

การล่อให้กระทำความผิดอาญา



นายศุภชัย เสวตกิตติกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-03-0254-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ENTRAPMENT

Mr.SUPACHAI SAWETKITIKUL

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Department of Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2000

ISBN 974-03-0254-8

สถาบันทนายบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การล่อให้กระทำความผิดอาญา
โดย นายศุภชัย เสวตกิตติกุล
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

..... รักษาการแทน
(รองศาสตราจารย์มัทยา จิตศิริรัตน์) คณบดีคณะนิติศาสตร์

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์มัทยา จิตศิริรัตน์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์)

..... กรรมการ
(อาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย)

นายศุภชัย เสวตกิตติกุล :การล่อให้กระทำความผิดอาญา (ENTRAPMENT) อ.ที่ปรึกษา :
รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 164 หน้า, ISBN 974-03-0254-8

“การล่อให้กระทำความผิด” มีความหมายทางกฎหมายแตกต่างกันออกไปในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law แต่ที่เข้าใจโดยทั่วไป คือเป็นการกระทำของฝ่ายรัฐที่เกิดขึ้นในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา โดยมักเกิดขึ้นกับความผิดประเภทที่ไม่มีเอกชนเป็นผู้เสียหาย โดยเฉพาะ (victimless crimes) เช่น คดียาเสพติด การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นจากการที่เจ้าพนักงานมีความจำเป็นต้องใช้เทคนิควิธีการในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่น การใช้สายลับเข้าไปล่อซื้อยาเสพติด เมื่อเจ้าพนักงานใช้วิธีการดังกล่าวเกินขอบเขตจนถึงขนาดล่อให้บุคคลซึ่งไม่เคยคิดที่จะกระทำความผิดมาก่อน กลับเกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดขึ้น การกระทำดังกล่าวถือเป็น การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment)

ปัญหาที่สำคัญของ “การล่อให้กระทำความผิด” คือ การที่รัฐใช้วิธีการอันไม่เหมาะสมในการแสวงหาพยานหลักฐาน ยังผลให้ได้ผู้กระทำความผิดที่ไม่สมควรถูกนำตัวมาลงโทษ ในหลายประเทศได้ใช้วิธีการควบคุมความไม่เหมาะสมของการกระทำของเจ้าพนักงานแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยข้อต่อสู้ในเรื่องของการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงาน (Substantive Defence) ในแคนาดาใช้หลักกฎหมายในเรื่องการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) ในอังกฤษ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ นำวิธีการทางกฎหมายลักษณะพยานคือการใช้นำพยาน (Exclusion of Evidence) มาใช้ในการแก้ไขปัญหของการใช้วิธีการอันไม่เหมาะสมในการแสวงหาพยานของฝ่ายรัฐในกรณีดังกล่าว

ในประเทศไทย ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายควบคุมเจ้าพนักงานรัฐในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด และไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่วินิจฉัยในเรื่องการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่มีความเห็นทางวิชาการว่าควรจะมีการควบคุมดูแลการใช้วิธีการอันไม่เหมาะสมซึ่งมีหลายความเห็นเสนอให้นำพยานมาใช้เป็นเครื่องมือควบคุม โดยให้ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 แต่จากการศึกษาพบว่าวิธีการทางพยานแต่ลำพังไม่ใช่เครื่องมือทางกฎหมายที่ดีที่สุดในการนำมาใช้ควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงาน ในขณะที่การกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนในทางสารบัญญัติ หรือวิธีสบัญญัติ เพื่อนำมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด โดยเฉพาะ น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมกว่า สำหรับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้เสนอให้ใช้แนวทางทางกฎหมายสารบัญญัติ เพราะเป็นการให้หลักประกันกับประชาชนในสังคมที่เหมาะสม

ภาควิชา...นิติศาสตร์....

ลายมือชื่อนิติศ
.....

สาขาวิชา...นิติศาสตร์...

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา
.....

ปีการศึกษา...2544....

4186141234 : MAJOR LAW

KEY WORD: ENTRAPMENT / AGENT PROVOCATEUR / OFFICIAL INSTIGATION

MR.SUPACHAI SAWETKITIKUL : ENTRAPMENT

THESIS ADVISOR : ASSOC.PROF.DR.APIRAT PETCHSIRI

164 pp. ISBN. 974-03-0254-8

The term “Entrapment” has diverse legal definitions in countries using the Common Law system. Generally, it is understood that it refers to a doing of the state that occurs during the investigation process in a criminal case. This usually happens in a wrongdoing with no private individual as a specific victim involved (victimless crime), for example, drug cases. Entrapment is conducted when officers have the necessity to use special means to search for evidences by being involved in the wrongdoing process e.g. use undercover officers to lure in the purchase of drugs. However, if officers abuse their powers to a certain level that makes an individual with no consideration of committing a crime, has an intention to commit a crime. Then, this type of action is considered to be an “Entrapment”.

A significant problem of “Entrapment” is when the state utilizes inappropriate methods to search for evidences, which as a result, numerous criminals do not deserve to be punished. Dissimilar measures are used to control and monitor the actions of officers in various nations, that is, in the USA., a procedure called “ Substantive Defense” is being used. Canada uses the procedure of “Abuse of Process”, whereas, Britain, Australia, and New Zealand use a process in the law of evidence called “Exclusion of Evidence”.

In Thailand, there is no existing law governing the actions of state officers in “Entrapment”, and there is neither clear court rulings in this matter. However, there are academic opinions stating that there should be controls on these inappropriate types of actions. Many proposed to use the procedure of “Exclusion of Evidence” by considering that evidences gotten from “Entrapment” are wrongful ones, in accordance with Article 226 of the Criminal Procedure Code. However, studies show that by using the evidence rule alone is not the best legal tool to control the actions of officers, whereas, adoption of substantive or procedural principles in order to specifically control “Entrapment” is more appropriate. This thesis has proposed to adopt the substantive law because it is an appropriate means to ensure the citizens of their rights in our society.

Department :...LAW...

Student’s signature.....

Field of study :...LAW...

Advisor’s signature.....

Academic year :...2001..

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความช่วยเหลือของท่านรองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็น ตรวจสอบและแก้ไข วิทยานิพนธ์มาโดยตลอด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์มัทยา จิตศิริรัตน์ รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ อาจารย์พรเพชร วิจิตรชลชัย และอาจารย์ชัยเกษม นิตสิริ ที่กรุณาให้เกียรติเป็นกรรมการ ตรวจสอบและตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบคุณ พี่ศรีประไพ เลิศวิริยจิตต์ พี่สรรเสริญ อัจจุตมานัส และพี่บุญทิพย์ สุวรรณรัช ที่กรุณาให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในทุก ๆ ด้าน และขอขอบคุณ พี่สุรางค์ ผลประเสริฐ พี่รัชนิพร ถาวรวัตร์ พี่บุษรา พี่งไพฑูรย์ พี่เมตตา ทวีคุณ พี่ปิยะลักษณ์ มุลธิยะ และน้องชุตินา สุขเสวตร ที่ให้การสนับสนุนและให้กำลังใจ ตลอดจนขอขอบคุณ พี่ ๆ ที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมทุกท่าน และคุณฉัญนิภา หัสบำเรอ ที่สละเวลาในการช่วย แปลบทคัดย่อวิทยานิพนธ์ภาษาอังกฤษ รวมทั้งผู้ช่วยเหลือท่านอื่นที่ผู้เขียนมิได้เอ่ยนามไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ ซึ่งสนับสนุนผู้เขียนในทุก ๆ ด้าน และได้ให้โอกาสแก่ผู้เขียนที่จะได้ศึกษาเล่าเรียนจนสำเร็จการศึกษา รวมทั้งญาติพี่น้องของผู้เขียนทุกท่านที่เป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความดีอันใด ผู้เขียนขอให้เป็นกตเวทิตาแด่ บิดา มารดา และบูรพาจารย์ทุกท่าน ตลอดจนผู้เขียนหนังสือและบทความต่าง ๆ ที่ให้ความรู้แก่ผู้เขียนจนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จ แต่ถ้าววิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับแต่ผู้เดียว

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศุภชัย เสวตกิตติกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	4
1.3 ขอบเขตและเนื้อหาของการศึกษาวิจัย	5
1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 หลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิด(Entrapment)	6
2.1 หลักการและแนวความคิดโดยทั่วไป	6
2.1.1 ที่มาและความหมาย	6
2.1.2 องค์ประกอบทางเนื้อหาของการล่อให้กระทำความผิด	17
2.1.2.1 วัตถุประสงค์ของการล่อให้กระทำความผิด	17
2.1.2.2 ผู้ล่อให้กระทำความผิด	19
2.1.2.3 วิธีการล่อให้กระทำความผิด	20
2.1.2.4 ผู้ถูกล่อให้กระทำความผิด	20
2.1.2.5 ประเภทฐานความผิด.....	21
2.1.3 ความแตกต่างระหว่างการล่อให้กระทำความผิดกับหลักกฎหมายอื่น	24
2.1.3.1 การขาดองค์ประกอบความผิดกับการล่อให้กระทำความผิด	24
2.1.3.2 ความยินยอมกับการล่อให้กระทำความผิด	25
2.1.4 วิธีการและภาระการพิสูจน์	26
2.1.4.1 การใช้ทฤษฎีอัตตะวิสัย(Subjective test)	27
2.1.4.2 การใช้ทฤษฎีภาวะวิสัย(Objective test)	29

บทที่	สารบัญญ (ต่อ)	ช หน้า
	2.1.4.3 การประยุกต์ใช้วิธีการอัตตะวิสัยและวิธีการภาวะวิสัย (The hybrid approach).....	33
	2.1.4.4 การใช้วิธีการทางเศรษฐศาสตร์ (Economic approach)	39
	2.1.5 ขอบเขตหรือจุดแบ่งระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานกับ การล่อให้กระทำความผิด	42
	2.1.5.1 ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นเจตนาที่จะกระทำ ความผิดมาแต่เริ่มแรกของผู้ล่อให้กระทำความผิด.....	42
	2.1.5.2 ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงวิธีการของ เจ้าพนักงาน หรือตัวแทนที่อาจทำให้วิญญูชนทั่วไปเกิดเจตนาที่จะ กระทำความผิดขึ้นได้จากวิธีการดังกล่าว	44
	2.1.6 ความรับผิดชอบของผู้ล่อให้กระทำความผิด	46
	2.2. พัฒนาการของการล่อให้กระทำความผิดในกรณีอื่น ๆ	49
	2.2.1 การล่อให้ได้รับโทษหนักขึ้น (Sentence entrapment or Sentence manipulation) ...	49
	2.2.2 การล่อให้กระทำความผิดโดยผ่านคนกลาง (Derivative entrapment)	52
	2.2.3 ข้อต่อสู้ในเรื่องการกระทำอันรุนแรงของเจ้าพนักงานรัฐ (Outrageous Government Conduct Defense)	56
	2.2.4 การล่อให้กระทำความผิดโดยหลักกฎหมายปิดปาก (Entrapment by estoppel).....	59
	2.3 ลักษณะทางเนื้อหาและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิด	62
	2.3.1 เนื้อหาและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดใน กฎหมายต่างประเทศ.....	63
	2.3.1.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา	63
	2.3.1.2 กฎหมายอังกฤษ	70
	2.3.1.3 กฎหมายออสเตรเลีย	76
	2.3.1.4 กฎหมายแคนาดา	80
	2.3.1.5 กฎหมายนิวซีแลนด์	85
	2.3.2 เนื้อหาและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดในกฎหมายไทย	86
บทที่ 3	การนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด	95
	3.1 แนวความคิดและเหตุผลในการแก้ไขปัญหากล่อให้กระทำความผิด	95
	3.2 การนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด	98

3.2.1 การใช้วิธีการค้นหาความจริงในคดีอาญาของระบบไต่สวน(Inquisitorial System)...	99
3.2.2 การใช้วิธีการทางกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law)	102
3.2.2.1 การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือข้อยกเว้นโทษ	103
3.2.2.2 การบัญญัติกฎหมายสร้างฐานความผิด	105
3.2.3 การใช้วิธีการทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedure Law)	107
3.2.3.1 การใช้บทตัดพยาน (The Exclusion of Evidence)	107
ก. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในกฎหมาย	
ของต่างประเทศและในประเทศไทย	108
ข. ข้อเปรียบเทียบระหว่างหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น	
โดยมิชอบกับการล่อให้กระทำความผิด	114
(1) ความแตกต่างระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น	
โดยมิชอบกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ	115
(2) ความแตกต่างระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น	
โดยมิชอบกับการล่อให้กระทำความผิด	116
(3) ความแตกต่างระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มา	
โดยมิชอบกับการล่อให้กระทำความผิด.....	117
ค. ความเหมาะสมของการนำบทตัดพยานมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด ...	118
3.2.3.2 หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process).122	
ก. หลักการและแนวความคิดการใช้กระบวนการพิจารณาของศาล	
ไปในทางมิชอบ	122
ข. ขอบเขตการใช้และผลในทางกฎหมายการใช้กระบวนการพิจารณา	
ของศาลไปในทางมิชอบ	123
ค. ข้อเปรียบเทียบระหว่างการใช้บทตัดพยานกับหลักการใช้	
กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ	124
ง. ความเหมาะสมของการนำหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาล	
ไปในทางมิชอบมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด	127
3.2.4 การใช้วิธีการบรรเทาโทษ (Mitigation of Penalty)	131
3.2.5 การใช้หลักการกระบวนการนิติธรรม(Due Process Defense)	133
3.2.6 มาตรการทางกฎหมายอันมีส่วนในการป้องกันปัญหาการล่อให้กระทำความผิด...136	

	สารบัญ (ต่อ)	ญ
บทที่		หน้า
บทที่ 4	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	140
4.1	บทสรุป	140
4.2	ข้อเสนอแนะ	143
รายการอ้างอิง.....		150
ภาคผนวก		157
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....		164



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹ ได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานรัฐ เช่น ตำรวจ เป็นผู้ที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย มีอำนาจทำการสืบสวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้นั้น ในบางครั้งเจ้าพนักงานหรือตัวแทนมีความจำเป็นจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดนั้นอยู่บ้าง เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการจับกุมและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะในความผิดบางประเภทที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crimes) เช่น การขายยาเสพติด , การค้าประเวณี, การพนัน , การให้สินบน เป็นต้น ซึ่งมีโอกาสกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น

ดังนั้น เจ้าพนักงานหรือตัวแทนจะมีอำนาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดได้มากน้อยเพียงใดซึ่งคงจะต้องพิจารณาในประเด็นที่ว่า การกระทำนั้นเป็นเพียงเทคนิควิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน เช่น การล่อซื้อยาเสพติด หรือเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตของการแสวงหาพยานหลักฐานถึงขนาดเป็นการล่อให้กระทำความผิดขึ้น

เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน คือ “ การที่เจ้าพนักงานเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งหากเจ้าพนักงานไม่เข้าไปก่อให้เกิดเขากระทำความผิดแล้ว เขาก็จะไม่กระทำความผิดนั้นเลย” ดังนั้นหากเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นแต่เพียงเปิดโอกาสให้ผู้พร้อมและเต็มใจจะกระทำความผิดอยู่แล้วได้กระทำความผิดนั้น ย่อมเป็นเพียงการแสวงหาพยานหลักฐานที่จะผูกมัดผู้กระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งจะมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงเช่นใดจึงจะถือได้ว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นหรือเป็นเพียงการแสวงหาพยานหลักฐานเท่านั้น

นอกจากนี้ โดยเหตุที่การล่อให้กระทำความผิดเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา เป็นต้น ซึ่งในประเทศเหล่านี้ได้ให้ความสำคัญต่อความไม่เหมาะสมของการกระทำดังกล่าว โดยการใช้เครื่องมือทางกฎหมายเข้ามาควบคุมการล่อให้กระทำความผิดแตกต่างกันออกไป แต่อยู่บนพื้นฐานความคิดทางกฎหมายอย่างเดียวกัน คือ การล่อให้กระทำความผิดนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามสำหรับกระบวนยุติธรรมทางอาญา โดยถือว่าการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตัวแทน เป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) เนื่องจากไม่มีรัฐใดที่จะยอมรับนโยบายในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่มีขึ้นเกิดขึ้นเองตามปกติแต่ได้ถูกให้กระทำขึ้น โดยเจ้าพนักงานของรัฐเอง

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(10)และมาตรา 17

ทั้งนี้ แนวโน้มของโอกาสที่จะเกิดการล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทยจะมีมากขึ้น เนื่องจากสถิติคืออาชญากรรมประเภท Victimless Crimes ในประเทศไทยมีสูงขึ้น² และคดีเหล่านี้ เจ้าพนักงานสืบสวนมักจะใช้วิธีการล่อซื้อ โดยเฉพาะคดียาเสพติด³ ซึ่งปราศจากการตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติการดังกล่าวว่าเกินขอบเขตของการแสวงหาพยานหลักฐานจนถึงขนาดเป็นการล่อให้กระทำความผิดหรือไม่ ดังนั้น นักกฎหมายไทย จึงควรให้ความสนใจกับความไม่เหมาะสมของการกระทำดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน

² ข้อมูลจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

สถิติจำนวนคดี Victimless Crimes ที่มีการจับกุมผู้กระทำความผิด ทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่ปี พ.ศ.2540-2543				
คดีที่รัฐเป็นผู้เสียหาย Victimless Crimes	2540	2541	2542	2543
1.อาวุธปืน	22042	23631	21635	20001
2.การพนัน	107052	102722	89829	83862
3.ยาเสพติด	175978	225252	238527	263324
4.ปรามการค้าประเวณี	4853	6327	10147	11345
5. มีและเผยแพร่วัตถุลามก	1083	1293	1461	1774
รวมจำนวนคดี	311008	359225	361599	380306

³ จากการสุ่มตัวอย่างการจับกุมคดียาเสพติดของสถานีตำรวจนครบาล

(สถานีตำรวจนครบาลนางเลิ้ง)

ปรากฏรายงานการจับกุมคดียาเสพติดในปี 2540 2541 2542 2543

มีจำนวนคดีทั้งสิ้น

540 389 543 1043

จากข้อมูลดังกล่าวแสดงถึงแนวโน้มการจับกุมคดียาเสพติดเพิ่มขึ้นทุกปี ซึ่งสอดคล้องกับข้อมูลของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ทั้งนี้จากการสัมภาษณ์เจ้าพนักงานสืบสวนคดีอาญาของสถานีตำรวจดังกล่าวพบว่าคดียาเสพติดทุกคดีใช้วิธีการล่อซื้อ ดังนั้นการใช้วิธีการล่อซื้อยาเสพติดจึงมีมากขึ้นทุกปี ทำให้เห็นถึงแนวโน้มความเป็นไปได้ของโอกาสที่จะเกิดการล่อให้กระทำความผิดมากขึ้นทุกปีเช่นเดียวกัน

โดยในระบบกฎหมายของหลายประเทศได้วางหลักเกณฑ์ในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดไว้แตกต่างกันดังนี้

1.กฎหมายสหรัฐอเมริกา

นักกฎหมายอเมริกา ได้มีความเห็น 2 ทางคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทนมีผลเป็นการยกเว้นความผิด และฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า การกระทำความผิดที่เกิดจากการล่อนั้นเป็นความผิดแต่กฎหมายไม่ลงโทษ แต่มีผลทำนองเดียวกันคือ ศาลจะไม่ลงโทษจำเลยหากฟังได้ว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดและถือเป็นข้อต่อสู้ที่มีเนื้อหาทางสารบัญญัติ (Substantive Defence) โดยได้วางหลักเกณฑ์ไว้ใน Model Penal Code ในมาตรา 2.13 ซึ่งรวบรวมโดยสถาบันกฎหมายอาญาของสหรัฐ เพื่อให้ศาลแต่ละมลรัฐใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดี

2.กฎหมายอังกฤษ

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ไม่ได้มีข้อต่อสู้ในเรื่องล่อให้กระทำความผิดโดยตรงอย่างที่มิในสหรัฐอเมริกา ซึ่งแต่เดิมในการพิจารณาคดีของศาลหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น ถือเป็นเพียงเหตุผลโทษเท่านั้น ต่อมารัฐสภาอังกฤษได้ออกกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act ซึ่งศาลได้นำบทตัดพยาน ในมาตรา 78 มาใช้ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด อันเป็นวิธีการแก้ปัญหาล่อให้กระทำความผิด

3.กฎหมายแคนาดา

ศาลแคนาดามีความเห็นต่อการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดที่เกิดจากการที่เจ้าพนักงานของรัฐ ใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิด โดยถือว่าเป็นการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปทางมิชอบ (Abuse of Process) ซึ่งมีผลทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจให้หยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Stays of Criminal Proceeding) ได้ในทันที หากพิจารณาได้ว่าการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น

เป็นต้น

สำหรับในกฎหมายไทย ศาลไทยก็ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้มาในชั้นสืบสวนโดยใช้วิธีการที่เจ้าพนักงานเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยมีลักษณะเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาได้กระทำความผิดนั้น มาใช้ในการลงโทษจำเลยได้ เช่นการที่เจ้าพนักงานใช้วิธีการล่อซื้อยาเสพติดเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมตัวจำเลย โดยศาลไทยถือว่าเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างหนึ่งของเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจกระทำได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ อันเป็นการต้องห้ามตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 แต่ถ้าหากการใช้วิธีการดังกล่าวของเจ้าพนักงานถึงขนาดก่อให้เกิดบุคคลอื่นซึ่งไม่เคยคิดที่จะกระทำความผิดมาก่อนเกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดและลงมือกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการล่อให้กระทำความผิดนั้น ยังไม่เคยปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาของศาลไทยในประเด็นดังกล่าว แต่หากมีข้อเท็จจริงเช่นนี้เกิดขึ้น นักวิชาการในทางกฎหมายไทยส่วนใหญ่ มีความเห็นว่าศาลไทยย่อมไม่

รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิด โดยถือเป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy)⁴ และถือเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ตาม ป.ว.อ.มาตรา 226⁵ ซึ่งเป็นบทตัดพยานในกฎหมายของไทย แต่เมื่อได้ศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระบบกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกากลับไม่ได้ใช้บทตัดพยาน (The Exclusionary Rules) ในการแก้ไขปัญหในเรื่องดังกล่าวกล่าวคือ สหรัฐอเมริกาได้สร้างข้อต่อสู้ในทางเนื้อหาสารบัญญัติขึ้น (Substantive Defence) และในประเทศแคนาดา กลับมีความเห็นว่าต้องใช้หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) และในประเทศอังกฤษเองซึ่งแม้ยังใช้บทตัดพยาน (Exclusion of Evidence) ก็กับการแก้ไขปัญหในเรื่องดังกล่าว แต่นักวิชาการทางกฎหมายของอังกฤษเองก็ยังมีความเห็นถึงความไม่เหมาะสมต่อการนำบทตัดพยาน (Exclusion of Evidence) มาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด ดังนั้น น่าจะทำการศึกษาเปรียบเทียบว่าการนำบทตัดพยานตามกฎหมายไทย ตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 มาใช้กับการล่อให้กระทำความผิดจะมีความเหมาะสมหรือไม่ โดยจะทำการพิจารณาประเด็นปัญหาการนำมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด กล่าวคือ มีประเด็นปัญหาว่าศาลไทยควรจะนำมาตรการทางกฎหมายในเรื่องใดมาปรับใช้กับการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งจะทำการพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางแก้ไขปัญหในต่างประเทศ เพื่อชี้ให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมของกลไกทางกฎหมายไทยที่มีต่อการนำมาใช้ในการแก้ปัญหการล่อให้กระทำความผิด และนำเสนอมาตรการการบังคับใช้กฎหมายที่เหมาะสม จากการที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อชี้ให้เห็นถึงหลักการ แนวความคิด และประเด็นในทางเนื้อหาสาระของหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในประเทศต่าง ๆ
2. เพื่อชี้ให้เห็นว่า การล่อให้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ทุกๆ รัฐไม่พึงสนับสนุนแต่ควรห้ามปรามรวมทั้งประเทศไทยด้วย
3. เพื่อชี้ให้เห็นถึงทางเลือกในการแก้ไขปัญหการล่อให้กระทำความผิดด้วยมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ในต่างประเทศ

⁴จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1 .ตอนที่ 2 .(กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525), หน้า 791-799.

⁵เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 314-319.

4. เพื่อชี้ให้เห็นถึงเครื่องมือทางกฎหมายไทยที่ยังมีความไม่เหมาะสมในการนำมาใช้ แก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิดและนำเสนอมาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อหาทางเลือกที่เหมาะสมในการนำมาใช้กับประเทศไทย

1.3 ขอบเขตและเนื้อหาของการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์ ผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิด และแนวทางของกฎหมายต่างประเทศต่อการใช้วิธีการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิด โดยเปรียบเทียบวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในประเทศไทย เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในกฎหมายไทย

1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

ในการสืบหาตัวผู้กระทำความผิดอาญา หากเจ้าพนักงานหรือตัวแทนใช้วิธีการที่เกินขอบเขตของการแสวงหาพยานหลักฐานจนถึงขนาดเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด หรือที่เรียกว่า เป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) แล้ว ควรเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมายสารบัญญัติเพื่อยกเว้นโทษ หรือยกประโยชน์ในทางวิधिบัญญัติให้จำเลย

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้กำหนดวิธีการศึกษาวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (วิจัยเชิงคุณภาพ) โดยศึกษาและวิเคราะห์เอกสาร ได้แก่ หลักกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด , ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, กฎหมายลักษณะพยานของไทยและต่างประเทศ, หนังสือตำราทางวิชาการ, เอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว โดยมุ่งศึกษาถึงเนื้อหาของกฎหมาย ปัญหาสภาพบังคับ และมาตรการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบแนวความคิด หลักการ และวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด
2. เพื่อทราบปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายในกรณีการล่อให้กระทำความผิด
3. สามารถหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาของผลในทางกฎหมายในกรณีการล่อให้กระทำความผิด ตลอดจนหามาตรการทางอาญาที่เหมาะสมและชัดเจนมาใช้กับประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 2

หลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิด(Entrapment)

ในบทนี้จะเข้าสู่เนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของหัวข้อนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิด และผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดในแต่ละประเทศซึ่งมีความแตกต่างกันไป ตามความเหมาะสมของประเทศนั้น ๆ ตลอดจนพิจารณาถึงแนวคิดและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดว่ามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยเช่นใด เพื่อชี้ให้เห็นว่า การล่อให้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ทุก ๆ รัฐไม่พึงสนับสนุนแต่ควรห้ามปรามรวมทั้งในประเทศไทยด้วย

2.1 หลักการและแนวความคิดโดยทั่วไป

ในหัวข้อนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักการและแนวความคิดโดยทั่วไปของการล่อให้กระทำความผิด เพื่อให้เห็นภาพรวมในเบื้องต้นของการล่อให้กระทำความผิดว่ามีที่มา ความหมาย และองค์ประกอบทางเนื้อหาเช่นใด

2.1.1 ที่มาและความหมาย

เนื่องจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานในการสืบสวนคดีอาญา โดยแท้จริงแล้วมีโอกาสที่จะไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เสมอ โดยเฉพาะต่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีบางประเภทที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) เช่น คดียาเสพติด คดีโสเภณี คดีการพนัน คดีการให้สินบนเจ้าหน้าที่ เป็นต้น เจ้าพนักงานมีความจำเป็นต้องใช้เทคนิคการสืบสวนเฉพาะคดีประเภทเหล่านี้โดยใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน ในลักษณะที่จำต้องเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องสงสัยได้กระทำความผิดออกมา เช่น การล่อซื้อยาเสพติด เป็นต้น หากการกระทำของเจ้าพนักงานเกินขอบเขตของการแสวงหาพยานหลักฐานจนถึงขนาดก่อให้เกิดบุคคลที่ไม่เคยคิดจะกระทำความผิดมาก่อนตกใจและกระทำความผิดนั้น หรือที่เรียกว่า "การล่อให้กระทำความผิด" ก็จะเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของการกระทำดังกล่าว

ทั้งนี้จะต้องเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนว่า การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment)¹ เป็นคนละกรณีกับเทคนิคการสืบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมผู้กระทำความผิด เช่น การล่อซื้อยาเสพติดเป็นเพียงวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในการสืบสวนคดีอาญาที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย

¹“การล่อให้กระทำความผิด”(Entrapment) ถูกใช้ในความหมายที่ยังสับสนและไม่เหมาะสม โดยมีการนำคำนี้ไปใช้ในความหมายทั่วไปที่รวมไปถึงการใช้วิธีการสืบสวนอย่างไม่เปิดเผยของเจ้าพนักงานตำรวจทั้งหมด ซึ่งแท้จริงแล้ว ในทางกฎหมายคำนี้ถูกใช้ในความหมายอย่างจำกัดเฉพาะการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจที่เป็นสาเหตุของการกระทำความผิดเท่านั้น

แต่ประการใด เพราะเป็นเพียงการเปิดโอกาสให้ผู้ที่จะกระทำความผิดอยู่แล้วได้ถูกจับกุมดำเนินคดี² แต่หากเจ้าพนักงานใช้เทคนิคการสืบสวนดังกล่าวเกินขอบเขตของการหลักการสืบสวนจนถึงขนาดเป็นการปลุกฝังเจตนาให้กระทำความผิดให้กับบุคคลผู้บริสุทธิ์ที่ไม่เคยคิดจะกระทำความผิดมาก่อนให้เป็นอาชญากร จึงถือเป็นการล่อให้กระทำความผิด³ ดังนั้น การล่อให้กระทำความผิดจึงเป็นสาเหตุของการกระทำความผิด และสิ่งที่จะต้องห้ามกระทำการในการสืบสวนคดีอาญา เพราะหลักการสืบสวนคือการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม มิใช่ก่ออาชญากรรม⁴ การล่อให้กระทำความผิดจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อนโยบายการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาอย่างชัดเจน และถือเป็นการสร้างความเสื่อมเสียให้กับระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา⁵ โดยมีผลกระทบทางอ้อมต่อการ

² ตัวอย่างในกรณีแรกนี้ เช่น ตำรวจหรือสายลับสืบทราบว่ามีจำเลยเป็นผู้ค้ายาเสพติด ตำรวจหรือสายลับจึงปลอมตัวเป็นคนติดยาและขอซื้อยาเสพติดจากจำเลย หรือที่เรียกว่า “ล่อซื้อ” แล้วจำเลยก็ขายให้ทันที เช่นนี้ไม่ถือเป็นการล่อให้กระทำความผิด เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2542 “การที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้สายลับนำเงินไปล่อซื้อยาเสพติดให้โทษจากจำเลยมิได้เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย มิได้ผิดศีลธรรมและทำนองคลองธรรมมิได้เป็นการใส่ร้ายป้ายสีหรือยัดเยียดความผิดให้จำเลย หากจำเลยมิได้มียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย เมื่อสายลับไปขอซื้อยาเสพติดให้โทษจากจำเลย จำเลยย่อมไม่มียาเสพติดให้โทษจะจำหน่ายให้แก่สายลับ ความผิดย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ การกระทำของเจ้าพนักงานดังกล่าวจึงเป็นเพียงวิธีการเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน รับฟังลงโทษจำเลยได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.อ.มาตรา 226...”

³ ตัวอย่างในกรณีที่สองนี้ เช่น ตำรวจทราบว่ามีแดงเป็นผู้ค้ายาเสพติดและถูกศาลพิพากษาจำคุกและพ้นโทษมาแล้ว และปัจจุบันเลิกค้ายาเสพติดและหันมาประกอบอาชีพสุจริตแล้ว ตำรวจปลอมตัวเป็นคนติดยาและรับซื้อยาเสพติดจากแดง ครั้งแรกแดงปฏิเสธ แต่ตำรวจก็ไม่ละความพยายามแสวงหาความสงสารจากแดง โดยอ้างว่าไม่มีทางซื้อจากที่อื่นได้ หากไม่ได้เสพติดแล้วอาจถึงแก่ความตาย และยัดเยียดเงินจำนวนมากมาย (ซึ่งทำเครื่องหมายไว้ที่ธนบัตร) ให้แดงเพื่อให้แดงหาซื้อยาเสพติดมาขายให้แก่ตน ตำรวจพยายามรับซื้อและอ่อนน้อมแดงอยู่หลายครั้งในที่สุดแดงใจอ่อนและไปซื้อยาเสพติดจากผู้ขายรายอื่นและนำมาขายให้แก่ตำรวจ จึงถูกตำรวจจับกุมในข้อหาค้ายาเสพติด ในกรณีนี้ถือได้แล้วว่าแดงถูกล่อให้กระทำความผิด (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ถ้าอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 314.)

⁴ Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

⁵ R. V. Mack 2 S.C.R. [1988]

เกิดปัญหาการคอร์รัปชันของเจ้าพนักงาน⁶และปัญหาการสร้างความเป็นธรรมแก่ตัวจำเลย⁷ ในระบบกฎหมายของหลายประเทศได้ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด โดยได้วางหลักเกณฑ์ในการแก้ไขที่แตกต่างกันไป ตามแต่เครื่องมือทางกฎหมายของประเทศนั้น พึงมีและพึงสามารถนำมาใช้กับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม

ในเบื้องต้น การกำหนดความหมายคำว่า “การล่อให้กระทำความผิด” (Entrapment) นั้นพบว่ามีการกำหนดความหมายไว้แตกต่างกันในแต่ละประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law⁸ เนื่องจากหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดมีเหตุผลที่มาสนับสนุนอยู่หลายแนวความคิด

โดยสาระสำคัญ อาจแบ่งแยกแนวความคิดที่เป็นเหตุผลสนับสนุนหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้ สองแนวความคิดหลัก⁹คือ

1.แนวความคิดแรกมองถึงความเหมาะสมจากการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจ และความน่าตำหนิของตัวจำเลย(police propriety and the culpability of the defendant) โดยพิจารณาจากพฤติกรรมของตัวจำเลยเป็นเกณฑ์ โดยตั้งคำถามว่า จำเลยถูกชักจูงให้กระทำความผิดโดยการ

⁶ W G Roser, “Entrapment:Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?,” Australian Law Journal vol.67,no.10 (october 1993):743.

⁷Wendy Harris, “Entrapment,” Criminal Law Journal Vol.18 (August 1994):198.

⁸ Joseph J.senna and Larry J. Siegel,Introduction to criminal justice, 6th ed (west publishing company,1993),p.151. กล่าวไว้ว่า... “การล่อให้กระทำความผิดเป็นการยื่นยื่นข้อต่อสู้นในทาง Common Law ว่า จำเลยจะพ้นความรับผิดชอบทางอาญา เมื่อตัวแทนเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายใช้กับดัก นกต่อ และการหลอกลวง เพื่อที่จะชักจูงให้กระทำความผิดอาญา ในกรณีที่เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย วางกับดักสำหรับอาชญากร โดยได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาจาก ผู้ให้ข่าว สายลับ และผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลย โดยทั่วไปแล้วเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นวิธีการปกติที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเสนอ โอกาสให้จำเลยกระทำความผิดและสร้างโอกาสนั้นโดยปราศจาก การชักจูง หรือชักชวน ที่เกินขอบเขต เพื่อให้จำเลยกระทำความผิดหรือเข้าไปพัวพันกับการกระทำความผิดของจำเลย อย่างไรก็ตาม เมื่อตำรวจยุยงให้เกิดอาชญากรรม โดยปลุกฝังความคิดให้กระทำอาชญากรรม และบีบบังคับให้จำเลยกระทำความผิด ในกรณี ดังกล่าว จำเลยย่อมมีข้อต่อสู้นในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้”

⁹ Andrew Ashworth,Principle of Criminal Law 3rd ed (Oxford University Press,1999), p.250.

กระทำของเจ้าพนักงาน ซึ่งหากไม่มีการกระทำนั้นเขาจะไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะกระทำความผิดนั้นเลย¹⁰

2.แนวความคิดที่สองมองที่ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (The moral integrity of criminal justice system) โดยพิจารณาจากการกระทำของเจ้าพนักงานและตัวแทนเป็นเกณฑ์ เช่น การกระทำของเจ้าพนักงานมีความเสี่ยงพอ(a substantial risk)ที่จะทำให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิดมากกว่าบุคคลที่พร้อมที่จะกระทำความผิดนั้น¹¹ โดยไม่ได้พิจารณาจากตัวจำเลยเป็นเกณฑ์

ดังนั้น จากแนวความคิดดังกล่าวจึงทำให้แบ่งแยกการกำหนดความหมายของ Entrapment ได้สองแนวทาง ดังนี้

1) การกำหนดความหมายของ Entrapment ตามแนวความคิดที่มุ่งพิจารณาจากตัวจำเลยเป็นเกณฑ์

ปรากฏในหลายประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ดังนี้

(1)ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

ในทางวิชาการได้มีนักกฎหมายให้ความหมายของ “การล่อให้กระทำความผิด”(ENTRAPMENT)¹²ไว้ดังนี้

¹⁰จากแนวความคิดนี้จะพิจารณาจากเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition)ของจำเลยเป็นเกณฑ์

¹¹ จากแนวความคิดนี้ มักจะกำหนดว่า Entrapment เกิดเมื่อตัวแทนเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายชักจูงใจให้บุคคลอื่นกระทำความผิดโดยใช้วิธีการชักจูง หรือวิธีอื่นใดซึ่งเป็นสาเหตุให้ประชาชนทั่วไปที่เคารพกฎหมาย(normally law-abiding persons) กระทำความผิดนั้น ซึ่ง เจตนาในการกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย(Predisposition) จะไม่ถูกกำหนดเป็นนิยามของ Entrapment และไม่เป็นที่เริ่มต้นในข้อต่อสู้ Entrapment

¹² Black's Law Dictionary with Pronunciations 5th (1979) :Entrapment –The act of officers or agents of the government in inducing a person to commit a crime not contemplated by him,for the purpose of instituting a criminal prosecution against him. According to the generally accepted view,a law enforcement official, or an undercover agent acting in cooperation with such an official, perpetrates an entrapment when, for the purpose of obtaining evidence of a crime,he originates the idea of the crime and then induces another person to engage in conduct constituting such a crime when the other person is not otherwise disposed to do so . Sorrells v. U.S.,287 U.S.435,53 S.CT.210,77L.Ed.413;Sherman v.U.S.,356 U.S.369,78 S.CT.819,2 L.Ed.2d 848.

Lafave¹³ กล่าวไว้ว่า ... "เมื่อเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย หรือตัวแทนสายลับ ซึ่งร่วมมือกับเจ้าพนักงาน ได้ริเริ่มความคิดที่จะกระทำความผิดอาญา และชักจูงบุคคลอื่นให้กระทำความผิดนั้น ในเมื่อเขาไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดดังกล่าวมาก่อน เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิดอาญา...p.371...การล่อให้กระทำความผิดเกิดเมื่อ (1)เจ้าพนักงานฝ่ายรัฐ เป็นผู้ริเริ่มการกระทำความผิดและชักจูงจำเลยให้กระทำความผิด เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน และ (2)จำเลยต้องเป็นผู้บริสุทธิ์ที่จะไม่กระทำความผิดประเภทนั้นมาก่อนที่จะถูกการชักจูงดังกล่าว "

ทั้งนี้ นักกฎหมายท่านอื่น ๆก็ได้ให้ความหมายไว้ในทำนองเดียวกันนี้ เช่น George P.Fletcher¹⁴, Rolando V.del Carmen¹⁵, Neil C. Chamelin and Kenneth R.Evans¹⁶, James A.Inciardi¹⁷, Gerald D.Robin and Richard H.Anson¹⁸ เป็นต้น

¹³ LaFave, Wayne R. and Scott, Austin W., Criminal Law (St. Paul, Minn: West Publishing, 1972), pp.369-371.

¹⁴ George P. Fletcher, Rethinking criminal Law (Boston Toronto : Little Brown and Company, 1978), p.541. กล่าวไว้ว่า... "ข้อต่อสู้ Entrapment ใช้อ้างในคดีเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายชักจูงให้บุคคลหนึ่งให้กระทำความผิด ซึ่งหากไม่มีการกระทำความผิดดังกล่าวเขาจะไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นมาตั้งแต่แรก"

¹⁵ Rolando V. del Carmen, Criminal procedure law and practice (Wadsworth Publishing Company, 1995), p.166 กล่าวไว้ว่า ... " การล่อให้กระทำความผิด หมายถึงการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐหรือตัวแทน โดยการชักจูงบุคคลอื่นให้กระทำความผิดที่เขาไม่เคยคิดที่จะกระทำมาก่อน เพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลนั้น . "

¹⁶ Neil C. Chamelin and Kenneth R. Evans, Criminal law for police officers . 3rd ed. (n.p., 1981), p.78 กล่าวไว้ว่า... "เมื่อเจ้าพนักงานตามกฎหมายชักจูงจำเลยผู้บริสุทธิ์ให้กระทำความผิดเพื่อลงโทษเขา จำเลยย่อมมีข้อต่อสู้คดีในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด."

¹⁷ James A. Inciardi, Criminal Justice 3rd ed (Harcourt Brance Jovanovich, 1990), p.57. กล่าวไว้ว่า... "การล่อให้กระทำความผิดคือการชักจูงให้บุคคลหนึ่งกระทำความผิดที่ไม่ได้เกิดจากความคิดของตนเอง โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยให้รับผิด"

¹⁸ Gerald D. Robin and Richard H. Anson, Entroduction to the criminal justice system 4th ed (Harper Row Publishers, 1990), p.75 กล่าวไว้ว่า .. "การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นกระทำความผิด โดยที่บุคคลนั้นไม่มีความคิดหรือเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อน และจะไม่มีกระทำความผิดนั้น ถ้าไม่ใช่เพราะการล่อลวง การเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง การสมรู้ร่วมคิดของเจ้าพนักงานตำรวจ"

ในทางคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในหลายคดี¹⁹ ก็ได้มีการวางหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดไว้ว่า ตัวแทนฝ่ายรัฐต้องเป็นผู้สร้างอาชญากรรมมาแต่เริ่มแรก และจำเลยคนนั้นต้องเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยตัวแทนฝ่ายรัฐได้ปลูกฝังความคิดลงในจิตใจของจำเลยผู้บริสุทธิ์ให้มีเจตนาที่จะกระทำความผิด ด้วยการชักจูงใจด้วยวิธีการต่าง ๆ ให้กระทำความผิด เพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยผู้นั้น แต่ถ้าตัวแทนฝ่ายรัฐได้กระทำเพียงแค่การเปิดโอกาส หรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิดของจำเลยแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นการล่อให้กระทำความผิด ดังนั้นการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อ การกระทำความผิดอาญาถูกสร้างขึ้นจากเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายเท่านั้น²⁰

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายสารบัญญัติในบางมลรัฐได้กำหนดข้อต่อสู้และให้ความหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดไว้ในทำนองเดียวกันนี้เช่น INDIANA STATUTES²¹ เป็นต้น

(2.) ประเทศอังกฤษ

แม้ในประเทศอังกฤษจะไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด แต่ในทางวิชาการได้มีการให้ความหมายของ “การล่อให้กระทำความผิด”(ENTRAPMENT)หรือที่เรียกว่าผู้ล่อให้กระทำความผิด(Agent Provocateur)²² คือ

¹⁹ ในคดี Sorrells v. United States, 287 U.S. 435. (1932) เสียงส่วนใหญ่ในศาลกล่าวว่าข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด ยกขึ้นต่อสู้ได้เมื่อเจ้าพนักงานตามกฎหมายชักจูงให้บุคคลผู้บริสุทธิ์กระทำอาชญากรรม เพื่อให้เขาได้รับการลงโทษ หรือในคดี US v. Russell 411 US 423, 436 (1973) ศาลกล่าวไว้ว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐที่ปลูกฝังความคิดในการกระทำความผิดอาญาในจิตใจของจำเลย

²⁰ คดี Sherrman v. United States, 356 US 369 (1968)

²¹ BURNS INDIANA STATUTES ANNOTATED 35-41-3-9 (2000) Entrapment (a) It is a defense that: (1) The prohibited conduct of the person was the product of a law enforcement officer, or his agent, using persuasion or other means likely to cause the person to engage in the conduct; and (2) The person was not predisposed to commit the offense. (b) Conduct merely affording a person an opportunity to commit the offense does not constitute entrapment.

²² Oxford dictionary of law, p164 :Entrapment – Deliberately trapping a person into committing a crime in order to secure his conviction, as by offering to buy drugs. English courts do not recognize a defence of entrapment as such, since the defendant is still considered to have a free choice in his acts. Under the Police and Criminal Evidence Act 1984, Entrapment may be reason for making certain evidence inadmissible on the ground that the admission of evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it. Entrapment

Andrew Ashworth²³ กล่าวว่า การล่อให้กระทำความผิดเกี่ยวข้องกับการหลอกลวงของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย หรือบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวแทนของเจ้าพนักงาน โดยชี้แจงไปว่าการกระทำความผิด หากไม่มีการกระทำดังกล่าวจำเลยจะไม่กระทำความผิดในเวลาและสถานที่นั้น ซึ่งนักกฎหมายท่านอื่น ๆ ก็ได้ให้ความหมายไว้ในทำนองเดียวกันนี้ เช่น Andrew L-T.CHOO²⁴ เป็นต้น ในขณะที่ศาลอังกฤษได้กล่าวถึง การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment)ไว้ว่าเมื่อ จำเลยถูกล่อลวง ยุยง หรือ กลอุบาย ซึ่งกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐโดยเจตนาเพื่อให้มีการกระทำความผิดซึ่งเขาจะไม่กระทำความผิดดังกล่าวถ้าไม่มีการกระทำเช่นนั้น²⁵

The Royal Commission on Police Powers (1982) ได้ให้ความหมายของคำว่า ผู้ล่อให้กระทำความผิด(Agent Provocateur)คือ บุคคลผู้ซึ่งล่อให้ผู้อื่นกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมาย เพื่อฟ้องร้องหรือดำเนินคดีกับเขาในความผิดนั้น ซึ่งถ้าไม่มีการกระทำดังกล่าวเขาจะไม่กระทำความผิดนั้นเลย²⁶

(3) ประเทศออสเตรเลีย

ในทางคำพิพากษาของศาลออสเตรเลีย ก็ได้มีการกล่าวถึงการล่อให้กระทำความผิดไว้ว่า แนวความคิดของการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นในกรณีที่จำเลยถูกชักจูงให้กระทำอาชญากรรม ซึ่งถ้าไม่มีการกระทำดังกล่าวจำเลยจะไม่กระทำหรือไม่ต้องการที่จะกระทำความผิดนั้น²⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่า“การล่อให้กระทำความผิด”(ENTRAPMENT) ไม่มีความหมายที่ชัดเจน แต่ใช้ในทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานตำรวจอย่างกว้างขวาง ซึ่งก่อให้เกิดบุคคลอื่นกระทำความผิด²⁸

may also be used as a reason for mitigating a sentence. *See also Agent Provocateur. (Agent Provocateur, ibid, p19, -A person who actively, entices, encourages, or persuades someone to commit a crime that would not otherwise have been committed for the purpose of securing his conviction. In such a case the Agent Provocateur will be regarded as an accomplice in any offence that the accused commits as a result of this intervention.)*

²³ Andrew Ashworth, Principle of Criminal Law, 3rd ed, (Oxford University Press, 1999), p.250.

²⁴ Andrew L-T.CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding (Clarendon Press Oxford , 1993), p.148. กล่าวไว้ว่า...การใช้วิธีการชักจูงโดยเจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อให้จำเลยกระทำอาชญากรรม ซึ่งเขาจะไม่กระทำความผิดถ้าไม่มีการกระทำนั้น การกระทำนั้นเป็นการล่อให้กระทำความผิด(ENTRAPMENT)

²⁵ R v Sang [1980]AC402,425.

²⁶ Glanville Williams, Criminal law :the general part 2nd ed (1961), p782.

²⁷ R v. Sloane(1990) 49 A crime R 270

²⁸ R v. Coward(1985) 16 A crime R 260

(4) ประเทศนิวซีแลนด์

ในทางคำพิพากษาศาลก็ได้มีการกล่าวถึง“การล่อให้กระทำ ความผิด”(ENTRAPMENT)ไว้ว่า เกิดขึ้นจากการชักจูงโดยเจ้าพนักงานตำรวจนำมาสู่การกระทำ ความผิดของบุคคลอื่น ซึ่งหากไม่มีการกระทำดังกล่าว บุคคลนั้นจะไม่มีความพร้อมหรือตั้งใจที่จะ กระทำ ความผิด²⁹

(5) ประเทศไทย

ในทางวิชาการนักกฎหมายไทยได้รับแนวคิด“การล่อให้กระทำ ความผิด”(ENTRAPMENT) จากประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ โดยได้ให้ความหมาย ไว้ดังนี้

เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์³⁰ ได้กล่าวไว้ว่า “การล่อให้กระทำ ความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือ ตัวแทนของเจ้าพนักงาน คือ การที่เจ้าพนักงานเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งหากเจ้า พนักงานไม่เข้าไปก่อให้เกิดการทำความผิดแล้ว เขาก็จะไม่กระทำความผิดนั้นเลย หากเจ้าพนักงาน หรือ ตัวแทนเป็นแต่เพียงเปิดโอกาสให้ผู้พร้อมและเต็มใจจะกระทำความผิดอยู่แล้วได้กระทำ ความผิดนั้น เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิด แต่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่จะ ผูกมัด ผู้กระทำความผิดเท่านั้น”

พรเพชร วิชิตชลชัย³¹ ได้กล่าวไว้ว่า “...ถ้าการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจถึงขนาดที่จะ ทำให้บุคคลซึ่งไม่มีเจตนาจะกระทำความผิดมาก่อนต้องมากระทำความผิดเพราะถูกเจ้าพนักงาน ตำรวจชักจูงหรือนื้อฉลโดยมิชอบ การกระทำความดังกล่าวย่อมเป็นการล่อให้กระทำความผิด...”

2) การกำหนดความหมายของ Entrapment ตามแนวความคิดที่มุ่งพิจารณาจากการ กระทำของเจ้าพนักงานและตัวแทนเป็นเกณฑ์

ปรากฏในหลายประเทศในระบบกฎหมายCommon Law ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในทางคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในหลายคดี ก็ได้มีการวางหลัก กฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิด คือ ความคิดและการ วางแผนในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงาน และกลอุบายดังกล่าวได้มาซึ่งการกระทำความผิด

²⁹ Police v. Lavalle (1979) 1 NZLR 45 (CA)

³⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 315.

³¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, “การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตาม กฎหมายอเมริกัน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518) : 673.

ของบุคคลผู้ซึ่งจะไม่กระทำความผิดนั้น หากไม่มีการใช้กลอุบาย การชักชวน หรือการหลอกลวง
ของเจ้าพนักงาน³²

ทางกฎหมายสารบัญญัติของสหรัฐอเมริกาก็ได้วางบทบัญญัติที่ให้ความหมายของการล่อ
ให้กระทำความผิดไว้เป็นข้อต่อสู้ เช่น

Model Penal Code section 2.13 บัญญัติว่า **“Entrapment (1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either: (A) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or (B) employing methods of persuasion or inducement that create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it....”**

Federal Criminal Law(1971) บัญญัติไว้ในมาตรา 702ว่า **“Entrapment.(1)Affirmative Defense.It is an affirmative defense that the defendant was entrapped into committing the offense.(2)Entrapment Defined.Entrapment occurs when a law enforcement agent induces the commission of an offense,using persuasion or other means likely to commit an offense dose not constitute entrapment....”**

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายสารบัญญัติในบางมลรัฐได้กำหนดข้อต่อสู้และให้ความหมายใน
เรื่องการล่อให้กระทำความผิดไว้ในทำนองเดียวกันนี้เช่น Alaska Statutes³³ เป็นต้น

³² คดี Sorrells v. US 287 US435 (1932) กล่าวผู้พิพากษา Roberts J.ซึ่งเป็นเสียงข้างน้อย
ในคดีนี้

³³ Alaska Statutes 11.81.section 450.บัญญัติว่า **“Entrapment:In any prosecution for an offense, it is an affirmative defense that,in order to obtain evidence of the commission of an offence, a public law enforcement official or a person working in cooperation with the official induced the defendant to commit the offense by persuasion or inducement as would be effective to persuade an average person,other one who is ready and willing ,to commit the offense. Inducement or persuasion which would induce only a person engaged in a habitual course of unlawful conduct for gain or profit dose not constitute entrapment.**

(2) ประเทศแคนาดา

ในทางคำพิพากษาศาลก็ได้มีการกล่าวถึง“การล่อให้กระทำความผิด”(ENTRAPMENT)ไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อ (1) เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ เปิดโอกาสให้บุคคลอื่นกระทำความผิด โดยปราศจากความสงสัยอย่างมีเหตุผลว่าบุคคลนั้นเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมอยู่แล้ว หรือ ปราศจากการสืบสวนโดยสุจริตและ(2)ถึงแม้ว่าจะมีความสงสัยอย่างมีเหตุผล หรือได้กระทำการ สืบสวนโดยสุจริตแล้วก็ตาม แต่ได้ใช้วิธีการที่เกินเลยไปกว่าการเปิดโอกาสให้กระทำความผิด ถึงขนาด เป็นการชักจูงให้กระทำความผิด”³⁴

(3) ประเทศออสเตรเลีย

ในทางวิชาการได้มีนักกฎหมายกล่าวถึง “การล่อให้กระทำความผิด”(ENTRAPMENT) ไว้คือ Mike Bartlett³⁵ โดยกล่าวไว้ว่า...การล่อให้กระทำความผิด(ENTRAPMENT) ว่าเป็น ความหมายที่ยังไม่ชัดเจน แต่อธิบายได้ว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นวิธีการให้ได้มาซึ่ง พยานหลักฐานที่ใช้อย่างกว้างขวางภายใต้การดำเนินการของเจ้าพนักงานตำรวจ ด้วยการยุยงหรือชัก จูงให้จำเลยกระทำอาชญากรรม โดยตำรวจหรือตัวแทนได้กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมขึ้น วิธีการได้แก่ การใช้ ผู้ให้ข่าว การชักชวน การยุยง โดยสายลับ หรือคนต่อ หรือการยุยงโดยเจ้าพนักงานตำรวจ ด้วย วิธีการวางแผน และสร้างการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานตำรวจขึ้นมา โดยทั่วไปเจ้า พนักงานตำรวจใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นโดยความยินยอมหรือที่ เรียกว่าอาชญากรรมที่ไม่มีเหยื่อซึ่งเกี่ยวข้องกับการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการที่เกิดขึ้นอย่างลับ ๆ เช่นการขายยาเสพติด การให้สินบน การค้าประเวณี การพนันที่ผิดกฎหมาย และการซื้อขายสุราเถื่อน

กล่าวโดยสรุปในหลาย ๆ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยภาพรวมแล้วไม่ ว่าจะเป็นประเทศที่มีหลักกฎหมายในเรื่อง Entrapment หรือ ไม่ก็ตาม ได้ให้ความสำคัญและมีการ พิจารณาถึงปัญหาของการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) โดยพยายามกำหนดขอบเขต ความหมายของ Entrapment เพื่อนำไปสู่การพิจารณาแก้ไขปัญหานั้น โดยมีการกำหนดความหมาย ตามความมุ่งเน้นที่จะให้ความสำคัญต่อการกระทำของเจ้าพนักงาน หรือตัวผู้กระทำความผิดเป็น เกณฑ์ ซึ่งในบางประเทศเช่น สหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดความหมายของEntrapment ไว้ทั้งสอง

³⁴ R v.Mack(1988) ,2 S.C.R.903.

³⁵ Mike Bartlett, “Police Entrapment (1996)”

แนวความคิดด้วยกัน³⁶ แต่เสียงส่วนใหญ่ของศาลในคดีส่วนใหญ่ถือตามแนวความคิดที่มุ่งพิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์

หากจะจัดลำดับจุดแบ่งของการกระทำใดที่จะถือเป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ตามที่ประเทศต่างๆ ได้ให้ความหมายไว้แล้ว พบว่าสามารถลำดับจุดแบ่งใหญ่ๆ ได้ 4 ขั้นตอน คือ

1. โดยเริ่มพิจารณาจากปลายด้านการกระทำของเจ้าพนักงาน ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการสืบสวนคดีอาญาโดยสุจริตและมีเหตุอันควรสงสัยในตัวผู้กระทำความผิด และไม่ได้ใช้วิธีที่เกินเลยไปจากการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิด ย่อมไม่มีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น
2. ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการสืบสวนคดีอาญา โดยไม่ได้ใช้วิธีที่เกินเลยไปจากการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดแต่ถ้าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยในตัวผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจำเลยจะมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ ย่อมถือว่ามี การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว (ตามแนวความคิดที่ใช้ในแคนาดา)
3. ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการสืบสวนคดีอาญา โดยใช้วิธีที่เกินเลยไปจากการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิด ซึ่งมีความเสี่ยงพอที่จะทำให้บุคคลผู้ซึ่งเป็นวิญญูชนทั่วไปที่เคารพกฎหมาย เกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดขึ้นได้ โดยไม่พิจารณาว่าจำเลยจะมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ ย่อมถือว่ามี การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว (ตามแนวความคิดที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา ตามความเห็นข้างน้อยของศาลในสหรัฐอเมริกา)
4. ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการสืบสวนคดีอาญา โดยใช้วิธีที่เกินเลยไปจากการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิด ถึงขนาดเป็นการชักจูงให้จำเลยกระทำความผิด ซึ่งถ้าไม่มีการกระทำนั้น จำเลยจะไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นเลย(ตามแนวความคิดที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา ตามความเห็นข้างมากของศาลในสหรัฐอเมริกา และในประเทศอื่นๆ)

ซึ่งการกำหนดความหมายตามความมุ่งเน้นที่ต่างกันนี้เองจะมีผลต่อวิธีการพิสูจน์ว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งระดับขั้นการพิสูจน์ในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันอยู่ โดยขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาจากทางด้านเจตนาของบุคคลที่

³⁶ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p306-307.

การล่อให้กระทำความผิด คือ การชักจูงให้บุคคลอื่นกระทำอาชญากรรม ซึ่งไม่ได้เกิดจากความคิดของตนเอง เพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลนั้น และยังหมายความถึง ความคิดและแผนการกระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน โดยทำการล่อลวงให้บุคคลอื่น ซึ่งไม่น่าจะกระทำความผิด หากไม่มีการใช้กลอุบาย หรือการชักชวน หรือการหลอกลวงของเจ้าพนักงานนั้น

กระทำความผิด(predispotion)หรือจากการกระทำตัวเจ้าพนักงาน (conduct of police) ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดอีกครั้งในหัวข้อวิธีการและภาระการพิสูจน์ต่อไป

2.1.2 องค์ประกอบทางเนื้อหาของการล่อให้กระทำความผิด

2.1.2.1 วัตถุประสงค์ของการล่อให้กระทำความผิด

เหตุผลที่ตำรวจมักใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดในคดีอาชญากรรมประเภทความผิดที่เกิดจากความยินยอม หรือที่เรียกว่าอาชญากรรมที่ไม่มีเหยื่อ เช่นการขายยาเสพติด การค้าประเวณี การพนัน การให้สินบน การทำแท้ง การขายของผิดกฎหมายอื่น ๆ เป็นต้น มากกว่าที่จะใช้วิธีการสืบสวนอย่างจำกัด³⁷ มีดังนี้

1) โดยเหตุที่ ความผิดเหล่านี้เกี่ยวข้องกับความตั้งใจที่จะแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ ซึ่งหมายความว่า จะไม่มีผู้เสียหาย(เหยื่อ)ที่ร้องทุกข์กล่าวโทษ และให้พยานหลักฐาน และอาจจะต้องกล่าวหาตัวเองว่ามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดด้วย ดังนั้นเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานตำรวจจึงต้องใช้กับดัก

2) อาชญากรรมเหล่านี้เกิดขึ้นอย่างลับ ๆ แล้วหายไปโดยหลงเหลือร่องรอยพยานเพียงเล็กน้อย หรือปราศจากพยานเลย

3) ทศนคติของสังคมต่อความผิดเหล่านี้ยังคงคลุมเครือ มีทั้งฝ่ายที่ไม่สนับสนุนกฎหมายที่ออกใช้บังคับกับความผิดเหล่านี้ เนื่องจากมันเป็นการลงโทษพฤติกรรมซึ่งไม่เหมาะสมที่จะใช้กับสังคมขนาดใหญ่ ตลอดจนความเห็นใจผู้กระทำความผิด และฝ่ายที่ต้องการให้ปราบปรามผู้กระทำความผิดอย่างจริงจังมีเพียงเล็กน้อย ตำรวจจึงขาดการสนับสนุนที่เพียงพอในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเหล่านี้ ความผิดเหล่านี้จึงเกิดขึ้นได้บ่อย ตำรวจจึงต้องหาวิธีการที่มีประสิทธิภาพพอที่จะควบคุมการกระทำความผิดเหล่านี้

4) การล่อให้กระทำความผิดถูกใช้เป็นธรรมดาอย่างมากกับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่ประกอบธุรกิจทั่วไป มากกว่าบุคคลที่กระทำผิดเพียงเพราะถูกแรงกระตุ้นในบางครั้ง หรือถูกกดดันอย่างสูงเท่านั้น ดังนั้น การล่อให้กระทำความผิดจึงทำให้ได้มาซึ่งพยานที่ไม่ใช่เกิดจากการประกอบอาชญากรรมเพียงอย่างเดียว แต่เป็นพยานที่ได้มาจากการกระทำโดยทั่วไป

5) ความผิดเหล่านี้เกิดจากการกระทำที่ผู้กระทำทั้งสองฝ่ายไม่รู้จักรักกันมาก่อน จึงเป็นไปได้ที่ตำรวจจะเข้าไปติดต่อโดยไม่ได้เริ่มจากความสงสัยในตัวผู้กระทำความผิด

³⁷J.D.Heydon, "The problems of Entrapment," Cambridge Law Journal Vol32, Part2 (november ,1973),p.269-270.

นอกจากนี้ การล่อให้กระทำความผิดยังไม่ได้รับการควบคุมหรือตรวจสอบอย่างจริงจัง จากกฎหมายหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น

ในสหรัฐอเมริกา ตัวแทนของ the Drug Enforcement Administration ได้กล่าวไว้ใน the FBI Law Enforcement Bulletin ว่า ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ที่ต้องการระดับความสงสัยใดๆ ในการปฏิบัติงานตั้งแต่แรกในขั้นของการสืบสวนที่ใช้สายลับ ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายรัฐอาจใช้วิธีการสืบสวนที่ใช้สายลับได้ทุกเวลา และไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 หรือสิทธิตามกระบวนการนิติธรรมแต่ประการใด³⁸

แม้แต่ในอังกฤษจะ ได้มีรายงานของ the Royal Commission on Police Power and procedure ในปี 1929 ที่กำหนดว่า ตำรวจควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเฉพาะ ในกรณีที่ได้รับอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้บังคับบัญชากรมตำรวจ และต้องมีเหตุผลที่ดีที่จะ เชื่อว่าความผิดนั้น ได้มีการกระทำเป็นปรกติจากการเฝ้าสังเกต แต่รายงานดังกล่าวกลับไม่ได้รับการยอมรับจากตำรวจ ซึ่งยังคงใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดอยู่ต่อไป³⁹

ในขณะที่ประเทศไทยเอง นอกจากหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดยังไม่เป็นที่ ชัดเจนแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีระเบียบเกี่ยวกับคดีของกรมตำรวจวางกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้แต่ ประการใด

กล่าวโดยสรุป การล่อให้กระทำความผิดเป็นการกระทำที่ขัดต่อนโยบายการบริหารงาน ยุติธรรมทางอาญาอย่างชัดเจน เพราะการล่อให้กระทำความผิดเป็นสาเหตุของอาชญากรรม ในขณะที่เจ้าพนักงานสืบสวนมีหน้าที่ตามหลักการสืบสวนเพื่อป้องกันและปราบปราม อาชญากรรมมิใช่เป็นการก่ออาชญากรรม การล่อให้กระทำความผิดโดยสภาพแล้วถูกใช้เป็น เครื่องมือของเจ้าพนักงานสืบสวนของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการ จับกุมและฟ้องร้องดำเนินคดีกับตัวผู้ล่อให้กระทำความผิด ซึ่งมูลเหตุชักจูงใจที่แท้จริงของเจ้า พนักงานหรือตัวแทนของ เจ้าพนักงานอาจมีได้หลายประการ เช่น ต้องการเงินรางวัล ต้องการ ผลงาน หรือแม้แต่เพื่อการคอร์รัปชันของเจ้าพนักงานเอง หรือเหตุผลในประการอื่น ๆ ก็ได้ นอกจากนี้สาเหตุของการล่อให้กระทำความผิดอาจเนื่องมาจากเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน ที่ง่ายแก่การกระทำ เพราะไม่มีการตรวจสอบจากเจ้าพนักงานรัฐในระดับสูงแต่ประการใด อีกทั้ง ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ จะมาตรวจสอบวิธีการสืบสวนของเจ้าพนักงานรัฐ ทั้งไม่มีประมวล

³⁸ Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure: Law and Practice (Wadsworth Publishing Company, 1995), p. 171-172.

³⁹ J.D. Heydon, "The problems of Entrapment," Cambridge Law Journal Vol 32, Part 2 (November 1973), p. 272.

ระเบียบเกี่ยวกับคดีของกรมตำรวจในเรื่องดังกล่าว ดังนี้ การใช้เทคนิคการสืบสวนที่ใช้วิธีการเฉพาะในคดีที่ไม่มีผู้เสียหายโดยการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องสงสัยกระทำความผิดอาจจะเกินเลยไปถึงขนาดเป็นการล่อให้กระทำความผิดได้ ทั้ง ๆ ที่เจ้าพนักงานเองก็อาจไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผู้กระทำความผิด แต่วิธีการของเจ้าพนักงานที่ปราศจากการตรวจสอบอาจถูกใช้เกินเลยไปจนก่อให้เกิดผู้ต้องหาเกิดเจตนากระทำความผิดขึ้นได้

2.1.2.2 ผู้ล่อให้กระทำความผิด

ผู้ล่อให้กระทำความผิดโดยทั่วไป อาจเป็นได้ทั้งเจ้าพนักงานของรัฐ ตัวแทนเจ้าพนักงาน⁴⁰ และบุคคลทั่วไป แต่หากจะพิจารณาถึงข้อต่อสู้ในเรื่องล่อให้กระทำความผิดจะต้องเป็นกรณีที่ เจ้าพนักงานรัฐหรือตัวแทนเป็นผู้ล่อให้กระทำความผิดเท่านั้น (Agent Provocateur)⁴¹ ดังนั้น

ข้อต่อสู้ Entrapment ไม่ใช้กับกรณีที่เอกชนผู้ซึ่งไม่ใช่เจ้าพนักงาน หรือ ตัวแทนพนักงาน เป็นผู้ชักจูงให้ผู้อื่นกระทำความผิด⁴²

แม้ว่าอิทธิพลต่อการชักจูงใจให้กระทำความผิดของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าพนักงาน หรือ ตัวแทนอาจมีมากกว่าตัวเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเสียอีก หากดูผิวเผินแล้วไม่น่าที่จะยอมให้จำเลยยกข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้เฉพาะกรณีที่เจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นผู้ล่อให้กระทำความผิด แต่โดยเหตุที่หลักการและแนวคิดในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดถูกหยิบยกนำมาพิจารณาเพราะเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นผู้ล่อให้กระทำความผิดมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไปซึ่งล่อให้กระทำความผิด เนื่องจากเขาเป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา เขาย่อมมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือทำให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องหา การกระทำของเจ้าพนักงานรัฐที่ฝ่าฝืนต่อหลักการดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและไม่ควรส่งเสริมแต่ควรห้ามปรามการกระทำนั้น ดังนี้ หากบุคคลทั่วไปเป็นผู้ล่อให้กระทำความผิดก็ไม่มีเหตุผลประการใดที่จะยอมให้จำเลยยกข้อต่อสู้ว่าเขาถูกล่อให้กระทำความผิด เพราะเป็นเรื่องของความอ่อนแอทางจิตใจของเขาต่อการถูกชักจูงให้กระทำความผิดเอง ซึ่งสังคมย่อมคาดหวังให้สมาชิกในสังคมในระดับทั่วไปควรมีความยับยั้งชั่งใจในการกระทำความผิดจากการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง

⁴⁰ ตัวแทนของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นผู้ติดต่อหรือทำงานภายใต้การกำกับหรือควบคุมของเจ้าพนักงานรัฐในการสืบสวนอาชญากรรม ได้แก่ ผู้ให้ข่าว สายลับ สายสืบ นกต่อ เป็นต้น

⁴¹ เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 316.

⁴² American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group, 1998), p.310-311.

ดังนั้น ผู้ล่อต้องเป็นเจ้าพนักงานรัฐหรือตัวแทนอยู่ในขณะที่มีการเสนอการชักจูงใจ (Inducement) หากการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะการกระทำของผู้ที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานหรือตัวแทน การล่อให้กระทำความผิดก็จะไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ให้แก่ตัวผู้กระทำความผิด⁴³

2.1.2.3 วิธีการล่อให้กระทำความผิด

วิธีการล่อให้กระทำความผิด (Instigated) หรือที่เรียกว่าการวางกับดักนั้น (Trap) คือ วิธีการใดๆ ที่ชักจูงใจ (inducement) ให้จำเลยกระทำความผิด โดยเจ้าพนักงานของรัฐได้วางแผนให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น และวิธีดังกล่าวเป็นวิธีการซึ่งสามัญชนตระหนักได้ว่าเป็นวิธีการชักจูงให้คนบริสุทธิ์กระทำความผิดตามที่ถูกชักจูงได้ ดังนั้น วิธีการดังกล่าวจะต้องเป็นรูปแบบของการกระทำที่เกินเลยไปกว่าการชักชวนธรรมดา (solicitation) และกลายเป็นการชักจูงใจให้กระทำความผิด (inducement) ซึ่งต้องเพียงพอที่จะเอาชนะความอดทนของบุคคลผู้ซึ่งไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อน⁴⁴ ได้แก่ การจูงใจอย่างมาก หรือการยุยงเชิงบังคับ การเจรจาที่ยาวนาน การชักชวนบ่อย ๆ ซ้ำแล้วซ้ำอีก การรีบเร่ง การสร้างความน่าสงสัยด้วยการขอร้องอ่อนน้อม การขู่ หรือก่อให้เกิดความรู้สึกอื่น ๆ การหลอกลวง การให้สัญญาหรือรางวัล การร้องขอในฐานะเพื่อน ตลอดจนการเสนอผลตอบแทนที่มากเกินไป เป็นต้น โดยอาจมีการเข้าร่วมมือสนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดด้วยก็ได้ ทั้งนี้ การพิจารณาว่ามีการล่อให้กระทำความผิดหรือไม่เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่ต้องวิเคราะห์เฉพาะกรณีๆ ไป จึงเป็นการยากที่จะกำหนดรูปแบบของการกระทำอันเป็นการล่อให้กระทำความผิดที่ตายตัวได้⁴⁵ นอกจากนี้การล่อให้กระทำความผิดอาจเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐหลอกลวงจำเลยว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย⁴⁶

2.1.2.4. ผู้ถูกล่อให้กระทำความผิด

ผู้ถูกล่อให้กระทำความผิด อาจแยกพิจารณาได้ตามทฤษฎีที่นำมาใช้พิจารณาในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 ทฤษฎี คือ

⁴³ J.D.Heydon, The problems of Entrapment Cambridge Law Journal Vol32, Part2 (november 1973), p279.

⁴⁴ Ibid., p.282.

⁴⁵ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group, 1998), p314.

⁴⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย, “การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518) : 675-676.

1. ทฤษฎีอัตตะวิสัย(Subjective Theory)

ตามทฤษฎีนี้ มุ่งพิจารณาถึงความผิดหรือความน่าตำหนิของตัวจำเลย (culpability)

ผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดย่อมเป็นบุคคลใดก็ได้แต่ต้องเป็นผู้บริสุทธิ์มาก่อน(Innocent person) หมายความว่าถ้าเขาไม่ได้ถูกชักจูงโดยเจ้าพนักงานของรัฐเขาจะไม่กระทำความผิดนั้น แต่หากผู้นั้นมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อนแล้ว (Predisposition) ย่อมไม่อาจยกข้อต่อสู้ว่าเขาถูกล่อให้กระทำความผิดได้ ดังนี้ ต้องแยกพิจารณาให้ได้ว่า การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นกับคนบริสุทธิ์ที่ไม่ระมัดระวังตัว(unwary innocent) หรือ อาชญากรที่ไม่ระมัดระวังตัว (unwary criminal)⁴⁷

2. ทฤษฎีภาวะวิสัย(Objective Theory)

ตามทฤษฎีนี้ มุ่งพิจารณาว่าการกระทำอันไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานหรือตัวแทน มาเป็นตัวชี้วัดว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความเสี่ยงพอที่จะทำให้บุคคลที่เคารพกฎหมายทั่วไปตัดสินใจที่จะกระทำความผิดหรือไม่ ด้วยวิธีการสมมติบุคคลทั่วไปขึ้นพิจารณา โดยเพิกเฉยต่อเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) ของจำเลย⁴⁸ ดังนั้น แม้ปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้ว ก็อาจยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ตามทฤษฎีนี้

2.1.2.5. ประเภทฐานความผิด

นักกฎหมายในระบบ Common Law ยอมรับว่าวิธีการล่อให้กระทำความผิดถูกใช้พิจารณาในฐานะที่เป็นเครื่องมือของเจ้าพนักงานของรัฐที่เกิดจากการใช้เทคนิคการสืบสวนแสวงหาพยานหลักฐานที่เกินขอบเขตในคดีประเภทที่ไม่มีเหยื่ออาชญากรรม(victimless crimes)⁴⁹ เช่น การขายยาเสพติด การค้าโสเภณี การเล่นการพนัน การให้สินบนเจ้าพนักงาน การค้าของเถื่อน เป็นต้น เนื่องจากเป็นความผิดที่ปราศจากการรายงาน และเป็นความผิดที่ยากต่อการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยเหตุที่ผู้เสียหายคือตัวผู้กระทำความผิด โดยธรรมชาติวิธีการล่อให้กระทำความผิดจึงถูกใช้กับความผิดประเภทเหล่านี้

ประเภทฐานความผิดเหล่านี้โดยสภาพย่อมไม่มีบุคคลที่สามเป็นผู้เสียหาย และหากมองจากแนวคิดพื้นฐานที่รัฐมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างการนำตัว

⁴⁷ คำกล่าวของศาลสหรัฐ ในคดี Sherman V. United States ,356 U.S.369(1958)

⁴⁸ ตามทฤษฎีนี้อาจจะพิจารณาเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก(Predisposition) ของจำเลยประกอบบ้างเพียงแค่นี้เห็นถึงการกระทำอันไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานเท่านั้น

⁴⁹ Gerald D. Robin and Richard H. Anson, Introduction to the criminal justice system 4th ed (Harper Row Publishers, 1990), P.80.

ผู้กระทำความผิดมาลงโทษกับการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว หากปรากฏว่ามีบุคคลผู้บริสุทธิ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการล่อให้กระทำความผิดอื่นได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดของผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดแล้ว การรักษาผลประโยชน์ของรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษดูจะมีน้ำหนักมากกว่า ดังนี้ หากเป็นความผิดที่เอกชนเป็นผู้เสียหายโดยเฉพาะแล้ว ผู้กระทำความผิดย่อมไม่อาจยกข้อต่อสู้ว่าถูกล่อให้กระทำความผิดเป็นข้อแก้ตัวได้⁵⁰

แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วเจ้าพนักงานอาจใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดในความผิดฐานอื่น ๆ เกิดขึ้นได้ มีแต่เพียงประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าศาลจะยอมให้จำเลยยกเป็นข้อต่อสู้ได้เพียงใด ถึงแม้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อต่อสู้นี้จะใช้ในหลาย ๆ ศาล แต่เท่าที่ปรากฏมันถูกใช้อย่างจำกัด เช่นกฎหมายที่ออกใช้ได้กำหนดไว้ว่าข้อต่อสู้นี้ไม่ใช้ในกรณีความผิดที่เกี่ยวข้องกับอีกบุคคลหนึ่ง นอกเหนือจากผู้กระทำการล่อให้กระทำความผิด ในความผิดที่มีลักษณะรุนแรง หรือก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น⁵¹ เช่นในมาตรา 2.13(3)ของ Model Penal Codeกำหนดว่าข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดจะไม่สามารถใช้กับฐานความผิดที่เป็นการกระทำหรือมีการขู่จะกระทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของผู้อื่น และได้มีการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว⁵² ซึ่ง Model Penal Code ถือเป็นกฎหมายของรัฐบาลกลางในการวางแนวทางให้มลรัฐอื่นนำไปใช้ปฏิบัติ ซึ่งปรากฏว่ามีหลายมลรัฐได้บัญญัติกฎหมายตามแนวทางที่ Model Penal Code วางหลักไว้ในเรื่องนี้ เช่น DELAWARE CODE ANNOTATED⁵³, KENTUCKY REVISED STATUTES ANNOTATED⁵⁴ เป็นต้น

⁵⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 690.; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ถ้อยบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 316.

⁵¹ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.309.

⁵² section 2.13 Entrapment (3) The defence afforded by the section is unavailable when causing or threatening bodily is an element of the offence charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

⁵³ DELAWARE CODE ANNOTATED 11 Del. C. sec 432 (1999) Entrapment as affirmative defense; defense unavailable in certain situations ... (b) The defense afforded by subsection (a) of this section is unavailable when causing or threatening physical injury is an

ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อื่นๆ เช่น อังกฤษ แคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น นักกฎหมายของประเทศเหล่านี้เองก็ยอมรับว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ใช้กับการกระทำความผิดประเภท อาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ (victimless crimes) แต่ศาลกลับไม่ได้วางขอบเขตในเรื่องฐานความผิดไว้ดังเช่นกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในทางตรงข้าม มีหลายคดีที่ยกข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดขึ้นเป็นประเด็นพิจารณาได้ในฐานความผิดต่อชีวิตร่างกาย เช่น ในคดี *Smurthwaite and Gill*⁵⁵ เป็นต้น โดยเหตุที่ กลุ่มประเทศดังกล่าวใช้หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความเข้ามาแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิด เช่น อังกฤษ ออสเตรเลีย ใช้บทตัดพยานในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด และแคนาดาใช้วิธีการหยุดกระบวนการพิจารณาคดีในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด ซึ่งโดยเนื้อหาของหลักกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้จำกัดในเรื่องฐานความผิดไว้ จึงไม่ต้องห้ามที่จะนำหลักกฎหมายเหล่านี้มาปรับใช้กับการล่อให้กระทำความผิดในฐานความผิดที่เป็นการกระทำหรือมีการขู่เชี่ยวว่าจะกระทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของผู้อื่น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในเรื่องฐานความผิดที่จะนำมาใช้อ้างในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด คงมีแต่เพียงประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่วางขอบเขตในเรื่องดังกล่าว ในขณะที่ประเทศอื่นในระบบกฎหมาย Common Law ไม่มีการวางขอบเขตในเรื่องนี้ ซึ่งน่าจะมีสาเหตุมาจากในประเทศอื่นไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในทางสารบัญญัติ (substantive defence) ดังเช่นในสหรัฐอเมริกา ในประเทศอื่นในระบบกฎหมาย Common Law จำเลยจึงอาจยกเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้ทุกฐานความผิด โดยให้ศาลเป็นผู้พิจารณาซึ่งน้ำหนักเองว่าในความผิดดังกล่าวศาลควร

element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

⁵⁴ KENTUCKY REVISED STATUTES ANNOTATED ,KRS 505.010 (1998)
Entrapment ... (2) The relief afforded by subsection (1) is unavailable when: ... (b) The offense charged has physical injury or the threat of physical injury as one of its elements and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

⁵⁵ *R v. Smurthwaite and Gill* (1994), 1 All E.R. 898 ในคดีนี้ สายลับของเจ้าพนักงานตำรวจได้ปลอมตัวเป็นมือปืน และรับจ้างที่จะฆ่าคู่สมรสของจำเลย ซึ่งจำเลยได้ต่อสู้คดีว่าตนถูกล่อให้กระทำความผิดไว้ด้วย ซึ่งศาลได้นำประเด็นดังกล่าวขึ้นพิจารณาแล้วตัดสินลงโทษจำเลยซึ่งไม่อาจอ้างว่าถูกล่อให้กระทำความผิดได้ เพราะศาลรับฟังพยานหลักฐานว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิด ไม่ใช่เพราะต้องห้ามยกข้อต่อสู้ในเรื่องฐานความผิด

คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษหรือคุ้มครองความบริสุทธิ์ ยุติธรรมในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จึงไม่มีความจำเป็นต้องวางขอบเขตในเรื่องฐาน ความผิด ดังเช่นในสหรัฐอเมริกาแต่ประการใด

2.1.3 ความแตกต่างระหว่างการล่อให้กระทำความผิดกับหลักกฎหมายอื่น

2.1.3.1 การขาดองค์ประกอบความผิดกับการล่อให้กระทำความผิด

ข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดย่อมแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แล้ว โดยจะต้องเป็นการกระทำความผิดที่ครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน คือต้องมีทั้งการกระทำ และเจตนาที่จะกระทำความผิด (actus reus and mensrea)⁵⁶

แม้การล่อให้กระทำความผิดกับการขาดองค์ประกอบความผิด จะเป็นเหตุให้การกระทำนั้น ไม่เป็นความผิดเช่นเดียวกันก็ตาม⁵⁷ แต่โดยเหตุที่ การจะกล่าวอ้างว่ามีการล่อให้กระทำความผิดได้ ก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเสียก่อน หากไม่มีการกระทำความผิด เพราะอีกฝ่ายไม่เจตนา ที่จะกระทำความผิดตามที่ถูกล่อด้วย ก็ไม่มีกรณีเรื่องล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นได้เลย⁵⁸ ดังนั้น การล่อให้กระทำความผิดต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดครบองค์ประกอบความผิด แล้วเท่านั้น จึงเป็นคนละกรณีกับการขาดองค์ประกอบความผิด

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่จำเลยตั้งใจจะไปซื้อสลากกินรวบจากเจ้ามือ แต่ไม่รู้จักตัวเจ้ามือ จำเลยจึงไปซื้อจากตำรวจโดยเข้าใจว่าเป็นเจ้ามือ ตำรวจจึงจับ เช่นนี้ถือว่าจำเลยไม่มีความผิดเพราะ ตำรวจผู้จับไม่มีเจตนาจะเล่นการพนันด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 829/2500)⁵⁹ ซึ่งเป็นเรื่องของการ

⁵⁶ Micheal Stober, "Persistent Importuning for a Defence of Entrapment," Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988):403.

⁵⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย, "การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน," บทบัญญัติ เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518) : 673.

⁵⁸ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 318.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 829/2500 ... จำเลยมุ่งจะเข้าเล่นการพนันสลากกินรวบกับบุคคลอีกคนหนึ่ง หากแต่จำเลยไม่รู้จักคนๆนั้น จำเลยจึงได้เข้าเล่นกับเจ้าพนักงานฯ จึงจับจำเลย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเจ้าพนักงานฯ ไม่มีเจตนาจะเข้าเล่นกับจำเลยแต่ประการใด อันว่าการพนันสลากกินรวบนั้น จะต้องมีส่วนสองฝ่ายๆหนึ่งเป็นเจ้ามือผู้รับกินรับใช้ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกค้าผู้แทง จำเลยมีเจตนาเข้าเล่นการพนันสลากกินรวบก็จริง แต่เมื่อเจ้าพนักงานฯ ไม่มีเจตนาจะเล่นด้วย จำเลยย่อมเล่นการ

ขาดองค์ประกอบความผิด อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงเป็นว่า ตำรวจต้องการจับผู้เล่นสลากกินรวบจึงปลอมตัวเป็นเจ้ามือหรือผู้ขายสลากกินรวบ และได้รับเจ้ามือหรือผู้ขายสลากกินรวบแก่แดงซึ่งไม่เคยเล่นสลากกินรวบมาก่อนเลย เมื่อแดงซื้อสลากกินรวบจากตำรวจ ก็ถูกตำรวจจับ เช่นนี้ต้องถือว่ามีการเล่นการพนันแล้ว เพราะตำรวจผู้ขายมีเจตนาเล่นการพนันด้วย (แม้จะแกล้งเล่นเพื่อจับก็ตาม) และผู้ซื้อก็มีเจตนาเล่นการพนันด้วย จึงมีความผิดฐานเล่นการพนันเกิดขึ้น แต่แดงอาจอ้างว่าถูกล่อให้กระทำความผิดได้ ประเด็นที่จะต้องเข้าใจให้ดีคือ จะอ้างว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเสียก่อน หากไม่มีการกระทำความผิดเพราะอีกฝ่ายไม่มีเจตนาจะเล่นการพนันด้วย ก็ไม่มีกรณีเรื่องล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นได้เลย⁶⁰

2.1.3.2 ความยินยอมกับการล่อให้กระทำความผิด

เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิดอาจใช้วิธีการต่าง ๆ ถ้าวิธีการที่ใช้มิใช่เป็นแต่เพียงการวางกับดักเพื่อดักจับกุมผู้กระทำความผิด แต่วิธีการที่ใช้กลายเป็นการยอมให้กระทำความผิดไปในกรณีที่ความยินยอมเป็นข้อแก้ตัวยกเว้นความผิดได้นั้น การกระทำที่เกิดขึ้นเพราะความยินยอมเช่นนั้นก็เป็นความผิดไม่ได้ด้วยตนเอง⁶¹

ในเบื้องต้น ความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย จะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยผู้อื่นกระทำแทนตนต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่า ตนอนุญาตให้กระทำได้ทีเดียว ดังนั้น การวางกับดักให้จำเลยลักทรัพย์ โดยเอาทรัพย์วางล่อโดยทำเครื่องหมายไว้ แล้วเฝ้าดูจนจำเลยเอาทรัพย์นั้นไปแล้วจึงจับ ไม่ถือเป็นความยินยอมที่ทำให้ความผิดฐานลักทรัพย์ไม่เกิดขึ้น เพราะไม่ได้มีการแสดงความประสงค์ให้จำเลยทราบว่าเจ้าของทรัพย์อนุญาตให้เอาทรัพย์นั้นไปได้ เป็นแต่เพียงเปิดโอกาสให้ลักทรัพย์เท่านั้น⁶² ในกรณีเช่นนี้จำเลยไม่อาจอ้างการครอบครองไปจากเจ้าของทรัพย์ได้ ในสภาพการล่อให้กระทำความผิดดังกล่าวจำเลยไม่อาจกระทำให้บรรลุผลได้

พนันสลากกินรวบแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ เป็นการแสดงเจตนาข้างเดียวเท่ากับเล่นสลากกินรวบกับผู้อื่นไม่มีความประสงค์จะเล่นด้วย ไม่เกิดผลแก่จำเลยประการใด

⁶⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 318.

⁶¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 683.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 664.

อย่างแน่แท้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์⁶³ แต่ถ้าได้มีการกระทำถึงขนาดปล่อยให้คนร้ายเข้ามาลักทรัพย์แล้วไม่จับกุมไว้ แต่กลับให้คนของตนหยิบยื่นส่งทรัพย์ให้คนร้ายไป แม้จะส่งให้เพื่อจับกุม การลักทรัพย์ก็ไม่เกิดขึ้น เพราะการเอาทรัพย์ไปในกรณีนี้เป็นการยินยอมอนุญาต นอกจากนี้หากผู้ลักทรัพย์ถูกจับได้ของกลางคืนแล้ว เจ้าของทรัพย์กลับยอมให้ผู้ร้ายเอาของไปขายเพื่อจับผู้รับของโจรการรับของโจรก็ไม่มีได้ เพราะของนั้นสิ้นสภาพเป็นของโจรไปแล้ว หรือในความผิดที่ความยินยอมของเจ้าหน้าที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เช่นการหลบหนีการคุมขังตาม ปอ.มาตรา 190 ถ้าผู้มีอำนาจคุมขังนัดหมายยอมให้ผู้ถูกคุมขังหนีไปกับผู้ที่มาช่วยเพื่อจะจับกุมผู้ที่มาช่วยครั้งนี้ การหลบหนีที่คุมขังก็ไม่มี ผู้ที่มาช่วยก็ไม่มีความผิดไปด้วย⁶⁴

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการกระทำความผิดบางอย่างจะสำเร็จได้โดยต้องอาศัยเหตุที่เกี่ยวกับตัวผู้เสียหายด้วย หรือเป็นความผิดประเภทที่เห็นได้โดยสภาพว่าจะเป็นความผิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้เสียหายมิได้ยินยอม เช่นการลักทรัพย์ การโกงเจ้าหน้าที่ ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์ บุกรุก กักขัง การเปิดเผยความลับ การหมิ่นประมาท เป็นต้น⁶⁵ การล่อให้กระทำความผิดที่ไปเข้าลักษณะยินยอมให้กระทำความผิดเหล่านี้ ถือว่าขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น การกระทำจึงไม่เป็นความผิด⁶⁶

2.1.4 วิธีการและภาระการพิสูจน์

ในหัวข้อนี้จะทำการพิจารณาถึงความเหมาะสมในประเด็นวิธีการและภาระการพิสูจน์ว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ ว่ามีวิธีการเช่นใด และภาระการพิสูจน์ควรจะตกแก่ฝ่ายใด ในประเด็นของข้อเท็จจริงเรื่องใดบ้าง ตลอดจนพิจารณาไปถึงระดับการพิสูจน์ของทุกฝ่ายที่มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าควรมีระดับการพิสูจน์แตกต่างกันหรือไม่อย่างไร หากพิจารณาประเด็นในเรื่องการ

⁶³ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 141.

⁶⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 683-688. นอกจากนี้ความผิดบางอย่างต้องทำโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน ถ้าเจ้าพนักงานยินยอมก็อาจถือว่าเป็นการอนุญาตได้ โดยแยกพิจารณาได้ว่าถ้าการอนุญาตชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่มีความผิดเกิดขึ้น แต่ถ้าการอนุญาตไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ใช่กรณีที่เจ้าพนักงานจะอนุญาตได้ผู้กระทำความผิดก็จะอ้างการอนุญาตของเจ้าพนักงานมาเป็นข้อแก้ตัวให้ไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 661.

⁶⁶ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 276.

ล่อให้กระทำความผิด ในฐานะที่เป็นข้อต่อสู้ทางสารบัญญัติแล้ว นักกฎหมายสหรัฐอเมริกายังคงมีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องของภาระการพิสูจน์ และ มาตรฐานการพิสูจน์อยู่ โดยมีวิธีการที่แตกต่างกัน ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

2.1.4.1. การใช้วิธีการอัตตะวิสัย(Subjective test)

คือ การวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดนั้นเพราะถูกเจ้าพนักงานล่อลวง หรือชักจูงใจหรือไม่หรือถึงอย่างไรจำเลยก็จะกระทำความผิดดังกล่าวอยู่นั้นเอง โดยมีวิธีการที่วินิจฉัยที่เจตนาในการกระทำความผิดที่มีมาแต่แรกของจำเลย(predisposition)

ในการยกข้อต่อสู้ Entrapment ในความเห็นแรกนี้ เพื่อให้สามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment จำเลยจะต้องแสดงพยานหลักฐานว่า การกระทำนั้นถูกชักจูงโดยเจ้าพนักงานรัฐ และจำเลยขาดเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposed) โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่าเจ้าพนักงานรัฐเป็นฝ่ายแรกที่ติดต่อกับจำเลย หรือเป็นฝ่ายแรกที่เสนอธุรกิจผิดกฎหมาย จำเลยต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ใช่แค่เพียงการชักจูงหรือแนะนำในส่วนของเจ้าพนักงานรัฐ แต่ต้องแสดงให้เห็นการกระทำดังกล่าว เป็นส่วนหนึ่งของการล่อใจ หรือบังคับทางจิตใจของจำเลย ในประเด็นนี้ที่ว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดหรือไม่นั้น พิจารณาโดยลูกขุนก่อน แล้วผลักภาระการพิสูจน์ไปยังโจทก์ผู้ฟ้องคดีที่จะต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัย (prove beyond reasonable doubt)ว่า ไม่มีการชักจูงให้กระทำความผิด(inducement)โดยเจ้าพนักงาน หรือจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้ว (predispose) โดยต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า จำเลยมีเจตนาในการกระทำความผิดมาแต่แรกก่อนที่เจ้าพนักงานจะเข้ามาติดต่อด้วย⁶⁷ กล่าวคือ Predisposition ของจำเลยจะต้องไม่ได้เกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงาน(คดี Jacobson v. United States, 112 S. CT. 1535 [1992])⁶⁸

โดยการพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย(Predisposed) ในการยกข้อต่อสู้จำเลยต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่ถูกสร้างขึ้น โดยเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย วิธีการนี้ใช้ในศาลสหรัฐ และศาลมลรัฐเป็นส่วนใหญ่ โดยพิจารณาเจตนาที่จะกระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหาแต่แรกของจำเลย (Predisposed) โดยลูกขุนต้องพิจารณาจากเจตนาของตัวเอง และตัดสินว่าเขามีเจตนาที่จะกระทำผิดอยู่แล้ว และตำรวจเพียงเปิดโอกาสให้เขาทำผิดออกมา หรือเขาเป็นผู้บริสุทธิ์(innocent)⁶⁹ ที่ถูกล่อให้กระทำอาชญากรรม

⁶⁷ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.318.

⁶⁸ Rolando V. del Carmen, Criminal procedure law and practice (Wadsworth Publishing Company, 1995), p.169-170.

⁶⁹ ผู้บริสุทธิ์ (innocent) ในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าเขาไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน แต่หมายถึงในคดีนั้นเขาเป็นผู้ที่ไม่มีเจตนาที่จะกระทำผิดมาแต่แรก (Predisposed) หรือไม่มีความ

เมื่อมีการตั้งประเด็น Entrapment ขึ้นในศาลแล้ว ในกรณีที่ใช้วิธีการ (Subjective test) ต้องสืบให้ได้ ทั้งสองประการเพื่อตัดสินว่า ถ้าตำรวจหรือผู้ให้ข่าว เป็นฝ่ายริเริ่มและมีส่วนร่วมในกิจกรรมของการประกอบอาชญากรรม และถ้ามีพยานว่าผู้ต้องหาไม่เจตนากระทำความผิดอาชญากรรมแต่แรก เพื่อแสดงว่ากิจกรรมดังกล่าวไม่ได้มาจากความคิดของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายเดียว สององค์ประกอบที่แสดงถึงข้อต่อสู้ Entrapment คือ

1. ตำรวจชักจูงใจให้จำเลยกระทำอาชญากรรม (Inducement) และก่อนที่จะมีการชักจูงดังกล่าวจำเลยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition)

โดยในประเด็นแรกนี้ได้สร้างข้อทดสอบ 2 ข้อขึ้นเพื่อตัดสินว่าบุคคลนั้นถูกล่อให้กระทำความผิดหรือไม่ ข้อทดสอบแรกคือ

(1) ฝ่ายรัฐได้ชักจูง (induced) ให้จำเลยกระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือเจ้าพนักงานจะต้องไม่กระทำเกินไปกว่าการเสนอ โอกาสให้กระทำความผิด ซึ่งการกระทำพิสูจน์ตกแก่จำเลย เมื่อจำเลยพิสูจน์ว่ามี การชักจูงให้กระทำความผิด จึงพิจารณาในข้อทดสอบที่สองต่อไป

(2) จำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้วหรือไม่ (Predisposition) ก่อนที่เจ้าพนักงานจะเข้ามาติดต่อด้วย การกระทำพิสูจน์ตกแก่ฝ่ายโจทก์ และข้อต่อสู้ Entrapment จะสำเร็จได้เมื่อจำเลยไม่มี Predisposition⁷⁰

เมื่อการล่อให้เกิดการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานรัฐได้แสดงออกมาแล้ว คำถามสุดท้าย คือ

2. การชักจูงใจของเจ้าพนักงาน หรือเจตนาที่จะกระทำผิดมาแต่แรกของจำเลย เป็นสาเหตุของการกระทำความผิดอาชญาหรือไม่

ในคำถามเกี่ยวกับ Predisposition ต้องพิจารณาว่า จำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ที่ไม่ระวังตัว (unwary innocent) หรือเป็นอาชญากรที่ไม่ระวังตัว (unwary criminal) ซึ่งจำเลยพร้อมที่จะกระทำความผิดจากการเปิดโอกาสของ เจ้าพนักงาน

การตัดสินใจว่าสถานะทางจิตใจของจำเลยเป็นเช่นใด คำถามที่ว่าจำเลยไม่น่าจะเกี่ยวข้องกับ การกระทำของเจ้าพนักงานรัฐ เพื่อตอบคำถามเหล่านี้ ต้องดูสถานะทางจิตใจของจำเลย และดูว่าจำเลยมีความสามารถบนพื้นฐานของผู้มีประสบการณ์ การฝึกฝน และการติดต่อในการกระทำ

พร้อมที่จะตอบสนอง (readily responds) ต่อการเปิดโอกาสให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงานใน ความผิดที่ถูกกล่าวหา แต่ได้กระทำไปเพราะกลลวงของเจ้าพนักงาน (entice ment)

⁷⁰ David J. elbaz, "The Troubling Entrapment Defense: How about an economic approach?," American criminal law review Vol. 36, no.1 (winter 1999) :124-125 .

ความผิดอย่างแท้จริง และประเด็น Predisposition จะต้องเป็นการมองที่สถานะทางจิตใจของจำเลย ก่อนที่ตัวแทนฝ่ายรัฐจะเข้ามาติดต่อด้วย⁷¹

2.1.4.2 การใช้วิธีการภาวะวิสัย(Objective test)

คือการวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้าพนักงานนั้นเป็นการชักจูงให้คนบริสุทธิ์กระทำความผิดตามที่ถูกชักจูงหรือไม่โดยมุ่งวินิจฉัยที่การกระทำของเจ้าพนักงานเป็นสำคัญ(action of police) โดยวิธีการนี้ได้ถูกรับรองไว้ใน Model Penal Code สหรัฐอเมริกา⁷²

โดยเหตุที่วิธีการ Subjective test ได้รับการยอมรับจากศาลส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกาอย่างมากถึงปัจจุบัน ในฐานะที่เป็นประเทศที่มีข้อต่อสู้ Entrapment ในทางสารบัญญัติจึงให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ถึงเจตนาในการกระทำความผิดของจำเลย(predisposition)

ในขณะที่วิธีการObjective test ที่ให้ความสำคัญกับการกระทำของตำรวจกลับเป็นที่ยอมรับในประเทศที่ใช้วิธีการทางวิธีสบัญญัติในการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิด เช่น ประเทศแคนาดา เป็นต้น

ในการใช้วิธีการนี้นั้น พิจารณาจากกิจกรรมของตำรวจที่เกี่ยวข้อง โดยปราศจากการพิจารณา Predispositionของจำเลย⁷³ วิธีการนี้มีการรับรองโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁷⁴ หรือคำสั่งของลูกขุน⁷⁵

เหตุผลสมควรที่จะใช้วิธีการภาวะวิสัย (Objective approach) เพราะวิธีนี้เป็นการหลีกเลี่ยงการใช้พยานบอกเล่า (Hearsay) ในการพิสูจน์ Predisposition แต่หันมาพิจารณาปัญหาที่แท้จริงในคดีว่าการกระทำของตำรวจดังกล่าวศาลควรปฏิเสธที่จะไม่พิพากษาลงโทษจำเลยหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นรัฐประศาสนนโยบาย(Public Policy) และข้อต่อสู้นี้จะสำเร็จได้โดยไม่ต้องพิจารณาความแตกต่างในระหว่างจำเลยทั้งหลาย แต่หันมาพิจารณาวิธีการของตำรวจว่ามีการชักชวน กดดัน อ้อนวอน เพื่อชักจูงบุคคลให้กระทำความผิดอย่างไร และมากน้อยเพียงใด⁷⁶

ภายใต้วิธีการภาวะวิสัย (Objective Test) พิจารณาที่การกระทำเฉพาะของตำรวจในคดีนั้น เมื่อมีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายหรือผู้ร่วมมือด้วย เพื่อได้

⁷¹ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.321-322.

⁷² พรเพชร วิชิตชลชัย, “การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน,” บทบัญญัติคดี เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518) : 675-676.

⁷³ State v.Zaccaro,154Vt.83,574 A.2d1256(1990)

⁷⁴ State v.pfister,264N.W.2d694(N.D.1978)

⁷⁵ People v.Arthurlee 168 Cal.App.3d 246,214Cal.Rptr.5(1st Dist.)1985

⁷⁶ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.324.

พยานของการกระทำความผิดด้วยการชักจูงบุคคลอื่นให้กระทำความผิด ซึ่งวิธีการนี้น่าจะมีประสิทธิภาพพอที่จะชักจูงบุคคลทั่วไป (average person) มากกว่าบุคคลที่พร้อมที่จะกระทำความผิด (ready and willing) ในทางตรงข้าม การก่อให้เกิดการกระทำนั้น เป็นเพียงการชักชวนให้บุคคลที่มีลักษณะนิสัยที่จะกระทำความผิดเพื่อหวังผลตอบแทน หรือผลประโยชน์อื่นใดแล้ว ย่อมไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิด ภายใต้วิธีการนี้คำถามที่เป็นประเด็นสำคัญ คือการกระทำของตัวแทนรัฐบาลรุนแรงพอที่จะสร้างความเสี่ยง (substantial risk) ให้บุคคลผู้ที่ไม่พร้อมที่จะกระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ต้องมากระทำความผิดเพราะวิธีการชักจูงดังกล่าว⁷⁷

ภายใต้วิธีการนี้ ภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่จำเลยเช่นเดียวกัน ที่จะต้องสืบให้เข้าข้อสันนิษฐานของข้อต่อสู้ว่าการกระทำความผิดของตนเกิดจากการล่อให้กระทำความผิด⁷⁸ ดังนี้ จำเลยต้องยกข้อต่อสู้เป็นประเด็นขึ้นมา และภาระพิสูจน์ตกแก่ฝ่ายจำเลย โดยจำเลยมีภาระการพิสูจน์ในระดับค้ำมีน้ำหนักพอน่าเชื่อ (Preponderance of the evidence) เพื่อยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ ว่าการกระทำความผิดของจำเลยมีมูลมาจากการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงานเช่นนั้นจริง โดยไม่ปฏิเสธการกระทำความผิดที่ถูกกล่าวหา หรือองค์ประกอบความผิดอื่นใด ส่วนฝ่ายอัยการโจทก์ก็อาจนำสืบหักล้างข้ออ้างของจำเลย โดยมีภาระการพิสูจน์จนถึงขั้นสงสัย (Proof beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยมิได้ถูกล่อให้กระทำความผิด⁷⁹ ทั้งนี้จำเลยจะผลักภาระการพิสูจน์ได้ต้องแสดงได้ว่ารัฐบาลมีกิจการที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยได้กระทำซึ่งมีอิทธิพลอย่างสมเหตุสมผลต่อการกระทำของจำเลย⁸⁰

โดยศาลที่พิจารณาต้องไต่สวนว่า การเกี่ยวข้องกับกิจกรรมซึ่งเป็นการล่อลวงประชาชนผู้ซึ่งไม่น่าจะมีแรงจูงใจไปในทางที่ผิดหรือไม่ และถ้าเป็นเช่นนั้นการกระทำของตำรวจต่ำกว่ามาตรฐานที่ควรยอมรับหรือไม่ สำหรับความเป็นธรรมและความซื่อสัตย์ในการบริหารกระบวนการยุติธรรม หรือต่ำกว่ามาตรฐานในความรู้สึกทั่วไปในการใช้อำนาจของรัฐบาลที่เหมาะสม ดังนั้น

⁷⁷ Ibid.,p.324.

⁷⁸ Model Penal Code :sec.2.13 (2) “...a person prosecuted for an offense shall be acquitted if he proves by a preponderance of evidence that his conduct occurred in response to an entrapment”

⁷⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, “การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518) : 677.

⁸⁰ J.B.Eherlich, “Sorrells – Entrapment or Due Process? A Redefinement of the Entrapment Defense:Part 2,” New York Bar Journal 55(6) (1983): 42,46

การกระทำของพนักงานที่เพียงเสนอโอกาสให้กระทำความผิดจึงได้รับอนุญาต แต่การกระทำที่เกินกว่านั้น เช่นการล่อลวงไปในทางที่ผิดไม่ได้รับอนุญาต⁸¹

ภายใต้วิธีการนี้ (Objective Test) ข้อต่อสู้ Entrapment พิจารณาที่ วิธีการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน ดังนั้น เจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก(Predisposition) และลักษณะนิสัย(Character)ของจำเลย ตลอดจนความสามารถในการกระทำความผิดของจำเลย ไม่เป็นประเด็น ดังนั้น จึงไม่พิจารณาที่กิจกรรมในการกระทำความผิดอาชญากรรมมาก่อน หรือสิ่งที่ชี้ชัดถึง Predisposition ของจำเลยในการกระทำความผิดอาชญากรรม และความคิด หรือความบริสุทธิ์ของจำเลย จะไม่เป็นประเด็นเช่นเดียวกัน⁸²

การกระทำของตัวแทนผู้บังคับใช้กฎหมาย ไม่ได้ถูกพิจารณาอย่างลอย ๆ แต่ศาลจะสมมติบุคคลซึ่งเป็นวิญญูชนผู้เคารพกฎหมาย(a normally law-abiding person)ขึ้นมาพิจารณาในสถานการณ์เช่นเดียวกับจำเลย ดังนั้นถึงแม้Predisposition จะไม่เป็นประเด็นก็ตาม แต่การติดต่อที่นำมาสู่การกระทำความผิด ความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับเจ้าพนักงาน การตอบสนองของจำเลยต่อการชักจูงของเจ้าพนักงาน อาจถูกพิจารณาโดยศาลว่า ผลของการกระทำของเจ้าพนักงานนั้น น่าจะเป็นอย่างไร หากเกิดขึ้นกับบุคคลธรรมดาทั่วไป⁸³

ดังนั้น Entrapment อาจเกิดขึ้นได้ถ้าการกระทำของเจ้าพนักงานก่อให้เกิดแรงจูงใจต่อบุคคลซึ่งเป็นวิญญูชนผู้เคารพกฎหมาย(a normally law-abiding person) มากกว่าบุคคลที่มีเจตนากระทำความผิด เช่นตำรวจร้องขอให้บุคคลกระทำความผิดเพราะอาศัยความเป็นเพื่อน ความน่าสงสาร มากกว่าความปรารถนาในผลประโยชน์ส่วนตัว หรือวัตถุประสงค์ของการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบนั้นๆ ใดๆก็ตาม จะไม่มีการล่อให้กระทำความผิดหากการกระทำของเจ้าพนักงานไม่ไปไกลเกินกว่าความจำเป็นที่กระทำต่อผู้ต้องสงสัยที่แน่นอนที่ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นเอง⁸⁴

ทั้งนี้ ตำรวจยังคงมีเสรีภาพภายใต้วิธีการภาวะวิสัย(Objective Test) โดยต้องเป็นการกระทำอย่างมีเหตุผล แต่จำกัดในวิธีการที่จะได้ผู้ต้องสงสัยอย่างแน่นอน กล่าวโดยสรุป ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เช่น กิจกรรมของตำรวจที่ถูกห้ามรวมถึงการร้องขอโดยอ้างความเจ็บปวดอย่างสิ้นหวัง การอ่อนวอนด้วยความน่าสงสารหรือน่าเห็นใจ หรือในฐานะเพื่อนสนิท รวมถึงการเสนอจำนวนเงินที่มากกว่าปกติ⁸⁵

⁸¹ American Jurisprudence ,2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.325.

⁸² Ibid,p325.

⁸³ Ibid,p325.

⁸⁴ Ibid,p326.

⁸⁵ Ibid,p326.

ทั้งนี้โดยหลักแล้ว Entrapment เป็นข้อต่อสู้ที่ต้องยกผู้โดยจำเลย โดยปกติจำเลยต้องรับสารภาพว่าทำผิดและอ้างเป็นเหตุยกเว้นโทษ⁸⁶ การที่จำเลยยกข้อต่อสู้ในเรื่องล่อให้กระทำความผิดเท่ากับเป็นการยอมรับแล้วว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องจริงแต่มีสาเหตุมาจากการกระทำของเจ้าพนักงาน ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐยอมให้จำเลยอาจปฏิเสธว่าไม่ได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหาและยังคงอ้างข้อต่อสู้ในเรื่องล่อให้กระทำความผิดได้ด้วย(คดี Matthews v. United States, 485 U.S. 58 [1988])⁸⁷ หรือในคดีที่ฟ้องจำเลยในฐานะสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) นอกจากจำเลยจะปฏิเสธว่าไม่ได้กระทำการเป็นผู้สมคบแล้ว จำเลยยังมีสิทธิที่จะต่อสู้ว่าการกระทำที่แสดงให้เห็นว่ามีการสมคบนั้น (Over acts) เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดได้ด้วย (U.S. newcomb, 488 F.2d 190 (5th Cir. 1974) ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากแนวความคิดตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective) ด้วยเช่นกัน โดยจำเลยไม่ต้องยอมรับว่าตนกระทำความผิดเพื่อที่จะอ้างข้อต่อสู้ Entrapment เพราะวิธีการนี้ไม่ได้มองที่เจตนาในการกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposed) ของจำเลย แต่พิจารณาที่การกระทำของเจ้าพนักงานรัฐ⁸⁸

แต่ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าถึงแม้จำเลยจะยกได้ทั้งข้อต่อสู้ Entrapment และข้อต่อสู้ว่าตนไม่ได้กระทำความผิด แต่นำหนักในการยกข้อต่อสู้ Entrapment จะไม่เป็นผลดีต่อบุคคลที่ปฏิเสธว่าตนไม่ได้กระทำความผิด โดยเหตุที่สภาพของการยกข้อต่อสู้ Entrapment จำเป็นที่จะต้องถือว่าได้มีการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาแล้ว ดังนั้น การยกข้อต่อสู้ Entrapment จึงถือเสมือนว่าจำเลยต้องยอมรับในเบื้องต้นว่าตนกระทำความผิดมาก่อนแล้ว ทั้งนี้ไม่เป็นการขัดแย้งกับสิทธิที่ผู้ถูกกล่าวหาจะไม่ปรักปรำตนเอง (self-incrimination) ตามหลักกระบวนการนิติธรรม (Due Process) เพราะจำเลยมีสิทธิเลือกที่จะไม่ยกข้อต่อสู้ Entrapment⁸⁹

แต่ทั้งนี้คำตัดสินของศาลสูงไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงไม่ผูกมัดศาลมลรัฐ ดังนั้น ในแต่ละรัฐอาจวางเงื่อนไข ในการยกข้อต่อสู้ Entrapment ว่าจำเลยต้องยอมรับว่าตนได้กระทำความผิดมาก่อนก็ได้ (People v. Gillespie, 136 ILL. 2d 496, 145 ILL. dec 915, 557 N.E. 2d 894 (1990))⁹⁰

⁸⁶ American Jurisprudence, 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group, 1998), p.309.

⁸⁷ Rolando V. del Carmen, Criminal procedure law and practice (Wadsworth Publishing Company, 1995), p.171.

⁸⁸ American Jurisprudence, 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group, 1998), p.317.

⁸⁹ Ibid., p.315.

⁹⁰ Ibid., p.316.

2.1.4.3 การประยุกต์ใช้วิธีการอัตตะวิสัยและวิธีการภาวะวิสัย(The hybrid approach)

จากการที่ได้เสนอวิธีการพิสูจน์ Entrapment ในหัวข้อที่ผ่านมา พบว่าหลายมตรัฐใช้วิธี Subjective test และอีกหลายมตรัฐใช้วิธี Objective test ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง ถึงความเหมาะสมในการนำไปใช้ ซึ่งแต่ละวิธีก็มีทั้งข้อดีและข้อเสียต่างกันไป ซึ่งหากนำมาพิจารณาเข้าด้วยกันแล้วจะเห็นภาพรวมของแต่ละวิธีดังตารางต่อไปนี้

Current Status of Entrapment Defense⁹¹

	Predisposition	No Predisposition
Proper Government Conduct	Type 1 Objective: No Entrapment Subjective: No Entrapment	Type 2 Objective: No Entrapment Subjective: Entrapment
Improper Government Conduct	Type 3 Objective: Entrapment Subjective: No Entrapment	Type 4 Objective: Entrapment Subjective: Entrapment

เมื่อนำทั้งสองวิธีการมาพิจารณาเข้าด้วยกัน พบว่ามีจุดที่ซ้อนกัน และขัดแย้งกันอยู่ โดยพิจารณาจาก เจตนาที่มีมาแต่แรกของจำเลย(Predisposition)ตามวิธีการ Subjective test กับ การกระทำของฝ่ายรัฐ(Government Conduct) ตามวิธี Objective test ซึ่งจะได้ผลตามตารางดังต่อไปนี้

รูปแบบที่ 1 (Type 1) กรณีที่ไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิด(No Entrapment) ในกรณีนี้แทบจะไม่มีปัญหา กล่าวคือการชักจูงที่ชอบด้วยกฎหมายกับจำเลยที่มีเจตนากระทำความผิดอยู่แล้ว(Predisposition) ไม่ว่าจะเป็วิธี Subjective test หรือ Objective test ข้อต่อสู้ Entrapment จะไม่ได้รับการพิจารณาในสถานการณ์นี้ ในทางตรงข้ามมีกรณีที่ผลออกมาเหมือนกัน คือมีข้อต่อสู้ Entrapment ในรูปแบบที่ 4 (Type 4) กล่าวคือเมื่อจำเลยที่ไม่มีเจตนากระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) ถูกชักจูงใจด้วยวิธีการที่ไม่เหมาะสม(improper induced)ของตัวแทนเจ้าพนักงาน ซึ่งทั้งสองวิธี Subjective test หรือ Objective test เห็นว่ามี Entrapment เกิดขึ้นแล้ว และจำเลย

⁹¹ Damon D. Camp, "Out of Quagmire After Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard," *The Journal of criminal law & criminology* vol.83, no.4 (1993) : 1075.

สามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในอีก 2 รูปแบบ (Type 2 และ Type 3) มีผลต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับวิธีที่จะนำมาใช้ (Subjective test หรือ Objective test) ⁹²

ในรูปแบบที่ 2 (Type 2) กรณีที่ไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) และการกระทำของฝ่ายรัฐเหมาะสม (Proper Government Conduct) ในกรณีนี้จำเลยขาดเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก แต่การกระทำของเจ้าพนักงานไม่ได้ถูกพิจารณาว่าไม่เหมาะสม จำเลยน่าจะถูกพิพากษาลงโทษภายใต้วิธีการ objective approach เพราะการชักจูงของเจ้าพนักงานนั้นเหมาะสม อย่างไรก็ตามภายใต้สถานการณ์เดียวกันนี้ จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ภายใต้วิธีการ subjective approach ถ้าถูกขุ่นพบว่าจำเลยไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก ⁹³

ถ้าหันมาพิจารณารูปแบบที่ 3 (Type 3) ในกรณีที่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) และการกระทำของฝ่ายรัฐไม่เหมาะสม (Improper Government Conduct) ในกรณีนี้ จำเลยน่าจะไม่ได้ถูกพิพากษาลงโทษ ถ้าพิจารณาตามวิธี objective approach เพราะการชักจูงดังกล่าวมีความไม่เหมาะสม แต่ถ้าใช้วิธี subjective approach จะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้เนื่องจากจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) ⁹⁴

ทั้งสองรูปแบบ (Type 2 และ Type 3) มีความขัดแย้งกันในผลและปัญหาของแต่ละวิธีการ ในรูปแบบที่ 2 (Type 2) ในกรณีที่มีจำเลยไม่มี Predisposition และการกระทำของฝ่ายรัฐเหมาะสม (Proper Government Conduct) จึงเป็นกรณีที่จำเลยไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อนถูกพาเข้ามาอยู่ในกระบวนการยุติธรรมเนื่องมาจากการ ชักจูงของฝ่ายรัฐเท่านั้น หากฝ่ายรัฐไม่ใช้วิธีการดังกล่าวจำเลยก็จะไม่ถูกกล่าวหาในความผิดนั้น ในกรณีเช่นนี้ยังต้องถือเจ้าพนักงานเป็นฝ่ายก่อให้เกิดอาชญากรรมแม้จะใช้วิธีการที่เหมาะสมแล้วก็ตาม แต่ตรงข้ามกับในกรณีรูปแบบที่ 3 (Type 3) เป็นกรณีที่จำเลยผู้ซึ่งมีเจตนาที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอยู่แล้วสามารถหลุดพ้นจากการถูกบังคับตามคำฟ้องได้เนื่องจากการกระทำของฝ่ายรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างไม่เหมาะสม การชักจูงอย่างไม่เหมาะสมนั้นไม่จำเป็นกับจำเลยที่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่แล้ว ซึ่งควรใช้วิธีการชักจูงที่เหมาะสมก็จะเพียงพอ ในกรณีนี้ รัฐประศาสนนโยบาย (Public Policy) ไม่อาจทนต่อการกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน ⁹⁵

เมื่อได้พิจารณาทั้งสองวิธีการเข้าด้วยกันแล้ว (Subjective test หรือ Objective test) พบว่ามีความแตกต่างในการนำไปใช้ ซึ่งมีทั้งข้อดีและข้อเสีย จึงได้มีการพัฒนาวิธีการพิสูจน์ Entrapment

⁹² Ibid., p.1076.

⁹³ Ibid, p1076.

⁹⁴ Ibid, p1076.

⁹⁵ Ibid, p1076-1077.

ตลอดมา ซึ่งในหลาย มลรัฐ ได้มีการนำทั้งสองวิธีมาพิจารณาเข้าด้วยกัน โดยมีวิธีการที่แตกต่างกัน ออกไป ซึ่งสามารถแบ่งเนื้อหาได้สามวิธีการใหญ่ คือ

วิธีการแรก ต้องการให้มีการพิสูจน์ทั้ง Predisposition ของจำเลย และการกระทำที่ไม่เหมาะสม (Improper conduct) ของเจ้าพนักงาน

วิธีการที่สอง ต้องการให้มีการพิสูจน์ทั้ง Predisposition ของจำเลย หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสม (Improper conduct) ของเจ้าพนักงาน เพียงอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

วิธีการที่สามพิจารณาทั้ง Predisposition ของจำเลย และการกระทำที่ไม่เหมาะสม (Improper conduct) ของเจ้าพนักงาน รวมเข้าด้วยกัน

วิธีการแรก อยู่บนพื้นฐานที่ว่าเจ้าพนักงานรัฐยังควรมีเสรีภาพที่จะดำเนินการสืบสวน ในทางลับ และข้อต่อสู้ Entrapment จะเกิดขึ้นเมื่อ ไม่มีพยานที่แสดงให้เห็นถึง Predisposition ของจำเลย แต่ยังคงต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยถูกชักจูงอย่างไม่เหมาะสมให้กระทำความผิดด้วย วิธีการนี้ให้เสรีภาพกับเจ้าพนักงานในการค้นหาอาชญากรมากที่สุด และยังคงคุ้มครองจำเลยผู้บริสุทธิ์ วิธีการนี้พิจารณาได้ว่ามี Entrapment ตามตารางรูปแบบที่ 4 (Type 4) ซึ่งได้รับการยอมรับโดยมลรัฐ New Jersey โดยศาลสูงต้องการให้จำเลยพิสูจน์ว่ามี Entrapment เกิดขึ้น โดยใช้ทั้งวิธี Subjective test และวิธี Objective test โดยในขั้นแรกจำเลยต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของเจ้าพนักงานเป็นการชักจูงให้บุคคลทั่วไป (average person) กระทำความผิดได้ ซึ่งเป็นวิธีการ Objective test ขั้นที่ 2 จำเลยต้องใช้วิธี Subjective test โดยต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำตามข้อเท็จจริงในคดีเป็นสาเหตุให้มีการกระทำความผิด⁹⁶ โดยต้องพิสูจน์ว่าจำเลยไม่มี Predisposition⁹⁷ และจำเลยถูกชักจูงให้กระทำความผิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานเท่านั้น⁹⁸

ข้อบกพร่องของวิธีการนี้คือไม่สามารถดำเนินการได้ตามวัตถุประสงค์ของข้อต่อสู้ Entrapment ทั้งวิธี Subjective test และวิธี Objective test กล่าวคือตามวิธี Subjective test ผู้บัญญัติกฎหมายไม่ต้องการลงโทษจำเลยผู้บริสุทธิ์แต่ถูกชักจูงให้กระทำความผิด แต่ภายใต้วิธีการนี้แม้จำเลยจะพิสูจน์ได้ว่าไม่มี Predisposition แต่จำเลยยังอาจถูกพิพากษาลงโทษ ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดของเจ้าพนักงานเป็นการชักจูงให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิดได้ ในทางตรงข้าม หากพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของวิธี Objective test ที่ต้องการห้ามการกระทำที่ไม่

⁹⁶ State v. Rockholt, 476 A.2d 1236, 1238 (N.J. 1984)

⁹⁷ New Jersey v. Gibbons, 519 A.2d 350, 361 (N.J. 1987)

⁹⁸ Damon D. Camp, "Out of Quagmire After Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard," The Journal of criminal law & criminology vol. 83, no. 4 (1993) : 1090-1091.

เหมาะสมของเจ้าพนักงาน แต่ภายใต้วิธีการนี้ แม้จำเลยจะพิสูจน์ได้ว่าเจ้าพนักงานกระทำการไม่เหมาะสม แต่จำเลยยังอาจถูกพิพากษาลงโทษ ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยไม่มี Predisposition⁹⁹

วิธีการที่ 2 วิธีการนี้จำกัดเสรีภาพในการใช้วิธีการสืบสวนในทางลับของเจ้าพนักงานรัฐ แต่ยังคงต้องการให้มีการพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดที่มี Predisposition และยังคงบังคับให้เจ้าพนักงานต้องใช้วิธีการที่เหมาะสม โดยข้อต่อสู้ Entrapment จะเกิดขึ้นได้ เว้นแต่จำเลยจะมี Predisposition และการชักจูงของเจ้าพนักงานนั้นเหมาะสม ดังนั้น ข้อต่อสู้ Entrapment จะเกิดเมื่อจำเลยพิสูจน์ได้ว่าไม่มี Predisposition หรือการกระทำของเจ้าพนักงานไม่เหมาะสม ซึ่งสามารถอธิบายจากตารางได้ทั้ง 4 รูปแบบ คือ ถ้าจำเลยไม่สามารถแสดงได้ว่าจำเลยไม่มี Predisposition หรือการกระทำของฝ่ายรัฐไม่เหมาะสม จำเลยก็จะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ตามรูปแบบที่ 1 (Type 1) แต่ถ้าจำเลยสามารถแสดงได้ว่าจำเลยไม่มี Predisposition หรือการกระทำของฝ่ายรัฐไม่เหมาะสม อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว หรือทั้งสองอย่างแล้ว จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ตามรูปแบบที่ 2 รูปแบบที่ 3 หรือรูปแบบที่ 4 (Type 2, Type 3 or Type 4) แล้วแต่กรณี

วิธีการนี้ได้รับการรับรองโดยมลรัฐ New Mexico¹⁰⁰ ข้อบกพร่องของวิธีการนี้คือเป็นการจำกัดวิธีการทำงานของเจ้าพนักงานอย่างมาก โดยวิธีการของเจ้าพนักงานจะใช้ได้เฉพาะเป้าหมายที่มี Predisposition เท่านั้น ซึ่งวิธีการสืบสวนทางลับของเจ้าพนักงานส่วนใหญ่ใช้วิธี ล่อขายนยาเสพติด (Reverse sting) จะไม่สามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะที่วิธีการนี้มีข้อดีคือ ทำให้แน่ใจได้ว่าผู้บริสุทธิ์จะไม่ถูกกับดัก¹⁰¹

วิธีการที่ 3 โดยวิธีการนี้เป็นการผสมทั้งวิธี Subjective test และวิธี Objective test เข้าด้วยกัน วิธีการนี้ยังแบ่งได้เป็น 2 วิธีการย่อย คือ

3.1 วิธีการนี้ได้รับการยอมรับโดยรัฐบาลกลาง โดยขั้นแรก เริ่มด้วยการพิจารณาที่ Predisposition ของจำเลย หากพบว่าจำเลยมี Predisposition แล้ว จึงมาพิจารณาว่ามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานหรือไม่ ข้อบกพร่องของวิธีนี้คือ จำเลยผู้ที่มี Predisposition จะไม่ถูกพิพากษาลงโทษหากพบว่ามีกรกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานเกิดขึ้น ซึ่งหมายความว่าศาลจะต้องปล่อยผู้กระทำความผิดที่แท้จริงไป เพียงเพราะความผิดพลาดของเจ้าพนักงานเท่านั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาอุปสรรคในการปราบปรามอาชญากรรมได้¹⁰²

⁹⁹ Ibid, p1091-1092.

¹⁰⁰ Baca v. State 742 P2d 1043 (N.M. 1987)

¹⁰¹ Damon D. Camp, "Out of Quagmire After Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard," *The Journal of criminal law & criminology* vol. 83, no. 4 (1993) : 1092-1093.

¹⁰² Ibid., p. 1093.

3.2 วิธีการนี้ได้รับการรับรองโดยมลรัฐFlorida¹⁰³ โดยเริ่มพิจารณาที่การกระทำของเจ้าพนักงานตามวิธี Objective test และถ้าจำเลยสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเจ้าพนักงานกระทำการไม่เหมาะสม ลูกขุนจะไม่มีโอกาสได้พิจารณา Predisposition ของจำเลย ข้อบกพร่องของวิธีการนี้คือ การใช้วิธีล่อขายของผิดกฎหมาย (Reverse Sting) จะไม่มีทางที่จะได้รับการพิจารณาโดยลูกขุน เพราะถูกมองว่าเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสม แม้จำเลยเป็นเป้าหมายที่เหมาะสมก็ตาม¹⁰⁴

ทั้งนี้ ได้มีผู้เสนอวิธีการใหม่ โดย Damon D.Camp¹⁰⁵ มีความเห็นว่า เมื่อได้พิจารณาทั้งสองวิธีการเข้าด้วยกันแล้ว (Subjective test หรือ Objective test) จากผลการพิจารณาจำเลยผู้ซึ่งถูกชักจูงให้เข้ามากระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน ไม่ควรได้รับการปล่อยตัว หรือถูกพิพากษาลงโทษ โดยใช้เพียงวิธีการใดวิธีการหนึ่งเท่านั้น แต่ควรสร้างมาตรฐานเพียงวิธีการเดียว โดยรวมข้อดีของแต่ละวิธีการเข้าด้วยกัน และยังคงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของแต่ละวิธีด้วย โดยให้เกิดความสมดุลทั้งขอบเขตการกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานและระดับเจตนาที่จะกระทำความผิดของจำเลย วิธีการใหม่นี้ ยังเป็นวิธีที่สร้างสมดุลในการทดสอบ Entrapment ได้ดีกว่าวิธีอื่น

โดยมาตรฐานของวิธีการใหม่มี 3 ขั้นตอนดังนี้¹⁰⁶

ในขั้นตอนแรก ขอเสนอว่า ต้องมีการแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน¹⁰⁷ ประเด็นนี้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวของเจ้าพนักงานมีความเป็นไปได้ที่จะชักจูงใจให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิดหรือไม่ โดยจำเลยเป็นผู้เสนอประเด็นนี้ โดยมีภาระการพิสูจน์ว่า การปฏิบัติกรของเจ้าพนักงานมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน ถ้าศาลพิจารณาว่าไม่มีพฤติการณ์ดังกล่าว ก็จะสรุปได้ว่าเจ้าพนักงานเพียงแค่เสนอโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดเท่านั้น

แต่ถ้าศาลพบว่าการกระทำของเจ้าพนักงานเกินเลยไปกว่าการเสนอโอกาสให้จำเลยกระทำความผิด ข้อต่อสู้ Entrapment ก็จะถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในขั้นตอนที่ 2 โดยภาระการพิสูจน์จะเลื่อนมายังฝ่ายโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของ

¹⁰³ Cruz v. State 465 So.2d 516, 521 (Fla.), 437 U.S. 905 (1985)

¹⁰⁴ Damon D.Camp, "Out of Quagmire After Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard," The Journal of criminal law & criminology vol.83, no.4 (1993) : 1093-1094.

¹⁰⁵ Associate Professor, Georgia State University. J.D., Ph.D., M.S., B.S.

¹⁰⁶ Damon D.Camp, "Out of Quagmire After Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard," The Journal of criminal law & criminology vol.83, no.4 (1993) : 1085-1087.

¹⁰⁷ ขั้นตอนนี้เป็นแนวคิดตามวิธีการ Objective test

จำเลย(Predisposition)¹⁰⁸ แม้จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมี Predisposition จำเลยก็ยังคงมีสิทธิที่จะโต้แย้งด้วยการเสนอพยานคัดค้านว่า การกระทำของเจ้าพนักงานไม่เหมาะสม และเป็นสาเหตุให้จำเลยเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิด โดยฝ่ายโจทก์ก็สามารถปฏิเสธด้วยการพิสูจน์ว่าการกระทำนั้นเหมาะสม ในขั้นตอนนี้ศาลจะต้องพิจารณาว่าจำเลยมี Predisposition หรือไม่ ถ้าไม่มีพยานที่แสดงว่าจำเลยมี Predisposition ศาลจะต้องพิจารณาข้อต่อสู้ Entrapment เป็นประเด็นข้อกฎหมาย ในทางตรงข้ามถ้าพบพยานดังกล่าวจะต้องให้ลูกขุนเป็นผู้พิจารณาว่าจำเลยมี Predisposition หรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาต่อไปในขั้นตอนที่ 3

ขั้นตอนที่ 3 ลูกขุนจะต้องชั่งน้ำหนักในระดับการกระทำที่ไม่ชอบของฝ่ายรัฐ กับระดับเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย(Predisposition) โดยต้องตัดสินว่า การกระทำที่ไม่ชอบของเจ้าพนักงานมี น้ำหนักมากกว่า Predisposition ของจำเลยหรือไม่ หรือ จำเลยมีความโน้มเอียงที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดมากกว่าพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน หรือไม่ โดยมีคำถามสำคัญอยู่ที่ว่า เจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย กับกระกระทำฝ่ายรัฐ ใดไม่มีอิทธิพลต่อการเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของจำเลยมากกว่ากัน ถ้าลูกขุนพิจารณาได้ว่า การกระทำที่ไม่เหมาะสมของฝ่ายรัฐมีอิทธิพลมากกว่า ก็ถือว่าไม่มี Entrapment เกิดขึ้น แต่ถ้าพิจารณาได้ว่า Predisposition ของจำเลยมีอิทธิพลมากกว่า ก็ตัดสินได้ว่าไม่มี Entrapment เกิดขึ้น

เมื่อนำข้อเสนอดังกล่าวมาพิจารณาใหม่มาพิจารณาด้วยตารางข้างต้นก็จะได้ว่า ในกรณีรูปแบบที่ 2 (Type 2) โดยเป็นกรณีที่จำเลยไม่มี Predisposition และการกระทำฝ่ายรัฐเหมาะสม ซึ่งข้อต่อสู้ Entrapment เกิดขึ้นได้ ตามวิธี Subjective test แต่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามวิธี Objective test แต่ตามวิธีการใหม่นี้ต้องนำทั้งสองอย่างมาชั่งน้ำหนักเข้าด้วยกัน ถ้า Predisposition ของจำเลยที่มีอยู่น้อยมาก หรือ ไม่มีเลยนั้น มีน้ำหนักมากกว่าการกระทำของฝ่ายรัฐ จำเลยย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา แต่ถ้าการกระทำของฝ่ายรัฐที่เหมาะสมนี้มีน้ำหนักมากกว่าเจตนาที่จะกระทำผิดของจำเลย ผลย่อมเป็นไปในทางตรงข้าม¹⁰⁹

ในกรณีรูปแบบที่ 3 (Type 3) โดยเป็นกรณีที่จำเลยมี Predisposition และการกระทำฝ่ายรัฐไม่เหมาะสม ซึ่งข้อต่อสู้ Entrapment ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามวิธี Subjective test แต่เกิดขึ้นได้ตามวิธี Objective test แต่ตามวิธีการใหม่นี้ ถ้าจำเลยมี Predisposition ชัดเจนแล้ว จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้เพียงกรณีเดียวเท่านั้นคือ การกระทำของฝ่ายรัฐที่มีความไม่เหมาะสมอย่างมาก (outrageous

¹⁰⁸ ขั้นตอนนี้เป็นแนวคิดตามวิธีการ Subjective test

¹⁰⁹ Damon D. Camp, "Out of Quagmire After Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard," *The Journal of criminal law & criminology* vol.83, no.4 (1993) : 1087-1088.

conduct)มีน้ำหนักมากกว่าเจตนาที่จะกระทำความผิดของจำเลย เช่นถึงขนาดเป็นการละเมิดต่อกระบวนการนิติธรรม(Due Process)¹¹⁰

2.1.4.4 การใช้วิธีการทางเศรษฐศาสตร์ (economic approach)¹¹¹

โดยเหตุที่ วิธีการพิสูจน์ Entrapment ตามวิธีการ Subjective Test หรือวิธี Objective Test ปรากฏว่ายังคงมีความยุ่งยากในการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ จึงได้มีผู้เสนอวิธีการใหม่มาใช้พิจารณาแทน นั่นคือวิธีการทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Approach) ซึ่งเสนอโดยนักกฎหมายชาวอเมริกัน ที่ชื่อ David J.Elbaz¹¹² หลักพื้นฐานของวิธีการนี้คือ

การใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์เข้ามาอธิบายแนวความคิดในการกระทำอาชญากรรมและการถูกลงโทษว่าบุคคลเลือกที่จะกระทำความผิดกฎหมายเมื่อเขาได้คิดแล้วว่าผลประโยชน์ที่เขาจะได้รับจากการกระทำดังกล่าว มีมากกว่าค่าใช้จ่ายที่เขาจะต้องเสียไปเนื่องจากการกระทำดังกล่าว¹¹³

วิธีการนี้ได้แสดงให้เห็นถึงผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายที่จะอาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมคือ¹¹⁴

1.ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการกระทำอาชญากรรม

1)การได้รับผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน อันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว

2)การได้รับผลประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงิน หรือได้รับผลในทางจิตใจ อันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว

2.ค่าใช้จ่ายที่จะอาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมคือ

1)การได้รับการลงโทษถ้าถูกศาลพิพากษา

2)โอกาสที่เขาอาจถูกศาลพิพากษา

3)โอกาสที่จะสูญเสียเวลาที่ต้องใช้ไปในการกระทำความผิด

3)การได้รับทราบปจจากการกระทำความผิด

¹¹⁰ Ibid.,pp.1088-1089.

¹¹¹ วิธีการนี้ยังเป็นเพียงแค่การเสนอความเห็นในหลักการ ซึ่งยังไม่มีการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ จึงยังไม่มีรายละเอียดในเรื่องการพิสูจน์

¹¹² J.D.1998,Georgetown University Law Center;B.A.,1995Rutgers University.

¹¹³ David J.elbaz, “The Troubling Entrapment Defense:How about an economic approach?,”American criminal law review Vol. 36 , no.1 (winter 1999):134.

¹¹⁴ Ibid. ,pp.1345-135.

โดยบุคคลจะตัดสินใจที่จะกระทำความผิดเมื่อ ผลรวมของประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการกระทำ อาชญากรรมมีมากกว่าผลรวมของค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้น¹¹⁵

ทั้งนี้มาตรการบังคับทางอาญา ควรจะต้องพิจารณาจากค่าใช้จ่ายสูงสุดที่ผู้กระทำความผิด จะได้รับวิธีการนี้คาดว่าระดับของการลงโทษจะมีผลต่อการเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำ ความผิดของอาชญากร การลงโทษที่สูงจึงน่าจะมีผลต่อการยับยั้งอาชญากรรม โดยอาจเลือกใช้ โทษปรับ การจำคุก หรือการประหารชีวิต¹¹⁶ เมื่อนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์นี้มาประยุกต์ใช้กับ Entrapment จะได้ว่า มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการ คือ

1. ข้อต่อสู้ Entrapment ควรที่จะให้จำเลยยกขึ้นสู้ได้ในกรณีที่วิธีการนั้นจะต้องทำให้ ผู้ต้องหาที่เป็นเป้าหมายเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำอาชญากรรมภายใต้สถานการณ์ที่ไม่เป็น ประกติกาคือข้อต่อสู้ Entrapment ควรเกิดขึ้นเมื่อ รูปแบบของวิธีการกระทำของฝ่ายรัฐน่าจะชัก จูงให้บุคคลที่มีเหตุผล ในการกระทำความผิดที่เขาจะไม่กระทำ ภายใต้สถานการณ์ของชีวิตจริง กล่าวคือ มีการเสนอผลประโยชน์ที่มากเกินไปจนเกินไป อันได้แก่

1) ผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน

การที่เจ้าพนักงานสัญญาที่จะให้ผลตอบแทนในการกระทำความผิดซึ่งป็นจำนวนเงินที่ มากเกินไปจนเกินไป มีผลทำให้ ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้มีมากกว่าค่าใช้จ่ายที่อาจจะต้องเสีย บุคคลที่มี เหตุผลจึงมีความ โน้มเอียงที่จะกระทำความผิด วิธีการนี้จะไม่เกิดประโยชน์ เพราะ พยานหลักฐานที่ได้มาจากวิธีการนี้ไม่น่าเชื่อถือ และไม่สามารถชี้ให้เห็นถึงความต้องการที่จะ กระทำความผิดอย่างเดียวกันของผู้กระทำความผิด ภายใต้สถานการณ์ปกติ สังคมจะไม่ได้ ประโยชน์จากการใช้วิธีการนี้เพื่อป้องกันคดีกับการกระทำอาชญากรรม ซึ่งน่าจะไม่มีเกิดขึ้นถ้า ไม่มีการเสนอผลประโยชน์ที่มากเกินไปจนเกินไป เช่นนั้น ดังนั้น หากพิจารณาได้ว่า เจ้าพนักงานรัฐเสนอ ผลประโยชน์ที่เป็นจำนวนเงินที่มากเกินไปจนเกินไป แก่บุคคลอื่นเพื่อให้เขาเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความ ผิด จึงเหมาะสมที่จะให้มีการยกข้อต่อสู้ Entrapment ขึ้นได้¹¹⁷

2) ผลประโยชน์ทางจิตใจ

โดยปกติอาชญากรรมส่วนใหญ่ไม่ได้ต้องการผลประโยชน์ทางจิตใจ แต่ก็มีผู้กระทำความ ผิดที่กระทำไปเพื่อผลประโยชน์ทางจิตใจ ซึ่งผลประโยชน์ทางจิตใจเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความ ผิดคาดหวังที่จะได้ผลในทางอารมณ์หรือทางจิตใจจากการได้เข้าไปกระทำความผิดนั้น ยกตัวอย่างเช่น เจ้าพนักงานรัฐปลอมตัวเป็นคนติดยาเสพติด ใช้วิธีการชักจูงใจจำเลยด้วยการร้อง

¹¹⁵ (ผลรวมของประโยชน์ที่คาดว่าจะได้ – ผลรวมของค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้น) > 0

¹¹⁶ Ibid. , pp.135-136.

¹¹⁷ Ibid. , pp.136-137

ขอด้วยความน่าสงสารให้จำเลยหายสาบสูญติดมาให้ในฐานะเพื่อน¹¹⁸ หรือเจ้าพนักงานอาจจะอ้างว่า เขาอาจตกอยู่ในอันตรายหากจำเลยไม่กระทำอาชญากรรมดังกล่าว ในสถานการณ์เช่นนี้ ผู้ตกเป็น เป้าหมายย่อมมีผลประโยชน์ทางจิตใจที่ต้องการจะให้ความช่วยเหลือ ซึ่งวิธีการนี้จะยังเป็นปัญหา อย่างมาก เมื่อ เจ้าพนักงานใช้ความพยายามกดดัน หรือบีบบังคับเพื่อที่จะชักจูงให้กระทำอย่าง ต่อเนื่อง การตัดสินใจที่จะกระทำคามผิดของจำเลยจะเป็นการลดแรงกดดันนั้นลง ซึ่งถือเป็นการ ให้ผลประโยชน์ทางจิตใจที่เกินปรกติ

ดังนั้น หากพิจารณาได้ว่า เจ้าพนักงานรัฐกระทำการดังกล่าว ซึ่งได้รับผลประโยชน์ทางจิตใจ อย่างมากแล้ว จึงเหมาะสมที่จะให้มีการยกข้อต่อสู้ Entrapment ขึ้นได้¹¹⁹

2. ในระดับนโยบาย ควรจะต้องให้มีข้อต่อสู้ Entrapment เมื่อวิธีการที่เจ้าพนักงานฝ่ายรัฐใช้ นั้นไม่สามารถยับยั้งการประกอบอาชญากรรมได้

กล่าวคือ ในกรณีนี้ข้อต่อสู้ Entrapment ควรเกิดขึ้นเมื่อ รูปแบบของวิธีการกระทำของฝ่ายรัฐ ในการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไม่เกิดผลในการยับยั้งอาชญากรรม เนื่องจาก การใช้วิธี Entrapment มีส่วนในการลดความเป็นไปได้ในการถูกพิพากษาของจำเลย ซึ่งอธิบายได้ว่า โดยเหตุที่ ความเป็นไปได้ที่ถูกพิพากษาลงโทษถือเป็นค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำ ความผิด หากความเป็นไปได้ที่ถูกพิพากษาลงโทษมีอยู่สูงมาก ย่อมทำให้ค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นมี มากกว่าผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ ซึ่งมีผลต่อการตัดสินใจในการเลือกที่จะไม่กระทำความผิด ของจำเลย¹²⁰

ดังนั้น หากเจ้าพนักงานใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดมากขึ้น ย่อมทำให้ประชาชนมี แรงจูงใจที่จะกระทำความผิดมากขึ้น เพราะวิธีการดังกล่าวไปเพิ่มผลประโยชน์ที่ไม่แท้จริงมากขึ้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อแรก ทำให้มีผู้กระทำความผิดมากขึ้น หากใช้รูปแบบการบังคับใช้ กฎหมายเชิงรุก (The Aggressive Law Enforcement Model) กล่าวคือเป็นการใช้วิธีสืบสวนตาม ปรกติไปพร้อมกับการให้เจ้าพนักงานใช้วิธีการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด โดย การล่อให้กระทำความผิดด้วยนั้น ในระยะแรกจะมีประสิทธิภาพในการจับกุมอาชญากรรมมา พิพากษาลงโทษได้มากกว่าการใช้รูปแบบการบังคับใช้กฎหมายเชิงจำกัด (The Restraint Law Enforcement Model) ซึ่งเป็นการใช้วิธีการสืบสวนตามปรกติแต่เพียงอย่างเดียว แต่ในระยะยาวแล้ว การก่อให้เกิดอาชญากรรมมากขึ้นนี้เองจะมีผลทำให้ปริมาณเจ้าหน้าที่ที่ทำงานลดน้อยลง เพราะมี จำนวนจำกัด ย่อมมีโอกาสทำให้จำเลยถูกพิพากษาได้น้อยลง ดังนั้น เมื่ออัตราการถูกพิพากษา น้อยลงก็จะไปมีผลเป็นการลดค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของอาชญากร ดังนั้น

¹¹⁸ Sherman v. United States, 356 U.S. 369, 373 (1958)

¹¹⁹ Ibid., pp. 137-138

¹²⁰ Ibid., pp. 138

เมื่อผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้สูงขึ้น แต่ค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นลดลง ย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจในการกระทำความผิดมากขึ้น ข้อต่อสู้ Entrapment จึงสมควรที่จะต้องได้รับการพิจารณา¹²¹

ดังนั้น ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ชี้ว่า การเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงาน ควรที่จะต้องถูกใช้อย่างจำกัด เพื่อที่จะลดการสูญเสียทรัพยากรในการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่อย่างจำกัดไปโดยเปล่าประโยชน์ ซึ่งจะได้มาแต่พยานหลักฐานที่ไม่น่าเชื่อถือ มีผลทำให้ความเป็นไปได้ในการถูกพิพากษาลดลง¹²² ในทางตรงข้าม หากเจ้าพนักงานเพียงใช้วิธีเสนอโอกาสให้จำเลยกระทำความผิด กลับจะไม่มีผลกระทบต่อความเป็นไปได้ในการถูกพิพากษาของจำเลย¹²³

กล่าวโดยสรุปวิธีการทางเศรษฐศาสตร์นี้ เสนอว่า การใช้เทคนิควิธีการสืบสวนของเจ้าพนักงานจะต้องทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือว่าผู้ตกเป็นเป้าหมายเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมภายใต้สถานการณ์ที่ปรกติ และวิธีการดังกล่าวจะต้องมีประสิทธิภาพในการเพิ่มการยับยั้งอาชญากรรม หากวิธีการที่ใช้ไม่สามารถทำให้เกิดผลดังกล่าวได้แล้ว ข้อต่อสู้ Entrapment จะต้องถูกพิจารณานำมาใช้¹²⁴

2.1.5 ขอบเขตหรือจุดแบ่งระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานกับการล่อให้กระทำความผิด

ในประเด็นนี้ เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องของข้อเท็จจริงให้ได้ชัดเจนเสียก่อนว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งคงจะต้องเป็นเรื่องที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในชั้นศาล อันจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่จะนำมาวินิจฉัยเป็นจุดแบ่งระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานกับการล่อให้กระทำความผิด โดยจะทำการเปรียบเทียบกับวิธีการที่ปรากฏใช้ในศาลต่างประเทศ โดยจะทำการพิจารณาแยกเป็นประเด็นปัญหา ดังนี้

2.1.5.1 ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่เริ่มแรกของผู้ถูกล่อให้กระทำความผิด

เนื่องจากว่าในประเด็นเจตนาที่จะกระทำความผิดของจำเลยที่มีมาแต่แรกเริ่มนั้น (Predisposition) เป็นประเด็นสำคัญไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของข้อต่อสู้ทางสารบัญญัติ หรือการนำพยานหลักฐานมาใช้ หรือแม้แต่หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบก็ยังคงมีความจำเป็นต้องหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นมาพิจารณาเพียงแต่จะทำให้ความสำคัญมากขึ้นเพียงใดเท่านั้นเอง

¹²¹ Ibid.,p.138-140.

¹²² Ibid.,p.141.

¹²³ Ibid.,p.140.

¹²⁴ Ibid.,p.143.

โดยเหตุที่สหรัฐอเมริกามีปัญหาว่าจะพิสูจน์ Predisposition อย่างไรจึงจะเหมาะสม เพราะแม้ว่าใน Model Penal Code จะวางหลักข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยถือตาม ทฤษฎีอัตตะวิสัย(Objective Model)ที่มุ่งเน้นที่การกระทำของเจ้าพนักงานมากกว่ามอ่งที่เจตนา จำเลย แต่ถึงกระนั้น ในหลาย ๆ มลรัฐที่รับเอาข้อต่อสู้ของสหรัฐในเรื่องนี้ เช่น ศาลสูงสุดของรัฐ South Dakota ก็ยังต้องการให้พิสูจน์ Predispositionของจำเลยอย่างมากถึงขนาดที่ ประวัติ อาชญากรรมในความคิดที่เหมือนกันของจำเลย หรือชื่อเสียงของจำเลยเกี่ยวกับความผิดประเภท นั้น หรือความสงสัยของตำรวจ ก็ยังรับฟังไม่เพียงพอที่จะแสดงถึง Predisposition ของจำเลย โดย เหตุที่มีแนวคิดว่าการห้ามรับฟังพยานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลยครั้งก่อน ๆ เพราะจะ ทำให้ลูกขุนเกิดอคติได้ แต่ความคิดนี้ก็ล้าแล้ว กล่าวคือยังคงต้องรับฟังพยานเหล่านี้ เพราะพยาน เหล่านี้จะเป็นตัวเชื่อมโยงกับพยานอื่น ๆ เพื่อชี้ให้เห็นถึง Predisposition ของจำเลย ทั้งนี้จึงขอ เสนอข้อเท็จจริง หรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่เริ่มแรกของผู้ ถูกล่อ ซึ่งรวบรวมจากศาลสูงสุดของรัฐSouth Dakota และในCaliforniaก่อน ปี ค.ศ.1979 มีดังนี้¹²⁵

1.สภาพทั่วไปของการชักจูงใจ (the nature of the alleged inducement) เช่น การขอร้องใน ฐานะเพื่อน การขอร้องด้วยความสงสาร และการเสนอเงินตอบแทนจำนวนมาก ข้อเท็จจริงเหล่านี้ น่าจะถือว่าจำเลยขาด Predisposition

2.จำเลยเป็นฝ่ายแรกที่แนะนำเกี่ยวกับการกระทำความผิดใช่หรือไม่ (whether the defendant first suggested the crime.)ซึ่งการแนะนำนี้จะเป็นตัวพิสูจน์ Predisposition ว่าไม่น่าที่จะ เกิดจากการกระทำของตำรวจตามลำพัง

3.การตอบสนองของจำเลยต่อการชักจูง(the response of the defendant to the alleged inducement) หากจำเลยมีความพร้อมที่จะตอบสนองหรือเป็นการตอบสนองอย่างรวดเร็ว หรือการ ไม่ปฏิเสธต่อข้อเสนอของตำรวจ ตลอดจนการที่จำเลยเป็นฝ่ายเริ่มก่อน แสดงว่าจำเลยมี Predisposition ในขณะที่การตอบสนองอย่างช้าหรือลังเล หรือไม่เต็มใจ หรือต้องใช้ระยะเวลา ตัดสินใจที่ยาวนาน หรือมีการปฏิเสธบ่อยครั้ง เช่นนี้จำเลยน่าจะไม่มี Predisposition

4.ความเกี่ยวข้องของจำเลยกับผู้ล่อให้กระทำความผิดได้ชี้ให้เห็นว่าเรามีความคุ้นเคยกับ การกระทำความผิดนั้นอยู่แล้วหรือไม่(whether the defendant dealings with the alleged agent provocateur indicated that she was already familiar with the criminal activity.)ถ้ามีความคุ้นเคยนั้น น่าจะถือว่า จำเลยมี Predisposition ถ้าจำเลยขาดความคุ้นเคยนั้นผลน่าจะเป็นไปในทางตรงกันข้าม

5.ก่อนที่จำเลยจะถูกชักจูง มีภาพลักษณ์ที่มีเหตุผลเพียงพอของจำเลยที่จะสามารถกระทำ ความผิดได้หรือไม่ (whether , prior to the alleged inducement , the defendant would have had a

¹²⁵ Andrew L-T.CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding (Clarendon Press Oxford ,1993),p. 168-171.

reasonable prospect of being able to commit the offence.)เช่น ไม่ปรากฏว่ามีพยานที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยมีความพร้อมที่จะเข้าไปถึงแหล่งยาเสพติดได้ ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะถูกนำมาพิจารณาว่ามีการล่อให้กระทำความผิดหรือไม่

6. พยานที่เกี่ยวกับประเด็นอื่น ๆ และการรับฟังข้อเท็จจริงอื่น ๆ ของตัวจำเลยที่อยู่ นอกเหนือการรับรู้ของศาล(Any relevant testimony and admissible out of court statements of the defendant.)

นอกจากนี้ American Jurisprudence 2d 1998 ,Criminal Law ,Vol.21,p322-323. ได้ รวบรวมข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นในการตัดสินใจว่าสภาวะจิตใจของจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อนแล้วหรือไม่(predisposition) จากคดีต่าง ๆ มีดังนี้

- 1) ลักษณะนิสัยและชื่อเสียงของจำเลย รวมถึงประวัติอาชญากรรมที่มีมาก่อน
- 2) ข้อแนะนำในการกระทำอาชญากรรมเกิดจากฝ่ายรัฐบาลเป็นผู้ริเริ่มใช่หรือไม่
- 3) จำเลยเข้าเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดอาชญากรรมเพื่อหวังผลประโยชน์ใช่หรือไม่
- 4) มีการคัดค้านของผู้กระทำความผิดในโอกาสแรกก่อนที่จะกระทำความผิดหรือไม่
- 5) สภาพทั่วไปของลักษณะการชักจูงหรือชักชวนนั้น

ข้อที่สำคัญที่สุดในการที่ศาลจะตัดสินใจว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดหรือไม่คือ จำเลยได้แสดงการคัดค้านที่จะไม่กระทำความผิดซึ่งไม่เป็นผลในที่สุดอันเนื่องมาจากการชักจูงใจของเจ้าพนักงานหรือไม่

Predisposition ของจำเลยสามารถเห็นจากพยานที่แสดงว่าเขามีความต้องการและความพร้อมที่จะกระทำความผิดที่ถูกเสนอ ในทางตรงข้ามการไม่มี Predisposition อาจจะใช้ข้อเท็จจริงที่ว่าเจ้าพนักงานรัฐใช้วิธีการกดดันหรือเชิงบังคับให้จำเลยได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ในขณะที่ความกระตือรือร้นและความสนใจของจำเลยในการกระทำความผิดนั้นเพียงพอที่ลูกขุนจะพบว่าจำเลยมี Predisposition

2.1.5.2. ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงวิธีการของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนที่อาจทำให้วิญญูชนทั่วไปเกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดขึ้นได้จากวิธีการดังกล่าว¹²⁶

ในเบื้องต้นหากพิจารณาถึงวิธีการของเจ้าพนักงานที่ใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกินขอบเขตถึงขนาดเป็นการก่อให้เกิดการก่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดนั้น มุ่งเน้นถึงเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicious) กล่าวคือก่อนที่เจ้าพนักงานจะลงมือใช้เทคนิคการสืบสวนโดยวิธีการเฉพาะนี้ โดยการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาได้กระทำความผิด เจ้าพนักงานควรต้องมีพยานหลักฐานที่เพียงพอของผู้

¹²⁶ Michael J.Allen “Entrapment:time for reconsideration”,Anglo-American Law Review,Published By Barry Rose Law Periodicals,1984 Vol.13,No.1,P.57-84.

ต้องสงสัย โดยเฉพาะความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่ได้รับ และความน่าเชื่อถือของแหล่งข่าวและต่อตัวผู้ให้ข่าวเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสืบสวนที่มุ่งป้องกันอาชญากรรมไม่ใช่ก่อนอาชญากรรม ดังนั้น จากการรวบรวมข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงวิธีการของ เจ้าพนักงานหรือตัวแทนที่อาจทำให้วิญญูชนทั่วไปเกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดขึ้นได้จากวิธีการดังกล่าวศาลแคนาดาได้พิจารณาจากสถานการณ์ดังต่อไปนี้¹²⁷

1. รูปแบบของอาชญากรรมที่จะทำการสืบสวน และเทคนิคการที่เจ้าพนักงานใช้ในการสืบสวนด้วยวิธีอื่นเท่าที่มีอยู่ (type of crime and other techniques)
2. สภาพของจำเลยในฐานะที่เป็นบุคคลทั่วไปที่มีทั้งความอดทนและความอ่อนแอที่น่าที่จะถูกชักจูงให้กระทำความผิดนั้น หรือ ไม่(average person)
3. การคะยั้นคะยอและจำนวนครั้งของการพยายามของตำรวจก่อนที่ผู้ต้องหาจะตัดสินใจกระทำความผิด(the persistence and number of attempts)
4. รูปแบบของการชักจูงใจของตำรวจ รวมถึงการหลอกลวง น้อ โกง ใช้เล่ห์กล และการให้รางวัล(type of inducement)
5. ระยะเวลาที่เจ้าพนักงานใช้ในการมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น (the timing of the police conduct)
6. ตำรวจใช้วิธีการหาประโยชน์จากลักษณะนิสัยของมนุษย์หรือไม่ เช่นการใช้ความน่าสงสารหรือใช้ความเป็นเพื่อน(involved in an exploitation of human characteristics)
7. ตำรวจหาประโยชน์จากบุคคลที่มีความบาดเจ็บทางจิตใจ เช่นบุคคลวิกลจริตหรือผู้ติดยาเสพติดหรือไม่(exploited a particular vulnerability of a person)
8. สัดส่วนระหว่างความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของตำรวจเปรียบเทียบกับของผู้ต้องหา รวมถึงระดับความเสี่ยงและความมีอันตรายของตำรวจเปรียบเทียบกับผู้ต้องหาและการกระทำที่ผิดกฎหมายของตำรวจอื่น ๆ (proportionality involvement,harm caused ,risk and illegal acts of police)
9. ความมีอยู่ของการข่มขู่ (โดยปริยายหรือชัดแจ้ง) ที่ตำรวจหรือตัวแทนกระทำต่อผู้ถูกกล่าวหา (the existence of any threats)
10. การกระทำของตำรวจเป็นการทำลายคุณค่าอื่นใดที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองหรือไม่ (undermining other constitutional values.)

¹²⁷ W G Roser, “Entrapment: Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?”, “Australian Law Journal vol.67,no.10 (october 1993):735

นอกจากนี้ศาลในสหรัฐยังพิจารณาถึงผลตอบแทนที่เจ้าพนักงานเสนอให้ผู้กระทำความผิด เช่น เงินยาเสพติด การให้รับโทษที่เบาลง หรือการให้ความคุ้มกันที่จะไม่ฟ้องให้รับโทษจากการกระทำความผิดในอดีตของผู้ถูกล่อ ดังนั้น ข้อต่อสู้ Entrapment จะเกิดเมื่อปรากฏพฤติกรรมที่ไม่ดีเหล่านี้ของเจ้าพนักงานตำรวจ¹²⁸

2.1.6 ความรับผิดชอบของผู้ล่อให้กระทำความผิด

ในหัวข้อนี้เป็นการพิจารณาผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดในอีกด้านหนึ่ง เพื่อให้ครอบคลุมผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิด โดยจะพิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้ล่อในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานและตัวแทนของเจ้าพนักงาน แล้วแต่กรณี

ในแง่นโยบายแล้ว ถ้าผู้ล่อให้กระทำความผิดเป็นเอกชน ซึ่งเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมโดยปราศจากการติดต่อกับเจ้าพนักงานตำรวจ แม้เพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานก็ย่อมมีความผิดด้วย ซึ่งต่างจากเจ้าพนักงานตำรวจหรือตัวแทน พวกเขามีหน้าที่ให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานของการกระทำความผิด ดังนั้น ตำรวจผู้ล่อให้กระทำความผิด หรือตัวแทนไม่ควรถูกฟ้องร้อง ถ้าเป็นการปฏิบัติงานโดยใช้ดุลพินิจ หรือโดยใช้ความคิดเห็นในฐานะตำรวจ เช่นในศาลแคนาดาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ให้มีการดำเนินคดีกับตำรวจผู้ล่อให้กระทำความผิด (Evans v. Pesce (1969) 8 C.R.N.S. (Can) 201.) และเหตุผลที่สำคัญคือเจ้าพนักงานนั้นขาดเจตนาร้าย (mens rea) ทั้งนี้ โดยถือว่ามูลเหตุชักจูงใจของตำรวจในการปราบปรามอาชญากรรมที่yakต่อการลงโทษเป็นข้อแก้ตัวได้¹²⁹

ความเห็นนี้ได้รับการคัดค้านจากศาลอุทธรณ์ (the Ontario Court of Appeal) โดยผู้พิพากษา Laskin J.A. กล่าวว่าโดยหลักการแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจในฐานะผู้มีหน้าที่ต่อสังคมในการบังคับใช้กฎหมาย กลับเป็นสาเหตุของการละเมิดต่อกฎหมายอาญา โดยน่าจะอยู่นอกเหนือจากการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีความคุ้มกันใดในการที่เจ้าพนักงานตำรวจจะไม่ถูกฟ้องร้อง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น ที่กล่าวกันว่าตำรวจมีหลักประกันที่จะไม่ถูกฟ้องร้องเป็นเพียงความคุ้มกันตามข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าโดยปริยายว่าจะได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายไปด้วย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าได้ว่า ถ้าวิธีการที่ตำรวจใช้ได้ตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริง การใช้ดุลพินิจในเสนอฟ้องคดีของตำรวจ ย่อมทำให้มั่นใจได้ว่าตำรวจจะไม่ถูกฟ้องร้อง แต่ถ้าความผิดนั้นเกิดจากวิธีการที่เกินเลย และเป็นพฤติกรรมที่น่าตำหนิแล้ว ผลย่อมเป็นไปในทางตรงข้าม¹³⁰

¹²⁸ J.D.Heydon, "The problems of Entrapment," Cambridge Law Journal Vol32, Part2 (november, 1973), p.282.

¹²⁹ Ibid., p.274.

¹³⁰ Ibid., pp.275-276.

ในประเทศอังกฤษ มีความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ล่อให้กระทำความผิด ในคดี R v. Sang ผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษได้แนะนำว่า เจ้าพนักงานผู้ชักจูงให้มีการกระทำความผิดขึ้น ซึ่งหากไม่มีการกระทำนั้นก็จะไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว หากมีการฟ้องให้เจ้าพนักงานรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด เจ้าพนักงานผู้นั้นควรต้องรับผิดชอบตามฐานความผิดที่ถูกฟ้องนั้น หรือหากมีการฟ้องในฐานะเป็นผู้สมคบกันกระทำความผิด (conspiracy) หรือในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดแล้ว เจ้าพนักงานผู้นั้นก็ควรต้องรับผิดชอบตามฐานความผิดที่ถูกฟ้องนั้นเช่นกัน¹³¹

หากเปรียบเทียบกับหลักผู้ร่วมกระทำความผิดในประเทศไทยแล้ว พบว่าโดยเหตุที่เจ้าพนักงานไม่มีสิทธิพิเศษนอกเหนือไปกว่าบุคคลธรรมดาอย่างใด ที่จะได้รับการยกเว้นความผิดในการใช้หรือร่วมมือสนับสนุนผู้อื่นให้กระทำความผิด(ปอ.มาตรา 83 ,84,85,86) นอกจากเจ้าพนักงานได้กระทำไปภายในขอบอำนาจและหน้าที่ของตน ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้เท่านั้น ในกรณีที่เจ้าพนักงานชักจูงให้มีการกระทำความผิดอันมิใช่เอกชนเป็นผู้เสียหาย โดยเฉพาะแม้ผู้กระทำจะอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ว่าถูกล่อให้กระทำความผิดก็เป็นเหตุส่วนตัวที่อ้างได้ เฉพาะผู้ลงมือกระทำเท่านั้น แต่เจ้าพนักงานผู้ล่อให้เกิดการกระทำความผิดจะอ้างเป็นข้อแก้ตัวของตนด้วยไม่ได้ ในการนี้ถ้าเจ้าพนักงานหรือสายลับเข้าร่วมด้วยนั้น ถ้าการเข้าร่วมถึงขนาดเป็นตัวการมีส่วนในการกระทำหรือสนับสนุนการกระทำ การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นความผิด ถ้าเพียงแต่ไปด้วยเพื่อสังเกตการณ์เป็นพยาน แต่ไม่ได้ลงมือกระทำในส่วนของความผิด ย่อมไม่เป็นการร่วมมือเพราะไม่ได้ไปอยู่ด้วยเพื่อช่วยให้ความผิดสำเร็จตามหลักเรื่องตัวการทั้งเจตนาสนับสนุนการกระทำความผิดก็ไม่มี ถึงแม้ในบางกรณีอาจเล็งเห็นผลได้ว่า การที่ไปกับผู้กระทำ ความผิดด้วยนั้น จะมีผลเป็นการส่งเสริมการกระทำความผิดอันเข้า หลักเจตนาสนับสนุนอยู่ด้วยก็ตาม ก็น่าจะต้องถือว่าการกระทำของเจ้าพนักงานหรือสายลับเป็นแต่เพียงการกระทำเท่าที่จำเป็น และสมควรในการสืบสวนหาพยานหลักฐาน (ตาม ป.ว.อ.มาตรา 2(10) ,17)¹³² เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2476¹³³ , คำพิพากษาศาลฎีกาที่1674/2520¹³⁴ และหมายเหตุท้ายฎีกาที่399/2482¹³⁵ เป็นต้น

¹³¹ Peter Seago , *Criminal Law* 4th ed (London :sweet & Maxweel,1994), pp.204-205.

¹³² จิตติ ดิงศภัทย์ ,กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9(กรุงเทพมหานคร:สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,2536),หน้า 691-692.

¹³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2476...เจ้าพนักงานไปล่อซื้อสุราเถื่อนได้กระทำให้โดยตั้งใจ กระทำถูกกระทำชอบเพื่อจับผู้ขาย จึงไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วย ศาลรับฟังคำของเจ้าพนักงานได้โดยไม่ต้องมีพยานหลักฐานประกอบ...

นอกจากนี้ ถ้าการกระทำเท่าที่กระทำไปยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ การกระทำของเจ้าพนักงานหรือสายลับก็ไม่เป็นความผิดในฐานะพยายามกับผู้ลงมือกระทำด้วย เพราะไม่มีเจตนาให้การกระทำเป็นผลสำเร็จ ส่วนในแง่ของผู้ใช้ให้กระทำความผิด ถ้าความผิดยังไม่เกิดขึ้นสำเร็จผู้ใช้ก็ยังไม่ต้องมีความผิดเพราะไม่มีเจตนาจะให้มีการกระทำความผิดสำเร็จตามที่ใช้ โดยเหตุที่เจ้าพนักงานต้องการจับกุมขัดขวางเสียก่อนที่จะได้มีการกระทำสำเร็จตามที่ใช้¹³⁶



¹³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1674/2520... จำเลยเรียกสินบน โจทก์ร่วมผู้ถูกเรียกกับตำรวจวางแผนให้เงินจำเลยแล้วจับพร้อมด้วยเงินของกลาง เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานผูกมัดจำเลยถือเป็นการร่วมมือกระทำความผิดหรือสนับสนุนไม่ได้

¹³⁵ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 399/2482 ศ.ดร. หยุต แสงอุทัยกล่าวไว้ว่า... ปัญหาที่ว่าผู้ยุยง agent provocateur เช่นนี้จะควรรับโทษฐานผู้ยุยงหรือไม่นั้น ตำรากฎหมายต่างประเทศยังทุ่มเถียงกันอยู่ความเห็นข้างมากเห็นว่าแล้วแต่เจตนาของ agent provocateur คือถ้ามีเจตนาที่จะทำให้นักคิดที่ตนยุยงนั้นกระทำความผิดสำเร็จเสียก่อนแล้วตนจึงจะจับกุมฟ้องร้องต่อภายหลัง agent provocateur ก็มีผิดฐานยุยงให้กระทำความผิดธรรมดา เพราะได้เป็นต้นเหตุจูงใจให้นักคิดกระทำความผิดขึ้นซึ่งแม้ผู้ยุยงจะเป็นตำรวจก็ไม่มีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย ความประสงค์ของ agent provocateur ที่จะจับกุมฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายภายหลังนั้น ไม่เป็นเหตุที่ทำให้การยุยงซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่แล้วเป็นการที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ตรงข้ามถ้าหาก agent provocateur มีความประสงค์จะยุยงให้ผู้กระทำความผิดในชั้นพยายามไม่มุ่งหมายจะให้ทำความผิดสำเร็จ กล่าวคือมีเจตนาจะเข้าจับกุมเสียก่อนหน้าจะกระทำความผิดสำเร็จลงไป agent provocateur ก็ไม่มีความผิดตามกฎหมาย เพราะขาดเจตนาที่จะให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดสำเร็จ ที่ผู้ใช้หรือผู้ยุยงต้องรับโทษตามกฎหมายนั้นก็โดยมีเจตนาจะให้การกระทำความผิดเกิดขึ้น เป็นแต่ตนมิได้ลงมือกระทำการนั้นๆ ด้วยตนเอง แต่ได้ใช้ผู้อื่นทำแทน...

¹³⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 692-693.

2.2 พัฒนาการของการล่อให้กระทำความผิดในกรณีอื่น ๆ

จากการศึกษาพบว่า หลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาการแตกแขนงออกไปอีกหลายเรื่อง ดังต่อไปนี้

2.2.1 การล่อให้ได้รับโทษหนักขึ้น (Sentence entrapment or Sentence manipulation)¹³⁷

โดยเหตุที่ศาลสหรัฐได้มีการนำแนวทางการพิพากษาคดี(Sentence Guidelines)มาใช้เพื่อทำให้ระบบการพิพากษาคดีเป็นไปในแนวเดียวกัน¹³⁸ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาบางประการขึ้นดังนี้

1. คำพิพากษาที่ถูกจัดทำโดยเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย

มีปัญหาที่สำคัญเกิดขึ้นจากการใช้ Sentence Guidelinesคือมันก่อให้เกิดการใช้ดุลพินิจที่มากเกินไปแก่โจทก์และสายลับตำรวจในการสืบสวนคดีอาญา ในการปฏิบัติงานของสายลับโจทก์เป็นผู้กำหนดบุคคลที่เป็นเป้าหมาย รูปแบบอาชญากรรมที่จะสืบสวน และการสิ้นสุดของการสืบสวน โดยเหตุที่คำพิพากษาขึ้นอยู่กับ ปริมาณยาเสพติด หรือจำนวนเงินที่เกี่ยวข้อง โจทก์สามารถทำให้จำเลยได้รับโทษตามคำพิพากษาได้สูงขึ้นอย่างง่าย ๆ โดยการจับกุมให้ช้าลง หรือยอมให้มีการซื้อขายเสพติดให้มากขึ้น หรือยอมให้มีปริมาณเงินที่มากขึ้นในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ตัวแทนสายลับยังมีส่วนให้จำเลยได้รับโทษตามคำพิพากษายาวนานขึ้นโดยเลือกประเภทยาเสพติดที่จะขาย สถานที่ที่จะขาย หรือเสนออาวุธปืนให้จำเลยนำไปใช้ด้วย¹³⁹

2. การลงโทษไม่สัมพันธ์กับความผิดของจำเลย

ปัญหาที่สองของ Sentence Guidelinesคือ การลงโทษไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดของจำเลยอย่างแท้จริง เพราะศาลพิจารณาปัจจัยแวดล้อมจำเลยเพียงน้อยนิด แต่ไปพิจารณาถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เช่น จำเลยตัดสินใจที่จะกระทำความผิดฐานแรก โดยไม่ได้ตัดสินใจที่จะกระทำความผิดฐานที่สอง แต่สายลับตำรวจรู้ว่าจำเลยจะได้รับโทษจำคุกที่นานขึ้นถ้าได้กระทำความผิดฐานที่สอง ถ้ามีข้อเท็จจริงว่าได้มีการกระทำความผิดทั้งสองฐาน ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยกับความผิดทั้งสองฐาน โดยไม่ได้พิจารณาเจตนาแรกเริ่มของจำเลย ซึ่งถ้าไม่มีการกระทำของสายลับ

¹³⁷ การล่อให้ได้รับ โทษหนักขึ้น (Sentence entrapment Sentence manipulation)เป็นกรณีที่ผู้ต้องหาไม่เจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่แล้วในฐานความผิดที่มีอัตราโทษต่ำ แต่ถูกเจ้าพนักงานล่อให้กระทำความผิดในฐานความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่า เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับโทษหนักขึ้น

¹³⁸ การพิพากษาก่อนปี 1984 ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ จนกระทั่งได้มีการยอมรับที่จะนำFederal Sentencing Guidelinesมาใช้กำหนดโทษ

¹³⁹ John Malmud ,“Defending A sentence:The Judicial Establishment of sentencing entrapment and sentencing manipulation defenses,” University of Pennsylvania law review Vol.145,No.5 (may 1997) : 366-1367.

ดังกล่าวแล้ว จำเลยจะไม่กระทำความผิดฐานที่สอง ดังนั้นการลงโทษตามข้อเท็จจริงจึงไม่เหมาะสมกับความผิดของจำเลย¹⁴⁰

ศาลเริ่มให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยได้พิจารณาถึง การกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน และการปราศจากความผิดของจำเลย จึงได้สร้างข้อต่อสู้ที่เรียกว่าการล่อให้ได้รับโทษหนักขึ้น คือ Sentence entrapment and Sentence manipulation โดยพิจารณาว่าเป็นการจัดทำคำพิพากษาให้จำเลยรับโทษหนักขึ้น โดยเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย และพิพากษาลงโทษจำเลยตามความผิดที่แท้จริง¹⁴¹

ในทางเนื้อหาเกี่ยวกับข้อต่อสู้การล่อให้ได้รับโทษหนักขึ้นทั้ง Sentence entrapment and Sentence manipulation มีความหมายใกล้เคียงกันมาก และใช้สลับสนออยู่เสมอ ซึ่งสามารถอธิบายข้อแตกต่างได้ดังนี้

Sentence entrapment ใช้ในกรณี เมื่อจำเลยอ้างว่าถูกบีบบังคับให้กระทำความผิดที่ร้ายแรงกว่า และต้องรับผิดชอบในโทษที่สูงกว่า ถึงแม้จำเลยจะมีเจตนาที่จะกระทำความผิดในฐานที่เบากว่ามาแต่แรก(Predisposition) โดยพิจารณาที่สภาวะจิตใจของจำเลย ซึ่งมีประเด็นว่า จำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิด(Predisposition) ถึงขนาดที่ได้กระทำออกมานั้นตั้งแต่แรกแล้วหรือไม่ เช่นในคดี United States v. Staufer¹⁴² จำเลยต้องการที่จะขายยาเสพติด LSD ในปริมาณ 5000 หน่วย มาตั้งแต่แรก แต่เจ้าพนักงานยื่นกรณที่จะต้องการมากกว่านั้น และเสนอเงินที่มากกว่าเพื่อให้จำเลยขายในปริมาณ 10,000 หน่วย จำเลยจึงมีสิทธิอ้างข้อต่อสู้ Sentence entrapment เพราะจำเลยไม่มีเจตนาที่จะกระทำผิด(Predisposition) ถึงขนาดตามที่ได้ออกกล่าวหาขึ้นมาแต่แรก¹⁴³

Sentence manipulation พิจารณาที่การกระทำของเจ้าพนักงาน ซึ่งตรงข้ามกับ Sentence entrapment ที่พิจารณาที่เจตนาของจำเลย ข้อต่อสู้ Sentence manipulation ใช้อ้างในกรณีที่จำเลยไม่สมควรถูกพิพากษาลงโทษอย่างหนักตามแนวทางการพิพากษาคดีของศาล(Sentence Guidelines) ถ้ามิใช่เป็นเพราะการกระทำของฝ่ายรัฐที่รุนแรง หรือไม่เหมาะสม โดยมีความมุ่งหมายเพียงแค่ว่าให้มีคำพิพากษาลงโทษจำเลยมากขึ้น เช่นในคดี United States v. Cannon¹⁴⁴ ในคดีนี้จำเลยซื้อปืน Handguns ไว้หลายครั้งจากสายลับที่วางแผนจับกุมจำเลยหลังจากพบกันครั้งสุดท้าย โดยศาลต้องค้นพบว่า จำเลยไม่เคยเรียกร้องที่จะขอซื้อปืน Machine Gun มาก่อน สายลับนำปืนดังกล่าวมาในการพบกันครั้งสุดท้าย และชักชวนให้จำเลยซื้อ ถ้าจำเลยติดกับ Machine Gun จะทำให้จำเลยรับ

¹⁴⁰ Ibid., pp.1368-1369.

¹⁴¹ Ibid., pp.1371.

¹⁴² United States v. Staufer 38F.3d1103(9th Cir1984)

¹⁴³ Ibid., pp.1372-1373.

¹⁴⁴ United States v. Cannon, 886 F.Supp.705(D.N.D.1995), 88F.3d1495 (8th Cir 1996).

โทษเพิ่มอีก25ปี (การมีอาวุธปืน Handguns ไว้ในครอบครองมีโทษ 5ปี ในขณะที่การมีอาวุธปืน Machine Gun ไว้ในครอบครองมีโทษถึง 30 ปี) ศาลท้องถิ่นปฏิเสธที่จะพิพากษาจำคุกจำเลยถึง 25 ปี เนื่องจากวัตถุประสงค์ของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายมิชอบด้วยกฎหมาย เจ้าพนักงานควรที่จะตัดสินใจจับกุมจำเลยก่อนที่จะพบกันในครั้งสุดท้าย และการเสนอขาย Machine Gun ไม่ควรที่จะทำให้จำเลยมีความผิดมากไปกว่าที่เขาควรจะได้รับจากการซื้อปืน Handguns การกระทำของเจ้าพนักงานจึงเป็นการก่อให้เกิดการพิพากษาอย่างไม่ถูกต้อง และผลของการกระทำนี้ จึงต้องตัดประเด็นในเรื่อง Machine Gun ออกจากการพิจารณาพิพากษาเพื่อลงโทษจำเลย¹⁴⁵

ความสับสนในการใช้ข้อต่อสู้ Sentence entrapment และ Sentence manipulation เกิดขึ้นเนื่องจาก การกระทำอย่างเดียวกันสามารถพิจารณาเป็นได้ทั้ง Sentence entrapment and Sentence manipulation ความแตกต่างจึงอยู่ที่วิธีการอ้างว่าจะใช้ข้อต่อสู้ใด โดยข้อต่อสู้ Sentence entrapment ใช้ยกขึ้นสู้บนหลักการพื้นฐานที่ว่าจำเลยขาดเจตนาแต่แรก(Predisposition)ที่จะกระทำความผิดถึงขนาดตามที่ถูกกล่าวหา และข้อต่อสู้ Sentence manipulation ใช้ยกขึ้นสู้บนหลักการพื้นฐานที่ว่า เจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบ¹⁴⁶

เมื่อเทียบกับข้อต่อสู้Entrapmentตามปรกติแล้วพบว่าข้อต่อสู้ Sentence entrapment มีแนวคิดเช่นเดียวกันกับวิธีการพิสูจน์Entrapmentด้วยวิธีการอัตตะวิสัย(Subjective test)ที่มุ่งพิสูจน์ว่าจำเลยขาดเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก(Predisposition) แต่ข้อต่อสู้ Sentence entrapment เป็นการยอมรับว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก(Predisposition) แต่ปฏิเสธว่าจำเลยไม่มีเจตนาแต่แรก(Predisposition) ที่จะกระทำความผิดที่จะกระทำความผิดถึงขนาดตามที่ถูกกล่าวหา

โดยข้อต่อสู้ทั้งสองอย่างนี้ ขึ้นอยู่กับสถานะทางจิตใจของจำเลยต่างกันเพียงแต่ข้อต่อสู้ Entrapment ไม่ต้องการที่จะให้มีการลงโทษจำเลย แต่ข้อต่อสู้ Sentence entrapment ต้องการที่จะลดโทษตามคำพิพากษา¹⁴⁷

ทั้งนี้ ข้อต่อสู้ Sentence manipulationมีแนวคิดเช่นเดียวกันกับวิธีการพิสูจน์Entrapment ด้วยวิธีการ ภาวะวิสัย(Objective test) และข้อต่อสู้ในเรื่องการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐอันละเมิดสิทธิของประชาชน(Outrageous Government Conduct Defense)¹⁴⁸โดยมุ่งคุ้มครองประชาชนจาก

¹⁴⁵ Ibid.,pp. 1359-1360,1373-1374.

¹⁴⁶ Ibid.,p.1376.

¹⁴⁷ Ibid.,p.1387.

¹⁴⁸ Ibid.,pp1393-1394. ข้อต่อสู้ Outrageous Government Conduct Defense มีพื้นฐานบนหลักการDue Process ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐ ซึ่งผลของการที่เจ้าพนักงานละเมิดหลักการดังกล่าว จะมีผลทำให้ศาลต้องยกฟ้อง โจทก์ทั้งหมด ดังนั้น การอ้างข้อต่อสู้ Sentence

คำฟ้องที่เกิดจากการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงาน โดยมีการมุ่งพิจารณาที่การกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานมาเป็นเหตุผลในการลดโทษตามคำพิพากษา¹⁴⁹

Mark Thomas¹⁵⁰ ได้เสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวควรพิจารณาที่ต้นเหตุของปัญหา คือ การใช้ Sentence Guidelines อย่างเคร่งครัด และบทกฎหมายที่กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ ทำให้ปราศจากการใช้ดุลพินิจของศาลที่เหมาะสม หรือใช้ดุลพินิจได้ไม่มาก แต่กลับทำให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการวางข้อกล่าวหาที่จำเลย ซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ โดยยกเลิก Sentence Guidelines และบทบัญญัติที่กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ เพื่อให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมในการพิพากษาคดี หรือให้มาตรการที่รุนแรงน้อยกว่า โดยการแก้ไข Sentence Guidelines ด้วยการกำหนดวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าว Sentence entrapment โดยให้ศาลมีดุลพินิจลดโทษตามคำพิพากษาลงได้เฉพาะในกรณีที่เจ้าพนักงานใช้วิธีการเสนอขายของผิดกฎหมายด้วยราคาที่ต่ำเกินจริง (reverse sting) เพื่อเพิ่มปริมาณการซื้อขายของดังกล่าว และควรวางแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว Sentence manipulation ด้วยการวางกฎเกณฑ์ให้เจ้าพนักงานหรือตัวแทนได้นำไปปฏิบัติในการใช้วิธีการสืบสวนดังกล่าว¹⁵¹

2.2.2 การล่อให้กระทำความผิดโดยผ่านคนกลาง (Derivative entrapment)

กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานชักจูงให้เอกชนคนหนึ่ง ไปล่อให้เอกชนอีกคนหนึ่ง กระทำความผิด การที่เจ้าพนักงานจัดการให้บุคคลที่สาม ไปล่อบุคคลอื่นให้กระทำความผิดต้องถือว่าบุคคลที่สามนั้นเป็นตัวแทนของเจ้าพนักงาน ถึงแม้บุคคลที่สามนั้นจะไม่รู้ถึงวัตถุประสงค์ของเจ้าพนักงาน ซึ่งมีความเห็นแย้งว่า การล่อให้กระทำความผิดโดยบุคคลที่สามนี้ (derivative or vicarious entrapment) ไม่เป็นข้อต่อสู้ และหลักกฎหมาย Entrapment จะไม่ได้รับการยอมรับ ถ้าปราศจากการติดต่อโดยตรงระหว่างตัวแทนรัฐกับจำเลย¹⁵² ดังจะได้อธิบายต่อไป

manipulation โดยอาศัยหลักการตามรัฐธรรมนูญเป็นวิธีการแก้ไขปัญหายังไม่เหมาะสม ในขณะที่การอ้างข้อต่อสู้ Sentence manipulation โดยอาศัยหลักการพิสูจน์ Entrapment ด้วยวิธีการภาวะวิสัย (Objective test) จะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหามากกว่า เพราะจะมีผลให้ศาลลดโทษตามคำพิพากษาลงให้เหลือตามความผิดที่แท้จริงของจำเลย

¹⁴⁹ Ibid., p.1387.

¹⁵⁰ B.S., Accounting, University of Idaho, 1984. J.D., Candidate, University of Idaho, 1997.

¹⁵¹ Mark Thomas, "Sentencing entrapment :How far should the federal courts go?," *Idaho law review* Vol.33 (1996):180-183

¹⁵² *American Jurisprudence* 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group, 1998), p.310-311.

โดยปรกติ Entrapment อาจเกิดขึ้นได้จากตัวแทนสายลับ ซึ่งได้แก่ ผู้ให้ข่าวลับ หรือเอกชน ที่ได้กระทำโดยรู้ว่าอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายรัฐ แต่การล่อให้กระทำความผิดบางอย่างเกิดขึ้นกับบุคคลที่สามที่ไม่รู้ถึงแผนการของฝ่ายรัฐ สามารถแบ่งได้ 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) Private Entrapment คือเอกชนทั่วไปที่ชักจูงให้จำเลยกระทำความผิด โดยเขาไม่มีความเกี่ยวข้องกับฝ่ายรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ แท้ที่จริงแล้วก็คือผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั่นเอง หากจำเลยได้กระทำความผิดตามที่ใช่ ทั้งจำเลยและผู้ใช้ต้องรับผิดชอบเสมือนตัวการ และไม่อาจยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้¹⁵³

2) Vicarious Entrapment คือเอกชนทั่วไปที่ถูกชักจูงโดยเจ้าพนักงานของรัฐ และเขาได้ไปชักจูงให้จำเลยกระทำความผิด ซึ่งไม่อยู่ในความมุ่งหมายของฝ่ายรัฐ มีเพียงไม่กี่ศาล¹⁵⁴ และบางความเห็นที่น้อยมาก¹⁵⁵ ที่สรุปว่าจำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ Vicarious Entrapment¹⁵⁶ ได้ ซึ่งศาลส่วนใหญ่¹⁵⁷ เห็นว่ากรณีนี้จำเลยไม่อาจยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้¹⁵⁸

3) Derivative Entrapment¹⁵⁹ คือเอกชนทั่วไป ที่ฝ่ายรัฐใช้วิธีการชักจูงใจผ่านเขาในฐานะคนกลาง เพื่อให้จำเลยอีกคนหนึ่งกระทำความผิด ซึ่งอยู่ในความมุ่งหมายของฝ่ายรัฐ¹⁶⁰ ซึ่งศาลส่วนใหญ่¹⁶¹ เห็นว่าในปัจจุบันนี้ ไม่มีข้อต่อสู้ Private Entrapment และ Vicarious Entrapment มีแต่

¹⁵³ John E. Nilsson, "Of outlaws and offloads: a case for derivative entrapment," Boston College law review Vol.37 (July 1996): 752,753 .

¹⁵⁴ United States v. Klosterman, 248 F.2d 191, 196 (3d Cir 1957)

¹⁵⁵ Note, "Entrapment through unsuspecting middlemen," Harvard Law Review vol.95, no.5 (march 1982): 1122, 1129.

¹⁵⁶ Vicarious Entrapment เป็นข้อต่อสู้ที่มีแนวคิดตาม Subjective test โดยมองที่ Predisposition ของจำเลย เพื่อคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ที่ไม่ระวังตัว (unwary innocent) โดยเพิกเฉยต่อแนวคิด Objective test

¹⁵⁷ United States v. Marren, 890 F.2d 924, 931 (7th Cir 1989)

¹⁵⁸ John E. Nilsson, "Of outlaws and offloads: a case for derivative entrapment," Boston College law review Vol.37 (July 1996): 752, 754

¹⁵⁹ Derivative Entrapment มีองค์ประกอบอย่างน้อย 2 ข้อ คือ 1) ฝ่ายรัฐต้องมีเป้าหมายอยู่ที่จำเลยอีกคนหนึ่ง 2) คนกลางได้รับการชักจูงโดยฝ่ายรัฐ (Commonwealth v. Silva, 488 N.E.2d ,41 (Mass.App.Ct 1986))

¹⁶⁰ John E. Nilsson, "Of outlaws and offloads: a case for derivative entrapment," Boston College law review Vol.37 (July 1996): 752.

¹⁶¹ United States v. Hollingsworth, 27 F.3d 1204 (7th Cir 1994)

เพียงข้อต่อสู้ Derivative Entrapment ที่ได้รับการยอมรับ¹⁶² ดังนี้ ในหัวข้อนี้จะมุ่งพิจารณาเฉพาะในประเด็น Derivative Entrapment ดังต่อไปนี้

ในคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน แต่เจ้าพนักงานชักจูงใจให้จำเลยกระทำความผิดเพียงบางคน จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยผ่านคนกลาง (Derivative entrapment) การล่อให้กระทำความผิดในกรณีนี้เกิดขึ้นเมื่อเจ้าพนักงานฝ่ายรัฐชักชวนให้บุคคลผู้ซึ่งไม่ตระหนักกว่าเป็นการกระทำของเจ้าพนักงาน โดยทำให้เขตกอยู่ในฐานะคนกลาง (Middleman) เพื่อหาบุคคลอื่นมาร่วมกันกระทำความผิดด้วย ดังนั้นบุคคลที่สามที่ถูกชักจูงให้กระทำความผิดโดยคนกลางนี้ควรมีสติขยักข้อต่อสู้ Entrapment ได้ด้วยหรือไม่ ซึ่งในบางศาลไม่เห็นด้วย¹⁶³ แต่ยังไม่เคยเป็นประเด็นให้ศาลสูงสุดได้พิจารณา โดยเหตุที่แนวทางใหม่ของ FBI เริ่มหันมาใช้คนกลางในความผิดฐานรับสินบนมากขึ้นจึงมีผลกระทบต่อสิทธิของจำเลย¹⁶⁴

เนื่องจากหลายศาล เห็นพ้องกันที่จะขยายข้อต่อสู้ Entrapment ไปให้จำเลยในคดีที่ตัวแทนรัฐชักชวนให้คนกลางไปชักจูงให้จำเลยที่ตกเป็นเป้าหมายของเจ้าพนักงานไปกระทำความผิด เช่น ในคดี People v. McIntire¹⁶⁵ ในคดีนี้จำเลยอ้างว่า เจ้าพนักงานยาเสพติดได้ปลอมตัวเป็นนักเรียนชั้นมัธยม แล้วไปปรบเร้าให้พี่ชายของจำเลยไปเอายาเสพติดมาจากจำเลย เพื่อที่จะฟ่องจำเลยในฐานะผู้ขาย¹⁶⁶

ในกรณีที่คนกลางได้กระทำการเสมือนเป็นตัวแทนของเจ้าพนักงานสืบสวนอย่างชัดเจนแล้ว ซึ่งเจ้าพนักงานมีสองเป้าหมาย โดยจัดการให้คนกลางไปร้องขอกับบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง เมื่อบุคคลนั้นกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของคนกลาง อาชญากรรมดังกล่าวจึงถูกสร้างโดยวัตถุประสงค์ของตัวแทนฝ่ายรัฐ ซึ่งศาลตัดสินตลอดมาว่าเป้าหมายดังกล่าวไม่มี Predisposition และได้รับประโยชน์จากข้อต่อสู้ Entrapment¹⁶⁷

¹⁶² John E. Nilsson, "Of outlaws and offloads: a case for derivative entrapment," Boston College Law Review Vol.37 (July 1996): 762.

¹⁶³ United States v. Comi 336 F.2d 856, 860-61 (4th Cir. 1964) ศาลเห็นว่า จะไม่มีข้อต่อสู้ Entrapment เว้นแต่คนกลาง ด้รู้ว่า เป็นการกระทำของฝ่ายรัฐ

¹⁶⁴ Note, "Entrapment through unsuspecting middlemen," Harvard Law Review vol.95, no.5 (March 1982): 1122.

¹⁶⁵ People v. McIntire, 23 Cal.3d 742

¹⁶⁶ Note, "Entrapment through unsuspecting middlemen," Harvard Law Review vol.95, no.5 (March 1982): 1125.

¹⁶⁷ Ibid., p.1126

ในเบื้องต้นจึงสามารถกำหนดโครงสร้างของข้อต่อสู้ Derivative Entrapment ได้ 2 ประการ
คือ¹⁶⁸

- 1) ฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายริเริ่มที่จะเสนอการชักจูงให้กับจำเลย โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่า การชักจูงดังกล่าวถูกเสนอให้กับจำเลยผ่านทางคนกลาง และ
- 2) ฝ่ายรัฐได้กำหนดให้จำเลยตกเป็นเป้าหมายโดยเฉพาะ โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่าฝ่ายรัฐได้กำหนดให้จำเลยเป็นเป้าหมายในการสืบสวน มากกว่าเป็นเรื่องบังเอิญ

แต่ในการสืบสวนอีกรูปแบบหนึ่ง แม้ผู้ตกเป็นเป้าหมายที่สองไม่ได้อยู่ในขอบ
วัตถุประสงค์ของเจ้าพนักงานมาแต่แรก แต่โดยเหตุที่การกระทำความผิดประเภทนั้นอาจทำให้คน
กลางต้องหาผู้ร่วมกระทำผิด เช่น การขายสินค้าเถื่อน หรือความผิดฐานรับสินบน ซึ่งเจ้า
พนักงานไม่เจาะจงบุคคลที่จะมาซื้อสินค้าต้องห้าม หรือ เจ้าพนักงานคนใดให้รับสินบน เป็นต้น
ซึ่งศาล รัฐบาลกลาง ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีข้อต่อสู้ Entrapment ในกรณีดังกล่าว

ในคดี *Johnson v. United States*¹⁶⁹ ในคดีนี้ตัวแทนร่วมมือกับคนกลางเพื่อให้คนกลางค้นหา
ใครสักคนที่ขายยาเสพติดให้ด้วยการชักจูงของคนกลางจำเลยจึงขายเสพติดให้ ศาลวางหลักว่า
จำเลยมีข้อต่อสู้ Entrapment เกิดขึ้นเพราะคนกลางได้กระทำการชักจูงอันเนื่องมาจากเจ้าพนักงาน

แต่ในคดี *United States v. Perkins*¹⁷⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน ศาลได้ปฏิเสธจำเลยที่ยก
ข้อต่อสู้ดังกล่าว เพราะเขาไม่ได้ติดต่อโดยตรงกับตัวแทนฝ่ายรัฐ¹⁷¹

ศาลจำกัดให้ข้อต่อสู้ Entrapment แก่ผู้ตกเป็นเป้าหมายที่สอง ต่อเมื่อเขาถูกชักจูงให้
กระทำอาชญากรรม โดยคนกลางเป็นผู้ตกลงที่จะร่วมมือปฏิบัติงานภายใต้ตัวแทนฝ่ายรัฐ โดยเหตุ
ที่จุดประสงค์ของหลักกฎหมาย Entrapment มีเพื่อให้จำเลยมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้เมื่อการกระทำ
ความผิดของเขา อยู่ในความมุ่งหมายของฝ่ายรัฐที่ต้องการให้มันเกิดขึ้น ซึ่งคนกลางถูกใช้เป็นแค่
ทางผ่านเท่านั้น ดังนั้น ถ้ามีเหตุผลที่สามารถคาดได้ว่าการ สืบสวนดังกล่าวจะมีผลทำให้
เป้าหมายที่สองกระทำความผิด ไม่ว่าเป้าหมายที่สองจะถูกเลือกโดยเจ้าพนักงานหรือคนกลางก็
ตาม ต้องถือว่าความผิดที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของเจ้าพนักงานที่ต้องการให้มันเกิดขึ้น

¹⁶⁸ John E. Nilsson, "Of outlaws and offloads: a case for derivative entrapment," *Boston College law review* Vol.37 (July 1996):763-764.

¹⁶⁹ *Johnson v. United States* 317 F.2d 127 (D.C. Cir.1963)

¹⁷⁰ *United States v. Perkins* 190 F.2d 49 (7th Cir.1951)

¹⁷¹ Note, "Entrapment through unsuspecting middlemen," *Harvard Law Review* vol.95, no.5 (march 1982): 1126-1127.

เว้นเสียแต่ว่าฝ่ายรัฐจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นมาแต่แรกแล้ว (Predisposition)¹⁷²

ในทางตรงข้าม ในคดีที่เจ้าพนักงานได้เลือกเป้าหมายที่สองไว้แล้ว หรือโดยปรกติ ความผิดประเภทนั้นไม่ต้องอาศัยบทบาทของเป้าหมายที่สอง เป้าหมายแรกได้ไปชักจูงให้เพื่อนมา ช่วยขายของผิดกฎหมาย การเข้ามามีส่วนร่วมของเพื่อนดังกล่าวไม่ใช่สิ่งที่จำเป็นต่อกิจการ ดังกล่าว เพราะสิ่งที่จำเป็นต่อกิจการดังกล่าวคือ บทบาทของผู้ซื้อ ศาลจึงไม่ให้เป้าหมายที่สองมี สิทธิยก ข้อต่อสู้ Entrapment¹⁷³

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีตามความเห็นส่วนน้อยที่ยอมรับข้อต่อสู้ Vicarious Entrapment เห็นว่าแม้ฝ่ายรัฐจะไม่มีเหตุผลที่จะคาดว่า เป้าหมายแรกจะไปชักจูงให้บุคคลอื่นที่ไม่มีบทบาท สำคัญในการกระทำความผิดดังกล่าว บุคคลที่สามนั้น ยังอาจยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้ ถ้า เป้าหมายแรกถูกพบว่าเขาถูกล่อให้กระทำความผิด และจำเลยคนอื่นๆ ที่ได้ร่วมกับเป้าหมายแรก ถือว่าพวกเขาตกเป็นเหยื่อของการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานเช่นกัน และฝ่ายรัฐต้องพิสูจน์ ว่าพวกเขามีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นมาแต่แรก (Predisposition) เช่นกัน ทั้งนี้ หากเป้าหมายแรกถูก พบว่ามีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นมาแต่แรกแล้ว (Predisposition) พวกเขาก็จะไม่สามารถอ้าง ได้ว่าฝ่ายรัฐเป็นสาเหตุให้พวกเขากระทำความผิด¹⁷⁴

ดังนั้น ถ้าศาลต้องการให้ฝ่ายรัฐรับผิดชอบต่อการกระทำของคนกลางในการพาผู้อื่นเข้ามา สู่อาชญากรรม เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงวิธีการให้คนกลาง แต่ในขณะที่ยังมีความเห็นที่ยังไม่ชัดเจนและสับสนอยู่ในศาล และแนวทางของ FBI ในการใช้ ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการใช้คนกลาง จึงเป็นไปได้ที่ปฏิบัติการใช้คนกลางนี้จะถูกใช้ไป ในทางมิชอบซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบได้จากศาล¹⁷⁵

2.2.3 ข้อต่อสู้ในเรื่องการกระทำอันรุนแรงของเจ้าพนักงานรัฐ (Outrageous Government Conduct Defense)¹⁷⁶

¹⁷² Ibid.,p.1128.

¹⁷³ United States v. Twigg,588F.2d373,381(3d Cir.1978)

¹⁷⁴ Note,“Entrapment through unsuspecting middlemen,” Harvard Law Review vol.95,no.5 (march 1982):1129.

¹⁷⁵ Ibid.,p.1130.

¹⁷⁶ ข้อต่อสู้นี้ ใช้เมื่อมีการกระทำที่รุนแรงของเจ้าพนักงานอันเป็นการละเมิดหลักการ Due Process ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Due Process Defense โดยเหตุที่ข้อต่อสู้นี้เป็นสาขาหนึ่งของหลักกฎหมาย Entrapment จำเลยสามารถยกข้อ ต่อสู้นี้ได้ ในคดีที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการสายลับล่อให้จำเลยกระทำความผิด

โดยเหตุที่วิธีการพิสูจน์ข้อต่อสู้ Entrapment ซึ่งใช้วิธีการภาวะวิสัย (Objective test) ในศาลสหรัฐส่วนใหญ่ให้การยอมรับน้อยกว่าวิธีอัตตะวิสัย (Subjective test) โดยในปี 1973 ในคดี United States v. Russell¹⁷⁷ ศาลได้ปฏิเสธวิธีการภาวะวิสัย แต่ได้ยอมรับว่าแม้ข้อต่อสู้ Entrapment จะไม่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ในอนาคตอาจจะมีการเสนอประเด็นเรื่องการกระทำของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายที่เป็นการละเมิดต่อหลักกระบวนการนิติธรรม (Due Process) โดยน่าจะต้องห้ามเจ้าพนักงานรัฐจากการใช้กระบวนการทางศาลเพื่อให้ได้มาซึ่งคำพิพากษา

และในปี 1976 ในคดี Hampton v. United States¹⁷⁸ จำเลยได้ให้การต่อสู้ว่าเจ้าพนักงานรัฐละเมิดสิทธิตามหลักการ Due Process ของจำเลย เมื่อเจ้าพนักงานชักจูงให้จำเลยขายเฮโรอีน โดยผู้ให้ข่าวของรัฐขนส่งยาเสพติดให้จำเลยเพื่อขายให้สายลับตำรวจ ซึ่งศาลควรพิพากษายกฟ้องจำเลย ในประเด็นข้อกฎหมายโดยไม่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย แต่ศาลสูงสุดพิพากษาลงโทษจำเลย โดยให้เหตุผลว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) จึงไม่อาจยกข้อต่อสู้ Entrapment หรืออ้างสิทธิตามหลักการ Due Process โดยผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งกลับเห็นว่า ในกรณีที่การกระทำของเจ้าพนักงานรัฐละเมิดต่อหลักการ Due Process เมื่อการกระทำของเจ้าพนักงานแสดงให้เห็นความรุนแรงอย่างชัดเจนควรต้องยกฟ้องโจทก์ แม้จะฟังได้ว่าจำเลยจะมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) ก็ตาม

ต่อมาในปี 1976 ในคดี United States v. Twigg¹⁷⁹ ศาลอุทธรณ์พิจารณาว่าผู้ให้ข่าวเข้าไปมีส่วนควบคุมการผลิตยาเสพติดมากขึ้นไปด้วยการเสนอห้องทดลองอุปกรณ์และวัตถุดิบการผลิตให้จำเลยซึ่งเป็นเพียงผู้เชี่ยวชาญในการผลิตเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่รุนแรงถึงระดับจึงพิพากษายกฟ้องโจทก์

¹⁷⁷ United States v. Russell 411 U.S. 423 (1973) โดยจำเลยในคดีนี้เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายยาเสพติดที่เรียกว่า methamphetamines เจ้าพนักงานรัฐเสนอสารที่เป็นส่วนประกอบในการผลิตที่หายาก ให้จำเลยเพื่อแลกเปลี่ยนกับยาเสพติดที่ผลิตได้ โดยศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาที่ลงโทษจำเลย เนื่องจากไม่อาจทนต่อระดับการกระทำของเจ้าพนักงานในการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เพื่อลงโทษจำเลย

¹⁷⁸ Hampton v. United States, 425 U.S. 484 (1976) ศาลสูงสุดยังคงยืนยันที่จะใช้วิธีการ subjective test จำเลยถูกพิพากษาว่าจำหน่ายเฮโรอีน โดยผู้ให้ข่าวของรัฐขนส่งยาเสพติดนั้นให้จำเลย และใช้กลอุบายทำให้เขาเชื่อว่าเฮโรอีนนั้นเป็นของปลอม เพื่อหลอกขายให้ผู้ซื้อที่ไม่ฉลาดพอ

¹⁷⁹ United States v. Twigg 588 F.2d 373 (3d Cir 1978) ผู้ให้ข่าวของรัฐเสนอห้องทดลองพร้อมด้วยอุปกรณ์ และวัตถุดิบการผลิตให้จำเลยผลิตยาเสพติดที่เรียกว่า "speed"

ดังนั้น ข้อต่อสู้ในเรื่องการกระทำอันรุนแรงของเจ้าพนักงานรัฐ (Outrageous Government Conduct Defense) อันละเมิดต่อหลักกระบวนการนิติธรรม (Due Process) บนพื้นฐานของ รัฐธรรมนูญ¹⁸⁰ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Due Process Defense จึงคล้ายคลึงกับข้อต่อสู้ Entrapment ซึ่งใช้วิธีภาวะวิสัย (Objective test) ที่มุ่งพิจารณาที่การกระทำของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย¹⁸¹ แต่มีข้อที่ต่างกันอยู่คือ ข้อต่อสู้ Outrageous Government Conduct Defense มีพื้นฐานมาจากรัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 5¹⁸² ซึ่งจำเลยจะยกเป็นข้อต่อสู้ได้ต่อเมื่อมีการกระทำของฝ่ายรัฐที่รุนแรงถึงขนาดเป็นการละเมิดต่อหลักการ Due Process อย่างชัดเจน อันเป็นการละเมิดต่อหลักความเป็นธรรมขั้นพื้นฐานของจำเลย (fundamental fairness) โดยสามารถนำไปใช้ได้อย่างกว้างขวางไม่จำกัดว่าจะต้องใช้เฉพาะคดี Entrapment เท่านั้น¹⁸³ ในขณะที่ข้อต่อสู้ Entrapment ซึ่งใช้วิธีภาวะวิสัย (Objective test) มีพื้นฐานมาจากอำนาจในการพิจารณาของศาล¹⁸⁴ และจำเลยใช้ยกเป็นข้อต่อสู้ได้เพียงแค่มิมีการกระทำของเจ้าพนักงานที่มีความเสี่ยงพอที่จะทำให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิด¹⁸⁵ ดังนั้น ข้อต่อสู้ Entrapment ที่ใช้วิธีภาวะวิสัย (Objective test) จึงสามารถนำไปใช้ได้กว้างขวางกว่าข้อต่อสู้ Outrageous Government Conduct Defense¹⁸⁶

¹⁸⁰ เมื่อเปรียบเทียบกับบทตัดพยาน (exclusionary rules) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐแก้ไขครั้งที่ 4 เป็นการพิจารณาการกระทำของตำรวจภายหลังจากที่จำเลยได้กระทำความผิดไปแล้ว จึงเป็นกรณีที่จำเลยกระทำความผิดอยู่แล้ว โดยปราศจากการละเมิดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตรงข้ามกับข้อต่อสู้ Entrapment และข้อต่อสู้ Outrageous government conduct Defense ซึ่งเป็นการพิจารณาการกระทำของตำรวจที่ก่อให้เกิดหรือมีส่วนในการกระทำความผิด จึงเป็นกรณีที่การละเมิดกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นสาเหตุของการกระทำความผิด

¹⁸¹ John David Burtta, “Reconfiguring the entrapment and Outrageous government conduct Doctrines,” Georgetown law Journal Vol.84, No.5 (May 1996) :1963.

¹⁸² รัฐธรรมนูญสหรัฐแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 กล่าวไว้ว่า “No person shall...be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”

¹⁸³ Stephen A. Miller, Comment, “The Case for Preserving the Outrageous government conduct Defense,” Northwestern University law Review Vol.91, No.1 (Fall 1996):338-339.

¹⁸⁴ John Malmud, “Defending A sentence: The Judicial Establishment of sentencing entrapment and sentencing manipulation defenses,” University of Pennsylvania law review Vol.145, No.5 (May 1997):1386.

¹⁸⁵ จำเลยมักจะยกข้อต่อสู้ Outrageous Government Conduct Defense ในคดีที่ปรากฏเจตนาในการกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลยอย่างชัดเจน (Predisposition) ซึ่งศาลส่วนใหญ่ที่ใช้วิธีอัตตะวิสัย (Subjective test) จะไม่ยอมให้จำเลยยกข้อต่อสู้ Entrapment ในกรณีดังกล่าว

¹⁸⁶ Kenneth M. Lord, “Entrapment and Due Process: Moving toward a dual system of defenses,” Florida State University law review Vol. 26 (Spring 1998):505-506.

การรวบรวมจากศาลส่วนใหญ่ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาข้อต่อสู้ Outrageous Government Conduct Defense ว่ามีองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาด้วยกัน 4 ประการคือ¹⁸⁷

- 1)ขอบเขตของการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของจำเลย
- 2)มีการกระทำความผิดของจำเลยก่อนที่ฝ่ายรัฐจะเข้าเกี่ยวข้องหรือไม่
- 3)ขอบเขตและรูปแบบของการเข้าเกี่ยวข้องของฝ่ายรัฐในการกระทำความผิดดังกล่าว
- 4)ลักษณะทั่วไปของการกระทำความผิดนั้น

ข้อบกพร่องบางประการของข้อต่อสู้นี้ เช่น การไม่สามารถกำหนดขอบเขตและความหมายของการกระทำที่รุนแรงของเจ้าพนักงานได้อย่างชัดเจน¹⁸⁸ ทำให้ยากแก่การนำไปใช้ในการต่อสู้คดี

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อต่อสู้นี้ได้มีการพัฒนาอย่างช้า ๆ เสี่ยงข้างมากในศาลสูงสุดยังต้องการให้มีข้อต่อสู้บนหลักการ Due Process เพื่อคุ้มครองจำเลยจากการถูกล่อให้กระทำความผิด เช่นเดียวกัน ศาลล่างจะได้ยอมรับในไม่ช้านี้ถึงความจำเป็นของการมีข้อต่อสู้ในหลักการ Due Process บนพื้นฐานรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ข้อต่อสู้ Entrapment ที่มีอยู่ เพื่อคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของแต่ละบุคคล¹⁸⁹

2.2.4 การล่อให้กระทำความผิดโดยหลักกฎหมายปิดปาก(Entrapment by estoppel)

โดยเหตุที่ การกระทำความผิดโดยอ้างว่าไม่รู้ว่ามีกฎหมายบัญญัติ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวในทางกฎหมายอาญา¹⁹⁰ ดังนั้น บุคคลที่กระทำความผิดทางอาญา ศาลยังคงต้องพิพากษาลงโทษ แม้ว่าเขาจะไม่ได้ตระหนักว่าการกระทำของเขาไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลสูงสุดสหรัฐได้สร้างข้อยกเว้นหลักดังกล่าวในปี 1959¹⁹¹ และ ยืนยันอีกครั้งในปี 1964¹⁹² ซึ่งเป็นอ้างตามหลักการ Due

¹⁸⁷ John David Burtta, "Reconfiguring the entrapment and Outrageous government conduct Doctrines," *Georgetown Law Journal* Vol.84,No.5 (May 1996) :1967-1968.

¹⁸⁸ Molly Kathleen Nichols, Comment, "Entrapment and Due Process: How far is too far?," *Tulane Law Review* Vol.58, No.5 (May 1984):1234

¹⁸⁹ Leslie W. Abramson and Lisa L. Lindeman, "Entrapment and Due Process in the Federal Courts," *American Journal of Criminal Law* Vol.8, No.2 (July 1980):181-182.

¹⁹⁰ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาไทยมาตรา 65 ที่บัญญัติว่า "บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้"

¹⁹¹ *Raley v. Ohio*, 360 U.S. 423 (1959) ในคดีนี้จำเลย 4 คนถูกพิพากษาฐานละเมิดอำนาจศาล เนื่องจาก ไม่ตอบคำถามต่อคณะกรรมการ the Ohio Un-American Activities Commission เพราะผู้บัญญัติกฎหมายบอกพวกเขาว่ามีเอกสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะปฏิเสธการตอบคำถาม อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะไม่ปรักปรำตนเอง (self incrimination) ซึ่งเป็นการตีความกฎหมายไม่ถูกต้อง

Process เพื่อยกคำพิพากษาจำเลยซึ่งได้กระทำความผิด เนื่องจากเขาเชื่อตามที่เจ้าพนักงานบอกว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด¹⁹³ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันว่าเป็นข้อต่อสู้ตามหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยหลักกฎหมายปิดปาก(Entrapment by estoppel doctrine)¹⁹⁴

การล่อให้กระทำความผิดโดยหลักกฎหมายปิดปาก(Entrapment by estoppel doctrine) ใช้เมื่อจำเลยสามารถแสดงพยานหลักฐานอย่างพอเพียง(preponderance of the evidence)ว่า เจ้าพนักงานรัฐบอกจำเลยว่าการกระทำผิดนั้นทำได้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยจำเลยได้กระทำ

เพราะสิทธิดังกล่าวมีข้อยกเว้นตามกฎหมาย the Ohio immunity statute ศาลสูงสุดได้ยกคำพิพากษาดังกล่าว เพื่อเป็นการบังคับต่อการที่ฝ่ายรัฐล่อให้จำเลยกระทำความผิดชนิดที่ไม่อาจป้องกันได้ จำเลยจึงได้รับประโยชน์จากเอกสิทธิดังกล่าวตามที่ฝ่ายรัฐได้บอกพวกเขาเช่นนั้น

¹⁹² Cox v. Louisiana, 379 U.S. 559 (1965) ศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษาที่ลงโทษจำเลย เนื่องจากละเมิดต่อกฎหมายของมลรัฐที่ห้ามมีการประท้วงใกล้บริเวณศาล เพราะผู้บังคับบัญชาตำรวจท้องถิ่นบอกผู้ประท้วงว่าพวกเขาสามารถประท้วงบนถนนตรงข้ามที่ตั้งศาลได้อย่างถูกกฎหมาย

¹⁹³ ในความคิดตามหลักการ Due Process ที่ต้องการให้เกิดความเป็นธรรมกับบุคคลที่ จะต้องได้รับการเตือนจากรัฐ ในการกระทำที่รัฐมุ่งประสงค์จะลงโทษ แต่บุคคลจะไม่ได้รับความเป็นธรรมนั้นเมื่อฝ่ายรัฐพูดขัดแย้งกันเอง ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมาย กับเจ้าพนักงานรัฐผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย

¹⁹⁴ Model Penal Code ได้รับรองข้อต่อสู้ Entrapment by estoppel ไว้ใน section 2.04(3)(a) belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when: ... [a defendant] act in reasonable reliance on an official statement of the law afterward determined to be invalid or erroneous, contain in ... an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense. ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานตีความกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายตามความเข้าใจเช่นนั้น จึงน่าจะเป็นคนละกรณีกับข้อต่อสู้ตามหลักกฎหมาย Entrapment ในกรณีปกติซึ่งเจ้าพนักงานประสงค์จะฟ้องจำเลยโดยเจตนาให้จำเลยเข้าใจผิดว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ดังที่บัญญัติไว้ใน Model Penal Code section 2.13 “Entrapment (1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either: (A) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited

ความผิคนั้นตามคำกล่าวของเจ้าพนักงานซึ่งเชื่อ โดยสุจริต และมีเหตุผลที่จะเชื่อเช่นนั้น¹⁹⁵
การพิจารณาข้อต่อสู้นี้มุ่งหมายที่การกระทำของเจ้าพนักงานรัฐ ไม่ใช่ที่เจตนาที่จะกระทำผิด
มาแต่แรกของจำเลย (predisposition)¹⁹⁶

ข้อต่อสู้ Entrapment by estoppel มีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการคือ¹⁹⁷

- 1)เจ้าพนักงานต้องยืนยันหรือทำให้จำเลยเข้าใจผิดโดยเชื่อว่าการกระทำนั้นไม่ต้องห้ามมิให้กระทำ
- 2)เจ้าพนักงานต้องมีการตีความกฎหมายตามความเป็นจริง
- 3)จำเลยต้องเชื่อถือการตีความของเจ้าพนักงานอย่างแท้จริง ,อย่างมีเหตุผล และโดยสุจริต และ
- 4)เจ้าพนักงานต้องมีอำนาจอย่างแท้จริงในการตีความหรือบังคับใช้กฎหมาย

โดยในการตรวจสอบต้องเน้น 3 ปัจจัยที่สำคัญคือ¹⁹⁸

- 1)ต้องมีการทำให้เข้าใจผิดโดยเจ้าพนักงานรัฐ

โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่า เจ้าพนักงานทำให้จำเลยเข้าใจผิด และเขามีอำนาจโดย
เฉพาะที่จะกระทำการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ มิใช่เพียงแต่ความยินยอมให้กระทำได้ หรือโดยการนิ่งเฉย
ของเจ้าพนักงาน

- 2)ต้องเป็นการให้คำแนะนำของเจ้าพนักงานอย่างแท้จริง

โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่าเจ้าพนักงานให้คำแนะนำต่อจำเลย จากคำถาม
โดยเฉพาะของจำเลย มิใช่แค่เพียงการให้ข้อมูลอย่างไม่เป็นทางการ ในบางรัฐถึงกับยืนยันว่าการ
ตอบคำถาม หรือให้ความเห็น ต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁹⁹

- 3)ต้องเชื่ออย่างมีเหตุผล

โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่า จำเลยเชื่อคำแนะนำของเจ้าพนักงานอย่างมีเหตุผลและ
โดยสุจริต โดยจำเลยได้ให้ข้อมูลที่ถูกต้องและครบถ้วนต่อเจ้าพนักงานแล้ว ทั้งนี้การพิสูจน์ของ

¹⁹⁵เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายอาญาไทยแล้ว ไม่ปรากฏว่าการกระทำตามคำแนะนำ
ของเจ้าพนักงานเป็นเหตุยกเว้นโทษ แต่พบว่ามีเหตุยกเว้นโทษให้แก่จำเลยเฉพาะกรณีที่จำเลย
กระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงานโดยมีหน้าที่ หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น
ตาม ปอ.มาตรา 70

¹⁹⁶ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.307-
308.

¹⁹⁷ SueAnn D.Billimack ,“Reliance on official interpretation of the law :The defense’s
appropriate dimensions,”University of Illinois Law Review No.3 (summer 1993):567.

¹⁹⁸ Ibid.,pp.367-371.

¹⁹⁹ 26U.S.C. 6404(f)(1991),Colo.Rev.Stat.18-1-504(1992),Utah Code Ann.76-2-
304(1992) (requiring a written interpretation)

จำเลยจะมีน้ำหนักที่เฉพาะแต่การกระทำความคิดที่เกิดจากกฎหมายห้าม(Mala Prohibita) ในขณะที่ความคิดในตัวเอง(Mala in Se)ซึ่งผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรม จำเลยควรมีเหตุผลที่ที่จะไม่เชื่อเจ้าพนักงาน โดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป

นโยบายที่อยู่เบื้องหลังข้อต่อสู้ Entrapment by estoppel²⁰⁰ มีดังนี้

1) เหตุผลในเรื่องของความคิด

ความคิดหรือความนำคำหึงของจำเลยจะถูกปฏิเสธ ถ้าเขาเชื่อในการตีความกฎหมายที่ผิดของเจ้าพนักงาน เพราะจำเลยได้เชื่อว่าการกระทำของเขาถูกต้องตามกฎหมาย

2) หลักกฎหมายปิดปาก

ฝ่ายรัฐควรถูกกฎหมายปิดปากจากการฟ้องบุคคลที่ได้กระทำความผิดโดยเชื่อการยืนยันของเจ้าพนักงานว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดต่อกฎหมาย ฝ่ายรัฐควรถูกลงโทษจากคำแนะนำที่ผิด โดยไม่ได้รับคำพิพากษาลงโทษจำเลยจากการกระทำดังกล่าว

3) หลักการ Due Process

โดยหลักการ Due Process ต้องการให้จำเลยได้รับความเป็นธรรมจากการได้รับคำเตือนจากรัฐว่าต้องการห้ามมิให้กระทำการใด เมื่อจำเลยได้กระทำตามที่เจ้าพนักงานตีความกฎหมายผิด ดังนั้น จำเลยย่อมไม่ได้รับคำบอกกล่าว หรือไม่ได้รับคำเตือนในสิ่งที่กฎหมายต้องการอย่างเป็นทางการ

4) การเคารพและเชื่อฟังกฎหมาย

ข้อต่อสู้ Entrapment by estoppel สอดคล้องกับนโยบายของสังคมที่ต้องการสนับสนุนให้ประชาชนรู้และเคารพกฎหมาย ตลอดจนการเชื่อฟังคำวินิจฉัยของฝ่ายรัฐที่แน่นอนที่มีต่อบุคคลแต่ละคน ซึ่งข้อต่อสู้นี้จะเป็นหลักประกันที่ดีที่ทำให้บุคคลเกิดความมั่นใจที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำของผู้บังคับใช้กฎหมาย

5) การป้องกันมิให้อ้างว่ามีอำนาจที่จะกระทำความผิดได้

จำเลยจะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ Entrapment by estoppel ในกรณีที่ได้รับคำแนะนำจากเจ้าพนักงานที่ไม่มีอำนาจ โดยเฉพาะในการตีความกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้จำเลยกระทำความผิดได้โดยอ้างว่าได้กระทำตามคำแนะนำของฝ่ายรัฐอย่างไม่มีเหตุผล

2.3 ลักษณะทางเนื้อหาและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิด

ในหัวข้อนี้จะลงไปในเนื้อหารายละเอียดและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศซึ่งมีแนวคิดต่อการล่อให้กระทำความผิดแตกต่างกันไป โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดต่อวิธีการแก้ไขปัญหาคriminal

²⁰⁰ SueAnn D. Billimack, "Reliance on official interpretation of the law :The defense's appropriate dimensions," *University of Illinois Law Review* No.3 (summer 1993):577-580.

ล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทยว่ามีจุดเหมือนหรือต่างกับวิธีการแก้ไขปัญหานี้ในต่างประเทศ เพื่อจะนำเสนอข้อบกพร่องของ แนวความคิดต่อวิธีการแก้ไขปัญหาคารล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทยและนำเสนอวิธีการในต่างประเทศ ที่น่าจะเหมาะสมต่อการนำมาใช้ในประเทศไทย

2.3.1 เนื้อหาและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดในกฎหมายต่างประเทศ

2.3.1.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ข้อต่อสู้ Entrapment ไม่เคยมีในระบบกฎหมาย Common Law มาก่อน แต่ในศตวรรษที่ 20 ศาลในสหรัฐ ได้สร้างหลักเกณฑ์นี้ขึ้นเนื่องจากมีการเพิ่มขึ้นของการใช้ผู้ให้ข่าวและสายลับในการสืบสวนอาชญากรรม โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับสุราและยาเสพติด ในระบบศาลสหรัฐ ข้อต่อสู้ นี้ถูกพิจารณาในหลายคำตัดสิน และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในหลายมลรัฐ จากคำพิพากษาของศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติ²⁰¹

การร้องขอให้มีการต่อสู้ Entrapment สำเร็จเป็นครั้งแรกในศาลสหรัฐ ในปี 1915 ในคดี Woo Wai v. United States²⁰² โดยศาลอุทธรณ์คณะที่ 9 กลับคำพิพากษาลงโทษจำเลย ในความผิดฐานสมคบกันพาคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยได้วินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition) และรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) ไม่อนุญาตให้เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายชักจูงให้มีการกระทำความผิด

ต่อมาศาลสูงสุดของสหรัฐ ได้กำหนดให้มีการต่อสู้ Entrapment ถูกต้องตามกฎหมายเป็นครั้งแรกในปี 1932 ในคดี Sorrells v. United States²⁰³ เจ้าพนักงานสายลับได้ไปเยี่ยมจำเลยที่บ้าน และอ้างว่าเคยเป็นทหารผ่านศึกที่เวียดนามเช่นเดียวกับจำเลยเพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์สมัยสงคราม และได้ร้องขอสุราเถื่อนจากจำเลย หลังจากที่จำเลยได้ปฏิเสธถึงสองครั้ง จึงได้ตอบตกลง และได้ไปหาซื้อสุราดังกล่าวมาครั้งแรกลอนด์ แล้วจึงนำมาขายให้สายลับไป 5 คอล์ลา โดยศาลสูงสุดสหรัฐ ได้ตัดสินกลับคำพิพากษาที่ลงโทษจำเลย เนื่องจากจำเลยถูกล่อให้ขายสุราที่ต้องห้ามตามกฎหมายสหรัฐ และให้จำเลยมีข้อต่อสู้ Entrapment ได้ด้วยเสียงเอกฉันท์ แต่ด้วยมาตรฐานที่ต่างกันคือ เสียงส่วนใหญ่ใช้วิธีพิสูจน์ Entrapment ด้วยวิธีอัตตะวิสัย (Subjective Test) ซึ่งพิจารณาจากเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ ในขณะที่เสียงส่วนน้อยเห็นว่าควรใช้วิธีภาวะวิสัย (Objective Test) ซึ่งพิจารณาที่การกระทำของจำเลยเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ ความเห็นขัดแย้งกันในคดี Sorrells เป็นที่ถกเถียงในทางกฎหมายอาญาต่อมา ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐ ได้เผชิญหน้ากับความขัดแย้งนี้อีกครั้งในอีก 25 ปีต่อมาในคดี Sherman v. Untied

²⁰¹ Ibid., pp.309.

²⁰² Woo Wai v. United States 223F.412(9th Cir1915)

²⁰³ Sorrells v. United States 287U.S.435(1932)

States²⁰⁴ จำเลยได้พบกับผู้ให้ข่าวของรัฐที่คลินิกหมอแห่งหนึ่งเพื่อรักษาอาการติดยาเสพติด หลังจากพบกันหลายครั้ง ผู้ให้ข่าวร้องให้จำเลยหายาเสพติดมาให้เขา เนื่องจากการรักษาของเขาไม่ได้ผลและเขาได้รับความทรมานมาก หลังจากที่ร้องขอยู่หลายครั้ง จำเลยจึงตอบตกลงที่จะหามาให้ ซึ่งทำให้จำเลยต้องกลับไปติดยาเสพติดอีกครั้งแล้วจึงถูกจับกุม ศาลสูงสุดสหรัฐได้กลับคำพิพากษาลงโทษจำเลย ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ยังคงใช้วิธี subjective test โดยได้กำหนดมาตรฐานว่า เพื่อที่จะตัดสินว่า Entrapment เกิดขึ้นหรือไม่ ต้องลากเส้นแบ่งระหว่างกับดักสำหรับผู้บริสุทธิ์ที่ไม่ระวังตัว (unwary innocent) และกับดักสำหรับอาชญากรรมที่ไม่ระวังตัว (unwary criminal) และจะถือว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดเมื่อ ฝ่ายรัฐวางกับดักบนความอ่อนแอของผู้บริสุทธิ์ และลงโทษให้เขากระทำความผิดที่เขาไม่น่าจะกระทำหากไม่มีความพยายามเช่นนั้นของฝ่ายรัฐ โดยเสียงข้างน้อยแย้งว่าการใช้วิธีการพิสูจน์ Entrapment โดยมองที่ลักษณะนิสัย และเจตนาในการกระทำ ความผิดมาแต่แรกของจำเลย มากกว่ากระทำของตำรวจ เป็นการมองข้ามเหตุผลของข้อต่อสู้ Entrapment ดังนี้ ควรพิจารณาที่การกระทำของตำรวจเพียงประเด็นเดียวซึ่งจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมกว่า

ผลของคดี Sherman ทำให้ศาลล่างบางศาลปฏิเสธที่จะใช้วิธี subjective test และอีกหลายศาลยอมรับที่จะให้มีข้อต่อสู้ Entrapment แม้จะฟังได้ว่าจำเลยมี Predisposition ก็ตาม²⁰⁵ และบางศาลอ้างหลักการ Due Process ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 5 เพื่อที่จะห้ามฝ่ายรัฐใช้วิธีการชักจูงที่ไม่อาจยอมรับได้ และไม่สนใจ Predisposition ของจำเลย²⁰⁶

ห้าปีต่อมาหลังจากคดี Sherman ในคดี United States v. Russel²⁰⁷ ศาลสูงสุดได้พยายามกำหนดมาตรฐานที่เหมาะสมในคดี Entrapment ให้ชัดเจน โดยจำเลยในคดีนี้เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายยาเสพติดที่เรียกว่า methamphetamines เจ้าพนักงานรัฐเสนอ สารที่เป็นส่วนประกอบในการผลิตที่หายาก ให้จำเลยเพื่อแลกเปลี่ยนกับยาเสพติดที่ผลิตได้ โดยศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาที่ลงโทษจำเลย เนื่องจากไม่อาจทนต่อระดับการกระทำของเจ้าพนักงานในการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เพื่อลงโทษจำเลย โดยความเห็นส่วนใหญ่ปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์ในประเด็น Entrapment โดยเดินตามคำตัดสินในคดี Sorrells โดยยังมีฝ่ายที่คัดค้านไม่เห็นด้วยกับผลการวินิจฉัยดังกล่าว

²⁰⁴ Sherman v. United States 356 U.S. 369 (1958)

²⁰⁵ United States v. Bueno, 447 F.2d 903, 906 (5th Cir 1971)

²⁰⁶ Green v. United States, 454 F.2d 783, 787 (9th Cir 1971)

²⁰⁷ United States v. Russel 411 U.S. 423 (1973)

สามปีต่อมาในคดีHampton v. United States²⁰⁸ ศาลสูงสุดยังคงยืนยันที่จะใช้วิธีการ subjective test จำเลยถูกพิพากษาว่าจำหน่ายเฮโรอีน โดยผู้ให้ข่าวของรัฐส่งยาเสพติดชิ้นนั้นให้จำเลย และใช้กลอุบายทำให้เขาเชื่อว่าเฮโรอีนนั้นเป็นของปลอม เพื่อหลอกขายให้ผู้ซื้อที่ไม่ฉลาดพอ ลูกขุนได้ปฏิเสธฝ่ายที่ต้องการให้ใช้ Due Process ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นข้อต่อสู้ในคดีนี้ เช่นเดียวกัน

ต่อมาในปี 1992 ในคดีJacobson v. United States²⁰⁹ จำเลยตกเป็นเป้าหมายในการ ปฏิบัติงานของตำรวจ(sting operation) ถึงสองปีครึ่ง โดยตัวแทนฝ่ายรัฐได้พยายามชักจูงให้เขาซื้อ ภาพโป๊เด็กทางไปรษณีย์ แม้จำเลยจะไม่ตอบสนองตั้งแต่แรก ตัวแทนฝ่ายรัฐยังคงชักชวนเขาต่อไป ในที่สุดจำเลยก็ตกลง เมื่อได้มีการส่งภาพดังกล่าวมาให้ จำเลยจึงถูกจับกุม และถูกพิพากษาว่ามี วั ภาพโป๊เด็กไว้ในครอบครอง ศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษาลงโทษจำเลย โดยยังคงใช้วิธี subjective test แต่เพิ่มมาตรฐานขึ้นไปอีกว่า โจทก์มีภาระจะต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยว่าจำเลยมี เจตนาที่จะกระทำความผิดมาแล้วก่อนที่ฝ่ายรัฐจะได้เข้าไปเกี่ยวข้อง และการใช้วิธี subjective test นี้ยังคงถูกใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

กล่าวโดยสรุป เนื่องจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ได้ให้ความสนใจต่อการ แก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิด โดยสร้างกฎเกณฑ์ในรูปของข้อต่อสู้ทางเนื้อหาสารบัญญัติ โดยเป็นข้อยกเว้นความผิดหรือข้อยกเว้นโทษ ตามกฎหมายอาญา แล้วแต่กรณี เนื่องจาก สหรัฐอเมริกามีความเห็น 2 ทาง²¹⁰

ฝ่ายแรกเห็นว่า การล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน มีผลเป็นการ ยกเว้นความผิด โดยถือว่าผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการใช้กฎหมายแก่การกระทำความผิด อาญา ซึ่งเกิดจากการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน ดังนั้นการล่อให้กระทำ ความผิดเป็นเหตุให้การกระทำไม่มีความผิด เป็นข้อยกเว้น โดยปริยายของบทบัญญัติกฎหมาย อาญา (implied-exception)

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นความผิดแต่กฎหมายไม่ลงโทษ โดยถือว่าการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย (public policy) และ จำเป็นต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้น ไปเพื่อให้มีผลเป็นการปรามเจ้าพนักงาน ทั้งนี้เพราะไม่มี มาตรการอื่น ๆ อันมีประสิทธิภาพดีพอที่จะแก้ปัญหาการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานนอกจาก การปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไปเท่านั้น

²⁰⁸ Hampton v. United States 425 U.S. 484 (1976)

²⁰⁹ Jacobson v. United States 503 U.S. 540 (1992)

²¹⁰ Paul H. Robinson "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis," Columbia Law

ความเห็นฝ่ายที่2 จะมึน้ำหนักรมากกว่า เนื่องจากความเห็นฝ่ายแรกไม่อาจตอบได้ว่าเหตุใด จึง ยกเว้นความผิดให้เฉพาะเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นผู้ล่อแต่กลับไม่ยกเว้นให้กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานหรือ ตัวแทนซึ่งเป็นผู้ล่อ²¹¹

ในทางเนื้อหาของข้อต่อสู้ในเรื่องล่อให้กระทำความผิดของสหรัฐอเมริกาปัจจุบันใช้ หลักการที่นำมาอธิบายได้ 3 วิธีการ คือ

(1) ทฤษฎีอัตตะวิสัย(Subjective Model) คือการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงว่า จำเลยกระทำความผิดนั้นเพราะถูกเจ้าพนักงานล่อลวงหรือชักจูงใจหรือไม่หรือถึงอย่างไรจำเลยก็จะกระทำความผิดดังกล่าวอยู่นั่นเอง โดยมุ่งวินิจฉัยที่เจตนาในการกระทำความผิดที่มีมาแต่แรก ของจำเลย(predisposition)

(2) ทฤษฎีภาวะวิสัย(Objective Model) คือการวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้า พนักงานนั้นเป็นการชักจูงให้คนบริสุทธิ์กระทำความผิดตามที่ถูกชักจูงหรือไม่ โดยมุ่งวินิจฉัยที่การ กระทำของเจ้าพนักงานเป็นสำคัญ(action of police) โดยวิธีการนี้ได้ถูกรับรองไว้ใน Model Penal Code²¹² และ Federal Criminal Law(1971)²¹³

²¹¹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2536),หน้า 315.

²¹² พรเพชร วิชิตชลชัย, “การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตาม กฎหมายอเมริกัน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518) : 675-676., Model Penal Code section 2.13 บัญญัติว่า “Entrapment (1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either: (A) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or (B) employing methods of persuasion or inducement that create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it.....”

²¹³ Federal Criminal Law(1971) บัญญัติไว้ในมาตรา 702ว่า “Entrapment.(1) Affirmative Defense. It is an affirmative defense that the defendant was entrapped into committing the offense.(2) Entrapment Defined. Entrapment occurs when a law enforcement agent induces the commission of an offense, using persuasion or other means likely to commit an offense does not constitute entrapment.(3) Law Enforcement Agent Defined. In this section “law enforcement agent” includes personnel of state and local law enforcement agencies as well as of the United States, and any person cooperating with such an agency.

(3)ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม²¹⁴ (Due Process Model) คือวิธีการนี้ใช้หลักการ Due Process บนพื้นฐานรัฐธรรมนูญของสหรัฐโดยตรง²¹⁵โดยถือว่าการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนที่ใช้วิธีการล่อให้กระทำคามผิดนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง ตัวอย่างมลรัฐที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำคามผิด²¹⁶

เนื่องจาก Entrapment ไม่ใช่ข้อต่อสู้บนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ศาลมลรัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายมีอิสระที่จะเลือกมาตรฐานของข้อต่อสู้ในรัฐของตนเองได้²¹⁷

1.กฎหมายในมลรัฐที่บัญญัติรับรองหลักกฎหมายEntrapment โดยมีแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย(Subjective Model) ได้แก่ ARIZONA REVISED STATUTES,DELAWARE CODE ANNOTATED,BURNS INDIANA STATUTES ANNOTATED, ILLINOIS COMPILED STATUTES ANNOTATED, KENTUCKY REVISED STATUTES ANNOTATED เป็นต้น

2.กฎหมายในมลรัฐที่บัญญัติรับรองหลักกฎหมายEntrapment โดยมีแนวคิดตามทฤษฎีภาวะวิสัย(Objective Model) ได้แก่ ALASKA STATUTES,ARKANSAS CODE OF 1987 ANNOTATED, FLORIDA STATUTES, MICHIE'S HAWAII REVISED STATUTES ANNOTATED, UTAH CODE ANNOTATED เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลในคดีล่อให้กระทำคามผิดในสหรัฐอเมริกา

1.คดี Sorrells V. United States(1932) ,287 U.S.435,53 S.Ct,210,77 L.Ed 413 (1932)

เจ้าพนักงานได้ไปที่บ้านของจำเลยโดยอ้างว่าเป็นนักท่องเที่ยว ต้องการขอซื้อสุรา 1 ขวด ในครั้งแรก Sorrells ปฏิเสธ อย่างไรก็ดี เมื่อได้คุยกันจึงทราบว่าได้เคยเป็นทหารอยู่ในกองพลเดียวกัน ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 เจ้าพนักงานและจำเลยได้คุยกันถึงความหลัง และความชำนาญ ประสิทธิภาพในการรบ แล้วเจ้าพนักงานก็ได้ขอซื้อสุราอีก ภายหลังจากที่ได้ถูกปฏิเสธมา 2 ครั้งแล้ว เจ้าพนักงานได้ขอร้องเป็นครั้งที่ 3 ให้ช่วยเหลือนักท่องเที่ยวที่ต้องการเสพย์สุราดังกล่าว ดังนั้น Sorrells จึงได้ออกจากบ้านไป ได้ไปหาสุรามาได้ ครั้งแรกและได้ขายไปในราคา 5

²¹⁴ ความเห็นของผู้พิพากษาในคดี Hampton v United States.411 U.S.484,495(1976)

²¹⁵ รัฐธรรมนูญสหรัฐแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ,14

²¹⁶ C.Robton Perelli-Minetti, "Causation and intention in the entrapment defense,"UCLA Law Review Vol28,No.4(april 1981):859 รัฐTennesseeเพียงรัฐเดียวที่ยังไม่ยอมรับข้อต่อสู้Entrapment ซึ่งเคยมีการเสนอให้มีข้อต่อสู้ดังกล่าวในปี1973แต่ไม่ได้รับการยอมรับ

²¹⁷ American Jurisprudence 2nd ed, Criminal Law, Vol.21 (West Group ,1998),p.309-310.

คอลลาร์ เขาได้ถูกจับโดยเจ้าพนักงานคนนั้น และถูกหาว่าขายสุราโดยผิดกฎหมาย ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า Sorrells ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน ศาลฎีกาแห่งสหรัฐ ได้พิพากษากลับและปล่อย Sorrells ฟ้นข้อหาไปโดยเหตุผลที่ว่า ความผิดในการขายสุราที่มีชอบด้วยกฎหมายได้เริ่มต้นขึ้นจาก เจ้าพนักงานไม่ใช่จำเลย โดยเหตุที่แม้การไม่ยอมขายสุราในครั้งแรกของจำเลยอาจเกิดจากความระมัดระวังของจำเลยแต่การขอร้องหรือความคิดที่จะให้มีการขายได้เกิดขึ้นจากเจ้าพนักงานของรัฐ

2.คดี Sherman V. United States ,356 U.S.369 [1958]

ข้อเท็จจริงมีว่าสายลับของรัฐบาลและได้ไปพบจำเลยที่ร้านหม้อ ซึ่งทั้งสองคนได้รับการบำบัดการติดยาเสพติด ซึ่งได้มีการพบกันหลายครั้งโดยบังเอิญและได้มีการพูดคุยและเปลี่ยนความคิดเห็นกัน ในที่สุดสายลับได้บอกจำเลยว่าให้จัดหายาเสพติดให้เขาเนื่องจากการรักษาของเขาไม่ได้ผลและได้บอกจำเลยว่า คนรู้ที่จำหน่ายยาเสพติด ในครั้งแรกจำเลยได้พยายามปฏิเสธจนสายลับได้แสร้งทำเป็นไม่สบาย จนในที่สุดจำเลยได้ตกลง หลังจากนั้นสายลับก็ได้รับยาเสพติดมาจำนวนหนึ่ง ซึ่งเจ้าพนักงานปราบปรามยาเสพติดได้เห็นจำเลยส่งมอบยาเสพติดให้สายลับ 3 ครั้ง และมีการชำระราคาด้วยเงินของรัฐบาล คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลย มีความผิดตามฟ้องฐานขายยาเสพติด ในชั้นฎีกาโดยจำเลยได้ต่อสู้ว่าถูกกับดัก และศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่า จำเลยถูกชักจูงโดยสายลับ เบิกความว่า เป็นการพบโดยบังเอิญ และมีการสนทนาถึงประสบการณ์ในการติดยาเสพติดซึ่งกันและกัน และสายลับได้ทำให้จำเลยเกิดความเห็นใจ มีการขอร้องหลายครั้ง ซึ่งในครั้งแรกจำเลยปฏิเสธ แต่สุดท้ายก็ยินยอม การกระทำของสายลับไม่เพียงแต่ขอซื้อยาเสพติด แต่ได้ชักชวนให้จำเลยกลับติดยาตามเดิม และสุดท้ายจึงได้มีการจับกุมจำเลย โดยฝ่ายรัฐได้พยายามต่อสู้ว่ากรณีนี้ไม่ใช่การล่อให้กระทำความผิด โดยอ้างว่าจำเลยพร้อมที่จะกระทำตามคำขอร้องของสายลับ แต่รัฐก็ไม่มีพยานในส่วนของการเบี่ยงประวัติอาชญากรรมแต่อย่างใด ไม่มีพยานว่าผู้ฎีกาเคยทำการค้ายาเสพติด และเมื่อมีการค้นห้องผู้ฎีกาภายหลังที่ถูกจับก็มิได้พบยาเสพติดแต่อย่างใด รัฐได้นำพยานหลักฐานเพิ่มเติมอีกว่า จำเลยพร้อมที่จะทำตามและเต็มใจที่จะขายยาเสพติดเมื่อมีโอกาส โดยอ้างว่าจำเลยเคยต้องโทษในความผิดที่เกี่ยวข้องกันมาแล้วสองครั้ง และในปี ค.ศ.1942 จำเลยได้เคยถูกศาลพิพากษาลงโทษในความผิดฐานขายยาเสพติด ในปี ค.ศ.1946 ได้ถูกพิพากษาลงโทษในความผิดฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครอง แต่ความผิดฐานขายยาเสพติดได้ผ่านมานานถึง 9 ปีแล้ว และความผิดฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองก็ได้ผ่านมาเป็นเวลา 5 ปีแล้ว ย่อมไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยพร้อมที่จะขายยาเสพติด ศาลอุทธรณ์จึงได้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นด้วยเสียงเอกฉันท์ แต่ด้วยมาตรฐานที่เหมาะสมต่างกัน กล่าวคือเสียงข้างมากยอมรับวิธีการอัตตะวิสัย (Subjective Test) ที่เน้นถึงการกระทำที่น่าตำหนิของจำเลย เพราะรัฐสภาไม่ได้มีความตั้งใจให้มีการยุบผู้บริสุทธิ์ โดย

1.ศาลพิจารณาถึงจุดเริ่มต้นของอาชญากรรม กล่าวคืออาชญากรรมต้องเริ่มต้นจากจำเลย ในขณะที่พนักงานรัฐเพียงเปิดโอกาสให้มีการกระทำความผิด โดยที่เจ้าพนักงานต้องไม่สร้างอาชญากรรมโดยชักจูงให้จำเลยกระทำความผิดอาญา

2.ศาลพิจารณาถึงเจตนาของจำเลย โดยพิจารณาจาก “เจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (Predisposition)” พื้นฐานของวิธีการนี้คือ ถ้าจำเลยถูกแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้วก็จะไม่มีประเด็นต้องพิจารณาถึงข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดอีก(Entrapment) ดังนั้น การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) น่าจะเกิดเพียงบุคคลที่แสดงได้ว่าเขาไม่มีเจตนาแรกเริ่มที่จะกระทำความผิด(Predisposition) แต่เป็นเพราะการบีบบังคับอย่างไม่ลดละของตัวแทนรัฐบาลให้มีการกระทำความผิด

ในเสียงส่วนน้อยในศาลที่พิจารณาคดี สนับสนุนการใช้มาตรฐานวิธีภาวะวิสัย(Objective Test) จึงปฏิเสธในเรื่องเจตนาของรัฐสภาและพิจารณาที่กิจกรรมของตำรวจ ในหลายคดีศาลได้ชี้ว่าเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกเริ่มของจำเลย(Predisposition)ไม่เป็นประเด็นต้องพิจารณา โดยเหตุที่มันเป็นไปได้ที่ค้นหาเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย(Predisposition) พวกเขายืนยันว่า Entrapment ควรอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การกระทำของฝ่ายรัฐบาลเป็นการชักจูงใจให้บุคคลทั่วไปที่เคารพกฎหมาย (a normally law abiding person) กระทำความผิดได้หรือไม่ แนวคิดนี้อยู่บนพื้นฐานของการรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล(Judicial Integrity)

3.คดี Hampton V. United States,425U.S.484[1976]

ในคดีนี้จำเลยถูกศาลล่างทั้งสองศาลพิพากษาว่ามีความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอินอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของสหรัฐ โดยมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ขายเฮโรอินให้กับตัวแทนขององค์กรรัฐที่ชื่อว่า the Drug Enforcement Administration (DEA) การขายยาเสพติดถูกจัดให้มีขึ้น โดยผู้ให้ข่าวของรัฐบาลได้มีการติดต่อกับจำเลย จำเลยได้ยกข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดขึ้น โดยกล่าวว่าเขาไม่มีทั้งเจตนาที่จะขายหรือรู้มาก่อนว่าเขากำลังเกี่ยวข้องกับเฮโรอิน และยาเสพติดทั้งหมดที่เขาขายถูกส่งมาโดยการเข้ามาติดต่อของผู้ให้ข่าวของรัฐบาล ศาลได้พิพากษาว่า ไม่มีการล่อให้กระทำความผิดเพราะผู้ให้ข่าวของรัฐบาลส่งเฮโรอินให้กับผู้ต้องสงสัยที่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญามาก่อนแล้ว ศาลได้กล่าวอีกว่า ข้อต่อสู้ว่าถูกล่อให้กระทำความผิดใช้เฉพาะกรณีที่ถูกกล่าวหาไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อน แต่ถูกชักจูงให้กระทำโดยตัวแทนของ รัฐบาล

4.คดี Jacobson V. United States,112 S.Ct.1535 [1992]

ในเดือนกุมภาพันธ์ 1984 , Jacobson สั่งนิเทศสารสองฉบับจากร้านหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ซึ่งมีรูปภาพเปลือยของเด็กและวันรุ่นชาย เด็กชายในหนังสือดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ และการซื้อหนังสือของJacobson ในเวลานั้นไม่ผิดกฎหมาย ภายหลังจากที่มี พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ในปี ค.ศ.1984 ได้กำหนดให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิด ซึ่งมีผลบังคับ

ใช้ในเดือนมกราคม ปี ค.ศ.1985 สายลับได้พบว่า ชื่อของ Jacobson ในรายการส่งของจากร้านหนังสือ เขาส่งจดหมายให้ Jacobson พร้อมใบสมัครสำหรับเป็นสมาชิกขององค์กรที่ถูกสมมุติขึ้น Jacobson ได้สมัครและตอบแบบสอบถามกลับไป แต่เขาไม่ได้เป็นเจ้าของภาพเปลือยดังกล่าว ตลอดระยะเวลา 26 เดือน ตัวแทนรัฐบาลได้ติดต่อกับ Jacobson โดยผ่านองค์กรที่ถูกสร้างขึ้นถึง 5 องค์กร ในการติดต่อกับครั้งหนึ่ง เจ้าหน้าที่ศุลกากรได้ส่งคู่มือโฆษณาภาพถ่ายเด็กผู้ชายที่สื่อในทางเพศ แต่ไม่เคยมีการสั่งซื้อ ในเดือนพฤษภาคม ปี 1987 บริษัทแคนาดาซึ่งเป็นบริษัทที่ถูกสร้างขึ้นได้เสนอขายภาพดังกล่าวอีก ในครั้งนี้ Jacobson ได้สั่งซื้อภาพดังกล่าวแล้วเขาก็ถูกจับ ที่บ้านของ Jacobson เจ้าหน้าที่รัฐบาลพบเพียงนิตยสารสองฉบับและรายการที่ส่งมาจากองค์กรที่ถูกสร้างขึ้นหลายองค์กร Jacobson ถูกพิพากษาฐานส่ง ภาพเด็กทางไปรษณีย์ ในการอุทธรณ์ ศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษา โดยได้กล่าวไว้ว่า ในการบังคับใช้กฎหมาย ตัวแทนรัฐบาลต้องไม่เป็นฝ่ายริเริ่มปลูกฝังเจตนาในการกระทำความผิดให้กับผู้บริสุทธิ์ และชักจูงให้เขากระทำความผิดเพื่อป้องกันเขา ดังนี้แม้จำเลยจะถูกพบว่ามีความเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรก (predisposition) ในการทำผิดกฎหมายดังกล่าวมาตั้งแต่เดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ.1987 แต่รัฐบาลก็ไม่สามารถพิสูจน์ว่าเจตนาในการกระทำความผิดของจำเลยเกิดขึ้นอย่างอิสระและมีได้เป็น ผลผลิตมาจากความตั้งใจของรัฐบาลตั้งแต่ เดือนมกราคม ปี ค.ศ.1985.

2.3.1.2 กฎหมายอังกฤษ

ในอังกฤษการใช้วิธีการสืบสวนอาชญากรรมที่กลายมาเป็นการล่อให้กระทำความผิด บางครั้งมีความจำเป็น ถ้าเจ้าพนักงานตำรวจต้องทำการสืบสวนอาชญากรรมในบางประเภท โดยเฉพาะอาชญากรรมที่เรียกว่า “victimless crime” จึงมีความจำเป็นต้องควบคุมกิจกรรมของตำรวจ แต่เมื่อพวกเขาล้มเหลวในการป้องกันมิให้มีการล่อให้กระทำความผิด ศาลจึงต้องทำให้เกิดความมั่นใจว่า จำเลยต้องไม่ได้รับความเดือดร้อนจากผลคำพิพากษาของศาล²¹⁸

แต่เดิมนั้น เนื่องจากอังกฤษแตกต่างจากสหรัฐอเมริกาในเรื่องดังกล่าว กล่าวคือ อังกฤษไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด และไม่อาจไปสรุปได้ว่าจะสามารถนำบทตัดพยานมาใช้ได้²¹⁹ แต่ถือว่า การล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นแต่เพียงเหตุบรรเทาโทษเท่านั้น²²⁰ ต่อมา รัฐสภาอังกฤษได้ออกกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 โดยมีมาตรา 78 ได้วางบทตัดพยานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนต่อความเป็นธรรมอย่างชัดเจน โดยบัญญัติว่า

²¹⁸ Andrew Ashworth, Principle of Criminal Law, 3rd ed, (Oxford University Press, 1999), p.248.

²¹⁹ Andrew Ashworth, Principle of Criminal Law, (Clarendon Press Oxford, 1991), p.213.

²²⁰ Peter Seago, Criminal Law 4th ed (London :sweet & Maxwell, 1994), p.204. แม้จะมีข้อต่อสู้ Entrapment ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในอังกฤษ ศาลในคดี R v. Sang (1980) รั้ง

" (1) ในกระบวนการพิจารณาใด ๆ ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งโจทก์ประสงค์จะอ้างอิง หากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้งพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น ว่าการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่าศาลไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานนั้น...." โดยนักกฎหมายอังกฤษเองยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าในทางทฤษฎี บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาใช้กับการแก้ปัญหาการล่อให้กระทำความผิดได้หรือไม่²²¹ แต่แทบจะไม่ปรากฏคดีที่ยกบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดเลย²²² และความเห็นของผู้พิพากษาศาลอังกฤษบางท่านเองก็เห็นว่าปัญหาการล่อให้กระทำความผิดอยู่นอกเหนือการใช้ดุลพินิจของศาลในการตัดพยานตามบทกฎหมายดังกล่าว และยังมีความเห็นอีกว่ามาตรา 78 ของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้สร้างข้อต่อสู้ในเรื่องล่อให้กระทำความผิดขึ้นเพื่อให้ศาลตัดพยานนั้น แต่ศาลจะต้องมุ่งดูถึงสถานการณ์ทั้งหมดของการได้รับพยานนั้นมาว่าก่อให้เกิดผลในทางตรงกันข้ามกับความมุ่งหมายของกฎหมายที่ถูกกล่าวถึงละเมิดนั้นศาลจึงจะตัดพยานนั้นได้²²³

ดังนั้น จากการตีความในมาตรา 78 ของกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้ศาลสามารถนำบทตัดพยานตามมาตรา 78 มาใช้ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดได้ บนพื้นฐานที่ว่าหากรับฟังพยานดังกล่าว จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความเป็นธรรมในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดี *Smurthwaite and Gill*²²⁴ ศาลอุทธรณ์ได้ให้แนวทางการตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด ได้แก่

- 1) ได้มีการกระทำความผิดขึ้นแล้วหรือไม่
- 2) จำเลยกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ล่อให้กระทำความผิดหรือไม่

พยานที่เจ้าพนักงานได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลอังกฤษยอมรับการกระทำดังกล่าว แต่ศาลอาจแสดงการไม่สนับสนุนการกระทำดังกล่าว โดยการพิพากษาลงโทษจำเลยให้เบาลง

²²¹ John A. Andrews & Michale Hirst, *The Criminal law Library (Criminal Evidence)* 2nd ed (London: Sweet & Maxwell, 1992), p.393.

²²² เช่นในคดี *R v. Harwood* (1989) CLR.285 ศาลอุทธรณ์กล่าวว่ามันไม่เหมาะสมที่จะนำบทมาตรา 78 ใช้ไปในทางสร้างแนวปฏิบัติให้เกิดเป็นข้อต่อสู้ใหม่ และในคดี *DPP v. Marshall* 3 All E.R. 683 พบว่าศาลไม่ยอมรับที่จะนำมาตรา 78 มาใช้ในคดีนี้ โดยเหตุที่จำเลยเคยกระทำความผิดมาก่อนที่ตำรวจจะวางกับดักเขา

²²³ Geoffrey Robertson Q.C., "Entrapment Evidence: Manna from Heaven, or Fruit of The Poisoned tree?," *The criminal law review* (November 1994): 809-810.

²²⁴ *Smurthwaite and Gill* (1994) 98 Cr App R437.

3) จำเลยมีความพร้อมที่จะกระทำความผิดนั้นอยู่แล้วหรือไม่

ในปัจจุบัน ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะยอมนำบทตัดพยานตามมาตรา 78 ของ Police and Criminal Evidence Act 1984 มาปรับใช้กับคดี Entrapment มากขึ้น โดยเฉพาะในปี 1998 ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ได้นำประเด็นการล่อให้กระทำความผิดขึ้นพิจารณา ในคดี *Teixeira de Castro v. Portugal* (June 9, 1998)²²⁵ โดยได้อ้างว่า การพิพากษาลงโทษจำเลยในคดีที่จำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดเป็นการกระทำขัดต่อสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (right of fair trial) อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติ Article 6 of ECHR ซึ่งรัฐไม่สมควรรับฟังพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งต่อมาในปี 1999 ในคดี *Nottingham City Council V. Amin*²²⁶ ศาลอังกฤษจึงได้พิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยเหตุที่พยานของโจทก์ถูกตัดตาม มาตรา 78 ของกฎหมาย The Police and Criminal Evidence Act 1984 เนื่องจากการรับฟังพยานดังกล่าวจะทำให้เกิดผลเสียต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี และยังเป็น การเคารพต่อคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและเพื่อสนับสนุนกฎหมาย the Human Rights Act 1998 ที่จะมีผลบังคับใช้ในอังกฤษในเดือนตุลาคม ปี 2000

ตัวอย่างคำพิพากษาในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในประเทศอังกฤษ

1. คดี *R V. Sang*, (1979), *Crime.L.R.* 655 ; [1980] *A.C.* 402; [1979] *2 All.E.R.* 1222.

ผู้อุทธรณ์ถูกกล่าวหาสำหรับความผิดฐานสมคบ กับผู้อื่นในการใช้ธนบัตรปลอม และเป็นเจ้าของธนบัตรปลอมเหล่านั้น โดยไม่ชอบกฎหมาย ทนายผู้อุทธรณ์ร้องขอให้ศาลพิจารณาคดีว่า ผู้อุทธรณ์ ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับความคิดที่ถูกกล่าวหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ล่อให้กระทำความผิด (agent provocateur) หรือไม่ ทนายได้ถามค้านเจ้าพนักงานตำรวจ และมีข้อกล่าวหาหลักต่อผู้ให้ข่าวของตำรวจว่า ผู้อุทธรณ์ถูกชักจูงให้กระทำความผิด โดยผู้ให้ข่าวได้กระทำการภายใต้คำสั่งตำรวจให้เข้าติดต่อกับผู้อุทธรณ์ในเรื่องจำกับข้อเสนอที่จะปล่อยตัวผู้อุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์ได้เข้าเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานตำรวจ และผู้ซึ่งปลอมตัวเป็นผู้พร้อมและตั้งใจที่ต้องการจะซื้อธนบัตรปลอมของผู้อุทธรณ์ ๗ ได้กระทำผิดดังกล่าวและถูกจับ และถูกพิพากษาถึงที่สุดกับข้อกล่าวหาว่า ได้กระทำความผิดดังกล่าว โดยข้อกล่าวหาที่ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวน่าจะไม่มีเกิดขึ้นหากไม่ใช่เพราะการกระทำของผู้ให้ข่าวและเจ้าพนักงานตำรวจ ทนายได้แนะนำให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะไม่ยอมรับพยานตามคำฟ้องในความคิดที่ถูกก่อขึ้น ศาลได้วินิจฉัยว่าศาลไม่มีดุลพินิจดังกล่าว ผู้อุทธรณ์ได้อุทธรณ์ต่อศาลในประเด็นว่า ศาลมีดุลพินิจที่จะตัดพยานที่ได้รับมาโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ และเพื่อให้มีคำตัดสินว่าผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำความผิด ศาลอุทธรณ์ได้ยกอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์จึงได้อุทธรณ์ต่อ House of Lord

²²⁵ *Teixeira de Castro v. Portugal*, (1998) *C.L.R.*, 751.

²²⁶ *Nottingham City Council V. Amin* (2000) *CLR.P174*.

House of Lord ได้ยกอุทธรณ์เช่นเดียวกันโดยให้เหตุผลว่า

(1)ศาลที่พิจารณาคดีอาญามีหน้าที่ให้หลักประกันว่าจำเลยจะได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมาย โดยศาลมีดุลพินิจที่จะปฏิเสธที่จะไม่รับฟังพยานถ้าเห็นว่าการรับฟังพยานดังกล่าวจะสร้างความเสียหายมากกว่าคุณค่าในเนื้อหาของพยานนั่นเอง(probative value)

(2)ภายใต้การรับฟังพยานหลักฐาน หรือคำรับสารภาพที่ได้มาภายหลังจากที่จำเลยได้กระทำความผิด ศาล ไม่มีดุลพินิจที่จะปฏิเสธไม่รับฟังพยานที่เกี่ยวกับประเด็นในคดี เพียงเพราะว่าพยานนั้นได้มาด้วยวิธีการที่ไม่เหมาะสม หรือไม่เป็นธรรม ศาลไม่พิจารณาว่าพยานนั้นได้มาอย่างไร และไม่อยู่บนพื้นฐานที่จะใช้ดุลพินิจตัดพยาน เพียงเพราะว่าพยานนั้นได้มาจากการกระทำของผู้ล่อให้กระทำความผิด ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเพียงเหตุผลโดยตามคำพิพากษา และอาจเป็นประเด็นทางแพ่ง หรือทางวินัย ตลอดจนการฟ้องคดีให้เจ้าพนักงานตำรวจและผู้ให้ข่าวรับผิดชอบในฐานะตัวการร่วมกันกระทำผิดกับจำเลย ทั้งนี้ข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดไม่ใช่หลักกฎหมายในอังกฤษ ศาลไม่อาจยอมรับโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายวิธีพิจารณาความเพื่อให้ใช้ดุลพินิจตัดพยานการกระทำความผิด

2.คดี R V.Smurthwaite and Gill[1994] 1.All E.R.898

ผู้อุทธรณ์ทั้งสองคดี อันได้แก่Smurthwaite and Gill ซึ่งถูกกล่าวหาว่าใช้ให้ผู้อื่นฆ่าคู่สมรสของผู้อุทธรณ์ ผู้ถูกใช้คือสายลับตำรวจผู้ปลอมตัวเป็นผู้รับจ้างฆ่า ข้อกล่าวหาคือ Smurthwaite ต้องการให้ภริยาของเขาถูกฆ่า เนื่องจากเขาไม่อาจดำเนินชีวิตสมรสต่อไปได้ และเชื่อว่าการดำเนินการหย่าจะเป็นการเปิดเผยฐานะทางการเงินให้ภริยาของเขา แต่จะ 모르ถึงหน่วยงานสรรพากร เขาถูกกล่าวหาว่าเตรียมการจ้างชายสองคนให้ฆ่าภริยาของเขา ซึ่งชายทั้งสองคนนั้นแท้จริงแล้วคือสายลับของตำรวจ ด้วยค่าจ้าง 20,000 ปอนด์ โดยจ่ายครึ่งหนึ่งก่อนลงมือฆ่าและจ่ายอีกครั้ง ภายหลังทำการฆ่าแล้ว Smurthwaite จ่าย 10,000 ปอนด์ ให้กับคนหนึ่งและเขาถูกจับกุมในที่สุด คดีนี้มีกระบวนการติดต่อกันระหว่างสายลับตำรวจกับจำเลย ส่วน Gill ถูกกล่าวหาว่าได้มีการร้องขอให้บุคคลอื่นหาคคนมาฆ่าสามีของเธอ ซึ่งบุคคลนั้นได้แจ้งให้ตำรวจทราบและได้มีการจัดการให้มีการติดต่อกันระหว่าง Gill กับบุคคลนั้น และสายลับตำรวจซึ่งปลอมตัวเป็นผู้รับจ้างฆ่า สายลับตำรวจได้บันทึกเทปลับเป็นครั้งที่สองในการติดต่อกัน

ในการพิจารณาข้อต่อสู้ของผู้อุทธรณ์ ที่ว่าในคดีนี้ผู้รับจ้างฆ่าไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดให้สำเร็จอย่างแท้จริง และผู้อุทธรณ์ถูกข่มขู่ และถูกหลอกลวง โดยแผนของผู้ที่ปลอมเป็นผู้รับจ้างฆ่า Gill ได้เสนอให้ศาลตัดพยานการสนทนาที่ถูกบันทึกเทป ตามมาตรา 78 ของกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 แต่ศาลกลับรับฟังพยานดังกล่าว ภายใต้มาตรา 78 ของกฎหมายดังกล่าวศาลมีดุลพินิจปฏิเสธที่จะไม่รับฟังพยานหลักฐานของโจทก์ ในทุกกรณี รวมถึงวิธีการที่ได้พยานนั้นมา ถ้าการรับฟังพยานดังกล่าวจะเกิดผลเสียต่อความเป็นธรรมในการดำเนิน

กระบวนการพิจารณาของศาล ศาลจะต้องไม่รับฟังพยานดังกล่าว ผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีของ Smurthwaite ก็สั่งรับฟังพยานการสนทนาที่ถูกบันทึกเทป ผู้อุทธรณ์ทั้งสองคนถูกตัดสินว่ามีความผิด พวกเขาได้อุทธรณ์โต้แย้งว่า พยานของโจทก์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการล่อให้กระทำ ความผิด หรือพยานที่ได้มาจากผู้ล่อให้กระทำ ความผิด หรือพยานที่ได้มาจากการใช้กลลวง ควรถูก ตัดโดยศาลผู้พิจารณาคดีภายใต้มาตรา 78 ของกฎหมายดังกล่าว ผู้อุทธรณ์ทั้งสองฟ้องว่าสายลับ ของตำรวจเป็นผู้ล่อให้กระทำ ความผิด เพราะว่าถ้าสายลับตำรวจไม่เข้ามาในเหตุการณ์ ผู้อุทธรณ์ จะไม่มีการจ้างฆ่าภริยาของเขา และการที่สายลับตำรวจปลอมตัวเป็นผู้รับจ้างฆ่าทำให้ได้รับเทป บันทึกดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานด้วยวิธีการล่อให้กระทำ ความผิด หรือได้ไปโดยกลลวง

ศาลได้มีคำตัดสินว่า ผู้พิพากษาไม่มีดุลพินิจที่จะตัดพยาน เพียงเพราะว่ามันได้มาอย่างไม่ เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม และวัตถุประสงค์ของมาตรา 78 ของกฎหมายดังกล่าวที่ว่าพยานของ โจทก์อาจถูกตัดได้นั้น จะต้องไม่ไปเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายสารบัญญัติด้วย ซึ่งในกรณีของการ ล่อให้กระทำ ความผิด หรือการใช้ผู้ล่อให้กระทำ ความผิดไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมาย ตามข้อ กล่าวหาทางอาญา อย่างไรก็ตามหากศาลได้พิจารณาว่าในทุกกรณีของการ ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ในวิธีการนั้นน่าจะเกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีแล้ว ศาลต้องไม่รับฟัง พยานนั้น ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ผู้อุทธรณ์จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าหากไม่มีการกระทำของ สายลับตำรวจที่กลายมาเป็นผู้ล่อให้กระทำ ความผิดแล้ว ผู้อุทธรณ์จะไม่มีการจ้างฆ่าคู่สมรสของ พวกเขา และข้อเท็จจริงที่ได้จากการบันทึกเทปในแต่ละคดีนั้นถูกต้อง และเทปบันทึกความผิดที่ ถูกกระทำอย่างแท้จริงนั้น ไม่ได้ถูกคัดค้านในเรื่องความถูกต้องแท้จริงแต่ประการใด พยาน ดังกล่าวจึงรับฟังได้ และศาลได้ยกฟ้องอุทธรณ์ดังกล่าว

3.คดี R V.Latif and Shazad [1996] 1.All E.R.353

ผู้อุทธรณ์คนแรกคือ Shazad ได้รับการติดต่อจาก H เจ้าของร้านในปากีสถานซึ่งอ้างว่ารู้จัก กับผู้ขนส่งเฮโรอีนในท้องถิ่น และเขายังเป็นผู้ให้ข่าวของหน่วยงานปราบปรามยาเสพติดของสหรัฐ H ได้เสนอให้มีการขนส่งยาเสพติดออกนอกประเทศ 20 กิโลกรัมไปยังอังกฤษ โดย Shazad จะต้องส่งเฮโรอีนไปให้ H ที่ปากีสถาน และ H จะจัดการเรื่องการขนส่งต่อไปยังลอนดอนและเขาจะ รอรับเฮโรอีนที่นั่น โดยจะส่งต่อไปให้ Shazad เพื่อนำไปจำหน่ายต่อไป H ได้ติดต่อกับเจ้าพนักงาน ยาเสพติดในอังกฤษผู้ซึ่งจะจัดการให้เจ้าพนักงานศุลกากรของอังกฤษยอมรับการขนส่งจาก H เข้า มาในอังกฤษ H ได้เดินทางมายังลอนดอนและได้ชักชวนให้ Shazad เดินทางเข้ามาในลอนดอนเพื่อ รับเฮโรอีนไปจำหน่าย เนื่องจากเฮโรอีนได้มาถึงอย่างปลอดภัยแล้ว Shazad จึงเดินทางมาลอนดอน พร้อมกับจำเลยคนที่สองคือ Latif ได้มาพบกับ H เพื่อรับยาเสพติดและจ่ายเงินค่ายาเสพติด ดังกล่าว โดยเจ้าพนักงานศุลกากรได้แสวงหาเป็นผู้แทนของ H โดยได้มาพบกับจำเลยทั้งสองและส่ง กระเป๋าใบที่เหมือนเคยใส่เฮโรอีนในครั้งแรกให้ Shazad และเขาก็ถูกจับกุมพร้อมกับ Latif ในทันที

จำเลยถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับการหลบเลี่ยงการห้ามการขนส่งยาเสพติดที่ถูกควบคุม อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 170(2) ของกฎหมาย the Custom and the Excis Management Act 1979

ในการพิจารณาคดีศาลไม่เห็นด้วยในประเด็นที่จำเลยเสนอคือ 1) กระบวนพิจารณาถูกใช้ไปในทางมิชอบ (abuse of process) และควรที่จะหยุดกระบวนพิจารณา(stayed) โดยเหตุที่มีการก่อให้เกิด Shabzad กระทำความผิด โดยการใช้อุบายของ H และเจ้าพนักงานศุลกากรผู้ซึ่งล่อให้เขาเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจของศาล 2) จากพยานของโจทก์ จำเลยไม่มีความผิดตามข้อกล่าวหา

จำเลยทั้งสองถูกตัดสินและจำเลยได้อุทธรณ์ไปยัง House of Lords ซึ่งได้มีคำสั่งยกอุทธรณ์โดยเหตุผลดังนี้

1) จำเลยถูกวางกับดักโดยการหลอกลวงของตำรวจหรือเจ้าพนักงานศุลกากรให้เขากระทำความผิด ซึ่งหากไม่มีการกระทำดังกล่าวเขาจะไม่กระทำความผิดนั้น ศาลผู้พิจารณาคดีต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของรัฐในการทำให้แน่ใจว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาที่สำคัญ ควรได้รับการพิจารณา และผลประโยชน์ของรัฐในการที่ศาลจะต้องใช้วิธีการที่เหมาะสมโดยใช้ดุลพินิจตัดสินว่ามีการใช้กระบวนพิจารณาไปในทางมิชอบหรือไม่ และมีความจำเป็นต้องให้หยุดกระบวนพิจารณาหรือไม่ ในทางข้อเท็จจริงศาลไม่ได้พิจารณาคดีพลาดในการปฏิเสธที่จะให้มีการหยุดการพิจารณาคดีลง โดยเหตุที่ได้มีการตรวจสอบพิจารณาประเด็นในคดี ซึ่งศาลได้พิจารณาแล้ว Shabzad เป็นผู้หนึ่งในการค้าเฮโรอีน ผู้ซึ่งยอมรับมาแต่แรกในข้อเสนอลี้ภัยให้มีการส่งยาเสพติดออกนอกประเทศ และการกระทำของเจ้าพนักงานศุลกากรไม่ใช่สิ่งที่ไม่คุ้มค่าหรือน่าละอายแต่ประการใด จึงมีความเป็นธรรมต่อสังคมที่จะให้การฟ้องคดียังคงดำเนินต่อไป

2) ถึงแม้ Shabzad จะไม่ได้กระทำความผิดด้วยการหลบเลี่ยงการขนส่งยาเสพติดออกนอกประเทศเสียทั้งหมด ตามมาตรา 170(2) ของกฎหมายดังกล่าว แต่มันเป็นที่ชัดเจนว่าเขาได้พยายามกระทำความผิดด้วยการหลบเลี่ยงถึงสองครั้ง ครั้งแรกในปากีสถานซึ่ง Shabzad ส่งเฮโรอีนให้ H เพื่อส่งต่อไปยังอังกฤษ ซึ่งไม่มีเจ้าพนักงานศุลกากรมาบังคับการกระทำที่แสดงถึงความเป็นอาชญากรของ Shabzad และครั้งที่สองในลอนดอนที่เขาพยายามรวบรวมเฮโรอีนจาก H เพื่อจำหน่ายในอังกฤษ จึงเป็นการเพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ว่า Shabzad มีเจตนาที่จะกระทำความผิดอย่างสมบูรณ์ โดยเหตุที่ความผิดตามมาตรา 170(2) ของกฎหมายดังกล่าว เอาผิดทั้งการหลบเลี่ยงหรือพยายามหลบเลี่ยง Shabzad จึงมีความผิดตามกฎหมายดังกล่าว

4. คดี Nottingham City Council V. Amin (15 กันยายน 1999) CLR.P174-177 March 2000

ในคดีนี้ จำเลยได้รับอนุญาตให้ขับรถแท็กซี่แต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ขับในพื้นที่ Nottingham และได้หยุดรับสายดับตำรวจ 2 คน ขึ้นรถ เนื่องจากรถของเขาทั้ง 2 คน เสียอยู่ในพื้นที่ Nottingham โดยได้รับค่าโดยสารเพื่อส่งคนทั้งสองไปยังที่หมายของเขา ซึ่งอยู่ในพื้นที่ Nottingham เขาถูกกล่าวหาเกี่ยวกับการรับจ้าง โดยปราศจากการได้รับอนุญาตในพื้นที่ดังกล่าว ตามมาตรา 45 ของกฎหมาย

The Town police Clauses Act 1847 ในการพิจารณาคดีศาลเมยิสเตรดได้อธิบายว่าการกระทำดังกล่าวของสายลับทั้งสองถือเป็น ผู้ล่อให้กระทำความผิด (agent provocateurs) และโดยเหตุที่ข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดไม่ใช่ข้อต่อสู้ทางกฎหมายสารบัญญัติในอังกฤษ ศาลจึงได้พิพากษายกฟ้องเนื่องจากพยานของโจทก์ถูกตัดตาม มาตรา 78 ของกฎหมาย The Police and criminal Evidence Act 1984 เนื่องจากการรับฟังพยานดังกล่าวจะทำให้เกิดผลเสียต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี และยังเป็น การเคารพต่อคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและเพื่อสนับสนุน the Human Rights Act 1998 ที่จะมีผลบังคับใช้ในเดือนตุลาคม ปี 2000

2.3.1.3 กฎหมายออสเตรเลีย

การพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการล่อให้กระทำความผิดในออสเตรเลียได้มีพัฒนาการทั้งหมด 3 ช่วงด้วยกัน คือ 1. การพิจารณาปัญหาการล่อให้กระทำความผิดก่อนที่จะเกิดคดี Ridgeway 2. การพิจารณาปัญหาการล่อให้กระทำความผิดในคำตัดสินในคดี Ridgeway 3. การพิจารณาปัญหาการล่อให้กระทำความผิดภายหลังคดี Ridgeway²²⁷

1. การพิจารณาปัญหาการล่อให้กระทำความผิดก่อนที่จะเกิดคดี Ridgeway

แนวทางแก้ไขปัญหา Entrapment ในออสเตรเลีย ไม่มีศาลมตรัฐโดยยอมรับว่ามีข้อต่อสู้ Entrapment ในทางสารบัญญัติ แต่กลับมีความเห็นว่าพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดอาจนำไปสู่การลดโทษตามคำพิพากษาได้²²⁸ แต่โดยส่วนใหญ่ยังคงใช้บทตัดพยานที่เจ้าพนักงานได้มาโดยไม่ชอบหรือไม่เหมาะสม อันเป็นการใช้ดุลพินิจอันเนื่องมาจากรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) ซึ่งเดินตามคดี Bunning v. Cross²²⁹ เว้นแต่ในรัฐ New South Wales ในคดี Entrapment อาจอ้างหลักกฎหมาย Abuse of Process เพื่อหยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีลงได้ (stay of proceedings)²³⁰

ในแง่ของวิธีการพิสูจน์ Entrapment เนื่องจากศาลในมตรัฐส่วนใหญ่กำหนดความหมายของ Entrapment ตามแนวคิดอัตตะวิสัย (Subjective) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของสหรัฐ จึงได้

²²⁷ Mike Bartlett, Police Entrapment (1996) <http://www.law.anu.edu.au/criminet/barlett.html>
13-oct-97

²²⁸ Wendy Harris, "Entrapment," *Criminal Law Journal* Vol. 18 (August 1994): 206.

²²⁹ *Bunning v. Cross* 71 (1978) 141 CLR 54

²³⁰ *R. v. Hsing* (1991) 25 NSWLR 685.

ยอมรับการพิสูจน์ตามวิธีการอัตตะวิสัย(Subjective test)²³¹ โดยพิจารณาที่เจตนาในการกระทำ ความผิดมาแต่แรกของจำเลย(Predisposition) ทั้งนี้ ในแง่การพิสูจน์ออสเตรเลียไม่ได้รับ อิทธิพลจากสหรัฐมาด้วย กล่าวคือ จำเลยยังคงมีการพิสูจน์ว่าขาดเจตนาในการกระทำ ความผิดมาแต่แรก(Predisposition)²³² อย่างไรก็ตาม แม้ศาลมลรัฐส่วนใหญ่ยอมรับวิธี (Subjective test) แต่ก็ยังคงเคยมีการนำวิธีการภาวะวิสัย(Objective test)มาใช้ปะปนกันอยู่²³³ นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Samuels JA. มีความเห็นว่าศาล the New South Wales Court of Criminal Appeal ใช้ทั้ง วิธีการอัตตะวิสัย(Subjective Approach) และหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ(Abuse of Process)²³⁴

2. การพิจารณาปัญหาการก่อให้เกิดความผิดในคำตัดสินในคดีRidgeway²³⁵

ในคดีนี้จำเลยขนส่งเฮโรอีนเข้าประเทศออสเตรเลีย โดยได้รับการติดต่อจากอดีตเพื่อนร่วมเรือนจำ ซึ่งเขาเป็นสายให้กับตำรวจ โดยได้รับความร่วมมือระหว่างตำรวจมาเลเซียและตำรวจของรัฐบาลกลางออสเตรเลีย(AFP)ในการปล่อยให้มีการขนส่งยาเสพติดข้ามประเทศภายใต้การควบคุม(controlled delivery)ซึ่งยังวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในขณะนั้น ภายหลังจากขนส่ง จำเลยได้ถูกจับกุมตามพระราชบัญญัติศุลกากร มาตรา233B(1)(c) กับฐานเป็นเจ้าของยาเสพติดที่ นำเข้าผิดกฎหมาย จำเลยถูกพิพากษาลงโทษในศาลล่าง แต่ในศาลสูงได้ยกคำพิพากษาดังกล่าวและสั่งหยุดกระบวนการอันเนื่องมาจากพยานที่สำคัญถูกตัด โดยผู้พิพากษา 5 ท่านใช้หลักกฎหมายในเรื่องบทตัดพยาน ผู้พิพากษาอีก3 ท่านเห็นควรสั่งให้หยุดการดำเนินกระบวนการ ตามหลักAbuse of Process และผู้พิพากษาอีก 2 ท่านเห็นควรพิพากษาปล่อยตัวจำเลย ผลของคดีนี้ได้วางหลักเกณฑ์ในคดีEntrapmentซึ่งต่างจากคดีที่เคยผ่านมา กล่าวคือ 1.คดีนี้ยืนยันว่าไม่มีข้อต่อสู้Entrapmentในทางสารบัญญัติ 2.คดีนี้ยืนยันที่จะใช้บทตัดพยานในคดีEntrapment อันเนื่องมาจากรัฐประศาสน์นโยบาย ที่ศาลจะต้องคุ้มครองความบริสุทธิ์ยุติธรรมของกระบวนการ พิพากษา3.Predisposition ของจำเลยไม่เป็นประเด็นสำคัญในคดีอีกต่อไป โดยเป็นเพียงปัจจัยหนึ่ง

²³¹ วิธีการนี้ได้รับการยอมรับจากรัฐNew South Wales ในคดีHsing(1991)25NSWLR685 และในคดี Thompson(1991)58 Acrim R 451 มีเพียงคดี Emanuele v.Dau (1995)78 Acrim R 242เท่านั้นที่ใช้วิธี Objective Test

²³² Wendy Harris, "Entrapment," *Criminal Law Journal* Vol.18 (August 1994):214; Sloane(1990)49Acrim 270

²³³ Vuckov and Romeo(1986)40SASR498.

²³⁴ R.v.Thompson(1992)58 AcrimR451

²³⁵ Ridgeway v.The Queen (1995)129ALR41 ;(1995)69ALJR 484

ในการชี้แจงนำหน้าพนักงานของศาลเท่านั้น 4. ในคดีนี้หันมาใช้วิธีพิจารณาที่การกระทำอันไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน

3. การพิจารณาปัญหาการล่อให้กระทำความผิดภายหลังคดีRidgeway

ภายหลังคดีRidgeway ศาลกลับเริ่มมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนการใช้วิธีสืบสวนของเจ้าพนักงานเพื่อปราบปรามคดียาเสพติดมากขึ้น ในที่สุดรัฐสภาของรัฐSouth Australian ได้ออกกฎหมาย the Criminal Law(Undercover Operations)Act1995(SA) และรัฐบาล Commonwealth ได้ออกกฎหมาย the Criminal Amendent(Controlled Operation)Act 1996(Cth) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเว้นความรับผิดของเจ้าพนักงานในการใช้วิธีสืบสวนคดีอาญาโดยวิธีการควบคุมการขนส่งยาเสพติด เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานการกระทำความผิด โดยจะต้องไม่เป็นการวางกับดักให้จำเลยกระทำความผิด ซึ่งจำเลยจะไม่กระทำความผิดนั้นเลย หากไม่มีการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นการใช้วิธีทดสอบEntrapment ด้วยวิธี Subjective test นั้นเอง ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่า กฎหมายดังกล่าวเพียงแก่กันเจ้าพนักงานออกจากความรับผิดทางอาญา แต่ไม่ได้ควบคุมอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน

นอกจากนี้ ภายหลังจากคดีRidgeway ศาลยังคงพิจารณาPredispositionของจำเลยในคดีEntrapment เช่นเดียวกับที่เคยพิจารณาก่อนคดี Ridgeway เช่น คดีMedina v.R Sup Crt of WA CCA,unreported 16 october 1995 และคดีR v.Dumas Sup Crt of NSW CCA,unreported 20 november1995.

กล่าวโดยสรุป ในปัจจุบันศาลออสเตรเลียยังคงใช้วิธีการตัดพยาน(Exclusion of Evidence)

กับEntrapment เป็นหลัก ในขณะที่ นักกฎหมาย และผู้พิพากษาหลายท่านเริ่มยอมรับกันว่าควรนำหลักกฎหมายในเรื่องการใช้กระบวนการพิจารณา ของศาลไปในทางมิชอบ(Abuse of Process)มาปรับใช้ในคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิดได้ด้วย โดยถือว่าEntrapment เป็นการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ ซึ่งศาลมีดุลพินิจที่จะหยุดการพิจารณาคดีลงได้ (stay of proceeding)²³⁶

ตัวอย่างคำพิพากษาในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในประเทศออสเตรเลีย

คดี Ridgeway V.The Queen [F.C. NO.95/016(1995)129ALR 41(1995)69 ALJR 484]

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า จำเลยและชายที่ชื่อว่า ที เคยถูกจำคุกด้วยกันใน South Australia ระหว่างปี 1985 ถึงปี 1987 ทั้งสองคนถูกพิพากษาในความผิดที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด เขาถูกปล่อยจากคุกในเดือนสิงหาคม ปี 1987 ทีได้มาอยู่ที่มาเลเซีย โดยมาเป็นผู้ให้ข่าวของกรมตำรวจมาเลเซีย จำเลยได้รับการปล่อยตัวโดยมีทัณฑ์บน ในเดือนกุมภาพันธ์ ปี1989 หลังจากนั้นอีกครั้งปี

²³⁶ Wendy Harris, "Entrapment," *Criminal Law Journal* Vol.18 (August 1994):210-212.

จำเลยไม่รู้ว่า ลีทำงานให้กับกรมตำรวจของมาเลเซีย จำเลยได้ติดต่อลีเพื่อซื้อเฮโรอีนเพื่อขนส่งเข้ามาขายในออสเตรเลีย ในระหว่างนั้น จำเลยได้ละเมิดเงื่อนไขทัณฑ์บน และได้ใช้พาสปอร์ตของพี่ชายโดยเดินทางไปสิงคโปร์ 2 ครั้งเพื่อติดต่อกับ ลี ในการติดต่อกับจำเลยครั้งนี้ ลีได้ร่วมมือกับซุง เจ้าหน้าที่ของกรมตำรวจมาเลเซีย และบัทเลอร์เจ้าหน้าที่ตำรวจออสเตรเลียในมาเลเซีย โดยข่าวสารต่างๆ ได้รับจากซุง ผ่านทางลีและส่งต่อไปให้ บัทเลอร์ ถ้าลีไม่สามารถจัดการเรื่องขนส่งยาเสพติดได้ จำเลยน่าจะติดต่อบุคคลอื่นแทน ทั้งนี้ ตำรวจออสเตรเลียได้ติดต่อกับตำรวจมาเลเซียในการควบคุมการขนส่งเฮโรอีน โดยเริ่มที่ลีเป็นผู้ซื้อเฮโรอีนในมาเลเซีย โดยได้รับความร่วมมือจากซุง เงินที่ใช้ในการซื้ออย่างน้อยบางส่วนได้รับจากจำเลยในการพบกันที่สิงคโปร์ โดยซุงเป็นคนเก็บเฮโรอีนไว้แล้วได้ติดต่อกับตำรวจสิงคโปร์ ซุงเดินทางไปสิงคโปร์พร้อมกับเฮโรอีนเขาได้ร่วมมือกับลี โดยเก็บเฮโรอีนไว้ที่ตำรวจสิงคโปร์ ต่อมาเฮโรอีนได้ถูกส่งคืนซุงเพื่อร่วมมือกับลีในการส่งไปออสเตรเลีย ลีและซุงได้รับวีซ่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงของออสเตรเลียในมาเลเซีย เพื่อใช้ในปฏิบัติการควบคุมการขนส่งเฮโรอีนไปออสเตรเลียโดยได้รับความร่วมมือจากกรมตำรวจมาเลเซีย ซึ่งสามารถผ่านด่านศุลกากรของทั้งสองประเทศเนื่องจากได้รับความร่วมมือเพื่อให้อปฏิบัติการ ดังกล่าวสำเร็จ จำเลยได้ถูกเฝ้าติดตามจากตำรวจออสเตรเลีย ลีพบจำเลยหลายครั้งเพื่อเสนอตัวอย่างเฮโรอีน ในวันที่ 31 ธันวาคม 1989 จำเลยได้เปิดห้องที่โรงแรมเพื่อพบกับลีและซุง ในเวลาอันสั้น ได้มีคนที่เป็นสายของตำรวจเข้ามาในห้องถือกระเป๋ากล้องถ่ายรูปบรรจุเฮโรอีน 203 กรัม และจำเลยได้จ่ายเงินสดไป 9000 เหรียญเพื่อซื้อเฮโรอีน ลีได้รับรางวัลตอบแทนจากการปฏิบัติงานครั้งนี้ของเขาถึง 9000 เหรียญ ในข้อกฎหมายการขนส่งเฮโรอีนเป็นการละเมิดมาตรา 233B(1)(b)ของพ.ร.บ.ศุลกากร ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลใดผู้ขนส่งของต้องห้ามมายังออสเตรเลียที่ ซึ่งมาตรา 233B บัญญัติเป็นความผิด และคนที่ทำผิดกฎหมายนี้คือซุง ซึ่งในความเป็นจริงการขนส่งครั้งนี้เกิดจากความร่วมมือของเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูง ซึ่งก็เป็นความผิดตามมาตรา 233B(1)(d)ที่เอาผิดกับผู้ให้ความช่วยเหลือในการกระทำความผิดด้วย และจำเลยได้ถูกจับกุม ในฐานะมีสิ่งของผิดกฎหมายที่ได้จากการขนส่งเข้ามาในออสเตรเลีย ตามมาตรา 233B(1)(c) จำเลยถูกศาลชั้นต้นและอุทธรณ์พิพากษาลงโทษ จำเลยได้อุทธรณ์ต่อศาลสูง และศาลสูงได้ยกคำพิพากษาของศาลล่าง และมีคำสั่งให้หยุดกระบวนการพิจารณาลง โดยผู้พิพากษาศาลสูง 5 ท่าน ได้ตัดพยานที่ได้มาจากการขนส่งที่ผิดกฎหมาย บนพื้นฐานนโยบายของรัฐ เพราะพยานได้มาจากการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายจากการกระทำของตำรวจ ผู้พิพากษาอีก 3 ท่าน สั่งให้หยุดกระบวนการพิจารณาลง และอีก 2 ท่านสั่งปล่อยตัวจำเลยเพราะกระบวนการพิจารณจะต้องหยุดลงเนื่องจากขาดพยานที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งผิดกฎหมาย และผู้พิพากษา กาดอน สั่งให้หยุดกระบวนการพิจารณาเพราะ การกระทำความผิดของจำเลยเป็นผลมาจากการกระทำผิดอาญาของเจ้าพนักงานตำรวจออสเตรเลีย ซึ่งศาลได้ยืนยันว่าไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการขอให้กระทำความผิดในทางสารบัญญัติ แต่มีประเด็นต้องพิจารณาว่า ควรใช้บทตัดพยานหรือใช้หลักการใช้กระบวนการพิจารณาศาลไปในทางมิชอบ ซึ่งผลของคดีนี้ศาล

เลือกใช้บทตัดพยานและได้สั่งหยุดกระบวนการพิจารณาคดีลงเนื่องมาจากขาดพยานชิ้นสำคัญในการรับฟังพิพากษาลงโทษจำเลย

2.3.1.4 กฎหมายแคนาดา²³⁷

ในแคนาดาและในประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ศาลได้ยอมรับการใช้ยุทธศาสตร์ของตำรวจในการสืบสวนอาชญากรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับอาชญากรรมที่เกิดจากความยินยอม หรือที่เรียกว่าอาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ (Crimes with out victim) เนื่องจากขาดการร้องทุกข์ของเหยื่อ หรือจากผู้อื่นในสังคม ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะได้พยานในวิธีการปรกติจาก การบังคับใช้กฎหมายและการสืบสวนอาชญากรรม เป็นผลให้ตำรวจต้องใช้วิธีการลงในการสืบสวน ซึ่งวิธีการนี้อาจใช้ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันมันก็ถูกใช้ไปในทางมิชอบได้ง่าย²³⁸ ผลที่ตามมาคือ การใช้ยุทธวิธีของตำรวจ และปฏิบัติการของสายลับ ในการวางกับดักโดยการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีเจตนาในการกระทำความผิดได้กระทำความผิดนั้นออกมา ซึ่งเป็นวิธีการสืบสวน ที่ได้รับการยอมรับแต่ปฏิบัติการที่ยุ้งยากนี้ได้กลายมาเป็นการก่ออาชญากรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับ บุคคลซึ่งไม่น่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมดังกล่าว จึงได้เกิดประเด็นคำถามในเรื่องการล่อให้ กระทำความผิดเกิดขึ้น²³⁹

ในทางวิชาการได้มีการกล่าวถึง “การล่อให้กระทำความผิด”(ENTRAPMENT) ไว้ว่า การใช้ ผู้ให้ข่าว หรือตัวแทนสายลับตำรวจ ได้รับการยอมรับ ถ้าเจ้าพนักงานตำรวจใช้เพื่อการสืบสวน อาชญากรรม เช่นการเฝ้าสะกดรอย หรือการเฝ้าในจุดที่เกิดการกระทำความผิด หรือการปลอมตัวเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิด ซึ่งการกระทำนั้นเป็นเพียงกับดักที่ตัวแทนของรัฐเปิดโอกาสให้ บุคคลกระทำความผิดออกมา แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือเจ้าพนักงานตำรวจมีเหตุอันควรสงสัยต่อบุคคล ที่เป็นเป้าหมายหรือไม่ หรือบุคคลนั้นมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ และโดยสภาพและขอบเขตของวิธีการดังกล่าวของตำรวจก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่ แต่สิ่งที่ไม่พึงประสงค์ คือการกระทำของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายได้ข้ามเส้นแบ่งจากการสืบสวน อาชญากรรมไปสู่การสร้างหรือการล่อให้เกิดอาชญากรรม ซึ่งรูปแบบวิธีการนี้ถูกเรียกรวมกันว่าเป็นผู้

²³⁷ Micheal Stober, “Persistent Importuning for a Defence of Entrapment,” Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988):290-348.

²³⁸ Martin L.Friedland, “Controlling the Administrators of Criminal Justice,” Criminal Law Quarterly Vol.31, No.3 (June 1989):280-317.

²³⁹ Micheal Stober, “Persistent Importuning for a Defence of Entrapment,” Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988):402.

ล่อให้กระทำความผิด(agent provocateur)²⁴⁰ อาจกล่าวได้ว่าการล่อให้กระทำความผิดของตำรวจมีส่วนทำให้เกิดอาชญากรรม ซึ่งเป็นวิธีการตรงข้ามกับการใช้เทคนิคในการสืบสวนอาชญากรรมวิธีการอื่นของตำรวจ ซึ่งใช้ภายหลังเมื่อได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว²⁴¹

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรม กับการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำที่เกินกว่าเหตุของตำรวจ ด้วยการกำหนดมาตรการในการควบคุมการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งมาตรการทั่วไปได้แก่ การลดโทษตามคำพิพากษาแก่ผู้กระทำความผิด หรือความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งของผู้ล่อให้กระทำความผิด และการตรวจสอบเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดด้วยการวางระเบียบวินัยในทางบริหาร โดยมีคณะกรรมการตรวจสอบ ซึ่งยังไม่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ และเป็นการช่วยเหลือจำเลยที่ถูกตัดสินได้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้น มาตรการควบคุมที่มีประสิทธิภาพจะต้องสามารถสกัดกั้นความตั้งใจของตำรวจในการล่อให้กระทำความผิด เพื่อให้จำเลยถูกพิพากษาลงโทษ โดยศาลอาจจะใช้วิธีการตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด การหยุดกระบวนการพิจารณาคดี หรือการพิพากษาปล่อยตัวจำเลย อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้เกิดความไม่ชัดเจนในทางกฎหมาย ศาลจะต้องกำหนดวิธีการที่จะนำมาใช้ให้ถูกต้องตรงกัน และภายใต้พื้นฐานทางกฎหมายที่มีใช้อยู่²⁴² ศาลแคนาดาได้เคยพิจารณากับข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดมานานแล้ว²⁴³ บางครั้งปฏิเสธข้อต่อสู้ดังกล่าว บางครั้งก็ยอมรับ ในขณะที่บางครั้งศาลก็เลี่ยงไปพิจารณาในประเด็นอื่น

ในที่สุดศาลแคนาดาก็ได้สร้างข้อต่อสู้ขึ้น²⁴⁴ ซึ่งข้อต่อสู้นี้ไม่อยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่มีการแนะนำให้มีการออกกฎหมายบัญญัติให้เป็นข้อต่อสู้ แต่ผู้บัญญัติกฎหมายไม่เคยได้ออกกฎหมายดังกล่าว²⁴⁵

²⁴⁰ Micheal Stober, "The Limits of Police Provocation in Canada," Criminal Law Quarterly Vol.34, No.3 (May 1992):294.

²⁴¹ Ibid., p.295.

²⁴² Micheal Stober, "Persistent Importuning for a Defence of Entrapment," Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988):403.

²⁴³ R v Kirzner (1977) 38 C.C.C. (2d) 131 ศาลสูงสุดของแคนาดาได้กล่าวถึงปัญหาการล่อให้กระทำความผิดไว้ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงานตำรวจเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการที่เกินไปกว่าการชักชวนหรือการใช้เหยื่อล่อ ถึงขนาดสร้างแผนการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น เพื่อที่จะฟ้องร้องจับกุมบุคคลนั้น ในสถานการณ์เช่นนี้เหมาะสมที่จะเรียกว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น และต้องพิจารณาผลของการฟ้องบุคคลที่ถูกนำเข้ามาสู่การกระทำความผิดนี้

²⁴⁴ R v. Mack (1985) 23 C.C.C.(3d)421.; R v. Barnes (1991), 63 C.C.C.(3d)1.

ทั้งนี้ แนวคิดต่อการแก้ไขปัญหาค่าธรรมเนียมศาลแตกต่างกันไป จากกฎหมายสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ โดยมีความเห็นว่าการนำหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ น่าจะเป็นหลักการที่เหมาะสมในการนำมาใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าว กล่าวคือ ประเทศแคนาดาไม่มีข้อต่อสู้ในทางสารบัญญัติในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด มีแต่หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) และศาลสามารถมีคำสั่งให้หยุดการพิจารณาคดีลงได้ (Stay of the proceeding) บนพื้นฐานที่ว่าถ้าปล่อยให้โจทก์ใช้กระบวนการพิจารณาของศาลต่อไปแล้วน่าจะทำให้การบริหารงานยุติธรรมทางอาญาเสียชื่อเสียง ดังนั้นจึงต้องรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา²⁴⁶ ซึ่งศาลยอมรับที่จะใช้วิธีการภาวะวิสัย (Objective) โดยพิจารณาเฉพาะการกระทำของตำรวจตามลำพัง²⁴⁷ โดยเจตนาในการกระทำความผิดที่มีมาแต่แรกของจำเลย (predisposition) ไม่ถูกกำหนดเป็นประเด็นในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด²⁴⁸ เพียงแต่อาจถูกนำมาพิจารณาเพื่อชี้ให้เห็นถึงระดับการรุกร้าวของตำรวจ เช่นเดียวกับการกระทำอื่นๆของจำเลย²⁴⁹

กล่าวโดยสรุป ศาลถือว่าการล่อให้กระทำความผิดไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ที่มีในกฎหมายมาแต่ดั้งเดิม แต่เข้าลักษณะเป็นการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (abuse of process) โดยมีผลให้ศาลต้องหยุดกระบวนการพิจารณาลง (stay of proceeding) ดังนั้น หลักกฎหมายในเรื่องการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ จึงถือเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด (the defence of entrapment) ในแคนาดา²⁵⁰ ซึ่งการที่จะยกข้อต่อสู้นี้ได้ต้องเป็นคดีที่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจน (clearest of cases)²⁵¹ ว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น

²⁴⁵ Micheal Stober, "Persistent Importuning for a Defence of Entrapment," Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988): 401.

²⁴⁶ W G Roser, "Entrapment: Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system?", Australian Law Journal vol.67, no.10 (october 1993): 733-734.

²⁴⁷ Micheal Stober, "The Limits of Police Provocation in Canada," Criminal Law Quarterly Vol.34, No.3 (May 1992): 306.

²⁴⁸ Micheal Stober, "Persistent Importuning for a Defence of Entrapment," Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988): 411.

²⁴⁹ Micheal Stober, "The Limits of Police Provocation in Canada," Criminal Law Quarterly Vol.34, No.3 (May 1992): 298.

²⁵⁰ Micheal Stober, "Persistent Importuning for a Defence of Entrapment," Mc Gill Law Journal Vol.33, No.2 (march 1988): 410-413. ในทางวิชาการนักกฎหมายแคนาดาท่านนี้มี

ตัวอย่างคำพิพากษาคดีล่อให้กระทำความผิดในประเทศแคนาดา

1.คดี R. V. Mack 2 S.C.R.[1988]

ในการพิจารณาคดีนี้ จำเลยถูกกล่าวหาในข้อหาเมียเสพย์ติดเพื่อจำหน่าย จำเลยได้ขอให้หยุดกระบวนการพิจารณาเนื่องมาจากการล่อให้กระทำความผิด พยานของเขาชี้ให้เห็นว่าเขาได้ปฏิเสธวิธีการที่ผู้ให้ข่าวของตำรวจใช้นานกว่า 6 เดือน และเขาถูกชักจูงให้ขายยาเสพย์ติดของเขา เพราะความไม่ละความพยายามของผู้ให้ข่าว ด้วยวิธีการข่มขู่และชักจูงด้วยเงินจำนวนมาก จำเลยเคยติดยา แต่เขาได้เลิกใช้ยาเสพย์ติดแล้ว คำร้องขอให้หยุดการพิจารณาคดีของจำเลยถูกปฏิเสธในศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ได้ยกคำขออุทธรณ์ของจำเลย แต่ศาลสูงสุดได้ยอมรับอุทธรณ์ของจำเลย และได้วางหลักไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อ (ก) เจ้าหน้าที่ได้เสนอโอกาสให้บุคคลกระทำความผิดโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดแล้ว หรือใช้วิธีการสืบสวนที่ไม่สุจริตและ (ข)ถึงแม้ว่าจะมีเหตุอันควรสงสัย หรือใช้วิธีการสืบสวนโดยสุจริตก็ตาม แต่ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการที่เกินเลยไปกว่าการเปิดโอกาสและชักจูงให้กระทำความผิด หลักในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความน่าตำหนิและไม่ควรมุ่งพิจารณาที่ผลของการกระทำของตำรวจที่มีต่อเจตนาของจำเลย แต่ควรพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของการกระทำของตำรวจและตัวแทนของเขา ส่วนเจตนาที่จะกระทำความผิด(predisposition) ทั้งในอดีตและปัจจุบันหรือเหตุอันควรสงสัยว่าจะกระทำความผิดของจำเลย เป็นเพียงประเด็นเดียวในการตัดสินใจว่าการเปิดโอกาสให้กระทำความผิดของตำรวจมีความเหมาะสมหรือไม่ โดยต้องพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกันระหว่างการกระทำในอดีตของจำเลยกับวิธีการเปิดโอกาสให้กระทำความผิดของตำรวจว่าความสงสัยของตำรวจมีเหตุผลหรือไม่ แต่ประเด็นที่สำคัญกว่านั้นคือ

ความเห็นว่าหลักกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด มีอยู่ 3 เรื่องคือ

1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8(3) กำหนดให้นำข้อต่อสู้ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (the substantial common law defence) มาใช้เพื่อปล่อยตัวผู้กระทำความผิด

2) การใช้หลักกฎหมายในเรื่องการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (abuse of process) โดยมีผลให้ศาลต้องหยุดกระบวนการลง(stay of proceeding) และ

3) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา(the charter of rights and freedoms.) มาตรา 7 และมาตรา 24 โดยถือว่าEntrapment เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองตามกฎบัตรนี้ อันได้แก่ สิทธิของบุคคลที่จะมีชีวิต เสรีภาพ และความปลอดภัย จะต้องไม่ถูกละเมิดซึ่งแก้ไขได้โดยใช้วิธีการตัดพยาน หรือให้ศาลต้องหยุดกระบวนการลง

²⁵¹ R v. Jewitt(1985),21,C.C.C.3d7

ความไม่มีอยู่ของเหตุอันควรสงสัยหรือการสืบสวนโดยสุจริตของตำรวจ เพราะมันเป็นความเสี่ยงที่ตำรวจจะจู่โจมประชาชนที่บริสุทธิ์และเพราะมันเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมในการใช้อำนาจของตำรวจในการสุ่มทดสอบศีลธรรมของประชาชน และถึงแม้ตำรวจจะมีเหตุอันควรสงสัยหรือใช้วิธีการสืบสวนโดยสุจริตก็ตาม ก็จะต้องไม่ใช้วิธีการที่เกินเลยไปกว่าการเปิดโอกาสให้กระทำความคิดเท่านั้น โดยเหตุที่ การล่อให้กระทำความผิดไม่ใช่ข้อต่อสู้ทางกฎหมายสารบัญญัติของแคนาดา และวัตถุประสงค์หลักในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของตำรวจ ไม่ใช่ที่เจตนาของจำเลย และวิธีการที่แก้ไขได้ดีที่สุดในคดีนี้ คือการหยุดกระบวนการพิจารณาคดีอันเนื่องมาจากการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (abuse of process)

2.R v. Barnes(1991),63C.C.C.(3d)1.

ในคดีนี้ ในการปฏิบัติการสายลับของกรมตำรวจ Vancouver เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นสายลับ พยายามที่จะซื้อยาเสพติดจากบุคคลผู้แน่วแน่มที่จะขายยาเสพติดให้ ถ้าเจ้าพนักงานตำรวจทำสำเร็จ บุคคลดังกล่าวก็จะถูกจับกุมในทันทีในข้อกล่าวหาความผิดฐานค้ายาเสพติด เมื่อวันที่ 12 เดือนมกราคม 1989 ปฏิบัติการดังกล่าวถูกใช้ในพื้นที่ the Granville Mall ซึ่งคลุมพื้นที่ถึง 6 ส่วนของถนน Granville Street in Vancouver เจ้าพนักงานสายลับเข้าติดต่อกับจำเลยและเพื่อนของเขาซึ่งพวกเขากำลังเดินตรงไปที่ถนนดังกล่าว เพราะเจ้าพนักงานมีคำสั่งหวังว่าพวกจำเลยจะมียาเสพติดและน่าจะเต็มใจที่จะขายให้ โดยเจ้าพนักงานเชื่อเช่นนั้นเพราะดูจากรูปร่างของพวกจำเลย ทำให้เจ้าพนักงานเกิดความสงสัย เจ้าพนักงานรู้สึกว่าจะเข้าขายน่าสงสัย เพราะมีคนหนึ่งเดินไปมาอยู่แถวนั้น สวมเสื้อหนังและกางเกงยีนส์ รองเท้าหนังดำ ฝ้ามองผู้คนที่ผ่านไปมา เจ้าพนักงานได้เข้าไปติดต่อกับจำเลยแล้วถามว่ามียาเสพติดประเภท Weed หรือไม่ เมื่อได้รับคำปฏิเสธเจ้าพนักงานยืนยันอย่างไม่ลดละ และจำเลยจึงตกลงที่จะขายยาเสพติดดังกล่าวจำนวนเพียง เล็กน้อย ตำรวจอีกคนหนึ่งจึงเข้าจับกุมจำเลย พร้อมกับยึดยาเสพติดไว้เป็นของกลาง

ในการพิจารณาของศาลเมือง Vancouver จำเลยถูกพบว่ามีความผิดด้วยกันถึงสามฐาน จำเลยต่อสู้คดีว่าจำเลยไม่มีเจตนาที่จะขายยาเสพติดในวันนั้น แต่รู้สึกสงสารผู้เป็นเจ้าพนักงานสายลับผู้นั้น จึงได้ตกลงที่จะขายเพื่อช่วยให้เพื่อนของเขาได้พบกับผู้หญิงคนหนึ่ง ผู้พิพากษา Leggatt Co.Ct.J.กล่าวว่าเจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการสุ่มทดสอบศีลธรรม(random virtue testing) ซึ่งเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ เช่นเดียวกับในคดี Rv.Mack และกระบวนการพิจารณาถูกสั่งให้หยุดลง โดยศาลพบว่าเจ้าพนักงานตำรวจไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม

ศาลอุทธรณ์(The British Columbia Court of Appeal) ปฏิเสธไม่รับข้อต่อสู้ Entrapment ของจำเลย โดยอ้างว่าเจ้าพนักงานไม่มีการใช้วิธีการ random virtue testing ซึ่งเจ้าพนักงานใช้วิธีการสืบสวนโดยสุจริต (bona fide) โดยพิจารณาจาก the Granville Mall ทั้งหมด ศาลอุทธรณ์ตั้งพิจารณาคดีใหม่เพื่อที่จะวินิจฉัยว่ามี Entrapment เกิดขึ้นหรือไม่ โดยใช้วิธีการทดสอบในคดี Mack ชั้นที่สอง โดยมีประเด็นว่าการกระทำของสายลับเกินไปกว่าการเปิดโอกาสถึงขนาดเป็นการชักจูงให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ โดยได้วินิจฉัยว่าเป็นแค่การเสนอโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดออกมาเท่านั้น

ศาลสูงสุดของแคนาดาได้ยกอุทธรณ์ของจำเลยและสั่งยืนตามที่ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาใหม่นั้น โดยมีเหตุผลว่า แม้คำสั่งของเจ้าพนักงานจะไม่ถือเป็นเหตุอันควรสงสัย แต่จากการที่เจ้าพนักงานใช้วิธีการสืบสวนโดยสุจริต เนื่องจากมีเหตุอันควรเชื่อว่าย่าน the Granville Mall มีอาชญากรรมอยู่เกือบตลอดทั้งย่านดังกล่าว แม้จะไม่ใช่ทุกพื้นที่ในย่านนั้นก็ตาม จึงมีเหตุผลเพียงพอที่เจ้าพนักงานจะใช้วิธีการสืบสวนในคดียาเสพติดดังกล่าวในย่านนั้นได้

2.3.1.5 กฎหมายนิวซีแลนด์

ศาลในประเทศนิวซีแลนด์ได้ปฏิเสธว่าไม่มีข้อต่อสู้ Entrapment เช่นเดียวกับอังกฤษ แต่อย่างไรก็ตามศาลนิวซีแลนด์ยอมที่จะใช้วิธีการทั่วไปที่มีอยู่นั้นคือ การใช้ดุลพินิจตัดพยาน (discretion to exclude evidence) ซึ่งนำมาใช้ได้กับคดี Entrapment ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าอังกฤษ โดยเหตุที่การใช้ดุลพินิจตัดพยานในอังกฤษมีอย่างจำกัด ซึ่งตรงข้ามกับการใช้ดุลพินิจตัดพยานในนิวซีแลนด์ ซึ่งมีการพัฒนาเพื่อให้ใช้ได้เหมาะสม²⁵² ซึ่งได้รับการยืนยันในคดี R v. Pethig²⁵³ และในคดี Police v. Lavalley²⁵⁴ ว่าการใช้ดุลพินิจตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือได้มาอย่างไม่เป็นธรรมอยู่ในอำนาจของศาลที่จะป้องกันการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบเพื่อมิให้เกิดความไม่เป็นธรรม

ในการพิจารณาว่ามี Entrapment เกิดขึ้นหรือไม่ ศาลนิวซีแลนด์ยอมรับวิธีการที่อังกฤษใช้แยกแยะระหว่างการเสนอ โอกาสให้จำเลยกระทำความผิดโดยตัวแทนเจ้าพนักงาน กับการชักจูงใจหรือกระตุ้นให้มีการกระทำความผิด ซึ่งหากไม่มีการกระทำดังกล่าวก็จะไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยศาลมองที่เจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลย (Predisposition) โดยตั้ง

²⁵² Dr G F Orchard, "Unfairly obtained evidence and entrapment," The New Zealand Law Journal No.9 (may 1980) :203-208.

²⁵³ Pethig[1977]1NZLR448

²⁵⁴ Police v.Lavalley[1979]1NZLR45

คำถามว่าจำเลยมีความพร้อมและตั้งใจที่จะกระทำความผิดในกรณีนั้นหรือไม่ ซึ่งเป็นการใช้วิธีอัตตะวิสัย (Subjective Approach) นั้นเอง²⁵⁵

นอกจากการใช้ดุลพินิจตัดสินของศาลแล้ว นักกฎหมายนิวซีแลนด์บางท่านมีความเห็นว่าแม้ the Bill of right Act 1990 (NZ) ไม่ได้คุ้มครองประชาชนจาก Entrapment แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 1374 ของกฎหมาย the Crimes Act 1961 ซึ่งอนุญาตให้ศาลใช้ดุลพินิจปล่อยตัวจำเลยได้ทุกขั้นตอนในการพิจารณาคดีหากพบว่ามีการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of process) หลักการดังกล่าวนี้จะนำมาปรับใช้กับการกระทำของตำรวจที่กลายมาเป็น Entrapment ได้²⁵⁶

กล่าวโดยสรุป ในแนวความคิดของผลทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดของประเทศต่างๆมีดังนี้

ลำดับ	ชื่อประเทศ	วิธีการพิสูจน์ Entrapment		ผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิด		
		Subjective test	Objective test	Substantive defence	Exclusion of Evidence	Abuse of process
1.	สหรัฐอเมริกา	✓	✓	✓	-	-
2.	อังกฤษ	✓	-	-	✓	-
3.	ออสเตรเลีย	✓	-	-	✓	✓
4.	แคนาดา	-	✓	-	-	✓
5.	นิวซีแลนด์	✓	-	-	✓	-

2.3.2 เนื้อหาและผลในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดในกฎหมายไทย

แนวคิดในทางกฎหมายของการล่อให้กระทำความผิดในกฎหมายไทยนั้น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นว่าไม่ต่างไปจากแบบอย่างของต่างประเทศ กล่าวคือหากปรากฏข้อเท็จจริงที่มีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าพนักงานและตัวแทนแล้ว ถ้าหากมีการฟ้องคดีและ

²⁵⁵ Wendy Harris, "Entrapment," *Criminal Law Journal* Vol.18 (August 1994):205.

²⁵⁶ Ibid.,p.205-206.

ปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นในศาลก็ไม่มีเหตุผลอันชอบธรรมอย่างใดที่จะสนับสนุนผูกมัดให้ศาลจำต้องพิพากษาลงโทษไป ทั้งที่เป็นการขัดต่อนโยบายเช่นนั้น²⁵⁷

ในทางตรงข้ามรศ.ดร. กมลชัช รัตนสกาวงศ์ กลับมีความเห็นว่า ศาลไทยจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่รับฟังได้ให้ยุติแล้ววินิจฉัยตามข้อกฎหมายสารบัญญัติ ศาลจะอ้างว่าไม่มีเหตุผลอันชอบธรรมอย่างใดที่จะสนับสนุนผูกมัดให้ศาลจำต้องพิพากษาลงโทษไปทั้งที่เป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบายไม่ได้ เพราะรัฐประศาสนโยบายไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายหรือสิ่งที่อยู่เหนือกฎหมายสารบัญญัติ แต่ถ้ารัฐประศาสนโยบายต้องการจะให้ศาลมีดุลพินิจที่จะพิพากษาลงโทษจำเลยหรือไม่ก็ได้ ก็ควรน่านโยบายดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจน แต่อาจแก้ปัญหาลดให้กระทำความผิดได้ โดยนำเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226²⁵⁸ มาปรับใช้ โดยถือว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นพยานชนิดที่ได้มาโดยมิชอบ มีอาจอ้างเป็นพยานหลักฐานอันจำเลยได้ ซึ่งถ้าพยานขึ้นนี้เป็นพยานขึ้นสำคัญก็อาจมีผลทำให้ต้องยกฟ้องจำเลย²⁵⁹

นอกจากนี้ ศ.ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ มีความเห็นว่าการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือ ตัวแทน ซึ่งผู้กระทำอาจอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ เมื่อถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบายแล้ว ก็เท่ากับเป็นการบังคับรัฐมิให้ดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ฟ้องผู้กระทำ หรือถอนฟ้องหากปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นภายหลัง อย่างไรก็ตามหากมีการฟ้องคดีนั้นอยู่ หากปรากฏข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลก็น่าจะไม่รับฟังพยานหลักฐานใด ๆ อันได้มาจากการกระทำดังกล่าว โดยถือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ตามมาตรา 226 แห่ง ป.ว.อ.และยกฟ้องคดีนั้นไป²⁶⁰

²⁵⁷ จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 690.

²⁵⁸ ป.ว.อ.มาตรา 226 บัญญัติว่า "พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น อันว่าด้วยการสืบพยาน "

²⁵⁹ กมลชัช รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิตย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 140-141.

²⁶⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 316.

ดังนั้น พยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้มาด้วยวิธีการเปิดโอกาสให้จำเลยที่มีเจตนา
กระทำผิดอยู่แล้วได้กระทำผิดออกมา ซึ่งไม่ถึงขนาดเป็นการล่อให้กระทำความผิด
(ENTRAPMENT)แล้ว พยานหลักฐานนั้นย่อมรับฟังได้ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิอ.มาตรา 226²⁶¹

ในทางคำพิพากษาของศาลไทยปรากฏว่ามีคดีที่มีประเด็นในเรื่องที่ใกล้เคียงกับการล่อ
ให้กระทำความผิดอยู่บ้าง โดยวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้าพนักงานเป็นแต่เพียงการเปิดโอกาสให้
จำเลยกระทำความผิดออกมาเท่านั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาคดีใดพิจารณาพิพากษาใน
ประเด็นที่ฟังได้ชัดเจนว่าเจ้าพนักงานก่อเจตนาในการกระทำความผิดให้กับจำเลยแล้วผลของคดี
จะเป็นเช่นใด

โดยปรากฏเป็นประเด็นขึ้นครั้งแรกในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 696/2476²⁶² ในคดีนี้ เจ้าพนักงาน
ได้ไปพุดล่อซื้อสุราเถื่อนจากจำเลย อย่างบุคคลธรรมดา จำเลยจึงขายให้ ดังนั้น จำเลยจึงมีความผิด
ทางอาญาตามฟ้องโจทก์

²⁶¹ อรรถนพ ลิขิตจิตตะ, “เงินล่อซื้อยาเสพติด,” วารสารอัยการ ปีที่ 19, ฉบับที่ 223
(กันยายน 2539) :9-22.

²⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 696/2476 ... มีใจความว่า จำเลยขายสุราของรัฐบาล โดยไม่มี
ใบอนุญาต ถึงแม้จะได้ขายให้นายตรวจสุรา ซึ่งไปขอซื้ออย่างบุคคลธรรมดา เพื่อจะจับกุมก็ดี ย่อม
มีความผิดตามพระราชบัญญัติอากรชั้นใน จ.ศ.1284 มาตรา 26 โดยโจทก์ฟ้องว่าจำเลยมีสุราเถื่อน
ไว้ 2 ขวด และจำหน่ายสุราโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติ
อากรชั้นในแก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2467 มาตรา 4 จำเลยให้การรับว่านำสุราของกลางเป็นของจำเลยจริง
แต่ต่อสู้ว่าไม่ใช่สุราเถื่อน จำเลยซื้อมาจากร้านกลับปฏิเสธว่าไม่ได้ขายให้แก่ใคร ศาลมณฑล
อุตรพิจารณาแล้ว ฟังข้อเท็จจริงว่านำสุราของกลางไม่ใช่สุราเถื่อน กับฟังต่อไปว่าจำเลยได้ขายสุรา
2 ขวด ให้นายชมเป็นเงิน 1 บาท จริง แต่เห็นว่านายชมเป็นนายตรวจสุราพิเศษ ได้ไปพุดล่อซื้อจาก
จำเลยจำเลยจึงขายให้ ดังนี้ต้องถือว่านายชมเป็นผู้ล่อและปิ่นเรื่องขึ้นทั้งสิ้น กิริยาของจำเลยยังไม่
เข้าเกณฑ์กระทำความผิดอาชญา จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยพ้นข้อหาไป มีผู้พิพากษานายหนึ่ง
ทำความเห็นแย้งว่า ที่จำเลยจำหน่ายสุราให้นายชมนั้นเป็นการกระทำของจำเลยโดยตรง ตามองค์
ความผิดตามกฎหมายอาชญาแล้ว หากมีข้อยกเว้นแต่อย่างใดไม่ ฉะนั้นจำเลยต้องมีความผิดตาม
กฎหมายตามที่โจทก์อ้าง ควรปรับจำเลยเป็นเงิน 320 บาท ศาลอุทธรณ์พิพากษาลงโทษจำเลย
เช่นเดียวกับศาลชั้นต้น จำเลยทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา แดลงว่า เรื่องนี้นายชม นายตรวจสุราแก๊งทำ
เรื่องขึ้น โดยทำอุบายหลอกซื้อสุราถึงบ้านจำเลย ถ้ามีจะนั้นแล้วก็คงไม่มีเรื่องขึ้นเลย ฉะนั้นจำเลย
ไม่ควรมีความผิด กรรมการศาลฎีกาประชุมปรึกษาคดีตลอดแล้ว ทางพิจารณาได้ความชัดว่าจำเลย
จำหน่ายสุรา โดยมิได้รับอนุญาต เมื่อเป็นเช่นนี้จำเลยก็ต้องมีผิด ข้อที่นายชมผู้ซื้อเป็นนายตรวจ
สุราพิเศษ แล้วไปซื้อสุราถึงบ้านจำเลยนั้น ไม่เป็นเหตุที่จะลบล้างความผิดของจำเลยได้ เพราะ

จากคำพิพากษาคดีนี้พิจารณาได้ว่า จำเลยมีสุราเถื่อนอยู่แล้วก่อนที่จะมีการล่อซื้อเกิดขึ้น จำเลยจึงมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้ว (predisposition) การไปล่อซื้อของเจ้าพนักงาน จึงเป็นแค่การเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดออกมาเท่านั้น ยังไม่ถึงขั้นก่อเจตนาให้จำเลย กระทำความผิดโดยตรง จึงไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ดังนั้นคดีนี้จึงยังไม่ได้ วินิจฉัยประเด็นในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยตรง

ต่อมามีคำพิพากษาอีกหลายคดีที่มีลักษณะในการวินิจฉัยที่ใกล้เคียงกันว่าการกระทำของ เจ้าพนักงานเป็นแค่เพียงการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดออกมาเท่านั้น ไม่ถือเป็นการ แสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาคดีใดพิจารณาพิพากษาในประเด็น ที่ฟังได้ชัดเจนว่าเจ้าพนักงานก่อเจตนาในการกระทำความผิดให้กับจำเลยแล้วผลของคดีจะเป็น เช่นใด เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่399/2482 จำเลยกับพวกไปที่ร้านผู้เสียหาย เรียกร่องเงิน โดยจะทำร้าย ผู้เสียหายได้ออกจากร้าน โดยบอกว่าจะไปหาเงินมาให้ แต่ได้ไปแจ้งความต่อเจ้าพนักงานตำรวจ และ นำตำรวจซึ่งไม่ได้แต่งเครื่องแบบมาที่ร้าน โดยได้ตกลงกันเซ็นชื่อไว้เป็นเครื่องหมายไว้ที่ธนบัตร สองใบ โดยตำรวจคอยอยู่หน้าร้าน เมื่อผู้เสียหายส่งธนบัตรที่เตรียมไว้ให้จำเลย พอจำเลยรับธนบัตร ตำรวจก็เข้าจับจำเลยทันที ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าที่ผู้เสียหายส่งธนบัตรให้จำเลยเพื่อประสงค์ให้เป็น พยานหลักฐานในการที่เจ้าพนักงานจับกุมจำเลย หาใช่ให้โดยฝืนใจเพราะถูกจำเลยขู่จะทำร้าย ไม่ เมื่อการให้เงินมิได้ให้เพราะการขู่เชิญของจำเลยครั้งนี้แล้ว การลักทรัพย์ก็ยังไม่เกิดขึ้น การกระทำ ของจำเลยยังไม่ครบองค์ซึ่งทรัพย์ จำเลยจึงคงมีความผิดแต่เพียงฐานพยายามชิงทรัพย์เท่านั้น ซึ่งคดีนี้มีหมายเหตุท้ายฎีกาของ ศ.ดร.หยุดแสงอุทัยว่า...การกระทำของผู้เสียหายและตำรวจในคดี นี้ไม่ใช่การกระทำของ agent provocateur นั่นก็เพราะในคดีนี้จำเลยได้ตกลงใจเด็ดขาดที่จะทำการ ชิงทรัพย์แล้ว การที่ผู้เสียหายและตำรวจยอมให้จำเลยกระทำการต่อไปนั้น ไม่ได้เป็นการจูงใจ จำเลยแต่ประการใด จำเลยได้กระทำความผิดด้วยความตกลงใจของจำเลยเอง ผู้เสียหายและตำรวจ เพียงแต่ยอมให้ทำเพื่อจับกุมต่อภายหลังเท่านั้น แม้ผู้เสียหายและตำรวจจะไม่กระทำการเช่นนั้น จำเลยก็คงกระทำความผิดอยู่นั่นเอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 230/2504²⁶³ มีผู้แจ้งความต่อเจ้าพนักงานว่าจำเลยขายสลากกินรวบ โดย ไม่ได้รับอนุญาต เจ้าพนักงานจึงพากัน ไปช่มคอยจับ โดยจัดให้ตำรวจคนหนึ่งปลอมตัวเป็นราษฎร

ปรากฏว่า นายชมพุดขอซื้อจากจำเลยอย่างบุคคลธรรมดา กรรมการเห็นว่าที่ศาลบังคับคดีมาชอบ แล้ว จึงพร้อมกันพิพากษาขึ้นให้ยกฎีกาของจำเลยเสีย

²⁶³ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 3

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 1317. ได้ให้ข้อสังเกตคำ

พิพากษาฎีกาที่ 230/2504เพิ่มเติมว่า หากข้อเท็จจริงเป็นว่าตำรวจปลอมตัวเป็นเจ้ามือสลากกินรวบ

เข้าไปขอซื้อสลากกินรวบจากจำเลย ๆ ก็ขายให้แล้วเจ้าพนักงานจึงเข้าจับจำเลยพร้อมด้วยของกลาง ดังนั้นจำเลยต้องมีความผิดฐานเล่นการพนันเป็นเจ้ามือขายสลากกินรวบ เพราะการที่ตำรวจปลอมไปซื้อสลากกินรวบจากจำเลยเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานแห่งการกระทำความผิดของจำเลยตามที่มีผู้แจ้งไว้

ซึ่งคดีนี้มีหมายเหตุท้ายฎีกาว่า "...แต่คดีนี้ได้ความว่ามีผู้แจ้งความกับตำรวจว่า จำเลยขายสลากกินรวบโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งแปลว่าจำเลยเล่นสลากกินรวบอยู่แล้ว ตำรวจปลอมตัวไปขอซื้อจำเลยก็ขายให้ ปัญหาสำคัญที่ควรพิจารณาก็มีว่า การที่ตำรวจปลอมตัวเข้าเล่นการพนันด้วยนั้นเพื่ออะไร ถ้ากระทำเพื่อเป็นพยานหลักฐานแห่งความผิดก็ควรลงโทษจำเลย แต่ถ้าทำเพื่อเหตุอื่น ๆ เช่น เขาอยู่ดีๆ ไม่ได้เล่นการพนันไปยุให้เขาเล่นแล้วจับ หรือเขาไม่ได้ดื่มสุราเถื่อนไปยุให้เขาดื่ม หรือช่วยเหลือให้มีการดื่มสุราเถื่อนแล้วจับเขาอย่างนี้ ไม่อาจลงโทษจำเลยได้ คดีนี้ก็ได้ความอยู่แล้วว่าผู้แจ้งความกับตำรวจว่าจำเลยขายสลากกินรวบตำรวจจึงปลอมตัวไปขอซื้อก็ได้ความจริง จะว่าตำรวจหลอกลวงไม่ได้ เพราะการซื้อเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ศาลฎีกาจึงพิพากษาลงโทษจำเลยในคดีนี้"

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้เช่นเดียวกันนี้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2476²⁶⁴, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1163/2518²⁶⁵ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1674/2520²⁶⁶ เป็นต้น

จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีปรากฏมีคำพิพากษาอย่างชัดเจนในประเด็นว่าถ้าในคดีนั้นฟังได้ชัดเจนว่า เจ้าพนักงานใช้วิธีที่เกินเลยไปจากการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดออกมาถึงขนาดเป็นการล่อให้กระทำความผิดแล้วผลของคดีจะเป็นเช่นใด จึงยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่า ศาลไทยยอมรับ

เพื่อจะจับคนที่มาเล่นสลากกินรวบและได้รับรู้หาว่าอันล้อมแดงให้มาเล่นสลากกินรวบด้วย แดงทนความขี้ขลาดไม่ได้จึงตกลงเล่นสลากกินรวบกับตำรวจ ซึ่งหากไม่มีการรับรู้หาเช่นนั้นแดงก็จะไม่เล่นสลากกินรวบเลยเพราะไม่เคยเล่นมาก่อน เช่นนี้หากตำรวจจับแดง แดงก็อาจมีข้อต่อสู้ได้ว่าตนถูกล่อให้กระทำความผิด เพราะการกระทำของตำรวจเกินเลยขอบเขตของการแสวงหาพยานหลักฐานโดยทั่วไป แต่ได้กระทำถึงขั้นล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น

²⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2476...เจ้าพนักงานไปล่อซื้อสุราเถื่อนได้กระทำไปโดยตั้งใจ กระทำถูกกระทำชอบเพื่อจับผู้ขาย จึงไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วย ศาลรับฟังคำของเจ้าพนักงานได้โดยไม่ต้องมีพยานหลักฐานประกอบ...

²⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1163/2518...การร่วมประเวณีและให้เงินแก่หญิงเพื่อจับหญิงนั้นในข้อหาค้าประเวณี ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ...

²⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1674/2520...จำเลยเรียกสินบน โจทก์ร่วมผู้ถูกเรียกกับตำรวจวางแผนให้เงินจำเลยแล้วจับพร้อมด้วยเงินของกลาง เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานผูกมัดจำเลยถือเป็นการร่วมมือกระทำความผิดหรือสนับสนุนไม่ได้...

ว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ต้องห้าม จะมีก็เพียงแต่วินิจฉัยว่าการกระทำในลักษณะที่ใกล้เคียงกันนั้นเป็นเพียงการแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมผู้กระทำความผิดในลักษณะที่เป็นแต่เพียงการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีเจตนาได้กระทำความผิดออกมาเท่านั้นซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวสามารถรับฟังได้ไม่ต้องห้ามตามป.ว.อ.มาตรา 226²⁶⁷ และการชักจูงของสายลับให้จำเลยกระทำความผิดก็เป็นเพียงเหตุบรรเทาโทษเท่านั้น²⁶⁸ ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยคดีในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานรัฐจะไม่เป็นประเด็นที่ศาลให้ความสำคัญ เมื่อศาลเห็นถึงเจตนากระทำความผิดของจำเลยแล้วก็น่าจะวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง²⁶⁹ ซึ่งก่อให้เกิดคำถามว่า หลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทยเป็นแต่เพียงความเห็นทางวิชาการเท่านั้นหรือไม่ ทั้งนี้เป็นเพราะว่าศาลไทยยังไม่ยอมรับว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ต้องห้ามหรือเป็นเพราะเครื่องมือทางกฎหมายไทยที่มีอยู่ยังไม่เหมาะสมต่อการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิด จึงไม่เคยปรากฏคดีที่วินิจฉัยประเด็นที่เป็นการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นโดยตรง

²⁶⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2542การที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้สายลับนำเงินไปล่อซื้อยาเสพติดให้โทษจากจำเลยมิได้เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย มิได้ผิดศีลธรรมและทำนองคลองธรรม มิได้เป็นการใส่ร้ายป้ายสีหรือยัดเยียดความผิดให้จำเลย หากจำเลยมิได้มียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย เมื่อสายลับไปขอซื้อยาเสพติดให้โทษจากจำเลย จำเลยย่อมไม่มียาเสพติดให้โทษจะจำหน่ายให้แก่สายลับ ความผิดย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ การกระทำของเจ้าพนักงานดังกล่าวจึงเป็นเพียงวิธีการเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน รับฟังลงโทษจำเลยได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.ว.อ.มาตรา 226...

²⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1846/2524(ไม่ได้ลงพิมพ์)...ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยที่ 2 ร่วมกับจำเลยที่ 1 มีเฮโรอีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและจำหน่ายจริงดังฟ้อง โดยเชื่อว่าจำเลยทั้งสองมิใช่ผู้ค้าเฮโรอีนมาแล้วอย่างซ้ำซ้อน แต่เชื่อว่าจำเลยทั้งสองกระทำความผิดเพราะการชักจูงของสายลับ โดยเห็นว่ามีโอกาสจะได้เงินมาง่ายๆ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษากำหนดโทษจำคุกจำเลยทั้งสองก่อน ลดโทษเพราะมีเหตุบรรเทาโทษถึง 20 ปี ศาลฎีกาเห็นว่าหนักเกินไปสมควรกำหนดโทษจำเลยที่ 2 ให้เบาลง และเนื่องจากจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นสามีภริยากัน กระทำผิดร่วมกันเหตุสมควรกำหนดโทษจำเลยที่ 2 ให้เบาลงดังกล่าวมาแล้วเป็นเหตุในลักษณะคดี ศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาลดโทษจำเลยที่ 1 ซึ่งมีได้ฎีกาด้วย...

²⁶⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 140.

จนกระทั่งได้มีคำพิพากษาฎีกาที่4301/2543²⁷⁰ ได้วินิจฉัย ในประเด็นข้อเท็จจริงที่ชี้ให้เห็นว่ามีการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น และศาลได้เริ่มแสดงให้เห็นถึงการไม่สนับสนุนการกระทำในลักษณะดังกล่าว กล่าวคือ โจทก์ในคดีนี้ ได้มีการส่งตัวแทนไปล่อซื้อของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีโปรแกรมละเมิดลิขสิทธิ์จากจำเลยที่ไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดอยู่ก่อนที่จะมีการล่อซื้อขึ้นนั้น เนื่องจากจำเลยไม่ได้กระทำความผิดอยู่ก่อนที่จะมีการล่อซื้อเกิดขึ้น แต่ได้กระทำความผิดขึ้นขึ้นเนื่องมาจากการล่อซื้อของโจทก์ เท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิด โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิรันดร์ที่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 2(4) และมาตรา 28(2) จึงพิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกันกับการพิจารณา หลักการล่อให้กระทำความผิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย(Subjective Theory)ที่พิจารณาถึงเจตนาในการกระทำความผิดของจำเลยที่มีมาแต่แรกแล้ว(Predisposition) แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ล่อให้กระทำความผิดไม่ใช่เจ้าพนักงานรัฐ หรือตัวแทน จึงไม่เข้ากรณีตามหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตต่อไปว่า ในคดีก่อนหน้านี ศาลฎีกามักวินิจฉัยว่าการกระทำของโจทก์เป็นเพียงการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดออกมาเท่านั้น เนื่องจากมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้ว(predisposition) เช่น จำเลยมียาเสพติดไว้ในครอบครองอยู่แล้ว

²⁷⁰ คำพิพากษาฎีกาที่4301/2543 โจทก์ได้ฟ้องจำเลยในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยโจทก์ได้มอบหมายให้นาย ส. ไปล่อซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จากพนักงานขายของจำเลย ซึ่งพนักงานขายของจำเลย ได้บอกแก่โจทก์ว่าราคาขายรวมถึงโปรแกรมที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ในเครื่องด้วย และให้นาย ส. ต้องการโปรแกรมที่ไม่ได้รับอนุญาตจะต้องจ่ายเงินเพิ่ม ในที่สุด นาย ส. ได้ตกลงซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จากพนักงานจำเลย โดยไม่ได้ตกลงซื้อโปรแกรมที่ไม่ได้รับอนุญาตที่ต้องจ่ายเงินเพิ่ม แสดงว่านาย ส.ตกลงซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยต้องการให้มีโปรแกรมที่ไม่ได้รับอนุญาต อยู่ในเครื่องที่ตกลงซื้อนั้น ทั้งนี้ จำเลยไม่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการทำซ้ำโปรแกรมลงในเครื่องอยู่ก่อนที่นาย ส.จะไปล่อซื้อ แต่จะมีการประกอบเครื่องแล้วจึงทำซ้ำโปรแกรมลงในเครื่องให้ จึงเป็นการทำซ้ำโปรแกรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ในเครื่องคอมพิวเตอร์หลังจากที่นาย ส.ตกลงซื้อกับจำเลยแล้ว ซึ่งเป็นการทำซ้ำเพื่อมอบให้นาย ส.ตามที่ นาย ส.ได้ไปล่อซื้อขึ้นเอง มิใช่เป็นการทำซ้ำโดยผู้กระทำความผิดอยู่ก่อนการล่อซื้อ ดังนี้ จึงน่าเชื่อว่า การที่ผู้กระทำความผิดด้วยการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการล่อซื้อของนาย ส.ซึ่งได้รับจ้างให้ล่อซื้อจากโจทก์ เท่ากับโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิรันดร์ที่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้ตาม ป.วิ.อ.มาตรา 2(4) และมาตรา 28(2) จึงพิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์

ก่อนที่จะมีการล่อซื้อยาเสพติดเกิดขึ้น²⁷¹ แต่ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงชัดเจนว่าจำเลยยังไม่ได้กระทำความผิดดังกล่าวก่อนที่ตัวแทนโจทก์จะทำการล่อซื้อ ศาลจึงวินิจฉัยชัดเจนว่า มิใช่เป็นการกระทำความผิดโดยผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดอยู่ก่อนที่จะมีการล่อซื้อ โจทก์จึงเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น นอกจากนี้ ผลของคดีนี้ศาลได้ยกฟ้องโจทก์โดยอาศัยข้อกฎหมายเรื่องอำนาจฟ้องของผู้เสียหายตามป.วิ.มาตรา 2(4) และมาตรา 28 (2) ซึ่งการยกฟ้องโดยอาศัยหลักกฎหมายดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายรัฐเป็นโจทก์ฟ้องคดีเองตาม ป.วิ.อ.มาตรา 28(1) โดยมีเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นผู้ล่อให้กระทำความผิด ดังนี้ จึงมีประเด็นปัญหาที่เหลือคือ ศาลควรจะวินิจฉัยคดีที่ฟังได้ชัดเจนว่ามีการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน หรือตัวแทน อย่างไร โดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายเรื่องใด ที่นอกเหนือไปจากบทตัดพยานตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 ดังที่จะได้วิเคราะห์ในบทถัดไป

กล่าวโดยสรุป หลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) นั้น หากจัดแบ่งแนวความคิดในต่างประเทศแยกได้ 2 แนวความคิดหลัก กล่าวคือ

ในแนวความคิดแรกมองว่ารัฐยอมให้เจ้าพนักงานรัฐใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดได้ โดยให้จำเลยเป็นผู้ชักจูงต่อสู้อยู่ในเรื่องดังกล่าวขึ้นมาเอง เพื่อเป็นข้อแก้ตัวที่จะไม่ต้องรับผิดในทางอาญา ดังนั้นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงมุ่งพิจารณาที่เจตนาในการกระทำความผิดของจำเลยเป็นสำคัญ(Predisposition) อันเป็นที่มาของการนำทฤษฎีอัตตะวิสัย(Subjective Theory) มาใช้เป็นหลักในการแก้ไขปัญหา

ในขณะที่ในแนวคิดที่สอง กลับมีความเห็นว่ารัฐจะต้องไม่ยอมให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดเลย อันเป็นการยอมรับว่าเป็นการกระทำที่มีขอบของเจ้าพนักงานฝ่ายรัฐในกระบวนการยุติธรรม และใช้วิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการไม่ยอมรับการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐดังกล่าว ดังนั้นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงมุ่งพิจารณาที่การกระทำของเจ้าพนักงานรัฐเป็นสำคัญ อันเป็นที่มาของการนำทฤษฎีภาวะวิสัย(Objective Theory) มาใช้เป็นหลักในการแก้ไขปัญหา ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญต่อระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (The moral integrity of criminal justice system) เช่นการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากวิธีการดังกล่าว หรือการหยุดดำเนินกระบวนการพิจารณาลง

²⁷¹ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2542 จำเลยได้มียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอยู่ก่อนที่สายลับจะไปขอซื้อยาเสพติดให้โทษจากจำเลย การกระทำของสายลับจึงเป็นแค่การเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิด

ดังนั้น หากพิจารณาประเทศแม่แบบที่ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาคารล่อให้กระทำ
ความผิด พบว่าศาลสหรัฐมีแนวโน้มที่จะใช้วิธีการอัตตะวิสัย(Subjective Test) ในการแก้ไข
ปัญหามากกว่าการใช้วิธีการภาวะวิสัย(Objective Test) อันเป็นการเดินตามแนวคิดแรก ในขณะที่
ศาล แคนาดากลับใช้วิธีการภาวะวิสัย(Objective Test) เป็นหลักในการแก้ไขปัญหาคารล่อให้กระทำ
ความผิด อันเป็นการเดินตามแนวคิดที่สองนั่นเอง ในขณะที่ศาลไทยยังไม่มี ความชัดเจนต่อนโยบายในการแก้ไขปัญหาคาร
ล่อให้กระทำ ความผิด ทั้งนี้ หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาพบว่าศาลไทยเริ่มมีแนวโน้มที่จะ
ไม่สนับสนุนให้มีการล่อให้กระทำ ความผิด โดยยังให้ความสำคัญกับเจตนาในการกระทำ ความผิด
ของจำเลยเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตามวิธีการอัตตะวิสัย(Subjective Test)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

การนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด

ในบทนี้จะนำเสนอประเด็นปัญหาที่เป็นวัตถุประสงค์สำคัญของหัวข้อนี้ โดยมีเป้าหมายที่จะชี้ให้เห็นว่ามีวิธีทางเลือกใดที่น่าจะเหมาะสมต่อการนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด โดยได้ทำการรวบรวมมาตรการทางกฎหมายประเภทต่างๆที่หลายๆประเทศใช้ในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด และเพื่อชี้ให้เห็นว่าเครื่องมือทางกฎหมายที่ประเทศไทยมีอยู่ ยังมีความไม่เหมาะสมในการนำมาใช้ในการแก้ปัญหาดังกล่าว เนื่องจากหลายๆประเทศให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยใช้วิธีการทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ในขณะที่ประเทศไทยเองกลับไม่ค่อยได้ให้ความสำคัญต่อปัญหาดังกล่าว และกลไกทางกฎหมายเท่าที่มีอยู่ก็ไม่เหมาะสมต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในหัวข้อนี้จึงมุ่งเน้นเปรียบเทียบวิธีการต่างๆ ที่ใช้แก้ปัญหานี้ โดยชี้ให้เห็นถึงแนวความคิดและเหตุผลในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด อันเป็นที่มาของการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิดอันได้แก่ การใช้วิธีการทางกฎหมายสารบัญญัติ และวิธีการทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการนำเสนอมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวระบบกฎหมายไทย

3.1 แนวความคิดและเหตุผลในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด

ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รัฐจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในงานเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายและจะต้องบังคับกฎหมายให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยในรัฐนั้นและหลักนิติธรรม¹ โดยมีสถาบันที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายอาญา อันประกอบด้วยองค์กรในระบบงานยุติธรรมทางอาญา(Criminal Justice System) คือ ตำรวจ อัยการ ศาล และราชทัณฑ์² โดยระบบงานยุติธรรมทางอาญาของแต่ละประเทศจะใช้ทั้ง ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crim Control Model)³ เพื่อควบคุมอาชญากรรม และทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม

¹Herbert Packer, The limits of the Criminal Sanction. (Stanford University Press, 1968), หน้า 154-173.

²ประธาน วัฒนวานิชย์, “ระบบความยุติธรรมทางอาญา:แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กันยายน – พฤศจิกายน 2520): 147-154.

³ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เน้นหนักทางด้านประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งที่จะควบคุมระงับ และปราบปรามอาชญากรรมเป็นใหญ่

(Due Process Model)⁴ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไป โดยจะเน้นหนักไปในทางใดทางหนึ่งตามแต่ความเหมาะสมของประเทศนั้น ๆ

ในขณะที่หลักการสืบสวนในคดีอาญา(Criminal Investigation) มีขึ้นเพื่อใช้ในการควบคุมอาชญากรรมตามแนวทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) โดย ตำรวจมีหน้าที่หลักในการบังคับใช้กฎหมายและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ตำรวจจำต้องอาศัยกระบวนการ"สืบสวน"⁵เป็นเครื่องมือแสวงหาความจริงและพยานหลักฐานเพื่อที่จะทราบเบาะแสและตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามขั้นตอนของกฎหมาย⁶

ในขณะที่รัฐยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในชั้นสืบสวน การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานจึงเป็นไปอย่างกว้างขวาง ดังนั้น สิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจได้รับการกระทบกระเทือนตั้งแต่ชั้นการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา โดยเฉพาะในการสืบสวนคดีอาญาความผิดบางประเภท มีความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคนิคการสืบสวนเฉพาะทาง เช่นการใช้วิธีปฏิบัติการของสายลับเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิด ซึ่งมีโอกาสกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มาก เพราะบุคคลอาจถูกติดตามการเคลื่อนไหวในกรณีนี้

⁴ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model) โดยทฤษฎีนี้ยึดกฎหมายเป็นหลัก การดำเนินคดีอาญาจะต้องมีความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมและไม่เห็นด้วยกับการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการในชั้นตำรวจและอัยการ ซึ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่าการพยายามป้องกันอาชญากรรม ทฤษฎีนี้จะให้ความสำคัญกับสิทธิส่วนตัวของบุคคล(Privacy Right) ,การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (The Exclusionary Rules) และการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ(Abuse of Process) เป็นต้น

⁵ป.ว.อ.มาตรา 2(10) "การสืบสวน" หมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

ทั้งนี้ การสืบสวนคดีอาญากฎหมายกำหนดความมุ่งหมาย 2 ประการ (ป.ว.อ.มาตรา 17) คือ

- 1) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และ
- 2) เพื่อทราบรายละเอียดแห่งความผิด

โดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนจะเริ่มกระทำการสืบสวนในขณะใดก็ย่อมกระทำได้ ตามความสะดวก เหมาะสม และจำเป็น

⁶ประเสริฐ เมฆมณี, ตำรวจและกระบวนการยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2529), หน้า 201.

ตำรวจสงสัยว่าเขาจะเป็นผู้กระทำความผิด เช่น การใช้สายลับเข้าล่อซื้อยาเสพติด อันอาจนำมาซึ่งการควบคุมตัวและจับกุมได้ในที่สุด และเมื่อวิธีการดังกล่าวไปไกลเกินกว่าการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหากระทำความผิด จนถึงขนาดเป็นการชักจูงใจในลักษณะที่เป็นการปลุกฝังเจตนาในการกระทำความผิดแก่ผู้บริสุทธิ์แล้ว ย่อมได้รับการคัดค้านจากฝ่ายที่ยึดถือหลักการกระบวนการนิติธรรม (Due Process)

แต่ในฐานะผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ตำรวจมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง งานสืบสวนหาข้อเท็จจริงจึงเป็นการกระทำเพื่อรัฐ การที่รัฐเข้าจำกัดสิทธิของบุคคลบ้างเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม จึงเป็นความจำเป็นที่รัฐต้องกระทำ แม้ว่าสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องถูกล่วงเกินบ้างก็ตาม ดังนั้น องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องร่วมมือกันค้นหาจุดสมดุลระหว่างการสืบสวนคดีอาญากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ⁷ อันเป็นที่มาของหลายรัฐในการหามาตราการในการควบคุมและแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานรัฐ

หากพิจารณาปัญหาที่แท้จริงของการล่อให้กระทำความผิดแล้วพบว่า ปัญหาหลักของการล่อให้กระทำความผิด คือ รัฐได้ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษหรือไม่ กล่าวคือ การกระทำความผิดที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดนั้น มิใช่ความผิดที่เกิดขึ้นเองตามปกติทั่วไป แต่เป็นการกระทำความผิดที่เกิดจากความตั้งใจให้มีขึ้นจากเจ้าพนักงานรัฐ เราจึงไม่มั่นใจว่าผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดสมควรได้รับการลงโทษ อันเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานที่มีส่วนก่อให้เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งในหลายประเทศได้ใช้วิธีการวัดความไม่สมควรนั้นแตกต่างกันออกไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์เดียวกันคือ รัฐต้องการได้ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงซึ่งสมควรได้รับการลงโทษ

จากการศึกษาปัญหาหลักดังกล่าว พบว่ามีเหตุผลหลายประการที่ศาลในต่างประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปแทรกแซงการฟ้องคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิด⁸ ดังต่อไปนี้

- 1) เพื่อเป็นการลดความผิด หรือความน่าตำหนิของจำเลยลง

โดยเหตุที่รัฐได้เป็นฝ่ายล่อ หรือสร้างความผิดขึ้น ซึ่งมีผลโดยตรงต่อความผิด หรือความน่าตำหนิของจำเลย กล่าวคือ จำเลยไม่มีความต้องการ หรือตั้งใจที่จะทำความผิดอาญา เช่นนั้น จึงสมควรมีข้อแก้ตัวว่าการกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิด หรือไม่ต้องรับโทษ

- 2) เพื่อแก้ไขปัญหาคความไม่เป็นธรรมกับตัวจำเลย

⁷ กัมพล อรุณปลอด, “การสืบสวนกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 4.

⁸ Wendy Harris, “Entrapment,” *Criminal Law Journal* Vol18 (August 1994) : 198-199.

โดยเหตุที่การปล่อยให้กระทำความผิดเป็นการสร้างความไม่ยุติธรรม หรือไม่เป็นธรรมกับจำเลยแต่ละคน หากจะยอมให้รัฐฟ้องคดี สำหรับความผิดที่จำเลยได้กระทำ อันเนื่องมาจากการอุทธรณ์ของฝ่ายรัฐเอง

3) เพื่อคุ้มครองสิทธิของแต่ละบุคคล

โดยเหตุที่ ศาลจะต้องกระทำการคุ้มครองและป้องกันสิทธิของประชาชน จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และการล่วงล้ำความเป็นอยู่โดยส่วนตัวของประชาชน โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในแต่ละคดี ศาลจะต้องคุ้มครองสิทธิของประชาชนทุกคนอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยการไม่เพิกเฉยต่อการละเมิดสิทธิของประชาชน

4) เพื่อเป็นการควบคุมการกระทำที่มีขอบของเจ้าพนักงานตำรวจ

ในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ศาลควรจะต้องวางกรอบเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งกระทำการไม่เหมาะสม และสร้างมาตรฐานให้การกระทำของเจ้าพนักงานเป็นที่ยอมรับได้ ซึ่งในการเข้าแทรกแซงของศาลในบทบาทนี้ จะมีผลเป็นการยับยั้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานที่จะมีขึ้นต่อไปอีก

5) เพื่อคุ้มครองความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ในความเห็นนี้ ศาลถูกมองว่าเป็นผู้คุ้มครองระบบความยุติธรรม หากศาลเพิกเฉยต่อการกระทำที่ไม่เหมาะสมของฝ่ายรัฐ อาจทำให้สังคมเห็นว่าศาลให้อภัย หรือสนับสนุนการกระทำดังกล่าว ซึ่งมีผลทำให้สังคมเสื่อมศรัทธาต่อศาลยุติธรรม

โดยเหตุผลเหล่านี้ ในหลายศาลมีการนำไปใช้พิจารณาในหลายคดี โดยอาจมีเพียงเหตุผลในบางข้อ หรือหลายเหตุผลรวมกันไป

3.2 การนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้กับการปล่อยให้กระทำความผิด

ในหัวข้อนี้จะเป็นการพิจารณาประเด็นปัญหาว่าศาลควรจะนำมาตรการทางกฎหมายในเรื่องใดมาปรับใช้กับการปล่อยให้กระทำความผิด ซึ่งจะทำการพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางแก้ไขปัญหานั้นในประเทศ โดยจะทำการลำดับตั้งแต่กลุ่มประเทศที่ไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องนี้ไปจนถึงกลุ่มประเทศที่ได้มีพัฒนาการของข้อต่อสู้ในเรื่องนี้ต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

3.2.1 การใช้วิธีการค้นหาความจริงในคดีอาญาของระบบไต่สวน(Inquisitorial System)

จากการศึกษาวิจัยพบข้อต่อสู้ Entrapment ในทางสารบัญญัติ(Substantive Defence)พบในระบบกฎหมายCommon Law ซึ่งปรากฏใช้ในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ยังไม่ปรากฏมีใช้ในประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนหรือในระบบกฎหมายของประเทศสังคมนิยมแต่ประการใด¹⁰

ในเบื้องต้น Barton Ingraham¹¹ได้เปรียบเทียบข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างระบบไต่สวนInquisitorial System และระบบกล่าวหา (Adversarial System) คือ

1. ระบบไต่สวน(Inquisitorial System)เน้นการตรวจสอบในส่วนของกระบวนการทางอาญา เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการสืบสวนอาชญากรรมจะได้ตัวผู้กระทำความผิดที่ถูกต้องแท้จริง ในขณะที่ระบบกล่าวหา (Adversarial System) เน้นในส่วนของการพิจารณาคดีในศาล โดยมีกฎเกณฑ์ทางพยานที่ซับซ้อน เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจำเลยได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

2. ระบบกล่าวหา (Adversarial System)ศาลยุติธรรมมีความจำกัดในการเข้าเกี่ยวข้องกับส่วนของการสืบสวนคดีอาญา และการระงับข้อพิพาทในทางปกครอง ซึ่งตรงข้ามกับบทบาทของศาลในระบบไต่สวน(Inquisitorial System)ซึ่งสามารถเข้าไปเกี่ยวข้องได้

3. ระบบไต่สวน(Inquisitorial System)มุ่งค้นหาความจริงจากจำเลยจึงต้องให้ความร่วมมือด้วยการร่วมมือดังกล่าวได้แก่ การให้ข้อมูลแก่เจ้าพนักงานสืบสวนและการตอบคำถามในศาล ในทางตรงข้าม ระบบกล่าวหา (Adversarial System)ไม่ได้ต้องการให้จำเลยให้ความช่วยเหลือ เจ้าพนักงานสืบสวน โดยการระงับข้อพิพาทดังกล่าวแก่ฝ่ายโจทก์ ซึ่งจำเลยมีสิทธิที่จะไม่ให้การ

⁹ Entrapment is not recognized as a defense as a defense in England, Canada or the other Commonwealth countries. See George P. Fletcher, Rethinking criminal Law (Boston Toronto :Little Brown and Company, 1978), p.541. Nor is the defense recognized in the French or German legal systems. Interview with Professor George Fletcher, UCLA of Law . : cited in (footnote) C. Robton Perelli-Minetti, "Causation and intention in the entrapment defense," UCLA Law Review Vol28, No.4 (april 1981) :1.

¹⁰ Christopher Osakwe, "Modern Soviet Criminal Procedure : A Critical Analysis," Tulane Law Reveiw Vol57, no3 (1983) :536 (footnote250) The substantive defenses in Soviet Criminal Law are codified in the provisions of the General Part(arts1-63)of the RSFSR The list of affirmative defenses in the criminal code dose not include entrapment...

¹¹ Barton L. Ingraham, The structure of criminal procedure:Laws and practice of France, the Soviet Union, China, and the United States (New York:Greenwood Publishing Group, West Port, CT, 1987). cited in Philip L. Reichel, Comparative Criminal Justice Systems :A Topical Approach 2nd ed (Prentice Hall ,1999), pp.143-144.

4. ระบบกล่าวหา (Adversarial System) ศาลมีบทบาทเป็นแค่กรรมการ อัยการมีสิทธิเสนอคดี และลูกขุนตัดสินในข้อเท็จจริง ในขณะที่ระบบไต่สวน(Inquisitorial System)ศาลถือเป็นเจ้าพนักงานสืบสวนคนหนึ่งและมีอำนาจที่จะตัดสินคดีด้วย ศาลมีสิทธิที่จะถามในปัญหาข้อเท็จจริงได้ทั้งหมด ซึ่งอัยการก็มีส่วนร่วมด้วย

ในการพิจารณาคดีอาญาในระบบไต่สวนซึ่งมีใช้ในกลุ่มประเทศยุโรป ได้วางหลักการให้ทุกหน่วยงานของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีหน้าที่ร่วมกันค้นหาความจริงในคดีอาญา เพื่อที่จะทราบว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ กล่าวคือ อัยการและตำรวจมีความเป็นภาวะวิสัย(objectivity)อย่างแท้จริง โดยมี หน้าที่ค้นหาความจริงแท้ของเรื่อง หรือความจริงในเนื้อหา ศาลเองก็มีหน้าที่กระตือรือร้น(active)ในการค้นหาความจริง¹² นอกจากนี้ยังได้รับการยืนยันจากบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองหลักการค้นหาความจริงในคดีอาญาอย่างชัดเจนอีกด้วย¹³ ดังนั้นจากหลักการดังกล่าวจึงไม่น่าจะปรากฏและไม่อาจยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นในระบบนี้ จะมีก็เพียงแต่การตรวจสอบการทำงานของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายว่าได้แสวงหาพยานหลักฐานมาโดยมิชอบหรือไม่เท่านั้น แล้วใช้บทตัดพยานในการแก้ปัญหา

แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นชัดเจนว่ามี การล่อให้กระทำความผิดแล้ว ก็ไม่ได้เป็นการผูกมัดศาลว่าจะต้องไม่เห็นชอบด้วยการกระทำดังกล่าว คงมีแต่เพียงในระบบกล่าวหา (Adversarial System)เท่านั้น ที่จำเลยอาจยกข้อต่อสู้ Entrapment ได้¹⁴ อย่างไรก็ตาม อาจมีการนำวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีอาญาในกรณีนี้ได้ โดยนำหลักกฎหมายในเรื่องการตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งใช้ในกรณีที่จำเลยไม่มีหลักประกันทางกฎหมายที่จะเสียหาย หรือป้องกันการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการใช้วิธีการสืบสวนที่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลย

¹² คณิต ฒ นคร, “วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน,” ใน รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิต ฒ นคร (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2540), หน้า 315-316.

¹³ The German Code of Criminal Procedure Section 244(II) provides: In order to explore the truth the court shall on its own motion extend the reception of the evidence to all fact and to all means of proof which are important for the decision.

¹⁴ Wilfried Bottke, “ ‘Rule of Law’ or ‘Due Process’ as a Common feature of Criminal Process in Western Democratic Societies,” The University of Pittsburgh Law Review Vol.51 (1990):445.

แล้ว¹⁵ จึงต้อง ถือว่า พยานที่ได้มาโดยวิธีการล่อให้กระทำความผิดต้องถูกตัดด้วยเหตุผลดังกล่าว¹⁶ หรืออาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการลดโทษตามคำพิพากษา¹⁷

ดังนั้น ในระบบไต่สวนนี้ ไม่ปรากฏว่ามีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด จำเลยยังคงต้องรับผิดถ้าพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดจริง แต่อาจนำหลักการของบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบมาใช้ตัดพยานที่ได้มาโดยวิธีการดังกล่าวได้ ตามแต่นโยบายในแต่ละรัฐว่าได้ขยายการใช้บทตัดพยานให้ครอบคลุมไปถึงนโยบายในเรื่องดังกล่าวด้วยหรือไม่ หรืออาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการลดโทษตามคำพิพากษา

ในขณะที่ การค้นหาความจริงตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทยได้เอาการดำเนินคดีอาญาของประเทศตะวันตกมาใช้เป็นแบบอย่าง และเป็นการนำเอาหลักการค้นหาความจริงโดยคู่ความตามระบบกฎหมาย Common Law และหลักการค้นหาความจริงโดยศาลของประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมาย Civil Law ส่งผลให้ ทุกองค์กรในกระบวนการยุติธรรม ล้วนมีส่วนในการค้นหาความจริงในคดีอาญา แต่โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยกลับได้รับอิทธิพลแนวคิดในระบบ

¹⁵ Walter Pakter, "Exclusionary Rules in France Germany ,and Italy," Hastings international and Comparative Law Review Vol9, No1 (1985-86): 56...เกี่ยวกับการละเมิดต่อหลักกระบวนการนิติธรรม(Due Process) บทตัดพยานถูกใช้ในกฎหมายเยอรมัน เพราะที่ไม่มีทางเลือกที่เป็นวิธีการอื่นมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสไม่ต้องการให้มีการจำกัดการใช้อำนาจการสอบสวนของตำรวจในกรณีดังกล่าว ตรงข้ามกับกฎหมายอิตาลีซึ่งต้องการ ใช้วิธีการแก้ไขและห้ามการสอบสวนผู้ต้องหาโดยละเมิดหลักการดังกล่าวของเจ้าพนักงานตำรวจ

¹⁶ Ibid., p.456.

¹⁷ <http://www.bullatomsci.org/issues/1995/nd95/nd95.bulletins.html>: Bulletins "Fairytale" in Munich: On July 17, the Munich District Court found the three smugglers, who had confessed, guilty of carrying a small cargo of plutonium reactor fuel on a passenger jet bound for Munich from Moscow. But the court also ruled that they had been entrapped by German police and intelligence operatives. In a German court, a finding of entrapment does not preclude conviction as it does in the United States. But under the circumstances, defense attorneys argued successfully that their clients should receive light sentences. The Munich judges sentenced Justitiano Torres Benitez, a Colombian who had been the chief courier in the deal, to four years and ten months in prison. His two accomplices received three-year sentences. All three are likely to serve only 12 to 18 months. Without the entrapment finding, the judges might have imposed sentences of up to ten years.

กล่าวหาอย่างเคร่งครัด กลับทำให้เป็นอุปสรรคและขัดกับหลักการค้นหาความจริงในคดีอาญาก่อนพิจารณาจึงได้สวน¹⁸ นอกจากนี้ แม้ระบบกฎหมายไทยจะมีบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบด้วย แต่บทตัดพยานของไทยไม่มีนโยบายครอบคลุมไปถึงการแก้ปัญหาในกรณีการล่อให้กระทำความผิดดังที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ผ่านมา

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของวิธีการในระบบได้สวน มีหลักการที่สำคัญคือ ในระบบนี้ไม่มีแนวคิดเรื่องข้อต่อสู้ในการล่อให้กระทำความผิด เนื่องจากทุกหน่วยงานในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีหน้าที่ร่วมมือกันในการค้นหาความจริง พยานหลักฐานที่เป็นคุณและเป็นโทษแก่ตัวผู้ต้องหาต้องถูกนำเสนอศาล ดังนั้น หากจะแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดในระบบนี้ จึงต้องใช้วิธีการตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด หรืออาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการลดโทษตามคำพิพากษา ดังนั้น ในข้อดีของระบบนี้ รัฐสามารถดำเนินนโยบายในการควบคุมอาชญากรรมได้อย่างมาก ตามหลัก Crime Control เพราะจำเลยไม่สามารถข้อยต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้ แต่มีข้อเสียคือ การไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดทำให้จำเลยขาดหลักประกันในการรับรองสิทธิในการต่อสู้คดีที่เกิดจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของเจ้าพนักงาน ทั้งนี้ วิธีการนี้สอดคล้องกับหลักการค้นหาความจริงในคดีอาญาในประเทศไทย โดยไม่ต้องสร้างหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดมาใช้ในระบบกฎหมายไทย โดยหันมาเน้นถึงประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานในการใช้อำนาจหน้าที่โดยสุจริต ย่อมเป็นการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดได้ในตัวระบบเอง แต่อาจทำให้จำเลยขาดหลักประกันที่ดีในการต่อสู้คดี และหากรัฐไม่มีความสามารถเพียงพอในการสร้างประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานแล้ว ก็จะไม่สามารถแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดได้สำเร็จ

3.2.2 การใช้วิธีการทางกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law)

การใช้วิธีการทางกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) เป็นการสร้างข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในทางเนื้อหาโดยกำหนดกฎหมายเงื่อนไขเอาไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิดคืออะไร มีขอบเขตเพียงใด มีกฎหมายเงื่อนไขอย่างไร และมีผลในทางกฎหมายอย่างไร โดยประเทศที่ใช้วิธีการทางสารบัญญัติ เพื่อแก้ปัญหาล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) คือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยเหตุที่เป็นข้อต่อสู้ที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่างกับบทตัดพยานที่ได้มาโดย มิชอบ (The Exclusionary Rules)

¹⁸ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, “การเปิดเผยข้อเท็จจริงในคดีอาญาในประเทศไทย,” อุลพาห (กรกฎาคม- กันยายน 2538): 72-74.

ซึ่งได้มีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ โดยรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ทั้งนี้ข้อต่อสู้ในเรื่อง Entrapment เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา โดยใช้วิธีการพิสูจน์ว่าการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี ดังที่กล่าวมาแล้วในบทก่อน

ทั้งนี้สถาบันกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่อง Entrapment ให้ถือเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย โดยบัญญัติไว้ใน Model penal Code มาตรา 2.13 ซึ่งในหลาย ๆ มลรัฐได้นำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของรัฐตนเอง เช่น รัฐอลาสกา ได้บัญญัติไว้ใน .Alaska Statutes 11.81.section 450 และรัฐเท็กซัส ได้บัญญัติไว้ใน Texas Penal Code section 8.06 เป็นต้น โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.2.1 การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือเป็นข้อยกเว้นโทษ

1. การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิด

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีนักกฎหมายให้ความเห็นเป็น 2 ฝ่ายว่า Entrapment เป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือเป็นเหตุยกเว้นโทษ และไม่ว่าจะใช้ทฤษฎีใด จำเลยต้องยกข้อต่อสู้เป็นประเด็นขึ้นมาและภาระการพิสูจน์ตกแก่จำเลย โดยอัยการมีหน้าที่สืบหักล้างข้ออ้างของจำเลย ดังนี้ตามความเห็นที่ว่า Entrapment เป็นเหตุยกเว้นความผิดนี้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการใช้กฎหมายแก่การกระทำความผิดอาญาซึ่งเกิดจากการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นโดยปริยายในกฎหมายอเมริกา (implied-exception) โดยจำเลยจะต้องยกข้อต่อสู้ก่อนให้การว่าตนไม่มีความผิด (Non guilty plea)¹⁹ โดยปัญหานี้จะได้รับการวินิจฉัยโดยลูกขุน ซึ่งมีผู้พิพากษาเป็นผู้ชี้บาย (instruct)²⁰

2.การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นโทษ

วิธีการนี้เป็นความเห็นที่เชื่อตามทฤษฎีที่ว่า Entrapment เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ กล่าวคือการกระทำความผิดซึ่งเกิดจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นความผิดแต่กฎหมายไม่ลงโทษ โดยถือว่าการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) และ จำเป็นต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปเพื่อเป็นการห้ามปรามเจ้าพนักงาน โดยจำเลยชอบที่จะยกข้อต่อสู้ในเรื่องนี้ โดยขอให้ศาลชี้ขาดขอกฎหมายในเบื้องต้น โดยไม่ส่งคดีไปให้ลูกขุน (motion in bar or motion to dismiss)²¹

ดังนั้นหากมีการบัญญัติข้อต่อสู้ตามทฤษฎีนี้ในกฎหมายไทย สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

¹⁹ State v. Hocman 2 wis 2d 410,[1957]

²⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย, “การล่อให้กระทำความผิด(Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32, ตอน 4 (2518): 677.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 677.

1. การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิด

หากมีการบัญญัติข้อต่อสู้ในกฎหมายไทย ก็คงจะมีลักษณะเช่นเดียวกับข้อต่อสู้ในเรื่องการกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 68 อันเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเช่นเดียวกัน ซึ่งถือว่าจำเลยได้ปฏิเสธว่าตนไม่ได้กระทำความผิดเลย²² ดังนั้นการพิจารณาพิพากษาแก่ฝ่ายโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดด้วยตนเองโดยปราศจากการล่อให้กระทำความผิด

2. การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นโทษ

หากมีการบัญญัติข้อต่อสู้ในกฎหมายไทย ก็คงจะมีลักษณะเช่นเดียวกับข้อต่อสู้ในเรื่องการกระทำโดยจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 67 อันเป็นเหตุให้การกระทำนั้นเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน ซึ่งถือว่าจำเลยยอมรับว่าได้กระทำความผิดจริงตามที่โจทก์ฟ้องโจทก์ไม่ต้องนำสืบว่าจำเลยกระทำความผิดอีก แต่ถือว่าจำเลยอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ว่ามีเหตุยกเว้นโทษ²³ เพราะการกระทำของจำเลยมีสาเหตุมาจากการล่อให้กระทำความผิด โดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน ดังนั้น การพิจารณาพิพากษาแก่ฝ่ายจำเลยก่อน โดยจำเลยต้องสืบให้เข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายแล้ว จึงผลักการพิจารณาพิพากษาแก่โจทก์ที่ต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานว่าจำเลยได้กระทำความผิดด้วยตนเองมิได้เกิดจากการล่อให้กระทำความผิด

การนำข้อต่อสู้มาบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือเป็นข้อยกเว้นโทษสามารถนำมาใช้ได้อย่างเหมาะสมในระบบกฎหมายไทย เพราะระบบกฎหมายไทยใช้ระบบประมวลกฎหมายสามารถวางบทบัญญัติทางเนื้อหาสาระบัญญัติได้อย่างชัดเจน แต่ในกรณีการบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือเป็นข้อยกเว้นโทษ อาจต้องเผชิญปัญหาในระดับการพิสูจน์พยานถึงเส้นแบ่งระหว่างการล่อให้กระทำความผิดกับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับในสหรัฐซึ่งยังมีการพัฒนาข้อบกพร่องดังกล่าวอยู่ ซึ่งประเทศไทยสามารถนำแบบอย่างที่ดีและแน่นอนได้ในระดับหนึ่งมาใช้ได้โดยตรง

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของการบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษมีหลักการที่สำคัญคือวิธีการนี้ถือว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นข้อต่อสู้ทางสารบัญญัติ โดยมีเหตุผลต่างกัน 2 ประการคือ 1) มองว่าเป็นข้อยกเว้นโดยปริยายเนื่องจากผู้บัญญัติกฎหมายไม่ประสงค์จะบังคับใช้กฎหมายกับผู้ถูกล่อให้กระทำความผิด การกระทำของผู้ถูกล่อจึงเป็นเหตุยกเว้นความผิด 2) มองว่าเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานเป็นการกระทำที่ขัดนโยบายของรัฐ และเพื่อเป็นการห้ามปรามการกระทำของเจ้าหน้าที่ การกระทำของผู้ถูกล่อจึงเป็นความผิดแต่ไม่ต้อง

²² เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2538), หน้า 103.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

รับโทษ โดยมีการกำหนดบทบัญญัติทางกฎหมายในทางเหนือหากำหนดให้มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดขึ้นในประมวลกฎหมายอาญา เช่น Model Penal Code section 2.13 ,Alaska Statutes 11.81.section 450., Texas Penal Code section 8.06 เป็นต้น โดยกำหนดนิยาม วางหลัก และข้อ ยกเว้น ตลอดจนวิธีพิสูจน์ข้อสันนิษฐานและผลในทางกฎหมาย หากพิจารณาข้อดีของวิธีการนี้ พบว่าข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดจะช่วยคุ้มครองจำเลยผู้บริสุทธิ์ โดยจำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวด้วยวิธีการที่ชัดเจน โดยมีหน้าที่พิสูจน์ในเบื้องต้น ให้เข้าข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเท่านั้น ข้อต่อสู้ดังกล่าวจึงเป็นหลักประกันสิทธิในการยกข้อต่อสู้ของจำเลยได้อย่างดี ส่วนข้อเสียของวิธีการนี้ คือ เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายจะทำงานด้วยความยากลำบากมากขึ้น เพราะต้องเสี่ยงต่อการถูกยกฟ้อง ทำให้การควบคุมอาชญากรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทั้งนี้ การนำข้อต่อสู้มาบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือเป็นข้อยกเว้นโทษ สามารถนำมาใช้ได้เหมาะสมในระบบกฎหมายไทย เพราะระบบกฎหมายไทยใช้ระบบประมวลกฎหมายสามารถวางบทบัญญัติทางเหนือหาสาระบัญญัติได้อย่างชัดเจน แต่ในกรณีการบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือเป็นข้อยกเว้นโทษ อาจต้องเผชิญปัญหาในระดับการพิสูจน์พยานถึงเส้นแบ่งระหว่างการล่อให้กระทำความผิดกับการแสวงหาพยานหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับในสหรัฐซึ่งยังมีการพัฒนาข้อบกพร่องดังกล่าวอยู่ ซึ่งประเทศไทยสามารถนำแบบอย่างที่ดีและแน่นอนได้ในระดับหนึ่งมาใช้ได้โดยตรง

3.2.2.2 การบัญญัติกฎหมายสร้างฐานความผิด

ในหัวข้อนี้เป็นประเด็นที่พิจารณาในแง่ความรับผิดชอบของผู้ล่อให้กระทำความผิด ซึ่งอาจจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งในเรื่องละเมิด หรือในด้านวินัยทางปกครอง หรือถูกฟ้องคดีอาญา ในฐานะที่เป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน ในกรณีที่เข้าไปมีส่วนร่วมกระทำความผิดด้วยนั้น ตามแนวคิดนี้มีความเห็นว่าแทนที่จะไปสร้างข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด (Defence of Entrapment) แต่ควรกำหนดให้การล่อให้กระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดในตัวเอง โดยสร้างฐานความผิดขึ้นมาใหม่ (the creation of an offence of entrapment) โดยมีมุ่งหมายวิธีควบคุมวิธีปฏิบัติการของตำรวจ ซึ่งเป็นข้อเสนอของ The law commission ของประเทศอังกฤษ ในปี 1977²⁴ แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้กลับไม่ได้รับการตอบสนอง เพราะการแก้ไขปัญหานี้ด้วยการฟ้องผู้ล่อให้กระทำความผิดในฐานะผู้ใช้หรือตัวการร่วมกันกับจำเลยในการกระทำความผิด น่าจะเป็นการลงโทษที่ เหมาะสมแล้ว ซึ่งวิธีการนี้ศาลมีแนวโน้มที่จะ ไม่พิพากษาลงโทษเจ้า

²⁴ The law commission stated: “The essential matter which, in our view calls for the imposition of criminal sanctions is the trapper’s positive instigation, incitement, or persuasion to commit an offence.”

พนักงาน แต่ถึงกระนั้น แม้การสร้างฐานความผิดในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด จะไม่สามารถควบคุมการพิพากษาลงโทษจำเลย แต่ก็สามารถควบคุมพฤติกรรมของตำรวจและผู้ให้ข่าว ซึ่งเป็นวิธีการที่ดีในการกำหนดความหมายที่ชัดเจนของการกระทำที่ถือว่ามิชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งนำไปสู่ความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งเป็นวิธีวางกรอบในการทำงานของเจ้าพนักงานได้ดีวิธีหนึ่ง²⁵

หากนำแนวคิดนี้มาบัญญัติในกฎหมายไทยแล้วก็ควรบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะของความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หรือความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมโดยน่าจะบัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือในการยุติธรรม ซึ่งไม่ถือเป็นการยกเว้นความผิดให้แก่เจ้าพนักงาน ในฐานะที่อาจต้องรับผิดชอบในฐานะตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ยังเป็นการอุดช่องว่างในกรณีตามความเห็นที่ว่า ถ้าพนักงานเข้าจับกุมก่อนการกระทำ ความผิดสำเร็จ ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน²⁶ ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 2 แล้ว ซึ่งเจ้าพนักงานยังอาจต้องรับผิดชอบในฐานล่อให้กระทำความผิดอยู่นั่นเอง แต่ในแง่ความเหมาะสมในการนำบัญญัติในกฎหมายไทย เห็นว่ายังไม่มีความเหมาะสม เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่ใช่วิธีการแก้ไขปัญหา Entrapment ที่แท้จริง เพราะการบัญญัติกฎหมายห้ามเจ้าพนักงานใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิด ไม่ได้เป็นหลักประกันว่าจะสามารถห้ามเจ้าพนักงานมิให้ใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิดได้อย่างจริงจัง และยังคงอาจได้รับการต่อต้านจากเจ้าพนักงานได้ในที่สุดเนื่องจากจะทำให้คนรู้สึกว่าการปฏิบัติหน้าที่อย่างมาก ทั้งยังอาจทำให้ประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมลดลง เนื่องจากเจ้าพนักงานไม่กล้าที่จะปฏิบัติหน้าที่ในการปราบปรามอาชญากรรมในลักษณะดังกล่าว เพราะกลัวที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญา นอกจากนี้วิธีการนี้ไม่ได้เป็นวิธีการเยียวยาจำเลยที่อาจต้องรับโทษในทางอาญาด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของการบัญญัติกฎหมายสร้างฐานความผิด เพื่อเอาผิดกับผู้ล่อให้กระทำความผิดเป็นความผิดเฉพาะแล้ว ก็จะเป็นเสมือนการลงโทษเจ้าพนักงานหรือสายลับที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว ซึ่งความผิดดังกล่าวถือเป็นความผิดที่มีเนื้อหาโดยเฉพาะแตกต่างหากจากการเป็นตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน โดยอาจกำหนดให้รัฐเป็นผู้เสียหายโดยถือเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือในการยุติธรรม ถ้ามองว่าการกระทำ ดังกล่าวเป็นการสร้างความเสียหายให้กับระบบกระบวนการยุติธรรม และอาจถือว่าผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดเป็นผู้เสียหายเป็นพิเศษก็ได้เพราะถูกกระทบสิทธิเสรีภาพโดยตรง โดยมีผลในทางกฎหมายคือ ถ้าปรากฏว่าเจ้าพนักงานหรือสายลับได้กระทำการล่อให้กระทำความผิดจริง

²⁵Michael J.Allen, “Entrapment:time for reconsideration ,” Anglo-American Law Review Vol.13,No.1 (1984): 60-61.

²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525), หน้า 796-797.

ย่อมมีความผิดฐานล่อให้กระทำความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของคณนั้นขาดองค์ประกอบความผิด เช่นขาดเจตนา หรือการกระทำของตนเข้าเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ ตามหลักทั่วไป และเจ้าพนักงานหรือสายลับอาจต้องรับผิดชอบในความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป ในฐานะตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน แล้วแต่กรณี หากพิจารณาข้อดีของวิธีการนี้คือ หากต้องบัญญัติกฎหมายสร้างฐานความผิดในกรณีดังกล่าวเพื่อเอาผิดกับผู้ล่อให้กระทำความผิดแล้วจะเป็นการแก้ไขปัญหาคดีในการยับยั้งการกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงาน เพราะมีผลเป็นการลงโทษที่ตัวเจ้าพนักงานโดยตรง แต่ในส่วนของ ข้อเสีย คือ วิธีการนี้จะทำให้เจ้าพนักงานไม่กล้าที่จะใช้เทคนิคในการสืบสวนในคดีที่ยากต่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เพราะอาจถูกฟ้องให้รับผิดทางอาญาได้ ทำให้ไม่อาจควบคุมอาชญากรรม

3.2.3 การใช้วิธีการทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedure Law)

การแก้ปัญหาล่อให้กระทำความผิดโดยวิธีนี้เป็นที่นิยมใช้ในหลายประเทศแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.3.1 การใช้บทตัดพยาน (Exclusion of Evidence)

ในหัวข้อนี้จะเป็นจุดต่อเนื่องกับการแสวงหาพยานหลักฐานในชั้นสืบสวน ซึ่งจะได้อุคนำมาพิจารณาในชั้นศาลว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้นสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งจะชี้ให้เห็นถึงหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในต่างประเทศที่มีความแตกต่างกันไปตามแต่จะมุ่งเน้นตามแนวทางทฤษฎีใดในระบบงานยุติธรรมทางอาญา และในบางประเทศได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด

การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากเจ้าพนักงานได้กระทำทุกวิถีทางเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริง โดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพและเกียรติภูมิแห่งมนุษย์ชาคนั้น ย่อมจะไม่ถูกต้องด้วยหลักนิติรัฐ หากศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานรัฐจัดหามาด้วยวิธีการอันมิชอบแล้วก็เปรียบเสมือนศาลได้มีส่วนร่วมในการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานนั้น ในทางตรงข้ามสังคมก็ยังคงต้องการความคุ้มครองเพื่อให้รอดพ้นจากอาชญากรรม ดังนั้นหากศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นได้ว่า ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดซึ่งเจ้าพนักงานได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว สังคมก็จะรู้สึกว่าการได้ทรยศต่อหน้าที่ที่จะคุ้มครองสังคมให้รอดพ้นจากอาชญากรรม²⁷ ซึ่งนักกฎหมาย

²⁷ Adrian A.S.Zuckerman, "Illegally Obtained evidence Discretion us a Guardian of Legitimacy," *Current legal problems* vol.40 (1987) : 56.

ต่างประเทศก็ได้พยายามแก้ไขปัญหานี้ โดยหลักการนี้ได้อาศัยระบบกฎหมายจารีตประเพณี และ ประสพการณ์ทางประวัติศาสตร์ชนชาติซึ่งมีความแตกต่างกันออกไป แต่อยู่บนพื้นฐานทาง ความคิดเดียวกันคือ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของพลเมือง เนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นให้ความ ค้ำครองได้อย่างเพียงพอ

ก. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบในระบบกฎหมายของต่างประเทศและใน ประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า ทั้งในระบบไต่สวน(Inquisitorial System) และระบบกล่าวหา (Adversarial System) ล้วนมีหลักการ ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแตกต่างกันออกไป ตามจารีตประเพณี และตามพัฒนาการในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ

หากแยกพิจารณาในระบบไต่สวน(Inquisitorial System) แล้วพบว่า มีหลายประเทศที่ใช้ บทคัดพยานโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

ในเยอรมัน ประเทศนี้ได้มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแห่งการเป็นมนุษย์ สิทธิ ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญ โดยหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบจึงมีรากฐานมาจาก กฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา ซึ่งได้แก่ หลักการ Rechtsstaatsprinzip²⁸ คือ การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการ ขู่เข็ญหรือหลอกลวงเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของ กระบวนการยุติธรรม และหลักการ Verhältnismässigkeit²⁹ คือการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา โดยล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล(Privacy Right) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน³⁰ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการไม่รับ ฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยเฉพาะในขั้นตอนของตำรวจ ในมาตรา 136บัญญัติว่า เสรีภาพของผู้ต้องหาที่จะให้การโดยสมัครใจ ไม่อาจถูกละเมิดโดยการบีบบังคับทั้งทางร่างกายหรือ จิตใจ โดยการใช้ยา การทารุณ หรือการสะกดจิต ห้ามทำลายความทรงจำหรือความเข้าใจของ ผู้ต้องหา คำให้การที่ได้มาโดยละเมิดแห่งบทบัญญัติมาตรานี้ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ในคดี แม้ผู้ต้องห่าจะยินยอมให้ใช้เป็นพยานได้ก็ตาม หลักนี้เป็นหลักพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิ

²⁸ โดยศาล ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนหลักพื้นฐานนี้อย่างเด็ดขาด

²⁹ โดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำหน้าระหว่างสัดส่วนความรุนแรงของความผิด และความน่าสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด กับสัดส่วนความสำคัญของสิทธิเสรีภาพแห่ง เอกชน

³⁰ จิรนิติ หะวานนท์, “ หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ:เปรียบเทียบ ระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน ,” ตุลพาห (พฤษภาคม – มิถุนายน 2527): 44-45.

ความเป็นมนุษย์และเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง³¹ กฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ล้วนมีรากฐานมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น³²

กฎหมายฝรั่งเศส มีบทตัดพยานที่เกิดมาจากการค้นและยึดโดยมิชอบ ซึ่งปรากฏในกฎหมาย the Code of Criminal Investigation 1808 โดยตีความตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองที่อยู่อาศัยโดยห้ามเจ้าพนักงานเข้ามาในบ้าน ร้าน อาคาร เว้นแต่ได้รับอำนาจจากศาล³³ และฝรั่งเศสยังมีระบบการตัดพยานที่เก่าแก่ที่สุดในยุโรป ในการใช้หลักการตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ (fruit of the poisonous tree doctrine) ด้วย ในขณะที่หลักการดังกล่าวยังไม่เป็นที่ชัดเจนในเยอรมันและอิตาลี³⁴ แต่ในกรณีที่เจ้าพนักงานได้ละเมิดหลักกระบวนการนิติธรรม (Due Process) บทตัดพยานมีที่ใช้อย่างจำกัดมาก เนื่องจากศาลไม่เห็นชอบที่จะนำพยานมาใช้แก้ไขปัญหาการละเมิดหลักกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ซึ่งตรงข้ามกับในเยอรมัน และอิตาลีที่ยอมนำพยานมาใช้ในกรณีดังกล่าวได้ด้วย แต่ทั้งนี้ ศาลฝรั่งเศสได้ยอมขยายหลักการตัดพยานในกรณีดังกล่าว โดยนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่ไม่ว่างภายใต้บังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ด้วยเหตุผล 2 ประการคือ 1. เพื่อรัฐประศาสน์ 2. เพื่ออำนวยความสะดวกนิติธรรมได้เป็นอย่างดี³⁵

ในกฎหมายอิตาลี มีบทตัดพยานที่ได้มาจากการค้นและยึดโดยมิชอบ เช่นเดียวกับในฝรั่งเศสและเยอรมัน โดยปรากฏในมาตรา 13 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญอิตาลี ที่ห้ามการควบคุมหรือค้นตัวบุคคล โดยปราศจากอำนาจศาล และมาตรา 14 ห้ามค้นที่อยู่อาศัยเว้นแต่จะได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ศาลอนุญาตให้ค้นบ้านได้ไม่เกิน 24 ชั่วโมง³⁶ นอกจากนี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว³⁷ ยังถูกนำไปใช้ตัดพยานที่ได้มาจากการละเมิดหลักกระบวนการนิติธรรมด้วย (Due Process)

³¹ ไพจิตร สวัสดิ์สาร, เอกสารการสอนชุดวิชาการกฎหมายไทยและต่างประเทศ พิมพ์ครั้งที่ 1, หน่วยที่ 8-15 (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), หน้า 745.

³² จิรนิติ หะวานนท์, “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน,” *อุบลพาหุ* (พฤษภาคม – มิถุนายน 2527): 45.

³³ Walter Pakter, “Exclusionary Rules in France Germany, and Italy,” *Hastings international and Comparative Law Review* Vol9., No1(1985-86) :34-35.

³⁴ Ibid., p.52.

³⁵ Ibid., p.14-15.

³⁶ Ibid., p.50.

หากพิจารณาในระบบกล่าวหา (Adversarial System) แล้วพบว่า มีหลายประเทศที่ใช้บทคัดพยาน โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันกับในระบบไต่สวน (Inquisitorial System) กล่าวคือ หากกล่าวในภาพรวมแล้วกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหา มีเหตุผลของการไม่รับฟังพยานอันเนื่องมาจากรัฐประศาสนโยบาย กล่าวคือ รัฐมีนโยบายในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อรักษาความปลอดภัยในสังคม ในขณะที่เดียวกันรัฐก็ยังมีนโยบายที่จะรักษาความเป็นธรรมในระบบกระบวนการยุติธรรมในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ด้วยวิธีการเป็นธรรม ที่สังคมยอมรับได้ และไม่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนคุ้มครองผู้บริสุทธิ์จากคำพิพากษาที่ผิดพลาด และคุ้มครองความบริสุทธิ์ยุติธรรมในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา³⁸

ในสหรัฐอเมริกา มีหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (The Exclusionary Rules) โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ได้พัฒนาหลักนี้ขึ้นจากบรรทัดฐานคำพิพากษาโดยอ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน โดยศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานใด ๆ ที่เจ้าพนักงานได้มาโดยละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการนี้ได้รับรองโดยรัฐธรรมนูญสหรัฐแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4, 5, 6 และ 14³⁹ โดยศาลสหรัฐได้ขยายหลักการไม่รับฟัง

³⁷ Costituzione art.13 “[a]ny physical or moral violence against persons whose liberty is restricted.”

³⁸ Andrew L-T. CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding (Oxford Clarendon Press Oxford, 1993), p.10.

³⁹ Constitution: Amendment 4 [1791]: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, support by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the person or things to be seized.

Constitution: Amendment 5 [1791]: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand jury, except in cases arising in land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

พยานหลักฐานนี้ออกไปครอบคลุมถึงดอกผลของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ด้วย เรียกว่า เป็น fruit of poisonous tree ทั้งนี้ หลักการข้างต้นมีข้อยกเว้น 2 ประการ⁴⁰คือ 1.กรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานชิ้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้(Inevitable Discovery) 2.กรณีที่จะต้องมีการค้นพบพยานชิ้นนั้นจากแหล่งอิสระ(Independent Source) ต่อมา มีการวิจารณ์หลักการดังกล่าวว่าไม่สามารถยับยั้งการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานได้จริงและยังเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงหลุดพ้นได้โดยง่าย แนวคำพิพากษาศาลสหรัฐจึงได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดหลักนี้ลง⁴¹

เช่นเดียวกันกับศาลแคนาดาเองก็อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁴²มาใช้ตัดพยานที่ฝ่ายรัฐบังคับใช้กฎหมายด้วยการแสวงหาพยานหลักฐานในการลงโทษผู้กระทำความผิดละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งหากรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจะทำให้การบริหารงานยุติธรรมเสื่อมเสีย

Constitution:Amennndment 6 [1791]:In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy public trial , by impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed , which district shall have been previously asertained by law , and to be informed of the nature and cause of the asscusation; to be conformed with the witnesses against him ; to have compulsory process for obtaining withness in his favor ,and to have the Assistance of counsel for his defence.

Constitution:Amennndment 14 [1791]:All persons born or naturalized in the United States, and subject to be the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law with shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; nor shall any State deprive any person of life,liberty ,or property without due process of law ; nor deny to any person within is jurisdiction the equal protection ofthe laws.

⁴⁰Andrew L-T.CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding(Oxford Clarendon Press Oxford ,1993), p.129.

⁴¹จิรนิติ หะวานนท์, “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ:เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน,” อุทพาท (พฤษภาคม – มิถุนายน 2527) :34-52

⁴²The Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982:section 24 (2)Where....a court concludes that evidence was obtained in a maner that infringed or denied any right of freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that , having regard to all the circumstances, the admisstion of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute

และในศาลนิวซีแลนด์ นอกจากศาลจะมีดุลพินิจตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือได้มาโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะป้องกันการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ ด้วยการหลีกเลี่ยงมิให้ความไม่เป็นธรรมนั้นเกิดขึ้น โดยเป็นการใช้ดุลพินิจตัดพยานซึ่งพิจารณาจาก “ความเป็นธรรม”⁴³แล้ว ศาลยังใช้การตัดพยานโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย The Bill of Rights Act 1990(NZ)⁴⁴ มาตัดพยานที่ได้มาจากการขีตหรือค้นทรัพย์สิน โดยไม่มีเหตุอันควร

หากหันมาพิจารณาที่กฎหมายอังกฤษ พบว่าแต่เดิมนั้นศาลอังกฤษจะไม่เคร่งครัดในเรื่องของการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการไม่รับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่น่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมเท่านั้น การใช้ดุลพินิจไม่รับฟังเป็นไปอย่างจำกัดและมุ่งที่จะใช้ในสถานการณ์ที่พิเศษจริง ๆ ต่อมารัฐสภาอังกฤษได้ออกกฎหมายที่เรียกว่า Police and Criminal Evidence Act 1984 โดยมีมาตรา 78 ได้วางบทตัดพยานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนต่อความเป็นธรรมอย่างชัดเจน⁴⁵ โดยศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งโจทก์ประสงค์จะอ้างอิง หากปรากฏต่อศาลเมื่อได้คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้งพฤติการณ์ที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นว่า การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีถึงขนาดที่ว่าศาลไม่ควรรับฟังพยานหลักฐานนั้น ซึ่งให้ความสำคัญกับการใช้ดุลพินิจตัดพยาน โดยพิจารณาที่ความเป็นธรรมเช่นเดียวกับในนิวซีแลนด์

ทั้งนี้ในศาลออสเตรเลีย นอกจากศาลสูงสุดจะมีดุลพินิจตัดพยานที่ได้มาอย่างไม่เหมาะสม โดยไม่ได้พิจารณาจำกัดเฉพาะความไม่เป็นธรรมต่อตัวจำเลยเป็นหลักในการตัดพยานแต่ประการใด โดยใช้บทตัดพยานตามกฎหมาย The Evidence Act 1995⁴⁶

⁴³ Wendy Harris, “Entrapment,” *Criminal Law Journal* Vol18 (August 1994): 205.

⁴⁴ The Bill of Rights Act 1990(NZ) Section 21 provides every person with the right to be secure against unresonable search or seizure, whether of the person, property or correspondence or otherwise.

⁴⁵ Police and Criminal Evidence Act 1984: section 78:(1) In any proceedings the court may refuse to allow on which the prosecution proposes to rely to be given if the appears to the court that ,having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it .(2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence.

⁴⁶ The evidence Act 1995 section 138: Evidence that was obtained: (a) improperly or in contravention of an Australian law; or (b) in consequence of impropriety or of a contravention of an Australian law; is not to be admitted unless the disirability of admitting the evidence

กล่าวโดยภาพรวม ทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมีกฎหมายว่าด้วยการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ต่างกันตามระดับความเคร่งครัดและวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ บางประเทศจำกัดการไม่รับฟังไว้เพียงคำรับสารภาพของจำเลยที่ได้มาโดยการบังคับ ชูเช็ญ ล่อลวง หรือให้สัญญาด้วยประการต่างๆ บางประเทศขยายหลักครอบคลุมถึงพยานหลักฐานอื่นที่ได้มาโดยเจ้าพนักงานล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล อันไม่อาจอ้างอำนาจตามกฎหมาย เช่น การจับหรือค้น โดยไม่มีหมาย หรือในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่ได้แจ้งสิทธิต่างๆ แก่ผู้ต้องหา ก่อนการสอบสวน⁴⁷ ซึ่งสามารถกำหนดเหตุผลในการไม่รับฟังได้ 3 ประการ⁴⁸ คือ

1. เหตุผลในแง่ของการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการเช่นนั้นอีก (deterrent)
2. เหตุผลในแง่ของความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล (Judicial Integrity)
3. เหตุผลในแง่ของสิทธิส่วนบุคคล (Personal Right)

เมื่อหันกลับมาพิจารณาในระบบกฎหมายไทย ซึ่งเป็นระบบผสม (mix system) ระหว่างระบบไต่สวน (Inquisitorial System) และระบบกล่าวหา (Adversarial System) พบว่ากฎหมายไทยได้รองรับหลักการหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 243 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า "ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจูงใจมีคำมั่นสัญญา ชูเช็ญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบ ประการใด ๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้" และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226⁴⁹ บัญญัติว่า "พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเช็ญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายนี้ หรือ

outweighs the undisirability of admitting evidence that has been obtained in the way in which the evidence was obtained.

⁴⁷ จิรนิติ หะวานนท์, "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน," *ตุลพาห* (พฤษภาคม - มิถุนายน 2527): 34 .

⁴⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในสหรัฐอเมริกา," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 9, ฉบับที่ 3 (2521): 126.

⁴⁹ Criminal Procedural Code section 226: Any material, documentary or oral evidence like to prove the guilt or the innocence of the accused is admissible, provided it be not obtained though any inducement, promise, threat, deception or other unlawful means; such evidence shall be produced in accordance with the provisions of this Code or other laws governing production of evidence.

กฎหมายอื่น อันว่าด้วยการสืบพยาน " ซึ่งเป็นการตัดพยาน โดยดุลพินิจของศาล โดยบทตัดพยานดังกล่าวมี ความมุ่งหมายถึงพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น เช่นการทำร้าย ขู่เข็ญ หลอกลวง เป็นต้น ซึ่งทำให้พยานเหล่านี้ไม่น่าเชื่อถือ อันเป็นการกระทบคุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริง หากได้เป็นการมุ่งหมายที่จะตัดพยานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบ ซึ่งเป็นหลักการคุ้มครองรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁵⁰อันเป็นรัฐประศาสนโยบายของบทตัดพยานในต่างประเทศแต่ประการใด ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น

ข. ข้อเปรียบเทียบระหว่างหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบกับการล่อให้กระทำ ความผิด

โดยเหตุที่มีแนวคิดในการนำบทตัดพยานมาใช้ในการตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำ ความผิด โดยถือว่าการล่อให้กระทำ ความผิดเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบและหากรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวแล้วจะเกิดความเสียหายต่อความเป็นธรรม ซึ่งแนวคิดนี้นักกฎหมายอังกฤษยังมีความเห็นแตกต่างกันว่า ตามกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 78 เป็นบทตัดพยานที่สามารถนำมาใช้กับพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำ ความผิดได้หรือไม่⁵¹,⁵² ในขณะที่บทตัดพยานของสหรัฐอเมริกา (The exclusionary rules) บนพื้นฐานรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ที่มุ่งเน้นถึงพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ คั่น ยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาโดยมิชอบ (The fruit of poisonous tree doctrine) กลับไม่ได้ถูกนำมาใช้ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำ ความผิด ซึ่งนักกฎหมายสหรัฐก็ยืนยันว่าข้อต่อสู้ในเรื่อง Entrapment ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของ รัฐธรรมนูญสหรัฐ⁵³ และเป็นคนละกรณีกับบทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบ (The exclusionary rules)⁵⁴ นอกจากนี้ประเทศแคนาดาก็มีบทตัดพยานที่รับรองโดย Charter of Rights and Freedoms.

⁵⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร: ยูแพด ,2538.), หน้า 412.

⁵¹ Geoffrey robertson Q.C, "Entrapment Evidence :Manna from Heaven ,or Fruit of The Poisoned tree ?," The criminal law review (November 1994):805, 809.

⁵² Sybil Sharpe, "Covert Police Operation and The Discretionary Exclusion of Evidence," The Criminal Law Review (november 1994):793-796.

⁵³ Rolando V.del Carmen, Criminal Procedure:Law and Practice(Wadsworth Publishing Company,1995), p.166.

⁵⁴ Robert M.Bloom,Mask S.Brodin, Criminal Procedure.Examples and Explanations (Little Brown and Company,1996),p.356.

ในปี 1982 มาตรา 24(2) โดยตัดพยานที่ละเมิดต่อสิทธิ ตามที่กฎบัตรนี้รับรองไว้และการรับฟังพยานนั้นจะเป็นที่เสื่อมเสียแก่การบริหารงานยุติธรรม แต่แคนาดาเองกลับนำหลักการ Abuse of Process มาใช้แก้ปัญหา Entrapment แทนที่จะใช้บทตัดพยานดังกล่าวโดยตรง⁵⁵ การใช้วิธีการทางพยานนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายไทยโดยนำบทตัดพยานตามป.ว.อ.มาตรา 226 มาใช้ในการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิดได้ โดยในหัวข้อนี้จะชี้ให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมบางประการของการนำบทตัดพยานมาใช้กับการแก้ปัญหาดังกล่าว โดยผลจากการศึกษาในกฎหมายต่างประเทศ พบว่าในประเด็นนี้ได้มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะประเทศที่ใช้วิธีการทางวิธีบัญญัติโดยใช้บทตัดพยานในการแก้ปัญหา ซึ่งจะขอทำการพิจารณาดังนี้

(1) ความแตกต่างระหว่าง การแสวงหาพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบกับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

ในเบื้องต้นก่อนพิจารณาว่าสามารถนำบทตัดพยานมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิดได้หรือไม่ต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของบทตัดพยานอันได้มาจากกระบวนการอันมิชอบซึ่งมีความแตกต่างกันระหว่างบทตัดพยานของไทย⁵⁶ และของต่างประเทศ ในประเด็นนี้ กล่าวคือบทตัด

⁵⁵ W G Roser, "Entrapment: Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?," Australian Law Journal vol.67,no.10 (october 1993):733

⁵⁶ หากพิจารณาในแง่ที่มาของกฎหมายลักษณะพยานไทย ซึ่งแต่เดิมยึดถือตามจารีตประเพณีและระบบกฎหมายพยานในระบบของประเทศอังกฤษ ต่อมาได้มีการจัดทำร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและได้นำกฎหมายพยานทางอาญามาบัญญัติไว้รวมกันจึงปรากฏแนวคิดในเรื่องบทตัดพยานตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 นี้ จากความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายในขณะนั้นได้ให้ความเห็นว่า "เพื่อให้สอดคล้องกับจารีตประเพณีตามกฎหมายไทยได้มีการตกลงให้ถือระบบที่ยอมรับฟังพยานหลักฐานทุกประเภทตามดุลพินิจของศาล เว้นแต่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการใหญ่ไม่ประสงค์ที่จะให้มีความแตกต่างในทางทฤษฎีระหว่างพยานที่รับฟังได้กับพยานที่รับฟังไม่ได้ และยังเห็นพ้องต้องกันว่าผู้พิพากษาจะคงไว้ซึ่งความอิสระที่จะหิบบกและยอมรับฟังพยานทุกชนิดที่ถูกนำเสนอในการพิจารณาคดี"(Rene Guyon,the work of codification in Siam, published by the authority of code commission,p35.) จากความเห็นดังกล่าวไม่ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับบทตัดพยานดังเช่นของสหรัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการถูกล่วงละเมิด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่กลับมีแนวคิดเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ที่ให้ศาลใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานได้ทุกชนิดที่มีคุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริงและไม่ขัดต่อความยุติธรรมเท่านั้นเอง

พยานของไทยตาม ป.ว.อ. มาตรา 226 นี้⁵⁷ มีความมุ่งหมายถึงพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ เช่น การทำร้าย ชูเชื้อ หลอกหลวง เป็นต้น พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบนี้มีความไม่น่าเชื่อถือ อยู่ในตัวเอง เพราะเมื่อพยานจำต้องให้การเพราะการถูกชูเชื้อ บังคับ หรือให้การโดยถูกล่อลวง คำพยานเหล่านั้นก็ยากที่จะเชื่อได้ว่าเป็นความจริง⁵⁸ อันเป็นการกระทบคุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริง ในขณะที่บทคัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น เป็นการมุ่งคุ้มครองรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตัวพยานที่ได้มายังสามารถพิสูจน์ความจริงได้โดยมิได้ถูกระทบหรือเกิดความไม่น่าเชื่อถือของตัวพยานแต่ประการใด ซึ่งนักกฎหมายจะต้องไม่นำทั้งสองเรื่องนี้มาพิจารณาปะปนกัน⁵⁹

ดังนั้นสำหรับนักกฎหมายไทย แม้ ป.ว.อ. มาตรา 226 จะห้ามรับฟังพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ แต่ก็มิได้หมายความว่าพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบแต่ได้มาโดยมิชอบด้วย ดังนั้น ศาลฎีกาไทยจึงตัดสินวางหลักว่าพยานหลักฐานแม้จะได้อ้อมด้วยวิธีการอันมิชอบก็รับฟังได้⁶⁰ ในขณะที่ศาลสหรัฐวางหลักไว้แน่นอนว่า พยานเช่นนี้รับฟังไม่ได้ โดยให้เหตุผลว่า เมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานมาเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้วพยานนั้นก็เป็นที่ไม่ชอบไปด้วย เปรียบเสมือนผลไม้อันเกิดจากต้นไม้ที่เป็นพิษ ผลนั้นย่อมมีพิษร้ายด้วย (The fruit of poisonous tree doctrine)⁶¹

(2) ความแตกต่างระหว่าง การแสวงหาพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบกับการล่อให้กระทำความผิด

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบนั้น เพราะพยานประเภทนี้มีคุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริง (probative Values) น้อยลง ซึ่งเป็นเรื่องของเนื้อหาสาระในตัวพยานนั่นเอง ในขณะที่พยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดนั้น ไม่ได้ทำ

⁵⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า "พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกหลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น อันว่าด้วยการสืบพยาน "

⁵⁸ จิตฤดี วีระเวสส์, หลักการวิเคราะห์กฎหมายพยาน(แพ่ง-อาญา)และกฎหมายล้มละลาย เรียงตามมาตรา(ม.ป.ท. ,2543), หน้า 90

⁵⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน(กรุงเทพมหานคร: ยูแพด ,2538), หน้า 412.

⁶⁰ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2538), หน้า 245, 247.

⁶¹ คดี Wong San v. United States 371 U.S.471[1963].

ให้คุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริงลดน้อยลง เพราะการล่อให้กระทำความผิดนั้นเป็นเรื่องที่ผู้กระทำความผิดต้องตกลงใจหรือตัดสินใจลงมือกระทำความผิดนั้นด้วยตนเอง ซึ่งมีได้เกิดจากการบังคับขู่เข็ญแต่ประการใด เพียงแต่มีมูลเหตุชักจูงใจมาจากการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงานหรือตัวแทน พยานหลักฐานที่ได้มาย่อมแสดงได้อยู่ในตัวเองถึงการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลย ดังนั้นพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดจึงเป็นคนละกรณีกับพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ บทตัดพยานตามกฎหมายไทย ตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 จึงไม่น่าจะสามารถนำมาตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดได้

(3) ความแตกต่างระหว่าง การแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับการล่อให้กระทำความผิด⁶²

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบไม่ได้ทำให้คุณค่าต่อการพิสูจน์ความจริงลดน้อยถอยลงเพียงแต่ที่ห้ามรับฟังมิใช่เพราะเนื้อหาสาระในการพิสูจน์ความจริงของตัวพยานนั้น แต่มีเหตุผล ที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐในด้านอื่น⁶³ แต่สำหรับบทตัดพยานตามกฎหมายไทยตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 มุ่งหมายเฉพาะพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น และประกอบด้วยความจำกัดในการตีความ เนื่องจากบทบัญญัติตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 มีความจำกัดในการตีความอยู่ในตัวเอง กล่าวคือ แม้ตอนท้ายของ มาตรา 226 จะวางบทบัญญัติในการห้ามรับฟังพยาน โดยเปิดกว้างไว้ว่า ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น “...โดยมิชอบประการอื่น...” แต่พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบประการอื่นนี้ ถูกจำกัดไว้ในตอนต้นของ มาตรา 226 แล้วว่า หมายเฉพาะ พยานวัตถุ พยานเอกสาร พยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์เท่านั้น ซึ่งน่าจะเป็นขั้นตอนของการรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานเพื่อพิสูจน์

⁶² ในขณะที่ความเห็นของนักกฎหมายอังกฤษฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดนั้น ถือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หากรับฟังแล้วจะทำให้เสียความเป็นธรรม ตามกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 78 แต่นักกฎหมายสหรัฐเห็นว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด เป็นคนละกรณีกับหลักการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (The exclusionary rules) ดังนั้นจึงยังมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ในประเด็นนี้ ซึ่งขึ้นอยู่กับบทตัดพยานของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกันและขึ้นอยู่กับการตีความของนักกฎหมายประเทศนั้น ๆ ด้วย

⁶³ เหตุผลของการไม่ยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยมิชอบมี 3 ประการ ดังนี้

- (1) เหตุผลในแง่ของการยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการเช่นนั้นอีก(deterent)
- (2) เหตุผลในแง่ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล (judicial integrity)
- (3) เหตุผลในแง่สิทธิส่วนบุคคล (person right) ของผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ

ความผิดของจำเลยซึ่งต้องเป็นกรณีที่เกิดภายหลังจากที่จำเลยได้กระทำความผิดแล้วว่า กระบวนการเหล่านั้นเป็นกระบวนการที่ชอบธรรมหรือไม่ แต่ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด เป็นกรณีที่จำเลยได้กระทำความผิดจริง แต่มีมูลเหตุชักจูงใจหรือสาเหตุของการกระทำความผิดมาจากเจ้าพนักงานหรือตัวแทน ซึ่งเป็นคนละขั้นต้นกับการรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าพนักงาน เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย

ดังนั้น ป.ว.อ.มาตรา 226 น่าจะมีความมุ่งหมายตัดพยานในชั้นรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานที่ไม่ชอบธรรมเท่านั้น ไม่น่าจะมีความหมายเกินเลยไปถึงการกระทำที่ไม่ชอบธรรมของเจ้าพนักงาน ไปก่อนที่จำเลยจะได้กระทำความผิด

ในขณะที่บทตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบตามกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 78 ของอังกฤษซึ่งบัญญัติถ้อยคำไว้ว่า “ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่จะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีของศาล” ซึ่งเป็นถ้อยคำซึ่งสามารถตีความหมายได้กว้างกว่า ป.ว.อ.มาตรา 226 ของไทย นักกฎหมายอังกฤษเองก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าจะสามารถนำมาใช้กับพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดได้หรือไม่⁶⁴

ทั้งนี้ หากนักกฎหมายไทยจะได้พยายามตีความหมายของมาตรา 226 เกินเลยไปถึงพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดด้วยจะก่อให้เกิดผลแปลกประหลาดคือ จะไม่สามารถอธิบายได้ว่า เหตุใดจึงตัดเฉพาะพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าพนักงานหรือตัวแทน แต่ไม่ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดโดยบุคคลทั่วไปด้วย เพราะไม่มีเหตุผลที่จะเลือกตัดเฉพาะพยานที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเท่านั้น เพราะคงต้องถือว่าพยานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดไม่ว่าบุคคลใดเป็นผู้ล่อก็ต้องถือว่าเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน ซึ่งถ้ามีความหมายเช่นนั้นแล้วก็จะอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายในเรื่องล่อให้กระทำความผิด ที่มุ่งหมายเฉพาะการล่อให้กระทำความผิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนเท่านั้น

ค. ความเหมาะสมของการนำบทตัดพยานมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาถึงความเหมาะสมถึงการนำวิธีการทางพยานมาใช้ในการแก้ปัญหาการล่อให้กระทำความผิด โดยมุ่งชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างในทางที่มาและวัตถุประสงค์ระหว่างการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบกับการล่อให้กระทำความผิด

⁶⁴ Andrew L-T.CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding(Clarendon Press Oxford , 1993) , p.153.

ในเรื่องนี้ Lord Diplock ผู้พิพากษาศาลอังกฤษ มีความเห็นว่าดุลพินิจในการตัดพยานที่ได้มาโดยวิธีการสืบสวนเมื่อเทียบกับข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดแล้ว ศาลจะไม่รับพิจารณา โดยได้กล่าวไว้ว่า “ การล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน ถึงแม้จะเป็นประเด็นในการลดโทษ แต่การกระทำของเจ้าพนักงานก็ไม่สามารถมีอิทธิพลเหนือการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดของจำเลยทั้งองค์ประกอบภายนอก (actus reus) และองค์ประกอบภายใน(mens rea)” ยิ่งไปกว่านั้นท่านยังมีความเห็นอีกว่า การตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดมันเกินเลยไปจากการตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบธรรม หรือโดยหลอกลวง เพราะขอบเขตดุลพินิจของศาลในการตัดพยาน ไม่อาจขยายออกไปตัดพยานของการกระทำความผิดที่มีสาเหตุมาจากการล่อให้กระทำความผิด โดยผู้ล่อให้กระทำความผิด⁶⁵

นอกจากนี้ Andrew L-T. CHOO (lecturer in law at the University of leicester) นักกฎหมายอังกฤษ มีความเห็นว่า ดุลพินิจในการตัดพยานของศาลไม่สามารถแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม กล่าวคือถ้ามีประเด็นล่อให้กระทำความผิดขึ้นในศาลพยานของโจทก์ทุกชั้นที่พิสูจน์ความผิดควรจะต้องถูกตัดโดยกระบวนการพิจารณาของศาล บนพื้นฐานที่ว่าพยานเหล่านั้นได้มาจากการกระทำของผู้ล่อให้กระทำความผิดทั้งหมด ถ้าศาลใช้ดุลพินิจเช่นนี้แล้วก็จะสามารถแก้ปัญหาล่อให้กระทำความผิดได้สำเร็จ แต่ถ้าศาลใช้ดุลพินิจตัดพยานเฉพาะชั้นของพยานที่ได้มาจากผู้ล่อให้กระทำความผิดเท่านั้น โดยถือว่าเป็นพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบธรรมก็จะเกิดผลของการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ เพราะผลของคดีจะขึ้นอยู่กับพยานของโจทก์ที่เหลืออยู่ ถ้าโจทก์มีพยานที่เป็นอิสระจากพยานของผู้ล่อให้กระทำความผิดแล้ว หรือซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการล่อให้กระทำความผิด หรือได้รับคำสั่งสารภาพของจำเลย ประจักษ์พยาน พยานหลักฐานทางนิติวิทยา พยานเหล่านั้นก็อาจจะไม่ถูกตัด⁶⁶ และจำเลยก็อาจถูกพิพากษาลงโทษได้ ทั้ง ๆ ที่ได้มีการตัดพยานของผู้ล่อให้กระทำความผิดแล้ว ในทางตรงกันข้ามถ้าพยานของผู้ล่อเป็นพยานของโจทก์ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น การตัดพยานดังกล่าวก็จะมีผลทำให้การพิจารณาคดีต้องหยุดลงโดยข้อเท็จจริง ดังนี้ถ้ามองว่าการล่อนั้นสร้างรอยเปื้อนเฉพาะพยานที่ได้มาจากผู้ล่อให้กระทำความผิดแล้ว ก็ไม่ควร

⁶⁵ W G Roser , “Entrapment: Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?,” Australian Law Journal vol.67.no.10 (october 1993):724

⁶⁶ โจทก์ผู้ฟ้องคดียังคงสามารถพิสูจน์การกระทำความผิด โดยใช้พยานหลักฐานอย่างอื่นที่รับฟังได้ เช่น ในคดี Macro[1969]Crim.L.R.205 และคดีMealey and Sheridan[1974]60Crim.App.R.59. ที่ชี้ให้เห็นชัดเจนว่าการใช้บทตัดพยานไม่เหมาะสมในคดีEntrapment กล่าวคือ ทั้งสองคดีนี้ จำเลยถูกวางกับดักโดยผู้ให้ข่าวของรัฐ ซึ่งผู้ให้ข่าวไม่ได้ถูกโจทก์เรียกมาเป็นพยาน เนื่องจากโจทก์มีพยานอื่นที่เพียงพอในการพิพากษาลงโทษจำเลยโดยไม่ต้องใช้พยานที่เกี่ยวข้องกับการล่อให้กระทำความผิดโดยตรง

หมายความว่ารวมไปถึงพยานอื่น ๆ ว่าเป็นพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบที่ควรจะต้องถูกตัดไปด้วย แต่ถ้ามองว่าการล่อให้กระทำความผิดได้สร้างรอยเบื่อนให้กับพยานทุกชั้นที่กล่าวหาจำเลยย่อมส่งผลให้กระบวนการพิจารณาต้องหยุดลงโดยข้อเท็จจริง

ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าการตัดพยานของผู้ล่อไม่เหมาะสมต่อการแก้ปัญหาการล่อให้กระทำความผิด เพราะการตัดพยานมิได้มีใช้เพื่อพิจารณาในคดีที่มีประเด็นการล่อให้กระทำความผิดโดยตรง เพราะมันเป็นที่มาของการกระทำความผิดที่แท้จริง และการพิจารณาคงไม่ใช่เพียงการมองว่าพยานชั้นใด ได้มาอย่างไม่เหมาะสม แต่มันจะมีความไม่เหมาะสมเกิดขึ้น ถ้าคำพิพากษาว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิด ไปขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของศาลต่อพยาน โททท์ที่เหลื่ออยู่ ไม่ว่าผู้ล่อจะถูกเรียกมาเป็นพยาน โททท์หรือไม่ก็ตาม⁶⁷

ทั้งนี้ ศาลมีดุลพินิจตัดพยานได้อย่างกว้างขวาง และทุกๆ ชั้นพยานที่ถูกตัดนั้นคือพยานที่ได้มาในบางขั้นตอน “ภายหลัง” จากการกระทำความผิด ซึ่งมันเป็นรูปแบบของการ ได้มาซึ่งพยาน ที่จำเลยอาจถูกพิพากษาคด้วยความไม่เป็นธรรม ในทางตรงกันข้ามในคดีที่มีประเด็นการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น อันเป็นการกระทำ “ก่อน” การกระทำความผิด กล่าวคือมันเป็นสาเหตุที่แท้จริงของการกระทำความผิดนั่นเอง⁶⁸ ดังนั้นในคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิดจึงไม่ใช่กรณีของพยานที่ได้มาโดยไม่เป็นธรรม แต่มันทำให้คำพิพากษาสำหรับความผิดนั้นไม่เป็นธรรม ดังนั้น ประเด็นน่าจะอยู่ที่ว่าจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นธรรมได้อย่างไร ซึ่งมันเป็นประเด็นที่ไปไกลเกินกว่าการแก้ไขด้วยวิธีการทางพยาน⁶⁹

แม้ประเด็นความไม่เหมาะสมในการนำพยานมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด ยังเป็นที่ถกเถียงกันในระหว่างนักวิชาการกฎหมายในต่างประเทศ โดยเฉพาะ อังกฤษ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ ประเทศเหล่านี้ก็ยังคงใช้บทตัดพยานกับการแก้ปัญหาการล่อให้กระทำความผิดอยู่ ดังนั้นหากนักกฎหมายไทยยังเห็นว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ยังควรใช้บทตัดพยานอยู่ต่อไป ก็ควรแก้ไขบทตัดพยานไทยให้มีประสิทธิภาพกว้างขวางได้เท่ากับที่ศาลใน

⁶⁷ Andrew L-T.CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding* (Clarendon Press Oxford ,1993):165-166.

⁶⁸ The law commissionของอังกฤษเองก็มีความเห็นเช่นเดียวกันนี้ว่า Entrapmentมีความแตกต่างไปจากกรณีอื่นซึ่งสามารถใช้ดุลพินิจตัดพยานที่ได้มาภายหลังการกระทำความผิด ในขณะที่ Entrapmentเป็นการกระทำก่อนที่จะมีการกระทำความผิดและเป็นสาเหตุของการกระทำความผิด

⁶⁹ W G Roser , “Entrapment:Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?,” *Australian Law Journal* vol.67,no.10 (october 1993):739.

ต่างประเทศมีอำนาจใช้ดุลพินิจตัดพยานที่ขัดต่อ Public Policy ได้ โดยควรต้องแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ให้รับหลักการตัดพยานที่ขัดต่อ Public Policy ได้ โดยวางบทบัญญัติให้ศาลมีดุลพินิจตัดพยานทั้งที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เหมาะสมในประการอื่น ๆ อันมีผลต่อการทำให้เป็นที่เสื่อมเสียต่อการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังเช่น กฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 78 ของอังกฤษซึ่งบัญญัติถ้อยคำไว้ว่า “ห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่จะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาคดีของศาล” ซึ่งเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลอย่างมาก และอาจทำให้พบปัญหาความไม่แน่นอนของการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิดได้ในที่สุด ดังเช่นที่ประเทศอังกฤษได้ประสบมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 แต่เพียงประการเดียวจะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด เนื่องจากระบบกฎหมายไทยไม่มีกระบวนการในการคัดกรองพยานที่สามารถรับฟังได้หรือไม่ ในขั้นก่อนการพิจารณาคดีพยาน และไม่มีระบบลูกขุนในการพิจารณาพยานหลักฐาน โดยมีศาลเป็นผู้พิจารณาว่าพยานหลักฐานใดไม่ควรผ่านการรับรู้ของลูกขุน นอกจากนี้ ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาในระบบกฎหมายไทย แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 162 จะบัญญัติกฎหมายให้ศาลสามารถทำการไต่สวนได้ ทั้งกรณีที่ยกการเป็นโจทก์ฟ้อง และราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติจะมีการไต่สวนเฉพาะกรณีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีเองเท่านั้น ทำให้ยังปราศจากการตรวจสอบการฟ้องคดีอาญาโดยฝ่ายรัฐในขั้นก่อนการพิจารณา ดังนั้น ในระบบศาลไทย ศาลเป็นผู้พิจารณาพยานหลักฐานเอง การนำสืบพยานหลักฐานในชั้นศาลที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด ทำให้ศาลได้รับรู้เนื้อหาของพยานหลักฐานดังกล่าว อาจทำให้เกิดอคติต่อตัวจำเลยไม่มากนักน้อยได้ แม้พยานชั้นนั้นจะต้องถูกตัด โดยศาลจะต้องไม่นำมารับฟังเพื่อชั่งน้ำหนักในการตัดสินคดีก็ตาม

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของการใช้บทตัดพยาน(Exclusion of Evidence) มีหลักการที่สำคัญคือ การนำบทตัดพยานมาใช้ในการตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด โดยถือว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือไม่เหมาะสมและหากรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว จะเกิดความเสียหายต่อความเป็นธรรมของระบบบริหารงาน ยุติธรรมทางอาญา โดยมีผลในทางกฎหมายคือ การตัดพยานเป็นดุลพินิจของศาลที่จะตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดเท่านั้น หรือตัดพยานทั้งหมดถ้าฟังได้ว่าเพียงว่ามีพยานชั้นใดได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งจะทำให้ผลคดีต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีแรกถ้าศาลเลือกตัดเฉพาะชั้นพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด ผลของคดีจะอยู่ที่ชั้นของพยานที่เหลือว่ารับฟังลงโทษจำเลยได้หรือไม่ แต่ถ้าศาลเลือกใช้การตัดพยานทั้งหมดผลของคดีจะต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์และปล่อยตัวจำเลยไป โดยมีข้อดีคือ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจตัดพยาน

ที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดได้ถ้าเห็นว่าการรับฟังจะสร้างความเสียหายต่อระบบ กระบวนการยุติธรรม เป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำที่มีชอบของเจ้าพนักงาน และยังเป็น การคุ้มครอง สิทธิส่วนบุคคลของจำเลยได้ด้วย ในด้านของข้อเสียคือการใช้วิธีการทางพยานแก้ไขปัญหาคดีการล่อให้กระทำความผิด ยังเป็นการแก้ปัญหาคดีที่ยังไม่ตรงกับสภาพปัญหาของการล่อให้กระทำความผิด เพราะเป็นการแก้ปัญหาคดีที่ขึ้นพยานที่ได้มาอย่างไม่เหมาะสม ในขณะที่การล่อให้กระทำความผิด เป็นสาเหตุของการกระทำความผิดและเป็นความไม่เหมาะสมที่จะมีคำพิพากษารับรองคดีดังกล่าว

3.2.3.2 หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process)⁷⁰

ในหัวข้อนี้จะนำเสนอหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ ซึ่งมี วัตถุประสงค์คล้ายกับหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ แต่มีวิธีการนำไปใช้ที่ แตกต่างกัน โดยหลักการนี้จะถูกนำเสนอถึงความเหมาะสมในการนำไปใช้ในการแก้ปัญหาคดี การล่อให้กระทำความผิดได้ดีกว่าหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

ก. หลักการและแนวความคิดการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ

หลักการนี้ปรากฏอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law⁷¹ อันได้แก่ ประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เป็นต้น หลักการนี้มักใช้ในคดีอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ เหมาะสมของตำรวจ(Police Impropriety) ,การพิจารณาคดีที่ล่าช้า(Prosecutorial Delay) และการ กระทำอื่น ๆ ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี เช่น การฟ้องซ้ำ

⁷⁰ Andrew L-T. CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding. (Clarendon Press Oxford, 1993), p.1-16.

⁷¹ โดยเหตุที่หลักกฎหมาย Abuse of process ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งให้อำนาจศาลมีดุลพินิจที่จะหยุดดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ โดยไม่ต้อง บัญญัติเป็นกฎหมายโดยเฉพาะ ในบางประเทศบัญญัติกฎหมายให้จำเลยมีสิทธิ ขอให้ศาลยกฟ้อง หรือหยุดกระบวนการพิจารณาลงได้โดยตรง ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐ Northern Territory ในประเทศออสเตรเลีย(Criminal Code of Northern Territory:section 339 provides: “(1) The accused person may before pleading apply to the court (a) to quash the indictment on the ground that it is calculated to prejudice or embarrass him in his defence to the charge or that it is formally defective; or (b) to stay the proceedings on the ground that they are vexatious or harassing (2) Upon such motion the court may quash the indictment, order it to be amended the court may quash the indictment, order it to be amended in such manner as the court thinks just, stay the proceedings or refuse the motion.”)

(Double Jeopardy) การส่งผู้ร้ายข้ามแดนผิดกฎหมาย (Illegal Extradition) และในบางประเทศ เช่น แคนาดา ใช้หลักการนี้กับการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ด้วย

ทั้งนี้ หากปรากฏแก่ศาลว่ามีการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) ศาลจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะมีคำสั่งให้หยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาลงได้ (Judicial Stays of Criminal Proceeding)⁷² โดยเหตุที่มีความเห็นว่าหลักการนี้สามารถนำมาประยุกต์ใช้ได้เหมาะสมกว่าดุลพินิจของศาลในการตัดพยาน (The court discretion to exclude evidence) โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริสุทธิ์จากคำพิพากษาที่ผิดพลาด และคุ้มครองความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับการใช้บทตัดพยานของศาล

ปรัชญาพื้นฐานของหลักการนี้ คือ แนวความคิดว่าอาชญากรรมเป็นเรื่องของสังคมส่วนรวมมากกว่าเป็นเรื่องส่วนตัว ดังนั้น ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีหน้าที่พิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดและคุ้มครอง ผู้บริสุทธิ์มิให้ต้องรับโทษจากคำพิพากษาที่ผิดพลาด และยังคงพิจารณาถึงผลประโยชน์ของรัฐในส่วนของความบริสุทธิ์ยุติธรรมของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (The moral integrity of criminal justice system) กล่าวคือผลประโยชน์ของรัฐไม่ได้ต้องการหรือมีความมุ่งหมายเพียงแค่ว่ามีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดและปล่อยตัวผู้บริสุทธิ์ แต่ยังคงการนำตัวจำเลยมาพิพากษาในวิธีการที่สังคมยอมรับจึงต้องรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ยุติธรรมของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ข. ขอบเขตการใช้และผลในทางกฎหมายการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ

ในแง่เนื้อหาของวิธีการของหลักการนี้คือ ในคดีนั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่า

- (1) มีภัยอันตรายที่เห็นได้ชัดว่าผู้บริสุทธิ์จะถูกพิพากษาลงโทษ และ/หรือ
- (2) ถ้ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจะเกิดความเสียหายต่อความบริสุทธิ์

ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจปรากฏต่อศาลเองหรือจำเลยร้องขอ โดยศาลจะทำการพิจารณาประเด็นนี้ ในขั้นก่อนการพิจารณา(Pretrial State) ทั้งนี้การพิจารณาพิสูจน์ตกแก่

- 1) ผู้ร้องขอที่จะต้องแสดงได้อย่างพอเพียงต่อศาลว่าควรหยุดการพิจารณาคดี ในทางตรงข้าม
- 2) ผู้ฟ้องคดีมีการพิจารณาพิสูจน์ว่าไม่ควรหยุดกระบวนการพิจารณาคดี

⁷² Stay of Processding ในความหมายของหลักการ Abuse of Process ไม่ใช่คำพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิด แต่ถือเป็นกฎหมายปิดปาก(Estoppel)ทั้ง โจทก์และจำเลยที่ไม่สามารถอ้างผลคำพิพากษาในคดีนั้นได้ โดยถือเป็นการหยุดการพิจารณาคดีนั้นลงอย่างถาวร (Permanent stay) มิใช่เป็นแต่เพียงการจำหน่ายคดีชั่วคราว

โดยเหตุที่จะถือว่ามีการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบหรือไม่ถือเป็นดุลพินิจของศาล (Abuse of Process discretion) แต่ในคดีเฉพาะที่เห็นได้ชัดเจนอยู่ในตัวเองว่าจะสร้างความเสียหายให้แก่ระบบอย่างแน่นอน เช่นการล่อให้กระทำความผิดมีความเห็นว่าศาลจะใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวมิได้ แต่ศาลจะต้องมีหน้าที่สั่งให้หยุดการพิจารณาลงโดยทันที (Automatic Stays)

ค. ข้อเปรียบเทียบระหว่างการใช้บทตัดพยานกับหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ

หลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญของฝ่ายที่ยึดถือหลักการกระบวนการนิติธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย โดยถูกนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิดในบางประเทศ เช่น แคนาดา เป็นต้น ในขณะที่ประเทศที่ใช้บทตัดพยานในการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิดเอง ก็ยังยอมรับถึงประสิทธิภาพของหลักการดังกล่าวต่อการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิด และถูกนำมาเป็นประเด็นทางกฎหมายในทางวิชาการและในชั้นศาลในการเปรียบเทียบถึงความเหมาะสมของหลักการทั้งสองในการนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาการล่อให้กระทำความผิดเสมอ

หลักการนี้ถูกพิจารณาว่าเหมาะสมต่อการแก้ไขปัญหาได้ดีกว่าวิธีการอื่น ๆ โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการทางพยาน โดยประเทศที่ใช้หลักการนี้แก้อปัญหาการล่อให้กระทำความผิดคือ แคนาดา ในขณะที่ประเทศนิวซีแลนด์ใช้ทั้งหลักการ Abuse of Process และหลักการ Exclusion of Evidence แก้อปัญหาการล่อให้กระทำความผิดควบคู่กันไป ทั้งนี้ ในประเทศออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลล์ และอังกฤษซึ่งมีทั้ง 2 วิธีการนี้ แต่ก็มีความเห็นของนักกฎหมายประเทศเหล่านี้มีความเห็นว่าควรนำหลักการ Abuse of Process มาใช้ในการแก้อปัญหา Entrapment น่าจะเป็นวิธีที่เหมาะสมกว่าการใช้บทตัดพยาน เพราะปรัชญาหรือเหตุผลในทางกฎหมายของหลักการ Abuse of Process สอดคล้องกับปัญหาที่แท้จริงของ Entrapment

โดยเหตุที่ การใช้บทตัดพยานตามกฎหมายพยานในคดีอาญา มีเหตุผลทางกฎหมายเพื่อที่จะรักษาผลประโยชน์ของรัฐ ดังนี้ 1)การนำตัวผู้กระทำความผิดลงโทษ 2)การคุ้มครองผู้บริสุทธิ์จากคำพิพากษาที่ผิดพลาด 3)การคุ้มครองความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในขณะที่การหยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณา(stay criminal proceeding)อันเนื่องมาจากการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ(Abuse of Process) ก็มีเหตุผลในการคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวด้วยเช่นกัน ทั้งนี้อำนาจของศาลบนพื้นฐานของหลักการ Abuse of Process นี้ มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของศาล (principle of judicial legitimacy) ซึ่งเป็นอำนาจของศาลที่จะปกป้องสิ่งที่มุ่งคุ้มครองในเรื่องดังกล่าว

จุดเปรียบเทียบถึงข้อแตกต่างของทั้งสองหลักการมีดังนี้

1. หลักการ Abuse of Process ให้อำนาจศาลมีดุลพินิจในการมีคำสั่งให้หยุดการพิจารณาคดี ดังนี้แม้ฟังว่ามีข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่าเกิด Abuse of Process ขึ้น ศาลก็อาจไม่ใช่ดุลพินิจในการหยุดการพิจารณาก็ได้โดยหันมาใช้วิธีการเยียวยาวิธีอื่นแทนตามความร้ายแรงที่เกิดขึ้น แต่ถ้การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิ่งที่มุ่งคุ้มครองอย่างร้ายแรงแล้ว ศาลมีหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งให้หยุดการพิจารณาลงทันที(Automatic Stay) ในขณะที่หลักการ Exclusion of Evidence แม้ให้ดุลพินิจศาลในการรับฟังว่าพยานนั้นได้มาโดยชอบธรรมหรือไม่ ก็ตาม แต่ถ้าหากศาลฟังว่าพยานชิ้นนั้นได้มาโดยไม่ชอบธรรมแล้วศาลก็ต้องมีหน้าที่ตัดพยานชิ้นนั้น ดังนี้ หลักการ Abuse of Process ย่อมใช้ได้ยืดหยุ่นกว่าหลักการ Exclusion of Evidence

2. หลักการ Abuse of Process เป็นการมองว่ามีรอยเปื้อนขึ้นในระบบ และหากดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจะสร้างความเสียหายให้กับระบบแล้วก็ต้องหยุดการพิจารณาลงซึ่งเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุด แต่หากศาลมองแล้วว่ารอยเปื้อนนั้นไม่ถึงกับเป็นการสร้างความเสียหายให้กับระบบจนเกินไปแล้ว ก็สามารถใช้มาตรการอื่นที่รุนแรงน้อยกว่าได้ เช่นถ้ศาลเห็นว่าการตัดพยานสามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างพอเพียงแล้ว กล่าวคือศาลมองว่ามีรอยเปื้อนเฉพาะพยานชิ้นนั้น ศาลอาจเลือกใช้วิธีการตัดพยาน หรือใช้วิธีการลดโทษให้จำเลยซึ่งเป็นมาตรการที่อ่อนลงตามความเหมาะสมแก่กรณี กล่าวอย่างง่ายก็คือหลักการ Abuse of Process ไม่ได้มองที่ชิ้นของพยานที่สร้างความเสียหาย แต่มองว่าระบบได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นหรือไม่ ในขณะที่หลักการ Exclusion of Evidence เป็นการมองความเสียหายจากการรับฟังพยานชิ้นนั้นซึ่งเป็นการมองที่แคบกว่าหลักการ Abuse of Process

3. หลักการ Abuse of Processแม้ในขณะนี้จะใช้ในคดีที่ฟังได้ชัดเจนว่ามีการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบและใช้กับคดีบางประเภทเท่านั้น เช่น Double Jeopardy ,Delay, Illegal Extradiction ,Entrapment เป็นต้น แต่การใช้ดุลพินิจว่าการกระทำในคดีนั้นสร้างความเสียหายต่อระบบหรือไม่เป็นไปอย่างกว้างขวาง ในขณะที่ หลักการ Exclusion of Evidence ใช้ได้กับคดีทุกประเภทแต่จำกัดเฉพาะการตัดพยานที่วิธีการได้มาเท่านั้น

4. ผลของคำสั่งศาลในคดีที่เกิด Abuse of Process ขึ้นนั้น ศาลจะสั่งให้หยุดการพิจารณาลงทันทีและเป็นการหยุดอย่างถาวร โดยถือว่าเป็นกฎหมายปิดปากทั้งโจทก์และจำเลย กล่าวคือคำสั่งหยุดการพิจารณาไม่ใช่คำพิพากษาให้ปล่อยตัวจำเลย แต่จำต้องปล่อยตัวจำเลยไปโดยผลของกฎหมายโดยปริยาย ในขณะที่ หลักการ Exclusion of Evidence มีผลเพียงแค่การตัดชิ้นของพยาน ถ้พยานชิ้นนั้นเป็นพยานที่สำคัญก็มีผลทำให้ศาลต้องยกฟ้องโจทก์หรือมีคำพิพากษาปล่อยตัวจำเลยนั่นเอง ดังนี้ผลของคดีจะลงโทษจำเลยได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับพยานชิ้นที่เหลือที่ยังไม่ถูกตัดลง ซึ่งผลของคดีจะเป็นไปในทางใดก็ได้ จึงต่างจากผลในคดีที่ศาลใช้ หลักการ

Abuse of Process ศาลจะมีคำสั่งหยุดการพิจารณาลงได้โดยไม่สนใจพยานชิ้นที่ถือว่ารับฟังได้หรือไม่อีกต่อไป

5. การใช้หลักการ Abuse of Process ก็เพื่อเหตุผลที่ว่าศาลจะไม่ยอมให้เจ้าพนักงานรัฐบังคับใช้กฎหมายใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการพิพากษาลงโทษจำเลย โดยศาลจะไม่รับรองการกระทำที่เสื่อมเสียของเจ้าพนักงานที่ใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ การหยุดการพิจารณาลงจึงมีผลเป็นการไม่รับรองการพิจารณาที่ผ่านมาตั้งแต่ต้นของเจ้าพนักงาน ในขณะที่การใช้บทตัดพยานตามหลักการ Exclusion of Evidence นั้น การตัดพยานไม่ว่าผลบั้นปลายจะต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ ก็ไม่เป็นการลบล้างกระบวนการที่ผ่านมา เท่ากับยังเป็นการรับรองว่าการดำเนินกระบวนการที่ผ่านมาแล้วยังชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด ซึ่งเป็นคนละเหตุผลกับหลักการ Abuse of Process

6. หลักการ Abuse of Process เป็นการมองว่า หากให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนมีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาที่ได้มานั้นจะเป็นคำพิพากษาที่ไม่เป็นธรรม ในขณะที่หลักการ Exclusion of Evidence เป็นการมองว่าพยานชิ้นนั้นได้มาโดยไม่เป็นธรรมและการรับฟังพยานชิ้นนั้นก็มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น

7. หลักการ Abuse of Process เป็นการมองขั้นตอนของการกระทำของเจ้าพนักงานในกระบวนการทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับจำเลยในคดีนั้น ในขณะที่ หลักการ Exclusion of Evidence มองเฉพาะขั้นตอนในการรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานที่ได้มาภายหลังจากการกระทำ ความผิดของจำเลยแล้ว

8. ในแง่ของการข่มขู่ยับยั้ง (deterrent) เจ้าพนักงานที่กระทำการมิชอบนั้น หลักการ Abuse of Process น่าจะมีประสิทธิภาพมากกว่าเพราะมีผลทำให้ต้องหยุดกระบวนการพิจารณามีใช้แค่ตัดพยาน นอกจากนี้ยังมีความเห็นอีกว่าหลักการ Abuse of Process เป็นวิธีที่ใช้ได้สะดวกกว่าและง่ายกว่าและมีประสิทธิผลมากกว่า และมีการแน่นอนในการใช้มากกว่าวิธีการตัดพยานซึ่งมีความยุ่งยากในการใช้และมีความไม่แน่นอนในผลแห่งคดีที่เกิดขึ้น

กล่าวโดยสรุป ทั้งหลักการ Abuse of Process และหลักการ Exclusion of Evidence มีพื้นฐานทางเหตุผลอย่างเดียวกัน แต่แตกต่างกันในระดับของขอบเขตความไม่เหมาะสม กล่าวคือ ถ้าผลของความไม่เหมาะสมเบื้องต้นพยานใดชิ้นหนึ่งหรือหลายชิ้น หรือความไม่เหมาะสมเบื้องต้น กระบวนการทั้งหมด ในสถานการณ์แรกหากเกิดขึ้น ก็จะพิจารณาเพียงแค่พยานชิ้นนั้นสมควรถูกตัดหรือไม่ แต่ในสถานการณ์หลังก็จะพิจารณาว่ากระบวนการพิจารณานั้นควรหยุดหรือไม่ โดยมีจุดแบ่งว่าหากต้องดำเนินกระบวนการที่มีรอยเปื้อน นั้นต่อไป มันจะสร้างความเสียหายให้กับความบริสุทธิ์ของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือไม่ โดยต้อง ชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์

ของรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กับผลประโยชน์ของรัฐในการรักษาความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา⁷³

ง. ความเหมาะสมของการนำหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด

นักกฎหมายในต่างประเทศมีความเห็นว่าควรนำ หลักการ Abuse of Process มาใช้กับ Entrapment โดยเหตุที่Entrapment ถือเป็นการสร้างความเสียหายให้กับระบบการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ในขณะที่หลักการ Abuse of Process มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ยุติธรรมทางอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าหลักการ Exclusion of Evidence แม้แต่ในประเทศอังกฤษและออสเตรเลีย ซึ่งมีหลักการทั้ง 2 ใช้ในประเทศ แต่นักกฎหมายของประเทศเหล่านี้ก็ยังมีความเห็นว่าควรนำหลักการ Abuse of Processมาใช้ในการแก้ปัญหาได้ดีกว่าบทตัดพยานที่มีอยู่ โดยจะขอหยิบยกความเห็นของนักกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ที่มีต่อประเด็นนี้

1. ประเทศแคนาดา

ในประเด็นนี้ ศาลสูงสุดของแคนาดา ได้กล่าวไว้ในคดี Amato v.R.⁷⁴ โดยผู้พิพากษา Estey กล่าวว่า ทั้งนี้แคนาดาไม่มีข้อต่อสู้ Entrapment แต่มีหลักการ Abuse of Process เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมที่ดีกว่า ดังนี้ คุณพิณิจในการหยุดกระบวนการพิจารณาควรได้รับการพัฒนา เพราะศาลไม่สามารถเข้าแทรกแซงการใช้อำนาจฝ่ายบริหารเพื่อไม่ให้ใช้ขั้นตอนกฎหมายไปในทางมิชอบ และเป็นการแก้ไขที่เหมาะสมที่สุดที่จะต้องปล่อยตัวจำเลย ในขณะที่ในแง่ศีลธรรมของตัวจำเลยเองไม่สมควรได้รับการปล่อยตัว แต่เพราะเป็นการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบจึงไม่สมควรที่จะมีคำพิพากษาออกมารับการกระทำนั้น สำหรับศาลที่รู้ว่ามิใช่ขั้นตอนในการพิจารณาเพื่อทำคำพิพากษา มันเป็นเรื่องที่ไม่สมควรสำหรับจำเลยและศาลที่เกิดจากการกระทำของตำรวจมันสร้างผลที่ไม่น่าพึงพอใจทั้งหมด ซึ่งทำให้ตระหนักว่ามีการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทาง มิชอบ และจะเกิดความบาดเจ็บทั้งจำเลยและต่อการบริหารงานยุติธรรม ถ้าได้มีการตัดสินในการกระทำความผิดนั้น

ในคดีRv.Mack⁷⁵ ศาลสูงสุดของแคนาดาได้สรุปว่า หากพิสูจน์ได้ว่าหากมีการล่อให้กระทำความผิด เกิดขึ้นในคดีจึงควรที่จะหยุดกระบวนการพิจารณาคดีโดยถือว่าเป็นการใช้กระบวนการ

⁷³ Andrew L-T.CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding*, (Clarendon Press Oxford, 1993). p108.

⁷⁴ Amato v.R[1982], 140 dir(3d) 405,449

⁷⁵ Rv.Mack[1988]67 CR(3d)

พิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ(to a judicial stay of the proceeding as an abuse of process) และผู้พิพากษา Lamer J กล่าวว่าการใช้ หลักการนี้แก้ปัญหาค่าล่อให้กระทำความผิดไม่ได้ คุ่มครองเพียงความบริสุทธิ์ของระบบกระบวนการยุติธรรมและได้รับการเคารพจากสังคม แต่ยังคงรวมถึง คำพิพากษาที่จะได้มาโดยการรับรองการกระทำดังกล่าวมันมีราคาสูงเกินไปต่อระบบ กระบวนการยุติธรรม (too high a price)

2.ประเทศออสเตรเลีย

โดยเหตุที่ศาลออสเตรเลียมีอำนาจใช้ดุลพินิจหยุดกระบวนการพิจารณาในฐานะที่เกิด Abuse of Process อำนาจนี้อำนวยทำให้ศาลควบคุมกระบวนการต่าง ๆ ที่จะมาสู่อำนาจศาล และศาลจะต้องกระทำอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันความไม่ยุติธรรมที่จะเกิดและเหมาะสมที่จะหยุดการพิจารณาคดีอย่างถาวร

ผู้พิพากษา Manson CJ กล่าวว่าข้อบกพร่องพื้นฐานที่ฝังรากลงในการพิจารณา โดยธรรมชาติไม่มีผู้พิพากษาคณใด ยอมปล่อยให้มีการกระทำการพิจารณาคดีให้เกิดผลของความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ทั้งนี้ในหลาย ๆ ศาลยอมรับเหตุผลของ ผู้พิพากษา Manson CJ มาใช้เพื่อพัฒนาวิธีการหยุดการพิจารณาอันเนื่องมาจาก Abuse of Process

ผู้พิพากษา Cox J ได้กล่าวในคดี R v. Vokov and Romeo⁷⁶ หากมีการพิสูจน์ได้ว่าการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น ควรหยุดกระบวนการพิจารณาคดีมากกว่าการใช้บทตัดพยานของผู้ล่อให้กระทำความผิด ดังนี้ จึงควรหลีกเลี่ยงบทตัดพยานซึ่งเป็นวิธีการที่ไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างแท้จริง โดยหันมาใช้คำสั่งหยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาอันเนื่องมาจาก Abuse of Process

ผู้พิพากษา Samuls JA มีความเห็นเพิ่มเติมในคดี Rv.Thomson⁷⁷ ว่าวิธีการนี้มีประโยชน์มากกว่าวิธีการอื่น ๆ เนื่องจากใช้ได้กว้างขวาง ง่าย และมีประสิทธิภาพ และเป็นวิธีที่เหมาะสมกว่าบทตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบธรรม และผู้พิพากษา Hunt CJ at CL กล่าวว่าวิธีการนี้มี ความแตกต่างและเป็นอิสระมากกว่าวิธีการอื่น และเหมาะสมสำหรับคดี Entrapment ด้วยการหยุดการฟ้องคดี บนพื้นฐานหลักการ Abuse of Process และมันไม่เหมาะสมที่จะค้นหาดุลพินิจในการตัดพยาน ผู้พิพากษา Badgery Parker J กล่าวเสริมอีกว่า การกระทำที่ไม่เหมาะสมโดยสภาพของ Entrapment ควรต้องถือว่ามันมีรอยเปื้อน ไปทั้งระบบ ดังนั้นมันเหมาะสมที่จะใช้การหยุดการพิจารณามากกว่าการตัดพยาน

⁷⁶ R v. Vokov and Romeo [1986] 40 SASR 498

⁷⁷ Rv.Thomson(1992)58A Crim R451.

3. ประเทศนิวซีแลนด์

ผู้พิพากษา Richardson J กล่าวว่า ศาลมีอำนาจในการหยุดการฟ้องคดีของโจทก์โดยมีเหตุผลคือศาลมีหน้าที่สำคัญที่จะคุ้มครองกระบวนการของเราจากการใช้ไปในทางมิชอบ ทั้งนี้เพื่อป้องกันกระบวนการพิจารณาคดีอาญา จากการใช้ไปในทางที่ผิดไปจากการบริหารงานยุติธรรมภายใต้กฎหมาย และไม่ว่าจะอยู่ในชั้นเริ่มต้นคดีหรือกำลังดำเนินพิจารณาคดี หากดำเนินการต่อไปแล้ว จะเกิดความไม่เป็นธรรมต่อจำเลย และเกิดความไม่เหมาะสมต่อการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ซึ่งถือได้ว่าเป็นการใช้กระบวนการพิจารณาศาลไปในทางมิชอบ และเป็นอำนาจของศาลที่จะหยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณา

4. ประเทศอังกฤษ

ผู้พิพากษา Lord Scarman เพื่อความปลอดภัยในทุกสถานการณ์ ซึ่งเกิดการใช้กระบวนการพิจารณาศาลไปในทางมิชอบ ซึ่งทุก ๆ ศาลมีหน้าที่คุ้มครองการกระทำที่เกิดในกระบวนการพิจารณา⁷⁸ ด้วยเหตุผลนี้ทุกศาลจึงควรต้องยอมรับ ถ้าพบว่ามีกรณีล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น ต้องแปลความว่ากระบวนการพิจารณาถูกใช้ไปในทางมิชอบและต้องรับผิดชอบด้วยการหยุดกระบวนการพิจารณา⁷⁹

นอกจากนี้ Andrew L-T.CHOO นักกฎหมายอังกฤษ มีความเห็นเพิ่มเติมว่าการนำหลักการ Abuse of Processมาใช้กับEntrapment นั้นศาลต้องมีหน้าที่ออกคำสั่งให้หยุดการพิจารณาลงทันทีที่ใช้ดุลพินิจไม่ได้ (that proof of entrapment must lead automatically to stay of the processsing) เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นสาเหตุแห่งการกระทำความผิด ซึ่งแตกต่างไปจากการสืบสวนที่ไม่ชอบในกรณีอื่น ๆ ซึ่งยังใช้บทตัดพยานได้อยู่⁸⁰

สำหรับในประเทศไทยเองไม่เคยปรากฏว่ามีการใช้หลักการ Abuse of Process ดังนี้ นำพิจารณาว่าถึงเวลาแล้วหรือยังที่นักกฎหมายไทยควรหันมามองหลักกฎหมายในเรื่องนี้ และพิจารณาถึงความเหมาะสมในการนำมาใช้ไม่ใช่เพื่อแก้ปัญหาในคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิด

⁷⁸ W G Roser , “Entrapment:Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?,”Australian Law Journal vol.67,no.10 (october 1993): p 726-741.

⁷⁹ Andrew L-T.CHOO, “A Defence of Entrapment,” The modern Law Review.Vol.53, No.4 (july 1990):453, 464.

⁸⁰ Andrew L-T.CHOO, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding. (Clarendon Press Oxford ,1993),p.186.

เท่านั้นแต่ยังสามารถช่วยกระบวนการพิจารณาที่ถูกใช้ไปในทางมิชอบในประการอื่น ๆ ได้รับการแก้ไข เพราะหลักการ Abuse of Process อยู่บนปรัชญาพื้นฐานทางกฎหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของศาล (Principle of Judicial Legitimacy) ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปของศาลในทุกกระบวนการกฎหมายที่จะปกป้องระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีให้ถูกกระทำไปในทางที่เสื่อมเสีย ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของเอกชน หรือฝ่ายรัฐก็ตาม ทั้งยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ผู้ที่มาขอพึ่งบารมีแห่งความยุติธรรมต้องมีมืออันบริสุทธิ์”⁸¹

การนำหลักกฎหมายในเรื่องหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) มาใช้ในระบอบกฎหมายไทยสามารถควบคุมการฟ้องคดีอาญาของฝ่ายรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เนื่องจากศาลได้ตีความผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) ต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยเท่านั้น ดังนั้นจึงมีผลเป็นการห้ามเอกชนฟ้องคดีโดยใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานจากการล่อให้กระทำความผิดโดยปริยาย⁸² แต่ไม่เป็นผลในการห้ามเจ้าพนักงานรัฐในการฟ้องคดีอาญาเพราะไม่ได้ถูกห้ามฟ้องคดีด้วยเงื่อนไขดังกล่าว แต่หลักกฎหมายในเรื่องหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) สามารถควบคุมการฟ้องคดีของเจ้าพนักงานรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้อาจนำหลักกฎหมายดังกล่าว มาบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 โดยอาจกำหนดให้เป็นเหตุหนึ่งของสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องระงับ อันเนื่องมาจากการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ โดยวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนตามที่ได้ศึกษามาในบทที่แล้วว่า มีกรณีใดบ้าง ถึงจะถือเป็นการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ ซึ่งมีผลให้ศาลยกฟ้องคดี หรือจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ อันเป็นการแก้ไขปัญหาที่ตรงกับหลักวิชาการในเรื่อง Entrapment ที่มองปัญหาว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นการกระทำที่ทำให้ระบบเสียหาย มิใช่เพียงความเสียหายแก่ชิ้นของพยาน จึงไม่เหมาะสมที่จะแก้ไขด้วยวิธีการตัดพยาน

แต่อย่างไรก็ตาม ในแง่ความเหมาะสมในการนำมาใช้พบว่า หลักการนี้ยังไม่ปรากฏใช้เป็นที่แพร่หลาย และเป็นหลักกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษาในระบอบกฎหมาย Common Law เป็นอย่างมากในการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งนี้เนื่องจากระบบกฎหมาย Common Law ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย และไม่ถูกจำกัดการใช้อำนาจด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยวางข้อจำกัดการใช้อำนาจของศาลด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรยอมทำให้เกิดอุปสรรคสำคัญในการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้

⁸¹ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 11.

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4301/2543 (อ้างแล้วในบทที่ 2)

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของหลักการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) มีหลักการที่สำคัญคือ การใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริสุทธิ์จากคำพิพากษาที่ผิดพลาด และคุ้มครองความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยในคดีนั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่า (1) มีภัยอันตรายที่เห็นได้ว่าผู้บริสุทธิ์จะถูกพิพากษาลงโทษ และ/หรือ (2) ถ้ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจะเกิดความเสียหายต่อความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาวิธีการใช้ โดยมีผลทางกฎหมายคือ หากปรากฏแก่ศาลว่ามีการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) ศาลจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะมีคำสั่งให้หยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาลงได้ (Judicial Stays of Criminal Proceeding) แต่ในคดีเฉพาะที่เห็นได้ชัดเจนอยู่ในตัวเองว่าจะสร้างความเสียหายให้แก่ระบบอย่างแน่นอน เช่น การล่อให้กระทำความผิดมีความเห็นว่าศาลจะใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวมิได้ แต่ศาลมีหน้าที่ต้องสั่งให้หยุดกระบวนการพิจารณาลงโดยทันที (Automatic Stays) ซึ่งมีข้อดีคือ วิธีการนี้สามารถแก้ไขปัญหการล่อให้ กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม เพราะสอดคล้องกับสภาพปัญหาของการล่อให้กระทำความผิดที่ถือเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ระบบ และจำเลยจะไม่มีสิทธิที่จะได้มีคำพิพากษาให้ปล่อยตัวเพราะผลของการใช้วิธีการนี้ศาลจะจำหน่ายคดีออกเสียจากสารบบความ แต่มีข้อเสียคือ หลักการนี้ให้อำนาจกับศาลอย่างมาก โดยเฉพาะการพิจารณาหยุดคดีที่เห็นว่าจะสร้างความเสียหายให้แก่ระบบ ซึ่งอาจถูกมองว่าเป็นการแทรกแซงการทำงานของฝ่ายบริหาร

3.2.4 การใช้วิธีการบรรเทาโทษ (mitigation of penalty)

แนวคิดที่เห็นว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นเหตุบรรเทาโทษ (mitigation of penalty) ได้รับการนำไปใช้อย่างเป็นทางการในอังกฤษ⁸³ โดยศาลอังกฤษเห็นว่า Entrapment ไม่เป็นข้อต่อสู้ในทางเนื้อหาในกฎหมายอังกฤษ แต่ถือเป็นเพียงเหตุบรรเทาโทษ⁸⁴ เพราะเกิดจากการกระทำที่นำคำหนิของเจ้าพนักงานรัฐ โดยเป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณาลดโทษ (mitigation of

⁸³ แนวคิดนี้ยังได้รับการสนับสนุน ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และเยอรมัน (ดังที่ได้เคยอธิบายมาแล้ว ในบทที่ 2 และบทที่ 3 ตอนต้น) แต่ในทางปฏิบัติ อังกฤษนำแนวคิดนี้ไปใช้อย่างเป็นทางการที่ชัดเจนที่สุด

⁸⁴ คดี R v. Sang [1980] AC 402, 446 per Lord Fraser said : "When Eve taxed with having eaten the forbidden fruit, replied 'the serpent beguiled me', her excuse was, at most, a plea in mitigation and not a complete defence"

sentence)⁸⁵ ต่อมารัฐสภาอังกฤษได้ออกกฎหมาย Police and Criminal Evidence Act 1984 โดยมีมาตรา 78 ได้วางบทตัดพยานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนต่อความเป็นธรรมอย่างชัดเจน

ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษก็ยังคงมีความเห็นแตกต่างกันว่าจะนำบทตัดพยานดังกล่าวมาใช้ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดได้หรือไม่ แต่ทั้งนี้กฎหมายใหม่นี้ก็ไม่ได้ลบล้างดุลพินิจของศาลในการลดโทษในกรณีดังกล่าวแต่ประการใด ศาลอังกฤษจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการตัดพยานและดุลพินิจในการลดโทษในการแก้ไขปัญหากล่อให้กระทำความผิดไปพร้อมกันได้ ซึ่งมีหลายคดีที่ศาลอังกฤษใช้ดุลพินิจลดโทษตามคำพิพากษาในคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิด เช่น คดีRv.Beaumont⁸⁶, Rv.Chapman⁸⁷ เป็นต้น

ในสหรัฐอเมริกาเอง นักกฎหมายบางท่านก็มีความเห็นว่าควรนำหลักการลดโทษตามคำพิพากษา (sentence mitigation) มาใช้ในกรณีที่คดีมีมูลฟังได้ว่าเจ้าพนักงานได้เข้าไปมีส่วนก่อให้เกิดจำเลยกระทำความผิด แต่จำเลยไม่สามารถพิสูจน์ให้เข้าเงื่อนไขของข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้ (imperfect entrapment)⁸⁸

ดังนั้น หากนำแนวคิดนี้มาบัญญัติให้การล่อให้กระทำความผิดเป็นเหตุลดโทษในกฎหมายไทย สามารถกำหนดได้ 2 ลักษณะคือ 1. อาจกำหนดเป็นเหตุบรรเทาโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 โดยไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ในทางเนื้อหา หรือ 2. อาจกำหนดเป็นข้อต่อสู้ในทางเนื้อหา เช่นเดียวกับในเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 อันเป็นเหตุให้การกระทำนั้นเป็นความผิดแต่เป็นเหตุลดโทษ ซึ่งผลในทางกฎหมายเป็นเช่นเดียวกับเหตุยกเว้นโทษดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของการใช้วิธีการบรรเทาโทษ (Mitigation of Penalty) มีหลักการที่สำคัญคือ เหตุบรรเทาโทษไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ทางสารบัญญัติ แต่เนื่องจากการกระทำที่น่าตำหนิของเจ้าพนักงาน จำเลยจึงได้รับประโยชน์จากเหตุดังกล่าว ซึ่งไม่ทำให้จำเลยพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดเพราะจำเลยได้กระทำความผิดทั้งภายนอกและภายในของความผิดแล้ว โดยมีผลในทางกฎหมายคือ ซึ่งมีข้อดีคือศาลเป็นผู้พิจารณาเองว่าสมควรลงโทษจำเลยที่ได้กระทำ

⁸⁵ Andrew Ashworth, *Principle of Criminal Law* (Clarendon Press Oxford, 1991), p.213.

⁸⁶ Rv.Beaumont(1987)9Cr App R(S)342

⁸⁷ Rv.Chapman(1989)11Cr App R(S)222

⁸⁸ Suzanne Mitchell, "Note:Clarifying the United States Sentencing Guidelines'Focus on Government conduct in reverse Sting Sentencing:Imperfect Entrapment as a Logical Incomplete Defense that Warrants Departure," *George Washington Law Review* Vol.64, No.4 (April 1996): 746-775.

ความผิดเพราะถูกล่อเพียงใดตามความเหมาะสม และมีข้อเสียคือ เจ้าพนักงาน ไม่ได้ถูกห้ามปรามอย่างแท้จริงในการกระทำที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวเพราะอำนาจต่อรอง ในทางคดีมีสูงกว่าจำเลย เพราะไม่ว่าจำเลยจะถูกล่อให้กระทำความผิดหรือไม่จำเลยยังคงต้องรับโทษ

3.2.5 การใช้หลักการกระบวนการนิติธรรม (Due Process Defense)

วิธีการนี้อยู่บนพื้นฐานกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5, 14 บนหลักการพื้นฐานของกระบวนการนิติธรรม (Due Process)⁸⁹ที่ว่าตำรวจมีหน้าที่สืบสวนอาชญากรรม ไม่ใช่สนับสนุนอาชญากรรม การใช้วิธีการนี้สามารถปล่อยตัวจำเลยได้ แม้ฟังได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้ว (predisposition) และจำเลยสามารถยกข้อต่อสู้นี้ได้ถ้าเขาถูกวิธีการล่อทดสอบจากเจ้าพนักงาน ไม่ว่าเขาจะมีความอดทนต่อความเขี้ยวในในฐานะบุคคลที่สังคมคาดหวังว่าเขาต้องเคารพกฎหมายหรือไม่ก็ตาม⁹⁰

โดยความเห็นของศาลสหรัฐยอมรับว่าข้อต่อสู้ในเรื่อง Entrapment ไม่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในคดี United States v. Russell⁹¹ ศาลได้กล่าวไว้ว่า เราอาจจะเสนอสถานการณ์ อันเกิดจากการกระทำของผู้บังคับใช้กฎหมายที่ละเมิดต่อหลักการ Due Process Principles เพื่อให้มีคำพิพากษาในเรื่องนี้ออกมา และในคดี Hampton v. United States⁹² ผู้พิพากษาท่านหนึ่งเห็นว่า ถ้าจำเลยมี predisposition อยู่แล้วย่อมไม่อาจยกข้อต่อสู้ Entrapment ในขณะที่ผู้พิพากษาอีก 5 ท่าน เห็นว่า หากการกระทำของรัฐบาลละเมิดต่อหลักการ Due Process Principles ศาลต้องยกฟ้องโจทก์แม้ฟังได้ว่าจำเลยมี predisposition⁹³ กล่าวโดยสรุป วิธีการ Due Process Principles มีเหตุผลอย่างเดียวกับทฤษฎีภาวะวิสัย (objective model) กล่าวคือเป็นวิธีการคุ้มครองชื่อเสียงของระบบยุติธรรมทางอาญา⁹⁴ แต่วิธีการนี้ยังไม่ปรากฏใช้กับ Entrapment อย่างกว้างขวางในสหรัฐอเมริกา

⁸⁹ โดยเรียกได้อีกชื่อหนึ่งว่า outrageous Government conduct defense

⁹⁰ W G Roser, "Entrapment: Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?," Australian Law Journal vol.67, no.10 (October 1993): 732.

⁹¹ United States v. Russell, 411 US. 423, 431 [1973]

⁹² Hampton v. United States, 425 U.S. 484, 495 [1976]

⁹³ Robert M. Bloom and Mark S. Brodin, Criminal Procedure. Examples and Explanations (Little Brown and Company, 1996), p. 358.

⁹⁴ W G Roser, "Entrapment: Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the criminal justice system ?," Australian Law Journal vol.67, no.10 (October 1993): 733.

ในขณะที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในปี 1998 ได้มีการยกประเด็นการล่อให้กระทำความผิดขึ้นพิจารณาในคดี Teixeira de Castro v. Portugal (june 9,1998)⁹⁵ ซึ่งเป็นคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลอังกฤษที่พิพากษาลงโทษจำเลย ซึ่งมีประเด็นทางสิทธิมนุษยชนจึงได้รับการพิจารณาในศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปอีกครั้งโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ได้อ้างว่า การพิพากษาลงโทษจำเลยในคดีที่จำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดเป็นการกระทำขัดต่อสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม(right of fair trial) อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติ Article 6 of ECHR (Everyone is entitled in full equality to fair and public hearing by an independent and impartial tribunal in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him) ซึ่งรัฐไม่สมควรรับฟังพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดดังกล่าว⁹⁶ ผลของคดีนี้มีอิทธิพลต่อประเทศภาคีที่รับรองหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในประเทศตน เช่น อังกฤษในปี 1999 ในคดี Nottingham City Council V.Amin⁹⁷ ศาลอังกฤษจึงได้พิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยเหตุที่พยานของโจทก์ถูกตัดตาม มาตรา 78 ของกฎหมาย The Police and criminal Evidence Act 1984 เนื่องจากการรับฟังพยานดังกล่าวจะทำให้เกิดผลเสียต่อความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นการเคารพ ต่อคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และเพื่อสนับสนุนกฎหมาย the Human Rights Act 1998 ที่จะมมีผลบังคับใช้ในอังกฤษในเดือนตุลาคม ปี 2000 ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม(right of fair trial) ตามบทบัญญัติ Article 6 of ECHR ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เป็นหลักการเดียวกันกับหลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรม (Due Process) ที่ใช้ในสหรัฐอเมริกาที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยให้ได้รับความเป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรม

⁹⁵ Teixeira de Castro v. Portugal,criminal law review ,oct 1998 p751-753. ในคดีนี้เจ้าพนักงานตำรวจสองคนได้ขนส่งเฮโรอีน 20 กรัมให้จำเลย ซึ่งการใช้วิธีการนี้มีอิทธิพลต่อการชักจูงจำเลยให้กระทำความผิด ซึ่งหากไม่มีการกระทำดังกล่าวจำเลยก็จะไม่กระทำความผิด และเป็นการใช้วิธีการสืบสวนที่ไม่มีขอบเขต เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานที่ชี้ประวัตินิติอาชญากรรมของจำเลย และ ไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้ขนส่งยาเสพติด ศาลจึงตัดสินว่าการใช้วิธีการสืบสวนดังกล่าวจะต้องใช้อย่างจำกัดและปลอดภัยแม้แต่ในคดีที่มีการขนส่งยาเสพติดก็ตาม การกระทำ ดังกล่าวจึงขัดต่อ Article 6 ซึ่งใช้กับการกระทำความผิดทุกประเภท และเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ จึงไม่ควรรับฟังพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน

¹²¹ Simon Bronitt, "Entrapment, Human Rights and Criminal Justice: A licence to Deviate ?," Hong Kong Journal vol.29(1999):216,224-226,234-236.

⁹⁷ Nottingham City Council V.Amin(2000) CLR.P174.

ดังนั้นหากพิจารณาวิธีการดังกล่าวในประเทศไทยแล้วจะพบว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม(right of fair trial) ซึ่งเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของ Due Process ดังปรากฏในมาตรา 241 วรรคแรก ได้กำหนดว่า “ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยย่อมมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม” เช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อที่ผ่านมาแล้วว่าในขณะที่เรายังไม่มีกฎหมายลูกบทรองรับหลักการดังกล่าวในกรณีของการล่อให้กระทำความผิด แต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องให้อำนาจสิทธิตามรัฐธรรมนูญมาเป็นข้อต่อสู้ในทางคดีในศาลได้โดยตรงดังปรากฏในมาตรา 28 วรรคสอง กำหนดว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” ดังนั้น แม้ประเทศไทยยังไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยตรง แต่น่าจะสามารถอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่จำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม(right of fair trial) ในลักษณะเดียวกับการใช้หลักการกระบวนการนิติธรรม(Due Process Defense) และผลในคดีศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปประกอบกัน

กล่าวโดยสรุป วิธีการนี้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยศาลสหรัฐอเมริกาเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการถูกทำละเมิดอย่างรุนแรงและชัดเจนโดยเจ้าพนักงานของรัฐที่ใช้วิธีการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ที่รองรับหลักการกระบวนการนิติธรรม โดยถือเป็นข้อต่อสู้ในทางคดีของจำเลยที่เรียกว่า Due Process Defense หรือ outrageous Government conduct defense โดยมีผลในทางกฎหมาย คือ หากจำเลยใช้วิธีการนี้เป็นข้อต่อสู้ในทางคดีและแสดงให้เห็นถึงการกระทำของ เจ้าพนักงานอันละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว ย่อมมีผลให้ศาลยกฟ้องของโจทก์อันเนื่องมาจากการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้วิธีการนี้ยังเป็นหลักการเดียวกันกับการใช้วิธีการทางสิทธิมนุษยชนนี้ โดยอ้างว่าการล่อให้กระทำความผิดเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ในเรื่องสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นบทบัญญัติ Article 6 of ECHR ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป โดยมีผลในทางกฎหมายคือ หากจำเลยใช้วิธีการนี้เป็นข้อต่อสู้ในทางคดีและแสดงให้เห็นถึงการกระทำของเจ้าพนักงานอันละเมิดต่อบทบัญญัติดังกล่าวได้แล้ว ย่อมมีผลให้ศาลสิทธิมนุษยชนชี้ขาดว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อสิทธิมนุษยชน และรัฐไม่สมควรรับฟังพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดดังกล่าว และยังมีผลบังคับให้ประเทศสมาชิกยอมรับผลคำชี้ขาดดังกล่าว ซึ่งมีข้อดีคือ การอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิมนุษยชนมาเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิดนั้นย่อมเป็นการรับรองสิทธิของจำเลยในคดีและเป็นหลักประกันของหลักการ Due Process ได้อย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพสูงสุด แต่

มีข้อเสียคือ การอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือสิทธิมนุษยชนมาเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่มีการล่อให้กระทำความผิด ยังไม่ปรากฏใช้กันอย่างแพร่หลาย นอกจากเท่าที่ปรากฏในความเห็นของศาลสหรัฐและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ทำให้ยังไม่อาจอ้างเป็นหลักประกันที่แน่นอนของจำเลย เพราะยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโคบัญญัติชัดเจนในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด

3.2.6 มาตรการทางกฎหมายอันมีส่วนในการป้องกันปัญหาการล่อให้กระทำความผิด

นอกจากมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดโดยตรงซึ่งได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนี้ ในบางประเทศยังมีการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้ในการตรวจสอบในชั้นสืบสวนของเจ้าพนักงาน ซึ่งมีผลต่อการป้องกันการล่อให้กระทำความผิดโดยทางอ้อม กล่าวคือ การควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ (Controlled Operations)⁹⁸

Controlled Operations⁹⁹ เป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่ตัวผู้บังคับใช้กฎหมายโดยตรง วิธีการนี้เป็นเสมือนมาตรการเสริม ซึ่งจะมีผลทางอ้อมในการป้องกันการล่อให้กระทำความผิด อันเปรียบเสมือนการแก้ปัญหาคือต้นเหตุ โดยประเทศที่ใช้วิธีนี้อย่างชัดเจนคือประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากก่อนที่จะออกกฎหมายรับรองวิธีการดังกล่าว มลรัฐในออสเตรเลียยังไม่มียกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาในการที่เจ้าพนักงานเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด¹⁰⁰ และยังมีผลทำให้พยานหลักฐานที่ได้มารับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ เนื่องจากถูกศาลใช้ดุลพินิจตัดพยาน โดยถือว่าเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบ¹⁰¹ โดยแต่ละรัฐจะออกกฎหมายควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับในกรณีที่จะต้องใช่วิธีการสืบสวนในลักษณะที่ต้องเข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมกับการกระทำความผิดเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมตัวผู้กระทำความผิด

⁹⁸ สรุปรจาก Parliament of Australia :Senate:Committees:StreetLegal,
http://www.aph.Gov.au /senate/committee/nca_ctte /street_legal /content.htm, 12-feb-00.

⁹⁹ the National Crime Authority(NCA)ของประเทศออสเตรเลียได้ให้ความหมายของ Controlled Operations ไว้ว่าเป็นวิธีการสืบสวนซึ่งตัวแทนเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยเฉพาะ อันได้แก่ ผู้ให้ข่าว ตัวแทน หรือสายลับตำรวจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสามารถรับฟังพยานหลักฐานลงโทษจำเลยหรือผู้ร่วมกระทำความผิดได้ ด้วยการฟ่องคดีเพื่อยับยั้งกิจกรรมในการกระทำความผิดอาญา

¹⁰⁰ Mike Bartlett, "Police Entrapment (1996)," <http://www.law.anu.edu.au/criminet/barlett.html>
13-oct-97

¹⁰¹ Ridgeway v.The Queen (1995)129ALR41 ;(1995)69ALJR 484

Controlled Operations มีความสำคัญอย่างมากในการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้

1. วิธีการนี้มีประโยชน์ในการสืบสวนองค์กรอาชญากรรม¹⁰²
2. วิธีการนี้ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ¹⁰³
3. วิธีการนี้ได้รับการยอมรับจากศาล¹⁰⁴
4. วิธีการนี้ยังใช้ในการสืบสวนอาชญากรรมอื่นๆได้ นอกเหนือจากคดียาเสพติด เช่น การฟอกเงิน¹⁰⁵ เป็นต้น

Controlled Operations มีประโยชน์ ดังต่อไปนี้

1. วิธีการนี้เป็นการคุ้มครอง และทำให้เกิดความมั่นใจในการทำงานของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย
2. วิธีการนี้ทำให้มั่นใจได้ว่าพยานที่ได้มานั้นชอบด้วยกฎหมาย
3. วิธีการนี้เป็นการวางกรอบการทำงานภายในของตำรวจ
4. วิธีการนี้โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้

Controlled Operations มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ¹⁰⁶

1. ให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิดอาญา

¹⁰² เนื่องจากการยากที่จะเข้าไปแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดนอกเสียจากการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับภายในองค์กรอาชญากรรมดังกล่าว Controlled Operations จะมีส่วนในการกำหนดแผนการดำเนินงานและเป้าหมายที่ชัดเจน และยังเป็นการกันเจ้าพนักงานออกจากความรับผิดชอบที่จะตามมา ทำให้การทำงานของเจ้าพนักงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹⁰³ June 1998, the United Nations twentieth Special Session on the world Drug Problem recommended: (Article V, Clause 5a)... that States, if permitted by the basic principles of their respective domestic legal systems, ensure that their legislation, procedures and practices allow for the use of the technique of controlled delivery at both the domestic and international levels, subject to agreement, arrangements and understandings mutually consented to between States.

¹⁰⁴ ภายหลังจากคดี *Ridgeway v The Queen The Commonwealth* ได้ออกกฎหมาย the Crimes Amendment (Controlled Operations) Act 1996 (Cth) ซึ่งศาลสูงได้ยอมรับถึงความจำเป็นในการใช้วิธีการดลวงในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานในบางสถานการณ์

¹⁰⁵ the Financial Action Task Force on Money Laundering (AUSTRAC) กล่าวว่า ความร่วมมือในการสืบสวนอาชญากรรมระหว่างประเทศ ด้วยการใช่วิธี controlled delivery จะทำให้สามารถรู้ตัวผู้ต้องสงสัยในกระบวนการอาชญากรรมได้

¹⁰⁶ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997 (NSW), part 1-3.

2.จับกุมผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด

3.ทำลายกระบวนการอาชญากรรม

โดยมาตรการทางกฎหมายดังกล่าว ไม่ได้จำกัดฐานความผิดที่จะดำเนินการ แต่มักใช้กับคดีอาชญากรรมเป็นหลัก โดยจะวางหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้บังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ โดยในการปฏิบัติงานแต่ละครั้งจะต้องมีการเสนอแผนการดำเนินงาน โดยทำการขออนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้บังคับบัญชาระดับสูง¹⁰⁷ กำหนดเวลาที่จะปฏิบัติงาน¹⁰⁸ วิธีการที่จะใช้ในการปฏิบัติงาน¹⁰⁹ นอกจากนี้วิธีการดำเนินการต้องไม่เป็นการชักจูงใจให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และไม่เข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่น¹¹⁰ ทั้งนี้ การปฏิบัติการดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ถ้าเห็นว่าไม่เหมาะสม¹¹¹ ซึ่งจะมีผลเป็นการบังคับให้ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีข้อมูลเบื้องต้นก่อนการปฏิบัติงานกล่าวคือมีเหตุผลอันสมควรในการสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ไม่ใช่เพียงการสุ่มตัวอย่าง¹¹² และเป็นการรับรองโดยกฎหมายว่าปฏิบัติการดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย¹¹³ ทำให้ปราศจากความรับผิดทางอาญาแล้ว เจ้าพนักงานได้ปฏิบัติถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้วก็ไม่ต้องรับผิดทางแพ่งอีก¹¹⁴ และจะต้องนำเสนอรายงานผลการดำเนินการให้ผู้บังคับบัญชาทราบ¹¹⁵ โดยผู้บังคับบัญชาต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเจ้าพนักงาน¹¹⁶ อันเป็นการตรวจสอบการทำงานไปด้วย ดังนั้น โดยภาพรวมวิธีการนี้เป็นการป้องกันมิให้เกิดการล่อให้กระทำความผิดขึ้นไปในตัว

¹⁰⁷ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 2

¹⁰⁸ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 2-8(1)(g) ,part 2-10(1)(a): ซึ่งโดยปกติไม่เกิน 3 เดือน แต่อาจขอยาวได้อีกครั้งละไม่เกิน 3 เดือน

¹⁰⁹ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 2-6(3)(b)(c)

¹¹⁰ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 2-7(1)(a)(b),part3-14.

¹¹¹ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 2-12

¹¹² Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 2-6(3)(a)

¹¹³ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 3-16,17,18

¹¹⁴ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 3-19

¹¹⁵ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 3-15.

¹¹⁶ Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW),part 4

โดยกฎหมายดังกล่าวได้ออกเป็นพระราชบัญญัติในแต่ละมลรัฐ เช่น Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW), the Criminal Law (Undercover Operations) Act 1995(SA), the Crimes Amendment (Controlled Operations) Act 1996(Cth) เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยประมวลวิธีพิจารณาความอาญาหรือประมวลระเบียบเกี่ยวกับคดีเองก็ไม่ได้กำหนดขั้นตอนการตรวจสอบการปฏิบัติงานในชั้นสืบสวนของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแต่ประการใด ทำให้การแสวงหาข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดเป็นไปโดยดุลพินิจของเจ้าพนักงานอย่างกว้างขวาง ซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง อันนำมาสู่ปัญหาการล่อให้กระทำความผิดได้ในที่สุด ประเทศไทยควรมีมาตรการการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ (Controlled Operations) มาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อตรวจสอบการทำงานดังกล่าว เพราะจะมีส่วนในการป้องกันปัญหาการล่อให้กระทำความผิดและยังเป็นเกราะกำบังให้กับเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตมิให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ มาตรการนี้ยังสามารถใช้ควบคู่ไปกับการใช้วิธีการทางสารบัญญัติและวิธีสืบพยานในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น อันจะเป็นการแก้ปัญหาได้ครบทั้งกระบวนการ กล่าวคือ Controlled Operations จะเป็นมาตรการป้องกันปัญหาการล่อให้กระทำความผิดในชั้นเจ้าพนักงาน และมาตรการทางสารบัญญัติหรือวิธีสืบพยานจะเป็นการแก้ไขเยียวยาปัญหาการล่อให้กระทำความผิดในชั้นศาล

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของการใช้วิธีการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ (Controlled Operations) มีหลักการที่สำคัญคือ วิธีการนี้มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันและการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ ในการสืบสวนสอบสวนคดีความผิดบางประเภทที่ต้องอาศัยวิธีการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้เจ้าพนักงานและสายลับปราศจากความรับผิดทางกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าว และให้พยานที่ได้มานั้นศาลยอมรับฟังได้ ทั้งยังเป็นการกำหนดมาตรฐานการทำงานของเจ้าพนักงานและสายลับ โดยมีผลในทางกฎหมายคือ หากเจ้าพนักงานปฏิบัติกรดังกล่าวถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ทำให้การกระทำดังกล่าวปราศจากความรับผิดทางกฎหมาย แม้จะไม่ใช่หลักประกันหรือเป็นสิ่งผูกมัดศาลที่จะต้องไม่ตัดพยานที่ได้มาก็ตาม พยานที่ได้มาตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมายย่อมไม่มีเหตุผลที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับฟัง วิธีการนี้มีข้อดีคือเป็นการแก้ไขปัญหภายในของฝ่ายบริหารเอง ซึ่งถือเป็นมาตรการเสริมกับวิธีการอื่น ๆ ได้ดี เพราะเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุ แต่มีข้อเสียคือ วิธีการดังกล่าวมีมาตรการตรวจสอบการทำงานมาก อาจเป็นอุปสรรคการทำงานของเจ้าพนักงานได้ ทำให้การควบคุมอาชญากรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

บทที่ 4

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

จากการศึกษาวิจัยในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดพบว่า การล่อให้กระทำความผิดในบางประเทศถือเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมาย แต่ในบางประเทศกลับไม่มีนโยบายในการควบคุม ทั้งนี้ การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาในความผิดประเภทที่ไม่มีเอกชนเป็นผู้เสียหายโดยเฉพาะ เนื่องจากผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นบุคคลคนเดียวกัน (victimless crimes) เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การค้าโสเภณี การรับสินบนของเจ้าพนักงาน เป็นต้น ดังนั้น การแสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมผู้กระทำความผิด ในคดีดังกล่าวจึงเป็นไปด้วยความยากลำบาก เจ้าพนักงานจึงมีความจำเป็นที่ต้องใช้เทคนิควิธีการในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่นการใช้สายลับเข้าไปล่อซื้อยาเสพติด เป็นต้น เมื่อเจ้าพนักงานใช้วิธีการดังกล่าวเกินขอบเขตของการแสวงหาพยานหลักฐานถึงขนาดก่อให้เกิดบุคคลอื่นซึ่งไม่คิดที่จะกระทำความผิดมาก่อน เกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าพนักงานดังกล่าว การกระทำดังกล่าวถูกเรียกตามหลักกฎหมายในต่างประเทศว่า “การล่อให้กระทำความผิด” (Entrapment)

การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะการปราศจากการตรวจสอบการทำงานของเจ้าพนักงานสืบสวนคดีอาญาในชั้นสืบสวน โดยเหตุที่ไม่มีกฎหมายหรือกฎระเบียบใดวางหลักเกณฑ์ขั้นตอนเพื่อตรวจสอบการทำงานของเจ้าพนักงานในชั้นสืบสวนดังกล่าว ทำให้เจ้าพนักงานมีดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อจับกุมฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอย่างกว้างขวาง อันนำมาสู่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบหรือหรือการกลั่นแกล้งบุคคลอื่น รวมถึงการล่อให้กระทำความผิดด้วย ดังนั้น หากไม่มีการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มงวด เจ้าพนักงานมักจะใช้วิธีการล่อให้กระทำความผิด เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าว

ปัญหาที่แท้จริงของการล่อให้กระทำความผิดคือ รัฐได้ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษหรือไม่ กล่าวคือ การกระทำความผิดที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิดนั้น มิใช่ความผิดที่เกิดขึ้นเองตามปกติทั่วไป แต่เป็นการกระทำความผิดที่เกิดจากความตั้งใจให้มีขึ้นจากเจ้าพนักงานรัฐ จึงไม่อาจมั่นใจว่าผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดสมควรได้รับการลงโทษ อันเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานที่มีส่วนก่อให้เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งในหลายประเทศได้ใช้วิธีการวัดความไม่สมควรนั้นแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์เดียวกันคือ รัฐต้องการได้ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงซึ่งสมควรได้รับการลงโทษ ดังนั้น การล่อให้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ทุกรัฐควรห้ามปราม เพราะด้วยเหตุผลต่าง ๆ อันอาจจำแนกได้เป็น 5 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) ในด้านเจ้าพนักงานรัฐ เนื่องจากเจ้าพนักงานรัฐมีหน้าที่สืบสวนเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม มิใช่ก่ออาชญากรรมเสียเอง การล่อให้กระทำความผิดจึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางมิชอบของเจ้าพนักงาน อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบายของรัฐที่ยึดหลักกระบวนการนิติธรรม
- (2) ในด้านผู้ถูกล่อให้กระทำความผิด ย่อมได้รับความไม่เป็นธรรมในการถูกรัฐฟ้องร้องดำเนินคดีที่เกิดจากการกระทำของรัฐเอง โดยเฉพาะต่อการถูกล่วงละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ทุกรัฐต้องคุ้มครอง
- (3) ในด้านศาลที่พิจารณาคดี ถือว่าการล่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดเพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีนั้น เป็นการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ เพราะเป็นการกระทำที่ใช้ศาลเป็นเครื่องมือพิพากษาลงโทษบุคคลที่รัฐก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นเอง อันเป็นการกระทำที่เสื่อมเสียต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาล และองค์กรของรัฐเอง
- (4) ในด้านประชาชนทั่วไป การล่อให้กระทำความผิดทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจขึ้นในสังคม โดยทำให้เกิดความหวาดระแวงซึ่งกันและกัน
- (5) ในด้านรัฐ เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นการก่ออาชญากรรม จึงทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณในการปราบปรามผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น ทั้งยังขาดความไว้วางใจจากประชาชน ทำให้เกิดความเสื่อมเสียต่อรัฐเอง

ในหลาย ๆ รัฐในต่างประเทศพบว่ามิวิธีการแก้ไขปัญหการล่อให้กระทำความผิดแตกต่างกันออกไปหลายแนวทาง กล่าวคือ

- (1) ในสหรัฐอเมริกา มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดเป็นกฎหมายสารบัญญัติ(substantive law) โดยวางหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของหลักกฎหมายอย่างชัดเจน และมีความแตกต่างกันออกไปบ้างในแต่ละมลรัฐ และมีพัฒนาการในทางเนื้อหาของกฎหมายและทางปฏิบัติอยู่ตลอดมา โดยมีผลทางกฎหมายคือ หากฟังได้ว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิดแล้ว ศาลย่อมพิพากษายกฟ้องคดีโจทก์แล้วปล่อยตัวจำเลย
- (2) ในแคนาดา มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด โดยใช้หลักกฎหมายในเรื่องการใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ (Abuse of process) โดยผลในทางกฎหมายคือการหยุดกระบวนการพิจารณาคดีลง (Stays of criminal proceeding) ซึ่งมีผลทำให้ต้องปล่อยตัวจำเลยไปโดยปริยาย
- (3) ในอังกฤษ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ไม่มีข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดแต่ใช้วิธีการทางกฎหมายลักษณะพยานคือการใช้บทตัดพยาน

(Exclusion of Evidence) ตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งผลในทางกฎหมายคือ หากพยานที่เหลืออยู่ไม่มีน้ำหนักพอรับฟังลงโทษจำเลยได้แล้ว ศาลย่อมพิพากษายกฟ้อง โจทก์และปล่อยตัวจำเลยไป

- (4) ในประเทศที่ใช้ระบบไต่สวน ไม่ปรากฏมีหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด เพราะทุกหน่วยงานในระบบกระบวนการยุติธรรมถูกวางบทบาทให้มีหน้าที่ร่วมกันค้นหาความจริงในคดีอาญา ทั้งนี้ หากปรากฏว่าการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น ผลในทางกฎหมายอาจใช้บทตัดพยาน (Exclusion of Evidence) มาตัดพยานที่ได้จากการล่อให้กระทำความผิด ตามแต่รัฐนั้นมีนโยบายครอบคลุมถึงการตัดพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดด้วย หรืออาจใช้วิธีการลดโทษตามคำพิพากษาในการแก้ปัญหาก็ได้

ในประเทศไทย ไม่ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด และไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าว แต่มีความเห็นทางวิชาการว่าสามารถนำบทตัดพยานมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิดได้ โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตาม ป.ว.อ.มาตรา 226 จากการศึกษาพบว่า การใช้บทตัดพยานในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดเป็นวิธีการแก้ไขปัญหายังไม่เหมาะสมในประเทศไทย เพราะเหตุผลหลายประการด้วยกันกล่าวคือ

- (1) หลักการล่อให้กระทำความผิดเป็นคนละกรณีกับหลักการทางกฎหมายพยาน กล่าวคือ

-เหตุผลในแง่ของพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบนั้น ทำให้พยานที่ได้มาขาดความน่าเชื่อถือในการพิสูจน์ความจริง ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับบทตัดพยานในกฎหมายไทย แต่ส่วนการล่อให้กระทำความผิดนั้น ไม่เกี่ยวข้องกับความน่าเชื่อถือของพยานที่ได้มา เพราะพยานที่ได้มาจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นพยานที่เกิดจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด และสามารถพิสูจน์ทางพยานให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามความเป็นจริงได้ จึงมิได้ทำให้ความน่าเชื่อถือต่อการพิสูจน์ความจริงทางพยาน (Probative Values) ลดน้อยลงไปกว่าการแสวงหาพยานที่ได้มาตามวิธีการปกติ แต่ประการใด

-เหตุผลในแง่ของพยานที่ได้มาโดยมิชอบ พบว่าการแสวงหาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าพนักงานในกรณีอื่น ๆ อันเป็นการกระทำภายหลังที่จำเลยได้กระทำความผิดแล้วซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาด้วยวิธีการตัดพยานได้ จึงเป็นคนละกรณีกับการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่จำเลยกระทำความผิด ซึ่งเห็นตัวอย่างได้ชัดเจนในสหรัฐอเมริกา

หรือแคนาดาที่มีบทตัดพยานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่กลับไม่ได้นำมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิด

- (2) การตัดพยานเป็นการพิจารณาตัดชั้นพยานที่ได้มาโดยมิชอบ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในผลของคดี เพราะจำเลยอาจถูกพิพากษาลงโทษได้ทั้งๆที่ฟังได้ว่าจำเลยถูกล่อให้กระทำความผิด หากพยานที่เหลืออยู่นั้นน่าหนักพอรับฟังลงโทษจำเลยได้ ในขณะที่เหตุผลของความไม่ชอบธรรมของการล่อให้กระทำความผิดมิได้อยู่ที่ชั้นพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบ แต่เป็นความไม่ชอบธรรมที่เกิดขึ้นกับระบบกระบวนการยุติธรรม
- (3) ประเทศที่ไ้บทตัดพยาน (Exclusion of Evidence) กับการล่อให้กระทำความผิด เช่น อังกฤษ ออสเตรเลีย เป็นต้น พบว่ามีบทตัดพยานที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการตัดพยานได้อย่างกว้างขวางกว่าในประเทศไทย กล่าวคือบทตัดพยานของประเทศดังกล่าวให้อำนาจศาลในการตัดพยานที่หากรับฟังแล้วจะเป็นที่เสื่อมเสียต่อกระบวนการยุติธรรม ในขณะที่บทตัดพยานในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นบทตัดพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือตามรัฐธรรมนูญมีความจำกัดในการใช้เฉพาะพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบเท่านั้น
- (4) ประเทศที่ไ้บทตัดพยาน (Exclusion of Evidence) กับการล่อให้กระทำความผิดกลับพบว่าในทางวิชาการหรือในการพิจารณาคดีของศาลกลับมีความเห็นแย้งมากมายต่อความไม่เหมาะสมของการไ้บทตัดพยานในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิด

4.2 ข้อเสนอแนะ

ความเหมาะสมในการนำมาตราทางกฎหมายมาใช้กับการล่อให้กระทำความผิดในระบบกฎหมายไทย ควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ร่วมกัน 2 มาตรการคือ 1) มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทย และ 2) มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการป้องกันปัญหาล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทย ดังจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

(1) มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทย

จากการศึกษาในบทที่ 3 เราพบว่ามาตรการทางกฎหมายในระบบกฎหมายต่างประเทศที่ถูกนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดได้แก่ 1. การใช้วิธีการทางกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) เช่น การบัญญัติกฎหมายให้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือข้อยกเว้นโทษ 2. การใช้วิธีการทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedure Law) เช่น การไ้บทตัดพยาน (The Exclusion

of Evidence) แต่มาตรการทางกฎหมายที่สามารถคุ้มครองสิทธิของจำเลย และคุ้มครองตัวระบบกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนสามารถยับยั้งการกระทำที่น่าตำหนิของเจ้าพนักงานไปได้พร้อม ๆ กันนั้น คือการนำมาตรการทางกฎหมายสารบัญญัติ ด้วยวิธีการบัญญัติกฎหมายเป็นข้อยกเว้นโทษมาใช้ในระบบกฎหมายไทยน่าจะมีความเหมาะสมมากที่สุด เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร การบัญญัติกฎหมายเป็นข้อยกเว้นสามารถบัญญัติกฎหมายโดยวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้โดยตรง และวางเงื่อนไขให้จำเลยนำสืบให้เข้าเงื่อนไขของกฎหมายได้ชัดเจน ในขณะที่มาตรการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดด้วยวิธีบัญญัติในระบบกฎหมายต่างประเทศถูกนำมาใช้แก้ปัญหาดังกล่าวเพียงเพราะประเทศเหล่านั้นไม่ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดโดยตรง จึงมีความจำเป็นต้องนำเครื่องมือทางกฎหมายเท่าที่มีใช้อยู่มาแก้ไขปัญหานั้น ซึ่งยังปรากฏความไม่ชัดเจน และยังไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ในการเลือกใช้วิธีการดังกล่าว จึงยังมีความไม่เหมาะสมในการนำรูปแบบการแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดด้วยวิธีบัญญัติมาใช้ในระบบกฎหมายไทย นอกจากนี้ยังพบว่าวิธีพิจารณาความอาญาในระบบกฎหมายต่างประเทศให้อำนาจศาลในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา มีให้ถูกใช้ไปในทางมิชอบ ทั้งยังให้อำนาจศาลมีดุลพินิจที่กว้างขวางในการตัดพยานที่ได้มาโดยมิชอบอย่างมาก ประกอบกับมีการตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวตั้งแต่ขั้นก่อนการพิจารณา(Pretrial state) ตลอดจนยังมีระบบลูกขุนพิจารณาข้อเท็จจริงโดยเฉพาะเครื่องมือทางกฎหมายเหล่านี้ถูกใช้เชื่อมโยงอย่างเป็นระบบทำให้ศาลในระบบกฎหมายต่างประเทศยังสามารถแก้ไขปัญหาล่อให้กระทำความผิดด้วยวิธีบัญญัติได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น หากเปรียบเทียบวิธีบัญญัติเพื่อนำมาแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยแล้ว จำต้องแก้ไขเกือบทั้งระบบ อันเป็นข้อจำกัดในระบบกฎหมายอย่างเห็นได้ชัดเจน

ทั้งนี้ เหตุที่เสนอให้นำวิธีการบัญญัติกฎหมายเป็นข้อยกเว้นโทษมาใช้ในระบบกฎหมายไทยน่าจะมีความเหมาะสมมากที่สุดเป็นเพราะสอดคล้องกับหลักวิชาการในการมองปัญหาของ Entrapment เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นกรณีที่จำเลยกระทำครบองค์ประกอบความผิดแล้ว เพียงแต่มีสาเหตุของการกระทำความผิดมาจากเจ้าพนักงานรัฐเท่านั้น จำเลยจึงไม่สมควรมีสิทธิที่จะปฏิเสธได้ว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด โดยถือเป็นนโยบายรัฐ(Public Policy) ในการคุ้มครองระบบกระบวนการยุติธรรม โดยไม่สนับสนุนให้เจ้าพนักงานรัฐกระทำการล่อให้กระทำความผิด และยังเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ตัวจำเลยโดยลดความน่าตำหนิของจำเลยลง

หากนำมาตรการที่เสนอนี้มาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาไทยแล้ว โดยวางบทบัญญัติให้เป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัย ในลักษณะเป็นเหตุยกเว้นโทษ และเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษประกอบกันไป โดยใช้วิธีการซึ่งนำหน้าระหว่างความรุนแรงของการกระทำของเจ้าพนักงาน และเจตนาในการกระทำความผิดของจำเลยประกอบกันว่าการกระทำของฝ่ายใดมีอิทธิพลต่อการกระทำความผิดมากกว่ากัน อันเป็นการใช้วิธีการพิสูจน์การล่อให้กระทำ

ความคิดโดยใช้วิธีการประยุกต์ระหว่างวิธีการอัตตะวิสัย และวิธีการภาวะวิสัยประกอบกันไป โดยขอเสนอให้วางหลักเกณฑ์ดังกล่าว ในบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดอาญาเพราะเจ้าพนักงาน หรือตัวแทนเป็นผู้ก่อให้เกิดกระทำ เพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการฟ้องร้องดำเนินคดี หากการก่อให้เกิดกระทำได้ใช้วิธีการใด ๆ อันเป็นการขู่หรือชักจูงใจให้กระทำความผิด ซึ่งหากไม่มีการใช้วิธีการดังกล่าวแล้วบุคคลในภาวะเช่นนั้นจะไม่กระทำความผิดนั้นเลยผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้ถ้าผู้กระทำความผิดเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นมาแต่แรกแล้วศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

กรณีตามวรรคแรกไม่ให้นำมาใช้กับการกระทำความผิดที่มีการกระทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย หรือจิตใจของผู้อื่นเป็นองค์ประกอบความผิดรวมอยู่ด้วย”

ทั้งนี้ จำเลยมีหน้าที่เพียงพิสูจน์ให้เข้าเงื่อนไขของการกระทำเจ้าพนักงาน หรือตัวแทนที่อาจก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปกระทำความผิดนั้นได้เท่านั้น ในขณะที่ฝ่ายโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ว่าการใช้วิธีการดังกล่าวไม่ได้เกินเลยไปกว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐาน แต่เป็นเพียงการเปิดโอกาสให้จำเลยกระทำความผิดออกมาเท่านั้น และจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้ว หากโจทก์พิสูจน์จนสิ้นสงสัยไม่ได้ทั้งสองเงื่อนไข จำเลยก็ไม่ต้องรับโทษ แต่ในกรณีที่จำเลยแสดงให้ศาลเห็นถึงการกระทำที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนได้แล้ว หากโจทก์ไม่สามารถหักล้างในเรื่องวิธีการของเจ้าพนักงานหรือตัวแทนดังกล่าว แต่โจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลยได้ก่อนที่เจ้าพนักงานหรือตัวแทนจะใช้วิธีการดังกล่าวได้ กล่าวคือเป็นกรณีที่ปรากฏถึงการกระทำที่รุนแรงของเจ้าพนักงาน และเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกของจำเลยแล้ว ศาลก็ต้องชี้แจงนำหน้าว่าการกระทำของฝ่ายใดมีอิทธิพลต่อการกระทำความผิดมากกว่ากัน เพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำของจำเลย ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลมีดุลพินิจที่จะลดโทษจำเลยให้น้อยลงได้ อันเป็นการยืดหยุ่นระหว่างแนวความคิดที่ต้องการลงโทษผู้กระทำความผิด กับความเหมาะสมของวิธีการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ได้อย่างสมดุล

หากพิจารณาถึงผลกระทบในด้านโครงสร้างในระบบกฎหมายอาญาแล้วพบว่า การบัญญัติกฎหมายให้ผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการก่อให้เกิดความผิดเป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัยนั้น ไม่มีผลกระทบต่อโครงสร้างในระบบกฎหมายอาญาไทย กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้โดยไม่ขัดต่อโครงสร้างของระบบกฎหมายเนื่องจากการเพิ่มเติมเหตุที่กฎหมายให้อภัยโดยการยกเว้นโทษ ซึ่งมีบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญา คือ การกระทำความผิดโดยความจำเป็นโดยสามารถอธิบายเหตุยกเว้นโทษในกรณีของการกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการก่อให้เกิดความผิดได้ว่าเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด (Tatbestand) ทั้งภายนอกและภายใน และเป็นความผิด (Rechtswidrigkeit) ซึ่งไม่มีกฎหมายให้

อำนาจกระทำได้โดยชอบ แต่ในแง่ของความชั่ว(Schuld) แล้วพบว่า แม้ผู้กระทำความผิดจะมีความรู้ผิดชอบก็ตาม แต่การกระทำความผิดดังกล่าวไม่อาจตำหนิตัวผู้กระทำได้ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวมิได้เกิดจากความคิดที่จะตัดสินใจในการกระทำความผิดโดยอิสระของตัวผู้กระทำเอง แต่มีมูลเหตุมาจากเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นผู้ยึดเหี้ยมความคิดที่จะกระทำความผิดให้ โดยใช้วิธีการชักจูงที่เกินสมควร เช่นการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนในการกระทำความผิดที่สูงเกินปกติ ซึ่งไปมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการชั่งน้ำหนักที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดของจำเลยให้ผิดปรกติไป ซึ่งหากไม่ใช้วิธีการดังกล่าวแล้วจำเลยจะไม่ตัดสินใจกระทำความผิดตามหลักทฤษฎีอรรถประโยชน์ ดังนั้นในแง่ของนโยบายทางอาญาแล้ว สังคมควรให้ความเป็นธรรมแก่จำเลยหรือลดความน่าตำหนิของจำเลยลง อันเนื่องมาจากการกระทำอันน่าตำหนิของรัฐนั่นเอง จึงสมควรที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการล่อให้กระทำความผิดเป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัย

การอ้างเหตุที่กฎหมายให้อภัยในกรณีของการล่อให้กระทำความผิดนั้นจะต้องใช้ในกรณีที่มีการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิด และไม่เข้าข้อยกเว้นในเรื่องความยินยอมให้กระทำความผิดด้วย เนื่องจากหากการกระทำดังกล่าวขาดองค์ประกอบความผิด หรือเข้าข้อยกเว้นในเรื่องความยินยอมให้กระทำความผิดแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด จึงไม่จำเป็นต้องมาพิจารณาในเรื่องเหตุที่กฎหมายให้อภัยในกรณีของการล่อให้กระทำความผิดอีก

ในกรณีที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคน เหตุที่กฎหมายให้อภัยในกรณีของการล่อให้กระทำความผิดนั้นควรต้องถือเป็นเหตุเฉพาะตัวของผู้ที่ถูกล่อให้กระทำความผิดเท่านั้น ในด้านของเจ้าพนักงาน หรือตัวแทนผู้ล่อให้กระทำความผิดแล้ว หากการกระทำนั้นถึงขนาดเป็น ตัวการผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นโทษให้ แต่ในกรณีที่ ผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดได้ไปชักจูงให้บุคคลอื่นกระทำความผิดด้วยแล้ว คงต้องแยกพิจารณาว่า หากบุคคลที่สามนั้นเป็น เป้าหมายของเจ้าพนักงานมาแต่แรกแล้วหรือไม่ หรือ เจ้าพนักงานยอมเล็งเห็นผลว่าการใช้วิธีการดังกล่าวจะก่อให้เกิดบุคคลที่สามกระทำความผิดด้วย หรือความผิดประเภทนั้นจำต้องอาศัยบุคคลที่สามในการกระทำความผิดด้วยแล้ว คงต้องถือว่าบุคคลที่สามนั้นถูกล่อให้กระทำความผิดด้วย ซึ่งมีสิทธิอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้ด้วยเช่นเดียวกัน ในทางตรงข้าม หากบุคคลที่สามไม่ใช่เป้าหมายของเจ้าพนักงาน หรือเจ้าพนักงานไม่อาจเล็งเห็นได้ว่าจะมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือความผิดประเภทนั้นไม่จำต้องอาศัยบุคคลที่สามร่วมกระทำความผิดด้วยแล้ว คงต้องถือว่าเป็นกรณีที่เอกชนล่อให้กระทำความผิดกันเองไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมาย

ในกรณีการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท หรือการกระทำความผิดหลายกรรมต่างกัน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90 และมาตรา 91 นั้น หากพิจารณาในกรณีของการล่อให้กระทำความผิดด้วยแล้ว คงต้องแยกพิจารณาว่า หากฐานความผิดอื่นนั้นเป็นเป้าหมายของเจ้าพนักงานมาแต่แรกแล้วหรือไม่ หรือเจ้าพนักงานยอมเล็งเห็นผลว่าการใช้วิธีการดังกล่าวจะ

ก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดฐานอื่นนั้นด้วย หรือความผิดประเภทรูปนั้นจำเป็นต้องอาศัยการกระทำ ความผิดหลายฐานขึ้นไปด้วยแล้ว คงต้องถือว่าผู้กระทำความผิดถูกล่อให้กระทำความผิดทุกฐาน ด้วย ในทางตรงข้าม หากฐานความผิดอื่นนั้น ไม่ใช่เป้าหมายของเจ้าพนักงาน หรือเจ้าพนักงานไม่ อาจสังเกตเห็นได้ว่าการใช้วิธีการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดฐานอื่นนั้นด้วย หรือความผิด ประเภทรูปนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยการกระทำความผิดหลายฐานขึ้นไปด้วยแล้ว คงต้องถือผู้กระทำ ความผิดยกข้อต่อสู้ได้เฉพาะฐานความผิดที่ถูกล่อให้กระทำความผิดเท่านั้น

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอยู่แล้วในฐานความผิดที่มีอัตรา โทษต่ำแต่ถูกเจ้าพนักงานล่อให้กระทำความผิดในฐานความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่า เพื่อให้ ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ดังนี้คงต้องถือว่าผู้กระทำมีสิทธิยกข้อต่อสู้ว่าถูกล่อให้กระทำ ความผิดเฉพาะความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่าเท่านั้น ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดในฐานความผิดที่มี อัตราโทษต่ำเพราะมีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาแต่แรกแล้ว โดยปราศจากการล่อให้กระทำ ความผิด

(2) มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการป้องกันปัญหาการล่อให้กระทำความผิดในประเทศไทย

มาตรการทางกฎหมายที่สามารถป้องกันปัญหาการล่อให้กระทำความผิดได้อย่างมี ประสิทธิภาพนั้นคือ มาตรการที่มุ่งตรวจสอบการทำงานของเจ้าพนักงานในชั้นสืบสวน อาชญากรรมซึ่งจะมีผลโดยทางอ้อมในการป้องกันมิให้เจ้าพนักงานใช้วิธีการล่อให้กระทำ ความผิด มาตรการนี้จึงมีความแตกต่างไปจาก มาตรการทางกฎหมายที่แก้ไขปัญหาการล่อให้ กระทำ ความผิด เนื่องจากมาตรการนี้หันมาพิจารณาที่ตัวเจ้าพนักงานแทนที่จะมุ่งพิจารณาที่การ กระทำของตัวจำเลย

ผู้วิจัยเห็นว่ามีความเหมาะสมในการนำวิธีการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและ สายลับ (Controlled Operations) มาใช้ในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากเป็นวิธีการตรวจสอบการ ทำงานภายในของฝ่ายบริหารเอง โดยการกำหนดให้เจ้าพนักงานที่จะใช้วิธีการสืบสวน อาชญากรรมในลักษณะที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของผู้ต้องหาจะต้องได้รับ การอนุมัติจากผู้บังคับบัญชาระดับสูงเป็นกรณีไป ทั้งยังเป็นการตรวจสอบจากศาลในการพิจารณา คดีว่าการสืบสวนอาชญากรรมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทำให้เจ้าพนักงานจะต้อง ทำงานให้เกิดความรอบคอบมากยิ่งขึ้น ซึ่งมีได้เป็นการสร้างอุปสรรคในการทำงานของเจ้า พนักงาน เนื่องจากการใช้วิธีการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ (Controlled Operations) เป็นการนำแนวทางที่เจ้าพนักงานต้องใช้ในการสืบสวนอาชญากรรมตามหลักวิชาการ มาบัญญัติรองรับเป็นกฎหมายให้เกิดแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนและเป็นรูปแบบเดียวกัน เมื่อเจ้า พนักงานปฏิบัติตามขั้นตอนถูกต้องแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะไม่ต้องรับผิด เป็นการส่วนตัวจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว และพยานหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนดังกล่าว

ยอมเป็นพยาน หลักฐานที่เกิดขึ้นและได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ชอบที่ศาลจะรับฟังในชั้นพิจารณาสืบพยาน เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

วิธีการนี้มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันและตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ ในการสืบสวนสอบสวนคดีความผิดบางประเภทที่ต้องอาศัยวิธีการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้เจ้าพนักงานและสายลับปราศจากความรับผิดทางกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าว และให้พยานที่ได้มานั้นศาลยอมรับฟังได้ ทั้งยังเป็นการกำหนดมาตรฐานการทำงานของเจ้าพนักงานและสายลับ

วิธีการนี้ถูกกำหนดเป็นกฎหมายเฉพาะขึ้นเช่น Law Enforcement (Controlled Operations) Act 1997(NSW), Criminal Law (Undercover Operations) Act 1995(SA) โดยมีรายละเอียดที่สำคัญ เช่น

- การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับทุกครั้ง ต้องเสนอแผนการดำเนินงานและได้รับการอนุมัติจากผู้บังคับบัญชาระดับสูง โดยต้องระบุถึงข้อมูลหลักฐานที่น่าเชื่อถือว่ามีความผิดดังกล่าวเกิดขึ้น ประเภทความผิดที่เข้าไปดำเนินการ บุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องหา จำนวนพนักงานหรือสายลับที่จะดำเนินการ ลักษณะของแผนการ ระยะเวลาดำเนินการ เป็นต้น

- ระยะเวลาที่จะสามารถอนุมัติให้ดำเนินการได้ ไม่เกินครั้งละประมาณ 3 เดือน และจะต้องขออนุมัติใหม่ทุกครั้งทั้งหมดเวลา

- วิธีการนี้จำกัดให้กระทำได้เฉพาะความผิดบางประเภทเท่านั้น ซึ่งมักจะเป็นความผิดที่หาพยานได้ยาก(victimless crimes)เช่นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การซื้อขายสินค้าต้องห้าม เป็นต้น

- ฝ่ายบริหารจะต้องทำรายงานเสนอถึงความเป็นไปได้ของแผนการดังกล่าวต่อสภาทุกปี ผลในทางกฎหมายของวิธีการนี้ กล่าวคือ หากเจ้าพนักงานปฏิบัติการดังกล่าวถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ทำให้การกระทำความผิดปราศจากความรับผิดทางกฎหมาย แม้จะไม่ใช่หลักประกันหรือเป็นสิ่งผูกมัดศาลที่จะต้องไม่ตัดพยานที่ได้มาก็ตาม พยานที่ได้มาตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมายย่อมไม่มีเหตุผลที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับฟัง

วิธีการนี้ยังเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทั่วไป กล่าวคือ เจ้าพนักงานจะต้องมีเหตุอันควรสงสัยในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของผู้ต้องหาเสียก่อน จึงจะได้รับการอนุมัติจากผู้บังคับบัญชาให้ไปปฏิบัติการดังกล่าวได้ อันเป็นการป้องกันมิให้เจ้าพนักงานใช้วิธีการสุ่มทดสอบจำเลยโดยไม่มีเหตุอันควรสงสัย อันเป็นการกั้นผู้บริสุทธิ์ออกจากวิธีการดังกล่าวได้ และยังทำให้เกิดความมั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่ารัฐได้นำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษ

นอกจากการนำวิธีการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและสายลับ (Controlled Operations) มาบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการในรูปของพระราชบัญญัติแล้วซึ่งเป็นกฎหมายลำดับสูงแล้ว ยังมีวิธีการควบคุมการทำงานในชั้นสืบสวนของเจ้าพนักงานในรูปแบบ

อื่นๆ อีกคือ การกำหนดให้มีระเบียบเกี่ยวกับคดี หรือคู่มือแนวทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานสืบสวน ในการหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งอาจใช้มาตรการลงโทษทางวินัยเป็น เครื่องมือในการห้ามปรามเจ้าพนักงานได้อีกทางหนึ่ง

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหาคารล่อให้กระทำความผิดในระบบกฎหมาย ไทย ต้องคำนึงถึงระดับปัญหาความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคม ในการเลือกใช้ มาตรการทางกฎหมายที่มีหลากหลายระดับ ตั้งแต่การควบคุมเจ้าพนักงานรัฐน้อยที่สุด ไปจนถึง การคุ้มครองจำเลยมากที่สุด การเลือกใช้มาตรการทางกฎหมาย จึงต้องก่อให้เกิดความสมดุล ระหว่างแนวความคิดในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน กล่าวคือมาตรการที่จะนำมาใช้จะต้องเป็นวิธีการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษด้วย วิธีการที่เป็นธรรมกับจำเลย หรือเป็นวิธีการที่สังคมยอมรับได้ด้วย ทั้งนี้ มาตรการทางกฎหมายที่ ได้นำเสนอมาข้างต้นนี้นอกจากจะได้คำนึงถึงหลักการดังกล่าวแล้ว ยังจะต้องอาศัยความร่วมมือ จากเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายทุกฝ่ายในการยอมรับถึงความสำคัญในการทำให้ประชาชน ในสังคมมั่นใจได้ว่ารัฐได้นำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงและสมควรต้องได้รับการลงโทษมา ดำเนินการตามกฎหมายแล้ว การแก้ไขปัญหาคารล่อให้กระทำความผิดจึงจะเกิดประสิทธิภาพ อย่างแท้จริง

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความยินยอมในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

กัมพล อรุณปลอด. การสืบสวนกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ
การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในสหรัฐอเมริกา วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 9 ฉบับที่ 3
(2521):120-136.

เข็มชัย ชุตินวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2538.

คณิต ณ นคร. วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน. ใน รวมบทความ
ความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิต ณ นคร หน้า กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2540.

คณิง ภาไชย. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 1. ตอนที่ 2. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536.

จิตติ วีระเวสต์. หลักการวิเคราะห์กฎหมายพยาน(แพ่ง-อาญา)และกฎหมายล้มละลาย เรียงตาม
มาตรา. (ม.ป.ท.), 2543.

- จรินดี หะวานนท์. หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ:เปรียบเทียบระหว่าง
กฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน. คูลพาน. (พฤษภาคม – มิถุนายน 2527) : 34-52.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญา
กรรมและกระบวนการยุติธรรม. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2 ปีที่ 9 (กันยายน –
พฤศจิกายน 2520): 142-171.
- ประเสริฐ เมฆมณี. ตำรวจและกระบวนการยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิชการพิมพ์, 2529.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ยูแพค จำกัด, 2538.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมาย
อเมริกัน. บทบัญญัติ. เล่มที่ 32 ตอน 4 (2518) : 673-678.
- ไพจิตร สวัสดิสาร. เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ. หน่วยที่ 8-15.
พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528.
- มน โขศรีสาคร. การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ : ศึกษาเฉพาะกรณี
พยานวัตถุและพยานเอกสาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2538.
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. การเปิดเผยข้อเท็จจริงในคดีอาญาในประเทศไทย. คูลพาน. (กรกฎาคม-กันยายน
2538): 70-93.
- อรรณพ ลิขิตจิตตะ. เงินล่อซื้อยาเสพติด. วารสารอัยการ. ฉบับที่ 223 ปีที่ 19 (กันยายน 2539): 9-22.

ภาษาอังกฤษ

Abramson, Leslie W. and Lindeman, Lisa L. Entrapment and Due Process in the Federal Courts. American Journal of Criminal Law. Vol.8.No.2 (July 1980) :139-182.

Allen, Michael J. Entrapment: time for reconsideration. Anglo-American Law Review. Vol.13.No.1(1984): 57-84.

American Jurisprudence. 2nd ed. Criminal Law . Vol.21.(1998):306-325.

Andrews, John A. & Hirst, Michale . The Criminal law Library (Criminal Evidence) .2nd ed. London: Sweet & Maxwell,1992.

Ashworth, Andrew . Principle of Criminal Law.3rd ed.Oxford University Press,1999.

Bartlett, Mike .Police Entrapment (1996). <http://www.law.anu.edu.au/criminet/barlett.html>

Billimack, SueAnn D.Reliance on official interpretation of the law :The defense's appropriate dimensions.University of Illinois Law Review .No.3 (1993):565-588.

Bloom, Robert M. and Brodin, Mask S. Criminal Procedure.Examples and Explanations.Little Brown and Company,1996.

Bottke, Wilfried . 'Rule of Law' or 'Due Process' as a Common feature of Criminal Process in Western Democratic Societies.The University of Pittsburgh Law Review. Vol.51 (1990):419-456.

Bronitt, Simon .Entrapment,Human Rights and Criminal Justice:A licence to Deviate ?.Hong Kong Journal. Vol.29(1999):216-239.

Bulletins "Fairy tales" in Munich <http://www.bullatomsci.org/issues/1995/nd95/nd95.bulletins.html>:

- Burtta, John David . Reconfiguring the entrapment and Outrageous government conduct Doctrines. Georgetown law Journal .Vol.84.No.5 (May 1996):1945-1983.
- Camp, Damon D.Out of Quagmire After Jacobson v. United States:Towards a More Balanced Entrapment Standard.The Journal of criminal law & criminology. vol.83. no.4 (1993):1055-1097.
- Carmen, Rolando V.del . Criminal Procedure:Law and Practice.Wadsworth Publishing Company,1995.
- Chamelin, Neil C. and Evans, Kenneth R.Criminal law for police officers. 3rd ed.(n.p.),1981.
- CHOO , Andrew L-T. .A Defence of Entrapment.The modern Law Review.Vol.53. No.4 (july 1990):453-471.
- CHOO, Andrew L-T..Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceeding.Oxford Monographs on Criminal Law and Justice.Clarendon Press Oxford ,1993.
- Eherlich ,J.B. Sorrells – Entrapment or Due Process? A Redefinement of the Entrapment Defense:Part 2. New York Bar Journal. Vol.55.No.6 (1983).
- Elbaz, David J.The Troubling Entrapment Defense:How about an economic approach?. American criminal law review . Vol. 36. no.1 (winter 1999): 117-143.
- Entrapment through unsuspecting middlemen.Harvard Law Review. vol.95.no.5 (march 1982): 1122-1142.
- Fletcher, George P..Rethinking criminal Law.,Boston Toronto.United States: Little Brown and Company,1978.
- Friedland, Martin L..Controlling the Administrators of Criminal Justice. Criminal Law Quarterly. Vol.31.No.3 (June 1989):280-317.

Guyon., Rene.The work of codification in Siam. the authority of code commission.(n.d.).

Harris, Wendy .Entrapment.Criminal Law Journal. Vol.18(August 1994):197-222.

Heydon, J.D.The problems of Entrapment.Cambridge Law Journal. Vol32.Part2(november 1973):268-286.

Inciardi , James A.Criminal Justice.3rd ed.,Harcourt Brance Jovanovich ,1990.

Ingraham, Barton L.The structure of criminal procedure:Laws and practice of France,the Soviet Union,China,and the United States.New York.Greenwood.an imprint of Greenwood Publishing Group.West Port.CT,1987.

Israel ,Kamisar,Lafave. Criminal Procedure and The Constitution.West publishing company,1995.

Kenneth, M. Lord. Entrapment and Due Process:Moving toward a dual system of defenses. Florida State University law review .Vol. 26 (spring 1998): 463-516.

LaFave,Wayne R. and Scott,Austin W.Criminal Law.St.Paul,Minn: West Publishing ,1972.

Malmud, John . Defending A sentence:The Judicial Establishment of sentencing entrapment and sentencing manipulation defenses.University of Pennsylvania law review. Vol.145.No.5 (may 1997) :1359-1399.

Miller, Stephen A.The Case for Preserving the Outrageous government conduct Defense. Northwestern University law Review. Vol.91.No.1(1996):305-373.

Mitchell , Suzanne .Note:Clarifying the United states Sentencing Guidelines Focus on Government Conduct in Reverse Sting Sentencing:Imperfect Entrapment as a Logical Incomplete Defense that Warrant Departure. George Washington Law Review .Vol. 64 .No.4 (April 1996):746-755.

Nichols, Molly Kathleen .Entrapment and Due Process:How far is too far?.Tulane Law Review
Vol.58.No.5 (may 1984) :1207-1235.

Nilsson, John E. Of outlaws and offloads:a case for derivative entrapment.Boston College law
review. Vol.37 (july 1996):743-769.

Orchard, G F .Unfairly obtained evidence and entrapment.The New Zealand Law Journal.
Vol.20. No.9(may 1980):203-208.

Osakwe, Christopher.Modern Soviet Criminal Procedure : A Critical Analysis.
Tulane Law Reveiw. Vol57.no33(1983):439-481.

Packer, Herbert .The limits of the Criminal Sanction.Stanford University Press,1968.

Pakter, Walter .Exclusionary Rules in France Germany ,and Itary.Hastings international and
Comparative Law Review .Vol9.No1. (1985-86):1-57.

Parliament of Australia :Senate:Committees:StreetLegal, [http://www.aph.Gov.au](http://www.aph.Gov.au/senate/committee/nca_ctte/street_legal/content.htm)
[/senate/committee/nca_ctte/street_legal/content.htm](http://www.aph.Gov.au/senate/committee/nca_ctte/street_legal/content.htm).

Perelli-Minetti , C.Robton .Causation and intention in the entrapment defense.UCLA Law
Review. Vol28.No.4(april 1981):859-905.

Reichel, Philip L. Comparative Criminal Justice Systems :A Topical Approach. 2nd ed.Prentice
Hall,1999.

Robertson, Geoffrey Q.C.Entrapment Evidence :Manna from Heaven ,or Fruit of The Poisoned
tree ?.The criminal law review (November 1994):805-816.

Robin, Gerald D. and Richard H.AnsonEntroduction to the criminal justice system.4th edition .
Harper Row Publishers,1990.

- Robinson, Paul H. .Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis.Columbia Law Review.
Vol.82.No.2(March 1982): 199-291.
- Roser, W G . Entrapment:Have the Courts found a solution to this fundamental Dilemma to the
criminal justice system ?. Australian Law Journal vol.67.no.10 (october 1993):722-743.
- Seago, Peter .Criminal Law . 4th ed. London :sweet & Maxweel , 1994.
- Senna, Joseph J. and Siegel, Larry J. .Introduction to criminal justice. 6th ed.west publishing
company,1993.
- Sharpe, Sybil .Covert Police Operation and The Discretionary Exclusion of Evidence.
The Criminal Law Review. (november 1994):793-804.
- Sharpe, Sybil .Judicial Discretion and Criminal Investigation.Sweet Maxwell,1998.
- Stober , Micheal .The Limits of Police Provocation in Canada.Criminal Law Quarterly.
Vol.34.No.3_(May 1992): 290-348.
- Stober, Micheal .Persistent Importuning for a Defence of Entrapment.Mc Gill Law Journal .
Vol.33. No.2 (march 1988):400-421.
- Thomas, Mark .Sentencing entrapment :How far should the federal courts go?. Idaho law review .
Vol.33 (1996):147-182.
- Williams, Glanville .Criminal law :the general part. 2nd ed ,1961.
- Zuckerman ,Adrian A.S. .Illegally Obtained evidence Discretion as a Guardian of Legitimacy.
Current legal problems ,vol.40. (1987):55-70.



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา

1.กฎหมายที่บัญญัติรับรองหลักกฎหมายEntrapment โดยมีแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Model) ได้แก่

ARIZONA REVISED STATUTES Sec 13-206. Entrapment :

A. It is an affirmative defense to a criminal charge that the person was entrapped. To claim entrapment, the person must admit by the person's testimony or other evidence the substantial elements of the offense charged.

B. A person who asserts an entrapment defense has the burden of proving the following by clear and convincing evidence:

1. The idea of committing the offense started with law enforcement officers or their agents rather than with the person.
2. The law enforcement officers or their agents urged and induced the person to commit the offense.
3. The person was not predisposed to commit the type of offense charged before the law enforcement officers or their agents urged and induced the person to commit the offense.

C. A person does not establish entrapment if the person was predisposed to commit the offense and the law enforcement officers or their agents merely provided the person with an opportunity to commit the offense. It is not entrapment for law enforcement officers or their agents merely to use a ruse or to conceal their identity. The conduct of law enforcement officers and their agents may be considered in determining if a person has proven entrapment.

D. If a person raises an entrapment defense, the court shall instruct the jurors that the person has admitted the elements of the offense and that the only issue for their consideration is whether the person has proven the affirmative defense of entrapment by clear and convincing evidence.

DELAWARE CODE ANNOTATED 11 Del. C. sec 432 (1999) Entrapment as affirmative defense; defense unavailable in certain situations

(a) In any prosecution for an offense, it is an affirmative defense that the accused engaged in the proscribed conduct because the accused was induced by a law-enforcement official or the law-enforcement official's agent who is acting in the knowing cooperation with such an official to engage in the proscribed conduct constituting such conduct which is a crime when such person is not otherwise disposed to do so. The defense of entrapment as defined by this Criminal Code

concedes the commission of the act charged but claims that it should not be punished because of the wrongdoing of the officer originates the idea of the crime and then induces the other person to engage in conduct constituting such a crime when the other person is not otherwise disposed to do so.

(b) The defense afforded by subsection (a) of this section is unavailable when causing or threatening physical injury is an element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

BURNS INDIANA STATUTES ANNOTATED 35-41-3-9 (2000) Entrapment

(a) It is a defense that:

(1) The prohibited conduct of the person was the product of a law enforcement officer, or his agent, using persuasion or other means likely to cause the person to engage in the conduct; and

(2) The person was not predisposed to commit the offense.

(b) Conduct merely affording a person an opportunity to commit the offense does not constitute entrapment

ILLINOIS COMPILED STATUTES ANNOTATED ,720 ILCS 5/ sec7-12 (2000)Entrapment :

A person is not guilty of an offense if his or her conduct is incited or induced by a public officer or employee, or agent of either, for the purpose of obtaining evidence for the prosecution of that person. However, this Section is inapplicable if the person was pre-disposed to commit the offense and the public officer or employee, or agent of either, merely affords to that person the opportunity or facility for committing an offense.

KENTUCKY REVISED STATUTES ANNOTATED ,KRS 505.010 (1998) Entrapment

(1) A person is not guilty of an offense arising out of proscribed conduct when:

(a) He was induced or encouraged to engage in that conduct by a public servant or by a person acting in cooperation with a public servant seeking to obtain evidence against him for the purpose of criminal prosecution; and

(b) At the time of the inducement or encouragement, he was not otherwise disposed to engage in such conduct.

(2) The relief afforded by subsection (1) is unavailable when:

- (a) The public servant or the person acting in cooperation with a public servant merely affords the defendant an opportunity to commit an offense; or
 - (b) The offense charged has physical injury or the threat of physical injury as one of its elements and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.
- (3) The relief provided a defendant by subsection (1) is a defense.

2.กฎหมายที่บัญญัติรับรองหลักกฎหมายEntrapment โดยมีแนวคิดตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Model) ได้แก่

Model Penal Code section 2.13. Entrapment:

(1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either:

(A) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or

(B) employing methods of persuasion or inducement that create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it.

(2) Except as provided in Subsection (3) of this Section, a person prosecuted for an offense shall be acquitted if he proves by a preponderance of evidence that his conduct occurred in response to an entrapment. the issue of entrapment shall be tried by the court in the absence of the jury.

(3) The defence afforded by the section is unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offence charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

Federal Criminal Law(1971) :Section 702 Entrapment:

(1) Affirmative Defense. It is an affirmative defense that the defendant was entrapped into committing the offense.

(2) Entrapment Defined. Entrapment occurs when a law enforcement agent induces the commission of an offense, using persuasion or other means likely to cause normally law-abiding

persons to commit the offense. Conduct merely affording a person an opportunity to commit an offense does not constitute entrapment.

(3) Law Enforcement Agent Defined. In this section "law enforcement agent" includes personnel of state and local law enforcement agencies as well as of the United States, and any person cooperating with such an agency.

ALASKA STATUTES Sec.11.81.450 (2000) Entrapment :In any prosecution for an offense, it is an affirmative defense that, in order to obtain evidence of the commission of an offense, a public law enforcement official or a person working in cooperation with the official induced the defendant to commit the offense by persuasion or inducement as would be effective to persuade an average person, other than one who is ready and willing, to commit the offense. Inducement or persuasion which would induce only a person engaged in an habitual course of unlawful conduct for gain or profit does not constitute entrapment.

ARKANSAS CODE OF 1987 ANNOTATED sec 5-2-209 (1999) Entrapment :

- (a) It is an affirmative defense that the defendant was entrapped into committing an offense.
- (b) Entrapment occurs when a law enforcement officer or any person acting in cooperation with him induces the commission of an offense by using persuasion or other means likely to cause normally law-abiding persons to commit the offense. Conduct merely affording a person an opportunity to commit an offense does not constitute entrapment.

FLORIDA STATUTES 1999 sec 777.201 (1999) Entrapment.

- (1) A law enforcement officer, a person engaged in cooperation with a law enforcement officer, or a person acting as an agent of a law enforcement officer perpetrates an entrapment if, for the purpose of obtaining evidence of the commission of a crime, he or she induces or encourages and, as a direct result, causes another person to engage in conduct constituting such crime by employing methods of persuasion or inducement which create a substantial risk that such crime will be committed by a person other than one who is ready to commit it.
- (2) A person prosecuted for a crime shall be acquitted if the person proves by a preponderance of the evidence that his or her criminal conduct occurred as a result of an entrapment. The issue of entrapment shall be tried by the trier of fact.

HAWAII REVISED STATUTES ANNOTATED ,HRS 702-237 (2000) Entrapment (1) In any prosecution, it is an affirmative defense that the defendant engaged in the prohibited conduct or caused the prohibited result because the defendant was induced or encouraged to do so by a law enforcement officer, or by a person acting in cooperation with a law enforcement officer, who, for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, either:

(a) Knowingly made false representations designed to induce the belief that such conduct or result was not prohibited; or

(b) Employed methods of persuasion or inducement which created a substantial risk that the offense would be committed by persons other than those who are ready to commit it.

(2) The defense afforded by this section is unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

UTAH CODE ANNOTATED Utah Code Ann.76-2-303 (2000) Entrapment

(1) It is a defense that the actor was entrapped into committing the offense. Entrapment occurs when a peace officer or a person directed by or acting in cooperation with the officer induces the commission of an offense in order to obtain evidence of the commission for prosecution by methods creating a substantial risk that the offense would be committed by one not otherwise ready to commit it. Conduct merely affording a person an opportunity to commit an offense does not constitute entrapment.

(2) The defense of entrapment shall be unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening the injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

(3) The defense provided by this section is available even though the actor denies commission of the conduct charged to constitute the offense.

(4) Upon written motion of the defendant, the court shall hear evidence on the issue and shall determine as a matter of fact and law whether the defendant was entrapped to commit the offense. Defendant's motion shall be made at least ten days before trial except the court for good cause shown may permit a later filing.

(5) Should the court determine that the defendant was entrapped, it shall dismiss the case with prejudice, but if the court determines the defendant was not entrapped, such issue may be presented by the defendant to the jury at trial. Any order by the court dismissing a case based on

entrapment shall be appealable by the state.

(6) In any hearing before a judge or jury where the defense of entrapment is an issue, past offenses of the defendant shall not be admitted except that in a trial where the defendant testifies he may be asked of his past convictions for felonies and any testimony given by the defendant at a hearing on entrapment may be used to impeach his testimony at trial.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นาย ศุภชัย เสวตกิตติกุล เกิดที่กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2516 จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาที่โรงเรียนวัดนวลนรดิศ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีโดยได้รับปริญญาศิลปศาสตรบัณฑิต(รัฐศาสตร์) (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และได้รับปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และสอบผ่านเป็นเนติบัณฑิตไทย จากเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 50 ปัจจุบันปฏิบัติงานในตำแหน่งนิติกร 4 กองนิติการ สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย