

# การตรวจสอบความจริงในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ศึกษาการไม่ยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย

พัฒนพล ศรีรัตน์\*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์\*\*

## บทคัดย่อ

การดำเนินคดีอาญาเป็นการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน โดยมีกระบวนการที่สำคัญคือการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดและความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งนำหลักการ “การตรวจสอบ” มาใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานและความจริงในข้อเท็จจริงนั้น ๆ รวมทั้งจะต้องดำเนินการเป็นไปตามหลักการและทฤษฎีของกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ซึ่งต้องยินยอมสูญเสียเพื่อการรักษาความสงบของสังคม

ปัจจุบันในการตรวจสอบความจริงในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ในกรณีการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการดำเนินการเพื่อป้องกันอาชญากรรมต่อสังคม แต่ไม่ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์หรือหลักการทฤษฎีของกฎหมายที่ต้องบัญญัติความผิดอาญาในความผิดที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น การกระทำที่ไม่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้งส่วนตัวและส่วนรวม วัตถุประสงค์ในการลงโทษของผู้กระทำความผิด การตีตราความเป็นอาชญากรในสังคม และความเชื่อชาญหรือผู้มีวิชาชีพในการค้นหาหรือแสวงหาความจริงของหลักฐานที่เป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

วิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งชี้ให้เห็นถึงปัญหาต่าง ๆ อันเกิดจากการบัญญัติความผิดของกฎหมายไทยที่ได้บัญญัติและใช้บังคับมาเป็นเวลานาน โดยมีการเปรียบเทียบกับกฎหมายของสาธารณรัฐโปรตุเกส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร ซึ่งจากการดำเนินการศึกษาแล้วจะพบว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 รวมทั้งร่างประมวลกฎหมายยาเสพติด เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายเป็นไปตามหลักการทฤษฎีของกฎหมาย

สำหรับการแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 และร่างประมวลกฎหมายยาเสพติด ได้เสนอให้มีการยกเลิกความผิดฐานไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เนื่องจากการไม่ยินยอมหรือปฏิเสธไม่เป็นอาชญากรรมแต่อย่างใด และให้ผู้ถูกกล่าวหาสิทธิในการปฏิเสธให้เข้ารับการตรวจและทดสอบ และเสนอให้มีการกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจเพียงสืบเสาะและออกหมายเรียกให้ผู้ต้องสงสัยไปเข้ารับการตรวจหรือทดสอบเท่านั้น โดยผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจหรือทดสอบว่าผู้ถูกกล่าวหาจะมียาเสพติดในร่างกายหรือไม่

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรดิพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

\*\* ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

เป็นอำนาจเฉพาะของบุคคลซึ่งเป็นแพทย์ทางหลักวิชาทางการแพทย์ หรือเป็นบุคคลที่ เป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์เท่านั้น

## **ABSTRACT**

Criminal proceedings are the provision of justice to people. The important step of criminal proceedings is the finding of evidences to prove guilt and innocence of an accused. The principle of “Examination” is used for the purpose of finding the said evidences and facts. Moreover, the criminal proceedings must be carried out in accordance with the principles and theories of law in order to protect the rights and freedom which the people have to lose in order to maintain order in the society.

At present, the process of fact examination in drug-related case for the purpose of examining and testing to find drug in the body is within the power of the office officers to prevent crimes in the society. However, this fails to take into consideration the criteria or theoretical principle of the law which has to prescribe the criminal offence in the offences that are criminal only, acts that do not affect *rechtsgut* individually and as a whole, objectives of punishing offenders, social's stigma of criminal and expertise and professionals of fact finding or seeking with respect to scientific evidences.

This thesis aimed to indicate the problems arising from the criminal offences in Thai law which has been enacted and in effect for a long time by comparing with the law of the Republic of Portugal, Federal Republic of Germany and United Kingdom. According to the study, it was found that an amendment to Narcotics Act B.E. 2522, Prevention and Suppression of Drugs Act B.E. 2519 and a draft of narcotics code to ensure that the enforcement of law regarding the refusal to take physical examination or test to find drug in body is in accordance with the theory of law.

With respect to the amendment to Narcotics Act B.E. 2522, Prevention and Suppression of Drugs Act B.E. 2519 and the draft of narcotics code, it is proposed that the offence of refusing to take physical examination or test to find drug to body should be decriminalized as an act of not giving consent or refusing is not a crime and the accused should be allowed to refuse to take physical examination and test and it is proposed that the police officers shall only have the authority to investigate and issue a warrant to summon suspects to take physical examination or test and the persons who have authority and duty to conduct the physical examination or test to find if there is any drug in the body or not shall be physicians in accordance with the medical principle or scientific experts only.

## 1. บทนำ

การดำเนินคดีอาญา เป็นการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ ชี้ข้อเท็จจริงในเรื่องที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิด โดยกระบวนการที่สำคัญที่สุดในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นขั้นตอนของการสืบสวนสอบสวน คือการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กล่าวหาและความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาด้วย ซึ่งมีหลักการ คือ “การตรวจสอบ”<sup>1</sup> (Examination Principle) โดยการตรวจสอบความจริงในคดีอาญาเป็นเรื่องสำคัญของคดีอาญา ที่จะต้องแสวงหาความจริงในข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานทั้งหลายเพื่อพิจารณาว่าจำเลยนั้นได้กระทำความผิดจริงจึงจะลงโทษได้

การกำหนดความผิดอาญา เป็นอำนาจของรัฐที่สามารถกำหนดกฎหมายได้ เพื่อกำหนดสิ่งที่เป็นข้อห้ามกระทำ และบังคับสิ่งที่ต้องกระทำ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยประชาชนนั้นยินยอมสูญเสียหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนเพื่อความมั่นคงและปลอดภัยของตน<sup>2</sup> ดังนั้นการกำหนดความผิดทางอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้นและต้องไม่เกินสมควร

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเป็นตัวแปรหนึ่งที่ทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาดีขึ้น มีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่ดี ต้องมีหลักสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นตัวควบคุม เพื่อมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจที่ได้มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยมิชอบ รวมทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มนุษย์ทุกคนพึงมี โดยมีรัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองไว้ โดยรัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชน โดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่งด้วย

ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522<sup>3</sup> และ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519<sup>4</sup> ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวให้มีอำนาจในการกระทำโดยไม่จำเป็นต้องมีหมายศาลแต่อย่างใด เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ในเหตุการณ์หรือสถานการณ์เฉพาะหน้าที่จำต้องกระทำ อันเป็นการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560<sup>5</sup> ที่ได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐจำต้องกระทำโดยมีคำสั่งหรือหมายศาลหรือมีเหตุอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น

---

<sup>1</sup> คณิต ฌ นคร ก. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 45.

<sup>2</sup> สมบัติ ชำรงธัญวงศ์. การเมือง: แนวความคิดและพัฒนา. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2545), หน้า 135-209.

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 49

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 28

## 2. หลักการเกี่ยวกับความผิดฐานไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย

ในการค้นหาความจริงในคดีอาญาและการแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวบุคคล ในการเรียกให้เข้าตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลมียาเสพติดในร่างกาย เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไม่จำเป็นต้องใช้หมายศาล เนื่องจากพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 และ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ อันถือว่าเป็นอำนาจที่บัญญัติไว้เพื่อ “ป้องกันอาชญากรรม” อันมีลักษณะคล้ายคลึงเช่นเดียวกับการค้นบุคคลใดที่สาธารณสถาน ดังนั้น หากเป็นมาตรการบังคับในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐที่มีการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคล อันมีลักษณะควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่สามารถกระทำต่อบุคคลได้โดยจำต้องมีเหตุผลอันสมควรด้วย แต่ความผิดฐานไม่ยินยอมให้เจ้าหน้าที่ตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายนี้ เมื่อพิจารณาที่มาและเหตุผลในการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษดังกล่าวแล้ว นอกเหนือจากการบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเรียกให้เข้าตรวจหรือทดสอบแล้ว จะพบได้ว่ามีข้อบกพร่องที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการและทฤษฎีตามกฎหมายอาญา ดังนี้

1. การกำหนดความผิดนี้ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ เป็นความผิด คือ การไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ไม่ใช่การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมแต่อย่างใด หากมีการลงโทษจำคุกตามพระราชบัญญัตินี้ จะไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เนื่องจากการลงโทษดังกล่าวไม่เป็นการแก้แค้นทดแทน ไม่เป็นการตัดโอกาสกระทำความผิด ไม่เป็นการข่มขู่ยับยั้ง หรือไม่เป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด ซึ่งผู้กระทำความผิดนั้นไม่ใช่ผู้มีจิตใจชั่วร้ายแต่ต้นอยู่แล้ว เพียงแต่รักษาสิทธิเสรีภาพของตนที่จะไม่กระทำการตามที่เจ้าพนักงานของรัฐได้สั่งให้กระทำการนั้น และการกำหนดความผิดอาญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด เป็นการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อมีวัตถุประสงค์ให้บุคคลเชื่อฟังและกระทำตาม หากไม่กระทำตามก็เป็นความผิด รวมถึงการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่ได้เป็นการบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นผลกระทบต่อสังคม หรือเป็นพิษภัยต่อสังคม ซึ่งการปฏิเสธหรือไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบยาเสพติดในร่างกาย ก็ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อบุคคลอื่นหรือมีผลกระทบต่อสังคมแต่อย่างใด และการบัญญัติความผิดนี้เป็นเพียงการเพิ่มอำนาจให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ของตนเองเท่านั้น

2. การกำหนดความผิดอาญา เป็นอำนาจของรัฐที่สามารถกำหนดกฎหมายได้ เพื่อกำหนดสิ่งที่เป็นข้อห้ามกระทำ และบังคับสิ่งที่ต้องกระทำ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยประชาชนยินยอมสูญเสียหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนเพื่อความมั่นคงและปลอดภัยของตนเท่านั้น ดังนั้นการกำหนดความผิดทางอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น และต้องไม่เกินสมควร หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ไม่มีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายอันได้แก่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล หรือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมแต่อย่างใด

3. ความเป็นอาชญากรรมนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีความเป็นอันตรายต่อสังคม เป็นสิ่งที่สังคมนั้นไม่อาจยอมรับได้ และสร้างความเสียหายต่อสังคม เมื่อเปรียบเทียบกับกรณียินยอมหรือปฏิเสธเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายแล้ว การไม่ยินยอมหรือปฏิเสธดังกล่าวไม่ใช่พฤติกรรมที่เลวร้ายหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย ไม่ใช่การกระทำที่สังคมไม่อาจที่จะยอมรับได้ และไม่ได้สร้างความเสียหายต่อสังคม แม้แต่น้อย เป็นเพียงการกระทำที่รักษาลิทธิและเสรีภาพของตนเองที่พึงมี โดยเฉพาะการไม่ยินยอมหรือปฏิเสธเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายก่อนที่พนักงานตำรวจได้แจ้งข้อหาความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติด การไม่ยินยอมหรือปฏิเสธนี้ย่อมเป็นสิ่งที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือถูกสั่งให้เข้ารับการตรวจหรือทดสอบพึงมีโดยไม่ต้องโทษอาญาแต่อย่างใด ซึ่งจะแตกต่างจากการที่พนักงานตำรวจได้เรียกให้ผู้ต้องหาเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ตาม “คำสั่งของศาล” เนื่องจากการเรียกให้เข้าตรวจหรือทดสอบในลักษณะนี้ ได้ผ่านการกลั่นกรองข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานจากศาล ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง หากมีการไม่ยินยอมหรือปฏิเสธคำสั่งดังกล่าวนี้ ก็เห็นสมควรให้มีโทษทางอาญา

4. การเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เป็นการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์<sup>6</sup> ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้กำหนดให้การพิสูจน์พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้นต้องกระทำ การโดยได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกล่าวหา โดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ เป็นกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถทำการตรวจค้นได้อย่างไม่ต้องมีหมายค้น แต่ตามหลักเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหา ย่อมมีสิทธิที่จะอยู่เฉย (Passive right) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องให้การหรือกระทำการใดๆ รวมทั้งผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะนิ่ง (Right to silence) โดยบุคคลที่ถูกเรียกให้เข้าทำการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย มีสิทธิที่จะไม่กระทำการใดๆ เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ได้ กล่าวคือ ในการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ในทางปฏิบัติแล้วพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องให้ “ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหา” ชับปัสสาวะเพื่อทำการตรวจหรือทดสอบว่าผู้นั้นได้เสพยาเสพติดหรือไม่ แต่เมื่อผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะนิ่ง ก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐได้บังคับหรือร้องขอให้กระทำ ซึ่งหากการร้องขอบังคับต้องกระทำโดยไม่มีข้อยกเว้น จะทำให้บุคคลที่ถูกเรียกให้เข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตกเป็น “กรรมแห่งคดี” นั้น ซึ่งตามหลักการแล้ว ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหา ต้องเป็นประธานแห่งคดีเสมอ

5. การบัญญัติให้เจ้าพนักงานของรัฐเรียกให้บุคคลเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ โดยมีการกำหนดบทลงโทษในการฝ่าฝืนเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้สันนิษฐานว่าบุคคลดังกล่าวนี้เป็นผู้บริสุทธิ์ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงเครื่องมือของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจสอบว่า ผู้นั้นได้เสพยาเสพติดอันเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่ หากผู้ที่ถูกเรียกตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เป็นผู้เสพยาเสพติดจริงก็เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการตรวจค้นดังกล่าว แต่หากผู้ที่เข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ ไม่ได้

<sup>6</sup> ประกาศคณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษ เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดมียาเสพติดให้โทษอยู่ในร่างกายหรือไม่. ข้อ 1.

เป็นผู้เสพยาเสพติด แต่ต้องได้รับโทษซึ่งมิใช่โทษที่ตนได้ก่ออาชญากรรมต่อผู้อื่นหรือสังคมแต่อย่างใด ก็เป็นการขัดหลักการของรัฐธรรมนูญเรื่องบทสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์แต่ต้นแล้ว ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการไม่ยินยอมให้เข้าตรวจหรือแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวบุคคลอันเป็นพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไว้ว่า “กรณีบทบัญญัติตามมาตรา 131/1 ที่ให้ข้อสันนิษฐานขัดต่อ “หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย” โดยสิ้นเชิง กรณีจึงสมควรจะได้มีการทบทวน”<sup>7</sup> และขาดความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักการที่ตรวจสอบการกระทำของรัฐว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยการกระทำอันเป็นการชอบด้วยกฎหมายของรัฐจำเป็นต้องเป็นมาตรการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ โดยมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอย่างน้อยที่สุด และเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดด้วย รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายและบังคับใช้โทษซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการทฤษฎีตามกฎหมาย จะเป็นการกระทำต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกระทำอันเป็นคุณค่าสูงสุดที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

6. บทกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 และ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 หรือ บทกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามร่างประมวลกฎหมายยาเสพติดใหม่ นี้ เป็นบทกำหนดโทษที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างชัดเจน เพราะการกระทำความผิดฐานนี้มิใช่เป็นการกระทำความผิดโดยสันดานซึ่งมีจิตใจชั่วร้ายในการเป็นอาชญากร แต่เป็นการรักษาสีทธิเสรีภาพของตนที่รัฐได้กระทำการกระทบกระเทือนต่อตนเอง และหากมีการลงโทษตามกฎหมายดังกล่าว ก็จะไม่เป็นการลงโทษเพื่อแก้ไขทดแทน ช่มชู้ยั้ง ตัดโอกาสกระทำความผิด หรือ แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

### 3. การเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า การให้เข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายต่างประเทศ ได้มีการคำนึงถึงแนวความคิด หลักการและทฤษฎีกฎหมาย รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีนัยสำคัญดังนี้

#### 1) การตรวจหรือทดสอบยาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายยาเสพติดโปรตุเกส

ตามกฎหมายต่อต้านยาเสพติด (Anti-Drug Act) ได้กำหนดขั้นตอนการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ โดยมีให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ตรวจทดสอบเองแม้จะทราบหรือมีเหตุที่น่าสงสัยว่าผู้กระทำผิดนั้นได้เสพยาเสพติด โดยวางหลักเกณฑ์ขั้นตอนไว้คือ ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือผู้มีอำนาจแจ้งต่อผู้ที่มีเหตุที่น่าสงสัยว่ากระทำความผิด อันเนื่องจากมีหลักฐานที่สามารถแสดงได้ว่าผู้นั้นได้ปกปิดไว้ หรือมีพฤติกรรมเกี่ยวกับยาเสพติด หรือสารที่มีฤทธิ์จิตประสาท ให้ค้นตัวว่าผู้นั้นได้พกยาเสพติดติดมาด้วยหรือไม่ และการตรวจสอบบุคคลนั้นว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ ต้องได้รับการตรวจพิสูจน์โดยผู้เชี่ยวชาญ โดยผู้นั้นต้องไปโรงพยาบาลหรือสถาบันอื่นที่ได้การรับรองเพื่อตรวจพิสูจน์จากผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งการเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดหรือสารที่มีฤทธิ์ต่อจิตประสาทในร่างกาย จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นด้วย

<sup>7</sup> คณิต ฒ นคร ค. แหล่งเดิม. หน้า 118.

หากไม่ได้รับความยินยอมแล้ว การค้นหรือการตรวจสอบจะกระทำต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล และหากบุคคลนั้นได้รับการแจ้งเตือนตามขั้นตอนดังกล่าวแล้ว ไม่ยอมให้ค้นหรือตรวจสอบ ผู้นั้นต้องถูกจองจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับรายวัน ไม่เกิน 240 วัน<sup>8</sup>

จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศโปรตุเกสนั้นได้มีการกำหนดขั้นตอนของการตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลนั้นมียาเสพติดในร่างกายเป็นระบบขั้นตอน ซึ่งจะมีใช้หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าทำการตรวจหรือทดสอบ จะต้องมีการออกหมายเรียกหรือมีการแจ้งแก่ผู้ที่มีเหตุเชื่อได้ว่าเสพยาเสพติด เพื่อให้ผู้นั้นไปเข้ารับการตรวจที่โรงพยาบาลหรือสถาบันอื่นที่ได้รับการรับรองโดยผู้เชี่ยวชาญ โดยจำต้องแสดงหลักฐานที่น่าเชื่อถือได้ว่าบุคคลนั้นได้กระทำการเสพยาจริง และการตรวจดังกล่าวย่อมได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นเช่นกัน หากมิได้รับความยินยอมจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน ถึงจะทำการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายได้ และเมื่อมีการดำเนินการดังกล่าวข้างต้นครบทุกกระบวนการแล้ว หากยังไม่ให้ความยินยอมในตรวจหรือทดสอบก็จะมีผลผิด จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ซึ่งถูกตั้งข้อสงสัยในการปฏิเสธการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายในระดับหนึ่ง โดยยังไม่มีผลผิดและบทลงโทษแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าท้ายที่สุดหากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ร้องขอต่อศาลขออนุญาตในการตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลนั้นได้เสพยาหรือมียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ ก็จะต้องเสนอพยานหลักฐานในการขออนุญาตกระทำการดังกล่าว เป็นการตรวจสอบพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงโดยศาล อันเป็นการรักษาผลประโยชน์ต่อผู้ต้องสงสัยที่ถูกกล่าวหา สร้างความยุติธรรม ความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่สังเกตการ รวมถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นด้วย

## 2) การตรวจหรือทดสอบยาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายยาเสพติดเยอรมนี

แม้ประเทศเยอรมันได้บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยบทบัญญัติสารควบคุม BtmG (Btmaubungsmittelgesetz) ซึ่งได้มีการบัญญัติความผิดและโทษของความผิดอันเกี่ยวกับยาเสพติด เช่น ความผิดฐาน ปลูกผลิต จำหน่าย หรือนำเข้า ส่งออก มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ<sup>9</sup> ความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้อื่น มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี<sup>10</sup> เป็นต้น ซึ่งความผิดอันเกี่ยวกับการตรวจหรือทดสอบยาเสพติดในร่างกาย กฎหมายว่าด้วยบทบัญญัติสารควบคุม BtmG (Btmaubungsmittelgesetz) ไม่ได้บัญญัติไว้เฉพาะเจาะจง จึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปมาบังคับใช้ ได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา Criminal Procedure Code (Strafprozeßordnung, StPO) ของประเทศเยอรมันมาบังคับใช้ ซึ่งได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยเรื่องการตรวจร่างกายและการตรวจเลือดตามมาตรา 81a ไว้ ความว่า “การตรวจร่างกายของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด สามารถทำได้ถ้าเป็นไปเพื่อการค้นหาข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาคดี เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ การเจาะเลือดและการตรวจเลือดในจำนวนเล็กน้อย และการตรวจร่างกายที่เป็นการล่วงล้ำเข้ามามีสิทธิในร่างกาย ที่กระทำโดยแพทย์ตามหลักวิชาการทางการแพทย์ เพื่อค้นหาข้อเท็จจริง

<sup>8</sup> Anti-Drug Act. Article 53. “Body searches and expert examinations”

<sup>9</sup> BtmG (Btmaubungsmittelgesetz) Section 29

<sup>10</sup> BtmG (Btmaubungsmittelgesetz) Section 29

แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก็กระทำได้ หากการกระทำนั้นไม่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่สุขภาพของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด”<sup>11</sup> เป็นการให้สิทธิรูล้ำเข้าไปในสิทธิพื้นฐานในส่วนของความปลอดภัยของร่างกาย โดยมีข้อจำกัดต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักพอสมควรแก่เหตุ (Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit) และไม่เป็นการขัดต่อหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย (Bestimmtheitsgebot) ด้วย ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหายินยอมต้องเป็นการให้ความยินยอมโดยใจสมัคร (Freiwillig) และเป็นไปโดยชัดแจ้ง (ausdruecklich) แต่การให้ความยินยอมนี้สามารถยกเลิกได้ภายหลังเช่นกัน

ในการออกคำสั่งให้มีการตรวจร่างกาย อยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษา แต่ในกรณีที่หากชักช้าจะเกิดผลร้ายแก่ผลของการตรวจพิสูจน์ พนักงานอัยการและผู้ช่วยของพนักงานอัยการจะรับผิดชอบในการออกคำสั่งให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหาไปตรวจร่างกายตาม มาตรา 81 a (2)<sup>12</sup> แต่หากการตรวจร่างกายที่เป็นการล่วงล้ำเข้ามาในสิทธิทางร่างกายของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด หรือเป็นผลให้มีการจำกัดเสรีภาพ (Freihitsentzug) ผู้พิพากษาเท่านั้นจะเป็นผู้อำนาจในการออกคำสั่งให้ไปตรวจร่างกาย แม้จะเป็นกรณีชักช้าทำให้เกิดผลร้ายแก่ผลของการตรวจพิสูจน์

### 3) การตรวจหรือทดสอบยาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายยาเสพติดสหราชอาณาจักร

การพัฒนานโยบายยาเสพติดของสหราชอาณาจักร สรุปลงโดยสังเขปได้สามขั้นตอนคือ นโยบายยาเสพติดที่พัฒนาในช่วงศตวรรษที่ 19 และ ช่วงแรกของศตวรรษที่ 20 เพื่อสร้างระบบการควบคุมระดับชาติ การควบคุมสารเสพติดเริ่มเข้มงวดขึ้นในศตวรรษที่ 20 โดยเฉพาะนโยบายยาเสพติดที่พัฒนาขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1960 และ 1970 ซึ่งรัฐบาลได้เพิ่มการควบคุมสารเสพติดมากขึ้นและท้ายที่สุด นโยบายยาเสพติดที่จัดทำขึ้นในทศวรรษที่ 1980 และ 1990 และช่วงสิบปีแรกของศตวรรษที่ 21 ที่พยายามรวมการให้บริการบำบัดผู้ติดยาเข้ากับระบบงานยุติธรรม เช่น กฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ปี ค.ศ. 1991 (Criminal Justice Act 1991) ที่อนุญาตให้ผู้พิพากษาเพิ่มเงื่อนไขการเข้ารับการบำบัดภาคบังคับในคำสั่งคุมประพฤติ หรือ กฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาลยุติธรรม ปี ค.ศ. 2000 (Criminal Justice and Court Service Act) ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายมีอำนาจในการตรวจสอบสารเสพติดผู้ที่ถูกจับกุมในคดียาเสพติด<sup>13</sup> โดยกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาลยุติธรรม ปี ค.ศ. 2000 (Criminal Justice and Court Service Act) ได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสารเสพติดผู้ที่ถูกจับกุมในคดียาเสพติด<sup>14</sup> คือ การขอตัวอย่างปัสสาวะ หรือ หลักฐานอื่นๆ เพื่อตรวจพิสูจน์ยาเสพติดที่ติดในบัญชี A ต้องมีเงื่อนไข คือ บุคคลอายุบรรลุนิติภาวะ 18 ปีได้ถูกตั้งข้อหากระทำความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดหรือ บุคคลนั้นได้ถูกตั้งข้อหากระทำความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติด และเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างน้อยยศสารวัตร มีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลนั้นมีการใช้ยาผิดวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับยาเสพติดที่ ระบุในบัญชี A หรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิด

<sup>11</sup> Criminal Procedure Code (Strafprozeßordnung, StPO), Section 81a.

<sup>12</sup> Criminal Procedure Code (Strafprozeßordnung, StPO), Section 81a.

<sup>13</sup> ศักดิ์ชัย เลิศพาณิชย์พันธุ์, แหล่งเดิม, หน้า 226

<sup>14</sup> Criminal Justice and Court Service Act 2000, Chapter 2, Article 57(2), Section 63B.



โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องขอให้บุคคลนั้นให้กลุ่มตัวอย่างที่จะใช้พิสูจน์ และเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ต้องเตือนบุคคลนั้นว่า หากไม่ปฏิบัติตามคำขอของเจ้าพนักงาน โดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้นั้นจะถูกดำเนินคดี โดยหากไม่ปฏิบัติตามคำขอของเจ้าพนักงาน โดยปราศจากเหตุอันสมควร ต้องโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>15</sup>

แม้นโยบายของสภราชอาณาจักรณ์นั้นจะเน้นในเรื่องป้องกันและการปราบปรามยาเสพติดเป็นหลัก รวมถึงการพัฒนาในการบำบัดและฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติด ในทางกระบวนการยังคงให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศ โดยมีได้บังคับอย่างเป็นทางการในการต้องเข้ารับการบำบัดหรือเข้ารับการทดสอบว่าเป็นผู้ติดยาเสพติดหรือไม่ อันเป็นการแทรกแซงชีวิตประจำวันรวมถึงอิสระในการกระทำของประชาชน แม้ตามกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาลยุติธรรม ปี ค.ศ. 2000 (Criminal Justice and Court Service Act) ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งได้ระบุข้อยกเว้นคือ “เจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างน้อยยศสารวัตร” เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายมีอำนาจในการขอเข้าตรวจทดสอบยาเสพติด บุคคลต้องสงสัยได้ โดยต้องแสดงพยานหลักฐานอันควรน่าสงสัยนั้นด้วยว่า ผู้นั้นได้มีการเสพยาเสพติดจริงหรือเป็นพยานหลักฐานที่สมเหตุสมผล ซึ่งเป็นการบัญญัติเพื่อปิดช่องว่างในการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่อาจปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แต่เมื่อแสดงพยานหลักฐานดังกล่าวแล้วก็ต้องขอความยินยอมจากบุคคลนั้นเสียก่อนด้วย เพราะการตรวจพิสูจน์ดังกล่าวเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถ้าบุคคลนั้นมีเหตุตามสมควรก็อาจปฏิเสธการขอเข้าตรวจหรือเก็บตัวอย่างเพื่อตรวจพิสูจน์ยาเสพติดในร่างกายได้ โดยไม่มีความผิดในฐานขัดคำสั่งเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่อย่างใด แต่หากปฏิเสธหรือไม่ให้ความยินยอมในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจโดยไม่มีเหตุอันสมควร จะมีความผิดและมีโทษทางอาญาคือ โทษจำคุก และ ปรับ

#### 4. การแก้ปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย

การแก้ปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ในการกำหนดความผิดทางอาญา จะต้องกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำการเป็นความผิดอันมีข้อจำกัด โดยจะต้องมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ต้องไม่เกินสมควร และการกระทำหรือไม่กระทำการนั้นต้องเป็นอาชญากรรม

จากการศึกษาความผิดฐานไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 และร่างประมวลกฎหมายยาเสพติด (ร่างฉบับปรับปรุงความคิดเห็น 15 มิถุนายน พ.ศ. 2560 อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา) พบว่า การกำหนดความผิดอาญานี้ได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายมีอำนาจในการขอให้บุคคลเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายได้โดยไม่จำเป็นต้องมีหมายศาล หากมีการปฏิเสธหรือไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบดังกล่าว จะมีความผิดอาญาและต้องรับโทษจำคุกหรือปรับ

<sup>15</sup> Criminal Justice and Court Service Act 2000. Chapter 2, Article 57(2), Section 63C.

หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยการเข้าตรวจหรือทดสอบดังกล่าวนี้เป็นการดำเนินกระบวนการในชั้นสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ มิใช่การดำเนินกระบวนการในชั้นศาลแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า การกำหนดความผิดนี้ไม่เป็นไปตามหลักการทางทฤษฎีทางกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำความผิดเป็นการไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบมิใช่การกระทำที่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือต่อสังคม ไม่มีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม ไม่เป็นการกระทำความผิดเป็นอาชญากรรม มีโทษทางอาญาที่เกินสมควรและไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษ การเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เป็นการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งการเข้าตรวจหรือทดสอบจำต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกล่าวหา โดยผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะอยู่เฉย (Passive right) และ สิทธิที่จะนิ่ง (Right to silence) แต่ในการบัญญัติความผิดฐานไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ได้บัญญัติให้ผู้ถูกกล่าวหา “ต้อง” เข้ารับการตรวจหรือทดสอบ มิฉะนั้นจะเป็นความผิดทางอาญาทันที อันทำให้บุคคลนั้นตกเป็น “กรรมแห่งคดี”

เมื่อเปรียบเทียบกับ การเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายโปรตุเกส และกฎหมายเยอรมัน จะพบว่า การกำหนดขั้นตอนการเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายมีความแตกต่างจากกฎหมายไทย คือ ผู้ตรวจพิสูจน์หรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายโปรตุเกสและกฎหมายเยอรมัน จะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์หรือต้องเป็นแพทย์ตามหลักวิชาการทางการแพทย์เท่านั้น เนื่องจากการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ซึ่งต้องให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้กระทำและออกความเห็น รวมถึงอำนาจและบทบาทหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจมีเพียงการสืบสวนและออกหมายเรียกให้ผู้ต้องสงสัยไปเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายที่โรงพยาบาล หรือต่อแพทย์ โดยไม่มีอำนาจในการทำการทดสอบผู้ต้องหาด้วยตนเองแต่อย่างใด เมื่อมีหมายเรียกแล้วผู้ต้องหาไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องรับโทษทางอาญา จึงทำให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะปฏิเสธหรือไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายได้ และเมื่อเปรียบเทียบการเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายตามกฎหมายสหราชอาณาจักร จะพบว่ามีความแตกต่างกับกฎหมายไทยเช่นกัน กล่าวคือ แม้กฎหมายสหราชอาณาจักรจะให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้เข้าตรวจหรือทดสอบ แต่ผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องสงสัยมีสิทธิในปฏิเสธหรือไม่ให้ความยินยอมในการเข้าตรวจหรือทดสอบ หากมีเหตุผลพอสมควร

ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขกฎหมายความผิดฐานไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ดังนี้

1. เห็นควรยกเลิกโทษจำคุก เนื่องจากการบังคับใช้โทษดังกล่าวไม่อาจเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ ไม่เป็นการลงโทษเพื่อแก้ไขทดแทน ช่มชู้ยั้ง ตัดโอกาสกระทำความผิด หรือ แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดนี้ไม่ได้เป็นการกระทำความผิดโดยสันดานซึ่งมีจิตใจชั่วร้ายในการเป็นอาชญากร เพียงแต่เป็นการรักษาสีเสียวของตนเท่านั้น

2. เห็นควรให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจเพียงสืบเสาะผู้ต้องสงสัยว่าเสพยาเสพติดและมีอำนาจออกหมายเรียกให้ผู้ต้องสงสัยเข้ามารับ การตรวจหรือ

ทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ หากมีการออกหมายเรียกแล้วไม่กระทำตาม ให้ดำเนินคดีตามกระบวนการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและให้มีโทษทางอาญาต่อไป

3. เห็นควรให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจในการตรวจพิสูจน์ว่าบุคคลมียาเสพติดในร่างกาย โดยให้ผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์หรือแพทย์ตามหลักวิชาทางการแพทย์เป็นผู้ตรวจพิสูจน์เท่านั้น โดยไม่ให้สิทธิเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการตรวจพิสูจน์เอง

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

การดำเนินคดีอาญา เป็นการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ข้อเท็จจริงในเรื่องที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิด โดยการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กล่าวหาและความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาด้วย ซึ่งมีหลักการ คือ “การตรวจสอบ” (Examination Principle) โดยการตรวจสอบความจริงในคดีอาญาเป็นเรื่องสำคัญของคดีอาญา ที่จะต้องแสวงหาความจริงในข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานทั้งหลายเพื่อพิจารณาว่าจำเลยนั้นได้กระทำความผิดจริงจึงจะลงโทษได้

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายหรือข้อบังคับหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดถึงการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดอาญา และได้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญา สำหรับการกระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ซึ่งรวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่มีการบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดอาญาด้วย

การกำหนดความผิดอาญา เป็นอำนาจของรัฐที่สามารถกำหนดสิ่งที่เป็นข้อห้ามกระทำ และบังคับสิ่งที่จะต้องกระทำ อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ยินยอมสูญเสียหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนเพื่อความมั่นคงและปลอดภัยของตน การกำหนดความผิดทางอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น และต้องไม่เกินสมควร โดยการกำหนดความผิดอาญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา เพื่อมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนในการปกป้องคุ้มครองบุคคล สภาวะทางจิตใจของสังคม ทรัพย์สิน สถาบันทางสังคม รวมทั้งคุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบาย จากภัยอันตรายต่างๆ ซึ่งการกำหนดความผิดนี้ จะต้องเป็น ความผิดที่เห็นได้ชัด กระทบกระเทือนต่อสังคม ไม่เป็นข้อกำหนดเพียงเพื่อบังคับให้บุคคลต้องเชื่อฟังและกระทำตาม และการกำหนดความผิดอาญานี้ จะต้องกำหนดการกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อสังคม มีพิษภัยต่อสังคม เนื่องจากหากบังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีผลการลงโทษร้ายแรงกว่าผลร้ายที่เกิดจากการกระทำนั้น จะเป็นการใช้กฎหมายอาญาลงโทษไม่เป็นการสมควรอย่างยิ่ง และอาจเกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Over Criminalization) ได้

การที่พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 และ ร่างประมวลกฎหมายยาเสพติดใหม่ กำหนดให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง ตำรวจ หรือเจ้าพนักงานมีอำนาจตรวจ หรือทดสอบ หรือสั่งให้รับการตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นมี

ยาเสพติดให้โทษดังกล่าวอยู่ในร่างกายหรือไม่ ในกรณีจำเป็นและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเสพยาเสพติดให้โทษ ในสถาน สถานใด ๆ หรือยานพาหนะ โดยไม่จำเป็นต้องมีหมายค้น หรือต้องมีเหตุกระทำซึ่งหน้าต่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง ตำรวจ หรือเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัตินี้ โดยให้เหตุผลในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไว้เพียงแค่ว่า ประโยชน์ในการปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น เป็นการค้นหาความจริงในคดีอาญาและการแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวบุคคล เป็นอำนาจที่บัญญัติไว้เพื่อ “ป้องกันอาชญากรรม” อันมีลักษณะคล้ายคลึงเช่นเดียวกับการค้นบุคคลใดที่สาธารณสุขสถาน อันมีลักษณะควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่สามารถกระทำต่อบุคคลได้โดยจำเป็นต้องมีเหตุผลอันสมควรด้วย แต่หากไม่มีการยินยอมเข้าการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดให้โทษอยู่ในร่างกายหรือไม่ ก็จะเป็นความผิดอาญาอันมีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท โดยความผิดอาญานี้ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาได้แสดงเหตุผลในการไม่ยินยอมให้เข้าตรวจหรือทำการทดสอบแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานการไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย จะพบได้ว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการและทฤษฎีกฎหมายคือ ความผิดฐานดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมแต่อย่างใด หากมีการบังคับโทษตามความผิดนี้แล้วก็ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ เนื่องจากผู้กระทำความผิดฐานนี้มีใช้บุคคลซึ่งมีความชั่วร้ายเป็นสันดาน ที่ไม่อาจยับยั้งการกระทำความผิดได้ และการกำหนดความผิดทางอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น ซึ่งการที่ไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายก็ไม่ใช่อาชญากรรมไม่มีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายอันได้แก่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล หรือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม

รวมถึงการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เป็นการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้กำหนดให้การพิสูจน์พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้นต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์ และได้รับความยินยอมของผู้ถูกกล่าวหา แต่ความผิดดังกล่าวนี้ให้กระทำโดยปราศจากความยินยอมได้ ซึ่งตามหลักเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหา ย่อมมีสิทธิที่อยู่เฉย (Passive right) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องให้การหรือกระทำการใด ๆ รวมทั้งผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหามีสิทธิที่จะอยู่เฉย (Right to silence) โดยบุคคลที่ถูกเรียกให้เข้าทำการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย มีสิทธิที่จะไม่ต้องกระทำการซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐได้บังคับหรือร้องขอให้กระทำ รวมทั้งการตรวจหรือทดสอบจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์หรือต้องเป็นแพทย์ตามหลักวิชาการแพทย์ดำเนินการเท่านั้น เนื่องจากการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ซึ่งต้องให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้กระทำและออกความเห็น

อีกทั้งการบัญญัติให้เจ้าพนักงานของรัฐเรียกให้บุคคลเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ โดยมีการกำหนดบทลงโทษในการฝ่าฝืนเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรื่องบทสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงเครื่องมือของเจ้าพนักงานของรัฐในการตรวจสอบว่า ผู้นั้นได้เสพยาเสพติดอันเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่ หากผู้ที่ถูกเรียก

ตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย เป็นผู้เสพยาเสพติดจริงก็เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการตรวจค้นดังกล่าว แต่หากผู้ที่เข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายไม่ได้เป็นผู้เสพยาเสพติด แต่ต้องได้รับโทษซึ่งมิใช่โทษที่ตนได้ก่ออาชญากรรมต่อผู้อื่นหรือสังคมแต่อย่างใด และเป็นบทลงโทษอาญาที่เกินสมควรแก่เหตุ

ดังนั้นความผิดฐานไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ผู้เข้าตรวจหรือทดสอบไม่มีสิทธิในการปฏิเสธหรือไม่ยินยอมให้ทำการตรวจหรือทดสอบได้นั้น จึงเป็นความผิดอาญาที่ไม่สอดคล้องกับแนวความคิด หลักการและทฤษฎีกฎหมายอาญา ทั้งในเรื่องการกำหนดความผิดอาญา การกำหนดความผิดให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้ง การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เป็นคุณค่าอันสูงสุดตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐาน ไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย ของประเทศโปรตุเกส ประเทศเยอรมนี และสหราชอาณาจักร ที่นำมาเป็นประเทศตัวอย่างของแนวคิดนโยบาย และเจตนารมณ์ของกฎหมาย สำคัญสำคัญของกฎหมายยาเสพติด ความผิดและการลงโทษ ในกรณีเกี่ยวกับการตรวจหรือทดสอบยาเสพติด กฎหมายยาเสพติดที่แตกต่างกัน เปรียบเทียบในส่วนของผู้มีอำนาจในการเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ และสิทธิของผู้ต้องสงสัยในการไม่ยินยอมเข้าตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ แล้วนั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. เห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 โดยยกเลิกความผิดฐานไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกาย

2. เห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 โดยให้เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจเพียงสืบเสาะผู้ต้องสงสัยว่าเสพยาเสพติดและมีอำนาจออกหมายเรียกให้ผู้ต้องสงสัยเข้ามารับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดในร่างกายหรือไม่ หากมีการออกหมายเรียกแล้วไม่กระทำตาม ก็ให้ดำเนินคดีตามกระบวนการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและให้มีโทษทางอาญาต่อไป

3. เห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 โดยแก้ไขเพิ่มเติม กำหนดผู้ที่มีหน้าที่ทำการตรวจหรือทดสอบว่ามีสารเสพติดในร่างกายของผู้ถูกกล่าวหา ต้องเป็นบุคคลซึ่งเป็นแพทย์ทางหลักวิชาทางการแพทย์ หรือเป็นบุคคลที่เป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์เท่านั้น

## บรรณานุกรม

กฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาลยุติธรรม ปี ค.ศ. 2000 (Criminal Justice and Court Service Act)

กฎหมายต่อต้านยาเสพติด (Anti-Drug Act ) หรือ Law 15/93

กฎหมายว่าด้วยบทบัญญัติสารควบคุม BtmG (Btmaubungsmittelgesetz)

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา Criminal Procedure Code ( Strafprozeßordnung, StPO )

คณิต ฅ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2561.

คณิต ฅ นคร. ประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

บรรเจิด สิงคนดี. หนังสือหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ประกาศคณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษ เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดมียาเสพติดให้โทษอยู่ในร่างกายหรือไม่.

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519

พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522

รณกรณ์ บุญมี. สิทธิที่จะนั่งในคดีอาญาของประเทศสหราชอาณาจักร. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศักดิ์ชัย เลิศพานิชพันธุ์. หนังสือการศึกษากฎหมายยาเสพติดต่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณี ประเทศญี่ปุ่น ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมัน โปรตุเกส อังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา. สำนักกิจการในพระตำริพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา, สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2557

สมบัติ อารังธัญวงศ์. การเมือง: แนวความคิดและพัฒนา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เสมธรรม, 2545.

สหยา ทรัพย์สุนทรกุล และ คณะ. รวมบทความด้านวิชาการของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฅ นคร.

Affairs. International Narcotics Control Strategy Report (Germany), INCSR 2011. Volume 1 Country Reports 264, 2011.

CATO INSTITUTE. Drug DECRIMINALIZATION INPORTUGAL, Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies. 1000 Massachusetts Ave., N.W. Washington, D.C. 20001.

RehabInfo. How Portugal Successfully Decriminalized Drugs. Retrieved January, 11, 2013

Peter Reuter and Alex Stevens. An Analysis of UK Drug Policy ‘Bringing evidence and analysis together to inform UK drug policy’. Policy Report. April 2007.