

## บทที่ 4

### กระบวนการดำเนินคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงิน ตามกฎหมายต่างประเทศ

บทนี้เป็นการศึกษาการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงิน และมาตรการที่มีประสิทธิภาพของต่างประเทศ โดยศึกษากฎหมายของประเทศในระบบ Common Law ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร เนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหาแบบเดียวกับแนวปฏิบัติของศาลไทยและมีอิทธิพลต่อการตรากฎหมายและบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของประเทศในระบบ Civil Law ได้แก่ ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกับประเทศไทย และระบบไต่สวนเป็นหลักในการพิจารณาคดีและมีอิทธิพลต่อการพัฒนาระบบการดำเนินคดีและวิธีพิจารณาคดีอาญาของไทย ปรากฏรายละเอียดตามขั้นตอนของกระบวนการดำเนินคดีดังนี้

#### 1. กระบวนการดำเนินคดีขั้นก่อนการพิจารณา

การดำเนินคดีในขั้นก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล มีขั้นตอนหลักที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือการสืบสวนสอบสวน ตามหลักสากลการสืบสวนสอบสวนจำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนสากล (The Human Rights Principles) ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 12<sup>1</sup> และ 13<sup>2</sup> ซึ่งรับรองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวและสิทธิในอิสรภาพแห่งการเคลื่อนไหวจะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

---

<sup>1</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 12

“No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

<sup>2</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 13

“(1) Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state...”

เมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อบทที่ 17<sup>3</sup> ได้รับรองสิทธิไว้ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเข้าไปแทรกแซงโดยพลการหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสาร ดังนั้น การสืบสวน สอบสวนต่อเหยื่อหรือพยาน ต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นการปฏิบัติอย่างมีเมตตา ปราศจากอคติ โดยต้องคำนึงเสมอว่า บุคคลย่อมเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะถูกพิสูจน์ว่ามีความผิดในการพิจารณาคดีอย่าง ยุติธรรม (สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2556 : 24) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ยังได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ในหมวด 3 ที่สำคัญได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัวตามมาตรา 32 เสรีภาพในเคหสถานตามมาตรา 33 และเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ ตามมาตรา 36

การสืบสวนเป็นขั้นตอนตั้งแต่ก่อนทำการจับกุม ขณะทำการจับกุมและหลังการจับกุม การสืบสวนเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการดำเนินคดีอาญา เพราะการสืบสวนมีผลโดยตรงต่อคุณภาพของคดี หากการสืบสวนไม่มีประสิทธิภาพ ขาดหลักการ กระบวนการยุติธรรมจะดำเนินไปสู่ความยุติธรรมย่อมเป็นไปได้ยาก ก่อนทำการสืบสวน ผู้จะทำการสืบสวนต้องมีความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับเรื่องพยานหลักฐานพอสมควรว่าพยานหลักฐานใดสามารถใช้อย่างเป็นพยานหลักฐานได้ พยานหลักฐานใดมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด และพิจารณาว่าควรใช้พยานหลักฐานใดบ้าง เพื่อให้ครบองค์ประกอบของฐานความผิดในแต่ละข้อกล่าวหา ทำให้ผู้ทำการสืบสวนจะได้วางแผนการสืบสวนในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น ๆ เพื่อนำไปพิสูจน์ความผิดในชั้นพิจารณาคดี (สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2556 : 90) ทำให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจวินิจฉัยลงโทษจำเลยได้ เพราะศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้จะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยพยานหลักฐานจนกว่าจะแน่ใจว่าจำเลยกระทำความผิดจริง เมื่อเป็นที่สงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย

การสอบสวนคือ การรวบรวมพยานหลักฐาน ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ การรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนนี้ พยานหลักฐานบางอย่างได้ถูกรวบรวม

<sup>3</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อบทที่ 17

“1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

ไว้แล้วในชั้นสืบสวนจับกุม เมื่อถึงชั้นสอบสวน ผู้จับกุมจะต้องส่งพยานหลักฐานเหล่านั้นให้แก่พนักงานสอบสวน การสอบสวนจึงเป็นขั้นตอนที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีของพนักงานอัยการ (สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2556 : 91) การสอบสวนคดีอาญาของพนักงานสอบสวนจึงมีผลต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมทางอาญาเป็นอย่างมาก หากการสอบสวนกระทำด้วยความถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์และผลดีต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมทางอาญาในภาพรวม

ดังนั้น ในคดีที่มีความรุนแรง มีความซับซ้อนในการกระทำความผิด ซึ่งมักกระทำความผิดในรูปขององค์กรอาชญากรรม ทำให้ยากต่อการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน จึงจำเป็นต้องใช้เทคนิคพิเศษในการสืบสวนสอบสวน โดยในต่างประเทศมีมาตรการสืบสวนสอบสวนที่สำคัญ ได้แก่ มาตรการด้านการสืบสวนคือ การค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะ การดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูล การอำพรางหรือการแฝงตัว และมาตรการด้านการสอบสวนคือ มาตรการต่อรองคำรับสารภาพและการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน รายละเอียดดังนี้

## 1.1 การสืบสวน

### 1.1.1 การค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะ (Search)

มาตรการค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะ ในกฎหมายต่างประเทศจะมีการกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษเพื่อให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการเรียกให้หยุดเพื่อตรวจค้นยานพาหนะและมีอำนาจค้นตัวบุคคลได้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดสหรัฐ (U.S. Supreme Court) ได้วางหลักเรื่องการค้นยานพาหนะไว้ในคดี *Carroll V. United States* ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถค้นยานพาหนะได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น หากมีเหตุอันควรสงสัย (Probable Cause) ว่ายานพาหนะนั้นจะบรรทุกสิ่งผิดกฎหมาย โดยศาลสูงสุดสหรัฐเห็นว่าความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่ขับขี่ยานพาหนะมีข้อจำกัดที่ลดลง และได้ให้เหตุผลไว้ว่ายานพาหนะที่กำลังอยู่ในระหว่างการขับขี่อยู่สามารถที่จะเคลื่อนย้ายออกจากเขตอำนาจศาลได้ ดังนั้น การขอออกหมายจากศาลจึงอาจไม่ทันท่วงที นอกจากนี้ ศาลสูงสุดสหรัฐยังได้พิจารณาถึงลักษณะของการใช้ยานพาหนะ รวมถึงกฎระเบียบในการใช้ยานพาหนะนั้นด้วย

หลักการค้นยานพาหนะของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การเรียกให้หยุดเพื่อตรวจค้นในที่สาธารณะนั้นเป็นการละเมิดต่อหลักประกันตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) (Fourth Amendment- U.S. Constitution, 2515) ดังนั้น การควบคุมตัวเพื่อตรวจค้นจะต้องมีเหตุอันควรและควบคุมได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : 64) โดยศาลได้

วางหลักไว้ว่า ต้องเป็นการกระทำเพื่อป้องกันอาชญากรรมและจะต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) ว่าจะมีการกระทำความผิด โดยใช้หลักการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน เจ้าพนักงานจะต้องพิจารณาจากหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะและหลักฐานที่ได้จากการสังเกต หรือ ข้อมูลที่ได้มาจากสายลับหรือข้อมูลอื่น ๆ รวมถึงลักษณะที่ผู้กระทำความผิดนั้นได้เคยประกอบด้วย เช่น พิจารณาจากลักษณะเฉพาะของผู้กระทำความผิดหรือยานพาหนะ บริเวณพื้นที่ที่อาจจะพบผู้กระทำความผิด จำนวนของบุคคลที่เกี่ยวข้องในบริเวณที่เกิดเหตุ ช่องทางการหลบหนีหรือจะกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ข้อคิดสังเกตของการกระทำของบุคคลที่เรียกให้หยุด และลักษณะของผู้ต้องสงสัยหรือยานพาหนะที่จะเรียกให้หยุดโดยพิจารณาถึงรูปแบบของการกระทำความผิดที่เคยเกิดขึ้น (Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)) และในการตรวจค้นยานพาหนะ เจ้าพนักงานยังมีอำนาจสั่งให้คนขับรถและคนที่อยู่ในยานพาหนะนั้นอยู่ในยานพาหนะนั้นระหว่างที่ตรวจค้นได้ และเจ้าพนักงานยังสามารถมีอำนาจสั่งให้คนขับรถออกมาจากรถเพื่อตรวจค้นได้ด้วย หากมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นมีอาวุธและมีลักษณะที่จะก่ออันตราย (Ohio v. Robinette 519 U.S. 33 (1996))

ส่วนหลักการค้นตัวบุคคลตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา แยกออกเป็นการค้นหาตัวบุคคลในที่สาธารณะและการค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับ ดังนี้

#### 1) การค้นหาตัวบุคคลในที่สาธารณะ

การตรวจค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะนี้ สหรัฐอเมริกาพัฒนาหลักการค้นตัวบุคคลจากหลักคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ซึ่งเดิมให้ค้นตัวได้เพราะเหตุที่สงสัยว่าจะมีการกระทำความผิด และถือเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะตรวจค้นและสามารถควบคุมได้หนึ่งวัน แต่ในปัจจุบันศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า การเรียกให้หยุดเพื่อตรวจค้นในที่สาธารณะนั้น ถือเป็น การละเมิดต่อหลักประกันในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ตาม the Fourth Amendment และการควบคุมตัวเพื่อตรวจค้นต้องมีเหตุอันควรและควบคุมได้เท่าที่จำเป็น โดยมีหลักการที่ศาลได้วางหลัก ไว้ในคดี Terry V. Ohio. 392 U.S. 1 (1968) และ คดี Sibron v. New York and Peter v. New York, 392 U.S. 40 (1968) (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : 63-68) ดังนี้

(1) ผู้มีอำนาจเรียกให้หยุดคือ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตาม

กฎหมาย

(2) เงื่อนไขในการค้น

(2.1) ต้องเป็นการกระทำเพื่อป้องกันอาชญากรรม ในกรณีที่เห็น

ว่าบุคคลใดจะกระทำความผิด

(2.2) เงื่อนไขที่จะให้อำนาจในการเรียกให้หยุดเพื่อตรวจค้นนี้ ศาลวางหลักไว้ว่า ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) ว่าจะมีการกระทำความผิด ทั้งนี้ มาตรฐานของความสงสัยนั้น ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีหลักฐานที่น่าเชื่อถือจะมีการกระทำความผิด (probable cause) อันเป็นมาตรฐานในการจับบุคคลหรือการค้นในที่รโหฐาน

(2.3) หลักฐานในการพิจารณาว่า เจ้าพนักงานมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดหรือไม่นั้น ใช้หลักการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่มีมาตรฐานน้อยกว่า การวินิจฉัยว่าผู้นั้นกระทำความผิดและมีความชัดเจนน้อยกว่าการวินิจฉัยว่าเขามีเหตุอันควรจับหรือไม่ ทั้งนี้ การพิจารณาหลักฐานเพื่อจะเป็นเหตุที่จะเรียกให้หยุดนั้น เจ้าพนักงานจะต้องพิจารณาจากหลักฐานที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะและมีหลักฐานที่ได้มาจากการสังเกต หรือข้อมูลที่ได้มาจากสายลับ หรือข้อมูลอื่น ๆ รวมถึงลักษณะที่ผู้กระทำความผิดในความคิดนั้น ๆ ได้เคยกระทำมาประกอบ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้อาจมาเป็นข้อพิจารณาในการตัดสินใจโดยอาศัยประสบการณ์และความรู้ที่ได้จากการฝึกอบรมของเจ้าพนักงานมาประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม มาตรฐานในการตัดสินใจว่ามีเหตุอันควรสงสัยหรือไม่นั้น เกณฑ์การพิจารณามาตรฐานให้เทียบกับคนทั่วไปหรือคณะลูกขุนที่สามารถใช้สามัญสำนึกในการวินิจฉัยว่าหลักฐานดังกล่าวควรมีความสงสัยว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดหรือไม่

(2.4) การพิจารณาว่าข้อเท็จจริงอย่างไรถือว่ามีเหตุอันควรสงสัยนั้น มีข้อพิจารณา 6 ประการ คือ 1) ลักษณะเฉพาะของผู้กระทำความผิดหรือยานพาหนะ 2) บริเวณพื้นที่ที่อาจจะพบผู้กระทำความผิด โดยอนุมานจากเวลาที่เกิดการกระทำความผิดและเวลาที่เจ้าพนักงานเข้าไปในบริเวณที่เกิดเหตุ 3) จำนวนของบุคคลที่เกี่ยวข้องในบริเวณที่เกิดเหตุ 4) ช่องทางที่ผู้กระทำความผิดจะหลบหนีหรือจะกระทำความผิด 5) การกระทำของบุคคลที่จะเรียกให้หยุดที่มีข้อผิดสังเกต และ 6) ลักษณะของผู้ที่ต้องสงสัยหรือยานพาหนะที่จะเรียกให้หยุดโดยพิจารณาถึงรูปแบบของการกระทำความผิดที่เคยเกิดขึ้น

หลักการทั้งหกประการนี้ ศาลของสหรัฐอเมริกาในคดี State v. Guzy, 407 N.W. 2d 548 (Wis. 1987) นำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่า เจ้าพนักงานมีเหตุอันควรเรียกให้หยุดเพื่อตรวจค้นหรือไม่ โดยเพิ่มข้อพิจารณานอกเหนือจากที่กล่าวมาใน 6 ประการนั้น อีก 3 ข้อคือ 1) มีแนวทางอื่นที่เจ้าพนักงานจะสามารถได้ข้อมูลในการเรียกให้หยุดหรือไม่ 2) โอกาสที่จะสืบสวนในเรื่องนี้ต่อไปหากไม่มีการเรียกให้หยุด และ 3) ลักษณะของผู้กระทำความผิดที่เจ้าพนักงานจะทำการตรวจค้น รวมถึงความร้ายแรงของความคิดที่ได้รับการรายงานมา

(2.5) ระยะเวลาในการตรวจค้น แม้ว่าการเรียกให้หยุดของเจ้าพนักงานจะชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่การควบคุมตัวไว้เพื่อสอบถามข้อเท็จจริงต่าง ๆ นั้น จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อตรวจสอบถึงเหตุอันควรสงสัย และเคยมีคดีที่วินิจฉัยว่า หากเป็นการเรียกให้

หยุดเพื่อตรวจค้นเกี่ยวกับยาเสพติด การที่เจ้าพนักงานใช้เวลาประมาณ 20-25 นาที ถือได้ว่าเป็นเวลาที่จำเป็นเพื่อการตรวจค้น นอกจากนี้ การตรวจค้นต้องกระทำด้วยความสุภาพ และไม่ทำให้ผู้ถูกเรียกให้หยุดเกิดความโกรธที่ต้องประสบกับการใช้กำลังบังคับให้ถูกตรวจค้น หากมีความจำเป็นต้องใช้เวลาในการตรวจค้นนานกว่าที่มีเหตุอันควร เจ้าพนักงานต้องมีเหตุอันควรที่จะต้องยืดเวลาในการตรวจค้นว่ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะที่จะได้สิ่งของที่ต้องการตรวจค้น

(2.6) การตรวจค้นยานพาหนะ สามารถกระทำได้โดยอาศัยหลักการตรวจค้นบุคคลในที่สาธารณะ ทั้งนี้ เจ้าพนักงานมีอำนาจสั่งให้คนขับรถและคนที่อยู่ในยานพาหนะอยู่ในยานพาหนะนั้นในระหว่างที่ตรวจค้นได้ ในทางตรงกันข้าม เจ้าพนักงานมีอำนาจสั่งให้คนขับรถออกมาจากรถเพื่อตรวจค้น โดยมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นมีอาวุธและมีลักษณะที่จะก่ออันตรายและได้รับความยินยอมในการจะตรวจค้นรถยนต์ ไม่ว่าเจ้าพนักงานจะประสงค์จะจับหรือออกใบสั่งจราจรหรือไม่ก็ตาม

(2.7) การใช้กำลังเพื่อตรวจค้น มีเหตุที่จะใช้กำลังเพื่อตรวจค้นต่างจากการใช้กำลังเพื่อจับ เพราะการตรวจค้นต้องการที่จะให้เจ้าพนักงานได้ตรวจสอบบุคคลหรือยานพาหนะว่ามีพฤติการณ์ที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือมีสิ่งของที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น การใช้กำลังจึงเพียงเพื่อให้การตรวจค้นสามารถกระทำได้ แต่ไม่อาจใช้กำลังถึงขั้นทำให้ตายได้ เหมือนในกรณีที่ถูกจับขัดขืนการจับและใช้กำลังต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานผู้จับ ศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ในคดี *United States v. Seelye*, 815 F2d 48 (8 th Cir. 1987) ถึงปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาได้แก่ จำนวนของเจ้าพนักงานและรถยนต์ที่เกี่ยวข้อง ลักษณะของความผิดและเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องสงสัยมีอาวุธอยู่ในความครอบครอง ความมั่นใจของเจ้าพนักงานในหลักฐานในการตรวจค้น ความจำเป็นที่จะต้องตรวจค้นในทันทีทันใด พฤติกรรมของผู้ถูกตรวจค้นที่เจ้าพนักงานได้สังเกตเห็น และโอกาสของเจ้าพนักงานที่จะเรียกให้หยุดโดยไม่จำเป็นต้องใช้กำลังบังคับ

(2.8) หลังจากเรียกให้บุคคลหยุดเพื่อตรวจค้นแล้ว โดยปกติเจ้าพนักงานจะถามชื่อหรือที่อยู่ และถามว่าจะไปที่ใด หากไม่มีข้อพิรุธอย่างใดก็จะอนุญาตให้ผู้นั้นเดินไปตามที่ประสงค์ แต่ในกรณีที่มีข้อพิรุธหรือสงสัยว่าจะมีอาวุธหรือจะก่อเหตุร้าย เจ้าพนักงานจะดำเนินการตรวจค้นตัว

(2.9) กระบวนการในการค้นตัวหลังจากเรียกให้หยุดนี้ กฎหมายไม่ต้องให้เจ้าพนักงานผู้ตรวจค้นแจ้งสิทธิแก่ผู้ที่ถูกตรวจค้น ทั้งนี้ เพราะบุคคลดังกล่าวยังไม่ได้ถูกจับ แต่การตรวจค้นนี้ มีแนวปฏิบัติว่าจะต้องใช้ผู้คนที่มิเพศเดียวกับผู้ถูกตรวจ และ การตรวจค้นกระเป๋าสานหรือกระเป๋าสะพาย กระทำได้โดยไม่ต้องเปิดกระเป๋าแต่ให้จับดูภายนอกว่ามีอาวุธ

หรือไม่ หากเป็นที่สงสัยจึงจะขอเปิดกระเป๋า ส่วนการยึดสิ่งของที่ได้อาจจากการค้นตัว เป็นไปตามหลักการค้นตัวบุคคลหลังจับ นอกจากนี้ ในแนวทางปฏิบัติของการตรวจค้น เจ้าพนักงานจะต้องไม่เลือกปฏิบัติในการตรวจค้นบุคคล เพราะเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์หรือสีผิวด้วย

## 2) การค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับ

การค้นตัวบุคคลหลังจับ มีวัตถุประสงค์ในการค้นหาอาวุธที่ซุกซ่อนอยู่ในตัวของผู้ถูกจับ และการตรวจค้นหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ถูกจับเพื่อป้องกันการที่ผู้ถูกจับจะทำลายพยานหลักฐาน หรือซุกซ่อนพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือได้มาจากการกระทำความผิด และถือเป็นอำนาจที่เจ้าพนักงานผู้จับสามารถกระทำได้หลังจับ เนื่องจากการจับต้องมีเหตุอันควรจับตามหลัก Probable Cause ดังนั้น หากเป็นการจับโดยชอบ แล้วเจ้าพนักงานย่อมมีอำนาจในการตรวจค้น และเมื่อผู้ถูกจับไปที่สถานีตำรวจ ก็จะมีอำนาจในการที่จะค้นตัวเพื่อหาสิ่งของหรือการตรวจค้นตัวของผู้ถูกจับ ได้ (United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973))

สหราชอาณาจักรได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการตรวจค้นบุคคลและยานพาหนะส่วนบุคคลในที่สาธารณะไว้ในหลักเกณฑ์เดียวกัน โดยกำหนดว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้อำนาจเรียกให้หยุดและตรวจค้นในกรณีนี้ได้จะต้องมีเหตุผลตามสมควรที่ทำให้สงสัยว่าจะพบหลักฐานเกี่ยวกับความผิด หรือจะพบของที่ผิดกฎหมายจากตัวบุคคลหรือภายในยานพาหนะนั้น เป็นไปตาม The Police and Criminal Evidence Act 1984 article 1 (5)(8) โดยเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะต้องแจ้งข้อมูลแก่บุคคลที่จะถูกตรวจค้นนั้นให้ได้ทราบชื่อและสังกัดของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ที่จะเข้าตรวจค้น ตลอดจนต้องแจ้งให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของการตรวจค้นและเหตุผลที่ทำให้ต้องขอตรวจค้น รวมทั้งต้องแจ้งด้วยว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจกำลังจะบันทึกการตรวจค้นและบุคคลที่จะถูกตรวจค้นนั้นมีสิทธิขอสำเนาบันทึกดังกล่าวด้วย หลักเกณฑ์ในการค้นยานพาหนะและตัวบุคคลกำหนดไว้ใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 รายละเอียดดังนี้

### 1) ผู้มีอำนาจค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ

กำหนดให้ตำรวจหรือตำรวจชุมชน (police officer or police community support officer) มีอำนาจค้นบุคคลในที่สาธารณะได้ตาม The Police and Criminal Evidence Act 1984 หรือ PACE มาตรา 1

### 2) เงื่อนไขในการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ

กำหนดเงื่อนไขในการค้นหาตัวบุคคลไว้ใน PACE มาตรา 1 (2)-

(5) (John Sprack , 2002 : 40) ดังนี้

2.1) พนักงานตำรวจผู้ค้น จะต้องมิเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลนั้น จะมีสิ่งของที่ได้ลักมาหรือมีสิ่งของต้องห้ามหรือสิ่งของที่ระบุไว้ในมาตรา 8 (A) ซึ่งเป็นสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือกำลังกระทำความผิด หรือจะกระทำความผิดตามมาตรา 139 แห่ง Criminal Justice Act 1988 หรือสิ่งของที่มีไว้เพื่อทำความเสียหายให้แก่ผู้อื่น (Andrew Andrew Ashworth and Mike Redmayne, 2005 : 107)

สิ่งของต้องห้าม หมายถึง สิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) สิ่งของซึ่งเป็นอาวุธ (มาตรา 1(7)(a) ที่ได้ทำเพื่อใช้เป็นอาวุธหรือสิ่งของซึ่งได้นำมาใช้เพื่อประทุษร้ายอย่างอาวุธ หรือ เป็นสิ่งของซึ่งบุคคลนั้น ได้มีเพื่อตนได้ใช้หรือให้ผู้อื่นใช้เพื่อประทุษร้าย (มาตรา 1(9))

(2) สิ่งของซึ่ง ทำหรือปรับปรุงเพื่อใช้ในการกระทำหรือเกี่ยวข้องกับความผิดซึ่งกำหนดไว้ในวรรคนี้ ซึ่งเป็นความผิดฐาน burglary theft ความผิดฐานใช้รถยนต์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต และความผิดฐานยักยอก (มาตรา 1 (7) (8) หรือ

(3) สิ่งของที่ผู้กระทำความผิดที่จะมีเพื่อตนเองใช้หรือให้ผู้อื่นใช้ในการกระทำความผิด (มาตรา 1 (7) (b))

2.2) ในกรณีที่บุคคลที่จะถูกค้นตัวในสวนหรือสนามซึ่งใช้ในการเป็นที่อยู่อาศัย หรือในที่ดินซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย ตำรวจจะทำการค้นไม่ได้ เว้นแต่

(1) บุคคลนั้นมีได้อยู่ในที่พัก

(2) บุคคลนั้น ไม่ได้อยู่ในสถานที่ซึ่งผู้เป็นเจ้าของที่พัก

สวนไว้ในการใช้ที่ต้องขออนุญาตในการเข้าพัก (มาตรา 1 (4))

2.3) ในกรณีที่ตำรวจจะค้นบุคคลในยานพาหนะซึ่งจอดในสวนหรือสนามซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย หรือในที่ดินซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย ตำรวจจะทำการค้นไม่ได้ เว้นแต่

(1) บุคคลนั้นมีได้อยู่ในที่พัก และ

(2) ยานพาหนะนั้นมีได้อยู่ในสถานที่ซึ่งจะต้องขอ

อนุญาตเพื่อเข้าพัก (มาตรา 1(5))

2.4) ในการค้นตัวบุคคลเพื่อหาสิ่งของตามที่กฎหมายกำหนดให้ตำรวจมีอำนาจในการดำเนินการ ดังนี้

(1) มีอำนาจค้นตัวบุคคล หรือยานพาหนะ

(2) สิ่งของที่อยู่ในตัวบุคคลหรือยานพาหนะ ซึ่งเป็น

สิ่งของที่ระบุไว้ใน ข้อ 1 ข้างต้น (มาตรา 1 (2))

แนวทางพิจารณาตามกฎหมายสหราชอาณาจักรว่า กรณีใดถือว่ามีเหตุอันควรค้นเพื่อพบสิ่งของตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น กำหนดไว้ใน Code A ที่แก้ไขเพิ่มเติมและมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม 2008 อันเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในแบบทำย PACE และแม้จะไม่ใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย แต่เป็นแนวทางที่ถือปฏิบัติเพื่อการดำเนินงานของตำรวจ โดยมีรายละเอียดของหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีสิ่งของที่จะค้นตามมาตรา 1 ดังนี้

#### 1. หลักการ ตาม Code A ข้อ 1

(1) การใช้อำนาจในการเรียกให้หยุดและค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะนั้นจะต้องกระทำด้วยความเป็นธรรม โดยให้ความเคารพต่อบุคคลที่ถูกค้นและไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เพราะ the Race Relations (Amendment) Act 2000 ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากตำรวจใช้อำนาจในการค้นตัวบุคคลโดยเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุเชื้อชาติ สีผิว กำเนิดของชนเผ่า สัญชาติ

(2) การค้นตัวบุคคลจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและรบกวนเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และจะต้องค้นตัวบุคคลนั้นในบริเวณหรือที่ใกล้เคียงกับที่ที่เรียกให้ผู้นั้นหยุดเพื่อตรวจค้น

(3) การใช้อำนาจในการเรียกให้หยุดและค้นตัวบุคคลเป็นการดำเนินการเพื่อให้ตำรวจมั่นใจว่าสิ่งของที่ต้องสงสัยอยู่ในตัวของผู้นั้นจริง และเป็นกระบวนการที่กระทำก่อนการจับ ดังนั้น การกระทำที่นอกเหนืออำนาจตามหลักการดังกล่าว นอกจากจะทำให้ขาดความเชื่อมั่นของสังคมต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจแล้ว ตำรวจผู้นั้นจะต้องมีความรับผิดชอบวินัยด้วย

(4) ตำรวจจะต้องไม่ดำเนินการค้น หากไม่มีเหตุที่จะค้นได้ตาม PACE แม้ว่าผู้ที่ถูกค้นจะยินยอมให้ตรวจค้นก็ตาม นอกจากจะมีเหตุพิเศษ เช่น การค้นตัวบุคคลที่จะเข้าชมในการแข่งขันกีฬา หรือในเคสสถานที่ของผู้อื่น โดยความยินยอมของผู้นั้น

#### 2. เหตุอันควรสงสัยในการค้น (reasonable ground for suspicion) ตาม Code A ข้อ

2

(1) เหตุอันควรสงสัยขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมแต่ละกรณี ซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริง ข้อมูล และ/หรือข้อมูลที่ได้จากการสืบสวน แต่ความมีเหตุอันสมควรนี้จะไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยในตัวบุคคล ดังนั้น การที่จะสงสัยเพราะเหตุที่ว่าบุคคลนี้มีประวัติอาชญากรรมหรือเพราะพยานได้แจ้งรูปพรรณสัณฐานได้ตรงกับลักษณะของผู้นั้น หรือเป็นเพราะผู้นั้นมีเชื้อสาย วิทยาศาสตร์ หรือลักษณะที่ตรงกับลักษณะของการกระทำความผิดที่กำลังจะค้นหา ไม่อาจเป็นข้อเท็จจริงที่จะนำมาเป็นเหตุค้นได้ตามคำพิง จะต้องมีหลักฐานจากข้อมูลอื่นมาประกอบด้วย

(2) เหตุอันควรสงสัยอาจเกิดขึ้น โดยไม่มีข้อมูลจากการสืบสวนก็ได้ เช่น การที่ตำรวจพบบุคคลในเวลากลางคืนและกำลังเดินบนถนน แต่เห็นได้ชัดว่ากำลังซ่อนสิ่งของบางอย่าง ตำรวจสามารถเข้าไปเพื่อขอตรวจค้นว่าสงสัยจะมีของที่ลักทรัพย์มาได้ หรือในกรณีที่เป็นผู้ต้องสงสัยในคดีก่อการร้าย หากผู้นั้นไม่ปรากฏตัวในบริเวณที่ตำรวจสืบทราบว่าจะมีการวางระเบิดในพื้นที่ดังกล่าว และมีพฤติการณ์ที่น่าพิรุณ ก็ถือเป็นเหตุอันควรสงสัยได้

(3) อย่างไรก็ตาม เหตุอันควรสงสัย ควรสอดคล้องกับข้อมูลที่ได้มาจากการสืบสวน หรือจากข้อมูลด้านอื่น ๆ ประกอบ เช่น ข้อมูลที่ระบุถึงรูปพรรณสัณฐานของสิ่งของที่ซุกซ่อน โดยได้จากบุคคลผู้ต้องโทษที่ระบุ หรือบุคคลที่พบเห็นสิ่งของที่ถูกลักในบริเวณดังกล่าว ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะทำให้การค้นบุคคลมีประสิทธิภาพมากขึ้น และลดความยุ่งยากในการค้น โดยไม่มีเหตุอันควรอันเป็นการรบกวนประชาชนที่อยู่หรือเดินทางไปในที่สาธารณะนั้น หลักการนี้จะเป็นมาตรการที่จะป้องกันมิให้มีการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ โดยยังไม่มีเหตุอันควรสงสัยเกิดขึ้น นอกจากนี้ การที่มีการปรับปรุงข้อมูลที่ได้มาจากการสืบสวนหรือข่าวจากสายลับนั้นควรนำมาเพื่อปรับปรุงตลอดเวลาเพื่อทำการให้การค้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น

(4) ในกรณีที่มีการสืบสวนอันเป็นที่น่าเชื่อถือได้ว่า สมาชิกในองค์กรอาชญากรรมที่กำลังจะกระทำความผิดหรือเป็นองค์กรที่ปกอาวุธเป็นประจำ จะสวมเสื้อผ้าที่มีลักษณะเฉพาะหรือมีสัญลักษณ์เป็นพิเศษที่มีลักษณะเฉพาะติดอยู่ที่เสื้อผ้าหรือที่ที่สังเกตได้ หากตำรวจได้พบเสื้อผ้าหรือสัญลักษณ์เฉพาะนั้น ก็ถือเป็นเหตุสมควรที่จะค้นได้

(5) ตำรวจไม่มีอำนาจที่จะควบคุมผู้ที่ถูกเรียกให้หยุดเพื่อหาเหตุแห่งการค้นตาม มาตรา 1 ของ PACE (ข้อ 2.11)

การค้น โดยต้องมีเหตุอันควรสงสัยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการเรียกให้หยุดเพื่อค้นตัว หากขาดเหตุอันควรสงสัยดังกล่าวมีผลให้การค้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลต่อการไม่รับฟังพยานหลักฐานในชั้นพิจารณา (Andrew Andrew Ashworth and Mike Redmayne, 2005 : 107)

### 3. กระบวนการตรวจค้นตัว

ตำรวจมีอำนาจควบคุมตัวหรือยานพาหนะเพื่อตรวจค้น ตามอำนาจที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1 นอกจากนี้ยังมีอำนาจกระทำการอื่น ๆ ดังนี้

(1) ค้นตัวบุคคลโดยยังไม่ต้องจับ หรือ

(2) ค้นยานพาหนะ โดยไม่ต้องจับผู้ที่ขับขี่ยานพาหนะ

ตำรวจอาจจะไม่ดำเนินการค้น หากเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องค้นหรือการค้นไม่อาจกระทำ

ได้ (มาตรา 2(1))

การดำเนินการค้นของ สหราชอาณาจักรตาม Code A ข้อ 3 ได้กำหนดรายละเอียดของการดำเนินการไว้ ดังนี้

(1) การเรียกให้หยุดและค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะนั้น จะต้องกระทำด้วยความเคารพ และให้เกิดริแค้นแก่ผู้ที่ถูกค้น และกรณีนี้ถือเป็นผลทำให้สังคมเชื่อถือการปฏิบัติงานของตำรวจ นอกจากนี้ ในการค้นที่ตำรวจดำเนินการเพราะมีเหตุอันสมควร จะก่อให้เกิดผลทำให้ประชาชนไม่มีความตื่นตระหนกในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ (ข้อ 3.1)

(2) ในการตรวจค้นทุกครั้งตำรวจจะต้องอธิบายผู้ที่ถูกค้นเข้าใจวัตถุประสงค์ในการค้น การใช้กำลังเพื่อค้นตัวบุคคลจึงจะใช้ต่อเมื่อผู้ที่ถูกค้นตัวไม่ประสงค์จะให้ความร่วมมือและต้องการขัดขืนการเข้าตรวจค้น และการใช้กำลังเพื่อตรวจค้นจะต้องกระทำเป็นมาตรการสุดท้ายในกรณีที่จำเป็นเพื่อค้นหรือคุมตัวบุคคลหรือหยุดยานพาหนะเพื่อตรวจค้น (ข้อ 3.2)

(3) ระยะเวลาในการค้นบุคคลหรือยานพาหนะจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและใช้เวลาให้น้อยที่สุด (ข้อ 3.3)

(4) การค้นจะต้องกระทำในสถานที่ที่เรียกให้หยุดหรือที่ใกล้เคียงกับที่ดังกล่าว (ข้อ 3.4)

(5) ตำรวจไม่มีอำนาจในการสั่งให้ผู้ถูกค้นถอดเสื้อผ้าในที่สาธารณะเพื่อการตรวจค้น ยกเว้นการถอดเสื้อนอก เสื้อแจ็กเก็ต หรือถุงมือ (ข้อ 3.5) เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมายพิเศษ เช่น the Terrorism Act 2000 sec. sec. 45(3), 44(2) และ Criminal Justice and Public Order Act 1994 sec. 60AA

(6) ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องค้นตัวบุคคล โดยต้องให้ถอดเสื้อเชิ้ต การค้นตัวต้องกระทำในที่ลับ เช่น ในรถของตำรวจ หรือสถานีตำรวจในถิ่นแถวใกล้เคียง และการตรวจค้นดังกล่าว ต้องเป็นเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกับผู้ที่ตรวจค้นและต้องไม่ตรวจค้นต่อผู้อื่นที่เป็นเพศตรงข้าม เว้นแต่ผู้ถูกค้นจะร้องขอเป็นพิเศษ (ข้อ 3.6)

(7) การค้นโดยนำส่วนประกอบของร่างกายและผู้ถูกค้นจะกระทำมิได้ โดยอาศัยอำนาจของการค้นตัวบุคคลตามมาตรานี้ แต่ถ้าจะต้องดำเนินการต้องกระทำในที่ลับและไม่ใช้ในรถของตำรวจ และต้องปฏิบัติตามหลักการใน Code C ของ PACE

(8) การดำเนินการก่อนที่จะทำการค้น ตำรวจต้องแจ้งแก่ผู้ถูกค้นทราบดังนี้

(8.1) แจ้งให้ผู้นั้นทราบว่าต้องถูกควบคุมเพื่อการค้น

(8.2) แจ้งชื่อเจ้าพนักงานผู้ค้น เว้นแต่ เป็นกรณีความผิดที่เกี่ยวข้องกับคดี

ก่อการร้ายหรือเจ้าพนักงานมีเหตุอันควรเชื่อว่า หากแจ้งชื่อให้แก่บุคคลผู้ถูกค้นจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของเจ้าพนักงาน และชื่อสถานีตำรวจที่ตำรวจนั้นปฏิบัติงาน

(8.3) เหตุทางกฎหมายที่อนุญาตให้คืนได้

(8.4) อธิบายให้ชัดเจนแก่ผู้ถูกคืนในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(8.4.1) วัตถุประสงค์ที่จะค้นหาสิ่งของที่ต้องการพบ

(8.4.2) เหตุอันควรสงสัย ในกรณีที่มีการคืนนั้นจำเป็นต้องมีเหตุ

อันควรสงสัย

(8.4.3) เหตุที่ได้รับอนุญาตให้คืน ในกรณีที่มีการคืนไม่จำเป็นต้อง

มีเหตุอันควรสงสัย

(8.5) ในกรณีที่ผู้คืนไม่ได้แต่งเครื่องแบบ จะต้องแสดงบัตรประจำตัว  
ตำรวจ แต่ในการคืนตามข้อ 2.1 (b) (c) ต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานที่แต่งเครื่องแบบเท่านั้น

(8.6) ก่อนที่จะคืน ตำรวจจะต้องแจ้งแก่ผู้ที่จะถูกคืนทราบว่าเขามีสิทธิ  
ได้รับสำเนาบันทึกการตรวจค้นและมีสิทธิร้องขอบันทึกดังกล่าวได้ภายใน 12 เดือนหลังจากการคืน  
เสร็จสิ้น และแจ้งให้ทราบถึงอำนาจของตำรวจในการเรียกให้หยุดและตรวจในพฤติการณ์ดังกล่าว

(8.7) ถ้าบุคคลที่จะถูกคืน ไม่เข้าใจการแจ้งของตำรวจ เพราะเหตุที่ไม่  
เข้าใจภาษาอังกฤษ ตำรวจจะต้องดำเนินการให้เขาได้รับสิทธินั้นก่อน หรือถ้าบุคคลนั้นเป็นคนหู  
หนวกหรือไม่เข้าใจภาษาอังกฤษ และมีเพื่อนมาด้วย ตำรวจมีสิทธิที่จะร้องขอให้ผู้นั้นเป็นล่ามเพื่อ  
สื่อความหมายให้ผู้ถูกคืนเข้าใจได้ (ข้อ 3.11)

โดยสรุปแล้ว ในการเรียกให้หยุดและตรวจค้นในที่สาธารณะของ สหราชอาณาจักรนั้นตำรวจจะต้องแจ้งแก่ผู้ถูกคืนให้ทราบถึงเหตุในการคืน ซึ่งได้แก่

กรณีที่หนึ่ง อำนาจตามมาตรา 1 ของ PACE แจ้งว่าเป็นการตรวจค้นโดย  
อาศัยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง และแจ้งว่าเหตุที่ผู้นั้นถูกเรียกให้หยุด เป็นเพราะตำรวจประสงค์จะตรวจ  
ค้นในเรื่องอะไร เช่น ต้องการค้นสิ่งของที่ถูกลักมา เป็นต้น ซึ่งในกรณีนี้เป็นการแจ้งให้ทราบถึงเหตุ  
ของการคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ

กรณีที่สอง การแจ้งในกระบวนการของการคืน ได้แก่ การแจ้งว่าผู้นั้นจะ  
ถูกควบคุมอยู่เพื่อการคืน แต่ไม่ได้เป็นการจับ และแจ้งว่าหากเขาไม่ให้ความร่วมมือในการคืน  
ตำรวจอาจใช้อำนาจบังคับเท่าที่จำเป็นในการตรวจค้นได้

กรณีที่สาม การแจ้งชื่อผู้คืนและสถานีตำรวจที่สังกัด หากเป็นเจ้าพนักงาน  
ที่แต่งเครื่องแบบ แต่ถ้าเป็นตำรวจที่ไม่แต่งเครื่องแบบต้องแสดงบัตรประจำตัว ในการแจ้งชื่อและ  
สถานีตำรวจนั้นมีข้อยกเว้นในกรณีที่หากแจ้งแล้วจะเป็นอันตรายในกรณีค้นผู้ก่อการร้าย เป็นต้น

กรณีที่สี่ แจ้งและอธิบายให้ผู้ถูกคืนทราบถึงสิทธิที่จะได้รับสำเนาการคืน

จะเห็นได้ว่าในแต่ละขั้นตอนของการแจ้งดังกล่าวทำให้เกิดความเข้าใจระหว่างผู้ค้นและผู้ถูกค้นว่า ตนจะถูกตำรวจค้นในเรื่องใด และผู้ถูกค้นได้รับการค้นจากตำรวจชื่ออะไรหรือสถานีใด และผู้ถูกค้นจะได้รับสิทธิใดบ้าง อันทำให้ประชาชนได้รับความเข้าใจในการปฏิบัติงานของตำรวจได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งหากเทียบกับการปฏิบัติงานของตำรวจไทยในการตรวจค้นบุคคลในที่สาธารณะดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติหรือแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน ดังนี้ จึงอาจเกิดปัญหาความไม่เข้าใจหรือการสงสัยว่าเป็นตรวจค้นจริงหรือไม่ หรือเป็นการตรวจค้นหาสิ่งของใด หรือค้นผิดตัวหรือไม่ แม้ว่าจะเป็นการค้นรถยนต์คันสีเดียวกันก็ตาม หรือเป็นตำรวจจริงหรือไม่ ดังที่เคยมีประชาชนที่ถูกค้นมีความสงสัยในเรื่องดังกล่าว ซึ่งความสงสัยใดดังกล่าวอาจเป็นเพราะไม่ได้มีหลักเกณฑ์ให้ต้องแจ้งเหตุผลในการค้นตัวและแจ้งชื่อผู้ค้น เหมือนดังในการตรวจค้นที่รโหฐานจึงทำให้ทั้งสองฝ่ายเกิดความไม่เข้าใจกัน (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : 41-47)

ประเทศเยอรมนี หลักค้นตัวบุคคลบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี หรือ Strafprozessordnung มาตรา 102 หลักคือ การค้นตัวบุคคล การค้นทรัพย์สิน การค้นสถานที่ส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ผู้ขัดขวางกระบวนการยุติธรรม หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกลักมา อาจทำการค้นได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยและการค้นจะเป็นประโยชน์ในการพบพยานหลักฐาน และมาตรา 105 บัญญัติว่าการค้นจะต้องได้รับคำสั่งจากศาลหรือพนักงานอัยการในบางกรณี จะเห็นว่ากฎหมายเยอรมนีให้อำนาจศาลอย่างมากในการสั่งให้มีการตรวจค้นส่วนประกอบของร่างกาย โดยให้ศาลเป็นผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหารวมทั้งพยานหรือบุคคลอื่น แต่มีจุดเด่นคือ เจ้าพนักงานผู้ตรวจจะต้องเป็นผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับพนักงานผู้ทำหน้าที่สอบสวน เพื่อเป็นหลักประกันความโปร่งใสในการดำเนินการตรวจ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเยอรมนีมีมาตรการบังคับแบบเด็ดขาดมาก กล่าวคือ กฎหมายศาลออกคำสั่งบังคับให้มีการตรวจเลือดหรือสารคัดหลั่งได้โดยใช้กำลังกายภาพ (direct force) และยังมีโทษปรับสำหรับบุคคล ผู้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งศาล รวมทั้งศาลมีอำนาจสั่งให้มีการกักขัง (detention) ไว้จนกว่าจะยอมให้ตรวจอีกด้วย (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : 24)

ประเทศฝรั่งเศส โดยหลักแล้วกฎหมายจะไม่อนุญาตให้เจ้าพนักงานค้นยานพาหนะของบุคคล แต่มีข้อยกเว้นบางกรณีที่เจ้าพนักงานสามารถทำการค้นได้อยู่สองประการคือ ประการที่หนึ่ง อำนาจค้นยานพาหนะของเจ้าพนักงานปรากฏอยู่ตามกฎหมายพิเศษต่าง ๆ โดยกฎหมายพิเศษเหล่านี้กำหนดอำนาจให้เจ้าพนักงานทำการตรวจค้นยานพาหนะได้เฉพาะกรณี เช่น ในรัฐบัญญัติศุลกากร (Code des douanes) ได้กำหนดให้พนักงานศุลกากรมีอำนาจตรวจค้น

รถบรรทุกสินค้าเพื่อปฏิบัติการตรวจสอบการเสียหาย ในรัฐบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา L. 215-3 ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าตรวจรถบรรทุกสินค้าในเวลากลางวันเพื่อตรวจการกระทำ ความผิดตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และประการที่สอง กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการค้น ยานพาหนะ (fouille d'un vehicule) มีสถานะเสมือนการค้นในที่รโหฐาน (Perquisition) ดังนั้น เจ้า พนักงานอาจทำการค้นยานพาหนะได้ โดยใช้หลักการเดียวกับการค้นในที่รโหฐาน กล่าวคือ หาก เป็นความผิดทั่วไป เจ้าพนักงานสามารถทำการค้นในยานพาหนะเพื่อหาพยานหลักฐานได้เมื่อได้รับ คำสั่งจากศาลไต่สวน (juge d'instruction) หรือกรณีความผิดซึ่งหน้า (flagrance) เจ้าพนักงานก็ สามารถทำการค้นยานพาหนะได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งศาล เช่น ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังซึ่ง หน้าตำรวจ ตำรวจสามารถค้นรถที่ทำการหน่วงเหนี่ยวกักขังได้เพราะเป็นความผิดซึ่งหน้า (คำ พิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศส ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 1979 J.C.P. 1980.II.19337 อ้างถึงใน สถาบันวิจัย และให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : 30)

ส่วนอำนาจในการค้นตัวบุคคล (La fouille corporel) จะออกเป็น 2 ประเภท คือ การค้นตัวบุคคลเพื่อการสอบสวน (mesure d'investigation) กับการค้นตัวบุคคลเพื่อความมั่นคง (mesure de securite) (Jean PRADEL, 2001 : 337-338) กล่าวคือ

(1) การค้นเพื่อการสอบสวน (mesure d'investigation) คือ การค้นตัวบุคคลโดยมี วัตถุประสงค์ในการสอบสวนคดีอาญา หลักการคือ การค้นตัวบุคคลประเภทนี้ถูกจัดให้เป็นรูปแบบ หนึ่งของมาตรการลิดรอนสิทธิเสรีภาพประชาชน โดยกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดว่า ให้การค้นตัว บุคคลเพื่อการสอบสวนถือว่ามีลักษณะเดียวกันกับ “การค้นในที่รโหฐาน” (Perquisition) ดังนั้น หลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องการค้นตัวบุคคลเพื่อการสอบสวนจึงใช้หลักการเดียวกันกับการค้น ในที่รโหฐาน กล่าวคือ ในคดีความผิดซึ่งหน้า (crime delit flagrant) ตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายที่ จะทำการค้นในที่รโหฐานหรือค้นตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นจากศาล (ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 56) ในขณะที่ความผิดทั่วไป (enquete preliminaire) ตำรวจจะไม่มีอำนาจบังคับดังกล่าวแต่อย่างใด ตำรวจจะค้นในที่รโหฐานหรือค้นตัวบุคคลผู้ต้อง สงสัยได้เฉพาะได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากผู้ถูกค้นเป็นลายลักษณ์อักษร (ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 76-1) หรือได้รับคำสั่งจากศาล (commission rogatoire) ใดๆก็ตาม แม้การค้นตัวบุคคลเพื่อการสอบสวนจะถูกจัดให้อยู่ในมาตรการเดียวกับการค้นในที่ รโหฐาน แต่การค้นตัวบุคคลก็ไม่ถูกจำกัดด้วยเวลาทำการค้น ในขณะที่การค้นในที่รโหฐานจะถูก จำกัดเวลาทำการคือต้องทำการค้นในที่รโหฐานเฉพาะเวลากลางวัน ระหว่าง 06.00 – 21.00 น. (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 59 และ 79)

(2) การค้นเพื่อความมั่นคง (mesure de securite) การค้นลักษณะดังกล่าวเป็นการค้นเพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย วัตถุประสงค์ของการค้นในรูปแบบดังกล่าวเพื่อหาวัตถุที่มีไว้เป็นความผิดหรือเป็นวัตถุอันตรายที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด เช่น ยาเสพติด อาวุธปืน มีด ระเบิด การค้นเพื่อความมั่นคงกฎหมายกำหนดไว้หลายรูปแบบ อาทิ ตำรวจหรือนายทหารที่ทำหน้าที่ตำรวจ (gendarmarie) อาจค้นบุคคลที่อยู่ในสถานะมีนเมาในที่สาธารณะได้ พนักงานศุลกากรสามารถค้นบุคคลในที่สาธารณะในความผิดเกี่ยวกับศุลกากร ตำรวจสามารถค้นกระเป๋าสัมภาระและตัวบุคคลในท่าอากาศยานได้เพื่อรักษาความปลอดภัยของท่าอากาศยาน (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : 28)

จากการวิเคราะห์หลักการค้นของต่างประเทศข้างต้นพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา และ สหราชอาณาจักร มีบรรทัดฐานของกึ่งเห็นอันควรสงสัย (reasonable suspicion) และแนวปฏิบัติของการค้นยานพาหนะและตัวบุคคลที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาจะกระทำได้ต้องเป็นการกระทำเพื่อป้องกันอาชญากรรมและจะต้องมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิด ส่วนใน สหราชอาณาจักรวางหลักเกณฑ์จะต้องเป็นกรณีที่มีเหตุผลตามสมควรที่ทำให้สงสัยว่าจะพบหลักฐานเกี่ยวกับความผิด หรือจะพบของที่ผิดกฎหมายจากตัวบุคคลหรือภายในยานพาหนะนั้น โดยไม่ระบุประเภทของความผิดที่ทำการตรวจค้น เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีมีการกำหนดข้อยกเว้นหลักค้นตัวบุคคลและยานพาหนะที่ได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยไม่ได้ระบุประเภทความผิด บัญญัติแต่เพียงว่าต้องกระทำกับผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด ผู้มีส่วนร่วมหรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ผู้ขัดขวางกระบวนการยุติธรรม หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดเท่านั้น ต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่การค้นยานพาหนะถือเป็นการค้นในที่สาธารณะ จะกระทำโดยไม่มีหมายค้นต่อเมื่อมีกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้เท่านั้น โดยมีเหตุอันควรสงสัยในการตรวจค้นคือการตรวจค้นเพื่อการสอบสวนเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอบสวนคดีอาญาและการค้นเพื่อความมั่นคง มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย จะเห็นได้ว่า ขอบเขตอำนาจในการค้นตัวบุคคลค่อนข้างกว้างและมีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการตรวจค้นไว้อย่างชัดเจน

### 1.1.2 การดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูล (Wiretap)

การดักฟังเป็นพฤติกรรมแสวงหาข้อมูลข่าวสารชนิดหนึ่งซึ่งเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of privacy) ในการสื่อสารข้อมูล เนื่องจากเป็นการเก็บข้อมูลการสนทนาระหว่างผู้อื่น โดยมิได้รับความยินยอม ยิ่งไปกว่านั้นผู้ถูกดักฟังอาจมิได้รับรู้ว่ามี การเก็บข้อมูลการสนทนาของตน (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2556 : 1) การดักฟังจึงมีความหมายถึงการลอบฟังการสนทนาด้วยเครื่องมือ อิเล็กทรอนิกส์ ในลักษณะที่เป็นการดักฟังการสื่อสารทาง

โทรศัพท์ที่บุคคลอื่นมีถึงกัน โดยมิได้รับความยินยอมจากคู่สนทนานั้น ซึ่งการดักฟังไม่จำเป็นจะต้องดักฟังเฉพาะโทรศัพท์เท่านั้น แต่ในความหมายที่แท้จริงการดักฟังเป็นการดำเนินการเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลของบุคคล โดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางสายหรือคลื่นแม่เหล็กอื่น ๆ อาจจะเป็นข้อมูลที่ส่งทางอินเทอร์เน็ต โทรสาร โทรพิมพ์ หรือการลักลอบดักฟังคลื่นที่ส่งไปในอากาศเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น

โดยหลักการแล้ว การมีกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังข้อมูล สามารถพบได้ทั่วไปในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยกฎหมายการดักฟังข้อมูลการสื่อสารอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดการควบคุมอาชญากรรม (Crime control) ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับความผิดโดยเฉพาะในยุคของเทคโนโลยีสารสนเทศซึ่งพยานหลักฐานที่สำคัญของการกระทำผิดมักจะปรากฏในการสื่อสารช่องทางต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังที่จะบัญญัติขึ้นจะต้องหาจุดสมดุลระหว่างการควบคุมอาชญากรรมกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนด้วย เพราะในอีกแง่หนึ่งการดักฟังข้อมูลส่งผลเป็นการกระทบสิทธิส่วนบุคคลในการสื่อสารซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานประการหนึ่ง (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2558 : 1)

ผลของการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ที่มีขอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานที่ได้มาก็เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เพราะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับซึ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนจะกระทำใ้ภายใต้เงื่อนไขความจำเป็นบางประการเท่านั้น เพราะเมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานมาเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้วหรือไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้แล้ว พยานหลักฐานนั้นก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ชอบไปด้วย เปรียบเสมือนผลไม้อันเกิดจากต้นไม้ที่เป็นพิษ ผลนั้นย่อมมีพิษร้ายด้วย หากศาลยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีนี้แล้ว ย่อมส่งเสริมให้ตำรวจใช้วิธีการนอกกฎหมายแสวงหาพยานหลักฐานมาประกอบคดีซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เว้นแต่กระทำไปภายใต้ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้และในคดีที่มีความสำคัญและมีความจำเป็นต้องได้พยานหลักฐานด้วยวิธีดักฟัง ทั้งนี้ ในต่างประเทศที่ทำการศึกษามีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการดักฟังโทรศัพท์หรือการได้มาซึ่งข้อมูลไว้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เดิมรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกามีได้มีบทบัญญัติรับรองถึงสิทธิในการสื่อสารของบุคคลไว้โดยชัดแจ้ง คงมีแต่บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (The Fourth Amendment) คือ "สิทธิของบุคคลที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และวัตถุ สิ่งของ ต่อการค้น การยึด การจับที่ไม่มีเหตุอันควรจะถูกล่วงละเมิดมิได้ และห้ามมิให้มีการออกหมาย เว้นแต่จะ โดยมีเหตุอันควร ซึ่งได้มาโดยการสาบาน หรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ที่จะค้นตัวบุคคลที่ถูกจับและสิ่งของที่จะถูกยึด" ต่อมาศาลสูงสุดสหรัฐจึงได้ตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ขยายความรวมถึง

การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) ของเอกชนที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าพนักงานของรัฐในการดักฟังทางโทรศัพท์ด้วย โดยได้วินิจฉัยไว้ในคดี Katz V. United State 359. U.S. 347, 88 S.Ct 507 19 L.Ed 2 th 576 (1967) ให้ถือว่าการดำเนินการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เป็นการค้นชนิดหนึ่งด้วย ทำให้การดักฟังไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากไม่มีกฎหมายรับรอง ต่อมารัฐสภาจึงได้ตรากฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้เพื่อประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมที่ร้ายแรงบางประเภท เช่น พระราชบัญญัติการควบคุมอาชญากรรมและความปลอดภัยในท้องถนน ค.ศ.1968 (The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968) โดยกำหนดให้กระทรวงยุติธรรมจะต้องขออนุญาตจากศาลในการสอดแนมสื่ออิเล็กทรอนิกส์ การสื่อสารผ่านสาย และการสนทนาใด ๆ นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติม คือ The Federal Communications Act 1934 มาตรา 605 ที่ให้เจ้าพนักงานแห่งสหรัฐและมลรัฐสามารถใช้วิธีการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์และดักฟังด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ได้ในการสืบสวนคดีอาญาร้ายแรงตามที่ระบุไว้

ปัจจุบันกฎหมายที่ให้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐในการดักฟังในประเทศสหรัฐอเมริกา มีจำนวน 3 ฉบับ ได้แก่

1. The Federal Wiretap Act ซึ่งอยู่ใน หมวดที่ 3 ของ The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 โดยบัญญัติไว้ในปี ค.ศ. 1968 และมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1986 เป็นกฎหมายที่ห้ามการดักฟัง การใช้ หรือการเปิดเผย การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือทางสายโทรศัพท์ หรือระบบ โดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Protecting the Privacy of Individuals) และการให้รัฐสามารถใช้วิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลจำเป็นเพื่อการบังคับใช้กฎหมายที่ได้ผล (Enabling the government to obtain information necessary for effective law enforcement) โดยมีข้อยกเว้นว่าเจ้าพนักงานตำรวจสามารถที่จะดักฟังการสื่อสารได้ต่อเมื่อมีคำสั่งจากศาล (United States District Court หรือ Court of Appeals) โดยเจ้าพนักงานของรัฐสามารถดักฟังการสนทนาได้เป็นระยะเวลา 30 วันเท่านั้น และจะต้องมีเหตุอันสมควร (Probable Cause) ที่ทำให้เชื่อได้ว่าการดักฟังจะสามารถค้นพบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดมูลฐาน (Predicate Offense) ได้ดังที่ระบุไว้ในกฎหมาย The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 โดยมาตรา 2516(1) ได้บัญญัติลักษณะของความผิดทางอาญาที่จะดักฟังเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและป้องกันอาชญากรรมไว้ ดังนี้ (สุชาติ ตระกูลเกษมสุข, 2543 : 78 – 81)

1) ความผิดที่มีโทษประหารชีวิตหรือมีโทษจำคุกเกินกว่า 1 ปี ตามมาตรา 2274 ถึง 2277 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (The United States Code) หรือตามภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐเกี่ยวกับการจารกรรม การก่อวินาศกรรม การก่อกบฏ การก่อจลาจล

การทำลายทรัพย์สินส่วนตัว โดยมีเจตนาทำร้ายต่อเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน การทำลายเรือและความผิดเกี่ยวกับโจรสลัด

2) ความผิดต่าง ๆ ที่มีโทษตามภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ ได้แก่ การให้สินบนเจ้าพนักงานและพยาน การให้สินบนในการแข่งขันกีฬา การใช้ระเบิดโดยผิดกฎหมาย การใช้ข้อมูลเกี่ยวกับการพนัน การหลบหนีจากที่คุมขัง การข่มขู่หรือทำร้ายเจ้าพนักงาน ลูกขุนหรือพยานทั่วไป การขัดขวางการสืบสวนคดีอาญา การขัดขวางการบังคับใช้กฎหมายสหรัฐหรือมลรัฐ การลอบฆ่าหรือลักพาตัวประธานาธิบดีและคณะ การเข้าไปเกี่ยวข้องทางการค้าโดยข่มขู่หรือใช้ความรุนแรง การกระทำเกี่ยวกับการเดินทางหรือการขนส่งระหว่างมลรัฐโดยจตุมนงหมายเพื่อขู่เอาเงิน การรับจ้างฆาตกรรม การประกอบอาชญากรรมที่รุนแรงโดยจตุมนงหมายเพื่อขู่เอาเงิน การเสนอให้ยอมรับหรือชักชวนให้มีอิทธิพลต่อการดำเนินการอันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของลูกจ้าง การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการพนัน การแปรสภาพเครื่องมือเกี่ยวกับเงิน การเกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การลักทรัพย์จากการขนส่งสินค้าระหว่างมลรัฐ การขกยอกเงินบำนาญหรือเงินสวัสดิการ การฉ้อโกงสายวิทยุหรือโทรทัศน์ การกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็ก การขนส่งทรัพย์สินที่จากการทำความผิดระหว่างมลรัฐ การค้าพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์หรือส่วนประกอบพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์ การจับคนเป็นตัวประกัน การฉ้อโกงเกี่ยวกับกิจกรรมที่ใช้เครื่องมือล้วงความลับ การทำลายเครื่องบินหรือเครื่องมือให้ความสะดวกในเครื่องบิน การข่มขู่หรือแก้แค้นต่อเจ้าพนักงาน การทำลายเครื่องมือให้กำเนิดพลังงาน การฉ้อโกงทางไปรษณีย์ การลอบฆ่าหรือทำร้ายร่างกายสมาชิกวุฒิสภา คณะรัฐมนตรีหรือผู้พิพากษาศาลสูง การประกอบธุรกิจนิเวศลิษฐ์ การทำลายยานพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์หรือเครื่องอำนวยความสะดวก การทำลายรางรถไฟ เป็นต้น

3) การผลิต นำเข้า รับ ปกปิด ซื่อ ขाय หรือความผิดในลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด กัญชา หรือยาอันตรายอื่นที่มีโทษตามกฎหมาย

4) ความผิดเกี่ยวกับการรายงานธุรกิจทางการเงิน

5) ความผิดเกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์และเปิดเผยการสื่อสาร

6) ความผิดเกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจาร

7) ความผิดเกี่ยวกับการทำลายท่อส่งก๊าซธรรมชาติ

8) ความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน

สำหรับเหตุในการร้องขอให้ใช้วิธีการดักฟังนั้น โดยปกติกฎหมายได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล แต่มีข้อยกเว้นคือการดักฟังนั้นจะเป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและการป้องกันอาชญากรรมบางประเภท

และได้มีการใช้วิธีการสืบสวนสอบสวน โดยวิธีอื่น ๆ แล้ว แต่ไม่ประสบความสำเร็จ โดยการร้องขอ นั้นจะต้องแสดงถึงเหตุผลด้วยว่าเหตุใดถึงไม่สามารถใช้วิธีการอื่น หรือหากใช้วิธีการปกติแล้วจะมี อันตรายมากเกินกว่าเหตุ โดยกฎหมายฉบับนี้ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและรัฐมนตรีช่วย ว่าการกระทรวงยุติธรรมยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีการใช้เครื่องมือดักฟัง โดยองค์กรสืบสวนกลาง หรือที่เรียกว่า F.B.I ได้ (มาตรา 2511)

2. The Communication Assistance for Law Enforcement Act หรือ The Digital Telephony Act ซึ่งตราขึ้นในปี ค.ศ. 1994 โดยมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถดักฟัง และเข้าถึงข้อมูลของการสนทนาที่เกิดขึ้นในเทคโนโลยีระบบดิจิทัลได้ ไม่ว่าจะเป็นการสนทนา ผ่านทางเสียง ระบบดิจิทัล หรือการส่งผ่านข้อมูลระหว่างคอมพิวเตอร์ โดยกฎหมายฉบับนี้มีบท บังคับให้บริษัทเอกชนต้องให้ความร่วมมือแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการดักฟังและเข้าถึงข้อมูลในการ สนทนาดังกล่าวด้วย ("The Nature and Scope of Governmental Electronic Surveillance Activity, [http://www.cdt.org/wiretap\\_overview.html](http://www.cdt.org/wiretap_overview.html))

3. The Foreign Intelligence Surveillance Act 1978 (FISA) เป็นกฎหมายที่อนุญาต ให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถทำการดักฟังการสื่อสารของคนต่างชาติ โดยครอบคลุมถึงการติดต่อ โทรคมนาคมการส่งทางสายและสิ่งอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อที่จะได้รับข้อมูลของบุคคลชาวต่างชาติที่อยู่ ในประเทศสหรัฐอเมริกา บุคคลสัญชาติอเมริกา ชาวต่างชาติหรือกลุ่มของบุคคลชาวต่างชาติที่อยู่ อาศัยอย่างถาวร (อรรถพ ลิขิตจิตถะ และคณะ , 2548 : 128) โดยต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลที่ ถูกดักฟังเป็นสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายสากล หรือเป็นผู้มีอิทธิพลข้ามชาติ ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการ กระทำผิดอาญา หรือเชื่อว่าบุคคลที่ถูกดักฟังเป็นคนต่างชาติที่ไม่ใช่พลเมืองของประเทศ สหรัฐอเมริกาและมีข้อสงสัยว่าจะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด กรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานของรัฐ สามารถดำเนินการดักฟังได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุอันควรเชื่อ (Probable cause) ว่าบุคคลดังกล่าว เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

ทั้งนี้บทบัญญัติตาม The Wiretap Act และ The Foreign Intelligence Surveillance Act 1978 (FISA) มีบทยกเว้นที่เหมือนกันคือ ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของ บุคคล หรือบุคคลจะได้รับอันตรายสาหัส หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของรัฐ เจ้าพนักงาน ของรัฐก็จะสามารถดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งอนุญาตจากศาลก่อน

สหราชอาณาจักร การดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูลโดยวิธีสืบสวนสอบสวนพิเศษ อยู่ ภายใต The Regulation of Investigation Power Act 2000 (RIPA) ซึ่งได้กำหนดให้มีเทคนิคการ สืบสวนเชิงรุกเพื่อรับมือกับการเพิ่มขึ้นของอาชญากรรม มีบทบัญญัติที่ชัดเจนและครอบคลุมถึงการ ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการดักหรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสารทุกชนิด ในมาตรา 26 ของ

กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดกรอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจเกี่ยวกับการใช้เทคนิคพิเศษในการสืบสวนสอบสวน เพื่อให้สอดคล้องกับ European Convention of Human Rights โดยครอบคลุมถึงการสืบสวนสอบสวนพิเศษ 5 ประการ ดังต่อไปนี้

1) การดักฟังการติดต่อสื่อสาร (Interception of Communication) เช่น ผ่านทางโทรศัพท์ อีเมล หรือจดหมายที่ส่งทางไปรษณีย์

2) การได้มาและการเปิดเผยข้อมูลการติดต่อสื่อสาร (Acquisition and Disclosure of Communication Data)

3) การเฝ้าติดตามโดยแอบแฝง (Covert Surveillance) ในที่รโหฐาน หรือในยานพาหนะส่วนบุคคล หรือที่เรียกว่าการติดตามแบบรุกล้ำสิทธิส่วนบุคคล (Intrusive Surveillance) หรือการติดตามที่กระทำลงในที่สาธารณะเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคล ที่เรียกว่าการติดตามแบบโดยตรง (Directed Surveillance)

4) การใช้สายลับ (Covert human intelligence sources) เช่น การมีผู้แจ้งเบาะแส หรือการใช้เจ้าหน้าที่นอกเครื่องแบบเป็นสายลับ

5) การเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกเข้ารหัส หรือการถอดรหัสลับ (Decryption)

ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดสาระสำคัญในการดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูลโดยวิธีสืบสวนสอบสวนพิเศษ ดังนี้

1) กำหนดตัวบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ในการใช้เทคนิคการติดตาม โดยใช้อุปกรณ์สื่อสาร โดยชอบตามกฎหมาย และกำหนดวัตถุประสงค์และเงื่อนไขของการใช้เทคนิคพิเศษ รวมทั้งกำหนดการจัดการแก่วัตถุ เอกสาร หรือยานหลักฐานภายหลังที่ได้มาจากการใช้เทคนิคพิเศษดังกล่าว

2) การใช้เทคนิคพิเศษที่เป็นการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลนั้น กฎหมายกำหนดให้เฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจเท่านั้นที่จะใช้วิธีการดังกล่าวได้ และจะต้องเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย Serious Crime Act 2007 เท่านั้น เช่น ลักลอบค้ายาเสพติด ค้ามนุษย์ ค้าอาวุธ ค้ายาเสพติด ค้าประเวณี ฟอกเงิน ฉ้อโกง ความผิดที่เกี่ยวผลประโยชน์ของสาธารณะ ความผิดเกี่ยวกับการคอร์ปชัน ความผิดติดสินบนเจ้าพนักงาน ปลอมเงินตรา ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา และความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ( Serious Crime Act 2007 (C.27) Schedules 1 , <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/27/schedule/1>)

3) กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการกลางที่มีความอิสระและก่อตั้งศาลที่มีความเป็นกลางเพื่อพิจารณาคำร้องที่กล่าวอ้างว่าการใช้เทคนิคของเจ้าหน้าที่ไม่เหมาะสม

การอนุญาตให้ทำการดักฟังนั้นได้นั้น จะต้องมิเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการออกหมายนั้นมีความจำเป็นเพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ ป้องกันและตรวจจับอาชญากรรมร้ายแรงและปกป้องเศรษฐกิจของประเทศ หรือในสถานการณ์อื่น ๆ ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นว่ามีความจำเป็นเทียบเท่ากับการป้องกันและสืบสวนอาชญากรรมร้ายแรง โดยจะต้องระบุดังการดักฟังที่ได้รับอนุญาต การกระทำทั้งหลายอันจำเป็นตามที่ระบุไว้ในหมายและการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องในการติดต่อสื่อสารดังกล่าว ทั้งนี้ ในมาตรา 7 ได้กำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจออกหมายเพื่ออนุญาตให้ทำการดักฟัง ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State) หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูง (Senior Officer) เฉพาะในกรณีจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้เคยอนุญาตไว้ในคดีเดียวกันมาก่อนหน้านั้นแล้ว และเป็นกรณีที่มีการขอความช่วยเหลือตามที่กำหนดไว้ในความตกลงการช่วยเหลือร่วมกันระหว่างประเทศ (International Mutual Assistance Agreement) จากเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในประเทศที่ร้องขอ และต้องเป็นกรณีที่การดักฟังนั้นอยู่ภายนอกราชอาณาจักร หรือการดักฟังนั้นเกิดขึ้นโดยเกี่ยวข้องกับสถานที่ที่อยู่ภายนอกราชอาณาจักร

ประเทศเยอรมนี กฎหมายที่ให้อำนาจในการดักฟังของประเทศเยอรมนีมี 2 ฉบับคือ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนีในมาตรา 10 (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10)ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung) โดยในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนีในมาตรา 10 (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10) เป็นกฎหมายที่ยกเว้นหลักประกันเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเรื่องความลับในการสื่อสาร โดยให้อำนาจรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารทางจดหมาย ไปรษณีย์และการสื่อสารทางไกล รวมถึงการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เพื่อป้องกันอันตรายที่กระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือความดำรงอยู่หรือความมั่นคงของสหพันธ์รัฐหรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง รวมทั้งความมั่นคงของกองกำลังทางทหาร โดยการไปรษณีย์ของสหพันธ์รัฐ โดยกำหนดให้รัฐสามารถทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้ เมื่อมีกรณีที่น่าสงสัยว่ามีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบของประเทศ ความมั่นคงที่กระทบภายในและภายนอกประเทศ การก่อการร้าย หรือกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว เฉพาะกรณีค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้หรือเป็นไปได้โดยยากยิ่งและจะกระทำได้เฉพาะต่อบุคคลผู้ต้องสงสัยหรือบุคคล ซึ่งสำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร หรือสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์รัฐ ยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดประเภท ขอบเขต และระยะเวลา โดยวิธีการอื่นไม่อาจจะกระทำได้หรือเป็นไปได้โดยยากลำบาก โดยผู้มีอำนาจในการอนุมัติคือ

เจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดหรือรัฐมนตรีสหพันธรัฐได้ไม่เกิน 3 เดือน และจะต้องแจ้งการอนุมัติดังกล่าวให้คณะกรรมการทราบเป็นระยะ ๆ ไม่เกิน 6 เดือนต่อครั้ง

การได้รับอนุมัติอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานที่ยื่นคำร้องขอ ซึ่งอาจถูกระงับการอนุมัติได้ เมื่อกรณีเหตุแห่งความสงสัยไม่มีอยู่หรือไม่มีความจำเป็นแล้ว ซึ่งข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้ ไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตามการกระทำความผิดของบุคคลอื่น เว้นแต่มีจุดเชื่อมโยงของการวางแผนหรือมีกระทำความผิดเกี่ยวกับฐานความผิดที่ได้กำหนดไว้ เมื่อข้อมูลหรือเอกสารต่าง ๆ ไม่มีความจำเป็นต้องใช้ประโยชน์อีกจะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ สภาพบังคับกรณีที่มีผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษอาญาและโทษปรับทางปกครอง (อรรถพ ลิขิตจิตถะ และคณะ , 2548 : 17)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung) ได้กำหนดหลักเกณฑ์การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ว่าจะต้องเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจตรา ดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารเพื่อที่จะแสวงหาพยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรง และมูลเหตุการใช้อำนาจรัฐในการตรวจตราดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารทางไกลด้วยเครื่องบันทึกเสียง จะกระทำได้เมื่อมีเหตุผลอันควรสงสัยว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดต่าง ๆ ตามความผิดที่กำหนดไว้ 4 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐและเป็นอันตรายต่อรัฐและประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงระหว่างประเทศ การกระทำความผิดอาญาต่อการป้องกันมลรัฐ การกระทำความผิดอาญาต่อระเบียบมหาชน ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง การหลบหนีการเกณฑ์ทหาร และความผิดอาญาต่อความมั่นคงของกองทัพ

กลุ่มที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงเงินตรา ความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ ความผิดเกี่ยวกับการฆาตกรรม หรือทำร้ายผู้อื่นจนถึงแก่ความตาย ความผิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคล ความผิดเกี่ยวกับการปล้นทรัพย์และกรรโชกทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน

กลุ่มที่ 3 ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยอาวุธและความผิดตามกฎหมายควบคุมอาวุธสงคราม

กลุ่มที่ 4 ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติด

ทั้งนี้การให้อำนาจในการดักฟังต้องกระทำโดยคำสั่งศาล ซึ่งศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้กระทำได้ไม่เกิน 3 เดือน แต่ในกรณีฉุกเฉินมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน พนักงานอัยการก็อาจกำหนดให้มีการดักฟังและบันทึกเสียงได้ โดยให้มีผลเพียง 3 วัน และหากไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาล คำสั่งดังกล่าวย่อมตกไป และเอกสารที่ไม่มีความจำเป็นต้องทำลายภายใต้การดูแลของพนักงานอัยการ และศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้ เว้นแต่การกระทำที่เป็นละเมิดต่อรัฐธรรมนูญคือ หลักความสมควรแก่เหตุ หลักสิทธิส่วนบุคคล บทสนทนายระหว่างทนายความกับตัวความ บทสนทนานั้นทำให้ได้หลักฐานอื่นโดยไม่คาดคิดนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในคำสั่งศาล เว้นแต่เป็นความผิดที่อยู่ในกลุ่มความผิดที่ขออนุญาตดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้ หรือการค้นพบพยานหลักฐานใหม่ซึ่งเป็นผลจากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้มาไม่ถูกต้อง

ประเทศฝรั่งเศส การดักฟังโทรศัพท์โดยไม่มีมาตรการคุ้มครองผู้ที่ถูกดักฟัง และขาดการควบคุมตรวจสอบโดยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการที่จะได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว หากฝ่ายปกครองหรือ หน่วยงานของรัฐจะเข้าไปแทรกแซงในการใช้สิทธิดังกล่าว การแทรกแซงต้องได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และการแทรกแซงจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อความความปลอดภัยของประเทศต่อความมั่นคง ต่อความปลอดภัยทางเศรษฐกิจของประเทศ ต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและการป้องกันอาชญากรรม ต่อการคุ้มครองสุขภาพและศีลธรรม และต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

กฎหมายภายในของฝรั่งเศสแบ่งการดักฟังโทรศัพท์ออกเป็น 2 ประเภทคือ การดักฟังโดยฝ่ายตุลาการ (Les écoutes judiciaires) และการดักฟังโดยฝ่ายปกครอง (Les écoutes administratives) เพราะฉะนั้นการดักฟังโทรศัพท์โดยบุคคลทั่วไปเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย มาตราที่ 226-5 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีโทษจำคุก 1 ปีและปรับ 45000 ยูโร ปัจจุบันนี้รัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการดักฟังโทรศัพท์ไม่ว่าจะเป็นโดยฝ่ายตุลาการหรือโดยฝ่ายปกครองคือ รัฐบัญญัติที่ 91-646, 1991-07-10 หรือเรียกสั้นๆ ว่ารัฐธรรมนูญ Rocard

ในส่วนของ การดักฟังโดยฝ่ายตุลาการ แต่เดิมนั้นระบบการดักฟังโทรศัพท์โดยฝ่ายตุลาการของฝรั่งเศสยังขาดความชัดเจน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตอำนาจที่ฝ่ายตุลาการสามารถกระทำได้ ในส่วนของการกระทำผิดที่ส่งผลให้สามารถใช้การดักฟังเข้ามามีส่วนในการสืบสวนสอบสวน การดักฟังโทรศัพท์โดยฝ่ายตุลาการ มีข้อกำหนดที่ต้องได้รับการเคารพ กล่าวคือ การดักฟังต้องได้รับการสั่งการจากผู้พิพากษาผู้ทำการสืบสวนคดี หรือ จะต้องได้รับการอนุญาตจากอัยการ ในส่วนของการทำการสืบสวนขั้นต้น การกระทำผิดที่ส่งผลให้มีการดักฟังทางโทรศัพท์ได้คือ

ความผิดชั้นอุกฤษโทษ หรือความผิดชั้นมัชฌิมโทษที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 2 ปีขึ้นไป ผู้พิพากษาผู้ทำการสืบสวนคดีสามารถอนุญาตให้มีการดักฟังโทรศัพท์ได้ โดยจะต้องทำออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรและให้เหตุผลถึงความจำเป็นในการดักฟัง ระยะเวลาของการดักฟังที่ไม่สามารถเกิน 4 เดือน แต่สามารถขอใหม่ได้อีกครั้งในระยะเวลาเท่าเดิมคือ 4 เดือน ผู้ทำการดักฟังจะต้องทำรายงานการปฏิบัติการออกมา เทปบันทึกการดักฟังจะต้องถูกตีตราประทับและจะต้องถูกทำลายเมื่อคดีหมดอายุความ

ส่วนการดักฟังโทรศัพท์โดยฝ่ายปกครอง แต่เดิมนั้นฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้โดยปราศจากรัฐบัญญัติมารองรับ ทำให้มีการดักฟังเกิดขึ้นอย่างมากมาย ส่งผลให้สิทธิในการมีชีวิตส่วนตัวของผู้ถูกดักฟังได้รับการละเมิดอย่างร้ายแรง เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงและป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดขึ้นอีก ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ทำการออกรัฐธรรมนูญ Rocard เพื่อระบุถึงข้อกำหนดและเงื่อนไขที่หน่วยงานที่ทำการดักฟังโทรศัพท์จะต้องปฏิบัติตามเพื่อให้การดักฟังเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกดักฟัง เงื่อนไขดังกล่าวประกอบไปด้วย การดักฟังบทสนทนาทางโทรศัพท์จะต้องได้รับการอนุมัติโดยนายกรัฐมนตรี ซึ่งจะต้องทำออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุถึงเหตุผลของการอนุมัติให้มีการดักฟังได้ โดยก่อนหน้านั้นจะต้องมีคำเสนอขออนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมระบุถึงเหตุผลในการดักฟังโทรศัพท์มาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือรัฐมนตรีที่ดูแลด้านตุลาการ ทั้งนี้เพราะฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้มีการปรึกษาหารือระหว่างนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีถึงความจำเป็นในการดักฟังโทรศัพท์ เพื่อหลีกเลี่ยงการดักฟังโทรศัพท์ "เถื่อน" ที่รัฐมนตรีมักกระทำกันโดยไม่มีคำสั่งให้นายกรัฐมนตรีทราบ นอกไปจากนี้รัฐธรรมนูญได้ระบุว่า การดักฟังโทรศัพท์สามารถกระทำได้เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้เท่านั้น คือ เพื่อความมั่นคงของประเทศ เพื่อคุ้มครองชีวิตความสามารถทางด้านวิทยาศาสตร์และเศรษฐกิจของชาติ เพื่อป้องกันการก่อการร้ายและการก่ออาชญากรรม ส่วนเทปที่บันทึกบทสนทนาทางโทรศัพท์จะต้องถูกระบุไว้ในบัญชีที่จัดทำขึ้นภายใต้การควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรี บัญชีดังกล่าวจะครอบคลุมรายละเอียดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การดักฟัง และจะต้องถูกทำลายภายใน 10 วันหลังจากที่มีการดักฟังเกิดขึ้น สิ่งเดียวที่สามารถถูกถอดออกมาเป็นข้อความและสามารถเก็บรักษาไว้ได้คือ เทปบันทึกที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของการขอดักฟังโทรศัพท์ เช่น บทสนทนาที่พูดถึงการเตรียมการเพื่อกระทำการก่อการร้ายซึ่งเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ที่ว่าด้วยความมั่นคงของประเทศและการปราบปรามการก่อการร้าย อย่างไรก็ตามข้อความที่ถูกถอดออกมาจะต้องถูกทำลายในทันทีที่ไม่มี ความจำเป็นจะต้องเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้อีกต่อไป (พิมพ์ดาว จันทร์ขันธ์ , 2559 , <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=560> )

จากการวิเคราะห์มาตรการดักฟังและเข้าถึงข้อมูลของประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส มีแนวทางที่เหมือนกันคือกฎหมายให้สามารถใช้มาตรการดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูลได้ภายใต้วัตถุประสงค์เงื่อนไขการอนุญาตและประเภทคดีที่กำหนด โดยการกำหนดความผิดมี 2 แนวทาง แนวทางแรก กำหนดเป็นบัญชีรายชื่อของฐานความผิดที่เฉพาะเจาะจง ซึ่งจะชัดเจนว่าความผิดใดที่อาจนำไปสู่อำนาจในการดักจับข้อมูลได้ เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและประเทศเยอรมนี ส่วนแนวทางที่สอง มิได้กำหนดฐานความผิดหรือบัญชีรายชื่อฐานความผิด แต่กำหนดเกณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงไว้ (Specific criteria) เพื่อนำไปพิจารณาว่า ความผิดในกรณีนั้น ๆ จะสามารถดักจับข้อมูลได้หรือไม่ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ในส่วนของความแตกต่างจะอยู่ที่ผู้อนุมัติหรืออนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟัง กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถใช้มาตรการดักฟังได้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดประสิทธิผลภายใต้เงื่อนไข แต่จะต้องกระทำเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนดและจำกระทำได้เมื่อมีเหตุอันสมควร (Probable Cause) ที่ทำให้เชื่อได้ว่าการดักฟังจะสามารถค้นพบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดได้ โดยในความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินที่สามารถใช้มาตรการดักฟังได้ อาทิ ในความผิดที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกง ซึ่งต่างจากสหราชอาณาจักรที่การใช้มาตรการดักฟังสามารถกระทำได้ โดยให้เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคนิคพิเศษเพื่อป้องกันและสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมของเจ้าพนักงานตำรวจที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคนิคพิเศษเพื่อป้องกันและสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมร้ายแรง ทั้งนี้ จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยสหราชอาณาจักรได้กำหนดประเภทของอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินไว้ อาทิ ความผิดฐานฟอกเงิน ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกง ความผิดที่เกี่ยวผลประโยชน์ของสาธารณะ ความผิดเกี่ยวกับการคอร์รัปชัน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมเงินตรา ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น และในประเทศเยอรมนีที่มีกฎหมายให้อำนาจดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูลไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยรัฐสามารถกระทำได้เมื่อมีกรณีที่น่าสงสัยว่ามีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบของประเทศ ความมั่นคงที่กระทบภายในและภายนอกประเทศ การก่อการร้าย หรือกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว ซึ่งการค้นหาค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้หรือเป็นไปได้ยากยิ่งและจะกระทำเฉพาะต่อบุคคลผู้ต้องสงสัยหรือบุคคลเท่านั้น โดยผู้มีอำนาจในการอนุมัติคือเจ้าพนักงานมตรัฐในระดับสูงสุดหรือรัฐมนตรีสหพันธรัฐ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสได้แบ่งการดักฟังโทรศัพท์ออกเป็น การดักฟังโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะต้องได้รับการสั่งการจากผู้พิพากษาผู้ทำการสืบสวนคดี หรือจะต้องได้รับการอนุญาตจากอัยการในส่วนของการทำการสืบสวนชั้นต้นสำหรับ

ความผิดชั้นอุกฤษโทษ หรือความผิดชั้นมัชฌิมโทษที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 2 ปีขึ้นไป และการดักฟังโดยฝ่ายปกครองจะต้องได้รับการอนุมัติโดยนายกรัฐมนตรีนี่ มีข้อสังเกตว่าการดักฟังโดยฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสจะไม่กำหนดประเภทของความผิดไว้ แต่ระบุเพียงว่าจะต้องทำภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของประเทศ เพื่อคุ้มครองขีดความสามารถทางด้านวิทยาศาสตร์และเศรษฐกิจของชาติ เพื่อป้องกันการก่อการร้ายและการก่ออาชญากรรม

### 1.1.3 มาตรการอำพราง (Undercover)

การอำพรางเป็นวิธีการที่เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปอยู่ในกลุ่มขององค์กรอาชญากรรมเพื่อรวบรวมพยานหลักฐาน ซึ่งบางครั้งอาจมีการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ร่วมอยู่ด้วย บางกรณีจะใช้บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่เข้าไปอำพรางตัวโดยการควบคุมของเจ้าหน้าที่ การใช้วิธีการดังกล่าวต้องใช้บุคคลที่มีการรักษาความลับเป็นอย่างดีและต้องปกปิดตัว จะมีลักษณะเหมือนกับสายลับ แต่เปิดตัวเองให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่นทั้งการปกปิดฐานะ อาชีพ การงาน เป็นต้น

การอำพรางในการปฏิบัติการเพื่อให้ได้เข้าถึงพื้นที่เป้าหมาย บุคคลในองค์กรโดยไม่เปิดเผยสถานะที่แท้จริง การปฏิบัติระยะสั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ซับซ้อนและสามารถล่วงรู้ข้อมูลข่าวสารได้อย่างรวดเร็ว ส่วนระยะยาวต้องแฝงตัวเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับระดับชั้นของผู้ร่วมองค์กร การแบ่งหน้าที่และสายการบังคับบัญชา ซึ่งเจ้าหน้าที่อำพรางต้องสร้างความไว้วางใจ ความเชื่อถือแก่องค์กร จึงต้องมีการเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ ปฏิภาณไหวพริบ การใช้ภาษาท้องถิ่น แล มีการควบคุมของเจ้าหน้าที่ระดับสูงเพื่อให้มีการดำเนินงานไปอย่างถูกต้องชอบด้วยกฎหมายและป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ที่ปฏิบัติการอำพราง ต้องมีการรายงานการปฏิบัติตามช่วงเวลาเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานและผู้ปฏิบัติการอำพรางจะต้องทราบสถานะของตนเองเพื่อมิให้ร่วมกระทำผิดกับกลุ่มองค์กรอาชญากรรม รวมทั้งการประสานกับหน่วยงานอื่น (วีระพงษ์ บุญโญภาสและคณะ, 2557 : 30)

ประเทศสหรัฐอเมริกา หน่วยงานที่บังคับใช้มาตรการแฝงตัว (Undercover) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐ หรือ Federal Bureau of Investigation (FBI) มีอำนาจในการใช้เทคนิคการอำพรางตัวหรือการแฝงตัว โดยวิธีการนี้ทำให้สามารถรวบรวมข่าวกรองหรือข่าวสารที่เป็นความลับจากองค์กรอาชญากรรมได้ และการได้รับข้อมูลดังกล่าวช่วยให้สามารถค้นหาอาชญากรรมที่เกิดในเขตนั้น ๆ เพื่อวางแผนที่จะใช้เครื่องมือที่ล้ำหน้ากว่าเครื่องมือของอาชญากรในการจับกุมได้ โดยเทคนิคดังกล่าวนี้เป็นเทคนิคที่จำเป็นในการสืบสวนคดีที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ การคอร์รัปชัน การก่อการร้าย อาชญากรรมที่มีลักษณะองค์กร ความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติด การร่วมกันลักลอบนำคนต่างชาติข้ามประเทศ

ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนเอกสาร และการฝ่าฝืนกฎหมายอื่นของรัฐบาลกลางกับเขตอำนาจศาล รวมทั้งการสืบสวนที่เป็นคดีสำคัญ

การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐเป็นไปตามแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยปฏิบัติการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลาง (Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations) ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “มาตรการอำพราง (Undercover Operation)” หมายถึง การสืบสวนค้นหาความจริงที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่าง ๆ ในการอำพรางตัวหรือแฝงตัว ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งต่อเนื่องกันซึ่งกระทำโดยเจ้าพนักงาน ทั้งนี้ภายใต้วัตถุประสงค์ของแนวทางปฏิบัติฉบับนี้ และ “กิจกรรมการแฝงตัวที่เกี่ยวข้อง” โดยทั่วไปประกอบด้วย การติดต่อที่มีสาระสำคัญกับบุคคลที่อยู่ในการสืบสวนตั้งแต่สามครั้งขึ้นไปโดยถูกจ้างที่แฝงตัว อย่างไรก็ตาม กิจกรรมการแฝงตัวที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์อันละเอียดอ่อนหรือสถานการณ์ด้านการเงินนับเป็นปฏิบัติการแฝงตัวโดยไม่คำนึงถึงจำนวนครั้งในการติดต่อที่เกี่ยวข้อง การติดต่อถือว่ามี “สาระสำคัญ” หากการติดต่อนั้นเป็นการสื่อสารกับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะด้วยทางวาจา หนังสือ หรือสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งประกอบด้วยข้อมูลที่มีประโยชน์ต่อการสืบสวน การติดต่อเพียงการสนทนาที่นำไปสู่การตกลงเวลาและสถานที่ของการพบปะครั้งต่อไป ไม่ถือเป็นการติดต่อที่มีสาระสำคัญตามความหมายของแนวปฏิบัตินี้ และในการปฏิบัติการแฝงตัวจะใช้ระยะเวลาไม่เกินหกเดือนและต่ออายุครั้งละไม่เกินหกเดือน แต่รวมแล้วไม่เกินหนึ่งปี

การอนุญาตหรืออนุมัติให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการได้จะต้องมีการร้องขอต่อผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงานและพนักงานอัยการในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคำร้องแต่ละฉบับจะประกอบด้วย การอนุมัติเป็นหนังสือของเจ้าหน้าที่พิเศษผู้รับผิดชอบ รายละเอียดของปฏิบัติการที่ถูกร้องขอและการอำพรางโดยเจาะจงที่จะต้องใช้สายข่าวรายใด หรือบุคคลผู้ให้ความร่วมมืออื่น ๆ ซึ่งจะช่วยเหลือปฏิบัติการ รวมถึงข้อมูลปุมหลัง ประวัติการถูกจับกุม ข้อตกลงการให้การ ความผิดอาญาโดยเจาะจงหรือองค์กรอาชญากรรมที่เป็นเป้าหมายของการสืบสวน และบุคคลใดที่ทราบว่าจะเกี่ยวข้อง รายละเอียดเกี่ยวกับระยะเวลาในการปฏิบัติการและค่าใช้จ่าย

ผู้ที่มีอำนาจในการอนุญาตหรืออนุมัติให้ปฏิบัติการอำพรางตัวหรือแฝงตัว ได้แก่ คณะกรรมการตรวจคนเข้าเมืองและคนต่างชาติ แต่จะต้องได้รับความเห็นชอบร่วมกันกับผู้ช่วยอัยการสูงสุดของกองคดีอาชญากรรม คณะกรรมการประจำภาคท้องถิ่น หรือผู้อำนวยการเขต หรือหัวหน้าเจ้าหน้าที่ แล้วแต่กรณี ซึ่งการอำพรางตัวหรือการแฝงตัวนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติการให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ซึ่งในทางปฏิบัติจะใช้เจ้าหน้าที่ หรือบุคคลเฉพาะเจาะจง หรือผู้ที่หน่วยงานว่าจ้างให้กระทำการแฝงตัวหรืออำพรางตัว โดยจะเป็นบุคคลที่ถูกเตรียมการไว้ โดยบุคคลที่ปฏิบัติการอำพรางตัวหรือปฏิบัติการลับจะถูกพิจารณาความเหมาะสมเป็นระยะ ๆ และ

สามารถขอขยายระยะเวลาหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการอีกหนึ่งชุดในมีหน้าที่พิจารณาภายหลังจากการปฏิบัติการว่าเห็นควรให้บุคคลดังกล่าวดำเนินการอำพรางตัวหรือปฏิบัติการลับต่อไปอีกหรือไม่ โดยโดยพิจารณาว่าการแฝงตัวหรือการอำพรางตัวนั้นมีความเสี่ยงมากที่จะสูญเสียชีวิต บุคคล ธุรกิจ หรือมีความเสี่ยงต่อรัฐบาลหรือไม่ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีฉุกเฉิน (Emergency Authorization) เช่น เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือทรัพย์สิน เพื่อป้องกันผู้กันทำ ความผิดหลบหนี ซ่อนเร้น หรือทำลายพยานหลักฐาน เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายร้ายแรงอื่นใด หรือ เป็นการสืบสวนสอบสวนที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจปฏิบัติการอำพรางไปได้ก่อนมีคำสั่งอนุญาตโดยจะต้องรีบรายงานถึงผลการดำเนินต่อผู้มีอำนาจอนุญาตภายใน 48 ชั่วโมง นับจากเริ่มปฏิบัติการอำพราง

ขอบเขตและวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการแฝงตัว กำหนดให้สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐ (FBI) อาจดำเนินกิจกรรมการแฝงตัวและปฏิบัติการแฝงตัวตามแนวปฏิบัติที่ เหมาะสมสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ด้านการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงกระทำการ สอบปากคำเบื้องต้น การสืบสวนอาชญากรรม และการสืบสวนข่าวกรองด้านอาชญากรรม ในการ สอบปากคำเบื้องต้น วิธีการนี้อาจถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของการสอบปากคำเพื่อรวบรวมข้อมูล เบื้องต้น เพื่อตัดสินว่าการสืบสวนเต็มรูปแบบจะมีความจำเป็นหรือไม่ ในการสืบสวนอาชญากรรม ทั่วไป วิธีการนี้อาจถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของการสืบสวนเพื่อป้องกัน หารือเท็จจริงและดำเนินคดี อาชญากรรม เช่น การสอบสวนธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม การสอบสวนขบวนการก่อ การร้าย วิธีการนี้อาจถูกใช้ในการขยายวัตถุประสงค์ของการสอบสวนเพื่อยืนยันเกี่ยวกับบางเรื่อง เช่น สมาชิกภาพ การเงิน มิติทางภูมิศาสตร์ กิจกรรมในอดีตและอนาคตและเป้าหมายของขบวนการ ที่ถูกสืบสวน โดยต้องการที่จะขยายขอบข่ายวัตถุประสงค์เพื่อสืบสวนป้องกันและดำเนินคดี เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมนั้น

ในการพิจารณาเพื่ออนุมัติหรืออนุญาตให้ปรับใช้การแฝงตัวที่ร้องขอ ต้องชั่ง น้ำหนักความเสี่ยงและผลประโยชน์ของปฏิบัติการ โดยพิจารณาอย่างถี่ถ้วนในเรื่องต่อไปนี้

- (1) ความเสี่ยงในการบาดเจ็บทางร่างกายของบุคคล ความเสียหายต่อ ทรัพย์สินหรือการเงินของบุคคลหรือธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรืออันตรายอื่น ๆ ต่อบุคคล
- (2) ความเสี่ยงในความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือความสูญเสียอื่น ๆ ของรัฐบาล
- (3) ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือเข้าไปแทรกแซง

ความสัมพันธ์ที่เป็นความลับหรือพิเศษ ตลอดจนการละเมิดสิทธิในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ให้ความคุ้มครอง

(4) ความเสี่ยงที่บุคคลซึ่งถูกใช้ในปฏิบัติการแฝงตัวอาจเกี่ยวข้องในการกระทำผิดกฎหมาย

(5) ความเหมาะสมของการมีส่วนร่วมของรัฐบาลในประเภทของกิจกรรมซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในระหว่างดำเนินการ

คำร้องขอให้มาตรการแฝงตัว จะเริ่มจากเจ้าหน้าที่พิเศษส่งคำร้องไปยังสำนักงานใหญ่ FBI เพื่อพิจารณาให้การอนุมัติ โดยคำร้องแต่ละฉบับจะประกอบด้วย การอนุมัติเป็นหนังสือของเจ้าหน้าที่พิเศษผู้รับผิดชอบ รายละเอียดของปฏิบัติการที่ถูกร้องขอและการอำพรางโดยเจาะจงที่จะต้องใช้สายข่าวรายใด หรือบุคคลผู้ให้ความร่วมมืออื่น ๆ ซึ่งจะช่วยเหลือปฏิบัติการ รวมถึงข้อมูลปุมหลัง ประวัติการถูกจับกุม ข้อตกลงการให้การ ความผิดอาญาโดยเจาะจงหรือองค์กรอาชญากรรมที่เป็นเป้าหมายของการสืบสวน และบุคคลใดที่ทราบว่าจะเกี่ยวข้อง รายละเอียดเกี่ยวกับระยะเวลาในการปฏิบัติการและค่าใช้จ่าย

ตามแนวปฏิบัตินี้ ผู้ที่อำพรางหรือแฝงตัวจะเข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ถือว่าผิดต่อกฎหมายระดับสหพันธ์ มลรัฐ หรือท้องถิ่นไม่ได้ หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้น โดยไม่ได้รับอนุญาต จะถือว่าเป็นการกระทำผิด นอกเสียจากการมีส่วนร่วมนั้นจะมีความชอบธรรม ดังนี้

(ก) เพื่อที่จะได้ข้อมูลหรือหลักฐานที่จำเป็นต่อการประสบความสำเร็จในการสืบสวน และไม่สามารถหาได้อย่างสมเหตุสมผลโดยปราศจากการมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ถือว่าผิดกฎหมายในทางอื่น

(ข) เพื่อที่จะก่อตั้งและคงความน่าเชื่อถือของตัวตนอำพราง หรือ

(ค) เพื่อที่จะป้องกันการตายหรือการบาดเจ็บทางร่างกายขั้นรุนแรง

รวมทั้งกรณีการป้องกันตัวที่ผู้อำพรางหรือแฝงตัวได้กระทำไปพอ

สมเหตุสมผลของการป้องกันตัวในกรณีฉุกเฉินเพื่อปกป้องชีวิตของตนเองหรือผู้อื่นจากภัยที่ผิดกฎหมาย และมาตรการเช่นว่าจะถูกราชงานไปยังพนักงานอัยการระดับสหพันธ์และสำนักงานใหญ่

FBI ซึ่งจะแจ้งผู้ช่วยอัยการสูงสุดสำหรับแผนกคดีอาญาโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะกระทำได้

สหราชอาณาจักรได้กำหนดการใช้มาตรการอำพรางไว้ใน The Regulation of

Investigation Power Act 2000 โดยบัญญัติไว้ในหมวด 2 มาตรา 26 (8) ซึ่งกำหนดให้วิธีการใช้

สายลับ (convert human intelligence sources) ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ได้มีการสร้างความสัมพันธ์ส่วนตัวกับบุคคลอื่น เพื่อวัตถุประสงค์ใน

การช่วยเหลือการกระทำดังที่ระบุไว้ในข้อ 26(8)(b) และข้อ 26(8)(c)

2) ใช้ความสัมพันธ์ดังกล่าวเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล หรือเพื่อให้เข้าถึงข้อมูล  
ของบุคคลอื่น

3) เปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการใช้ความสัมพันธ์ดังกล่าว หรือเป็นผล  
เนื่องมาจากความสัมพันธ์ดังกล่าว

การอนุญาตให้ใช้สายลับนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 โดยในมาตรา 29(2)  
กำหนดว่าจะต้องเป็นการกระทำที่เหมาะสมกับสถานการณ์ และในมาตรา 29(3) ได้กำหนดมูลเหตุ  
อันจำเป็น (necessary grounds) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขในการอนุญาตให้ใช้สายลับไว้ในข้อ (a) ถึงข้อ (g)  
โดยต้องมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- เพื่อวัตถุประสงค์อื่นใด โดยคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย
- เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ
- เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันและติดตามอาชญากรรม
- เพื่อประโยชน์แก่เศรษฐกิจของประเทศ
- เพื่อความปลอดภัยสาธารณะ
- เพื่อป้องกันสุขอนามัยของสาธารณะ
- เพื่อวัตถุประสงค์ในการประเมินภัย

ประเทศเยอรมนีกำหนดแนวทางการสืบสวนสอบสวนโดยการอำพรางไว้สำหรับ  
กรณีที่เป็นกรณีดำเนินคดีอาญาร้ายแรงไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafproze  
Borfung, StPO) Criminal Procedure Code โดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 110a ถึงมาตรา 110c ซึ่งมี  
หลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

1. ความในมาตรา 110a กำหนดประเภทคดีที่อนุญาตให้ใช้การอำพรางได้คือ คดีที่  
มีพยานหลักฐานที่เพียงพอซึ่งว่ามีการกระทำผิดกฎหมายอาญาที่ร้ายแรงเกิดขึ้นอันได้แก่

1) ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้าอาวุธ หรือค้ายาเสพติด การปลอมแปลง  
ธนบัตรหรือปลอมแปลงตราประทับราชการ

2) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง

3) ความผิดเกี่ยวกับการค้า

4) ความผิดเกี่ยวกับการเป็นสมาชิกองค์กรอาชญากรรม

การอำพรางอาจใช้เพื่อการสืบสวนอาชญากรรมร้ายแรงที่มีความเสี่ยงที่จะ  
เกิดขึ้นซ้ำ เพื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ โดยวิธีการดังกล่าวจะใช้เมื่อมีความชัดเจนว่าการ  
สืบสวนโดยวิธีอื่นอาจจะไม่สำเร็จได้ หรือจะสำเร็จได้โดยยาก

เจ้าหน้าที่อำพรอาจใช้เพื่อการสืบสวนคดีอาชญากรรมร้ายแรงที่มี  
ขั้นตอนเป็นพิเศษทำให้การอำพรเป็นสิ่งจำเป็นและการสืบสวนโดยวิธีการอื่นอาจไม่สำเร็จได้

เจ้าหน้าที่อำพรจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งดำเนินการสืบสวน โดย  
การปลอมแปลงการแสดงตนและเจ้าหน้าที่ผู้นั้นสามารถใช้การแสดงตนปลอมนั้นทำนิติกรรมได้  
ตามกฎหมาย

ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะสร้างหรือรักษาการแสดงตนปลอมไว้ อาจจะ  
ให้มีการจัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ประโยชน์ในการอำพร

2. การขอความยินยอมในการอำพร ความในมาตรา 110 b กำหนดให้การ  
สืบสวนโดยการอำพรจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากสำนักงานอัยการ ในกรณีจำเป็น  
เร่งด่วนที่จะไม่อาจขอความยินยอมได้ในเวลาที่กำหนด ให้ขอความยินยอมในภายหลังโดยเร็ว และ  
หากสำนักงานอัยการไม่ให้ความยินยอมภายในสามวันต้องยุติการปฏิบัติการ ความยินยอมต้อง  
กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรและกำหนดเวลาไว้ การขยายระยะเวลาจะกระทำได้อต่อเมื่อยังมีความ  
จำเป็นที่จะต้องสืบสวนโดยวิธีการอำพรอยู่ และกรณีการใช้เจ้าหน้าที่อำพรเพื่อสืบสวน  
ผู้ต้องหาเฉพาะรายหรือเพื่อให้เจ้าหน้าที่อำพรเข้าไปในเคหะสถานที่บุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้า  
ไปได้ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษา เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนอาจขอความยินยอมจาก  
สำนักงานอัยการได้ การอำพรจะสิ้นสุดลงหากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาภายในสาม  
วัน

3. การปกปิดตัวเจ้าหน้าที่อำพร กำหนดให้ตัวตนของเจ้าหน้าที่อำพรต้องถูก  
ปิดเป็นความลับ แม้ว่าการปฏิบัติการจะยุติแล้วเฉพาะแต่อัยการหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณา  
ยินยอมให้ปฏิบัติการอำพรเท่านั้นที่อาจขอทราบตัวตนที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่อำพรได้ และใน  
การพิจารณาคดีการปกปิดตัวตนของเจ้าหน้าที่อำพรให้เป็นไปตามมาตรา 96 การเสนอหรือการ  
ส่งข้อมูลหรือเอกสารราชการที่เก็บรักษาไว้โดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่ถูกร้องขอ  
ถ้าผู้บังคับบัญชาระดับสูงสุดของหน่วยงานนั้นแจ้งว่าข้อมูลหรือเอกสารเหล่านั้นอาจทำให้เสียหาย  
ต่อสหพันธรัฐหรือบูรณภาพในดินแดนของเยอรมนี กรณีดังกล่าวให้ออนุโลมใช้กับข้อมูลหรือ  
เอกสารที่อยู่ในความครอบครองของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธรัฐหรือ  
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของมลรัฐ รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าว เมื่อ  
เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลหรือเอกสารนั้นได้ประกาศเช่นเดียวกับผู้บังคับบัญชา  
ระดับสูงสุดของหน่วยงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามีเหตุที่ว่าการเปิดเผยตัวจะเป็นอันตรายแก่ชีวิต  
ร่างกาย และเสรีภาพของเจ้าหน้าที่อำพรหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง หรืออันตรายต่อการใช้  
เจ้าหน้าที่อำพรเพื่อสืบสวนในกรณีต่อไป

4. การเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่ใด ความในมาตรา 110 c. กำหนดให้เจ้าหน้าที่อำนาจอาจเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่ใดของเอกชนโดยความยินยอมของผู้ที่มีสิทธิในสถานที่นั้น ความยินยอมให้เข้าไปในเคหสถานดังกล่าวจะต้องไม่มาโดยวิธีการหลอกลวงใช้เชื่อว่าเป็นเจ้าหน้าที่นั้น มีสิทธิที่จะเข้าไปได้ และต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการอำนาจใช้อำนาจในกรณีการเข้าไปในเคหสถานนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาตามกฎหมายนี้แล้วยังต้องพิจารณาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย (ปีทมา วรรินทร์, 2554 : 82-84)

ขณะเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส การใช้มาตรการอำนาจในการสืบสวนสอบสวนเป็นอำนาจของผู้พิพากษาไต่สวน เนื่องจากผู้พิพากษาไต่สวนมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดในคดีโดยมีบทบาทในเชิงรุก (Philip Gounev and others, 2015 : 269) ซึ่งคดีที่ใช้มาตรการอำนาจมากที่สุดคือ คดียาเสพติด ละตามด้วยคดีค้ามนุษย์ คดีฉ้อโกงประชาชน คดีองค์กรอาชญากรรม คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ คดีปลอมแปลงเงินตรา คดีฟอกเงิน คดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ คดีฉ้อโกงภาษี และคดีสถาบันการเงิน ตามลำดับ ( Philip Gounev and others, 2015: 272)

จากการวิเคราะห์มาตรการอำนาจของประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้นพบว่า สหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันต่างอนุญาตให้ใช้มาตรการอำนาจหรือมาตรการแฝงตัว (Undercover) ได้ในคดีที่มีความสำคัญและจำเป็นต้องใช้มาตรการอำนาจเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดี โดยเฉพาะคดีที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องขอบเขตการมีส่วนร่วมกระทำความผิดกับองค์กรอาชญากรรมของผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในการอำนาจหรือการแฝงตัว กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาตามแนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยปฏิบัติการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลาง (FBI) ได้ระบุชัดเจนว่าการมีส่วนร่วมของลูกจ้างที่แฝงตัวในกิจกรรมที่ถือว่าผิดกฎหมายนั้น ลูกจ้างที่แฝงตัวจะเข้าเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายระดับสหพันธ์ มลรัฐ หรือท้องถิ่นไม่ได้ หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยไม่ได้รับอนุญาต จะถือว่าเป็นการกระทำความผิด เว้นแต่เป็นเรื่องป้องกันตัว การอนุญาตให้การกระทำที่ถือว่ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดจะอยู่ภายใต้เงื่อนไข อาทิเช่น เพื่อที่จะได้ข้อมูลหรือหลักฐานที่จำเป็นต่อการประสบความสำเร็จในการสืบสวนและไม่สามารถหาพยานหลักฐานได้ในทางอื่น หรือเพื่อที่จะคงความน่าเชื่อถือการอำนาจ หรือเพื่อที่จะป้องกันอันตรายต่อชีวิตและร่างกายอย่างร้ายแรง

## 1.2 การสอบสวน

### 1.2.1 การต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining)

การต่อรองรับสารภาพ (Plea Bargaining) หมายถึง การเจรจาต่อรองระหว่างพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการและผู้ต้องหา เพื่อหาข้อตกลงที่พึงพอใจร่วมกันโดยผู้ต้องหาจะให้การรับสารภาพด้วยความสมัครใจและให้ความร่วมมืออันเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรม เพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้รับการลดข้อหาหรือได้รับความกรุณาจากศาลในการลดโทษเป็นพิเศษ การต่อรองคำรับสารภาพมีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ข้อ 26 (2) ซึ่งกำหนดมาตรการในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดที่ให้ความร่วมมือในการให้ข้อสนเทศ หรือข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมาย

ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice System) การต่อรองรับสารภาพ (Plea Bargaining) หรือกระบวนการเจรจาต่อรองระหว่างพนักงานอัยการและจำเลย หรือทนายจำเลยในคดีอาญาเพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์บางประการ เป็นวิธีการบริหารงานยุติธรรมวิธีการหนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายต่างประเทศ การต่อรองคำรับสารภาพจึงถูกนำมาใช้เพื่อลดปริมาณคดีและลดภาระทางคดีของศาล การยุติคดีอาญาที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพภายใต้กระบวนการเจรจาต่อรองได้กลายเป็นมาตรการสำคัญในการเยียวยาปัญหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการดำเนินคดี เช่น คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ คดีการเงินการธนาคาร หรือคดียาเสพติด ซึ่งโดยมากจะเป็นการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมที่โดยลักษณะของคดีได้ก่อให้เกิดความยุ่งยากต่อการสืบสวนสอบสวนและการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อจำกัดในเรื่องของงบประมาณและทรัพยากรของรัฐเป็นอันมาก (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2545 : 59)

การต่อรองคำรับสารภาพเป็นมาตรการที่เอื้อประโยชน์ในการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินที่มักจะไม่ปรากฏพยานหลักฐานหรือพยานหลักฐานส่วนใหญ่อยู่กับตัวผู้กระทำความผิดและส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดมักไม่ใช่ว่าผู้บงการ การนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ จะทำให้เจ้าหน้าที่รัฐได้รับขอความร่วมมือและข้อมูลจากผู้กระทำความผิดและสาวต่อไปถึงตัวผู้บงการ ทำให้สามารถขยายผลจับกุมได้ทั้งองค์กร โดยทั่วไปแล้วการต่อรองคำรับสารภาพจะเป็นการต่อรองใน 2 ประการสำคัญคือ

### 1) การต่อรองเกี่ยวกับข้อหา

ในทางปฏิบัติของการตั้งข้อกล่าวหาและการฟ้องร้องคดีจะอยู่ขั้นตอนของชั้นก่อนฟ้องคดี ซึ่งเป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการที่มีดุลพินิจว่าควรฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและควรฟ้องในข้อหาใดได้บ้าง อันเป็นการตั้งรูปเรื่องของคดีเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นเมื่อพนักงานอัยการตรวจสอบเห็นว่าควรที่จะฟ้องในข้อหาใดได้แล้วก็จะทำความเห็นสั่งฟ้องในข้อหาที่เห็นสมควรโดยยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจ ส่วนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลจะพิจารณาพิพากษาโดยยึดถือคำฟ้องของพนักงานอัยการ โจทก์เป็นหลัก จึงเป็นเทคนิคทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่พนักงานอัยการสามารถนำมาใช้ในการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับข้อหาได้ โดยที่พนักงานอัยการจะทำการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพกับผู้ต้องหา ในลักษณะของการเปลี่ยนแปลงข้อกล่าวหาหรือตั้งข้อหาที่มีโทษเบากว่าความผิดที่ผู้ต้องหาได้กระทำไว้และทำการเสนอข้อหาใหม่ให้มีความสอดคล้องเชื่อมโยงกับการกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับข้อหาเดิม

### 2) การต่อรองเกี่ยวกับโทษ

ถึงแม้ศาลจะมีดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยโดยตรงในรูปของคำพิพากษา แต่พนักงานอัยการ ซึ่งเป็นองค์กรกึ่งบริหารกึ่งตุลาการก็สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลยโดยทางอ้อมได้ในขั้นตอนของการวินิจฉัยความผิด เช่น การใช้อำนาจไม่ฟ้องจำเลยตามที่พนักงานสอบสวนเสนอขึ้นมา การใช้อำนาจในการถอนฟ้องจำเลยและการใช้อำนาจในการตั้งข้อหาที่เห็นว่าสมควรและมีความเหมาะสม การต่อรองรับสารภาพในรูปแบบของการต่อรองโทษนั้น พนักงานอัยการอาจทำการเจรจาต่อรองกับผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยผู้ต้องหาต้องให้การรับสารภาพในข้อหาที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาล ซึ่งหากศาลเห็นว่าผู้ต้องหาให้การรับสารภาพโดยสมัครใจและได้ให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานอันเป็นประโยชน์ต่อรัฐ จึงถือเป็นเหตุบรรเทาโทษที่ศาลสมควรลดโทษให้กับจำเลยได้ทางหนึ่งอยู่แล้ว

ประเทศสหรัฐอเมริกา การต่อรองคำรับสารภาพเป็นความตกลงระหว่างฝ่ายอัยการและฝ่ายจำเลย เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับสารภาพก่อนการตัดสินคดีและพนักงานอัยการตอบแทนด้วยการฟ้องในฐานความผิดหรืออัตราโทษที่ต่ำลงตามกฎหมายแล้วแต่ข้อตกลง ภายใต้ความเห็นชอบของผู้พิพากษา เป็นกระบวนการบริหารจัดการของฝ่ายบริหารและสามารถกระทำได้ในทุกขั้นตอนของคดีก่อนที่จะมีการตัดสิน ดังนั้น คดีกว่าร้อยละ 90 - 95 ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา จะถูกยุติโดยกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ (น้ำแท้ มีบุญสร้าง, 2554 : 9) อันทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วและช่วยลดปริมาณคดีที่ค้างในศาลได้เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้ การต่อรองคำรับสารภาพหรือต่อรองคดีต้องคำนึงถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องและต้องอยู่

ภายใต้หลัก Due Process of Law กล่าวคือ กระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการเจรจาต่อรองต้องเป็นไปบนพื้นฐานของความสมัครใจและความเข้าใจอย่างแท้จริง โดยศาลจะต้องเตือนให้จำเลยทราบและเข้าใจเกี่ยวกับแนวทางต่าง ๆ ที่ถูกต้อง กระบวนการต่าง ๆ ต้องไม่ทำให้จำเลยถูกกดดัน อยู่ภายใต้อิทธิพล การชักจูง การหลอกลวงว่าจะได้รับการอภัยโทษทันที เป็นต้น

ตามกฎแห่งสหพันธรัฐว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา ข้อ 11 (The Federal Rules of Criminal Procedure) ซึ่งเป็นบทบัญญัติซึ่งสร้างความมั่นใจให้กับประชาชนว่าบทบาทของผู้พิพากษาสามารถที่จะทำให้คำรับสารภาพเป็นคำรับสารภาพที่รับฟังได้ และเป็นคำให้การรับสารภาพซึ่งผู้ให้การได้รู้ถึงผลกระทบแห่งการให้การรับสารภาพนั้นแล้ว โดยหลักแล้วผู้พิพากษาจะฟังแต่คำให้การรับสารภาพไม่ได้ ผู้พิพากษาต้องมั่นใจจากพยานหลักฐานของพนักงานอัยการด้วยว่าคำให้การรับสารภาพนั้นมีพื้นฐานมาจากพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักมั่นคงและผู้พิพากษาจะต้องสอบถามจำเลยเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าพฤติการณ์ในการให้การรับสารภาพของจำเลยไม่ได้เกิดจากการให้คำมั่นสัญญา การขู่ข่มขู่หลอกลวง พฤติการณ์เหล่านี้รวมทั้งเรื่องความสามารถทางด้านจิตใจ และผู้พิพากษาจะต้องสอบถามถึงข้อตกลงระหว่างจำเลยกับพนักงานอัยการเกี่ยวกับการให้การรับสารภาพ และการตกลงระหว่างจำเลยกับพนักงานอัยการนั้นต้องให้ทนายความของจำเลยรับรู้ด้วย

กฎแห่งสหพันธรัฐว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา ข้อ 11 นั้น บัญญัติให้การไต่สวนต้องกระทำโดยเปิดเผยในศาล ผู้พิพากษาต้องอธิบายเกี่ยวกับการให้การรับสารภาพและพยานหลักฐานให้จำเลยทราบ โดยจะต้องแจ้งอัตราโทษขั้นสูงอัตราโทษขั้นต่ำ บัญชีกำหนดอัตราโทษ และโอกาสที่จำเลยจะได้รับโทษอย่างไรและต้องแจ้งว่ากรณีของจำเลยถ้าคดีไปสู่ศาลจะมีการพิจารณาคดีออกมาในรูปแบบใด รวมทั้งจำเลยต้องรู้ถึงผลกระทบแห่งการให้การรับสารภาพนั้น รวมทั้งมีพยานหลักฐานที่จะสนับสนุนว่าเป็นคำรับสารภาพของจำเลยโดยชอบและถูกต้อง และผู้พิพากษาต้องอธิบายเกี่ยวกับการให้การรับสารภาพนั้นว่า เป็นการถอนหรือเป็นการยอมไม่ใช่สิทธิในการอุทธรณ์และไม่ใช่สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยการสืบพยาน

อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ ผู้พิพากษาต้องมั่นใจว่าจำเลยที่ให้การรับสารภาพนั้นมีการกระทำความผิดจริงในห้องพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจะถามพนักงานอัยการต่อหน้าจำเลยว่าพนักงานอัยการมีพยานหลักฐานอะไรที่จะนำมาสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำความผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จำเลยรู้มาก่อนแล้ว เพราะการให้การรับสารภาพนั้น เป็นการให้การรับสารภาพบนพื้นฐานที่จำเลยรู้ถึงพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของพนักงานอัยการว่ามีน้ำหนักเพียงใด และพยานหลักฐานอะไรที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดของตน (ฐิดารัตน์ นรินทรานกูร ณ อยุธยาและณวัช วรรณโกวิท, 2553 : 59-60)

สหราชอาณาจักรไม่มีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้อย่างเปิดเผยชัดเจนเหมือนประเทศสหรัฐอเมริกาและมีวิธีการเริ่มต้นของกระบวนการที่ต่างกัน กล่าวคือ ตามกฎหมายสหราชอาณาจักรวิธีการเริ่มต้นการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพจะเริ่มจากทนายจำเลย มิใช่เริ่มจากพนักงานอัยการอย่างที่ปฏิบัติกันในประเทศสหรัฐอเมริกา และรูปแบบของการต่อรองคำรับสารภาพก็จะเป็นเพียงการขอความกรุณาจากศาลเพื่อขอลดโทษ หรือให้ลงโทษสถานเบาเท่านั้น การต่อรองคำรับสารภาพในสหราชอาณาจักรจึงได้รับความสนใจน้อยมาก เนื่องจากมีจำนวนคดีที่ค้างการพิจารณาอยู่ในชั้นศาลน้อยและมีระบบการลงโทษมีความยืดหยุ่น และที่สำคัญพนักงานอัยการในสหราชอาณาจักรไม่มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548 : 58)

ส่วนประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) อย่างเช่น ประเทศเยอรมนี ในทางวิชาการยังคงมีข้อวิพากษ์ว่าเกี่ยวกับการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในทางอาญา (Due Process) หลายประการ เช่น ขัดต่อหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principal) ขัดต่อหลักการค้นหาความจริงในทางเนื้อหา ขัดต่อหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย เพราะศาลมีแนวโน้มที่จะเชื่อในคำรับสารภาพของจำเลยเพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการพิสูจน์พยานหลักฐานที่ยุ่งยาก ขัดกับหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยหลักกว่าจาและหลักฐานพยานโดยตรง เพราะการเจรจาต่อรองจะกระทำกันก่อนหรือนอกกระบวนการพิจารณา (Vor order ausserhalb der Hauptverhandlung) และขัดต่อหลักที่สันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ เพราะได้มีการสันนิษฐานไว้แล้วว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548 : 46-47) ด้วยข้อถกเถียงดังกล่าว ทำให้ในอดีตประเทศเยอรมนีไม่มีวิธีการที่เรียกว่า “การต่อรองคำให้การ” (Plea Bargaining) เพราะยึดมั่นในหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principle) อันเป็นหลักประกันความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมาย พนักงานอัยการจึงไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองเพื่อทำข้อแลกเปลี่ยนหรือตกลงใด ๆ กับผู้ต้องหาหรือจำเลย จนกระทั่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ยอมรับและวางแนวทางของการใช้มาตรการของการเจรจาต่อรองในคดีอาญาหลักจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 1975 และใน ค.ศ. 1987 โดยได้มีคำวินิจฉัยที่กำหนดแนวทางปฏิบัติในการต่อรองคำรับสารภาพไว้ (Heike Jung , 1997 : 121)

ประเทศเยอรมนี แนวปฏิบัติในการต่อรองคำรับสารภาพอาจกระทำกันระหว่างทนายจำเลยและพนักงานอัยการในชั้นสืบสวนสอบสวน (Ermittlungsverfahren) หรือระหว่างศาล พนักงานอัยการและทนายจำเลยในชั้นไต่สวนมูลฟ้องชั้นพิจารณาคดี (Zwischen-und Hauptverfahren) โดยมีเป้าหมายเพื่อกำหนดรูปแบบของกระบวนการพิจารณา หรือเพื่อยุติกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามที่

ตกลงกันได้ เนื้อหาของมาตรการดังกล่าวส่วนใหญ่จะเป็นข้อตกลง (Zusage) จากทางศาลในการลดโทษ (Strafmilderung) รวมตลอดถึงการกำหนดระดับของโทษ (Strafmass) ที่ค่อนข้างจะมีความชัดเจน หรือไม่ดำเนินการฟ้องร้องความผิดอาญาข้างเคียง (Nebenstraftaten) เพื่อตอบแทนการที่จำเลยสละสิทธิของตนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น การที่จำเลยยอมรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน เพื่อที่กระบวนการพิจารณาจะได้ไม่ยืดเยื้อ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีความสลับซับซ้อน ตัวอย่างเช่น ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาทางเศรษฐกิจ (Wirtschaftsstrafverfahren) ทั้งนี้ โดยมีทนายจำเลยทำหน้าที่เป็นคนกลางในการเจรจาต่อรอง แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวยังไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (praeter legem) หากแต่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติทั้งในชั้นสืบสวนสอบสวนและชั้นพิจารณาของศาล (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์วัฒน์, 2546 : 1-8) โดยได้วางแนวทางไว้ดังนี้ (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548 : 42-44)

1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การเจรจาต่อรองในคดีอาญาไม่ขัดต่อ มาตรา 1 มาตรา 2 มาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐานและหลักนิติรัฐตราบเท่าที่หลักการตรวจสอบ (Ermittlungsgrundsatz) หลักความน่าตำหนิผู้กระทำความผิด (Schuldprinzip) หลักเสมอภาค (Gleichheitssatz) รวมตลอดถึงเสรีภาพในการตัดสินใจตามมาตรา 136a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันไม่ถูกกระทบกระเทือน ด้วยเหตุนี้ การที่จำเลยให้การรับสารภาพว่าได้ทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เพื่อที่จะได้ไม่ถูกฟ้องในข้อหาฆ่าบุคคลอื่นโดยมีเหตุฉกรรจ์ (Mord) ซึ่งเป็นบทหนักของความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่น (Totschlag) นั้นจึงไม่ชอบ เพราะเป็นการขัดต่อหลักการตรวจสอบ

2) การพบปะกัน (Kontaktaufnahme) ของศาลและคู่ความในคดีนอกกระบวนการพิจารณา (ausserhalb der Hauptverhandlung) สามารถทำได้ ถ้าจะเป็นการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาและจะช่วยให้การยื่นคำร้องมีความเหมาะสมยิ่งขึ้น แต่ไม่รวมถึงการกำหนดโทษที่จะลงหรือรอการลงโทษ

3) การเจรจาต่อรองในคดีอาญา ต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักการพิจารณาโดยวาจาและหลักพิจารณาโดยเปิดเผย ด้วยเหตุนี้ รายละเอียดของการเจรจาต่อรองจะต้องถูกตรวจสอบอีกครั้งในชั้นกระบวนการพิจารณาคดีและต้องได้บันทึกไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาด้วย ซึ่งจะเป็นผลดีแก่จำเลย เพื่อจะได้มีหลักฐานเกี่ยวกับผลของการเจรจาต่อรองไว้ใช้อ้างในชั้นอุทธรณ์ต่อไปในกรณีที่ศาลไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง

4) สำหรับศาลแล้ว การซื้อขายความยุติธรรม (Handel mit der Gerechtigkeit) เป็นสิ่งต้องห้าม กล่าวคือ ศาลไม่อาจบอกอัตราโทษที่แน่นอนที่จำเลยจะได้รับเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่จำเลยจะให้การรับสารภาพ เพราะเป็นการขัดต่อหลักพยานโดยตรง

ตกลงกันไว้ เนื้อหาของมาตรการดังกล่าวส่วนใหญ่จะเป็นข้อตกลง (Zusage) จากทางศาลในการลดโทษ (Strafmilderung) รวมตลอดถึงการกำหนดระดับของโทษ (Strafmass) ที่ค่อนข้างจะมีความชัดเจน หรือไม่ดำเนินการฟ้องร้องความผิดอาญาข้างเคียง (Nebenstraftaten) เพื่อตอบแทนการที่จำเลยสละสิทธิของตนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น การที่จำเลยยอมรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน เพื่อที่กระบวนการพิจารณาจะได้ไม่ยืดเยื้อ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีความสลับซับซ้อน ตัวอย่างเช่น ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาทางเศรษฐกิจ (Wirtschaftsstrafverfahren) ทั้งนี้ โดยมีทนายจำเลยทำหน้าที่เป็นคนกลางในการเจรจาต่อรอง แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวยังไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (praeter legem) หากแต่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติทั้งในชั้นสืบสวนสอบสวนและชั้นพิจารณาของศาล (สุรสิทธิ์แสงวิโรจน์พัฒน์, 2546 : 1-8) โดยได้วางแนวทางไว้ดังนี้ (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548 : 42-44)

1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การเจรจาต่อรองในคดีอาญาไม่ขัดต่อ มาตรา 1 มาตรา 2 มาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐานและหลักนิติรัฐตราบเท่าที่หลักการตรวจสอบ (Ermittlungsgrundsatz) หลักความน่าตำหนิผู้กระทำความผิด (Schuldprinzip) หลักเสมอภาค (Gleichheitssatz) รวมตลอดถึงเสรีภาพในการตัดสินใจตามมาตรา 136a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันไม่ถูกกระทบกระเทือน ด้วยเหตุนี้ การที่จำเลยให้การรับสารภาพว่าได้ทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เพื่อที่จะได้ไม่ถูกฟ้องในข้อหาฆ่าบุคคลอื่นโดยมีเหตุฉกรรจ์ (Mord) ซึ่งเป็นบทหนักของความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่น (Totschlag) นั้นจึงไม่ชอบ เพราะเป็นการขัดต่อหลักการตรวจสอบ

2) การพบปะกัน (Kontaktaufnahme) ของศาลและคู่ความในคดีนอกกระบวนการพิจารณา (ausserhalb der Hauptverhandlung) สามารถทำได้ ถ้าจะเป็นการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาและจะช่วยให้การยื่นคำร้องมีความเหมาะสมยิ่งขึ้น แต่ไม่รวมถึงการกำหนดโทษที่จะลงหรือรอการลงโทษ

3) การเจรจาต่อรองในคดีอาญา ต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักการพิจารณาโดยวาจาและหลักพิจารณาโดยเปิดเผย ด้วยเหตุนี้ รายละเอียดของการเจรจาต่อรองจะต้องถูกตรวจสอบอีกครั้งในชั้นกระบวนการพิจารณาคดีและต้องได้บันทึกไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาด้วย ซึ่งจะเป็นผลดีแก่จำเลย เพื่อจะได้มีหลักฐานเกี่ยวกับผลของการเจรจาต่อรองไว้ใช้อ้างในชั้นอุทธรณ์ต่อไปในกรณีที่ศาลไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง

4) สำหรับศาลแล้ว การซื้อขายความยุติธรรม (Handel mit der Gerechtigkeit) เป็นสิ่งต้องห้าม กล่าวคือ ศาลไม่อาจบอกอัตราโทษที่แน่นอนที่จำเลยจะได้รับเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่จำเลยจะให้การรับสารภาพ เพราะเป็นการขัดต่อหลักพยานโดยตรง

(Unmittelbarkeitsgrundsatz) หากศาลกระทำการดังกล่าว ศาลสูงแห่งสหพันธรัฐ (BGH) เคยวินิจฉัยว่า เป็นการขัดต่อหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา แม้ผู้พิพากษาจะกล่าวว่าตนเองไม่ผูกมัดกับคำให้สัญญาดังกล่าวก็ตาม อย่างไรก็ตาม การที่ศาลบอกว่าจำเลยจะได้รับโทษไม่เกินจำนวนอัตราโทษขั้นสูง (Strafobergrenze) นั้นหาเป็นการต้องห้ามไม่ ถ้าโทษดังกล่าวที่จำเลยจะได้รับนั้นสอดคล้องกับความน่าตำหนิของจำเลย (Schuldangemessenheit der Strafe) เพราะเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิของจำเลย (Schuldgrundsatz) และการลดโทษให้แก่จำเลยอันเป็นผลมาจากคำรับสารภาพของจำเลยหาเป็นการต้องห้ามไม่ เพราะเป็นไปตามหลักทั่วไปของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอยู่แล้ว (nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen) แต่การที่ศาลบอกว่าจำเลยจะได้รับ การรอลงโทษเพื่อตอบแทน การที่จำเลยจะไม่อ้างพยานที่อ้างฐานที่อยู่ของจำเลย (Alibizeugen) เป็นการต้องห้าม นอกจากนี้ ศาลไม่อาจกำหนดข้อตกลงที่เกี่ยวกับรูปแบบและวิธีการของการบังคับโทษ

5) คำรับสารภาพของจำเลย ไม่ทำให้ศาลหลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้อง ค้นหาความจริง (Ermittlungspflicht) ศาลจึงต้องตรวจสอบความน่าเชื่อถือของคำรับสารภาพของจำเลย ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยต่อความถูกต้องของคำรับสารภาพ ซึ่งก็เป็นไปตามหลักการ ค้นหาความจริง (Ermittlungsgrundsatz)

6) การลดโทษ (Strafmilderung) ที่เป็นผลมาจากคำรับสารภาพของจำเลย นั้น มีเงื่อนไขตามมาตรา 33 และ 261 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันว่า ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในคดีต้องมีโอกาสที่จะแสดงความเห็นได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา ผู้พิพากษาสมทบ พนักงานอัยการ จำเลย และทนายจำเลย รวมตลอดถึงจำเลยร่วม (Mitangeklagte) และ โจทก์ร่วม (Nebenklaeger) และ

7) ข้อตกลงที่ ให้จำเลยสละสิทธิ ในการอุทธรณ์ฎีกา (Rechtsmittelverzicht) ก่อนการอ่านคำพิพากษาเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่จำเลยจะได้รับโทษเบาลง ไม่มีผลใช้บังคับ

ประเทศฝรั่งเศส จะไม่มีมาตรการที่เรียกว่า “การต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining)” แบบในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีมาตรการที่ให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจเพื่อความยืดหยุ่น ในการดำเนินคดี โดยใช้มาตรการลดข้อหา “Correctionnalisation judiciaire” ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับสารภาพในระบบกฎหมายอเมริกันมาก แม้ว่า นักกฎหมายของฝรั่งเศสส่วนใหญ่จะมองว่าเป็นมาตรการใหม่ที่น่ามาใช้เพื่อลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล เรียกว่า Composition penale (มาตรการตกลงทางอาญา) (อุทัย อาทิเวช , 2557 : 219) ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 41-2 และ 41-3 แต่ก็ เป็นมาตรการที่ได้รับอิทธิพลมาจาก Plea Bargaining ในระบบกฎหมายอเมริกัน เนื่องด้วยมาตรการ

ดังกล่าวให้อำนาจการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการฝรั่งเศสที่ไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะในการสั่งฟ้องหรือยุติคดีเท่านั้น แต่พนักงานอัยการยังใช้ดุลพินิจในการเลือกศาลที่จะฟ้องคดีได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้คดีไปค้างค้ำอยู่ที่ผู้พิพากษาไต่สวน ซึ่งมีอำนาจดำเนินคดีความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Crime) และความผิดที่มีโทษปานกลาง หรือความผิดมิชฌิมโทษ (Delit) ที่ร้ายแรงบางประเภทได้ โดยการใช้มาตรการลดข้อหานี้จะมีการเจรจาต่อรองกันระหว่างพนักงานอัยการและผู้ต้องหาและศาลให้ความเห็นชอบด้วย นอกจากนี้ การใช้มาตรการลดข้อหาของพนักงานอัยการฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะการลดข้อหาจากความผิดอุกฤษฏ์โทษมาเป็นความผิดมิชฌิมโทษเพียงอย่างเดียว แต่ได้มีการขยายขอบเขตการใช้เพื่อลดข้อหาจากความผิดมิชฌิมโทษเป็นความผิดลหุโทษด้วย

มาตรการความตกลงทางอาญาในกฎหมายฝรั่งเศสประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ.1999 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 41-2 และ 41-3 โดยได้กำหนดให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจยื่นข้อเสนอทำความตกลงทางอาญากับผู้ต้องหาได้ ใช้ในประเภทความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 41-2 วรรคแรก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับการประสังค์ร้ายทางโทรศัพท์หรือการทำให้เกิดเสียงดังจนรบกวนความปกติสุขของผู้อื่น ความผิดเกี่ยวกับการขู่ว่าจะกระทำความผิดอุกฤษฏ์และ ความผิดมิชฌิมโทษแก่ผู้อื่น ความผิดเกี่ยวกับการทอดทิ้งครอบครัว ความผิดที่กระทบต่อการใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานโกงเจ้าหน้าที่ ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับการขู่จะทำลาย ทำให้เสื่อมราคา หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ด้วยวิธีการต่าง ๆ น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ความผิดเกี่ยวกับการบอกเล่าข้อความอันเป็นเท็จให้เลื่องลือจนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ ความผิดฐานหมิ่นประมาทเจ้าพนักงาน ความผิดฐานขัดขืนคำสั่งเจ้าพนักงาน ความผิดเกี่ยวกับการทารุณสัตว์ ความผิดฐานครอบครองอาวุธ โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ความผิดฐานขับรถขณะเมาสุรา ความผิดฐานเสพสารหรือพิษที่จัดว่าเป็นยาเสพติดและความผิดลหุโทษ (อุทัย อาทิวะช , 2557 :

220)

จากการวิเคราะห์มาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่ใช้ในประเทศดังกล่าวข้างต้นพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีแนวปฏิบัติและหลักเกณฑ์การต่อรองคำรับสารภาพที่ชัดเจนที่สุดถูกรองรับ โดยกฎหมายแห่งสหพันธรัฐว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาและต้นแบบการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศต่าง ๆ การต่อรองคำรับสารภาพส่วนใหญ่เป็นบทบาทของพนักงานอัยการและจำเลย ศาลมีบทบาทเพียงการตรวจสอบเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าการดำเนินการหรือการต่อรองทางคดีนั้นเป็นไปโดยชอบตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น

ต่างจากสหราชอาณาจักรที่ศาลจะมีบทบาทต่อการต่อรองคำรับสารภาพศาลในลักษณะของการลดโทษ หรือให้ลงโทษสถานเบา เนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพจะเป็นเรื่องของทนายกับจำเลย ไม่ใช่พนักงานอัยการ และประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนอย่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน แต่เดิมที่ไม่ยอมรับหลักการต่อรองคำรับสารภาพเนื่องจากขัดกับหลักการพิจารณาคดีแบบไต่สวนที่รัฐจะต้องไต่สวนหาความจริงในคดี ไม่ใช่หาความจริงจากคำรับสารภาพของจำเลย ต่อมีการพัฒนาเรื่อยมาจากแนวปฏิบัติในคดี จนกระทั่งในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสมีมาตรการความตกลงทางอาญาที่มีความคล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining) โดยระบุประเภทความผิดไว้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสและในประเทศเยอรมนีนั้น แม้ไม่มีกฎหมายรองรับการต่อรองคำรับสารภาพไว้อย่างชัดเจน แต่ได้ใช้มาตรการดังกล่าวจนกลายเป็นแนวปฏิบัติในชั้นสืบสวนสอบสวนและชั้นพิจารณาของศาล และมีข้อสังเกตว่าประเทศเยอรมนีใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาญาทางเศรษฐกิจ เนื่องจากมองว่าเป็นคดีที่มีความสลับซับซ้อน การต่อรองคำรับสารภาพจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นไปได้ ไม่เนิ่นนานจนเกินไป จึงกล่าวได้ว่า มาตรการต่อรองคำรับสารภาพจึงถูกนำมาใช้เพื่อลดปริมาณคดีและลดภาระทางคดีของศาล โดยเฉพาะในคดีที่มีความสำคัญหรือเป็นคดีที่มีความยากในการแสวงหาพยานหลักฐาน เพราะเป็นมาตรการที่จำเลยในคดีอาญาได้สละสิทธิการพิจารณาคดีแบบเต็มรูปแบบเพื่อแลกเปลี่ยนกับการลดข้อหาหรือลดโทษในความผิดนั้น ๆ

### 1.2.2 การกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

ในการพิจารณาคดีอาญา คำรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มีส่วนในการกระทำความผิดย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด แต่หากเป็นคำรับสารภาพของผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น กฎหมายให้ความระมัดระวังอย่างมากจนเป็นที่มาของหลักสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประวิทย์ต่อตนเอง (The Privilege Against Self-Incrimination) ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน แต่เนื่องจากคดีบางประเภทมีความสลับซับซ้อนหรือมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมที่ยากต่อการสืบสวนสอบสวนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่นำมาเป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำตัวผู้ร่วมกระทำความผิดมาเป็นพยานเพื่อให้การยืนยันและให้ข้อมูลในการกระทำความผิดนั้น ในวิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษาแนวทางการนำหลักการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาใช้คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงิน เนื่องจากเห็นว่าเป็นประเภทความผิดที่กระทำโดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ มีรูปแบบการกระทำความผิดที่ซับซ้อน ใช้เทคโนโลยีในการกระทำความผิดและมีการวางแผน เพื่อปกปิด ซ่อนเร้นหรือทำลายพยานหลักฐาน ด้วยเหตุนี้ การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐจึงกระทำได้ยากและล่าช้า ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือผู้บงการเพื่อนำตัวมารับโทษทางอาญาได้

ต่างจากสหราชอาณาจักรที่ศาลจะมีบทบาทต่อการต่อรองคำรับสารภาพศาลในลักษณะของการลดโทษ หรือให้ลงโทษสถานเบา เนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพจะเป็นเรื่องของนายกับจำเลย ไม่ใช่พนักงานอัยการ และประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนอย่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน แต่เดิมที่ไม่ยอมรับหลักการต่อรองคำรับสารภาพเนื่องจากขัดกับหลักการพิจารณาคดีแบบไต่สวนที่รัฐจะต้องไต่สวนหาความจริงในคดี ไม่ใช่หาความจริงจากคำรับสารภาพของจำเลย ต่อมีการพัฒนาเรื่อยมาจากแนวปฏิบัติในคดี จนกระทั่งในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสมีมาตรการความตกลงทางอาญาที่มีความคล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining) โดยระบุประเภทความผิดไว้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสและในประเทศเยอรมนีนั้น แม้ไม่มีกฎหมายรองรับการต่อรองคำรับสารภาพไว้อย่างชัดเจน แต่ได้ใช้มาตรการดังกล่าวจนกลายเป็นแนวปฏิบัติในชั้นสืบสวนสอบสวนและชั้นพิจารณาของศาล และมีข้อสังเกตว่าประเทศเยอรมนีใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาญาทางเศรษฐกิจ เนื่องจากมองว่าเป็นคดีที่มีความสลับซับซ้อน การต่อรองคำรับสารภาพจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นไปได้ ไม่เนิ่นนานจนเกินไป จึงกล่าวได้ว่า มาตรการต่อรองคำรับสารภาพจึงถูกนำมาใช้เพื่อลดปริมาณคดีและลดภาระทางคดีของศาล โดยเฉพาะ ในคดีที่มีความสำคัญหรือเป็นคดีที่มีความยากในการแสวงหาพยานหลักฐาน เพราะเป็นมาตรการที่จำเลยในคดีอาญาได้สละสิทธิการพิจารณาคดีแบบเต็มรูปแบบเพื่อแลกเปลี่ยนกับการลดข้อหาหรือลดโทษในความผิดนั้น ๆ

### 1.2.2 การกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

ในการพิจารณาคดีอาญา คำรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มีส่วนในการกระทำความผิดย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด แต่หากเป็นคำรับสารภาพของผู้ร่วมกระทำ ความผิดนั้น กฎหมายให้ความระมัดระวังอย่างมากจนเป็นที่มาของหลักสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง (The Privilege Against Self-Incrimination) ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงห้ามไม่ให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน แต่เนื่องจากคดีบางประเภทมีความสลับซับซ้อนหรือมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมที่ยากต่อการสืบสวนสอบสวนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่นำมาเป็นพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำตัวผู้ร่วมกระทำความผิดมาเป็นพยานเพื่อให้การยืนยันและให้ข้อมูลในการกระทำความผิดนั้น ในวิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษาแนวทางการนำหลักการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาใช้คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงิน เนื่องจากเห็นว่าเป็นประเภทความผิดที่กระทำโดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ มีรูปแบบการกระทำ ความผิดที่ซับซ้อน ใช้เทคโนโลยีในการกระทำความผิดและมีการวางแผน เพื่อปกปิด ซ่อนเร้นหรือทำลายพยานหลักฐาน ด้วยเหตุนี้ การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐจึงกระทำได้ยากและล่าช้า ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือผู้บงการเพื่อนำตัวมารับโทษทางอาญาได้

ดังนั้น บนพื้นฐานที่ว่าเมื่อไม่อาจแสวงหาพยานหลักฐานใด ๆ ได้ เนื่องจากพยานหลักฐานดังกล่าว ได้ถูกทำลายลง จึงจำเป็นต้องได้พยานหลักฐานที่มาจากตัวจำเลยหรือผู้กระทำความผิด แนวคิดดังกล่าวได้รับการรองรับไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ข้อ 26 และนำมาสู่แนวความคิดการนำหลักการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินของประเทศไทย

สาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 ข้อ 26 นั้น กำหนดให้รัฐภาคีต้องส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดได้ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม รวมถึงมาตรการที่จะป้องกันบุคคลผู้ให้ข้อมูลจากการถูกฟ้องคดี โดยให้มีการส่งไม่ฟ้องบุคคลที่ได้ให้ความร่วมมือที่เป็นประโยชน์แก่การสอบสวน หรือหากมีการฟ้องคดีแล้ว ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการลดโทษ โดยมาตรการนี้กำหนดขึ้นเพื่อเพิ่มความร่วมมือกับหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อสนับสนุนให้บุคคลที่มีส่วนร่วมหรือได้มีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนและการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยใจความในข้อ 26 (มาตรการที่จะขยายความร่วมมือกับหน่วยงานที่ใช้บังคับกฎหมาย) บัญญัติว่า

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสม เพื่อส่งเสริมให้บุคคลเข้าร่วม

หรือได้เข้าร่วมแล้วในกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

(ก) ให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อการมุ่งประสงค์

ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในเรื่องต่าง ๆ เช่น

(1) รูปพรรณ ลักษณะ องค์ประกอบ โครงสร้าง ที่อยู่หรือกิจกรรมของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

(2) ความเชื่อมโยง รวมทั้งความเกี่ยวโยงในระดับระหว่างประเทศกับกลุ่มอาชญากรรมอื่น ๆ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

(3) ความผิดต่าง ๆ ที่กลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรได้กระทำ

หรืออาจกระทำ

(ข) ให้ความช่วยเหลือตามข้อเท็จจริงอย่างเป็นรูปธรรมแก่หน่วยงานที่

รับผิดชอบ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อการตัดทอนทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำ

อาชญากรรมของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

2 ในกรณีที่เหมาะสมรัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องพิจารณาความเป็นไปได้ที่จะลดโทษบุคคลที่ถูกกล่าวหา ซึ่งให้ความร่วมมือสำคัญต่อการสืบสวนหรือการฟ้องคดีต่อความผิดที่ครอบคลุมภายใต้อนุสัญญานี้

3 รัฐภาคีแต่ละรัฐ จะต้องพิจารณาความเป็นไปได้ที่จะให้ความคุ้มกันจากการฟ้องคดีต่อบุคคลผู้ให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการสืบสวน หรือการฟ้องคดีต่อความผิดที่ครอบคลุมภายใต้ อนุสัญญานี้ ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของตน

4 การคุ้มครองบุคคลเช่นว่าจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อ 24 ของอนุสัญญานี้

5 หากบุคคลที่อ้างถึงในวรรคหนึ่งของข้อนี้ถูกพบตัวในรัฐภาคีหนึ่งเป็นผู้ที่สามารถให้ความร่วมมือที่สำคัญแก่หน่วยงานที่รับผิดชอบของอีกรัฐหนึ่ง รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย อาจ พิจารณาจัดทำความตกลงหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดให้รัฐภาคีอื่นมีการปฏิบัติที่เป็นไปตามที่ระบุ ในวรรคสองและสามของอนุสัญญานี้ตามกฎหมายภายในของตน

การกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นหลักการตามความในข้อ 3 แห่งอนุสัญญาข้างต้นที่ว่า เพื่อส่งเสริมให้บุคคลในองค์กรอาชญากรรมได้ให้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนความผิดที่บุคคลดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องนั้น รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องพิจารณาความเป็นไปได้ที่จะให้ความคุ้มกันจากการฟ้องคดีต่อบุคคลผู้ให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการสืบสวน หรือการฟ้องคดีต่อความผิดตามอนุสัญญาฯ ภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของตน หลักการกักตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเกิดขึ้นเนื่องจากว่าในคดีอาญาบางประเภทที่มีความจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานที่มาจากผู้ร่วมกระทำความผิด รัฐจำเป็นต้องให้หลักประกันแก่ผู้ต้องหาว่า หากผู้ต้องหายอมให้การเป็นพยานก็จะไม่ฟ้องร้องหรือไม่นำคำให้การนั้นมาใช้พิสูจน์ความผิดของพยานในภายหลัง เพื่อเป็นการตอบแทนและคุ้มครองสิทธิที่ผู้ต้องหาพึงมีตามหลักของระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา คือ สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองอันเป็นสิทธิที่ผู้ต้องหาต้องเสียไป เพราะการให้การเป็นพยานอันต้องเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงที่ตนเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย

หลักการที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองในทางอาญานั้น มีพื้นฐานมาจากกฎหมาย Common Law ซึ่งใช้ระบบการพิจารณาคดีอาญาเป็นระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ที่ใช้หลักการดำเนินคดีโดยคู่ความ ผลของการแพ้ชนะคดีขึ้นอยู่กับการต่อสู้กันของคู่ความ โดยอาศัยการนำพยานหลักฐานมาหักล้างซึ่งกันและกัน โดยผู้พิพากษามีบทบาทเพียงเป็นกรรมการในการตัดสินคดีและตรวจสอบว่าให้คู่ความดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ การนำพยานหลักฐานเข้าต่อสู้กันซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่เฉพาะของคู่ความเท่านั้น ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจในการ

เข้ามาค้นหาความจริงในคดี ดังนั้น พยานหลักฐานจึงเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดในคดี จำเป็นต้องเป็น พยานหลักฐานที่มีคุณภาพและมีคุณค่าในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงสูง โดยการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน จะต้องเป็นวิธีที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะในระบบกล่าวหาจะให้ความสำคัญกับบทตัด พยานหลักฐาน (exclusionary rule) ที่เคร่งครัดและมีอยู่จำนวนมาก ในทางกลับกันพยานหลักฐานที่ไม่ได้ผ่านกระบวนการทางกฎหมายจะเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบที่ศาลไม่จำเป็นต้องผูกพันและถือ ตาม ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เป็นระบบที่รัฐจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่ รับผิดชอบในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยองค์กรทุกฝ่ายของรัฐในกระบวนการยุติธรรม ทางอาญาไม่ว่าจะเป็น ตำรวจ พนักงานอัยการ หรือศาล ร่วมมือและประสานงานกันค้นหาความจริง แห่งคดีได้โดยไม่จำกัดรูปแบบ ผู้พิพากษาในชั้นพิจารณาคดีจะมีบทบาทอย่างสูงในการแสวงหา พยานหลักฐานในคดี โดยในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระของศาล ในการค้นหาความจริง ดังนั้น ศาลจึงสามารถที่จะค้นหาข้อเท็จจริงได้ในทุก ๆ รูปแบบ ( สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551 : 166) กฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาของประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนจึงไม่มี หลักเรื่องการกันตัวผู้ต้องหาไว้พยาน เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงในคดีและศาลสามารถ รับฟังพยานหลักฐานได้ทุกประเภท เว้นแต่พยานที่ไม่เกี่ยวกับคดี และเป็นการชอบที่จะปล่อยให้ ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามที่เห็นสมควร เนื่องจากศาลได้มีโอกาสสอบสวนและพิจารณาโดย ใกล้ชิดด้วยตนเอง เหตุนี้ศาลจึงมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน ที่เสนอ โดยคู่ความและดุลพินิจนี้จะถูกโต้แย้งไม่ได้ แต่จะบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีตาม The Principal Witness Act บัญญัติไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในคดีที่มีความสำคัญ โดยให้อำนาจอัยการสูงสุดในการสั่ง ไม่ฟ้องผู้ร่วมกระทำความผิดที่ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในคดีอาญาในความผิดฐานก่อ การร้าย ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และความผิดที่กระทำในรูปแบบองค์กรอาชญากรรม

ประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการกันตัวไว้เป็นพยานปรากฏตามรัฐธรรมนูญฉบับ แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) ที่กำหนดให้สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฎิภัยต่อ ตนเอง (Privilege against self - incrimination) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของผู้ต้องหา หมายถึง "บุคคลไม่อาจถูกบังคับให้ปรักปรำตนเอง" โดยบัญญัติเป็นถ้อยคำว่า "บุคคลไม่อาจที่จะ ถูกบังคับให้เป็นพยานอันเป็นปฎิภัยต่อตนเองในคดีอาญา"<sup>4</sup> สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็น

<sup>4</sup> The Fifth Amendment of the U.S. Constitution provides "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 the 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 offense to be

ปฏิบัติกับตนเองจะใช้กับพยานหลักฐานที่เป็นถ้อยคำให้การเท่านั้น หมายความว่า จะบังคับให้บุคคลใดกล่าวถ้อยคำที่เป็นปฏิบัติกับตนเองอันอาจทำให้ถูกฟ้องคดีอาญาไม่ได้ โดยสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเรื่องการคุ้มครองพยานที่ถูกบังคับให้เบิกความไว้ใน U.S. Code: Title 18 section 6002<sup>5</sup> โดยให้พยานผู้นั้นได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องอันเนื่องมาจากคำให้การของตน เป็นมาตรการที่อยู่ภายใต้สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิบัติกับตนเองในทางอาญา การที่จะให้บังคับให้จำเลยให้การจะต้องไม่เป็นละเมิดสิทธิดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ความในมาตรา 6002 บัญญัติว่า ในกรณีที่พยานปฏิเสธจะให้การ โดยการอ้างสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิบัติกับตนเองในทางอาญาในการเบิกความ หรือการให้ข้อมูลในกระบวนการพิจารณา หรือการให้ข้อมูลแก่ศาล คณะลูกขุน หน่วยงานรัฐ รัฐสภา ในการประชุมสภาหรือคณะกรรมการรัฐสภา ให้บุคคลที่เป็นประธานของกระบวนการพิจารณานั้น มีอำนาจออกคำสั่งให้บุคคลนั้นให้การและบุคคลนั้นไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่ให้การตามคำสั่งนั้นได้ แต่คำเบิกความหรือคำให้การหรือข้อมูลที่ได้มานั้นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ห้ามนำมาใช้ดำเนินคดีอาญาใด ๆ เว้นแต่การดำเนินคดีในความผิดในความผิดฐานเบิกความเท็จ ให้การเท็จหรือการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ทั้งนี้ในการดำเนินคดีของศาล

---

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."

<sup>5</sup> 18 U.S. Code § 6002 - Immunity generally

Whenever a witness refuses, on the basis of his privilege against self-incrimination, to testify or provide other information in a proceeding before or ancillary to—

(1) a court or grand jury of the United States,

(2) an agency of the United States, or

(3) either House of Congress, a joint committee of the two Houses, or a committee or a subcommittee of either House, and the person presiding over the proceeding communicates to the witness an order issued under this title, the witness may not refuse to comply with the order on the basis of his privilege against self-incrimination; but no testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information) may be used against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order.

หรือคณะลูกขุน ตาม U.S. Code: Title 18 section 6003<sup>6</sup> พนักงานอัยการภายใต้ความเห็นชอบของอัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด หรือผู้ช่วยอัยการสูงสุดที่มีอำนาจ อาจร้องขอให้ศาลออกคำสั่งตามมาตรา 6002 ได้ หากเป็นกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าคำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารจากบุคคลนั้นมีความจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะและบุคคลนั้นปฏิเสธที่จะให้การหรือข้อมูลโดยสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา ซึ่งศาลต้องให้ความคุ้มกันแก่บุคคลนั้นจากการดำเนินคดีอาญาใด ๆ

ความคุ้มกันตาม U.S. Code: Title 18 section 6002 เป็นความคุ้มกันพยานจากการถูกดำเนินคดีอาญา โดยคำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารที่พยานให้การตามคำสั่งตามมาตรา 6002 นี้ไม่อาจใช้ดำเนินคดีอาญากับตัวพยานเอง ด้วยเหตุที่คำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารนั้นมีเนื้อหาที่อาจแสดงถึงการกระทำความผิดอาญาของพยานในคำเบิกความและข้อมูลข่าวสารเท่านั้น แต่พยานอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้หากการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย ได้แก่ ความผิดฐานเบิกความเท็จหรือให้การเท็จ หากพยานเบิกความเท็จหรือให้การเท็จในการเป็นพยานตามคำสั่งในมาตรา 6002 พยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในความผิดเบิกความเท็จหรือให้การเท็จที่ได้กระทำขึ้นในการเบิก

---

<sup>6</sup> 18 U.S. Code § 6003 - Court and grand jury proceedings

(a) In the case of any individual who has been or may be called to testify or provide other information at any proceeding before or ancillary to a court of the United States or a grand jury of the United States, the United States district court for the judicial district in which the proceeding is or may be held shall issue, in accordance with subsection (b) of this section, upon the request of the United States attorney for such district, an order requiring such individual to give testimony or provide other information which he refuses to give or provide on the basis of his privilege against self-incrimination, such order to become effective as provided in section 6002 of this title.

(b) A United States attorney may, with the approval of the Attorney General, the Deputy Attorney General, the Associate Attorney General, or any designated Assistant Attorney General or Deputy Assistant Attorney General, request an order under subsection (a) of this section when in his judgment—

- (1) the testimony or other information from such individual may be necessary to the public interest; and
- (2) such individual has refused or is likely to refuse to testify or provide other information on the basis of his privilege against self-incrimination.

ความนั้น (อรรถพ ลิขิตจิตตะ ฌรงค์ รัตนานุกูลและคมกริช หาญไชย, 2548 : 185-186) และพยาน จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 6002 หากพยานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งและมีความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นด้วย

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หลักเกณฑ์เรื่องพยานหลักฐานไม่เคร่งครัดแบบประเทศ Common Law จึงมิให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานจากผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนอย่างเคร่งครัดกฎหมายไม่ได้ให้ความสำคัญกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานหรือวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ เพราะระบบการค้นหาความจริงจะคำนึงถึงคุณค่าของพยานหลักฐานมากกว่าคำนึงถึงการได้มาของพยานหลักฐาน และศาลสามารถค้นหาพยานหลักฐานทุกชนิดได้โดยไม่จำกัดวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น แต่อย่างไรก็ดี ประเทศเยอรมนี ตาม The Principal Witness Act Article 4<sup>7</sup> ได้ให้อำนาจอัยการสูงสุดโดยความเห็นชอบของศาลยกเว้นการดำเนินคดีได้ ในกรณีหากผู้กระทำความผิดหรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาชญาฐานก่อการร้าย (Forming terrorist organisations) ตามมาตรา 129a แห่งประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code (StGB)) หรือในความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดเช่นว่า โดยเหตุที่บุคคลนั้นได้เปิดเผยข้อเท็จจริงต่อหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาและข้อเท็จจริงดังกล่าวมีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้น
- 2) ให้การสนับสนุนต่อการสืบสวนความผิดอาญาที่ได้เข้าไปเกี่ยวข้อง หลังจากที่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

---

<sup>7</sup>The Principal Witness Act, Article 4 If the offender or participant in a terrorist criminal offence (section 129a of the Criminal Code) or in a criminal offence related to such offence him/herself or through the mediation of a third party discloses his/her knowledge of facts to a criminal prosecution authority which is likely

(1) to prevent the commission of such a criminal offence,

(2) to promote the detection of such a criminal offence, if he/she was involved therein,

beyond his/her own contribution to the offence, or

(3) to lead to the apprehension of an offender or participant in such a criminal offence,

the Federal Public Prosecutor General, with the agreement of the Criminal Panel of the Federal Court of Justice, may dispense with prosecution if the significance of what the offender or participant disclosed, in particular in connection with the prevention of future offences, justifies this in relation to that individual's offence.

3) นำจับผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดนั้น

กรณีดังกล่าว อัยการสูงสุด โดยความเห็นชอบของศาลยุติธรรมอาจยกเว้นการดำเนินคดี หากข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเปิดเผยเป็นรายละเอียดที่สามารถเชื่อมโยงกับการป้องกันอาชญากรรมในอนาคตและอาชญากรรมดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดที่เปิดเผยข้อมูลหรือข้อเท็จจริงนั้น (พร้อมพันธ์ ครอบคลุมชัย , 2552 : 47-48)

นอกจากนั้น ใน Article 58 ยังได้ขยายขอบเขตความผิดที่สำคัญออกไป โดยนอกจากความผิดฐานก่อการร้ายแล้ว ยังให้รวมไปถึงความผิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กร (Forming criminal organisations) ตามมาตรา 129 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย

จากการวิเคราะห์มาตรการกันตัวไว้เป็นพยานของต่างประเทศ พบว่า การใช้มาตรการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และมีระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหาเหมือนกับประเทศไทย หลักการมาจากความจำเป็นในการแสวงหาพยานหลักฐานจากผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลที่สามารถให้ข้อมูลหรือรายละเอียดการกระทำความผิดและพยานหลักฐานที่สำคัญในพิสูจน์ความผิดและเชื่อมโยงไปถึงตัวการหรือ ผู้บงการในการกระทำความผิด เพราะการได้รับข้อมูลจากการกระทำ ความผิดเพื่อใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรเป็นประโยชน์มาก จึงเป็นที่มาของการคุมกันไม่ให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าว โดยถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาของประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนจะไม่มีหลักเรื่องการกันตัวผู้ต้องหาไว้พยาน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ให้ความสำคัญกับหลักการรับฟังพยานหลักฐานหรือวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่รัฐ เพราะด้วยระบบการค้นหาความจริงที่คำนึงถึงคุณค่าของพยานหลักฐานมากกว่าคำนึงถึงการได้มาของพยานหลักฐาน แต่อย่างไรก็ดี อาจมีบัญญัติเรื่องการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ในประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติเรื่อง

\* The Principal Witness Act , Article 5 Article 4 sections 1 to 5 (of this Act) shall apply mutatis mutandis to disclosing by an offender or participant in a criminal offence in accordance with section 129 of the Criminal Code or of an offence related to such offence in respect of which time-limited imprisonment of at least one year is impossible if the objectives or activity of the organisation are directed towards the commission of offences in respect of which extended forfeiture (section 73 d of the Criminal Code) may be ordered. In accordance with Article 4 sections 1 and 2 second sentence, the public prosecution office and the court are responsible which would be responsible for the main trial.

การไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในคดีที่มีความสำคัญ โดยให้อำนาจอัยการสูงสุดในการสั่งไม่ฟ้องผู้ร่วมกระทำความผิดที่ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในคดีอาญาในความผิดฐานก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และความผิดที่กระทำในรูปแบบองค์กรอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้ การกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงถือเป็นนโยบายทางอาญาที่สำคัญที่จะต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรม จึงนำมาสู่แนวคิดการนำหลักการกันตัวไว้เป็นพยานมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินต้นแบบของประเทศไทย

## 2. กระบวนการดำเนินคดีชั้นระหว่างพิจารณา

การดำเนินคดีอาญามีเป้าหมายสำคัญคือ การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษและเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม แต่การดำเนินคดีอาญาแม้เป็นภารกิจที่รัฐกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ขณะเดียวกันการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นกัน ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นกระบวนการใช้อำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ และต้องเป็นกระบวนการตรวจสอบความจริงของเรื่องที่กำลังหาเพื่อชี้ขาดเรื่องที่กำลังหาหา นั้น (สำนักงานศาลยุติธรรม , 2558 : 14) โดยในชั้นระหว่างการพิจารณาคดีที่จะได้กล่าวถึงในหัวข้อนี้ เป็นกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่เกี่ยวกับการใช้ระบบการพิจารณาคดี

### 2.1 ระบบการพิจารณาคดี

#### 2.1.1 การใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

วัตถุประสงค์หลักของการดำเนินคดีอาญาคือ การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งการจะนำตัวผู้กระทำความผิดคนใดมาลงโทษได้นั้นย่อมต้องมีกระบวนการค้นหาความจริงว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ โดยแต่ละประเทศจะมีวิธีค้นหาความจริงที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศนั้น ในแต่ละประเทศล้วนมีแนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับระบบการดำเนินคดีอาญาที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายและบริบททางสังคมของประเทศตน (สำนักงานอัยการสูงสุด , 2556 : 7) ระบบการดำเนินคดีอาญาจึงเป็นกระบวนการในการค้นหาความจริงของแต่ละองค์กรในกระบวนการยุติธรรมที่มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ เพื่อเป็นการค้นหาความจริงและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ถูกต้องและรวดเร็วมากที่สุด

ระบบการดำเนินคดีอาญาและการค้นหาความจริงในปัจจุบันสามารถจำแนกออกได้เป็นสองระบบคือระบบกล่าวหา (Accusatorial System) และระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

การพิจารณาคดีแบบระบบกล่าวหา มีที่มาจากประเทศอังกฤษและเป็นระบบที่ใช้ในกลุ่มประเทศกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศแคนาดา รวมทั้งกลุ่มประเทศอาณานิคมของอังกฤษ ระบบกล่าวหาเกิดขึ้นครั้งแรกในกรีกโบราณและยังปรากฏในโรมันช่วงสาธารณรัฐ นอกจากนี้ ระบบกล่าวหายังถูกนำมาใช้ในช่วงยุคกลางจนกระทั่งปี ค.ศ. 1200 (ปกป้อง ศรีสนิท , 2553 : 134) เป็นระบบที่เกิดขึ้นเนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนยังมีข้อขัดข้องในการแสวงหาความยุติธรรมในการดำเนินคดีอยู่บางประการ เช่น ปัญหาความเป็นกลางของผู้ไต่สวน ทำให้ไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกไต่สวนได้อย่างแท้จริง ทำให้เกิดแนวคิดของระบบการดำเนินคดีอาญาแบบกล่าวหาขึ้น เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของระบบไต่สวน โดยการแบ่งแยกหน้าที่ในการสอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่ในการพิจารณาคดีออกจากกัน ให้องค์กรแต่ละองค์กรมีหน้าที่แยกต่างหากออกจากกัน มีหน้าที่รับผิดชอบแตกต่างกัน นอกจากนั้น ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหาได้ยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาให้เป็นประธานในคดี โดยให้สิทธิเสรีภาพแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะแก้ข้อกล่าวหาและต่อสู้คดีได้ ทั้งนี้ ในการต่อสู้คดี คู่ความทั้งสองจะต้องหาทางพิสูจน์ความจริงแห่งคดีให้ศาลเห็นจนกว่าศาลจะปราศจากข้อสงสัย (สำนักงานอัยการสูงสุด , 2556 : 2)

ในระบบกล่าวหาศาลมีบทบาทจำกัดเป็นเพียงผู้ตัดสินคดีเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือช่วยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสวงหาพยานหลักฐาน การดำเนินการพิจารณามีหลักเกณฑ์ละเอียดปลีกย่อยมาก ศาลใช้ดุลพินิจได้น้อย คู่ความสองฝ่ายมีบทบาทสำคัญเป็นคู่ต่อสู้ซึ่งกันและกัน เห็นได้ชัดในคดีอาญาศาลจะไม่ช่วยโจทก์แสวงหาพยานหลักฐาน ดังนั้น บางครั้งศาลอาจยกฟ้องต่างๆ ปรากฏว่าจำเลยกระทำความผิดก็ได้ แต่พยานหลักฐานโจทก์มีข้อนำสงสัย ต้องยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย และในระบบกล่าวหานี้ มีหลักเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมาก มีบทตัดพยานเด็ดขาด ไม่ยอมให้ศาลรับฟังพยานนั้นเข้าสู่สำนวนความเลย นอกจากนี้ มีการห้ามใช้คำถามนำในการถามพยานตนเอง เป็นระบบที่ให้ศาลเป็นกลางปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่มีอยู่อย่างเคร่งครัด โดยมีคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายคือ ผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา นำพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณาของศาล ผู้กล่าวหาทำหน้าที่นำพยานหลักฐานมาสืบว่าผู้ถูกกล่าวหาได้มีการกระทำความผิด ส่วนผู้ถูกกล่าวหาต้องนำพยานหลักฐานมาหักล้างข้อกล่าวหา (คณิต อนุคร, 2540 : 30) สาระสำคัญของกระบวนการพิจารณาคดีจึงได้กลายมาเป็นการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์กันในศาลระหว่างคู่ความแห่งคดี โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการนำพยานเข้าสู่สืบต่อศาลและศาลเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดต้องวางตัวเป็นกลางและคอยควบคุมให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปตามหลักเกณฑ์โดยเคร่งครัดและทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาโดยการชั่งน้ำหนักจากพยานหลักฐานของคู่ความทั้งสองฝ่าย

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้ระบบการพิจารณาคดีอาญาเป็นระบบกล่าวหา โดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหราชอาณาจักรสามารถแบ่งได้เป็นสองชั้นหลัก ๆ กล่าวคือ ชั้นก่อนการฟ้องคดีซึ่งจะเริ่มตั้งแต่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นผู้เสียหายก็จะดำเนินการแจ้งความกับตำรวจ โดยตำรวจจะเป็นผู้สอบสวนสืบสวนคดีเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานและเสนอสำนวนให้พนักงานอัยการจากนั้นพนักงานอัยการจะพิจารณาสำนวนและมีคำสั่งฟ้องคดีต่อไป หลังจากได้มีการฟ้องคดีแล้วก็เข้าสู่ชั้นการพิจารณาของศาลซึ่งจะแบ่งการพิจารณาออกเป็นสองส่วน กล่าวคือ ในส่วนการกระทำความผิดของจำเลยซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงจะมีคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณา กับการพิจารณาในปัญหาข้อกฎหมายว่าจะลงโทษจำเลยอย่างไรซึ่งส่วนนี้จะมีผู้พิพากษาเป็นผู้ดำเนินการ และเนื่องจากการดำเนินคดีอาญาของสหราชอาณาจักรเป็นระบบกล่าวหา ซึ่งเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความ (Adversarial System) จึงมีลักษณะของการดำเนินคดีเป็นการต่อสู้ของบุคคลสองฝ่ายที่มีฐานะเท่าเทียมกันภายใต้กฎระเบียบที่แน่นอนตายตัว โดยมีวิธีพิจารณาที่เปิดเผยกระทำต่อหน้าผู้พิพากษาที่วางตัวเป็นกลางปราศจากอคติต่อคู่ความทั้งสองฝ่าย โดยยึดหลักที่ว่า “คู่ความมาศาลในฐานะเท่าเทียมกัน” (on equal footing) โจทก์ในฐานะที่เป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลมีหน้าที่นำสืบ (burden of proof) เพื่อให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงไม่มีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงแต่จะมีบทบาทสำคัญเฉพาะการควบคุมการต่อสู้คดีของคู่ความให้มีความเที่ยงตรงเป็นธรรมและจะตัดสินว่าใครจะเป็นผู้ชนะคดี โดยจะไม่แสดงบทบาทในเชิงรุก คือ จะไม่ทำหน้าที่เป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงเสียเองและไม่มีหน้าที่ริเริ่มในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อแสวงหาความจริงเพื่อไม่ให้ศาลเกิดอคติในการตัดสินคดีหรือป้องกันข้อครหาว่าเข้าแทรกแซงการดำเนินคดีเพื่อประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (อุทัย อาทิวา, 2556) ส่วนลูกขุนก็มีหน้าที่เพียงเข้ามารับฟังการสืบพยานของคู่ความเพื่อตัดสินในข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่มีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงแต่อย่างใด

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ ทั้งจากความสัมพันธ์ทางเชื้อชาติและการเคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษมาก่อน จึงทำให้ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีลักษณะคล้ายคลึงกันกับระบบกฎหมายอังกฤษ และยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีอื่น ๆ ที่มีกรณีเป็นอย่างเดียวกัน โดยประเทศสหรัฐอเมริกาแม้ผู้พิพากษาจะมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี แต่เป็นบทบาทในเชิงรับ (passive) ไม่ใช่เชิงรุก กล่าวคือ ผู้พิพากษาไม่มีการเสนอพยานหลักฐานหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการตรวจสอบพยาน ถามพยาน แต่ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ควบคุมการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ กติกาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และพิจารณาคำร้องต่าง ๆ ที่คู่ความยื่นต่อศาล ในบางแห่งศาลอาจถามพยานได้ และตั้ง

ข้อสังเกตให้คณะลูกขุนทราบถึงความน่าเชื่อถือหรือไม่ของพยานหลักฐานที่มีการนำสืบเข้ามาในคดี และบทบาทที่สำคัญประการหนึ่งของผู้พิพากษาก็คือ การให้คำแนะนำแก่ลูกขุนในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพราะแม้ว่างานของลูกขุนคือการรับฟังการสืบพยาน ชั่งน้ำหนักพยาน และวินิจฉัยข้อเท็จจริง แต่ศาลหรือผู้พิพากษาก็ต้องให้คำแนะนำแก่ลูกขุนในเรื่องของกฎหมาย ความหมายของกฎหมาย การใช้กฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติจะมีคดีอุทธรณ์เกี่ยวกับการไม่ให้คำแนะนำแก่ลูกขุนเป็นจำนวนมาก ในส่วนของคำแนะนำอาจจะต้องลงลึกไปถึงเรื่องพื้นฐาน เช่น ลักษณะของอาชญากรรม ข้อหาที่จำเลยถูกฟ้อง แนวทางการพิพากษา แจ่มของกฎหมาย เช่น ความผิดในระดับ 1 ระดับ 2 การกระทำด้วยความโหดร้าย สิ่งเหล่านี้ลูกขุนจะไม่ทราบ เพราะเป็นเรื่องของกฎหมาย ผู้พิพากษาต้องให้คำแนะนำ นอกจากนี้ยังต้องแนะนำไปถึง มาตรฐานการพิสูจน์ (burden of proof) ว่าเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการ โจทก์ต้องพิสูจน์ให้เห็น จำเลยได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่ายังเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเขาเป็นผู้กระทำผิด และระดับของการพิสูจน์ต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย (reasonable doubt) ส่วนในเรื่องอื่น ๆ ผู้พิพากษาก็ต้องให้คำแนะนำด้วย เช่น การติดต่อระหว่างลูกขุนกับผู้พิพากษาในกรณีมีคำถาม มีปัญหาใด ๆ การลงชื่อในคำตัดสิน (verdict) และอื่น ๆ โดยเป็นการให้คำแนะนำก่อนคณะลูกขุนจะเข้าไปในห้องประชุมเพื่อออกเสียงซึ่งขาดผลของคดี บทบาทของลูกขุนจึงมีลักษณะเชิงรับเหมือนผู้พิพากษา กล่าวคือรับฟังพยานหลักฐานที่มีการนำสืบเป็นหลัก ไม่มีส่วนร่วมในการสืบพยาน ถามพยาน แม้กระทั่งการจดบันทึกในระหว่างการพิจารณาก็กระทำไม่ได้ ซึ่งกรณีเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายห้ามไว้ แต่เป็นเรื่องธรรมเนียมปฏิบัติในศาลของสหรัฐอเมริกาเอง อย่างไรก็ตาม ในบางคดี ผู้พิพากษาก็อนุญาตให้ลูกขุนเข้าเกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีได้มากขึ้น เช่น กรณีของผู้พิพากษาหัวหน้าศาล John F. Grady ซึ่งเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าศาล Chicago U.S. District Court ได้อนุญาตให้คณะลูกขุนสามารถจดบันทึกได้ในขณะที่มีศาลชั้นอุทธรณ์ 4 แห่ง อนุญาตโดยปริยายให้ลูกขุนถามพยานได้ ตราบใดที่ไม่เกิดปัญหาการโต้แย้ง โต้เถียง หรือขัดขวางการพิจารณาคดี และพนักงานอัยการก็มีสิทธิที่จะคัดค้านคำถามนั้นได้ก่อนจะมีการถามพยาน ในบางมลรัฐอนุญาตให้ลูกขุนมีบทบาทในเชิงรุกในการพิจารณาคดีได้ แต่ต้องกระทำด้วยความเป็นธรรม แต่โดยภาพรวมแล้วบทบาทของลูกขุนไม่ว่าในศาลระดับสหรัฐหรือมลรัฐก็ยังคงมีบทบาทในเชิงรับเป็นหลัก (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์, 2555 : 13-19 – 13-20)

ส่วนระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เริ่มมาจากตั้งแต่ในสมัยกลาง โดยการที่พระสันตะปาปาหรือบาทหลวงเข้ามาเป็นผู้ไต่สวนข้อเท็จจริงและตัดสินคดีความเอง อาศัยเหตุนี้เอง ผู้ไต่สวนข้อเท็จจริงจึงมีอำนาจในการค้นหาความจริงอย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นการถามพยาน การสืบพยาน หรือการแสวงหาข้อเท็จจริงใด ๆ ในคดี เมื่อเวลาผ่านไปแม้อิทธิพลของศาสนาใน

การพิจารณาคดีจะลดลงไป แต่รูปแบบของการไต่สวนคดีในลักษณะที่ผู้ชำระความเป็นผู้ดำเนินคดี และไต่สวนค้นหาความจริงเองยังคงฝังรากลึกอยู่ในการพิจารณาคดีและยังคงพัฒนาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งปรากฏเป็นรูปแบบการดำเนินคดีและการค้นหาความจริงที่เรียกว่าระบบไต่สวนในปัจจุบัน

ระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนเป็นระบบที่ใช้ในกลุ่มประเทศที่เป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นระบบที่ถือว่าการดำเนินคดีอาญาเป็นหน้าที่ของรัฐ จึงถือว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบโดยตรงในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยการค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำมาพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ในการดำเนินคดีอาญาตามระบบนี้จะไม่มีการแยกหน้าที่ในการสอบสวนและฟ้องร้องคดี รวมทั้งหน้าที่ในการพิจารณาคดีออกจากกัน โดยจะมีเฉพาะผู้ไต่สวนซึ่งอาจเป็นผู้พิพากษาเป็นผู้ดำเนินการไต่สวนเองทั้งสิ้น ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการจนถึงขั้นตอนการพิพากษาคัดสินคดีอาญานั้นในที่สุด โดยศาลจะเป็นทั้งโจทก์และผู้ตัดสินในคนๆ เดียวกัน ผู้ไต่สวนจะมีหน้าที่ทั้งหาความจริงและสิ่งที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกไต่สวนด้วย สภาพของผู้ถูกไต่สวนจึงเป็นกรรมในคดี (คณิต ณ นคร, 2540 : 32) บางครั้งมีการใช้วิธีทรมานร่างกายของผู้ถูกไต่สวน และผู้ถูกไต่สวนก็จะอยู่ในฐานะที่เป็นเพียงผู้คอยตอบคำถามในคดี จึงมีสภาพเป็นเพียง “วัตถุ” (object) แห่งการซักฟอกในคดีเท่านั้น

ระบบการไต่สวนมีการรวบรวมการสอบสวนและฟ้องร้องเป็นกระบวนการเดียวกัน รวมทั้งการพิจารณาพิพากษาอยู่ภายใต้อำนาจองค์กรหรือศาล เป็นระบบที่ใช้ในบางประเทศแถบภาคพื้นยุโรป ระบบนี้ศาลจะเป็นผู้ค้นหาความจริงจากพยานหลักฐาน บทบาทของศาลจะทำหน้าที่ในการเป็นผู้นำในการไต่สวน ตรวจสอบพยานหลักฐานและสอบปากคำพยานบุคคล โดยระบบนี้ถือว่าการดำเนินคดีอาญาเป็นหน้าที่ของรัฐ รัฐจึงต้องรับผิดชอบในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ด้วยการค้นหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำมาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จำเลยจึงตกเป็นฝ่ายถูกกระทำหรือเป็นกรรมในทางคดี มีภาระหน้าที่พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองให้ชัดเจน โดยไม่ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย การดำเนินคดีอาญาตามระบบนี้จะไม่มีการแยกหน้าที่ในการสอบสวน ฟ้องร้องคดีและหน้าที่ในการพิจารณาคดีออกจากกัน โดยมีลักษณะของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีและค้นหาความจริงที่สำคัญ ดังนี้

1. ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกในการค้นหาความจริง  
บทบาทของผู้พิพากษาในระบบไต่สวนจะแตกต่างกับบทบาทของผู้พิพากษาในระบบกล่าวหาอย่างชัดเจน โดยผู้พิพากษาจะมีบทบาทในการดำเนินคดีและการค้นหาความจริงในเชิงรุก กล่าวคือ การสืบพยาน การถามพยาน การรวบรวมพยานหลักฐาน รวมถึงการควบคุมการพิจารณาจะเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา ขณะที่ผู้ความจะมีบทบาทน้อยมากเมื่อเทียบกับ

บทบาทของคู่ความในระบบกล่าวหา ทั้งนี้เพราะระบบไต่สวนมองว่าแม้ในทางกฎหมายคู่ความจะมีฐานะเท่าเทียมกันแต่ในการต่อสู้คดีจริง ๆ หาได้เป็นเช่นนั้น คู่ความฝ่ายที่มีความพร้อมไม่ว่าจะในทางเศรษฐกิจหรือทางด้านอื่นมากกว่ามักจะเป็นฝ่ายได้เปรียบในการต่อสู้คดี การที่ศาลวางเฉยเป็นกลางเปรียบเสมือนการปฏิเสธความยุติธรรมในความเป็นจริง อาศัยเหตุนี้บทบาทของผู้พิพากษาระบบไต่สวนจึงมีอยู่อย่างกว้างขวางทั้งในชั้นการสอบสวนและในชั้นพิจารณา โดยจะเห็นได้จากการมีผู้พิพากษาในชั้นสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐาน ตลอดจนการที่ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการรับฟังพยานหลักฐานหรือเรียกสืบพยานหลักฐานได้เกินกว่าที่คู่ความนำเสนอต่อศาล หากเห็นว่าพยานหลักฐานยังไม่มี ไม่เพียงพอ หรือไม่สมบูรณ์ เป็นต้น

## 2. การพิจารณาคดีที่เป็นประวัติกฎหมาย

เนื่องจากบทบาทหลักของการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนตกอยู่กับผู้พิพากษา การดำเนินคดีจึงเป็นไปในลักษณะของการโต้ตอบระหว่างศาลกับคู่ความเป็นหลัก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการสืบพยานหลักฐาน การถามคำให้การ ตลอดจนการควบคุมการพิจารณาคดีซึ่งผู้พิพากษาจะเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งสิ้น คู่ความจะถามพยานได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล ส่งผลให้โอกาสในการเผชิญหน้าระหว่างโจทก์จำเลยในลักษณะที่เป็นประวัติกฎหมายซึ่งกันและกันจึงมีอยู่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับระบบพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา ด้วยลักษณะดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าภายใต้ระบบไต่สวนลักษณะการพิจารณาคดีที่เป็นประวัติกฎหมายนอกจากจะปรากฏอยู่น้อยแล้วยังถือเป็นข้อบกพร่องในการพิจารณาคดีด้วย

## 3. การพิจารณาคดีที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการดำเนินคดีในระบบกล่าวหาคือการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อหน้าศาล การกระทำของคู่ความจึงต้องกระทำต่อหน้าศาล การกระทำใดที่ไม่ได้กระทำต่อหน้าศาลถือว่าเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่สามารถจะนำมาใช้ประกอบในการพิจารณาคดีได้ ในขณะที่การพิจารณาในระบบไต่สวนนั้น ผู้พิพากษาจะมีอำนาจในการค้นหาความจริงมาก โดยเฉพาะการมีผู้พิพากษาในชั้นสอบสวนคอยรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาคดี ทั้งนี้พยานหลักฐานที่ได้มาจากชั้นสอบสวนจะถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การที่ผู้พิพากษาเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานทำให้พยานหลักฐานที่ได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในชั้นสอบสวนสามารถนำมาใช้ในการพิสูจน์ความจริงในชั้นพิจารณาได้ ด้วยเหตุที่การรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนมีความสำคัญต่อการพิพากษาชี้ขาดคดีอย่างมากส่งผลให้กระบวนการพิจารณาคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานในชั้นก่อนพิจารณาที่ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญมากจนหลักดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักการประการสำคัญที่แสดงออกถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวน

#### 4. การพิจารณาคดีที่ไม่เปิดเผย

การพิจารณาคดีที่ไม่เปิดเผยเป็นหลักการประการหนึ่ง que se manifeste au public การที่ระบบไต่สวนกำหนดให้การพิจารณาคดีเป็นการพิจารณาโดยลับก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าในการค้นหาพยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิจารณาคดีตลอดจนการควบคุมการพิจารณาคดีนั้นกระทำโดยผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลาง ผู้พิพากษานอกจากจะเป็นผู้ค้นหาความจริงแล้วยังต้องเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความไปด้วยในเวลาเดียวกัน ประกอบกับการดำเนินการในชั้นแสวงหาพยานหลักฐานแม้จะเป็นความลับแต่พยานหลักฐานที่ได้รับจากการลงบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าวก็จะต้องถูกตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งในชั้นการพิจารณาคดี (อุทัย อาทิเวช, 2554 : 43) อาศัยเหตุผลข้างต้นระบบไต่สวนจึงมองว่าคู่ความได้รับการคุ้มครองสิทธิที่อยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้การพิจารณาคดีแบบเปิดเผย ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาคดีที่ไม่เปิดเผยในระบบไต่สวน เช่น ในประเทศฝรั่งเศสการสอบปากคำผู้ต้องหาถือเป็นความลับจึงไม่อนุญาตให้ทนายเข้าร่วมในการสอบปากคำ

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนในกระบวนการดำเนินคดีอาญาที่จะได้กล่าวไว้ในงานวิจัยนี้ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี โดยประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil law) การปกครองประเทศตลอดจนการพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ จึงต้องยึดโยงอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสำคัญ และเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแล้วจะพบว่าระบบในการพิจารณาคดีและการค้นหาความจริงจะไม่ได้เป็นไปในลักษณะของระบบไต่สวนหรือระบบกล่าวหาบริสุทธิ์ แต่จะเป็นไปในลักษณะของการยึดเอาระบบใดระบบหนึ่งเป็นหลักแล้วนำเอาอีกระบบหนึ่งมาเสริม ทั้งนี้ หากเป็นการพิจารณาคดีอาญาก็จะเน้นหนักไปทางระบบไต่สวน ขณะที่ในการพิจารณาคดีแพ่งก็จะเน้นหนักไปทางระบบกล่าวหา (Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, 1999 : 16-17)

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศฝรั่งเศสเป็นการดำเนินการตามแบบระบบไต่สวนเป็นหลัก โดยมีลักษณะพิเศษตรงที่มีการบัญญัติให้มีผู้พิพากษาไต่สวนมีอำนาจหน้าที่ค้นหาความจริงในความผิดบางประเภทตั้งแต่เริ่มแรกที่คดีเกิดขึ้น นอกจากนี้ลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของฝรั่งเศส คือการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็น เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี พนักงานอัยการ และผู้พิพากษาไต่สวน มีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานอย่างกว้างขวาง โดยผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศสประกอบไปด้วย ผู้พิพากษาไต่สวนซึ่งทำหน้าที่ในชั้นก่อนพิจารณาคดี กับผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะพิจารณาคดีทำหน้าที่พิจารณาคดี แม้ว่าโดยหลักแล้วการค้นหาความจริงและการรวบรวม

พยานหลักฐานในชั้นก่อนการพิจารณาคดีจะเป็นอำนาจโดยเฉพาะของพนักงานอัยการ อย่างไรก็ตามในคดีบางประเภทที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อน การให้พนักงานอัยการกับตำรวจทำหน้าที่โดยลำพังอาจจะไม่เพียงพอ ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสจึงได้กำหนดให้มีผู้พิพากษาไต่สวนเข้ามาช่วยแสวงหาพยานหลักฐานอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งความผิดที่จะต้องให้ผู้พิพากษาไต่สวนประกอบไปด้วย 2 ประเภท ได้แก่ ความผิดอาญาร้ายแรง กับความผิดอาญาที่มีความซับซ้อนยุ่งยาก โดยบทบาทของผู้พิพากษาไต่สวนจะเริ่มเมื่อพนักงานอัยการได้มีคำร้องขอเปิดการไต่สวนของพนักงานอัยการ เมื่อมีการร้องขอให้เปิดการไต่สวน แล้วผู้พิพากษาไต่สวนจะเริ่มค้นหาความจริงในคดี โดยการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานทุกอย่างเท่าที่จะเป็นไปได้ในการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย ทั้งนี้ การทำหน้าที่ค้นหาความจริงของผู้พิพากษาไต่สวน จะมีพนักงานตำรวจฝ่ายคดีเป็นผู้ช่วยเหลือ หากพิจารณาลักษณะในการทำหน้าที่ค้นหาความจริงของผู้พิพากษาไต่สวนแล้ว จะพบว่ามีความใกล้เคียงกับพนักงานสอบสวน อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในการค้นหาความจริงของผู้พิพากษาไต่สวนดังกล่าวเป็น การใช้อำนาจตุลาการมิใช่การใช้อำนาจบริหารดังเช่นพนักงานสอบสวน (อุทัย อาทิวะ, 2557 : 84) สำหรับตัวอย่างมาตรการแสวงหาพยานหลักฐานตามกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงการใช้บทบาทในเชิงรุกของผู้พิพากษาไต่สวน ได้แก่ บทบาทในเชิงรุกไม่ยึดติดอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ความได้นำเสนอต่อศาล เช่น อำนาจในการออกหมายเรียกอำนาจในการสืบพยานและออกหมายเรียกสิ่งที่เห็นว่าจำเป็นในการดำเนินคดี อำนาจในการออกไปตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ อำนาจในการใช้มาตรการสอบสวนพิเศษ เช่น การเรียกพยานหลักฐานมาสืบ การเข้าไปตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ เป็นต้น อย่างไรก็ตามในคดีบางประเภทการใช้วิธีการสอบสวนทั่วไป อาจไม่เพียงพอในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้พิพากษาไต่สวนสามารถใช้วิธีการพิเศษในการสอบสวนได้ ซึ่งวิธีการพิเศษนี้ ได้แก่ การดักฟังทางโทรศัพท์และบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ในคดีที่เป็นความผิดร้ายแรง ซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป (สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม , 2558 : 139) ส่วนผู้พิพากษาในชั้นพิจารณาคดี จะมีบทบาทภายหลังจากที่พนักงานอัยการได้ทำการสอบสวนและมีการสั่งฟ้องคดีแล้วหรือกรณีที่ผู้พิพากษาไต่สวนได้ดำเนินการไต่สวนจนเสร็จสิ้นแล้ว ภาระหน้าที่ในการพิจารณาคดีก็จะถูกส่งมายังผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่เป็นองค์คณะพิจารณาคดีเพื่อพิจารณาชี้ขาดคดีต่อไป โดยผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีจะต้องทำหน้าที่ทั้งในส่วนของ การควบคุมกระบวนการพิจารณาและการค้นหาความจริงในคดีควบคู่กันไป โดยอำนาจในการไต่สวนในชั้นพิจารณาคดี ได้แก่ อำนาจในการควบคุมการพิจารณาคดี อำนาจในการสอบถามคำให้การและสืบพยาน อำนาจออกหมายเรียก หมายจับ และอำนาจในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ

ประเทศเยอรมนีใช้ระบบกฎหมาย Civil Law โดยได้รับอิทธิพลมาจากภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555 : 6-7- 6-8) ทั้งนี้ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีมีแหล่งที่มาของกฎหมาย (Source of law) สองประการ คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Gesetz) เช่น รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมาย รวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ที่มีบัญญัติโดยสหพันธ์รัฐและรัฐต่าง ๆ ด้วย สำหรับที่มาของกฎหมายอีกประการหนึ่งก็คือ จารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล ความเห็นของนักนิติศาสตร์ และกฎหมายของสหภาพยุโรปไม่ถือเป็นแหล่งที่มาแห่งกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแต่ประการใดแต่ก็มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีเช่นเดียวกัน (Nigel G. Foster and Satish Sule, 2002: 3-6

ระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศเยอรมนี ใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวนเป็นหลัก โดยมีการผสมผสานระหว่างหลักการของกระบวนการพิจารณาคดีแบบไต่สวนกับหลักการของกระบวนการพิจารณาคดีแบบกล่าวหาโดยแท้ สำหรับการการดำเนินคดีอาญาจะใช้ระบบการดำเนินคดีโดยรัฐ กล่าวคือ รัฐจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิด โดยองค์กรทุกฝ่ายของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าจะเป็น ตำรวจ พนักงานอัยการ หรือศาล ร่วมมือและประสานงานกันค้นหาความจริงแห่งคดีได้โดยไม่จำกัดรูปแบบ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะทำหน้าที่ในการสอบสวนเบื้องต้น และพนักงานอัยการจะทำหน้าที่ในการดำเนินการสอบสวนและฟ้องร้องต่อศาลต่อไป ขณะที่ศาลก็จะเข้ามาค้นหาความจริงทั้งในส่วนผู้พิพากษาไต่สวนและผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะในชั้นพิจารณาคดี เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศเยอรมนีได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาส่วนใหญ่จึงมีความคล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาแบ่งออกเป็นสองชั้น ได้แก่ ชั้นก่อนการพิจารณา ซึ่งจะเริ่มตั้งแต่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นไปจนถึงมีการฟ้องคดี โดยในชั้นนี้จะมีเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจากสามหน่วยงาน ได้แก่ ตำรวจ พนักงานอัยการ และผู้พิพากษาไต่สวน ซึ่งในภารกิจหลักของสามองค์กรนี้คือการร่วมกันค้นหาความจริงในคดีรวมถึงตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการสืบสวนสอบสวน ในส่วนชั้นพิจารณาคดี จะเป็นการพิจารณาความผิดและการกำหนดโทษที่จะลงกับจำเลย ทั้งนี้ ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะพิจารณาคดีจะมีบทบาทที่สำคัญที่สุดในการค้นหาความจริงในชั้นนี้ ผู้พิพากษาไต่สวนทำหน้าที่ในชั้นก่อนพิจารณาคดีและควบคุมกระบวนการพิจารณาในชั้นสอบสวนของพนักงานอัยการ โดยเฉพาะคำร้องของพนักงานอัยการที่อาจมีการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การใช้อำนาจของผู้พิพากษาไต่สวนเป็นการใช้อำนาจในลักษณะของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของ

พนักงานอัยการให้สอดคล้องกับกฎหมาย ดังนั้น ผู้พิพากษาไต่สวนจึงไม่มีอำนาจเริ่มต้นการสอบสวนด้วยตนเอง รวมถึงไม่อาจตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการสอบสวนที่พนักงานอัยการได้ยื่นต่อตน ส่วนผู้พิพากษาในชั้นพิจารณาคดี จะมีบทบาทอย่างสูงในการเสาะหาพยานหลักฐานในคดี โดยในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระของศาล ในการค้นหาความจริง ดังนั้น ศาลจึงสามารถที่จะค้นหาข้อเท็จจริงได้ในทุก ๆ รูปแบบ (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551 : 166) ศาลจะมีบทบาทในการค้นหาความจริงไม่ว่าจะเป็นการอ้างพยานการซักถามพยานล้วนเป็นหน้าที่ของศาล คู่ความจะมีหน้าที่เพียงแต่ให้ความช่วยเหลือและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของศาลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น บทบาทของคู่ความในคดีจึงมีลักษณะที่วางเฉย (passive) ขณะที่ศาลจะทำหน้าที่ในเชิงรุก (active) โดยที่พยานหลักฐานอันจะสามารถพิสูจน์ถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยทั้งหมดจะถูกนำมาแสดงโดยศาล

กระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศเยอรมนีใช้หลักการตรวจสอบข้อเท็จจริง ดังนั้นในคดีอาญาจึงใช้หลักว่าทุก ๆ ข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างและมีความสำคัญต่อการพิจารณาคดีสันคดีของศาล จะต้องมีการพิสูจน์กันโดยอาศัยพยานหลักฐาน (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551 : 167) ทั้งนี้โดยหลักแล้วศาลจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงในชั้นสืบสวนสอบสวน และบทบาทของศาลจะเริ่มขึ้นต่อเมื่อได้มีการยื่นคำฟ้องต่อศาลแล้ว สำหรับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาผู้พิพากษาจะเป็นผู้สืบพยานหลักทั้งในชั้นไต่สวนมูลฟ้องและในชั้นพิจารณา โดยบทบาทของผู้พิพากษาจะไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่การซักถามพยานเท่านั้น แต่จะทำหน้าที่ในการค้นหาพยานหลักฐานที่จะนำไปพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยเพื่อนำไปสู่การลงโทษจำเลยหรือยกฟ้องโจทก์ด้วยตนเองซึ่งเป็นไปตามหลักการตรวจสอบ (der Ermittlungsgrundsatz) ที่บทบาทหลักของการดำเนินคดีอยู่ที่ผู้พิพากษาไม่ใช่อยู่ที่พนักงานอัยการและทนายจำเลย (สถาบันวิจัยและพัฒนาสัจคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558 : 153)

สำหรับตัวอย่างมาตรการของศาลที่ใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาในชั้นพิจารณา ได้แก่ กรณีก่อนที่ศาลจะเริ่มต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาหลัก ศาลมีอำนาจสั่งให้นำพยานหลักฐานเพิ่มเติมใด ๆ ก็ตามที่เป็นประโยชน์ต่อคดีเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 202 การนำเสนอพยานหลักฐานในการสืบพยานในชั้นศาล ศาลมีอำนาจเพิ่มเติมซึ่งการนำพยานหลักฐานใด ๆ เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณานอกจากการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความ ทั้งนี้เพื่อพิสูจน์ถึงความจริงที่เกิดขึ้นในคดีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 244 (2) ศาลมีอำนาจเรียกพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาเพิ่มเติม

พนักงานอัยการให้สอดคล้องกับกฎหมาย ดังนั้น ผู้พิพากษาไต่สวนจึงไม่มีอำนาจเริ่มต้นการสอบสวนด้วยตนเอง รวมถึงไม่อาจตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการสอบสวนที่พนักงานอัยการได้ยื่นต่อตน ส่วนผู้พิพากษาในชั้นพิจารณาคดี จะมีบทบาทอย่างสูงในการเสาะหาพยานหลักฐานในคดี โดยในการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระของศาลในการค้นหาความจริง ดังนั้น ศาลจึงสามารถที่จะค้นหาข้อเท็จจริงได้ในทุก ๆ รูปแบบ (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551 : 166) ศาลจะมีบทบาทในการค้นหาความจริงไม่ว่าจะเป็นการอ้างพยานการซักถามพยานล้วนเป็นหน้าที่ของศาล คู่ความจะมีหน้าที่เพียงแต่ให้ความช่วยเหลือและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของศาลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น บทบาทของคู่ความในคดีจึงมีลักษณะที่วางเฉย (passive) ขณะที่ศาลจะทำหน้าที่ในเชิงรุก (active) โดยที่พยานหลักฐานอันจะสามารถพิสูจน์ถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยทั้งหมดจะถูกนำมาแสดงโดยศาล

กระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศเยอรมนีใช้หลักการตรวจสอบข้อเท็จจริง ดังนั้นในคดีอาญาจึงใช้หลักว่าทุก ๆ ข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างและมีความสำคัญต่อการพิจารณาคดีสันคดีของศาล จะต้องมีการพิสูจน์กันโดยอาศัยพยานหลักฐาน (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551 : 167) ทั้งนี้โดยหลักแล้วศาลจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงในชั้นสืบสวนสอบสวน และบทบาทของศาลจะเริ่มขึ้นต่อเมื่อได้มีการยื่นคำฟ้องต่อศาลแล้ว สำหรับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาผู้พิพากษาจะเป็นผู้มีบทบาทหลักทั้งในชั้นไต่สวนมูลฟ้องและในชั้นพิจารณา โดยบทบาทของผู้พิพากษาจะไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่การซักถามพยานเท่านั้น แต่จะทำหน้าที่ในการค้นหาพยานหลักฐานที่จะนำไปพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยเพื่อนำไปสู่การลงโทษจำเลยหรือยกฟ้องโจทก์ด้วยตนเองซึ่งเป็นไปตามหลักการตรวจสอบ (der Ermittlungsgrundsatz) ที่บทบาทหลักของการดำเนินคดีอยู่ที่ผู้พิพากษาไม่ใช่อยู่ที่พนักงานอัยการและทนายจำเลย (สถาบันวิจัยและพัฒนาสคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558 : 153)

สำหรับตัวอย่างมาตรการของศาลที่ใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาในชั้นพิจารณา ได้แก่ กรณีก่อนที่ศาลจะเริ่มต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาหลัก ศาลมีอำนาจสั่งให้นำพยานหลักฐานเพิ่มเติมใด ๆ ก็ตามที่เป็นประโยชน์ต่อคดีเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 202 การนำเสนอพยานหลักฐานในการสืบพยานในชั้นศาล ศาลมีอำนาจเพิ่มเติมซึ่งการนำพยานหลักฐานใด ๆ เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณานอกจากการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความ ทั้งนี้เพื่อพิสูจน์ถึงความจริงที่เกิดขึ้นในคดีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 244

(2) ศาลมีอำนาจเรียกพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาเพิ่มเติม

นอกเหนือจากที่ศาลเรียกมาเอง หรือจากการนำเสนอของจำเลยหรือพนักงานอัยการตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 245 เป็นต้น

จากการวิเคราะห์ระบบการพิจารณาคดีของประเทศที่กล่าวมาข้างต้นพบว่า ระบบไต่สวนที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี มีลักษณะคือศาลมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีอย่างเป็นอิสระ ไม่มีหลักเกณฑ์ด้านกฎหมายพยานมาจำกัดขอบเขต มีกฎเกณฑ์ในกระบวนการวิธีพิจารณาความที่ยืดหยุ่น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการอ้างพยาน การสืบพยาน หรือเรื่องอื่นในศาล จะไม่มีการยกฟ้องด้วยเรื่องทางเทคนิคของกฎหมายเล็ก ๆ น้อย ๆ การซักถามพยานโดยหลักการถือว่าเป็นเรื่องของศาลที่กระทำไปเพื่อค้นหาความจริงในคดี แม้คู่ความมีสิทธิซักถามพยานได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน แต่ระบบไต่สวนโดยแท้ อำนาจในการจับกุม สืบสวน สอบสวน ฟ้องร้องและพิจารณาคดี จะรวมอยู่ที่ศาลเพียงองค์กรเดียว ในปัจจุบันจึงไม่มีระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ไหนในโลกนี้ที่ยังคงใช้หลักการค้นหาความจริงในระบบไต่สวนโดยแท้อีกต่อไปแล้ว จึงกล่าวได้ว่า ทุกประเทศที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างใช้วิธีการค้นหาความจริงในระบบกล่าวหาทั้งสิ้น ข้อแตกต่างของการค้นหาความจริงในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ จึงเป็นแต่เพียงบทบาทที่แตกต่างกันของผู้พิพากษาในกฎหมายทั้งสองระบบเท่านั้น (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2556 : 15) ส่วนระบบกล่าวหาที่มีรากฐานมาจากประเทศอังกฤษ รวมถึงที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลจะเข้าไปมีบทบาทในการค้นหาความจริงน้อยมาก เพราะระบบกล่าวหาถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลด้วยตนเอง ศาลในระบบกล่าวหาจะทำหน้าที่เพียงควบคุมทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ในคดีแพ่งศาลจะไม่พยายามเข้าไปมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงเลย ส่วนคดีอาญา ศาลจะเข้าไปช่วยค้นหาความจริงบ้างในกรณีที่ทำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น เนื่องจากระบบกล่าวหาให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลย แนวคิดการนำระบบไต่สวนมาใช้กับการดำเนินคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินของไทย จะมีลักษณะที่ให้อำนาจศาลอย่างชัดเจนในการค้นหาความจริงและการสืบพยาน เป็นการกำหนดบทบาทในเชิงรุกของผู้พิพากษาให้มีความชัดเจนขึ้นในกฎหมาย แม้ว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจะมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการค้นหาความจริงในเชิงรุกอยู่แล้วก็ตาม แต่ในปัจจุบันยังเป็นปัญหาในเรื่องความคุ้นชินในการอำนาจดังกล่าวและแนวธรรมเนียมปฏิบัติที่ผ่านมาเป็นอย่างมาก เหตุผลมาจากแม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมาย Civil Law ก็ตาม แต่ในทางพิจารณาคดี ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ของการศึกษากฎหมายไทย ประเทศไทยกลับได้รับอิทธิพลจากระบบกล่าวหา ซึ่งเป็นระบบการ

พิจารณาคดีของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือ Common Law อยู่มากและฝังรากลึก เป็นแนวปฏิบัติไว้ในระบบการพิจารณาคดีของศาลไทย

### 3. กระบวนการดำเนินคดีชั้นหลังการพิจารณา

กระบวนการหลังศาลพิจารณาพิพากษาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ได้แก่ การพิจารณาเพื่อกำหนดโทษกับผู้กระทำความผิด ซึ่งหมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับโทษ และโทษจะมีลักษณะรุนแรงมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำ ความผิดว่ามีความร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหรือรัฐมากน้อยเพียงใด โทษจึงเป็นเพียงมาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดยจำเป็นต้องกำหนดโทษก็เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด หรืออาจจะกล่าวได้ว่าโทษถูกใช้เป็นเครื่องมือในการข่มขู่บุคคลมิให้กระทำความผิด นอกจากนั้น ยังช่วยให้กฎหมายได้รับความนับถือและปฏิบัติตาม

กฎหมายไทยมีการบัญญัติเรื่องโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 กำหนดให้มีโทษ 5 ประเภทได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริบทรัพย์สิน แบ่งออกเป็น

- 1) โทษที่บังคับเอาแก่ชีวิต อันเป็นโทษที่มุ่งตัดโอกาสในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดอย่างถาวรและเป็นการทดแทนการกระทำความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้นแก่สังคม ได้แก่ โทษประหารชีวิต
- 2) โทษที่บังคับเอาแก่เสรีภาพ อันเป็นโทษที่มุ่งตัดโอกาสผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว ได้แก่ โทษจำคุกและโทษกักขัง และ
- 3) โทษที่บังคับเอาแก่ทรัพย์สิน ที่มุ่งประสงค์ที่จะบังคับเอาแก่บรรดาทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความเจ็บท้อใจ ไม่ว่าจะโดยการชำระเงินต่อรัฐ หรือการทำให้เจ้าของหรือ ผู้ครอบครองทรัพย์สินต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตน ได้แก่ โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน

ในการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินต้นแบบนั้น จำเป็นต้องพิจารณาว่าระบบการลงโทษในคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินของไทยมีความสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษมากน้อยเพียงใด และสามารถดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดได้หรือไม่ เพราะในคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินนั้น เป้าหมายและแรงจูงใจในการกระทำความผิดอยู่ที่เงินหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิด ดังนั้น จำเป็นต้องกำหนดกฎหมายและมาตรการที่สามารถดำเนินการกับทรัพย์สินเพื่อตัดต้นทุนและลดแรงจูงในการกระทำความผิด ในส่วนนี้จึงได้ศึกษามาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจของต่างประเทศที่สามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรการลงโทษตาม

กฎหมายไทย ที่สำคัญคือ การนำแนวคิดของระบบวันปรับมาใช้ การใช้มาตรการริบทรัพย์ตามมูลค่า และการใช้มาตรการคุมประพฤติกับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคล รายละเอียดดังนี้

### 3.1 โทษ

#### 3.1.1 ระบบวันปรับ (Day Fine System)

ระบบวันปรับหรือ Day Fine System เป็นระบบการลงโทษปรับที่ไม่กำหนดแน่นอนตายตัวโดยอัตราค่าปรับจะกำหนดจากปัจจัย 2 ประการ ได้แก่ ปริมาณเงินซึ่งจะแปรตามสภาพเศรษฐกิจของผู้ต้องโทษปรับ โดยคิดคำนวณจากรายได้ต่อวันของผู้ต้องโทษแต่ละรายและปริมาณวันปรับซึ่งกำหนดตามความหนักเบาของความผิดที่ได้กระทำ (วีรพล ปานะบุตร, 2522 : 28) โดยมีหลักการสำคัญว่าผู้กระทำความผิดแต่ละคนย่อมมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน การลงโทษปรับที่มีประสิทธิภาพจะต้องคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ ในการกำหนดอัตราโทษ ระบบวันปรับจึงถูกนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาบางประการของโทษหลายๆ ประเทศ โดยแต่ละประเทศจะมีหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณอัตราค่าปรับที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ ทั้งนี้ปัจจัยในเรื่องความแตกต่างของระบบกฎหมายกลับไม่ใช่สาเหตุที่ทำให้การใช้ระบบวันปรับของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน แต่ความแตกต่างดังกล่าวเกิดจากปัจจัยทางด้านสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรม ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากการที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีต่างก็ยึดถือหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ในการนำวิธีการของระบบวันปรับมาใช้ เพียงแต่การกำหนดอัตราค่าปรับในแต่ละประเทศนั้นย่อมจะมีความแตกต่างกันออกไปซึ่งพิจารณาตามความเหมาะสมของสภาพสังคมและเศรษฐกิจของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

ระบบวันปรับเป็นระบบการลงโทษปรับโดยพิจารณาถึงรายได้ของผู้กระทำความผิดประกอบกับความร้ายแรงของความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น เป็นระบบการลงโทษปรับที่สร้างเกณฑ์มาตรฐานที่จะกำหนดจำนวนวันและกำหนดจำนวนค่าปรับเป็นเกณฑ์เดียวกันและใกล้เคียงกันเพื่อใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคน โดยคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละบุคคล (Individualization) หรือผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลเป็นเกณฑ์สำคัญ จึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบการลงโทษปรับตามวันและรายได้เป็นระบบการลงโทษปรับที่มีความยุติธรรมทั้งต่อสังคมและต่อผู้กระทำความผิดแต่ละคน และมีประสิทธิภาพมากกว่าระบบการลงโทษปรับแบบอื่น ๆ (สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2551 : 21)

ประเทศสหรัฐอเมริกา การบังคับใช้โทษของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้กฎหมายสหรัฐ คือ United States Code Title 18 ในส่วนของ Sentence ในมาตรา 3571 (b) ในส่วนของการบังคับใช้โทษปรับนั้น ศาลสามารถกำหนดโทษปรับได้ดังนี้

(1) กรณีบุคคล

บุคคลซึ่งถูกตัดสินว่ากระทำความผิดอาจถูกศาลลงโทษให้ชำระค่าปรับได้ไม่เกิน

จำนวนดังต่อไปนี้

- (1) ไม่เกินจำนวนที่ระบุไว้ในกฎหมายสำหรับความผิดนั้น
- (2) ไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้สำหรับการปรับแบบทางเลือก
- (3) กรณีความผิดอาญาโทษรุนแรงมาก (felony) ไม่เกิน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (4) กรณีความผิดอาญาโทษรุนแรงปานกลาง (misdemeanor) ที่ก่อให้เกิดการเสียชีวิตไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (5) กรณีความผิด misdemeanor Class A ที่ไม่ก่อให้เกิดการเสียชีวิต ไม่เกินกว่า 100,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (6) กรณีความผิด misdemeanor Class B หรือ C ที่ไม่ก่อให้เกิดการเสียชีวิต ไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (7) กรณีความผิดอันเกิดจากการละเมิด ไม่เกินกว่า 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ

(2) กรณีองค์การ

องค์การซึ่งถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิด อาจถูกศาลลงโทษให้ชำระค่าปรับไม่

เกินจำนวนดังต่อไปนี้

- (1) ไม่เกินจำนวนที่ระบุไว้ในกฎหมายสำหรับความผิดนั้น
- (2) ไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้สำหรับการปรับแบบทางเลือก
- (3) กรณีความผิดอาญาโทษรุนแรงมาก (felony) ไม่เกินกว่า 500,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (4) กรณีความผิดอาญาโทษรุนแรงปานกลาง (misdemeanor) ที่ก่อให้เกิดการเสียชีวิต ไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (5) กรณีความผิด misdemeanor Class B หรือ C ที่ไม่ก่อให้เกิดการเสียชีวิต ไม่เกินกว่า 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ
- (6) กรณีความผิด misdemeanor Class B หรือ C ที่ไม่ก่อให้เกิดการเสียชีวิต ไม่เกินกว่า 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ

(7) กรณีความผิดอันเกิดจากการละเมิด ไม่เกินกว่า 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ

การลงโทษปรับดังกล่าว หากกฎหมายที่กำหนดความผิดมิได้ระบุอัตราค่าปรับไว้ หรือระบุอัตราค่าปรับไว้ต่ำกว่าบทบัญญัติตามกฎหมายนี้ ก็ให้ศาลบังคับชำระค่าปรับได้ไม่เกิน จำนวนที่ระบุไว้ในกฎหมายนั้น (18 U.S.C. 3571 (e)) เห็นได้ว่าการกำหนดอัตราค่าปรับดังกล่าวมี ลักษณะเป็นการกำหนดโทษปรับแบบตายตัว (Fixed Sum System) ซึ่งศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันด้วยระบบพิกัดอัตรา โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณากำหนดค่าปรับที่จะ บังคับเอาอีกจำนวน ระยะเวลาการชำระ และวิธีการชำระ แต่ทั้งนี้ศาลจะต้องพิจารณาภายใต้ปัจจัย ต่างๆ ดังต่อไปนี้

- 1) รายได้ ความสามารถในการหารายได้ และแหล่งเงินได้ของจำเลย
- 2) ภาระที่เกิดจากค่าปรับที่มีต่อจำเลย บุคคลซึ่งต้องพึ่งพาจำเลยด้าน การเงิน หรือบุคคลอื่นใด (รวมทั้งรัฐ) ที่ต้องรับผิดชอบต่อสวัสดิการ ของบุคคลซึ่งต้องพึ่งพาจำเลยด้านการเงิน รวมทั้งภาระที่เกิดจากการ ลงโทษที่เป็นทางเลือกอื่น
- 3) การสูญเสียทางการเงินที่เกิดจากผู้อื่นอันเนื่องมาจากความผิดนั้น
- 4) มีการออกคำสั่งให้คืนทรัพย์สิน หรือมีการคืนทรัพย์สินหรือไม่ รวมทั้ง จำนวนทรัพย์สินที่คืนด้วย
- 5) ความจำเป็นในการยึดคืนทรัพย์สินที่จำเลยได้มาจากการกระทำ ความผิดนั้น
- 6) ค่าใช้จ่ายที่คาดว่าจะต้องเสียไป (พิจารณาประกอบกับการลงโทษ จำคุก การปล่อยตัวและการคุมประพฤติ)
- 7) จำเลยสามารถผลักภาระเรื่องค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้บริโภคนหรือบุคคลอื่น ใดได้หรือไม่
- 8) หากจำเลยเป็นองค์การต้องพิจารณาถึงขนาดขององค์การและ มาตรการที่ออกโดยองค์การเพื่อลงโทษทางวินัยต่อเจ้าหน้าที่ กรรมการลูกจ้าง หรือตัวแทนขององค์การที่รับผิดชอบต่อความผิด นั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นขึ้นอีก

การลงโทษปรับศาลจะต้องกำหนดค่าปรับให้เหมาะสมโดยไม่ทำลาย

ความสามารถในการคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้เสียหายของจำเลย (18 U.S.C. 3572 (b)) และคำพิพากษา ลงโทษปรับให้ถือว่าเป็นที่สุด (18 U.S.C. 3572 (c)) โดยจำเลยผู้ต้องโทษจะต้องทำการชำระค่าปรับ ภายใน 30 วันนับจากมีคำพิพากษาศาล (18 U.S.C. 3752 (h))

จะเห็นได้ว่าการบังคับใช้โทษปรับของประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นใช้ระบบพิกัดอัตรา หรือระบบการลงโทษปรับแบบตายตัว (Fixed Sum System) ซึ่งระบบดังกล่าวมีข้อจำกัดหลายประการที่เป็นแนวคิดไปสู่การแก้ไขปรับปรุงเรื่องโทษปรับ โดยเชื่อมโยงไปสู่การพัฒนา รูปแบบหรือกลไกการบังคับใช้โทษปรับที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานทางเศรษฐกิจและความสามารถในการจ่ายค่าปรับของผู้กระทำความผิด หรือที่เรียกว่า ระบบวันปรับ (Day Fine System) ข้อจำกัดดังกล่าวคือ

ประการแรก ระบบโทษปรับแบบตายตัวก่อให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้ระหว่างผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกับกลุ่มที่ค่อนข้างยากจน เมื่อมีการลงโทษปรับในอัตราเดียวกันในฐานะความผิดเดียวกัน ประกอบกับความไม่เท่าเทียมกันในการลงโทษปรับ ซึ่งมีผลกระทบต่อกลุ่มผู้กระทำความผิดดังกล่าว ทำให้หลักสำคัญของการลงโทษกับทรัพย์สินผู้กระทำความผิดบิดเบือนไป

ประการที่สอง ผู้พิพากษามักจะไม่นำโทษปรับมาใช้ในการตัดสินคดีที่จำเลยมีฐานะยากจน ไม่ว่าจะเป็เพราะตระหนักถึงความไม่เท่าเทียมกันหากจะใช้โทษดังกล่าว หรืออาจเป็นเพราะค่านึงถึงว่าผู้กระทำความผิดที่มีฐานะยากจนจะไม่สามารถชำระค่าปรับได้ก็ตาม (Judith Greene, 1990 : 2)

ประการสุดท้าย ความไม่ชัดเจนของนโยบายเรื่องการลงโทษปรับอันส่งผลต่อการปฏิบัติเนื่องจากพบว่าการบังคับใช้โทษปรับน้อยมากต่อผู้กระทำความผิดที่ยากจนในหลายๆ แห่งขณะเดียวกันก็ใช้โทษปรับต่อผู้กระทำความผิดคดีเล็ก ๆ น้อย ๆ เป็นวงกว้างซึ่งประสบผลสำเร็จในตอนแรกๆ เท่านั้น ต่อมาเมื่อมีการใช้โทษปรับอย่างแพร่หลายกับความผิดบางประเภท กลับต้องนำวิธีการลงโทษจำคุกแทนสำหรับบุคคลที่ผิดนัดชำระค่าปรับซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการบังคับใช้โทษปรับ ประกอบกับการลงโทษจำคุกนั้นได้ก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาอีก เช่น ปัญหาเรื่องนักโทษล้นเรือนจำและปัญหาผู้กระทำความผิดในคดีที่ไม่รุนแรงต้องถูกตัดออกจากสังคมและก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับอัตราโทษที่ไม่เหมาะสมเมื่อเวลาผ่านไป เพราะปรากฏว่าระบบพิกัดอัตราหรือระบบแบบตายตัวทำให้ไม่สามารถเพิ่มจำนวนค่าปรับให้สูงขึ้นได้ (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547 : 61-62)

จากข้อจำกัดดังกล่าว ทำให้สหรัฐอเมริกาพยายามหาทางแก้ไขปรับปรุงการใช้โทษปรับขึ้น โดยการพัฒนารูปแบบหรือกลไกที่เป็นปัจจัยสำคัญและมีความสัมพันธ์ต่อความสามารถในการชำระค่าปรับของผู้กระทำความผิด เนื่องจากประเทศในกลุ่มยุโรปได้ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้โทษปรับ (สมยศ วัฒนภิรมย์, 2536: 81) โดยในบางมตรัฐเริ่มที่จะมีการทดลองโดยใช้ระบบวันปรับ หรือ day - fines ได้แก่ มลรัฐนิวยอร์กและมลรัฐวิสคอนซิน ซึ่งมีการ

วิจัยประเมินผลพบว่า ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์หลังใช้ระบบใหม่ 70 % ของผู้ถูกลงโทษปรับจะชำระค่าปรับเต็มจำนวนซึ่งทำให้เก็บค่าปรับได้สูงกว่าเดิม แต่สำหรับในมลรัฐวิสคอนซินนั้นพบว่าระบบ day-fines ทำให้รายได้ของรัฐลดลง (Paul F. Cromwell and Rolando v. del Carmen, 1999 : 280-281)

สหราชอาณาจักรกำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutory offences) มีกฎหมายบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ เช่น the Criminal Act 1967 the Criminal law Act 1977, the Abortion Act 1967, the Crime and Disorder Act 1998, Offences Against the Person Act 1986, Theft Act 1968 และ Theft Act 1978, Sexual Offences Act , 1956, 1967, 1985, 2003, Terrorism Act 2002, Terrorism Act 2006, Anti-Terrorism , Crime and Security Act 2001, เป็นต้น และความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษอีกหลายฉบับ เช่น Firearms Act 1968, Drug Trafficking Act 1994, Obscene Publications Act 1959, War Crime Act, 1991, Football Offence Act 1991 , Police and Criminal Evidence Act 1984 เป็นต้น ซึ่งความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้กำหนดโทษไว้ บางฐานความผิดเป็นการกำหนดโทษไว้ตายตัว บางฐานความผิดกำหนดอัตราโทษขั้นสูง และบางความผิดกำหนดโทษที่ให้ศาลขึ้นดำไว้แต่ส่วนใหญ่เป็นการกำหนดอัตราโทษขั้นสูง เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เรียกว่ากระบวนการกำหนดโทษ (sentencing process) ที่ศาลจะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดและสภาพของผู้กระทำความผิด โดยคำนึงถึงเป้าหมายในการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ดังนั้น กฎหมายสหราชอาณาจักรจึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของศาล และอำนาจศาลที่จะกำหนดโทษในแต่ละประเภทความผิดไว้ เพื่อให้ศาลใช้เป็นหลักเกณฑ์การกำหนดโทษ กฎหมายเหล่านี้ ได้แก่ Crime (Sentences) Act 1997, Criminal Justice Act 1967, Criminal Justice Act 1991 และฉบับปัจจุบัน Criminal Justice Act 2003 , Magistrates Court Act 1980, Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, Children and Young Person Act 1933, 1969 , Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 เป็นต้น

การบังคับใช้โทษปรับในสหราชอาณาจักร ศาลสามารถลงโทษปรับได้กับการกระทำความผิดทุกสถาน โดยระบบการลงโทษปรับของสหราชอาณาจักรในปัจจุบันได้พัฒนามาใช้ระบบการปรับเป็นหน่วย (Units – fine system) ใช้ครั้งแรกใน The Criminal Justice Act 1991 ซึ่งเป็นระบบที่มีรากฐานมาจากแนวความคิดที่ว่า ผู้ที่มีฐานะทางการเงินดีสมควรจะต้องจ่ายค่าปรับมากกว่าผู้ที่มีฐานะทางการเงินต่ำ ในความผิดอย่างเดียวกันและในระบบเดียวกัน โดยระบบปรับเป็นหน่วยนี้ ศาลแยกความผิดออกเป็น 10 ระดับ โดยแต่ละระดับจะมีอัตราค่าปรับที่เพิ่มขึ้นแบบ

ทวีคูณ โดยการคำนวณจากรายได้ที่ผู้กระทำความผิดต้องสูญเสียไปในแต่ละสัปดาห์ (Gary Slapper & David Kelly, 1995 : 76) จากหลักเกณฑ์นี้เองทำให้ผู้กระทำความผิดที่มีรายได้น้อยจะเสียค่าปรับในอัตราที่ต่ำลงตามส่วน และทำให้การบังคับชำระค่าปรับทำได้อย่างสมเหตุสมผลด้วย ทั้งนี้การบังคับใช้โทษปรับย่อมขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลด้วย โดยศาลจะต้องพิจารณาถึงรายได้ที่แท้จริงของผู้กระทำความผิด และศาลมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลทางการเงินและข้อมูลทางบัญชี รวมทั้งรายได้ของผู้กระทำความผิดเพื่อความแม่นยำในการกำหนดค่าปรับ และในการประมาณรายได้เพื่อกำหนดค่าปรับของผู้กระทำความผิดแต่ละราย ศาลต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงของรายได้ในช่วงเวลาที่เขาต้องจ่ายค่าปรับประกอบกันด้วย แต่ทั้งนี้ไม่ควรเกิน 12 เดือน

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งในการบังคับใช้โทษปรับของสหราชอาณาจักรคือ การใช้ดุลพินิจของศาล นอกจากจะต้องคำนึงถึงรายได้ที่แท้จริงแล้วจะต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมแห่งข้อหาและประวัติของผู้กระทำความผิดประกอบกันด้วย และที่สำคัญที่สุดศาลจะต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดสามารถชำระค่าปรับได้หรือไม่ประกอบกันเสมอ โดยก่อนการกำหนดจำนวนค่าปรับตามโทษปรับให้แก่บุคคลธรรมดาใด ๆ ศาลจะต้องตรวจสอบฐานะทางการเงินของบุคคลนั้น ซึ่งจำนวนค่าปรับที่กำหนดนั้นศาลจะต้องพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมกับความรุนแรงของความคิดนั้นและยังต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ใด ๆ ในคดี ซึ่งรวมถึงฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดเท่าที่ทราบกันโดยทั่วไป หรือที่ปรากฏต่อศาลในกรณีที่ผู้กระทำความผิดถูกพิพากษาลงโทษโดยมิได้มาปรากฏตัวต่อหน้าศาล หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดปลอมฐานะทางการเงินหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้แสดงฐานะทางการเงิน หรือไม่ให้ความร่วมมือในการตรวจสอบฐานะทางการเงิน และศาลได้พิจารณาเห็นว่าข้อมูลที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะกำหนดฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด ศาลอาจกำหนดให้ได้ตามที่เห็นสมควร แต่อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่ศาลกำหนดจำนวนค่าปรับตามที่ศาลเห็นสมควรให้แล้ว และในการตรวจสอบฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดในภายหลังนั้น หากศาลพอใจผลของการตรวจสอบนั้น ศาลอาจมีคำสั่งให้ปรับลดจำนวนค่าปรับลง หรือจะไม่กำหนดค่าปรับเลยก็ได้ โดยต้องกำหนดไว้ในคำพิพากษา ในกรณีที่มีการปรับลดค่าปรับทั้งหมดหรือบางส่วนลง ภายหลังจากที่มีการกำหนดระยะเวลาลงโทษจำคุกไว้แล้ว ศาลจะต้องลดระยะเวลาจำคุกลงให้สอดคล้องและได้สัดส่วนกับค่าปรับด้วย (อภีรัตน์ เพ็ชรศิริ และคณะ, 2554 : 65)

บทบัญญัติของ The Power of CRIMINAL Courts Act 1973 แก้ไขเพิ่มเติมโดย The Criminal Justice Act 1988 Section 35 ได้ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งในกรณีที่เห็นสมควรว่าควรลดโทษปรับแก่บุคคลนั้นเนื่องจากเป็นผู้ขาดความสามารถในการชำระค่าปรับ คำสั่งดังกล่าวได้แก่ คำสั่งให้บริการสังคม คำสั่งให้คุมประพฤติ คำสั่งให้ปล่อยตัวโดยกำหนดเงื่อนไขหรือไม่ก็ได้

ได้ คำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น (Gary Slapper & David Kelly, 1995 : 10) หรือ The Magistrates Courts Act 1980 แก้ไขเพิ่มเติมโดย The Criminal Justice Act 1988 Art. 82 ได้บัญญัติให้ศาลสามารถออกคำสั่งส่งตัวผู้กระทำความผิดที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี เข้าไปในสถานพินิจแทนการลงโทษปรับได้ (เป็นมาตรการคุมประพฤติอย่างหนึ่ง) (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547 : 70)

หลักการชำระค่าปรับ ศาลจะกำหนดเวลาให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสชำระค่าปรับภายในระยะเวลาอันสมควร หรืออาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดผ่อนชำระค่าปรับเป็นงวดๆ ได้ ในการกำหนดค่าปรับนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงความสามารถทางการเงินของผู้กระทำความผิดที่จะชำระค่าปรับด้วย สำหรับคดีที่พิจารณาแบบ Indictment ศาลมีอำนาจกำหนดค่าปรับได้ โดยไม่มีจำนวนจำกัด ส่วนการพิจารณาแบบ summary ศาลจะกำหนดค่าปรับได้ตามตารางมาตรฐานที่มีอยู่ 5 ระดับ และโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 5,000 ปอนด์ (สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2549 : 74) และหากเป็นกรณีผิดนัดชำระค่าปรับ ศาลก็มีอำนาจในการลงโทษจำคุกแทนค่าปรับได้ ทั้งนี้ตาม The Power of Criminal Courts Act 1973 แก้ไขเพิ่มเติมโดย The Criminal Justice Act 1988

ประเทศเยอรมนี การบังคับใช้โทษปรับได้เลือกใช้ระบบวันปรับ (Day Fine) ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา 40 โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้<sup>9</sup>

- (1) ค่าปรับต้องถูกกำหนดอัตราเป็นรายวัน โดยต่ำกว่า 5 วัน หากกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นและไม่เกินกว่า 360 วัน
- (2) ศาลพิจารณาอัตราค่าปรับในแต่ละวันโดยคำนึงถึงสภาพส่วนตัวและสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด ในการกระทำดังกล่าวศาลจะใช้รายได้เฉลี่ยสุทธิซึ่ง

<sup>9</sup> Section 40 Imposition in Daily Rates

- (1) A fine shall be imposed in daily rates. It shall amount to at least five and, if the law does not provide otherwise, at most three hundred and sixty full daily rates.
- (2) The court determines the amount of the daily rate, taking into consideration the personal and financial circumstances of the perpetrator. In doing so, it takes as a rule the average net income which the perpetrator has, or could have, in one day as its starting point. A daily rate shall be fixed at a minimum of two and a maximum of ten thousand German marks.
- (3) In determining the daily rate the income of the perpetrator, his assets and other bases may be estimated.
- (4) The number and amount of the daily rates shall be indicated in the decision.

ผู้กระทำความผิดได้รับหรืออาจได้รับในหนึ่งวันเป็นจุดเริ่มต้น อัตรารายวันจะต้องถูกกำหนดไว้ที่  
ไม่ต่ำกว่า 2 มาร์คเยอรมนี และไม่เกินกว่า 10,000 มาร์คเยอรมนี

(3) ในการพิจารณาอัตรารายวัน อาจนำรายได้ สินทรัพย์และอื่น ๆ ของ

ผู้กระทำความผิดมาประเมินด้วยก็ได้

(4) จำนวนอัตรารายวันต้องถูกระบุไว้ในคำตัดสิน

การกำหนดอัตราค่าปรับรายวัน ศาลจะต้องกำหนดให้มีความเหมาะสมกับรายได้

โดยการกำหนดปริมาณวันปรับนั้นต้องนำมาพิจารณาประกอบกับลักษณะความหนักเบาของการ

กระทำที่เป็นความผิด ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาความหนักเบาของการกระทำนั้นได้จากแรงจูงใจในการ

กระทำความผิด วิธีการที่ใช้สำหรับกระทำความผิด ตลอดจนสภาพแวดล้อมที่มีผลทำให้การกระทำ

ความผิดนั้นรุนแรงขึ้นหรือลดลงประกอบกัน นอกจากนั้นศาลยังต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนด

อัตราค่าปรับต่อวัน ซึ่งศาลจะกำหนดค่าปรับต่อวันให้มีความเหมาะสมกับรายได้เฉลี่ยสุทธิต่อวัน

ของผู้กระทำความผิด โดยคำนึงถึงสภาพและฐานะทางการเงินของผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ โดยการ

กำหนดค่าปรับนั้นไม่ควรมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดหรือครอบครัวต้องขาดรายได้ขั้นต่ำในการ

ดำรงชีพประจำวัน ทั้งนี้การคำนวณค่าปรับนั้นสามารถคิดอัตราค่าปรับจากรายได้ของผู้กระทำ

ความผิดรายได้ดังกล่าวได้แก่ เงินเดือน เงินปันผล ดอกเบี้ย เงินบำนาญ และเงินอุดหนุนจากรัฐบาล

เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดสัมฤทธิ์ผลในการลงโทษอย่างแท้จริง กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้กระทำ

ความผิดสามารถขอหักค่าใช้จ่ายที่จำเป็นออกจากรายได้สุทธิที่จะนำไปใช้คำนวณปริมาณค่าปรับ

เพื่อเป็นการลดจำนวนค่าปรับลง โดยค่าใช้จ่ายที่จำเป็นได้แก่เงินภาษี เบี้ยประกัน ค่าใช้จ่ายของ

บริษัท รวมทั้งผลการดำเนินการที่ขาดทุน เป็นต้น ดังนั้นการคิดอัตราค่าปรับจึงต้องอาศัยข้อมูล

ทางการเงินหรือรายได้ของผู้กระทำความผิดมาเป็นฐานในการคำนวณโดยศาลอาจขอให้พนักงาน

อัยการรายงานเกี่ยวกับอาชีพ วุฒิการศึกษา และสถานที่พักอาศัยของผู้กระทำความผิด เพื่อที่ศาลจะ

ได้นำข้อมูลเหล่านี้มาประกอบการพิจารณาว่ารายได้ที่นำมาแสดงต่อศาลนั้นสอดคล้องกับความเป็น

จริงหรือไม่ และศาลยังมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาในการชำระค่าปรับได้

ถ้าผู้กระทำความผิดไม่สามารถชำระค่าปรับได้ทันที ทั้งนี้ต้องเป็นเนื่องจากประวัติส่วนตัวและ

สถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด หรือศาลอาจกำหนดให้ชำระค่าปรับเป็นงวดๆได้ และศาล

ก็มีอำนาจที่จะเพิกถอนสิทธิในการชำระค่าปรับเป็นรายงวดนั้น หากผู้กระทำความผิดดีขึ้น

ชำระค่าปรับรายงวดได้ตรงเวลา<sup>10</sup> หรือปรากฏต่อมาว่าฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดดีขึ้น

<sup>10</sup> Section 42 Facilitation of Payment

If the convicted person, due to his personal or financial circumstances, cannot be expected to pay the fine immediately, the court shall grant him a payment deadline or allow him

นอกจากนี้ภายใต้กฎหมายนี้ ศาลอาจมีคำพิพากษาให้ลงโทษปรับประกอบกับการจำคุกก็ได้ หากเห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่อาจชำระค่าปรับได้ แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประวัติส่วนตัวและสถานการณ์ทางการเงินของผู้กระทำความผิด (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547 : 78-79) และสำหรับการกำหนดปริมาณวันปรับซึ่งจะควบคู่ไปกับการกำหนดอัตราค่าปรับรายวันศาลพิจารณาจากลักษณะความหนักเบาของการกระทำความผิด โดยคำนึงถึงแรงจูงใจในการกระทำความผิด วิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิด ตลอดจนสภาพแวดล้อมที่มีผลทำให้การกระทำความผิดนั้นรุนแรงขึ้นหรือลดลงประกอบกัน

สำหรับการบังคับโทษปรับในประเทศฝรั่งเศส อัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีความสัมพันธ์กับการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาไว้อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) โดยแบ่งประเภทความผิดออกเป็นกลุ่ม 3 กลุ่มใหญ่ด้วยกัน ต่างกับระบบการแบ่งประเภทความผิดของประเทศส่วนใหญ่ที่แบ่งประเภทความผิดแบบทวิภาค (Bipartite Classification) ประเภทความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งออกเป็นไตรภาค มีดังนี้

1) ความผิดอุกฤษฎ์โทษ (les crimes) เป็นความผิดที่มีโทษจำคุก 5 ระดับ ได้แก่ โทษจำคุกตลอดชีวิต โทษจำคุกสามสิบปี โทษจำคุกยี่สิบปี โทษจำคุกสิบห้าปีและ โทษจำคุกสิบปี

2) ความผิดมัชฌิมโทษ (les délits) เป็นความผิดที่มีโทษจำคุก 8 ระดับ ได้แก่ โทษจำคุกสิบปี โทษจำคุกเจ็ดปี โทษจำคุกห้าปี โทษจำคุกสามปี โทษจำคุกสองปี โทษจำคุกหนึ่งปี โทษจำคุกหกเดือน โทษจำคุกสองเดือน

3) ความผิดลหุโทษ (les contraventions) เป็นความผิดที่กำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมีวินัยของส่วนรวม เป็นความผิดที่เกิดจากความไม่สนใจข้อห้ามของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองและประชาชน เป็นความผิดที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่จะละเมิดกฎหมายอาญาและไม่ใช่เรื่องความประมาทเลินเล่อ โดยความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะไม่มีโทษจำคุก

หากพิจารณาการลำดับชั้นโทษจำคุกในความผิดอุกฤษฎ์โทษและมัชฌิมโทษประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่ามีอยู่รวมสิบสองชั้นด้วยกัน เนื่องจากมีลำดับชั้นโทษจำคุกที่กำหนดเวลาหนึ่งชั้นที่ทับซ้อนกันอยู่ระหว่างความผิดอุกฤษฎ์โทษและมัชฌิมโทษคือ โทษ

to pay in specified instalments. The court may also order that the privilege of paying the fine in fixed instalments be withdrawn if the convicted person fails to pay an instalment in time.

จำคุกสิบปี เป็นความผิดที่เรียกในคำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศสว่า ความผิดอุกฤษฏ์โทษ-มัจฉิมโทษ (Crime-Délits) ถือเป็นความผิดร้ายแรงและใช้วิธีดำเนินการไต่สวนและมีกระบวนการพิจารณาคดีแบบเดียวกับความผิดมหันตโทษ กล่าวคือ มีผู้พิพากษาไต่สวน (Juge d'instruction) เข้ามาเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ไต่สวนและรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดก่อนที่จะทำความเห็นส่งคดีต่อไป (สำนักงานกิจการยุติธรรม , 2549 :268)

คุณลักษณะของการแบ่งประเภทความผิดอาญาในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส นอกจากจะทำให้สามารถจัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้วยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลการแบ่งกลุ่มประเภทความผิดแบบไตรภาคดังกล่าว ทำให้สามารถทราบทันทีที่คู่อตราโทษสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งว่า ความผิดฐานนั้นจะจัดอยู่ในกลุ่มประเภทความผิดอุกฤษฏ์โทษ มัจฉิมโทษ หรือลหุโทษ และสามารถทราบได้ทันทีว่าการดำเนินคดีนั้น มีกระบวนการดำเนินคดีอย่างไร

ประเภทของโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดมัจฉิมโทษนั้นบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 มาตรา 131-3 ซึ่งจัดลำดับประเภทของโทษที่จะลงแก่บุคคลธรรมดาไว้ดังนี้ (สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2549 : 147-148)

- (1) โทษจำคุก (L'emprisonnement)
  - (2) โทษปรับ (L'amende)
  - (3) โทษปรับรายวัน (Le jour-amende)
  - (4) โทษการทำงานบริการสาธารณะ (Le travail d'intérêt général) 213
  - (5) โทษห้ามหรือจำกัดสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-6
  - (6) โทษเสริมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-10
- โดยโทษที่กำหนดไว้ใน (3) (4) (5) ถือเป็นโทษทางเลือกสำหรับความผิด

มัจฉิมโทษ (Les peines correctionnelles alternatives)

โทษทางเลือกเกิดขึ้นมาตั้งแต่ครั้งที่มีการออกรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1975 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้โทษประเภทนี้ในการลงโทษแทนโทษจำคุกระยะสั้น โทษทางเลือกจึงเป็นโทษที่มีรูปแบบพิเศษจากโทษหลักอันเป็นโทษดั้งเดิมทั่วไป รูปแบบของโทษประเภทนี้คือ การห้ามหรือการจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของผู้กระทำความผิด ต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1983 ได้มีการบัญญัติประเภทของโทษทางเลือกให้สมบูรณ์โดยแก้ไขเพิ่มเติมโทษใหม่ๆ เข้าไปอีก คือ การทำงานบริการสาธารณะและโทษปรับรายวัน

โทษปรับรายวัน (Le jour-amende) นับเป็นโทษที่มีการใช้ในประเทศเยอรมนี ก่อนที่ประเทศฝรั่งเศสจะนำมาใช้ (V.GREBING, 1980 : 303) หลังจากที่ได้มีการศึกษาข้อดีและข้อเสียเกี่ยวกับการใช้โทษดังกล่าวแล้ว ได้มีการนำโทษปรับรายวันมาใช้ในกฎหมายฝรั่งเศสโดยรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1983 ในขณะที่วัตถุประสงค์ของการใช้โทษปรับรายวันมีไว้เพื่อเป็นโทษที่ใช้แทนที่โทษจำคุก จึงมีผลเท่ากับว่าเมื่อศาลจะพิพากษาลงโทษปรับรายวันแล้ว ศาลไม่สามารถลงโทษจำคุกและโทษปรับธรรมดาได้ อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการสัญจรทางหลวงฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 ได้กำหนดให้โทษปรับรายวันเป็นโทษเสริมสำหรับความผิดที่บัญญัติไว้ประมวลกฎหมายทางหลวง (Code de la Route)

ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้โทษปรับรายวันใหม่ โทษปรับรายวันได้กลายเป็นโทษเสริมทั่วไป (une peine complementaire general) และโทษที่สามารถใช้แทนที่โทษปรับ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-5 และ 131-25 กล่าวคือ ตามหนังสือเวียนว่าด้วยแนวทางการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา (la circulaire d'appli-cation du Code, p.44) ให้อนุญาตให้ผู้พิพากษาสามารถลงโทษจำคุกและโทษปรับรายวันพร้อมกันได้ ทำให้โทษปรับรายวันมีฐานะเป็นโทษหลักทั่วไป (une peine principale general) ในกรณีดังกล่าว และไม่มีฐานะเป็นโทษแทนที่โทษจำคุกอีกต่อไป (ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-5)

ลักษณะของโทษปรับรายวันเป็นโทษปรับที่ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดจำนวนค่าปรับในแต่ละวัน โดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจและภาระความรับผิดชอบของจำเลย ซึ่งจะต้องไม่เกิน 300 ยูโรต่อหนึ่งวันและการกำหนดจำนวนวันที่จะต้องรับโทษปรับรายวันนั้นจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งการกระทำความผิด แต่ต้องไม่เกิน 360 วัน (ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-5) ตัวอย่างเช่น จำเลยถูกลงโทษปรับรายวัน 30 ยูโรต่อหนึ่งวัน เป็นระยะเวลา 100 วัน เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้จำนวนเงินทั้งหมดที่จำเลยต้องจ่ายจะเป็นเงินรวม 3,000 ยูโร อย่างไรก็ตาม จำนวนเงินค่าปรับทั้งหมดที่กำหนดไว้สำหรับโทษปรับรายวันจะต้องไม่เกินจำนวนเงินสูงสุดของค่าปรับต่อวันคือ 300 ยูโรคูณด้วยจำนวนวันสูงสุดของโทษปรับรายวัน คือ 360 วัน (300 x 360) เท่ากับ 108,000 ยูโร คิดเป็นเงินไทยประมาณ (108,000 x 50) = 5,400,000 บาท ประโยชน์ของโทษปรับรายวันก็เพื่อให้ศาลสามารถกำหนดจำนวนเงินของค่าปรับให้สอดคล้องกับสถานะทางเศรษฐกิจของจำเลย (อุทัย อาทิวา, 2557 : 24-25)

จากการวิเคราะห์ระบบการลงโทษและการกำหนดโทษปรับของประเทศดังกล่าวข้างต้นพบว่า แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรจะไม่ได้ใช้ระบบวันปรับ (Day Fine System) ในลักษณะแบบเดียวกับประเทศในทวีปยุโรป แต่ระบบการบังคับโทษปรับของทั้งสอง

ประเทศนั้นก็มีลักษณะที่เป็นระบบการกำหนดโทษปรับไว้อย่างสัมพัทธ์ (relative) คือเป็นการกำหนดกรอบของโทษปรับไว้ เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดอัตราค่าปรับภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การกำหนดขั้นสูงแต่ไม่กำหนดขั้นต่ำ หรือการกำหนดขั้นต่ำแต่ไม่กำหนดขั้นสูง ตลอดจนกำหนดทั้งขั้นสูงและขั้นต่ำก็ได้ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้โทษปรับแบบระบบพิกัตอัตรา หรือระบบการลงโทษปรับแบบตายตัว (Fixed Sum System) ที่ศาลจะเป็นผู้พิจารณากำหนดค่าปรับภายใต้ปัจจัยหลายประการ อาทิ รายได้ ความสามารถในการหารายได้ และแหล่งเงินได้ของจำเลย ความสูญเสียทางการเงินที่เกิดจากผู้อื่นอันเนื่องมาจากความผิดนั้น และการลงโทษปรับศาลจะต้องกำหนดค่าปรับให้เหมาะสมโดยไม่ทำลายความสามารถในการคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้เสียหายของจำเลยด้วย และสหราชอาณาจักรใช้ระบบการปรับเป็นหน่วย (Units - Fine System) โดยผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีจะต้องจ่ายค่าปรับมากกว่าผู้ที่มีฐานะยากจนในความผิดอย่างเดียวกัน ทำให้การปรับเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล ทั้งนี้เป็นไปตามดุลพินิจของศาล โดยจะต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิด สามารถชำระค่าปรับได้หรือไม่ประกอบกันเสมอ ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีมีการบังคับโทษปรับแบบระบบวันปรับ (Day Fine System) เป็นระบบการลงโทษปรับที่ไม่กำหนดแน่นอนตายตัว เช่น การกำหนดโทษปรับ แต่ไม่ระบุอัตราโทษไว้ว่าปรับเท่าใด โดยอัตราค่าปรับจะกำหนดจากปัจจัย 2 ประการ ได้แก่ ปริมาณเงินซึ่งจะแปรตามสภาพเศรษฐกิจของผู้ต้องโทษปรับ โดยคิดคำนวณจากรายได้ต่อวันของผู้ต้องโทษแต่ละรายและปริมาณวันปรับซึ่งกำหนดตามความหนักเบาของความผิดที่ได้กระทำ ทั้งนี้การบังคับโทษปรับแบบระบบวันปรับทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีต่างมีความมุ่งหมายเดียวกันคือ การแก้ปัญหาการจำคุกกระยะสั้นอันเนื่องมาจากการคิดนัดชำระค่าปรับ ซึ่งมีประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนี มีการลดการลงโทษจำคุกลงเป็นอย่างมากและหันมาใช้การลงโทษปรับแบบระบบวันปรับแทน ซึ่งผลสัมฤทธิ์จากการบังคับใช้โทษปรับแบบระบบวันปรับของทั้ง 2 ประเทศนั้น พบว่าผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษจำคุก จึงการลงโทษปรับจะหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำน้อยกว่าผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษจำคุก จึงเห็นได้ว่าการบังคับใช้โทษปรับแบบระบบวันปรับสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการป้องปรามอาชญากรรมได้เป็นอย่างดี

### 3.1.2 การริบทรัพย์สินตามมูลค่า (Value Confiscation)

การริบทรัพย์สินตามมูลค่า หมายถึง ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดแล้วและสั่งให้มีการริบทรัพย์สินจำเลย แต่ต่อมาหากทรัพย์สินเปลี่ยนสภาพไปเป็นอย่างอื่น ศาลสามารถสั่งให้จำเลยจ่ายเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สินที่ศาลสั่งริบได้ (ปกป้อง ศรีสนิท , กฎหมายอาญาชั้นสูง, 2559 : 213)

หลักการริบทรัพย์สินตามมูลค่าดังกล่าวเป็นหลักการสากลสำคัญดังที่ปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ ได้แก่

- อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 (United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดปัญหาการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ตลอดจนเพื่อแก้ไขปัญหาค่าความต้องการที่ผิดกฎหมายที่มีต่อยาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท และเป็นการตัดทอนผลตอบแทนอันเกิดจากการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท โดยได้กำหนดให้มีการสืบเสาะ ติดตาม อาชญากร คัดหรือริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการลักลอบค้ายาเสพติด ทั้งทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดโดยตรง และทรัพย์สินที่มีไข้ได้มาจากการกระทำความผิด รวมถึงการริบอุปกรณ์เทียบเท่า เนื่องจากมีการแปลงสภาพทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด รวมถึงการริบอุปกรณ์และเครื่องมือที่ใช้หรือเจตนาที่จะใช้ในการผลิตหรือการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ตามที่บัญญัติไว้ใน Article 5 (1) รัฐภาคแต่ละรัฐจะต้องรับเอามาตรการตามที่อาจจำเป็น เพื่อให้ภาคีสามารถริบทรัพย์สินดังต่อไปนี้

(a) ผลตอบแทนที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ตามข้อ 3

วรรค 1 หรือทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่าเท่าเทียมกับผลตอบแทนดังกล่าวนี้<sup>11</sup>

- อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดกรอบความร่วมมือให้ประเทศสมาชิกมีบทกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติให้มีเนื้อหาสาระและมาตรการสำคัญๆ ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อประโยชน์ในการให้ความร่วมมือในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอย่างมีประสิทธิภาพ อนุสัญญานี้จึงเป็นกรอบแห่งความร่วมมือทางกฎหมาย และเป็นการกำหนดมาตรฐานระดับสากล (Standard Setting) (ัชชม อรรถกัญญ์และคมกริช คุลยพิทักษ์, [http://www.oja.go.th/service/Lists/service/Attachments/82/oja\\_symposium\\_5](http://www.oja.go.th/service/Lists/service/Attachments/82/oja_symposium_5))

<sup>11</sup> United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988

Article 5. Confiscation

1. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to enable confiscation of:

(a) Proceeds derived from offences established in accordance with article 3, paragraph 1, or property the value of which corresponds to that of such proceeds; ...

\_G3\_room6\_3.pdf , 2559 : 3:1:6. ) เพื่อให้รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ นี้ ได้ร่วมกันปราบปรามการประกอบอาชญากรรมข้ามชาติที่มีเครือข่ายในลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม อนุสัญญาฯ มีข้อบทที่เกี่ยวข้องกับหลักการริบทรัพย์ตามมูลค่าใน Article 12 เรื่องการริบและยึดทรัพย์สิน รวมถึงความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน ที่กำหนดรัฐภาคีต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่สามารถริบทรัพย์ที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมตามอนุสัญญานี้ ทั้งนี้ ไม่ว่าทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นจะได้มีการเปลี่ยนรูปไปอย่างไร รัฐภาคีต้องมีมาตรการในการติดตามพิสูจน์การยกย้าย ถ้าย โอน การเปลี่ยนรูปตลอดจนหลักเกณฑ์ วิธีการคิดคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มานั้น อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ โดย (1) ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรับเอามาตรการดังกล่าวมาใช้ตามความจำเป็นภายในขอบเขตที่มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ตามระบบกฎหมายภายในของตน เพื่อให้สามารถริบทรัพย์สินต่อไปนี้

(a) ทรัพย์สินที่ได้จากการก่ออาชญากรรมที่ได้รับมาจากความผิดหรือทรัพย์สินที่มีมูลค่าเทียบได้กับทรัพย์สินดังกล่าว ...<sup>12</sup>

- อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการประสานความร่วมมือระหว่างกัน อันจะทำให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตทั้งระดับภายในประเทศและในระดับสากลเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปรากฏใน Article 31 การอายัด การยึด และการริบทรัพย์สิน 1) กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินการที่อาจจำเป็น ทั้งนี้ ภายในขอบเขตที่กว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ภายในระบบกฎหมายภายในของตน เพื่อให้สามารถมีทรัพย์สินต่อไปนี้

(a) ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้หรือทรัพย์สินอื่นซึ่งมีมูลค่าตรงกับมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดเช่นว่า ...<sup>13</sup>

<sup>12</sup> United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000 Article 12. Confiscation and seizure  
1. States Parties shall adopt, to the greatest extent possible within their domestic legal systems, such measures as may be necessary to enable confiscation of:  
(a) Proceeds of crime derived from offences covered by this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds ...

<sup>13</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 Article 31. Freezing, seizure and confiscation  
1. Each State Party shall take, to the greatest extent possible within its domestic legal system, such measures as may be necessary to enable confiscation of:

บทบัญญัติในข้อ 31 เป็นที่มาของการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต  
 ของไทย เพื่อนวัติการตามพันธกรณีอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล โดย  
 การกำหนดการริบทรัพย์สินในคดีทุจริตให้เป็นไปตามหลักการริบทรัพย์สินตามมูลค่า ตามที่ปรากฏใน  
 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 3) พ.ศ.  
 2558 มาตรา 123/8<sup>14</sup>

(a) Proceeds of crime derived from offences established in accordance with this  
 Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds; ...

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.  
 2542 มาตรา 123/8

“เมื่อความปรากฏแก่ศาลเอง หรือความปรากฏตามคำขอของโจทก์ว่าสิ่งทีศาลสั่ง  
 ริบตามมาตรา 123/6 (2) (3) หรือ (4) หรือมาตรา 123/7 เป็นสิ่งทีโดยสภาพไม่สามารถส่งมอบ  
 ได้ สูญหาย หรือไม่สามารถติดตามเอาคืนได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือได้มีการนำสิ่งนั้นไปรวมเข้ากับ  
 ทรัพย์สินอื่น หรือได้มีการจำหน่าย จ่าย โอนสิ่งนั้น หรือการติดตามเอาคืนจะกระทำได้โดยยากเกิน  
 สมควร หรือมีเหตุสมควรประการอื่น ศาลอาจกำหนดมูลค่าของสิ่งนั้น โดยคำนึงถึงราคาท้องตลาด  
 ของสิ่งนั้นในวันที่ศาลมีคำพิพากษาและสั่งให้ผู้ทีศาลสั่งให้ส่งสิ่งทีริบชำระเงินหรือสั่งให้ริบ  
 ทรัพย์สินอื่นของผู้กระทำความผิดตามมูลค่าดังกล่าวภายในเวลาที่ศาลกำหนด

การกำหนดมูลค่าของสิ่งทีศาลสั่งริบตามวรรคหนึ่ง ในกรณีทีมีการนำไปรวมเข้า  
 กับทรัพย์สินอื่นหรือการกำหนดมูลค่าของสิ่งนั้นในกรณีมูลค่าของทรัพย์สินทีได้มาแทนต่ำกว่าการ  
 นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ในวันที่มีการจำหน่าย จ่าย โอนสิ่งนั้น ให้ศาลกำหนดโดยคำนึงถึง  
 สัดส่วนของทรัพย์สินทีมีการรวมเข้าด้วยกันนั้น หรือมูลค่าของทรัพย์สินทีได้มาแทนสิ่งนั้น แล้วแต่  
 กรณี

ในการสั่งให้ผู้ทีศาลให้ส่งสิ่งทีริบชำระเงินตามวรรคสอง ศาลจะกำหนดให้ผู้นั้น  
 ชำระเงินทั้งหมดในคราวเดียว หรือจะให้ผ่อนชำระก็ได้ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและเป็นธรรม  
 แก่กรณี

ผู้ทีศาลสั่งให้ส่งสิ่งทีริบซึ่งไม่ชำระเงินหรือชำระไม่ครบถ้วนตามจำนวนและ  
 ภายในระยะเวลาทีศาลกำหนด ต้องเสียดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดตามอัตราทีกฎหมายกำหนด  
 ประกอบรัฐธรรมนูญนี้ แต่คำพิพากษายังไม่ถึงที่สุด ให้เลขาธิการมีอำนาจเก็บรักษาและจัดการ  
 ทรัพย์สินดังกล่าวจนกว่าคดีถึงที่สุด หรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ และวิธีการใน  
 การเก็บรักษาและจัดการทรัพย์สินให้เป็นไปตามระเบียบทีคณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด”

โดยหลักแล้วมาตรการริบทรัพย์สินตามมูลค่าเป็นคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระเงินเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด แต่มิได้มีการระบุให้ริบทรัพย์สินใด โดยเฉพาะ จึงไม่จำเป็นต้องมีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งคำสั่งริบทรัพย์สินที่จะตกเป็นของแผ่นดินในขณะที่ศาลมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินนั้น รัฐเพียงแต่มีสิทธิบังคับให้ผู้กระทำความผิดจ่ายเงินเป็นมูลค่าตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สินนั้น ดังนั้น คำสั่งให้ริบทรัพย์สินจะมีสภาพเหมือนกับโทษทางการเงินที่ลงกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น ในระบบนี้ พนักงานอัยการหรือโจทก์ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าทรัพย์สินที่ขอริบเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หน้าที่ของพนักงานอัยการหรือโจทก์มีเพียงแต่การนำเสนอพยานหลักฐานว่าผู้กระทำความผิดได้รับทรัพย์สินจากการกระทำความผิดเป็นมูลค่าเท่าใด เมื่อพิสูจน์ได้แล้ว ศาลก็จะมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินเป็นมูลค่าเท่านั้น หากผู้กระทำความผิดไม่ชำระตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สิน คำสั่งให้ริบทรัพย์สินนั้นจะสามารถใช้บังคับกับทรัพย์สินทุกชนิดของผู้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นจะได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือได้มาจากการกระทำความผิด

ข้อดีของระบบการริบทรัพย์สินแบบมูลค่าคือ ผู้กระทำความผิดไม่สามารถหลีกเลี่ยงการถูกริบทรัพย์สินได้เพียงแต่การชุกซ่อนหรือยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ทำให้เจ้าพนักงานไม่สามารถหาทรัพย์สินดังกล่าวได้ เนื่องจากการบังคับตามคำสั่งริบทรัพย์สินสามารถกระทำได้กับทรัพย์สินอื่น ๆ ของผู้กระทำความผิด อีกประการหนึ่งคือการบังคับตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สินจะบังคับเอากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงถึงที่มาว่าจะเป็นการกระทำความผิดหรือกิจการที่ชอบด้วยกฎหมาย โอกาสที่การบังคับตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สินจะกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอกจึงมีน้อยกว่าระบบการริบทรัพย์สินแบบเจาะจงตัวทรัพย์สิน กรณีจะต้องบังคับตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สินกับทรัพย์สินของบุคคลภายนอกก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินไม่เพียงพอชำระตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สิน เพราะหากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินเพียงพอชำระตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สิน การบังคับก็กระทำแต่เฉพาะกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องกระทำกับบุคคลภายนอก

ระบบการริบทรัพย์สินแบบมูลค่านี้นี้เป็นระบบที่ใช้กันครั้งแรกในสหราชอาณาจักร และต่อมาได้ขยายไปสู่ประเทศในเครือจักรภพอื่น ๆ การริบทรัพย์สินแบบนี้จะนิยมใช้ในกลุ่มประเทศ Common Law แต่กลุ่มประเทศประมวลกฎหมาย หรือ Civil law หรือ Code law ก็รับเอาแนวคิดดังกล่าวไปใช้ด้วย เช่น เนเธอร์แลนด์ และออสเตรเลียก็ได้รับเอาแนวคิดนี้ไปใช้ด้วยและได้รับการยอมรับว่าเป็นระบบการริบทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่งอีกด้วย (วีระพงษ์ บุญ โยภูภาสและคณะ, 2330 : 21-22) ตัวอย่าง ในประเทศสหราชอาณาจักร การริบทรัพย์สินมูลค่าหรือผลประโยชน์ที่ได้รับ (Value-based, or benefit system) มีหลักการที่สำคัญ คือ การคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระเงินเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด (value of proceeds and instrumentalities

of crime and confiscation of an equivalent value) ระบบนี้ ศาลจะคำนวณ “ผลประโยชน์” ที่จำเลยจะได้รับสำหรับการกระทำผิดนั้น ๆ หลังจากนั้น ศาลจะพิจารณาความสามารถของจำเลยที่ชำระเงินได้ ตัวอย่างเช่น มูลค่าของทรัพย์สินที่จำเลยนั้นมีอยู่ (realizable assets) ในขณะนั้นที่สามารถชดใช้ได้ ศาลก็จะมีคำสั่งริบทรัพย์ตามจำนวนผลประโยชน์ที่จำเลยอาจจะได้รับจากการกระทำผิด หรือจำนวนทรัพย์สินที่จำเลยมีอยู่จริง โดยปกติจะสั่งตามจำนวนที่น้อยกว่าเมื่อเทียบกันแล้ว หากจำเลยไม่อาจชำระเงินตามจำนวนที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งขังจำเลยต่อไป

ประเทศสหรัฐอเมริกา การฟ้องร้องคดีอาญาเพื่อริบทรัพย์ (Criminal Forfeiture) จะต้องมีการฟ้องร้องจำเลยต่อศาลหรือจะต้องมีผู้กระทำผิด (in personam) ในประเทศสหรัฐอเมริกา และถูกฟ้องร้องในสหรัฐอเมริกาและศาลจะต้องมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิด ในกรณีนี้ หากศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ศาลยังสามารถมีคำสั่งให้ริบทรัพย์ของกลาง หรือทรัพย์สินอื่นที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำผิด ภายใต้เงื่อนไขว่าทรัพย์สินที่ผิดกฎหมายนั้นไม่ปรากฏอยู่หรือไม่สามารถค้นพบได้แล้ว การริบทรัพย์นั้นจะอยู่ภายในขอบเขตจำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์ของผู้กระทำผิดหรือจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับจำเลยที่ถูกพิพากษาลงโทษนั้น เนื่องจากว่าการริบทรัพย์ทางอาญาเป็นส่วนหนึ่งของโทษทางอาญานั้นเอง ทั้งนี้ การริบทรัพย์จะเกิดขึ้น เมื่อทรัพย์สินนั้นได้มาจากการกระทำผิด (Proceeds of crime) ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายลำดับที่ 21 U.S.C. มาตรา 853 หรือในความผิดอื่น ๆ เช่น การฟอกเงิน ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายลำดับที่ 18 U.S.C. มาตรา 982, 1956, และมาตรา 1957 ตัวอย่างเช่น จำเลยใช้รถยนต์ของผู้อื่นกระทำผิด เช่นนี้ รถยนต์ไม่อาจจะถูกริบทางอาญาได้ รัฐจะต้องใช้กระบวนการริบทรัพย์ทางแพ่งดำเนินการกับจำเลยแทน สำหรับการริบทรัพย์ในคดีอาญานั้น กระบวนการต่อสู้เรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงในทรัพย์สินและการพิพากษาลงโทษที่อาจจะต้องใช้เวลานาน กรณีเช่นนี้ เมื่อมีคำพิพากษาแล้ว ปรากฏว่าทรัพย์ของกลางไม่มีอยู่แล้ว ศาลก็อาจจะสั่งให้จำเลยชดใช้เป็นเงินหรือคำสั่งริบสิ่งของอื่น ๆ ที่มีมูลค่าเท่ากันเป็นการทดแทนก็ได้ซึ่งเป็นการใช้หลักการริบทรัพย์ตามมูลค่านั้นเอง (วิระพงษ์ บุญโญภาสและคณะ , 2559 : 66)

ประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-21 บัญญัติหลักเรื่องการริบทรัพย์ตามมูลค่าว่าให้นำมาใช้ได้ในกรณีทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมได้ปนไปกับทรัพย์สินที่ชอบด้วยกฎหมายอื่นของจำเลย ให้สามารถใช้โทษริบทรัพย์ได้โดยการกำหนดมูลค่าหรือประมาณมูลค่าทรัพย์สินนั้น และสามารถออกคำสั่งริบทรัพย์ตามมูลค่าเพื่อให้ครอบคลุมจำนวนมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ส่วนการบังคับคดีให้เป็นไปตามกระบวนการบังคับคดีในชั้นศาล

สำหรับประเทศเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuches) มาตรา 73a<sup>15</sup> ได้บัญญัติให้นำหลักเรื่องการริบทรัพย์ตามมูลค่าเทียบเท่าตัวเงินหรือยี่ดัตถุอื่นทดแทนมาใช้ในกรณีที่ไม่สามารถริบทรัพย์ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดได้โดยตรงด้วยเหตุผลอื่นบางประการ (สุพัตรา แผนวิจิต, 2559 : 60) โดยศาลจะทำการประเมินราคาทรัพย์สินที่ได้รับจากการกระทำ ความผิดเพื่อกำหนดมูลค่า แต่จะต้องไม่กำหนดมูลค่าที่เกินไปกว่าทรัพย์สินที่จำเลยได้มาจากการกระทำความผิด และจะใช้หลักการริบทรัพย์ตามมูลค่าได้ก็ต่อเมื่อไม่สามารถดำเนินการทรัพย์สินที่ สั่งรับนั้นได้เท่านั้น

จากการวิเคราะห์มาตรการริบทรัพย์ตามมูลค่าของประเทศดังกล่าวข้างต้นพบว่า แนวทางของนานาประเทศที่นำระบบการริบทรัพย์ตามมูลค่ามาใช้ ก็เพื่อแก้ไขจุดอ่อนหรือช่องว่าง ของระบบการริบทรัพย์ทางอาญาหรือระบบการริบทรัพย์แบบเจาะจงตัว เพราะทรัพย์สินที่ระบุโดย เฉพาะเจาะจงนั้น อาจจะถูกจำหน่ายจ่ายโอนไปหรือฟอกไปเป็นทรัพย์สินบริสุทธิ์แล้ว นอกจากนี้ หาก อาชญากรมีการวางแผนที่ซับซ้อน ทำให้ทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงเปลี่ยนแปลงสภาพไป หรือมีการซุก ซ่อนจนไม่อาจติดตามเอาทรัพย์สินนั้นมาได้ การริบทรัพย์แบบนี้ก็ไม่อาจกระทำได้ ซึ่งหมายความว่า อาชญากรยังคงได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดเช่นเดิม เมื่อไม่สามารถริบทรัพย์ของอาชญากร ได้ การป้องกันและ ได้ จึงไม่อาจตัดเครื่องมือหรือแรงจูงใจในการกระทำความผิดของอาชญากรได้ การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมจึงไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงนำมาสู่การนำหลักการริบทรัพย์สินตามมูลค่า (Value Confiscation) มาใช้ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดจำต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ รัฐแทนที่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเท่ากับจำนวนเงินที่ผู้กระทำ คังกล่าว รัฐมีสิทธิในการยึดทรัพย์สินใด ๆ ของผู้กระทำความผิดเท่ากับจำนวนเงินที่ผู้กระทำ ความผิดพึงต้องชำระ ดังนั้น โดยผลของคำพิพากษาให้ริบทรัพย์สินตามมูลค่านี้น หากบุคคลดังกล่าว ไม่ชำระเงินตามคำสั่ง รัฐสามารถที่จะทำการบังคับเอาแก่ทรัพย์สินใดของจำเลย (ไม่ว่าจะเป็น ทรัพย์สินที่ได้มาจะเป็นทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่) ซึ่งการบังคับในกรณีดังกล่าวจะมี ลักษณะเดียวกับการบังคับค่าปรับหรือการยึดทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้เงินในคดีแพ่ง โดยสิทธิเรียกร้อง

<sup>15</sup> Strafgesetzbuches Section 73a Confiscation of monetary value To the extent that the confiscation of a particular object is impossible due to the nature of what was obtained or for some other reason or because confiscation of a surrogate object pursuant to section 73(2) 2nd sentence has not been ordered, the court shall order the confiscation of a sum of money which corresponds to the value of what was obtained. The court shall also make such an order in addition to the confiscation of an object to the extent that its value falls short of the value of what was originally obtained.

ดังกล่าวเกิดขึ้น ณ เวลาที่ศาลมีคำพิพากษา เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการริบทรัพย์สินที่มุ่งปราบปรามองค์กรอาชญากรรมด้วยการลงโทษทางเศรษฐกิจ เพื่อตัดต้นทุนเพื่อมิให้องค์กรได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด และลดแรงจูงใจในการกระทำความผิด โดยมองว่าการตัดต้นทุนในการกระทำความผิดจะส่งผลร้ายโดยตรงกับผู้บงการที่ส่วนใหญ่ไม่อาจลงโทษทางอาญาได้ และการลงโทษด้วยมาตรการริบทรัพย์สินก็เพื่อมาชดเชยความเสียหายของรัฐหรือของสังคมที่ใช้ไปในการปราบปรามอาชญากรรม

### 3.2 มาตรการ

#### 3.2.1 การคุมประพฤตินิติบุคคล (Corporate Probation)

สืบเนื่องจากความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินได้กระทำผ่านนิติบุคคล ทั้งนี้ เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือในการกระทำความผิด เช่น การตั้งบริษัทบังหน้าเพื่อกระทำความผิด ดังนั้น การลงโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคลจึงมีความจำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีก แต่การกำหนดโทษทางอาญาของไทยในปัจจุบัน ได้แก่ โทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริบทรัพย์สิน มุ่งใช้สำหรับบุคคลธรรมดา (สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒน์กุล, 2553 : 20) แต่เนื่องจากสถานะของนิติบุคคลในทางอาญาจึงไม่อาจลงโทษที่บังคับเอาเกี่ยวกับสภาพของนิติบุคคลได้ เช่น การลงโทษประหารชีวิต จำคุกหรือกักขัง คงลงโทษได้เพียงการปรับและริบทรัพย์สิน จึงเห็นว่าหากกฎหมายไม่อาจมีสภาพบังคับเพื่อลงโทษนิติบุคคลที่กระทำความผิดได้แล้ว จะส่งผลให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ในการบังคับใช้กฎหมาย จึงเห็นว่านิติบุคคลจำเป็นต้องได้รับการลงโทษที่เหมาะสมกับสถานะของนิติบุคคล โดยกำหนดมาตรการอื่นที่ไม่ใช่โทษเพื่อบังคับกับนิติบุคคล การกำหนดมาตรการที่มีความเหมาะสมกับการนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคล จะทำให้สามารถยับยั้งอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินที่เกิดจากนิติบุคคลได้ ทั้งนี้ มาตรการที่นำมาวิเคราะห์ ได้แก่ มาตรการคุมประพฤติที่ศาลสั่งให้ผู้กระทำความผิดอยู่ภายใต้การควบคุม สอดส่องดูแลของเจ้าพนักงานคุมประพฤติภายในสังคม ซึ่งเป็นมาตรการอื่นที่ไม่ใช่โทษทางอาญาที่ควรพิจารณานำมาใช้เพื่อป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวทางการบังคับใช้มาตรการคุมประพฤตินิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางวิเคราะห์และปรับใช้กับความผิดของนิติบุคคลของกฎหมาย

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ใช้วิธีการคุมประพฤตินิติบุคคลของกฎหมาย  
วิธีการคุมประพฤติมาใช้เป็นมาตรการหนึ่งในการลงโทษนิติบุคคลที่กระทำผิด โดยเริ่มใช้เมื่อปี  
ค.ศ. 1972 ในคดี United Stated v. Atlantic Richfield Co. โดยศาลกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติให้  
บริษัทตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อกำจัดคราบน้ำมันที่บริษัทปล่อยสู่เส้นทางเดินเรือให้แล้วเสร็จภายใน 45

วัน (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ , 2547 : 31) การคุมประพฤตินิติบุคคลมีที่มาจากแนวความคิดที่ว่า การลงโทษปรับไม่สามารถส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินของนิติบุคคลได้มากนัก จึงจำเป็นต้องหามาตรการเสริมที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดของนิติบุคคล

การคุมประพฤตินิติบุคคลกำหนดไว้ใน Title 18 United States Code, section 3551 ศาลสามารถนำมาตรการคุมประพฤตินิติบุคคลมาใช้โดยอำนาจในการคุมประพฤติเป็นอำนาจของศาลที่จะกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติไว้ในคำพิพากษาร่วมกับโทษปรับหรือให้คุมประพฤติอย่างเดียวก็ได้ตาม Title 18 United States Code, section 356 ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลสามารถใช้อำนาจคุมประพฤติได้อย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจสั่งคุมประพฤติของศาลนั้นจะไม่สามารถนำมาใช้กับคดีที่จำเลยกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงอยู่ในระดับ A หรือ B และเป็นบุคคลธรรมดา หรือคดีที่จำเลยกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดที่ไม่สามารถจะคุมประพฤติได้ หรือคดีที่จำเลยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในเวลาเดียวกันสำหรับความผิดฐานเดียวกัน หรือต่างกัน ทั้งนี้ศาลจะสามารถคุมประพฤติได้โดยอยู่ภายในระยะเวลาที่ไม่เกินที่กำหนดคือ ความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) ศาลมีอำนาจคุมประพฤติได้ไม่เกิน 5 ปี ความผิดเล็กน้อย (Misdemeanor) ศาลมีอำนาจคุมประพฤติจำเลยได้ไม่เกิน 3 ปี และสำหรับการละเมิดกฎหมายหรือความผิดเล็กน้อย ศาลมีอำนาจคุมความประพฤติจำเลยได้ไม่เกิน 1 ปี

สหราชอาณาจักรในกฎหมายเดิมนิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ ต่อมาศาลได้ตีความขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดของนิติบุคคลด้วย โดยศาลถือว่าการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลเป็นเรื่องนโยบายทางอาญา (penal policy) (Glanville Williams, 1961 : 862) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้หลักประกันว่าความผิดที่เกิดขึ้นนั้นจะไม่อาจรอดพ้นจากการลงโทษไปได้ โดยโทษที่นิติบุคคลจะได้รับนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น (John Smith & Brian Hogan , 1988 : 175)

การลงโทษนิติบุคคลตามกฎหมายสหราชอาณาจักรมี 2 รูปแบบคือ มาตรการลงโทษทางการเงิน (financial sanction) คือการลงโทษปรับ และมาตรการลงโทษที่มีใช้ทางการเงิน (non-financial sanction) เช่น การคุมประพฤตินิติบุคคล โดยนิติบุคคลอาจถูกกำหนดให้มีการจัดโครงสร้างการทำงานใหม่ (restructure) หรือการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง (adverse publicity) ซึ่งส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และชื่อเสียงที่ดีของบริษัท การให้นิติบุคคลบริการสังคม การให้นิติบุคคลจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย และการออกคำสั่งทางการลงโทษ (punitive injunction) เป็นต้น มาตรการเหล่านี้มีข้อดีคือ ทำให้การลงโทษนิติบุคคลมีความหลากหลาย กล่าวคือ การลงโทษอาจทำให้เกิดผลในการยับยั้งการกระทำความผิดและสามารถหลีกเลี่ยงหรือทำให้ข้อจำกัดของการลงโทษทางการเงินหมดไปได้ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการอื่นที่ใช้ลงโทษนิติบุคคลที่กระทำความผิด

อีกได้แก่ การยกเลิกบริษัท ( corporate dissolution ) การเพิกถอนสิทธิในการทำสัญญากับรัฐบาล ( disqualification from government contracts ) แต่เนื่องจากมาตรการเหล่านี้มีความรุนแรงและส่งผลกระทบต่อนิติบุคคลอย่างมาก จึงจะใช้มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้เป็นมาตรการขั้นสุดท้ายเพื่อลงโทษนิติบุคคลในกรณีที่มีความผิดนั้นก่อความเสียหายอย่างร้ายแรง เช่น ความผิดต่อสุขภาพอนามัย ความปลอดภัยของประชาชนและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น เพราะนอกจากมาตรการเหล่านี้จะกระทบถึงนิติบุคคลแล้ว ยังส่งผลกระทบไปถึงบรรดาพนักงาน ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลและผู้บริโภคด้วย (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ , 2547 : 29)

ประเทศฝรั่งเศส โดยหลักแล้วจะปรับใช้เฉพาะกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ดังนั้น นิติบุคคลจะรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ หากพิจารณาจากลำดับขั้นโทษสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 สำหรับโทษที่จะลงสำหรับความผิดอุกฉุกฎฎ์โทษและมัจฉิมโทษตามมาตรา 131-37 ถึงมาตรา 131-39 มีลำดับขั้นโทษสำหรับนิติบุคคลดังนี้

ตามมาตรา 131-37 ได้แก่ โทษปรับ ซึ่งเป็นโทษหลักสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลและกรณีนี้ไม่มีโทษเสริมหรือโทษแทนที่ อย่างไรก็ตาม แม้โทษปรับจะเป็นโทษหลักสำหรับนิติบุคคล แต่ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าโทษปรับเป็นโทษสูงสุดหรือรุนแรงที่สุดของนิติบุคคล เพราะยังมีโทษเฉพาะสำหรับนิติบุคคลที่มีความร้ายแรงกว่าโทษปรับ อาทิ โทษยุบหรือปิดกิจการหรือโทษห้ามประกอบกิจการภายในกำหนดระยะเวลา แต่ตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 เป็นต้นมา โทษที่ศาลลงแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลนั้น เป็นโทษปรับเป็นส่วนใหญ่ เพราะโทษปรับที่กำหนดไว้สำหรับนิติบุคคลนั้นประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-38 ได้กำหนดไว้สูงถึงห้าเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดา อย่างไรก็ตาม มาตรา 131-38 ได้กำหนดไว้สูงถึงห้าเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลผู้กระทำผิดได้ แม้ว่าอัตราโทษปรับที่กำหนดไว้สำหรับนิติบุคคลจะมีเพดานสูงมาก แต่การกำหนดโทษอยู่ในดุลยพินิจของผู้พิพากษา ซึ่งสามารถปรับให้เหมาะสมกับสถานะทางการเงินของนิติบุคคลผู้กระทำผิดได้ สาเหตุที่กำหนดโทษปรับไว้สูงเนื่องจากการกำหนดโทษปรับไว้ต่ำจะทำให้นิติบุคคลไม่เกรงกลัวการลงโทษ ช่วยในการปราบปรามบรรดาบริษัทที่เป็นกิจการบังหน้าขององค์กรอาชญากรรม และป้องกันการคงเหลือซึ่งผลประโยชน์ที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมมาแบ่งปันกันระหว่างผู้ประกอบการหรือผู้แทนนิติบุคคล

นอกจากนั้น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-39 ได้กำหนดโทษอื่นที่จะลงแก่นิติบุคคลผู้กระทำความผิดอุกฉุกฎฎ์โทษและมัจฉิมโทษไว้ว่า ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำของนิติบุคคลเป็นความผิดไว้แล้ว นิติบุคคลดังกล่าวอาจได้รับการลงโทษอย่างใดอย่าง

หนึ่งดังต่อไปนี้ โดยศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการประกอบกิจการและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด

- 1) การปิด/ยุบกิจการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดอุกฤษฏ์โทษและมีขมิ้มโทษที่สามารถลงโทษจำคุกบุคคลธรรมดาตั้งแต่สามปีขึ้นไป และปรากฏว่านิติบุคคลได้ถูกตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือมีการเบี่ยงเบนวัตถุประสงค์ในภายหลังเพื่อกระทำการที่ผิดกฎหมาย
  - 2) การห้ามประกอบกิจการอาชีพหรือสังคมไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมเป็นการถาวรหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปี
  - 3) การให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปี
  - 4) การปิดสถานประกอบกิจการทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของสถานประกอบกิจการที่ใช้เพื่อการประกอบอาชญากรรมเป็นการถาวรหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปี
  - 5) การห้ามเข้าประมุขงานของทางราชการ (marches publics) เป็นการถาวรหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปี
  - 6) การห้ามประกาศต่อสาธารณะเพื่อระดมเงินทุนเป็นการถาวรหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปี
  - 7) การห้ามส่งจ่ายเช็คเพื่อการอื่นนอกเหนือจากเช็คที่อนุญาตให้ถอนเงินโดยผู้ส่งจ่าย ซึ่งเป็นผู้จ่ายหรือเช็คที่ได้รับการรับรองและแสดงบัตรจ่ายเงินของธนาคาร มีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปี
  - 8) การริบสิ่งของที่ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดหรือที่ได้มาจากการกระทำความผิด
  - 9) การปิดประกาศหรือการโฆษณา คำวินิจฉัยของศาลทางสื่อมวลชนประเภทสิ่งพิมพ์หรือโดยวิธีการทางสื่อสารมวลชนวิทยุโทรทัศน์
- ส่วนใหญ่ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับนิติบุคคลดังที่กล่าวมาแล้วนี้ก็เป็นโทษที่กำหนดไว้สำหรับการลงโทษบุคคลธรรมดาเช่นกัน ยกเว้นโทษการยุบกิจการ มีข้อสังเกตว่าโทษที่บุคคลว่าจะลงโทษนอกเหนือจากโทษที่ระบุไว้ไม่ได้ กล่าวคือ ยังมีโทษอื่นที่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลได้อีก นอกเหนือจากโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-39 เช่น โทษริบทรัพย์สินของนิติบุคคลที่กระทำความผิดต่อมนุษยชาติและความผิดฐานค้ายาเสพติดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 213-3 และ 222-49 ตามลำดับ หรือโทษการถอนใบอนุญาตสถานประกอบการเครื่องดื่มหรือภัตตาคาร ในกรณีความผิดฐานค้ายาเสพติดและการแสวงหาประโยชน์

จากการค้าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-50 และ 225-22 ตามลำดับ (อุทัย อาทิวาท , 2557 : 37-38)

จากข้างต้น มาตรการบังคับโทษที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการคุมประพฤติ นิติบุคคล คือการกำหนดให้ลงโทษนิติบุคคล โดยการให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปีตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-39 (3) ซึ่งเป็นมาตรการที่มุ่งเน้นการกำกับดูแลนิติบุคคลเป็นการเฉพาะ เป็นโทษที่กระทบต่อความเป็นอิสระและเสรีภาพของนิติบุคคล ในการประกอบกิจการ เนื่องจากเป็นการคุมพฤติกรรมของนิติบุคคลเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยให้อยู่ในการกำกับดูแลของศาลเป็นระยะเวลาไม่เกินห้าปี ดังนั้น จึงสามารถเปรียบเทียบโทษประเภทนี้ได้กับการรอกการลงโทษบุคคลธรรมดาโดยให้อยู่ภายใต้การคุมประพฤติ สำหรับประเภทของความผิดและเงื่อนไขที่จะให้นิติบุคคลอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลนั้นกว้างขวางมากเพราะกำหนดให้ใช้โทษดังกล่าวลงแก่นิติบุคคลได้สำหรับความผิดเกือบทุกประเภท ยกเว้นความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานโกงเข้าหนี้ และความผิดฐานแสวงทำให้ตนอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ส่วนนิติบุคคลที่อยู่ในเกณฑ์ที่จะสามารถลงโทษประเภทนี้ได้ นั้น รวมนิติบุคคลเกือบทุกประเภท ยกเว้นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน พรรคหรือกลุ่มการเมืองและสหภาพวิชาชีพ (อุทัย อาทิวาท , [www.humanrights.go.th](http://www.humanrights.go.th) : 24)

ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แบ่งโทษออกเป็นโทษทางอาญาหลัก (Hauptstrafen) ได้แก่ 1) โทษจำคุกโดยกำหนดระยะเวลาและจำคุกตลอดชีวิตตามมาตรา 38 2) โทษปรับตามมาตรา 40 – มาตรา 43 และโทษปรับรายวันตามมาตรา 40 โทษทางอาญาข้างเคียง (Nebenstrafe) ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเหลือเพียงประการเดียวคือ การห้ามขับขี่ยานพาหนะตามมาตรา 44 ส่วนมาตรการใหม่ ๆ ตามกฎหมายอาญา (Neue strafrechtliche Sanktionen) อย่างเช่น การคุมประพฤติ การทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะ การขังภายในบ้านโดยควบคุมด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา

จากการวิเคราะห์มาตรการลงโทษนิติบุคคลของประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้นพบว่าแต่ละประเทศมีมาตรการลงโทษที่กำหนดไว้สำหรับนิติบุคคล โดยเฉพาะที่แตกต่างจากบุคคลธรรมดา ไม่ว่าจะถูกบัญญัติไว้ให้เป็นโทษหลัก โทษเสริม หรือมาตรการ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการประกอบกิจการและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคล เนื่องจากกระทำความผิดของนิติบุคคลในบางครั้งได้สร้างความเสียหายอย่างมากต่อเศรษฐกิจโดยรวม อาทิ ให้นิติบุคคลรายงานกิจการต่อพนักงานคุมประพฤติ เงื่อนไขคล้ายกับการรายงานตัวของผู้ถูกคุมประพฤติซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาอันจะทำให้พนักงานคุมประพฤติทราบถึงการดำเนินกิจการของนิติบุคคลในด้านต่าง ๆ เช่น การบัญชี บุคลากร งบดุล การดำเนินกิจการของนิติ

บุคคล หรือตั้งพนักงานคุมประพฤติที่มีความรู้ด้านการบัญชีเข้าไปควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของนิติบุคคลเป็นระยะเวลาหนึ่ง เพื่อป้องกันการดำเนินงานโดยมิชอบและเพื่อให้นิติบุคคลแก้ไขปรับปรุงการดำเนินงานของตน การให้นิติบุคคลทำงานบริการสังคม การปรับและการชดใช้ความเสียหายแก่ผู้เสียหาย

จากการวิเคราะห์ข้อมูลของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส เกี่ยวกับมาตรการที่มีประสิทธิภาพต่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินแต่ละขั้นตอนที่กำหนด กล่าวคือ กระบวนการดำเนินคดีในชั้นก่อนการพิจารณาคดี ได้แก่ ด้านการสืบสวนคือ การค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะ การดักฟังหรือการเข้าถึงข้อมูล มาตรการอำพราง ด้านการสอบสวนคือ มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ การกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน กระบวนการดำเนินคดีในชั้นระหว่างการพิจารณาคดีคือ การใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี และกระบวนการดำเนินคดีในชั้นหลังการพิจารณาคดี ได้แก่ การกำหนดโทษคือ การใช้ระบบวันปรับ การริบทรัพย์ตามมูลค่า และมาตรการลงโทษสำหรับนิติบุคคลคือ การคุมประพฤติ นิติบุคคล พบว่า ส่วนใหญ่ทั้ง 4 ประเทศต่างบังคับใช้มาตรการดังกล่าวกับผู้กระทำความผิดในคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงิน เหตุผลเนื่องมาจากมาตรการที่กล่าวมาส่วนใหญ่เป็นหลักการที่ถูกรองรับไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศและหลักสากล มีเพียงบางประเด็นที่แตกต่างกัน เช่น การใช้ระบบไต่สวนและการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ความแตกต่างดังกล่าวสืบเนื่องมาจากระบบการดำเนินคดีและระบบการพิจารณาคดีที่เป็นหลักสำคัญของประเทศนั้น ๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรเป็นประเทศที่ใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหาเป็นหลัก จึงไม่ใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี หรือในประเทศฝรั่งเศสที่ไม่ปรากฏหลักเรื่องการกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบไต่สวนที่ไม่มีข้อจำกัดในการค้นหาความจริงหรือหลักกฎหมายเรื่องพยานที่เคร่งครัด (ดูตารางที่ 4.1)

## ตารางที่ 4.1

เปรียบเทียบกระบวนการดำเนินคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการเงินของต่างประเทศ

ขั้นตอนการดำเนินคดี	กฎหมายต่างประเทศ			
	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	เยอรมนี	ฝรั่งเศส
1) กระบวนการดำเนินคดีขั้นก่อนการพิจารณา				
การสืบสวน				
- การค้นตัวบุคคลหรือยานพาหนะ	✓	✓	✓	✓
- การดักฟัง/การเข้าถึงข้อมูล	✓	✓	✓	✓
- การอำพราง	✓	✓	✓	✓
การสอบสวน				
- การต่อรองคำรับสารภาพ	✓	✓	✓	✓
- การกันตัวผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน	✓	✓	✓	✗
2) กระบวนการดำเนินคดีขั้นระหว่างพิจารณา				
- การใช้ระบบไต่สวน	✗	✗	✓	✓
3) กระบวนการดำเนินคดีขั้นหลังการพิจารณา				
โทษ				
- ระบบวันปรับ	✓	✓	✓	✓
- การริบทรัพย์ตามมูลค่า	✓	✓	✓	✓
มาตรการ				
- การคุมประพฤตินิติบุคคล	✓	✓	✓	✓