดูแลหรือบุคคลในครอบครัวนั้นหากหาบุคคลดังกล่าวไม่ได้ก็ให้ค้นต่อหน้าบุคคลอื่นอย่างน้อย 2 คนซึ่งพนักงาน ป.ป.ส. ได้ร้องขอให้มาเป็นพยาน หลังทำการค้นต้องทำบันทึกระบุเหตุอันควรสงสัยตาม

⁷⁸ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยการแต่งตั้ง การปฏิบัติหน้าที่และการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. ข้อที่ 14

สมควรและเหตุอันควรเชื่อที่ทำให้สามารถเข้าค้นได้ให้ไว้แก่ผู้ครอบครองเคหสถานหรือสถานที่ตามแบบที่เลขาธิการกำหนดแต่ถ้าไม่มีผู้ครอบครองอยู่ ณ ที่นั้นให้เจ้าพนักงาน ป.ส.ส่งมอบสำเนาบันทึกดังกล่าวให้แก่ผู้ครอบครองเคหสถานหรือสถานที่ค้นในทันทีที่ได้ เมื่อค้นเสร็จให้ทำบันทึกรายละเอียดแห่งการค้นและบัญชีสิ่งของที่ค้นได้แล้วอ่านให้บุคคลที่กล่าวในข้างต้นฟังและลงลายมือชื่อรับรองไว้ หากบุคคลดังกล่าวไม่ยอมลงลายมือชื่อให้หมายเหตุไว้ในบันทึกการค้นแล้วรายงานให้ผู้บังคับบัญชาทราบและต้องส่งรายงานไปยังเลขาธิการภายใน 15 วันนับแต่วันค้น⁷⁹

หลังจากทำการตรวจค้นแล้วให้เจ้าพนักงาน ป.ป.ส.ทำรายงานการตรวจค้นเสนอเลขาธิการสำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดตามที่กล่าวข้างต้นและนอกจากนี้การที่เลขาธิการต้องจัดทำรายงานผลการปฏิบัติงานของสำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดเสนอต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ก็เป็นการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงาน ป.ป.ส. ว่าทำถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ในการปฏิบัติทั้งปีนั้นมีการกระทำที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบก็ครั้งบ้างซึ่งจะทำให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดปฏิบัติงานด้วยความถูกต้องและมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น เนื่องจากต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติทุกปี

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการตรวจค้นของเจ้าพนักงาน ป.ป.ส.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4536/2543 ผู้ดำเนินการจับกุมและตรวจค้นคือ ร้อยตำรวจเอก ศ. ซึ่งสืบทราบและวางแผนจับกุมจำเลยโดยไปซุ่มดูพฤติกรรมของจำเลยในการจำหน่ายเมทแอมเฟตตามีนให้แก่ผู้ขับรถบรรทุก จากการตรวจค้นพบเมทแอมเฟตตามีน 2 เม็ดอยู่ใต้กล่องยาแก้ปวดบนชั้นวางของใกล้กับที่นั่งจำเลย กรณีจึงมีเหตุอันควรสงสัยว่ามียาเสพติดซุกซ่อนอยู่ในห้องพักอันเป็นที่รโหฐานนั้น ประกอบมีเหตุอันควรเชื่อว่าหากไม่ดำเนินการทันที ยาเสพติดอาจถูกโยกย้าย เมื่อแสดงบัตรประจำตัวพนักงานป.ป.ส.ให้จำเลยดูแล้วร้อยตำรวจเอก ศ. จึงมีอำนาจตรวจค้นเคหสถานและจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหรือหมายค้นตาม พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ มาตรา 14 กรณีจึงไม่ต้องพิจารณาว่ามีเหตุที่ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92(1)-(5) หรือไม่

2.5.6 ผลกระทบจากการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อการรับฟังพยานหลักฐานของศาล

ผลของการค้นในที่รโหฐานโดยไม่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด ซึ่งถือเป็นการค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเป็นการค้นโดยไม่มีอำนาจค้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้⁸⁰

⁷⁹ ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ข้อที่ 15

⁸⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เล่มเดิม, หน้า 459-461.

1. การค้นที่รโหฐานเพื่อหาตัวคนหรือสิ่งของ (ถ้อยคำตาม ป.วิ.อ. มาตรา 57) โดยไม่มีหมายค้น เว้นแต่กรณีดังนี้

1.1 มีกฎหมายบัญญัติให้ค้นโดยไม่มีหมายค้น เช่น ป.วิ.อ.มาตรา 92

1.2 เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่รโหฐานยินยอมโดยสมัครใจให้ทำการค้นได้

2. การค้นที่รโหฐานในเวลากลางคืน โดยไม่มีเหตุตามที่ ป.วิ.อ.มาตรา 96(1) (2) (3) บัญญัติไว้

3. การค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะสถาน หรือในที่รโหฐาน โดยไม่มี “เหตุอันควรสงสัย” ตามที่ ป.วิ.อ.มาตรา 93 บัญญัติไว้

4. การค้นตัวผู้ถูกจับตาม ป.วิ.อ.มาตรา 89 วรรคหนึ่งโดยเจ้าพนักงานผู้จับไม่มีอำนาจจับ

การค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานของศาล เนื่องจากหลักการในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น เดิมปรากฏอยู่เพียงในมาตรา 226 ซึ่งบัญญัติเพียงว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพินิจได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” ซึ่งในกรณีนี้นักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก มีความเห็นว่า ในเรื่องถ้อยคำ แม้ตัวบทจะใช้คำว่า “เกิดจาก” หรือที่เรียกโดยทั่วไป “เกิดขึ้น” ก็ตาม แต่ก็มีความหมายเป็นเช่นเดียวกับ “การได้มาซึ่งพยานหลักฐาน” กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ หรือการค้นโดยไม่ชอบ หรือการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือการใช้วิธีการที่มีชอบในกรณีอื่นใดก็ตาม พยานหลักฐานที่ได้มาก็ย่อมไม่สามารถที่จะรับฟังได้และย่อมถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาล โดยผลของมาตรา 226

แนวทางที่สอง มีความเห็นว่า การ “เกิดขึ้น” กับ วิธีการ “ได้มา” ซึ่งพยานหลักฐานมีความหมายที่แตกต่างกัน โดยหลักการตามแนวความคิดนี้ มีความเห็นว่าพยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณค่าแห่งการพินิจและเป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว พยานหลักฐานนั้นก็ย่อมที่จะรับฟังได้เสมอ แม้วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม และพยานหลักฐานนั้นจะไม่

ถูกตัดออกไปจากการพิจารณาของศาลตามมาตรา 226 แต่อย่างไร เพราะเจตนารมณ์ของมาตรา 226 นั้นมุ่งหมายที่จะห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น⁸¹

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 857/2482 ก็ไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าการค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะเป็นเหตุให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐาน หากแต่ได้วินิจฉัยว่า

“ในข้อกฎหมาย ศาลฎีกาเห็นว่า เจ้าพนักงานเข้าตรวจค้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และมีได้ปฏิบัติในการจับกุมของกลางตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92,102

ในข้อที่ว่าจำเลยได้รับสารภาพนั้น ปรากฏว่ามีได้รับสารภาพในชั้นสอบสวน ดังคำพยานนายร้อยตำรวจตรีแก้ว กมลรัตน์ เจ้าพนักงานสอบสวน จำเลยรับกับสิบตำรวจตรีแจ้ง ผู้จับเท่านั้น

ในข้อเท็จจริงว่าสารภาพนี้เป็นของจำเลยหรือไม่ ก็คงมีแต่คำพยานซึ่งมีข้อสงสัยดังศาลอุทธรณ์วินิจฉัย คดีจึงลงโทษจำเลยไม่ได้ ยืนตามจำเลยอุทธรณ์ ให้ยกฎีกาโจทก์เสีย”

ในทางตรงกันข้าม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5144/2548⁸² กลับวินิจฉัยว่า การตรวจค้นอาจมิชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการตรวจค้นโดยไม่มีหมายค้น ก็เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก หากมีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานที่ชอบเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยไม่

จากความไม่ชัดเจนในการตีความคำว่า “เกิดขึ้นโดยมิชอบ” ประกอบกับการที่บทบัญญัติมาตรา 226 ไม่เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐาน เป็นผลให้กฎหมายไทยในเรื่องนี้อยู่ในสภาพที่เคร่งครัด ซึ่งแตกต่างจากระบบที่ใช้อยู่เป็นสากลที่มีการสร้างข้อยกเว้นให้สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายนี้ จึงนำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 226/1 ดังที่ปรากฏในคำชี้แจงเหตุผลและความจำเป็นในการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่...) พ.ศ..... โดยกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของเรื่องว่า “บทบัญญัติมาตรา 226 ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากได้รวมกฎหมายทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานที่อาจอ้างได้ในคดีอาญา และส่วนที่เกี่ยวกับข้อห้ามในการรับฟังพยานหลักฐานไว้ในมาตราเดียวกัน นอกจากนี้บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับข้อห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบมีลักษณะ

⁸¹ ชลลดา จินตเสถียร. (2553). ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 45.

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5144/2548

ค่อนข้างเด็ดขาด ไม่สอดคล้องกับแนววินิจฉัยของศาลที่ยอมรับฟังพยานดังกล่าวในบางกรณีเมื่อมีความจำเป็นเพื่อความเป็นธรรม สมควรที่จะแยกบทบัญญัติในเรื่องการอ้างพยานหลักฐานและในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรานี้ออกจากกัน และกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานให้ยืดหยุ่นยิ่งขึ้น”⁸³ ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงยุติธรรมเสนอและได้ผ่านการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น เป็นการยกเลิกมาตรา 226 เดิม เพื่อกำหนดเรื่องการอ้างพยานหลักฐานว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยผิดหรือบริสุทธิ์หรือเกี่ยวกับประเด็นอื่นในคดี ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ โดยให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” และเพิ่มมาตรา 226/1 เรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในวรรคหนึ่งว่า “ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจงใจมีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” และวรรคสอง “พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายประการอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าพยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญอันเกี่ยวกับประเด็นสำคัญในคดี เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวประกอบพยานหลักฐานอื่นก็ได้”⁸⁴

ทั้งนี้ ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลของการค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายนี้ ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ว่า การค้นโดยมิชอบดังกล่าวข้างต้นมีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานหรือผลในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ หากค้นแล้วพบพยานวัตถุ พยานเอกสาร จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ เพราะถือว่าได้มาโดยมิชอบประการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 อย่างไรก็ดีตาม เมื่อมีมาตรา 226/1 บัญญัติขึ้นมาใหม่ ก็คงต้องถือว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร” ที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบ เป็น “พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ” ตามความหมายของมาตรา 226/1 ซึ่งศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ โดยมาตรา 226/1 เป็นการยืนยันหลักในมาตรา 226 ที่ว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบรับฟังไม่ได้ แต่เนื่องจากพยานหลักฐานนั้นๆ เป็น “พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ” ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 226/1 และคำพิพากษาศาลฎีกาใน

⁸³ สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ..... หน้า 70.

⁸⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ....(เรื่องเสร็จที่ 130/2544).

ฎีกาที่ 5144/2548 คงจะต้องเปลี่ยนไปเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 226/1 กล่าวคือ โดยหลักจะต้องไม่รับฟัง หากจะใช้ดุลพินิจรับฟัง ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในมาตรา 226/1 เท่านั้น⁸⁵

ปัญหาว่าปัจจัยที่ศาลจะต้องคำนึงถึงในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 226/1⁸⁶ วรรคสอง (1) – (4) มีความหมายอย่างไรนั้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน ปัจจัยเรื่องนี้มีนักกฎหมายหลายท่านได้อธิบายความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จริญญา ภักดีธนากุล อธิบายว่า คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น กล่าวคือถ้าเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าน่าเชื่อถือมาก สามารถบ่งชี้เท็จจริงอันสำคัญในคดีนั้นได้มาก โอกาสที่ศาลจะใช้ดุลพินิจยกเว้นให้รับฟังได้ก็จะมากตามไปด้วย แต่ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่สำคัญ ซ้ำยังมีน้ำหนักน้อยอีกด้วย ศาลก็น่าจะใช้ดุลพินิจไปในทางตัดทิ้งไปตามหลักที่กฎหมายวางไว้⁸⁷

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข้มชัย ชุตินวงศ์ อธิบายว่า ถ้าเป็นพยานหลักฐานสำคัญ น่าเชื่อถือและใกล้ชิดกับประเด็นพิพาท คือมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ (probative value) สูง ก็ควรยกเว้นให้รับฟังได้⁸⁸

⁸⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 460-462.

⁸⁶ มาตรา 226/1 ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ
- (4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่

เพียงใด

⁸⁷ จริญญา ภักดีธนากุล. (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 285.

⁸⁸ เข้มชัย ชุตินวงศ์. (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 282.

ศาสตราจารย์ คณิง ภาไชย อธิบายว่า คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น หมายความว่าพยานหลักฐานนั้นมีคุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริงเพียงใด เช่นเป็นพยานชั้นที่หนึ่ง หรือเป็นพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ประเด็นโดยตรงของการกระทำนั้น และเป็นพยานหลักฐานที่ยังมิได้เปลี่ยนแปลงไปจากที่เกิดขึ้นแต่เดิม⁸⁹

รองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต อธิบายว่า หากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบในบางกรณี ก็ไม่มีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เช่น การค้นโดยไม่มีหมายค้นและพบสิ่งของผิดกฎหมาย⁹⁰

รองศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ อธิบายว่า พยานหลักฐานดังกล่าวมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ โดยเป็นพยานหลักฐานโดยตรง เป็นพยานที่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงในคดีที่ดีที่สุด⁹¹

สรุป คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น หมายความว่า พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าที่จะพิสูจน์ความผิด และมีความสำคัญในคดี และเป็นพยานหลักฐานโดยตรงซึ่งมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ มีน้ำหนักที่จะรับฟังเพียงใด

2. พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภักดีธนากุล อธิบายว่า พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดีที่จำเลยถูกฟ้องมีความชั่วร้ายรุนแรงเพียงใด กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนมากหรือน้อยอย่างไร ถ้าความผิดในคดีนั้นไม่ร้ายแรง ความจำเป็นที่จะต้องลงโทษจำเลยอย่างจริงจังก็น้อยลง โอกาสที่ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบนั้นก็จะมากขึ้น แต่ถ้าความผิดในคดีนั้นร้ายแรงมาก ประโยชน์สาธารณะที่จะต้องพิสูจน์ความผิดและลงโทษจำเลยก็มาก โอกาสที่จะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวตามข้อยกเว้นก็มีมากขึ้นด้วย⁹²

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข้มชัย ชุตินวงศ์ อธิบายว่า ถ้าความผิดในคดีที่จะต้องใช้พยานหลักฐานนั้นพิสูจน์ เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ หรือความผิดร้ายแรง ก็ควรยกเว้นให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ เพราะการไม่รับฟังพยานหลักฐานจะทำให้คนร้ายในคดีร้ายแรงหลุดรอดไปได้⁹³

⁸⁹ คณิง ภาไชย. (2551). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. หน้า 279.

⁹⁰ อุดม รัฐอมฤต. (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 227.

⁹¹ ณรงค์ ใจหาญ. (2555). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 234.

⁹² จรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 285.

⁹³ เข้มชัย ชุตินวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 282.

รองศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ อธิบายว่า พฤติการณ์ของการกระทำความผิดมีความอุกฉกรรจ์เพียงใด หรือเป็นความผิดเล็กน้อย ส่วนความร้ายแรงของความผิดนั้น หมายความว่า ความผิดดังกล่าวมีผลกระทบต่อสังคมร้ายแรงหรือไม่เพียงใด⁹⁴

สรุป พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี หมายความว่า เป็นการกระทำของผู้กระทำความผิดที่มีพฤติการณ์อุกฉกรรจ์หรือไม่ และมีความร้ายแรงของคดีอันเป็นที่กระทบต่อความสงบสุขของประชาชนเพียงใด เช่น คดีฆ่า คดียาเสพติด คดีค้ามนุษย์ เป็นต้น

3. ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภักดีธนากุล อธิบายว่า ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำมิชอบของเจ้าหน้าที่ที่มีความรุนแรงมากน้อยเพียงใด ถ้าเจ้าหน้าที่ใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างผิดกฎหมายผิดศีลธรรม ทำให้เสื่อมเสียต่อการอำนวยความสะดวกของประเทมากหรือทำให้เสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ศาลก็อาจจะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นไปตามหลัก แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ทำผิดเพียงเล็กน้อยเสียหายไม่มาก ศาลก็น่าจะใช้ดุลพินิจให้รับฟังพยานหลักฐานนั้นได้ตามข้อยกเว้น⁹⁵

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข้มชัย ชุตินวงศ์ อธิบายว่า ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ หมายถึง ลักษณะการกระทำมิชอบของเจ้าพนักงาน และความเสียหายที่เกิดจากการกระทำมิชอบของเจ้าพนักงานถ้าร้ายแรง ก็ไม่ควรรับฟัง⁹⁶

รองศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ อธิบายว่า การกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบนี้ มีลักษณะเกิดจากความตั้งใจในการก่อให้เกิดขึ้นเพียงใดหรือเป็นเพียงความประมาทเลินเล่อ ส่วนความเสียหาย หมายความว่า ก่อให้เกิดความเสียหายต่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพหรือเสียหายต่อการอำนวยความสะดวกเพียงใด⁹⁷

รองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต อธิบายว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้กำลังซ้อมผู้ต้องหา หรือบังคับขู่เข็ญให้รับสารภาพ ย่อมเกิดความเสียหายมาก เพราะกระทบสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิที่จะไม่ปรักปรำตนเอง⁹⁸

นอกจากนี้ชลลดา จินตเสถียร ได้วิเคราะห์ไว้ว่า ลักษณะและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบ หมายถึง เมื่อพิจารณาการกระทำที่ไม่ชอบของเจ้าพนักงานว่ามีลักษณะ

⁹⁴ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 234.

⁹⁵ จรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 285.

⁹⁶ เข้มชัย ชุตินวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 282.

⁹⁷ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 234.

⁹⁸ อุดม รัฐอมฤต. เล่มเดิม. หน้า 227.

อย่างไร ระดับความรุนแรงหรือความร้ายแรงของการกระทำของเจ้าพนักงานว่าเป็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานอย่างร้ายแรงหรือไม่ เทียบกับความบกพร่องที่เกิดขึ้น ถ้าร้ายแรงมากก็ไม่ควรรับฟัง ถ้าร้ายแรงน้อยก็ควรรับฟัง เช่น ตำรวจเข้าไปค้นบ้านหรือไปค้นบริษัทเขาโดยมีหมายค้นเป็นการเข้าไปโดยชอบ เอาหมายค้นให้คนในนั้นดู ปรากฏว่าในบันทึกตรวจค้นจับกุมอาจจะลืมลงชื่อใครไปสักคน จะเห็นว่าความบกพร่องนี้ไม่ได้ก่อความเสียหายอะไร และก็มี ความร้ายแรงน้อยมาก ไม่ได้ทำให้เกิดความตกใจหวาดกลัวอะไรเลย เป็นการบกพร่องทางเทคนิค ซึ่งความเสียหายเกิดขึ้นน้อยมาก ก็ควรรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้น และควรพิจารณาถึงความสุจริตของเจ้าพนักงานด้วย คือ หากเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความสุจริตใจว่าตนทำถูกต้องตามกฎหมาย การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาเพราะการกระทำของเจ้าพนักงานในกรณีเช่นนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดผลยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบแต่อย่างใด แต่หากเจ้าพนักงานมีการกระทำโดยสุจริตอย่างชัดเจนหรือมีการกระทำที่ชั่วร้ายมาก มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ไม่ให้รับฟังพยานหลักฐาน⁹⁹

สรุป ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่หมายความว่า การกระทำที่เป็นการค้นโดยมิชอบนั้น มีลักษณะร้ายแรงอย่างไร และก่อให้เกิดความเสียหายจากการกระทำโดยมิชอบอย่างไร

4. ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์ อธิบายว่า ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมาได้รับการลงโทษหรือไม่ ถ้าเจ้าพนักงานที่ล่วงละเมิดสิทธิอันทำให้ได้พยานหลักฐานมาถูกดำเนินคดีลงโทษไปแล้ว ก็ถือว่ามีการเยียวยาการกระทำที่ไม่ชอบไปแล้วก็สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบได้ เพราะการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเป็นการลงโทษ (sanction) รัฐอย่างหนึ่ง เมื่อเจ้าพนักงานของรัฐถูกลงโทษทางอื่นแล้ว ก็ไม่ต้องใช้มาตรการนี้¹⁰⁰

ศาสตราจารย์ คณิง ภาไชย อธิบายว่า ผู้ที่ทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมา ได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด หมายความว่า ผู้ที่ก่อให้เกิดการได้มาโดยมิชอบให้ถูกดำเนินคดีอาญาในส่วนที่กระทำโดยมิชอบเพียงใด ทั้งนี้ เพราะหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานโดยมิชอบนี้ เป็นมาตรการที่บังคับอีกทางหนึ่งที่ศาลในต่างประเทศนำมาใช้เพื่อให้

⁹⁹ ชลลดา จินตเสถียร. เล่มเดิม. หน้า 129.

¹⁰⁰ เข็มชัย ชูติวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 282.

ได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าว ดังนั้น หากเจ้าพนักงานเหล่านั้นได้รับการลงโทษแล้ว ก็อาจไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเพื่อยับยั้งอีก¹⁰¹

สรุป ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด หมายความว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำการค้นโดยมิชอบนั้นได้รับการลงโทษเพียงใด หากได้รับการลงโทษแล้ว ศาลก็อาจฟังพยานหลักฐานได้ เพราะถือว่าได้มีการไต่ตอบการกระทำของเจ้าพนักงานแล้ว¹⁰²

ปัญหาว่าปัจจัยทั้งสี่ในมาตรา 226/1 นี้ ศาลจะต้องพิจารณาทั้งสี่ปัจจัย หรือพิจารณาเพียงปัจจัยใดปัจจัยหนึ่ง แล้วจึงมาชั่งน้ำหนักว่าศาลจะรับฟังหรือไม่รับฟัง โดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการอำนวยความสะดวกยุติธรรมมากกว่าผลเสียจากการอำนวยความสะดวกยุติธรรม และสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ประเด็นปัญหานี้มีแนวความเห็นเป็นสองแนว แนวทางที่หนึ่งเห็นว่า ต้องพิจารณาปัจจัยทั้งสี่ทั้งหมดประกอบกัน เพราะปัจจัยที่หนึ่งและสอง เป็นปัจจัยที่แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของประโยชน์ที่กระบวนการยุติธรรมจะได้รับ ส่วนปัจจัยที่สามและสี่ เป็นกรณีที่จะแสดงให้เห็นว่าผลเสียต่อมาตรฐานการอำนวยความสะดวกยุติธรรมและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า ศาลไม่ต้องพิจารณาปัจจัยทั้งสี่ทั้งหมดก็ได้ เพราะเป็นกรณีที่จะนำมาพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ด้านการอำนวยความสะดวกยุติธรรมกับผลเสียที่จะเกิดขึ้นต่อมาตรฐานการยุติธรรมและการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹⁰³

นอกจากนี้การค้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายยังอาจมีผลต่อความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานได้ เนื่องจากการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการค้นที่ไร้ฐานของเจ้าพนักงานในบางกรณีเป็นการใช้อำนาจโดยเจตนาให้เกิดความเสียหายหรือกระทำการโดยประมาทเป็นอย่างมาก ซึ่งการค้นในที่ไร้ฐานโดยไม่มีหมายค้น ได้แก่ การค้นโดยไม่มีเหตุให้ค้น โดยไม่ต้องมีหมายค้นตามมาตรา 92 และการค้นในเวลากลางคืนโดยไม่มีเหตุตามมาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาจทำให้เจ้าพนักงานมีความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา ดังต่อไปนี้

¹⁰¹ คณิง ภาไชย. เล่มเดิม. หน้า 279.

¹⁰² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2553). *โครงการศึกษาวิจัยเรื่องการค้นตัวบุคคล ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ*. หน้า 103.

¹⁰³ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. หน้า 235.

1. ความผิดฐานบุกรุก ตามมาตรา 364¹⁰⁴ หรือความผิดตามมาตรา 329¹⁰⁵ ของกฎหมายลักษณะอาญา มีตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 754/2498¹⁰⁶ คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า จำเลยมีอาวุธปืนบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของโจทก์ กล่าวคำใส่ความและคำโจทก์ ใช้ปืนพยายามยิงโจทก์จะฆ่าให้ตาย และกล่าวคำอาฆาตมาดร้ายต่อโจทก์ ขอให้ลงโทษตามมาตรา 327, 328, 29, 39 (2), 429, 60, 30, 70, 71 ศาลอุทธรณ์เห็นว่าตามข้อเท็จจริงไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าคนร้ายเข้าไปในบ้านโจทก์ กรณีไม่ต้องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92(2) หรือมาตรา 96(2) จำเลยต้องรับผิดฐานบุกรุก จึงพิพากษาแก้ว่าจำเลยมีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 329 วรรคท้าย จำเลยฎีกาว่า กรณีมีเหตุที่จำเลยควรสงสัยว่าคนร้ายเข้าไปอยู่ในบ้านโจทก์ ศาลฎีกาเห็นว่า แม้แต่ตามคำขอของจำเลยเองก็ไม่ปรากฏว่าคนที่จำเลยเห็นมาเดินอยู่ข้างบ้านนายเพิ่นนั้น ได้กระทำความผิดแต่อย่างใด และการที่จำเลยไปถามนายร่วมและถามโจทก์ ก็แสดงอยู่ว่าจำเลยไม่รู้ว่าคนนั้นไปทางไหน จึงไม่มีเหตุที่จะสงสัยว่าคนร้ายได้เข้าไปซุกซ่อนตัวอยู่ในบ้านของโจทก์ ฉะนั้นที่จำเลยฎีกาว่ามีเหตุที่จำเลยควรสงสัยว่าคนร้ายเข้าไปอยู่ในบ้านโจทก์จึงฟังไม่ได้ กรณีไม่ต้องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 หรือ 96 จำเลยหาพ้นผิดไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 246/2515¹⁰⁷ จำเลยเป็นผู้ใหญ่บ้านและผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้าน ได้รับแจ้งจาก บ. ให้ติดตามสืบถามขอกินไม้ที่หายไปจากโจทก์ว่า เห็นโจทก์เอาไม้ไป จำเลยกับพวกก็เข้าค้นเรือนโจทก์ รื้อข้าวของกระจัดกระจาย ทั้งนี้ โดยไม่มีหมายค้น บิดาโจทก์ห้ามก็ไม่ฟัง ทั้งไม่ได้ความแน่ชัดด้วยว่า ไม้ชิ้นนั้นอยู่ในเรือนโจทก์ ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนานุกรุกเรือนโจทก์แล้ว ไม่เข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 (4)(5) แต่การกระทำของจำเลยเป็นการเข้าไปในเคหสถานในความครองครองของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควรเท่านั้น ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยมีเจตนารบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของโจทก์โดยปกติสุขด้วย จึงพิพากษา

¹⁰⁴ มาตรา 364 ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันควร เข้าไปหรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์ หรือสำนักงานในความครองครองของผู้อื่น หรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้นเมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁰⁵ มาตรา 329 ผู้ใดมิได้มีอำนาจที่จะทำโดยชอบด้วยกฎหมาย และมันบังอาจเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่น หรือในรั้วเขตของเคหสถานผู้อื่น หรือเข้าไปซ่อนตัวอยู่ในที่นั้นๆ โดยไม่มีเหตุอันสมควรที่จะเข้าไปก็ดี หรือว่าเมื่อผู้มีความชอบธรรมที่จะห้ามได้ ได้ขับไล่ให้มันออกไป มันยังยืนอยู่ในที่นั้นๆ ก็ดี ทำว่ามันผู้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดเช่นว่ามานี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าหกเดือน แลให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยละยี่สิบด้วยอีกโสดหนึ่ง

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 754/2498

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 246/2515

แก้คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เห็นว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 และ 365 ให้ลงโทษตามมาตรา 365

(2) ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 157¹⁰⁸ ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแบ่งเป็นสองความผิด คือ

1. ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งมีองค์ประกอบของความผิดคือ เจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดมีหน้าที่นั้นๆ โดยตรงตามที่กฎหมายบัญญัติหรือตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย เจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือทำให้รัฐเสียหาย

การกระทำที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157 ในส่วนแรกนี้ ได้แก่¹⁰⁹

1. การประวิงเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ล่าช้า ทั้งที่มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติงานโดยเร็ว
2. เจ้าพนักงานไม่ปฏิบัติงานในหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย
3. การไม่ปฏิบัติตามระเบียบต่างๆ เพื่อให้ทางราชการเสียหาย หรือผู้หนึ่งผู้ใดได้รับความเดือดร้อน
4. การใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติงานในหน้าที่ตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุผล
5. การปฏิบัติหน้าที่โดยมีเจตนาถ่วงอั้นแก่ผู้หนึ่งผู้ใดให้ได้รับความเสียหาย
6. การจัดทำรายงานหรือเอกสารใดในหน้าที่ของตนเป็นความเท็จหรือไม่ตรงต่อความจริง
7. การปฏิบัติงานใดๆ ในหน้าที่ของตนในลักษณะเดียวกัน แต่ปฏิบัติงานให้มีความยุ่งยากต่างกันอย่างมาก เป็นการปฏิบัติงานที่ไม่อยู่บนพื้นฐานเดียวกัน หรือเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากที่กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอาจแบ่งออกได้เป็นสองกรณีคือ การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อปฏิบัติของทางราชการและการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบซึ่งหมายถึงวิญญูชนไม่สามารถยอมรับได้ว่ามีเหตุผล

¹⁰⁸ มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁰⁹ ภาสกร ณาณสุธี. (2552). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน. หน้า 72-73.

2. ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต มีองค์ประกอบความผิดคือ บุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าพนักงาน เจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบหรือโดยมิชอบก็ได้ และมีเจตนาพิเศษโดยทุจริต กล่าวคือกระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่ตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งในกรณีของการคันที่ร โหฐาน ได้แก่กรณีที่เจ้าพนักงานทำการคันโดยมีเจตนาเอาทรัพย์สินไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(3) ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 358¹¹⁰

ทั้งนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่ระบุว่ากระคันโดยไม่อำนาจทำให้เจ้าพนักงานมีความผิดฐานบุกรุก ฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และฐานทำให้เสียทรัพย์ ดังนี้

คำพิพากษาศาลอาญา คดีหมายเลขคำที่ อ.464/2549 โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 1-4 ว่าเป็นพนักงานสอบสวน ได้ร่วมกันปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ บุกรุก และทำให้เสียทรัพย์ โดยจำเลยที่ 1 เป็นหัวหน้าชุดปฏิบัติการสืบสวนปราบปรามผู้มีอิทธิพลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับสถานบริการและอบายมุข ได้สั่งการให้จำเลยที่ 2-4 บุกรุกเข้าไปตรวจค้นที่พักของโจทก์ในเวลากลางคืน โดยไม่มีอำนาจเข้าตรวจค้นได้ อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อกลั่นแกล้งให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จำเลยที่ 2-4 ร่วมกันบุกรุกป็นรั้วประตูบ้านจนขาด แตกหักเสียหายใช้ไม่ได้ ทำให้เสียทรัพย์ ทั้งที่คนดูแลบ้านของโจทก์ได้ห้ามปรามไม่ให้ป็นรั้วเข้าบริเวณบ้าน แต่จำเลยที่ 2-4 อ้างว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ยอมแสดงบัตรและไม่แสดงหมายค้นให้ดู การกระทำของจำเลยทั้ง 4 เป็นการบุกรุกและทำลายทรัพย์สินอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายอย่างยิ่ง ขอให้ศาลลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83,157,358,364 และ365 (2)

ศาลพิเคราะห์แล้ว เห็นว่าจำเลยที่ 2-4 ร่วมกันกระทำความผิดตามที่โจทก์ฟ้อง ส่วนจำเลยที่ 1 เป็นผู้ใช้ให้จำเลยที่ 2-4 กระทำความผิดหรือไม่ เห็นว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาของจำเลยที่ 2-4 แต่จะสรุปว่าเป็นคนสั่งให้จำเลยที่ 2-4 ไปตรวจค้นในเวลากลางคืนโดยไม่มีหมายค้นนั้นคงไม่ได้ โดยโจทก์ได้เข้าไปต่อว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งจำเลยที่ 1 น่าจะสอบถามข้อเท็จจริงว่ามีหมายค้นหรือไม่ แต่ไม่ได้สอบถาม จึงเป็นผู้สนับสนุนที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญานั้น ยังเป็นที่น่าสงสัยว่าจำเลยที่ 1 ร่วมรู้เห็นในการกระทำความผิดของจำเลยที่ 2-4 จึงยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยที่ 1 พิจารณาว่าจำเลยที่ 2-4 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ฐานเป็นเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ

¹¹⁰ มาตรา 358 ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หน้าที่โดยทุจริต อันเป็นบทลงโทษหนักสุด ให้ลงโทษจำคุกจำนวนที่ 2-4 คนละ 3 ปี ปรับ 3,000 บาท โทษจำคุกให้รอการลงโทษมีกำหนด 2 ปี ส่วนจำนวนที่ 1 ให้ยกฟ้อง