

บทที่ 3

การต่อรองข้อมูลสำคัญ และการใช้ดุลพินิจของศาลในการลดโทษให้แก่จำเลย ที่ให้ข้อมูลสำคัญในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของต่างประเทศ

ก่อนที่จะศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการลดโทษให้แก่จำเลยที่ให้ข้อมูลสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 ของประเทศไทย จะต้องศึกษาถึงแนวคิดในการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษและลดโทษให้แก่จำเลยของต่างประเทศ รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายที่ทำให้เกิดบทบัญญัติมาตรา 100/2 เสียก่อน อันได้แก่ การต่อรองคำรับสารภาพ การกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยาน และมาตรการอย่างอื่นซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และในการศึกษากฎหมายของต่างประเทศนี้ ผู้เขียนได้เลือกศึกษาทั้งประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอังกฤษ และประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งได้แก่ประเทศฝรั่งเศสกับประเทศเยอรมนี ทั้งนี้เพื่อจะได้เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ วิธีการของมาตรการต่างๆ และเห็นถึงความแตกต่างของบทบัญญัติของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย อันจะนำไปสู่การนำมาปรับใช้กับหลักกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยผู้เขียนขออธิบายเป็นลำดับ ดังต่อไปนี้

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 การกำหนดโทษและการลดโทษ

การกำหนดโทษในสหรัฐอเมริกาได้มีคณะกรรมการกำหนดโทษ (United States Sentencing Commission) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระจากอำนาจตุลาการของศาล มีการชี้ขาดโดยใช้เสียงข้างมาก คณะกรรมการนี้มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดนโยบายในการกำหนดโทษ และปฏิบัติงานให้แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในส่วนกลาง โดยมีการประกาศตารางการกำหนดโทษเอาไว้เป็นแนวทาง ซึ่งจะประกันว่าการกำหนดโทษจะต้องเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด โดยการกำหนดโทษจำเลยของศาลในระดับ Federal Court จะเป็นไปตาม Federal Sentencing Guideline แต่กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้ให้ความร่วมมือกับกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นเหตุที่สามารถลดโทษให้กับจำเลยมากกว่าที่กำหนดใน Guideline ได้ ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาถึงความสำคัญ

และคุณประโยชน์ในความช่วยเหลือของผู้ต้องหาหรือจำเลย ความแท้จริง ความสมบูรณ์และความน่าเชื่อถือของข้อมูล รวมทั้งระยะเวลาที่ให้ความช่วยเหลือ นอกจากนี้ใน Uniform Law Commissioner's Model Sentencing and Corrections Act มาตรา 3-108 ยังได้กำหนดว่า เหตุลดโทษให้รวมถึงกรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสืบพยานสอบสวนการกระทำ ความผิดของบุคคลอื่นๆ เช่น ช่วยให้การสืบหาตัวหรือจับกุมบุคคลอื่นที่กระทำความผิด เป็นต้น¹

เมื่อศาลตัดสินว่าบุคคลใดมีความผิดแล้ว ศาลจะพิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆ เกี่ยวกับความประพฤติ ประวัติ และบุคลิกลักษณะของจำเลย เพื่อให้การกำหนดโทษเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ โดยศาลต้องเรียกรายงานการสืบเสาะข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยมาพิจารณา ก่อนจะทำการกำหนดโทษในคดีร้ายแรงทุกคดี ในรายงานดังกล่าวจะประกอบด้วยข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลย ทั้งข้อมูลส่วนตัว ข้อมูลทางสังคม เศรษฐกิจและปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ตลอดจนข้อเสนอในเรื่องการกำหนดโทษของพนักงานคุมประพฤติ ทั้งนี้เป็นการให้ความรู้แก่ศาลก่อนทำการกำหนดโทษใดๆ แก่จำเลย

ตามปกติแล้วก่อนการกำหนดโทษศาลพิจารณาเหตุอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น บุคคลนั้นมีสติปัญญาเพียงพอหรือไม่ เป็นผู้ที่ได้สำนึกในความผิดและกลับตนเป็นคนดีแล้วหรือไม่ ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ด้วยการเข้าแจ้งความหรือเป็นพยานให้เจ้าหน้าที่หรือไม่ ศาลจะทำการพิจารณาข้อมูลเหล่านี้ประกอบ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วน้อย และสมควรจะลดโทษผู้กระทำความผิดให้น้อยลง แม้ว่าถ้าพิจารณาตามหลักการลงโทษตามสัดส่วนแล้ว ผู้นั้นจะต้องรับโทษหนักก็ตาม เหตุเหล่านี้แต่เดิมยังไม่ถือว่าเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการถูกดำเนินไปได้ แต่ในเวลาต่อมาเหตุเหล่านี้ศาลสหรัฐอเมริกาได้ถือเป็นหลักปฏิบัติว่าเป็นเหตุที่จะลดโทษได้ โดยศาลถือหลักว่าถ้าหากมีเหตุผลที่ดีที่จะกำหนดโทษจำเลยให้น้อยลงได้แล้ว การกำหนดโทษจำเลยให้หนักก็เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นและถือว่าเป็นการลงโทษที่ไม่ยุติธรรม

3.1.2 การต่อรองคำรับสารภาพ

การต่อรองคำรับสารภาพ หมายถึง การต่อรองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับจำเลย โดยแลกเปลี่ยนกันระหว่างคำรับสารภาพของจำเลย กับการยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะดำเนินการให้จำเลยในทางปรานี ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะทำให้จำเลยได้รับโทษน้อยลง

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกๆ ที่มีการนำการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งได้มีการพัฒนาการต่อรองคำรับสารภาพทั้งในลักษณะที่ไม่เป็นทางการโดยพนักงานอัยการ และในลักษณะที่เป็นทางการโดยการรับรองของศาล จนถึงปัจจุบัน นับได้เกือบ

¹ สำนักงานศาลยุติธรรม. เล่มเดิม. หน้า 51.

200 ปี การต่อรองคำรับสารภาพ จึงฝังรากลึกอยู่จนเรียกได้ว่า เป็นวัฒนธรรมของวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกา การต่อรองคำรับสารภาพในสหรัฐอเมริกามีการปฏิบัติเพิ่มขึ้นมา พบว่าร้อยละ 90² ของจำเลยที่ต้องคำพิพากษาลงโทษในคดีอาญาทั้งจากศาลของมลรัฐต่างๆ และศาลของสหรัฐอเมริกา มาจากการรับสารภาพโดยไม่ใช้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีจากลูกขุน ซึ่งคำให้การรับสารภาพดังกล่าวมาจากการต่อรองคำรับสารภาพ จึงถือได้ว่าการต่อรองคำรับสารภาพเป็นชีวิตของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกา จนมีคำกล่าวของคณะลูกขุนใหญ่แห่งแคลิฟอร์เนีย (California Grand Jury) ว่า “เราชอบรับ นับถือการต่อรองคำรับสารภาพว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมในทางอาญาราบเท่าที่มนุษย์จะหาประโยชน์ได้จากอาชญากรรมต่อสังคม” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการยอมรับการต่อรองคำรับสารภาพในลักษณะที่ได้ประโยชน์จากข้อมูลที่ได้จากอาชญากรรม นอกจากนี้ผู้พิพากษา Charles Clark ผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาก็เคยกล่าวไว้ในคดีระหว่าง Bryan v. United State ว่า “การต่อรองคำรับสารภาพเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับประวัติศาสตร์ความยุติธรรมทางอาญาของชาติ” และผู้พิพากษา William Erickson แห่งศาลสูงโคโรลาโด ก็กล่าวไว้ว่า “ฟ้องและคำพิพากษาที่มาจากการต่อรองคำรับสารภาพจะเป็นส่วนหนึ่งของระบบความยุติธรรมทางอาญาของเราตลอดไป”³

3.1.2.1 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากับการต่อรองคำรับสารภาพ

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกา มีความผูกพันอย่างลึกซึ้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยมีการนำเอาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมโดยตรง โดยเฉพาะในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา กฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ว่าประเทศใดมักจะไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ทั้งหมด เนื่องจากจะทำให้มีความยาวมากเกินไปและจะเกิดปัญหาการแข็งตัว (Rigid) ของกฎหมาย ประเทศสหรัฐอเมริกามีรัฐธรรมนูญประเภทแก้ไขยาก จึงเกิดปัญหาดังกล่าวได้ง่าย แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นประเทศที่ใช้กฎหมาย Common Law รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจึงมักปรากฏอยู่ในรูปของคำพิพากษาของศาล สำหรับสิทธิตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการต่อรองคำรับสารภาพ มีดังนี้⁴

² Peet M. Bekker. (1999). “Plea Bargaining in the United State of America and South Africa.” *The Comparative and international Law Journal of Southern Africa*, 29:1. p.168. อ้างถึงใน อรรถพ ลิขิตจิตตะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย. เล่มเดิม. หน้า 135.

³ อรรถพ ลิขิตจิตตะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย. เล่มเดิม. หน้า 135-136.

⁴ แหล่งเดิม. หน้า 137-139.

1) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยลูกขุน เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ระบบถือว่า คู่ความเป็นปฏิปักษ์กันและมีระบบลูกขุนในการพิจารณาคดี ดังนั้น หลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในดังกล่าวได้สะท้อนออกมาเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หากเป็นประเทศที่ไม่ได้ใช้ระบบถือว่า คู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน รัฐธรรมนูญมักจะปรากฏสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลว่า มีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยต่อหน้าศาลยุติธรรม

2) สิทธิที่จะเผชิญหน้ากับพยานฝ่ายตรงกันข้าม เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักการของระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน เช่นเดียวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากลูกขุน หลักการของระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันนี้ได้สะท้อนออกมาปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเช่นกัน

3) สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา ก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักการของระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน ที่สะท้อนออกมาให้เห็นปรากฏในรัฐธรรมนูญเช่นกัน

การต่อรองคำรับสารภาพ เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาที่จำเลยรับสารภาพ ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงไปตามคำรับสารภาพโดยไม่มีการพิจารณาโดยลูกขุนและไม่มีการเผชิญหน้ากับคู่ความฝ่ายตรงข้าม ดังนั้น หากจำเลยไม่สละสิทธิทั้งสามประการดังกล่าว จะไม่สามารถต่อรองคำรับสารภาพได้ การพิจารณาเกี่ยวกับการสละสิทธินี้ ปัญหาประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ สิทธิดังกล่าวสละได้หรือไม่ เดิมศาลสหรัฐอเมริกาเคยกล่าวในคำตัดสินคดี *Insurance Co. v. Morse* ว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกพรากไปจากชีวิต อิสระภาพ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญ” คำพิพากษานี้ไม่ยอมรับการสละสิทธิดังกล่าวของจำเลย แต่ภายหลังแนวคำพิพากษาได้วิวัฒนาการโดยใช้ระยะเวลาช่วงหนึ่งจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1969 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาโดย Justice Douglas ได้วางหลักไว้ในคดี *Boykin v. Alabama* ว่า คำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำรับสารภาพนั้นถือว่าไม่มีอยู่ ถ้าในบันทึกรายงานกระบวนการพิจารณาของศาลไม่ได้แสดงไว้โดยชัดแจ้งว่าจำเลยได้สละสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ โดยความสมัครใจและอย่างมีเหตุผล อันได้แก่สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยลูกขุน สิทธิที่จะเผชิญหน้ากับพยานฝ่ายตรงกันข้ามและสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ในทางอาญาคำพิพากษานี้แสดงการยอมรับการสละสิทธิตามรัฐธรรมนูญทั้งสามประการ

ปี ค.ศ. 1970 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้รับรองความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของการต่อรองคำรับสารภาพเป็นครั้งแรกไว้ในคดี *Brady v. United State* แต่ก็ได้เตือนว่าพนักงานอัยการหรือผู้พิพากษาหรือทั้งสองฝ่ายจะต้องใช้ความรอบคอบในการใช้อำนาจฟ้อง และอำนาจในการพิพากษาคดีที่จะแนะนำจำเลยให้ใช้ความระมัดระวังในการให้การรับสารภาพ นอกจากนี้

The American Bar Association Standard on Criminal Justice ให้การยอมรับการต่อรองคำรับสารภาพว่าการต่อรองคำรับสารภาพเป็นจุดเด่นที่น่าสนใจของระบบความยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกา

การต่อรองคำรับสารภาพ แม้จะได้รับการยอมรับว่าชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แต่ก็ไม่ปรากฏสิทธิของจำเลยตามรัฐธรรมนูญที่จะให้จำเลยเรียกร้องให้มีการต่อรองคำรับสารภาพได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการเสนอการต่อรองคำรับสารภาพเป็นดุลพินิจของพนักงานอัยการและศาล ไม่มีกฎหมายบังคับให้พนักงานอัยการและศาลเสนอการต่อรองคำรับสารภาพ หรือจำเลยไม่สามารถบังคับให้รัฐเข้าต่อรองคำรับสารภาพได้ กล่าวคือ กฎหมายไม่มีเงื่อนไขบังคับให้รัฐและจำเลยเข้าต่อรองคำรับสารภาพกัน การต่อรองคำรับสารภาพจะมีขึ้นก็โดยความสมัครใจของรัฐและจำเลยในการยื่นหรือรับข้อเสนอในการต่อรองคำรับสารภาพกัน อย่างไรก็ตาม การต่อรองคำรับสารภาพปรากฏอยู่อย่างแพร่หลายทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีรายละเอียดที่มีความแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ

3.1.2.2 การต่อรองคำรับสารภาพในศาลตามกฎหมายของรัฐบาลกลาง

ถึงแม้ว่ามลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกา จะมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีรายละเอียดแตกต่างกันไป แต่โดยภาพรวมแล้วหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มีพื้นฐานเดียวกัน คือมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ การต่อรองคำรับสารภาพแม้จะมีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกัน แต่ก็มีหลักการพื้นฐานอย่างเดียวกัน โดยพิจารณาจากกฎหมายที่ศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Court) ใช้กับการต่อรองคำรับสารภาพ ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาจะต้องใช้ FRCP 11 อนุ c เป็นหลักในการดำเนินการและพิจารณา ซึ่งมีรายละเอียดสรุปได้ ดังนี้⁵

1) การเจรจาและความตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพ FRCP 11 อนุ c (1) ได้แสดงให้เห็นถึงความหมายการรับรองการเจรจาและความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ ไว้ดังนี้ “โดยทั่วไป เมื่อมีการดำเนินคดี อัยการและจำเลยหรือทนายจำเลยอาจจะเจรจากันเพื่อทำความเข้าใจว่า จำเลยจะให้การรับสารภาพตลอดข้อหาหรือรับสารภาพในข้อหาที่ถูกฟ้อง หรือในข้อหาใหม่ที่เบากว่า หรือข้อหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้อัยการกระทำสิ่งหนึ่งสิ่งใด ดังนี้...”

ก่อนปี ค.ศ. 1970 แม้จะมีการต่อรองคำรับสารภาพกระทำอยู่โดยทั่วไปในประเทศที่ใช้ระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันอยู่แล้ว จนกระทั่งปรากฏการรับรองความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่ชัดเจนขึ้นในคดีระหว่าง Santobello V. New York ในปี ค.ศ.1971 โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Federal Court) ได้ให้การรับรองการต่อรองคำรับสารภาพว่า “การต่อรองคำรับ

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 144-155.

สารภาพเป็นส่วนประกอบที่สำคัญในการบริหารงานยุติธรรม โดยแท้จริงแล้วในการบริหารจะต้องส่งเสริม” นอกจากนี้ ศาลยังปฏิบัติต่อการต่อรองคำรับสารภาพในลักษณะเดียวกับสัญญาโดยศาลกล่าวต่อไปว่า “เมื่อมีการยื่นคำให้การที่เป็นผลมาจากความตกลงของพนักงานอัยการกับจำเลยความตกลงดังกล่าวจะต้องบรรลุผล” การรับรองดังกล่าวส่งผลให้นำหลักความคิดเกี่ยวกับสัญญาไปสัมพันธ์กับหลัก Due Process โดยหลักของ Due Process วางเงื่อนไขของการให้การว่าจะต้องประกอบด้วยความสมัครใจ (Voluntarily) และความมีสติรู้ถึงผลการกระทำ (Intelligently) ขณะที่หลักของสัญญานั้นมีเงื่อนไขของการทำสัญญาคือ ความสมัครใจ (Voluntarily) และการปราศจากความสำคัญผิด (Mistake) ซึ่งทั้งหลัก Due Process และหลักของสัญญาจะต้องประกอบด้วยความสมัครใจ นอกจากนี้ ความมีสติรู้ถึงผลของการกระทำก็มีพื้นฐานเดียวกับการปราศจากความสำคัญผิด สรุปได้ว่า ศาลสหรัฐอเมริกาต้องการต่อรองคำรับสารภาพว่า นำเอาหลักการของสัญญามาใช้ โดยใช้ขยายไปถึงความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของการต่อรองคำรับสารภาพด้วย⁶ หากจะนำเอาหลักพื้นฐานนี้มาอธิบาย FRCP 11 อนุ c (1) จะเห็นได้ว่า “ความตกลง” ที่ปรากฏอยู่ในมาตราดังกล่าวมีผลบังคับให้บรรลุผล

ในการต่อรองคำรับสารภาพนั้น ผู้ที่อาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรองมีหลายฝ่าย ได้แก่

(1) พนักงานอัยการ ในการพิจารณาพยานหลักฐานที่จะฟ้องคดี พนักงานอัยการจะพิจารณาว่า พยานหลักฐานที่จะสามารถใช้ในการดำเนินคดีกับจำเลยมีอยู่มากน้อยเพียงใด เพื่อประเมินความเสี่ยงในการต่อสู้คดีว่ามีโอกาสแพ้หรือชนะเพียงใด ในการประเมินความเสี่ยงนี้จะพิจารณาถึงคุณค่าของการรับสารภาพ กล่าวคือ หากมีพยานหลักฐานหนักแน่นพนักงานอัยการก็ไม่จำเป็นต้องต่อรองคำรับสารภาพ การรับสารภาพของจำเลยในคดีนั้นจึงมีคุณค่าต่ำ ขณะเดียวกันหากพนักงานอัยการพิจารณาพยานหลักฐานที่มีอยู่ แล้วพบว่าตนเผชิญอยู่กับความเสี่ยงในการแพ้คดี คำรับสารภาพของจำเลยก็ถือว่ามีความสูง มีนักวิชาการจำนวนหนึ่งเสนอทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ของการต่อรองคำรับสารภาพเปรียบเทียบว่า ความต้องการข้อมูลข่าวสารที่จะนำมาเป็นพยานหลักฐานในการต่อสู้คดีเปรียบเสมือนอุปสงค์ (Demand) ในทางเศรษฐศาสตร์ ความไม่สมดุลของข้อมูลข่าวสาร ทำให้เกิดอุปสงค์ผลักดันให้พนักงานอัยการดำเนินการต่อรองคำรับสารภาพ ดังนั้น การต่อรองคำรับสารภาพจึงเริ่มต้นจากพนักงานอัยการ

⁶ Shayna M. Sigman. (1999). “An Anylysis of Rule 11 Plea Bargaining Option.” **University of Chicago Law Resiew**, 66:4. p.1320. อ้างถึงใน อรรถพ ลิขิตจิตถะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย. เล่มเดิม. หน้า 145.

(2) จำเลยหรือทนายความของจำเลย โดยทั่วไปแล้วจำเลยมักเป็นผู้ได้รับข้อเสนอจากพนักงานอัยการในการต่อรองคำรับสารภาพ การพิจารณาข้อเสนอของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นเป็นเรื่องยากสำหรับจำเลย ทั้งนี้เพราะ จำเลยโดยทั่วไปที่ไม่ใช่ทนายความมักไม่รู้ถึงความเสี่ยงที่จะได้รับการต่อรองคำรับสารภาพว่ามีอยู่เพียงใด การมีทนายจำเลยในการต่อรองคำรับสารภาพจึงมีความจำเป็น อย่างไรก็ตาม จำเลยก็มีสิทธิที่จะมีทนายความดังปรากฏใน FRCP 11 อนุ c เมื่อจำเลยมีทนายความแล้ว ทนายความกับจำเลยมักจะร่วมกันหารือถึงปัจจัยต่างๆ ที่เป็นผลเกี่ยวเนื่องกับการถูกดำเนินคดีของจำเลย เช่น ค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดี โอกาสในการชนะหรือแพ้คดี หรือความเสียหายแก่ชื่อเสียงที่อาจมีขึ้น หลังจากนั้น จึงจะมีการตัดสินใจรับหรือปฏิเสธข้อเสนอของพนักงานอัยการ ในทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เปรียบเทียบข้อมูลที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานโดยการรับสารภาพของจำเลยเป็นอุปทาน (Supply) ประโยชน์ที่จำเลยจะได้รับในทางปรานีจากคำพิพากษาเป็นราคา ส่วนผลในทางร้ายที่เกิดแก่จำเลยไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเลยต้องเสียไปในการถูกดำเนินคดี ความเสียหายที่เกิดแก่ชื่อเสียงเพราะการถูกดำเนินคดีหรือผลในทางร้ายอื่นเป็นต้นทุนของจำเลย มีทนายจำนวนหนึ่งใช้ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์วิเคราะห์การต่อรองคำรับสารภาพ⁷

(3) ศาล การเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพของศาลนั้น มีข้อถกเถียงกันอยู่มาก ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าศาลควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในลักษณะให้สติรับรู้ถึงผลของการกระทำ (Intelligently) แก่จำเลย เพื่อให้คำรับสารภาพของจำเลยถูกต้องตามหลัก Due Process ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านเห็นว่า การที่ศาลเข้าไปเกี่ยวข้องกับการต่อรองคำรับสารภาพนั้น เสี่ยงต่อการกลายเปลี่ยนการข่มขู่หรือสร้างแรงกดดันให้จำเลย ทั้งนี้ เนื่องจากศาลเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดคดีสิ่งที่ศาลพูดอาจทำให้จำเลยกลัวว่าถ้าไม่ปฏิบัติตามจะเกิดผลร้าย อย่างไรก็ตาม FRCP 11 อนุ c (1) หรือส่วนอื่นของ FRCP 11 ไม่ได้เปิดโอกาสให้ศาลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ หากศาลเข้ามาเกี่ยวข้องก็จะเป็นการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และทำให้การที่จำเลยให้ไว้เนื่องจากศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับการเจรจาจะถูกถือว่าเป็นไปโดยขาดความสมัครใจ เคยมีคดีที่ศาลเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น คดีระหว่าง Elksnis Gilligan ในปี ค.ศ.1966 ศาลพิพากษาว่า “จะถือว่าคำให้การเป็นไปโดยความไม่สมัครใจ หากศาลเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ” ข้อห้ามที่ไม่ให้ศาลเข้าไปเกี่ยวข้องในการต่อรองคำรับสารภาพนี้เป็นข้อห้ามที่ใช้ในศาลสหรัฐ (Federal Court) เท่านั้น ส่วนรัฐอื่นมีอิสระที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความ

⁷ Jeffrey Standen. (1993). “Plea Bargaining in the Shadow of the Guideline.” **California Law Review**, 81:6. p.1472-1537. อ้างถึงใน อรรถพ ลิขิตจิตถะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย. เล่มเดิม. หน้า 146.

อาญาของตนเอง การห้ามศาลเข้าไปเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพนี้ ไม่ได้รวมไปถึงการห้ามไม่ให้ศาลให้คำแนะนำแก่จำเลยตาม FRCP 11 อนุ c และอำนาจในการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องอื่นๆ ในการรับฟังคำรับสารภาพ การถามความสมัครใจ อำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องแน่นอนของคำให้การรับสารภาพหรืออำนาจอื่นที่กฎหมายให้อำนาจผู้เสียหาย ในคดีอาญาผู้เสียหายอาจต้องรักษาผลประโยชน์ของตนเองในสองลักษณะ ลักษณะแรก ผู้เสียหายอาจต้องรักษาประโยชน์ที่ตนควรจะได้รับจากความเสียหายที่เกิดขึ้นในทางการเงิน ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ที่ตนจะต้องได้รับสิ่งของที่ถูกลักพาไปหรือได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกายจากการได้รับบาดเจ็บหรือประโยชน์ทางการเงินอื่นๆ ลักษณะที่สอง

(4) ผู้เสียหายอาจต้องรักษาประโยชน์ของคนที่จะได้แก่แก่น (Retribution) หรือแก้ความผูกพยาบาท (Revenge) แต่สิทธิของผู้เสียหายในการมีส่วนร่วมในคดีอาญามีอยู่น้อยมาก เพื่อการรักษาประโยชน์ดังกล่าว สิทธิผู้เสียหายในการมีส่วนร่วมในคดีอาญา ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข้อมูล (Right to be Informed) และสิทธิที่จะเสนอความเห็น (Right to Present) ซึ่งจำเลยอาจใช้สิทธินี้ในการมีส่วนร่วมในการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพได้โดยในคดีที่อยู่ในอำนาจศาลสหรัฐ (Federal Court) กำหนดให้จำเลยมีสิทธิที่จะให้คำปรึกษาตามมุมมองของตนในข้อเสนอของการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพใดๆ อย่างไรก็ตาม ในรัฐอื่นๆ อาจมีการกำหนดสิทธิผู้เสียหายแตกต่างไปจากนี้ เห็นได้ว่าผู้เสียหายไม่มีสิทธิเข้าไปตัดสินใจในการต่อรองคำรับสารภาพ

2) รูปแบบของความตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพ เมื่อมีการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพแล้ว ผลของการเจรจาจะนำมาซึ่งความตกลงที่คู่ความจะใช้ในการดำเนินการ สำหรับความตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพ FRCP 11 อนุ c กำหนดให้ความตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพเป็นการแลกเปลี่ยนระหว่างคำรับสารภาพตลอดข้อหา หรือรับสารภาพในข้อหาที่ถูกฟ้อง หรือข้อหาใหม่ที่เบากว่าหรือข้อหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้พนักงานอัยการทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งต่อไป

FRCP 11 อนุ e.1.(A) ถอนฟ้องข้อหาอื่นๆ หรือ

FRCP 11 อนุ e.1.(B) ทำความเห็น หรือตกลงว่าจะไม่คัดค้านคำร้องของจำเลยที่มีขึ้นเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเป็นพิเศษเฉพาะคดี ภายใต้ความเข้าใจที่ว่าความเห็นหรือคำร้องขอนั้นไม่ผูกมัดศาลในการพิจารณาตัดสินคดี

FRCP 11 อนุ e.1.(C) ตกลงกันกับจำเลยว่าการมีคำพิพากษาเป็นการเฉพาะคดีเป็นสิ่งที่เหมาะสมสำหรับคดี

ความตกลงตาม FRCP 11 อนุ e นี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

(1) รูปแบบแรก การต่อรองฟ็อง (Charge Bargaining) การต่อรองฟ็องเป็นการต่อรองคำรับสารภาพที่พนักงานอัยการตกลงจะฟ็องคดีในลักษณะที่ปรานีต่อจำเลยแลกเปลี่ยนกับการให้การรับสารภาพของจำเลย การฟ็องคดีในลักษณะปรานีของพนักงานอัยการอาจดำเนินการในสามรูปแบบ กล่าวคือ ถอนฟ็องคดีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกัน, ไม่ฟ็องคดีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกันหรือฟ็องคดีที่มีข้อหาเบา ถอนฟ็องหรือไม่ฟ็องคดีที่มีข้อหาหนักอื่นที่เกี่ยวข้องกัน กล่าวโดยสรุปคือ การต่อรองคำรับสารภาพนั้น พนักงานอัยการอาจแลกเปลี่ยนการลดจำนวนคดี หรือลดความรุนแรงของการฟ็องคดี หรือทั้งสองอย่าง กับการที่จำเลยตกลงที่จะให้การรับสารภาพ คดีต่างๆ ที่พนักงานอัยการจะนำมาใช้ต่อรองคำรับสารภาพต้องเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกัน เช่น จำเลยใช้ปืนยิงผู้อื่นตายโดยมีการพกพาอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต และบุกรุก นอกจากนี้ หลายปีก่อนจำเลยเคยลักทรัพย์ การต่อรองฟ็องจะนำเอาคดีลักทรัพย์เมื่อหลายปีก่อนมาต่อรองคำรับสารภาพด้วยไม่ได้ จะต้องรอได้เฉพาะคดีฆ่าผู้อื่น พกพาอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือคดีบุกรุกซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกัน ในความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพโดยต่อรองการฟ็อง พนักงานอัยการและจำเลยสามารถทำให้ความตกลงบรรลุผลได้โดยง่าย เนื่องจากจำเลยสามารถใช้สิทธิที่ตนเองมีอยู่ในการรับสารภาพเพื่อปฏิบัติตามข้อตกลงและพนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการฟ็องคดีตามอำนาจฟ็องที่ตนมี เพื่อปฏิบัติตามข้อตกลงได้เช่นกัน ข้อกำหนดของ FRCP 11 อนุ e.1.(A) ก็ถือเป็นการต่อรองการฟ็องอย่างหนึ่ง

(2) รูปแบบที่สอง การต่อรองคำพิพากษา (Sentence Bargaining) การต่อรองคำพิพากษา คือ การที่จำเลยให้การรับสารภาพเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่พนักงานอัยการทำความเห็นหรือไม่คัดค้าน ให้มีการพิพากษาลดหย่อนโทษ หรือตกลงให้มีคำพิพากษาเป็นการเฉพาะคดี การต่อรองคำรับสารภาพ FRCP 11 อนุ e สามารถปฏิบัติได้ใน 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะแรก FRCP 11 อนุ e.1.(B) พนักงานอัยการทำความเห็นหรือตกลงว่าจะไม่คัดค้านคำร้องขอของจำเลยที่มีขึ้น เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเป็นพิเศษเฉพาะคดี ภายใต้ความเข้าใจที่ว่า ความเห็นหรือคำร้องขอนั้นไม่ผูกมัดศาลในการพิจารณาคดี แลกเปลี่ยนกับคำให้การรับสารภาพของจำเลย การใช้บทบัญญัติตาม FRCP 11 อนุ e.1.(B) มีตัวอย่าง เช่น จำเลยตกลงให้การรับสารภาพในคดียาเสพติด และให้ความร่วมมือในการเป็นพยาน พนักงานอัยการตกลงที่จะทำความเห็นให้พิพากษาจำคุก 5 ปี ต่อมา ศาลยอมรับคำให้การรับสารภาพ แต่พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย 10 ปี ศาลอุทธรณ์ยื่นยันตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและพิพากษาว่าจำเลยไม่มีสิทธิถอนคำให้การรับสารภาพ กรณีลักษณะนี้ปรากฏในคดีระหว่าง United State V. Thribodeaux ในปี ค.ศ. 1987 กรณีตาม อนุ e (B) นี้ถือว่าการที่พนักงานอัยการทำความเห็นให้ลงโทษจำเลยตามความตกลง

บรรลุผลแล้ว แม้ภายหลังศาลจะไม่ลงโทษจำเลยตามความเห็นของพนักงานอัยการก็ไม่ทำให้การต่อรองคำรับสารภาพนั้นเสียไป ทำให้การของจำเลยที่ยื่นไว้ตามข้อตกลงจึงไม่อาจถอนได้

ลักษณะที่สอง FRCP 11 อนุ e.1.(C) พนักงานอัยการตกลงกับจำเลยว่า การมีคำพิพากษาเฉพาะเป็นสิ่งที่เหมาะสมสำหรับคดีแลกเปลี่ยนกับการรับสารภาพของจำเลย การใช้บทบัญญัติตาม FRCP 11 อนุ e (C) มีตัวอย่าง เช่น จำเลยตกลงให้การรับสารภาพในคดีอาชญากรรมและให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสอบสวนเพื่อแลกเปลี่ยนกับพนักงานอัยการของรัฐตกลงว่า คำพิพากษาที่เหมาะสมกับคดีนี้คือการลงโทษจำคุกไม่เกิน 6 ปี แต่ในการดำเนินคดีในศาล พนักงานอัยการชักจูงศาลให้เห็นว่าจำเลยล้มเหลวในการให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้อตกลงระหว่างพนักงานอัยการกับจำเลยไม่มีผลตามกฎหมาย ศาลรับเอาคำให้การรับสารภาพของจำเลยไว้พิจารณาและพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย 6 ปี 6 เดือน ซึ่งมากกว่าที่ตกลงกันไว้ในข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยพิพากษาว่าศาลชั้นต้นจะต้องยอมรับคำพิพากษาที่เหมาะสมสำหรับคดีที่อัยการและจำเลยได้ตกลงกันไว้ตามข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ หรือไม่ก็ต้องให้จำเลยมีโอกาสดอนคำให้การรับสารภาพก่อน ดังปรากฏในคำพิพากษาในคดี United State V. Fernandez ในปี ค.ศ. 1991 ในคดีนี้พนักงานอัยการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง โดยอ้างเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากความตกลงว่าจำเลยล้มเหลวที่จะให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ชี้ให้เห็นว่า ในการพิจารณาคดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพในลักษณะนี้ ศาลจะต้องวินิจฉัยก่อนว่า จะบังคับใช้ข้อตกลงตามการต่อรองคำรับสารภาพที่ทำได้หรือไม่ หากไม่บังคับใช้ต้องให้โอกาสจำเลยดอนคำให้การรับสารภาพเสียก่อน หากจะบังคับใช้จึงพิจารณาไปตามความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่พนักงานอัยการได้ทำไว้กับจำเลยโดยพิพากษาไปตามความตกลงที่เสนอมานี้

3) การพิจารณาความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพของศาล FRCP 11 ได้เปิดโอกาสให้ศาลมีโอกาสดำเนินการพิจารณาความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพโดยกำหนดไว้ในอนุ e.²⁸ คือ “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ กล่าวคือ ถ้าคู่ความสามารถบรรลุจุดมุ่งหมายในการทำความตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้นได้ ศาลจะต้องบันทึกข้อตกลงนั้นไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาคดีระหว่างมีการพิจารณาคดี หรือในเวลาขณะที่ได้มีการทำความตกลงกันนั้น โดยศาลอาจจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลงนั้นหรืออาจจะหน่วงเหนี่ยวไม่ยอมรับหรือปฏิเสธจนกว่าจะมีโอกาสพิจารณารายงานเกี่ยวกับข้อตกลงที่เสนอมานี้” การต่อรองคำรับสารภาพในรูปแบบต่างๆ นั้น ศาลอาจเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาได้ โดยศาลจะรับรู้ว่าการต่อรอง

²⁸ นิจรินทร์ องค์กรพิสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 39.

คำรับสารภาพจากการถามจำเลยในเวลาที่ยกให้การรับสารภาพตาม FRCP 11 อนุ d หรืออาจรับรู้ได้จากการนำเสนอการต่อรองคำรับสารภาพของพนักงานอัยการหรือจำเลย เมื่อศาลรับรู้ข้อตกลงคำรับสารภาพแล้วจึงพิจารณาหรือปฏิเสธข้อตกลง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลมักปฏิบัติกับข้อตกลงดังนี้

(1) ศาลมักไม่ค่อยปฏิเสธข้อตกลงตาม FRCP 11 อนุ e.1.(A) ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจในการใช้ดุลพินิจฟ้องคดีของพนักงานอัยการเป็นที่ยอมรับของศาลโดยทั่วไป ศาลเคยอธิบายเหตุแห่งการปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในแบบนี้ในคดีระหว่าง United State V. Ammidown ในปี ค.ศ. 1972 โดยเขียนในคำพิพากษาว่า “ศาลจะปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพแบบ A เฉพาะในกรณีพนักงานอัยการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเท่านั้น”

(2) ศาลมักไม่ค่อยปฏิเสธข้อตกลงตาม FRCP 11 อนุ e.1.(B) เนื่องจากข้อตกลงตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่ผูกมัดศาล แม้ศาลยอมรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพตามบทบัญญัตินี้ แต่ศาลอาจพิพากษาลงโทษจำเลยได้ตามดุลพินิจของตน

(3) ศาลมักไม่ค่อยยอมรับข้อตกลงตาม FRCP 11 อนุ e.1.(C) เนื่องจากหากศาลยอมรับข้อตกลงดังกล่าว ศาลจะต้องพิพากษาไปตามข้อตกลงนั้น ดังเคยปรากฏการแสดงการไม่ยอมรับข้อตกลงในลักษณะนี้ในคำพิพากษาหลายคดี เช่น คดีระหว่าง United State V. Jackson ในปี ค.ศ. 1977 โดยเขียนไว้ว่า “แน่นอนที่สุดไม่มีศาลใดต้องการที่จะยอมรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในรูปแบบ c” เหตุที่ศาลไม่ยอมรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในรูปแบบ c เนื่องมาจากข้อตกลงตามรูปแบบ c มีลักษณะก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของศาล พนักงานอัยการและจำเลยมีความต้องการใช้ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพในรูปแบบ c อยู่พอสมควร Anthony V. Nanni เคยกล่าวไว้ว่า “เราชอบใช้ข้อตกลงในรูปแบบ c เมื่อคู่ความตั้งใจร่วมกันที่จะกำหนดคำพิพากษาที่เหมาะสมกับคดี แต่การใช้ข้อตกลงตามรูปแบบ c นี้มีข้อจำกัดมาก เนื่องจากศาลรู้สึกไม่สบายใจที่จะยอมรับข้อตกลงในรูปแบบนี้แต่ยอมรับความตกลงในรูปแบบ b มากกว่า FRCP 11 อนุ e.2 บัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายให้ศาลมีอำนาจในการอนุมัติข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในรูปแบบ c เนื่องจากหากไม่มีบทบัญญัตินี้พนักงานอัยการอาจทำความตกลงกับจำเลยผูกมัดคำพิพากษาของศาลทั้งที่พนักงานอัยการไม่มีอำนาจบังคับศาลให้ยอมรับความเห็นที่เสนอมาตามความตกลง

4) การยอมรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ หลังจากศาลพิจารณาข้อตกลงคำรับสารภาพแล้ว หากศาลจะยอมรับข้อตกลงดังกล่าว FRCP 11 อนุ e.3 ได้กำหนดให้ศาลปฏิบัติดังนี้ “การยอมรับข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพของศาลนั้น ศาลจะต้องแจ้งให้จำเลยทราบว่า ศาลจะบันทึกข้อตกลงของจำเลยหรือทนายจำเลยกับอัยการไว้ในคำพิพากษา และจะตัดสินตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ” การกำหนดวิธีปฏิบัติสำหรับการยอมรับข้อตกลงของการ

ต่อรองคำรับสารภาพนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติงานของศาล และให้เกิดความชัดเจน แก่คู่ความว่าศาลจะตัดสินตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ

5) การปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ หลังจากศาลพิพากษาข้อตกลงคำรับสารภาพแล้ว หากศาลปฏิเสธที่จะยอมรับข้อตกลงดังกล่าว FRCP 11 อนุ c.4 ได้กำหนดให้ศาลปฏิบัติดังนี้ “การปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพของศาลนั้น ศาลจะบันทึกไว้ในสำนวนคดีพร้อมทั้งแจ้งให้คู่ความทราบ และให้คำแนะนำแก่จำเลยเป็นการส่วนตัวในศาลว่าศาลจะไม่ผูกพันตามข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining) นั้น และให้โอกาสจำเลยถอนคำให้การและแนะนำจำเลย ว่า ถ้าจำเลยยืนยันให้การรับสารภาพตลอดข้อหาหรือให้การรับสารภาพบางข้อหาแล้ว การดำเนินคดีต่อไปอาจจะเป็นประโยชน์แก่จำเลยน้อยกว่าที่จำเลยคาดหมายว่าจะได้รับจากข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ”

FRCP 11 อนุ c.4 ได้กำหนดให้ศาลบันทึกการปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ และแจ้งให้คู่ความทราบว่าศาลจะไม่ผูกพันตามข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ และให้โอกาสจำเลยถอนคำให้การ และให้คำแนะนำแก่จำเลยในการดำเนินคดีต่อไปว่า หากจำเลยยืนยันที่จะให้การรับสารภาพ ถ้าการรับสารภาพจะมีประโยชน์ต่อจำเลยน้อยกว่าข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ การมีข้อกำหนดในลักษณะนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองจำเลยเพื่อให้คำให้การของจำเลยเป็นไปโดยสมัครใจและมีสติรู้ถึงผลของการกระทำ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพด้วยสาเหตุหลักๆ ดังนี้

(1) ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นปราศจากความสมัครใจ (Voluntariness) หรือขาดสติรู้ถึงผลของการกระทำ (Intelligently)

(2) ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นมีการลดหย่อนโทษมากเกินไปหรือจำกัดอำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลมากเกินไป หรือการตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือเหตุผลประการอื่นซึ่งทำให้การต่อรองคำรับสารภาพขัดต่อประโยชน์ของความยุติธรรม

6) การบันทึกเวลาของความตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้น FRCP 11 อนุ c.5 ได้กำหนดไว้ดังนี้ “เวลาของการทำความตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากเวลาที่ได้ทำความตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพกันแล้ว ศาลอาจบันทึกการทำความตกลงกันนั้นในเวลาที่นำตัวจำเลยมาฟ้องศาล หรือในเวลาใดก่อนการพิจารณาคดีแล้วแต่ศาลจะกำหนด”

การบันทึกเวลาของการทำความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพกำหนดขึ้นเพื่อความแน่นอนและจะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติตามความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นๆ ปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่จะปรากฏขึ้น เช่น ในกรณีที่คู่ความตกลงทำความตกลงต่อรองคำรับ

สารภาพแบบ C ในเวลาเที่ยงวันที่ 1 มกราคม 2545 เมื่อคดีเข้าสู่ศาลในวันเดียวกันช่วงบ่ายศาลปฏิเสธความตกลงที่ทำกันไว้นั้น ต่อมาเวลาบ่ายโมงวันเดียวกันคู่ความทำความตกลงต่อรองคำรับสารภาพในรูปแบบ A หรือ B หากไม่มีการบันทึกเวลาไว้จะไม่ทราบว่าข้อตกลงใดทำก่อนหลัง อาจทำให้ศาลมีปัญหาในการปฏิเสธข้อตกลง อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงอาจบันทึกต่อหน้าศาลก็ได้ ซึ่งศาลจะไม่สับสนในการปฏิเสธข้อตกลงดังกล่าว

7) การให้ความคุ้มกันต่อคำให้การรับสารภาพที่ศาลปฏิเสธไม่ยอมรับ ในบางกรณีศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับคำให้การรับสารภาพก็ได้ ในกรณีที่ศาลปฏิเสธคำให้การรับสารภาพ FRCP 11 อนุ e.6 กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่ศาลไม่ยอมรับคำให้การของจำเลย คำร้องขอยื่นคำให้การและคำแถลงที่เกี่ยวข้อง นอกจากสิ่งดังกล่าวมาแล้วข้างต้น พยานหลักฐานของคำให้การรับสารภาพ การถอนฟ้องในภายหลัง คำให้การรับสารภาพบางข้อหา หรือคำร้องขอให้การรับสารภาพตลอดข้อหา หรือให้การรับสารภาพบางข้อหาในข้อหาที่ถูกฟ้องหรือข้อหาอื่นๆ หรือคำแถลงที่เกี่ยวข้องเนื่องและสัมพันธ์กับคำให้การหรือคำร้องขอใดๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วจะไม่เป็นที่ยอมรับในการดำเนินคดีลงโทษผู้ที่ได้ยื่นคำให้การหรือคำร้องขอเช่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรือทางอาญา ก็ตาม พยานหลักฐานเกี่ยวกับคำแถลงที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับคำให้การรับสารภาพ การถอนฟ้องในภายหลัง หรือคำให้การรับสารภาพบางข้อหา หรือคำร้องขอยื่นคำให้การรับสารภาพตลอดข้อหาในข้อหาที่ถูกฟ้อง หรือในข้อหาอื่นๆ ที่จะเป็นที่ยอมรับในการดำเนินคดีอาญา ฐานเบิกความเท็จหรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จต่อเจ้าพนักงาน ถ้าคำแถลงนั้นจำเลยได้กระทำภายหลังมีการสาบานตนแล้ว หรือโดยมีทนาย”

FRCP 11 อนุ e.6 ให้ความคุ้มกันต่อการให้การรับสารภาพและการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับการให้การรับสารภาพในกรณีที่คำให้การรับสารภาพถูกศาลปฏิเสธ โดยคำให้การรับสารภาพหรือการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับการรับสารภาพตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ถูกยอมรับในทางเป็นโทษแก่จำเลย ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรือทางอาญา ทั้งนี้ เนื่องมาจากการที่ศาลไม่ยอมรับข้อตกลง ถือว่าข้อตกลงที่ให้ไว้ไม่มีผลตามกฎหมาย หากไม่มีบทบัญญัตินี้ การใช้วิธีการต่อรองคำรับสารภาพจะมีปัญหาอย่างมาก เนื่องจากพนักงานอัยการจะต่อรองคำรับสารภาพกับจำเลยทั้งที่รู้แน่ชัดว่าศาลจะปฏิเสธเมื่อศาลปฏิเสธจำเลยก็จะได้รับผลร้ายจากคำให้การรับสารภาพที่ยื่นไว้ กรณีเช่นนี้ทำให้เห็นได้ว่าการไม่มีบทบัญญัตินี้ จะทำให้เกิดการใช้กลอุบายในการต่อรองคำรับสารภาพ

นอกจากนี้ เหตุผลหลักที่ศาลจะปฏิเสธคำให้การรับสารภาพของจำเลย เพราะว่าการให้การนั้นขาดความสมัครใจ (Voluntariness) หรือขาดสติรับรู้ถึงผลของการกระทำ (Intelligently) หากพนักงานอัยการหลอกลวงจำเลยทำให้การให้การนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อศาล

ทราบจึงปฏิเสธที่จะยอมรับคำให้การนั้น คำให้การนั้นจึงไม่ควรถูกนำมาใช้อีกต่อไป แต่คำให้การหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับคำให้การตามที่ได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว ถ้าหากกระทำขึ้นหลังจากสาบานตน หรือโดยจำเลยมีทนายความ คำให้การหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องนั้นอาจถูกนำมาดำเนินคดีต่อจำเลยในข้อหาเบิกความเท็จ หรือแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานได้ ทั้งนี้เนื่องจากคำให้การหรือการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับคำให้การ หลังจากสาบานตนแล้วถือว่าได้ให้ไว้ต่อศาล โดยมุ่งหวังว่าจะให้เกิดผลแก่คดีอย่างชัดเจนแล้ว หากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะถูกดำเนินคดีอาญา นอกจากนี้ การมีทนายความของจำเลย ถือว่าจำเลยได้รับคำปรึกษาอย่างเหมาะสมแล้ว หากยังให้การหรือกระทำการอื่นที่เกี่ยวกับการให้การโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็อาจถูกดำเนินคดีอาญาได้ หากจำเลยให้การหรือกระทำการอื่นที่เกี่ยวกับการให้การ โดยถูกหลอกลวงจากอุบายของพนักงานอัยการ จำเลยก็ไม่มีโอกาสที่จะถูกดำเนินคดีอาญาเพราะการกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิด แต่หากการให้การรับสารภาพนั้นเป็นอุบายของจำเลยเองในการต่อสู้คดี เช่น ใช้อุบายทำการต่อรองคำรับสารภาพ เพื่อให้พนักงานอัยการชะล่าใจไม่รวบรวมพยานหลักฐานให้เพียงพอ แล้วให้การปฏิเสธในภายหลัง กรณีเช่นนี้ จำเลยอาจถูกดำเนินคดีอาญาในฐานดังกล่าวได้ การถูกดำเนินคดีดังกล่าวเป็นการถูกดำเนินคดีในข้อหาเบิกความเท็จ หรือแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ไม่ใช่การนำเอาคำให้การหรือการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับคำให้การไปใช้ในคดีเดิม

8) อำนาจในการตรวจสอบคำให้การรับสารภาพของศาล ในคดีที่มีการให้การรับสารภาพ FRCP 11 อนุ e.7 ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบคำให้การรับสารภาพไว้ ดังนี้ “ในกรณีเกี่ยวกับการตรวจสอบความถูกต้องแน่นอนของคำให้การรับสารภาพ ถ้ามีการยอมรับคำให้การรับสารภาพ ศาลจะไม่พิพากษาตามคำให้การรับสารภาพนั้นจนกว่าจะได้มีการไต่สวนคู่ความจนเป็นที่พอใจว่า คำให้การรับสารภาพนั้นได้กระทำด้วยความสัตย์จริง”

ก่อนที่จะศาลจะรับหรือปฏิเสธความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพตามอำนาจที่ศาลมีอยู่ ตาม FRCP 11 อนุ e.2 ศาลจำเป็นต้องตรวจสอบถึงความถูกต้องแน่นอนของคำให้การรับสารภาพเสียก่อนการตรวจสอบความถูกต้องตามบทบัญญัตินี้ โดยหลักแล้วศาลจะตรวจสอบความถูกต้อง 3 ประการ คือ ความสมัครใจ, ความมีสติรู้ถึงผลของการกระทำ และสิ่งอื่นที่แสดงให้เห็นถึงความจริงของคำให้การรับสารภาพ

บทบัญญัติให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการอำนวยความสะดวกโดยเฉพาะในส่วนที่กำหนดว่า ศาลสามารถไต่สวนจนเป็นที่พอใจว่าคำให้การรับสารภาพนั้นเป็นไปด้วยความสัตย์จริง ศาลในระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิกัมภ์มักไม่ค่อยใช้การไต่สวนสักเท่าใด แต่จะพิจารณาความสมัครใจและการมีสติรู้ถึงผลของการกระทำเป็นสำคัญ

9) การบันทึกการพิจารณาในการให้การรับสารภาพของจำเลย FRCP 11 อนุ e.8 มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการบันทึกการพิจารณาดังนี้ “การบันทึกการพิจารณา ศาลจะต้องบันทึกถ้อยคำ และทุกขั้นตอนที่จำเลยให้การรับสารภาพ และในกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพตลอดข้อหา หรือให้การรับสารภาพบางข้อหา บันทึกดังกล่าวของศาลนี้จะต้องทำการบันทึกรวมไปถึงคำแนะนำของศาลที่ให้แก่จำเลยด้วย การได้ส่วนเกี่ยวกับความสมัครใจในการให้คำให้การรับสารภาพของศาลนั้น ให้รวมถึงข้อตกลงใดๆ ที่เกี่ยวกับคำให้การรับสารภาพ และการได้ส่วนความถูกต้องแน่นอนของคำให้การรับสารภาพด้วย”

การบันทึกการพิจารณาของสหรัฐอเมริกาตามบทบัญญัตินี้ กำหนดให้ศาลต้องบันทึกถ้อยคำทุกขั้นตอนที่จำเลยรับสารภาพ มิใช่เพียงแต่สรุปเอาจากคำเบิกความดังที่ปฏิบัติอยู่ในประเทศไทย การบันทึกการพิจารณาของศาลสหรัฐต้องมีรายละเอียดมาก ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยโปร่งใสมีความชัดเจนแน่นอน

3.1.2.3 การสิ้นสุดของความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ

ความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพตามความมุ่งหมายของพนักงานอัยการและจำเลยนั้น อาจสิ้นสุดได้ในหลายลักษณะ ดังต่อไปนี้⁹

1) ศาลยอมรับความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ กรณีที่ศาลยอมรับความตกลงต่อรองคำรับสารภาพจะต้องมีคำพิพากษาไปตามข้อตกลงนั้น และข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพจะสิ้นสุดเมื่อศาลมีคำพิพากษา

2) ศาลปฏิเสธความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ กรณีที่ศาลปฏิเสธความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพก็จะสิ้นสุดผูกพันและสิ้นสุดลงนับตั้งแต่นั้น เมื่อความตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพสิ้นสุดความผูกพัน จำเลยก็จะมีสิทธิถอนคำให้การรับสารภาพดังที่บัญญัติไว้ใน FRCP 11 อนุ e.4 ส่วนพนักงานอัยการก็ไม่ผูกพันต้องปฏิบัติตามข้อตกลงอีกต่อไป

3) การไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงของพนักงานอัยการหรือจำเลย ความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ แม้จะมีความผูกพันให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติ แต่ความผูกพันนั้นโดยสภาพแล้วไม่สามารถบังคับได้อย่างแน่นอนเท่ากับสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิของจำเลยในการให้การเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจำเลยจะใช้สิทธินี้อย่างไรก็ได้ และไม่อยู่ในข้อบังคับของสัญญาและกฎหมายลำดับรองใดๆ รวมทั้งคำพิพากษาของศาล แม้จำเลยจะตกลงว่าจะให้การรับสารภาพแต่เวลาที่จำเลยให้การจริง หากจำเลยจะปฏิเสธก็ไม่สามารถบังคับจำเลยได้ สิ่งที่พนักงานอัยการจะทำได้ในกรณีที่

⁹ อรรถพล ลิขิตจิตตะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย, เล่มเดิม, หน้า 155-156.

จำเลยปฏิเสธข้อตกลงก็คือ ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้น ในทางกลับกันพนักงานอัยการมีอำนาจในการดำเนินคดีในนามของรัฐ การดำเนินคดีของพนักงานอัยการไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้สัญญาใดๆ เช่นกัน พนักงานอัยการอาจปฏิเสธที่จะทำตามความตกลงตามหน้าที่ที่จะต้องรักษาประโยชน์สาธารณะที่ย่อมทำได้ หากพนักงานอัยการปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงจำเลยก็มีสิทธิที่จะถอนคำให้การรับสารภาพได้ สรุปว่าศาลจะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามข้อตกลงโดยบังคับให้จำเลยรับสารภาพตามข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพไม่ได้ ขณะเดียวกันศาลก็จะบังคับให้พนักงานอัยการปฏิบัติตามความตกลงไม่ได้เช่นกัน สิ่งที่ศาลอาจปฏิบัติในความตกลงต่อรองคำรับสารภาพที่พนักงานอัยการหรือจำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง คือ

(1) หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ พนักงานอัยการก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงตอบแทน ดังเคยปรากฏในคำพิพากษาของคดี Mabry กับ Johnson ในปี ค.ศ. 1984 ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาว่า “จำเลยได้ทำให้ข้อตกลงไม่เป็นผลโดยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ทำให้ข้อตกลงที่ผูกมัดพนักงานอัยการอยู่บังคับไม่ได้”

(2) หากพนักงานอัยการ ไม่ปฏิบัติตามความตกลงต่อรองคำรับสารภาพ จำเลยก็ไม่มี ความจำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อตกลงตอบแทน ดังปรากฏในคดีระหว่าง Santobello V. New York ในปี ค.ศ.1971 พนักงานอัยการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงศาลให้จำเลยถอนคำให้การรับสารภาพได้

3.1.3 การกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยาน

3.1.3.1 ความหมายของการกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยาน

การกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน เป็นการปฏิเสธหลักตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ซึ่งเชื่อว่า เมื่อมีผู้กระทำความผิดเขาควรถูกลงโทษเพื่อชดเชยความยุติธรรมที่เสียไปให้คืนมา ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) เห็นว่าความชอบธรรมในการลงโทษอยู่ที่ผลดีที่การลงโทษก่อให้เกิดขึ้น การกันตัวผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยาน แม้จะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา แต่หากคำให้การนั้นสามารถทำให้ลงโทษผู้กระทำความผิดคนอื่นได้ ซึ่งหากพิจารณาโดยสัดส่วนแล้ว ส่วนของการกระทำผิดของผู้กระทำผิดอื่นมีผลกระทบต่อสังคมมากกว่าส่วนของผู้กระทำความผิดที่จะถูกกันไว้เป็นพยาน การกันผู้ร่วมกระทำความผิดที่มีสัดส่วนที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อน้อยกว่าไว้เป็นพยาน จึงก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะอย่างยิ่ง ในสหรัฐอเมริกาใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) จึงมีพื้นฐานที่จะพิจารณาไม่ดำเนินคดีต่อบุคคลใดๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

การกันตัวผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานในสหรัฐอเมริกาคกระทำโดยให้ความคุ้มกัน (Immunity) แก่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่อ้างสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเองในทางอาญา

การคุ้มกันในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่ให้การคุ้มกันอยู่ 2 ประเภท คือ กฎหมายที่ให้ความคุ้มกันโดยอัตโนมัติ (Automatic Immunity) กับกฎหมายที่ให้ความคุ้มกันโดยต้องมีการเรียกร้อง (Claim immunity statutes)¹⁰

1) ความคุ้มกันโดยอัตโนมัติ ผู้ร่วมกระทำความผิดจะได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ โดยกฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติบังคับให้พยานให้การภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ในขณะที่พยานจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องอันเนื่องมาจากคำให้การของเขานั้นในภายหลังโดยไม่ต้องขการไม่ให้การแต่ถูกบังคับให้ให้การขึ้นอ้าง และเจ้าพนักงานไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้มีความคุ้มกัน

2) ความคุ้มกันต้องมีการเรียกร้อง คือ ความคุ้มกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะให้ความคุ้มกันก็ต่อเมื่อมีการร้องขอความคุ้มกันเสียก่อน เมื่อได้รับความคุ้มกันแล้ว คำให้การของผู้ที่ได้รับการคุ้มกันจึงจะไม่สามารถนำมาดำเนินคดีอาญาต่อเขาได้ หากไม่ได้รับความคุ้มกัน ผู้ที่อาจต้องให้การนั้นจะอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกิริยาต่อตนเองในทางอาญาปฏิเสธที่จะให้การก็ย่อมทำได้ หากไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว บุคคลใดใดย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกิริยาต่อตนเองในทางอาญา

รัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา มีอำนาจในการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของตนเองจึงอาจเลือกที่จะกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะหนึ่งลักษณะใดใน 2 รูปแบบข้างต้น ก่อนปี ค.ศ. 1970 รัฐต่างๆ ได้ออกกฎหมายประเภทที่ความคุ้มกันต้องมีการเรียกร้องไม่ต่ำกว่า 50 ฉบับ อาจกล่าวได้ว่าเกือบทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายประเภทที่ความคุ้มกันต้องมีการเรียกร้องในปี ค.ศ.1970 ได้เริ่มมีการออกกฎหมายของสหรัฐ กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มกันของสหรัฐ (Federal Immunity Statue) ไว้ใน Witness Immunity Act ในปี ค.ศ.1970 ในช่วงเวลาดังกล่าวมีการเรียกร้องให้รัฐต่างๆ กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มกันในลักษณะเดียวกับหลักเกณฑ์ของสหรัฐ¹¹

3.1.3.2 การให้ความคุ้มกันของสหรัฐอเมริกา¹²

สหรัฐอเมริกาได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้การคุ้มกันโดยกำหนดให้ผู้มีอำนาจในการให้ความคุ้มกันไว้ในมาตรา 6002¹³ ตาม 18 United State Code ดังนี้ “ในกรณีที่พยานปฏิเสธที่

¹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 180.

¹¹ คูชิน ต่างงาม. (2529). การกันตัวผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน. หน้า 60.

¹² อรรถนพ ลิขิตจิตตะ , ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย. เล่มเดิม. หน้า 181-184.

¹³ 18 u.s.c. § 6002. 1988. Provide.

Section 6002 immunity generally

จะให้การ โดยอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิบัติต่อตนเองในทางอาญา ในการเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสารในกระบวนการพิจารณา หรือให้ข้อมูลแก่

1) ศาล หรือคณะลูกขุนของสหรัฐอเมริกา

2) หน่วยงานของสหรัฐอเมริกา

3) รัฐสภา การประชุมร่วมของรัฐสภา คณะกรรมการของสภา บุคคลที่เป็นประธานของกระบวนการพิจารณานั้นอาจออกคำสั่งภายใต้บทบัญญัติในส่วนนี้ให้พยานให้การ และพยานไม่อาจปฏิเสธที่จะให้การตามคำสั่งนั้น โดยอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิบัติต่อตนเองในทางอาญา แต่คำเบิกความหรือการให้ข้อมูลข่าวสารนั้น ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมไม่อาจนำมาดำเนินคดีอาญาใดๆ ได้เว้นแต่ในความผิดฐานเบิกความเท็จ ให้การเท็จ หรือการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง”

บทบัญญัติดังกล่าว พิจารณาได้ดังนี้

1) กฎหมายฉบับนี้อยู่ภายใต้สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิบัติต่อตนเองในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ การจะบังคับให้พยานเบิกความต้องไม่ละเมิดสิทธิดังกล่าว

2) การบังคับให้พยานให้การโดยไม่ละเมิดสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฎิบัติต่อตนเองในทางอาญานั้น ทำได้โดยออกคำสั่งให้พยานเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารแก่องค์กรที่มีอำนาจ แต่จะต้องให้ความคุ้มกัน โดยคำเบิกความหรือการให้ข้อมูลข่าวสารนั้น ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ไม่อาจนำมาดำเนินคดีอาญาได้ ความคุ้มกันตามกฎหมายนี้ให้ความคุ้มกันเฉพาะจากการถูกดำเนินคดีอาญาเนื่องจากเนื้อหาในคำเบิกความหรือการให้ข้อมูลข่าวสารของพยานเท่านั้น

3) หน่วยงานที่มีอำนาจในการออกคำสั่งให้พยานเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสาร ได้แก่ ศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ของสหรัฐอเมริกา, หน่วยงานของสหรัฐอเมริกา และรัฐสภา การประชุมร่วมของรัฐสภา คณะกรรมการของสภา

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 House, or a subcommittee of either House, and the person presiding over the proceeding communicates to the witness an order issued under this part, 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 use against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order.

4) ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งให้พยานเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสาร ได้แก่ บุคคลซึ่งเป็นประธานของกระบวนการพิจารณานั้น การใช้อำนาจตามมาตรานี้ขององค์กรที่มีอำนาจแสดงออกโดยประธานขององค์กรที่มีอำนาจนั้นในการใช้อำนาจตามมาตรา 6002 ในคดีอาญา ซึ่งจะต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ นั้น กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์ในการร้องขอให้ศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ใช้อำนาจดังกล่าวไว้ในมาตรา 6003¹⁴ ตาม 18 United State Code กำหนดไว้ดังนี้

“(a) ในกรณีที่บุคคลใดถูกเรียกหรืออาจถูกเรียกให้มาเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสารในกระบวนการพิจารณาใดๆ ต่อหรือภายใต้ศาลแห่งสหรัฐอเมริกา หรือคณะลูกขุนใหญ่แห่งสหรัฐอเมริกา หรือศาลท้องถิ่นของสหรัฐอเมริกา ศาลที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาใดๆ หรือประเด็นที่อาจมีขึ้นในศาลนั้น ภายใต้บทบัญญัติแห่ง (b) ของมาตรานี้ โดยการร้องขอของพนักงานอัยการของสหรัฐอเมริกาที่มีเขตอำนาจในท้องถิ่นนั้น มีคำสั่งให้บุคคลนั้นเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสาร แม้บุคคลนั้นปฏิเสธที่จะเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสาร ภายใต้สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกิริยาต่อตนเองในทางอาญาก็ได้ คำสั่งดังกล่าวจะมีผลตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 6002 ของหมวดนี้

¹⁴ 18 u.s.c § 6003. (1988). Provide:

section 6003. Court and grand jury proceedings

(a) In the case of an 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 refuse to give or provide on the basis of his privilege against self-incrimination, such order to become effective as provide in section 6002 of this part.

(b) A united State attorney may, with the approval of the Attorney General, the Deputy Attorney General, or any designated 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.

(b) พนักงานอัยการของสหรัฐอเมริกา โดยการอนุมัติของอัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด หรือผู้ช่วยอัยการสูงสุดที่มีอำนาจ อาจร้องขอให้มีการสั่งภายใต้ (a) เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า (1) คำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารจากบุคคลนั้น อาจมีความจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะ (2) บุคคลดังกล่าวปฏิเสธหรือน่าจะปฏิเสธที่จะเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสาร โดยอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกิริยาต่อตนเองในทางอาญา”

3.1.3.3 ขอบเขตของการคุ้มกัน¹⁵

ความคุ้มกันตาม 18 United State Code มาตรา 6002 และ 6003 นั้น เป็นความคุ้มกันพยานจากการถูกดำเนินคดีอาญา โดยคำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารที่พยานให้ตามคำสั่งตามกฎหมายฉบับนี้ไม่อาจใช้ดำเนินคดีอาญากับตัวพยานเอง ด้วยเหตุที่คำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารนั้นมีเนื้อหาที่อาจแสดงถึงการกระทำผิดอาญาของพยานในคำเบิกความหรือข้อมูลข่าวสารเท่านั้น แต่พยานอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้หากการกระทำของพยานในการเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมาย การกระทำในการเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารที่ผิดกฎหมายได้แก่ เบิกความเท็จหรือให้การเท็จ หากพยานเบิกความเท็จหรือให้การเท็จในการเป็นพยานตามคำสั่งในมาตรา 6002 พยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในความผิดฐานเบิกความเท็จและให้การเท็จที่กระทำขึ้นในการเบิกความนั้น หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง หากพยานไม่ยอมให้การตามคำสั่งในมาตรา 6002 พยานจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่พยานกระทำโดยการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น นอกจากนี้แล้ว ศาลสหรัฐอเมริกายังวางหลักเกี่ยวกับขอบเขตของการได้รับความคุ้มกัน ดังนี้

ในคดีแพ่ง คำเบิกความภายใต้การได้รับความคุ้มกันในคดีแพ่งอาจใช้กับคู่ความในคดีแพ่งนั้นได้ แต่ความคุ้มกันนั้นจะนำมาใช้ในคดีอาญาอื่นไม่ได้, ความคุ้มกันในคดีอาญาไม่ตัดสิทธิที่จะใช้คำเบิกความของพยานในคดีอาญานั้นในการฟ้องร้องคดีแพ่ง, พยานที่เบิกความภายใต้ความคุ้มกันตามมาตรา 6002 จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความในคดีแพ่งหากไม่มีการให้ความคุ้มกันใหม่ และคดีแพ่งเกี่ยวกับการรับทรัพย์สิน ถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของคดีอาญา ดังนั้น คำเบิกความที่พยานได้เบิกความไปในคดีอาญาภายใต้ความคุ้มกันไม่อาจนำมาใช้ต่อสู้คดีกับพยานได้

เกี่ยวกับการสูญเสียงาน บทบัญญัติที่ 5 แห่งรัฐธรรมนูญ (Fifth Amendment) ไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานที่ตำรวจจะใช้ในการปฏิเสธการตอบคำถามในการปฏิบัติตามหน้าที่ ความคุ้มกันจึงไม่ครอบคลุมไปถึงคำเบิกความเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่

¹⁵ อรรถณพ ลิขิตจิตตะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย, เล่มเดิม, หน้า 185-186.

คดีอาญากร คำเบิกความของพยานที่ให้ไว้ภายใต้ความคุ้มกันในคดีอาญาสามารถนำไปใช้ในคดีแพ่งเกี่ยวกับการฉ้อโกงอาญาที่พยานเป็นจำเลยได้

การถูกยึดใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ คำกล่าวนำของทนายความที่ได้รับความคุ้มกันไม่มีผลบังคับในการให้การต่อ State bar เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ 5 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

เกี่ยวกับชื่อเสียงหรือฐานะทางสังคม ความเสื่อมเสียชื่อเสียงเป็นผลที่ไม่แน่นอนและอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตจากการเบิกความโดยได้รับความคุ้มกันแต่ความเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นอยู่นอกความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า ความคุ้มกันที่พยานได้รับจำกัดอยู่เฉพาะความคุ้มกันเนื้อหาของคำเบิกความหรือให้ข้อมูลข่าวสารในคดีอาญาและคดีอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาอย่างมาก เช่น คดีริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาที่ได้รับความคุ้มกันเท่านั้น

3.2 ประเทศอังกฤษ

3.2.1 การกำหนดโทษและการลดโทษ

ในการกำหนดโทษของศาลอังกฤษ ก่อนจะมีการกำหนดโทษ ศาลมีหน้าที่พิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของจำเลยตลอดจนข้อเท็จจริงอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ในการกำหนดโทษ แล้วจึงกำหนดโทษลงไป ในชั้นกำหนดโทษนี้ศาลมีความเป็นอิสระในการค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยได้อย่างเต็มที่ ทำให้ศาลได้รับข้อมูลเพิ่มเติมและคู่ความมั่นใจได้ว่าได้ข้อมูลที่ถูกต้อง ซึ่งมีผลช่วยให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลกระทำได้อย่างเหมาะสม แต่ขั้นตอนในการกำหนดโทษนี้จะไม่มีการพิจารณาเต็มรูปแบบและมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการสืบพยานน้อยมาก ดังนั้นพยานต่างๆ ที่จะนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษนี้ แม้เป็นพยานบอกเล่าศาลอังกฤษก็รับฟังได้

แต่ในปัจจุบันการกำหนดโทษของประเทศอังกฤษนั้นศาลจะดูจาก Sentencing Guidelines ซึ่งเป็นสิ่งที่ช่วยผู้พิพากษาและศาล Magistrates ลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำความผิดอาญา โทษที่จะลงก็จะสะท้อนให้เห็นถึงความผิดที่จำเลยได้กระทำและเหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดย Sentencing Guidelines จะมีช่วงที่กว้างจึงสะท้อนให้เห็นถึงความร้ายแรงในระดับต่างๆ ของความผิดในแต่ละช่วง Sentencing Guidelines ยังเป็นตัวช่วยให้ศาลรู้ว่ามิบังควรพิจารณาในการที่จะกำหนดโทษน้อยหรือมากกว่า หรือกำหนดโทษขั้นสูงสุด และนอกจากจะพูดถึงเรื่องการกำหนดโทษแล้ว ยังพูดถึงเรื่องการลดโทษด้วย อาทิเช่น การต่อรองคำรับสารภาพ การที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก และ ความรุนแรงในครอบครัว เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ Sentencing Guidelines จะกำหนดโทษไว้ก็ตาม แต่ก็ยังให้ดุลยพินิจกับผู้พิพากษา ในการที่กำหนดเองได้

Sentencing Guidelines ได้ถูกร่างขึ้น โดยหน่วยงานที่ชื่อว่า Sentencing Council ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระของกระทรวงยุติธรรม ที่ตั้งขึ้นโดย มาตราที่ 4 ของ Coroners and Justice Act 2009 เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนและความโปร่งใสในการลงโทษ ในขณะที่เดียวกันก็ยังรักษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ด้วย¹⁶

ในขณะที่ผู้พิพากษาทำการปรับเหตุหรือปัจจัยต่างๆ ที่เป็นเหตุลดโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ทนายจำเลยก็จะทำหน้าที่เสนอให้จำเลยรับสารภาพเพื่อจะได้รับการลดโทษจากศาล ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายการเสนอปัจจัยต่างๆ ดังกล่าวจะช่วยทำให้จำเลยได้รับโทษน้อยลงได้ ส่วนกรณีของ formal mitigation อาจเห็นได้ชัดในการกระทำความผิดเพราะถูกยั่วโทสะ (Provocation) ซึ่งในกฎหมายอังกฤษจะลดโทษเพราะเหตุยั่วโทสะนี้ได้ต่อเมื่อได้กระทำความผิดฐาน Homicide เท่านั้น ซึ่งการยั่วโทสะนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) หรือเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) แต่การยั่วโทสะเป็นได้เพียงการลดข้อกล่าวหาจากข้อหาฆ่าคนโดยเจตนา (Murder) มาเป็นฆ่าคนโดยไม่เจตนา (Manslaughter) และลดโทษจากอัตราขั้นสูงสุดคือประหารชีวิตมาเป็นจำคุกตลอดชีวิตเท่านั้น

จากลักษณะของการลดโทษดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าในประเทศอังกฤษ เหตุที่เป็น Formal Mitigation นั้น หมายถึง การลดโทษในกรณีที่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง เช่น การยั่วโทสะ เป็นต้น และเหตุที่เป็น Informal Mitigation จะหมายถึงการลดโทษโดยการใช้ดุลพินิจของศาล เป็นเรื่องที่ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยประกอบ แล้วจึงชั่งน้ำหนักกำหนดโทษไปตามที่เห็นว่าเหมาะสมซึ่งไม่มีรูปแบบหรือกฎเกณฑ์ที่ตายตัว

สำหรับประเทศอังกฤษไม่มีบัญญัติเรื่องเหตุลดโทษหรือบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำความผิดไว้ เนื่องจากอัตราโทษตามกฎหมายไม่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ในกฎหมายมีแต่เพียงกำหนดโทษขั้นสูงเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่ผูกมัดศาลในเรื่องการลงโทษขั้นต่ำ วิธีการเช่นนี้ทำให้ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องเหตุลดโทษหรือบรรเทาโทษไว้ ทั้งนี้ ผู้พิพากษาของอังกฤษเองก็ได้ตระหนักกว่าการที่จะลงโทษบุคคลให้เหมาะสมกับความผิดนั้นเป็นเรื่องยาก จึงได้มีการรับฟังข้อเท็จจริงทั้งหลายเพื่อนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดให้มากที่สุด เพื่อให้การลงโทษเป็นไปโดยเหมาะสมและยุติธรรม

¹⁶ Sentencing Council. Retrieved August 1, 2012, from

<http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/index.htm>

ในปัจจุบัน ความมุ่งหมายในการกำหนดโทษของศาลอังกฤษจะคำนึงถึงการกำหนดโทษให้มีสัดส่วนที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิด โดยนำเอาบัญชีอัตราโทษ (Tariff System) มาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดและหากมีเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดโทษ ศาลอังกฤษจะพิจารณาถึงความผิดและหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดนั้น โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มุ่งป้องกันสังคม ชัยยังและแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล โดยศาลอังกฤษจะใช้บัญชีอัตราโทษมาเป็นหลักในการกำหนดโทษและพิจารณาประกอบกับปัจจัยต่างๆ ที่เป็นเหตุลดโทษ เช่น อายุ ประวัติ การกระทำผิดก่อนๆ การให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ เป็นต้น นอกจากนี้ศาลยังอาจยกเหตุอื่นเพื่อลดโทษให้ได้อีก เช่น จำเลยทำงานในตำแหน่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้อกับสาธารณะ สถานภาพของจำเลยต่อเพื่อนบ้าน ปัจจัยเหล่านี้ศาลจะนำมาลดโทษจากบัญชีอัตราโทษอีกที

สำหรับเหตุบรรเทาโทษที่ศาลอังกฤษมักจะยกขึ้นมาลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ได้แก่

1) การรับสารภาพ (Plea of Guilty) โดยทั่วไปแล้วจะเป็นปกติที่ทนายจะแนะนำให้จำเลยรับสารภาพเพื่อจะได้รับโทษเบาลง โดยทนายจะสอบถามข้อมูลต่างๆ จากจำเลยเป็นข้อมูลด้านสังคมหรือจากรายงานที่เกี่ยวกับตัวจำเลยในอดีต ข้อมูลเกี่ยวกับครอบครัวหรือหน้าที่การงาน ทั้งนี้เพื่อให้ข้อมูลเหล่านี้ปรากฏต่อศาล ซึ่งจะเป็นการช่วยเหลือศาลอีกทางหนึ่ง แต่การรับสารภาพต้องเกิดขึ้นจากการตัดสินใจโดยอิสระจากจำเลยเอง ไม่ถูกบังคับ และเมื่อรับสารภาพแล้วศาลก็จะลดโทษให้เพื่อเป็นข้อแลกเปลี่ยนกับประโยชน์ในการดำเนินคดี เพราะถ้าไม่มีการลดโทษให้ จำเลยก็จะไม่ยอมรับสารภาพแต่จะต่อสู้คดีถึงที่สุด อันส่งผลเสียทั้งเวลา ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

2) การให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ (Cooperation with the Police) เช่น ไม่ขัดขืนเมื่อถูกจับ หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดอื่นจนสามารถจับกุมผู้กระทำความผิดอื่นได้อีกหลายคน อันเป็นประโยชน์ในการปราบปรามอาชญากรรม

3) บุคลิกภาพ (Good Character) คือกรณีที่ทนายจำเลยแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้สำนึกผิดและจะไม่กระทำความผิดอีก หรือจำเลยไม่เคยถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดมาก่อน ซึ่งโดยปกติแล้วศาลก็จะพิจารณาถึงบุคลิกภาพของจำเลยในอดีตมาประกอบการพิจารณาอยู่แล้ว

4) ความอ่อนอายุ (Youth) ถือเป็นเหตุบรรเทาโทษที่สำคัญอีกประการหนึ่ง โดยเฉพาะในคดีที่จำเลยมีอายุต่ำกว่า 21 ปี จะมีกฎหมายห้ามมิให้ศาลกำหนดโทษจำคุกจำเลย แต่ให้ใช้วิธีการอื่นแทน เช่นการควบคุมความประพฤติ แต่จะทำได้เฉพาะในคดีความผิดร้ายแรงเท่านั้น

3.2.2 การต่อรองคำรับสารภาพ

กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในอังกฤษเกิดขึ้นในศตวรรษที่ 17 วัตถุประสงค์ก็เพื่อลดความรุนแรงในการลงโทษ Sir James Stephens ได้อธิบายกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในระยะแรกของประเทศอังกฤษว่า “ในคดีปล้นทรัพย์ ถ้าผู้ต้องหาให้การรับสารภาพและให้การ

พาดพิงไปถึงผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่น ในการไต่สวนพระมหากษัตริย์จะทรงไว้ชีวิตผู้ต้องหา และรอดพ้นเงื้อมมือของกฎหมาย”¹⁷

ในประเทศอังกฤษ การต่อรองคำรับสารภาพ เป็นกรณีที่ศาลอนุญาตให้มีการลดโทษ เพื่อให้จำเลยรับสารภาพ แต่ได้รับความสนใจน้อยมากซึ่งแตกต่างกับในสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้อาจเป็นผลเนื่องมาจากในอังกฤษมีคดีกึ่งค้างพิจารณาอยู่ในชั้นของศาลน้อยกว่า อัยการในอังกฤษไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดการลดโทษและระบบการลดโทษในอังกฤษมีความยืดหยุ่นมากกว่า แต่อย่างไรก็ตามศาลในอังกฤษ โดยเฉพาะศาลชั้นต้นก็เริ่มประสบกับปัญหาคดีกึ่งค้างพิจารณา ความสับสนในทางวิชาชีพและสังคมอย่างใกล้ชิดของผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม ก็อาจมีส่วนทำให้เกิดการต่อรองคำรับสารภาพขึ้น ดังนั้นจึงน่าจะศึกษาว่าในอังกฤษมีระบบการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่ หรือตามระบบของอังกฤษมีเทคนิคและหลักการซึ่งทำให้ดูเหมือนว่าไม่มีการต่อรองคำรับสารภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการส่งเสริมความเป็นไปได้ของการกระทำดังกล่าวอยู่อย่างไม่เปิดเผย

จากข้อมูลทางสถิติของศาลในศาล Magistrates จำนวนคดีอาญามากกว่าร้อยละ 90 ของคดีอาญาทั้งหมด จำเลยจะให้การรับสารภาพ Zender พบว่าศาล Magistrates ใน London จำเลยจะให้การรับสารภาพถึงร้อยละ 80 และ Bottoms กับ Meelean พบว่าในคดีที่มีการไต่สวนจำนวน 1,316 คดี ในศาล Magistrates ของเมืองเซฟฟิลด์ จำเลยจำนวนร้อยละ 93 ให้การรับสารภาพตลอดข้อหา และมากกว่าร้อยละ 2 จำเลยให้การรับสารภาพมากกว่าหนึ่งข้อหาขึ้นไป

นอกจากนี้ในศาลที่มีระดับสูงกว่าศาล Magistrates ปรากฏว่า จากการศึกษาของ Gibson พบว่าในปี 1975 จำเลยให้การรับสารภาพเป็นจำนวนถึงร้อยละ 75.5 ของคดีอาญาทั้งหมด และจากการศึกษาของ Rose พบว่า ในปี 1967 จำเลยซึ่งให้การรับสารภาพมีจำนวนร้อยละ 57 ของจำเลยทั้งหมด ส่วนจากการศึกษาของ Maclean และ Bottoms พบว่าในปี 1971 - 1972 จำเลยจำนวนร้อยละ 65 จะให้การรับสารภาพตลอดข้อหา จำเลยจำนวนร้อยละ 10 จะให้การรับสารภาพมากกว่าหนึ่งข้อหาขึ้นไป แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะเป็นที่ยอมรับกันว่า การต่อรองคำรับสารภาพเป็นสิ่งจำเป็นในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาในสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่ในประเทศอังกฤษแล้วเพียงมีการยอมรับว่าอาจจะเกิดขึ้นได้เท่านั้น

การต่อรองคำรับสารภาพในอังกฤษ อาจจำแนกได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ การต่อรองคำรับสารภาพโดยชัดแจ้งหรือโดยเปิดเผย และการต่อรองคำรับสารภาพโดยพฤตินัยหรือโดยปริยาย

¹⁷ คณะอนุกรรมการศึกษาผลกระทบกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการชะลอการฟ้องและมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ. เล่มเดิม. หน้า 57.

ความแพร่หลายของการต่อรองคำรับสารภาพในศาลถูกห้ามอย่างเด็ดขาดโดย Lord Parker ได้กล่าวไว้ในคดีระหว่าง R. v. Turner ว่า”ผู้พิพากษาไม่ควรกำหนดโทษตามที่ตั้งใจไว้กล่าวคือ เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพก็จะถูกกำหนดโทษอย่างหนึ่ง แต่หากจำเลยให้การปฏิเสธและต่อมาพบว่ามีความผิด จึงถูกกำหนดโทษอีกอย่างหนึ่งซึ่งมีโทษที่หนักกว่า ในสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำอย่างยิ่ง” สำหรับเหตุผลที่คัดค้านก็คือไม่ต้องการให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมดำเนินคดีไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่าที่จะเป็นหน่วยงานอิสระในการค้นหาและรักษาความจริง

อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีก็อาจเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพอย่างเปิดเผยได้ 2 ทาง คือ

1) โดยการที่ผู้พิพากษาซึ่งนั่งทำการพิจารณาคดีได้เจรจากับจำเลยโดยตรง เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเห็นว่าจำเลยไม่มีทางที่จะชนะคดีได้ การต่อสู้คดีต่อไปจะทำให้เสียเวลาโดยเปล่าประโยชน์ จึงแนะนำให้จำเลยเลือกสถานะของจำเลยเอง (R. v. Barnee; R. v. Nelson)

2) โดยการที่ผู้พิพากษาซึ่งนั่งพิจารณาคดีอาจทำการต่อรองคำรับสารภาพกับจำเลยได้ ก็คือ การใช้ทนายความเป็นผู้สื่อข้อความต่อไปยังจำเลย (R. v. Brook) แต่ศาลสูงเห็นว่าการมีส่วนร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพของผู้พิพากษาในกรณีนี้เป็นสิ่งที่ไม่สมควร และถ้าหากผู้พิพากษาเข้าไปมีส่วนร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพแล้ว ศาลสูงจะยกคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาคดีใหม่ และศาลสูงได้กล่าวต่อไปอีกว่า “เป็นเหตุการณ์อันไม่คาดฝันอย่างยิ่ง และศาลก็ประหลาดใจที่เกิดเหตุทำนองนี้ขึ้น แต่หวังว่าการต่อรองคำรับสารภาพระหว่างผู้พิพากษากับทนายความคงจะไม่เกิดขึ้นอีก”

การต่อรองคำรับสารภาพโดยพฤตินัยหรือโดยปริยาย อาจเกิดขึ้นด้วยเหตุผล 3 ประการคือ

- 1) ความสัมพันธ์ระหว่างทนายจำเลยกับจำเลย (R. v. Turner ; R. v. Peace)
- 2) ทนายจำเลยได้เข้าไปพบผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเป็นการส่วนตัว (R. v. Cain)
- 3) จากความรู้และประสบการณ์ของทนายจำเลยจากการประกอบวิชาชีพ ที่ทราบถึง การที่จำเลยจะได้รับการลดโทษจากผู้พิพากษาที่พิจารณาคดี เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพ

สิ่งที่สนับสนุนการต่อรองคำรับสารภาพโดยพฤตินัย หรือโดยอ้อมนั้น คือ ความสัมพันธ์ระหว่างทนายจำเลยกับจำเลย ดังคำกล่าวของ Lord Parker ในคดี R. v. Turner ว่า ทนายความจะต้องกระทำในสิ่งที่เห็นหน้าที่ของตนโดยอิสระอย่างแท้จริง กล่าวคือ ให้คำแนะนำที่ดีที่สุดเท่าที่จะทำได้แก่จำเลย และถ้าจำเป็นก็ต้องแนะนำแนวทางที่เป็นประโยชน์แก่ลูกความของตนเท่าที่อาจเป็นไปได้มากที่สุด ถึงแม้ดูเหมือนว่าจำเลยจะเป็นผู้ตัดสินใจอย่างเป็นทางการและโดย

เปิดเผยก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องมาจากแนวปฏิบัติดั้งเดิมที่ว่า ผลประโยชน์ของจำเลยจะต้องได้รับการเสนอสนองตอบอย่างดีที่สุดด้วยการควบคุมดูแลแต่เริ่มแรกของผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย และการแก้ปัญหาลดจนการตัดสินใจอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นหน้าที่อย่างหนึ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ความสัมพันธ์ระหว่างทนายจำเลยกับผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้น ผู้พิพากษาในคดี Turner กล่าวว่า การหาหนทางระหว่างทนายจำเลยกับผู้พิพากษาจะต้องเป็นการกระทำอย่างมีอิสระและหนทางดังกล่าวนี้ควรจะเป็นของผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีไม่ใช่ของจำเลย หนทางในการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพนี้ขึ้นอยู่กับสาระสำคัญต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยเฉพาะและจำเลยได้ถูกกันออกไปจากคดี ซึ่งอาจเป็นกรณีที่จำเลยได้รับความทุกข์ทรมานจากโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ เช่น โรคมะเร็ง และจำเลยเองก็ไม่ได้ถึงข้อเท็จจริงนั้น เป็นต้น การที่ทนายจำเลยมาพูดคุยกับผู้พิพากษาซึ่งทำการพิจารณาคดีเป็นการส่วนตัว จึงเป็นการกระทำที่เหมาะสมและทนายจำเลยกับอัยการก็ควรให้ความสนใจด้วย ลักษณะเช่นนี้ได้เกิดขึ้นในคดี R. v. Cain เมื่อผู้พิพากษา Melford Stevenson ได้ชี้แนะทนายจำเลยและอัยการโจทก์ว่า เขาคิดว่าผู้อุทธรณ์ไม่มีข้อต่อสู้ ยิ่งไปกว่านั้นถ้าผู้อุทธรณ์ยืนยันที่จะให้การปฏิเสธ จำเลยผู้นั้นอาจจะต้องรับโทษหนัก แต่ถ้าเป็นการกลับคำให้การก่อนมีการพิจารณาคดีจะทำให้โทษหนักเปลี่ยนไป ทนายจำเลยคิดว่าไม่มีทางเลือกอื่น นอกจากไปหาจำเลยในห้องขังและบอกเขาอย่างตรงไปตรงมาว่าผู้พิพากษาได้แจ้งให้เขาทราบอย่างไรบ้าง อันเป็นเหตุให้จำเลยเปลี่ยนใจให้การรับสารภาพซึ่งอัยการก็ให้ความยินยอม ในชั้นอุทธรณ์ Lord Chief Justice Widgery เห็นด้วย และนำไปปรับใช้ในคดีของ Turner ว่า จำเลยไม่มีสิทธิที่จะเลือกในเรื่องนี้อีกแล้ว หลังจากที่ได้ทราบสิ่งที่ผู้พิพากษาได้ชี้แนะแนวทางของศาลสูงที่จะทำก็คือ ควรยกคำพิพากษาของศาลชั้นต้นแล้วย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาคดีใหม่เพราะ คำรับสารภาพที่เกิดจากการกลับใจของจำเลยนั้นมีแรงกดดันบีบบังคับจากภายนอก การที่ผู้พิพากษาได้ชี้ให้ทนายจำเลยเป็นผู้นำข้อมูลหรือความเห็นไปแจ้งให้จำเลยทราบนี้ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขความเข้มงวดจากหลักการที่ศาลอุทธรณ์ได้วางไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้พิพากษาเข้าไปมีส่วนร่วมในการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากนี้ Lord Chief Justice Widgery ยังกล่าวต่อไปอีกว่า เป็นธรรมดาอยู่เองสำหรับทนายจำเลยที่ไม่รู้จักกับผู้พิพากษาและไม่คุ้นเคยกับการกำหนดการลงโทษที่จะต้องแสวงหาคำแนะนำจากผู้พิพากษาว่า ได้กำหนดโทษไว้ในใจเท่าใด เพื่อทนายจำเลยจะได้แนะนำจำเลยซึ่งเป็นลูกความของเขาได้ การสนทนากันเป็นการส่วนตัวระหว่างทนายจำเลยกับผู้พิพากษาในคดี Cain แตกต่างไปจากตัวอย่างในเรื่องโรคมะเร็งในคดีของ Turner มากและมีผลทำให้ผู้พิพากษาเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับจำเลยโดยไม่มีการละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในคดี Turner ดังปรากฏตามคำกล่าวของ Lord Chief Justice Widgery ไว้ในคดีระหว่าง R. v. Peace ว่า

“ประโยชน์อย่างหนึ่งที่ได้จากการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างศาลกับทนายจำเลยก็คือ ทนายจำเลยในสถานการณ์เช่นนั้นสามารถเข้าพบผู้พิพากษาเพื่อขอคำแนะนำ ถ้าผู้พิพากษาเต็มใจให้คำแนะนำทนายจำเลยจะทราบความหนักเบาของโทษที่จำเลยซึ่งเป็นลูกความของตนจะได้รับอันมีผลทำให้ทนายจำเลยสามารถให้คำแนะนำแก่จำเลยได้อย่างเต็มที่...”

เหตุผลอีกประการหนึ่ง ที่สนับสนุนให้มีการต่อรองคำรับสารภาพโดยพยานหรือโดยปริยาย คือ บทบาทในการลดโทษของผู้พิพากษา ซึ่งผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดีมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ เหตุผลสำหรับการลดโทษในลักษณะเช่นนี้ เพื่อยับยั้งมิให้จำเลยซึ่งไม่มีข้อต่อสู้ต้องมาเสียเวลาในศาลอันจะทำให้พยานต้องยุ่งยากลำบาก รวมทั้งเกิดความไม่สะดวกสูญเสียเวลาโดยเปล่าประโยชน์ สิ้นเปลืองงบประมาณโดยใช่เหตุ ดังนั้นผู้พิพากษาจึงสามารถลดโทษให้จำเลยได้ เป็นการแลกเปลี่ยนกับการทำให้การรับสารภาพของจำเลยดังกล่าวของ Justice Ackner ซึ่งกล่าวสนับสนุนในเรื่องนี้ไว้ว่า เมื่อมีการลงโทษจำเลยสองคนในความผิดข้อหาฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าจำเลยทั้งสองคนให้การรับสารภาพจะถูกลงโทษจำคุกคนละ 2 ปี แต่ปรากฏว่าจำเลยทั้งสองให้การปฏิเสธ จึงถูกพิพากษาลงโทษจำคุกคนละ 3 ปี ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีการพินิจพิจารณาถึงสภาพการดำเนินคดีอย่างลึกซึ้งเลย จึงขอชี้แจงว่าศาลลดโทษให้เฉพาะจำเลยที่แสดงความเสียใจและสำนึกผิดชอบชั่วดีในการกระทำของตนเท่านั้น

ตามความเข้าใจโดยทั่วไปที่ว่า เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพแล้วจะมีการลดโทษให้หนึ่งองศาอุทธรณ์จึงลดโทษให้แก่จำเลยซึ่งถูกลงโทษโดยศาลชั้นต้น มิได้พิจารณาให้ความสำคัญต่อการรับสารภาพอย่างเพียงพอ ในคดี R. v. Deblaen ว่า “การยอมรับสารภาพของจำเลยเป็นคุณประโยชน์แก่จำเลยเองเพราะกระทบส่วนได้เสียของรัฐโดยตรง... การพิพากษาลงโทษจำเลยถึง 4 ปีครึ่ง เป็นการพิจารณาลงโทษที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะในแง่ของการบรรเทาโทษ...” ความสนใจของศาลอุทธรณ์เกี่ยวกับนโยบายการลงโทษที่อาจจะคาดคะเนได้ของผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีได้ปรากฏขึ้นอีกในคดีระหว่าง R. v. Deary กล่าวคือ ทนายจำเลยได้เข้าพบกับผู้พิพากษาซึ่งทำการพิจารณาคดีเป็นการส่วนตัวเพื่อถามว่าจะลงโทษจำเลยตามคำให้การนั้นเพียงใด ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนซึ่งอยู่พร้อมกับ Magistrates อีกสองคนกล่าวว่า “คุณปลอดภัย” ซึ่งทำให้เข้าใจว่า จะไม่มีการตัดสินลงโทษไม่ว่าในกรณีใดๆ ต่อมาศาล Magistrate ไม่เห็นด้วยจึงมีการพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยเมื่อมีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการลงโทษจำเลยเช่นนั้นเป็นการไม่รักษาคำพูดของศาลชั้นต้น จึงอนุญาตให้จำเลยอุทธรณ์ได้ และมีคำสั่งให้ยกคำพิพากษาของศาลชั้นต้น อันแสดงให้เห็นว่า เมื่อมีการเจรจกันเป็นส่วนตัวระหว่างทนายจำเลยกับผู้พิพากษาซึ่งนั่งพิจารณาคดีและผู้พิพากษาผู้นั้นได้ให้คำแนะนำอย่างใดแก่ทนายจำเลยแล้ว ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของตน แต่อย่างไรก็ดีจำเลยไม่สามารถให้การรับสารภาพในลักษณะของการได้รับ

คำมั่นสัญญาโดยตรงจากผู้พิพากษา เพียงแต่สามารถให้การรับสารภาพในลักษณะที่เป็นการแสดงออกซึ่งความเสียใจและความสำนึกผิดในการกระทำของตนเท่านั้น ดังกล่าวไว้ว่า การให้คำรับสารภาพจะทำให้จำเลยได้รับโทษเบากว่าการให้การปฏิเสธ ทุกคนทราบว่าเป็นเช่นนั้น และปราศจากข้อสงสัยใดๆ จำเลยคนใดไม่ทราบก็ควรจะทราบเอาไว้ ยิ่งทราบเร็วเท่าไรก็จะเป็นการดีสำหรับจำเลยมากเท่านั้น

3.2.3 ข้อเสนอของ The Royal Commission on Criminal Justice¹⁸

เนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ ได้ทำให้เกิดกรณีที่จำเลยให้การปฏิเสธในชั้นไต่สวนมูลฟ้องของศาลแขวง แล้วเปลี่ยนมาให้การรับสารภาพในภายหลัง ซึ่งจะเกิดบ่อยครั้งในวันที่นัดฟังคำพิพากษา เรื่องนี้มีผลกระทบอย่างมากต่อการบริหารงานยุติธรรม และทำให้เสียเวลาที่ได้ใช้ในการพิจารณาตลอดจนเงินค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีซึ่งเป็นภาษีของราษฎร และมีรายงานว่า การเปลี่ยนใจมารับสารภาพดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการเจรจา ระหว่างผู้พิพากษาและทนายจำเลย

Morison and Leith ซึ่งได้ศึกษาวิจัยในเรื่องนี้เพื่อเสนอต่อ The Royal Commission on Criminal Justice รายงานว่า ทนายจำเลยมักจะเข้าพบผู้พิพากษาก่อนการพิจารณาเพื่อที่จะพูดคุยเกี่ยวกับคดี และปรากฏว่า ไม่ว่าผู้พิพากษา โจทก์ และทนายจำเลยไม่เห็นด้วยกับแนวทางที่วางไว้ในคดี Turner และตั้งข้อสังเกตในรายงานว่า ทั้งผู้พิพากษาและผู้ว่าคดีในศาลจังหวัดจะเป็นเช่นเดียวกันกับตำรวจ ที่เคยชินกับการทำงานตามข้อเท็จจริงที่เห็นยิ่งกว่าการทำตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายได้วางไว้

ดังนั้น The Royal Commission on Criminal Justice จึงเสนอแนะให้นำเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ โดยแนะนำให้ศาลบอกถึงโทษสูงสุดที่จะได้รับ หากให้การรับสารภาพได้รับการทบทวนขอจากทนายจำเลย และนอกจากนี้ในขั้นตอนการเจรจา The Commission ได้เสนอแนะหลักเกณฑ์ไว้ 5 ประการ ดังนี้

- 1) การต่อรองคำรับสารภาพควรที่จะเกิดขึ้นตามคำร้องขอของทนายจำเลยซึ่งได้รับคำสั่งจากจำเลย
- 2) การต่อรองคำรับสารภาพอาจเกิดขึ้นในเวลาก่อนหรือขณะพิจารณา
- 3) การต่อรองคำรับสารภาพควรกระทำต่อหน้าคู่ความทั้งสองฝ่าย
- 4) ศาลควรจะต้องถามเพียงว่า โทษสูงสุดจะเป็นเท่าไร หากจำเลยให้การรับสารภาพ

¹⁸ ชาติ ชัยเดชสุริยะ ไบรอัน เอ็ม เฟิซ และณัฐสา ฉัตรไพฑูรย์. (2552). การต่อรองคำรับสารภาพ: แนวคิดทางทฤษฎี ทางปฏิบัติ และการนำมาใช้ในประเทศไทย. หน้า 25-26.

5) ศาลอาจไม่ตอบคำถามในกรณีที่จะมีความยุ่งยาก หรือการตอบคำถามจะทำให้เกิดอคติกับบุคคลอื่น เช่น ผู้ร่วมกระทำผิด

ข้อเสนอดังกล่าวคนส่วนใหญ่ให้การสนับสนุน เพราะเห็นว่าการต่อรองคำรับสารภาพเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการบริหารงานกระบวนการยุติธรรมสมัยใหม่ ปัญหาเรื่องเวลาในการดำเนินคดี ค่าใช้จ่ายในการบริหารงานยุติธรรม ปัญหาเรื่องนักโทษล้นเรือนจำ จะสามารถแก้ไขได้ด้วยการนำเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ นอกจากนี้ Sander และ Young ยังได้กล่าวว่าการนำเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในอังกฤษอย่างเป็นทางการ จะเป็นการลดปัญหาความไม่ยุติธรรมและเลือกปฏิบัติต่อจำเลยต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรองอย่างลับๆ ที่ทำกันอยู่ในทางปฏิบัติ

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าการต่อรองคำรับสารภาพในอังกฤษอาจกล่าวได้ว่า ไม่มีการยอมรับหรือกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยตรงแต่ก็ได้มีการนำมาใช้ในทางปฏิบัติหรือนำมาใช้โดยพฤตินัยอย่างแพร่หลาย ถึงแม้จะแพร่หลายไม่เท่ากับในสหรัฐอเมริกาก็ตาม

วิธีการต่อรองคำรับสารภาพในอังกฤษ มิได้เริ่มต้นจากอัยการเหมือนในสหรัฐอเมริกา แต่เริ่มจากทนายจำเลยและเรื่องการใช้ดุลพินิจลงโทษของผู้พิพากษาเป็นส่วนใหญ่ จึงทำให้เกิดความแตกต่างกับการต่อรองคำรับสารภาพในสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้รูปแบบของการต่อรองคำรับสารภาพในอังกฤษจะมีเพียงการขอความกรุณาจากศาลเพื่อขอลดโทษ หรือเพื่อให้ลงโทษในสถานเบาเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อแตกต่างกับของสหรัฐอเมริกาอีกประการหนึ่ง

3.3 ประเทศฝรั่งเศส

3.3.1 การกำหนดโทษและการลดโทษ

อัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีความสัมพันธ์กับการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาไว้อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังต่อไปนี้

- 1) ความผิดอาญาโทษ (Les crimes)
- 2) ความผิดมิชฌิมโทษ (Les délits)
- 3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions)

การแบ่งประเภทของโทษเช่นนี้ นอกจากจะทำให้สามารถจัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงาน

อัยการ และศาล ซึ่งการแบ่งกลุ่มเช่นนี้ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายอาญาฝรั่งเศสสามารถทราบได้ทันทีที่คู่อตราโทษสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งว่าความผิดฐานนั้นอยู่ในกลุ่มประเภทความผิดอุกฤษฏ์โทษ มัชฌิมโทษ หรือลหุโทษ และสามารถทราบได้ทันทีว่าการดำเนินคดีดังกล่าวจะเริ่มต้นที่ใคร และมีกระบวนการดำเนินคดีอย่างไร ศาลไหนเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นๆ และมีกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอย่างไร

การกำหนดโทษจำคุกสำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษและความผิดมัชฌิมโทษตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันไม่ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำไว้ จะมีเพียงแต่อัตราโทษขั้นสูงสุดที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้การลงโทษอยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษาอย่างเต็มที่ในการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งสอดคล้องกับหลักการพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเพื่อใช้ประกอบการลงโทษ

ในกระบวนการกำหนดโทษแก่จำเลยนั้น บุคคลที่มีบทบาทสำคัญอีกคนหนึ่งก็คือ พนักงานอัยการ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสถือว่าอัยการมีสถานะเป็นตุลาการด้วย แต่เป็นเพียงผู้ฟ้องคดีเท่านั้น จึงไม่สามารถที่จะใช้มาตรการที่มีลักษณะของการลงโทษได้ดังเช่นศาล แต่การดำเนินคดีอาญาของฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้แยกการสอบสวนออกจากการฟ้องร้องคดี ดังนั้นผู้ที่มีอำนาจสอบสวนและฟ้องคดีอาญาคือ พนักงานอัยการ ซึ่งเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างแท้จริง¹⁹ พนักงานอัยการจึงเป็นพนักงานสอบสวน มีอำนาจสอบสวนและควบคุมรับผิดชอบการสอบสวนทั้งหมด โดยจะทำการสอบสวนเองหรือมอบหมายให้ตำรวจทำการสอบสวนก็ได้ แต่ทั่วไปแล้วอัยการจะมอบหมายให้ตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวนแทน โดยอัยการเป็นผู้กำหนดทิศทางและกำกับดูแล ซึ่งในการสอบสวน ตำรวจจะทำการรายงานเกี่ยวกับความผิดของผู้กระทำผิดและรวบรวมหลักฐานในการกระทำผิด ประวัติภูมิหลัง ตลอดจนข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เมื่อทำการสอบสวนเสร็จก็จะส่งรายงานให้กับอัยการ ถ้าอัยการเห็นว่ารายละเอียดเกี่ยวกับประวัติภูมิหลังของจำเลยยังไม่ครบถ้วนหรือพยานหลักฐานในการกระทำผิดยังไม่เพียงพอ อัยการมีอำนาจสอบสวนเพิ่มเติมเองหรือให้ตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมแทนก็ได้

อัยการอาจไม่ฟ้องคดีเมื่อเห็นว่าความผิดนั้นเป็นเรื่องเล็กๆ น้อยๆ ไม่คุ้มค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและการกระทำนั้นไม่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง เช่น การล่าสัตว์ในที่ดินของผู้อื่น เป็นต้น หรือเป็นความผิดที่มีโทษปรับอย่างเดียวที่กระทำโดยผู้กระทำผิดอายุ

¹⁹ อูทัย อาทิวะช ข (2554). รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส. หน้า. 137.

น้อย และเป็นการกระทำผิดครั้งแรก โดยผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดแล้ว เหล่านี้เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยจากสำนวนสอบสวนจะมีผลต่อการใช้ดุลยพินิจตั้งคดีของอัยการว่าสมควรสั่งฟ้องหรือไม่ และถ้าเห็นสมควรสั่งฟ้อง อัยการก็มีอำนาจเสนออัตราโทษที่เหมาะสมกับจำเลยต่อศาล เพื่อประกอบในการกำหนดโทษได้²⁰

อัยการของฝรั่งเศสได้เข้ามามีบทบาทในการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดชั้นโทษด้วย โดยจะมีการบรรยายคำขอไว้ท้ายฟ้องเพื่อขอให้ศาลลงโทษกำหนดอัตราโทษที่พนักงานอัยการขอไว้ และหากพนักงานอัยการเห็นว่าโทษที่ศาลกำหนดให้แก่จำเลยไม่เหมาะสมกับพฤติกรรมแห่งคดี พนักงานอัยการก็อาจพิจารณาใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวต่อไปได้ ซึ่งบทบาทของพนักงานอัยการในกรณีดังกล่าวนี้ เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาคดีให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความมากยิ่งขึ้นอีกด้วย เมื่ออัยการสั่งไม่ฟ้องคดีเมื่อเห็นว่าผู้ต้องหาไม่ได้ทำผิด พยานหลักฐานไม่เพียงพอ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะในการขอให้มีการสอบสวน อัยการต้องยื่นคำร้องให้ผู้พิพากษาได้สวนคดีนั้นก่อนที่จะตัดสินใจว่าจะยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลหรือไม่

โดยในการได้สวนคดีโดยผู้พิพากษานั้น ประเภทคดีในความผิดอาญาชั้นอุกฤษฎ์โทษกฎหมายบังคับให้ผู้พิพากษาศาลได้สวน ต้องดำเนินการสอบสวนเกี่ยวกับภูมิหลังของผู้ต้องหา ก่อนที่จะดำเนินการสั่งฟ้องจำเลยต่อศาลที่มีอำนาจตัดสิน หรือดำเนินการสั่งไม่ฟ้อง ส่วนในความผิดอาญาชั้นอื่น กฎหมายไม่ได้บังคับไว้ จึงเป็นดุลยพินิจของผู้พิพากษาศาลได้สวนจะเห็นสมควร

กฎหมายฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างของการเพิ่มบทบาทของผู้พิพากษาในการลงโทษและกระบวนการภายหลังคำพิพากษา ศาลควรจะเป็นกลไกสำคัญในการปรับบทลงโทษและบังคับโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของการทำความผิดและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด และบทบาทดังกล่าวควรต่อเนื่องจนกระทั่งผู้กระทำความผิดพ้นจากการลงโทษหรือคุมประพฤติภายหลังคำพิพากษา ซึ่งในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น หลังจาก que ผู้พิพากษาได้ตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสยังไม่สิ้นสุด ในชั้นบังคับโทษ กฎหมายฝรั่งเศสยังได้กำหนดให้มีผู้พิพากษาบังคับโทษ (Juge de l'application des peines) มาทำหน้าที่พิจารณาการปรับการบังคับโทษให้เหมาะสมจนกระทั่งผู้กระทำความผิดได้รับอิสรภาพ

²⁰ สรรค์ชัย สุทธิชนะ. (2552). การนำเสนอข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกกล่าวหาเข้าสู่คดีอาญา. หน้า. 59.

ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ไม่มีบทบัญญัติเรื่องเหตุบรรเทาโทษไว้เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 ของไทย แต่มีเหตุที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษของศาลในทางลดหย่อนโทษ ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

1) Les excuses หมายถึงเหตุยกเว้นโทษ จะมีได้ใน 2 กรณี คือ

(1) Les excuses absolutoires เป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นโทษที่ใช้กับการกระทำที่เกิดภายหลังการกระทำผิด เช่น ผู้กระทำผิดได้แจ้งเจ้าหน้าที่ล่วงหน้าว่าจะมีการก่อการร้ายเกิดขึ้น หรือผู้กระทำผิดได้ช่วยให้เจ้าหน้าที่จับผู้กระทำความผิดรายอื่นได้ เป็นต้น

(2) Les excuses atténuantes เป็นข้ออ้างที่ทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษน้อยลง เช่น ข้ออ้างเรื่องความอ่อนวัย ข้ออ้างเรื่องความชั่ว ผลจากการมีข้ออ้างเหล่านี้ ทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษน้อยลง กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษอุกฤษฎ์โทษก็จะเปลี่ยนเป็นมัชฌิมโทษ และถ้าเป็นความผิดที่มีโทษมัชฌิมโทษก็จะเปลี่ยนเป็นลหุโทษ ส่วนความผิดที่เป็นลหุโทษจะไม่ได้รับประโยชน์จากข้ออ้างดังกล่าว

2) Les circonstances atténuantes หมายถึงเหตุบรรเทาโทษโดยตรง ซึ่งเมื่อมีเหตุบรรเทาโทษแล้ว ให้อยู่ในดุลพินิจอิสระของผู้พิพากษา ที่จะพิจารณาพิพากษาลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมาย โดยไม่ได้ระบุว่าอะไรบ้างเป็นเหตุบรรเทาโทษ ดังนั้นจึงเป็นที่เข้าใจกันว่าเหตุอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ให้เป็น Les excuses atténuantes ถือเป็นเหตุบรรเทาโทษทั้งสิ้น

ในทางปฏิบัติเหตุที่ศาลฝรั่งเศสมักจะถือเป็นเหตุเพื่อลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด ได้แก่ การประพฤติดีมาก่อน หรือในวัยเด็กอยู่ในครอบครัวที่ไม่ปกติสุข หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคม หรือการกระทำผิดนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากนัก เป็นต้น

3.3.2 การต่อรองคำรับสารภาพ

ใน ค.ศ. 1989 ในช่วงการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส ได้มีการพิจารณาศึกษาแนวทางในการนำวิธีการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้เพื่อปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ และนำมาสู่ประเด็นถกเถียงถึงความเหมาะสมและผลกระทบต่อระบบกฎหมายจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนขั้นตอนก่อนฟ้องคดี ได้มีความเห็นคัดค้านต่อการรับรอง “หลักการเจรจาต่อรอง” ไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้อาจเป็นเพราะประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ถือหลักความตกลงในคดีอาญา แต่ถือหลักการดำเนินคดีอาญาเป็นการแก้ไขตัวบุคคลผู้กระทำความผิด และการแก้ไขตัวบุคคลต้องแก้ไขตาม “ความจริง” ที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสก็เห็นว่า หลักการนี้อาจจะปรากฏได้ในรูปแบบของ “La correctionalisation” กล่าวคือ เป็นการลดฐานความผิดให้ต่ำลงเพื่อให้สามารถฟ้องศาลอื่น เช่น ศาลมณฑลโทม (Ecclesiastical Court) แทนที่จะฟ้องต่อศาลคดีอุกฤษฎ์โทม (Cour d’ assises) ทั้งนี้ ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการจัดตั้งศาลที่จะรับพิจารณาคดีให้เหมาะสมกับเรื่อง โดยปกติศาลในประเทศฝรั่งเศสจะแบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ ศาลระดับลหุโทม ศาลมณฑลโทม และศาลคดีอุกฤษฎ์โทม ซึ่งองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 นาย และผู้พิพากษาที่เป็นลูกขุนโดยคัดเลือกจากประชาชน 9 คน มีหน้าที่ตัดสินข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ในคดีคาบเกี่ยวระหว่างคดีอุกฤษฎ์โทม และคดีมณฑลโทม เช่น คดีลักทรัพย์โดยมีอาวุธหรือลักทรัพย์ในยามวิกาลซึ่งโทมจะคาบเกี่ยวกันระหว่างศาลทั้งสอง แต่การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของแต่ละศาลจะมีข้อแตกต่างกัน คือ ถ้าศาลคดีอุกฤษฎ์โทมจะมีองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาและคณะลูกขุน หรือที่เรียกว่า “ศาลพิเศษ” จะใช้ที่ทำการศาลอุทธรณ์ของแต่ละเขตแต่ละเขตเป็นที่ตั้ง โดยมีหลักเกณฑ์ว่า ก่อนที่คดีจะขึ้นสู่ศาลคดีอุกฤษฎ์โทมจะต้องมีการไต่สวนทุกครั้ง เพราะเมื่อศาลคดีอุกฤษฎ์โทมมีคำพิพากษาแล้ว ห้ามมิให้มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป ยกเว้นเป็นกรณีปัญหาข้อกฎหมายซึ่งต้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา กรณีเช่นนี้ทำให้คดีขึ้นสู่ศาลคดีอุกฤษฎ์โทมได้ยาก และใช้เวลาในการพิจารณาพิพากษาค่อนข้างนาน ดังนั้น ในคดีที่คาบเกี่ยวกัน พนักงานอัยการที่เป็นผู้ตรวจสอบสำนวนและผู้พิพากษาผู้ทำการไต่สวนจึงมักจะมีความเห็นว่าควรนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลมณฑลโทมมากกว่า เพื่อให้คดีเสร็จเร็วขึ้น²¹

ในเรื่องการลดข้อกล่าวหานี้ มีนักวิชาการตั้งข้อสังเกตว่า แม้ผู้กระทำความผิดจะได้ประโยชน์ แต่อาจไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีเท่าที่ควร เนื่องจากไม่มีการต่อสู้คดีอย่างแท้จริง และผู้ต้องหาบางคนอาจตกอยู่ในสภาพจำยอม อย่างไรก็ตามการลดข้อกล่าวหาที่กลายเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการฝรั่งเศส และเป็นที่ยอมรับของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย รวมทั้งผู้พิพากษา วิธีการดังกล่าวนี้มีผลเป็นอย่างยิ่งต่อการลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของผู้พิพากษาสอบสวน ซึ่งมีคดีอยู่ในความรับผิดชอบเป็นจำนวนมาก²²

ดร.อุทัย อาทิวะ มีความเห็นว่าการลดข้อกล่าวหานี้มีลักษณะเป็นการต่อรองคำรับสารภาพอย่างที่ใช้กันในสหรัฐอเมริกา กล่าวคือมีการเจรจาต่อรองระหว่างพนักงานอัยการและผู้ต้องหา ประกอบกับการลดข้อกล่าวหานี้ยังไม่ได้จำกัดเฉพาะการลดข้อกล่าวหาจากความผิดอุกฤษฎ์โทมมาเป็นความผิดมณฑลโทม แต่ได้ใช้เพื่อลดข้อกล่าวหาจากความผิดมณฑลโทมมาเป็นความผิดลหุโทมด้วย

²¹ สำนักงานศาลยุติธรรม. เล่มเดิม. หน้า 84-85.

²² อุทัย อาทิวะ ข. เล่มเดิม. หน้า 164.

นอกจากนี้ นักวิชาการบางท่านยังเห็นว่า การทำความตกลงทางอาญา (Composition pénale) ถือว่าเป็นการต่อรองคำรับสารภาพเช่นกัน เนื่องจากพนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจทำ ความตกลงกับผู้ต้องหาในความผิดบางประเภท เช่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ นื้อ โกง หมิ่นประมาท เจ้าพนักงาน และขัดขืนคำสั่งของเจ้าพนักงาน ด้วยการยื่นข้อเสนอให้ชำระเงินแก่แผ่นดิน คิน ทรัพย์สิน หรือบริการสังคม เป็นต้น ซึ่งการตกลงดังกล่าวจะต้องทำในเวลาที่สังคดี คือก่อนการฟ้อง คดี และหากผู้ต้องหาไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข พนักงานอัยการมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าจะดำเนินการ อย่างไรต่อไป²³ มาตรการความตกลงทางอาญาของฝรั่งเศสนั้น มีส่วนคล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับ สารภาพของสหรัฐอเมริกาในแง่การคัดกระบวนพิจารณาเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้น ศาลออกไป แต่ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรการความตกลงทางอาญานั้น ไม่ได้กว้างขวาง เหมือนกับการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในระบบอเมริกันซึ่งใช้กับคดีเกือบทุกประเภท แต่ ความตกลงทางอาญานั้นจะใช้ได้เฉพาะแต่คดีความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และข้อ แตกต่างอีกประการหนึ่งก็คือ มาตรการความตกลงทางอาญาไม่มีการเจรจาต่อรองระหว่างพนักงาน อัยการกับจำเลยเพื่อให้มีการรับสารภาพเพื่อแลกเปลี่ยนกับการลดโทษในชั้นศาลอย่างเช่นใน กฎหมายอเมริกัน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาของการแก้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใน ค.ศ. 2004 โดยนำเอามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในการดำเนินคดีอาญาของฝรั่งเศสอีกรูปแบบหนึ่ง เรียกว่า “การฟ้องคดีที่มีการรับสารภาพก่อนฟ้อง”²⁴

การฟ้องคดีที่มีการรับสารภาพก่อนฟ้อง (CRPC)²⁵ มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรการ ต่อรองคำรับสารภาพของอเมริกัน คือ การให้อำนาจพนักงานอัยการที่จะทำข้อเสนอให้ผู้ถูกกล่าว ขอมรับสารภาพว่ากระทำความผิดและยอมรับโทษตามที่พนักงานอัยการเสนอ และเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นชอบด้วยกับข้อตกลงดังกล่าวก็จะนำไปสู่การพิจารณาพิพากษาว่าผู้ต้องหากระทำความผิดและ ลงโทษบุคคลนั้นได้โดยไม่ต้องมีการนำสืบพยานหลักฐาน ซึ่งมาตรการฟ้องคดีที่มีการรับสารภาพ ก่อนฟ้องนั้นมีขอบเขตเช่นเดียวกับมาตรการความตกลงทางอาญา คือ ใช้ได้เฉพาะความผิดที่มีอัตรา โทษจำคุกไม่เกินห้าปี แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้หลายกรณี เช่น ไม่ให้ใช้บังคับกับความผิดที่มีโทษบาง ประเภท ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการพิมพ์ ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ความผิดทาง การเมือง เป็นต้น และสำหรับอัตราโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น พนักงานอัยการมีอำนาจใช้ ดุลพินิจในการที่จะเสนอโทษที่เหมาะสมอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ทั้งโทษหลักและโทษ

²³ ซาดิ ชัยเดชสุริยะ ไบรอัน เอ็ม เพ็ช และณัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 21.

²⁴ อุทัย อาทิวา ข. เล่มเดิม. หน้า 143.

²⁵ แหล่งเดิม. หน้า 143-146.

ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำและตัวผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญตามบทบัญญัติมาตรา 132-24 อย่างไรก็ตามถ้าโทษที่เสนอเป็นโทษจำคุก ระยะเวลาของโทษจำคุกต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของอัตราโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ และไม่ว่ากรณีใดๆ ระยะเวลาของโทษจำคุกที่เสนอจะต้องไม่เกิน 1 ปี

3.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.4.1 การกำหนดโทษและการลดโทษ

การกำหนดโทษของศาลในประเทศเยอรมนีเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (Strafgesetzbuch หรือ StBG) มาตรา 46 ที่ได้กล่าวถึงการกำหนดโทษของศาล ซึ่งในการพิจารณาเหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุบรรเทาโทษ ก่อนที่ศาลจะทำการกำหนดโทษนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าเหตุใดบ้างเป็นเหตุบรรเทาโทษตามกฎหมาย หากแต่ในทางปฏิบัติถือว่าเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลยเท่านั้น ซึ่งเมื่อศาลจะทำการกำหนดโทษ ศาลต้องยึดหลักตามมาตรา 46 ดังกล่าว ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 46 การกำหนดโทษให้ศาลพิจารณา

1) ความชั่วของผู้กระทำความผิด ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงผลที่อาจจะเกิดจากการกำหนดโทษด้วยว่า จะกระทบต่อการดำเนินชีวิตของผู้กระทำความผิดในอนาคตหรือไม่

2) ให้ศาลชั่งน้ำหนักจากข้อเท็จจริงทั้งผลดีและผลร้ายของผู้กระทำความผิดในข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- (1) มูลเหตุในการกระทำความผิดและเป้าหมายของผู้กระทำความผิด
- (2) ความรู้สำนึกที่แสดงให้เห็นจากการกระทำ และสภาวะจิตใจในขณะที่กระทำ
- (3) ความร้ายแรงของความผิด
- (4) ลักษณะของความผิดและผลร้ายที่แสดงถึงความชั่วของผู้กระทำความผิด
- (5) ประวัติดังกล่าวของผู้กระทำความผิด สถานภาพทางสังคมและฐานะทางเศรษฐกิจ
- (6) ความประพฤติภายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะการพยายามบรรเทาความเสียหายและการชดเชยค่าเสียหาย

3) พฤติการณ์ที่เป็นองค์ประกอบความผิด ไม่ต้องนำมาพิจารณา”

นอกจากศาลเยอรมนีต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว อัยการในเยอรมนียังเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยมาเสนอต่อศาลและเข้าสู่ความรู้ของศาล ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เยอรมนี (Straftprozessordnung หรือ StPO) มาตรา 160 II และ III ที่ได้บัญญัติเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยไว้ดังนี้

“มาตรา 160 II อัยการมีหน้าที่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานไม่เพียงแต่ที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาเท่านั้น แต่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาด้วย เพื่อนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี และต้องพิจารณาถึงผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย

III อัยการต้องสอบสวนขยายคลุมไปถึงพฤติการณ์ต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดโทษของศาล หรือการรอลงโทษ โดยวิธีการคุมประพฤติ และการมีคำสั่งใดๆ เพื่อป้องกันและแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วย”

ดังนั้นพนักงานอัยการจึงมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อประโยชน์แก่จำเลยโดยการเสนอพยานหลักฐานทั้งในส่วนที่เป็นคุณและเป็นโทษต่อจำเลยให้ศาลพิจารณา ซึ่งในการบรรยายฟ้องของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการจะเสนอความเป็นมา ความประพฤติ และข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดอย่างกว้างขวาง เพื่อให้ศาลนำมาประกอบการใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษด้วย

หน้าที่อีกหน้าที่หนึ่งที่เด่นชัดของพนักงานอัยการในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความได้แก่ หน้าที่ในการเสนอความเห็นเกี่ยวกับโทษ (Stellungnahme des Staatsanwalts หรือ Recommendation of Sentence) กล่าวคือ พนักงานอัยการจะเสนออัตราโทษที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะลงแก่จำเลยต่อศาลด้วย ยกตัวอย่างเช่น ขอให้ลงโทษจำคุกจำเลยเป็นเวลา 5 ปี หรือ 10 ปี หรือเสนอความเห็นว่าการรอลงหรือไม่รอลงโทษสำหรับจำเลยรายนี้ เป็นต้น ในการพิจารณาคดีของศาล หลังจากที่มีการสืบพยานเสร็จสิ้นแล้ว พนักงานอัยการในฐานะทนายความผู้รักษาประโยชน์ของสาธารณะ จะมีคำแถลงการณ์ปิดคดีภายหลังการสืบพยานเสร็จทุกครั้ง เพื่อเป็นการสิ้นสุดการเสนอข้อเท็จจริงในศาล พร้อมทั้งเสนออัตราโทษ ซึ่งในการเสนออัตราโทษนี้ พนักงานอัยการจะต้องฟังข้อเท็จจริงในการสืบพยานและพยานหลักฐานต่างๆ ในคดี รวมทั้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยด้วย เพราะข้อเท็จจริงต่างๆ เหล่านี้จะมีผลต่อการกำหนดโทษเบื้องต้นของพนักงานอัยการ

โดยปกติความเห็นของพนักงานอัยการดังกล่าว จะมีอิทธิพลต่อการกำหนดโทษจำเลยอย่างมาก²⁶ เพราะศาลมักจะลงโทษจำเลยโดยคำนึงถึงอัตราโทษที่พนักงานอัยการเสนอมา แต่อย่างไรก็ดีความเห็นของพนักงานอัยการก็ได้เป็นข้อสรุป หรือข้อผูกมัดที่ศาลจะต้องยึดถือปฏิบัติ

²⁶ Haruo Abe. (1963). **The Accused and Society Therapeutic and Preventive aspects of Criminal justice in Japan.** p. 330. อ้างถึงใน เกียรติภูมิ แสงศศิธร. (2533). กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ. หน้า 65.

ตาม²⁷ ซึ่งในทางปฏิบัติ หากศาลไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของพนักงานอัยการเกี่ยวกับอัตราโทษที่จำเลยสมควรได้รับ ศาลก็มักจะลงโทษเบากว่าอัตราโทษที่พนักงานอัยการเสนอมา

แต่ถ้าในกรณีที่ศาลลงโทษหนักกว่าโทษที่พนักงานอัยการเสนอมา หรือเป็นกรณีเป็นการลงโทษจำเลยหนักเกินไป ซึ่งถ้าพนักงานอัยการเห็นว่า การดำเนินคดีอาญาของศาลทำให้เกิดความเสียหายแก่จำเลย พนักงานอัยการก็สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นไปยังศาลสูงในนามของผู้ถูกกล่าวหาในเรื่องอัตราโทษได้²⁸ ซึ่งการกระทำดังกล่าว ถือเป็นการตรวจสอบความถูกต้องและเป็นการถ่วงดุล (Check and Balance) การใช้ดุลยพินิจของศาลไปในตัวด้วย

นอกจากนี้เคยมีข้อเสนอแนะที่เป็นแนวทางให้ศาลเยอรมนีนำไปใช้ประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษผู้กระทำผิด คือ Alternative Draft of the German Penal Code 1977 แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ไม่ผูกมัดศาลที่ต้องปฏิบัติตาม ดังเช่นในข้อ 59 และข้อ 61 ที่กล่าวไว้ดังนี้

“ข้อ 59 หลักการสำหรับมาตรการในการลงโทษ

1) ความน่าตำหนิของความผิด จะเป็นตัวชี้ถึงความรุนแรงในการลงโทษ ซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายและผลที่เกิดขึ้นตามมาโดยไม่คาดคิดจากการกระทำผิด จะไม่นำมาพิจารณาในขั้นนี้ แต่จะพิจารณาเฉพาะเนื้อหาของความน่าตำหนิที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินเท่านั้น

2) การลงโทษจะต้องไม่เกินความจำเป็น เพื่อให้โอกาสผู้กระทำผิดอยู่ในสังคม และขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกฎหมายด้วย”

“ข้อ 61 บทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับวิธีการสำหรับการลดโทษ

1) ถ้าหากจะต้องลดโทษตามบทบัญญัติกฎหมายที่อนุญาตในเรื่องการลดโทษ ศาลจะต้องพิจารณาโดยใช้หลักต่อไปนี้

(1) โทษจำคุกตลอดชีวิตให้ลดโทษลงเป็นโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี

(2) ในกรณีที่มิโทษจำคุกต่ำกว่าตลอดชีวิต อัตราโทษขั้นสูงสุดจะต้องไม่เกิน 3 ใน 4 ของอัตราโทษสูงสุดตามกฎหมาย และในกรณีที่โทษปรับ ให้ใช้หลักเดียวกันปรับใช้สำหรับอัตราขั้นสูง

(3) การเพิ่มระยะเวลาโทษขั้นต่ำจะต้องเป็นอัตราโทษขั้นต่ำตามกฎหมาย

2) ในการใช้ดุลพินิจลดโทษ ศาลจะลดโทษให้ตามอัตราโทษขั้นต่ำตามกฎหมาย หรือลดโทษน้อยลงเพียงใดก็ได้”

²⁷ Thomas Weigent. (1983). *Sentencing in West Germany*. p. 53.

²⁸ John H. Langbein. *Comparative Criminal Procedure : Germany*. p. 78.

จึงเห็นได้ว่าการพิจารณากำหนดโทษและการลดโทษของศาลเยอรมนีต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยด้วย ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านั้น ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในคดีมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้ปรากฏขึ้น รวมทั้งศาลก็มีอำนาจที่จะหาข้อเท็จจริงได้เองด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่จำเลยที่จะได้รับโทษอย่างเหมาะสมกับการกระทำและพฤติการณ์ต่างๆ

3.4.2 การต่อรองคำรับสารภาพ

ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยเฉพาะในเยอรมนีนั้น ไม่มีวิธีการที่เรียกว่า Plea Bargaining เพราะหลักดำเนินคดีอาญาในเยอรมนีเป็นหลักดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักประกันความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมาย ดังนั้นอัยการในเยอรมนีจึงไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองเพื่อทำข้อแลกเปลี่ยนหรือข้อตกลงใดๆ กับผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ วิธีการ Plea Bargaining ที่ใช้ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ในเยอรมนีมีผู้วิจารณ์ว่าเป็นการ “ซื้อขายความยุติธรรม” แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าในเยอรมนีจะไม่มีวิธีการในทำนองเดียวกับ Plea Bargaining เลยก็หาไม่ ในเยอรมนีจำเลยซึ่งมีทนายมีโอกาที่จะยุติหรือเลิกคดีได้อย่างมากในคดี Misdemeanors หรือ Petty Misdemeanors บางเรื่อง โดยทนายจะเป็นผู้ติดต่อกับอัยการและพยายามชักจูงอัยการมิให้ดำเนินคดีโดยอ้างว่าจะไม่มีการกระทำความผิดซ้ำอีก หรือผู้ต้องหาได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของตนเองหรือผู้ต้องหาได้ชดใช้ค่าเสียหายครบถ้วนแล้วหรือผู้ต้องหาได้สำนึกในการกระทำของตนเองและยินดีจะบริจาคเงินให้แก่องค์กรการกุศลถึงแม้ระเบียบแบบฉบับวิธีพิจารณาความอาญาข้อ 82 (4) จะห้ามการกระทำเช่นนี้ก็ตาม ดังนั้นวิธีการเจรจาต่อรองดังกล่าว จึงกระทำกันอย่างไม่เป็นทางการ และโดยปกติอัยการจะยินยอมยุติคดีหลังจากที่ได้มีการเจรจาตกลงกันก็เฉพาะในคดีเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งไม่มีข้อสงสัยใดๆ ว่าความผิดของผู้กระทำนั้นเล็กน้อยอย่างแท้จริง แต่ก็มีคดี Misdemeanors บางเรื่องที่อัยการยอมยุติคดี ซึ่งส่วนมากได้แก่ความผิดทางเศรษฐกิจ (White Collar Crime) วิธีการยุติคดีเช่นนี้มีผู้วิพากษ์วิจารณ์กันว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เป็นการซื้อขายคดี ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเยอรมนี และก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้น นอกจากนี้ยังอาจขัดแย้งต่อหลักการที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) เพราะผู้ต้องหาอาจจะถูกบีบบังคับให้จำต้องทำตามที่อัยการขอหรือ

นอกจากนี้ในกระบวนการพิจารณารวบรัด (Summary Procedure) ในคดี Misdemeanors และ Petty Misdemeanors อัยการอาจจะขอให้ผู้พิพากษาออก “คำสั่งทางอาญา” (Penal Order, Strafbefehl) ซึ่งตามคำสั่งดังกล่าว ศาลจะลงโทษได้เฉพาะโทษปรับ หรือริบทรัพย์สิน หรือถอนใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะมีกำหนดไม่เกิน 1 ปี หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน วิธีการดังกล่าวนี้มีใช้กันมากโดยเฉพาะในคดีที่ตัดสินได้ง่าย และในคดีที่อัยการและผู้พิพากษาเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องมี

การพิจารณาในศาล คำสั่งทางอาญานี้อาจเทียบได้กับ “คำรับสารภาพ” (Guilty Plea) ตามวิธีการของระบบคอมมอนลอว์ แต่วิธีการดังกล่าวมิใช่เป็นการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining) แต่เป็นการเชื้อเชิญ (Invite) ของอัยการ เพราะผู้ต้องหาได้มีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องในวิธีการดังกล่าว ยิ่งกว่านั้นผู้ต้องหาซึ่งอาจปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่งทางอาญานั้นได้ภายใน 1 สัปดาห์ เพื่อให้มีการพิจารณาคดีไปตามปกติ นอกจากนี้ตามกฎหมายเยอรมนี โดยปกติแล้วจะลดข้อหาบางข้อหาไม่ได้ เว้นแต่เป็นความผิดที่สามารถแยกออกจากกันได้ ซึ่งกรณีนี้ทนายจำเลยอาจเสนอต่ออัยการให้มีการลดข้อหาบางข้อเพื่อแลกเปลี่ยนกับการยอมรับคำสั่งทางอาญา

3.4.3 มาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย

ในประเทศเยอรมนีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความอาญาถูกบัญญัติขึ้นภายใต้แนวคิดหลักการดำเนินคดีตามกฎหมายซึ่งมีระบบบังคับดำเนินคดี (Mandatory Prosecution) ในระบบบังคับดำเนินคดีนั้น เจ้าหน้าที่รัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกแก่บุคคลโดยเสมอกัน และพนักงานอัยการต้องฟ้องทุกคดีที่มีหลักฐานเพียงพอ ดังนั้น พนักงานอัยการจะไม่ฟ้องคดีโดยอ้างประโยชน์สาธารณะไม่ได้ เห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีมีแนวคิดพื้นฐานที่ต่างจากประเทศที่ใช้ระบบถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันที่พนักงานอัยการในประเทศที่ใช้ระบบถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันเหล่านั้นมักจะมียุทธศาสตร์ในการอำนวยความสะดวกโดยอาจมีดุลพินิจในการดำเนินคดีตามประโยชน์สาธารณะ ความแตกต่างดังกล่าวทำให้มาตรการที่ใช้ในการลดหย่อนโทษหรือการกักตัวผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานมีความแตกต่างกัน โดยในประเทศที่ใช้ระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันจะมีการใช้วิธีการต่อรองคำรับสารภาพและการให้ความคุ้มกันผู้กระทำความผิดไว้เป็นพยานที่มีพนักงานอัยการเป็นผู้มีบทบาทในการใช้ดุลพินิจ ในการใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ส่วนในประเทศเยอรมนีนั้น เดิมมาตรการที่จะส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนั้นถูกใช้โดยทางศาล ซึ่งจะใช้ดุลพินิจจะพิจารณาลดหย่อนโทษหรือยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดที่ให้ข้อมูลข่าวสารหรือความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายการใช้มาตรการดังกล่าวในเยอรมนี มีปรากฏดังนี้

1) มาตรการลดหย่อนโทษหรือยกเว้นโทษตามกฎหมายยาเสพติด ประเทศเยอรมนีมีการลดหย่อนโทษหรือยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่ให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ดังปรากฏในมาตรา 31 ของกฎหมายยาเสพติด (Narcotic Act 1971 (BtMG)) มีความโดยสรุปดังนี้

“ตามกฎหมายนี้ ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดหย่อนโทษหรือยกเว้นโทษแก่การกระทำ ความผิดที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด หากผู้กระทำความผิด

(1) ด้วยความสมัครใจเปิดเผยความรู้ที่เป็นการสนับสนุนอันสำคัญที่จะทำให้ ความผิดที่เขามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นได้รับการเปิดเผยออกมา

(2) ด้วยความสมัครใจเปิดเผยความรู้ของเขาเกี่ยวกับแผนการกระทำความผิดแก่ หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งตนได้รับรู้มาดังกล่าว ยังอยู่ในช่วงเวลาที่จะสามารถขัดขวางการกระทำความผิดดังกล่าวได้”²⁹

กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลกว้างมาก คือสามารถลดหย่อนโทษ หรือยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ในกรณีที่ผู้ร่วมกระทำความผิดคนหนึ่งคนใดกระทำการ ภายใต้ เงื่อนไขดังนี้

(1) ด้วยความสมัครใจ

(2) เปิดเผยความรู้ของเขา

ก. เป็นการสนับสนุนอันสำคัญที่จะทำให้ความผิดที่เขามีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิด

ข. เกี่ยวกับแผนการกระทำความผิดแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการ กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งตนได้รับรู้มาดังกล่าวยังอยู่ในช่วงเวลาที่จะสามารถขัดขวาง การกระทำความผิดดังกล่าวได้

(3) ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการลดหย่อนโทษหรือยกเว้นโทษ

2) มาตรการลดหย่อนหรือยกเว้นโทษตามกฎหมายหมายพยาน หลังจากประเทศ เยอรมนีได้มีการใช้มาตรการลดหย่อนหรือยกเว้นโทษในคดีเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมาย

²⁹ Johan Peter Willkelt Higer. “Principal Witness Regulation to Suppress Organized Crime in Germany.” **UNAFEI RESOURCE MATERIAL SERIES No. 58.** p.107.

Section 31 of the Narcotic Act. (BtMG)

“The Court may, at its discretion, mitigate or dispense with punishment in respect of specific narcotics-related criminal offences if the offender

(I) by voluntary disclosure of his/her knowledge has substantially contributed to the offence being detected beyond his/her own contribution to the offence, or

(II) voluntarily discloses his/her knowledge of planned offences to a competent agency so timely that specific narcotics-related criminal offences, where he/she is aware of their planning, may still be prevented”

Narcotic Act ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1981 แล้ว ประเทศเยอรมนีได้พยายามนำมาตรการดังกล่าวไปใช้กับคดีอื่นๆ ด้วย โดยได้นำเอาหลักการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมาใช้ และได้มีการปรับบทบาทการใช้ดุลพินิจในการลดหย่อนโทษหรือยกเว้นโทษใหม่เพื่อความเหมาะสมในแง่ประสิทธิภาพ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 5 ของหลักกฎหมายพยาน (Principal Witness Act) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1999 โดยมาตรา 4 มีความโดยสรุปดังนี้

“หากผู้กระทำความผิดหรือผู้มีส่วนร่วมในความผิดอาญาก่อนการร้าย (มาตรา 129 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี) หรือในความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดเช่นว่า โดยตัวของเราเอง หรือโดยมีบุคคลที่สามเป็นตัวกลางเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรับรู้ของเราต่อหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาในลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้น

(2) ให้การสนับสนุนต่อการสืบสวนความผิดอาญาที่เขาเข้าไปเกี่ยวข้อง หลังจากที่เขาก้าวเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

(3) นำจับผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

อัยการสูงสุดแห่งสหพันธ์ โดยความเห็นชอบของศาลยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์อาจยกเว้นการดำเนินคดี หากนัยยะที่ผู้กระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเปิดเผยเป็นรายละเอียดที่สามารถเชื่อมโยงกับการป้องกันอาชญากรรมในอนาคตและอาชญากรรมดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดที่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น”³⁰

³⁰ Ibid. p.108. Art. 4 of Principal Witness Act (Kronzzeugengesetz).

“ If the offender or participant in a terrorist criminal offence (section 129 a 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.”

ในมาตรา 4 นี้ ใช้เฉพาะกรณีคดีเกี่ยวกับการก่อการร้ายเท่านั้น อย่างไรก็ตามมาตรา 5 ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ ได้ขยายบทบังคับของมาตรา 4 โดยให้อนุโลมใช้กับคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดอื่นด้วย ซึ่งมาตรา 5 มีความโดยสรุปดังนี้

“มาตรา 4 ของกฎหมายฉบับนี้ให้บังคับใช้โดยอนุโลมกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้กระทำความผิดหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ตามมาตรา 129 ของประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดที่สามารถลงโทษจำคุกขึ้นต่ำหนึ่งปีได้ หรือขององค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดที่อาจถูกริบทรัพย์ (ตามมาตรา 73 d ของประมวลกฎหมายอาญา) ได้”³¹

บทบัญญัติของมาตรา 5 ได้ขยายการบังคับใช้มาตรา 4 ออกไป โดยให้ใช้กับความผิดตามมาตรา 129 ของประมวลกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งมาตรา 129 ของประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้มีความสรุปว่า

“ผู้ใดจัดตั้งองค์กรโดยมีวัตถุประสงค์หรือกิจกรรมเพื่อกระทำความผิดอาญาโดยตรง หรือผู้ใดเกี่ยวข้องกับองค์กรดังกล่าวในฐานะสมาชิก, ลูกจ้าง หรือผู้สนับสนุนต้องระวางโทษไม่เกินห้าปีหรือปรับ”³²

จากบทบัญญัติในมาตรา 4 และมาตรา 5 ของหลักกฎหมายพยานดังกล่าวอาจพิจารณาโดยสรุปได้ดังนี้³³

(1) ผู้ใดมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญาในความผิดต่อไปนี้

- ก. ความผิดฐานก่อการร้าย
- ข. ความผิดตามมาตรา 129 ในการจัดตั้งหรือมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรม
- ค. ความผิดที่สามารถลงโทษจำคุกขึ้นต่ำหนึ่งปีได้

³¹ p.108. Art. 5 of Principal Witness Act (Kronzucugengesetz).

“Article 4 of this Act shall apply mutatis mutandis to disclosing by an offender of 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 imposable if the objectives or activity of the organization are directed towards the commission of offences in respect of which extended forfeiture (section 73 d of the Criminal Code) may be ordered.”

³² Ibid. p.106. Section 129 of the Criminal Code (StGB)

“Whoever forms an organization, the objectives or activity of which are directed towards the commission of crimes, or whoever participates in such an organization as a member, recruits for it or supports it, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.”

³³ อรรถนพ ลิขิตจิตตะ, ณรงค์ รัตนานุกูล และคมกริช หาญไชย. เล่มเดิม. หน้า 193-194.

ง. ความผิดขององค์กรมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดที่อาจถูกริบทรัพย์สิน (ตามมาตรา 73 d ของประมวลกฎหมายอาญา)

(2) เปิดเผยข้อมูลโดย

ก. ตัวของเขาเอง

ข. มีบุคคลที่สามเป็นตัวการ

(3) เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่หน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญา

(4) เปิดเผยข้อมูลในลักษณะดังนี้

ก. เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้น

ข. ให้การสนับสนุนตัวการสืบสวนความผิดอาญาที่เขาเข้าไปเกี่ยวข้องหลังจากที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

ค. นำจับผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

(5) อัยการสูงสุดแห่งสหพันธ์โดยความเห็นชอบของศาลยุติธรรมทางอาญาแห่งสหพันธ์มีอำนาจยกเว้นการดำเนินคดีได้

(6) เหตุผลในการยกเว้นการดำเนินคดี คือ หากนัยยะที่ผู้กระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เปิดเผยเป็นรายละเอียดที่สามารถเชื่อมโยงกับการป้องกันอาชญากรรมในอนาคตได้ และอาชญากรรมดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดที่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น

จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีความพยายามจะเปิด โอกาสให้มีผู้กระทำความผิดมีโอกาสร่วมมือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้มากขึ้น โดยให้อัยการสูงสุดสามารถเสนอข้อความเห็นชอบจากศาลในการยกเว้นการดำเนินคดี ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการลดลงของบทบาทของแนวคิดที่บังคับดำเนินคดีของประเทศเยอรมนี หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการส่งเสริมให้ผู้ร่วมกระทำความผิดให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ระหว่างมาตรการตามหลักกฎหมายพยานมาตรา 4 และมาตรา 5 กับมาตรการตามกฎหมายยาเสพติดมาตรา 31 แล้ว จะเห็นว่า หน่วยงานที่ใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติในทางปรานีต่อผู้กระทำความผิดของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับแตกต่างกัน ตามหลักกฎหมายพยาน อัยการเป็นผู้เสนอให้ความเห็นชอบในการยกเว้นการดำเนินคดี ซึ่งเป็นการให้บทบาทในการใช้ดุลพินิจแก่อัยการสูงสุดในการยกเว้นจากการดำเนินคดี โดยศาลเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ ขณะที่ตามมาตรา 31 ของกฎหมายยาเสพติด ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจแต่เพียงผู้เดียว นอกจากนี้ตามมาตรา 4 และมาตรา 5 ของกฎหมายพยาน หากอัยการสูงสุดไม่เสนอให้มีการยกเว้นการดำเนินคดีก็จะมีไม่มีการยกเว้นการดำเนินคดี ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้มีการยกเว้นการดำเนินคดีขึ้นมาเองได้ ส่วนในกรณีตามมาตรา 31 ของกฎหมายยา

เสพติด ผู้กระทำความผิดอาจยกเหตุที่ตนได้ให้ข้อมูลข่าวสาร หรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายขึ้นอ้างเองก็ได้

การส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายที่ได้ผลนั้น จะต้องกระทำให้ผู้กระทำความผิดมั่นใจได้ว่าหากเข้าให้ความร่วมมือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายแล้วจะเกิดผลอย่างไรกับเขาบ้าง การยกเว้นจากการดำเนินคดีตามมาตรา 4 และมาตรา 5 ของหลักกฎหมายพยานจะมีผลในการส่งเสริมความร่วมมือมากกว่าการลดโทษหรือยกเว้นโทษตามมาตรา 31 ของกฎหมายยาเสพติด เพราะการไม่ถูกดำเนินคดีให้ความมั่นใจได้มากกว่าการรอจนถึงเวลาที่ศาลลดโทษหรือยกเว้นโทษในภายหลังซึ่งมีความไม่แน่นอนสูง นอกจากนี้การยกเว้นจากการดำเนินคดี จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีประวัติต้องพิพากษาว่ากระทำความผิด ส่วนการยกเว้นโทษผู้กระทำความผิด จะมีประวัติต้องคำพิพากษาว่ามีความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ การปรับบทบาทในการใช้ดุลพินิจเพื่อส่งเสริมความร่วมมือจากการที่ให้ศาลมีบทบาทใช้ดุลพินิจในการลดโทษหรือยกเว้นโทษมาให้ความสำคัญกับบทบาทของพนักงานอัยการในการใช้ดุลพินิจยกเว้นจากการดำเนินคดี แสดงให้เห็นถึงความตระหนักของปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพของมาตรการส่งเสริมความร่วมมือ

จะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีมีความตื่นตัวในการส่งเสริมความร่วมมือให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมากถึงขนาดผ่อนคลายความสำคัญของหลักบังคับดำเนินคดี ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศเยอรมนี แสดงให้เห็นถึงความตั้งใจอย่างจริงจังในความพยายามยับยั้งอาชญากรรมองค์กร การยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมนี ผู้เขียนเห็นว่าสามารถเทียบเคียงได้กับการให้ความคุ้มกันที่มีปฏิบัติอยู่ในประเทศ Common Law ทั่วไป