

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน*

Legal Measures in Taking a Suspect as a Witness

วิรัชกฤตย์ พุฒิคณาภรณ์
Wirachagrit Puttikanaporn

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: wirachagrit@gmail.com

(Received: May 10, 2022; Revised: July 15, 2022; Accepted: July 20, 2022)

บทคัดย่อ

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปของประเทศไทย เป็นเรื่องดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและดุลพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการ จึงปรากฏเป็นรูปแบบระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในระเบียบดังกล่าวมีแนวปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทำให้เกิดกรณีพนักงานสอบสวนไม่ดำเนินคดีกับผู้ร่วมกระทำความผิดที่เห็นควรกันไว้เป็นพยาน ส่งผลให้พนักงานอัยการไม่อาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ ส่วนการให้หลักประกันไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบ ประกอบกับการจะกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยานจะต้องมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหารายนั้นเสียก่อน ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งคดีควรเป็นพนักงานอัยการหรืออัยการสูงสุด บทความนี้จึงได้ศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับมาตรการ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของต่างประเทศ เพื่อกำหนดรูปแบบและกระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน รวมทั้งหลักประกันทดแทนสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน ที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย

คำสำคัญ : การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน, คดีทั่วไป, คำสั่งไม่ฟ้อง, รูปแบบ, หลักประกัน

Abstract

The legal measure in taking a suspect as a witness for general cases in Thailand is the discretion of the inquiry officials in seeking the evidence and the prosecutors in the prosecution, appearing as an internal regulation pattern of the inquiry officials and prosecutors without prescribed laws. Having considered that, the guideline in such regulation has ambiguous and inconsistent practices, leading to the case where the inquiry officials take the co-offenders without pressing charges as witnesses, and as a result, the prosecutors are unable to investigate the use of such discretion. Furthermore, the arrangement of the collateral for the non-prosecution of the suspect taken as a witness who are the offenders is inconsistent with the principle of liability. In order to take any suspect as a witness, a final non-prosecution order must be issued to such suspect first, in which the person with authority under prosecution shall be the prosecutors or the attorney general. Hence, this article has studied and analyzed the concepts and theories related to the legal measure for taking the suspects as witnesses, along with the foreign legal measure for taking the suspects as witnesses, to determine the model and method for legal measure taking the suspects as witnesses including the collateral in lieu of rights of the suspects taken as witnesses, suitable and consistent with the context of Thailand.

Keywords : Taking a suspect as a witness, General cases, Non-prosecution order, Model, Collateral

1. บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์¹ แต่ได้อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์² ระบบการดำเนินคดีจึงใช้ระบบผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน³ แต่จะโน้มเอียงไปทางระบบกล่าวหา ทำให้โจทก์ต้องมีหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยศาลจะทำหน้าที่เพียงเป็นคนกลาง⁴ อีกทั้งมีบทตัดพยานที่เคร่งครัด หากเป็นกรณีการกระทำความผิดบางประเภทที่พยานหลักฐานส่วนใหญ่หรือทั้งหมดอยู่ที่ตัวผู้กระทำความผิดเอง หรือเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการจัดตั้งองค์กรที่มีความลับซับซ้อน ยากแก่การค้นหาพยานหลักฐาน จึงยากต่อการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ทำให้ต้องหาพยานหลักฐานจากตัวผู้กระทำความผิดด้วยกัน โดยการที่ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพและชดทอดไปยังผู้ร่วมกระทำความผิดรายอื่นเป็นการสละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประปักษ์ต่อตนเองในทางอาญารัฐจึงต้องให้หลักประกันอื่นขึ้นมาทดแทนสิทธิดังกล่าว เช่น ได้รับความคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องร้องโดยอาศัยคำให้การรับสารภาพของพยาน (Use Immunity) ได้รับความคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องคดีอาญาในภายหลัง (Transactional Immunity)⁵ หรือได้รับการลดโทษ ประกอบกับพนักงานอัยการประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ⁶ จึงได้มีการนำมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาปรับใช้ โดยให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปของประเทศไทยไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่ได้กำหนดไว้ในระเบียบภายในของพนักงานสอบสวน⁷ และพนักงานอัยการ⁸ เนื่องจากประเทศไทยได้แบ่งแยกอำนาจ

¹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 30.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-30.

³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 27-29.

⁴ เฉลิมวุฒิ สารกิจ, ถาม-ตอบวิอาญาชุดที่ 1, (ม.ป.ท.: สำนักกฎหมายนิติศาสตร์ชาติรัก, 2561), หน้า 24.

⁵ คณิต ฒ นคร, “พยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน,” ใน **รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิต ฒ นคร**, สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2540), หน้า 110-111.

⁶ ตามความเห็นของศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ โปรดดู ณรงค์ ใจหาญ, **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 36. และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร โปรดดู คณิต ฒ นคร, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 489.

⁷ กรณีพนักงานสอบสวนเป็นตำรวจ ตามประมวลระเบียบตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 8 บทที่ 7 และบันทึกข้อความสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน
กรณีพนักงานสอบสวนเป็นพนักงานฝ่ายปกครอง ตามกฎกระทรวงกำหนดการสอบสวนความผิดอาญาบางประเภทในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานครโดยพนักงานสอบสวนฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2544

⁸ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563

สอบสวนฟ้องร้องออกจากกัน โดยให้อำนาจสอบสวนเป็นของพนักงานสอบสวน ส่วนอำนาจสั่งคดีและฟ้องร้องเป็นของพนักงานอัยการ⁹ โดยมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานแบ่งได้ออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกพนักงานสอบสวนทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานแล้วเสนอให้พนักงานอัยการ หากพนักงานอัยการเห็นสมควรจึงมีคำสั่งไม่ฟ้อง กรณีที่สองพนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้อง แต่พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งเมื่อทั้งสองกรณีมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดี พนักงานอัยการจึงสั่งให้พนักงานสอบสวนสอบสวนผู้ที่ถูกกันไว้เป็นพยานต่อไป โดยมาตรการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นเห็นว่า รูปแบบที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการยังมีแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในทางเดียวกัน การให้หลักประกันทดแทนสิทธิดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบอาญา ประกอบกับการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องคดียังมีความไม่เหมาะสม จากประเด็นดังกล่าว ประกอบกับแผนปฏิรูปประเทศกำหนดมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นเรื่องหนึ่งที่ต้องดำเนินการแก้ไข¹⁰ บทความนี้จึงได้ทำการศึกษาเพื่อจะกำหนดมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับบริบทประเทศไทย

2. ระเบียบวิธีวิจัย

ผู้วิจัยได้จัดทำบทความวิจัยนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปของประเทศไทย ว่ามีส่วนใดบ้างที่มีความไม่เหมาะสมและควรได้รับการแก้ไข โดยมีสมมติฐานว่า มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีในคดีทั่วไปมีรูปแบบเป็นแนวทางปฏิบัติภายในหน่วยงานพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ มีแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และแม้การที่ให้หลักประกันดังกล่าวจะไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับการลงโทษ แต่เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ทำให้สามารถนำตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษได้อันเป็นการตัดต้นต่ออาชญากรรม จึงยังควรให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีอยู่ ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งคดียังคงเป็นพนักงานอัยการ หากมีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ย่อมเป็นการวางแนวทางปฏิบัติให้มีความชัดเจนและสร้างความเชื่อมั่น

⁹ ณรงค์ โจทย์หาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 33-34.

¹⁰ แผนปฏิรูปประเทศ ด้านกระบวนการยุติธรรม เรื่องและประเด็นปฏิรูปที่ 5 การปรับปรุงระบบการสอบสวนคดีอาญา เพื่อให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการอย่างเหมาะสม ข้อ 2 ที่จัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 258 ง (2)

ให้กับสังคมถึงความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

บทความวิจัยนี้ใช้การวิจัยเอกสาร และรวบรวมข้อมูล ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากหนังสือ ตำรา วารสาร บทความ ตำบกฎหมาย วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาศาลฎีกา และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง โดยจำกัดขอบเขตการวิจัยเฉพาะมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีอาญาทั่วไป ซึ่งจะศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อค้นหาและนำเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาคดีอาญาในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการในการค้นหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ร่วมกระทำความผิดบางรายที่ใช้ในความผิดที่มีความสลับซับซ้อนและไม่อาจแสวงหาพยานหลักฐานได้ เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษ ซึ่งประเทศไทยได้นำมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาปรับใช้ แต่การนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้ยังมีข้อบกพร่อง จึงได้ทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน เพื่อจะได้กำหนดมาตรการในกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับระบบของประเทศไทย

3.1 แนวความคิดของการสังคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการที่ผู้ต้องหาได้ละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง จึงต้องมีหลักประกันอื่นใดที่จะเข้ามาทดแทน ซึ่งหลักประกันที่มักนำมาใช้คือการให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาไม่ให้ถูกฟ้องคดีในภายหลัง แม้ว่า การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจะเป็นประโยชน์ที่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดบางรายมาลงโทษได้ แต่ผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานกลับไม่ได้รับการลงโทษ จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์การลงโทษผู้ต้องหากับการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเพื่อให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการถูกลงโทษ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา หลักประโยชน์สาธารณะ ทฤษฎีอรรถประโยชน์ และหลักการเลือกกันผู้ที่มีความชั่วน้อยกว่าเป็นพยาน เพื่อค้นหาจุดสมดุลในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

3.1.1 หลักความรับผิดชอบในทางอาญา (Principle of Criminal Responsibility)

หลักความรับผิดชอบในทางอาญาเป็นหลักที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบเฉพาะการกระทำที่ตนต้อง

รับผิดชอบเท่านั้น ความรับผิดชอบดังกล่าวได้แก่การตกอยู่ในบังคับของมาตรการทางอาญา โดยเฉพาะการถูกลงโทษ¹¹ ซึ่งการที่มาตรการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่ใช่มาตรการที่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบจะทำให้การกระทำของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานไม่มีความผิด มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานนี้จึงถือว่าเป็นการปฏิเสธหลักความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งเชื่อว่าเมื่อมีผู้กระทำ ความผิด เขาควรถูกลงโทษเพื่อชดเชยความยุติธรรมที่สูญเสียไปให้คืนมา¹²

3.1.2 หลักประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่สนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ ไม่ใช่เฉพาะเพื่อประชาชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นสิ่งเดียวกันกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินกิจกรรมให้บรรลุความประสงค์เหล่านั้น อันได้แก่ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Good Morals) และนโยบายของกฎหมาย (The Policy of the Law)¹³ ซึ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษอันเป็นการตัดต้นต่ออาชญากรรมที่เป็นปัญหาต่อสังคมอย่างแท้จริง และก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ประชาชนโดยรวม แม้การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจะทำให้ผู้กระทำผิดรายย่อยรอดพ้นจากการลงโทษ ซึ่งอาจขัดผลประโยชน์ของสาธารณะหรือปัจเจกชนที่ต้องลงโทษผู้กระทำผิดไปบ้าง แต่เมื่อเทียบกับผลประโยชน์โดยส่วนรวมของประชาชนนับว่ามีประโยชน์มากกว่า ส่วนการใช้ดุลพินิจในการเลือกผู้ต้องหาที่จะกันไว้เป็นพยานนั้นเพื่อให้เกิดความพอใจไว้นิ่งเฉยใจ จึงควรให้เป็นการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาชั้นผู้ใหญ่ หรือมีการตรวจสอบจากผู้บังคับบัญชาชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งเป็นผู้ที่ไว้วางใจของประชาชนมากกว่าเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อยอันสอดคล้องกับหลักประโยชน์สาธารณะ

3.1.3 หลักอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory)

หลักอรรถประโยชน์นิยมเป็นหลักที่เป็นแธม (Jeremy Bentham) เป็นผู้คิดค้นขึ้นโดยมีต้นแบบมาจากแนวคิดสุขนิยม¹⁴ ซึ่งเป็นแธมได้เสนอหลักจริยธรรมที่ว่าการกระทำที่ดีที่สุดคือการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สุขมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด (The Greatest Happiness of

¹¹ คณพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 181-182.

¹² สหชน รัตน์ไพจิตร, “ทฤษฎีการลงโทษ: นิติบัญญัติ,” *วารสารธรรมศาสตร์*, 12,2 (มิถุนายน 2524): หน้า 75-77.

¹³ เสาวลักษณ์ แก้วกมล, *การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554 ; หน้า 38-40.

¹⁴ Robert B. Talisse, *On Rawls: A Liberal Theory of Justice and Justification*, (Belmont: Wadsworth Thomson Learning, 2001), p. 24.

the Greatest Number) จึงได้นำหลักดังกล่าวมาพิจารณาถึงการกระทำใด ๆ ว่าสมควรให้กระทำหรือไม่ โดยคำนึงถึงการกระทำใดหากกระทำไปแล้วจะมีแนวโน้มความสุขของคู่กรณีทีผลประโยชน์ของเขากลายเป็นประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทเพิ่มขึ้นหรือลดลง¹⁵ ซึ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่รัฐจะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดรายย่อย เพื่อชดเชยจนนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการอันเป็นการตัดต้นตอของอาชญากรรมได้อย่างแท้จริง เมื่อเทียบสัดส่วนของการกระทำผิดของผู้กระทำที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการแล้วมีผลกระทบต่อสังคมมากกว่าส่วนของผู้กระทำความผิดรายย่อยที่จะถูกกันไว้เป็นพยาน การกันบุคคลดังกล่าวไว้เป็นพยานจึงเป็นผลดีและเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าการลงโทษ¹⁶ ดังนั้น มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงสอดคล้องกับหลักอรรถประโยชน์นิยม

3.1.4 หลักการเลือกทางที่มีความชั่วร้ายน้อยกว่า (Lesser Evil) หรือ (The Lesser of Two Evils)

หลักการเลือกทางที่มีความชั่วร้ายน้อยกว่า เป็นหลักที่ใช้เมื่อต้องเผชิญกับทางเลือกที่ชั่วร้ายทั้งสองทาง การที่จะตัดสินใจเลือกทางใดต้องพิจารณาถึงทางเลือกที่ชั่วร้ายน้อยที่สุด ซึ่งหลักนี้เป็นหลักปรัชญาของเพลโตเนียนที่เขียนไว้ในหนังสือจริยธรรมของนิโคมาเชียน (Nicomachean Ethics) ว่า “ความชั่วที่น้อยกว่านั้นสามารถเห็นได้ว่าเป็นผลดีเมื่อเปรียบกับความชั่วที่ใหญ่กว่า เนื่องจากความชั่วที่น้อยกว่านี้ย่อมดีกว่าความชั่วที่ใหญ่กว่า และสิ่งที่พึงประสงค์ก็เป็นความดี”¹⁷ ซึ่งหลักการนี้สามารถนำไปปรับใช้กับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน โดยนำมาใช้ชี้แจงน้ำหนักความร้ายแรงของแต่ละทางเลือก ระหว่างทางเลือกที่หนึ่ง การที่ลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นรายย่อย แต่ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษ ซึ่งไม่อาจตัดวงจรอาชญากรรมลงได้ และทางเลือกที่สอง การไม่ลงโทษผู้กระทำผิดรายย่อยเนื่องจากกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยานแม้จะขัดกับหลักความรับผิดชอบ แต่เมื่อผู้กระทำผิดรายย่อยนั้นสามารถชดเชยจนนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการอันเป็นการตัดวงจรของอาชญากรรมได้นั้น เมื่อนำสองทางเลือกมาเปรียบเทียบกันแล้ว จึงควรเลือกทางเลือกที่

¹⁵ Henry R West, *An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 24.

¹⁶ อรรถนพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, “การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ 2) หัวข้อเรื่อง “มาตรการส่งเสริมให้บุคคลให้ความช่วยเหลือหรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย”, ใน รายงานผลการวิจัย, (กรุงเทพฯ: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, 2546), หน้า 180.

¹⁷ M. V. Dougherty, *Moral Dilemmas in Medieval Thought: From Gratian to Aquinas*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp. 21-22.

สองอันมีความชั่วร้ายน้อยกว่าทางเลือกที่หนึ่ง เพราะสามารถตัดวงจรอาชญากรรมได้แม้จะต้องไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดบางคน

3.2 สิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน

ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่องค์การสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (UN) ได้รับรองสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง หรือให้รับสารภาพผิด ไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ข้อ 14 (3) (ข)¹⁸ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกต้องผูกพัน รวมถึงประเทศไทยก็ได้ยอมรับและรับรองสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองเช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสี่ บัญญัติว่า ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองมิได้ รวมทั้งได้มีการนำสิทธิดังกล่าวบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อไม่ให้มีการดำเนินคดีอาญาที่ขัดกับสิทธินั้น ตามมาตรา 135 ในกรณีเป็นผู้ต้องหา¹⁹ มาตรา 133 วรรคสอง ประกอบ 234 กรณีเป็นพยานบุคคล²⁰ ประกอบมาตรา 226²¹ โดยหากมีการฝ่าฝืนสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง คำให้การที่ได้มาจะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐาน

อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาสามารถสละ (Waive) สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองได้ หากผู้ต้องหากระทำโดยเข้าใจ รู้เรื่อง และสมัครใจอย่างแท้จริงเว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้ห้ามมิให้สละสิทธิ²² ซึ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานก็เป็นมาตรการที่ผู้ต้องหาได้สละสิทธิที่จะไม่

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 (3.) (g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 บัญญัติว่า “ในการถามคำให้การ ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการล่อลวง หรือขู่เข็ญ หรือให้สัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต้องหานั้น”

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสอง บัญญัติว่า “การถามปากคำนั้น พนักงานสอบสวนจะให้ผู้ให้ถ้อยคำสาบานหรือปฏิญาณตัวเสียก่อนก็ได้ และต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยพยานบุคคล”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 234 บัญญัติว่า “พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่งโดยตรงหรืออ้อมอาจจะทำให้เขาถูกฟ้องคดีอาญา เมื่อมีคำถามเช่นนั้นให้ศาลเตือนพยาน”

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีเกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญาขู่เข็ญล่อลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง (ประเทศไทย), 2553), หน้า 8-9.

การเป็นปฏิบัติกับตนเอง เพื่อให้การขัดท้อดอันนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดร้ายสำคัญ รัฐจึงควรให้หลักประกันอันเป็นการทดแทนสิทธิดังกล่าว

4. มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศไทย

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมีการนำมาใช้ในประเทศไทยมาช้านาน ซึ่งปรากฏในหนังสือ “ลักษณะพยานโดยย่อ” ของพระยานเรนดิบัญญัติพิชิต พิศมัยเมื่อ พ.ศ. 2452 (ร.ศ. 128)²³ โดยการที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติตัดพยานอย่างเคร่งครัด การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงต้องกระทำการอย่างระมัดระวัง ไม่เช่นนั้นศาลจะไม่รับฟังผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ซึ่งบทตัดพยานที่ต้องพิจารณา คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 ที่ห้ามพนักงานสอบสวนให้คำมั่นสัญญาเพื่อจูงใจให้ผู้ต้องหาให้การ พนักงานสอบสวนจึงไม่สามารถใช้วิธียื่นข้อเสนอขอความร่วมมือจากผู้ต้องหาบางคนว่า ถ้ายอมช่วยเหลือให้การเป็นประโยชน์แล้ว จะไม่ดำเนินคดีและกันผู้ต้องหารายนั้นไว้เป็นพยาน หากพนักงานสอบสวนฝ่าฝืน ผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานศาลจะไม่รับฟังเป็นพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ดังนั้น การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานต้องไม่มีการจูงใจหรือให้คำมั่นสัญญาจากพนักงานสอบสวน แต่เป็นเรื่องที่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการเห็นความจำเป็น และประโยชน์จากถ้อยคำของผู้ต้องหาบางคน จึงสั่งไม่ฟ้องและกันผู้ต้องหารายนั้นไว้เป็นพยาน แล้วจึงสอบสวนเป็นพยานอีกครั้งหนึ่ง²⁴

เมื่อการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่กระทำการที่เป็นการต้องห้ามตามบทตัดพยานดังกล่าว ศาลจะรับฟังผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานหลักฐานได้²⁵ แต่จะให้น้ำหนักพยานหลักฐานนั้นเพียงใดต้องพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1²⁶ เนื่องจากผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดจึงเป็นพยานขัดท้อด ถ้าพยานขัดท้อดนั้นมีเหตุผลหนักแน่นที่ตัวพยานเองเบิกความข้อเท็จจริงเชื่อมโยงสมเหตุสมผลเป็นพิเศษ และไม่มีที่ท่าว่าจะแกเล้งปรักปรำจำเลย หรือมีพฤติการณ์พิเศษที่เป็นพฤติการณ์แห่งคดีมีลักษณะพิเศษ เช่น ประจักษ์พยานคนอื่นไม่อาจตามตัวมาเป็นพยานได้ และน่าเชื่อว่าจำเลยข่มขู่พยานหรือขัดขวางการนำพยานมาสืบ หรือ

²³ พระยานเรนดิบัญญัติพิชิต, *ลักษณะพยานโดยย่อ*, (กรุงเทพฯ: โสภณพิพิธธรรมนาคร, 2452), หน้า 23.

²⁴ เข็มชัย ชุตินวงศ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), หน้า 299.

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 193/2483 และคำพิพากษาฎีกาที่ 534/2512

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1 เกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานขัดท้อดว่า “ในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนัก... พยานขัดท้อด... ศาลจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย เว้นแต่จะมีเหตุผลหนักแน่น มีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดี หรือมีพยานหลักฐานประกอบอื่นมาสนับสนุน...”

มีพยานประกอบอื่น²⁷ มาสนับสนุน ศาลก็อาจรับฟังได้²⁸

การที่ประเทศไทยยอมรับหลักการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานและศาลรับฟังผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานเป็นพยานชนิดหนึ่ง จึงได้มีการนำหลักการกันเป็นพยานไปปรับใช้ในกฎหมายเฉพาะที่บังคับใช้กับคดีเฉพาะต่าง ๆ²⁹ โดยขอยกตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ³⁰ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้มีการนำหลักการกันเป็นพยานมาบัญญัติไว้ในมาตรา 23³¹ โดยในระหว่างการสอบสวนคดี หากพนักงานสอบสวนเห็นว่าผู้ต้องหาสมัครใจให้ข้อมูลเองที่สำคัญและเป็นประโยชน์อันนำไปสู่การดำเนินคดีต่อหัวหน้าหรือผู้มีบทบาทสำคัญในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้พนักงานสอบสวนบันทึกข้อมูลดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนแล้วเสนอสำนวนการสอบสวนต่ออัยการสูงสุด ซึ่ง

²⁷ พยานประกอบอื่นมาสนับสนุน หมายถึง พยานหลักฐานอื่นที่รับฟังได้ และมีแหล่งที่มาเป็นอิสระต่างหากจากพยานหลักฐานที่ต้องการพยานหลักฐานประกอบนั้น ทั้งจะต้องมีคุณค่าเชิงพิสูจน์ที่สามารถสนับสนุนให้พยานหลักฐานอื่นที่ไปประกอบมีความน่าเชื่อถือมากขึ้นด้วย

²⁸ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 302-303.

²⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 98, พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 มาตรา 58, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 135 เป็นต้น

³⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556, มาตรา 3 บัญญัติคำจำกัดความ “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” หมายความว่า องค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ
- (2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่การเตรียม การวางแผน การสั่งการ การสนับสนุน หรือการควบคุมการกระทำความผิดได้กระทำในอีกรัฐหนึ่ง
- (3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งรัฐ
- (4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่ผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง

³¹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในระหว่างการสอบสวนคดีความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หากผู้ต้องหาให้ข้อมูลเองโดยสมัครใจต่อพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการ ซึ่งเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับกิจกรรมและการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีต่อหัวหน้าหรือผู้มีบทบาทสำคัญในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้พนักงานสอบสวนบันทึกข้อมูลดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนแล้วเสนอสำนวนการสอบสวนต่ออัยการสูงสุด

ถ้าอัยการสูงสุดเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับจากผู้ต้องหาเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งตามความในวรรคหนึ่งให้อัยการสูงสุดมีอำนาจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้นทุกข้อหาหรือบางข้อหาก็ได้

ในกรณีที่มีการฟ้องคดีแล้ว หากการให้ข้อมูลดังกล่าวในวรรคหนึ่งได้กระทำในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลให้อัยการสูงสุดมีอำนาจออกคำสั่งถอนฟ้อง ถอนอุทธรณ์ ถอนฎีกา หรือไม่อุทธรณ์ ไม่ฎีกา ในความผิดนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”

อัยการสูงสุดมีอำนาจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาในข้อหาหรือบางข้อหาก็ได้ หากเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับจากผู้ต้องหาเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์

อย่างไรก็ตาม ในคดีทั่วไปไม่มีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นการเฉพาะ แต่เป็นเรื่องดุลพินิจของพนักงานสอบสวนในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน และดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งคดี ซึ่งแบ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจากการเริ่มต้นกระบวนการได้ดังนี้

กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่มีการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในชั้นพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนเป็นพนักงานตำรวจเห็นสมควรกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยานเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนในระเบียบภายในของตน³² แล้ว จึงให้พนักงานตำรวจทำความเข้าใจไม่ควรถูกฟ้องคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานและเสนอความเห็นนั้นไปชั้นพนักงานอัยการต่อไป³³ ส่วนพนักงานสอบสวนเป็นพนักงานฝ่ายปกครองเมื่อเห็นควรกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยานเมื่อดำเนินการตามกฎหมายกระทรวงกำหนดการสอบสวนความผิดอาญาบางประเภทในจังหวัดอื่น ข้อ 9³⁴ จึงทำ

³² บันทึกข้อความสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ข้อ 1 กำหนดว่า “คดีที่มีเหตุพิเศษหรือยุ่งยากซับซ้อนหรือร้ายแรงที่คนจำนวนมากพากันเกรงกลัวหรือคดีบางเรื่องเกิดในที่ลับ โดยบุคคลอื่นไม่สามารถรู้เห็นได้นอกจากเป็นผู้กระทำความผิดด้วยกัน หรือคดีที่มีการกระทำในรูปขบวนการ (organized crime) ซึ่งพนักงานสอบสวนได้พยายามแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานทุกวิถีทางแล้วก็ไม่ทำให้ได้พยานหลักฐานในคดีนั้นอีก พนักงานสอบสวนซึ่งได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันคนใดคนหนึ่งเป็นพยาน โดยชี้แจงเหตุผลแห่งความจำเป็นตามรูปคดีเสนอต่อหัวหน้าพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่หรือหัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเป็นผู้สั่ง เว้นแต่คดีที่มีลักษณะเป็นเหตุฉุกเฉินหรือเหตุที่ต้องรายงานด่วนตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 1/2498 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 6/2502 ให้เสนอผู้บังคับการขึ้นไปเป็นผู้สั่ง ถ้าเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดคอมมิวนิสต์ให้เสนอผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเป็นผู้สั่ง”

³³ บันทึกข้อความสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ข้อ 3 กำหนดว่า “เมื่อการสอบสวนเสร็จสิ้น ให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนทำความเข้าใจทางคดี ตามทางการสอบสวนที่ได้ความนั้น โดยไม่ต้องแยกสำนวนการสอบสวนก็ได้สำหรับผู้ต้องหาที่ได้รับอนุญาตให้กันเป็นพยานให้มีความเห็นทางคดีด้วย ...”

³⁴ กฎกระทรวงการสอบสวนความผิดอาญาบางประเภทในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร โดยพนักงานสอบสวนฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2554 ข้อ 9 กำหนดว่า “ในคดีที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคนและเป็นคดีที่พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองได้พยายามสืบสวนสอบสวนหาพยานหลักฐานอย่างเต็มความสามารถแล้ว แต่ไม่อาจหาพยานหลักฐานในคดีนั้นได้ หรือพยานหลักฐานที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือบางส่วนได้ พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองอาจพิจารณาจากผู้ต้องหาซึ่งไม่ใช่ตัวการสำคัญไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ การพิจารณาดังกล่าวให้คำนึงถึงความน่าเชื่อถือของพยานและประโยชน์แห่งคดีด้วย

ในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองทำความเข้าใจโดยระบุเหตุผลและความจำเป็นเพื่อขออนุญาต เสนอต่อหัวหน้าพนักงานสอบสวนและผู้ว่าราชการจังหวัดตามลำดับ ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นควรอนุญาต ให้ทำหนังสือเพื่อขอความเห็นจากพนักงานอัยการก่อนที่จะพิจารณาอนุญาต และเมื่อพนักงานอัยการให้ความเห็นแล้ว ให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองถือปฏิบัติตามความเห็นของพนักงานอัยการ

ความเห็นไม่ควรสั่งฟ้องคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเสนอให้พนักงานอัยการพิจารณาต่อไป ซึ่งในชั้นพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานก็สั่งไม่ฟ้อง และให้ตรวจคำสั่งไม่ฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าว ให้พนักงานอัยการสั่งพนักงานสอบสวนสอบสวนผู้ที่กันไว้เป็นพยานนั้นเป็นพยานในสำนวนต่อไปตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 81³⁵

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่ไม่มีกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในชั้นพนักงานสอบสวน แต่พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ซึ่งพนักงานอัยการมีดุลพินิจโดยแท้จริงในการสั่งคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 143³⁶ แม้พนักงานสอบสวนเห็นควรสั่งฟ้อง หากพนักงานเห็นควรไม่สั่งฟ้องคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน พนักงานอัยการก็สามารถสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้ ซึ่งเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดี พนักงานอัยการสามารถสั่งพนักงาน

ในกรณีที่พนักงานอัยการให้ความเห็นว่าควรอนุญาตให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และให้สรุปสำนวนมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น”

³⁵ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 81 การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน กำหนดว่า “ในกรณีที่พนักงานสอบสวนกันผู้ต้องหาคนหนึ่งคนใดซึ่งได้ร่วมกระทำความผิดด้วยเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยรอบคอบ โดยคำนึงถึงว่าถ้าไม่กันผู้ต้องหาคนหนึ่งคนใดเป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือไม่ และอาจแสวงหาพยานหลักฐานอื่นแทนเพื่อให้เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดนั้นได้หรือไม่ ถ้อยคำของบุคคลนั้นรับฟังเป็นความสัตย์ได้เพียงใดรวมทั้งความคาดหมายในการที่ผู้นั้นจะเบิกความเป็นประโยชน์ในการพิจารณาหรือไม่ด้วย และพึงพิจารณากันผู้กระทำความผิดน้อยที่สุดเป็นพยาน

เมื่อพนักงานอัยการได้วินิจฉัยตามนัยแห่งวรรคหนึ่งแล้ว และพนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาคนหนึ่งคนใดเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น และเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าวแล้ว ให้พนักงานอัยการสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนถ้อยคำผู้ที่กันไว้เป็นพยานนั้นเป็นพยานประกอบสำนวนต่อไป”

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 143 บัญญัติว่า “เมื่อได้รับความเห็นและสำนวนจากพนักงานสอบสวนดังกล่าวในมาตราก่อน ให้พนักงานอัยการปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่มีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง แต่ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งฟ้องและแจ้งให้พนักงานสอบสวนส่งผู้ต้องหามาเพื่อฟ้องต่อไป

(2) ในกรณีมีความเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ออกคำสั่งฟ้องและฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งไม่ฟ้อง

ในกรณีหนึ่งกรณีใดข้างต้น พนักงานอัยการมีอำนาจ

(ก) สั่งตามที่เห็นควร ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมหรือส่งพยานคนใดมาให้ซักถามเพื่อส่งต่อไป

(ข) วินิจฉัยว่าควรปล่อยผู้ต้องหา ปล่อยชั่วคราว ควบคุมไว้ หรือขอให้ศาลชั่ง แล้วแต่กรณี และจัดการหรือสั่งการให้เป็นไปตามนั้น

ในคดีฆาตกรรม ซึ่งผู้ตายถูกเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ฆ่าตาย หรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ อธิบดีกรมอัยการหรือผู้รักษาราชการแทนท่านนั้นมีอำนาจออกคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง”

สอบสวนให้สอบสวนสอบสวนผู้กันไว้เป็นพยานได้ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 82³⁷ อันจะเห็นได้จากความเห็นในรายงานการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตทั่วราชอาณาจักร พ.ศ. 2510 วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2510³⁸

ซึ่งจากระเบียบและแนวปฏิบัติดังกล่าวมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหารูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน และดุลพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการ ซึ่งพนักงานอัยการต้องมีคำสั่งไม่ฟ้อง และมีการตรวจสอบจนเป็นคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องเสียก่อนจึงจะกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้ โดยการที่พนักงานอัยการของประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ จึงกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินคดีไว้ในระเบียบภายในได้ก็ตาม แต่การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่ได้เกี่ยวข้องกับพนักงานอัยการเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับพนักงานสอบสวนในการใช้ดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในระเบียบภายในเช่นกัน ซึ่งการที่แต่ละองค์กรมีอำนาจอิสระในการกำหนดระเบียบภายในของตนโดยไม่ขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ แต่เมื่อการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่มีกฎหมายกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือกรอบหลักเกณฑ์ไว้ ทำให้มีแนวทางปฏิบัติไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น

กรณีที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่กันไว้เป็นพยาน ทำให้ผู้กระทำความผิดรายนั้นไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ต้องหา ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5244/2539 รับรองให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจกระทำการดังกล่าว³⁹ แต่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยในประเด็นดังกล่าว เนื่องจาก การที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ต้องหา จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่พนักงานอัยการจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวน ประกอบกับ

³⁷ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 82 การสอบสวนผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องเป็นพยาน กำหนดว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นสมควรให้สอบสวนผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องบางคนเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการสั่งพนักงานสอบสวน สอบสวนผู้นั้นภายหลังจากมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องแล้ว”

³⁸ ความเห็นในรายงานการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตทั่วราชอาณาจักร พ.ศ. 2510 วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2510 การสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาเป็นพยาน ที่ประชุมเห็นว่า “...(2) คดีที่มีผู้ต้องหาหลายคน พนักงานสอบสวนเห็นควรฟ้องผู้ต้องหาทุกคน แต่พนักงานอัยการเห็นควรไม่ฟ้องบางคน พนักงานอัยการสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาที่เห็นควรสั่งไม่ฟ้องไว้เป็นพยานได้ และกรมอัยการเห็นว่า “พนักงานอัยการอาจอ้างผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องเป็นพยานได้ แม้จะไม่ได้สอบไว้เป็นพยานก็ตาม...”

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5244/2539 “...มีปัญหาว่า คำเบิกความของนายบรรจบดังกล่าวจะรับฟังได้เพียงใด เห็นว่า แม้ นายบรรจบเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด แต่พนักงานสอบสวนไม่ดำเนินคดีกับนายบรรจบและได้สอบสวนเป็นพยานนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาได้มีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนกันผู้กระทำความผิดเป็นพยาน ดังนั้น การที่พนักงานสอบสวนกันนายบรรจบเป็นพยานในคดีนี้จึงมีสิทธิทำได้โดยชอบ...”

พนักงานอัยการไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมโดยแจ้งข้อหาแก่บุคคลดังกล่าวได้⁴⁰ ทำได้แต่เพียงแนะนำ หากพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำโดยไม่มีเหตุผล จึงแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนพิจารณาตามลำดับ⁴¹ ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 45⁴² จึงเห็นว่า หากพนักงานสอบสวนเห็นควรกับผู้กระทำความผิดรายใด ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดรายนั้น และทำความเข้าใจควรสั่งไม่ฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาต่อไป

4.2 ปัญหาหลักประกันที่ให้ทดแทนสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้ให้หลักประกันทดแทนโดยการไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหาที่สละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง เพื่อให้ความร่วมมือกับรัฐในการขัดทอดผู้ร่วมกระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการ ทำให้ผู้ต้องหาที่เป็นผู้กระทำความผิดไม่มีความรับผิดชอบและไม่ต้องรับโทษ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา จึงได้ศึกษาถึงแนวทางการให้หลักประกันอื่นมาปรับใช้ เช่น หลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยคำให้การรับสารภาพของตน และหลักประกันการลดโทษ หรือยังควรคงการให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีไว้

4.3 ปัญหาผู้มีอำนาจสั่งคดี

เมื่อพนักงานอัยการเห็นควรกับผู้ต้องหา รายใดไว้เป็นพยานจะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา รายนั้น ซึ่งคำสั่งไม่ฟ้องนี้จะมีการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เมื่อเทียบกับการสั่งไม่ฟ้องคดีที่เห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศที่ให้เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด⁴³ ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องทั้งสองกรณีนั้นเป็นการที่ผู้ต้องหากระทำความผิด แต่มีเหตุอัน

⁴⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 402/2546 อำนาจสั่งให้สอบสวนเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ, หน้า 4.

⁴¹ รายงานการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2510, หน้า 753-759.

⁴² ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 45 การแจ้งให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดี กำหนดว่า “เมื่อพิจารณาสำนวนการสอบสวนแล้ว เห็นว่าควรจะได้ดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดี หรือบุคคลภายนอกอื่นที่พาดพิงถึง ให้หัวหน้าพนักงานอัยการทำความเข้าใจเห็นชอบตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการเพื่อพิจารณาสั่ง แล้วแจ้งให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว นั้น หากพนักงานสอบสวนเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม ให้ทำความเข้าใจเห็นชอบตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการเพื่อแจ้งหน่วยงานต้นสังกัดของพนักงานสอบสวน”

⁴³ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.”

สมควรจะไม่ฟ้องผู้ต้องหาในเช่นเดียวกัน ประกอบกับการสั่งไม่ฟ้องจากเหตุกั้นผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีอาชญากรรมข้ามชาติก็เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด ดังนั้น การที่กำหนดผู้มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเช่นเดียวกับการสั่งไม่ฟ้องทั่วไปมีความเหมาะสมหรือไม่

5. มาตรการในการกั้นผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของต่างประเทศ

ผู้วิจัยได้เลือกมาตรการในการกั้นผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหา ประกอบกับพนักงานอัยการใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ⁴⁴ ประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁵ เขตบริหารพิเศษฮ่องกง⁴⁶ และเลือกมาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานรัฐเพื่อค้นพบหรือป้องกันความผิดอาญาร้ายแรงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีระบบการดำเนินคดีอาญาแบบระบบไต่สวน ประกอบกับพนักงานอัยการใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย⁴⁷ ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีหลักการเดียวกับมาตรการในการกั้นผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

5.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ มีมาตรการในการกั้นผู้ต้องหา⁴⁸ ไว้เป็นพยานที่ให้หลักประกัน⁴⁹ ทั้งการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี (Immunity from Prosecution) ตาม The Serious Organized Crime and Police Act 2005 มาตรา 71 ที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจเสนอให้อัยการอัยการทำข้อตกลงลายลักษณ์อักษรให้ความคุ้มกันแก่ผู้ต้องหาที่ถูกกั้นไว้เป็นพยานในการที่จะไม่ถูก

⁴⁴ คณิต ฌ นคร, “ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ,” ใน *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิต ฌ นคร*, สหาย ทรัพย์สุนทรกุล (กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2540), หน้า 32.

⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา,” *วารสารนิติศาสตร์*, 10,1 (2521): 160-161.

⁴⁶ Amanda Whitfort, *Criminal Procedure in Hong Kong : A Guide for Students and Practitioners*, 2nd ed. (Hong Kong: LexisNexis, 2016), p. 206.

⁴⁷ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, หน้า 481.

⁴⁸ ไม่ใช่เพียงผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับการกั้นไว้เป็นพยาน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหา ก็มีสิทธิได้รับการกั้นไว้เป็นพยานเช่นกัน

⁴⁹ มีการให้หลักประกัน 4 ระดับ คือ การให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี (Immunity from Prosecution), การให้ความคุ้มกันที่จะไม่นำถ้อยคำหรือพยานหลักฐานที่ได้จากผู้ต้องหามาใช้ลงโทษตนเอง (Undertakings as to Use of Evidence), การพิจารณาลดโทษ (Reduction in Sentence for Assistance to Prosecution) และการพิจารณากำหนดโทษใหม่ (Review of Sentence Following Subsequent Agreement for Assistance by Offender)

ดำเนินคดีอาญาในภายหลัง (Immunity Notice)⁵⁰ แต่ข้อตกลงนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากอัยการสูงสุดเสียก่อน⁵¹ การให้ความคุ้มกันที่จะไม่นำถ้อยคำหรือพยานหลักฐานที่ได้จากผู้ต้องหามาใช้ลงโทษตนเอง (Undertakings as to Use of Evidence) ตาม The Serious Organized Crime and Police Act 2005 มาตรา 72 ที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจเสนอให้พนักงานอัยการตำแหน่ง Deputy Chief Crown Prosecutor ('DCCP') หรือ Deputy Head of Central Casework Division ('DHoD') หรือสูงกว่า⁵² ทำข้อตกลงลายลักษณ์อักษรจะไม่นำคำให้การของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานที่ให้ไว้แก่รัฐกลับมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาดังกล่าวในทางอาญา แต่หากมีพยานหลักฐานอื่น ๆ นอกเหนือจากคำให้การของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานก็สามารถดำเนินคดีอาญาต่อไปได้⁵³ และการพิจารณาลดโทษ (Reduction in Sentence for Assistance to Prosecution) ตาม The Sentencing Act 2020 มาตรา 74⁵⁴ เป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจเสนอให้พนักงานอัยการตำแหน่ง Level E หรือสูงกว่า⁵⁵ ทำสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะให้สิทธิได้รับการลดโทษจากศาลในความผิดที่กระทำเมื่อผู้ต้องหารายนั้นให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่การสอบสวนและการดำเนินคดี ซึ่งศาลมีดุลพินิจในการที่จะลดหรือไม่ลดโทษก็ได้⁵⁶ โดยจะพิจารณาจากลักษณะและธรรมชาติของความร่วมมือที่ได้รับจากผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานที่บันทึกไว้ใน Sentencing Reports ซึ่งพนักงานอัยการผู้ทำสัญญาจัดทำขึ้น⁵⁷

⁵⁰ Serious Organised Crime and Police Act 2005, section 71 Assistance by offender: immunity from prosecution

⁵¹ The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Attorney General Consultation," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

⁵² The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Restricted Use Undertaking (Section 72 SOCPA)," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

⁵³ Serious Organised Crime and Police Act 2005, section 72 Assistance by offender: undertakings as to use of evidence

⁵⁴ The National Archives, "Sentencing Act 2020: Section 74," [online] Available from : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/17/section/74/enacted> [19 December 2021]

⁵⁵ The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Reduction in Sentence (Section 74 of the Sentencing Act 2020)," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

⁵⁶ England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) Decisions, "[2010] EWCA Crim 1048," [online] Available from : <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2010/1048.html> [19 December 2021]

⁵⁷ The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Reduction in Sentence (Section 74 of the Sentencing Act 2020)," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

5.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการในการกันผู้ต้องหา⁵⁸ ไว้เป็นพยานในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้หลักประกันอันจะไม่นำถ้อยคำหรือพยานหลักฐานที่ได้จากผู้ต้องหามาใช้ลงโทษตนเอง โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code) หัวข้อที่ 18 ส่วนที่ 5 บทที่ 601 มาตรา 6001- 6005⁵⁹ ที่ในกรณีกระบวนการพิจารณาของศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ ให้อำนาจพนักงานอัยการของสหรัฐอเมริกาโดยการอนุมัติของอัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด หรือผู้ช่วยอัยการสูงสุดที่มีอำนาจ ร้องขอต่อศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ให้มีคำสั่งบังคับให้ผู้ต้องหาเบิกความหรือให้ข้อมูลโดยผู้ต้องหานั้นไม่สามารถอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญาได้⁶⁰ แต่คำเบิกความหรือพยานหลักฐานที่ได้จากพยานไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมจะไม่นำมาใช้เพื่อดำเนินคดีอาญากับตัวพยาน เว้นแต่ในความผิดฐานเบิกความเท็จ ความผิดฐานให้การเท็จ หรือความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง⁶¹

5.3 เขตบริหารพิเศษฮ่องกง

เขตบริหารพิเศษไม่มีกฎหมายบัญญัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน มีเพียงประมวลการฟ้องร้องคดี ค.ศ. 2013 (Prosecution Code 2013) ที่เป็นระเบียบแนวปฏิบัติของพนักงานอัยการที่กำหนดแนวทางการกันผู้ต้องหา⁶² ไว้เป็นพยานโดยให้หลักประกันในการคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีไว้ บทที่ 11⁶³ ซึ่งกำหนดหลักการดำเนินคดีว่าควรจะไม่มีการให้ความคุ้มกันแก่พยานที่จะให้การขัดท้อผู้ร่วมกระทำความผิด แต่หลักการดำเนินคดีดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่คดีมีความยุ่งยากซับซ้อนจนไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อจะทำการฟ้องร้องคดีได้ จึงได้มีการยอมรับหลักการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีแก่พยานที่จะให้การขัดท้อผู้ร่วมกระทำความผิด โดยความคุ้มกันนี้พนักงานอัยการจะทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรมอบให้แก่

⁵⁸ ไม่ใช่เพียงผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยาน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาก็มีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยานเช่นกัน

⁵⁹ Legal Information Institute, “18 U.S. Code Chapter 601— Immunity of Witnesses,” [online] Available from : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-V/chapter-601> [21 December 2021]

⁶⁰ 18 U.S. Code, § 6003 Court and grand jury proceedings

⁶¹ 18 U.S. Code, § 6002 Immunity generally

⁶² ไม่ใช่เพียงผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยาน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาก็มีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยานเช่นกัน

⁶³ News.gov.hk, “New Prosecution Code released,” [online] Available from : <https://www.info.gov.hk/gia/general/201309/07/P201309070372.html> [21 December 2021]

พยานก่อนกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล⁶⁴

5.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานรัฐเพื่อค้นพบหรือป้องกันความผิดอาญาร้ายแรงเป็นมาตรการที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนำมาใช้แทนที่มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่ได้ยกเลิกไปเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีตามกฎหมายของพนักงานอัยการ ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ยังคงใช้หลักการเดียวกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาหรือผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน โดยได้บัญญัติรายละเอียดและหลักเกณฑ์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 46b⁶⁵ วางหลักว่าผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดร้ายแรง ซึ่งเป็นการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป⁶⁶ หากสมัครใจเปิดเผยข้อมูลในความรู้ของตนหรือได้มีส่วนเปิดเผยการกระทำความผิดภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 100a (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งตนมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด⁶⁷ หรือเปิดเผยข้อมูลในความรู้ของตนโดยสมัครใจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่การกระทำความผิดภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 100a (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะสำเร็จ ซึ่งความผิดที่ตนได้เปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นความผิดที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องและได้ทราบข้อมูลหรือแผนในการกระทำความผิด⁶⁸ โดยข้อมูลที่เปิดเผยนั้นเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่รู้กันทั่วไปหรือเป็นเพียงความเห็น และข้อมูลนั้นต้องทำให้ความผิดที่ไม่เคยเปิดเผยได้รับการเปิดเผย แต่ไม่จำเป็นว่าเมื่อเปิดเผยแล้วต้องสามารถจับกุมหรือลงโทษผู้กระทำความผิดอื่นได้ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวหากผู้กระทำความผิดได้เปิดเผยข้อมูลก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งเปิดกระบวนการพิจารณาคดีหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 207 ในความผิดที่ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำ⁶⁹ ศาลอาจพิจารณาลดโทษผู้ผู้นั้นได้ตามสัดส่วนที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 46b (1) และมาตรา 49 (1) หรือศาลอาจไม่ลงโทษก็ได้ หากจำเลยกระทำความผิดที่อาจถูกตัดสินจำคุกไม่เกิน 3 ปี⁷⁰

⁶⁴ Department of Justice Hong Kong Special Administrative Region, “Prosecution Code: 11. Immunity from Prosecution,” [online] Available from : https://www.doj.gov.hk/en/publications/prosecution_ch4.html [21 December 2021]

⁶⁵ Section 46b of German Criminal Code

⁶⁶ Section 12 (1) of German Criminal Code

⁶⁷ Section 46b (1) 1 of German Criminal Code

⁶⁸ Section 46b (1) 2 of German Criminal Code

⁶⁹ Section 46b (3) of German Criminal Code

⁷⁰ Section 46b (1) of German Criminal Code

6. บทวิเคราะห์มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และมาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานรัฐเพื่อ ค้นพบหรือป้องกันความผิดอาญาร้ายแรงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สามารถนำมาวิเคราะห์ ปัญหาของมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปได้ ดังนี้

6.1 รูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการในการแสวงหาพยานหลักฐานก่อนชั้นพิจารณา คดีของศาล จึงเป็นเรื่องในชั้นพนักงานสอบสวนและชั้นพนักงานอัยการ ซึ่งจะมีความเกี่ยวข้อง โดยตรงกับการดำเนินคดีของพนักงานอัยการ โดยเฉพาะหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เนื่องจากการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน พนักงานอัยการจะมีดุลพินิจในการคัดเลือกผู้ต้องหาที่ เห็นว่าเหมาะสมและสมควรเพื่อให้การเป็นพยานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ร่วมกระทำความผิด รายอื่นที่มีความสำคัญมากกว่าโดยรัฐจะให้หลักประกันอื่นใดเข้ามาทดแทนสิทธิที่จะไม่ให้การเป็น ปรัชญาต่อตนเองในคดีอาญาที่ผู้ต้องหาได้สละไป

การดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจตามแนวทางว่าด้วยบทบาทของอัยการรับรองโดยที่ประชุม ขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ครั้งที่ 8 ข้อ 17 ซึ่งวางแนวทางการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการว่าจะต้องมีกฎหมายหรือระเบียบ ข้อบังคับที่เปิดเผยกำหนดแนวทางการปฏิบัติเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมและความถูกต้องแน่นอน ในการสั่งคดี⁷¹ แต่ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจมักจะกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจไว้ในระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานหรือองค์กรภายในของตนเพื่อให้เกิด ความยืดหยุ่นในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งต่างจากประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมายที่จะต้อง บัญญัติการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ ไม่ว่าจะเป็กรณีที่พนักงานอัยการต้องสั่งฟ้องคดี หรือกรณีที่เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องสั่งฟ้องคดีไว้เป็นกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาค้นคว้ารูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของ ประเทศต่าง ๆ กลับพบว่าประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจจะมีรูปแบบมาตรการ

⁷¹ Guidelines on the Role of Prosecutors Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, article 17

ในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยบัญญัติเป็นกฎหมาย อย่างเช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีเขตบริหารพิเศษฮ่องกงที่ได้กำหนดไว้เป็นระเบียบแนวปฏิบัติของพนักงานอัยการ

เมื่อพิจารณาประเทศไทยที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ โดยได้กำหนดแนวทางการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ ไว้ในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งไม่ฟ้องในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน แต่การที่แยกอำนาจสอบสวนฟ้องร้องออกจากกัน จึงมีกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน ซึ่งอาศัยแนวทางปฏิบัติที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของพนักงานสอบสวน แต่เมื่อระเบียบภายในของทั้งสององค์กรนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นกรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ทำให้หลักเกณฑ์การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของทั้งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปแนวทางเดียวกัน จึงต้องมีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้เป็นกฎหมาย

การที่ประเทศไทยจะบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้เป็นกฎหมาย จึงมีข้อพิจารณาต่อไปว่า ควรจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่เป็นกฎหมายทั่วไป หรือบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายเฉพาะ โดยเมื่อพิจารณาถึงลักษณะและแนวปฏิบัติของการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่เป็นกระบวนการภายหลังที่ผู้กระทำความผิดตกเป็นผู้ต้องหา และเป็นกระบวนการในชั้นสอบสวนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแจ้งข้อกล่าวหา การถามคำให้การของพนักงานสอบสวนไม่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในฐานะผู้ต้องหาหรือพยาน รวมถึงการสั่งฟ้องคดีหรือไม่สั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการ การที่มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงกับกระบวนการดังกล่าวที่เป็นกระบวนการสอบสวนสามัญ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการที่นำไปใช้กับคดีทั่วไป จึงเห็นสมควรบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

6.2 หลักประกันที่ให้ทดแทนสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน

การที่ประเทศไทยใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดี ทำให้ผู้ต้องหาไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำอันไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา จึงได้ศึกษาถึงการให้หลักประกันอื่นมาปรับใช้ โดยพิจารณาประกอบกับแนวความคิดของการสั่งคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ความน่าจะเป็นที่ผู้ต้องหาจะเข้าร่วมมาตรการ รวมทั้ง

กระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทย ซึ่งเมื่อพิจารณาปัจจัยดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็น ดังนี้

หลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยค่าให้การรับสารภาพของตนที่ใช้ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทยผู้วิจัยเห็นว่าการให้หลักประกันดังกล่าว ผู้ต้องหาที่ถูกกักไว้เป็นพยานยังคงจะถูกดำเนินคดี เนื่องจากผู้ต้องหาที่ถูกกักไว้เป็นพยานเป็นผู้กระทำความผิดที่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถแสวงหาพยานหลักฐานที่พิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาที่ถูกกักไว้เป็นพยานได้อยู่แล้ว โดยที่ไม่ต้องอาศัยค่าให้การรับสารภาพของผู้ต้องหาที่ถูกกักไว้เป็นพยาน ผู้ต้องหารายนั้นจึงไม่ได้รับประโยชน์จากการให้หลักประกันดังกล่าว จึงแทบไม่มีโอกาสที่ผู้ต้องหาจะเข้าร่วมมาตรการในการกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน จึงไม่ควรนำหลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยค่าให้การรับสารภาพของตนมาปรับใช้

หลักประกันลดโทษที่ใช้ในประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญา แต่เมื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทยยังคงพบปัญหา เนื่องจากแม้พนักงานอัยการเห็นควรกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน แต่การจะลดโทษผู้ต้องหารายนั้นได้เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษา พนักงานอัยการจึงต้องบรรยายฟ้องเพื่อให้ผู้พิพากษาเห็นถึงความจำเป็นที่จะใช้มาตรการอันนำไปสู่การพิพากษาลดโทษจำเลยที่เป็นผู้ต้องหาที่ถูกกักไว้เป็นพยาน อย่างไรก็ตาม การบรรยายฟ้องดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงภาพรวมคดีที่เกี่ยวข้องได้ทั้งหมด จึงเป็นการยากที่จะทำให้ผู้พิพากษาเห็นถึงความจำเป็นที่จะใช้มาตรการในการกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และใช้ดุลพินิจพิพากษาลดโทษจำเลยเนื่องจากกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับการลดโทษอาจไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ต้องหาเข้าร่วมมาตรการในการกักผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน รวมถึงผู้ต้องหาอาจจะเลือกให้การรับสารภาพในชั้นศาลแทน ซึ่งได้รับการลดโทษเช่นกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78⁷² และไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องไปเบิกความหรือให้การเป็นพยานเพื่อขัดท้อผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการ จึงไม่ควรนำหลักประกันการลดโทษมาปรับใช้

⁷² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควร จะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้”

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้เฒ่าชราอายุมากหรือมีความทุพพลภาพอย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแกโทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามิใช่ลักษณะที่านองเดียวกัน”

หลักประกันการไม่ฟ้องคดี แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา แต่เมื่อเทียบกับประโยชน์ของการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่ทำให้สามารถนำตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษได้อันเป็นการตัดต้นต่ออาชญากรรมอย่างแท้จริง จึงเห็นควรยังคงการให้หลักประกันดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม การที่ให้หลักประกันดังกล่าวนั้นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการ การใช้มาตรการจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการฟ้องผู้ต้องหา รายนั้น และไม่มีช่องโหว่เพื่อใช้มาตรการในการเลือกช่วยเหลือผู้ต้องหา รายใด รวมทั้งผู้มีอำนาจในการสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานต้องมีความน่าเชื่อถือ เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นให้กับสังคมว่าการไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหา รายนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

6.3 ผู้มีอำนาจสั่งคดี

การสั่งไม่ฟ้องในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานอาศัยกรณีมีเหตุอันควรที่จะไม่ฟ้องผู้ต้องหา เช่นเดียวกับการสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุดที่เห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ประกอบกับการสั่งไม่ฟ้องจากเหตุกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด แต่ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ให้อัยการสูงสุดเป็นผู้มีอำนาจสั่งคดีในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานอาจทำให้การดำเนินการล่าช้า เนื่องจากอัยการสูงสุดมีภาระหน้าที่จำนวนมาก นอกจากจะมีหน้าที่ในทางอรรถคดีและการปฏิบัติหน้าที่อื่นแล้วยังมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการฝ่ายอัยการ พนักงาน และลูกจ้างในสังกัดสำนักงานอัยการสูงสุด และมีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลอีกด้วย⁷³ ประกอบกับคดีที่จะนำมาตราการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาใช้ มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจน้อยกว่าคดีที่เห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนฯ ทั้งการสั่งคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติส่วนใหญ่จะเป็นอำนาจของอัยการสูงสุดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20⁷⁴

⁷³ สุรียา ปานแป้น, หลักกฎหมายว่าด้วยองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 176-178.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่นั้น ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้

ในกรณีให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนมอบหมายให้พนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนก็ได้

ให้พนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือให้ทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนมีอำนาจและหน้าที่ในการสอบสวนเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน บรรดาอำนาจและหน้าที่ประการอื่นที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการ

อยู่แล้ว ดังนั้น ในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในจึงยังไม่มีความจำเป็นต้องให้เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด และหากพนักงานอัยการจะมีคำสั่งไม่ฟ้องจะมีการตรวจสอบภายในโดยเฉพาะในคดีสำคัญที่ให้อธิบดีอัยการเป็นผู้พิจารณาสั่งคดี⁷⁵ รวมถึงการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังมีความเหมาะสมอยู่ เนื่องจากทั้งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการเห็นภาพรวมทั้งหมดของคดี ทำให้ทราบถึงความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการ และควรจะกันผู้ต้องหา รายใดไว้เป็นพยาน ทั้งสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการ

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปที่ให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีของประเทศไทยในปัจจุบัน มีรูปแบบที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของทั้งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ไม่มีกฎหมายบัญญัติแนวทางปฏิบัติและหลักเกณฑ์การกันไว้เป็นพยาน จึงทำให้มีแนวทางปฏิบัติไม่ชัดเจนและแต่ละองค์กรกำหนดหลักเกณฑ์แตกต่างกัน จึงควรมีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้เป็นกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ และเป็นแนวทางในการกำหนดระเบียบภายในของทั้งสององค์กร ซึ่งเมื่อศึกษาแนวทางการให้หลักประกันอื่น เช่น หลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยค่าให้การรับสารภาพของตน และหลักประกันการลดโทษ เพื่อนำมาปรับใช้ พบว่ายังมีข้อบกพร่องและไม่เหมาะสม ส่วนการให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีถึงแม้จะไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบอาญา แต่เมื่อมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่ให้หลักประกันดังกล่าวสามารถพิสูจน์ความผิดและนำตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษอันเป็นการตัดต้นตอของอาชญากรรมอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นประโยชน์มากกว่าการฟ้องผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน จึงยังควรคงการให้

ในกรณีที่พนักงานอัยการทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน ให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามคำสั่งและคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน

ในกรณีจำเป็น พนักงานสอบสวนต่อไปนี้มีอำนาจสอบสวนในระหว่างรอคำสั่งจากอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน

(1) พนักงานสอบสวนซึ่งผู้ต้องหาถูกจับในเขตอำนาจ

(2) พนักงานสอบสวนซึ่งรัฐบาลประเทศอื่นหรือบุคคลที่ได้รับความเสียหายได้ร้องขอให้ทำโทษผู้ต้องหา

เมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนแล้วแต่กรณี เห็นว่า การสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเข้าใจตามมาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อมสำนวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน”

⁷⁵ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยกรณาดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 42 การพิจารณาคดีสำคัญ กำหนดว่า “คดีสำคัญในกรณีที่จะมีคำสั่งไม่ฟ้องทุกข้อหาหรือบางข้อหา ให้ทำความเข้าใจเสนอสำนวนตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการเพื่อพิจารณาสั่งคดี เมื่ออธิบดีอัยการมีคำสั่งประการใดให้ปฏิบัติตามนั้น”

หลักประกันดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม ต้องกำหนดกระบวนการในการใช้มาตรการนั้นให้มีความชัดเจนและน่าเชื่อถือ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับสังคมว่าการไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหาหรือนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอแนะกระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และรูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ดังนี้

7.1 กระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

มาตรการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปที่ให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดี จะแบ่งกระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่มีการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนเห็นควรกับบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาและดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว โดยให้ให้ความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องและกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ การที่เสนอให้พนักงานสอบสวนดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาและดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวก่อนก็เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นอยู่ในฐานะผู้ต้องหา อันเป็นการเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการกันบุคคลไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวนได้

ส่วนการตรวจสอบการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวน ให้ปฏิบัติตามระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันอันเห็นว่าจะมีความเหมาะสมและเพียงพอ ซึ่งเมื่อผ่านระบบตรวจสอบภายในแล้วให้ส่งความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องดังกล่าวมายังชั้นพนักงานอัยการ โดยในชั้นพนักงานอัยการเห็นว่ายังควรให้เป็นอำนาจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และคำสั่งไม่ฟ้องนั้นให้มีการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน แต่พนักงานสอบสวนเสนอความเห็นควรสั่งฟ้องและไม่ควรกันบุคคลใดไว้เป็นพยาน โดยยังควรให้พนักงานอัยการเป็นผู้สั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และคำสั่งไม่ฟ้องนั้นให้มีการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

7.2 รูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

รูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไป ควรให้มีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในกฎหมาย โดยเห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นเพราะมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นกระบวนการ

ที่ใช้กับคดีทั่วไปที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบสวนสามัญ ที่ดำเนินการหลังจากการถาม คำให้การผู้ต้องหาตามมาตรา 135 ประกอบกับมาตรา 136 ยกเลิก จึงบัญญัติมาตรการดังกล่าว ไว้ในลักษณะ 2 การสอบสวน หมวด 1 การสอบสวนสามัญ มาตรา 136/1 และมาตรา 136/2 โดยมีเนื้อหาใจความดังนี้

“**มาตรา 136/1** ในคดีที่มีความซับซ้อน และไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานในคดีนั้น ได้หรือพยานหลักฐานที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือบางส่วนได้ หากปรากฏว่ามีบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ต้องหา ซึ่งไม่ใช่ตัวการสำคัญ ให้การรับสารภาพ โดยคำรับสารภาพนั้นเป็นข้อมูลสำคัญที่มีประโยชน์ต่อการดำเนินคดีหรือพิสูจน์ ความผิดของผู้ใช้ให้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอื่นซึ่งเป็นตัวการสำคัญ และเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นควรกับบุคคลนั้นไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีกับผู้ใช้ให้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอื่นซึ่งเป็นตัวการสำคัญ ให้พนักงานสอบสวนทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องไปยังพนักงานอัยการพร้อมด้วยสำนวน”

“**มาตรา 136/2** เมื่อความตามมาตรา 136/1 วรรคหนึ่ง ปรากฏแก่พนักงานอัยการเอง โดยปราศจากความเห็นควรกับบุคคลใดไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวน หากพนักงานอัยการเห็นควรกับผู้ต้องหานั้นไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีกับผู้ใช้ให้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดคนอื่นซึ่งเป็นตัวการสำคัญ ให้พนักงานอัยการออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น”

ส่วนระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไขมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ให้มีแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายที่เสนอแนะ

ทั้งนี้ เมื่อมีการปรับเปลี่ยนและแก้ไขตามข้อเสนอแนะดังกล่าว จะทำให้มาตรการในการ กันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งเพิ่มประสิทธิภาพในการ พิสูจน์ความผิดของตัวการสำคัญหรือผู้บงการเพื่อนำตัวมาลงโทษ และยังเป็นการก่อให้เกิดประโยชน์ สูงสุดกับสังคม