

บทที่ 2

ความล้มเหลวในการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหา ภายใต้บริบทของทฤษฎีแห่งกฎหมาย

ความนำ

ตามที่กล่าวมาในบทที่ 1 เห็นได้ว่ามูลเหตุของคอร์รัปชันมีด้วยกันหลายทาง ทั้ง เหตุผลภายนอกและ เหตุผลภายในของผู้กระทำ ทำให้เหตุผลของความบกพร่องทางกฎหมายแต่เพียงประการเดียวไม่ และทั้งมูลเหตุของคอร์รัปชันดังกล่าวในตัวของมันเอง แล้วนั้น เป็นอุปสรรคในการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหาด้วยกันทั้งสิ้น สำหรับ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการศึกษาและหาแนวทางแก้ไข เฉพาะภายใต้บริบทของทฤษฎีแห่งกฎหมาย และโดย เฉพาะส่วนของ เรื่องการกระทำผิดเกี่ยวกับฐานรับหรือให้สินบนเท่านั้น โดยใช้ประมวลกฎหมายอาญา เป็นหลักในการวิเคราะห์

สภาพฐานความผิด : ทฤษฎีแนวป้องกัน

เนื่องจากทฤษฎีในการลงโทษในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไป ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ส่วนมากได้เลิกใช้ทฤษฎีแก้แค้น (Vergeltungstheorie) และเห็นกันว่าการลงโทษนั้น ควรมีจุดประสงค์เพื่อ "การป้องกันทั่วไป" (General Prävention) กล่าวคือ การลงโทษควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าสังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งดูดายกับการกระทำ เช่นนั้น และเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมนั้นว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นอีกก็จะต้องได้รับ โทษเช่นเดียวกัน

ปรัชญาที่สำคัญและถือว่าเป็นความคิดพื้นฐานในการป้องกัน ยับยั้งหรือข่มขู่บุคคลมิให้ประพฤติฝ่าฝืนกฎหมาย ได้แก่ การลงโทษเพื่อให้เกิดผลในการยับยั้ง (Deterrence) ทฤษฎีกฎหมายอาญาของทวีปยุโรปได้แบ่งแยกผลของการลงโทษที่รัฐได้กระทำต่อบุคคลออกเป็นสองประการคือ ¹

1. การป้องกันบุคคลหรือการป้องกันพิเศษ (Special Prevention)
2. การป้องกันทั่วไป (General Prevention) หรือการลงโทษที่มีผลต่อสังคมเป็นส่วนรวม

การป้องกันพิเศษในข้อ 1 อาจหมายถึงการยับยั้ง การแก้ไข หรือการทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกระทำความผิดได้อีกต่อไป เช่น การลงโทษ ประหารชีวิต จำคุก หรือกักขัง เป็นต้น ส่วนการป้องกันทั่วไปในข้อ 2 หมายถึงสภาพบังคับของกฎหมายอาญาและกลไกของกฎหมายจะมีอิทธิพลต่อความรู้และทัศนคติของประชาชนทุกคนในสังคม

ดังนั้น กฎหมายอาญาและกลไกของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในสังคมจะถ่ายทอดความรู้ และข่าวสารต่าง ๆ ไปสู่ประชาชนเพื่อให้ทราบว่าความประพฤติอย่างใดกระทำไต่หรือต้องห้าม ความประพฤติอย่างใดจะได้รับโทษมากหรือน้อย หรือถูกดำเนินคดีในศาล การปฏิบัติและวิธีการต่าง ๆ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามกฎหมายจะได้รับการเผยแพร่ไปสู่ประชาชนโดยทั่วทุกกฎหมาย เอกสารของทางราชการ และสื่อสารมวลชนต่าง ๆ

สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบกันจะมีอิทธิพลต่อความรู้สึกนึกคิดของประชาชน ทำให้ทราบว่าควรประพฤติหรือไม่ประพฤติในสิ่งที่สังคมไม่พึงปรารถนา การป้องกันทั่วไปจะบรรลุผลถ้าประชาชนละเว้นการฝ่าฝืนกฎหมาย

¹ Johannes Andenaes, "The General Preventive Effects of Punishment" University of Pennsylvania Law Review. 114 : 7 (May 1966), 949 - 983.

สำหรับผลของการป้องกันพิเศษขึ้นอยู่กับการใช้กฎหมายบังคับต่อผู้กระทำความผิด เป็นราย ๆ ไป แต่ผลของการป้องกันทั่วไปขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างการบังคับใช้กฎหมายต่อผู้กระทำความผิดและบทบัญญัติของกฎหมาย และมักมีผู้คิดว่า การเพิ่มโทษในกฎหมายให้สูงขึ้นจะเป็นวิธีแก้ปัญหา

ความผิดฐานรับหรือให้สินบนนั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ เป็นความผิดต่อเจ้าพนักงานตามมาตรา 144 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ตามมาตรา 149, 150 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา 167 และความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามมาตรา 201, 202

มาตรา 144 บัญญัติว่า "ผู้ใดให้ ขอให้หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

มาตรา 149 บัญญัติว่า "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล เรียก รับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มาตรา 150 บัญญัติว่า "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งโดย เห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้ง เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

มาตรา 167 บัญญัติว่า "ผู้ใดให้ ขอให้หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แก่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท"

มาตรา 201 บัญญัติว่า "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต"

มาตรา 202 บัญญัติว่า "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต"

เมื่อพิจารณาถึงสภาพทัศนคติความนึกฐานรับหรือให้สินบน ตามมาตรา 144, 149 150, 167, 201 และ 202 ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าสภาพทัศนคติความนึกฐานรับหรือให้สินบนดังกล่าว เป็นทัศนคติที่มีโทษข่มขู่ (Deterrence) อยู่เบื้องหลัง เนื่องจากความนึกฐานรับหรือให้สินบนนั้น เป็นความนึกที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอย่างมหันต์ เป็นการทำลายความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ ดังนั้น รัฐจึงไม่ประสงค์อย่างเด็ดขาดที่จะให้มีการกระทำ ความนึกดังกล่าวนี้เกิดขึ้น จึงบัญญัติกฎหมายไว้ในลักษณะข่มขู่ (Deterrence) ดังกล่าว เนื่องจากการลงโทษเพื่อข่มขู่มีผล เป็นการป้องกันการกระทำผิดอยู่เหมือนกัน¹ และโดย ลักษณะของสภาพฐานความผิดเองแล้ว เป็นความผิดที่ผู้กระทำมีเวลาไตร่ตรองก่อนการกระทำผิด ดังนั้น โทษข่มขู่ (Deterrence) ย่อมเหมาะสมและมีผล การกระทำผิดที่ผู้กระทำ ได้มีเวลาคิดไตร่ตรองนานก่อนจะลงมือ การลงโทษก็อาจมีผล เป็นการข่มขู่ไม่ให้กระทำใ้มาก เพราะผู้ที่กระทำมีเวลาคิดถึงผลได้ผลเสียในการกระทำของตนได้มาก²

สภาพทัศนคติความนึกฐานรับหรือให้สินบน เป็นโทษข่มขู่ (Deterrence) นั้นพิจารณาได้จาก

1. การกระทำเป็นความผิดสำเร็จ แม้ผู้กระทำเพียง "ขอให้หรือรับว่าจะให้" ตามมาตรา 144, 167 หรือ "เรียกหรือยอมจะรับ" ตามมาตรา 149, 201 แม้ยังไม่มี การกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายในเนื้อหาก็ถือเป็นความผิดสำเร็จ เนื่องจากกฎหมาย ต้องการข่มขู่เพื่อป้องกันความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐนั่นเอง

¹ อุททิศ แสนโกติก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการ เอกสารและวิชาการ กองวิชาการ, กรมอัยการ, 2525), หน้า 28.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

อุทธรณ์ 1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1035/2464- อุပ္ทูตย์ยกเงินราชการ แล้วบอกอัครราชทูต ว่ากันเงินจำนวนหนึ่งไว้ให้ทูตจะให้ทำอะไรก็ได้ ขอให้เงียบเรื่องนี้ เป็นการขอให้สินบน แม้อัครราชทูตไม่รับ อุပ္ทูตย์ก็มีความผิด

อุทธรณ์ 2 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2510 ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงาน เรียกทรัพย์สินโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งหน้าที่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149 นั้น เพียงแต่เรียกก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แม้จะยังไม่ได้ทรัพย์สินที่เรียกไปก็ตาม หรือแม้จะกลับกระทำการโดยชอบด้วยหน้าที่ในภายหลังก็ตาม

อุทธรณ์ 3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1425/2510- จำเลยและ บ. เป็นสมาชิก สภาเทศบาล จำเลยได้มีจดหมายถึง ม. ให้ช่วยเหลือปลดเปลื้องหนี้สินของจำเลย เพื่อที่ จำเลยจะได้สนับสนุนให้ บ. กับคณะดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี และเทศมนตรี ทั้งนี้ จำเลยยอมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149

2. เจ้าพนักงานกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง โดยเห็น แก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งคนใดเรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ แม้อันที่ตนได้รับ แท้จริง เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งนั้นก็มีความผิด ตามมาตรา 150¹ และมาตรา 202²

¹ มาตรา 150 มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 140 แห่งกฎหมายลักษณะ อาญา แต่มาตรา 140 เดิมให้ลงโทษ เช่นเดียวกับเจ้าพนักงานรับสินบน มาตรา 150 ใหม่ นี้บัญญัติไว้โดยเฉพาะโทษเบากว่ามาตรา 149 กล่าวคือ ไม่มีโทษประหารชีวิต

² มาตรา 202 มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 140 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา และมีหลักเกณฑ์ทำนองมาตรา 150 แต่โทษหนักกว่ามาตรา 150

3. โทษ (Sanction) สำหรับความผิดฐานรับหรือให้สินบน มีอัตราโทษสูง อันเป็นแนวทฤษฎีข่มขู่ (Deterrence) ที่เห็นว่า การลงโทษทำให้ผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิด คือ การต้องถูกลงโทษมีมากกว่าความหวังที่จะได้รับผลดีจากการกระทำนั้น ๆ ฉะนั้น คนจึงไม่กล้ากระทำผิด¹ Beccaria ก็เห็นเช่นเดียวกันว่า การลงโทษที่สมเหตุ ผลนั้น มิใช่เป็นการกระทำทรมาน แก่ผู้กระทำผิด แต่เป็นการลงโทษที่มีผลพอเพียงต่อการข่มขู่ หรือปรามมิให้ผู้อื่นกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันขึ้นอีก²

แนวทฤษฎีข่มขู่ (Deterrence) ของความผิดฐานรับหรือให้สินบน ต้องประสบความล้มเหลว เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยุ่งยากในฐานความผิดดังกล่าว อันเกิดขึ้นโดยสภาพธรรมชาติของฐานความผิด ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินการฟ้องร้องลงโทษผู้กระทำผิดได้ วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันทั่วไป (General Prevention) จึงไม่อาจบรรลุผลได้โดยปริยาย กล่าวคือ

การให้และรับสินบนนั้น ตามกฎหมายอาญาทั้ง เก่าและใหม่ คือกฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าเป็นความผิดต่อเจ้าพนักงานและต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ อันเป็นการทำลายความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ ซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

¹ อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 24.

² ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทัณฑ์วิทยา, (กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์การพิมพ์, 2523), หน้า 60.

จึงเอาผิดและกำหนดโทษไว้ทั้งผู้ให้และผู้รับสินบน ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศอื่นเป็น
ส่วนมาก¹ ก็เอาโทษผู้ให้และผู้รับสินบนเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ก็โดยอาศัยเหตุผลว่า ผู้ให้
และผู้รับสินบนได้รวมกระทำการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
ฉะนั้น จึงต้องถือว่าผู้รวมกระทำการในเรื่องนี้ทั้งหมด คือ ทั้งผู้ให้และผู้รับสินบนมีความผิด

¹ ประเทศที่ลงโทษทั้งผู้ให้และผู้รับสินบนมีดังนี้

- | | | |
|---------------|----------------------------|---|
| 1. อาเจนตินา | ประมวลกฎหมายอาญา | |
| 2. ฝรั่งเศส | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1810 |
| 3. ออสเตรเลีย | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1852 |
| 4. สิงคโปร์ | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1872 และ
กฎหมายป้องกันการคอร์รัปชัน ค.ศ. 1960 |
| 5. นอร์เวย์ | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1902 |
| 6. อังกฤษ | กฎหมายป้องกันการคอร์รัปชัน | ค.ศ. 1906
แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1916 |
| 7. ญี่ปุ่น | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1907 |
| 8. อิตาลี | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1930 |
| 9. โคลอมเบีย | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1936 |
| 10. เกาหลี | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1953 |
| 11. กรีนแลนด์ | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1954 |
| 12. สวีเดน | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1962 |
| 13. เยอรมัน | ประมวลกฎหมายอาญา | ค.ศ. 1974 |

แนวความคิดตามเหตุผลดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาอันเกิดขึ้นโดยสภาพธรรมชาติของฐานความผิดซึ่ง เป็นอุปสรรคที่ทำให้อาชญากรรมประเภทนี้ยากแก่การป้องกันและปราบปราม เพื่อลดปัญหาภายใต้บริบทผลแห่งกฎหมาย อันซึ่งจะทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันทั่วไป (General Prevention) บรรลุผล กล่าวคือ ความล้มเหลวในการปราบปรามและความล้มเหลวในการป้องกัน

ความล้มเหลวในการปราบปราม

มาตรการทางกฎหมายหลายประการ ได้ถูกกำหนดขึ้นในหลายประเทศ ตามนโยบายทางอาญา (Criminal Policy) เพื่อควบคุมและลดปัญหาอาชญากรรมที่มีการจัดองค์การ (Organized Crime) ซึ่งพยานหลักฐานต้องมาจากอาชญากรเอง¹ อันเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยุ่งยาก โดยเฉพาะความผิดฐานรับสินบน (bribery) นั้น นอกจากอุปสรรคเกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยุ่งยากเพื่อปราบปรามและลดปัญหาในคดีอื่นที่ได้นำมาพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับมูลเหตุของความผิดนั้น เป็นอุปสรรคของการป้องกันและปราบปรามโดยตัวของมันเองแล้ว ยังมีอุปสรรคของการปราบปรามเพื่อลดปัญหาที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติของสภาพฐานความผิดซึ่ง เป็นอุปสรรคทางข้อกฎหมาย อันเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏเกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยุ่งยากของความผิดฐานรับหรือให้สินบน ภายใต้บริบทผลแห่งกฎหมาย 2 ประการ กล่าวคือ ปัญหาเรื่องพยานหลักฐานและปัญหาเรื่องหลักการฟ้องตามดุลพินิจ

¹ รายละเอียดเพิ่มเติมอ่าน J.D. Heydon, "Obtaining Evidence versus protection the Accused : Two Conflicts," 13 Criminal Law Review 1971, p. 25.

ก. ปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน

Ronal Wraith และ Edgar Simpkins กล่าวว่า คอรัปชันมีลักษณะแปลกไปจากความผิดหรืออาชญากรรมประเภทอื่น ๆ อยู่ประการหนึ่ง คือ ยากแก่การป้องกันและปราบปราม เพราะผู้ที่รู้เห็นส่วนมากมักเป็นผู้ที่รวมกระทำความคิดเท่านั้น จึงยากแก่การพิสูจน์ ยิ่งกว่านั้นยังเป็นที่ยอมรับกันว่า แม้จะรู้แก่ใจว่าใครกินสินบนคราคสินบนก็ทุกครั้ง ๆ ไม่ได้ ทั้งนี้ไม่แต่เฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่เหมือนกันทั่วโลกเพราะถึงจะเป็นเรื่องจริงก็อาจถูกฟ้องฐานหมิ่นประมาทได้ ส่วนการที่จะพิสูจน์ว่าเป็นเรื่องแสดงข้อคิดเห็นเพื่อสาธารณประโยชน์ก็มีอุปสรรคดังกล่าวดังกล่าวแล้ว กรณีจึงกลายเป็นเรื่องพุกกันตามเสียงลือ ซึ่งผู้พูดต้องรับผิดชอบนั้นการกล่าวถึงเรื่องคอรัปชัน จึงต้องพุกกันอย่างระมัดระวังอย่างยิ่ง และพุกกันได้เพียงกลาง ๆ เท่านั้น¹ ความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับความเห็นของสำนักงานสภาวิจัยแห่งชาติ กล่าวคือ แม้การทุจริตในวงราชการจะเป็นความผิดในทางอาญา เช่น ความผิดหรืออาชญากรรมอื่น ๆ แต่ก็ยอมรับที่เข้าใจกันว่า เป็นเรื่องที่ยากแก่การป้องกันและปราบปราม เพราะผู้ที่รู้เห็นส่วนมากมักจะมีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้นด้วย จึงยากแก่การที่จะนำสืบพิสูจน์² ซึ่งตามหลักกฎหมายถือว่าบุคคลยังมีวิสัยอยู่จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดจริง³ แต่คอรัปชันมิได้ เป็นอาชญากรรม

¹ Ronald Wraith and Edgar Simpkins, Corruption in Developing Countries, p. 12.

² สภาวิจัยแห่งชาติ, "รายงานผลการวิจัย เรื่องการทุจริตในวงราชการ." หน้า 1.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 24

ที่เห็นได้โจ่งแจ้ง หาพยานหลักฐานได้ง่าย ยิ่งกว่านั้นการคอร์ปชั่นยังก่อประโยชน์ให้คู่อริ ทั้งสองฝ่าย จึงไม่ค่อยมีฝ่ายใดยอมเปิดเผยมออกมา¹ ทั้งกฎหมายของเกือบทุกประเทศ เอาผิดกับบุคคลผู้ให้สินบนเท่า ๆ กับผู้รับสินบนจึงไม่ค่อยมีผู้ให้สินบนคนใดกล้าดำเนินคดี กับผู้รับสินบนเลย และทั้งทำให้ผู้รวมกระทำผิดหันเขารวมมือกันต่อสู้กับรัฐ เพื่อรอดพ้น จากอาญาแผ่นดิน เมื่อจำเป็นหากถูกดำเนินคดี

นอกจากนั้น คติของไทยที่ว่า "อย่าแกว่งเท้าหาเสี้ยน" หมายถึงว่า อย่าไปยุ่ง หาเรื่อง จะนำความเดือดร้อนมาให้โดยนัยความหมายนี้ จึงมาคิดกันเสียว่า ใครจะกินจะ โกงอย่างใดก็ช่าง บ้านเมืองไม่ใช่ของเราคนเดียว อย่างไม่ทำเป็นรูเขา ถึงรูแล้วก็ต้อง ฝังเสีย เพราะหากไปก็ราคาสองไฟเบียด้านิ่งเสียยังจะได้ "ตำลึงทอง" พยานหลักฐาน จึงหาได้ยากนักหนา เพราะเมื่อคิดจะให้ส่วนตัวสบาย ส่วนรวมก็ต้องลำบาก ผู้ร้ายและ คนทุจริตจึงกำเริบหนักขึ้น²

ท่านศาสตราจารย์ธานีทร ทรัพย์วิเชียร เห็นว่า "ประชาชนผู้ไม่นำพาดำเนินการ วิจารณ์บงกชหลวงของผู้อื่น โดยถือว่า "ธุระไม่ใช่" ก็น่าจะได้รับการตำหนิด้วยกัน ทั้งนี้ ในฐานะที่บุคคลมีความรับผิดชอบซึ่งตนมีอยู่ต่อสังคม แต่ก็เป็นธรรมดาที่การถูกตำหนิควรจะลดหลั่น กันตามส่วนหนักเบาของการกระทำและการละเว้นกระทำ"³

¹ เกริกไกร จิระแพทย์, "คอร์ปชั่นในรัฐบาลของรัฐและรัฐบาลท้องถิ่นใน รัฐนิวเซาท์เวลส์" หน้า 68 - 69.

² สภาวิจัยแห่งชาติ, "รายงานผลการวิจัย เรื่องการทุจริตในวงราชการไทย," หน้า 45 - 46.

³ ธานีทร ทรัพย์วิเชียร, "กฎหมายกับการวิจารณ์บงกชหลวง," การวิจารณ์ บงกชหลวง, หน้า 10.

ดังนั้น ปัญหาขาดพยานหลักฐานจึง เป็นข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยังยาก ประการหนึ่ง รัฐควรหามาตรการทางกฎหมาย เพื่อแก้อุปสรรค เพื่อหาแหล่งพยานที่ดี เพื่อ ประโยชน์ในการค้นหาความจริงที่ว่า มีการกระทำความผิดที่ไหน ใคร เป็นผู้กระทำความผิด และพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดนั้น

สำหรับความผิดฐานรับหรือให้สินบนนั้น ปัญหาแหล่งพยานสามารถพิจารณาวิเคราะห์ อุปสรรคได้ 2 ประการ กล่าวคือ

1. ผู้ร่วมกระทำความผิด ความผิดฐานรับหรือให้สินบนนั้น ย่อมเป็นที่เข้าใจ กันว่าเป็นเรื่องที่ยากแก่การป้องกันและปราบปราม เพราะผู้ที่รู้ เห็นส่วนมากมักจะมีส่วนร่วม ในการกระทำผิดนั้นด้วย จึงยากแก่การที่จะนำสืบพิสูจน์¹ และแหล่งพยานที่ดีที่จะเป็น ตัว เปิดเผยความจริง เกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวออกมา ก็คือ เจ้าพนักงานผู้รับสินบน และผู้ให้สินบนนั่นเอง ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นก่อประโยชน์ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ปกติจึงไม่ค่อยมีฝ่ายใดยอม เปิดเผยความจริงออกมา ทั้งกฎหมายของ เกือบทุกประเทศก็ เอาผิดกับบุคคลผู้ให้สินบนเท่า ๆ กับผู้รับสินบนจึงไม่ค่อยมีผู้ให้สินบนคนใดกล้าดำเนินคดี กับผู้รับสินบนเลย และทั้งบางกรณีกลับเป็นการบังคับโดยอ้อมให้ผู้ร่วมกระทำความผิดหันเข้า ร่วมมือกันต่อสู้กับรัฐ เพื่อรอดพ้นจากอาญาแผ่นดิน เมื่อจำเป็นหากถูกดำเนินคดี ดังนั้น ปกติฐานความผิดนี้จึง ไม่อาจหาพยานที่ดีที่จะ เป็นตัว เปิดเผยความจริง คือ เจ้าพนักงาน ผู้รับสินบนและผู้ให้สินบนดังกล่าวข้างตนได้

2. พยานหลักฐานอื่น พยานหลักฐานประการนี้มีลักษณะปัญหา เช่นเดียวกับ ข้อ 1 เนื่องจากโดยทั่วไปพยานหลักฐานดังกล่าวมักจะ อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ร่วมกระทำ

¹ สภาวิจัยแห่งชาติ, "รายงานผลการวิจัย เรื่องการทุจริตในวงราชการ" หน้า 1.

ความผิดและ เนื่องจากพยานหลักฐานตามความจำเป็นที่เกิดขึ้นโดยสภาพธรรมชาติของฐานความผิดนี้ คือ ตัวเจ้าพนักงานผู้รับสินบนและหรือผู้ให้สินบนดังกล่าวข้างต้นนั้น มีลักษณะเป็นผู้กระทำความผิดร่วมกับจำเลยซึ่งตามทางปฏิบัติและแนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้น ถ้าพยานคนนั้น เป็นเพียงผู้กระทำความผิดร่วมกับจำเลย แต่มิได้ถูกฟ้อง เป็นจำเลยในคดีนี้ด้วย อาจเป็นเพราะอัยการโจทก์ใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง เพื่อกันจำเลยบางคนไว้ เป็นพยาน 1 กรณี เช่นนี้ โจทก์ยอมอ้างผู้กระทำความผิดที่กันไว้มาเป็นพยานได้ และศาลรับฟังพยานเช่นนี้ได้ ไม่ถือเป็นคำขัดต่อระหว่างจำเลย ²

คำพยานของผู้กระทำความผิดด้วยกันที่กันไว้ เป็นพยานนี้ ศาลรับฟัง เป็นพยานได้ แต่โจทก์จะต้องมีพยานประกอบด้วยจึงจะฟังลงโทษจำเลยได้ คำพยานประกอบนั้นไม่ต้องถึงกับมารับรองตามคำของผู้กระทำความผิดด้วยกันทุก ๆ ข้อ เพราะถ้ามีพยานอื่นถึง เช่นนั้นแล้ว คำของผู้กระทำความผิดด้วยกันก็ไม่จำเป็นในคดีเลย ³

ท่านอาจารย์ เข็มชัย ชุตินวงศ์ อธิบายว่า คำพยานประกอบที่กฎหมายต้องการให้มันมีลักษณะ 3 ประการ ⁴ ดังนี้

¹ กุลพล พลวัน, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา," วารสารอัยการ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2520, หน้า 16.

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 193/2403, 534/2512

³ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร : บริษัทประยูรวงศ์ จำกัด, 2527), หน้า 263.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 263 - 264.

1. เป็นพยานที่แสดงให้เห็นว่า จำเลยได้เกี่ยวข้องกับกระทำความผิด อาจจะ
เป็นพยานโดยตรงหรือพยานประพจน์ เหตุแวดล้อมกรณีก็ได้ ซึ่งสนับสนุนคำของผู้กระทำผิด
ด้วยกันในข้อสำคัญบางประการที่ว่าได้มีการกระทำความผิดจริง และว่าจำเลยเป็นผู้ที่ได้
กระทำความผิดนั้น
2. พยานประกอบจะต้องไม่ใช่ผู้ร่วมกระทำความผิดอีกคนหนึ่ง ซึ่งถูกกันไว้ เป็น
พยานเหมือนกัน
3. พยานประกอบนี้ต้อง เป็นพยานที่รับฟังได้ ไม่ต้องห้ามคำถามกฎหมาย เช่น
ต้องไม่ใช่พยานบอกเล่า หรือถ้าเป็นพยานบอกเล่าก็ต้อง เข้าชื่อยกเว้นที่ได้รับฟังได้

อุทธรณ์ 1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 401/2496 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยทั้งสามคน
ร่วมกันลักทรัพย์ ชั้นพิจารณา โจทก์มีนายตาและนายตัน ซึ่งเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลย
แต่ถูกกันไว้ เป็นพยานเบิกความว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด กับมีผู้เสียหายและพนักงานสอบสวน
ส่วนเป็นพยานเบิกความว่า จำเลยทั้งสามให้การรับสารภาพด้วยความสมัครใจต่อหน้าผู้
เสียหายและพนักงานสอบสวน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าคดีนี้ ถ้าเพียงแต่กันผู้ต้องหาด้วยกัน เป็น
พยานโจทก์สองปาก คดีก็ไม่มีความหนักพอที่จะลงโทษจำเลยได้ แต่ปรากฏว่ามีโจทก์มีเจ้า
ทรัพย์และพนักงานสอบสวน เป็นพยานประกอบว่า จำเลยได้รับสารภาพชั้นสอบสวนด้วยความ
สมัครใจ ต่อหน้าเจ้าทรัพย์และพนักงานสอบสวนดังนี้ คดียอมรับฟังลงโทษจำเลยได้

อุทธรณ์ 2 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1769/2509 เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจจับ
ส. ส. ให้การว่าจำเลยและ ส. ไปทำการปล้นทรัพย์ พนักงานสอบสวนจึงกัน ส. ไว้
เป็นพยาน และ ส. เบิกความยืนยันข้อความดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำของ ส. ซึ่ง
เป็นผู้กระทำผิดและโจทก์กันไว้ เป็นพยาน เป็นคำพยานที่รับฟังได้ แต่มีน้ำหนักน้อย

¹ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 401/2496

อุทธรณ์ 3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1659/2514 โจทก์มีประจักษ์พยานปากเดียว ซึ่ง เป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยแต่ถูกกันไว้ เป็นพยาน ขาดพยานหลักฐานอื่นซึ่งควรนำมาประกอบคดี พยานหลักฐานโจทก์ยังอยู่ในข่ายสงสัย จึงยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย

อุทธรณ์ 4 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2001/2514 คำเบิกความของผู้ที่ร่วมกระทำผิดด้วยกันที่พนักงานสอบสวนกันไว้ เป็นพยานนั้น มีน้ำหนักน้อย แต่ถ้ามีพยานประกอบกับฟังลงโทษจำเลยได้ คดีนี้มีคำเบิกความของพยานโจทก์ผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยประกอบคำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวน และการที่จำเลยนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นประกอบคำรับสารภาพ ทั้งนี้รับฟังลงโทษจำเลยฐานปล้นทรัพย์ได้¹

อุทธรณ์ 5 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1120/2521 คำเบิกความของพยานโจทก์ 3 ปากซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีในการกระทำผิด ถือเป็นข้อขัดข้องระหว่างผู้กระทำผิดไม่มีน้ำหนักให้รับฟัง ส่วนคำของผู้ที่จำเลยเล่าให้ฟังว่าได้ปล้นทรัพย์รายนี้ แต่ไม่ได้ความสืบคงมีแต่คำให้การจกไว้ในชั้นสอบสวน เป็นพยานบอกเล่ารับฟังไม่ได้ ดังนั้นพยานหลักฐานของโจทก์ยังฟังไม่ได้ว่า จำเลยทำผิดตามฟ้อง

อุทธรณ์ 6 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2103/2525 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยใช้ให้ ก. นำเชือกซึ่งปลอมลายมือชื่อผู้ส่งจ่ายไปใช้ที่ธนาคาร พนักงานสอบสวนได้สอบสวน ก. เป็นผู้ต้องหา แต่ในที่สุดสิ่งไม่ฟ้องโดยกันไว้ เป็นพยาน ดังนั้นคำเบิกความของ ก. เป็นข้อขัดข้องของผู้ร่วมกระทำผิด จึงไม่มีน้ำหนักให้รับฟัง

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1769/2509, 1659/2514, 2001/2514, (ไม่ได้ลงพิมพ์ในหนังสือคำพิพากษาศาลฎีกาของ เนติบัณฑิตยสภา)

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้นเห็นได้ว่ารัฐยังขาดมาตรการที่จะทำให้ได้มาซึ่งพยานที่ดี กล่าวคือ ผู้รวมกระทำความผิดและพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปราม เพื่อลดปัญหาการกระทำผิดฐานรับหรือให้สินบนดังกล่าว ซึ่งตามหลักจิตวิทยาพยานนั้น การที่รัฐจะได้มาซึ่งพยานที่ดีนั้นต้องมีมาตรการดังนี้

1. มาตรการจูงใจ เพื่อล่อให้ผู้รู้เห็นมา เป็นพยาน เพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดโดย เน้นให้เขาเห็นคุณค่าของการป้องกันและปราบปราม เพื่อลดปัญหาการกระทำผิดฐานดังกล่าวโดยก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในการตัดสินใจของเขา ทั้งนี้โดย เน้นให้เห็น

1. คุณค่าต่อตนเอง
2. คุณค่าต่อสังคม

2. มาตรการคุ้มครอง เพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจแก่พยานว่า เขาจะไม่ได้รับภัยจากการมา เป็นพยาน เพื่อพิสูจน์ความผิดดังกล่าว

3. มาตรการรางวัล พยานที่เสี่ยงภัยดังกล่าว ควรจะได้รับรางวัลตอบแทนตามรูปแบบที่เหมาะสม

มาตรการตามหลักจิตวิทยาดังกล่าว จะสามารถจูงใจให้บุคคลกล้าเสี่ยงภัยและหรืออาจ เสียประโยชน์ส่วนตัว เพื่อมา เป็นพยานดังกล่าวได้

ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายจึงจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อจัดปัญหา การขาดพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ความผิด โดยเฉพาะแหล่งพยานที่ดี คือ ผู้ร่วมกระทำความผิดและพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ความผิดอัน เป็นปัญหาที่เกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะถือ เป็นความผิดทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ มีผลเฉพาะ เกี่ยวกับอาชญากรรมซึ่งพยานหลักฐานต้องหามาจากอาชญากรเอง ¹

ข. ปัญหาเรื่องหลักการฟ้องตามดุลพินิจ

หลักการดำเนินคดีอาญาที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน มีอยู่ 2 ประเภท คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality หรือ Compulsory Prosecution) และหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ² (Legality หรือ Compulsory Prosecution) หลักการดำเนินคดีอาญาประเภทนี้ถือว่า เมื่อทราบว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่สอบสวนจะต้องทำการสอบสวนดำเนินคดีเสมอ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะได้มีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษโดยผู้ใดแล้วหรือไม่ และเมื่อการสอบสวนได้เสร็จสิ้นลงแล้ว เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ฟ้องร้อง ซึ่งในประเทศทั้งหลาย

¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติม J.D.Heydon, "Obtaining Evidence Evidence Versus Protecting the Accused : Two Conflicts" p. 25.

² หลักการดำเนินคดีอาญานี้มีนักวิชาการบางคน เช่น Joachim Hermann เรียกว่า "Compulsory Prosecution และ ดร. เกรียงศิขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียกว่า "หลักการฟ้อง คดีอาญาเชิงบังคับ" ดูเกรียงศิขจร วัจนะสวัสดิ์, หลักการฟ้องคดีอาญาเชิงบังคับและขอบเขตการใช้ดุลพินิจของอัยการ เยอรมัน, แผนปลิวเผยแพร่ในการอภิปรายทางวิชาการ เรื่อง "การชะลอการฟ้องในทัศนะอาจารย์มหาวิทยาลัย" ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันศุกร์ที่ 29 กันยายน 2521.

คืออัยการ เห็นว่ามีเหตุควร เชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง¹ และได้พิจารณาจน
 แน่ใจแล้วว่ามีทางที่จะพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ต้องหาในชั้นศาลได้แน่ ๆ² (Provable
 Criminal liability) อัยการก็มีหน้าที่ทำการฟ้องร้องยื่นต่อศาลเสมอไป และเมื่อ
 ฟ้องคดีแล้วจะถอนฟ้องคดีนั้นไม่ได้³

หลักการดำเนินคดีอาญาประเภทนี้มีผู้วิจารณ์ว่า มีข้อเสียตรงที่เป็นทำนอง เกี่ยว
 กับความถี่ในการแก้แค้น⁴ และขาดความยืดหยุ่น ทำให้ใช้กฎหมายอย่างกระด้างเกินไป⁵
 แต่ก็มีข้อดีตรงที่เป็นหลักประกันความ เสมอภาคต่อการบังคับใช้กฎหมายป้องกันเจ้าพนักงาน
 ใช้อำนาจโดยมิชอบ และนอกจากนี้ยังเป็นเสมือนเกราะคุ้มครองป้องกันมิให้มีการใช้อิทธิพล
 ทั้มิชอบ⁶ ด้วยความยุติธรรมต่อเจ้าพนักงานอีกด้วย⁷

¹ คณิต ฃ นคร, "ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของอัยการ," หน้า 25.

² ความแน่ใจ เช่นนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่ออัยการได้ทำการชี้แจงนำหนักของพยาน
 หลักฐานทั้งหลายแล้วว่าเพียงพอจะให้ศาลลงโทษได้หรือไม่ เป็นประการที่หนึ่งและประการ
 ที่สองคือ การกระทำของผู้ต้องหาครบถ้วนตามองค์ประกอบความผิดอาญาหรือไม่

³ กุลพล พลวัน, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา,"
 หน้า 4.

⁴ คณิต ฃ นคร, "ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของอัยการ," หน้า 25.

⁵ กุลพล พลวัน, "หลักการทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา,"
วารสารอัยการ, ปีที่ 3 ฉบับที่ 36, ธันวาคม 2523, หน้า 37.

⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, หลักการฟ้องคดีเชิงบังคับและขอเขตการใช้ดุล
 พินิจของอัยการ, หน้า 3.

⁷ คณิต ฃ นคร, "ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของอัยการ." หน้า 25.

ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ได้แก่ เยอรมันตะวันตก อิตาลี สเปน สวีเดน และประเทศในกลุ่มคอมมิวนิสต์ เช่น โปแลนด์ ยูโกสลาเวีย¹ เชคโกสโลวาเกีย

หลักการดำเนินคดีอาญาตามคุณพินิจ (Opportunity Prosecution) หลักการดำเนินคดีอาญาประเภทนี้ตรงกันข้ามกับหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย แต่อาจเรียกได้ว่าเป็นที่มาแห่งอำนาจการใช้คุณพินิจของอัยการ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการสอบสวนอาจไม่ทำการสอบสวนได้ และหาก สอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริง อัยการก็อาจไม่ฟ้อง² หรือไม่ดำเนินคดีด้วย วิธีการใด ๆ ก็ได้ โดยอ้าง เหตุที่นักกฎหมายทางยุโรปเรียกว่า expediency ground หรือที่นักกฎหมายชาวอเมริกัน เรียกว่า "หลักคุณธรรม" (equitable ground) เช่นว่า เป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ หรืออาจจะกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ระหว่าง ประเทศ³ เป็นต้น

¹ มุรธา วัณนะชีวะกุล, กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ 2 (ในส่วนของนโยบายทางอาญา เรื่องอำนาจพนักงานอัยการ), 2524 (อัครสาเนา)

² คณิต ฅ นคร, "ปัญหาในการใช้คุณพินิจของอัยการ," หน้า 25.

³ Mirjan Damaska, "Reality of Prosecutorial Discretion : Comments on a German Monograph," The American Journal of Comparative Law, Volumn 29, Number 1, Winter 1981., p. 120.

หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เป็นหลักผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้กฎหมาย และเนื่องจากทฤษฎีในการลงโทษในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไป ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ส่วนมากได้เลิกใช้ทฤษฎีแก้แค้น (Vergeltungstheorie) และเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดมุ่งประสงค์เพื่อ "การป้องกันทั่วไป" (General prevention) กล่าวคือ การลงโทษควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่า สังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งดูดายกับการกระทำเช่นนั้นและเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมนั้นว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นขึ้นอีก ก็จะต้องได้รับโทษ เช่นเดียวกันกับเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดมุ่งประสงค์เพื่อ "การป้องกันพิเศษ" (Spezial prevention) กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะต้องให้เหมาะสมกับความผิดและความชั่วของผู้กระทำผิด เพื่อให้เขาได้มีโอกาสแก้ไขปรับปรุงตัวเองไม่กระทำ ความผิดเช่นนั้นซ้ำขึ้นอีก และเพื่อให้เขาได้กลับเข้าสู่สังคมอีกได้¹

โดยที่จุดมุ่งประสงค์ของการลงโทษ เปลี่ยนจากการแก้แค้นมาสู่การป้องกันทั่วไป และการป้องกันพิเศษดังกล่าวมาแล้ว หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจในปัจจุบันจึงได้รับความสนใจมากขึ้น แม้ในประเทศเยอรมันตะวันตกซึ่งใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายก็ได้มีการผ่อนคลายความเข้มงวดลงไปอีกมาก โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่กรณีต่าง ๆ ที่เจ้าพนักงานอาจใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีหรือไม่ฟ้องคดีจนความเคร่งครัดของหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายเดิมได้หมดสิ้นไปแล้ว²

¹ คณิต ฃ นคร, "ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ," หน้า 26.

² เรื่องเดียวกัน



ประเทศที่ไ้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจได้แก่ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส มอลตา สาธารณรัฐอาหรับ เนเธอร์แลนด์ อิสราเอล ¹

จากผลวิเคราะห์หลักการฟ้องคดีอาญาดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า หลักการฟ้องคดีอาญาของไทยมิใช่หลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย แต่เป็นหลักการฟ้องตามดุลพินิจ เช่นเดียวกับอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาโดยคู่ใดจาก

1. พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ. 127 หมวดที่ 9 ว่าด้วยอัยการ มาตรา 35 ข้อ 7

บัญญัติว่า "อัยการมีอำนาจที่จะถอนฟ้องคดีที่อัยการ เป็นโจทก์ หรือจะไม่ฟ้องคดีที่ศาลไ้ส่วนส่งมาให้ฟ้องก็ได้ แต่อัยการต้องแจ้งให้ศาลทราบถึงความนั้น" ²

2. หนังสือกรมอัยการที่ 8/540 ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2470

ตอบอัยการมณฑลนครราชสีมาว่า "พนักงานอัยการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้อง ตามที่พนักงานอัยการจะเห็นสมควรไม่เฉพาะแต่ที่เห็นว่าหลักฐานไม่พอฟ้องเท่านั้น แต่รวมถึงคดีที่อัยการเห็นว่าไม่ควรฟ้องเพราะเหตุอื่นด้วย ทั้งนี้โดยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ. 127 มาตรา 35 ข้อ 7 ให้อำนาจอัยการที่จะไม่ฟ้องคดีที่ศาลไ้ส่วนส่งมาให้ฟ้องก็ได้ และกฎเสนาบดี กระทรวงยุติธรรม ที่ 53 ลงวันที่ 19 มิถุนายน ร.ศ. 125 ให้อัยการมีอำนาจไม่ฟ้อง รวมถึงคดีที่อัยการเห็นว่าไม่ควรฟ้องเพราะเหตุอื่นนั้นด้วย แต่อำนาจนี้ควรประหยั้ใช้ด้วยความระมัดระวังอย่าให้พุ่มเพี้ยง" ³

¹ กุลพล พลวัน, "ข้อสังเกตุเกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา," หน้า 37.

² เรื่องเดียวกัน

³ กุลพล พลวัน, "หลักการชะลอการฟ้อง." วารสารกฎหมาย ปีที่ 3 ฉบับ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม 2520, หน้า 23 - 24.

3. ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 (1)

ซึ่ง เป็นมาตราสำคัญในการบังคับของอัยการได้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายให้อำนาจอัยการในการใช้ดุลพินิจบังคับโดยอิสระ แม้ว่าคำการสอบสวนปรากฏว่า ผู้ต้องหากระทำผิด แต่เมื่ออัยการเห็นว่าไม่ควรฟ้อง เช่น คดียุทธศาสตร์ทางหลักสูตรอาชีวศึกษา เหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นทางพยานหลักฐาน ฯลฯ อัยการก็มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ซึ่งในทางปฏิบัติก็กระทำมาแล้ว เช่น การสั่งไม่ฟ้องหญิงชรา มีเงินตรา (เหรียญสตางค์) ไว้ในครอบครอง เกินกำหนดคณิกกฎหมาย การสั่งไม่ฟ้องผู้บุกรุกที่สาธารณประโยชน์หรือป่าสงวน (ตามนโยบายของรัฐบาล) สั่งไม่ฟ้องผู้ที่ให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน เมื่ออัยการได้ฟ้องผู้รับสินบนนั้นแล้ว โดยอ้างผู้ที่ให้สินบนเป็นพยาน หรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาเพื่อไว้เป็นพยาน เป็นต้น ซึ่งทำให้เกิดความยืดหยุ่น เพราะอัยการสามารถใช้ดุลพินิจปรับให้เหมาะสมกับผู้ต้องหาแต่ละคนไป และเข้ากับสถานะสังคมที่เปลี่ยนแปลงเสมอ แม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบฟ้องตามกฎหมาย เช่น เยอรมันตะวันตก ก็เริ่มผ่อนคลายให้อัยการใช้ดุลพินิจในการฟ้องคดีอาญามากขึ้น เช่น ยอมให้สั่งไม่ฟ้องได้ในการที่ผู้ต้องหา เป็นเยาวชน หรือการกระทำผิดอาญาเล็กน้อย ๆ หรือการดำเนินคดีอาญาดังกล่าวอาจกระทบถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แม้ว่าโดยกฎหมายจะเป็นหลักการสั่งฟ้องโดยดุลพินิจแต่ในทางปฏิบัติของอัยการในประเทศไทยเมื่อเกิดความลังเลว่าควรสั่งฟ้องหรือไม่ อัยการจะสั่งฟ้องไปให้ศาลวินิจฉัย เพื่อหลีกเลี่ยงคำครหาซึ่งอาจถูกกล่าวหาว่า เป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ ต่อสังคม และเป็นการขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน และหลักแห่งกฎหมายที่ให้นับพื้นฐานว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดพิพากษาว่า เขาได้กระทำความผิดกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 บัญญัติว่า "คำร้องขอถอนฟ้องคดีอาญาจะยื่นเวลาใดก่อนมีคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็ได้..."

บทบัญญัติในมาตรานี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ระบบการฟ้องคดีในไทยเป็นระบบใช้ดุลพินิจ เพราะตามที่กล่าวแล้วว่า ในระบบการฟ้องคดีตามกฎหมายนั้น อัยการมีหน้าที่ต้องฟ้องผู้ต้องหาเมื่อมีเหตุควรเชื่อว่าผู้นั้นกระทำความผิดกฎหมาย และเมื่ออัยการยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลแล้วจะยุติการดำเนินคดีโดยการถอนฟ้องไม่ได้ เพราะถือว่าคดีอยู่ในอำนาจของศาลแล้ว ส่วนการฟ้องคดีตามดุลพินิจนั้น นอกจากจะให้อำนาจใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องใดแล้ว เมื่อมีเหตุสมควรอัยการก็มีอำนาจขอถอนฟ้องได้เสมอ

4. ข้อเสนอของจังหวัดเชียงใหม่ในที่ประชุมข้าหลวงประจำปี 2479 เรื่องที่ 29

ว่า "ถ้าจะกล่าวโดยเฉียบขาด เมื่อปรากฏการกระทำผิดอาญา และได้ตัวผู้ต้องหาที่มีหลักฐานพอแล้ว พนักงานอัยการก็จำเป็นต้องฟ้องศาลทุกเรื่อง แต่ในบางกรณีถ้าฟ้องไปจะเกิดเสียหายทอนนโยบายในทางปกครอง เช่น อาจเกิดความระส่ำระสายแก่การปกครอง เป็นต้น ในเรื่องเช่นนี้กรมอัยการก็ใคร่ที่จะรับผิดชอบในการสั่งฟ้องและไม่ฟ้อง แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีพิเศษจริง ๆ ถ้าความเห็นข้าหลวงประจำจังหวัดกับอัยการสอดคล้องกันว่าควรฟ้องแล้ว ก็ให้ส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็นไปให้กรมอัยการพิจารณา ถ้ากรมอัยการเห็นชอบด้วย คดีนั้นก็เป็อันยุติไม่ต้องฟ้องร้อง"

5. การประชุมอัยการทางวิชาการ ครั้งที่ 33 เมื่อวันที่ 25 มกราคม

พ.ศ. 2511

ได้มีการพิจารณาว่า อัยการจำต้องฟ้องผู้ต้องหา ที่มีหลักฐานเชื่อว่ากระทำความผิดทุกกรณีหรือไม่ ที่ประชุมได้ลงมติว่า อัยการไม่จำต้องฟ้องผู้ต้องหาถึงกล่าวเสมอไป

เมื่อกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจได้ การใช้ดุลพินิจไปในทางหนึ่งทางใดแม้จะไม่พึงปรารถนาแก่ผู้เกี่ยวข้องก็มิอาจกล่าวหาได้ว่าผู้นั้นปฏิบัติผิดกฎหมายหรือประพฤติกมิชอบ ทั้งนี้ เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอื่น ๆ เช่น ถูกจงใจคว่ำสินบน เป็นต้น¹

ในทางปฏิบัติ การใช้ดุลพินิจไม่ใช่เป็นของง่ายอย่างที่คิด ผู้ใช้ดุลพินิจมักยืนอยู่บนทางสองแพร่ง ซึ่งจะต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่ง เพราะไม่ว่าจะเลือกทางใดก็ดูมีเหตุผลอยู่สองทาง หากผู้ใช้ดุลพินิจจะหลบหลับหลบตาเลือกทางหนึ่งทางใดก็คงไม่ถึงกับผิดกฎหมาย ขอสำคัญอยู่ที่ว่าจะเลือกทางใดจึงจะเป็นประโยชน์และเป็นธรรมที่สุด เท่านั้น ข้อนี้คงต้องใช้วิธีชั่งน้ำหนัก (balancing test) ซึ่งอาจเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างสิ่งสองสิ่ง เพื่อหาสิ่งที่ยอมรับกันโดยทั่วไป (popularity test) ซึ่งคนทั่วไปมักเลือกใช้ดุลพินิจไปในทางนั้นหรือเพื่อหาสิ่งที่ดีที่สุด มีข้อดีมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือในที่สุดอาจเป็นการเลือกเอาสิ่งทีเลวน้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง (the choice of the two evils test) ก็ได้² ข้อยกตัวอย่างที่แสดงให้เห็นการใช้ดุลพินิจในคดีจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2510 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า พนักงานอัยการไต่ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตร ผู้หนึ่ง (พลเอกสุรจิต จารุเศรณี) จนต้องคำพิพากษาจำคุก หลังจากนั้นได้มีข่าวออกว่า อธิบดีกรมอัยการในครั้งนั้น (นายเล็ก จุณณานนท์) มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องพอล่า ผู้ให้สินบนจงใจเจ้าพนักงานว่ากันตามควมทกกฎหมายแล้ว เมื่อมีปัญหาในทางวิธีพิจารณาความอาญา เกิดขึ้นเช่นนั้น อธิบดีมีอำนาจใช้ดุลพินิจชี้ขาดไม่ฟ้องและไม่ว่าจะใช้ดุลพินิจไปใน

¹ วิษณุ เกรืองาม, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติปรัชญา, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 216.

² เรื่องเดียวกัน

ทางใดก็เป็นการชอบกฎหมายทั้งสิ้น คำสั่งไม่ฟ้องของอธิบดีกรมอัยการจึง "ยุติธรรม" ตามตัวบทกฎหมายแต่จะ "ยุติธรรม" ตาม "มโนธรรมหรือศีลธรรม" หรือไม่นั้น เป็นอีกประเด็นหนึ่ง ในท่ามกลางเสียงวิพากษ์วิจารณ์นั้นเอง อธิบดีกรมอัยการได้ "เปิดใจ" แสดง เหตุผลการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องผู้ให้สินบนซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาคืบ ตามหลักที่ว่า "ถ้าไม่มีผู้ใด ก็คงไม่มีผู้รับ" โดยชี้แจงว่า

"นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ เป็นผู้ใดที่ใคร่ร้องทุกข์กล่าวหาขอให้เจ้าพนักงานสอบสวนดำเนินคดีมาแต่แรก... พนักงานอัยการได้อ่านนายสมฤกษ์ เป็นพยานสำคัญและได้นำเข้าเบิกความซึ่งในที่สุดศาลฎีกาก็ได้พิพากษาลงโทษ พลเอกสุรจิต จารุเสรี กับพวก คดีถึงที่สุดไปแล้ว พนักงานอัยการในฐานะ เป็นผู้แทนของรัฐ ในการอำนวยความสะดวก คือ ดำเนินคดีจนเจ้าพนักงานกับผู้ร่วมกระทำความผิดได้รับโทษไปแล้ว ก็จะต้องใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวโดยชอบด้วยศีลธรรม คือ ไม่ควรที่จะกลับฟ้องบุคคลผู้ซึ่งในครั้งหนึ่งได้รับอนุญาตให้ขอเท็จจริงให้การ เป็นพยาน เป็นประจักษ์ต่อบุคคลผู้รวมในความคิดซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในกรณีอย่างนี้ตามหลักกฎหมายของอังกฤษถือว่า บุคคลผู้เป็นพยานในลักษณะดังกล่าว เป็น king's Evidence ซึ่งหมายถึง ผู้กระทำความผิดที่มีได้ถูกฟ้องโดยได้รับอนุญาตจากรัฐ มาให้การ เป็นพยานเป็นประจักษ์ต่อบุคคลอื่นซึ่งร่วมกระทำความผิดอาญากับตน (The Concise Law Dictionary By Osborn p. 298)

มีคดีอาญาเป็นจำนวนมากที่ได้เคยกันเอาผู้ต้องหาว่าได้รวมกระทำความผิดบางมา เป็นพยานเพื่อฟังลงโทษผู้ต้องหาอื่น และก็ไม่เคยปรากฏว่าในภายหลังกลับสอบสวนพยานเหล่านั้น มาฟ้องอีกครั้งหนึ่ง แม้แต่คดีที่มีลักษณะครึกโครม และเป็นที่สนใจของประชาชน ศาลฎีกาได้ตัดสินลงโทษจำเลยไปแล้วเมื่อไม่นานมานี้ คือ คดีเรื่อง นายชัยประภา นพคุณ จำเลย ต้องหาว่ากระทำความผิดและใช้ตำแหน่งหน้าที่ในทางทุจริต ฯลฯ นายทอง อิศรกุล ผู้ให้

ทรัพย์สินแก่เจ้าเลยและเป็นพยานสำคัญของพนักงานอัยการในคดีนั้น ก็ได้ถูกสอบสวนในข้อกล่าวหาว่าไครวมในการกระทำผิดขอหาเรื่องเคียวคังกล่าว แต้อย่างใด (คำพิพากษาฎีกาที่ 1123/2509) ดังนั้น การที่พนักงานอัยการจะกลับฟ้องนายสมฤกษ์ กิติสุวธรรม ผู้ต้องหาในคดีนี้ นอกจากจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไม่สอดคล้องตามหลักการของพนักงานอัยการโดยนัยคังกล่าวมาแล้ว ยังจะส่งผลกระทบต่อหน้าที่ของประชาชนผู้ถูกเจ้าพนักงานเรียกหรือรับทรัพย์สินในตำแหน่งหน้าที่โดยทุจริตเกิดความเกรงความกลัว ไม่กล้าที่จะเสี่ยงที่อาจจะถูกฟ้องกลับในภายหลังอย่างเช่นในกรณีนี้อีกด้วย ข้อที่อ้างว่าการดำเนินคดีนี้จะเป็นผลการบ่งชี้ถึงภัยที่มากกว่าการปราบปรามนั้น ข้าพเจ้ากลับมีความเห็นว่า จะเป็นผลร้ายอย่างยิ่งแก่รัฐที่จะทำให้เกิดความผิดเช่นนี้ไม่เกิดเป็นคดีขึ้น ในเมื่อผู้ให้สินบนทางก็จะไม่กล้าแสดงข้อเท็จจริงหรือเบี่ยงเบนความเป็นพยานเพราะจะต้องถูกฟ้องในภายหลัง เป็นอันว่าคดีประเภทนี้จะไม่มีผู้เสียหายและเมื่อไม่มีผู้เสียหายก็จะไม่มีคดี ไม่มีทางลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำผิดได้อีกในกาลต่อไป

อนึ่ง ความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานนั้นจะเกิดขึ้นในเมื่อ มีผู้ให้และผู้รับเพียงแต่มีความคิดจะให้หาเป็นความผิดไม่ ฉะนั้น ในการสอบสวนดำเนินคดี การฟ้องคดีประเภทนี้จึงต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าประสงค์จะเอาผิดแก่ผู้ให้หรือผู้รับ หรือจะเอาผิดแก่ทั้งสองฝ่ายซึ่งการที่จะวินิจฉัยเลือกเอาอย่างใดนั้น ก็ย่อมขึ้นอยู่กับที่สามารถจะสืบสวนหรือสอบสวนพยานหลักฐานได้เพียงใด ถ้ามีพยานหลักฐานแต่เพียงฝ่ายผู้ให้ที่จะแสดงความผิดของผู้รับได้ก็ฟ้องผู้รับโดยอ้างผู้ให้เป็นพยาน ซึ่งในกรณีทั่ว ๆ ไปอย่างนี้ก็อาศัยหลักฐานในลักษณะเพียงเท่านั้น เพราะประสงค์จะปราบปรามเจ้าพนักงานผู้ทุจริต แต่หาสามารถหาพยานอันเป็นกลางที่จะแสดงความผิดของทั้งสองฝ่ายได้ การที่จะฟ้องทั้งผู้ให้และผู้รับไปด้วยกันก็เป็นการชอสมควรและความยุติธรรม ในทางกลับกันถ้าอาศัยผู้ให้มาแสดง

เป็นพยานหลักฐานฟ้องให้ลงโทษฝ่ายผู้รับ (อย่างคดีนี้) แล้วภายหลังจะย้อนกลับฟ้องผู้ให้อีก จะเป็นการเสียความยุติธรรม และเสียศีลธรรมซึ่งโดยหลักการของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการไม่อาจอำนวยความสะดวกเช่นนั้นได้

ข้อที่อ้างในความเห็นแย้งว่า การที่ผู้ต้องหาจะควรได้รับโทษเพียงใดหรือไม่ ควรมอบให้เป็นดุลพินิจของศาลตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเหมาะสมกว่านั้น คิงที่ ไท่กล้าว่ามาแล้วว่า การวินิจฉัยในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง พนักงานอัยการเป็นกึ่งตุลาการ พนักงานอัยการจึงจะต้องใช้ดุลพินิจในชั้นที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้องเสียก่อนว่าบุคคลใดสมควร จะถูกฟ้องหรือไม่ เพราะเหตุใด เมื่อการที่พนักงานอัยการใช้อำนาจหน้าที่โดยชอบด้วย ลักษณะของพนักงานอัยการและกรอบช่วยเหตุผลโดยสมควรคั่งทิวินิจฉัยเช่นนั้น ก็นับว่าเป็น ที่ชอบที่ควรแล้ว

จากการวินิจฉัยในประการแรกว่า พนักงานอัยการควรจะฟ้อง นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ผู้ต้องหาในคดีนี้ ซึ่งเป็นพยานของพนักงานอัยการ ได้นำสืบข้อกล่าวไว้แล้ว หรือไม่ มีนัยดังกล่าวนั้น ประเด็นในปัญหาที่ว่าพยานหลักฐานจะเพียงพอแก่การ พิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในคดีนี้หรือไม่ (ตามความเห็นแย้งใน 1) นั้น ผู้ตรวจก็ได้ กล่าวไว้โดยละเอียดแล้ว ซึ่งข้าพเจ้าก็เห็นชอบด้วยและเห็นต่อไปว่า ไม่จำต้องกล่าว ซ้ำต่อไปในที่นี้

จึงชี้ขาดไม่ฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ผู้ต้องหาคดีนี้" 1

1 เล็ก จุณณานนท์, "ความเห็นชี้ขาดของอธิบดีกรมอัยการในการสั่งไม่ฟ้อง นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ," บทบัญญัติ, เล่ม 25, ตอน 2 2511, หน้า 200 - 204.

เนื่องจากปัจจุบันเราใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity Prosecution) และทั้งปัญหาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น ดังอนุสนธิจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2510 ที่ยกมาเป็นตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่า หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เป็นปัญหาอันอาจ เป็นอุปสรรคต่อการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหาการกระทำ ความผิดฐานรับหรือให้สินบนใต้ประการหนึ่ง เนื่องจากโดยลักษณะสภาพของฐานความผิดมักเกี่ยวข้องกับอิทธิพลและอำนาจเงิน กวดยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ

๑. ปัญหาการใช้ดุลพินิจ

ก) การควบคุมดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีควรอยู่บนพื้นฐานอะไรบ้างนั้น ในประเทศเรายังไม่มีกฎหมายที่พอจะยึดถือ เป็นแนวทางได้แม้ในทางปฏิบัติของกรมอัยการ อธิบดีกรมอัยการจะ เคยชี้ขาดไม่ฟ้อง เพราะมีเหตุควรไม่ฟ้องมาแล้ว แต่เหตุผลของการไม่ฟ้องนั้น "...รู้สึกว่ายังรว ๆ อยู่มาก" ¹ และการควบคุมดุลพินิจของพนักงานอัยการ ในการดำเนินคดีอาญาโดยเฉพาะ อธิบดีกรมอัยการนั้น ไม่อาจกระทำได้โดยทาง เนื้อหา กล่าวคือ การควบคุมดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการไทย นอกจากจะมีการฟ้องคดีอาญา และการดำเนินการทางวินัยแก่พนักงานอัยการที่ใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่ชอบ อันมีลักษณะ เป็นการควบคุมดุลพินิจของพนักงานอัยการโดยทางอ้อมแล้ว ยังมีวิธีการควบคุมดุลพินิจโดยตรงอยู่ 2 ทางคือ การควบคุมภายนอกและการควบคุมภายใน

¹ ศดิศ ๗ นคร, "ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของอัยการ" หน้า 31.

1) การควบคุมภายใน ซึ่งมีลักษณะ เป็นการปกครองบังคับบัญชาตามลำดับชั้น กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้น มีการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น ผู้บังคับบัญชาของพนักงานอัยการมีอำนาจคิดตามคุณแลกว่ากับการดำเนินการของผู้อยู่บังคับบัญชานั้นได้ และผู้อยู่บังคับบัญชาจะต้องรายงานหรือ เสนอขอความเห็นชอบจากผู้บังคับบัญชาตามวิธีการที่กำหนด

ในการพิจารณาสิ่งไม่ฟ้อง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติข้อความในเรื่องนี้ไว้โดยระบุกว้าง ๆ ว่า "พนักงานอัยการ" ดังนั้น พนักงานอัยการทุกคนไม่ว่าจะเป็นอัยการผู้ช่วย อัยการประจำกอง อัยการจังหวัดผู้ช่วย อัยการประจำกรม อัยการจังหวัด ตลอดจนถึงอธิบดีกรมอัยการ ย่อมมีอำนาจออกคำสั่งไม่ฟ้องได้เสมอ

แต่เนื่องจากอธิบดีกรมอัยการซึ่งอยู่ในลำดับสูงสุดของการปกครองตามลำดับชั้น และเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ได้รับมอบอำนาจตามมาตรา 15 แห่งพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498

มาตรา 15 บัญญัติว่า "ในการใช้อำนาจหรือกระทำหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นให้อธิบดีมีอำนาจทำคำสั่ง เฉพาะ เรื่อง หรือวางระเบียบไว้ให้พนักงานอัยการปฏิบัติก็ได้"

อธิบดีกรมอัยการจึงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 ดังกล่าว ออกคำสั่งในเรื่องการสั่งไม่ฟ้องว่าพนักงานอัยการเจ้าของเรื่องจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้บังคับบัญชาตามสายงานก่อน กล่าวคือ มีคำสั่งกรมอัยการที่ 48/2498 ลงวันที่ 2 กันยายน 2498 ซึ่งอธิบดีกรมอัยการสั่งโดยอาศัยอำนาจมาตรา 15 ดังกล่าว กำหนดให้อัยการผู้ช่วยหรืออัยการจังหวัดผู้ช่วยต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้บังคับบัญชาก่อนไม่ว่า เป็นกรณีสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องก็ตาม

เฉพาะกรณีการสั่งไม่ฟ้องในกรุงเทพ มีคำสั่งกรมอัยการที่ 163/2522 ลงวันที่ 26 ตุลาคม 2522 เรื่องกำหนดระเบียบปฏิบัติในองค์คดี กรมอัยการ ข้อ 4 กำหนดว่า

"ในกรณีที่พนักงานอัยการมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้ผู้ช่วยอัยการพิเศษฝ่ายคดี เป็นผู้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง แล้วให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145 ..."

ส่วนกรณีสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการในต่างจังหวัด มีคำสั่งกรมอัยการที่ 48/2525 ลงวันที่ 10 มีนาคม 2525 เรื่องระเบียบว่าด้วยการบริหารราชการและการดำเนินคดี ของพนักงานอัยการในส่วนภูมิภาคและของที่ทำการอัยการประจำศาลจังหวัดมีนบุรี พ.ศ. 2525 ข้อ 5.2 กำหนดว่า

"(ก) คดีที่พนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ไม่ว่าพนักงานอัยการเจ้าของสำนวนหรือรองอัยการจังหวัดมีความเห็นฟ้องด้วยกับพนักงานสอบสวนหรือมีความเห็นควรสั่งฟ้องก็ตาม ให้เสนอความเห็นต่ออัยการจังหวัดเพื่อพิจารณาสั่ง..."

(ข) คดีที่พนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้อง แต่พนักงานอัยการเจ้าของสำนวนมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้รองอัยการจังหวัดเสนอความเห็นต่ออัยการจังหวัดเพื่อพิจารณาสั่ง"

ดังนั้น หากพนักงานอัยการเจ้าของสำนวนคนใดจะทำคำสั่งไม่ฟ้อง ก็จะต้องเสนอความเห็นให้ผู้บังคับบัญชาตามสายงานดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งอธิบดีกรมอัยการได้กำหนดไว้แล้ว มิฉะนั้นอาจมีความผิดของได้รับโทษทางวินัย ในกรณีชี้คำสั่งผู้บังคับบัญชา (อธิบดีกรมอัยการ) กระทำการข้ามชั้นผู้บังคับบัญชา ฯลฯ และอาจมีความผิดทางอาญาด้วย

จากผลของมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 และคำสั่งของอธิบดีกรมอัยการทั้งสามฉบับดังกล่าว หากผู้บังคับบัญชาคนใดไม่เห็นด้วยกับความเห็นของอัยการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา ก็อาจมีคำสั่ง เปลี่ยนแปลงแก้ไข เป็นอย่างอื่นได้ เช่น อัยการผู้ช่วย เสนอความเห็นสั่งฟ้อง แต่ผู้บังคับบัญชา เห็นว่าควรสั่งไม่ฟ้อง ก็อาจจะสั่งไม่ฟ้องได้เสมอ อันเป็นผลสืบเนื่องจากหลักการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น

ในคดีบาง เรื่องที่มีความสำคัญ เช่น คดีความผิดตามกฎหมายป่าไม้ ฐานทำหรือมีไม้หวงห้ามไว้ในความครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือความผิดตามกฎหมายศุลกากร ฐานนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสินค้าหลบหนีภาษีรายใหญ่ มีของกลาง เป็นจำนวนมาก คดีความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ คดีที่ผู้ต้องหา มีอิทธิพลและคดีที่ประชาชนสนใจ อธิบดีกรมอัยการได้มีคำสั่งที่ 163/2522 ลงวันที่ 26 ตุลาคม 2522 เรื่องกำหนดระเบียบปฏิบัติในกองคดี กรมอัยการ ให้อัยการส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมด้วยความเห็นไปให้อธิบดีกรมอัยการพิจารณา ก่อน เมื่ออธิบดีกรมอัยการพิจารณาแล้วอาจจะเห็นชอบตามความเห็นไม่ฟ้องของอัยการหรือสั่งคดี เป็นอย่างอื่นก็ได้

บางกรณีพนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องคดีแต่ยังไม่ไต่สวนต่อศาล หากอธิบดีกรมอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่า ความรูปคดีไม่ควรสั่งฟ้องก็มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้เสมอ เนื่องจากความเป็นผู้มีอำนาจและความรับผิดชอบอย่างสูงสุดในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ดังนั้น ในกรณีที่มีความเห็นแย้งกันในเรื่องสั่งไม่ฟ้องระหว่างพนักงานอัยการและตำรวจหรือฝ่ายปกครอง อธิบดีกรมอัยการจึงต้อง เป็นผู้ชี้ขาดความเห็นดังกล่าวว่าควรจะฟ้องหรือไม่ ตามความเห็นของใครตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 145 บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีคำสั่งไม่ฟ้อง และคำสั่งนั้นไม่ใช่ของอธิบดีกรมอัยการ ถ้าในนครหลวงกรุงเทพมหานคร ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งไปเสนออธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ หรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ ถ้าในจังหวัดอื่น ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่ง ไปเสนอผู้ว่าราชการจังหวัด แต่ทั้งนี้มิได้คัดอำนาจพนักงานอัยการที่จะจัดการอย่างใดแก่ผู้ต้องหาตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 143

ในกรณีที่อธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ หรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ ในนครหลวงกรุงเทพมหานคร หรือผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดอื่นแย่งคำสั่งของพนักงานอัยการให้ส่งสำนวนพร้อมกับความเห็นที่แย้งกันไปให้อธิบดีกรมอัยการ เพื่อชี้ขาด แต่ถาคดีจะขาดอายุความ หรือมีเหตุอย่างอื่นที่จำเป็นจะต้องรีบฟ้องก็ให้ฟ้องคดีนั้นตามความเห็นของอธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ ผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ หรือผู้ว่าราชการจังหวัดไปก่อน ..."

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จึง เห็นกันได้ว่า เมื่ออธิบดีกรมอัยการเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดว่าจะฟ้องหรือไม่ ก็ย่อมมีอำนาจสั่งไม่ฟ้อง เสียเองซึ่งมีผล เป็นคำสั่งเด็ดขาดโดยไม่ต้อง เสนอใครอีก เพราะอำนาจในการสั่งคดี เป็นของอธิบดีกรมอัยการอยู่แล้ว ¹

นอกจากนี้ ในบางกรณีก็ได้ให้อัยการพิเศษฝ่ายคดี หรืออัยการพิเศษประจำเขตแล้วแต่กรณีเป็นผู้พิจารณากลับกรองคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการ ซึ่งเมื่ออัยการพิเศษฝ่ายคดีหรืออัยการพิเศษประจำเขตสั่งการลงไปแล้วถือว่าเป็นที่สุด กล่าวคือ ในคดีที่ชั้นศาลทหารในยามไม่ปกติ ได้มีหนังสือกรมอัยการ ความมาก ที่ นว 32/2501 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2501 กำหนดให้อัยการพิเศษฝ่ายคดี (สำหรับส่วนกลาง) และอัยการพิเศษประจำเขต (สำหรับส่วนภูมิภาค) ในฐานะเป็นอัยการศาลทหารพิจารณากลับกรองคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการ

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20, 21, 143

2) การควบคุมภายนอก

ก) การควบคุมโดยฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145 บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีคำสั่งไม่ฟ้อง และคำสั่งนั้นไม่ใช่ของอธิบดีกรมอัยการ ถ้าในนครหลวงกรุง เทพธนบุรี ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งไปเสนอสืบคดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ หรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ ถ้าในจังหวัดอื่นให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งไป เสนอผู้ว่าราชการจังหวัด แต่ทั้งนี้มิได้ตัดอำนาจพนักงานอัยการที่จะจัดการอย่างใดแก่ผู้ต้องหา ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 143

ในกรณีที่อธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ หรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ ในนครหลวงกรุง เทพธนบุรี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดอื่นแย่งคำสั่งของพนักงานอัยการให้ส่งสำนวนพร้อมกับความเห็นที่แย้งกันไปยังอธิบดีกรมอัยการ เพื่อชี้ขาด..."

ดังนั้น กรณีที่อัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องก็ต้องส่งสำนวนพร้อมกับคำสั่งไปเสนอสืบคดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี หากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีความเห็นเป็นอย่างเดียวกับอัยการ คำสั่งไม่ฟ้องของอัยการก็เป็นที่สุด แต่ถ้ออธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีความเห็นแย้ง ก็ต้องเสนอสืบคดีกรมอัยการ เพื่อชี้ขาด .

ข) การควบคุมโดยผู้เสียหาย ตามมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 34 บัญญัติว่า "คำสั่งไม่ฟ้องคดี หาคัดสิทธิผู้เสียหายฟ้องคดีโดยตนเองไม่"

จากตัวบทมาตราดังกล่าวนี้ จึงได้แสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าคดีอาญาที่อัยการสั่งไม่ฟ้องจะเป็นความผิดอันยอมความได้ หรือความผิดอาญาแผ่นดินกึ่งตาม คำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการ เช่นนี้ไม่มีผล เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะทำการฟ้องร้องโดยตนเองได้¹

ดังนั้น จากแนวทางการควบคุมดุลพินิจในการดำเนินคดีของพนักงานอัยการไทยข้างต้น ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งของอธิบดีกรมอัยการจึงไม่อาจควบคุมได้ กล่าวคือ

"จะมีปัญหาแก่แต่ในกรณีที่ผู้ใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องนั้น เป็นอธิบดีกรมอัยการ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของระบบการควบคุมภายใน และเป็นผู้รับผิดชอบสูงสุดของการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐซึ่งโดยเนื้อหาแล้ว เทียบได้กับตำแหน่ง Attorney General ในสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ เท่านั้น ที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่ามีมาตรการใดควบคุมดุลพินิจของอธิบดีกรมอัยการให้เป็นไปในแนวทางแห่งความยุติธรรมอันสมควร"²

การกันพยาน ด้วยความจำเป็นอันเกิดขึ้นโดยสภาพธรรมชาติของความผิด จากทางปฏิบัติในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดฐานรับหรือให้สินบน ดังตัวอย่าง เช่น อนุสนธิจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2510 ดังกล่าว ตามหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity prosecution) จึง เป็นการเปิดช่องให้พนักงานอัยการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อธิบดีกรมอัยการ เลือกปฏิบัติได้ ซึ่งเป็นอันตรายอย่างยิ่งในการป้องกันและปราบปราม เพื่อลดปัญหาการกระทำความผิดฐานรับหรือให้สินบน ซึ่งโดยลักษณะทั่ว ๆ ไปของความผิดดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับอิทธิพลและอำนาจเงิน ทั้งนี้เนื่องจาก ดุลพินิจที่ไม่มี

¹ ในคดีความผิดอาญาต่อแผ่นดิน แม้ผู้เสียหายจะเป็นผู้ใช้สิทธิในการฟ้องร้องผู้ต้องหาหลังจากที่อัยการได้เคยมีคำสั่งไม่ฟ้องไปแล้ว อัยการก็ยังอาจใช้สิทธิเข้าแทรกแซงการฟ้องคดีของผู้เสียหายได้ ฎุประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 31, 32

² ขนิษฐา (รัชวี) ชัยสุวรรณ, การใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาของอัยการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), หน้า 156.

ชอบ เขตยอม ไม่ใช่คุณพิณใจแต่เป็นอำเภोज 1 อันเป็นช่องทางให้พนักงานอัยการโดยเฉพาะ
อย่างยิ่งอธิบดีกรมอัยการอาจกระทำการทุจริตได้ประการหนึ่ง

ข. การใช้อำนาจสั่งคดี ดังกล่าวข้างต้นตามข้อ ก. การฟ้องคดีอาญาคามคุณ
พิณใจในลักษณะที่ตองอาศัยการกันพยานตามแนวทางปฏิบัติดังกล่าวในปัจจุบันไม่เป็นที่ประสงค์
ของพนักงานอัยการ เนื่องจากอาจเกรงการถูกครหาว่า การทำการทุจริตโดยอาศัยช่องทาง
ดังกล่าว 2 เนื่องจากโดยสภาพแห่งปัญหาเป็น เรื่อง เกี่ยวข้องกับอิทธิพลและอำนาจเงิน
อันทำให้พนักงานอัยการไม่สบายใจในการใช้อำนาจและอาจทำให้ประชาชนทั่วไปมองภาพพจน์
ของกระบวนการยุติธรรมผิดพลาด เพื่อตัดปัญหาการอาจถูกครหาในเรื่องการเลือกปฏิบัติ
โดยเลือกที่รักมักที่ชังหรือกระทำการโดยทุจริตที่ซึ่งอาจจะเกิดแก่พนักงานอัยการและหรือ
เพื่อป้องกันความมองภาพพจน์ของกระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาดของประชาชนทั่วไป
สมควรหามาตรการ เพื่อแก้ไขประการหนึ่ง

2. ปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน

หลักการดำเนินคดีอาญาคามคุณพิณใจ โดยใช้วิธีการ กันพยาน เพื่อดำเนินการ
แก้ผู้กระทำความผิดฐานรับหรือให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญานั้น เมื่อพิจารณาตามหลัก
จิตวิทยาพยานแล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวยังไม่สามารถก่อให้เกิดผล
เท่าที่ควรในการได้มาซึ่งพยานที่ดี เพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด ดังกล่าว
อันเป็นข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยุ่งยากอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ

1 วิษณุ เครืองาม, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติปรัชญา, หน้า 216.

2 กู เล็ก จุณณานนท์, "ความเห็นชี้ขาดของอธิบดีกรมอัยการในการสั่งไม่ฟ้อง
นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ," หน้า 203.

ก) มาตรการจูงใจ เพราะผู้กระทำยังไม่อาจมั่นใจได้ว่า เจ้าพนักงานจะ
กันเขาไว้ เป็นพยานหรือไม่ เพราะกฎหมายมีลักษณะเป็นการ เปิดช่องให้เจ้าพนักงานเลือก
ปฏิบัติได้ ทั้งยังไม่มียกกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวนี้อย่างจริงจังแต่ประการใด

ทั้งทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะฝ่ายผู้ให้สินบนนั้น ทานศาสตราจารย์ชานินทร์
กรัยวิเชียร เห็นว่า

"ที่จะให้มีการคุ้มครองแก่พยานนั้นในเรื่องนี้มีความจำเป็น เนื่องจากบรรดา
พ้อคาประชาชนที่ถูกเรียกรองเงินหรือของมีค่า เข้าลักษณะตกอยู่ในภาวะจำยอมต้องให้
ทรัพย์สินซึ่ง เป็นความผิดฐานให้สินบนแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ในการนี้หากประสงค์จะให้
พ้อคาประชาชนให้ความร่วมมือร้องทุกข์ หรือชี้ของอัน เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนสอบสวน
ก็จำเป็นต้องมีหลักประกันให้ที่ว่าตนเองจะไม่ตกอยู่ในฐานะ เป็นผู้กระทำความผิดควรกันไว้
เป็นพยานจริงอยู่ในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนอาจจะกันผู้ต้องหาไว้ เป็นพยานได้
แต่ไม่มีหลักกฎหมายใดคุ้มครอง เมื่อถึงชั้นอัยการ อัยการอาจไม่ยินยอมที่จะกันผู้ต้องหา
ไว้ เป็นพยานก็ได้ ฉะนั้นในการนี้เพื่อก่อให้เกิดความร่วมมืออันดีกับพ้อคาประชาชนควร
จะได้พิจารณาในเรื่องนี้ต่อไป ¹

ข) มาตรการคุ้มครอง การกันพยานไม่ทำให้เขาเกิดความมั่นใจในการ
เป็นพยานว่า เขาจะไม่ได้รับภัยจากการถูกกัน เป็นพยาน เพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ
ผิดอื่น ²

¹ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, "กฎหมายกับการฉ้อราษฎร์บังหลวง." การฉ้อราษฎร์
บังหลวง, หน้า 52.

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1052/2491 ถ้าพนักงานอัยการยังมีคดีคำสั่งไม่ฟ้อง
แม้จะกันผู้กระทำความผิดบางคนไว้ เป็นพยาน ภายหลังพนักงานอัยการกลับฟ้องผู้กระทำ
ผิด เหล่านี้อีกได้

ค) มาตรการรางวัล พยานที่เสี่ยงภัยโดยถูกกันเป็นพยานดังกล่าว อาจได้รับรางวัลตอบแทนโดยการไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีแต่อย่างใดก็ตาม รางวัลดังกล่าวนี้มีลักษณะเลื่อนลอย เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติรับรองและกำหนดห้ามฟ้องร้องการกระทำผิดดังกล่าวอีก ตลอดทั้งอายุความในการฟ้องร้องก็ยังคงอยู่

ความล้มเหลวในการป้องกัน

นอกจากสภาพธรรมชาติของความผิดฐานรับหรือให้สินบนก่อให้เกิดความล้มเหลวในการดำเนินคดีเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดแล้วข้างตน ยังก่อให้เกิดความล้มเหลวในการป้องกัน กล่าวคือ การข่มขู่ (Deterrence) มิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นอีกด้วย ทั้งนี้ควยสา เหตุบทบัญญัติมีลักษณะข่มขู่ไม่แท้จริง และขาดพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดขั้นดำเนินคดี

ก. บทบัญญัติมีลักษณะข่มขู่ไม่แท้จริง

เนื่องจากขาดความแน่นอนในการได้รับโทษ (Sanction) ของผู้กระทำความผิดอันเป็นการขัดต่อทฤษฎีข่มขู่ (Deterrence) ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดต้องรวดเร็วและแน่นอน¹ จึงจะมีผลในการปราบปรามอาชญากรรมประเภทนี้ มิให้เกิดขึ้น แต่กฎหมายปัจจุบันบัญญัติไว้ในลักษณะถือเป็นการผิดทั้งสองฝ่าย จึงไม่สามารถหาพยานหลักฐานได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดขาดความเกรงกลัวต่ออาญาแผ่นดิน และทั้งบางกรณีเท่ากับ เป็นการบังคับให้ผู้รวมกระทำความผิดทั้งสองฝ่าย รวมมือกันต่อสู้กับรัฐ เมื่อจำเป็นหากถูกดำเนินคดี

¹ รายละเอียดเพิ่มเติม อ่านประเสริฐ เมฆมณี, หลักทฤษฎีวิทยา, หน้า 60 - 62.

เพื่อรอกพ้นจากอาญาแผ่นดิน โอกาสของรัฐที่จะ ไล่เบาะแสหรือพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ ความผิดยอมหมกไปในตัว อันทำให้ความแน่นอนในการได้รับโทษของผู้กระทำผิดตาม ทฤษฎีข่มขู่ (Deterrence) ของบทบัญญัติไม่อาจ เกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ

ข. พยาน เพื่อพิสูจน์ความผิดชั้นคำ เน้นคดี

เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะถือ เป็นความผิดทั้งสองฝ่าย ทำให้ขาดพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ความผิดในชั้นคำ เน้นคดีโดยเฉพาะแหล่งพยานที่ดีที่สุด คือผู้ร่วมกระทำความผิด อันเป็นปัญหาที่เกิดโดยธรรมชาติของสภาพความผิดนั้นเอง อันทำให้ผู้กระทำความผิดขาด ความเกรงกลัวต่ออาญาแผ่นดิน ในการตัดสินใจกระทำความผิดดังกล่าว

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อุทิตศ แสนโกศิก อธิบายว่า

"สาเหตุสำคัญอันหนึ่งที่ทำให้การลงโทษไม่มีผล เป็นการข่มขู่ไม่ใหญ่คฤล กระทำผิดอย่าง เด็ดขาด ก็เพราะในทางปฏิบัติผู้กระทำผิดกฎหมายไม่ได ถูกลงโทษทุกคนไป ถูกกระทำผิดโดยไม่มีใครรู้หรือไม่มีใครจับได้ ก็ยอม ไม่ถูกลงโทษหรือแม้แจะถูกลงโทษ ถ้าไม่มีหลักฐานยืนยันเพียงพอว่ากระทำ ผิดจริง ศาลก็ยอมยกฟ้องปล่อยตัวไป มีผลให้ไม่ถูกลงโทษอีก" ¹

การลงโทษจะมีผล เป็นการข่มขู่ไม่ใหญ่คฤลกระทำผิดได้มาก ถ้าหากได้มีการ ลงโทษอย่างแน่นอนและรวดเร็วหลังจากมีการกระทำความผิด ²

ดังนั้น ความผิดฐานรับหรือให้สินบน โดยสภาพจึงมีลักษณะแปลกไปจากความผิด หรืออาชญากรรมประเภทอื่น กล่าวคือ "ยากแก่การป้องกันและปราบปราม เพราะผู้รู้

¹ อุทิตศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 28.

² ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทัตติวิทยา, หน้า 62.

เห็นส่วนมากมักเป็นผู้รวมกระทำความคิดเท่านั้น จึงยากแก่การพิสูจน์ยิ่งกว่านั้นยังเป็นที่
 ยอมรับกันว่า แม้จะรู้อยู่แก่ใจว่าใครกินสินบาทคราคสินบนก็พูดตรง ๆ ไม่ได้ ทั้งนี้ไม่แต่
 เฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่เหมือนกันทั่วโลกเพราะถึงจะเป็นความจริงก็อาจถูก
 ฟ้องฐานหมิ่นประมาทได้ ส่วนการที่จะพิสูจน์ว่าเป็นเรื่องแสดงข้อคิดเห็นเพื่อสาธารณประโยชน์
 ก็มีอุปสรรคดังกล่าวแล้ว กรณีจึงกลายเป็นเรื่องพูดกันตามเสียงลือ ซึ่งผู้พูดต้องรับผิดชอบ
 การกล่าวถึง เรื่องการคอร์รัปชัน จึงต้องพูดกันอย่างระมัดระวังอย่างยิ่ง และพูดก็ได้เพียง
 กลาง ๆ เท่านั้น" ¹

จากผลของความบกพร่องทางกฎหมายอันเกิดขึ้นเนื่องจากลักษณะโดยธรรมชาติ
 ของสภาพฐานความคิดเอง อันเป็นอุปสรรคที่ทำให้อาชญากรรมประเภทนี้ยากแก่การป้องกัน
 และปราบปรามเพื่อลดปัญหาภัยเหตุ 2 ประการ ที่ได้วิเคราะห์มาโดยละเอียดข้างต้น

เมื่อได้วิเคราะห์สภาพธรรมชาติแห่งปัญหาในการป้องกันและปราบปราม
 เพื่อลดปัญหาการกระทำผิดฐานรับหรือให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา ที่เกิดขึ้น
 โดยละเอียดแล้วนั้น เพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว สมควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวล
 กฎหมายอาญา ในส่วนของฐานความคิดเกี่ยวกับการรับหรือให้สินบน โดยบัญญัติกฎหมายแก้ไข
 เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะเป็นการเปิดช่องให้แก่อุบายกระทำผิด โดยการ
 ยกเว้นโทษ (Excusation) ให้แก่อุบายกระทำผิดที่กลบใจ เข้าใจความจริงคือ
 เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เพื่อดำเนินการแก่อุบายรวมกระทำผิดอีกฝ่าย ภายใต้เงื่อนไขที่
 กำหนด เพื่อขจัดอุปสรรคที่ทำให้อาชญากรรมประเภทนี้ยากแก่การป้องกันและปราบปราม

¹ Ronald Wraith and Edgas Simpkins, Corruption in
 Developing Countries, p. 12.

เพื่อลดปัญหาที่เกิดขึ้นโดยลักษณะธรรมชาติของสภาพฐานความผิดเอง 2 ประการ
ดังกล่าวข้างต้นหมดไป อันเป็นการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหาการคอร์รัปชัน
ในส่วนของการผิดฐานรับหรือให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา ภายใต้บริบทผล
แห่งกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อความวัฒนาถาวรของประเทศชาติสืบไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย