

บทที่ 2

ทฤษฎีและแนวความคิดที่นำไปสู่ระบบการประกันภัยอิสรภาพ

การประกันภัยอิสรภาพ คือ การปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยมีหนังสือรับรองของบริษัทประกันภัยเพื่อชำระเบี้ยปรับแทนในกรณีผิดสัญญาประกันเป็นหลักประกัน เป็นมาตรการที่ส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ลดความไม่เท่าเทียมกันในฐานะทางเศรษฐกิจของประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากภาครัฐ ทั้งนี้เกิดจากทฤษฎีและแนวความคิดที่หลากหลายซึ่งเป็นต้นเหตุในการกำหนดระบบการประกันภัยอิสรภาพ ได้แก่ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐ บทบัญญัติที่รับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยการปล่อยชั่วคราว

2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย

2.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไป

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" ไว้ดังนี้

"สิทธิ" หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม¹ ส่วนคำว่า "ธรรม" ให้ความหมายไว้ว่า คุณความดี เช่น เป็นคนมีธรรมะ ความจริง ความยุติธรรม ความถูกต้อง กฎเกณฑ์ กฎหมาย²

"เสรีภาพ" หมายถึง ความสามารถที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง และให้ความหมายของคำว่า "เสรี" หมายถึง ที่ทำได้โดยอิสระ มีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น³

¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 (พิมพ์ครั้งที่ 1), กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, พ.ศ. 2546, หน้า 1193.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 553.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1216.

ความหมายของคำว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" ตามพจนานุกรมฯ นั้น จะเห็นได้ว่าทั้งสองคำนี้มีความหมายที่เกี่ยวข้องกัน สิทธิ นั้นหมายถึงอำนาจอันชอบด้วยกฎหมาย ชอบด้วยความดี ความจริงฯ เสรีภาพ หมายถึง ความมีอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรคโดยไม่ละเมิดอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้จึงมักจะเรียกรวมๆ กันว่า สิทธิและเสรีภาพ หรือสิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty)⁴

ถึงแม้ว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" จะมีส่วนเกี่ยวข้องใกล้ชิดกัน จนมักจะเรียกรวมๆ กันดังกล่าวก็ตาม ในทางกฎหมายแล้ว นักกฎหมายก็ยังคงมีความเห็นแตกต่างกันบ้าง คล้ายคลึงกันบ้าง หรือจำพวกเดียวกันบ้าง ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ให้ความหมาย "สิทธิ" (Right) ว่าหมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และเห็นว่าเสรีภาพมีความหมายต่างกับ "สิทธิ" โดยให้ความหมาย "เสรีภาพ" ว่าหมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ แต่ก็เห็นว่า ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเสรีภาพนั้นก็อาจจะเป็นสิทธิด้วย⁵

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรีวิเชียร ให้ความเห็นไว้ว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" มีความหมายแตกต่างกัน โดยท่านให้ความหมายของ "สิทธิ" ว่าหมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และบุคคลอื่นจะต้องเคารพ กล่าวย่อๆ ก็คือ การที่บุคคลหนึ่งมีสิทธิ ก็ย่อมเกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะไม่ไปกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลแรกนั่นเอง ส่วน "เสรีภาพ" นั้นหมายถึง การกระทำของบุคคลซึ่งอาจกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ การประกอบอาชีพ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น⁶

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่า "สิทธิ" ได้แก่ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ส่วน "เสรีภาพ" นั้นเป็นสิ่งที่คล้ายคลึงกับ "สิทธิ" แต่ไม่ได้ให้ความหมายไว้เพียงแต่อ้างความเห็นของ Salmond ให้ความหมายคำว่า "เสรีภาพ" (Liberty) ไว้ว่า เป็นประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มา

⁴ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สุทธิแสงการพิมพ์, พ.ศ. 2523), หน้า 326-327.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 326-327.

⁶ ธานินทร์ กรีวิเชียร, ระบอบประชาธิปไตย, พิมพ์ครั้งที่ 5(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, พ.ศ. 2520), หน้า 45.

โดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใดๆ ต่อตนเอง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่บุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย⁷

ในทางตำรากฎหมายนั้น ตามตำราธรรมศาสตร์ของอังกฤษได้แยก “เสรีภาพ” ออกจาก “สิทธิ” ซึ่งตามกฎหมายภาคพื้นยุโรปไม่ได้แยก “เสรีภาพ” ออกไปต่างหากโดยจัดเข้าอยู่ในจำพวก “สิทธิ” ตามกฎหมายมหาชน แต่ตามกฎหมายอังกฤษ “เสรีภาพ” อาจเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนก็ได้⁸

ตามความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ที่ได้กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าตามพจนานุกรมฯ นั้น ได้ให้ความหมายถึง “อำนาจ” แต่ในความหมายของผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายที่ได้ให้ความหมายไว้ นั้น กล่าวถึง “ประโยชน์” ทั้งสิ้น ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจเลย จึงทำให้น่าคิดว่าถ้อยคำทั้งสองนี้มีความหมายต่างกัน

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการพิจารณาความหมายคนละด้าน เนื่องจากทางด้านภาษาตามความหมายในพจนานุกรมนั้นคณะกรรมการปรับปรุงพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ยกวางโดยมีผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายเป็นกรรมการร่วมอยู่ด้วย นอกจากนี้ยังได้มีการสอบถามไปยังสถาบันต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อทราบความหมายของคำอีกด้วย⁹ การให้ความหมายของคำทางภาษากับผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายจึงไม่แตกต่างกัน เพราะทางภาษานั้นจะพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิ ส่วนด้านผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายที่ได้นำมากล่าวข้างต้นนั้นจะพิจารณาในจุดประสงค์ของสิทธิ ซึ่งปัจจุบันนี้ถือว่าสิทธิเป็นทั้งอำนาจและประโยชน์¹⁰ และการที่นำเอาสิทธิกับเสรีภาพเข้าไปเกี่ยวข้องกันก็เพราะไม่ได้แยกแบบเดียวกับกฎหมายทางภาคพื้นยุโรปนั่นเอง

สิทธิเสรีภาพเกี่ยวข้องกับกฎหมายในแง่ที่กฎหมายเป็นสิ่งรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ กฎหมายเพียงแต่ทำหน้าที่รับรองคุ้มครองให้ ปัญหาที่มาของสิทธิเสรีภาพนี้มีส่วนสำคัญทั้งในแง่ความหมายของถ้อยคำ และผลทางกฎหมายที่จะรับรอง

⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2523), หน้า 187-192.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 192-193.

⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า ข-ฉ.

¹⁰ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 187.

ว่ามีอยู่ และคุ้มครองให้มนุษย์ในฐานะสมาชิกแห่งรัฐหรือสังคมนั้นได้ใช้สิทธิเสรีภาพด้วย¹¹ ปัญหานี้มีแนวคิดที่แตกต่างกันเป็น 2 ทฤษฎี คือ

2.1.1.1 ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (The Natural Law Theory) ทฤษฎีหรือแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติถือกำเนิดมาพร้อมๆ กับอารยธรรมตะวันตกนับแต่ยุคสมัยกรีกและโรมันจนถึงปัจจุบัน

นักปราชญ์ชาวกรีก Heraclitus (540-480 B.C.) ได้ศึกษาค้นคว้า พบว่า ความจริงเกี่ยวกับแก่นสารของชีวิตเป็นสิ่งที่มิอยู่ในธรรมชาติ อันประกอบด้วยจุดหมายปลายทาง ระเบียบและเหตุผล ซึ่งเป็นความคิดครั้งแรกที่ถือว่าธรรมชาติคือความสัมพันธ์ของสรรพสิ่ง¹²

แนวความคิดกฎหมายธรรมชาตินี้ได้รับการสนใจจากนักคิดต่างๆ ในยุคสมัยต่อๆ มา และวิวัฒนาการไปตามสังคมและสิ่งแวดล้อมแต่ละยุคสมัย เช่น โสกราตีส เพลโต และอริสโตเติล ซึ่งนักปราชญ์เหล่านี้ได้มีแนวความคิดที่เป็นแนวทางสำคัญแก่ศาสตร์ต่างๆ แทบทุกสาขา นักปราชญ์ที่พัฒนาแนวความคิดนี้ต่อมาที่เรียกว่า ความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่คือ Hugo Grotius (ค.ศ. 1583-1645) ชาวดัตช์ ซึ่งเป็นยุคที่เชื่อว่ากฎหมายมีรากฐานมาจากเหตุผลตามธรรมชาติของมนุษย์โดยไม่อ้างถึงพระเจ้าหรือการเปิดเผยสัจธรรมของพระเจ้ามาอธิบายความชอบธรรมของกฎหมายอีกต่อไป¹³ แนวคิดกฎหมายธรรมชาตินี้มีนักปราชญ์อีกท่านหนึ่งที่สืบแนวความคิดมาและมีอิทธิพลในฝรั่งเศสจนเป็นรากฐานการปฏิวัติฝรั่งเศส นักปราชญ์ท่านนี้ คือ John Locke (ค.ศ. 1632-1740) ชาวอังกฤษ¹⁴ ท่านกล่าวว่า "รัฐทั้งหลายโดยธรรมชาติย่อมมีกฎหมายแห่งธรรมชาติปกครองอยู่ ซึ่งผูกพัน

¹¹ เพชร สุรทองอุ่น, "ดุลพินิจพนักงานสอบสวนในการปล่อยชั่วคราว," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2530), หน้า 13.

¹² พันธุ์ ทศนิยานนท์, "ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ" วารสารอัยการ 3 (มีนาคม 2523): 38-39.

¹³ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มิตรนรา การพิมพ์, พ.ศ. 2526), หน้า 127-128.

¹⁴ จุฑา สุภาพ, หลักรัฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, พ.ศ. 2522), หน้า 28-29.

บุคคลทุกคนด้วยเหตุและผล อันได้แก่กฎหมายที่ทำให้มนุษย์มีความเท่าเทียมกันและมีอิสรภาพจะไม่มีใครได้รับอันตรายแก่ชีวิต แก่เสรีภาพ หรือแก่ทรัพย์สินจากบุคคลอื่น"¹⁵

จากที่กล่าวมาจึงเห็นว่าสาระสำคัญของทฤษฎีนี้มีสาระสำคัญว่า สิทธิเสรีภาพของมนุษย์นั้นมิได้อยู่แล้วตามกฎหมายธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคตามธรรมชาติ และเป็นสิ่งที่รัฐนำมาตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องไม่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติเพราะจะไม่มีผลบังคับ

2.1.1.2 ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (The Positive Law Theory) ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองนี้ต่างจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ที่ถือว่า กฎหมายมาจากคำสั่งของรัฐบาลปัติย์ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครอง (Sovereign) หรือที่เรียกว่า รัฐบาลปัติย์

นักปราชญ์ที่นับว่ามีอิทธิพลมากต่อทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองได้แก่ Thomas Hobbes (ค.ศ. 1588-1679) ชาวอังกฤษ Hobbes เสนอความคิดของเขาว่า มนุษย์ทุกคนต้องต่อสู้ทำร้ายกัน ขัดแย้งกันตลอดเวลา จึงทำให้ต้องรู้สึกว่าจะไม่มั่นคงหวาดระแวงว่าจะถูกทำร้าย จึงได้รวมตัวกันเป็นกลุ่มยอมยกให้คนหนึ่งเป็นหัวหน้ามีอำนาจเหนือตนมีอำนาจชี้ขาดและเห็นว่ารัฐและกฎหมายเป็นที่ชื่นชอบของประชาชน เพราะเหตุนี้ประชาชนจึงไม่สามารถมาอ้างทวงคืนอำนาจคืนจากรัฐได้อีกแล้ว ในความคิดของ Hobbes รัฐและกฎหมายมีอำนาจเด็ดขาด รัฐสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ และเห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นเรื่องเพ้อฝันจึงปฏิเสธแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ¹⁶

ต่อมา John Austin (ค.ศ. 1790-1859) นักปราชญ์ชาวอังกฤษเช่นเดียวกับ Hobbes ก็มีแนวคิดที่ว่า กฎหมายคือคำสั่งของรัฐบาลปัติย์เมื่อไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษ กฎหมายควรจะเป็นอย่างไรนั้นไม่ใช่หน้าที่ของนักกฎหมายที่จะไปสนใจกฎหมายไม่เกี่ยวกับความเป็นธรรม ความยุติธรรม หรือศีลธรรม โดยพิเคราะห์เทียบความยุติธรรมตามกฎหมายคือความชอบธรรมด้วยกฎหมายเท่านั้น¹⁷

¹⁵ John Locke, Two Treatises of Civil Government, The Great Legal Philosophers, edited by Clarence Morris (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1963), p.137.

¹⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์, หน้า 117-122.

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาคหนึ่ง : บทนำทางทฤษฎี, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์และทำปกเจริญผล, พ.ศ. 2526), หน้า 53-57.

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดทั้งสองแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ทฤษฎีต่างๆ ก็มีจุดเด่นและจุดด้อยด้วยกัน กล่าวโดยสรุปคือ จุดเด่นของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินั้น อ้างความยุติธรรม ศีลธรรม หรือความดีงาม ซึ่งเป็นคุณค่าทางจริยธรรมเป็นหลัก ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นนามธรรมเป็นอุดมการณ์ที่มนุษย์ทุกคนจะมีแนวโน้มที่เป็นไปได้ยาก จึงทำให้เกิดจุดด้อยว่าเป็นเพียงความเพ้อฝัน ส่วนจุดเด่นของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองคือความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ของสังคมที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกและสถาบันต่างๆ ในสังคมเป็นการทั่วไป และจุดเด่นนี้ก็ทำให้เกิดจุดด้อยคือ ความแข็งกระด้างของกฎหมายไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา โดยเหตุนี้เอง จึงไม่มีผู้ใดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเคร่งครัด แต่มีแนวโน้มที่จะนำมาผสมผสานกัน ดังจะเห็นได้จากการนำกฎหมายธรรมชาติมาบัญญัติเป็นกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะกฎหมายพื้นฐานต่างๆ และมีลักษณะเป็นสากลมากขึ้น เช่น ปริญญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติใน ค.ศ. 1948 เป็นต้น¹⁸

2.1.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นหน้าที่ของรัฐ

รัฐมีหน้าที่ในการปกครองดูแลประชาชนให้เกิดความสงบสุข เรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะแสดงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิ่งที่ทุกคนในสังคมพึงได้รับการเคารพพิทักษ์รักษาอย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้กรอบขอบเขตของกฎหมาย รัฐจึงต้องมีบทบาทในการคุ้มครองป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพไม่ว่าโดยสมาชิกในสังคมเองหรือการกระทำของรัฐเองก็ตาม การที่จะพิจารณาถึงรัฐกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ควรจะต้องพิจารณาถึงการก่อกำเนิดของรัฐซึ่งมีอยู่หลายทฤษฎีแต่ทฤษฎีที่มีความสำคัญทฤษฎีหนึ่งก็คือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (The Social Contract Theory) โดยทฤษฎีนี้เชื่อว่าก่อนการกำเนิดของรัฐ มนุษย์มีชีวิตรอยู่ภายใต้สภาพของธรรมชาติ กล่าวคือ มนุษย์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎธรรมชาติ และมนุษย์มีสิทธิตามธรรมชาติอย่างเสรี ต่อมาเมื่อประชากรของสังคมเพิ่มมากขึ้น มนุษย์เริ่มขาดความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินเกิดความหวาดกลัวในการใช้ชีวิต จึงมีการรวมตัวกันเพื่อก่อตั้งรัฐและยอมอยู่ภายใต้การปกครองขององค์กรที่ร่วมกันตั้งขึ้นมาโดยยอมสละสิทธิเสรีภาพที่เคยมีมาก่อนอย่างเสรีบางส่วนให้แก่ผู้ปกครอง เพื่อแลกกับการที่จะได้รับความคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงปลอดภัย เห็นได้ว่า ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานมาจากความยินยอมร่วมกันของ

¹⁸ วิษณุ เครืองาม, "ปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง," บทบัญญัติ เล่มที่ 34 ตอนที่ 3 (ประจำปีพุทธศักราช 2520): 435.

คนในสังคม และแสดงให้เห็นถึงพันธะหน้าที่ของรัฐ ในการที่จะต้องคุ้มครองรักษาสีทธิเสรีภาพของบุคคลตามความมุ่งหมายแห่งการยินยอมตกลงร่วมกัน จนเกิดเป็นสัญญาประชาคม¹⁹

นักปรัชญาที่สนับสนุนทฤษฎีนี้คือ Thomas Hobbes (ค.ศ. 1588-1679) John Locke (ค.ศ. 1632-1704) และ Jean Jacques Rousseau โดยเฉพาะความเห็นของ Locke นั้น ได้อธิบายความเห็นเป็นหลักใหญ่ 2 ประการคือ ผู้ปกครองนั้นปกครองโดยอยู่บนฐานแห่งความยินยอมของประชาชน พลเมืองและผู้อยู่ใต้ปกครองมีสิทธิในการปฏิวัติล้มล้างรัฐบาลหากมีการใช้อำนาจไม่ถูกต้องหรือกระทำโดยพลการ ส่วน Rousseau นั้นได้กล่าวถึงสิทธิในทางธรรมชาติ และเห็นว่าสิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครองป้องกันและส่งเสริมให้ดีขึ้น โดยการจัดตั้งสังคมทางการเมืองที่เป็นประชาธิปไตย โดยเขาเห็นว่ารัฐต้องมาจากเจตนารมณ์ร่วม (General Will) ซึ่งถือเป็นกฎสูงสุดในรัฐ เจตนารมณ์ร่วมต้องมาจากประชาชนและวัตถุประสงค์ปลายทาง คือ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของทุกคน Locke เองก็มีความเห็นว่า ชีวิต อิสรภาพ และทรัพย์สินของประชาชนเป็นสิ่งที่รัฐควรรักษาคุ้มครองป้องกัน

จากทฤษฎีข้างต้นประกอบกับหลักการที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าศาลจะพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นหลักการที่แสดงสิทธิของผู้ต้องหาว่า จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างผู้บริสุทธิ์จะปฏิบัติต่อผู้ต้องหาอย่างผู้กระทำความผิดไม่ได้ และหลักการดังกล่าวได้ส่งผลไปถึงหลักทางอาญาอื่นๆ เช่นการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย การพิสูจน์ให้ปราศจากสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง จนถึงการที่จะต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดสืบคนดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว ผู้ต้องหาซึ่งไม่ได้ชื่อว่าเป็นอาชญากร การที่จะกล่าวได้ว่าผู้ต้องหาจะเป็นอาชญากรหรือผู้กระทำความผิดนั้นต้องรอคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดตัดสินของศาลก่อน หลักการดังกล่าว ได้ปรากฏในหลักการของสิทธิเสรีนิยมในกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือ ในหลักการสิทธิเสรีนิยมในกฎหมายอาญาเห็นว่าในทุกขั้นตอนของผู้ต้องสงสัย ผู้ถูกกล่าวหา ผู้ถูกพิจารณา ผู้ถูกตัดสิน และผู้ถูกลงโทษ สิทธิของบุคคลเหล่านี้จะต้องได้รับการเอาใจใส่ที่จะปกป้อง²⁰ แม้ว่าการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย

¹⁹ จงรัก จุฑานนท์, "การคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการถูกจับกุมและตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 2.

²⁰ มุรธา วัฒนะชีวะกุล, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร: ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2524), (อัดสำเนา) หน้า 5.

จะทำให้มีความยุ่งยากในการพิสูจน์ความผิด แต่ประชาชนส่วนใหญ่น่าจะตระหนักว่า การที่ผู้บริสุทธิ์หนึ่งคนต้องถูกลงโทษนั้น นับว่าเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสังคมยิ่งกว่าการที่ผู้กระทำผิดได้หลุดรอดจากการลงโทษ และหากแม้ภายหลังจะมีการพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้กระทำผิดและมีการลงโทษ แต่สังคมก็ยังคงมีภาระในการเลี้ยงดูผู้กระทำผิดเหล่านี้ เพราะเป็นสมาชิกหนึ่งของสังคม และทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษก็คือ การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้กระทำผิดกลับมาอยู่ในสังคมและเป็นสมาชิกที่ดีของสังคมได้ต่อไป

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในฐานะต่างก็เป็นสมาชิกคนหนึ่งของคนอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของรัฐให้มีการพิทักษ์รักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้เป็นไปอย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ

2.1.3 บทบัญญัติรับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

2.1.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด²¹ ดังนั้น บทบัญญัติรับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ จึงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ อันจะเห็นได้จากขั้นตอนการรับรองรัฐธรรมนูญที่ได้จัดทำขึ้น โดยเสนอให้มลรัฐต่างๆ รับรอง หลายมลรัฐได้ตั้งเงื่อนไขการให้การรับรอง โดยต้องระบุหรือปรากฏบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย จึงได้มีบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่ฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 10 (First Amendment to Tenth Amendment) เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงมีชื่อเรียกว่า The Bill of Rights ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแนวรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน และสิทธิต่างๆ ที่บัญญัติไว้ใน Bill of Right มีอยู่หลายประการที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกา²²

²¹ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, "การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ต้องหาโดยองค์การตุลาการในชั้นก่อนการพิจารณา," ศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะกรณีไทยและสหรัฐอเมริกา ปี 2528, หน้า 203.

²² วิสาร พันธุณะ, "วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา," อุลพาห (กันยายน - ตุลาคม 2521): หน้า 41.

การที่บทบัญญัติแห่งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้รับการรับรอง และบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้มีการให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมากยิ่งขึ้น และทำให้มีการปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองอย่างจริงจัง และทำให้บทบัญญัติหรือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยดำเนินไปด้วยดี โดยการละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้เป็นหลักประกันให้แก่รัฐต่างๆ ในการที่จะบัญญัติกฎหมายของตน หรือการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งจะขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่ได้ การรองรับและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้เน้นถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมากยิ่งขึ้น และทำให้มีการปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองอย่างจริงจัง สภาพแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการยอมรับนับถือของสหรัฐอเมริกาทำให้บทบัญญัติ หรือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา หรือจำเลยได้เป็นอย่างดี

2.1.3.2 ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย สิ่งที่ยึดถือเป็นหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญา คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ใช่รัฐธรรมนูญดังเช่นสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญของไทยนั้นมีการประกาศใช้มากมายหลายฉบับ ตามยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนั้น รัฐธรรมนูญบางฉบับวางบทบัญญัติไว้ แต่ก็ไม่ได้มีความสำคัญไปกว่าการยึดถือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักในการพิจารณา เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งนอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ที่สำคัญก็มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว บทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง และบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง²³ ดังนั้น ลักษณะการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจึงไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เป็นไปตามกฎหมายลำดับรองลงมา ทั้งการกล่าวอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต่อศาลยุติธรรมโดยเอกชนก็ไม่มีกลไกให้กระทำได้เหมือนของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเอกชนสามารถกล่าวอ้างรัฐธรรมนูญต่อศาลยุติธรรมได้โดยตรง คือให้ศาลสูงสุดมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญได้ ทำให้เกิดหลักนิติธรรม (Due process) แต่อย่างไรก็ตาม การจะบัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น ก็คงไม่มีผลแตกต่างกันนักเพราะสภาพของรัฐธรรมนูญของไทยมีการแก้ไข

²³ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 20.

เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนตามสภาวะการณ์ทางการเมืองอยู่ตลอดเวลา จึงมีผลเป็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมีผลในทางคุ้มครองมากกว่า²⁴

แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดข้างต้นได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน เพราะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากฉบับหนึ่ง อันนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปี 2547²⁵ ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และได้มีการกล่าวอ้างกันอย่างกว้างขวางเมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.1.4 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะไม่ถูกคุมขังโดยไม่จำเป็น

เมื่อได้พิจารณาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมทั้งการพิจารณาถึงหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้วนั้น ทำให้สรุปได้ว่ารัฐต้องมีหลักประกันในอันที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการที่เขาจะไม่ถูกคุมขังโดยไม่จำเป็น เพราะหากรัฐไม่สร้างหลักประกันดังกล่าวขึ้นมา แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่ได้กล่าวข้างต้น ก็คงจะไม่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติหรือมีการล่วงเกินสิทธิดังกล่าว อันจะทำให้แนวความคิดที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่อาจจะบรรลุซึ่งผลตามที่คาดหวังไว้

2.1.4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักประกันพื้นฐานที่ยอมรับกันเป็นสากลในการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลก็คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กำหนดหลักพื้นฐานไว้ว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหว การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย และบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวต้องมีความมุ่งหมาย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย

²⁴ อรรถนพ ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, (กรุงเทพ) : ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532, หน้า 66.

²⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547

ของสังคม เมื่อรัฐเห็นว่ามีบุคคลที่ก่อให้เกิดหรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม รัฐจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมตัวบุคคลนั้นไว้โดยมีจุดมุ่งหมาย 2 ประการ คือ ควบคุมตัวไว้เพื่อพิจารณาลงโทษตามกฎหมาย และเพื่อไม่ให้ไปข้องเกี่ยวกับพยานหลักฐาน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1787 และมีบทแก้ไขเพิ่มเติม (Amendments) ในเวลาต่อมา รวมทั้งสิ้น 25 ฉบับ และบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 20 ได้ประกาศใช้บังคับเมื่อ ค.ศ. 1791 ซึ่งได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของบุคคลเอาไว้ ซึ่งเรียกว่า The Bill of Rights ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.3.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการถูกจับกุมนั้นได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมต่างๆ เช่น ²⁶

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 4 (Fourth Amendment) มีใจความว่า "สิทธิของบุคคลที่จะได้รับความปลอดภัยในร่างกาย บ้านเรือน เอกสาร ทรัพย์สิน ให้พ้นจากการค้นหรือจับหรือยึดโดยไม่มีเหตุอันสมควรมิอาจละเมิดได้ หมายเช่นนั้นจะออกได้ต่อเมื่อปรากฏเหตุอันน่าเชื่อถือประกอบได้มีการสาบานให้ถ้อยคำรับรองโดยจะต้องระบุสถานที่ที่จะค้นตัวบุคคลหรือสิ่งของที่จับหรือยึดด้วย"

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 (Fifth Amendment) ข้อ 4 มีใจความว่า "ห้ามกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย"

และรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 (Fourteenth Amendment) มีใจความว่า "ห้ามมิให้มลรัฐตราหรือบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งลดรองสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกา หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมายหรือปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันโดยกฎหมายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งในรัฐ"

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ค.ศ. 1791 (The Fourth Amendment) ซึ่งได้บัญญัติข้อความอันเป็นเงื่อนไขการจับและออกหมายจับไว้ชัดเจนว่าจะกระทำไม่ได้เว้นแต่ "โดยมีเหตุผลอันสมควร" (probable cause) ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้ความคุ้มครอง

²⁶ วิสาร พันธนะ, "วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา.": 41-42.

สิทธิเสรีภาพของบุคคล แม้ว่าในรัฐธรรมนูญจะมีได้วางหลักเอาไว้ชัดเจนถึงความหมายและขอบเขตของ “โดยมีเหตุผลอันสมควร” ก็ตาม แต่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ถือตลอดมาว่า เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะคอยตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการจับ หรือการออกหมายจับว่าได้กระทำไปสอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังปรากฏเป็นแนวปฏิบัติโดยเริ่มต้นมาจากคดี *Giordenello v. United States*, 357 U.S. 480 (1958) ซึ่งศาลสูงกล่าวว่า ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจชี้และตรวจสอบว่า การจับหรือการออกหมายจับมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ โดยศาลอธิบายว่าในกรณีที่ตำรวจจับโดยมีหมายจับนั้น ศาลย่อมมีโอกาสตรวจสอบแต่แรกว่าการออกหมายจับนั้นมีเหตุผลสมควรหรือไม่ หากในกรณีที่ตำรวจไปจับบุคคลใดบุคคลหนึ่งมา โดยไม่มีหมายจับ ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าตำรวจจะต้องอ้างว่าการจับของตนนั้นได้ทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควร²⁷ ซึ่งหากฝ่ายบริหารจับหรือออกหมายจับโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรแล้ว ถือว่าเป็นการจับที่ไม่ชอบ

นอกจากในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้วางเงื่อนไขของการจับ และออกหมายจับไว้โดยชัดแจ้งว่าจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควร และก็เป็นอำนาจของศาลที่จะคอยตรวจสอบว่าการจับ หรือการออกหมายจับได้กระทำไปสอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาเองไม่ว่าจะเป็นความเห็นทางวิชาการหรือคำวินิจฉัยของศาล ต่างเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าหากการจับไม่ได้มีเหตุผลอันสมควรแล้ว ถือว่าเป็นการจับที่ไม่ชอบ ยังผลให้ต้องปล่อยตัวบุคคลนั้นโดยเร็วที่สุด ในบางกรณีการจับที่ไม่ชอบนั้นก็เป็นเหตุหนึ่งที่ถูกจับอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำการจับได้ และพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับกุมที่ไม่ชอบนี้รับฟังในชั้นพิจารณาของศาลไม่ได้เนื่องจากเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เป็นไปตาม “กฎแห่งการลบล้างพยานหลักฐาน” (exclusionary rule)²⁸

จากที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาว่า บุคคลจะไม่ถูกจับโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และศาลก็เป็นองค์กรที่คอยตรวจสอบมิให้สิทธิดังกล่าวนี้ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร นอกจากการให้ความคุ้มครองก่อนถูกจับกุมตัวแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายหลังการถูกจับกุมตัวด้วย ดังปรากฏในคำพิพากษาของ

²⁷ เพชร สุรทองอ่อน, “ดุลพินิจพนักงานสอบสวนในการปล่อยชั่วคราว,” หน้า 45.

²⁸ Kerper Hazel B., “Introduction to The Criminal Justice System,” (Minnesota:West Publishing Co., 1972), pp.242-243.

ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี *Monabb v. United States*, 318, U.S. 332, (1943) และในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของทุกมลรัฐต่างก็ได้ระบุให้เห็นถึงบทบัญญัติที่ว่า เมื่อทำการจับกุมบุคคลใดแล้ว เจ้าพนักงานผู้ทำการจับต้องรีบนำตัวผู้ถูกจับไปยังศาล (Magistrate Court) "ในทันทีทันใด" หรือ "ภายในเวลาเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้" และยังมีหลักเกณฑ์ต่อไปว่า เมื่อผู้ถูกจับได้มาถึงศาลแล้วผู้พิพากษามีหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดทำประวัติผู้ต้องหา
2. แจ้งข้อหาให้ทราบ ถ้าผู้ต้องหาถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดก็ต้องแจ้งให้ทราบถึงสิทธิเกี่ยวกับการไต่สวนมูลฟ้อง (preliminary hearing) และ
3. สิทธิที่จะขอประกันตัว
กระบวนการที่กล่าวข้างต้นนี้ เรียกว่าการนำตัวผู้ต้องหามาศาลเพื่อให้การตอบข้อกล่าวหาทางอาญา (arraignment)²⁹

สำหรับระยะเวลาในการควบคุมตัวผู้ต้องหานั้นก็เช่นเดียวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้จำกัดอำนาจควบคุมตัวบุคคลของเจ้าพนักงานสอบสวนไว้อย่างมาก เนื่องจากการควบคุมตัวระหว่างสอบสวนเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคล กฎหมายจึงต้องเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเคร่งครัด เพราะเล็งเห็นว่าผู้ถูกจับยังเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่ จนกว่าจะมีคำตัดสินของศาลว่าเป็นผู้กระทำผิด

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่ถือได้ว่าเป็นบรรทัดฐานดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทำให้เห็นว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกจับกุมหรือควบคุมโดยไม่จำเป็น ซึ่งหากสิทธิดังกล่าวนี้ถูกล่วงละเมิด บุคคลเหล่านั้นย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลที่ถือเป็นองค์กรที่มีอำนาจ เพื่อขอรับความคุ้มครองตามสิทธิที่บุคคลนั้นมีอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

2.1.4.2 ประเทศไทย

ในเรื่องหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะไม่ถูกคุมขังโดยไม่จำเป็นนี้ หากพิจารณาดูบทบัญญัติไม่ว่าจะเป็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือในประมวลกฎหมาย

²⁹ Ibid. pp.274-275.

วิธีพิจารณาความอาญา จะเห็นได้ว่าได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลในเรื่องนี้เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่คุ้มครองสิทธิของบุคคล ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 31

“บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับ คุมขัง ตรวจค้นบุคคล หรือการกระทำได้อันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

นอกจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญข้างต้นแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยได้วางหลักไว้ในมาตรา 78 วรรคแรก³⁰ ว่า พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นของกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น นอกจากนี้แล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66³¹ ยังได้กำหนดว่า หมายจับจะออกได้ก็แต่เฉพาะ

³⁰มาตรา 78 พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่

(1) เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้าดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 80

(2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิด

ภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด

(3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตามมาตรา 66(2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้

(4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117

³¹มาตรา 66 เหตุที่จะออกหมายจับได้มีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญา ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือ

กรณีที่ต้องด้วยเหตุที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น จะออกหมายจับโดยอ้างเหตุอื่นไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันมิให้มีการออกหมายจับโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ ไม่เช่นนั้นแล้วย่อมกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างมาก

จากที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยก็ได้มีหลักเกณฑ์ในอันที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะไม่ถูกจับกุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งนอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังได้บัญญัติถึงวิธีการและระยะเวลาในการควบคุมตัวผู้ถูกจับไว้ด้วย ทั้งนี้เพื่อจะได้เป็นหลักให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้พึงระลึกและยึดถือในอันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ต้องหาให้ถูกจับกุมและคุมขังโดยไม่จำเป็น ตามมาตรา 86³² และมาตรา 87³³

(2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น

ถ้าบุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่มาตามหมายเรียกหรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นจะหลบหนี

³²มาตรา 86 ห้ามมิให้ใช้วิธีควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้เขาหนีเท่านั้น

³³มาตรา 87 ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่าจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี

ในกรณีความผิดลหุโทษ จะควบคุมผู้ถูกจับไว้ได้เท่าเวลาที่จะถามคำให้การ และที่จะรู้ตัวว่าเป็นใคร และที่อยู่ของเขาอยู่ที่ไหนเท่านั้น

ในกรณีที่ผู้ถูกจับไม่ได้รับการปล่อยชั่วคราว และมีเหตุจำเป็นเพื่อทำการสอบสวน หรือการฟ้องคดีให้นำตัวผู้ถูกจับไปศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนตามมาตรา 83 เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้ โดยให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลขอหมายขังผู้ต้องหานั้นไว้ ให้ศาลสอบถามผู้ต้องหาว่ามีข้อคัดค้านประการใดหรือไม่ และศาลอาจเรียกพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการมาชี้แจงเหตุจำเป็น หรืออาจเรียกพยานหลักฐานมาเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้

ในกรณีความผิดอาญาที่ได้กระทำความผิดอาชญาโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังได้ครั้งเดียว มีกำหนดไม่เกินเจ็ดวัน

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่าหกเดือนแต่ไม่ถึงสิบปี หรือปรับเกินกว่าห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวันและรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินสี่สิบแปดวัน

จากที่ได้กล่าวถึงบทบัญญัติการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยก็ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จะให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาไม่ให้ถูกจับกุมและคุมขังโดยไม่จำเป็น หากมีความจำเป็นที่จะต้องคุมขัง หลักกฎหมายว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวก็จะถูกนำมาพิจารณา เพื่อก่อให้เกิดผลที่จะให้มีการปล่อยตัวบุคคลนั้นไปชั่วคราว อันเป็นเครื่องแสดงว่าได้มีมาตรการทางกฎหมายเป็นลำดับขั้นตอนที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ต้องหาและจำเลย

2.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยการปล่อยชั่วคราว

จากที่กล่าวมาในหัวข้อ 2.1 ข้างต้นนี้ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่าในประเทศไทยก็ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและมีมาตรการที่จะให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาไม่ให้ถูกจับกุมและคุมขังโดยไม่จำเป็น หากมีเหตุอันสมควรที่เขาจะต้องถูกคุมขังหลักกฎหมายที่ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวก็จะถูกนำมาพิจารณา เพื่อก่อให้เกิดผลที่จะให้มีการปล่อยตัวบุคคลนั้นไปชั่วคราว อันเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อไป

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไปจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินแปดสิบสี่วัน

ในกรณีตามวรรคหกเมื่อศาลสั่งขังครบสี่สิบแปดวันแล้ว หากพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอขังต่อไปอีกโดยอ้างเหตุจำเป็น ศาลจะสั่งขังต่อไปได้ก็ต่อเมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนได้แสดงถึงเหตุจำเป็น และนำพยานหลักฐานมาให้ศาลไต่สวนจนเป็นที่พอใจแก่ศาล

ในการไต่สวนตามวรรคสามและวรรคเจ็ด ผู้ต้องหาที่มีสิทธิแต่งตั้งทนายความเพื่อแถลงข้อคัดค้านและซักถามพยาน ถ้าผู้ต้องหาไม่มีทนายความเนื่องจากยังไม่ได้มีการปฏิบัติตามมาตรา 134/1 และผู้ต้องหาร้องขอให้ศาลตั้งทนายความให้ โดยทนายความนั้นมีสิทธิได้รับเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 134/1 วรรคสาม โดยอนุโลม

ถ้าพนักงานสอบสวนต้องไปทำการสอบสวนในท้องที่อื่นนอกเขตของศาลซึ่งได้สั่งขังผู้ต้องหาไว้ พนักงานสอบสวนจะยื่นคำร้องขอให้โอนการขังไปยังศาลในท้องที่ที่จะต้องไปทำการสอบสวนนั้นก็ได้ เมื่อศาลที่สั่งขังไว้เห็นเป็นการสมควรก็ให้สั่งโอนไป

2.2.1 ความหมายของการปล่อยชั่วคราว

การปล่อยชั่วคราวหรือการประกันตัว ตามถ้อยคำในกฎหมายก่อนใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบันก็ได้บัญญัติความหมายของ “การปล่อยชั่วคราว” ไว้ว่ามีความหมายอย่างไร

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายเฉพาะคำว่า “ประกัน” ไว้ดังนี้

“ประกัน” หมายความว่า รับรองว่าจะรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น หลักทรัพย์ที่ให้ไว้เป็นเครื่องรับรอง³⁴ ซึ่งตามความหมายนัยนี้อาจเทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112 วรรคสอง³⁵

เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “การปล่อยชั่วคราว” หรือ “การประกัน” ไว้ว่ามีความหมายอย่างไร ดังนั้นจึงเห็นควรที่จะได้นำความเห็นของนักกฎหมายที่ได้อธิบายความหมายของคำดังกล่าวมากล่าวไว้ดังต่อไปนี้

การปล่อยชั่วคราว คือ การประกันตัวจำเลยในคดีอาญา อย่างนี้ใช้เรียกกันมาก่อนใช้ประมวลกฎหมายฯ นั้นเอง กล่าวคือ เมื่อบุคคลหนึ่งถูกจับมาหรือถูกเรียกมาควบคุมไว้ในฐานะผู้ต้องหาหรือถูกขังไว้ในฐานะจำเลย ตามปกติแล้วก็จะถูกควบคุมหรือขังไว้ตลอดเวลาที่มีการสอบสวนได้สวน

³⁴ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, หน้า 652.

³⁵ มาตรา 112 เมื่อจะปล่อยชั่วคราวโดยมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกัน ก่อนปล่อยไปให้ผู้ประกันหรือผู้เป็นหลักประกันลงลายมือชื่อในสัญญาประกันนั้น

ในสัญญาประกันนอกจากข้อความอย่างอื่นอันพึงมี ต้องมีข้อความดังนี้ด้วย

(1) ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวหรือผู้ประกัน แล้วแต่กรณี จะปฏิบัติตามนัดหรือหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลซึ่งให้ปล่อยชั่วคราว

(2) เมื่อผิดสัญญาจะใช้เงินจำนวนที่ระบุไว้

ในสัญญาประกันจะกำหนดภาระหน้าที่หรือเงื่อนไขให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราว หรือผู้ประกัน ต้องปฏิบัติเกินความจำเป็นแก่กรณีมิได้

มูลฟ้องหรือพิจารณา แต่กฎหมายเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นๆ ได้รับการปล่อยตัวไปชั่วคราวได้ คือ การประกันตัวนี้เอง³⁶

การปล่อยชั่วคราว คือ วิธีการผ่อนคลายนในเรื่องควบคุมและขัง โดยให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับอิสรภาพไปชั่วคราว เพราะเมื่อบุคคลใดตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา บุคคลนั้น อาจต้องถูกจำกัดอิสรภาพโดยการถูกควบคุมหรือขังโดยเจ้าพนักงานหรือศาลแล้วแต่กรณี แต่โดยที่หลักกฎหมายมีว่าบุคคลจะยังไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด จนกว่าศาลจะพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นเช่นนั้นจริง และอธิบายไว้อีกว่าปล่อยชั่วคราวนี้ภาษาสามัญเรียกว่า “ประกันตัว”³⁷

การปล่อยชั่วคราว หมายถึง การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไปชั่วระยะเวลาหนึ่งที่มีกำหนด โดยคำสั่งของพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการ หรือศาลแล้วแต่กรณี ซึ่งอาจปล่อยชั่วคราวไปโดยมีประกัน หรือไม่มีประกัน หรือมีประกันและหลักประกันด้วยก็ได้³⁸

การปล่อยชั่วคราว คือ การประกันตัวผู้ต้องหาตามกฎหมายเดิมก่อนใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นการผ่อนคลายนในเรื่องควบคุมและขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ได้รับอิสรภาพไปชั่วคราว ตามหลักกฎหมายที่ยอมรับเป็นหลักสากลว่าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเขากระทำความผิด³⁹

³⁶ ประเทือง กิริติบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 106-107. และ

สัญญา ธรรมศักดิ์ และประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ถึงภาค 3 มาตรา 1-171, พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2529), หน้า 206.

³⁷ คเนิง ภาไชย และณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2530), หน้า 240.

³⁸ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 มาตรา 77 ถึง 156 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2536), หน้า 178.

³⁹ เพชร สุรทองอุ่น, “ดุลพินิจพนักงานสอบสวนในการปล่อยชั่วคราว,” หน้า 100-101.

โดยสรุปการปล่อยชั่วคราวหรือการประกันตัวจึงหมายถึง การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ไปชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งที่มีกำหนดในระหว่างการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาโดยพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลแล้วแต่กรณี ไม่ว่าจะด้วยวิธีไม่มีประกัน หรือมีประกัน หรือมีประกัน และหลักประกันด้วยก็ได้ เพื่อเป็นการผ่อนคลายเป็นเรื่องการควบคุมและขัง โดยให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ได้รับอิสรภาพไปชั่วคราว ตามหลักกฎหมายที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะ พิสูจน์ได้ว่าเขากระทำความผิด ทั้งนี้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยสัญญาว่าจะปฏิบัติตามนัดหรือหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลซึ่งให้ปล่อยชั่วคราว และถ้าผิดสัญญาผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้มิประโยชน์เกี่ยวข้องซึ่ง ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวก็จะใช้เงินเบี้ยปรับตามจำนวนที่ระบุไว้

2.2.2 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว

การปล่อยชั่วคราวเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ผู้ต้องหาหรือจำเลยจากการถูกควบคุมหรือขัง อันเนื่องมาจากหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้น เป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าเขากระทำความผิดตามกฎหมาย ดังนั้น การควบคุม หรือขังไว้เพียงเพื่อประโยชน์ในการมีจำเลยในการพิจารณาเท่ากับเป็นการลงโทษล่วงหน้าก่อนที่จะพิสูจน์ ได้ว่าได้กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหา ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักทฤษฎีที่ ได้กล่าวมาแล้ว

การปล่อยชั่วคราวนั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ถูกคิดค้นขึ้นเพื่อประสานประโยชน์ระหว่าง ระบบการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบการควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model) ที่คำนึงถึง ประโยชน์ส่วนรวมของสังคมให้ปลอดภัย โดยเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นสังคมย่อมต้องการให้ ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษ จนเกิดหลักในการดำเนินคดีอาญาที่กระบวนการพิจารณาต้องกระทำ ต่อหน้าจำเลย เนื่องจากหากพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ย่อมมีตัวจำเลยไว้ลงโทษ จากหลักการ นี้รัฐจึงจำต้องควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ เพื่อป้องกันมิให้หลบหนีหรือไปก่อภัยอันตรายขึ้นอีก แต่ภายใต้หลักการที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเขากระทำความผิด ตามระบบการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model) การ ควบคุมหรือขังผู้ถูกกล่าวหาก่อนที่จะพิสูจน์ได้ว่า เขากระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหาเพียงเพื่อประโยชน์ ในการดำเนินคดีอาญาเท่ากับเป็นการลงโทษบุคคลนั้นล่วงหน้า ซึ่งบางคดีอาจใช้ระยะเวลาในการ สอบสวนหรือการพิจารณาคดีนานมาก และถ้าคำพิพากษาของศาลตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ อิสรภาพ ที่จำเลยได้สูญเสียไปไม่สามารถทดแทนด้วยสิ่งใดได้ ด้วยเหตุนี้ การปล่อยชั่วคราวโดยการกำหนดให้ มีการประกันและหลักประกันเพื่อประกันการมีตัวจำเลยมาศาล จึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เกิดขึ้น

เพื่อประสานประโยชน์ระหว่างระบบการดำเนินคดีอาญาทั้งสอง ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย และคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมได้ในขณะเดียวกัน

แม้วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาคือ การค้นหาความจริงให้ได้มากที่สุด การควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยก็เป็นวิธีการหนึ่งที่จะนำมาสู่การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายหรือส่วนอื่นที่อยู่ภายในร่างกายของผู้ต้องหาหรือจำเลย เช่น ลายนิ้วมือ เลือด ปัสสาวะ น้ำลาย น้ำอสุจิ ขน ผม เล็บ เป็นต้น ซึ่งเป็นวัตถุพยานที่สำคัญในการพิสูจน์ความจริง แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วยการชั่งน้ำหนักอย่างยุติธรรม (fair balance) ระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับเอกชน สำหรับในสหรัฐอเมริกาการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายผู้ต้องหา หากเป็นการรบกวนร่างกายเพียงเล็กน้อยฝ่ายรัฐย่อมมีอำนาจกระทำได้ โดยไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 (Fourth Amendment) ที่ห้ามการตรวจค้นและยึดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรและไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย (Due Process) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 (Fourteenth Amendment) ตลอดจนไม่เป็นการบังคับให้พยานปรักปรำตนเองในคดีอาญาซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 (Fifth Amendment) ที่คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของผู้ต้องหาเป็นวัตถุพยาน แต่เอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นพยานปรักปรำตนเองในคดีตามบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 นั้น บังคับเฉพาะคำพูดในการให้การหาได้บังคับรวมไปถึงพยานวัตถุด้วยไม่⁴⁰ แต่อย่างไรก็ตามการค้นหาความจริงด้วยการควบคุมหรือขังและการแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายของผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีอาญาข้างต้น จะต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราว ในระหว่างการพิจารณาของผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งได้รับการสันนิษฐานได้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดจริง ทั้งนี้ เพื่อให้เขาได้รับหลักประกันที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดีเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเอง

⁴⁰ ดาราวรรณ ใจคำป้อ, "การแสวงหาพยานหลักฐานจากร่างกายผู้ต้องหา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 130-131.

2.2.3 ประวัติความเป็นมาและหลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราว

ในหัวข้อประวัติความเป็นมาและหลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงการปล่อยชั่วคราวของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของการปล่อยชั่วคราว และการปล่อยชั่วคราวในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างยิ่ง ก่อนที่จะกล่าวถึงประวัติความเป็นมาและหลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยต่อไป

2.2.3.1 ประเทศอังกฤษ

2.2.3.1.1 ความเป็นมาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว

การปล่อยชั่วคราวหรือการประกันตัวมีต้นกำเนิดในประเทศอังกฤษ โดยมีการกล่าวถึงในสมัยปี ค.ศ. 673 ปรากฏวิธีการในทางวิธีพิจารณาความอาญาที่คล้ายกับการประกันตัวที่เรียกว่า "borth" ซึ่งเป็นวิธีการที่ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยจ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญา เพื่อป้องกันมิให้คู่ความทั้งสองฝ่ายอาฆาตพยาบาทต่อกันก่อนที่การพิจารณาคดีสิ้นสุดลง และหากภายหลังพิสูจน์ได้ว่าจำเลยบริสุทธิ์ก็จะได้รับเงินดังกล่าวคืน⁴¹ วิธีการนี้ได้มีมาจนถึงยุคสมัยกลางของอังกฤษประมาณปี ค.ศ. 1066 โดยหลักการดำเนินคดีอาญานั้น จำเลยต้องมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีทุกนัด จึงต้องมีการขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในระหว่างพิจารณาคดี แต่เนื่องจากศาลมีเขตอำนาจกว้างขวางมากทำให้ต้องเสียเวลาเดินทางมาพิจารณาคดี ประกอบกับคุกต่างๆ เต็มไปด้วยโรคภัยไข้เจ็บ เป็นเหตุให้ผู้ต้องหาจำนวนมากถึงแก่ความตายในระหว่างถูกขัง และผู้บริสุทธิ์ต้องถูกขังอยู่จนกว่าจะพิจารณาคดีเสร็จ ทำให้รัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดูแลเป็นจำนวนมาก

จากความเป็นมาข้างต้น จึงเกิดแนวความคิดที่จะใช้ระบบการประกันตัวขึ้นและมีการวิวัฒนาการตลอดมา ตั้งแต่การใช้ Sheriff (เป็นตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่สืบทอดมาจากระบบอังกฤษมีหน้าที่สำคัญคือ ทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองและทำหน้าที่คล้ายๆ ตำรวจ มีอำนาจจับกุมคุมขังผู้กระทำผิดคดีอาญาและคดีลงโทษต่างๆ นอกจากนี้ยังทำหน้าที่เป็นพัศดีเรือนจำส่งหมายศาลด้วย)⁴² เป็นผู้ที่มี

⁴¹ Paul E. Dow, *Discretionary Justice : A Critical Inquiry*(Cambridge: Mass , Ballinger Pub., 1981), p.59.

⁴² อุทัย หิรัญโต, *พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย*,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ทิพย์อักษร, 2525), หน้า 81.

อำนาจให้ประกันตัว ยกเว้นคดีอาญาที่ถือว่าร้ายแรงต้องรอจนกว่าผู้พิพากษาเคลื่อนที่จะเดินทางมาพิจารณา โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ต้องหาหรือบุคคลฝ่ายที่สามที่เชื่อถือได้ให้สัญญาก่อนการปล่อยชั่วคราวว่าจะมาปรากฏตัวในวันพิจารณาคดีของศาล ถ้าจำเลยหลบหนี นายประกันเองจะต้องมอบตัวเขาเองเป็นจำเลยแทน ด้วยเหตุนี้ นายประกันจึงมีอำนาจควบคุมดูแลจำเลยโดยแท้จริงและการประกันตัวในลักษณะนี้ ก็คือการให้จำเลยเป็นผู้เลือกผู้ควบคุมตัวจำเลยเอง ต่อมานายประกันซึ่งโดยปกติจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินก็มีสิทธิดีขึ้น คือ เพียงถูกริบจำนวนเงินประกันแทนการที่จะต้องมอบตัวเองเป็นจำเลยแทนในกรณีที่จำเลยไม่สามารถมาปรากฏตัวต่อศาลได้ จนในปี ค.ศ. 1275 ได้มี Act of Westminster จำกัดการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับอำนาจในการประกันตัวของ Sheriff โดยบัญญัติกำหนดประเภทความผิดที่ให้ประกันได้ และประเภทความผิดที่ให้ประกันไม่ได้⁴³ จึงถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่วางพื้นฐานของกฎหมายเกี่ยวกับการประกันตัวในประเทศอังกฤษ⁴⁴

ต่อมาการใช้อำนาจในการให้ประกันตัวก็ได้เปลี่ยนไปเป็นของผู้พิพากษาแห่งท้องถื่น (Justice of the peace) ซึ่งแต่เดิมเรียกว่า "Conservators" ที่ถูกแต่งตั้งมาทำหน้าที่ช่วยเหลือ Sheriff รักษาความสงบเรียบร้อยภายในท้องถื่นเหมือนตำรวจในปัจจุบัน ในปี ค.ศ. 1327 และ ค.ศ. 1332 จึงมีกฎหมายเพิ่มอำนาจให้ผู้พิพากษาแห่งท้องถื่นพิจารณาคดีอาญาเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งเห็นว่าจะไม่ควรให้เป็นภาระของผู้พิพากษาเคลื่อนที่ จึงเท่ากับเป็นการแทรกแซงและลดอำนาจเพื่อขจัดปัญหาความไม่เป็นธรรมจากการใช้ดุลพินิจของ Sheriff ลง จนในที่สุดผู้พิพากษาแห่งท้องถื่นถึงมีอำนาจลงโทษ Sheriff ในกรณีอนุญาตให้มีการประกันตัวไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรได้ และเมื่อมีกฎหมายแรงงานในปี ค.ศ. 1349-1360 ผู้พิพากษาแห่งท้องถื่นก็ได้เข้าไปทำหน้าที่ทางตุลาการโดยตรงตั้งแต่นั้นมาและเพิ่มความสำคัญต่อระบบศาลของอังกฤษมากขึ้นเป็นลำดับ⁴⁵

⁴³ ธง ลีฟิงทำ, "ความเป็นมาและทฤษฎีว่าด้วยการประกันตัวในประเทศอังกฤษและอเมริกา," วารสารอัยการ 2 (สิงหาคม 2522): 76.

⁴⁴ มนต์ชัย ชินินทรลีลา. "ขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลในการปล่อยชั่วคราว," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 18.

⁴⁵ สุขุมาลัย สุขิบบล, "การประกันในชั้นสอบสวน : ศึกษาในแง่การใช้ดุลพินิจเจ้าพนักงานในทางปฏิบัติ วิเคราะห์ตามแนวทางสังคมศาสตร์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 27.

แนวความคิด หลักเกณฑ์ และวิธีการในการประกันตัวได้พัฒนาโดยมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการประกันตัวเพิ่มขึ้นเป็นหลักใหญ่มาจนถึงปัจจุบันรวม 3 ฉบับ คือ⁴⁶

1. The Petition of Right 1629 บัญญัติจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์มิให้มีอำนาจสั่งขังบุคคลใดโดยไม่แสดงเหตุแห่งการสั่งจำขังนั้น นับเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ให้หลักประกันเสรีภาพของบุคคล แต่ในทางปฏิบัติ ศาลยุติธรรมยังเอนเอียงเข้าข้างพระมหากษัตริย์ จึงเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายนี้ด้วยการกำหนดหลักประกันในการประกันตัวไว้สูง จนผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่อาจหาประกันได้

2. The Habeas Corpus Act 1679 ตราขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพส่วนบุคคลของบุคคลสัญชาติอังกฤษที่ถูกกล่าวหา ให้ได้มีโอกาสได้รับการประกันตัวทันที เพื่อให้รอดพ้นจากการถูกจองจำ โดยผู้พิพากษามีอำนาจให้ประกันตัวได้ทั้งก่อนและระหว่างการไต่สวนมูลฟ้อง

3. The Bill of Rights 1688 เป็นกฎหมายที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ในหลายๆ ด้าน และจำกัดอำนาจศาลยุติธรรมมิให้กำหนดหลักประกันในการปล่อยผู้ต้องหาหรือจำเลยสูงเกินสมควร รวมทั้งมีการลงโทษในกรณีที่หลบหนีอย่างเด็ดขาด คือ การถอนสิทธิทางกฎหมายและการริบทรัพย์สิน ประกอบกับระบบประกันตัวเป็นไปในลักษณะส่วนตัว ผู้ที่ได้รับการประกันตัวจะต้องเป็นที่รู้จักของคนในท้องถิ่นและเชื่อถือได้เท่านั้น จึงอาจจะนำบุคคลที่สามมาเป็นนายประกันได้ ระบบนายประกันอาชีพจึงไม่อาจเข้าไปมีบทบาทแทรกแซงได้ และปรากฏว่ามีผู้หลบหนีคดีเพียงไม่กี่คน อย่างไรก็ตาม แม้ตามกฎหมายจะให้สิทธิในการให้การประกันตัวทั้งในคดีอาญาทั่วไป หรือคดีอุกฉกรรจ์โดยกว้างขวาง แต่ผู้พิพากษายังคงยึดถือหลักความสัมพันธ์ส่วนบุคคลเป็นสำคัญ จึงทำให้มีข้อจำกัดในทางปฏิบัติอยู่มากโดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1911-1921 ปรากฏว่าร้อยละ 25-30 ของผู้ได้รับการปลดปล่อยในชั้นสุดท้ายของคดีมิได้รับการประกันตัว

2.2.3.1.2 หลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวของประเทศอังกฤษ

ในปัจจุบันระบบการประกันตัวของอังกฤษดำเนินไปภายใต้กฎหมายหลัก 3 ฉบับ คือ The Magistrates' Court Act 1952, Bail Act 1976 และ The Magistrates' Court Act 1980 ซึ่งมี Bail Act 1976 เป็นหลักในการดำเนินการเกี่ยวกับการประกัน โดยมีขั้นตอนและวิธีการดังต่อไปนี้⁴⁷

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28-29.

⁴⁷ Christopher J. Emmins, A Practical Approach to Criminal Procedure Second edition(London: Financial Training Publication Limited, 1983), pp.345-346.อ้างถึงใน มนต์ชัย ชนิษฐสิลา. "ขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลในการปล่อยชั่วคราว," หน้า 20-21.

การประกันตัวในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจ ในกรณีที่มีการจับกุมโดยไม่มีหมายจับ เจ้าพนักงานตำรวจมีหน้าที่ต้องนำตัวผู้ถูกจับมายัง Magistrates' Courts ภายใน 24 ชั่วโมง เว้นแต่มีเหตุอันสมควร ไม่อาจส่งตัวได้ทันตามกำหนดเวลา เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งมียศไม่ต่ำกว่านายร้อยตำรวจตรี มีอำนาจพิจารณาให้ผู้ต้องหาประกันตัวได้ โดยจะมีนายประกันหรือไม่ก็ตาม Magistrates' Court Act 1980 มาตรา 43 แต่คดีนั้นต้องมีโชคดีความผิดร้ายแรงซึ่งไม่มีอำนาจให้ประกันตัวได้ ส่วนในกรณีที่มีการจับกุมโดยมีหมายจับ โดยปกติในหมายจับซึ่งออกโดยศาลจะระบุแน่ชัดว่าอนุญาตให้ประกันตัวผู้ต้องหาหรือไม่ กรณีที่ให้ประกันตัวก็จะระบุหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการประกันตัวไว้

การประกันตัวในชั้น Magistrates' Courts ผู้พิพากษามีอำนาจให้ประกันตัวในคดีอาญา ทั้งปวงเว้นแต่คดีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลอื่น ในกรณีไม่อนุญาตให้ประกันตัวก็มีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาก่อนการพิจารณาคดีได้ไม่เกิน 8 วัน ตาม Magistrates' Court Act 1980 มาตรา 5,10 (4) และสำหรับคดีที่ Magistrates' Courts ไม่มีอำนาจพิจารณาก่อนการพิจารณาคดีหรือระหว่างการพิจารณาคดีเป็นอำนาจของ Crown Court โดยการประกันตัวถือเป็นสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะได้รับตาม Bail Act 1976 มาตรา 4 ที่บัญญัติรับรองไว้ว่า "บุคคลผู้ยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวย่อมได้รับการประกันตัวไม่ว่าจะเป็นการประกันตัวในชั้น Magistrates' Courts , Crown Court หรือ High Court ก็ตามแต่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องให้คำรับรอง (Recognisance) มีลักษณะเป็นสัญญาให้กับศาลหรือนายตำรวจว่าตนจะไปปรากฏตามที่ที่กำหนดหรือไปรับการพิจารณาที่ศาลอาญา หรือที่จะไปเบิกความในฐานะพยาน หรือที่จะประพฤติตนด้วยความเรียบร้อย และตนรับรองว่าหากปฏิบัติฝ่าฝืนคำรับรองดังกล่าว ตนจะต้องเสียเงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าปรับ"⁴⁸

แต่ตาม Bail Act ได้บัญญัติไว้ต่อไปว่าจำเลยซึ่งถูกฟ้องหรือถูกลงโทษในความผิดข้อหาใดข้อหาหนึ่งซึ่งมีโทษจำคุก จำเลยอาจไม่ได้รับอนุญาตจากศาลให้ประกันตัวถ้า⁴⁹

- (1) ความปรากฏเป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันน่าเชื่อได้ว่า ถ้าจำเลยได้รับการปล่อยชั่วคราวแล้วจำเลยจะหลบหนี ไปกระทำความผิดขึ้นอีกในระหว่างที่ได้รับการปล่อยชั่วคราว ไปยุ่งเกี่ยวกับพยานหลักฐาน หรือขัดขวางการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับตัวจำเลยเอง
- (2) จำเลยควรถูกขังไว้เพื่อความปลอดภัยของตัวจำเลยเอง
- (3) จำเลยถูกศาลพิพากษาให้จำคุกในคดีอื่นแล้ว

⁴⁸ คณิ่ง ภาไชย, "วิธีพิจารณาคความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ," วารสารอัยการ 10 (กุมภาพันธ์ 2530): 12.

⁴⁹ Cristopher J. Emmins, A Practical Approach to Criminal Procedure, p.348.

- (4) จำเลยได้รับการประกันตัวไปแล้วถูกจับกุมอีก เช่น หลบหนีประกัน
- (5) คดีได้พิจารณาไปแล้ว และไม่มีเวลาพอที่จะรวบรวมเหตุตามข้อ (1)

2.2.3.1.3 กรณีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการประกัน

ถ้าจำเลยซึ่งได้รับการอนุญาตให้ประกันตัวไม่ยอมปรากฏตัวตามเวลาและสถานที่ที่กำหนด หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างใดก็ตามที่ศาลกำหนดไว้เพื่อการประกันตัว เช่น บุคคลซึ่งได้ประกันตัวจะต้องรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ แล้วไม่มารายงานตัวตามกำหนด ถือได้ว่าหลบหนีตามความหมายใน The Bail Act 1976 มาตรา 6 ศาลมีอำนาจที่จะออกหมายเรียกตัวจำเลยตามมาตรา 7(2) ได้

The Bail Act 1976 มาตรา 7 (1) กำหนดว่า ถ้าจำเลยได้รับการประกันตัวเพื่อจะมาปรากฏตัวต่อหน้าศาลแต่ไม่ได้กระทำตามนั้น ศาลก็อาจจะออกหมายจับจำเลยและเพื่อเป็นการป้องกันการฝ่าฝืนเงื่อนไขการประกันตัว เจ้าพนักงานตำรวจอาจจะจับกุมจำเลยซึ่งเชื่อว่าจะปฏิบัติผิดเงื่อนไขโดยไม่จำเป็นต้องมีหมาย

นอกจากนี้เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจที่จะจับจำเลยซึ่งสงสัยด้วยเหตุผลอันสมควรว่าได้ฝ่าฝืนหรือเชื่อว่าจะฝ่าฝืนเงื่อนไขในการประกันตัว ด้วยเหตุนี้ถ้าเป็นเงื่อนไขในการประกันตัวที่จำเลยจะต้องไปรายงานตัวยังสถานีตำรวจแล้วไม่ไปรายงานตัวตามกำหนดนัด จำเลยนั้นอาจจะถูกจับกุมทันทีโดยไม่ต้องมีหมายจับ

ในกรณีที่ผู้ประกันแ่แก่เจ้าพนักงานตำรวจเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจำเลยจะฝ่าฝืนเงื่อนไขการประกันตัว และผู้ประกันประสงค์ที่จะปลดเปลื้องภาระข้อผูกพันที่ทำไว้ จำเลยก็จะถูกจับเช่นกัน จำเลยซึ่งถูกจับอันเนื่องมาจากการคาดการณ์หรือสงสัยว่าจะฝ่าฝืนเงื่อนไขในการประกันจะต้องถูกนำตัวมายังศาล Magistrates' Courts โดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถปฏิบัติได้ ซึ่งถ้า Magistrates' Courts เห็นว่าจำเลยได้ฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือเป็นไปได้ที่จะฝ่าฝืนเงื่อนไขบางอย่างของการประกันตัว หรือเป็นไปได้ที่จะหลบหนีก็อาจยกเลิกการให้ประกันตัว หรือกำหนดเงื่อนไขในการประกันตัวเข้มงวดมากยิ่งขึ้น

The Bail Act 1976 มาตรา 6 ได้กำหนดวิธีการ 3 วิธีซึ่งจำเลยอาจถูกฟ้องร้องและถูกลงโทษสำหรับความผิดอันเนื่องมาจากหลบหนีประกันคือ⁵⁰

- 1) จำเลยจะถูกพิจารณาคดีสำหรับความผิดฐานหลบหนีประกันและถูกลงโทษจำคุกสูงถึง 3 เดือนและ/หรือปรับ 2,000 ปอนด์
- 2) ภายหลังจากกระบวนการพิจารณาคดีสำหรับความผิดฐานหลบหนีประกันตามมาตรา 6 แล้วผู้พิจารณาคดีอาจจะส่งผู้ต้องหาไปยัง Crown Court เพื่อลงโทษถ้า
 - (1) พิจารณาเห็นเป็นการสมควร
 - (2) ผู้พิจารณาได้ส่งตัวผู้ต้องหาไปเพื่อการพิจารณาในส่วนของความผิดตามฟ้องซึ่ง Crown Court จะเป็นผู้พิจารณาลงโทษถ้าผู้ต้องหานั้น ทั้งโทษที่เป็นการหลบหนีประกันและโทษอันเกิดจากความผิดในคดีนั้น ซึ่งอำนาจของ Crown Court ในการลงโทษคือลงโทษจำคุก 12 เดือนและ/หรือ ปรับโดยไม่จำกัดวงเงิน
- 3) การผิดสัญญาประกันใน Crown Court นั้นเสมือนเป็นการดูหมิ่นหรือละเมิดอำนาจศาล ผู้พิพากษาของ Crown Court จะดำเนินคดีกับจำเลยโดยการไต่สวนจะเป็นทั้งแบบทางการและไม่เป็นทางการ ผู้พิพากษาจะใช้เกณฑ์ต่างๆ ในการดำเนินคดีหรือให้พยานหลักฐานอะไรก็ตามที่ปรากฏซึ่งเห็นว่าเหมาะสมและเป็นธรรมแก่จำเลย

2.2.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.2.3.2.1 ความเป็นมาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็ได้รับแนวความคิดเรื่องการประกันตัวมาจากอังกฤษโดยยึดถือตามแบบและวิธีการที่อังกฤษใช้อยู่ในระยะแรกๆ คือถือความสัมพันธ์ระหว่างนายประกันและผู้ถูกกล่าวหาเป็นสิ่งสำคัญในการให้ประกันตัว นายประกันต้องรับผิดชอบแทนผู้ถูกกล่าวหาที่ไม่มาในการพิจารณาคดีถ้าผู้ถูกกล่าวหาหนีประกัน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้นายประกันมีอำนาจ

⁵⁰ ธิดารัตน์ ชลประเสริฐสุข, "การนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับแก่การผิดสัญญาประกันผู้ต้องหาในชั้นเจ้าพนักงาน," (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตรบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), หน้า 52.

ควบคุมดูแลผู้ถูกกล่าวหาอย่างเต็มที่⁵¹ เหตุที่สหรัฐอเมริกาปรับแนวคิดเรื่องประกันตัวไปจากอังกฤษก็เพราะประชากรในประเทศสหรัฐอเมริการุ่นแรก คือ ชาวอังกฤษที่อพยพไปจากประเทศอังกฤษ และประชาชนกลุ่มนี้เกิดทูนสิทธิเสรีภาพอย่างยิ่ง⁵² โดยเฉพาะแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติ (natural rights) ซึ่งได้วิวัฒนาการมาเป็นสิทธิมนุษยชน (human rights) ต่อมาหลังจากสหรัฐอเมริกาได้ประกาศอิสรภาพในปี ค.ศ. 1776 แล้วก็ได้มีการพัฒนาปรับปรุงระบบการประกันตัวทั้งด้านแนวความคิด วิธีปฏิบัติ และองค์กรผู้ใช้อำนาจไปอย่างมาก นายประกันมีสิทธิดีขึ้น โดยเปลี่ยนลักษณะสัญญาประกันที่นายประกันต้องรับผิดชอบผู้ถูกกล่าวหา มาเป็นการถูกริบเงินหรือหลักทรัพย์ตามสัญญาแทนแต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีอาณาเขตกว้างขวาง ประชากรมีจำนวนมาก ประกอบกับมีการย้ายถิ่นที่อยู่กันเสมอ จึงทำให้เกิดระบบนายประกันอาชีพเข้ามามีบทบาทในระบบการประกันตัวของสหรัฐอเมริกามาก⁵³

ถึงแม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพจะได้รับการยอมรับมาตั้งแต่ประชากรกลุ่มแรกของอเมริกาจนประกาศอิสรภาพแล้วก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของอเมริกา บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 8 บัญญัติแต่เพียงการห้ามเรียกหลักประกันเกินสมควรเท่านั้น⁵⁴ ส่วนสิทธิที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราวกลับไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจน คงจะเป็นเพราะผลจากการที่ประวัติศาสตร์ที่ประชาชนรุ่นแรกของอเมริกาเป็นคนอังกฤษ ซึ่งประชาชนกลุ่มนี้เกิดทูนสิทธิเสรีภาพอย่างยิ่ง แนวความคิดเรื่องการปล่อยชั่วคราวจึงอยู่ในจิตใจและวิญญาณของพลเมืองอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องบัญญัติในรัฐธรรมนูญอีก แต่ได้บัญญัติเรื่องการห้ามเรียกหลักประกันเกินสมควรไว้แทน เพราะการเรียกเงินประกันนี้เคยเป็นวิธีการที่ศาลใช้เข้าข้างกษัตริย์ในอังกฤษมาแล้ว ชาวอเมริกันจึงบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ก่อนจะมีการให้สัตยาบันต่อ Bill of Rights สภาครองเกรสของสหรัฐได้กำหนดข้อความไว้ใน Judiciary Act 1789 ว่า "ให้มีการประกันตัวผู้ต้องหาในกรณีที่มีการจับกุม

⁵¹ สุขุมลย์ สุโขบล, "การประกันในชั้นสอบสวน : ศึกษาในแง่การใช้ดุลพินิจเจ้าพนักงานในทางปฏิบัติ วิเคราะห์ตามแนวทางสังคมศาสตร์," หน้า 36.

⁵² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 90.

⁵³ สุขุมลย์ สุโขบล, "การประกันในชั้นสอบสวน : ศึกษาในแง่การใช้ดุลพินิจเจ้าพนักงานในทางปฏิบัติ วิเคราะห์ตามแนวทางสังคมศาสตร์," หน้า 36.

⁵⁴ ธง ลีฟิ่งทำ, "ความเป็นมาและทฤษฎีว่าด้วยการประกันตัวในประเทศอังกฤษและอเมริกา," หน้า 77.

⁵⁵ เพชร สุรทองอุ่น, "ดุลพินิจพนักงานสอบสวนในการปล่อยชั่วคราว," หน้า 110.

คดีอาญาทุกคดี เว้นแต่คดีนั้นมีโทษประหารชีวิต....” แต่ในข้อความตอนต่อไปยังได้กำหนดให้ใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ประกันตัวในคดีที่มีโทษประหารชีวิตได้ด้วย⁵⁶ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะ พฤติการณ์ แวดล้อม พยานหลักฐานของความผิด และการใช้กฎหมาย ดังนั้น ดุลพินิจของผู้พิพากษาอเมริกา ในการอนุญาตให้ประกันตัวก่อนจะพิจารณาคดีนี้มีโทษไม่ถึงขั้นประหารชีวิตนั้น โดยมากจะคำนึงถึงจำนวนเงินประกัน ทำให้ระบบนายประกันอาชีพกลายเป็นธุรกิจการค้าที่เจริญรุ่งเรือง สิทธิที่จะได้รับการประกันตัวทุกวันนี่จึงเป็นผลมาจากความสำเร็จของธุรกิจ การติดต่อขอประกันตัวของนายประกันที่มุ่งหวังทางการเงิน และป้องกันสิทธิที่จะได้รับการประกันตัวผู้ต้องหาเพื่อเปิดโอกาสให้เขาได้เตรียมต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และยังช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการลงโทษก่อนที่ศาลจะตัดสินว่ากระทำความผิด

แม้ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและใน Judiciary Act 1789 จะมีได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้เห็นถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่าจะได้รับการประกันตัว แต่ในทางปฏิบัติได้มีคำพิพากษาของศาลสูงวินิจฉัยยอมรับถึงสิทธิดังกล่าวไว้ในคดี Stack V. Boyle โดยกล่าวว่า หลักประกันซึ่งวางไว้เป็นจำนวนสูงกว่าที่ควรกำหนดเพื่อประกันการหลบหนีของจำเลยนั้นถือได้ว่าเกินสมควรใน Eighth Amendment⁵⁷ ซึ่งจากแนวความคิดเหล่านี้ได้วางรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยการประกันตัวของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันไว้ 3 ประการคือ⁵⁸

1. การพิจารณาการประกันตัวมีวัตถุประสงค์มุ่งแต่เพียงว่าผู้กระทำความผิดจะต้องมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีของศาล ตามเงื่อนไขที่ว่าจำเลยต้องให้คำรับรองจนเป็นที่พอใจว่าจะมาศาลในวันนัดพิจารณาและยินยอมที่จะรับโทษถ้าพบว่ากระทำความผิดจริง โดยต้องมีสัญญาประกันหรือการวางเงินจำนวนหนึ่งเพื่อเป็นหลักประกันเพิ่มขึ้น ซึ่งหากผิดสัญญาประกันตัวต้องถูกริบเงินนั้น
2. จำเลยบางคนมีแนวโน้มที่จะหลบหนีก็ยังมีสิทธิที่จะได้รับการประกันตัว เพราะการจะผิดให้เกิดความยุติธรรมจำเป็นต้องมีการเสี่ยงภัยที่ว่าจำเลยอาจจะหลบหนีบ้าง แต่ก็ได้กำหนดวิธีการจัดการในกรณีที่มีการหลบหนีไว้

⁵⁶ ธง ลีฟิงก์ทำ, “ความเป็นมาและทฤษฎีว่าด้วยการประกันตัวในประเทศอังกฤษและอเมริกา,” หน้า 77.

⁵⁷ วิสาร์ พันธนะ, “วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา,” ตุลาคม 25(กันยายน-ตุลาคม 2521): 51.

⁵⁸ ธง ลีฟิงก์ทำ, “ความเป็นมาและทฤษฎีว่าด้วยการประกันตัวในประเทศอังกฤษและอเมริกา,” หน้า 77-79.

3. จำนวนเงินประกันจะต้องไม่กำหนดจนสูงเกินไปตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 8 แต่ต้องกำหนดจำนวนเงินประกันให้เหมาะสมเพื่อลดความเสี่ยงภัยจากการที่จำเลยจะหลบหนี หรือเพียงเพื่อให้จำเลยมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีต่อศาล

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการประกันตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ ระบบนายประกันอาชีพีได้เข้ามามีบทบาทมากในการประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ตั้งแต่ยุคแรกที่นายประกันอาชีพีต้องรับผิดชอบแทนผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ไม่ไปศาลตามกำหนดนัด จนกระทั่งต่อมานายประกันอาชีพีเพียงแต่ถูกริบเงินหรือหลักประกันที่ยื่นไว้ต่อศาลเท่านั้น นายประกันอาชีพีจึงให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือญาติของบุคคลดังกล่าวทำสัญญาขาดใช้ค่าเสียหายไว้อีกสัญญาหนึ่งต่างหาก ในกรณีที่นายประกันอาชีพีต้องถูกศาลริบเงินหรือหลักประกัน เมื่อเกิดการผิดสัญญาประกันตัวกับศาล นอกจากค่าจ้างที่นายประกันอาชีพีจะได้รับในฐานะเป็นนายประกันต่างหาก⁵⁹

วิธีการของนายประกันอาชีพีดังกล่าวนี้ บุคคลที่จะจ้างนายประกันเช่นนี้ได้จะต้องมีฐานะพอสมควร ถ้าเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มีฐานะยากจน นายประกันก็จะไม่รับประกันให้ และแนวความคิดเกี่ยวกับการประกันที่ยึดหลักว่าจะต้องมาปรากฏตัวในการพิจารณานั้น ผู้มีฐานะยากจนจะได้รับการเชื่อถือเพียงใด หลักกฎหมายอาญาที่ว่า ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ หรือหลักความเสมอภาคหรือความมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายก็ดี บุคคลที่ยากจนจะยังคงมีสิทธิได้รับสิทธิดังกล่าวอีกหรือไม่⁶⁰ นับว่าปัญหาของระบบการประกันตัวไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะกับประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นแต่ยังรวมถึงประเทศอื่นๆ ด้วย

2.2.3.2.2 หลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวของประเทศสหรัฐอเมริกา

สิทธิในการประกันตัวมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่ถูกควบคุมไม่ว่าจะเป็นขั้นก่อนฟ้อง ขั้นพิจารณา และระหว่างควบคุมขณะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล ดังนี้⁶¹

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80-81.

⁶¹ อรรถวรณ์ ไทยวาณิช, "การปล่อยชั่วคราว," (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 31-33.

1) การประกันตัวก่อนการพิจารณาคดีเมื่อตำรวจจับกุมผู้ต้องหา มาได้ตำรวจจะสามารถควบคุมตัวผู้ต้องหาได้และถ้าจากการสอบสวนของตำรวจพบว่าผู้ต้องหาไม่ควร ถูกฟ้อง ตำรวจก็สามารถปล่อยตัวผู้ต้องหาไปได้และกระบวนการทางอาญาก็ยุติลง แต่ถ้าจากการสอบสวนตำรวจเชื่อว่าควรดำเนินคดีต่อไป ตำรวจจะต้องพาผู้ถูกจับไปพบกับผู้พิพากษา (Magistrate) ภายในเวลาอันรวดเร็ว ศาลก็จะสั่งให้ควบคุมตัวผู้ถูกกล่าวหาไว้หรือให้ประกันตัว การควบคุมตัวจะ เกิดขึ้นหากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องควบคุมตัว คือ ผู้ต้องหาจะไปกระทำความผิดอีก หรือเกรงว่าจะหลบหนี⁶² และเมื่อผู้พิพากษา Magistrate มีคำสั่งให้ควบคุมตัวผู้ต้องหาแล้ว หากผู้ต้องหาเห็นว่า คำสั่งที่ให้ควบคุมตัวไม่ถูกต้อง เขาก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งควบคุมตัวไปยัง District Court ได้

การพิจารณาเรื่องการประกันตัว ผู้พิพากษาจะมีข้อมูลเป็นรายงาน การประกันตัวของเจ้าหน้าที่ที่สัมภาษณ์ผู้ต้องหา ขณะอยู่ในห้องขังระหว่างรอการมาปรากฏตัวครั้งแรก ต่อหน้าศาล เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งแก่จำเลยว่าจะทำการรวบรวมข้อมูลประวัติของจำเลยเพื่อมอบแก่ผู้ พิพากษาใช้ประกอบการพิจารณาการให้ประกัน ซึ่งรายงานการประกันตัวจะมีข้อมูลเกี่ยวกับจำเลย เช่น จำเลยทำงานครั้งสุดท้ายเมื่อใด อาศัยอยู่กับใคร การกระทำของจำเลยเกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย มากน้อยเพียงใด หากประวัติของผู้เสียหายอยู่ในเกณฑ์มาตรฐานก็จะได้รับการประกันตัว

เมื่อ District Court มีคำสั่งอย่างใดแล้ว หากผู้ต้องหาไม่พอใจ สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ได้ และหากผู้พิพากษา Magistrate เห็นว่ามีการกระทำความผิด เกิดขึ้นจริงและผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดนั้น ผู้พิพากษา Magistrate ก็จะยื่นคำให้การต่อศาล District Court และในกรณีนี้จำเลยก็อาจร้องขอประกันตัวออกไปได้ ในการพิจารณาคำร้องนอกจาก จะพิจารณาถึงเหตุจำเป็นในการควบคุมตัวแล้ว District Court ต้องพิจารณาลักษณะเหล่านี้ ประกอบด้วย คือ

- (1) ถ้าโทษที่ถูกฟ้องร้องนั้นเป็นคดีที่มีความผิดถึงขั้นประหารชีวิต กฎหมายบัญญัติห้ามมีการอนุญาตให้ประกันตัว แต่ยังเป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้ประกันตัวได้
- (2) ถ้าโทษที่จำเลยถูกฟ้องร้องเป็นคดีเล็กน้อย จะได้รับอนุญาต ให้ปล่อยตัวไปชั่วคราว โดยมีประกันหรือหลักประกันไปก่อนการพิจารณาได้เสมอ
- (3) ถ้าโทษที่จำเลยถูกฟ้องร้องเป็นโทษหนัก จะได้รับการปล่อยชั่วคราวหรือไม่นั้น เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษา โดยคำนึงถึงลักษณะดังนี้

⁶² Lloyd L. Weinerb. Danial of Justice. New York : A Division of Macmillan, 1979,p.51.

- (3.1) ความหนักเบาแห่งความผิดที่ฟ้องร้อง
- (3.2) น้ำหนักพยานในคดี
- (3.3) ฐานะการเงินและการทำงานของจำเลย
- (3.4) ชีวิตประวัติ และชีวิตครอบครัวของจำเลย
- (3.5) บันทึกการหนีประกันของจำเลย (ถ้ามี)
- (3.6) บันทึกประวัติอาชญากรรมของจำเลย (ถ้ามี)
- (3.7) ความเป็นผู้มีคุณธรรมของจำเลย

แต่สิทธิที่จะได้รับการประกันตัวนั้น จะต้องอยู่ในข้อกำหนดเงื่อนไขที่ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องให้คำรับรองจนเป็นที่พอใจว่าจะมาปรากฏตัวในวันพิจารณาคดี และยินยอมรับโทษหากการพิจารณาคดีเห็นว่ากระทำผิดจริง โดยจำเลยต้องมีนายประกันให้คำสาบานและมีสัญญาประกันตัว ซึ่งกำหนดความรับผิดชอบหรือกำหนดวงเงินประกันไว้ตามจำนวนมาตรฐาน ศาลมีหน้าที่กำหนดวงเงินเพื่อประกันความเสี่ยงภัยจากการที่ผู้ได้รับการประกันตัวจะหลบหนี และจะต้องไม่สูงเกินไป หากผู้ต้องหาหรือจำเลยเหล่านั้นผิดสัญญาจะต้องถูกริบ

2) การประกันตัวหลังจากมีการพิจารณาคดีแล้ว คือ District Court ได้มีคำพิพากษาคัดสินคดีแล้ว และจำเลยได้อุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลอุทธรณ์ จำเลยก็ยังมีสิทธิร้องขอประกันตัวต่อศาลอุทธรณ์ได้ โดยศาลอุทธรณ์มีข้อพิจารณาคือ จำเลยจะหลบหนี หรือจะทำตัวเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือชุมชนหรือไม่ และต้องปรากฏว่าไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประวิงคดีและเป็นการยกข้อกฎหมายสำคัญขึ้นอุทธรณ์ โดยถ้าศาลอุทธรณ์พิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้วเห็นว่าจำเลยควรได้รับการประกันตัวไป ศาลอุทธรณ์ก็จะมีคำสั่งอนุญาตให้ประกันตัวไปได้ ถ้าศาลอุทธรณ์ไม่อนุญาตให้ประกันตัว จำเลยก็อาจจะอ้างหลัก Habeas Corpus (คือการควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ต้องหาหรือเลยที่อ้างว่าการควบคุมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็น การละเมิดต่อกฎหมาย) ด้วยการยื่นคำร้องและเสนอหลักฐานพิสูจน์เหตุผลสมควรในการประกันตัวต่อศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าการควบคุมนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และขอให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวให้พ้นจากการควบคุม ถ้าศาลไต่สวนแล้วเห็นว่า การควบคุมมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะออกหมายซึ่งเรียกว่า "Writ of Habeas Corpus" ปล่อยตัวจากการถูกควบคุม

2.2.3.2.3 กรณีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการประกัน

หากผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวหลบหนีหรือไม่มาตามกำหนดนัดหรือปฏิบัติผิดเงื่อนไขของเจ้าพนักงานหรือศาล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1996 มาตรา 3148 กำหนดการบังคับกรณีที่มีการฝ่าฝืนเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราวไว้ว่า⁶³

1) บุคคลผู้ได้รับการปล่อยชั่วคราวโดยกำหนดเงื่อนไขตามมาตรา 3142 ของกฎหมายนี้ได้ฝ่าฝืนเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราว ให้ยกเลิกการปล่อยชั่วคราวนั้น และสั่งขังและฟ้องคดีในข้อหาละเมิดอำนาจศาล

2) การยกเลิกการปล่อยชั่วคราว - พนักงานอัยการอาจเสนอให้มีการยกเลิกหมายปล่อย โดยการยื่นคำร้องต่อศาล ผู้พิพากษาอาจออกหมายจับบุคคลผู้ได้รับการปล่อยชั่วคราวในข้อหาฝ่าฝืนเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราว และให้นำตัวบุคคลดังกล่าวมายังศาลเพื่อดำเนินคดีตามบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ นอกจากนี้บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราวซึ่งมิได้กระทำความผิดตามกฎหมายของรัฐกลาง กฎหมายของรัฐ และกฎหมายท้องถิ่น ในระหว่างที่ได้รับการปล่อยชั่วคราวให้นำตัวบุคคลนั้นมายังศาลซึ่งได้ออกหมายปล่อย ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะเพิกถอนหมายปล่อยและออกหมายขังหลังจากที่ได้ดำเนินการไต่สวนและ

(1) เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า

(A) มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดต่อกฎหมายของรัฐบาลกลาง ของรัฐ หรือของท้องถิ่น ในระหว่างที่ได้รับการปล่อยตัว หรือ

(B) มีพยานหลักฐานรับฟังได้โดยปราศจากความสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวได้ฝ่าฝืนเงื่อนไขใด ๆ ในการปล่อยชั่วคราว และ

(2) เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า

(A) ไม่มีเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวซึ่งจะประกันได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ก่ออันตรายแก่บุคคลอื่นหรือของชุมชน ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3142 (g) ของบทบัญญัตินี้ หรือ

(B) บุคคลดังกล่าวมีลักษณะจะไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราว

⁶³ ร้อยตำรวจโท หญิง จิตติมา กำธรจิวิรรณ, "การปล่อยชั่วคราวโดยกำหนดเงื่อนไข : ศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา," (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 38-40.

ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ในระหว่างที่มีการปล่อยชั่วคราวบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดตามกฎหมายของรัฐบาลกลาง กฎหมายของรัฐ และกฎหมายท้องถิ่น ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ไม่มีเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวใดที่จะประกันได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ก่ออันตรายต่อบุคคลอื่นหรือต่อชุมชน หากเป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวที่จะประกันได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ก่ออันตรายต่อบุคคลอื่นหรือต่อชุมชน และบุคคลนั้นจะปฏิบัติตามเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราว ศาลอาจดำเนินการกับบุคคลนั้นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3142 ของบทบัญญัตินี้ และอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวได้ตามที่เห็นสมควร

3) การดำเนินคดีฐานละเมิดอำนาจศาล - เจ้าหน้าที่ศาลจะฟ้องคดีฐานละเมิดอำนาจศาลได้ตามมาตรา 401 แห่งบทบัญญัตินี้

2.2.3.3 ประเทศไทย

2.2.3.3.1 ความเป็นมาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว

ตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ด้านกฎหมายที่ปรากฏให้ศึกษา ได้แก่ ศิลปจารึกพ่อขุนรามคำแหง ซึ่งค้นพบเมื่อปี พ.ศ. 2376 ในสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ไม่ได้ปรากฏเรื่องการประกันตัวหรือปล่อยชั่วคราวแต่ประการใด คงมีแต่วิธีพิจารณาความอาญาที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการด้วยพระองค์เอง เริ่มคดีด้วยการร้องทุกข์โดยวิธีการสันกระบัตติ จากนั้นพ่อขุนรามคำแหงจะเป็นผู้พิจารณา⁶⁴

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีของไทยเป็นเวลาถึง 417 ปี หลักฐานต้นฉบับกฎหมายต่างๆ หาไม่พบ คงสูญหายหรือถูกพม่าเผาทำลายหมดในปี พ.ศ. 2310 เมื่อกรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่า⁶⁵

จนกระทั่งในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อปี พ.ศ. 2347 รัชกาลที่ 1 ได้มีการชำระสะสางกฎหมายที่มีใช้อยู่แต่เดิมครั้งกรุงศรีอยุธยา หากเลอะเลือนมาจัดทำใหม่ไม่ถูกต้องเป็นหมวดหมู่ เพื่อใช้

⁶⁴ กำธร กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2526), หน้า 1-4.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

เป็นหลักในกระบวนการยุติธรรม เรียกว่า “ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1”⁶⁶ หรือ “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งในลักษณะตราการได้บัญญัติเกี่ยวกับการประกันตัวเอาไว้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการประกันตัวหรือการปล่อยตัวชั่วคราวได้มีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว โดยได้ปรากฏอยู่ใน “กฎหมายลักษณะตราการ” บทที่ 3 และบทที่ 28 กล่าวคือ⁶⁷

บทที่ 3 บัญญัติว่า ถ้าผู้ใดค้ำประกันผู้คนที่ต้องคดีเนือความณะโรงสาร ให้ผู้ประกันทำหนังสือแก่ภูตาศเสมียนนายพะทำมะรง ให้นายภูตาศเสมียนนายพะทำมะรงรับเอาหนังสือนั้นไว้ แล้วให้นายภูตาศพะทำมะรงเอาหนังสือแลตัวผู้ประกันไปดูเรือนผู้ประกัน แลครั้นไปถึงเรือนแล้วให้นายภูตาศพะทำมะรงบอกแก่ลูกเมียผู้คนที่อยู่ ณ เรือนให้รู้ ถ้าผู้คนลูกเมียซึ่งอยู่ ณ รับว่าให้ประกันเกิด ก็ให้นายพะทำมะรงเอาหนังสือนั้นไว้ ให้คืนให้ๆ เลือกเอาผู้คนที่มั่นคง ถ้ามิได้บอกเอาไว้แล้ว จะเกาะเอาลูกเมียผู้คนที่อยู่ ณ เรือนมิได้ เพราะเขามีได้รู้มิได้เห็น

บทที่ 28 บัญญัติว่า มั่นรับเรือนให้ชายผู้หนึ่งประกันก็ดี มั่นประกันเองก็ดี และผู้มีคดีให้ญาติพี่น้องพงษ์พันธุ์แก่เนือความต่างต่อด้วยโจทก์เป็นสำนวนชี้แล้วก็ดี ยังไปมัดได้สำนวนก็ดี แลผู้รับแก่นั้นตาย แลผู้ประกัน ผู้รับเรือนค้ำทำหนังสือเข้ามาจะว่าฟังต่างเล่านั้นมันทำนอกพระราชบัญญัติจะให้เนือความเนิ่นช้า จะต่างฟังต่างเล่านั้นมิได้ ให้เอาตัวเจ้าทุกข์ตัวความนั้นว่ากล่าวเอง

อนึ่ง คำว่า “ภูตาศ” หมายถึง เสมียน และ “พะทำมะรง” หมายถึง ผู้ควบคุมนักโทษ⁶⁸

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ กฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะตราการได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมและประกันไว้ว่า⁶⁹

“... ภูตาศเกาะลูกความไว้หาผู้ประกันมิได้เอาจำไว้สองวัน สามวัน เดือนหนึ่ง ตระลาการให้กินเข้าให้ผ้านุ่งมากน้อยเท่าใดใช้ ทานให้คิดเอาตามทีให้เข้ากินผ้านุ่งนั้น...”

⁶⁶ หลวงสุทธิวาทณฤพตฺติ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 90.

⁶⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา (พระนคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดศิพร, 2510), หน้า 47-48.

⁶⁸ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 825 และ 777.

⁶⁹ กรมศิลปากร, เรื่องกฎหมายตราสามดวง (กรุงเทพมหานคร : กรมศิลปากร, 2521), หน้า 242.

"... ถ้าผู้ใดค้าประกันผู้คน ซึ่งต้องคดีเนื้อความณะโรงสาร ให้ผู้ประกันทำหนังสือให้แก่ภูดาษเสมียนนายพะท่ามระ..." ซึ่งบัญญัติเนื้อความเดียวกันกับกฎหมายลักษณะตระลาการบทที่ 3 ในสมัยกรุงศรีอยุธยา

ตามหลักฐานที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง การประกันไม่ได้ใช้เฉพาะคดีอาญาแต่ใช้ในทุกคดี นอกจากนี้ผู้เป็นฝ่ายในคดี คือ ทั้งโจทก์จำเลยต้องจำขังไว้ นอกจากจะหาผู้ค้ำประกัน เพื่อเป็นประกันในการนำตัวมาส่งศาลได้ตามวัตถุประสงค์สำคัญที่จะให้ทั้งสองฝ่ายมาแสดงตนต่อศาลทุกนัด และจะไม่หลบหนีเมื่อถูกบังคับตามคำพิพากษา⁷⁰ ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะเรื่องค่าใช้จ่ายในการควบคุมไม่ว่าจะเป็นอาหาร เครื่องนุ่งห่ม โดยตระลาการเป็นผู้จัดการให้ทั้งสิ้น โดยคิดค่าใช้จ่ายจากผู้ที่ถูกควบคุมอยู่ตลอดเวลาที่มีการพิจารณาคดีซึ่งล่าช้าเสียเวลามาก สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว จึงเป็นผลพลอยได้จากความจำเป็นเรื่องค่าใช้จ่ายดังกล่าว⁷¹ แต่การประกันตัวในสมัยนั้นผู้ประกันก็ต้องรับผิดชอบมากมายแทนผู้ที่ตนรับประกัน โดยต้องเป็นการประกันแบบ "เทครัวเรือน" ที่ลูกเมียผู้คนที่อยู่ ณ เรือนผู้ประกันยินยอมและร่วมรับผิดชอบเหมือนกันนายประกันที่จะต้องถูกตีหรือจำแทนผู้ที่ตนรับประกันด้วย⁷²

กฎหมายตราสามดวงได้บังคับใช้เป็นหลักมาประมาณ 100 ปีเศษ จนกระทั่งมีการปรับปรุงกฎหมายและการศาลตามแบบตะวันตก ในรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 กฎหมายตราสามดวงจึงเลิกใช้ และจากการปรับปรุงครั้งนี้ก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายมาบังคับ 2 ฉบับ คือ

1. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115
2. ประกาศยกเลิกกฎหมายต่อท้ายพระราชบัญญัติ ร.ศ. 117 อันเป็นประกาศยกเลิกกฎหมายตราสามดวงบางลักษณะ บางมาตราที่ล้าสมัยเสีย

ดังนั้น การปรับปรุงกฎหมายและการศาลครั้งนี้ ทำให้มีกฎหมายใช้บังคับอยู่ 3 ฉบับ กล่าวคือ 2 ฉบับข้างต้นและกฎหมายตราสามดวงที่ยังไม่ยกเลิก โดยเฉพาะพระราชบัญญัติวิธีพิจารณา

⁷⁰ ร. แลงกาดี, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526), หน้า 205.

⁷¹ เพชร สระทองอุ่น, "ดุลพินิจพนักงานสอบสวนในการปล่อยชั่วคราว," หน้า 119.

⁷² กรมศิลปากร, เรื่องกฎหมายตราสามดวง, หน้า 244.

ความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 ซึ่งร่างโดยอาศัยหลักกฎหมายอังกฤษเป็นมูลฐาน⁷³ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการประกันตัวไว้ในมาตรา 6 ดังนี้

"ถ้าผู้พิพากษาพิเคราะห์ดูเหตุผลและถ้อยคำของพยานทั้งปวงโดยด่องแท้แล้ว เห็นว่า ถ้อยคำของพยานเหล่านั้นไม่ควรฟังได้ว่าคนผู้ต้องหาจะมีพิรุณประการใด ถ้าถ้อยคำของพยานเหล่านั้นไม่มี มูลพอที่จะสั่งให้เอาตัวคนผู้ต้องหาไว้พิจารณาต่อไป เมื่อวินิจฉัยเห็นแนบดังนี้แล้วก็ให้ผู้พิพากษามีคำสั่ง ให้ปล่อยคนผู้ต้องหาคืนนั้นหลุดพ้นไปทีเดียว ไม่เกี่ยวข้องต้องพิพาทด้วยคดีนั้นต่อไป ถ้าผู้พิพากษาได้ สอนพิเคราะห์ดูถ้อยคำของพยานทั้งปวงโดยด่องแท้แล้ว เห็นว่าถ้อยคำของพยานเหล่านั้นพอควรฟังได้ ว่าคนผู้ต้องหานั้นมีพิรุณบ้างแล้ว แต่ถ้าผู้พิพากษาศาลได้สอนนั้นมีอำนาจพิจารณาความตลอดไปได้ ก็ ให้กำหนดวันเวลาที่พิจารณาต่อไป แต่ถ้าศาลได้สอนนั้นไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาความต่อไปได้ ก็ให้ผู้พิพากษา กำหนดวันเวลาที่ส่งคดีนั้นไปยังศาลที่สมควรจะชำระ กำหนดวันเวลาพิจารณา ต่อไป แลให้ส่งตัวคนผู้ต้องหาไปขังไว้ในตารางคอยกำหนดวันพิจารณา ถ้าจะอนุญาตให้คนผู้ต้องหา มี ประกันไปก็ได้ สุดแต่ผู้พิพากษาจะเห็นสมควรแก่รูปความอันมีโทษหนักแลเบา"

นอกจากนี้ ประกาศบอกเลิกกฎหมายต่อท้ายพระราชบัญญัติ ร.ศ. 117 ซึ่งได้ยกเลิก กฎหมายตราสามดวงเกี่ยวกับการประกันตัวไปด้วย แต่จากกฎหมายใหม่ 2 ฉบับนี้ ทำให้มีการ เปลี่ยนแปลงหลักการประกันตัวหรือปล่อยชั่วคราวไป โดยสรุป คือ⁷⁴

1. การประกันตัวมิได้มีเฉพาะผู้ต้องหาในคดีอาญาเท่านั้น ในคดีแพ่งเองซึ่งปกติไม่ต้อง มีประกัน แต่ถ้าหากศาลฟังได้ว่าจำเลยไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือคิดจะหลบหนีคดี ศาลก็มีอำนาจ เรียกประกันโดยจะเป็นบุคคลหรือทรัพย์สินตามสมควรแก่รูปคดีก็ได้

2. ยกเลิกการประกันแบบ "เทครัวเรือน" โดยทำเป็นหนังสือทำเป็นสัญญายอมเสียเงิน แทน⁷⁵ ซึ่งเดิมเป็นสัญญาที่ผู้ประกันและลูกเมียผู้คนที่อยู่ ณ เรือนผู้ประกันต้องร่วมรับผิดชอบหรือจำ แทนผู้ที่ตนรับประกันด้วย การเปลี่ยนแปลงหลักการประกันตัวใหม่นี้ หากผู้ต้องหาหลบหนีหรือประวิง

⁷³ พระวุฒิสาสตร์เนติญาณ, วิธีพิจารณาความอาญา (พระนคร : สยามพานิชการ, 2481), หน้า 150.

⁷⁴ สุขุมาลัย สุโขบล, "การประกันตัวในชั้นสอบสวน : ศึกษาในแง่การใช้ดุลพินิจเจ้า พนักงานในทางปฏิบัติ วิเคราะห์ตามแนวทางสังคมศาสตร์," หน้า 64-66.

⁷⁵ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายเล่ม 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สำนักทำเนียบ นายกรัฐมนตรี, 2513), หน้า 648.

ความแล้ว นายประกันคงต้องรับผิดชอบโดยเสียสินไหมพิโนยแทนเท่านั้น และนายประกันยังมีสิทธิไต่เบี่ยที่ค่าสินไหมพิโนยที่ตนต้องเสียไปได้

3. การขอถอนสัญญาประกันสามารถทำได้โดยเพียงบอกกล่าวแก่ผู้พิพากษา (ตระลาการเดิม) ที่ให้ประกัน และให้ผู้ต้องหาหาหนายประกันใหม่ก่อนจึงจะขอหนังสือสัญญาประกันคืนได้

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงหลักการประกันตัวในช่วงนี้ก็ยังคำนึงถึงด้านความจำเป็นของรัฐเป็นหลักอยู่นั่นเอง ส่วนด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังเป็นเพียงผลพลอยได้อยู่เช่นเดิม

ในระหว่างที่ยังใช้กฎหมายทั้งสามฉบับข้างต้นนั้น การร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักที่ใช้อยู่ในปัจจุบันก็ยังคงดำเนินการอยู่ตลอดมา ในฉบับร่างแรกๆ ยังไม่มีหลักการที่ชัดเจน มีการเสนอร่างและปรับปรุงไม่น้อยกว่า 10 ครั้ง โดยไม่มีการพยายามเสนอแนวทางและวิธีปฏิบัติที่นอกจากจะคำนึงถึงระบบการจัดองค์กรแล้ว ยังต้องคำนึงถึงการยอมรับและความเข้าใจของประชาชนส่วนใหญ่ พร้อมกับสอดแทรกแนวความคิดวิธีปฏิบัติใหม่ๆ ให้เปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไปเพื่อไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งที่รุนแรง โดยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกันตัวมีการเสนอร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพอสังเขป ดังนี้⁷⁶

1. ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับแรกเสนอโดย Mr. Rene A. Guyon ในปี พ.ศ. 2452 แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกันตัว คณะกรรมการจึงได้ปรับปรุงเพิ่มเติมในลักษณะที่ 3 การประกันและหลักประกัน (Bail and other securities) โดยผู้พิพากษาไต่สวนแห่งศาลโปลิสกา ซึ่งมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการให้ประกันตัวหรือไม่ก็ได้โดยไม่ต้องมีจำกัด เพียงแต่กำหนดเป็นจำนวนเงินหรือหลักทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนเจ้าพนักงานผู้ดำเนินคดีจะทำการใดเกี่ยวกับสัญญาประกัน เช่น การปรับตามสัญญา การออกหมายจับ จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้พิพากษาไต่สวนก่อน และอำนาจของผู้พิพากษาไต่สวนจะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ต้องขังถูกฟ้องและถูกขังระหว่างการพิจารณา

2. ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 2 เสนอโดย Mr. Delesstree ในปี พ.ศ. 2458 ซึ่งบัญญัติเรื่องการประกันตัวไว้ในบรรพ 4 ลักษณะ 8 เงื่อนไขของผู้ต้องหา ขณะถูกควบคุม จับกุม หรือโดยมีหมายขังและการปล่อยชั่วคราว มีลักษณะสำคัญคือ การประกันอาจทำได้ทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นศาล โดยผู้ต้องหาเท่านั้นที่มีสิทธิร้องขอประกันตัวได้ ส่วนการกำหนดวงเงินที่

⁷⁶ สุขุมาลัย สุโขบล, "การประกันในชั้นสอบสวน : ศึกษาในแง่การใช้ดุลพินิจเจ้าพนักงานในทางปฏิบัติ วิเคราะห์ตามแนวทางสังคมศาสตร์," หน้า 81-89.

จะต้องรับผิดชอบตามสัญญาประกันอยู่ในดุลพินิจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ โดยในสัญญาประกันมีวัตถุประสงค์ผูกมัดผู้ต้องหาให้ต้องมาปรากฏตัวในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีเมื่อถูกเรียกตัว และหากมีคำพิพากษาว่ามีความผิดจริงก็จะมีตัวผู้ถูกลงโทษ แต่หากผิดสัญญาประกันโดยไม่ผิดอันควรก็จะริบเงินดังกล่าวตามสัญญาของรัฐ ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจให้ประกันอาจออกหมายจับได้ และในกรณีที่ผู้ต้องหาถูกคุมขังตามหมายขังแต่ยังไม่ได้ถูกฟ้องต่อศาล หากเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และผู้ต้องหาไม่มีมูลจำเป็นหลักแหล่งอาชีพแน่นอน เมื่อมีคำฟ้องจากผู้ต้องหา ผู้มีอำนาจก็อาจปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาได้

3. ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 3 เสนอโดย Mr. Rene A. Guyon ในปี พ.ศ. 2460 โดยได้แก้ไขถ้อยคำและเพิ่มเติมชื่อเรื่องการประกันไว้ในหมวด 6 การปล่อยตัวชั่วคราว ประกัน และสัญญาทัณฑ์บน (Provisional Release Bail and Bond) โดยมีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากร่างฉบับที่สอง คือ กำหนดขอบเขตอำนาจการให้ประกันของพนักงานอัยการไว้เฉพาะในความผิดลงโทษที่เกิดในเขตอำนาจของตน นอกนั้นเป็นอำนาจของผู้พิพากษาไต่สวน ผู้มีสิทธิร้องขอประกันตัวจะเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือบุคคลอื่นก็ได้ โดยนายประกันต้องลงลายมือชื่อในสัญญาประกันด้วย การประกันอาจใช้หลักทรัพย์แทนเงินก็ได้ แต่การกำหนดวงเงินประกัน พนักงานอัยการและศาลยังคงสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง จนเป็นปัญหาสำคัญที่มีการวิพากษ์วิจารณ์กันเป็นอย่างมากว่า ควรมีขอบเขต หลักเกณฑ์ หรือข้อกำหนดในการใช้ดุลพินิจอย่างไร เพียงใดหรือไม่ โดยในปี 2461 หนังสือพิมพ์ The Bangkok Times ได้วิพากษ์วิจารณ์คดีนายมงคลซึ่งเป็นนักกฎหมายเป็นโจทก์ฟ้องนายสีเต็กกอฟพ่อค้าชาวจีนเป็นจำเลย ฐานฉ้อโกงเงินประมาณ 36,879 บาท ในคดีนี้จำเลยเป็นพ่อค้ามีฐานะชื่อเสียงร่ำรวยมีร้านค้าในกรุงเทพฯ ถึง 2 ร้าน ผู้พิพากษาไต่สวนได้ใช้ดุลพินิจให้จำเลยประกันในวงเงิน 200,000 บาท พร้อมทั้งวางหลักทรัพย์มูลค่า 120,000 บาท โดยศาลใช้ดุลพินิจดังกล่าวประกอบกับคำคัดค้านของพนักงานอัยการที่ว่า จำเลยเป็นผู้มีอิทธิพลอาจหลบหนีการพิจารณาคดีได้

ในเรื่องนี้มีผู้ใช้นามปากกาว่า "Lawyer" เป็นบทความลงใน The Bangkok Times ให้ข้อคิดว่า เคยปรากฏเหตุการณ์เช่นนี้ในฝรั่งเศส โดยจำเลยถูกฟ้องฐานใช้เอกสารปลอมและความผิดต่อหน้าที่ราชการ ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดวงเงินประกันถึงครึ่งล้านฟรังก์ โดย Lawyer ให้เหตุผลว่าเป็นผลมาจากสงครามอันทำให้ข้าวของมีราคาแพง และเห็นว่าในการพิจารณาของศาลว่าจะอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวหรือไม่ ฐานความผิดเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้น วงเงินประกันจะเป็นข้อพิจารณาต่อมา การเรียกวงเงินประกันจำนวนเท่าไหร่นั้นเป็นผลมาจากการไต่สวนของศาล อย่างไรก็ตาม มีผู้ใช้นามปากกาว่า Plain Facts ได้แย้ง Lawyer ในเรื่องวงเงินประกันว่า ความผิดในประเทศไทยเป็นเรื่อง

ระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่ในฝรั่งเศสเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความสำคัญของคดีย่อมแตกต่างกัน ทั้งวงเงินประกันย่อมแตกต่างกันไปตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา

สำหรับตัวแทนหนังสือพิมพ์ The Bangkok Times ให้ความเห็นว่า หนังสือพิมพ์มีสิทธิวิเคราะห์วิจารณ์การใช้ดุลพินิจของศาล แต่หากจะหาขอบเขตการใช้ดุลพินิจให้ศาลนั้นคงเป็นเรื่องที่โง่มาก ตามหลักการประกันตัวในอังกฤษแล้วต้องเรียกประกันในวงเงินที่สมควร โดยมีนายประกันให้คำรับรองว่า ผู้ต้องหาจะไม่หลบหนีโดยจะดูแลผู้ต้องหาอย่างใกล้ชิด หากผู้ต้องหาคิดจะหลบหนีจะแจ้งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบ ดังนั้น เมื่อพิเคราะห์ตามคดีนายสิเต็กกอกที่เกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว ย่อมเป็นการเรียกประกันเกินสมควร และยังได้ให้ความคิดเห็นกรณีโต้แย้งระหว่าง Lawyer กับ Plain Facts ว่า อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราไม่ใช่ปัญหาสำคัญ ตามระบบการประกันตัวศาลต้องพิจารณาสภาพความผิดและชื่อเสียงของผู้ต้องหาว่าสมควรให้ประกันหรือไม่ หากเห็นควรอนุญาตให้ประกันจึงจะพิจารณาวงเงินประกันไม่ว่าวงเงินประกันจะมีอัตราส่วนมากกว่าโทษที่จะได้รับหรือไม่ก็ตาม แสดงให้เห็นว่า หากจะได้รับอนุญาตให้ประกันตัวแล้ว ก็ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของศาลอย่างเดียว ซึ่งไม่ตรงกับหลักการของการประกันตัวที่ต้องเพื่อประโยชน์ของผู้ต้องหาด้วย หากระบบยังเป็นไปเช่นนี้ก็ควรจำกัดลงไปว่า คดีใดไม่ควรให้มีประกัน ในขณะที่ศาลต้องใช้ดุลพินิจในคดีอุกฉกรรจ์ โดยหลักการควรให้มีการประกันตัว เว้นแต่มีเหตุผลที่ควรเชื่อได้ว่าจะทำให้เสียความยุติธรรมไป จึงจะปฏิเสธการให้ประกันด้วยการกำหนดวงเงินประกันให้สูง

ในปี พ.ศ. 2466 มีชาวศาลจังหวัดอุทัยธานีลงโทษนายประกันด้วยการคุมขัง เนื่องจากไม่อาจนำตัวผู้ต้องหามาศาลตามหมายเรียกได้ ทั้งยังมีได้กำหนดระยะเวลาคุมขังที่แน่นอน เมื่อมีการร้องเรียนว่าเป็นการขังที่ไม่ชอบ ศาลสูงได้วินิจฉัยว่านายประกันมิได้กระทำความผิดจึงสั่งปล่อย โดยให้นำเงินมาวางประกัน 300 บาท เพื่อนำตัวจำเลยกลับมาคดียนี้ แสดงให้เห็นว่าการลงโทษโดยการกระทำต่อเนื้อตัวนายประกันยังมีอยู่ แม้วานานๆ จึงจะเกิดขึ้นสักครั้งก็ตาม

คดีและความคิดเห็นต่างๆ ได้นำมาเป็นข้อพิจารณาในการประชุมปรับปรุงร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 3 โดยมีการปรับปรุงครั้งสุดท้ายในปี พ.ศ. 2466 บัญญัติเรื่องการปล่อยชั่วคราวและการประกัน (Provisional Release Bail and Bond) ไว้ในมาตรา 132-140 โดยกรรมการร่างกฎหมายให้เหตุผลที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขหลายครั้งว่า เพื่อให้สามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้เหมาะสมกับประเทศไทย และระบบการประกันตัวเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งที่ต้องปรับปรุงให้มีความสะดวกยิ่งขึ้น มาตรการปล่อยตัวโดยพลันสำหรับผู้บริสุทธิ์หรือผู้ที่ยังไม่มีความผิด

ควรมีการดำเนินการให้มีประสิทธิผล ดังนั้น ในร่างฉบับที่ 3 จึงได้ให้อำนาจพนักงานอัยการในกรุงเทพฯ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเจ้าพนักงานแทน (Administration Authorities and Official) ในท้องถิ่นอื่น

การขอประกันตัวจึงยังคงขอได้ทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาคดีของศาล ในชั้นสอบสวนผู้ต้องหายื่นคำร้องต่อพนักงานฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ออกหมายอาญา หรือศาลไต่สวน แล้วแต่กรณีโดยการใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยกว้างขวาง กฎหมายกำหนดเฉพาะกรณีที่ยื่นคำร้องต่อศาล ให้ศาลต้องพิจารณาและสั่งการภายใน 2 วันนับแต่ได้รับคำร้อง ส่วนเงินประกัน เจ้าพนักงานหรือศาล อาจใช้ดุลพินิจยอมรับหลักประกันหรือนายประกันแทนการวางเงินประกันก็ได้ แต่เจ้าพนักงานหรือศาล มีอำนาจออกหมายจับหรือหมายขังผู้ต้องหาได้หากไม่มาตามนัด หรือเมื่อปรากฏข้อหาใหม่ที่หนักกว่า ข้อเดิม หรือกรณีทำสัญญาประกันตัวไปโดยผิดหลงหรือกลล้งฉ้อฉล หรือในกรณีอื่นทำให้หลักประกันหรือคุณสมบัติของนายประกันไม่เพียงพอ

4. ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 4 เสนอในปี พ.ศ. 2475 มีการทบทวนปรับปรุงถึง 3 ครั้ง จนกลายเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้ในปัจจุบัน โดยมีสาระสำคัญ คือ กำหนดอัตราโทษขั้นสูงต่ำเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าจะให้ประกันตัว กำหนดให้บางฐานความผิดไม่อนุญาตให้ประกันในชั้นสอบสวน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยตรง ส่วนหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการปล่อยชั่วคราวยังไม่มีในชั้นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจอื่นๆ คงมีแต่ศาลเท่านั้นที่บัญญัติข้อพิจารณาประกอบคำวินิจฉัยไว้ โดยมีลักษณะใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบัน เช่น ให้พิจารณาถึงความหนักเบาแห่งข้อหา โดยศาลไม่ต้องฟังคำคัดค้านจากผู้ใด

ในวันที่ 1 ตุลาคม 2478 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 ก็มีผลใช้บังคับ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปี พ.ศ. 2547 โดยในส่วนของเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวมีการแก้ไขครั้งสุดท้ายซึ่งเป็นการแก้ไขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะถูกยกเลิกโดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 แล้วก็ตาม และตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ไม่ปรากฏบทบัญญัติรับรองสิทธิเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ แต่ประเทศไทยก็ยังมีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความอาญาที่รับรองสิทธิดังกล่าวของผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ ซึ่งเจ้าพนักงานหรือศาลไม่อาจละเมิดได้ ดังจะได้กล่าวไว้ในหัวข้อถัดไป

2.2.3.3.2 หลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวของประเทศไทย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ลักษณะ 5 หมวด 3 ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว อนุญาตให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยขอประกันตัวระหว่างการสอบสวนหรือพิจารณาของศาลได้ โดยกฎหมายไม่ได้ใช้คำว่าค้ำประกันหรือประกันตัวตรงๆ เหมือนในทางแพ่ง แต่ใช้คำว่าปล่อยชั่วคราว ซึ่งเป็นคำกลาง ๆ หมายถึงการปล่อยตัวผู้ต้องหาจากการควบคุมในระหว่างทำการสอบสวนก่อนฟ้องศาล และการปล่อยตัวจำเลยจากการขังตามอำนาจศาลในระหว่างการพิจารณาตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และฎีกาอันเป็นการชั่วคราวในระหว่างสอบสวนหรือพิจารณานั้น การประกันเป็นเพียงวิธีการที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้มีการปล่อยชั่วคราวนั่นเอง⁷⁷

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106 กำหนดว่าการขอให้ปล่อยชั่วคราวระหว่างสอบสวนหรือพิจารณา ให้ทำเป็นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว โดยไม่ต้องมีประกันหรือมีประกันและหลักประกันก็ได้ ดังนั้น การขอปล่อยชั่วคราวให้ทำเป็นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวยื่นได้โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยเอง หรือโดยผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องทั้งในด้านส่วนตัวและในด้านคดี โดยได้แบ่งวิธีการยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวออกเป็น 3 วิธี คือ

1. การปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีประกัน คือ การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไปชั่วคราวโดยไม่ต้องทำสัญญาประกันให้ไว้ต่อเจ้าพนักงานหรือศาล เพียงแต่ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยสาบานหรือปฏิญาณตนว่าจะมาตามนัดหรือหมายเรียก⁷⁸ ซึ่งได้แก่คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี⁷⁹ และหากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มาตามนัดหรือหมายเรียกก็จะถือว่าผิดสัญญาประกันไม่ได้ เพราะไม่มีสัญญาประกันที่จะบังคับได้⁸⁰

⁷⁷ สมพร พรหมนิตาร, พล.ต.ท. ตรุณ โสภิตพันธ์, พ.ต.อ. โดม วิศิษฎ์สรอรรถ วิศิษฎ์สรอรรถ, การประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย (กรุงเทพฯ: กองทุนสวัสดิการกองวิชาการ, 2542), หน้า 1.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 111.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 110 วรรคสอง.

⁸⁰ กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2536), หน้า 126.

2. การปล่อยชั่วคราวโดยมีประกัน คือ การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไปชั่วคราว โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องต้องลงลายมือชื่อในสัญญาประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาลว่า จะปฏิบัติตามนัดหรือหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลซึ่งให้ปล่อยชั่วคราว และเมื่อผิดสัญญาจะใช้เงินจำนวนที่ระบุไว้ โดยจำนวนเงินในสัญญาประกันนี้อาจเรียกว่า ค่าประกัน ตลอดจนอาจมีข้อความอื่นอันพึงมีในสัญญาประกัน⁸¹ กล่าวคือ ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวหรือผู้ประกันแล้วแต่กรณี จะปฏิบัติตามนัดหรือหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลซึ่งให้ปล่อยชั่วคราว และเมื่อผิดสัญญาจะใช้เงินจำนวนที่ระบุไว้ วิธีนี้บังคับใช้กับคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีขึ้นไป⁸²

3. การปล่อยชั่วคราวโดยมีประกันและหลักประกัน คือ การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไปชั่วคราว โดยให้ผู้เป็นหลักประกันลงลายมือชื่อในสัญญาประกันตามวิธีที่ 2 และให้ผู้ร้องขอประกันจัดหาหลักประกันมาตามที่เจ้าพนักงานหรือศาลต้องการ ซึ่งมีอยู่ 3 ชนิด คือ⁸³

- (1) มีเงินสดมาวาง
- (2) มีหลักทรัพย์อื่นมาวาง
- (3) มีบุคคลมาเป็นประกันโดยแสดงหลักทรัพย์

หลักประกันตาม (1) และ (2) ตามปกติจะเป็นของผู้ต้องหาหรือจำเลยผู้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวตนเอง โดยทำสัญญาประกันกับพนักงานสอบสวน อัยการหรือศาล และระบุในสัญญาว่ามีเงินสดมาวางเท่าใด หรือมีหลักทรัพย์อื่น เช่น โฉนดที่ดิน สมุดคู่ฝากเงินธนาคารหรือตัวสัญญาใช้เงินมาวางไว้แทนเงินโดยกำหนดไว้ในสัญญาประกันว่าหากไม่มาตามนัดหรือหมายเรียก ยอมให้เจ้าพนักงานหรือศาลริบเงินหรือบังคับเอาจากหลักทรัพย์ดังกล่าวได้ ส่วนหลักประกันตาม (3) เป็นของผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาหรือจำเลย เช่นญาติพี่น้อง สามีนหรือภรรยา หรือบิดามารดากับบุตร หรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องกันในทางธุรกิจการค้าโดยบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ทำสัญญาประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาล พร้อมกับระบุหลักทรัพย์ดังกล่าวในสัญญานั้น เป็นการประกันหากผิดสัญญาจะใช้เงินตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญา และถ้าไม่มีเงินใช้ตามระบุดังกล่าวก็จะยอมให้บังคับเอาจากหลักทรัพย์ที่แสดงไว้

⁸¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112.

⁸² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 110 วรรคแรก.

⁸³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112 มาตรา 114.

การปล่อยชั่วคราวจึงมีได้สามประการดังที่ได้กล่าวข้างต้น และการที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับความหนักเบาของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดอาญาต่าง ๆ เป็นการเปิดโอกาสให้พนักงานสอบสวน อัยการหรือศาลใช้ดุลพินิจว่าความผิดประเภทใดควรปล่อยชั่วคราวโดยไม่ต้องมีประกันหรือต้องมีประกัน หรือถึงขนาดต้องมีทั้งประกันและหลักทรัพย์ด้วยหรือไม่

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106 การขอปล่อยชั่วคราวจะยื่นขอในระหว่างถูกควบคุมชั้นสอบสวนหรือชั้นอัยการ หรือในระหว่างพิจารณาคดีของศาลก็ได้โดยปฏิบัติ ดังนี้

(1) ถ้าผู้ต้องหาถูกควบคุมอยู่ในชั้นสอบสวนหรืออัยการและยังมิได้ถูกฟ้องต่อศาล ให้ยื่นต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี

(2) ถ้าผู้ต้องหาถูกขังตามหมายศาลและยังมิได้ถูกฟ้องต่อศาล ให้ยื่นต่อศาลนั้น เช่นระหว่างพนักงานสอบสวนหรืออัยการยื่นคำร้องขอฝากขังระหว่างสอบสวน เป็นต้น

(3) ถ้าผู้ต้องหาถูกฟ้องศาลแล้ว ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ชำระคดีนั้น

(4) ถ้าศาลได้อ่านคำพิพากษาศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้ว แม้ยังไม่มีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกา หรือมีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาแล้ว แต่ยังไม่ได้ส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์หรือฎีกา ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ชำระคดีนั้น

ตัวอย่างเช่น คดีอาญาศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยแล้ว ไม่ว่าจะทั้งจำคุกและปรับหรือโทษปรับสถานเดียว จำเลยย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ว่าด้วยการอุทธรณ์หรือฎีกา ถ้าจำเลยยังไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ ก็มีสิทธิยื่นขอประกันตัวระหว่างอุทธรณ์ได้ โดยยื่นต่อศาลชั้นต้นที่พิพากษาคดีต้นหรือยื่นต่อศาลอุทธรณ์ก็ได้ ถ้าจำเลยยื่นต่อศาลชั้นต้น ศาลชั้นต้นอนุญาตหรือไม่อนุญาตได้เลย แต่ถ้ายื่นตรงต่อศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ย่อมไม่มีอำนาจสั่ง เพราะคดียังไม่ถึงศาลอุทธรณ์ กรณีนี้ศาลอุทธรณ์จะส่งคำร้องคืนศาลชั้นต้นเพื่อส่งต่อไป⁸⁴

กรณีดังกล่าว ถ้าจำเลยยื่นขอให้ปล่อยชั่วคราวต่อศาลชั้นต้นในระหว่างอายุอุทธรณ์แต่ยังมีได้ยื่นอุทธรณ์ ศาลชั้นต้นมีอำนาจสั่งอนุญาตได้เลย แต่ถ้าจำเลยยื่นขอประกันพร้อมอุทธรณ์ตามปกติ ศาลชั้นต้นจะส่งอนุญาตเองแล้วส่งสำนวนพร้อมอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ก็ได้ หรือจะรีบส่งสำนวนกับอุทธรณ์พร้อมคำร้องขอปล่อยชั่วคราว ไปยังศาลอุทธรณ์เพื่อส่งก็ได้ ถ้าศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยหรือพิพากษายกฟ้องแต่ให้ขังจำเลยไว้ระหว่างอุทธรณ์ จำเลยขอประกันระหว่างอายุอุทธรณ์ได้ ซึ่งศาลชั้นต้นมีอำนาจสั่งอนุญาตตามมาตรา 106 (4) วรรคสอง แต่ศาลชั้นต้นจะไม่อนุญาต

⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 428/2501

และจำเลยยังไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจสั่ง แต่ให้รีบส่งคำร้องพร้อมสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์เพื่อสั่ง กรณีอยู่ระหว่างอายุฎีกาก็เช่นกัน

(5) ถ้าส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์หรือฎีกาแล้ว จะยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ชำระคดีนั้นหรือจะยื่นต่อศาลอุทธรณ์หรือฎีกา แล้วแต่กรณีก็ได้ ในกรณีนี้ถ้ายื่นต่อศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นรีบส่งคำร้องไปยังศาลอุทธรณ์หรือฎีกาแล้วแต่กรณี ซึ่งตามปกติก็จะยื่นต่อศาลชั้นต้นเพราะสะดวกกว่าไปยื่นต่อศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาโดยตรง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 107 เมื่อได้รับคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ให้เจ้าพนักงานหรือศาลรีบสั่งอย่างรวดเร็ว และผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคนพึงได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 107 และมาตรา 108 ดังนี้

1. ความหนักเบาแห่งข้อหา
2. พยานหลักฐานที่ปรากฏแล้วมีเพียงใด
3. พฤติการณ์ต่าง ๆ แห่งคดีเป็นอย่างไร
4. เชื่อถือผู้ร้องขอประกันหรือหลักประกันได้เพียงใด
5. ผู้ต้องหาหรือจำเลยน่าจะหลบหนีหรือไม่
6. ภัยอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการปล่อยชั่วคราวมีเพียงใดหรือไม่
7. ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องขังตามหมายศาล ถ้ามีคำคัดค้านของพนักงาน

สอบสวนหรือพนักงานอัยการหรือโจทก์ แล้วแต่กรณี ศาลพึงรับฟังประกอบการวินิจฉัยได้

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าการปล่อยชั่วคราวคือ การอนุญาตให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยขอประกันตัวระหว่างการสอบสวนหรือพิจารณาของศาล โดยกฎหมายไม่ได้ใช้คำว่าค้ำประกันหรือประกันตัวตรง ๆ เหมือนในทางแพ่ง แต่ใช้คำว่าปล่อยชั่วคราว ซึ่งเป็นคำกลาง ดังนั้น ประกันทางอาญากับประกันทางแพ่ง มีข้อแตกต่างเห็นได้ดังนี้⁸⁵

1) ประกันทางอาญาเป็นการไถ่เสรีภาพชั่วคราวจากการถูกควบคุมหรือขังโดยอำนาจรัฐ เพื่อว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับเสรีภาพชั่วคราวในคดีที่เขาถูกฟ้องนั้นยังไม่ถึงที่สุด แต่การประกันทาง

⁸⁵ สมพร พรหมนิตาธร, พล.ต.ท. ดร.ณ โสภิตพันธ์, พ.ต.อ. โดม วิศิษฎ์สรอรรถ วิศิษฎ์สรอรรถ, การประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย, หน้า 3.

แพ่ง เป็นการค้ำประกันหนี้ของลูกหนี้ รับรองแก่เจ้าหนี้ว่าจะชำระหนี้แทนลูกหนี้หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้
นั้น

2) การประกันทางอาญากฎหมายกำหนดแบบไว้ในมาตรา 112 ให้ทำเป็นสัญญาประกัน โดยให้ผู้ประกันหรือผู้เป็นหลักประกันลงลายมือชื่อในสัญญาประกันนั้น และมีพนักงานสอบสวนหรือ อัยการหรือผู้พิพากษาที่เป็นศาลลงนามเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่ประกันทางแพ่งไม่ต้องการแบบ กฎหมาย ต้องการเพียงให้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง มาตรา 680

3) ผลของประกันทางอาญามีว่าผู้ประกันหรือผู้ถูกปล่อยชั่วคราวจะต้องปฏิบัติตามนัด หรือหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาล ถ้าผิดนัดต้องจ่ายเงินจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญาประกันหรือ ตามที่เจ้าพนักงานหรือศาลเห็นสมควร แต่ประกันทางแพ่งขึ้นอยู่กับลูกหนี้ผิดนัดเพราะผู้ค้ำประกันต้อง ใช้หนี้แทนลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัดต่อเจ้าหนี้

4) ประกันทางอาญาเป็นสัญญาชั้นหนึ่ง แต่ประกันทางแพ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ของหนี้ ประธาน

5) ประกันทางอาญาบอกเลิกไม่ได้แต่ขอถอนสัญญาหรือขอถอนหลักประกัน โดยมอบ ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อเจ้าพนักงานหรือศาลได้ แต่ประกันทางแพ่งบอกเลิกได้เพื่อคราวอันเป็นหนี้ ในอนาคต คือถ้าเจ้าหนี้ยินยอมก็เลิกได้ตามหลักสัญญาธรรมดา

6) ประกันทางอาญามีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน โดยมีพนักงานสอบสวน อัยการหรือศาลเป็นคู่สัญญาในนามของรัฐ เมื่อผิดสัญญาประกัน พนักงานสอบสวน อัยการหรือศาล บังคับตามสัญญาประกันได้⁸⁶ ส่วนประกันทางแพ่งเป็นสัญญาระหว่างเอกชน

7) ประกันทางอาญา เป็นสัญญาเฉพาะตัวผู้ประกัน เมื่อผู้ประกันตายโดยยังไม่มี การผิดสัญญาประกันสัญญานั้นย่อมระงับ แต่ถ้าผิดสัญญาประกันและถูกสั่งปรับตามสัญญาแล้วผู้ประกัน จึงตายก่อนชำระหนี้ค่าปรับ หนี้นั้นก็ เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทของผู้ตายเหมือนประกันคดีแพ่ง

2.2.4 ผลของการปล่อยชั่วคราว

จากที่กล่าวมาข้างต้นการควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยในระหว่างการพิจารณาก็เพื่อ ประโยชน์ในการพิจารณาคดีและเป็นผลดีต่อสังคมส่วนรวม กล่าวคือ พนักงานสอบสวน พนักงาน อัยการ หรือศาลจะมีตัวจำเลยในการพิจารณาคดีและรับโทษถ้าหากปรากฏพยานหลักฐานว่าจำเลย

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1073/2508, 1251/2498, 964/2487, 2555/2524, 1410/2526

กระทำผิด ตลอดจนเป็นการป้องกันผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนี หรือออกไปก่อกวนอันตรายหรือความเสียหายแก่คดี พยานหลักฐานในคดี หรือต่อสังคมส่วนรวม แต่ในทางกลับกันก็ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยสูญเสียอิสรภาพทำให้เกิดผลเสียแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยและสังคมส่วนรวม ดังจะได้แยกพิจารณา ดังนี้⁸⁷

2.2.4.1 ผลของการปล่อยชั่วคราวต่อกระบวนการยุติธรรมของรัฐ

การปล่อยชั่วคราวเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ากระทำผิดจริง การควบคุมหรือขังไว้จึงย่อมกระทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม โดยประกันการมีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้พิจารณาคดีและรับโทษ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำผิดจริงตามที่ถูกกล่าวหา ตลอดจนป้องกันมิให้ไปทำลายพยานหลักฐานหรือไปกระทำผิดอีก และป้องกันมิให้มีการลงโทษแก่ตนเอง อันจะทำให้การดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการยุติธรรมเป็นไปด้วยความสะดวกและรวดเร็วขึ้น⁸⁸

แต่ในขณะเดียวกัน การควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยย่อมก่อให้เกิดผลเสียหลายต่อกระบวนการยุติธรรมของรัฐและตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยเอง เนื่องจากรัฐจะต้องสิ้นเปลืองงบประมาณค่าใช้จ่ายในการควบคุมดูแล เลี้ยงดู ให้การรักษาพยาบาล หรือบริการอื่นๆ ส่วนผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ไม่ได้รับหลักประกันที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกับเจ้าพนักงานของรัฐ ทำให้มีผลกระทบถึงการพิจารณาและการตัดสินของศาล ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกควบคุมหรือขังส่วนใหญ่ มีสภาพความเป็นอยู่ที่ถูกบีบคั้นทางด้านจิตใจ ไม่พร้อมที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาต่อสู้คดีพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองนั่นเอง

2.2.4.2 ผลของการปล่อยชั่วคราวต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย

การปล่อยชั่วคราวย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ได้มีโอกาสสืบเสาะช่วยเหลือทนายความในการหาข้อเท็จจริง เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ในคดีที่ถูกกล่าวหา

⁸⁷ มาลี ทองภูสวรรค์, "การควบคุมและขังผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 187-204.

⁸⁸ เพชร สุรทองอุ่น, "ดุลพินิจพนักงานสอบสวนในการปล่อยชั่วคราว," หน้า 80-83.

หรือฟ้องร้อง และสามารถดำรงชีวิตประจำวันเป็นปกติเช่นบุคคลทั้งหลาย แต่ถ้าหากถูกควบคุมหรือขังระหว่างการพิจารณาคดี ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายต่อตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยหลายประการคือ

2.2.4.2.1 การควบคุมหรือขังในระหว่างการพิจารณาคดีเป็นการทำลายคุณค่าของความเป็นมนุษย์เพราะในเมื่อบุคคลได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และบุคคลดังกล่าวมีประกันหรือหลักประกันว่าจะกลับมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีและรับโทษแล้ว การควบคุมหรือขังบุคคลนั้นไว้ย่อมทำให้เขาหมดโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทั้งยังต้องสูญเสียความเชื่อถือในสังคมสมาชิกในครอบครัวขาดความเชื่อมั่น อีกประการหนึ่งคือ การควบคุมหรือขังมีสภาพเหมือนนักโทษเด็ดขาด ได้อยู่รวมกันและได้รับการดูแลเช่นเดียวกับนักโทษอื่นๆ ด้วย ซึ่งมีกฎระเบียบที่เข้มงวดสภาพที่คุมขังแออัดสกปรกขาดสุขอนามัยที่ดี ทำให้เกิดปัญหาในที่คุมขังมากมาย เช่น ทารุณกรรม รักร่วมเพศ เป็นต้น ซึ่งล้วนแต่ไม่ได้รับการปฏิบัติที่จะยืนยันถึงความรู้สึกให้เขามีความเท่าเทียมกับผู้ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราว การนำบุคคลดังกล่าวมาคุมขังจึงคล้ายกับเป็นการลงโทษทางหนึ่งทั้งๆ ที่ยังไม่มีความตัดสินของศาลว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำผิด ถึงแม้รัฐจะพยายามแยกเขาออกจากผู้ที่เป็นักโทษเด็ดขาดแล้วก็ตาม ภาวะกดดันต่างๆ อาจทำให้ผู้ต้องขังที่ถูกข่มเหงรังแกอย่างไม่เป็นธรรมทำให้เกิดความรู้สึกว่าถูกลงโทษ ถูกกีดกันจากสังคมของคนดีมาอยู่ในสังคมของคนชั่ว นอกจากนี้ อาจได้รับการถ่ายทอดสิ่งชั่วร้ายจากสถานที่คุมขังเพิ่มเข้ามาในตัวอีก แม้ว่าต่อมาศาลจะพิพากษาถึงที่สุดยกฟ้องปล่อยตัวไป หรือแม้แต่จะมีกระบวนการจ่ายค่าทดแทนตามกฎหมายก็ตาม ก็เป็นเพียงการเยียวยาที่ปลายเหตุ ไม่สามารถลบล้างความเสียหายที่เกิดขึ้นไปแล้วได้

2.2.4.2.2 ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องสูญเสียความสัมพันธ์ทางครอบครัวและสังคมหากคนในครอบครัวไม่เข้าใจก็อาจจะรู้สึกรังเกียจว่าเป็นคนชั่วร้ายนำความเสื่อมเสียมาสู่ครอบครัว ความรักความอบอุ่นความเข้าใจกันในครอบครัวก็จะถูกทำลายลง และอาจเกิดการหย่าร้างกันในส่วนทางด้านสังคมบุคคลนั้นยังเสียโอกาสความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ขาดการติดต่อกับมิตรสหาย สังคมเองก็มีความรู้สึกสงสาร เห็นใจ และรู้สึกไม่วางใจในขณะเดียวกัน จนอาจไม่มีใครอยากรับเข้าทำงานหรือคบค้าสมาคมด้วย

การปล่อยชั่วคราวจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่นำมาผ่อนคลายเป็นเรื่อง การควบคุมและขัง โดยในระยะแรกเกิดจากความจำเป็นด้านรัฐก่อน ต่อมาจึงได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยมากยิ่งขึ้น

2.3 หลักประกันในการปล่อยชั่วคราวของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และ ศาล

หลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ผู้ร้องขอประกันจัดหามาตามที่มีอำนาจในการปล่อยชั่วคราวต้องการนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 114 กำหนดว่าหลักประกันมี 3 ประเภทคือ เงินสด หลักทรัพย์อื่น และบุคคลมาเป็นประกันโดยแสดงหลักทรัพย์ โดยในชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลต่างก็มีกฎระเบียบที่กำหนดถึงหลักประกันตามมาตรา 114 ไว้ ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะหลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อย่างอื่น เท่านั้น

2.3.1 หลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อื่น

2.3.1.1 หลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อื่นในชั้นพนักงานสอบสวน

เมื่อมีการจับกุมบุคคลใดเป็นผู้ต้องหาแล้วเป็นสิทธิของผู้ต้องหาหรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างการสอบสวน และเป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะต้องรับคำร้องไว้พิจารณาโดยถือปฏิบัติตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2523 ระเบียบกรมตำรวจว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2526 และบันทึกกรมตำรวจที่ 0611/25264 ลงวันที่ 5 กันยายน 2526 เรื่องกำชับและซักซ้อมความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติในการปล่อยชั่วคราวโดยเคร่งครัด ซึ่งตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อย่างอื่นไว้ดังนี้

หลักทรัพย์ที่จะรับเป็นหลักประกันนั้นห้ามรับหลักทรัพย์อย่างอื่น (ทรัพย์สินอื่น เช่น เครื่องทองรูปพรรณและสิ่งทำนองเดียวกัน ห้ามมิให้รับไว้เป็นหลักประกันเพราะพนักงานสอบสวนไม่มีความรู้หรือความชำนาญเกี่ยวกับการตรวจสอบทรัพย์สินหรือสิ่งของนั้นๆ) นอกจากที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้

2.3.1.1.1 โฉนดที่ดินซึ่งเจ้าพนักงานที่ดินได้ประเมินราคาแล้ว หรือพนักงานสอบสวนเชื่อว่าที่ดินมีราคาสูงไม่น้อยกว่าสองเท่าของจำนวนเงินเบี้ยปรับ ที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน

- โฉนดที่ดิน หมายถึงโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ได้ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว หากมีผู้อื่นนอกจากผู้ร้องขอประกันเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมอยู่ด้วยต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถือกรรมสิทธิ์ร่วมนั้นด้วย
- หลักทรัพย์เกี่ยวกับที่ดินนั้นหากมิได้มีการประเมินราคาจากเจ้าพนักงานที่ดินให้พนักงานสอบสวนพิจารณาโดยคำนึงถึงราคาเขตเวนคืน เขตปฏิรูป(ที่ดินเพื่อเกษตรกรรม) และภาระที่ดินที่เกี่ยวกับที่ดินนั้น

2.3.1.1.2 หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 หรือ น.ส.3 ก.) ซึ่งเจ้าพนักงานที่ดินได้ประเมินราคาแล้ว หรือพนักงานสอบสวนเชื่อว่าที่ดินมีราคาสูงไม่น้อยกว่าสองเท่าของจำนวนเงินเบี้ยปรับที่ระบุไว้ในสัญญาประกัน

2.3.1.1.3 พันธบัตรรัฐบาล สลากออมสินหรือสมุดฝากเงินออมสินประเภทประจำ

(1) พนักงานสอบสวนจะรับพันธบัตรรัฐบาล หรือสลากออมสิน หรือสมุดฝากเงินออมสินประเภทประจำเป็นหลักประกันตามราคามูลค่าที่กำหนดไว้ในพันธบัตรรัฐบาล หรือสลากออมสิน หรือสมุดฝากเงินออมสินประเภทประจำ

(2) กรณีที่เจ้าของนำหลักทรัพย์มายื่นด้วยตนเอง ให้พนักงานสอบสวนตรวจสอบบัตรประจำตัวว่าเป็นบุคคลเดียวกับที่มีชื่อระบุไว้ในพันธบัตรรัฐบาลหรือสลากออมสินหรือสมุดฝากเงินออมสินประเภทประจำที่นำมายื่นให้เป็นการถูกต้อง ในกรณีที่เจ้าของหลักทรัพย์ไม่อาจนำหลักทรัพย์มายื่นได้ด้วยตนเอง ให้เจ้าของหลักทรัพย์ทำใบมอบอำนาจให้ผู้อื่นมายื่นแทน และให้พนักงานสอบสวนตรวจสอบบัตรประจำตัวของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจให้เป็นการถูกต้องเช่นกัน

(3) เมื่อพนักงานสอบสวนรับพันธบัตรรัฐบาลหรือสลากออมสิน หรือสมุดฝากเงินออมสินประเภทประจำดังกล่าวไว้เป็นหลักประกันแล้ว ให้รีบแจ้งอายุดีไปยังธนาคารแห่งประเทศไทยหรือธนาคารออมสินซึ่งเป็นนายทะเบียนพันธบัตรหรือสลากออมสินหรือเงินฝากออมสินประเภทประจำ แล้วแต่กรณีโดยเร็วที่สุด

(4) แบบหนังสือแจ้งการอายัดของพนักงานสอบสวนที่มีไปถึงธนาคารนั้น ให้พนักงานสอบสวนใช้ตามแบบในประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี

(5) เมื่อสัญญาประกันสิ้นสุดลง ให้พนักงานสอบสวนรีบแจ้งยกเลิกการอายัด เป็นหนังสือไปยังธนาคารแห่งประเทศไทยหรือธนาคารออมสินที่รับแจ้งการอายัดโดยเร็ว

2.3.1.1.4 ใบรับเงินฝากประจำของธนาคาร ตัวแลกเงินที่ธนาคารเป็นผู้จ่าย และธนาคารผู้จ่ายได้รับรองตลอดไปแล้ว หรือตัวสัญญาใช้เงินที่ธนาคารเป็นผู้ออกตัว

(1) เพื่อความสะดวกในการตรวจสอบความถูกต้องของหลักทรัพย์เป็นหลักประกัน พนักงานสอบสวนจะรับเป็นหลักประกันแต่เฉพาะสมุดคู่ฝากใบรับเงินฝากประจำตัวแลกเงิน หรือตัวสัญญาใช้เงินที่ธนาคารในจังหวัดเดียวกับที่ตั้งของสถานีตำรวจหรือที่ทำการเป็นผู้ออกหรือเป็นผู้รับรองก็ได้

(2) ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้พนักงานสอบสวนตรวจสอบความถูกต้องของลายมือชื่อ และอำนาจกระทำการผู้ลงลายมือชื่อในหลักทรัพย์จากสมุดตัวอย่างลายมือชื่อผู้มีอำนาจลงนามแทนธนาคาร (Authorized signature) ของธนาคาร หรือที่เรียกว่า "สมุดเขียว" หรือตรวจจากตัวอย่างลายมือชื่อผู้มีอำนาจลงนามแทนธนาคารส่งให้พนักงานสอบสวนและอาจตรวจสอบเพื่อขอคำยืนยันจากธนาคารทางโทรศัพท์ด้วยก็ได้

(3) การรับหลักทรัพย์ประเภทนี้เป็นหลักประกัน ให้รับได้แต่เฉพาะเมื่อผู้มีชื่อเป็นเจ้าของใบรับเงินฝากประจำหรือผู้ทรงตัวแลกเงินหรือตัวสัญญาใช้เงิน ได้ยื่นด้วยตนเองและเมื่อได้ตรวจสอบว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของหรือผู้ทรงที่แท้จริงกับได้สลักหลังหลักทรัพย์มอบให้แล้ว

(4) สำหรับกรณีตัวแลกเงินหรือตัวสัญญาใช้เงินนั้น ไม่เพียงรับเป็นหลักประกัน หากถึงวันกำหนดใช้เงินเกินสามปีนับแต่วันที่ออกตัวแลกเงินหรือตัวสัญญาใช้เงินนั้น

(5) เมื่อรับหลักทรัพย์ประเภทนี้เป็นหลักประกันแล้ว ให้รีบแจ้งอายัดไปยังธนาคารผู้รับฝากเงิน ผู้รับรอง หรือผู้ออกตัว แล้วแต่กรณี โดยเร็วที่สุด

(6) แบบหนังสือแจ้งการอายัดของพนักงานสอบสวนที่มีไปถึงธนาคารนั้นให้พนักงานสอบสวนพิจารณาใช้ตามแบบในประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี

(7) เมื่อตัวแลกเงินหรือตัวสัญญาใช้เงินที่รับไว้เป็นหลักประกันถึงกำหนดใช้เงินในวันใด ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการนำยื่นเพื่อให้ใช้เงินโดยเร็ว และให้ถือว่าจำนวนเงินที่ได้รับมาเป็นหลักประกันต่อไป

(8) เมื่อสัญญาประกันสิ้นสุดลง ให้พนักงานสอบสวนรีบแจ้งยกเลิกการอายัดเป็นหนังสือไปยังธนาคารที่รับแจ้งการอายัดไว้โดยเร็ว

2.3.1.1.5 เช็คที่ธนาคารเป็นผู้ส่งจ่ายหรือรับรอง

(1) เช็คที่ไม่ได้ลงวันที่หรือลงวันที่ลวงหน้า ไม่เพียงรับไว้เป็นหลักประกัน

(2) ให้ถือว่าการรับเช็คเป็นหลักประกันเป็นการรับหลักประกันประเภทเงินสด และให้ดำเนินการเรียกเก็บเงินตามเช็คทันที

2.3.1.1.6 หนังสือรับรองของธนาคารเพื่อชำระเบี้ยปรับในกรณีผิดสัญญาประกัน

(1) พนักงานสอบสวนจะรับแต่เฉพาะหนังสือรับรองของธนาคารในจังหวัดเดียวกับที่ตั้งของสถานีตำรวจหรือที่ทำการก็ได้

(2) ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้พนักงานสอบสวนตรวจสอบความถูกต้องของหนังสือรับรองของธนาคาร โดยการตรวจสอบลายมือชื่อและอำนาจกระทำการของผู้ลงลายมือชื่อในหนังสือรับรองหรือตรวจสอบกับธนาคารเพื่อขอคำยืนยัน

2.3.1.1.7 หนังสือรับรองการปฏิบัติหน้าที่ราชการของหัวหน้าส่วนราชการ

ระดับกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากรมและนิติบุคคล หรือผู้ได้รับมอบหมาย เพื่อชำระเบี้ยปรับแทนในกรณีผิดสัญญาประกัน ตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการช่วยเหลือข้าราชการหรือลูกจ้างของทางราชการที่ต้องขาดคดีอาญา พ.ศ. 2528

2.3.1.1.8 หนังสือรับรองเพื่อช่วยเหลือข้าราชการหรือลูกจ้างที่ต้องหา

คดีอาญาของหัวหน้าหน่วยงานเจ้าสังกัด เพื่อชำระเบี้ยปรับแทนกรณีผิดสัญญาประกันตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องการช่วยเหลือข้าราชการหรือลูกจ้างที่ต้องขาดคดีอาญา พ.ศ. 2530 และคำสั่งกรุงเทพมหานครที่ 1632/2530 เรื่องกำหนดแบบหนังสือรับรองเพื่อช่วยเหลือข้าราชการหรือลูกจ้างที่ต้องขาดคดีอาญาลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2530

2.3.1.1.9 บัตรออมทรัพย์ทวีสินของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์

การเกษตร (เพิ่มเติมขึ้นโดยระเบียบกรมตำรวจว่าด้วยการใช้บัตรออมทรัพย์ทวีสินของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรประกันตัวผู้ต้องหา (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2541 เมษายน 2541)

2.3.1.1.10 หัวหน้ารัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลมาเป็นหลักประกันโดย

แสดงหลักทรัพย์

กรณีพนักงานหรือลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคล กระทำความผิดในการปฏิบัติงานตามหน้าที่โดยประมาท เมื่อหัวหน้าหน่วยงานนั้นทำความตกลงในการประกันตัวพนักงานหรือลูกจ้างดังกล่าวกับกรมตำรวจเป็นล่วงหน้าไว้ เมื่อหัวหน้าหน่วยงานหรือผู้ได้รับมอบอำนาจในการประกัน ทำหนังสือยินยอมขอใช้เบี้ยปรับตามจำนวนเงินที่พนักงานสอบสวนกำหนด ซึ่งขณะนี้ มีหน่วยงานดังนี้ การรถไฟแห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค

การสื่อสารแห่งประเทศไทย* การบีโตรเลียมแห่งประเทศไทย** องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย
 *** องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย**** องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์***** การเคหะแห่งชาติ
 องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ องค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย
 ธนาคารออมสิน การท่าเรือแห่งประเทศไทย การทางพิเศษแห่งประเทศไทย

และตามบันทึกสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 0004.6/1910 ลงวันที่ 27
 กุมภาพันธ์ 2547 เรื่อง แนวทางปฏิบัติตามระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการ
 ปลดออกชั่วคราว (เพิ่มเติม) ได้เพิ่มเติมให้หนังสือรับรองของบริษัทประกันภัยเพื่อชำระเบี้ยปรับแทนใน
 กรณีผิดสัญญาประกัน ตามระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปลดออกชั่วคราว (ฉบับ
 ที่ 3) พ.ศ. 2547 เป็นหลักทรัพย์อย่างอื่นที่สามารถยื่นต่อพนักงานสอบสวนเพื่อเป็นหลักประกันในการ
 ปลดออกชั่วคราวได้

2.3.1.2 หลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อื่นในชั้นพนักงานอัยการ

ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงาน
 อัยการ พ.ศ. 2547 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อย่างอื่นไว้ดังนี้

ในการปลดออกชั่วคราวโดยมีประกัน ต้องทำสัญญาประกันตามแบบที่สำนักงาน
 อัยการสูงสุดกำหนด ในการกำหนดจำนวนเงินในสัญญาประกันหรือเรียกหลักประกัน พนักงานอัยการ
 จะกำหนดจำนวนเงินหรือเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ สำหรับในกรุงเทพมหานคร การประกัน

* แปลงสภาพเป็นบริษัทตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เมื่อ พ.ศ. 2546
 โดยแยกเป็น 2 บริษัท คือ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และบริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด

** แปลงสภาพเป็นบริษัทตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เมื่อ พ.ศ.
 2544 ปัจจุบันคือ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)

*** แปลงสภาพเป็นบริษัทตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เมื่อ พ.ศ.
 2544 ปัจจุบันคือ บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน)

**** แปลงสภาพเป็นบริษัทตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เมื่อ พ.ศ.
 2546 ปัจจุบันคือ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)

***** ยุบลีก อยู่ระหว่างการชำระบัญชี

ตัวชั้นพนักงานอัยการ เมื่อพนักงานอัยการอนุญาตให้ประกันตัวแล้ว นายประกันต้องไปทำสัญญากับพนักงานสอบสวน ส่วนจังหวัดอื่นนายประกันทำสัญญาประกันต่อพนักงานอัยการ โดยพนักงานอัยการจะเป็นคู่สัญญาโดยตรง

หลักทรัพย์ตามมาตรา 114 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายความว่าถึงหลักทรัพย์ทุกชนิด เช่น ที่ดิน อาคาร สิ่งปลูกสร้าง พันธบัตร สลากออมสิน ตั๋วแลกเงินที่ธนาคารเป็นผู้จ่ายและผู้จ่ายได้รับรองตลอดไป ตั๋วสัญญาใช้เงินที่ธนาคารเป็นผู้ออกตั๋ว เช็คที่ธนาคารเป็นผู้สั่งจ่ายหรือรับรอง หนังสือรับรองของธนาคารหรือหนังสือรับรองของบริษัทประกันภัยที่รับรองว่าจะชำระเงินตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญาประกันแทนผู้ประกันในกรณีผิดสัญญาประกัน เป็นต้น

2.3.1.3 หลักประกันซึ่งเป็นหลักทรัพย์อื่นในชั้นศาล

ประธานศาลฎีกาได้ออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2545 ซึ่งเป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้แล้วหลายฉบับตั้งแต่ พ.ศ. 2523 ถึง พ.ศ. 2544 ให้เป็นฉบับเดียวกันและได้ปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ประธานศาลฎีกาอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมให้ยกเลิกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการและคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวจำนวน 9 ฉบับ* และวางระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวไว้ โดยมีสาระสำคัญในการส่งเสริมความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันดังนี้⁸⁹

-
- * 1 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการฉบับที่ 8 ลงวันที่ 22 มกราคม 2536
 - 2 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการ ฉบับที่ 10 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2542
 - 3 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวในคดีความผิดหุโทษและความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว พ.ศ. 2544
 - 4 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2531
 - 5 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวในชั้นฎีกาโดยทางโทรสาร พ.ศ. 2537
 - 6 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว ในชั้นอุทธรณ์โดยทางโทรสาร พ.ศ. 2537
 - 7 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2537
 - 8 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537

ก. รับรองเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นหลักให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว และให้แสดงเหตุจำเป็นและเหตุผลชัดเจนหากไม่ให้ประกัน⁹⁰

ข. วางหลักการให้การกำหนดราคาประกันเหมาะสมแก่ข้อหาและสภาพแห่งคดีและการกำหนดหลักประกันให้พอสมควรแก่กรณี เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจนเกินไป⁹¹

ค. วางแนวทางให้การกำหนดวงเงินประกันเหมาะสมอย่างเป็นรูปธรรม และส่งเสริมการใช้ดุลพินิจปล่อยชั่วคราวโดยไม่มีประกันให้มากขึ้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายให้มีผลอย่างเต็มที่⁹²

ง. ให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดวงเงินประกันต่ำกว่าเกณฑ์ปกติได้หากผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นคนยากจน เพื่อรองรับสิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียมให้แก่บุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกันตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ⁹³

จ. วางหลักเกณฑ์ในการใช้บุคคลเป็นประกันหรือหลักประกัน และการใช้หลักทรัพย์เป็นประกันได้กว้างขวางและชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถเลือกใช้หลักประกันได้หลายทาง⁹⁴

ฉ. ส่งเสริมความรวดเร็วของกระบวนการพิจารณาคำร้องขอปล่อยชั่วคราวในชั้นอุทธรณ์ฎีกา และคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวต่อศาลอุทธรณ์ หรือฎีกา⁹⁵

ช. กำหนดให้มีวิธีการควบคุมดูแลมิให้บุคคลบางจำพวก เช่น นายประกันอาชีพก่อพฤติการณ์ในทางมิชอบ หลอกหลวง หรือเรียกร้องผลประโยชน์เกินสมควรในการแลกเปลี่ยนจากการให้ใช้หลักทรัพย์เป็นหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ยากจน⁹⁶

นอกจากนี้ ตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2546 ข้อ 6 ทวิ ได้กำหนดเพิ่มเติมให้ผู้ขอประกันสามารถใช้หลักประกัน ซึ่งอาจเป็นเงิน

9 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว(ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542

⁸⁹ วรุฒิ ทวาทสิน, "การนำบริษัทประกันภัยเข้าสู่ระบบการประกันตัวในคดีอาญา : ทางเลือกใหม่ของผู้ต้องหาและจำเลย," บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 60 ตอน1 (พ.ศ. 2547): 68.

⁹⁰ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 2

⁹¹ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 4

⁹² ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 5

⁹³ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 5,6

⁹⁴ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 6,7

⁹⁵ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 8

⁹⁶ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ข้อ 10

สดหรือหลักทรัพย์อื่นที่วางไว้ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือผู้อำนวยการสถานพินิจ เป็นหลักประกันต่อเนื่องในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในชั้นศาลได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ขอประกันซึ่งเป็นคนยากจนที่ไม่ต้องไปเหยียบย่ำ หรือหาหลักประกันใหม่มาวางต่อศาล ในระหว่างที่หลักประกันเดิมยังอยู่ที่พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือผู้อำนวยการสถานพินิจ

โดยในส่วนที่เกี่ยวกับหลักประกันอันเป็นหลักทรัพย์อื่นนั้น ได้กำหนดไว้ในข้อ 6 ดังนี้

“ข้อ 6. การปล่อยชั่วคราวโดยมีหลักทรัพย์เป็นประกัน อาจใช้หลักทรัพย์ต่อไปนี้

6.1 ที่ดินมีโฉนด ที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือห้องชุดโดยมีโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด และหนังสือรับรองราคาประเมินของสำนักงานที่ดินมาแสดง และต้องไม่มีภาระผูกพันอันอาจกระทบต่อการบังคับคดีได้ หากจะนำสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินมาเป็นประกันด้วยก็จะต้องแสดงสำเนาทะเบียนบ้าน และหนังสือประเมินราคาส่งปลูกสร้างที่น่าเชื่อถือประกอบด้วย

6.2 หลักทรัพย์มีค่าอย่างอื่นที่กำหนดราคามูลค่าที่แน่นอนได้ เช่น พันธบัตรรัฐบาล สลากออมสิน บัตรหรือสลากออมทรัพย์ทวีสินของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ใบรับเงินฝากประจำของธนาคาร ตัวแลกเงินที่ธนาคารเป็นผู้จ่าย และธนาคารผู้จ่ายได้รับรองตลอดไปแล้ว ตัวสัญญาใช้เงินที่ธนาคารเป็นผู้ออกตัว เช็คที่ธนาคารเป็นผู้สั่งจ่ายหรือรับรองซึ่งสามารถเรียกเก็บเงินได้ในวันที่ทำสัญญาประกัน และหนังสือรับรองของธนาคารเพื่อชำระเบี้ยปรับแทนในกรณีผิดสัญญาประกันเป็นต้น ทั้งนี้ ในกรณีที่มิใช่ข้อสงสัย ให้ศาลตรวจสอบเพื่อขอคำยืนยันจากธนาคาร

เมื่อทำสัญญาประกันแล้ว ให้ศาลมีหนังสือแจ้งอายัดไปยังสำนักงานที่ดิน สำนักงานเขตหรืออำเภอ หรือธนาคารแล้วแต่กรณีทันที และเมื่อสัญญาประกันสิ้นสุดลง ให้รีบแจ้งยกเลิกการอายัดโดยเร็ว”

ต่อมาระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2547 ได้ยกเลิกข้อความในข้อ 6.2 ดังกล่าวข้างต้น และได้กำหนดให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“6.2 หลักทรัพย์มีค่าอย่างอื่นที่กำหนดราคามูลค่าที่แน่นอนได้ เช่น พันธบัตรรัฐบาล สลากออมสิน บัตรหรือสลากออมทรัพย์ทวีสินของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ใบรับเงินฝากประจำของธนาคาร ตัวแลกเงินที่ธนาคารเป็นผู้จ่าย และธนาคารผู้จ่ายได้รับรองตลอดไปแล้ว ตัวสัญญาใช้เงินที่ธนาคารเป็นผู้ออกตัว เช็คที่ธนาคารเป็นผู้สั่งจ่ายหรือรับรองซึ่งสามารถเรียกเก็บเงินได้ในวันที่ทำสัญญาประกัน และหนังสือรับรองของธนาคารหรือบริษัทประกันภัย เพื่อชำระเบี้ยปรับแทนในกรณีผิดสัญญาประกันเป็นต้น ทั้งนี้ ในกรณีที่มิใช่ข้อสงสัย ให้ศาลตรวจสอบเพื่อขอคำยืนยันจากธนาคารหรือบริษัทประกันภัยที่ออกหนังสือรับรองนั้น

เมื่อทำสัญญาประกันแล้ว ให้ศาลมีหนังสือแจ้งอายุต่อไปยังสำนักงานที่ดิน สำนักงานเขต หรืออำเภอ หรือธนาคารแล้วแต่กรณีทันที และเมื่อสัญญาประกันสิ้นสุดลง ให้รีบแจ้งยกเลิกการอายุัด โดยเร็ว ในกรณีที่ใช้น้ำสิบบรรองของบริษัทประกันภัยเป็นหลักประกัน ให้ศาลแจ้งจำนวนเงินประกัน ในสัญญาประกันให้บริษัทประกันภัยทราบด้วย"

ในปัจจุบันประธานศาลฎีกาได้ออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2548 และโดยที่ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2548 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกประกันหรือหลักประกันขึ้นใหม่ จึงได้ปรับปรุงระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวที่ใช้บังคับอยู่เดิมให้สอดคล้องกัน จึงได้วางระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ซึ่งได้ยกเลิกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2545 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2546) และระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราวฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2547) แต่ในส่วนของข้อกำหนดให้หนังสือรับรองของบริษัทประกันภัยเพื่อชำระเบี้ยปรับแทนในกรณีผิดสัญญาประกันเป็นหลักประกันในการขอปล่อยชั่วคราว ยังคงหลักการเดิม

รายละเอียดข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2548 และระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 โปรดดูภาคผนวก ก.

2.3.2 การเก็บรักษาหลักทรัพย์

ในชั้นพนักงานสอบสวน การเก็บรักษาหลักทรัพย์อื่นที่มีเงินสดหรือเช็คให้หัวหน้าสถานี ตำรวจหรือสารวัตรที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานเป็นผู้เก็บรักษาหลักทรัพย์ดังกล่าวไว้ที่สถานีตำรวจหรือที่ทำการนั้น ๆ และให้ทำบัญชีลงรายการแสดงหลักฐาน การเก็บรักษา การคืนหลักทรัพย์ รายงานเสนอผู้บังคับการหรือหัวหน้าตำรวจภูธรจังหวัด แล้วแต่กรณี เพื่อทราบอย่างน้อยเดือนละครั้ง อีกทั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายที่ไปตรวจราชการทำการตรวจดูหลักฐานเกี่ยวกับการเก็บรักษา การคืนหลักทรัพย์ ให้ถูกต้องกับที่รายงานเสนอทุกครั้งด้วย สำหรับตัวแลกเงิน และตัวสัญญาใช้เงิน ที่พนักงานสอบสวนรับไว้เป็นหลักประกันนั้น เมื่อถึงกำหนดใช้เงินในวันใดให้นำยื่นเพื่อขอรับ

เงินโดยเร็ว และถือว่าเงินที่ได้รับนั้นเป็นหลักประกันประเภทเงินสด แล้วให้ถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การเก็บรักษาเงินสดหรือเช็ค

ในชั้นพนักงานอัยการ การฝาก การจ่าย การถอนคืนเงินสด ซึ่งเป็นหลักประกันให้เป็นไปได้ตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการนั้น ส่วนหนังสือสำคัญอย่างอื่น เอกสารสิทธิตามกฎหมายที่ดินหรือเอกสารหลักทรัพย์อื่น ให้เก็บรักษาไว้ในตู้นิรภัยหากไม่มีตู้นิรภัยให้เก็บรักษาไว้ในสถานที่ที่เห็นสมควร

2.3.3 การบังคับตามสัญญาประกัน

2.3.3.1 การบังคับตามสัญญาประกันในชั้นพนักงานสอบสวน

การบังคับตามสัญญาประกันจะต้องกระทำเมื่อมีการผิดสัญญาประกัน กล่าวคือ ไม่ส่งหรือไม่สามารถส่งตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยตามกำหนดนัดตามสัญญาประกัน และความรับผิดชอบตามสัญญาประกันยังมีอยู่ในขณะที่ได้สั่งบังคับตามสัญญาประกันนั้น ในกรณีที่มีการทำสัญญาประกันต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการนั้น ถ้าผู้ทำสัญญาประกันไม่ยินยอมตามที่เจ้าพนักงานสั่งบังคับ ในทางปฏิบัติถือว่าเป็นเรื่องผิดสัญญาทางแพ่ง จะต้องมีการนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลดังเช่นคดีแพ่งทั่วไป

กรณีผิดสัญญาประกันในชั้นพนักงานสอบสวนนี้ มีผลเหมือนผิดสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยผู้ประกันจะถูกปรับตามจำนวนเงินที่ระบุไว้ในสัญญาประกันตามมาตรา 112 วรรค 2 (2) ถ้าผู้ประกันยอมชำระเงินตามที่พนักงานสอบสวนสั่งปรับก็เป็นอันเสร็จสิ้นกันไป แต่ถ้าไม่ชำระพนักงานสอบสวนก็ต้องฟ้องขอให้ศาลบังคับชำระหนี้ฐานผิดสัญญาเป็นคดีแพ่ง โดยถือว่าเมื่อผิดสัญญาประกันผู้ต้องหาในคดีอาญาแล้ว มูลหนี้ก็คือการผิดสัญญาและเบี้ยปรับ อันเป็นมูลคดีทางแพ่ง และผู้ประกันจะต้องเสียดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดที่ไม่ชำระเบี้ยปรับนั้นด้วย

การผิดสัญญาประกันผู้ต้องหาที่ทำกับพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนสามารถเอาตำแหน่งเป็นโจทก์ได้ฐานะที่เป็นคู่สัญญากับนายประกัน เช่นตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนในจังหวัด ตำแหน่งสารวัตรใหญ่ ซึ่งเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนในอำเภอท้องที่ ซึ่งนับเป็นความสะดวกของเจ้าพนักงานเมื่อคนเก่าย้ายไปที่อื่น คนใหม่ที่ย้ายมาสวมตำแหน่งแทนเป็นโจทก์ได้ และเมื่อเจ้าพนักงานคนใดยื่นฟ้องเป็นโจทก์แล้ว แม้จะย้ายไปที่อื่น คนย้าย

มาแทนใหม่ก็ทำหน้าที่เป็นโจทก์ได้จนเสร็จคดี เหมือนการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการซึ่งเป็น
 ทนายแผ่นดิน ทั้งนี้ จะใช้ชื่อของเจ้าพนักงานผู้ลงนามในสัญญาอนุญาตให้ประกันตัวผู้ต้องหา เป็น
 โจทก์ไม่ได้ แต่ใช้ชื่อตัวและตำแหน่งเป็นโจทก์ได้ เพราะตัวโจทก์จริงๆ คือตำแหน่งพนักงานสอบสวน
 แต่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ แม้จะเป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าสังกัดของพนักงานสอบสวนซึ่งเป็นตำรวจ
 มิใช่คู่สัญญากับนายประกันจะฟ้องนายประกันฐานผิดสัญญาประกันกับพนักงานสอบสวนไม่ได้ ทั้งนี้
 ต่างกับกับผู้ว่าราชการจังหวัดที่ตำแหน่งเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนในจังหวัดของตน จึงฟ้องนาย
 ประกันที่ผิดสัญญากับพนักงานสอบสวนอำเภอในจังหวัดของตนได้⁹⁷

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 6 อายุความ
 หมวด 2 ไม่ได้กำหนดอายุความให้ใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีผิดสัญญาประกันตัวผู้ต้องหาไว้โดยเฉพาะ
 และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 บัญญัติว่า "อายุความนั้น ถ้าประมวล
 กฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี" ดังนั้นพนักงานสอบสวนหรือ
 พนักงานอัยการจะต้องฟ้องร้องภายในสิบปีนับแต่ขณะที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องนั้นได้เป็นต้นไป มิฉะนั้น
 สิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ

ในกรณีที่นายประกันผิดสัญญาประกันแล้วต่อมาถึงแก่ความตาย พนักงาน
 สอบสวนจะต้องฟ้องภายใน 1 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1754 วรรคสาม ซึ่ง
 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 193/27 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ถ้าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้
 อันมีต่อเจ้ามรดกมีกำหนดอายุความยาวกว่าหนึ่งปี มิให้เจ้าหนี้นั้นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อ
 เจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก" บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้ระบุนำห้ามเจ้าหนี้
 ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนด 1 ปีนับแต่เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก

2.3.3.2 การบังคับตามสัญญาประกันในชั้นพนักงานอัยการ

การบังคับตามสัญญาประกันในชั้นพนักงานอัยการนี้ จะเหมือนกับกรณีการ
 บังคับตามสัญญาประกันในชั้นพนักงานสอบสวนตามข้อ 2.3.3.1 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นอกจากนี้
 ในกรณีผิดสัญญาประกัน ถ้าเห็นสมควรหัวหน้าพนักงานอัยการจะลดหรือลดค่าปรับก็ได้ แล้วรายงาน
 ตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการฝ่ายหรืออธิบดีอัยการเขต แล้วแต่กรณี การลดค่าปรับควรปรับไม่น้อย
 กว่าร้อยละสิบของจำนวนตามสัญญา บวกด้วยค่าใช้จ่ายในกรณีที่อาจมีการดำเนินคดี

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 850/2485, 1410/2526

ในการพิจารณาลดค่าปรับตามสัญญาประกันนั้น มีข้อพิจารณาดังนี้ สัญญาประกันตัวผู้ต้องหาเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในคดีอาญา มิใช่สัญญาตามกฎหมายแพ่งซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งหลักเสรีภาพในการทำสัญญา การที่จะให้ประกันตัวผู้ต้องหาหรือไม่ และจะกำหนดค่าปรับในกรณีผิดสัญญาเพียงใดขึ้นอยู่กับผู้ให้ประกันฝ่ายเดียว ความรับผิดชอบในเรื่องนี้จึงเป็นความรับผิดชอบโดยตรงขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการและศาลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่จะสั่งการโดยอิสระ การลดค่าปรับตามสัญญาประกัน จึงเป็นอำนาจอิสระขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม พนักงานอัยการย่อมมีอำนาจสั่งลดค่าปรับได้ตามที่เห็นสมควรเพื่อความยุติธรรม โดยคำนึงถึงความเสียหายที่รัฐได้รับ เมื่อนายประกันนำผู้ต้องหามาส่งได้ แม้จะเลยเวลาไปก็ควรได้รับการลดหย่อนค่าปรับ เพราะนายประกันได้บรรเทาความเสียหายให้แก่ทางราชการแล้ว มิเช่นนั้นจะไม่มีนายประกันคนใดพยายามติดตามผู้ต้องหามาส่งให้ ซึ่งจะเป็นผลเสียหายแก่ทางราชการมากกว่า (ข้อหารือที่ 30/2534 ของสำนักงานอัยการสูงสุด)

ในกรณีที่นายประกันผิดสัญญาประกันชั้นอัยการ และได้รับอนุญาตให้ผ่อนชำระเป็นรายเดือน ๆ ละ 1,000 บาท มีกำหนด 30 เดือน เมื่อผ่อนชำระได้เพียง 2 เดือน นายประกันสามารถติดตามตัวผู้ต้องหามาส่งอัยการฟ้องต่อศาลได้ นายประกันขอยกเว้นค่าปรับในส่วนที่เหลืออีก 28,000 บาท อัยการมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจปรับนายประกันเพียงเท่าจำนวนที่ได้รับชำระค่าปรับไปแล้ว อันเป็นการลดหย่อนจำนวนเงินค่าปรับให้แก่นายประกันตามสมควรแก่พฤติการณ์ได้ (หนังสือกรมอัยการที่ มท. 1203/12837 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 2527)

ในกรณีที่นายประกันนำผู้ต้องหามาส่งให้จนพนักงานอัยการและศาลลงโทษไปแล้วนั้น นายประกันควรได้รับการลดหย่อนค่าปรับ แม้ว่าจะได้มีคำพิพากษาตามที่ได้ประนีประนอมยอมความในสัญญาประกันไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้เพราะนายประกันได้บรรเทาความเสียหายให้แก่ทางราชการแล้ว มิฉะนั้นจะไม่มีนายประกันคนใดพยายามติดตามผู้ต้องหามาส่ง ซึ่งจะเป็นผลเสียหายแก่ทางราชการมากกว่า สัญญาประกันผู้ต้องหานั้นมีไว้เพื่อบังคับนายประกันให้นำผู้ต้องหามาส่งแก่ทางราชการตามกำหนดเวลา ถ้าไม่นำผู้ต้องหามาส่งเลยก็ต้องปรับเต็มจำนวน แต่ถ้านำผู้ต้องหามาส่ง แม้จะเลยเวลาไป ก็ควรได้รับการลดหย่อนค่าปรับ (ข้อหารือที่ 17/2528 หนังสือ มท. 120/9935 ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2528)

2.3.3.3 การบังคับตามสัญญาประกันในชั้นศาล

การบังคับตามสัญญาประกันในชั้นศาลมีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 119 ว่าในกรณีผิดสัญญาประกันต่อศาล ศาลมีอำนาจสั่งบังคับตามสัญญาประกันหรือตามที่ศาลเห็นสมควรโดยมิต้องฟ้อง เมื่อศาลสั่งประการใดแล้ว ฝ่ายผู้ถูกบังคับตามสัญญาประกันหรือพนักงานอัยการมีอำนาจอุทธรณ์ได้ คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุดท้ายซึ่งจะแตกต่างกับการบังคับตามสัญญาประกันในชั้นพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ เนื่องจากพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการไม่สามารถบังคับตามสัญญาประกันได้ ต้องฟ้องร้องบังคับตามสัญญาประกันเป็นคดีแพ่งอีกคดีหนึ่ง

2.4 ปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาประกอบในการสั่งปล่อยชั่วคราวของบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสั่งตามกฎหมายของประเทศไทย มีมาตรฐานสูงในระดับเดียวกับนานาชาติ⁹⁸ โดยถือเป็นสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับการพิจารณาให้ปล่อยชั่วคราวและมีให้เรียกหลักประกันเกินสมควร เว้นแต่จะเข้าเหตุที่กฎหมายบัญญัติ อันถือเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล อย่างไรก็ตามในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวของประเทศไทยนี้ ยังไม่อาจกล่าวได้ว่า สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับความคุ้มครองเต็มที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายกับผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน เนื่องจากในทางปฏิบัติบุคคลที่มีฐานะยากจนย่อมไม่มีทรัพย์สินที่จะนำมายื่นขอประกันตัวต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจได้ อันจะทำให้บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเรื่องของการปล่อยชั่วคราวตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัญหาอันเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายนี้ เนื่องมาจากการไม่นำบทบัญญัติของกฎหมายและแนวปฏิบัติมาใช้ให้เกิดผลในการสร้างความเสมอภาคได้อย่างแท้จริง แต่กลับใช้ตัวเงินเป็นเกณฑ์ใน

⁹⁸ วรุดมิ ทวาทศิน, "การนำบริษัทประกันภัยเข้าสู่ระบบการประกันตัวในคดีอาญา : ทางเลือกใหม่ของผู้ต้องหาและจำเลย," หน้า 75.

การพิจารณาให้ประกันตัวมากเกินไป ทั้งนี้ แม้จะปรากฏจากสถิติว่าการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวจะมีมากกว่าการไม่อนุญาตก็ตาม ซึ่งอาจทำให้เข้าใจได้ว่าคนส่วนใหญ่ได้รับการพิจารณาให้ประกันตัว แต่ในความเป็นจริง ยังมีผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ยากจนอีกบางส่วนที่ไม่ได้ยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราว ตั้งแต่ต้นเนื่องจากไม่มีเงินหรือหลักทรัพย์อื่นที่จะมาวางต่อศาลได้⁹⁹ ทั้งการกำหนดวงเงินประกันที่ตายตัว สำหรับการกระทำความผิดประเภทหนึ่งๆ โดยมีได้ดูรายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีแต่ละเรื่องประกอบกับฐานะของจำเลยและโอกาสที่จำเลยจะหลบหนี หรือการกำหนดราคาประกันอย่างเคร่งครัดให้สูงตามอัตราโทษที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยถูกกล่าวหา ก็ยังเป็นการส่งเสริมให้ผู้มีสถานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันได้รับสิทธิในการปล่อยชั่วคราวไม่เท่าเทียมกันมากยิ่งขึ้น

การใช้ตัวเงินเป็นเกณฑ์ในการปล่อยชั่วคราวยังส่งผลให้เกิดความเข้าใจผิดว่า หากกำหนดวงเงินประกันและจำนวนหลักประกันมากเท่าใด ก็จะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่หลบหนีประกันมากเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ความคิดที่ถูกต้อง ผลกลับกลายเป็นการสร้างภาระแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่จะต้องดำเนินการบังคับคดีกับผู้ขอประกันหากมีการผิดสัญญาประกันขึ้น ทั้งที่บุคลากรในหน่วยงานนั้นก็มิภาระหน้าที่หลักที่ต้องปฏิบัติหนักอยู่แล้ว จึงอาจไม่ให้ความสำคัญแก่การบังคับคดีเท่าที่ควร และยังมีภาระในเรื่องการเก็บรักษาหลักประกันที่นับวันยังมีจำนวนมากขึ้น ทั้งเมื่อมีการบังคับคดีบางครั้งก็ไม่สามารถขายทอดตลาดทรัพย์ที่วางเป็นประกันได้ เพราะไม่มีราคาควมวดแต่อย่างใด อันทำให้เงินค้ำประกันคดีกรณีผิดสัญญาประกันทั่วประเทศเป็นจำนวนสูงถึง 2,000 ล้านบาท¹⁰⁰ ปัญหาของการไม่อาจบังคับคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพทำให้ถูกมองว่าคำสั่งปรับนายประกันไม่มีความศักดิ์สิทธิ์เพราะไม่อาจบังคับทรัพย์สินของผู้ผิดสัญญาประกันได้จริง ทำให้ผู้ขอประกันไม่กังวลว่าจะถูกกำหนดวงเงินประกันและหลักประกันมากเพียงใดและไม่กลัวเกรงที่จะผิดสัญญาประกัน อันเป็นผลให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีประกันมากขึ้น นอกจากนี้ จากผลของการไม่อาจบังคับหลักประกันที่มาวางได้อย่างมีประสิทธิภาพทำให้เกิดการเข้มงวดในการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ของหลักประกันที่นำมาวางประกัน เพื่อให้ง่ายแก่การบังคับคดี แต่ผลในทางตรงกันข้าม กลับลดโอกาสของคนยากจนที่จะได้รับการประกันตัวรวมทั้งสร้างภาระหนักให้แก่คนยากจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งการยึดถือตัวเงินเป็นหลักในการพิจารณาอย่างเคร่งครัดมากเกินไปทำให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการให้ประกันตัว ไม่กล้าตัดสินใจให้แตกต่างจากเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แม้จะเป็นการขอด้วยกฎหมายและมีเหตุอันสมควร เพื่อเป็นการป้องกันตนเองและเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกครหาหรือถูกกล่าวหาว่ามีการทุจริตเกิดขึ้น

⁹⁹ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, การใช้ดุลพินิจในการปล่อยชั่วคราว, ตุลพาน, เล่มที่ 4 : หน้า 26.

¹⁰⁰ วรวุฒิ ทวาทสิน, "การนำบริษัทประกันภัยเข้าสู่ระบบการประกันตัวในคดีอาญา : ทางเลือกใหม่ของผู้ต้องหาและจำเลย," หน้า 76.

นอกจากนี้ การใช้ตัวเงินเป็นเกณฑ์ทำให้คนยากจนต้องขวนขวายไปหยิบยืมเงินและหลักประกันจากบุคคลอื่นทำให้เกิดธุรกิจรับเป็นนายประกันให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งมักเรียกนายประกันเหล่านี้ว่า "นายประกันอาชีพ" โดยการให้เช่าหลักทรัพย์ของนายประกันหรือผู้อื่นเป็นหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวและคิดค่าตอบแทนจากการให้ใช้หลักทรัพย์นั้น นายประกันอาชีพบางส่วนได้อาศัยความเดือดร้อนและความไม่เข้าใจของผู้ต้องหา จำเลยและประชาชนเกี่ยวกับขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดี เอาไรต์เอาเปรียบแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบและเกินสมควรตั้งแต่การเรียกค่าตอบแทนเป็นจำนวนสูง แลกกับการให้ใช้หลักทรัพย์ในการประกันตัวและทุกขั้นตอนของการพิจารณาคดี หรือให้วิธีการหลอกลวงหลักทรัพย์และปลอมใบมอบอำนาจของผู้อื่นเพื่อนำหลักทรัพย์มาใช้เป็นหลักประกันในศาล หรือหลอกลวงชาวบ้านให้มาเป็นคู่สัญญาประกันโดยตรงพร้อมกับให้วางหลักทรัพย์เป็นประกันเพื่อแลกกับค่าตอบแทนเล็กน้อย โดยไม่ชี้แจงให้ทราบถึงผลที่อาจเกิดขึ้นหากผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีประกัน หรือก่อให้เกิดธุรกิจนอกกฎหมายในการติดตามนำตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ผิดสัญญาประกันมาส่งศาล เป็นเหตุให้ผู้ต้องหาถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบ และอาจทำให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายได้

ระบบนายประกันอาชีพของไทยจะแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งบริษัทขึ้นอย่างเป็นระบบ มีวัตถุประสงค์เพื่อทำหน้าที่เฉพาะเป็นนายประกันให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยคิดค่าตอบแทนจากการเข้าเป็นนายประกัน มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ตามสื่อต่างๆ การแข่งขันค่อนข้างรุนแรง เพื่อชี้ชวนให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยใช้บริการของบริษัท แต่การประกอบธุรกิจดังกล่าวก็มีกฎหมายควบคุม ตัวอย่างในรัฐนิวยอร์ก ตามกฎหมายประกันภัย (Insurance Law) ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคล บริษัท หรือนิติบุคคลเขียนหนังสือค้ำประกันการประกันภัย และประกอบธุรกิจการทำสัญญาประกัน เว้นแต่นิติบุคคลนั้นได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมาย โดยต้องได้รับใบอนุญาตจาก The superintendent ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาการออกใบอนุญาต แต่บุคคลธรรมดาจะไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนี้¹⁰¹ อย่างไรก็ดี แม้รูปแบบการดำเนินการของบริษัทจะสามารถตรวจสอบได้ว่าเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบทางเศรษฐกิจ แต่หากส่งเสริมให้นำมาใช้ในประเทศไทยก็จะเป็นดาบสองคมที่จะช่วยเสริมสร้างระบบนายประกันอาชีพที่สร้างปัญหาต่อระบบกระบวนการยุติธรรมของไทยอยู่แล้วให้เติบโตและเข้มแข็งขึ้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยและประชาชนเพิ่มมากขึ้น จึงน่าจะยังไม่สมควรที่จะสนับสนุนให้นำรูปแบบการให้บริการในลักษณะนี้มาใช้ในประเทศไทย

¹⁰¹ INSURANCE LAW, New York Codes, Rules and Regulations Art.68 s 6801-6804 p. 129-138.

จากการสัมมนาผู้พิพากษาตามภาคต่างๆ ทั่วประเทศ เรื่อง "การปล่อยชั่วคราว : แนวคิดตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม และปัญหาข้อขัดข้องในการบริหารงานศาล" เพื่อเผยแพร่ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว ตลอดปี 2545 ทำให้ได้ทราบถึงประเด็นปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับนายประกันอาชีวะ ดังนี้¹⁰²

(ก) มีการดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นกระบวนการตั้งแต่ช่วงถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุม โดยนายประกันอาชีวะส่วนใหญ่จะติดต่อกับญาติของผู้ต้องหาหรือจำเลยและเรียกค่าตอบแทนในการขอประกันตัวผู้ต้องหา โดยอ้างว่าจะประกันตัวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา แต่กลับประกันเพียงชั้นฝากขัง เมื่อมีการฟ้องร้องต่อศาล นายประกันก็จะยื่นคำร้องขอถอนหลักประกันเพื่อให้ไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาประกันต่อไป

(ข) หลอกลวงชาวบ้านให้นำเอกสารสิทธิเช่น โฉนดที่ดินมาวางเป็นหลักประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยปิดบังผลที่จะเกิดขึ้นหากผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีให้ชาวบ้านทราบ

(ค) เรียกค่าตอบแทนในการใช้หลักทรัพย์วางเป็นหลักประกันจากตัวผู้ต้องหา หรือจำเลยเป็นรายมัด ตามวันที่ศาลนัดส่งตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย

(ง) ไม่คืนเงินค่าตอบแทนที่ได้เรียกเก็บจากผู้ต้องหาหรือจำเลยล่วงหน้า ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว

(จ) แอบอ้างว่าเป็นพนักงานของศาลหรือเป็นบุคคลที่ศาลไว้วางใจมอบหมายให้เป็นนายประกันของศาล

(ฉ) การจัดระเบียบนายประกันอาชีวะโดยการขึ้นทะเบียนนั้น สร้างความเข้าใจผิดว่าศาลเข้าไปรับรองนายประกันอาชีวะ นายประกันอาชีวะแอบอ้างว่าเป็นคนที่ศาลรับรองให้ทำประกันได้เท่านั้น ทำให้นายประกันที่เป็นญาติของผู้ต้องหาหรือจำเลยแท้จริงไม่กล้ามาให้การประกันเพราะเข้าใจว่าศาลอนุญาตต่อเมื่อเป็นนายประกันที่ขึ้นทะเบียนรับรองเท่านั้น

(ช) นายประกันอาชีวะดำเนินการรับประกันที่ไปยื่นหลายศาลหลายจังหวัด โดยศาลแต่ละแห่งอาจไม่ทราบว่านายประกันอาชีวะไปสร้างปัญหาผิดสัญญาประกันไว้ เนื่องจากไม่มีข้อมูลเชื่อมโยงถึงกัน

(ซ) นายประกันอาชีวะมักดำเนินการร่วมกันเป็นขบวนการ มีกลุ่มมีพรรคพวกร่วมกันทำงาน มีตำรวจศาล เจ้าหน้าที่ศาล ทนายความ หรือภรรยาของตำรวจชั้นผู้ใหญ่ในจังหวัดร่วมด้วย

(ฌ) นายประกันอาชีวะร่วมมือกับทนายความบางคน โดยเมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยมาติดต่อเรื่องประกันตัว นายประกันอาชีวะก็จะกำหนดตัวทนายความที่เป็นเครือข่ายร่วมกันให้ความช่วยเหลือ โดย

¹⁰² ข้อเสนอการศึกษาของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงการบริหารศาลยุติธรรม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปล่อยชั่วคราว ที่เสนอต่อคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ในการประชุมครั้งที่ 45/2546 เมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2546

ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่กล้าปฏิเสธ ดังนั้นเมื่อศาลขึ้นทะเบียนนายประกันอาชีพก็เป็นการรับรองตัวนายประกันอาชีพเองและทนายความด้วย

(ญ) อัตราค่าตอบแทนที่นายประกันอาชีพเรียกจากผู้ต้องหาหรือจำเลย มีอัตราสูงไม่เหมาะสมเป็นการเอารัดเอาเปรียบประชาชน

(ฎ) ในศาลใหญ่ๆ นายประกันอาชีพจะดำเนินการในรูปบริษัทประกันโดยมีความพร้อมและมีระบบการทำงานที่จะให้บริการแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยแต่เรียกค่าตอบแทนในอัตราที่สูงกว่านายประกันอาชีพทั่วไป บางกลุ่มจะมีโต๊ะสำนักงานเคลื่อนที่มาตั้งหน้าศาลหรือบริเวณใกล้เคียง

(ฏ) นายประกันอาชีพบางคนอาจนำศาลไปแอบอ้างหากิน หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยอ้างว่าเป็นเจ้าพนักงานศาล สามารถวิ่งเต้นคดีได้ และรับผิดชอบจัดหาทนายความให้ ทำให้ประชาชนที่ไม่ทราบเข้าใจผิดว่าศาลมีประโยชน์ได้เสียกับนายประกันอาชีพ

จากปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมาย ที่เกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น ทำให้หลายฝ่ายพยายามหาแนวทางในการแก้ไขปัญหา ซึ่งประเด็นสำคัญของปัญหาน่าจะมาจากการใช้เงินเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาปล่อยชั่วคราวมากเกินไป จึงส่งผลกระทบต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยรวมถึงญาติพี่น้องที่ด้วยโอกาสในสังคม ทั้งยังส่งผลกระทบต่อหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมและประชาชนทั่วไปด้วย แนวทางในการแก้ปัญหาข้อขัดข้องในเบื้องต้น จึงน่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงทัศนคติของผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาปล่อยชั่วคราวที่ไม่ควรยึดติดกับการใช้เงินเป็นเกณฑ์ในการปล่อยชั่วคราวแต่ควรเปิดใจใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามกรอบที่กฎหมายและกฎระเบียบให้อำนาจและวางแนวทางไว้อย่างเต็มที่ กำหนดมาตรการในการควบคุมนายประกันอาชีพ¹⁰³ และนอกจากนี้ควรหามาตรการอื่นที่ส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ลดความไม่เท่าเทียมกันในฐานะทางเศรษฐกิจของประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากภาครัฐ ซึ่งจากการตรวจสอบรูปแบบการให้บริการเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวต่อเจ้าพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลนั้นพบว่าในปัจจุบัน มีกรรมธรรม์ประกันภัยคำจุนอุบัติเหตุ โดยมีเอกสารแนบท้ายที่ให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมกรณีรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์เกิดอุบัติเหตุ และผู้ประกันภัยหรือบุคคลใดซึ่งได้รับอนุญาตให้ขับขี่รถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ต้องถูกควบคุมตัวในคดีอาญาและเมื่อมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นบริษัทประกันภัยจะดำเนินการประกันตัวผู้ขับขี่ตามจำนวนเงินที่พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือศาลกำหนดไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด ซึ่งรูปแบบดังกล่าวเป็นแนวทางหนึ่งที่จะนำมาเพื่อแก้ปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราว ดังจะกล่าวรายละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

¹⁰³ วรวุฒิ ทวาทสิน, "การนำบริษัทประกันภัยเข้าสู่ระบบการประกันตัวในคดีอาญา : ทางเลือกใหม่ของผู้ต้องหาและจำเลย," หน้า 80.