

### การปรับใช้วิธีการว่าด้วยความร่วมมือของผู้กระทำความผิดในคดีฟอกเงิน

ปัญหาอาชญากรรมมีการปรับตัวเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาควบคู่ไปกับการพัฒนาของสังคมมนุษย์ ในขณะที่สังคมมนุษย์มีการพัฒนาเจริญก้าวหน้าโดยมีการพัฒนาไม่ว่าจะทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หรือทางด้านสังคม เศรษฐกิจ ทำให้การติดต่อสื่อสารไม่ว่าจะเป็น การติดต่อสื่อสารภายในประเทศหรือระหว่างประเทศเป็นไปได้โดยง่ายสะดวกและรวดเร็ว ปัญหาอาชญากรรมก็มีการปรับตัวเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยปรากฏมีปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติในลักษณะองค์กรชัดเจนขึ้น ปัจจัยส่วนหนึ่งของปัญหาอาชญากรรมในลักษณะองค์กรดังกล่าวมาจากการที่อาชญากรรมข้ามชาติในลักษณะองค์กรอาศัยระบบกฎหมายที่มีการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลมากขึ้นแต่ยังไม่รัดกุมเพียงพอ และการสงวนอำนาจอธิปไตยของประเทศต่างๆเป็นช่องทางในการหลบเลี่ยงการสืบสวนจับกุม

การพิจารณาถึงองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หากพิจารณาถึงพฤติกรรมอาชญากรรมของบุคคลในองค์กรแล้ว ไม่ต่างกับการพิจารณาถึงพฤติกรรมอาชญากรรมธรรมดา นักเพียงแต่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ มีโครงสร้างและเครือข่ายกว้างขวางเชื่อมโยงการประกอบอาชญากรรมของบุคคลที่มีพฤติกรรมอาชญากรรมเป็นจำนวนมาก ทำให้มีความซับซ้อนมากขึ้น ดังนั้น การพิจารณาถึงมาตรการที่จะใช้ดำเนินการกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ จึงต้องพิจารณาถึงมาตรการที่จะใช้ดำเนินการกับบุคคลที่มีพฤติกรรมอาชญากรรมทั่วไปเป็นพื้นฐาน ซึ่งมาตรการที่จะใช้กับบุคคลที่มีพฤติกรรมอาชญากรรมนั้นอาจพิจารณานำเอามาตรการต่าง ๆ ต่อไปนี้มาใช้

1) มาตรการทางกฎหมาย มาตรการนี้เป็นมาตรการที่ใช้อำนาจรัฐในการยับยั้งพฤติกรรมอาชญากรรมโดยการทำให้บุคคลที่มีพฤติกรรมอาชญากรรมเกรงกลัวต่อการที่จะต้องได้รับโทษ โดยเฉพาะกับอาชญากรรมเพศชาย ซึ่งเป็นสมาชิกส่วนใหญ่ขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เหตุที่สมาชิกส่วนใหญ่ขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นเพศชาย เนื่องจากธรรมชาติของบุคคลเพศชายมีพฤติกรรมที่จะใช้กำลังต่อสู้เพื่อแย่งชิงสิ่งต่าง ๆ และมีกำลังร่างกายที่แข็งแรง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการใช้กำลังต่อสู้ ดังที่ปรากฏในประวัติศาสตร์ว่าการต่อสู้หรือการรบต่าง ๆ มักมีบุคคลเพศชายเป็นหลักในการต่อสู้หรือการรบแทบทั้งสิ้น มีจำนวนน้อยมากที่เป็นหญิง ปรากฏการณ์นี้ปรากฏในประวัติศาสตร์ของทุกชนชาติ การจะยับยั้งพฤติกรรมดังกล่าวของบุคคลเพศชายนั้นจะกระทำได้ โดยทำให้บุคคลเหล่านั้นเกรงกลัวที่จะได้รับโทษ เพื่อให้เขาได้ระงับอย่างระมัดระวังยิ่งขึ้น ในการตัดสินใจประกอบอาชญากรรมดังกล่าว การทำให้บุคคลเหล่านั้นเกรงกลัวอาจทำได้โดย ประการแรกความแน่นอนที่จะได้รับโทษ กล่าวคือ

ความสามารถในนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ต้องสูงเพียงพอที่จะทำให้บุคคลที่คิดจะกระทำความผิดเชื่อว่าตนจะต้องไม่หลุดรอดจากการได้รับโทษอย่างแน่นอนหากกระทำความผิดลงไป ประการที่สอง ความรุนแรงของการลงโทษ จะทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับและโทษนั้นควรจะมีรุนแรงเพียงพอที่จะไม่คุ้มค่ากับการกระทำความผิด เหตุผลประการแรกนั้นสำคัญกว่าเหตุผลประการที่สอง ทั้งนี้ เนื่องจากหากบุคคลที่คิดจะกระทำความผิดเชื่อว่าตนอาจหลุดรอดจากการได้รับโทษ แม้โทษจะรุนแรงเพียงใดเขาก็อาจตัดสินใจกระทำความผิดได้

2) มาตรการทางสังคม มาตรการนี้เป็นมาตรการที่ใช้ความจำเป็นที่ต้องมีสังคมของมนุษย์เป็นเครื่องมือในการโน้มน้าวให้ไม่เกิดพฤติกรรมอาชญากรรม โดยทั่วไปอาจทำได้โดยการรณรงค์ต่าง ๆ เพื่อไม่ให้ผู้ใดคิดจะกระทำความผิดหรือแม้คิดจะกระทำความผิดแล้วหยุดยั้งความคิดเหล่านั้นมาตรการนี้ใช้กับเพศหญิงได้ผลกว่าเพศชาย

จากการพิจารณามาตรการทั้งสองรูปแบบแล้วเห็นว่าการควบคุมอาชญากรรมข้ามชาตินั้น มาตรการทางกฎหมายจะได้ผลมากกว่า ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลที่ประกอบอาชญากรรมในลักษณะองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติส่วนใหญ่เป็นเพศชาย ส่วนเพศหญิงมักจะเป็นเหยื่ออาชญากรรมเสียมากกว่า อย่างไรก็ตามควรใช้ทั้งสองมาตรการควบคู่กัน การใช้มาตรการทางกฎหมายนั้นอาจพิจารณาที่จะกำหนดกฎหมายให้มาตรการดังกล่าวบรรลุผลโดยอาจทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ

1) เพิ่มความแน่นอนของการลงโทษ โดยกฎหมายวิธีสบัญญัติต้องเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเพียงพอที่จะทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ถูกต้องชัดเจน

2) เพิ่มความรุนแรงของการลงโทษ โดยกฎหมายสบัญญัติต้องครอบคลุมพฤติกรรมของการกระทำความผิดหรือพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือมีส่วนสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดและกฎหมายดังกล่าวต้องกำหนดโทษให้รุนแรงเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว

ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มความแน่นอนของการลงโทษ หรือการเพิ่มความรุนแรงของการลงโทษนั้นจะต้องระมัดระวังถึงการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลด้วย โดยจะต้องไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเกินกว่าประโยชน์ที่ได้รับจากการยับยั้งอาชญากรรม

การเพิ่มความแน่นอนของการลงโทษในการดำเนินการกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น มีอุปสรรคค่อนข้างมาก ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลหลายประการพอจะยกตัวอย่างอุปสรรคที่สำคัญได้ดังนี้

1) อุปสรรคด้านภาษา โดยลักษณะของการประกอบอาชญากรรมข้ามชาติ ส่วนใหญ่แล้วภาษาที่อาชญากรใช้ต่างกับภาษาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ ทั้งนี้ เนื่องจากลักษณะข้ามชาติขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น ลักษณะดังกล่าวทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหาข้อมูลข่าวสารได้ยาก เพราะไม่เข้าใจภาษาที่แตกต่างกัน

2) อุปสรรคด้านเชื้อชาติและวัฒนธรรม การเข้าถึงหาข้อมูลข่าวสารของเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นเรื่องยาก เพราะกลุ่มอาชญากรเหล่านั้นมักจะมีเชื้อชาติและวัฒนธรรมเดียวกัน การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งที่มีความแตกต่างด้านเชื้อชาติโดยมีผิวสีหรือผมหรือโครงสร้างทางร่างกายอื่นที่แตกต่างกับอาชญากรเหล่านั้นทำให้การเข้าไปแทรกซึมเพื่อหาข้อมูลข่าวสารนั้นย่อมทำได้ยากมาก

3) อุปสรรคจากเทคโนโลยี เทคโนโลยีสมัยใหม่มีความก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและแพร่หลาย โดยทั่วไปแล้วองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมักจะมีรายได้ที่สูงเพียงพอที่จะนำเอาเทคโนโลยีเหล่านี้มาใช้ ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปรับตัวตามเทคโนโลยีเหล่านี้ให้ทัน โดยจะต้องใช้เทคโนโลยีที่สูงกว่า เนื่องจากการซ่อนนัยกว่าการค้นหา การใช้เทคโนโลยีของเจ้าหน้าที่รัฐจึงต้องก้าวหน้า อุปสรรคนี้จะยิ่งขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐมากขึ้น หากองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น มาจากประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมากกว่าประเทศที่เข้าไปปฏิบัติการ การหาข้อมูลข่าวสารของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศที่อาชญากรเข้าไปปฏิบัติการจะทำได้ยากยิ่งขึ้น

4) อุปสรรคจากความซับซ้อนขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมักมีความซับซ้อนมาก และมีกฎเกณฑ์ภายในที่จะรักษาความลับภายในองค์กร การสืบหาความเชื่อมโยงของการกระทำผิดของแต่ละส่วนขององค์กรอาชญากรรมจึงทำได้ยาก

จากปัญหาดังกล่าวได้มีความพยายามหาวิธีการในการฝ่าฟันอุปสรรคเหล่านั้น โดยอาจใช้วิธีการหลายอย่างดังต่อไปนี้

1) การใช้การติดตามด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ วิธีการนี้ช่วยขจัดอุปสรรคด้านภาษา เชื้อชาติ และวัฒนธรรมได้บ้าง เนื่องจากเมื่อใช้การติดตามด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ แล้ว ยังมีเวลาที่จะประมวลข้อมูล เช่น แปรข้อมูลจากภาษาต่างชาติมาเป็นภาษาของผู้ที่ทำการติดตามด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ยังช่วยลดความจำเป็นในการแทรกตัวเข้าไปหาข่าวของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ แต่อย่างไรก็ตามยังมีอุปสรรคอีกหลายประการ

เช่นการใช้เทคโนโลยีที่ซับซ้อนของเหล่าอาชญากร ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องก้าวหน้าตามให้ทัน หรือปัญหาความซับซ้อนขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งองค์กรเหล่านี้มีกฎเกณฑ์ในการรักษาความลับเป็นอย่างดี โดยมีการควบคุมการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ของสมาชิกเพียงเท่าที่จำเป็น

2) การส่งมอบภายใต้ความควบคุม อาจช่วยจัดอุปสรรคด้านภาษา เชื้อชาติ และวัฒนธรรมได้พอสมควร นอกจากนี้ ยังช่วยจัดอุปสรรคด้านความก้าวหน้าที่ทางเทคโนโลยีได้อีกด้วย อย่างไรก็ตามอุปสรรคหลายอย่างที่เกี่ยวกับความซับซ้อนขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติยังเป็นอุปสรรคอยู่พอสมควร ทั้งนี้ เนื่องจากการส่งมอบภายใต้การควบคุมเพียงแต่ติดตามสิ่งผิดกฎหมายเท่านั้น การติดตามเช่นว่า อาจแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องของบุคคลที่ส่งของสิ่งผิดกฎหมายต่าง ๆ ต่อกันเท่านั้น ไม่อาจทำให้เข้าใจรายละเอียดของความเกี่ยวข้องทั้งหมด

3) การอำพรางตัว อาจจะช่วยจัดอุปสรรคเกี่ยวกับความซับซ้อนขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้พอสมควร เนื่องจากการแทรกซึมของเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมนั้น จะเปิดเผยความซับซ้อนนั้นออกมา แต่อย่างไรก็ตามการแทรกซึมของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ทำได้ง่าย ๆ ทั้งนี้ เนื่องจากอุปสรรคด้านภาษา เชื้อชาติ และวัฒนธรรม

4) การส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย อาจจัดอุปสรรคต่าง ๆ ได้แทบทุกด้าน แต่ข้อมูลข่าวสารของผู้กระทำความผิดแต่ละคนมีข้อมูลค่อนข้างจำกัด การส่งเสริมฯ เพียงรายบุคคล อาจได้ข้อมูลที่ไม่ชัดเจน นอกจากนี้ในกรณีที่องค์กรอาชญากรรมมีวัฒนธรรมรองที่เหนียวแน่นจะทำการส่งเสริมฯ ได้ยาก มาตรการส่งเสริมฯ นี้จะช่วยให้ได้ข้อมูลจากภายในองค์กรอาชญากรรมได้พอสมควร

การใช้วิธีการทั้ง 4 ประการร่วมกันจะทำให้การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารมีประสิทธิภาพขึ้นมาก

ด้วยความตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวองค์กรการสหประชาชาติได้จึงมีความพยายามพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศขึ้น โดยเริ่มตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1988 ที่ได้มีการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 ซึ่งมีสาระที่สำคัญๆ ดังนี้

## อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988

อนุสัญญานี้ก่อตั้งขึ้น ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2531 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2533 ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่าอนุสัญญาเวียนนา 1988 ที่มาของอนุสัญญานี้เกิดขึ้น เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวมีการขยายตัวอย่างรวดเร็วในการลักลอบค้ายาเสพติดระหว่างประเทศ และมีการฟอกเงินที่ได้มาจากการค้ายาเสพติดเป็นจำนวนมาก ดังนั้น อนุสัญญานี้จึงถูกออกแบบขึ้นมาเพื่อใช้ในการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติด และเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามการค้ายาเสพติดให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยผนวกมาตรการในการต่อต้านการฟอกเงินรวมเข้าไว้เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการปราบปรามการค้ายาเสพติด

อนุสัญญานี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่เรียกร้องให้รัฐภาคีพิจารณากำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา โดยวางหลักในการกำหนดความผิดอาญฐานฟอกเงินไว้ในการกระทำดังต่อไปนี้

1. ผู้ที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการค้ายาเสพติด หรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
2. ผู้ที่ให้ความสะดวกในการเปลี่ยนมือ การโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ได้มาจากการค้ายาเสพติดหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการค้ายาเสพติด
3. ผู้ที่ให้คำแนะนำ หรือคำปรึกษาในเรื่องเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเงิน หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการค้าเฮโรอีน หรือซุกซ่อนเงินหรือทรัพย์สินนั้นๆ ไว้
4. ผู้สนับสนุนหรือจัดการทางการเงิน ซึ่งเกี่ยวข้องกับยาเสพติด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกปิด หรือเปลี่ยนแปลงแหล่งที่มาของทรัพย์สิน
5. ผู้ปกปิดสภาพแหล่งที่มาของทรัพย์สิน ผู้ปกปิดสภาพแหล่งที่มาที่ตั้งของทรัพย์สิน หรือเจ้าของที่แท้จริง
6. ผู้ซึ่งรู้ หรือควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้น ได้มาโดยการค้ายาเสพติด หรือได้มาโดยการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่รับทรัพย์สินนั้นไว้

นอกจากการกำหนดความผิดอาญฐานฟอกเงินแล้ว ยังกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญอีกหลายประการผนวกเข้ามาในมาตรการต่อต้านการฟอกเงิน อาทิเช่น

1. สร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการตรวจสอบเงินฝากในสถาบันการเงินซึ่งผู้ต้องหาฝากเงินไว้ โดยรัฐภาคีซึ่งเป็นที่ตั้งของสถาบันการเงิน

- นั้นๆ ไม่อาจปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือในการตรวจสอบหลักฐานทางการเงิน โดยอ้างว่ามีกฎหมายคุ้มครองความลับของธนาคารได้อีกต่อไป
2. กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการลงโทษผู้สมคบ (Conspiracy) ในการกระทำความผิดค้ายาเสพติดและฟอกเงิน
  3. กำหนดมาตรการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

นอกจากนี้ อนุสัญญายังมีมาตรการที่เป็นการสนับสนุนการร่วมมือทางกฎหมายในระดับนานาชาติ เพื่อให้มีการช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างกัน ในกรณีที่มีพยานหลักฐานอยู่ในระดับหลายประเทศ ซึ่งอาจมีกฎหมายวิธีพิจารณาความที่แตกต่างกัน อันได้แก่

1. การสืบพยานหลักฐานหรือบันทึกคำให้การของบุคคล
2. การนำส่งเอกสารเกี่ยวกับคดีของศาล
3. การค้นและการยึดทรัพย์สิน
4. การตรวจสอบวัตถุและสถานที่
5. การให้ข้อมูลและสิ่งที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานได้
6. การให้เอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งหลักฐานทางการเงินจากสถาบันการเงินหรือเอกสารเกี่ยวกับธุรกิจต่างๆ
7. การระบุหรือสืบหาแหล่งที่มาของทรัพย์สิน เครื่องมือ หรือสิ่งอื่นๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นพยานหลักฐาน
8. กำหนดให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้
9. กำหนดให้มีความร่วมมือในการสืบสวนเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในและวิธีปฏิบัติของตน เป็นต้น

การกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการต่อต้านการฟอกเงินดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อเป็นแบบให้รัฐภาคีนำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติหรือการแก้ไขกฎหมายภายในของประเทศตน

จนในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติในลักษณะองค์กร (United Nation Convention against Transnational Organized Crime) เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศต่างๆ ที่มีเนื้อหาที่กว้างขวางมากกว่าอนุสัญญาเวียนนาฯ ซึ่งส่วนหนึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้มีการกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้ผู้ที่เข้าร่วมหรือเข้าร่วมแล้วในอาชญากรรมในลักษณะองค์กรให้ข้อมูลข่าวสารแก่

หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย โดยผู้ที่ให้ข้อมูลข่าวสารนั้นจะได้รับการลดหย่อนโทษ หรือการคุ้มกันจากการฟ้องคดี ทั้งนี้ โดยคาดหวังว่าผู้ที่เข้าร่วมหรือเข้าร่วมแล้วในอาชญากรรมในลักษณะองค์กรจะให้ข้อมูลที่จะเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวน การสอบสวน และการดำเนินคดี

แนวคิดพื้นฐานของการลดหย่อนโทษ หรือการคุ้มกันจากการฟ้องคดี เพื่อส่งเสริมให้ผู้ที่เข้าร่วมหรือเข้าร่วมแล้วในอาชญากรรมในลักษณะองค์กรให้ข้อมูลข่าวสารแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนี้ มีพื้นฐานมาจากทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ซึ่งถือว่าความชอบธรรมในการลงโทษขึ้นอยู่กับผลดีที่การลงโทษก่อให้เกิดขึ้น ดังนั้นหากหากการลงโทษก่อให้เกิดผลดีน้อยกว่าการลดหย่อนโทษ หรือการคุ้มกันจากการฟ้องคดี ก็ควรจะให้มีการลดโทษ หรือการคุ้มกันจากการฟ้องคดี จึงจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่า ต่างจากแนวคิดดั้งเดิมตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ที่ถือว่าเมื่อมีผู้กระทำความผิดเขาควรถูกลงโทษเพื่อชดเชยความยุติธรรมที่เสียไปให้คืนมา

ในการดำเนินการให้มีการลดหย่อนโทษ กับการคุ้มกันจากการฟ้องคดี ได้มีการปฏิบัติอยู่แล้วในหลายประเทศ ซึ่งในการลดหย่อนโทษมักมีรูปแบบการปฏิบัติใน 3 รูปแบบ ได้แก่ การลดหย่อนโทษกระทำโดยกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการ หรือพนักงานอัยการทำการต่อรองคำรับสารภาพ หรือฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้มีการนิรโทษกรรม ส่วนการคุ้มกันจากการดำเนินคดีมักมีรูปแบบปฏิบัติใน 2 รูปแบบคือ การให้ความคุ้มกัน หรือการยกเว้นจากการฟ้องคดี

เหตุผลหลักที่ทำให้ประเทศต่าง ๆ ไม่มี หรือมีการใช้มาตรการดังกล่าวแต่มีหลักปฏิบัติที่แตกต่างกัน ได้แก่ การที่ประเทศต่าง ๆ มีหลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างของหลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในระหว่างระบบกฎหมาย Common Law กับระบบกฎหมาย Civil Law ความแตกต่างนี้ปรากฏชัดเจนยิ่งขึ้นเมื่อจะมีการกำหนดให้มีการคุ้มกันจากการฟ้องคดีแก่ผู้ที่เข้าร่วมหรือเข้าร่วมแล้วในอาชญากรรมในลักษณะองค์กรที่ให้ข้อมูลข่าวสารไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ ซึ่งในการประชุมร่างอนุสัญญา ที่ประชุมได้ตระหนักถึงปัญหานี้ และได้ผ่อนคลายนพันธกรณีที่จะผูกมัดรัฐภาคีทั้งหลายโดย อนุสัญญามีพันธกรณีผูกมัดรัฐภาคีในกรณีที่จะมีการกำหนดให้มีการคุ้มกันจากการฟ้องคดีเท่าที่ไม่ขัดกับหลักการตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีเท่านั้น หลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในมักจะปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐธรรมนูญเป็นรัฐธรรมนูญอย่างสั้น หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายจารีตประเพณี หลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในมักจะปรากฏในคำพิพากษาของศาล นอกจากนี้หลักการซึ่งใช้เป็นพื้นฐานของโครงสร้างระบบกฎหมายหลักเช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ถือว่าเป็น

หลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในเช่นกัน หากรัฐภาคีต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยต้องปรับโครงสร้างพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ถือว่ารัฐภาคีเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมายภายในเช่นกัน ซึ่งอนุสัญญาไม่ผูกมัดรัฐภาคีถึงเพียงนั้น

สำหรับหลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในที่สำคัญที่เกี่ยวกับการลดหย่อนโทษ หรือการคุ้มกันจากการฟ้องคดี ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศต่างๆ มีหลายประการ ได้แก่

ประการแรก หลักการดำเนินคดี ในประเทศต่างๆ มีการยึดถือหลักการดำเนินคดีในสองลักษณะได้แก่ หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ (Monopoly Prosecution) คือหลักที่ถือว่ารัฐเป็นผู้ที่มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐจึงมีสิทธิขาดในการดำเนินคดีแต่เพียงผู้เดียว กับหลักการดำเนินคดีโดยประชาชน (Popular Prosecution) ซึ่งถือว่าประชาชนมีสิทธิที่จะเรียกร้องความยุติธรรมทางอาญาจึงเป็นผู้มีสิทธิในการดำเนินคดี

ประการที่สอง หลักการเกี่ยวกับระบบการดำเนินคดี ในประเทศต่างๆ มีการยึดถือระบบในการดำเนินคดีในสองลักษณะคือ ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เป็นระบบที่ถือว่าความมุ่งหมายของการดำเนินคดีอาญาคือความถูกต้องของข้อเท็จจริงตามเนื้อหา (Ascertain Substantive Truth) กับระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ซึ่งเป็นระบบที่ความมุ่งหมายของการดำเนินคดีอาญาคือการคุ้มครองสิทธิของคู่ความให้ได้อย่างเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีโดยศาลจะไม่เข้าไปมีส่วนในการค้นหาความจริง

ประการที่สาม หลักการใช้ดุลยพินิจในคดีอาญา ในประเทศต่างๆ มีการยึดถือหลักการใช้ดุลยพินิจในคดีอาญาในสองลักษณะคือ หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย (Legality Principle) ซึ่งเป็นหลักที่ถือว่ารัฐมีหน้าที่รักษาความยุติธรรมโดยเสมอภาคโดยรัฐจะต้องดำเนินคดีอาญาทุกคดีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอ กับหลักการดำเนินคดีตามดุลยพินิจ (Opportunity Principle) ซึ่งเป็นหลักที่ถือว่าเพื่อการปฏิบัติหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยรัฐจึงมีสิทธิที่จะบริหารงานยุติธรรมทางอาญาโดยพนักงานอัยการอาจใช้ดุลยพินิจไม่ดำเนินคดีบางคดีที่เห็นว่าการดำเนินคดีนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะน้อยกว่าการไม่ดำเนินคดี

ประการที่สี่ หลักเกี่ยวกับรูปแบบในการดำเนินคดี ในประเทศต่างๆ มีการยึดถือหลักเกี่ยวกับรูปแบบในการดำเนินคดี ในสองลักษณะคือ รูปแบบการดำเนินคดีอาญาเพื่อควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model) รูปแบบนี้ถือว่าการควบคุมอาชญากรรมเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และรัฐมีอำนาจที่จะจัดวางระบบให้มีกระบวนการกลั่นกรองคดีอาญาเพื่อประโยชน์ในการควบคุมอาชญากรรม กับรูปแบบการดำเนินคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิ (The Due Process Model) รูปแบบนี้มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งจะค่อนข้างเข้มงวดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการและตำรวจ

โดยการดำเนินการของพนักงานอัยการหรือตำรวจ ไม่ว่าจะเป็นการจับกุม หรือการค้น หรือการกระทำการอื่นใดเกี่ยวกับคดีจะถูกตรวจสอบโดยเข้มงวดจากศาล

เนื่องจากประเทศต่างๆ มีหลักการพื้นฐานตามกฎหมายภายในที่แตกต่างกันจึงมีมาตรการลดหย่อนโทษและการคุ้มกันจากการฟ้องคดีแตกต่างกัน โดยประเทศที่มีหลักการพื้นฐานในลักษณะที่ รัฐมีสิทธิขาดในการดำเนินคดีแต่เพียงผู้เดียว ใช้ระบบกล่าวหา ใช้หลักการดำเนินคดีตามดุลยพินิจ และใช้รูปแบบการดำเนินคดีอาญาเพื่อควบคุมอาชญากรรม มีแนวโน้มที่จะใช้มาตรการลดหย่อนโทษและการคุ้มกันจากการฟ้องคดีโดยฝ่ายบริหารผ่านทางเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งโดยทั่วไปได้แก่พนักงานอัยการ ทั้งนี้เนื่องจากเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวเป็นผู้ผูกขาดในการดำเนินคดีแทนรัฐ โดยศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องในการค้นหาความจริง และเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการฟ้องคดี อีกทั้งรูปแบบการดำเนินคดีก็เปิดโอกาสให้มีกระบวนการกลั่นกรองคดีอาญาเพื่อประโยชน์ในการควบคุมอาชญากรรม ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการต่อรองคำรับสารภาพเพื่อแลกเปลี่ยนกับลดหย่อนโทษและการคุ้มกันจากการฟ้องคดีได้ ส่วนประเทศที่มีหลักการพื้นฐานในลักษณะที่รัฐไม่ได้มีสิทธิขาดในการดำเนินคดีแต่เพียงผู้เดียว ใช้ระบบไต่สวน ใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย และใช้รูปแบบการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ เจ้าหน้าที่รัฐจะไม่เป็นผู้ผูกขาดในการดำเนินคดีแทนรัฐ ศาลเข้าไปเกี่ยวข้องในการค้นหาความจริง และเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวไม่มีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการฟ้องคดี อีกทั้งรูปแบบการดำเนินคดีก็ไม่เปิดโอกาสให้มีกระบวนการกลั่นกรองคดีอาญาเพื่อประโยชน์ในการควบคุมอาชญากรรม ทำให้ประเทศเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะใช้มาตรการลดหย่อนโทษโดยผ่านทางศาล

เนื่องจากความแตกต่างที่เด่นชัดในหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมาย Common Law กับระบบกฎหมาย Civil Law ที่สำคัญได้แก่ ระบบระบบกฎหมาย Common Law ที่ใช้ระบบกล่าวหาและหลักการดำเนินคดีตามดุลยพินิจ กับ ระบบกฎหมาย Civil Law ที่ใช้ระบบไต่สวนและหลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย ทำให้ประเทศต่างๆ ในสองระบบกฎหมายนี้มีการใช้มาตรการลดหย่อนโทษและการคุ้มกันจากการฟ้องคดีแตกต่างกัน โดยประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law มักจะใช้การต่อรองคำรับสารภาพในมาตรการลดหย่อนโทษและการคุ้มกันจากการฟ้องคดี ส่วนประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Civil Law จะใช้มาตรการลดหย่อนโทษโดยศาล อย่างไรก็ตามเนื่องจากผลในแง่ประสิทธิภาพทำให้ไม่อาจปฏิเสธทฤษฎีอรรถประโยชน์ ที่ถือว่าความชอบธรรมในการลงโทษขึ้นอยู่กับผลดีที่การลงโทษก่อให้เกิดขึ้นได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงขึ้นในระบบกฎหมายของประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Civil Law หลายประเทศ โดยปรากฏมีการต่อรองคำรับสารภาพขึ้นในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศอิตาลีและอีกหลายประเทศในยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรปตะวันออก

นอกจากนี้ในประเทศเยอรมันนี้ยังได้ลดความสำคัญของหลักการดำเนินคดีตามกฎหมายในคดีอาญาที่สำคัญบางประเภทลง โดยสังเกตได้จากเดิมในคดีอาญาเสพติดพนักงานอัยการต้องฟ้องทุกคดีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอ เมื่อฟ้องคดีแล้วศาลจะเป็นผู้มีอำนาจลดหย่อนโทษแก่จำเลยหากจำเลยสมัครใจเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด แต่ในช่วงหลังปี ค.ศ. 1999 ประเทศเยอรมันนี้ได้ปรับปรุงหลักกฎหมายพยาน(Principal Witness Act) โดยในคดีอาญาบางประเภทโดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมในลักษณะองค์กร อัยการสูงสุดแห่งสหพันธ์ โดยความเห็นชอบของศาลยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์อาจยกเว้นจากการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหากผู้นั้นสมัครใจเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับการกระทำความผิด

ด้วยเหตุที่ไม่อาจปฏิเสธผลในแง่ประสิทธิภาพทำให้ไม่อาจปฏิเสธทฤษฎีอรรถประโยชน์ ที่ถือว่าความชอบธรรมในการลงโทษขึ้นอยู่กับผลดีที่การลงโทษก่อให้เกิดขึ้น จึงไม่อาจปฏิเสธการนำเอาการต่อรองคำรับสารภาพและการให้ความคุ้มกันหรือการยกเว้นจากการฟ้องคดี มาใช้กับการดำเนินการให้มีการลดหย่อนโทษ กับการคุ้มกันจากการฟ้องคดีในการปฏิบัติตามอนุสัญญา

สำหรับประเทศไทย คณะกรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ สาขานิติศาสตร์ ได้เคยเสนอข้อเสนอนี้เกี่ยวกับมาตรการในการแก้ไขปัญหายาเสพติดไว้ โดยเสนอให้มีการใช้การต่อรองคำรับสารภาพในคดีอาญาเสพติด อย่างไรก็ตามการต่อรองคำรับสารภาพและการกันตัวผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นไม่เพียงแต่จะมีประโยชน์ในคดีอาญาเสพติดเท่านั้น แต่ยังมีประโยชน์ต่อคดีอื่น ๆ หากนำมาตรการเหล่านั้นมาใช้ โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ จะได้รับผลดีจากมาตรการนี้โดยตรง ทั้งนี้ เนื่องจากคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับข้อมูลข่าวสารหรือความช่วยเหลือจากผู้กระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรมนี้มาก การได้รับความร่วมมือจากผู้กระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ จะให้ความสะดวกแก่การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารและความช่วยเหลือยิ่งขึ้น

**วิธีการว่าด้วยความร่วมมือของผู้กระทำความผิดตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000**

การใช้มาตรการส่งเสริมให้ผู้ร่วมมือกับองค์กรอาชญากรรม ให้ข้อมูลข่าวสารแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย มีบัญญัติอยู่ในข้อ 26 ของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้าน

อาชญากรรมข้ามชาติในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 โดยผู้ที่ให้ข้อมูลข่าวสารนั้นจะได้รับประโยชน์และเปลี่ยนในการให้ข้อมูล คือ การได้รับลดหย่อนโทษ หรือได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดี ทั้งนี้ บทบัญญัติของข้อ 26 มีวัตถุประสงค์ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม โดยนำข้อมูลที่ได้รับจากผู้ร่วมกระทำผิดไปใช้ในการดำเนินคดีกับตัวการใหญ่ หรือสมาชิกคนสำคัญขององค์กรอาชญากรรมในระดับสูงขึ้นไป โดยสำนักงานอัยการสูงสุดมีความเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันทั่วไปในนามของการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea Bargaining)

1. หลักเกณฑ์ของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000<sup>1</sup> ข้อ 26 ได้กำหนดรายละเอียดของมาตรการที่จะขยายความร่วมมือกับหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายดังต่อไปนี้

ข้อ 26.

1. รัฐบาลแต่ละรัฐจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมให้บุคคลผู้เข้าร่วมหรือที่ได้เข้าร่วมแล้วในองค์กรอาชญากรรม

(ก) ให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานที่มีอำนาจเพื่อความมุ่งประสงค์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในเรื่องต่างๆ เช่น

- รูปพรรณ ลักษณะ องค์ประกอบ โครงสร้าง ที่อยู่ หรือกิจกรรมขององค์กรอาชญากรรม
- ความเกี่ยวโยง รวมทั้งความเกี่ยวโยงในระดับระหว่างประเทศกับองค์กรอาชญากรรม
- ความผิดต่างๆ ที่องค์กรอาชญากรรมได้กระทำความลงหรืออาจกระทำ

(ข) ให้ความช่วยเหลือตามข้อเท็จจริงอย่างเป็นรูปธรรมแก่หน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อการตัดทอนทรัพย์สิน หรือรายได้จากอาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรม ซึ่งส่วนใหญ่จะผ่านกระบวนการฟอกเงินก่อนที่จะนำมาใช้

---

<sup>1</sup> มีผลใช้บังคับแล้วในปัจจุบัน หลังจากที่ประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวครบสี่สิบประเทศ จำนวนประเทศภาคีสมาชิกในปัจจุบันมีเกินกว่า 60 ประเทศ

2. ในกรณีที่เหมาะสม รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องพิจารณาให้มีความเป็นไปได้ที่จะลดโทษบุคคลที่ถูกกล่าวหา ซึ่งให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องร้องคดีต่อความผิดที่ครอบคลุมภายใต้สนธิสัญญานี้
3. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องพิจารณาให้มีความเป็นไปได้ที่จะให้ความคุ้มกันจากการฟ้องคดีต่อบุคคลผู้ให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องคดีต่อความผิดที่สนธิสัญญานี้ครอบคลุม ถึงตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของตน
4. ความคุ้มครองบุคคลเช่นว่าจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อ 24 ของสนธิสัญญานี้
5. หากบุคคลที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ซึ่งถูกพบตัวในรัฐภาคีหนึ่งสามารถให้ความร่วมมือที่สำคัญแก่หน่วยงานที่มีอำนาจของอีกรัฐภาคีหนึ่ง รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องทั้งหลายอาจพิจารณาจัดทำความตกลงหรือข้อตกลงย่อยเกี่ยวกับการจัดให้มีการปฏิบัติที่เป็นไปได้ตามที่ระบุในวรรค 2 และ 3 ของสนธิสัญญานี้ตามกฎหมายภายในของตน

#### 4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการต่อรองคำรับสารภาพในต่างประเทศ

ในการศึกษาวิธีการตามข้อ 26 ของสนธิสัญญาฯ ครั้งนี้ ได้ทำการศึกษาถึงการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอิสราเอล และประเทศอิตาลี ในการคัดเลือกประเทศเหล่านี้มาทำการศึกษานั้น เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีบริบทพื้นฐานของกฎหมายที่มีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงกันและส่วนที่แตกต่างกันดังนี้

1) แนวคิดในการดำเนินคดีอาญา ทั้งสามประเทศมีแนวคิดในการดำเนินคดีอาญาโดยมีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งเป็นหลักการที่แพร่หลายในเกือบทุกประเทศในโลก ต่างจากหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบ แต่อย่างไรก็ตามหลักการดำเนินคดีโดยประชาชนในประเทศอังกฤษนั้นได้ลดความสำคัญลงไปมาก โดยเดิมในประเทศอังกฤษประชาชนทั่วไปมีสิทธิที่จะดำเนินคดีอาญา แต่ในปัจจุบันการดำเนินคดีอาญาในประเทศอังกฤษ อาจทำได้โดยพนักงานอัยการและผู้เสียหายเท่านั้น นอกจากนี้ พนักงานอัยการยังสามารถระงับการดำเนินคดีของผู้เสียหายได้หากการดำเนินคดี

ของผู้เสียหายกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ จึงกล่าวได้ว่าแทบทุกประเทศในโลกใช้หลักการ  
ดำเนินคดีโดยรัฐ

2) ระบบการดำเนินคดี ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอิสราเอล ใช้ระบบ  
การดำเนินคดีโดยถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันเป็นหลัก ซึ่งเป็นระบบที่ใช้กันอยู่ในประเทศ  
Common Law ส่วนในประเทศอิตาลีนั้น ระบบการดำเนินคดีดั้งเดิมเป็นระบบไต่สวน แต่ใน  
ปัจจุบันหลังจากมีการบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาคriminal ความอาญาขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 1988 ประเทศ  
อิตาลีมีระบบการดำเนินคดีเป็นแบบผสมทั้งระบบการดำเนินคดีแบบไต่สวนและระบบการ  
ดำเนินคดีโดยถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน การมีระบบดำเนินคดีแบบผสมนี้หากพิจารณาโดย  
ละเอียดแล้ว มีอยู่ในแทบทุกประเทศในโลกเพียงแต่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะผสมระบบการ  
ดำเนินคดีโดยเน้นระบบใดมากกว่ากันเท่านั้น

3) หลักการดำเนินคดี ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอล  
ใช้หลักการดำเนินคดีตามดุลยพินิจ ขณะที่ประเทศอิตาลีใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมายและ  
มีการบังคับดำเนินคดี (Mandatory Prosecution) บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

4) ระบบการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาและพนักงานอัยการ ในประเทศ  
สหรัฐอเมริกาผู้พิพากษาและพนักงานอัยการมาจากทางการเมือง และมีการสับเปลี่ยนกันปฏิบัติ  
หน้าที่ระหว่างผู้พิพากษา พนักงานอัยการ และทนายความอยู่เสมอ ส่วนประเทศอิสราเอล และ  
ประเทศอิตาลี นั้นผู้พิพากษาและพนักงานอัยการอยู่ในระบบราชการ

5) ระบบการพิจารณาคดี ประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้ระบบลูกขุนเข้า  
ช่วยพิจารณาคดี ส่วนประเทศอิสราเอลและประเทศอิตาลี ไม่ใช้ลูกขุนในการพิจารณาคดี

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอิสราเอล และประเทศอิตาลี ต่างก็มีการใช้  
วิธีการต่อรองคำรับสารภาพในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งรายละเอียดของการใช้วิธีการต่อรองคำ  
รับสารภาพของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง โดยเฉพาะประเทศอิตาลี มีการใช้  
วิธีต่อรองคำรับสารภาพที่ค่อนข้างแปลกใหม่ โดยมีการปรับตัวยอมรับระบบที่ถือว่าคู่ความเป็น  
ปฏิปักษ์กันมากขึ้นแต่ยังแตกต่างกับประเทศที่ใช้ระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันอยู่เดิม  
พอสมควร ความแตกต่างดังกล่าวของทั้งสามประเทศ อาจเปรียบเทียบในประเด็นที่สำคัญ ๆ ได้  
ดังนี้

#### 1) ความหมาย

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา การต่อรองคำรับสารภาพตาม Federal Rule  
of Criminal Procedure 11 ไม่ได้กำหนดความหมายของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ แต่เมื่อ  
พิจารณา FRCP 11 อนุ e (1) พอจะเข้าใจความหมายได้ว่า การต่อรองคำรับสารภาพคือการ  
เจรจา ระหว่างพนักงานอัยการกับจำเลย หรือทนายจำเลย เพื่อทำความตกลงว่าจำเลยจะให้การ

รับสารภาพตลอดข้อหา หรือรับสารภาพในข้อหาที่ถูกฟ้องหรือในข้อหาใหม่ที่เบากว่า หรือข้อหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เห็นได้ว่าความหมายของการต่อรองคำรับสารภาพของสหรัฐอเมริกาค่อนข้างกว้าง

ข. ประเทศอิสราเอล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 155 a กำหนดว่า "การต่อรองคำรับสารภาพ หมายถึงข้อตกลงระหว่างพนักงานอัยการกับผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับเนื้อหาในการฟ้องหรือการลงโทษ หรือประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลการพิจารณา หรือกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาอื่น รวมถึงการสอบสวน ในการแลกเปลี่ยนระหว่างความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเท็จจริงตามฟ้องในการพิจารณาของศาล กับการบรรลุตามเงื่อนไขที่แน่นอนที่กำหนดไว้ในข้อตกลง" เห็นได้ว่าความหมายของการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอิสราเอลค่อนข้างชัดเจนกว่าของสหรัฐอเมริกา

ค. ประเทศอิตาลี ไม่พบว่ามีข้อกำหนดความหมายไว้แน่นอน

## 2) รูปแบบของการต่อรองคำรับสารภาพ

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาตาม FRCP 11 อนุ e (1) สังเกตได้ว่าการต่อรองคำรับสารภาพตามกฎหมายนี้จำเลยหรือทนายจำเลยอาจรับสารภาพแลกเปลี่ยนกับการกระทำของพนักงานอัยการในสามรูปแบบ คือ

- ถอนฟ้องข้อหาอื่น ๆ
- ทำความเห็นหรือตกลงว่าจะไม่คัดค้านคำร้องขอของจำเลยที่มีขึ้นเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเป็นพิเศษเฉพาะคดี (ตกลงเกี่ยวกับการร้องขอให้ลดหย่อนโทษ)
- ตกลงกันว่าการมีคำพิพากษาเฉพาะคดีเป็นสิ่งที่เหมาะสมกับคดี (ตกลงให้มีคำพิพากษาที่แน่นอน)

ข. ประเทศอิสราเอล ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบไว้แต่พิจารณาจากมาตรา 15 a ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแล้ว จะเห็นได้ว่ากระทำได้ทั้งต่อรองคำฟ้อง (Charge Bargaining) และต่อรองคำพิพากษา (Sentence Bargaining)

ค. ประเทศอิตาลี การต่อรองคำรับสารภาพอาจทำได้ 2 รูปแบบ คือ การตกลงให้มีการพิจารณาอย่างรวบรัด (Summary trial) ซึ่งเป็นการตกลงกันในรูปคดีกับการตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ซึ่งเป็นการตกลงกันในคำพิพากษาที่แน่นอน การพิจารณาอย่างรวบรัดใช้ในคดีอัตราโทษไม่เกิน 3 ปี และเมื่อมีการพิจารณาอย่างรวบรัดแล้ว จำเลยจะได้รับการลดโทษหนึ่งในสามส่วน การต่อรองคำรับสารภาพนั้นใช้ในคดีที่มีโทษไม่เกิน 3 ปี และตกลงกันลดโทษได้ไม่เกินหนึ่งในสาม

### 3) ระยะเวลาที่อาจต่อรองคำรับสารภาพกันได้

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา การต่อรองคำรับสารภาพ อาจทำได้ในช่วงเวลาใด ๆ ก่อนการพิจารณาของศาลหรือในเวลาฟ้องคดี

ข. ประเทศอิสราเอล การต่อรองคำรับสารภาพ อาจทำได้ในเวลาใด ๆ ก่อนฟ้องคดี หรือชั้นใด ๆ ของการพิจารณา

ค. ประเทศอิตาลี การต่อรองคำรับสารภาพไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาอย่างรวบรัดหรือการต่อรองคำรับสารภาพ สามารถทำได้ในช่วงเวลาใด ๆ ก่อนการไต่สวนมูลฟ้องหรือในเวลาไต่สวนมูลฟ้อง

### 4) การรับหรือปฏิเสธข้อตกลงของศาล

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลอาจรับหรือปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพได้อย่างกว้างขวาง แต่ในการปฏิบัติ ศาลมักจะไม่นิยมนำข้อตกลงของการต่อรองฟ้อง (Charge Bargaining) โดยจะปฏิเสธเมื่อจำเป็นจริง ๆ เช่น อัยการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือการต่อรองคำรับสารภาพนั้นลดโทษมากเกินไป นอกจากนี้ ศาลมักไม่ปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่คู่กรณีตกลงทำความเห็นขอให้ศาลลดหย่อนโทษเนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวไม่ผูกมัดศาล แต่ศาลมักจะปฏิเสธข้อตกลงที่กำหนดค่าพิพาทที่แน่นอน เพราะศาลมักจะถือว่าอำนาจในการกำหนดโทษเป็นอำนาจของศาล

ข. ประเทศอิสราเอล ศาลจะปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพก็ต่อเมื่อศาลมั่นใจว่าข้อตกลงระหว่างคู่ความไม่ได้เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ

ค. ประเทศอิตาลี ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการปฏิเสธของศาลไว้

### 5) ความสมบูรณ์ของคำให้การรับสารภาพ

การพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของคำให้การรับสารภาพในการต่อรองคำรับสารภาพของทั้งสามประเทศนั้นคล้ายคลึงกัน คือ คำให้การรับสารภาพนั้นต้องมาจาก

ก. ความสมัครใจ กล่าวคือไม่ถูกบังคับ ชูเชิญ หรือกระทำอย่างอื่นทำนองเดียวกัน

ข. ความมีสติรู้ถึงผลการกระทำ กล่าวคือ ผู้ที่ให้การรับสารภาพจะต้องรู้ว่าการให้การรับสารภาพนั้นจะมีผลอย่างไร

## 6) คำแนะนำของศาลแก่จำเลย

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา ในการรับฟังคำรับสารภาพของจำเลย ศาลจะต้องแจ้งให้จำเลยทราบถึงผลของการรับสารภาพว่าจะส่งผลให้ไม่มีการพิจารณาคดีนั้นต่อไป ซึ่งเท่ากับว่าจำเลยสละสิทธิ์ที่จะ

- เผชิญหน้ากับคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม

- ชักค้ำพยานฝ่ายตรงกันข้าม

- ได้รับการพิจารณาจากลูกขุน

ข. ประเทศอิสราเอล และอิตาลี ไม่พบว่ามีการบังคับให้ศาลต้องปฏิบัติตามลักษณะเดียวกับสหรัฐอเมริกา

## 7) การสิ้นสุดผลของข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา การสิ้นสุดผลของข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพนั้นเป็นไปได้ในสามกรณี คือ จำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง พนักงานอัยการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง หรือศาลปฏิเสธ

ข. ประเทศอิสราเอล ก็มีลักษณะเดียวกับสหรัฐอเมริกา แต่การไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงของพนักงานอัยการจะต้องมีคำสั่งจากอัยการสูงสุดในการสละความสมัครใจที่จะปฏิบัติตามข้อตกลง

ค. ประเทศอิตาลี ข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพส่งผลเมื่อศาลปฏิเสธ

8) ผลของการสิ้นสุดผลของข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอิสราเอล และประเทศอิตาลี มีลักษณะคล้ายกัน คือคู่ความแต่ละฝ่ายไม่ผูกมัดที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงอีกต่อไป โดยจำเลยอาจถอนคำให้การที่ให้ไว้ หรือพนักงานอัยการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงแล้วนำคดีเข้าสู่การพิจารณาตามปกติ

## 9) การใช้พยานหลักฐานที่ปรากฏขึ้นจากข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพที่สิ้นสุด

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอล พยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นเอกสารตอบโต้ในการต่อรองคำรับสารภาพหรือคำแถลงต่าง ๆ ที่จำเลยได้กระทำขึ้นหรือเอกสารอื่นในลักษณะเดียวกัน จะยกขึ้นเป็นปฏิกษณ์ต่อจำเลยไม่ได้ เว้นแต่จะใช้ในการดำเนินคดีในข้อหาแจ้งความเท็จหรือเบิกความเท็จ หรือความผิดอื่นในลักษณะเดียวกันที่จำเลยได้ให้การหรือเบิกความหลังจากสาบานตน

ข. ในประเทศอิตาลีไม่พบว่ามีข้อกำหนดเงื่อนไขไว้ในการปฏิบัติ คงมีลักษณะเดียวกันกับในสหรัฐและอิสราเอล ทั้งนี้ เนื่องจากคำพิพากษาจากการต่อรองคำรับสารภาพในอิตาลีไม่อาจนำไปใช้ในคดีแพ่งหรือคดีปกครองที่เกี่ยวข้องได้ แสดงให้เห็นว่า พยานหลักฐานในการต่อรองคำรับสารภาพใช้เฉพาะการกระทำนั้น ๆ ไม่ใช้กับคดีอื่น ๆ อาจเนื่องจากการไม่รับรองความหนักแน่นของพยานหลักฐานจากการต่อรองคำรับสารภาพ

#### 10) บทบาทผู้เสียหายในการต่อรองคำรับสารภาพ

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอล บทบาทของผู้เสียหายในการต่อรองคำรับสารภาพมีน้อยมาก กล่าวคือ มีสิทธิออกความเห็นในคดีบางประเภทเท่านั้น แต่ไม่อาจมีบทบาทในการปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพ หรือไม่มีสิทธิ์เสนอใด ๆ ที่จะส่งผลผูกมัดต่อการต่อรองคำรับสารภาพได้

ข. ประเทศอิตาลี ผู้เสียหายมีบทบาทที่จะปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพได้

#### ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศทั้งสาม

1) การต่อรองคำรับสารภาพในประเทศอิสราเอลกำหนดให้มีการต่อรองคำรับสารภาพได้เฉพาะกรณีการต่อรองคำรับสารภาพนั้นเป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ ขณะที่ ในสหรัฐอเมริกาและอิตาลีไม่มีข้อกำหนดนี้ การมีข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการทำให้วัตถุประสงค์ของการต่อรองคำรับสารภาพชัดเจนยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม คำว่าประโยชน์สาธารณะ เป็นคำที่มีความหมายกว้างขวางมาก ทำให้พนักงานอัยการมีดุลพินิจที่กว้างขวางมาก นอกจากนี้การต่อรองคำรับสารภาพในประเทศอิสราเอลยังกำหนดให้ศาลปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพก็ได้ หากมั่นใจว่าการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ การบัญญัติเช่นนี้เท่ากับว่าการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาล การตรวจสอบของศาลนี้ก็ถูกควบคุมอยู่ด้วยเช่นกันคือ การที่ศาลจะปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นศาลต้อง “มั่นใจ” ว่าการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ได้เป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ การบัญญัติในลักษณะนี้ของประเทศอิสราเอลแสดงให้เห็นถึงความละเอียดอ่อนในการบัญญัติกฎหมายที่เปิดโอกาสให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจในการได้รับข้อมูลข่าวสารจากการต่อรองคำรับสารภาพ ขณะเดียวกันก็มีการตรวจสอบที่ไม่เคร่งครัดเกินไป

2) ในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพมาก โดยไม่กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิเสธไว้เลย ต่างจากประเทศอิสราเอลที่ศาลมีขอบเขตการปฏิเสธอยู่ที่ข้อตกลงนั้นไม่เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ ซึ่งพนักงานอัยการของอิสราเอลก็มีขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพเพียงตามประโยชน์

สาธารณชนเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติของอิสราเอลชัดเจนกว่า แต่อย่างไรก็ตาม แม้ในประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายจะไม่ได้กำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลและพนักงานอัยการไว้ แต่ในทางปฏิบัติศาลสหรัฐได้มีการปฏิบัติอย่างเหมาะสมตามเหตุผล คือ

ก. ในการต่อรองฟ้อง (Charge Bargaining) ศาลมักไม่ค่อยปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในลักษณะนี้

ข. การต่อรองคำพิพากษา (Sentence Bargaining) ศาลมักไม่ค่อยยอมถูกผูกมัดกับการต่อรองคำรับสารภาพนั้น

เหตุที่เป็นเช่นนี้ น่าจะเนื่องมาจากมีการยอมรับขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการและศาล โดยดุลพินิจการฟ้องคดีเป็นของพนักงานอัยการ ดังนั้นในการต่อรองฟ้องศาลมักไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจนี้ ส่วนดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เป็นที่ยอมรับว่าเป็นของศาล ดังนั้นศาลมักไม่ค่อยยินยอมให้พนักงานอัยการก้าวล่วงบทบาทของศาลในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ดังนั้นการต่อรองคำพิพากษาจึงมักไม่ค่อยผูกมัดศาล

3) การต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอิตาลี มีลักษณะพิเศษค่อนข้างมาก ทั้งนี้เนื่องจาก ประเทศอิตาลีไม่ใช่ประเทศใช้ระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันโดยแท้ ลักษณะพิเศษที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ การที่กฎหมายของประเทศอิตาลีให้ออกาสจำเลยในการร้องขอให้ศาลพิจารณาการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพที่พนักงานอัยการปฏิเสธ และศาลมีอำนาจในการยอมรับ การต่อรองคำรับสารภาพแม้พนักงานอัยการจะปฏิเสธ การกำหนดในลักษณะนี้เป็นสิ่งที่ไม่น่าแปลกใจนัก ทั้งนี้เนื่องจากประเทศอิตาลีเป็นประเทศหนึ่งในยุโรปที่ใช้ระบบไต่สวนในการดำเนินคดี ประเทศแถบภาคพื้นยุโรปในลักษณะนี้มักมีความกังวลใจเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ ดังที่ปรากฏว่าระบบกฎหมายของภาคพื้นยุโรปจะมีหลักบังคับดำเนินคดี(Mandatory Prosecution) อยู่หลายประเทศไม่ว่าจะเป็นฝรั่งเศส อิตาลีหรือเยอรมันนี้ การให้จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาการต่อรองคำรับสารภาพที่พนักงานอัยการปฏิเสธนี้ เท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพ การกำหนดในลักษณะนี้เป็นการรักษาเอกลักษณ์ของประเทศอิตาลีที่ผูกพันกับระบบดำเนินคดีแบบไต่สวนมานาน การรักษาเอกลักษณ์ดังกล่าวไม่ได้เป็นไปโดยตั้งใจแต่ถูกบังคับโดยหลักบังคับดำเนินคดีของรัฐธรรมนูญ การให้จำเลยมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลยอมรับการต่อรองคำรับสารภาพที่ถูกปฏิเสธจากพนักงานอัยการนี้ ไม่ปรากฏทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอล

4) บทบาทของผู้เสียหายในการต่อรองคำรับสารภาพ ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอลไม่ค่อยยอมรับสิทธิของผู้เสียหายในการต่อรองคำรับสารภาพ ทำให้การรับข้อมูลข่าวสารค่อนข้างดี เนื่องจากในกรณีที่มีการต่อรองคำรับสารภาพอันหนึ่งอันใดจะทำให้ได้รับ

ข้อมูลข่าวสารที่จะเกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของผู้เสียหาย พนักงานอัยการย่อมคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของผู้เสียหาย และทำการต่อรองคำรับสารภาพไป หากมีการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพผู้เสียหายย่อมพิจารณาถึงประโยชน์ส่วนบุคคลของผู้เสียหายเป็นหลัก จึงอาจทำให้เสื่อมเสียแก่ประโยชน์ในการได้รับข้อมูลข่าวสารได้ ส่วนในประเทศอิตาลีการต่อรองคำรับสารภาพเป็นไปเพื่อลดคดีเข้าสู่ศาลเป็นหลัก ผู้เสียหายจึงสามารถมีบทบาทในการปฏิเสธการต่อรองคำรับสารภาพได้

5) สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการต่อรองคำรับสารภาพนั้นถูกกระทบน้อยมาก ทั้งนี้เนื่องจาก ผู้ต้องหาหรือจำเลยเองเป็นผู้สมัครใจในการต่อรองคำรับสารภาพ และการรับสารภาพของจำเลยถือเป็นการสละสิทธิที่จะไม่ต้องมีการพิจารณาต่อไป อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครองต่าง ๆ ในการต่อรองคำรับสารภาพ เช่น มีสิทธิให้การโดยสมัครใจไม่ถูกหลอกลวงให้ให้การรับสารภาพ โดยศาลจะตรวจสอบความสมัครใจของเขาหรือสิทธิที่จะไม่ถูกนำเอาพยานหลักฐานที่มีขึ้นเนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้เป็นปฏิปักษ์ต่อตัวเขาเอง เป็นต้น

6) บทบาทของศาล นอกจากศาลจะมีอำนาจที่จะตรวจสอบการต่อรองคำรับสารภาพแล้ว เพื่อผลในการตรวจสอบไม่ว่าจะเป็นในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือในประเทศอิสราเอล หรือในประเทศอิตาลี ศาลมีอำนาจที่จะได้สวนข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพได้

การจะนำการต่อรองคำรับสารภาพมาใช้เป็นมาตรการในการปฏิบัติตามข้อ 26 ของอนุสัญญาฯ ของประเทศไทยนั้น ระบบการต่อรองคำรับสารภาพในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอิสราเอลเป็นระบบที่น่าสนใจยิ่ง เพราะเป็นระบบการต่อรองคำรับสารภาพที่มีประสิทธิภาพทั้งในด้านการรับข้อมูลข่าวสาร และในด้านการลดคดีเข้าสู่ศาล สำหรับประสิทธิภาพของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นสังเกตได้จาก แก์สลิปเปอร์เซ็นต์ของคำพิพากษาลงโทษในสหรัฐอเมริกาจากการต่อรองคำรับสารภาพ นอกจากนี้ในสหรัฐอเมริกา ในประเทศอิสราเอลการต่อรองคำรับสารภาพก็มีรายละเอียดที่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจและความคุ้มครองใช้ดุลพินิจได้เป็นอย่างดี สำหรับวิธีการต่อรองคำรับสารภาพตามแบบของอิตาลีนั้น น่าจะช่วยลดคดีเข้าสู่ศาลในโทษต่ำ ๆ ได้มาก โดยอาจใช้กับผู้กระทำความผิดรายย่อยขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เช่นอาจใช้กับผู้ค้ายาเสพติดรายย่อย หรือผู้เสพยาเสพติด เป็นต้น

## 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานในต่างประเทศ

ในการศึกษามาตรการตามข้อ 26 ของอนุสัญญาฯ ได้ทำการศึกษากันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานในประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมัน การคัดเลือกประเทศเหล่านี้เนื่องจาก ประเทศเหล่านี้มีบริบทพื้นฐานของกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน และแตกต่างกัน ดังนี้

- 1) แนวคิดในการดำเนินคดีอาญา ทั้งสองประเทศมีแนวคิดในการดำเนินคดีโดยมีหลักการดำเนินคดีโดยรัฐ กล่าวคือ รัฐผูกขาดการดำเนินคดีอาญา (Monopoly Prosecution)
- 2) ระบบดำเนินคดี ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบการดำเนินคดี โดยถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน ส่วนในประเทศเยอรมันใช้ระบบดำเนินคดีแบบไต่สวน
- 3) หลักการดำเนินคดี ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ ส่วนในประเทศเยอรมันใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย
- 4) ระบบการปฏิบัติของผู้พิพากษาและพนักงานอัยการ ประเทศสหรัฐอเมริกาผู้พิพากษาและพนักงานอัยการมาจากการเลือกตั้ง ส่วนประเทศเยอรมันผู้พิพากษาและพนักงานอัยการอยู่ในระบบราชการ
- 5) ระบบการพิจารณาคดี ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการพิจารณาคดีโดยใช้ลูกขุน ขณะที่ประเทศเยอรมันไม่ได้ใช้ลูกขุนในการพิจารณาคดี

ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันนี้ต่างก็มีวิธีการกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งรายละเอียดของการใช้วิธีกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานของทั้งสองประเทศมีความแตกต่างกัน วิธีการกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานของทั้งสองประเทศอาจวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ ดังนี้

### 1) วิธีการกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยาน

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา มีวิธีกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยาน โดยการให้ความคุ้มกัน (Immunity) ผู้ร่วมกระทำผิดอาจถูกบังคับให้ให้การ แม้คำให้การนั้นจะเป็นปฏิปักษ์ต่อตัวเองในทางอาญา แต่เขาจะได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดีเป็นการชดเชยสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา กล่าวคือคำให้การที่เขาให้เพื่อเป็นข้อมูลข่าวสารแก่ทางราชการ จะไม่ถูกนำมาเป็นเหตุให้เขาต้องถูกดำเนินคดีอาญา

ข. ประเทศเยอรมันมีวิธีกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยาน โดยการยกเว้นจากการฟ้องคดี (Dispense with Prosecution) โดยการที่จะไม่มีการฟ้องคดีต่อผู้ร่วม

กระทำความผิดนั้นในความผิดที่เขาได้กระทำ หากเขาได้ให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดที่เขาเข้าไปเกี่ยวข้อง เนื่องจากประเทศเยอรมันนี้มีระบบผูกขาดดำเนินคดีหากรัฐ ยกเว้นผู้ร่วมกระทำความผิดจากการดำเนินคดี เขาย่อมไม่อาจถูกดำเนินคดีนั้นอีกเพราะ ผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะฟ้องคดี

## 2) หน่วยงานที่จะรับข้อมูลข่าวสาร

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกา หน่วยงานที่จะรับข้อมูลข่าวสาร ได้แก่

- ศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่แห่งสหรัฐอเมริกา
- หน่วยงานราชการของสหรัฐอเมริกา
- รัฐสภา
- การประชุมร่วมของรัฐสภา
- คณะกรรมการการของรัฐสภา

ข. ในประเทศเยอรมันนี้ หน่วยงานที่จะรับข้อมูลข่าวสาร ได้แก่ หน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญา

## 3) เจ้าพนักงานที่เป็นผู้ดำเนินการร้องขอ

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าพนักงานที่เป็นผู้ดำเนินการร้องขอ ความคุ้มกัน ได้แก่ พนักงานอัยการโดยการอนุมัติของอัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด หรือผู้ช่วย อัยการสูงสุดที่มีอำนาจ (ในสหรัฐอเมริกามีการให้ความคุ้มกันอย่างไม่เป็นทางการโดยพนักงาน อัยการอาจให้ความคุ้มกันอย่างไม่เป็นทางการโดยทำเป็นหนังสือรับรองความคุ้มกัน (letter immunity) หรือทำข้อตกลงไม่ดำเนินคดี (a promise not prosecute or indict) หรือไม่ฟ้องคดี หรือทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ (a plea bargaining agreement) ความคุ้มกันดังกล่าวมี ผลบังคับได้ตามกฎหมาย)

ข. ในประเทศเยอรมันนี้ เจ้าพนักงานที่เป็นผู้ดำเนินการให้มีการยกเว้น จากการดำเนินคดี ได้แก่ พนักงานอัยการ

## 4) ผู้มีอำนาจอนุมัติ

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้มีอำนาจในการอนุมัติให้ความคุ้มกันใน คดีอาญา ได้แก่ ศาล หรือคณะลูกขุนใหญ่แห่งสหรัฐอเมริกา

ข. ในประเทศเยอรมันนี้ ผู้มีอำนาจอนุมัติในการยกเว้นจากการดำเนินคดี ได้แก่ อัยการสูงสุดแห่งสหพันธ์ โดยความเห็นชอบของศาลยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์

#### 5) ลักษณะของข้อมูลข่าวสาร

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้กำหนดลักษณะข้อมูลข่าวสารไว้ชัดเจน ทั้งนี้เพื่อความยืดหยุ่นในการดำเนินการ ซึ่งเป็นธรรมชาติของกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่มักจะให้ความยืดหยุ่นของการใช้ดุลพินิจสูง

ข. ในประเทศเยอรมันนี้ กำหนดลักษณะของข้อมูลข่าวสารที่อาจจะได้รับความคุ้มครองไว้ ดังนี้

- ป้องกันการกระทำความผิดนั้น
- ให้การสนับสนุนการสืบสวนความผิดอาญาที่เขาเข้าไปเกี่ยวข้อง
- นำจับผู้กระทำความผิด

#### 6) วิธีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกาผู้กระทำความผิดต้องเปิดเผยข้อมูลด้วยตนเอง

ข. ในประเทศเยอรมันนี้การเปิดเผยข้อมูลอาจกระทำโดยผู้กระทำความผิด หรือเปิดเผยผ่านตัวกลางก็ได้

#### 7) ความผิดที่อาจได้รับการยกเว้นเป็นพยาน

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีการกำหนดประเภทความผิดที่อาจได้รับความคุ้มครองไว้

ข. ในประเทศเยอรมันนี้ ได้กำหนดความผิดที่อาจได้รับการยกเว้นจากการดำเนินคดีอาญาไว้ ดังนี้

- ความผิดฐานก่อการร้าย
- ความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม
- ความผิดที่สามารถลงโทษจำคุกชั้นต่ำหนึ่งปีได้
- ความผิดขององค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดในความผิดที่อาจถูกริบทรัพย์สินได้

### 8) เหตุผลในการกันตัวไว้เป็นพยาน

ก. ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้กำหนดเหตุผลในการให้ความคุ้มกันไว้

ข. ในประเทศเยอรมันนี้ ได้กำหนดเหตุผลที่จะให้การยกเว้นจากการดำเนินคดีไว้คือ หากข้อมูลข่าวสารที่ผู้กระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดเปิดเผยเป็นรายละเอียดที่สามารถเชื่อมโยงกับการป้องกันอาชญากรรมในอนาคตได้ และอาชญากรรมดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดที่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น

สำหรับในประเทศเยอรมันนี้ นอกจากจะมีกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการยกเว้นจากการฟ้องคดีแล้วยังมีกฎหมายที่ถือได้ว่าเป็นมาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายอีกคือ ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจลดหย่อนโทษ หรือยกเว้นโทษแก่ผู้ให้ข้อมูลข่าวสารในคดีอาชญากรรมตามกฎหมายอาชญากรรม

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการกันตัวผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานในประเทศทั้งสอง

1) ในเรื่องเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการกันตัวผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานนั้น การให้ความคุ้มกันแก่ผู้กระทำความผิดที่ให้อข้อมูลข่าวสารแก่ทางราชการ สร้างความรู้สึกปลอดภัยให้แก่ผู้ร่วมกระทำความผิดได้มาก ทั้งนี้เนื่องจากความคุ้มกันให้ก่อนที่ผู้ร่วมกระทำความผิดจะให้การ ทำให้ผู้ร่วมกระทำความผิดไม่ต้องกังวลกับความเสียหายที่จะถูกดำเนินคดี แต่การยกเว้นจากการดำเนินคดีนั้น จะทำได้ก็แต่ในภายหลังหลังจากที่ผู้ร่วมกระทำความผิดได้ให้อข้อมูลข่าวสารแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ให้อข้อมูลข่าวสารจะต้องวิตกกังวลในเวลาที่ดีดสนใจให้อข้อมูลข่าวสารอย่างแน่นอนว่า ข้อมูลข่าวสารที่ตนให้ไปจะเพียงพอต่อการจะได้รับการยกเว้นจากการดำเนินคดีหรือไม่ เห็นได้ว่าวิธีการให้ความคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกา น่าจะมีประสิทธิภาพสูงกว่าการยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมันนี้

2) การให้ความคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้กำหนดลักษณะของข้อมูลข่าวสารไว้ แต่การยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมันนี้มีการกำหนดลักษณะของข้อมูลข่าวสาร และเหตุที่จะรับข้อมูลข่าวสารไว้ พิจารณาได้ว่า การให้ความคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกาเปิดกว้าง มีความยืดหยุ่น และเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจมากกว่าการยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมันนี้ ซึ่งเป็นธรรมชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กฎหมายมักเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้ค่อนข้างมาก สังเกตได้จากการต่อรอง

คำรับสารภาพของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ กำหนดวัตถุประสงค์ของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ต่างจากการต่อรองคำรับสารภาพของประเทศอิสราเอลที่กำหนดวัตถุประสงค์ของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ว่า จะต้องเป็นไปตามประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ส่วนประเทศเยอรมันนี่นั้นก็ยังมีลักษณะพื้นฐานของกฎหมายคล้ายกับพื้นฐานทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยทั่วไปคือ มักมีการจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้กฎหมายมีลักษณะค่อนข้างแข็งตัว (Rigid) พิจารณาได้ว่า การให้ความคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกา มีผลในการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสาร หรือความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายได้ดีกว่าการยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมันนี่

3) ในการให้ข้อมูลข่าวสารนั้น การให้ความคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้เปิดโอกาสให้ผู้ร่วมกระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารโดยผ่านบุคคลที่สามได้ ส่วนการยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมันนี่ ได้เปิดโอกาสให้ผู้ร่วมกระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารผ่านบุคคลที่สามได้ การเปิดโอกาสให้ผู้ร่วมกระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารผ่านบุคคลที่สามได้นั้นน่าจะเป็นผลดี ทั้งนี้เนื่องจากผู้ร่วมกระทำความผิดอาจเกรงกลัวต่อภัยหลายอย่าง ไม่ว่าจะเป็นการถูกดำเนินคดีหรือการถูกฟ้องร้องจากองค์กรอาชญากรรม การหลบซ่อนตัวของเขาคงจะเป็นสิ่งที่ป็นปกติธรรมดาของบุคคลทั่วไป ดังนั้นการเปิดโอกาสให้ผู้ร่วมกระทำความผิดเปิดเผยข้อมูลผ่านบุคคลที่สาม จึงมีผลในการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสาร หรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายได้ดี

4) เกี่ยวกับผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่มีบทบาททั้งในกรณีการให้การคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกา และการยกเว้นจากการดำเนินคดีของประเทศเยอรมันนี่ แต่อย่างไรก็ตาม การกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานทั้งสองรูปแบบ ไม่ได้ลิดรอนสิทธิของผู้เสียหายแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากทั้งสองประเทศมีแนวคิดที่มีหลักการดำเนินคดีโดยรัฐอยู่แล้ว

การจะนำเอาการกันตัวบุคคลไว้เป็นพยานมาใช้เป็นมาตรการในการปฏิบัติตามข้อ 26 ของอนุสัญญาฯ ของประเทศไทยนั้น รูปแบบการให้ความคุ้มกันของประเทศสหรัฐอเมริกา น่าจะมีความเหมาะสม เนื่องจากจะให้ผลในการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสาร หรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายได้ดีกว่า

#### 4.3 การสังเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพขึ้นในประเทศไทย

การจะสังเคราะห์กฎหมายเพื่อกำหนดให้ใช้มาตรการการต่อรองคำรับสารภาพกับคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจะต้องพิจารณาถึงบริบทพื้นฐานของกฎหมาย

ไทยว่า มีความเป็นไปได้เพียงใดที่จะรองรับมาตรการดังกล่าว สำหรับบริบทพื้นฐานของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดให้ใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ มีดังนี้

1) แนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดี ประเทศไทยมีแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยรัฐ แต่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายมีบทบาทในคดีอาญาอยู่บ้าง กล่าวคือ ทั้งรัฐและผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญา โดยการฟ้องคดีอาญาของรัฐนั้น ดำเนินการโดยพนักงานอัยการ

2) ระบบการดำเนินคดีอาญา ประเทศไทยมีระบบการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา แม้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ศาลมีอำนาจดำเนินการพิจารณาในลักษณะไต่สวน โดยศาลอาจร่วมสืบพยานได้ แต่อย่างไรก็ตามในการปฏิบัติ ศาลมักวางตัวเป็นกลางในคดีเช่นเดียวกับการวางตัวของศาลในระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน หากพิจารณาโดยรวมแล้ว ศาลไทยมีลักษณะเป็นศาลในระบบกล่าวหาหรือระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันเสียมากกว่า

3) หลักการดำเนินคดี ประเทศไทยมีหลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ โดยความเห็นของพนักงานสอบสวนที่เสนอต่อพนักงานอัยการ และคำสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการ ตลอดจนความเห็นแย้งของผู้ว่าราชการจังหวัดหรือความเห็นแย้งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือคำสั่งชี้ขาดการฟ้องคดีของอัยการสูงสุดอยู่ในดุลพินิจของผู้ทำความเห็นหรือทำคำสั่งนั้น

4) ระบบการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาและพนักงานอัยการ ระบบการปฏิบัติงานนี้อยู่ภายใต้ระบบราชการ

5) ระบบการพิจารณาคดี ประเทศไทยมีระบบพิจารณาคดีโดยศาล และไม่มีการใช้ลูกขุนในการพิจารณาคดี

โดยบริบทพื้นฐานของกฎหมายไทย มีลักษณะผสมแต่มีความโน้มเอียงไปทางระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันมาก ลักษณะของระบบไต่สวนที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น พิจารณาได้ว่าเป็นเพียงสัญลักษณ์ของการมีระบบผสมเท่านั้น ในทางปฏิบัติไม่ค่อยมีการใช้กัน ในประเทศที่ใช้ระบบถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน เช่น สหรัฐอเมริกากฎหมายก็เปิดโอกาสให้ศาลใช้อำนาจในลักษณะไต่สวนอยู่บ้างเช่นกัน แต่บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในลักษณะเป็นสัญลักษณ์ไม่ค่อยมีการใช้จริงจัง หากเปรียบเทียบบริบทพื้นฐานของกฎหมายของไทยกับของต่างประเทศที่อยู่ในขอบเขตของการศึกษานี้ จะเห็นได้ว่าบริบทพื้นฐานของกฎหมายไทยที่จะรองรับการต่อรองคำรับสารภาพคล้ายกับประเทศอิสราเอลมากที่สุด รองลงมาได้แก่สหรัฐอเมริกา รองลงมาอีกชั้นหนึ่งได้แก่ ประเทศอิตาลี และมีความคล้ายคลึงกับประเทศเยอรมันนีน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศอิตาลี และประเทศเยอรมันนี ความจริงแล้วไม่ง่ายเลยที่จะเปรียบเทียบโครงสร้างของระบบกฎหมายของประเทศไทยกับประเทศอื่นเพราะมีลักษณะผสมมาก ในอีกแง่มุมหนึ่งอาจ

พิจารณาได้ว่า ระบบกฎหมายไทยมีเอกลักษณ์ของตนเอง ในการพิจารณากำหนดให้มีการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพนั้น จะพิจารณาบริบทพื้นฐานของกฎหมายไทย เพื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้ระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กันเป็นสำคัญ จากที่บรรยายมาในขั้นต้น ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยมีบริบทพื้นฐานของกฎหมายคล้ายคลึงกับประเทศที่ใช้ระบบที่ถือว่าคู่ความเป็นปฏิปักษ์กัน โดยเฉพาะประเทศอิสราเอล นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นอีกว่า กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้มีการต่อรองคำรับสารภาพได้อยู่แล้วดังที่บรรยายไว้ในบทที่ 7 แต่ในทางปฏิบัติขั้นตอนการดำเนินการยังไม่สอดคล้องกัน และการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยยังไม่เพียงพอ จากปัญหาทั้งหลายข้อพิจารณาที่สำคัญในการกำหนดให้ใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพในคดีเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ มีดังนี้

1) บทบาทของผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ผู้เสียหายมีบทบาทแตกต่างจากประเทศที่มีการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพโดยทั่วไป แม้แต่ประเทศอังกฤษซึ่งผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่กฎหมายอังกฤษเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการระงับการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายได้ หากการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายขัดกับประโยชน์สาธารณะ ในประเทศไทยพนักงานอัยการไม่สามารถยับยั้งการดำเนินคดีของผู้เสียหายได้ แม้การดำเนินคดีของผู้เสียหายจะขัดกับประโยชน์สาธารณะ พนักงานอัยการของไทยทำได้เพียงเป็นโจทก์ร่วม และหากผู้เสียหายที่เป็นโจทก์ร่วมอีกฝ่ายหนึ่งจะทำให้คดีของพนักงานอัยการเสียหาย พนักงานอัยการจึงจะขอให้ศาลระงับการกระทำของผู้เสียหายที่เป็นโจทก์ร่วมนั้นได้ บทบาทของผู้เสียหายในคดีอาญาที่มีมากเช่นนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพได้ โดยเฉพาะการต่อรองฟ้อง (Charge Bargaining) ซึ่งในการปฏิบัติตามข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพในลักษณะต่อรองฟ้องนี้ พนักงานอัยการต้องถอนฟ้อง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย การที่พนักงานอัยการถอนฟ้องไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายจะฟ้องคดีนั้นใหม่ ในสภาพเช่นนี้แม้ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพบรรลุผล แต่จำเลยก็อาจถูกฟ้องใหม่ได้ ดังนั้นหากจะกำหนดให้ใช้การต่อรองคำรับสารภาพอย่างได้ผลนั้น จะต้องควบคุมการใช้บทบาทของผู้เสียหายให้เหมาะสมขึ้น โดยอาจกำหนดดังนี้

ก. “ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องในคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ”

ข “พนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอให้ศาลระงับการดำเนินคดีของผู้เสียหายได้ หากการดำเนินการคดีของผู้เสียหายจะทำให้คดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่อยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานอัยการเสียหาย”

2) การให้ความหมายของข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ควรมีการให้ความหมายของข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพไว้ เพื่อจำกัดขอบเขตของความหมายของการใช้มาตรการต่อรองคำรับสารภาพให้ชัดเจน โดยอาจกำหนดความหมายไว้ดังนี้

“การต่อรองคำรับสารภาพ หมายถึง ข้อตกลงระหว่างพนักงานอัยการกับผู้ต้องหา หรือจำเลยเกี่ยวกับเนื้อหาในคำฟ้องหรือการลงโทษ หรือประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลการพิจารณาหรือกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาอื่นรวมถึงการสอบสวน โดยการแลกเปลี่ยนระหว่างความสมัครใจจะยอมรับข้อเท็จจริงตามฟ้องในการพิจารณาของศาลกับการบรรลุเงื่อนไขที่แน่นอนที่กำหนดไว้ในข้อตกลง” หรือ

“การต่อรองคำรับสารภาพ หมายถึง การแลกเปลี่ยนระหว่างคำรับสารภาพตลอดข้อหาหรือคำรับสารภาพในข้อหาที่ถูกฟ้อง หรือคำรับสารภาพในข้อหาที่เบากว่า หรือข้อหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมของพนักงานอัยการในการทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดต่อไปนี้

- 1) ถอนฟ้องข้อหาอื่น ๆ
- 2) ทำความเห็น หรือข้อตกลงว่าจะไม่คัดค้านคำขอของจำเลยที่มีขึ้นเพื่อให้มีคำพิพากษาเป็นพิเศษเฉพาะคดี ความเห็นของพนักงานอัยการ หรือคำขอของจำเลยไม่ผูกมัดศาลในการพิจารณาคดี
- 3) ตกลงกันกับผู้ต้องหาหรือจำเลยว่า การมีคำพิพากษาเฉพาะคดีเป็นสิ่งที่เหมาะสม

3) กำหนดเวลาในการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ การรับข้อมูลข่าวสารที่เหมาะสมนั้น ควรจะได้รับตั้งแต่ในระยะต้น ๆ ของการดำเนินคดีเพื่อจะได้มีการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลข่าวสารได้ดียิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการกำหนดเวลาของการต่อรองคำรับสารภาพควรเปิดกว้างไว้ เนื่องจากหากเกิดกรณีที่ขาดข้อมูลข่าวสารจริง ๆ ก็อาจต่อรองคำรับสารภาพได้ จึงควรกำหนดว่า

“การต่อรองคำรับสารภาพอาจทำได้ก่อนมีการฟ้องคดี หรือในชั้นใด ๆ ของการพิจารณา”

4) การกำหนดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพ ในการต่อรองคำรับสารภาพหากไม่มีการจำกัดขอบเขตไว้ จะทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการไม่มีขอบเขตจำกัด การกำหนดขอบเขตอาจทำได้ในสองลักษณะ คือ

ก. การจำกัดขอบเขตอย่างยืดหยุ่น โดยอาจจำกัดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพไว้เท่าที่เป็นประโยชน์สาธารณะ โดยอาจกำหนดดังนี้

“พนักงานอัยการอาจเข้าทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพได้ หากเป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ”

ข. การจำกัดขอบเขตโดยเคร่งครัด โดยอาจจำกัดขอบเขตไว้แคบ ๆ เพื่อการคุ้มครองใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการต่อรองคำรับสารภาพ โดยอาจกำหนดดังนี้

“พนักงานอัยการอาจเข้าทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพได้ หากผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการดำเนินคดี”

5) การต่อรองคำรับสารภาพในกรณีมีผู้กระทำความผิดหลายคน ในกรณีเช่นนี้ ควรใช้หลักสัดส่วนในการต่อรองคำรับสารภาพ โดยอาจมีข้อกำหนดเพื่อการควบคุมการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ ดังนี้

“ในคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาหรือจำเลยมากกว่าหนึ่งคน พนักงานอัยการต้องแน่ใจก่อนที่จะเข้าทำการต่อรองคำรับสารภาพว่า ข้อตกลงที่เสนอแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เข้าทำการตกลงที่จะทำขึ้นนั้น จะต้องไม่ขาดความเหมาะสมหรือโดยเนื้อหาแล้วไม่ได้ส่วน เมื่อเปรียบเทียบกับส่วนของผู้ต้องหาหรือจำเลยอื่นที่ร่วมในเหตุของการกระทำผิดอาญาเดียวกัน”

6) การตรวจสอบการต่อรองคำรับสารภาพ การต่อรองคำรับสารภาพในประเทศต่าง ๆ ศาลมีอำนาจตรวจสอบทั้งสิ้น แต่การตรวจสอบของศาลนั้น ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพตามกฎหมาย การกำหนดวิธีตรวจสอบอาจทำในสามลักษณะ คือ

ก. ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ ศาลก็มีอำนาจในการปฏิเสธโดยไม่มีขอบเขต โดยจะกำหนดว่า

“ศาลอาจจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพก็ได้”

ข. ในกรณีที่มีการกำหนดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ อย่างยืดหยุ่น ในกรณีที่กำหนดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ว่า การต่อรองคำรับสารภาพนั้นต้องเป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ ศาลก็ควรมีอำนาจปฏิเสธ หากข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ได้เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะโดยอาจกำหนดว่า

“ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ หากข้อตกลงนั้นไม่เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ”

ค. ในกรณีที่มีการกำหนดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพไว้ อย่างเคร่งครัด เช่น กรณีที่กำหนดให้พนักงานอัยการต่อรองคำรับสารภาพได้ เฉพาะกรณีที่

ผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการสืบสวนหรือฟ้องร้องคดี ศาลก็ควรมีอำนาจปฏิเสธ หากข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้นผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้ให้ความร่วมมืออย่างสำคัญต่อการสืบสวนหรือฟ้องร้องคดี โดยอาจกำหนดว่า

“ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพหากเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้ให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการดำเนินคดี”

7) หลักเกณฑ์การทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ความตกลงต่อรองคำรับสารภาพมีความละเอียดอ่อนกว่าความตกลงทางแพ่งธรรมดา เพราะผลของความตกลงอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยอย่างมาก การทำความตกลงควรใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะเกี่ยวกับความสมัครใจและการรู้สำนึกถึงผล เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมีข้อความพิจารณา ดังนี้

ก. การให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีทนาย ตามธรรมดาบุคคลทั่วไปจะมีความรู้ทางกฎหมายน้อยกว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยเฉพาะเมื่อต้องพิจารณาข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ อาจไม่มีความรู้เพียงพอถึงผลของการกระทำใด ๆ ในการทำความตกลงต่อรองคำรับสารภาพนั้น จึงอาจถูกหลอกลวงโดยพนักงานอัยการได้โดยง่าย จึงควรกำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีโอกาสมิจะมีทนายไว้คอยให้คำปรึกษา ดังนั้นจึงควรมีข้อกำหนดว่า

“การเจรจาต่อรองเพื่อทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องมีทนาย หากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนาย ให้พนักงานอัยการร้องขอต่อศาลให้จัดหาทนายให้”

ข. ความชัดเจนของข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ เพื่อความชัดเจนของข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพเป็นหนังสือ โดยควรกำหนดว่า

“ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพต้องทำเป็นหนังสือ”

ค. การสร้างความเข้าใจในข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ความเข้าใจในข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพมีความสำคัญมากต่อสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย แม้ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีทนายแล้ว ก็ควรมีข้อกำหนดย้ำความเข้าใจอีก โดยอาจกำหนดไว้ดังนี้

“ก่อนจะมีการลงชื่อในข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพพนักงานอัยการจะต้องอธิบายเนื้อหาของข้อตกลงและความหมายให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยและทนายฟัง”

8) การคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยศาล เพื่อความมั่นใจว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาทำความตกลงต่อรองคำรับสารภาพโดยสมัครใจ และรู้สำนึกในการกระทำ ศาลควรต้องมีอำนาจในการตรวจสอบความสมัครใจ และรู้สำนึกในการกระทำ โดยควรมีข้อกำหนดดังนี้

“พนักงานอัยการต้องชี้แจงพื้นฐานของข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพต่อศาล และศาลมีอำนาจในการไต่สวน เพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าว” และ

“ให้ศาลปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ได้มาจากความสมัครใจ หรือความรู้สำนึกในผลของการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลย”

9) ข้อผูกมัดของข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ สำหรับข้อผูกมัดของข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพนั้น อาจแยกพิจารณาดังนี้

ก. ข้อผูกมัดศาล ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่ศาลไม่ได้ปฏิเสธ ควรจะผูกมัดศาล หากศาลไม่ต้องการผูกมัดกับข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ศาลควรปฏิเสธเสียก่อน จึงควรกำหนดว่า

“หากศาลไม่ปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ ข้อตกลงนั้นผูกมัดศาลในการพิจารณาตัดสินคดี”

ข. ข้อผูกมัดผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องหาหรือจำเลยในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คำให้การของผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องมาจากความสมัครใจ ดังนั้นผู้ต้องหาหรือจำเลยควรจะมีสิทธิที่จะปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเมื่อใดก็ได้ ก่อนศาลจะยอมรับข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพจึงควรกำหนดว่า

“ผู้ต้องหาหรือจำเลยอาจถอนข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเมื่อใด ก่อนศาลจะยอมรับข้อตกลงนั้นก็”

ค. ข้อผูกมัดพนักงานอัยการ โดยทั่วไปแล้วพนักงานอัยการดำเนินคดีภายใต้ประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการถอนข้อตกลงของพนักงานอัยการต้องอยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตามการถอนข้อตกลงของพนักงานอัยการควรได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบ เพื่อให้การถอนข้อตกลงนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง การถอนข้อตกลงจึงควรได้รับการพิจารณาเห็นชอบจากอัยการสูงสุดด้วย จึงควรกำหนดว่า

“พนักงานอัยการอาจถอนข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเมื่อใด ก่อนศาลจะยอมรับข้อตกลงก็ได้ แต่การถอนข้อตกลงนั้นพนักงานอัยการต้องได้รับความเห็นชอบจากอัยการสูงสุดก่อน”

10) ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่เป็นอันยกเลิกข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพที่ศาลปฏิเสธ หรือผู้ต้องหาหรือจำเลยถอนข้อตกลง หรือพนักงานอัยการถอนข้อตกลงก็ไม่ควรมีผลบังคับต่อไป จึงควรมีข้อกำหนดว่า

“ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นอันยกเลิกหาก

1. ศาลปฏิเสธข้อตกลงนั้น
2. ผู้ต้องหาหรือจำเลยถอนข้อตกลงก่อนที่ศาลจะยอมรับ
3. พนักงานอัยการถอนข้อตกลงก่อนที่ศาลจะยอมรับ

11) ผลของการยกเลิกข้อตกลง เมื่อข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพเป็นอันยกเลิก ก็ไม่ควรจะมีผลผูกพันผู้ใดอีกต่อไป และพยานหลักฐานใด ๆ ที่ปรากฏขึ้นเนื่องจากการต่อรองคำรับสารภาพก็ไม่ควรถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีอีก จึงควรถูกกำหนดว่า

“ในกรณีที่ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นอันยกเลิก ศาลพนักงานอัยการ ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงอีกต่อไป พนักงานอัยการจะแก้ไขเพิ่มเติมฟ้องหรือถอนฟ้อง เพื่อฟ้องคดีใหม่ตามพยานหลักฐานที่พนักงานอัยการมีอยู่ก็ได้” และ

“ในกรณีที่ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นอันยกเลิก บรรดาเอกสารทั้งหลายเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพ ได้แก่ เอกสารแลกเปลี่ยนระหว่างพนักงานอัยการกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในการทำข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ คำแถลง คำร้องหรือคำเบิกความที่เกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพ หรือเอกสารอื่นใดที่ทำขึ้นเพื่อการต่อรองคำรับสารภาพ ไม่อาจยกขึ้นอ้างในการเป็นโทษแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ไม่ว่าจะโดยทางแพ่ง อาญา หรือทางอื่นใด”

#### 4.4 การสังเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานในประเทศไทย

การกันตัวบุคคลไว้เป็นพยานนั้น เคยมีกระทำในประเทศไทยดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 6 ปัญหาการกันตัวบุคคลผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานในประเทศไทยนั้น มีปัญหาที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

1) สิทธิของผู้เสียหายในการฟ้องคดีอาญา กล่าวคือ เมื่อพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดีเพื่อกันผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานแล้ว ผู้เสียหายยังมีสิทธิฟ้องคดีนั้นอีก

2) อำนาจฟ้องของพนักงานอัยการหมดไปเมื่อสั่งไม่ฟ้องแล้ว กล่าวคือ เมื่อพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องแล้ว พนักงานอัยการจะไม่มีอำนาจฟ้องอีกต่อไป เว้นแต่มีพยานหลักฐานใหม่ หากพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาเพื่อกันไว้เป็นพยาน แต่เมื่อถึงเวลาเบิกความ หากพยานที่ได้รับการกันตัวไว้ไม่ยอมเบิกความก็ไม่สามารถนำคดีกลับมาฟ้องใหม่ได้

การพิจารณาสังเคราะห์การกันตัวผู้ร่วมกระทำผิดไว้เป็นพยานยังใหม่ในประเทศไทยนั้น จากการวิเคราะห์ในหัวข้อ 3.2 นั้น การให้ความคุ้มกันในแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา น่าจะเป็นวิธีที่เหมาะสมมากกว่าการยกเว้นจากการดำเนินคดีแบบเยอรมันนี้ ดังนั้น จึงจะพิจารณาสังเคราะห์การให้ความคุ้มกันตามรูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกาในบริบทพื้นฐานของกฎหมายไทย เพื่อใช้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติโดยเฉพาะ ดังจะแยกพิจารณาดังนี้

1) หน่วยงานที่จะจำเป็นต้องใช้ข้อมูลข่าวสาร ในการดำเนินการเพื่อป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น มีหลายหน่วยงานที่มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลข่าวสาร ดังนี้

ก. ศาล โดยศาลต้องการข้อมูลข่าวสารจากคำเบิกความของบุคคล เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี

ข. หน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญา ในการดำเนินคดีอาญานั้น มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลข่าวสารเพื่อเตรียมคดีสำหรับฟ้อง ในการเตรียมคดีนั้นอาจต้องการข้อมูลข่าวสารตั้งแต่ขั้นสืบสวน การแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อทราบรายละเอียดของความผิดในการกระทำผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้นยุ่งยากมากเพราะมีการเชื่อมโยงที่ซับซ้อน หากมีข้อมูลข่าวสารจากการสืบสวนที่ดี ก็จะทำให้การดำเนินคดีกับอาชญากรรมรายสำคัญทำได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้ในขั้นสอบสวนก็ต้องการข้อมูลข่าวสารในลักษณะเดียวกัน

2) สิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา สิทธินี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น แม้ศาลหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญา จะมีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลข่าวสารเพียงใดไม่สามารถบังคับให้

บุคคลใดให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การหรือเบิกความได้ อย่างไรก็ตามหากให้ความคุ้มกันแก่บุคคลนั้นแล้ว เขาก็ไม่จำเป็นต้องเกรงว่าจะถูกดำเนินคดีต่อไป จึงไม่มีความจำเป็นต้องอ้างสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญาอีก แต่การให้ความคุ้มกันนั้นควรพิจารณาถึงความคุ้มค่าที่จะเกิดขึ้นแก่ประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

3) ประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มกัน การให้การคุ้มกันนั้นเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะในสองประการ ประการแรกเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่จะมีขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดผู้หนึ่งผู้ใดถูกดำเนินคดีจนถูกลงโทษ อันจะมีส่วนก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ประการที่สองเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารจากผู้กระทำความผิดผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว สามารถนำผู้กระทำความผิดในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติทั้งหลายมาดำเนินคดีจนถูกลงโทษ อันจะก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม การพิจารณาว่าจะให้ความคุ้มกันแก่บุคคลใดนั้น ต้องพิจารณาว่าการดำเนินคดีกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือการไม่ดำเนินคดีกับเขาเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารจากเขา สิ่งใดจะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่ากัน

4) ผู้ที่มีหน้าที่พิจารณาร้องขอความคุ้มกันในการดำเนินคดีอาญานั้น เนื่องจากความรับผิดชอบในการพิจารณาพยานหลักฐานว่าเพียงพอจะฟ้องคดีหรือไม่ และผู้ที่จะสืบพยานในศาลได้แก่ พนักงานอัยการ ดังนั้นหากจะกำหนดให้พนักงานอัยการเป็นผู้พิจารณาร้องขอ น่าจะมีความเหมาะสม

5) ผู้มีอำนาจอนุมัติความคุ้มกัน ผู้มีอำนาจอนุมัติความคุ้มกัน ควรเป็นผู้มีประสบการณ์สูงในการพิจารณาคดีอาญาทราบความสำคัญของข้อมูลข่าวสาร คำให้การหรือคำเบิกความของผู้ที่จะให้ข้อมูลข่าวสาร ดังนั้น ควรให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเป็นผู้พิจารณา โดยให้พนักงานอัยการร้องขอผ่านศาลชั้นต้นที่คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจ

6) การเพิกถอนความคุ้มกัน การให้ความคุ้มกันอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายของความคุ้มกัน โดยผู้ร่วมกระทำผิดที่ถูกกันไว้เป็นพยานไม่ยอมให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การหรือเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การหรือเบิกความเท็จ กรณีเช่นนี้สมควรที่จะเพิกถอนความคุ้มกันเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวต่อไป การขอให้เพิกถอนนี้หากจะกำหนดให้พนักงานอัยการซึ่งเป็นผู้ร้องขอความคุ้มกันเป็นผู้ร้องขอให้ยกเลิก น่าจะเหมาะสม

7) ความคุ้มกันที่ยกเลิกแล้ว เมื่อยกเลิกความคุ้มกันด้วยเหตุที่ผู้ที่ได้รับความคุ้มกันไม่ได้ให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การหรือเบิกความแล้ว ความคุ้มกันที่เคยมีอยู่นั้นน่าจะถือเสมือนว่าไม่เคยมีอยู่เลย เนื่องจากผู้ร่วมกระทำผิดที่ได้รับความคุ้มกัน ไม่ได้ก่อประโยชน์สาธารณะกับความมุ่งหมายของการได้รับความคุ้มกัน

จากข้อพิจารณาทั้งหลายจึงเห็นว่า การกำหนดให้มีการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ร่วมกระทำความคิดเพื่อกันเขาไว้เป็นพยานนั้น ควรมีข้อกำหนดดังนี้

“ในกรณีที่ข้อมูลข่าวสาร คำให้การหรือคำเบิกความของบุคคลใด อาจมีประโยชน์ต่อการดำเนินคดี หรือการพิจารณาคดีของหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญาหรือศาล หากบุคคลนั้นปฏิเสธหรือน่าจะปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การหรือเบิกความ โดยอ้างสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา พนักงานอัยการผู้รับผิดชอบคดีอาจยื่นร้องขอต่อศาลชั้นต้นที่คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจ เพื่อดำเนินการให้มีการพิจารณาอนุมัติให้ความคุ้มครองแก่บุคคลนั้น โดยข้อมูลข่าวสาร คำเบิกความหรือคำให้การของเขา ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมไม่อาจนำมาดำเนินคดีอาญาใด ๆ ได้ เว้นแต่ความผิดฐานให้การเท็จ หรือเบิกความเท็จ” และ

“เมื่อศาลชั้นต้นรับคำร้องขอแล้ว ให้รีบเสนอคำร้องดังกล่าวต่ออธิบดีศาลอาญา เพื่อพิจารณาอนุมัติ” และ

“ในกรณีที่บุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองไม่ยอมให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การเบิกความอันเป็นเท็จ พนักงานอัยการที่คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจอาจร้องขอให้เพิกถอนความคุ้มครองนั้นได้ การดำเนินการและการอนุมัติคำร้องขอเพิกถอนความคุ้มครองให้เป็นไปอย่างเดียวกันกับการร้องขอความคุ้มครอง” และ

“ความคุ้มครองใดถูกเพิกถอน ให้ถือเสมือนว่าไม่เคยมีความคุ้มครองนั้นอยู่เลย”

โดยที่ใน ข้อ 26 ของอนุสัญญา กำหนดวิธีการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข่าวหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมีวิธีการที่สำคัญสองวิธี คือ วิธีลดหย่อนโทษให้แก่ผู้ร่วมกระทำความคิดที่ให้ข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนหรือการพิจารณาคดี กับวิธีกันผู้ร่วมกระทำความคิดที่ให้ข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนหรือการพิจารณาคดีจากการฟ้องคดี หรือการเรียกว่าวิธีลดหย่อนโทษกับวิธีกันผู้ร่วมกระทำความคิดไว้เป็นพยาน ดังจะแยกอธิบายดังนี้

1) การลดหย่อนโทษที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้นอาจกระทำได้โดย

ก) การลดหย่อนโทษโดยฝ่ายตุลาการ

ข) การลดหย่อนโทษโดยฝ่ายบริหาร อาจทำได้โดย

ก. ทำการต่อรองคำรับสารภาพ

ข. ให้อภัยโทษโดยประมุขของรัฐ

### ค) ลดหย่อนโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้เห็นว่า การลดหย่อนโทษโดยการกระทำการต่อรองคำรับสารภาพ มีผลในการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมากที่สุด เนื่องจากเป็นวิธีที่ทำให้ผู้กระทำความผิดที่ประสงค์จะให้ความร่วมมือมีความไว้วางใจ และมั่นใจในการให้ความร่วมมือมากที่สุด และสามารถทำได้ในขั้นตอนของการดำเนินคดี อันจะเป็นผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญามีเวลาในการไต่ตรองเชื่อมโยงพยานหลักฐานได้อย่างเหมาะสมก่อนฟ้องคดี

### 2) การกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน อาจทำได้โดย

#### ก. ให้ความคุ้มกัน

#### ข. ยกเว้นจากการฟ้องคดี

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้เห็นว่า การกันผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยานโดยการให้ความคุ้มกันนั้น มีผลในการส่งเสริมให้ผู้ร่วมกระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารสำหรับให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมากกว่าการยกเว้นจากการฟ้องคดี เนื่องจากเป็นวิธีที่ทำให้ผู้ที่ประสงค์จะให้ความร่วมมือ เกิดความไว้วางใจและมั่นใจในการให้ความร่วมมือมากกว่าการยกเว้นจากการฟ้องคดี และสามารถทำได้ในขั้นตอน ๆ ของการดำเนินคดี อันจะเป็นผลเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญามีเวลาในการไต่ตรอง เชื่อมโยงพยานหลักฐานได้อย่างเหมาะสมก่อนฟ้องคดี

จากการศึกษา หลักการพื้นฐานต่าง ๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของต่างประเทศ และพัฒนาการของการใช้มาตรการดังกล่าว ตลอดจนเนื้อหาของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการดังกล่าวของประเทศต่าง ๆ เพื่อตรวจสอบว่าหลักการพื้นฐานของกฎหมายไทยสามารถรองรับมาตรการดังกล่าวได้หรือไม่แล้วเห็นว่า หลักการพื้นฐานของกฎหมายไทยสามารถรองรับมาตรการดังกล่าวได้ และสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้อยู่แล้ว แต่ยังไม่มีการใช้มาตรการดังกล่าวอย่างเหมาะสมจึงสมควรปรับปรุงให้เหมาะสม ดังนี้

1) การต่อรองคำรับสารภาพ สมควรให้มีบทบัญญัติดังต่อไปนี้ไว้ในกฎหมายที่อาจต้องมีขึ้น หากต้องอนุวัติการตามอนุสัญญาฯ

#### ก. เกี่ยวกับผู้เสียหายควรให้มีบทบัญญัติ ดังนี้

“มาตรา... ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องในคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้” หรือ

“มาตรา... พนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอให้ศาลระงับการดำเนินคดีของผู้เสียหายได้ หากการดำเนินคดีของผู้เสียหายจะทำให้คดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่อยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานอัยการเสียหาย”

ข. นิยามศัพท์การต่อรองคำรับสารภาพ ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... การต่อรองคำรับสารภาพหมายถึง ข้อตกลงระหว่างพนักงานอัยการกับผู้ต้องหาหรือจำเลยเกี่ยวกับเนื้อหาในคำฟ้องหรือการลงโทษ หรือประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา หรือกระบวนการพิจารณาความอาญาอื่นรวมถึงการสอบสวน โดยการแลกเปลี่ยนระหว่างความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเท็จจริงตามฟ้องในการพิจารณาของศาลกับการบรรจุเงื่อนไขที่แน่นอนที่กำหนดไว้ในข้อตกลง” หรือ

“มาตรา... การต่อรองคำรับสารภาพหมายถึง การแลกเปลี่ยนระหว่างคำรับสารภาพตลอดข้อหา หรือคำรับสารภาพในข้อหาที่ถูกฟ้อง หรือคำรับสารภาพในข้อหาที่เบากว่า หรือข้อหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมของพนักงานอัยการในการทำสิ่งหนึ่งสิ่งใด ดังต่อไปนี้

1. การถอนฟ้องข้อหาอื่น ๆ
2. ทำความเห็น หรือตกลงว่าจะไม่คัดค้านคำขอของจำเลยที่มีขึ้น เพื่อให้มีคำพิพากษาเป็นพิเศษเฉพาะคดี ความเห็นของพนักงานอัยการหรือคำขอของจำเลยไม่ผูกมัดศาลในการพิจารณาคดี
3. ตกลงกับผู้ต้องหาหรือจำเลยว่าการมีคำพิพากษาเฉพาะคดีเป็นสิ่งที่เหมาะสม”

ค. เวลาในการต่อรองคำรับสารภาพ ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... การต่อรองคำรับสารภาพอาจทำได้ก่อนมีการฟ้องคดีหรือในชั้นใด ๆ ของการพิจารณา

ง. การกำหนดขอบเขตของการต่อรองคำรับสารภาพ ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... ให้พนักงานอัยการอาจเข้าทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ หากเป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ” หรือ

“มาตรา... ให้พนักงานอัยการอาจเข้าทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพหากผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ความร่วมมือที่สำคัญต่อการดำเนินคดี”

จ. การต่อรองคำรับสารภาพในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... ในคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาหรือจำเลยมากกว่าหนึ่งคน พนักงานอัยการต้องแน่ใจก่อนที่จะเข้าทำการต่อรองคำรับสารภาพว่า ข้อตกลงที่เสนอแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เข้าทำการตกลงที่จะทำขึ้นนั้น จะต้องไม่ขาดความเหมาะสมหรือโดยเนื้อหาแล้วไม่ได้ส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับส่วนของผู้ต้องหาหรือจำเลยอื่นที่ร่วมในเหตุการณ์ กระทำผิดอาญาเดียวกัน”

ฉ. การตรวจสอบการต่อรองคำรับสารภาพ ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพก็ได้” หรือ

“มาตรา... ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพ หากข้อตกลงนั้นไม่เป็นไปตามประโยชน์สาธารณะ” หรือ

“มาตรา... ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพหากเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้ให้ความร่วมมือสำคัญต่อการดำเนินคดี”

ช. หลักเกณฑ์การทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... การเจรจาต่อรองเพื่อทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องมีทนาย หากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนาย ให้พนักงานอัยการร้องขอต่อศาลให้จัดหาทนายให้” และ

“มาตรา... ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพต้องทำเป็นหนังสือ” และ

“มาตรา... ก่อนจะมีการลงชื่อในข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ พนักงานอัยการต้องอธิบายเนื้อหาของข้อตกลงและความหมายให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยและทนายฟัง”

ซ. การคุ้มครองผู้ต้องหาโดยศาล ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... พนักงานอัยการต้องชี้แจงพื้นฐานของข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพต่อศาล และศาลมีอำนาจในการไต่สวนเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพดังกล่าว” และ

“มาตรา... ให้ศาลปฏิเสธข้อตกลงของการต่อรองคำรับ  
 สารภาพ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพนั้นไม่ได้มาจากความ  
 สมัคใจหรือความรู้สำนึกถึงผลในการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลย”

ฉ. ข้อผูกมัดของข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ ควรให้มีบทบัญญัติ  
 ดังนี้

“มาตรา... หากศาลไม่ปฏิเสธข้อตกลงการต่อรองคำรับ  
 สารภาพ ข้อตกลงนั้นผูกมัดศาลในการพิจารณาคดีตัดสินคดี และศาลมีอำนาจพิพากษาไปตาม  
 ข้อตกลงนั้น” และ

“มาตรา... ผู้ต้องหาหรือจำเลยอาจถอนข้อตกลงการต่อรองคำ  
 รับสารภาพ เมื่อใดก่อนศาลจะยอมรับข้อตกลงนั้นก็ได้” และ

“มาตรา... พนักงานอัยการอาจถอนข้อตกลงการต่อรองคำรับ  
 สารภาพ เมื่อใดก่อนศาลจะยอมรับข้อตกลงก็ได้ แต่การถอนข้อตกลงนั้นพนักงานอัยการต้อง  
 ได้รับความเห็นชอบจากอัยการสูงสุดก่อน”

ญ. ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพยกเลิก ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นอันยกเลิก

หาก

1. ศาลปฏิเสธข้อตกลงนั้น

2. ผู้ต้องหาหรือจำเลยถอนข้อตกลงก่อนศาลจะ

ยอมรับ

3. พนักงานอัยการถอนข้อตกลงก่อนศาลจะยอมรับ”

ฎ. ผลของการยกเลิกข้อตกลง ควรให้มีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา... ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพที่เป็นอันยกเลิก  
 ศาล พนักงานอัยการ ผู้ต้องหาหรือจำเลย ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อตกลงอีกต่อไป พนักงาน  
 อัยการจะแก้ไขเพิ่มเติมฟ้องหรือถอนฟ้อง เพื่อฟ้องคดีใหม่ตามพยานหลักฐานที่มีอยู่ก็ได้” และ

“มาตรา... ในกรณีที่ข้อตกลงการต่อรองคำรับสารภาพเป็นอัน  
 ยกเลิก บรรดาเอกสารทั้งหลายเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพ ได้แก่ เอกสารข้อตกลงการ  
 ต่อรองคำรับสารภาพ เอกสารแลกเปลี่ยนระหว่างพนักงานอัยการกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในการ  
 ทำข้อตกลงต่อรองคำรับสารภาพ คำร้อง คำแถลง คำเบิกความ ที่เกี่ยวกับการต่อรองคำรับ

สารภาพหรือเอกสารอื่นใดที่สร้างขึ้นเพื่อการต่อรองคำรับสารภาพ ไม่อาจยกขึ้นอ้างในการเป็นโทษแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ว่าจะทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางอื่นใด”

2) การให้ความคุ้มกัน สมควรมีบทบัญญัติดังต่อไปนี้ไว้ในกฎหมายที่อาจต้องมีขึ้น หากต้องอนุวัติการตามอนุสัญญา

“มาตรา... ในกรณีที่ข้อมูลข่าวสาร คำให้การ คำเบิกความของบุคคลใด อาจมีประโยชน์ต่อการดำเนินคดีหรือการพิจารณาคดีของหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาหรือศาล หากบุคคลนั้นปฏิเสธหรือน่าจะปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การเบิกความ โดยอ้างสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญา พนักงานอัยการที่คดีอยู่ในเขตอำนาจ อาจร้องขอต่อศาลชั้นต้นที่คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจ เพื่อดำเนินการให้มีการพิจารณาอนุมัติให้ความคุ้มกันแก่บุคคลนั้น โดยข้อมูลข่าวสาร คำให้การ คำเบิกความของเขาไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่อาจนำมาดำเนินคดีใด ๆ ได้ เว้นแต่ความผิดฐานให้การเท็จหรือเบิกความเท็จ” และ

“มาตรา... เมื่อศาลชั้นต้นรับคำร้องแล้ว ให้รีบเสนอคำร้องดังกล่าวต่ออธิบดีศาลอาญาเพื่ออนุมัติ” และ

“มาตรา... ในกรณีที่บุคคลผู้ได้รับความคุ้มกันไม่ยอมให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การเบิกความ หรือให้ข้อมูลข่าวสาร ให้การเบิกความอันเป็นเท็จ พนักงานอัยการที่คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจอาจร้องขอให้เพิกถอนความคุ้มกันนั้นได้ การดำเนินการและการอนุมัติคำร้องขอเพิกถอนความคุ้มกันให้เป็นไปอย่างเดียวกันกับการร้องขอความคุ้มกัน” และ

“มาตรา... ความคุ้มกันใดถูกเพิกถอน ให้ถือเสมือนว่าไม่เคยมีความคุ้มกันนั้นอยู่เลย”

มาตรการต่อรองคำรับสารภาพ และการให้ความคุ้มกันจะมีผลในการส่งเสริมให้ผู้ร่วมกระทำความผิดให้ข้อมูลข่าวสารหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ก็ต่อเมื่อมีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ ใน Travaux preparatoires นั้น ชี้ให้เห็นว่ารัฐภาคีไม่เพียงแต่ต้องมีการวางข้อกำหนดให้มีมาตรการตามข้อ 26 ของอนุสัญญา ไว้ในกฎหมายเท่านั้น แต่ต้องมีการใช้จริง การใช้ให้มีผลจริงจึงนั้น ต้องมีการปฏิบัติโดยสม่ำเสมอ ดังนั้น หากมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการต่อรองคำรับสารภาพและการให้ความคุ้มกันไว้ในกฎหมายแล้วควรมีการใช้งานอย่างสม่ำเสมอ สำหรับการต่อรองคำรับสารภาพนั้น นอกจากจะต้องมีการปฏิบัติโดยการต่อรองคำรับสารภาพอย่างสม่ำเสมอแล้ว ยังต้องมีการลดหย่อนโทษอย่างสม่ำเสมอด้วย มาตรการดังกล่าวจึงจะได้ผลจริงจิ่ง ในสหรัฐอเมริกาข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยการต่อรองฟ้อง (Charge Bargaining) มักได้รับการยอมรับปฏิบัติจากศาลอย่างสม่ำเสมอ ส่วนการต่อรองคำพิพากษา (Sentence Bargaining)

มักถูกศาลปฏิเสธอย่างสม่ำเสมอเช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากบทบาทในการฟ้องคดีเป็นบทบาทของพนักงานอัยการ ศาล มักไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ ส่วนบทบาทในการตัดสินคดีเป็นของศาล ศาลมักไม่ยินยอมให้ข้อตกลงของการต่อรองคำรับสารภาพก้าวล่วงเช่นกัน