

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในต่างประเทศ และความสอดคล้องของระบบการดำเนินคดีต่อการนำมาตรการ ต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย

4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในต่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาแนวทางบทบัญญัติของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในต่างประเทศทั้งในส่วนที่เป็นองค์กระหว่างประเทศ มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของกลุ่มประเทศคอมมอนลว์และการต่อรองคำรับสารภาพของกลุ่มประเทศซีวิลลว์ ในบทที่ 4 ก็จะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของแต่ละกลุ่มว่ามีความเหมือนหรือต่างกันอย่างไรและช่วงท้ายผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ความสอดคล้องของระบบการดำเนินคดีต่อการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทยในแง่ความเป็นไปได้ในทั้งแนวคิด ทฤษฎีและในทางปฏิบัติหากมีการต่อรองคำรับสารภาพเกิดขึ้นจริงในประเทศไทย

4.1.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกากับการต่อรองคำรับสารภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศของ ICTR

จากการได้ศึกษาถึงศาลอาญาระหว่างประเทศของรวันดา (ICTR) ผู้เขียนมีข้อเปรียบเทียบับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของสหรัฐอเมริกาบางประการ ดังนี้

ประการแรก โดยนิติวิธีของการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศต้นแบบของสหรัฐอเมริกา นั้นเป็นกระบวนการใช้หลักความตกลงเฉกเช่นเดียวกับคดีแพ่งระหว่างพนักงานอัยการและจำเลย โดยพนักงานอัยการลดระดับสถานะตามหลักการของกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลว์เป็นเพียงเอกชนคนหนึ่งไม่มีลักษณะเป็นการฟ้องคดีอาญาแทนรัฐและศาลก็มีหน้าที่เพียงควบคุมกฎเกณฑ์การต่อสู้ โดยศาลสามารถตรวจสอบได้แค่เพียงว่า คำรับสารภาพที่จำเลยกระทำนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจปราศจากการถูกข่มขู่ ความไม่รู้และมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งศาลไม่อาจก้าวล่วงไปกระตือรือร้น(active) ในการค้นหาความจริงในเนื้อหาแห่งคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพ เฉกเช่นเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศซีวิลลว์ แต่ในศาลอาญาระหว่างประเทศของรวันดา (ICTR) กลับมีลักษณะที่ไม่เคร่งครัดในระบบกฎหมายข้างต้นและมุ่งให้เป็นไปตามหลักการค้นหา



ความจริงในระบบไม่ต่อสู้ พิเคราะห์ได้จากบรรทัดฐานแห่งคดี Erdemovic¹ นั้น แม้จำเลยจะมีได้ ยกขึ้นกล่าวอ้างประเด็นเรื่องของการยอมรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่เกิดจากการ ไม่ได้รับการไต่ตรองข้อมูลรอบด้าน แต่ศาลอุทธรณ์ใช้ดุลยพินิจในทำนองว่าเมื่อไม่มีกฎหมาย จัดตั้งหรือกฎเกณฑ์ในเรื่องวิธีพิจารณาหรือแนวปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศอื่นๆ หรือแม้แต่ใน ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ จะจำกัดอำนาจศาลให้พิจารณาแต่เฉพาะประเด็นที่คู่ความอุทธรณ์ มาเท่านั้น ศาลอุทธรณ์จึงสามารถพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้แม้คู่ความมิได้กล่าวอ้างเป็นประเด็น แห่งคดีมาก็ตาม ซึ่งต่างจากสิทธิในการอุทธรณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จำเลยให้การรับ สารภาพตามข้อตกลงที่กระทำกับพนักงานอัยการจะอุทธรณ์ได้เฉพาะกรณีกล่าวอ้างว่าคำรับ สารภาพของตนกระทำโดยมิได้สมัครใจ แม้กระทำการโต้แย้งในอุทธรณ์ว่าในกรณีที่คำรับสารภาพ ของจำเลยเกิดจากคำแนะนำที่ผิดพลาดของทนายจำเลยที่ว่าข้อตกลงจากการต่อรองคำรับสารภาพ จะได้รับการยอมรับ คำรับสารภาพเหล่านี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ยังไม่รับฟังลงโทษจำเลย ได้² อีกทั้งลักษณะพิเศษเฉพาะของศาลดังกล่าวที่ตั้งขึ้นมาเฉพาะกิจเพื่อสะสางคดีอาญาระหว่าง ประเทศของอาชญากรนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดและมีผลกระทบต่อมหาชนและประเทศอย่างมี นัยยะสำคัญ ศาลจึงมีบทบาทในลักษณะกระตือรือร้น (active) เพื่อการค้นหาความจริงโดยไม่ผูกมัด กับวิธีพิจารณาความมากเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งยึดติดรูปแบบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในขณะที่อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะ องค์การ (UNTOC) นั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นองค์กรระหว่างประเทศหรือศาลระหว่างประเทศใน ตัวเอง แต่เป็นอนุสัญญานับหนึ่งเพื่อให้ประเทศภาคีนั้นไปอนุวัติการให้เป็นไปตามกฎหมายของ ประเทศตนเองเห็นได้จากหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้าม ชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์การ ค.ศ. 2000 (The United Nations Convention against Transnational Organized Crime) ที่เกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดมาตรการที่จะขยายความร่วมมือกับหน่วยงานที่ บังคับใช้กฎหมาย มีบัญญัติไว้ในข้อที่ 26 ความตอนหนึ่งว่า “ในกรณีที่เหมาะสมรัฐภาคีแต่ละรัฐ จะพิจารณาความเป็นไปได้ที่จะลดโทษแก่บุคคล.....” และในข้อ 3 ของอนุสัญญาฯ ความว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องพิจารณาความเป็นไปได้..... ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายใน ของตน” การบัญญัติอนุสัญญาฯในเรื่องการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าวจึงเป็นไปใน ลักษณะเป็นการประนีประนอมและไม่ยึดติดรูปแบบวิธีการในการบริหารจัดการเพื่อให้ได้มาซึ่ง

¹ คดีระหว่าง Prosecuter v. Drazen Erdemovic.

² คดี Mc Mann V. Richardson, 1970.

อาชญากรข้ามชาติ ดังนั้นหากประเทศภาคีใดจะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการกำจัดองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่ได้ลงนามไว้นั้นจึงต้องคำนึงถึงวัฒนธรรม เศรษฐกิจ ศาสนา และที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งก็คือ ระบบกฎหมายของประเทศภาคีนั้นมีความสอดคล้องกับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่ใช้ในประเทศที่เป็นระบบคอมมอนลอว์มากน้อยเพียงใดก่อนที่จะนำมาใช้ในประเทศของภาคีนั้นเอง

ประการที่สอง พนักงานอัยการในศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถต่อรองคำรับสารภาพได้ในสองขั้นตอนคือขั้นตอนก่อนมีการฟ้องคดีและหลังจากมีการฟ้องคดีแล้ว หากการต่อรองคำรับสารภาพเกี่ยวกับการให้สัญญาว่าจะไม่ฟ้องในข้อหาใดข้อหาหนึ่งหรือไม่ดำเนินคดีผู้ต้องสงสัยก่อนมีการยื่นฟ้องเพื่อแลกเปลี่ยนกับข้อมูลเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัยคนอื่นหรือแลกกับการรับสารภาพในข้อหาอื่น เช่นนี้อัยการสามารถจะกระทำได้โดยไม่ต้องให้ศาลที่พิจารณาคดีอนุมัติก่อน เพราะถือเป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจดุลยพินิจของอัยการก่อนที่ศาลจะเข้ามาพิจารณาคดีดังนั้นอัยการจึงมีอิสระพอสมควรในการต่อรองคำรับสารภาพช่วงก่อนมีการยื่นฟ้องคดีเนื่องจากศาลยังไม่มีส่วนในการพิจารณาในช่วงนี้ ในทางปฏิบัติอัยการจะติดต่อกับผู้ต้องหาเพื่อแจ้งว่าอัยการมีหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินคดีกับเขาและให้โอกาสผู้ต้องหาได้ร่วมมือกับอัยการในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดในระดับบน เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยน อัยการก็จะเสนอที่จะไม่ดำเนินคดี และ/หรือไม่ฟ้องในข้อหาใดข้อหาหนึ่ง³

ในทางตรงข้าม แม้ว่าอำนาจในการถอนฟ้องจะเป็นอำนาจของอัยการ แต่อัยการก็อาจจะทำการต่อรองคำรับสารภาพภายหลังยื่นฟ้องแล้วได้อย่างอิสระนัก เนื่องจากอัยการต้องได้รับการอนุมัติจากศาลที่รับฟ้องนั้นก่อน ดังนั้นการตัดสินใจถอนฟ้องจะอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ ด้วยเหตุที่ศาลวางบทบาทกระตือรือร้น (active) ในคดีนี้เอง ในทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศของรวันดาซึ่งนำมามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้โดยไม่ได้ยึดโยงกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างเคร่งครัด เมื่อศาลใช้หลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ (Non-Adversary System) และเห็นข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่อัยการในศาลระหว่างประเทศเอาเปรียบจำเลย ศาลจึงมักไม่ยอมรับข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าวและหันไปใช้กระบวนการยุติธรรมตามปกติ ต่างจากกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในชั้นก่อนฟ้องคดีของประเทศสหรัฐอเมริกา ในทางปฏิบัติแล้วอัยการมีความอิสระเป็นอย่างมากในการใช้เทคนิคต่างๆ ในวิธีพิจารณาความอาญา โดยเฉพาะในคดีที่อัยการไม่สามารถหาพยานหลักฐานได้อย่างเพียงพอฟ้องคดี ซึ่งกระทำได้อย่างเป็นปกติเพราะประเทศสหรัฐอเมริกายึดถือระบบกฎหมาย

³ The University of North Carolina. (2009). Abstracts6. Retrieved in August 19, 2009.

อย่างเพียงพอฟ้องคดี ซึ่งกระทำได้อย่างเป็นปกติเพราะประเทศสหรัฐอเมริกาขัดถูกระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ถือหลักการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้ เมื่อสถานะอัยการเท่าเทียมผู้ต้องหาหรือจำเลยเช่นเดียวกับคดีแพ่งและถือว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อกันตามแนวคิดของระบบดังกล่าว อัยการจึงกระทำทุกวิถีทางที่จะทำให้ได้เปรียบในวิธีพิจารณาความอาญาสูงสุด ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วจะพบว่าทางปฏิบัติอัยการมีอำนาจเหนือจำเลยในแง่ของการแสวงหาพยานหลักฐานต่างๆ และจำเลยอยู่ในสถานะถูกกดดันอย่างหนักให้ต้องตอบรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ

ประการที่สาม เป็นกรณีความมั่นคงของการลดโทษตามข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ เห็นได้ว่าการบริหารกระบวนการยุติธรรมที่เรียกว่าการต่อรองคำรับสารภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจของรวันดา (ICTR) มีลักษณะของการประนีประนอม ในขณะที่หากเป็นกระบวนการฟ้องร้องในคดีอาญาปกติจะต้องใช้เวลาในการดำเนินคดีเป็นเวลานาน ทั้งนี้ก็เพราะเป็นเหตุผลในทางนโยบายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจของรวันดาหรือ ICTR นั้นรับพิจารณาคดีเฉพาะที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงและมีความเกี่ยวพันก่อเกิดความสูญเสียทั้งชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของผู้เสียหายเป็นจำนวนมาก ดังนั้นหากเป็นกรณีมีกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติเต็มรูปแบบ คดีดังกล่าวก็ย่อมที่จะมีรายละเอียดและประเด็นเงื่อนงำมากมายตลอดจนมีความยุ่งยากซับซ้อนในการพิจารณาพิพากษาคดี เหตุนี้การลดโทษของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจของรวันดา (ICTR) จึงต้องมีความมั่นคงในหลักการอยู่พอสมควรกล่าวคือ ลักษณะของการลดโทษที่เกิดจากกระบวนการต่อรองคือผู้กระทำความผิด (ยกเว้นประเภทที่ 1) จะได้รับสิทธิที่จะได้รับการลดโทษแบบคงที่ (fixed reduction) เพื่อตอบแทนจากการที่ผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพอย่างแท้จริงว่าได้กระทำความผิดตามที่ถูกลกล่าวหา และจะได้รับการลดโทษมากขึ้น (greater penalty reduction) หากเป็นการรับสารภาพก่อนมีการยื่นฟ้องคดี⁴

ความสำคัญของการลดโทษจะอยู่ที่ผู้กระทำความผิดประเภท 2 และประเภท 3⁵ ซึ่งให้การรับสารภาพก่อนฟ้องคดีจะได้รับการลดอัตราส่วนโทษลงมากกว่ากรณีของการรับสารภาพหลัง

⁴ Madeline H. Morris. (2006). *Continuing: The trials of Concurrent Jurisdiction: The Case of Rwanda. American Diplomacy*. p. 1-10.

⁵ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจของรวันดา (ICTR) มีการแบ่งประเภทของการกระทำความผิดเป็น สี่กลุ่ม โดยหากมีการต่อรองคำรับสารภาพสำเร็จตามวรรคก่อน ผู้กระทำความผิดประเภทที่สอง (Category two perpetrators) จะได้รับโทษจำคุกเพียงเจ็ดปีถึงสิบเอ็ดปี หากรับสารภาพก่อนฟ้องคดี และจะได้รับโทษ 12-15 ปีหากเป็นการรับสารภาพหลังมีการฟ้องคดีแล้วหรือได้รับโทษจำคุกตลอดชีวิต (เฉพาะความผิดที่มีโทษประหารชีวิต) หากรับสารภาพในขั้นตอนการพิจารณาคดีและศาลพิพากษาว่ามีความผิดตามฟ้อง ส่วนผู้กระทำความผิดประเภทที่สาม (Category three perpetrators) จะได้รับโทษจำคุกเพียงหนึ่งในสามของคำพิพากษาลงโทษจำคุก หากรับสารภาพก่อนฟ้องคดี และจะได้รับการลดโทษเหลือครึ่งหนึ่งของคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกหากเป็นการ

ฟ้องและในชั้นพิจารณาพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นแรงกระตุ้นให้ผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพผิดตั้งแต่แรกเริ่ม แตกต่างจากการลดโทษของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶ ซึ่งแม้จะมีความคล้ายกันตรงที่พนักงานอัยการและจำเลยหรือทนายความต่างรู้ถึงโทษที่จะถูกกำหนดโดยศาลอยู่ก่อนแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นการต่อรองคำรับสารภาพประเภทของการต่อรองข้อหา (Charge Bargain) แต่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้ให้ความสำคัญของการลดโทษโดยถือเอาช่วงเวลาของการเข้าสู่กระบวนการต่อรองมากไปกว่าการให้ความช่วยเหลือรัฐในการหาข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับการกระทำความผิดของตนการที่จำเลยให้การรับสารภาพนั้นช่วยหลีกเลี่ยงการพิจารณาคดีอย่างเต็มรูปแบบ เพราะจำนวนคดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีจำนวนมหาศาลหากไม่สร้างแรงจูงใจให้แก่จำเลยในการได้รับการลดโทษมากขึ้นดังกล่าวแล้ว ย่อมเกิดภาระในการบริหารกระบวนการยุติธรรมเป็นอย่างมากและเทียบไม่ได้เลยกับปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศของรวันดาที่ถูกจำกัดโดยเขตอำนาจศาลเฉพาะกิจ

รับสารภาพหลังมีการฟ้องคดีแล้ว และจะไม่ได้รับการลดโทษหากศาลพิพากษาว่ามีความผิดในชั้นพิจารณา ส่วนผู้กระทำความผิดประเภทที่สี่ (Category Four perpetrators) จะได้รับการลดโทษโดยการรอลงโทษ อ้างถึงใน Human Rights Watch. (2004). Plea bargaining Report. Retrieved in 25 January 2008, from <http://hrw.org/reports/2004/ij/digest.pdf>

⁶ Guidelines 3E1.1, Acceptance of Responsibility, Provides :

(a) (if) the defendant clearly demonstrates acceptance of responsibility for his offence, decrease the offence level by two levels.

(b) If defendant qualifies for a decrease under sub (1), the offence level determined prior to the operation of sub (a) is level 16 or greater, and the defendant assisted authorities in the investigation or prosecution of his own misconduct by taking one or more of the following steps:

(1) timely providing complete information to the government concerning his own involvement, or

(2) timely notifying the authorities of his intention to enter a plea of guilty, thereby permitting the government to avoid preparing for trial and permitting the court to allocate its resources efficiently, decrease the offence level by one additional level.

4.1.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกากับการ กลุ่มประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ปัญหาความยุ่งยากของคดีที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นในปัจจุบันประกอบกับการ
ตราบทบัญญัติกฎหมายใหม่จำนวนมากให้มีโทษทางอาญามากขึ้นโดยไม่สอดคล้องกับจำนวน
บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมที่อยู่ในระบบ โดยเฉพาะในชั้น ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ ยัง
ผลให้คดีเกิดความล่าช้า จนมีคำกล่าวที่ว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้า ย่อมเท่ากับเป็นการปฏิเสธความ
ยุติธรรมนั้นเอง (Justice delayed is justice denied)⁷ ดังนั้น ทัวโลกจึงคิดค้นการบริหารจัดการคดี
อย่างไรให้เกิดความสมดุลระหว่างหลักนิติธรรมกับการเพิ่มความรวดเร็วและประสิทธิภาพในการ
ดำเนินคดี

การต่อรองคำรับสารภาพเป็นมาตรการหนึ่งในการบริหารจัดการคดีในระบบงาน
ยุติธรรมก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาความแออัดของคดีต่างๆ ให้เสร็จสิ้นไปโดย
รวดเร็ว ทั้งยังส่งผลให้ปริมาณคดีนั้นลดลงอย่างต่อเนื่อง เป็นผลให้นอกจากได้รับความนิยมใน
ประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ยังมีการแพร่กระจายการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าวไปยังประเทศ
อื่นๆ ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ด้วย อาทิ ประเทศอิสราเอล อินเดีย แคนาดา อังกฤษ ก่อเกิด
ความเหมือนและแตกต่างในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพอยู่พอสมควร ทั้งนี้อาจเป็นเพราะ
ประเทศดังกล่าวมีแนวคิด ทั้งเรื่องหลักนิติธรรม การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ
ประชาชน หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ รัฐธรรมนูญ ก่อเกิดมาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่มี
ความแตกต่างกัน ซึ่งมีลักษณะเฉพาะอยู่หลายประการ ดังนี้

ประการแรก ความสอดคล้องของนิติวิธี นิติวิธีของการดำเนินคดีอาญาของกลุ่มประเทศ
คอมมอนลอว์ มีลักษณะเป็นการต่อสู้ทำนองเดียวกับคดีแพ่ง ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์สามฝ่ายอัน
ประกอบไปด้วยฝ่ายศาล ฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย การต่อรองคำรับสารภาพในประเทศต้นแบบของ
ประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อวิเคราะห์ถึงระบบกฎหมายก็เป็นอย่างเดียวกันกับกลุ่มประเทศคอม
มอนลอว์ อินเดีย อิสราเอล และแคนาดา ซึ่งเป็นกระบวนการใช้หลักความตกลงเฉกเช่นเดียวกับคดี
แพ่งระหว่างพนักงานอัยการและจำเลย โดยพนักงานอัยการลดระดับสถานะตามหลักการของกลุ่ม
ประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นเพียงเอกชนคนหนึ่งไม่มีลักษณะเป็นการฟ้องคดีอาญา
แทนรัฐและศาลก็มีหน้าที่เพียงควบคุมกฎเกณฑ์การต่อสู้ มิให้ผิดกติกาทำนองเดียวกับกรรมการ
ตัดสินฟุตบอล และในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์การฟ้องคดีอาญาเป็นเรื่องการกล่าวอ้างของจำเลย
ว่ากระทำความผิด ศาลต้องวางเฉย (passive) ตามลักษณะเฉพาะของระบบนี้โจทก์ผู้ฟ้องจึงมีหน้าที่

⁷ Mark Findlay, Stephen Odgers and Stanley Yeo. (1999). **Australian Criminal Justice (second Edition).**

ว่ากระทำความผิด ศาลต้องวางเฉย (passive) ตามลักษณะเฉพาะของระบบนี้ โจทก์ผู้ฟ้องจึงมีหน้าที่นำสืบ (burden of proof) ให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามที่กล่าวอ้าง ขณะที่ศาลมีบทบาทที่สำคัญในการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องพยานหลักฐาน เพื่อมิให้มีการเอาเปรียบกันและกันในการต่อสู้คดี⁸ เช่นเดียวกับเมื่อมีการกำหนดกฎเกณฑ์หรือกติกาในการต่อรองคำรับสารภาพ (plea bargaining) โดยทั้งฝ่ายอัยการ ศาล นั้นไม่ได้ยึดหลักอยู่ที่การเอาเปรียบคู่ต่อสู้หรือจำเลย จริงอยู่ที่อัยการและศาลอาจได้เปรียบโดยไม่ต้องรับภาระในการฟ้องร้องและพิจารณาคดีอาญาซึ่งอาจกินเวลานานหลายปีอันอาจทำให้กระบวนการพิสูจน์ความจริงแท้ของคดีตามทฤษฎีอาจขาดความสมบูรณ์ไปบ้าง แต่ก็มิทำให้จำเลยเสียเปรียบแต่อย่างใด เนื่องจากการเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพเป็นการให้สิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยในการพิจารณาพิเคราะห์คดีของตนว่าประสงค์จะใช้กระบวนการพิเศษนี้หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นยังให้อิสระแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการเลือกรับสารภาพเพื่อแลกกับการได้รับการลดโทษหรือลดข้อหา และการยอมสละสิทธิในหลักการเรื่องเอกสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์กับตนเอง (Privilege against Self-Incrimination) หลักในการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of the Innocence) เหล่านี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Right) ในรัฐธรรมนูญ บุคคลทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะสามารถพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย และหากไม่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาตามกฎหมายได้ หรือผู้ถูกกล่าวหา ยังไม่ได้รับการพิพากษาจากศาลว่ากระทำความผิดแล้วก็ต้องถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จะไปปฏิบัติต่อผู้นั้นอย่างเดียวกันกับนักโทษเด็ดขาดไม่ได้ ภาระการพิสูจน์ต้องตกอยู่กับอัยการที่ต้องทำการพิสูจน์ให้ปราศจากความสงสัยตามสมควร (Beyond Reasonable Doubt) ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดจริง อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวศาลสูงของประเทศก็ให้การยอมรับว่าเป็นหลักการที่เป็นแนวคิดของหลักนิติธรรม (The Rule of Law)⁹ ที่สละสิทธิได้¹⁰ โดยเฉพาะหลักการพิสูจน์ให้สิ้น โดยปราศจากความ

⁸ จิราธร เจริญวุฒิ. (2550). วิวัฒนาการการสอบสวนคดีอาญา: ศึกษาบทบาทของพนักงานอัยการ. หน้า 42-45.

⁹ หลักนิติธรรมประกอบไปด้วยหลักการเบื้องต้น 3 ประการ คือ 1) สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าตนเองบริสุทธิ์ 2) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม 3) สิทธิที่จะมีทนายความเข้าช่วยเหลือในการต่อสู้คดี นอกจากนี้ Nadeau Jason ให้ทัศนะว่าหลักนิติธรรมจำเป็นสำหรับกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักแต่อาจไม่เหมาะสมสำหรับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อ้างถึงใน N. Jason Critical Analysis of the United Nations Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters, ฌูว์สา ฉัตรไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 39.

¹⁰ อาทิ เช่น ในคดี Boykin v Alabama.

สงสัยตามสมควรทราบเท่าที่จำเป็นให้ความยินยอมหรือสมัครใจอย่างแท้จริง โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยต่างก็ให้การรับสารภาพโดยรับรู้ถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการให้การและเข้าใจได้ว่าสิ่งที่ให้การไปนั้นอาจผูกมัดตนได้ ทั้งนี้ก็เพื่อเหตุผลในทางประโยชน์คดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพของจำเลย ทำให้จำเลยลดความทนทุกข์ทรมานจากการต้องได้รับการพิจารณาคดีที่ล่าช้า และถือว่าเป็นการบริหารจัดการคดีเพื่อให้จำเลยกลับคืนสู่สังคมได้อย่างสงบสุข ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายชีวิตล่อว์ซึ่งศาลเองมีหน้าที่ต้องกระตือรือร้น (Active) ในการค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจในเรื่องพยานหลักฐาน อัยการและจำเลย จะเป็นเพียงผู้ที่คอยกระตุ้นให้ศาลดำเนินการโดยการอ้างการร้องขอให้ศาลสืบพยานต่างๆ และศาลเองก็มีหน้าที่สืบพยานเพิ่มเติมเองโดยพลการด้วย ในการดำเนินคดีอาญาในประเทศภาคพื้นยุโรปจึงไม่มีเรื่องหน้าที่นำสืบอย่างเช่นในการดำเนินคดีอาญาของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ทั้งนี้เพราะในการดำเนินคดีอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปไม่มีการต่อสู้และไม่มีคู่ความ จึงเห็นได้ว่าเมื่อรากฐานแห่งที่มาของกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพมีความสอดคล้องต้องกันในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่มีปัญหาเรื่องของระบบกฎหมายกับการนำมามาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งนำหลักการเรื่องความตกลงของคู่ความซึ่งมีสถานะที่เท่าเทียมกันมาใช้ เพียงแต่ในบางประเทศนั้นอาจมีการนำมามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาบัญญัติไว้ให้สอดคล้องและเป็นไปตามบริบทของประเทศของตนก่อเกิดพัฒนาการในรูปแบบที่แตกต่างออกไป ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

ประการที่สอง กระบวนการในการเข้าสู่การต่อรองคำรับสารภาพ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาที่เปิดกว้างไว้ให้ทั้งพนักงานอัยการและผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถร้องขอให้มีการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้ไม่ว่าจะในขั้นก่อนการฟ้องคดีและหลังการฟ้องคดีแล้วก็ตาม ซึ่งเป็นหลักการโดยทั่วไปของกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ แต่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอินเดียนั้นมีความพิเศษเป็นอย่างมากที่ในขั้นตอนพิจารณาข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพต่อศาลนั้น กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในช่วงเวลานี้มีการบูรณาการทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยศาลจะทำหน้าที่ค้นหาความจริงและอยู่ร่วมวงการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ มีการเชิญทั้งพนักงานสอบสวน จำเลย ทนายจำเลย พนักงานอัยการและผู้เสียหาย มาพบปะพูดคุยในบรรยากาศที่เป็นกันเอง (meeting) เพื่อให้คดีนั้นสิ้นสุดลงโดยความร่วมมือและพอใจจากทุกฝ่าย (mutually satisfactory disposition)

ประเด็นดังกล่าวกลับมีความแตกต่างกันในประเทศอิสราเอลซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพจะต้องไม่ทำต่อหน้าศาลและศาลจะต้องไม่เป็นส่วนหนึ่งของการเจรจา ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นหลักเกณฑ์ของประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์โดยทั่วไปเพราะเมื่อคู่ความมีสถานะเท่าเทียมกัน ศาลจะต้องวางตัวเป็นกรรมการกลางเพื่อตัดสินว่าใคร

จะชนะหรือแพ้คดี หากศาลเข้าไปมีส่วนด้วยกับกระบวนการดังกล่าวอาจทำให้คู่ความฝ่ายใดเสียเปรียบในการดำเนินคดีได้

ผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่ประเทศอินเดียบัญญัติมาตรการคุ้มครองคำรับสารภาพไว้เป็นพิเศษเช่นนี้เพราะระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของอินเดีย มีที่มาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะของประเทศอังกฤษเนื่องจากอิทธิพลที่มีอยู่ยาวนานจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษ บทบัญญัติในยุคหลังของอินเดียหลายฉบับแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายฝั่งยุโรปและอเมริกา กฎหมายหลักและกฎหมายลำดับรองหลายฉบับนำมาใช้ครั้งแรกโดยอังกฤษและยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปบ้าง ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญของอินเดีย¹¹ กฎหมายของไอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร อังกฤษ และฝรั่งเศส แนวทางของสหประชาชาติในเรื่องกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่างถูกนำมาสังเคราะห์เพื่อถ่วงถ่วงแล้วนำมาร่างเป็นกฎหมายของอินเดียในปัจจุบัน

ประกอบกับในช่วงเวลาการปฏิรูปกฎหมาย แม้อินเดียเลือกที่จะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามแบบอย่างของประเทศซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษก็ตามแต่กลับมีการเชิญนักกฎหมายจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาช่วยทำหน้าที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการในการร่างกฎหมายของประเทศอินเดียในขณะนั้น ดังนั้นแม้ประเทศอินเดียจะมีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แต่ก็ได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายซีวิลลอว์อยู่บางประการ นอกจากเหตุผลดังกล่าวนี้รูปแบบการคุ้มครองคำรับสารภาพแบบใหม่นี้เป็นการอุดช่องว่างของระบบการคุ้มครองคำรับสารภาพแบบดั้งเดิมทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น และลดทอนสถานะความกดดันจากรูปแบบเดิมๆ ที่อัยการจะเป็นฝ่ายรุกเข้าใช้เทคนิคต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการที่อัยการกดดันจำเลยว่าหากไม่รับรับข้อตกลงของการคุ้มครองคำรับสารภาพจะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นหากปฏิเสธข้อเสนอ หรือเหตุผลในการขาดพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องคดี ซึ่งอาจทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลุดรอดไปจากคำพิพากษาลงโทษจากศาล นอกจากนี้ยังมีเหตุผลในทางปฏิบัติที่อัยการมักมีความสนิทสนมกับผู้พิพากษาและทนายความจนละเลยสิทธิของจำเลยตามหลักนิติธรรมและถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายตามหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ที่เป็นเหยื่อหรือผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมนั้นให้เข้ามาเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งไปในคราวเดียวกัน เพื่อให้ได้รับการเยียวยาอันกลับคืนสู่สภาพเดิมมากที่สุด ซึ่งการคุ้มครองคำรับสารภาพในรูปแบบเดิมมีการ

¹¹ R. K. RAGHAVAN. (2003). "Reforming criminal justice systems." India's National Magazine, 2003, Volume 20 Issue 02. Retrieved in

ทำข้อตกลงกัน โดยผู้เสียหายแทบจะไม่มีบทบาทในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนด้วยว่าศาลยังสามารถกำหนดเงื่อนไขใดๆ เพื่อให้จำเลยนั้นกลับคืนสู่สังคมได้โดยนำแนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาปรับใช้ โดยเมื่อมีการประหุมนกันแล้ว อาจไม่จำเป็นที่จำเลยนั้นต้องถูกลงโทษจำคุกเสมอไป บทบัญญัติการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอินเดียเปิดกว้างให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจไม่ว่าจะเป็นการคุมประพฤติหรือการให้บริการสังคมเมื่อคดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ใช่ความผิดร้ายแรงและเป็นคดีรัฐประศาสนโยบาย

ในประเด็นของกระบวนการยุติธรรมโดยใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอินเดียซึ่งใช้รูปแบบพิเศษที่เรียกว่า มาตรการทำให้คดีสิ้นสุดลงโดยความร่วมมือและพอใจของทุกฝ่าย (mutually satisfactory disposition)¹² นั้นมีนักวิชาการที่มีชื่อเสียงด้านกฎหมายถกเถียงกันอยู่พอสมควรว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หรือไม่ เรื่องนี้มีความคิดเห็นที่แตกต่างออกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่า มาตรการทำให้คดีสิ้นสุดลงโดยความร่วมมือและพอใจของทุกฝ่าย (mutually satisfactory disposition) อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (plea bargaining) ของอินเดียนั้นไม่เป็นรูปแบบหรือแนวคิดหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice Perspective) เพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นใช้กับคดีที่มีการกระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ โดยมีวัตถุประสงค์มุ่งให้เกิดความสันติสุขขึ้นในสังคม ซึ่งแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่เน้นประสิทธิภาพในการดำเนินคดีให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว

ฝ่ายที่สองเห็นว่า มาตรการทำให้คดีสิ้นสุดลงโดยความร่วมมือและพอใจของทุกฝ่าย (mutually satisfactory disposition) อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (plea bargaining) ของอินเดียนั้นเป็นรูปแบบหรือแนวคิดหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice Perspective) เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไม่จำเป็นที่จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับคดีเล็กๆ น้อยๆ ในกระบวนการยุติธรรมเท่านั้น แต่ยังสามารถนำไปใช้กับคดีหรือวิธีการในรูปแบบอื่นๆ ได้หลากหลาย ทั้งนี้ก็เพื่อวัตถุประสงค์ให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาและชุมชนกลับสู่ความสงบสุขได้ดั้งเดิม

ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดฝ่ายที่สอง โดยมีเหตุผลรองรับดังต่อไปนี้

¹² The hindes. (2004). Plea bargaining. Retrieved in 25 September 2008, from

1. ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ไม่ได้มีลักษณะเป็นหลักการที่ตายตัว แต่เห็นว่ามีลักษณะเป็นพลวัต (dynamic) ยืดหยุ่นได้ พิจารณาได้จากไม่ได้มีการจำกัดฐานความผิดไว้อย่างเคร่งครัดว่าจำต้องนำไปใช้กับคดีความผิดเพียงเล็กน้อยเท่านั้นหรือการให้ประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่สามารถชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดของตนซึ่งจะทำให้ได้รับการปรานีโดยการลดโทษจากศาล แต่บางประเทศที่นำวิธีการดังกล่าวไปใช้นั้นได้มีการจำกัดขอบเขตหรือฐานความผิดเอาไว้อย่างแคบทั้งนี้อาจเป็นเพราะจารีตประเพณี วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม เศรษฐกิจ ระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกันไปแต่ละประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น Professor ที่มีชื่อเสียงระดับโลกทางด้านกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อาทิ Tony Marshall Howard Zehr Mark Umbreit John Braithwaite และ Heather Stray¹³ ฯลฯ ต่างก็เห็นพ้องด้วยว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์อาจนำไปใช้ในรูปแบบพิเศษอื่นๆ เพื่อเหตุผลในการบริหารจัดการคดีให้มีประสิทธิภาพเพื่อความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่คิดค้นขึ้นมาใหม่ได้ ซึ่งบางประเทศนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไปใช้กับคดีอาชญากรรมร้ายแรง คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ¹⁴ อาชญากรรมทางเพศ ซึ่งสอดคล้องกับ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์¹⁵ ระบุว่าอันที่จริงแล้วไม่ได้มีกฎเกณฑ์กติกาว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ใช้ได้กับความผิดเล็กน้อยเท่านั้น ดังเช่นในราวันดา Bishop Rismond TuTu ให้สัมภาษณ์ว่าได้นำเอาเรื่อง restorative justice ไปใช้เพื่อสร้างสมานฉันท์ในระหว่างเผ่าพันธุ์ในราวันดา ในแคนาดาได้มีการใช้ในกรณีการประพาดมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในเท็กซัสได้ใช้ในคดีฆาตกรรมเพื่อให้เหยื่อที่มีชีวิตหลงเหลืออยู่หรือผู้เป็นญาติได้มีโอกาสพบกับผู้กระทำความผิด เพื่อสร้างความรู้สึที่ดีขึ้น

2. กระบวนการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมีความคล้ายคลึงกันมาก โดยทั้งสองกระบวนการต่างมีวัตถุประสงค์ที่เพิ่มขึ้นหรือเป็นไปในแนวทางรูปแบบพิเศษอื่นๆ ที่อาจแตกต่างจากวัตถุประสงค์หรือรูปแบบเดิมๆ กล่าวคือกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพนอกจากจะทำหน้าที่เป็นกลไกในการทำให้คดีเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วเพียง

¹³ ฌูว์สา ฉัตรไพฑูรย์. (2010). กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนาชาติ. หน้า 37.

¹⁴ ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในเมือง Ipswich ซึ่งเป็นเมืองที่ทำเหมืองถ่านหินในออสเตรเลียซึ่งมีคนจำนวนมากเจ็บป่วยและตายในเหมือง เนื่องจากวิธีการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ภายหลังเกิดเหตุภัยพิบัติที่เหมือง ทำให้ผู้กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องได้ข้อสรุปที่จะนำไปสู่การใช้มาตรการในการป้องกันภัยพิบัติดังกล่าวในวันข้างหน้าได้อย่างดีเยี่ยม และข้อตกลงนี้ก็จะเกิดขึ้นในการดำเนินการตามระบบกระบวนการยุติธรรมที่ใช้อยู่ อ้างถึงใน ฌูว์สา ฉัตรไพฑูรย์. แหล่งเดิม. หน้า 16.

¹⁵ กิตติพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 15-16.

อย่างเดียวกันเหมือนรูปแบบเดิมๆ ในอดีตแล้ว ปัจจุบันต่างพบว่าประเทศทั่วโลกได้นำมาตรการต่อรอง คำรับสารภาพมาบังคับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่หลากหลายคือการลดปริมาณคดีเข้าสู่ศาล การคุมประพฤติแทนการลงโทษจำคุก การทำบริการสังคม อันเห็นได้ว่าวิธีการเหล่านี้เป็นกระบวนการที่ จักทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ได้สำนึกในการกระทำความผิดและเห็นคุณค่าของวัฒนธรรมทางสังคม มากยิ่งขึ้นในการที่จักต้องใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข โดยการแสดงความรับผิดชอบในแง่ของ การพูดต่อหน้าที่ประชุมถึงความผิดที่ได้กระทำลง การยอมรับความผิดหรือสำนึกในการกระทำ ความผิดต่อผู้เสียหายและชุมชน ซึ่งอาจแสดงออกเป็นตัวเงินหรือการทำบริการสังคม

นอกจากนี้เห็นได้จากในมาตรการทำให้คดีสิ้นสุดลงโดยความร่วมมือและพอใจของ ทุกฝ่าย (mutually satisfactory disposition) อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (plea bargaining) มีวิธีการในการพบปะพูดคุยในบรรยากาศที่เป็นกันเอง (meeting) ทั้งนี้ก็เพื่อ วัตถุประสงค์ในการลดความตึงเครียดของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักที่มีลักษณะเป็นการ ต่อสู้หรือการดำเนินคดีแบบปรปักษ์กัน (Fight Theory หรือ Adversarial System) ซึ่งเป็นลักษณะ เฉพาะของระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ทำให้ไม่อาจก่อให้เกิดความไว้วางใจ กันหรือทำให้คดีเสร็จสิ้นได้โดยง่าย เมื่อดำเนินกระบวนการจนได้ข้อยุติของทุกฝ่าย ก็จะเสนอศาล เพื่อให้ความเห็นชอบในข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพและข้อตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอาทิ การ ชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย การทำบริการสังคม ประเด็นดังกล่าวสอดคล้องกับกระบวนการ ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นอย่างยิ่ง เพราะช่วงเวลาหรือกระบวนการในการทำกระบวนการยุติธรรม เชิงสมานฉันท์อาจทำได้ทั้งกรณีของการมีบทบัญญัติเฉพาะตัวที่ไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการหรือ เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางศาล เช่นการล้อมวงพิจารณา (Circle Sentencing) กระบวนการ ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีเด็กและเยาวชน (Family Group Conference) ที่หลายประเทศนำไป ปรับใช้¹⁶ โดยให้อำนาจพนักงานอัยการผ่านความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็ก และเยาวชนในการนำเด็กที่กระทำผิดอาญาออกจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก หรือ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์อาจเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนพิจารณาลงโทษของศาลหรือ กระบวนการเสริมในอันจักทำให้ศาลใช้ดุลยพินิจได้อย่างเหมาะสมได้¹⁷ ทำให้กระบวนการยุติธรรม สายหลักขับเคลื่อนไปได้ด้วยความมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹⁶ Eliahu Harion. Plea-Bargaining in Israel: The Proper Function Of Prosecution.

¹⁷ อาทิจ กระบวนการล้อมวงพิจารณาโทษ (circle sentencing) หรือบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดใน ประเทศไทยและมีผลบังคับใช้เมื่อ พฤษภาคม พ.ศ. 2554 ตามมาตรา 90 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

3. **ผลลัพธ์ (output)** ที่ได้ทั้งมาตรการทำให้คดีสิ้นสุดลงโดยความร่วมมือและพอใจของทุกฝ่าย (mutually satisfactory disposition) อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (plea bargaining) และกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice Perspective) นั้นก็มีความคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับสารภาพในความผิดที่ได้กระทำความผิด การชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย การทำบริการสังคมเพื่อเป็นการเยียวยาแก่ชุมชนหรือสังคมที่ได้รับผลกระทบของอาชญากรรม การคุมประพฤติเนื่องจากเมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยเข้าสู่มาตรการทั้งสองมาตรการแล้วและทำตามเงื่อนไขที่ประชุมได้กำหนดครบถ้วน ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดก็จะได้รับความปรานีจากศาลในอันที่จะได้รับการลดโทษจนถึงขั้นของการคุมประพฤติในหลายกรณีที่เขาหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถใช้มาตรการคุมประพฤติได้ หากสุดท้ายแล้วทั้งผู้เสียหายและผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่อาจตกลงกันได้หรือผู้ต้องหาหรือจำเลยปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ให้ไว้ไม่ครบถ้วน กระบวนการก็จะถูกยกเลิกและย้อนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมปกติเสมือนว่าไม่เคยมีการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (plea bargaining) หรือกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์แต่อย่างใด

ประการที่สาม คำนียามของการต่อรองคำรับสารภาพ นักวิชาการและนักวิจัยในกระบวนการยุติธรรมไทยในอดีต ต่างให้คำจำกัดความของ plea bargaining ไว้ตรงกันว่า คือการต่อรองคำรับสารภาพ โดยนิยามความหมายเช่นเดียวกับ Brain A. Garner ซึ่งอาจพอสรุปใจความได้ว่า การต่อรองคำรับสารภาพคือ¹⁸ ข้อตกลงที่มีการต่อรองระหว่างพนักงานอัยการและจำเลยในคดีอาญา ซึ่งจำเลยให้การรับสารภาพเพื่อแลกกับการได้รับโทษเบากว่าเดิม หรือเพื่อที่จะได้รับการพิจารณาเลือกฟ้องในข้อหาที่มีความรุนแรงน้อยกว่า แต่จากการศึกษาเห็นว่า นิยามของการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าว เป็นการให้ความหมายของคำว่า plea bargaining (หรืออาจเรียกว่า plea negotiation หรือ plea agreement) ไว้อย่างคลาดเคลื่อนและไม่ครบบริบทของคำจำกัดความที่แท้จริง ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับ Verdun Jones และ Hatch¹⁹ ซึ่งได้ทำการวิจัยทั้งเชิงปริมาณและวิจัยเชิงคุณภาพและค้นพบว่าแท้จริงแล้ว ลักษณะของการต่อรองคำรับสารภาพที่มีการนำไปปฏิบัติกันอย่างมีนัยยะ โดยเฉพาะพนักงานอัยการของสหรัฐและประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อาทิ อินเดีย แคนาดา อิสราเอล ได้มีการค้นพบและใช้รูปแบบของการต่อรองคำรับสารภาพกันอย่างหลากหลายวิธี

¹⁸ Bryan A. Garner. (2006). **Black's Law Dictionary** (Eighth Edition). p. 1190.

¹⁹ Verdun Jones and Hatch. Op.cit. p. 65

วิธีแรก หากเป็นเรื่องของการต่อรองคำรับสารภาพในเรื่องคำฟ้อง วิธีการต่อรองคำรับสารภาพอาจเป็นกรณีของการลดข้อหาให้เป็นฐานความผิดที่เบาลง ถอนข้อหาหรือระงับการฟ้องในข้อหาอื่นๆ หรือสัญญาว่าจะไม่ดำเนินคดีในข้อหาอื่นที่อาจจะเป็นไปได้ สัญญาว่าจะไม่ฟ้องเพื่อนหรือครอบครัวของจำเลย สัญญาว่าจะถอนข้อหาในบางคดี อาทิ คดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว (Domestic Violence) เพื่อเป็นการตอบแทนในการที่จำเลยยอมตกลงจะสัญญาประกันความประพฤติ

วิธีที่สอง การต่อรองคำรับสารภาพกรณีการต่อรองดุลยพินิจการลงโทษ (sentencing bargaining) นอกจากเป็นกรณีสัญญาว่าจะทำข้อเสนอในการลงโทษต่อศาลให้จำเลยได้รับโทษน้อยลง อันพบเจอได้ในความหมายโดยทั่วไปของการต่อรองคำรับสารภาพแล้ว แต่บริบทของกระบวนการต่อรองดุลยพินิจลงโทษยังรวมถึงวิธีการอื่นๆ อันมีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลด้วย อาทิ สัญญาว่าจะดำเนินคดีแบบไม่มีข้อยุ่งยากแทนการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบ สัญญาจะไม่คัดค้านการทำข้อเสนอในการพิพากษาของทนายจำเลยต่อศาล สัญญาจะทำคำแถลงร่วมเกี่ยวกับการทำคำพิพากษา สัญญาจะไม่อุทธรณ์การกำหนดโทษของศาลที่พิจารณาคดี สัญญาจะไม่ร้องขอให้ลงโทษสถานหนัก (เช่น โดยไม่แจ้งให้ศาลลงโทษให้หนักขึ้น โดยอาศัยเหตุจำเลยเคยกระทำความผิดมาก่อน สัญญาจะไม่แถลงศาลถึงข้อเท็จจริงว่าจำเลยเป็นบุคคลอันตราย หรือเป็นผู้ต้องโทษหนักมาก่อน

อย่างไรก็ดี ข้อตกลงเรื่องการต่อรองดุลยพินิจลงโทษมักไม่ได้รับการยอมรับหรือเห็นชอบจากศาลเนื่องจากศาลเห็นว่าเป็นการก้าวล่วงอำนาจการพิพากษาซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยเสาหลักของหลักการปกครองประเทศ

วิธีที่สามการต่อรองคำรับสารภาพในเรื่องการต่อรองข้อเท็จจริง (fact bargaining) เช่น การทำข้อสัญญาว่าจะไม่นำเสนอข้อเท็จจริงอื่นที่อาจจะเป็ผลร้ายต่อจำเลยระหว่างการพิจารณาพิพากษา สัญญาจะไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยที่ศาลอาจจะนำไปใช้ในการกำหนดโทษให้หนักขึ้น

นอกจากนี้ในงานวิจัยของสำนักงานอัยการสูงสุดโดยคณะที่ปรึกษาโครงการวิจัย ได้แก่ ศ.พิเศษ จริญญา ภักดีธนากุล ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์²⁰ ก็ยอมรับและวิเคราะห์เป็นไปแนวทางเดียวกันกับผู้เขียนว่า มาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่มีค่านิยมที่ตายตัว ความหมายอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามเขตท้องที่ (Jurisdiction) และเห็นด้วยกับ Guidorizzi ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ค่านิยมไว้อย่างมีลักษณะยืดหยุ่นว่า การต่อรองคำรับสารภาพหมายความว่าถึงข้อตกลงในการรับสารภาพของจำเลยในคดีอาญา ด้วยความคาดหวังที่จะได้รับความ

²⁰ สำนักงานอัยการสูงสุด. (2552). การต่อรองคำรับสารภาพ แนวคิดทางทฤษฎี ทางปฏิบัติ. หน้า 3.

ปรานี (consideration) จากรัฐ โดยให้ทัศนะว่าคำนิยามดังกล่าวมีความหมายอย่างชัดเจนและโดยปริยายของคำว่า การต่อรองคำรับสารภาพ

ในขณะที่การต่อรองคำรับสารภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศของรวันดา (ICTR) และศาลอาญาระหว่างประเทศของยูโกสลาเวีย (ICTY) การต่อรองคำรับสารภาพสามารถทำได้ในหลายขั้นตอนของคดีอาญา อาจจะทำก่อนหรือหลังจากจำเลยถูกฟ้องต่อศาลก็ได้ นอกจากนั้นแล้ว ข้อตกลงรับสารภาพขององค์กรเหล่านี้ยังสามารถจะกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ เช่น ข้อตกลงในการให้ความร่วมมือในการสอบสวน ข้อตกลงให้การเป็นพยานในการดำเนินคดีกับจำเลยคนอื่นๆ เพื่อประโยชน์ที่สำคัญที่สุดคือทำให้อัยการได้รับความร่วมมือจากจำเลย ในการได้มาและรวบรวมพยานหลักฐานสำหรับใช้ในคดีอาญาที่ซับซ้อนหรือร้ายแรงกว่าได้

ดังนั้นข้อตกลงของกระบวนการการกันผู้กระทำความผิดเป็นพยาน ผู้เขียนเห็นว่าจึงเป็นอีกรูปแบบของกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ เนื่องจากการกันผู้กระทำความผิดเป็นพยานเป็นข้อตกลงระหว่างพนักงานอัยการและผู้ต้องหา โดยเมื่อผู้ต้องหาให้การอันเป็นประโยชน์เพื่อจะจับกุมและแสวงหาพยานหลักฐานในการนำตัวผู้กระทำความผิดอื่นๆ ที่เป็นอาชญากรร้ายแรงหรือยากแก่การนำตัวมาลงโทษ อัยการก็มักจะกันตัวไว้เป็นพยานโดยสิ่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาและเปลี่ยนสถานะของบุคคลเหล่านี้เป็นพยานเพื่อการให้การที่เป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณาของศาล อันเป็นรูปแบบหนึ่งของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในเรื่องของการต่อรองคำฟ้องนั่นเอง

ประการที่สี่ ฐานความผิดหรือเงื่อนไขของการต่อรองคำรับสารภาพ จากการศึกษาการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศต้นแบบคือประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าได้มีการจำกัดดุลยพินิจของอัยการในเรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาถึงกรณีฐานความผิดหรืออัตราโทษที่ผู้ต้องหานั้นสมควรที่จะได้รับการพิจารณาเพื่อเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ แม้จะมีรายงานการวิจัยหลายฉบับยืนยันตรงกันว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพสามารถทำให้ปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลเสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็วถึงร้อยละเก้าสิบในหลายประเทศ แต่จากประสบการณ์ของการบังคับใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาเป็นเวลานาน ประชาชนประเทศสหรัฐอเมริกามีจำนวนไม่น้อยที่มองกระบวนการยุติธรรมในแง่ลบ สาเหตุส่วนหนึ่งเพราะผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพจะได้รับโทษน้อยกว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนปกติโดยไม่มีการต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากนี้พัฒนาการในการนำการต่อรองคำรับสารภาพไปบังคับใช้ในองค์กรระหว่างประเทศและนานาชาติ ซึ่งได้มีการปฏิบัติกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในหลายองค์ประกอบ รวมถึง การจำกัดในเรื่องฐานความผิดที่อัยการสามารถยื่นข้อเสนอแก่ผู้ต้องหาให้เข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้

ในขณะที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีการกำหนดถึงฐานความผิดที่เข้าเงื่อนไขของการต่อรองคำรับสารภาพไว้หลากหลาย ตัวอย่างเช่นแม้ในประเทศอินเดียจะเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เฉกเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่ตามแต่ก็ได้มีการทำการศึกษาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นหากปล่อยให้ดุลยพินิจของอัยการไร้ขอบเขตอันจักนำมาซึ่งการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบได้ ดังนั้นในประเทศอินเดียจึงมีการบัญญัติกฎหมายการต่อรองคำรับสารภาพในปี ค.ศ. 2006²¹ ซึ่งความผิดที่ผู้ต้องหากระทำนั้นจะต้องไม่ใช่ในความผิดที่กฎหมายระหว่างไทยประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือในความผิดที่กำหนดอัตราโทษเกินกว่า 7 ปี อย่างไรก็ดี แม้ความผิดดังกล่าวจะมีอัตราโทษต่ำกว่า 7 ปีก็ตาม แต่หากเป็นการกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวม หรือเป็นการกระทำความผิดต่อผู้หญิง หรือ กระทำความผิดต่อเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ก็ไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต่อรองคำรับสารภาพได้ ส่วนในประเทศอิสราเอลนั้นแม้มิได้มีบทบัญญัติระบุฐานความผิดหรือจำกัดอัตราโทษไว้แต่จะพบว่า การต่อรองคำรับสารภาพในอิสราเอลใช้สำหรับอัตราโทษที่อยู่ในระดับต่ำๆ ในขณะที่ประเทศแคนาดาซึ่งการต่อรองคำรับสารภาพนั้นยังไม่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเป็นทางการ เนื่องจากอยู่ในช่วงกำลังแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจึงยังคงไม่ได้จำกัดอัตราโทษไว้เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้พนักงานอัยการมีดุลยพินิจในการเลือกกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างกว้างขวาง

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดประเภทคดีหรือฐานความผิดที่เหมาะสมที่สามารถใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้นั้นควรมีการวางขอบเขตเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพในคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคนโดยใช้หลักสัดส่วนที่เหมาะสมในการกระทำผิดมาเป็นพื้นฐานในการต่อรองคำรับสารภาพ การพิจารณาสัดส่วนที่เหมาะสมนั้นจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยสองประการ คือ พยายามต่อรองคำรับสารภาพเพื่อให้เกิดผลเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะน้อยที่สุดก่อน และให้ได้ประโยชน์แก่สาธารณะมากที่สุด เช่น พิจารณาต่อรองคำรับสารภาพกับผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดในข้อหาเบา และสามารถให้ข้อมูลข่าวสารหรือประโยชน์สาธารณะอื่นใดมากที่สุดก่อน หรือหากได้มีการกำหนดขอบเขตของฐานความผิดไว้ ก็ควรมีกระบวนการควบคุมตรวจสอบภายนอก (accountability) โดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้เกิดกระบวนการคานและดุลกัน (check and balance) ตามหลักวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี

ประการที่ห้า สิทธิของผู้เสียหายในการต่อรองคำรับสารภาพ

สิทธิผู้เสียหายนั้นเป็นเรื่องสำคัญประการหนึ่งที่ต้องคำนึงในกระบวนการยุติธรรมของประเทศต่างๆ ควรต้องคำนึงถึง แม้กระทั่งในระดับนานาชาติก็ให้ความสำคัญในเรื่องดังกล่าว ปี

²¹ The hindu. (2004). Plea Bargaining. Retrieved in 25 September 2008, from

ค.ศ. 1985 ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีคำประกาศหลักการพื้นฐานความยุติธรรมสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญา เช่นเดียวกัน ในเดือนมีนาคม ปี 2001 สภาแห่งสหภาพยุโรปได้ออกกรอบความเห็น ซึ่งมีเรื่องหนึ่งที่กล่าวถึงสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินคดีของตนในศาล ในข้อ 4 จะกล่าวถึงสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนเอง (เช่น บริการช่วยเหลือต่างๆ รวมทั้งทางด้านกฎหมาย) และยังกำหนดอีกว่ารัฐสมาชิกจะต้องให้หลักประกันว่าผู้เสียหายซึ่งแสดงความประสงค์ไว้จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับผลของคำร้องของตน ปัจจัยต่างๆ ที่จะทำให้ตนทราบถึงการดำเนินคดีอาญากับบุคคลที่กระทำผิดต่อตน เว้นแต่กรณียกเว้นจริงๆ ที่อาจจะเกิดผลเสียต่อคดีได้ คำพิพากษาของศาล

ในสหราชอาณาจักร มีกฎหมายชื่อ Victim Charter (คำประกาศสิทธิของผู้เสียหาย) ซึ่งกำหนดสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการฟ้องคดีของตนเช่นเดียวกับสิทธิในการเข้าถึงบริการความช่วยเหลือต่างๆ คำประกาศนี้ประกาศครั้งแรกในปี ค.ศ. 1990 และมีการแก้ไขต่อมาในปี ค.ศ. 1996 ในการทบทวนครั้งล่าสุด รัฐบาลของสหราชอาณาจักรได้ระบุว่าในหลักการที่ใช้เป็นแนวทางสำหรับคำประกาศฉบับใหม่ในอนาคตควรจะเป็นเรื่องความจำเป็นในการให้ข้อมูลที่ถูกต้องและในเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับความคืบหน้าของคดี และความจำเป็นที่ผู้เสียหายจะต้องได้รับโอกาสให้พูดว่าได้รับผลกระทบอย่างไรจากการกระทำผิดอาญาเพื่อนำไปประกอบในการพิจารณาคัดสินต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม ทำนองเดียวกัน ในเนเธอร์แลนด์ การแจ้งข้อมูลให้ผู้เสียหายทราบก็รวมอยู่ในแนวปฏิบัติของตำรวจและอัยการด้วย²²

อย่างไรก็ดี จากการพิจารณารูปแบบการต่อรองคำรับสารภาพที่มีใช้กันอยู่อย่างแพร่หลายในสหรัฐแบบดั้งเดิม พบว่ามีเพียงพนักงานอัยการ และทนายจำเลยหรือจำเลยเท่านั้นที่กฎหมายอนุญาตให้ทำความตกลงกันหรือแม้แต่ในกระบวนการที่ศาลเข้าไปยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลง ซึ่งในคดีที่มีผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชน กลับไม่ได้รับสิทธิใดๆ เลยในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ ซึ่งก็ถือว่าเป็นหนึ่งในกระบวนการที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในปัจจุบันหลายรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้อัยการต้องปรึกษาหรือขอความเห็นจากผู้เสียหายในขั้นตอนการทำข้อตกลงรับสารภาพ²³ เช่น เนบราสกา เซาท์ แคโรไลนา และเวสต์ เวอร์จิเนีย มีกฎหมายที่กำหนดให้อัยการขอความเห็นจากผู้เสียหายเกี่ยวกับข้อตกลงรับสารภาพที่ทำกับผู้ต้องหาในเรื่องเดียวกัน แนวปฏิบัติของอัยการสูงสุดสำหรับการช่วยเหลือผู้เสียหายและพยาน ได้กำหนดหน้าที่ของอัยการประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะต้องพยายามทำทุกทางที่

²² Simon N Verdun. (2002). *Victim Participation in the plea Negotiation process in Canada*. p. 3-27.

²³ Ibid. p. 9-14.

จะปรึกษากับผู้เสียหายในคดีอาญาและต้องแจ้งเงื่อนไขต่างๆ ในการต่อรองคำรับสารภาพให้ผู้เสียหายทราบในโอกาสแรกด้วย

ในบางรัฐ ผู้เสียหายไม่เพียงแต่ได้สิทธิในเรื่องการปรึกษาในเรื่องเงื่อนไขต่างๆ ที่มีในข้อตกลงรับสารภาพเท่านั้น แต่ยังได้รับสิทธิในการมีส่วนร่วมในการได้ส่วนคำรับสารภาพโดยศาลด้วย เช่น รัฐฟลอริดา มินเนโซตา และ โรดไอแลนด์ มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้สิทธิผู้เสียหายในการเข้าร่วมในการได้ส่วนและแสดงความเห็นต่อศาลไม่ว่าด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือ อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายมากที่สุดเกี่ยวกับเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพคือรัฐธรรมนูญของมลรัฐออริกอน ตามประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐออริกอน ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการปรึกษาจากอัยการเกี่ยวกับเงื่อนไขของข้อตกลงรับสารภาพ ในมาตรา 13-4419²⁴ ซึ่งมีสาระสำคัญคือ อัยการต้องปรึกษากับผู้เสียหายถึงการสั่งคดีอาญา รวมทั้งความเห็นของผู้เสียหายเกี่ยวกับการสั่งไม่ฟ้อง การจำหน่ายคดี การต่อรองคำรับสารภาพหรือโทษที่ได้มีการเจรจาต่อรองกัน และกระบวนการอื่นๆ ก่อนการฟ้องคดี แต่สิทธิของผู้เสียหายที่จะปรึกษากับอัยการนั้นไม่หมายความรวมถึงสิทธิในการสั่งการหรือควบคุมการฟ้องร้องดำเนินคดี

เห็นได้ว่าแม้ผู้เสียหายจะไม่มีสิทธิคัดค้าน ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐออริกอนก็ให้สิทธิในการเข้าร่วมในการได้ส่วนข้อตกลงรับสารภาพในศาลและสามารถจะแสดงความเห็นได้เต็มที่ต่อศาลก่อนศาลจะมีคำวินิจฉัยว่าจะรับข้อตกลงดังกล่าวหรือไม่ สิทธิในข้อนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐออริกอน มาตรา 13-4423²⁵ ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ผู้เสียหายมีสิทธิจะ

²⁴ The Criminal Code มาตรา 13-4419 ระบุว่า

A. เมื่อผู้เสียหายร้องขอ อัยการต้องปรึกษากับผู้เสียหายถึงการสั่งคดีอาญา รวมทั้งความเห็นของผู้เสียหายเกี่ยวกับการสั่งไม่ฟ้อง การจำหน่ายคดี ต่อรองคำรับสารภาพหรือโทษ และกระบวนการอื่น ๆ ก่อนการฟ้องคดี

B. เมื่อผู้เสียหายร้องขอ อัยการต้องปรึกษากับผู้เสียหายก่อนการเริ่มต้นพิจารณาคดี

C. สิทธิของผู้เสียหายที่จะปรึกษากับอัยการไม่ได้หมายความว่ารวมถึงสิทธิในการสั่งการหรือควบคุมการฟ้องร้องดำเนินคดี

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญาของออริกอน มาตรา 13-4423 ซึ่งบัญญัติว่า

A. เมื่อผู้เสียหายร้องขอ ผู้เสียหายมีสิทธิจะร่วมและแสดงความเห็นในการได้ส่วนข้อตกลงรับสารภาพที่กระทำกับจำเลยที่กระทำผิดอาญาต่อผู้เสียหาย

B. ศาลจะต้องไม่รับข้อตกลงรับสารภาพ เว้นแต่

1. อัยการทำความเห็นต่อศาลว่าก่อนจะเสนอข้อตกลงรับสารภาพให้ศาลพิจารณาได้มีการดำเนินการตามสมควรแล้วในการปรึกษากับผู้เสียหายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13-4419

ร่วมและแถลงความเห็นในการไต่สวนข้อตกลงรับสารภาพที่กระทำกับจำเลยที่กระทำผิดอาญาต่อผู้เสียหายและศาลจะต้องไม่รับข้อตกลงรับสารภาพ เว้นแต่อัยการทำความเห็นต่อศาลว่าก่อนจะเสนอข้อตกลงรับสารภาพให้ศาลพิจารณาได้มีการดำเนินการตามสมควรแล้วในการปรึกษากับผู้เสียหาย และแจ้งให้ผู้เสียหายทราบแล้วถึงการไต่สวนข้อตกลงรับสารภาพ และสิทธิเข้าร่วมฟังการไต่สวน อีกทั้งแจ้งให้ศาลทราบถึงจุดยืนของผู้เสียหายเกี่ยวกับข้อตกลงรับสารภาพนี้

จากรัฐบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าระบบการต่อรองคำรับสารภาพของมลรัฐอริโซนาสิทธิของผู้เสียหายไม่ใช่เพียงแค่ได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพระหว่างอัยการและผู้ต้องหาเท่านั้น อัยการยังต้องฟังผู้เสียหายด้วยว่ามีความเห็นต่อการตัดสินใจเกี่ยวกับคดีของเขาอย่างไร และผู้เสียหายโดยตัวเองยังมีสิทธิจะแถลงความเห็นต่อศาลที่จะพิจารณารับหรือไม่รับข้อตกลงรับสารภาพด้วย ในคดี *Espinosa*²⁶ แสดงชัดถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวที่มีต่อการต่อรองคำรับสารภาพในมลรัฐอริโซนา ในครั้งแรกจำเลยได้รับการเสนอข้อตกลงรับสารภาพที่น่าพอใจจากอัยการ อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏชัดว่าผู้เสียหายและครอบครัวไม่เห็นด้วย อัยการก็ถอนข้อเสนอนั้น จำเลยต้องเข้าสู่กระบวนการสืบพยานโดยมีลูกขุนและพบว่ามีความผิดทุกข้อหาตามที่อัยการฟ้อง ต่อมาจำเลยจึงร้องขอลดหย่อนโทษ อ้างว่าสิทธิของจำเลยถูกละเมิดเมื่ออัยการตัดสินใจถอนข้อเสนอให้ทำข้อตกลงรับสารภาพเพียงเพราะผู้เสียหายต้องการ ศาลพบว่าการตัดสินใจของอัยการนั้นมีเหตุผลเพียงอย่างเดียวจากการคัดค้านของผู้เสียหายและครอบครัวในการจำหน่ายคดีโดยไม่มีการสืบพยาน ศาลจึงวินิจฉัยว่า ข้อเสนอทำข้อตกลงรับสารภาพนั้นมีการยกเลิกโดยเหตุที่ไม่เหมาะสม ดังนั้นสิทธิของ *Espinosa* ซึ่งเป็นจำเลยในการได้รับการดำเนินคดีอย่างถูกต้องถูกละเมิด รวมทั้งบทบัญญัติเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของรัฐธรรมนูญของมลรัฐอริโซนาก็ถูกละเมิดด้วย ศาลจึงมีคำสั่งว่า อัยการต้องให้โอกาสแก่จำเลยในการจะรับข้อเสนอเดิมในการทำข้อตกลงรับสารภาพ

ต่อมาศาลอุทธรณ์ของมลรัฐอริโซนาวินิจฉัยว่า ศาลล่างใช้ดุลยพินิจผิดพลาดในการลดหย่อนโทษหลังวินิจฉัยตัดสินว่ามีความผิด และยกคำสั่งของศาลล่างที่ให้อัยการให้สิทธิแก่จำเลยในการรับข้อเสนอในการรับสารภาพ ในการอุทธรณ์ *Espinosa* ได้แย้งว่าสิทธิของเขาตามรัฐธรรมนูญ

2. ได้ดำเนินการแจ้งให้ผู้เสียหายทราบแล้วถึงการไต่สวนข้อตกลงรับสารภาพตามที่บัญญัติในมาตรา 13-4409 และแจ้งให้ผู้เสียหายทราบว่าผู้เสียหายมีสิทธิเข้าร่วมฟังการไต่สวนและหากเข้าร่วม มีสิทธิแถลงความเห็นได้

3. อัยการทำความเห็นต่อศาลว่าเท่าที่อัยการทราบได้มีการดำเนินการตามข้อกำหนดเรื่องการแจ้งข้อมูลตามบทนี้แล้วและอัยการแจ้งให้ศาลทราบถึงจุดยืนของผู้เสียหาย หากทราบเกี่ยวกับข้อตกลงรับสารภาพนี้

²⁶ Simon N Vodon Op.cit.

ของมลรัฐออริโชนา (มาตรา III) ถูกละเมิด ในเรื่องว่า อำนาจและสิทธิขาดในการยกเลิกข้อเสนอรับสารภาพไม่ได้เป็นของผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า ไม่มีการละเมิดสิทธิของจำเลยในกรณีนี้ เนื่องจากก่อนมีการพิจารณาคดีในศาล จำเลยมีเวลาเพียงพอจะได้แจ้งการเพิกถอนข้อตกลงรับสารภาพได้ แต่จำเลยก็ไม่ได้โต้แย้งเรื่องดังกล่าวจนกระทั่งเสร็จสิ้นการพิจารณาคดีของ Espinosa มีความสำคัญมากเนื่องจากแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงอิทธิพลของผู้เสียหายต่อกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในรัฐที่มีกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เสียหายอย่างมาก ดังที่ปรากฏในคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์ไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงประเด็นเรื่องรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ในการจะให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาที่จะค้านข้อตกลงรับสารภาพ

ผู้เขียนเห็นว่า แม้มีการเพิ่มเติมสิทธิให้แก่ผู้เสียหายที่จะมีบทบาททางประการในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ แต่เนื้อหาจริงๆ ของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายก็ยังคงแตกต่างกันอย่างมากในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ในบางมลรัฐผู้ร่างกฎหมายไม่ได้ระบุชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคนใดเป็นผู้รับผิดชอบในการประกันว่าผู้เสียหายจะได้รับทราบถึงสิทธิและข้อมูลอย่างเพียงพอเกี่ยวกับความก้าวหน้าในคดีของตนเมื่อไม่มีแนวทางที่ชัดเจนจากผู้ร่างกฎหมาย การตีความและการปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายจึงตกเป็นหน้าที่ของอัยการแต่ละมลรัฐที่จะต้องดำเนินการเอง เห็นได้จากงานศึกษาของ Howley & Kilpatrick²⁷ ในปี ค.ศ. 1997 พบว่า ประมาณ 50% ของผู้เสียหายในคดีอาญาร้ายแรงไม่ได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพ แม้ว่าจะมีสิทธิที่จะได้รับการปรึกษาจากอัยการก็ตาม ในเรื่องเดียวกัน รายงานของสำนักงานสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา²⁸ ชี้ว่า ขณะที่ข้อตกลงรับสารภาพถือเป็นเครื่องมือที่ดีในการรับมือกับคดีที่ล้นศาล แต่ปกติก็มักจะทำกัน โดยผู้เสียหายไม่มีส่วนร่วมหรือได้รับการปรึกษาหรือได้รับการแจ้งข้อมูลให้ทราบ เป็นการปฏิเสธสิทธิของผู้เสียหายอย่างสิ้นเชิงในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับคดีและการมีส่วนร่วมในคดี

ดังนั้นเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ ผู้เขียนเห็นว่าต้องบัญญัติไว้เป็นบทบังคับให้พนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพให้แก่ผู้เสียหายทราบด้วย ซึ่งมีตัวอย่างหลายคดีในมลรัฐมานิโทบาซึ่งแม้กฎหมายใหม่ของมานิโทบาได้รับรองสิทธิของผู้เสียหายมากขึ้นกว่าเดิม²⁹ ในเรื่องการมีส่วนร่วมในการ

²⁷ Adamira A. Tijerino and Simon N. Verdun (2002). *Victim Participation in the Plea Bargaining process in Canada*. p. 8-19

²⁸ U.S. Dept of Justice. (1998) ของสำนักงานสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา. หน้า 3.

²⁹ มานิโทบาได้รับรองสิทธิของผู้เสียหายในการได้รับการปรึกษาในด้านต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีกล่าวโดยเฉพาะในมาตรา 14 ที่บัญญัติว่าเมื่อผู้เสียหายร้องขอ อัยการต้องให้การประกันว่าผู้เสียหายจะได้รับการ

ดำเนินคดี คือสิทธิที่จะได้รับการปรึกษาเกี่ยวกับข้อตกลงรับสารภาพที่ทำขึ้นระหว่างอัยการและผู้ต้องหา แต่กฎหมายของมานิโทปากำหนดให้เป็นภาระของผู้เสียหายที่จะต้องร้องขอข้อมูลหรือการปรึกษา ดังนั้น หากผู้เสียหายไม่ร้องขอข้อมูลหรือการปรึกษา อัยการก็ไม่มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลหรือเชิญปรึกษา อีกทั้งสิทธิในการได้รับข้อมูลและการปรึกษานั้นไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาด เช่น สิทธิในการได้รับการปรึกษากฎหมายเปิดช่องให้ละสิทธิดังกล่าวได้เมื่อพนักงานอัยการเห็นว่า หากให้สิทธิดังกล่าวทำให้เกิดความล่าช้าแก่คดีหรืออาจกระทบกระเทือนต่อการสืบสวนสอบสวนหรือการดำเนินคดีของอัยการ ดังนั้นเพื่อให้สิทธิผู้เสียหายเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติจึงควรบัญญัติใช้ถ้อยคำแบบการกำหนดบังคับ ไม่ใช่ลักษณะผ่อนปรนหรือเปิดดุลยพินิจให้แก่พนักงานอัยการมากเกินไป ในการให้ข้อมูลแก่ผู้เสียหายหรือการให้ผู้เสียหายเข้าร่วมในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในประเด็นแรกที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการวางรูปแบบหรือบทบาทให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม ในชั้นพนักงานอัยการบัญญัติไว้เป็นบทบังคับให้พนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพให้แก่ผู้เสียหายทราบด้วยซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อมูลต่างๆ อันเกิดจากกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ ในทุกขั้นตอนของกระบวนการ และสิทธิที่จะได้รับการปรึกษาเกี่ยวกับข้อตกลงรับสารภาพที่ทำขึ้นระหว่างอัยการและผู้ต้องหา รวมตลอดถึงการได้รับการชดเชยความเสียหายจากการกระทำผิดของผู้ต้องหา

ดังนั้นหากมีการนำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพยื่นเสนอต่อศาล มีประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การให้สิทธิผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมนั้นรวมตลอดถึงสิทธิของผู้เสียหายที่จะยื่นคำแถลงต่อศาลเกี่ยวกับคดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่ ซึ่งมีแนวความคิดที่แตกต่างกันอยู่สองฝ่าย

ปรึกษาในเรื่องต่อไปนี หากมีเหตุผลที่เหมาะสมและจะไม่ทำให้เกิดการล่าช้าหรือกระทบต่อการสืบสวนสอบสวน และการดำเนินคดี

- a. การตัดสินใจว่าจะฟ้องหรือไม่
- b. การใช้มาตรการอย่างอื่นกับผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลย
- c. ระเบียบการฟ้องคดีผู้ต้องหาไว้ชั่วคราว
- d. หากผู้ต้องหาต้องขังอยู่ การยื่นขอปล่อยตัวโดยบุคคลดังกล่าว
- e. ข้อตกลงใดๆ ที่เกี่ยวกับการทำให้คดีเสร็จไป
- f. ความเห็นของอัยการเกี่ยวกับการกำหนดโทษ หากจำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิด
- g. การตัดสินใจที่จะอุทธรณ์หรือไม่ หรือความเห็นของอัยการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โดยจำเลย.

ฝ่ายแรกเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้เสียหายยื่นคำแถลงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นในคดีที่จำเลยทำการต่อรองคำรับสารภาพกับพนักงานอัยการเนื่องจากจะทำให้ผู้พิพากษาเกิดความอคติ และอาจพิจารณาข้อตกลงเป็นผลลบแก่จำเลย³⁰

ฝ่ายที่สองเห็นว่า ควรให้ผู้เสียหายยื่นคำแถลงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นในคดีที่จำเลยทำการต่อรองคำรับสารภาพกับพนักงานอัยการ เนื่องจากจะทำให้ผู้พิพากษาได้รับข้อมูลรอบด้านในการประกอบดุลยพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่จำเลย

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายที่สอง ด้วยเหตุผลสองประการ

ประการแรก โดยหลักการคือศาลฎีกาของแคนาดาเห็นชอบในประเด็นที่ว่าในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำผิดว่าเป็นเป้าหมายอย่างหนึ่งของการทำคำพิพากษา และบทบาทของคำแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหายจึงเป็นการให้ข้อมูลบางอย่างแก่ศาลในแง่เนื้อหาและขอบเขตของอันตรายหรือความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิด การใช้คำแถลงฯ ให้เหมาะสมจึงไม่ใช่การส่งเสริมให้เกิดการแก้แค้นแต่เพื่อให้โทษที่จะลงได้สัดส่วนกับความร้ายแรงที่เกิดแก่ผู้เสียหาย นอกจากนี้ยังเป็นเรื่องการให้ข้อมูลที่เปี่ยมประโยชน์แก่ศาลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าควรจะรับหรือปฏิเสธข้อตกลงรับสารภาพนั้นๆ หรือไม่ ในกรณีนี้วัตถุประสงค์ของการให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนก็เพื่อให้ข้อหาที่ฟ้องจริงๆ นั้นได้สัดส่วนกับพฤติการณ์แห่งคดีและข้อกล่าวหาของตำรวจ พยาน หรือผู้เสียหาย ประสพการณ์ในเรื่องการแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหายชี้ว่าการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการกำหนดโทษไม่ได้นำไปสู่การกำหนดโทษให้หนักขึ้นเสมอไป อาจจะเป็นไปในทางตรงกันข้ามก็ได้ และทำให้การกำหนดโทษนั้นเบาลงก็ได้ มีผู้เสียหาย

³⁰ ยกตัวอย่างในคดีคำแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหายอาจจะกลายเป็นการเล่าเรื่องถึงความเจ็บปวดต่างๆ ที่ทำให้เกิดอารมณ์ร่วมและความเห็นใจกับผู้เสียหายอย่างรุนแรงในห้องพิจารณาของศาลได้ บางครั้งอาจจะกล่าวได้ว่าข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายเล่านั้นศาลอาจจะหยิบยกไปใช้ในคำพิพากษาและกล่าวถึงว่าเป็นเรื่องน่าสะพรึงกลัว เช่นในคดี Jiany-Yaghooby (1998) ที่จำเลยจุดไฟเผาบ้านตัวเอง ทำให้ลูกสาวได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงขนาดสมองได้รับความเสียหายถาวร และยังพยายามฆ่าภรรยาตัวเองด้วยมีดจนแต่โชคดีที่ภรรยาหลบหนีออกมาได้ ศาลชั้นต้นอ้างถึงถ้อยคำในคำแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหายไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวเกิดผลร้ายต่อลูกสาวของผู้เสียหายและจำเลยอย่างไร และเกิดความทุกข์ทรมานต่อตัวผู้เสียหายซึ่งเป็นภรรยาจำเลยอย่างไร ซึ่งเป็นถ้อยคำที่แสดงอารมณ์ความรู้สึกให้คล้อยตาม นอกจากนี้ยังมีในคดี Bates (2000) ที่ผู้เสียหายได้บรรยายถึงผลกระทบต่อชีวิตของตนเองจากการกระทำร้ายทางเพศกับเธออย่างไรบ้าง สุดท้ายในคดี R. v. Dale (1998) ผู้พิพากษา Stromberg ของศาลฎีกาของ บริติช โคลัมเบีย ก็กล่าวในคำพิพากษาอย่างชัดเจนว่ามีเหตุสำคัญในการเพิ่มโทษจำเลยที่เกิดจากผลร้ายอย่างมากจากการกระทำผิดต่อผู้เสียหายที่ยังอายุน้อย จำเลยซึ่งเป็นคนขับแท็กซี่ทำร้ายทางเพศกับผู้เสียหายอายุ 17 ปี ในวันที่เธอฉลองจบการศึกษาจากโรงเรียนมัธยม ซึ่งศาลอ้างถึงถ้อยคำในคำแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหายไว้ในคำพิพากษาเช่นกันว่ากระทบต่อชีวิตของผู้เสียหายอย่างไรบ้าง

บางส่วนเช่นกันที่สนับสนุนการรับข้อตกลงรับสารภาพที่ได้รับโทษเบาลง หากว่าผลของคดีอันได้แก่ความหนักเบาของโทษที่ลงนั้นผู้เสียหายรับได้ เช่น คดีทำร้ายทางเพศที่ผู้เสียหายอาจจะอยากรับรองข้อตกลงรับสารภาพนั้นเสียเองหากทำให้ผู้เสียหายนั้นไม่ต้องมากระทบกระเทือนใจจากการสืบพยานในศาลอีก การรับข้อตกลงรับสารภาพอาจจะเป็นวิธีการที่ทำให้ผู้เสียหายมองว่าเพียงพอแล้วกับการไม่ต้องเผชิญกับอันตรายที่อาจจะมีต่อไป หรือตัวอย่างอื่นๆ เช่น ข้อตกลงรับสารภาพอาจจะกำหนดให้จำเลยต้องไปบำบัดตามเงื่อนไขของการคุมประพฤติ หรือคำพิพากษาแบบมีเงื่อนไข ผู้เสียหายอาจจะมองว่าเป็นการลดโอกาสเกิดอันตรายกับตนเองในอนาคตจากผู้กระทำผิดที่เป็นคนรักแต่ชอบทำร้ายผู้เสียหาย ซึ่งอาจจะสำคัญกว่าการมุ่งลงโทษอย่างเดียวซึ่งอาจจะไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำผิดในอนาคตเลย³¹

ประการที่สอง ในทัศนะของผู้เขียน เห็นว่าจริงอยู่ในบางคดีอาจทำให้ผู้พิพากษาเห็นว่า จำเลยกระทำการอันเป็นการทรมาน โหดร้ายต่อผู้เสียหายอย่างไรบ้าง ตัวอย่างเช่น ในคดี Jiany-Yaghooby (1998) ที่จำเลยจุดไฟเผาบ้านตัวเอง ทำให้ลูกสาวได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงขนาดสมองได้รับความเสียหายถาวร และยังพยายามฆ่าภรรยาตัวเองด้วยก้อน แต่ก็เป็นเพียงการให้ศาลได้เปิดรับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงเพื่อทำให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงที่จำเลยได้กระทำความผิด และเพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงตามหลักการลงโทษและวัตถุประสงค์ในการปราบปรามผู้กระทำผิดหรือการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด³² ซึ่งผู้เสียหายไม่ได้มีอำนาจเหนือผู้พิพากษาไปได้ เนื่องจากความอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นของผู้พิพากษาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ ผู้พิพากษาต่างได้รับการฝึกฝนให้ต้องพิจารณาการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน โดยปราศจากอคติ อีกทั้งสุดท้ายแล้วศาลอาจลดโทษให้จำเลยได้น้อยกว่าที่ได้ทำการตกลงตามข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ จำเลยก็ยังมีเวลาในการตัดสินใจอย่างอิสระที่จะยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลงที่ได้ทำกันขึ้นก่อนการพิจารณาจากศาลหรือไม่

สอดคล้องกับงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิผู้เสียหาย สถิติคดีที่ผ่านมาต่างได้รับความพอใจจากผู้เสียหายที่ได้รับสิทธิให้ยื่นคำแถลงได้ โดยผลการวิจัยพบว่าผู้เสียหายให้ความสำคัญ

³¹ Adamira A. Tijerino and Simon N. Verdun. (2002). **Victim Participation in the Plea Bargaining process in Canada.** p. 13-24.

³² สอดคล้องกับในคดี R. v. Morrissey. (2000). ศาลฎีกาแคนาดาได้เน้นย้ำอย่างหนักแน่นถึงความสำคัญของหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการทำความผิดในระบบการทำคำพิพากษาของแคนาดาเพื่อให้ศาลสามารถกำหนดโทษให้เหมาะสมกับระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมที่ผู้กระทำผิดได้ก่อขึ้น

สำคัญอย่างยิ่งกับสิทธิในการได้รับคำปรึกษาในเรื่องเงื่อนไขของข้อตกลงรับสารภาพที่ทำกับผู้ต้องหารวมตลอดถึงการทำคำแถลงฯ จากการศึกษาที่ทำโดยศูนย์ผู้เสียหายในคดีอาญาแห่งชาติที่มีการสำรวจผู้เสียหายในคดีอาญาจำนวน 1,300 คน พบว่า มากกว่า 80% เห็นว่า การได้มีโอกาสได้รับข้อมูลข่าวสารหรือแจ้งจากพนักงานอัยการว่าเห็นควรที่จะยอมรับการรับสารภาพของผู้ต้องหาเพื่อรับโทษในข้อหาที่เบากว่าหรือไม่เพราะเหตุใด และการได้ยื่นคำแถลงต่อศาล เป็นเรื่องที่สำคัญต่อผู้เสียหายมาก งานวิจัยยังชี้เพิ่มเติมว่ามีความรู้สึกไม่พึงพอใจค่อนข้างมากกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเมื่อผู้เสียหายถูกปฏิเสธไม่ให้แถลงการณ์ด้วยวาจาระหว่างการพิจารณาของศาล เมื่อผู้เสียหายไม่ได้รับโอกาสให้แถลงด้วยวาจาระหว่างการพิจารณาเพื่อทำคำพิพากษา พบว่าระดับความไม่พึงพอใจจะขึ้นสูงถึง 65% แต่หากได้รับโอกาสให้แถลงด้วยวาจา ระดับความไม่พอใจจะลดลงมาที่ 42%³³

ยิ่งไปกว่านั้น ผลของคำแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหายต่อการทำคำพิพากษานั้น จะได้ประโยชน์หลายอย่างจากการที่ผู้เสียหายมีส่วนมากขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาลโดยใช้คำแถลงถึงผลกระทบต่อผู้เสียหาย เช่น เป็นเครื่องมือที่จะให้ข้อมูลว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นกระทบต่อชีวิตของผู้เสียหายอย่างไรบ้าง ดังเช่นที่ผู้พิพากษา Rehnquist ประธานศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาชี้ว่า คำแถลงฯ สามารถจะแสดงให้เห็นลักษณะเฉพาะของผู้เสียหายแต่ละคนในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง เพื่อให้ลูกขุนสามารถจะพิจารณาความเสียหายต่อสังคมได้ ในแง่นี้ คำแถลงฯ สามารถจะให้ข้อมูลเชิงลึกแก่ผู้พิพากษาที่จะทำคำพิพากษาให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงแห่งคดีได้ ทำให้กระบวนการจัดทำคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นไปด้วยความเป็นธรรมด้วยการพิจารณาถึงความต้องการของผู้เสียหายด้วย มีผู้ให้ความเห็นว่าในเรื่องการควบคุม ผู้เสียหายจะได้รับประโยชน์จากการมีส่วนร่วมในการพิจารณาทำคำพิพากษามากที่สุดในที่ผู้เสียหายมีส่วนในการพิจารณาคดีตั้งแต่ต้น Sobieski ชี้ว่า คำแถลงฯ และกระบวนการพิจารณาอื่นๆ ที่ทำให้ผู้เสียหายได้มีโอกาสระบายความรู้สึกถือเป็นปัจจัยสำคัญในกระบวนการรักษาความบาดเจ็บจากผลของอาชญากรรม³⁴ สุดท้ายการให้ผู้เสียหายได้มีส่วนร่วมมากขึ้นจะช่วยลดผลร้ายในแง่การเกิดผู้เสียหายซ้ำสองซึ่งเป็นประสบการณ์ที่มักจะเกิดกับผู้เสียหายเมื่อต้องมาติดต่อกับอัยการหรือตำรวจ

³³ Tijerino Op.cit. p. 4

³⁴ Adamina A Ibid. p. 60-78.

4.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ ประเทศฝรั่งเศส

ในอดีตการที่จะนำลักษณะหลักบางประการของระบบวิธีพิจารณาความอาญาระบบใดไปใช้ในระบบวิธีพิจารณาความอาญาอีกระบบหนึ่งนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในแต่ละระบบจะมีที่มาทางประวัติศาสตร์ แนวคิด ทฤษฎี และวัฒนธรรมของแต่ละสังคมที่แตกต่างกัน ปัจจัยความแตกต่างทางประวัติศาสตร์ แนวคิด ทฤษฎี และวัฒนธรรมที่แตกต่างกันดังกล่าวจะมีอิทธิพลต่อทัศนคติของผู้คนในสังคมและมักจะเป็นแรงดันมิให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในวิถีชีวิต หรือองค์ประกอบของสังคมที่แสดงถึงความเป็นประเทศนั้นๆ ได้

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งแรงด้านทานก็ไม่อาจหยุดยั้งที่จะมิให้เกิดความเปลี่ยนแปลงได้ ดังจะเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเมื่อครั้งที่มีการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 ได้มีการนำเอาระบบลูกขุนอังกฤษมาประยุกต์ใช้ในระบบไต่สวนฝรั่งเศส หรือการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในระบบการดำเนินคดีของประเทศฝรั่งเศสเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็เช่นกัน³⁵

การก่อกำเนิดของกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศฝรั่งเศส นับได้ว่าเป็นสิ่งมหัศจรรย์อย่างยิ่งในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งโดยปกติ ระบบกฎหมายดังกล่าวมุ่งที่จะค้นหาความจริงในเนื้อหาแห่งคดี มากกว่าที่จะมีการเอาชนะกันด้วยเทคนิคทางกระบวนการวิธีพิจารณาความ แต่เนื่องด้วยปริมาณคดีที่เพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก โดยไม่มีที่ท่าว่าคดีจะมีจำนวนลดลงแต่ประการใด จากการศึกษาของ ดร. อุทัย อาทิวะ พบว่า คำร้องทุกข์ในคดีอาญาที่ส่งไปให้พนักงานอัยการดำเนินการในแต่ละปีมีจำนวนสูงมาก ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1987 มีคำร้องทุกข์จำนวนมากกว่า 4,000,000 เรื่องขึ้นไป และเมื่อปี ค.ศ. 1992 สถิติคำร้องทุกข์ได้ขึ้นสูงถึง 5,000,000 เรื่อง หลังจากนั้นเป็นต้นมา สถิติจำนวนคำร้องทุกข์ของผู้เสียหายก็จะอยู่ที่จำนวนประมาณ 5,000,000 เรื่องต่อปี ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าว ฝรั่งเศสจึงมุ่งที่จะหากระบวนการทางเลือก หรือมาตรการเบี่ยงเบนในการฟ้องคดีมาเพื่อที่จะสามารถแก้ไขปัญหาปริมาณคดีที่เข้าสู่ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของฝรั่งเศส ทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ไม่ว่าจะเป็นวิธีการเรียกว่า “Correctionnalisation judiciaire”³⁶

³⁵ อุทัย อาทิวะ. (2554). คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 19.

³⁶ เป็นวิธีการที่ลดความร้ายแรงของข้อหาในคดีอุกฉกรรจ์ลงเป็น ข้อหาที่มีโทษปานกลางเพื่อให้สามารถฟ้องคดีต่อศาลมีชั้นมิโทษได้ เช่น การที่คนร้ายชิงทรัพย์โดยมีอาวุธ พนักงานอัยการอาจลดความร้ายแรงของข้อหาดังกล่าวลงโดยไม่ระบุว่าคนร้ายมีอาวุธในการชิงทรัพย์ หรือได้ทำร้ายร่างกายผู้เสียหายด้วย หรือในคดีพยายามข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานอัยการอาจลดข้อหาเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นต้น.

มาตรการลดข้อหา³⁷ การไต่ถามทนายอัยการ³⁸ การตกลงทางอาญา กระทั่งมาตรการทางเลือกที่เรียกว่ามาตรการเบี่ยงเบนคดีเมื่อมีคำรับสารภาพก่อนการฟ้องคดี ซึ่งหากพิจารณาภาพรวมแล้วพบว่ากระบวนการตกลงทางอาญากับมาตรการต่อรองก่อนการฟ้องคดีนั้นต่างก็ถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการต่อรองคำรับสารภาพที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law เช่น อินเดีย แคนาดา สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย เพียงแต่มีการใช้ถ้อยคำที่อาจมีความแตกต่างกันไปบ้าง และอาจมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการที่มีความเฉพาะเจาะจงที่เหมือนกันและแตกต่างกัน ดังนี้

ประการแรก วัตถุประสงค์ของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ จะพบว่าทั้งมาตรการตกลงทางอาญาและมาตรการต่อรองคำรับสารภาพก่อนการฟ้องคดีนั้นต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกันที่จะลดปริมาณคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลและทำให้คดีนั้นระงับไปด้วยความรวดเร็ว โดยเฉพาะเพื่อแบ่งเบาภาระคดีที่พนักงานอัยการฝรั่งเศสต้องพิจารณาในการสั่งฟ้องและภาระคดีที่ผู้พิพากษาได้สวนต้องรับผิดชอบ สอดคล้องกับการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาเองอันถือว่าเป็นต้นแบบของการนำการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ ซึ่งแม้แต่เดิมประเทศสหรัฐอเมริกาก็ประสบปัญหาคดีล้นศาลเช่นเดียวกันจึงนำการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้เพื่อลดระยะเวลาของการพิจารณาคดีให้สิ้นสุดลงด้วยความรวดเร็วอันยังผลให้ปริมาณคดีของศาลนั้นลดน้อยลงไปด้วย หรือแม้แต่กระทั่งพัฒนาการล่าสุดประเทศต่างๆ ที่ต้องประสบกับปัญหาปริมาณคดีล้นศาล อาทิ อินเดีย

³⁷ ในความเห็นของ ดร.อุทัย อาทิวะ แสดงทัศนะว่า วิธีการลดข้อหา (Correctionnalisation Judiciaire) ในการดำเนินคดีของพนักงานอัยการฝรั่งเศสนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบ Plea Bargaining หรือที่เรียกว่า มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ ในระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ มีการเจรจาต่อรองกันระหว่างพนักงานอัยการและผู้ต้องหาและศาลให้ความเห็นชอบด้วย นอกจากนี้การใช้มาตรการลดข้อหาของพนักงานอัยการฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะการลดข้อหาจากความคิดอุกฉกรรจ์มาเป็นความผิดมิชฌิมโทษ แต่ได้มีการขยายขอบเขตการใช้เพื่อลดข้อหาจากความผิดมิชฌิมโทษเป็นความผิดหลุโทษด้วย จึงได้มีนักกฎหมายฝรั่งเศสใช้คำทั่วไปเรียกวิธีการดังกล่าวรวมกันว่า “Le declassement Judiciaire” (การลดข้อหา) เพื่อให้มีความหมายครอบคลุมการลดข้อหาสำหรับความผิดทุกประเภท อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวยังไม่มีความหมายรองรับเป็นเพียงการดำเนินการในทางปฏิบัติของพนักงานอัยการฝรั่งเศสเท่านั้น

³⁸ มาตรการไต่ถามทนายอัยการถือเป็นมาตรการที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเป็นทางการ ในมาตรา 41 วรรค 7 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติว่า “ก่อนฟ้องคดี หัวหน้าอัยการประจำศาลชั้นต้น (le procureur de la Republique) อาจสั่งให้มีการไต่ถามทนายอัยการได้ ถ้าหากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอม และหัวหน้าอัยการประจำศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าการไต่ถามทนายอัยการจะเป็นหลักประกันการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย ทำให้ข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำความผิดสิ้นสุดลง และจะมีส่วนช่วยในการที่ผู้กระทำความผิดกลับคืนเข้าสู่สังคม” อ้างถึงใน อุทัย อาทิวะ. เล่มเดิม. หน้า 22.

แคนาดา ก็มีวัตถุประสงค์ของการบัญญัติมาตรการต่อรองคำรับสารภาพขึ้นมาในประเทศของตนไว้ เฉกเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหรัฐอเมริกา

ประการที่สอง ฐานความผิดหรือเงื่อนไขในการเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ

ในกระบวนการตกลงทางอาญาได้มีการกำหนดฐานความผิดที่เหมาะสมที่จะเข้าสู่กระบวนการไว้ อย่างหลากหลาย อย่างไรก็ตาม ฐานความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นความผิดมิชฌิมโทษบางฐานซึ่ง ไม่ใช่ความผิดร้ายแรงและความผิดลหุโทษบางฐาน โดยต้องไม่มีอัตราโทษที่กฎหมายระบุไว้สูงกว่า 3 ปี ในขณะที่การต่อรองคำรับสารภาพของประเทศฝรั่งเศสที่เรียกว่าวิพิจารณาเมื่อมีคำรับสารภาพในชั้นก่อนฟ้อง (Comparution sur Reconnaissance Pralable de Culpabili) หรือ CRPC นั้น ก็มีการกำหนดในส่วนของฐานความผิดที่สามารถใช้มาตรการได้ก็คือในความผิดมิชฌิมโทษ เช่นเดียวกันแต่มีการขยายขอบเขตในการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดฐานความผิดที่จะต้องมิอัตราโทษไม่เกินห้าปี แต่มีข้อยกเว้นของการกระทำความคิดไว้บางประการที่ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ อาทิ ความผิดเกี่ยวกับการพิมพ์ ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ความผิดทางการเมือง หรือการกระทำของเยาวชนซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ส่วนหลักเกณฑ์ในส่วนการต่อรองคำรับสารภาพแบบดั้งเดิมของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นแม้จะมีได้กำหนดฐานความผิดไว้อันหมายความว่าพนักงานอัยการประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ดุลยพินิจในการต่อรองคำรับสารภาพได้ทุกคดีก็ตาม แต่จากการปฏิวัติการต่อรองคำรับสารภาพของนานาประเทศในปัจจุบัน เช่นในกฎหมายการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอินเดีย หรือกฎหมายการต่อรองคำรับสารภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจของรวันดา (ICTR) และศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจของยูโกสลาเวีย (ICTY) ต่างก็มีการกำหนดข้อจำกัดของ ฐานความผิดไว้ด้วยเสมอ ทั้งนี้เป็นเพราะหากให้ดุลยพินิจแก่นักงานอัยการอย่างไม่มีขอบเขต ดังเช่นการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว แม้จะประสบผลสำเร็จในการลด ปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลและทำให้การดำเนินคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วก็ตาม แต่ในหลายคดีก็อาจเกิด ปัญหาเรื่องของการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบจากการต่อรองคำรับสารภาพของอัยการได้ ดังนั้นใน รูปแบบการต่อรองคำรับสารภาพสมัยใหม่³⁹ จึงมีการระบุถึงฐานความผิดที่อาจเข้าสู่กระบวนการไว้

³⁹ ในทัศนะของการใช้ดุลยพินิจของอัยการ ท่านมงคล ทับเที่ยง รองประธานศาลฎีกา ให้ความเห็นว่าจริงอยู่มาตรการนี้อาจทำให้กระบวนการยุติธรรมมีทางเลือกมากขึ้น ถ้าใช้มาตรฐานที่ควบคุมความเหมาะสมของดุลยพินิจของอัยการให้มีประสิทธิภาพและยุติธรรมหรือ check and balance ได้ แต่หากเรามองปัญหาทุกวันนี้ การควบคุมตรวจสอบดุลยพินิจยังคงไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร บางคดีพนักงานอัยการใช้อำนาจสั่งไม่ฟ้องซึ่งขัดกับความรู้สึกของประชาชน ถ้าควบคุมระบบตรวจสอบได้ หลักการต่อรองคำรับสารภาพก็น่านำมาใช้ได้ขออีก ครั้งว่าอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ กรณีที่อัยการอาจเรียกหาผลประโยชน์ เช่น กรณีคดีฆาตกรรม อัยการยื่น

เสมอรวมถึงข้อยกเว้นในความคิดบางประเภทที่ไม่อาจใช้มาตรการการต่อรองคำรับสารภาพได้อันเป็นไปตามวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และสังคมของแต่ละประเทศที่จะกำหนดให้มีความเหมาะสมกับประเทศของตน

ประการที่สาม ระยะเวลากฎหมายอนุญาตให้ใช้มาตรการการต่อรองคำรับสารภาพ แม้มาตรการตกลงทางอาญาและมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศฝรั่งเศสที่เรียกว่าวิธีพิจารณาเมื่อมีคำรับสารภาพในชั้นก่อนฟ้อง (Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité) หรือ CRPC บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่า⁴⁰ ให้ต้องกระทำในชั้นตอนก่อนที่พนักงานอัยการจะฟ้องคดีต่อศาล หากพนักงานอัยการฟ้องคดีอาญาหรือผู้เสียหายได้ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนซึ่งมีผลบังคับให้พนักงานอัยการต้องเข้ามาดำเนินคดีอาญาแล้ว พนักงานอัยการจะไม่สามารถใช้มาตรการดังกล่าวต่อไปได้ อย่างไรก็ตามก็ตีความความหมายของการต่อรองคำรับสารภาพแล้ว การถูกจำกัดโดยเงื่อนไขเหล่านี้ก็ได้เป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของการต่อรองคำรับสารภาพแต่อย่างใด เนื่องจากโดยหลักแล้ว การต่อรองคำรับสารภาพนั้นสามารถกระทำได้เลยในชั้นตอนในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ว่าจะมีการต่อรองคำรับสารภาพในชั้นตอนก่อนการฟ้องคดี หรือระหว่างที่คดีอยู่ในการพิจารณาของศาลก็ได้ แต่ต้องกระทำก่อนที่ศาลจะพิพากษาคดีนั้น

ประการที่สี่ ผลของการต่อรองคำรับสารภาพ ในแง่ของกระบวนการพิจารณาหากศาลปฏิเสธกระบวนการความตกลงทางอาญาและมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศฝรั่งเศสที่เรียกว่าวิธีพิจารณาเมื่อมีคำรับสารภาพในชั้นก่อนฟ้อง (Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité) หรือ CRPC มีผลคล้ายกันคือ พนักงานอัยการต้องนำคดีดังกล่าวขึ้นฟ้องต่อศาลอันเป็นไปตามกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติ ส่วนกรณีในทางตรงข้าม ผลหรือประโยชน์ที่จำเลยจะได้รับหากเข้าร่วมในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพและศาลให้การรับรอง ในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพสมัยใหม่ ไม่ยึดติดกับรูปแบบเฉกเช่นการต่อรองคำรับสารภาพในอดีต แต่ด้วยพัฒนาการอย่างต่อเนื่องของการต่อรองคำรับสารภาพที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกนำไปปฏิบัติให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ก่อเกิดผลของการต่อรองคำรับสารภาพได้หลากหลาย อาทิ หากผู้ต้องหาให้ความร่วมมือและศาลเห็นชอบในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ อาจส่งผลให้พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีในข้อหาใกล้เคียง หรืออาจสั่งไม่ฟ้องใน

ข้อเสนอว่าผมจะไม่ฟ้องข้อหาฆ่าคนตาย แต่จะฟ้องว่าทำร้ายร่างกายแทน แล้วคุณจะทำอย่างไร ตรงนี้ต้องระวัง เพราะฉะนั้นข้อคิดสำคัญของการนำมามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้จะต้องโปร่งใสตรวจสอบได้

⁴⁰ อ้างถึงในอุดม รัฐอมฤต. (2550). “การต่อรองคำรับสารภาพตามกฎหมายฝรั่งเศส.” วารสารรพี, 50. หน้า 17-45.

ข้อหาทั้งหมดแล้วกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน หรืออาจได้รับการลดโทษจากศาล ในอัตราส่วนต่างๆ เช่น หนึ่งในสาม หรือลดโทษให้สูงสุดไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรืออาจได้รับการคุมประพฤติจากศาล โดยอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่คุมประพฤติ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการคุมประพฤติอย่างเคร่งครัด หรืออาจมีการกำหนดในข้อสัญญาโดยกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยยินยอมที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขที่พนักงานอัยการได้กำหนดขึ้นก็ได้ อาทิ การวางข้อกำหนดในสัญญาว่าจะต้องชำระเงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว หรือการตัดสิทธิบางประการของผู้ต้องหาเพื่อให้มีความสำนึกในการกระทำผิดที่ได้กระทำลง เช่น การตัดสิทธิสวัสดิการบางประการในสังคม ดังนั้น ผลของมาตรการตกลงทางอาญาที่วางข้อกำหนดให้จำเลยต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งแก่คลังแผ่นดิน การยอมให้ทรัพย์สินที่ใช้หรือมุ่งหมายที่จะใช้ในการกระทำความผิด หรือที่ได้มาโดยการกระทำความผิดตกเป็นของรัฐ การส่งมอบใบอนุญาตขับขี่รถยนต์หรือใบอนุญาตล่าสัตว์ให้แก่เจ้าหน้าที่ของศาลขึ้นต้นเป็นเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือแม้กระทั่ง การทำงานเพื่อประโยชน์ชุมชนโดยไม่มีค่าตอบแทนเป็นระยะเวลาหนึ่งก็ถือว่าเป็นเพียงรายละเอียดของวิธีการกำหนดเงื่อนไขอันส่งผลให้คดีนั้นระงับไปด้วยการใช้การต่อรองคำรับสารภาพในอีกรูปแบบหนึ่ง

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าแม้ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ได้ชื่อว่าเป็นต้นแบบของประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) โดยจะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (public prosecution) และมีการตรวจสอบความจริงตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ (non-adversarial system หรือ Inquisitorial system) ถึงขนาดที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้องร้องคดีอาญาแต่เป็นหน้าที่ของรัฐซึ่งถือว่าเป็นผู้เสียหายในความผิดทางอาญาที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เป็นไปตามแนวคิดของซีซ่า เบคเคเรีย ที่เห็นว่าแม้ความผิดอาญานั้นจะไปกระทบหรือทำให้เอกชนคนใดคนหนึ่งได้รับความเสียหาย แต่อาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นก็ทำให้ประชาชนในสังคมนั้นต่างหวาดระแวงว่าอาชญากรรมนั้นอาจเกิดขึ้นกับตนเองได้สักวันหนึ่ง รัฐจึงมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ก็ด้วยเหตุผลในเรื่องของปัญหาอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นพลวัตร (dynamic) โดยเฉพาะปัญหาปริมาณคดีที่คั่งค้างอยู่ในศาลเป็นจำนวนมากและปัญหานักโทษล้นคุก จึงมีการเคลื่อนเข้าหากันของสองระบบกฎหมายมากยิ่งขึ้น เห็นได้จากประเทศฝรั่งเศสซึ่งประสบปัญหาดังกล่าวดังนั้นจึงพยายามหาทางเลือกที่จะทำให้ระบบงานยุติธรรมโดยการบริหารจัดการคดี (case management) มีประสิทธิภาพนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่มีรากฐานแห่งที่มาอันเกิดจากประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาบังคับใช้ อย่างไรก็ตามฝรั่งเศสยังคงรักษาเอกลักษณ์เฉพาะของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไว้ได้อย่างแนบแน่น ที่เห็นได้ชัดคือในขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบในข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้น ศาลมีดุลยพินิจอย่างกว้างขวาง

ในการที่จะเข้าไปตรวจสอบและค้นหาความจริงว่าในพฤติกรรมแห่งคดีตลอดจนพยานหลักฐานที่อัยการฟ้องมานั้นน่าเชื่อว่าจำเลยนั้นได้กระทำความผิดจริง ๆ ตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ ซึ่งตรงกันข้ามกับการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลมีดุลยพินิจอย่างจำกัดโดยทำการตรวจสอบได้แค่เพียงว่าข้อตกลงที่ได้ทำกันนั้นจำเลยได้กระทำลงไปด้วยความสมัครใจโดยปราศจากการถูกข่มขู่หรือไม่ โดยศาลในระบบคอมมอนลอว์ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบถึงความจริงแห่งคดีนั้นได้

4.1.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศเยอรมัน

กระบวนการทำให้คดีเสร็จสิ้นโดยเร็วในเยอรมันซึ่งมีรูปแบบที่คล้ายกับการต่อรองคำรับสารภาพของอเมริกาอาจพอจำแนกได้เป็น 2 ประการ ส่วนประการที่สามเป็นเรื่องของการต่อรองคำให้การหรือการต่อรองคำรับสารภาพ คือ⁴¹

- 1) การต่อรองตามมาตรา 153a
- 2) การต่อรองในเรื่องคำสั่งทางอาญา และ
- 3) การต่อรองในคำให้การหรือการต่อรองคำรับสารภาพ

การต่อรองตามมาตรา 153a อนุญาตให้อัยการสามารถจะสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไขได้เมื่อเป็นคดีความผิดเล็กน้อยและประโยชน์ของสาธารณะไม่ถูกรบกวนจากการไม่ฟ้องคดี ตามมาตรานี้ อัยการอาจจะสั่งไม่ฟ้องคดีโดยมีเงื่อนไขว่าให้ผู้กระทำความผิดชดเชยความเสียหายให้ผู้เสียหายในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งหรือจ่ายเงินให้กับการกุศลหรือเข้ารัฐ นับแต่มีการบัญญัติบทบัญญัตินี้ในปี ค.ศ. 1975 มาตรา 153a ได้เปิดช่องให้อัยการกับฝ่ายจำเลยมีโอกาสที่จะมาเจรจาต่อรองกันว่าคดีควรจะยุติในรูปแบบใด

ในคดีที่มีความซับซ้อน หากอัยการเชื่อว่าการสืบสวนสอบสวนเพิ่มเติมจะใช้เวลานานเกินไป อัยการอาจจะมีข้อเสนอระงับคดีตามมาตรานี้ได้ ในการชักชวนให้จำเลยมาตกลงด้วย อัยการจะเสนอกับทนายจำเลยให้ชัดเจนว่าข้อเสนอนี้เป็นข้อเสนอเพียงครั้งเดียวเท่านั้นและหากจำเลยปฏิเสธก็จะไม่มีการเจรจากันอีกแล้ว ทนายจำเลยอาจจะมีอิทธิพลเหนือการตัดสินใจของอัยการในเรื่องจะระงับคดีหรือไม่ได้ด้วยเช่นกัน ในการสืบพยานตามกฎหมายของเยอรมัน ทนายจำเลยมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาพยานหลักฐานเพิ่มเติมที่เป็นประโยชน์กับจำเลย ในการชักชวนให้อัยการมาตกลงกันในคดีก่อนจะมีการสืบพยาน ทนายจำเลยอาจยื่นคำร้องอีกมากมายหลายฉบับเพื่อให้ศาลพิจารณาพยานหลักฐานเพิ่มเติมเช่นว่านั้น เมื่อพิจารณาว่านั่นอาจจะทำให้คดีต้องล่าช้าออกไป อัยการก็อาจจะตกลงด้วยในการยุติคดีตามมาตรา 153a

⁴¹ George Fisher. Op.cit. p. 35.

รูปแบบที่สองกระบวนการมีคำสั่งในคดีอาญา คำสั่งในคดีอาญานี้เป็นเอกสารที่สร้างขึ้นโดยอัยการ ซึ่งระบุถึงการกระทำผิดของจำเลย และการลงโทษสำหรับความผิดนั้น โดยอัยการจะใช้ดุลยพินิจนำคำสั่งทางอาญาอันถือได้ว่าเป็นการพิจารณาคดีแบบรวบรัด (summary procedure) เมื่อได้ความว่าผู้กระทำความผิดที่มีโทษปานกลาง (Vergehe) อีกทั้งไม่ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดให้การต่อสู้ (no contest) หรือมีการให้การรับสารภาพผิดแก่เจ้าพนักงานตำรวจแล้ว การลงโทษในคำสั่งในคดีอาญานี้ได้แก่คำปรับรายวัน การรอกการลงโทษจำคุกเป็นเวลา 1 ปี การระงับใช้ใบขับขี่ ยานพาหนะเป็นการชั่วคราว การยึดประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิด อัยการจะต้องได้รับความยินยอมจากศาลในการทำให้คำสั่งนี้มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย เมื่อได้รับการอนุมัติจากศาลแล้ว อัยการจะส่งคำสั่งให้จำเลย จำเลยมีเวลา 14 วันที่จะตัดสินใจว่าจะยอมรับคำสั่งดังกล่าวหรือไม่หรือจะร้องขอให้มีการพิจารณาคดีในศาล อันกลับไปสู่วิธีการพิจารณาคดีแบบปกติ (an ordinary criminal trial)⁴²

ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่น่าสนใจของคำสั่งในคดีอาญาสำหรับจำเลยคือบทลงโทษจะรุนแรงน้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาที่อาจจะได้รับหากจำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดในการพิจารณาคดีของศาล ส่วนใหญ่โทษที่ลงแก่จำเลยที่อยู่ในคำสั่งในคดีอาญาจะเป็นโทษปรับ เมื่อมีการชำระค่าปรับจำเลยก็จะเลี่ยงไม่ต้องอับอายเป็นข่าวและสิ้นเปลืองเงินในการต่อสู้คดี ตามกระบวนการคำสั่งทางอาญา แม้จะมีความเป็นไปได้ว่าจำเลยอาจจะได้รับโทษที่หนักกว่าหากเลือกที่จะพิจารณาพิพากษาในศาล การวางโทษหนักไม่ใช่เป็นผลตามมาโดยอัตโนมัติจากการปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่งในคดีอาญา หากศาลเห็นว่าจะต้องวางโทษหนักเพิ่มขึ้นหลังจากผ่านการพิจารณาคดีและสืบพยานแล้วศาลก็ต้องให้เหตุผลในการเพิ่มโทษนั้น การไม่ยอมรับคำสั่งในคดีอาญาเพียงอย่างเดียวไม่เป็นเหตุเพียงพอให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่จำเลย จึงไม่มีหลักฐานว่าอัยการได้ใช้ประเด็นเรื่องโทษอาจจะได้รับหนักขึ้นจากการปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่งในคดีอาญามากดดันจำเลยให้ยอมรับคำสั่งดังกล่าว

รูปแบบที่สามคือการต่อรองคำให้การหรือกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ⁴³ ในเยอรมัน คำรับสารภาพไม่เป็นเหตุให้งดการพิจารณาและสืบพยาน ประโยชน์ที่เกิดกับอัยการในการที่จำเลยให้การรับสารภาพคือจะทำให้ระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีสั้นลง ข้อแตกต่างที่สังเกตเห็น

⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (Stpo), มาตรา 407-412.

⁴³ ดร.คณิต ณ นคร ให้ทัศนะว่า มาตรการที่คล้ายการต่อรองคำรับสารภาพของเยอรมันนั้นเป็นมาตรการหนึ่งในการดำเนินการในทางปฏิบัติของพนักงานอัยการเยอรมัน อย่างไรก็ตามก็จะต้องพบว่าแท้จริงแล้ววิธีพิจารณาความอาญาดังกล่าวแม้จะมีผลให้ปริมาณคดีลดลงอยู่บ้าง แต่น่าจะเป็นกรณีการได้รับความปรานีจากศาลเนื่องมาจากเหตุผลโทษต่างๆ โดยเป็นการที่ผู้พิพากษานั้นจะต้องทำการลดโทษให้แก่จำเลยอยู่แล้ว

ได้ระหว่างมาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศเยอรมัน กับของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ บทบาทของศาลในกระบวนการเจรจาต่อรอง การต่อรองคำรับสารภาพในสหรัฐตามปกติจะเป็น เรื่องของการเจรจากันระหว่างอัยการกับทนายจำเลย ศาลไม่มีบทบาทในการเจรจาดังกล่าว ใน เยอรมัน ก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดีที่เป็นทางการต่อศาล อัยการมีบทบาทสำคัญอย่างมากในการ ต่อรองกับทนายจำเลยเกี่ยวกับผลของการที่จำเลยให้การรับสารภาพ อัยการอาจจะเสนอที่จะฟ้อง จำเลยโดยลดจำนวนข้อหาลงกว่าที่จำเลยถูกกล่าวหากระทำผิด หรือเสนอจะดำเนินการให้มีการ พิพากษาสถานเบา เมื่อยื่นฟ้องแล้ว ศาลอาจจะกลายเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการต่อรองคำรับ สารภาพได้

ศาลอาจจะติดต่อทนายจำเลยและสอบถามว่าจำเลยจะสนใจให้การรับสารภาพหรือไม่ เมื่อเริ่มต้นการพิจารณา ในการกระตุ้นให้จำเลยให้การรับสารภาพ ศาลอาจจะชี้ให้เห็นว่าโทษขั้นสูงจะ เป็นอย่างไร⁴⁴ ตามกฎหมายของเยอรมัน ศาลไม่สามารถจะมากำหนดให้คดีเสร็จไปได้จนกว่าจะ เสร็จการพิจารณา ความเข้าใจที่มีระหว่างศาลและทนายจำเลยในประเด็นนี้ไม่มีผลผูกพันศาล อย่างไรก็ดี ในกรณีส่วนใหญ่ หากจำเลยตกลงที่จะให้การรับสารภาพ คำพิพากษาที่จำเลยจะได้รับ ในที่สุดจะต่ำกว่าโทษขั้นสูงสุดที่ศาลชี้ให้เห็น มาตรการที่คล้ายการต่อรองคำรับสารภาพอาจจะเกิด ระหว่างการพิจารณาก็ได้ ตัวอย่างเช่น ทนายจำเลยอาจจะตกลงที่จะไม่เรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติม หรือสัญญาว่าจะไม่อุทธรณ์เพื่อแลกกับคำพิพากษาที่เบาลง

ความนิยมที่เพิ่มขึ้นในการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในเยอรมัน ในประเทศที่ ครั้งหนึ่งเคยเชื่อว่าไม่อาจเกิดขึ้นได้ ได้แสดงให้เห็นสิ่งหนึ่งที่เป็นพัฒนาการสำคัญยิ่งในการปฏิบัติ หน้าที่ของอัยการในประเทศในฝั่งยุโรป อย่างไรก็ตามการต่อรองคำรับสารภาพในแบบของเยอรมัน แตกต่างในหลายแง่กับการต่อรองคำรับสารภาพในสหรัฐ ในเยอรมัน การตัดสินใจของจำเลยที่จะ ให้การรับสารภาพหลังจากมีการเจรจาต่อรองกันกับอัยการแล้วจะเป็นการตัดสินใจที่มีข้อมูล ครบถ้วน ในระบบของประเทศเยอรมัน จำเลยในชั้นนัดพร้อมก่อนการพิจารณามีสิทธิที่จะตรวจ สำนวนของอัยการทั้งปวง ในการใช้มาตรการคล้ายต่อรองคำรับสารภาพกับอัยการเยอรมัน ทนาย

⁴⁴ สำหรับศาลแล้ว การซื้อขายความยุติธรรม (Handel mit der Gerechtigkeit) เป็นสิ่งต้องห้าม กล่าวคือ ศาลไม่อาจบอกอัตราโทษที่แน่นอนที่จำเลยจะได้รับเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่จำเลยจะให้การรับสารภาพเพราะ เป็นการขัดต่อหลักพยานโดยตรง (Unmittelbarkeitsgrundsatz) หากศาลกระทำการดังกล่าวศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐ (BGH) เคยวินิจฉัยว่า เป็นการขัดต่อหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา แม้ผู้พิพากษาจะกล่าวว่าตนเองไม่ผูกมัด กับคำให้สัญญาดังกล่าวก็ตาม อย่างไรก็ตาม การที่ศาลบอกว่าจำเลยจะได้รับโทษไม่เกินจำนวนอัตราโทษขั้นสูง (Strafobergrenze) นั้นหาเป็นการต้องห้ามไม่อ้างถึงใน ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (2546). “การเจรจาต่อรองใน คดีอาญา (Absprachen im Strafprozess) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน.” บทบัณฑิตย. หน้า 1-5.

จำเลยจึงมีข้อมูลอย่างครบถ้วนถึงพยานหลักฐานต่างๆ ของอัยการว่ามีความแน่นหนาเพียงใด การเปิดเผยพยานหลักฐานกันอย่างเต็มที่ก่อนการพิจารณานี้ไม่เพียงแต่ทำให้ทนายจำเลยทำงานได้ง่ายขึ้นในการให้คำแนะนำที่มีข้อมูลครบถ้วนแก่จำเลย ยังทำให้เป็นการยากแก่อัยการด้วยในการหาเทคนิควิธีการต่างๆ มาใช้⁴⁵ เช่น การฟ้องคดีให้หนักไว้ก่อนหรือฟ้องหลายๆ ข้อหาที่อาจจะมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอ ข้อเปรียบเทียบที่สำคัญอีกประการคือกระบวนการคล้ายการต่อรองคำรับสารภาพที่เป็นการต่อรองข้อหาของประเทศเยอรมัน ไม่ได้ทำกันแบบในสภาวะที่จำเลยต้องถูกกดดันอย่างหนักเหมือนกับของประเทศสหรัฐอเมริกา ในประเทศเยอรมัน แม้ว่าข้อเสนอของอัยการที่จะถอนข้อหาใกล้เคียงออกอาจจะเพิ่มแรงจูงใจให้จำเลยให้ความร่วมมือ อัยการก็ไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะสามารถเพิ่มความรุนแรงของโทษที่จะลงแก่จำเลยได้อย่างมากมายในกรณีฟ้องหลายๆ ข้อหา กฎหมายของเยอรมันไม่อนุญาตให้พิพากษาลงโทษแบบนับโทษต่อกันในแต่ละความผิด อัยการจึงไม่อาจจะหวังใช้การฟ้องหลายข้อหาเป็นแรงกดดันให้จำเลยยอมรับสารภาพหรือให้ความร่วมมือกับทางฝ่ายรัฐได้ และศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมันก็มีเอกสิทธิ์แห่งความเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยในคดีที่มีการต่อรองข้อหา ศาลสูงมักไม่เห็นชอบด้วยในเรื่องของการยอมรับที่จะให้การต่อรองคำรับสารภาพประเภทการต่อรองข้อหาที่อัยการกระทำกับจำเลย เฉกเช่นเดียวกันกับการต่อรองคุลยพินิจการลงโทษ

4.2 วิเคราะห์ความสอดคล้องของระบบการดำเนินคดีต่อการนำมาตราการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย

จากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติและหลักการของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพทั้งในแง่อดีตและแนวโน้มของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในอนาคตขององค์กรระหว่างประเทศ ในประเทศคอมมอนลอว์ที่มีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ดังนี้หากประเทศไทยจะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ คงต้องคำนึงถึงระบบที่มีอยู่ว่ารองรับกับวิธีการดังกล่าวหรือไม่ เพียงใดอันจักนำไปสู่การปรับใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างเหมาะสม

ด้วยมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมีรากฐานแห่งที่มาอันเกิดจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้แก่ สหรัฐอเมริกาและอังกฤษอันมีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน โดยมีการตรวจสอบความจริงเป็นไปตามหลักการค้นหาความจริงโดยระบบต่อสู้ ซึ่งอัยการแม้จะเป็น

⁴⁵ Bagirov Anar Ramiz Oglu. (2008). **Support to the anti-corruption strategy of Azerbaijan (AZPAC): Technical paper on Plea bargaining and issues related to its implementation in Azerbaijan.** Retrieved in 29 December 2011. p. 12-13.

เจ้าหน้าที่รัฐแต่ก็เป็นการทำแทนผู้เสียหาย จึงมีสถานะเป็นเอกชนคนหนึ่ง หากจะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพระหว่างอัยการซึ่งเป็นโจทก์กับจำเลย ก็เป็นการกระทำที่มีสถานะของความเท่าเทียมกันเสมือนเป็นเรื่องเอกชนตกลงกับเอกชนด้วยตนเอง จึงเป็นเรื่องที่กระทำได้เป็นปกติวิสัยของระบบดังกล่าว ดังนั้นจึงต้องตรวจสอบให้แน่ชัดว่าระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยนั้นมีระบบการดำเนินคดีที่เหมือนหรือสอดคล้องกับระบบการดำเนินคดีของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษหรือไม่ โดยผ่านมุมมองแห่งนิติวิธีของรากฐานหรือที่มาของหลักการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหารากฐานแห่งหลักการของระบบกฎหมายในประเทศไทย

มีนักกฎหมายบางท่านกล่าวไว้ว่า⁴⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพไว้โดยตรง แต่ก็มีได้บังคับว่าไม่ให้ใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเมื่อไม่มีกฎหมายห้ามก็ควรที่จะกระทำได้

แนวคิดดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเป็นการด่วนสรุปจนเกินไป โดยหลักการแล้วการใช้ดุลยพินิจในการตีความกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญานั้นเนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอยู่หลายประการ ดังนั้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัดอันเป็นไปตามหลักประกันในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ⁴⁷ ซึ่งต่างจากกฎหมายปกครองที่อาจใช้ดุลยพินิจตีความได้กว้างกว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะและอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สามารถใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้ พนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐจึงไม่อาจนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ได้ หากนำมาใช้โดยไม่มีกฎหมายรองรับให้อำนาจในการต่อรองคำรับสารภาพอาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือบิดผันได้ ตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังคำกล่าวของศาสตราจารย์ A.V. Dicey ได้

⁴⁶ นิจรินทร์ องค์พิสุทธิ. (2527). การต่อรองคำรับสารภาพ. หน้า 80-84.

⁴⁷ หรือหลักอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรอง หลักนี้มีความหมายว่า การกระทำทั้งหลายของรัฐที่มีผลในทางบังคับหรือกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองให้อำนาจให้ทำได้ อันเป็นหลักประกันในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ และใช้กฎหมายอาญาอย่างเข้มงวดเป็นพิเศษด้วยและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเราก็มียุติบัญญัติที่แสดงถึงหลัก Principle of Legality นี้เช่นกัน ซึ่งจะเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น ห้ามมิให้จับ ห้ามมิให้ค้น ฉะนั้นจึงต้องมีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เจ้าพนักงานของรัฐจึงจะทำได้ อ้างถึงในคณิต ฒ นคร. (2524, กุมภาพันธ์). “หลักประกันในกฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ, 4, 38. หน้า 53.

กล่าวว่า “ดุลยพินิจมีอยู่ในที่ใดก็ย่อมมีช่องสำหรับอำเภोजอยอยู่ด้วย” ทั้งนี้เนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพนั้นโดยพื้นฐานแห่งหลักการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศต้นแบบคือประเทศสหรัฐอเมริกาเปิดช่องแห่งดุลยพินิจให้สามารถทำการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างกว้างขวางทุกคดีแม้จะเป็นคดีที่อัตราโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตก็ตาม

ดังนั้นจึงมีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า หากไม่มีกฎหมายของประเทศไทยให้อำนาจพนักงานอัยการในการต่อรองคำรับสารภาพได้ กระนั้นจะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้จะกระทำได้หรือไม่และมีความเหมาะสมเพียงใด

ผู้เขียนเห็นว่าในลำดับแรกหากจะตอบคำถามนี้ได้ ก่อนอื่นมีความจำเป็นอยู่เองที่จะต้องเข้าใจถึงนิติวิธี (juristic method) ของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่นิยมใช้ในประเทศภาคพื้นยุโรป มีมุมมองหรือทัศนคติต่อกฎหมาย บ่อเกิดศาสนา วัฒนธรรม เศรษฐกิจ ความเป็นไปของสังคมและวิธีการทางกฎหมายแตกต่างไปจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ผ่านร่องรอยทางประวัติศาสตร์ของการร่างกฎหมายฉบับต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่ามีความเป็นมาอย่างไร และการร่างกฎหมายนั้นได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศใด ซึ่งจะพบว่า ประเทศไทยในขณะนั้นเกิดสภาวะกดดันอย่างหนักทั้งทางด้าน เศรษฐกิจ การเมือง ศาสนา วัฒนธรรมและกฎหมายอันเกิดจากมหาอำนาจในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศในระบบซีวิลลอว์คือประเทศฝรั่งเศสและระบบคอมมอนลอว์ได้แก่ประเทศอังกฤษ โดยระยะแรกแม้มีการบัญญัติใช้กฎหมายที่มีลักษณะเสมือนตัวแทนของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามแบบอย่างของประเทศอังกฤษอยู่ก็ตามอันได้แก่ พระราชบัญญัติลักษณะพยานฯ และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาฯ แต่ก็ยังเป็นเพียงบทบัญญัติที่สร้างขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาลเฉพาะหน้าก่อนจะมีการจัดทำประมวลกฎหมายทั้งนี้เพราะโดยนิติวิธีของการร่างกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁴⁸ อันมีรากฐานมาจากกฎหมายสมัยโรมันที่บันทึกลงไว้ในที่เปิดเผย เรียกว่าเป็นกฎหมายสิบสองโต๊ะนั้นจำเป็นต้องมีการรวบรวมกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศให้เป็นหมวดหมู่ซึ่งต้องใช้เวลาอันอาจไม่ทันต่อการใช้ได้ อีกทั้งเจตนารมณ์ของร่างกฎหมายในขณะนั้นต้องการที่จะนำเอาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเฉพาะของประเทศฝรั่งเศสมา

⁴⁸ คำว่า ซีวิลลอว์ (civil law) นี้ ในสมัยโรมันหมายถึง กฎหมายที่ใช้สำหรับชาวเมือง คือพลเมืองชาวโรมัน ซึ่งแต่ดั้งเดิมมาได้นับถือจารีตประเพณีที่สืบทอดมาจากบรรพชน เป็นกฎร่วมกันของสังคม เป็นแบบอย่างที่ดีต่อๆ กันมาจนนานในการทำกิจกรรมต่างๆ และในการตัดสินข้อพิพาทของสมาชิกในสังคมและมีวิวัฒนาการสืบต่อเรื่อยมา กระทั่งชนชั้นสามัญชน (Plebian) ได้เรียกร้องให้นำเอากฎหมายประเพณีที่ใช้บังคับและรับรู้กันเฉพาะในหมู่ผู้ดี (Patrician) มาบันทึกลงไว้ในที่เปิดเผย เป็นกฎหมายที่เรียกว่ากฎหมาย 12 โต๊ะขึ้น อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปกติ. (2546). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. หน้า 22.

ใช้บังคับ⁴⁹ เนื่องจากประเทศไทยมีบทบัญญัติในอดีตที่มีความสอดคล้องกับระบบซีวิลลอว์มากกว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

เมื่ออ้างกล่าวโดยสรุปได้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ดั้งของประเทศภาคพื้นยุโรปอย่างไรก็ดี สิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้ นั่นก็คือ ท่ามกลางการร่างกฎหมายโดยใช้แบบอย่างของระบบกฎหมายซีวิลลอว์แต่ก็มีร่องรอยของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เคยมีการบังคับใช้ในช่วงก่อนการร่างประมวลกฎหมายผนวกกับแรงผลักดันของนักกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งที่ศรัทธาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อยู่ ประกอบกับปัญหาทางด้านการเมืองการปกครองโดยประเทศอังกฤษได้คัดค้านอย่างรุนแรงที่ประเทศไทยจะนำระบบซีวิลลอว์ตามแบบฉบับของประเทศฝรั่งเศสมาใช้บังคับในที่สุดประเทศไทยจึงมีแนวคิดประนีประนอมโดยยอมรับเอากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของอัฟริกาซึ่งเป็นประเทศที่เป็นระบบคอมมอนลอว์แต่รวบรวมกฎหมายไว้จัดเป็นหมวดหมู่ในรูปแบบประมวลกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปมาปรับใช้ด้วยเพื่อลดแรงกดดันทางการเมืองการปกครองและเศรษฐกิจของประเทศ

⁴⁹ แม้ว่ารัฐบาลไทยจะมีความปรารถนาที่จะปฏิรูประบบกฎหมายไทยตามแบบกฎหมายของประเทศตะวันตก แต่ก็มีปัญหาอยู่ว่าในการปฏิรูปนั้นจะใช้ระบบกฎหมายใดเป็นแบบอย่าง ซึ่งระบบกฎหมายที่อยู่ในข่ายการพิจารณาของรัฐบาลไทยในขณะนั้นมีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายอังกฤษ และระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายในภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งบรรดาประเทศตะวันตกที่ประเทศไทยทำสนธิสัญญากติกาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้แก่คนชาติของประเทศเหล่านั้น ส่วนใหญ่จะใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย แต่ประเทศอังกฤษก็เป็นประเทศที่มีอิทธิพลทางการเมือง ทางวัฒนธรรม และทางกฎหมายต่อประเทศไทยมากที่สุดประเทศหนึ่งในขณะนั้น กล่าวคือศาลไทยได้ใช้หลักกฎหมายอังกฤษอยู่ในขณะนั้นแล้วหลายลักษณะด้วยกัน อีกทั้งนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ได้รับการอบรมศึกษากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษหลายท่าน โดยเฉพาะพระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมอยู่ในขณะนั้นก็ทรงสำเร็จการศึกษากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ กรมหมื่นราชบุรีฯ จึงได้เสนอให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวใช้ระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งกรมหมื่นราชบุรีฯ ทรงมีความชำนาญเป็นหลักในการปฏิรูประบบกฎหมายไทยแต่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่ากฎหมายเดิมของไทยมีแนวโน้มไปในทางระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมากกว่า จึงเป็นการง่ายที่จะเปลี่ยนระบบกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้น พระองค์จึงได้ตัดสินพระทัยเลือกเอาประมวลกฎหมายเป็นหลักในการปฏิรูประบบกฎหมายไทยและได้จ้างนักกฎหมายชาวญี่ปุ่นและฝรั่งเศสมาเป็นที่ปรึกษาช่วยงานโรลังย์มินส์ ซึ่งเป็นชาวเบลเยียมและทำหน้าที่ที่ปรึกษาราชการแผ่นดินอยู่ในเวลานั้นและนักกฎหมายฝรั่งเศส คือ มองลิเออร์ ปาดูซ์ ร่วมจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบอย่างของประเทศซีวิลลอว์ (CIVIL LAW) อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์. (2539). อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย (พิมพ์ครั้งที่ 1). หน้า 26.

4.2.2 วิเคราะห์รากฐานของระบบกฎหมายกับผลสะท้อนของหลักการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยและการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้

มีปัญหาน่าจะพิจารณาต่อไปว่า เมื่อประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายชีวิตล่อว์เนก เช่นเดียวกับกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปแล้ว หากนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้จะมีความถูกต้องและเหมาะสมทั้งในแง่ทฤษฎีและในทางปฏิบัติหรือไม่เพียงใด

4.2.2.1 พิจารณาความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในแง่ทฤษฎีระบบ

จากการศึกษานิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์ และระบบคอมมอนล่อว์ จะเห็นว่าในระบบชีวิตล่อว์นั้น โดยหลักการจะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดอาญานั้น ถือว่าความรับผิดชอบอาญาเป็นความผิดต่อรัฐ รัฐเป็นผู้เสียหายและเจ้าพนักงานของรัฐจะเป็นผู้ดำเนินคดีอาญา ซึ่งรูปแบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐจะไม่มีลักษณะเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความ แต่ศาลจะเป็นผู้ค้นหาความจริง โดยการตรวจสอบความจริงในลักษณะนี้จะเป็นหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ (Non-adversarial system) หรือ Inquisitorial system) ในขณะที่กลุ่มประเทศในระบบคอมมอนล่อว์ เช่นประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะให้การดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน จะถือว่าประชาชนทุกคนมีสิทธิฟ้องคดีอาญา โดยลักษณะการตรวจสอบความจริงเป็นไปตามหลักการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้ (Adversary System หรือ Fight Theory) ที่การค้นหาพยานหลักฐานเป็นหน้าที่ของโจทก์กับจำเลย ซึ่งมีลักษณะเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความ การดำเนินคดีอาญาจึงเป็นการต่อสู้กันของคู่ความทำนองเดียวกันกับคดีแพ่ง ศาลจึงต้องวางตัวเป็นกลางและไม่มีหน้าที่ในการค้นหาความจริงในคดี

สำหรับการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยนั้น บทบัญญัติหลักในการกำหนดกระบวนการดำเนินคดีอาญาก็คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการตลอดกระบวนการพิจารณาคดี ประชาชนมีบทบาทในคดีเพียงการร้องทุกข์ กล่าวโทษ และฟ้องคดีอาญาเท่านั้น และกระบวนการพิจารณาในศาลตามบทบัญญัติของกฎหมายก็มีแนวโน้มค่อนข้างไปในทางที่ให้ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงในคดีเป็นหลัก จึงถือได้ว่าการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ หลักในการค้นหาความจริงของศาลจึงควรยึดหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ (Non-adversary) แต่ในทางกฎหมายและทางปฏิบัติมีการนำหลักการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้ที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษมาปะปนกับหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ของประเทศไทยอยู่มาก ดังจะเห็นได้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีการนำบทบัญญัติจากหลักการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้มาบัญญัติไว้

ในหลายเรื่อง⁵⁰ และในทางปฏิบัติ ที่บางกรณีแม้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว แต่ศาลไทยก็ยังนำหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมาใช้ในการพิจารณาด้วย ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐของประเทศไทย

นอกจากนี้ แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะมีบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลจากระบบต่อสู้ (Adversary System หรือ Fight Theory) อยู่หลายมาตรา แต่ก็มิได้หมายความว่า ประเทศไทยใช้หลักการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้ (Adversary System หรือ Fight Theory) บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะพนักงานสอบสวน ทนาย พนักงานอัยการ หรือแม้กระทั่งศาลต่างมีหน้าที่ในการค้นหาความจริงในคดี พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการไม่ใช่คู่ความในคดีที่ฟ้องแต่หาความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย และศาลก็มีใช้เป็นเพียงกรรมการผู้ตัดสิน⁵¹ ดังนั้นเมื่อการต่อรองคำรับสารภาพเป็นกระบวนการใช้หลักความตกลงเฉกเช่นเดียวกับคดีแพ่งระหว่างพนักงานอัยการและจำเลย โดยพนักงานอัยการลดระดับสถานะตามหลักการของกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นเพียงเอกชนคนหนึ่งไม่มีลักษณะเป็นการฟ้องคดีอาญาแทนรัฐและศาลก็มีหน้าที่เพียงควบคุมกฎเกณฑ์การต่อสู้คดีลายกรรมการณ์บนเวทีมิให้คู่ความเอาเปรียบซึ่งกันและกันอันทำให้การดำเนินคดีนั้นมีขอบตาม Federal Rule of Criminal Procedure ข้อ 11⁵² โดยศาลสามารถตรวจสอบได้แค่เพียงว่าการที่จำเลยทำข้อตกลงยอมรับสารภาพกับอัยการเพื่อแลกกับการได้รับยกเว้นไม่ฟ้องในบางข้อหาหรือจะได้รับการลดโทษจากศาลตามที่ได้ตกลงกันไว้ คำรับสารภาพที่จำเลยกระทำนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจปราศจากการถูกข่มขู่

⁵⁰ อาทิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 166.

⁵¹ อมรเทพ เมืองแสน. (2549). อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย. หน้า 5-90.

⁵² ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้กำหนดว่า The Federal Rules of Criminal Procedure ข้อ 11 มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ดังนี้

1. เพื่อช่วยผู้พิพากษาในการกำหนดว่า คำให้การรับสารภาพของจำเลยได้กระทำด้วยความสมัครใจหรือไม่
2. เพื่อให้สามารถบันทึกคำให้การรับสารภาพที่สมบูรณ์ในเวลาเดียวกันกับที่จำเลยให้การรับสารภาพอย่างมีเหตุผลด้วยความสมัครใจ

ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกายังถือว่า การไม่ปฏิบัติตาม The Federal Rules of Criminal Procedure ข้อ 11 นั้นอาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดซึ่งมีผลทำให้จำเลยมีสิทธิที่จะให้การใหม่อีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีจะต้องแจ้งให้จำเลยซึ่งต้องการให้การรับสารภาพทราบโดยตรงว่าคำให้การรับสารภาพนั้น จำเลยได้กระทำด้วยความสมัครใจหรือไม่จำเลยเข้าใจสภาพแห่งข้อหาหรือไม่และจำเลยทราบถึงอัตราโทษต่ำสุดและสูงสุดที่จะได้รับหรือไม่

ความไม่รู้และมีเหตุผลหรือไม่ ทั้งนี้ตามธรรมเนียมปฏิบัติของกฎหมาย Anglo-American และหลัก Freedom of choice ถือว่า คำรับสารภาพต้องเกิดจาก Free will & voluntary choice จริงๆ ของตัวจำเลย มิได้เกิดจากการข่มขู่ให้กลัว (Coerced) ด้วยประการอื่นๆ โดยศาลไม่อาจก้าวล่วงไปกระตือรือร้น (active) ในการค้นหาความจริงในเนื้อหาแห่งคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพเฉกเช่นเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศซีวิลลอว์ ดังนั้นการต่อรองคำรับสารภาพจึงไม่สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐและหลักการตรวจสอบความจริงในระบบไม่ต่อสู้ตามแบบของประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์

กล่าวโดยสรุป หากพิจารณาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 เป็นต้นมา⁵³ นอกจากจะทำให้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาฉบับใหม่ใช้ไปพลางก่อนร.ศ. 115 ถูกยกเลิกไปแล้ว ยังมีผลทำให้กฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 ถูกยกเลิกไปโดยปริยายด้วยตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 4 กับพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 4⁵⁴ จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะพยานของไทยได้ทำตามแบบประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย คือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁵⁵ นับแต่นั้นเป็นต้นมาไทยจึงกลายเป็นประเทศที่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตามอย่างของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือ Civil Law อย่างสมบูรณ์ดังที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้น

4.2.2.2 วิเคราะห์ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในแง่หลักการที่อยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากที่ได้วิเคราะห์มาก่อนหน้านี้ในแง่ของความเหมาะสมของทฤษฎีระบบกฎหมายแบบภาพรวม ต่อจากนี้หากลองพิจารณาในแง่ความจริงแท้ของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ให้ลึกลงไปโดยวิเคราะห์รายละเอียดผ่านทางประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะพบบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่หลายประการ ซึ่งลำดับต่อไปผู้เขียนจะเข้าไปตรวจสอบถึงทฤษฎีหรือหลักการสำคัญเหล่านั้นว่ามีความเหมาะสมในการจะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งจะได้อธิบายโดยลำดับต่อไปนี้

⁵³ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477. ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52, ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2478. หน้า 598.

⁵⁴ พระวรภักดีพินูญ. (2512). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (ชุดเรียนง่าย). หน้า 1.

⁵⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย ก (2542). อธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 8.



1) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกลับหลักอำนาจรัฐ ต้องมีกฎหมายรับรอง

หลักนี้มีความหมายว่า การกระทำทั้งหลายของรัฐที่มีผลในทางบังคับหรือกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองให้อำนาจให้ทำได้ อันเป็นหลักประกันในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ และใช้กฎหมายอาญาอย่างเข้มงวดเป็นพิเศษด้วย⁵⁶ และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็มีบทบัญญัติที่แสดงถึงหลัก Principle of Legality นี้เช่นกัน ซึ่งจะเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น ห้ามมิให้จับ ห้ามมิให้ค้น⁵⁷ ฉะนั้นจึงต้องมีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เจ้าพนักงานของรัฐจึงจะทำได้

ตัวอย่างเช่น มาตรา 132 บัญญัติให้อำนาจพนักงานสอบสวนว่า ทำอะไรได้บ้าง นอกจากนี้แล้วไม่อาจทำได้⁵⁸

ดังนั้นการจะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ก็必须有การบัญญัติกฎหมายเฉพาะไว้เป็นพิเศษเนื่องจากปัจจุบันไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจอย่างชัดเจนในเรื่องของการต่อรองคำรับสารภาพว่าให้กระทำได้อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 39 วรรคสองว่า "ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้" จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญจะตั้งสมมติฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าผู้นั้นกระทำความผิด นอกจากนี้ ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ยังบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานว่าพยานหลักฐานที่รับฟังได้จะต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น โดยทั่วไปไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพบัญญัติไว้โดยตรง เนื่องจากหลักการพิจารณาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทุกฝ่ายต้องร่วมกันค้นหาความจริงแห่งคดี ดังนั้น ผู้เขียนมองว่าการต่อรองคำรับสารภาพจะถือว่าเป็นการจงใจให้ผู้ต้องหารับสารภาพหรือไม่อันจะถือว่าขัดต่อหลักกฎหมายว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน ซึ่งผู้ร่างกฎหมายหากจะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้จริงเพื่อให้เป็นไปตามหลักอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรอง จึงต้องใช้ความระมัดระวังไม่ให้ขัดต่อหลักกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากระบบการพิจารณาคดีของประเทศไทยมีความแตกต่าง

⁵⁶ คณิศ ฌ นคร ก (2524, กุมภาพันธ์). "หลักประกันในกฎหมายอาญา." วารสารอัยการ, 4, 38. หน้า 53.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 78, มาตรา 79, มาตรา 92, มาตรา 93.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 132.

จากประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อันใช้หลักการดำเนินคดีแบบปฏิบัติ และโดยหลักกฎหมายลักษณะพยานของไทยโจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ว่าจำเลยกระทำผิดตามฟ้องจริง จนสิ้นสงสัย หากมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย

นอกจากนี้ แม้จำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง หากข้อหาที่จำเลยให้การรับสารภาพนั้น กฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษที่หนักกว่านั้น โจทก์ก็ยังมีหน้าที่พิสูจน์จนสิ้นสงสัยเช่นกันว่าจำเลยได้กระทำผิดตามฟ้องจริง ศาลจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายว่าด้วยการต่อรองคำรับสารภาพไว้โดยตรง แต่ก็มีกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับสารภาพเฉพาะกรณีผู้ต้องหายินยอมขอทำความตกลงซึ่งถือได้ว่าเท่ากับเป็นการยอมรับสารภาพนั่นเอง เช่น พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 มาตรา 102 ซึ่งบัญญัติว่า "ภายในบังคับแห่งมาตรา 102 ทวิ ถ้าบุคคลใดจะต้องถูกฟ้องตามพระราชบัญญัตินี้และบุคคลนั้นยินยอมและใช้ค่าปรับหรือได้ทำความตกลง...อธิบดีจะงดฟ้องเสียก็ได้ และการที่อธิบดีงดการฟ้องร้องเช่นนี้ ให้ถือว่าเป็นอันคุ้มผู้กระทำความผิดนั้นในการที่จะถูกฟ้องร้องต่อไปในความผิดนั้น..."

และโดยปกติผู้ต้องหาที่ต้องการหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องคดีต่อศาลหรือหลีกเลี่ยงการรับโทษไม่ว่าจะเป็นโทษปรับหรือจำคุก จากการพิจารณาคดีของศาล ผู้ต้องหามักจะยื่นเรื่องต่อพนักงานสอบสวนเพื่อขอทำความตกลงระงับคดีเสมอ เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับเรื่องแล้วก็จะทำบันทึกพร้อมความเห็นนำไปยังอธิบดีกรมศุลกากร เมื่ออธิบดีเห็นชอบตามข้อตกลงของผู้ต้องหาแล้วคดีย่อมเป็นอันระงับไปโดยผลของกฎหมาย ซึ่งอธิบดีจะมีหนังสือแจ้งให้พนักงานสอบสวนทราบ จากนั้นพนักงานสอบสวนจะเสนอสำนวนให้พนักงานอัยการพิจารณาซึ่งพนักงานอัยการจะสั่งยุติการดำเนินคดี อันเป็นการสิ้นสุดกระบวนการ

2) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักการที่ต้องให้มีการฟ้องคดี

ผู้พิพากษาเป็นผู้เริ่มดำเนินการพิจารณาคดีเองไม่ได้ จะพิจารณาคดีเองได้ก็ต่อเมื่อมีคำฟ้อง หลักการนี้เป็นหลักการสำคัญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะจะทำให้ผู้พิพากษาอยู่ในฐานะเป็นกลางไม่เข้าข้างคู่ความฝ่ายใด ผู้ฟ้องคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ได้แก่ เจ้าพนักงานของรัฐและผู้เสียหายซึ่งมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเท่านั้น⁵⁹ หลักการนี้เป็นหลักการสำคัญของการดำเนินคดีอาญาใน

⁵⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 28.

ระบบกล่าวหา อันเป็นผลมาจากการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง ออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ

- ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีได้ต่อเมื่อมีการฟ้องร้อง
- ศาลต้องผูกมัดตามฟ้อง จะหยิบยกเรื่องอื่นขึ้นวินิจฉัยเองไม่ได้

ประเทศไทยยอมรับหลักการนี้ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 ที่ห้ามมิให้พิพากษาหรือสั่งเกินคำขอ

แต่เดิมการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยเป็นเรื่องของผู้เสียหาย ที่จะต้องฟ้องคดีด้วยตนเอง⁶⁰ ครั้นต่อมาได้มีการยอมรับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยรัฐ ซึ่งมีอยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรป⁶¹ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2435 (ร.ศ. 111) ได้มีการก่อตั้งระบบอัยการขึ้น เพื่อให้พนักงานอัยการทำหน้าที่แทนรัฐในการดำเนินคดีอาญา โดยเห็นว่าการกระทำผิดทางอาญานั้นมิใช่เป็นการกระทำผิดแก่ผู้เสียหายฝ่ายเดียว หากแต่เป็นการทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย จึงต้องเข้ามาดำเนินการกับผู้กระทำผิด ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2478 จึงมีบทบัญญัติให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาลซึ่งบัญญัติไว้เป็นบทหลัก ส่วนการที่ยอมให้ผู้เสียหายฟ้องคดีได้เองด้วยนั้นต้องถือเป็นข้อยกเว้น⁶² ซึ่งตามกฎหมายในบาง

⁶⁰ ทางปฏิบัติผู้พิพากษาจะต้องแจ้งการกระทำผิดไปยังพนักงานสอบสวน เพื่อสอบสวนการกระทำผิดแล้วส่งพนักงานอัยการดำเนินการเช่นเดียวกับการกระทำผิดอื่นๆ ส่วนการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30-32 นั้น ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษได้เองตามมาตรา 33 ซึ่งมีโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่อย่างไรก็ตาม โทษดังกล่าวมิใช่เป็นการลงโทษอาญา และไม่ถือว่าผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นผู้กระทำความผิดอาญา หากแต่เป็นมาตรการในการรักษาอำนาจไว้เท่านั้น อ้างถึงใน หุศต แสงอุทัย ก (2511). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาศึกษาตามคำพิพากษาศาลฎีกา. หน้า 11-12).

⁶¹ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ มีแนวความคิดที่สำคัญว่า รัฐมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยการป้องกันและปราบปราม การกระทำความผิดอาญาเป็นความผิดต่อรัฐ รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย เอกชนหาใช่ผู้เสียหายไม่ จึงไม่ยอมให้เอกชนฟ้องคดีอาญาได้ เพราะเอกชนมุ่งประโยชน์ส่วนตน เพื่อแก้แค้นทดแทนเท่านั้น และผู้ฟ้องคดีอาญาแทนรัฐคือพนักงานอัยการ.

⁶² แม้ตามกฎหมายจะยอมให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง โดยไม่จำกัดฐานความผิดก็ตาม (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 (2) ก็ต้องถือว่าเป็นการดำเนินคดีอาญาแทนรัฐ และหากพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 32 จะพบว่าอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นต้องรักษาผลประโยชน์ของรัฐ และรัฐอยู่เหนือเอกชน อ้างถึงใน หุศต แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 12.

ประเทศจะไม่ยอมให้เอกชนฟ้องคดีแต่เพียงลำพัง⁶³ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐเช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป

การที่กฎหมายกำหนดหลักการที่ต้องให้มีการฟ้องคดีมาใช้ จึงทำให้การดำเนินคดีอาญานั้นมีคู่ความ ซึ่งได้แก่โจทก์และจำเลย โดยโต้แย้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งกันและกัน และศาลเป็นคนกลางในการวินิจฉัยคดี แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า โจทก์ในคดีอาญาจะต้องทำหน้าที่เช่นเดียวกับโจทก์ในคดีแพ่ง คือนำพยานหลักฐานเท่าที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมาสืบต่อศาลเท่านั้น โจทก์ในคดีอาญาไม่ว่าจะเป็นพนักงานอัยการ เจ้าพนักงานอื่นของรัฐ (รวมทั้งพนักงานสอบสวนด้วย) หรือผู้เสียหายมีหน้าที่ร่วมกันในการค้นหาความจริงและรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม⁶⁴ โจทก์โดยเฉพาะอย่างยิ่งพนักงานอัยการจะต้องมีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ไม่อาจเป็นคู่ความในทางเนื้อหาได้ เพราะฉะนั้นพนักงานอัยการจึงมีอำนาจและหน้าที่ที่จะกระทำเพื่อประโยชน์แก่จำเลย⁶⁵ โดยการเสนอพยานหลักฐานทั้งในส่วนที่เป็นคุณและเป็นโทษต่อจำเลยให้ศาลพิจารณา⁶⁶

กรณีนี้เห็นได้ว่าหากมีการบัญญัติมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ ก็ไม่กระทบกระเทือนต่อหลักการฟ้องคดีเนื่องจากประมวลวิธีพิจารณาความอาญาของไทยรองรับกับหลักการแยกอำนาจสอบสวนฟ้องร้องออกจากอำนาจในการพิจารณาพิพากษาแต่คงต้องระมัดระวังในการใช้อำนาจของพนักงานอัยการที่จะต้องมีความเป็นภาวะวิสัยโดยการตรวจสอบและนำเสนอพยานหลักฐานที่เป็นทั้งคุณและโทษแก่จำเลยก่อนการทำข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ ทั้งนี้จะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วเท่าเทียมกันและเป็นธรรมกับทั้งต้องกระทำให้เป็นที่ยอมรับศรัทธาของประชาชนและเป็นตัวแทนของแผ่นดินในการตรวจสอบและค้นหาความจริงในคดีอาญาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมดังที่มีบัญญัติไว้ในข้อ 5 ของระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547

⁶³ เช่นประเทศฝรั่งเศส ถือว่าการฟ้องคดีอาญาเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยเฉพาะ (อ้างถึงใน ธีรพันธุ์ รัศมิทัต. (2505). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส. หน้า 25.

⁶⁴ หยุต แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 13.

⁶⁵ คณิต ฌ นคร ข (กันยายน, 2528). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” วารสารนิติศาสตร์, 15, 3. หน้า 13.

⁶⁶ John H.Langbein. (1977). *Comparative Criminal Procedure Germany*. p. 90.

3) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลัก เจ้าพนักงานดำเนินการ

หลักการนี้มีความหมายว่า ให้เจ้าพนักงานดำเนินการ โดยผลการได้ ซึ่งตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยปรากฏในชั้นสอบสวนฟ้องร้อง กล่าวคือ เจ้าพนักงานสามารถสืบสวน สอบสวน และฟ้องร้องคดีได้เอง เว้นแต่เป็นความผิดต่อส่วนตัว⁶⁷

ผู้มีอำนาจในการเริ่มดำเนินคดีอาญาคือ พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ และพนักงานสอบสวน โดยถือว่าเป็นการดำเนินคดีเพื่อพนักงานอัยการ⁶⁸

หลักการนี้ในทางกฎหมายของไทยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากลับบัญญัติแยกกระบวนการสอบสวนฟ้องร้องออกจากกัน ซึ่งแท้จริงแล้วการสอบสวนฟ้องร้องนั้นควรเป็นกระบวนการเดียวกันแยกกันไม่ได้ สิ่งที่ส่งผลโดยประการสำคัญ กรณีของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพหากนำมาบัญญัติใช้ก็คือ เมื่อกระบวนการยุติธรรมชั้นเจ้าพนักงานแยกส่วนระหว่างพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการขาดการดูแลและคานกัน โดยที่พนักงานสอบสวนสามารถเริ่มคดีได้เองเป็นส่วนใหญ่ (เว้นแต่เป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว) และพิจารณาจนเสร็จสิ้นแล้วส่งไม้ต่อไปยังอัยการ แม้อัยการจะมีอำนาจในการสั่งสอบสวนเพิ่มเติมก็ดีในกรณีเห็นว่พยานหลักฐานนั้นมีไม่เพียงพอหรือมีความสงสัยในพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนหาได้ หากพนักงานสอบสวนไม่เชื่อฟัง อัยการก็ไม่สามารถที่จะไปบังคับบัญชาหรือให้คำแนะนำแก่พนักงานสอบสวนนั้นได้โดยตรง แม้แต่การที่อัยการเห็นควรให้ดำเนินคดีกับบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีด้วย หากพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติก็มีแต่การดำเนินการแจ้งหนังสือไปยังหน่วยงานต้นสังกัดของพนักงานสอบสวนผู้นั้นเพียงเท่านั้น ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 เหตุนี้เองเมื่อมีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ จึงอยู่ที่อำนาจในการทำข้อตกลงอยู่ในเงื้อมมือของอัยการ แต่หากสายพานเริ่มแรกของกระบวนการยุติธรรมมีลักษณะบิดเบี้ยวเช่น พนักงานสอบสวนตั้งข้อหาเกินจริงหรือตั้งข้อหาแล้วดำเนินคดีไม่ครอบคลุมบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในกระบวนการเดียวกัน หรือตั้งข้อหาเกินกว่าการกระทำ ความผิดที่เขาควรจะได้รับ หรือมีการข่มขู่ให้ยอมให้การรับสารภาพ หรือมีการเรียกรับสินบนจากพนักงานสอบสวนในการตั้งข้อหาแล้วละก็ การใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพจึงไม่อาจจะเป็นไปได้ไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรมอย่างแท้จริงได้

⁶⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 17-20.

⁶⁸ คณิศ ฌ นคร ข. เล่มเดิม.

4) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักดำเนินคดี

ตามกฎหมาย⁶⁹ (Legalitätsprinzip)

หลักการนี้มีความหมายว่า เจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีตามกฎหมายกล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องสอบสวน หากปรากฏว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องฟ้องร้องผู้นั้นต่อไป อันเป็นหลักประกันความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่สอบสวน ฟ้องร้องมิให้มีการใช้อิทธิพลที่ไม่ชอบด้วยความยุติธรรม⁷⁰

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเรา ได้แบ่งแยกการดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้องออกจากกัน โดยให้พนักงานสอบสวนรับผิดชอบการสอบสวน และให้พนักงานอัยการรับผิดชอบการฟ้องร้อง ดังนั้นในชั้นแรกจึงต้องพิจารณาก่อนว่า หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้น พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องสอบสวนหรือไม่

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 122 บัญญัติให้พนักงานสอบสวนอาจจะไม่ทำการสอบสวนในกรณีใดได้บ้าง ซึ่งตามหลักการตีความในทางตรงกันข้ามมีความหมายว่ากรณีอื่นๆ นอกจากนี้พนักงานสอบสวนต้องสอบสวน อันแสดงว่าการดำเนินคดีในชั้นสอบสวนนี้ได้นำหลักดำเนินคดีตามกฎหมายมาใช้⁷¹

ส่วนในชั้นฟ้องร้องนั้นเป็นปัญหาว่า หากมีหลักฐานเพียงพอว่า ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิด พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีต่อศาลเสมอไปหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ

ฝ่ายแรกเห็นว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายฉบับต่างๆ อาทิ ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งมีบทบัญญัติให้พนักงานอัยการไม่ฟ้องคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนทำผิดได้ ทำให้ตีความในทางกลับกันได้ว่าคดีอาญาอื่นนอกจากนี้ พนักงานอัยการจะไม่ฟ้องคดีเมื่อปรากฏหลักฐานว่าผู้ต้องหาไม่ได้กระทำความผิด อันเป็นหลักที่คู่เคียงกับวิธีการให้พนักงานอัยการ หรือเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้นที่จะฟ้องคดีอาญาที่เป็นความผิดต่อแผ่นดินได้⁷²

ฝ่ายที่สองเห็นว่าการดำเนินคดีชั้นฟ้องร้องนี้เป็นหลักการดำเนินคดีตามดุลยพินิจซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

⁶⁹ หยุด แสงอุทัย ก. ใช้คำว่า “หลักต้องปฏิบัติตามกฎหมาย.” ดู หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 13.

⁷⁰ คณิศ ณ นคร ค (2528). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 116.

⁷¹ หยุด แสงอุทัย ก. เล่มเดิม. หน้า 14.

⁷² แหล่งเดิม.

5) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักดำเนินคดีตามดุลยพินิจ⁷³ (Opportunitaetsprinzip)

หลักการนี้มีความหมายว่า เจ้าพนักงานของรัฐจะดำเนินการได้หรือไม่ ให้พิจารณาตามความเหมาะสม เช่น ควรสอบสวนหรือไม่ หรือควรฟ้องร้องหรือไม่ อันเป็นหลักตรงข้ามกับหลักดำเนินคดีตามกฎหมาย และเป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้กฎหมาย⁷⁴

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในชั้นสอบสวนของเรานั้นใช้หลักดำเนินคดีตามกฎหมาย ส่วนในชั้นฟ้องร้องนี้มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ซึ่งฝ่ายที่เห็นว่าชั้นฟ้องร้องใช้หลักดำเนินคดีตามดุลยพินิจให้เหตุผลว่า ในประเทศที่การดำเนินคดีอาญาชั้นฟ้องร้องเป็นหลักการดำเนินคดีตามกฎหมายจะมีบทบัญญัติในกฎหมายวางหน้าที่ของพนักงานอัยการไว้ชัดเจนว่า ในกรณีที่มีเหตุสงสัยตามควรว่า ได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น อัยการมีหน้าที่ต้องดำเนินคดี และเกิดหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “หลักเปลี่ยนแปลงไม่ได้” (Immutabilitätsprinzip) ซึ่งทำให้พนักงานอัยการเมื่อฟ้องคดีแล้วจะถอนฟ้องไม่ได้ อันถือว่าเป็นหลักประกันหลักดำเนินคดีตามกฎหมาย และสำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความของเรานั้น นอกจากไม่มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีทุกเรื่องแล้ว กฎหมายยังอนุญาตให้พนักงานอัยการถอนฟ้องได้ด้วย อันแสดงว่าหลักการดำเนินคดีอาญาของเราเป็นหลักดำเนินคดีตามดุลยพินิจ⁷⁵

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยได้เปิดช่องให้สามารถใช้ดุลยพินิจตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลยพินิจ เห็นได้จากมาตรา 143 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่อัยการมีดุลยพินิจที่จะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาใด ทั้งนี้โดยคำนึงถึงพยานหลักฐานและประโยชน์สาธารณะของคดี เพียงแต่หากจะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายมารองรับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพให้ชัดเจน นอกจากนี้เห็นได้ว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมีความสอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลยพินิจเพราะการที่พนักงานอัยการจะเข้าทำการต่อรองคำรับสารภาพกับผู้ต้องหาหรือจำเลย อัยการจะต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบแล้วว่าการรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจ สำนึกในการกระทำความผิด ไม่ได้เกิดจากการถูกข่มขู่ให้ต้องรับสารภาพ นอกจากนั้นกรณีอัยการมีเป้าประสงค์ที่จะได้รับความร่วมมือกับผู้ต้องหาเพื่อจะค้นหาตัวผู้กระทำความผิดรายใหญ่มาลงโทษ อัยการก็ต้องใช้ดุลยพินิจเลือกผู้ต้องหารายที่เหมาะสมที่สามารถได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อการ

⁷³ หยุต แสงอุทัย ใช้ในความหมายว่า “หลักการปฏิบัติตามโอกาส.” เล่มเดิม.

⁷⁴ คณิต ณ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 116.

⁷⁵ แหล่งเดิม. หน้า 121.

ดำเนินคดี เพื่อจะทำการฟ้องโดยลดข้อหา ลดโทษ หรือสั่งไม่ฟ้องในข้อหา นั้นหรือเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในลำดับต่อไป

6) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักการค้นหาความจริง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หลักการค้นหาความจริงตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นหลักการค้นหาความจริงแท้ จึงอาจแยกพิจารณาสาระสำคัญได้ 2 ประการ คือ

- หลักค้นหาความจริงได้เอง (Inquisitionsprinzip)⁷⁶ กล่าวคือในชั้นสอบสวน เจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ค้นหาความจริงได้เองโดยไม่ผูกมัดกับคำขอหรือคำร้องของผู้ใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้นำหลักการนี้มาใช้ เว้นแต่เป็นความผิดต่อส่วนตัว ตัวอย่างเช่น มาตรา 131 จะบัญญัติให้พนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงต่างๆ ทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายต่อผู้ต้องหา⁷⁷ และเพื่อให้ทราบพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดด้วย อันจะเป็นประโยชน์ในการแถลงให้ศาลทราบ เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม

มาตรา 143 บัญญัติให้พนักงานอัยการสั่งสำนวนการสอบสวน อันแสดงว่าพนักงานอัยการมีอำนาจตรวจสอบ เช่น สั่งให้สอบสวนเพิ่มเติม เป็นต้น

- หลักค้นหาความจริงแท้ (Prinzip der Materiellen Wahrheitserforschung)

หลักนี้เป็นหลักที่ตรงข้ามกับหลักผู้คดีกันเอง (Verhandlungmaxime)⁷⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบันใช้หลักเกณฑ์ใหม่คือ ถ้าศาลเห็นว่าตามที่จำเลยรับสารภาพ

⁷⁶ ศ.ดร.คณิต ณ นคร เรียกว่า หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา (Inquisitionsprinzip) และกล่าวไว้ว่าเป็นคนละเรื่องกับ หลักการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน (Inquisitionsprozess) จากความสับสนในสองเรื่องนี้จึงทำให้นักกฎหมายในประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) เข้าใจกันว่าการดำเนินอาญาในประเทศภาคพื้นยุโรปใช้ระบบไต่สวน ซึ่งเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน อ้างถึงในคณิต ณ นคร ง (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 49.

⁷⁷ ทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนจะรวบรวมพยานหลักฐานเฉพาะที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาเท่านั้น (อ้างถึงในข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ที่ 1/2498 ข้อ 254 ว่าด้วยระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีซึ่งระบุว่าการพยานฝ่ายผู้ต้องหาไม่จำเป็นต้องสอบสวนก็ได้).

⁷⁸ บางตำราเรียกว่าหลักความตกลง (Verhandlungmaxime หรือ Verhandlungsgrundsatz หรือ Negotiation Principle) อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ง เล่มเดิม. หน้า 39.

นั้นไม่เป็นความจริง ศาลสืบพยานได้เสมอ แต่ถ้าในคดีโทษจำคุกไม่ถึง 5 ปี ถ้าศาลเชื่อว่าจำเลยที่ทำให้การรับสารภาพเป็นความจริง ศาลก็พิพากษาได้โดยไม่ต้องฟังคำพยาน⁷⁹

แต่กระนั้นก็ตาม หากศาลยังมีความสงสัยในการรับสารภาพ ศาลก็มีหน้าที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริงต่อไป⁸⁰ จะละเลยไม่ทำหน้าที่ไม่ได้⁸¹

จะเห็นได้ว่า โดยสภาพของการค้นหาความจริงที่ยึดหลัก “หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา” ดังกล่าวนั้น ศาลจะเป็นผู้ถามพยานจนกว่าจะพอใจ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ความน่าเชื่อถือของพยานด้วยการถามค้าน (cross-examination) อันเป็นลักษณะของการค้นหาความจริงในระบบคอมมอนลอว์⁸²

ผู้เขียนเห็นว่าหากตรวจสอบถึงเบื้องหลังของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ จะพบว่าใช้หลักผู้คดีกันเอง (Verhandlungmaxime)⁸³ หรือหลักการตามตกลงซึ่งตรงกันข้ามกับหลักค้นหาความจริงแท้ (Prinzip der Materiellen Wahrheitserforschung) ซึ่งเป็นเจตจำนงที่อยู่เบื้องหลังของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยอย่างชัดเจน เห็นได้จากเมื่อมีการนำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพมาขึ้นต่อศาล ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม หากเป็นกรณีสงสัยว่าจำเลยนั้นได้กระทำผิดหรือไม่ ศาลมีหน้าที่เพียงตรวจสอบถึงคำรับสารภาพของจำเลยว่ากระทำโดยสมัครใจหรือไม่ และรับสารภาพไปโดยรู้สำนึกและข้อเท็จจริงขององค์ประกอบของความผิดครบถ้วนแล้วหรือไม่ ไม่อาจก้าวล่วงไปวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีได้เลย

7) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักฟังความทุกฝ่าย (Audiatur et altera pars)

หลักฟังความทุกฝ่าย หมายความว่า จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาที่จะแก้ข้อหาได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในการดำเนินคดีอาญาตามระบบกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี ผู้ถูกกล่าวหาจึงมีสิทธิต่างๆ ในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถูก

⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2478, มาตรา 176 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2499, มาตรา 11 (แต่เดิมก่อนที่มีการแก้ไขนั้นเป็นเรื่องที่กำหนดโทษจำคุกไม่ถึง 10 ปี)

⁸⁰ ในทางปฏิบัติมีการเร่งพิจารณาพิพากษาคดีในปลายปีเพื่อมิให้คดีค้างศาล แต่ในการเร่งรัดดำเนินการนั้นก็ต้องคำนึงถึง “หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา” นี้ด้วย

⁸¹ คณิต ณ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 49.

⁸² ในประเทศเยอรมันได้นำระบบการถามค้าน มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย (มาตรา 239 วรรคแรก) แต่ในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่ามีการใช้กันแต่ประการใด อ้างถึงในคณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 16.

⁸³ บางตำราเรียกว่าหลักความตกลง (Verhandlungmaxime หรือ Verhandlungsgrundsatz หรือ Negotiation Principle) อ้างถึงในคณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 39.

กล่าวหาจะต้องได้รับทราบว่าเขาถูกกล่าวหาหรือถูกฟ้องอย่างไร⁸⁴ เพื่อเขาจะได้มีโอกาสแก้ข้อหา หรือให้การแก้ข้อหาในฟ้องได้ จากหลักฟังความทุกฝ่ายนี้ กรณีจึงต้องสอบสวนปากคำผู้ต้องหา ก่อนการฟ้องเสมอ ตัวอย่างเช่น มาตรา 120 บัญญัติให้ต้องมีการสอบสวนผู้ต้องหา ก่อนฟ้องเสมอ มาตรา 134 บัญญัติให้เจ้าพนักงานต้องแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบ เพื่อให้เขามีโอกาสโต้แย้ง ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 138 ยังกำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบข้อความทุกข้อที่ได้มา เพราะพนักงานสอบสวนอาจบันทึกสิ่งที่ไม่ใช่ของเขามา จึงต้องให้โอกาสเขาโต้แย้ง ซึ่งบทบัญญัติที่แสดงถึงหลักฟังความทุกฝ่ายก็มี เช่น มาตรา 134, 138, 158 (5), 172, 83, 84, 103⁸⁵

ดังนั้นหลักการเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกับหลักฟังความทุกฝ่าย เนื่องจากก่อนจะมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ ยัยการยอมที่จะเข้ามาตรวจสอบถึงสิทธิต่างๆ ของผู้ถูกกล่าวหาว่าได้รับรู้ถึงสิทธิดังกล่าวอย่างครบถ้วนหรือไม่ การสอบสวนผู้ต้องหา การแจ้งข้อหา รวมถึงความเข้าใจในเรื่องของการยอมสละสิทธิบางประการที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติและคุ้มครองไว้ เช่น สิทธิในการที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิกิริยาต่อตนเอง

8) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักวาจา

หลักนี้มีความหมายว่าในการพิจารณาคดีอาญานั้นต้องกระทำโดยทางวาจา กล่าวคือ ศาลต้องอ่านฟ้องให้จำเลยฟัง จำเลยต้องให้การด้วยวาจาและการสืบพยานก็ต้องทำด้วยวาจาซึ่งเป็นหลักที่ตรงกันข้ามกับหลักทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Grundsatz der Schriftlichkeit)⁸⁶

การพิจารณาคดีต้องกระทำด้วยวาจา จำเลยต้องให้การด้วยวาจา แม้จำเลยจะให้การเป็นหนังสือได้แต่ก็ต้องมีการสอบวาจากันอีก⁸⁷ การสืบพยานก็ต้องทำด้วยวาจาและเฉพาะสิ่งที่ได้กระทำด้วยวาจากันแล้วเท่านั้นที่จะยกมาวินิจฉัยคดีได้⁸⁸ ความรู้ที่ได้มานอกการพิจารณาของศาลนั้น ศาลจะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ นอกจากนี้ ศาลจะหยิบยกเอาสิ่งอื่นใดนอกสำนวนมา

⁸⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 134, 158 (5).

⁸⁵ คณิต ณ นคร เล่มเดิม. หน้า 50.

⁸⁶ หยุด แสงอุทัย เล่มเดิม. หน้า 16.

⁸⁷ ในทางปฏิบัติศาลจะสอบถามจำเลยอีก เช่น ถามว่า จำเลยให้การตามที่ยื่นมานี้ใช่หรือไม่ เมื่อจำเลยรับว่าใช่ ศาลก็จะบันทึกไว้ในคำให้การนั้น เช่น บันทึกว่า “สอบแล้วจำเลยให้การตามที่รับเป็นคำให้การ.”

⁸⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1030/2533 การพิพากษาคดีอาญา หาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายใดให้ศาลจำต้องถือตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาคดีอื่น ดังนั้น เมื่อ ว. ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดร่วมกับจำเลยถูกฟ้องในคดีอื่นและศาลพิพากษายกฟ้อง เพราะไม่มีประจักษ์พยาน จึงไม่ผูกพันศาลว่าจะต้องพิพากษายกฟ้องจำเลยในคดีนี้ด้วย

เป็นข้อวินิจฉัยคดีก็ไม่ได้ แม้สิ่งนั้นจะเป็นที่ทราบอยู่แก่ทุกคนในคดี และแม้จำเลยเองจะได้ยินยอมเห็นชอบที่จะให้หยิบยกขึ้นวินิจฉัยก็ตาม

บทบัญญัติที่แสดงถึงหลักวาทะก็มี เช่น มาตรา 11, 172, 237⁸⁹

ผู้เขียนเห็นว่าหลักวาทะนั้นย่อมสอดคล้องกับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ เพราะหลังจากที่อัยการได้ทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพกับผู้ต้องหาแล้วและได้ยื่นข้อตกลงนั้นเพื่อให้ศาลเห็นชอบ ศาลมีหน้าที่ในการสอบถามตัวจำเลยด้วยวาจาในศาลอีกครั้งว่าจะรับสารภาพหรือปฏิเสธข้อตกลง ยิ่งกว่านั้นศาลต้องสอบถามจำเลยให้แน่ใจถึงการรับรู้สถานะและองค์ประกอบของความผิดของคดี และการรับสารภาพของจำเลยนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริงหรือ เพราะถูกบีบบังคับจากเจ้าพนักงานของรัฐให้ต้องให้การรับสารภาพ อย่างไรก็ตามคดีมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 143/2464, 405/2464, 775/2465, 633/2469 ว่าความรู้ที่ได้มานอกการพิจารณาของศาลนั้น ศาลจะหยิบยกมาวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ แม้สิ่งนั้นจะเป็นที่ทราบอยู่แก่ทุกคนในคดี และแม้จำเลยเองจะได้ยินยอมหรือเห็นชอบที่จะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยก็ตาม ดังนั้นก่อนที่จะได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพในอนาคตหากรัฐเห็นว่ามิใช่เหตุผลอันจำเป็น อัยการควรจะต้องเลือกรูปแบบการต่อรองคำรับสารภาพที่เรียกว่าการต่อรองดุลยพินิจการลงโทษแนบไปกับคำฟ้องทั้งนี้ เพราะในเรื่องการต่อรองการลงโทษนั้นเป็นดุลยพินิจของศาลอยู่แล้วในการพิจารณาว่าจำเลยควรได้รับการปรานีจากศาลหรือไม่ มากน้อยเพียงใด และเพื่อจะได้เป็นการกระทำที่ไม่ขัดกับคำวินิจฉัยของศาลในคดีก่อนๆ

9) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักพยาน

โดยตรง (Prinzip der Unmittelbarkeit)

“หลักพยานโดยตรง” เกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับหลักวาทะ ในหลักพยานโดยตรงนี้มีเรื่องต่างๆ อยู่ 2 เรื่อง คือ เรื่องการสืบพยานต้องกระทำโดยตรง และเรื่องพยานโดยตรง

“การสืบพยานต้องกระทำโดยตรง” หมายความว่า การสืบพยานเป็นหน้าที่ของศาลดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งมาตรา 229 ที่ว่า

“ศาลเป็นผู้สืบพยาน จะสืบในศาลหรือนอกศาลก็ได้แล้วแต่เห็นสมควรตามลักษณะของพยาน”

“พยานโดยตรง” หมายความว่า ศาลต้องวินิจฉัยคดีตามเหตุผลที่ได้จากการสืบพยาน ศาลจะรับฟังคำให้การพยานที่จดในชั้นสอบสวน หรือได้สวนมูลฟ้องว่าเป็นคำให้การของพยานผู้นั้นแทนการเบิกความย่อมไม่ได้⁹⁰ แม้พยานที่เป็นผู้ชำนาญการพิเศษก็ต้องมาเบิกความใน

⁸⁹ คณิต ผนคร งามเดิม. หน้า 51.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 230/2460, 311/2461, 1546/2462, 1041/2466.

ศาล⁹¹ ทั้งนี้เพราะความน่าเชื่อถือของพยานเป็นสาระสำคัญของเรื่องด้วย และความน่าเชื่อถือนั้นจะได้มาก็ต่อเมื่อได้เห็นตัวและจากการสังเกตการให้การเท่านั้น⁹²

ผู้เขียนเห็นว่าหลักพยานโดยตรง (Prinzip der Unmittelbarkeit) ย่อมไม่สอดคล้องกับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพเนื่องจากการทำข้อตกลงเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพนั้น ย่อมเป็นการตัดขาดจากการพิจารณาสืบพยานในชั้นศาลอย่างสิ้นเชิง อีกทั้งการสอบถามตามกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพนั้นส่วนใหญ่ก็กระทำกันประมาณ 15-45 นาทีเพียงเท่านั้นในการพิจารณาข้อตกลงที่จำเลยให้การรับสารภาพกับพนักงานอัยการ และศาลก็ต้องรีบเร่งที่จะให้ความเห็นชอบหรือปฏิเสธ หากศาลเห็นชอบกับข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ย่อมทำให้คดีจำเลยนั้นเสร็จสิ้นไปจากศาลโดยไม่มีการสืบพยานแต่อย่างใด

10) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักเปิดเผย (Prinzip der Offenheit)

หมายความว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น แม้บุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียก็เข้าฟังการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลได้ อันเป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่กำหนดขึ้นมา เพื่อป้องกันการพิจารณาคดีที่กระทำเป็นการลับ (secret trial) ซึ่งเกิดขึ้นในการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน

ตัวอย่างเช่น มาตรา 172 บัญญัติให้การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

หลักในการพิจารณาคดีที่ต้องกระทำโดยเปิดเผยนี้ เป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักแสดงความเป็นประชาธิปไตย และเป็นคุณลักษณะของวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีประการหนึ่ง⁹³

การพิจารณาคดีที่ตรงกันข้ามกับการพิจารณาโดยเปิดเผย คือ “การพิจารณาลับ” ซึ่งตามมาตรา 177 การพิจารณาลับจะกระทำได้เฉพาะเพื่อประโยชน์ที่บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้เท่านั้น คือ “เพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน”

อย่างไรก็ตาม มาตรา 182 วรรคสอง บัญญัติว่า

⁹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 243 วรรคสอง บัญญัติว่า ศาลจะให้ผู้ชำนาญการพิเศษทำความเห็นเป็นหนังสือก็ได้ แต่ต้องให้มาเบิกความประกอบหนังสือนั้น ให้ส่งสำเนาดังกล่าวแล้วแก่คู่ความทราบล่วงหน้า ไม่น้อยกว่าสามวันก่อนวันเบิกความ.

⁹² คณิต ฒ นคร. (2522, สิงหาคม). “ข้อวิจารณ์และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.” วารสารอัยการ, 2, 20. หน้า 71.

⁹³ คณิต ฒ นคร ค เล่มเดิม.

“ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผย”

ดังนั้นไม่ว่าการพิจารณานั้นจะเป็นกรพิจารณาโดยเปิดเผยหรือเป็นการพิจารณาลับคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต้องอ่าน โดยเปิดเผยเสมอ

การพิจารณาลับจะกระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นกรณีการชั่งน้ำหนักการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐโดยส่วนรวมกับสิทธิหรือประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน และเป็นกรณีที่สิทธิหรือประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมมีมากกว่าเท่านั้น⁹⁴

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมีความสอดคล้องกับหลักเปิดเผยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อตกลงนั้นหรือไม่ก็ตามก็สามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีในศาลได้ นอกจากเป็นกรณีศาลเห็นว่ามีความจำเป็นก็อาจสั่งให้มีการพิจารณาโดยลับได้เช่นเดียวกับ มาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่นกรณีมีการต่อรองคำรับสารภาพที่เรียกว่ากันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานหรือต่อรองผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อให้ได้รับซึ่งข้อมูลข่าวสารขององค์กรอาชญากรรมหรือผู้ร่วมขบวนการรายอื่นๆ ซึ่งมีความจำเป็นต้องกระทำโดยลับ ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกันเป็นพยานและเป็นการไม่สร้างความกดดันให้ผู้ถูกกันเป็นพยานนั้นเกิดความเครียดในการที่จะเล่าหรือให้การที่เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนสอบสวน อีกทั้งอาจพิจารณาให้มีการพิจารณาโดยลับได้หากมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับประโยชน์ส่วนบุคคลแล้วเห็นว่าประโยชน์ส่วนรวมนั้นอาจมีมากกว่าหากมีการพิจารณาข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ

11) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

“หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน” หมายความว่า ใน การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นหน้าที่ของศาล

หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 227 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลยพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น”

ยิ่งไปกว่านั้น ในการพิจารณาว่าศาลควรฟังข้อเท็จจริงอย่างไร เราใช้หลัก การพิจารณาพยานหลักฐานโดยเสรี⁹⁵ กล่าวคือ ศาลจะใช้เหตุผลทางตรรกวิทยาและศาสตร์ต่างๆ ประกอบการใช้ดุลยพินิจพิจารณาพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ ซึ่งหลักการดังกล่าวผู้เขียนจะวิเคราะห์

⁹⁴ คณิต ณ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 54.

⁹⁵ หยุด แสงอุทัย ค เล่มเดิม. หน้า 20.

ความสอดคล้องกับการต่อรองคำรับสารภาพในลำดับต่อไปพร้อมกับหลักกบประ โยชน์แห่งความ สงสัย

12) ความเหมาะสมของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพกับหลักกบ ประ โยชน์แห่งความสงสัย

“หลักกบประ โยชน์แห่งความสงสัย” (in dubio pro reo) หมายความว่า ใน กรณีที่ยังมีความสงสัยตามควรในข้อเท็จจริงในคดี ต้องยกประ โยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีกับ ผู้กระทำ

มาตรา 227 วรรคสอง บัญญัติวางหลักดังกล่าวไว้ว่า

“เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประ โยชน์ แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

บทบัญญัตินี้หมายความว่า ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลย ไม่มีความผิด⁹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ก็บัญญัติรองรับ หลักการนี้ว่า

“ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด”

ความสงสัยที่จะต้องยกประ โยชน์ให้ผู้ถูกกล่าวหาขึ้นต้องเป็นเรื่องความ สงสัย ในข้อเท็จจริงเท่านั้น ความสงสัยในข้อกฎหมายจะใช้หลักนี้ไม่ได้

หลักกบประ โยชน์แห่งความสงสัยแสดงให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานการ กู้มครองสิทธิ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วยว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งถึงการ ยกฟ้องผู้บริสุทธิ์มากกว่าการลงโทษผู้ผิด หรือที่มักจะกล่าวกันเสมอว่า “ปล่อยคนผิดไปสิบคน ดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว”⁹⁷

ผู้เขียนเห็นว่าหากนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ข่มขัดกับหลัก ความเป็นอิสระในการชี้หน้าหนักพยานหลักฐานและหลักกบประ โยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย เนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพจะเป็นการตัดหลักการค้นหาความจริงแห่งคดีที่ทุกฝ่ายต้อง ร่วมมือเพื่อให้ความจริงปรากฏแต่กลับเป็นการตัดการนำพยานเข้าสืบ ซึ่งศาลเองย่อม ไม่มีข้อมูล

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 899/2487 ในคดีอาญา โจทก์จะต้องนำสืบปราศจากสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง แต่ในคดีแพ่งศาลต้องดูพยานหลักฐานของทุกฝ่าย แล้วพิจารณาว่าพยานหลักฐานทั้งหมดนั้นเชื่อสมหนักไปข้าง ฝ่ายใด แม้ว่าไม่ถึงกับปราศจากข้อสงสัย ศาลก็ยังชี้ขาดให้ฝ่ายนั้นชนะคดีได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 472/2500 ประ โยชน์แห่งความสงสัยที่จะยกให้เป็นผลดีแก่จำเลยนั้น ต้องมีเหตุผล อันสมควรให้เกิดความสงสัย ข้อสงสัยที่ห่างไกลต่อเหตุผล ไม่เป็นเหตุให้ศาลยกฟ้อง

⁹⁷ คณิต ณ นคร ง เล่มเดิม. หน้า 57.

สำหรับการค้นหาความจริงแห่งคดีจากพยานหลักฐานได้โดยตรง ศาลถูกผูกมัดที่จำต้องพิจารณาตามกระบวนการตรวจสอบซึ่งทำให้แค่เพียงพิจารณาว่าสัญญาหรือข้อตกลงที่ทำขึ้นนั้นจำเลยได้เข้าใจและรับรู้ถึงความหมาย องค์ประกอบ และการสมัครใจของจำเลยหรือไม่เพียงเท่านั้น แม้ศาลอาจเกิดความสงสัยบางประการในพยานหลักฐานว่าจำเลยได้กระทำผิดจริง ศาลก็ไม่มีอำนาจเหนือข้อตกลงนั้นในอันที่จะใช้ดุลยพินิจประกอบประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย

4.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย

ในหัวข้อต่อไปจะได้วิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในแง่ทางปฏิบัติและผลกระทบการดำเนินคดีอาญาหากมีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย

4.3.1 วิเคราะห์ความเหมาะสมของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพในแง่ทางปฏิบัติ

การต่อรองคำรับสารภาพโดยคำที่จำเลยรับจะส่งผลเสียแก่ตนเอง คือ เป็นผลให้ตนเองถูกฟ้องและลงโทษทางอาญาตามที่ให้การรับสารภาพ โดยกระบวนการดังกล่าวให้หลักประกันสิทธิแก่จำเลย คือ ก่อนที่จำเลยจะทำการตกลงกับอัยการสามารถมีสิทธิปรึกษากับทนายความก่อน โดยจำเลยจะได้รู้ถึงสิทธิของตนที่มีอยู่ รวมถึงแนวโน้มของคดีจากทนายของตนและอัยการ ทั้งนี้เป็นไปตาม Federal Rule of Criminal Procedure ข้อ 11 ที่ได้กำหนดสิทธิของจำเลยในการแก้ต่างคดีทั้งในชั้นของกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพก่อนฟ้องคดีและในชั้นศาล

ดังนั้นสิทธิในการมีทนายความของจำเลยเพื่อเป็นเครื่องมือในการดำเนินการทางกฎหมายอย่างใกล้ชิดจึงเป็นสิทธิที่มีความสำคัญมากประการหนึ่งของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการค้นหาความจริงในเนื้อหาแห่งคดีและเป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลนั้นมั่นใจมากที่สุดในการพิพากษาลงโทษจำเลย หากเห็นว่าจำเลยกระทำผิดจริงหรือยกฟ้องโจทก์หากปรากฏแก่ศาลว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ อย่างไรก็ตามการต่อรองคำรับสารภาพโดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาจำเลยมีสิทธิที่จะรับหรือปฏิเสธข้อเสนองานอัยการก็ได้โดยในการปรึกษากับทนายความเพื่อพิจารณาข้อเสนองานอัยการนั้น แต่ทนายจำเลยกลับมีอิทธิพลต่อการต่อรองคำรับสารภาพของจำเลย และบรรดาทนายก็เต็มไปด้วยความกดดันต่อตัวจำเลยเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้แม้จะใช้หลักการค้นหาความจริงแบบต่อสู้ ซึ่งโดยหลักแล้วคู่ความมีสถานะเท่าเทียมกันทั้งพนักงานอัยการและจำเลย อย่างไรก็ตามความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในทางปฏิบัติกลับไม่เป็นเช่นนั้นซึ่งทำให้จำเลยเสียเปรียบฝ่ายตรงข้ามคือพนักงานอัยการอย่างมีนัยยะอยู่เสมอ จำเลยจึงไม่อาจต่อสู้คดีได้โดย

เจตจำนง (free will) ที่แท้จริง นอกจากนี้ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์⁹⁸ ได้ให้ทัศนะว่าแม้ทนายจำเลยจะมีความเชี่ยวชาญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีอาญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างผู้พิพากษา อัยการ และทนายจำเลยนั้นกลับมีบทบาทอย่างยิ่งต่อกระบวนการดังกล่าวและมีความร่วมมือรวมทั้งติดต่อประสานงานทั้งรูปแบบที่เป็นทางการและไม่ทางการอย่างเป็นกิจวัตรอยู่แล้ว ทำให้ทั้งอัยการและผู้พิพากษาต่างยอมรับร่วมมือกับทนายจำเลยในการยอมรับข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ เหตุนี้เองสถานะกดดันจึงต้องตกอยู่กับตัวจำเลยที่จำต้องยอมรับการต่อรองคำรับสารภาพโดยปริยาย

ในการดำเนินการต่อรองคำรับสารภาพชั้นพนักงานอัยการนั้นก็เช่นเดียวกัน ซึ่งในทางปฏิบัติของกระบวนการจะพบว่าในหลายคดี อัยการมักฟ้องในข้อหาที่หนักหรือเกินกว่าข้อหาที่สมควรจะตั้งได้ตามปกติเพื่อให้จำเลยกลัวและเป็นการกดดันให้จำเลยตัดสินใจโดยเร็วในการเข้ามาสู่การเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ โดยเฉพาะการฟ้องคดีบางประเภทที่ขัดกับข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวน และขัดกับความเห็นในชั้นคำสั่งฟ้องของอัยการเอง เช่น ข้อเท็จจริงจากการสอบสวนได้ความว่าผู้ต้องหาฆ่าผู้อื่น โดยป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุหรือการกระทำโดยจำเป็นเกินสมควรแก่เหตุหรือโดยบันดาลโทสะ ฯลฯ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาให้อยู่ในดุลยพินิจของศาลจะลงโทษจำเลยน้อยเพียงใดก็ได้ ในทางปฏิบัติอัยการที่ใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพมักฟ้องผู้ต้องหาฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาจึงเป็นการฟ้องที่มีข้อหาหนักกว่าข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนแล้วให้เป็นหน้าที่ของจำเลยจะต้องสู้ในศาลว่าตนกระทำเพื่อป้องกันตัวหรือจำเป็นหรือบันดาลโทสะ” ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพขัดกับหลักการดำเนินคดีอาญา โดยรัฐอย่างสิ้นเชิง การที่พนักงานอัยการเป็น โจทก์ฟ้องคดี ย่อมเท่ากับว่า พนักงานอัยการฟ้องคดีแทนรัฐ ทั้งนี้เพราะอัยการไม่ได้ฟ้องคดีเป็นส่วนตัวในนามของตัวพนักงานอัยการผู้ว่าคดี ด้วยเหตุนี้ พนักงานอัยการจึงเป็น โจทก์ในทางแบบพิธีเท่านั้น ดังนั้นการฟ้องในข้อหาที่หนักกว่าความเป็นจริงที่จำเลยกระทำหรือยังคงทำการต่อรองคำรับสารภาพทั้งที่พยานหลักฐานไม่พอฟ้องอันควรสั่งไม่ฟ้องตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้แต่กลับถือว่าตนเองเป็นคู่แพะชนะกับจำเลย พนักงานอัยการจะมีสภาพไม่ต่างกับผู้เสียหาย ที่มุ่งเอาชนะคะคานกันตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนซึ่งสามารถนำมามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ได้เพราะหลักการดังกล่าวเน้นการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้ พนักงานอัยการถือว่าดำเนินการแทนเอกชน โดยมุ่งใช้เทคนิคหรือข้อบกพร่องในวิธีพิจารณาความต่างๆ ของจำเลยมาใช้เพื่อให้ตนเองเกิดความได้เปรียบแก่คดี

⁹⁸ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ปลัดกระทรวงยุติธรรม, สัมภาษณ์ 12 กุมภาพันธ์ 2553.

⁹⁹ ด้วยความร่วมมือดังกล่าวจึงแทบไม่ต้องสงสัยเลยว่าทำไมสถิติคดีอาญาของสหรัฐนั้นส่วนใหญ่จึงเสร็จสิ้นไปก็เพราะกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ อ้างถึงใน Gorge Fisher Op.cit. p. 128.

เมื่อพิจารณาในชั้นพิจารณาคดี จริงอยู่ที่แนวทางในการปฏิบัติของศาลในปัจจุบัน เป็นไปในรูปแบบที่เรียกว่าเป็นการวางเฉย (passive) ขาดความกระตือรือร้นที่จะค้นหาความจริงใน คดีโดยศาลมีฐานะเป็นเพียงกรรมการคอยควบคุมกติกาการแข่งขันระหว่างพนักงานอัยการและ จำเลยซึ่งน่าจะเป็นไปในแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่อาจใช้มาตรการต่อรองคำรับ สารภาพมาบังคับใช้ได้ อย่างไรก็ตามก็ตระหนักดีว่าเป็นปัญหาเรื่องของหลักทฤษฎีและแนวปฏิบัติที่ไม่ ตรงกันแต่เมื่อได้พิจารณาถึงนิติวิธีทางระบบกฎหมายแล้วพบว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีระบบ กฎหมายซีวิลลอว์เฉกเช่นในประเทศภาคพื้นยุโรป จึงต้องยึดหลักการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นหลักในการวินิจฉัย ซึ่งระบบนี้จะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ที่ใช้ระบบไม่ต่อสู้ (Non-adversarial หรือ Inquisitorial System) ในการค้นหาความจริงของระบบซีวิลลอว์ ศาลต้องกระตือ รือร้นในการค้นหาความจริง ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มีบทบัญญัติมากมายที่ แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลที่ต้องมีความกระตือรือร้นในการค้นหาความจริง ตั้งแต่การอ่าน อธิบายฟ้อง การสืบพยาน การถามพยาน การเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติม การเรียกสำนวนมาประกอบ การวินิจฉัย ซึ่งถือขั้นตอนสำคัญของการพิจารณาคดีอาญาทั้งสิ้น แต่ในทางปฏิบัติของศาลไทย ได้มี การนำบทบาทเหล่านี้มาใช้้น้อยมาก ทั้งนี้อาจเพราะตามประวัติศาสตร์ ในสมัยที่ประเทศไทยจะ ปฏิรูปกฎหมายประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีอิทธิพลทางการเมือง ทางวัฒนธรรม และทาง กฎหมายต่อประเทศไทยอย่างมาก กล่าวคือ ก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายศาลไทยก็ได้ใช้หลัก กฎหมายอังกฤษหลายลักษณะในการตัดสินใจอยู่แล้ว อีกทั้งนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ได้รับการ อบรมศึกษากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษหลายท่าน ดังนั้นแม้ประเทศไทยจะเลือกใช้ระบบ กฎหมายแบบซีวิลลอว์ แต่หลักกฎหมายของอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ก็ยังฝัง รากลึกอยู่ในระบบกฎหมายไทย¹⁰⁰ ด้วยเหตุนี้ทำให้ศาลมีทัศนคติที่จะต้องวางตัวเป็นกรรมการตัดสิน คดีเช่นเดียวกับศาลในประเทศอังกฤษ ไม่มีความกระตือรือร้นในการค้นหาความจริงในคดี และนำ หลักการถามค้าน (Cross-examination) มาใช้ในการพิจารณาคดีด้วย ซึ่งคงเป็นหน้าที่ของผู้บริหาร องค์การตุลาการที่จะต้องส่งเสริมและกระตุ้นให้บรรดาผู้พิพากษาทั้งหลายต่างเข้าใจระบบกฎหมายที่ ถูกต้องและปฏิบัติให้ตรงกัน

เมื่อเปรียบเทียบในเชิงระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกันระหว่างประเทศที่ใช้ระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ความแตกต่างในเชิงปรัชญาเกี่ยวกับ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาปรากฏในความแตกต่างทางโครงสร้างระหว่างสองระบบ ยังผลให้ เกิดความแตกต่างกันในส่วนหลักการดำเนินคดีว่าเป็นระบบการค้นหาความจริงในระบบต่อสู้กับ

¹⁰⁰ ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2519, สิงหาคม). “บทเรียนจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของทวีป ยุโรป.” วารสารนิติศาสตร์. หน้า 8.

ระบบไม่ต่อสู้ แม้ทั้งสองระบบนั้นมีความเหมือนกันตรงที่ได้รับการออกแบบมาโดยมีจุดประสงค์เพื่อจะส่งเสริมให้มีการค้นหาความจริงแต่ระดับของการค้นหาความจริงในระบบชีวิตล่อวั้นมีประสิทธิภาพมากกว่าตรงที่พนักงานสอบสวนและอัยการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนและฟ้องร้องในลักษณะเป็นภาวะวิสัยโดยสืบสวนไปตามพยานหลักฐานหรือเบาะแสที่จะช่วยไขความกระจ่างให้กับคดี โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะเป็นผลดีหรือผลร้ายกับจำเลย ในการพิจารณาเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาพยานหลักฐานทุกอย่างด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่าพยานหลักฐานนั้นจะชี้ไปในทางว่าจำเลยผิดหรือบริสุทธิ์¹⁰¹

ดังนั้นแม้ในประเทศฝั่งยุโรปบางประเทศจะมีมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ แต่ก็ยังมีประเด็นถกเถียงกันถึงความเหมาะสมกับระบบชีวิตล่อวอยู่ แต่จะเห็นได้ว่าทั้งฝรั่งเศสและเยอรมันต่างให้อำนาจดุลยพินิจอัยการของประเทศในยุโรปจะถูกจำกัดหรือควบคุมมากกว่าของอัยการสหรัฐ เช่นในเรื่องของฐานความผิดหรือประเภทคดีที่จะเข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากนี้ แม้ว่าจะมีการเกิดขึ้นของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ ในทางปฏิบัติ ทั้งฝรั่งเศสและเยอรมันต่างก็ไม่ปรากฏว่ามีการต่อรองคำรับสารภาพที่ทำกันในสภาพที่จำเลยถูกความกดดันอย่างหนักเช่นเดียวกับในประเทศอเมริกาและอังกฤษ กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพนั้นวางรูปแบบไว้เพียงเพื่อให้อัยการสามารถชักนำให้จำเลยรับสารภาพผิด ไม่มีอัยการของประเทศในฝั่งยุโรปประเทศใดได้รับอำนาจในการกดดันหรือขู่จำเลยโดยการยกเรื่องโทษตามคำพิพากษามาใช้เพื่อจะบังคับให้มีการต่อรองคำรับสารภาพหรือให้จำเลยร่วมมือด้วย

จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงรากฐานอันเป็นที่มาของหลักการดำเนินคดีอาญาเปรียบเทียบมาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งพบว่า ในเชิงทฤษฎีแล้ว การนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งเป็นมาตรการอันเป็นแนวคิดหรือมีที่มอันเกิดจากประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อันได้แก่ สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ซึ่งยึดหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนและมีการตรวจสอบความจริงตามหลักค้นหาความจริงในระบบต่อสู้ (Adversary system) ไม่สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐและการตรวจสอบความจริงตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ (Non-Adversarial System)

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมองว่า เนื่องด้วยปัจจุบันสถิติคดีอาญาและสถิติผู้ต้องขังของประเทศไทยเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ประกอบกับจากงานวิจัยทางด้านนิติเศรษฐศาสตร์และนักบริหารงานยุติธรรมต่างค้นพบว่าต้นทุนของกระบวนการยุติธรรมไทยนั้นเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ แม้จะมีการนำมาตรการทางเลือกอื่นๆ มาใช้แต่ก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร ดังนั้นแม้ในเชิงทฤษฎีแล้วมาตรการต่อรองคำรับสารภาพจะขัดกับกับระบบกฎหมายชีวิตล่อวก็ตาม แต่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปใน

¹⁰¹ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์. (2538, เมษายน). “คำรับสารภาพชั้นสอบสวน.” วารสารอัยการ, 18. หน้า 29-70.

ปัจจุบันมีการเคลื่อนย้ายปรับเข้าหากันของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มากยิ่งขึ้น¹⁰² จะพบร่องรอยของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้อยู่พอสมควร ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอิตาลี ทั้งนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศเหล่านี้ได้คลายความเข้มงวดของทฤษฎีระบบกฎหมายลงและหันไปให้ความสำคัญกับความจำเป็นในการบริหารจัดการคดี (case management) ให้มีประสิทธิภาพ (effective) มากที่สุดในสถานะที่สังคมและอาชญากรรมมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการก่อตัวขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติหรืออาชญากรรมร้ายแรงอื่นๆ หรือเพื่อการบริหารจัดการคดีให้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและเพื่อความจำเป็นในการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลหรือลดปริมาณของนักโทษล้นเรือนจำ

อีกทั้งแม้กลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสนั้นจะรับเอาอิทธิพลของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งมีรากฐานอันเป็นแหล่งที่มาจากประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ตาม โดยเฉพาะในการออกกฎหมายในปี ค.ศ. 2004 ที่เรียกว่าเป็นวิธีพิจารณาเมื่อมีคำรับสารภาพในชั้นก่อนฟ้อง (Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité) หรือ CRPC¹⁰³ ท่ามกลางกระแสคัดค้านของนักวิชาการจำนวนหนึ่งถึงความ

¹⁰² ความเห็นผู้เขียนนั้นสอดคล้องกันอยู่พอสมควรกับ พ.ต.ท.ดร.ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ กลุ่มงานอุทธรณ์และฎีกาคดี กองคดีอาญา สำนักงานกฎหมายและคดี สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่เห็นว่าการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย จริงอยู่แม้จะขัดกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐแต่ก็เห็นได้จากในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันก็ยังเอามาตรการต่อรองจากประเทศต้นแบบมาใช้ได้เพียงแต่ดัดแปลงให้มีขอบเขตจำกัดเช่นเรื่องของฐานความผิดและที่สำคัญคือความจำเป็นที่จะต้องมีการทำให้ปริมาณของนักโทษเรือนจำและปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลลดลง ซึ่งหากดูสถิติแล้วจะพบว่าแนวโน้มปริมาณนักโทษเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ แม้จะมีมาตรการทางเลือกอื่นมารองรับบ้างก็ตาม อีกทั้งในปัจจุบันมีการใช้กันอยู่ในระบบทุกระบบ การแบ่งแยก ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นเรื่องที่ไม่เป็นประโยชน์ในปัจจุบัน เนื่องจากการบริหารงานยุติธรรมมีสาระสำคัญ คือ การจัดลำดับความสำคัญในการบริหารทรัพยากรที่คุ้มค่าและมีประสิทธิภาพสูงสุด ไม่ว่าจะเป็นระบบยุติธรรมทางเลือกหรือการต่อรองคำรับสารภาพก็ตาม เป็นเรื่องปกติที่สามารถดำเนินการให้เหมาะสมได้ ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดก็ตาม

¹⁰³ โดยสภาพความเป็นจริงแล้ว ประเทศฝรั่งเศสนั้นมีวิวัฒนาการของมาตรการการต่อรองคำรับสารภาพของสหรัฐอเมริกาอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นการนำ มาตรการลดข้อหา ที่อัยการฝรั่งเศสมักนิยมนำมาใช้ในทางปฏิบัติในการทำความตกลงกับจำเลยในการลดข้อหาของความผิดอุกฤษฏ์โทษเป็นความผิดมัฆมิโทษ และตกลงลดข้อหาจากความผิดมัฆมิโทษเป็นข้อหาหลูโทษ หรือเป็นการใช้มาตรการตกลงทางอาญา (Lecomposition Penale) โดยอัยการตกลงยุติคดีกับผู้ต้องหาหากยินยอมให้การรับสารภาพ โดยจะต้องให้ศาลให้ความเห็นชอบในกระบวนการดังกล่าว ทั้งนี้มาตรการความตกลงทางอาญามีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของมาตรการคำสั่งทางอาญา ที่ศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่าเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่มีองค์กรศาลเข้ามาให้ความเห็นชอบ อ้างถึงใน ดร.อุทัย อาทิวะ. รวบรวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2554. หน้า 40-52.

เหมาะสมในเชิงทฤษฎีระบบกฎหมาย แต่ประเทศฝรั่งเศสก็ยังคงผานหลักการแนวคิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งมีหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้กันอย่างลงตัว เห็นได้จากแม้มีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้แต่ประเทศฝรั่งเศสก็ได้ยึดติดกับรูปแบบหรือลักษณะของการต่อสู้หรือความเป็นปฏิปักษ์กันของกลุ่มความตามหลักการของกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีหลักการการค้นหาความจริงเป็นระบบต่อสู้ กล่าวคือในขั้นตอนของการตรวจสอบหรือให้ความเห็นชอบข้อตกลงที่เกิดจากมาตรการต่อรองคำรับสารภาพระหว่างอัยการและทนายจำเลยนั้น ผู้พิพากษาฝรั่งเศสไม่ได้ถูกจำกัดดุลยพินิจเหมือนอย่างขั้นตอนของประเทศสหรัฐอเมริกาตาม Federal Rule of Criminal Procedure ข้อ 11 ที่เปิดโอกาสให้ศาลเข้าทำการตรวจสอบแค่เพียงว่าข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่ทำขึ้นนั้นเป็นไปตามความสมัครใจโดยปราศจากการถูกข่มขู่ของจำเลยหรือไม่ แต่ตามกฎหมายการต่อรองคำรับสารภาพของฝรั่งเศสนั้นก็กลับให้อำนาจศาลในการเข้าตรวจสอบความจริงในคดีตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ กล่าวคือแม้ศาลเข้าไปตรวจสอบพบว่าข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นเป็นไปตามความสมัครใจของจำเลยแล้วก็ตาม แต่ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบถึงพฤติการณ์แห่งคดีได้ว่าจำเลยนั้นได้กระทำผิดตามข้อหาที่ฟ้องกันหรือไม่ นอกจากนี้ มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศฝรั่งเศสมีขึ้นเพื่อเป็นการเชื่อเชิญให้จำเลยนั้นเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพท่ามกลางการยืนอยู่บนรากฐานของการที่จำเลยได้รับข้อมูลอย่างครบถ้วนในเชิงคดี และอัยการก็ดำเนินการฟ้องร้องจำเลยโดยมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องคดี โดยปราศจากการข่มขู่จำเลยหรือพยายามทำให้จำเลยจำใจต้องยอมรับข้อตกลงในสภาวะที่ถูกกดดันอย่างหนักเฉกเช่นเดียวกับการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา

จึงเห็นได้ว่าแม้ฝรั่งเศสจะนำเอามาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศของตน แต่ก็ยังคงไม่สูญเสียไปซึ่งจุดยืนทางทฤษฎีระบบกฎหมายที่ตนเองครองความเป็นต้นแบบมาอย่างยาวนานเสียทั้งหมด แต่กลับวางรูปแบบไว้อย่างสมดุลในอันที่จะเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินคดีอาญาให้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว ยังผลให้ปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลและปริมาณของนักโทษในเรือนจำลดน้อยลงไปด้วย โดยยังคงไว้ซึ่งรากฐานของการตรวจสอบความจริงตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้

กล่าวโดยสรุป หากวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีและหลักการของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่มีประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นต้นแบบแล้ว เห็นได้ชัดว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นย่อมขัดกับประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์อันได้แก่ประเทศในภาคพื้นยุโรปและประเทศไทยซึ่งใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐและหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ แต่โดยมุมมองของกฎหมายปัจจุบันที่มีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) ย่อมมี

สภาพปัญหาล้อยเคลื่อนเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาไม่หยุดนิ่ง โดยเฉพาะปัญหาของระบบงาน ยุติธรรมในปัจจุบันที่เห็นได้ชัดคือปริมาณคดีชั้นศาลและนักโทษล้นคุกไม่ว่าจะปรากฏในกลุ่ม ประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่ ประเทศต่างๆ ที่จะต้องค้นหาหรือเลือกเฟ้นมาตรการพิเศษเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมาตรการ ต่อรองคำรับสารภาพก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส ได้นำไปประยุกต์ใช้ในระบบกฎหมายของตน ทั้งนี้ก็เป็นไปเพื่อการบริหารจัดการคดี (case management) ยังผลให้สายพานในกระบวนการยุติธรรมนั้นเดินหน้าได้ต่อไปอย่างต่อเนื่อง

4.3.2 วิเคราะห์ผลกระทบหากมีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย

การต่อรองคำรับสารภาพโดยสภาพธรรมชาติของวิธีการดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องใช้ คำให้การรับสารภาพโดยสมัครใจของจำเลยเป็นตัวแปรสำคัญ และเมื่อได้มีการต่อรองข้อหาหรือ ต่อรองดุลยพินิจการลงโทษตามที่พนักงานอัยการยื่นข้อเสนอโดยใช้กระบวนการที่เรียกว่าการทำ proffer ให้แก่ผู้ต้องหา หากมีการตกลงกันก็จะต้องมีการทำข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างพนักงาน อัยการแห่งรัฐกับผู้ต้องหา ถึงข้อผูกพันต่างๆ ที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องให้ความเคารพและปฏิบัติเพื่อให้ เป็นไปตามหลักนิติธรรมและเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญาที่รัฐได้กำหนดไว้

จะเห็นได้ว่ากระบวนการดังกล่าวแทบจะไม่เคยปรากฏเลยในวิธีการทางกฎหมายของ ประเทศไทย ซึ่งอย่างมากคงมีแต่กระบวนการที่คล้ายการต่อรองคำรับสารภาพ เช่นการกันผู้กระทำ ความผิดเป็นพยาน หรือ การให้อำนาจอัยการพิเศษศาลอาญาเปรียบเทียบปรับกรณีการกระทำผิด เกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงภาษี ซึ่งส่งผลต่อเนื่องไปถึงการพิจารณาบรรทัดฐานของคำตัดสินหรือการวาง แนวทางคำพิพากษาของศาลฎีกาในประเทศไทยก็ไม่เคยปรากฏมาก่อนถึงการอรรถาธิบายหรือการ ตีความว่าการทำสัญญาหรือข้อตกลงที่เรียกว่าการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทยนั้นมีผลใน ทางการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่า สามารถรับฟังได้หรือไม่เพียงใด หรือรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้บางส่วน หรือรับฟังไม่ได้ทั้งหมด ตลอดถึงสถานะของข้อตกลง ดังกล่าวควรเรียกว่าอะไรหรือถือว่าเป็นแบบไหนตามข้อจำกัดที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาของประเทศไทย สิ่งเหล่านี้เองย่อมเป็นปัญหาและข้อถกเถียงในแวดวงวิชาการ ในปัจจุบันและอนาคตอยู่มากหากยังไม่มีมีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการเรื่องการ ต่อรองคำรับสารภาพในระดับสากลหรือการบัญญัติการต่อรองคำรับสารภาพให้เป็นกฎหมาย เฉพาะในระดับพระราชบัญญัติ (ACT) ดังเช่นนานาประเทศทั้งที่อยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์

4.3.2.1 วิเคราะห์ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการต่อรองคำรับสารภาพ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความคิดเห็นต่อกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพกับการรับฟังพยานหลักฐาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย หากมีการนำมาใช้ก่อนมีการบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ บันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพจะมีสถานะภาพและผลกระทบอย่างไร ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์สถานะของข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ แม้หากยังไม่มีกฎหมายที่แก้ไขกฎหมายซึ่งหากมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวเนื่องของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพคงไม่เกิดข้อถกเถียงทางวิชาการ แต่หากมีการใช้มาตรการดังกล่าวในปัจจุบัน โดยพนักงานอัยการยื่นข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพต่อศาลเพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาพิพากษาคดี ลักษณะพิเศษของข้อตกลงนี้เห็นได้ว่าเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง (administrative contact) ประเภทหนึ่งที่ฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือเอกชนอันกระทำไปเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการบริหารงานคดี (case management) แห่งกระบวนการยุติธรรมอันเป็นประโยชน์สาธารณะ (public interest) อาทิ การต่อรองคำรับสารภาพเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือการให้ได้มาซึ่งความร่วมมือของจำเลยในการสืบสวนสอบสวน เพื่อให้ได้ตัวผู้บงการใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังอาชญากรรม ดังนั้นเพื่อเป็นการให้ประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ต้องหาหรือจำเลยจึงมีความจำเป็นของรัฐในอันที่จะเจรจาโดยแลกกับการลดโทษหรือลดข้อหาลงหรืออาจสั่งไม่ฟ้องคดี

โดยหลักการวิธีพิจารณาความอาญาแล้วเมื่อผู้ต้องหาถูกฟ้องเป็นจำเลย โจทก์ซึ่งเป็นพนักงานอัยการจะไม่สามารถอ้างจำเลยไปเป็นพยาน โจทก์ไม่ว่าจะเป็นการอ้างเพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวเองหรือเกี่ยวกับคนอื่นที่ร่วมกระทำความผิดได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 232 จึงต้องใช้การอ้างบันทึกข้อตกลงที่เกี่ยวข้องด้วยคำให้การรับสารภาพของจำเลยเองในชั้นสอบสวนฟ้องร้อง

ดังนั้นหากพนักงานอัยการได้นำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพมาขึ้นประกอบพยานหลักฐานอื่น (ซึ่งมีน้ำหนักพอเพียงที่จะลงโทษจำเลยได้ อาทิ ประจักษ์พยาน พยานวัตถุ พยานทางนิติวิทยาศาสตร์ พยานแวดล้อมต่างๆ) จึงเป็นการทำข้อตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรผ่านทางผู้ต้องหานั้นถ่ายทอดข้อเท็จจริงจากวาจาลงสู่บันทึกไม่ว่าจะเป็นการบันทึกด้วยเอกสารหรือเสียง โดยคู่ความอันได้แก่พนักงานอัยการ จำเลยและบุคคลซึ่งกระทำการแทนจำเลยคือทนายจำเลย ได้กระทำการอันเป็นพันธะหรือข้อผูกพันให้ต้องปฏิบัติเงื่อนไขต่างๆตามที่ข้อตกลงระบุเอาไว้ในตัวข้อความซึ่งเป็นการถ่ายทอดอันเป็นการกระทำนอกศาลเพื่อให้พนักงานอัยการนำเอกสารข้อตกลงดังกล่าวใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานมาเบิกความต่อศาลในการพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความหรือข้อตกลงที่ได้มีการต่อรองคำรับสารภาพกันนั้น จึงพิจารณาได้ว่าข้อตกลงของการ

ต่อรองคำรับสารภาพถือเป็นพยานบอกเล่าประเภทหนึ่งทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 226/3 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่¹⁰⁴ ซึ่งโดยหลักแล้วต้องห้ามรับฟังตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226/3 วรรคสอง อย่างไรก็ตามก็ขัดต่อการต่อรองคำ รับสารภาพซึ่งมีคำรับสารภาพของจำเลยดังกล่าวมีสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริง แวดล้อมของพยานบอกเล่าที่น่าเชื่อถือว่าจะพิสูจน์ความจริงได้ โดยมีลักษณะของบันทึกข้อตกลงการ ต่อรองคำรับสารภาพเป็นคำบอกเล่าที่มีคุณภาพมากในการพิสูจน์ความถูกต้องของจำเลยเทียบเคียง ได้กับบันทึกคำรับสารภาพในชั้นสอบสวน จึงสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อการชั่งน้ำหนัก พยานได้ตามข้อยกเว้นของบทบัญญัติมาตรา 226/3 วรรคสอง (1) ยิ่งไปกว่านั้นบันทึกข้อตกลง ดังกล่าวก็ไม่ต้องห้ามรับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 232 เนื่องจาก บันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพที่มีการสมัครใจรับสารภาพไม่ใช่ตัวจำเลยเอง จึงไม่เข้า กรณีข้อห้ามที่กฎหมายห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเบิกความเป็นพยานโจทก์

พยานบอกเล่าที่ได้จากข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนี้โดยหลักศาล ต้องฟังอย่างระมัดระวังและมีน้ำหนักน้อย หากโจทก์คือพนักงานอัยการ ไม่มีพยานหลักฐานอื่น ประกอบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้หรือมีพยานหลักฐานซึ่งมีแหล่งที่มาอิสระต่างหากจาก พยานหลักฐานที่ต้องการพยานหลักฐานประกอบก็คือข้อตกลงรับสารภาพของจำเลย ซึ่งถ้ามี แหล่งที่มาเดียวกันก็ไม่สามารถนำไปประกอบเพิ่มน้ำหนักสนับสนุนพยานหลักฐานอื่นให้ น่าเชื่อถือมากขึ้นได้ อีกทั้งต้องมีคุณค่าเชิงพิสูจน์ที่สามารถสนับสนุนให้พยานหลักฐานอื่นที่ไป ประกอบมีความน่าเชื่อถือมากขึ้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227/1 วรรค สอง¹⁰⁵ มิฉะนั้นแล้ว ศาลก็จะพิพากษายกฟ้อง

¹⁰⁴ ศ.ดร.คณิต ฒ นกร ให้ทัศนะว่า บทบัญญัติมาตรา 226/3 (ที่เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551) ในวรรคหนึ่งนั้นเป็นเพียงคำอธิบายเรื่อง “พยาน บอกเล่า” ในทางคำราเท่านั้น ซึ่งในคดีอาญา “พยานบอกเล่า” ก็รับฟังได้ และบทบัญญัติแห่งวรรคสองและวรรค สามนั้นก็ไม่มีอะไรใหม่ เพราะกรณีเป็นไปตามนัยแห่งมาตรา 226 อยู่แล้ว อ้างถึงใน คณิต ฒ นกร. (2552). **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ**. หน้า 170-172.

¹⁰⁵ ศ.ดร.คณิต ฒ นกร ให้ทัศนะว่า บทบัญญัติมาตรา 227/1 ที่เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551) บัญญัติเหตุผลในการประกาศใช้ว่า “โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาด้านเทคโนโลยีของประเทศในปัจจุบัน” อย่างไรก็ตาม การเพิ่มเติมมาตรา 227/1 นั้น ไม่ได้ทำให้เกิดความทันสมัยแม้แต่น้อย ตรงข้ามกลายเป็นการกระทำ ที่เป็นการจำกัดอำนาจศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน กรณีจึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ได้ตั้งอยู่บน

แต่โดยธรรมชาติของการทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพคดีส่วนใหญ่ของนานาประเทศ อาทิประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น ก่อนทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพกับจำเลยนั้น พนักงานอัยการนั้นมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะลงโทษจำเลยอยู่แล้ว เพียงแต่ให้โอกาสจำเลยในการสมัครใจรับสารภาพเพื่อให้คดีนั้นเสร็จสิ้นโดยรวดเร็วและเป็นการลดปริมาณคดีเข้าสู่ศาลได้อีกทางหนึ่งทั้งนี้ก็เพื่อการบริหารงานคดีให้มีประสิทธิภาพนั่นเอง และการให้โจทก์ซึ่งเป็นพนักงานอัยการสามารถอ้างข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพต่อศาลก็ไม่ได้ทำให้จำเลยเสียเปรียบแต่ประการใด เนื่องจากจำเลยนั้นได้รับการคุ้มครองและเข้าใจถึงสิทธิที่ตนเองมีสิทธิได้รับตามหลักนิติธรรมอย่างครบถ้วนแล้ว

เมื่อพนักงานอัยการซึ่งเป็นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนำมากล่าวอ้างขึ้นในชั้นศาลเพื่อเป็นพยานหลักฐานหนึ่งในหลายชั้นเพื่อให้ศาลนำไปใช้ประกอบดุลยพินิจพิจารณาพิพากษาคดีลักษณะเช่นนี้จึงอาจถือได้ว่าเป็นคำบอกเล่าที่เป็นคำรับของกลุ่มความฝ่ายตรงข้าม แต่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากคำบอกเล่าที่เป็นคำรับของกลุ่มความฝ่ายตรงข้ามโดยทั่วไป กล่าวคือ การที่จำเลยยอมรับสารภาพความผิดโดยสมัครใจเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาคดีอันจักได้รับการลดโทษหรือลดข้อหาขึ้น แม้จะเป็นคำรับของกลุ่มความฝ่ายตรงข้ามที่ทำให้ผู้บอกเล่าเสียประโยชน์โดยสภาพหรือเป็นปรีกษณ์ต่อผลประโยชน์ต่อตนเองหรือของผู้บอกเล่าก็ตามแต่หลักการดั้งเดิมของแนวคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อันได้แก่ประเทศอังกฤษแต่ก็มีส่วนที่เป็นคุณหรือประโยชน์แก่จำเลยไปในขณะเดียวกันการที่จำเลยร่วมมือกับรัฐในการยุติธรรมโดยพนักงานอัยการแห่งรัฐสัญญาว่าจำเลยจะได้รับการลดข้อหาหรือลดโทษ

ยิ่งไปกว่านั้นหากคำบอกเล่าซึ่งเป็นข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นมีส่วนหนึ่งส่วนใดที่คู่ความ โดยเฉพาะจำเลยเห็นว่าไม่เป็นความจริงหรือตนเองเป็นฝ่ายเสียเปรียบอย่างมาก ก็มีสิทธิที่จะทำการคัดค้านหรือยกเลิกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่ได้กระทำกันนอกศาลนั้นได้ ทั้งนี้ก็ด้วยสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยโดยมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การอย่างไรก็ได้ ในขณะที่เมื่อโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ซึ่งหากจำเลยปฏิเสธความมีอยู่ของข้อตกลงดังกล่าว ศาลก็อาจไม่ให้น้ำหนักของพยานบอกเล่าที่เรียกว่าคำรับของกลุ่มความฝ่ายตรงข้ามนี้เลยก็ได้ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ให้ดุลยพินิจศาลในอันชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้

“หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน” จนเป็นการแก้ไขกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย อ้างถึงใน คณิต ณ นคร. (2547). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 71-71.

นอกจากข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพจะถือได้ว่าเป็นคำรับของคู่ความฝ่ายตรงข้ามแล้วอันเป็นปฏิบัติต่อประโยชน์ตนเองแล้ว อาจเข้าในทำนองเป็นคำบอกเล่าของบุคคลอื่นซึ่งมีส่วนได้เสียเสมือนตัวคู่ความฝ่ายตรงข้ามก็ได้ กล่าวคือในกรณีของการเข้าทำการต่อรองคำรับสารภาพมีความจำเป็นที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นจะได้รับการคุ้มครองสิทธิของตัวเองตามหลักนิติธรรม สิทธิที่สำคัญก็ได้แก่ สิทธิการมีทนายความเพื่อเป็นที่ปรึกษาและให้การช่วยเหลือด้านคดีความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งผู้ต้องหานั้นจะต้องให้การรับสารภาพโดยใจสมัครและประการสำคัญทนายความต้องแน่ใจว่าคู่ความนั้นเข้าใจถึงข้อหาองค์ประกอบความผิด รวมถึงการยินยอมที่จะสละสิทธิที่มีตามกฎหมายอาญา สิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิบัติต่อตนเอง สิทธิในการได้รับการสนับสนุนไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จึงต้องมีทนายความซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่ด้วยใกล้ชิดในกระบวนการดังกล่าว ดังนั้น ในขั้นตอนการนำเสนอข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อพิจารณาประกอบพยานหลักฐานอื่นต่อศาล พนักงานอัยการอาจนำสืบถึงความมีอยู่จริงของการยอมรับในบันทึกข้อตกลงของทนายความของจำเลยในการที่จำเลยให้การรับสารภาพเพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลยพินิจประกอบการลงโทษตามข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพในเรื่องที่เกี่ยวกับจำเลยที่ให้การรับสารภาพ จึงอาจอนุมานได้ว่าข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นคำบอกเล่าของบุคคลอื่นหรือตัวแทนซึ่งมีส่วนได้เสียเสมือนตัวคู่ความฝ่ายตรงข้าม จึงสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานที่เรียกว่าพยานบอกเล่าได้ โดยศาลคงต้องพิจารณาพยานหลักฐานอื่นประกอบเพื่อรับฟังว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง

มีประเด็นปัญหาประการต่อมาว่า บันทึกข้อตกลงของพนักงานอัยการนั้น นอกจากปรากฏคำรับสารภาพของจำเลยโดยตรงแล้ว ในหลายกรณีเช่นการกระทำผิดที่มีผู้กระทำความผิดหลายคนซึ่งมีส่วนร่วมหรือรู้เห็นในการกระทำความผิดหรือมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมหรืออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ การกระทำผิดเหล่านี้แตกต่างจากการทำผิดโดยทั่วไปคือพบว่าโดยส่วนใหญ่จะมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นเครือข่าย ผู้กระทำความผิดมักมีสติปัญญาที่ชาญฉลาดวางแผนแบบขด เสรียมการมาเป็นอย่างดีก่อนกระทำความผิดมีความร่วมมือติดต่อกันไม่หยุดนิ่ง มีเทคโนโลยีที่ทันสมัย เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นคล้ายลักษณะการชักใยแมงมุม ผู้กระทำความผิดรายอื่นก็มักไหลตัวทัน อันทำให้เจ้าพนักงานรัฐไม่สามารถจับกุมผู้ที่ร่วมกันกระทำความผิดทุกรายได้ เหล่านี้พนักงานอัยการต้องการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพก็เพื่อที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์แก่การสืบสวนสอบสวนหรือเพื่อการควานหาพยานหลักฐานที่จำเป็น หรือเพื่อจับกุมตัวผู้บงการใหญ่มาลงโทษ กรณีเช่นนี้ ในบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้น จำเลยจึงอาจมีการกล่าวหาพาดพิงไปถึงผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นซึ่งเรียกว่าเป็นคำขัดทอดของผู้ต้องหา เมื่อมีการนำบันทึกข้อตกลงนี้เสนอต่อศาล ศาลจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่อย่างไร

เห็นได้ว่าบันทึกข้อตกลงที่มีการต่อรองคำรับสารภาพอันเป็นการพาดพิงหรือระบุดังผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นในชั้นสอบสวนฟ้องร้องนั้น ศาลไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เนื่องเพราะบันทึกลักษณะนี้เป็นลักษณะของคำชดทอของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนฟ้องร้องต่างจากกรณีการพิจารณานักโทษข้อตกลงที่ได้มีการต่อรองคำรับสารภาพ เพราะคำรับสารภาพในบันทึกข้อตกลงนั้นเป็นการกล่าวถึงเรื่องราวเกี่ยวกับตัวของผู้ต้องหาหรือจำเลยเอง แต่คำรับหรือคำบอกเล่าคำให้การในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ต้องหาคนอื่น กฎหมายไทยไม่ถือเป็นคำรับของผู้ต้องหาคนอื่น เพราะการร่วมกระทำความผิดไม่ใช่หุ้นส่วน จะถือเอาคำกล่าวคนหนึ่งไปแทนอีกคนหนึ่งตามหลักหุ้นส่วนทางแพ่งไม่ได้ซึ่งเป็นไปตามหลักการร่วมกันกระทำความผิดโดยหากคำรับนั้นเป็นของใครก็ต้องเป็นของบุคคลนั้น จะใช้ยันกับบุคคลอื่นไม่ได้เพราะเป็นพยานบอกเล่าและไม่ใช่คำรับของคนที่ถูกชดทอ อีกเหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งก็คือเป็นปกติธรรมชาติของมนุษย์ที่จะพยายามเอาตัวรอดในสถานการณ์ฉุกเฉินการชดทอไปยังบุคคลอื่นจึงเป็นกลไกการป้องกันตนเองให้พ้นภัยและมักพบเห็นได้อยู่เสมอ คำชดทอประเภทนี้จึงมีแนวโน้มเป็นความเท็จมากเกินไป¹⁰⁶

อย่างไรก็ดี พนักงานอัยการมีทางแก้ไขได้ โดยหากเป็นคดีที่มีผู้ต้องหาหลายคน หากได้มีการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพกับคนใดคนหนึ่งไว้แล้ว และคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาล จริงอยู่ที่ว่า โจทก์ไม่สามารถอ้างจำเลยเป็นพยานได้ ตามมาตรา 232 แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ห้ามจำเลยหากจะอ้างตนเองเป็นพยาน ดังนั้นจำเลยจึงอาจอ้างตนเองเป็นพยานและให้การชดทอบุคคลอื่นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227/1 ที่แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2551 หรือที่เรียกว่าเป็นพยานชดทอในชั้นศาลนั่นเอง อาทิ ในบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ จำเลยคนใดที่ได้ร่วมมือกับพนักงานอัยการและบรรลุเป็นข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพอาจให้การชดทอจำเลยคนอื่นว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดโดยช่วยจับรถให้จำเลยที่หนึ่งหนีไป ตนเป็นแค่เพียงคนวางแผนที่บ้านไม่ได้เข้าไปร่วมปล้นทรัพย์ในวันเกิดเหตุด้วย หรือพนักงานอัยการอาจเลือกใช้วิธีอ้างตัวจำเลยเป็นพยานบุคคลเองก็ได้โดยใช้ยุทธวิธีในทางปฏิบัติของพนักงานอัยการเพื่อมิให้ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 232 ในคดีที่มีการกระทำความผิดในลักษณะองค์กรหรือมีจำเลยหลายคนก็อาจจะใช้วิธีการแยก

¹⁰⁶ แม้การต่อรองคำรับสารภาพยังไม่เกิดขึ้นในประเทศไทยจึงยังไม่มีคำพิพากษามาพอเป็นบรรทัดฐาน แต่ก็พอเทียบเคียงได้ กับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในบางเรื่อง อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 543/2509 โจทก์ฟ้องว่า น. และ จ. เป็นผู้ร้ายลักขโมยไป 150 บาท น. ให้การรับสารภาพและชดทอ จ. ว่าเป็นผู้เกลี้ยกล่อมให้ น. ลักขโมยไปให้ จ. ศาลฎีกาตัดสินว่าคำชดทอของ น. ฟังเป็นพยานหลักฐานลงโทษ จ. ไม่ได้

ฟ้องจำเลยเป็นคนละคดี แล้วอ้างจำเลยในคดีที่หนึ่งมาให้การเป็นพยานฝ่ายโจทก์ในคดีที่สองได้ หรืออ้างจำเลยในคดีที่สองให้เป็นพยานฝ่ายโจทก์ในคดีที่หนึ่งได้ อีกกรณีหนึ่ง คือการใช้กลวิธี ฟ้องจำเลยที่มีความสำคัญมากเพียงคนเดียวในขณะที่จำเลยคนอื่นใช้วิธีการทำข้อตกลงการต่อรองคำ รับสารภาพที่เรียกว่าการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยไม่ฟ้องแล้วนำจำเลยคนอื่น ๆ ที่ทำข้อตกลง การต่อรองคำรับสารภาพมาเบิกความเป็นพยานฝ่ายโจทก์ได้เนื่องเพราะไม่ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยใน คดีเดียวกัน หรือพนักงานอัยการอาจเลือกใช้วิธีการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพกับจำเลย บางคนอาทิมือปิ่นรับจ้างจนศาลพิพากษาคดีเสร็จเด็ดขาดไปแล้วจึงทำการฟ้องผู้บงการใหญ่อีกคดี หนึ่ง แล้วจึงเบิกตัวมือปิ่นรับจ้างที่ศาลตัดสินคดีแล้วนั้นไปเบิกความปรักปรำผู้บงการใหญ่ได้ อย่างไรก็ดี พยานเหล่านี้ต่างมีลักษณะเป็นพยานขัดทอด ศาลต้องฟังพยานอย่างระมัดระวังตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227/1

กรณีที่บุคคลถูกกันไว้เป็นพยานซึ่งถือว่าเป็นข้อตกลงการต่อรองคำรับ สารภาพอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนหรือความหาพยานหลักฐาน โดย บุคคลที่ถูกกันให้เป็นพยานอาจไม่ถูกดำเนินคดีเลยแต่แรกเริ่มหรือไม่ถูกฟ้องเป็นจำเลยเพื่อตอบ แทนการให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์หรืออาจถูกดำเนินคดีแต่ได้รับการลดโทษซึ่งมักพบในการกัน ผู้ต้องหาเป็นพยานของสหรัฐอเมริกา แต่แนวปฏิบัติของการกันเป็นพยานของประเทศไทย บุคคล เช่นว่านี้ไม่ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในขณะที่เบิกความ ผู้ร่วมกระทำผิดเช่นนี้จึงมาเป็นพยานโจทก์ได้ และสามารถเบิกความปรักปรำจำเลยได้เช่นเดียวกัน ศาลจึงรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ได้ อย่างไรก็ดีศาลจะให้นำนักการรับฟังพยานหลักฐานว่าพยานประเภทนี้ต้องรับฟังด้วยความ ระมัดระวังตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227/1 ด้วยเพราะเป็นเพียงพยานขัดทอดในชั้นศาล

อย่างไรก็ดีกรณีดังกล่าวเป็นข้อคิดเห็นของผู้เขียนที่มีต่อสถานะของคำขัด ทอดในชั้นศาลแต่แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับบทบัญญัติที่มีการแก้ไขใหม่นั้นยังคงมีไม่มากนักที่พอจะถือเป็นบรรทัดฐานได้ จึงต้องรอดูพัฒนาการของการตีความข้อกฎหมายของมาตรา 233 ที่กล่าวในทำนองว่าให้จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานได้ แต่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก่อนการแก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปี พ.ศ. 2551 ว่าคำเบิกความของจำเลยคนหนึ่งที่พักพิงขัด ทอดไปถึงจำเลยอีกคนหนึ่งนั้นไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งขัดแย้งกับมาตรา 233 หากมีพยานหลายคนเมื่อให้จำเลยขึ้นเบิกความก่อน ถ้าจำเลยให้การปรักปรำแก่จำเลยคนอื่น ๆ ก็ให้ จำเลยคนอื่น ๆ ชักค้ำได้ ซึ่งก็น่าจะแปลไปในทำนองว่า เมื่อให้ชักค้ำได้แสดงว่าก็ต้องรับฟังได้ เช่นเดียวกัน เพราะถ้าหากศาลเห็นว่ารับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้แต่แรกแล้วคงไม่เกิดประโยชน์ แก่กระบวนการยุติธรรมที่จะให้มีการชักค้ำกันอีกชั้นหนึ่งต่างหาก

มีประเด็นปัญหาประการต่อมาว่า ในบางกรณีข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพ พนักงานอัยการมักระบุถึงคุณงามความดีหรือประวัติความประพฤติที่มีส่วนช่วยให้รัฐได้ประโยชน์ในการความหาพยานหลักฐานหรือเพื่อช่วยเหลือให้จับกุมผู้บงการรายใหญ่ได้ลงไปในบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ดังนั้นบันทึกเกี่ยวกับประวัติดังกล่าว ศาลไทยควรรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่

กรณีเช่นนี้แม้ตามมาตรา 226/2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติในทำนองห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดครั้งอื่นๆ หรือความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงตามฟ้อง แต่ในวรรคสามนั้นได้บัญญัติเปิดช่องเอาไว้ให้นำสืบพยานหลักฐานในทางที่เป็นคุณกับจำเลยได้โดยจำเลยอาจเป็นคนตั้งประเด็นขึ้นมาหรือพนักงานอัยการฝ่ายโจทก์อาจขออนุญาตศาลนำสืบหักล้างบางประเด็นที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานประเภทคุณงามความดีตามข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพได้เช่นเดียวกัน ซึ่งในอดีตของระบบยุติธรรมอาจไม่เคยเกิดขึ้นเนื่องจากพนักงานอัยการมักนำสืบประวัติอาชญากรรมและความประพฤติในทางเสื่อมเสียของจำเลยมากกว่าที่จะนำสืบถึงคุณงามความดีซึ่งเป็นทัศนคติที่ไม่ถูกต้องที่อัยการตั้งทำเป็นปรปักษ์กับจำเลยทั้งที่ระบบการค้นหาความจริงของคดีอาญาเป็นระบบไม่ต่อสู้ (non-adversarial system) ซึ่งอัยการต้องนำสืบทั้งเรื่องที่เป็นคุณและโทษแก่จำเลย แต่หากเป็นกรณีการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นเรื่องปกติที่พนักงานอัยการต้องนำสืบในความร่วมมือของจำเลยที่มีต่อระบบยุติธรรม เพราะมิฉะนั้นจำเลยคงให้การปฏิเสธแทนคำรับสารภาพในชั้นศาลและไม่อยากเข้าสู่กระบวนการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นแน่แท้ การนำสืบข้อตกลงที่เกี่ยวกับคุณงามความดีนี้ก็เพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลยพินิจกำหนดโทษแก่จำเลยได้อย่างเหมาะสมและสมดังเจตนารมณ์ที่ได้มีทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพกันระหว่างพนักงานอัยการและจำเลย เช่นนี้ศาลไทยจึงต้องรับฟังข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพที่มีข้อความที่กล่าวถึงคุณงามความดีหรือการให้ความร่วมมือแก่เจ้าพนักงานรัฐในการสืบสวนสอบสวนหรือรวบรวมพยานหลักฐานประกอบการใช้ดุลยพินิจในการลดโทษโดยพิจารณาข้อตกลงที่พนักงานอัยการได้ลดโทษให้แก่จำเลยตามข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ

กล่าวโดยสรุป บันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่มีข้อความระบุทำนองคำขจัดทอดของผู้ต้องหา ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้มาแต่เริ่มแรก แต่ถ้าพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลและตัวจำเลยนั้นเบิกความเป็นพยานกล่าวอ้างผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นๆ ที่ตกเป็นจำเลยด้วยกันหรือผู้ร่วมกระทำความผิดที่พนักงานอัยการใช้เทคนิคการต่อรองคำรับสารภาพที่เรียกว่าการกันผู้กระทำความผิดเป็นพยาน ก็สามารถมาเบิกความปรักปรำจำเลยคนอื่นได้และเป็นพยานขจัดทอดในชั้นศาลไม่ใช่คำขจัดทอดของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนจึงไม่มีปัญหาเรื่องพยานบอกเล่าแต่

ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดมาให้การเป็นพยานในชั้นศาลแล้วมาให้การปรักปรำจำเลย จึงไม่ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานแต่การชั่งน้ำหนักต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 227/1 ด้วย ส่วนคำรับของผู้ต้องหาที่ให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนเพื่อแลกกับการลดโทษตามบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพและพนักงานอัยการใช้อ้างประกอบพยานหลักฐานในชั้นศาลนั้น ถือเป็นพยานบอกเล่าที่เป็นคำรับของกลุ่มความฝ่ายตรงข้าม มีน้ำหนักน้อย และหากไม่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบ ศาลจะลงโทษจำเลยไม่ได้

2. วิเคราะห์ปัญหาความสมัครใจและการรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ

ตามหลักการของมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ปากฎข้อห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาหากปรากฏว่า พยานหลักฐานนั้นได้มาโดยเกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น จึงมีประเด็นว่า มาตรการต่อรองคำรับสารภาพอันเกิดจากการที่พนักงานอัยการได้ทำบันทึกข้อตกลงไม่ว่าจะเป็นการลดข้อหาลง การสั่งไม่ฟ้อง การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน หรือการตกลงกันจำเลยว่าได้รับการลดโทษตามจำนวนที่กำหนดที่เรียกว่าเป็นการต่อรองดุลยพินิจการลงโทษของศาล จะมีผลในทางกฎหมายและการรับฟังพยานหลักฐานอย่างไร ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในประเด็นกรณีการทำข้อตกลงถือว่าเป็นการจงใจให้จำเลยนั้นให้การรับสารภาพหรือไม่อันจะทำให้ศาลไม่อาจรับฟังบันทึกข้อตกลงนี้เป็นพยานหลักฐาน ส่วนประเด็นที่สองเกี่ยวกับการทำบันทึกข้อตกลงแล้วฝ่ายพนักงานอัยการหรือตำรวจได้พยานหลักฐานมาสืบเนื่องจากการทำข้อตกลงนั้นจะถือว่าเป็นการได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบทำให้ศาลไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่

ในประเด็นแรก เรื่องของการทำบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ จะถือว่าเป็นการที่จำเลยนั้นได้รับการจงใจให้การรับสารภาพโดยสมัครใจหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การรับสารภาพของจำเลยเป็นไปโดยใจสมัครอย่างแท้จริงหรือไม่

โดยปกติแล้ว หลักการดังกล่าวที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 226 เกิดขึ้นมาจากการไว้นับถือเชื่อใจและความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล ซึ่งหากปล่อยให้เจ้าพนักงานรัฐมีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหรือหลอกลวง ย่อมจะเกิดความสงสัยต่อบุคคลนั้นว่าเป็นการให้ถ้อยคำอันเกิดจากความจริงแท้หรือไม่ หรือเป็นการให้การ โดยใจสมัครเป็นที่ตั้งหรือไม่ ซึ่งถ้ามีเหตุดังกล่าวย่อมเป็นลักษณะของถ้อยคำที่ขาดความน่าเชื่อถือเมื่อเทียบกับการให้ถ้อยคำที่ไม่มีบริบทข้อห้ามตาม มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากนำไปเสนอต่อศาล ศาลก็อาจตั้งข้อสงสัยอันส่งผลกระทบต่อคดีที่เกี่ยวกับการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาล

ในประเด็นเรื่องความสมัครใจของผู้ต้องหาที่จะให้การรับสารภาพ โดยพิเคราะห์ว่าเป็นคำให้การที่เกิดจากการให้สัญญาการหลอกลวงหรือทรมานหรือไม่ มีแนวคำพิพากษาที่ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ อาทิ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2215/2548 ขณะจำเลยถูกควบคุมตัวอยู่ที่สถานีตำรวจ จำเลยได้พูดคุยถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นให้ญาติพี่น้องฟัง ญาติพี่น้องจำเลยจึงบอกจำเลยว่าให้จำเลยให้การรับสารภาพ แสดงว่าจำเลยให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนโดยสมัครใจ มิได้เกิดจากการจงใจมีค้ำประกันสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 793/2465 จำเลยให้การปฏิเสธทั้งชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา ภายหลังพนักงานสอบสวนส่งคนเข้าไปสนทนากับจำเลยในห้องขังจนจำเลยบอกความจริงโดยตลอดและยอมรับสารภาพจึงนำตัวจำเลยมาสารภาพต่อศาลคำรับนั้นฟังได้ เนื่องจากไม่ปรากฏชัดว่าได้มีการขู่เชี้ย ล่อลวง หรือจงใจให้การ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 661/2470 การที่ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพเพราะถูกพนักงานสอบสวนกดขี่และเมียนให้รับ คำรับนั้นรับฟังไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 518/2464 พนักงานสอบสวนพูดกับผู้ต้องหาว่า “ฝ่ายโจทก์มีพยานหลักฐานมั่นคงถ้าให้การรับสารภาพก็จะได้รับความปรานีจากศาล” ไม่ถือว่าเป็นการขู่เชี้ยหลอกลวง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2467 การที่พนักงานสอบสวนพูดกับผู้ต้องหาว่า “ถ้าจริงก็รับเสียโทษจะเบา” ไม่เป็นคำหลอกลวงคำรับฟังได้

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นทำให้ได้ข้อสรุปประการสำคัญ กล่าวคือ หากการพุดจาของพนักงานสอบสวนนั้นเป็นการแนะนำเพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสในการตัดสินใจ โดย เจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำไปในพื้นฐานของความบริสุทธิ์ใจ และปรารถนาให้จำเลยได้รับทางเลือกที่ดีที่สุด ประกอบกับฝ่ายรัฐนั้นก็มิพยานหลักฐานครบถ้วน ศาลก็มักจะรับฟังและนำไปสู่การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีนั้นได้

การทํำบันทึกข้อตกลงการตํอรองคำรับสารภาพระหว่างพนักงานอัยการและจำเลยนั้น มิเ็นข้อประการสำคัญกล่าวคือ จำเลยต้องให้การรับสารภาพในความผิดที่ได้กระทำเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ทางด้านการสืบสวนสอบสวนหรือความพยานหลักฐาน โดยตนเองจะได้รับผลตอบแทนในการลดข้อหาหรือสั่งไม่ฟ้องในบางข้อหา หรืออาจได้รับการพิจารณาลดโทษจากศาลตามข้อตกลงที่ได้กระทำกัน

ซึ่งในชั้นตอนนี้จะพบว่าจริงอยู่หากเป็นการตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 135 ประกอบมาตรา 226 อาจทำให้คิดไปได้ว่า การทำ

ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้นเป็นการให้สัญญาโดยเจ้าพนักงานรัฐว่าจะกระทำการให้
คุณประโยชน์ใดๆ แก่ผู้ต้องหาเพื่อตอบแทนผลประโยชน์บางอย่าง อาจเข้าในลักษณะทำนองว่าเป็น
การทำบันทึกข้อตกลงที่เกิดจากการการจูงใจหรือให้สัญญาให้จำเลยให้การรับสารภาพเพื่อเป็นการ
แลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่จำเลยจะได้รับบางประการ แต่การจูงใจที่ให้การอย่างใดๆ ในคดีที่
จะถือได้ว่าเป็นการจัดกับบทบัญญัติมาตรา 135 และทำให้ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้
ตามมาตรา 226 นั้น คงเป็นการควั่นตัดสินจนเกินไป

ผู้เขียนเห็นว่า หากการกระทำใดๆ ของเจ้าพนักงานรัฐไม่ว่าจะเป็นพนักงาน
สอบสวนหรือพนักงานอัยการเช่นการทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพได้ตั้งอยู่บน
พื้นฐานของความบริสุทธิ์ใจ ไม่มีสิ่งเคลือบแคลงสงสัยในการตั้งอยู่ของความโปร่งใสและความ
ยุติธรรม การทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ในขั้นตอนก่อนที่จะจำเลยจะได้ลงลายมือชื่อไป
นั้น จะพบว่าจำเลยได้รับการคุ้มครองตามสิทธิที่ตนเองมีอยู่อย่างครบถ้วนตามหลักนิติธรรม ไม่ว่า
จะเป็น สิทธิต่างๆ ของระบบกล่าวหาที่จะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยแก้ข้อกล่าวหาได้ดี นั่นคือสิทธิ
ของผู้ถูกกล่าวหาอย่างผู้ร่วมคดีในทางการกระทำ (active)¹¹² ¹¹³ อันได้แก่สิทธิของการมีส่วนร่วมคดีใน
การพิจารณาคดีต่างๆ ในข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ สิทธิในการแก้ข้อกล่าวหาหากไม่
เห็นด้วยในการที่พนักงานอัยการตั้งคดีมา ผู้ต้องหาหรือจำเลยก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธการเข้าร่วมการ
ต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างอิสระและเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมปกติ หรือแม้กระทั่งสิทธิการมี
ทนายเข้ามามีส่วนช่วยเหลือทางคดีในทุกขั้นตอนของการทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับ
สารภาพ รวมตลอดทั้งสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในทางนิ่งเฉย (passive) กล่าวคือผู้ต้องหาหรือจำเลย
นั้นได้รับการคุ้มครองในการใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในการตัดสินใจว่าจะเข้าร่วมกับพนักงานอัยการ
ในการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่ โดยปราศจากการแทรกแซงจากเจ้าหน้าที่รัฐ
หรืออำนาจอื่นใดอันอาจเป็นการกระทบต่อความมีอิสระในการตัดสินใจ

ยิ่งไปกว่านั้น โดยหลักสากลที่เป็นมาตรฐานของการทำบันทึกข้อตกลงของ
การต่อรองคำรับสารภาพนั้น ต่างตั้งอยู่บนพื้นฐานของการที่มีพยานหลักฐานเพียงพอแก่การฟ้องคดี
อย่างครบถ้วน แต่การที่พนักงานอัยการตัดสินใจให้มีการต่อรองคำรับสารภาพนั้นก็เพื่อเป็น

¹¹² ในประเด็นเรื่องของสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาอย่างผู้ร่วมคดีทางการกระทำและการวางเฉยนั้น ซึ่งเป็น
สิทธิประการสำคัญมากในระบบกล่าวหาที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องได้รับความคุ้มครอง อ้างถึงใน ดร.คณิต ณ นคร
คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547.

¹¹³ ในประเด็นเรื่องของสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาอย่างผู้ร่วมคดีทางการกระทำและการวางเฉยนั้น ซึ่งเป็น
สิทธิประการสำคัญมากในระบบกล่าวหาที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องได้รับความคุ้มครอง อ้างถึงใน ดร.คณิต ณ นคร
คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547.

ประโยชน์แก่จำเลยเองที่จะได้ไม่ต้องทนทุกข์ทรมานในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งต้องใช้ระยะเวลา และเพื่อเป็นการบริหารจัดการคดีให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในระบบยุติธรรม ซึ่งไม่ใช่เป็นกรณีที่พนักงานอัยการไม่มีพยานหลักฐานอื่นแล้วใช้เทคนิคนอกเหนือทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะเป็นการทำให้ผู้ต้องหาเกิดความหวาดหวั่นหรือความกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่นหรือญาติใกล้ชิดกับผู้ต้องหาหากตนไม่ให้การรับสารภาพ ซึ่งกรณีนี้ถือได้ว่าเป็นการขู่เข็ญให้ผู้ต้องหาต้องให้การรับสารภาพโดยศาลฎีกาก็เคยตัดสินไปในทำนองว่าเป็นคำรับที่ฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้เช่นเดียวกัน¹¹⁴ หรือการบอกกับผู้ต้องหาว่ามีพยานหลักฐานครบถ้วนให้การรับสารภาพเสียซึ่งแท้จริงแล้วพนักงานอัยการไม่มีพยานอื่นใดที่จะมายืนยันจำเลยได้เลยอันถือว่าได้ว่าเป็นการหลอกลวงผู้ต้องหาให้ให้การรับสารภาพเพื่อนำไปสู่การทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ซึ่งต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานโดยเทียบเคียง มาตรา 135 และ 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในประเด็นที่สอง ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ในสถานการณ์ที่เลวร้ายที่สุดหากว่าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการทำบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้น ไม่มีกฎหมายในประเทศไทยให้อำนาจพนักงานอัยการกระทำได้ จึงถือว่าการกระทำโดยมิชอบด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งบันทึกคำรับสารภาพของจำเลยและถือได้ว่าเป็นคำรับสารภาพที่เกิดจากการขู่เข็ญหรือให้สัญญา เช่นนี้ ผลในทางกฎหมายของบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพรวมตลอดถึงพยานหลักฐานอันสืบเนื่องมาจากข้อตกลงที่ได้มีการต่อรองคำรับสารภาพกับจำเลย พยานเหล่านี้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบหรือไม่ และศาลจะรับฟังได้หรือไม่ เพียงใด

เนื่องจากกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพยังไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยหรือมีการบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะดังเช่น ของประเทศอินเดีย สหรัฐอเมริกา หรือ ฝรั่งเศส จึงยังไม่มีบรรทัดฐานศาลฎีกาต่อคำตัดสินที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการทำบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ ซึ่งจากบทวิเคราะห์ในหัวข้อที่แล้วมา ผู้เขียนวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายที่พื่อนำมาปรับใช้ได้ในปัจจุบันซึ่งมีแนวโน้มเห็นด้วยว่าการทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ศาลสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวข้างต้น อย่างไรก็ดี ควรสมมติสถานการณ์ในอีกด้านหนึ่งหากเลวร้ายที่สุดแล้ว ศาลเห็นด้วยว่าเป็นข้อตกลงที่จำเลยกระทำไปด้วยใจสมัครปราศจากการถูกข่มขู่หรือให้สัญญา แต่ศาลกลับให้ทัศนะในภาพกว้างของบริบทขององค์กรผู้ใช้อำนาจว่าการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับ

¹¹⁴ เทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 102/2474 จำเลยเป็นหญิงรับสารภาพในชั้นสอบสวนเพราะพนักงานสอบสวนกล่าวว่า “ถ้าให้การรับเสียจะได้ปล่อยตัวกลับบ้าน ส่วนจำเลยไปถึงศาล ศาลก็คงภาคทัณฑ์เพราะเป็นผู้หญิง คำรับฟังไม่ได้”

สารภาพที่พนักงานอัยการกระทำการต่อรองกับจำเลยนั้น ไม่มีอำนาจกระทำได้ การรับฟังพยานหลักฐานควรเป็นเช่นไรและเกิดผลกระทบอย่างไรบ้าง

ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบประการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ตอนท้าย นั้นอาจมีสาเหตุด้วยกันได้หลายกรณี เช่น การที่เจ้าพนักงานกระทำการเพื่อให้ได้พยานหลักฐานมาโดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ หรือการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดแล้วนำหลักฐานมาใช้ลงโทษผู้คนที่เรียกว่าเป็นการก่อให้เกิดความผิด หรือการไม่ได้ให้สิทธิแก่จำเลยในการต่อสู้คดีหรือแก้ไขข้อกล่าวหาอย่างเต็มที่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาอย่างผู้ร่วมคดีในทางการกระทำและทางอยู่เฉย

กรณีของการที่ศาลเห็นว่าแม้จำเลยจะได้รับสิทธิแก้ไขข้อกล่าวหาอย่างเต็มที่แล้วแต่ก็ยังเห็นว่าพนักงานอัยการไม่สามารถหรือมีอำนาจในการต่อรองคำรับสารภาพกับจำเลยได้นั้น ซึ่งทำให้บันทึกคำให้การตามข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพยอมได้มาโดยมิชอบด้วยนั้น แต่โดยลักษณะธรรมชาติของการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้น พนักงานอัยการไม่ได้มีเพียงแค่คำรับสารภาพซึ่งเป็นบันทึกข้อตกลงเพียงเท่านั้น แต่รวมถึงพยานหลักฐานต่างๆ ที่แนบประกอบมาในสำนวนการฟ้องคดีด้วย ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่พนักงานอัยการทำการต่อรองกับจำเลยแล้วจำเลยยอมพาไปค้นพบพยานหลักฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสาร เหล่านี้จะเสียไปหรือไม่

เห็นว่า หลักกฎหมายทางด้านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในอดีตก่อนมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2551 กรณีหากพยานหลักฐานเกิดขึ้นโดยมิชอบก็เป็นอันยุติว่า ศาลไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานเข้าสู่การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้ แต่ที่น่าสนใจคืออีกกรณีหนึ่งที่มีแนวคำพิพากษาอยู่สองทางซึ่งอาจไม่แน่ชัดว่ากรณีพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบนั้น หากพยานหลักฐานเป็นการได้มาโดยมิชอบนั้น ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการได้มาโดยมิชอบได้หรือไม่ กระทั่งหลังมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2551 เป็นมาตรา 226/1 ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ออกมาแก้ไขปัญหาในอดีต ว่าแม้โดยหลักการกฎหมายการรับฟังพยานหลักฐานจะกำหนดว่า พยานหลักฐานนั้นจะได้มาโดยมิชอบหรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ หากเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแล้ว ต้องห้ามมิให้รับฟัง แต่ก็ได้มีการบัญญัติเป็นบทยกเว้นไว้ในหลายกรณีที่ให้ดุลยพินิจศาลสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

ดังนั้น การเกิดขึ้นของบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้น แล้วต่อมาได้มีการนำไปยังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดี กรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจรับฟังพยานหลักฐานเข้าสู่การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้ ทั้งนี้เป็นเพราะถือได้ว่าการรับฟัง

พยานหลักฐานอันเกิดจากข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพระหว่างพนักงานอัยการกับจำเลยนั้นก็เพื่อที่จะเป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนหรือในการนำตัวผู้บงการใหญ่มารับโทษอันเป็นการบริหารจัดการคดี (case management) ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดซึ่งเมื่อคำนึงถึงผลประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกทางอาญานั้นมีมากกว่าผลเสียที่เกิดจากการที่ยอมรับฟังที่มีต่อมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิพื้นฐานของประชาชน ทั้งนี้เป็นไปตามบทกวีวนของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 ตอนท้าย เนื่องจากหากยอมรับฟังพยานเหล่านี้ ซึ่งโดยการต่อรองคำรับสารภาพระดับสากลมักทำการต่อรองกับคดีที่เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมร้ายแรงต่างๆ เช่น อาชญากรรมข้ามชาติ คดีก่อการร้าย คดีค้ายาเสพติด คดีที่มีลักษณะเครือข่าย ที่โยงใยถึงผู้บงการที่อยู่เบื้องหลัง เหล่านี้หากมีการเจรจาต่อรองและศาลรับฟังพยานจนเชื่อว่าจำเลยกระทำผิดจริงและพิพากษาลงโทษ ย่อมก่อให้เกิดความสงบสุขและความปลอดภัยด้านชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนรวมถึงความเชื่อมั่นด้านกระบวนการยุติธรรมที่มีต่อการปราบปรามผู้กระทำผิดอย่างยิ่ง ให้ผู้กระทำผิดเหล่านี้ได้เช็ดหลาบาดและสำนึกในการกระทำของตนเองและส่งผลให้ไม่อาจเกิดการกระทำผิดซ้ำอีก (recidivism) อีกทั้งยังเป็นการปรามผู้ที่คิดจะกระทำความผิดรายใหม่ด้วยว่าจะต้องพบหนทางอันเสี่ยงต่อการต้องถูกศาลพิพากษาจำคุกหรือประหารชีวิต บทบัญญัติมาตรา 226/1 นี้จึงเป็นการให้ความสำคัญของจุดดุลยภาพระหว่างหลักการป้องกันอาชญากรรม (crime prevention) กับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (due process)

และเมื่อพิจารณาในประเด็นมาตรฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานรัฐไม่ว่าจะเป็นพนักงานอัยการและพนักงานสอบสวนก็เป็นไปอย่างการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาอย่างเต็มที่ตามสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามีการให้สิทธิแก่จำเลยอย่างมากในการเลือกที่จะใช้ดุลยพินิจตัดสินใจโดยการใช้สิทธิได้รับคำปรึกษาจากทนายความในการที่จะเข้าร่วมทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่ ในพื้นฐานของการที่พนักงานอัยการมีข้อมูลและพยานหลักฐานที่ครบถ้วนในการดำเนินคดี อีกทั้งยังมีระเบียบของพนักงานอัยการว่าด้วยการดำเนินคดี พ.ศ. 2547 และพระราชบัญญัติว่าด้วยองค์กรอัยการและพระราชบัญญัติระเบียบว่าด้วยพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 บัญญัติให้มีการกำกับตรวจสอบการทำงานในทุกกระบวนการ ยิ่งไปกว่านั้นศาลยังสามารถเข้าไปตรวจสอบถึงความสมัครใจและความชอบด้วยกฎหมายของบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพในอีกชั้นหนึ่งด้วย นอกจากนี้การทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพแล้วได้พยานหลักฐานมาจากระบวนการดังกล่าวถือได้ว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้นมีคุณค่าเชิงพิสูจน์ความจริงในคดีมากตาม มาตรา 226/1 (1) เพราะเป็นประเด็นเกี่ยวกับเรื่องที่ว่าจำเลยให้การรับสารภาพในบันทึกข้อตกลงที่ได้กระทำการต่อรองคำรับสารภาพอันเป็นพยานหลักฐานที่ยังมิได้เปลี่ยนแปลงไปจากที่เกิดขึ้นเดิมเลย

กล่าวโดยสรุป การได้พยานหลักฐานซึ่งสืบเนื่องมาจากการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพแม้ศาลจะมองในสถานการณ์เลวร้ายอย่างที่สุดแล้วว่าการทำข้อตกลงไม่มีกฎหมายให้อำนาจการทำได้แต่พยานหลักฐานเหล่านี้ย่อมเกิดขึ้นแต่เดิมไม่ว่าจะมีการทำบันทึกกันหรือไม่ก็ตามก็หาได้เปลี่ยนแปลงสภาพไม่ ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่พยานหลักฐานนั้นเกิดขึ้นโดยชอบแต่อาจได้มาโดยมิชอบ ซึ่งโดยหลักแล้วรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ แต่ก็เป็นที่กรณีเข้าข้อยกเว้นให้ศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดีโดยอาศัยเหตุปัจจัยตามมาตรา 226/1 ตอนท้าย ประกอบกับ 226/1 (1)(2)(3) ศาลจึงต้องรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อประกอบบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ

อันที่จริงแล้ว หากพิจารณาในด้านหลักวิชาการเรื่องพยานหลักฐานนั้น ผู้เขียนมองว่าประเด็นการได้พยานหลักฐานซึ่งสืบเนื่องมาจากการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพแม้ไม่มีบทบัญญัติมาตรา 226/3 ที่เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ซึ่งในวรรคหนึ่งนั้นเป็นเพียงคำอธิบายเรื่อง “พยานบอกเล่า” ในทางดำราเท่านั้น อย่างไรก็ตามในคดีอาญา “พยานบอกเล่า” ก็รับฟังได้ และบทบัญญัติแห่งวรรคสองและวรรคสามนั้นก็ไม่มีอะไรใหม่ เพราะกรณีเป็นไปตามนัยแห่งมาตรา 226 อยู่แล้ว ส่วนบทบัญญัติมาตรา 227/1 ที่เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551) บัญญัติเหตุผลในการประกาศใช้ว่า “โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาด้านเทคโนโลยีของประเทศในปัจจุบัน” อย่างไรก็ตาม การเพิ่มเติมมาตรา 227/1 นั้น ไม่ได้ทำให้เกิดความทันสมัยแม้แต่น้อย ตรงข้ามกลายเป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดอำนาจศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน กรณีจึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีได้ตั้งอยู่บน “หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน” จนเป็นการแก้ไขกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย¹¹⁵

3. วิเคราะห์ในแง่ทฤษฎีระบบกฎหมายกับการรับฟังพยานหลักฐาน การจะวิเคราะห์ถึงสถานะหรือผลในทางกฎหมายของการรับฟังพยานหลักฐานกรณีคดีที่มีการทำข้อตกลงหรือสัญญาที่มีการต่อรองคำรับสารภาพ จะพบว่าแม้การร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยจะมีระบบกฎหมายซีวิลลอว์แต่โดยสภาพการที่ประเทศไทยเคยถูกประเทศอังกฤษกดขี่อย่างหนักให้มีการปฏิรูปกฎหมาย ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงยังคงปรากฏร่องรอยให้เห็นประจักษ์อยู่หลายประการ หนึ่งในนั้นก็คือ หลักเกณฑ์การห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐาน

¹¹⁵ คณิต ฌ นร. (2552). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. หน้า 167-180.

โดยเฉพาะพยานบอกเล่า ซึ่งศาลไทยมีความเคยชินกับคำตัดสินที่ยึดหลักเกณฑ์อย่างเคร่งครัดในหลักดังกล่าวตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้ในหลายคดีจำเลยหลุดรอดออกไปจากกระบวนการยุติธรรมด้วยเทคนิคของระบบวิธีพิจารณาความ ซึ่งผิดกับทฤษฎีระบบของไทย ที่ไทยมีวัฒนธรรม ระบบกฎหมายที่ไม่เหมือนกับประเทศอังกฤษ ซึ่งสาเหตุที่ประเทศอังกฤษต้องมีหลักการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานก็เป็นเพราะกระบวนการตุลาการของระบบคอมมอนลอว์ นั้นมีการใช้ดุลยพินิจอยู่สองขั้นตอน คือขั้นตอนของการพิจารณาพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงต่างๆ แล้วฟังได้หรือไม่ว่าจำเลยได้กระทำความผิด ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นหน้าที่ของคณะลูกขุนหรือคณะลูกขุนใหญ่แล้วแต่กรณี และหากเห็นว่ามีความผิดก็จะมีขั้นตอนของการกำหนดโทษโดยผู้พิพากษาอาชีวอีกครึ่งหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ เพื่อกันมิให้ลูกขุนซึ่งเป็นเพียงบุคคลธรรมดาที่ได้รับเลือกจากการสุ่มประชากรของประเทศ ไม่ฟังพยานหลักฐานอย่างสับสนทำให้มีการหลงประเด็นหรือได้ฟังหรือพิจารณาพยานหลักฐานที่ไม่มีมาตรฐานเพียงพอ ดังนั้นโดยทฤษฎีระบบแล้วประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดหลักการตามระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป ซึ่งมีระบบการดำเนินคดีเป็นระบบกล่าวหาตามหลักสากล แต่ลักษณะของหลักการค้นหาความจริงยังคงยึดหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ (Non-Adversary System) ที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมทุกฝ่ายต่างต้องร่วมกันค้นหาความจริงในคดี เมื่อมีพยานหลักฐานต่างๆ ของคดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพมานำเสนอต่อศาล หรือผู้พิพากษาอาชีวซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ทั้งการรับฟังปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายรวมถึงการใช้ดุลยพินิจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ และหากเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดจริงก็ต้องมีการใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษด้วยในขั้นตอนเดียวซึ่งต่างจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์รวมตลอดถึงบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นพยานบอกเล่าของศาล ศาลไทยจึงควรใช้ดุลยพินิจรับไว้พิจารณาเข้าในสำนวนและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งหมดที่ได้จากคดีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพโดยอาจเป็น พยานบอกเล่า พยานเอกสาร พยานวัตถุ เพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลย โดยในระหว่างพิจารณาของศาล ศาลยังสามารถที่จะค้นหาความจริงในคดีได้อีกอันเป็นลักษณะเด่นของการค้นหาความจริงแบบไม่ต่อสู้ หากยังติดใจในบางประเด็นซึ่งอาจสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมศาลจะสืบด้วยตัวเองหรือส่งประเด็นไปสืบก็ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 228 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเมื่อพิเคราะห์แล้วหากศาลเห็นว่าพยานหลักฐานไม่พอฟังว่าจำเลยนั้นได้กระทำความผิด ศาลก็สามารถตัดสินยกฟ้องได้ หรือหากเห็นว่าพยานหลักฐานเชื่อมโยงสอดคล้องมีน้ำหนักพอฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจการลงโทษโดยพิเคราะห์จากการให้ความร่วมมือของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวนหรือแสวงหาพยานหลักฐานของฝ่ายรัฐ ผ่านทาง

ข้อตกลงหรือสัญญาการต่อรองคำรับสารภาพที่พนักงานอัยการกระทำกับจำเลย ทั้งนี้ โดยศาลอาจคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบการใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษก็ได้

4.3.2.2 วิเคราะห์การต่อรองคำรับสารภาพโดยการลดหรือสั่งไม่ฟ้องข้อหา

โดยปกติ การต่อรองคำรับสารภาพของนานาประเทศไม่ว่าจะเป็นของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ต่างก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน คือ สามารถใช้วิธีการต่อรองข้อหาโดยการลดข้อหาหรือสั่งไม่ฟ้องข้อหาบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้ อาทิ พนักงานอัยการต่อรองข้อหาปล้นทรัพย์และบุกรุก เมื่อจำเลยยินยอมรับสารภาพ อัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องในข้อหาบุกรุกและฟ้องเพียงข้อหาปล้นทรัพย์ หรือสั่งไม่ฟ้องในข้อหาบุกรุกพร้อมทั้งใช้ดุลยพินิจลดข้อหาที่มีความร้ายแรงคือปล้นทรัพย์ให้เหลือเพียงข้อหาชิงทรัพย์ ก็ได้ หรือหากพนักงานอัยการเห็นว่าผู้ต้องหาเป็นตัวอย่างให้ข้อมูลที่สำคัญในอันจะนำไปสู่พยานหลักฐานหรือตามจับกุมผู้บงการใหญ่ ก็อาจใช้กลวิธีการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

พนักงานอัยการ โดยปกติไม่ใช่เป็นคู่ความในคดีที่มุ่งจะเป็นปฏิบัติกับจำเลยเพื่อจะทำให้รัฐได้รับชัยชนะโดยขาดการตรวจสอบความจริงแท้ของคดี แต่พนักงานอัยการยังมีพันธกรณีต่อสังคมในการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นและรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นแก่สังคมบนพื้นฐานของการคำนึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในทางตรงข้ามพนักงานอัยการต้องมีความรับผิดชอบและตรวจสอบว่าอาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร ตามพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดี จำเลยกระทำได้ด้วยตัวเองหรืออาจมีผู้ร่วมกระทำความผิดอื่นร่วมด้วยหรือไม่ โดยเฉพาะผู้บงการใหญ่ในคดีที่สร้างความเดือดร้อนให้กับสังคมอย่างมากไม่ว่าจะเป็นคดีค้ายาเสพติด คดีก่อการร้าย หรือคดีที่มีลักษณะองค์กรอาชญากรรม

อย่างไรก็ดีเมื่อนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทยซึ่งหากยังมีได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยออกเป็นกฎหมายเฉพาะ หากคำนึงถึงระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงเห็นได้ว่าอำนาจในการใช้วิธีดังกล่าวของเจ้าพนักงานรัฐ โดยเฉพาะพนักงานอัยการ ย่อมสามารถใช้การต่อรองคำรับสารภาพโดยการสั่งไม่ฟ้องในบางข้อหาหรือทุกข้อหาแล้วกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้ทั้งนี้เพราะวิธีการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลพินิจของพนักงานอัยการเห็นได้จากบทบัญญัติของไทยได้เปิดช่องให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลพินิจ เห็นได้จากมาตรา 143 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่อัยการมีดุลพินิจที่จะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาใดทั้งนี้โดยคำนึงถึงพยานหลักฐานและประโยชน์สาธารณะของคดี ซึ่งไม่ได้เป็นบทบังคับให้พนักงานอัยการของไทยเมื่อเห็นว่าคดียุ้นมีพยานหลักฐานพอฟ้องคดีจะต้องดำเนินการฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยต่อศาลทุกกรณี ในทางตรงข้ามบทบัญญัติดังกล่าวกลับเปิดช่องให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีได้ โดยอาจคำนึงถึง

ประโยชน์สาธารณะ ความร้ายแรงของคดี ความร่วมมือของผู้ต้องหาในการสืบสวนสอบสวนหรือความหาพยานหลักฐาน แต่สำหรับการต่อรองคำรับสารภาพประเภทการลดข้อหาลง อาทิ จากข้อหาฆ่าคนตายให้เหลือเพียงข้อหาทำร้ายร่างกาย ไม่มีอำนาจตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการสามารถพิจารณาลดข้อหาลงได้ เพราะไม่มีกฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้เช่นกรณีข้างต้น

ดังนั้นทางแก้ในการถูกจำกัดโดยผลของกฎหมาย พนักงานอัยการหากใช้ดุลยพินิจเห็นควรใช้วิธีการต่อรองคำรับสารภาพ ควรใช้วิธีการสั่งไม่ฟ้องในข้อหาแล้วอาจใช้วิธีการคุมประพฤติหากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดทั้งนี้ก็เพื่อให้แน่ใจในความประพฤติดของผู้ต้องหาว่า จะสามารถกลับตนเป็นคนดีได้แทนการมีคำสั่งลดข้อหาให้แก่ผู้ต้องหา หรืออาจเลือกนำตัวผู้ต้องหาไปเป็นพยานหากเป็นกรณีเพื่อความจำเป็นในการสืบสวนสอบสวนหรือความหาพยานหลักฐาน หรือการได้เบาะแสมาเพื่อเชื่อมโยงไปสู่ผู้บงการใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังอาชญากรรมร้ายแรงนั้นๆ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ศาลเห็นว่าการทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพโดยวิธีการลดข้อหา นั้น จริงอยู่แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพโดยสมัครใจโดยปราศจากการถูกข่มขู่หลอกลวง แต่ศาลอาจมองว่าเป็นกรณีการใช้อำนาจกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใดๆ กล่าวคือพนักงานอัยการใช้วิธีการลดข้อหาโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ที่จะกระทำได้ อันจะส่งผลไปถึงปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักของพยานดังที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อก่อนหน้านี้

4.3.2.3 วิเคราะห์การต่อรองคำรับสารภาพโดยการขอให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการลงโทษที่เหมาะสม

การต่อรองคำรับสารภาพกรณีการต่อรองดุลยพินิจการลงโทษ (sentencing bargaining) นอกจากเป็นกรณีสัญญาว่าจะทำข้อเสนอในการลงโทษต่อศาลให้จำเลยได้รับโทษน้อยลง อันพบเจอได้ในความหมายโดยทั่วไปของการต่อรองคำรับสารภาพแล้ว ยังรวมถึงกรณีอื่นๆ ที่กระทบกับการใช้ดุลยพินิจของศาลด้วย อาทิ สัญญาว่าจะดำเนินคดีแบบไม่มีข้อยุ่งยากแทนการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบ สัญญาจะไม่คัดค้านการทำข้อเสนอในการพิพากษาของทนายจำเลย สัญญาจะไม่อุทธรณ์การกำหนดโทษของศาลที่พิจารณาคดี สัญญาจะไม่ร้องขอให้ลงโทษสถานหนัก เช่น โดยไม่แจ้งให้ศาลลงโทษให้หนักขึ้นโดยอาศัยเหตุจำเลยเคยกระทำผิดมาก่อน

สำหรับการใช้ดุลยพินิจการลดโทษของศาล ปราบกฏให้เห็นอยู่แล้วโดยหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการที่จำเลยให้การรับสารภาพศาลอาจลดโทษให้กึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือเป็นกรณีศาลใช้ดุลยพินิจการลดโทษเนื่องจากคำให้การของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาคดีของศาล จึงเห็นได้ว่าศาลมีความคุ้นชินกับการใช้ดุลยพินิจการลดโทษซึ่งมีอยู่คู่ระบบกฎหมายไทยเป็นเวลานาน

แต่การทํำบันทึกข้อตกลงของการตํอรองคำรับสารภาพโดยใช้วิธีการตํอรองคุลย พินิจการลงโทษของศาล จะพบว่ากระบวนการนั้นศาลจะไม่ได้มีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องเลยในขั้นตอน การตํอรอง เป็นเรื่องที่พนักงานอัยการและผู้ตํอหาและทนายผู้ตํอหากระทํำกันไปโดยลำพัง ซึ่ง อาจหมิ่นเหม่ตํอการถูกตํงข้อสังเกตถึงการไปกํ้าวก่ายคุลยพินิจการพิจารณาพิพากษาของศาลซึ่งมี การได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญพ.ศ. 2550 ถึงความมีอิสระปราศจากการแทรกแซงในการ พิจารณาพิพากษาคดีซึ่งเป็นอำนาจอตุลาการโดยเฉพาะ

ดังนั้นทางแก้ไขก่อนมีการบัญญัติกฎหมายการตํอรองคำรับสารภาพโดยเฉพาะ เพื่อที่จะทํำให้บันทึกการตํอรองคำรับสารภาพมีผลใช้บังคับได้และไม่เป็นการที่ศาลถือว่าเป็นการ แทรกแซงอำนาจอตุลาการ ควรที่พนักงานอัยการใช้วิธีในการยื่นฟ้อง โดยแนบข้อเสนอนแนะการใช้ คุลยพินิจของศาลอาจมีการเพิ่มเติมถึงข้อเท็จจริงและรายละเอียดกล่าวไปในคำฟ้องตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 ประกอบมาตรา 159 ได้เนื่องจากเมื่อคำฟ้องนั้นได้มีการ ยื่นโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว พนักงานอัยการ โจทก์ก็สามารถยื่นข้อเท็จจริงต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น เป็นไปในทางที่เป็นโทษเพื่อให้ศาลเพิ่มเติมโทษหรือยื่นหรือแถลงข้อเท็จจริงที่อาจทํำให้จำเลย ได้รับความลดโทษอันเนื่องมาจากการให้ความร่วมมือแก่รัฐในการสืบสวนสอบสวนหรือความหา พยานหลักฐาน ประกอบสำนวนการสอบสวนเพื่อให้ศาลพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการ ลดโทษได้ ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 104 อีกทั้งเป็นการขั้นตอนแยกต่างหากจากการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานว่าจำเลย กระทํ�ความผิดจริงหรือไม่ ขั้นตอนนี้จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทบทสิทธิต่างๆ ที่จำเลยควรได้รับการ การตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาในฐานะที่เป็นประชนในคดี

ต่อข้อถามที่ว่าในการทํ�การตํอรองคำรับสารภาพทั้งประเทศอินเดียหรือฝรั่งเศส ต่างมีระดับการลดโทษที่มีความแน่นอนเมื่อได้มีการทํ�การตํอรองคำรับสารภาพซึ่งอาจใช้วิธีการ คำนวณลดให้เหลือไม่เกินหนึ่งปีหรือลดให้อย่างมากก็ไม่เกินหนึ่งในสี่ของโทษที่กฎหมายกำหนด ไว้สำหรับความผิดที่จำเลยกระทํ� ควรจำกัดการลดโทษของศาลหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีศาลจะเห็นด้วยในข้อตกลงการลดโทษที่พนักงานอัยการได้ กระทํ�กับจำเลยนั้น ไม่ถือว่าเป็นการผูกมัดศาล ศาลสามารถใช้ดุลพินิจซึ่งนำนักพยานหลักฐาน ทั้งปวงรวมถึงข้อเท็จจริงแวดล้อมอื่นๆ ว่า จะเห็นควรลดโทษให้จำเลยเพียงใดอันเป็นอำนาจอตุลา การ โดยเฉพาะ ซึ่งศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีมีเหตุบรรเทาโทษตามที่กฎหมายมาตรา 78 บัญญัติไว้ หรือไม่ หรืออาจลดโทษให้น้อยกว่าที่ตกลงกันแล้วใช้วิธีการคุมประพฤติอีกขั้นตอนหนึ่งก็เป็นได้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในลักษณะที่ยืดหยุ่นให้เหมาะกะบพฤติการณ์และความประพฤติของ จำเลยแต่ละคนได้อย่างเหมาะสม

4.3.2.4 วิเคราะห์เจ้าหน้าที่รัฐที่เหมาะสมในการนำเอาวิธีการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้

การจะทำให้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพมีประสิทธิภาพนั้นสิ่งสำคัญจำเป็นต้องขับเคลื่อนด้วยเหล่าเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการและศาล ลำดับต่อไปจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของแต่ละตำแหน่งในการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาอยู่ในภายใต้อำนาจหน้าที่ขององค์กร ว่ามีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด

1) วิเคราะห์อำนาจของพนักงานสอบสวนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพ

ในชั้นเจ้าพนักงานสอบสวนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรนำเอามาตรการต่อรองคำรับสารภาพไปใช้ ด้วยเหตุผลหลายประการ

ประการแรก โดยปกติพนักงานสอบสวนต้องทำสำนวนพร้อมส่งให้พนักงานอัยการพิจารณาสั่งฟ้องภายในระยะเวลาอันจำกัดนับแต่วันที่มีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษเพื่ดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งหากให้มีการนำเอามาตรการต่อรองคำรับสารภาพไปใช้ในชั้นพนักงานสอบสวนย่อมเป็นการสร้างภาระที่ย่งยากเนื่องจากต้องใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจท่ามกลางการค้นหายุทธศาสตร์หลักฐานที่ตนเองก็มีหน้าที่ในการรวบรวมให้ได้มากที่สุดแล้ว ก็ยังทำให้งานถาโถมเข้ามาซึ่งอาจทำให้กระบวนการใช้ดุลยพินิจขาดการไตร่ตรองอย่างรอบคอบก็เป็นได้

ประการที่สอง คุณวุฒิและวุฒิของพนักงานสอบสวนยังไม่อาจใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพให้เป็นที่ยอมรับในสังคมได้เท่าเทียมกับพนักงานอัยการ เนื่องจากระบบการคัดเลือกเพื่อเข้าสู่ตำแหน่งของพนักงานสอบสวน รับสมัครทั้งบุคคลที่จบปริญญาตรีทางสายนิติศาสตร์และนักเรียนนายร้อยตำรวจที่ได้รับปริญญาตรีทางด้านรัฐประศาสนศาสตร์ ซึ่งพนักงานสอบสวนที่จบจากโรงเรียนนายร้อยตำรวจเพียงจำนวนหนึ่งเท่านั้นที่พยายามศึกษาต่อจนจบปริญญาทางด้านนิติศาสตรบัณฑิต นอกจากนี้คุณสมบัติการคัดเลือกก็ไม่ได้กำหนดให้ผู้มีวุฒิปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ ต้องผ่านการสอบของเนติบัณฑิตไทยซึ่งถือว่าเป็นสถาบันระดับประเทศที่ได้รับการยอมรับในภาพรวมของบุคคลผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญกฎหมายในภาคปฏิบัติซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายโดยเฉพาะการเป็นพนักงานสอบสวนที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องหา ผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความรู้จริงทั้งทางด้านวิชาการและทางปฏิบัติ

ประการที่สาม พนักงานสอบสวนของไทยมีอำนาจหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ รวมถึงการสืบสวนสอบสวนเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดเป็นหลักแล้วทำ

ความเห็นเบื้องต้นเสนอแก่พนักงานอัยการว่าพยานหลักฐานนั้นมีเพียงพออันเห็นสมควรในการสั่งฟ้องหรือไม่ ดังนั้นความเชี่ยวชาญในการพิจารณาสำนวนว่าควรพิจารณาสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องในข้อหาใด หรือทำการสืบพยานหรือความหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมอย่างไรย่อมขาดประสบการณ์มากกว่าพนักงานอัยการซึ่งมีหน้าที่ในการฟ้องร้องดำเนินคดีกรณีพยานหลักฐานพอเพียงแก่การฟ้องคดีหรือพิจารณาสั่งไม่ฟ้องกรณีที่ไม่น่าเป็นประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สี่ หลักการดำเนินคดีอาญาในระดับสากลต่างยอมรับถือเอากระบวนการสอบสวนฟ้องร้องเป็นขั้นตอนเดียวกัน ไม่อาจแยกกระบวนการสอบสวนและกระบวนการฟ้องร้องออกจากกันได้ ซึ่งหลักปฏิบัติก็คือหากเป็นคดีธรรมดาต่างๆ ไป พนักงานสอบสวนอาจดำเนินการภายใต้การควบคุมดูแลของพนักงานอัยการอย่างใกล้ชิดแต่หากเป็นคดีอาญาร้ายแรงเช่นคดีที่เกี่ยวกับอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นองค์กร คดีค้ายาเสพติด พนักงานอัยการมักจะเข้ามาดำเนินการร่วมกับพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานและดำเนินการฟ้องร้องคดี แต่กรณีของระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากระบวนการสอบสวนและฟ้องร้องยังคงแยกออกจากกันดังนั้นแม้พนักงานอัยการจะมีอำนาจให้สอบสวนเพิ่มเติมได้แต่ก็เป็นอำนาจที่มีความจำกัด หากพนักงานสอบสวนไม่ทำตามก็มีแค่กระบวนการร้องเรียนไปยังสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อให้ทราบและพิจารณาใช้ดุลยพินิจต่อไป เมื่ออำนาจพนักงานสอบสวนมีอยู่อย่างค่อนข้างอิสระปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกที่มีความเข้มแข็งย่อมหมิ่นเหม่ต่อการประพฤติไปในทางทุจริตหรือกระทำการโดยมิชอบใดๆ ยิ่งโดยเฉพาะมาตรการต่อรองคำรับสารภาพเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจค่อนข้างมาก อาจเกิดการทุจริตเรียกรับผลประโยชน์ไม่ว่าเป็นเงินทองหรือทรัพย์สินเพื่อให้จำเลยได้รับการลดข้อหาลงให้มากที่สุดหรือจงใจให้ได้รับการลดโทษให้น้อยที่สุดแทนที่จะพิจารณาจากความร่วมมือทางด้านการสืบสวนสอบสวนหรือการความหาพยานหลักฐานหรือเพื่อนำจับตัวผู้ต้องหาใหญ่มารับโทษ

2) วิเคราะห์อำนาจของพนักงานอัยการในการเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพ

ในชั้นอัยการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้จะมีความเหมาะสมและสมควรอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการแรก คุณวุฒิและวิวุฒิมีความเหมาะสม เนื่องจากเมื่อพิจารณาที่คุณสมบัติในการทำหน้าที่เป็นพนักงานอัยการนั้น ล้วนแล้วแต่มีมาตรฐานค่อนข้างสูงเหมาะสมวิชาชีพทางกฎหมายชั้นสูงที่จะต้องรับผิดชอบทั้งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอำนวยความสะดวกให้กับสังคม ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดอายุต้องเริ่มต้นที่ยี่สิบห้าปีบริบูรณ์ ไม่เคยมีประวัติการก่ออาชญากรรมหรือความประพฤติเสื่อมเสียต่างๆ ได้รับการตรวจกายและจิตโดย

รูปแบบที่ตั้งขึ้นเป็นคณะกรรมการแพทย์ คุณสมบัติทางด้านการจบการศึกษาขั้นต่ำที่ต้องมาผ่านปริญญาตรีทางด้านนิติศาสตร์ สอบผ่านเนติบัณฑิต มีประสบการณ์ในการทำงานด้านกฎหมายไม่ต่ำกว่าสองปี และเมื่อทำการสอบเข้าได้แล้วจะต้องมีการผ่านหลักสูตรการฝึกอบรมการทำหน้าที่เป็นพนักงานอัยการ โดยตัวเตอร์ซึ่งเป็นอัยการที่มีประสบการณ์ในการทำคดีคอยให้คำปรึกษาชี้แนะตลอดการฝึกอบรม

ประการที่สอง ระบบมาตรการต่อรองคำรับสารภาพทั้งจากประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยส่วนใหญ่ต่างถือว่ากระบวนการสอบสวนฟ้องร้องเป็นกระบวนการเดียวกันไม่สามารถแบ่งแยกกันได้ ดังนั้นในระบบยุติธรรมสากล การต่อรองคำรับสารภาพจึงไม่มีประเด็นว่าใครควรมีความเหมาะสมในการทำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นถือได้ว่าเป็นเครื่องมือหรือผู้ช่วยให้พนักงานอัยการซึ่งเป็นประธานหลักในการวินิจฉัยว่าคดีใดควรเข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ

ประการที่สาม ระบบการควบคุมตรวจสอบที่มีความเข้มแข็ง กล่าวคือ พนักงานอัยการนั้นถูกควบคุมตรวจสอบในการใช้ดุลพินิจในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการถูกควบคุมโดยผ่านทางรัฐธรรมนูญการควบคุมภายในองค์กรตามลำดับชั้นโดยมีระเบียบพนักงานอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2547 เป็นตัวขับเคลื่อน ประชาชนโดยทั่วไปซึ่งหากเห็นว่าการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการไม่เป็นไปด้วยความสุจริตยุติธรรมก็สามารถร้องเรียนผ่านสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา หรือสำนักงานป้องการและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ หรือการกระทำในขั้นตอนใดของพนักงานอัยการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ล่วงละเมิดเกินขอบเขตตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ก็สามารถส่งเรื่องต่อหน่วยงานข้างต้นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความชอบหรือไม่ชอบตามรัฐธรรมนูญนั้นได้

ประการที่สี่ ความเป็นอิสระขององค์กรซึ่งตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้องค์กรอัยการเป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองต่างจากในบางประเทศที่พนักงานอัยการถือว่าเป็นองค์กรรัฐซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาหรือสั่งการจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรือนายกรัฐมนตรี ความแตกต่างเช่นนี้กลับทำให้องค์กรอัยการของไทยเหมาะสมที่จะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพมากกว่าองค์กรตำรวจ เนื่องจากองค์กรตำรวจนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นองค์กรอิสระเช่นเดียวกับองค์กรอัยการและศาล ดังนั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติจึงยังคงอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาและสั่งการจากฝ่ายการเมือง ซึ่งปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้งในการพิจารณาโยกย้ายตำแหน่งหรือการสั่งคดีต่างๆซึ่งถูกต้องคำถามถึงความเป็นอิสระหรือการถูกรอบงำจากฝ่ายการเมืองอยู่เป็นระยะ

3) วิเคราะห์อำนาจของศาลในการเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพ

โดยหลักการของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ รวมถึงประเทศไทยบทบาทในการตรวจสอบความจริงอย่างกระตือรือร้นของศาลมีส่วนสำคัญยิ่งตามหลักการค้นหาความจริงในระบบไม่ต่อสู้ การที่ศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้ตามมาตรา 175 ป.วิ.อ. กี่คดี หรือการที่ระหว่างพิจารณาโดยพลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมตามมาตรา 288 ป.วิ.อ. กี่คดีเหล่านี้แสดงถึงบทบาทของศาลในการตรวจสอบความจริงอย่างกระตือรือร้นทั้งสิ้น และแสดงให้เห็นบทบาทความเป็นภาวะวิสัยของศาล นอกจากนั้นตามมาตรา 229 ป.วิ.อ. ศาลเป็นผู้สืบพยานจะสืบในศาลหรือนอกศาลก็ได้ แล้วแต่เห็นควรตามลักษณะของพยาน ดังนั้นหากการฟ้องคดีและพนักงานอัยการได้แนบบันทึกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพมาด้วย ศาลก็ต้องกระทำโดยเปิดเผยแจ้งชัดต่อหน้าศาลตามหลักเปิดเผย (Prinzip der Oeffentlichkeit)¹¹⁶

ผู้เขียนเห็นว่าศาลไม่เหมาะสมที่จะเป็นประธานหรือต้นเรื่องในการพิจารณาทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพแต่ศาลควรวางบทบาทสถานะเป็นตัวกลางไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายหนึ่งแต่ควรเน้นในการใช้บทบาทการค้นหาความจริงในคดีอาญาว่า การทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพของพนักงานอัยการนั้นเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ใจหรือไม่ และมีการคำนึงถึงสิทธิจำเลยในสถานะของผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นประธานในคดีที่จะได้รับการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่แล้วหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทางการกระทำและสิทธิในทางวางเฉย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 40 “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังต่อไปนี้ (4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็วเป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์กับตนเอง” ซึ่งอีกนัยหนึ่ง อาจเรียกกระบวนการนี้ได้ว่าศาลควรเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบภายนอกคือการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการว่าเป็นไปด้วยความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั่นเอง อันเป็นไปตามหลักการสากลของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพที่นำไปปรับใช้ทั่วโลก

นอกจากนี้ โดยหลักศาลไทยมีอำนาจในการพิจารณาพยานหลักฐานที่มีการเข้าสืบในการพิจารณาคดีของศาลว่า จำเลยกระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาจริงหรือไม่ ถ้าหากศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำผิดจริงก็พิพากษาลงโทษจำเลย แต่ถ้าศาลเชื่อว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดหรือพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบยังมีข้อสงสัย ศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยโดยปล่อยตัวไป จะเห็นได้ว่าจำเลยนั้นนอกจากจะต้องนำสืบพยานหลักฐานมาหักล้างพยานฝ่ายโจทก์คือ

¹¹⁶ คณิศ ณ นคร. (2520). “อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 9, 2. หน้า 81-84.

พนักงานอัยการแล้ว ยังต้องให้ความสนใจและให้ความเคารพศาลเป็นอย่างมาก หากมีกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพโดยให้ศาลเข้าร่วมมีส่วนในการต่อรองคำรับสารภาพซะเอง ก็ย่อมสร้างความหวั่นวิตกให้แก่จำเลยในอันที่จะต้องจำใจในการต้องเข้าร่วมมาตรการ เพราะมีฉะนั้นหากตนเองไม่ให้ความร่วมมือศาลโดยปฏิเสธในการเข้าร่วมกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ อาจต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าเดิมจากการพิจารณาาคืออาญาในระบบปกติ

4.3.3 วิเคราะห์ระบบยุติธรรมและกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพที่เหมาะสม ในการปรับใช้ในประเทศไทย

จากการที่ได้วิเคราะห์มาในข้างต้น จะพบว่า ระบบและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดีโดยเฉพาะ พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ และในชั้นพิจารณาคดี มีลักษณะที่ยังไม่เป็นสากลเท่าที่ควรและในหลายกรณีหลักกฎหมายและในทางปฏิบัติกลับไม่ดำเนินการในลักษณะที่สอดคล้องต้องกันอันส่งผลให้การดำเนินการของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพอาจมีปัญหาและไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการบริหารจัดการคดี (case management) ดังนั้นหากจะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ในประเทศไทย จำต้องปรับปรุงและสอดคล้องทั้งหลักกฎหมาย ทฤษฎีระบบและแนวปฏิบัติให้มีความสอดคล้องและสมดุลกัน นอกจากนี้การใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพโดยหลักการแล้วจริงอยู่ที่จะเป็นการตัดตอนกระบวนการสืบพยานในชั้นพิจารณาคดีของศาลและคดีอาจยุติไปได้โดยรวดเร็ว แต่หากให้ทุกคดีที่เข้าข่ายหลักเกณฑ์ที่สามารถใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้เข้าสู่การให้ความเห็นชอบ (approve) จากศาลไทยแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดความแออัดของจำนวนคดีอาญาเื่อมเข้าหาผู้พิพากษาศาลไทย และยิ่งเป็นการกดดันให้ผู้พิพากษาจำต้องเร่งรีบให้ความเห็นชอบในระยะเวลาอันสั้นซึ่งอาจทำให้ความรอบคอบในการพิจารณาข้อตกลงหรือสัญญาที่พนักงานอัยการกระทำต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นลดน้อยถอยลง จริงอยู่แม้ท้ายที่สุดอาจทำให้คดีอาญาเสร็จสิ้นโดยรวดเร็วได้ใกล้เคียงกันแต่สิ่งที่สำคัญไปยิ่งกว่าความรวดเร็วของคดีนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมไทยต้องปรับปรุงและพัฒนาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจากในอดีตที่กระบวนการยุติธรรมมีลักษณะของการตั้งรับปัญหาโดยเฉพาะพนักงานสอบสวนที่มุ่งแสวงหาพยานหลักฐานทั้งในทางที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเอาตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นเข้าคุก มาเป็นการทำให้หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติให้มุ่งไปสู่หนทางแห่งหลักนิติธรรม (The Rule of Law) และท้ายที่สุดก็เพื่อทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นกลับคืนสู่สังคมได้อย่างปกติสุข

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหากองค์กรในกระบวนการยุติธรรมปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมและเลือกใช้มาตรการทางเลือกได้อย่างเหมาะสมเฉกเช่นเดียวกับมนุษย์ซึ่งหากเจ็บป่วยก็ต้องได้รับการวินิจฉัยโดยแพทย์และอาจต้องรับประทานยาหรืออาหารเสริมให้ถูกต้องกับโรคที่แสดง

อาการอยู่ บางโรคอาจเป็นน้อยและไม่จำเป็นต้องรับประทานยาที่แรงซึ่งอาจมีผลกระทบต่อร่างกายในระยะยาว แตกต่างกับบางโรคที่มีอาการรุนแรงหรือแม้มีอาการน้อยแต่มีความจำเป็นต้องใช้ยาแรง ลักษณะเช่นนี้ มาตรการต่อรองคำรับสารภาพจึงอาจมีความจำเป็นของหนทางในการแก้ไข ปัญหาในกระบวนการยุติธรรม

โดยนัยยะดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้นและไม่ว่าจะเป็นคดีความผิดอันยอมความได้หรือเป็นคดีอาญาแผ่นดิน จำเป็นจะต้องมีการจำแนกแจกแจงหรือกลั่นกรองกลุ่มของการกระทำผิดเพื่อให้การปฏิบัติหรือรักษาโรคเป็นไปอย่างเหมาะสมกับระดับความรุนแรงของโรค ธรรมชาติของการกระทำผิด ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำผิด และประเภทของความผิดนั้นๆ และสิ่งสำคัญอีกประการก็คือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งในหัวข้อต่อไป จะได้วิเคราะห์ถึงองค์กรและกระบวนการที่มีความเหมาะสมทั้งนี้เพื่อเป็นการรองรับการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

4.3.3.1 วิเคราะห์การกลั่นกรองคดีอาญาโดยใช้มาตรการทางเลือกอื่นก่อนการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในชั้นตำรวจ

พนักงานสอบสวนนั้นถือได้ว่าเป็นต้นธารในกระบวนการยุติธรรม ในคดีอาญาธรรมดาไม่ว่าจะเป็นคดีความผิดต่อแผ่นดินหรือคดีความผิดต่อส่วนตัว ส่วนใหญ่เริ่มต้นมาจากพนักงานสอบสวนแทบทั้งสิ้น การทำให้ข้อปัญหาที่พิพาทกันนั้นยุติลงได้ตั้งแต่ในชั้นพนักงานสอบสวนย่อมมีส่วนช่วยกลั่นกรองคดีให้เฉพาะที่มีความจำเป็นหรือที่ตกลงกันไม่ได้แล้วให้คดีนั้นเข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างเหมาะสมและเป็นการลดความแออัดของปริมาณคดีและระยะเวลาในการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมให้ลดน้อยลงมากที่สุด เช่น การเป็นคนกลางในการเจรจาระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดก่อนการแจ้งความดำเนินคดี ซึ่งพนักงานสอบสวนได้รับฟังปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของฝ่ายผู้เสียหายแล้วอาจทำการติดต่อผู้กระทำความผิดในการชดใช้ค่าเสียหายที่ตนได้กระทำไปในคดีความผิดอันยอมความได้ อาทิ ในคดีฉ้อโกง ซึ่งหากได้มีการชดใช้ค่าเสียหายจนเป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหายแล้ว คดีความที่อาจจะได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้เข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพโดยพนักงานอัยการย่อมไม่เกิดขึ้นอันทำให้ข้อพิพาทนั้นไม่เป็นคดีความอันเป็นภาระขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมและการเพิ่มขึ้นของปริมาณคดี

ส่วนในคดีอาญาแผ่นดินอื่นๆ ซึ่งปัจจุบันพนักงานสอบสวนก็นำมาชื้ออยู่แล้ว เพียงแต่ยังไม่ได้นำมาปฏิบัติอย่างจริงจังและเหมาะสมเท่าที่ควร โดยมีสถิติการจับกุมค่อนข้างสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดียาเสพติดและคดีการพนัน ในคดีการพนันนั้นหลายคดีมีจำนวนเงินของ

กลางค่อนข้างน้อยแต่ก็ยังคงเป็นคดีความชั้นสู่ศาล และในคดียาเสพติดซึ่งหากเป็นผู้ค้ารายย่อยหรือผู้ค้ารายใหญ่ก็อาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและค้นหาตัวผู้บงการใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังของขบวนการค้ายาเสพติด แต่มีหลายกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้เสพยาหรือติดยาเสพติด ในขณะที่พนักงานสอบสวนเคยชินกับการนำตัวผู้กระทำผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติแทนที่การบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติดตามมาตรการทางเลือกแบบพิเศษ ดังนั้นจึงควรมีการฝึกอบรม ปรับทัศนคติของพนักงานสอบสวนโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และแนวคิดในการใช้มาตรการทางเลือกในคดีอาญาสำหรับการบำบัดฟื้นฟูผู้เสพยา/ติดยาเสพติด เพื่อยังผลให้คดีเกี่ยวกับผู้เสพยาเสพติดนั้นไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักที่จะต้องมีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลซึ่งกินเวลายาวนาน สุดท้ายยังผลให้พนักงานอัยการไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีประเภทนี้โดยไม่จำเป็นแก่กรณีที่ต้องใช้ อย่างไรก็ตามมาตรการทางเลือกในคดีอาญาของผู้ติดยาหรือเสพยาเสพติดนั้นคงไม่รวมถึงการเสพยาเสพติดที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอาญาอื่นๆ (Drug Related Offences) เช่นกรณีผู้กระทำผิดเสพยาเสพติดแล้วไปกระทำความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เพื่อให้ได้เงินหรือทรัพย์สินในการซื้อหรือขายยาเสพติด หากมีข้อหาหลายข้อซ้อนขึ้นมาจากคดีเสพยาเสพติด เช่นนี้ย่อมมีความเหมาะสมที่จะนำไปสู่มาตรการทางเลือกการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อพนักงานอัยการจะทำการต่อรองลดข้อหาหรือฐานความผิด ซึ่งอัยการอาจเสนอทางเลือกให้ผู้ต้องหาตกลงเลือกให้ยอมรับสารภาพในคดีเสพยาเสพติดเพื่อเข้าสู่กระบวนการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาหรือเสพยาเสพติดหรือเลือกที่จะให้ผู้ต้องหาเลือกที่จะยอมรับสารภาพในความผิดลักทรัพย์เพื่อเข้าสู่กระบวนการคุมประพฤติในลำดับต่อไป แต่หากเป็นข้อหาที่มีเหตุฉกรรจ์หรือร้ายแรง เช่น ปล้นทรัพย์หรือชิงทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย เช่นนี้ อัยการไม่ควรตกลงลดข้อหาให้เหลือเฉพาะคดีเสพยาเสพติดแต่ควรทำการต่อรองโดยการลดความหนักเบาของข้อหาลง เช่น จากข้อหาปล้นทรัพย์เหตุฉกรรจ์และข้อหาเสพยาเสพติดให้เหลือเพียงข้อหาปล้นทรัพย์โดยไม่มีเหตุฉกรรจ์และเสพยาเสพติด หรือจากข้อหาชิงทรัพย์ให้เหลือเพียงข้อหาลักทรัพย์และเสพยาเสพติด ทั้งนี้เพื่อให้ระดับของข้อหาที่จะทำการลดมีความสมเหตุสมผลและเพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยสำนึกว่าอย่างน้อยการกระทำของตนนั้นเป็นความผิดอาญาและตนเองนั้นมีความรับผิดชอบต่อสังคมส่วนรวมเพื่อให้สอดคล้องและเป็นไปตามทฤษฎีอรรถประโยชน์และหลักการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (special prevention)

นอกจากนี้พนักงานสอบสวนควรใช้มาตรการเปรียบเทียบปรับอย่างจริงจังเพื่อ
 ทำให้ความแอ็ดของคดีที่อาจจำเป็นต้องใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นลดน้อยลง ดังนี้¹¹⁷

คดีประเภทแรกคือคดีที่เป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา
 367-398 อันเป็นความผิดลหุโทษ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 102 กำหนดขอบเขตอัตรา
 โทษไว้ให้จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และรวมถึงบทบัญญัติ
 อื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาที่มีลักษณะเดียวกัน ก็ถือว่าเป็นความผิดลหุโทษที่อาจใช้มาตรการเปรียบเทียบ
 ปรับได้เช่นกัน

คดีประเภทที่สอง คือคดีที่มีโทษปรับสถานเดียวโดยปรับอย่างสูงไม่เกิน 10,000
 บาท สังเกตว่าคดีประเภทนี้ไม่ใช่คดีลหุโทษเพราะเป็นคดีที่มีโทษปรับเกิน 1,000 บาท แต่โดยที่เป็น
 คดีมีโทษปรับสถานเดียวและอัตราค่าปรับก็ไม่สูงจนเกินไป จึงไม่ใช่เรื่องร้ายแรงที่เจ้าพนักงานไม่
 ควรใช้ดุลยพินิจเปรียบเทียบปรับ

คดีประเภทที่สาม คดีที่มีลักษณะความผิดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับภาษีอากร
 ความผิดตามประมวลรัษฎากร ความผิดศุลกากร และกฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีบำรุงท้องที่ ภาษีโรงเรือน
 ซึ่งมีอัตราโทษปรับอย่างสูงไม่เกิน 10,000 บาท ทั้งนี้ไม่ว่าคดีนั้นจะมีโทษจำคุกหรือไม่ ก็สามารถ
 เปรียบเทียบปรับได้

คดีประเภทที่สี่ คือคดีอาญาตามกฎหมายพิเศษอื่นๆ ที่ให้อำนาจเปรียบเทียบปรับ
 ได้ ในกรณีที่มีกฎหมายพิเศษอื่นใดให้อำนาจในการเปรียบเทียบไว้ พนักงานเจ้าหน้าที่กฎหมาย
 นั้นๆก็ให้อำนาจเปรียบเทียบได้ อาทิ กฎหมายที่เกี่ยวกับการจราจร กฎหมายสุรา หรืออาจเป็น
 พนักงานสอบสวนก็อาจเปรียบเทียบก็ได้หากกฎหมายให้อำนาจไว้

คดีประเภทที่ห้า คือคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว เมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเสีย
 ค่าปรับอัตราอย่างสูงสำหรับความผิดนั้นแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนศาลพิจารณาคดี อันเป็นไปตาม
 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37 (1) ซึ่งเป็นเรื่องคดีอาญาละกัณ เป็นการชำระ
 ค่าปรับโดยใช้วิธีสมัครใจ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การชำระค่าปรับโดยความยินยอมนี้ แม้เมื่อศาลเริ่ม
 พิจารณาคดีไปตั้งแต่ก่อนที่ศาลเริ่มต้นสืบพยาน หากเป็นคดีที่โทษปรับสถานเดียว และจำเลยนำ
 ค่าปรับในอัตราโทษอย่างสูงสำหรับความผิดนั้นมาชำระ คดีอาญาก็เป็นอันระงับไปได้¹¹⁸

กล่าวโดยสรุป หากพนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องได้นำกระบวนการ
 การกลั่นกรองคดีซึ่งมีข้อพาทกันแต่พนักงานสอบสวนใช้การเจรจาอย่างไม่เป็นทางการ โดยยัง

¹¹⁷ สุภกิจ แยมประชา. (2543). บทบาทของพนักงานอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากกร
 ฟ้องคดีต่อศาล. หน้า 23-49.

¹¹⁸ แหล่งเดิม.

ไม่ได้เริ่มกระบวนการรับแจ้งความร้องทุกข์ตามมาตรา 2(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันอาจทำให้เกิดข้อหาที่พนักงานสอบสวนต้องแจ้งต่อผู้ต้องหาหรือเมื่อเกิดกรณีเกิดการดำเนินคดีอาญานั้นแล้วแต่เป็นคดีที่เข้าข่ายอาจมีการเปรียบเทียบปรับในคดีอาญาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 37(1) เมื่อพนักงานสอบสวนมีการใช้มาตรการดังกล่าวอย่างจริงจัง ปริมาณคดีที่จะหลั่งไหลขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นพนักงานอัยการก็ลดน้อยลงแทนการที่พนักงานอัยการอาจใช้ดุลยพินิจเลือกใช้กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพกับประเภทคดีดังกล่าวและยังต้องส่งไม้ต่อไปยังผู้พิพากษาเพื่อทำคำรับรอง (approve) ว่าข้อตกลงนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากรและบุคลากรที่รัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายไปกับการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมกระแสนี้ดังกล่าวดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอีกทั้งทำให้การบริหารจัดการคดี (case management) ในกระบวนการยุติธรรมนั้นก่อเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

4.3.3.2 วิเคราะห์การกลั่นกรองคดีอาญาโดยใช้มาตรการทางเลือกอื่นก่อนการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในชั้นพนักงานอัยการ

สำหรับการกลั่นกรองคดีอาญาโดยใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในชั้นพนักงานอัยการนั้นในปัจจุบันมีมาตรการรองรับตามกฎหมายอยู่สี่มาตรการอันได้แก่ มาตรการในการเปรียบเทียบ มาตรการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทตามระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2532 มาตรการในการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง และมาตรการกลั่นกรองคดีที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัวในคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดโดยอำนาจของพนักงานอัยการตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ผู้เขียนเห็นว่าองค์กรอัยการควรนำมาตรการเหล่านี้มาเป็นมาตรการเสริมและบังคับใช้อย่างจริงจังก่อน หากไม่ประสบผลสำเร็จหรือเมื่อค่านึงซึ่งน้ำหนักกระหว่างประโยชน์สาธารณะแล้ว ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ควรได้รับประโยชน์ในการใช้มาตรการดังกล่าว ดังนั้นจึงมีความเหมาะสมที่จะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ซึ่งจะวิเคราะห์แต่ละมาตรการ ดังนี้

1) มาตรการในการเปรียบเทียบ

จากที่ได้วิเคราะห์มาก่อนหน้านี้แล้วว่าการกลั่นกรองคดีโดยการเปรียบเทียบปรับในคดีอาญามักจะทำการในชั้นพนักงานสอบสวน หากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 37(2)(3)(4) และมาตรา 38 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เมื่อสำนวนมาถึงพนักงานอัยการ ในกรณีพนักงานอัยการมีคำสั่งฟ้อง ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 144 ก็ให้อำนาจพนักงานอัยการในการสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการเปรียบเทียบได้อีก โดยพนักงานอัยการจะต้องตรวจพิจารณาและสั่งคดีให้เสร็จก่อน

กำหนดหนึ่งเดือนตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 86-87

ผู้เขียนเห็นว่าการถ่วงดุลในคดีอาญาโดยเปรียบเทียบปรับในคดีที่เข้าเงื่อนไขให้สามารถเปรียบเทียบได้นั้น ย่อมเป็นมาตรการที่ให้คู่ประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้เหมาะสมกว่าการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้เลยโดยขาดการถ่วงดุลพิณิจเลือกใช้ เหตุผลประการสำคัญคือผลลัพธ์ที่ได้รับ (output) นั้นมีความแน่นอนที่ผู้ต้องหาไม่ต้องสูญเสียอิสรภาพในชีวิตร่างกายของมาตรการลงโทษทางอาญา เพียงชดใช้จำนวนเงินค่าปรับที่กฎหมายกำหนดให้ต้องชดใช้ คดีอาญาก็ระงับสิ้นไป ในขณะที่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นจริงอยู่อาจทำให้คดีอาญาเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วได้ใกล้เคียงกัน แต่ในบางคดีอาจมีความไม่แน่นอนของข้อตกลงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งมีผลต่อความสมัครใจของผู้ต้องหาหรือจำเลยเองที่จะตัดสินใจเลือกจะเข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่ ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของพนักงานอัยการโดยพิจารณาองค์ประกอบหลายด้านประกอบกัน ไม่ว่าจะเป็นสภาพการณ์ของการกระทำผิด ความร่วมมือในการสืบสวนสอบสวนของผู้ต้องหา ความจำเป็นในการความหาพยานหลักฐาน และท้ายที่สุดกระบวนการก็ต้องไปสิ้นสุดที่ชั้นศาลโดยยังคงต้องให้ศาลเข้าไปตรวจสอบ (approve) ถึงความชอบด้วยกฎหมายในข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองนั้นซึ่งแม้ในคดีส่วนใหญ่ศาลมักจะเห็นชอบตามข้อตกลงที่ทำกันไว้ก็ตาม แต่ก็มีบางกรณีที่ศาลสงสัยในกระบวนการทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพอันทำให้ศาลไม่ให้ความเห็นชอบและคดีก็จะถูกย้อนกลับไปสู่กระบวนการยุติธรรมตามปกติ อันส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมเกิดความล่าช้าโดยไม่จำเป็น

2) มาตรการประนอมข้อพิพาทในคดีอาญา

มาตรการประนอมข้อพิพาทใช้ในกรณีที่พนักงานอัยการทำการประนอมข้อพิพาทซึ่งต้องเป็นคดีอาญาอันเป็นคดีความผิดอันยอมความได้โดยความสมัครใจตกลงของกลุ่มทั้งสองฝ่ายทั้งนี้เป็นไปตามระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2532 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การประนอมข้อพิพาทเป็นไปอย่างรอบคอบรัดกุม มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับข้อบังคับของกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการปฏิบัติงานประนีประนอมข้อพิพาทของคณะกรรมการหมู่บ้าน พ.ศ. 2530 เป็นเหตุผลที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ดำเนินการวางระเบียบและวิธีปฏิบัติในชั้นของพนักงานอัยการ

แต่ในทางปฏิบัติจริง มาตรการว่าด้วยประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการยังเป็นมาตรการที่ไม่ค่อยจะได้นำมาใช้ สาเหตุมาจากระเบียบดังกล่าวต้องให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ยื่นคำร้องเองต่อพนักงานอัยการตามระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทชั้น

พนักงานอัยการ ข้อ 4 ซึ่งทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทราบแนวทางและวิธีปฏิบัติ หรือในกรณีที่หัวหน้าพนักงานอัยการเห็นว่าสมควรให้ทำการประณอมข้อพิพาท ก็ให้พนักงานอัยการผู้รับผิดชอบทำหนังสือเชิญคู่กรณี หากคู่กรณีสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่าย ก็ให้พนักงานอัยการทำการประณอมข้อพิพาท ในทางปฏิบัติพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบคดีมักจะไม่ทำหนังสือเชิญคู่กรณี เพราะเห็นว่าเป็นการเสียเวลาและยุ่งยาก โดยเห็นว่าหากคู่กรณีตกลงกันได้ก็ให้ไปทำยอมในชั้นศาลเป็นกรณีที่ง่ายกว่าส่งผลทำให้เป็นภาระต่อศาลยุติธรรมโดยไม่จำเป็น

ผู้เขียนเห็นว่า การจะทำให้มาตรการประณอมข้อพิพาทเป็นมาตรการกลั่นกรองคดีที่มีประสิทธิภาพและเป็นการเสริมการใช้มาตรการคุ้มครองคำรับสารภาพได้นั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประณอมข้อพิพาท ชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2532 ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ประกอบกับพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ที่มีเจตนารมณ์ให้สอดคล้องกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญและพนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 255

ด้วยเหตุนี้เองเพื่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมและช่วยเหลือทางกฎหมายต่างๆ นอกจากการให้คำปรึกษาคดีความให้กับประชาชนโดยทั่วไปซึ่ง องค์กรอัยการ โดยเฉพาะสำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายในสังกัดของสำนักงานอัยการสูงสุด ควรจะมีบทบาทเชิงรุกในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมมากขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าพนักงานอัยการนั้นในฐานะเป็นคนกลางเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมในการให้ความช่วยเหลือให้ผู้ต้องหาและผู้เสียหายเจรจากันได้ จนเป็นผลสำเร็จ แต่ทั้งนี้อาจให้พนักงานอัยการเข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตรพิเศษในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีอาญาเนื่องจากการไกล่เกลี่ยในคดีอาญานั้นนอกจากต้องเป็นบุคคลที่เชี่ยวชาญด้านกฎหมายแล้วจำเป็นต้องใช้ศาสตร์ทางจิตวิทยาและสังคมสงเคราะห์มาช่วยเสริมค่อนข้างเยอะ นอกจากนี้ัยการก็ต้องมีบทบาทในการคอยเป็นผู้กระตุ้น สร้างบรรยากาศที่เป็นกันเอง เสนอแนะแนะ ชี้แนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาคือข้อพิพาทอันเป็นที่พอใจแก่ทุกฝ่าย

ดังนี้ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมจากระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประณอมข้อพิพาท พ.ศ. 2532 เป็น “ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการประณอมข้อพิพาท พ.ศ. 2554” โดยมีบทบัญญัติให้พนักงานอัยการนั้นผ่านการฝึกอบรมในหลักสูตรการประณอมข้อพิพาทในคดีอาญาก่อนจึงจะใช้มาตรการไกล่เกลี่ยทางอาญาได้ นอกจากนี้บทบัญญัติที่สำคัญคือควรกำหนดในคดีความผิดอันยอมความได้พนักงานอัยการต้องใช้มาตรการกลั่นกรองคดีโดยการประณอมข้อพิพาทก่อนการดำเนินคดีปกติ ซึ่งหากอัยการได้มีการเชิญคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้วไม่สามารถตกลงกัน

ได้หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจที่จะใช้มาตรการดังกล่าว พนักงานอัยการจึงสามารถที่จะใช้กระบวนการดำเนินคดีตามปกติหรืออาจพิจารณาใช้การต่อรองคำรับสารภาพในลำดับต่อไป

3) มาตรการในการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องในคดีอาญา

การสั่งไม่ฟ้องคดีของไทยนั้นเป็นมาตรการที่สำคัญที่พนักงานอัยการมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 และเป็นวิธีการหนึ่งที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้กับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ โดยการสั่งไม่ฟ้องในข้อหาอื่นหากมีการรับสารภาพในอีกข้อหาหนึ่ง เช่นกรณีผู้ต้องหากระทำความผิดในข้อหาปล้นทรัพย์และความผิดฐานบุกรุก ต่อมาเมื่อมีการทำข้อตกลงกันระหว่างอัยการและผู้ต้องหาโดยหากผู้ต้องหาให้การรับสารภาพโดยสมัครใจจะทำการลดข้อหาให้เหลือเพียงข้อหาชิงทรัพย์และสั่งไม่ฟ้องในข้อหาบุกรุก

แต่ในอดีตแม้อัยการจะมีอำนาจในการสั่งไม่ฟ้องมาเป็นเวลานานก็ตาม โดยมากอัยการมักจะทำการฟ้องคดี โดยเฉพาะในคดีที่มีพยานหลักฐานพอฟ้อง ทั้งนี้อาจเป็นเพราะอัยการเกรงว่าผู้เสียหายหรือประชาชนอาจมองว่าเป็นการใช้ดุลยพินิจบิดผันหรือเป็นการช่วยเหลือผู้ต้องหา ซึ่งคงต้องส่งเสริมให้พนักงานอัยการใช้มาตรการสั่งไม่ฟ้องให้มากยิ่งขึ้นเพื่อประโยชน์ไม่เพียงแต่ฝ่ายผู้ต้องหา แต่การสั่งไม่ฟ้องด้วยเหตุผลที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะหรือคดีที่อาจกระทบความมั่นคงของประเทศย่อมก่อประโยชน์สุขแก่สังคมโดยรวมด้วย นอกจากนี้ยังทำให้ปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลลดลงและเกิดการกลั่นกรองคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดเว้นแต่มีความจำเป็นหรือด้วยเหตุผลในทางพยานหลักฐานจึงอาจให้คดีนั้นเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในลำดับต่อไป

ซึ่งในปัจจุบันสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้มีการส่งเสริมให้มีการใช้มาตรการสั่งไม่ฟ้องอย่างเป็นรูปธรรมเห็นได้จากองค์กรอัยการปัจจุบัน ถือว่าเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีอำนาจอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายให้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่า การฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ เมื่อพนักงานอัยการได้แสดงเหตุผลอันสมควรแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 22 และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 ต่างก็ไม่เคยกำหนดระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดที่จะใช้มาตรการสั่งไม่ฟ้องได้ แต่ในอดีตกลับพบว่า คดีที่เกิดจากการสั่งไม่ฟ้องของอัยการเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์สาธารณะมักเป็นคดีที่เป็นความผิดอาญาล็กน้อย เช่น สั่งไม่ฟ้องคดีหญิงท้องแก่ลักขโมยไปขายข้างเพื่อประทังชีวิต

เมื่อปัจจุบันอัยการมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างชัดเจนไม่ได้เป็นองค์กรซึ่งอยู่ในการกำกับดูแลของกระทรวงยุติธรรมอีกต่อไป แต่เป็นองค์กรอื่นซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ให้อำนาจรับรองไว้ องค์กรอัยการจึงควรเร่งสร้างความเข้าใจพนักงานอัยการและส่งเสริมให้มีการส่งไม้ฟ่องให้มากยิ่งขึ้น เนื่องด้วยเหตุผลของการส่งไม้ฟ่องเพราะเหตุไม่เกิดประโยชน์สาธารณะนั้นอาจมีความหลากหลายในฐานความผิด ซึ่งอาจเป็นคดีอาญาข้อหาร้ายแรง แต่อัยการอาจใช้ดุลยพินิจโดยพิจารณาประกอบกับปัจจัยที่หลากหลาย อาทิ สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด เหตุผลตามความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศถึงผลกระทบต่อนโยบายส่งเสริมความสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศ เหตุผลตามความเห็นของสภาความมั่นคงแห่งชาติถึงผลกระทบต่อนโยบายหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ เหตุผลตามความเห็นของรัฐบาลโดยมติคณะรัฐมนตรีถึงผลกระทบต่อนโยบายหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือความสามัคคีของคนในชาติ

ผู้เขียนเห็นด้วยที่ทางสำนักงานอัยการสูงสุดได้ออกพระราชบัญญัติองค์กรอัยการ พ.ศ. 2553 มารองรับอำนาจในการส่งไม้ฟ่องไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ก็เพื่อการบริหารงานจัดการคดีให้มีประสิทธิภาพและเป็นการถ่วงดุลคดีที่ไม่มีความจำเป็นหรือหากดำเนินคดีต่อไปอาจไม่เกิดประโยชน์แก่สาธารณะหรืออาจเกิดผลกระทบต่อนโยบายหรือความมั่นคงของชาติ ทำให้คดีอาญานั้นไม่เกิดการดันทุรังเข้าสู่การพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมาก เว้นแต่อาจด้วยความจำเป็นทางด้านการสืบสวนสอบสวนหรือการค้นหายานหลักฐานหรือผู้ต้องหาอาจมีพฤติการณ์หรือลักษณะของการกระทำผิดซ้ำซากหรืออาจกระทำความผิดในลักษณะทารุณโหดร้ายหรือเป็นการกระทำความผิดที่เป็นองค์รอาชญากรรมข้ามชาติ อาชญากรรมยาเสพติด เหล่านี้พนักงานอัยการก็อาจต้องมีการทำข้อตกลงกับผู้ต้องหาหรือจำเลยให้เข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในการให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นต่อการสืบสวนสอบสวนหรือการสาวไปถึงตัวผู้บงการที่อยู่เบื้องหลัง

4) มาตรการถ่วงดุลคดีอาญาในคดีเด็กและเยาวชน

โดยหลักการของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ได้จำกัดว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นต้องเป็นเด็กเยาวชนหรือผู้ใหญ่ ดังนั้นจึงสามารถนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพไปใช้ในคดีเด็กและเยาวชนได้อย่างไม่ต้องสงสัย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนั้นมีลักษณะพิเศษกว่าการดำเนินคดีอาญาแบบผู้ใหญ่ด้วยปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังนั้นเป็นไปตามแนวคิดของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitation) ที่ถือว่าเด็กและเยาวชนนั้นยังไม่

มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการเจริญเติบโตทางด้านสมองและอารมณ์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนควรมุ่งฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจเด็กนั้นมากกว่าจะลงโทษให้สาสมกับการกระทำความผิดที่เด็กได้ก่อขึ้น ซึ่งจะพบหลักการหลายอย่างที่แตกต่างจากการดำเนินคดีแบบผู้ใหญ่ อาทิ การมีที่ปรึกษากฎหมายแทนการมีทนายความในการดำเนินคดีอาญาของศาลเด็กและเยาวชน การเปลี่ยนโทษจำคุกไปเป็นการฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนที่ศาลพิพากษาว่ามีความผิดตามระยะเวลาที่ศาลเยาวชนกำหนด

แม้จะมีมาตรการที่เอื้อต่อเด็กอยู่หลายประการแต่ในสภาพที่ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนทั่วประเทศมีความแออัด ขาดงบประมาณในการดูแลอย่างพอเพียง พบว่าเด็กและเยาวชนหลายคนเกิดการกระทำความผิดซ้ำ จึงมีแนวคิดว่าหากมีการถ่วงดุลของคดีให้ออกนอกระบบโดยเฉพาะการใช้อำนาจของพนักงานอัยการในการประชุมกลุ่มครอบครัว (FGCG) และสั่งไม่ฟ้องในที่สุดโดยผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนต้องรู้สึกสำนึกในการกระทำความผิดและมีการชดเชยหรือเยียวยาให้ผู้เสียหายจนเป็นที่พอใจ คดีก็จะระงับไปได้โดยไม่ต้องดำเนินคดีและพิพากษาส่งไปยังศูนย์ฝึกและอบรม โดยมาตรการใหม่ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อเดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2554 อันเป็นไปตามหลักการของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังกล่าวเป็นการปรับปรุงจากมาตรา 63¹¹⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534

เห็นได้ว่าแม้มาตรการดังกล่าวได้จำกัดฐานความผิดไว้ก็ต้องเป็นการกระทำความผิดในข้อหาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะเป็นโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม¹²⁰ ก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นมาตรการเสริมของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้

¹¹⁹ มาตรา 63 ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิด เมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาโดยคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ฐานะ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนและพฤติการณ์ต่างๆ แห่งคดีแล้วเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง และเด็กหรือเยาวชนนั้นยินยอมที่จะอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจด้วยแล้ว ให้ผู้อำนวยการสถานพินิจ แจ้งความเห็นไปยังพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการเห็นชอบด้วย ให้มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นได้

คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการนั้นให้เป็นที่สุด

บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินกว่าห้าปีขึ้นไป

¹²⁰ มาตรา 86 ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะเป็นโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือ

เป็นอย่างดีโดยเฉพาะในคดีอัตราโทษจำคุกที่เกินขอบอำนาจของพนักงานอัยการที่จะทำการประชุมกลุ่มครอบครัวอันได้แก่ความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินห้าปี หรือผู้ต้องหาเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกมาก่อน ก็อาจเลือกใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีเด็กและเยาวชนนั้นเป็นตัวช่วยในการกลั่นกรองคดีในอีกชั้นหนึ่งได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษนั้น ผู้บงการหรือผู้ชักใยที่อยู่เบื้องหลังมักเลือกใช้เด็กและเยาวชนในการค้ายาเสพติดรายย่อยในละแวกหมู่บ้านของเด็กเนื่องจากเสียค่าใช้จ่ายน้อยประกอบกับความไร้เดียงสาจึงได้กระทำความผิดไป หรืออาจนำไปใช้ในคดีความผิดอื่นๆ ได้เช่นเดียวกัน เช่น ในคดีการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ยาเสพติด (drug-related offences) เช่น ชิงทรัพย์อันเนื่องมาจากฤทธิ์ยาเสพติด ปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสอันเนื่องมาจากเสพยาเสพติด คดีเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดธรรมดาผิดหลายบทหรือเป็นการกระทำความผิดในต่างกรรมต่างวาระ ต่างก็ไม่อยู่ในอำนาจที่พนักงานอัยการจะใช้มาตรการประชุมกลุ่มครอบครัวได้ มาตรการต่อรองคำรับสารภาพจึงเป็นส่วนเติมเต็มให้การอำนวยความสะดวกในคดีเด็กและเยาวชนนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹²¹ อีกทั้งทำให้เด็กเยาวชนก็จะอยู่ในวงจรของกระบวนการยุติธรรมเป็นระยะเวลาอันสั้น บิดามารดาหรือผู้ปกครองก็สามารถรับตัวเด็กและเยาวชนนั้นกลับไปดูแลหรืออบรมสั่งสอนกันในชุมชนนั้นได้อย่างทันท่วงที ทั้งนี้ ข้อตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพอาจกำหนดเงื่อนไขให้เด็กและเยาวชนนั้นไม่ต้องรับโทษแต่

ความผิดลหุโทษ หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดี เมื่อคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพ ฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดแล้ว หากผู้อำนวยความสะดวกพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง ให้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติ และหากจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชน อาจกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน บรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหาย หรือเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคม แล้วเสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้ การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย

¹²¹ มีหลายประเทศที่เริ่มใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด อาทิ ในประเทศแคนาดา มีการนำมาใช้เพื่อเสริมมาตรการทดแทนการดำเนินคดีอาญา ด้วยหลายเหตุผลเช่น การทำสัญญาหรือข้อตกลงที่จะให้ผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดนั้นยินยอมสละสิทธิ (waive) ในการดำเนินคดีในศาลคดีเด็กและเยาวชนของศาลประเทศแคนาดาโดยยอมกับการถูกดำเนินคดีในศาลยุติธรรมปกติของประเทศแคนาดา ซึ่งหากจำเลยยอมรับสารภาพและปฏิบัติตามข้อเสนอสละสิทธิดังกล่าว จำเลยจะได้รับผลประโยชน์โดยการได้รับการสัญญาว่าจะมีการลดข้อหาหรือความร้ายแรงของการกระทำความผิด อ้างถึงใน William Adams and Julie Samuels. (2011). *Tribal Youth in the Federal Justice System*. p. 4-10.

จัดให้มีการคุมประพฤติหรือการให้บริการสังคมโดยการบำเพ็ญประโยชน์เพื่อชุมชน และอาจกำหนดเงื่อนไขให้อยู่ในความควบคุมดูแลจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองอย่างใกล้ชิดอันเป็นไปในแนวทางตามหลักการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด(rehabilitation)

4.3.3.3 วิเคราะห์ประเภทคดีที่เหมาะสมในการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทย

ปัจจุบันสถิติคดีอาญาและสถิติผู้ต้องขังของประเทศไทยเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ แม้จะมีการนำมาตราการทางเลือกอื่นๆ มาใช้แต่ก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร ดังนั้นแม้ในเชิงทฤษฎีแล้วมาตรการต่อรองคำรับสารภาพจะขัดกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็ตาม แต่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปในปัจจุบันมีการเคลื่อนย้ายปรับเข้าหากันของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มากยิ่งขึ้น จะพบร่องรอยของการนำมาตราการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้อยู่พอสมควร ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอิตาลี ทั้งนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศเหล่านี้ได้คลายความเข้มงวดของทฤษฎีระบบกฎหมายลงและหันไปให้ความสำคัญกับความจำเป็นในการบริหารจัดการคดี (case management) ให้มีประสิทธิภาพ (effective) มากที่สุด ในสถานะที่สังคมและอาชญากรรมมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นไม่ว่าจะเป็นการก่อตัวขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติหรืออาชญากรรมร้ายแรงอื่นๆ หรือเพื่อการบริหารจัดการคดีให้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและเพื่อความจำเป็นในการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลหรือลดปริมาณของนักโทษล้นเรือนจำ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายว่าด้วยการต่อรองคำรับสารภาพไว้โดยตรง แต่ก็กฎหมายที่มีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับสารภาพเฉพาะกรณีผู้ต้องหายินยอมขอทำความตกลงซึ่งถือได้ว่าเท่ากับเป็นการยอมรับสารภาพนั่นเอง เช่น ความตกลงตามพระราชบัญญัติแร่ พุทธศักราช 2510 ในมาตรา 153 ทวิซึ่งแก้ไขโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2528 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้คล้ายกับพระราชบัญญัติสุทธการแทบทุกประการซึ่งมาตรา 153 ทวิ บัญญัติว่า “ในการกระทำความผิดตามมาตรา 148 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 152 ตริ ให้อธิบดีมีอำนาจทำการเปรียบเทียบให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับได้ไม่น้อยกว่าขั้นต่ำของค่าปรับที่กฎหมายกำหนดและเมื่อผู้กระทำความผิดได้ชำระค่าปรับแล้วให้คดีเป็นอันระงับ”

เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติสุทธการ พ.ศ. 2469 มาตรา 102 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งมาตรา 102 ทวิ ถ้าบุคคลใดจะต้องถูกฟ้องตามพระราชบัญญัตินี้และบุคคลนั้นยินยอมและใช้ค่าปรับหรือได้ทำความตกลง....อธิบดีจะงดฟ้องเสียก็ได้ และการที่อธิบดีงดการฟ้องร้องเช่นนี้ ให้ถือว่าเป็นอันคุ้มผู้กระทำความผิดนั้นในการที่จะถูกฟ้องร้องต่อไปในความผิดนั้น...” โดยปกติผู้ต้องหาที่ต้องการหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องคดีต่อศาลหรือหลีกเลี่ยงการรับโทษไม่ว่าจะเป็นโทษปรับหรือจำคุก จากการพิจารณาคดีของศาล ผู้ต้องหา มักจะยื่นเรื่องต่อพนักงานสอบสวนเพื่อขอทำความตกลงระงับคดีเสมอ เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับเรื่องแล้วก็จะทำบันทึกพร้อมความเห็น

นำส่งไปยังอธิบดีกรมสุลาการ เมื่ออธิบดีเห็นชอบตามข้อตกลงของผู้ต้องหาแล้วคดีย่อมเป็นอันระงับไปโดยผลของกฎหมาย ซึ่งอธิบดีจะมีหนังสือแจ้งให้พนักงานสอบสวนทราบ จากนั้นพนักงานสอบสวนจะเสนอสำนวนให้พนักงานอัยการพิจารณาซึ่งพนักงานอัยการจะสั่งยุติการดำเนินคดีอันเป็นการสิ้นสุดกระบวนการ

นอกจากนี้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192¹²² ที่ห้ามมิให้ศาลพิพากษา หรือสั่งเกินคำขอหรือที่มีได้กล่าวในฟ้อง อาจทำให้คิดไปได้ว่าเป็นมาตรการคุ้มครองคำรับสารภาพ เช่น กรณีฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 แต่ในทางพิจารณาได้ความแก่เพียงทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 290 ศาลก็ชอบจะลงโทษตามที่พิจารณาได้ความได้เพราะความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เป็นความผิดที่อยู่ในฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะการฆ่าก็คือการทำร้ายไปในตัวด้วย จึงเป็นกรณีความผิดตามที่ฟ้องนั้นรวมการกระทำหลายอย่าง แต่ละอย่างอาจเป็นความผิดได้อยู่ในตัวเอง ตามมาตรา 192 วรรคหก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹²³ เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่กรณีเป็นมาตรการคุ้มครองคำรับสารภาพดังเช่นของนานา

¹²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พิพากษา หรือสั่ง เกินคำขอ หรือที่มีได้กล่าวในฟ้อง

ถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในการพิจารณาแตกต่างจากข้อเท็จจริงดังที่กล่าวในฟ้อง ให้ศาลยกฟ้องคดีนั้น เว้นแต่ข้อแตกต่างนั้นมีไว้ในข้อสาระสำคัญและทั้งจำเลยมิได้หลงต่อสู้ ศาลจะลงโทษจำเลยตามข้อเท็จจริงที่ได้ความนั้นก็ไ้

กรณีข้อแตกต่างนั้นเป็นเพียงรายละเอียด เช่น เกี่ยวกับ เวลา หรือสถานที่ กระทำความผิดหรือต่างกันระหว่างการกระทำผิดฐาน ลักทรัพย์ ทรัพย์ โจร ริดเอาทรัพย์ น้อ โกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก รับของโจร และทำให้เสียหาย หรือต่างกันระหว่างการกระทำผิดโดยเจตนา กับประมาท มิให้ถือว่าต่างกัน ข้อสาระสำคัญ ทั้งมิให้ถือว่าข้อที่พิจารณาได้ความนั้นเป็นเรื่องเกินคำขอหรือเป็นเรื่องที่โจทก์ไม่ประสงค์ให้ลงโทษ เว้นแต่จะปรากฏต่อศาลว่าการที่ฟ้องผิดไปเป็นเหตุให้จำเลยหลงต่อสู้ ทั้งนี้ศาลจะลงโทษจำเลยเกินอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดที่โจทก์ฟ้องไม่ได้

ถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงบางข้อดังกล่าวในฟ้อง และตามที่ปรากฏในทางพิจารณา ไม่ใช่เรื่องที่โจทก์ประสงค์ให้ลงโทษ ห้ามมิให้ศาลลงโทษจำเลยในข้อเท็จจริงนั้นๆ

ถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงตามฟ้องนั้น โจทก์สืบสม แต่โจทก์อ้างฐานความผิดหรือบทมาตราผิด ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามฐานความผิดที่ถูกต้องได้

ถ้าความผิดตามที่ฟ้องนั้นรวมการกระทำหลายอย่าง แต่ละอย่างอาจเป็นความผิดได้อยู่ในตัวเอง ศาลจะลงโทษจำเลยในการกระทำผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่พิจารณาได้ความก็ได้”

¹²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1522/2547 ผู้ตายถึงแก่ความตายเพราะบาดแผลถูกแทงระหว่างต่อสู้กับจำเลย และ ศ. ในชอยเกิดเหตุ โดย ศ. เพียงคนเดียวมีอาวุธมีด จึงเชื่อว่า ศ. เป็นคนแทงผู้ตาย ส่วนจำเลยซึ่งเข้าช่วย ศ. ร่วม

ประเทศ เนื่องจาก ประการแรกการต่อรองคำรับสารภาพโดยส่วนใหญ่จำเป็นต้องปรากฏว่าพนักงานอัยการมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องจำเลยในความผิดนั้นๆ ได้อยู่แล้วแต่เพียงทำให้ระยะเวลาการดำเนินคดีเป็นไปโดยรวดเร็ว และเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพกับผู้ต้องหาที่ยอมรับสารภาพความผิดที่ตนเองได้กระทำลง ส่วนในมาตรา 192 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั้นไม่ได้มีบทบังคับให้ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในการพิจารณาที่ได้ความนั้นเป็นเฉพาะกรณีที่จำเลยนั้นต้องมีการรับสารภาพในความผิดที่ได้กระทำ และฐานความผิดที่ศาลพิจารณาได้ความและลงโทษจำเลยนั้นก็ได้ผ่านการเจรจากับจำเลยหรือทนายจำเลยแต่อย่างใดนำไปสู่ข้อสังเกตประการที่สอง กล่าวคือ การต่อรองคำรับสารภาพต้องมีการต่อรองประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (bargain) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กันระหว่างจำเลยกับพนักงานอัยการ แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 นั้น เจตนารมณ์ นั้นไม่ใช่กรณีต้องการให้มีการต่อรองเป็นแต่เพียงในทางพิจารณาและในทางฟ้องนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันและศาลเห็นว่าข้อแตกต่างนั้นสมควรที่จะลงโทษจำเลยได้หรือไม่ ฐานใดซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาลเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น จำเลยไม่ได้รับสิทธิที่จะเข้าทำการต่อรองฐานความผิดหรือโทษที่ตนเองจะได้รับนั้นด้วย ประการที่สามมีความไม่แน่นอนของผลลัพธ์ที่ได้อยู่สูงเพราะแม้ มาตรา 192 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะกำหนดให้ศาลจะลงโทษจำเลยเกินอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดที่โจทก์ฟ้องไม่ได้ แต่ก็ไม่ได้เป็นการยืนยันหรือทำข้อตกลงให้จำเลยได้รับทราบว่าจะได้รับโทษในอัตราเท่าใด ซึ่งตรงข้ามกับการทำสัญญาหรือข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพจำเลยคาดหมายได้ล่วงหน้าถึงผลของการเจรจาต่อรองในผลของข้อตกลงรวมถึงโทษที่ตนเองจะได้รับว่าต้องรับโทษแค่ไหนเพียงใด

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นว่า หลายองค์ประกอบของประเทศไทยโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่รัฐตามพระราชบัญญัติแร่ฯ และพระราชบัญญัติสุรกากรฯ จะต้องใช้วิธีการอันมีลักษณะ

ชกต่อผู้ตายและวิ่งไล่ตามผู้ตายไปกับ ศ. โดยไม่ได้ร่วมทำร้ายผู้ตายอย่างใดอีก ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยมีอาวุธหรือมีสาเหตุโกรธเคืองร้ายแรงประการใดกับผู้ตายมาก่อนจนถึงกับจะต้องร่วมกับ ศ. ทำผู้ตาย การที่ ศ. ใช้อาวุธมีดแทงผู้ตายโดยเจตนาฆ่าจึงเป็นการกระทำของ ศ. แต่โดยลำพัง จำเลยคงเป็นเพียงแต่ร่วมกับ ศ. ทำร้ายผู้ตายเท่านั้น แต่การร่วมกันทำร้ายมีผลให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยจึงมีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก แม้โจทก์จะขอให้ลงโทษจำเลยฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 แต่ความผิดดังกล่าวย่อมรวมความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก อยู่ด้วย ศาลฎีกาจึงมีอำนาจลงโทษจำเลยตามที่พิจารณาได้ความได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วรรคท้าย

คล้ายคลึงกับการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าวอยู่แล้วและปัจจุบันก็ไม่มีกระบวนการควบคุมและตรวจสอบ โดยเฉพาะจึงอาจทำให้เกิดทั้งโทษและประโยชน์ต่อรูปคดีและภาพรวมขององค์กร ตลอดจนประชาชนได้ ดังนั้นหากผู้ต้องหาที่ถูกจับกุมสามารถให้ความร่วมมือได้โดยเปิดเผยข้อมูลที่เป็นประโยชน์แล้วก็สามารถสืบสวนรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างชัดเจนถูกต้อง และต้องมีการตรวจสอบควบคุมขั้นตอนการต่อรองคำรับสารภาพที่โปร่งใส ซึ่งจะเกิดประโยชน์ทั้งต่อตัวผู้ต้องหา นั้นและต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลในการปราบปรามการกระทำผิดเป็นอย่างดี ยิ่งถ้ามีการรับสารภาพและมีการให้การข้อมูลที่เป็นประโยชน์ถึงส่วนอื่นๆ หรือโดยร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดคนอื่นด้วยแล้ว จะส่งผลให้การดำเนินคดีอาญามีประสิทธิภาพมากขึ้น สามารถจับกุมผู้เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดได้ ส่วนผู้ต้องหา หรือจำเลยที่ให้การรับสารภาพก็มีโอกาสได้รับโทษน้อยลงจากการให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐทำให้การบังคับโทษเกิดความยืดหยุ่นขึ้น ผู้กระทำผิดบางคนที่ไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้ายก็มีโอกาสกลับตนได้ง่ายขึ้น

อย่างไรก็ตามมีปัญหาประการต่อมาว่าควรกำหนดขอบเขตหรือประเภทคดีที่เหมาะสมอย่างไรในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ เพราะหากให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างไม่มีขอบเขตและยังกระทำโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบภายนอกด้วยแล้ว แม้จะประสบผลสำเร็จในการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลและทำให้การดำเนินคดีเป็นไปอย่างรวดเร็ว แต่อาจเกิดปัญหาเรื่องของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบจากการต่อรองคำรับสารภาพของพนักงานอัยการได้ ซึ่งเฉกเช่นเดียวกับประเทศต้นแบบคือสหรัฐอเมริกาต่างไม่มีข้อโต้แย้งถึงความจำเป็นต้องให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรภายนอกเข้ามาควบคุมดุลพินิจของการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างพอเหมาะ กล่าวคือไม่ถึงกับให้อำนาจศาลในการเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการลดข้อหาหรือลดโทษที่พนักงานอัยการได้ต่อรองกับผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อแลกกับคำรับสารภาพ ซึ่งเป็นอำนาจตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลพินิจของอัยการโดยเฉพาะ

กรณีขอบเขตหรือประเภทของคดีนั้นว่าควรจะจำกัดดุลพินิจของอัยการในการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่เพียงใด ในเรื่องดังกล่าวมีผู้ทรงคุณวุฒิ ให้ทัศนะ ดังนี้

นายสัตยา อรุณธาริ รองอัยการสูงสุด¹²⁴ เห็นด้วยที่จะนำมาตรการต่อรองมาใช้ โดยเฉพาะคดีที่มีความสลับซับซ้อนหรือมีความยุ่งยากในการหาพยานหลักฐาน เช่น คดีเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หรือคดีเกี่ยวกับยาเสพติด ทั้งนี้เพื่อให้ได้ผู้บงการหรือผู้อยู่เบื้องหลัง

¹²⁴ สัตยา อรุณธาริ รองอัยการสูงสุด สัมภาษณ์ 19 พฤศจิกายน 2552.

ที่แท้จริงเพราะปัจจุบันคดีส่วนใหญ่เรามักจับและลงโทษได้แต่ลูกน้องที่เป็นปลาชิวปลาสร้อยขององค์กรอาชญากรรม

พ.ต.ท.ดร.ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ¹²⁵ กลุ่มงานอุทธรณ์และฎีกาคดี กองคดีอาญา สำนักงานกฎหมายและคดี สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เห็นว่าไม่ควรจำกัดฐานความผิดในการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย จริงอยู่แม้จะขัดกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีหลักการดำเนินคดีอาญา โดยรัฐแต่ก็เห็นได้จากในประเทศฝรั่งเศสและอิตาลีก็ยังเอามาตรการต่อรองจากประเทศต้นแบบมาใช้ได้ และที่สำคัญคือความจำเป็นที่จะต้องมีการทำให้ปริมาณของนักโทษเรือนจำและปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลลดลง ซึ่งหากดูสถิติแล้วจะพบว่าเมื่อแนวโน้มปริมาณนักโทษเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ แม้จะมีมาตรการทางเลือกอื่นมารองรับบ้างก็ตาม อีกทั้งในปัจจุบันมีการใช้กันอยู่ในระบบทุกระบบ การแบ่งแยกระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นเรื่องที่ไม่เป็นประโยชน์ในปัจจุบัน เนื่องจากการบริหารงานยุติธรรม มีสาระสำคัญ คือ การจัดลำดับความสำคัญในการบริหารทรัพยากรที่คุ้มค่าและมีประสิทธิภาพสูงสุด ไม่ว่าจะเป็นระบบยุติธรรมทางเลือก หรือ การต่อรองคำรับสารภาพก็ตาม เป็นเรื่องปกติ ที่สามารถดำเนินการให้เหมาะสมได้ ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดก็ตามซึ่งอาจเป็นไปได้เพื่อความจำเป็นในการสืบสวนสอบสวนหรือหาพยานหลักฐาน

นายมงคล ทับเที่ยง¹²⁶ รองประธานศาลฎีกา เห็นว่าในส่วนของการกำหนด หรือ จำกัดอัตราโทษที่สามารถใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้นั้นเห็นว่า เพราะเราไม่ไว้วางใจเจ้าพนักงานรัฐซึ่งอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการ จึงต้องไปกำหนดอัตราโทษที่จะใช้กับมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ แต่ถ้าเราคิดว่าเป็นกรรมกรที่มีจรรยาบรรณ ก็น่าจะเชื่อถือได้ในการใช้วิธีการต่อรองคำรับสารภาพ

ในเบื้องต้น ผู้เขียนเห็นด้วยในการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพไปใช้ทั้งคดีความผิดอันยอมความได้และคดีอาญาต่อแผ่นดินได้โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการสืบสวนสอบสวนหรือในคดีที่มีความสลับซับซ้อนไม่ควรแบ่งแยกให้เฉพาะความผิดอาญาที่ยอมความได้เพียงฝ่ายเดียวหรือให้ต่อรองได้เฉพาะความผิดอาญาที่ไม่อาจยอมความได้หรือคดีอาญาต่อแผ่นดินด้วยเหตุผลมาจากแม้ความผิดอันยอมความได้มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อยมีลักษณะกระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหายแล้วกรณีก็ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดส่วนตัวได้และมักจะเป็นคดีฐานความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง อาทิ นื้อ โกง ยักยอกทรัพย์ ซึ่งนอกนั้นคดีส่วนใหญ่ตามประมวลกฎหมายอาญามักเป็น

¹²⁵ ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ สัมภาษณ์ 30 กรกฎาคม 2553.

¹²⁶ มงคล ทับเที่ยง รองประธานศาลฎีกา สัมภาษณ์ 5 มิถุนายน 2552.

คดีความผิดต่อแผ่นดิน หากไม่เพิ่มเติมให้มีการต่อรองคำรับสารภาพในคดีความผิดต่อแผ่นดินได้ ก็คงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการบริหารจัดการคดี (case management) เพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพให้กระบวนการยุติธรรมได้อย่างแท้จริงได้ ปริมาณคดีและความแออัดคับคั่งของคดีก็ยังคงวิ่งต่อไปในสายพานอย่างเชื่องช้า

เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐและหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลยพินิจ จริงอยู่ที่ความผิดอาญาแผ่นดินโดยปกติเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะรุนแรงกว่าความผิดอันยอมความได้ และเป็นความผิดที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนรวมที่กระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะโดยตรง แต่พนักงานอัยการย่อมต้องใช้ดุลยพินิจซึ่งผลประโยชน์สาธารณะได้อยู่แล้วว่ามี ความจำเป็นหรือเหตุผลอันสมควรหรือไม่เพียงใดในการให้คดีอาญาแผ่นดินนั้นเข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งอาจเป็นเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐานหรือการสาวไปถึงตัวผู้บงการที่อยู่เบื้องหลังได้

นอกจากนี้ในทางปฏิบัติ อัยการอาจกำหนดเป็นระเบียบเป็นการภายในในการกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมที่สามารถใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้นั้นควรมีการวางขอบเขตเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพในคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคนโดยใช้หลักสัดส่วนที่เหมาะสมในการกระทำผิดมาเป็นพื้นฐานในการต่อรองคำรับสารภาพ การพิจารณาสัดส่วนที่เหมาะสมนั้นจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยสองประการ คือ พยายามต่อรองเพื่อให้เกิดผลเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะน้อยที่สุดก่อน และให้ได้ประโยชน์แก่สาธารณะมากที่สุด เช่น พิจารณาต่อรองคำรับสารภาพกับผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดในข้อหาเบา และสามารถให้ข้อมูลข่าวสารหรือประโยชน์สาธารณะอื่นใดมากที่สุดก่อน สอดรับกับหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลยพินิจเพราะการที่พนักงานอัยการจะเข้าทำการต่อรองคำรับสารภาพกับผู้ต้องหาหรือจำเลย อัยการจะต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบแล้วว่าการรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจ สำนึกในการกระทำความผิด ไม่ได้เกิดจากการถูกข่มขู่ให้ต้องรับสารภาพ นอกจากนั้นกรณีอัยการมีเป้าประสงค์ที่จะได้รับความร่วมมือกับผู้ต้องหาเพื่อจะความหาตัวผู้กระทำความผิดรายใหญ่มาลงโทษ อัยการก็ต้องใช้ดุลยพินิจเลือกผู้ต้องหาที่เหมาะสมที่สามารถได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดี เพื่อจะทำการฟ้องโดยลดข้อหา ลดโทษ หรือสั่งไม่ฟ้องในข้อหาอื่นหรือเพิกถอนผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในลำดับต่อไป

ซึ่งจากการศึกษาผลดีและผลเสียของมาตรการดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าแม้จะขัดกับทฤษฎีและหลักการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์แต่เพื่อความจำเป็นในการบริหารจัดการคดีสามารถนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยได้ เพื่อให้สามารถเอื้ออำนวยประโยชน์ต่อการบริหารงานยุติธรรมได้เป็นอย่างดี และเมื่อพิจารณาประโยชน์ที่จะได้รับจากกระบวนการต่อรองคำ

รับสารภาพสามารถก่อให้เกิดผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากกว่าผลเสียเมื่อคำนึงถึงสภาพทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และระบบกฎหมายของไทย การนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ในคดีอาญาทั่วไปและคดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถนำมาใช้ในการให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ และสามารถที่จะแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานได้ และทำให้สามารถลดอุปสรรคของระเบียบวิธีที่เป็นบทบัญญัติในการรับฟังพยานหลักฐานและสามารถเสริมมาตรการทางกฎหมายในส่วนที่เป็นความผิดและมีโทษให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นทั้งยังลดความตึงของการบังคับโทษกับผู้กระทำผิดที่มีพฤติกรรมแตกต่างกันให้ได้รับโทษอย่างเหมาะสม

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นด้วยที่จะนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ในประเทศไทยด้วยหลากหลายเหตุผล ไม่ว่าจะเป็นการลดต้นทุนในกระบวนการยุติธรรมซึ่งต้องใช้จ่ายด้วยราคาแพง การทำให้คดีอาญาเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วทั้งในชั้นพนักงานอัยการและศาล อย่างไรก็ตามจากประวัติศาสตร์การแก้ไขกฎหมายของกระบวนการยุติธรรมของไทย โดยเฉพาะหากเป็นประเด็นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของทั้งพนักงานอัยการและศาล จะเป็นปัญหาอยู่พอสมควร ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือ มาตรการชะลอการฟ้องที่สำนักงานอัยการสูงสุดเคยเสนอร่างกฎหมายโดยระบุเป็นอัตราโทษที่สามารถใช้มาตรการชะลอการฟ้องได้แทนที่จะใช้การระบุนานความผิดก่อนเพื่อลดแรงดันที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะศาลยุติธรรมถึงประเด็นเรื่องการแทรกแซงอำนาจตุลาการและทำให้เมื่อมีการผลักดันมาตรการชะลอการฟ้อง มีเสียงคัดค้านอย่างหนักจากทางองค์กรตุลาการจนปัจจุบันมาตรการดังกล่าวก็ยังไม่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้นแนวทางที่เหมาะสมเพื่อลดการเผชิญหน้ากันระหว่างสององค์กร ควรนำแนวทางการบริหารจัดการคดีของนานาประเทศไม่ว่าจะเป็นอิตาลี เยอรมัน ฝรั่งเศส หรือประเทศต้นแบบของการต่อรองคำรับสารภาพอย่างสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเห็นได้ชัดถึงความแยบยลทางศิลปะของการบริหารจัดการคดีและการบัญญัติกฎหมายที่นักกฎหมายฝรั่งเศสฝ่าแรงต้านที่มีอยู่ของทฤษฎีระบบที่มีมาอย่างช้านาน เริ่มตั้งแต่การใช้ดุลพินิจในการเลือกศาลที่จะฟ้องคดี ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้คดีไปค้างค้ำอยู่ที่ผู้พิพากษาไต่สวน โดยกำหนดอำนาจดำเนินคดีในความผิดอุกฉกรรจ์ (Crime) และความผิดที่มีโทษปานกลาง หรือที่เรียกว่า “ความผิดมัชฌิมโทษ” (Delit) ที่ร้ายแรงบางประเภทได้หรือมาตรการลดข้อหาซึ่งไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะการลดข้อหาจากความผิดอุกฉกรรจ์มาเป็นความผิดมัชฌิมโทษ แต่ได้มีการขยายขอบเขตการใช้เพื่อลดข้อหาจากความผิดมัชฌิมโทษเป็นความผิดลหุโทษ จากนั้นก็ได้มีมาตรการใกล้เคียงทางอาญา คำสั่งทางอาญา มาตรการความตกลงทางอาญา และพัฒนามาสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของฝรั่งเศสในปัจจุบัน เห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสค่อยๆพัฒนาการบริหารจัดการคดีในยุคต่างๆ อันเป็นการทดลองหรือเพื่อให้เกิดความเคยชินกับ

วัฒนธรรม เศรษฐกิจ สังคม ระบบกฎหมายของประเทศ โดยการระบุนฐานความผิดที่เห็นว่าเหมาะสมลงไปก่อนเมื่อเห็นว่าได้ผลลัพธ์เป็นที่น่าพอใจและไม่เกิดแรงต้านจากทั้งองค์กรในระบบยุติธรรมเองและประชาชน โดยทั่วไปแล้วจึงจะนำไปสู่การระบุนอัตราโทษเป็นเกณฑ์การบัญญัติกฎหมาย เจกเช่นเดียวกันในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งในระยะแรก รัฐก็กำหนดโดยระบุเป็นฐานความผิดเช่นในสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศไทยและประเทศอังกฤษ¹²⁷ ต่อมาในระยะหลังจึงค่อยไประบุให้เป็นอัตราโทษว่าคดีที่เข้าหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหนึ่งปี ซึ่งจะเห็นได้ชัดว่าถ้ามีการกระทำผิดที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปก็อยู่ในหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้¹²⁸

เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้ว ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงแนวทางที่เป็นไปได้ในการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ ซึ่งประเภทคดีหรือฐานความผิดที่ผู้เขียนเห็นว่ามีเหมาะสมในระยะเริ่มแรก เป็นการนำร่องก่อนได้แก่ คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงแก่ประเทศชาติเป็นอย่างยิ่ง และเป็นคดีที่มีลักษณะกระทำการเป็นขบวนการทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในคดียากแก่การควานหาพยานหลักฐานซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนทั่วทุกหัวระแหงในประเทศไทย โดยนายเพิ่มพงษ์ ชวลิต รองเลขาธิการปราบปรามยาเสพติด กล่าวในการประชุมเร่งรัดติดตามปัญหายาเสพติด เมื่อ วันที่ 18 มกราคม 2555 ว่าตัวเลขการระบาดของยาเสพติดได้ขยายวงออกไป โดยจากการสำรวจและตัวเลขการปราบปรามจับกุม พบว่ามีพื้นที่จำนวน 338 อำเภอ หรือกว่า 6 หมื่นหมู่บ้าน เป็นพื้นที่เสี่ยงต่อการระบาดของยาเสพติด และกำลังรุนแรงมากขึ้นถือได้ว่าการระบาดได้ลุกลามไปกว่า 70 เปอร์เซ็นต์ของหมู่บ้านทั้งหมดทั่วประเทศทั้งยาบ้าและยาไอซ์ โดยเฉพาะในกลุ่มเด็กนักเรียนตั้งแต่ชั้น ป.6 ขึ้นไป¹²⁹ ซึ่งเข้าถึงยาเสพติด

¹²⁷ หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างไทย กับอังกฤษ ตามสัญญาว่าด้วยส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันระหว่างกรุงสยามกับอังกฤษ รศ. 130 กำหนดความผิดที่ร้องขอไปดำเนินคดีนั้น สามารถลงโทษได้ทั้งสองประเทศ มี 31 ข้อกล่าวหา ตามที่ได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 2 ของสนธิสัญญาดังกล่าว เป็นต้นว่า โทษฆ่าคนตายโดยเจตนา โทษฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา โทษประทุษร้ายร่างกายถึงบาดเจ็บ หรือบาดเจ็บสาหัส โทษปลอมเงินตรา โทษกระทำความผิดจากรกลสำหรับการปลอมแปลงเงินตรา โทษชักยอกทรัพย์ หรือลักทรัพย์ โทษฉ้อโกงเอาเงิน โทษลักของโจร โทษฉ้อโกงโดยผู้ที่มีความไว้วางใจในการดูแลทรัพย์สิน โทษเบียดความเท็จ โทษข่มขืนกระทำชำเรา โทษกระทำอนาจาร โทษทำให้แท้งลูก โทษลักพาคนหนี โทษลักเด็ก โทษละทิ้ง หรือทอดทิ้งเด็ก ฯลฯ และโทษอย่างอื่น ๆ ตามที่ทั้งสองประเทศจะได้พิจารณาเห็นสมควรว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กันหรือไม่ก็ได้

¹²⁸ ดร. อุทัย อาทิวะ สัมภาษณ์ 20 ธันวาคม 2554.

¹²⁹ เพิ่มพงษ์ ชวลิต. (2555, 18 มกราคม). การประชุมเร่งรัดติดตามปัญหายาเสพติด. สืบค้นเมื่อ 19 มกราคม 2555, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid= 1326869977& grpid =&catid = 19 & subcatid=1904



คิดได้มากที่สุด โดยหากไม่มีมาตรการในการปราบปรามยาเสพติดอย่างมีประสิทธิภาพ น่ากังวลเป็นอย่างยิ่งว่าประชาชน เด็กและเยาวชนที่ติดหรือค้ายาเสพติดเหล่านี้จะเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนาประเทศให้กับชาติไทยในอนาคตได้อย่างไรอันอาจส่งผลร้ายแรงนำไปสู่การล่มสลายของประเทศในที่สุด

สอดคล้องกับสำนักงานสถิติแห่งชาติซึ่งได้ทำการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของยาเสพติด พบว่าผลการสำรวจในเดือนกุมภาพันธ์ 2553 ประชาชนร้อยละ 37.5 เห็นว่ายังมีปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดในชุมชน/หมู่บ้าน ซึ่งเพิ่มขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนในเดือนกุมภาพันธ์ 2552 ซึ่งมีร้อยละ 32.2

ปัญหาด้านผู้ค้า หรือผู้ลักลอบค้ายาเสพติด

ประชาชนเห็นว่ายังคงมีปัญหาอยู่และความคิดเห็นของประชาชนในเรื่องดังกล่าวได้เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 63.9 (กุมภาพันธ์ 2552) เป็นร้อยละ 70.7 (กุมภาพันธ์ 2553)

ปัญหาด้านผู้เสพ/ผู้ติดยาเสพติด

ประชาชนเห็นว่า ยังมีปัญหาอยู่ โดยผลการสำรวจในเดือนกุมภาพันธ์ 2552 และผลการสำรวจในเดือนกุมภาพันธ์ 2553 ประชาชนมีความคิดเห็นในสัดส่วนใกล้เคียงกัน คือ ร้อยละ 95.2 (กุมภาพันธ์ 2552) และร้อยละ 95.1 (กุมภาพันธ์ 2553)

ปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดในโรงเรียน/สถานศึกษา

ผลการสำรวจในเดือนกุมภาพันธ์ 2553 ประชาชนร้อยละ 51.3 ระบุว่ามีปัญหา และร้อยละ 48.7 ระบุว่าไม่มีปัญหา โดยผู้ที่ระบุว่ามีปัญหาเห็นว่าปัญหาที่มีอยู่ในระดับมาก-มากที่สุดร้อยละ 4.6 (โดยรวมแล้วปัญหาที่มีอยู่ในระดับมากที่สุดร้อยละ 0.6 และมากร้อยละ 4.0) ส่วนร้อยละ 8.5 ระบุว่าค่อนข้างมาก ร้อยละ 13.9 ระบุว่าค่อนข้างน้อย และร้อยละ 24.3 ระบุว่าน้อย โดยผลการสำรวจในเดือนกุมภาพันธ์ 2553 ประชาชนร้อยละ 51.3 เห็นว่ายังมีปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดในโรงเรียน/สถานศึกษา และปัญหาได้เพิ่มขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชน ในเดือนกุมภาพันธ์ 2552 ซึ่งมีร้อยละ 19.2¹³⁰

จากสถิติและข้อมูลด้านยาเสพติดดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าปัญหาด้านยาเสพติดจะมีผลกระทบในทุกมิติตั้งแต่ ครอบครัว ชุมชน สถานศึกษาและภาพรวมของประเทศและเสี่ยงต่อการก่อเกิดอาชญากรรมประเภทอื่นที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด (drug-related offences) ได้สูงมาก อีกทั้งสร้างความเดือดร้อนในทุกชุมชนของสังคมอย่างมหันต์อันมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสงบ

¹³⁰ สำนักงานสถิติแห่งชาติ. (2555). ผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนที่ออกไปสัมภาษณ์การแพร่ระบาดของยาเสพติด. สืบค้นเมื่อ 17 มกราคม 2555, จาก

เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและความมั่นคงของประเทศแล้ว ยังเป็นความผิดที่มีความสลับซับซ้อน มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน หรือมีลักษณะเป็นการกระทำผิดข้ามชาติเป็นสำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมอีกด้วย

เหตุผลสนับสนุนแนวคิดของผู้เขียนที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ ในอดีตรัฐเคยมีการออกกฎหมายในการบริหารจัดการคดีอาชญากรรมตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมให้โทษฯ มาตรา 100/2 ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายการต่อรองคำรับสารภาพมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 แต่ในปัจจุบันปี พ.ศ. 2555 มีปัญหาอุปสรรคอยู่พอสมควรในการบริหารจัดการคดีอาชญากรรมให้มีประสิทธิภาพซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป อีกทั้งเป็นการลดแรงต้านในการบัญญัติกฎหมายการต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาชญากรรมอย่างเต็มรูปแบบทั้งจากนักวิชาการที่ยึดมั่นในทฤษฎีระบบมากกว่าความมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการคดีอาชญากรรมและความสงบสุขของประชาชนทั่วไป โดยในอนาคต หากรัฐเห็นว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาชญากรรมนั้นบรรลุผลเป็นที่น่าพอใจก็อาจมีการขยายขอบเขตไปสู่คดีที่มีการกระทำผิดในลักษณะองค์กรอาชญากรรมอื่นๆ ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 หรือรัฐอาจเสนอเป็นการกำหนดช่วงของอัตราโทษเป็นลำดับต่อไป

วิเคราะห์การนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพไปใช้ในคดีอาชญากรรม

จากงานวิจัยของผู้เขียนตั้งแต่การศึกษาในระดับปริญญาโทซึ่งได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากสถาบันพระปกเกล้า (King Prajadhipok's Institute) ในประเด็นที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทำให้ได้รับรู้และตระหนักว่าปัญหาอาชญากรรมถือได้ว่าเป็นปัญหาที่ร้ายแรง และบั่นทอนศักยภาพในการพัฒนาประเทศมาโดยตลอด รัฐบาลจึงระดมสรรพกำลังกำหนดยุทธศาสตร์ให้ดำเนินคดีเด็ดขาดกับผู้ค้ายาเสพติด และถือว่าผู้เสพเป็นผู้ป่วยจำต้องได้รับการบำบัดรักษา¹³¹ โดยเฉพาะงบประมาณด้านกระบวนการยุติธรรมที่ต้องใช้จ่ายไปอย่างสิ้นเปลืองแทนที่จะนำไปพัฒนาให้กับประชาชนด้านอื่นๆ ให้อยู่ดีกินดี คดีอาชญากรรมโดยธรรมชาติแล้วมักมีลักษณะเป็นเครือข่ายองค์กรอาชญากรรม โยงใยทั้งในและนอกประเทศ มีอิทธิพลด้านการเงินสูง การปราบปรามที่ผ่านมายากยิ่งในการปราบปรามให้หมดไป โดยเฉพาะผู้บงการที่เป็นนายทุนที่อยู่เบื้องหลังมาตรการที่มีอยู่อันได้แก่เป็นมาตรการทางการปกครองในการตรวจสอบภายใน ตามพระราชบัญญัติการป้องกันปราบปรามยาเสพติด มาตรการทางแพ่งในการยึดทรัพย์ผู้ค้ายาเสพติด ยังไม่สามารถทำให้ปริมาณคดีและปัญหาการค้ายาเสพติดลดลงไปได้ เพราะในการพิจารณาคดีของศาลนั้น จำเป็นต้องมี

¹³¹ ธีรยุทธ บุญทราภูล. (2548). มาตรการทางกฎหมายในการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติดกับรูปแบบบูรณาการของศาลาเสพติดในต่างประเทศ. หน้า 1-120.

พยานหลักฐานแน่นหนาที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็น โดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (proof beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยนั้นเป็นผู้กระทำผิดจริง ศาลจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ ทำให้การพิจารณาคดีที่ผ่านมาจะพบว่าในคดียาเสพติดนั้นเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีจำเลยมักให้การปฏิเสธสูงถึงร้อยละ 66 และเป็นภาระหนักของเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำผิดของจำเลยให้ได้ตามมาตรฐานที่ศาลได้วางไว้ เห็นได้จากสถิติที่ศาลยกฟ้องคดียาเสพติดในสัดส่วนที่ค่อนข้างสูงคือร้อยละ 37.7¹³²

ด้วยเหตุประการดังกล่าว รัฐจึงได้มีการบัญญัติ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ฯ มาตรา 100/2 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าศาลเห็นว่าผู้กระทำผิดผู้ใดได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครอง หรือ ตำรวจ หรือ พนักงานสอบสวนศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้" อันเป็นมาตรการที่คล้ายการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศต้นแบบคือสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่าเป็นการต่อรองดุลยพินิจในการลงโทษ

อย่างไรก็ดี แม้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ฯ มาตรา 100/2 ออกมาบังคับใช้ได้ระยะหนึ่งแล้ว แต่ในทางปฏิบัติผู้จับกุม และพนักงานสอบสวนใช้ประโยชน์จากมาตรานี้น้อยมาก อีกทั้งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ยังไม่ได้ออกระเบียบปฏิบัติเป็นแนวทางให้ชัดเจน ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจขาดทิศทางในการใช้ดุลยพินิจที่เหมาะสมว่าข้อเท็จจริงที่ผู้ถูกจับให้ข้อมูลอย่างไรเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามยาเสพติด ส่วนนายความนั้นกรณีมีพยานหลักฐานแน่นหนาและผู้ต้องหานั้นน่าจะเชื่อว่าการกระทำผิดจริง แทนที่จะทำการนำสืบประกอบคำรับสารภาพและแสดงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการที่จำเลยได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อเจ้าพนักงานเพื่อประกอบการพิจารณาของศาลตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ฯ มาตรา 100/2 และ ปอ.

¹³² โดยจากสถิติที่ผ่านมาซึ่งเป็นการสุ่มตัวอย่างของคณะผู้วิจัยคดีอาญาในชั้นพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นในช่วงปี พ.ศ. 2546-2551 พบว่าในบรรดาคดียาเสพติดให้โทษที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องในศาลชั้นต้นในปี พ.ศ. 2553 จำนวน 53 คดี ศาลประทับรับฟ้องทั้ง 53 คดี คิดเป็นร้อยละ 100 ในชั้นพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น จำเลยให้การปฏิเสธหรือไม่ให้การ 35 คดี คิดเป็นร้อยละ 66 ให้การรับสารภาพ 18 คดี คิดเป็นร้อยละ 34 ทั้งนี้ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาให้ยกฟ้อง 20 คดี คิดเป็นร้อยละ 37.7 และพิพากษาลงโทษ 33 คดี คิดเป็นร้อยละ 62.3 อ้างถึงในสมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. (2554). โครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์. หน้า 47-56.

มาตรา 78¹³³ ในทางตรงข้ามก็พยายามที่จะให้จำเลยนั้นให้การปฏิเสธและต่อสู้คดีในชั้นศาลโดยหวังผลจากการยกฟ้องจากศาล

สำหรับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 100/2 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ ยังมีไม่มากนักเพราะเนื่องจากมีปัญหาในทางปฏิบัติตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ที่สำคัญพอจะศึกษาได้เป็นตัวอย่าง มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6804/2550 โจทก์ได้บรรยายมาในคำฟ้องว่า ภายหลังจากจำเลยถูกจับกุม จำเลยได้ให้ความร่วมมือต่อเจ้าพนักงานและพนักงานสอบสวน โดยให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ

และเป็นสายลับล่อซื้อให้แก่เจ้าพนักงาน จนสามารถจับกุม น. ซึ่งเป็นผู้ค้ายาเสพติดให้โทษรายใหญ่อันเป็นประโยชน์แก่ทางราชการได้พร้อมเมทแอมเฟตามีนอีก 109 เม็ด และระบุพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ มาตรา 100/2 มาในคำขอท้ายฟ้องด้วย ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติว่า ถ้าศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดผู้ใดได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ หรือพนักงานสอบสวน ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้ ดังนี้ ข้อเท็จจริงตามคำฟ้องดังกล่าวนี้ได้ว่าจำเลยได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานสอบสวน ซึ่งศาลจะลงโทษจำเลยน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นได้ตามบทกฎหมายดังกล่าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1904/2551 สำเนาบันทึกการจับกุมและสำเนาคำให้การของเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมจำเลยที่ 2 กับพวก เอกสารแนบท้ายฎีกาของจำเลยที่ 2 ซึ่งโจทก์มิได้โต้แย้งคัดค้านปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในวันเกิดเหตุหลังจากที่จำเลยที่ 2 กับพวกถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมพร้อมด้วยเมทแอมเฟตามีนของกลางแล้ว จำเลยที่ 2 กับพวกให้การรับสารภาพว่าซื้อเมทแอมเฟตามีนของกลางจาก ถ. และสมัครใจเป็นสายลับล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจนเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถล่อซื้อจับกุม ถ. พร้อมด้วยเมทแอมเฟตามีนอีกจำนวน 570 เม็ด จากข้อเท็จจริง

¹³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้”

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใจเลาเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณสมบัติมาก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามิลัทธิเช่นเดียวกัน”

ดังกล่าวนับว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้กระทำความผิดผู้ใดให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ หรือพนักงานสอบสวน จึงเห็นสมควรวางโทษจำเลยที่ 2 น้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามนัยแห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ มาตรา 100/2

ข้อสังเกต ในคำพิพากษาทั้งสองฉบับข้างต้นให้ความสำคัญกับความร่วมมือของผู้ต้องหาโดยการเป็นสายลับล่อซื้อจนนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดรายอื่นได้ โดยศาลฎีกาตีความในทำนองว่า พฤติการณ์ที่จะเข้าข้อกฎหมายของบทบัญญัติพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ มาตรา 100/2 นั้น ต้องเป็นไปในลักษณะของเป็นสายลับล่อซื้อให้แก่เจ้าพนักงาน จนสามารถจับกุมผู้ร่วมขบวนการ ซึ่งเป็นผู้ค้ายาเสพติดให้โทษรายใหญ่ อันเป็นประโยชน์แก่ทางราชการ หรือเป็นการให้การรับสารภาพว่าซื้อยาเสพติดของกลางจากบุคคลอื่น และสมัครใจเป็นสายลับล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจนเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถล่อซื้อจับกุมผู้กระทำความผิดรายอื่นได้ หรืออาจจะไม่ถึงกับให้ความร่วมมือโดยกระทำการเป็นสายลับให้กับทางราชการ แต่สามารถนำไปสู่การจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดรายอื่นได้ คำพิพากษาบางฉบับของศาลฎีกา¹³⁴ ก็ถือว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ มาตรา 100/2 ที่จะทำการลดโทษให้แก่จำเลยนั้นได้

ต่อมาศาลฎีกาพยายามตีความจำกัดขอบเขตของการบังคับใช้บทมาตรา 100/2 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ เป็นอย่างมาก พิเคราะห์ได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6287/2553¹³⁵ ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ความหมายของคำว่า “ข้อมูลที่สำคัญเป็นประโยชน์อย่างยิ่งใน

¹³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6047/2550 การที่จำเลยที่ 1 ยอมรับว่าได้ร่วมกับจำเลยที่ 2 ไปรับเมทแอมเฟตามีน 4,000 เม็ด จาก ส. ที่ห้างสรรพสินค้า โดยจำเลยที่ 2 ได้แบ่งเมทแอมเฟตามีนมาให้จำเลยที่ 1 จำนวน 400 เม็ด เพื่อส่งมอบให้แก่ พ. และพาเจ้าพนักงานตำรวจไปจับกุมจำเลยที่ 2 ได้พร้อมเมทแอมเฟตามีนของกลางอีก 3,600 เม็ด นับเป็นการให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อเจ้าพนักงานตำรวจตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 สมควรกำหนดโทษจำเลยที่ 1 ให้น้อยลง

¹³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6287/2553 พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษฯ ม.100/2 บัญญัติว่า “ถ้าศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดผู้ใดได้ให้ข้อมูลที่สำคัญเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจหรือพนักงานสอบสวน ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นได้” ซึ่งข้อมูลที่ผู้กระทำความผิดให้ต่อเจ้าพนักงานตามที่บัญญัติไว้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการนอกเหนือจากวิสัยที่เจ้าพนักงานจะสามารถค้นพบได้จากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ และในการปราบปรามยาเสพติดให้โทษของเจ้าพนักงานต่อจากนั้นเป็นผลโดยตรงจากการให้ข้อมูลหรือเบาะแสที่สำคัญของผู้กระทำความผิด แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ความเพียงว่า เมื่อจำเลยที่ 1 ถูกจับกุม จำเลยที่ 1 ให้ถ้อยคำว่

การปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติด” ว่า ข้อมูลนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการนอกเหนือวิสัยที่เจ้าพนักงานจะสามารถค้นพบได้จากการปฏิบัติหน้าที่ปกติ และในการปราบปรามยาเสพติดให้โทษของเจ้าพนักงานต้องเป็นผลโดยตรงจากการให้ข้อมูลเบาะแสที่สำคัญของผู้กระทำผิด

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการตีความเช่นนี้เนื่องจากอย่างน้อยข้อมูลที่ได้รับมาจากผู้กระทำผิดนั้นก็ป็นข้อมูลสำคัญประการหนึ่งในการทำให้เจ้าพนักงานตำรวจมั่นใจอย่างหนักแน่นว่าผู้กระทำผิดรายอื่นๆ นั้นมีอยู่และกระทำผิดจริงอันเป็นผลดีต่อการจำกัดการสิ้นเปลืองงบประมาณในการติดตามเพื่อสืบสวนและขยายผลการจับกุม และเจ้าพนักงานตำรวจยังบริหารเวลาที่มีอยู่อย่างจำกัด ให้ความสำคัญในคดีสำคัญอื่นๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป การตีความของศาลฎีกาอย่างจำกัดเช่นนี้ ย่อมส่งผลถึงการให้ความร่วมมือของผู้กระทำผิดในอนาคต เมื่อผู้กระทำผิดต่างล่วงรู้อยู่แล้วว่าไม่ว่าจะแจ้งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับยาเสพติดต่อเจ้าพนักงานตำรวจหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่มีผลหรือหากเห็นว่าการแจ้งข้อมูลอาจจะมีผลในการลดโทษจริง แต่ก็มีความเสี่ยงต่อการที่ศาลจะไม่ให้ประโยชน์แก่จำเลยตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 ในการลดโทษได้ เมื่อคดียาเสพติดให้โทษมีอัตราโทษสูงถึงประหารชีวิตเพียงมีจำนายหรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์เกินยี่สิบกรัมขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาท หรือประหารชีวิต¹³⁶ ซึ่ง

จำเลยที่ 1 รับจ้างจำเลยที่ 3 และที่ 4 เป็นผู้ขับรถยนต์กระบะ ไปลำเลียงเมทแอมเฟตามีน จากสหภาพพม่าเข้ามาในราชอาณาจักร โดยมีจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 เป็นผู้คุ้มกัน ส่วนบันทึกคำรับสารภาพที่เขียนด้วยลายมือของตนเองก็กล่าวแต่เพียงว่าจำเลยที่ 1 รับจ้างจำเลยที่ 3 และที่ 4 เดินทางเข้าไปในสหภาพพม่าเพื่อลำเลียงเมทแอมเฟตามีนซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้เจ้าพนักงานตำรวจที่มาเบิกความต่างก็ยืนยันว่ามีการสืบสวนหาข่าวและทราบมาก่อนทั้งสิ้น อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ จากนั้นได้มีการวางแผนจับกุมและแกะรอยจำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 จนกระทั่งจับกุมจำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 ได้ คำให้การของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ว่า จำเลยที่ 1 เป็นผู้กระทำความผิดเป็นผู้ได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจหรือพนักงานสอบสวนอันจะเป็นเหตุให้สมควรใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลยที่ 1 น้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามบทบัญญัติดังกล่าวได้

¹³⁶ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 66 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 โดยไม่ได้รับอนุญาตและมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์หรือมีจำนวนหน่วยการใช้ หรือมีน้ำหนักสุทธิไม่ถึงปริมาณที่กำหนดตามมาตรา 15 วรรคสาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้ายาเสพติดให้โทษตามวรรคหนึ่งมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่ปริมาณที่กำหนดตามมาตรา 15 วรรคสาม แต่ไม่เกินยี่สิบกรัม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่สี่แสนบาทถึงห้าล้านบาท

เป็นการบัญญัติกฎหมายที่เป็นไปตามแนวคิดของ Crime Control Perspective ที่มุ่งลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดกฎหมายอันมีลักษณะร้ายแรงและเป็นภัยต่อประเทศ และเมื่อประกอบสถิติการยกฟ้องที่มีค่อนข้างสูงของศาลข้างต้นแล้ว ย่อมทำให้มาตรการลดโทษตามมาตรา 100/2 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 นั้นกลายเป็นเพียงอุดมคติของบรรดานักบริหารงานด้านความยุติธรรมไปอย่างสิ้นเชิงที่จะทำให้คดียาเสพติดลดลงอย่างเห็นได้ชัดและนำมาซึ่งการจับกุมถึงตัวผู้บงการใหญ่ด้านยาเสพติด อันส่งผลให้จำเลยตัดสินใจที่จะเสี่ยงโดยไม่ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์และให้การปฏิเสธและดำเนินการต่อสู้คดีในชั้นศาลดีกว่าที่จะต้องอยู่ในความไม่แน่นอนในโชคชะตา อีกทั้งกลายเป็นว่าการที่ศาลตีความเช่นนี้เจ้าพนักงานตำรวจจะมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อการกำหนดโทษของศาลต่อไป อันอาจจะนำไปสู่การใช้ดุลยพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมและพนักงานสอบสวนได้ หากยังไม่มีมีการแก้ไขกฎหมายเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ในคดียาเสพติดให้เกิดความแน่นอนชัดเจน

นอกจากที่กล่าวมาในข้างต้นแล้ว หากพิจารณาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา จะเห็นปัญหาการตีความทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของบทบัญญัติพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 ยังคงมีปัญหาของการขาดความแน่นอนชัดเจนของประโยคที่ว่า “ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ” นั้นศาลยุติธรรมใช้ดุลยพินิจตีความไว้ในหลายคำพิพากษาศาลฎีกาโดยมีลักษณะที่เป็นการขัดกันเองอยู่ในตัว อาทิ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2495/2550 จำเลยที่ 2 ให้การในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนว่าจำเลยที่ 2 รับจ้างขนเมทแอมเฟตามีนของกลางจากจำเลยที่ 3 และยื่นยันภาพถ่ายของจำเลยที่ 3 ที่เจ้าพนักงานตำรวจนำมาให้ดู เป็นเหตุให้จับกุมจำเลยที่ 3 มาดำเนินคดีได้ นับว่าจำเลยที่ 2 ได้ให้ข้อมูลสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อเจ้าพนักงานตำรวจตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2769/2550 จำเลยให้การรับสารภาพพร้อมทั้งแจ้งข้อเท็จจริงว่าซื้อเมทแอมเฟตามีนของกลางจาก ณ. และ พ. เป็นเหตุให้มีการติดตามจับกุม ณ. และ พ. มาดำเนินคดีพร้อมเมทแอมเฟตามีนประมาณ 2,000 เม็ด ดังนั้น จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดผู้ได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจหรือพนักงานสอบสวน เห็นสมควรลงโทษจำเลยน้อยกว่า

ถ้ายาเสพติดให้โทษตามวรรคหนึ่งมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์เกินยี่สิบกรัมขึ้นไปต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาท หรือประหารชีวิต.”

เกณฑ์ที่ลงโทษโดยทั่วไปสำหรับความผิดนั้นตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2551 เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมจำเลยพร้อมด้วย เมทแอมเฟตามีน 1,800 เม็ด ที่จำเลยจำหน่ายให้แก่สายลับผู้ล่อซื้อแล้ว จำเลยให้การรับสารภาพว่า เป็นผู้จำหน่ายเมทแอมเฟตามีนดังกล่าวจริง พร้อมทั้งแจ้งว่ายังมีเมทแอมเฟตามีนอีกจำนวนหนึ่งอยู่ที่ห้องพักของจำเลย และพาเจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นจนสามารถยึดเมทแอมเฟตามีนซึ่งซุกซ่อนอยู่ในหม้อหุงข้าวไฟฟ้าได้อีก 30 เม็ด เป็นเหตุให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถดำเนินคดีแก่จำเลยในข้อหาจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและจำหน่าย นับว่าจำเลยได้ให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดต่อเจ้าพนักงานตำรวจ เห็นสมควรลงโทษจำเลยน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1487/2550 เมื่อจำเลยถูกจับ เจ้าพนักงานตำรวจยอมนำจำเลยไปค้นหายาเสพติดให้โทษที่บ้านจำเลยอยู่แล้ว ดังนั้น การที่จำเลยแจ้งแก่เจ้าพนักงานตำรวจในขณะที่จับกุมว่าจำเลยยังมีเมทแอมเฟตามีนอีก 800 เม็ด ที่บ้านจำเลย จึงไม่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษที่จะลงโทษจำเลยน้อยกว่าโทษขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4941/2550 การที่เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมจำเลยที่ 4 แล้วไปตรวจค้นอพาร์ทเมนต์ห้องเลขที่ 215 และยึดเมทแอมเฟตามีนได้อีก 32,000 เม็ด นั้น เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะต้องไปตรวจค้นอยู่แล้ว การที่จำเลยที่ 4 ถูกจับกุม จึงรับว่ามีเมทแอมเฟตามีนอีกส่วนหนึ่งอยู่ที่อพาร์ทเมนต์ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 4 ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อเจ้าพนักงานตำรวจ และพนักงานสอบสวนตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 (ที่แก้ไขใหม่) ที่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้

ข้อสังเกต จากคำพิพากษาดังกล่าวจะพบว่า เพียงแต่จำเลยให้การยืนยันภาพถ่ายของบุคคลอื่นที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน จากนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจก็เข้าทำการจับกุมบุคคลที่ได้รับการยืนยันภาพถ่ายนั้น ศาลฎีกาโดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2495/2550 ก็ถือว่าเป็นข้อมูลสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแล้ว เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2769/2550 ถือว่าการที่จำเลยให้การรับสารภาพพร้อมทั้งแจ้งข้อเท็จจริงว่าซื้อเมทแอมเฟตามีนของกลางจากบุคคลอื่นเป็นเหตุให้มีการติดตามจับกุมผู้ร่วมขบวนการมาดำเนินคดีเป็นข้อมูลสำคัญและมีประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

แต่ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2551, 1487/2550 และ 4941/2550 กลับมีลักษณะของการใช้ดุลยพินิจของศาลที่ยังไม่มีบรรทัดฐานที่แน่นอน กล่าวคือ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2551 การให้การรับสารภาพว่ามีเมทแอมเฟตามีนจำนวน 1,800 เม็ด และนำเจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นเพื่อหาเมทแอมเฟตามีนที่ซุกซ่อนไว้อีกแค่เพียง 30 เม็ด ศาลฎีกาก็ถือว่าเป็นการให้ข้อมูลที่สำคัญและมีประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1487/2550 จำเลยให้การรับสารภาพและนำเจ้าพนักงานตำรวจไปตรวจค้นเพื่อหายาเสพติดที่ซุกซ่อนไว้ได้อีกจำนวนถึง 800 เม็ด หรือยึดเมทแอมเฟตามีนได้อีกเป็นจำนวนมากถึง 32,000 เม็ด ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4941/2550 ศาลฎีกากลับไม่ถือว่าเป็นข้อมูลสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด จำเลยจึงไม่ได้รับการลดโทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2

นอกจากแนวคำตัดสินของศาลยังขาดบรรทัดฐานที่ชัดเจนดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 100/2 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการบริหารจัดการคดี (case management) ให้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและเพื่อการสืบหาพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่คดีอันเป็นการให้ทางเลือกแก่จำเลยที่จะให้ความร่วมมือแก่รัฐในการให้ข้อมูลที่สำคัญ ก็คือ แม้จำเลยจะให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่รัฐ แต่ศาลกลับมีแนวคำตัดสินไปในทำนองว่าแม้ศาลจะเห็นว่าเป็นข้อมูลสำคัญและมีประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปราบปรามยาเสพติดแล้วก็ตาม แต่ศาลมีอิสระในการวินิจฉัยใช้ดุลยพินิจไม่ลดโทษให้จำเลยน้อยกว่าอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 100/2 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ไม่ใช่บทบังคับศาลที่จะต้องลดโทษให้จำเลย¹³⁷ ก่อเกิดความไม่แน่นอนของการลดโทษเป็นอย่างยิ่ง

ด้วยเหตุผลเหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะนำมาตราการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ในคดียาเสพติด สอดคล้องกับรายงานการวิจัยของสำนักงานศาลยุติธรรมอันได้จัดทำขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 ก็ยังเห็นด้วยที่จะนำการนำวิธีการต่อรองการรับสารภาพมาใช้ในคดียาเสพติดของประเทศไทย ทั้งนี้รายงานการวิจัยให้แง่มุมที่น่าสนใจว่า สถิติอาญาของศาลยุติธรรมในรอบหลายปีที่ผ่านมา คดียาเสพติดมีปริมาณเข้าสู่ศาลมากที่สุด ในจำนวนคดีอาญาทั้งหมด การกระทำ

¹³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8971/2550 จำเลยที่ 1 ได้ให้ข้อมูลสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษต่อพนักงานสอบสวนตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 ซึ่งบทมาตราดังกล่าวแม้จะให้ศาลมีอำนาจที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นได้ก็ตาม แต่ก็เป็นการละเลยของศาลที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นให้น้อยกว่าอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น นับวันจะมีความซับซ้อนมากขึ้น โดยการกระทำผิดจะมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม (Organized Crime) ทำให้ยากแก่การสืบสวนสอบสวนและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ การแก้ปัญหาดังกล่าว ส่วนหนึ่งก็คือ การให้ความสำคัญกับการนำตัวผู้กระทำความผิดเป็นผู้บงการ หรืออยู่เบื้องหลังมาลงโทษให้ได้ เพื่อตัดสายโยงใยขององค์กรอาชญากรรม และลดจำนวนการกระทำความผิดลง ซึ่งการบรรลุผลเช่นนั้น จำเป็นอย่างยิ่งจะต้องมีเครื่องมือทางกฎหมายที่อำนวยความสะดวกให้แก่องค์กรของรัฐ ในการที่จะรวบรวมพยานหลักฐานและนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ ดังเช่น การต่อรองการรับสารภาพ นอกเหนือไปจากเครื่องมือทางกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงิน การริบทรัพย์สินในคดียาเสพติด หรือการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานสมคบ เป็นต้น การนำวิธีการต่อรองการรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย สามารถพิจารณาประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับยาเสพติด ทั้งนี้ อาจพิจารณาถึงประโยชน์ของการต่อรองการลงโทษสำคัญ 2 ประการ¹³⁸ คือ

1. ด้านการบริหารกระบวนการยุติธรรม

เพื่อแบ่งเบาภาระหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม ที่ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทุกราย โดยผ่านการพิจารณาโดยศาลอย่างเต็มรูป ซึ่งอาจจะต้องใช้ระยะเวลานาน และเป็นการสิ้นเปลืองเวลาและงบประมาณอย่างมาก และช่วยแบ่งเบาภาระของการพิจารณาคดีในศาล อาจทำได้ โดยจะมีประโยชน์ในแง่การสร้างกระบวนการทางกฎหมายที่มีความชัดเจน เพื่อรองรับวิธีการที่จะได้มาซึ่งคำรับสารภาพ และจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย

2. ด้านประสิทธิภาพการปราบปรามการกระทำความผิด

การต่อรองการรับสารภาพ จะเป็นเครื่องมือทางกฎหมายอีกมาตรการหนึ่ง ที่จะส่งผลเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพ ในการปราบปรามปัญหาอาชญากรรม โดยจะสามารถจูงใจให้ผู้กระทำความผิด ที่เป็นเพียงรายย่อยให้ข้อมูลที่สำคัญ อาจสามารถขยายผลการจับกุมผู้กระทำความผิดรายใหญ่ ซึ่งรวมถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังการค้ายาเสพติดที่แท้จริงได้ ทั้งนี้ เพื่อตัดสายใยเชื่อมโยงขององค์กรอาชญากรรม (Organized Crime)

โดยสรุป จึงเห็นได้ว่า แม้ไทยจะมีมาตรการที่คล้ายการต่อรองคำรับสารภาพ ก็คือ มาตรการตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 แล้วก็ตาม แต่เนื่องจากปัญหาของคำตัดสินของศาลฎีกาที่มีลักษณะของความไม่แน่นอนอยู่สูง จำเลยยังเกิดการลังเลและหวาดหวั่นในข้อมูลที่ตนเองได้ให้แก่วินิจฉัยว่าจะเป็นกรณีที่ศาลจะถือว่าเป็นข้อมูลสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปราบปรามยาเสพติดหรือไม่เพียงใด และแม้ว่าศาลจะเห็นว่าเป็นข้อมูลที่

¹³⁸ บัณฑิต รัชตะนันท์ มนตรี ศิลปมหาบัณฑิต และคณะผู้วิจัยสำนักงานศาลยุติธรรม. (2545). การนำการต่อรองการรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย กรณีศึกษาคดียาเสพติด (รายงานการวิจัย). หน้า 1-9.

สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปราบปรามยาเสพติดแล้วก็ตาม จำเลยยังไม่อาจนิ่งนอนใจในความร่วมมือของคนในผลที่จะได้รับให้ลดโทษว่าจะได้รับการลดโทษในอัตราแค่ไหนเพียงใด เพราะเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสมควรลดโทษให้แค่ไหนเพียงใดก็ได้ตามมาตรา 100/2 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ผู้เขียนเห็นว่า จริงอยู่ที่ศาลมีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่รัฐไม่ควรปล่อยให้กฎหมายเป็นเรื่องภาระการตีความของศาลได้อย่างกว้างขวางเฉกเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คงไม่เป็นผลดีแน่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์เพื่อการป้องกันและปราบปรามในคดียาเสพติด และย่อมส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการคดีที่ขาดประสิทธิภาพของทุกองค์กรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมอันจะส่งผลกระทบต่อประเทศที่จะต้องเผชิญปัญหาเสพติดอย่างร้ายแรง

ด้วยมูลเหตุที่ได้กล่าวมาทั้งหมด จึงควรบัญญัติให้นำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในคดียาเสพติดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2 อันเป็นการอุดช่องว่างของมาตรา 100/2 ได้อย่างลงตัว ด้วยเหตุผลหลายประการไม่ว่าจะเป็นเรื่องของความแน่นอนยิ่งขึ้นในอัตราโทษที่จำเลยจะได้รับหลังจากได้ให้ความร่วมมือแก่รัฐในการให้ข้อมูลสำคัญ และเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามยาเสพติด ซึ่งหากรัฐโดยพนักงานอัยการเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับนั้น ไม่เป็นประโยชน์เพียงพอก็คงไม่เชื่อเชิญให้ผู้ต้องหานั้นเข้าร่วมในการทำข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพดังเช่นการทำจดหมายเชื่อเชิญที่เรียกว่า proffer ของอัยการสหรัฐอเมริกา ก่อนการทำบันทึกข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากนี้เมื่อจำเลยได้รับความมั่นใจและพอจะคาดการณ์ได้ล่วงหน้าถึงโทษที่ตนเองจะได้รับจากข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพในการได้รับการลดโทษที่ได้ทำการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพกับพนักงานอัยการ ย่อมทำให้สถิติของการรับสารภาพในคดียาเสพติดเพิ่มสูงขึ้นและทำให้จำนวนคดีที่มีการพิจารณาสืบพยานในชั้นศาลในคดียาเสพติดลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ อันส่งผลให้การดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวกับยาเสพติดนั้นดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว และย่อมนำไปสู่การความหาและทำการจับกุมตัวผู้บงการอื่นๆ ที่อยู่เบื้องหลังได้อย่างรวดเร็วทันทั่วทั้งที่ ส่งผลไปถึงความสงบสุขของสังคมและการลดน้อยของอาชญากรรมอื่นใดที่มีความเกี่ยวพันกับยาเสพติด (drug-related offences)¹³⁹ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

¹³⁹ ในเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด (drug related offences) นั้น ในบางประเทศที่มีระบบศาลยาเสพติด (Drug Court) แยกออกมาจากศาลยุติธรรมปกติ ก็มีการต่อรองคำรับสารภาพในคดียาเสพติดได้เช่นเดียวกันเนื่องจากการกระทำผิดยาเสพติดมักเป็นเหตุจูงใจให้ต้องกระทำผิดอาญาอื่นได้เช่น ลักทรัพย์ หรือ รังแกทรัพย์เพราะฤทธิ์หรือสาเหตุมาจากยาเสพติด อ้างถึงใน Eric Bellone. (2006). Drug Courts: Plea bargaining for entry. The price of admission. p. 1-29 และ ฌ็องนัย สุภัทรากุล. (2548). มาตรการทางกฎหมายในการบำบัด

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อจะทำให้กลไกของการต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาชญากรรมดำเนินการไปอย่างคล่องตัว มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ประกอบกับเพื่อเร่งรัดการปฏิบัติภารกิจในการป้องกันและปราบปรามคดีอาชญากรรม ควรให้กรมสอบสวนคดีพิเศษเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการสอบสวนคดีอาชญากรรมในลักษณะงานบูรณาการกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษฯ

หลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 กล่าวคือเมื่อรัฐบาลมีความพยายามที่จะปราบปรามอาชญากรรมประเภทใดหรือความผิดประเภทใดเป็นกรณีพิเศษ จำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างจริงจัง ตั้งแต่การแก้ไขปัญหาคดีการสอบสวนให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้พนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบสวนเพราะพนักงานอัยการเป็นผู้มีความรู้ความสามารถทางกฎหมาย และเป็นผู้ที่จะต้องนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ในชั้นศาล พนักงานอัยการจึงเป็นผู้ที่สามารถให้คำแนะนำปรึกษาในการวางแผนทางการสอบสวน ตลอดจนการรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ได้เป็นอย่างดี นอกจากนั้น พนักงานอัยการยังมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่สูงกว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจ อันจะเป็นหลักประกันในการสอบสวนและทำให้ขั้นตอนการสอบสวนมีความโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลก็สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ อาจกล่าวได้ว่า การให้อัยการเข้ามามีบทบาทในการสอบสวนนั้น เป็นความพยายามของผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้ที่ต้องการจะให้กระบวนการสอบสวนฟ้องร้องเป็นดั่งเช่นระบบอัยการสากล กล่าวคือ ให้อัยการเข้ามามีส่วนร่วมในการสอบสวนและตรวจสอบพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีความสำคัญเพื่อให้การสอบสวนมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และจะเป็นประโยชน์ในการฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นศาล เพราะอัยการเป็นผู้มีหน้าที่เสนอพยานหลักฐานต่อศาลย่อมทราบดีว่าในการสอบสวนพยานหลักฐานชิ้นใดมีความสำคัญ ควรจะวางรูปคดีอย่างไร¹⁴⁰

ซึ่งหลักการและเหตุผลที่ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมทำการสอบสวนนี้ ได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นระบบหนึ่งของการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พนักงานอัยการที่เข้าร่วมในการสอบสวนจะมีฐานะเสมือนผู้ช่วยเหลือการสอบสวนอันจะทำให้การดำเนินคดีอาญารวดเร็วยิ่งขึ้นซึ่งจะเป็นหลักประกันแก่ผู้ต้องหาด้วย

ฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติดกับรูปแบบบูรณาการของศาลอาชญากรรมในต่างประเทศ. หน้า 71-126.

¹⁴⁰ จิราธร เจริญวุฒิ. (2550). วัฒนธรรมการสอบสวนคดีอาญา: ศึกษาบทบาทของพนักงานอัยการ. หน้า 117-118.

ดังนั้น โดยหลักการแล้วพนักงานอัยการจะเข้ามามีบทบาทในการสอบสวน ตั้งแต่ชั้นเริ่มคดี โดยมีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐาน ตลอดจน การใช้มาตรการบังคับตามกฎหมาย เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจพนักงานอัยการในการสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการควรต้องดำเนินบทบาทในเชิงรุก ไม่ว่าการสอบสวนจะดำเนินอยู่ในขั้นตอนใด พนักงานอัยการก็ชอบที่จะให้คำแนะนำและตรวจสอบพยานหลักฐานว่ามีความจำเป็นหรือจะเป็นประโยชน์ แก่รูปคดีหรือไม่เพียงใดได้ตลอดเวลา

จึงเห็นได้ว่าการเข้าร่วมในการสอบสวนคดีพิเศษของพนักงานอัยการ มิควรจะเป็นเพียงเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและความน่าเชื่อถือของการสอบสวนเพียงเท่านั้น แต่ควรเป็น การสอบสวนที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับการเป็นอำนาจเดียวกันของการสอบสวนฟ้องร้องที่เป็น

กระบวนการเดียวกันที่แบ่งแยกไม่ได้ ตามระบบอัยการสากล บทบาทของพนักงานอัยการที่เข้าไป ร่วมการสอบสวนจึงมิใช่บทบาทเข้าไปนั่งฟังหรือเข้าไปรับรู้เฉยๆ เท่านั้น แต่พนักงานอัยการต้อง ร่วมมือในการค้นหาความจริงในคดีให้เป็นที่ประจักษ์และให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ซึ่งใน ทางปฏิบัติยังคงปรากฏว่ามีข้อขัดข้องในการสอบสวนร่วมกัน หรือปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันระหว่าง พนักงานสอบสวนคดีพิเศษกับพนักงานอัยการ ทั้งนี้เนื่องมาจากความเข้าใจที่ว่ากระบวนการในการ สอบสวนฟ้องร้องเป็นคนละขั้นตอนกัน ทำให้บทบาทของพนักงานอัยการมิได้เปลี่ยนแปลงไปจาก ที่เคยเป็นมา บางครั้งพนักงานอัยการที่มาปฏิบัติหน้าที่ร่วมหรือสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน คดีพิเศษ ก็ทำได้ดำเนินการสอบสวนในเชิงรุกเพื่อค้นหาความจริงไม่ แต่ร่วมในการสอบสวนใน ลักษณะที่เป็นองค์คณะ พนักงานอัยการเพียงแต่เข้าร่วมรับรู้เท่านั้น หรือบางกรณีพนักงานอัยการ จะกำหนดประเด็นให้พนักงานสอบสวนไปดำเนินการสอบสวนโดยไม่ได้เข้าร่วมสอบสวนด้วย อย่างจริงจัง หรือมีการกล่าวหาว่าพนักงานสอบสวนคดีพิเศษไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของอัยการ ทั้งนี้เหตุผลอีกประการหนึ่งอาจเป็นเพราะว่าการสอบสวนร่วมกันของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ กับพนักงานอัยการไม่ได้เป็นไปในลักษณะที่พนักงานอัยการกำกับดูแลหรือควบคุมการสอบสวน ดังเช่นในระบบอัยการสากลและยังมีความผิดเพี้ยนไปจากทิศทางที่ควรจะเป็น โดยอาจจะเนื่องมาจาก แนวคิดในเรื่อง การแบ่งแยกอำนาจการสอบสวนและการฟ้องร้องออกจากกันอย่างชัดเจนซึ่งฝังราก ลึกลงไปมากแล้วของประเทศไทยนั่นเอง ซึ่งในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจึงได้เสนอให้มีบทบัญญัติให้ กระบวนการสอบสวนฟ้องร้องในคดีอาชญาคดีเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกได้ อันจะ ได้กล่าวไว้ในหัวข้อถัดไป

กล่าวโดยสรุป การนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในคดีอาชญาคดี โดยเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งมีบทบัญญัติที่ได้กำหนด

วิธีการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษไว้แตกต่างจากกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่เคยมีมา นั่นคือการให้องค์กรอัยการ โดยพนักงานอัยการมาทำการสอบสวนร่วมหรือปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ เมื่อพนักงานอัยการได้เข้าร่วมทำการสอบสวนกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษแต่แรกเริ่มก็ย่อมที่จะทำให้อัยการใช้ดุลยพินิจได้อย่างครบถ้วนรอบด้านในอันที่จะพิจารณาพยานหลักฐานทั้งปวงแล้วทำความเห็นเกี่ยวกับพยานหลักฐานเสนอไปพร้อมกับสำนวนการสอบสวนนั้นว่าสมควรที่จะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาชญากรรมหรือไม่เพียงใด รัฐจึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม¹⁴¹ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ให้คดีอาชญากรรมตามพระราชบัญญัติอาชญากรรม พ.ศ. 2522 เป็นคดีพิเศษ เพราะปัจจุบันคดีอาชญากรรมไม่เป็นคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของการสอบสวนคดี ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และเมื่อพิจารณาในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2551 และผลการประชุมคณะกรรมการคดีพิเศษครั้งที่ 6/2554 วันพุธที่ 11 มกราคม 2555 ซึ่งที่ประชุมได้รับทราบมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2554 ที่มีมติเห็นชอบให้ออกกฎกระทรวงกำหนดคดีพิเศษเพิ่มเติม เฉพาะคดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องคอมพิวเตอร์ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ แร่ ธุรกิจสถาบันการเงินเครื่องสำอาง วัตถุอันตราย

¹⁴¹ พระราชบัญญัติ การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และฉบับที่ 2 พ.ศ. 2551, หมวด 3 การสืบสวนและสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 21 คดีพิเศษที่จะต้องดำเนินการสืบสวนและสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่คดีความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

(1) คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของการสอบสวนคดีพิเศษ โดยคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องมิลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) คดีความผิดทางอาญาที่มีความซับซ้อน จำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ

(ข) คดีความผิดทางอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(ค) คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม

(ง) คดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน ทั้งนี้ตามรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่การสอบสวนคดีพิเศษกำหนด

(2) คดีความผิดทางอาญาอื่นนอกจาก (1) ตามที่การสอบสวนคดีพิเศษ มีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ยาและอาหาร รวม 9 ประเภทความผิด โดยเรื่องได้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจ และจะเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมลงนามประกาศใช้ต่อไป ซึ่งเมื่อมีการออกกฎหมายกระทรวงแล้ว คณะกรรมการคดีพิเศษจะได้ประชุมปรึกษาหารือเพื่อออกประกาศกำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดสำหรับกฎหมายดังกล่าวต่อไป¹⁴²

ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่ต้องใช้ที่ประชุมคณะกรรมการคดีพิเศษมีมติให้ คดียาเสพติดเป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ที่จะต้องสืบสวนและสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษร่วมกับพนักงานอัยการ หรือกำหนดให้เป็นคดีพิเศษเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 โดยออกเป็นกฎกระทรวงในลำดับต่อไป

4.3.3.4 วิเคราะห์ระบบและกระบวนการในชั้นการสอบสวนฟ้องร้องที่เหมาะสมในการ ต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทย

ตามที่ได้อภิปรายมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้จะพบว่ากระบวนการยุติธรรมของไทย มีแต่การดำเนินคดีแต่เกือบจะไม่มีการบริหารในกระบวนการยุติธรรมที่เรียกว่าการบริหารจัดการ คดี (case management) ทำให้เกิดความแออัดของปริมาณคดีที่เอ่อล้นอยู่ในกระบวนการยุติธรรม เกิดการขาดประสิทธิภาพในการตรวจสอบความจริง แม้จะมีแนวคิดในการลดปริมาณคดีอยู่บ้าง อาทิ การเปรียบเทียบปรับ การประนอมข้อพิพาท หรือการกลั่นกรองคดีในกระบวนการยุติธรรม สำหรับเด็กและเยาวชนก็ตาม ก็ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยเฉพาะการขาดการปฏิบัติอย่างจริงจังของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม

ดังนั้นหากจะทำให้คดีเสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็วและมีการลดลงของปริมาณคดีที่ ขึ้นสู่ศาลอย่างมีนัยยะสำคัญ คงต้องมีการนำเครื่องมือที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการกลั่นกรองตาม ประเภทคดีและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม โดยการทำให้ เครื่องมือในการบริหารจัดการคดีขับเคลื่อนไปสู่การปฏิบัติอย่างจริงจังทั้งองค์พหุของระบบงาน ยุติธรรม ทั้งนี้เพื่อจะทำให้ปริมาณคดียุติธรรมนั้นถูกกลั่นกรองออกไปจากระบบ และสุดท้ายย่อมมีแต่คดีที่ สำคัญๆหรือคดีที่มีเหตุผลอยู่เบื้องหลังบางประการไม่ว่าจะเป็นเพื่อการได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็น ประโยชน์ในการค้นหาพยานหลักฐานหรือการสาวไปถึงผู้บงการที่อยู่เบื้องหลัง เหล่านี้ย่อมเป็นคดี ที่เหมาะสมที่จะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพอย่างแท้จริง

¹⁴² คณะกรรมการคดีพิเศษ. (2555, 11 มกราคม). รายงานการประชุมคณะกรรมการคดีพิเศษ ครั้งที่ 6/2554. สืบค้นเมื่อ 17 มกราคม 2555, จาก http://www.dsi.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=5133&lang=en

อย่างไรก็ดีนอกจากปัญหาการขาดการให้ความสำคัญของการบริหารจัดการคดีในกระบวนการยุติธรรม แล้วหากเรามองปัญหาอย่างเป็นองค์รวมไม่แยกส่วนกันแล้วจะพบปัญหาที่จมอยู่ใต้น้ำของภูเขาน้ำแข็งที่มีขนาดมหึมาที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในอันจะทำให้เกิดอุปสรรคในการบริหารจัดการคดีโดยเฉพาะการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาปรับใช้ในประเทศไทย นั่นก็คือ ปัญหาการขาดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ยังมีการปฏิบัติแยกส่วนกันอยู่ในชั้นของการสอบสวนฟ้องร้อง ซึ่งเป็นข้อบกพร่องที่สำคัญอย่างยิ่งซึ่งนอกจากจะทำให้มีการใช้อำนาจรัฐไปในทางที่มีขอบได้โดยง่ายแล้ว ยังทำให้ประสิทธิภาพโดยรวมในการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนรวมถึงการควบคุมและบริหารจัดการคดีค่อยลงไปอย่างมาก

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นที่อาจทำให้เกิดความผิดพลาดหรือข้อบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมตลอดจนการใช้อำนาจโดยมิชอบ และการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น ส่วนหนึ่งเกิดมาจากการเปิดโอกาสให้องค์กรในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะองค์กรที่ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนในชั้นต้น มีอำนาจผูกขาดในการบังคับใช้กฎหมายมากเกินไปปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุลจากองค์กรอื่นๆ ในกระบวนการยุติธรรมด้วยกัน

เห็นได้จากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยวางระบบให้แยกการสอบสวนออกจากการฟ้องร้องโดยเด็ดขาด โดยให้ตำรวจคือพนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนอย่างอิสระและมีลักษณะเป็นการผูกขาด ซึ่งตามหลักการสากลแล้วขั้นตอนการสอบสวนและการฟ้องร้องเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกกันได้ กล่าวคือเป็นกระบวนการดำเนินคดีในชั้นก่อนฟ้อง (pre-trial stages) อันมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาในศาลเช่นเดียวกัน จึงเป็นกระบวนการที่ไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้ มีการตรวจสอบจากองค์กรอื่นในกระบวนการยุติธรรมค่อนข้างน้อย อัยการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสั่งฟ้องคดีและต้องไปว่าความในศาลไม่สามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับการสอบสวนคดีตั้งแต่ต้นเพราะเมื่ออัยการไม่ต้องมีบทบาทในการสอบสวน ข้อเท็จจริงที่จะฟังได้ก็มักต้องถือตามพนักงานสอบสวนยืนยันมาเป็นหลัก อัยการมิได้รู้เห็นหรือตรวจสอบความถูกต้องของพยานหลักฐานนั้นแต่แรก ต้องรองจนกว่าตำรวจซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนดำเนินการจนเสร็จสิ้นไปแล้ว และส่งเป็นเพียงตัวหนังสือมาให้อัยการพิจารณาค้นหาความจริงจากตัวหนังสือที่ตำรวจจัดทำไว้ให้ ซึ่งอาจทำให้ความจริงแห่งคดีที่จะเริ่มต้นใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพผิดเพี้ยนไปและทำให้ประสิทธิภาพในการกลั่นกรองคดีของพนักงานอัยการลดน้อยลงไปด้วย¹⁴³ หรืออาจเกิดการใช้

¹⁴³ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดของ การสอบสวนฟ้องร้องนั้นเป็นกระบวนการเดียวกัน คือ ในชั้นของการริเริ่มกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพโดยใช้ proffer ผู้ที่เกี่ยวข้องใน proffer จะได้แก่ผู้ต้องหา ทนายผู้ต้องหา เจ้าหน้าที่ (case agent) และอัยการ สิ่งที่เป็นลักษณะสำคัญคือ ฝ่ายสืบสวนสอบสวนและอัยการทำงานร่วมกันใน

อำนาจโดยมิชอบของตำรวจซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนทำพยานหลักฐานเท็จเพื่อให้สำนวนที่ส่งไปยังอัยการมีพยานหลักฐานพอฟ้องคดี ซึ่งวิธีการดังกล่าวก่อเกิดผลเสียต่อการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพของพนักงานอัยการเป็นอย่างมาก

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจากการทำพยานหลักฐานที่เป็นเท็จอันก่อผลสะท้อนไปทั้งระบบกระบวนการยุติธรรมของไทยครั้งสำคัญก็คือ คดีเชอร์รี่แอนดันทันแคน ซึ่งผู้บริสุทธิ์หลายคนต้องตกเป็นผู้ต้องหาและถูกศาลพิพากษาไปตามพยานหลักฐานที่เป็นเท็จของพนักงานสอบสวน หลายคนที่ถูกตัดสินคดีให้ได้รับโทษจำคุกต้องทนทุกข์ทรมานกับกระบวนการยุติธรรมที่บิดเบี้ยวในครั้งนั้นนำมาซึ่งการสูญเสียต่อผู้ต้องโทษและญาติพี่น้องหลายชีวิตในเวลาต่อมา จนเป็นแรงผลักดันให้มีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมนับแต่บัดนั้นเป็นต้นมา

ดังนั้น จริยอยู่ที่การต่อรองคำรับสารภาพแม้ทำให้คดีเดินทางไปได้อย่างรวดเร็วแต่ความรวดเร็วนั้นก็ต้องมาพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม เปรียบได้เป็นการขบถยนต์หากไม่มีเข็มขัดนิรภัยต่อให้เป็นรถยนต์ที่มีสมรรถนะดีที่สุดก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้ผู้ขับขี่หรือผู้โดยสารใช้ถนนมั่นใจในสวัสดิภาพและความปลอดภัยได้ ดังนั้นโดยธรรมชาติของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพจะเกิดขึ้นในช่วงเวลาอันสั้น อัยการก็ต้องเร่งรีบทำข้อตกลงเพื่อเสนอให้ศาลพิจารณาเห็นชอบ ส่วนศาลนั้นก็ไม่ว่าจะใช้ระยะเวลาตรวจสอบลงไปถึงพฤติการณ์แห่งคดีได้เนื่องจากระยะเวลาอันจำกัดและต้องใช้เวลาในการตรวจสอบข้อสัญญาที่อัยการทำข้อตกลงไว้กับผู้ต้องหาหรือจำเลยว่าเป็นการทำสัญญาโดยความสมัครใจของผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือไม่ ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปสู่การพิจารณารายละเอียดของคดีได้ว่าพยานหลักฐานแน่นหนาพอพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงโดยปราศจากข้อสงสัย

คดีตั้งแต่เริ่มต้นไปจนถึงฟ้องคดี การดำเนินคดีในศาล ทำให้ทุกฝ่ายรับรู้การทำงานในฐานะทีมและสามารถจะสร้างความร่วมมือกันได้ตั้งแต่ต้น บทบาทของฝ่ายต่างๆ ในการ proffer ฝ่ายผู้ต้องหาที่จะพิสูจน์ว่าตนเป็นพยานที่มีประโยชน์หรือพูดความจริง ทนายผู้ต้องหาที่จะแนะนำว่าหากผู้ต้องหายอมรับ proffer และฝ่ายอัยการเห็นว่าผู้ต้องหาพูดความจริงและมีประโยชน์ ก็อาจจะมีการทำข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในที่สุด และมีสิ่งตอบแทนให้สำหรับความร่วมมือที่ผู้ต้องหาให้แก่ฝ่ายรัฐ ส่วน case agent หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจก็จะมียุทธศาสตร์ช่วยในการประเมินความน่าเชื่อถือของผู้ต้องหา สิ่งที่สำคัญเกี่ยวกับบทบาทของเจ้าหน้าที่รัฐหรือตำรวจคือ จะต้องไม่ให้สัญญาใดๆ กับผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดว่าพวกเขาจะได้อะไรหากให้ความร่วมมือกับฝ่ายรัฐ ผู้ที่จะประเมินความร่วมมือของผู้ต้องหาคืออัยการ เราไม่ต้องการให้ตำรวจให้สัญญาใดๆ ที่มีผลทางกฎหมายกับผู้ต้องหา สิ่งตำรวจจะพูดได้คือ คนไม่สามารถจะบอกได้ว่าหากผู้ต้องหาให้การรับสารภาพหรือให้ความร่วมมือกับตำรวจแล้วจะได้อะไร แต่ตนจะส่งต่อข้อมูลในเรื่องนี้ต่อให้อัยการซึ่งมีสถานะเป็นผู้ควบคุมการสอบสวนฟ้องร้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาว่าผู้ต้องหาเหมาะสมที่จะเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพหรือไม่ อ้างถึงในบทสัมภาษณ์ Mr. Philip A. Guentert ในภาคผนวก

ดังนั้นการทำให้ต้นทุนในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะในชั้นการสอบสวน โปร่งใสตรวจสอบได้ (check and balance) ย่อมส่งผลให้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเป็นไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพอันถือได้ว่าเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนก่อเกิดประโยชน์ อย่างแท้จริงอันสอดคล้องหลักนิติธรรม ทั้งนี้จำเป็นต้องมีองค์กรอัยการมาคอยควบคุมตรวจสอบ การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนในชั้นสอบสวนอย่างใกล้ชิด เพื่อป้องกันมิให้พนักงานสอบสวนหรือเจ้าหน้าที่สอบสวนอื่นของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบ ซึ่งการควบคุมตรวจสอบการใช้ อำนาจของพนักงานสอบสวน จริงอยู่ที่ว่ามีการตรวจสอบสำนวนสอบสวนตามลำดับชั้นจนถึงระดับ ผู้บังคับบัญชาขององค์กรตำรวจ แต่ก็ยังเป็นเพียงการควบคุมตรวจสอบภายในหน่วยงานด้วยกันเอง จำเป็นต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจจากองค์กรภายนอกด้วยกล่าวคือ ต้องมีการคานและ ดุลกันระหว่างองค์กรต่างๆในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งองค์กรอัยการมีความเหมาะสมเพราะเป็น องค์กรที่ใกล้ชิดกับกระบวนการสอบสวนอันเป็นต้นธารในกระบวนการยุติธรรมเป็นอย่างยิ่งในอัน ที่จะต้องนำสำนวนของอัยการขึ้นฟ้องคดีต่อศาล มีความเป็นกลางที่มากกว่าองค์กรตำรวจซึ่งอยู่ ภายใต้ง้อมมือของฝ่ายบริหาร ต่างจากองค์กรอัยการซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือ กำกับดูแลจากฝ่ายบริหาร จึงมีความอิสระและเป็นกลางในการทำให้นับดำเนินคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนให้เกิดความสุจริตและเที่ยงธรรมได้ดีกว่าองค์กรตำรวจ

นอกจากนี้ เนื่องจากการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่าการสอบสวนคดีอาญาหมายความว่าความถึงการใช้มาตรการบังคับในทางอาญาต่างๆ ด้วย ซึ่งตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 57, 58, 59, 59/1 กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจต้อง ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้เป็นผู้พิจารณาในการออกหมายค้นหรือหมายจับ โดยจะต้องมี พยานหลักฐานตามสมควร การตรวจสอบการจับและการค้นของเจ้าพนักงานตำรวจ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ขั้นตอนนี้เป็นเรื่องระหว่างตำรวจและศาลเท่านั้น โดยพยานหลักฐานแต่ละชนิดที่ตำรวจได้ยื่นให้ ศาลพิจารณาไม่ได้ผ่านการตรวจสอบสำนวนจากพนักงานอัยการ ดังนั้นเมื่อกำหนดให้การสอบสวน ฟ้องร้องเป็นกระบวนการเดียวกัน โดยอัยการเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบสวนและฟ้องร้องคดีอาญา ก็ควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกรณีที่ต้องออกหมายจะต้องอยู่ในความควบคุมของอัยการ และศาล โดยอัยการมีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจและต้องให้ความเห็นชอบใน หมายจับโดยตำรวจต้องเอาหมายจับไปให้อัยการตรวจสอบพยานหลักฐานพร้อมสำนวนการ สอบสวนหากอัยการอนุญาตตำรวจจึงจะนำหมายนั้นไปยังศาลเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่า การเข้ามากำกับดูแลการใช้อำนาจของตำรวจในการออกหมายจับ ค้นก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่ผู้ต้องหาที่อาจเข้าสู่

กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ โดยหากอัยการเข้าทำการตรวจสอบการจับ คั่น ได้แต่ต้น คดีที่ผู้ต้องหาหลุดเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงานตำรวจ เช่นการจับ คั่น ผิดตัว หรือสร้างพยานหลักฐานเท็จของผู้บริสุทธิ์ก่อนอัยการจะนำเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ อัยการก็ย่อมไม่อนุญาตหรือให้ความเห็นชอบในการออกหมายจับ หมายคั่น นั้นได้ เมื่ออัยการเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบดูแลตั้งแต่ต้นธารของกระบวนการยุติธรรม การต่อรองคำรับสารภาพกับผู้ต้องหาซึ่งมิได้กระทำความผิดแต่แรกเริ่มย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ หรือหากมีบางกรณีเล็ดรอดเข้ามาจริงๆ อัยการย่อมเข้าไปตรวจสอบได้โดยง่ายเนื่องจากเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงต่อการสอบสวนและฟ้องร้องคดีว่าผู้ต้องหาที่จะทำข้อตกลงนั้นเป็นบุคคลที่น่าเชื่อว่าเป็นผู้กระทำผิดจริงหรือไม่จากพยานหลักฐานต่างๆ ที่อยู่ในความควบคุมดูแลโดยตรงของอัยการ โดยมีพนักงานสอบสวนเป็นผู้ช่วยการสอบสวน อีกทั้งก็เพื่อให้แน่ใจว่าคดีที่จะเข้าสู่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นมีความเหมาะสมไม่ใช่เกิดจากการมีพยานหลักฐานที่ไม่น่าเชื่อถือหรือเกิดจากการข่มขู่ หลอกลวงของเจ้าพนักงานตำรวจหรือฟังไม่ได้ว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอแก่การฟ้องคดี หรือฟังไม่ได้ว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดในอันที่จะเข้าสู่กระบวนการทำข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ พนักงานอัยการย่อมต้องใช้อำนาจในการสั่งไม่ฟ้องคดีตั้งแต่ต้นแทนการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ จริงอยู่ที่การต่อรองคำรับสารภาพอาจทำให้คดีเสร็จไปโดยรวดเร็วและผู้ต้องหาได้รับการลดโทษหรือสั่งไม่ฟ้องในบางข้อหาแต่ก็ทำให้ผู้บริสุทธิ์ต้องมิมลทินติดตัวไปทั้งที่ตนเองไม่ได้กระทำความผิด

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าในมาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นควรบัญญัติให้อัยการมีอำนาจดำเนินการสอบสวนคดีใดที่อาจเข้าข่ายให้มีการต่อรองคำรับสารภาพได้ทั้งหมดหรือบางส่วนเมื่อใดก็ได้ทุกขณะ หรืออาจมีคำสั่งเป็นการทั่วไป หรือเจาะจงวิธีการ และขอบเขตการสอบสวนให้ตำรวจเป็นผู้ดำเนินการ เพราะเมื่อวางรูปแบบของบทบัญญัติให้อัยการเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนเองไว้เช่นนี้แล้ว การวางรูปคดีหรือการแสวงหาพยานหลักฐานต่างๆ ในชั้นสอบสวนก็อาจทำได้ดีกว่าพนักงานสอบสวนเป็นผู้ดำเนินการ โดยลำพังและตัดขาดจากความห่วงเกรงต่ออิทธิพลใดๆทางการเมืองหรือหน่วยงานรัฐอื่นโดยสิ้นเชิง และเมื่ออำนาจการสอบสวนฟ้องร้องเป็นของพนักงานอัยการย่อมส่งผลดีต่อการใช้มาตรการกลั่นกรองคดี โดยอัยการซึ่งรับผิดชอบหรือควบคุมการสอบสวนมาแต่แรกย่อมเป็นผู้บริหารจัดการคดีชั้นเยี่ยม ในการใช้ดุลยพินิจได้อย่างเหมาะสมว่าจะเลือกวิธีการใดในการกลั่นกรองคดีตามความจำเป็นก่อนการตัดสินใจที่จะเลือกใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเป็นทางเลือกสุดท้าย

กล่าวโดยสรุปองค์กรอัยการต้องเป็นองค์กรผู้รับผิดชอบในการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาซึ่งเป็นกระบวนการเดียวกันทั้งกระบวนการ โดยเฉพาะการควบคุมการสอบสวน

ของตำรวจอย่างใกล้ชิด ในคดีอาญาที่จะใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ อัยการซึ่งมีภารกิจอยู่มากมายอาจไม่จำเป็นต้องเข้าไปร่วมสอบสวนคดีอาญากับพนักงานสอบสวนทุกคดี เพียงแต่หากเป็นคดีที่ทำการต่อรองคำรับสารภาพกันนั้นมีความยุ่งยากซับซ้อน หรือเป็นคดีที่เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ อาชญากรรมยาเสพติด หรือในคดีอาญาร้ายแรงอื่นๆ อันจำเป็นต้องได้รับข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ในการสาวไปถึงผู้บงการที่อยู่เบื้องหลัง

เมื่ออัยการเข้ามากำกับดูแลคดีหรือเข้ามาดำเนินคดีเองแต่ต้น นอกจากจะทำให้ อัยการในฐานะเป็นผู้รับผิดชอบความถูกต้องของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ ความละเอียดและ เชื่อถือได้ของสำนวนและยังปฏิบัติหน้าที่การบังคับใช้กฎหมายได้อย่างสมบูรณ์เต็มที่แล้ว ยังทำให้อำนาจการสอบสวนฟ้องร้องเกิดการคานและดุลกัน (check and balance) เมื่อต้นทางของคดีเป็นไป ด้วยความชอบด้วยกฎหมายไม่บิดเบี้ยวไป การแจ้งข้อหา การสอบสวน เป็นไปด้วยความชอบด้วย กฎหมายและเป็นไปตามพยานหลักฐานที่เพียงพอ ย่อมส่งผลให้กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอำนวยความยุติธรรมทางอาญาแก่ประชาชน อย่างแท้จริง

4.3.3.5 วิเคราะห์การมีส่วนร่วมและการจำกัดสิทธิบางประการของผู้เสียหายที่เหมาะสม ในการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทย

การตระหนักถึงความจำเป็นในการให้โอกาสแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาที่จะมี บทบาทมากขึ้นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นส่วนสำคัญในแนวโน้มที่เกิดขึ้นในระดับ นานาชาติ ในปี ค.ศ. 1985 ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีคำประกาศหลักการพื้นฐาน ความยุติธรรมสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญา (United Nations, 1985) ต่อจากนั้นคณะกรรมการสิทธิของ สหประชาชาติในเรื่องการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญาได้พัฒนาคู่มือประกอบ ให้กับประเทศสมาชิกในการรับรองคำประกาศดังกล่าว (United Nations, 1998) มีความสนใจเป็น พิเศษในเรื่องสิทธิของผู้เสียหายในช่วงของการฟ้องคดีอาญา ที่จริงแล้วในบรรดาบทบาทต่างๆ และ ความรับผิดชอบที่อัยการมีคู่มือดังกล่าวได้กล่าวถึงหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลบางประการแก่ผู้เสียหาย ด้วย ซึ่งได้แก่¹⁴⁴

- การแจ้งสถานะของคดีในขั้นตอนสำคัญๆ ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
- ให้ความร่วมมือกับหน่วยงานด้านคุมประพฤติและศาล หากสามารถทำได้ ใน การนำเอาข้อมูลผลกระทบต่อผู้เสียหาย (เช่น คำแถลงเป็นหนังสือ, เป็นเสียงหรือวิดีโอ) เข้าสู่การ

¹⁴⁴ Adamira A. Tijerino and Simon N. Verdun. (2002). *Victim Participation in the Plea Bargaining process in Canada*. p. 1-19.

พิจารณาของศาล (รวมทั้งการต่อรองคำรับสารภาพ การทำรายงานก่อนการพิพากษา และการกำหนดโทษ)

นอกจากนี้ จากการศึกษาถึงสิทธิของผู้เสียหายในการต่อรองคำรับสารภาพของต่างประเทศ บทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอันถือได้ว่าให้สิทธิผู้เสียหายมากที่สุดในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ ได้แก่แกมรัฐอริโซนาฯ ตามประมวลกฎหมายอาญาของอริโซนาฯ ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการปรึกษาจากอัยการเกี่ยวกับเงื่อนไขของข้อตกลงรับสารภาพ ในมาตรา 13-4419 ระบุว่า

A. เมื่อผู้เสียหายร้องขอ อัยการต้องปรึกษากับผู้เสียหายถึงการสั่งคดีอาญา รวมทั้งความเห็นของผู้เสียหายเกี่ยวกับการสั่งไม่ฟ้อง การจำหน่ายคดี ต่อรองคำรับสารภาพหรือโทษ และกระบวนการอื่นๆ ก่อนการฟ้องคดี

B. เมื่อผู้เสียหายร้องขอ อัยการต้องปรึกษากับผู้เสียหายก่อนการเริ่มต้นพิจารณาคดี

C. สิทธิของผู้เสียหายที่จะปรึกษากับอัยการไม่ได้หมายรวมถึงสิทธิในการสั่งการหรือควบคุมการฟ้องร้องดำเนินคดี

ดังนั้น หากมีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาบังคับใช้ในประเทศไทย จึงน่าศึกษาว่าควรจะวางตำแหน่งหรือบทบาทของผู้เสียหายอย่างไร เพื่อที่จะอยู่ในสถานะที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายชีวิตลอร์วของไทยที่มีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

การกระทำความผิดอาญาไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานใดหรือข้อหาใดก็ตาม ย่อมจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เสียหาย ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหายในการมีส่วนร่วมในคดีค่อนข้างน้อย แต่ในปัจจุบันพบว่าสถานะและบทบาทของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้เปลี่ยนแปลงในทางที่ดีขึ้น เช่น การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์อยู่ได้ การมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้เสียหายที่สำคัญคือการได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง ในบางกรณีความเสียหายนั้นอาจเป็นเพียงการได้รับจำนวนเงินที่แน่นอน หรือความเสียหายที่ไม่สามารถคิดมูลค่าได้ในเชิงทรัพย์สิน แต่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษอย่างสาสมจากการกระทำความผิดนั้น จะเห็นได้ว่าการเข้ามามีส่วนร่วมของผู้เสียหายมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง

ดังนั้นในการดำเนินมาตรการต่อรองคำรับสารภาพนอกจากต้องพิจารณาด้านของผู้ต้องหาแล้ว ต้องให้ความสำคัญกับฝ่ายของผู้เสียหายด้วย เนื่องจากในบางกรณีผู้เสียหายอาจ

ต้องการให้ผู้ต้องหาได้รับโทษถึงที่สุดในความผิดที่ผู้ต้องหาได้กระทำด้วยความโกรธแค้น แต่ในบางกรณีที่ผู้เสียหายอาจยินยอมระงับคดีไปเนื่องจากได้รับการชดใช้เงินหรือทรัพย์สินอื่นใดเพื่อเป็นการบรรเทาผลร้ายที่เกิดแก่ฝ่ายผู้เสียหายอย่างเพียงพอแล้ว ดังนั้นเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ จึงควรมีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการ มีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพให้แก่ผู้เสียหายทราบด้วย โดยผู้เสียหายต้องมีสิทธิได้รับการแจ้งข้อมูลต่างๆ รวมถึงเปิดโอกาสให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการที่จะเข้าร่วมรับรู้ในกระบวนการที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายขณะเดียวกันถือว่าการตรวจสอบกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพว่าได้กระทำโดยชอบหรือไม่อย่างไร

นอกจากนี้ผู้เสียหายไม่ควรได้สิทธิถึงขนาดวิได้หรือคว่ำบาตรกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพเพราะอัยการใช้อำนาจกึ่งตุลาการและมีอำนาจอิสระในการสั่งคดีอันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ประกอบพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ซึ่งการสั่งคดีของอัยการนั้นโดยหลักการขององค์กรก็เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยคำนึงถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตลอดจนสิทธิเสรีภาพของผู้เสียหายและผู้ต้องหาอยู่แล้ว ดังนั้นหากผู้เสียหายยังไม่พอใจในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการหรือการชดใช้เยียวยาของผู้ต้องหาก้อาจใช้สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการที่ผู้ต้องหาจะเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพได้

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้อำนาจฟ้องคดีอาญาเป็นของพนักงานอัยการและผู้เสียหายซึ่งต่างเป็นอิสระไม่ขึ้นแก่กันและกัน แต่ละฝ่ายไม่มีอำนาจยับยั้งการฟ้องคดีของอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นการดำเนินการฟ้องร้องของผู้เสียหายจึงแตกต่างหากจากการดำเนินคดีของพนักงานอัยการ คดีอาญาเรื่องเดียวกันอาจมีทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็น โจทก์ ในกรณีที่ เป็น โจทก์แยกกัน ศาลมีอำนาจสั่งให้รวมการพิจารณาเป็นคดีเดียวกันเมื่อศาลเห็นชอบโดยพลการหรือ โดยผู้เสียหายหรือพนักงานอัยการยื่นคำร้องในระยะใดก่อนมีคำพิพากษา

นอกจากนี้ ผู้เสียหายและพนักงานอัยการต่างมีทางที่จะควบคุมการฟ้องคดีของกันและกัน โดยในคดีใดที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลไว้ก่อนแล้ว ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมในระยะเวลาใดระหว่างพิจารณาก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาก็ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30 แต่สำหรับพนักงานอัยการแล้วย่อมมีอำนาจยื่นคำร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมในระยะใดก่อนคดีเสร็จเด็ดขาดได้ ในคดีความอาญาแผ่นดินที่ได้มีการสอบสวนความผิดดังกล่าวแล้วที่ผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาลไว้แล้วเช่นกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 31

การให้อำนาจพนักงานอัยการในการยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์นี้ เพื่อช่วยควบคุมดูแลการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายให้เป็นไปโดยถูกต้องและไม่เกิดความเสียหายแก่สาธารณชนแม้จะยอมให้ผู้เสียหายมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง ก็ยังถือว่าการฟ้องคดีนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาใดๆ มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น แต่ย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขความมั่นคงปลอดภัยของสังคมด้วยเสมอ ผู้เสียหายเพียงกระทำการฟ้องคดีแทนรัฐเท่านั้น ยกเว้นคดีอาญาที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวของผู้เสียหาย

เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ให้สิทธิผู้เสียหายในการฟ้องคดีอาญาเองได้อย่างกว้างขวางโดยไม่มีระบบประสานงานคดี จนอาจทำให้คดีที่อัยการยื่นฟ้องผู้ต้องหาอันเนื่องมาจากข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อให้ศาลเห็นชอบในกระบวนการอาจได้รับความเสียหายได้ หากไม่มีบทจำกัดสิทธิการฟ้องคดีที่มีการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ

ดังนั้นจึงควรบัญญัติกฎหมายไว้ หากมีคดีที่พนักงานอัยการได้พิจารณาแล้วเห็นควรให้ใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ ห้ามมิให้ผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องเดียวกันนี้อีก ทั้งนี้เป็นการสอดคล้องกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) ซึ่งจะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (public prosecution) นั่นเอง เนื่องจากถือว่าการกระทำผิดอาญานั้น ไม่เพียงแต่จะเกิดผลกระทบต่อผู้เสียหายที่เป็นเอกชนคนใดคนหนึ่งเพียงเท่านั้น แต่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสาธารณะโดยรวมในอีกทางหนึ่งด้วย รัฐจึงมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นพนักงานอัยการซึ่งถือเป็นบุคคลผู้ซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีหน้าที่ในการดำเนินคดีฟ้องร้องก็ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางเพื่อเป็นประโยชน์สาธารณะโดยภาพรวมด้วย ซึ่งอาจเป็นกรณีคดีที่อัยการต้องการได้ข้อมูลเพื่อการสืบสวนสอบสวนหรือความหาพยานหลักฐาน คดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม หรือความจำเป็นด้วยเหตุผลอื่นๆ เพื่อความยุติธรรม

4.3.3.6 วิเคราะห์สิทธิการมีทนายความในการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทย

การให้หลักประกันสิทธิการมีทนายความ และสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาอันเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า การดำเนินคดีอาญาถือเป็นกระบวนการที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องตกอยู่ในฐานะที่เป็นอันตรายต่อสิทธิ จึงจำเป็นต้องมีทนายความเป็นผู้ช่วยเหลือและให้คำปรึกษาแนะนำในการต่อสู้ดำเนินคดี เพราะการดำเนินคดีอาญาเป็นขั้นตอนที่มีความซับซ้อนเกินกว่าบุคคลทั่วไปที่ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายจะดำเนินการได้เอง ดังนั้นในกรณีที่ผู้ต้องหาในคดีอาญาไม่สามารถจัดหา

ทนายความสำหรับตนเอง จึงถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดำเนินการจัดหาทนายความให้ ทนายความจึงมีความจำเป็นและมีความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมในภาครัฐด้วยเช่นกัน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 กำหนดให้พนักงานสอบสวนจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหา โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

1) คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือคดีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา กฎหมายกำหนดให้ก่อนที่จะเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

2) คดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการให้รัฐจัดหาทนายความให้

วัตถุประสงค์ของการที่รัฐจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในอันที่จะได้รับการสอบสวนที่เป็นธรรม และอย่างน้อยสามารถหารือกับทนายความได้ ทนายความจึงมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการที่พนักงานสอบสวนจะถามคำให้การผู้ต้องหาในฐานะเป็นผู้ที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจรัฐ¹⁴⁵

จากการศึกษาพบว่าในการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 นั้น เป็นการกำหนดระดับความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในการมีทนายความไว้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับอัตราโทษและลักษณะของตัวผู้ต้องหา ซึ่งในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือคดีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา นั้น กฎหมายให้ความคุ้มครองระดับสูงสุด คือ ก่อนเริ่มถามคำให้การพนักงานสอบสวนต้องถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ จะเห็นได้ว่าคดีที่มีอัตราโทษหนักถึงประหารชีวิต หรือผู้ต้องหาที่มีวุฒิที่จำเป็นต้องมีทนายความช่วยเหลือ ดังนี้หากผู้ต้องหาไม่มีทนายความ พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องจัดหาให้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ต้องหาจะต้องการทนายความหรือไม่ก็ตาม พนักงานสอบสวนจะสอบปากคำผู้ต้องหาในกรณีเช่นนี้โดยที่ไม่จัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาไม่ได้ แม้ว่าผู้ต้องหาจะสละสิทธิหรือแจ้งความประสงค์ว่าไม่ต้องการทนายความก็ตาม และสำหรับคดีที่มีอัตราโทษจำคุก โดยก่อนเริ่มถามคำให้การพนักงานสอบสวนเพียงแต่ต้องสอบถามว่าผู้ต้องหาจะมีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการ พนักงานสอบสวนจึงถูกบังคับว่าจะต้องจัดหาทนายความให้ แต่หากสอบถามแล้วผู้ต้องหาแถลงว่าไม่มีทนายความแต่ไม่ต้องการทนายความ พนักงานสอบสวนก็ไม่ต้องจัดหาทนายความให้

ดังนั้นในคดีอาญาแม้ไม่ใช่ความผิดอาญาร้ายแรง แต่เป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การ พนักงานสอบสวนต้องถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าผู้ต้องหาตอบ

¹⁴⁵ สุกัญญา กองศรี. (2551). บทบาทของทนายความในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ย. หน้า 6-90.

ว่าไม่มีทนายความ และผู้ต้องหาต้องการทนายความ เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะต้องจัดหาทนายความให้ทุกคดี แต่ถ้าผู้ต้องหาประสงค์จะจัดหาทนายความเองแล้ว เพื่อยังให้เป็นไปตาม บทบัญญัติของกฎหมายที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนก็ควรอำนวยความสะดวกให้ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะกรณีใดต้องดำเนินการให้ผู้ต้องหา มีทนายความตามประสงค์ของผู้ต้องหา ก่อนเริ่มถามคำให้การ มิฉะนั้น จะทำให้ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้หาหานั้นไม่ได้

สรุปได้ว่าตามกฎหมายไทยนั้นกำหนดให้รัฐต้องจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาทุกคดี เว้นแต่ผู้ต้องหาไม่ต้องการทนายความที่รัฐจัดหาให้ เช่น ผู้ต้องหาต้องการหาทนายความเอง เป็นต้น¹⁴⁶

ดังนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ต้องหาไม่มีทนายความในชั้นสอบสวน ต่อมาผู้ต้องหาดังกล่าวได้ยื่นคำร้องขอเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งอยู่ในชั้นของพนักงานอัยการ เช่นนี้พนักงานอัยการต้องสอบถามว่าผู้ต้องหา มีทนายความหรือไม่ หากไม่มีพนักงานอัยการต้องจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหา เนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพผู้ต้องหาต้องมีทนายความ เข้าร่วมในการเจรจาด้วย เพราะสิทธิการมีทนายความนั้นเป็นสิทธิประการสำคัญในอันที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อให้การดำเนินกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หากผู้ต้องหาไม่มีทนายความเข้าร่วมในการต่อรองคำรับสารภาพอาจส่งผลเสียให้ผู้ต้องหาซึ่งที่ไม่มีความรู้และขาดความเข้าใจมากกว่าผลดีที่จะได้รับ บทบาทของทนายความนอกจากจะทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับกฎหมายแล้ว ขณะเดียวกันการมีทนายความถือได้ว่าเป็นการทำงานตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานให้เป็นไปตามขั้นตอนอย่างถูกต้องและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาด้วย โดยเฉพาะในขั้นตอนการทำสัญญาหรือข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่และการยอมรับข้อตกลงของผู้ต้องหานั้นเกิดขึ้นเพราะความสมัครใจของผู้ต้องหาไม่ได้เกิดจากการถูกขู่เข็ญ หลอกลวง หรือกระทำมิชอบด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพหรือข้อตกลงอันเกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพนั้น ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์สำคัญเพื่อให้ทุกคนได้รับความเป็นธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกัน ดังนั้นการให้ทนายความเป็นตัวแทนของตนในการรักษาสิทธิและประโยชน์ส่วนบุคคลจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทุกคนมีสิทธิพึงพาได้ เพื่อให้การใช้กฎหมายเป็นระบบตามกระบวนการยุติธรรม และให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

¹⁴⁶ แหล่งเดิม.

4.3.3.7 วิเคราะห์การให้ความเห็นชอบข้อตกลงในชั้นพิจารณาของศาลที่เหมาะสมในการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศไทย

กรณีขั้นตอนในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพกับการให้ความเห็นชอบข้อตกลงโดยองค์กรศาลนั้น มีความเห็นเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่า พนักงานอัยการมีอิสระในการสั่งคดีซึ่งรวมถึงการใช้ดุลยพินิจต่อรองคำรับสารภาพ และมาตรการต่อรองคำรับสารภาพไม่จำเป็นต้องนำไปให้ศาลให้ความเห็นชอบหรือตรวจสอบเนื่องจากเป็นดุลยพินิจของพนักงานอัยการ โดยเฉพาะในการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ¹⁴⁷

ฝ่ายที่สองเห็นว่า การสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาอันเกิดจากมาตรการต่อรองคำรับสารภาพโดยพนักงานอัยการซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารทำหน้าที่เป็นทนายแผ่นดินมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแทนศาล การใช้อำนาจตุลาการเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการต่อรองคำรับสารภาพมีความจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบในข้อตกลงจากศาล เพราะถือว่าการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเป็นการใช้อำนาจตุลาการเช่นเดียวกัน แม้มีบทบัญญัติออกมาใช้บังคับก็ถือว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ¹⁴⁸

กรณีข้อถกเถียงดังกล่าวแบ่งแยกได้เป็นสองประเด็นซึ่งยึดโยงกัน กล่าวคือ ประเด็นแรกการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในการรอนอำนาจตุลาการหรือไม่ และประเด็นที่สองหากนำมาใช้จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าสำหรับประเด็นแรก กรณีการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้โดยไม่ผ่านองค์กรตุลาการนั้น จริงอยู่ที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 197 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปด้วยความยุติธรรมและในพระปรมาภิไธยในพระมหากษัตริย์ แต่มาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ใช่กรณีของการใช้อำนาจตุลาการในการพิพากษาคดี แต่เป็นการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลพินิจที่พนักงานอัยการครองแนวคิดอยู่ในประเทศไทยมาอย่างยาวนาน ประกอบกับ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ที่มีเจตนารมณ์ให้สอดคล้องกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญและพนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไป

¹⁴⁷ สำนักวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด. (2546). การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เรื่องการนำมาตรการชะลอการฟ้องและการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้ในประเทศไทย. หน้า 50-61

¹⁴⁸ ประพันธ์ ทรัพย์แสง และคณะ. (2548, มกราคม-เมษายน). “รายงานการศึกษาผลกระทบกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการชะลอการฟ้องและมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ.” ดุลพาห. หน้า 68.

โดยเที่ยงธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 255 จึงเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของอัยการโดยดุลยพินิจในการสั่งคดีได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ คราบไคก็ตามที่การใช้อำนาจของพนักงานอัยการไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตหรือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of power) ในการสั่งคดี อัยการจึงมีอิสระอย่างแท้จริงในอันที่จะพิจารณาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นมีประโยชน์ในกระบวนการสืบสวนสอบสวนหรือรู้สึกสำนึกในการกระทำความผิดโดยให้การรับสารภาพถ้าอัยการเห็นเป็นการสมควร อัยการอาจทำข้อตกลงให้มีการลดจำนวนข้อหาลง หรือลดความหนักของข้อหา หรืออาจสั่งไม่ฟ้อง เพื่อที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและเป็นการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งการใช้อำนาจของอัยการในลักษณะนี้เราจึงเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจในการสั่งคดีแบบกึ่งตุลาการ การต่อรองคำรับสารภาพจึงไม่ใช่เป็นเรื่องของการแทรกแซงอำนาจตุลาการหรือใช้อำนาจตุลาการเสมือนการพิพากษาคดีแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นเห็นว่าการต่อรองคำรับสารภาพในระบบสากลไม่ว่าจะเป็นการต่อรองคำรับสารภาพของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศต้นแบบ หรือการนำใช้ขององค์กรระหว่างประเทศและกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ องค์กรอัยการยังให้ความสำคัญและสร้างไว้ซึ่งอำนาจการพิพากษาคดีไว้ด้วย เห็นได้จากการที่หลังจากมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงที่เกิดจากการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพแล้ว อัยการต้องนำข้อตกลงนั้นไปให้ศาลพิจารณาเพื่อตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของอัยการได้ตามสมควร ซึ่งหากศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจมีคำสั่งไม่เห็นชอบในข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพนั้น

ประเด็นที่สอง เมื่อมาตรการต่อรองคำรับสารภาพไม่ใช่การพิพากษาคดีและเป็นอำนาจอิสระของอัยการ จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องนำข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพให้ศาลพิจารณาให้ความเห็นชอบ (approve)

โดยหลักการของมาตรการต่อรองคำรับสารภาพจะพบว่าใช้หลักผู้คิดกันเอง (Verhandlungsmaxime)¹⁴⁹ หรือหลักการตามตกลงซึ่งตรงกันข้ามกับหลักค้นหาความจริงแท้ (Prinzip der Materiellen Wahrheitserforschung)¹⁵⁰ ซึ่งเป็นเจตจำนงที่อยู่เบื้องหลังของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยอย่างชัดเจน เห็นได้จากเมื่อมีการนำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพมาขึ้นต่อศาล ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมหากเป็นกรณีสงสัยว่าจำเลยนั้นได้กระทำความผิดหรือไม่ ศาลมีหน้าที่เพียงตรวจสอบถึงคำรับสารภาพของจำเลยว่ากระทำโดยสมัคร

¹⁴⁹ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม.

¹⁵⁰ คณิต ณ นคร. (2528, ก้นขายน). “วิธีพิจารณาความอาญาของไทย หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” วารสารนิติศาสตร์, 15. หน้า 17-23.

ใจ (voluntary consent) หรือไม่ และรับสารภาพไปโดยรู้สำนึก (knowing) และข้อเท็จจริงขององค์ประกอบของความผิดครบถ้วนแล้วหรือไม่ (intelligence) ไม่อาจก้าวล่วงไปวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีได้อันขัดต่อหลักการค้นหาความจริงแท้ ซึ่งก็ถือว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบดุลยพินิจของอัยการตามสมควร ยิ่งไปกว่านั้นเห็นว่าการต่อรองคำรับสารภาพในระบบสากลไม่ว่าจะเป็นการต่อรองคำรับสารภาพของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศต้นแบบ หรือการนำใช้ขององค์การระหว่างประเทศและกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ องค์การอัยการยังให้ความสำคัญและธำรงไว้ซึ่งอำนาจการพิพากษาคดีไว้ด้วย เห็นได้จากการที่หลังจากมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงที่เกิดจากการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพแล้ว อัยการต้องนำข้อตกลงนั้นไปให้ศาลพิจารณาเพื่อตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของอัยการได้ตามสมควร ซึ่งหากศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจมีคำสั่งไม่เห็นชอบในข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพนั้น

ผู้เขียนเห็นว่าสำหรับองค์กรศาลแล้ว ควรเข้ามาดูแลกระบวนการที่เกิดขึ้นจากมาตรการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี ดังนั้น หน้าที่สำคัญที่ศาลอันถือได้ว่าเป็นการควบคุมภายนอก (accountability) อีกชั้นหนึ่งตามหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีอันเป็นการคานและดุลกัน (check and balance) ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการต่อรองคำรับสารภาพคือการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานอัยการ ซึ่งในชั้นพิจารณาเมื่ออัยการยื่นข้อตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพ ศาลต้องชี้แจงและอธิบายผลที่เกิดขึ้นจากวิธีการนี้จะมีผลต่อจำเลยอย่างไร และจำเลยมีสิทธิอย่างไรที่จะไม่ให้การ และการต่อรองคำรับสารภาพนี้ไม่ผูกมัดศาล ศาลจะไม่ผูกมัดกับข้อตกลงนี้ เมื่อจำเลยยังคงยืนยันศาลก็ควรรับรองการมีอยู่ของข้อตกลงนี้ไว้ การใช้ดุลยพินิจของศาลอีกครั้งในขั้นตอนของการกำหนดโทษว่ามีการปฏิบัติตามข้อตกลงในการเจรจาต่อรองระหว่างเจ้าพนักงานกับจำเลยอย่างไรบ้าง ข้อมูลข่าวสารที่พนักงานอัยการได้รับนั้นเป็นประโยชน์ต่อรัฐมากน้อยแค่ไหน เพื่อศาลจะสามารถวางโทษได้เหมาะสมยิ่งขึ้นจากที่มีการทำข้อตกลงในการต่อรองคำรับสารภาพ

ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าทบทวนนิติที่เหมาะสมในชั้นของการควบคุมตรวจสอบโดยศาล เป็นดังนี้ต่อไป

กรณีพนักงานอัยการได้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพแล้ว อัยการต้องนำข้อตกลงดังกล่าวเพื่อให้ศาลพิจารณา หากมีข้อตกลงรับสารภาพระหว่างคู่ความ ต้องมีการเปิดเผยในศาล ณ เวลาที่มีการให้การรับสารภาพ เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร ศาลอาจดำเนินการพิจารณาโดยลับ ข้อตกลงดังกล่าวไม่ผูกพันศาล และศาลอาจจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลงรับสารภาพนั้นก็ได้ และห้ามศาลแก้ไขข้อตกลงที่เกิดจากการต่อรองคำรับสารภาพ ก่อนศาลจะรับคำให้การรับสารภาพ ศาลต้องสอบถามจำเลยโดยตรงในศาล และแจ้งให้จำเลยทราบถึงโทษที่อาจ

จะลงเมื่อมีการตัดสินใจมีความผิด และผลที่อาจจะเกิดต่อคำพิพากษาในท้ายที่สุดจากแนวทางการกำหนดโทษ

นอกจากนี้ ศาลต้องพิจารณาจนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเลยเข้าใจข้อมูลต่างๆ ที่แจ้งให้จำเลยทราบ และศาลต้องแน่ใจว่าการรับสารภาพเกิดขึ้นโดยสมัครใจและไม่ได้เป็นผลมาจากการใช้กำลังบังคับ ชูเชิญ หรือสัญญาอื่นใดนอกเหนือจากที่ตกลงกัน และต้องได้สวนว่าเป็นความตั้งใจของจำเลยเองในการรับสารภาพและด้วยความเข้าใจในข้อหาและรายละเอียดของข้อตกลงรวมถึงผลของการต่อรองคำรับสารภาพอย่างเพียงพอและมีข้อเท็จจริงพื้นฐานในการให้การหรือเกิดจากการปรึกษากันระหว่างอัยการกับจำเลยหรือกับทนายจำเลย กล่าวคือ การกระทำที่จำเลยให้การรับสารภาพนั้นเป็นองค์ประกอบในการกระทำผิดตามที่ฟ้อง มีองค์ประกอบในการกระทำผิดครบถ้วน และครบเงื่อนไขในเรื่องของเจตนาในการกระทำผิดก็ปรากฏตามพยานหลักฐานรวมตลอดถึงพยานหลักฐานของพนักงานอัยการเพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง และศาลมีอำนาจพิจารณาเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

ทั้งนี้ ศาลต้องมั่นใจว่าจำเลยที่แสดงเจตนาจะรับสารภาพนั้น เข้าใจในประเด็นสำคัญๆ เหล่านี้

1. เนื้อหาของคำฟ้อง
2. อัตราโทษตามกฎหมายต่ำสุดและสูงสุดสำหรับข้อหาที่ฟ้อง รวมทั้งหลักเกณฑ์เรื่องการปล่อยตัวโดยมีทัณฑ์บนหรือมีการควบคุม และการฝ่าฝืนเงื่อนไข
3. สิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จำเลยจะสละสิทธิโดยการรับสารภาพ
4. การแถลงตามที่ศาลถาม หากจำเลยสาบานแล้ว ซึ่งถูกบันทึก โดยมีทนายจำเลยอยู่ด้วย อาจจะนำมาชี้แจงจำเลยในการพิจารณาที่อาจจะต่อไป

หากข้อตกลงเป็นประเภทที่กล่าวไว้ ศาลอาจจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลงนั้นได้ หรือเลื่อนการมีคำวินิจฉัยออกไปจนกว่าจะได้มีโอกาสในการพิจารณารายงานก่อนการมีคำพิพากษาและศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยจ่ายเงินเพื่อชดใช้ความเสียหายและบรรเทาผลร้ายที่ได้กระทำกับผู้เสียหายตามรายงานที่ได้ทำการต่อรองกันไว้ และศาลจะใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักของการลงโทษว่าจำเลยควรได้รับโทษเพียงใด ซึ่งอาจเป็นกรณีที่จำเลยอาจได้รับปล่อยตัวโดยการคุมประพฤติจากศาลหากจำเลยมีความประพฤติเป็นที่พอใจแก่ศาล หรือศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นในทางที่เป็นคุณกับจำเลย ในกรณีที่มิกฎหมายกำหนดว่าการกระทำความผิดในฐานความผิดใดมีอัตราโทษต่ำสุดและอัตราโทษสูงสุดรวมอยู่ด้วยกัน ศาลอาจพิจารณาลดโทษลงอีกครั้งหนึ่งของอัตราโทษขั้นต่ำสุดที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้

เมื่อศาลวินิจฉัยไม่รับข้อตกลงรับสารภาพ ศาลต้องแนะนำจำเลยว่า ศาลไม่มีความผูกพันใดๆ ตามข้อตกลงรับสารภาพนั้น และศาลต้องให้โอกาสจำเลยในการถอนคำรับสารภาพ และให้คำแนะนำแก่จำเลยว่าหากจำเลยยังคงยืนยันรับสารภาพ ผลของคดีอาจจะเป็นประโยชน์แก่จำเลยน้อยกว่าที่คาดเอาไว้ในการทำข้อตกลงรับสารภาพก็ได้ หากคำร้องขอถอนคำให้การรับสารภาพได้ทำขึ้นก่อนศาลมีคำพิพากษา ศาลอาจจะอนุญาตให้มีการถอนคำให้การรับสารภาพก็ได้หากจำเลยแสดงได้ว่ามีเหตุผลเพื่อความยุติธรรม

4.3.3.8 วิเคราะห์ผลของการต่อรองคำรับสารภาพที่เหมาะสมในการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทย

จากการที่ผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพโดยการทำข้อเสนอต่อศาลให้จำเลยนั้นได้รับโทษน้อยลง เนื่องจากจำเลยได้ให้การรับสารภาพอันเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดี โดยทำให้การดำเนินคดีเป็นไปอย่างรวดเร็ว จำเลยควรจะได้รับประโยชน์จากการที่เขาร่วมมือทางอาญาที่เป็นประโยชน์ อีกทั้งผู้ต้องหาก็ได้บรรเทาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งอาจเป็นการจ่ายค่าเสียหาย ดังนั้นในฐานะที่รัฐต้องดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐจึงต้องมีมาตรการในการลงโทษแก่บุคคลดังกล่าวบ้าง เพราะหากรัฐไม่มีมาตรการใดๆ ต่อผู้ต้องหาที่เข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพในเชิงลงโทษแล้ว ย่อมส่งผลเสียที่อาจทำให้ผู้ต้องหาที่ได้รับประโยชน์จากการต่อรองคำรับสารภาพแล้วกลับมากระทำความผิดอีก

ความเห็นของผู้เขียนในประเด็นดังกล่าวสอดคล้องกับ Mr. Philip A. Guentert¹⁵¹ ซึ่งกล่าวว่าระบบของอเมริกันนั้นโดยหลักการแล้ว มีการวางรูปแบบเพื่อต้องการให้ผู้กระทำผิดต้องถูกลงโทษหมด แม้ว่าเราจะมีระบบที่ให้ประโยชน์แก่ผู้ต้องหาที่ร่วมมือกับฝ่ายรัฐก็ตาม บางคดีอาจมีการลดหย่อนจากการให้ความร่วมมือกับฝ่ายรัฐ โดยการลดหย่อนขึ้นกับเวลาและคุณภาพของความช่วยเหลือที่ให้แก่ฝ่ายรัฐ ปกติัยการสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้การต่อรองคำรับสารภาพที่เรียกว่าการให้ความคุ้มกัน (immunize) แก่ผู้ต้องหาเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งความร่วมมือ ระบบยุติธรรมของอเมริกายังต้องการลงโทษอยู่แม้ว่าจะลดลงบ้างจากความร่วมมือที่ให้ ความมากน้อยในการลดหย่อนโทษตามนโยบายของอเมริกาขึ้นกับหลายปัจจัย แน่นอนว่าอย่างแรกคือคุณค่าของความร่วมมือที่ให้ประเทษของความร่วมมือ ถ้าจำเลยให้การขัดทอดจำเลยคนอื่น ปกติจะได้รับการลดหย่อนลงเหลือสามในสี่จากแนวการกำหนดโทษ หากช่วยเป็นสายลับหาข้อมูลให้คดีอื่นอาจจะได้ลดหย่อนครึ่งหนึ่ง นอกจากนี้คนที่เข้าร่วมมือกับฝ่ายรัฐก่อนก็จะได้ข้อเสนอที่ดีกว่า ส่วนคนที่มาสุดท้ายอาจจะไม่ได้รับข้อตกลงอะไรเลย เวลาจึงเป็นสิ่งสำคัญ

¹⁵¹ Philip A. Guentert. สัมภาษณ์เมื่อ 24 สิงหาคม 2554. Attaché, The Embassy of the United States of America.

ดังนั้นการลงโทษทางอาญาจึงมีความจำเป็น เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา¹⁵² ซึ่งได้แก่

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution) ที่สมควรที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนให้สาสมกับอาชญากรรมที่ตนได้ก่อขึ้น เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้ผู้กระทำความผิดได้ตระหนักถึงผลกระทบที่ได้กระทำต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดได้กระทำความผิดหรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนก็ควรที่จะต้องได้รับผลตอบแทนในการกระทำนั้นด้วย ทั้งนี้เพื่อให้สาสมแก่ผลจากการกระทำของตน ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนโดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นนั้นได้รับผลร้ายด้วยเช่นกัน ถือเป็น การลงโทษที่ชดเชยและให้สาสมกับความผิดเพื่อให้เกิดความยุติธรรมจนเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth)

2) การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำผิด โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ง้อให้เกิดผลดีเลยเมื่อนุษย์ได้รับความเจ็บปวดจากการกระทำผิดมากกว่าการได้รับความพึงพอใจแล้วเขาก็จะหลีกเลี่ยงให้กระทำความผิดอีก

3) การลงโทษเพื่อป้องกันสังคมหรือตัดโอกาสกระทำผิด การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด เป็นรูปแบบการลงโทษที่จำกัดขอบเขตการเคลื่อนไหว หรือเป็นการกระทำร้ายต่อเนื้อตัวร่างกาย เพื่อมุ่งประสงค์ให้ผู้กระทำความผิด ไม่สามารถกระทำความผิดหรือประทุษร้ายต่อสังคมได้อีกต่อไป การลงโทษเพื่อการป้องกันสังคมหรือเพื่อตัดโอกาสกระทำผิดนี้มีหลักการว่า อาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด

4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่เน้นตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการกระทำผิด เพื่อหาสาเหตุและแนวทางแก้ไข ทั้งนี้เพราะสังคมจัดให้มีการลงโทษขึ้นก็เพื่อเปิดโอกาสให้สังคมได้แก้ไขผู้กระทำความผิด

แนวความคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูนี้จึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัว ให้โอกาสในการแก้ไขปรับปรุงตัวโดยการพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ ในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณลักษณะหรือศักยภาพในการกลับเข้าสู่สังคมของผู้กระทำความผิด

ดังนั้นจากการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การลงโทษแล้ว การที่ใช้มาตรการต่อรอง คำรับสารภาพอันเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการคดี (case management) ที่มีวัตถุประสงค์การลงโทษที่หลากหลายไปตามประเภทของคดีที่เข้าสู่การต่อรองคำรับสารภาพ ผู้เขียนพิเคราะห์ในภาพกว้างว่า

¹⁵² หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 23.

ประการแรก หากเป็นคดีที่ทำการต่อรองคำรับสารภาพนั้นมีอัตราโทษเล็กน้อย เช่น ให้จำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี โดยทำการต่อรองให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษอาญาในสัดส่วนที่น้อยกว่าโทษที่จะได้รับเป็นไปตามวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญาที่ต้องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่เน้นตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการกระทำผิด ซึ่งผู้ต้องหาอาจกระทำไปโดยพลั้งพลาด ดังนั้นหากผู้กระทำสำนึกในการกระทำของตน โดยการบรรเทาความเสียหายแก่ผู้เสียหายแล้วผู้กระทำยอมต้องได้รับการลงโทษเพียงการแก้ไขฟื้นฟูให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมต่อไป

ประการที่สอง หากเป็นคดีที่ทำการต่อรองคำรับสารภาพนั้นมีอัตราโทษร้ายแรง เช่น ให้จำคุกเกินกว่าห้าปี การต่อรองประเภทนี้มีปรัชญาการลงโทษที่อยู่เบื้องหลังอันจำเป็นต้องใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพเนื่องมาจากความจำเป็นในการความหาพยานหลักฐานหรือผู้บงการที่อยู่เบื้องหลัง ซึ่งแม้เมื่อทำการต่อรองคำรับสารภาพแล้วผู้ต้องหาหรือจำเลยอาจได้รับประโยชน์ในการลดข้อหาหรือสั่งไม่ฟ้องในบางข้อหา แต่ก็ตาม แต่อย่างน้อยผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นก็ยังคงต้องรับโทษในข้อหาที่กระทำความผิดนั้นเอง ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้ต้องหากลับมากระทำความผิดซ้ำอีก อีกทั้งให้ผู้ต้องหาได้สำนึกว่าการกระทำของตนนั้นเป็นความน่าตำหนิและยังคงเป็นความผิดอยู่ซึ่งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่สังคมโดยรวม

4.3.3.9 วิเคราะห์สิทธิในการอุทธรณ์ที่เหมาะสมในการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศไทย

เมื่อได้มีการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพซึ่งผู้กระทำผิดได้รับโทษตามที่ตกลงกันไว้แล้ว ผู้เสียหายจะนำคดีดังกล่าวมาฟ้องอีกไม่ได้ และไม่อาจใช้สิทธิในการอุทธรณ์คดีได้อีก ซึ่งก็เป็นหลักการสากลในมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของการนำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้นั้นก็เพื่อทำให้คดีอาญาเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและเป็นการลดความแออัดคับคั่งของคดีชั้นสู่ศาล หากบัญญัติกฎหมายให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้อีก หรือให้สิทธิในการอุทธรณ์ คดีที่ทำการต่อรองคำรับสารภาพย่อมเป็นผลสะท้อนให้เกิดภาระของศาลที่จะต้องพิจารณาคดีอีกครั้งหนึ่งทำให้เกิดความล่าช้ามากยิ่งขึ้นกว่าการดำเนินคดีอาญาตามสายพานปกติ แทนที่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพจะทำให้คดีเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วและปริมาณคดีลดลง ส่งผลเสียทางด้านจิตวิทยาและกระบวนการต่อความร่วมมือผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งเกิดความไม่แน่นอนขึ้นว่าคดีที่ตนยินยอมหรือสมัครใจที่จะรับสารภาพเพื่อมุ่งให้คดีของตนเสร็จสิ้นโดยรวดเร็ว โดยเฉพาะการต่อรองคำรับสารภาพประเภทที่ต้องแสวงหาพยานหลักฐานหรือเพื่อข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ในการติดตามจับกุมผู้กระทำผิดที่อยู่เบื้องหลังและคงทำให้กระบวนการ

ต่อรองคำรับสารภาพไม่มีประโยชน์แต่อย่างใดที่จะนำมาบังคับใช้ สุดท้ายผู้ต้องหาหรือจำเลยก็คงไม่เลือกใช้กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพ

นอกจากนี้ในชั้นของกระบวนการก่อนพนักงานอัยการทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ แม้ผู้เสียหายจะไม่มีสิทธิคว่ำบาทหรือวิไต้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ แต่กฎหมายก็ได้ให้หลักประกันสิทธิในฝ่ายของผู้เสียหายอยู่อย่างเพียงพอแล้วทั้งในเรื่องของการปรับเปลี่ยนระบบการสอบสวนฟ้องร้องที่ยังเป็นข้อบกพร่องของระบบงานยุติธรรมของไทยในอดีตที่แยกการทำงานของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการออกจากการเด็ดขาดเปลี่ยนมาเป็นระบบการสอบสวนฟ้องร้องให้เป็นกระบวนการเดียวกันโดยมีพนักงานอัยการเป็นผู้มีหน้าที่ในการควบคุมการสอบสวนฟ้องร้องโดยตรงและมีพนักงานสอบสวนคอยเป็นผู้ช่วยเหลืองานสอบสวน

อีกทั้งในเรื่องของการได้รับแจ้งข้อมูลข่าวสารต่างๆ ของคดีผู้เสียหายที่มีการต่อรองคำรับสารภาพมีการกำหนดเป็นบทบังคับให้เป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการที่ต้องแจ้งสิทธิในกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพให้แก่ผู้เสียหายทราบด้วย โดยผู้เสียหายต้องมีสิทธิได้รับการแจ้งข้อมูลต่างๆ รวมถึงเปิดโอกาสให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการที่จะเข้าร่วมรับรู้ในกระบวนการที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นการตรวจสอบกระบวนการต่อรองคำรับสารภาพว่าได้กระทำโดยชอบหรือไม่อย่างไร อีกทั้งหากผู้เสียหายยังไม่พอใจในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการหรือการชดใช้เยียวยาของผู้ต้องหาที่อาจใช้สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการที่ผู้ต้องหาจะเข้าสู่กระบวนการต่อรองคำรับสารภาพได้อีกอันทำให้พนักงานอัยการได้รับการตรวจสอบตามหลักการควบคุมภายในระหว่างองค์กรโดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในลำดับที่เหนือกว่า ซึ่งจะทำให้พนักงานอัยการนั้นต้องใช้ดุลยพินิจในการดำเนินมาตรการต่อรองคำรับสารภาพอย่างโปร่งใส ตรวจสอบได้ และอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนอย่างแท้จริง