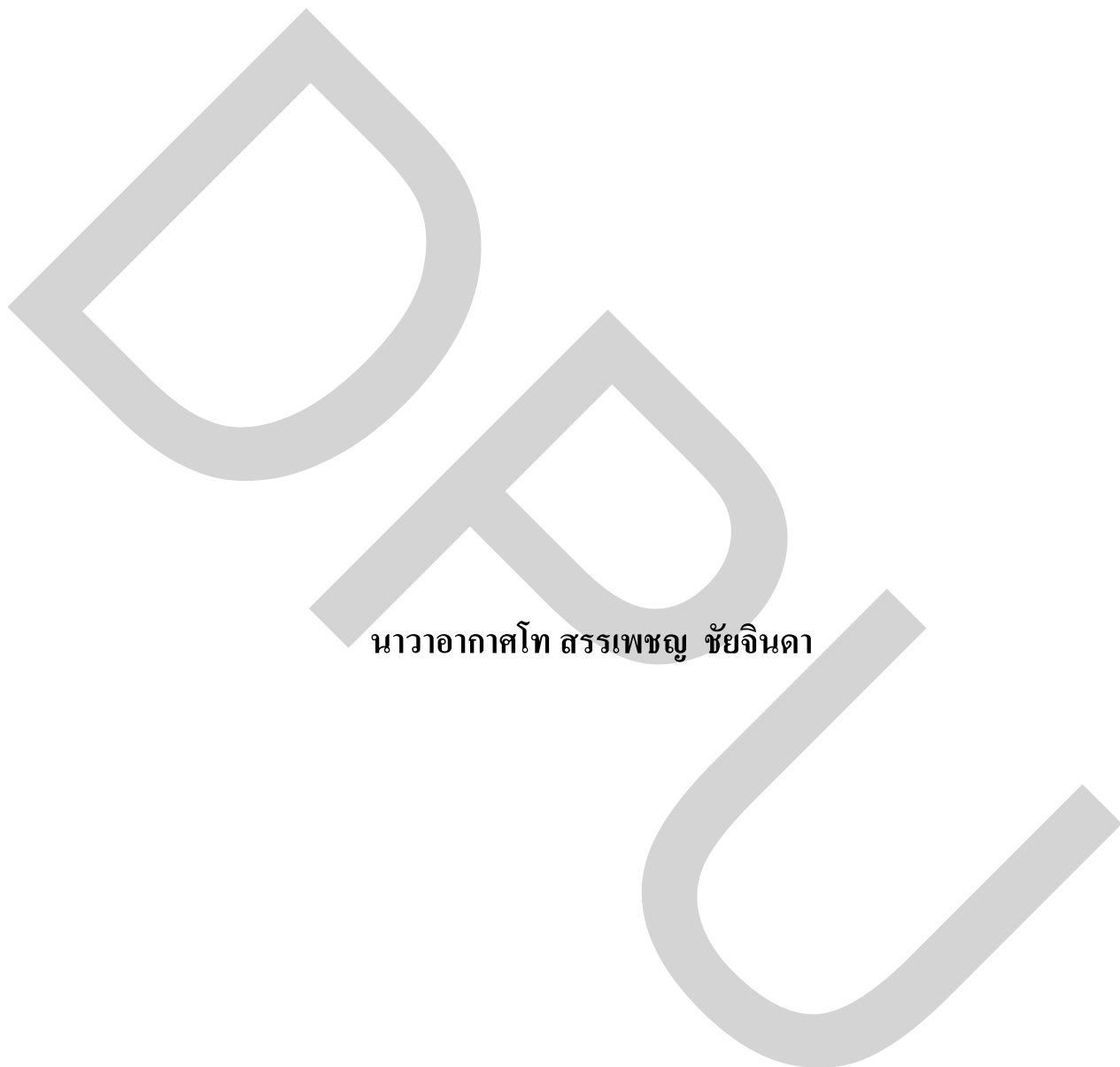


สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีที่อยู่ในอำนาจ
ของศาลทหาร



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ.2550

**THE RIGHT TO HAVE A COUNSEL OF ACCUSED IN CASE
UNDER MILITARY COURT**

Wing Commander Sunphet Chaijinda

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakijpundit University

2007

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร
ชื่อผู้เขียน	นาวาอากาศโท สรรเพชญ์ ชัยจินดา
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ.ดร.วิระ โลจายะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2549

บทคัดย่อ

ปัจจุบันแนวความคิดด้านสิทธิและเสรีภาพของประเทศไทยมีความก้าวหน้า และถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาให้ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ ซึ่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวนี้ ได้คุ้มครองถึงผู้ต้องหาและจำเลยในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารเช่นกัน ถึงแม้ศาลทหารจะเป็นศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะบุคคลในอำนาจศาลทหารก็ตาม แต่ศาลทหารก็ต้องมีการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในศาลทหารเช่นเดียวกับในศาลยุติธรรม แต่ปรากฏว่าศาลทหารกลับมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารแตกต่างไปจากศาลยุติธรรม

วิทยานิพนธ์จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยในศาลทหารในเรื่องสิทธิการมีทนายความว่าได้รับการคุ้มครองจากรัฐเพียงใด เมื่อเปรียบเทียบกับจำเลยในศาลของพลเรือน โดยวิเคราะห์จากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่า จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองจากรัฐในเรื่องสิทธิการมีทนายความน้อยกว่าจำเลยในศาลพลเรือน โดยได้มีการเสนอแนะให้แก่ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารทั้งหมดให้สอดคล้องกับหลักการสากลและเท่าเทียมกับการได้รับความคุ้มครองของจำเลยในศาลพลเรือน เช่น ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความโดยคำนึงถึงอัตราโทษและการสืบพยานลับหลังจำเลย รวมไปถึงการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารประเภทศาลอาญาศึก นอกจากนี้ในวิทยานิพนธ์นี้ยังพบว่านายทหารในปัจจุบันมีปัญหาและข้อขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่ คือ ปัญหาเรื่องการควบคุมมรรยาทนายทหาร, อัตราค่าตอบแทนการว่าความและมาตรฐานวิชาชีพของนายทหาร

Thesis Title	The Right to have counsel of accused in case under military court
Author	Wing Commander Sunphet Chaijinda
Thesis Advisor	Assoc.Prof. Weera Lojaya
Department	Law
Academic Year	2006

Abstract

Since first introduced the concept of human rights and liberty in Thailand has advanced significantly and is deemed essential to be protected e.g. the right of an accused to protection on criminal cases and to aids with counseling from the government. The said right to legal protection should also be applied to the conduct of cases even though the accused are subject to military law i.e. the military law is to protect the right of the said accused. However, the provision of Act of Military Justice to right for protection is different from the Court of Justice.

It is an objective of this thesis to study the protection of the accused under the military court to what extent that they have the right to counseling provided by government compared to the accused under the Court of Justice by analyzing all the law concerned.

The results that the accused subject to military law are provided with less counseling right those whose case is conducted in the Court of Justice. The research suggests that the provision in Act of Military Justice with regard to the right to counseling needs adjustment to correspond to international measures and to match the right of the accused to protection e.g. the right to counseling in consideration of rate of penalty and taking evidence in absentia as well as the protection of the right to counseling of the accused under Field General Court-Martial, the military Court. In addition, the study found that the military counsel is currently having problems and difficulties during conducting a case namely control of military counsel manner, payment of conducting a case and professional standard of military counsel.

กิตติกรรมประกาศ

งานวิทยานิพนธ์ครั้งนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาจากหลายท่าน ซึ่งผู้เขียนมีความซาบซึ้งอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รศ.ดร. วีระ โลจายะ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษา แนะนำแนวทางการศึกษารวมทั้งข้อคิดเห็นในประเด็นข้อกฎหมายต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ต่องานวิทยานิพนธ์เป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ประธานกรรมการ พล.ต.ดร.วิริยะ คชเสนี และ ศ.(พิเศษ) จริญญา ภักดีชนากุล กรรมการ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านในการชี้แนะให้คำปรึกษาและให้ความช่วยเหลือในการตรวจตราวิทยานิพนธ์จนสำเร็จเรียบร้อยด้วยดี นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของกรมพระบรมมถุญ กระทรวงกลาโหมทุกท่าน ที่กรุณาสละเวลาให้คำปรึกษาแนะนำ และช่วยเหลือ ค้นหา รวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งผู้ทรงคุณวุฒิอีกหลายท่านที่กรุณาช่วยเหลือจนทำให้วิทยานิพนธ์สำเร็จลงได้

ในท้ายที่สุดที่สำคัญ ขอกราบขอบพระคุณ นางสุภา ชัยจินดา มารดาของผู้เขียน และโรงเรียนนายเรืออากาศ ที่ได้ให้อากาศที่ดีมาโดยตลอด ขอขอบคุณพี่ๆ และเพื่อนๆ ทุกคนที่เป็นกำลังใจเป็นอย่างดีที่สุด ทำให้ผู้เขียนมีกำลังใจและพลังในการสร้างอนาคตได้เป็นอย่างดี

นาวาอากาศโท สรรเพชญ์ ชัยจินดา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	5
1.3 สมมติฐานการวิจัย	5
1.4 ขอบเขตการวิจัย	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	6
1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย	6
2. แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ	7
2.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ	8
2.2 แนวคิดและทฤษฎีในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	12
2.3 สิทธิการมีทนายความในฐานะเป็นสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	18
2.4 สิทธิการมีทนายความในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ	21
2.5 สิทธิการมีทนายความตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	24
2.6 บทบาทตามกฎหมายของทนายความ	29
2.7 ระบบการที่รัฐจัดหาทนายความให้จำเลย	34
3. กระบวนการยุติธรรมทหารและสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร	
เปรียบเทียบศาลยุติธรรม	38
3.1 กระบวนการยุติธรรมทหารและสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร	38
3.2 กระบวนการยุติธรรมและสิทธิการมีทนายความในศาลยุติธรรม	76
3.3 สิทธิการมีทนายความในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา	88
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหาร	
กับศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	97
4.1 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความโดยคำนึงถึงอัตราโทษ	97

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการสืบพยานลับหลังจำเลย	101
4.3 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในศาลอาญาศึก	104
4.4 การจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในศาลทหารเปรียบเทียบกับศาลยุติธรรม	107
4.5 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวน	108
4.6 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร	110
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	113
5.1 สรุป	113
5.2 ข้อเสนอแนะ	115
บรรณานุกรม	119
ภาคผนวก	123
ประวัติผู้เขียน	154

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติเรื่องการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ โดยเฉพาะในด้านการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ในฐานะเป็นจำเลยนั้นเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องคำนึงถึงเป็นประการสำคัญในเบื้องต้น โดยจะต้องถือหลักความเสมอภาคทางกฎหมายและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน...” แต่ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ถูกยกเลิกไปแล้วตามประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว มาตรา 3 บัญญัติรับรองสิทธิของชนชาวไทยที่เคยได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกไว้แล้วเช่นกันในมาตราดังกล่าว ซึ่งตามหลักรัฐธรรมนูญนี้ องค์กรต่างๆ ของรัฐจึงจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

ทหารเป็นพลเมืองของรัฐที่จะต้องอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลอื่นภายในรัฐ แต่เนื่องจากทหารมีหน้าที่จะต้องใช้กำลังอาวุธในการป้องกันราชอาณาจักร ทหารจึงต้องอยู่ในวินัยและระเบียบแบบแผนของทหาร การกระทำบางอย่างที่รัฐเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยไม่สำคัญ เช่น บุคคลกระทำผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาของข้าราชการพลเรือน ซึ่งตามกฎหมายอาญาฝ่ายพลเรือน ถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อยฐานลหุโทษเท่านั้น แต่ถ้าทหารกระทำผิดฐานทำร้ายผู้บังคับบัญชาหรือฐานขัดขืนหรือละเลยไม่กระทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาทาง ทหาร ถือว่าเป็นความผิดอย่างร้ายแรงเพราะกระทบกระเทือนต่อการบังคับบัญชา และในส่วนของทหารจะมีบทบัญญัติในเรื่องความผิดพิเศษเพิ่มขึ้นและจะมีโทษที่หนักยิ่งกว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นพลเรือนทั่วไป อาทิเช่น การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาถือว่าได้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร ซึ่งมีการระวางโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต หรือทหารผู้ใดใช้กำลัง

ประทุษร้ายด้วยกำลังกายแก่ผู้ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาต้องระวางโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต เป็นต้น โดยเหตุที่ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่รับผิดชอบให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีระเบียบวินัย ผู้บังคับบัญชาจึงมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องรับรู้ในการที่ทหารกระทำผิด ทั้งยังมีอำนาจลงทัณฑ์ จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการยุติธรรมทหารขึ้นไว้เป็นส่วนหนึ่งต่างหาก ภายใต้กฎหมายทหารที่เป็นหลัก 4 ฉบับ คือ

1. ประมวลกฎหมายอาญาทหาร
2. พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ.2457
3. พระราชบัญญัติวินัยทหาร พ.ศ.2476
4. พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498

ศาลทหารเป็นศาลที่มีอยู่ในกองทัพไทยมาช้านาน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายเก่าแก่ของไทย ที่วางระเบียบการตัดสินใจลงโทษทหารซึ่งเป็นต้นเค้าของกิจการศาลทหาร ได้แก่ กฎหมายตราสามดวงลักษณะขบถศึก เป็นส่วนหนึ่งของบรรดาพระราชกำหนดกฎหมายที่ได้ชำระสะสางตามพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก เมื่อ พ.ศ.2327 กฎหมายฉบับนี้ได้วางระเบียบการลงโทษทหารที่ขบถในที่รบไว้ โดยกำหนดว่าผู้บังคับบัญชาลงโทษเองได้ชั้นใดต้องนำตัวส่ง “นายกองยุกระบัตร์เกียกกาย” เพื่อพิจารณาลงโทษ คำว่า “นายกอง” หมายถึงผู้บังคับบัญชาของจำเลย “ยุกระบัตร์” คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายและ “เกียกกาย” คือ เจ้าหน้าที่ต้อนทหารเข้ารบ ทั้งสามนายนี้เป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาแต่ยังไม่มีการแยกศาลอย่างเด่นชัดจนกระทั่ง พ.ศ.2434 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น โดยรวบรวมศาลซึ่งกระจัดกระจายสังกัดในกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ เข้ามาสังกัดกระทรวงยุติธรรมจนหมดสิ้นทุกศาลใน พ.ศ.2439 คงยกเว้นแต่เพียงศาลทหารซึ่งยังคงสังกัดกระทรวงกลาโหม ในประเทศไทยจึงแบ่งได้เป็นศาลกระทรวงยุติธรรมกับศาลทหารนับตั้งแต่นั้นมา ศาลทหารจึงเป็นศาลที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างกับศาลทั่วไป ที่สังกัดกระทรวงยุติธรรม เนื่องจากทหารนั้นแม้ว่าจะเป็นประชาชน แต่เป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นบุคคลที่มีหน้าที่ใช้อาวุธ เพื่อปกป้องชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ ผู้บังคับบัญชาทหารจึงต้องควบคุม ดูแล ตลอดจนทำการกวัดขັນวินัยของทหารโดยใกล้ชิด เมื่อทหารกระทำผิดวินัย ผู้บังคับบัญชาจึงต้องเข้าเกี่ยวข้องด้วย การเข้ามามีส่วนในการพิจารณาลงทัณฑ์ แต่ถ้ามองการกระทำผิดนั้นเป็นความผิดทางอาญาที่ไม่อาจใช้วิธีลงทัณฑ์ได้หรือเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ของทหาร ทหารจึงสมควรจะได้รับโทษแตกต่างจากพลเรือน จำเป็นจะต้องใช้วิธีการทางศาลทหารเพื่อพิจารณาพิพากษาลงโทษ

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า เหตุที่มีความจำเป็นที่จะต้องศาลทหาร มี 2 ประการ คือ

- 1) การที่ทหารกระทำผิดอาญาถือว่าการกระทำผิดวินัยทหารด้วย ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีหน้าที่ในการปกครองบังคับบัญชาให้อยู่ในระเบียบวินัยจึงต้องเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณา

พิพากษาคดีดังกล่าว เพื่อจะได้ทราบถึงสาเหตุของการกระทำผิดและนำไปใช้แก้ไขในการปกครอง บังคับบัญชาทหารให้มีระเบียบวินัยยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้ทหารในปกครองบังคับบัญชาจะได้ไม่ กระทำผิดขึ้นอีกหรือกระทำผิดน้อยลง

2) การพิจารณาพิพากษาคดีที่ทหารกระทำผิดอาญา ไม่ควรพิจารณาคดีเหมือนกันใน ทุกสถานการณ์อย่างเช่น วิธีพิจารณาพิพากษาคดีของศาลพลเรือน แต่ควรเปลี่ยนแปลงไปตามความ เหมาะสมของสถานการณ์ จึงมีการกำหนดให้ศาลทหาร มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในเวลาไม่ ปกติ และในเวลาปกติ กล่าวคือ

(1) อำนาจศาลทหารในเวลาไม่ปกติ

ก. กรณีที่มีการปฏิบัติราชการในราชอาณาจักรในเวลาสงครามหรือเวลา ประกาศใช้กฎอัยการศึก ทหารมีภาระหน้าที่รักษาสถานการณ์ดังกล่าว ดังนั้น หากมีการกระทำผิด อาญา ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นทหาร หรือพลเรือนในเขตพื้นที่ที่ทหารกำลังปฏิบัติหน้าที่ย่อม เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายทหาร การพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เกิดขึ้นในเขต พื้นที่ดังกล่าว ควรกระทำในศาลที่ทหารสามารถเข้าร่วมการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ในกรณีนี้จะมี การแต่งตั้งศาลพลเรือน ทำหน้าที่เป็นศาลทหาร

ข. กรณีที่มีคำสั่งให้ทหารต้องปฏิบัติภารกิจหรือต้องไปปฏิบัติราชการนอก ราชอาณาจักร หากมีการกระทำผิดอาญาทำให้เกิดความไม่สะดวกและไม่เหมาะสมที่จะต้องส่งตัว ทหารที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรกลับมาพิจารณาพิพากษาคดีในศาลพลเรือนที่อยู่ใน ราชอาณาจักร ดังนั้น จึงมีการจัดตั้งศาลประจำหน่วยทหารขึ้น โดยกำหนดให้มีฐานะเป็นศาล ทหารชั้นต้น

(2) อำนาจศาลทหารในเวลาปกติ

ในกรณีอำนาจศาลทหารในเวลาปกตินั้น พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 13 บัญญัติว่า ศาลทหารมีอำนาจดังต่อไปนี้

ก. มีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิด ต่อกฎหมายทหาร หรือกฎหมายอื่นในทางอาญาในคดีที่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร ในขณะที่กระทำความผิด

ข. มีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ทหารที่ถูกดำเนินคดีตั้งแต่ชั้นสอบสวนจนถึงชั้นพิจารณาพิพากษาของศาลไม่ว่าจะเป็น ศาลพลเรือนหรือศาลทหารย่อมควรจะต้องได้รับสิทธิต่างๆ ในการดำเนินคดีเท่าเทียมกับพลเรือน ทั้งนี้ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ว่า บุคคลย่อม เสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และยังมีบัญญัติไว้ในมาตรา

64 ว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่นและ พนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับ บุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ

ในเรื่องสิทธิของทหารในระหว่างดำเนินคดีอาญานั้น ในกรณีที่ทหารถูกดำเนินคดีใน ศาลพลเรือน ก็อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา ถ้าเป็นกรณีของศาลทหารก็อยู่ ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ซึ่งมีบทบัญญัติในหลักใหญ่ ๆ เป็น แบบเดียวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เว้นแต่ที่มีบัญญัติโดยเฉพาะในกฎหมายของฝ่าย ทหารด้วยเหตุผลพิเศษ

สำหรับวิธีพิจารณาความในศาลทหาร ส่วนใหญ่คงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับใน ศาลพลเรือน ซึ่งโดยหลักกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับฝ่ายทหาร ก็ให้นำวิธีพิจารณาความของศาล พลเรือน คือ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าวิธีพิจารณาความอาญา มิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะในข้อใดก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมา ใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้

สำหรับในศาลทหารนั้น จำเลยซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารก็ย่อมควรจะมี สิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับจำเลยในศาลพลเรือนในฐานะพลเมืองของรัฐคนหนึ่งเช่นกัน แต่ ปรากฏว่าการพิจารณาคดีในศาลทหารกลับมีบทบัญญัติในการให้หลักประกันสิทธิการมีทนาย ความของจำเลยต่างจากในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยที่จำเลยในศาลทหารที่ ถูกดำเนินคดีในความผิดที่มีโทษประหารชีวิตจะได้รับการคุ้มครองจากรัฐในเรื่องสิทธิการมีทนาย ความที่แตกต่างจากจำเลยในศาลพลเรือน ส่วนในคดีที่มีโทษจำคุกก็มีความแตกต่างกันในการ ได้รับการคุ้มครองจากรัฐในการจัดหาทนายความ นอกจากนี้ในคดีที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีลงมา นั้นจำเลยในศาลทหารกลับไม่ได้รับความคุ้มครองจากรัฐในการจัดหาทนายความเพื่อต่อสู้คดี และ ปกป้องสิทธิของตนเองและยังรวมไปถึงการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในศาลทหารในกรณีที่มีการ สืบพยานลับหลังจำเลยนั้น ปรากฏว่าไม่มีการคุ้มครองสิทธิของจำเลยโดยให้จำเลยต้องมี ทนายความเพื่อต่อสู้คดีและปกป้องสิทธิของตนก่อนที่จะมีการสืบพยานลับหลังได้ เช่นเดียวกับ จำเลยในศาลของพลเรือนและยังรวมไปถึงการตัดสิทธิการให้จำเลยสามารถจะมีทนายความในศาล อาญาอีกอีกด้วย ซึ่งสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารก็มีใช้สิ่งที่รัฐจะสามารถจำกัดโดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ เพราะมิใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณที่รัฐจะสามารถจำกัดสิทธิบุคคลผู้เป็นทหารได้ตามมาตรา 64 แห่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จึงควรศึกษาว่าจำเลยในศาลทหารนั้นได้รับการช่วย เหลือและคุ้มครองจากรัฐเพื่อให้ความเสมอภาคและเป็นธรรมในการสู้คดี ตามสิทธิขั้นพื้นฐานที่

ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลพลเรือนอย่างเพียงพอหรือไม่ และควรจะแก้ไขอย่างไร การจัดหาทนายความให้กับจำเลยในศาลทหารนั้น รัฐจะจัดหาจากที่ใด ทนายความที่ตั้งให้กับจำเลยในศาลทหารปัจจุบันสามารถรองรับการใช้สิทธิของจำเลยในศาลทหารได้หรือไม่

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารในเรื่องสิทธิการมีทนายความว่าได้รับการคุ้มครองจากรัฐเพียงใด เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ต้องหาและจำเลยในศาลพลเรือน

1.2.2 เพื่อศึกษาและเสนอแนะแนวทางการพัฒนาในเรื่องสิทธิการมีทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในศาลทหารให้ได้รับความคุ้มครองจากรัฐเท่าเทียมกับผู้ต้องหาและจำเลยในศาลพลเรือน

1.2.3 เพื่อศึกษาว่ามีปัญหาและข้อขัดข้องประการใดบ้างในการตั้งทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในศาลทหาร รวมทั้งแนวทางในการแก้ไขกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

1.3 สมมติฐานการวิจัย

เนื่องจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ได้ให้ความคุ้มครองจำเลยในศาลทหารในเรื่องสิทธิการมีทนายความน้อยกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงจำเป็นต้องศึกษาว่าการตั้งทนายความให้แก่จำเลยในศาลทหารของรัฐจะสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลยได้อย่างเท่าเทียมกับจำเลยในศาลพลเรือนได้อย่างไร

1.4 ขอบเขตการวิจัย

1.4.1 ทำการศึกษาวิจัยถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยตามที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมถึงความจำเป็นของการมีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในกระบวนการยุติธรรม

1.4.2 ศึกษาเปรียบเทียบถึงการให้หลักประกันเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในศาลทหาร

1.4.3 ทำการศึกษาเกี่ยวกับการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในศาลทหาร

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ศึกษาวิจัยเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญของไทย พระราชบัญญัติ กฎระเบียบ ข้อบังคับในปัจจุบัน ประกอบกับตำรา หนังสือ บทความ วารสาร และตำราต่างประเทศ อีกทั้งเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ตามความเหมาะสม และใช้การสัมภาษณ์เจาะลึกเชิงคุณภาพจากนักกฎหมายเพื่อให้ทราบปัญหาข้อขัดข้องต่างๆ และหาหนทางแก้ไข

1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

- 1.6.1 ทำให้ศาลทหารสามารถอำนวยความสะดวกธรรมในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับทนายความให้แก่จำเลยได้อย่างเท่าเทียมกับจำเลยในศาลพลเรือน
- 1.6.2 ทำให้ปัญหาในสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารลดน้อยลง
- 1.6.3 เป็นแนวทางที่จะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ในเรื่องเกี่ยวกับการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยตามรัฐธรรมนูญต่อไป

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ

สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่พึงมี และได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน¹ ในการต่อสู้คดีโดยทั่วๆ ไป จำเลยจะไม่มีความรู้ทางกฎหมาย จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีผู้ช่วยเหลือยิ่งคดีร้ายแรงมากเท่าไรความจำเป็นในการมีทนายความยิ่งสูงขึ้นเป็นเงาตามตัว นอกจากนี้ผู้ต้องหาและจำเลยบางคนยังมีความบกพร่องทางกายอีก เป็นต้นว่า พิการ เป็นใบ้ หูหนวก ตาบอด บางคนมีความเจริญทางร่างกายไม่เต็มที่ โดยเป็นเด็ก หรือเป็นเยาวชน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้ย่อมมีความสามารถบกพร่องในการต่อสู้คดีจำเป็นต้องมีทนายความไว้คอยช่วยเหลือในการดำเนินคดีแทน² สิทธิการมีทนายความเป็นหัวใจสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดี เพราะเป็นการทำให้คู่กรณีได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม³ คู่กรณีไม่ว่าฝ่ายโจทก์หรือจำเลยไม่อาจเข้าใจกระบวนการพิจารณาได้ตลอด ฟ้องของโจทก์จะสมบูรณ์หรือไม่ พยานหลักฐานต่างๆ จะถูกต้องหรือไม่ การซักค้านคำพยานจะทำโดยวิธีใดให้ได้ผลประโยชน์แก่ฝ่ายตน เหล่านี้ล้วนแต่เป็นสิ่งที่เหนือความสามารถของประชาชนโดยทั่วๆ ไปจะเข้าใจได้ ดังนั้นขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาทั้งหมดจึงต้องได้รับการแนะนำและช่วยเหลือโดยทนายความ เพราะทนายความจะเข้าทำหน้าที่แทนตัวความที่แท้จริง และต้องทำหน้าที่นั้นให้ดีที่สุดเหมือนกับตัวความหรือดียิ่งกว่าตามชนิดหรือประเภทของอรรถคดีที่เกิดขึ้น หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดขึ้นหรือแก้ไขเรื่องที่เกิดขึ้นแล้ว ให้ร้ายกลายเป็นดี หรือบรรเทาผลร้ายให้น้อยลง จึงนับได้ว่าสิทธิการมีทนายความเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยผลคุณความยุติธรรมให้ตั้งมั่นอยู่ด้วยความสันติและเรียบร้อย โดยถือว่าสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งในการต่อสู้คดีซึ่งองค์กรของรัฐจะต้องให้ความคุ้มครอง เพราะฉะนั้นในการที่จะศึกษาว่าองค์กรของรัฐได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงประวัติความเป็นมาแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

¹มารุต บุณนาค. (2515) “สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา.” วารสารทนายความ 12. หน้า 5.

²คณิต ฅ นคร ก (2534). “ฐานะหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา.” วารสารอัยการ 4. หน้า 56.

³สัญญา ธรรมศักดิ์ และประภาส อวยชัย. (2522). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 33.

2.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

หลักประกันสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันพัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรปที่กล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ Magna Carta ในปี ค.ศ.1215 อันเป็นข้อเรียกร้องซึ่งเกิดมาจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์นที่มักจะเรียกเก็บภาษีตามใจชอบ ในปี ค.ศ.1689 รัฐสภาของอังกฤษได้ร่างเอกสารขึ้นฉบับหนึ่ง ชื่อว่า Bill of Right เพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน พัฒนาเรื่อยมาจนเกิดทฤษฎีสัญญาประชาคมและแนวความคิดแบบมนุษยนิยม แนวความคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อไปจนกระทั่งในศตวรรษที่ 18 ได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกา และในฝรั่งเศส จนกระทั่งถึงปัจจุบัน การจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.1.1 ประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพ ในปัจจุบันพัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนาง และกษัตริย์ให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกตน โดยการให้หลักประกันดังกล่าวมักจะกระทำในรูปของเอกสารต่าง ๆ ดังจะเห็นได้ใน ปี ค.ศ.1188 Cortes von Le'on ได้มีการประชุมกันของบรรดานักบวชและประชาชนชาวสเปนเพื่อให้การรับรองสิทธิของประชาชน โดยการรับรองสิทธิในการฟ้อง การรับรองสิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญ ๆ นอกจากนี้ยังต้องยอมรับการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์ข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ Magna Carta ในปี ค.ศ.1215 อันเป็นข้อเรียกร้องซึ่งเกิดมาจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์น เพราะพระเจ้าจอห์นมักจะเก็บภาษีตามใจชอบ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการรบพุ่งกัน พระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้ จึงต้องยอมประทับตราลงใน Magna Carta โดยมี สาระสำคัญประการหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ในมาตรา 39 ระบุไว้ว่า “อิสรชนไม่อาจจะถูกจับกุม คမ်းขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย⁴ ในปี ค.ศ.1628 สภาขุนนาง และสภาสามัญของประเทศอังกฤษ ได้ยื่นเอกสารร่วมกันต่อพระเจ้าชาร์ล ซึ่งถูกบังคับให้จ่ายยอมรับเอกสารนี้ เรียกว่า petition of Right ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ (1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใดๆ โดยปราศจากความยินยอมร่วมกันโดย

⁴บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่. หน้า 36.

พระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจำคุก หรือคุมขังไว้แต่จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยกฏอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอน และแสดงว่าเป็นโมฆะ⁵

ต่อมาในปี ค.ศ.1689 รัฐสภาของอังกฤษได้ร่างเอกสารขึ้นฉบับหนึ่งชื่อว่า Bill of Right ซึ่งพระเจ้าวิลเลียม และพระนางแมรี ได้ให้ความเห็นชอบ เอกสารฉบับนี้มีสาระสำคัญดังนี้ (1) อำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะระงับกฎหมาย หรือการใช้บังคับแห่งกฎหมายโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย (2) พระมหากษัตริย์จะเลิกกฎหมาย หรือเลิกการใช้บังคับแห่งกฎหมายก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน (3) พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเรียกเก็บเงินโดยรัฐสภาไม่อนุมัติในเวลาบ้านเมืองสงบเรียบร้อย (4) การเกณฑ์ และการดำรงไว้ซึ่งกองทหารประจำการ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมกระทำไม่ได้ (5) เสรีภาพในการพูดและการอภิปราย หรือการดำเนินการในรัฐสภาจะนำมาฟ้องร้อง หรือสอบสวนในศาลหรือในสถานที่อื่นใดนอกรัฐสภาไม่ได้ (6) การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องเป็นไปโดยเสรี⁶

ในศตวรรษที่ 16 และ 17 เกิดทฤษฎีสัญญาประชาคม (die Gesellschafts Vertragstheorien) และแนวความคิดแบบมนุษยนิยม (Humanismus) แนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อ John Milton ซึ่งได้เรียกรื่องสิทธิต่างๆ ต่อไปนี้ว่าเป็นสิทธิที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิต และร่างกาย กรรมสิทธิ์ เสรีภาพ เสรีภาพในทางศาสนา และในแนวความเชื่อ เสรีภาพในการพูด และเสรีภาพในหนังสือพิมพ์⁷

บุคคลที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพคือ John Lock (ค.ศ.1632-1704) โดย Lock ได้เขียนหนังสือ คือ “Two Treaties on civil Government” โดย Lock เห็นว่าชีวิต (Leben) เสรีภาพ (Freiheit) และกรรมสิทธิ์ (Eigentum) เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม

แนวความคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อไปโดยนักปรัชญาเช่น Benedict de Spinoza, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Thomas Christian Thomasius, Christian Wolff เป็นต้น

⁵ หุุด แสงอุทัย ก (2511). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. หน้า 134.

⁶ แหล่งเดิม. หน้า 135.

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 38.

ในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกา และในฝรั่งเศส โดยสหรัฐอเมริกาได้มีประกาศ Bill of Right เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 1776 ฝรั่งเศสได้มีประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองในช่วงของการปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 1789

2.1.2 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้น ถือกันว่าเป็นคุณค่าสูงสุด ซึ่งองค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรใช้อำนาจตุลาการจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง ซึ่งหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประการหนึ่งที่ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญคือ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้อย่างชัดเจน และในรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันแทบทุกฉบับจะมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.1.2.1 วิวัฒนาการของการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญไทย

เมื่อประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 แล้วได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก และได้มีการประกาศใช้ฉบับต่อๆ มาอีกหลายฉบับ จนกระทั่งฉบับปัจจุบันคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ซึ่งจะนำมากล่าวโดยสรุป ดังนี้

- 1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของชาวไทยไว้แต่อย่างใด
- 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของชาวไทยไว้ในหมวด 2 และมีเพียง 4 มาตรา คือ มาตรา 12-14
- 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 บัญญัติไว้ในหมวด 2 มาตรา 12-16
- 4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490 บัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 21-25
- 5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 บัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 26-53
- 6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ

และหน้าที่ของชนชาวไทย

7) พระธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย

8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 บัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 24-25

9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บัญญัติไว้ในหมวด 1 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งในด้านสิทธิและเสรีภาพในทางลบ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐมิให้กระทำการก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจ และสิทธิเสรีภาพในทางบวก ซึ่งบัญญัติถึงหน้าที่ของรัฐในการให้บริการแก่ประชาชนให้มีคุณภาพชีวิตที่สูงขึ้น

10) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 บัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 22-45

11) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 24-48 ฉ.

12) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 26-65 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพไว้อย่างชัดเจน มีสาระสำคัญครบถ้วนเฉกเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอารยะทั้งหลาย

13) จากวิวัฒนาการของการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญไทย จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไทยเกือบทุกฉบับได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้จนกระทั่งถึงฉบับปัจจุบัน ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดฉบับหนึ่ง

2.1.2.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

มนุษย์ทุกคนเกิดมามีสิทธิและเสรีภาพติดตัวมาตั้งแต่เกิดซึ่งเรียกว่า “สิทธิมนุษยชน” เป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน สิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะละเมิดสิทธินั้นไม่ได้ และกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดได้ให้การรับรองสิทธินั้นๆ นอกจากนั้นมนุษย์ทุกคนยังมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลอื่นซึ่งเรียกว่า “เสรีภาพ”

1) ความหมายของ “สิทธิ” ตามรัฐธรรมนูญ

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งสิทธิจึงก่อให้เกิด

หน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย⁸

“สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้นถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน”

(das subjective oeffentliehe Recht) หมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในสิทธิในขอบเขตสิทธิของตน ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสำคัญระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐและสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิ่งที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติ

2) ความหมายของ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญ

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน⁹

สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ทุกคน มีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มีผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน (Sovereign) คนใด หรือคณะใด มีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน¹⁰

2.2 แนวคิดและทฤษฎีในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) กล่าวคือ ไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่บางกรณีก็บัญญัติไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ ในภายหลังได้เฉพาะแต่สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม หรือในทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างสมบูรณ์¹¹

⁸วรพจน์ วิศรุตพิชญ ก (2538). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 21.

⁹แหล่งเดิม. หน้า 22.

¹⁰วรพจน์ วิศรุตพิชญ ข (2540). “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม.” วารสารกฎหมาย, เล่ม 17. หน้า 14.

¹¹แหล่งเดิม. หน้า 20.

2.2.1 เหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพตามที่กฎหมายบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองไว้ และมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามความประสงค์ของตนได้ แต่เสรีภาพดังกล่าวก็อาจถูกจำกัดได้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ และเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กล่าวคือ

2.2.1.1 เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น

เพื่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุผล ประการสำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ “สิทธิของบุคคลอื่น” ทำให้เกิดความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ในการพิจารณาถึง “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงจำเป็นที่จะต้องย้อนกลับไปพิจารณามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิม ตามทัศนะของ John Lock เห็นว่ามนุษย์ตามสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมนั้น เป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์มนุษย์สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติ นอกจากนี้ในสภาวะธรรมชาตินั้น มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันนั้น ก่อให้เกิดผลว่า ไม่มีบุคคลใดที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างเป็นอิสระและเท่าเทียมกัน หรืออาจจะกล่าวได้ว่า เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพอันเท่าเทียมกัน สำหรับทุกๆ คน เสรีภาพของบุคคลหนึ่งย่อมมีข้อจำกัดอยู่ที่เสรีภาพของบุคคลอื่นๆ

การจำกัดสิทธิของบุคคลอื่นอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีนี้จึงกล่าวได้ว่าเป็น “สิทธิของบุคคลอื่น” ซึ่งเป็นความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ถ้าหากปราศจากการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ดี ในกรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ¹²

ตัวอย่างของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยเหตุผลเพื่อการคุ้มครอง “สิทธิของบุคคลอื่น” ตามรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ.2540 เช่น

มาตรา 39 “บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ...เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น...”

¹²วรพจน์ วิศวพิชญ. แหล่งเดิม. หน้า 20.

มาตรา 58 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูล หรือข่าวสารสาธารณะใน
ครอบครองของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่
การเปิดเผยนั้นจะกระทำต่อ...ส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น...”

2.2.1.2 เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ

1) การดำรงอยู่ของรัฐ

รากฐานของการทำหน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยของรัฐ ถือว่าเป็น
พื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคม ความมั่นคงของ
รัฐเป็นผลมาจากการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้นตาม
แนวความคิดของนักกฎหมายธรรมชาติ ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐ และความสามารถทำ
ภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลได้

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีพื้นฐานมาจากการที่รัฐมีหน้าที่ในการ
ป้องกันประเทศจากการรุกรานจากภายนอกประเทศ เพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ หลักการดังกล่าวได้รับการ
ยอมรับบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 เช่น

มาตรา 69 “บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหาร... ทั้งนี้ตามที่
กฎหมายบัญญัติ” และตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พุทธศักราช 2497 ได้กำหนด
รายละเอียดในเรื่องดังกล่าว

มาตรา 51 “การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม
บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ อันมีมาเป็นการ
ฉุกเฉิน หรือโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งกระทำได้ในระหว่างที่ประเทศอยู่ใน
ภาวะการสงคราม หรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ
ประกาศใช้กฎอัยการศึก”

มาตรา 39 วรรคสี่ “การให้นำเข้า หรือบทความไปให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อน
นำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ จะกระทำมิได้ เว้น
แต่จะกระทำในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะการสงคราม หรือการรบ แต่ทั้งนี้จะต้องกระทำโดย
อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งได้ตราขึ้นตามความในวรรคสอง”

มาตรา 44 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ
การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม
บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในการชุมนุมสาธารณะ และ...เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยใน
ระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะการสงคราม หรือในระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ
ประกาศใช้กฎอัยการศึก”

มาตรา 49 “ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ... การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ...”

2) ความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ

ความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจกำหนดรูปแบบของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจกำหนดในรูปของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้แก่พลเมืองของตน เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ในการเสียภาษี หรือการกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต่างๆ เป็นต้น

2.2.1.3 เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

1) เพื่อประโยชน์สาธารณะ

“ประโยชน์สาธารณะ” ถือว่าเป็นเหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ลักษณะของ “ประโยชน์สาธารณะ” ในกฎหมายมหาชนมีลักษณะดังนี้¹³

(1) ประโยชน์สาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้นๆ เอง

(2) ผู้ที่จะบอกว่าจะอะไรคือประโยชน์สาธารณะ โดยหลัก ก็คือ รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนกับศาล

(3) เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องตอบสนองจะเลือกใช้ดุลยพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ ย่อมไม่ได้

(4) สำหรับขอบเขตของ “ประโยชน์สาธารณะ” นั้นกว้างมาก ยิ่งขึ้นอยู่กับรัฐสภาจะกำหนดในกฎหมายต่างๆ

2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

หากย้อนกลับไปพิจารณาทฤษฎีสัญญาประชาคม ซึ่งการที่ปัจเจกบุคคลได้ทำข้อตกลงกัน และมอบอำนาจให้แก่รัฐในการที่จะดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งหากสังคมดำรงอยู่อย่างสงบเรียบร้อยปัจเจกบุคคลแต่ละคนก็สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างสมบูรณ์ แต่หากสังคมตกอยู่ในภาวะของความจลาจลวุ่นวายมากเพียงใด การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจจะถูกจำกัดได้มากเพียงนั้น สังคมที่มีความสงบเรียบร้อยจึงเป็นสภาพการณ์ที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป ดังนั้นเพื่อให้สภาพการณ์ดังกล่าวดำรงอยู่อย่างต่อเนื่อง รัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อ

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (ที่มาและนิติวิธี). หน้า 334.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ตัวอย่างของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยเหตุผล “เพื่อผลประโยชน์สาธารณะ” หรือ “เพื่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 เช่น

มาตรา 34 วรรคสอง “การกล่าว หรือ ไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน”

มาตรา 36 วรรคสอง “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน...”

มาตรา 37 วรรคสอง “การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

มาตรา 39 วรรคสอง “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ...เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

มาตรา 45 วรรคสอง “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ...เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

2.2.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ แต่สิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญบางประการรับรองไว้โดยเด็ดขาดไม่มีการจำกัดบางประการ รับรองไว้โดยมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ ซึ่งอาจแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ¹⁴

2.2.2.1 สิทธิเสรีภาพบริบูรณ์

สิทธิเสรีภาพบริบูรณ์ หมายถึง สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ว่าเป็น

¹⁴มานิตย์ จุมปา. (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 52.

สิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ไม่อาจมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา

2.2.2.2 สิทธิเสรีภาพสัมพัทธ์

สิทธิเสรีภาพสัมพัทธ์ หมายถึง สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นได้โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นรัฐธรรมนูญฯ (พ.ศ.2540) รับรองไว้ในมาตรา 39 บัญญัติไว้ว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกัน หรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชน”

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องยึดถือหลักที่เคร่งครัดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้

เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 29 นี้ คือ กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และกฎหมายในรูปแบบอื่นที่มีศักดิ์ของกฎหมายในระดับเดียวกัน

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

หลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 นี้ เป็นการวางหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กรณีที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นเพียงข้อยกเว้น โดยจะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น

2.3 สิทธิการมีทนายความในฐานะเป็นสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ต้นกำเนิดของแนวคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพเริ่มมาจากสิทธิของประชาชนอันเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากธรรมชาติ ซึ่งต้องการให้บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับจากรัฐในฐานะที่เขาเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกันและด้วยความจำเป็นของสังคม จึงต้องมีพื้นฐานของระเบียบที่จะอยู่ร่วมกันโดยสงบเรียบร้อยในสังคม โดยมีกระบวนการคุ้มครองสิทธิ เพื่อให้การต่อสู้คดีเป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

สิทธิ (Rights) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้¹⁵ กล่าวคือเป็นประโยชน์หรือสิ่งที่กฎหมายให้การรับรองและป้องกัน โดยกฎหมายจะรับรองว่าสิทธินั้น ๆ มีอยู่ปรากฏอยู่ และจะป้องกันมิให้มีการล่วงละเมิดต่อสิทธิ หากมีการล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าวก็จะมีสภาพบังคับ (Sanction) นอกจากนี้ ผู้ที่มีสิทธินั้นจะใช้สิทธิของตนตามกฎหมายเกินขอบเขตและกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้อื่นไม่ได้

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ผู้นำประเทศต่าง ๆ ได้ร่วมกันก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การให้ความสำคัญกับสิทธิมนุษยชน เพื่อที่จะให้มนุษย์ดำรงตนด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกัน จึงได้จัดทำกฎบัตรสหประชาชาติเพื่อวางมาตรฐานสากลสำหรับสิทธิต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ หรือเรียกว่า สิทธิมนุษยชน และมีบทบัญญัติให้จัดทำเอกสารรับรองสิทธิของบุคคลอย่างเป็นทางการขึ้น¹⁶ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The United Nations Commission on Human Rights) ได้จัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights) โดยถือว่าสิทธิมนุษยชนเป็นหลักประกันที่สำคัญอย่างหนึ่งของมนุษย์ที่บรรดาประเทศสมาชิกสมัชชาแห่งองค์การสหประชาชาติได้มีมติและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 (พ.ศ.2491) รวมทั้งสิ้น 30 ข้อ โดยมีเจตนารมณ์บัญญัติเพื่อรองรับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ และเพื่อพัฒนาบรรดามาตรการและกลไกทั้งในระดับประเทศและระดับนานาชาติ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ดำเนินไปอย่างมีระบบในมาตรฐานเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สัญชาติ เพศ ศาสนา ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม หรือสิทธิทางการเมืองการปกครอง และในข้อความ 30 ข้อ มีการรับรองสิทธิใน 2 ประเภทใหญ่ ๆ ด้วยกันคือ

2.3.1 การรับรองสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง (Civil and Political Rights) เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ได้รับการยอมรับโดยรัฐต้องให้ความเคารพในสิทธิดังกล่าวของบุคคล โดยถือเป็นสิทธิ

¹⁵ หุุด แสงอุทัย ข (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 15). หน้า 226.

¹⁶ กุมพล พลวัน. (2518). “วันสิทธิมนุษยชน.” บทบัญญัติ, เล่มที่ 32. หน้า 619.

สิทธิในทางลบ คือ จำกัดอำนาจของรัฐมิให้กระทำการใด ๆ แก่พลเมืองตามอำเภอใจ¹⁷ เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน รวมทั้งสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา สิทธิการมีทนายความถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการต่อสู้คดีตาม ข้อ 11 (1) ของปฏิญญาฯ บัญญัติว่า “ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาเปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันบรรดาที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดี”

2.3.2 การรับรองสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social rights) เป็นสิทธิในทางบวก คือ บัญญัติขึ้นเพื่อให้รัฐต้องจัดบริการต่าง ๆ แก่พลเมือง เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการจัดตั้งสหกรณ์กรรมกร¹⁸

เมื่อประกาศปฏิญญาฯ ดังกล่าวแล้ว ก็มีปัญหาทางกฎหมายว่า ปฏิญญาฯ นี้ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่รัฐที่ร่วมลงนามรับรองหรือไม่ แต่ก็อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีฐานะเป็นกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ ซึ่งลงมติรับรู้และรับรองปฏิญญาฯ นี้ก็ลงมติไป โดยเข้าใจกันว่าเอกสารฉบับนี้ มิใช่สนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม หากรัฐใดจะรับรู้และรับรองสิทธิมนุษยชนข้อใด โดยนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น เพื่อให้มีผลเป็นกฎหมายภายในของรัฐ ก็เป็นเรื่องของแต่ละรัฐว่าจะให้การยอมรับหลักสิทธินั้นเพียงใด ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ได้ให้การรับรองสิทธิมนุษยชนดังกล่าว

จากการที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแต่ประการใดนั้น ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยกวางกติกาวาดด้วยสิทธิมนุษยชนและแสวงหามาตรการ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการได้ยกวางกติกาคขึ้น 2 ฉบับ ในปี ค.ศ.1966 คือ

2.3.2.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

2.3.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant of Economic Social and Cultural Rights)

อย่างไรก็ตาม กติการะหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับ ดังกล่าว ก็เริ่มมีสภาพบังคับในทางกฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันบรรดาประเทศที่ได้ให้สัตยาบัน ฉะนั้น รัฐที่ให้สัตยาบันจึงมี

¹⁷ กุมพล พลวัน. แหล่งเดิม. หน้า 620.

¹⁸ แหล่งเดิม.

ข้อผูกพันว่าจะต้องไปจัดทำหรือแก้ไขกฎหมายภายในของตน ทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น เพื่อให้สอดคล้องกับกติกาดังกล่าว ซึ่งในทางปฏิบัติรัฐที่จะให้สัตยาบันมักจัดทำหรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนอยู่ก่อนแล้ว¹⁹

สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง ประเทศไทยได้ให้ภคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลเมื่อ 29 มกราคม 2540 อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม แล้วจะเห็นได้ว่าสิทธิการมีหนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ถือเป็นสิทธิสำคัญมากอย่างหนึ่ง โดยถือว่าสิทธิการมีหนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา เป็นสิทธิตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประเภทสิทธิทางแพ่งและการเมือง และถือว่าเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อบังคับให้รัฐกระทำการอันเป็นเรื่องในทางบวกหรือเรียกว่า ในทางปฏิญาณ (Positive)²⁰ สิทธิมนุษยชนประเภทนี้เป็นเรื่องที่ราษฎรไม่อาจใช้สิทธิได้เอง แต่ต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐเป็นสำคัญ เช่น สิทธิที่จะได้รับหนายความโดยศาลตั้งให้ จะเห็นว่าตามหลักกฎหมายสากลที่กล่าวมาแล้วข้างต้นให้ความสำคัญกับสิทธิการมีหนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาอย่างมาก รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ก็ได้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนในลักษณะต่าง ๆ เกี่ยวกับหนายความ ซึ่งสิทธิบางอย่างก็เป็นสิทธิมนุษยชนนั่นเอง

นอกจากนี้ ในข้อ 7 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้บัญญัติไว้ว่า มนุษย์มีความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครอง (Equality before the law) เพราะรัฐซึ่งเป็นองค์กรบริหารประเทศจำเป็นต้องเป็นผู้ประสิทธิประสาทความยุติธรรมนี้ให้แก่ประชาชนที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย เพื่อให้ประชาชนได้รับความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตามสิทธิในหลักประชาธิปไตย ดังนั้น สิทธิในการมีหนายความโดยรัฐจัดหาให้ในคดีอาญาจึงมีความสำคัญมากต่อความเสมอภาคในการต่อสู้คดีของประชาชน เพราะตราบไต่ที่ยังไม่มีเครื่องมือที่สามารถแบ่งแยกผู้บริสุทธิ์ออกจากผู้กระทำผิด การมีหนายความช่วยเหลือในคดีอาญาก็เป็นสิ่งที่จำเป็นที่ไม่อาจขาดได้ เพราะนอกจากหนายความจะช่วยให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้เต็มที่แล้ว หนายความยังมีส่วนช่วยรัฐอำนวยความสะดวกในคดีอาญาให้ เป็นไปอย่างถูกต้องเที่ยงธรรมด้วย นอกจากนี้สิทธิการมีหนายความถือได้ว่าเป็นสิ่งจำเป็น

¹⁹วิชญ์ เกรื่องาม ก (2522). “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน.” วารสารอัยการ, ปีที่ 2, ฉบับที่ 13. หน้า 28.

²⁰คมสัน กันหาเรียง. (2538). การมีหนายความในคดีอาญา. หน้า 11.

สำหรับต่อสู้คดี ดังปรากฏในข้อ 11 (1) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติไว้ว่า ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาเปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันบรรดาที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดี

ด้วยเหตุนี้ สิทธิในการมีทนายความโดยรัฐจัดหาให้ในคดีอาญาจึงเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไป ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law และในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law และเป็นหลักซึ่งได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย คือ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (Covenant of Civil and Political Rights, 1966) ว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาญาในข้อ 14 วรรค 3 ได้กล่าวถึงสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความ ว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความ และหากไม่สามารถจัดหาทนายความได้รัฐต้องจัดหาให้โดยไม่คิดมูลค่า

2.4 สิทธิการมีทนายความในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

หลักในการดำเนินคดีอาญาของแต่ละประเทศ ประกอบด้วยรูปแบบที่สำคัญ 2 ประการ คือ ต้องมีกระบวนการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ (Crime Control Model) เพื่อค้นหาตัวผู้กระทำความผิดและนำมาลงโทษได้อย่างถูกต้อง และต้องเป็นกระบวนการที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา (Due Process Model) มิให้ต้องเดือดร้อนกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐในการค้นหาความจริง ซึ่งหลักการทั้งสองรูปแบบนี้มักจะขัดแย้งกันอยู่ในตัวเอง หากประเทศใดมีนโยบายที่เน้นหนักในการควบคุมอาชญากรรมจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกระทบกระเทือน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศที่เน้นหนักในการควบคุมอาชญากรรมจะสร้างกฎเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำการสืบสวนสอบสวนปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างเฉียบขาด และมีบทบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวาง และหากประเทศใดมีนโยบายเน้นหนักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็จะคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยิ่งกว่าความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน และมีสิทธิอันชอบธรรมตามกฎหมายที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างยุติธรรมและเป็นธรรม

ประเทศไทยได้มีการตราหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ และได้มีการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งคำนึงถึงหลักการสำคัญสองประการข้างต้น คือ กระบวนการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ เพื่อค้นหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย ประการที่สองต้องเป็นกระบวนการที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา โดยพยายามเพิ่มหลักประกันสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญามากขึ้น ขณะเดียวกันก็พยายามจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน เพื่อป้องกันการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยพยายามรักษาสมดุลของหลักการทั้งสองในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา²¹

ที่มาแห่งสิทธิในการมีทนายความโดยรัฐจัดหาให้ในคดีอาญาของไทยนั้นได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 242 โดยบัญญัติว่า “มาตรา 242 ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว” รัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งมีได้กำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดหาทนายให้ แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า “รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว” ซึ่งเป็นการกำหนดให้เป็น “หน้าที่” ของรัฐในการจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย

ในการพิจารณาคดีอาญา มีสิ่งสำคัญประการหนึ่งก็คือ โจทก์และจำเลยจะต้องมีทนายช่วยแก้ต่างฝ่ายตน จะหวังพึ่งผู้พิพากษาผู้นั่งพิจารณาคดีไม่ได้ เพราะผู้พิพากษามีหน้าที่ดำรงตนให้ความเป็นธรรมแก่ทั้งโจทก์และจำเลย จะก้าวล่วงเข้าไปแสวงหาข้อเท็จจริงก็อาจถูกกล่าวหาว่าลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สิทธิการมีทนายเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาคดีเพราะเป็นการทำให้คู่กรณีได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม คู่กรณีไม่ว่าฝ่ายโจทก์หรือจำเลยแม้จะเป็นคนเฉลียวฉลาดสักเพียงใดก็ไม่อาจเข้าใจกระบวนการพิจารณาได้ตลอด เช่น ฟ้องของโจทก์สมบูรณ์หรือไม่ พยานหลักฐานต่าง ๆ ถูกต้องหรือไม่ การซักถามคำถามจะทำได้โดยวิธีใดให้ได้ผลประโยชน์แก่ฝ่ายตน เหล่านี้ล้วนแต่เป็นสิ่งที่เหนือความสามารถของประชาชนทั่วไปที่จะเข้าใจได้ ดังนั้นขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาทั้งหมดจึงต้องได้รับการแนะนำช่วยเหลือโดยทนายความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบุคคลดังกล่าวคือจำเลย ซึ่งเป็นผู้ซึ่งชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพของเขาขึ้นอยู่กับคำพิพากษาว่าเขามีความผิดหรือไม่มีความผิด

²¹ณรงค์ ใจหาญ. (2540). “หลักประกันสิทธิของประชาชนในคดีอาญาใหม่ : ปัจจุบันและทศวรรษหน้า (2540-2550).” *บทบัญญัติ*. หน้า 64.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 242 วรรคแรก ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองของสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาให้ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีอยู่ 2 ประการ คือ ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อรักษาสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ให้ถูกกลั่นแกล้งหรือไม่ได้รับความเป็นธรรม ประการที่สองการจัดหาทนายความให้กรณีที่ถูกควบคุมหรือถูกคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยการจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ในประเทศไทยนั้นสิทธิการมีทนายความในการดำเนินคดีอาญา จึงถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของประชาชนซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าเป็นการให้หลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีขั้นมูลฐานแก่ประชาชนตามกฎหมายสูงสุดของประเทศโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนของรัฐควรได้รับความคุ้มครองในการต่อสู้คดีอาญากับรัฐเพื่อป้องกันสิทธิไม่ให้ถูกริดรอนอย่างไม่เป็นธรรมตามกระบวนการของกฎหมาย โดยได้ขยายสิทธิในการมีทนายความไปยังคดีอาญาที่สามารถลงโทษจำคุกได้ ปัจจุบันสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาได้รับการให้ความคุ้มครองในทุกคดีที่สามารถลงโทษจำคุกจำเลยได้²²

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เริ่มแรกนั้นรัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิการมีทนายความของจำเลยคดีอาญาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ.2492 เพียงแต่ให้สิทธิเสรีแก่จำเลยที่จะพบปรึกษา และว่าจ้างทนายความด้วยตนเองได้ตามมาตรา 31 แต่ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติการจัดหาทนายความโดยรัฐให้แก่จำเลยในคดีอาญา บทบัญญัติดังกล่าวนี้นับได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก ที่ได้บัญญัติการให้หลักประกันความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอย่างกว้างขวาง อันเป็นแบบอย่างของรัฐธรรมนูญฉบับหลัง ๆ ที่ได้บัญญัติในลักษณะเดียวกัน ซึ่งมีรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ.2511 ได้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ต่อมาปี พ.ศ.2517 รัฐเริ่มตระหนักถึงความจำเป็นในการมีทนายความและเริ่มนิยมการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหามากขึ้น²³ จึงเห็นควรที่รัฐยื่นมือเข้าจัดหาทนายความให้จำเลยคดีอาญาที่มีความสามารถบกพร่อง และจำเลยที่ยากจน โดยบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 34 ถือเป็นประเพณีการปกครองในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยคดีอาญาเรื่อยมา และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 29 ได้

²²ทัศนีย์ แก้วพิลา. (2527). สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา. หน้า 50.

²³วิษณุ เครืองาม ข (2520). ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร. หน้า 172.

บัญญัติรับรองสิทธิของจำเลยคดีอาญาที่ยากจน ให้ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐจัดหาทนายความให้ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2538 มาตรา 32 ได้บัญญัติให้จำเลยใน คดีอาญาย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทนายความให้ตามกฎหมาย บัญญัติ จนกระทั่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 242 ได้ บัญญัติให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหา ทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐ ต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วย การคุ้มครองสิทธิของจำเลยในรัฐธรรมนูญไทยจะเปลี่ยนแปลงไปในทางคุ้มครองสิทธิของจำเลย มากขึ้น โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้ขยายการคุ้มครองสิทธิไปถึงทั้งผู้ต้องหาและจำเลย ด้วยการที่รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้ แต่ประชาชนโดยทั่วไปหรือผู้ที่ตก เป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ได้คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในประเทศไทยนั้น ในทางปฏิบัติความสำคัญมิได้ขึ้นอยู่กับ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แต่ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติคุ้มครองในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญามากกว่า ดังนั้น ประชาชนและนักกฎหมายไทย จึงมุ่งธำรงสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยใน คดีอาญาตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นสำคัญ

2.5 สิทธิการมีทนายความตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในการดำเนินคดีอาญาจะมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักในการดำเนินคดี โดยจะบัญญัติไว้ตั้งแต่ขั้นตอนในการดำเนินคดี อำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ รวมถึงสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา สิทธิการมีทนายความก็ถือเป็นสิทธิในการต่อสู้คดีอาญา ประการหนึ่ง ที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้มีผลบังคับใช้ในการ ดำเนินคดีอาญา โดยมีหลักการสำคัญดังนี้

2.5.1 การดำเนินคดีอาญาเริ่มตั้งแต่การสอบสวนเพื่อทราบข้อเท็จจริงในเบื้องต้นเกี่ยวกับการ กระทำความผิดและผู้กระทำความผิด เพื่อทำการรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการ พิสูจน์ความผิดเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย อันเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อ สิทธิของผู้ต้องหา จึงควรให้หลักประกันสิทธิในการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ ของตนเองได้ตามระบบการดำเนินคดีอาญา ซึ่งสหรัฐอเมริกาเคารพในสิทธิมนุษยชนของ ประชาชนอย่างมาก การดำเนินคดีอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ต้องหาจึงจำเป็น จะต้องให้มีทนายความอยู่ด้วยเสมอ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาอันเป็นหลักประกันว่าการ ดำเนินคดีอาญาจะทำได้ก็เฉพาะการดำเนินคดีที่กำหนดไว้ในกระบวนการยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้น

การดำเนินคดีอาญาที่ผู้ต้องหาไม่มีทนายความอยู่ด้วย ศาลถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴ เพราะไม่มีทนายความรู้เห็นในการพิจารณา เพื่อยืนยันการดำเนินคดีโดยชอบให้กับผู้ต้องหา

2.5.2 ในการพิจารณาคดีอาญาของศาล กระบวนการพิจารณาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนเกินกว่าคนธรรมดาจะสามารถดำเนินการต่อสู้คดีด้วยตนเองได้ ทนายความจึงมีความสำคัญในการดำเนินการพิจารณาของจำเลย เพื่อให้การแก้ข้อกล่าวหาได้อย่างถูกต้อง²⁵ การให้การแก้ไขข้อกล่าวหาในการฟ้องร้องเป็นขั้นตอนที่มีความซับซ้อน จึงจำเป็นต้องมีทนายความคอยให้ความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากจำเลยให้การแก้ฟ้องโดยไม่มีทนายความ ถือเป็นการทำให้จำเลยเสียเปรียบในการต่อสู้คดี ตามหลักการค้นหาความจริงในการต่อสู้คดี จึงจำเป็นต้องมีทนายความช่วยเหลือในการพิจารณาคดีนำเสนอพยาน หลักฐานเพื่อหักล้างพยานหลักฐานของอัยการและป้องกันการให้การเท็จหรือการรับสารภาพ โดยไม่เข้าใจในการดำเนินคดี ทนายความจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่สำคัญในการค้นหาความจริงในคดี และให้เรื่องราวเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดที่ชัดเจนในการพิจารณาคดี อันผู้พิพากษาพึงเชื่อถือว่า ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้มาโดยชอบตามกระบวนการพิจารณา โดยศาลเห็นว่าควรให้สิทธิการมีทนายความในระหว่างพิจารณาทุกคดีที่ศาลสามารถลงโทษจำคุกจำเลยได้²⁶ แม้จะเป็นการลงโทษจำคุกเพียงวันเดียวก็ตาม เพราะการพิจารณาคดีเป็นขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนจึงจำเป็นต้องให้จำเลยมีทนายความเพื่อความเป็นธรรมในการต่อสู้คดี ไม่ให้จำเลยอยู่ในฐานะเสียเปรียบในการต่อสู้คดีอาญา

2.5.3 เมื่อมีคำพิพากษาศาลชั้นต้น หากคู่ความเห็นว่า มีความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษาก็สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงได้ ตามหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ ขั้นตอนแรกของการยื่นอุทธรณ์นับเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาอุทธรณ์ เพราะการยื่นอุทธรณ์จะประสบความสำเร็จหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการยื่นอุทธรณ์ในช่วงแรก หากการยื่นอุทธรณ์ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายย่อมไม่ได้รับการพิจารณา จำเลยจึงจำเป็นต้องมีทนายความช่วยดำเนินการในชั้นอุทธรณ์ โดยเฉพาะช่วงแรกที่ยื่นอุทธรณ์²⁷ เพื่อกำหนดขอบเขตและให้คำแนะนำเกี่ยวกับเหตุแห่งการอุทธรณ์ที่ถูกต้อง โดยถือว่าการอุทธรณ์เป็นขั้นตอนหนึ่งของการดำเนินคดีอาญาที่จำเลยมีสิทธิในการมีทนายความ

²⁴เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์ ก (2521). “การควบคุมอำนาจพนักงานสอบสวน.” การนิติศาสตร์, ปีที่ 9, ฉบับที่ 4. หน้า 49.

²⁵ทัศนีย์ แก้วพิลา. เล่มเดิม. หน้า 71.

²⁶แหล่งเดิม.

²⁷แหล่งเดิม.

2.5.4 สิทธิการมีทนายความเป็นสิทธิที่จำเป็นสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินคดีอาญาทุกขั้นตอน เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องหาหรือจำเลยให้พ้นจากการดำเนินการโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน จึงควรให้จำเลยตัดสินใจในการต่อสู้คดีโดยมีความเข้าใจถึงสิทธิของตนเองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่การบังคับให้จำเลยต้องขึ้นอยู่กับทนายความ แต่เป็นเรื่องการใช้สิทธิของจำเลย ซึ่งอาจจะสละสิทธิการมีทนายความเพื่อดำเนินการด้วยตนเองก็ได้²⁸ ดังนั้นผู้ต้องหาหรือจำเลยจึงสามารถสละสิทธิการมีทนายความเพื่อดำเนินการด้วยตนเองได้ โดยมีความรู้และความเข้าใจถึงสิทธิในการดำเนินคดีและต้องทำด้วยความสมัครใจ²⁹ การสละสิทธิในการมีทนายความจึงไม่สามารถสันนิษฐานจากการนิ่งเฉยของผู้ต้องหาหรือจำเลย ดังนั้นการสละสิทธิการมีทนายความจะต้องแน่ใจก่อนว่าจำเลยรู้และเข้าใจสิทธิดังกล่าว การไม่รู้ถึงสิทธิการมีทนายความจะถือว่าเป็นการสละสิทธิไม่ได้³⁰

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว จะเห็นว่ามีกรให้หลักประกันสิทธิเรื่องทนายความอยู่หลายประการด้วยกัน คือ ในความหมายของการจัดหาทนายความตามมาตรา 7 ทวิ และมาตรา 8 และการให้หลักประกันกับจำเลยในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก และจำเลยต้องการทนายความตามมาตรา 173 แต่จะนำมากล่าวเฉพาะการมีทนายความในชั้นพิจารณาตามมาตรา 173 ดังกล่าว

ซึ่งเดิมนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2478 ให้ใช้โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2477 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการที่ศาลตั้งทนายความให้กับจำเลยอยู่ในมาตรา 173 เป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ กรณีแรก ในคดีอุกฉกรรจ์มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และกรณีที่สอง ในคดีที่เด็กเป็นจำเลย ทั้งสองกรณีศาลจะตั้งทนายความให้ก็ต่อเมื่อจำเลยไม่มีและต้องการ ซึ่งเมื่อมาพิจารณาถึงกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าการจะมีทนายความร่วมพิจารณาคดีหรือไม่เป็นเรื่องของจำเลย³¹

ต่อมาได้มีการแก้ไขความในมาตรา 173 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ.2527 ซึ่งมีเนื้อหาและเงื่อนไขดังนี้ คือ กรณีแรก ในคดีมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปีในวันที่ถูกฟ้องศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการ ก็ให้ศาลตั้งทนายให้จำเลย ทั้งสองกรณีนี้ หากจำเลยไม่ต้องการทนายความก็สละสิทธิได้ ไม่มีกรณีใด

²⁸ ทัศนีย์ แก้วพิลา, แหล่งเดิม, หน้า 73.

²⁹ แหล่งเดิม, หน้า 74.

³⁰ แหล่งเดิม, หน้า 75.

³¹ คณิต ฌ นคร ข (2540), รวบรวมบทความด้านวิชาการ, หน้า 361.

ที่เป็นบทบังคับศาลต้องจัดหาทนายความให้จำเลย ดังนั้นการมีทนายความโดยรัฐจัดหา เป็น บทบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพของจำเลยที่ถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของจำเลยโดยแท้ ที่จะร้องขอหรือ ขอมรับทนายความที่รัฐจัดหาให้หรือไม่ก็ได้

จากนั้นได้มีการแก้ไขความในมาตรา 173 โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 17) พุทธศักราช 2532 ซึ่งบัญญัติให้สิทธิ เรื่องทนายเพิ่มขึ้นจากเดิมอีกสองกรณีคือ ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาให้ ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายให้ และอีกประการหนึ่งคือ ในคดีที่มี อัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สามปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยไม่มีทนายความและต่อสู้คดีโดย แดงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ การแก้ไขครั้งนี้เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ต้องการให้จำเลยมีทนายความช่วยเหลือ คดีได้มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีมีอัตราโทษประหารชีวิต กฎหมายบังคับให้ศาลตั้ง ทนายความให้จำเลยกรณีที่จำเลยไม่มีทนายความ จึงเห็นได้ว่าเริ่มมีกฎหมายที่เป็นบทบังคับศาลต้อง จัดหาทนายความให้จำเลยเสมอ โดยไม่คำนึงถึงว่าจำเลยต้องการทนายความหรือไม่ เนื่องจากคดีมี โทษสูงถึงประหารชีวิต

และในครั้งสุดท้ายได้มีการแก้ไขความในมาตรา 173 โดยมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พุทธศักราช 2547 ซึ่งใช้บังคับ ในปัจจุบันนี้บัญญัติว่า ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่ถูกฟ้องศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้ง ทนายความให้วรรคสองบัญญัติว่า ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามี ทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้และในวรรค สุดท้าย ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา 5 นี้ตามระเบียบที่ กระทรวงยุติธรรมกำหนด

ตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิการมี ทนายความของจำเลยนับ ถือว่ามีความสำคัญมากในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งเป็นหลักประกัน เพิ่มเติมว่าจำเลยมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยถือ “หลักอาวรุทเท่าเทียมกัน” ในวิธีพิจารณา ความอาญา³² ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในปัจจุบัน สิทธิการมีทนายความของ จำเลย มีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษ และความต้องการของจำเลยเป็นสำคัญ

³² คณิต ฌ นคร ข แหล่งเดิม.

นอกจากนี้สิทธิการมีทนายความของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังคุ้มครองไปถึงสิทธิของจำเลยในกรณีที่จะต้องมีการสืบพยานลับหลังจำเลยอันเป็นข้อยกเว้นของ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ที่บัญญัติไว้ว่า “การพิจารณา และสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น...” โดย บทบัญญัติที่ยกเว้นมาตราดังกล่าวก็คือมาตรา 172 ทวิ ซึ่งคุ้มครองสิทธิของจำเลยในกรณีที่ต้อง สืบพยานลับหลังจำเลยโดยบังคับให้จำเลยต้องมีทนายความก่อนจึงจะสามารถขออนุญาตศาลที่จะ ไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยานได้ โดยมาตรา 172 ทวิ บัญญัติว่า “...ศาลมีอำนาจพิจารณาและ สืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1) ในคดีมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 10 ปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือ ในคดีมีโทษปรับสภาพเดียว เมื่อจำเลยมีทนายและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการ พิจารณาและการสืบพยาน...” จากบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวข้างต้น จึงถือว่าเป็นมาตรการใน การส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของจำเลยให้เกิดสัมฤทธิ์ผลให้มากยิ่งขึ้น เพราะหน้าที่ประการสำคัญ ของทนายความคือ ร่วมกับองค์กรต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมในการค้นหาความจริง เพื่อพิสูจน์ ให้ศาลเห็นว่าความจริงเป็นอย่างไร และสมควรที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่ เพราะฉะนั้นการที่จำเลยจะมีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี จึงเป็นสิ่งที่ควรจะมี เนื่องจากในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดีอาญาสิทธิของจำเลยจะต้องได้รับการเอาใจใส่และความคุ้มครอง ตามหลักที่ว่า จำเลยทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่า ผู้นั้นกระทำความผิด

จึงพอสรุปได้ว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการบัญญัติถึงกรณีที่ ศาลตั้งทนายความให้จำเลย ดังนี้

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ ถูกฟ้องต่อศาลถ้าจำเลยไม่มีทนายความ ศาลจะต้องตั้งทนายความให้จำเลยเสมอ ถ้าศาลไม่ตั้ง ทนายความให้ ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ถ้าจำเลยไม่มีทนายความและต้องการให้ศาลตั้งทนายความ ให้ ถ้าศาลไม่ตั้งทนายความให้ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น ทุกๆ คดีที่มีอัตราโทษจำคุกขึ้นไป หากจำเลยต้องการทนายความ ศาลจะตั้งทนายความให้กับจำเลย ได้ทุกคดี

จากหลักการช่วยเหลือของรัฐที่จัดหาทนายความให้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสิทธิในการมี ผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายมี 2 ระดับ คือ สิทธิในการมีทนายความ และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือ จัดหาทนายความให้ มีแนวคิดว่าสมควรที่จะช่วยเหลือในอีกระดับหนึ่งคือ สิทธิที่จะได้รับความ

ช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพจากทนายความ และเห็นได้ว่า สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยตาม (1) เป็นสิทธิที่สละไม่ได้ แต่สิทธิตาม (2) เป็นสิทธิที่สละได้ นอกจากนี้ การฝ่าฝืนสิทธินี้ ถ้าเป็นกรณีผู้ต้องหา มีผลทำให้ไม่อาจรับฟังคำให้การของผู้ต้องหาเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดในชั้นศาลได้ ถ้าเป็นกรณีจำเลย ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบ ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่เสียให้ถูกต้องตามสิทธิของจำเลย

2.6 บทบาทตามกฎหมายของทนายความ

ในการดำเนินคดีอาญาสมัยใหม่ผู้ต้องหาหรือจำเลยมิได้เป็นกรรมในคดี แต่อยู่ในฐานะประชนในคดี ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิต่างๆ 2 ทาง คือ สิทธิอย่างผู้ร่วมในคดีในทางกระทำ ซึ่งหมายถึง “สิทธิที่จะอยู่ร่วมกันในการดำเนินคดี” “สิทธิที่จะให้การแก้ข้อกล่าวหา” และ “สิทธิที่จะมีทนายความช่วยเหลือ” ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือ สิทธิในฐานะผู้ร่วมคดีในทางอยู่เฉย ซึ่งหมายถึงความอิสระในการตัดสินใจของผู้ต้องหาหรือจำเลยจะถูกจำกัดมิได้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยจึงมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การอย่างไรก็ได้ตามสมควรใจ³³

ดังกล่าวนั้นแล้วว่าสิทธิของจำเลยในทางกระทำที่สำคัญประการหนึ่ง คือ สิทธิในการที่จะมีทนายความช่วยเหลือ ปัญหาจึงมีว่าจำเลยจำเป็นต้องมีทนายความช่วยเหลือเมื่อใด เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่า คดีอาญามีความร้ายแรงไม่เท่ากัน นอกจากนั้นกรณีอาจเป็นไปได้ว่าเริ่มแต่ขั้นตอนแรกของการดำเนินคดี ผู้ต้องหาได้ตกมาอยู่ภายใต้อำนาจรัฐแล้ว ความจำเป็นที่จะต้องมีทนายความช่วยเหลือจึงมีอยู่ทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี และโดยที่ทนายความเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของผู้ต้องหา และในขณะเดียวกันในการปฏิบัติหน้าที่ทนายความต้องมุ่งความจริงและความยุติธรรม โดยนัยดังกล่าวนี้ ทนายความจึงจะคำนึงถึงเฉพาะประโยชน์ของลูกความเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์หรือข้อเรียกร้องของสังคมด้วย นั่นคือความจริงและความยุติธรรม ลักษณะดังกล่าวนี้ ทนายความและลูกความจึงต่างเป็นตัวของตัวเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญา ซึ่งแตกต่างจากทนายความในคดีแพ่ง เพราะคดีแพ่งนั้นเป็นเรื่องของประโยชน์ส่วนตัว ส่วนเสียของเอกชน ตัวความจึงมีสิทธิขาดในคดีเหนือทนายความ แต่ในคดีอาญานั้น จำเลยหาสิทธิขาดในคดีเหนือทนายความไม่ ฐานะของทนายความในคดีอาญาจึงถือเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่มีหน้าที่ที่จะต้องจรรโลงระบบความยุติธรรมทางอาญามิให้เสียไป³⁴ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอยู่เองที่ศาลควรจะต้องตั้งทนายความให้จำเลยในคดีอาญา มิใช่เพื่อช่วยเหลือจำเลย

³³ คณิต ฌ นคร ข แหล่งเดิม. หน้า 358.

³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 362.

ให้พ้นความผิด แต่เพื่อให้เกิดความยุติธรรมของสังคม ดังนั้น การเสนอข้อเท็จจริงของนายจำเลย จึงเป็นผลต่อเนื่องจากการค้นหาข้อเท็จจริงของนายความก่อนที่จะมีการสืบพยานในคดี และไม่ใช่เป็นขั้นตอนที่นายความจะมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงได้โดยลำพังอีกต่อไป แต่ต้องร่วมมือกับองค์กรทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ร่วมกันค้นหาข้อเท็จจริงด้วยพยานหลักฐานทั้งหมดที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความในคดี และการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลในชั้นพิจารณาเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการค้นหาข้อเท็จจริงของนายความเพื่อให้ได้ความจริงโดยการพิจารณาคดีของศาลก่อนมีคำพิพากษาคดีในที่สุด

สิทธิของนายความที่สำคัญประการแรก คือ สิทธิที่จะติดต่อกับลูกความ สิทธินี้บัญญัติไว้ชัดแจ้งในกฎหมาย แต่วิธีการติดต่อมิรายละเอียดอย่างไร ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย การติดต่อกับลูกความโดยปกติเป็นการพูดจากันสองต่อสอง การติดต่อดังกล่าวนี้ก็เพื่อให้ นายความได้รู้จักลูกความ และทราบข้อเท็จจริงของเรื่อง ตลอดถึงโอกาสที่จะนำพยานหลักฐานไปตีแผ่ในศาล เพื่อประโยชน์ของลูกความ อีกทั้งจะทำให้ทนายได้มีโอกาสที่จะแจ้งให้ลูกความทราบถึงฐานะในทางคดีทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในเรื่องที่กล่าวหาโอกาสนำพยานหลักฐาน และหนทางที่จะพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานนั้น และข้อเสนอแนะอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์ ซึ่งอาจรวมถึงการขอความกับผู้เสียหาย

นายความมีสิทธิที่จะรวบรวมพยานหลักฐานและสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐาน เนื่องจากนายความมีหน้าที่ที่จะรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความไปตีแผ่ในการพิจารณาต่อศาล เหตุนี้ทนายจึงมีสิทธิและหน้าที่ในการค้นหาพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความของตน

นายความมีสิทธิในการกำหนดวันพิจารณาคดีและลักษณะกระบวนการพิจารณาคดีคือการที่ศาลจะนัดพิจารณาคดีนั้น ศาลจะต้องฟังนายความตามสมควร นอกจากนี้ลักษณะกระบวนการพิจารณาอาจเกิดจากการกระตุ้นของนายความได้ เช่น การขอให้ศาลเดินเผชิญสืบที่เกิดเหตุ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่านายความทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการพิจารณาคดีของศาลด้วย นอกจากนี้ นายความยังทำหน้าที่เป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์และหน้าที่เป็นผู้แถลงข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์และยังมีสิทธิที่จะแนะนำในเรื่องอุทธรณ์ฎีกาแก่จำเลยอีกด้วย³⁵

³⁵ คณิต ฉ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 61.

การดำเนินคดีอาญาในชั้นพิจารณาคดีของศาล โจทก์มีภาระพิสูจน์ความผิดของจำเลย จนกว่าจะสิ้นสงสัยในทุกองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามข้อกล่าวหาแล้ว จำเลยจะได้รับการปล่อยตัวในที่สุด การพิสูจน์นี้เป็นหน้าที่ของโจทก์ตลอดเวลาในการดำเนินคดีและจะไม่มีเปลี่ยนแปลงให้กลายเป็นหน้าที่จำเลยที่ต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองหรือต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองหรือต้องพิสูจน์หักล้างข้อกล่าวหาโจทก์ อย่างไรก็ตามการที่จำเลยจะต้องมีหน้าที่แสดงพยานหลักฐานเพื่อยืนยันข้อต่อสู้ตามที่ให้การไว้ก็ไม่ทำให้จำเลยต้องมีภาระพิสูจน์ในคดีแทนโจทก์ นอกจากนี้จำเลยก็มีอาจอยู่เฉยๆในการดำเนินคดี จำเลยต้องมีหน้าที่หาพยานหลักฐานมายืนยันข้อต่อสู้ของตนเองและพิสูจน์หักล้างพยานโจทก์จนเป็นที่พอใจต่อศาลให้เกิดความสงสัยพยานโจทก์ก็ได้³⁶ บทบาทหน้าที่ดังกล่าวจึงตกเป็นของนายจำเลย โดยนายจำเลยจะมีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาสามประการได้แก่ การให้ความจริงต่อศาล การงดที่จะไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ และการแถลงเพื่อประโยชน์ลูกความ

1) การให้ความจริงต่อศาล ผู้ต้องหาจะถูกฟ้องเป็นจำเลยหรือไม่ขึ้นอยู่กับผลการสอบสวนของพนักงานสอบสวนที่รวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ในคดี การสอบสวนเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีทุกอย่าง ไม่ว่าพยานหลักฐานนั้นจะเป็นของฝ่ายผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาก็ตาม แต่ในความเป็นจริงพนักงานสอบสวนมักจะรวบรวมพยานหลักฐานเพียงเพื่อพิจารณาว่าพ้อมีมูลดำเนินคดีหรือไม่เป็นหลัก การสอบสวนจึงมุ่งที่จะรวบรวมพยานหลักฐานที่เน้นหนักในทางที่เป็นโทษต่อผู้ต้องหาประกอบด้วยข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ที่ 1/2498 ว่าด้วยระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี เล่ม 1 ลักษณะที่ 8 ข้อ 254³⁷ กำหนดไว้ว่าผู้สอบสวนจำเป็นต้องสอบสวนพยานผู้ต้องหา ฉะนั้นข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนจึงเป็นผลร้ายต่อผู้ต้องหา และโจทก์ก็จะนำข้อเท็จจริงเหล่านี้เข้าสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลด้วย หรือบางครั้งพนักงานสอบสวนอาจสอบสวนพยานฝ่ายผู้ต้องหาไว้ แต่ในชั้นพิจารณาของศาลโจทก์มักจะไม่นำพยานเหล่านี้เข้าสืบต่อศาล นายจำเลยจึงต้องมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงเหล่านี้รวมถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เกิดขึ้น โดยอาจได้มาจากการสอบถามจำเลยและการสืบแสวงหาของนายจำเลยแล้วนำมาให้ความจริงต่อศาล ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เกิดขึ้น โดยอาจได้มาจากการสอบถามจำเลยและการสืบแสวงหาของนายจำเลยและหักล้างพยานโจทก์ให้ศาลสงสัยในกรณีที่จำเลยเป็น

³⁶ไมตรี วงจรศิลป์. (2535). ข้อจำกัดการค้นหาคำความจริงของทนายในคดีอาญา. หน้า 19-23.

³⁷ข้อบังคับนี้ยังคงใช้แก่พนักงานสอบสวน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้ตามพระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย ไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2541.

ผู้กระทำผิด ข้อเท็จจริงที่เป็นคุณแก่จำเลยเกี่ยวกับประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษา อบรม ภาวะแห่งจิต นิสัยอาชีพและสิ่งแวดล้อมของจำเลยหรือสภาพแห่งความผิด คุณความดีที่ เคยประกอบไว้หรือข้อเท็จจริงใดๆ ที่แสดงได้ว่าเป็นเหตุแห่งความปรานีได้แล้ว ทนายจำเลยจะ เสนอให้ความจริงต่างๆ นี้ต่อศาลเพื่อจะได้นำไปประกอบการพิจารณาลงโทษในทางที่เป็นคุณแก่ จำเลยได้ การให้ความจริงต่อศาลทนายจำเลยจะกระทำได้โดยการเสนอเป็นพยานหลักฐานในการ พิจารณาคดี และการชักค้ำพยานโจทก์

2) การงดที่จะไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ การค้นหาความจริงในคดีอาญามีอยู่ 2 ระบบ การค้นหาความจริงในระบบกล่าวหา กับการค้นหาความจริงในระบบไต่สวน ประเทศไทยใช้วิธี ค้นหาความจริงระบบผสม โดยใช้ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนโดยคู่ความมีหน้าที่นำสืบ พยานหลักฐานเพื่อยืนยันสิ่งที่ตนกล่าวหาหรือโต้แย้ง ขณะเดียวกันศาลก็มีอำนาจที่จะแสวงหา ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมได้เอง³⁸ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 ก็ให้อำนาจศาล ไว้ สำหรับการค้นหาความจริงของทนายจำเลยในชั้นพิจารณาคดีจะกระทำโดยตั้งอยู่บนพื้นฐาน หลักการของการต่อสู้คดี (Fighter Theory) ข้อเท็จจริงที่นำเสนอต่อศาลจึงเป็นไปในแนวทาง ป้องกันจำเลยจากข้อกล่าวหา การดำเนินคดีอาญาอาจส่งผลให้จำเลยต้องสูญเสียชีวิต เสรีภาพ และ ทรัพย์สินตามแต่ระวางโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทนายจำเลยจึงต้องทำความเข้าใจข้อเท็จจริงต่างๆ ว่า ข้อเท็จจริงใดควรค่าแก่การนำเสนอเป็นพยานหลักฐาน ข้อเท็จจริงใดควรงดที่จะไม่กล่าวถึง การที่ทนายจำเลยงดที่จะไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ดังกล่าวแม้เป็นไปตามหลักการต่อสู้คดี แต่ก็ ไม่ขัดสิทธิโจทก์และศาลในการค้นหาความจริงนั้นแต่อย่างใด

3) การแถลงเพื่อประโยชน์ลูกความ ประโยชน์ที่พึงประสงค์ที่สุดของจำเลยได้แก่การ พ้นมลทินเป็นผู้บริสุทธิ์จากข้อกล่าวหา การจะพ้นข้อกล่าวหาหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแห่ง คดีและข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งที่ทนายจำเลยพึงต้อง แถลงต่อศาลอันเป็นการแถลงเพื่อประโยชน์ลูกความประการหนึ่งและอีกประการหนึ่งเป็นการ แถลงเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลย ในคดีอาญาอาจจะทำให้จำเลยมีกิจการงานลดลง จำเลยที่เป็น ข้าราชการก็จะได้รับความกระทบกระเทือนต่อความเจริญก้าวหน้าหรืออาจถูกสั่งให้พักราชการ การแถลงของทนายจำเลย เพื่อประโยชน์ของตัวจำเลยเองและประโยชน์ในลักษณะคดี การแถลง เพื่อประโยชน์ลูกความยังมีอีกหลายประการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความดังนี้ การแถลง ร้องขอให้ปล่อยตัวชั่วคราวจำเลย การแถลงคัดค้านเรื่องพยานคู่เป็นต้น การแถลงดังกล่าวจำเลยเอง ยากที่จะรู้และกระทำได้ ทนายจึงมีหน้าที่กระทำแทนซึ่งอาจแถลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์

³⁸ อุดม รัฐอมฤต. (2538). “ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 25. หน้า 317.

อักษร โดยทำเป็นคำร้องหรือคำแถลงแล้วแต่กรณีเพื่อประกอบการพิจารณาของศาลต่อไป

หน้าที่ของทนายจำเลยทั้งสามประการข้างต้นเป็นบทบาทหน้าที่หลักในการดำเนินคดี หน้าที่อื่นๆ ที่สำคัญเช่น การเตรียมคดี การนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล หรือการซักถามพยาน ก็เป็นวิธีปฏิบัติที่แตกเป็นหน้าที่ปลีกย่อยจากหน้าที่หลักทั้งสามประการนั่นเอง หน้าที่ทั้งสาม ประการนี้หากพิจารณาไปแล้วจะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาซ้อนกันอยู่ ในขณะที่ทนายจำเลยมีหน้าที่ ที่จะดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดซึ่งแน่นอนว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมเป็นผลเสียแก่จำเลย แต่อีก ประการหนึ่งทนายจำเลยก็ต้องให้ความจริงต่อศาล ศิลปะการเป็นทนายจึงยากที่จุดนี้ กล่าวคือ ทำ อย่างไรจึงจะให้หน้าที่ทั้งสามประการมีความเชื่อมโยงสอดคล้องต้องกัน นั้นหมายความว่าทนาย จำเลยต้องพยายามอย่างที่สุดที่จะแสดงเพื่อประโยชน์ลูกความโดยไม่มีกรกล่าวเท็จ และไม่ผิด หน้าที่ที่จะดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ที่เป็นผลเสียแก่ลูกความของตน³⁹

ประเทศไทยมีวิธีการค้นหาความจริงในระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ซึ่ง ผู้ พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลาง ทำหน้าที่ควบคุมให้คู่ความดำเนินการต่อสู้คดีกันตามหลักเกณฑ์ของ กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน จากหลักการค้นหาความจริงด้วยวิธีการต่อสู้คดีกันในศาล (Fight Theory) การพิจารณาคดีจึงจำเป็นต้องมีการเสนอพยานหลักฐาน เพื่อหาเหตุผลมาสนับสนุนข้อ กล่าวอ้างของแต่ละฝ่าย คู่ความจึงอยู่ในฐานะที่มีความสามารถเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีอาญา การมีทนายความช่วยเหลือให้คำปรึกษาแนะนำ และเป็นตัวแทนแก่ต่างในการต่อสู้ดำเนินคดี จึง เป็นหลักประกันเพิ่มเติมว่าจำเลยมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เพราะทนายความอาจช่วยป้องกัน ความผิดพลาดในการดำเนินคดีได้ ทนายความจึงมีความสำคัญในการดำเนินคดีอาญาเป็นอย่างมาก โดยมีบทบาทให้คำปรึกษาแนะนำ รวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำเสนอต่อศาลในชั้นพิจารณา และซักค้านพยานโจทก์ การค้นหาความจริงตามระบบกล่าวหา ทนายความจึงมีบทบาทสำคัญใน ฐานะเป็นตัวแทนของจำเลย เพื่อค้นหาความจริงในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี ดังต่อไปนี้

1) บทบาทการดำเนินคดีอาญาก่อนพิจารณาคดี

ทนายความจะเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในช่วงก่อนจะมี การพิจารณาคดี โดยเป็นผู้ให้คำปรึกษาแนะนำในการตอบคำถามพร้อมทั้งปกป้องคุ้มครองสิทธิ ของผู้ต้องหา แต่จะตอบคำถามแทนไม่ได้เพราะทนายความไม่ได้ตกเป็นผู้ต้องหาเสียเอง จึงมี หน้าที่เพียงให้คำปรึกษาข้อกฎหมายในการต่อสู้คดีเท่านั้น บทบาทของทนายความในช่วงนี้จะเป็น การเตรียมคดี และคอยคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิในการดำเนินคดี บทบาท ของทนายความในชั้นก่อนการพิจารณาคดี

³⁹ คณิต ฒ นคร ค (2540). ฐานะหน้าที่ของทนายในคดีอาญา. หน้า 364.

2) บทบาทในการพิจารณาคดีอาญาในศาล

บทบาทในการพิจารณาคดีเป็นบทบาทของทนายความที่เป็นองค์กรในกระบวนการยุติธรรมในฐานะที่เป็นตัวแทนของจำเลย เพื่อทำการต่อสู้คดีโดยนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย เพื่อให้ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานของพนักงานอัยการไม่เพียงพอที่จะรับฟังและลงโทษจำเลยได้ นอกจากนี้ยังมีบทบาทในการซักค้านพยานหลักฐานของพนักงานอัยการที่เป็นโจทก์ เพื่อทำลายน้ำหนักของพยานหลักฐานให้อ่อนลงหรือขาดความเชื่อถือ ในบางครั้งทนายความอาจใช้เทคนิคในการดำเนินคดี เพื่อให้ศาลเห็นว่ามีการดำเนินคดีโดยมิชอบ ไม่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาได้ อันเป็นหลักประกันว่าจำเลยจะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม โดยมีทนายความเป็นตัวแทนที่คอยรักษาประโยชน์และคัดค้านการพิจารณาที่ไม่ชอบ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า วิธีการค้นหาความจริงตามระบบกล่าวหา สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะทนายความมีบทบาทสำคัญในการให้ความช่วยเหลือต่อสู้คดีดำเนินคดีทั้งในชั้นก่อนพิจารณาคดี และในชั้นพิจารณาคดีของศาล ประกอบกับการค้นหาความจริงตามระบบกล่าวหาเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ในการนำสืบพยานหลักฐาน และมีขั้นตอนต่างๆ ที่ซับซ้อน ทนายความที่มีความรู้และความชำนาญจะสามารถดำเนินการต่อสู้คดีอาญาได้อย่างถูกต้อง

2.7 ระบบการที่รัฐจัดหาทนายความให้แก่จำเลย

สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในทางกระทำที่สำคัญประการหนึ่งคือ สิทธิในการที่จะมีทนายความช่วยเหลือ การพัฒนาสิทธิการมีทนายความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญาให้สมบูรณ์ รัฐจึงต้องยื่นมือเข้าช่วยเหลือและจัดหาทนายความให้ การช่วยเหลือจัดหาทนายความให้โดยรัฐจะสมบูรณ์หรือไม่ขึ้นอยู่กับระบบการจัดหาทนายความที่รัฐเลือกใช้

การช่วยเหลือทางกฎหมายในประเทศไทยเริ่มต้นขึ้นมาตั้งแต่เมื่อใด ไม่มีหลักฐานปรากฏชัด แต่เท่าที่ค้นพบปรากฏว่ามีการช่วยเหลือทางกฎหมายโดยรัฐมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2477 โดยหลักการช่วยเหลือดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งออกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2477 ความว่า “ในคดีอุกฉกรรจ์ มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และในคดีเด็กตามมาตรา 56,57 และ 58 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการให้ศาลตั้งทนายให้” และได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 34 ว่า “ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการสอบสวนหรือการ

พิจารณาหรือการพิพากษาคดีด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้ยากไร้ไม่มีทุนทรัพย์พอที่จะจัดหาทนายความสำหรับตนเองได้ บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ในประเทศไทย ปัจจุบันได้รับการคุ้มครองและรับรองมากขึ้นกว่าเดิม ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งได้มีการแก้ไขเมื่อปี 2548 และได้เปลี่ยนแปลงสิทธิการมีทนายความจากรัฐ จากเดิมที่กำหนดว่าถ้าข้อหาหรือฐานความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป เท่านั้น ที่ศาลมีหน้าที่ต้องจัดหาทนายความให้มาเป็นหลักการใหม่ว่าเมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาทุกคดีเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยเสมอ โดยกำหนดว่าถ้าเป็นคดีที่มีอัตราโทษถึงขั้นประหารชีวิต หรือจำเลยอายุไม่เกินสิบแปดปี ศาลจะต้องจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคดี ไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นจะต้องการทนายความหรือไม่ ส่วนข้อหาอื่นๆ ที่มีโทษจำคุก ศาลจะต้องสอบถามผู้ต้องหา หรือจำเลยก่อนว่าต้องการทนายความหรือไม่ ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องการศาลจะต้องจัดหาทนายความให้ แต่ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยดังกล่าวแถลงต่อศาลว่าไม่ต้องการทนายความศาลก็สามารถดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ โดยไม่จำเป็นต้องจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยรายนั้น

เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ได้บัญญัติถึงหลักประกันสิทธิของจำเลยในคดีอาญาให้ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยทุกคดีที่มีอัตราโทษถึงขั้นจำคุก ซึ่งศาลจะทำการแต่งตั้งทนายความเอกชนจากบัญชีรายชื่อที่ลงทะเบียนไว้กับศาล โดยอาจเรียงลำดับตามตัวอักษรของรายชื่อ เมื่อจำเลยถูกฟ้องคดีต่อศาลในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาหากจำเลยไม่มีทนายความ ศาลจะแต่งตั้งทนายความขอแรงให้ โดยศาลไม่ต้องถามถึงความต้องการของจำเลย กรณีที่จำเลยถูกฟ้องคดีอาญาที่มีอัตราโทษถึงขั้นจำคุก หากปรากฏว่าจำเลยไม่มีทนายความและต้องการทนายความช่วยเหลือต่อสู้ดำเนินคดีในชั้นพิจารณา ศาลจะทำการแต่งตั้งทนายความขอแรงให้แก่จำเลย เมื่อศาลได้แต่งตั้งทนายความขอแรงให้แก่จำเลยแล้ว ศาลจะบันทึกรายละเอียดไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณา เจ้าหน้าที่ศาลจะตรวจดูตามบัญชีรายชื่อของทนายความขอแรงที่แจ้งความประสงค์ไว้กับศาลถึงลำดับรายชื่อของทนายความผู้ใดแล้ว จึงพิมพ์รายชื่อของทนายความผู้นั้นหลังจากนั้นจึงให้ผู้พิพากษาลงนามส่งให้แก่ทนายความตามรายชื่อที่ปรากฏ เพื่อขอแรงให้เป็นทนายความช่วยเหลือแก้ต่างให้แก่จำเลยในคดีนั้น การแต่งตั้งทนายความตามระบบทนายความขอแรง ศาลไม่ต้องพิจารณาคุณสมบัติทางด้านการเงินของจำเลย

ว่าเป็นผู้ที่มีฐานะยากจนหรือไม่และจำเลยที่ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทุนความ ให้ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ และทุนความจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินรางวัลจากศาล ตาม ระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนดไว้โดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทุนความให้แก่จำเลย ในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 173 โดยใช้ระบบทุนความที่ศาลตั้งให้ หรือที่เรียกว่า “ทุนความขอ แรง”ซึ่งผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะทำการแต่งตั้งทุนความให้แก่จำเลยตามบทบัญญัติของ กฎหมาย อันเป็นการให้หลักประกันสิทธิของจำเลยในการดำเนินคดีอาญาในชั้นพิจารณาของศาล และเป็นสิทธิขั้นมูลฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ระบบทุนความที่ศาลตั้งให้ในปัจจุบัน จึงไม่ได้มีเหตุผลอันเนื่องมาจากความยากจน ของจำเลย ซึ่งยังขัดแย้งกับสภาพความเป็นจริง เพราะคดีที่ศาลแต่งตั้งทุนความให้ส่วนใหญ่ จำเลยมักจะเป็นผู้ที่มีฐานะยากจน ส่วนวิธีการแต่งตั้งทุนความศาลจะแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อที่ ทุนความลงชื่อไว้ที่งานสารบรรณของศาล และถ้าทุนความขอแรงไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามที่ ศาลแต่งตั้งโดยไม่มีเหตุอันควร อาจถูกดำเนินคดีฐานผิดมรรยาททุนความ กรณีที่ศาลได้แต่งตั้ง ทุนความให้แก่จำเลยและทุนความได้ปฏิบัติหน้าที่จนจบคดีแล้ว ศาลจะจ่ายเงินรางวัลให้จาก เงินงบประมาณของรัฐในอัตราที่ระเบียบกระทรวงยุติธรรมได้กำหนดไว้ โดยให้ศาลชั้นต้นใช้ดุลย พินิจกำหนดเงินรางวัลให้แก่ทุนความ ซึ่งพิจารณาตามความยากง่ายของคดีและระยะเวลาในการ ปฏิบัติหน้าที่ของทุนความ

นอกนี้ยังมีระบบการจัดหาทุนความอีกประเภทที่เรียกว่า “ทุนความอาสา” มี ลักษณะการทำงานให้ความช่วยเหลือประชาชนตามกฎหมายเพื่อสังคมสงเคราะห์เช่นเดียวกับ ทุนความขอแรง แต่มีความแตกต่างกันในลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ คำว่า “ทุนความ อาสา” มีความหมายกว้างกว่าทุนความขอแรง เนื่องจากทุนความขอแรง หมายถึง ทุนความ ที่ศาลแต่งตั้งให้แก่จำเลย ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 เพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือ ดำเนินคดีแก่จำเลยในชั้นพิจารณาของศาลเท่านั้น ส่วนความหมายของทุนความอาสา คือ ทุนความที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือในทางกฎหมายแก่ประชาชนโดยทั่วไปทั้งคดีแพ่ง คดี อาญา ฯลฯ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์หรือองค์กรหรือหน่วยงานให้ความช่วยเหลือประชาชน ทางกฎหมายที่ทุนความอาสาสังกัดอยู่ ซึ่งปัจจุบันมีองค์กรหรือหน่วยงานหลายแห่งทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนอาสาเข้ามาทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย เช่น สำนักงาน คณะกรรมการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย สภากฎหมาย สำนักงานคุ้มครองสิทธิและ ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานช่วยเหลือประชาชนทาง

กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม ศูนย์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฯลฯ เป็นต้น องค์กรหรือหน่วยงานต่างๆ เหล่านี้ ส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คำปรึกษา แนะนำ เผยแพร่ความรู้ทางด้านกฎหมายแก่ประชาชน โดยทั่วไปทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา



บทที่ 3

กระบวนการยุติธรรมทหารและสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร เปรียบเทียบกับศาลยุติธรรม

จากการศึกษาในเรื่องศาลทหารพบว่าการมีศาลทหารนั้นถือเป็นหลักสากลซึ่งในนานาอารยะ ประเทศต่างก็มีศาลทหารทั้งนั้น ไม่ว่าจะเป็นประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส หรือจีน เว้นแต่ในประเทศที่พ่ายแพ้สงครามอย่างเช่น ญี่ปุ่น ที่ถูกจำกัดไม่ให้มีศาลทหาร เหตุผลของการมีศาลทหารน่าจะมาจากการที่ศาลทหารสามารถมีวิธีพิจารณาคดีที่สามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ได้ ซึ่งต่างจากศาลยุติธรรมที่ไม่สามารถปรับเปลี่ยนได้ ดังนั้นในเวลาไม่ปกติเช่นเวลาสงครามซึ่งก็จำเป็นต้องใช้ระบบของศาลทหารเพื่อแก้ไขสถานการณ์ในขณะนั้น ประกอบกับในเรื่องเขตอำนาจศาลยุติธรรมจะมีเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่ในพื้นที่ตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นในกรณีที่ต้องไปปฏิบัติการกิจหรือเข้ายึดดินแดนเข้าศึกในต่างประเทศ ศาลยุติธรรมก็จะไม่สามารถติดตามกองกำลังของกองทัพไปทำหน้าที่ในการให้ความยุติธรรมได้

นอกจากนี้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศบางเรื่องได้กำหนดห้ามไม่ให้ฟ้องคดีบุคคลบางประเภทต่อศาลในระบบปกติ เช่น กรณีของเชลยศึก เป็นต้น

3.1 กระบวนการยุติธรรมทหารและสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร

ทหารเป็นหน่วยงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงกลาโหม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติถึงหลักการที่จะต้องจัดสรรทหารไว้อย่างกว้างๆ ในมาตรา 72 ว่า รัฐต้องจัดให้มีกำลังทหารไว้เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช ความมั่นคงของรัฐ สถาบันพระมหากษัตริย์ ผลประโยชน์แห่งชาติ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อการพัฒนาประเทศ จะเห็นได้ว่าภารกิจทางทหารนั้นไม่ใช่เฉพาะการรบหรือการสงครามเพื่อป้องกันการรุกรานจากศัตรูภายนอกประเทศเท่านั้น แต่ทหารยังมีหน้าที่ช่วยเหลือและรักษาความสงบภายในประเทศ เช่น การปราบปรามการจลาจล และมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ โดยใช้กำลังทหาร ตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2506 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินของกระทรวงกลาโหมว่ามีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันราชอาณาจักร ราชการกระทรวงกลาโหมให้เป็นไปตามกฎหมายข้อบังคับและ

ระเบียบแบบแผน⁴⁰ และพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2503 บัญญัติให้กระทรวงกลาโหมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันราชอาณาจักร โดยจัดให้มีกำลังทหารไว้เพื่อรักษาเอกราชและประโยชน์แห่งประเทศชาติ การใช้กำลังเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด และในส่วนของราชการกระทรวงกลาโหมให้เป็นไปตามกฎหมายข้อบังคับ และระเบียบแบบแผน⁴¹

ภารกิจของทหารเป็นการใช้กำลังและอาวุธในการป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ จึงต้องมีกฎหมาย ข้อบังคับ และระเบียบแบบแผน โดยเฉพาะของทหารเพื่อที่จะควบคุมทหารให้ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบวินัยที่ดี มีประสิทธิภาพเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด การปฏิบัติต่อฝ่ายทหารที่กระทำคามผิด ไม่ว่าจะเป็นการจับกุม สอบสวน ฟ้องร้องต่อศาล มีศาลทหารสำหรับพิจารณาพิพากษาโทษทหารที่กระทำคามผิดโดยเฉพาะ

3.1.1 ประวัติและความจำเป็นที่ต้องมีศาลทหาร

การศึกษาประวัติและความจำเป็นที่ต้องมีศาลทหาร จะทำให้ทราบถึงลำดับความเป็นมาของศาลทหารในประวัติศาสตร์และเข้าใจถึงแนวความคิดและจุดมุ่งหมายของศาลทหาร ตั้งแต่ต้น ตลอดจนกิจการทหารไทย ที่ได้มีการพัฒนามาตลอดเพื่อให้เหมาะสมกับยุคสมัย และภารกิจของศาลทหารก็ได้เปลี่ยนแปลงไปด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าของกองทัพ

การทหารของไทยในสมัยโบราณไม่มีกองทัพประจำการ แต่ถ้าต้องการกำลังทหารก็จะเกณฑ์จากชาวบ้านที่อยู่ภายใต้การปกครอง ซึ่งเรียกว่า “ไพร่” มาใช้ราชการหรืองานหลวงเป็นคราว ๆ เข้ากองทัพตามสังกัด ผู้ชายทุกคนจะต้องมีสังกัดอยู่ให้รู้ว่าขึ้นกับเจ้านายคนใดจะอยู่โดยไม่มีสังกัดไม่ได้ ใครอยู่สังกัดใดก็ต้องอยู่สังกัดนั้นตลอดไปจนถึงลูกหลาน⁴² การควบคุมหรือการจัดกำลังทหารกำหนดเอาครัวเรือนเป็นหน่วยเบื้องต้น หลายครัวเรือนรวมกันเป็นกอง หลายกองรวมกันเป็นกรม กรมหนึ่งมีเจ้ากรมเป็นผู้บังคับบัญชา มีปลัดกรมเป็นผู้ช่วย และสมุหบัญชีเป็นผู้ทำบัญชีพล ถัดจากกรมลงมามีนายกอง รองจากนายกองเรียกว่าขุนหมื่น สำหรับดูแลไพร่พลในกรมนั้น ๆ วิธีระดมพลในเวลาที่มีศึกสงครามหรือมีราชการ กรมสุรัสวดี ซึ่งมีหน้าที่ทำบัญชีพลทั้งในกรุงและหัวเมืองจะเป็นผู้กะเกณฑ์และมีคำสั่ง สำหรับหัวเมืองก็จัดทำนองเดียวกัน แต่ชื่อกรมตามหัวเมืองเรียกว่ากอง เวลาที่มีศึกสงครามผู้ว่าราชการเมือง ซึ่งเปรียบได้กับผู้ว่าราชการจังหวัดในปัจจุบันทำหน้าที่เป็นตัวแทนแม่ทัพนายพล

ไพร่จะต้องเข้าเวรรับราชการปีละ 6 เดือน ต่อมาลดลงเหลือ 3 เดือน มีศึกสงครามจะเรียกเกณฑ์เป็นกรมๆ จะเกณฑ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแล้วแต่ราชการกับความร้ายแรงของ

⁴⁰พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2506.

⁴¹พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2503.

สถานการณ์ว่าจำเป็นต้องใช้กำลังทหารเท่าใด เมื่อไพร่เข้าไปอยู่ในกองทัพก็ต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของแม่ทัพนายกองตามลำดับชั้น และเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น ไพร่ที่กระทำความผิดก็ต้องถูกลงโทษลงทัณฑ์ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา และกฎหมายที่ใช้บังคับบัญชาจำเลย คือ กฎหมายลักษณะขบถศึก โดยมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายทหาร ได้แก่ นายกอง คือ ผู้บังคับบัญชาจำเลย ยุกรบัตร คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายศาลหรือฝ่ายกฎหมาย เกียกกาย คือ เจ้าหน้าที่ต้อนรับเข้ารับ เป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาทหารที่กระทำความผิด ซึ่งกฎหมายลักษณะขบถศึกนี้เป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง อันเป็นส่วนหนึ่งของบรรดาพระราชกำหนด กฎหมายที่ปรากฏตามพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก เมื่อ พ.ศ.2347 ซึ่งบัญญัติว่า ถ้าผู้ใดตอรับด้วยราชศัตรู มิฟังบังคับข้อย่อในที่รบพื้นเพอนจากกระบวนทัพประการใด ถ้ามีบันดาลศักดิ์แต่นา 800 ลงมาถึงไพร่ใช้ โทษหนักเท่าใด ให้ลงโทษโดยโทษานุโทษนั้น ถ้าบันดาลศักดิ์ 1,000 ขึ้นไปให้กุมเอาตัวไปส่งแก่นายกองยุกรบัตรเกียกกายให้ลงโทษโดยโทษานุโทษนั้น แลให้เกียกกายบันดา ถืออาญาต้อนรับกฎหมายเอาโทษนั้นไปบอกแก่นายกอง แลยุกรบัตรเกียกกายให้พิจารณาโดยโทษ⁴³ คณะบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลดังกล่าวใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และในราวปี พ.ศ.2420-2428 ได้มีการจัดตั้งศาลขึ้นเพื่อชำระความในโรงทหารจึงถือได้ว่าเป็นการกล่าวถึงระบบศาลทหารสมัยใหม่ที่จัดขึ้นเพื่อพิจารณาคดีในกองทหารแบบชาติตะวันตกเป็นครั้งแรก⁴⁴

ในด้านการปกครองแผ่นดินในสมัยโบราณตั้งแต่ก่อนสมัยสุโขทัย ใช้หลักการปกครองโดยถือเอาการทหารเป็นสำคัญ และกำหนดว่าผู้ชายไทยทุกคนจะต้องเป็นทหาร ต่อมาสมัยอยุธยาในแผ่นดินสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ได้ทรงแก้ไขปรับปรุงการปกครองแผ่นดินเสียใหม่ โดยกำหนดหน้าที่ราชการแยกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ซึ่งมีกรมพระกลาโหมทำหน้าที่ดูแลและบังคับบัญชาฝ่ายทหารและกรมมหาดไทยทำหน้าที่ดูแลและบังคับบัญชาฝ่ายพลเรือน และต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงในสมัยสมเด็จพระเพทราชา ได้ทรงเปลี่ยนแปลงการปกครองที่สมเด็จพระบรมไตรโลกนาถทรงวางไว้ โดยทรงให้ราชการทหารรับผิดชอบทั้งในราชการทหารและราชการพลเรือน จนกระทั่งในสมัยสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเปลี่ยนให้กลับไปใช้แบบเดิมที่สมเด็จพระบรมไตรโลกนาถทรงวางไว้ กล่าวคือแยกราชการทหารและราชการพลเรือนออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยกำหนดให้สมุหกลาโหมเป็นหัวหน้ากรมพระ

⁴² ใพบูลย์ ยันตพร ก (ม.ป.ป.). หนังสือครบรอบ 90ปี กรมพระธรรมนูญ. หน้า 21.

⁴³ ใพบูลย์ ยันตพร ข (2533). ประวัติกรมพระธรรมนูญและเหล่าทหารพระธรรมนูญ. การประชุมทางวิชาการของนายทหารเหล่าพระธรรมนูญ. หน้า 21.

⁴⁴ วรศักดิ์ อารีเปี่ยม. (2541). การบริหารกระบวนการยุติธรรมทางทหาร. หน้า 89.

กลาโหมบังคับราชการฝ่ายทหารทั่วไป และสมุหนายกเป็นหัวหน้ากรมมหาดไทยบังคับราชการฝ่ายพลเรือนทั่วไป

สำหรับกิจการทหารนั้น เดิมแบ่งเป็นราชการทหารบกและราชการทหารเรือ โดยมีศาลทหาร คือ ศาลกลาโหม สำหรับพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ทหารบกและทหารเรือกระทำผิด โดยเฉพาะ ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมพระกลาโหม ต่อมาได้แยกกรมทหารบกและกรมทหารเรือออกจากกรมพระกลาโหม และตั้งกรมยุทธนาธิการขึ้นเมื่อ ปี พ.ศ.2429 เพื่อให้รับผิดชอบดูแลทหารบกและทหารเรือ รวมถึงด้านการทหารต่าง ๆ ตลอดจนกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของกรมทหารบกและทหารเรือแทนกรมพระกลาโหม โดยมีศาลทหารสำหรับพิจารณาพิพากษาทหารบกและทหารเรือที่กระทำผิดด้วย ส่วนศาลกลาโหมคงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะความอาญานอกในบริเวณหัวเมืองต่าง ๆ เท่านั้น

ในปี พ.ศ.2434 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น โดยรวบรวมศาลที่กระจัดกระจายอยู่ในกระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ เข้ามาสังกัดกระทรวงยุติธรรม คงยกเว้นศาลทหารซึ่งยังคงให้สังกัดกระทรวงยุทธนาธิการอยู่ตามเดิมศาลในประเทศไทยจึงแบ่งเป็น “ศาลกระทรวงยุติธรรม” และ “ศาลทหาร” ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา⁴⁵ และในปี พ.ศ.2435 ได้มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินครั้งใหญ่ เนื่องจากเจ้าหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินทั้งฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน มีอำนาจซ้ำซ้อนกัน จึงแบ่งราชการบริหารส่วนกลางออกเป็น 12 กระทรวง ซึ่งกรมพระกลาโหมได้ถูกยกฐานะขึ้นเป็น “กระทรวงกลาโหม” ส่วนกรมยุทธนาธิการได้ถูกย้ายไปขึ้นกับกระทรวงกลาโหม⁴⁶ ต่อมาในสมัยสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงยุบกรมยุทธนาธิการ และกำหนดให้ทหารบกไปขึ้นอยู่กับกระทรวงกลาโหม ส่วนทหารเรือก็ขึ้นอยู่กับกรมทหารเรือ โดยกรมทหารเรือก็ได้ยกฐานะขึ้นเป็นกระทรวงทหารเรือด้วยตามประกาศตั้งกระทรวงทหารบกทหารเรือ ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2453 และกฎหมายที่ใช้บังคับกับทหารบกและทหารเรือในขณะนั้น คือ พระธรรมนูญศาลทหารบก ร.ศ. 126 พระธรรมนูญศาลทหารเรือ ร.ศ.128

ต่อมาได้มีการปรับปรุงกิจการทหารไทยเมื่อปี พ.ศ.2474 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องจากขณะนั้นภาวะเศรษฐกิจตกต่ำมากจึงจำเป็นต้องรวมกระทรวงทหารเรือมาอยู่กับกระทรวงกลาโหม ซึ่งหมายถึงการรวมกรมพระธรรมนูญทหารบก และกรมพระธรรมนูญทหารเรือเป็นกรมเดียวกันด้วย โดยใช้ชื่อว่า กรมพระธรรมนูญทหาร ตามคำสั่งสำหรับ

⁴⁵วิจักษ์ สัจจะเวทนะ. (2534). “บทบาทของกระบวนการยุติธรรมทหารในการรักษาความมั่นคงแห่งชาติ.” วารสารพระธรรมนูญ, เล่มที่ 36. หน้า 6.

⁴⁶ไพบูลย์ ชันตพร ก เล่มเดิม. หน้า 42-43.

ทหารที่ 19/10359 ลง วันที่ 5 ธันวาคม 2474 และในปี พ.ศ.2475 ได้โอนกรมพระธรรมนูญทหาร ให้ขึ้นอยู่กับกระทรวงกลาโหมที่ได้มีการจัดระเบียบในราชการกระทรวงกลาโหมใหม่ และแก้ไขชื่อ เป็น “กรมพระธรรมนูญ”⁴⁷ นอกจากนี้ได้ออกกฎหมายใหม่คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาล ทหาร พ.ศ.2498 รัฐสภาได้ยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2477 ทั้งฉบับ และให้ ใช้ฉบับใหม่แทน คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ซึ่งยังคงใช้บังคับเรื่อยมา จนถึงปัจจุบันนี้

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้บัญญัติถึงการจัดตั้งกำหนดชั้น อำนาจของศาลทหารทั้งในเวลาปกติและในเวลาไม่ปกติ นอกจากนี้ยังได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการ พิจารณาของศาลทหารตลอดจนกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา ของทหาร เช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสืบสวนสอบสวน ผู้มีอำนาจสั่งควบคุมผู้ต้องหา เจ้าหน้าที่ เป็นโจทก์ฟ้องคดี ผู้มีอำนาจตั้งตุลาการศาล ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดที่ศาลทหารได้พิพากษา ลงโทษเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว เป็นต้น

3.1.2 หลักทั่วไปในศาลทหาร

ศาลทหารไทยหรือศาลทหารในต่างประเทศถือหลักในการทำงานเหมือนกันว่าศาลทหารเป็น ศาลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบุคคลจำพวกหนึ่งโดยเฉพาะเป็นส่วนหนึ่งต่างหากจากศาลยุติธรรมที่จัดตั้งขึ้น เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่พลเมืองของประเทศนั้นกระทำความผิด ดังนั้นในเวลาปกติศาลทหารจึง ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พลเมืองทั่วไปกระทำความผิด ส่วนในเวลาไม่ปกติ เช่น มีการรบ หรืออยู่ในสภาวะที่มีศึกสงครามหรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก พลเมืองทั่วไปที่กระทำความผิด ทางอาญาอาจตกอยู่ในอำนาจของศาลทหารได้ ทั้งนี้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของแต่ละ ประเทศ

สำหรับประเทศไทยในเวลาไม่ปกติ ถ้าได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกผู้ที่มีอำนาจประกาศ ใช้กฎอัยการศึกมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้น ในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก และในระหว่างที่ใช้กฎอัยการศึกตามที่ระบุไว้ในบัญชีต่อท้าย พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกทุกข้อ หรือแต่บางข้อ และหรือบางส่วนของข้อใดข้อหนึ่งได้ นอกจาก กรณีดังกล่าวแล้ว ถ้าคดีอาญาใดที่เกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกมีเหตุพิเศษเกี่ยวกับความ มั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้บัญชาการทหารสูงสุดจะสั่งให้ พิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นในศาลทหารก็ได้ ด้วยเหตุนี้ศาลทหารที่มีอยู่แล้วอย่างถาวรจึงมี 2 ประเภท คือ ศาลทหารในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ในลำดับต่อไปจะกล่าวถึง

⁴⁷ประพาศ กุลพิจิตร. (2539). “จดหมายเหตุกรมพระธรรมนูญ.” หนังสือครบรอบ 90 ปี กรม พระธรรมนูญ.

ประเภทของศาลทหาร และลำดับชั้นของศาลทหาร ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.1.2.1 ประเภทของศาลทหาร

ในเรื่องการจัดแบ่งประเภทของศาลทหารนั้นหากจัดตามสถานการณื แล้วก็จัดแบ่งได้ 3 ประเภท คือ

- 1) ศาลทหารในเวลาปกติ คือ ศาลทหารที่มีอยู่ในช่วงเวลาบ้านเมืองสงบ ไม่มีศึกสงคราม
- 2) ศาลทหารในไม่เวลาปกติ คือ ศาลทหารที่มีอยู่ในช่วงเวลาบ้านเมืองอยู่ในภาวะที่มีศึกสงคราม⁴⁸ ในช่วงเวลานี้ความจำเป็นทางทหารย่อมเพิ่มขึ้น บังคับให้พิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารต้องดำเนินไปด้วยความรวดเร็วเด็ดขาดยิ่งกว่าในยามปกติ เพื่อประโยชน์ในการรบ การสงคราม หรือเพื่อให้สถานการณ์กลับคืนสู่ความเป็นปกติโดยเร็ว

3) ศาลอาญาศึก พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498

บัญญัติไว้ในมาตรา 39 ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยทหารที่ตั้งศาลอาญาศึกนั้น และเป็นคดีอาญาทั้งปวง ซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตอำนาจได้ทุกบทกฎหมาย และไม่จำกัดตัวบุคคลจึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 16 หรือไม่ และไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีสหทหารชั้นใด สังกัดหน่วย กรม กอง ไດ ดังนั้นไม่ว่าทหาร ตำรวจ หรือพลเรือน หากกระทำความผิดอาญาใด ภายในเขตอำนาจศาลอาญาศึกแล้ว ศาลอาญาศึกมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ทั้งสิ้น คดีที่ศาลอาญาศึกมีคำพิพากษาแล้วเป็นอันถึงที่สุด ศาลอาญาศึก มีลักษณะพิเศษไม่จัดอยู่ในประเภทของศาลทหารชั้นต้น เพราะเป็นศาลชั้นเดียวองค์คณะประกอบด้วย นายทหารสัญญาบัตร 3 นาย ไม่มีตุลาการพระธรรมนูญร่วมเป็นองค์คณะ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 41

3.1.2.2 การจัดชั้นของศาลทหาร

ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ศาลทหารแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ

- 1) ศาลทหารชั้นต้น เทียบได้กับศาลชั้นต้นของพลเรือน มีอยู่ 4 ประเภท⁴⁹ คือ
 - (1) ศาลจังหวัดทหารการพิจารณาพิพากษาคดีจะน้อยกว่าศาลทหารชั้นต้นประเภทอื่นๆ ซึ่งคล้ายกับศาลแขวงของพลเรือน มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาได้ทั้งปวง แต่จะต้องเป็นคดีที่จำเลยไม่ใช่นายทหารสัญญาบัตร ส่วนอำนาจพิพากษาคดีถูกจำกัดว่าคดีที่กฎหมายมิได้

⁴⁸พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร.

⁴⁹แหล่งเดิม. มาตรา 7.

กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำ หรือกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนดดังกล่าว หากศาลจังหวัดทหารเห็นควรยกฟ้อง หรือเห็นควรให้ลงโทษจำคุกแต่ละกระทง ให้จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนดดังกล่าวก็ให้พิพากษาได้ คดีเกินอำนาจของศาลจังหวัดทหารบกใดอยู่ในเขตพื้นที่ของมณฑลทหารบกใด ก็ต้องส่งไปให้ศาลมณฑลทหารบกนั้นๆ ทำคำพิพากษา เว้นแต่ศาลจังหวัดทหารบกที่อยู่ในเขตพื้นที่มณฑลทหารบกที่ 11 ซึ่งไม่มีศาลมณฑลทหารบก จะต้องส่งคดีเกินอำนาจให้ศาลทหารกรุงเทพพิพากษา

(2) ศาลมณฑลทหาร อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีมากกว่าศาลจังหวัดทหาร คล้ายกับศาลจังหวัดพลเรือน มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทั้งปวง เฉพาะความผิดที่เกิดขึ้นในเขตพื้นที่มณฑลทหารนั้นๆ แต่จำกัดชั้นของจำเลย ว่าจำเลยต้องไม่ใช่นายทหารยศนายพล⁵⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 8 ให้ทุกมณฑลทหารมีศาลมณฑลทหารศาลหนึ่ง เว้นแต่มณฑลทหารที่ 11 เพราะเป็นที่ตั้งศาลทหารกรุงเทพ

(3) ศาลทหารกรุงเทพ อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีมากกว่าศาลทหารชั้นต้นประเภทอื่นๆ คล้ายกับศาลอาญาของพลเรือน เป็นศาลทหารที่มีเขตอำนาจไม่จำกัดพื้นที่ และไม่จำกัดชั้นของจำเลย⁵¹ นายทหารชั้นนายพลก็ตกเป็นจำเลยในศาลทหารกรุงเทพได้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 22 เป็นศาลที่ตั้งอยู่ที่กรมพระธรรมนูญกระทรวงกลาโหม มีเขตอำนาจไม่จำกัดพื้นที่ แต่โดยปกติถ้าการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในท้องถิ่นที่มีศาลทหารก็ให้พิจารณาพิพากษาในศาลทหารท้องถิ่น นอกจากนี้ยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรด้วย รวมทั้งคดีที่ศาลจังหวัดทหารในเขตมณฑลทหารบกที่ 11 ไม่มีอำนาจพิพากษา และทำความเห็นส่งสำนวนมาให้ศาลทหารที่กรุงเทพพิพากษาด้วย

(4) ศาลประจำหน่วยทหาร มีลักษณะต่างกับศาลทหารชั้นต้นอื่นๆ ในข้อที่ไม่คำนึงถึงว่าการกระทำความผิดจะเกิดขึ้นในพื้นที่ใด แต่คำนึงถึงว่าบุคคลผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่สังกัดหน่วยทหารนั้นหรือไม่ ถ้าเป็นผู้ที่สังกัดหน่วยทหารนั้น ศาลประจำหน่วยทหารก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ทั้งนี้เพราะส่วนใหญ่ศาลประเภทนี้อยู่นอกราชอาณาจักร เนื่องจากกองกำลังทหารต้องเดินทางไปปฏิบัติหน้าที่นอกราชอาณาจักร โดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่ากองกำลังทหารนั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันจึงจะตั้งศาลประจำหน่วยทหารได้ จำนวนองค์คณะของทหารชั้นต้นดังที่กล่าวมา มีตุลาการ 3 นาย คือ นายทหารสัญญาบัตร 2 นาย และตุลาการ

⁵⁰พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร, มาตรา 21.

⁵¹แหล่งเดิม. มาตรา 22.

พระธรรมนูญ 1 นาย

2) ศาลทหารกลางเทียบได้กับศาลอุทธรณ์ของพลเรือน ศาลทหารชั้นอุทธรณ์มีศาลเดียวตั้งอยู่ที่กรมพระธรรมนูญ กระทรวงกลาโหม มีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้น จำนวนองค์คณะของศาลทหารกลางมีตุลาการ 5 นาย คือ นายทหารชั้นนายพล 1 หรือ 2 นาย นายทหารชั้นนายพัน นายนาวา หรือนายนาวาอากาศชั้นไป 1 หรือ 2 นาย กับตุลาการพระธรรมนูญ 2 นาย ซึ่งเป็นนายทหารชั้นนายพัน นายนาวา หรือนายนาวาอากาศชั้นไป

3) ศาลทหารสูงสุด เทียบได้กับศาลฎีกาของพลเรือน เป็นศาลทหารชั้นฎีกา มีอยู่ศาลเดียว ตั้งอยู่ที่กรมพระธรรมนูญ กระทรวงกลาโหม มีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารกลาง คดีที่ศาลทหารสูงสุดได้พิจารณาหรือมีคำสั่งแล้วเป็นอันถึงที่สุด จำนวนองค์คณะของศาลทหารสูงสุดมี 5 นาย คือ นายทหารชั้นนายพล 2 นาย และตุลาการพระธรรมนูญ 3 นาย ซึ่งเป็นนายทหารชั้นพันเอก นาวาเอก หรือนาวาอากาศเอก ซึ่งได้รับเงินเดือนอัตราพันเอกพิเศษ นาวาเอกพิเศษ หรือนาวาอากาศเอกพิเศษ หรือเป็นนายทหารชั้นนายพล การแต่งตั้งเป็นเช่นเดียวกับศาลทหารกลาง⁵²

3.1.3 อำนาจพิจารณาคดีของศาลทหาร

อำนาจศาลทหารที่จะพิจารณาพิพากษาคดีและมีอำนาจเหนือบุคคลใดได้บ้างมีทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 13 ถึง มาตรา 15 ดังนี้

3.1.3.1 อำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหารมี 2 กรณีคือ

- 1) อำนาจการพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดออกกฎหมาย หรือกฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารขณะกระทำความผิด
- 2) อำนาจในการที่จะสั่งลงโทษบุคคลที่กระทำละเมิดอำนาจศาล ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารหรือไม่ก็ตาม ซึ่งการลงโทษผู้ละเมิดอำนาจศาลนั้นผู้ที่ถูกลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลจะเป็นผู้ใดก็ได้ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร การกระทำความผิดประการใดจึงจะเป็นการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลต้องพิจารณาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 และ 32 ซึ่งแยกออกเป็นสองกรณี คือ กรณีไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลอันว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อย และกรณีประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล⁵³

⁵²พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร, มาตรา 24, 29, 31 (3).

⁵³แหล่งเดิม. มาตรา 52.

จึงสรุปได้ว่า คดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

- (1) เป็นคดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ตามมาตรา 16 กระทบความผิด
- (2) การกระทบความผิดเกิดขึ้นในขณะที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจ

ศาลทหาร

(3) กระทบความผิดในคดีนั้น ไม่เข้ากรณีที่เกี่ยวข้องเป็นข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 14 การกระทบความผิดได้เกิดขึ้นในขณะที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารนั้น หากการกระทบความผิดนั้นมีลักษณะที่คาบเกี่ยวระหว่างเวลาที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร และขณะกระทำความผิดมิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร เช่น กรณีผู้กระทำความผิดออกเช็คนขณะเป็นทหาร แต่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินขณะพ้นจากการเป็นทหารแล้วหรือออกเช็คนขณะยังไม่ได้เป็นทหาร แต่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินขณะที่เป็นทหาร หรือในกรณีความผิดต่อเนื่องเช่น หน่วงเหนี่ยวกักขังผู้อื่นไว้ในขณะที่ตนยังไม่ได้เป็นทหาร จนกระทั่งตนได้เป็นทหารแล้ว ผู้ที่ถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังจึงหลุดพ้นไปได้ กรณีเหล่านี้เป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารตั้งแต่ขณะลงมือกระทำความผิดจนกระทั่งความผิดสำเร็จ ซึ่งบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารได้กระทำความผิด เช่น กระทำความผิดขณะที่ยังเป็นทหาร แต่ความผิดมาปรากฏหรือถูกจับกุมภายหลังจากที่ถูกปลดออกจากราชการไปแล้ว หรือหากกระทำความผิดสำเร็จในขณะที่ยังไม่ได้เป็นทหาร แต่ความผิดได้ปรากฏหรือถูกจับกุมในขณะที่เป็นทหารก็ถือว่าการกระทบความผิดคดีนั้นไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลทหารซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 15 วรรคแรก ดังนั้น จึงต้องดำเนินคดีที่กระทำความผิดในศาลยุติธรรม อำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามมาตรานี้ ใช้ถ้อยคำว่า “วางบทลงโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา” ซึ่งมีความหมายว่า เมื่อศาลทหารเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดจริงก็มีอำนาจลงโทษจำเลยเฉพาะคดีอาญาเท่านั้น กล่าวคือ ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ซึ่งมีอยู่ 5 สถาน ได้แก่ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ และโทษริบทรัพย์สิน โดยที่ศาลทหารไม่มีอำนาจที่จะไปกำหนดโทษและไม่มีอำนาจที่จะพิพากษาหรือสั่งบังคับเป็นอย่างอื่น นอกเหนือจากการวางโทษดังกล่าว เว้นแต่ในเรื่องการรอกองลงโทษจำคุก การพิพากษายกฟ้อง หรือการสั่งจำหน่ายคดี ดังนั้นศาลทหารจึงไม่มีอำนาจที่จะนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ รวมถึงไม่มีอำนาจในเรื่องที่กฎหมายซึ่งมีบทลงโทษทางอาญาได้ให้อำนาจไว้ เช่น อำนาจในการสั่งจ่ายรางวัลนำจับ อำนาจในการสั่งขับไล่ออกจากพื้นที่ หรืออำนาจในการสั่งให้หรือถอนสิ่งปลูกสร้าง

2) คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร แบ่งเป็น 4 ประเภท คือ⁵⁴

- (1) คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีได้อยู่ในอำนาจศาล

⁵⁴พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร, มาตรา 14.

ทหารกระทำผิดด้วยกันถ้อยคำว่า “กระทำผิดด้วยกัน” ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 14 (1) นั้น มีความหมายกว้างกว่า ร่วมกระทำความผิดด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ซึ่งศาลฎีกา ได้เคยวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1648/2521 วินิจฉัยว่า กรณีที่พลเรือน กับทหารวิวาททำร้ายกันตกเป็นจำเลยทั้งสองฝ่ายถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดด้วยกัน และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1104/2530 วินิจฉัยว่าทหารและพลเรือนชัรบรสวณกันด้วยความประมาททั้งสองฝ่ายเป็นเหตุให้มีคนตายถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดด้วยกัน

(2) คดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือน คดีที่จะถือว่าเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกันนั้นมีหลายกรณี แต่ยังไม่มีการชี้ชัดเป็นแน่นอน ความหมายของ “คดีที่เกี่ยวข้อง” ที่บัญญัติไว้ในตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 24 และมาตรา 25 เช่น นายคำประกอบกิจการรับซื้อของโจร ลีบเอกเขียวลักทรัพย์ของทางราชการไปขายให้นายคำทำหนังสือเดินทางปลอมให้ลีบเอกเขียว ลีบเอกเขียวนำหนังสือเดินทางปลอมนั้นไปใช้ กรณีตามตัวอย่าง หากอาศัยความหมายของ “คดีเกี่ยวข้อง” ตามบทบัญญัติมาตรา 24 และมาตรา 25 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักในการพิจารณาแล้วก็จะถือว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร เนื่องจากเกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม คดีที่เข้าหลักเกณฑ์ตามข้อ (1) และ (2) นี้มักจะเรียกกันว่า “คดีปะปน” เนื่องจากกฎหมายทหารในยุคแรกได้ใช้ถ้อยคำดังกล่าวจึงใช้ติดต่อกันมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งจะเห็นได้จากพระธรรมนูญศาลทหารบก ร.ศ.126 มาตรา 62 บัญญัติว่า “เมื่อใดผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารบกได้กระทำความผิด และมีผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารบกปะปนอยู่ด้วย เป็นผู้ต้นเหตุหรือพรรคพวกก็ดีให้คดีนั้นไปพิจารณาในศาลพลเรือน” หรือกรณีตามพระธรรมนูญศาลทหารเรือ ร.ศ.127 มาตรา 55 บัญญัติว่า “เมื่อใดผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเรือได้กระทำความผิด และผู้ที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารปะปนอยู่ด้วยเป็นผู้ต้นเหตุหรือพรรคพวกก็ดีให้คดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลพลเรือนกระทำผิดด้วยกัน หรือหมายถึงคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

(3) คดีที่ต้องดำเนินในศาลคดีเด็กและเยาวชน ศาลคดีเด็กและเยาวชนในปัจจุบันได้แปรสภาพเป็นศาลเยาวชนและครอบครัว ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว บุคคลที่จะต้องถูกดำเนินคดีในศาลทหารที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะดำเนินคดีในศาลทหารได้เพราะอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ ในปัจจุบันก็จะมีเฉพาะนักเรียนทหาร ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 16 (4) เท่านั้น เพราะบุคคลที่จะบรรจุเข้ารับราชการได้จะต้องมีอายุกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์อยู่แล้ว ส่วนทหารกองประจำการ ซึ่งเข้ารับราชการตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร ก็จะต้องมีอายุยี่สิบเอ็ดปีบริบูรณ์ จึงไม่อยู่ในข่ายที่จะต้องถูกดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว นอกจากนักเรียนทหารแล้วบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ อาจมิได้ในกรณีที่เป็นชนชาติศัตรู

(4) คดีที่ศาลทหารเห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ประกอบด้วยหลักเกณฑ์

2 ประการ คือ

ศาลทหารเป็นผู้วินิจฉัย ซึ่งหมายความว่า ได้มีการยื่นฟ้องคดีนั้นต่อศาลทหารแล้ว

ศาลทหารเป็นผู้วินิจฉัย ซึ่งหมายความว่า ได้มีการยื่นฟ้องคดีนั้นต่อศาลทหารแล้ว

คดีที่ศาลทหารเห็นว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารนั้นยังไม่เคยปรากฏว่าศาลทหารเคยวินิจฉัยไว้เป็นพิเศษ เท่าที่ปรากฏก็มีแต่เฉพาะวินิจฉัยเกี่ยวกับตัวบุคคลที่ฟ้องคดีไม่ได้วินิจฉัยถึงลักษณะของคดี แต่อย่างไรก็ตามมีอยู่กรณีหนึ่งที่น่าจะเข้าหลักเกณฑ์นี้ได้เนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์ในข้อ (1), (2) และ (3) ซึ่งได้แก่กรณีความผิดที่กระทำคาบเกี่ยวกันระหว่างที่เป็นบุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว กรณีนี้ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1105/2513 และ 191/2532 ซึ่งวินิจฉัยว่า ทหารกับพวกที่ยังหลบหนีอยู่ร่วมกันกระทำความผิด เมื่อไม่ได้หลักฐานใดแสดงให้เห็นชัดว่าพวกที่หลบหนีอยู่นั้นเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร คดีจึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารให้ดำเนินคดีในศาลพลเรือน

หากเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ศาลทหารต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้ดำเนินคดีในศาลยุติธรรม ดังนั้นหากเป็นกรณีที่ศาลยุติธรรมได้สั่งรับประทับฟ้องไว้แล้ว แม้จะปรากฏตามทางพิจารณาในภายหลังว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารก็ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ ซึ่งตามบทบัญญัตินี้ศาลยุติธรรมได้วางหลักเกณฑ์ไว้ด้วยว่า ถ้าความปรากฏต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณา ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต่อไป กรณีที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปได้นั้นเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาเท่านั้น คือ มีการสืบพยานไปบ้างแล้วจึงเห็นได้ว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ส่วนศาลทหารนั้นหากพิจารณาคดีใดแล้วปรากฏตามทางพิจารณาในภายหลังว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารก็จะต้องจำหน่ายคดีหรือพิพากษายกฟ้องแล้วแต่กรณีจะเป็นประการใด

3.1.4 ประเภทของบุคคลที่เป็นจำเลยในศาลทหาร

จำเลยในศาลทหารได้แก่ บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร มี 8 จำพวก คือ

3.1.4.1 นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ

นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการคือ ผู้ซึ่งได้รับยศทหารตั้งแต่ร้อยตรี เรือตรี และเรืออากาศตรี ขึ้นไป ซึ่งมีตำแหน่งราชการประจำในกระทรวงกลาโหม และให้รวมตลอดถึงผู้ที่ได้ ว่าที่ในยศชั้นนั้นๆ ด้วย เพราะผู้ที่ได้ว่าที่ในยศสัญญาบัตรชั้นใดนั้น เป็นผู้ได้รับแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมให้รับราชการเป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตร และอยู่ในระหว่าง

การนำรายชื่อกฎยาเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแต่งตั้งขุนยาทหารสัญญาบัตรต่อไป จึงคงคำว่า “ว่าที่” นำหน้านายสนั้นๆ ระยะเวลาหนึ่งในระหว่างที่รอโปรดเกล้า

3.1.4.2 นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ เฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่ง หรือข้อบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร

นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ คือ นายทหารชั้นสัญญาบัตรที่มีได้เป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ ตามข้อบังคับทหารว่าด้วยการแบ่งประเภทนายทหารชั้นสัญญาบัตร ซึ่งได้แบ่งออกเป็น 6 ประเภท คือ

- 1) นายทหารประจำการ
- 2) นายทหารนอกกอง
- 3) นายทหารพิเศษและผู้บังคับการพิเศษ
- 4) นายทหารกองหนุน
- 5) นายทหารนอกราชการ
- 6) นายทหารพันราชการ

เฉพาะนายทหารกองหนุน นายทหารนอกราชการ และนายทหารพันราชการ เท่านั้นที่เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่งหรือข้อบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร มาตรา 30, 31, 32 หรือ 33 แล้วแต่กรณีและคดียอมอยู่ในอำนาจศาลทหาร แม้ว่าจะมิได้เป็นทหารตามความหมายแห่งบทนิยามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญาทหาร เพราะตามข้อบังคับทหารดังกล่าวกำหนดให้นายทหารทั้ง 3 ประเภท นั้นต้องปฏิบัติตามข้อบังคับ คำสั่ง และแบบธรรมเนียมของทหาร

3.1.4.3 นายทหารประทวน และพลทหารกองประจำการ หรือประจำการ หรือบุคคลที่รับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร

1) นายทหารประทวน ก็คือ นายทหารชั้นประทวนประจำการ ซึ่งมีชั้นยศตามพระราชบัญญัติยศทหาร พ.ศ.2479 มาตรา 4 ดังนี้ กรณีที่เป็นทหารบกยศสิบตรี ถึงจำสิบเอก กรณีที่เป็นทหารเรือ ยศจ่าตรี ถึงพันจ่าเอก และกรณีที่เป็นทหารอากาศ ยศจ่าอากาศตรีถึงพันจ่าอากาศเอก

2) พลทหารกองประจำการ คือ พลทหาร หรือทหารเกณฑ์ปกติรับราชการ 2 ปี

3) พลทหารประจำการ คือ ทหารเกณฑ์ หรือพลทหารรับราชการครบกำหนดแล้ว แต่สมัครใจรับราชการต่อ และรอการแต่งตั้งยศเป็นนายทหารชั้นประทวน หรือเป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรแล้วแต่กรณี

4) บุคคลที่รับราชการตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร คือ ทหารกองหนุน หรือทหารกองเกิน ซึ่งมีหน้าที่เข้ารับราชการทหารเมื่อมีพระราชกฤษฎีกาให้มีการระดมพล

เตรียมศึก หรือเรียกเข้าฝึกวิชาทหาร หรือทดลองความพรั่งพร้อม

3.1.4.4 นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด ตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยโรงเรียนทหาร พ.ศ.2492 ข้อ 5 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งหลังสุด โดยข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่า ด้วยโรงเรียนทหาร (ฉบับที่ 14) พ.ศ.2534 ข้อ 3 ได้กำหนดไว้ว่าโรงเรียนทหาร มีดังนี้คือ

- 1) โรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้า
- 2) โรงเรียนนายเรือ
- 3) โรงเรียนนายเรืออากาศ
- 4) โรงเรียนแผนที่ของกรมแผนที่ทหาร
- 5) วิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้า
- 6) โรงเรียนเตรียมทหาร
- 7) โรงเรียนประจำเหล่าชั้นนักเรียนนายสิบ
- 8) โรงเรียนนายสิบทหารบก
- 9) โรงเรียนจ่า
- 10) โรงเรียนจ่าอากาศ

อย่างไรก็ตามอาจมีนักเรียนทหารบางคนซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีแม้เป็นบุคคลที่อยู่ใน อำนาจศาลทหารก็ตาม หากกระทำผิดอาญาก็ต้องดำเนินคดีที่ศาลเยาวชนและครอบครัว ตาม พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 14 (3)

อนึ่ง นักเรียนช่างฝีมือทหาร นักเรียนดุริยางค์ นักเรียนพยาบาล นักเรียนช่าง กรมอุทกหารเรือ และนักศึกษาวิชาทหาร มิได้เป็นนักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร

3.1.4.5 ทหารกองเกินที่ถูกเข้ากองประจำการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้เพื่อเข้า รับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหาร หมายถึง ทหารกองเกินที่ได้รับการตรวจเลือก และถูกเข้ากอง ประจำการ กล่าวคือ เมื่อทหารกองเกินได้รับการตรวจเลือกเข้ากองประจำการแล้ว ทางอำเภอที่จะ ออกหมายเรียกกำหนดวันเวลาให้ไปที่อำเภอ เมื่อถึงกำหนดวันนัดทางอำเภอก็จะนำตัวทหาร กองเกินที่มารายงานตัวส่งต่อไปให้จังหวัดทหารบก ในส่วนกองทัพเรือจะส่งต่อไปให้ศูนย์ฝึก ทหารใหม่ กรมยุทธศึกษาทหารเรือเพื่อดำเนินการขึ้นทะเบียนกองประจำการ อย่างไรก็ตามเมื่อ เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้เพื่อให้เข้ารับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหารแล้ว แม้ยังไม่ทันได้ ขึ้นทะเบียนกองประจำการ ก็ต้องถือว่าเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นไป หากกระทำผิดคดีอาญาใดๆ ระหว่างนั้นต้องดำเนินคดีในศาลทหาร

3.1.4.6 พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เมื่อกระทำผิดในหน้าที่ราชการทหาร หรือ กระทำผิดอย่างอื่น เฉพาะในหรือบริเวณที่ตั้งหน่วยทหาร ที่พักร้อน เรือ อากาศยาน หรือ

ยานพาหนะใดๆ ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหารได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1) ข้าราชการกลาโหมพลเรือน ได้แก่ บุคคลที่เข้ารับราชการทหารตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ.2497 แต่ยังไม่ได้รับการแต่งตั้งยศ ซึ่งมี 2 ชั้น คือ ชั้นสัญญาบัตร และต่ำกว่าชั้นสัญญาบัตร

2) ลูกจ้างประจำ ได้แก่ บุคคลที่ได้รับการบรรจุเข้ามาสังกัดในราชการทหารตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยลูกจ้างประจำ พ.ศ.2528

3) ลูกจ้างชั่วคราว ได้แก่ บุคคลที่ได้รับการบรรจุเข้ามาทำงานในส่วนราชการของกระทรวงกลาโหมเป็นการชั่วคราว มีระยะเวลาการจ้างไม่เกินหนึ่งปีงบประมาณกรณีที่ลูกจ้างเป็นชาวต่างประเทศที่กองทัพจ้างเข้ามาในลักษณะสัญญาจ้างแรงงานในฐานะผู้เชี่ยวชาญ มิใช่บุคคลพลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เนื่องจากไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาฝ่ายทหาร เพียงแต่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาจ้างเท่านั้น หากต้องปฏิบัติงานอยู่ในที่ตั้งหน่วยทหาร และได้กระทำผิดทางอาญาที่ต้องถูกดำเนินคดีในศาลยุติธรรม

4) อาสาสมัครทหารพราน ถือว่าเป็นบุคคลพลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เพราะได้รับการบรรจุเข้ามาเช่นเดียวกับการบรรจุลูกจ้างชั่วคราว มีตำแหน่งหน้าที่ในหน่วยทหารพรานที่ตนสังกัด และต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาฝ่ายทหาร ได้รับค่าตอบแทนตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการเบิกจ่ายค่าตอบแทนอาสาสมัครทหารพราน พ.ศ.2527

3.1.4.7 บุคคลซึ่งต้องขัง หรืออยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติเรือนจำ พ.ศ.2479 มาตรา 4 (2) ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ต้องขัง” หมายความว่า นักโทษ คนต้องขัง และคนฝาก

1) นักโทษ หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกจำคุกภายหลังคำพิพากษาถึงที่สุด

2) คนต้องขัง หมายความว่า บุคคลที่ถูกขังไว้ตามหมายขังของศาล

3) คนฝาก หมายความว่า บุคคลที่ถูกฝากให้ควบคุมไว้ในเรือนจำของทหาร

นอกจากนี้ อาจจะมีบุคคลใดๆ ที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น พยานที่ถูกออกหมายจับ และถูกจับตัวมาได้โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารโดยกักขังไว้ก่อนเข้าเบิกความในศาลทหาร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 111 (2) จะสังเกตได้ว่าบุคคลจำพวกที่ (7) นี้ คำนึงถึงผู้ควบคุมเป็นสำคัญ กล่าวคือ ต้องเป็นทหาร แต่ผู้ถูกควบคุมนั้นจะเป็นพลเรือนก็ได้

3.1.4.8 เชลยศึก หรือชนชาติศัตรูที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

1) เชลยศึก หมายถึง ข้าศึกที่ฝ่ายเราจับมาได้ ไม่ว่าจะเป็นทหาร หรือพลเรือน

2) ชนชาติศัตรู หมายถึง คนต่างชาติที่เป็นศัตรูกับฝ่ายเรา หรือเป็นฝ่ายตรงข้าม

กับฝ่ายเรา เมื่อถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารของเราควบคุมตัวในระหว่างนั้น ถ้ากระทำความผิดอาญา บุคคลนั้นจะต้องถูกดำเนินคดีในศาลทหาร

ศาลทหารมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หมายความว่า ไม่ว่าจะเป็นทหาร หรือบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารหรือบุคคลพลเรือนทั่วไปที่กระทำการละเมิดอำนาจศาลทหารตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30, 31, 32 และ 37 แล้ว ศาลทหารมีอำนาจสั่งลงโทษผู้ละเมิดอำนาจศาลทหารนั้นได้ ซึ่งศาลทหารสามารถเลือกลงโทษได้ 4 สถาน คือ ไล่ออกจากบริเวณศาล จำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ไม่เกินที่กำหนดไว้ดังกล่าวข้างต้น

3.1.5 การตั้งทนายความในศาลทหาร

ในกระบวนการสอบสวน สิทธิของผู้ต้องหาในคดีอาญาตามกฎหมายไทย ที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาที่เป็นทหาร จะพบว่า มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติและประสานงานกรณีทหารถูกหาว่ากระทำความผิดอาญา พ.ศ.2544 ซึ่งได้กำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาที่เป็นทหารไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากรายการทั่วไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าเมื่อ พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ จับกุมตัวทหารเป็นผู้ต้องหา แจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบในโอกาสแรก และเมื่อมีการสอบสวนทหารเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งผู้บังคับบัญชาของทหารผู้นั้นทราบ แล้วดำเนินการสอบสวนไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และให้แจ้งสิทธิของผู้ต้องหาตามรัฐธรรมนูญให้ผู้ต้องหาทราบ⁵⁵ โดยผู้ต้องหาที่เป็นทหารมีสิทธิที่จะให้ทนายความหรือผู้ที่ตนไว้วางใจ เช่น นายทหารพระธรรมนูญ หรือนายทหารชั้นสัญญาบัตร เข้าฟังการสอบปากคำของตนได้ ตามมาตรา 241 โดยปกติแล้ว ผู้บังคับบัญชาทหารจะให้นายทหารพระธรรมนูญเข้าฟังการสอบสวน จึงเห็นได้ว่าการสอบสวนคดีอาญาในชั้นพนักงานสอบสวนของผู้ต้องหาที่เป็นทหารนั้น มีมาตรการที่เป็นการช่วยเหลือทหารที่ตกเป็นผู้ต้องหาให้ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจาก หากผู้ต้องหา มีนายทหารเข้าร่วมฟังการสอบสวนคดีด้วยแล้ว นอกจากจะทำให้ทหารที่เข้าร่วมฟังมีโอกาสร่วมฟังข้อเท็จจริงเบื้องต้น โดยการขอให้ซักถามหรือเสนอพยานหลักฐานอื่นมาประกอบการสอบสวนคดีได้ทันที ยังเป็นหลักประกันในการสอบสวนคดีอาญา ต้องดำเนินไปโดยยุติธรรมด้วย ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าในชั้นสอบสวนซึ่งผู้ต้องหาเป็นทหารนั้น ได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวสอดคล้องกับการให้สิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับทนายความตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นอย่างดี โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีได้กำหนดระเบียบวิธีปฏิบัติ โดยคำนึงถึงหลักการประสานงานระหว่างตำรวจ ทหาร กับพนักงานฝ่ายปกครอง อันเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้กับผู้ต้องหาที่เป็นทหารได้

ส่วนในชั้นพิจารณาคดีอาญาของศาลทหารนั้น โดยทั่วไป ศาลทหาร คือ ศาลที่ตั้งขึ้นมาตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร เพื่อพิจารณาพิพากษาลงโทษทหารที่กระทำความผิดต่อกฎหมายทหารหรือกฎหมายอื่นทางอาญา โดยโครงสร้างของศาลทหารมีกระบวนการพิจารณาเปลี่ยนแปลงไปตามเหตุการณ์ คือ ศาลทหารในเวลาปกติ และในเวลาประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลทหารจะทำหน้าที่เป็นศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ซึ่งให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาอื่นๆ ตามประกาศนั้นได้ด้วย โดยผู้เสียหายหรือโจทก์ไม่สามารถดำเนินการฟ้องร้องคดีเอง ต้องให้อัยการทหารเป็นผู้ฟ้องคดี และเมื่อมีคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้วห้ามมิให้มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปอีก สำหรับวิธีการพิจารณาความส่วนใหญ่คงเป็นไปทำนองเดียวกันกับศาลพลเรือน โดยมีข้อแตกต่างกันเป็นส่วนน้อย ซึ่งได้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ส่วนวิธีการพิจารณาที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะก็นำวิธีพิจารณาความอาญาของศาลพลเรือนมาใช้บังคับตามความในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ดังนี้

วิธีพิจารณาความอาญาทหารให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎและข้อบังคับฝ่ายทหาร ก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้โดยอนุโลม แต่ถ้าข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้

การพิจารณาคดีในศาลทหารมีบทบัญญัติให้หลักประกันสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลยเช่นเดียวกัน คือ การพิจารณาคดีในศาลทหารในเวลาปกติ และศาลทหารในเวลาไม่ปกติ จำเลยมีสิทธิตั้งทนายความได้ ตามความในมาตรา 55 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ดังนี้

ศาลทหารในเวลาปกติ ให้ผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้ตามมาตรา 49 บรรคหนึ่ง แต่งทนายได้

ศาลทหารในเวลาปกติ และศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ให้จำเลยแต่งทนายได้

ทนายต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ หรือทนายความที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เมื่อทนายความได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ให้อ้างหรือแก้ต่างได้

ศาลอาญาศึก หรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 และมาตรา 43 ห้ามแต่งทนาย

.....
⁵⁵ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติและประสานงานกรณีทหารถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา พ.ศ.2544, ข้อ 23.

ส่วนกรณีใดที่ศาลจะสามารถตั้งทนายความให้จำเลยได้นั้น จะได้ศึกษาประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติในการตั้งทนายความให้กับจำเลยในศาลทหารต่อไป

3.1.5.1 ความเป็นมาของการตั้งทนายความในศาลทหาร

ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงโปรดเกล้าให้ตราพระราชธรรมนูญศาลทหารบก พ.ศ.2465 ขึ้นใช้เมื่อ 1 ม.ค. พ.ศ.2465 ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้บัญญัติไว้ถึงเรื่องทนายความในศาลทหาร กล่าวคือ ภาค 6 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 76 วรรคสาม บัญญัติว่า “การต่างทนายไว้ความ อนึ่ง ในเวลาปกตินั้น ถ้าโจทก์ก็ตั้งจำเลยที่ดี มีประสงค์ที่จะต่างทนายไว้ความให้ว่าต่างและแก้ต่างคดีของตนก็ได้ ผู้ที่จะเป็นทนายนั้นต้องเป็นบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหารบกแล้ว ทั้งได้รับอนุญาตผู้มีอำนาจตั้งกรรมการศาลให้เป็นทนาย” ส่วนกิจกรรมของทนายในศาลทหารเรื่อนั้น ตามพระธรรมนูญศาลทหารเรือ ร.ศ.127มิได้บัญญัติไว้

ครั้นต่อมาเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2474 กิจกรรมของทนายในศาลทหารมีจุดเด่นอันน่าสังเกตมากขึ้น “...ในเรื่องที่เกี่ยวกับทนายความในศาลทหารนี้ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2474 ได้มีการประชุมใหญ่ ณ ศาลว่าการกระทรวงกลาโหม เรื่อง ร่างกฎเสนาบดีกระทรวงกลาโหมว่าด้วยระเบียบไต่สวนและพิจารณาคดีสำหรับทหารบกในเวลาปกติ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจอมทัพเสด็จประทับประพาส พระองค์ได้พระราชทานกระแสพระราชดำริว่าการแต่งตั้งบุคคลที่เป็นทนายว่าความในศาลทหารนั้น ถ้าไม่ขัดข้องควรจะอนุญาตให้แต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้าเป็นทนายได้ ในโอกาสเช่นนี้ถ้าเป็นคดีที่พิจารณาในศาลจังหวัดทหารบก ซึ่งไม่มีผู้รักษาพระธรรมนูญ (คือตุลาการพระธรรมนูญในขณะนั้น) นั่งพิจารณาก็ต้องให้มีผู้รักษาพระธรรมนูญนั่งพิจารณาคดีด้วย ครั้นเมื่อเสด็จพระราชดำเนินกลับจากประชุมแล้ว ที่ประชุมได้พิจารณากระแสพระราชดำรินั้น เห็นว่าการที่จะให้บุคคลภายนอกเข้าเป็นทนายความว่าความในศาลทหารนั้น ว่าตามทางการก็เป็นการยุติธรรมดี แต่เกรงกันว่าจะก่อความยุ่งยากขึ้นทางปกครอง น่าจะสงวนสิทธิอันนี้ไว้ให้บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเท่านั้นเป็นทนายความในศาลทหาร รองเสนาบดีกระทรวงกลาโหมรับสั่งว่าตามที่ได้พระราชทานกระแสพระราชดำริไว้ดังนี้ ก็ด้วยทรงหวังจะให้จำเลยในศาลทหารได้รับความยุติธรรมเสมอภาค ความจริงได้คิดแก้ไขแล้ว เราขอให้ทหารกองหนุนหรือพลเรือนที่อยู่ในอำนาจศาลทหารว่าความได้ด้วย ส่วนบุคคลนอกจากนี้ เมื่อผู้บังคับบัญชาส่วนมากเห็นว่าจะก่อความยุ่งยากในทางปกครองของทหาร ก็จะได้้นำความกราบบังคมทูลพระกรุณาในโอกาสที่จะแก้พระธรรมนูญศาลทหารต่อไป...”⁵⁶

⁵⁶ประคิชฐ์ สุนทรารุณ. (2515). กระบวนการยุติธรรม. หน้า 85.

ครั้นถึงสมัยที่เปลี่ยนการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นระบอบประชาธิปไตยแล้วนั้น เมื่อ พ.ศ.2477 แนวความคิดเรื่องทนายในศาลทหารก็ได้พัฒนาให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้นอีก โดยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2477 ขึ้นใช้บังคับเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2477 เป็นต้นมา แล้วให้ยกเลิกพระราชธรรมนูญศาลทหารบก พ.ศ.2465 และพระราชธรรมนูญศาลทหารเรือ ร.ศ.127 จึงเป็นการเอากิจกรรมของศาลทหารบกและศาลทหารเรือมารวมไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน โดยเฉพาะได้บัญญัติถึงเรื่องทนายในศาลทหาร ในภาค 6 บทบัญญัติทั่วไป การแต่งทนายมาตรา 81 ระบุว่า “ในเวลาปกติโจทก์จำเลยจะแต่งทนายให้ว่าต่างแก้ต่างคดีของตนก็ได้ แต่ผู้ที่จะเป็นทนายนั้น ต้องเป็นบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหารหรือข้าราชการกลาโหม ทั้งได้รับอนุญาตจากกรรมการหรือตุลาการศาลให้เป็นทนาย” ความในมาตรา 81 นี้ ได้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2490 โดยให้ใช้ความต่อไปนี้แทน กล่าวคือ “มาตรา 81 ในเวลาปกติคดีที่มีใช้ความผิดอันเกี่ยวข้องกับวินัยทหารโดยเฉพาะ หรือที่ต้องพิจารณาเป็นการลับตามความในมาตรา 56 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าทุกข์ หรือผู้เสียหาย และจำเลยจะแต่งบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหารหรือข้าราชการกลาโหมเป็นทนายว่าต่างแก้ต่างคดีของตนก็ได้ แต่ทนายนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากกรรมการหรือตุลาการศาลให้ว่าต่างหรือแก้ต่างได้ด้วย หรือจะแต่งทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความให้ว่าต่างแก้ต่างคดีของตนก็ได้ ทนายหรือทนายความที่ได้รับอนุญาตให้ว่าต่างหรือแก้ต่างตามความในวรรคก่อน ต้องตกเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารในกรณีที่ได้กระทำความผิดในขณะที่ความในศาลหรือเข้ามาในบริเวณศาล”

ต่อมาเมื่อ 19 ตุลาคม 2498 ได้มีการตราพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ขึ้นใช้บังคับ แล้วให้ยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2477 ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้มีการบัญญัติเรื่องทนายความในศาลทหารไว้ในมาตรา 55 โดยให้คู่ความในศาลทหารสามารถมีทนายความได้เฉพาะในศาลทหารเวลาปกติเท่านั้น ส่วนในศาลทหารเวลาไม่ปกติและศาลอาญาศึกห้ามมิให้คู่ความแต่งทนายความ ต่อมาได้มีการแก้ไขในมาตราดังกล่าว คือ ให้สิทธิแก่จำเลยสามารถมีทนายความได้ทั้งในศาลทหารเวลาปกติและเวลาไม่ปกติ ยกเว้นศาลอาญาศึกห้ามมิให้มีทนายความ และทนายความต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ หรือทนายความที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

3.1.5.2 การปฏิบัติในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยในศาลทหาร

ทนายที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีในศาลทหารนั้นมีอยู่ 2 กรณี คือ ทนายจำเลยที่ศาลเป็นผู้ตั้งให้จำเลย ตามที่จำเลยร้องขอตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เรียกว่า “ตั้งทนาย” หรือ “ทนายศาลตั้ง” ส่วนกรณีจำเลยมอบอำนาจให้ทนายความว่าต่างแก้ต่างให้ในฐานะ

เป็นคู่ความด้วย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 60 นั้นเรียกว่า “แต่งตั้งนาย” ซึ่ง
 ทนายความที่จะมีสิทธิว่าความในศาลทหารได้นั้นมี 2 ประเภท คือ

- 1) ทนายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528
- 2) ทนายความตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยทนาย โดยมีข้อกำหนดไว้

ดังนี้

ทนาย

ปริญญาดังนี้ และ

- (1) เป็นข้าราชการประจำการสังกัดกระทรวงกลาโหม ขณะร้องขอเป็น
- (2) สอบความรู้ทางกฎหมายได้ปริญญาดังนี้ หรือเทียบเท่าได้ไม่ต่ำกว่า
- (3) ได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บังคับกองพัน หรือ

เทียบเท่าขึ้นไปให้ว่าความได้เฉพาะคดีนั้น
 ในคดีที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลตั้งทนายให้จำเลยนั้น ศาลจะตั้งจากทนายตามที่
 กระทรวงกลาโหมกำหนด หรือทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความก็ได้ และทนายความที่
 จะว่าความในศาลทหารได้นั้นจะต้องยื่นใบแต่งตั้งทนายและศาลทหารและต้องอนุญาตก่อนที่จะว่า
 ความ โดยทนายความที่จะว่าความให้ศาลทหารจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ และ
 ระเบียบของทหาร นอกจากนี้ในข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนายยังกำหนดให้นำข้อบังคับของเนติ
 บัณฑิตยสภาในส่วนที่เกี่ยวกับมรรยาททนายความมาใช้บังคับทนายในศาลทหารโดยอนุโลม จาก
 ข้อกำหนดดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับมรรยาททนายความในระบบของศาลทหารนั้นจะเห็นได้ว่า
 เป็นการอนุโลมให้นำหลักเกณฑ์ตามข้อบังคับที่ถูกยกเลิกไปแล้วมาใช้บังคับทั้งนี้ การวางกฎเกณฑ์
 มรรยาททนายความและการควบคุมกำกับดูแลในเรื่องมรรยาททนายความเป็นอำนาจของเนติ
 บัณฑิตยสภา ตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2507 และตามข้อบังคับของเนติบัณฑิตย
 สภาว่าด้วยมรรยาททนายความ แต่ในปัจจุบันเนติบัณฑิตยสภามีได้ดูแลรับผิดชอบ “มรรยาท
 ทนายความ” อีกต่อไปแล้ว อำนาจในการดูแลรับผิดชอบได้เปลี่ยนมือจากเนติบัณฑิตยสภามาเป็น
 ของสภาทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 จึงมีปัญหว่าหากมีการประพฤติด
 มรรยาททนายความเกิดขึ้นในศาลทหาร จะต้องดำเนินการอย่างไร

กรณีที่มีการประพฤติดมรรยาททนายความในศาลทหารนั้น หากเป็นกรณีที่
 ทนายความที่ถูกกล่าวหาเป็นทนายความที่ได้รับใบอนุญาตว่าความตามพระราชบัญญัติทนายความ
 พ.ศ.2528 ก็คงจะไม่มีปัญหาอะไรมากนัก แม้ข้อบังคับกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยทนาย
 พ.ศ.2499 มิได้กำหนดให้นำข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ มาใช้บังคับโดย
 อนุโลมก็ตาม หรือผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการประพฤติดมรรยาททนายความ ก็ย่อมกล่าวหาเรื่องเรียน
 ไปยังคณะกรรมการมรรยาททนายความได้ แต่ถ้าหากทนายความที่ถูกกล่าวหาเป็นทนายความตาม

ที่กระทรวงกลาโหมกำหนด คณะกรรมการมรยาทนายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ก็ไม่อาจจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ได้ เนื่องจากทนายความผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 เพราะมิได้ขึ้นทะเบียนเป็นทนายความ และมีผู้ใช้ที่ได้รับใบอนุญาตว่าความตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทนายความตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดนั้นมิใช่ทนายความโดยอาชีพเพราะอาชีพที่แท้จริงของเขาก็คือ รับราชการเป็นข้าราชการประจำการในสังกัดกระทรวงกลาโหมเท่านั้น การที่จะจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ทนายที่กระทรวงกลาโหมกำหนดในกรณีที่ทนายผู้นั้นประพฤติผิดมรยาทนายความก็คงจะเป็นเรื่องที่ปราศจากสภาพบังคับ เพราะกระทรวงกลาโหมมิได้จัดตั้งองค์กรที่จะพิจารณาหรือสอบสวนคดีผิดมรยาทนายความ ดังเช่น สภานายความ หากจะถือว่าทนายที่ประพฤติผิดมรยาทนายความเป็นผู้ประพฤติผิดทางวินัยฐานประพฤติตนไม่สมควร ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจสั่งลงทัณฑ์ทางวินัยได้ ก็คงไม่ได้ผลที่จะใช้เป็นสภาพบังคับอยู่ดี เพราะการที่ข้าราชการสังกัดกระทรวงกลาโหมเข้ามาเป็นทนายว่าความในศาลทหาร ก็มีใช้เป็นการปฏิบัติราชการตามตำแหน่งหน้าที่โดยตรง เว้นเสียแต่จะมีตำแหน่งเป็นนายทหารสงเคราะห์ทางกฎหมาย อีกทั้งมรยาทนายความก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้บังคับบัญชาอาจจะไม่เข้าใจและมีแนวความคิดเห็นไม่ตรงกัน ยกตัวอย่างเช่น ผู้บังคับบัญชาบางท่านอนุญาตให้ผู้ได้บังคับบัญชาไปเป็นทนายจำเลยในศาลทหาร โดยมีเจตนาหมายที่จะให้ช่วยเหลือจำเลยทุกวิถีทาง หากทนายผู้นั้นช่วยเหลือจำเลยไปในทางผิดมรยาทนายความ ผู้บังคับบัญชาอาจจะเห็นดีเห็นชอบไปด้วยก็ได้ เพราะฉะนั้นหลักเกณฑ์ทางวินัยจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับในเรื่องของมรยาทนายความได้อย่างสมบูรณ์

ปัจจุบันหน่วยงานของกระทรวงกลาโหมที่มีภารกิจในเรื่องการเข้าเป็นทนายว่าความในศาลทหาร ก็คงจะมีแต่เฉพาะสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งตามภารกิจในการให้การสงเคราะห์โดยเป็นทนายให้แก่นั้นก็มีได้แต่เฉพาะเป็นทนายจำเลย หากนายทหารสงเคราะห์ทางกฎหมายที่เป็นทนายให้จำเลยประพฤติผิดมรยาทนายความ ก็ย่อมจะถูกลงทัณฑ์ทางวินัยได้ และการประพฤติผิดมรยาทนายความในบางกรณีอาจจะไปเข้าหลักเกณฑ์ที่เป็นความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ทนายความที่กระทรวงกลาโหมกำหนดมิใช่ว่าจะมีได้แต่เฉพาะข้าราชการ ในหน่วยงานสงเคราะห์ทางกฎหมายเท่านั้น ข้าราชการประจำการสังกัดกระทรวงกลาโหม ที่มีคุณวุฒิสำเร็จปริญญาตรีทางกฎหมาย ที่ถือได้ว่าเป็นข้าราชการประจำการตามพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ.2521 อาจมีได้ทั้ง ข้าราชการที่เป็นนายทหารสัญญาบัตร, นายทหารประทวน, ข้าราชการกลาโหมพลเรือนหรือพลอาสาสมัคร และอาจมีได้ทั้งข้าราชการเหล่าทหารพระธรรมนูญ และมีใช้เหล่าทหารพระธรรมนูญ อีกทั้งอาจมีได้ทั้งผู้ที่มีจริยธรรม และผู้ที่ไร้จริยธรรม

ดังนั้น การที่จะลงโทษผู้ประพฤติผิดมรรยาทนายความตามหัวข้อเรื่องนี้ สำหรับกรณีเป็นนายความที่กระทรวงกลาโหมกำหนด หากจะให้ได้ผลอย่างสมบูรณ์ ก็เป็นการสมควรที่จะจัดให้มีองค์กรที่มีอำนาจในการสอบสวนในการพิจารณาข้อกล่าวหาทนายความ ผู้ถูกร้องเรียน ตลอดจนวางบทลงโทษทนายที่ประพฤติผิดมรรยาทเช่นเดียวกับสภาทนายความ

ในส่วนกรณีของนายความที่ศาลทหารจะตั้งให้แก่จำเลยนั้น ถ้าจำเลยไม่ระบุตัวผู้ที่ขอให้ป็นทนายมาด้วย ศาลสามารถจะตั้งจากทนายความพลเรือนตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 จะตั้งจากข้าราชการทหารประจำการที่มีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะเป็นทนายในศาลทหารได้ตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยทนาย พ.ศ.2499 ก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วศาลจะตั้งจากกรณีหลังเข้ามาเป็นนายทหารเท่านั้น นอกจากกรณีที่จำเลยระบุของทนายความพลเรือนตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 เท่านั้น ที่ศาลทหารจึงจะตั้งทนายความพลเรือนเข้ามาว่าความในศาลทหาร ในการตั้งทนายความนั้นศาลทหารจะแจ้งไปที่สำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญ เป็นผู้ดำเนินการจัดหาทนายทหาร

สำหรับนายความที่ศาลทหารตั้งให้แก่จำเลยนั้น ในศาลทหารกรุงเทพจะตั้งให้แก่จำเลยโดยขอทนายความจากสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย สำหรับศาลทหารส่วนภูมิภาคจะขอทนายความจากนายทหารพระธรรมนูญของหน่วยทหารที่ใกล้เคียง เนื่องจากปัญหาการขาดแคลนงบประมาณ ทำให้สำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมายไม่สามารถจัดหาทนายความให้จำเลยในศาลทหารส่วนภูมิภาคได้ เพราะในคดีที่ศาลทหารส่วนภูมิภาคที่จำเลยมีทนายความที่จัดจากสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมายที่เดินทางไปว่าความให้ นั้น ทนายความทหารจะต้องออกค่าใช้จ่ายในเรื่องที่พักเอง ทั้งๆ ที่มีสิทธิจะเบิกได้ เนื่องจากตามข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนายความ พ.ศ.2499 ข้อ 10 ให้ถือว่าในคดีที่ศาลตั้งทนายให้จำเลยให้ถือว่าทนายนั้นได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้ไปปฏิบัติหน้าที่ราชการ แต่สำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญก็ประสบปัญหาในเรื่องงบประมาณดังกล่าวข้างต้น ปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือในกรณีที่ศาลทหารภูมิภาคขอทนายความให้จำเลยโดยขอไปยังนายทหารพระธรรมนูญของหน่วยทหารใกล้เคียงนั้น ปรากฏว่าจำนวนนายทหารพระธรรมนูญของหน่วยทหารในปัจจุบันยังไม่เพียงพอที่จะไปช่วยเหลือจำเลยตามศาลทหารได้ อีกทั้งนายทหารพระธรรมนูญก็ต้องมีงานประจำอื่นๆ ที่ต้องรับผิดชอบอยู่แล้ว ถ้ามารับเป็นทนายขอแรงให้แก่จำเลยเพิ่มอีกก็จะมีภาระที่มากเกินไป ทำให้การช่วยเหลือจำเลยจะทำได้ไม่เต็มที่ อีกทั้งนายทหารพระธรรมนูญที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ทนายความได้ ก็ไม่ค่อยยินดีปฏิบัติหน้าที่ทนายความให้ เนื่องจากค่าตอบแทนต่ำ ซึ่งตามข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนาย พ.ศ.2499 กำหนดอัตราเงินรางวัลทนายที่ศาลทหารตั้งให้จำเลยอยู่ในอัตราระหว่าง 120- 1,000 บาท ต่อคดี ซึ่งศาลทหารชั้นต้นจะเป็นผู้กำหนดเงินรางวัลให้ทนายโดยพิจารณาตามคดีที่ยากและง่ายกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้นๆ แล้ว

กำหนดให้ตามที่เห็นสมควรว่าจะให้รับเท่าใด และจ่ายให้เมื่อคดีถึงที่สุด ส่วนตัวผู้บังคับบัญชาของนายทหารพระธรรมนูญเองก็มักจะไม่มียินยอมที่จะให้นายทหารพระธรรมนูญของหน่วยไปปฏิบัติหน้าที่ทนายความให้กับจำเลยซึ่งเป็นกำลังพลนอกหน่วย ในกรณีที่มีคำสั่งศาลทหารขอแรงให้นายทหารพระธรรมนูญไปทำหน้าที่ทนายความให้ นั้น ไม่ใช่กำลังพลในหน่วยของตนเอง

ปัญหาประการสุดท้ายเกี่ยวกับการตั้งทนายความในศาลทหารก็คือ เนื่องจากงานเป็นทนายความดำเนินคดีในศาลนั้น เป็นงานที่จะต้องเรียนรู้และหาประสบการณ์ด้วยตนเองเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากนายทหารนั้นไม่มีการฝึกอบรมอย่างเป็นระเบียบ ต่างไปจากทนายความพลเรือนที่เขาจะได้รับใบอนุญาตให้ว่าความในศาลได้ก็จะต้องผ่านการฝึกอบรมจากสภาทนายความเป็นเวลาหนึ่งปี เพราะฉะนั้นมาตรฐานการยอมรับในการว่าความ ทนายทหารจึงคู่ไม่ค่อยได้รับความเชื่อถือจากคู่ความเท่ากับทนายความพลเรือน ซึ่งสิทธิการมีทนายความของจำเลยนั้นจะต้องหมายความรวมถึงการที่จำเลยมีทนายความที่มีประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือและเป็นทนายความที่มีความสามารถที่จะให้ความช่วยเหลือด้วย ดังนั้นสิทธิการมีทนายความจึงไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่การมีทนายความปรากฏตัวในการดำเนินคดีต่อศาลแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

3.1.6 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในอำนาจศาลทหาร

การสอบสวนคดีอาญาในกรณีทหารตกเป็นผู้ต้องหานั้น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติและประสานงานกรณีทหารถูกหาว่ากระทำความผิดอาญา พ.ศ.2544 ให้อำนาจฝ่ายทหารสอบสวนคดีได้โดยกำหนดไว้ในข้อ 22 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“ข้อ 22 การสอบสวนคดีทหาร

ฝ่ายทหารจะทำการสอบสวนการกระทำความผิดของทหารตามกฎหมาย ว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารได้เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

- (1) คดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร
- (2) คดีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายต่างอยู่ในอำนาจศาลทหารด้วยกัน ตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในเขตที่ตั้งทหารหรือไม่ก็ตาม
- (3) คดีอาญาที่เกี่ยวข้องด้วยวินัยทหารตามกฎหมายว่าด้วยวินัยทหาร
- (4) คดีอาญาเกี่ยวกับความลับของทางราชการทหาร”

ส่วนผู้มีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทหาร พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 47 กำหนดไว้มี นายทหารพระธรรมนูญ อัยการทหาร นายทหารสัญญาบัตรที่ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา และนายทหารเหล่าสารวัตรทหาร

คดีที่ฝ่ายทหารมีอำนาจสอบสวนและผู้มีอำนาจสอบสวนนี้ ข้อบังคับกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยระเบียบจัดการทางคดี พ.ศ.2547 ข้อ 4 (4) และข้อ 9 กำหนดไว้ตรงกันกับระเบียบสำนัก นายกฯ ถึงแม้ฝ่ายทหารจะมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาดังกล่าว แต่ก็ไม่ตัดอำนาจสอบสวนของ พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กรณีที่ทหารตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนทำการสอบสวน ถ้าคดีที่ ต้องหาหนีมีอัตราโทษประการชีวิต ผู้ต้องหาไม่มีทนาย ให้รัฐจัดหาทนายความให้เช่นเดียวกันกับ ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ส่วนคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ถ้าผู้ต้องหาไม่มีและต้องการ ทนายความให้รัฐจัดหาทนายความให้

มีข้อที่ต้องพิจารณาว่า กรณีที่พนักงานสอบสวนต้องจัดหาทนายให้แก่ผู้ต้องหา ก่อน ถามคำให้การ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 มีผลใช้บังคับในคดีอาญา ที่ฝ่ายทหารสอบสวนเองหรือไม่มีข้อพิจารณา ดังนี้

พิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁵⁷ มาตรา 30 วรรค หนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียม กัน” มาตรา 64 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือ จรรยาบรรณ” มาตรา 281 บัญญัติว่า “ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทหาร และ คดี อื่น ตามที่กฎหมายบัญญัติ” วรรคสอง บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการศาลทหารพ้นจาก ตำแหน่งให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

เมื่อรัฐธรรมนูญกล่าวว่า ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทหาร และคดีอื่น ตามที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ จึงต้องไปดูกฎหมายฝ่ายทหารว่ามีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้อย่างไร กระบวนการยุติธรรมทหาร มีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 เป็นกฎหมายหลักที่ ใช้ในกระบวนการยุติธรรม ต้องไปดูว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 บัญญัติ เกี่ยวกับการจัดหาทนายให้ผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนหรือไม่ ปรากฏว่า ไม่ได้บัญญัติไว้แต่อย่างใด เมื่อไม่ได้บัญญัติไว้ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 บัญญัติว่า

“วิธีพิจารณาความอาญาทหาร ให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่าย ทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎและข้อบังคับฝ่ายทหาร ก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใด ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

⁵⁷อ้างแล้ว, บทที่ 1 หน้า 1.

ความอาญามิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้”

จึงสรุปได้ว่า การสอบสวนคดีอาญาทหาร ต้องนำมาตรา 134/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งว่าด้วยเรื่อง สิทธิการมีทนาย และการจัดหาทนายให้ผู้ต้องหา ก่อนผู้สอบสวนจะถามคำให้การผู้ต้องหาโดยใช้ด้วย กรณีพนักงานสอบสวนเป็นผู้สอบสวน เมื่อทหารตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา พนักงานสอบสวนย่อมมีอำนาจสอบสวน ไม่ว่าคดีนั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลทหารหรือไม่ ซึ่งการสอบสวนนั้น พนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในเรื่องสิทธิของผู้ต้องหาในการมีทนาย ตามมาตรา 134/1

มาตรา 134/1 วรรคหนึ่ง ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ มาตรา 134/1 วรรคหนึ่ง

สำหรับมาตรา 134/1 วรรคที่สอง ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความให้ รัฐจัดหาทนายความให้

สำหรับการจัดหาทนายให้ผู้ต้องหาตามมาตรา 134/1 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง นั้น มาตรา 134/1 วรรคสาม กำหนดให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้ทนายความที่รัฐจัดหาให้ได้รับเงินรางวัลและค่าใช้จ่าย ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง ซึ่งขณะที่ทำการวิจัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ ปรากฏว่า กฎกระทรวง และระเบียบกระทรวงยุติธรรม เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข การจัดหาทนายให้ผู้ต้องหา และการจ่ายเงินรางวัล และค่าใช้จ่ายให้กับทนายยังไม่มี เนื่องจากอยู่ในระหว่างดำเนินการ ทางปฏิบัติในการแก้ปัญหาของพนักงานสอบสวนในการจัดหาทนายให้ผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนจะใช้หลักเกณฑ์วิธีการจัดหาทนายความตามแนวทางปฏิบัติเดิมก่อน มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 ไปพลางก่อน ซึ่งก่อนที่จะมีมาตรา 134/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ได้มีมาตรา 134 ทวิ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2542 ในมาตรา 134 ทวิ ได้กำหนดให้พนักงานสอบสวนจัดหาทนายให้แก่ผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาก่อนถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้จัดหาทนายให้ สำหรับหลักเกณฑ์วิธีการจัดหาทนายให้ ค่าใช้จ่าย และเงินรางวัลทนายนั้น ให้ปฏิบัติตามกฎกระทรวง และระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง ซึ่งกำหนดไว้เหมือนกับ มาตรา 134/1 วรรคสาม และในปี 2540 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ.2540⁵⁸ ในมาตรา 241 วรรคสองของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า “ในชั้นสอบสวน ผู้ต้องหา มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้” เพื่อปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว สำนักงานตำรวจแห่งชาติและสภาทนายความ จึงได้ร่วมกันกำหนดแนวทางปฏิบัติในกรณีผู้ต้องหาใช้สิทธิให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำของตน โดยร่วมกันทำเป็นข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กับสภาทนายความ ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2542 ส่วนทางสภาทนายความก็ได้จัดทำโครงการทนายความอาสา ให้คำปรึกษาและเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา เริ่มดำเนินโครงการตั้งแต่วันที่ 24 พฤศจิกายน 2543 โครงการนี้จัดทำขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กับสภาทนายความ และให้สอดคล้องกับมาตรา 134 ทวิ ดังกล่าวข้างต้น

ฉะนั้น การปฏิบัติของพนักงานสอบสวนในการจัดหาทนายให้ผู้ต้องหา จึงได้ยึดถือตามข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติกับสภาทนายความฯ ส่วนการปฏิบัติของทนายความในการเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา ก็ปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และสภาทนายความฯ และปฏิบัติตามโครงการทนายความอาสาให้คำปรึกษาและเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาไปพลางก่อน

สำหรับแนวทางปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กับสภาทนายความ มีดังนี้

- 1) ทนายความที่จะเข้าฟังการสอบปากคำต้องเป็นสมาชิกของสภาทนายความและให้แสดงบัตรประจำตัวทนายความต่อพนักงานสอบสวนก่อน
- 2) ทนายความตามข้อ 1 สามารถเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาในคดีอาญาทุกประเภท เมื่อผู้ต้องหาต้องการใช้สิทธิของตน
- 3) สภาทนายความมีหน้าที่แจ้งรายชื่อ ที่อยู่ และหมายเลขโทรศัพท์ของทนายความอาสาให้พนักงานสอบสวนทุกท้องที่ในเขตศาลจังหวัดทุกจังหวัด รวมทั้งกรุงเทพมหานครราบล่วงหน้า
- 4) ก่อนเริ่มสอบปากคำผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความเข้าฟังการสอบสวนปากคำของตน ก็ให้ พนักงานสอบสวนแจ้งไปยังสภาทนายความ สำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร หรือประธานทนายความจังหวัด สำหรับจังหวัดอื่น เพื่อจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาโดยเร็ว และให้กรรมการบริหารสภาทนายความประจำจังหวัดภาคทุกภาค มีหน้าที่ประสานงานในเรื่องการจัดหาทนายความในเขตศาลจังหวัดที่รับผิดชอบ เพื่อให้เกิดความสะดวกแก่ทนายความอาสา ที่จะต้องเดินทางไปยังที่ทำการ

⁵⁸ อ่างแล้ว, บทที่ 1 หน้า 1.

ของพนักงานสอบสวน ตามที่แจ้งมา

การแจ้งให้ทำเป็นหนังสือ กำหนดวัน เวลา สถานที่ที่จะสอบปากคำผู้ต้องหา เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนจะแจ้งทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารชนิดอื่นก็ได้ และให้พนักงานสอบสวนบันทึกการแจ้งไว้

ให้นายกสภานายความหรือผู้ที่นายกสภานายความมอบหมายสำหรับกรุงเทพมหานครเป็นเจ้าพนักงานสอบสวนสำหรับในต่างจังหวัดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการบริหารสภานายความประจำภาค หรือประธานทนายความจังหวัดแล้วแต่กรณี จัดหาทนายความอาสาให้แก่ผู้ต้องหาตามที่พนักงานสอบสวนแจ้งมา และแจ้งให้พนักงานสอบสวนทราบโดยเร็ว

1) ถ้าทนายความที่ได้รับแจ้งตามข้อ 4 วรรคสาม ไม่มาฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทราบ พนักงานสอบสวนบันทึกเหตุขัดข้องไว้ และหากการสอบปากคำผู้ต้องหาจะทำให้เกิดความเสียหาย ให้ดำเนินการสอบปากคำผู้ต้องหาไปตามอำนาจหน้าที่ พร้อมกับแจ้งไปยังนายกสภานายความ หรือผู้ที่นายกสภานายความมอบหมายสำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร ส่วนในจังหวัดอื่นให้แจ้งไปยังกรรมการบริหารสภานายความประจำภาค หรือประธานทนายความจังหวัด เพื่อจัดหาทนายความอาสาพร้อมฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาโดยเร็ว

6) ก่อนเริ่มทำการสอบปากคำผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนจะต้องให้โอกาสผู้ต้องหาพบและปรึกษาทนายความเป็นการเฉพาะตัว เพื่อการปรึกษาและให้คำแนะนำเป็นเวลาพอสมควร

7) จำนวนทนายความที่จะเข้าฟังการสอบปากคำให้มีอย่างน้อยหนึ่งคน ต่อหนึ่งคดี ในคดีใดที่ผู้ต้องหาต้องการหลายคน หรือเป็นคดีสำคัญก็ให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำได้ตามความจำเป็นและเหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวน

8) ทนายความที่เข้าฟังการสอบปากคำไม่มีหน้าที่ตอบคำถามแทนผู้ต้องหา เว้นแต่คำถามนั้นไม่ชัดเจน ทนายความอาจทักท้วงขอให้พนักงานสอบสวนอธิบายหรือชี้แจงเพิ่มเติม และจะต้องไม่กระทำการอันเป็นการรบกวน หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำผู้ต้องหา

9) ถ้าทนายความที่เข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาเห็นว่า การสอบปากคำผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมายใด อาจคัดค้านหรือทักท้วงการสอบปากคำของพนักงานสอบสวนได้ และก่อนที่พนักงานสอบสวนจะสอบปากคำหรือตั้งคำถามผู้ต้องหาต่อไปให้พนักงานสอบสวนจดข้อคัดค้านหรือข้อทักท้วงเป็นหนังสือ เพื่อรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนก็ได้

ตามข้อตกลงฯ นี้ เป็นแนวทางปฏิบัติระหว่างพนักงานสอบสวนกับทนายความ นอกจากนั้นทนายความยังต้องปฏิบัติตามโครงการทนายความอาสาให้คำปรึกษา และเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา โครงการนี้เริ่มดำเนินการเมื่อปี พ.ศ.2543 ซึ่งมีแนวทางปฏิบัติโดยสังเขป ดังนี้

1) ให้ประธานทนายความจังหวัด จัดตารางเวรของทนายความอาสาให้คำปรึกษาและเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา

2) ให้ประธานทนายความจังหวัด จัดส่งตารางเวรของทนายความอาสาไปยังสถานีตำรวจในแต่ละท้องที่ จำนวน 1 ชุด

ในกรณีที่ทนายความอาสาที่นั่งเวรประจำวันมีเหตุจำเป็น ไม่สามารถไปปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ประธานทนายความจังหวัดประสานงานกับพนักงานสอบสวน และทนายความอาสาที่นั่งเวรสำรองคนต่อไปปฏิบัติหน้าที่แทนตามลำดับ

การจัดทำตารางเวรทนายความอาสา นั้น สภาทนายความหรือประธานทนายความจังหวัด แล้วแต่กรณีจะรับสมัครทนายความที่มีความประสงค์เป็นทนายความอาสา โดยจัดทำเป็นปีๆ สำหรับงบประมาณจะได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาล สำหรับผู้ต้องหาที่เป็นทหารนั้น ย่อมมีสิทธิในการมีทนายเช่นเดียวกับบุคคลโดยทั่วไป

ปัญหามีอยู่ว่า ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติ และประสานงานกรณีทหารถูกหาว่ากระทำความผิดอาญา พ.ศ.2544 ข้อ 23 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“การสอบสวนคดีอาญา

ในกรณีที่ทหารเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งผู้บังคับบัญชาของผู้ต้องหาทราบ แล้วดำเนินการสอบสวนไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และให้แจ้งสิทธิของผู้ต้องหาตามรัฐธรรมนูญให้ผู้ต้องหาทราบ ดังนี้

๑๗๑

(5) สิทธิที่จะให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจ เช่น นายทหารพระธรรมนูญ หรือ นายทหารชั้นสัญญาบัตร เข้าฟังการสอบปากคำของตนได้ ตามมาตรา 241”

๑๗๑

จากข้อตกลงดังกล่าว ถ้าผู้ต้องหาที่เป็นทหารจะใช้สิทธิตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ นี้ โดยให้ผู้ซึ่งตนไว้วางใจ เช่น นายทหารพระธรรมนูญ หรือนายทหารชั้นสัญญาบัตร เข้าฟังการสอบปากคำได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ นี้ กำหนดแนวทางปฏิบัติไว้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁵⁹ มาตรา 241 วรรคสอง ซึ่งกำหนดว่า “ในชั้นสอบสวนผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้” เพราะฉะนั้นในการสอบปากคำผู้ต้องหาที่เป็นทหาร ถ้าผู้ต้องหาไม่ต้องการทนายตามที่มาตรา 134/1 บัญญัติไว้ แต่ต้องการให้บุคคลที่ตนไว้วางใจ เช่น นายทหารพระธรรมนูญ หรือนายทหารชั้นสัญญาบัตรเข้าฟังการสอบปากคำของตนก็ย่อมทำได้

⁵⁹อ้างแล้ว, บทที่ 1 หน้า 1.

ปัญหาในทางกลับกัน คือ ถ้าผู้ต้องหาไม่ต้องการให้ผู้ซึ่งตนไว้วางใจ เช่น นายทหาร พระธรรมนุญ หรือนายทหารชั้นสัญญาบัตรเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้ แต่ต้องการทนาย เท่านั้นเข้าฟังการสอบปากคำ ผู้ต้องหาย่อมมีสิทธิที่จะทำได้ ผู้ซึ่งผู้ต้องหาไว้วางใจ เช่น นายทหาร พระธรรมนุญ หรือนายทหารชั้นสัญญาบัตรยังยืนยันจะเข้าฟังโดยทำการฝ่าฝืนความต้องการของผู้ต้องหาไม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 241 วรรคสอง เช่นเดียวกัน

สิทธิของผู้ต้องหาคดีในอำนาจศาลทหารที่ต้องพิจารณาอีกกรณีก็คือ กรณีฝ่ายทหารเป็นผู้สอบสวนเอง คดีที่ฝ่ายทหารเป็นผู้สอบสวนเอง ได้แก่คดี

- 1) คดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามกฎหมาย ว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร
- 2) คดีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายต่างอยู่ในอำนาจศาลทหารด้วยกัน ตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในเขตที่ตั้งทหารหรือไม่ก็ตาม
- 3) คดีอาญาที่เกี่ยวข้องด้วยวินัยทหาร ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยทหาร
- 4) คดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับความลับของทางราชการทหาร

สำหรับอำนาจการสอบสวนของฝ่ายทหารนั้น ผู้ที่จะสอบสวนคดีอาญาได้จะต้องได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาเสมอ ผู้ที่จะสั่งให้สอบสวนต้องเป็นผู้บังคับบัญชาทั้งของผู้ต้องหาและผู้ที่จะสอบสวน ผู้ที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งให้สอบสวนได้ จำแนกได้ 4 ประเภท คือ

- 1) นายทหารพระธรรมนูญ
- 2) อัยการทหาร
- 3) สารวัตรทหาร
- 4) นายทหารสัญญาบัตรโดยทั่วไปซึ่งไม่จำกัดเหล่า

ในทางปฏิบัติผู้บังคับบัญชาจะไม่ตั้งนายทหารสัญญาบัตรที่มีได้สำเร็จปริญญาทางกฎหมายมาสอบสวน เพราะการสอบสวนต้องอาศัยวิทยาการ โดยเฉพาะ ซึ่งต้องอาศัยผู้มีความรู้ทางกฎหมาย หากจะตั้งก็จะต้องให้เป็นกรรมการสอบสวนร่วมด้วยเท่านั้น

ได้ทำการศึกษาแล้วว่า คดีอาญาที่ฝ่ายทหารสอบสวนเองนั้น ถ้าคดีนั้นเข้าเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 ซึ่งรัฐต้องจัดหาทนายให้หรือจัดหาทนายให้เมื่อผู้ต้องหาต้องการแล้วแต่กรณี ผู้ทำการสอบสวนจะจัดหาทนายให้ผู้ต้องหาได้จากไหน อย่างไร ในเมื่อพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยทนายและระเบียบกรมพระธรรมนูญว่าด้วยการสงเคราะห์ทางกฎหมาย พ.ศ.2528 มิได้มีบทกำหนดในเรื่องทนายในชั้นสอบสวนไว้ คงกำหนดไว้เฉพาะทนายในชั้นพิจารณาของศาลเท่านั้น ซึ่งแนวทางแก้ปัญหา มี 2 แนวทาง คือ

1) พิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁶⁰ มาตรา 241 วรรคสอง ความว่า “ในชั้นสอบสวนผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้” ฉะนั้น ถึงแม้มาตรา 143/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะกำหนดไว้เฉพาะทนายเท่านั้นที่จะเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา โดยมีได้กำหนดค้ำผู้ต้องหาไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำก็ตาม แต่สิทธิให้ผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำเป็นสิทธิของผู้ต้องหาและเป็นสิทธิที่รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ผู้สอบสวนจึงอาจจัดหาบุคคลใดบุคคลหนึ่งเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาได้ดังนี้

(1) บุคคลที่ผู้ต้องหาไว้วางใจให้เข้าฟังการสอบปากคำของตนจะเป็นใครก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาต้องการ เช่น อาจจะเป็นนายทนายพระธรรมนูญ เมื่อนายทนายพระธรรมนูญผู้นั้นไม่ได้เป็นผู้สอบสวนคดีนั้น หรืออาจจะเป็นนายทนายสัญญาบัตรก็ได้

(2) ขอความสงเคราะห์นายทนายร่วมฟังการสอบสวนไปที่สำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญ เมื่อผู้ต้องหาต้องการ นายทนายร่วมฟังการสอบสวนจากสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญนี้ไม่ได้เข้าร่วมฟังในฐานะทนายความ แต่เข้าร่วมฟังในฐานะนายทนายพระธรรมนูญ ซึ่งเป็นบุคคลที่ผู้ต้องหาไว้วางใจ สำหรับนายทนายตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยทนาย พ.ศ.2499 นั้น ทนายตามข้อบังคับนี้มีอำนาจว่าต่างแก่ต่างในชั้นพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น ซึ่งข้อบังคับว่าด้วยทนายนี้ออกตามความในมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ทนายทหารจึงไม่มีอำนาจเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาในฐานะทนายได้

2) ผู้สอบสวนขอรับความช่วยเหลือทนายเข้าร่วมฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาไปที่สภาทนายความ กรณีในกรุงเทพมหานคร หรือประธานทนายความจังหวัดกรณีต่างจังหวัด สำหรับการปฏิบัติในการขอความช่วยเหลือ เนื่องจากกระทรวงกลาโหมไม่มีข้อตกลงเรื่องแนวทางปฏิบัติ กรณีผู้ต้องหาใช้สิทธิให้ทนายเข้าฟังการสอบปากคำของตนกับสภาทนายความ เหมือนกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติทำความตกลงไว้กับสภาทนายความ การปฏิบัติผู้สอบสวนต้องทำหนังสือขอความช่วยเหลือเป็นรายคดีๆ ไป ซึ่ง สภาทนายความยินดีที่จะให้ความช่วยเหลืออยู่แล้ว สำหรับค่าใช้จ่ายและเงินรางวัลทนายนั้น สภาทนายความจะเป็นผู้จ่ายเองโดยได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาล

จากการศึกษาเรื่องนี้ ทำให้ทราบแนวทางแก้ไขในการปฏิบัติเพื่อจัดหาทนายให้ผู้ต้องหาของผู้สอบสวนว่าจะปฏิบัติอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องหาตามกฎหมายที่วางไว้ บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน บุคคลที่เป็นทหารย่อมมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป การสอบสวนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย

⁶⁰อ้างแล้ว, บทที่ 1 หน้า 1.

ในเรื่องสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหา ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ต้องหาตามที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้ ซึ่งผู้ต้องหาสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็น ข้อต่อสู้คดีในศาลได้ และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 ยังได้วางบท Sanction ไว้ในกรณีผู้สอบสวนมิได้ปฏิบัติตามมาตรา 134/1 ในเรื่องทนาย โดยให้ถ้อยคำใดๆ ที่ ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนจะรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ในการพิสูจน์ความผิดของ ผู้ต้องหานั้นไม่ได้ ฉะนั้น ผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้สอบสวน และผู้สอบสวนคดีอาญาทหารจึงต้อง ปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองสิทธิในการมีทนายของผู้ต้องหาที่เป็นทหาร ตามหลักเกณฑ์ที่วาง ไว้โดยเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนในกระบวนการศาลยุติธรรม

3.1.7 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหาร

การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยคดีอาญาในศาลทหารในชั้นพิจารณาคดี มี บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา⁶¹ 242 ซึ่งเป็นแม่บทจะเห็นได้ว่า โดยหลักเบื้องต้นแล้วจำเลยในคดีอาญาจะได้รับการช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นผู้ จัดหาทนายความให้ แต่การจัดหาให้นั้นจะต้องมีตัวบทกฎหมายอื่นบัญญัติรองรับไว้สำหรับใน ศาลทหารมีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 55 และ 56 ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว และการบังคับใช้วิธีพิจารณาความอาญาทหารนั้น ให้นำกฎหมาย กฎ และข้อบังคับซึ่งออกตาม กฎหมายฝ่ายทหารมาบังคับใช้ ถ้าไม่มีก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ โดยอนุโลม ตามที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 45 ดังนั้นเมื่อมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งทนายความให้ จำเลยในศาลทหารไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงไม่นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 มาใช้ การตั้งทนายความให้จำเลยในศาลทหารจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 เมื่อพิจารณาแล้ว จะสามารถแยกการตั้งทนายความให้จำเลยได้ออกเป็น 2 ระบบ คือ

3.1.7.1 ระบบการให้มีทนายความในคดีอาญาในฐานะเป็นสิทธิที่จำเลยสามารถ สละสิทธิได้เมื่อพิจารณาความหมายคำว่า สิทธิ คือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้ซึ่งผู้มีสิทธิจะ ใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็ได้⁶² ดังนั้นการตั้งทนายความให้คดีอาญาในฐานะเป็นสิทธิ หมายถึงการที่รัฐ ให้การคุ้มครองประโยชน์ของจำเลยในการที่จะจัดหาทนายความเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดี อาญาให้ ซึ่งให้อาณาเป็นสิทธิอันมีผลให้จำเลยสามารถจะใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็ได้ และไม่ได้เป็น บังคับว่ารัฐจะต้องดำเนินการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยโดยเด็ดขาดในทุกคดี แต่รัฐจะให้การ ช่วยเหลือก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากจำเลยเท่านั้น ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารมีระบบนี้

⁶¹ อ่างแล้ว, บทที่ 1 หน้า 1.

⁶² หยุด แสงอุทัย ข เล่มเดิม. หน้า 187.

ตามมาตรา 56 (1) คือ ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และตามมาตรา 56(2) คือกรณีที่มีโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยไม่มีและต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ซึ่งเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ ศาลจะตั้งทนายความให้ก็ต่อเมื่อจำเลยต้องการเท่านั้น

3.1.7.2 ระบบการให้มีทนายความในคดีอาญาในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาพิพากษาถึง การที่กฎหมายบังคับว่าก่อนการพิจารณาคดีอาญาทุกครั้งศาลต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยก่อน จึงจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย หากไม่มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขการพิจารณาคดีก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาพิพากษาใหม่ และถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลย ซึ่งรัฐจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้จำเลยจะไม่ได้ร้องขอก็ตาม และจำเลยจะสละสิทธิการมีทนายความไม่ได้เช่นกัน เพราะกฎหมายบัญญัติให้ต้องมีทนายความช่วยเหลือในการพิจารณาคดี หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการบังคับโดยกฎหมาย หรือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาของกฎหมาย ว่าจำเลยจะต้องมีทนายความก่อนที่จะดำเนินคดีต่อไปในศาลได้ สำหรับศาลทหารไม่มีบทบัญญัติตามระบบนี้ แต่มีกรณีที่ให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ตามมาตรา 56 (1) เท่านั้นที่ถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถามจำเลยเรื่องทนาย ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งวางหลักไว้ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ กรณีที่ศาลไม่ถามจำเลยก่อนพิจารณาว่ามีทนายความหรือไม่ ถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่⁶³

เมื่อได้ศึกษาถึงบทนิยามของคำว่ากรณีที่มีทนายความในคดีอาญาในฐานะเป็นสิทธิกับคำว่ากรณีที่มีทนายความในคดีอาญาในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาพิพากษาคดี แล้วจะเห็นได้ว่ามีข้อแตกต่างกันคือ กรณีที่มีทนายความในฐานะเป็นสิทธินั้น จะเป็นเพียงการที่รัฐจัดหาทนายความให้แก่จำเลยที่มีการใช้สิทธิร้องขอเท่านั้น ซึ่งตรงกันข้ามกับคำว่า กรณีที่มีทนายความในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาพิพากษาคดี ถือว่าเป็นการบังคับให้รัฐจะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลย โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แม้จะไม่มีการใช้สิทธิร้องขอจากจำเลยก็ตาม จึงมีกรณีที่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการมีทนายความของจำเลยในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งมีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะใช้แบ่งแยกได้โดยถือข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้

1) ความยากจน จำเลยที่มีความยากจนจะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐในการจัดหาทนายความให้ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี ซึ่งผู้ที่มีความยากจนถือว่าเป็นผู้ที่ไม่สามารถจ้างทนายความได้แน่นอน รัฐจึงเข้ามามีส่วนช่วยในการจัดหาทนายความให้เสมอ ฉะนั้น

⁶³ คณิต ฌ นกร ง (2528). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 260.

การที่จำเลยมีความยากจน จึงมักจะถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญาว่าจำเลยต้องมี ทุนความก่อนจึงจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่สำหรับจำเลยในศาลทหารนั้นใน เรื่องเกี่ยวกับความยากจนของจำเลยและสิทธิการมีทุนความในศาลทหารยังไม่เป็นระบบการให้มี ทุนความในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี เนื่องจากในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาล ทหารฯ มิได้บังคับว่าทุกครั้งศาลจะต้องตั้งทุนความให้แก่จำเลย ถ้าจำเลยเป็นคนยากจนก่อนจึง จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ แต่ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปนั้น การ คู้มครองสิทธิการมีทุนความของจำเลยนั้นได้คู้มครองทั้งในฐานะที่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณา คดี คือให้ศาลต้องถามจำเลยว่ามีทุนความหรือไม่ และคู้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิที่จำเลยจะ สามารถเลือกที่จะมีทุนหรือไม่ก็ได้ โดยมีต้องคำนึงถึงความยากจนของจำเลยแต่อย่างใด แต่ใน ส่วนของคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงห้าปีถึงสิบปี การคู้มครองสิทธิการมีทุนความของจำเลย ไม่อยู่ในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี เพราะมิได้มีบทบัญญัติให้ศาลต้องถามจำเลยที่ยากจน ก่อนพิจารณาคดีว่ามีทุนความหรือไม่ แต่การคู้มครองอยู่ในฐานะเป็นสิทธิที่จำเลยสามารถจะ สละได้โดยจำเลยที่ยากจนจะต้องแสดงต่อศาลว่าตนเองยากจนก่อนที่จะขอมีทุน นอกจากนี้จะ เห็นได้ว่าในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ มาตรา 56 (2) นี้มุ่งคู้มครองเฉพาะจำเลยที่ยากจน เท่านั้น ส่วนจำเลยที่ไม่ยากจนจะไม่มีการคู้มครองสิทธิการมีทุนความเลยในมาตรานี้แต่อย่างใด

2) ความบกพร่องทางร่างกาย และความสามารถของบุคคล ได้แก่ ความเป็น ผู้เยาว์ คนหูหนวก หรือเป็นใบ้ และคนที่มีความผิดปกติทางด้านจิตใจ เป็นต้น เพื่อเป็นหลักประกัน ศาลจะต้องตั้งทุนความให้ก่อนมีการพิจารณาคดีอาญาเสมอ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการ ดำเนินคดี ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าหากจำเลยมีความบกพร่องทางร่างกายและความสามารถดังกล่าว แล้ว รัฐจะจัดหาทุนความให้เสมอ โดยถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญาสำหรับการ คู้มครองสิทธิการมีทุนความของจำเลยในศาลทหารนั้น มิได้นำในเรื่องของความบกพร่องทาง ร่างกาย และความสามารถของบุคคลมาคำนึงถึงในการตั้งทุนความให้แก่จำเลยแต่อย่างใด

3) ความหนักเบาของความคิดที่ได้กระทำ หมายถึง ความคิดที่จำเลยได้กระทำ ลงไป การคู้มครองสิทธิการมีทุนความของจำเลยมักจะขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐว่า คำนึงถึงสิทธิ ขั้นมูลฐานของประชาชนมากก็จะมีผลให้รัฐเข้ามาช่วยจำเลยในการดำเนินคดีอาญา โดยการจัดหา ทุนความให้แก่จำเลยแม้จะเป็นเพียงความคิดที่ไม่รุนแรง เพราะรัฐถือว่าเป็นเหตุกระทบกระเทือนต่อ สิทธิเสรีภาพของประชาชนเหมือนกัน ดังนั้นการที่รัฐจะเข้ามาช่วยเหลือจำเลยในการจัดหา ทุนความให้ในการดำเนินคดีอาญาเสมอ จึงอาจถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญา

สำหรับการคู้มครองสิทธิการมีทุนความของจำเลยในศาลทหารโดยคำนึงถึง ความหนักเบาของความคิดจำเลยนั้น ในศาลทหารแบ่งการคู้มครองสิทธิการมีทุนความของจำเลย เป็น 3 ประเภท คือ จำเลยประเภทที่มีความผิดในอัตราโทษจำคุก 10 ปีขึ้นไป สิทธิการมีทุนความ

ของจำเลยจะเป็นทั้งในฐานะเป็นสิทธิที่จำเลยสามารถสละได้และเงื่อนไขในการพิจารณาคดี ซึ่งกำหนดให้ศาลต้องถามจำเลยก่อนพิจารณาคดีว่ามีทนายหรือไม่ ประเภทที่ 2 คือจำเลยที่มีความผิดในอัตราโทษอย่างสูงห้าถึงสิบปี และจำเลยจะต้องยากจนด้วย ซึ่งจำเลยประเภทนี้จะได้รับความคุ้มครองสิทธิการมีทนายในฐานะที่เป็นสิทธิที่สามารถสละได้ โดยจะไม่มีกรคุ้มครองสิทธิการมีทนายในฐานะที่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีแก่จำเลยประเภทนี้ จำเลยประเภทสุดท้าย คือ จำเลยที่มีโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี ซึ่งจำเลยประเภทนี้จะไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิการมีทนายเลย ไม่ว่าจะในฐานะที่เป็นสิทธิหรือเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญา

4) การพิจารณาคดีอาญาลับหลัง การพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยนั้นถือว่าจำเลยย่อมมีความเสียเปรียบในคดีอย่างแน่นอน เนื่องจากจำเลยไม่รู้เห็นในการพิจารณาคดีว่าถูกต้องหรือไม่ ดังนั้นจำเลยจึงต้องมีทนายความอยู่ร่วมในการพิจารณาคดีแทน เพื่อไม่ให้เป็นการเสียเปรียบในการพิจารณาคดีอาญา รัฐจึงต้องจัดหาทนายความให้จำเลยเพื่อช่วยเหลือในการพิจารณาคดีลับหลังจำเลย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องเงื่อนไขในการพิจารณาคดี

ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยก็คือ ในมาตรา 59 ซึ่งบัญญัติว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลทหาร ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพหรือไม่ตั้งใจฟัง จะไม่ทำต่อหน้าจำเลยก็ได้” จะเห็นได้ว่าการพิจารณาและสืบพยานที่จะไม่ทำต่อหน้าจำเลยในศาลทหารได้นั้นมีอยู่ด้วยกันสองกรณี กรณีแรกเป็นกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพ เป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจศาลทหารในการใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยต้องการให้ศาลพิจารณาหรือสืบพยานต่อหน้าจำเลยหรือไม่ กรณีที่สองซึ่งเป็นกรณีจำเลยไม่ตั้งใจฟังนั้น ศาลทหารสามารถใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ไม่ว่าจะคดีนั้นจะเป็นคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือให้การปฏิเสธก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงด้วยว่าคดีนั้นมีโทษหนักเบาแค่ไหนและจำเลยมีทนายแตกต่างกันแล้วหรือไม่ การพิจารณาคดีโดยหลักแล้วต้องกระทำต่อหน้าจำเลย หลักนี้สืบเนื่องมาจากสิทธิในการที่จะอยู่ร่วมในการดำเนินคดีอาญาของจำเลย สิทธินี้เป็นสิทธิในทางกระทำที่สำคัญประการหนึ่งในระบบกล่าวหาที่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี ซึ่งเหตุผลของการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยน่าจะมาจากเหตุผลที่ไม่ต้องการให้จำเลยเสียเวลาจากการเลื่อนคดี⁶⁴ เพราะฉะนั้นจึงไม่ควรให้จำเลยต้องเสียสิทธิในการรับทราบกระบวนการพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่า การพิจารณาคดีอาญาจะต้องทำโดยเปิดเผยและต้องทำต่อหน้าจำเลย ถึงแม้ว่าจะมีบทยกเว้นใดสามารถให้กระทำการสืบพยานลับหลังจำเลยได้ก็น่าที่จะให้จำเลยมีทนายความในการเป็นตัวแทนของจำเลย

⁶⁴ คณิต ฒ นคร จ (2528). “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (ฉบับที่ 15) พ.ศ.2527.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 15 ฉบับที่ 4. หน้า 74.

ในการรับทราบกระบวนการพิจารณาล้างหลังจำเลยเสียก่อนที่จะมีการพิจารณาล้างหลังจำเลย เพื่อให้จำเลยมีสิทธิที่ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ กล่าวคือเมื่อฝ่ายรัฐมีเจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้รู้ทางกฎหมาย ฝ่ายจำเลยซึ่งตามปกติไม่รู้กฎหมายก็ชอบที่จะมีทนายความซึ่งเป็นผู้รู้กฎหมายอยู่เป็นตัวแทนในการพิจารณาล้างตนเองเพื่อคอยช่วยเหลือแนะนำเพื่อให้การพิจารณาคดีนั้นเกิดความเป็นธรรมสูงสุด

3.1.7.3 กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ตั้งทนายความให้จำเลยในศาลทหาร

เมื่อพิจารณาถึงหลักประกันขั้นมูลฐานของสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 242 ได้บัญญัติเป็นแม่บทเกี่ยวกับทนายความ เป็นการรับรองสิทธิของบุคคลภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ดังนั้น เมื่อไม่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารให้สอดคล้องกับการให้หลักประกันตามรัฐธรรมนูญ สิทธิดังกล่าวของจำเลยในคดีอาญาในศาลทหาร จึงมีผลบังคับเท่าที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ ซึ่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่าได้มีการกำหนดไว้อย่างกว้างๆเกี่ยวกับสิทธิของจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น สิทธิดังกล่าวนี้จะมีขอบเขตและเนื้อหาสาระเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องดำเนินการตรากฎหมาย เพื่อรองรับกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ในมาตรานี้ ฉะนั้นกฎหมายที่จะออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะยอมรับให้จำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายความโดยความช่วยเหลือจากรัฐได้มากน้อยเพียงใด เมื่อได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร ให้จำเลยในคดีอาญามีสิทธิเพียงใดก็ย่อมต้องถือว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญในเรื่องการให้ความช่วยเหลือในการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยมีขอบเขตและเนื้อหาสาระเพียงนั้น

ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 55 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลทหารในเวลาปกติให้ผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง แต่งทนายได้ ศาลทหารในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติให้จำเลยแต่งตั้งทนายได้ ทนายต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ หรือทนายที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เมื่อทนายได้รับอนุญาตจากศาลแล้วให้ว่าต่างหรือแก้ต่างได้ ศาลอาญาศึกหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 และมาตรา 43 ห้ามแต่งตั้งทนาย” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการแก้ไขมาจากบทบัญญัติเดิมที่บัญญัติว่า คดีที่อยู่ในศาลทหารในเวลาไม่ปกติห้ามให้คู่ความแต่งตั้งทนาย ซึ่งกระทรวงกลาโหมพิจารณาเห็นว่าควรที่จะให้สิทธิแก่คู่ความในการแต่งตั้งทนายได้ จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารเสียใหม่โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2512 เป็นต้นมา

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารถือเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นหลักในการดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร ซึ่งกำหนดขั้นตอนในการดำเนินคดีอาญา ตลอดจนสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของจำเลยในลักษณะต่างๆ รวมทั้งสิทธิการมีทนายความของจำเลยด้วย โดยมีกรให้หลักประกันสิทธิดังกล่าวอยู่ ๒ ลักษณะ คือ

สิทธิในการจัดหาทนายความเอง โดยจำเลยมีสิทธิแต่งตั้งทนายความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ตั้งแต่ชั้นไต่สวนมูลฟ้องจนถึงชั้นอุทธรณ์ ฎีกา ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 55 ซึ่งทนายความมีสิทธิเข้าว่าต่างแก้ต่างคดีแทนจำเลยได้ยกเว้นคดีที่ขึ้นศาลอาญาศึก หรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึก และทนายความที่จำเลยจัดหาเองนั้นจะเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติที่ทนายความหรือทนายตามข้อบังคับศาลโหมว่าด้วยทนายก็ได้

สิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ตามมาตรา 242 ของรัฐธรรมนูญ ได้ให้จำเลยในคดีอาญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งเป็นการวางหลักประกันการให้ความช่วยเหลือภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 จะเห็นได้ว่ามีการให้หลักประกันภายใต้กฎหมายใน 2 กรณี คือ

กรณีแรก คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการ ก็ให้ศาลตั้งทนายได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยจะยากจนหรือไม่ เนื่องจากคดีดังกล่าวเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกสูง จำเลยที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว ย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะถือเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาคดี ที่เป็นหน้าที่ของศาลจะต้องถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนเริ่มการพิจารณา หากศาลพิจารณาคดีดังกล่าวโดยไม่ถามถึงเรื่องทนายความก่อน ถือเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ให้ถูกต้อง เนื่องจากกรณีนี้ถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีที่ให้ศาลถามจำเลยเรื่องทนาย ส่วนจำเลยจะต้องการหรือไม่เป็นสิทธิของจำเลย ถ้าจำเลยไม่ต้องการศาลก็ไม่ต้องตั้งให้

กรณีที่สอง คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปี แต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนาย ก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ในการนี้ศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง กรณีนี้เป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ ซึ่งจำเลยต้องแถลงต่อศาลว่าตนเองเป็นคนยากจนและต้องการทนาย ศาลจึงจะตั้งทนายให้ หากจำเลยไม่แถลง ศาลก็จะไม่ตั้งให้ และถ้าจำเลยแถลงแต่ปรากฏว่าจำเลยไม่เป็นคนยากจน ศาลก็จะไม่ตั้งให้เช่นกัน

3.1.7.4 กรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ตั้งทนายความให้จำเลย

กรณีนี้เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 แล้ว จะเห็นได้ว่า มีกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ตั้งทนายให้จำเลยอยู่ 2 กรณีคือ

1) ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต กรณีนี้มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 173 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี แต่ในวิธีพิจารณาคดีอาญาในศาลทหารนั้นไม่ได้บัญญัติไว้จะถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีเช่นเดียวกับมาตรา 173 ไม่ได้ ดังนั้น คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ศาลไม่จำเป็นต้องถามจำเลยเรื่องทนายความ แต่ศาลจะถามจำเลยหรือไม่ก็ได้ เพราะการถามจำเลยเรื่องทนายความในกรณีนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติ จึงไม่ต้องพิจารณาเรื่องเงื่อนไขของการพิจารณาคดีหรือสิทธิของจำเลย แต่ถ้าจำเลยไม่มีและต้องการทนายความก็จะตั้งให้ แต่ในทางปฏิบัติของศาลทหารนั้น ในปัจจุบันคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ศาลจะถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนที่จะพิจารณาคดีต่อไป ถ้าจำเลยไม่มี ศาลจะให้จำเลยปรึกษารูปคดีกับทนายความก่อนถามคำให้การ โดยแนะนำให้ไปปรึกษารูปคดีกับนายทหารสงเคราะห์ทางกฎหมาย ซึ่งสังกัดสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญ โดยศาลจะพยายามอำนวยความสะดวกให้แก่จำเลยในศาลทหารตามสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยและสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายเช่นกัน ศาลทหารจึงไม่ต้องถามจำเลยเรื่องทนายความ เพราะการถามจำเลยเรื่องทนายความในกรณีที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี แต่ถ้าจำเลยไม่มีและต้องการทนายความ ศาลก็จะตั้งให้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลทหารปัจจุบัน ศาลจะไม่ถามจำเลยเรื่องทนายความ แต่หากจำเลยแถลงว่าไม่มีและต้องการทนายความ ศาลจะเลื่อนการพิจารณาออกไปนัดหนึ่งและให้จำเลยไปขอความช่วยเหลือจากสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญเช่นเดียวกัน ซึ่งก็เป็นแนวทางปฏิบัติที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่จำเลยได้ในระดับหนึ่ง

ดังนั้นการให้หลักประกันสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในศาลทหารปัจจุบันสำหรับการให้ความช่วยเหลือจากรัฐดังกล่าว ผู้ที่ไม่ได้รับหลักประกันสิทธิการมีทนายความมีอยู่ 3 กลุ่มด้วยกัน คือ

จำเลยในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ซึ่งมีอัตราโทษสูงสุดในทางอาญา กลับไม่มีบทบัญญัติให้ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเรื่องทนายความ ทำให้ไม่มีแนวทางการปฏิบัติตามกฎหมายในกรณีดังกล่าว แต่ในปัจจุบัน ศาลทหารมักจะอำนวยความสะดวกให้แก่จำเลย โดยการถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนเสมอ แต่ศาลจะยังไม่ตั้งทนายความให้ โดยให้จำเลยไปปรึกษารูปคดีกับทนายความเสียก่อน

จำเลยที่ไม่ทราบสิทธิของตนเอง ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปี แต่ไม่ถึงสิบปี หากจำเลยไม่สามารถจัดหาทนายความให้ จำเลยจะต้องแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณา คดีว่ายากจนและต้องการทนายความ ศาลจึงจะจัดตั้งทนายความให้ โดยอยู่ในดุลยพินิจของศาลว่า ยากจนจริงหรือไม่ ไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะต้องถามและตั้งทนายความให้จำเลย แต่เป็นการใช้ สิทธิของจำเลยเอง หากจำเลยเป็นผู้ไม่มีความรู้ทางกฎหมายจะไม่ทราบ และไม่สามารถดำเนินการ ใช้สิทธิด้วยตนเองได้ จึงไม่สามารถแน่ใจว่าจำเลยจะได้รับหลักประกันสิทธิดังกล่าว

จำเลยที่ถูกฟ้องในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ไม่สามารถได้รับการ ช่วยเหลือในการจัดหาทนายความให้ ซึ่งหากจำเลยถูกคำพิพากษาของศาลถึงจำคุกก็เป็นการรื้อถอน สิทธิเสรีภาพของจำเลย จึงควรให้จำเลยสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยให้จำเลยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเรื่องทนายความเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าการให้ความช่วยเหลือในการตั้งทนายความให้กับจำเลยคดีอาญาให้ ศาลทหารยังอยู่ในขอบเขตจำกัด ไม่สามารถให้ความช่วยเหลือได้อย่างทั่วถึงเหมือนในศาลพลเรือน ซึ่งจำเลยสามารถมีทนายความช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง ถ้าคดีอาญานั้นสามารถ ลงโทษจำคุกได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ทำให้จำเลยในคดีอาญา ในศาลพลเรือนได้รับความคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในคดีเกือบทุกประเภท ซึ่งการตั้ง ทนายความให้กับจำเลยในคดีอาญาทั้งในศาลทหารและศาลพลเรือนนั้น มีวัตถุประสงค์อย่าง เดียวกัน คือ เพื่อการดำเนินคดีอาญาอย่างยุติธรรมตามกระบวนการของกฎหมาย

3.1.7.5 กรณีกฎหมายตัดสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร

ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารได้ให้อำนาจฝ่ายทหารสามารถจะตั้ง ศาลอาญาศึกได้ในกรณีหน่วยทหารไม่ต่ำกว่าหนึ่งกองพัน ได้เคลื่อนย้ายหน่วยไปปฏิบัติหน้าที่อยู่ ในยุทธบริเวณหรือภายในพื้นที่สู้รบเพื่อพิจารณาคดีอาญาที่เกิดขึ้นเฉพาะภายในอำนาจหน้าที่ของ หน่วยนั้นได้ ไม่ว่าหน่วยทหารนั้นจะเคลื่อนย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ภายในหรือภายนอกประเทศก็ตาม ซึ่งตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 55 ได้บัญญัติห้ามการแต่งตั้งทนายในศาลอาญาศึก และศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึก (เนื่องจากฝ่ายทหารสามารถส่งจำเลยไปพิจารณา พิพากษายังศาลทหารแห่งอื่นได้ และให้ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีอำนาจหน้าที่เช่นดังศาล อาญาศึก)

การที่กฎหมายฝ่ายทหารได้บัญญัติการตัดสิทธิในการมีทนายความของศาล อาญาศึก ซึ่งคงจะเนื่องมาจากการที่ฝ่ายเราต้องการความรวดเร็วในการดำเนินคดีโดยต้องการที่จะ ให้คดีมีความรวดเร็วในการพิจารณาเป็นหลักจึงมิได้คำนึงถึงในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของจำเลย ซึ่งความจริงแล้วการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนถือเป็นหน้าที่หลักของรัฐที่จะต้องปฏิบัติอยู่เสมอไม่ว่ารัฐจะตกอยู่ในสภาพการณ์เช่นไรก็ตาม และถ้าจะมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

ก็จะต้องเป็น โดยเหตุจำเป็นและต้องให้เป็นไปโดยน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งตราบใดที่ยังไม่มีเครื่องมือที่สามารถแบ่งแยกผู้บริสุทธิ์ออกจากผู้กระทำผิดได้ การมีทนายคอยช่วยเหลือในคดีอาญาก็เป็นสิ่งจำเป็นที่ไม่อาจขาดได้ เพราะนอกจากทนายจะช่วยให้อาจารย์มีโอกาสต่อสู้คดีพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้อย่างเต็มที่แล้วก็ตาม ทนายยังมีส่วนช่วยรัฐให้อำนวยความยุติธรรมในคดีอาญาให้เป็นไปอย่างถูกต้องเที่ยงธรรม เพราะทนายอยู่ในวิสัยที่สามารถจะแก้ไขข้อผิดพลาดและผิดพลาดขององค์กรในการดำเนินคดีอาญาของรัฐทุกองค์กร โดยที่ทนายจะเป็นทั้งผู้ช่วยเหลือและผู้ควบคุมการดำเนินคดีของอัยการและศาล

การตัดสิทธิการมีทนายความของศาลทหารนั้น ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารเดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขในปี พ.ศ.2512 นั้น ได้มีการตัดสิทธิการมีทนายความทั้งศาลอาญาศึกและศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ต่อมาหลังจากแก้ไขจึงได้อนุญาตให้มีการแต่งตั้งทนายในศาลทหารเวลาไม่ปกติวันแต่คดีบางประเภท และในปี พ.ศ.2520 ได้มีประกาศคณะปฏิวัติออกมาแก้ไขเพิ่มเติมอีกโดยเปิดโอกาสให้อาจารย์แต่งตั้งทนายแก้ต่างในคดีทุกประเภทได้

นอกจากนี้ยังมีจำเลยในศาลทหารประเภทหนึ่งซึ่งได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความมากกว่าจำเลยในศาลทหารประเภทอื่นนั่นก็คือจำเลยในศาลทหารที่มีสถานะเป็นพลเรือน (เข้าศึกที่ฝ่ายเราจับมาได้ไม่ว่าจะเป็นทหารหรือพลเรือน) ซึ่งจำเลยในศาลทหารประเภทพลเรือนนั้นจะอยู่ในความคุ้มครองของพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อพลเรือน โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ระบุให้ศาลทหารเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาเกี่ยวกับความผิดที่พลเรือนกระทำไว้ในกรณีที่ถูกกฎหมายที่มีใช้อยู่เวลานั้นบัญญัติให้ศาลพลเรือนพิจารณาพิพากษาผู้สังกัดกองทหารไทย จึงจะให้ศาลพลเรือนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ และในมาตรา 8 ของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้อีกว่า “ห้ามมิให้ศาลพิพากษาลงโทษพลเรือนโดยไม่ได้ให้โอกาสแก่พลเรือนในการต่อสู้คดีหรือโดยไม่ให้ได้รับการช่วยเหลือตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในข้อ 105 แห่งอนุสัญญา” ซึ่งข้อ 105 ของอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อพลเรือนบัญญัติไว้ว่า

“พลเรือนมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากเพื่อนพลเรือนของตนที่จะหาทนายความผู้ทรงคุณวุฒิมาทำการต่อสู้คดีให้ ที่จะเรียกพยาน และถ้าพลเรือนเห็นว่าจำเป็นก็มีสิทธิใช้ล่ามที่สามารถ ประเทศที่กักคุมจะต้องแจ้งให้พลเรือนทราบในเวลาอันควรก่อนการพิจารณาคดีว่าตนมีสิทธิเหล่านี้เมื่อพลเรือนไม่เลือกหาทนายความ ประเทศที่คุ้มครองจะต้องจัดหาทนายความให้ และมีเวลาอย่างน้อยที่สุดหนึ่งสัปดาห์เพื่อการนี้ เมื่อได้รับคำร้องขอ ประเทศที่กักคุมจะต้องส่งรายชื่อบุคคลที่มีคุณวุฒิเป็นทนายความให้แก่ประเทศที่คุ้มครอง แต่ถ้าพลเรือนหรือประเทศที่คุ้มครองไม่เลือกหาทนายความ ประเทศที่กักคุมจะต้องตั้งทนายความที่สามารถเข้าทำการต่อสู้คดีให้ ฯลฯ”

เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าทบทวนคดีในการตัดสินคดีการมีโทษของจำเลยในศาลทหารตาม มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารนั้น นอกจากจะขัดต่อหลักการของรัฐในการให้ความคุ้มครองและหลักประกันต่อสิทธิการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันของจำเลยกับรัฐแล้วยังถือว่าขัดต่อหลักการสากลของกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

3.2 กระบวนการยุติธรรมและสิทธิการมีทนายความในศาลยุติธรรม

3.2.1 ระบบการดำเนินคดีอาญาในกระบวนการยุติธรรม

ลักษณะการดำเนินคดีของกระบวนการยุติธรรมประเทศไทยมีลักษณะเป็นระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

ซึ่งการค้นหาคำความจริงในระบบกล่าวหาเป็นระบบที่นิยมใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีแนวความคิดมาจากระบบการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน วิธีการค้นหาคำความจริงจึงมีลักษณะเป็นการต่อสู้แข่งขันกันระหว่างคู่ความในคดี โดยศาลวางตัวเป็นกลางคอยควบคุมกฎเกณฑ์การต่อสู้ เพื่อมิให้คู่ต่อสู้ทั้งสองฝ่ายได้เปรียบหรือเสียเปรียบแก่กัน การดำเนินคดีจึงเป็นเรื่องของการแพ้ชนะระหว่างโจทก์กับจำเลย และต้องต่อสู้กันตามหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาความและทางพยานหลักฐานที่เคร่งครัด ระบบกล่าวหาจึงเป็นพิเศษว่าจำเลยในคดีอาญาจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด⁶⁵ การดำเนินคดีในระบบกล่าวหาจึงเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน โดยกำหนดให้ผู้พิพากษารับผิดชอบเฉพาะการพิจารณาและพิพากษาคดี ส่วนหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องคดีให้เป็นหน้าที่ของอัยการเป็นผู้รับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษาจึงไม่มีบทบาทในการสืบพยานหลักฐานเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดี และไม่มีหน้าที่กำหนดประเด็นข้อกฎหมายที่ได้แย้งกันเพราะเป็นหน้าที่ของคู่ความ พนักงานอัยการที่เป็นโจทก์ฟ้องคดีและทนายความของฝ่ายจำเลยจะเป็นผู้นำพยานหลักฐานมาเสนอ เพื่อพิสูจน์ความจริงกันในศาลและให้สิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้พ้นจากสภาพการเป็นวัตถุแห่งการซักฟอก โดยยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาเป็น “ประธานในคดี” และถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็น “คน” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่เป็นเพียงวัตถุ หรือ “กรรมในคดี” ทำให้มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาและมีสิทธิต่าง ๆ ในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะมีทนายความช่วยเหลือด้วยการให้คำปรึกษาแนะนำทางด้านกฎหมาย และเป็นตัวแทนแก้ต่างในการต่อสู้คดี โดยมีลักษณะการต่อสู้คดีเป็น “ระบบการต่อสู้คดีโดยคู่ความ” ตามปรัชญาในการค้นหาคำความจริงบนสมมติฐานที่ว่า ความจริงจะปรากฏหากให้ทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันอย่างยุติธรรม

⁶⁵ โสภณ รัตนกร. (2544). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหน้า. หน้า2.

ต่อหน้าศาลที่วางตัวเป็นกลาง กล่าวคือ ศาลจะวางตัวเป็นกลาง และปล่อยให้คู่ความต่อสู้ในทางคดีกันเอง ในการดำเนินคดีแพ่งซึ่งคู่ความจะมีสิทธิเท่าเทียมกัน และต่อสู้คดีต่อหน้าผู้พิพากษาซึ่งเป็นฝ่ายที่สาม ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดต้องวางเฉยเป็นกลาง คอยควบคุมดูแลให้ทั้งสองฝ่ายดำเนินคดีไปตามเกณฑ์ที่ได้วางไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมแก่ทั้งสองฝ่ายมิให้ได้เปรียบเสียเปรียบกัน คู่ความมีหน้าที่นำพยานหลักฐานของตนมาแสดงต่อศาล และศาลจะตัดสินคดีไปตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ ผู้กล่าวหาที่มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาแสดงว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิด ส่วนผู้ถูกกล่าวหาต้องนำพยานหลักฐานมานำสืบจะถูกเปิดเผยในศาล โดยผ่านขั้นตอนการฟ้องคดีอาญาและการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันตามหลักการต่อสู้คดี การดำเนินคดีอาญาจึงเริ่มจากการกล่าวหาของโจทก์ซึ่งมีหน้าที่ในการแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยมีศาลที่วางตัวเป็นกลางคอยควบคุมการต่อสู้คดีให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน และทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินคดีจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความจริงในคดี และเนื่องจากคู่ความทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่นำพยานมาต่อสู้คดีกันในศาลนี้เองทำให้มีการยอมรับหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยและทำให้มีการพิจารณาคดีด้วยวิธีการซักถามพยานโดยเปิดเผย

การค้นหาความจริงในระบบกล่าวหาผลคดี คือ ผู้ถูกกล่าวหาและผู้กล่าวหาสิทธิในการแสดงพยานหลักฐานและคัดค้านพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่งได้อย่างเต็มที่ การต่อสู้คดีจะมีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติเพื่อความเป็นธรรม และมีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไว้อย่างชัดเจน ผู้พิพากษาเป็นองค์กรอิสระคอยรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ จากคู่ความทั้งสองฝ่ายที่นำมาแสดง ตามหลักการค้นหาความจริงเท่าที่คู่ความนำเสนอและมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกระบวนการให้เป็นไปตามกฎหมายแล้ว จึงพิจารณาพิพากษาจากพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่าย และมีกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อตัดสินคดีด้วยความเป็นกลาง

แต่การดำเนินคดีในระบบกล่าวหาผลเสีย คือ มีกฎหมายในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ และมีบทตัดพยานอย่างเคร่งครัด ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดี การปราบปรามผู้กระทำความผิดจะด้อยประสิทธิภาพ เพราะการลงโทษจะต้องมีพยานหลักฐานแน่ชัดว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิด ถ้ามีเหตุอันควรสงสัยศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา บางครั้งผู้ถูกกล่าวหาอาจหลุดพ้นจากความผิด เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งที่พยานหลักฐานนั้นอาจสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิด

ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยนั้น มีองค์กรสำคัญในการค้นหาความจริงในคดีอาญาคือ พนักงานสอบสวน ทนายความ อัยการ และศาล ซึ่งแต่ละองค์กรมีขั้นตอนในการดำเนินการที่แตกต่างกันตามหน้าที่ แต่มีจุดประสงค์และเป้าหมายเดียวกัน คือ การค้นหาความจริง

ในคดีอาญา เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน โดยเฉพาะนายความซึ่งถือว่าเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่มีบทบาทสำคัญมากในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยและมีหน้าที่สำคัญ ถูกร่วมกับองค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมในการค้นหาความจริง เพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความจริงเป็นอย่างไรและสมควรที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่

3.2.2 การตั้งนายความในศาลยุติธรรม

ทนายเป็นกลไกที่มีความสำคัญมากในการดำเนินคดีอาญา เป็นหลักประกันเพิ่มเติมว่าจำเลยมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ โดยถือว่า คู่พิพาทจะต้องมีสิทธิและความสามารถต่อสู้คดีเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงในการดำเนินคดีอาญา ไม่เพียงแต่จำเลยที่จะมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เท่านั้น ศาลและอัยการก็มีหน้าที่ปกป้องสิทธิอันชอบธรรมของจำเลยด้วย แต่กลไกเหล่านี้ก็ยังไม่เพียงพอต่อการปกป้องจำเลยซึ่งไม่มีความรู้กฎหมายและสภาพจิตใจกำลังไม่ปกติ เนื่องจากถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดคดีอาญา จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการปรึกษาช่วยต่อสู้คดีแทนเพื่อให้จำเลยมีความสามารถเท่าเทียมกับโจทก์ในการต่อสู้คดี ทั้งนี้เพราะคดีอาญามีผลกระทบต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพของประชาชน รัฐต้องระมัดระวังลงโทษเฉพาะผู้กระทำความผิดจริงเท่านั้น การจัดหาทนายให้จำเลยจึงเป็นการเสริมให้จำเลยมีความสามารถในการต่อสู้คดีเต็มที่เท่าเทียมกับโจทก์ จึงเป็นหลักประกันต่อประชาชนผู้บริสุทธิ์ว่าจะไม่ถูกลงโทษเนื่องจากขาดความรู้ทางกฎหมายหรือเสียเปรียบในการต่อสู้คดี

3.2.2.1 ความเป็นมาของนายความในศาลยุติธรรม

นายความเดิมเรียกว่า “หมอลความ” ซึ่งหมายถึง ผู้รู้ ผู้ชำนาญในทางว่าความ นายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2538 มาตรา 4 หมายความว่า ผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ

คำพิพากษาศาลฎีกา 1373/2495⁶⁶ ศาลฎีกาแปลความหมายของที่ปรึกษากฎหมายว่าเป็นทนายความ หรือหมอลความเช่นเดียวกัน ฉะนั้น ทนายความนอกจากหมายถึง ทนายความที่รับจ้างว่าต่างแก่ต่างให้แก่คู่ความแล้ว ยังเป็นผู้รับปรึกษาคดี รับทำนิติกรรมต่างๆ ในธุรกิจการค้า และกิจการอื่นๆ อีกมากมาย แต่จุดประสงค์ใหญ่ของวิชาชีพทนายความ ก็คือ ผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมให้แก่คู่ความที่มาศาล

ในสมัยโบราณคำว่า “ทนาย” หมายถึง ผู้รับใช้ หรือผู้แทนนาย มักจะพบในหนังสือโบราณกล่าวถึง ทนายหน้าหอ ซึ่งมีได้หมายถึงทนายความ แต่เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการของภาษา ทำให้ในปัจจุบันนี้คำว่า “ทนาย” เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไป หมายถึงทนายความผู้รับใช้ในกระบวนการยุติธรรม หรือผู้มีสิทธิว่าความแทนตัวความในโรงศาล

⁶⁶อุทัย สุภนิตย์. (2509). “ทนายความกับศาล.” บทบัญญัติ, เล่ม 24, ตอน 1. หน้า 9.

ทนายความหรือหมอกความต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติพิเศษ มิใช่ว่าผู้รู้กฎหมายจะเป็นทนายความได้เสมอไป ดังนั้น หมอกกฎหมายอาจไม่ใช่หมอกความ แต่หมอกความต้องเป็นหมอกกฎหมายด้วยเพราะเขาต้องรู้กฎหมาย ผู้รู้ หรือผู้ชำนาญในกฎหมาย ไม่ได้หมายความว่าต้องว่าความเป็น แต่หมอกความจะว่าความโดยไม่รู้กฎหมายหาได้ไม่⁶⁷

ทนายความที่มีกระบวนการปฏิบัติงานแตกต่างจากอดีต เป็นทนายความแผนใหม่ เริ่มกำเนิดที่จังหวัดเชียงใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ไทยเริ่มมีความสัมพันธ์กับยุโรป โดยมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัมปทานป่าไม้ระหว่างเจ้านครเชียงใหม่ (พระยาทรงสุรเดช) กับคนในบังคับอังกฤษ (หม่อมทุนจ้อ) หม่อมทุนจ้อฟ้องร้องพระยาสุรเดชให้เพิกถอนผู้ได้สิทธิในสัมปทานป่าไม้เดิมและให้ตนจดทะเบียนป่าไม้แทน พระยาสุรเดชได้แต่งตั้งทนายเข้าสู่คดีตามวิธีการแผนใหม่ จึงเป็นคดีแรกที่กำเนิดทนายแผนใหม่ขึ้นในปี ร.ศ.113⁶⁸

พระราชบัญญัติสำหรับข้าหลวงชำระความหัวเมืองจตุศกราช 1236 (พ.ศ.2417) บังคับให้เจ้าครองนครส่งบุตรหลานเข้าฝึกหัดชำระความอย่างศาลต่างประเทศเมืองละ 2 นาย 3 นาย นับว่ากระบวนการศาลที่มีการชักค้ำและถามดิงพยานได้เริ่มขึ้นเป็นครั้งแรก ต่อมา พ.ศ.2424 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศจตุศกราช 1243 ซึ่งบัญญัติแก้ไขให้คนไทยทุกคนแต่งทนายได้ ไม่จำกัดว่าต้องมีศักดินาถึง 400 ไร่ ในที่สุด ร.ศ.110 ไทยยอมรับวิธีการศาลและกระบวนการพิจารณาแบบยุโรปมาใช้ และตั้งกระทรวงยุติธรรมในปีนี้ ในปี ร.ศ.111 มีกระบวนการว่าความทั้งแต่ง เขียน และชักค้ำถามดิงพยานอย่างเต็มที่

สมัยรัชกาลที่ 5 ร.ศ.111 ทรงโปรดเกล้าให้พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ จัดตั้งศาลสมัยใหม่ตามจังหวัดต่างๆ และจัดให้มีทนายความแบบใหม่ขึ้นควบคู่ไปทันที งานศาลยุติธรรมแบบใหม่เปิดใช้ทั่วราชอาณาจักรเมื่อ พ.ศ.2458 งานของทนายความแผนใหม่ขยายตัวควบคู่กับงานเปิดศาลยุติธรรมของประเทศตลอดมา

ต่อมามีการออกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2457 ก่อตั้งเนติบัณฑิตสภา มีข้อบังคับมรรยาททนายความใช้ควบคุมทนายทั่วไป ผู้จะเป็นทนายความจะต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ และรอบรู้ทางกฎหมาย แบ่งเป็น 2 ชั้น

ทนายชั้น 1 ต้องสำเร็จปริญญาตรีกฎหมาย และจดทะเบียนทนายความที่เนติบัณฑิตสภา

ทนายชั้น 2 ต้องสอบคัดเลือกเป็นทนายประจำศาล

⁶⁷ สัจจวนิช. (2526) “หมอกความ.” หนังสือวันรพี 26. หน้า 71.

⁶⁸ วรา ไวยพงษ์. (2527). หนังสือที่ระลึกงานเปิดศาลจังหวัดเชียงใหม่. หน้า 20.

นับตั้งแต่ พ.ศ.2457 เป็นต้นมา การประกอบวิชาชีพทนายความก็ได้พัฒนา ก้าวหน้ามาโดยลำดับ โดยรัฐได้ก่อตั้งเนติบัณฑิตสภาตามพระราชบัญญัติทนายความเมื่อปี พ.ศ. 2457 ขึ้นควบคุมมรรยาททนายความเรื่อยมา จนกระทั่งทนายความได้เรียกร้องให้มีการจัดตั้งสภา ทนายความขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ.2513 เป็นต้นมา จนปี พ.ศ.2528 ได้มีการออกพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ.2528 และได้ก่อตั้ง “สภาทนายความ” ได้สำเร็จ

ทนายความไทยในปัจจุบันมีอิสระจากรัฐ มีอิสระจากการประกอบวิชาชีพ มี อิสระจากศาล ในอิสระแก่ทนายความในการปกครองตนเองโดยสภาทนายความซึ่งมีทนายความ เป็นฝ่ายบริหารเองทั้งหมด

3.2.2.2 วิธีการที่รัฐจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในศาลยุติธรรม

ระบบที่รัฐจัดหาทนายความให้จำเลยในคดีอาญาของกระบวนการยุติธรรมของ ไทย คือ ระบบทนายศาลขอแรง ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

เดิมศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาต่างๆ เช่น ศาลอาญา, ศาลจังหวัด จะมี หนังสือขอแรงจากทนายความ ตามบัญชีรายชื่อที่ขอจดทะเบียนว่าความไว้กับเนติบัณฑิตสภา โดย ศาลขอสำเนาบัญชีรายชื่อทนายความที่ขอต่อใบอนุญาตว่าความประจำปีจากเนติบัณฑิตสภา เมื่อมี คดีที่จำเลยต้องการทนายความ ศาลจะเรียกขอแรงทนายความเรียงตามลำดับในบัญชีรายชื่อ ต่อมา มีปัญหาเกิดขึ้นคือ ทนายความที่ศาลขอแรงไปไม่สามารถรับว่าความได้โดยอ้างเหตุขัดข้องบ้าง ทนายความอายุมากก็เลิกประกอบอาชีพบ้าง หรือทนายความย้ายสำนักงานไปประกอบวิชาชีพ ต่างจังหวัดบ้าง ทนายความจึงคืนคดีกลับมาทำให้ศาลขอแรงทนายความลำดับถัดไปทำให้คดีล่าช้า เป็นผลร้ายต่อจำเลย

ปัจจุบันศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาต่างๆ เช่น ศาลอาญา, ศาล จังหวัดต่างๆ จะทำบัญชีรายชื่อทนายความขึ้นเอง โดยให้ทนายความที่ต้องการว่าความในคดีที่ศาล ขอแรงลงชื่อแสดงความจำนงไว้ โดยทนายความอาจขอว่าความคราวละกว่า 1 คดีขึ้นไปก็ได้ และ ทนายความที่ว่าคดีขอแรงเสร็จแล้วสามารถมาลงชื่อแสดงความจำนงขอรับคดีใหม่อีกได้ ศาลเรียก ขอแรงทนายความตามลำดับในบัญชีดังกล่าวโดยแสดงความจำนงก่อนได้คดีก่อน การเรียกขอแรง ทนายความนี้สามารถแก้ปัญหาทนายความที่ไม่รับคดีและคืนศาลได้ หรือหากทนายขอแรงที่ว่าคดี ขอแรงเสร็จแล้ว ศาลก็สามารถเรียกทนายขอแรงคนเดิมมารับว่าความคดีใหม่ได้

ทนายขอแรงนี้ศาลไทยตั้งตามความต้องการของจำเลย ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่ง มาตรา 173 วรรคสาม ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงิน รางวัลให้แก่ทนายขอแรงดังนี้

“ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรานี้โดย คำนึงถึงสภาพแห่งคดี และสภาวะทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาล

ยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง”

จะเห็นได้ว่าศาลใช้ดุลยพินิจกำหนดจำนวนเงินรางวัลให้ทนายความ โดยพิจารณาความยากง่ายแห่งคดีเทียบเวลาที่ทนายต้องปฏิบัติในการว่าคดีในเรื่องนั้นๆ

ซึ่งในปัจจุบันค่าตอบแทนของทนายขอแรงที่ปฏิบัติหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในศาลชั้นต้นได้รับประมาณคดีละ 3,000-5,000 บาท และถ้าว่าความทั้งในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ทนายขอแรงที่ศาลแต่งตั้งให้แก่จำเลยจะได้รับค่าตอบแทนรวมทั้งสิ้นไม่เกินคดีละ 10,000 บาท และอัตราค่าตอบแทนจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลและอัตราโทษของคดี ซึ่งศาลจะจ่ายค่าตอบแทนให้เมื่อทำงานเสร็จ

3.2.3 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในคดีอำนาจศาลยุติธรรม

ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้สิทธิผู้ต้องหาในการมีทนายในมาตรา 7 ทวิ โดยให้สิทธิผู้ต้องหาพบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง ให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่แจ้งสิทธินี้ให้ผู้ต้องหาทราบ มาตรา 7 ทวิ นี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ.2527 และล่าสุดได้แก้ไขมาตรา 7 ทวิ เป็นมาตรา 7/1 โดยแก้ไขให้ผู้ต้องหาสิทธิพบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง เป็นให้ผู้ต้องหาสิทธิพบ และปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว ต่อมาในปี พ.ศ.2542 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหาตามมาตรา 134 ทวิ โดยบัญญัติว่า “ในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหา ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้...” การแก้ไขเพิ่มมาตรา 134 ทวิ ให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี เท่านั้น โดยก่อนสอบสวนพนักงานสอบสวนต้องถามเรื่องทนายว่ามีหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ ไม่คุ้มครองถึงผู้ต้องหาที่มีอายุเกิน 18 ปี ทั้งมาตรา 7/1 และมาตรา 134 ทวิ ไม่มีบทลงโทษไว้ว่าเมื่อพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามมาตราดังกล่าว ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร

ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540⁶⁹ ได้วางหลักคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหลายประการ โดยเฉพาะการถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวน ในเรื่อง การจับ คမ်းขัง การค้นในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล เท่านั้น ข้อยกเว้นที่ให้จับและค้นได้โดยไม่มีคำสั่งหรือหมายของศาลเฉพาะที่จำเป็นเร่งด่วน ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ซึ่งกฎหมายได้วางเงื่อนไขไว้จำกัดมาก

⁶⁹อ้างแล้ว, บทที่ 1 หน้า 1.

สำหรับการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวน เมื่อบุคคลเป็นผู้ต้องหา และถูกสอบสวนโดยพนักงานสอบสวน สิทธิของผู้ต้องหาจะถูกกระทบกระเทือนมากที่สุด จึงต้องมี “ผู้พิทักษ์สิทธิ” ซึ่งทนายความเป็นบุคคลหนึ่งที่เหมาะสมที่สุด ที่จะคอยปกป้องสิทธิให้แก่ผู้ต้องหาได้ในคดีอาญา รัฐธรรมนูญ ได้วางหลักไว้ว่า “ในชั้นสอบสวน ผู้ต้องหา มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบสวนปากคำตนได้”⁷⁰

“ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว”

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังวางบทคุ้มครองสิทธิบุคคลในทางอาญาไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา

ถ้อยคำของบุคคล ซึ่งเกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใดๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” มาตรฐานเป็นการวางหลักมิให้ผู้ต้องหาถูกพนักงานสอบสวนบังคับผู้ต้องหาให้ให้การ และวางบทลงโทษไว้ว่าถ้อยคำผู้ต้องหาที่ได้มาโดยมิชอบนั้น ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

ต่อมา ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547 มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญใน 6 ประเด็น คือ (1) การจับ (2) การค้น (3) การขัง (4) การปล่อยตัวชั่วคราว (5) การสอบสวน และ (6) การพิจารณาคดีอาญา ให้เป็นไปด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม

เกี่ยวกับสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนสำหรับผู้หาที่ไม่มีทนายนั้น เดิมมีมาตรา 134 ทวิ บัญญัติให้พนักงานสอบสวนต้องจัดหาทนาย ให้เฉพาะกรณีผู้ต้องหาเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี เท่านั้น แต่ในการแก้ไขปรับปรุงครั้งนี้ ได้แก้ไขมาตรา 134 ทวิ เป็นมาตรา 134/1 ซึ่งบังคับให้พนักงานสอบสวนต้องจัดหาทนายให้แก่ผู้ต้องหาที่มีอายุเกิน 18 ปี ด้วย ซึ่งมาตรา 134/1 บัญญัติว่า “ในคดีที่มีโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการให้รัฐจัดหาทนายความให้

⁷⁰เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์ (2545). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา. หน้า 242.

การจัดหาทนายความตามวรรคหนึ่ง และวรรคสองให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้ทนายความที่รัฐจัดหาให้ได้รับเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

เมื่อได้จัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสามแล้ว ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากทนายความไม่อาจมาพบผู้ต้องหาได้ โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาไปโดยไม่ต้องรอทนายความ แต่พนักงานสอบสวนต้องบันทึกเหตุนั้นไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย”

บทบัญญัติมาตรานี้มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับสิทธิในการมีทนายความในชั้นสอบสวนจากเดิมรวม 3 ประการคือ

- (1) ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ผู้ต้องหาไม่มีทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้ เช่นเดียวกับคดีผู้ต้องหาเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี
- (2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ถ้าผู้ต้องหาไม่มีและต้องการทนายความให้รัฐจัดหาทนายความให้
- (3) เมื่อจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาแล้ว ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากทนายความไม่อาจมาพบผู้ต้องหาโดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทราบ หรือแจ้งแต่ไม่มาพบภายในเวลาอันสมควร ให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาโดยไม่ต้องรอทนายความ แต่ต้องบันทึกเหตุนั้นไว้ในสำนวนการสอบสวน

มาตรา 134/4 บัญญัติว่า “ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งผู้ต้องหาให้ทราบก่อนว่า

- (1) ผู้ต้องหาจะมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องการให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้
- (2) ผู้ต้องหาจะมีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างไรก็ดี ก็ให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้

ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้”

บทบัญญัติมาตรานี้มีหลักการที่บัญญัติขึ้นใหม่ 2 ประการ ซึ่งมีสาระสำคัญคือ

- (1) กำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องแจ้งสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการ ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 243 วรรคหนึ่ง และมาตรา 241 วรรคสอง รับรองไว้ ให้ผู้ต้องหาทราบก่อนถาม

คำให้การผู้ต้องหา

(2) ห้ามรับฟังถ้อยคำของผู้ต้องหาเป็นพยานหลักฐาน ในกรณีที่พนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 134/1 ถึงมาตรา 134/4

3.2.4 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลยุติธรรม

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว จะเห็นว่ามีการให้หลักประกันสิทธิเรื่องทนายความอยู่หลายประการด้วยกันคือ ในความหมายของการจัดหาทนายความเองตามมาตรา 7 ทวิ และมาตรา 8 และการให้หลักประกันกับจำเลยในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก และจำเลยต้องการทนายความ ตามมาตรา 173 แต่จะนำมากล่าวเฉพาะการมีทนายความในชั้นพิจารณาตามมาตรา 173 ดังกล่าว เกี่ยวกับความจำเป็นในการมีทนายความนี้ศาลฎีกาเคยกล่าวไว้ว่า

“การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 บัญญัติว่า ในคดีอุกฉกรรจ์ มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้นั้น ก็เพื่อให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีได้เต็มที่ คดีนี้แม้จำเลยจะหาทนายความมาเอง แต่ทนายได้ขอถอนตัวเสียก่อนเมื่อสืบพยานโจทก์ปากแรกจบและขอเลื่อนไปเพื่อหาทนายใหม่ ศาลควรให้เลื่อนคดีไปเพื่อให้โอกาสจำเลยหาทนายความมาใหม่ การดำเนินการพิจารณาไปโดยจำเลยไม่มีทนายความทั้งๆ ที่จำเลยยังต้องการทนายความอยู่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของบทกฎหมายดังกล่าว”

แม้คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จะเป็นคำพิพากษาฎีกาที่ได้ตัดสินก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 173 แต่ในเนื้อหาแล้วยังมีความทันสมัยอยู่อย่างมาก กล่าวคือ ศาลฎีกาได้วางหลักการมีทนายความไว้อย่างเหมาะสมชัดเจน

ตามกฎหมายของไทยเราแต่เดิมความจำเป็นในการมีทนายความช่วยเหลือยังมีความสับสนในหลักการอยู่มาก เพราะได้นำเอาความยากจนมาเป็นเงื่อนไขในการมีทนายความช่วยเหลือแต่อย่างไรก็ตามก็ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการมีทนายความที่ไปในทิศทางที่ดีขึ้นเป็นลำดับ มาตรา 173 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังนี้

“มาตรา 173 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่ถูกฟ้องศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความก็ให้ตั้งศาลทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดี และสภาวะทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม

กำหนดโดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง”

จะเห็นได้ว่าสิทธิการมีทายาทตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษและความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลย

ก่อนการใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาใช้ไปพลางก่อน ร.ศ.115 การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยใช้ระบบไต่สวน และการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยในระบบไต่สวนนี้มีวิธีพิจารณาจารีตนครบาลเกิดขึ้น

ต่อมา ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) นับเป็นจุดสำคัญจุดหนึ่งของการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ นอกจากจะได้รับการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาใช้ไปพลางก่อน ร.ศ.115 แล้ว ยังมีพระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาจารีตนครบาลอีกด้วย อันนับเป็นผลให้ยกเลิกการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวนและมาใช้ในการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาแทน เช่น นานาอารยประเทศ

การค้นหาคำความจริงในศาลไทย ในทางปฏิบัติเป็นการค้นหาคำความจริงที่มีลักษณะเป็นการต่อสู้ของคู่ความ ซึ่งตามปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ดังนั้นทนายความจึงเป็นกลไกสำคัญในการผดุงความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมของไทย รัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิการมีทนายโดยรัฐจัดหาให้ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173

ซึ่งเดิมนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2478 ให้ใช้โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2477 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการที่ศาลตั้งทนายความให้กับจำเลยอยู่ในมาตรา 173 เป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ กรณีแรก ในคดีอุกฉกรรจ์มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และกรณีที่สอง ในคดีที่เด็กเป็นจำเลย ทั้งสองกรณีนี้ศาลจะตั้งทนายความให้ก็ต่อเมื่อจำเลยไม่มีและต้องการ ซึ่งเมื่อมาพิจารณาถึงกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าการจะมีทนายความร่วมพิจารณาคดีหรือไม่เป็นเรื่องของจำเลย

ต่อมาได้มีการแก้ไขความในมาตรา 173 โดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ.2427 ซึ่งมีเนื้อหาและเงื่อนไขดังนี้ คือ กรณีแรก ในคดีมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปี ในวันที่ถูกฟ้องศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้ และอีกกรณีหนึ่งในวรรคสอง ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่า จำเลยยากจนและต้องการทนาย ก็ให้ศาลตั้งทนายให้จำเลย ทั้งสองกรณีนี้ หากจำเลยไม่ต้องการทนายความก็สละสิทธิได้ ไม่มีกรณีใดที่เป็นบทบังคับให้ศาลต้องจัดหาทนายความให้จำเลย ดังนั้นการมีทนายความโดยรัฐจัดหา เป็นบทบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพของจำเลยที่ถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของจำเลยโดยแท้ ที่จะร้องขอหรือยอมรับทนายความที่รัฐจัดหาให้หรือไม่ก็ได้

จากนั้นได้มีการแก้ไขความในมาตรา 173 โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 17) พุทธศักราช 2523 ซึ่งบัญญัติให้สิทธิเรื่องทนายเพิ่มขึ้นจากเดิมอีกสองกรณีคือ ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายให้ และอีกประการหนึ่งคือในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สามปีขึ้นไป แต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยไม่มีทนายความและต่อสู้คดีโดยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ การแก้ไขครั้งนี้เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ต้องการให้จำเลยมีทนายความช่วยเหลือคดีได้มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต กฎหมายบังคับให้ศาลตั้งทนายความให้จำเลยกรณีที่มีทนายความ จึงเห็นได้ว่าเริ่มมีกฎหมายที่เป็นบทบังคับศาลต้องจัดหาทนายความให้จำเลยเสมอโดยไม่คำนึงถึงว่าจำเลยต้องการทนายความหรือไม่ เนื่องจากคดีมีโทษสูงถึงประหารชีวิต

และในครั้งสุดท้ายได้มีการแก้ไขความในมาตรา 173 โดยมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พุทธศักราช 2547 ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบันนี้บัญญัติว่า ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ในวรรคสองบัญญัติว่า ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ และในวรรคสุดท้าย ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแทนทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา 173 ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด

นอกจากนี้สิทธิการมีทนายความของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังคุ้มครองไปถึงสิทธิของจำเลยในกรณีที่จะต้องมีการสืบพยานลับหลังจำเลยอันช้อยกเว้นของมาตรา 172 ที่บัญญัติไว้ว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยเว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ซึ่งการพิจารณาคดีอาญาโดยหลักแล้วต้องกระทำต่อหน้าจำเลย หลักนี้สืบเนื่องมาจากสิทธิในการที่จะอยู่ร่วมในการดำเนินคดีอาญาของผู้ถูกกล่าวหา สิทธินี้เป็นสิทธิในทางกระทำที่สำคัญประการหนึ่งในระบบกล่าวหาที่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี เดิมทีเดียวกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเราก็ถือหลักนี้อย่างเคร่งครัด ครั้นเมื่อปี พ.ศ.2499 จึงได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยเกิดขึ้น คือ มาตรา 172 ทวิ

บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่ได้เกิดขึ้นในปี พ.ศ.2499 นั้น ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งเมื่อปี พ.ศ.2527 และเป็นการขยายออกไปยิ่งกว่าเดิม มาตรา 172 ทวิในปัจจุบันมีข้อความดังนี้

“มาตรา 172 ทวิ ภายหลังจากศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสองแล้ว เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ในคดีมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือในคดีมีโทษปรับสถานเดียว เมื่อจำเลยมีทนายและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและการสืบพยาน.....”

การที่การพิจารณาและสืบพยานในศาลที่ต้องกระทำโดยเปิดเผยก็เพื่อให้มีกาตรวจสอบอำนาจตุลาการโดยประชาชน เพื่อเป็นหลักประกันในการอำนวยความยุติธรรม

การพิพากษาคดีก็ต้องกระทำโดยเปิดเผย เกี่ยวกับเรื่องนี้มาตรา 182 วรรคสองบัญญัติว่า

“ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณาหรือภายในเวลาสามวันนับแต่เสร็จคดี ถ้ามีเหตุอันสมควรจะเลื่อนไปอ่านวันอื่นก็ได้ แต่ต้องจกรายงานเหตุ นั้นไว้”

ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผยหรือพิจารณาลับ การพิพากษาหรือสั่งคดี จะต้องกระทำโดยเปิดเผยเสมอ

การพิจารณาลับจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่มาตรา 177 บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น คือ

“มาตรา 177 ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับ เมื่อเห็นสมควรโดยพลการ หรือโดยคำร้องขอของกลุ่มความฝ้ายใจ แต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน”

ดังนั้น การพิจารณาเป็นการลับ ศาลมีอำนาจสั่งการเองหรือสั่งตามที่กลุ่มความร้องขอ แต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน กล่าวคือ หากการพิจารณากระทำโดยเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือต่อความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ ศาลก็สามารถสั่งให้มีการพิจารณาลับได้

ตัวอย่างของการพิจารณาลับเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เช่น คดีเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น และเมื่อมีการพิจารณาลับกฎหมายจะจำกัดบุคคลที่มีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณา ซึ่งตามมาตรา 178 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยไว้อย่างเพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของจำเลย แม้แต่ในการพิจารณาเป็นการลับ โดยให้ทนายความของจำเลยมีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการเสริมสิทธิในการมีทนายความของจำเลยให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น

3.3 สิทธิการมีทนายความในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักในการดำเนินคดีอาญาของแต่ละประเทศ ประกอบด้วยรูปแบบที่สำคัญสองประการ คือ ต้องมีกระบวนการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ เพื่อค้นหาตัวผู้กระทำความผิด และนำมาลงโทษได้อย่างถูกต้อง และต้องเป็นกระบวนการที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา มิให้ต้องเดือดร้อนกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐในการค้นหาความจริง ซึ่งหลักการทั้งสองรูปแบบนี้มักจะขัดแย้งกันอยู่ในตัวเอง หากประเทศใดมีนโยบายที่เน้นหนักในการควบคุมอาชญากรรม จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกระทบกระเทือน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศที่เน้นหนักในการควบคุมอาชญากรรม จะสร้างกฎเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำการสืบสวนสอบสวนปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างเฉียบขาด และมีบทบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการต่างๆ ได้อย่างกว้างขวาง และหากประเทศใดมีนโยบายเน้นหนักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็จะคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยิ่งกว่าความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน และมีสิทธิอันชอบธรรมตามกฎหมายที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างยุติธรรมและเป็นธรรม

ในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ (Right to Counsel) ของสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติรองรับสิทธิโดยมีข้อความตอนหนึ่งบัญญัติไว้ว่า “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to have the assistance of counsel for his defense.” ซึ่งหมายความว่า “ในการพิจารณาคดีอาญาจำเลยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ” บทบัญญัตินี้ดังกล่าว นอกจากจะมีความหมายถึงการรับรองสิทธิของจำเลยในคดีอาญา ที่จะแต่งตั้งทนายความของตนเข้ามาช่วยเหลือต่อสู้คดีแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลย ซึ่งศาลสูงสุดได้แปลความหมายในมลรัฐต่างๆ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ 6 ด้วย

บทบัญญัติของหลักประกันสิทธิการมีทนายความตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ 6 ระยะเวลาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้ตีความไว้ว่าอยู่ในความหมายของการจัดหาทนายความด้วยตนเอง และได้รับความคุ้มครองสิทธิเฉพาะขั้นตอนการพิจารณาคดีเท่านั้น แต่จากพัฒนาการคำพิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีผลเป็นการขยายสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทนายความ ดังต่อไปนี้

1) สิทธิได้รับการจัดหาทนายความสำหรับจำเลยที่ยากจน ซึ่งเป็นการขยายสิทธิการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ด้วยการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาที่มีฐานะยากจน โดยถือเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดหาทนายความให้

2) สิทธิได้รับการจัดหาทนายความสำหรับคดีที่มีโทษร้ายแรง เป็นสิทธิการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ในคดีที่เป็นความผิดร้ายแรงที่มีโทษถึงขั้นประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

- 3) สิทธิได้รับการจัดหาทนายความสำหรับคดีที่มีโทษจำคุก
- 4) สิทธิได้รับการจัดหาทนายความสำหรับคดีที่มีโทษไม่ร้ายแรง ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไม่ได้คำนึงถึงข้อหาความผิดว่ามีโทษร้ายแรงหรือโทษเล็กน้อย แต่คำนึงเพียงแต่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความสามารถมีทนายความสำหรับตนเองได้หรือไม่เท่านั้น
- (5) สิทธิได้รับการจัดหาทนายความที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า สิทธิการมีทนายความ หมายถึง การมีทนายความที่มีประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือ และเป็นทนายความที่มีความสามารถที่จะให้ความช่วยเหลือด้วย ดังนั้น สิทธิการมีทนายความจึงไม่เพียงแต่มีทนายความปรากฏตัวในการดำเนินคดีต่อศาลเพียงอย่างเดียว และหากผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าทนายความที่ได้รับการแต่งตั้งปฏิบัติหน้าที่ไม่มีประสิทธิภาพ บางคดีศาลอาจกำหนดให้มีการพิจารณาคดีใหม่หรืออาจยกฟ้อง หากพบว่าทนายความที่ได้รับการแต่งตั้งไม่มีประสิทธิภาพ หรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้มาตรฐานตามวิชาชีพของทนายความ⁷¹

ในสหรัฐอเมริกามีการใช้ระบบของศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีที่ทหารและข้าราชการพลเรือนที่ทำงานในกองทัพที่กระทำผิด เช่น คดีความผิดฐานกบฏ การหนีทหาร การไม่เชื่อฟังคำสั่งหรือการกระทำผิดทางอาญา เช่นเดียวกับประเทศไทย แม้แต่ในส่วนของพลเรือนของสหรัฐอเมริกาก็อาจถูกดำเนินคดีในศาลทหารได้เช่นเดียวกัน ในความผิดในเรื่องการจารกรรมทางทหารหรือการเข้าไปแทรกแซงภารกิจของทหาร เพราะฉะนั้นจึงต้องควรศึกษาว่าในศาลทหารและศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกามีการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้เช่นใดบ้าง

3.3.1 สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในศาลยุติธรรม

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักประกันที่สำคัญที่สุดในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะบรรดาบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1 –10 ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในชื่อว่า Bill of Rights การที่รัฐธรรมนูญสหรัฐซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ สามารถเข้าไปมีบทบาทในการให้หลักประกันแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมของทุกๆ มลรัฐนั้น ก็เนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการขยายความให้เข้าไปคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยอย่างแท้จริง และในขณะเดียวกันก็เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้กับเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ทั้งในระดับสหพันธรัฐและมลรัฐ โดยเฉพาะ เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ศาลสูงสุดวางไว้เท่านั้น

⁷¹James L. Maddex. (1979). **Costitution Law**. p.39.

วิธีที่ถือว่าเป็นเอกลักษณ์อย่างหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกาก็คือ การแจ้งสิทธิของผู้ต้องหาให้ผู้ต้องหาทราบอย่างละเอียดก่อนที่จะถูกจับ มาตรการดังกล่าวนี้เป็นที่รู้จักกันในชื่อ “หลักเกณฑ์มิแรนด้า” ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดขึ้นในคดี *Miranda v. Arizona* โดยเป็นการตีความขยายบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐฯ ในมาตรา 5 ที่บัญญัติห้ามมิให้บังคับให้ผู้ใดเป็นพยานปรักปรำตนเองในคดีอาญา

หลักเกณฑ์มิแรนด้า กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตำรวจถามบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมจนกว่าจะได้บอกกับบุคคลนั้นอย่างชัดเจนว่า เขามีสิทธิที่จะนิ่งเฉยไม่ให้การ หากเขาพูดสิ่งใดๆ เขาพูดออกมาอาจจะเป็นพยานผูกมัดเขาในศาล เขามีสิทธิที่จะพบทนายความและถ้าเขาไม่มีความสามารถที่จะจ้างทนายความก็จะมีคนแต่งตั้งทนายความให้เขาก่อนที่จะมีการสอบถามคำให้การ ถ้าเขาต้องการเช่นนั้น⁷²

สิทธิในการมีทนายความ ถือเป็นสิทธิที่มีความสำคัญมากในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบปฏิปักษ์หรือระบบกล่าวหา อันเป็นระบบที่มีแนวคิดอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การค้นหาความจริงจะสามารถทำได้ดีที่สุด ถ้าโจทก์และจำเลยมีความเท่าเทียมกัน โดยมีศาลทำหน้าที่เป็นกรรมการซึ่งมีความเป็นกลาง ในระบบเช่นนี้จำเป็นต้องให้จำเลยได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ ซึ่งมีความสามารถทัดเทียมกับอัยการโจทก์ มิฉะนั้น ระบบนี้จะไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้อย่างสมบูรณ์ สิทธิในการมีทนายความได้รับการรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องว่า “ในการฟ้องคดีอาญาทุกคดี ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากทนายความในการต่อสู้คดี” อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติไว้เช่นนั้นสิทธิในการมีทนายความในการต่อสู้คดี” อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติไว้เช่นนั้น สิทธิในการมีทนายความก็ไม่ใช่เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับปฏิบัติตรงตามถ้อยคำในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่แรก เพิ่งจะไม่นานมานี้เองที่สิทธิตามรัฐธรรมนูญมาตรานี้ ได้รับการตีความอย่างเคร่งครัดจากศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ให้สามารถเป็นหลักประกันที่มีประสิทธิภาพแก่ผู้ต้องหาและจำเลย

เมื่อกล่าวถึงสิทธิในการมีทนายความ พัฒนาการของสิทธินี้มีอยู่ 3 ระดับคือ

- (1) สิทธิในการมีทนายความ
- (2) สิทธิที่จะได้รับการจัดหาทนายความให้
- (3) สิทธิในการที่จะได้รับการช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพจากทนายความ

⁷² ฌอร์ฌ โจนู, ประธาน วัฒนาวชิษฐ์, สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, พลตำรวจตรี ชรรณชัย แสงเสี้ยว, นัทธี จิตสว่าง และ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2540). *สิทธิของผู้ต้องหาจำเลย และผู้ต้องหาในคดีอาญา*. (รายงานวิจัย). หน้า 64.

สิทธิประการแรก เป็นสิทธิที่กฎหมายยอมรับว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถจัดหาหรือแต่งตั้งทนายความเพื่อช่วยเหลือตนเองได้ สิทธิประการที่สอง เป็นสิทธิที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยยากจน ไม่สามารถหาทนายความด้วยตนเอง จะได้รับการจัดหาทนายให้โดยรัฐ และสิทธิประการสุดท้าย เป็นสิทธิขั้นสุดท้ายของพัฒนาการเรื่องสิทธิในการมีทนายความ คือเป็นเรื่องคุณภาพของทนายความ ว่าต้องสามารถให้ความช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพด้วย ในสหรัฐอเมริกาสิทธิสองประการแรกอาจกล่าวได้ว่า ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกากำลังอยู่ระหว่างการตีความเพื่อหามาตรฐานของความช่วยเหลือว่าอย่างไร จึงจะถือว่ามี “ประสิทธิภาพ”

โดยสรุปเมื่อพิจารณาจากแนวทางที่ศาลสูงสุดอเมริกาได้ตัดสินไว้ ขั้นตอนในการดำเนินคดีที่ได้รับการรับรองถึงสิทธิในการมีทนาย ได้แก่ขั้นตอนดังต่อไปนี้

1) ในการสอบสวนที่มีการควบคุมผู้ต้องหา โดยศาลได้โยงหลักเรื่องนี้กับสิทธิในการที่จะไม่ต้องให้การปรับปรัดตนเองในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 5 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในคดี *Miranda v. Arizona*

- 2) ในการสอบสวนหลังจากที่ได้มีคำสั่งให้ฟ้อง โดยคณะลูกขุนใหญ่
- 3) ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง
- 4) ในชั้นอ่านฟ้องให้จำเลยฟังที่เรียกว่า Arraignment
- 5) ในการชี้ตัว ภายหลังจากที่ปรากฏตัวต่อศาลครั้งแรกแล้ว
- 6) ในชั้นรับสารภาพ และในชั้นพิพากษาลงโทษ
- 7) การดำเนินคดีต่างๆ คดี คดีที่มีโทษเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพ
- 8) การอุทธรณ์ที่เป็นสิทธิตามกฎหมาย

นอกจากนี้ศาลสูงสุดอเมริกายังได้นำมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย คือการนำเอาหลักเกณฑ์ในการไม่รับฟังพยานหลักฐานโดยเคร่งครัด หรือ Exclusionary Rule มาใช้ ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่ได้มา โดยฝ่าฝืนสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในการพิจารณาคดี ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีในระดับมลรัฐ หรือในระดับสหพันธรัฐ เหตุผลหลักที่ศาลนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ เพราะศาลเชื่อว่าการตัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญออกไปเป็นการยับยั้งตำรวจมิให้กระทำการใดๆ ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนอกจากนี้ศาลได้อ้างหลัก “ศักดิ์ศรีของตุลาการ” ว่าการรับฟังพยานหลักฐานเหล่านี้ จะทำให้ศาลดูเหมือนร่วมสนับสนุนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ทำการผิดกฎหมาย⁷³

⁷³ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. แหล่งเดิม. หน้า 36-37.

3.3.2 สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในศาลทหาร

รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายทางอาญาที่ใช้บังคับกับฝ่ายทหาร ได้แก่ ประมวลกฎหมายยุติธรรมทหาร (Uniform Code of Military Justice – UCMJ) ซึ่งในสาระของประมวลกฎหมายยุติธรรมทหารนี้ได้บัญญัติกระบวนการยุติธรรมทหารในเรื่องต่างๆ เช่น การจับกุม การควบคุมตัว การดำเนินการทางวินัย การฟ้อง เขตอำนาจศาลทหาร โครงสร้างของศาลทหาร กระบวนการก่อนการพิจารณา กระบวนการพิจารณา การพิพากษา กระบวนการหลังการพิจารณา และการทบทวนการพิพากษาของศาลทหาร รวมถึงการอุทธรณ์ และฎีกา เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับ หรือระเบียบต่างๆ ใช้บังคับกับฝ่ายทหาร เช่น ข้อบังคับสำหรับศาลทหาร (Rules for Courts – Martial) กฎหมายลักษณะพยานทหาร (Military Rules of Evidence) กระบวนการลงโทษที่ไม่ใช่ศาล หรือการลงทัณฑ์ทางวินัย (Nonjudicial punishment procedures – NIP.) ซึ่งข้อบังคับ หรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ออกโดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ได้รวบรวมอยู่ในคู่มือศาลทหาร (Manual for Court Martial)

ศาลทหารในสหรัฐอเมริกามี 3 ชั้น เช่นเดียวกับประเทศไทย และใช้ระบบแยกจากกันโดยเด็ดขาด คือ ศาลทหารชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ทหาร และศาลฎีกาทหาร⁷⁴

1) โครงสร้างศาลทหาร

(1) ศาลทหารชั้นต้น มี 3 ศาล ดังนี้

1.1 Summary Court – Martial ศาลนี้เป็นศาลทหารชั้นต้น ระดับต่ำ สุดเทียบเท่าศาลจังหวัดทหารของประเทศไทย มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดซึ่งบุคคลที่อยู่ใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งมีโทษประหารชีวิต แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่จำเลยมีศ นายดาบ จ่านายสิบ นักเรียนนายทหาร ศาลทหาร Summary ประกอบด้วยนายทหารสัญญาบัตร ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมาย 1 นายผู้มีอำนาจตั้งศาลทหาร Summary ได้แก่ ผู้บังคับกองพัน (ยศพันโท) ทหารต้องให้ความยินยอมที่จะถูกดำเนินคดีโดยศาลระดับนี้ทหารอาจได้รับการแก้ต่างโดยทนายพลเรือน โดยค่าใช้จ่ายของตนเอง แต่ไม่มีสิทธิที่จะแก้ต่างโดยทนายจากหน่วยบริการทนาย (Trial Defense Service) อย่างไรก็ตาม ก่อนการพิจารณาคดีทหารจะได้รับโอกาสที่จะได้รับคำปรึกษาจากทนาย จากหน่วยบริการทนาย⁷⁵

⁷⁴ สาราญ กานต์ประภา. (2507). รายงานการไปศึกษาดูงานต่างประเทศเกี่ยวกับศาลทหาร พ.ศ. 2502. หน้า 33-35.

⁷⁵ รัตนพันธ์ โรจนะภิรมย์. (2536). “ระบบกฎหมายทหารสหรัฐอเมริกา.” วารสารพระธรรมมูญ, 34. หน้า 87.

1.2 Special Court – Martial ศาลนี้เป็นศาลทหารชั้นต้นระดับกลาง เทียบเท่าศาลมณฑลทหารของประเทศไทย มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดซึ่งบุคคลที่อยู่ใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย Uniform Code of Military Justice ซึ่งได้กระทำผิดที่มีโทษตามประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งมีโทษประหารชีวิต ศาล Special นี้ประกอบด้วยตุลาการทหาร ซึ่งเป็นนักกฎหมาย และสมาชิกศาล (ลูกขุน) ไม่น้อยกว่า 3 คน รวมทั้งทหาร (enlisted soldiers) ถ้าได้รับการร้องขอจากจำเลย ทหารซึ่งเป็นจำเลยอาจร้องขอให้พิจารณาโดยตุลาการทหารเพียงนายเดียว ศาล Special อาจตัดสินลงโทษจำคุกถึง 6 เดือน ยึดสองในสามของเงินเดือนเป็นเวลาถึงหกเดือน และการลดชั้นเป็นทหารชั้นต่ำสุด ทหารคนใดก็ตามอาจถูกพิจารณาโดยศาลนี้ จำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายแก้ต่างได้ โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง⁷⁶

1.3 General Court – Martial เป็นศาลชั้นต้นระดับสูงสุดเทียบเท่าศาลประจำหน่วยทหารของประเทศไทยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดซึ่งบุคคลที่อยู่ใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย Uniform Code of Military Justice ซึ่งความผิดที่กระทำโดยบุคคลใดๆ ที่กฎหมายเกี่ยวข้องด้วยความสงครามได้กำหนดให้ขึ้นศาลทหาร และความคิดในดินแดนที่ยึดครองไว้จากข้าศึกในกรณีจำเป็น ที่ศาลทหารต้องกระทำหน้าที่แทนศาลพลเรือน ผู้มีอำนาจตั้งศาลนี้ คือ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา รัฐมนตรีว่าการทบวงของแต่ละกองทัพ ผู้บัญชาการกองพล ผู้บังคับบัญชาทหารตามที่รัฐมนตรีแต่งตั้ง และผู้บังคับบัญชาทหารที่มีประธานาธิบดีให้อำนาจไว้⁷⁷ ศาลนี้ประกอบด้วยตุลาการทหาร และสมาชิกศาลไม่น้อยกว่า 5 คน จำเลยอาจร้องขอให้ทหาร (enlisted soldiers) เป็นสมาชิกด้วย จำเลยอาจขอให้พิจารณาคดีโดยตุลาการนายเดียว แทนสมาชิกศาลก็ได้ ทนายซึ่งถูกพิจารณาคดีโดยศาลนี้จะได้รับสิทธิที่จะมีทนายทหารโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายโดยไม่คำนึงว่าจะยากจนหรือไม่ จำเลยอาจจ้างทนายพลเรือนโดยเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง

ศาลทหาร General นี้ มีอำนาจลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต ให้นายทหารออกจากราชการ ให้ปลดทหารอย่างไม่มีเกียรติ หรือด้วยเหตุประพฤดิชั่ว และยึดเงินเดือน และเบียเลี้ยงทั้งหมด⁷⁸

(2) ศาลอุทธรณ์ทหาร (Board of Review) ประมวลกฎหมาย Uniform Code of Military Justice บัญญัติให้กรมพระธรรมนูญของแต่ละกองทัพมีศาลอุทธรณ์ทหารอย่างน้อย 1 ศาล ศาลนี้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษนายทหารที่เป็นนายพล หรือผู้บังคับการเรือ (Flag of Officer) หรือโทษประหารชีวิต โทษไล่ออก ซึ่งผู้รับโทษเป็นนายทหารสัญญาบัตร นักเรียน

⁷⁶รัตนพันธ์ โรจนะภิรมย์. แหล่งเดิม.

⁷⁷วิจักษ์ สัจจะเวท. เล่มเดิม. หน้า 12.

⁷⁸รัตนพันธ์ โรจนะภิรมย์. เล่มเดิม. หน้า 87.

นายทหาร หรือนายทหารชั้นเรอตรีโทปลดออกเพราะประพฤติไม่ดี หรือกักขังมีกำหนด 1 ปี หรือกว่านั้นขึ้นไปต่อศาลอุทธรณ์ทหาร เมื่อศาลอุทธรณ์ทหารพิจารณาพิพากษาเสร็จแล้ว เจ้ากรมพระธรรมนูญจะมีคำสั่งให้ผู้มีอำนาจตั้งศาลดำเนินการตามคำพิพากษานั้น เว้นแต่ประธานาธิบดี รัฐมนตรีว่าการทบวง ในกองทัพสังกัด หรือศาลฎีกาทหารจะสั่งให้ดำเนินการเป็นอย่างอื่น⁷⁹

(3) ศาลฎีกาทหาร (Court of Military Appeals) ศาลฎีกาทหาร ประกอบด้วย ตุลาการ 3 นาย แต่งตั้งจากบุคคลพลเรือนโดยประธานาธิบดีด้วยคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภามีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่จำเลยมีศเป็นนายพล หรือผู้บังคับการเรือ คดีที่ศาลอุทธรณ์ทหารได้พิจารณาแล้ว ซึ่งเจ้ากรมพระธรรมนูญสั่งให้ส่งให้ศาลฎีกาทหารพิจารณา คดีที่ศาลอุทธรณ์ทหารได้พิจารณาแล้ว จำเลยยื่นคำร้องฎีกา และมีเหตุผลสมควร ศาลฎีกาทหารอนุมัติให้ฎีกาได้⁸⁰

2) อำนาจศาลทหาร

การตั้งศาลทหารในศาลทหาร General และ Special ผู้มีอำนาจตั้งศาลต้องมีผู้กล่าวหาจำเลย บางครั้งศาลทหารมีอำนาจเหนือพลเรือนในกรณีที่พลเรือนนั้นเป็นชนชาติศัตรู หรือพลเรือนที่ติดตามกองทัพเมื่อมีการประกาศสงคราม หรือบุคคลที่กระทำการอันเป็นปรปักษ์ แต่ศาลทหารจะมีอำนาจเหนือทหารในประเภทตามที่ UCMJ กำหนด โดยไม่ต้องคำนึงถึงความผิดนั้นเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ นอกจากนี้ยังมีข้อตกลงของสหรัฐอเมริกากับประเทศที่กำลังทหารของสหรัฐฯ ไปตั้งอยู่เพื่อให้ศาลทหารของสหรัฐอเมริกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลของประเทศเจ้าบ้านหรือกำหนดให้ประเทศเจ้าบ้านและสหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดใดบ้างและมีวิธีปฏิบัติอย่างไร เช่น ข้อตกลงในกลุ่มสมาชิกของประเทศภาคีสันติสัญญา Nato⁸¹

3) กระบวนการทางอาญา

ในการจับและการควบคุมตัวผู้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งควบคุมตัวทหารก่อน ดำเนินคดี หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำผิดที่จะพิจารณาได้โดยศาลทหาร และทหารได้เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดนั้น ซึ่งการควบคุมตัวเป็นหลักประกันได้ว่าทหารจะมาปรากฏตัวในการพิจารณาหรือเป็นกรณีคาดหมายได้ว่าผู้ต้องหาจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางอาญาที่ร้ายแรงเพิ่มขึ้นอีก สำหรับในกระบวนการสอบสวนเมื่อเริ่มขึ้นแล้วผู้ต้องหาจะมีสิทธิของผู้ต้องหาหลายประการ เช่น ผู้ต้องหาสิทธิตั้งทนาย และทนายของผู้ต้องหาชักค้ำได้ สำหรับในขั้นตอนการดำเนินคดีนั้นในศาลทหาร General และ Special ทนายจำเลยต้องเป็นนักกฎหมายซึ่ง

⁷⁹ วิกษ์ สัจจะเวท. เล่มเดิม. หน้า 12.

⁸⁰ แหล่งเดิม. หน้า 13.

⁸¹ Charles A. Shaner and Timothy P. Terrell. (1980). **Military law.**

ทำงานอย่างมีประสิทธิภาพ และรัฐจะตั้งทนายให้จำเลยโดยไม่จำเป็นที่จำเลยจะต้องเป็นคนยากจนหรือไม่ เมื่อศาลตั้งทนายจำเลยแล้ว ทนายจำเลยจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการเป็นตัวแทนจำเลยในการต่อสู้คดีในทุกเรื่องที่เป็นประโยชน์ต่อจำเลย เช่น การร้องขอให้มีการเปิดเผยพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย หรือในกรณีที่มีการตั้งสมาชิกศาล (Court Members) หรือลูกขุนทหาร ทนายจำเลยก็มีสิทธิตั้งข้อรังเกียจลูกขุนทหารนั้นได้และเมื่อมีการสั่งลงโทษแก่จำเลย ทนายจำเลยก็อาจยื่นขอเสนอแนะขอบรรเทาโทษต่อผู้มีอำนาจสั่งลงโทษได้⁸²

จะเห็นได้ว่าสิทธิการมีทนายความของจำเลยและผู้ต้องหาในศาลทหารของสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติรับรองสิทธิมาจากรัฐธรรมนูญบทแก้ไขที่ 6 ที่ได้บัญญัติไว้ รวมไปถึงสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเร็วและโดยเปิดเผยโดยลูกขุน สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือโดยทนายตามกระบวนการในศาลทหารแต่ละระดับในศาลทหาร Special และ General จำเลยมีสิทธิมีทนายพลเรือน โดยค่าใช้จ่ายของตนเอง หรือขอเลือกทนายทหารที่ทางราชการตั้งให้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายก็ได้

ในขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการพิจารณาจำเลยมีสิทธิมีทนายตั้งแต่ขั้นสอบสวนทนายในศาลชั้นต้นต้องแนะนำจำเลยเกี่ยวกับการอุทธรณ์ ต้องทำความเข้าใจกับประเด็นที่ควรยกขึ้นโต้แย้งและหารือกับจำเลย และทนายจำเลยต้องรักษาฐานะทนายกับลูกความจนกระทั่งพ้นหน้าที่ นอกจากนี้ความมีประสิทธิภาพของทนายก็เป็นสิ่งสำคัญในศาลทหาร โดยทนายจำเลยจะต้องรู้ถึงข้อกฎหมายและข้อต่อสู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญาทหาร โดยต้องแสดงความสามารถให้ปรากฏตลอดการดำเนินคดี และต้องระมัดระวังที่จะหลีกเลี่ยงอิทธิพลของผู้บังคับบัญชา⁸³

เมื่อศึกษาถึงสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในสหรัฐอเมริกา ทั้งศาลยุติธรรมและศาลทหารแล้วพบว่า จำเลยและผู้ต้องหาในศาลทหารสามารถมีสิทธิการมีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเองตั้งแต่ขั้นสอบสวนจนถึงขั้นพิจารณาเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมและสิ่งสำคัญประการหนึ่งทั้งในศาลทหารและศาลยุติธรรมของอเมริกาต่างคำนึงถึงและให้ความสำคัญเหมือนกันคือ การมีประสิทธิภาพของทนายความจำเลย ซึ่งต่างจากศาลทหารของไทยที่ยังไม่ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องประสิทธิภาพของทนายทหารในศาลทหารมากนัก ยังคงมุ่งแต่ให้มีทนายความให้จำเลยตามที่กฎหมายบัญญัติให้มีเพื่อให้กระบวนการทางกฎหมายจะได้ไม่ถูกโต้แย้งจากศาลเท่านั้น โดยไม่ได้คำนึงถึงความสามารถหรือประสิทธิภาพของทนายความแต่เพียงอย่างเดียวในศาลทหารของสหรัฐอเมริกาจำเลยในศาลทหารสามารถมีทนายความรักษาสิทธิของตัวจำเลยได้ในทุกชั้นศาล โดยมีทั้งทนายความที่รัฐตั้งให้ซึ่งเป็นทนายทหารและทนายความที่จำเลยจ้างมาจาก

⁸²Lt.Col.Jonathan P.Tomes. (1996). **Military Commander and the law.**

⁸³U.S.Department of Army, Legal Services : Trial Procedure, Pamphlet 27-173, (1990).

ทนายความที่เป็นพลเรือน ยกเว้นจำเลยที่เป็นพลทหารในศาล Summary เท่านั้น ที่ไม่สามารถร้องขอทนายความจากรัฐได้ แต่ยังคงมีสิทธิที่จะจ้างทนายความพลเรือนเข้ามาว่าความให้ตนเองได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในศาลทหารของสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติตัดสิทธิการมีทนายความของจำเลยเหมือนในศาลอาญาศึกของไทย



บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหาร กับศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประเทศระบอบประชาธิปไตยต่างมีแนวคิดพื้นฐานในเรื่องแนวเดียวกันคือ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) ซึ่งถือหลักกฎหมายเป็นใหญ่ในการปกครองของรัฐ โดยมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปและส่งเสริมให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยรัฐจะต้องกระทำการหรือเว้นกระทำการตามบทบัญญัติของกฎหมาย จะฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายตามอำเภอใจไม่ได้ และรัฐจะต้องยึดหลักที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวมีอยู่หลายประการด้วยกัน ประการสำคัญประการหนึ่งก็คือ บุคคลพึงมีสิทธิอันชอบธรรมตามกฎหมายในการได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรม และให้สิทธิแก่จำเลยในคดีอาญาได้มีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม สิทธิของจำเลยที่สำคัญในการประกันความคุ้มครองที่ได้รับจากรัฐก็คือสิทธิการมีทนายความ

บทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทหารได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยไว้ด้วยเช่นกัน ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายทหารได้บัญญัติให้นำกระบวนการยุติธรรมของพลเรือนมาใช้โดยอนุโลม ยกเว้นกรณีที่กฎหมายฝ่ายทหารได้มีระบุไว้โดยเฉพาะแล้ว ซึ่งสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารได้ถูกระบุไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารแล้วจึงไม่สามารถนำในเรื่องสิทธิการมีทนายความของจำเลยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับแก่จำเลยในศาลทหารได้ และบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารและศาลยุติธรรมมีความแตกต่างกันอยู่หลายประการ ซึ่งจะได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไปดังนี้

4.1 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความโดยคำนึงถึงอัตราโทษ

การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความจำเลยในศาลทหารนั้นมีบทบัญญัติที่ให้การรับรองไว้เป็นหลักในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ซึ่งเป็นแม่บทหลักจึงจะเห็นได้ว่า โดยหลักเบื้องต้นแล้วจำเลยในคดีอาญาจะได้รับการช่วยเหลือในการต่อสู้คดีเพื่อคุ้มครองสิทธิของตน โดยรัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดหาทนายความให้แก่จำเลย แต่การจัดหาทนายความให้แก่จำเลยนั้น

จะต้องมีตัวบทกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ สำหรับในศาลทหารมีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 บัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยไว้คือ มาตรา 56 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ภายใต้บังคับมาตรา 55

1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง ตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถาม จำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้

2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนาย ก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ในการนี้ศาลอาจไต่สวน เพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง...”

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 แล้วเห็นได้ว่าการมีทนายความของจำเลยโดยรัฐจัดหาให้ในชั้นพิจารณาคดีของศาลทหารนั้นเป็นระบบการจัดการ ทนายความให้แก่จำเลยในฐานะเป็นสิทธิที่จำเลยสามารถจะสละสิทธินี้ได้ ซึ่งมีใน 2 กรณีคือ

1) ในคดีที่อัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป จำเลยไม่มีทนายความและต้องการให้ศาลจัดหาทนายความให้แก่จำเลย

2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี จำเลยแถลงต่อศาลว่า ตนเองยากจนและต้องการให้ศาลจัดหาทนายความให้แก่จำเลย

ส่วนการที่พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 56 (1) บัญญัติให้ศาล สอบถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนเริ่มพิจารณาคดี ถือว่าเป็นระบบการจัดหาทนายความให้แก่ จำเลยในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี ซึ่งจำเลยจะสละไม่ได้ โดยก่อนเริ่มพิจารณาคดีให้ ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ ศาลจึงมี หน้าที่ต้องถามจำเลยก่อนเริ่มพิจารณาคดี หากศาลไม่ถามแต่กลับพิจารณาคดีต่อไป ถือว่า กระบวนการพิจารณาคดีไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

ในเรื่องของการบังคับใช้วิธีพิจารณาความอาญาทหารนั้น ให้นำกฎหมายและข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาบังคับใช้ ถ้าไม่มีก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาใช้บังคับ โดยอนุโลม ตามที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ดังนั้นเมื่อมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งทนายความให้จำเลยในศาลทหารไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงไม่ สามารถนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตั้งทนายความให้แก่ จำเลยในคดีอาญานั้น ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่ง บัญญัติไว้ว่า

“ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในขณะที่ ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้ง ทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้...”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ได้บัญญัติถึงการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยโดยให้สอดคล้องกับสิทธิการมีทนายความของจำเลย โดยแยกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีศาลต้องตั้งทนายความให้ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องศาล โดยก่อนเริ่มพิจารณาศาลต้องถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีศาลจะต้องตั้งทนายความให้จำเลยในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีที่จำเลยจะสละไม่ได้ และถ้าศาลไม่ตั้งทนายความให้แก่จำเลย ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) กรณีศาลถามความสมัครใจในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกแต่ไม่ถึงประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาศาลต้องถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ หากจำเลยไม่มีทนายความต้องการความ ต้องการและถ้าจำเลยต้องการทนายความ ศาลจะต้องตั้งทนายความให้เสมอ โดยไม่พิจารณาฐานะของจำเลยว่ายากจนหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 โดยเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในเรื่องเกี่ยวกับการตั้งทนายความให้แก่จำเลยนั้น จะพบว่ามีการศึกษา ดังนี้

1) ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ซึ่งถือว่าเป็นอัตราโทษขั้นสูงสุดในการรับผิดชอบทางอาญา และเป็นอัตราโทษที่กระทบถึงสิทธิในการมีชีวิตของบุคคล ดังนั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงจะต้องเป็นไปอย่างรอบคอบ และมีการตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรศาล อัยการ และทนายความ เนื่องจากผลของการพิจารณาคดีจะกระทบถึงสิทธิในชีวิตของจำเลยอย่างสูง กฎหมายจึงบัญญัติให้จำเลยต้องมีทนายความอยู่ร่วมในการตรวจสอบความผิดของจำเลยเพื่อให้จำเลยสามารถมั่นใจได้ว่าจะได้รับการคุ้มครองสิทธิจากรัฐอย่างยุติธรรม ซึ่งกรณีนี้มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 173 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีเช่นเดียวกับในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ศาลทหารจึงเพียงแต่ต้องสอบถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ เพราะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 บัญญัติไว้ แต่ถ้าจำเลยไม่ต้องการทนายความศาลก็จะไม่จัดหาทนายความให้ ซึ่งต่างกับในกระบวนการยุติธรรมของพลเรือนเพราะถ้าเป็นคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ศาลจะต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยเสมอ ในกรณีที่จำเลยไม่มีทนายความไม่ว่าจำเลยจะต้องการทนายความหรือไม่ก็ตาม เพราะฉะนั้นในคดีที่อัตราโทษประหารชีวิตในกระบวนการยุติธรรมจะมีการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยดีกว่าในกระบวนการยุติธรรมทหาร

ซึ่งน่าจะมีการแก้ไขให้จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองสิทธิในลักษณะนี้เช่นกัน เพื่อจะได้มีการคุ้มครองสิทธิให้เท่าเทียมกัน

2) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกในกระบวนการยุติธรรมทหาร แบ่งการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้คือ

(1) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป โดยก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยยากจนหรือไม่ ซึ่งหากศาลพิจารณาดังกล่าวโดยไม่ถามถึงเรื่องทนายความก่อน ถือเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ให้ถูกต้อง เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการยุติธรรมแล้วจะเห็นได้ว่าจำเลยในศาลทหารในกลุ่มนี้จะได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความเท่าเทียมกับจำเลยในกระบวนการยุติธรรม เพราะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถ้าจำเลยกระทำความผิดคดีที่มีโทษจำคุกก็จะได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในลักษณะนี้เช่นกัน โดยศาลจะต้องถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าจำเลยไม่มีและต้องการทนายความศาลก็จะจัดหาให้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความยากจนของจำเลยเช่นเดียวกัน

(2) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปี แต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายให้ โดยศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง ซึ่งจำเลยต้องแถลงต่อศาลว่าตนเองเป็นคนยากจนและต้องการทนาย ศาลจึงจะตั้งทนายความให้ หากจำเลยไม่แถลงศาลก็จะไม่ตั้งให้ และถ้าจำเลยแถลงว่าต้องการทนายความ แต่ปรากฏว่าจำเลยไม่เป็นคนยากจน ศาลก็จะไม่ตั้งทนายความให้เช่นกัน เมื่อนำจำเลยในศาลทหารในกลุ่มนี้มาเปรียบเทียบกับกระบวนการยุติธรรมของพลเรือนแล้วพบว่าในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยในกระบวนการยุติธรรมนั้นมิได้นำเงื่อนไขความยากจนของจำเลยมาพิจารณาเหมือนในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่าอีกต่อไปแล้ว แต่ในวิธีพิจารณาความอาญาของทหารในกลุ่มความผิดนี้นั้นยังนำเงื่อนไขความยากจนของจำเลยมาพิจารณาในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยในศาลทหารอยู่ นอกจากนั้นจำเลยในศาลทหารกลุ่มนี้หากต้องการทนายความจะต้องแจ้งแก่ศาลเอง โดยที่ศาลไม่มีหน้าที่ต้องสอบถามจำเลยแต่อย่างใด ซึ่งต่างกันจำเลยในกระบวนการยุติธรรมที่ศาลจะต้องสอบถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนเริ่มพิจารณาในคดีที่มีโทษจำคุกทุกคดี เพราะฉะนั้นจึงควรแก้ไขให้จำเลยในศาลทหารกลุ่มนี้ได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความอย่างเท่าเทียมกับจำเลยในกระบวนการยุติธรรม

(3) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี ซึ่งจำเลยในศาลทหารที่อยู่ในกลุ่มความผิดนี้ไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทหาร เพราะฉะนั้นศาลทหารจึงไม่ต้องถามจำเลยเรื่องทนายความ จึงทำให้จำเลยในศาลทหารกลุ่มนี้ไม่มีการได้รับความคุ้มครอง

ในสิทธิการมีทนายความ ซึ่งหากจำเลยถูกคำพิพากษาของศาลให้จำคุกก็เป็นการรื้อถอนสิทธิเสรีภาพของจำเลย จึงควรให้จำเลยได้มีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยให้จำเลยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในสิทธิการมีทนายความด้วยเช่นกัน

เมื่อเปรียบเทียบสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารกับจำเลยในกระบวนการยุติธรรมโดยนำเรื่องอัตราโทษมาพิจารณานั้น จะเห็นได้ว่าจำเลยในกระบวนการยุติธรรมได้รับการคุ้มครองสิทธิในเรื่องการมีทนายความดีกว่าจำเลยในศาลทหาร ดังจะเห็นได้จากในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตที่ศาลต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยเสมอ ถ้าจำเลยไม่มีทนายความ และการสอบถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนพิจารณาในคดีที่อัตราโทษจำคุกในทุกคดีโดยถ้าจำเลยต้องการทนายความศาลก็จะจัดหาให้ ซึ่งในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 มีการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารน้อยกว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 โดยพบว่าจำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความแตกต่างกันไปตามอัตราโทษจำคุกและในคดีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี จำเลยในศาลทหารไม่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐแต่ประการใดในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความ จึงควรพิจารณาแก้ไขให้จำเลยในศาลทหารให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความเทียบเท่ากับจำเลยในกระบวนการยุติธรรม โดยแก้ไขมาตรา 56 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารให้มีการคุ้มครองจำเลยในศาลทหารที่กระทำความผิดในอัตราโทษประหารชีวิตโดยให้มีการสอบถามจำเลยเรื่องทนายความ และถ้าจำเลยไม่มีศาลจะต้องตั้งให้เสมอถึงแม้จำเลยจะต้องการหรือไม่ก็ตาม ส่วนในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกให้มีการสอบถามจำเลยเรื่องทนายความก่อนพิจารณาคดี และถ้าจำเลยต้องการก็ให้ศาลจัดหาให้ ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกในทุกกรณี โดยไม่ต้องแบ่งกลุ่มอัตราโทษจำคุกหรือนำเงื่อนไขความยากจนของจำเลยในศาลทหารมาพิจารณาในการตั้งทนายความให้จำเลยแต่อย่างใด และจากความคิดเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่มีความคิดเห็นที่ตรงกันว่าควรจะได้มีการแก้ไขในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในเรื่องดังกล่าวให้มีความเท่าเทียมกันทั้งในศาลยุติธรรมและศาลทหาร เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายฝ่ายทหารได้ถูกตราขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ยังไม่เคยได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้มีการคุ้มครองสิทธิของจำเลยเหมือนกฎหมายของพลเรือนซึ่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงมาหลายครั้งแล้ว จึงมีความคิดเห็นที่ตรงกันว่า บทบัญญัติในเรื่องนี้ควรได้รับการแก้ไขเหมือนดังของพลเรือนในปัจจุบัน

4.2 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการสืบพยานลับหลังจำเลย

คงเป็นที่ทราบกันดีแล้วว่า การพิจารณาคดีอาญาในระบบกล่าวหาอันเป็นระบบที่ใช้กันอยู่ในประเทศไทยของเรานั้น มีหลักเกณฑ์อยู่ว่าจะต้องทำโดยเปิดเผยและต้องทำต่อหน้าจำเลย โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 172 วรรคแรก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่

บัญญัติว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยเว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” จากหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติดังกล่าวย่อมหมายความว่า ขณะที่ศาลออกนั่งพิจารณาคดีอาญาเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ตาม ชาวบ้านโดยทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะเข้าไปดูเข้าไปฟังได้ตลอดเวลา และการพิจารณาคดีนั้นๆ ก็จะต้องมีตัวจำเลยอยู่ต่อหน้าศาลด้วย สำหรับการพิจารณาคดีของศาลทหาร ซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาคดีอาญาก็ถือหลักปฏิบัติเช่นเดียวกับศาลพลเรือน โดยได้นำบทบัญญัติตามมาตรา 172 วรรคแรก มาใช้บังคับด้วย แต่ก็เป็นเรื่องธรรมดา เมื่อมีหลักเกณฑ์ให้ปฏิบัติก็มักจะมีข้อยกเว้นติดตามมา ซึ่งหลักที่ว่าการศึกษาต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย ก็มีข้อยกเว้นอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ข้อยกเว้นจากหลักที่ว่าต้องทำโดยเปิดเผย ก็คือการพิจารณาลับ ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177, 178 มาใช้บังคับโดยที่ไม่มีปัญหาแต่ในเรื่องการพิจารณาลับหลังจำเลยนั้นมีปัญหาเกิดขึ้นตรงที่ว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 59 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการพิจารณาที่ไม่ต้องทำต่อหน้าจำเลย โดยที่มีลักษณะแปลกแยกไปจากหลักเกณฑ์การพิจารณาลับหลังจำเลยที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังผลให้ศาลทหารมีอำนาจที่จะพิจารณาลับหลังจำเลยได้ภายใต้หลักเกณฑ์บางอย่างในขณะที่ศาลพลเรือนไม่มีอำนาจที่จะทำได้ภายใต้หลักเกณฑ์เช่นนั้น

จากปัญหาดังกล่าวก็จะต้องมาวิเคราะห์บทบัญญัติในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 และบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ทวิ ซึ่งมีบทบัญญัติดังนี้

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 59 บัญญัติว่า

“การพิจารณาและสืบพยานในศาลทหาร ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพหรือไม่ตั้งใจฟัง จะไม่ทำต่อหน้าจำเลยนั้นก็ได้”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 ทวิ บัญญัติว่า

“...ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1) ในคดีมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือในคดีมีโทษปรับสถานเดียว เมื่อจำเลยมีทนายและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและการสืบพยาน...”

จากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 59 นั้นจะเห็นได้ว่า การพิจารณาและสืบพยานที่จะไม่ทำต่อหน้าจำเลยมีอยู่ด้วยกันสองกรณีคือ กรณีแรกเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจศาลทหารในการใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยต้องการให้ศาลพิจารณาหรือสืบพยานต่อหน้าจำเลยหรือไม่ ส่วนเหตุผลที่ศาลทหารจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาลับหลังจำเลยนั้น มาตรา 59 ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ แล้ว จะ

เห็นว่าในมาตรา 172 ทวิ ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า “เพื่อให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า” ดังนั้นศาลทหารจึงอาจใช้ดุลยพินิจสั่งให้พิจารณาลับหลังจำเลยโดยอาศัยเหตุผลอื่นที่มีสาเหตุผลในเรื่องที่จะต้องทำให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้าก็ได้ ส่วนกรณีที่สองซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยไม่คิดใจฟังนั้น ศาลทหารย่อมที่จะใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ไม่ว่าคดีนั้นจะเป็นคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือให้การปฏิเสธก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงถึงด้วยว่าคดีนั้นมีโทษหนักเบาแค่ไหน และจำเลยมีทนายแก้ต่างให้แล้วหรือไม่

เมื่อนำบทบัญญัติในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามกระบวนการยุติธรรมทหาร และกระบวนการยุติธรรมในด้านการใช้ความคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยมาศึกษานั้นจะสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้ ในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ อนุมาตราแรกนั้น เป็นเรื่องที่เกิดจากความประสงค์ของจำเลย ซึ่งตามอนุมาตราแรกนั้น ไม่สามารถนำมาใช้สำหรับศาลทหาร เพราะในมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ในศาลทหาร และในมาตรา 59 นั้น ถ้าจำเลยไม่คิดใจฟังศาลก็อนุญาตให้จำเลยไม่ต้องมาฟังได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคดีนั้นมีโทษหนักเบาแค่ไหน และไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยมีทนายความมาสู้คดีหรือไม่ แต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ ในอนุมาตราแรกนั้น ศาลจะอนุญาตให้จำเลยไม่มาฟังการพิจารณาได้ก็จะต้องดูก่อนว่าคดีนั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ศาลมีอำนาจที่จะอนุญาตได้หรือไม่ เพราะกฎหมายได้กำหนดเป็นเงื่อนไขไว้สองประการ ประการแรกก็คือ คดีนั้นมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปีโดยจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือเป็นคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว ประการที่สองก็คือ จำเลยมีทนายความไว้คอยแก้ต่างให้อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม จำเลยจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลด้วย ซึ่งก็หมายความว่าจำเลยจะต้องขออนุญาตศาลเสียก่อน เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นว่าในกระบวนการยุติธรรมได้คุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยได้ดีกว่ากระบวนการยุติธรรมทหารในเรื่องการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย โดยจะเห็นได้ว่าในกระบวนการยุติธรรมนั้นในอัตราโทษไม่เกินสิบปีนั้นศาลจะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้นั้น ตัวจำเลยจะต้องมีทนายความในการต่อสู้คดีเสียก่อนที่ศาลจะอนุญาตให้มีการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าหากปล่อยให้จำเลยที่ยังไม่มีทนายความไว้คอยคุ้มครองสิทธิของตนเองแล้วละสิทธิในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยโดยไม่คิดใจในการซักพยานหรืออยู่ร่วมรู้เห็นในการพิจารณาคดีแล้ว อาจจะไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ซึ่งอาจจะถูกกระทบสิทธิในเสรีภาพของตน จึงได้บัญญัติให้จำเลยต้องมีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิเสียก่อนที่จะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ เพราะถึงแม้ตัวจำเลยไม่คิดใจฟังการพิจารณาหรือสืบพยานแต่ตัวทนายความของจำเลยก็ยังมีหน้าที่ต้องเข้าร่วมฟังการพิจารณาและสืบพยานเพื่อเป็นข้อมูลในการต่อสู้คดีและคุ้มครองสิทธิให้แก่

จำเลย ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตามมาตรา 172 อนุมาตราแรกนั้นจะเห็นได้ว่า ถ้าจำเลยมีทนายความไว้คุ้มครองสิทธิของตนแล้วศาลก็สามารถจะฟังผลการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยที่เป็นผลเสียแก่จำเลยคนนั้นมารับฟังได้ แต่ในอนุมาตราอื่นนั้นเป็นการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยที่มีใช้ความประสงค์ของจำเลยแต่เป็นความประสงค์ของโจทก์และศาลนั้น ศาลจะฟังการพิจารณาและสืบพยานที่เป็นผลเสียแก่จำเลยมารับฟังไม่ได้ เนื่องจากเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ ในอนุมาตราอื่นจำเลยต้องมีทนายความเสียก่อนจะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย

ส่วนในกระบวนการยุติธรรมของทหารนั้น ศาลทหารสามารถรับฟังผลการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยมารับฟังได้เสมอ แม้จะฟังเป็นผลเสียแก่จำเลยก็ตาม ซึ่งจะไม่เป็นธรรมแก่จำเลยเท่าใดนัก ถึงแม้ว่าจำเลยจะรับสารภาพหรือไม่ตั้งใจฟังเองก็ตาม เพราะถ้าในคดีอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกผลการพิจารณาจะกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรง หากปล่อยให้จำเลยซึ่งบางครั้งอาจไม่มีความรู้ทางกฎหมายต้องตัดสินใจ โดยไม่เข้าใจสิทธิของตนโดยที่ยังไม่มีทนายความมาคอยให้คำปรึกษาและคุ้มครองสิทธิให้จำเลยคงจะดูไม่เท่าเทียมกันเท่าใดนัก ในการต่อสู้ระหว่างรัฐกับจำเลย

เพราะฉะนั้นเพื่อให้จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยอย่างพอเทียบเท่ากับจำเลยในกระบวนการยุติธรรมจึงควรที่จะยกเลิกมาตรา 59 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 เพราะเมื่อยกเลิกมาตราดังกล่าวแล้ว วิธีพิจารณาคดีอาญาก็จะต้องนำการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามมาตรา 172 ทวิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับในศาลทหารแทน เพราะไม่มีกฎหมายฝ่ายทหารบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในเรื่องดังกล่าว ซึ่งก็จะทำให้จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังเท่าเทียมกับจำเลยในกระบวนการยุติธรรม และในเรื่องนี้กฎหมายส่วนใหญ่ก็มีความคิดเห็นที่สมควรแก้ไขให้มีวิธีการพิจารณาเช่นเดียวเช่นเดียวกับศาลพลเรือน แต่บางส่วนมีความคิดเห็นว่าจะแก้ไขทั้งกฎหมายฝ่ายพลเรือนและกฎหมายฝ่ายทหาร โดยให้บัญญัติบังคับให้จำเลยต้องมีทนายความคุ้มครองสิทธิให้ในทุกกรณีที่ต้องมีการสืบพยานลับหลังจำเลย

4.3 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในศาลอาญาศึก

ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 39 ได้ให้อำนาจฝ่ายทหารสามารถตั้งศาลอาญาศึกขึ้นได้ ซึ่งศาลอาญาศึกเป็นศาลทหารในเวลาไม่ปกติอีกศาลหนึ่งโดยจะตั้งขึ้นได้เมื่อมีการรบ การสงคราม หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก และเมื่อหน่วยทหารอยู่ในยุทธบริเวณ ซึ่งหมายความว่า ศาลนี้จะตั้งอยู่กับหน่วยทหารในเขตยุทธบริเวณ แล้วแต่ว่าหน่วยทหาร

จะอยู่ในยุทธบริเวณใด แม้แต่ภายนอกราชอาณาจักร ศาลอาญาศึกเป็นศาลทหารประเภทเดียวที่ไม่ต้องมีพิพาทษาที่มีความรู้ทางกฎหมายได้พร้อมกันทั้ง 3 คนในองค์คณะเดียวกัน และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั้งปวงที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจได้ทุกตัวบทกฎหมาย และไม่จำกัดตัวบุคคล โดยเขตอำนาจของศาลอาญาศึกจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เกิดขึ้นเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยทหารที่ตั้งศาลอาญาศึกเท่านั้น นอกจากนี้ศาลอาญาศึกยังมีอำนาจส่งตัวผู้ต้องหาไปยังศาลทหารแห่งอื่นให้ดำเนินการพิจารณาพิพากษาได้ และให้ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่เหมือนกับศาลอาญาศึก ในศาลอาญาศึกเมื่อคำพิพากษาอย่างใดแล้วคดีเป็นอันถึงที่สุด อุทธรณ์ฎีกาต่อไปอีกไม่ได้ และยังห้ามมิให้ตั้งทนายความขึ้นสู่คดีในศาลอาญาศึก

เมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นในการตั้งศาลอาญาศึกก็เพื่อการระงับปราบปรามการกระทำผิดในยุทธบริเวณเป็นประการสำคัญ แต่เนื่องจากศาลอาญาศึกมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ทุกตัวบทกฎหมาย แม้กระทั่งการสังหารชีวิตจำเลย ดังนั้นแม้ศาลอาญาศึกจะตั้งขึ้นตามความจำเป็นทางทหารดังกล่าวก็ตาม แต่ก็ควรจะทำให้ความเป็นธรรมแก่จำเลยควบคู่กันไปด้วย เนื่องจากคำพิพากษาของศาลนั้นอาจเป็นโทษแก่จำเลย และในบางครั้งยังหมายถึงชีวิตของจำเลยอีกด้วย จึงสมควรที่จะให้จำเลยมีทนายความเพื่อช่วยในการกลั่นกรองผลการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะการให้จำเลยมีทนายความนั้นอาจจะสามารถป้องกันข้อผิดพลาดในการพิจารณาคดีได้ถึงแม้ว่าศาลอาญาศึกจะจัดตั้งขึ้นเมื่อรัฐอยู่ในภาวะสงครามหรือภาวะฉุกเฉิน ซึ่งจำเป็นต้องใช้อำนาจเด็ดขาดเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองก็ตาม เพราะคดีที่เข้าสู่ศาลอาญาศึกนั้นมิใช่คดีอาญาทั่วไป และคดีอาญาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ การที่รัฐตัดสิทธิการมีทนายความของจำเลยออกไปนั้น จึงไม่น่าจะส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและความมั่นคงแห่งรัฐได้แต่อย่างใด นอกจากที่รัฐจะได้แต่เพียงความรวดเร็วและเด็ดขาดในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยมิได้คำนึงถึงความเป็นธรรมในการคุ้มครองสิทธิของจำเลย โดยเฉพาะรัฐนั้นมิหน้าที่ประการสำคัญนั้นก็คือการให้ความคุ้มครองสิทธิให้แก่บุคคลในรัฐเสมอไม่ว่ารัฐจะตกอยู่ในสภาวะการณ์เช่นไร และถ้าจะมีการจำกัดสิทธิก็จะต้องเป็นไปโดยจำเป็นและต้องให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

เมื่อเปรียบเทียบการจำกัดสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารประเภทศาลอาญาศึกกับกระบวนการยุติธรรมของพลเรือนแล้วพบว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติที่ตัดสิทธิมิให้จำเลยสามารถมีทนายความคุ้มครองสิทธิของตนเองแต่อย่างใด แม้แต่คดีที่เป็นความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ ก็มีได้มีกฎหมายให้อำนาจรัฐตัดสิทธิการมีทนายความของจำเลยได้ คงให้กระทำได้เพียงแต่ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับได้เท่านั้น และถึงแม้จะมีการสั่งให้พิจารณาเป็นการลับแล้วก็ตามในกระบวนการยุติธรรมก็ยังให้ทนายของจำเลยสามารถมีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาคดีได้ ซึ่งจะเห็นว่าถึงแม้จะเป็นคดีความลับ

เกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศที่มีการพิจารณาฉบับที่ตามกระบวนการยุติธรรมของพลเรือนก็ยังคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดี โดยสามารถให้จำเลยมีทนายความเข้าร่วมฟังการพิจารณาที่เป็นการพิจารณาฉบับได้ แต่ในกระบวนการยุติธรรมทหารในศาลอาญาศึกมีได้คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการอนุญาตให้จำเลยมีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิแต่อย่างใด คงมุ่งแต่ความรวดเร็วและเด็ดขาดในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น และในการห้ามอุทธรณ์ฎีกาในศาลอาญาศึกก็ทำให้ในกระบวนการยุติธรรมทหารในศาลอาญาศึกขาดขั้นตอนการถ่วงถ่วงไปอีกขั้นตอนอยู่แล้ว และยังถ้ามีการตัดสิทธิการมีทนายความของจำเลยก็ยิ่งจะทำให้การถ่วงถ่วงความถูกต้องของการพิจารณาพิพากษาอาจจะเกิดข้อผิดพลาดมากเพิ่มขึ้นไปอีก

นอกจากนี้ในกรณีของจำเลยในศาลทหารประเภทที่เป็นพลเรือนที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่า จำเลยในศาลทหารประเภทพลเรือนจะได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความเป็นพิเศษมากกว่าจำเลยในศาลทหารประเภทอื่น โดยมีบัญญัติรับรองสิทธิการมีทนายความคุ้มครองสิทธิของพลเรือนไว้ในพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อพลเรือน ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ศาลพิพากษาลงโทษพลเรือนโดยไม่ให้ออกโอกาสแก่พลเรือนในการต่อสู้คดีและมีทนายความในการช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อพลเรือน เพราะฉะนั้นการตัดสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลอาญาศึกนอกจากจะเป็นการขัดหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลยตามรัฐธรรมนูญแล้วยังขัดต่อหลักการสากลของกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบแล้วจึงเห็นว่าควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 55 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ซึ่งบัญญัติห้ามแต่งตั้งทนายในศาลอาญาศึก โดยให้จำเลยสามารถแต่งตั้งทนายได้ แต่เนื่องจากศาลอาญาศึกมีเขตอำนาจอยู่ภายในยุทธบริเวณและบางครั้งไม่ได้มีการส่งตัวจำเลยไปพิจารณาพิพากษาคดีที่ศาลทหารอื่น โดยพิจารณาพิพากษากันภายในยุทธบริเวณจึงอาจทำให้ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความอาจไม่สะดวกในการเข้าไปต่อสู้คดีและคุ้มครองสิทธิให้แก่จำเลยในศาลอาญาศึกหรือบางครั้งบางคดีอาจเป็นคดีเกี่ยวกับความลับของประเทศเกี่ยวกับการยุทธของทหารซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ จึงควรให้ทนายความตามข้อบังคับกติกาสหประชาชาติว่าด้วยทนายแทนที่ที่สามารถว่าความในศาลอาญาศึกได้ และในส่วนของนักกฎหมายส่วนใหญ่มีความคิดเห็นเพิ่มเติมว่าในกรณีที่ไม่มีทนายทหารอยู่ในเขตยุทธบริเวณและการเดินทางของทนายทหารที่จะเข้าไปภายในยุทธบริเวณจะเป็นไปด้วยความยากลำบากนั้นควรให้ศาลอาญาศึกระงับการพิจารณาชั่วคราวและส่งตัวจำเลยมาพิจารณาคดีที่ศาลทหารแห่งอื่นตามที่กฎหมายฝ่ายทหารบัญญัติไว้

4.4 การจัดหาทุนความให้แก่จำเลยในศาลทหารเปรียบเทียบกับศาลยุติธรรม

ถึงแม้ว่าศาลทหารจะมีอำนาจในการตั้งทุนความตามพระราชบัญญัติทุนความเข้ามาว่าความให้แก่จำเลยได้ แต่ในทางปฏิบัติจริงศาลทหารจะตั้งทุนความจากทุนความตามข้อบังคับกติกาใหม่ว่าด้วยทุน โดยศาลจะแจ้งไปที่สำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย กรมพระธรรมนูญให้เป็นผู้รับผิดชอบในการจัดหาทุนความให้แก่จำเลย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับทุนความตามพระราชบัญญัติทุนความแล้ว จะเห็นได้ว่านายทหารนั้นไม่เคยผ่านการฝึกอบรมอย่างเป็นทางการเป็นระเบียบ ต่างไปจากทุนความของพลเรือนที่จะได้รับใบอนุญาตให้ว่าความในศาลได้จะต้องผ่านการฝึกอบรมจากสภาทนายความเป็นเวลาประมาณหนึ่งปี และสภาทนายความยังมีหน้าที่ในการออกกฎระเบียบควบคุมมรรยาททนายอีกด้วย แต่ในส่วนของนายทหารนั้นตามข้อบังคับกติกาใหม่ว่าด้วยทุน กำหนดให้นำข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภาในส่วนที่เกี่ยวกับมรรยาททนายความมาใช้บังคับแก่ทนายในศาลทหาร โดยอนุโลม ซึ่งในปัจจุบันข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภาได้ถูกยกเลิกโดยข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 จึงควรแก้ไขข้อความในข้อบังคับกติกาใหม่ว่าด้วยทุนให้สอดคล้องกับข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ และเมื่อนายทหารไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความก็จะถือว่าไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมโดยถือเป็นการผิดวินัยอีกประเภทหนึ่ง ในส่วนของการฝึกอบรมควรมีงบประมาณจัดให้ผู้จะเป็นทนายความต้องเข้าอบรมที่สภาทนายความก่อนปฏิบัติหน้าที่ เมื่อจบหลักสูตรจึงให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นนายทหารได้ เพราะวาลิทธิกรมีทุนความของจำเลยนั้นมิได้มีความหมายเพียงแก่จำเลยมีทุนความมาปรากฏตัวในการดำเนินคดีต่อศาลอย่างเดียวนั้น แต่ยังหมายความรวมถึง ประสิทธิภาพของทุนความในการให้ความช่วยเหลือและการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพของทนายความ

ปัญหาค่าตอบแทนของทุนความในศาลทหาร ถือเป็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการจัดหาทุนความให้แก่จำเลยในศาลทหาร เพราะมีผลต่อความตั้งใจในการปฏิบัติหน้าที่ของทุนความในศาลทหาร เนื่องจากทุนความตามพระราชบัญญัติทุนความ พ.ศ.2528 ซึ่งเป็นทุนความที่มีได้มีเงินเดือนเหมือนทุนความตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหม จึงจำเป็นต้องให้การช่วยเหลือตามสมควร ในเมื่อต้องช่วยเหลือแก่ทุนความดังกล่าวไปแล้ว จะไม่ช่วยเหลือทุนความที่กระทรวงกลาโหมกำหนดก็ไม่ยุติธรรม เพราะถือว่าปฏิบัติหน้าที่เป็นกรณีพิเศษ กระทรวงกลาโหมจึงมีคำสั่งเรื่องอัตราเงินรางวัลทุนที่ศาลตั้งให้จำเลย โดยมีอัตราอยู่ระหว่างคดีละ 150 - 1,000 บาท และจะกำหนดโดยศาลชั้นต้นซึ่งจะพิจารณาจากความยากและง่ายกับเทียบดูเวลา แล้วกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรว่าจะให้รับอัตราขั้นต่ำหรือสูงหรือระหว่างกลางและจ่ายให้เมื่อคดีถึงที่สุด นอกจากนี้ในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือเสร็จไปโดยศาลทหารชั้นต้นไม่ได้พิพากษาเช่น คดีที่โจทก์ถอนฟ้องหรือยอมความกัน โดยถูกต้องตามกฎหมายหรือ

จำเลยตายก็จะลดค่าทนายลงกึ่งหนึ่งของอัตราที่จะได้รับ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในกระบวนการยุติธรรมตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดไว้ ซึ่งค่าตอบแทนของทนายความที่ปฏิบัติหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในศาลชั้นต้นจะได้รับประมาณคดีละ 3,000 - 5,000 บาทและถ้าความทั้งในศาลชั้นต้น ชั้นอุทธรณ์ และฎีกาจะได้รับค่าตอบแทนรวมทั้งสิ้นไม่เกินคดีละ 10,000 บาท อัตราค่าตอบแทนจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลและอัตราโทษของคดี โดยจะจ่ายให้เมื่อทำงานเสร็จ จะเห็นได้ว่าอัตราค่าตอบแทนทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยของศาลทหารและศาลยุติธรรมมีความแตกต่างกันสูงมากทั้งอัตราขั้นสูงและขั้นต่ำ ซึ่งอัตราขั้นสูงของค่าตอบแทนทนายความในศาลทหารคือ 1,000 บาท แต่อัตรารับต่ำของค่าตอบแทนทนายความในศาลยุติธรรมสูงกว่าถึงสามเท่า เพราะฉะนั้นจึงควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายของทนายความในศาลทหารควบคู่กันไป โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน เพราะการเพิ่มอัตราค่าตอบแทนจะเป็นการเพิ่มแรงจูงใจให้แก่ทนายความที่มีความรู้ความสามารถ ในการดำเนินคดีอาญาให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่เป็นทนายความ ซึ่งจะส่งผลให้จำเลยในศาลทหารได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในระหว่างการดำเนินคดี และเป็นหลักประกันสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม และเท่าเทียมกันตามหลักการต่อสู้คดีระหว่างจำเลยกับรัฐ

ในเรื่องเกี่ยวกับการจัดหาทนายความในศาลทหารดังกล่าวนี้ นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความคิดเห็นว่าศาลทหารควรร้องขอให้สมาคมทนายความหรือใช้วิธีนายขอแรงและขึ้นบัญชีไว้กับศาลทหารแบบเดียวกับศาลยุติธรรม แต่ควรปรับปรุงอัตราของค่าตอบแทนให้เท่าเทียมกับศาลยุติธรรมด้วย และในส่วนของทนายทหารนั้นก็ควรยังคงมีไว้อยู่ แต่ควรพัฒนาอบรมความรู้ก่อนปฏิบัติหน้าที่ทนาย โดยอาจให้ต้องมีใบอนุญาตว่าความจากสภาทนายความเสียก่อนจึงจะอนุญาตให้เป็นทนายทหารได้ ซึ่งกระทรวงกลาโหมควรประสานกับสภาทนายความให้ข้าราชการทหารสามารถออกใบอนุญาตว่าความได้แต่เฉพาะในศาลทหารเท่านั้น เนื่องจากข้าราชการตามปกติจะไม่สามารถเป็นทนายความได้

4.5 การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวน

ผลจากการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องการสอบสวนคดีอาญาในกระบวนการยุติธรรมทหาร พบว่าจะต้องนำหลักเกณฑ์วิธีการเรื่องทนายความและการจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาตามมาตรา 134/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้ด้วย แต่เมื่อนำมาใช้แล้วจะใช้ได้แต่แค่ไหนเพียงไร จะทำได้ทำการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

สำหรับในกรณีที่พนักงานสอบสวนเป็นผู้สอบสวนเมื่อทหารตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา พนักงานสอบสวนย่อมมีอำนาจสอบสวน ไม่ว่าคดีนั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลทหารหรือไม่ ซึ่งการสอบสวนนั้นพนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องสิทธิของผู้ต้องหาในการมีทนายความ เนื่องจากพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนไว้แต่อย่างใด เพราะฉะนั้นจึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาทหารได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกับผู้ต้องหาในศาลยุติธรรม

สำหรับในกรณีที่ฝ่ายทหารเป็นผู้สอบสวนเองนั้น จากการศึกษาพบว่าถ้าคดีนั้นเข้าเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 ซึ่งรัฐต้องจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหา แต่ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 และข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนายทหารมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องทนายความในชั้นสอบสวนไว้ คงกำหนดไว้เฉพาะทนายความในชั้นพิจารณาของศาลเท่านั้น ซึ่งมีแนวทางแก้ปัญหาคือ ฝ่ายทหารควรขอรับความช่วยเหลือทนายความเข้าร่วมฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาไปที่สภาทนายความกรณีในกรุงเทพมหานคร หรือประธานทนายความจังหวัดกรณีต่างจังหวัด แต่เนื่องจากในปัจจุบันกระทรวงกลาโหมไม่มีข้อตกลงเรื่องแนวทางปฏิบัติกรณีผู้ต้องหาทหารใช้สิทธิให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำของตนกับสภาทนายความ เพราะฉะนั้นกรมพระธรรมนูญ กระทรวงกลาโหมจึงต้องทำข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับสภาทนายความในเรื่องแนวทางปฏิบัติกรณีผู้ต้องหาที่เป็นบุคคลในอำนาจศาลทหารใช้สิทธิให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำของตนในกรณีที่ฝ่ายทหารเป็นผู้ทำการสอบสวนเอง ส่วนทนายความที่เข้าร่วมฟังการสอบสวนของผู้ต้องหาทหารนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ในชั้นพิจารณาคดีของศาลทหารต่อไปได้หรือไม่ ก็คงต้องขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้ต้องหาทหารเป็นสำคัญว่าจะต้องการให้ทนายความปฏิบัติหน้าที่ให้ตนต่อไปหรือไม่ สำหรับในทางปฏิบัติในปัจจุบันนั้นบางกรณีผู้ต้องหาทหารก็ใช้ทนายความในชั้นสอบสวนให้ทำหน้าที่ทนายความในชั้นพิจารณาคดีด้วยเช่นกัน แต่บางรายก็มีได้ใช้ทนายความในชั้นสอบสวนให้ทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาคดี

อีกกรณีหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณาคือในกรณีที่ทนายความมาทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาทหารตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 นั้น การจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายให้กับทนายความจะดำเนินการอย่างไร เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของผู้ต้องหาในศาลยุติธรรมแล้ว จึงควรให้นำมาตรา 134/1 มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร โดยให้สามารถเบิกจ่ายได้ตามระเบียบที่กระทรวงกลาโหมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

ปัญหาอุปสรรค ในการอำนวยความสะดวกในกระบวนการยุติธรรมทหารข้อหนึ่ง คือทัศนคติของผู้บังคับบัญชามักจะมองผู้ต้องหาว่าทำให้หน่วยเสื่อมเสียชื่อเสียง แล้วปล่อยผู้ต้องหาให้ถูกดำเนินคดีไปตามยถากรรม จะมีแต่ญาติผู้ต้องหาที่จะมาขอความช่วยเหลือจากนายทหารพระธรรมนูญ ซึ่งถ้านายทหารพระธรรมนูญคนใดมีจริยธรรมก็จะให้ความสนใจและช่วยเหลือ แต่บางคนก็ไม่ใส่ใจ ซึ่งทำให้ผู้ต้องหา ญาติผู้ต้องหา และสังคมภายนอกมองว่าทหารไม่ให้ความสำคัญกับสิทธิของผู้ต้องหา และอาจมองไปถึงว่ากระบวนการยุติธรรมทหารน่าเชื่อถือน้อยกว่ากระบวนการศาลยุติธรรม

เพราะฉะนั้น ผู้บังคับบัญชาควรจะเปลี่ยนแนวความคิดเสียใหม่ โดยให้ความดูแลช่วยเหลือผู้ใต้บังคับบัญชาที่ตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา การที่จะทำให้ผู้บังคับบัญชาเปลี่ยนแนวความคิดและทัศนคติเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็คือ ควรมีการเผยแพร่ความรู้หรือจัดให้มีการอบรมสัมมนา เกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ให้แก่ผู้บังคับหน่วยและกำลังพลในหน่วยทุกระดับชั้นให้ทราบว่าเมื่อมีกำลังพลในหน่วยต้องหาในคดีอาญาแล้วจะอย่างไร สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยมีอย่างไร โดยเฉพาะสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และตามกฎหมายอื่นที่มีอยู่ นายทหารพระธรรมนูญที่มีอยู่ในหน่วยต่างๆ ควรเป็นตัวจักรสำคัญในการเผยแพร่ความรู้เรื่องนี้ให้แก่กำลังพลในหน่วยทราบ

นอกจากนี้ เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รู้ถึงสิทธิว่ามีอย่างไรบ้าง ควรจะทำประกาศสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยแจกจ่ายตามหน่วย อันจะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยรู้ถึงสิทธิของตนว่ามีอย่างไร และจะปฏิบัติอย่างไร ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องหาอันจะเป็นผลให้กระบวนการยุติธรรมทหาร ได้รับความเชื่อถือจากสังคมว่าสามารถอำนวยความสะดวกแก่ผู้ต้องหาทัดเทียมกับกระบวนการศาลยุติธรรมในระดับที่ดีขึ้นกว่าเดิม

แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีกรณีโต้แย้งในเรื่องสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในศาลทหารขึ้นสู่การพิจารณาของศาลทหารแต่อย่างใด

4.6 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในศาลทหาร

ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารนั้น ได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้แสดงความคิดเห็นในด้านต่างๆ ไว้ จากการสัมภาษณ์ของผู้เขียนในแต่ละประเด็นดังต่อไปนี้

4.6.1 ในกรณีที่ผู้ต้องหาในคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารควรจะต้องมีสิทธิเสมอเหมือนกับผู้ต้องหาในศาลยุติธรรมนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความคิดเห็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องหาในคดีอาญาเกี่ยวกับการมีทนายความ ถือว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ เพราะทนายความจะช่วยตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวน และทนายความยังช่วยป้องกัน

ความผิดพลาดในการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนได้ เพราะฉะนั้นหลักสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในคดีอาญา จึงต้องสมควรนำมาใช้ในกระบวนการสอบสวนคดีอาญาที่ฝ่ายทนายทำการสอบสวนเองด้วยเช่นกัน

4.6.2 ในกรณีที่จำเลยในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารควรจะต้องมีสิทธิเสมอเหมือนกับจำเลยในศาลยุติธรรมนั้น นักกฎหมายมีความคิดเห็นว่าควรมีการแก้ไขในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในเรื่องดังกล่าวให้มีความเท่าเทียมกันทำให้ศาลยุติธรรมและศาลทหารเนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายฝ่ายทหารได้ถูกตราขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ยังไม่เคยได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้มีการคุ้มครองสิทธิของจำเลยเหมือนกฎหมายของพลเรือนซึ่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงมาหลายครั้งแล้ว จึงมีความคิดเห็นที่ตรงกันว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้ควรได้รับการแก้ไขเหมือนดังของพลเรือนในปัจจุบัน แต่มีนักกฎหมายบางส่วนมีความคิดเห็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยว่าน่าจะได้รับการแก้ไขทั้งกฎหมายฝ่ายพลเรือนและกฎหมายฝ่ายทหารโดยให้บัญญัติบังคับให้จำเลยต้องมีทนายความคุ้มครองสิทธิให้ในทุกกรณีที่ต้องมีการสืบพยานลับหลังจำเลย

4.6.3 ในกรณีเกี่ยวกับวิธีการในการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในศาลทหารนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความคิดเห็นว่า ถ้าในกรณีที่ศาลทหารตั้งทนายความให้แก่จำเลย ศาลทหารควรจะร้องขอไปที่สภาทนายความมากกว่าจะแต่งตั้งจากทนายความ ซึ่งนักกฎหมายให้ความคิดเห็นว่ามาตรฐานของทนายความจากสภาทนายความน่าจะมีมาตรฐานทางวิชาชีพที่ได้มาตรฐานกว่าทนายทหาร โดยมีเหตุผลมาจากความชำนาญในงานและการฝึกอบรม ซึ่งการร้องขอไปที่สภาทนายความของศาลทหารคงจะไม่ก่อภาระให้แก่ทนายความมากนัก เนื่องจากในแต่ละปีปริมาณคดีในศาลทหารมีจำนวนไม่มากนัก แต่ศาลทหารก็ควรปรับอัตราค่าตอบแทนของทนายความที่เข้ามาคุ้มครองสิทธิของจำเลยในศาลทหารให้เสมอภาคกับในศาลยุติธรรมด้วย ส่วนกรณีที่จำเลยในศาลทหารจัดหาทนายความมาเองนั้นก็ยังคงให้สิทธิแก่จำเลยที่จะจัดหาจากทนายความหรือทนายความจากสภาทนายความก็ได้ตามความต้องการและสมัครใจของจำเลย

4.6.4 ในกรณีที่จะต้องมีการพิจารณาคดีในศาลอาญาศึกษานั้น ถ้ามีปัญหาเกี่ยวกับไม่มีบุคคลเหมาะสมที่จะทำหน้าที่นายทหารขณะมีการพิจารณาคดีในพื้นที่ยุทธบริเวณนั้น นักกฎหมายมีความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าในกรณีที่ไม่มีนายทหารอยู่ในเขตยุทธบริเวณหรือการเดินทางของนายทหารที่จะเข้าไปภายในยุทธบริเวณจะเป็นไปด้วยความยากลำบากและอันตรายนั้นควรให้ศาลอาญาศึกษาใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 43 โดยให้ศาลอาญาศึกษากระทำการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว และส่งตัวจำเลยไปยังศาลทหารแห่งอื่นให้ดำเนินการพิจารณาพิพากษาแทนจะเป็นการสะดวกแก่ทนายทหารที่จะเข้าไปปฏิบัติหน้าที่คุ้มครองสิทธิให้แก่จำเลย

4.6.5 ในกรณีที่จะให้นายทหารเข้ารับการอบรมจากสภานายความก่อนที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นนายทหารนั้น นักกฎหมายมีความคิดเห็นว่ายังคงต้องมีนายทหารไว้ในการคุ้มครองสิทธิให้แก่เจ้าเลยในศาลทหาร เพราะบางครั้งคดีในศาลทหารอาจจะเป็นคดีเกี่ยวกับการยุทธรของทหารหรือคดีเกี่ยวกับความลับทางราชการทหารจึงจำเป็นที่จะต้องใช้นายทหารในการเข้ามาดำเนินการ แต่ในส่วนของการนายทหารก็ควรจะต้องมีการพัฒนาอบรมความรู้ก่อนปฏิบัติหน้าที่ที่นายความ โดยควรต้องให้มีใบอนุญาตว่าความจากสภานายความเสียก่อนจึงจะอนุญาตให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นหน่วยทหารได้ ซึ่งกระทรวงกลาโหมควรประสานกับสภานายความให้ข้าราชการทหารสามารถออกใบอนุญาตว่าความได้แต่เฉพาะในศาลทหารเท่านั้น เนื่องจากข้าราชการตามปกติจะไม่สามารถเป็นนายความได้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁸⁴ ได้มีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิบุคคลไว้หลายประการ โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาให้ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ ซึ่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวนี้ ได้คุ้มครองถึงจำเลยในศาลทหารด้วยเช่นกัน ถึงแม้ศาลทหารจะเป็นศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะบุคคลในอำนาจศาลก็ตาม แต่ศาลทหารก็ต้องมีการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในศาลทหารเช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลยุติธรรม แต่ปรากฏว่าศาลทหารกลับมีบทบัญญัติการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารน้อยกว่าศาลยุติธรรม ซึ่งเมื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความแล้วพบได้ว่า สิทธิการมีทนายความมีฐานะเป็นสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยถูกบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง โดยกล่าวถึงสิทธิของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาญาที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความและหากไม่สามารถจัดหาได้รัฐจะต้องจัดหาให้โดยไม่คิดมูลค่า ในประเทศไทยนั้นสิทธิการมีทนายความในการดำเนินคดีอาญา ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของประชาชนซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าเป็นการให้หลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีขั้นมูลฐานแก่ประชาชนตามกฎหมายสูงสุดของประเทศโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนของรัฐควรได้รับความคุ้มครองในการต่อสู้คดีอาญากับรัฐเพื่อป้องกันสิทธิไม่ให้ถูกริดรอนอย่างไม่เป็นธรรมตามกระบวนการของกฎหมาย แต่การคุ้มครองสิทธิของจำเลยในประเทศไทยนั้น ในทางปฏิบัติความสำคัญมิได้ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แต่ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติคุ้มครองในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามากกว่า เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วพบว่ามีการให้หลักประกันสิทธิเรื่องทนายความของจำเลยไว้ในมาตรา 173 ดังนี้คือ

⁸⁴ อ่างแล้ว บทที่ 1 หน้า 1.

1) ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลถ้าจำเลยไม่มีทนายความ ศาลจะต้องตั้งทนายความให้จำเลยเสมอ ถ้าศาลไม่ตั้งทนายความให้ ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกถ้าจำเลยไม่มีทนายความและต้องการให้ศาลตั้งทนายความให้ ถ้าศาลไม่ตั้งทนายความให้ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น ทุกๆ คดีที่มีอัตราโทษจำคุกขึ้นไป หากจำเลยต้องการทนายความ ศาลจะต้องตั้งทนายความให้กับจำเลยได้ทุกคดี

ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารบัญญัติให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎ และข้อบังคับฝ่ายทหารก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาบังคับใช้โดยอนุโลม แต่ถ้าข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้ และในเรื่องเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนของคดีในอำนาจศาลทหารนั้น ไม่มีกฎหมายฝ่ายทหารได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพราะฉะนั้นการสอบสวนผู้ต้องหาทหารจึงสามารถนำกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝ่ายพลเรือนมาใช้ได้อย่างไม่มีปัญหาทั้งกรณีที่พนักงานสอบสวนเป็นผู้สอบสวนหรือฝ่ายทหารสอบสวนเอง ในส่วนของการพิจารณาคดีในศาลทหารมีบทบัญญัติให้หลักประกันสิทธิการมีทนายความของจำเลยเช่นเดียวกัน คือ การพิจารณาคดีในศาลทหารในเวลาปกติ และศาลทหารในเวลาไม่ปกติ จำเลยมีสิทธิตั้งทนายความได้ ตามความในมาตรา 55 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ยกเว้นแต่ศาลอาญาศึกเท่านั้นที่ห้ามคู่ความมีทนายความ ทนายความที่จะมีสิทธิว่าความในศาลทหารได้นั้นมี 2 ประเภท คือ ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และทนายความตามข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนาย ซึ่งศาลจะสามารถตั้งทนายความประเภทใดก็ได้ในการว่าความให้จำเลย แต่ในทางปฏิบัติแล้วศาลทหารจะตั้งแต่ทนายความตามข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนายความเท่านั้นที่จะเข้ามาว่าความให้แก่จำเลย และบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารก็คือ มาตรา 56 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 โดยมีการคุ้มครองใน 2 กรณีคือ คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการ ก็ให้ศาลตั้งทนายให้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยจะยากจนหรือไม่ หากศาลพิจารณาคดีดังกล่าวโดยไม่ถามถึงเรื่องทนายความก่อน ถือเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ให้ถูกต้อง เนื่องจากกรณีนี้ถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีที่ให้ศาลถามจำเลยเรื่องทนายความ ส่วนจำเลยจะต้องการหรือไม่เป็นสิทธิของจำเลย ถ้าจำเลยไม่ต้องการศาลก็ไม่ต้องตั้งให้ ส่วนอีกกรณีคือ คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลย

แถลงต่อศาลว่าตนเองเป็นคนยากจนและต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ ในการนี้ ศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง กรณีนี้เป็นสิทธิของจำเลยที่ยากจนและ ร้องขอเท่านั้น ซึ่งจำเลยต้องแถลงต่อศาลว่าตนเองเป็นคนยากจนและต้องการทนายความ ศาลจึงจะ ตั้งทนายความให้ หากจำเลยไม่แถลง ศาลก็จะไม่ตั้งให้ และถ้าจำเลยแถลงแต่ปรากฏว่าจำเลยไม่ เป็นคนยากจนศาลก็จะไม่ตั้งให้เช่นกัน

เมื่อบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทหาร ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการมี ทนายความของจำเลยไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร ไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงไม่สามารถนำ ในเรื่องสิทธิการมีทนายความของจำเลยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับแก่ จำเลยในศาลทหารได้ จึงทำให้จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองในเรื่องสิทธิการมีทนายความ ที่แตกต่างจากจำเลยในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาแล้วสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบ ความแตกต่างของสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารกับจำเลยในศาลยุติธรรมตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยมีข้อเสนอแนะดังนี้

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตของจำเลยในศาลทหาร ได้รับการคุ้มครองลักษณะ เดียวกับจำเลยที่มีความผิดในอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป แต่จำเลยในกระบวนการ ยุติธรรมของพลเรือนนั้นมีการคุ้มครองจำเลยในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตแตกต่างจากจำเลยใน คดีที่มีอัตราโทษชนิดอื่น โดยกฎหมายบัญญัติให้ศาลต้องสอบถามจำเลยก่อนเริ่มพิจารณาว่ามี ทนายความหรือไม่ ถ้าจำเลยไม่มีทนายความศาลจะต้องตั้งให้เสมอทุกครั้งไม่ว่าจำเลยจะต้องการ หรือไม่ก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจึงควรได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาล ทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 โดยควรให้จำเลยในศาลทหารได้มีการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความ เทียบเท่ากับจำเลยในศาลยุติธรรม ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต

5.2.2 ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกของจำเลยในศาลทหารมีการแบ่งการคุ้มครองจำเลยออกเป็น 3 กลุ่ม กลุ่มแรกคือคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงสิบปีขึ้นไป กลุ่มสองคือ ที่มีอัตราโทษจำคุก อย่างสูงไม่เกินสิบปี และในกลุ่มที่สามคืออัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี ซึ่งในแต่ละกลุ่มของ จำเลยในศาลทหารจะได้รับการคุ้มครองไม่เท่าเทียมกัน โดยในกลุ่มที่สองมีการคุ้มครองสิทธิการมี ทนายความ ซึ่งต้องนำเงื่อนไขความยากจนของจำเลยมาพิจารณาในการตั้งทนายความให้แก่จำเลย และกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ศาลต้องถามจำเลยในเรื่องทนายความก่อนพิจารณาคดีโดยให้ เป็น หน้าของจำเลยที่จะต้องร้องขอมีทนายความต่อศาลเองในกรณีที่ตนเองต้องการ ส่วนในกลุ่ม สุดท้ายนั้นกฎหมายฝ่ายทหาร ไม่ได้บัญญัติในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยไว้ แต่อย่างใด จึงทำให้จำเลยในศาลทหารที่อยู่ในกลุ่มนี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในสิทธิมีทนายความ

จากรัฐ แต่สำหรับจำเลยในศาลยุติธรรมที่กระทำความผิดในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกทุกกรณี ได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งกลุ่มอัตราโทษจำคุก เพราะฉะนั้นเมื่อเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกของจำเลยในศาลยุติธรรม ศาลจะต้องถามจำเลยก่อนเริ่มพิจารณาคดีว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าจำเลยไม่มีและต้องการทนายความศาลก็จะตั้งให้ในทุกกรณีโดยไม่ต้องคำนึงถึงความยากจน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยที่ดีกว่าสำหรับคดีที่มีอัตราโทษจำคุกในศาลยุติธรรม จึงน่าจะควรทำการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 56 โดยควรให้จำเลยในศาลทหารได้มีการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความเทียบเท่ากับจำเลยในศาลยุติธรรมในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก

5.2.3 ในคดีที่มีการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย ในศาลยุติธรรมได้มีบทบัญญัติให้จำเลยต้องมีทนายความก่อนที่ศาลจะให้มีการให้พิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ แต่ในศาลทหารการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยไม่มีบทบัญญัติให้จำเลยต้องมีทนายความก่อนจะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย โดยศาลทหารสามารถดำเนินการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในทุกกรณีโดยมิต้องคำนึงถึงว่าจำเลยจะมีทนายความหรือไม่ เพราะฉะนั้นเพื่อให้จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยอย่างเพียงพอเทียบเท่ากับจำเลยในกระบวนการยุติธรรม จึงควรที่จะยกเลิกมาตรา 59 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาล พ.ศ.2498 เพราะเมื่อยกเลิกมาตราดังกล่าวแล้ว วิธีพิจารณาคดีอาญาทหารก็จะต้องนำการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับในศาลทหารแทน เพราะไม่มีกฎหมายฝ่ายทหารบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในเรื่องดังกล่าว ซึ่งก็จะทำให้จำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยเท่าเทียมกับจำเลยในศาลยุติธรรม

5.2.4 ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ในส่วนที่เกี่ยวกับศาลอาญาศึกได้บัญญัติห้ามมิให้มีทนายความในการดำเนินคดีของกลุ่มความ จึงส่งผลให้จำเลยในศาลทหารประเภทศาลอาญาศึกต้องถูกตัดสิทธิการมีทนายความทำให้จำเลยในศาลอาญาศึกต้องต่อสู้คดีแต่ตามลำพัง นอกจากนี้ในศาลอาญาศึกยังได้ห้ามกลุ่มความอุทธรณ์ฎีกา จึงยังทำให้จำเลยต้องมีความเสี่ยงต่อการไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพและชีวิตร่างกายของจำเลยอย่างร้ายแรง เพราะศาลอาญาศึกสามารถพิจารณาพิพากษาได้ทุกตัวบทกฎหมาย แม้แต่โทษประหารชีวิต แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติที่ตัดสิทธิมิให้จำเลยสามารถมีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนแต่อย่างใด แม้แต่คดีที่เป็นความลับของประเทศที่มีการสั่งให้พิจารณาเป็นการลับในกระบวนการยุติธรรมก็ยังสามารถให้มิทนายของจำเลยมีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาคดีได้ เพราะฉะนั้นจึงควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 55 พระราชบัญญัติ

ธรรมนูญศาล พ.ศ.2498 โดยให้จำเลยสามารถแต่งตั้งทนายความได้ในศาลอาญาศึก แต่เนื่องจากศาลอาญาศึกมีเขตอำนาจอยู่ภายในยุทธบริเวณและพิจารณาพิพากษากันในยุทธบริเวณ ซึ่งอาจทำให้ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ อาจจะไม่สะดวกในการเข้าไปคุ้มครองสิทธิให้แก่จำเลยในศาลอาญาศึก หรือบางครั้งบางคนก็อาจเป็นคดีเกี่ยวกับความลับของประเทศเกี่ยวกับการยุทธของทหารซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ จึงควรบัญญัติให้เฉพาะทนายความตามข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยทนายเท่านั้นที่สามารถจะว่าความในศาลอาญาศึกได้

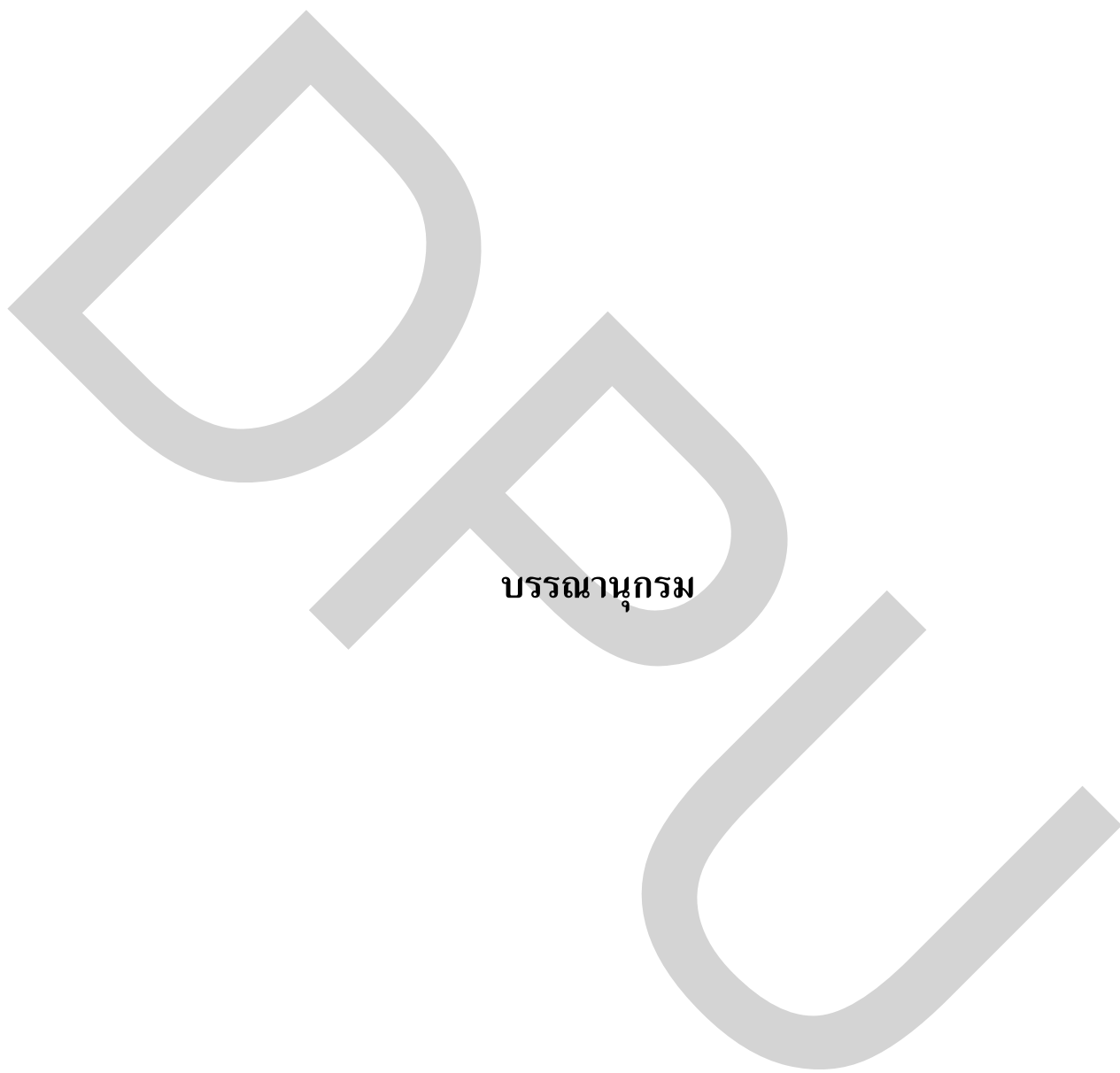
5.2.5 เนื่องจากในปัจจุบันนายทหารไม่เคยผ่านการฝึกอบรมอย่างเป็นระเบียบต่างไปจากทนายความของพลเรือนที่จะได้รับใบอนุญาตให้ว่าความในศาลได้จะต้องผ่านการฝึกอบรมจากสภาทนายความเป็นเวลาประมาณหนึ่งปี จึงควรมีการยกมาตรฐานของนายทหารให้มีมาตรฐานทางวิชาชีพเทียบเท่ากับทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 โดยให้มีการฝึกอบรมจากสภาทนายความก่อนปฏิบัติหน้าที่นายทหาร เพราะจะเป็นการยกระดับของนายทหารให้มีมาตรฐานทางวิชาชีพในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะว่าจากเหตุผลที่กล่าวมาแล้วก็คือ สิทธิการมีทนายความของจำเลยนั้นมิได้มีความหมายเพียงแต่จำเลยมีทนายความมาปรากฏตัวในศาลเท่านั้น แต่ยังคงหมายถึงการที่จำเลยมีทนายความที่มีประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือและปฏิบัติหน้าที่คุ้มครองสิทธิจำเลยอีกด้วย

5.2.6 ในข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยนายทหารได้กำหนดให้นำข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาในส่วนที่เกี่ยวกับมรรยาททนายความมาใช้บังคับในศาลทหาร แต่ในปัจจุบันเนติบัณฑิตยสภาไม่ได้ดูแลรับผิดชอบมรรยาททนายความอีกต่อไปแล้ว เพราะถูกยกเลิกโดยข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 จึงควรแก้ไขข้อความในข้อบังคับกลาโหมว่าด้วยนายทหารให้สอดคล้องกับข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ

5.2.7 ในปัจจุบันค่าตอบแทนของทนายความที่ศาลแต่งตั้งให้ว่าความแก่จำเลยในศาลทหารยังมีอัตราค่าตอบแทนต่ำกว่าอัตราค่าตอบแทนของทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในกระบวนการยุติธรรมอยู่ในอัตราที่แตกต่างกัน จึงควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องอัตราค่าตอบแทนของทนายความในศาลทหารให้เท่าเทียมกับในศาลยุติธรรม รวมทั้งการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องงบประมาณค่าใช้จ่ายของทนายความในกรณีที่จะต้องเดินทางไปว่าความให้แก่จำเลยในศาลทหารส่วนภูมิภาคต่างๆ อีกด้วย

จากการศึกษาทั้งหมดในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยในศาลทหาร โดยทำการเปรียบเทียบกับจำเลยในกระบวนการยุติธรรมนั้น ผลการวิจัยพบได้ว่าจำเลยในศาลทหารได้รับการคุ้มครองจากรัฐในเรื่องสิทธิการมีทนายความน้อยกว่าจำเลยในศาลพลเรือน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในงานวิจัยทั้งหมด จึงควรที่จะได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในศาลทหารทั้งหมดให้

สอดคล้องกับหลักสากลและเท่าเทียมกับการได้รับความคุ้มครองในสิทธิดังกล่าวของจำเลยในศาลพลเรือน เช่น ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทายาทโดยค้ำถึงถึงอัตราโทษและการคุ้มครองสิทธิการมีทายาทของจำเลยในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย รวมไปถึงการคุ้มครองสิทธิการมีทายาทของจำเลยในศาลทหารประเภทศาลอาญาศึก เพราะจากหลักการตามรัฐธรรมนูญที่ว่าบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ผลการวิจัยยังพบว่านายทหารในปัจจุบันมีปัญหาและข้อขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่ ทายาทความให้แก่จำเลยในศาลทหารหลายประการ เช่น อัตราค่าตอบแทนทายาทที่ศาลทหารตั้งให้แก่จำเลยในศาลทหารมีอัตราต่ำกว่าของกระบวนการยุติธรรม ปัญหาเรื่องการควบคุมมรรยาทนายทหาร ปัญหาเรื่องงบประมาณในการว่าความของนายทหาร และปัญหาในเรื่องมาตรฐานวิชาชีพของนายทหาร จึงควรได้มีการแก้ไขเพื่อให้นายทหารสามารถปฏิบัติหน้าที่การคุ้มครองสิทธิของจำเลยได้อย่างเต็มที่โดยไม่มีปัญหาข้อขัดข้องอันจะส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิการมีทายาทของจำเลยในศาลทหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2545). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. กรุงเทพฯ : จีรัชการพิมพ์.
- คณิต ฒ นคร. (2528). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์.
- . (2540). รวมบทความด้านวิชาการ. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (ที่มาและนิติวิธี). กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- ประดิษฐ์ สุนทรราชุน. (2515). กระบวนการยุติธรรม. กรุงเทพฯ.
- ประพาฬ กุลพิจิตร. (2539). “จดหมายเหตุกรมพระธรรมนูญ.” หนังสือครบรอบ 90 ปี กรมพระธรรมนูญ. กรุงเทพฯ.
- ไพบุลย์ ยันตระพร. (2533). “ประวัติกรมพระธรรมนูญและเหล่าทหารพระธรรมนูญ.” การประชุมทางวิชาการของนายทหารเหล่าพระธรรมนูญ. กรุงเทพฯ.
- มานิตย์ จุมปา. (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- หยุด แสงอุทัย. (2511). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์.
- . (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพริก.
- สัญญาชัย สัจจวานิช. (2526). “หมอลความ.” หนังสือวันรพี 26. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมเนติบัณฑิตสภา.
- สัญญา ธรรมศักดิ์. (2522). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมเนติบัณฑิตสภา.
- สำราญ กานต์ประภา. (2507). รายงานการไปศึกษาดูงานต่างประเทศเกี่ยวกับศาลทหาร. กรุงเทพฯ.

- โสภณ รัตนากร. (2544). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน**. กรุงเทพฯ : วิทยุชน.
- วรา ไวยพงษ์ (2527). **หนังสือที่ระลึกงานเปิดศาลจังหวัดเชียงใหม่**. เชียงใหม่ : โรงพิมพ์
สมิทธิผล.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ. (2538). **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : วิทยุชน.
- วิญญู เครื่องงาม. (2520). **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร**. กรุงเทพฯ : นำอักษรการพิมพ์.
- วรศักดิ์ อารีเปี่ยม. (2541). **การบริหารกระบวนการยุติธรรมทางทหาร**. ม.ป.ท. กรมพระธรรมนูญ.

บทความ

- กมล พลวัน. (2518). “วันสิทธิมนุษยชน.” **บทบัญญัติ**, เล่มที่ 32.
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2521). “การควบคุมอำนาจพนักงานสอบสวน.” **การนิติศาสตร์**,
ปีที่ 9, ฉบับที่ 4.
- คณิต ณ นคร. (2524). “ฐานะหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา.” **วารสารอัยการ**, **ปีที่ 4,**
ฉบับที่ 47.
- _____. (2528). “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
(ฉบับที่ 15) พ.ศ.2527.” **วารสารนิติศาสตร์**, **ปีที่ 15, ฉบับที่ 4.**
- ณรงค์ ใจหาญ. (2540, มิถุนายน). “หลักประกันสิทธิของประชาชนในคดีอาญาใหม่ : ปัจจุบันและ
ทศวรรษหน้า (2540-2550).” **บทบัญญัติ**.
- มารุต บุณนาค. (2515). “สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา.” **วารสารทนายความ**,
ฉบับที่ 12.
- สัตนพันธ์ โรจนภิรมย์. (2536). “ระบบกฎหมายทหารสหรัฐอเมริกา.” **วารสารพระธรรมนูญ**.
- วิจักษ์ สัจจเวท. (2534, 12 กันยายน). “บทบาทของกระบวนการยุติธรรมทหารในการรักษา
ความมั่นคงแห่งชาติ.” **วารสารพระธรรมนูญ**, **เล่มที่ 36.**
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ. (2540). “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศีลธรรมรูปแบบการจำกัดสิทธิ
และเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม.” **วารสารกฎหมาย**, **เล่ม 17.**
- วิญญู เครื่องงาม. (2522). “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน.” **วารสารอัยการ**, **ปีที่ 2,**
ฉบับที่ 13.
- อุดม รัฐอมฤต. (2538). “ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบใน
คดีอาญา.” **วารสารนิติศาสตร์**, **ปีที่ 25, ฉบับที่ 2.**
- อุทัย สุภนิตย์. (2509). “ทนายความกับศาล.” **บทบัญญัติ**, **เล่ม 24.**

เอกสารอื่นๆ

ณรงค์ ใจหาญ. (2540). **สิทธิของผู้ต้องหา, จำเลย และผู้ต้องโทษในคดีอาญา** (รายงานวิจัย).
โครงการศึกษาวิจัยเสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ. กรุงเทพฯ.

วิทยานิพนธ์

คมสัน กันหาเรียง. (2538). **การมีทนายความในคดีอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ทัศนีย์ แก้วพิลา. (2527). **สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ไมตรี วงจรศิลป์. (2535). **ข้อจำกัดการค้นหาคำความจริงของทนายในคดีอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ภาษาต่างประเทศ

Books

Maddex, James L. (1979). **Constitution Law**. n.p. : West Publishing.

Terrell, Timothy P. and Charles A. Shaner. (1980). **Military Law**. n.p.

Tomes, Lt. Col. Jonathan P. (1996). **Military Commander and The Law**. The Judge

Advocate General School U.S. Air Force, n.p.

U.S. Department of Army, Legal Services. (1990). **Trial Procedure**. n.p.

ด

ด

ภาคผนวก

ด

พระราชบัญญัติ
ธรรมนูญศาลทหาร
พ.ศ.2498

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2498

เป็นปีที่ 10 ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่าโดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้ โดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้ยกเลิก

(1) พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2477

(2) พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2477

(3) พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 2)

พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2488 และพระราชบัญญัติอนุมติพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2488

(4) พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2490

(5) พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2496

(6) บรรดาบทกฎหมาย กฎและข้อบังคับอื่นๆ ในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 4 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ภาค 1
ศาลทหาร
ลักษณะ 1
บททั่วไป

มาตรา 5 ศาลทหารทั้งหลายตามพระราชบัญญัตินี้ ให้สังกัดอยู่ในกระทรวงกลาโหม ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบในงานธุรการของศาลทหารให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อย แต่การพิจารณาคดีตลอดถึงการที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาบังคับคดีนั้น ให้อยู่ในดุลยพินิจของศาลทหาร โดยเฉพาะ

โดยอนุมัติรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ให้เจ้ากรมพระธรรมนูญวางระเบียบราชการของศาลทหารและอัยการทหาร เพื่อให้กิจการของศาลทหารและอัยการทหารดำเนินไปโดยเรียบร้อย

มาตรา 6 ศาลทหารตามพระราชบัญญัตินี้แบ่งออกเป็นสามชั้น คือ

- (1) ศาลทหารชั้นต้น
- (2) ศาลทหารกลาง
- (3) ศาลทหารสูงสุด

ภายใต้บังคับมาตรา 39 ในเวลาที่มีการรบหรือการสงคราม หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก จะให้มีศาลอาญาศึกก็ได้

มาตรา 7 ศาลทหารชั้นต้นได้แก่

- (1) ศาลจังหวัดทหาร
- (2) ศาลมณฑลทหาร
- (3) ศาลทหารกรุงเทพ
- (4) ศาลประจำหน่วยทหาร

มาตรา 8 ทุกจังหวัดทหารให้มีศาลจังหวัดทหารศาลหนึ่ง เว้นแต่จังหวัดทหารที่ตั้งกองบัญชาการมณฑลทหาร และทุกมณฑลทหารให้มีศาลมณฑลทหารศาลหนึ่ง เว้นแต่มณฑลทหารที่ตั้งศาลทหารกรุงเทพ

ศาลทหารเหล่านี้อาจไปนั่งพิจารณา ณ ที่ใดภายในเขตอำนาจได้ตามความจำเป็น

มาตรา 9 เมื่อหน่วยทหารปฏิบัติหน้าที่อยู่นอกราชอาณาจักร หรือกำลังเดินทางเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่นอกราชอาณาจักรและมีกำลังทหาร ไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน จะให้ตั้งศาลประจำหน่วยทหารนั้นก็ได้

เมื่อกำลังทหารกองทัพใดมีจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่าไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันนั้น ให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

มาตรา 10 การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารสูงสุดและศาลทหารกลางให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งและถอดถอน

ส่วนการแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารอื่นๆ พระมหากษัตริย์อาจทรงมอบพระราชอำนาจแก่ผู้บังคับบัญชาทหาร และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนตามพระราชบัญญัตินี้ ว่าด้วยการแต่งตั้งตุลาการ

มาตรา 11 ให้มีตุลาการพระธรรมนูญ อัยการทหาร นายทหารพระธรรมนูญและเจ้าศาลทหาร หรือผู้ช่วยตำแหน่งดังกล่าว ตามจำนวนที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

คุณสมบัติ พื้นความรู้ และอำนาจหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวในวรรคก่อน ให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

มาตรา 12 โดยอนุมติรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ให้ผู้ที่สอบความรู้ทางกฎหมายได้ปริญญาตรี หรือเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี ฝึกหัดดำเนินคดีในศาลทหารได้ และเมื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ก็ให้ผู้นั้นดำเนินคดีได้ตั้งอัยการทหาร

ลักษณะ 2

อำนาจศาลทหาร

มาตรา 13 ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหารเรือ กฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ในขณะที่กระทำความผิด และมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 14 คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร คือ

(1) คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีได้อยู่ในอำนาจศาลทหารกระทำความผิดด้วยกัน

(2) คดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือน

(3) คดีที่ต้องดำเนินในศาลคดีเด็กและเยาวชน

(4) คดีที่ศาลทหารเห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร

มาตรา 15 คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ให้ดำเนินคดีในศาลพลเรือน

เมื่อศาลพลเรือนได้สั่งรับประทับฟ้องไว้แล้ว แม้จะปรากฏตามทางพิจารณาในภายหลังว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ก็ให้ศาลพลเรือนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้

ภาค 2

ศาลทหารในเวลาปกติ

ลักษณะ 1

เขตอำนาจศาล

มาตรา 16 บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร คือ

- (1) นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ
- (2) นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ เฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่งหรือข้อบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร
- (3) นายทหารประทวนและพลทหารกองประจำการหรือประจำการหรือบุคคลที่รับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร
- (4) นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด
- (5) ทหารกองเกินที่ถูกเข้ากองประจำการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้เพื่อให้เข้ารับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหาร
- (6) พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เมื่อกระทำผิดในหน้าที่ราชการทหาร หรือกระทำผิดอย่างอื่นเฉพาะในหรือบริเวณ อาคาร ที่ตั้งหน่วยทหาร ที่พักร้อน พักแรม เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะใดๆ ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร
- (7) บุคคลซึ่งต้องขังอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร โดยชอบด้วยกฎหมาย
- (8) เภลศีกหรือชนชาติศัตรูซึ่งอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

มาตรา 17 ศาลทหารชั้นต้นมีเขตอำนาจ ดังนี้

- (1) ศาลจังหวัดทหารและศาลมณฑลทหารมีเขตอำนาจตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา
- (2) ศาลทหารกรุงเทพมีเขตอำนาจไม่จำกัดพื้นที่ แต่โดยปกติถ้าการกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นในท้องถิ่นที่มีศาลทหาร ก็ให้พิจารณาพิพากษาในศาลทหารท้องถิ่นนั้น
- (3) ศาลประจำหน่วยทหาร มีอำนาจเหนือบุคคลที่สังกัดหน่วยทหารนั้น โดยไม่จำกัดพื้นที่

มาตรา 18 เมื่อมีคำร้องขอของอัยการทหารหรือผู้ต้องหา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจสั่งให้ส่งผู้ต้องหาไปดำเนินคดีในศาลทหารตามที่ร้องขอได้

มาตรา 19 ศาลจังหวัดทหารมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาได้ทุกบทกฎหมาย เว้นแต่คดีที่จำเลยมียศทหารชั้นสัญญาบัตร

คดีที่กฎหมายมิได้กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำหรือกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนดนี้ ถ้าศาลจังหวัด

ทหารเห็นควรรยกฟองโจทก์ หรือเห็นควรลงโทษจำเลยแต่ละกระทงจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนดนี้ ก็ให้พิพากษาได้

คดีที่ศาลจังหวัดไม่มีอำนาจพิพากษา ให้ศาลจังหวัดทหารทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพพิพากษา แล้วแต่กรณี

มาตรา 20 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจสั่งให้ตุลาการพระธรรมนูญหนึ่งนายไปนั่งร่วมกับตุลาการศาลจังหวัดอีกสองนายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา ในกรณีเช่นนี้ให้ศาลจังหวัดทหารมีอำนาจและหน้าที่ดังศาลมณฑลทหาร

มาตรา 21 ศาลมณฑลทหารและศาลประจำหน่วยทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกบทกฎหมาย เว้นแต่คดีที่จำเลยมียศทหารชั้นนายพลหรือเทียบเท่า

มาตรา 22 ศาลทหารกรุงเทพมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกบทกฎหมายโดยไม่จำกัดยศของจำเลย

มาตรา 23 ศาลทหารกลางมีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้น

มาตรา 24 ศาลทหารสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารกลาง

คดีที่ศาลทหารสูงสุดได้พิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งแล้ว ให้เป็นอันถึงที่สุด

ลักษณะ 2

องค์คณะตุลาการ

มาตรา 25 ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ตุลาการนายเดีวมีอำนาจ

(1) ออกหมายเรียก ออกหมายอาญา ออกหมายสั่งให้ส่งคนมาจากหรือไปยังจังหวัด

อื่น

(2) ออกคำสั่งใดๆ ซึ่งมีใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี

ถ้าตุลาการนั้นเป็นตุลาการพระธรรมนูญ ก็ให้มีอำนาจทำการไต่สวนหรือสืบพยานได้

ด้วย

มาตรา 26 ศาลจังหวัดทหารต้องมีตุลาการสามนายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ

(1) นายทหารชั้นสัญญาบัตรสองนาย

(2) ตุลาการพระธรรมนูญหนึ่งนาย

มาตรา 27 ศาลมณฑลทหาร ศาลทหารกรุงเทพ และศาลประจำหน่วยทหารต้องมี

ตุลาการสามนายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ

(1) นายทหารชั้นสัญญาบัตรสองนาย

(2) ตุลาการพระธรรมนูญหนึ่งนาย

มาตรา 28 ศาลทหารกลางต้องมีตุลาการห้านายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ

(1) นายทหารชั้นนายพลหนึ่งหรือสองนาย

(2) นายทหารชั้นนายพัน นายนาวา หรือนายนาวาอากาศชั้นไปหนึ่งหรือสองนาย

(3) ตุลาการพระธรรมนูญสองนาย

มาตรา 29 ศาลทหารสูงสุดต้องมีตุลาการห้านายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ

(1) นายทหารชั้นนายพลสองนาย

(2) ตุลาการพระธรรมนูญสามนาย

ลักษณะ 3

การแต่งตั้งตุลาการ

มาตรา 30 ภายใต้บังคับมาตรา 10 ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ คือ

(1) ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาจังหวัดทหารเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งนายทหารชั้นสัญญาบัตร ซึ่งรับราชการประจำอยู่ในพื้นที่จังหวัดทหารนั้นๆ เป็นตุลาการศาลจังหวัดทหาร

(2) ผู้มีอำนาจบังคับบัญชามณฑลทหาร เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งนายทหารชั้นสัญญาบัตร ซึ่งรับราชการประจำอยู่ในพื้นที่มณฑลทหารนั้นๆ เป็นตุลาการศาลมณฑลทหาร

(3) ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหน่วยทหาร เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งนายทหารชั้นสัญญาบัตร ซึ่งรับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหารนั้นๆ เป็นตุลาการศาลประจำหน่วยทหาร

(4) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลทหารกรุงเทพ ศาลต้องมีสามนายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ

ผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามความในมาตรานี้ จะแต่งตั้งนายทหารนอกประจำการเป็นตุลาการก็ได้

มาตรา 31 ตุลาการพระธรรมนูญเป็นตุลาการในศาลทหารได้ทุกศาล แต่ต้องมียศทหารตามชั้นศาล ดังนี้

(1) ศาลทหารชั้นต้น ต้องเป็นนายทหารชั้นนายร้อย นายเรือ หรือนายเรืออากาศชั้นไป

(2) ศาลทหารกลาง ต้องเป็นนายทหารชั้นนายพัน นายนาวา หรือนายนาวาอากาศชั้นไป

(3) ศาลทหารสูงสุด ต้องเป็น

ก. นายทหารชั้นพันเอก นาวาเอก หรือนาวาอากาศเอก ซึ่งรับเงินเดือนอัตราพันเอกพิเศษ นาวาเอกพิเศษ หรือนาวาอากาศเอกพิเศษ

ข. นายทหารชั้นนายพล

มาตรา 32 ในศาลทหารชั้นต้น ตุลาการซึ่งมิใช่ตุลาการพระธรรมนูญ ต้องมียศทหารสูงกว่าหรือเท่าจำนวนที่มียศทหารสูงสุด ชกจำนวนให้ถือในขณะฟ้อง

มาตรา 33 ในศาลทหารชั้นต้น ถ้าไม่มีนายทหารที่มียศสมควรเป็นตุลาการครบองค์คณะ ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามความในมาตรา 30 จะแต่งตั้งนายทหารที่เห็นสมควรเป็นตุลาการก็ได้

มาตรา 34 ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามความในมาตรา 30 จะแต่งตั้งตุลาการสำรองไว้ก็ได้ ตุลาการสำรองต้องเป็นผู้มีลักษณะตามพระราชบัญญัตินี้ว่าด้วยการแต่งตั้งตุลาการเมื่อตุลาการไม่สามารถจะนั่งพิจารณาครบองค์คณะ ให้ตุลาการสำรองนั่งเป็นตุลาการเพื่อให้ครบองค์คณะและให้มีอำนาจหน้าที่ดังตุลาการ

มาตรา 35 ให้ตุลาการที่มีอาวุโสสูงสุดเป็นประธานในการพิจารณาพิพากษา

ภาค 3

ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ

มาตรา 36 ในเวลาไม่ปกติ คือ ในเวลาที่มีการรบหรือสถานะสงคราม หรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลทหารซึ่งมีอยู่แล้วในเวลาปกติคงพิจารณาพิพากษาคืออาญาได้ตามอำนาจ แต่ถ้าผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ประกาศ หรือผู้บัญชาการทหารสูงสุดได้สั่งตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก ให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคืออาญาใดๆ ก็ให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคืออาญาตามประกาศหรือคำสั่งนั้นได้ด้วย

เมื่อหมดภาวะการรบหรือสถานะสงคราม หรือเลิกใช้กฎอัยการศึก ศาลทหารยังคงมีอำนาจ พิจารณาพิพากษาคดีที่ค้างอยู่ในศาลหรือที่ยังมิได้ฟ้อง แต่ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจสั่ง โอนคดีหรือส่งตัวผู้ต้องหาไปดำเนินคดียังศาลทหารแห่งอื่นได้ และให้ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเช่นนี้มีอำนาจและหน้าที่ดังศาลทหารในเวลาไม่ปกติ

มาตรา 37 ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามความในมาตรา 30 มีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลพลเรือนเป็นตุลาการได้ และแต่งตั้งพนักงานอัยการ จำศาลพลเรือน หรือผู้ทรงคุณวุฒิที่เหมาะสมเป็นอัยการทหารและจำศาลทหารได้

มาตรา 38 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยศาลทหาร ในเวลาปกติมาใช้บังคับในศาลทหารในเวลาไม่ปกติโดยอนุโลม

ภาค 4

ศาลอาญาศึก

มาตรา 39 เมื่อหน่วยทหารหรือเรือรบอยู่ในยุทธบริเวณจะตั้งศาลอาญาศึกก็ได้
ภายใต้บังคับมาตรา 10 ให้ผู้บังคับบัญชาทหารสูงสุด ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังทหารอยู่ใน
บังคับบัญชาไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในเรือรบ ป้อม หรือที่มั่นอย่างใด ๆ
ของทหารหรือผู้ทำการแทน เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลอาญาศึกเพื่อพิจารณาคดีอาญาที่
เกิดขึ้นเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยทหารนั้นได้

เมื่อทหารบก ทหารเรือ หรือทหารอากาศ กระทำการร่วมกัน ให้ผู้บังคับบัญชาทหาร
สูงสุด ณ ที่นั้นเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลอาญาศึก

มาตรา 40 ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลอาญาศึก มีอำนาจส่งผู้ต้องหาไปยังศาลทหาร
แห่งอื่นให้ดำเนินการพิจารณาพิพากษาได้ และให้ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเช่นนี้มีอำนาจและ
หน้าที่ตั้งศาลอาญาศึก

มาตรา 41 ศาลอาญาศึกต้องมีตุลาการสามนาย เป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา ตุลาการ
ต้องเป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตร

มาตรา 42 ศาลอาญาศึกมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั้งปวง ซึ่งการกระทำผิด
เกิดขึ้นในเขตอำนาจได้ทุกบทกฎหมายและไม่จำกัดตัวบุคคล

มาตรา 43 เมื่อหมดภาวะการรบหรือสถานะสงครามหรือเลิกใช้กฎอัยการศึก
ศาลอาญาศึกยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ค้างอยู่ในศาล แต่ผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ
ศาลอาญาศึกหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจสั่งโอนคดีให้ศาลทหารแห่งอื่น
พิจารณาพิพากษาได้ ส่วนคดีที่อยู่ในอำนาจศาลอาญาศึกแต่ยังมีได้ฟ้อง ให้นำไปฟ้องยังศาลทหาร
แห่งอื่น และให้ศาลทหารที่พิจารณาพิพากษาคดีเช่นนี้ มีอำนาจและหน้าที่ตั้งศาลอาญาศึก

มาตรา 44 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยศาลทหารในเวลาไม่ปกติมาใช้บังคับให้ศาลอาญาศึก
โดยอนุโลม

ภาค 5

วิธีพิจารณาความอาญาทหาร

ลักษณะทั่วไป

บททั่วไป

มาตรา 45 วิธีพิจารณาความอาญา ให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับซึ่งออกตาม
กฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎและข้อบังคับฝ่ายทหารก็ให้นำประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้

ลักษณะ 2

การควบคุม

มาตรา 46 การควบคุมผู้ต้องหาซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามความในมาตรา 16 นั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจศาลทหารหรือไม่ก็ตาม ให้ผู้บังคับบัญชาทหารมีอำนาจสั่งควบคุมได้ โดยอนุโลมตามอำนาจลงทัณฑ์ขังในกฎหมายว่าด้วยวินัยทหาร แต่การสั่งควบคุมตามอำนาจดังกล่าวของผู้ลงทัณฑ์ขังทุกชั้นรวมกันต้องไม่เกินเก้าสิบวัน

ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยวินัยทหารมิได้ระบุผู้มีอำนาจลงทัณฑ์ขังหรือผู้รับทัณฑ์ขังไว้หรือให้อำนาจลงทัณฑ์ขังไว้อย่างสูงไม่ถึงเก้าสิบวันให้นายทหารซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บัญชาการกองพลขึ้นไปเป็นผู้มีอำนาจสั่งควบคุมหลายครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินเก้าสิบวัน ถ้าไม่มีนายทหารซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บัญชาการกองพลขึ้นไป หรือผู้ต้องหาอยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชาก็ให้ผู้บังคับบัญชาทหารสูงสุด ณ ที่นั้น เป็นผู้ มีอำนาจสั่งควบคุม

ในกรณีที่ผู้ต้องหาเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ในขณะที่กระทำความผิดและเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร แต่ขณะที่ตกเป็นผู้ต้องหาผู้นั้นมิได้รับราชการในสังกัดกระทรวงกลาโหม หรือเป็นผู้ที่ถูกปลดจากกองประจำการแล้ว หรือเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามมาตรา 16 (5) แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารยังมิได้จัดเข้ารับราชการในกองประจำการในสังกัดหน่วยทหารใด ให้นายทหารซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ผู้บังคับการจังหวัดทหารบกขึ้นไปในท้องที่ที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือในท้องที่ที่จับตัวผู้ต้องหาได้ เป็นผู้มีอำนาจสั่งควบคุมหลายครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินเก้าสิบวัน

การควบคุมผู้ต้องหาให้ถือว่าเป็นการควบคุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ลักษณะ 3

การสอบสวน

มาตรา 47 นายทหารพระธรรมนูญหรืออัยการทหาร มีอำนาจทำการสอบสวนคดีอาญาทั้งปวงซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหาร แต่ถ้ามีเหตุอันสมควรผู้บังคับบัญชาจะสั่งให้นายทหารชั้นสัญญาบัตรทำการสอบสวนก็ได้ ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความอาญา

การสอบสวนดังกล่าวในวรรคก่อนให้ถือว่าเป็นการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

เพื่อประโยชน์แก่การสอบสวนให้ผู้มีหน้าที่ทำการสอบสวนมีอำนาจออกหมายเรียกให้บุคคลใดมาให้ถ้อยคำ หรือส่งสิ่งใดที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานได้

มาตรา 48 อัยการทหารมีอำนาจทำการสอบสวน หรือจะสั่งให้ผู้มีหน้าที่สอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมก็ได้

ลักษณะ 4

การฟ้องคดีอาญาและคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา

มาตรา 49 ศาลทหารในเวลาปกติให้อัยการทหารหรือผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา แต่ถ้าผู้เสียหายมิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารแล้ว ต้องมอบคดีให้อัยการทหารเป็นโจทก์

ศาลทหารในเวลาไม่ปกติหรือศาลอาญาศึก หรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามความในมาตรา 40 และมาตรา 43 ให้อัยการทหารเท่านั้นมีอำนาจเป็นโจทก์ ผู้เสียหายจะเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารหรือไม่ก็ตาม ต้องมอบคดีให้อัยการทหารเป็นโจทก์

มาตรา 50 เมื่ออัยการทหารเห็นว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ให้ส่งสำนวนการสอบสวนให้พนักงานอัยการเพื่อพิจารณาคำเนินคดีนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในกรณีเช่นนี้พนักงานอัยการจะส่งสำนวนการสอบสวนกลับคืนไปยังอัยการทหารเพื่อให้ดำเนินคดีนั้นมิได้

มาตรา 51 เมื่ออัยการทหารร้องขอ ศาลทหารมีอำนาจพิพากษาให้จำเลยคืนทรัพย์สิน ใช้อรรถาธิบาย หรือใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่รัฐบาลได้ในกรณีที่จำเลยกระทำความผิด

มาตรา 52 ถ้าโจทก์ร้องขอให้ยึดทรัพย์สินจำเลย ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการส่งคดีนั้นไปยังศาลพลเรือนในท้องถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ และให้ศาลพลเรือนสั่งจัดการยึดทรัพย์สินในคดีนั้นต่อไปตามกฎหมายโดยไม่ต้องฟ้องอีกสำนวนหนึ่ง ส่วนหน้าที่อัยการทหารให้มอบให้พนักงานอัยการจัดการว่าความในศาลพลเรือนชั้นยึดทรัพย์สินต่อไปจนกว่าจะถึงที่สุด

มาตรา 53 ผู้เสียหายจะร้องขอให้จำเลยคืนทรัพย์สิน ใช้อรรถาธิบาย หรือใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในศาลทหารไม่ได้

มาตรา 54 ในการพิพากษาคดีแพ่ง ศาลพลเรือนจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาของศาลทหาร

ลักษณะ 5

การพิจารณา

มาตรา 55 ศาลทหารในเวลาปกติ ให้ผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง แจ้งหมายได้

ศาลทหารในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติให้จำเลยแจ้งหมายได้

หมายต้องเป็นหมายตามกฎหมายว่าด้วยหมายความ หรือหมายความที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เมื่อหมายได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ให้ว่าต่างหรือแก้ต่างได้

ศาลอาญาศึกหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 และมาตรา 43 ห้ามแจ้งหมาย

มาตรา 56 ภายใต้บังคับมาตรา 55

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้

(2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจน และต้องการทนาย ก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ในการนี้ศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลแก่ทนายที่ศาลตั้งตาม (1) และ (2) ตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

มาตรา 57 เมื่อมีเหตุผลที่อาจเป็นการขัดขวางหรือไม่สะดวก หรือไม่อาจดำเนินคดีในศาลทหารท้องถิ่นได้ ถ้าโจทก์หรือจำเลยยื่นเรื่องราวต่อศาลทหารสูงสุดขอให้โอนคดีไปยังศาลทหารแห่งอื่น และศาลทหารสูงสุดอนุญาตตามคำขอนั้น ก็ให้ส่งโอนคดีไปยังศาลที่ตั้งศาลทหารสูงสุดระบุนี้ไว้

คำสั่งของศาลทหารสูงสุดนี้ให้เป็นอันถึงที่สุด

มาตรา 58 ศาลทหารมีอำนาจส่งประเด็นให้ศาลทหารแห่งอื่นหรือศาลพลเรือนสืบพยาน ให้ศาลที่รับประเด็นมีอำนาจและหน้าที่ดังศาลเดิม และให้มีอำนาจส่งประเด็นไปยังศาลอื่นอีกต่อหนึ่งได้

การส่งประเด็นไปยังศาลพลเรือนตามความในวรรคแรก ถ้าอัยการศาลทหารไม่ไปดำเนินคดีเอง ก็ให้พนักงานอัยการดำเนินคดีแทนอัยการทหาร

มาตรา 59 การพิจารณาและสืบพยานในศาลทหาร ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพหรือไม่ติดใจฟัง จะไม่ทำต่อหน้าจำเลยนั้นก็ได้

มาตรา 60 ในการพิจารณาของศาลทหาร ถ้าปรากฏว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาดังกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าวในฟ้องเพียงรายละเอียดเช่นเกี่ยวกับเวลาหรือสถานที่ที่กระทำความผิด หรือ

ต่างกันระหว่างการกระทำผิดฐานลักทรัพย์ กรรโชก นื้อโกง ชักยอก รับของโจร หรือต่างกันระหว่างการกระทำผิดฐานโดยเจตนา กับประมาท มิให้ถือว่าต่างกันในเรื่องสาระสำคัญอันจะเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้อง เว้นแต่จะปรากฏแก่ศาลว่าการที่ฟ้องผิดไปเป็นเหตุให้จำเลยหลงข้อต่อสู้

ลักษณะ 6

การอุทธรณ์และฎีกา

มาตรา 61 ภายใต้บังคับมาตรา 62 และมาตรา 63 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาปกติ โจทก์หรือจำเลยอุทธรณ์หรือฎีกาได้ภายในสิบห้าวัน ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามมาตรา 30 หรือผู้อำนาจสั่งลงโทษ อุทธรณ์หรือฎีกาได้ภายในสามสิบวัน ทั้งนี้ นับแต่วันอ่านหรือถือว่าได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำเลยฟัง

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาไม่ปกติ และศาลอาญาศึกหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 และมาตรา 43 ห้ามอุทธรณ์หรือฎีกา

มาตรา 62 ในคดีที่ศาลทหารกลางพิพากษาขึ้นตามศาลทหารชั้นต้นไปยกฟ้อง โจทก์ได้โดยอาศัยข้อเท็จจริง หรือพิพากษาขึ้นให้ลงโทษ หรือแก้ไขเล็กน้อยและจำคุกจำเลยไม่เกินห้าปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับแต่โทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือศาลทหารชั้นต้นพิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แม้ศาลทหารกลางพิพากษาแก้ไขมาก็ตาม ถ้าศาลทหารกลางยังคงลงโทษจำเลยไม่เกินกำหนดที่ว่ามานี้ ห้ามมิให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง และในกรณีเช่นนี้มีให้นำบทบัญญัติมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ

มาตรา 63 ห้ามมิให้อุทธรณ์หรือฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายที่มีได้ยกขึ้นมาว่ากันตั้งแต่ศาลทหารชั้นต้น เว้นแต่จะเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติอันว่าด้วยการอุทธรณ์และฎีกา

ลักษณะ 7

การบังคับตามคำพิพากษา

มาตรา 64 ภายใต้บังคับมาตรา 246 ถึงมาตรา 248 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติเรือนจำ พุทธศักราช 2479 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเรือนจำทหาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 คำพิพากษาของศาลทหารเว้นแต่ศาลอาญาศึกหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ให้ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษจัดการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้าเป็นคำพิพากษาของศาลซึ่งนั่งพิจารณา ณ ศาลพลเรือน และมีผู้พิพากษาศาลพลเรือนเป็นตุลาการตามมาตรา 37 ให้บังคับคดีไปตามมาตรา 245 วรรคหนึ่ง

แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ส่วนคำพิพากษาของศาลอาญาศึก หรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึก ตามมาตรา 40 ให้ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษจัดการให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ทีเดียว เว้นแต่ผู้ต้องคำพิพากษาให้ประหารชีวิตเป็นหญิงและมีครรภ์อยู่ ให้รอไว้จนกว่าคลอดบุตรเสียก่อนแล้วจึงให้ประหารชีวิต

ในคดีที่อุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัตินี้ ศาลทหารชั้นต้นมีหน้าที่ต้องส่งสำนวนคดีที่พิพากษาให้ลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตไปยังศาลทหารกลางในเมื่อไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษานั้น และคำพิพากษาเช่นนั้นยังไม่ถึงที่สุด เว้นแต่ศาลทหารกลางจะได้พิพากษาขึ้น

มาตรา 65 ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ คือ

(1) นายทหารผู้บังคับบัญชาจำเลย ซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บัญชาการกองพลขึ้นไป หรือมีตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บังคับกองพันขึ้นไปที่อยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชามีตำแหน่งชั้นผู้บัญชาการกองพลขึ้นไป เป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามคำพิพากษาของศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑลทหาร หรือศาลทหารกรุงเทพ

(2) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลทหารชั้นต้นเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษในกรณีที่ยำเลยอยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชาหรือไม่อยู่ได้บังคับบัญชาของทหาร

(3) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ ศาลประจำหน่วยทหาร หรือศาลอาญาศึก เป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามคำพิพากษาของศาลนั้นๆ

บทเฉพาะกาล

มาตรา 66 บรรดาคดีที่ศาลฎีกาได้รับไว้พิจารณาพิพากษาก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินี้ ให้บังคับตามกฎหมายซึ่งใช้อยู่ก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินี้จนกว่าคดีนั้นๆ จะถึงที่สุด

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

จอมพล ป. พิบูลสงคราม

นายกรัฐมนตรี

(ตำนาน)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช

สยามมินทราธิราช บรมมหาราช

ตราไว้ ณ วันที่ 11 ตุลาคม พุทธศักราช 2540

เป็นปีที่ 52 ในรัชกาลปัจจุบัน

ฯลฯ

หมวด 3

สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

ฯลฯ

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ฯลฯ

มาตรา 64 บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่นและพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ

ฯลฯ

หมวด 8

ศาล

ส่วนที่ 1

บททั่วไป

ฯลฯ

มาตรา 241 ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยย่อมมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม

ฯลฯ

มาตรา 242 ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาข่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

๑๓๑

ส่วนที่ 5

ศาลทหาร

มาตรา 281 ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทหาร และคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

๑๓๑

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ
(ลงชื่อ) วันมูหะมัดนอร์ มะทา
ประธานรัฐสภา

(ตำนาน)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

๑๓๑

ภาค 3

วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น

๑๓๑

ลักษณะ 2

การพิจารณา

มาตรา 172 การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่
บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อโจทก์หรือทนายโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้วและศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริง
ให้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟังและถามว่าได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง
คำให้การของจำเลยให้ลดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การก็ให้ศาลจดรายงานไว้ และดำเนินการ
พิจารณาต่อไป

มาตรา 172 ทวิ ภายหลังจากที่ศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรค 2 แล้ว เมื่อศาลเห็น
เป็นการสมควรเพื่อให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและ
สืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีต่อไปนี้

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือ
ในคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว เมื่อจำเลยมีทนายและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการ
พิจารณาและการสืบพยาน

(2) ในคดีที่มีจำเลยหลายคน ถ้าศาลพอใจตามคำแถลงของโจทก์ว่าการพิจารณาและ
การสืบพยานตามที่โจทก์ขอให้กระทำไม่เกี่ยวข้องกับจำเลยคนใด ศาลจะพิจารณาและสืบพยานลับหลัง
จำเลยคนนั้นก็ได้

(3) ในคดีที่มีจำเลยหลายคน ถ้าศาลเห็นสมควรจะพิจารณาและสืบพยานจำเลยคน
หนึ่งๆ ลับหลังจำเลยคนอื่นก็ได้

ในคดีที่ศาลพิจารณาและสืบพยานตาม (2) หรือ (3) ลับหลังจำเลยคนใด ไม่ว่ากรณีจะ
เป็นประการใด ห้ามมิให้ศาลรับฟังการพิจารณาและการสืบพยาน ที่กระทำลับหลังนั้นเป็นผล
เสียหายแก่จำเลยคนนั้น

๑๓๑

มาตรา 173 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวัน ที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มี และจำเลยต้องการทนายความก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดี และสภาวะทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ตามระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม กำหนดโดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

๑๗๑

มาตรา 177 ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับ เมื่อเห็นสมควรโดยผลการหรือโดยคำร้องขอของคู่ความฝ่ายใด แต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทคมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน

มาตรา 178 เมื่อมีการพิจารณาเป็นการลับ บุคคลเหล่านี้เท่านั้นมีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้คือ

- (1) โจทก์และทนาย
- (2) จำเลยและทนาย

๑๗๑

(ตำนาน)

พระราชบัญญัติ

บังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับ

การปฏิบัติต่อเชลยศึก

ลงวันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ.2492

ฯลฯ

มาตรา 8 ห้ามมิให้ศาลพิพากษาลงโทษเชลยศึกโดยไม่ได้ให้โอกาสแก่เชลยศึกในการ
ต่อสู้คดี หรือโดยมิให้ได้รับการช่วยเหลือตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในข้อ 105 แห่งอนุสัญญา

ฯลฯ

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

จอมพล ศ. ธนะรัตน์

นายกรัฐมนตรี

(สำเนา)

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

๑๓๑

ฉบับที่ 3

อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก

๑๓๑

ข้อ 105 เชลยศึกมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากเพื่อนเชลยศึกของคนที่จะหา
ทนายความผู้ทรงคุณวุฒิมาทำการต่อสู้คดีให้ ที่จะเรียกพยานและถ้าเชลยศึกเห็นว่าจำเป็นก็มีสิทธิ
ใช้ถ้ำที่สามารถ ประเทศที่กักคุมจะต้องแจ้งให้เชลยศึกทราบในเวลาอันควรก่อนการพิจารณาคดี
ว่าตนมีสิทธิเหล่านี้เมื่อเชลยศึกไม่เลือกหาทนายความ ประเทศที่คุ้มครองจะต้องจัดหาทนายความ
ให้ และมีเวลาอย่างน้อยหนึ่งสัปดาห์เพื่อการนี้ เมื่อได้รับคำร้องขอประเทศที่กักคุมจะต้องส่งรายชื่อ
บุคคลที่มีคุณวุฒิเป็นทนายความให้แก่ประเทศที่คุ้มครอง แต่ถ้าเชลยศึกหรือประเทศที่คุ้มครองไม่
เลือกหาทนายความ ประเทศที่กักคุมจะต้องตั้งทนายความที่สามารถเข้าทำการต่อสู้คดีให้

๑๓๑

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มหาจักรีบรมราชูปถัมภ์ จักรีนฤพดินทร์
สยามมินทราริราช บรมมหาบพิตร

ให้ไว้ ณ วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 25409 เป็นปีที่ 61 ในรัชกาลปัจจุบัน

ฯลฯ

มาตรา 3 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครอง ประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีแห่ง ประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้

ฯลฯ

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน

หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

จึงประกาศมาให้ทราบโดยทั่วกัน

(สำเนา)

พระราชบัญญัติ

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22)

พ.ศ.2547

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ.2547

เป็นปีที่ 59 ในรัชกาลปัจจุบัน

๑๓๑

มาตรา 134/1 ในคดีที่มีโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามี หมายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาหมายมาให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามี หมายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการให้รัฐจัดหาหมายมาให้

การจัดหาหมายความตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้หมายความที่รัฐจัดหาให้ได้รับเงิน รางวัล และค่าใช้จ่ายตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจาก กระทรวงการคลัง

เมื่อได้จัดหาหมายความให้แก่ผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสามแล้ว ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากหมายความไม่อาจมาพบผู้ต้องหาได้ โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงาน สอบสวนทราบ หรือแจ้งแต่ไม่มาพบผู้ต้องหาภายในเวลาอันสมควร ให้พนักงานสอบสวนทำ การสอบสวนผู้ต้องหาไปได้โดยไม่ต้องรอหมายความ แต่พนักงานสอบสวนต้องบันทึกเหตุนั้นไว้ ในสำนวนการสอบสวนด้วย

๑๓๑

มาตรา 134/3 ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้หมายความหรือผู้ซึ่งคนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำ คนได้

มาตรา 134/4 ในการถามคำให้การผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบ ก่อนว่า

(1) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้น อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้

(2) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งคนไว้วางใจเข้าฟังการสอบสวนปากคำคนได้

เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างใดก็ให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลขก็ให้บันทึกไว้

ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่งหรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้

๑๓๑

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

(ลงชื่อ) วิษณุ เครืองาม

รองนายกรัฐมนตรี

(สำเนา)



ข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติกับสภาทนายความ
เรื่อง แนวทางปฏิบัติกรณีผู้ต้องหาใช้สิทธิให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำของคน
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 241

เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 241 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในชั้นสอบสวน ผู้ต้องหาใช้สิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำคนได้” สำนักงานตำรวจแห่งชาติและสภาทนายความ จึงได้ร่วมกันกำหนดแนวทางปฏิบัติในกรณีผู้ต้องหาใช้สิทธิให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำของคนไว้ดังต่อไปนี้

(1) ทนายความที่จะเข้าฟังการสอบปากคำต้องเป็นสมาชิกของสภาทนายความ และให้แสดงบัตรประจำตัวทนายความต่อพนักงานสอบสวนก่อน

(2) ทนายความตามข้อ 1 สามารถเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาในคดีอาญาทุกประเภทเมื่อผู้ต้องหาต้องการใช้สิทธิของตน

(3) สภาทนายความมีหน้าที่แจ้งรายชื่อ ที่อยู่ และหมายเลขโทรศัพท์ของทนายความอาสาให้พนักงานสอบสวนทุกท้องที่ในเขตศาลจังหวัดทุกจังหวัดรวมทั้งกรุงเทพมหานครทราบล่วงหน้า

(4) ก่อนเริ่มสอบปากคำผู้ต้องหาให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มี และผู้ต้องหาต้องการทนายความเข้าฟังการสอบปากคำของคน ก็ให้พนักงานสอบสวนแจ้งไปยังสภาทนายความสำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร หรือประธานทนายความจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น เพื่อจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาโดยเร็ว และให้กรรมการบริหารสภาทนายความประจำภาคทุกภาคมีหน้าที่ประสานงานในเรื่องการจัดหาทนายความในเขตศาลจังหวัดที่รับผิดชอบ เพื่อให้เกิดความสะดวกแก่ทนายความอาสาที่จะต้องเดินทางไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนตามที่แจ้งมา

การแจ้งให้ทำเป็นหนังสือ กำหนดวัน เวลา สถานที่ที่จะสอบปากคำผู้ต้องหา เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนจะแจ้งทางโทรศัพท์ หรือเครื่องมือสื่อสารชนิดอื่นก็ได้ และให้พนักงานสอบสวนบันทึกการแจ้งไว้

ให้นายกสภาทนายความหรือผู้ที่นายกสภาทนายความมอบหมายสำหรับกรุงเทพมหานครเป็นเจ้าพนักงานทนายความอาสา สำหรับในต่างจังหวัดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการบริหารสภาทนายความประจำภาค หรือประธานทนายความจังหวัดแล้วแต่กรณี จัดทนายความอาสาให้แก่ผู้ต้องหาตามที่พนักงานสอบสวนแจ้งมา และให้แจ้งให้พนักงานสอบสวนทราบโดยเร็ว

(5) ถ้าทนายความที่ได้รับแจ้งตามข้อ 4 วรรคสาม ไม่มาฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทราบ ให้พนักงานสอบสวนบันทึกเหตุขัดข้องไว้ และหากรอการสอบปากคำไว้จะทำให้เกิดความเสียหาย ให้ดำเนินการสอบปากคำผู้ต้องหาไปตามอำนาจหน้าที่ พร้อมทั้งให้แจ้งไปยังนายกสภาทนายความ หรือผู้ที่นายกสภาทนายความมอบหมายสำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร ส่วนในจังหวัดอื่นให้แจ้งไปยังกรรมการบริหารสภาทนายความประจำภาคหรือประธานทนายความจังหวัด เพื่อจัดทนายความอาสาพร้อมฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาโดยเร็ว

(6) ก่อนเริ่มทำการสอบปากคำผู้ต้องหา พนักงานสอบสวนจะต้องให้โอกาสผู้ต้องหาพบและปรึกษาทนายความเป็นการเฉพาะตัว เพื่อการปรึกษาและให้คำแนะนำเป็นเวลาพอสมควร

(7) จำนวนทนายความที่จะเข้าฟังการสอบปากคำให้มีอย่างน้อยหนึ่งคน ต่อหนึ่งคดี ในคดีใดที่มีผู้ต้องหาหลายคน หรือเป็นคดีสำคัญก็ให้ทนายความเข้าฟังการสอบปากคำได้ตามความจำเป็นและเหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวน

(8) ทนายความที่เข้าฟังการสอบปากคำไม่มีหน้าที่ตอบคำถามแทนผู้ต้องหาเว้นแต่คำถามนั้นไม่ชัดเจน ทนายความอาจทักท้วงขอให้พนักงานสอบสวนอธิบายหรือชี้แจงเพิ่มเติมได้ และจะต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการรบกวนหรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำผู้ต้องหา

(9) ถ้าทนายความที่เข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาเห็นว่า การสอบปากคำผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมายใด อาจคัดค้านหรือทักท้วงการสอบปากคำของพนักงานสอบสวนได้ และก่อนที่พนักงานสอบสวนจะสอบปากคำหรือตั้งคำถามผู้ต้องหาต่อไป ให้พนักงานสอบสวนจดข้อคัดค้านหรือข้อทักท้วงไว้ในบันทึกการสอบปากคำ หรือจะให้ทนายความยื่นคำคัดค้านหรือคำทักท้วงเป็นหนังสือ เพื่อรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนก็ได้

ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ.2542 เป็นต้นไป

(ลงชื่อ) พลตำรวจเอก ประชา พรหมนอก
(ประชา พรหมนอก)
ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

(ลงชื่อ) สัก กอแสงเรือง
(สัก กอแสงเรือง)
นายกสภาทนายความ



ข้อบังคับกระทรวงกลาโหม

ว่าด้วยทนาย

พ.ศ.2499

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดวิธีการเกี่ยวกับทนายที่จะว่าต่าง หรือแก้ต่างในศาลทหาร และอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 55 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 จึงตราข้อบังคับไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ข้อบังคับนี้เรียกว่า “ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยทนาย พ.ศ.2499 เรียกย่อว่า “ขท.49”

ข้อ 2. ให้ใช้ข้อบังคับนี้ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

ข้อ 3. ให้ยกเลิกบรรดาข้อบังคับ คำสั่ง และระเบียบอื่นๆ ในส่วนที่มีกำหนดไว้แล้วในข้อบังคับนี้ หรือซึ่งขัด หรือแย้งกับข้อบังคับนี้

ข้อ 4. ทนายตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดต้อง

- (1) เป็นข้าราชการประจำการสังกัดกระทรวงกลาโหม ขณะร้องขอเป็นทนาย
- (2) สอบความรู้ทางกฎหมายได้ปริญญาตรีหรือเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี

และ

(3) ได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บังคับกองพัน หรือเทียบเท่าขึ้นไปให้ว่าความได้เฉพาะคดีนั้น

ข้อ 5. ในคดีที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลตั้งทนายให้จำเลยนั้น ศาลจะตั้งจากทนายตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดในข้อ 4. หรือทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความก็ได้

ข้อ 6. ทนายที่จะว่าต่างหรือแก้ต่างในศาลทหารได้ ต้องยื่นใบแต่งตั้งทนาย และศาลอนุญาตแล้ว

ข้อ 7. ศาลทหารที่ได้รับใบแต่งตั้งทนาย จะพิจารณาเหตุเหล่านี้ประกอบดุลพินิจในการสั่งอนุญาตหรือไม่ก็ได้

- (1) เคยกระทำผิดฐานทำให้เสื่อมเสียอำนาจศาล หรือละเมิดอำนาจศาล
- (2) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือมีกำหนดโทษชั้นลหุโทษ หรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท

ข้อ 8. ทนายในศาลทหาร ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ และระเบียบของ
ทหาร

ข้อ 9. ให้นำข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภา ในส่วนที่เกี่ยวกับมรรยาทนายความมา
ใช้บังคับแก่ทนายในศาลทหารโดยอนุโลม

ข้อ 10. ในคดีที่ศาลทหารตั้งทนายตามข้อ 4. ให้แก่จำเลยนั้น ให้ถือว่าทนายนั้นได้รับ
คำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้ไปปฏิบัติหน้าที่ราชการ

ประกาศ ณ วันที่ 17 เมษายน 2499

(ลงชื่อ) จอมพล ป. พิบูลสงคราม

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม



คำสั่งกระทรวงศึกษาธิการ

ที่ 276/12

เรื่อง กำหนดอัตราเงินรางวัลวิทยานิพนธ์ที่ศาลตั้งให้จำเลย

เนื่องด้วยมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2511 ให้สิทธิแก่จำเลยที่จะแต่งตั้งทนายทั้งในศาลในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติได้ ยกเว้นคดีบางประเภทที่ห้ามแต่งตั้งทนายไว้ และตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2511 บัญญัติไว้ว่า “...คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ซึ่งการตั้งทนายนี้ศาลอาจตั้งทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความหรือทนายตามที่กระทรวงศึกษาธิการกำหนดตามข้อบังคับกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยทนาย พ.ศ.2499 ก็ย่อมกระทำได้ ทนายที่ศาลตั้งให้จำเลยดังกล่าวนี้ย่อมปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้รับค่าตอบแทน แต่การมาว่าความที่ศาล ทนายต้องเสียค่าพาหนะ เสียเวลา และค่าใช้จ่ายส่วนตัวในการค้นคว้าดำเนินคดีด้วย ซึ่งบางคดีต้องใช้เวลานานกว่าคดีที่จะถึงที่สุด สมควรจ่ายเงินรางวัลให้แก่ทนายเป็นค่าปวยการตามอัตราที่ได้รับความตกลงจากกระทรวงการคลัง เพื่อเป็นกำลังใจในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์

ฉะนั้น จึงให้ศาลทหารจ่ายเงินรางวัลให้แก่ทนายที่ศาลตั้งให้จำเลยตามอัตราที่ระบุไว้ในตารางต่อท้ายคำสั่งนี้

ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 17 กรกฎาคม 2512

จอมพล ถ. กิตติขจร

(ถนอม กิตติขจร)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ

**คำสั่งกระทรวงกลาโหม****ที่ 456/19****เรื่อง แก้ไขอัตราเงินรางวัลนายที่ศาลตั้งให้จำเลย**

ตามคำสั่งกระทรวงกลาโหม ที่ 276/12 เรื่อง กำหนดอัตราเงินรางวัลนายที่ศาลตั้งให้จำเลย ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2512 ซึ่งกำหนดให้ศาลทหารจ่ายเงินรางวัลให้แก่ทนายที่ศาลตั้งให้จำเลยตามอัตราที่ระบุไว้ในตารางต่อท้ายคำสั่ง ตั้งแต่วันที่ 17 กรกฎาคม 2512 เป็นต้นไปนั้น

โดยที่กระทรวงกลาโหมได้รับความตกลงจากกระทรวงการคลังให้จ่ายเงินรางวัลนายที่ศาลทหารตั้งให้จำเลยได้ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงยุติธรรมได้กำหนดขึ้นใหม่ในการจ่ายเงินรางวัลนายความที่ศาลตั้งให้จำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ตั้งแต่ มกราคม 2519 เป็นต้นไป

ฉะนั้น จึงให้ยกเลิกตารางอัตราเงินรางวัลนายที่ศาลตั้งให้จำเลยต่อท้ายคำสั่งกระทรวงกลาโหม ที่ 276/12 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2512 และให้ใช้ตารางอัตราเงินรางวัลนายที่ศาลตั้งให้จำเลยต่อท้ายคำสั่งฉบับนี้แทน ทั้งนี้ สำหรับคดีที่ถึงที่สุดตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2519 เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2519

(ลงชื่อ) พล.อ.ทวิช เสนีวงศ์ ณ อยุธยา

(ทวิช เสนีวงศ์ ณ อยุธยา)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม

ตาราง

อัตราเงินรางวัลที่ศาลตั้งให้จำเลย

อัตราเงินรางวัล	ประเภทที่ 1	ประเภทที่ 2
ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ระหว่างอัตราขั้นต่ำ และขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตารางนี้	คดีที่ความผิดต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป จน ถึงจำคุกตลอดชีวิต หรือ ประหารชีวิต	คดีที่ความผิดต้องระวางโทษ จำคุกอย่างสูง 10 ปี
อัตราขั้นต่ำเรื่องละ	150.- บาท	120.- บาท
อัตราขั้นสูงเรื่องละ	1,000.- บาท	800.- บาท

หมายเหตุ

1. ให้ศาลทหารชั้นต้นเป็นผู้กำหนดเงินรางวัลให้ทนาย โดยพิจารณาตามคดีที่ยากและ
ง่าย กับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้นๆ แล้วกำหนดให้ตามที่
เห็นสมควรจะให้รับอัตราขั้นต่ำ หรือสูง หรือระหว่างกลางๆ และจ่ายให้เมื่อคดีถึงที่สุด

2. ในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพ หรือเสร็จไปโดยศาลทหารชั้นต้นไม่ได้พิพากษา เช่น คดีที่โจทก์ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือจำเลยตาย เป็นต้น ให้ลดค่าทนายลงกึ่งหนึ่งของอัตราธรรมดา



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นาวาอากาศโท สรรเพชญ ชัยจินดา

วิทยาศาสตร์บัณฑิต โรงเรียนนายเรืออากาศ รุ่นที่ 36

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ.2545

หลักสูตรเสนาธิการกิจ โรงเรียนเสนาธิการทหารอากาศ

รุ่นที่ 50

หัวหน้าแผนกส่งกำลัง กองบริการ สำนักงานผู้บังคับ

ทหารอากาศดอนเมือง