

การกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานตามกฎหมาย
ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

นางสาวกนิษฐา ฝักฝ้าย

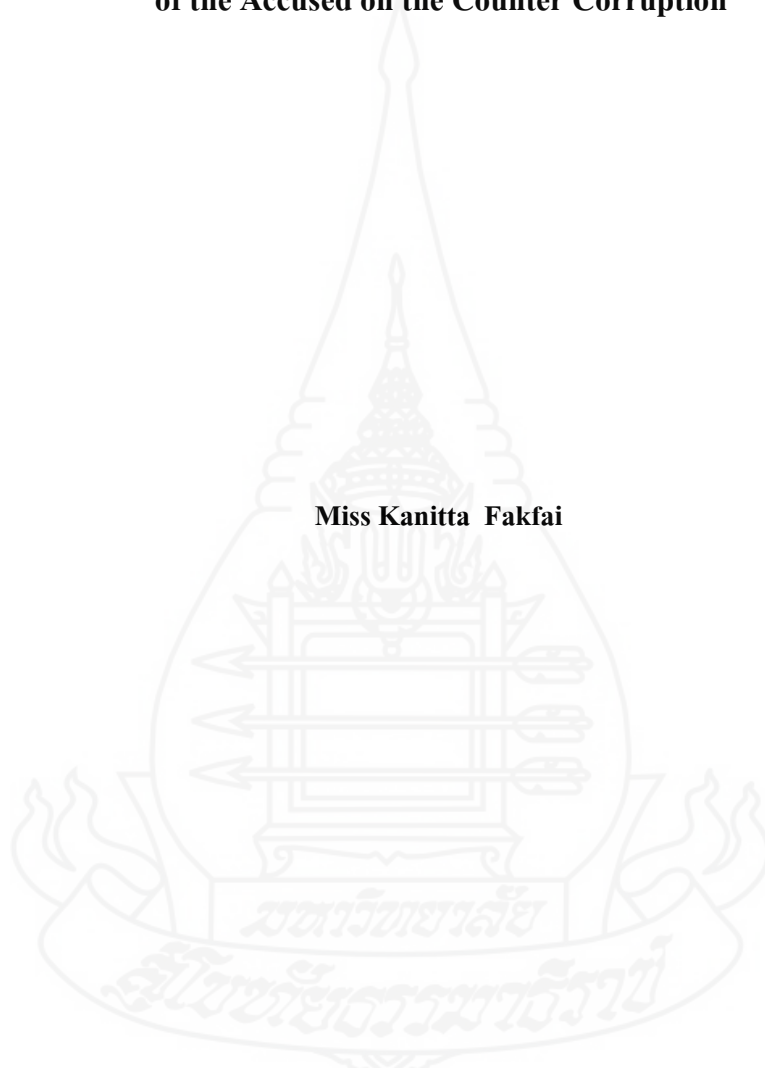


การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2560

**Immunity from Prosecution in Exchange for the Implicated Testimony
of the Accused on the Counter Corruption**

Miss Kanitta Fakfai



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2017

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานตามกฎหมาย
ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
ชื่อและนามสกุล นางสาวณิษฐา ฝักฝ้าย
วิชาเอก กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ภาณินี กิจพ่อคำ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2561

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



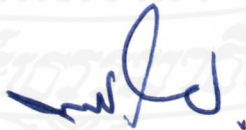
ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ภาณินี กิจพ่อคำ)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ)



(รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเงางาม)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การกั้นบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกัน
และปราบปรามการทุจริต

ผู้ศึกษา นางสาวชนิษฐา ฝักฝ้าย **รหัสนักศึกษา** 2584004556 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ภานิณี กิจพ้อคำ **ปีการศึกษา** 2560

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของต่างประเทศและในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกั้นบุคคลไว้เป็นพยานและการรับฟังพยานบุคคลในคดีอาญา หลักกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในการกั้นบุคคลไว้เป็นพยานและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 รวมถึงกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีมติให้กั้นบุคคลไว้เป็นพยานในคดีอาญา รวมถึงแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และเพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการกั้นบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ให้มีประสิทธิภาพ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร จากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 หนังสือ เอกสารทางวิชาการ บทความทางวิชาการ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ รายงานวิทยานิพนธ์ ตำบทยกกฎหมาย คำพิพากษา มติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องต่างๆ เพื่อนำมาศึกษาวิจัยให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตแห่งการศึกษาวิจัย

ผลการศึกษาพบว่า มีปัญหาการกั้นบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้ ปัญหาที่เกิดจากการรับฟังพยานตามกฎหมายที่ศาลยังมีดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดี และอาจไม่ให้นำพยานที่ถูกกั้นไว้มาพิจารณาพิพากษาเพื่อลงโทษจำเลยก็ได้ เนื่องจากยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติให้ศาลต้องถือข้อเท็จจริงตามคำพยานที่ถูกกั้นไว้ และที่ให้การไว้กับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการเลือกบุคคลที่จะกั้นไว้เป็นพยานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ที่กฎหมายเปิดช่องให้ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจดุลพินิจโดยแท้ที่จะกั้นบุคคลใดเป็นพยานก็ได้ ซึ่งอาจจะขัดกับหลักนิติธรรมในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด ปัญหาในเรื่องที่พยานอาจไม่ได้รับความคุ้มครองและถูกกลั่นแกล้งจากผู้บังคับบัญชา โดยการถูกสอบสวนทางวินัยจากการที่มาเป็นพยานให้กับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และได้รับผลร้ายจากการถูกเพิกถอนสิทธิในการเข้ารับการคัดเลือกต่างๆ โดยที่ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้ความคุ้มครองมิให้พยานไม่ต้องถูกลงโทษทางวินัยจากการกลั่นแกล้งของผู้บังคับบัญชาดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ต่อไป

คำสำคัญ การกั้นบุคคลเป็นพยาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

Independent Study title: Immunity from Prosecution in Exchange for the Implicated
Testimony of the Accused on the Counter Corruption

Author: Miss Kanitta Fakfai; **ID:** 2584004556; **Degree:** Master of Laws;

Independent Study advisor: Paninee Kitporkha, Associate Professor;

Academic year: 2017

Abstract

The purposes of this study were concepts and theories in relation to the criminal justice process in foreign countries and Thailand regarding putting a person for performing an act as a witness and the admissibility of oral evidence in the criminal case; law principles that give authority to National Anti-Corruption Commission to put a person under restraint for performing an act as witness and other related legal measures according to the Constitutional Act on the prevention and suppression of corruption B. E. 2542 and the additional amended edition B.E. 2554, including the related laws.; the conditions of problems and facts incurring in the case that the National Anti-Corruption Commission resolved to have people restrained for acting as witnesses in the criminal case, including the approach in conducting judicial proceedings of the court and; finding suitable measures in putting a person or the accused under restraint for performing an act as a witness of the National Anti-Corruption Commission so that they will become efficient.

This independent study was a research in law conducted by using the methodology of Qualitative Research and Documentary Research from the Constitutional Act on the prevention and suppression of corruption B. E. 2542 and the additional amended edition B.E. 2554, books, academic documents, academic articles, electronics media, dissertation reports, the study on the judgment based on statutory provisions, the resolutions of the National Anti-Corruption Commission and other related documents. Doing research on these documents was conducted in order to attain the objectives within the scope of the research.

From the study results, it was found that there are existing problems arising from putting a person or the accused under restraint for performing an act as a witness according to Anti-Corruption Act. This can be individually considered as follows: The problem arising from the admissibility of oral evidence according to the law whereby the court which still exercises its discretion in trying and adjudicates the case does not possibly give much weight of evidence to the person restrained for trying and adjudicating to convict the defendant. This is due to the fact that there are not any statutory provisions that designate the court to hold on to the truth according to the evidence from the person restrained and the statement made to the National Anti-Corruption Commission. The problem of using discretion to choose the person to be restrained for performing an act as a witness by the National Anti-Corruption Commission whereby the law allows the National Anti-Corruption Commission to have discretion indeed to restrain anyone for acting as a witness. This is inconsistent with the rule of law in prosecuting the offender. The problem arising from the fact that it is likely that the witness is not protected and is mistreated by the commander through the disciplinary investigation regarding acting as a witness for the National Anti-Corruption Commission. Moreover, the witness can be affected in terms of his right for selections being revoked while there are not any statutory provisions that protect the witness from being punished for the disciplinary action, resulting from the mistreat by the commander as mentioned. Therefore, there should be legal measures designating the mentioned matter clearly by further amending the Constitutional Act on the prevention and suppression of corruption B. E. 2542.

Keywords: Taking a Suspect as a witness, National Anti-Corruption Commission

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้คงไม่สามารถสำเร็จลุล่วงลงได้ หากปราศจากความช่วยเหลือและการให้ข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ยิ่งของรองศาสตราจารย์ภานิ กิจพ่อคำ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาในการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ และให้ความช่วยเหลือแนะนำเป็นอย่างดียิ่งมาโดยตลอดตลอดจนขอขอบคุณ เพื่อน พี่ น้อง ที่สำนักงาน ป.ป.ช. หลายท่านที่ไม่อาจเอ่ยนามได้หมดในที่นี้ที่คอยปลุกดัน เป็นกำลังใจ และช่วยเหลือข้าพเจ้าในหลายๆ เรื่อง

สุดท้ายนี้ ผู้ศึกษาหวังว่า การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะมีประโยชน์อยู่ไม่น้อยจึงขอมอบส่วนดีทั้งหมดนี้ให้แก่เหล่าคณาจารย์ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาจนทำให้ผลงานการศึกษาค้นคว้าอิสระเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องและขอมอบความกตัญญูทเวทิตาคุณ แด่บิดา มารดา และผู้มีพระคุณทุกท่าน สำหรับข้อบกพร่องต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นนั้น ผู้ศึกษาขอน้อมรับ ผิดเพียงผู้เดียว และยินดีที่จะรับฟังคำแนะนำจากทุกท่านที่ได้เข้ามาศึกษา เพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนาต่อไป

ชนิษฐา ฝักฝ้าย

มกราคม 2561



สารบัญ

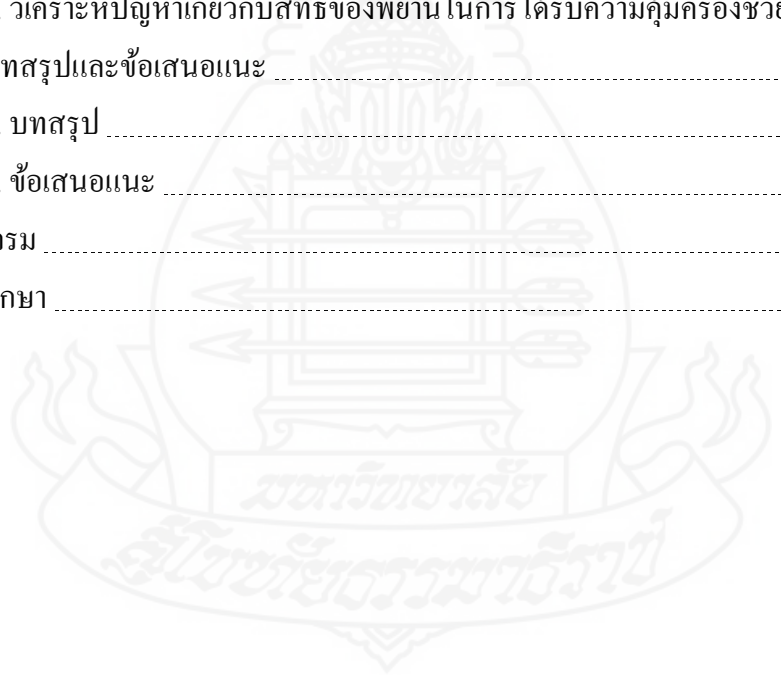
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา	7
3. ขอบเขตการศึกษา	7
4. ระเบียบวิธีวิจัย	8
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
บทที่ 2 การกั้นบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน	9
1. ระบบวิธีพิจารณาคดีและสืบพยาน	9
1.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีและสืบพยาน	9
1.1.1 ระบบกล่าวหา	9
1.1.2 ระบบไต่สวน	10
1.2 ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทย	11
1.2.1 ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบกล่าวหา	11
1.2.2 ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบไต่สวน	12
1.2.3 ระบบผสม	12
1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับพยานหลักฐาน	14
1.4 ความหมายและประเภทของพยานบุคคล	15
1.4.1 ความหมายของพยานบุคคล	15
1.4.2 ประเภทของพยานบุคคล	15
1.5 ความสำคัญของพยานบุคคลต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา	16
1.6 การรับฟังคำให้การของพยานผู้ร่วมกระทำผิด	17
1.6.1 การรับฟังคำให้การรับสารภาพ	17
1.6.2 การรับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำผิด	18

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกันตัวบุคคลเป็นพยานและแนวคิดเกี่ยวกับ	
การคุ้มครองพยาน	22
2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกันตัวบุคคลเป็นพยาน	22
2.1.1 ทฤษฎีตราบาป	22
2.1.2 ทฤษฎีเท่าที่มองไม่เห็น	23
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของพยานบุคคลในคดีอาญา	24
2.3 สิทธิของพยาน	28
2.3.1 สิทธิที่จะไม่ให้เกิดการเป็นประจักษ์ต่อตนเองในทางอาญา	28
2.3.2 สิทธิที่ได้รับการสันนิษฐานก่อนว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาบริสุทธิ์	37
3. การใช้ดุลพินิจ	43
3.1 นิยามทั่วไปของดุลพินิจและความสำคัญของการใช้ดุลพินิจ	43
3.2 รูปแบบของการใช้ดุลพินิจ	44
3.2.1 การใช้ดุลพินิจทางปกครอง	44
3.2.2 การใช้ดุลพินิจทางกฎหมาย	46
บทที่ 3 หลักเกณฑ์การกันบุคคลเป็นพยาน	47
1. การกันบุคคลเป็นพยานตามกฎหมายต่างประเทศ	47
1.1 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในประเทศสหรัฐอเมริกา	47
1.2 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	54
1.3 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในประเทศอังกฤษ	58
2. การกันบุคคลเป็นพยานตามกฎหมายไทย	66
2.1 ในชั้นพนักงานสอบสวน	66
2.2 ในชั้นพนักงานอัยการ	70
2.3 การกันตัวไว้เป็นพยานของสำนักงานข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)	76
2.4 การกันไว้เป็นพยานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในภาครัฐ (ป.ป.ท.)	77

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.5 การกันไว้เป็นพยานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ (ป.ป.ช.).....	79
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการกันบุคคลเป็นพยานในคดีอาญา	82
1. วิเคราะห์ปัญหาการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานตามกฎหมาย ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต	82
1.1 วิเคราะห์ปัญหาการรับฟังบุคคลและการกันบุคคลเป็นพยานในคดีอาญา	82
1.2 วัตถุประสงค์ของการกันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน	84
1.3 การรับฟังพยานที่ถูกันไว้โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช.	85
2. วิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกันพยาน	92
3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของพยานในการได้รับความคุ้มครองช่วยเหลือ	93
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	96
1. บทสรุป	96
2. ข้อเสนอแนะ	99
บรรณานุกรม	105
ประวัติผู้ศึกษา	109



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แต่เดิมก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีปัญหาว่า ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะต้องไต่สวนและวินิจฉัยชี้มูลความผิดทั้งในทางอาญาและทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐยังมีข้อจำกัดบางประการซึ่งส่วนใหญ่ในคดีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำความผิดโดยมีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องหรือเป็นตัวละครสำคัญในการพิจารณา สั่งการ อนุญาต อนุมัติ หรือกำหนดนโยบายเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้รับนโยบาย นำไปปฏิบัติในฐานะ เจ้าพนักงานตามกฎหมาย ซึ่งที่ผ่านมา อาจเรียกได้ว่าแทบจะไม่เคยมีคดีความผิดฐานทุจริต ต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลได้เลย ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย ยังคงใช้ระบบกล่าวหาและอำนาจสอบสวนความผิดยังคงอยู่ที่พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงวางหลักการสำคัญประการหนึ่งก็คือได้ว่าเป็นการปฏิรูปทางการเมืองและถือเป็นการโอนอำนาจ การสอบสวนความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาให้องค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ไต่สวนและวินิจฉัยความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อหน้าที่ราชการ หรือความผิด ต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม แทนพนักงานสอบสวน โดยให้อำนาจหน้าที่ดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งทางอาญาและทางวินัยแต่อย่างไรก็ตาม กลับพบว่า ที่ผ่านมามีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ขึ้นมาใช้บังคับ โดยให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไต่สวนและชี้มูลความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว¹ แต่การดำเนินการกลับไม่ได้ผลเท่าที่ควร ทั้งนี้ เพราะลักษณะความผิดฐานทุจริต ต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อหน้าที่ราชการ หรือความผิด

¹ พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542, มาตรา 19

ต่อตำแหน่งหน้าที่ ในการยุติธรรม เป็นคดีที่มีข้อยุ่งยากซับซ้อน เนื่องจากมีผู้กระทำความผิดเชื่อมโยงกัน เป็นขบวนการ ตั้งแต่ฝ่ายบริหารคือ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่เป็นผู้กำหนดนโยบายและมีอำนาจ ในการพิจารณาสั่งการ อนุมัติ อนุญาต ตลอดจนการดำเนินการที่สำคัญในการกำหนดนโยบาย ของประเทศ ลงไปถึงฝ่ายที่รับนโยบายไปสู่การปฏิบัติ อันได้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายประจำ ไม่ว่าจะเป็น เรื่องการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุภาครัฐที่เป็นผลมาจากการกำหนดนโยบาย หรือเป็นการ ใช้อำนาจในตำแหน่งเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น อันมีลักษณะเป็นการทุจริตเชิงนโยบาย (policy corruption) หรือเป็นการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ ไปโดยมิชอบในการพิจารณาแต่งตั้งโยกย้าย หรือแสวงหาประโยชน์ จากทรัพยากรของรัฐที่ถูกกำหนด เป็นนโยบายของฝ่ายบริหาร และการมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (conflict of interest) ซึ่งการกระทำการทุจริตดังกล่าว มีแนวโน้ม ที่จะทวีความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคมส่วนรวม และความมั่นคงของรัฐ ดังที่เห็นได้จาก ดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน ประจำปี 2558 (Corruption Perceptions Index 2015) โดยมูลนิธิองค์กรเพื่อความโปร่งใสในประเทศไทย (Transparency International) ผลการจัดอันดับดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน ประเทศไทยได้คะแนน 38 คะแนน จากคะแนนเต็ม 100 คะแนน อยู่อันดับที่ 76 จาก 168 ประเทศทั่วโลก และเป็นอันดับที่ 3 ในกลุ่มประเทศอาเซียน² ซึ่งปัญหาการทุจริตที่ทวีความรุนแรงเพิ่มขึ้น ยังขยายตัวไปถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างแพร่หลาย อันเป็นผลพวงมาจาก การกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามแนวคิดการปฏิรูปการเมืองและกระจายอำนาจให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ ท้องถิ่นของตนเองในระยะเวลาที่ผ่านมา ในขณะเดียวกัน กระบวนการจัดการกับปัญหาการทุจริต ยังคงด้อยประสิทธิภาพ โดยเฉพาะ การดำเนินคดีกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 โอนอำนาจการไต่สวนความผิดมาให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการเพียงองค์กรเดียว จึงมีปัญหว่า การกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจไต่สวน ความผิดเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับ รวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองด้วย ทำให้มีคดีเข้าสู่ การพิจารณาของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นจำนวนมาก และถือเป็นภาระที่หนักยิ่งเพื่อให้ การบริหารจัดการคดีเกิดประสิทธิภาพ จึงทำให้มีคดีที่ค้างการพิจารณาอยู่เป็นจำนวนมาก และส่งผลให้ การจัดการกับปัญหาการทุจริตเกิดความล่าช้าอีกทั้ง การไต่สวนความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

² ดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน ประจำปี 2558 คั่นคืน 4 เมษายน 2559 จาก [Http://thaipublica.org/2016/01/corruption-perceptions-index-2015-thailand/](http://thaipublica.org/2016/01/corruption-perceptions-index-2015-thailand/)

หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ถูกกล่าวหาในบางคดี ยังไม่สามารถเอาผิด กับผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ เนื่องจากการกระทำผิด มีการดำเนินการในรูปแบบขบวนการ ตั้งแต่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่ทำหน้าที่กำหนดนโยบายและจัดหางบประมาณ เพื่อให้ฝ่ายปฏิบัติที่มีผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงเป็นผู้บังคับบัญชาและรับนโยบายมาดำเนินการ โดยมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ในแต่ละระดับเป็นผู้ปฏิบัติ ตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งหากจะพิจารณาถึงการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าว ความรับผิดชอบในการดำเนินการที่มีการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ไปโดยมิชอบจะมีความ รับผิดชอบที่แตกต่างกันทั้งทางอาญาและทางวินัย โดยผู้กระทำความผิดบางรายเป็นเพียงผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติงาน และได้กระทำไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยมีอาจหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้แต่กระบวนการตรวจสอบการทุจริตยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะ ทำให้สามารถเอาตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญมาลงโทษได้ ส่งผลให้ การดำเนินคดีกับ ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ไม่มีผู้ที่ให้การเป็นประโยชน์ต่อการไต่สวน และการวินิจฉัยคดี จนเป็นเหตุให้ไม่อาจดำเนินคดีอาญาและเอาผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ เพราะไม่มีบุคคลใดที่จะให้การที่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดีในลักษณะของพยานสำคัญหรือเป็นพยานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดซึ่งทำให้ศาลไม่อาจลงโทษผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยได้ เพราะการไต่สวนความผิดและนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและมักจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย โดยพิพากษายกฟ้องคดีไปโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 227 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา ดังเช่นที่ผ่านมามีคดีสำคัญเรื่องหนึ่งที่พนักงานอัยการเป็น โจทก์ฟ้องอดีตรัฐมนตรีเจ้าท่า (กรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี) และจำเลยอีก 6 คน ในความผิดฐานร่วมกันเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและโดยทุจริต และร่วมกันเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่รับรองเอกสาร ได้กระทำการรับรองเอกสารอันเป็นเท็จ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 162 ซึ่งศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องจำเลยโดยยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ลงโทษจำเลยและศาลฎีกาพิพากษายืนให้ลงโทษจำเลย³ หรือในอีกหลายคดี ไม่ว่าจะป็นคดีการออกโฉนดที่ดินเพื่อนำมาขายให้กับกรมควบคุมมลพิษ (คดีคลองด่าน) ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ออกโฉนดที่ดินและมีรัฐมนตรีที่กำกับดูแลหรือกำหนดนโยบาย เป็นผู้สั่งการให้มีการออกโฉนดที่ดินโดยมิชอบ โดยที่ไม่อาจนำถ้อยคำพยานบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำ

³ คำพิพากษาศาลฎีกา คดีหมายเลขดำที่ ค.84/2547

ความผิดมาวินิจฉัยข้อมูลความผิดผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้โดยตรง⁴ นอกจากนี้ในคดีความผิดบางประเภทที่หากไม่มีถ้อยคำของพยานมาใช้ยืนยันความผิดของผู้ถูกกล่าวหา ก็จะไม่สามารถวินิจฉัยข้อมูลความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้เลย เช่น คดีทุจริตในการสอบเข้าโรงเรียน นายอำเภอ เป็นต้น

ดังนั้น ภายหลังจากที่มีการปฏิวัติรัฐประหารในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2549 และได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ขึ้นมาใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ยังคงมีหลักการเดิม เพียงแต่กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจไต่สวนและวินิจฉัยการกระทำความผิดฐานทุจริต ต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ในการยุติธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้ตั้งแต่ระดับผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ซึ่งจากประสบการณ์ในการดำเนินคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ผ่านมา จึงทำให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 โดยเพิ่มเติมหมวด 9/1 การส่งเสริมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยมีบทบัญญัติมาตราที่สำคัญ ได้แก่ มาตรา 103/2 และมาตรา 103/6 ในเรื่องของมาตรการในการคุ้มครองช่วยเหลือพยานและการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหา รายอื่นไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ ในการกันบุคคลหรือ ผู้ถูกกล่าวหาที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหา รายอื่นไว้เป็นพยานดังกล่าว คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ออกประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน โดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 มาใช้บังคับ โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการที่สำคัญ ดังนี้

1. เป็นผู้ที่มีเหตุการ์ณและมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ระหว่างการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือระหว่างการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือระหว่างการไต่สวนข้อเท็จจริง
2. เป็นผู้ที่ได้ให้ถ้อยคำอันเป็นประโยชน์ต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานและการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือให้ถ้อยคำหรือ แจ้งเบาะแสหรือข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญจนสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยข้อมูล การกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐรายอื่นที่เป็นตัวการสำคัญนั้น

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขคำที่ อม. 2/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อม. 2/2551

3. เป็นผู้ที่เต็มใจที่จะให้ถ้อยคำหรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลตาม (2) และรับรองว่าจะไปเบิกความเป็นพยานในชั้นศาลตามที่ให้การหรือให้ถ้อยคำไว้⁵

มีปัญหาที่สำคัญว่า

1. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 103/2 และมาตรา 103/6 ที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกักบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหารายอื่นไว้เป็นพยานเพื่อใช้ถ้อยคำของพยานบุคคลที่ถูกกักเป็นพยานนั้นมาใช้วินิจฉัยความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดจะสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law) ที่ศาลจะรับฟังถ้อยคำพยานบุคคลนั้นได้หรือไม่เพียงใด เพราะไม่มีกฎหมายรับรองให้ศาลรับฟังพยานที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้กักไว้เป็นพยานได้ ดังนั้น ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ศาลจึงอาจไม่รับฟังถ้อยคำของพยานที่เป็นผู้ร่วมทำความผิด และถูกกักไว้ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232 ที่ห้ามมิให้โจทก์ อ้างจำเลยเป็นพยาน ซึ่งหากไม่มีกฎหมายรับรองก็อาจเป็นข้อต่อสู้ของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยที่จะยกขึ้นต่อสู้ในชั้นศาลได้ แม้ว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกักบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดไว้เป็นพยานได้ก็ตาม

2. ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ จะมีมาตรการอย่างไร ในการจำกัดการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิให้ใช้อำนาจหน้าที่ไปจนเกินขอบเขตและช่วยเหลือบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้ไม่ต้องรับโทษหรือกักขังบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากกฎหมายไม่ได้จำกัดการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ กล่าวคือ การกักบุคคลหรือ ผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกักบุคคลหรือ ผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน โดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ในเรื่องของการกักบุคคลไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากการกักบุคคลไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวนนั้น พนักงานสอบสวนจะต้องทำสำนวนการสอบสวนและมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหาในคดี เสนอต่อพนักงานอัยการและพนักงานอัยการต้องมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้นแล้ว จึงจะนำ ผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหานั้นมาใช้เป็นพยานในอีกคดีหนึ่งได้ และศาลจะใช้ดุลพินิจรับฟัง คำพยานที่พนักงานสอบสวนกักไว้

⁵ ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกักบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน โดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554, ข้อ 4

ในฐานะพยานโจทก์โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา⁶ ซึ่งจากกระบวนการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกันบุคคลไว้เป็นพยาน ของพนักงานสอบสวน แตกต่างจากการกันบุคคลไว้เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นอย่างมาก ทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ต้องการเอาตัวผู้กระทำผิดที่แท้จริงและเป็นตัวการสำคัญมาลงโทษอาจจะไม่ได้ผลเท่าที่ควร และหากไม่มีกฎหมายกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้แล้ว กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันบุคคลไว้เป็นพยาน จะได้รับการยอมรับจากศาลหรือองค์กรระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร ซึ่งการกันบุคคลเป็นพยานในคดีอาญานั้น เป็นกระบวนการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่หลายประเทศนำมาใช้เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเพียงพอในคดีที่มีข้อยุ่งยากซับซ้อนและไม่อาจหาพยานหลักฐานได้โดยง่าย จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ ให้ชัดเจน โดยเพิ่มหลักเกณฑ์ในการกันบุคคลไว้เป็นพยานให้ชัดเจน เพื่อให้การกันเป็นพยานเป็นที่เชื่อถือและยอมรับ ปราศจากข้อสงสัยในการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมื่อรวมถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

3. ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือพยานที่ถูกกันไว้ตามประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน โดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 อาจได้รับผลกระทบในการปฏิบัติหน้าที่จากการมาให้อภัยคำกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ในตำแหน่งหน้าที่ที่เคยดำรงอยู่ ซึ่งถูกผู้บังคับบัญชาถ่วงกั้นแก้งให้ย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่น หรือ ถูกผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัยหรือถูกดำเนินการทางวินัย เพราะอำนาจในการดำเนินการทางวินัยยังคงเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาของพยานนั้นอยู่ แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่อาจหยิบยกข้อกฎหมายขึ้นมาเพื่ออ้างเป็นเหตุให้ได้รับการยกเว้นโทษให้กับพยานที่ถูกกันไว้จากการดำเนินการทางวินัยจากผู้บังคับบัญชาได้ ทำให้พยานเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในทางกฎหมายเท่าที่ควร ส่งผลให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายต้องลดลงไปด้วย จึงมีประเด็นว่า การคุ้มครองช่วยเหลือพยานจะมีมาตรการใดบ้างเพื่อคุ้มครองหรือเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวได้

ดังนั้น จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 บัญญัติ ในเรื่องการคุ้มครองและกันบุคคลเป็นพยานไว้ดังกล่าว อาจมีประเด็นที่ต้องทำการศึกษาวิจัย เพื่อศึกษา

⁶ ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 8 บทที่ 7 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในบางคดี หนังสือกรมตำรวจที่ มท.0606.6/614 ลงวันที่ 19 มกราคม 2541 เรื่อง การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน และหนังสือสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 0001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาเป็นพยาน

แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของต่างประเทศและ ในประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับการกันบุคคลไว้เป็นพยานและการรับฟังพยานบุคคลในคดีอาญาและหลักกฎหมาย ที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกันบุคคลไว้เป็นพยานและมาตรการ ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันบุคคลไว้เป็นพยาน ในคดีอาญา รวมทั้งแนวทางในการ พิจารณาพิพากษาคดีของศาล เพื่อหามาตรการที่เหมาะสม ในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้ เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้มีประสิทธิภาพต่อไป

2. วัตถุประสงค์การศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ของต่างประเทศและในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกันบุคคลไว้เป็นพยานและการรับฟังพยาน บุคคลในคดีอาญา

2.2 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกันบุคคลไว้ เป็นพยานและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 รวมถึงกฎหมาย ที่เกี่ยวข้อง

2.3 เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติ ให้กันบุคคลไว้เป็นพยานในคดีอาญา รวมถึงแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

2.4 เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้มีประสิทธิภาพ

3. ขอบเขตการศึกษา

3.1 ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของต่างประเทศ และในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกันบุคคลไว้เป็นพยานและการรับฟังพยานบุคคลในคดีอาญา เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้มีประสิทธิภาพ

3.2 ศึกษาหลักกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกักบุคคลไว้เป็นพยาน และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 รวมถึงกฎหมาย ที่เกี่ยวข้อง

3.3 ศึกษาสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กักบุคคลไว้เป็นพยานในคดีอาญา รวมถึงแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

4. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้เป็นการศึกษาค้นคว้าอิสระ ศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์ โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และ ที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 หนังสือ เอกสารทางวิชาการ บทความทางวิชาการ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ รายงานวิทยานิพนธ์ ตำรับกฎหมายคำพิพากษา มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และเอกสารอื่น ที่เกี่ยวข้องต่างๆ เพื่อนำมาศึกษาวิจัยให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตแห่งการศึกษาวิจัย

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ของต่างประเทศและของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกักบุคคลไว้เป็นพยานและการรับฟังพยานบุคคลในคดีอาญา

5.2 ทำให้ทราบหลักกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกักบุคคลไว้เป็นพยานและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

5.3 ทำให้ทราบปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการที่มีกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกักบุคคลไว้เป็นพยานและมาตรการบังคับใช้กฎหมาย

5.4 นำประเด็นปัญหาที่ได้จากการศึกษาวิจัยไปแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายและการกักบุคคลเป็นพยานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่เกิดข้อโต้แย้งในทางกฎหมายและในทางคดี

บทที่ 2

การกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน

1. ระบบวิธีพิจารณาคดีและสืบพยาน⁷

1.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีและสืบพยาน จำแนกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบกล่าวหา และระบบไต่สวน

1.1.1 ระบบกล่าวหา

เป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ และถูกนำไปใช้ในประเทศอาณานิคมของอังกฤษ นอกจากนี้ ยังถูกนำไปใช้ในประเทศต่างๆ อีก เช่น แคนาดา สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ มาเลเซีย นิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย เป็นต้น

ระบบกล่าวหาเป็นวิธีการที่พัฒนาขึ้นมาใช้แทนการแก้แค้นส่วนตัว จากในอดีตที่มีระบบการแก้แค้นแบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน ต่อสู้กันระหว่างคู่ความ โดยใช้วิธีการที่รุนแรง ป่าเถื่อน พัฒนามาเป็นการต่อสู้กันระหว่างคู่ความ โดยใช้พยานหลักฐานต่างๆ ที่แต่ละฝ่ายเตรียมมานำสืบในชั้นศาล เพื่อพิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้นในคดีรวมถึงการนำสืบเพื่อหักล้างระหว่างกัน โดยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้เอง ในฐานะเป็นผู้กล่าวหา แบ่งผู้เกี่ยวข้องกับคดีออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ผู้กล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาและศาล ในคดีอาญาจะเริ่มคดีโดยโจทก์เป็นผู้กล่าวหา ภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยนั้นจะตกอยู่กับโจทก์ โดยโจทก์นำพยานหลักฐานมานำสืบให้ศาลเห็นว่า จำเลยกระทำความผิดจริง ส่วนจำเลยจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยสิ้นสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด จากนั้นจำเลยจึงจะมีหน้าที่นำสืบหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ ศาลจะวางตัวเป็นกลาง ทำหน้าที่เสมือนกรรมการผู้ตัดสินกีฬา คอยควบคุมให้คู่ความทั้ง 2 ฝ่าย ดำเนินคดีตามกฎหมายและกติกาที่วางไว้ในกฎหมาย ลักษณะพยาน โดยจะต้องมีการพิจารณาคดีในศาลโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย ถือหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยเป็นพิเศษ โดยถือว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งต่างๆ ของศาล ในคดีอาญาย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยในคดีโดยตรงทั้งสิ้น

⁷ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, “การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา”, ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง, หน่วยที่ 12, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554, หน้า 5-8

ระบบวิธีพิจารณาคดีระบบนี้ ศาลมีบทบาทในการเข้าไปค้นหาข้อเท็จจริงในคดีน้อยมาก โดยถือว่าการค้นหาและนำสืบข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องของกลุ่มความแต่ละฝ่าย และศาลจะพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอต่อศาลเท่านั้น ดังนั้น จึงมีการเรียกการดำเนินคดีระบบนี้ว่าเป็น ระบบคู่กรณี (adversary system) ศาลอาจเข้าไปซักถามพยานเพื่อให้เกิดความชัดเจนบ้าง เพื่อความเป็นธรรมหรือให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลย แต่ศาลจะไม่ซักถามพยานอื่นนอกเหนือไปจากที่คู่ความนำสืบเพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของทั้งสองฝ่าย ไม่ได้ได้เปรียบและเสียเปรียบกัน การดำเนินคดีจึงเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของการพิจารณาและสืบพยาน อย่างเคร่งครัด หากฝ่ายใดมีการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาที่ผิดพลาดไปจากกฎหมาย ก็อาจส่งผลให้เป็นฝ่ายแพ้กคดีได้⁸

1.1.2 ระบบไต่สวน

ระบบไต่สวนเป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศในภาคพื้นยุโรป ที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ เป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน

ระบบไต่สวนเป็นระบบที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่แทนการให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาเอง โดยผู้พิพากษาเปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวน ทำหน้าที่สืบสวนพยานและควบคุมการไต่สวนเอง การพิจารณาคดีมิใช่เป็นการต่อสู้ระหว่าง ผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา แต่เป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐและไม่ได้ทำโดยเปิดเผย พิจารณาจากเอกสารมากกว่าการเบิกความศาล ในระบบนี้จะมีบทบาทในการค้นหาความจริงมาก ตั้งแต่ ในชั้นสอบสวนศาลจะเป็นผู้ดำเนินคดีในศาลเองโดยตลอด ทั้งการสืบพยานการซักถามพยาน ผู้ใดจะถามพยานจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ส่วนกระบวนพิจารณาคดีในศาลจะไม่มี พิธีการหรือรูปแบบที่เคร่งครัด กฎเกณฑ์ต่างๆ ในการพิจารณาคดีและสืบพยานจึงไม่ค่อยจะ เข้มงวดอย่างในระบบกล่าวหา แต่จะเน้นวิธีการให้ศาลค้นหาความจริงมาเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมมากกว่า⁹

ระบบนี้ไม่เน้นเรื่องความเท่าเทียมกันของกลุ่มความอย่างในระบบกล่าวหา การพิจารณาคดีอาญา จึงอาจทำกลับหลังจำเลยได้ ทัศนคติของจำเลยในคดีอาญาไม่มีบทบาทในการซักถามอย่างในระบบกล่าวหา การฟ้องคดีอาญาถือว่าเป็นเรื่องของรัฐ โดยเอกชนมีบทบาทในการฟ้องคดีอาญาจำกัดมาก

⁸ ชวลิต โสภณวัต, “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ”, *คุลพาห* 28, 6(พฤศจิกายน-ธันวาคม 2524): หน้า 36-37

⁹ ประมวล สุวรรณศร, “การค้นหาความจริงโดยพยานหลักฐาน”, ใน *บทบัญญัติ 25, วารสารอัยการ*, 2511, หน้า 754-756

1.2 ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทย¹⁰

ก่อนที่ประเทศไทย จะมีการปรับปรุงระบบศาลตามแบบชาติตะวันตก และมีการประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี พ.ศ.2434 โดยให้รวมศาลซึ่งตั้งอยู่ในกระทรวงต่างๆ มาไว้ในกระทรวงยุติธรรมนั้น ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทย มีผู้เกี่ยวข้องด้วยกัน 4 ฝ่าย คือ จำศาล ลูกขุน ตระลาการ และผู้ปรับ โจทก์ผู้ฟ้องคดีจะต้องมาให้ถ้อยคำต่อจำศาลซึ่งเป็นผู้จัดถ้อยคำของโจทก์เสนอต่อลูกขุน เมื่อลูกขุนพิจารณาเห็นว่า คำฟ้องชอบที่จะรับไว้พิจารณา ก็จะประทับฟ้องแล้วส่งให้กระทรวงเจ้าของเรื่อง ซึ่งจะเป็นผู้จ่ายคำฟ้องให้ตระลาการในศาลสังกัดกระทรวงนั้นๆ ตระลาการจะเรียกจำเลยมาให้การแก้คดีและคุมตัวโจทก์จำเลยไว้ แล้วทำการสืบพยานตามคำชี้ของสถานของลูกขุน เมื่อสืบพยานเสร็จตระลาการจะส่งสำนวนไปให้ลูกขุน ทำการชี้ขาดตัดสินคดีว่า ข้อเท็จจริงควรเชื่อฟังเป็นประการใด แล้วจึงส่งเรื่องต่อให้ผู้ปรับทำการปรับบทกฎหมายหรือวางบทลงโทษต่อไป หากมีการอุทธรณ์หรือถวายฎีกาต่อไปก็จะทำโดยการกล่าวโทษตระลาการว่าพิจารณาคดีไม่ชอบ หรือล่าเอียงเข้ากับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งการพิจารณาคดี ในสมัยนั้นมีลักษณะคล้ายกับระบบไต่สวนอยู่บางประการ เนื่องจากตระลาการเป็นผู้ทำการสืบพยานเอง อันเป็นการเผชิญพยาน และมีอำนาจคุมขัง โขบ ตีคู่ความ ซึ่งก็คงมีการคาดคั้น เอาความจริงจากโจทก์จำเลยด้วยเท่ากับตระลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนคดีเอง ทั้งในสมัยนั้นอำนาจตุลาการยังไม่ได้แยกจากอำนาจบริหาร ในหัวเมืองต่างๆ เจ้าเมืองทำหน้าที่ทั้งเป็นผู้บริหารและตระลาการด้วย เมื่อจับโจรผู้ร้ายได้จึงมีการคาดคั้นเอาความจริงจากผู้ร้าย โดยวิธีการพิจารณาตามจารีตนครบาล ซึ่งศาลใช้อำนาจเขียนโจรให้ตอบคำถาม ตบปากคู่ความที่ไม่ตอบคำถาม อาจจำขังผู้ขัดหมายเรียกหรือผู้ไม่รับสารภาพ ซึ่งการไต่สวนหาความจริงรูปแบบนี้ได้ถูกยกเลิกไปเมื่อ ร.ศ.115 เมื่อการการปรับปรุงระบบกฎหมาย เพื่อเรียกเรื่องเอกราชทางศาล

สำหรับระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทยในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า มีลักษณะใกล้เคียงกับทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1.2.1 ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบกล่าวหา

ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทย แต่เดิมยังไม่สมบูรณ์แม้ว่าจะมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 113 แต่คงมีแต่บทบัญญัติหลักๆ เท่านั้น ดังนั้น ผู้พิพากษาไทย ซึ่งได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษ จึงนำหลักกฎหมายของอังกฤษมาใช้ เช่น ข้อยกเว้น ในเรื่องพยานบอกเล่า เป็นต้น และในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นแม่บทกฎหมายในปัจจุบัน ก็ปรากฏแนวความคิดของกฎหมาย

¹⁰ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2542, หน้า 1-9

อังกฤษอยู่หลายประการ เช่น การพิจารณาคดีอาญาจะต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย หรือศาลในคดีแพ่งจะต้องวางตัวเป็นกลาง โดยศาลเพียงแต่ควบคุมให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยเรียบร้อย และปล่อยให้คู่ความดำเนินคดีกันเอง เป็นต้น

1.2.2 ลักษณะที่ใกล้เคียงกับระบบไต่สวน

แม้ว่ากฎหมายลักษณะพยานและกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย จะมีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นระบบกล่าวหาอยู่บ้าง แต่ในความเป็นจริงแล้วกฎหมายลักษณะพยานและกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย มิได้นำหลักกฎหมายอังกฤษมาบัญญัติไว้ใน รูปแบบเดิม เช่น ในเรื่องพยานบอกเล่า ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 (2) มิได้ห้ามมิให้รับฟังโดยเคร่งครัดเหมือนเช่นกฎหมายอังกฤษ ที่เป็นระบบที่มีกฎเกณฑ์จำกัดอำนาจศาลมิให้รับฟังพยาน (exclusionary rules) ไว้มากมาย ทั้งนี้ เพราะประเทศอังกฤษใช้ระบบลูกขุนเป็นผู้ชี้ขาดข้อเท็จจริง ซึ่งลูกขุนมาจากชาวบ้านธรรมดา ที่ไม่ชำนาญในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ดังนั้น จึงต้องมีกฎเกณฑ์ห้ามรับฟังพยานหลักฐานเป็นจำนวนมาก และเดิมกฎหมายอาญาของอังกฤษ มีลงโทษจำเลยรุนแรง ศาลจึงต้องสร้างกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐาน ให้เข้มงวดเพื่อปกป้องจำเลย แต่บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทย ได้เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้โดยกว้างขวาง พยานหลักฐานที่ต้องห้าม มิให้รับฟัง โดยตัวของพยานเองมีน้อยมาก และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ให้อำนาจศาล ในการสืบพยานไว้มากมาย เช่น มาตรา 116 ให้ศาลถามพยานได้เองและถามก่อนคู่ความผู้อ้างพยาน มาตรา 119 ให้อำนาจศาลที่จะถามพยานในเวลาใดด้วยคำถามใดก็ได้ และศาลจะเรียกพยานที่เบิกความขัดกัน ในข้อสำคัญมาสอบปากคำพร้อมกันก็ได้ มาตรา 86 ให้อำนาจที่จะวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือไม่ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งสืบพยานที่เห็นว่า ฟุ่มเฟือย เกินสมควรหรือเป็นการประวิงคดีหรือไม่เกี่ยวกับประเด็น ศาลจะเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมและเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ก็ได้ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ให้อำนาจศาลเกี่ยวกับการสืบพยานไว้มากเช่นกัน เช่น มาตรา 228 ให้อำนาจศาลเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมได้ มาตรา 229 ให้อำนาจศาลเป็นผู้สืบพยาน การที่กฎหมายให้อำนาจศาลมากมายในการสืบพยาน และถามพยาน ทำให้ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงอย่างในระบบไต่สวน จึงมีผู้เห็นว่า การพิจารณาคดีของไทยเป็นระบบไต่สวนมากกว่าระบบกล่าวหา

1.2.3 ระบบผสม

แม้ว่าการพิจารณาคดีของศาลไทยจะมีได้ถือตามหลักกฎหมายพยานของอังกฤษซึ่งเป็นระบบกล่าวหาทุกประการ และมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการสืบพยานอยู่มาก คล้ายกับระบบไต่สวน แต่ในทางปฏิบัติก็เป็นที่ยอมรับกันว่า ศาลไทยยังไม่ได้มีบทบาทเท่าที่กฎหมาย

ให้ไว้มากนัก ซึ่งโดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานมาสืบเอง โดยเฉพาะในคดีแพ่งศาลจะไม่เข้าไปช่วยถามพยานให้ฝ่ายใดเลย ในคดีอาญาศาลอาจช่วยถามพยานให้จำเลย แต่ศาลจะไม่ช่วยถามพยานโจทก์ให้จำเลยได้รับโทษ ถ้าโจทก์นำสืบพยานหลักฐานไม่สิ้นสงสัยตามสมควร ศาลก็จะยกฟ้อง แม้ว่าหลักในเรื่องนี้ จะผ่อนคลายลงหลังจากได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วิธีปฏิบัติของศาลดังกล่าวมานั้น เป็นที่ยอมรับกันจนถือได้ว่าเป็นนิติประเพณี ผู้พิพากษาผู้ใด ไม่ปฏิบัติตามแม้โดยกฎหมายจะมีอำนาจทำได้ ก็จะเป็นที่ตราหาว่าวางตัวไม่เป็นกลาง ขัดกับประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ที่บัญญัติไว้ในข้อ 9 ว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่า การนำพยานหลักฐานเข้าสืบ และการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของกลุ่มความและทนายความ แต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อ จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”

นอกจากนี้ หลักที่ว่าการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย ซึ่งเป็นหลักสำคัญของระบบกล่าวหา ก็มีบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และหลักที่ว่าคำพิพากษาศาลสูงจะผูกมัดศาลล่างให้ต้องปฏิบัติตามเสมือนเป็นกฎหมายซึ่งปฏิบัติอยู่ในระบบคอมมอนลอว์ แต่ในทางชีวิตลอว์ไม่ยอมรับนั้น แม้ศาลไทยจะไม่ได้ถือเคร่งครัดอย่างศาลอังกฤษ แต่ศาลไทยก็เคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาและ มักจะถือตามเสมอ แม้จะไม่มีผลผูกมัดดังเช่นกฎหมายก็ตาม สิ่งเหล่านี้เป็นข้อประกอบที่ทำให้เห็นว่าระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของเรามีความโน้มเอียงไปทางระบบกล่าวหาอยู่มาก แต่ขณะเดียวกันในการพิจารณาคดีบางประเภทในศาลพิเศษ ได้นำวิธีพิจารณาที่ให้อำนาจศาล ค้นหาความจริงได้มากขึ้น อันเป็นความโน้มเอียงในทางระบบไต่สวน เช่น วิธีพิจารณาคดี ของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน และศาลทหาร เป็นต้น

โดยสรุป จึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานของไทย ได้นำหลักทั้งจากระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมาใช้ผสมผสานกัน โดยศาลมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและสืบพยานมากขึ้น เพื่ออำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชน และผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้ควบคุมดูแลให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว ประหยัดและเป็นธรรม แต่การดำเนินคดีในศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของผู้พิพากษา และการสืบพยานหลักฐาน ยังยึดหลักของระบบกล่าวหาอยู่เป็นส่วนใหญ่

1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับพยานหลักฐาน

ระบบการสืบพยาน เป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์ในการค้นหาความจริงหรือข้อเท็จจริงในคดี ดังนั้น การพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐานจึงเป็นกระบวนการที่รัฐสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย และขณะเดียวกันก็ให้การคุ้มครองผู้กระทำผิด หรือผู้ที่ถูกสงสัยว่า ได้กระทำความผิดจากการล้างแค้นอย่างไม่เป็นทางการด้วย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของบุคคล โดยรัฐจำเป็นต้องกำหนดวิธีการต่างๆ ขึ้นมา เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีว่าแท้จริงแล้วมีอยู่อย่างไร ดังนั้น กระบวนการในการพิสูจน์ความจริง โดยพยานหลักฐานในบางกรณี รัฐจะต้องจำกัดสิทธิหรือลดสิทธิของประชาชนที่มีอยู่ลงบ้าง เพื่อประโยชน์ของตัวบุคคลนั้นเองและเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม ซึ่งรัฐจะมีหน้าที่กำหนดมาตรฐานของการจำกัดสิทธิทั้งหลายดังกล่าวเอาไว้ให้ชัดเจนในกฎหมาย เพื่อแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจอรัฐที่ชอบธรรม และไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจนเกินควร

ระบบพยานหลักฐานที่ดี จะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่มีคุณค่าอย่างแท้จริง โดยจะต้องมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องที่ดี ตั้งแต่กระบวนการ ในการแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นไปโดยโปร่งใส ตรวจสอบได้ อันเป็นผลให้พยานหลักฐาน ที่ได้มามีความน่าเชื่อถือ มีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ถูกต้องหรือใกล้เคียงกับ ความจริงที่สุด นำมาสู่การอำนวยความสะดวก ความยุติธรรมและประโยชน์สุขของสังคมโดยรวม โดยควรมีลักษณะดังนี้

1) เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้คู่ความได้ต่อสู้พิสูจน์พยานหลักฐานกันอย่างเท่าเทียม ให้คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถรับรู้ถึงพยานหลักฐานของกันและกัน ทุกฝ่ายสามารถเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและได้รับการพิจารณาอย่างเสมอภาค มิให้มีการได้เปรียบเสียเปรียบกัน ตามแนวคิดของหลักความเที่ยงธรรม (fairness) โดยขั้นตอนต้องเปิดเผยโปร่งใสและตรวจสอบได้

2) เป็นระบบที่มีการถ่วงรอนพยานหลักฐานที่ดีและมีคุณค่า ให้เข้าสู่การพิจารณาพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยมีการตรวจสอบการดำเนินการตั้งแต่การรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสืบสวนสอบสวน ที่ต้องการกระทำด้วยความยุติธรรม ได้มาหรือรวบรวมโดยผู้มีความรู้ความชำนาญ และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ระเบียบปฏิบัติที่รัฐได้วางไว้อย่างเคร่งครัด

3) เป็นระบบที่สามารถทดสอบหรือตรวจสอบได้ เช่น ให้มีการพิสูจน์พยานหลักฐานโดยการถามค้านได้ และให้ผู้ชำนาญการพิเศษพิสูจน์พยานหลักฐาน โดยเฉพาะพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ตลอดจนยอมให้มีการคัดค้านผู้พิพากษาและผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ด้วย เป็นต้น

1.4 ความหมายและประเภทของพยานบุคคล

1.4.1 ความหมายของพยานบุคคล

พยานบุคคล คือ ผู้ที่จะต้องมาเปิดเผยถึงการรับรู้ของตนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี โดยการให้ถ้อยคำ จากการรับรู้โดยประสาทสัมผัสของตนโดยตรง คือ การได้เห็น ได้ฟัง หรือ ได้ยิน และมาถ่ายทอดข้อเท็จจริงนั้นต่อศาลให้ศาลทราบและเข้าใจได้ และศาลจะจดบันทึกข้อเท็จจริงเหล่านั้นไว้ในสำนวนความ สิ่งที่เป็นพยานหลักฐาน คือ คำเบิกความพยาน (testimony) ซึ่งเป็นบันทึกคำพยานที่ปรากฏในสำนวนเป็นสำคัญ

1.4.2 ประเภทของพยานบุคคล

1) *ประจักษ์พยาน (the original evidence)* หมายถึง พยานบุคคลที่ได้ไปสัมผัสกับเหตุการณ์ในคดีโดยตรง ไม่ว่าจะเกิดจากการเห็นหรือได้ยิน และได้ให้ข้อเท็จจริงแก่ศาลตามที่ได้รับรู้มาจกประสาท สัมผัสของตนเอง มิใช่การรับรู้มาจากการบอกเล่าของบุคคลอื่น ประจักษ์พยานเป็นพยานที่อยู่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับพยานประเภทอื่น ข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานประเภทนี้ ย่อมเป็นข้อเท็จจริงที่ดีที่สุดและมีน้ำหนักมาก เนื่องจากคดีอาญาส่วนใหญ่เป็นคดีที่มีการกระทำระหว่างบุคคลกับบุคคล และเกิดขึ้น โดยทันทีทันใดระหว่างบุคคล ไม่มีเอกสารใดที่จะนำมาพิสูจน์เหมือนกับในคดีแพ่ง ดังนั้น ผู้ที่จะบอกและให้ข้อมูลที่ดีที่สุดคือประจักษ์พยาน ที่เป็นบุคคลที่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์ที่สุด และสามารถบอกได้ว่า เหตุการณ์ในคดีเป็นเช่นไร หากคดีใดไม่มีประจักษ์พยานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ก็มีโอกาเป็นไปได้อย่างมากที่ศาลจะยกฟ้อง

2) *พยานบอกเล่า (the hearsay evidence)* หมายถึง พยานบุคคลที่ไม่ได้ไปสัมผัสกับเหตุการณ์ในคดีด้วยตนเอง แต่ได้ทราบข้อเท็จจริงในคดีมาจากบุคคลอื่นที่เล่าให้ฟัง ดังนั้น พยานประเภทนี้จึงมีข้อบกพร่องหลายประการ เนื่องจากไม่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาโดยตรง ทั้งการเล่าต่อๆ กันมาย่อมมีการบิดเบือนกันไปต่างๆ ทำให้ข้อเท็จจริงที่รับฟังมามีโอกาสคลาดเคลื่อนได้มาก พยานประเภทนี้จึงเป็นพยานที่มีน้ำหนักน้อย ศาลไม่อาจรับฟังได้โดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย จึงเป็นเพียงพยานประกอบที่จะทำให้ศาลเชื่อได้ว่าประจักษ์พยานได้เห็นเหตุการณ์มาจริงและทำให้ประจักษ์พยานมีน้ำหนักมากขึ้นเท่านั้น

3) *พยานนำหรือพยานหมาย*

พยานนำ หมายถึง พยานบุคคลไม่ว่าจะเป็นพยานฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยก็ตาม ที่คู่ความฝ่ายที่อ้าง ประสงค์จะนำพยานมาเบิกความที่ศาลเอง ส่วนพยานหมาย หมายถึง พยานที่ศาลออกหมายเรียกไป เพื่อให้พยานมาเบิกความต่อศาล โดยอาจเป็นกรณีที่คู่ความมาขอให้ศาลออกหมายเรียก เนื่องจากคู่ความไม่สามารถนำตัวพยานมาเบิกความต่อศาลได้เอง หรืออาจเป็น

กรณีศาลออกหมายเรียกเองก็ได้ พยานที่ได้รับหมายเรียก หากไม่มาศาลตามหมายเรียก ศาลอาจออกหมายจับได้

4) พยานแวดล้อมกรณี หรือพยานพหุติเหตุ (circumstantial evidence) หมายถึง พยานที่ไม่ได้แสดงถึงข้อเท็จจริงที่จะพิสูจน์โดยตรง แต่อาจทำให้ศาลอนุมานได้ว่าข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์จะพิสูจน์นั้นมีอยู่หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ เป็นพยานเหตุผลที่ทำให้ศาลอนุมานได้ว่าข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์จะพิสูจน์นั้นมีอยู่หรือไม่

5) พยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษ หมายถึง พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญา ไม่ว่าจะโดยคู่ความอ้างอิงมา หรือจากการแต่งตั้งของศาล และพยานจะต้องมาศาลเพื่ออธิบายด้วยวาจา ในฐานะพยานบุคคล จะอาศัยสิทธิเช่นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งในคดีแพ่งไม่ได้ และโจทก์หรือจำเลยจะอ้างเพื่อนำสืบต่อศาล เพื่อเป็นการสนับสนุนพยานฝ่ายตนในฐานะพยานความเห็น เช่น ความเห็นเกี่ยวกับ การตายหรือสภาพของศพ หรือลายมือชื่อหรือลายมือเขียนหนังสือ เป็นต้น

1.5 ความสำคัญของพยานบุคคลต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

พยานบุคคลมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบในกระบวนการยุติธรรม ตั้งแต่ชั้นสอบสวน โดยมีหน้าที่ให้ถ้อยคำแก่พนักงานสอบสวน รวมถึงส่งมอบพยานหลักฐานต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในคดี นอกจากนี้ยังต้องมีหน้าที่มาเบิกความต่อศาลในชั้นพิจารณาคดีอีกด้วย จะเห็นได้ว่าพยานบุคคลเข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในหลายขั้นตอน เพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย แต่อย่างไรก็ตาม การทำหน้าที่ของพยานบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประจักษ์พยาน ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมากต่อคดีอาญา เนื่องจากเป็นบุคคลที่จะสามารถให้ข้อมูลเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยอาจจะมีข้อบกพร่องได้ หากเกิดความเครียดขึ้นมา โดยอาจเกิดจากความเกรงกลัวในเรื่องความปลอดภัยในการดำรงชีวิตของตัวเองและคนใกล้ชิดเอง จากการใช้อำนาจมีดฆ่มขู่ คุกคามความปลอดภัยของพยาน และคนในครอบครัว ทำให้พยานอาจไม่กล้ามาเบิกความต่อศาลหรือมาเบิกความเท็จต่อศาล ก็เป็นไปได้ หรือความเครียดที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่ให้ความคุ้มครองตัวพยานให้ได้รับความสะดวกที่จะเบิกความได้อย่างเต็มที่ และปลอดภัย เช่น กระบวนพิจารณาคดีที่ให้พยานเผชิญหน้ากับจำเลย หรือกระบวนพิจารณาที่ทำให้พยานต้องเปิดเผยข้อมูลส่วนตัว โดยไม่มีระบบคุ้มครองความปลอดภัยที่ดีเพียงพอ ซึ่งจะส่งผลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทำให้กระบวนการยุติธรรมคดีอาญาไม่มีประสิทธิภาพที่จะนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ¹¹

¹¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร: เกรนโกราว, 2542, หน้า 5

1.6 การรับฟังคำให้การของพยานผู้ร่วมกระทำผิด

1.6.1 การรับฟังคำให้การรับสารภาพ

การรับฟังคำให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวน เมื่อผู้ต้องหาถูกสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 แล้ว ผู้ต้องหาอาจให้การรับสารภาพก็ได้ แต่การนำเอาคำให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนมาใช้ในการพิจารณาของศาลนั้น ศาลฎีกา ได้วางหลักไว้ว่า คำให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนเป็นเพียงพยานบอกเล่า ที่อาจใช้เป็นพยานประกอบกับพยานอื่นในชั้นพิจารณาได้เท่านั้น ดังนั้น คำรับสารภาพในชั้นสอบสวนจะต้องรับฟังร่วมกับพยานหลักฐานอื่นด้วย ศาลเคยมีคำพิพากษา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1029/2548 แม้นคำให้การรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ตามบันทึกจับกุมจะมีใจความสอดคล้องกับคำเบิกความของพันตำรวจตรี ว. แต่บันทึกคำให้การรับสารภาพที่พันตำรวจตรี ว. ได้ให้ผู้ได้บังคับบัญชาเขียนไว้โดยจำเลยที่ 2 ลงลายมือชื่อ กลับมีใจความแตกต่างกัน โดยสิ้นเชิง คงมีแต่ข้อความในสามบรรทัดสุดท้ายเท่านั้นที่พอจะเกี่ยวข้องกับเรื่องที่จำเลยที่ 2 ถูกตรวจค้นและจับกุมในขณะที่เกิดเหตุ แต่ก็มิได้แสดงให้เห็นว่า จำเลยที่ 2 มีส่วนเกี่ยวข้องกับเมทแอมเฟตามีนของกลาง พยานหลักฐาน โททก์เกี่ยวกับ คำรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ในชั้นจับกุมจึงขัดกันเองในข้อสำคัญและมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน โททก์เกี่ยวกับคำรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ในชั้นสอบสวนด้วย เพราะนอกจากคำให้การตามคำรับสารภาพซึ่งวินิจฉัยว่าเป็นคำให้การปฏิเสธจะขัดแย้งตรงกันข้ามกับคำให้การรับสารภาพตามบันทึกการจับกุมของผู้ต้องหาแล้ว ยังปรากฏหลังจากเจ้าพนักงานตำรวจจับกุม จำเลยที่ 2 กับพวกเวลา 00.30 นาฬิกา จนถึงเวลาที่จำเลยที่ 2 ถูกส่งตัวให้พนักงานสอบสวน จำเลยที่ 2 ถูกสอบปากคำอย่างต่อเนื่องโดยเจ้าพนักงานตำรวจหลายคน เป็นเวลาประมาณ 8 ชั่วโมง เมื่อพันตำรวจตรี ช. พนักงานสอบสวนรับตัวจำเลยที่ 2 แล้วทำการสอบปากคำจำเลยที่ 2 ต่อเนื่องจนถึงเวลาประมาณ 12.00 นาฬิกา แล้วนำตัวจำเลยไปนำชี้ที่เกิดเหตุและ ถ่ายภาพไว้ ดังนั้น การสอบปากคำจำเลยที่ 2 ในชั้นการสอบสวนทั้งการนำจำเลยที่ 2 ไปชี้ที่เกิดเหตุและถ่ายภาพ จึงมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะเกิดขึ้นระหว่างจำเลยที่ 2 มีความเหนื่อยล้าอ่อนเพลีย ทั้งร่างกาย และจิตใจ มีผลกระทบต่อน้ำหนักความน่าเชื่อถือของคำรับสารภาพที่ได้รับจากจำเลยที่ 2 ด้วย เมื่อคำให้การรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ในชั้นการจับกุมและชั้นการสอบสวนเป็นพยานบอกเล่า แม้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 จะอนุญาตให้อ้างเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยที่ 2 ได้แต่การใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานต้องทำด้วยความระมัดระวัง เพราะมิใช่พยานหลักฐานที่ดีที่สุดที่โททก์ฟังนำมาแสดง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาประกอบกับพยานหลักฐานอื่นของ โททก์และพฤติการณ์ในการได้มาซึ่งคำให้การ รับสารภาพ

ดังนั้น พยานหลักฐาน โจทก์เกี่ยวกับคำรับสารภาพของจำเลยที่ 2 ในชั้นสอบสวน จึงไม่มีน้ำหนัก น่าเชื่อถือ

นอกจากนี้ การรับฟังคำเบิกความรับสารภาพในศาลและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย¹² ได้รับเอาหลักการรับกัน ในศาลและหลักพิสูจน์สันตษัยมาใช้ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 176 ความว่า ในชั้นพิจารณา หากตัวจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ เว้นแต่คดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพในกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้น ศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง สำหรับมาตรา 176 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ มีการนำเอาหลักการมาสองหลักการผสมผสานกัน คือ

1) หลักการรับกันในศาล เป็นหลักการหนึ่งของระบบกล่าวหา โดยในมาตรานี้กำหนดว่า “ในชั้นพิจารณาถ้าจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้องศาลจะพิจารณาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้”

2) หลักพิสูจน์สันตษัย ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของระบบไต่สวน โดยในมาตรานี้กำหนดไว้ว่า “เว้นแต่ในคดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้นกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้นศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง”

1.6.2 การรับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิด

ผู้ร่วมกระทำความผิดอาจเบิกความต่อศาลได้ในสองฐานะด้วยกันคือ ในกรณี que ผู้ร่วมกระทำความผิดได้รับการกันตัวไว้เป็นพยาน ผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นอาจเข้า เบิกความในฐานะพยานกับในกรณีที่ผู้ร่วมกระทำความผิดถูกฟ้องในคดีเดียวกัน ผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นอาจเบิกความในฐานะจำเลย การรับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิดในทั้งสองฐานะอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) คำเบิกความในฐานะพยานของผู้ร่วมกระทำความผิด

การเบิกความในฐานะพยานของผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น การรับฟัง ต้องใช้ความระมัดระวัง เพราะการที่ผู้กระทำได้รับการกันตัวไว้เป็นพยานอาจเป็นการชักจูงใจเขา ให้ความช่วยเหลือแก่โจทก์เกินความเป็นจริงและมีแนวโน้มที่เขาจะให้การโดยเจตนาที่จะให้ตนพ้นผิดโดยทัณฑ์มความผิดให้คนอื่นเพื่อให้ตนหลุดจากการฟ้องคดีซึ่งในทางปฏิบัติศาลฎีกาได้เคยพิจารณารับฟังพยานในลักษณะดังกล่าว ดังนี้

¹² ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ, “กฎหมายว่าด้วยคำรับสารภาพ” ใน *บทบัญญัติ 25, วารสารอัยการ*, 2550, หน้า 145

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4310-4311/2547 แม็คดีนี่ จ. และ ผ. พยานโจทก์จะเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดกับจำเลยทั้งสอง คำเบิกความของ จ. และคำให้การชั้นสอบสวนของ ผ. จึงถือว่าเป็นคำชี้ขาดของผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันและถูกพิพากษาลงโทษไปแล้วในความผิดฐานเดียวกันกับจำเลยทั้งสอง ที่ระบุว่า เป็นคนร้ายที่ร่วมกันลักทรัพย์ด้วย คำชี้ขาดดังกล่าวมิได้ เป็นเรื่องบอกปิดความผิดของผู้ชี้ขาดให้เป็นความผิดแต่เฉพาะจำเลยทั้งสองเท่านั้น หากแต่เป็นการเบิกความและให้การถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของตนยิ่งกว่า เป็นการปรักปรำจำเลยทั้งสอง ทั้งไม่มีเหตุจูงใจที่จะเบิกความและให้การเพื่อให้ตนเองพ้นผิดหรือได้รับประโยชน์จากการกระทำของตนไม่ ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อเบิกความตอบทนายจำเลยทั้งสองถามค้าน จ. พยายามเบิกความบ้ายเบี่ยงว่าจำเลยทั้งสองไม่ใช่คนร้ายรายนี้เพื่อช่วยเหลือจำเลยทั้งสอง ดังนั้น คำเบิกความและคำให้การของ จ. และ ผ. จึงมิใช่พยานหลักฐานที่จะรับฟังไม่ได้เสียเลย เพียงแต่น้ำหนักน้อยและจะต้องรับฟังด้วยความระมัดระวัง ประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ซึ่งคำให้การชั้นสอบสวนของ จ. และ ผ. สอดคล้องกับคำเบิกความชั้นพิจารณาและสอดคล้องเชื่อมโยงกับคำให้การและคำเบิกความของ ว. พยานโจทก์อีกปากหนึ่ง ซึ่งนับว่าเป็นพยานพฤติการณ์แวดล้อมกรณีใกล้ชิดในขณะที่เกิดเหตุสามารถฟังประกอบพยานโจทก์ทั้งสองดังกล่าวรับฟังลงโทษจำเลยทั้งสองได้

2) คำเบิกความในฐานะจำเลยของผู้ร่วมกระทำผิด

การเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิดในฐานะจำเลยนั้น จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวัง เนื่องจากผู้ร่วมกระทำความผิดที่ตกเป็นจำเลยด้วยกันนั้น ต่างอยู่ในอิทธิพลของความกลัวหรือความหวัง (influence of fear or hope) ที่จำเลยตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวคือหากจำเลยให้การไปตามความจริงในความคิดที่ตนมีส่วนร่วมกระทำด้วย ตนย่อมมีโอกาสที่จะได้รับโทษ ส่วนหลักที่ว่าตกอยู่ในอิทธิพลของความหวังก็คือ หากตนให้การไม่จริงก็อาจจะหลุดพ้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลง คำเบิกความในลักษณะนี้ศาลเคยมีคำพิพากษา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2540 พยานโจทก์ทั้งสามไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลยที่ 2 มาก่อนเบิกความ พฤติการณ์ที่จำเลยทั้งสองร่วมกันมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อขายยังสอดคล้องเชื่อมโยงกันก่อปรด้วยเหตุผล และจำเลยที่ 2 ให้การรับสารภาพ ในชั้นจับกุมและสอบสวนโดยสมัครใจ คำรับสารภาพดังกล่าวย่อมใช้ชั้นจำเลยที่ 2 ในชั้นพิจารณาได้และโจทก์ยังมีคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยที่ 1 ที่ให้การว่าจำเลยที่ 2 มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดซึ่งแม้จะเป็นคำชี้ขาดของผู้กระทำผิดด้วยกัน แต่ก็ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง ศาลมีอำนาจรับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ได้ พยานหลักฐานโจทก์จึงมีน้ำหนักเชื่อได้ โดยปราศจากสงสัยว่าจำเลยที่ 2 ได้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยที่ 1 จริง

การเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิดทั้งในฐานะพยานและฐานะจำเลย ศาลฎีกาได้ยืนยันในลักษณะคล้ายคลึงกันในการรับฟังโดยเหตุผลต่างๆ ที่ศาลใช้ในการพิจารณา รับฟัง ดังนี้

- (1) ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้รับฟังพยานชัดทอด
- (2) พยานชัดทอดมีน้ำหนักน้อย
- (3) การรับฟังพยานชัดทอดต้องรับฟังด้วยความระมัดระวัง
- (4) การรับฟังพยานชัดทอดต้องมีพยานอื่นประกอบ
- (5) หากการชัดทอดมีเหตุผลรับฟังได้ ศาลมีอำนาจรับฟังประกอบการ

พิจารณาได้จากเหตุผลทั้งหลายที่ศาลได้ยกขึ้นมาแสดงในการรับฟังพยาน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีหลักห้ามมิให้ศาลรับฟัง พยานหลักฐาน 2 กรณี คือ

- (1) ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 232
- (2) พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยไม่มีกฎหมายห้ามมิให้รับฟังพยานชัดทอด อยู่เลย แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา โดยผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีอิสระที่จะใช้ดุลพินิจ สำหรับทางปฏิบัติที่มักจะยึดแนว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่าพยานชัดทอดมีน้ำหนักน้อย แต่ทางปฏิบัติดังกล่าว ไม่ใช่กฎหมายและ ไม่อาจจะก้าวล่วงอิสระในการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีได้

ตามที่กล่าวแล้วข้างต้น ทั้งการรับฟังคำให้การรับสารภาพและการรับฟัง คำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิดจะเป็นส่วนในการที่ศาลอาจใช้เป็นดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน ในการพิพากษาคดีได้ ซึ่งส่วนใหญ่จะเกิดจากคำรับสารภาพของผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยตนเอง หากศาลพิเคราะห์เห็นว่ามีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าคำรับสารภาพของจำเลย เป็นความจริงและเป็น การเพียงพอที่จะวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงได้ ศาลไม่จำเป็นต้องสืบพยานหลักฐานได้ ซึ่งบางครั้งแม้จำเลยให้ การรับสารภาพศาลก็อาจจะพิพากษายกฟ้องได้เพราะในคดีอาญามีหลักฐานการพิสูจน์จนสิ้นสงสัย ศาลต้องใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ที่ได้มาจากการรับฟังพยานหลักฐานแล้ว ศาลต้องพิเคราะห์หาเหตุผลอย่างหนักแน่นว่าความเชื่อถือมีอย่างไร มีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุน

หรือไม่ด้วย¹³ ซึ่งศาลควรรับทราบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทั้งหมดและพิจารณาพิพากษาโดยไม่พอใจ แต่เพียงคำรับสารภาพของจำเลยเท่านั้น แต่ควรจะได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน ทั้งหมดเสียก่อน เพื่อให้ความจริงปรากฏและยังความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจากการค้นหาความจริง และการชั่งพยานหลักฐานที่โปร่ง¹⁴

คำรับสารภาพของผู้ต้องหาชั้นพนักงานสอบสวนจะรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ได้ต้องเป็นคำรับสารภาพโดยชอบ เพียงแต่คำรับสารภาพของผู้ต้องหา ในชั้นสอบสวนนั้น แม้จะ ได้มาโดยบริสุทธิ์เพียงใด จะใช้เป็นพยานหลักฐานลงโทษจำเลยไม่ได้เพราะเป็นเพียงพยานบอกเล่า เท่านั้น ต้องอาศัยเหตุประกอบอื่นเพื่อพิสูจน์ความจริง ตามข้อกล่าวหาในอีกคำรับสารภาพ ของจำเลยในชั้นสอบสวนส่วนใหญ่มีน้ำหนักน้อย ต้องมีพยานหลักฐานอื่นที่พิสูจน์ความผิด ของจำเลยแล้วนำคำรับสารภาพในชั้นสอบสวน ประกอบเข้าไปเพื่อให้พยานหลักฐานมีความหนักแน่น มั่นคง ถ้าฟังคำรับสารภาพของจำเลย ในชั้นสอบสวนเพียงอย่างเดียวหรือพยานหลักฐานอื่นที่มี น้ำหนักน้อยก็จะฟังลงโทษจำเลยไม่ได้¹⁵

คำพิพากษาฎีกาที่ 5885/2554 แม้คำให้การในชั้นสอบสวนของ พ. จะเป็น พยานบอกเล่าและพยานขัดท้อระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดอันต้องห้ามมิให้ศาลรับฟัง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226/3 ทั้งในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานบอกเล่า และพยานขัดท้อศาลจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้น โดยลำพัง เพื่อลงโทษจำเลยเว้นแต่มีเหตุผลหนักแน่นมีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดีหรือมีพยานหลักฐานประกอบ อื่นสนับสนุนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227/1 วรรคหนึ่ง ก็ตามแต่ก็มีใช้ เป็นเรื่องที่ พ. ให้การขัดท้อเพื่อให้ตนเองพ้นผิดโดยให้จำเลยรับผิดชอบเพียงลำพังลักษณะและแหล่งที่มา ของคำให้การของ พ. ในชั้นสอบสวนจึงน่าจะเชื่อว่าจะสามารถพิสูจน์ความจริงได้กับมีเหตุผลหนักแน่น ทั้งเชื่อได้ว่าเป็นการให้การตามความเป็นจริง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3254/2553 คำเบิกความของพันตำรวจโท พ. ที่เกี่ยวข้อง กับจำเลยเป็นคำที่ได้มาจากการบอกเล่าของ จ. ซึ่งเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดกับจำเลย จึงเป็นพยาน บอกเล่า และมีใช้พยานหลักฐานที่มีแหล่งที่มาเป็นอิสระ ต่างจากพยานหลักฐาน ที่มีแหล่งที่มา จากพยานขัดท้อดังกล่าว จึงไม่อาจนำมาเป็นพยานหลักฐานประกอบเพื่อรับฟังลงโทษจำเลยได้

¹³ ประมุข สุวรรณศรี, “พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์”, ใน *บทบัญญัติ 25, วารสารอัยการ*, 2511, หน้า 1

¹⁴ สมทรัพย์ นำอำนวยการ, *บทบาทของศาลในชั้นพิจารณากับการค้นหาความจริงในคดีอาญา*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541, หน้า 64

¹⁵ สุรัชช เขาวลิต, *คำรับสารภาพกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญา*, วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า 61

2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกันตัวบุคคลเป็นพยานและแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองพยาน

2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกันตัวบุคคลเป็นพยาน

2.1.1 ทฤษฎีตราบาป

ทฤษฎีนี้มาจากแนวคิดของนักสังคมวิทยาหลายท่าน เช่น Howard Becker Edward Lemert และ Kai Erikson ที่มาของทฤษฎีนี้คือ ในสมัยโบราณ นักโทษที่จะพ้นโทษออกไป ต้องถูกสักเครื่องหมายเป็นสัญลักษณ์ไว้บนหน้าผากหรือส่วนสำคัญของร่างกาย เพื่อให้คนภายนอกได้รับรู้ว่าเขาเคยเป็นนักโทษมาก่อน และจะได้ตระหนักถึงภัยของบุคคลนั้น ซึ่งวิธีดังกล่าวเป็นการประทัประตราทางกายภาพ ที่แม้ในปัจจุบันจะไม่มี การประทัประตราอย่างในอดีตแล้ว แต่ก็ยังมีการประทัประตราปลงบนจิตใจหรือความรู้สึกของผู้กระทำผิดอยู่ ทฤษฎีการประทัประตราชี้ให้เห็นว่า สังคมนั้นมีส่วนทำให้บุคคลกลายเป็นผู้กระทำผิดซ้ำเพราะไม่เปิดโอกาสให้คนได้แก้ตัว

ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการตราหน้าว่าพฤติกรรมเบี่ยงเบนใดๆ ก็ตาม เป็นสิ่งที่ผิดต่อหลักของสังคมนั้น เป็นผลทำให้ผู้ที่ถูกตีตรากระทำความผิดซ้ำเพราะถูกหน้าตราไปแล้วว่าเป็น อาชญากรรม หรือเป็น “คนนอกสังคม” “The Outsider” ซึ่งอาจส่งผลให้พฤติกรรมเบี่ยงเบนชั่วครวกลายเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนถาวรได้และอาจทำให้การกระทำความผิดนั้นรุนแรงขึ้นด้วย ที่มาของทฤษฎีนี้พัฒนามาจากแนวคิดของ Howard S. Becker หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีการกระทำตอบโต้ของสังคม” (Social Reaction Theory) โดยอธิบายได้ว่าพฤติกรรมเบี่ยงเบน (deviant behavior) อันที่จริงแล้ว ไม่ได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำความผิดนั้นโดยตรง แต่เป็นแนวโน้มที่คนส่วนใหญ่มีการประทัประตราในเชิงลบให้กับพฤติกรรมนั้นๆ ดังนั้น พฤติกรรมเบี่ยงเบนในมุมมองของทฤษฎีนี้จึงเน้นไปที่ปฏิกิริยาของสังคมที่มีต่อผู้กระทำผิดมากกว่าเนื้อหาสาระของการกระทำความผิดโดยตรง

สาระสำคัญของทฤษฎีนี้เห็นว่า สังคมมีปัจจัยที่มีผลกระทบต่อจิตใจของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ เป็นทฤษฎีที่ไม่ได้มุ่งเน้น ไปถึงสาเหตุของการกระทำความผิด แต่เน้นการมองภาพรวมของการกระทำความผิดจากคนในสังคม เป็นที่ยอมรับว่ามนุษย์ชอบอยู่รวมตัวกันเป็นกลุ่ม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น มนุษย์จะรับเอาทัศนคติจากบุคคลภายนอกเข้ามาเก็บไว้ มองว่าตนเองไม่ดี ในขณะที่เดียวกันคนที่ทำผิดก็กังวลว่าจะถูกลงโทษจากสังคม ด้วยการตั้งข้อรังเกียจ นิินทา ไม่คบหาสมาคมด้วย ทฤษฎีนี้มองว่าพฤติกรรมนั้นถูกนิยามโดยคนของสังคมนั้นๆ ว่าเป็นการกระทำผิด และเมื่อทำไปแล้วจะถูกตราหน้าว่าเป็นคนไม่ดี หากบุคคลที่มีพฤติกรรมดังกล่าว ถูกดำเนินคดีโดยหน่วยงานยุติธรรมของรัฐ บุคคลดังกล่าวก็เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมซึ่งองค์กรนี้กำหนดให้เขาเป็นอาชญากร คนพวกนี้ก็จะได้รับความอับอาย

ไม่สามารถกลับไปใช้ชีวิตอย่างบุคคลธรรมดาได้อีกผลที่เกิดขึ้น คือ เป็นการเพิ่มโอกาสทำให้เขากลายเป็นอาชญาอย่างถาวร เป็นที่น่าสังเกตว่าทฤษฎีนี้เชื่อว่า มีคนส่วนน้อยที่ถูกจับ แต่คนบางส่วนซึ่งมีจำนวนไม่น้อยที่พินิจแต่ไม่ถูกจับ จึงเท่ากับว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายเลือกปฏิบัติคือ บังคับใช้กฎหมายกับคนบางกลุ่ม คนกลุ่มนี้ได้แก่ คนชั้นต่ำในสังคมที่ด้อยการศึกษาและฐานะทางเศรษฐกิจ จึงทำให้ถูกจับ ถูกบังคับใช้กฎหมาย สำหรับคนชั้นสูงที่มีการศึกษาและมีฐานะทางเศรษฐกิจดี มีสถานภาพเป็นที่ยอมรับ คนกลุ่มนี้หากถูกจับก็อาจจะมีการยุติคดี เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐสั่งไม่ฟ้อง ทั้งนี้ เพราะอาจมีปัจจัยจากการมีความรู้ทางกฎหมาย รู้วิธีต่อสู้ในขั้นตอนต่างๆ และที่สำคัญคนในสังคมมักจะเชื่อว่าคนประเภทนี้จะกระทำผิด

2.1.2 ทฤษฎีทำที่มองไม่เห็น

ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดของ Johann Graf Lambsdorff ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ก่อตั้ง The Corruption Perception Index ทฤษฎีนี้แปลงมาจากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ คือ “ทฤษฎี มือที่มองไม่เห็น” (Invisible Hand) Lambsdorff ได้กล่าวไว้ในหนังสือที่เขาเป็นผู้เขียน ชื่อ “The Institutional Economics of Corruption and Reform : Theory, Evidence and Policy” เห็นว่าการต่อสู้กับปัญหาการคอร์รัปชันก็เหมือนการเล่น “ยูโด” แทนที่จะใช้กำลังพุ่งชนอย่างเดียวเราควรโต้ตอบไปยังจุดอ่อนของกลุ่มต่อสู้เพื่อให้กลุ่มต่อสู้หมดแรงไปเอง “Combating corruption is like Judo. Instead of bluntly resisting the criminal forces. One must redirect the enemy’s energy to his own decay”

Lambsdorff เสนอว่ามาตรการที่จะสามารถต่อสู้กับปัญหาการคอร์รัปชันได้นั้น ต้องใช้มาตรการเชิงยุทธศาสตร์และต้องรู้จักจุดอ่อนของการคอร์รัปชันว่า ผู้ร่วมกระทำผิดมักจะหาโอกาสทรยศซึ่งกันและกันและผิดสัญญากันอยู่เสมอ การทรยศเช่นนี้เป็นประโยชน์ต่อการต่อต้านการคอร์รัปชัน เมื่อใดที่เราสามารถใช้ประโยชน์จากข้อด้อยของอาชญากรรมประเภทนี้ได้ จะทำให้มาตรการต่อต้านการคอร์รัปชันได้ผลดี ดังนั้น จึงควรแสวงหาวิธีการที่จะทำให้ การหักหลังกันเองระหว่างผู้กระทำความผิดให้มากที่สุด ข้อสรุปของ Lambsdorff ยังให้ควรรให้นำมาตรการให้เงินรางวัลแก่สายลับและมาตรการ Leniency เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเป็นผู้แก้ไขปัญหากันเอง โดยสร้างเหตุการณ์ให้มีการหวาดระแวงกันเอง

ในทำนองเดียวกัน Lambsdorff มีแนวความคิดแตกต่างจากนักเศรษฐศาสตร์อื่นๆ ที่โดยปกติจะศึกษาสิ่งที่เป็นตัวกระตุ้นหรือแรงขับให้มีการจ่ายและรับสินบน นักวิชาการกลุ่มดังกล่าวมักจะเสนอให้ใช้กลยุทธ์ด้านการป้องกันและความโปร่งใส (Strategies of Prevention and transparency) แต่ในทางตรงกันข้าม Lambsdorff ให้ความสนใจในเรื่องโครงสร้างของการทุจริต เพราะผู้กระทำการทุจริตโดยปกติมักเผชิญกับปัญหาการหักหลังกันเอง ดังนั้น การแก้ปัญหาคอร์รัปชันจึงควรแสวงหาวิธีการที่จะทำให้มีการหักหลังกันในกลุ่มคนกระทำการทุจริตให้มากที่สุด

เท่าที่จะทำได้ ข้อสรุปของ Lambsdroff สอดคล้องและสนับสนุนเทคนิค การบังคับใช้กฎหมาย ที่ให้เงินรางวัลแก่สายลับหรือให้เงินรางวัลแก่ผู้ทุจริตที่เปิดเผยหรือแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการทุจริต รวมทั้งวิธีการในการกระทำทุจริตของพวกที่ทำการทุจริตด้วยตัวเอง Lambsdroff ได้กำหนด กลยุทธ์ใหม่สำหรับการต่อสู้การทุจริตว่า “เท้าที่มองไม่เห็น (invisible foot)” เพื่อให้พวกกระทำทุจริต เป็นตัวกลไกแก้ปัญหาการทุจริตกันเอง โดยการสร้างเงื่อนไขให้เกิดความระแวงกันเอง ไม่ไว้วางใจ ซึ่งกันและกัน แม้พวกเปิดเผยข้อมูลจะไม่ได้มีเจตจำนงช่วยให้เกิดความโปร่งใสและสนับสนุน หลักธรรมาภิบาล แต่การกระทำของพวกเขามีส่วนช่วยแก้ปัญหาการทุจริตได้เป็นอย่างดี ด้วยมุมมองที่โดดเด่น Lambsdroff จึงนับได้ว่าเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญต่อการสร้างคุณประโยชน์ สาขาวิชาการศึกษาปัญหาการทุจริตเป็นอย่างมาก¹⁶

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของพยานบุคคลในคดีอาญา

Maslow นักจิตวิทยาได้กล่าวถึงเรื่อง ความปลอดภัยซึ่งส่งผลต่อพฤติกรรม คือแรงจูงใจที่ส่งผลถึงพฤติกรรมและบุคลิกภาพ โดยแรงจูงใจเพื่อความปลอดภัยแห่งตนเอง และทรัพย์สินของตน (safety need) เมื่อความต้องการอันดับแรกได้รับการตอบสนองต่อมา ก็เกิดความต้องการที่จะรักษาชีวิตของตน ทรัพย์สินให้มีความมั่นคงปลอดภัย ถ้าไม่ได้รับการ ตอบสนองมนุษย์จะเกิดความผวา เขาเชื่อว่า ความกลัวหลายๆ อย่างตั้งแต่ระดับสามัญจนถึงระดับ ผิดปกตินั้นเกิดจากการได้รับการตอบสนองความรู้สึกเรื่องความปลอดภัย

Thomas และ Znaniecki ได้กล่าวถึงเรื่อง ความต้องการความปลอดภัยว่าเป็นความต้องการของมนุษย์ ซึ่งให้ความสำคัญนอกเหนือจากความต้องการของร่างกาย รวมทั้งหลักจิตวิทยา ขอมรับกันว่า คำให้การของพยานบุคคลมักมีความ ไม่ครบถ้วนสมบูรณ์และไม่ถูกต้องเกิดขึ้นเสมอๆ แม้ทั้งที่พยานบุคคลนั้นจะมีความต้องการ อย่างแรงกล้าที่จะให้ความจริง แม้พยานจะรับรู้เหตุการณ์ ที่เกิดขึ้น ได้ถูกต้องและจดจำได้แม่นยำ ก็อาจมีปัจจัยที่มีผลกระทบทำให้พยานถ่วงท้อ (เบิกความ) ข้อเท็จจริงไม่ตรงความจริงที่ตน รู้เห็นมา ปัจจัยที่สำคัญ คือ ทัศนส่วนตัว เช่น พยานมีสาเหตุโกรธ เคืองกับจำเลยหรือจำเลย ดิดสินบนหรือข่มขู่พยานหรือพยานมีส่วนได้เสียในผลของคดีอยู่ด้วย

การแสดงบทบาทของพยานอาจจะบกพร่องลงไปได้ หากพยานเกิดความเครียด ขึ้นมาหรือขาดโอกาสที่จะเปิดเผยความจริง หรือถูกขัดขวางมิได้ดำเนินการตามรูปคดีความเครียด ดังนั้น การคุ้มครองพยานบุคคลจึงมีวัตถุประสงค์ให้มีอยู่ซึ่งพยานบุคคลและให้พยานบุคคลนั้นมีคุณค่า ต่อการพิจารณาคดี โดยเบื้องต้นหมายถึงการจัดการให้บุคคลที่มาเป็นพยานนั้น ได้รับความปลอดภัย

¹⁶ วรชมน เเพ็งดิษฐ์ และคณะ, รายงานการศึกษาเปรียบเทียบการได้สวนคดีอาญาตามกฎหมาย ว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 6

จากภัยอันตรายจากการกระทำที่ไม่ชอบในรูปแบบต่างๆ ดังนั้น จึงเป็นอำนาจของรัฐที่จะจัดการ เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (best evidence) หรือ พยานสำคัญในคดี (material witness) ซึ่งส่งผลต่อประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมและ เป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะได้รับความปลอดภัยอีกด้วย ดังนั้น การข่มขู่ การคุกคาม การประทุษร้ายหรือการขัดขวาง ด้วยวิธีการใดๆ นอกจากจะเป็นความผิดทางอาญาแล้วยังเป็นความผิดต่อกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย

นอกจากนี้ การคุ้มครองพยานบุคคลในคดีอาญา ยังจะต้องประกอบด้วย การให้ความคุ้มครองทางสังคมอีกด้วย (social protection) เช่น สังคมจะต้องให้ความสนใจและชื่นชมกับบุคคลที่กล้ามาทำหน้าที่เป็นพยาน โดยต้องสร้างความภาคภูมิใจให้แก่บุคคลที่มาเป็นพยาน

การคุ้มครองความปลอดภัยของพยานบุคคล แบ่งเป็น 2 ระดับ

1) การคุ้มครองบุคคลที่มาเป็นพยาน ซึ่งก็คือการคุ้มครองชีวิต ร่างกายของบุคคลที่จะมาเป็นพยาน ให้เขาได้รับความปลอดภัยในการดำรงชีวิตโดยปกติสุขจากการที่เขาจะมาให้ข้อเท็จจริงในคดีแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ต้องปลอดภัยจากการถูกคุกคามข่มขู่ หรือทำอันตรายทางกายภาพ เพื่อให้พยานมีความมั่นใจในเรื่องความปลอดภัยในการมาเบิกความ ซึ่งผลดีที่ตามมาคือรัฐย่อม ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ดีที่สุดในการพิจารณาคดี

2) การคุ้มครองคำให้การของพยาน เป็นการคุ้มครองพยานจากเหตุปัจจัยภายนอกต่างๆ ที่อาจมากระทบต่อคำให้การของพยาน เช่น ความเครียดของพยานที่อาจเกิดจากการพิจารณาคดี การถูกซักถามจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม การที่พยานต้องเผชิญหน้ากับฝ่ายจำเลยโดยไม่จำเป็น หรือการที่ศาลถามข้อมูลส่วนบุคคลของพยาน เป็นต้น สิ่งเหล่านี้มีผลกระทบต่อคำให้การของพยานทั้งสิ้น ซึ่งอาจทำให้คำให้การของพยานถูกบิดเบือน ไปจากข้อเท็จจริงที่ต้องการ ทำให้เกิดผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ฉะนั้นการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ เพื่อให้พยานสามารถเบิกความได้อย่างสบายใจและปราศจากอุปสรรคต่างๆ ที่เกิดจากกระบวนการในศาลที่ไม่มีประสิทธิภาพย่อมทำให้พยานบุคคลสามารถให้ข้อเท็จจริง ที่ดีที่สุดแก่ศาลแต่ทั้งนี้ ต้องไม่ไปกระทบสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยด้วย

ดังนั้น รัฐในฐานะผู้คุ้มครองความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง รวมทั้ง ควบคุมกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพจึงต้องหามาตรการต่างๆ เพื่อให้ประชาชนเกิดความมั่นใจในการเป็นพยานในคดีและสามารถให้การได้โดยปราศจากข้อขัดขวางใดๆ โดยพิจารณาจากความเหมาะสมและให้เกิดความเพียงพอต่อปัญหาที่เกิดขึ้น โดยการจัดให้พยานอยู่ในความคุ้มครองของรัฐ โดยรัฐจะจัดในรูปแบบของโครงการ ซึ่งมีหลักการสำคัญ ดังนี้

1) บุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง

รัฐต้องคุ้มครองบุคคลที่จะมาให้การเป็นพยานหรือได้ให้การไปแล้ว รวมถึงต้องคุ้มครองบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือเกี่ยวข้องกับพยานด้วย

2) ประเภทของความผิด

ความผิดที่พยานบุคคลควรจะได้รับคุ้มครองเป็นพิเศษ ได้แก่ ความผิดที่เกี่ยวกับองค์การอาชญากรรม ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การก่อการร้าย หรือความผิดอุกฉกรรจ์อื่นๆ ที่พยานอาจได้รับอันตราย

3) วิธีการให้ความคุ้มครอง

วิธีการคุ้มครองความปลอดภัยในกรณีพิเศษ เช่น การเปลี่ยนแปลงชื่อนามสกุล การย้ายที่อยู่ การให้ความสะดวกต่อพยานในด้านต่างๆ การจัดหาค่าใช้จ่ายให้ตามสมควร การรักษาข้อมูลของพยานให้เป็นความลับ

4) หลักเกณฑ์การพิจารณา

ผู้มีอำนาจพิจารณาจะต้องรวบรวมข้อมูลและประเมินว่าควรมีการใช้มาตรการพิเศษเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของพยาน ตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ต่อไปนี้

- (1) ความรุนแรงของคดี
- (2) ความสำคัญของพยานในคดี
- (3) ภัยอันตรายที่พยานบุคคลอาจได้รับ
- (4) ผลประเมินทางจิตวิทยา
- (5) ความเสี่ยงภัยต่อสังคม
- (6) การคุ้มครองด้วยวิธีอื่นๆ ที่เหมาะสม
- (7) ค่าใช้จ่ายในการคุ้มครอง

5) ข้อผูกพันระหว่างรัฐกับพยาน

พยานบุคคลจะต้องมีความผูกพันต่อรัฐเพื่อสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยพยานและรัฐจะต้องทำข้อผูกพันระหว่างกัน โดยรัฐมีหน้าที่ให้การคุ้มครองพยานบุคคล และบุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่จำเป็นและสมควร ในขณะที่พยานบุคคลมีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับรัฐในการให้ข้อมูลหรือพยานหลักฐาน รวมทั้งให้ความร่วมมือกับรัฐในด้านอื่นๆ ที่จำเป็นในการคุ้มครองพยานตาม โครงการดังกล่าว

6) การรักษาข้อมูล

รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องรักษาข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวกับพยานบุคคลไว้เป็นความลับ ซึ่งเป็นวิธีที่ดีในการป้องกันพยานจากการคุกคามในรูปแบบต่างๆ โดยเฉพาะภัยอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ฉะนั้นการเปลี่ยนชื่อ นามสกุล หรือที่อยู่จะไม่เกิดผล หากข้อมูลต่างๆ ถูกเปิดเผยไปสู่บุคคลที่ต้องการสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับพยาน แต่อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้น ที่รัฐจำเป็นต้องมีการเปิดเผยข้อมูล ในกรณีต่อไปนีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือ ความมั่นคงของประเทศ หรือเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของบุคคลอื่น

7) การสิ้นสุดการคุ้มครอง

รัฐมีสิทธิยกเลิกหรือระงับการคุ้มครองเมื่อพยานมีเจตนาที่จะผิดข้อตกลง หรือพยานมีการกระทำความผิดอาญา หรือในกรณีที่พฤติการณ์แห่งภัยอันตรายหมดไปและการยกเลิกดังกล่าวจะต้องมีการแจ้งต่อพยานบุคคลเป็นลายลักษณ์อักษร

8) ความรับผิดชอบของรัฐ

รัฐไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญาต่อพยานในกรณีที่รัฐไม่รับพยานเข้าสู่โครงการคุ้มครองพยาน รวมทั้งการกระทำใดๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นๆ ได้กระทำ โดยสุจริตจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ดังนั้น การคุ้มครองพยานบุคคลให้ได้รับความปลอดภัย จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการป้องกันไม่ให้พยานหวาดกลัวต่อภัยอันตรายต่างๆ ที่เกิดจากการที่เข้าไปให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งยังเป็นการแก้ไขปัญหพยานไม่กล้ามาศาล หรือพยานหลบหนี หรือการฆ่าปิดปากพยานบุคคลในคดีอาญาอีกด้วย ซึ่งการคุ้มครองความปลอดภัย ของพยานบุคคลที่มีประสิทธิภาพ จะมีส่วนช่วยอย่างมากที่จะสร้างความมั่นใจแก่พยานและเกิดความเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรม ทำให้บุคคลดังกล่าว กล้าที่จะออกมาให้ข้อเท็จจริงแก่รัฐ ซึ่งจะเป็ผลดีแก่การปราบปรามอาชญากรรม

ความจำเป็นของการคุ้มครองสิทธิของพยานบุคคลในคดีอาญา¹⁷

1) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

สิทธิขั้นพื้นฐานของประการหนึ่งของบุคคล คือ สิทธิในการดำรงชีวิตอยู่อย่างปกติสุขและปลอดภัยจากภัยอันตรายต่างๆ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของประชาชน เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

¹⁷ สุพิศ ปรานีผลกรัง, “การค้นหาคำความจริงในกฎหมายลักษณะพยานและการคุ้มครองพยานในคดีอาญา”, ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง, หน่วยที่ 10, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 14-15

บุคคลที่มีความกล้าหาญและเป็นพลเมืองดีที่ได้เข้ามาให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการให้ข้อมูลต่างๆ เพื่อปราบปรามอาชญากรรมในสังคม รัฐยังจำเป็นต้องคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของเขาและบุคคลใกล้ชิดของเขาให้ดีที่สุดอีกด้วย

2) การสร้างกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ

พยานบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งประจักษ์พยาน เป็นบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดกับการกระทำความผิดมากกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐจะทราบได้ก็เนื่องจากการให้ข้อมูลของพยานบุคคลเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น พยานบุคคลจึงเป็นกลไกสำคัญที่จะนำไปสู่การค้นหาคำความจริงและสร้างความยุติธรรมให้เกิดแก่สังคมฉะนั้นหากปล่อยให้มีการคุกคามข่มขู่ ประทุษร้ายพยานบุคคล ก็จะทำให้กระบวนการยุติธรรมขาดประสิทธิภาพ ในการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

2.3 สิทธิของพยาน¹⁸

2.3.1 สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองในทางอาญา

พัฒนาการของเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนขอกล่าวถึง พัฒนาการของเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และกล่าวถึง พัฒนาการของเอกสิทธินี้ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย

1) ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

(1) ประเทศอังกฤษ

เอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง ปรากฏอยู่ในกฎหมายยิวเดิม (Ancient Jewish Law) ซึ่งมีมาก่อน Common Law ของอังกฤษเป็นเวลานาน ไม่มีการกล่าวถึงเหตุผลสำหรับการมีเอกสิทธินี้ หรือมีการกล่าวขยายความถึงสิทธินี้อย่างชัดเจน แต่มีการอ้างอย่างย่อๆ ใน Talmud ซึ่งเป็นการรวบรวมเรื่องราวเกี่ยวกับประเพณีคำสอนดั้งเดิมตามหนังสือ 5 เล่มของโมเสส (The five books of Moses) โดยเริ่มต้นตั้งแต่ก่อนคริสตกาล จนกระทั่งถึง ค.ศ. 6 ตามคัมภีร์ไบเบิลเดิม (The Old Testament)

¹⁸ อุเทน สุวดีกุล, การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีพิเศษ: ศึกษากรณีการกันผู้ร่วมกระทำความผิดหรือผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556

ในส่วนกฎหมายอาญา Talmudic กล่าวถึงความเกี่ยวข้องของมนุษย์กับชีวิตและเสรีภาพในกระบวนการทางอาญาของศาลถือภายิต “ein adam meissim atsmo rasha” ในภาษา Hebrew “nemo tenetur seipsum tenetur” แปลว่า “บุคคลไม่สามารถอ้างตัวเอง เป็นผู้กระทำผิด หรือเป็นผู้ละเมิด” (a man cannot represent himself as a transgressor) มีการ ให้คำแปลเป็นภาษาอังกฤษ ในบางส่วนของ Talmud ว่า “ไม่มีบุคคลใดสามารถเป็นปฏิปักษ์ต่อ ตัวเขาเอง” (no one can criminate himself) โดยเป็นหลักที่ไม่สามารถละเมิดสิทธิได้ และห้าม การยอมรับคำให้การที่เป็นปฏิปักษ์ใดๆ แม้จะเป็นการสมัครใจก็ตาม

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น แต่เดิมมีการหาความจริงในคดีโดยวิธี พิสูจน์ด้วยเพลิง (trial by fire) หรือ โดยน้ำ (trial by water) หรือ โดยการต่อสู้ด้วยอาวุธ (trial by battle) เนื่องจากอังกฤษในสมัยนั้นมีความเชื่อถือและศรัทธาในพระเจ้า และเชื่อมั่นว่า ผู้บริสุทธิ์ หรือผู้สุจริตเท่านั้น ที่พระเจ้าจะเป็นเจ้าจะทรงคุ้มครอง หากผู้ใดไม่บริสุทธิ์หรือไม่สุจริตแล้ว พระเจ้าเป็นเจ้า ย่อมจะลงโทษผู้หนึ่งให้มีอันเป็นไป ดังนั้น จำเลยที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ ความบริสุทธิ์ของตนเองด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1215 ซึ่ง King John ถูกบังคับ ให้ยอมรับ Magna Carta ซึ่งถือได้ว่าเป็นมูลฐานเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษ โดยมีผู้เห็นว่าตาม Magna Carta ได้มีการจำกัดอำนาจของรัฐในการที่จะบังคับคำให้การที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ตาม Chapter 29 ซึ่งบัญญัติถึงเสรีภาพจากการลงโทษ แต่ในปีเดียวกันนั่นเอง Pope Innocent ที่ 3 (ค.ศ. 1198–1216) ได้สนับสนุนให้นำกฎหมายศาสนา มาใช้แทน

ตามกระบวนการพิจารณาของศาลศาสนา (Canon Law) ผู้พิพากษา เป็นทั้งผู้กล่าวหา อัยการ ผู้พิพากษา และลูกขุน มีกระบวนการไต่สวนโดยการสาบานของผู้ต้องหา หรือที่เรียกว่า “The Oath de Veritate Dicenda” ในภาษาของศาลศาสนา หรือ “Ex Officio Oath” ซึ่งศาลได้นำมาใช้ในการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา โดยคู่ความต้องสาบานว่าจะตอบคำถาม ตามความเป็นจริงทุกคำถามที่ถูกลถาม โดยไม่จำเป็นทราบว่าจะจะเป็นผลดีหรือผลเสียในขณะที่สาบาน ทำให้มีผลให้ต้องให้การแม้จะเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง นอกจากนั้นจำเลยที่ปฏิเสธที่จะสาบาน อาจถูกจำคุกสำหรับข้อหาหมิ่นประมาทหรือการลงโทษอื่น

ต้นปี ค.ศ. 1302 ผู้พิพากษามีแนวคิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงการลงโทษ ผู้บริสุทธิ์ ไม่สนับสนุนการทรมานเพื่อบังคับเอาคำรับสารภาพหรือเพื่อบังคับให้จำเลยให้การ เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง แต่ศาลที่มีสิทธิพิเศษ เช่น The Star Chamber The High Commission และ Ecclesiastical Court ยังใช้ the oath “Ex Officio” เพื่อบังคับให้ตอบคำถาม โดยเฉพาะกับบุคคล ที่มีความเป็นไปได้ที่จะขัดแย้งกับศาสนาหรือกษัตริย์

ในปี ค.ศ. 1537 John Lambert ถูกพิจารณาว่าเป็นคนนอกศาสนา โดยเขามีความเชื่อว่า ผู้พิพากษาในศาลศาสนาไม่สามารถบังคับผู้ต้องหาให้สาบานว่าจะพูดความจริง และเห็นว่า “ไม่มีบุคคลใดผูกพันให้ทรยศต่อตนเอง” (No man is bound to betray himself)

ต่อมา พวก Puritans อ้างภาษิต “Nemo tenetur prodere seipsum” ซึ่งแปลอย่างกว้างว่า “ไม่มีบุคคลใดผูกพันต้องกล่าวหาตัวเอง” (No one is obliged to accuse himself) เพื่อต่อต้านการพยายามในการใช้อำนาจของ Elizabethan (ค.ศ. 1558-1603) และต้นรัชสมัย Queen Mary Stuart (ค.ศ. 1603-1604) เพื่อบังคับการนับถือศาสนา Angligan โดยแบ่งแยกเส้นแบ่งขอบเขตของหน้าที่คริสตชนชัดเจนว่า หน้าที่ของผู้ที่เชื่อในการรับสารภาพเพื่อล้างบาป ไม่อาจนำมาใช้เพื่อใช้ในกระบวนการทางอาญาเป็นปฏิบัติกับตัวเอง เขาสามารถรับสารภาพบาปกับพระ โดยไม่มีหน้าที่ต้องสารภาพการกระทำผิดที่สามารถลงโทษตัวเองต่อ ผู้พิพากษาหรืออัยการ ในปี ค.ศ. 1637 Puritan John Lilburne ได้อ้างภาษิตนี้เพื่อไม่ตอบคำถาม โดยเห็นว่าเป็นการวางกับดักเขาและเขาไม่ควรต้องให้การที่เป็นปฏิบัติกับตัวเอง แต่ศาล ไม่รับฟังและเขาถูกเนรเทศ

การเปลี่ยนแปลงของกระบวนการพิจารณา ซึ่งหลักการไม่ให้การเป็นปฏิบัติกับตัวเองเข้ามาในกฎหมายอังกฤษ คือ ในปี ค.ศ. 1641 ได้มีการเลิกศาล Star Chamber และ High Commission รวมทั้งห้ามการใช้กระบวนการ Ex Officio ในศาลศาสนา ในบทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพ (the body of liberties 1641) ได้มีการนำบทบัญญัติใน Chapter 29 ของ Magna Carta (1215) เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติกับตัวเอง โดยห้ามการทรมานเพื่อรับสารภาพในการกระทำความผิดของบุคคลนั้น แต่ไม่ห้ามการทรมานหากเป็นปฏิบัติ กับบุคคลอื่น อย่างไรก็ตามไม่มีบทบัญญัติให้ oath ex officio เป็นการผิดกฎหมาย แต่ในปี ค.ศ. 1691 รัฐสภาได้ตัดสินว่าคำพิพากษาในคดี John Liburne ของศาลไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อเสรีภาพของบุคคล และมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่เขา เป็นการยอมรับสิทธิของบุคคลที่จะไม่ผูกพันในการกล่าวโทษตนเองในคดีอาญา โดยเห็นว่าการบังคับให้ต้องให้การที่เป็นปฏิบัติกับตัวเองในทางอาญานั้น เป็นการขัดต่อเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต่อมามีการขยายเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติกับตัวเองให้คุ้มครองพยานด้วย ในสมัย King Charles ในปี ค.ศ. 1649

(2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีการบัญญัติถึงเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติกับตัวเองไว้ใน Bill of Rights และในรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของระบบ Anglo-American

เอกสิทธิ์นี้ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1637 ที่ Massachusetts ซึ่งเป็นปีเดียวกันกับที่ John Liburne ทำการปฏิเสธที่จะตอบคำถามซึ่งอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อเขาในประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1682 มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับศาลและการปฏิบัติของศาล โดยมีการกล่าวถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา แต่ยังไม่มีการคุ้มครองตามเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง จนกระทั่งปี ค.ศ. 1685 ในปีนั้น Pennsylvania Assembly ฟ้องผู้พิพากษา Nicholas More ซึ่งเป็นสมาชิกของสภาของ Pennsylvania ด้วยความผิดเกี่ยวกับความยุติธรรม (misdemeanors on the bench) เนื่องจากเขาขู่ที่จะออกพยานและวางกับดักให้เขาขอมรับ หลังจากพยานปฏิเสธการรู้เห็นเกี่ยวกับการขโมยหมู่นั้นคือ เป็นการที่ More บังคับพยานให้ต้องให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง และสั่งลูกขุนให้พิจารณาว่าเขากระทำความผิดฐานเบียดบังความเท็จ ในการสืบสวน สภาต้องการให้ Patrick Robinson ซึ่งเป็นเสมียนในศาลของ More แสดงบันทึกของศาล จึงได้เสนอให้ความคุ้มครองต่อการถูกฟ้องกลับสำหรับการให้คำให้การและบันทึกของเขา ซึ่งเป็นการป้องกันสิทธิที่จะไม่ให้การ เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองของเขา จึงเป็นครั้งแรกที่มีการรับรู้ถึงเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ ต่อตนเองว่ามีการขยายการใช้ในชั้นสอบสวนตามกฎหมาย

อีก 4 ปีต่อมา ในปี ค.ศ. 1689 สภาของมลรัฐ Pennsylvania ได้รับรู้ถึงสิทธินี้ รวมทั้งในมลรัฐ Maryland และมลรัฐอื่นๆ ที่รับแนวคิดเช่นกัน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1703 มีการใช้นโยบายการให้ความคุ้มครองมาแทน โดยครอบคลุมถึงพยานเกี่ยวกับเรื่องที่จะเป็นปฏิปักษ์ต่อเขาเป็นการส่วนตัวใน Pennsylvania Charter of Privilege of 1701 “คดีอาญาทั้งหมดจะมีเอกสิทธิ์ของพยาน (privilege of witness)”

มลรัฐหลายมลรัฐได้บัญญัติเอกสิทธิ์นี้ไว้ในรัฐธรรมนูญของตน เช่น มลรัฐ Virginia และ มลรัฐ Pennsylvania เป็นต้น และต่อมาได้มีการบัญญัติไว้ใน Bill of Rights ใน Fifth Amendment ซึ่ง James Madison ได้แนะนำการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1789 ต่อสภาผู้แทนราษฎรว่า “ไม่มีบุคคลใด...ควรถูกบังคับให้เป็นพยานซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง” (No person...shall be compelled to be witness against himself) แต่ John Laurence จาก New York คัดค้านว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองควร “ถูกจำกัดในคดีอาญา” (be confined to criminal case) ซึ่งได้รับการยอมรับ

ช่วงแรกๆ เมื่อมีการบัญญัติเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองไว้ใน Fifth Amendment ของ Bill of Rights มีผู้ตีความว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ความคุ้มครองเฉพาะคำให้การของจำเลยในการพิจารณาคดีเท่านั้น เนื่องจากตามประวัติของเอกสิทธิ์นี้เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย แต่ได้รับการโต้แย้งจากหลายฝ่าย โดยเฉพาะจากข้อเท็จจริงที่ว่าคดีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลก็ได้รับรองสิทธิของพยาน ในการปฏิเสธ

ที่จะให้การเป็นการให้ความคุ้มครองแก่พยาน ประเด็นอยู่ที่ว่าคำให้การนั้นอาจทำให้เขาต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ ในช่วงแรกนั้นมลรัฐได้ให้ความคุ้มครองแก่พยาน ตามเอกสิทธิ์ที่มีอยู่ในระบบ Common Law มิใช่ตามรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. 1776 มลรัฐ Delaware รับรองว่า “ไม่มีบุคคลใดในศาลของ Common Law จะถูกบังคับให้ต้องให้พยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ ต่อตนเอง” รวมทั้งขยายสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองไปถึงพยานเช่นเดียวกับคู่ความ ในคดี ในปีเดียวกันนั้นในมลรัฐ Maryland ได้มีการกำหนด self-incriminal clause ในกฎหมายเช่นเดียวกันกับมลรัฐ Delaware และกำหนดให้ใช้กับศาลทุกศาล และมลรัฐ North Carolina ได้บัญญัติตาม Virginia section 8 เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองเช่นเดียวกับมลรัฐ Vermont ในปี ค.ศ. 1777 ต่อมาในปี ค.ศ. 1780 มลรัฐ Massachusetts ได้บัญญัติโดยแก้ไขจากของมลรัฐ Virginia เล็กน้อยเกี่ยวกับจำเลยในคดีอาญา โดยบัญญัติว่าเขาไม่ควรถูกบังคับ “ให้กล่าวหาหรือหา” (to accuse or furnish) แทนคำว่า “ให้” (give) พยานหลักฐานเป็นปฏิปักษ์ ต่อตัวเขาเองและในปี ค.ศ. 1784 มลรัฐ New Hampshire ก็ได้มีการบัญญัติตาม

ในปี ค.ศ. 1776 มลรัฐ Pennsylvania ได้รับเอาบทบัญญัติของมลรัฐ Virginia ที่บัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลในสามารรถถูกบังคับให้ให้พยานหลักฐานเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง” (compelled to give evidence against himself)

ใน Fifth Amendment ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติถึงเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง (privilege against self - incrimination) ได้อย่างชัดเจนว่า “ไม่มีบุคคลใดถูกบังคับให้เป็นพยานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง” (no person will be compelled to be a witness against himself) และในคำพิพากษาของศาลต่างๆ ยังได้มีการวางหลักต่างๆ เกี่ยวกับ เอกสิทธิ์นี้ไว้ด้วย

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอื่นรับรอง คือ The American Convention of Human Rights หรือ “American Conention” มาตรา 8(2) (g) บัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลใดถูกบังคับให้เป็นพยานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง” (no one should be compelled to be a witness against himself) ศาล Inter - American ได้แปลคำว่า “พยาน” อย่างจำกัดว่า หมายถึงบุคคลที่ให้การในกระบวนการทางกฎหมายโดยการให้การเป็นพยานจึงจะได้รับความคุ้มครองตามเอกสิทธิ์นี้ การแปลเช่นนี้เป็นการทำลายการคุ้มครองตาม American Convention แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถถูกบังคับในการให้การเป็นพยาน แต่รัฐสามารถใช้วิธีการเพื่อบังคับให้เขาให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตัวเองโดยอ้อมได้ ดังนั้น หากตีความบทบัญญัติใน มาตรา 8 (2) (g) อย่างแคบผู้ถูกกล่าวหาจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเพราะเอกสิทธิ์ถูกจำกัดลง เพื่อให้มีการขยายการตีความในเรื่องนี้ ศาล Inter-American ได้ตีความตามคณะกรรมการมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Human Rights Committee)

หรือ “HRC” ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สหประชาชาติเป็นองค์กรที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง The International Covenant on Civil and Political Rights หรือ “Political Covenant” โดยบุคคลสามารถฎีกาต่อ HRC ได้โดยตรง หากมีการฝ่าฝืนสิทธิที่ Political Covenant รับรองและ Political Covenant จำกัดขอบเขตเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติยกต่อตนเองใน The American Convention ว่า มีความหมายเช่นเดียวกับสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ให้การเป็นปฏิบัติยกต่อตนเอง

สำหรับขอบเขตของหลักการคุ้มครอง ตามเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติยกต่อตนเองนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองแก่พยานรวมทั้งผู้ต้องหาหรือ จำเลยด้วย แต่การให้ความคุ้มครองแก่พยานมีลักษณะที่แตกต่างจากการให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยในบางกรณี กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองแก่พยานมิชอบเขตที่แคบกว่าการให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลย เนื่องจากโดยปกติพยานมีหน้าที่ต้องตอบคำถามและแสดงพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของเขา การที่พยานปฏิเสธอาจทำให้เขาถูกลงโทษ หากเขาให้การเท็จก็อาจเป็นความผิดในฐานะเบิกความเท็จ แต่หากพูดความจริงก็อาจเป็นปฏิบัติยก ต่อพยานเอง ดังนั้น เอกสิทธินี้จึงคุ้มครองพยานไม่ให้ถูกบังคับให้ต้องให้การเป็นปฏิบัติยกต่อตัว เขาเอง อันเป็นการยกเว้นหน้าที่ของพยานแต่สำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น เอกสิทธินี้ไม่เพียงแต่คุ้มครองมิให้เขาถูกบังคับให้ต้องให้การเป็นปฏิบัติยกต่อตนเองเท่านั้น แต่ยังคงคุ้มครองมิให้จำเลย ถูกบังคับให้เป็นพยานในศาลด้วยหากจำเลยอ้างขอความคุ้มครองตามเอกสิทธินี้ อย่างไรก็ตาม หากจำเลยไม่อ้างความคุ้มครองตามเอกสิทธินี้ หรือสมัครใจให้การเป็นพยาน จำเลยมีหน้าที่ต้องตอบคำถามค้าน

2) ประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 55 ให้เอกสิทธิแก่พยานในการปฏิเสธที่จะให้การเกี่ยวกับคำถามใดๆ ซึ่งคำถามนั้นอาจทำให้เขาหรือญาติของเขาถูกฟ้องว่ากระทำความผิด ในมาตรา 136a ห้ามการใช้การข่มขู่หลอกลวง ทรมาณ ให้สัญญาเพื่อทำให้เสียความจำหรือความเข้าใจ และพยานหลักฐานที่ได้จากการกระทำเช่นนั้น ไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาได้แม้ว่าพยานจะยินยอมให้ใช้

โดยทั่วไปพยานมีหน้าที่ในการให้การ พยานที่ได้รับหมายเรียก ต้องไปปรากฏตัวต่อหน้าผู้พิพากษา (มาตรา 48-51 St PO) หรือพนักงานอัยการ (มาตรา 161 (a) St PO) และให้การตามความเป็นจริง คำให้การที่เป็นเท็จอาจเป็นผลให้ถูกลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่พยานไม่สามารถถูกบังคับให้ต้องให้การ ได้แก่ เอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติยกต่อตนเองตาม (มาตรา 55 St PO)

สำหรับขอบเขตของหลักนี้ กระบวนการทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเช่นเดียวกับประเทศอื่นบนภาพพื้นทวีป ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่สามารถเป็นพยานในคดีของตนเอง เขาจะถูกถามในชั้นพิจารณาหากเขาสมัครในที่จะตอบ ภายหลังจากได้รับแจ้งถึงสิทธิในทางารนึ่งของเขาแล้ว อย่างไรก็ตาม เขาถูกรับฟังในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ใช่ในฐานะพยาน ดังนั้น การปฏิเสธที่จะให้การตาม มาตรา 55 St PO ซึ่งได้แก่เอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิบัติต่อตนเองจึงให้ความคุ้มครองเฉพาะพยานเท่านั้น แต่ไม่ให้ความคุ้มครองถึงผู้ต้องหาและจำเลยด้วย

(2) ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะพยานเป็นลายลักษณ์อักษรในสมัยกรุงศรีอยุธยา ในรัชสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ราวปี พ.ศ. 1894 ซึ่งได้ใช้ต่อมาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ บทบัญญัติในกฎหมายพยาน พ.ศ. 1894 นี้วางรูปแบบเป็นระบบกล่าวหา แต่ในบางสมัยก็มีวิธีการของระบบไต่สวนแทรกเข้ามาใช้บ้าง เช่น ในวิธีพิจารณาแบบจารีตนครบาล มีการเขียนในการถามคำให้การ โจร ตบปากคู่ความ เป็นต้น จนกระทั่งต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมิโทษใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2439 ยกเลิกวิธีพิจารณาตามจารีตนครบาล มีการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานและศาลไว้ด้วย และต่อมามีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 ออกใช้แทนตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ระบบกฎหมายไทยนี้นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นระบบกล่าวหาขาดอดนับแต่เริ่มมีการจัดระเบียบการศาลยุติธรรมตามแบบสากล แต่มีนักนิติศาสตร์ อีกฝ่ายหนึ่งที่เห็นว่าระบบกฎหมายไทยน่าจะเป็นระบบผสมก่อนไปทางระบบไต่สวน เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 ซึ่งให้อำนาจศาลเรียกพยานมาสืบโดยพลการ เป็นต้น

กรณีเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิบัติต่อตนเองนั้น มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 234 “พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่งโดยตรงหรืออ้อมอาจจะทำให้เขาถูกฟ้องคดีอาญา” และตามรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540) มาตรา 242 “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฎิบัติต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

สำหรับขอบเขตของหลักนี้ ประเทศไทยใช้หลักเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law คือ ให้ความคุ้มครองเฉพาะพยานเท่านั้น เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาไม่เป็นพยานบุคคลในความหมายของกฎหมาย ถึงแม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 233 “จำเลยอาจ

อ้างตนเองเป็นพยานได้” ก็ตาม เพราะโดยหลักแล้ว ผู้ถูกกล่าวหาแม้จะให้การเท็จก็หามีความผิดอาญาไม่ต่างกับพยานซึ่งโดยหลักมีหน้าที่ต้องให้การตามความสัตย์จริง (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 169, 171, 172, 173, 174, 177) ดังนั้น ตามมาตรา 234 ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่พยาน ตามเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิปักษ์ต่อตนเอง จึงให้ความคุ้มครองเฉพาะพยานไม่รวมถึงผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหาและจำเลย สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะไม่ให้การเป็นปฎิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา

สิทธิของผู้ต้องหาหรือของจำเลยในกรณีนี้หมายถึงสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การใดๆ ก็ได้และเมื่อให้การไปแล้ว แม้ข้อความที่ให้การนั้นจะเป็นความเท็จก็หามีความผิดฐานแจ้งความเท็จหรือเบิกความเท็จเพราะกฎหมายถือว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยตามระบบกล่าวหาเป็นประธานในคดีซึ่งมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 262 / 2473 การให้ถ้อยคำต่อพนักงานชั้นใต้สวนในฐานะที่เป็นจำเลย ไม่ใช่เป็นพยานนั้น แม้จะเป็นคำเท็จก็ดี ท่านว่าจะลงโทษฐานแจ้งความเท็จไม่ได้ จำเลยให้การต่อเจ้าพนักงานชั้นใต้สวนในฐานะเป็นจำเลย แม้เจ้าพนักงานจะจดข้อความนั้นลงในกระดาษแบบคำให้การพยานก็ดีไม่ทำให้ลูกคดีเปลี่ยนแปลงไปตามคำให้การในฐานะเป็นพยานได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1276 / 2479 ผู้ที่ให้การเท็จต่อพนักงานสอบสวน โดยถูกเรียกไปให้การในฐานะเป็นผู้ต้องหานั้น หามีความผิดฐานแจ้งความเท็จไม่ ตามมาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็บัญญัติไว้ชัดแจ้งถึงสิทธิของผู้ต้องหาที่จะให้หรือไม่ให้การใดๆ เลยก็ได้ โดยเจ้าพนักงานไม่มีอำนาจบังคับให้ผู้ต้องหาต้องตอบคำถามใดๆ ได้ กับทั้งไม่มีอำนาจหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการล่อลวงหรือขู่เข็ญหรือให้สัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างไรๆ ในเรื่องที่ต้องหานั้น ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานพูดให้จำเลยรับสารภาพเพื่อจะสั่งไม่ฟ้องคดี หรือเพื่อที่จะกันไว้เป็นพยานก็ดี ถือว่าเป็นการจูงใจให้คำสัญญาและหลอกลวงยอมทำให้คำรับสารภาพของจำเลยเสียไปรับฟังเป็นพยานลงโทษจำเลยเพราะคำรับสารภาพนั้นๆ ไม่ได้ ตามมาตรา 226

นอกจากกฎหมายจะให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะไม่ให้การใดๆ ได้แล้วเพื่อเป็นการรับประกันสิทธิดังกล่าวนี้ กฎหมายจึงบัญญัติห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลย เป็นพยาน หากยอมให้อ้างเป็นพยานได้ก็จะไปเป็นการหาหลักฐานจากตัวจำเลยซึ่งเป็นการผิดศีลธรรมและจะหวังให้จำเลยให้การตรงกับความเป็นจริงยังไม่ได้ แม้จะให้จำเลยสาบานตัวแล้ว ก็ตาม เพราะเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่จะต้องพยายามดิ้นรนเพื่อให้ออกจากข้อกล่าวหา

ในเรื่องที่ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานนี้ เท่าที่ปรากฏหลักฐาน มีมาตั้งแต่ ร.ศ.118 กล่าวคือ ในพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ร.ศ.118 มีความตอนหนึ่งในมาตรา 6 บัญญัติว่า “...และในความอาญาก็ให้คู่เคียงกัน

ห้ามแต่ไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานเท่านั้น” นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232 ก็บัญญัติห้ามไว้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 224 / ร.ศ.120 โจทก์ฟ้องจำเลยหมู่หนึ่งว่าปล้นทรัพย์ แล้วต่อมาฟ้องอีกหมู่หนึ่งซึ่งร่วมกระทำผิดด้วยเป็นสำนวนที่ 2 ชั้นพิจารณาจำเลยหมู่ที่หนึ่ง รับสารภาพ หมู่ที่สองปฏิเสธ โจทก์จะเรียกจำเลยหมู่ที่หนึ่งมาเป็นพยาน โจทก์ยื่นจำเลยหมู่ที่สองไม่ได้เป็นการขัดต่อกับพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ. 113 แก้ไข ร.ศ. 118

คำพิพากษาฎีกาที่ 706 / 2457 บุคคลสองพวกทำร้ายร่างกาย ซึ่งกันและกัน อัยการแยกฟ้องจำเลยพวกที่หนึ่งว่าทำร้ายพวกที่สอง ให้ฟังว่าพวกที่สองทำร้าย พวกที่หนึ่งระหว่างพิจารณาโจทก์จะอ้างพวกที่หนึ่งเป็นพยาน ยันพวกที่สองและเอาพวกที่สอง ยันพวกที่หนึ่งไม่ได้

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายคงบัญญัติห้ามมิให้โจทก์อ้างตัวจำเลยเป็น พยาน โจทก์เท่านั้น มิได้ห้ามโจทก์อ้างผู้ที่กระทำผิดเช่นเดียวกับจำเลยมาเป็นพยานแต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามในคำพิพากษาฎีกาที่ 534/2512 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่ามีกฎหมายห้ามมิให้โจทก์อ้างตัวจำเลยเป็นพยาน ของโจทก์เท่านั้น มิได้ห้ามโจทก์อ้างพยานผู้ร่วมกระทำผิดแต่มิได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยมาเป็นพยาน แต่อย่างใด

สิทธิของพยานที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา เนื่องจากพยานมิได้อยู่ในฐานะประธานของคดีตามระบบกล่าวหา แต่พยานเป็นเพียงผู้มีส่วนร่วม ในทางคดีเท่านั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้ให้สิทธิพยานในการที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง ในอาญาเช่นกันแต่บุคคลผู้อยู่ในฐานะพยานนั้นต่างกับผู้อยู่ในฐานะเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย กล่าวคือ พยานโดยปกติต้องให้การและคำให้การนั้นต้องเป็นความจริงมิเช่นนั้นก็จะมีความผิดฐานเบิกความเท็จ¹⁹

สำหรับสิทธิของพยานที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา นี้ปรากฏว่ามีอยู่ก่อนที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้บังคับแล้ว กล่าวคือ เท่าที่ปรากฏ หลักฐานทางตำราในพระราชบัญญัติลักษณะพยาน มีบทบัญญัติดังกล่าวในหนังสือคำอธิบาย “ลักษณะพยานโดยย่อ” ของ พระยานเรนดิปัญญากิจ กล่าวไว้ว่า พยานไม่จำเป็นต้องเบิกความปรักปรำ ตนเอง ข้อ 17 โจทก์จำเลยอ้างคนใดคนหนึ่งเป็นพยานเท่าที่จะถามและซักค้านพยานด้วยข้อความ ใดอย่างหนึ่งซึ่งศาลเห็นว่าถ้าพยานให้การตอบข้อความนั้น จะเป็นการเบิกความปรักปรำ

¹⁹ อรรถนพ ลิขิตจิตตะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย, มาตรการส่งเสริมบุคคลให้ความช่วยเหลือ หรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2548

เอาตัวพยานเอง เป็นที่น่ากลัวว่าพยานจะถูกฟ้อง ต้องปรับไหมมีโทษทางอาญาแล้ว พยานไม่จำเป็นจะต้องให้การตอบข้อความนั้น เว้นแต่ พยานสมัครจะให้การเอง

ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาคำถามซึ่งปรักปรำตัวพยานเอง คือว่า ถ้าพยานตอบไปแล้วพยานอาจถูกฟ้องหรือถึงต้องปรับไหมมีโทษทางอาญาหรือริบทรัพย์ ต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วในมาตรา 234 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ก็บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า พยานไม่ต้อง ตอบคำถามซึ่งโดยตรงหรือโดยอ้อมอาจจะทำให้เขาถูกฟ้องคดีอาญา เมื่อมีคำถามเช่นนั้นให้ศาลเตือนพยานคำเบิกความหรือคำให้การอย่างไรของพยานที่จะเรียกได้ว่าเป็นการปรักปรำตนเองหรืออาจจะทำให้ถูกฟ้องคดีอาญานั้นคงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัย แต่อย่างไร ก็ตามสิทธิของพยานตามบทบัญญัติดังกล่าว มิใช่เป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่พยาน หากพยานสมัครใจ จะให้การแม้ศาลจะเตือนแล้ว ก็เป็นเรื่องของพยาน ศาลจะห้ามมิให้ถามคำถามเช่นนั้นอีกไม่ได้ เพราะเท่ากับเป็นการที่พยานได้สละสิทธิของตนแล้ว

สิทธิของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นประจักษ์ต่อตนเองนี้นับว่าเป็นสิทธิ ที่สำคัญมาก ไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือพยานก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติสิทธิดังกล่าวกลับไม่ค่อยได้รับการคุ้มครองเท่าไรนัก และเจ้าของสิทธิเองก็ไม่ได้หวงแหนสิทธิของตนเท่าที่ควร ทั้งนี้อาจเป็นเพราะความรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือความบกพร่องขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ทั้งๆ ที่สิทธิดังกล่าวนี้ได้เคยนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเลยทีเดียว

2.3.2 สิทธิที่ได้รับการสันนิษฐานก่อนว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาบริสุทธิ์

1) สิทธิในทางนิ่ง (the right to silence)

เป็นสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย ที่จะไม่เบิกความ ทั้งนี้ เพราะผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีหน้าที่ต้องตอบคำถามของตำรวจหรือศาล รวมถึงสิทธิที่จะไม่เป็นพยานหรือส่งมอบพยานหลักฐานใดๆ ในความครอบครองของเขา สิทธินี้เป็นส่วนประกอบของการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ (the presumption of innocence) และภาระการพิสูจน์ (the burden of proof) ของรัฐที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด แทนที่จะหาหลักฐานหรือบังคับเอาจากตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยการสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าศาลจะพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษเป็นหลักพื้นฐานของระบบกล่าวหา²⁰ โดยพนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดต่อศาล

²⁰ อุทัย อาทิวา, “แนวพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและบทบาทขององค์กรสหประชาชาติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในกฎหมายลักษณะพยานและการคุ้มครองพยานในคดีอาญา” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง, หน่วยที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช, 2554, หน้า 9-10

ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาไม่จำเป็น ต้องตอบคำถามตามข้อกล่าวหาตลอดเวลาของกระบวนการพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดหรือไม่

การนี้้อาจถือว่าเป็นการยอมรับโดยนัย หรือการสำนึกถึงความผิด หรือการยอมรับผิด แต่การนี้แตกต่างจากการยอมรับอย่างชัดเจน บุคคลอาจมีเหตุผลมากมายในการนี้ง เช่น เขาไม่เคยทราบเกี่ยวกับเรื่องที่ถาม เขากำลังสับสนหรือกลัวที่อาจจะดำเนินการผิดพลาดในการตอบ เป็นต้นในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับสิทธินี้ ในชั้นสอบสวนผู้ถูกกล่าวหาจะถูกเตือนว่าเขาไม่จำเป็นต้องตอบคำถาม ทั้งนี้ เพื่อให้ความมั่นใจในความยุติธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา โดยใช้เมื่อผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในความควบคุม

ในระบบความยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริการับรองความเชื่อที่ว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีหน้าที่ตอบคำถามหรือให้การ ในขณะที่อยู่ในความควบคุมของตำรวจในการสอบสวนตามผลคำพิพากษาในคดี *Miranda V. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) ผู้ต้องสงสัยในความควบคุมของตำรวจ ต้องถูกเตือนถึงสิทธิในการนี้งไม่ยอมรับให้การของเขาก่อน คำให้การต่างๆ จึงจะถูกรับรองต่อศาลสูงสุดตัดสินว่า คำให้การที่ได้รับโดยฝ่าฝืนคำเตือน *Miranda* สามารถถูกใช้ในการฟ้องความน่าเชื่อถือของจำเลย ในคดี (*Oregon V. Hass*, 420 U.S. 714, 723-24 (1975) และ *Harris V. New York*, 401 U.S.222 (1971)) แต่เป็นที่เข้าใจก่อนคดี *Miranda* ว่าตำรวจไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมในระหว่างการสอบสวน การนี้งของผู้ต้องหา ถูกคุ้มครองเป็นอย่างดีตามระบบความยุติธรรมทางอาญา นี้เป็นผลสะท้อนการยอมรับว่ารัฐไม่ควรให้สิทธิเจ้าพนักงานในการบังคับผู้ต้องหาหรือจำเลย เพื่อให้เขาให้การหรือส่งมอบพยานหลักฐาน โดยที่รัฐสามารถใช้คำให้การหรือพยานหลักฐานนั้น เพื่อฟ้องบุคคลนั้นในภายหลัง

สิทธิในการนี้ง เป็นสิทธิของผู้ต้องหาที่จะปฏิเสธการตอบคำถามเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามกฎหมายเมื่อตำรวจซักถามในการสอบสวน โดยกฎหมายที่ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลต้องช่วยเหลือตำรวจหรือบุคคลใดในการสอบสวนอาชญากรรม ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย *Common Law* สิทธิในการนี้งเป็นส่วนหนึ่งของเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองของผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งมีความแตกต่างจากเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองของพยาน ผู้ต้องหาที่ถูกตำรวจถามเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมายสามารถปฏิเสธที่จะตอบ แม้ว่า จะไม่มีการเตือนว่าคำตอบอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อเขา โดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลใดๆ ซึ่งต่างกับการปฏิเสธโดยอ้างเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ซึ่งพยานต้องตอบคำถาม เว้นแต่ว่าเขาสามารถทำให้ศาลเห็นว่าคำตอบนั้นอาจเป็นผลให้เขาถูกฟ้องเป็นคดีอาญาในอนาคต และสิทธิในการนี้งนี้ คุ้มครองเฉพาะผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น ไม่ได้ให้ความคุ้มครองพยาน ในขณะที่เอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองจะให้ความคุ้มครองแก่พยาน

นักกฎหมายหลายท่าน อธิบายถึงเหตุผลที่มาของหลักห้ามโจทก์อ้างจำเลยว่ามีที่มาจากหลักการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) และหลักในเรื่องภาระการพิสูจน์ในคดีอาญา (burden of proof) กล่าวคือ ในคดีอาญา จำเลยต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ อัยการ โจทก์หรือแม้แต่ผู้เสียหายต่างก็มีภาระที่จะต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง โดยนำพยานหลักฐานที่ส่งมาสืบเสนอต่อศาล แต่โจทก์ไม่อาจจะหาพยานหลักฐานเอาจากบุคคลที่จะถูกลงโทษนั่นเอง

ผู้ต้องหาหรือจำเลย การดำเนินคดีอาญาในอดีตนั้น ไม่มีการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาออกจากกัน คงให้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาทั้งหมดตกอยู่ในมือของบุคคลหรือองค์กรเดียวคือผู้พิพากษา ผู้ต้องหาหรือจำเลยตกอยู่ในสถานะที่เป็นวัตถุชิ้นหนึ่งของการพิจารณาคดี กล่าวคือ เป็นผู้ถูกชักฟอกในคดี ได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด การพิจารณาคดีไม่ได้ขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานเป็นสำคัญ แต่ขึ้นอยู่กับวิธีการในการพิจารณาซึ่งมักมีการลงทัณฑ์ที่ทราม เพื่อริดเค้นเอาความจริงหรือบีบบังคับให้จำเลยรับสารภาพ

ต่อมา จึงได้มีการยกฐานะของผู้ต้องหาและจำเลยจากการที่ต้องตกเป็น ผู้ถูกกระทำในคดี มาเป็น “ประธานในคดี” ถือเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญา โดยผู้ต้องหาและจำเลยรับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ความผิดได้ มีการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน

การดำเนินคดีอาญาสมัยใหม่ี่เองที่เป็นจุดเริ่มต้นแห่งการคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของผู้ถูกกล่าวหาและจำเลย โดยห้ามการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีขอบ และเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาและจำเลยได้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ จำเลยมีสิทธิจะให้การอย่างไรก็ได้ หรือจำเลยจะใช้สิทธิที่จะนิ่งเฉย (right to silence) ไม่ให้เป็นการใดๆ เลยก็ได้

เมื่อผู้ต้องหาและจำเลยเป็นเพียงผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด เขาจึงได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าฝ่ายโจทก์ จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง การปฏิบัติต่อเขาก็จะปฏิบัติอย่างผู้ถูกกระทำไม่ได้ หลักการนี้ได้ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มาตรา 11 (1) ความว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณา โดยเปิดเผย ที่ซึ่งตนได้รับหลักประกันต่างๆ ที่จำเป็นในการต่อสู้คดี”

2) สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 และเริ่มมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นต้นมา การรับรองสิทธิของประชาชน

ก็เริ่มปรากฏขึ้นในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ มากบ้างน้อยบ้างตามสถานการณ์อันผันแปรไปตามสภาพทางการเมืองของรัฐบาลผู้ปกครองประเทศในยุคสมัยต่างๆ

บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 9 พฤศจิกายน 2490 โดยมีการบัญญัติถึงสิทธิโดยเท่าเทียมกันตามกฎหมาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในร่างกาย เคหะสถาน ทรัพย์สิน การแสดงความคิดเห็น และการประกอบอาชีพ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นฉบับต่อมา มีการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการกระบวนการศึกษาทางอาญา อันได้แก่ หลักประกันในกฎหมายอาญา หลักการสันนิษฐานในการกระบวนการศึกษาทางอาญา อันได้แก่ หลักประกันในกฎหมายอาญา หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิในการได้รับการพิจารณาคำขอประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยชอบ แต่ก็ยังไม่มีการกล่าวถึงเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองแต่อย่างใด

จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 35 จึงได้กล่าวถึงเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้ว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา” และอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538) มาตรา 33 ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำ เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการถูกทรมาน ขู่เข็ญ หรือใช้กำลังบังคับ หรือถ้อยคำที่เกิดจากการกระทำใดๆ ที่ทำให้เป็นไปโดยไม่สมัครใจ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 243 บัญญัติถึงเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากแรงจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือ กระทำให้มิชอบประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้”

บทบัญญัตินี้รับรองสิทธิของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อันอาจทำให้ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือเกิดจากการกระทำใดๆ ที่ทำให้เป็นไปโดยไม่สมัครใจ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานได้ นอกจากนี้ยังมีร่างสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับว่าสิทธิมนุษยชนนั้นมีอยู่ เช่น กฎบัตรโบโกตา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศกลุ่มอาหรับ ฯลฯ แม้ว่าประชาชาติอื่นๆ ทั่วโลก อาจจะไม่มีการทำที่ชัดเจนในการยอมรับสิทธิมนุษยชน แต่โดยหลักการแล้ว ชาติต่างๆ ทั่วโลก ยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อย่างน้อยก็บทบัญญัติดังต่อไปนี้

1) ข้อ 11

(1) บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาด้วยความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย ณ ที่ซึ่งตนได้รับหลักประกันทั้งหมดที่จำเป็นในการต่อสู้คดี

(2) บุคคลใดจะถูกถือว่ามีความผิดอันมิโทษทางอาญาใดๆ ด้วยเหตุผลที่ตนได้กระทำ หรือละเว้นการกระทำการใดๆ ซึ่งกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่มีการกระทำนั้นมิได้ระบุว่าเป็นความผิดทางอาญามิได้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้น จะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่การกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นมิได้

ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เอง เป็นเอกสารที่รับรองสิทธิที่มนุษยชนพึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าสิทธิมนุษยชนตามปฎิญญานี้จะเป็นสิทธิขั้นมูลฐาน และมีข้อบ่งชี้แห่งสิทธิดังกล่าวก็ตาม แต่ปฎิญญานี้ก็คุ้มครองบุคคลทุกประเภททุกชั้นวรรณะ ในด้านสิทธิและเสรีภาพ และผู้ต้องหาเป็นบุคคลประเภทหนึ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองเช่นกัน โดยที่ผู้ต้องหาจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการ ในระหว่างสอบสวนรัฐจึงต้องกำหนดองค์กรขึ้นองค์กรหนึ่งทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะ ดังนั้น ถ้าปรากฏว่าองค์กรนั้น จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาไว้เกินขอบเขตแล้ว ก็เท่ากับเป็นการขัดกับปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอันเป็นแม่บทที่ได้บัญญัติกำหนดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนไว้อย่างกว้างๆ เพื่อให้ผู้ที่ถูกจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ร้องแย้ง หรือขัดขวางขึ้นมาได้เพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน แล้วจึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะบัญญัติกฎหมายภายในขึ้นให้สอดคล้องกับปฎิญญาสากลฉบับนี้

2) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้ขยายและเพิ่มบทบัญญัติอันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพจากเดิมที่มีเพียง 30 มาตรา เป็น 53 มาตรา (มาตรา 26-65 และมาตรา 235-247) ส่งผลให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างรอบด้าน อาทิ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิชุมชน สิทธิเสรีภาพของผู้ด้อยโอกาส สิทธิในการดำเนินชีวิต สิทธิผู้หญิง รวมถึงสิทธิข้าราชการ และภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้ระบุหน้าที่ของรัฐในการปกป้องคุ้มครองประชาชนโดยมิได้คำนึงถึงความแตกต่างด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย ที่บัญญัติรับรองเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และที่สำคัญได้มีการบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย เพิ่มขึ้นจากเดิมหลายมาตรา ซึ่งการรับรองนี้ เป็นการบัญญัติสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ดังนี้

หมวด 1 บททั่วไป

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อม
ได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกระดับ ต้องคำนึงถึง
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 32 บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอัน
กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลง
แก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

มาตรา 33 ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มี
ความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติ ต่อบุคคลนั้น
เสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

มาตรา 243 บุคคลย่อมมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
อันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง
ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

กล่าวโดยสรุป หน้าที่ของรัฐนอกจากจะต้องป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม โดยร่วมกันค้นหาความจริงในคดีที่เกิดขึ้น เพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษแล้ว
ในขณะเดียวกัน รัฐก็มีหน้าที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะของบุคคลที่เข้ามา
เกี่ยวข้องกับในการดำเนินคดีอาญา มิให้ได้รับผลกระทบหรือถูกล่วงละเมิดโดยมิชอบจากการใช้
อำนาจของรัฐ ประชาชนทุกคนในรัฐก็มีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับรัฐและยอมรับการปฏิบัติการ ใดๆ
ของรัฐที่มีขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในสังคมในขอบเขตของความเหมาะสม
และความจำเป็น โดยเฉพาะหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับรัฐในการป้องกันอาชญากรรม
โดยการต้องไปเป็นพยานในการดำเนินคดีอาชญากรรม โดยการต้องไปเป็นพยานในการดำเนิน
คดีอาญา ไม่ว่าจะ เป็นในชั้นสอบสวนหรือในชั้นศาลก็ตาม หากบุคคลใดไม่ให้ความร่วมมือกับรัฐ
ก็ต้องรับโทษตามกฎหมายอันเป็นกฎเกณฑ์ของสังคม เว้นแต่บุคคลนั้นจะมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมาย

ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีจะต้องมีความสมดุลระหว่าง
มาตรการปราบปรามอาชญากรรมที่มีประสิทธิภาพ กับมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
และโดยที่มีหลักการสากลในการดำเนินคดีอาญาในปัจจุบันได้ให้ความสำคัญแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย
มากขึ้นกว่าเดิม โดยถือว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมิได้เป็นเพียงผู้ถูกดำเนินคดีอาญาเท่านั้น หากแต่
เป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีด้วย และให้สันนิษฐานว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้บริสุทธิ์

จนกว่าศาลจะพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิด ดังนั้นการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาและจำเลยจึงต้องคำนึงถึง มาตรการการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเขา²¹

3. การใช้ดุลพินิจ

3.1 นิยามทั่วไปของดุลพินิจและความสำคัญของการใช้ดุลพินิจ

คำว่าดุลพินิจนั้นกฎหมายมิได้บัญญัตินิยามไว้เป็นการเฉพาะว่ามีความหมาย ว่าเป็นอย่างไร จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” จากสิ่งต่อไปนี้

“ดุลพินิจ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง การวินิจฉัย ที่เห็นสมควร และให้ความหมายของคำว่า “วินิจฉัย” หมายถึง ตัดสิน ซึ่งขาด ไตร่ตรอง ใคร่ครวญ ดังนั้น ความหมายทั่วไปของคำว่าดุลพินิจนั้นจึงหมายความว่า การตัดสินเห็นสมควร การชี้ขาด เห็นสมควร การไตร่ตรองเห็นสมควร การใคร่ครวญเห็นสมควร

คำว่า “ดุลพินิจ” พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำรัสใน โอกาสที่ประธาน ศาลฎีกานำผู้พิพากษาเข้าเฝ้าถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ครั้งแรก ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน วันอังคารที่ 27 สิงหาคม 2534 ตอนหนึ่งว่า “ช่องโหว่เป็นช่องที่กฎหมายทิ้งไว้โดยไม่ตั้งใจ ดุลพินิจ เป็นช่องโหว่ที่กฎหมายให้ไว้โดยตั้งใจ” และ “ในกฎหมายนั้นก็มีอีกอย่าง ส่วนมากเวลาผู้พิพากษา จะตัดสินอะไรดุลพินิจของผู้พิพากษา ดุลพินิจนี้บางทีก็กว้างมาก ดุลพินิจนี้จะต้องใช้ แต่ว่าที่กฎหมาย ให้ดุลพินิจก็เพราะว่ากรณีต่างๆ ไม่เหมือนกัน แม้จะมีกรณีที่อยู่ใน บทกฎหมายนั้นๆ แต่ละกรณีก็มีความแตกต่าง นั้น จะต้องมีดุลพินิจ และดุลพินิจนี้จะใช้อย่างไร ก็จะต้องใช้ด้วยความเฉลียวฉลาด ด้วยการสืบคว้าข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร บุคคลหรือกรณีที่อยู่ในการพิพากษานี้มีเป็นอย่างไร เราจึง จะใช้ดุลพินิจที่ถูกต้อง”

ท่านอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ กล่าวว่า กฎหมายกำหนดระวางโทษไว้ให้ศาลเลือก โดยบางกรณีอาจมีโทษขั้นต่ำและขั้นสูง ในบางกรณีมีแต่โทษขั้นสูง ไม่มีขั้นต่ำ ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจ ในการลงโทษตัดสินผลอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การใช้ดุลพินิจ ต้องสามารถอำนวยความสะดวกแก่คู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ ดุลพินิจในคดีใดที่มีข้อยุติเช่นเดียวกัน ต้องมีมาตรฐานการใช้ดุลพินิจอย่างเดียวกันหรือ ใกล้เคียง กัน มิใช่แตกต่างกันเสียจนกระทั่งคู่ความและผู้ที่เกี่ยวข้องเกิดความสงสัยในความยุติธรรมที่ได้รับ

²¹ สุพจน์ สุโรจน์, “การบริหารและทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมทางอาญา” นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557, หน้า 2-5

“ดุลพินิจ” นี้ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “discretion” ซึ่งตาม Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้ ดุลพินิจเมื่อใช้ในความหมายของการปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ หมายถึง อำนาจหรือสิทธิซึ่งได้มอบให้บุคคลนั้น โดยกฎหมายในอันที่จะกระทำการอย่างเป็นทางการ ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง ตามการตัดสินใจและมโนธรรมของเค้าเอง ไม่ถูกควบคุม โดยการตัดสินใจหรือมโนธรรมของบุคคลอื่น เมื่อใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง อำนาจที่จะกระทำในตำแหน่งหน้าที่ราชการในลักษณะที่ปรากฏออกมาว่าเป็นธรรมและเหมาะสมภายใต้สถานการณ์นั้นๆ

3.2 รูปแบบของการใช้ดุลพินิจ²²

3.2.1 การใช้ดุลพินิจทางปกครอง (*administration discretion*) ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 27 “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรีศาล และองค์กรอื่น ของ รัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความ กฎหมาย ห้างปวง”

มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น เท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ นั้นมิได้ กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลในบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทยนั้น แสดงให้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการกระทำการใดๆ ก็ได้ ครอบงำโดยไม่มีกฎหมาย จำกัดห้าม แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในระบบอบประชาธิปไตยที่ปัจเจกชน ทุกคนไม่ว่าจะเป็น พระมหากษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์ ข้าราชการ และไพร่ฟ้าประชาชนต้องอยู่ ภายใต้กฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ที่ได้รับการเลือกตั้งมาจาก ประชาชนหรือที่เรียกว่าการปกครองแบบ “นิติรัฐ” (Legal State) ในการปกครองโดยกฎหมาย เป็นใหญ่ มิใช่คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นใหญ่นั้น ฝ่ายปกครองเอง ก็จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549, หน้า 159-160

และมีหลักการปฏิบัติหน้าที่อยู่ว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน และไม่สามารถกระทำการใดๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดได้ เนื่องจากถือว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐการกระทำที่ปราศจากอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ อำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจอำนาจผูกพัน หมายถึง อำนาจใดๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการหรือไม่กระทำการในเรื่องใด โดยปกติกฎหมายมักใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง” “ให้” เช่น ตามมาตรา 98 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ที่บัญญัติว่า “การดำเนินการ ทางวินัยแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาซึ่งมีกรณีอันมีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดทางวินัย ให้ผู้บังคับบัญชาแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน...” ซึ่งถือเป็นการบังคับว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เพื่อทำการสอบสวนในเรื่องนั้นๆ การไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

ส่วนอำนาจดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่เกิดจากการวิเคราะห์ข้อมูลของฝ่ายปกครองที่ได้มาอย่างเพียงพอ แล้วใช้อำนาจในการตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวจะต้องกระทำอย่างอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้ การชี้แนะ หรือแนวทางที่ฝ่ายปกครองได้วางไว้แล้ว โดยปกติกฎหมายมักบัญญัติถ้อยคำว่า “สามารถ” “ก็ให้...ได้” เป็นต้น ซึ่งในการใช้ดุลพินิจนั้น เมื่อกฎหมายได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจในเรื่องใดแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ จะปฏิเสธไม่ใช้ไม่ได้

ในทางกฎหมายปกครองจึงได้วางหลักในการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาไว้ประกอบด้วย

1) หลักแห่งความเหมาะสม หมายถึง ผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาว่า สิ่งที่จะต้องตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น มีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด เช่น ในการใช้ดุลพินิจพิจารณากำหนดโทษทางวินัยไม่ร้ายแรงที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถลงโทษทางวินัยได้ตั้งแต่โทษลดขั้นเงินเดือน ตัดเงินเดือน หรือพักทัณฑ์ นั้น ผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาว่าสมควรจะลงโทษลดขั้นเงินเดือน ตัดเงินเดือน หรือพักทัณฑ์ ถ้าการกระทำเป็นความผิดเล็กน้อยสมควรลงโทษภาคทัณฑ์ แต่ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษ ลดขั้นเงินเดือน หรือโทษตัดเงินเดือน ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2) หลักแห่งความจำเป็น หมายถึง ความจำเป็นในการตัดสินใจใช้อำนาจ ซึ่งหากไม่ใช้จะเกิดความเสียหายต่อทางราชการ เช่น ในการใช้อำนาจดุลพินิจย้ายหัวหน้ากลุ่มบริหารงานบุคคลไปดำรงตำแหน่งหัวหน้ากลุ่มส่งเสริม นอกจากจะต้องพิจารณาถึงความรู้ความสามารถของบุคคลนั้นแล้ว จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นด้วยว่าจะเกิดประโยชน์ ต่อทางราชการอย่างไร เป็นต้น

3) หลักแห่งความได้สัดส่วน หมายถึง ประโยชน์ที่จะเกิดแก่ทางราชการ ซึ่งจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่ทางราชการกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ถูกระทบสิทธินั้น สิ่งใดจะมีความรุนแรงมากกว่ากัน ถ้าหากว่าสิ่งที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องกระทำนั้นเป็นประโยชน์ต่อทางราชการมากกว่า แม้การกระทำนั้นจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิของปัจเจกชนอยู่บ้าง ผู้บังคับบัญชาก็ต้องเลือกเอาประโยชน์ของทางราชการเป็นหลัก แต่ถ้าหากผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการเลย หรือมีประโยชน์น้อยมาก เมื่อเทียบกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกชนหรือต่อผู้ถูกระทบสิทธิ ผู้บังคับบัญชาจะต้องเลือกกระทำในสิ่งที่จะให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนนั้น

3.2.2 การใช้ดุลพินิจทางกฎหมาย

คือ การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และกรอบแห่งการปฏิบัติไว้ให้แก่ผู้บังคับใช้กฎหมาย (law enforcement) นับตั้งแต่ต้นสายธารแห่งกระบวนการยุติธรรม อันได้แก่ ตำรวจ อัยการ ศาล หรือองค์กรอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เป็นต้น ซึ่งจุดมุ่งหมายของการที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจคือ การที่จะสามารถอำนวยความสะดวกคล่องกับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป



บทที่ 3

หลักเกณฑ์การกันบุคคลเป็นพยาน

1. การกันบุคคลเป็นพยานตามกฎหมายต่างประเทศ

1.1 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการดำเนินคดีในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งจะทำให้ความสำคัญของการกันตัวผู้ต้องหาเป็นพยาน โดยสำนักงานอัยการสูงสุดของสหรัฐอเมริกา เห็นว่าการได้รับข้อมูลจากการกระทำความผิดเพื่อนำไปใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมจะเป็นประโยชน์มาก เนื่องจากรัฐมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยข้อมูลจากอาชญากรรมด้วยกันเองในการให้ข้อมูลของผู้กระทำความผิดกับการที่จะคุ้มกันไม่ให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นที่มาของการกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน ซึ่งพยานประเภทนี้ถือได้ว่าเป็นอาวุธ ที่สำคัญของรัฐในการต่อสู้กับอาชญากรรมที่มีลักษณะการกระทำแบบองค์กร (organized crime)²³

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้ยอมรับความสำคัญของการกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานในคำพิพากษาหลายฉบับ เช่น ในคดีระหว่าง United States V. Dailey ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวถึงการอนุญาตให้ผู้สมรู้ร่วมคิดเบิกความในฐานะพยานตามข้อตกลง เนื่องจากตระหนักว่าบุคคลเช่นว่านั้นมักเป็นพยานที่เห็นเหตุการณ์ได้ดีที่สุดเท่าที่จะหาได้ ศาลได้เลือกแล้วที่จะให้พยานเหล่านั้นเบิกความ และไว้วางใจให้กระบวนการถามค้านที่ทำหน้าที่ กรองเอาความเท็จที่อาจมีนั้นออกไป

1.1.1 เงื่อนไขการนำตัวผู้ร่วมกระทำความผิดมาเป็นพยาน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจในการกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานคือพนักงานอัยการ ซึ่งอำนาจการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 2 ที่กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นเจ้าหน้าที่สูงสุดของฝ่ายบริหาร และกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลดำเนินนโยบายโดยใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางที่สุดด้วยความระมัดระวังอย่างเต็มที่ในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐบาลกลาง หน้าที่ดังกล่าวได้ถูกส่งต่อไปยังอัยการสูงสุด (Attorney General) และอัยการแห่งรัฐบาลกลาง ดังนั้น อัยการจึงได้รับ

²³ คณิศ ฌ นคร, “พยานแผ่นดินตามกฎหมายเอง โกลอเมริกัน” ใน อัยการนิเทศ 1-2, 2521, หน้า 73

อำนาจอย่างกว้างขวางในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมายอาญาซึ่งขอบเขตอำนาจนี้ขยายไปถึงการใช้ดุลพินิจในการจะเลือกดำเนินคดีกับผู้ต้องหาบางคนด้วย

กระบวนการตัดสินใจที่พนักงานอัยการให้สิ่งจูงใจแก่ผู้กระทำความผิดที่กันไว้เป็นพยาน มีลักษณะเหมือนกันกับการใช้ดุลพินิจของอัยการอย่างกว้างขวางในเรื่องอื่นๆ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างเต็มที่ในการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษและต้องมีความเป็นธรรม ในขณะที่เดียวกันการตกลงให้สิ่งจูงใจแก่พยานเป็นเพียงส่วนปลีกย่อยที่ขยายมาจากอำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินใจในการดำเนินคดีตามขั้นตอนต่างๆ ของพนักงานอัยการคือการตัดสินใจว่าจะฟ้องหรือไม่ การเลือกข้อหาที่จะฟ้อง การขอลดหย่อนโทษและการแนะนำอัตราโทษ แก่ผู้พิพากษา²⁴

1.1.2 ความคุ้มกันในการนำตัวผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน

การกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกามีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันพยานที่ถูกบังคับให้มาเบิกความไว้ใน 18 United States Code มาตรา 6002 คือ ในกรณีพยานปฏิเสธที่จะไม่ให้การหรือข่าวสารใดๆ ในการพิจารณาที่กระทำโดย

- 1) ศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ของสหรัฐอเมริกา
- 2) หน่วยงานของสหรัฐอเมริกา
- 3) รัฐสภาคณะกรรมการร่วมของทั้งสองสภาหรือคณะอนุกรรมการของแต่ละสภา

ผู้ที่เป็นประธานของการพิจารณา สามารถออกคำสั่งบังคับให้พยานให้การโดยไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา และพยานได้รับความคุ้มกันในการดำเนินคดี โดยรัฐไม่อาจนำคำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารที่ได้รับจากพยานไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมมาใช้ดำเนินคดีกับพยานได้²⁵ ยกเว้นความผิดเกี่ยวกับเบิกความเท็จ ให้การเท็จ หรือการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง และตามบทบัญญัติมาตรา 6003 ในการดำเนินคดีของศาลหรือคณะลูกขุน หากบุคคลที่ต้องให้การหรือข่าวสารนั้นปฏิเสธการให้การหรือข่าวสารโดยอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา ศาลที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งภายใต้การร้องขอของอัยการท้องถิ่น สามารถออกคำสั่งให้บุคคลนั้นให้การหรือข่าวสารได้และคำสั่งดังกล่าวจะมีผลตามบทบัญญัติตามมาตรา 6002 โดยพนักงานอัยการของสหรัฐอเมริกายังได้

²⁴ กรองทอง เข้มสะอาด, การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน: ข้อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547, หน้า 74

²⁵ อรรถพร ลิขิตจิตตะ และคณะ, ร่างรายงานการวิจัยเรื่อง การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ ๒) หัวข้อเรื่องมาตรการส่งเสริมให้บุคคลให้ความช่วยเหลือหรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย, สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, 2546, หน้า 179

ความเห็นชอบของอัยการสูงสุด (Attorney General) รองอัยการสูงสุด (Deputy Attorney General) หรือผู้ช่วยอัยการสูงสุด (Assistant Attorney General) ที่มีอำนาจ อาจร้องขอให้ศาล ออกคำสั่ง เมื่อพิจารณาเห็นว่า

1) คำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารจากบุคคลนั้นมีความจำเป็นต่อประโยชน์ สาธารณะ

2) บุคคลนั้นปฏิเสธหรือดูเหมือนจะปฏิเสธในการให้การหรือข้อมูลข่าวสาร โดยอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิกฤษต์ต่อตนเองในทางอาญา

ในกรณีดังกล่าวศาลต้องให้ความคุ้มกันแก่บุคคลนั้นจากการดำเนินคดีอาญา ใดๆ ศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่มีอำนาจปฏิเสธคำร้องของพนักงานอัยการ ได้ แต่ในทางปฏิบัติศาล จะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องของพนักงานอัยการ ข้อพิจารณาของพนักงานอัยการเกี่ยวกับคำเบิกความ หรือข้อมูลข่าวสารของบุคคลว่าจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่นั้น อาจมีความแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อมิให้มีความสับสนกันมากในการใช้ดุลพินิจ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดแนวทางการพิจารณาของพนักงานอัยการไว้ เช่น ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สำนักงานอัยการสูงสุดของมลรัฐ นิวเจอร์ซีย์ ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาของพนักงานอัยการ ไว้ดังนี้²⁶

1) สามารถหาข้อมูลข่าวสารจากแหล่งอื่นได้ดีกว่าพยานที่พยายามเจรจา ขอรับความคุ้มกันหรือไม่

2) ข้อมูลข่าวสารที่พยานพยายามเจรจามีประโยชน์อย่างไร เพียงใด

3) น่าเชื่อว่าพยานนั้นจะทำให้ดำเนินคดีได้สำเร็จหรือไม่

4) มีอะไรที่แสดงว่าพยานมีความสัมพันธ์กับการกระทำผิดบ้าง

5) พยานที่ขอรับความคุ้มกันมีส่วนการกระทำผิดเมื่อเทียบกับผู้กระทำผิดอื่นอย่างไร

6) คุณค่าของคำเบิกความของพยานในคดี

7) ผลกระทบของการให้ความคุ้มกันต่อความเชื่อถือในตัวพยานต่อการ พิจารณาของศาลเป็นอย่างไรการให้ประโยชน์แก่พยานมากเกินไปลูกขุนจะยอมรับพยานหรือไม่

8) ผลกระทบการให้ความคุ้มกันต่อความน่าเชื่อถือเช่นหากให้ประโยชน์ แก่ผู้ที่สังคมเกลียดชังมากๆ ภาพพจน์ของสำนักงานอัยการจะเสียหาย

²⁶ กรองทอง แยมสะอาด, การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน: ข้อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547, หน้า 74

1.1.3 ขอบเขตในทางปฏิบัติของความคุ้มกัน

ความคุ้มกันตาม 18 United States Code มาตรา 6002 และ 6003 นั้นเป็น ความคุ้มกันพยานจากการถูกดำเนินคดีอาญาโดยคำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารที่พยานให้ตาม คำสั่งของกฎหมายฉบับนี้ ไม่อาจใช้ดำเนินคดีอาญากับตัวพยานเอง ด้วยเหตุที่คำเบิกความหรือ ข้อมูลข่าวสารนั้นมีเนื้อหาที่อาจแสดงถึงการกระทำผิดอาญาของพยานในคำเบิกความหรือข้อมูล ข่าวสารเท่านั้นแต่พยานอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้ หากการกระทำของพยานในการเบิกความหรือให้ ข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมายการกระทำในการเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารที่ผิด กฎหมายได้

1) เบิกความเท็จเมื่อพยานได้รับความคุ้มกันแล้วหากพยานเบิกความเท็จ ในการเป็นพยานตามคำสั่งในมาตรา 6002 พยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในความผิดฐานเบิกความเท็จ ที่กระทำขึ้นในการเบิกความนั้น

2) ให้การเท็จ เมื่อพยานได้รับความคุ้มกันแล้วหากพยานได้ให้การเท็จ ในการให้ข้อมูลข่าวสารตามคำสั่งในมาตรา 6002 พยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในความผิดฐานให้ การเท็จ ที่กระทำขึ้นในการให้ข้อมูลข่าวสารนั้น

3) ไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เมื่อพยานได้รับคุ้มกันแล้วพยานไม่ยอมให้การ ตามคำสั่งในมาตรา 6002 พยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่พยาน กระทำ โดยการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

นอกจากพยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในการให้การเท็จเบิกความเท็จ หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามมาตรา 6002 แล้วศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยวางหลักเกี่ยวกับ ขอบเขตของการได้รับความคุ้มกันดังนี้

1) เกี่ยวกับคดีแพ่ง

(1) คำเบิกความภายใต้การได้รับความคุ้มกันในคดีแพ่งอาจใช้กับคู่ความ ในคดีแพ่งนั้นได้ แต่ความคุ้มกันนั้นจะนำมาใช้ในคดีอาญาอื่นไม่ได้

(2) ความคุ้มกันในคดีอาญาไม่ตัดสิทธิที่จะใช้คำเบิกความของพยาน ในคดีอาญานั้นในการฟ้องร้องคดีแพ่ง

(3) พยานที่เบิกความภายใต้ความคุ้มกันตามมาตรา 6002 จะไม่ถูกบังคับ ให้เบิกความคดีแพ่งหากไม่มีการให้ความคุ้มกันใหม่

(4) คดีแพ่งเกี่ยวกับการริบทรัพย์สินถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของคดีอาญา ดังนั้น คำเบิกความที่พยานได้เบิกความไปในคดีอาญาภายใต้ความคุ้มกันไม่อาจนำมาใช้ต่อสู้คดี กับพยานได้

2) เกี่ยวกับการสูญเสียงาน

บทบัญญัติที่ 5 แห่งรัฐธรรมนูญ (Fifth Amendment) ไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานที่ตำรวจจะใช้ในการปฏิเสธการตอบคำถามในการปฏิบัติหน้าที่ ความคุ้มกันจึงไม่ครอบคลุม ไปถึงคำเบิกความเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่

3) เกี่ยวกับคดีอาญา

คำเบิกความของพยานที่ให้ไว้ภายใต้ความคุ้มกันในคดีอาญาสามารถนำไปใช้ในคดีแพ่งเกี่ยวกับการฉ้อโกงภาษีที่พยานเป็นจำเลยได้

4) เกี่ยวกับการถูกยึดใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ

คำกล่าวนำของทนายความที่ได้รับความคุ้มกัน ไม่มีผลบังคับในการให้การต่อ State Bar เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 5 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

5) เกี่ยวกับชื่อเสียงหรือฐานะทางสังคม

ความเสื่อมเสียชื่อเสียงเป็นผลที่ไม่แน่นอนและอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตจากการเบิกความ โดยได้รับความคุ้มกัน แต่ความเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นอยู่นอกความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าความคุ้มกันที่พยานได้รับ จำกัดอยู่เฉพาะความคุ้มกันจากเนื้อหาของคำเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสาร โดยเนื้อหาของคำเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารนั้นจะไม่ถูกนำมาดำเนินคดีอาญาและคดีอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา

1.1.4 การควบคุมการให้ความคุ้มกัน

การกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานนั้น แม้จะมีความจำเป็นต่อนโยบายทางอาญาแต่การกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิเสธหลักตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ซึ่งเชื่อว่าเมื่อมีผู้กระทำความผิดเขาควรถูกลงโทษเพื่อชดเชยความยุติธรรมที่เสียไป ให้คืนมา อย่างไรก็ตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) เห็นว่าความชอบธรรมในการลงโทษอยู่ที่ผลดีที่การลงโทษก่อให้เกิดขึ้นการกันตัวผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยาน แม้มีผลทำให้ ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่หากคำให้การของเขาสามารถทำให้ผู้กระทำผิดอื่นได้รับการพิจารณาลงโทษ ซึ่งหากพิจารณาโดยสัดส่วนแล้วการกระทำผิดของผู้กระทำผิดอื่น มีผลกระทบต่อสังคมมากกว่าส่วนของผู้กระทำความผิดที่จะถูกกันไว้เป็นพยาน การกันผู้ร่วมกระทำผิดที่มีสัดส่วนก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมน้อยกว่าไว้เป็นพยานย่อมจะเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะในสหรัฐอเมริกาใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) จึงมีพื้นฐานที่จะ

พิจารณาไม่ดำเนินคดีต่อบุคคลใดเพื่อประโยชน์สาธารณะได้สะดวก และจัดให้มีการคุ้มกันผู้กระทำความผิดที่กันไว้เป็นพยาน คือ²⁷

1) ความคุ้มกันโดยอัตโนมัติ (automatic immunity) การกันตัวผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานในสหรัฐอเมริกา กระทำโดยให้ความคุ้มกัน (immunity) แก่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่อ้างสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญากฎหมายที่ให้ความคุ้มกันโดยอัตโนมัตินี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับความคุ้มกันตามกฎหมายของอังกฤษ คือตามกฎหมายดังกล่าวนี้จะมีบทบัญญัติบังคับให้พยานต้องให้การภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในขณะที่เดียวกัน พยานก็จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องอันเนื่องมาจากคำให้การของเขานั้น ในภายหลัง โดยไม่ต้องยกการไม่ให้การขึ้นอ้างและเจ้าพนักงานก็ไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้มีการคุ้มครอง ดังนั้น หากพยานไม่ยอมให้การภายใต้กฎหมายประเภทนี้ พยานอาจจะไม่ถูกฟ้องฐานละเมิดอำนาจศาล ก็ได้ เว้นแต่จะปรากฏพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดว่าเขาได้รับความคุ้มกันทดแทนสิทธิที่จะไม่ให้การและเขาสามารถที่จะใช้ประโยชน์จากความคุ้มกันนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าการให้ความคุ้มกันโดยอัตโนมัตินี้มีอันตรายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจจะควบคุมได้ว่าใครควรจะได้รับความคุ้มกันบ้าง ดังนั้น จึงอาจเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้พบภายหลังจากการสอบสวนว่ามีพยานเกิดขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเจตนาที่แท้จริงของเขาไม่ควรจะให้ความคุ้มกันแก่พยานผู้นั้นด้วยเหตุนี้เองจึงได้มีผู้โต้แย้งกฎหมายลักษณะเช่นว่านี้และเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายประเภทนี้ให้เป็นประเภท claim immunity statutes ให้หมดเพื่อให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของรัฐ (federal immunity statutes)

2) ความคุ้มกันตามบทบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกัน (immunity statutes) กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มกันแก่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่เป็นพยานให้รัฐฉบับแรกออกเมื่อ 1857 ถือเป็นแบบอย่างของรัฐที่บัญญัติความคุ้มกันพยาน ในเวลาต่อมากฎหมายฉบับนี้ออกเพื่อช่วยเหลือนักข่าวที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกรรโชกเสียงซึ่งนักข่าวปฏิเสธที่จะให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองเป็นเหตุให้ออกกฎหมายเพื่อไม่ดำเนินคดีกับพยาน แต่ด้วยความรีบร้อนกฎหมายที่ออก จึงมีลักษณะเป็นการล้างมลทินของพยานไป ต่อมามีการตัดสินคดีของศาลสูงและมีความเห็นว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยความคุ้มครองพยานในลักษณะนี้เป็นเหตุเพียงพอที่ทดแทนสิทธิพิเศษตามรัฐธรรมนูญให้สมควรและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐต่างๆ จึงออกกฎหมายเช่นว่านี้เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างตามรัฐธรรมนูญไปแล้ว อย่างไรก็ตาม ความเป็นมาของกฎหมายประเภทนี้ ไม่ครอบคลุม

²⁷ สุชิน ต่างงาม, การกันผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นพยาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 59-60

ถึงเหตุที่ไม่อาจลงโทษได้ เช่นเหตุที่ได้มีการลงโทษมาแล้วคดีได้รับการยกฟ้องคดีขาดอายุความ หรือได้รับการอภัยโทษจากฝ่ายบริหาร เป็นต้น

1.1.5 ผลของการให้ความคุ้มกัน

เมื่อพยานได้รับความคุ้มกันแล้ว หน่วยงานของรัฐอาจเรียกให้พยานให้การ โดยพยานไม่สามารถอ้างสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา อย่างไรก็ตาม แม้จะได้รับความคุ้มกันแล้ว พยานอาจไม่ยอมเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารเนื่องจากเกรงผลกระทบอื่นที่อาจเกิดขึ้นกับตนนอกจากการไม่ถูกดำเนินคดีอาญาในข้อหาที่ตนได้รับความคุ้มกัน ศาลสหรัฐอเมริกาเคยวางหลักยอมรับการไม่ยอมเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารของพยานดังนี้

1) ในกรณีที่มีการรักษาความลับในการพิจารณาของลูกขุนใหญ่ไม่เพียงพอ การเบิกความของพยานที่ได้รับความคุ้มกันในบางกรณีต้องทำเป็นความลับ เนื่องจากต้องให้ความคุ้มครอบแก่พยานที่จะไม่ถูกข่มขู่ ถูกคุกคามจากจำเลยซึ่งเป็นผู้ที่จะได้รับผลร้ายจากคำเบิกความของพยาน กรณีเช่นนี้หากรักษาความลับในการพิจารณาของคณะลูกขุนใหญ่ไม่เพียงพอ พยานจะปฏิเสธที่จะเบิกความก็ได้

2) พยานถูกติดตามด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (electronic surveillance) เคยมีคดีระหว่าง Gelbard V. United States ในปีค.ศ. 1972 พยานที่ได้รับความคุ้มกันถูกติดตามด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ยอมเบิกความเป็นพยาน การติดตามดังกล่าวอาจสร้างความกังวลหวาดกลัวให้แก่พยานได้ ศาลพิพากษาโดยมีส่วนหนึ่งของคำพิพากษา สรุปได้ว่า พยานที่ได้รับความคุ้มกันอาจอ้างเหตุที่ตนถูกติดตามด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่อศาล ในการพิจารณาความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลที่ไม่ยอมเบิกความก็ได้

3) ความกลัวมากกว่าความหวาดหวั่นในอันตรายที่มากกว่าธรรมดา (more than a general apprehension of danger) ศาลได้ใช้วลีนี้เป็นมาตรฐานของความกลัวที่อาจอ้างได้ในการปฏิเสธที่จะเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสาร ทั้งที่ได้รับความคุ้มกันแล้ว ดังปรากฏในคำพิพากษาของคดีระหว่าง United States V. Housand

เหตุอื่นนอกจากเหตุสามประการนี้ไม่อาจอ้างขึ้นเพื่อปฏิเสธที่จะเบิกความเป็นพยานทั้งที่ได้รับความคุ้มกันแล้วได้เคยปรากฏการอ้างเหตุปฏิเสธที่จะให้การหลายอย่าง เช่น กลัวการถูกดำเนินคดีกลัวการถูกพิจารณาในศาลเป็นต้นความกลัวเหล่านี้ฟังไม่ขึ้น หากพยานปฏิเสธที่จะให้การพยานอาจถูกดำเนินคดีได้ทั้งทางอาญาและทางแพ่งแต่ส่วนใหญ่แล้วไม่ค่อยมีการดำเนินคดีในทางแพ่ง คดีอาญาที่พยานจะถูกดำเนินคดีได้แก่ คดีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลที่ไม่ยอมตอบคำถามและพยานจะถูกดำเนินคดีในคดีที่ตนได้รับความคุ้มกันด้วยโดยถือว่าพยานละเมิดสิทธิที่จะใช้ความคุ้มกันในคดีเดิมซึ่งตนได้รับการกันตัวไว้ เป็นพยาน

1.1.6 การรับฟังพยานหลักฐาน

สหรัฐอเมริกา ถ้าปรากฏพยานเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด คณะลูกขุนต้องพิจารณาคำเบิกความของพยานด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง เดิมกำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาจะไม่ถูกลงโทษเพียงเพราะคำให้การของผู้ร่วมกระทำความผิดโดยไม่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบ ต่อมามีการผ่อนคลายหลักการเรื่องนี้คือ ในคดีที่มีการลงโทษอาจจะขึ้นอยู่กับคำให้การของผู้ร่วมกระทำความผิดเท่านั้น หากคำให้การมีความน่าเชื่อถือเพียงพอก็ไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นประกอบโดยคำพิพากษาของศาลมักจะกล่าวว่า ไม่ใช่เป็นเรื่องผิดที่ศาลยินยอมให้มีการลงโทษจำเลย เพียงอาศัยคำให้การของผู้ร่วมกระทำความผิดโดยไม่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบเพียงพอที่จะลงโทษจำเลยได้ถ้าคณะลูกขุนพอใจภายใต้ข้อวินิจฉัยอันมีเหตุผลที่สมควรเกี่ยวกับความผิดของจำเลย²⁸

อย่างไรก็ตาม การกันผู้ต้องหาเป็นพยานจะมีประสิทธิภาพหากมีมาตรการในการให้ความคุ้มกันพยานที่ดี ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาวิธีปฏิบัติในการให้ความคุ้มกันพยานดังนี้

- 1) รัฐที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการให้ความคุ้มกันพยาน การดำเนินการจะเป็นไปตามบทบัญญัตินั้นๆ โดยส่วนใหญ่จะต้องผ่านความเห็นชอบจากศาล และหากพยานที่ได้รับ ความคุ้มกันปฏิเสธที่จะให้การ ก็อาจถูกลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้
- 2) รัฐที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการให้ความคุ้มกันพยาน จะเป็นอำนาจของอัยการ โดยอาศัยหลัก Ple-bargaining และหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ
- 3) อาจมีกฎหมายบังคับให้พยานให้การโดยไม่อาจอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองได้ แต่พยานจะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องโดยอัตโนมัติ
- 4) หากไม่มีกฎหมาย General Attorney จะเจรจาท่องกับผู้ต้องหา โดยอาศัยหลัก Ple-bargaining และหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจในการที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาเพื่อกันไว้เป็นพยาน

1.2 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้กฎหมายระบบซิวิลลอว์ มีหลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย (legality principle) หรือหลักการฟ้องคดีเชิงบังคับ (compulsory prosecution) จึงไม่อาจใช้หลักดุลพินิจในการสั่งคดีเหมือนกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นประเทศอังกฤษหรือประเทศ

²⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร: เกรน โกรว 2552, หน้า 5

สหรัฐอเมริกา การตัวผู้ต้องหาเป็นพยานจึงไม่เกิดกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายนี้ การใช้ระบบกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมุ่งเน้นหลักประกันความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมายพนักงานอัยการจะผูกขาดอำนาจในการฟ้องคดีอาญาแต่เพียงผู้เดียว (monopoly of prosecution)²⁹ ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้อย่างจำกัด (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 374)³⁰ โดยเมื่ออัยการมีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดกฎหมาย พนักงานอัยการต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลเสมอ และเมื่อยื่นฟ้องแล้วจะยุติคดีโดยการถอนฟ้องไม่ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (SPO) มาตรา 152 ว่าการฟ้องคดีอาญาเป็นหน้าที่ของอัยการ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อัยการจำต้องฟ้องคดีทุกคดีซึ่งศาลสามารถลงโทษได้และเป็นคดีซึ่งอาจฟ้องได้หากมีพยานหลักฐานเพียงพอ³¹ อย่างไรก็ตามก็ตีหลักการข้างต้นใช้เฉพาะกับความผิดร้ายแรง (verbrechen) เท่านั้น ในความผิดที่มีโทษปานกลาง (vergehen) อัยการมีดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย³² ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูล แบ่งออกได้ 2 ลักษณะ คือ³³

1.2.1 การสั่งไม่ฟ้องโดยไม่มีเงื่อนไข คือการสั่งไม่ฟ้องจากเหตุคดีเล็กน้อยที่พนักงานอัยการอาจไม่ดำเนินคดีได้ ในกรณีดังนี้

1) พนักงานอัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดอาญาโทษปานกลางได้ถ้าพิจารณาเห็นว่าความชั่ว (schuld) ของผู้ต้องหาเล็กน้อยและการดำเนินคดีนั้นไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ (offentliches interesse) (มาตรา 153)

2) พนักงานอัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดอาญาที่ตามมาตรา 153 บ) แต่การไม่ดำเนินคดีในกรณีนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาล ที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเช่นเดียวกัน

²⁹ ศุภกิจ เข้มประชา, บทบาทของอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากกรฟ้องคดีต่อศาล, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 56

³⁰ ศุภกิจ เข้มประชา, บทบาทของอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากกรฟ้องคดีต่อศาล, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 56

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลในสหรัฐอเมริกา” วารสารนิติศาสตร์ 10, 2521, หน้า 159

³² ศุภกิจ เข้มประชา, บทบาทของอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากกรฟ้องคดีต่อศาล, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 56

³³ คณิต ผนนคร, “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง” รวมบทความทางวิชาการ, กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2540, หน้า 155-158

3) พนักงานอัยการอาจไม่ยื่นฟ้องข้อใดข้อหาหนึ่งได้ถ้าเห็นว่าโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เกี่ยวข้องกับโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้วหรือที่จะลงหรือกำหนดแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเล็กน้อยหรือไม่มีน้ำหนัก (มาตรา 154)

4) ถ้าการกระทำบางอันอาจแยกออกเป็นส่วนหนึ่งต่างหากได้ซึ่งเกี่ยวกับการกระทำนั้นเป็นที่คาดหมายว่าโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่จะลงหรือกำหนดใช้นั้น ไม่มีน้ำหนัก พนักงานอัยการอาจจำกัดการสอบสวนดำเนินคดีเฉพาะการกระทำส่วนอื่นของความผิดหรือเฉพาะกฎหมายบางฐานความผิดได้ (มาตรา 154 เอ)

1.2.2 การสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไขหรือการชะลอการฟ้องบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันที่มีลักษณะเป็นการชะลอการฟ้องคือมาตรา 153 เอ ซึ่งมีปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 ต่อมาแก้ไขเพิ่มเติม ในปี ค.ศ. 1974³⁴ เนื่องจากก่อนหน้านี้อุบัติปัญหาการทุจริตของพนักงานอัยการ โดยมาตรา 153 เอ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน บัญญัติว่า โดยความเห็นชอบของศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น และของผู้ต้องหาพนักงานอัยการอาจรอกการยื่นฟ้องคดีในความผิดอาญาโทษปานกลางไว้ชั่วคราวได้โดยวางข้อกำหนดให้ผู้ต้องหาปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

- 1) ให้กระทำการอันใดอันหนึ่งอันเป็นการแก้ไขผลร้ายที่ตนได้ก่อขึ้น
- 2) ให้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งแก่องค์กรที่บำเพ็ญประโยชน์เพื่อสาธารณะหรือแก่รัฐ
- 3) ให้กระทำการอื่นใดที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือ
- 4) ให้ชดใช้ค่าอุปการะเลี้ยงดู

ทั้งนี้ ในเมื่อเห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เหมาะสมและกรณีนั้น ความชั่ว (Schuld) ของผู้ต้องหาไม่น้อย ทั้งเห็นว่าโดยการวางมาตรการนั้นจะเป็นการขจัดประโยชน์สาธารณะ (Offenentliches Interesse) ออกไปได้โดยพนักงานอัยการกำหนดเวลาให้ผู้ต้องหาปฏิบัติ และเมื่อผู้ต้องหาปฏิบัติแล้วคดีก็เป็นอันยุติ³⁵

³⁴ ศุภกิจ เข้มประชา, บทบาทของอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาล, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 56

³⁵ คณิต ฒ นคร, “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง” รวมบทความทางวิชาการ, กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2540, หน้า 155-158

ในเดือนมีนาคม ค.ศ.1993 มีการแก้ไขมาตรา 153 เอ โดยกำหนดว่าพนักงานอัยการสามารถรื้อการขึ้นฟ้องในคดีความผิดอาญาโทษปานกลางซึ่งไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากศาลจากบทบัญญัติมาตรา 153 เอ อาจสรุปหลักเกณฑ์ในการชะลอการฟ้องในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ดังนี้³⁶

- 1) จะต้องขอความเห็นชอบจากศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเสียก่อน เว้นแต่เป็นคดีความผิดอาญาโทษปานกลางซึ่งไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ
- 2) ผู้ต้องหาต้องยินยอม
- 3) ต้องเป็นคดีโทษปานกลาง
- 4) พนักงานอัยการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ต้องหาปฏิบัติได้ตามที่กฎหมายระบุเท่านั้น
- 5) เมื่อชะลอการฟ้องเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว จะต้องมีการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องอีกภายหลัง โดยหากผู้ต้องหาปฏิบัติตามเงื่อนไขแล้วพนักงานอัยการต้องสั่งไม่ฟ้อง
- 6) พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสม
- 7) พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าในกรณีนั้นความชั่ว (ความน่าตำหนิได้) ของผู้ต้องหาเล็กน้อย
- 8) พนักงานอัยการพิจารณาเห็นว่าการฟ้องนั้นจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่รัฐมีหน้าที่อำนวยความสะดวกแก่บุคคลโดยเสมอกัน พนักงานอัยการต้องฟ้องทุกคดีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอ อย่างไรก็ตาม มาตรา 4 ของ Principal Witness Act ได้ให้อำนาจอัยการสูงสุดโดยความเห็นชอบของศาล ยกเว้นการดำเนินคดีได้ ดังนี้

หากผู้กระทำความผิดหรือผู้มีส่วนร่วมในความผิดอาญาฐานก่อการร้าย (มาตรา 129 ของประมวลกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) หรือในความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิด เช่นว่า โดยตัวของเขาเองหรือโดยมีบุคคลที่สามเป็นตัวกลาง เปิดเผยข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรับรู้ของเขาต่อหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาในลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้น
- 2) ให้การสนับสนุนต่อการสืบสวนความผิดอาญาที่เขาเข้าไปเกี่ยวข้อง หลังจากที่เขาเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

³⁶ ศุภกิจ เข้มประชา, บทบาทของอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาล, วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 60

3) นำจับผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดนั้น อัยการสูงสุดแห่งสหพันธ์โดยความเห็นชอบของศาลยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์ออสเตรีย การดำเนินคดี หากนัยยะที่ผู้กระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดเปิดเผย เป็นรายละเอียดที่สามารถเชื่อมโยงกับการป้องกันอาชญากรรมในอนาคตและอาชญากรรมดังกล่าว มีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดที่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น

นอกจากการก่อการร้ายแล้ว มาตรา 5 ของกฎหมายดังกล่าวยังได้ขยาย การบังคับใช้มาตรา 5 ให้รวมถึงความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 129 ซึ่งเป็นความผิด เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กร ความผิดที่สามารถลงโทษจำคุกขึ้นต่ำหนึ่งปีได้ และครอบคลุมถึงการ เปิดเผยข้อเท็จจริงขององค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดที่อาจถูกริบทรัพย์สิน ความว่า มาตรา 4 ของกฎหมายฉบับนี้ให้บังคับใช้โดยอนุโลมกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้กระทำความ ผิดหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดตามมาตรา 129 ของประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดที่สามารถลงโทษจำคุกขึ้นต่ำหนึ่งปีได้ หรือขององค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำ ความผิดที่อาจถูกริบที่ทรัพย์สินสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีวิธีกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน โดยการยกเว้นจากการฟ้องคดี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่มีฟ้องผู้ร่วมกระทำความผิด สำหรับความผิดที่เขาได้กระทำนั้นเป็นคดี ถ้าหากว่าเขาได้ให้ข้อมูลข่าวสารการกระทำผิดที่เขาได้มี ส่วนเกี่ยวข้องนั้น ทั้งนี้ เนื่องจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ระบบผูกขาดในการดำเนินคดี ตามกฎหมาย กล่าวคือ หากผู้ร่วมกระทำความผิดได้รับการยกเว้นจากรัฐในการดำเนินคดี เขาย่อม ไม่อาจถูกดำเนินคดีนั้นได้อีกเพราะผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องคดี

1.3 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในประเทศอังกฤษ

ก่อนที่จะมีการนำตัวผู้ต้องหาที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดมาเป็นพยาน ในประเทศ อังกฤษมีระบบการให้รางวัลนำจับผู้กระทำความผิด รวมถึงการไม่เอาโทษผู้ร่วมกระทำความผิด โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ร่วมกระทำความผิดจะต้องสารภาพความจริงทั้งหมด และคำรับสารภาพนั้น จะต้องนำไปสู่การลงโทษผู้ร่วมกระทำความผิดอื่นได้ ผู้นั้นถึงจะได้รับการอภัยโทษ เงื่อนไขในการ ให้อภัยโทษดังกล่าวนี้ เปรียบเสมือนเป็นการร้องขอความเมตตาต่อพระเจ้าแผ่นดิน (equitable claim to the mercy of the crown)³⁷

³⁷ สุชิน ต่างงาม, การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 46

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 ระบบการให้รางวัลนำจับและการให้อภัยโทษ ลดบทบาทลงเนื่องจากมีการพัฒนาระบบตำรวจขึ้นในประเทศอังกฤษ โดยตำรวจมาทำหน้าที่แทนรัฐเพราะก่อนที่จะมีระบบตำรวจนี้ รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ให้รางวัลนำจับ เมื่อการให้อภัยโทษ หมดความหมายไปแล้ว จึงเกิดวิธีการใหม่ๆ ในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ วิธีการ ที่เกิดขึ้นมาแทน มีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มกัน (promise of immunity) จากการถูกฟ้องร้องในภายหลังแต่ก่อนที่ ผู้ร่วมกระทำความผิดจะได้รับความคุ้มกัน ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องได้รับ “nolle prosequi” หรือศาลยกฟ้องคดีของตนเพราะพยานหลักฐานไม่พอ หรือเป็นกรณีที่มีการพิจารณา เมื่อให้การรับสารภาพ หรือมีการดำเนินคดีแยกออกจากกันแล้ว จึงจะนำมาเป็นพยานได้³⁸ อันเป็นเงื่อนไขการนำผู้ร่วมกระทำความผิดมาเป็นพยาน

1.3.1 เงื่อนไขการนำตัวผู้ร่วมกระทำความผิดมาเป็นพยาน

เงื่อนไขในการนำผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นพยานจะประกอบด้วยเงื่อนไข 4 กรณีคือ

1) ผู้ร่วมกระทำความผิดได้รับ Nolle Prosequi คำว่า “nolle prosequi” เป็นภาษาละตินหมายความว่า “to be unwilling to prosecute” แปลความหมายได้ว่า การไม่เต็มใจที่จะฟ้องหรือดำเนินคดีต่อไป คำสั่งดังกล่าวจะออกโดย Attorney-General⁴⁴ (อัยการสูงสุด) เท่านั้น และศาลไม่อาจเข้ามาควบคุมการออก nolle prosequi ของ Attorney-General ได้ เนื่องจาก Attorney-General มิได้ขึ้นตรงต่อศาล แต่ขึ้นตรงต่อรัฐสภาเท่านั้น วัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดของการออก nolle prosequi เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากผู้ร่วมกระทำความผิด โดยการนำตัวผู้ร่วมกระทำความผิด มาเป็นพยาน แต่การออก nolle prosequi จะกระทำได้ต่อเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว และต้องออกก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาในคดีนั้น และเมื่อออก nolle prosequi ให้แล้ว กระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่ได้กระทำมาสำหรับจำเลยนั้นต้องหยุดลง หากจำเลยถูกคุมขังอยู่จะต้องได้รับการ ปล่อยตัว แต่มิได้หมายความว่า จะทำให้ความผิดนั้นหมดไป หรือพ้นโทษไปแต่อย่างใดขณะเดียวกันผู้ต้องหาหรือจำเลยคนนั้น อาจถูกฟ้องใหม่ได้ และไม่เป็นการผูกมัด Attorney -General ที่มารับตำแหน่งสืบต่อมา ทั้งเมื่อมีการเปลี่ยนรัฐบาลใหม่ อาจจะมีการทบทวนเรื่อง การออก nolle prosequi ใหม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วรัฐมักรักษาสัญญานี้เป็นอย่างดี การให้ nolle prosequi อาจถือว่าเป็นการให้ความคุ้มกันอย่างหนึ่ง แต่ในทางทฤษฎีไม่มีผลเป็นการให้ความคุ้มกัน อย่างแท้จริง

³⁸ สุชิน ต่างงาม, *การกันผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นพยาน*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 47

2) เมื่อมีการพิจารณาคดีและคดีได้ถูกยกฟ้องเนื่องจากพยานหลักฐานไม่พอ การเอาจำเลยเป็นพยานหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษายกฟ้องจำเลย เพราะพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะฟังลงโทษจำเลยได้นั้น ถือได้ว่าเป็นวิธีการที่ดีและเหมาะสมกว่าการออก *nolle prosequi* เพราะพยานไม่ตกอยู่ในฐานะที่จะได้รับการจูงใจให้มีการปรุงแต่งคำให้การใดๆ เพื่อให้เป็นที่พอใจของอัยการ

3) กรณีที่จำเลยรับสารภาพผิด (*plea of guilty*) ในกรณีที่จำเลยร่วมรับสารภาพผิดคดีของจำเลยคนนั้นย่อมไม่มีปัญหาสำหรับลูกขุนอีกต่อไปและจำเลยคนนั้นย่อมเป็นพยานในการฟ้องร้องคดีได้ ซึ่งโดยปกติแล้วในทางปฏิบัติเมื่อจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลจะมีคำพิพากษาทันที ทั้งนี้เพื่อลดความเสี่ยงจากการที่จำเลยจะให้การเท็จเพื่อให้ตนเองรับการพิจารณาลงโทษที่เบากว่าโดยสร้างพยานหลักฐานใส่ร้ายจำเลยอีกคนหนึ่ง แต่เกิดปัญหาที่ว่าถ้าตัดสินคดีของจำเลยที่รับสารภาพไปแล้วศาลจะไม่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงได้ทั้งหมด อีกทั้ง ยังไม่มีหลักกฎหมาย ที่จะมาบังคับให้ศาลต้องตัดสินคดีที่จำเลยรับสารภาพผิดก่อน ดังนั้น ในปัจจุบันนี้จึงขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของผู้พิพากษาที่จะตัดสินใจว่า จะมีคำพิพากษาจำเลยที่รับสารภาพก่อนหรือไม่

4) เมื่อมีการแยกการดำเนินคดีออกจากกัน (*separation of trials*) เมื่อผู้ร่วมกระทำความผิดถูกแยกดำเนินคดีต่างหากจากกันแล้ว ผู้ร่วมกระทำความผิดแต่ละคนสามารถที่จะเป็นพยานในการฟ้องร้องในคดี ของผู้ร่วมกระทำผิดคนอื่นที่ได้แยกฟ้องไปแล้ว³⁹ แต่มีผู้คัดค้านหลักในข้อนี้มาก โดยเห็นว่ากรณีดังกล่าวจะทำให้เกิดการกล่าวหาซึ่งกันและกัน นอกจากนี้ยังเป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักในคดีต่างๆ ที่ว่าจะเป็นการแยกฟ้องหรือฟ้องรวมกัน ต่อมา *Court of Criminal Appeal* ในคดี *Pipe 117* ได้วางหลักไว้ว่า ไม่ควรรับฟัง คำเบิกความของผู้ร่วมกระทำเป็นพยานในคดีใดๆ จนกว่าการฟ้องร้องคดีของเขานั้นจะทำให้ปรากฏว่าไม่มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นปรปักษ์ต่อเขาอีกต่อไป ซึ่งความหมายควรเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงการพิจารณาคดีสำหรับผู้ร่วมกระทำผิดนั้นได้หยุดลงอย่างแท้จริง (*genuine cessation*) คือได้รับการยกฟ้อง (*acquittal*) หรือมีคำพิพากษาลงโทษ (*conviction*) แล้ว

³⁹ กรองทอง แยมสะอาด, *การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน: ข้อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*, วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547, หน้า 50

1.3.2 ความคุ้มกันในการนำตัวผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน

ในประเทศอังกฤษนั้นถึงแม้จะสามารถนำผู้ร่วมกระทำผิดมาเป็นพยานได้ด้วยวิธีการต่างๆ ดังได้กล่าวมา แต่วิธีการดังกล่าวหาทำให้สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติต่อตนเองในทางอาญา (the privilege against self - incrimination) ของผู้ร่วมกระทำผิดที่นำมาเป็นพยานหมดไปไม่ จึงได้มีวิธีการในการให้ความคุ้มกันไว้ดังนี้

1) โดยบทบัญญัติของกฎหมายในอังกฤษได้ตรากฎหมายขึ้นโดยเฉพาะเพื่อที่จะจำกัดสิทธิดังกล่าว โดยกำหนดให้บุคคลต้องให้การโดยไม่อาจอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติต่อตนเองในทางอาญาได้ แต่ในขณะที่เดียวกันบทบัญญัตินั้นๆ ได้ให้การรับประกันว่า คำให้การนั้น จะไม่สามารถนำมาใช้ยื่นเขาได้ในการพิจารณาคดีอาญาเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งในภายหลัง หรือจะให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดีอาญาบางประเภท ซึ่งต่างกับในสหรัฐอเมริกา ที่ส่วนใหญ่จะมีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มกันหรือที่เรียกว่า “Immunity Statutes” ไว้โดยเฉพาะเหตุที่กฎหมายอังกฤษไม่มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกันกับในสหรัฐอเมริกา เนื่องจาก ในสหรัฐอเมริกานั้นบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มกันพยานออกมาเพื่อทดแทนสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติต่อตนเองในทางอาญา ซึ่งได้รับการประกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และศาล ในสหรัฐอเมริกามีการตีความหลักประกันตามรัฐธรรมนูญว่า ถ้าพยานให้การโดยไม่ปฏิเสธหรือคัดค้านเกี่ยวกับเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิบัติต่อตนเองทางอาญาตั้งแต่เริ่มต้นของการ ตั้งคำถามที่เป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวแล้ว ถือว่าพยานได้สละสิทธิหลักประกันตามรัฐธรรมนูญตลอดไป ด้วยเหตุนี้เองทำให้พยานมีความระมัดระวังเกี่ยวกับการให้การจนเกินไปและปฏิเสธที่จะให้การเป็นส่วนใหญ่ ต่างกับในอังกฤษที่มองว่าวิธีดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาคือเรื่องเหลวไหล ที่จะต้องให้มีการอ้างสิทธิดังกล่าวกันตั้งแต่เริ่มต้นมีการไต่สวน ผู้พิพากษาอังกฤษจะยอมให้มีการอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การ เป็นปฏิบัติต่อตนเองก็ต่อเมื่ออันตรายจากการที่จะถูกฟ้องร้องนั้นเห็นได้อย่างชัดเจนแล้วเท่านั้น⁴⁰

ในเรื่องของการให้ความคุ้มกันตามบัญญัติของกฎหมายนี้ มีปัญหาว่าพยานจะต้องเรียกร้องความคุ้มกัน (express claim) หรือความคุ้มกันเกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติ (self executing) ปัญหานี้ยังไม่เป็นที่กระจ่างชัด บางฝ่ายเห็นว่าต้องเรียกร้องจึงจะเกิดความคุ้มกัน บางฝ่ายเห็นว่าเป็นไปโดยอัตโนมัติ โดยต่างฝ่ายต่างให้เหตุผลต่างๆ กัน เช่นฝ่ายที่เห็นว่าต้องเรียกร้องความคุ้มกันเพราะเป็นเรื่องของ “ทฤษฎีการทดแทน” (Substitute Theory) ดังนั้นเมื่อสิทธิที่จะไม่ให้การ เป็นปฏิบัติต่อตนเองยังต้องเรียกร้อง การอ้างความคุ้มกันก็ต้องเรียกร้อง

⁴⁰ สุชิน ต่างงาม, การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 52

เช่นกัน เป็นต้น ส่วนฝ่ายที่อ้างว่าเป็นไปโดยอัตโนมัติก็อ้างว่าเมื่อกฎหมายบังคับให้บุคคลต้องให้การแล้ว โดยไม่อาจอ้างสิทธิได้ความคุ้มกันก็ต้องเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ กับทั้งไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย ให้ต้องเรียกร้องความคุ้มกันด้วย เป็นต้น นอกจากนี้ความคุ้มกันที่ได้รับนี้จะคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องเฉพาะความผิดที่ให้การเปิดเผยถึงเท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดอื่นที่ปรากฏขึ้นจากการให้การเปิดเผยนั้นซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองที่จะไม่ยอมให้มีการอ้างหากเป็นเรื่องของความผิดที่โอกาสที่จะถูกฟ้องร้องในอนาคตยังอยู่ห่างไกล

2) โดยการให้สัญญาความคุ้มกัน (promise of Immunity) มีตัวอย่างคดีอาญาที่ฟ้องร้องอยู่มากมายในอังกฤษที่มีการให้สัญญาความคุ้มกัน (promise of immunity) แก่พยาน ทั้งนี้เพื่อให้มีการสละสิทธิในเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา แต่วิธีปฏิบัติดังกล่าวได้สร้างปัญหาต่างๆ ที่ยังไม่กระจ่างชัดมากมาย เช่น ใครควรจะได้รับสิทธิ ในการให้สัญญาสัญญานั้นควรจะได้รับตรวจสอบจากศาลหรือไม่ พยานมีสิทธิปฏิเสธ ข้อเสนอของรัฐในการให้สัญญาหรือไม่ และหากรัฐไม่รักษาสัญญาจะมีทางป้องกันพยานไม่ให้ ถูกฟ้องร้องอย่างไรได้บ้าง เป็นต้น Heydon เห็นว่าปัญหาต่างๆ เหล่านี้ควรจะยึดถือแบบอย่างของอเมริกาที่ว่า การให้สัญญานั้นต้องได้รับการเห็นชอบจากศาล แต่พยานอาจปฏิเสธขอเสนอนี้ได้ และแม้พยานจะยอมรับขอเสนอแล้วแต่ต่อมาภายหลังปฏิเสธที่จะให้การ โดยอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง พยานอาจไม่ต้องรับโทษ ควรจะมีอำนาจบังคับให้พยานให้การได้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าพยานไม่มีอะไรจะต้องสูญเสียจากการยอมรับขอเสนอนั้น และถ้าพยานยอมรับข้อเสนอแล้วผิดสัญญาไม่ยอมสละสิทธิที่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการออก nolle prosequi ได้ก็ตาม แต่ในกรณีให้สัญญาแห่งความคุ้มกันนี้ศาลควรมีอำนาจเข้าไปแทรกแซงได้

สำหรับการให้สัญญาความคุ้มกันนี้ Sir Michael Havers ซึ่งเป็น Attorney General ได้ให้คำอธิบายไว้พอสรุปได้ว่า การให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องนั้นเป็นอำนาจเฉพาะของ Attorney - General หรือ Director of Public Prosecution ทั้งนี้ เพราะบุคคลดังกล่าวนี้เท่านั้น ที่มีอำนาจในการจะยุติการฟ้องร้องคดีใดๆ ได้และมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความคุ้มกันดังนี้⁴¹

⁴¹ สุชิน ต่างงาม, *การกั้นผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 53

(1) ในกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (interests of justice) เมื่อได้พิจารณาเห็นว่าบุคคลผู้ต้องสงสัย (suspected person) นั้นควรจะถูกเอาไว้เป็นพยานสำหรับรัฐมากกว่าเอาเป็นจำเลย

(2) ในกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยของส่วนร่วม (interests of public safety or security) การได้รับข่าวสาร (information) เกี่ยวกับขอบเขตและลักษณะของการกระทำผิดอาญามีความสำคัญมากกว่าการลงโทษบุคคลผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมกระทำผิดนั้น

(3) ในกรณีที่จะทำให้ไม่ได้ข่าวสารหรือข้อมูลใดๆ เลย (ถ้าไม่มีการให้ความคุ้มกัน)

แต่อย่างไรก็ตาม คำให้การรับสารภาพเกี่ยวกับความผิดต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มกันจะรับฟังได้จะต้องเป็นคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจมิได้เกิดจากการเกรงกลัวอคติหรือหวังผลประโยชน์หรือจากการแนะนำหรือจูงใจจากเจ้าหน้าที่

1.3.3 ขอบเขตในทางปฏิบัติของความคุ้มกัน

เนื่องจากการให้ความคุ้มกันนี้เป็นเรื่องในทางปฏิบัติจึงได้มีการผันแปรหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบ หรือวิธีการอยู่ตลอดเวลา จนยากที่จะกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่ฟ้องคดีนั้นจะพบเห็นได้ง่าย แม้แต่ตำรวจธรรมดาที่อาจจะให้สิ่งที่เรียกว่าความคุ้มกันได้ โดยทำเป็นไม่เห็น (by turning a blind eye) ความผิดเล็กๆ น้อยๆ ของผู้ให้ข่าวสารหรือข้อมูลแก่เขา นอกจากนี้กรณีหากจะใช้ผู้ให้ข่าวสารนั้นเป็นพยาน โดยวิธีพิจารณาคดีก็จะทำให้เปิดเผยถึงสถานะของพยาน แต่ในการต่อสู้อาชญากรรมของตำรวจโดยเฉพาะอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นการจัดองค์กรที่ดี หรือการกระทำผิดอาญาที่มีลักษณะที่เรียกว่า “highly - professional crime” เช่น การค้ายาเสพติด หรือการข่มขู่ หรือความผิดที่ถูกจัดอย่างมีระบบ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ข่าวเกี่ยวกับความผิดอาญานั้นอาจจะมีคุณค่ายิ่งใหญ่แม้ว่าผู้ให้ข่าวสารนั้นจะไม่เคยให้การโดยเปิดเผยเลยก็ตาม ดังนั้น กฎหมายจึงได้ให้ความคุ้มครองแก่แหล่งข่าวของตำรวจซึ่งจะเป็นผลทำให้วัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มกันนั้นไม่มีโอกาสได้ถูกนำมาใช้ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มกันนี้โดยปกติจะใช้ในกรณีที่คดีนั้นหากไม่ได้รับความร่วมมือจากเหยื่อหรือผู้มีส่วนในการกระทำผิดแล้วก็จะเป็นการยากที่จะได้พยานหลักฐานที่เพียงพอในการฟ้องร้อง ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ตัวอย่างเช่น การให้ความคุ้มกันกับผู้เสียหายในคดีกรรโชกทรัพย์เพื่อเอาคำให้การ

ของเขายันผู้กรรโชกทรัพย์นั้น หรือหากไม่ฟ้องบุคคลบางคนที่มีความผิดฐาน ให้สินบนเจ้าหน้าที่ เพื่อเอาคำให้การนั้นไปใช้ยันผู้รับสินบนเป็นต้น⁴²

1.3.4 การควบคุมการให้ความคุ้มกัน

ในการให้ความคุ้มกันนั้นจำเป็นต้องมีการควบคุมการให้ความคุ้มกันด้วย โดยแยกการควบคุมไว้ดังนี้

1) การควบคุมโดยศาล (court controls) ได้มีการถกเถียงกันอยู่ตลอดเวลาว่าศาลควรมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงเกี่ยวกับการสั่งคดีของอัยการ ได้หรือไม่ ศาลได้เคยกล่าวไว้ว่าดุลพินิจในการสั่งคดีนั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องของอัยการ โดยสมบูรณ์ ศาลอาจจะเข้ามาแทรกแซงได้ หากการใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องนั้น ไม่ถูกต้องชอบธรรม (bad faith)⁴³ แต่อย่างไรก็ตามหากการใช้ดุลพินิจนั้น ได้กระทำก่อนที่ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว ศาลก็ไม่อาจจะเข้ามาแทรกแซงใดๆ ได้เลย และแม้ข้อเท็จจริงศาลจะเข้ามามีอิทธิพลเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจสั่งคดีของอัยการก็ตาม แต่ในกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องเพื่อที่จะกันตัวบุคคลใดไว้เป็นพยานแล้วศาลจะเข้ามามีอิทธิพลมากกว่าที่คิดไว้โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักคำให้การพยาน ในส่วนที่เกี่ยวกับสถานะและคุณภาพของพยาน ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่เอาผู้ร่วมกระทำผิดมาเป็นพยาน ศาลจะเตือนลูกขุนให้ระมัดระวังในการชั่งน้ำหนักคำพยานที่เป็นผู้ร่วมกระทำผิด เพราะเกรงว่าจะเป็นการให้การปรักปรำ หรือกล่าวโทษคนอื่นเพื่อให้ ตนเองพ้นผิด และไม่ควรจะลงโทษจำเลยเพียงเพราะคำให้การของพยานผู้ร่วมกระทำผิดแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่มีพยานอื่นประกอบ⁴⁴

ในคดี B. J. Turner ผู้พิพากษา Lawton ได้กล่าวไว้ในศาล Court of Appeal ว่าการให้ความคุ้มกันจากการฟ้องร้องจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interests) อัยการจะต้องใช้อำนาจนี้อย่างประหยัดที่สุดและใช้เฉพาะในคดีอาญาที่สำคัญ (grave crimes) กับทั้งควรจะต้องปรึกษากับเจ้าหน้าที่กฎหมาย (the law officers) ก่อนที่จะให้สัญญาใดๆ กับผู้ร่วมกระทำผิด

⁴² สุชิน ต่างงาม, *การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 55

⁴³ สุชิน ต่างงาม, *การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 55

⁴⁴ สุชิน ต่างงาม, *การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 56

แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นของศาลที่เห็นว่ามีอำนาจเข้ามาแทรกแซงการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีของอัยการนั้นก็ได้รับการโต้แย้งจากอัยการ โดยทั่วไป Lord Seaman โต้แย้งว่า ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อการที่อัยการจะฟ้องหรือไม่ถ้า The Director of Public Prosecution ตัดสินใจไม่ฟ้องคดี ศาลก็ไม่สามารถที่จะมาบังคับใดๆ ได้

2) การควบคุมโดยทางการเมือง (Political Controls) การให้ความคุ้มกัน (immunity) มีการโต้เถียงกันอยู่ว่าใครควรมีอำนาจในการให้ความคุ้มกัน อัยการอ้างว่าอัยการเท่านั้นที่มีอำนาจในการป้องกันการถูกฟ้องร้องซึ่งในปัจจุบันเป็นหน้าที่ของ Attorney-General ที่จะตัดสินใจเริ่มต้นหรือยุติการดำเนินคดีอาญาใดๆ โดยความรับผิดชอบส่วนตัวของเขาเอง ในการพิจารณาตัดสินใจนั้นเขามีอิสระในการที่จะปรึกษาหารือบุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นผู้ร่วมงานของเขาได้ ในเรื่องทางการเมือง แต่เขาไม่ตกอยู่ใต้อำนาจของบุคคลเหล่านั้นในการที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องอย่างไรก็ตาม มีการโต้เถียงเกี่ยวกับอำนาจของ Attorney-General โดยเฉพาะการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมือง เช่น คดีสายลับหรือคดีที่เกี่ยวกับการความมั่นคงของชาติ มีผู้เห็นว่าควรจะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Home Secretary) ในการให้ความคุ้มกัน ทั้งนี้ เพราะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมืองต่องานของ The Director of Security Intelligence ซึ่งในลักษณะเช่นนี้ เขาย่อมสามารถที่จะได้รับข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลที่เป็นจารชนได้เป็นอย่างดี แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบในทางปฏิบัติเป็นที่กระจ่างชัดว่า Attorney - General เท่านั้นที่เป็นผู้ให้ความคุ้มกัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลว่าจะให้ความคุ้มกันมากน้อยแค่ไหน และในสถานการณ์เช่นไร

1.3.5 ผลของการให้ความคุ้มกัน

เนื่องจากการให้สัญญาความคุ้มกันในอังกฤษเป็นเรื่องในทางปฏิบัติซึ่งไม่มีปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น ทางปฏิบัติซึ่งไม่มีรูปแบบพิธีนี้ทำให้เกิดผลที่ไม่แน่นอน ถึงแม้ว่าเจตนาของการให้ความคุ้มกันจะไม่มีการฟ้องร้องอีกนั้น และในทางทฤษฎีก็จะเห็นได้ว่าไม่มีสิ่งที่จะต้องเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องต่อไปก็ตาม แต่ก็มีผู้เห็นว่าควรจะมีรูปแบบการให้ความคุ้มกันที่เป็นทางการซึ่งจะถูกต้องและเหมาะสมกว่า เพื่อจะได้มีข้อตกลงที่เป็นทางการ มีการบันทึกในข้อตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดของความผิดที่ให้ความคุ้มกันเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของความคุ้มกันที่จะตามมาภายหลัง ในขณะที่เดียวกันก็ควรจะยกเลิกบทบัญญัติ ที่ให้ฝ่ายบริหาร

มีอำนาจให้อภัยโทษ (pardon) ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่าง Attorney-General ในการให้ความคุ้มกันกับการให้อภัยโทษของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Home Secretary)⁴⁵

2. การกันบุคคลเป็นพยานตามกฎหมายไทย

2.1 ในชั้นพนักงานสอบสวน

ในทางปฏิบัติการกันตัวผู้ต้องหาเป็นพยานสามารถกระทำได้ในชั้นการสอบสวน และพนักงานอัยการสามารถกระทำได้ทั้งเมื่อขณะตกเป็นผู้ต้องหาและไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ต้องหา กรณีไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ต้องหา หมายถึง กรณีพนักงานสอบสวนไม่จับกุมและไม่ได้ตั้งข้อหาแก่ผู้ที่พนักงานสอบสวน โดยเห็นว่ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ทั้งนี้ เพื่อกันไว้เป็นพยาน ซึ่งกรณีว่าจับกุมบุคคลใดเป็นผู้ต้องหาหรือไม่เช่นนี้เป็นเรื่องดุลพินิจของพนักงานสอบสวน ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดๆ วางไว้เป็นเรื่องของการปฏิบัติว่ากรณีใดควรทำ กรณีใดไม่ควรทำ ดังนั้น ศีลธรรมของพนักงานสอบสวนจึงเป็นสิ่งสำคัญ แม้พนักงานอัยการก็ไม่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องได้โดยตรง คงกระทำได้เพียงการแนะนำหากพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำโดยไม่มีเหตุผล จึงแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนพิจารณาตามลำดับเท่านั้น⁴⁶ การกันผู้ต้องหาเป็นพยานชั้นพนักงานสอบสวน อาศัยหลักตามระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีลักษณะที่ 8 บทที่ 7 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในบางคดี ประกอบหนังสือสั่งการ ที่เกี่ยวข้องคือหนังสือกรมตำรวจ ที่ มท.0606.6/614 ลง 19 มกราคม 2541 เรื่อง การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน และหนังสือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 0001 (ป)/124 ลง 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาเป็นพยาน พอสรุปได้ดังนี้ เมื่อพนักงานสอบสวนมีความจำเป็นต้องกันผู้ต้องหาเป็นพยาน ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ของคดีว่าเป็นคดีมีเหตุพิเศษหรือยุ่งยากสลับซับซ้อนหรือคดีร้ายแรง คนจำนวนมากพากันเกรงกลัวหรือคดีบางเรื่องเกิดขึ้นในที่ลับ โดยบุคคลอื่นไม่สามารถรู้เห็นได้ นอกจากเป็นผู้กระทำผิดด้วยกันหรือคดีที่มีการกระทำในรูปขบวนการ (organized crime) ซึ่งพนักงานสอบสวนพยายามแสวงหาและรวบรวม

⁴⁵ สุชิน ต่างงาม, การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 58

⁴⁶ สุชิน ต่างงาม, การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529, หน้า 106

พยานหลักฐาน ทุกวิถีทางแล้วไม่อาจหาพยานหลักฐานในคดีนั้นอีก⁴⁷ จากนั้นจึงนำข้อเท็จจริง มาพิจารณาหลักเกณฑ์ของบุคคลที่จะกันไว้เป็นพยาน โดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้⁴⁸

1) ผู้ต้องหาที่จะกันไว้เป็นพยานนั้นไม่ใช่ตัวการสำคัญ
 2) ถ้าไม่กันผู้ต้องหาคนนั้นไว้เป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่ไม่เพียงพอ ในการดำเนินคดีและไม่อาจจะแสวงหาพยานหลักฐานอื่นใดได้อีก

3) ผู้ที่จะถูกกันเป็นพยานนั้นให้การเป็นประโยชน์แก่การสอบสวนและจะไปเบิกความ ขึ้นศาลได้เมื่อพนักงานสอบสวนพิจารณาเห็นควรกันผู้ต้องหาคนใดเป็นพยานแล้วให้ชี้แจงเหตุผล แห่งความจำเป็น เสนอหัวหน้าพนักงานสอบสวนท้องที่หรือหัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ เป็นผู้สั่งหากเป็นคดีอุกฉกรรจ์⁴⁹ หรือเหตุที่ต้องรายงานด่วน⁵⁰ ให้เสนอผู้บังคับการหรือหัวหน้า ตำรวจภูธรจังหวัดเป็นผู้สั่งการแล้วแต่กรณี ถ้าเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง แห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นคอมมิวนิสต์ ให้เสนอกรมตำรวจเป็นผู้พิจารณาสั่ง

หากได้รับอนุญาตให้กันผู้ต้องหาเป็นพยานแล้ว ให้พนักงานสอบสวน รับผิดชอบ มีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา นั้น เสนอตามระเบียบจนถึงพนักงานอัยการ เมื่อพนักงานอัยการ มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องแล้ว ให้พนักงานสอบสวนรับผิดชอบผู้ต้องหา นั้น ไว้ในฐานะพยานตามคำสั่ง ของพนักงานอัยการ โดยการสอบสวนปากคำ พนักงานสอบสวนต้องแจ้งผู้ต้องหาที่ถูกกันเป็นพยาน ให้ทราบว่า เขาเป็นอิสระภาพแล้ว ย่อมมีสิทธิให้ถ้อยคำใดตามความสัตย์จริงทุกประการ และต้องให้ ปฏิญาณหรือสาบานตนก่อนให้ถ้อยคำเช่นเดียวกับพยานอื่น เพราะการสอบสวนปากคำผู้ต้องหา กับการสอบสวนปากคำพยานบุคคลนั้น มีลักษณะการกระทำ ไม่เหมือนกัน ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาก็บัญญัติไว้ต่างกัน คือ พนักงานสอบสวนพึงระมัดระวัง การสอบสวน ปากคำผู้ต้องหาอาจให้การบิดเบือน หรือซัดทอดและซ้ำเติมพวกเดียวกัน ซึ่งอาจเป็นความเท็จ และการสอบสวนปากคำผู้ต้องหาที่พนักงานสอบสวนขอกันเป็นพยาน พนักงานสอบสวนต้องทำ การสอบสวนปากคำในฐานะผู้ต้องหาให้ปรากฏข้อเท็จจริง ตามรูปคดี โดยละเอียดที่สุดเท่าที่จะทำได้ เมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้อง การสอบสวนปากคำพนักงานสอบสวนเพียงให้ผู้ต้องหา ที่กันเป็นพยานนั้นยืนยันบันทึกปากคำ ของคนที่เคยให้ไว้ในฐานะผู้ต้องหาเป็นถ้อยคำของตน ในฐานะพยาน ไม่ควรสอบสวนปากคำเพิ่มเติมในรายละเอียดอย่างอื่นอีก เพราะอาจมองว่าถ้อยคำ ดังกล่าวเกิดจากการให้การสำคัญในทางราชการทางสังคม ทางการค้าหรือสื่อมวลชนเกี่ยวกับ

⁴⁷ ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 8 บทที่ 7 การกันผู้ต้องหาเป็นพยานในบางคดี ข้อ 257

⁴⁸ หนังสือ กรมตำรวจ ที่ มท 0606.6/614 ลงวันที่ 19 มกราคม 2541 เรื่อง การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน

⁴⁹ ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 18 บทที่ 1 ข้อ 1.1

⁵⁰ ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 18 บทที่ 1 ข้อ 1.2

เจ้าพนักงาน เกี่ยวกับสถานที่ราชการ เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เกี่ยวกับสภาวะแวดล้อมอุบัติเหตุหรือภัยธรรมชาติ และเหตุพิเศษอื่นสัญญา หรือจงใจ เพื่อให้ถ้อยคำ อีกทั้ง การปฏิบัติของพนักงานสอบสวน ห้ามมิให้ดำเนินการใดๆ โดยใช้ถ้อยคำ อันเป็นการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการใดๆ ซึ่งอาจ ทำให้เสียหายต่อรูปคดี และการรับฟังพยานหลักฐานชั้นพิจารณาคดีของศาลได้

อีกประการหนึ่ง การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ต้องมีพยานอื่นๆ หรืออาศัยถ้อยคำพยานชนิดนี้สอบสวนให้ได้พยานหลักฐานอื่นๆ มาเป็นหลักฐานแห่งคดีอีกได้ เพราะการที่พนักงานสอบสวนกันผู้ต้องหาคนใดเป็นพยานนั้น พนักงานอัยการมีอำนาจที่จะให้พนักงานสอบสวนส่งตัวไปฟ้องก็ได้ จึงจำเป็นที่พนักงานสอบสวนจะต้องไต่ตรองผลได้ผลเสีย ก่อนที่จะวินิจฉัยเด็ดขาดขอกันผู้ต้องหาคนใดไว้เป็นการกันตัวผู้ต้องหาเป็นพยานของพนักงานสอบสวนตามประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี (ปรับปรุง พ.ศ. 2555)

ตามประมวลระเบียบการตำรวจ ภาคที่ 1 ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีซึ่งตราขึ้นโดยข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 1/2498 ลงวันที่หนึ่ง 8 กุมภาพันธ์ 2498 ได้ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนในการกันผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่ง ซึ่งเห็นว่าไม่ใช่ตัวการสำคัญไว้เป็นพยานได้โดยปล่อยผู้ต้องหานั้นให้ผลจากการเป็นผู้ต้องหาและผู้สอบสวนจะต้องชี้แจงเหตุผลแห่งความจำเป็นจริงๆ เสนอขออนุมัติ โดยในกรุงเทพมหานครให้เสนอขออนุมัติต่อกรมตำรวจ ส่วนในต่างจังหวัดให้เสนอขออนุมัติต่อผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้รักษาราชการแทน (ข้อ 257) เมื่อได้รับอนุมัติแล้วพนักงานสอบสวนจะต้องจัดการปล่อยตัวผู้ต้องหาให้พ้นข้อหาแล้วแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบว่าเขาอิสรภาพแล้ว เขาย่อมมีสิทธิให้การได้ตามความสัตย์จริงทุกประการและทำให้การนี้ ผู้สอบสวนจะสอบในฐานะเป็นพยานในคดีต่อไปและต้องให้สาบานหรือปฏิญาณ เช่น พยานอื่น (ข้อ 258) และการที่จากกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานนั้นจำเป็นต้องมีพยานอื่นๆ หรืออาจอาศัยถ้อยคำจากพยานชนิดนี้สืบสายให้ได้หลักฐานอื่นๆ มาเป็นหลักประกันคดีได้อีก (ข้อ 259)

จากระเบียบดังกล่าวจะเห็นว่าพนักงานสอบสวนต้องมีความเห็นสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่จะกันไว้เป็นพยานแล้วจึงปล่อยผู้ต้องหานั้นพ้นข้อหาไป แล้วจึงเรียกผู้ต้องหานั้น มาสอบสวนใหม่ในฐานะพยาน ทั้งนี้ ก็เพื่อปกป้องกันมิให้พยานให้การเท็จ แต่ระเบียบที่วางไว้นี้ ดูจะไม่มีผลในการปฏิบัติมากนัก โดยเฉพาะการสั่งไม่ฟ้องแล้วสอบสวนใหม่ในฐานะพยานเพราะศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า กรณีเช่นนี้ไม่ทำให้ความรู้สึกของพยานพ้นจากฐานะการเป็นผู้ต้องหาได้ ดังนั้น แม้ทำให้การใหม่ในฐานะพยานนี้จะมีความเท็จก็ไม่ผิดฐานแจ้งความเท็จ

แต่อย่างไรก็ตาม การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในชั้นพนักงานสอบสวนนี้ไม่มีผลเป็นการผูกมัดพนักงานอัยการ เพราะอำนาจในการสั่งคดีโดยแท้จริงนั้นเป็นของพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 142 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น หากพนักงานอัยการพิจารณาเห็นว่า พยานที่พนักงานสอบสวนกันนั้น ไม่มีความจำเป็นหรือมากเกินไปจนความจำเป็น พนักงานอัยการก็มีอำนาจที่จะสั่งฟ้องผู้ต้องหาที่กันไว้เป็นพยานนั้นได้ แต่ก็อาจจะมีปัญหาในเรื่อง คำให้การของพยานในชั้นพิจารณาคดีของศาลได้ โดยเฉพาะกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่จะนำ คำให้การของจำเลยที่ให้การเป็นพยานในชั้นสอบสวนมาอ้างพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดไม่ได้ เพราะในคดีอาญานั้น พยานหลักฐานที่จะส่งลงโทษจำเลยได้ต้องเป็นพยานหลักฐานโจทก์ เมื่อจะเอาจำเลยเป็นผู้ต้องหาที่ต้องสอบสวนในฐานะผู้ต้องหา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 ทั้งนี้ ตามในคำพิพากษาฎีกา ที่ 1106/2506 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า โจทก์ฟ้องจำเลยเลขที่ 1-4 ในความผิดเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ แต่เดิมพนักงานสอบสวนมิได้ดำเนินคดีกับจำเลยที่ 3 เพียงแต่สอบสวนในฐานะเป็นพยานโจทก์ แต่ศาลอุทธรณ์เห็นว่า จำเลยที่ 3 ได้ร่วมกระทำผิดด้วย โดยหยิบยกเอาคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยที่ 3 ซึ่งให้การ ในฐานะเป็นพยานโจทก์มาวินิจฉัยลงโทษ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในคดีอาญานั้นพยานหลักฐานที่จะลงโทษจำเลยได้ ต้องเป็นพยานหลักฐานโจทก์ ทั้งมีกฎหมายห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน เมื่อจะเอาจำเลยที่ 3 เป็นผู้ต้องหาที่ต้องสอบสวนในฐานะผู้ต้องหา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 การที่พนักงานสอบสวนอ้างจำเลยที่ 3 เป็นพยานกันชั้นแรก จึงเป็นพยานที่ไม่ชอบ จะพิสูจน์ว่าจำเลยที่ 3 มีผิดไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว หากพนักงานอัยการไม่เห็นฟ้องด้วยความเห็นของพนักงานสอบสวนที่ให้กันใครคนใดคนหนึ่งไว้เป็นพยาน พนักงานอัยการย่อมไม่อาจมีคำสั่งฟ้องพยานเป็นผู้ต้องหาได้ทันที โดยเฉพาะกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่นสนับสนุนคำฟ้องสำหรับจำเลยนั้น เพราะถ้าฟังคำให้การของจำเลยนั้นย่อมฟังลงโทษจำเลยเองไม่ได้ ดังที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว ครั้นพนักงานอัยการจะสั่งให้พนักงานสอบสวนสอบพยานใหม่ในฐานะผู้ต้องหา ก่อนที่จะมีคำสั่งฟ้อง หากพนักงานสอบสวนยินยอมปฏิบัติตามก็ไม่มีปัญหา แต่พนักงานอัยการก็หาอำนาจบังคับให้พนักงานสอบสวนสอบพยานเป็นผู้ต้องหาได้ดังที่กล่าวมาแล้ว จึงนับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่น่าสนใจ ซึ่งปัญหาเช่นนี้พนักงานอัยการจะต้องสั่งให้พนักงานสอบสวนสอบสวนเพิ่มเติมตามมาตรา 143 วรรคสอง (ก) เพื่อหาพยานหลักฐานอื่นๆ มาสนับสนุนคำฟ้องพอที่จะเชื่อได้ว่ามีพยานหลักฐานที่ศาลสามารถจะโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องอาศัยคำให้การของจำเลยเพียงอย่างเดียว แต่ในกรณีที่มีพยานหลักฐานอื่นอยู่เพียงพอที่เห็นว่าศาลจะสามารถลงโทษจำเลยได้แล้ว พนักงานอัยการก็สามารถที่จะสั่งฟ้องไปได้ทันที

2.2 ในชั้นพนักงานอัยการ

พนักงานสอบสวนเมื่อทำการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทางคดีเสร็จสิ้นแล้วต้องทำความเห็นทางคดีเสนอพนักงานอัยการให้ทำความเห็นทางคดีพิจารณาสั่งการ⁵¹ ตามปกติอำนาจการสั่งคดีได้จากสำนวนการสอบสวนที่พนักงานสอบสวนจัดทำขึ้น หากพยานหลักฐานมีเพียงพอ พนักงานอัยการจะทำความเห็นทางคดีสั่งฟ้อง แต่หากพยานหลักฐานมีไม่เพียงพอ พนักงานอัยการสมควรทำความเห็นควรทางคดีสั่งไม่ฟ้อง จึงเห็นได้ว่า หลักการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการนั้น อาจแยกได้เป็น 2 หลักใหญ่ คือ⁵²

1) หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย หมายถึง หลักการที่ถือว่าพนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีอาญาทั้งปวงกับพยานหลักฐานเพียงพอให้ฟ้องร้องต่อศาลได้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่ว่าประชาชนมีสิทธิเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย อีกทั้งเป็นการป้องกัน มิให้พนักงานอัยการใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบ

2) หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ หมายถึง หลักการที่เห็นว่าพนักงานอัยการควรมีดุลพินิจที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีได้ แม้จะมีพยานหลักฐานเพียงพอในการพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด หากได้พิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดแล้วเห็นว่า การฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เมื่อดุลพินิจการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการแล้ว กรณีหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายย่อมไม่เกิดปัญหา ในทางปฏิบัติ เพราะเมื่อมีพยานหลักฐานเพียงพอพนักงานอัยการย่อมสั่งฟ้องคดีนั้นและหากพยานหลักฐานไม่เพียงพอพนักงานอัยการย่อมสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นเช่นกัน แต่หากเป็นหลักการ ฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ จึงเป็นเหมือนการกันตัวผู้กระทำความผิดออกจากกรฟ้องคดีต่อศาล อันเป็นการนำรูปแบบหนึ่งของการนำผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมตามปกติ⁵³ ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องกรณีนี้อาจแบ่งแยกได้เป็น 2 รูปแบบคือ⁵⁴

(1) การสั่งไม่ฟ้องโดยไม่มีเงื่อนไข หมายถึง การที่อัยการสั่งไม่ฟ้องไปในทันทีด้วยเหตุผลอื่นที่ไม่ใช่เหตุผลในด้านของพยานหลักฐาน เนื่องจากเห็นว่าในคดีนั้นไม่ควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือมีเหตุผลอื่น

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143

⁵² เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, “ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐ” วารสารนิติศาสตร์ 10, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521, หน้า 159-160

⁵³ ศุภกิจ เข้มประชา, *บทบาทของอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากกรฟ้องคดีต่อศาล*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 12

⁵⁴ กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์, “อัยการกับกระบวนการยุติธรรม”, ใน *บทบัญญัติ 47*, 2534, หน้า 130-131

(2) การสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไขหรือการชะลอการฟ้อง หมายถึง การที่อัยการยังไม่สั่งคดี แต่จะชะลอคดีไว้ชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งโดยกำหนดเวลาให้ผู้ต้องหาปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด หากปฏิบัติตาม อัยการก็จะสั่งไม่ฟ้อง เมื่อดูหลักการตามกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจมีส่วนคล้ายกับการดำเนินการของประเทศไทย โดยอาศัยหลักพนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดี ส่วนการกันผู้ต้องหาเป็นพยาน เป็นหลักการฟ้องตามดุลพินิจของอัยการ ที่ทำการสั่งไม่ฟ้องโดยไม่มีเงื่อนไขด้วยเหตุผลอื่น ซึ่งน่าจะเป็นเหตุเกี่ยวกับการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนหรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติหรือผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศได้⁵⁵ การกันผู้ต้องหาเป็นพยานของพนักงานอัยการ อาศัยระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 79 สรุปเป็นหลักสำคัญ ได้ดังนี้

ก. ในกรณีที่พนักงานสอบสวนกันผู้ต้องหาซึ่งร่วมกระทำผิดด้วยกันคนใดคนหนึ่งเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการพิจารณาให้รอบคอบ โดยอาศัยหลักคือ

ก) ถ้าไม่กันผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งเป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือไม่

ข) อาจแสวงหาพยานหลักฐานอื่นแทนเพื่อให้เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดนั้นได้หรือไม่

ค) ถ้อยคำของบุคคลนั้นรับฟังเป็นความสัตย์ได้เพียงใด

ง) ความคาดหมายในการที่ผู้ต้องหาจะเบิกความเป็นประโยชน์ในการพิจารณาหรือไม่

จ) ฟังพิจารณากันผู้กระทำความผิดน้อยที่สุดเป็นพยาน

ข. เมื่อพนักงานอัยการได้วินิจฉัยและเห็นควรกันผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งเป็นพยานให้พนักงานอัยการออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้นและเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าวแล้วให้พนักงานอัยการสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนถ้อยคำผู้ที่กันไว้เป็นพยานนั้น เป็นพยานประกอบสำนวนต่อไป

ค. การดำเนินคดีกับบุคคลที่ได้กันไว้เป็นพยานในคดีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 144, 149, 167 และ 201 ถ้าปรากฏว่าบุคคลใดเต็มใจให้การเป็นพยาน ในชั้นสอบสวนหรือเคยถูกอ้างเป็นพยานพนักงานอัยการ โจทก์และได้เบิกความยืนยันการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานผู้รับสินบนจนศาลพิพากษาลงโทษเจ้าพนักงานผู้นั้นและคดีถึงที่สุดแล้ว ให้พนักงานอัยการทำความเห็น

⁵⁵ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78

เสนอสำนวนตามลำดับขึ้นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อสั่งระเบียบการดำเนินคดีของพนักงานอัยการดังกล่าวออกมา เพื่อรองรับทางปฏิบัติของพนักงานอัยการเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 รวมถึงอำนาจในการใช้ดุลพินิจเพื่อกันผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นพยาน โดยการสั่งไม่ฟ้องผู้ร่วมกระทำความผิดดังกล่าวด้วย พนักงานอัยการไม่ถูกผูกมัดกับความเห็นของพนักงานสอบสวน แม้พนักงานสอบสวนจะกันผู้ร่วมกระทำความผิดรายใดไว้เป็นพยาน แต่หากพนักงานอัยการพิจารณาเห็นว่า พยานที่พนักงานสอบสวนกันไว้นั้น ไม่มีความจำเป็นหรือมากเกินไปจนความจำเป็น พนักงานอัยการมีอำนาจที่จะสั่งฟ้องผู้ต้องหาที่กันไว้เป็นพยานนั้นได้ ส่วนกรณีพนักงานสอบสวนไม่มีการดำเนินคดีกับผู้ใดมาก่อน แต่สอบสวนปากคำไว้เป็นพยานบุคคล ในสำนวนนั้น หากพนักงานอัยการเห็นว่าพยานบุคคลนั้นมีส่วนในการกระทำความผิดพนักงานอัยการไม่มีอำนาจในการสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนพยานบุคคลนั้นเป็นผู้ต้องหาได้⁵⁶

การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน มีมาเป็นเวลานาน ก่อนที่จะมีการออกระเบียบการดำเนินคดีของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 79 วางแนวทางปฏิบัติให้แก่พนักงานอัยการ โดยปกติพนักงานอัยการจะใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งตามหลักกฎหมายอังกฤษเรียกพยานนี้ว่า King's Evidence⁵⁷ อย่างไรก็ตาม ถ้าพนักงานอัยการยังมีได้ มีคำสั่งไม่ฟ้อง แม้จะกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานภายหลัง พนักงานอัยการกลับฟ้องผู้ที่กระทำความผิดเหล่านี้ก็ได้ แต่พนักงานอัยการจะไม่ทำเช่นนั้นเนื่องจากผู้ร่วมกระทำความผิด ที่ยอมเบิกความเป็นพยานจนศาลลงโทษผู้กระทำความผิดรายสำคัญนั้น ถือเป็นพยานของรัฐ ที่จะต้องคุ้มครองป้องกันให้สมกับการที่เขาช่วยเหลือรัฐในการดำเนินคดีกับอาชญากรสำคัญ เพราะมิฉะนั้นจะเกิดผลเสียหายเป็นอย่างยิ่งแก่รัฐ ทั้งในด้านของการอำนวยความสะดวกและประนีประนอมผู้กระทำความผิดร้ายแรงต่อไปในอนาคต ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดถึงการใช้อำนาจของพนักงานอัยการในการกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานและสั่งไม่ฟ้องพยานดังกล่าว คือ การสั่งไม่ฟ้อง นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ผู้ต้องหาในคดีให้สินบนเจ้าพนักงานซึ่งถูกดำเนินคดีหลังจากที่เคยเบิกความเป็นพยานโจทก์ในคดีที่พนักงานอัยการฟ้องพลเอกสุรจิต จารุเสถียร เป็นจำเลย ฐานเป็นเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน จนในที่สุดศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำเลยตามฟ้องของโจทก์ ต่อมาพนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ในข้อหาว่าให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในเรื่องเดียวกันนั่นเอง อัยการสูงสุดได้ชี้ขาดความเห็นแย้งโดยสั่งไม่ฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ เนื่องจากเห็นว่า

⁵⁶ ความเห็นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจสั่งให้สอบสวนเพิ่มเติมของอัยการ เรื่องเสรีจที่ 402/2546

⁵⁷ เจ็มซีย์ ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2543, หน้า 258

การย้อนกลับมาฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ซึ่งเคยเป็นพยานของรัฐเบิกความจนกระทั่งศาลลงโทษตัดสินจำเลยไปแล้วนั้น จะเป็นการเสียความยุติธรรมและเสียศีลธรรม ซึ่งโดยหลักของพนักงานอัยการไม่อาจจะดำเนินการเช่นนั้นได้ นอกจากนี้ หากฟ้องผู้ร่วมกระทำความผิดที่ให้การเป็นพยานเป็นจำเลย ก็จะเป็นผลร้ายอย่างยิ่งแก่รัฐ เนื่องจากหากมีการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันต่อไปผู้ให้สินบนจะไม่กล้าแสดงข้อเท็จจริงหรือเบิกความเป็นพยาน เพราะตนจะถูกฟ้องคดีในภายหลังเมื่อไม่มีผู้เสียหาย มาร้องทุกข์ก็จะไม่มีคดีและไม่สามารถลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดได้ในกาลต่อไป

ในเรื่องคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการที่มีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาคนใด เพื่อที่จะกันไว้เป็นพยานนั้น คำสั่งยังไม่เด็ดขาดแต่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติตามที่กล่าวไว้ในมาตรา 145 สรุปได้ดังนี้

1) ถ้าคำสั่งเป็นของพนักงานอัยการในกรุงเทพมหานคร ให้พนักงานอัยการรับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่ง เสนออธิบดีกรมตำรวจรองอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ ถ้าเป็นคำสั่งของพนักงานอัยการในจังหวัดอื่น ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งไปเสนอผู้ว่าราชการจังหวัด

2) เมื่อบุคคลดังกล่าวในข้อ 1) ได้รับสำนวนการสอบสวนพร้อมทั้งคำสั่งไม่ฟ้องแล้ว บุคคลเหล่านั้นมีอำนาจตรวจสอบสำนวนเพื่อทำความเข้าใจหรือความเห็นแย้งคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการได้

3) หากบุคคลในข้อ 1) มีความเห็นชอบด้วยกับคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการเป็นคำสั่งเด็ดขาด หากไม่เห็นชอบโดยมีคำสั่งแย้งกับพนักงานอัยการดังกล่าว ต้องส่งสำนวนพร้อมกับความเห็นแย้งไปยังอธิบดีกรมอัยการเพื่อชี้ขาด หากเป็นคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีแล้ว ผลคือห้ามมิให้มีการสอบสวนเกี่ยวกับบุคคลนั้นในเรื่องเดียวกันอีก เว้นแต่จะได้พยานหลักฐานใหม่อันสำคัญเกิดซึ่งจะทำให้ศาลลงโทษผู้ต้องหาคนนั้นได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 147

การดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการนั้นเป็นการดำเนินคดีตามหลักดุลพินิจ กล่าวคือ อัยการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดี แม้ผู้นั้นจะกระทำความผิดจริง หากเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ดังที่ได้วางหลักไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 วรรค 2 “ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนหรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติหรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญ ของประเทศให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้”

การกันตัวผู้ต้องหาเป็นพยานของพนักงานอัยการนั้น เป็นการประสานความร่วมมือกับพนักงานสอบสวน โดยพนักงานอัยการจะมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143

นอกจากนี้ ยังมีระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 79 วางหลักไว้ว่า “ในกรณีที่พนักงานสอบสวนกันผู้ต้องหาซึ่งได้ร่วมกระทำผิดด้วยกันคนใดคนหนึ่งเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยรอบคอบ โดยคำนึงถึงว่าถ้าไม่กันผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งเป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือไม่ และอาจแสวงหาพยานหลักฐานอื่นแทนเพื่อให้เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดนั้น ได้หรือไม่ ถ้อยคำของบุคคลนั้นรับฟังเป็นความสัตย์ได้เพียงใด รวมทั้งความคาดหมายในการที่ผู้นั้นจะเบิกความเป็นประโยชน์ในการพิจารณาหรือไม่ และพึงพิจารณากันผู้กระทำความผิดน้อยที่สุดเป็นพยานเมื่อพนักงานอัยการได้วินิจฉัยตามนัยแห่งวรรคหนึ่งแล้ว และพนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งเป็นพยานให้พนักงานอัยการออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาผู้นั้น และเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าวแล้ว ให้พนักงานอัยการสั่งให้พนักงานสอบสวน ทำการสอบสวนถ้อยคำผู้ที่กันไว้เป็นพยานนั้น เป็นพยานประกอบสำนวนต่อไป”

การดำเนินคดีกับบุคคลที่ได้กันไว้เป็นพยานในคดีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144, 149, 167 และ 201 ถ้าปรากฏว่า บุคคลใดเต็มใจให้การเป็นพยานในชั้นสอบสวนหรือเคยถูกอ้างเป็นพยาน พนักงานอัยการ โจทก์และได้เบิกความยืนยันการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานผู้รับสินบน จนศาลพิพากษาลงโทษเจ้าพนักงานผู้นั้น และคดีถึงที่สุดแล้ว ให้พนักงานอัยการทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้น ไปยังอัยการสูงสุดเพื่อสั่งการกันผู้ต้องหาเป็นพยานในชั้นพนักงานอัยการนี้ กรมอัยการเคยตอบข้อหารือของกระทรวงมหาดไทยกรณีที่มีผู้เสนอ นายกรัฐมนตรี ว่าพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2517 ได้ระบุโทษผู้รับสมัครรับเลือกตั้งที่จะให้หรือรับว่าจะให้เงินหรือสิ่งของแก่ประชาชน และระบุด้วยว่าประชาชนที่รับเงินหรือสิ่งของจากผู้สมัครรับเลือกตั้ง มีความผิดด้วย จึงเป็นการยากที่จะนำพยานหลักฐานอื่นนอกจากประชาชนผู้รับเงินมาสืบ เพื่อดำเนินคดีต่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง อยากให้ นายกรัฐมนตรี ให้คำมั่นเป็นทางการแก่ประชาชน ผู้รับเงินหรือสิ่งของว่าจะกันตัวไว้เป็นพยานไม่เอาโทษจะได้หรือไม่ นั้น กรมอัยการตอบว่า กรมอัยการไม่เคยวางหลักเกณฑ์และระเบียบปฏิบัติในการที่จะไม่ฟ้องผู้ร่วมกระทำผิดหรือกัน ผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยาน การพิจารณาดำเนินคดีของพนักงานอัยการจะต้องผ่านการดำเนินการของพนักงานสอบสวน การกันผู้อยู่ในฐานะผู้รับผิดไว้เป็นพยาน จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของพนักงานสอบสวน

พิจารณาจากความเห็นของกรมอัยการที่ตอบข้อหารือของกระทรวงมหาดไทย แล้วดูเหมือนว่า พนักงานอัยการไม่มีอำนาจในการกันผู้ร่วมกระทำผิดคนใดไว้เป็นพยานเลย แต่โดยข้อเท็จจริงและหลักฐาน พนักงานอัยการก็สามารถที่จะกันผู้ร่วมกระทำผิดหรือผู้ต้องหาคนใดไว้เป็นพยานได้ โดยอาศัยเหตุผลทางความจำเป็นในเรื่องพยานหลักฐานเช่นเดียวกัน แต่อำนาจในการสั่งกันผู้ต้องหาเป็นพยานของพนักงานอัยการมิได้เกิดจากข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย หรือประมวลระเบียบการตำรวจแต่อย่างใด อำนาจในการกันผู้ต้องหาเป็นพยานของพนักงานอัยการเกิดจากอำนาจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 143 ดังที่ได้กล่าวในรายละเอียดมาแล้ว และมีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดถึงการใช้อำนาจในการสั่งคดี เช่นนี้ในการสั่งไม่ฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ผู้ต้องหาในคดีให้สินบน เจ้าพนักงาน ซึ่งผู้ต้องหาในคดีนี้ได้เคยเป็นผู้เสียหาย และเป็นพยาน โจทก์ในคดีที่ฟ้องเจ้าพนักงาน (พลเอก สุรจิต จารุเสถณี) ฐานเป็นเจ้าพนักงานเรียกและรับสินบน จนในที่สุดศาลฎีกาได้มี คำพิพากษาเสร็จ เด็ดขาดให้ลงโทษ เจ้าพนักงานผู้เรียกและรับสินบนไปแล้ว (คำพิพากษาฎีกา ที่ 948/2510) แม้คดีนี้โดยข้อเท็จจริง จะมีใช่เรื่องการกันผู้ต้องหาเป็นพยาน โดยตรง เพราะคดีนี้ มีการแยกดำเนินคดีจากกัน โดยเด็ดขาด กับคดีที่เจ้าพนักงานเรียกและรับสินบน ซึ่งในคดีนั้น อาจเรียกได้ว่าเป็นการกันผู้ร่วมกระทำผิด คือ นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ เป็นพยานได้ แต่ในคดีหลังนี้เป็นเรื่องที่ชี้ให้เห็นถึงอำนาจการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการได้อย่างเด่นชัดที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม แม้กรมอัยการจะไม่เคยวางหลักเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติในเรื่องนี้ไว้ แต่กรมอัยการก็เห็นว่าพนักงานอัยการอาจอ้างผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องเป็นพยานได้ โดยความเห็นนี้เกิดจากการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตที่วราชอาณาจักร พ.ศ. 2510 ซึ่งอัยการจังหวัดเสนอว่าในคดีที่มีผู้ต้องหาหลายคน พนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาบางคน ไม่ฟ้องบางคนและพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับความเห็นที่ควรสั่งไม่ฟ้องกรณีหนึ่งกับพนักงานสอบสวนเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาทุกคนแต่พนักงานอัยการเห็นควรสั่งไม่ฟ้องบางคนอีกกรณีหนึ่งนั้น พนักงานอัยการจะสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาคนที่เห็นควรไม่ฟ้องไว้เป็นพยานได้หรือไม่ที่ประชุมเห็นว่า

(1) คดีที่มีผู้ต้องหาหลายคน พนักงานสอบสวนเห็นควรฟ้องผู้ต้องหาบางคน ไม่ฟ้องบางคน พนักงานอัยการเห็นชอบด้วย ถ้าจะสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาคนที่ไม่เห็นไม่ควรฟ้องไว้เป็นพยาน จะต้องสั่งไม่ฟ้องผู้หาคนนั้นเสียก่อน

(2) คดีที่มีผู้ต้องหาหลายคนพนักงานสอบสวนเห็นควรฟ้องผู้ต้องหาทุกคน แต่พนักงานอัยการเห็นควรไม่ฟ้องบางคน พนักงานอัยการสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาที่เห็นควรสั่งไม่ฟ้องไว้เป็นพยานได้ กรมอัยการเห็นว่า พนักงานอัยการอาจอ้างผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องเป็นพยานได้

แม้จะไม่ได้สอบไว้เป็นพยานก็ตามแต่ถ้าจะสอบไว้เป็นพยานให้เป็นหลักฐานเพื่อจะไม่กลับคำในชั้นศาล ก็จะต้องสอบเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาคนนั้นแล้ว แต่เนื่องจากการสั่งสอบไว้เป็นพยานเป็นการสอบสวนเพิ่มเติมจึงไม่อาจทำได้ หากได้สั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาทุกคนไปแล้ว ดังนั้น จึงต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่จะให้สอบไว้เป็นพยานเสียก่อน จนมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องและได้สอบไว้เป็นพยานแล้วจึงสั่งฟ้องผู้ต้องหาคนอื่น

จากความเห็นดังกล่าวของกรมอัยการในเรื่องนี้ มีข้อที่น่าสังเกตว่าการจะสั่งสอบผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้จะต้องมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้หาคนนั้นก่อนแล้วจึงสั่งสอบโดยถือเป็นการสั่งสอบสวนเพิ่มเติมตามมาตรา 143 วรรคสอง (ก) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เหตุที่ต้องให้มีการสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้หาคนนั้นก่อน ก็เพราะกรมอัยการเห็น ว่าหากยังไม่มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้อง ผู้นั้นยังมีฐานะเป็นผู้ต้องหาอยู่ หากไปกลับคำให้การชั้นศาลก็ถือว่าเป็นการเบิกความเท็จตามมาตรา 177 ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ ซึ่งทางปฏิบัติเช่นนี้จะก่อให้เกิดปัญหาตามมาอย่างมากในกรณีที่ผู้ต้องหาซึ่งสั่งไม่ฟ้องแล้วอ้างมาเป็นพยานไม่ยอมให้การโดยอ้างสิทธิตามมาตรา 234 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2.3 การกันตัวไว้เป็นพยานของสำนักงานข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)

ตามกฎสำนักงานข้าราชการพลเรือน ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการการให้บำเหน็จความชอบการกันเป็นพยาน และการลดโทษ และการให้ความคุ้มครองพยาน พ.ศ. 2553 กำหนด⁵⁸ หลักเกณฑ์การให้บำเหน็จรางวัลสำหรับผู้ที่ทำให้การเป็นประโยชน์แก่ทางราชการ รวมถึงหลักเกณฑ์การกันพยานและการคุ้มครองพยานไว้ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการนำพยานบุคคลมาเอาผิดกับข้าราชการผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะมีความผิดอาญาหรือความผิดทางวินัย โดยกฎ ก.พ. นี้ได้ให้คำนิยามคำว่า พยาน หมายถึง ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ให้ข้อมูลหรือให้ถ้อยคำตามมาตรา 98 ตาม พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 98 ได้วางหลักไว้ว่า⁵⁹ “ข้าราชการสามัญพลเรือนผู้ใดให้ข้อมูลต่อผู้บังคับบัญชาหรือให้ถ้อยคำในฐานะพยานต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ อันเป็นประโยชน์และเป็นผลดียิ่งต่อทางราชการ ผู้บังคับบัญชาอาจพิจารณาให้บำเหน็จความชอบเป็นกรณีพิเศษได้ ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดอยู่ในฐานะที่อาจจะถูกกล่าวหาว่าร่วมกระทำผิดวินัยกับข้าราชการอื่น ให้ข้อมูลต่อผู้บังคับบัญชาหรือให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการกระทำความผิดวินัย ที่ได้กระทำมาจนเป็นเหตุให้มีการสอบสวนพิจารณา

⁵⁸ กฎสำนักงานข้าราชการพลเรือน ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการการให้บำเหน็จความชอบการกันเป็นพยาน และการลดโทษ และการให้ความคุ้มครองพยาน พ.ศ. 2553

⁵⁹ พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 98

ทางวินัยแก่ผู้เป็นต้นเหตุแห่งการกระทำผิดผู้บังคับบัญชาอาจใช้ดุลพินิจกักขังผู้นั้นไว้เป็นพยาน หรือพิจารณาลดโทษทางวินัยตามสมควร แก่กรณีได้”

โดยหลักเกณฑ์การกักขังพยานตามกฎหมาย ก.พ. ได้บัญญัติอยู่ในหมวด 3 การกักขังพยาน และการลดโทษ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

การกักขังพยานของสำนักงานข้าราชการพลเรือนตามกฎหมาย ก.พ. นั้นใช้บังคับผู้เป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและต้องเป็นผู้ที่อาจถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดร่วมกับข้าราชการ คนอื่นด้วย แต่ไม่รวมถึงข้าราชการระดับสูงและนักการเมืองซึ่งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยข้าราชการพลเรือนสามัญที่จะถูกกักขังไว้เป็นพยานนั้นต้องไม่ใช่ผู้เป็นต้นเหตุในการกระทำ ความผิดวินัยในเรื่องนั้น

ผู้ที่ถูกกักขังไว้เป็นพยานตามกฎหมาย ก.พ. มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลหรือถ้อยคำที่สำคัญ จนเป็นเหตุให้สามารถลงโทษทางวินัยแก่ผู้เป็นต้นเหตุในการกระทำผิดได้ อีกทั้ง ทำให้ผู้ที่กระทำ ความผิด ได้รับโทษทางวินัย ในส่วนของผู้ที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกักขังตัวข้าราชการพลเรือน เป็นพยาน คือ ผู้ที่มีอำนาจตั้งบรรจุและแต่งตั้ง หากผู้ที่มีอำนาจดังกล่าวเห็นว่า ผู้ที่ร่วมกระทำความผิด คนใดมิได้เป็นต้นเหตุในการกระทำความผิด หรือกระทำความผิดไปเพราะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับ หรือกระทำความผิดไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ อาจมีคำสั่งให้กักขังข้าราชการผู้ร่วมการทำความผิด เป็นพยานได้

มาตรการกักขังตัวบุคคลไว้เป็นพยานตามกฎหมาย ก.พ. นั้นเป็นการกักขังพยานเกี่ยวกับการกระทำผิดทางวินัยไม่รวมถึงการกระทำความผิดทางอาญา โดยหากข้อมูลที่ให้ขึ้น เป็นประโยชน์ ต่อรูปคดีและสามารถนำผู้เป็นต้นเหตุในการกระทำความผิดทางวินัยมาลงโทษได้ ผู้ที่ถูกกักขังไว้ เป็นพยานจะได้รับการลดโทษและได้รับบำเหน็จรางวัล แต่จะไม่ได้รับการยกเว้นโทษเด็ดขาด เหมือนหลักเกณฑ์การกักขังตัวบุคคลไว้เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นอกจากนี้ บุคคลธรรมดา ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎ ก.พ. ฉบับนี้

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ถูกกักขังไว้เป็นพยานตาม กฎ ก.พ. ไม่มาให้ถ้อยคำมา แต่ไม่ให้ถ้อยคำ ให้ถ้อยคำที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินการหรือกลับคำให้การจะมีผลทำให้การ กักขังพยานนั้นสิ้นสุดลง

2.4 การกักขังไว้เป็นพยานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (ป.ป.ท.)

พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ท.⁶⁰ เป็นองค์กรในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ภาครัฐซึ่งสังกัดกระทรวงยุติธรรม โดยคณะกรรมการ ป.ป.ท. ประกอบด้วยประธานกรรมการ 1 คน

⁶⁰ พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 มาตรา 5

และกรรมการอื่นอีกไม่เกิน 5 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรี โดยได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทุจริตในภาครัฐแล้วมีวิธีการดำเนินการ ดังนี้

1) กรณีมูลความผิดทางวินัย จะส่งเรื่องให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่คนนั้นเพื่อลงโทษทางวินัย โดยผู้บังคับบัญชาต้องพิจารณาโทษทางวินัยภายใน 30 วัน หากละเลย ไม่ดำเนินการจะถือเป็นความผิดทางวินัย และทางผู้บังคับบัญชาไม่ดำเนินการทางวินัยหรือดำเนินการไม่เหมาะสม คณะกรรมการจะเสนอความเห็นไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร

2) กรณีที่เป็นมูลความผิดทางอาญาจะส่งเรื่องให้อัยการดำเนินการต่อไป

3) กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกกล่าวหารับการอนุมัติ อนุญาต ออกเอกสารสิทธิ ให้สิทธิประโยชน์หรือการสั่งการใดๆ แก่บุคคลอื่น โดยมีชอบหรือเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการ จะแจ้งให้หัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนก็ได้

หลักเกณฑ์ข้างต้นนี้ ได้ศึกษามาจากระเบียบการกันตัวบุคคลของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และจากประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

เรื่องกล่าวหาเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำการทุจริตในภาครัฐที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ คือ เรื่องที่เกิดในที่ลับ มีเหตุพิเศษ ยุ่งยากซับซ้อนหรือร้ายแรง เรื่องที่มีการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือแสวงหาข้อมูลและรวบรวมพยานหลักฐานอย่างเต็มความสามารถแล้ว แต่ไม่อาจหาพยานหลักฐานเกี่ยวกับเรื่องนั้นได้ ในระหว่างการไต่สวนข้อเท็จจริง หรือแสวงหาข้อมูลและรวบรวมพยานหลักฐาน บุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาอาจถูกกันไว้เป็นพยานได้โดยต้องมีลักษณะดังนี้

1) เป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์ หรือมีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีส่วนร่วมในการกระทำการทุจริตในภาครัฐ

2) บุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไม่นับว่าตัวการสำคัญ

3) ได้ให้การหรือให้ถ้อยคำหรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญในการที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยชี้มูลการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐรายอื่นที่เป็นตัวการสำคัญนั้น

4) เต็มใจหรือสมัครใจในการไปเบิกความเป็นพยานในชั้นศาล

บุคคลที่สามารถเป็นพยานให้แก่คณะกรรมการ ป.ป.ท. แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) กรณีผู้ที่ได้กันไว้เป็นพยานเป็นผู้ที่ยังไม่ได้ถูกแจ้งข้อกล่าวหา ให้คณะกรรมการพนักงาน ป.ป.ท. หรือเจ้าหน้าที่ ป.ป.ท. แล้วแต่กรณี สอบปากคำบุคคลดังกล่าวไว้ในฐานะพยานแล้วทำการแสวงหาข้อมูลและรวบรวมพยานหลักฐานต่อไป

2) กรณีผู้ที่ได้กันไว้เป็นพยานเป็นผู้ที่ถูกแจ้งข้อกล่าวหา และคณะกรรมการพนักงาน ป.ป.ท. หรือเจ้าหน้าที่ ป.ป.ท. แล้วแต่กรณี สอบปากคำบุคคลดังกล่าวไว้ในฐานะผู้ถูกกล่าวหาเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ท. เห็นชอบให้กันบุคคลดังกล่าวไว้เป็นพยานให้สอบปากคำบุคคลนั้นไว้ในฐานะพยาน โดยให้พยานยืนยันบันทึกถ้อยคำของตนเองที่ให้ไว้ในฐานะผู้ถูกกล่าวหาเป็นถ้อยคำของตนในฐานะพยาน และอาจจะสอบปากคำในรายละเอียดเพิ่มเติมในฐานะพยานได้

2.5 การกันไว้เป็นพยานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)

ตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2554 มาตรา 103/6 ได้ให้อำนาจคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการกันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน เพื่อเพิ่มความสามารถและอาวุธของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งขณะนี้ทางคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตได้ออกประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข ในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหารายอื่นไว้เป็นพยาน เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 103/6 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

พยานในความหมายของประกาศฉบับนี้ หมายความว่า บุคคลผู้ซึ่งมิได้ถูกแจ้งข้อกล่าวหาหรือผู้ถูกกล่าวหารายใดที่ได้ให้ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูล อันเป็นสาระสำคัญในการที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยชี้มูลการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้กันไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดีตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

โดยลักษณะของบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาที่อาจถูกกันไว้เป็นพยานต้องเป็นผู้ที่รู้เห็นเหตุการณ์และมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ระหว่างการตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือระหว่างการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือระหว่างการไต่สวนข้อเท็จจริง เป็นผู้ที่ได้ให้ถ้อยคำอันเป็นประโยชน์

ต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน และการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือให้ถ้อยคำหรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญ จนสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยชี้มูลการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐรายอื่นที่เป็นตัวการสำคัญนั้น อีกทั้งเป็นผู้ที่เต็มใจที่จะให้ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูล และรับรองว่าจะไปเบิกความเป็นพยานในชั้นศาลตามที่ให้การหรือให้ถ้อยคำไว้

ในกรณีที่บุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา รายใด ประสงค์ที่จะให้ถ้อยคำหรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญในการที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบในการวินิจฉัยชี้มูลการกระทำผิดของผู้ถูกกล่าวหา รายอื่น หรือการให้ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลของบุคคล หรือผู้ถูกกล่าวหา ดังกล่าว ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอย่างสำคัญต่อการกระทำผิดของตนที่อาจตกอยู่ในฐานะผู้ร่วมกระทำผิดหรือมีส่วนสนับสนุนในการกระทำผิดของผู้ถูกกล่าวหา รายอื่น ในภายหลัง ก็ให้บุคคล หรือผู้ถูกกล่าวหา นั้นมีคำขอด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อขอให้กันตนไว้เป็นพยานในคดีนั้น ได้นับแต่ได้ทราบเหตุแห่งการกล่าวหาในคดีนั้น กรณีนี้ เป็นกรณีที่บุคคล หรือผู้ถูกกล่าวหา ต้องการที่จะมาให้การเป็นพยานโดยสมัครใจ ก็เปิดโอกาสให้สามารถทำได้ระยะเวลาที่สามารถกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีดังต่อไปนี้

(1) ระยะเวลาการตรวจสอบข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเสนอคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา 103/18(3)

(2) ระยะเวลาการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการไต่สวนข้อเท็จจริง

(3) ระยะเวลาการไต่สวนข้อเท็จจริง

ดังนั้น ในระยะเวลาการตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือการแสวงหาข้อเท็จจริงก่อนการไต่สวนข้อเท็จจริง หรือระหว่างการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หากพบว่าคำให้การของบุคคลใดจะเป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหา รายใด และสามารถที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยชี้มูลการกระทำผิดของผู้ถูกกล่าวหา นั้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานไต่สวนหรือคณะอนุกรรมการไต่สวน สอบปากคำบุคคลดังกล่าวไว้ และทำความเข้าใจว่าสมควรกันบุคคลผู้นั้นเป็นพยานหรือไม่ เพื่อเสนอคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาวินิจฉัยต่อไป โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(1) หากไม่กันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา คนใดคนหนึ่งเป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่อาจแสวงหาพยานหลักฐานอื่นแทนเพื่อให้เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหา รายอื่นที่เป็นตัวการสำคัญ

(2) บุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา^{นั้น}จะต้องเบิกความตามที่ให้การไว้ ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นว่ามีเหตุสมควรที่จะกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหารายใดไว้เป็นพยาน ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา^{นั้น}ไว้เป็นพยานในคดีต่อไป โดยมติดังกล่าว จะต้องระบุเหตุผลแห่งการพิจารณาไว้ด้วยว่าสมควรที่จะกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหารายดังกล่าว^{นั้น}ไว้เป็นพยานด้วยเหตุใด

ในการพิจารณากันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นพยานและการสอบปากคำ ผู้ถูกกันไว้เป็นพยาน ต้องมิได้เกิดจากการขู่เข็ญ หลอกลวงหรือ โดยมิชอบด้วยประการอื่นใด แก่ผู้ถูกกันไว้เป็นพยานเพื่อชักจูงใจให้บุคคลดังกล่าวให้ถ้อยคำหรือข้อมูลในเรื่องที่กล่าวหา^{นั้น} หากพยานที่ถูกกันตัวไว้ไม่ไปเบิกความหรือ ไปเบิกความแต่ไม่เป็นไปตามที่ให้การหรือให้ถ้อยคำไว้ หรือไปเบิกความเป็นพยานแต่ไม่เป็นประโยชน์ในการพิจารณาหรือเป็นปฏิปักษ์ ย่อมไม่ได้รับการกันไว้เป็นพยานและให้การกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นพยานสิ้นสุดลง



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการกันบุคคลเป็นพยานในคดีอาญา

1. วิเคราะห์ปัญหาการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

1.1 วิเคราะห์ปัญหาการรับฟังบุคคลและการกันบุคคลเป็นพยานในคดีอาญา

การกันตัวผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน (accomplice witness) มีทั้งข้อดีและข้อเสีย แต่ในคดีที่เกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงซึ่งมีอิทธิพลและมีอำนาจมาก จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำมาตรรกะในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา มาบังคับใช้ เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดที่เป็นความลับภายในที่มีแต่ผู้ร่วมกระทำความผิดเท่านั้นที่รู้เห็นถึงการกระทำความผิด และอาจมีผู้ร่วมกระทำความผิด เช่น ตัวการหรือผู้สนับสนุนบางคนที่ไม่ได้ตั้งใจทำผิดแต่ถูกผู้บังคับบัญชาบังคับให้กระทำความผิด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามาตรการกันตัวผู้ร่วมกระทำความผิดในคดีทุจริตคอร์รัปชัน เมื่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตมีดุลยพินิจให้กันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานแล้ว บุคคลที่ถูกกันตัวไว้เป็นพยานจะได้รับความคุ้มกัน (immunity from prosecution) จากการถูกดำเนินคดีทั้งที่บุคคลนั้นก็เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดด้วย ดังนั้น ในหัวข้อต่อไปนี้จะวิจัยจะขอกกล่าวถึงข้อพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐาน ทั้งหลักการรับฟังพยานหลักฐานและข้อยกเว้นปัญหาของพยานบุคคลที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมไทย ปัญหาในเรื่องบุคคลนั้นมีทั้งที่เกิดในชั้นของพนักงานสอบสวน ในขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนของพนักงานตำรวจ ซึ่งอาจเกิดจากตัวบุคคลที่เป็นพยานเองหรือเกิดจากตัวพนักงานสอบสวน ปัญหาที่เกิดจากตัวบุคคลที่เป็นพยาน ได้แก่ พยานหลบหนีไม่มาเป็นพยานเพราะเกรงกลัวอิทธิพล กล่าวว่าการให้ข้อมูลจะทำตนเองและบุคคลในครอบครัวได้รับอันตราย หรือพยานได้รับการว่าจ้างมาให้ให้การเท็จเพื่อทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากข้อหาอีกทั้ง ยังมีปัญหาจากขั้นตอนการสืบสวนของพนักงานสอบสวนเพราะขาดความรู้ประสบการณ์และความชำนาญในการสอบสวน พนักงานสอบสวนถูกผู้มีอิทธิพลแทรกแซงทำให้มีอคติและความลำเอียง ปัญหาเกี่ยวกับพยานดังกล่าวนี้ ได้ส่งผลกระทบต่อคดีอาญาเพราะสิ่งที่สำคัญที่สุด ซึ่งถือเป็นเป้าหมายของการดำเนินคดีอาญา คือการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับพยานที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการสอบสวนแล้ว ยังมีปัญหาในชั้นพิจารณาคดีของศาลอีกด้วย เช่น พยานย้ายถิ่นที่อยู่จึงไม่อาจส่งหมายเรียกแก่พยานได้หรือจำเลยได้ หรือพยานหลักเลี้ยงไม่มาศาลอันเนื่องมาจากความเกรงกลัวอิทธิพลของจำเลยหรือถูกข่มขู่หรือการที่ฝ่ายจำเลยจ้างพยานให้หลบหนี พยานไปศาลแต่เบิกความเป็นเท็จหรือกลับคำให้การในชั้นศาล

ดังนั้น หากไม่มีพยานหลักฐานที่เพียงพอในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้สิ้นสงสัยก็ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย ปัญหาการไม่สามารถแสวงหาพยานบุคคลโดยเฉพาะประจักษ์พยาน จึงเป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบ ดังนี้

1) ผลกระทบต่อความยุติธรรม

เมื่อโจทก์ไม่มีพยานบุคคลมาเบิกความต่อศาลในชั้นพิจารณาคดี ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง ซึ่งกรณีที่โจทก์ไม่มีพยานมาพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำความจริง ทำให้เกิดความเสียหายต่อการพิทักษ์ความเป็นธรรมตามกฎหมาย คนในสังคมย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองเนื่องจากไม่อาจนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 248/2543 โจทก์ไม่สามารถนำผู้เสียหายกับ ช.ซึ่งเป็นประจักษ์พยานมาเบิกความยืนยันข้อเท็จจริง คงมีเฉพาะคำให้การชั้นสอบสวนของบุคคลทั้งสองและคำให้การรับสารภาพของจำเลยทั้งสองในชั้นจับกุมเท่านั้น พยานโจทก์ดังกล่าวจึงเป็นเพียงพยานบอกเล่ามีน้ำหนักน้อย ไม่เพียงพอที่จะรับฟังว่า จำเลยทั้งสองกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์

2) ผลกระทบต่อสังคม

ทำให้เกิดกลุ่มอิทธิพลนอกกฎหมายก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคม กล่าวคือเมื่อพยานบุคคลไม่ไปเบิกความเป็นพยานต่อศาลแล้ว โจทก์ย่อมไม่อาจหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยทำให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ดังนั้น ศาลต้องยกฟ้องโจทก์ และปล่อยตัวจำเลยไป ซึ่งเมื่อผู้กระทำผิดได้รับการปล่อยตัว ปัญหาที่ตามมา ก็คือคนในสังคมเกิดความไม่เชื่อมั่นต่อกระบวนการยุติธรรมและเริ่มเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมนั้นไม่อาจคุ้มครองประชาชนผู้บริสุทธิ์หรือสุจริตได้ทำให้เกิดองค์กรอาชญากรรมมีการกระทำผิดโดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากบุคคลเหล่านี้เชื่อว่าจะสามารถใช้อิทธิพลไม่ให้พยานไปเบิกความต่อศาลได้ไม่ว่าจะเป็นการให้อามิสสินจ้างแก่พยานหรือการทำร้ายพยานหรือบุคคลที่ใกล้ชิดกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้นอกจากนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตก็เกิดความท้อถอยเพราะไม่สามารถปราบปรามอาชญากรรมได้ พนักงานของรัฐบางคนอาจยอมตน ตกอยู่ใต้อิทธิพลของผู้มีอำนาจเพื่อผลประโยชน์ของตนนอกจากนี้ผู้เสียหายเมื่อเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย

ผู้เสียหายซึ่งมีความโกรธแค้นก็จะหาทางแก้แค้นเป็นส่วนตัวโดยอาจจ้าง ผู้มีอิทธิพล หรือมือปืนรับจ้างไปทำร้ายฝ่ายผู้กระทำความผิดทำให้สังคมเกิดความไม่สงบสุขยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการกันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน

เนื่องจากในคดีทุจริตที่กระทำโดยข้าราชการระดับสูง เช่น นักการเมือง อธิบดี เป็นการกระทำความผิดที่ได้มีการวางแผนไว้อย่างแนบเนียนและใช้เวลาวางแผนเป็นเวลานาน เช่น การทุจริตคอร์รัปชันเชิงนโยบาย ที่ต้องมีการเตรียมการ และใช้ต้นทุนในการทุจริตประเภทนี้ค่อนข้างสูง อีกทั้งลักษณะพิเศษของคดีคอร์รัปชัน คือ มีการร่วมกันกระทำความผิดกันเป็นองค์กร (organized crime) ซึ่งมีการวางแผนการกระทำความผิดอย่างลับๆ ระหว่างผู้ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน ดังนั้น ผู้ที่รู้เห็นการกระทำความผิดที่ดีที่สุด คือ ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกันเอง ประกอบกับพยานที่มีความสำคัญที่สุดในคดีประเภทนี้ คือ พยานบุคคล หากในคดีทุจริตคอร์รัปชันไม่มีพยานบุคคลมาให้การในชั้นศาลก็จะทำให้การนำตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการสำคัญ มาลงโทษเป็นไปได้ยาก และเนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรคอปกขาว ซึ่งเข้าใจกลไกและกระบวนการการดำเนินคดีอาญาเป็นอย่างดี โดยประการแรก พยานเอกสาร และพยานวัตถุ ซึ่งส่วนมากเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะถูกทำลายไปหมดแล้ว ประการที่สอง คือ การพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญานั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยเองได้ตั้งข้อสันนิษฐานเบื้องต้นไว้ว่า จำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumed innocent) และจะต้องนำพยานหลักฐานต่างๆ มาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ด้วยเหตุนี้ในคดีทุจริตที่กระทำโดยข้าราชการระดับสูง ทางคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จึงจำเป็นต้องมีอาวุธพิเศษในการต่อสู้กับผู้กระทำความผิด ซึ่งสิ่งที่สามารถเพิ่มสมรรถนะในการ ชี้มูลความผิดและทำให้ศาลสามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษก็คือ การแสวงหาพยานบุคคลมาให้การตามความเป็นจริงให้จงได้

ในคดีทุจริตที่กระทำโดยข้าราชการระดับสูงนั้น อุปสรรคสำคัญในการนำตัวพยานบุคคลมาให้การเป็นประโยชน์ต่อการแสวงหาความจริงเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ คือ อำนาจและอิทธิพลของกลุ่มข้าราชการระดับสูง ที่เมื่อรู้ตัวว่าตนเองตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาในคดีทุจริต ไม่ว่าจะ เป็นคดีอาญา หรือการร้ายผิดปกติ ข้าราชการระดับสูงเหล่านี้จะกระทำทุกวิถีทางเพื่อให้ตนเองพ้นจากการถูกกล่าวหา โดยอาจจะมีการให้สินบนแก่ ตำรวจ อัยการ และเจ้าพนักงาน ในกระบวนการยุติธรรมอื่นๆ จึงทำให้เกิดเป็นวงจรการทุจริตซ้ำซ้อน หรือข้าราชการระดับสูงอาจจะมีการข่มขู่พยาน ผู้รู้เห็นเหตุการณ์ทุกคน โดยการให้พยานหลบหนีไปอยู่ต่างประเทศชั่วคราว หรือจ้างให้พยานมาเบิกความเท็จต่อศาล หรือมิเช่นนั้นก็ฆ่าปิดปากพยานไปเลย ส่งผลให้คดีเหล่านี้ไม่มีพยานบุคคลมายืนยันการกระทำความผิด หากมีพยานบุคคลก็อาจจะไม่พูดความจริงก็ได้ เพราะเหตุเกรงกลัวว่าการพูดความจริงนั้นจะส่งผลเสียหายให้แก่ตนและบุคคลใกล้ชิด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้อง

นำมาตรการกันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาบ้างบ้างใช้ โดยการกันตัวไว้เป็นพยาน ในการดำเนินคดี ทุจริตที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำความผิดและเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษคือ สามารถกันได้ทั้งบุคคล ที่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิดแต่ยังไม่ได้ถูกตั้งข้อกล่าวหาและบุคคลที่ถูกตั้งข้อกล่าวหาเป็นผู้ต้องหา ร่วมกันในคดีแล้วไว้เป็นพยาน โดยหากเป็นการกันพยานของพนักงานอัยการจำเป็นต้องเป็นกรณีที่พนักงาน อัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ถูกกล่าวหาคนนั้นเสียก่อน จึงจะสามารถกันตัวไว้เป็นพยานในคดีอาญาได้ โดยสรุปแล้ว วัตถุประสงค์ของการกันตัวบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานในคดีคอร์รัปชันที่ กระทำโดยข้าราชการระดับสูง คือ การแสวงหาพยานบุคคลมาเบิกความเพื่อประโยชน์ในการแสวงหา ความจริงซึ่งมีข้อสังเกตว่าคดีประเภทนี้ศาลจะใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวน (acquisitorial system) ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าเพื่อนำตัวผู้กระทำการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 19 และมาตรา 43 ดังนั้น จึงต้องอาศัยความร่วมมือกัน ทุกฝ่ายในการแสวงหาความจริงเพื่อนำผู้กระทำความผิดในคดีทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งเป็นบ่อนทำลาย สมรรถนะในการพัฒนาประเทศในทุกๆ ด้าน มาลงโทษให้สาสมกับการกระทำความผิด

1.3 การรับฟังพยานที่ถูกกันไว้โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช.

การรับฟังคำให้การของพยานผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณา ในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน เพราะมีข้อควรระวังว่าพยานผู้ร่วมกระทำความผิด อาจจะปรักปรำจำเลยมากเกินไป ดังนั้น การกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานในคดี จึงจำเป็นต้อง พิจารณาว่าคำให้การของพยานผู้ร่วมกระทำความผิดมีประโยชน์เพียงใดในการพิจารณาคดี ซึ่งในระบบ คอมมอนลอว์ได้เคยมีการวางหลักการรับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิดไว้ว่า คำเบิกความ ประเภทนี้สามารถรับฟังได้เพียงแต่น้ำหนักน้อย จำต้องรับฟังพยานหลักฐานอื่นประกอบจึงจะสามารถ ลงโทษจำเลยได้ ซึ่งศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็มิได้ยึดถือเคร่งครัด เพราะเป็นเพียงหลักในการปฏิบัติ มิใช่หลักกฎหมายแต่ประการใด

สำหรับประเทศไทย ไม่มีการบัญญัติเรื่องการกันผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด หรือกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในกฎหมายลักษณะพยาน โดยตรง คำอธิบายในเรื่องนี้จึงต้องกล่าวถึง หลักทั่วไปของการนำพยานเข้าสืบในชั้นศาล⁶¹ ดังนี้

หลักการรับฟังพยานที่มีส่วนร่วมในการกระทำผิด

1) หลักการห้ามอ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญา

หลักการห้ามอ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญานั้นมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน และหลักสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา (right against self-incrimination) ซึ่งบทบัญญัตินี้มีมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ไม่มีใครอาจถูกบังคับให้ปรักปรำตนเอง” (nemo tenetur

⁶¹จิตติ เจริญกล้า, “กันไว้เป็นพยาน” ใน *บทบัญญัติ 47, วารสารอัยการ*, 2527, หน้า 65-70

prodere seipsum) เพราะในคดีอาญานั้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นหน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดตกอยู่กับโจทก์ ซึ่งส่วนมากคือพนักงานอัยการซึ่งทำหน้าที่เป็น ทนายแผ่นดิน แต่ในคดีอาญามีหลักอยู่อย่างหนึ่งว่าห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 232 ดังนั้นโจทก์จึงไม่สามารถอ้างจำเลยมาเป็นพยานได้เพราะเมื่อใดก็ตามที่โจทก์ฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหากจะให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานแล้วก็ย่อมไม่เป็นธรรมต่อจำเลย แต่กฎหมายบอกว่าเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องแสวงหา พยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยเพราะในคดีอาญาโจทก์ฟ้องก็ต้องนำสืบให้สมว่าจำเลยกระทำความผิดจริง โดยอาศัยพยาน หลักฐานอื่นมิใช่ให้จำเลยช่วยนำสืบว่าจำเลยผิดเองและเมื่อจำเลยถูกกล่าวหาฟ้องร้องย่อมจะต้องพยายามดิ้นรน เพื่อให้หลุดพ้นจากข้อกล่าวหาอันเป็นธรรมชาติในการเอาตัวรอดของมนุษย์ การที่กฎหมายห้ามไม่ให้อ้างจำเลยคนหนึ่งเป็นพยานยันจำเลยอีกคนหนึ่งนั้น ก็เพราะจำเลยแต่ละคนตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวและความหวังคือกลัวว่าถ้าตนให้การว่าทำผิดก็จะต้องได้รับโทษและหวังว่าถ้าตนให้การชัดทอว่าคนอื่นก็ทำผิดก็อาจจะทำให้ตนเองรับโทษน้อยลงหรือพ้นโทษไปเลยดังนั้นคำให้การจึงไม่น่าเชื่อถือ การห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานหมายความว่าถ้าบุคคลที่โจทก์อ้างเป็นพยานนั้นมีฐานะเป็นจำเลยในคดีอาญาที่เป็นคดีเดียวกันนั้นบุคคลนั้นก็จะเป็นพยาน โจทก์ไม่ได้โจทก์ไม่มีสิทธิให้ศาลหมายเรียกจำเลยมาเป็นพยานและ ถ้าในคดีนั้นมีจำเลยหลายคนกฎหมายก็ห้ามทั้งการที่โจทก์อ้างจำเลยเพื่อยืนยันเอาผิดกับตัวจำเลยนั่นเองและการอ้างจำเลยมาเป็นพยานของตนเพื่อยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่ง ในคดีด้วย ดังนั้น ในคดีอาญาจึงมีหลักว่าห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน เพราะหน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่เป็นหน้าที่ของรัฐอีกทั้งจำเลยย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง หากมีจำเลยหลายคน โจทก์ก็ไม่อาจอ้างจำเลยคนใดคนหนึ่งมาเป็นพยานเพื่อให้ศาลรับฟังลงโทษจำเลยอื่นได้ การห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานใช้เฉพาะคดีอาญาและ เป็นคดีเดียวกัน ส่วนคดีแพ่งไม่ได้ห้ามไว้ ยกตัวอย่างเช่น

ฎีกาที่ 885/2483 จำเลยสองคนเข้าทำร้ายต่อสู้ซึ่งกันและกัน โจทก์ฟ้องจำเลยคนหนึ่งว่า ทำร้ายอีกคนหนึ่งบาดเจ็บและฟ้องอีกคนหนึ่งว่าทำร้ายร่างกายคนแรกบาดเจ็บสาหัสแล้วโจทก์อ้างจำเลยคนหนึ่งเป็นพยานฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์อ้างพยานนี้ไม่ได้ต้องห้ามการประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 232

ขอบเขตของการห้ามอ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 232 ที่บัญญัติห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญานั้นหมายความว่า จำเลยนั้นต้องเป็นจำเลยในคดีที่ถูกฟ้องร้องในคดีนั้นๆ แต่หากเป็นจำเลยในคดีอื่นโจทก์ก็สามารถอ้างมาเป็นพยานได้ถ้าในคดีนั้นมีผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยหลายคนกฎหมายก็ห้าม

ทั้งการที่โจทก์อ้างจำเลยมาเป็นพยานเพื่อยืนยันความผิดกับตัวจำเลยเองและห้ามอ้างจำเลยมาเป็นพยาน โจทก์เพื่อยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่งในคดีนั้นด้วย

นอกจากนั้นบุคคลที่ไม่ได้ถูกโจทก์ฟ้องเป็นจำเลยในคดีใดโจทก์สามารถอ้างบุคคลนั้นๆ มาเป็นพยานได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด เช่น ผู้ร่วมกระทำความผิดกับจำเลย แต่ไม่ได้มีฐานะเป็นจำเลยในขณะเบิกความ กล่าวคือ อาจจะเป็นกรณีที่โจทก์ยังไม่ได้ฟ้องแล้วกันไว้เป็นพยานหรือโจทก์ฟ้องแล้วต่อมาถอนฟ้องหรือฟ้องแล้วและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้วหรือแม้กระทั่งการอ้างคู่สมรสของจำเลยหรือคู่สมรสของจำเลยรวมมาเป็นพยาน บุคคลเหล่านี้จะสามารถอ้างเป็นพยานได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 232

การห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญานั้น ไม่ได้เพียงแค่ห้ามในชั้นศาลเท่านั้น แต่คำพิพากษาของศาลยังขยายความไปถึงการอ้างคำให้การของจำเลยในชั้นสอบสวนมาเป็นพยานของโจทก์ด้วยหากเป็นกรณีที่ตอบคำให้การไว้ในฐานะพยานนอกจากนั้นศาลฎีกาของประเทศไทยยังได้ขยายความมาตรา 232 ออกไปอีกว่าไม่ได้ห้ามโจทก์อ้างจำเลยมาเป็นพยานเพื่อให้การปรักปรำของตัวจำเลยเองเท่านั้นแต่ยังห้ามการถูกอ้างมาเป็นพยานเพื่อเบิกความปรักปรำจำเลยอื่นในคดีเดียวกันด้วยกล่าวคือถ้าเป็นจำเลยในคดีเรื่องนั้นแล้วแม้จะมีสิทธิอ้างตนเองเป็นพยานได้ก็ตาม แต่เมื่อจำเลยที่อ้างตนเองเป็นพยานฝ่ายจำเลยเองได้เบิกความอันเป็นการเพิ่มเติมพยานหลักฐานของฝ่ายโจทก์ที่ยังบกพร่องอยู่ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นแล้วศาลจะรับฟังคำเบิกความของจำเลยซึ่งอ้างตนเองเป็นพยานไปเพิ่มเติมพยานหลักฐานจากโจทก์ที่บกพร่องอยู่ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นไม่ได้เพราะถือว่าเป็นการให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานโจทก์ไปโดยปริยายอันจะเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 232 ด้วย

2) หลักการรับฟังพยานขัดทอดของศาลไทย

พยานขัดทอดหมายถึงพยานผู้ซึ่งเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดกับจำเลยไม่ว่าจะเป็นตัวการผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนเป็นถ้อยคำของบุคคลที่มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยจะเป็นประจักษ์พยานเบิกความโดยตรงต่อศาลให้การปรักปรำ และเป็นผลร้ายแก่จำเลยในชั้นพิจารณาหรือเป็นพยานบอกเล่าที่ให้การไว้ในชั้นสอบสวนและเป็นการกล่าวหาผู้ต้องหาซึ่งผู้ให้ถ้อยคำได้ถูกกันไว้เป็นพยานก็ได้

สำหรับปัญหาการรับฟังพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้ร่วมกระทำผิดอาจแยกพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

1) กรณีมีจำเลยหลายคนจำเลยคนหนึ่งสมัครใจให้การเป็นพยานขัดทอดจำเลยอีกคนหนึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 233 บัญญัติว่า “จำเลยอาจอ้างเป็นพยานได้” ในกรณีที่จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานศาลจะให้เข้าสืบก่อนพยานอื่นฝ่ายจำเลยก็ได้ ถ้าคำเบิกความของจำเลยนั้นปรักปรำหรือเสียหายแก่จำเลยอื่นจำเลยอื่นนั้นซักค้านได้ซึ่งเป็นการ

ให้โอกาสแก่จำเลยอื่นที่จะป้องกันตนเอง เมื่อถูกจำเลยคนหนึ่งให้การปรักปรำถ้าพิจารณาตามนี้แล้วน่าจะต้องถือว่า คำเบิกความของจำเลยคนหนึ่งที่ทำให้การขัดทอจำเลยคนอื่น นั้นรับฟังได้ เพราะจะต้องให้โอกาสจำเลยอื่นซักค้านด้วยแต่อย่างไรก็ดีศาลฎีกาได้ตัดสินวางบรรทัดฐานมาตลอดว่าคำเบิกความของจำเลยคนหนึ่งจะรับฟังยันจำเลยคนอื่นไม่ได้

กรณีผู้ร่วมกระทำผิดซึ่งถูกดำเนินคดีจนเสร็จเด็ดขาดพ้นจากฐานะจำเลย ผู้ร่วมกระทำผิดที่พ้นสภาพจำเลยไปแล้วมิได้มีฐานะเป็นจำเลยในขณะที่จะเป็นพยาน ข้อมไม่ห้ามรับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 232 เพราะเขา ถูกดำเนินคดีเสร็จเด็ดขาดไปแล้วไม่มีความกังวลว่าจะปรักปรำจำเลยเพื่อเอาตัวรอดอีกแต่ศาลฎีกาก็ยังถือว่าถ้าไม่มีพยานประกอบก็จะรับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น

ฎีกาที่ 331/2472 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยลักเงินซึ่งใส่กำปั้นเก็บไว้ในสถานีดำรวจไปพยานของโจทก์มี พ. กัม น. เบิกความว่าจำเลยเป็นคนร้ายรายนี้พยานทั้งสองคนนี้ในชั้นสอบสวนได้ถูกเจ้าพนักงานจับมาคุมขังไว้โดยสงสัยว่าเป็นคนร้ายลักเงินรายนี้เหมือนกัน พ. และ น. ได้ถูกฟ้องจนศาลตัดสินลงโทษไปแล้วศาลฎีกาตัดสินว่าโจทก์อ้าง พ. และ น. มาเป็นพยานได้แต่เมื่อไม่มีพยานอื่นประกอบโดยกระชั้นชิดแล้วจะมาลงโทษจำเลยไม่ได้

ฎีกาที่ 3154/2533 แม้จะปรากฏว่า ส. เคยถูกฟ้องว่าร่วมกระทำผิดในคดีเดียวกันนี้กับจำเลยมาก่อนและคำเบิกความและคำให้การของ ส. ถือได้ว่าเป็นคำขัดทอของผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกันก็ตามแต่คำขัดทอดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นเรื่องการบิดความผิดของผู้ขัดทอให้เป็นความผิดของจำเลยผู้เดียวคงเป็นการแจ้งเรื่องราวถึงเหตุการณ์ที่ตนได้ประสบมาไม่ถึงขนาดที่จะรับฟังไม่ได้เสียเลยเพียงแต่ มีน้ำหนักน้อยและต้องรับฟังด้วยความระมัดระวังเท่านั้น

โดยสรุปแล้ว ศาลไทยนั้นไม่ได้มีข้อห้ามในการรับฟังพยานประเภทนี้แต่อย่างไรก็ตามเหตุที่ทำให้พยานขัดทอมีน้ำหนักไม่มั่นคงก็เพราะ

(1) พยานอาจจะขัดทอจำเลยเพื่อให้ตนพ้นผิด (exculpate themselves) หรือให้ผิดน้อยลง

(2) ในบางกรณีพยานอาจมีความไม่พอใจ (antipathy) หรือคิดแก้แค้น(revenge) จำเลยอยู่ก่อนแล้วจึงได้ขัดทอโดยการสร้างเรื่อง (fabricating) หรือเพิ่มความรุนแรง(exaggerating) เกี่ยวกับการกระทำของจำเลยให้ดูผิดร้ายแรงเกินกว่าที่เป็นจริง

ฎีกาที่ 7758/2544 ตำรวจจับ อ. ได้พร้อมยาบ้า อ. บอกตำรวจว่าจำเลยมอบให้ อ. นำมาจำหน่ายคำขัดทอนี้เป็นทั้งพยานบอกเล่าและจำเลยไม่มีโอกาสซักค้านแม้จะรับฟังได้แต่ก็มีน้ำหนักน้อยยังไม่เพียงพอว่าจำเลยร่วมกระทำผิดฐานมียาบ้าไว้เพื่อจำหน่าย

ข้อยกเว้นที่ศาลสามารถรับฟังพยานขัดทอดได้

(1) เหตุผลอันหนักแน่น หรือพฤติการณ์พิเศษแห่งคดี

ในการรับฟังพยานขัดทอด ศาลจะต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความน่าเชื่อถือของพยานว่ามีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด โดยพิจารณาจากสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานที่น่าเชื่อว่าจะสามารถพิสูจน์ความจริงได้ โดยปราศจากข้อสงสัยว่าพยานจะให้การปรักปรำจำเลยอื่นเพื่อให้ตนเองพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด หรือเพื่อให้ตนเองรับผิน้อยลง

ฎีกาที่ 1325/2542 คำขัดทอระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกันไม่มีกฎหมายห้ามมิให้รับฟังเสียเลยทีเดียวหากการขัดทอดมีเหตุผลรับฟังได้ศาลมีอำนาจรับฟังประกอบการพิจารณาได้

ฎีกาที่ 937/2536 ชั้นสอบสวนจำเลยที่ 1 ให้การขัดทอดจำเลยที่ซึ่งคำให้การขัดทอดดังกล่าวจำเลยที่หนึ่งได้ให้การต่อพนักงานสอบสวนทันทีในวันที่จำเลยที่หนึ่งถูกจับเป็นการยากที่จำเลยที่หนึ่งจะปรุงแต่งขึ้นไว้เพื่อต่อสู้คดีหรือปรักปรำจำเลยที่สองทั้งเป็นคำให้การที่มีได้เกิดจากการจงใจมีค้ำมั่นสัญญาขู่เชิญหลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น

(2) พยานหลักฐานประกอบ (supporting evidence)

ลักษณะของพยานประกอบคือจะต้องเป็นพยานที่รับฟังได้ตามกฎหมาย กล่าวคือ หากพยานหลักฐานใดถูกห้ามมิให้รับฟังตามกฎหมายพยานหลักฐานนั้นก็ไม่สามารถที่จะไปเป็นพยานประกอบให้กับพยานหลักฐานอื่นได้และพยานหลักฐานประกอบจะต้องมีลักษณะเป็นอิสระแยกต่างหากจากพยานหลักฐานอื่นที่จะไปสนับสนุนหรือไปประกอบกล่าวคือเมื่อต้องการยืนยันพยาน หลักฐานที่เป็นพยานขัดทอดพยานหลักฐานที่จะนำมายืนยันจะต้องมาจากแหล่งอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับพยานขัดทอดเนื่องจากพยานขัดทอดไม่มีความน่าเชื่อถือในตัวเอง จึงจำเป็นต้องทำให้เกิดความชัดเจนและมีความน่าเชื่อถือมากกว่าที่เป็นพยานสองชั้นแต่มีที่มาเหมือนกันซึ่งไม่น่าจะเกิดประโยชน์แต่อย่างใดโดยสรุปคำขัดทอดของผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกันแต่เดิมถือว่ามีน้ำหนักน้อยเว้นแต่เป็นคำขัดทอดที่มีเหตุผล รับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นได้ (ฎีกา 1325/42) แต่ตามมาตรา 227/1 ที่แก้ไขปี 2550 กำหนดให้ศาลต้องชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่เป็นคำขัดทอด ด้วยความระมัดระวังและไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลยเว้นแต่มีเหตุผลหนักแน่นมีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดีหรือมีหลักฐานอื่นมาประกอบสนับสนุน ส่วนพยานหลักฐานประกอบนั้นหมายถึงพยานหลักฐานอื่นที่รับฟังได้และมีแหล่งที่มาเป็นอิสระจากพยานขัดทอด ทั้งจะต้องมีคุณค่าเชิงพิสูจน์ที่สามารถสนับสนุนให้พยานหลักฐานอื่นประกอบมีความน่าเชื่อถือมากขึ้นด้วยหลักการรับฟังพยานขัดทอดดังกล่าวนี้นำไปใช้กับการวินิจฉัยชั่งน้ำหนัก

พยานบอกเล่าพยานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้านและพยานที่มีข้อบกพร่องประการอื่นอันอาจกระทบถึงความน่าเชื่อถือของพยานด้วย

หลักการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการจูงใจ ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายประการอื่น

ป.วิ.อาญา มาตรา 133 วรรค3 ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนตักเตือนพุดให้ท้อใจ หรือให้กลอุบายอื่นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำซึ่งอยากจะทำให้ด้วยความเต็มใจ

ป. วิ. อาญามาตรา 135 ในการถามให้ถามผู้ต้องหาห้ามมิให้พนักงานสอบสวน ทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญาขู่เข็ญหลอกลวงทรมาณ ใช้กำลังบังคับหรือกระทำ โดยไม่ชอบด้วยประการใดๆ ในเรื่องที่ต้องหาขึ้น

ป. วิ. อาญามาตรา 226 พยานวัตถุพยานเอกสารหรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะ พิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้ เกิดขึ้นจากการจูงใจมีคำมั่นสัญญาขู่เข็ญหลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 วางหลักว่า พยานหลักฐานต้องมิได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น หากมีการกระทำได้กล่าว จะอ้างเป็นพยานมิได้ แม้จะมีการอ้างและสืบไป หากได้ความในชั้นศาล ว่ามีการกระทำได้กล่าวศาลจะไม่รับฟัง และถือว่าโจทก์ไม่มีพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทย จะใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐตามแบบอย่างในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งมีกฎหมายพยานหลักฐาน ไม่เคร่งครัด แต่ศาลไทยกลับยึดหลักการรับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความผิดตามแบบอย่าง ระบบคอมมอนลอว์มาโดยตลอด ส่งผลให้มีคดีจำนวนมากที่ศาลยกฟ้องไป เพียงเพราะไม่มีพยานหลักฐาน อื่นประกอบคำเบิกความของพยานผู้ร่วมกระทำความผิด และแม้พยานที่ถูกพนักงานสอบสวน กันไว้เป็นพยานจะเป็นพยานที่ใส่ร้ายกัน แต่หากเป็นพยาน ที่ได้มาด้วยความบริสุทธิ์มิได้เกิดจาก การบังคับขู่เข็ญหรือให้คำมั่นสัญญาประการใดแล้ว (ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย) ควรจะเป็นพยาน ที่มีน้ำหนักพอที่ศาลจะรับฟังลงโทษจำเลยได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า ไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดอีกในคดี และในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไม่มีอะไรเป็นเครื่องวัด เพียงแต่พิเคราะห์ตามความเชื่อ ของจิตใจเท่านั้น หากพยานหลักฐานเชื่อได้ว่าจำเลย ได้กระทำความผิดจริงจนไม่ผิดตัวแล้ว พยานที่กันเป็นพยานนำเข้าสู่ก็มีน้ำหนักเพียงพอสามารถลงโทษจำเลยได้แล้ว⁶² ในการพิจารณา คดีอาญาคำรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ได้รับข้อเท็จจริงว่าตนได้กระทำความผิดทั้งหมด หรือส่วนสำคัญบางส่วนของความผิดนั้น โดยทั่วไปย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (the highest

⁶²จิตติ เจริญกล้า, “กันไว้เป็นพยาน” ใน *บทบัญญัติ 47, วารสารอัยการ*, 2527, หน้า 64-67

evidence of quili)⁶³ แต่หากเป็นคำรับสารภาพของ ผู้ที่ร่วมกระทำผิดด้วยแล้ว กฎหมายให้ใช้ความระมัดระวังต่อคำรับสารภาพเช่นนี้มาก โดยเฉพาะทำให้การรับสารภาพที่พาดพิงไปถึงผู้ร่วมกระทำผิดคนอื่นเพราะคำให้การในลักษณะนี้จะมีลักษณะเป็นคำชัดทอระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกันเพื่อให้ตนเองไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยที่สุดโดยการ โยนความผิดไปให้คนอื่น ซึ่งโดยสัญชาตญาณของมนุษย์ย่อมต้องพยายามทำตนให้พ้นภัยให้มากที่สุดกฎหมายเองก็ยอมรับหลักความจริงในข้อนี้จึงได้เกิดหลักในเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองขึ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วและด้วยเหตุผลนี้เองกฎหมายจึงได้ห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน แต่เนื่องจากคดีบางชนิดบางประเภทมีความสลับซับซ้อนหรือมีลักษณะเป็นการจัดองค์กรซึ่งยากต่อการสืบสวนให้ได้ข้อเท็จจริงมาลงโทษผู้กระทำผิดได้ ดังนั้นในบางครั้งจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำเอาผู้ร่วมกระทำผิดบางคนมาเป็นพยานเพื่อให้การยืนยันการกระทำผิดของคนอื่น ซึ่งต้องถือว่าเป็นเรื่องของนโยบายทางอาญา (criminal policy) ในการจะหาวิธีการที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษให้ได้

บทบัญญัติในเรื่องการกันบุคคลเป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่จะรับฟังพยานบุคคลที่ถูกกันไว้ในวันเพียงฝ่ายเดียว แต่มิได้ให้อำนาจศาลไว้ในการรับฟังพยานที่ถูกกันไว้ ดังนั้น ศาลจึงยังคงมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานจากถ้อยคำพยานบุคคลนั้นได้อีก และจะเห็นได้ว่า เมื่อยังไม่มียกข้อห้ามแห่งกฎหมายบัญญัติให้ศาลต้องรับฟังพยานบุคคลที่ถูกกันไว้เป็นพยานดังกล่าว การรับฟังพยาน ที่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดจึงอาจมีน้ำหนักน้อยและอาจไม่พอฟังเพื่อลงโทษจำเลย ทั้งนี้เพราะในคดีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่นั้นพยานบุคคลและเอกสารหลักฐานส่วนใหญ่จะเป็นไป เพื่อช่วยเหลือจำเลยเกือบทั้งสิ้น จึงทำให้ที่ผ่านมาศาลได้เคยใช้เหตุผลโดยยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยและยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยพ้นข้อหาไป เช่น ในคดีจัดจ้างต่อเรือชุดของกรม แห่งหนึ่ง แม้ว่าศาลจะใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม จึงเป็นปัญหาว่าจะทำอย่างไรให้ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีมีเครื่องมือในการรับฟังพยานหลักฐานให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติวินิจฉัยชี้มูลความผิดผู้ถูกกล่าวหาและบุคคลที่ถูกชี้มูลความผิดสมควรได้รับการลงโทษทั้งทางอาญาและทางวินัยตามผลของการกระทำและหน้าที่ความรับผิดชอบต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและความรับผิดชอบต่อสังคม เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตได้ผลอย่างแท้จริงและสามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

⁶³John Henry Wigmore (revised by John T. McNaughton), Wigmore on Evidence, Brown and Company, 1961, V.3 no.819. p.238

2. วิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกันพยาน

การกันพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น มุ่งหวังที่จะนำพยานปากนั้นมาใช้รับฟังในการชี้มูลความผิดผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นตัวการสำคัญ และหากไม่มีการกันพยานจะไม่สามารถชี้มูลความผิดผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นตัวการสำคัญนั้นได้ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้มีการตรากฎหมายออกมารองรับการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และให้เป็นดุลพินิจอย่างอิสระของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยแท้ แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีปัญหามาว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยอิสระก็อาจเป็นดาบสองคมได้หากปรากฏว่าในบางคดีมีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคนและบางคนก็กระทำผิดในลักษณะที่ต่างกันไปตามแต่ละตำแหน่งหน้าที่และการกระทำจึงมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่จะเลือกกันบุคคลที่ร่วมกระทำผิดมาเป็นพยานและจะใช้หลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาว่าผู้ที่ถูกกันเป็นพยานไม่ใช่ตัวการสำคัญและถ้อยคำของพยานปากนั้นจะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญได้จริงหรือไม่อย่างไร ซึ่งในเรื่องดังกล่าวแม้ว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะได้ออกประกาศเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยาน โดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 ขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อใช้เป็นหลักปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวก็ตาม แต่ประกาศฉบับดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่ใช้เป็นเงื่อนไขทางปฏิบัติเท่านั้น แต่ที่สุดแล้วก็ยังคงเป็นดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกันบุคคลเป็นพยานอยู่นั่นเอง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประกาศในข้อ 6 ที่กำหนดว่า “การพิจารณากันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นพยานและการสอบปากคำผู้ถูกกันไว้เป็นพยาน ต้องมิได้เกิดจากการขู่เข็ญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบด้วยประการอื่นใดแก่ผู้ถูกกันไว้เป็นพยาน เพื่อชักจูงใจให้บุคคลดังกล่าวให้ถ้อยคำหรือข้อมูลในเรื่องที่กล่าวหา” ประกาศดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดขึ้น ในทางปฏิบัติแล้วผู้ที่ประสงค์จะให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. กันคนไว้เป็นพยานก็จะร้องขอเข้ามาในคดีเพื่อให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. กันคนไว้เป็นพยานในชั้นไต่สวนตามเงื่อนไขของประกาศ ข้อ 7 หรือหากคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรจะกันบุคคลใดไว้เป็นพยานโดยเห็นเองในชั้นไต่สวนหรือข้อเสนอของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตามก็อาจหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นพิจารณาและมีมติให้กันบุคคลนั้นไว้เป็นพยานก็ได้ ตามประกาศ ข้อ 8 ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจโดยอิสระที่จะหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเมื่อใดก็ได้หากคดีที่ไต่สวนนั้นยังไม่เสร็จสิ้นการพิจารณาและแม้ว่าตามประกาศฉบับดังกล่าว ในข้อ 9 จะมีข้อกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องพิจารณาคำขอหรือความเห็นในการขอกันพยานโดยคำนึงถึงเหตุดังต่อไปนี้ด้วยก็ตามคือ 1) หากไม่กันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาคนใดคนหนึ่งเป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่อาจแสวงหาพยานหลักฐานอื่นแทนเพื่อให้เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหารายอื่นที่เป็นตัวการสำคัญ

และตาม 2) บุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา^{นั้น}จะต้องเบิกความตามที่ให้การไว้ก็ตาม และถึงแม้ว่า
 ในประกาศข้อ 10 จะกำหนดเงื่อนไขไว้อีกด้วยว่าในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรที่จะ
 กักบุคคลใดหรือผู้ถูกกล่าวหา^{รายใด}ไว้เป็นพยาน ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กักบุคคล
 หรือผู้ถูกกล่าวหา^{นั้น}ไว้เป็นพยานในคดี โดยมติดังกล่าวจะต้องระบุเหตุผลแห่งการพิจารณาไว้
 ด้วยว่าสมควรที่จะกักบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา^{ดังกล่าว}ไว้เป็นพยานด้วยเหตุผลใดก็ตาม
 แต่แม้คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะได้วางหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างเคร่งครัดก็ตามแต่หลักเกณฑ์ที่จะนำมา
 พิจารณาก็เป็นอำนาจดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทั้งนี้ โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบ
 การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวเลย ซ้ำยังชี้ให้เห็นถึงอำนาจเด็ดขาดที่เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติ
 ให้กักบุคคลใดเป็นพยานแล้วบุคคลนั้นก็จะต้องรับผิดชอบทั้งทางอาญาและทางวินัยอีกต่อไป
 จากผลของการชี้มูลความผิด กรณีจึงอาจเป็นไปได้ว่าหากผลของการกักบุคคลเป็นพยาน
 เกิดความผิดพลาดคลาดเคลื่อนด้วยประการใดก็ดี ผู้ใดจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นและจะมี
 ทางเยียวยาในเรื่องดังกล่าวอย่างไร หรือใครจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวได้ ขณะที่
 ตามหลักสากลของประเทศทั้งที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ อำนาจในการกักบุคคล
 ไว้เป็นพยานในคดีอาญา จะเป็นอำนาจของพนักงานอัยการและอัยการสูงสุด ซึ่งเป็นไปตามหลักการ
 ตรวจสอบถ่วงดุล จริงอยู่กฎหมาย ป.ป.ช. ออกมาโดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปราม
 การทุจริตและมุ่งหมายจะเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษทั้งทางอาญาและทางวินัยก็ตามแต่การบังคับ
 ใช้กฎหมายก็จำเป็นที่อาจมีเครื่องมือในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ
 หรือการแบ่งแยกอำนาจที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญายังจำต้องคำนึงและดำเนินการให้เกิดความ
 เป็นธรรมในสังคมตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับนับถือกัน โดยสากล

3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของพยานในการได้รับความคุ้มครองช่วยเหลือ

สำหรับประเทศไทย แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่เคยมี
 บทบัญญัติเรื่องการกักบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นพยานเป็นลายลักษณ์อักษรมาก่อนดังเช่นต่างประเทศ
 แต่ในทางปฏิบัติ ทั้งระเบียบของสำนักงานตำรวจแห่งชาติและอัยการต่างได้วางหลักเกณฑ์และมี
 แนวทางการปฏิบัติในการกักตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานแยกต่างหากของแต่ละองค์กร แม้การกักผู้ต้องหา
 นี้จะสามารถกระทำได้ในชั้นพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ แต่การกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน
 ในชั้นพนักงานสอบสวนไม่ผูกพันการใช้ดุลพินิจในการกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในชั้นพนักงาน
 อัยการแต่อย่างใด พนักงานอัยการไม่มีความจำเป็นต้องเห็นด้วยกับการตัดสินใจกักผู้ต้องหา
 คนใดคนหนึ่งไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวน ด้วยเหตุนี้ อาจจะมีปัญหาเกิดขึ้นได้ในกรณี

ที่ผู้ร่วมกระทำความคิดให้การเป็นประโยชน์ต่อพนักงานสอบสวนไปแล้ว โดยเชื่อว่าตนจะได้รับ การกันตัวเป็นพยาน แต่ภายหลังกลับถูกดำเนินคดี โดยพนักงานอัยการอีก เช่น ผู้ต้องหาจะสามารถ ฟ้องร้องหรือได้รับการชดเชยเยียวยาสิทธิที่ถูกกระทบอย่างไร

อย่างไรก็ตามที่กล่าวมาเป็นเรื่องของ การกันบุคคลไว้เป็นพยาน ในคดีอาญาทั่วไป ต่างจากความคิดในคดีทุจริตที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำความผิด และมีการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ไปแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ความพยายาม ในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับเรื่องนี้เป็นการเฉพาะในการได้สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงเป็นผลสำเร็จเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 โดยเพิ่มเติมหมวด 9/1 การส่งเสริมการป้องกันการทุจริต มาตรา 103/6 ขึ้นมาใช้บังคับ ที่บัญญัติว่า “มาตรา 103/6 บุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา รายใด ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหา รายอื่น หากได้ให้ ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญในการที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัย ข้อมูลการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐรายอื่นนั้น และหากคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรจะกันผู้นั้น ไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดีก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกาศกำหนด” จึงมีปัญหาคือต่อไปว่าการที่จะนำมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับได้นั้น คณะกรรมการ ป.ป.ช. จำเป็นจะต้องออกประกาศหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวขึ้นมาใช้บังคับอีก ชั้นหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและมีหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับเป็นการ เฉพาะมิใช่การเลือกปฏิบัติกับคดีใด คดีหนึ่งโดยให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป คณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงได้ออกประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 ขึ้นมาใช้ บังคับเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและให้กระบวนการในการกันบุคคลเป็นพยานมีผล ใช้บังคับได้จริงมิใช่เป็นความเห็นในทางวิชาการ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะได้ออกประกาศฉบับดังกล่าวขึ้นมา ใช้บังคับแล้ว และได้มีการใช้อำนาจตามกฎหมายกันบุคคลเป็นพยาน ไปแล้วเพื่อใช้พยานบุคคลนั้นพิสูจน์ความผิดเจ้าหน้าที่ของรัฐรายอื่น ตัวอย่างเช่น คดีสอบเข้าโรงเรียน นายอำเภอ เป็นต้น แต่ก็ยังคงมีปัญหาคือ ในส่วนคดีอาญา อัยการสูงสุดยังคงไม่ฟ้องผู้ถูกกล่าวหา ต่อศาล ขณะเดียวกันในทางวินัยผู้ถูกกล่าวหาเองกลับนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอน มติคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการชี้มูลความผิด และฟ้องพยานบุคคลที่ถูกกันไว้เป็นพยาน เป็นคดีอาญาในข้อหาแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานอีกด้วย ทำให้พยานที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันไว้ต้องได้รับความเดือดร้อนโดยไม่มีความมาตรการทางกฎหมายมารองรับ นอกจากนี้ การที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติให้กันบุคคลใดเป็นพยานแล้ว บุคคลเหล่านั้นหากยังคงเป็น

เจ้าหน้าที่ของรัฐและมิได้ถูกชี้มูลความผิด จึงมีปัญหาว່ายานบุคคลเหล่านั้นหากยังคงปฏิบัติงานอยู่ที่เดิมอาจไม่ได้รับความปลอดภัยในการทำงานหรือคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ให้ได้รับความเป็นธรรม หรืออาจถูกกลั่นแกล้งให้ต้องได้รับโทษทางวินัย แม้ว่าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 103/5 จะได้บัญญัติคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวไว้ เมื่อบุคคลนั้นร้องขอต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าหากยังคงปฏิบัติหน้าที่ในสังกัดเดิมต่อไป อาจถูกกลั่นแกล้งหรือได้รับการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเนื่องจากการกล่าวหาหรือการให้ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือให้ข้อมูลนั้น และคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาแล้วเห็นว่ามิพยานหลักฐานเบื้องต้นอันควรเชื่อได้ว่าน่าจะมีเหตุดังกล่าวให้เสนอ นายกรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาสั่งการให้ได้รับความคุ้มครองหรือมีมาตรการอื่นใดตามที่เห็นสมควรต่อไป แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ในกรณีที่พยานที่ถูกกันไว้และร้องขอให้ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว หากนายกรัฐมนตรีมิได้สั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือกระบวนการในการพิจารณามีความล่าช้า จนพยานต้องได้รับความเดือดร้อนจะมีมาตรการใดที่จะคุ้มครองช่วยเหลือพยานได้อีก และหากพยานไม่ได้รับความคุ้มครองช่วยเหลือตามมาตรการดังกล่าว แต่ถูกกลั่นแกล้งโดยผู้บังคับบัญชาที่ตนสังกัดอยู่ เช่น การถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยในกรณีที่ได้มาให้ถ้อยคำที่เป็นประโยชน์ต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. และหากถูกตั้งสังกัดลงโทษทางวินัยเพราะเหตุดังกล่าว พยานบุคคลเหล่านี้จะได้รับความเสียหายทางกฎหมายอย่างไร ทั้งในแง่ของตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือการที่ไม่ต้องถูกลงโทษทางวินัยจากต้นสังกัด แต่ที่ผ่านมามีพยานบุคคลที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติให้กันไว้เป็นพยานที่ต้องถูกเพิกถอนสิทธิในการเข้าอบรมจากคำสั่งทางปกครองก็ไปใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอรับความคุ้มครองจากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่การที่ต้องถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจากต้นสังกัด ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดที่ให้ความคุ้มครองช่วยเหลือพยานรวมทั้งกฎหมาย ป.ป.ช. ที่มีอยู่ก็ไม่อาจคุ้มครองพยานที่ต้องถูกกลั่นแกล้งจากต้นสังกัดได้ และกฎหมาย ป.ป.ช. เองก็มิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วย ขณะที่ตามหลักสากลไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซิวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีมาตรการส่งเสริมความปลอดภัยของพยานของพยานผู้ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐคือมาตรการคุ้มครองพยาน (witness protection program) ซึ่งคุ้มครองพยานที่ถูกคุกคามจากการให้การเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญมาลงโทษ ดังนั้น ในส่วนของการกันบุคคลไว้เป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงอาจต้องเพิ่มเติมกฎหมาย ป.ป.ช. เพื่อคุ้มครองพยานที่ถูกกันไว้ในกรณีดังกล่าวให้ชัดเจน เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตได้ผลอย่างแท้จริง และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

กล่าวโดยสรุปการทุจริตคอร์รัปชันในประเทศไทย เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลาต่อเนื่องยาวนานแล้ว และนับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น แต่ในการได้ส่วนความผิดในคดีทุจริตคอร์รัปชันหลายคดี ยังไม่สามารถเอาผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่เป็นตัวการสำคัญได้ เนื่องจากลักษณะความผิดดังกล่าวมีการดำเนินการในรูปแบบขบวนการที่มีความสลับซับซ้อน แต่กระบวนการตรวจสอบการทุจริต รวมถึงมาตรการในการคุ้มครองพยาน ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้สามารถเอาตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญมาลงโทษได้ส่งผลให้การดำเนินคดี ไม่มีบุคคลใดที่จะให้การที่เป็นประโยชน์ในลักษณะของพยานสำคัญหรือเป็นพยานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ทั้งนี้ ในส่วนของการรับฟังพยานหลักฐานของศาล ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาจะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน และมักจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลยโดยพิพากษายกฟ้องคดีไป โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 227 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังเช่นที่ผ่านมามีคดีสำคัญเรื่องหนึ่งที่พนักงานอัยการเป็น โจทก์ฟ้องอดีตอธิบดีกรมเจ้าท่า (กรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี) และจำเลยอีก 6 คน ในความผิดฐานร่วมกันเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหน้าที่ โดยมิชอบและโดยทุจริต และร่วมกันเป็นเจ้าของพนักงานมีหน้าที่รับรองเอกสาร ได้กระทำการรับรองเอกสารอันเป็นเท็จ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 162 ซึ่งศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องจำเลย โดยยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ลงโทษจำเลยและศาลฎีกาพิพากษายืนให้ลงโทษจำเลย หรือในอีกหลายคดี ไม่ว่าจะเป็นคดีการออกโฉนดที่ดินเพื่อนำมาขายให้กับกรมควบคุมมลพิษ (คดีคลองด่าน) ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ออกโฉนดที่ดินและมีรัฐมนตรีที่กำกับดูแลหรือกำหนดนโยบาย เป็นผู้สั่งการให้มีการออกโฉนดที่ดินโดยมิชอบ โดยที่ไม่อาจนำถ้อยคำพยานบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมาวินิจฉัยชี้มูลความผิดผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้โดยตรง นอกจากนี้ ในคดีความผิดบางประเภทที่หากไม่มีถ้อยคำของพยานมาใช้ยืนยันความผิดของผู้ถูกกล่าวหา ก็จะไม่สามารถวินิจฉัยชี้มูลความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้เลย เช่น คดีทุจริตในการสอบเข้าโรงเรียนนายอำเภอ เป็นต้น

สำหรับในต่างประเทศนั้นตามหลักสากลไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย ivilลอว์หรือคอมมอนลอว์ต่างมีแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการกันบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิดไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดีไว้เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะให้ความสำคัญของการ กันตัวผู้ต้องหาเป็นพยาน โดยสำนักงานอัยการสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการได้รับข้อมูล จากการกระทำความคิดเพื่อนำไปใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมจะเป็นประโยชน์มาก เนื่องจากรัฐ มีความจำเป็นที่ต้องอาศัยข้อมูลจากอาชญากรด้วยกันเองในการให้ข้อมูลของผู้กระทำความผิด กับคนที่จะคุ้มกันไม่ให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือในประเทศอังกฤษ ที่มีลักษณะ เป็นการให้ความคุ้มกัน (promise of immunity) จากการถูกฟ้องร้องในภายหลังแต่ก่อนที่ผู้ร่วม กระทำความผิดจะได้รับความคุ้มกัน ผู้ร่วมกระทำผิดต้องได้รับ “NolleProsequi” หรือศาลยกฟ้องคดี ของตนเพราะพยานหลักฐานไม่พอ หรือเป็นกรณีที่มีการพิจารณาเมื่อให้การรับสารภาพ หรือมีการ ดำเนินคดีแยกออกจากกันแล้ว จึงจะนำมาเป็นพยานได้ อันเป็นเงื่อนไขในการนำผู้ร่วมกระทำ ความผิดมาเป็นพยาน ซึ่งผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจในการกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานคือพนักงาน อัยการโดยในแต่ละประเทศต่างมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน คือ

- 1) ผู้ต้องหาที่จะกันไว้เป็นพยานนั้น ไม่ใช่ตัวการสำคัญ
- 2) ถ้าไม่กันผู้ต้องหาคนนั้นไว้เป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่ไม่เพียงพอในการ ดำเนินคดีและไม่อาจจะแสวงหาพยานหลักฐานอื่นใดได้อีก
- 3) ผู้ที่จะถูกกันเป็นพยานนั้นให้การเป็นประโยชน์แก่การสอบสวนและจะไปเบิกความ ขึ้นศาลได้

สำหรับประเทศไทยในคดีทุจริตคอร์รัปชันมีบทบัญญัติในเรื่องการกันบุคคลไว้เป็นพยาน ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยมีมาตราที่สำคัญ ได้แก่ มาตรา 103/2 และมาตรา 103/6 ในเรื่องของการคุ้มครองในการคุ้มครองช่วยเหลือพยานและการกันบุคคลหรือ ผู้ถูกกล่าวหาที่มี ส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาหรืออื่นไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ ในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาหรืออื่นไว้เป็นพยานดังกล่าว คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ออกประกาศคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการกันบุคคล หรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554 มาใช้บังคับ โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่สำคัญ ดังนี้

1) เป็นผู้ที่มีส่วนเห็นเหตุการณ์และมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ระหว่างการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือระหว่างการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือระหว่างการไต่สวนข้อเท็จจริง

2) เป็นผู้ที่ได้ให้ถ้อยคำอันเป็นประโยชน์ต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานและการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือให้ถ้อยคำหรือ แจ้งเบาะแสหรือข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญจนสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยชี้มูล การกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐรายอื่นที่เป็นตัวการสำคัญนั้น

3) เป็นผู้ที่มีความตั้งใจที่จะให้ถ้อยคำหรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลตาม (2) และรับรองว่าจะไปเบิกความเป็นพยานในชั้นศาลตามที่ให้การหรือให้ถ้อยคำไว้

แต่อย่างไรก็ตาม การกันบุคคลหรือผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานตามกฎหมาย ป.ป.ช. ก็ยังมีปัญหาที่สำคัญว่า

1) การใช้ถ้อยคำของพยานบุคคลที่ถูกกันเป็นพยานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาใช้วินิจฉัยความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดจะสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ศาลจะรับฟังถ้อยคำพยานบุคคลนั้นได้หรือไม่เพียงใด เพราะไม่มีกฎหมายรับรองให้ศาลรับฟังพยานที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้กันไว้เป็นพยานได้

2) จะมีมาตรการอย่างไร ในการจำกัดการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิให้ใช้อำนาจหน้าที่ไปจนเกินขอบเขตและช่วยเหลือบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้ไม่ต้องรับโทษหรือกั้นกั้นบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากกฎหมายไม่ได้จำกัดการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้

3) พยานที่ถูกกันไว้ตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจได้รับผลกระทบในการปฏิบัติหน้าที่เช่น ถูกผู้บังคับบัญชากดดันแก้งให้ย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่น หรือถูกผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัยหรือถูกดำเนินการทางวินัยจากการมาให้ถ้อยคำกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็ไม่อาจหยิบยกข้อกฎหมายขึ้นมาเพื่ออ้างเป็นเหตุให้ได้รับการยกเว้นโทษให้กับพยานที่ถูกกันไว้จากการดำเนินการทางวินัยจากผู้บังคับบัญชาได้ ทำให้พยานเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในทางกฎหมายเท่าที่ควร ส่งผลให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายต้องลดลงไปด้วย จึงมีประเด็นว่า การคุ้มครองช่วยเหลือพยานจะมีมาตรการใดบ้างเพื่อคุ้มครองหรือเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวได้

นอกจากนี้ยังมีกรณีปัญหาที่พยานบุคคลที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กันไว้เป็นพยานได้รับผลกระทบจากการที่มาให้ถ้อยคำกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรการกันบุคคลเป็นพยานซึ่งแม้ว่าจะมีมาตรการในการปกป้องชื่อพยานบุคคลนั้นไว้ในชั้นไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่บางครั้งบุคคลที่ถูกชี้มูลความผิดหรือผู้บังคับบัญชาของพยานที่เป็นตัวการสำคัญในคดี อาจล่วงรู้

ได้ว่าบุคคลใดให้การเป็นประปักษ์ต่อตนเอง ซึ่งหากยังคงให้พยานรับราชการในสังกัดเดิมต่อไป ก็อาจไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือถูกกีดกันแกล้ง โดยไม่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งมาตรการที่มีอยู่ ตามมาตรา 103/5 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่บัญญัติว่า “ในกรณีบุคคลตามมาตรา 103/2 วรรคหนึ่ง เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อบุคคลนั้นร้องขอต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าหากยังคงปฏิบัติหน้าที่ ในสังกัดเดิมต่อไป อาจถูกกีดกันแกล้งหรือได้รับการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเนื่องจากการ กล่าวหาหรือการให้ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลนั้น และคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณา แล้วเห็นว่ามิพยานหลักฐานเบื้องต้นอันควรเชื่อได้ว่าน่าจะมีเหตุดังกล่าว ให้เสนอต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาสั่งการหรือให้ได้รับความคุ้มครองหรือมีมาตรการอื่นใดตามที่เห็นสมควร” มีปัญหาว่า ในกรณีที่หัวหน้ารัฐบาลหรือนายกรัฐมนตรีไม่สั่งการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในอำนาจหน้าที่ของตน โดยไม่แก้ไขปัญหาดังกล่าวให้เป็นที่ยุติ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการ ขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อรายงานข้อเท็จจริงหรือข้อเสนอแนะไปยังนายกรัฐมนตรี เพื่อสั่งการ ก็ยังไม่แน่ว่า นายกรัฐมนตรีจะสั่งการอย่างใดไปในทางใดทางหนึ่ง แม้วานายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจตามกฎหมาย ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจนายก ในการพิจารณาสั่งการก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีการทางกฎหมายมาเยียวยาหรือรับรองการสั่งการของนายกรัฐมนตรีโดยตรงส่งผล ให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายต้องลดลงไปด้วย จึงมีประเด็นว่า การคุ้มครองช่วยเหลือ พยานจะมีมาตรการใดบ้างเพื่อคุ้มครองหรือเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวได้

2. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษาค้นคว้าถึงทฤษฎี แนวคิดและหลักการปฏิบัติเกี่ยวกับการกันตัว บุคคลไว้เป็นพยานทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน พบว่า แต่ละประเทศมีมาตรการกันตัวบุคคลไว้เป็นพยาน แต่แตกต่างกันบ้างในรายละเอียด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอหยิบยกประเด็นปัญหาและเสนอแนะแนวทางแก้ไข ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

2.1 ปัญหาที่เกิดจากการรับฟังพยานตามกฎหมายที่ศาลยังมีดุลพินิจในการพิจารณา พิพากษาคดีและอาจไม่ให้นำน้ำหนักคำพยานที่ถูกกันไว้มาพิจารณาพิพากษาเพื่อลงโทษจำเลยก็ได้ เนื่องจากยังไม่มิตบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติให้ศาลต้องถือข้อเท็จจริงตามคำพยานที่ถูกกันไว้

ในระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เคยมีการวางหลักการรับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความคิดไว้ว่า คำเบิกความประเภทนี้สามารถรับฟังได้เพียงแต่มีน้ำหนักน้อย จำต้องรับฟังพยานหลักฐานอื่นประกอบจึงจะสามารถลงโทษจำเลยได้ ซึ่งศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็มีได้ยึดถือเคร่งครัด เพราะเป็นเพียงหลักในการปฏิบัติมิใช่หลักกฎหมายแต่ประการใด

สำหรับประเทศไทย ไม่มีการบัญญัติเรื่องการกันผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความคิดหรือกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในกฎหมายลักษณะพยานโดยตรง คำอธิบายในเรื่องนี้จึงต้องกล่าวถึงหลักทั่วไปของการนำพยานเข้าสืบในชั้นศาล⁶⁴ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 วางหลักว่า พยานหลักฐานต้องมีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นหากมีการกระทำดังกล่าว จะอ้างเป็นพยานมิได้ แม้จะมีการอ้างและสืบไป หากได้ความในชั้นศาลว่ามีการกระทำดังกล่าวศาลจะไม่รับฟัง และถือว่าโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐตามแบบอย่างในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งมีกฎหมายพยานหลักฐานไม่เคร่งครัด แต่ศาลไทยกลับยึดหลักการ รับฟังคำเบิกความของผู้ร่วมกระทำความคิดตามแบบอย่างระบบคอมมอนลอว์มา โดยตลอด ส่งผลให้มีคดีจำนวนมากที่ศาลยกฟ้องไป เพียงเพราะไม่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบคำเบิกความของพยานผู้ร่วมกระทำความคิด และแม้พยานที่ถูกพนักงานสอบสวนกันไว้เป็นพยานจะเป็นพยานที่ ใสร้ายกัน แต่หากเป็นพยานที่ได้มาด้วยความบริสุทธิ์มิได้เกิดจากการบังคับ ชูเชิญหรือให้คำมั่นสัญญาประการใดแล้ว (ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย) ควรจะเป็นพยานที่มีน้ำหนักพอที่ศาลจะรับฟังลงโทษจำเลยได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดอีกในคดี และในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ไม่มีอะไรเป็นเครื่องวัด เพียงแต่พิเคราะห์ตามความเชื่อของจิตใจเท่านั้น หากพยานหลักฐานเชื่อได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงจนไม่ผิดตัวแล้ว พยานที่กันเป็นพยานนำเข้าสืบก็มีน้ำหนักเพียงพอสามารถลงโทษจำเลยได้แล้ว⁶⁵ ในการพิจารณาคดีอาญาคำรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ได้รับข้อเท็จจริงว่าตนได้กระทำความผิดทั้งหมดหรือส่วนสำคัญบางส่วนของความผิดนั้น โดยทั่วไปย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (the highest evidence of quili)⁶⁶ แต่หากเป็นคำรับสารภาพของผู้ที่ร่วมกระทำผิดด้วยแล้ว กฎหมายให้ใช้ความระมัดระวังต่อคำรับสารภาพเช่นนี้มาก โดยเฉพาะคำให้การรับสารภาพที่พาดพิงไปถึงผู้ร่วมกระทำผิดคนอื่นเพราะคำให้การในลักษณะนี้จะมีลักษณะเป็นคำชักทอระหว่างผู้ร่วม

⁶⁴จิตติ เจริญน้ำ, “กันไว้เป็นพยาน”, *วารสารอัยการ*, 2527, หน้า 65-70

⁶⁵จิตติ เจริญน้ำ, “กันไว้เป็นพยาน”, *วารสารอัยการ*, 2528, หน้า 64-67

⁶⁶John Henry Wigmore (revised by John T. McNaughton), *Wihmore on Evidence*, Brown and Company, 1961,

กระทำผิดด้วยกันเพื่อให้ตนเอง ไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยที่สุดโดยการโยนความผิดไปให้คนอื่น ซึ่งโดยสัญชาตญาณของมนุษย์ย่อมต้องพยายามทำตนให้พ้นภัยให้มากที่สุดกฎหมายเองก็ยอมรับหลักความจริงในข้อนี้ จึงได้เกิดหลักในเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองขึ้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วและด้วยเหตุผลนี้เองกฎหมายจึงได้ห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน แต่เนื่องจากคดียุติบางชนิดบางประเภทมีความสลับซับซ้อนหรือมีลักษณะเป็นการจัดองค์กรซึ่งยากต่อการสืบสวนให้ได้ข้อเท็จจริงมาลงโทษผู้กระทำผิดได้ ดังนั้นในบางครั้งจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำเอาผู้ร่วมกระทำผิดบางคนมาเป็นพยานเพื่อให้การชันการกระทำผิดของคนอื่น ซึ่งต้องถือว่าเป็นเรื่องของนโยบายทางอาญา (criminal policy) ในการจะหาวิธีการที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษให้ได้

ในคดีทุจริตคอร์ปชั่นซึ่งอยู่ในอำนาจการไต่สวนและวินิจฉัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่แม้ว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกันบุคคลหรือผู้ร่วมกระทำผิดความผิดไว้เป็นพยานและบัญญัติให้ศาลจำต้องถือสำนวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหลัก แต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่รับรองการรับฟังพยานบุคคล ที่ถูกกันไว้แต่อย่างใด เมื่อศาลรับฟังพยานบุคคลที่ถูกกันไว้ดังกล่าวแล้ว อาจส่งผลให้เป็นการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อลงโทษจำเลยในลักษณะที่ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เพื่อไม่ให้ถ้อยคำของพยานบุคคลที่ถูกกันไว้นั้นต้องเสียไปและมีให้ศาลนำมาเป็นเหตุยกฟ้องโจทก์ จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542 ให้มีบทบัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานบุคคลที่ถูกกันไว้นั้นได้ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้ว่าพยานบุคคลที่ถูกกันไว้ดังกล่าว จะมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดก็ตาม อันจะทำให้สำนวนคดีของศาล มีความครบถ้วนสมบูรณ์ และกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาในระบบไต่สวนที่มุ่งเน้นหาความจริงมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.2 กรณีปัญหาการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่มีมติให้กันบุคคลใดเป็นพยานได้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวนั้นเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบตามหลักสากลของประเทศทั้งที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ อำนาจในการกันบุคคลไว้เป็นพยานในคดีอาญา จะเป็นอำนาจของพนักงานอัยการและอัยการสูงสุด ซึ่งเป็นไปตามหลักการตรวจสอบถ่วงดุลดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นที่ยอมรับนับถือกันโดยสากล จึงจำเป็นที่จะต้องมีเครื่องมือในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ หรือการแบ่งแยกอำนาจ โดยเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในลักษณะที่ว่า กรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันบุคคลใดไว้เป็นพยาน ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดเพื่อพิจารณามีความเห็นหากอัยการสูงสุดเห็นด้วยกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้มีความเห็นกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยาน

หากไม่เห็นด้วยกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้ตั้งคณะทำงานพิจารณาร่วมกันว่าเห็นควรกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยานหรือไม่ กรณีที่ไม่อาจหาข้อยุติได้ก็ให้อัยการสูงสุด มีอำนาจฟ้องคดีบุคคลที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันไว้เป็นพยานได้

2.3 ปัญหาที่พยานที่ถูกกันไว้โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจได้รับผลกระทบในการปฏิบัติหน้าที่จากการมาให้ถ้อยคำกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ในตำแหน่งหน้าที่ที่เคยดำรงอยู่ ซึ่งถูกผู้บังคับบัญชากดดันแก่งให้ย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่นหรือการถูกผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัยหรือถูกดำเนินการทางวินัย เนื่องจากอำนาจในการดำเนินการทางวินัยยังคงเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาของพยานนั้นอยู่ แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่อาจหยิบยกข้อกฎหมายขึ้นมาเพื่ออ้างเป็นเหตุให้ได้รับการยกเว้นโทษให้กับพยานที่ถูกกันไว้จากการดำเนินการทางวินัยจากผู้บังคับบัญชาได้ ทำให้พยานเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในทางกฎหมายเท่าที่ควร ส่งผลให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายต้องลดลงไปด้วย ขณะที่ตามหลักสากลไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีมาตรการส่งเสริมความปลอดภัยของพยานของพยานผู้ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ คือมาตรการคุ้มครองพยาน (witness protection program) ซึ่งคุ้มครองพยานที่ถูกคุกคามจากการให้การเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญมาลงโทษซึ่งปัจจุบันในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการไต่สวนและวินิจฉัยความผิดฐานทุจริตคอร์รัปชันของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมารองรับไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มาตรา 148 ที่อยู่ระหว่างการเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณา ซึ่งวางหลักว่าเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาซึ่งเป็นบุคคลตามวรรคหนึ่งไว้เป็นพยานแล้ว ห้ามมิให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอน ดำเนินการทางวินัยกับบุคคลซึ่งถูกกันไว้เป็นพยานนั้น และพยานอาจได้รับความช่วยเหลือตามสมควร จนคดีถึงที่สุด รวมถึงความคุ้มครองตำแหน่งของพยานที่ดำรงอยู่และการเลื่อนขึ้นเงินเดือน รวมถึงสิทธิประโยชน์อื่นด้วย ทั้งนี้ ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นไปตามข้อศึกษาและสภาพปัญหาที่ยกขึ้นพิจารณา แต่อย่างไรก็ตาม หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่เสนอพิจารณามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ก็ยังคงมีปัญหาว่า บทบัญญัติดังกล่าว จะมีผลย้อนหลังไปถึงคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยไปก่อนแล้วหรือไม่ เพราะโดยหลักการแห่งกฎหมาย กฎหมายย่อมมีผลใช้นับแต่วันประกาศหรือนับแต่วันที่กำหนดให้มีผล เป็นต้นไปและไม่มีผลย้อนหลัง ดังนั้น หากจะพิจารณาให้คดีใดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายมีผล โดยให้มีผลไปถึงพยานบุคคล ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติกันไว้เป็นพยานด้วย ก็จำเป็นต้องมีบทบัญญัติหรือบทเฉพาะกาลรองรับไว้โดยชัดเจน ในลักษณะที่ให้

ความคุ้มครองตามมาตรา 148 มีผลย้อนหลัง ไปถึงบุคคลที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันไว้เป็นพยาน ก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับด้วย

จากการศึกษาวิจัยพบว่า มีพยานบุคคลที่ถูกคณะกรรมการ ป.ป.ช. กันไว้เป็นพยาน ได้รับผลกระทบจากการที่มาให้ถ้อยคำกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรการกันบุคคลเป็นพยาน ซึ่งแม้ว่าจะมีมาตรการในการปกป้องชื่อพยานบุคคลนั้นไว้ในชั้นได้สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่บางครั้งบุคคลที่ถูกชี้มูลความผิดหรือผู้บังคับบัญชาของพยานซึ่งเป็นตัวการสำคัญในคดีอาจล่วงรู้ได้ว่าบุคคลใดให้การเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง ซึ่งหากยังคงให้พยานรับราชการในสังกัดเดิมต่อไป ก็อาจไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือถูกกลั่นแกล้งโดยไม่ได้รับการคุ้มครองซึ่งมาตรการที่มีอยู่ตาม มาตรา 103/5 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่บัญญัติว่า “ในกรณีบุคคลตามมาตรา 103/2 วรรคหนึ่ง เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อบุคคลนั้นร้องขอต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าหากยังคงปฏิบัติหน้าที่ในสังกัดเดิมต่อไป อาจถูกกลั่นแกล้งหรือได้รับการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเนื่องจากการกล่าวหาหรือ การให้ถ้อยคำ หรือแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลนั้น และคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาแล้วเห็นว่า มีพยานหลักฐาน เบื้องต้นอันควรเชื่อได้ว่าน่าจะมีเหตุดังกล่าว ให้เสนอต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาสั่งการ หรือให้ได้รับความคุ้มครองหรือมีมาตรการอื่นใดตามที่เห็นสมควร” มีปัญหาว่า ในกรณีที่หัวหน้า รัฐบาลหรือนายกรัฐมนตรีไม่สั่งการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือสั่งการอย่างใด อย่างหนึ่งในอำนาจ หน้าที่ของตน โดยไม่แก้ไขปัญหาดังกล่าวให้เป็นที่ยุติ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อรายงานข้อเท็จจริงหรือข้อเสนอแนะไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อ สั่งการ ก็ยังไม่แน่ว่า นายกรัฐมนตรี จะสั่งการอย่างใด ไปในทางใดทางหนึ่ง แม้วานายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบ บริหารราชการแผ่นดินซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจนายกในการพิจารณาสั่งการก็ตาม แต่ก็ยังไม่มี มาตรการทางกฎหมายมาเยียวยาหรือรับรองการสั่งการของนายกรัฐมนตรี โดยตรง จากสภาพปัญหา ที่เกิดขึ้นดังกล่าว จึงต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อเยียวยาช่วยเหลือในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ที่ถูกกันไว้เป็นพยาน ให้ได้รับความคุ้มครอง เช่น การสั่งให้พยานย้ายหน่วยงานที่สังกัด หรือเปลี่ยน ตำแหน่งไปดำรงตำแหน่งอื่น ที่ไม่ต้องเผชิญหน้ากับ ผู้ถูกกล่าวหาในคดี โดยให้มีบัญญัติกฎหมาย รับรองหรือเยียวยาพยานดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง โดยแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในลักษณะที่ว่า กรณีที่นายกรัฐมนตรี ได้รับเรื่องที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีสั่งการให้ได้รับความคุ้มครองหรือมี มาตรการอื่นใดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอโดยทันทีซึ่งหากมีบทบัญญัติเช่นนี้แล้วก็จะสามารถ บรรเทาผลร้าย ที่อาจเกิดขึ้นกับพยานบุคคลเหล่านั้นได้

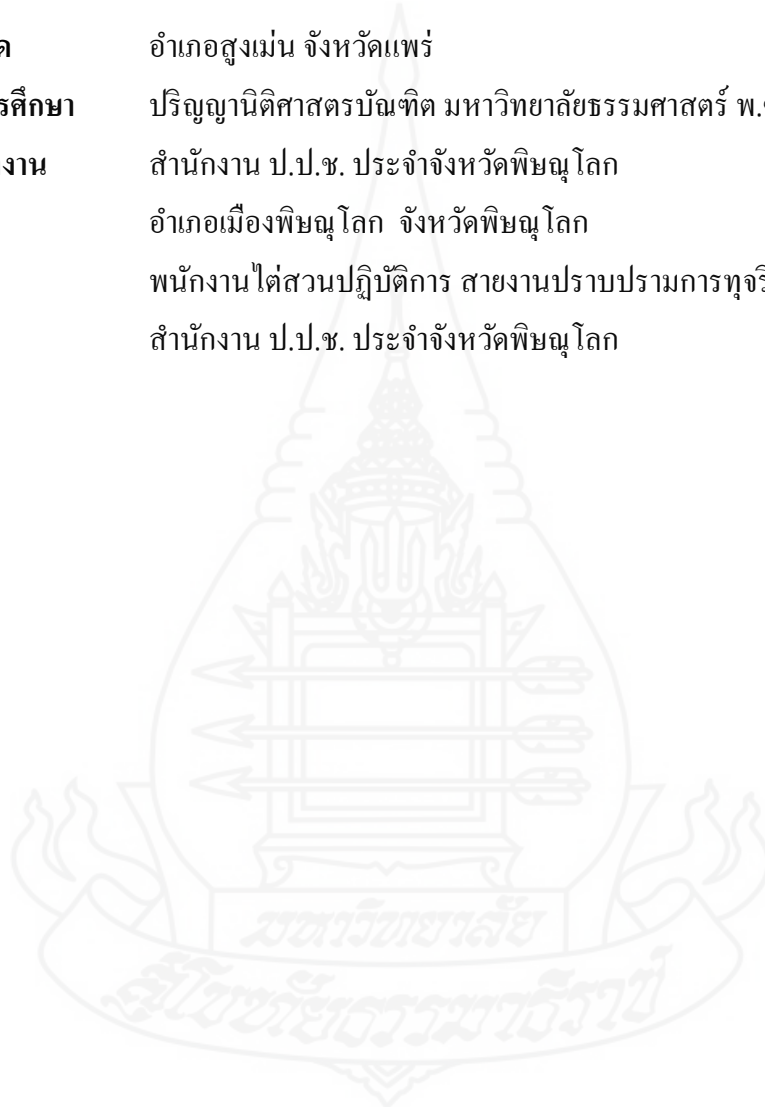
อย่างไรก็ดี จากการศึกษาวิจัย ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการศึกษาเพิ่มเติมในเรื่องของมาตรการคุ้มครองและเยียวยาในทางอื่น เช่น ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สิน รวมทั้งบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครองเยียวยา และระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง ให้สมประโยชน์กับผู้ถูกล่าหายนี่ได้มาให้การเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดีในการปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศและเรื่อรังและทวี ความรุนแรงมากขึ้นในปัจจุบัน ก็จะเป็นประโยชน์มากยิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะทั้ง 3 ประการข้างต้น จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น พยานบุคคลได้รับการคุ้มครอง อันจะทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีประสิทธิภาพ สามารถลงโทษผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญได้อย่างแท้จริง อันเป็นการบูรณาการในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดผลในทางปฏิบัติ



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นางสาวชนิษฐา ฝักฝ้าย
วัน เดือน ปีเกิด	19 สิงหาคม 2526
สถานที่เกิด	อำเภอสูงเม่น จังหวัดแพร่
ประวัติการศึกษา	ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2549
สถานที่ทำงาน	สำนักงาน ป.ป.ช. ประจำจังหวัดพิษณุโลก อำเภอเมืองพิษณุโลก จังหวัดพิษณุโลก
ตำแหน่ง	พนักงานไต่สวนปฏิบัติการ สายงานปราบปรามการทุจริต สำนักงาน ป.ป.ช. ประจำจังหวัดพิษณุโลก





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กฏสำนักงานข้าราชการพลเรือน ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการการให้บำเหน็จความชอบการกัน
เป็นพยานและการลดโทษ และการให้ความคุ้มครองพยาน พ.ศ. 2553. *ราชกิจจานุเบกษา*,
127, 57 ก (กันยายน 2553): 19-22.
- กรองทอง เข้มสะอาด. (2547). การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน: ข้อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
กรุงเทพมหานคร.
- กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์. (2534). “อัยการกับกระบวนการยุติธรรม”, ใน *บทบัญญัติ*, 47, 130-131.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2521). “ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา”,
วารสารนิติศาสตร์, 10, 159.
- เข้มชัย ชุตินวงศ์. (2543). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.
- คณิต ฌ นคร. (2521). “พยานแผ่นดินตามกฎหมายเองไกลอเมริกัน”, ใน *อัยการนิเทศ*, 1-2, 73.
_____. (2540). “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง”,
ใน *รวมบทความทางวิชาการของ ศ.ดร.คณิต ฌ นคร*, กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร.
- จิตติ เจริญน้ำ. (2527). “กันไว้เป็นพยาน”, ใน *บทบัญญัติ*, *วารสารอัยการ*, 47, 65-70.
- จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2551). *รายงานการศึกษาเปรียบเทียบการไต่สวนคดีอาญาตามกฎหมาย
ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ*, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- ชวลิต โสภณวัต. (2524). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ”,
ใน *สุลพาท*, 28, 6, 36-37.
- ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและ
เงื่อนไขในการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานโดยไม่ดำเนินคดี พ.ศ. 2554.
ราชกิจจานุเบกษา, 128, 96 ก, (ธันวาคม 2554): 58.
- ประมุข สุวรรณสร. (2511). “พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์”, ใน *บทบัญญัติ*, 25, 1.
_____. (2511). “การค้นหาคำความจริงโดยพยานหลักฐาน”, ใน *บทบัญญัติ*,
วารสารอัยการ, 25, 754-756.
_____. “พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์”, ใน *บทบัญญัติ*, *วารสารอัยการ*, 25, 1.

- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2542). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร: เกรนโกรว.
- พรเพชร วิชิตชลชัย (2552). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551. *ราชกิจจานุเบกษา*, 125, 22 ก. (มกราคม 2551).
- พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542. *ราชกิจจานุเบกษา*, 116, 114 ก (พฤศจิกายน 2542): 1.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. (2554). “การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา”, ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง*, หน่วยที่ 12, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ. (2550). “กฎหมายว่าด้วยคำรับสารภาพ” ใน *บทบัญญัติ*, วารสารอัยการ, 25, 145
- ศุภกิจ เข้มประษา. (2543). *บทบาทของอัยการในการค้นหาความจริงและความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาล*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- สมทรัพย์ นำอำนวย. (2541). *บทบาทของศาลในชั้นพิจารณาการค้นหาความจริงในคดีอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- สุชิน ต่างงาม. (2529). *การกันผู้ร่วมกระทำผิดเป็นพยาน*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- สุพิศ ปรานีเดพลกรัง. (2558). “การค้นหาความจริงในกฎหมายลักษณะพยานและการคุ้มครองพยานในคดีอาญา”, ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง*, หน่วยที่ 10, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- สุรัชย์ ชาวลิต. (2541). *บทบาทของศาลในชั้นพิจารณาการค้นหาความจริงในคดีอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- โสภณ รัตนการ. (2542). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.
- อรณพ ลิขิตจิตตะและคณะ. (2546). “ร่างรายงานการวิจัยเรื่อง การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ ๒) หัวข้อ เรื่องมาตรการส่งเสริม ให้บุคคลให้ความช่วยเหลือหรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย”, สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.

- อรรถพ ลิขิตจิตถะ, ณรงค์ รัตนานุกูลและคมกริช หาญไชย. (2548). *มาตรการส่งเสริมบุคคลให้ความช่วยเหลือหรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย*, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- อุทัย อาทิวา. (2554). “แนวพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและบทบาทขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในกฎหมายลักษณะพยานและการคุ้มครองพยานในคดีอาญา”, ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง*, หน่วยที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- อุเทน สุวดีกุล. (2556). *การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีพิเศษ: ศึกษากรณีการกันผู้ร่วมกระทำความคิดหรือผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร.

