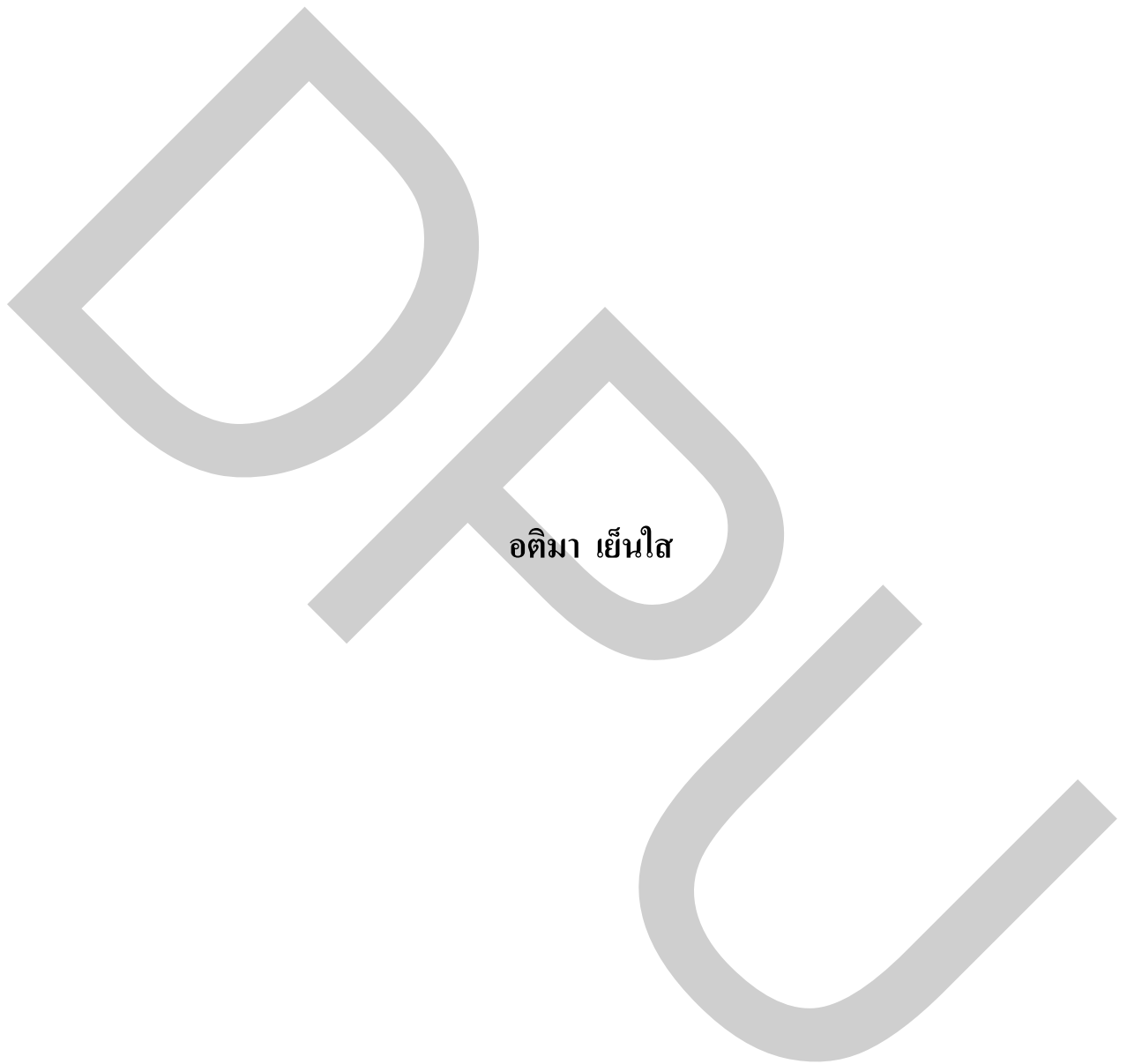


เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาและพิพากษาคดี:
ศึกษากรณีการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2553

**Causes that Disqualify Judges from Trying Cases in the
Court of Justice: A Study of Incompatibility**



ATIMA YENSAI

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2010

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตั้งแต่ได้ทำการศึกษาจนกระทั่งสำเร็จเป็นรูปเล่มดังที่ปรากฏ ผู้เขียนได้รับความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากท่านรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน พร้อมทั้งให้คำปรึกษา คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด ไม่ว่าจะเป็นหลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการศึกษา ทำให้ผู้เขียนมองเห็นแนวทางในการศึกษาและมองปัญหาในการวิจัยได้ครบถ้วนมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในเชิงวิชาการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ตลอดจนชี้แนะแนวทาง และให้ข้อสังเกตต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมกันนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านที่เป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และให้ความรู้เพิ่มเติมแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุพการี บิดาและมารดาของข้าพเจ้า ที่สนับสนุนเป็นกำลังใจและกำลังทรัพย์ เป็นผู้อยู่เบื้องหลังทุกความสำเร็จของข้าพเจ้า

และขอบคุณ คุณศิริชัย ศิริวัฒน์ ที่เป็นกำลังใจอยู่เคียงข้างงานเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่า และมีคุณประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอยกถวายเป็นธรรมทาน ครอบครัวยุติธรรมของข้าพเจ้า ครูบาอาจารย์ทุกๆ ท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้ แก่ข้าพเจ้า ส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องอันเกิดมีแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้无论如何 ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อดิมา เย็นใส

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.4 มาตรฐานสากลเรื่องการพิจารณาคดีด้วยความเป็นกลางของศาล.....	21
2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948.....	22
2.4.2 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950.....	22
3. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุห้ามและเหตุคัดค้านในการพิจารณาคดี	
ของผู้พิพากษาในต่างประเทศ.....	24
3.1 ประเทศอังกฤษ.....	24
3.1.1 เหตุห้ามมิให้ผู้พิพากษาทำการพิจารณาคดีอาญา.....	25
3.1.1.1 การที่ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในสาระสำคัญ.....	25
3.1.1.2 การที่ผู้พิพากษาในคดีนั้น ได้มีการตัดสินก่อนหน้ามาก่อน.....	26
3.1.1.3 การมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคล.....	27
3.1.2 การผู้พิพากษาถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีเอง.....	27
3.1.3 การคัดค้านลูกขุน.....	28
3.1.3.1 การคัดค้านต้องแสดงเหตุ.....	28
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	30
3.2.1 เหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญา.....	30
3.2.1.1 ผู้พิพากษาที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิด	
กับผู้เสียหายหรือจำเลย.....	31
3.2.1.2 ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน.....	32
3.2.2 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้าน.....	32
3.2.3 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง.....	34
3.3 ประเทศเยอรมนี.....	34
3.3.1 เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี.....	35
3.3.1.1 กรณีผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีนั้น.....	36
3.3.1.2 กรณีผู้พิพากษาที่มีความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับผู้เสียหาย.....	37
3.3.1.3 กรณีที่ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน.....	37

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.3.2 เหตุคัดค้านผู้พิพากษา.....	39
3.3.3 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุห้ามหรือคัดค้าน.....	40
3.3.4 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง.....	43
4. วิเคราะห์ปัญหาการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาคดี.....	44
4.1 บทบาทของศาลไทยในการชี้ขาดข้อพิพาท โดยความยุติธรรม.....	44
4.1.1 บทบาทของศาลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย.....	46
4.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัว	
กับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ.....	49
4.2.1 ที่มาและความหมายของตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ.....	49
4.2.1.1 ความเป็นมาของหลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์	
ส่วนตัวกับการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ.....	50
4.2.2 การเกิดขึ้นของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัว	
กับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ.....	52
4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวกับการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่และ	
กระบวนพิจารณาที่ทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลาง.....	55
4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากบทบาทที่ขัดกันของผู้พิพากษา.....	57
4.3.1.1 หลักการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ (Incompatibility).....	57
4.3.1.2 ปัญหาที่สอดคล้องต่อบทบาทของศาลในการพิจารณาคดี.....	63
4.3.2 จริยธรรมของผู้พิพากษากับการรักษาความเป็นกลางของศาล.....	64
4.3.2.1 ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ.....	64
4.3.2.2 เหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยง	
ต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษา.....	69
4.3.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา.....	70
4.3.3 หลักประกันทั่วไปเกี่ยวกับความเป็นกลางของศาล.....	77
4.3.3.1 หลักประกันความเป็นกลางในการคัดเลือกผู้พิพากษา.....	78
4.3.3.2 ผลต่อผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาล.....	81
4.3.3.3 ปัญหาบางประการเกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระ	
และความเป็นกลางของศาล.....	84

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	89
5.1 บทสรุป.....	89
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	92
บรรณานุกรม.....	93
ประวัติผู้เขียน.....	100

หัวข้อวิทยานิพนธ์	เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาและพิพากษาคดี:ศึกษารณการขัดแย้งกัน ในบทบาทหน้าที่
ชื่อผู้เขียน	อติมา เย็นใส
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2553

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะศึกษาเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของหลักการพื้นฐานอันเป็นที่มาของหลักความเป็นกลางของศาลและหลักอิสระของความเป็นผู้พิพากษา ในด้านที่เกี่ยวกับตัวผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา และเพื่อศึกษาเกี่ยวกับเหตุห้ามพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาในต่างประเทศและในประเทศไทยในเชิงกว้างเพื่ออันเป็นรากฐานที่มาของหลักความเป็นกลางอันเป็นหลักประกันความเชื่อมั่นและรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม โดยการศึกษาในครั้งนี้ได้มีการรวบรวมทฤษฎี และแนวคิดของนักกฎหมายในทางคำราชาภาษาไทย คำราชาต่างประเทศและศึกษาหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ (Incompatibility) หรือการสวมหมวกหลายใบ ในเชิงกว้าง และศึกษาถึงหลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา

ในการตัดสินใจหรือคดีของผู้พิพากษาหลักแรกที่เป็นสิ่งที่สำคัญซึ่งบุคคลที่เป็นผู้พิพากษาคว่าที่จะต้องมิเพื่อให้การตัดสินใจคดีเป็นไปโดยเที่ยงธรรมนั่นก็คือ หลักความเป็นอิสระ (Independence) ทั้งนี้เนื่องจากหากปรากฏว่าบุคคลผู้เข้ามารับตำแหน่งผู้พิพากษานั้นมิได้มีความเป็นอิสระหากแต่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหรือองค์กรใดที่มีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษแก่ตนได้แล้ว กรณีเช่น ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าในการตัดสินใจคดีบางคดีหากบุคคลผู้มีอำนาจให้คุณให้โทษผู้พิพากษาได้นั้น ได้มีส่วนได้เสียหรือได้รับการร้องขอจากคู่ความในคดีนั้น บุคคลดังกล่าวย่อมที่จะใช้อำนาจของตนที่มีเหนือผู้พิพากษาในคดีนั้นเข้าครอบงำการใช้อำนาจวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษานั้น ให้เป็นไปตามที่ตนมีความปรารถนาได้

ผลของการศึกษาพบว่า บุคคลผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีใดได้ ต้องเป็นบุคคลผู้มีความเป็นกลางไม่เคยทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นมาก่อนแม้ว่าจะโดยการได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อื่นๆ ในคดีนั้น โดยฝ่ายบริหารก็ตาม เพราะกรณีดังกล่าวจะถือว่าบุคคลผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวมีหน้าที่หลายอย่างในคดีนั้นอันเป็นการขัดกันทำหน้าที่

Thesis Title	Causes that Disqualify Judges from Trying Cases in the Court of Justice: a Study of Incompatibility
Author	Atima Yensai
Thesis advisor	Associate Professor Dr.Surasak Likasitwatakul
Department	Law
Academic Year	2010

ABSTRACT

This thesis aims to study problems related to the legal appropriateness of the basic principle, which is the source of the court's impartiality and the judges' independence, in respect of those who act as judges, and, broadly, to study the factors that forbid judges, both Thai and foreign, from trying cases in the court of justice, from which the impartiality principle originates in order both to guarantee confidence in and to maintain justice. In this study, the theories and concepts of lawyers in both foreign and Thai texts have been compiled; the study has been extended to incorporate the execution of duties by judges in cases of incompatibility or in cases where judges have to perform various duties; the study also covers the principle of impartiality and the independence of judges when they try cases in the courts of justice.

When trying a case in the court of justice, the first principle that judges should abide by in order to pronounce a sentence that is impartial is independence. If judges lack independence and come under the influence of people or organizations that are able to render favour or harm to them, it is possible that these influential people or organizations may seek to gain from a case or, prompted by the request of any of the parties in the case, such persons or organizations may exercise their influence on judges and thus influence their judgment suborning them to pronounce a sentence in the way they wish.

The study has found that judges who are going to try any case in the courts of justice must be impartial and must not have been involved in the case before, though they may have been appointed by the administrative sector to perform other duties which are connected with the case. This is because a person who has been assigned to many duties related to the case will be deemed as inappropriate to perform the duties of judge.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มนุษย์นั้นถือว่าเป็นสัตว์สังคม ในการดำรงชีพซึ่งปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ก็พบว่า มนุษย์โบราณนั้นก็มีการสร้างทางสังคมแบ่งแยกชนชั้นอย่างชัดเจน โดยในสังคมของมนุษย์นั้น จะมีชนชั้นปกครองและผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ทั้งนี้การมีการแบ่งแยกชนชั้นดังกล่าวมีเหตุผลคือเพื่อที่จะให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติตนไปในแนวทางเดียวกัน และต่างมุ่งที่จะคุ้มครองซึ่งกันและกันเพื่อให้ทุกคนเกิดความรู้สึกปลอดภัยภายใต้การดูแลของผู้ปกครองในสังคมนั้นๆ ต่อมาเมื่อสังคมมนุษย์มีการขยายตัวขึ้น มีประชากรอยู่ภายใต้การปกครองมากขึ้น ผลที่ตามมาอันไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงได้ก็คือ ความขัดแย้งที่ทวีคูณขึ้นเป็นลำดับ ภายใต้ความขัดแย้งดังกล่าว ย่อมเกิดความเสียหายต่อสมาชิกภายในสังคมขึ้น และเพื่อที่จะยุติความขัดแย้งดังกล่าว ผู้มีอำนาจภายในสังคมจึงจำเป็นต้องต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับ ซึ่งตามประวัติศาสตร์ของประเทศไทยนั้น พบการบัญญัติกฎหมายขึ้นครั้งแรกเป็นลายลักษณ์อักษร ในหลักศิลาจารึกสมัยของพ่อขุนรามคำแหง ซึ่งตามหลักฐานพบว่า เมื่อมีประชาชนเดือดร้อน ก็จะมีแนวทางปฏิบัติคือ ให้ประชาชนผู้นั้นมาทำการยื่นกระดิ่งหน้าวัง และพ่อขุนรามคำแหงก็จะมาทำการตัดสินคดี เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ราษฎร อำนาจดังกล่าวในการพิจารณาและตัดสินคดีเรียกว่า อำนาจตุลาการนั่นเอง

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ไม่ว่าในประเทศใดๆ ก็ตามอาชีพผู้พิพากษานั้นถือว่าเป็นตำแหน่งซึ่งมีสถานะทางสังคมสูงมาก เนื่องจากถือว่าเป็นตัวแทนขององค์พระมหากษัตริย์ โดยถือว่าผู้พิพากษานั้นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนพระมหากษัตริย์ในการตัดสินคดีความปัดเป่าทุกข์ร้อนของราษฎร ผู้พิพากษาที่จะมาทำหน้าที่นี้จึงต้องประพฤติตนให้เป็นที่ยอมรับของประชาชนในสังคม เพราะว่าตนต้องมาทำหน้าที่ที่มีความสำคัญแทนพระมหากษัตริย์

ฉะนั้น ผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาจึงจะต้องมีความเสียสละ ความอดทน ในการดำเนินชีวิตมากกว่าประชาชนคนธรรมดาเพราะจะต้องประพฤติตนให้มีความน่าเชื่อถือ น่าเคารพยำเกรง โดยจะต้องเสียสละและอดทนที่จะใช้ชีวิตที่ขาดแบบอันอิสระเสรีในสิทธิสามัญของปุถุชน ขาดความเป็นตัวเองไปในเรื่องส่วนตัวบางเรื่อง แม้กระทั่งเรื่องเล็กน้อยสำหรับคนธรรมดาทำกัน ไม่ใช่เรื่องผิดศีลธรรมแต่อย่างใด แต่ถ้าหากผู้กระทำนั้นเป็นผู้พิพากษา การกระทำนั้นก็กลับกลายเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมไม่ควรขึ้นมาโดยที่ไม่อาจปฏิเสธในข้อนี้ได้ เช่น การที่ผู้พิพากษาได้รับงานเขียน คอถัมภ์

พิเศษ ในหนังสือต่างๆนอกเวลางาน โดยแสดงความคิดเห็นส่วนตัวลงในหนังสือซึ่งในบางครั้งก็อาจเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นและมุมมองในฐานะนักกฎหมายผู้หนึ่งโดยสุจริต แต่เมื่อผู้พิพากษาผู้นี้ ได้มีโอกาสตัดสินใจในรูปแบบเดียวกับที่ตนเคยแสดงความคิดเห็นเอาไว้ หากคู่ความในคดีหรือผู้ที่รู้เรื่องราวเกี่ยวกับคดีได้อ่าน เจอ ย่อมเกิดข้อครหาว่า ผู้พิพากษาผู้นี้ได้ตัดสินใจในทางเดียวกันกับที่ตัวเองได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือ อาจเกิดความกังขาในตัวผู้ให้ความยุติธรรมได้ เราจะเห็นได้ว่าการรับงานเขียนอันเป็นสิ่งที่คนที่มีสถานะธรรมดาอาจทำแล้วไม่เกิดผลกระทบประการใด แต่หากผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษากระทำแม้เป็นเรื่องธรรมดาที่ส่งผลให้เกิดความไม่มั่นใจในความยุติธรรมที่ประชาชนได้รับ ผู้ที่จะมาทำหน้าที่ผู้พิพากษาจึงต้องยอมรับขอบเขตการวางตัวของตน โดยฐานะขณะที่ได้สวมใส่หมวกเป็นผู้พิพากษาทั้งในระหว่างปฏิบัติหน้าที่และนอกเวลาปฏิบัติงาน ผู้เขียนเห็นว่า ฐานะในความเป็นผู้พิพากษาที่สังคมมองว่าต้องเป็นผู้ที่มีความเที่ยงธรรม ภาพลักษณ์ที่น่าเกรงขามและความน่าไว้วางใจในอรรถคดีที่ตนเป็นความจะต้องได้รับการชำระความอย่างบริสุทธิ์และยุติธรรมอย่างแน่แท้ ความรู้สึกจากที่ผู้คนในสังคมไทยที่ได้คาดหวังไว้นั้น จะติดตัวผู้ทำหน้าที่นั้นไปจนกว่าจะออกจากตำแหน่งผู้พิพากษาหรือถึงตลอดชีวิตของผู้ต้องใช้ความยุติธรรมแทนพระมหากษัตริย์จะเห็นได้ว่าเป็นความแตกต่างจากฐานะและอาชีพอื่นๆ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น บุคคลที่ใช้อำนาจตุลาการก็คือ ผู้พิพากษา ในการใช้อำนาจของผู้พิพากษานั้นผลของคำพิพากษาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของกลุ่มความเกิดขึ้น กล่าวคือ ผลของคำพิพากษาอาจส่งผลให้มีการเคลื่อนไหวของสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มความเกิดขึ้น ซึ่งในบางคดียังมีความรับผิดชอบของกลุ่มความอาจจะเป็นความรับผิดชอบในทางอาญาที่มีผลต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของกลุ่มความได้ ดังนั้น ในการที่จะคัดเลือกตัวบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีเป็นสำคัญ

ความยุติธรรมย่อมเกิดความสั่นคลอนอย่างแน่แท้ หากผู้ใช้อำนาจตุลาการกระทำการใดๆ อันเป็นการขัดต่อหน้าที่ของตนเอง ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยตัวผู้พิพากษาเองก็เป็นมนุษย์มี รัก โลภ โกรธ หลง เป็นธรรมดาที่จะไม่เกิดความเที่ยงตรงในการใช้กฎหมายบ้าง แต่หากเพียงลำพังในการใช้อำนาจปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา ที่ไม่มีแรงกระตุ้นอีกด้านหนึ่งให้เอนอ่อนยอมเกิดความหวั่นไหวในการตัดสินใจได้ยาก แต่บางกรณีในปัจจุบันความเป็นกลางและความเที่ยงธรรมถูกทำให้เอนอ่อนไปตามแรงกระตุ้นอีกด้านหนึ่งที่ผู้พิพากษาได้รับบทบาทหน้าที่อีกอย่างหนึ่งอันเป็นหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความขัดกันในหน้าที่ของตัวเอง เป็นเหตุให้การตัดสินใจเสียรูปแบบและเสียความเป็นธรรมอย่างที่ควรจะเป็น ซึ่งบางอำนาจก็อยู่เหนือภาวะที่ตัวผู้พิพากษาเองจะต้านทานได้ด้วยเพราะเหตุอาจถูกมอบหมายตำแหน่งจากฝ่ายบริหาร

ปัจจุบันมีเพียงบทบัญญัติที่เป็นเหตุตัดอำนาจหรือตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในมาตรา 11 วิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 11 เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
 - 2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
 - 3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ผู้รู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
 - 4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
 - 5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว
 - 6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาทกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
 - 7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”
- จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติครอบคลุมถึงกรณีของผู้พิพากษามีความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ คือการที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์อันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่นั้น หรือเข้าไปปฏิบัติหน้าที่โดยที่เป็นการขัดแย้งกันในตำแหน่งที่ปฏิบัติหน้าที่ เช่น การดำรงตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลในขณะเดียวกันซึ่งหน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจอธิปไตยที่ต่างกันย่อมเป็นการต้องห้ามโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติและในขณะเดียวกันก็เป็นข้าราชการประจำซึ่งใช้อำนาจบริหารหรือเป็นผู้พิพากษาซึ่งใช้อำนาจตุลาการย่อมกระทำไม่ได้

ความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่หรือที่เรียกว่า Incompatible Principle และโดยเฉพาะในการดำเนินคดีอาญาก็เพื่อให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้เกิดความโปร่งใส (Transparency) นำไปสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (Accountability) อีกด้วย กล่าวโดยสรุปแล้ว “ความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่” หรือ Incompatible ในทางกฎหมาย จึงหมายถึงการที่บุคคลคน

¹ คณิศ ฌ นคร ก (2549). รัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรม. หน้า 78.

หนึ่งไม่สามารถแสดงบทบาทหน้าที่บางอย่างในขณะที่เดียวกันหรือพร้อมๆ กัน² โดยเฉพาะการเป็นผู้ควบคุมหลักเกณฑ์ในขณะที่เดียวกันก็จะเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติตามเกณฑ์ด้วย

ตัวอย่างเช่น การทำหน้าที่สอบสวนของตุลาการในคณะกรรมการ คตส. นี้ น่าจะเป็นกรณีศึกษาที่สำคัญยิ่งที่เกี่ยวกับ “หลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่” เนื่องจากเป็นกรณีที่ตุลาการศาลตุลาการศาลยุติธรรมได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือ คตส. โดยมีอำนาจและหน้าที่สอบสวนหรือตรวจสอบว่าการกระทำใดของรัฐบาลที่ถูกกระทำรัฐประหารก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ประเด็นปัญหาที่สำคัญและถูกหยิบยกขึ้นเป็นข้อถกเถียง ก็คือการทำหน้าที่สอบสวนของกรรมการ คตส. ซึ่งเป็นตุลาการในคณะกรรมการ คตส. นี้ไม่ใช่เฉพาะในเรื่องความเหมาะสมซึ่งจะเกี่ยวข้องกับเรื่องความน่าเชื่อถือ (Credibility) เมื่อคดีไปสู่การพิจารณาของศาลหรือไม่เท่านั้นแต่อาจเป็นประเด็นในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเลยทีเดียว³ เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการเป็นการขัดต่อหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่นั่นเอง³

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานอันเป็นที่มาของหลักความเป็นกลางของศาลและหลักอิสระของความเป็นผู้พิพากษา ในด้านที่เกี่ยวกับตัวผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา

1.2.2 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับเหตุห้ามพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาในต่างประเทศและในประเทศไทยในเชิงกว้างเพื่ออันเป็นรากฐานที่มาของหลักความเป็นกลางอันเป็นหลักประกันความเชื่อมั่นและรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม

1.2.3 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับการรักษาความเป็นกลางของศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ตั้งแต่ขั้นตอนการสรรหาบุคคลที่เข้ามาเป็นผู้พิพากษา การรักษาจริยธรรมและผลทางกฎหมายของผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่ขัดแย้งต่อบทบาทให้เกิดผลเสียหาย

1.2.4 เพื่อศึกษา กฎหมายเกี่ยวกับเหตุห้ามการพิจารณาและพิพากษาคดีในกรณีที่ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ขัดแย้งต่อบทบาทของศาลในปัจจุบันของประเทศไทยว่าให้หลักประกันเพียงพอและสอดคล้องเหมาะสมแล้วหรือไม่

² คณิต ฌ นคร ข (2550). การสวมหมวกหลายใบ. หน้า 32-34.

³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2552). หลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่. หน้า 209.

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บุคคลผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีใดได้ ต้องเป็นบุคคลผู้ที่มีความเป็นกลางไม่เคยทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นมาก่อนแม้ว่าจะโดยการได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อื่นๆ ในคดีนั้น โดยฝ่ายบริหารก็ตาม เพราะกรณีดังกล่าวจะถือว่าบุคคลผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวมีหน้าที่หลายอย่างในคดีนั้นอันเป็นการขัดกันทำหน้าที่

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ (Incompatibility) หรือการสวมหมวกหลายใบ ในเชิงกว้าง และศึกษาถึงหลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยในเชิงเอกสาร โดยศึกษาวิจัยข้อมูลจากตำรา ประมวลกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับข้าราชการตุลาการ บทความวิชาการ และเอกสารทางวิชาการอื่นๆ ทั้งของไทยและต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาข้อมูลที่เผยแพร่ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ได้ทราบถึงแนวความคิดพื้นฐานอันเป็นที่มาของหลักอิสระและความเป็นกลางของศาล ตลอดจนเหตุห้ามและเหตุคัดค้านในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาทั้งของไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ตลอดจนสามารถนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ในการเพิ่มความเชื่อมั่นและรักษาความเป็นกลางของศาลไทย เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความยุติธรรมของสถาบันศาลยุติธรรมต่อไป

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความอิสระและหลักความเป็นกลางของศาล

เนื่องจากการพิจารณาคดีของศาลนั้นย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มความ
ดังนั้นในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาจึงควรที่จะมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัว
ผู้พิพากษาให้ชัดเจนว่าบุคคลใดสมควรที่จะมีหน้าที่ในการพิจารณาคดีนั้นๆ ได้ โดยเฉพาะในคดี
อาญานั้นกระบวนการพิพากษาหรือมีคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดคดีย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ
จำเลยโดยตรง ดังนั้นผู้พิพากษาที่จะมาทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีจึงควรที่จะมีความเป็นอิสระใน
การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยไม่ขึ้นอยู่กับควบคุมหรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลใดหรือ
องค์กรใดๆ ทั้งนี้เพื่อให้การตัดสินคดีมีความเที่ยงธรรมสอดคล้องกับหลักตามรัฐธรรมนูญที่ว่า จำเลย
ในคดีอาญาต้องมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยรวดเร็วถูกต้องและเป็นธรรม และนอกจากนี้
ผู้ตัดสินคดีนั้นยังควรที่จะมีความเป็นกลางโดยไม่นำเอาอคติใดๆ ในทางส่วนตัวหรือสิ่งที่เคยรับรู้มา
ก่อนหน้านั้นมาเจือปนกับการพิจารณาคดีใหม่ ความหมายของคำว่าความเป็นอิสระและความเป็น
กลางในหน้าที่ ดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ความหมายและความสำคัญของหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลาง

เนื่องจากผลของการพิพากษาพิจารณาคดีเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิมนุษยชน
หรือสิทธิของบุคคล ถ้าหากว่าประเทศใดมีระบบศาลที่ไม่มีอิสระหรือไม่เป็นกลางเสียแล้ว สิทธิ
มนุษยชนย่อมจะต้องถูกกระทบกระเทือนอย่างมาก และอาจส่งผลให้สาธารณชนขาดความเชื่อมั่น
ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ดังนั้น ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาลจึงมี
ความสำคัญยิ่งที่จะทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นว่าความยุติธรรมในศาลนั้นมีอยู่จริง

2.1.1 ความหมายของหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาล

คำนิยามความเป็นอิสระ (Independence) หมายความว่า การไม่อยู่ภายใต้บังคับควบคุม
หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือการไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือ
การไม่พึ่งพาอาศัย ติดต่อกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด¹

¹ Independent, adj.1.not subject to the control or influence of another (independent investigation), 2.not associated with another (often larger) entity (an independent Subsidiary), 3. Not dependent or something else (an independent person), Brayan A. Garmer, super note 3. p. 785.

จากคำนิยามเรื่องความเป็นอิสระจะเห็นได้ว่าผู้พิพากษานั้นจะต้องมีความเป็นอิสระจากคู่พิพาท ไม่เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว ทั้งทางสังคมและทางการเงินกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่ควรติดต่อกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยเฉพาะ

นิยามความเป็นกลาง (Impartiality) หมายความว่า ปราศจากความลำเอียง (Unbiased) และไม่มีส่วนได้เสีย (Disinterested)²

มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอารมณ์ความรู้สึกนึกคิดจนไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้การที่จะเกิดสิ่งต่างๆ เหล่านั้นย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่างอันจะเป็นองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดอารมณ์ความรู้สึกนึกคิดนั้นได้ รวมถึงความรู้สึกที่เรียกว่าอคติหรือความลำเอียง โดยปัจจัยที่จะทำให้เกิดสิ่งๆ ที่เรียกว่าอคติหรือความลำเอียง เป็นสิ่งที่กระทบต่อการทำหน้าที่ของมนุษย์ เนื่องจากในฐานะที่เป็นมนุษย์ต่างก็มีความลำเอียงหรือ อคติด้วยกันทั้งนั้น³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำหน้าที่ในฐานะผู้พิจารณาพิพากษาคดีซึ่งมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องอาศัยความเป็นกลางของผู้ที่จะมาทำหน้าที่ดังกล่าว เพื่อให้ได้มาซึ่งความยุติธรรมแก่คู่ความทั้งสอง

ความเป็นกลางนั้น ย่อมมีอยู่และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นคุณสมบัติอย่างหนึ่งของบุคคลที่มีความยุติธรรม หากว่าผู้ใดมีความเป็นกลางอยู่ในจิตใจบุคคลนั้นย่อมสามารถที่จะทำให้อุ้ความเชื่อถือได้ว่า คำพิพากษาที่ตัดสินอันมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่แก่ตนนั้น เกิดขึ้นมาจากความยุติธรรม หากว่าผู้ใดมีความเป็นกลางอยู่ในจิตใจ บุคคลนั้นย่อมสามารถที่จะทำให้อุ้ความเชื่อถือได้ว่า คำพิพากษาที่ตัดสินอันมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่แก่ตนนั้น เกิดขึ้นมาจากความยุติธรรมอย่างแท้จริง โดยไม่มีความเคลือบแคลงสงสัยในคำพิพากษานั้นเลย นอกจากนี้ความเป็นกลางยังถือเป็นส่วนหนึ่งตามหลักคำสอนของศาสนาต่างๆ อาทิเช่น

ศาสนาคริสต์ ได้กล่าวไว้ว่า “ในสายตาของพระเจ้าไม่มีบุคคลใดเหนือไปกว่าใคร”⁴ และยังกล่าวไว้อีกว่า “หากว่าเขาได้กระทำการที่ผิด เขาย่อมได้รับสิ่งที่ผิดที่เขาได้กระทำไปเช่นเดียวกัน และไม่มีผู้ใดได้รับการยกเว้น”⁵

² Impartial, adj. Unbiased:disinterested Brayan A. Garner. (2004). **BLACK'S LAW DICTIONARY.** (Eighth Edition). p. 767.

³ ธิติ สุวรรณทัต. (2551). ปัญหาเรื่องความเป็นกลาง. สืบค้นเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม, จาก <http://www.acassoc.com/o2/Newsdetail.asp?id=312>

⁴ For there is no respect of persons with God. “From [Romans 2:11, KJV]

⁵ “But he doeth wrong shall receive for the wrong which he hath done: there is no respect of persons.”
From [Colossians 3:25, KJV]

ศาสนาอิสลาม ได้กล่าวไว้ว่า “บรรทัดฐานของความยุติธรรม และความเท่าเทียม คือ สิ่งที่ถูกส่งลงมาโดยพระอัลเลาะห์ ดังนั้นบุคคลทุกคนจะต้องปฏิบัติตนให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน”⁶

ศาสนาฮินดู ได้กล่าวไว้ว่า “ความจริง ที่มีอยู่ในทุกโลกประกอบไปด้วย 13 ประเภท สิ่งที่จะนำไปสู่ความจริงได้มีดังนี้คือ ความเป็นกลาง การควบคุมตนเอง การให้อภัย ความถ่อมตน ความอดกลั้น ความดี ความเสียสละ การไตร่ตรอง ความมีศักดิ์ศรี ความอดทน ความเมตตา กรุณา และการละเว้นจากการทำร้าย”⁷

ศาสนาพุทธ ได้กล่าวไว้ว่า “การบรรลุไปสู่ทางสว่างประกอบไปด้วยหลัก 7 ประการ คือ มีปัญญา ค้นหาธรรมชาติของสรรพสิ่ง มีกำลังและเห็นอกเห็นใจผู้อื่น มีความสงบ ความเป็นกลาง และมีสมาธิ หลักสี่ประการหลังนี้ จะทำให้หลุดพ้นจากวัฏฏะสงสาร”⁸

ในแง่ของปรัชญาในเรื่องความเป็นกลาง Ronald Dworkin ได้กล่าวไว้ว่า “สิ่งที่แสดงถึงความเป็นกลาง ไม่ใช่ว่าทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน แต่ต้องเป็นกรณี que everyone is treated equally”⁹

ในประเทศไทยนอกจากหลักคำสอนในพระพุทธศาสนา ซึ่งสอดคล้องกับหลักคำสอนในเรื่องความเป็นกลางของศาสนาอื่นๆ แล้ว ความเป็นกลางยังมีบัญญัติในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ และนักอินททาส อันมีมาแต่โบราณ หลักความเป็นกลาง ดังกล่าวยังนำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในสมัยก่อนอีกด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หลักความเป็นกลางเป็นสิ่งที่มีความหมายว่าอย่างไร โดยจะเห็นได้ว่าหลักคำสอนในศาสนาต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงหลักความเป็นกลาง (Impartiality) ซึ่งสอนให้เห็นถึงการไม่เข้าข้างหรือลำเอียง ตลอดจนจะต้องมีการปฏิบัติต่อทุกคนด้วยความเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ความเป็นกลางเป็นเรื่องจิตใจของบุคคลในการทำหน้าที่ต่างๆ โดยเฉพาะ

⁶ “The Absolute Criterion of Justice and Equity, was sent down by Allah so that people may conduct themselves with equity.” From [Quran,52:25].

⁷ Truth, O Bharata, as it exists in all the world, is of thirteen kinds. The forms that Truth assumes are impartiality, self-control, forgiveness, modesty, endurance. Goodness, renunciation, contemplation, dignity, fortitude, compassion and abstention from injury.” From [truth, The Mahabharata,Santi Parva, Section CLXII].

⁸ There are seven factors of enlightenment: clear memory. The exact investigation of things. Energy and sympathy, tranquility, impartiality and disposition for concentration. The last four factors and the “four sublime states” and are prerequisites for escaping cyclic existence,” From [Occhiogrosso96].

⁹ Ronald Dworkin. (1972). Taking Rights Seriously. p. 227.

อย่างยิ่งในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีความ ซึ่งในทางวิชาการ ได้มีนักกฎหมายที่อธิบายเรื่อง การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วยความเป็นกลางไว้ อาทิเช่น

ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ ได้อธิบายโดยสรุปว่า การทำหน้าที่ผู้พิพากษาด้วยความ เป็นกลางนั้นสิ่งที่สำคัญนั้นอยู่ที่จิตใจแท้ๆ¹⁰ โดยหากว่าการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปด้วยความไม่ เป็นกลาง กล่าวคือ มีจิตใจไม่บริสุทธิ์ ไม่ว่าจะเป็เพราะปัจจัยใดก็ตาม การกระทำนั้นออกมาเป็น คำพิพากษา ความยุติธรรมที่ประชาชนจะได้รับ หรือความเป็นสถาบันศาลยุติธรรมที่เป็นที่พึ่งของ ประชาชนย่อมถูกทำลายย่อยยับไป การที่ผู้พิพากษามีจิตมั่นคง ฟ่องใส ปราศจากอคติ และไม่รวนเร ไปในทางหนึ่งทางใดจะทำให้ปฏิบัติหน้าที่อิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรมมาก ขึ้น¹¹

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศกัทธิย์ ได้อธิบายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบริสุทธิ์ ยุติธรรม ไว้ว่า นักกฎหมายต้องบริสุทธิ์ ส่วนยุติธรรมนั้นเป็นผลสุดท้าย เป็นวัตถุประสงค์ รวมความ ว่าบริสุทธิ์เป็นเรื่องของคน ของการปฏิบัติซึ่งต้องเป็นคนบริสุทธิ์เป็นการปฏิบัติที่บริสุทธิ์ ส่วน ยุติธรรมนั้นเป็นจุดประสงค์ของกฎหมายคือว่าคนที่บริสุทธิ์ปฏิบัติกร โดยบริสุทธิ์เพื่อผลคือความ ยุติธรรม และก็ในระหว่างบริสุทธิ์กับยุติธรรมนี้ บริสุทธิ์จะสำคัญกว่ายุติธรรมด้วยซ้ำไป เพราะว่าถ้า คนทำงานไม่บริสุทธิ์การปฏิบัติงานไม่บริสุทธิ์การปฏิบัติงานไม่บริสุทธิ์แล้วละก็ความยุติธรรมก็ เป็นไปไม่ได้ ถ้าคนทำงานบริสุทธิ์ปฏิบัติงานบริสุทธิ์แล้วละก็ถึงแม้กฎหมายจะไม่ยุติธรรม ก็จะมี การผ่อนผันให้มีความยุติธรรมให้ได้มากที่สุด¹²

จากที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะต้องดำเนินไปด้วยความ บริสุทธิ์ เพื่อให้ได้ผลสุดท้ายที่ออกมาคือความยุติธรรม สิ่งที่สำคัญอย่างแท้จริงในการที่จะให้ได้มา ซึ่งความยุติธรรมนั้นก็คือการทำให้ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษามีความบริสุทธิ์ใจในการทำงาน โดย การที่จะทำให้ผู้พิพากษามีความบริสุทธิ์ประการหนึ่งคือ ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ เป็นกลาง

หลักความเป็นกลางของศาลโดยทั่วไป หมายความว่า หลักที่ศาลหรือผู้พิพากษาที่ พื้นฐานของความลำเอียง (bias) ความมีอคติ (prejudice) หรือความเอนเอียงเข้าข้าง (preferring) ใน

¹⁰ สัญญา ธรรมศักดิ์ ก (2524). “คุณธรรมของนักกฎหมายและการดำรงตนของบรรพตลาการ.”

อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นาย มณี ชุตินวงศ์. หน้า 25.

¹¹ สัญญา ธรรมศักดิ์ ข (2534). หนทางสู่ความสำเร็จของนักกฎหมาย. หน้า 58.

¹² จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2532). ที่ระลึกในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศกัทธิย์. หน้า 17.

ประโยชน์ได้เสียของฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่มีเหตุผลอันควร¹³ หรือสามารถให้นิยามได้ว่า คือการที่ศาลปราศจากความลำเอียง (bias) ความเกลียดชัง (animosity) หรือความเห็นอกเห็นใจ (sympathy) ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางและต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นกลางนั้นด้วย ดังนั้น ผู้พิพากษาในศาลมีหน้าที่ที่จะต้องออกจากคติที่ปรากฏเหตุที่เพียงพอว่า ความเป็นกลางของเขานั้นเป็นที่สงสัย¹⁴ ทั้งนี้เพื่อที่จะทำให้คู่ความและสาธารณชนทั่วไปเชื่อและเห็นได้ว่าศาลมีความเป็นกลางอย่างแท้จริง

2.1.2 ความสำคัญของหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาล

ในทุกประเทศอันมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ จะต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของศาล เพื่อสาธารณชนจะได้เกิดความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลยุติธรรม โดยการที่จะทำให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นดังกล่าวได้ ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องมีจริยธรรมและการปฏิบัติตนที่แสดงให้เห็นปรากฏแก่สาธารณชนว่ามีความเป็นกลางและมีอิสระอย่างแท้จริง ถ้าหากว่าประเทศใดสาธารณชนขาดซึ่งหลักความเป็นกลางและหลักความเป็นอิสระของศาล จึงมีความสำคัญหากว่ารัฐมีหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาล ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่ทุกประเทศล้วนมีความมุ่งหมายอันเดียวกันคือการรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อสถาบันศาลยุติธรรม นอกจากนี้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความเป็นกลางนั้นเป็นเรื่องของจิตใจ ดังนั้นการที่จะทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นในความเป็นกลางได้ รัฐจึงต้องมีหลักประกันและมาตรฐานในการคัดกรองและควบคุมให้บุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีด้วยจิตใจที่มีความเป็นกลาง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการฟ้องคดี อันเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่บุคคลจะพึงได้รับการพิจารณาและพิพากษาคดีจากศาลที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง¹⁵ การที่ผู้ทำหน้าที่ตัดสินคดีตัดสินด้วยความเป็นกลางจะช่วยเป็นหลักประกันว่าชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินจะไม่ถูกเอาไปโดยความผิดพลาดหรือผิดเพี้ยนจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย¹⁶

¹³ S.Zwaenpoel and K. Grazybowska, “Analytical Examination of Acquis Chapter 23- Judiciary and Fundamental Rights Agenda for Explanatory Screening 07_08.09.2006,” Retrieved August 29,2008 from http://www.abgs.gov.tr/tarama/tarama_files/23/SC23EXP_Judiciary%20-%20Impartiality,%20Prot,%20Efficiency.pdf

¹⁴ International Commission of Jurists. (2004). International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors. p. 30.

¹⁵ ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อ 10.

¹⁶ Thomas McKevitt. (1996). “The Rule of Necessity: Is Judicial Non-Disqualification Really Necessary. *Hofstra Law Review*, 24 *Hofstra L.Rev.*817. p. 818.

นอกจากหลักความเป็นกลางแล้ว ยังมีอีกหลักการหนึ่งที่สัมพันธ์กับหลักความเป็นกลางของศาล นั่นคือ หลักความเป็นอิสระของศาล (Independence of the Judiciary) หมายถึงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลหรือผู้พิพากษาต้องไม่ตกอยู่ใต้บังคับหรืออิทธิพลของผู้ใด ไม่ว่าบุคคลภายนอกหรือผู้พิพากษาคดีด้วยกันเอง ทั้งนี้เพื่อมิให้ผลของคดีเป็นไปตามความต้องการหรือเป็นไปตามใจของบุคคลใดหรือองค์กรใด¹⁷ การพิพากษาคดีอันเป็นหน้าที่ของศาลจะต้องเป็นไปด้วยความอิสระปราศจากอำนาจหรือสิ่งใดที่จะมากดดันหรือบังคับให้ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งได้ หรืออาจจะกล่าวได้ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการปรับใช้ตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดี และมีสิทธิออกความคิดเห็นของตนได้โดยไม่ต้องถูกรบกวน หรือถูกระทบกระเทือนจากอำนาจทางอื่น อีกทั้งจะต้องได้รับความคุ้มครอง ไม่ต้องมีความคิดเป็นส่วนตัว ถ้าผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตามความคิดเห็นของตน ราษฎรก็จะไม่มีโอกาสได้รับความยุติธรรมอย่างเต็มที่¹⁸

ความเป็นอิสระของศาลหรือผู้พิพากษา จะต้องเป็นอิสระในเนื้อหา และอิสระในทางส่วนตัว โดยอธิบายได้ดังนี้¹⁹

ความเป็นอิสระในเนื้อหา หมายถึง ผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ทางอรรถคดีโดยในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ผู้พิพากษามีอิสระในการแสดงความคิดเห็นได้เต็มที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหรือองค์กรใด กล่าวคือ บุคคลหรือองค์กรใดจะออกคำสั่งและคำแนะนำตักเตือนต่างๆ ที่มีผลต่อเนื้อหาการพิจารณาพิพากษาคดีแก่ผู้พิพากษาเพื่อให้การวินิจฉัยอรรถคดีของผู้พิพากษาคดีไปตามคำสั่ง ย่อมเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงกรณีที่มีคำสั่งที่จะให้มีผลเป็นการให้ผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยทางอ้อมด้วย เช่น ในเรื่องการแจกสำนวนแก่ผู้พิพากษา การกำหนดระยะเวลาให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีให้เสร็จทันภายในระยะเวลาที่จำกัด ตลอดจนการกำหนดให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่น จนไม่มีเวลาเพียงพอสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะคำสั่งดังกล่าวเท่ากับเป็นการถอดถอนอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั่นเอง

ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายถึง ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นผู้พิพากษาจะต้องกระทำได้โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือการก่อกวนแก่งแย่งภายหลัง กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะต้องไม่มีความเกรงกลัวหรือหวั่นไหวต่อผลร้ายใดๆ ที่จะบังเกิดขึ้นแก่ตนเมื่อ

¹⁷ บุญเชตร์ พุ่มทิพย์. (2540, มกราคม-มีนาคม). “หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” วารสารดูพาท, 44, 1. หน้า 63.

¹⁸ สันุชัย สัจจวานิช. (2515). “อิสระของตุลาการ.” วารสารบทบัญญัติ, 29, 4. หน้า 945.

¹⁹ อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์. (2534). ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา. หน้า 129-130.

ตนได้พิจารณาพิพากษาคดีไต่ลงไปแล้ว ทั้งนี้เพราะการเลื่อนตำแหน่ง การแต่งตั้งโยกย้าย การขึ้นเงินเดือน และการลงโทษ

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาล

หลักความเป็นกลางของศาลเป็นหลักประกันความยุติธรรมอย่างหนึ่งที่จะทำให้คู่ความเชื่อมั่นได้ว่า คำพิพากษาที่ตัดสินโดยศาลนั้น ได้ตัดสินด้วยความยุติธรรม เป็นกลางและปราศจากความลำเอียงหรืออคติจากผู้พิพากษาเอง ในทุกประเทศที่เป็นรัฐยุคใหม่มีการวางหลักดังกล่าวไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลว่าศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่ความและต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ฟ้องร้องซึ่งถ้าหากว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าศาลหรือผู้พิพากษานั้นจะมีความลำเอียงหรืออคติในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่ว่าทางใด ก็ย่อมเป็นสิทธิของคู่ความในการที่จะปฏิเสธหรือร้องขอให้ศาลหรือผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลางมาตัดสินคดีของตน เนื่องจากว่าเป็นเรื่องที่กระทบไปถึงสิทธิของบุคคล ดังนั้นการที่จะให้บุคคลใดมาเป็นผู้ตัดสินในเรื่องที่กระทบสิทธิของตน บุคคลนั้นจึงต้องมีความเป็นกลางอย่างแท้จริง

หลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาลเป็นหลักประกันความยุติธรรมส่วนหนึ่งให้กับคู่ความได้ว่าศาลได้ตัดสินคดีได้ยุติธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หลักจริยธรรมบังกาสอร์ และหลักวิธีพิจารณาความแห่งสากลก็ได้บัญญัติรองรับหลักการทั้งสองเพื่อเป็นหลักประกันในการที่บุคคลจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมไว้เหมือนกันว่า การพิจารณาคดีจะต้องประกอบด้วยหลักที่ศาลจะต้องมีอิสระและเป็นกลางด้วย

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นกลางและหลักความเป็นอิสระของศาลนั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด²⁰ เฉพาะศาลที่เป็นอิสระเท่านั้นที่จะสามารถให้ความยุติธรรมที่เป็นกลางบนพื้นฐานของกฎหมาย อันจะเป็นสิ่งที่จะปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้²¹ อย่างไรก็ตามก็ตีหลักการทั้งสองดังกล่าวย่อมมีทั้งข้อเหมือนและข้อแตกต่าง ทั้งนี้ศาลในประเทศใดที่มีหลักการประกันความเป็นธรรมทั้งสองหลักดังกล่าวอยู่อย่างครบถ้วน ย่อมจะทำให้

²⁰ Laverne A. Jacobs, Thomas S. Kuttner. (2008). "Tribunal Independence and Impartiality: An Invitation to Revisit John East, Retrieved August 29 from <http://www.ciajicaj.cz/francais/tribunauxadministratifs/papersarticles/tribunalindependanceandimpartiality.html>

²¹ Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter 4. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

คู่ความและสาธารณชนเชื่อมั่นได้ว่า คำตัดสินที่ออกมาจากศาลนั้นมีความยุติธรรมอย่างแท้จริง บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงไม่ว่าจากปัจจัยใดๆ อันจะกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดีเนื่องจากคำพิพากษานั้นเป็นผลเฉพาะมาจากความคิดของผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย²² ซึ่งถ้าหากว่ามีปัจจัยอย่างใดอย่างหนึ่งมามีอิทธิพลเหนือตัวผู้พิพากษาและทำให้ผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว การพิจารณาคดีย่อมไม่มีความเป็นกลางจากผู้พิพากษาคดีแล้ว นับว่าผู้พิพากษานั้นได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปด้วยความรัก โลภ โกรธ หรือเกรงกลัวต่ออิทธิพลอันเกิดจากปัจจัยดังกล่าว ทำให้ต้องสูญเสียความเป็นกลางในจิตใจไปในที่สุด และส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมของคำพิพากษาอันเป็นผลมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของผู้พิพากษานั้นได้

เพราะฉะนั้นแล้วความยุติธรรมจะเกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าหากว่าขาดหลักการใดหลักการหนึ่งไป เช่น หากศาลใดมีแต่หลักความเป็นอิสระแต่ไม่มีหลักความเป็นกลางของศาลความคู่ไปด้วย ถ้าหากในทางปฏิบัติศาลหรือผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่จิตมีความเป็นกลางเพียงใดสาธารณชนก็อาจมีความเคลือบแคลงในความยุติธรรมของศาลนั้นได้เพราะขาดหลักประกันในเรื่องความเป็นกลางของศาล แม้ว่าองค์กรศาลจะเป็นอิสระก็ตาม หรือในทางกลับกัน หากศาลใดมีเพียงหลักความเป็นกลางแต่กลับไม่มีอิสระ เช่น ระบบศาลยังอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารแล้ว เมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างราษฎรกับรัฐ แม้ว่าศาลจะตัดสินด้วยความเป็นกลางปราศจากอคติทั้งปวงแต่ราษฎรอาจไม่สนิทใจว่าตนได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริงจากศาลนั้นเช่นกัน จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักความเป็นกลางของศาลและหลักความเป็นอิสระของศาลเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด โดยความยุติธรรมจากการพิจารณาพิพากษาคดีจะไม่อาจมีขึ้นได้หากว่าขาดหลักใดหลักหนึ่งไป ดังนั้นการที่จะทำให้สาธารณชนได้รับความยุติธรรม จึงควรต้องมีหลักประกันในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งหลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระของศาล

2.3 การรักษาความอิสระและเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดี

ทุกองค์กรที่ต้องมีการใช้อำนาจหน้าที่ ที่ต้องมีผลกระทบต่อมหาชนนั้น ประเทศใดที่พัฒนาระบบที่ดีย่อมจะเห็นได้ว่า ต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กลไกทางกฎหมาย หรือการนำขนบธรรมเนียมประเพณีเข้ามาควบคุมตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศนั้นๆ โดยเฉพาะองค์กรของศาลที่ต้องใช้ความยุติธรรม ในประเทศไทยก็เช่น

²² Aharon Barak. (2008). "The Role of the judge in a Democracy. Retrieved August 29, from

เดียวกันที่ต้องมีการรักษาความเป็นอิสระและเป็นกลางของศาลเพื่อผดุงความยุติธรรมให้เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน ดังต่อไปนี้

2.3.1 หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง²³ แม้รัฐธรรมนูญทุกฉบับบัญญัติรับรองไว้ เพื่อมิให้อำนาจตุลาการถูกก้าวท้าวหรือแทรกแซงจากอำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นจึงมีมาตรการให้ความคุ้มครองความเป็นอิสระแก่ผู้พิพากษา หรือหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นเอง ซึ่งในหลักประกันด้านกฎหมายต่างๆ ในประเทศไทยก็ได้มีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเหมือนนานาอารยประเทศ แต่สิ่งหนึ่งที่มีความสำคัญและแตกต่างกับต่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ (Unique) ของศาลไทยว่า ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระที่สุดแห่งหนึ่งในโลก นั่นคือมีคณะกรรมการตุลาการ ซึ่งคอยดูแลความเป็นกลางของผู้พิพากษา ดังนั้นผู้พิพากษาซึ่งเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งก็จะมีหลักประกันต่างๆ²⁴

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีหลักการสำคัญดังนี้

1) ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการพิจารณาตัดสินคดีต่างๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁵ ซึ่งเป็นหลักประกันที่รัฐธรรมนูญให้ไว้แก่ผู้พิพากษาอันเป็นการรับรองว่า อำนาจตุลาการจะไม่ถูกก้าวท้าวหรือแทรกแซงโดยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องมีสิทธิที่จะออกความคิดเห็นของตนเองโดยอิสระปราศจากการแนะนำตักเตือนหรือชักจูงบีบบังคับต่างๆ การออกคำสั่งใดๆ ย่อมเป็นการต้องห้ามโดยสิ้นเชิง หลักประกันความเป็นอิสระในข้อนี้ คือ หลักประกันความเป็นอิสระในทางเนื้อหา

2) การแต่งตั้งให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล²⁶ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ก.ต. ได้เข้ามาคุ้มครองความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาดังแต่เริ่มแรก เพื่อมิให้อำนาจใดๆ เข้ามาก้าวท้าวแทรกแซง

3) การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้นเป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็น

²³ พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. (2513). “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” *บทบัญญัติ*, 27, 1. หน้า 17-22.

²⁴ สัญชัย สัจจวานิช. เล่มเดิม. หน้า 9-51.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534, มาตรา 190.

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534, มาตรา 192, 193.

กรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมิได้²⁷

4) ผู้พิพากษาจะไม่ถูกถอดถอนหรือปลดออกจากตำแหน่ง โดยฝ่ายบริหาร เพราะในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า การให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมพ้นจากตำแหน่งจะได้รับความเห็นชอบจาก ก.ต. ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการก่อน²⁸ ซึ่งเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษามี ก.ต. เป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เพราะ ก.ต. จะเป็นองค์กรที่คอยพิจารณาและควบคุมผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษาจะควบคุมผู้พิพากษากันเอง ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงไม่อาจเข้ามาก้าวล่วงแทรกแซงให้คุณให้โทษได้

5) ผู้พิพากษาได้รับเงินเดือนที่เหมาะสมและเพียงพอ ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁹ เพื่อให้ผู้พิพากษาคงความเป็นอิสระในทางส่วนตัว อยู่ได้มิให้ต้องกังวลกับการทำมาหาเลี้ยงชีพ และเพื่อให้มีเวลาปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอย่างเต็มที่

6) ผู้พิพากษาเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง จะมีระยะเวลาดำรงตำแหน่งจนกระทั่งครบเกษียณอายุราชการ คือ 70 ปี³⁰ ซึ่งเป็นหลักประกันในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่ มิให้ต้องกังวลกับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งดังเช่น ผู้พิพากษาที่ได้รับการเลือกตั้งในต่างประเทศ

จากหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ผู้พิพากษาของไทยเราธำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระมาจนกระทั่งทุกวันนี้

2.3.2 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในประเทศไทย

ในประเทศไทยเรา การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษากระทำโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ เรียกว่า คณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต. ซึ่งก่อตั้งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย³¹ เพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี³² ซึ่งในเรื่องนี้ท่านศาสตราจารย์ โสภณ รัตนากร ได้กล่าวว่าศาลและผู้พิพากษาของไทย

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 197.

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534, มาตรา 192, และมาตรา 193.

²⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ลักษณะ 1, 2.

³⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521, มาตรา 30 (3).

³¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2471.

³² อนุวัตร บุนนาค. (2522). “ประวัติและบทบาทของ ก.ต.” ในหนังสือที่ระลึกครบรอบ 50 ปี แห่งการให้กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน. หน้า 174.

นั้นมีความเป็นอิสระที่สุดในโลก ซึ่งแสดงถึงเอกลักษณ์เฉพาะตัวของศาลไทย ว่ามีความเป็นหนึ่งแตกต่างไปจากศาลในประเทศอื่นๆ ทั่วโลก เพราะมีคณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต. คอยเป็นหลักประกันแก่ผู้พิพากษา ตลอดจนควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.3.3 การรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดี

บทบัญญัติหลักเกี่ยวกับการรักษาความเป็นกลาง ในการพิจารณาคดีนั้น โดยเฉพาะในเรื่องของการคัดค้านผู้พิพากษา บทบัญญัติหลักที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้ในศาลชั้นอุทธรณ์ ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้การพิจารณาคดีเฉพาะเรื่องที่มีลักษณะพิเศษ และมีการพิจารณาพิพากษาโดยศาลหรือผู้พิพากษาที่มีความชำนาญในด้านนั้นๆ ก็ยังมีบทบัญญัติในส่วนของการรักษาความเป็นกลางของศาล อิงไว้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงาน และวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 19³³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 23³⁴ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 มาตรา 14³⁵ เป็นต้น

ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27³⁶ แม้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญาจะเน้นการแสวงหาความจริง เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบสุขของสังคม อันเป็นระบบก่อนข้างจะแตกต่างจากระบบพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์เฉพาะของเอกชน แต่ในส่วนของการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาของไทย มีบทบัญญัติที่ใช้บังคับในลักษณะเป็นอย่างเดียวกัน

³³ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่การคัดค้านผู้พิพากษาของศาลแรงงาน และผู้พิพากษาสมทบโดยอนุโลม.

³⁴ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่การคัดค้านผู้พิพากษาสมทบโดยอนุโลม.

³⁵ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 14 นอกจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ กระบวนพิจารณาในศาลล้มละลายให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายและข้อกำหนดตามมาตรา 19 ในกรณีที่ไม่มิบบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าว ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวง และวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับโดยอนุโลม.

³⁶ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 27 ผู้พิพากษาในศาลใดซึ่งชำระคดีอาญา จะถูกตั้งรังเกียจตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ในเรื่องนั้นก็ได้.

ส่วนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในมาตรา 63³⁷ โดยหลักแล้ววิธีการในการรักษาความเป็นกลางของศาลนั้น จะอิงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกัน แต่ก็มีรายละเอียดปลีกย่อยบางส่วนที่แตกต่าง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

การรักษาหลักความเป็นกลางของศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลคดีชำนาญพิเศษ ศาลคดีอาญา และศาลคดีปกครอง การรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีนั้น ล้วนแต่อ้างอิงอยู่กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องของการคัดค้านผู้พิพากษาแทบทั้งสิ้น เพราะฉะนั้น หากตัวบทกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีปัญหาในเรื่องความเป็นกลางของศาลแล้ว ย่อมจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของศาลในคดีอื่นอีกหลายศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม เช่น ศาลคดีอาญา ศาลคดีปกครอง เป็นต้น หากว่าบทบัญญัติหลักไม่อาจทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นในความเป็นกลางของศาลได้เสียแล้ว ความสงบเรียบร้อยของประชาชนตลอดจนสิทธิของบุคคลย่อมได้รับความกระทบกระเทือน อีกทั้งอาจจะกระทบต่อความยุติธรรมของศาลได้

ดังนั้น การพิจารณาถึงปัญหาในการรักษาความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงมีความสำคัญ เพราะว่าเป็นกฎหมายที่กฎหมายอื่นใช้อ้างอิงเป็นหลักในการรักษาความเป็นกลางตามที่กล่าวมาแล้ว สามารถแยกพิจารณาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายดังที่จะได้กล่าวไปในข้อต่อไป

2.3.4 ปัญหาเกี่ยวกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา

การคัดค้านผู้พิพากษาเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550³⁸ ที่กำหนดให้เป็นสิทธิของชนชาวไทยที่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่ยืนยันว่าชนชาวไทยจะได้รับการพิจารณา

³⁷ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 63 ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาหรือผู้แถลงคดีปกครอง อาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม.

³⁸ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 3 ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 40(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยาน หลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่หนึ่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง.

พิพากษาคดีจากผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลาง นอกจากนี้หากจะกล่าวถึงหลักประกันและการรักษาความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีแล้ว ก็ย่อมต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้แล้วก็ยังพบหลักประกันในเรื่องความเป็นกลางของศาลในส่วนอื่นด้วย เช่น ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ และตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมบางส่วน เป็นต้น

คำว่า “ศาล” กับ “ผู้พิพากษา” มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(1) ที่ได้ให้ความหมายของคำว่า “ศาล” หมายความว่าศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ดังนั้นอาจจะกล่าวได้ว่า เมื่อกกล่าวถึงคำว่าศาลแล้ว อาจจะมีคามหมายถึงตัวผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง หรือหมายถึงศาลยุติธรรมที่เป็นสถาบันที่มีอำนาจในการตัดสินคดีก็ได้

องค์คณะของศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีแพ่งแต่ละคดีนั้น จะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่ผู้พิพากษาที่มีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมนั้นยังอาจถูกคัดค้านได้³⁹ เมื่อมีคดีมาสู่ศาลแล้ว การที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านผู้พิพากษานั้น มิใช่ว่าจะอ้างเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตนพอใจขึ้นมาเป็นเหตุคัดค้านได้ แต่จะต้องเป็นเหตุที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และมาตรา 12⁴⁰ เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นเรื่องหลักประกันในความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณาคดีแพ่ง อันเป็นสิทธิของคู่ความที่จะทำการคัดค้านผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาไม่ให้ทำการพิจารณาพิพากษาคดี ถ้าหากปรากฏเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง ดังนี้

2.3.4.1 สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในทางกระทำ

เหตุประการแรกที่จะสามารถคัดค้านผู้พิพากษาไม่ให้นั่งพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(1) “ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับอยู่ในคดีนั้น” คำว่า “มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้อง” เป็นคำกว้างมาก แต่จะแปลความหมายกว้างขวางเกินไปไม่ได้⁴¹ ซึ่งหมายถึง ผู้พิพากษานั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง หรือโดยใกล้ชิดในคดีนั้น ซึ่งถ้าคู่ความฝ่ายใดแพ้หรือชนะคดีแล้ว จะกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของ

³⁹ บันทึกคำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปีการศึกษา. (2505). หน้า 167.

⁴⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ. (2550). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป (ตอน 1). หน้า 69.

⁴¹ สุธรรม ภัทราคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. หน้า 48-49.

ผู้พิพากษาด้วย เช่น ผู้พิพากษานั้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในหุ้นส่วนหรือบริษัทซึ่งเป็นคู่ความ หากหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นแพคดี ก็ย่อมกระทบถึงส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ของผู้พิพากษาโดยตรง⁴² และถึงแม้จะมีหุ้นเล็กน้อยก็ยังถือว่ามีส่วนได้เสียเล็กน้อย อันเป็นเหตุให้คัดค้านได้⁴³

2.3.4.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่ความ (Personal Involvement)

1) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(2) “ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นที่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น” เหตุคัดค้านนี้จำกัดเฉพาะเหตุที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดี และจำกัดเฉพาะบุคคลที่เป็นบุพการีของผู้พิพากษา หรือผู้สืบสันดานของผู้พิพากษา ไม่ว่าจะเป็
บุพการีหรือผู้สืบสันดานชั้นใด เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ลูก หลาน เหลน ลื้อ ส่วนญาติอีกประเภทที่จะสามารถอ้างเป็นเหตุคัดค้าน คือ พี่น้องไม่ว่าจะร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมเฉพาะบิดาหรือมารดาเดียวกันก็ได้ รวมทั้งลูกพี่ลูกน้องคือ ลูกของลุง ป้า น้า อา ที่เป็นพี่น้องกับบิดาหรือมารดาของผู้พิพากษานับลำดับเพียงสามชั้น ส่วนญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน ก็เช่น พ่อตา หรือแม่ยายของผู้พิพากษา นับไปเพียงสองชั้น และมีข้อสังเกตว่ากรณีนี้ไม่รวมถึงพี่เขย หรือน้องสะใภ้ตลอดจนคู่หมั้นของผู้พิพากษาด้วย

2) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(4) “ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว” คำว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรม” ตามมาตรานี้ หมายถึงผู้แทนโดยชอบธรรมตามความหมายในมาตรา 1(13) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าผู้แทนโดยชอบธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งนอกจากบิดามารดาของผู้เยาว์แล้ว ยังหมายความรวมถึงผู้อนุบาลและผู้พิทักษ์ด้วย ส่วนคำว่าผู้แทนนั้น หมายความว่า การเป็นผู้แทนของตัวความไม่ว่าในกรณีใดๆ เช่น ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้แทนเฉพาะคดีซึ่งศาลมีคำสั่งแต่งตั้งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนผู้ไร้ความสามารถตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 56 วรรคท้าย และรวมไปถึงผู้เข้าดำเนินคดีแทนคู่ความในศาลโดยการมอบอำนาจ หรือในฐานะผู้จัดการมรดก ส่วนที่ว่าได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว ซึ่งน่าจะหมายถึงคดีที่ผู้พิพากษากำลังพิจารณาอยู่นั่นเอง แต่ไม่ได้หมายความเพียงเป็นทนายความแตกต่างว่าต่างให้เท่านั้น แม้เพียงเคยรับปรึกษาคดีเรื่องนั้นในฐานะ

⁴² มาโนช จรมาศ. (2521). คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-2. หน้า 165.

⁴³ สุธรรม ภัทราคม. เล่มเดิม. หน้า 49.

ทนายความ ก็อยู่ในฐานะที่จะถูกคัดค้านได้เช่นเดียวกัน ส่วนการเคยเป็นทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายใดในคดีอื่น ไม่น่าจะเข้าเหตุคัดค้านได้⁴⁴

3) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(6) “ถ้ามีคดีอื่นเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความอีกฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง” เหตุคัดค้านตามมาตรานี้ แม้ว่าจะไม่ใช่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่ความในคดีที่ผู้พิพากษานั้นพิจารณาอยู่โดยตรงเหมือนอย่างกรณีมาตรา 11(1) แต่ก็เป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวโดยทางอ้อม ซึ่งคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาไม่ว่าจะในศาลเดียวกันนั้นหรือในศาลอื่น โดยที่ผู้พิพากษานั้นเองหรือ ภริยา ผู้พิพากษา (ปัจจุบันน่าจะรวมถึงสามีผู้พิพากษาด้วย) รวมถึงญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาไม่จำกัดลำดับชั้น เป็นความอยู่กับคู่ความ หรือภริยา (หรือสามี) ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาไม่จำกัดลำดับชั้นของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีที่ผู้พิพากษานั้นพิจารณาอยู่ ก็เป็นเหตุจูงใจให้เกิดอคติได้ จึงอาจร้องคัดค้านได้เช่นเดียวกัน⁴⁵ และผู้เขียนเห็นว่าน่าจะรวมถึงการเป็นความทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครองด้วย

4) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(7) “ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง” ความเป็นหนี้หรือเป็นนายจ้างนั้นจะต้องยังคงมีอยู่ในขณะที่พิจารณาคดีนั้น หากว่าความเป็นหนี้หรือความเป็นนายจ้างลูกจ้างระหว่างผู้พิพากษา และคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้สิ้นสุดลงแล้วในระหว่างการพิจารณา ก็ไม่มีเหตุที่จะคัดค้านตามมาตรานี้ได้ ส่วนที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งการเป็นลูกจ้างนั้น ก็เพราะไม่น่าจะเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาจะไปเป็นลูกจ้างผู้ใดได้ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษานั้นเอง และมีข้อสังเกตอีกประการสำหรับกรณีเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กัน หนี้้นั้นต้องเป็นหนี้ที่อาจฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมายด้วย เช่น หนี้ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามที่กฎหมายกำหนด หรือหนี้ที่ไม่ขาดอายุความ เป็นต้น ถ้าหากเป็นหนี้ที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับกันได้แล้ว แม้ความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้จะยังคงมีอยู่ ก็ไม่อาจจะคัดค้านตามเหตุนี้ได้

2.3.4.3 ผู้พิพากษามีความเกี่ยวข้องกับคดีนั้นมาก่อน (Prior Involvement)

1) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(3) “ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวกับคดีนั้น” ต้องเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาคดีนั้นถูกคู่ความอ้างไว้เป็นพยาน ไม่ว่าจะป็นประจักษ์พยาน

⁴⁴ มาโนช จรมาศ. เล่มเดิม. หน้า 167-168.

⁴⁵ แหล่งเดิม. หน้า 168-169.

หรือพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณี หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ย่อมเป็นเหตุคัดค้านได้ เนื่องจากอาจเป็นเหตุให้ผู้พิพากษานั้นมีอุปาทานไปในทางใดทางหนึ่งจนขาดความเที่ยงธรรม แต่ไม่รวมไปถึงกรณีที่ผู้พิพากษานั้นถูกอ้างเป็นพยานในคดีอื่นด้วย

2) เหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(5) “ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว” เหตุคัดค้านนี้จำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นมาแล้วในศาลอื่น มิใช่เป็นเพียงเรื่องเดียวกัน เช่น เป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นมาแล้ว ต่อมาได้เลื่อนเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ จึงต้องห้ามพิจารณาคดีเดียวกันอีก แต่ถ้าเป็นผู้พิพากษาศาลอาญานั่งพิจารณาคดีอาญาแล้ว ต่อมาย้ายมาอยู่ศาลแพ่งและต้องพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเรื่องก่อน ก็ย่อมไม่เข้าเหตุคัดค้านกรณีนี้ แม้จะเป็นเรื่องเดียวกันแต่เป็นคนละคดี⁴⁶ หรือว่าเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกันแต่มิใช่คดีเดียวกันก็จะยกมาเป็นเหตุคัดค้านตามมาตรา 11(5) ไม่ได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 43/2538 ที่ตัดสินว่าแม้ว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คนหนึ่งพิพากษาคดีนี้ เคยพิพากษาคดีแพ่งในศาลชั้นต้น ซึ่งโจทก์กับผู้ร้องสอดพิพาทกันเกี่ยวกับเรื่องขอตั้งผู้จัดการมรดกของเจ้ามรดก การที่ผู้พิพากษาคณะนั้นพิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์ หาเป็นการฝ่าฝืนต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(5) ไม่ เพราะคดีดังกล่าวโจทก์กับผู้ร้องสอดพิพาทกันเกี่ยวกับทรัพย์มรดกของเจ้ามรดก คดีทั้งสองเรื่องเพียงแต่เกี่ยวข้องกันมิใช่คดีเดียวกัน โจทก์จะยกขึ้นมาเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์ตามมาตรา 11(5) หาได้ไม่⁴⁷ ส่วนอนุญาโตตุลาการนั้นรวมทั้งอนุญาโตตุลาการนอกศาลและในศาล เมื่อเคยชี้ขาดมาแล้วจะมาตัดสินในฐานะผู้พิพากษาอีกย่อมไม่ได้

2.4 มาตรฐานสากลเรื่องการพิจารณาคดีด้วยความเป็นกลางของศาล

การดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงและการพิจารณาพิพากษา โคนเฉพาะในคดีอาญา คำพิพากษาไม่ได้มีผลต่อชีวิต เสรีภาพ ชื่อเสียงของจำเลยเท่านั้น แต่ผู้เสียหายและสังคมโดยรวมก็ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาดังกล่าว

ความเชื่อมั่นของกลุ่มความและสังคมที่มีต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีผลโดยตรงจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วยความถูกต้อง ชอบธรรมและมีความยุติธรรม ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิของกลุ่มความในคดีอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมในระหว่างการพิจารณา

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 168.

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 43/2538 หนังสือคำบรรยายเนติบัณฑิตย. หน้า 19-21.

จึงได้ถูกบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายสากลและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณี

จริยธรรมตุลาการเกิดขึ้นมาเป็นพันปีแล้ว พระคัมภีร์เก่าของคริสตจักรบัญญัติว่าพระเจ้าเป็นเจ้าของตุลาการมาให้มนุษย์ โดยมีพันธสัญญาว่า “เจ้าจะต้องไม่เกรงกลัวต่อใบหน้าผู้หนึ่งผู้ใด” ตุลาการจึงต้องเป็นกลางแบบ “พระจันทร์ที่ใสสว่างปราศจากเมฆหมอกใดๆ” โดยเลยลงไปถึงคำพิพากษาว่าจะต้องไม่มีความเคลือบแคลงสงสัยใดๆของมนุษย์ที่ได้อ่านคำพิพากษาของเรา อย่างภายิตโรมันที่ว่า “การลงโทษใดๆ ต้องแจ่มแจ้งดังแสงตะวัน” หมายความว่า ต้องชัดเจนมากตุลาการจึงต้องเปิดเผยทำตัวกลับไม่ได้ พร้อมให้พิสูจน์ได้ว่าเป็นคนดีโดยเนื้อแท้⁴⁸

หลักประกันสิทธิของกลุ่มความในการพิจารณาคดี ที่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมได้ถูกบัญญัติขึ้นเป็นหลักกฎหมายสากลได้แก่

2.4.1 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) รับรองสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความเท่าเทียมกันอย่างบริบูรณ์ ที่จะได้รับพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยโดยศาลซึ่งเป็นอิสระและไร้อคติ ในการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ ตลอดจนข้อที่ตนถูกกล่าวหาใดๆทางอาญา (ข้อ 10) สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 3 ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 40(2) ซึ่งมีหลักว่า

“สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำสั่ง”

2.4.2 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Rights 1950) รับรองสิทธิของบุคคลที่ถูกฟ้องในคดีแพ่งและคดีอาญาให้ได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและโดยเปิดเผยในเวลาตามสมควร โดยศาลที่เป็นอิสระและเป็นกลางทำหน้าที่พิจารณาตามกฎหมาย (ข้อ 6.1)

จะเห็นได้ว่า กฎหมายสากลรับรองสิทธิของบุคคลที่ได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม โดยเปิดเผยและปราศจากอคติในศาลที่อิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษา จะเห็นได้ว่า

⁴⁸ วิชา มหาคุณ. (2548). “ทัศนศาสตร์การกระตุ้นต่อมจริยธรรมตุลาการ.” ในการสัมมนาจริยธรรมตุลาการและการพิจารณาคดีทุจริตของบุคคลสำคัญทางการเมือง. หน้า A5.

ตามหลักกฎหมายสากลที่ปรากฏอยู่นั้น ในการพิจารณาและพิพากษาคดีประเทศสากลต่างได้เห็นความสำคัญสำหรับกรที่จะมอบหมายให้บุคคลใดเข้าทำการตัดสินอรรถคดีเช่นเดียวกันทั้งสิ้น ซึ่งเกี่ยวกับการคัดเลือกตัวบุคคลหรือการคัดค้านมิให้บุคคลใดซึ่งมีหน้าที่ในการตัดสินคดี เข้าทำการพิจารณาและพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งนั้นในต่างประเทศหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้มีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายซึ่งมีความสำคัญอันจะได้อ้างไว้ในบทที่สามดังต่อไปนี้

บทที่ 3

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในต่างประเทศ

เพื่อเป็นการรับรองไว้ถึงสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม โดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย กฎหมายของแต่ละประเทศจึงได้บัญญัติถึงลักษณะบางประการอันอาจทำให้มีการตั้งคำถามว่าการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของผู้พิพากษาเป็นไปอย่างไม่เป็นกลาง มีส่วนได้เสียหรือมีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ โดยบางประเทศแยกพิจารณาเหตุดังกล่าวเป็นเหตุห้ามและเหตุคัดค้านออกจากกัน แต่บางประเทศก็บัญญัติให้ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นเพียงเหตุคัดค้านเท่านั้น

ซึ่งไม่ว่ากฎหมายจะแยกพิจารณาเป็นเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้านหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การขาดคุณสมบัติ (disqualification) ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นควรจะต้องได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในพระราชบัญญัติ หรือในกฎข้อบังคับของศาล (court rule) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นหลักประกันความยุติธรรมของการพิจารณาคดี¹

ดังนั้น การศึกษาจึงจะได้พิจารณาทั้งในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อันได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อันได้แก่ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส เพื่อที่จะได้ทำการวิเคราะห์ เปรียบเทียบความเหมือน ความแตกต่าง ถึงการกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา อันจะก่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจและสามารถหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขการประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียในส่วนของประเทศไทยได้ดียิ่งขึ้น

3.1 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้น สิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้โดย Human right act 1998 ข้อ

¹ Arnold O Ginnow and Leon Fingerman. (2001). "Corpus Juris Secundum" Volume 48A. pp. 709-710.

6² โดยวัตถุประสงค์ของการได้รับการพิจารณาจากศาลที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนั้นก็เพื่อป้องกันการเกิดอคติโดยชัดแจ้งและอคติโดยนัย (actual and implied bias) และเพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสังคมที่มีต่อองค์กรตุลาการ ดังนั้นการวินิจฉัยว่า ผู้พิพากษาผู้นั้นจะถูกห้ามมิให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาหรือไม่นั้นก็จะต้องอยู่บนพื้นฐานสองประการคือ วิทยุชนจะสงสัยในความไม่เป็นกลางของศาลหรือไม่ (whether reasonable entitled doubts the impartiality of the tribunal) และเหตุกังวลสงสัยต่อความไม่เป็นกลางนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่³

สิทธิของกลุ่มความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนอกจากจะได้รับการคุ้มครองตาม Human right act 1998 ดังกล่าวแล้วก็ยังได้รับการคุ้มครองไว้โดยเคร่งครัดจากศาลด้วย โดยศาลในประเทศอังกฤษจะยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) หลักหนึ่งที่ว่า nemo iudex in causa sua กล่าวคือ ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (no one can be judge in his own cause) ซึ่งหลักกฎหมายธรรมชาตินั้นได้รับการนับถือมาในประเทศอังกฤษเป็นเวลาช้านานโดยถือเป็นหัวใจของกระบวนการยุติธรรม⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกรณีหลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมาย

นอกจากประเทศอังกฤษจะได้ยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) อย่างเคร่งครัดแล้ว เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคมจึงได้มีการยึดหลักกฎหมายเป็นใหญ่ (Rule of Law) ควบคู่กันไปด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักกฎหมายได้มีการประทับด้วยหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งก่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม ถึงแม้ว่าหลักความยุติธรรมจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายอังกฤษก็ตาม แต่หลักความยุติธรรมดังกล่าวก็มีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายของอังกฤษ

จากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติดังกล่าว เราอาจแยกพิจารณาเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในประเทศอังกฤษได้ดังนี้

3.1.1 เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษา

3.1.1.1 การที่ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในสาระสำคัญ

การที่ผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในคดีหรือที่ในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) เรียกว่าความไม่เป็นกลางหรือความมีอคติ ที่จะทำ

² ARTICLE 6 In the determination of his of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

³ Ben Emmerson. (2001). **Human Right and Criminal Justice**. pp. 369-370.

⁴ สกต สกตเดช. (2544). “ความยุติธรรม.” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 13, 1. หน้า 14.

ให้ผู้พิพากษามีเหตุห้ามพิจารณาพิพากษานั้นอาจเกิดขึ้นได้เมื่อผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ประการใดประการหนึ่ง⁵ คือ

ผลประโยชน์ทางการเงิน (pecuniary interest)

การมีผลประโยชน์ทางการเงินไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าผลประโยชน์นั้นจะมากหรือน้อยเพราะ แม้ผู้พิพากษามีผลประโยชน์แต่เพียงเล็กน้อยก็ทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ⁶ ซึ่งการมีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในทางการเงินที่จะทำให้ผู้พิพากษามีเหตุห้ามพิจารณาพิพากษานั้นประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1) คำวินิจฉัยอย่างใดๆ ของผู้พิพากษาผู้นั้นจะทำให้ผู้พิพากษาได้รับหรือเสียผลประโยชน์ในทางส่วนตัว (decision maker must stand to gain or lose personally as a result of his decision)

2) ผลประโยชน์นั้นต้องคาดหมายหรือคาดการณ์ได้และไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (the interest arise upon a purely speculative series of events and not remote)

3) ผลประโยชน์นั้นต้องมีเหตุผล (substantiality of interest)

3.1.1.2 การที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นได้มีการตัดสินก่อนหน้ามาก่อน (prejudge)

การตัดสินก่อนหน้าอันเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี คือ

1) การแสดงความเห็นล่วงหน้า (preconceived opinions)

เมื่อผู้พิพากษาได้แสดงความเห็นของตนต่อสาธารณะ (public statement) แล้วปรากฏว่าข้อคิดเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลัง จะทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดี

2) การเคยเกี่ยวข้องกับคดี (Prior Involvement)

การเคยเกี่ยวข้องกับคดีที่จะเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้น ต้องปรากฏว่าการเคยเกี่ยวข้องกับคราวก่อนนั้นเป็นการเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีที่ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่พิจารณาในคราวหลังนี้ เช่น ผู้พิพากษาได้เคยตัดสินคดีไว้ในศาลชั้นต้นและต้องมาทำหน้าที่พิจารณาคดีดังกล่าวอีกในชั้นอุทธรณ์ (hearing an appeal from his own decision)

อย่างไรก็ตามการเคยเกี่ยวข้องกับคดีในบางลักษณะก็ไม่ได้ส่งผลให้ผู้พิพากษาผู้นั้นมีลักษณะที่ต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้เคยทำหน้าที่วินิจฉัยในชั้นก่อนการพิจารณา (pre trial decision) รวมถึงการมีคำสั่งในการควบคุม (detention on remand) ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาแต่อย่างใด เนื่องจากคำ

⁵ Geoffrey a Flick. (1979). *Natural Justice*. pp. 112-121.

⁶ Marshall H H. (1959). *Natural justice*. p. 27.

วินิจฉัยอย่างใดๆ ของผู้พิพากษาในชั้นก่อนการพิจารณานั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นอย่างเดียวกันกับในกรณีของการวินิจฉัยตัดสินคดี เนื่องจาก การวินิจฉัยในชั้นก่อนการพิจารณานั้นศาลจะอาศัยพยานหลักฐานในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นน่าจะได้กระทำความผิดตามที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้กล่าวหาหรือไม่ แต่สำหรับในกรณีของการตัดสินคดีนั้นต้องอาศัยพยานหลักฐานที่ได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ ซึ่งการสงสัยว่าได้กระทำผิดกับการตัดสินว่ามีความผิดนั้น ไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน⁷

3.1.1.3 การมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคล (Personal Involvement)

การมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความในคดีอันเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาคืออาญา ความสัมพันธ์ดังกล่าวต้องมีความใกล้ชิดกัน เช่น การเป็นญาติในครอบครัว (family relationship) หรือความเป็นเพื่อน (friendship) นอกจากนั้นการเป็นปรปักษ์ในทางส่วนตัว (personal animosity) ก็ถือเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน

3.1.2 การที่ผู้พิพากษาถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีเอง

ในประเทศอังกฤษ แม้การถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดี (self disqualification) จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่การถอนตัวจากการพิจารณาคดีนั้นก็ตกอยู่ภายใต้ประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติของผู้พิพากษาซึ่งประเพณีและธรรมเนียมเหล่านี้ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามผู้พิพากษาอย่างเคร่งครัด ซึ่งกฎในการถอนตัวนี้มีอยู่ว่า เมื่อผู้พิพากษาคคนใดมีส่วนได้เสียไม่ว่าจะเป็นส่วนได้เสียในทางส่วนตัวหรือทางการเงิน หรือโอกาสที่จะเสียความเที่ยงธรรม ในคดีผู้พิพากษาผู้นั้นจะต้องถอนตัวจากคดี แต่โดยทางปฏิบัติแล้วผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษเคร่งครัดกว่ากฎแห่งการถอนตัวดังกล่าวเสียอีก โดยเพียงแต่มีกรณีที่มีเหตุให้เห็นว่าไม่สมควร (appearance of impropriety) ผู้พิพากษาก็จะเปิดเผยถึงเหตุต่างๆ ต่อคู่ความและขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีจากการถือปฏิบัติที่เคร่งครัดนี้เองทำให้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1852 ไม่เคยปรากฏว่ามีผู้พิพากษาศาลสูงของอังกฤษถูกคัดค้านในเรื่องการนั่งพิจารณาพิพากษาคดีเลย

ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้ามีเหตุที่จะคัดค้านได้อย่างใดอย่างหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในสองมาตราก่อนเกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาคคนใดที่นั่งในศาล

⁷ Hauschildt v. Denmark. (1990). 12 E.H.R.R. 266 para 50. อ้างถึงใน Ben Emmerson. (2002).

1) ผู้พิพากษานั้นเองจะยื่นคำบอกกล่าวแก่ศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีนั้นก็ได้”

3.1.3 การคัดค้านลูกขุน

สิทธิของบุคคลในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย (In the determination of his of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law) ตาม Human Right Act 1998 ข้อ 6 นั้นนอกจากจะหมายความถึงการได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียแล้วยังหมายความรวมถึงการได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียด้วย

ซึ่งแต่เดิมการคัดค้านลูกขุนในประเทศอังกฤษนั้นได้แยกเหตุแห่งการคัดค้านออกเป็นสองประเภท คือ การคัดค้านโดยต้องแสดงเหตุผล (challenge for cause) และการคัดค้านโดยไม่ต้องแสดงเหตุผล (peremptory challenge) แต่ต่อมาประเทศอังกฤษได้ยกเลิกการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้แล้วด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 118(1) ของ Criminal Justice Act 1988 เนื่องจากมีการมองว่าทนายความ (defense counsel) คัดค้านโดยไม่มีเหตุบ่อยครั้งและโดยเหตุผลที่ไม่เหมาะสมและไม่สำคัญ ดังนั้นในที่นี้จึงจะได้ทำการพิจารณาแต่เพียงการคัดค้านโดยมีเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

3.1.3.1 การคัดค้านโดยต้องแสดงเหตุผล (challenge for cause)

การคัดค้านโดยต้องแสดงเหตุผลในหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมีอยู่สองประเภท คือ เหตุที่ลูกขุนขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนได้ตามกฎหมาย (ineligible or disqualify from jury service) และเหตุที่ลูกขุนถูกสงสัยโดยมีเหตุอันควรว่ามื่อคติ (reasonably be suspect of being biased)

โดยที่คุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนนั้นได้ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายแล้ว เช่น มีอายุไม่เกิน 65 ปี หรือไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือไม่เป็นแพทย์ พยาบาลหรือบุคลากรทางการแพทย์อื่น ดังนั้น เมื่อปรากฏเหตุว่าลูกขุนขาดคุณสมบัติตามกฎหมายดังกล่าวลูกขุนผู้นั้นก็จะถูกคัดค้านมิให้ทำหน้าที่เป็นลูกขุน ดังนั้นการคัดค้านเพราะเหตุขาดคุณสมบัติที่จะเป็น

⁸ John Sprack. (2002). **Emmins on Criminal Procedure** (9ed). pp. 265-266. ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า การคัดค้านลูกขุนโดยไม่ต้องมีเหตุผลดังกล่าวนี้ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องของความเป็นกลางและความมื่อคติของลูกขุนจึงไม่เป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความเที่ยงธรรมและความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของลูกขุน เนื่องจากการคัดค้านในลักษณะนี้ แม้ลูกขุนจะไม่มีเหตุแห่งความมื่อคติ ก็อาจถูกคัดค้านได้.

ลูกขุนได้ตามกฎหมายนี้จึงไม่เป็นประเด็นทางกฎหมายที่มุ่งทำการศึกษา ดังนั้นจึงจะได้ทำการศึกษา แต่เฉพาะในเรื่องการคัดค้านเพราะเหตุแห่งการมีอคติเท่านั้น ซึ่งเราสามารถพิจารณาได้ดังนี้

การพิจารณาของศาลว่าลูกขุนมีอคติหรือไม่นั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานสองข้อคือ อคติที่แท้จริง (actual bias) ซึ่งอคติที่แท้จริงนี้จะตรวจสอบได้จากตัวลูกขุนเอง และอคติที่ปรากฏ (appearance of bias) ซึ่งจะตรวจสอบได้โดยผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกา (The House of Lord) ได้ออกข้อกำหนดว่าการวินิจฉัยการมีอคตินั้นศาลต้องสอบสวนจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและตั้งคำถามว่าสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นมีอันตรายอย่างแท้จริง (a real danger) ต่อการมีอคติหรือไม่ กล่าวคือ ศาลต้องวินิจฉัยว่าลูกขุนผู้ใดผู้หนึ่งในองค์คณะนั้นอาจจะเกิดความชอบหรือไม่ชอบคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีหรือไม่ ซึ่งการพิสูจน์นั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของอันตรายอย่างแท้จริง (a real danger) เพื่อเป็นข้อยืนยันและสนับสนุนว่าศาลจะวินิจฉัยการมีอคติของลูกขุนโดยอาศัยหลักความเป็นไปได้ (possibility) มากกว่าหลักความน่าจะเป็น (probability)

ในกรณีของการมีอคติที่ลูกขุนอาจถูกคัดค้านได้นั้นเช่นในกรณีที่ลูกขุนเป็นลูกจ้างหรือมีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี หรือเมื่อลูกขุนได้แสดงความเห็นในผลของคดี หรือเมื่อลูกขุนได้แสดงออกถึงความปรีภัย (hostility) ที่มีต่อตัวผู้ถูกกล่าวหา หรือลูกขุนมีความสัมพันธ์กับคู่ความที่มีส่วนได้เสียในคดีในฐานะที่เป็นลูกของพ่อแม่อุปถัมภ์ (godchild) หรือ ลูกขุนเป็นลูกจ้างในร้านที่ถูกปล้นทรัพย์ เป็นต้น

การวินิจฉัยว่าลูกขุนมีอคติหรือไม่นั้นต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณีไป ซึ่งในบางกรณีศาลอาจเห็นว่าพฤติการณ์บางอย่างของลูกขุนไม่ร้ายแรงเพียงพอที่จะกล่าวอ้างว่าลูกขุนมีอคติ ตัวอย่างเช่นในคดี ซึ่งมีจำเลยเป็นคนผิวสีนั้น ผู้พิพากษาได้รับรายงานจากลูกขุนผู้หนึ่งว่ามีลูกขุนอย่างน้อยหนึ่งคนในคณะลูกขุนนั้นได้แสดงออกถึงความมีอคติทางด้านชาติพันธุ์ (racial prejudice) ซึ่งหลังจากที่ผู้พิพากษาได้ทำการสอบสวนรวมทั้งการปรึกษากับทนายจำเลยแล้ว ได้ให้ข้อแนะนำแก่คณะลูกขุนอย่างชัดเจนว่าให้ตัดสินคดีโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานและต้องปราศจากอคติหรือความลำเอียงอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้นั้นศาลพิจารณาแล้วว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ร้ายแรงเพียงพอต่อการตัดลูกขุนผู้นั้นมิให้ทำหน้าที่และถือว่าได้แก้ปัญหาไปในแนวทางที่ดีแล้ว แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นศาลล้มเหลวในการประกันสิทธิของคู่ความในอันที่จะได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่เป็นกลางนี้ เพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวถือว่ามีข้อสงสัยต่อความเป็นกลางของลูกขุนแล้วและข้อสงสัยนั้นถือว่าชอบกฎหมาย¹⁰

⁹ John Sprack. (2002). *Emmins on Criminal Procedure* (9 ed). p. 267.

¹⁰ Ben Emmerson. *supra* note 3. p. 374.

อย่างไรก็ตามถ้าปรากฏเหตุสงสัยต่อความมีอคติหรือความไม่เป็นกลางของ ลูกขุนแล้วศาลก็จะตัดลูกขุนผู้นั้นออกจากการทำหน้าที่ ตัวอย่างเช่น ในคดีที่มีจำเลยเป็นชาวเอเชีย ลูกขุนผู้หนึ่งได้รายงานต่อศาลว่ามีลูกขุนอย่างน้อยสองคนได้กล่าวล้อเลียนเกี่ยวกับเรื่องชาติพันธุ์ (racist jokes and remark) ซึ่งจากการสอบสวนพบว่ากรกล่าวถึงเรื่องชาติพันธุ์ดังกล่าวได้กระทำขึ้นจริง แม้ลูกขุนผู้นั้นจะยืนยันว่าเป็นแค่การล้อเลียนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลพิจารณาว่ามีข้อสนับสนุนที่เพียงพอแล้วต่อข้อสงสัยถึงความไม่เป็นกลางของลูกขุน ซึ่งข้อสงสัยต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวไม่สามารถลบล้างไปได้ด้วยการให้คำแนะนำอย่างหนักแน่นของศาลที่มีต่อลูกขุนที่ให้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานและขจัดความลำเอียงออกไปให้ได้¹¹

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสการประกันสิทธิของกลุ่มความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียและไม่มียศนั้น มีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1950 ในมาตรา 6¹²

3.2.1 เหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา

ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาอย่างเช่นในประเทศเยอรมัน¹³ แต่ได้บัญญัติเพียงคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาในคดีอาญา โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 668 ถึง 674-2¹⁴ โดยเหตุที่กลุ่มความอาจใช้สิทธิในการคัดค้านได้นั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 668¹⁵ ดังนี้

¹¹ Ibid.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส Article 6 In the determination of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

¹³ อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 677 วรรค 3 นั้นได้บัญญัติถึงกรณีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลที่ได้กระทำขึ้นระหว่างพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 434-24 ซึ่งผู้พิพากษาคดีนั้นจะไม่สามารถทำหน้าที่พิจารณาคดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลดังกล่าวได้.

¹⁴ สำหรับในกรณีการคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตั้งแต่ มาตรา 341-355.

¹⁵ โปรดดู American Series of Foreign Penal Code France, Article 668(1) ซึ่งใช้คำว่า ญาติทางสายโลหิต (relative by blood) แทนการใช้คำว่าสมาชิกในครอบครัว (family members). สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2552 from http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpptextA.htm

มาตรา 668 ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (first-instance judge) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (appeal judge) อาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1) ถ้าตัวผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเป็นญาติโดยการสมรส ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่สมรสของคู่ความ นับได้ในลำดับชั้นของญาติที่เกิดจากญาติในลำดับชั้นต้น รวมถึงการคัดค้านอาจกระทำได้ต่อศาลแม้ในกรณีที่มีการหย่าร้างหรือการตายของคู่สมรส ถ้าผู้พิพากษาเป็นญาติทางการสมรสกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนับได้ใน 2 ชั้น

2) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง (deputy guardian) ทรัสต์ หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัทหรือมีส่วนร่วมในการบริหารหรือการให้คำปรึกษา ซึ่งการมีส่วนร่วมของเขานั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวกับการฟ้องร้องและการต่อสู้คดีนั้น

3) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเป็นญาติโดยการสมรส ในระดับชั้นที่ระบุไว้ข้างกับ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง (deputy guardian) ทรัสต์ หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้บริหาร ผู้อำนวยการ หรือผู้จัดการของบริษัท ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

4) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส อยู่ในสถานะที่ไม่มีความเป็นอิสระในความสัมพันธ์ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

5) ถ้าผู้พิพากษาเคยมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นผู้พิพากษา อัยการ อนุญาโตตุลาการ หรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย หรือถ้าเขาได้เบิกความในฐานะพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี

6) ถ้ามีคดีที่อยู่ในระหว่างการต่อสู้คดีของ ผู้พิพากษา, คู่สมรส หรือ สมาชิกในครอบครัว หรือ เป็นญาติทางการแต่งงานในลำดับสายตรง กับ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สมรส หรือ สมาชิกในครอบครัวหรือญาติทางการแต่งงานในสายเดียวกัน

7) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาซึ่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้พิพากษา

8) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส สมาชิกในครอบครัว หรือญาติทางการแต่งงานในลำดับสายตรงเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทที่มีปัญหาคล้ายกับประเด็นพิพาทของคู่ความ

9) ถ้าสิ่งที่ชัดเจนร้ายแรงเพียงพอที่จะนำไปสู่การตั้งข้อสงสัยถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือคู่สมรสต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เราอาจแยกพิจารณาเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้เป็นสามประการคือ

3.2.1.1 ผู้พิพากษาที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

การมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างผู้พิพากษาหรือคู่สมรสของผู้พิพากษากับผู้เสียหายหรือจำเลยในคดี หมายความว่ามีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือที่ในบทบัญญัติ

เรียกว่าเป็นสมาชิกในครอบครัว (family member) และนอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการมีความสัมพันธ์โดยการเป็นญาติทางการสมรส (relation by marriage) ด้วย ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการเป็นญาติทางการสมรสอันเป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา¹⁶ บังคับใช้แม้ในกรณีที่การสมรสนั้นขาดจากกันไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งความตายของกลุ่มสมรสหรือการหย่าร้างก็ตาม

อย่างไรก็ดีถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาไต่สวนเป็นคู่สมรสของพนักงานอัยการในศาลเดียวกันก็ตาม แต่ก็ไม้อาจอ้างเป็นเหตุที่จะแสดงถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ เนื่องจากไม่ปรากฏว่าพนักงานอัยการซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้ามามีส่วนไม่ว่าจะเป็นโดยทางตรงหรือโดยอ้อมในการดำเนินการอย่างไรๆ เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี¹⁶

3.2.1.2 ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

การเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนอันเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นต้องปรากฏว่าผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีนั้นในฐานะเป็น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ อนุญาโตตุลาการ (arbitrator) หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย (counsel) ตามมาตรา 668(5)

อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีในส่วนคดีแพ่งนั้น จะไม่ถือเป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาตามมาตรา 668 (5) เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาที่ได้เคยตัดสินในส่วนคดีแพ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ที่จะเข้าไปร่วมในการพิจารณาคดีส่วนอาญา ในคดีความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเดียวกันนั้น¹⁷

นอกจากนั้นการเคยเกี่ยวข้องกับคดีต้องหมายถึงคดีคราวก่อนกับคราวหลังเป็นคดีเดียวกันเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงการเป็นคู่ความเดียวกัน กล่าวคือ แม้ในคดีก่อนที่คู่ความคนใดคนหนึ่ง ในคดีคราวหลังนี้จะได้ถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็นโทษกับตนโดยผู้พิพากษาคณะเดียวกันกับในคดีคราวหลังนี้ก็ตาม แต่ก็ไม้อาจใช้เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ ดังนั้นแม้ปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่าผู้พิพากษาคณะหนึ่งในศาลมัชฌิมโทษ (correctional court) ได้เคยมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีที่มีผลเป็น โทษแก่จำเลยไม้อาจใช้เป็นเหตุที่จะแสดงถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาในอันที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในมาตรา 6¹⁸

3.2.2 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้าน

กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญานั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตั้งแต่มาตรา 669 ถึงมาตรา 674-2 นอกจากนั้น

¹⁶ Code de procedure penale 45ed dalloz. p. 886.

¹⁷ Ibid. p. 886.

¹⁸ Ibid.

ในมาตรา 674-2 วรรค 2 ยังได้บัญญัติให้ใช้บทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา (recusal) ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของเล่มที่ 1 หัวข้อที่ 10 บทที่ 2 (Book I Title X chapter II) บังคับในกรณีที่ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาโดยอนุโลมด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

เมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษามาตรา 668(1) ถึง (9) ดังกล่าวเกิดขึ้นกับผู้พิพากษาศาลไต่สวน (investigating judge) ผู้พิพากษาศาลคดีอุทธรณ์ (a police court judge) ผู้พิพากษาศาลมัชฌิมโทษ (correctional court) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (appeal court) หรือศาลคดีอุทธรณ์ (assize court) บุคคลที่อาจยกเหตุขึ้นขึ้นเพื่อใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาคงกล่าวได้แก่ผู้ที่ถูกไต่สวนจากศาล (judicial examination) ผู้ถูกกล่าวหา จำเลย และคู่ความในคดีโดยต้องยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องอ้างเหตุแห่งโมฆะกรรมนั้นยื่นต่อประธานศาลอุทธรณ์โดยในคำร้องนั้นต้องระบุชื่อผู้พิพากษาผู้มีเหตุแห่งการคัดค้านนั้นและระบุเหตุแห่งการคัดค้าน รวมทั้งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาของตน¹⁹

เมื่อประธานศาลอุทธรณ์ได้รับคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นแล้ว ก็จะประสานงานโดยทางบริหาร ไปยังผู้พิพากษาหัวหน้าศาล (presiding judge) ในศาลที่ผู้พิพากษาผู้ถูกคัดค้านนั้นประจำอยู่ คำร้องคัดค้านนั้นไม่ได้นำมาซึ่งการเปลี่ยนตัวผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งการคัดค้านนั้น อยางไรก็ตาม ภายหลังจากที่ได้ฟังความคิดเห็นจากพนักงานอัยการแล้ว ประธานศาลอุทธรณ์อาจสั่งให้ทำการสืบพยาน (investigation) การพิจารณาคดี (hearing) หรือการพิพากษา (giving of judgement) ไว้ก่อน²⁰

นอกจากนั้นถ้าเห็นว่าเป็นการเหมาะสมจากคำแนะนำของพนักงานอัยการหรือจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎ (rules on the application) ประธานศาลอุทธรณ์อาจรับคำแถลงที่เกี่ยวกับคดี (statement of case) ของผู้ร้องเพิ่มเติม และยังสามารถรวมไปถึงการรับคำแถลงจากผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นด้วย²¹

สำหรับระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้น ผู้ที่จะใช้สิทธิคัดค้านนั้นต้องกระทำโดยทันทีภายหลังจากที่ได้ทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น ซึ่งการยื่นคำร้องคัดค้านจะกระทำได้จนกระทั่งถึงเวลาสิ้นสุดการสืบพยาน (the end of the oral argument)²²

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป, Article 669.

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป, Article 670.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป, Article 671.

²² New Code of civil procedure, Article 342.

ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาโดยทันทีภายหลังจากที่ได้รับสำเนาคำร้องคัดค้าน จนกว่าจะได้มีการวินิจฉัยคำร้องคัดค้านนั้นแล้ว อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน อาจมีการเสนอผู้พิพากษาผู้อื่นให้ทำหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาที่จำเป็นนั้นได้²³

โดยการคัดค้านดังกล่าวเป็นสิทธิของกลุ่มความที่จะยกขึ้นเพื่อมิให้ผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้ามประการหนึ่งใน 9 ประการเช่นนั้นเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้การใช้สิทธิในการร้องคัดค้านนั้นเป็นไปในลักษณะที่เป็นการประวิงคดี บทบัญญัติในมาตรา 673 จึงได้บัญญัติว่า หากคำร้องคัดค้านนั้นถูกยก ผู้ร้องก็จะถูกชำระเงินค่าปรับในทางแพ่งในอัตราตั้งแต่ 75 ถึง 750 ยูโร

3.2.3 การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

นอกจากการใช้สิทธิร้องคัดค้านผู้พิพากษาโดยกลุ่มความในคดีเมื่อปรากฏเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาได้แล้ว เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิของกลุ่มความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียและไม่มีอคติ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสยังได้บัญญัติไว้ถึงการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองไว้ในมาตรา 674 ด้วย

3.3 ประเทศเยอรมัน

เพื่อเป็นการขจัดความเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาจะดำเนินการในทางหนึ่งอย่างใดที่อาจมีอิทธิพลต่อการพิจารณาคดี²⁴ และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มความในคดีและเป็นการคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของกระบวนการยุติธรรม²⁵ ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีจึงได้บัญญัติถึงเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ในมาตรา 22 ถึงมาตรา 31²⁶ โดยเราอาจแยกพิจารณาได้เป็นเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาดังนี้

²³ New Code of civil procedure, Article 346.

²⁴ Manual of German Law Vol.2 London Ot.Brit. Foreign Office.

²⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 101(1) ประโยคที่ 1 ดู “การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน. **ตุลพาห, เล่ม 2, ปีที่ 52.** หน้า 222.

²⁶ แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย Gerold Harfst and Otto A. Schmidt, **German Criminal Law: The Code of Criminal Procedure.**

3.3.1 เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี

เหตุห้ามผู้พิพากษาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความว่า

มาตรา 22 บัญญัติว่า ผู้พิพากษาจะถูกตัดจากการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

- 1) ถ้าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดอาญา
- 2) ถ้าผู้พิพากษาเป็นหรือเคยเป็น คู่สมรสหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยหรือของผู้เสียหาย
- 3) ถ้าผู้พิพากษาเป็นหรือเคยเป็นญาติโดยตรงนับได้ใน 3 ชั้น หรือโดยทางการแต่งงาน นับได้ใน 2 ชั้น ของจำเลยหรือของผู้เสียหาย
- 4) ถ้าผู้พิพากษาเคยทำหน้าที่ในคดีนั้นในฐานะเป็นอัยการ ตำรวจ หรือทนายของฝ่ายผู้เสียหาย หรือทนายจำเลย
- 5) ถ้าผู้พิพากษาถูกอ้างเป็นพยานหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ

มาตรา 23 บัญญัติว่า การมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีครั้งก่อน

- 1) ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีใด จะถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นในศาลชั้นสูงกว่า
- 2) ถ้าในคดีใดมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีนั้น จะถูกตัดจากการเข้าร่วมในคดีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่นั้น หรือถ้าการขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้กระทำในศาลชั้นสูงกว่า ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยนั้นในศาลชั้นล่าง จะถูกตัดออกจากคดีนั้นด้วยเช่นเดียวกันเอง ทั้งสองกรณีข้างต้น ให้ใช้บังคับถึงในกรณีที่มีการเข้าร่วมวินิจฉัยนั้นได้กระทำในตอนเริ่มต้นแห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

จากบทบัญญัติข้างต้นดังกล่าว อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายของประเทศเยอรมันได้กำหนดลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาไว้โดยแยกพิจารณาระดับความร้ายแรงไว้ต่างหากจากกัน กล่าวคือ ในมาตรา 22 นั้นเป็นกรณีที่มีความร้ายแรงและมีแนวโน้มมีความเสี่ยงสูงที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติ เกิดความลำเอียง ความไม่เป็นกลาง หรือเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนร่วมได้ง่ายและค่อนข้างชัดเจนไม่ต้องอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมอื่นประกอบ เพราะเป็นเหตุที่เกิดขึ้นจากตัวผู้พิพากษาและมีอยู่แล้วก่อนที่ผู้พิพากษานั้นจะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นต้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้กำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุที่จะห้ามมิให้ผู้พิพากษาคดีและถึงแม้ว่าผู้พิพากษาจะรู้สึกว่าคุณเองสามารถที่จะรักษาความเป็นกลางได้

หรือแม้กระทั่งคู่ความในคดีจะมีความเชื่อมั่นว่าผู้พิพากษาสามารถวางตัวให้เป็นกลางได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงถือว่าความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาก็ยังคงมีอยู่²⁷

การตัดผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณาคดี หมายความว่า ผู้พิพากษาผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามคนดังกล่าวไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้พิพากษาได้ คำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยไปแล้วถือว่าไม่สมบูรณ์ คำตัดสินคดีถือเป็นเหตุให้คู่ความสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายได้ แม้ว่าผู้พิพากษาจะไม่รู้ถึงเหตุแห่งการตัดออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม กล่าวคือ แม้ผู้พิพากษาจะไม่รู้ถึงเหตุแห่งการตัดออกจากการพิจารณาตามมาตรา 22 หรือแม้ตัวคู่ความจะไม่รู้ถึงเหตุดังกล่าวในขณะที่ผู้พิพากษาผู้นั้นทำการพิจารณาคดีก็ตาม แต่คำวินิจฉัยอย่างใด ๆ ที่ผู้พิพากษาได้กระทำไปนั้น ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งคู่ความในคดีสามารถยกคำวินิจฉัยนั้นขึ้นเป็นประเด็นในการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาผู้มีเหตุถูกตัดออกจากการกระบวนการพิจารณาได้มีคำสั่งประทับฟ้องคดีอาญา คำสั่งนั้นถือว่ามีผลสมบูรณ์ มิได้เสียไปเพราะการมีเหตุตัดนั้น²⁸

เหตุในการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศเยอรมนีนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

3.3.1.1 กรณีผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีนั้น

เหตุในการตัดผู้พิพากษาเพราะเหตุนี้ขึ้นไปตามหลักที่ว่า บุคคลไม่สามารถทำหน้าที่ตัดสินในคดีของตนเองได้ (No man can be judge in his own cause)²⁹ และเมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียในผลของคดีใดเขาไม่สามารถทำหน้าที่ในการตัดสินคดีนั้นได้ไม่ว่าจะโดยส่วนตัวหรือโดยหน้าที่ (Where a judge is interested in the result of the cause, he cannot either personally or by deputy sit in the judgement upon it)³⁰

ผู้พิพากษาที่เป็นผู้เสียหายตามความหมายของมาตรา 22(1) หมายถึง ผู้พิพากษาผู้ที่จะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดที่ได้ถูกฟ้องในคดีนั้น อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานหลอกลวงผู้บริโภคมผู้พิพากษาผู้นั้นจะเป็นผู้บริโภคนั้นด้วยแต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาผู้นั้นไม่ได้เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการหลอกลวงดังกล่าว เหตุดังกล่าวจึงไม่ถือว่าผู้พิพากษาผู้นั้นเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด ดังนั้นจึงไม่เป็นเหตุในการตัดผู้พิพากษาตามมาตรา 22(1) นี้ นอกจากนั้นการดูหมิ่น

²⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 222.

²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 225-226.

²⁹ Herbert Broom. (1939). **Legal Maxims** (10ed). p. 68.

³⁰ Ibid. p. 69.

ผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณาคดี ไม่ถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำ ความผิด จึงไม่ถือเป็นเหตุในการตัดผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณาคดี แต่สำหรับกรณีที่เป็น การดูหมิ่นแบบโดยรวมเฉพาะตัวผู้พิพากษาที่ได้รับความเสียหายเป็นการส่วนตัวเท่านั้นที่ถือว่า เป็นผู้เสียหายอันจะถูกตัดมิให้ทำหน้าที่พิจารณาคดี ซึ่งในกรณีนี้ผู้พิพากษาที่ได้ไปร้องทุกข์ถือเป็น ผู้เสียหายด้วย³¹

3.3.1.2 กรณีผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับผู้เสียหาย

ตามมาตรา 22(2) และ (3) เมื่อผู้เสียหายหรือจำเลยมีความสัมพันธ์ทางครอบครัว ในลักษณะที่ใกล้ชิด เช่น เป็นคู่สมรส เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม คู่สมรสหรือผู้แทนโดยชอบธรรม ของจำเลยหรือของผู้เสียหาย หรือเป็นญาติโดยตรงอันหมายถึงญาติทางสายโลหิตนับได้ใน 3 ชั้น กล่าวคือ นับจากตัวผู้พิพากษาขึ้นไปสามลำดับชั้น อันได้แก่ ทวด ปู่หรือตา พ่อและแม่ และนับจาก ตัวผู้พิพากษาลงมาสามลำดับชั้นอันได้แก่ ลูก หลาน และเหลน

ส่วนญาติโดยทางการแต่งงานหรือทางการสมรสนั้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้พิพากษา ได้ทำการสมรสแล้ว ญาติทางสายโลหิตของคู่สมรสก็จะกลายมาเป็นญาติโดยการสมรสของตัว ผู้พิพากษาผู้นั้นด้วย ซึ่งในกรณีเหตุห้ามเพราะเป็นญาติทางการสมรสนี้ใช้บังคับเพียง 2 ลำดับชั้น เท่านั้น อันได้แก่ ปู่หรือตา ย่าหรือยาย พ่อและแม่ ลูกและหลาน ของคู่สมรสของผู้พิพากษา ซึ่งตก เป็นจำเลยหรือเป็นผู้เสียหายในคดี³²

สำหรับเหตุห้ามผู้พิพากษาเพราะเหตุเป็นญาตินี้ยังหมายความรวมถึงกรณีที่เคย เป็นญาติด้วย กล่าวคือ แม้ความสัมพันธ์ในลักษณะการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือทางครอบครัว หรือความสัมพันธ์ทางการสมรสจะสิ้นสุดลงไม่ว่าจะด้วยเหตุ การหย่าหรือความตายก็ตาม แต่ก็ยัง ต้องถือว่าผู้พิพากษาผู้นั้นไม่อาจเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้ด้วย เพราะถือว่าความเสียดัง ความไม่เป็นกลางยังคงมีอยู่

3.3.1.3 กรณีผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

1) ในฐานะที่เป็นพนักงานอัยการ เจ้าพนักงานตำรวจ หรือทนายความของฝ่าย ผู้เสียหายหรือจำเลย

การได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีในฐานะที่เป็นพนักงานอัยการ พนักงานตำรวจหรือ เป็นทนายความของฝ่ายผู้เสียหายหรือจำเลยที่จะเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษามาตรา 22(4) นั้นต้อง ปราบกฏว่าการกระทำความผิดเป็นส่วนหนึ่งของการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี หรือมีอิทธิพลต่อขั้นตอน

³¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 222-223.

³² สำหรับเหตุตามมาตรา 22(3) นั้นเป็นไปตามหลักที่ว่าไม่มีบุคคลใดที่จะตัดสินคดีที่ตนเองเป็นผู้ถูก กล่าวหาได้.

ของกระบวนการพิจารณาคดี โดยศาลแห่งสหพันธรัฐ แผนกคดีอาญา ได้ตีความของคำว่าการเคยเกี่ยวข้องกับคดีไว้ค่อนข้างกว้างขวางเพื่อให้การประกันสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อเป็นการป้องกันความสงสัยของคู่ความมีต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา กล่าวคือ การเคยเกี่ยวข้องกับคดีหมายความว่ารวมถึงทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี ตั้งแต่ในชั้นก่อนการสอบสวนจนกระทั่งถึงกระบวนการรื้อฟื้นคดีขึ้นใหม่

2) ในฐานะที่เป็นพยานบุคคลหรือพยานผู้ชำนาญการพิเศษ ตามมาตรา 22(5)

ผู้พิพากษาจะถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณา หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาคงกล่าวได้เคยถูกสอบปากคำในฐานะพยานในคดีอื่นที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันกับข้อเท็จจริงในคดีปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาผู้นั้นเพียงแต่ได้รับหมายเรียกให้ไปให้การในฐานะพยานแต่กลับไม่ได้ไปให้การแต่อย่างใด ดังนี้ก็ไม่ถือว่าผู้พิพากษาเป็นพยานบุคคลอันจะถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณา

3) ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นที่ต่ำกว่า ตามมาตรา 23(1)

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเพราะถือว่ามีความเสี่ยงต่อการที่ศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้อย่างเป็นกลางได้ การเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ซึ่งคดีดังกล่าวได้มีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกา แล้วต่อมาผู้พิพากษาคงกล่าวได้รับการเลื่อนตำแหน่งมาทำหน้าที่อยู่ในศาลสูง ดังนั้นผู้พิพากษาผู้นั้นจะถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวในศาลสูงนั้น

4) ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาที่เคยร่วมในการตัดสินคดีก่อน ที่มีการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ตามมาตรา 23(2)

การห้ามผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุนี้มีเหตุผลเช่นเดียวกับกรณีการเคยเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต่ำกว่าตามข้อ 3 ข้างต้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางในการพิจารณาคดี โดยการเคยมีส่วนร่วมในการตัดสินคดีตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 23(2) ไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่เฉพาะผู้พิพากษาผู้ที่พิจารณาคดีในศาลชั้นต้นเท่านั้น แต่ยังหมายความว่ารวมถึงผู้พิพากษาในศาลสูงด้วย

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้ามาทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาคดีแต่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาคดีและร่วมลงคะแนนในการตัดสินคดี หรือในกรณีที่ผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้าร่วมทำหน้าที่ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องแม้จะได้มีคำสั่งประทับฟ้องก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาผู้นั้นมิให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีในชั้นพิจารณาคดี เพราะเหตุตามมาตรา 23(2) นี้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าทำให้ผู้พิพากษาคงกล่าวขาดความเป็นกลาง แต่ในกรณีที่ศาลสูงได้มีคำสั่งย้อนสำนวนไปยังศาลล่างแล้วผู้พิพากษาที่เคยตัดสินคดีไว้ได้มาทำหน้าที่ในองค์คณะที่สำนวนเดิมย้อนคืนมานั้น กรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุแห่งการตัดสินผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณา แต่ก็ยังถือว่าเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากความเสี่ยงต่อความไม่

เป็นกลางของผู้พิพากษาคงกล่าวยังมีอยู่ แต่อย่างไรก็ดีก็ต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาคงกล่าวด้วยถึงจะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้³³

3.3.2 เหตุคัดค้านผู้พิพากษา

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความว่า

มาตรา 24 บัญญัติว่า การคัดค้านผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุที่มีการเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงเหมือนดังเช่นในกรณีที่ผู้พิพากษาถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

การคัดค้านด้วยเหตุเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงนั้น ต้องมีเหตุผลว่าเหตุผู้นั้นอาจจะกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

เพื่อเป็นหลักประกันการมีผู้พิพากษาที่เป็นกลางตามกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 101(1) ดังนั้นแม้ผู้พิพากษาจะไม่ถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 22 หรือ 23 แต่ก็อาจที่จะถูกคัดค้านหรือปฏิเสธไม่ให้พิจารณาพิพากษาคดีได้ ตามมาตรา 24 เมื่อมีเหตุประการหนึ่งประการใดที่แสดงถึงความกังวลหรือความไม่เชื่อมั่นต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

ซึ่งความไม่เชื่อมั่นหรือความกังวลต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษามาตรา 24 (2) นั้นหมายถึง กรณีที่ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีมีทัศนคติบางประการที่อาจกระทบต่อความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งไม่จำเป็นว่าผู้พิพากษาคงกล่าวจะต้องมีความไม่เป็นกลางอยู่จริง แต่ถ้าหากมีข้อสงสัยอย่างมีเหตุผลถึงความไม่เป็นกลางตามมาตรฐานของวิญญูชนก็ถือว่าเป็นเหตุที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้แล้ว

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะกังวลต่อความไม่เป็นกลาง เช่น ผู้พิพากษาไม่แต่งตั้งทนายความให้จำเลยตามที่จำเลยต้องการ หรือในระหว่างการสืบพยานของศาลอุทธรณ์ผู้พิพากษากล่าวแก้ทนายความจำเลยว่าจำเลยจะถูกพิจารณาลงโทษอย่างแน่นอน หรือผู้พิพากษาได้พูดในโรงอาหารว่าตัวผู้พิพากษาเห็นได้เลยว่าจำเลยได้เกี่ยวข้องกับยาเสพติด หรือผู้พิพากษาได้ยืนยันข้อเท็จจริงดังกล่าวที่ยังไม่ได้รับการพิสูจน์ต่อสื่อมวลชนก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้พิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะมีอคติหรือความไม่เป็นกลางต่อตัวจำเลย นอกจากนั้นการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุกังวลต่อความไม่เป็นกลางยังหมายรวมถึงการประพฤติตนหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมของ

³³ ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่อาจตีความโดยอาศัยหลักการเทียบเคียงได้เพราะเหตุแห่งการห้ามผู้พิพากษามีให้พิจารณาพิพากษาคดีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 22 และมาตรา 23 แล้ว.

ผู้พิพากษา เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้พูดคุยกับจำเลยบ่อยครั้งในช่วงที่ไม่มีการสืบพยาน หรือผู้พิพากษาได้เล่นเทนนิสกับจำเลยและหลังจากที่ได้เล่นเทนนิสเสร็จก็ไปทานข้าวกับจำเลย ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้พิพากษามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมเพราะอาจเกิดพิจารณาพิพากษาให้เป็นประโยชน์กับฝ่ายจำเลยได้

สำหรับการแสดงความคิดเห็นอย่างใดๆ ของผู้พิพากษาระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในชั้นก่อนการพิจารณาคดี จะเป็นเหตุให้ตัดผู้พิพากษาคงกล่าวออกจากการพิจารณาคดี ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาคงกล่าวได้ให้ข้อมูลที่มีความสำคัญเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการกระทำความผิดและความน่าตำหนิ

จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการคัดค้านผู้พิพากษาโดยอาศัยเหตุตามมาตรา 24 นั้นเป็นกรณีที่เกิดข้อสงสัยถึงความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา ซึ่งกรณีอาจเกิดขึ้นในภายหลังการทำหน้าที่พิจารณาคดี ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยว่าน่าจะเกิดความมีอคติในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่นั้น จึงควรได้รับการแยกพิจารณาต่างหากจากมาตรา 22 และมาตรา 23 เนื่องจากระดับความเสี่ยงในการเกิดความไม่เป็นกลางหรือความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมของทั้งสองมาตรามีความแตกต่างกัน

สำหรับในกรณีที่ผู้พิพากษาที่ได้เคยทำการตัดสินใจคดีและต่อมาได้มีการสลบองค์คณะในศาลเดิม โดยย้ายไปอยู่องค์คณะใหม่และต้องทำหน้าที่พิจารณาคดีที่ศาลสูงสั่งให้ย้อนสำนวนกลับมา นั้น อาจถูกคัดค้านด้วยเหตุความกังวลว่าจะเกิดการไม่เป็นกลางตามมาตรา 24 ได้หรือไม่นั้น ความเห็นของฝ่ายข้างมากเห็นว่า ผู้พิพากษาคงกล่าวอาจถูกคัดค้านได้ เนื่องจากผู้พิพากษาที่เคยตัดสินคดีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้วย่อมเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงตนเองออกจากความรู้และประสบการณ์ของตนในการพิจารณาครั้งก่อน ซึ่งประเด็นนี้ศาลแห่งสหพันธรัฐแผนกคดีอาญาเห็นว่า ถ้าคำพิพากษาที่ถูกกลั่นนั้นมีเนื้อหาที่เป็น โทษหรือเป็นผลร้ายแก่จำเลย ก็ถือว่าความวิตกกังวลต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวมีเหตุผลตามมาตรฐานของวิญญูชน ซึ่งผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ และตามคำพิพากษาของ Stuttgart StrV 1985 492 หากว่าในคดีเดิมซึ่งเป็นคดีที่ใช้เวลาในการพิจารณาคดีนาน และผู้พิพากษามีความเห็นเกี่ยวกับปัญหาของความน่าตำหนิและการถูกลงโทษอย่างหนักแน่น ก็ถือว่าความกังวลต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษานั้นมีเหตุผลตามมาตรฐานของวิญญูชนที่ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้

3.3.3 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้าน

ดังที่ได้ทำการพิจารณาข้างต้นในส่วนของเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งได้แยกพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของความไม่เป็นกลางหรือการเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวม และโอกาสที่จะมีความโน้มเอียงและความเสี่ยงในการเกิดอคติ ซึ่งจากการแยกพิจารณาดังกล่าว ผลที่ตามมาในแต่ละเหตุจึงไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ถ้ากรณีเป็นเรื่องเหตุห้ามตาม มาตรา 22 และมาตรา 23 นั้น กฎหมายได้บัญญัติ

ให้ตัดผู้พิพากษาผู้นั้นจากการพิจารณาพิพากษาคดี โดยไม่ต้องให้คู่ความยื่นคัดค้าน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุตามมาตรา 22 และ 23 นั้น เป็นไปโดยผลของกฎหมาย (by law barred)

ดังนั้น กระบวนพิจารณาใดๆ ที่ได้กระทำโดยที่ผู้พิพากษามีเหตุขาดคุณสมบัติตามมาตรา 22 หรือมาตรา 23 แล้ว ซึ่งกฎหมายได้ตัดผู้พิพากษาผู้นั้นออกจากการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะกรณีลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษานั้นจะได้มีการทราบในระยะเวลา ก่อนหรือหลังมีการดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆ ไปแล้วก็ตาม กระบวนพิจารณาต่างๆ ที่ได้กระทำไปนั้นก็ต้องถือว่าเสียไป ไม่อาจใช้บังคับได้

ในกรณีของการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาคดี สามารถทำได้ตลอดเวลาทราบเท่าที่ผู้พิพากษายังคงพิจารณาคดีอยู่โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของเวลาแต่อย่างใด

แต่กรณีเหตุขาดคุณสมบัติเพราะเหตุที่เกรงว่าจะเกิดความลำเอียงตามมาตรา 24 นั้น การตัดผู้พิพากษาไม่ได้เป็นไปโดยผลของกฎหมายเหมือนดังเช่นในกรณีมาตรา 22 และมาตรา 23 ข้างต้น แต่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นสิทธิของคู่ความที่จะยกข้อคัดค้านถึงลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษาดังกล่าวขึ้น เพื่อมิให้ผู้พิพากษาผู้นั้นเข้าร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดี

สำหรับบุคคลที่มีสิทธิในการยื่นคำคัดค้านในกรณีตามมาตรา 24(3) ได้แก่ พนักงานอัยการ (The office of the district attorney) โจทก์ที่เป็นเอกชน (plaintiff) หรือจำเลย (defendant) และนอกจากนั้นบางฝ่ายได้ตีความเกินกว่าถ้อยคำของกฎหมายว่าผู้มีสิทธิยื่นคำคัดค้านให้หมายความรวมถึง ผู้ยื่นคำร้องในกระบวนพิจารณาที่บังคับให้มีการฟ้องร้องคดี และทนายจำเลยที่ยื่นคำร้องในนามของจำเลยด้วย

คำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะทำในรูปแบบใดๆ ก็ได้ โดยต้องระบุตัวผู้พิพากษาที่ถูกปฏิเสธให้ชัดเจน และจะต้องระบุข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาและกระบวนพิจารณาในการคัดค้านผู้พิพากษาไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเปิดเผย

ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้าน³⁴ ต้องยื่นก่อนการสืบพยานครั้งแรก กล่าวคือการคัดค้านต้องกระทำก่อนที่จะเริ่มสอบปากคำจำเลยเกี่ยวกับเรื่องส่วนบุคคลของจำเลย หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาก็ต้องยื่นคำคัดค้านก่อนการแถลงเปิดคดีของผู้อุทธรณ์ หรือผู้ฎีกา (reporter's presentation) ในกรณีที่มิใช่จำเลยหลายคนถือว่าเมื่อได้เริ่มมีการสอบปากคำของจำเลยคนใดคนหนึ่งแล้วระยะเวลาดังกล่าวย่อมมีผลกับจำเลยทุกคนด้วย สำหรับในกรณีที่มีการรื้อการพิจารณาคดีหรือมี

³⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 25(1).

การย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่นั้น ระยะเวลาที่จะคัดค้านผู้พิพากษาถือว่าเริ่มต้นนับใหม่ไม่ว่าจะได้มีการยื่นคำร้องปฏิเสธผู้พิพากษาไว้แต่เดิมหรือไม่ก็ตาม³⁵

อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ยื่นคำคัดค้านภายหลังระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นได้ ในกรณีที่ 1) เหตุคัดค้านนั้นเกิดขึ้นในภายหลัง หรือผู้มีสิทธิในการคัดค้านนั้นได้ทราบในภายหลังระยะเวลาดังกล่าว หรือ 2) การคัดค้านนั้นได้กระทำเพราะมีเหตุเกิดขึ้นในทันใดนั้น แต่อย่างไรก็ตาม การคัดค้านต้องกระทำอย่างช้าที่สุดก่อนสืบพยานจำเลยเสร็จ³⁶ ซึ่งหลักก็คือ การรับรู้เหตุแห่งการคัดค้านของจำเลย อย่างไรก็ตามก็ต้องใช้เวลาแก่จำเลยในการที่จะปรึกษากับทนายความและเขียนคำร้องปฏิเสธผู้พิพากษา

คำร้องคัดค้านนั้นต้องยื่นต่อศาลที่ผู้พิพากษาผู้นั้นประจำอยู่ ซึ่งคำร้องนั้นอาจถูกจดลงในบันทึกของ court office³⁷

โดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นต้องให้ข้อคิดเห็นอย่างเป็นทางการในเหตุแห่งการคัดค้านนั้น³⁸ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเห็นเกี่ยวกับเหตุแห่งการปฏิเสธ โดยจะต้องทำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องคัดค้านได้ทราบก่อนมีคำตัดสินคดีนั้น และผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิที่จะแสดงความเห็นต่อความเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าวได้ มิฉะนั้นจะถือว่ากระบวนการพิจารณาดังกล่าวไม่ชอบ

การยกคำคัดค้านนั้น³⁹ ศาลจะยกคำคัดค้านถ้าปรากฏว่า (1) คำคัดค้านนั้นมาถึงล่วงเวลา หรือ (2) เหตุแห่งการคัดค้านหรือเหตุแห่งการพิสูจนให้เป็นที่พอใจนั้นไม่ได้แสดงไว้ หรือ (3) กระบวนพิจารณานั้นได้กระทำไปเพียงเพื่อประวิงเวลา หรือเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาที่จะถูกดำเนินการต่อไปโดยการคัดค้าน

ผู้พิพากษาที่มีหน้าที่วินิจฉัยคำร้อง⁴⁰ คือ ศาลที่ผู้พิพากษาที่ถูกปฏิเสธสังกัดอยู่โดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการวินิจฉัยคำสั่งคำร้องดังกล่าว ในกรณีของศาล

³⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 230.

³⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน Section 25(2). กรณีดังกล่าวนี้ Roxin เห็นว่า ความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาซึ่งอาจมีอยู่ได้ แม้ว่าจำเลยจะได้กล่าวถ้อยคำสุดท้ายไปแล้วก็ตาม เช่นการที่ผู้พิพากษาให้ข้อสังเกตต่างๆ ในเชิงลบในขณะที่ออกจากห้องพิจารณาเพื่อที่จะไปประชุมปรึกษาคดี เป็นต้น. อ้างถึงในประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป หน้า 231.

³⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 26(1).

³⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 26(3).

³⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 26a(1).

⁴⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 27(3) และโปรดดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์.

แขวงผู้พิพากษาคนอื่นของศาลแขวงจะเป็นผู้วินิจฉัยคำร้อง เว้นแต่ว่าผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะยอมรับเองว่าคำร้องคัดค้านนั้นมีมูล นอกจากนั้นในกรณีที่บทบัญญัติตามมาตรา 27(3) ไม่อาจใช้บังคับได้เนื่องจากผู้พิพากษาทุกคนในศาลถูกคัดค้านหมด ศาลสูงที่อยู่ในลำดับถัดไปจะเป็นผู้วินิจฉัยคำร้อง⁴¹ ในกรณีของผู้พิพากษาสมทบและผู้ที่ยื่นที่รายละเอียดในกระบวนการพิจารณาถูกคัดค้าน ผู้พิพากษาที่จะเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยคำร้อง คือ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รวมถึงผู้พิพากษาอาชีพคนอื่นในศาลดังกล่าว⁴²

ในกรณีเหตุฉุกเฉิน ก่อนที่จะมีการพิจารณาคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นจะทำหน้าที่ได้แต่เพียงกรณีที่ไม่อนุญาตให้มีการเลื่อนพิจารณาคดีเท่านั้น⁴³ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่กำลังอยู่ระหว่างถูกคัดค้านนั้น จะไม่สามารถทำหน้าที่ในคดีนั้นได้เฉพาะในกรณีที่เป็เหตุมีความจำเป็นเร่งด่วนเท่านั้น เช่น การสอบพยานบุคคลที่ป่วยหนัก ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านสามารถพิจารณาคดีร่วมด้วยได้จนกว่าจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องคัดค้านนั้น โดยไม่จำเป็นต้องให้การพิจารณาคดีล่าช้าต่อไป ซึ่งถ้าหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านได้ทำหน้าที่พิจารณาแม้ในกรณีที่ไม่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนแล้ว กระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปอย่างไรก็ดี แล้วนั้นจะมีผลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ถูกยก แต่ถ้าหากคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นฟังขึ้น กระบวนการพิจารณาอย่างใด ๆ ที่ได้กระทำลงโดยผู้พิพากษานั้นภายหลังจากการยื่นคำร้องคัดค้านจะต้องถูกพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁴⁴

คำวินิจฉัยอย่างใด ๆ ของผู้พิพากษาที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นที่สุด กล่าวคือ คำสั่งคำร้องที่วินิจฉัยว่าเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามีมูลนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่อาจโต้แย้งได้

3.3.4 การถอนตัวออกจากการคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

กฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นก็ได้บัญญัติรับรองถึงการที่ผู้พิพากษาควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตนเองเช่นเดียวกัน กล่าวคือเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาไม่อาจปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการได้ ผู้พิพากษาอาจปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีและถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตนเอง ตามมาตรา 30 โดยผู้พิพากษาจะแจ้งข้อเท็จจริงถึงเหตุที่ทำให้ตนไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเป็นทางการได้ ต่อศาลที่ตนเองสังกัดอยู่

⁴¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 27(4).

⁴² กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 31(2) และ โปรคดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์.

เล่มเดิม. หน้า 232.

⁴³ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, Section 29(1).

⁴⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 232.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาคดี

ในสถาบันตุลาการผู้พิพากษาถือเป็นบุคลากรที่มีความสำคัญเนื่องจากมีหน้าที่โดยตรงในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท อีกทั้งยังเป็นบุคคลที่ต้องใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นตำแหน่งหน้าที่ที่จะต้องอำนวยความสะดวกแก่สาธารณชน และด้วยเหตุดังกล่าวผู้พิพากษาจึงจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจหน้าที่โดยระมัดระวังโดยให้เป็นที่ประ โยชน์สูงสุดแห่งมวลชน ในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงบทบาทของศาลในการบังคับใช้กฎหมายและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนถึงเรื่องความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในคดีและผลแห่งการนั้นเพื่อให้เข้าใจถึงประเด็นเรื่องบทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักความยุติธรรมว่าศาลต้องใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมได้เช่นไรถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ก็ตาม

4.1 บทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักความยุติธรรม

แนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรมเป็นแนวคิดสำคัญโดยทางนิติปรัชญามีทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญอยู่สองทฤษฎี คือ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (The Natural Law Theory) และทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง (The Positive Law Theory)¹ โดยฝ่ายสำนักธรรมชาติ (Natural Positivism) อธิบายว่าไม่มีกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมอื่นนอกเหนือไปจากกฎหมายกฎหมายย่อมเป็นกฎหมายอยู่แน่นอนแม้จะไม่มีกฎหมายซึ่งเมื่อเป็นกฎหมายแล้วทุกคนต้องปฏิบัติตามโดยมิต้องคำนึงว่ามีความยุติธรรมในกฎหมายนั้นหรือไม่² สำหรับในประเทศไทยนั้นเดิมเราใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมกุฎราชครูเป็นหลักแห่งความยุติธรรม แนวความคิดของความยุติธรรมที่ปรากฏในพระธรรมศาสตร์นั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายธรรมชาติ นอกจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์แล้วยังมีกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่าพระราชศาสตร์ พระราชศาสตร์นี้เป็นพระบรมราชวินิจฉัยในอรรถคดีของบูรพกษัตริย์ซึ่งกลายเป็นกฎหมายและบังคับใช้ต่อมาโดยพระราชศาสตร์จะขัดแย้งกับพระธรรมศาสตร์และความยุติธรรมมิได้ดังจะเห็นได้จากราชวินิจฉัยใน

¹ วิชา มหาคุณ. (2523, มีนาคม-เมษายน). “ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ:หลักความยุติธรรมแห่งกฎหมาย.” *ตุลพาห*, 27, 2. หน้า 32.

² โสภณ รัตนกร. (2511). “ความยุติธรรม.” *บทบัญญัติ*, 25, 1. หน้า 375-384.

คำพิพากษาฎีกาที่ 455/121 ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นผู้พิพากษาเพื่อตัดสินปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยกล่าวคือ “คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า มีหญิงชราอายุ 80 ปีคนหนึ่งลูกตายแล้วและไม่มีญาติอื่นๆ ที่มีชีวิตอยู่อีกเลยนอกจากหลายชายคนเดียว หญิงชรามีทรัพย์สินสมบัติคือกระบือ 100 ตัว ราคาตัวละ 8 เหรียญรวมแล้ว 800 เหรียญ หญิงชราได้ยกกระบือทั้งหมด 100 ตัวให้หลานชาย โดยมุ่งหมายจะให้หลานชายเลี้ยงดูจนกว่าชีวิตจะหาไม่ ต่อมาหลายชายก็แต่งงาน หลายชายกับหลานสะใภ้มีลูกด้วยกัน 2 คน ต่อมาหลานชายตายโดยไม่ได้ทำพิธีกรรมไว้ระหว่างที่หลานชายอยู่กินมีเงินงอกเงยขึ้นมาอีก 200 เหรียญ ปัญหาไม่ว่าจะแบ่งมรดกของหลานชายอย่างไร โดยถือตามกฎหมายในขณะนั้น เมื่อหลานชายไม่ได้ทำพิธีกรรมไว้ หญิงชราก็จะไม่ได้รับมรดกของหลานชายแม้แต่บาทเดียว เพราะตามกฎหมายลักษณะมรดก ทายาทโดยธรรมที่เป็นญาติสนิทจะตัดสิทธิของญาติที่ห่าง กรณีนี้หลานชายมีทั้งภรรยาและบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นญาติสนิทที่สุด ส่วนหญิงชราซึ่งเป็นญาติห่างออกไปก็จะไม่ได้อะไรเลย ตามกฎหมาย ในเวลานั้นหญิงชราจะต้องอดตายไม่มีอะไรเหลือตกทอดแก่ตนเลย”

ศาลฎีกาจึงขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยจากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งกฎหมายขณะนั้นเปิดช่องให้ทำได้ พระองค์มีพระราชวินิจฉัยลงมาว่าเงิน 200 เหรียญ ที่หลายชายกับหลายสะใภ้ทำมาหาได้ให้แบ่งระหว่างหลานสะใภ้ครึ่งหนึ่งคือ 100 เหรียญ ลูกสองคนได้คนละ 50 เหรียญ แต่เงิน 800 เหรียญจากกระบือ 100 ตัวนั้น ทรงแบ่งให้เป็น 2 ส่วนเท่าๆ กันคือให้หลานสะใภ้ครึ่งหนึ่งให้หญิงชราครึ่งหนึ่ง ซึ่งเห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์ใช้อำนาจตุลาการผ่านผู้พิพากษาพระองค์ทรงใช้หลักความยุติธรรมยิ่งกว่าตัวบทกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันศาลก็ยังได้นำหลักความยุติธรรมมาใช้ตัดสินคดี จะเห็นได้จากบทบัญญัติเรื่องเช่าอสังหาริมทรัพย์ “เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไปหรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไว้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีได้เพียงสามปี” หากเป็นสัญญาเช่าโดยทั่วไปอาจจะไม่มีปัญหาแต่อย่างไร แต่บางกรณีผู้เช่าได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่เพิ่มขึ้นมากกว่าการเป็นผู้เช่า เช่น ช่วยค่าก่อสร้าง การกระทำความดีเป็นการกระทำที่นอกเหนือไปจากลักษณะที่นอกเหนือไปจากลักษณะของสัญญาเช่าธรรมดา การช่วยค่าก่อสร้าง จึงมีลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่พิเศษกว่าสัญญาเช่าธรรมดา ศาลฎีกาถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษ ยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาจึงไม่ตกอยู่ในบังคับภายใต้มาตรา 538

ดังตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าในการตัดสินบรรทัดคดีของผู้ที่เป็นผู้พิพากษานั้นนอกจากที่จะยึดโยงอยู่กับหลักกฎหมายแล้ว ในบางกรณีการตัดสินคดีนั้นก็จำเป็นที่จะต้องยึดหลักความยุติธรรมไว้เป็นมากกว่าตัวบทกฎหมายเพื่อความยุติธรรมนั้นเป็นความยุติธรรมโดยแท้มากกว่าที่

จะเป็นเพียงความยุติธรรมตามกฎหมายที่ยังมีข้อจำกัดอยู่ แต่อย่างไรก็ดีการที่บุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้พิพากษานั้นจะนำหลักความยุติธรรมมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้นั้นในบางครั้งเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งที่ซับซ้อนอำนาจหน้าที่กันก็ถือว่าเป็นเรื่องที่สามารถทำให้ความยุติธรรมเสียไปได้ เช่น ในเรื่องการที่ผู้พิพากษาถูกแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่นให้รับผิดชอบในตำแหน่งงานอีกตำแหน่งซึ่งมีหน้าที่นอกเหนือจากการตัดสินคดีซึ่งเป็นหน้าที่หลักของบุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเป็นต้น เนื่องจากในกรณีดังกล่าวการที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่หลายบทบาทในบางครั้งย่อมอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อตนเองและคู่ความหรือแม้กระทั่งต่อสถาบันตุลาการทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีอาจถูกข้อครหาว่าได้มีการตัดสินคดีโดยไม่มีความเป็นอิสระหรือเป็นกลางได้ จึงเห็นได้ว่าหลักความยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาจำเป็นต้องมี และเนื่องจากผู้พิพากษานั้นเป็นบุคคลซึ่งมีบทบาทในอรรถคดีโดยตรงซึ่งบทบาทดังกล่าวผู้เขียนจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

4.1.1 บทบาทของศาลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย

การพิจารณาคดีประกอบด้วยขั้นตอนสำคัญสามประการคือ ขั้นตอนการเริ่มต้น ซึ่งได้แก่การฟ้องคดีต่อศาล ขั้นตอนกลางซึ่งอาจจะสั้นหรือยาวขึ้นอยู่กับพิจารณาและพยานหลักฐานและขั้นตอนสุดท้ายได้แก่คำพิพากษา โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งสามขั้นตอนดังกล่าวจะดำเนินไปโดยการดำเนินการต่างๆ ทางวิธีพิจารณา (actes de procedure) ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องบทบาทของศาลนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทั้งในระบบ Common Law และในระบบ Civil Law ต่างก็มีหลักการดำเนินงานเหมือนกันคือเป็นไปตามภาคีกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า “Da mihi factum, dabo tibi jus” ซึ่งแปลความได้ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล”³ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือในเรื่องข้อเท็จจริงนั้นเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำเสนอต่อศาลแต่ในส่วนข้อกฎหมายนั้นเป็นหน้าที่ของศาล⁴ ซึ่งในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายนั้นโดยหลักแล้วเป็นบทบาทของศาล⁵

อย่างไรก็ตามอำนาจของศาลที่จะหยิบยกกฎหมายขึ้นปรับกับข้อเท็จจริงของคดีได้เองโดยไม่ต้องถูกผูกมัดให้บังคับเฉพาะกฎหมายที่คู่ความได้ยกขึ้นนั้นมีข้อจำกัดอยู่ว่าการบังคับใช้

³ วรรณชัย บุญบำรุง. (2543). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 1. หน้า 83-96.

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 183/2486 วินิจฉัยว่า “ในคดีแพ่งคู่ความไม่จำเป็นต้องยกบทกฎหมายขึ้นกล่าวอ้าง ส่วนบทกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่ปัญหานั้นได้ ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกมาใช้เอง.”

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492 วินิจฉัยว่า “ในทางแพ่งกฎหมายไม่บังคับว่าการฟ้องคดีที่เป็นไปได้ทั้งละเมิดและผิดสัญญา นั้น โจทก์จะต้องเลือกทางใดทางหนึ่ง โจทก์จะบรรยายข้อเท็จจริงและมีคำขอมาเรื่อยๆ ก็ได้ ศาลมีหน้าที่ต้องเอาตัวบทกฎหมายมาปรับแก้คดีเอง.”

กฎหมายที่ศาลยกขึ้นเองนั้นจะต้องไม่มีผลเป็นว่าศาลสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดีได้และการยกข้อกฎหมายขึ้นเองนั้นสามารถบังคับใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการบังคับใช้กฎหมายนอกเหนือจากที่คู่ความกล่าวอ้างนั้นจะเป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงใหม่⁶

ดังที่กล่าวมาแล้วเนื่องจากศาลมีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายอันเป็นกรณีที่จะต้องนำหลักกฎหมายเข้ามาปรับใช้กับคดีพิพาทซึ่งนอกเหนือจากกรณีดังกล่าวสิ่งที่ควบคู่กับการบังคับใช้กฎหมายที่ขาดกันไม่ได้ นั่นก็คือ อำนาจการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีไม่ว่าจะเกิดจากการที่ต้องตีความถ้อยคำในกฎหมายหรือดุลพินิจในการกำหนดโทษหรือค่าเสียหายก็ตาม ในส่วนของ การใช้ดุลพินิจดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่จะต้องกระทำโดยความเที่ยงธรรมปราศจากอคติและการครอบงำของบุคคลใดหรือฝ่ายใด ดังนั้นในกรณีที่ผู้พิพากษามีหน้าที่หลายอย่างในคดีจำเป็นกรณีที่จะเกิดภาวะความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางได้เนื่องจากความไม่เป็นอิสระนั่นเอง หลักอิสระนั้นเป็นหลักที่ผู้พิพากษาจำเป็นต้องมีในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี หลักดังกล่าวผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้ว และจากที่ได้ศึกษาถึงหลักความเป็นอิสระในการบังคับใช้กฎหมายของศาลจะเห็นได้ว่าแบ่งความเป็นอิสระในการบังคับใช้กฎหมายดังนี้ได้ดังนี้

ความอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ

1) ในการทำหน้าที่ในอรรถคดีของผู้พิพากษานั้นผู้พิพากษาไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลหรือองค์กรใด คำสั่งและคำแนะนำต่างๆเป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิงความอิสระโดยนี้อาจเรียกว่า “ความอิสระในเนื้อหา”

2) ในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นผู้พิพากษาจะต้องกระทำได้โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือการกลั่นแกล้งในภายหลัง กล่าวคือผู้พิพากษาต้องมี “ความเป็นอิสระส่วนตัว” และความอิสระในทางส่วนตัวนี้ย่อมเป็นข้อความสมบูรณ์ของความอิสระของผู้พิพากษา

กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายของผู้พิพากษานั้น ต้องมีความเป็นอิสระในเนื้อหาหรือในการตัดสินอรรถคดีของกระบวนการทางกฎหมาย โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคลใดหรือองค์กรใดเพื่อให้ผู้พิพากษามีความอิสระในการใช้กฎหมายที่เหมาะสมและเพื่อให้เกิดความยุติธรรมสูงสุดโดยใช้ความรู้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่ในการวินิจฉัยตามหลักการชี้ขาดข้อพิพาทโดยความเป็นธรรมโดยไม่ต้องกังวลกับผู้ที่ตนต้องอยู่ใต้บังคับบัญชา ผู้เขียนเห็นว่าแม้โดยทั่วไปแล้วในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาจะไม่มีการเบียดเบียนบังคับให้ต้องอยู่ใต้ผู้บังคับบัญชา แต่ก็มิได้ควบคุมภายในองค์กรไม่ว่าจะโดยพระราชกฤษฎีกา หรือขนบธรรมเนียมอาวุโส ซึ่งแม้กระทั่งการที่

⁶ วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 80.

ผู้พิพากษาถูกแต่งตั้งให้รับหน้าที่ด้วยเหตุผลทางการเมือง เมื่อบ้านเมืองต้องการความสงบเรียบร้อย และความยุติธรรม การที่ผู้พิพากษาถูกแต่งตั้งบางกรณีไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงหรือปฏิเสธได้ทำให้มีการต้องเข้าทำหน้าที่ทับซ้อนกัน โดยตำแหน่งเป็นการสวมหมวกสองใบของบุคคลๆ หนึ่งต้องเข้ารับหน้าที่สองตำแหน่ง หน้าที่หนึ่งอาจเป็นผู้บังคับใช้กฎ อีกหน้าที่หนึ่งเป็นผู้ใช้กฎเอง จนเกิดศัพท์ใหม่ในสถาบันอันสูงส่งขึ้นนั่นคือ “การเกิดวิกฤติตุลาการ” ในปี พ.ศ. 2551 เกิดความสั่นคลอนในความยุติธรรมในสถาบันตุลาการ

แม้ในรัฐธรรมนูญจะมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาตั้งที่ได้ศึกษามาแล้ว ในบทที่ 2 ว่าอำนาจตุลาการจะไม่ถูกก้าวก่ายหรือแทรกแซงโดยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร แต่ในความเป็นจริงยังในเบื้องลึกอำนาจตุลาการก็ยังคงถูกก้าวก่ายโดยฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะเมื่อเกิดวิกฤติเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศขึ้นองค์กรตุลาการจะถูกชักนำไปให้เกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และบางครั้งผู้ที่ขอมสวมหมวกสองใบนั้นเป็นบุคคลที่ถือว่าเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ความสามารถถึงขนาดเป็นที่เคารพนับถือ เป็นผู้รู้กฎหมายเป็นอย่างดี ดังนั้นปัญหาความเป็นอิสระในการวินิจฉัยบรรทัดหรือการเข้ารับตำแหน่งที่ถูกแต่งตั้งให้สวมหมวกสองใบนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังคงเป็นปัญหาเรื้อรังของประเทศชาติที่สั่นคลอนความมั่นคงที่ใหญ่หลวงมากกว่าปัญหาอื่นในอำนาจอธิปไตย

อีกทั้งจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันการกำหนดคดีให้ผู้พิพากษา ขึ้นอยู่กับความเห็นควรของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลหรือประธานศาล กล่าวคือว่าคดีใดผู้พิพากษาจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาย่อมเป็นไปตามที่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอธิบดีศาลหรือประธานศาลจะจ่ายสำนวนและในศาลยังมีการบังคับบัญชากันตามแบบราชการแม้ในเรื่องของการพิจารณาคดี นอกจากนี้ในทางปฏิบัติทราบว่าคำพิพากษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลสูงทุกฉบับต้องผ่านการตรวจพิจารณาจนถึงอธิบดีศาลหรือประธานศาลซึ่งผลก็คือความอิสระของผู้พิพากษาเสียไป

ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร⁷ ท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในปัจจุบันและตามร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงแต่กันอิทธิพลออกไปได้เท่านั้น แต่อิทธิพลภายในยังคงนำติดอยู่

ประเทศซึ่งตระหนักถึงความสำคัญของอิทธิพลภายในเช่นสาธารณรัฐเยอรมันจึงได้บัญญัติหลักประกันมิให้มีการถอนอำนาจพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาไว้ในรัฐธรรมนูญและเพื่อให้เป็นไปตามหลักประกันนั้นกฎหมายว่าด้วยรัฐธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz หรือเรียกชื่อย่อว่า GVG) ได้บัญญัติเรื่องแผนแบ่งงาน (Geschäftsverteilungsgesetz) ของศาลไว้ซึ่ง

⁷ คณิต ฒ นคร. (2540). รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ คณิต ฒ นคร อัยการสูงสุด.

แผนงานนี้จะต้องกำหนดไว้ล่วงหน้าและสามารถทราบได้แน่ชัดว่าผู้พิพากษาคนใดคนไหนเป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีใด ประเภทใดซึ่งแผนแบ่งงานนี้โดยปกติจะกระทำทุกปีโดยผู้พิพากษาในศาลนั้นร่วมกันกำหนด (ดู กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล มาตรา 21A-21I)

การกำหนดให้มีแผนงานในศาลไว้เป็นการล่วงหน้านอกจากจะเป็นหลักประกันความอิสระของผู้พิพากษาแล้วยังเป็นผลดีต่อประชาชนผู้เกี่ยวข้องในคดีด้วย เพราะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปได้รวดเร็วขึ้น การตรวจพิจารณาคดีความจนถึงอธิบดีศาลหรือประธานดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่านอกจากทำให้ความอิสระของผู้พิพากษาเสียไปแล้วยังเป็นสาเหตุหนึ่งที่ลดความล่าช้า นอกจากนี้การกำหนดแผนแบ่งงานดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาได้รับความรับผิดชอบสูงและกล้ารับผิดชอบสมด้วยตำแหน่งหน้าที่

ถ้าจะให้ความอิสระของผู้พิพากษามีความสมบูรณ์แล้ว ควรบัญญัติหลักประกันการห้ามถอนอำนาจพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และควรบัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในมาตรา 161 และควรมีข้อความดังนี้

มาตรา 161 การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีหนึ่ง หรือคดีที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาคดีนั้นจะกระทำมิได้

การถอนอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้พิพากษาผู้ใดผู้หนึ่งมีอยู่ตามกฎหมายนั้นจะกระทำมิได้”

4.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

เมื่อผู้พิพากษามีหน้าที่สาธารณะ (Public Interest) ในทางพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆที่เข้ามาอยู่ในความรับผิดชอบของตน อันมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างและรักษาความยุติธรรมให้เกิดขึ้นทั้งกับคู่ความในคดีและกับสังคม ดังนั้นการทำหน้าที่สาธารณะของผู้พิพากษาดังกล่าวจึงต้องซื่อตรงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสังคมและคู่ความที่มีต่อความเป็นธรรมและความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วย

4.2.1 ที่มาและความหมายของตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

รัฐสมัยใหม่แบบตะวันตกเกิดมาบนพื้นฐานการแยกประโยชน์ส่วนตัว (personal interest) และอำนาจส่วนบุคคล (personal power) ของผู้ปกครองออกจากอำนาจการเมือง (Political power) ซึ่งเป็นของ “รัฐ” (state) ซึ่งทำหน้าที่ปกป้องและสนองประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ของคนทุกคนในรัฐ กล่าวคือ รัฐสมัยใหม่นั้นมีการแยกคนซึ่งเป็นผู้ปกครองจากรัฐ รัฐซึ่งกลายเป็นสถาบันนั้น ประกอบไปด้วยตำแหน่งต่างๆ ซึ่งมีภาระหน้าที่ (function and duties) ที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อให้ภาระหน้าที่ถูกล่วงไปได้ ตำแหน่งดังกล่าวจะมีอำนาจอันหมายถึง

ความสามารถที่จะบังคับค่าให้ผู้อื่นต้องกระทำตาม รวมทั้งมีทรัพย์สินและเงินงบประมาณของรัฐไว้ใช้ในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ตามตำแหน่ง⁸ และด้วยเหตุที่ตำแหน่งหน้าที่สาธารณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายก่อตั้งขึ้นจึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดาเข้าไปดำรงตำแหน่งหน้าที่เช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดีตำแหน่งหน้าที่สาธารณะดังกล่าวมิใช่สถานะส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งอาจเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงตามความเป็นอยู่หรือชีวิตของผู้ดำรงตำแหน่ง หากแต่จะคงอยู่โดยมีบุคคลธรรมดาผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนเข้ามาดำรงตำแหน่งเพื่อทำหน้าที่ต่อไป และในการดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (Public office) นี้ ทฤษฎีกฎหมายมหาชนกำหนดไว้ว่า ผู้ที่ดำรงตำแหน่งในทางราชการนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม (Public interest) และวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นหลัก และ “ความสัมพันธ์ส่วนตัว” ก็ดี หรือ “ประโยชน์ส่วนตัว” ก็ดี ไม่สามารถนำมาเป็นเหตุผลอ้างอิงเพื่อการใช้หรือไม่ใช้อำนาจ (รัฐ) ได้⁹

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ (Public interest)” เป็นคำที่มีความลึกที่เรียกกันว่ามิติ (dimension) คือ มีทั้งเกณฑ์ (element) ที่เป็นพื้นที่ (space/espace) และขณะเดียวกันก็มีเกณฑ์ (element) ของเวลา (time/temps) คือ (อดีต)–ปัจจุบัน–อนาคต ประโยชน์สาธารณะ (public interest) มิได้หมายถึงประโยชน์ของประชาชนที่เป็นของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือเป็นของกลุ่มผลประโยชน์กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง (โดยเฉพาะ) แต่เป็นประโยชน์ของประชาชนโดยรวมของประเทศไม่ว่าจะอยู่ที่ใดและในขณะเดียวกันก็มิใช่เป็นประโยชน์ของประชาชนเฉพาะที่มีชีวิตอยู่ในปัจจุบัน แต่เป็นประโยชน์ของประชาชนในอนาคต (ที่ยังไม่เกิด) ด้วย

4.2.1.1 ความเป็นมาของหลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

ดังได้กล่าวแล้วว่าตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเป็นสิ่งที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นและจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดาเข้ามาสู่ตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเพื่อทำภารกิจในตำแหน่งหน้าที่ดังนั้นในกฎหมายมหาชนจึงมีประโยชน์ของกลุ่มที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอยู่ 3 ฝ่าย

ฝ่ายแรก คือ ประโยชน์ของรัฐ ซึ่งได้แก่ ประโยชน์ของประชาชนโดยรวม (public interest)

ฝ่ายที่สองคือ ประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจแทนรัฐ และ

ฝ่ายที่สาม คือ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในฐานะปัจเจกชนที่เข้ามามีความสัมพันธ์กับรัฐที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2535). การสร้างธรรมาภิบาล (Good Governance) ในสังคมไทย. หน้า 51.

⁹ อมร จันทรมุขม. (2539). “ทำไมข้าพเจ้าจึงเขียนร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 211 เมื่อปี พ.ศ. 2537 [Constitutionalism II]. หน้า 20.

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงต้องมีกฎเกณฑ์ที่ป้องกันและจัดการทุจริตและบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ (abuse of power) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบด้วย เพราะหากการกระทำของผู้พิพากษาซึ่งเป็นบุคคลสาธารณะย่อมก่อความเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวม (public interest) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน และอันที่จริงวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน ก็คือ วัตถุประสงค์ของ “รัฐ” ซึ่งตามทฤษฎีกฎหมาย (legal theory) ได้กำหนดให้ “รัฐ” เป็นนิติบุคคล และการกระทำดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำแทนรัฐและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality)

กฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นมีทั้งส่วนที่เป็นสารบัญญัติ (substantive law) และวิธีบัญญัติ (procedural law) กล่าวโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นสารบัญญัติอาจอยู่ในรูปของความผิดทางอาญาหรือความผิดทางบริหารสำหรับการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการโดยไม่ถูกต้อง ซึ่งแต่ละกฎเกณฑ์จะมีลักษณะ วิธีการและจุดประสงค์เฉพาะตัวที่แตกต่างกันออกไป แต่ทุกกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะรับใช้จุดประสงค์ใหญ่ที่มุ่งป้องกันและจัดการทุจริตและบิดเบือนการใช้อำนาจ มีกฎเกณฑ์อยู่ประการหนึ่งที่มีลักษณะในการสร้างสภาพแวดล้อมในการปฏิบัติหน้าที่ดีอันจะส่งเสริมให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคงคุณธรรมได้ ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่ง โดยการป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์ที่ผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ รวมถึงในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นจากตำแหน่ง (post-employment) ซึ่งปัจจุบันรู้จักกันโดยรวมๆ ว่า “หลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (conflicts of interest)” ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นไว้ว่าหลักดังกล่าวเป็นการพัฒนาการของหลักการไม่มีส่วนได้เสีย (impartiality)¹⁰ อันมีสาระสำคัญว่า เจ้าหน้าที่ที่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องในกิจการที่ตนรับผิดชอบดำเนินการโดยอาศัยอำนาจรัฐ ไม่อาจสั่งการหรือปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียหรือถูกสงสัยว่ามีส่วนได้เสียต่อไปอีกได้ เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของอำนาจมหาชนและเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะที่อาจจะกระทบกระเทือนจากส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ส่วนตัวนั้น โดยหลักดังกล่าวมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ผูกพันองค์กรเจ้าหน้าที่ในภาคมหาชนทุกระดับ¹¹ ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม โดยหลักการดังกล่าวเป็นผลมาจากการพยายามค้นหาหลักกฎหมายต่างๆ ที่แยกมาจากความยุติธรรม ในเบื้องต้นพยายามกำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเป็นกลางไม่มีอคติหรือส่วนได้เสียในคดีที่นั่งพิจารณา ความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความอิสระและไม่อยู่ภายใต้อำนาจอิทธิพลของผู้อื่น¹² แต่อย่างไรก็ดี หลักว่าด้วยการ

¹⁰ วุฒิพงษ์ พานิชย์สว. (2542). การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ. หน้า 20.

¹² กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2525). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 105.

ขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนี้ ยังได้ขยายเนื้อหาออกไปมากกว่าหลักการไม่มีส่วนได้เสียดังกล่าวด้วย โดยนอกจากผู้พิพากษาจะไม่อาจสั่งการหรือปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียแล้ว ยังห้ามการมีพฤติกรรมหรือกระทำการที่จะทำให้ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตนด้วย

4.2.2 การเกิดขึ้นของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

นักปรัชญา ชื่อเพลโตได้เขียนไว้ในหนังสือของตนที่ชื่อ Republic ว่า “ผู้ปกครองต้องไม่มีสิ่งที่มีส่วนได้เสียหรือครอบครอง” โดยพวกเขาจะได้รับค่าครองชีพรายปีจากพลเมืองของตน ดังนั้นพวกเขาจะต้องอุทิศตนทั้งหมดเพื่อการทำนุบำรุงหมู่ชนพลเมืองและเมือง ซึ่งคำสอนนี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่า ผู้ปกครองจะไม่มีสิ่งขัดขวางในการอุทิศตนอย่างเต็มที่เพื่อหน้าที่ของตน พวกเขาถูกทำให้เป็นอิสระจากเรื่องรบกวนใจและเครื่องล่อใจของผลประโยชน์ภายนอก และความซื่อสัตย์ของพวกเขาที่มีต่อประชาชนก็จะได้รับการประกัน โดยการพึ่งพาทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ประโยชน์ของการที่ไม่ต้องเดือดร้อนเรื่องการเงินตามคำสอนดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่ดึงดูดความสนใจจากใครๆ ให้รู้จักกับความพยายามที่จะประกันการบริการสาธารณะที่ซื่อสัตย์และมีประสิทธิภาพด้วยเกณฑ์ที่ตัดการขัดแย้งของผลประโยชน์ โดยคำสอนนี้จะขัดขวางผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจทุกอย่าง ซึ่งอยู่นอกเหนือจากค่าครองชีพที่พอประมาณดังกล่าวข้างต้น¹³

นับแต่การเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ขึ้น เป็นที่ประจักษ์แจ้งว่าไม่มีข้อห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ มีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจส่วนตัวด้วย โดยนอกจากการได้รับสิทธิประโยชน์และค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะซึ่งเป็นบุคคลในสังคมคนหนึ่งก็ยังมีชีวิตในทางเศรษฐกิจด้วย กล่าวคือ ยังอาจมีผลประโยชน์ส่วนตัวอื่นและแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวให้เพิ่มพูนมากขึ้นได้ด้วย ซึ่งการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนั้นอาจกระทำได้ในหลายทางทั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะของตนเลยหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะของตนด้วย เช่นเดียวกันผลประโยชน์ส่วนตัวที่ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะมีอยู่หรือยึดถืออยู่ก็อาจไม่เกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งงานหน้าที่สาธารณะของตน หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะของตนด้วย ซึ่งผลประโยชน์ส่วนตัวและหนทางการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนี้ อาจขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายที่ถูกต้องของการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะที่ตน

¹³ Beth Notan. (1992). “Public interest, Private Income : Conflicts and Control Limits on The Outside Income of Government.” *Northwestern University Law Review* 87, 1. p. 58.

ดำรงตำแหน่งอยู่ กล่าวคือ การได้หรือการเสียประโยชน์อันหนึ่งย่อมได้แก่การเสียหรือการได้ประโยชน์อีกอันหนึ่ง เช่นนี้ ก็จะเรียกได้ว่าเกิด “การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (conflict of interest)” ซึ่งหากผลประโยชน์ส่วนตัวที่ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะยึดถืออยู่หรือกำลังแสวงหา มีอิทธิพลหรือปรากฏว่าจะมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดสถานการณ์ทางจริยธรรมที่ยากต่อการตัดสินใจ (an ethical dilemma)¹⁴ กล่าวคือ ต้องตัดสินใจเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจนำไปสู่การทุจริตและการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ (abuse of power) ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ เมื่อบุคคลนั้นเลือกคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัวของตนมากกว่าประโยชน์สาธารณะ การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะในลักษณะนี้เป็นลักษณะที่ผลประโยชน์ส่วนตัวได้มาจากการเสียไปซึ่งประโยชน์สาธารณะ

แม้กระนั้น โดยเหตุที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะก็ยังคงเป็นปุถุชนคนธรรมดา ซึ่งโดยทางสังคมวิทยาต่างมีความโน้มเอียงโดยพฤติกรรมซึ่งเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่จะแสวงหา “ประโยชน์ส่วนตัว” ด้วยกันทั้งสิ้น¹⁵ ดังนั้น จึงไม่สามารถรับประกันได้ว่าเมื่อเกิดสถานการณ์ที่มีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะทุกคนจะเลือกคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเสมอไป ด้วยเหตุนี้ แนวทางที่ดีที่สุดในการป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็คือการป้องกันมิให้มีการเกิดขึ้นของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ รวมถึงการจัดการกับการขัดกันดังกล่าวหากได้เกิดขึ้นแล้วด้วย

นอกจากนี้ สำหรับผู้พิพากษาที่เข้ามาดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนั้น ในปัจจุบันปรากฏว่าข้อเรียกร้องให้หลีกเลี่ยงการมีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่ามีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเกิดขึ้น (apparent conflicts of interest) มีแนวโน้มว่าจะไม่เป็นธรรมและรุนแรงขึ้นถึงกระนั้นก็ดี ผู้พิพากษาหรือข้าราชการประจำที่มีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่ามีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเกิดขึ้น กำลังทำให้สาธารณชนพุ่งเป้ามาตรวจสอบความเคลื่อนไหวของตนอย่างใกล้ชิด ซึ่งเป็น

¹⁴ Gerard Carney. (2002, April). **TI Working Paper-Conflict of interest: Legislators, Ministers and Public Officials.** p. 3, 30.

¹⁵ อมร จันทรมบูรณ์. เล่มเดิม. หน้า 61.

ความบาดเจ็บทางตุลาการที่เกิดขึ้นเพราะการกระทำของตัวเอง ถ้าผู้พิพากษาหรือข้าราชการประจำไม่สามารถขจัดความสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่าการขัดกันดังกล่าวได้เกิดขึ้น ก็เสี่ยงกับผลลัพธ์ของการถูกสันนิษฐานว่ามีพฤติกรรมที่ไร้จริยบรรณ ความสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่ามีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเกิดขึ้นเป็นหนึ่งในสิ่งอันตรายของตุลาการ

เมื่อได้กล่าวแล้วว่าผู้พิพากษาเป็นบุคคลสำคัญของสาธารณะชนเมื่อตัดสินวินิจฉัยคดีย่อมเกิดผลกระทบทางสังคม ผู้เขียนจึงขอลำเอียงถึงรายงานวิจัยที่จัดทำโดย Daniel Snyder & Scandalising The Court in India¹⁶ บางส่วนซึ่งเป็นส่วนเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในทางสาธารณะอยู่ส่วนหนึ่งแม้จะเป็นส่วนที่มีความสำคัญไม่มากแต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นบางส่วนของเรื่องเล็กน้อยแต่ก็น่าคิดอยู่ กรณีเป็นรายงานวิจัยที่สร้างขึ้นเพื่อเสนอต่อกรรมการฝ่ายบุคคล การรับเรื่องราวร้องทุกข์ กฎหมายและความยุติธรรมของรัฐบาลอินเดีย เพื่อประกอบการร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานหมิ่นศาล ค.ศ. 2004 ซึ่งทำให้เห็นว่าในต่างประเทศมีความผิดฐานหมิ่นศาลบัญญัติไว้เคร่งครัดกว่าในประเทศไทยเพื่อคุ้มครองตัวผู้พิพากษาและสถาบันตุลาการบัญญัติให้เป็นความผิดไว้ชัดเจนในเรื่องของการวิพากษ์วิจารณ์ที่มีองค์ประกอบทำให้เสื่อมความเชื่อมั่นในศาล เช่น การข่มศาล การนำคำพิพากษาของศาลไปกล่าวถึงเป็นความเท็จ การนำการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาแต่ละคนมาวิพากษ์วิจารณ์เชิงเปรียบเทียบ สำหรับเรื่องนี้ ศาลแห่งเมือง นิวเดลี ประเทศอินเดียได้ตัดสินในคดี Wah India Case¹⁷ ว่าการตีพิมพ์บทความวิพากษ์วิจารณ์ประเมินผลการทำงานและเปรียบเทียบการทำงานของผู้พิพากษาเป็นความผิดฐานหมิ่นศาล โดยในคดีนี้ได้มีการตีพิมพ์ผลการสำรวจความคิดเห็นของทนายความอาวุโสประจำศาลสูงจำนวน 50 คน จากผลการสำรวจพบว่าผู้พิพากษาหลายคนได้รับการประเมินความพึงพอใจในการปฏิบัติหน้าที่ในลำดับค่อนข้างต่ำ ศาลยกความไม่ถูกต้องของบทความ เช่น ข้อความที่ว่าผู้ตอบคำถาม 50 คน นับเป็นจำนวน 10% ของเนติบัณฑิตยสภาแห่งกรุงเดลีทั้งหมดนั้น เป็นการเขียนข้อความที่เกินความเป็นจริง มาเป็นเหตุลงโทษ การวิพากษ์วิจารณ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าคาบเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นตามความชอบธรรม จะเห็นได้ว่าในประเทศไทยมีความผิดที่เกี่ยวข้องเพียงมาตราเดียว คือ การดูหมิ่นเจ้าพนักงานเท่านั้น แต่ก็จำกัดเฉพาะการดูหมิ่นซึ่งหน้าเท่านั้น แต่ในกระบวนการยุติธรรมของไทยมีการฟ้องร้องศาลน้อยมากถึงแทบจะไม่มีเลย ทั้งที่ในประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่เคร่งครัดและให้อิสระแก่สาธารณะชนในการแสดงความคิดเห็นได้เต็มที่ แต่ในประเทศที่มีบทบัญญัติอย่างเคร่งครัดในการ

¹⁶ ทิพย์ชนก รัตโนสถ. (2549). “คัดค้านผู้พิพากษา.” *บทบัญญัติ*, 62, 2. หน้า 18.

¹⁷ Shri Surya Prakash Khatri v Smt. (2001, May 28). “Madhu Trehan and others CrI.” Contempt Petition No. 8 of 2001, High Court of Delhi.

แสดงออกความคิดเห็นเช่นนั้นกลับมีคดีหมิ่นศาลเช่นนี้อยู่พอสมควร ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในประเทศไทย ประชาชนในสังคมมีโอกาสในการช่วยกันผดุงความยุติธรรมมากกว่าในหลายๆ ประเทศ เมื่อมีผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่หรือรับตำแหน่งมีผลประโยชน์ทับซ้อนกันอยู่กลับไม่มีการนำความไม่ถูกต้องนั้นยกขึ้นเป็นถกเถียงเป็นข้อปัญหา แม้ว่าคนในสังคมไทยส่วนใหญ่จะเข้าใจในเรื่องสิทธิเสรีภาพพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของประเทศสังคมประชาธิปไตยในเรื่องหลักประกันเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และโดยทั่วไปแล้วฝ่ายตุลาการก็เป็นเพียงองค์กรหนึ่งในสามของระบบการแบ่งแยกอำนาจรัฐเพื่อการตรวจสอบและคานอำนาจกันของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งแต่ละฝ่าย ทั้งนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต่างย่อมต้องสนับสนุนการกระทำของฝ่ายอื่นที่ได้ปฏิบัติโดยชอบตามอำนาจที่กำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญ กฎหมายลำดับรองลงมา และนโยบายโดยชอบแห่งรัฐ ในขณะเดียวกัน ก็ควรตรวจสอบกันเองหากพบว่ามีกรกระทำโดยไม่ชอบมาพากลเกิดขึ้นทั้งนี้ รวมทั้งประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจธิปไตยด้วย ซึ่งควรมีอำนาจอันชอบธรรมที่จะตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายต่างๆ ที่ตนได้มอบอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้นเมื่อมีบุคคลหนึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อนกันในเรื่องของอำนาจธิปไตย จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีขอบเขตต่อระบบคุณภาพของระบอบประชาธิปไตยอย่างรุนแรง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีของผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันหรือกรณีที่มีการสวมหมวกหลายใบนั้น ยังเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทยจึงสมควรที่จะต้องมีการศึกษาและทำความเข้าใจให้ถ่องแท้ถึงปัญหาดังกล่าวเพื่อนำไปสู่หนทางป้องกันและแก้ไขปัญหาให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวกับการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่และกระบวนการพิจารณาที่นำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลาง

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยออกเป็นสามลักษณะ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ในการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามออกเป็นส่วนๆ เนื่องจากมีจุดมุ่งหมายที่จะป้องกันการผูกขาดทางอำนาจจากบุคคลใดหรือองค์กรใด องค์กรหนึ่ง ทั้งนี้โดยการคานอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสามมิให้องค์กรใดมีอำนาจสูงสุดเพียงแต่องค์กรเดียว อันเป็นการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ดีอีกด้วย ในการคานอำนาจดังกล่าวผู้เขียนขอกล่าวถึงอำนาจของสถาบันตุลาการ โดยเฉพาะ กล่าวคือ สถาบันตุลาการนั้นมีหน้าที่โดยตรงที่จะมุ่งชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม ในกรณีที่มีกฎหมายรองรับให้สามารถใช้อำนาจทางศาลได้ เพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อยยุติความขัดแย้งและอยู่ร่วมกันโดยสงบสุขได้ต่อไป อำนาจดังกล่าวจึงถือว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญอย่างมาก ซึ่งอำนาจดังกล่าวมานั้นได้มีการใช้ผ่านผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีทั้งปวง เมื่อปรากฏว่าตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้พิพากษาถือเป็นเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรซึ่งอยู่ในสถาบันฝ่ายที่ใช้อำนาจตุลาการดังนั้น นโยบายใน

การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐจึงย่อมที่จะนำมาใช้กับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาดังกล่าว ด้วยอย่างไม่ต้องมีที่สงสัย กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความมีอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรือการแทรกแซงขององค์กรอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตรากฎหมาย หรือองค์กรบริหารซึ่งใช้อำนาจในการบริหารประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากองค์กรดังที่กล่าวมานั้นมีนโยบายในการใช้อำนาจทางสาธารณะที่แตกต่างกันนั่นเอง หากอำนาจตุลาการถูกแทรกแซงโดยฝ่ายดังกล่าว ย่อมเป็นที่คาดเห็นได้ว่า ความยุติธรรมนั้นย่อมไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้เนื่องผู้พิพากษาผู้ตัดสินอรรถคดี ย่อมตัดสินคดีนั้นไปโดยขาดความอิสระและเป็นกลางเนื่องจากการถูกรอบงำโดยองค์กรเหล่านั้น ความเป็นอิสระของศาลดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมานั้นมีบัญญัติรับรองเอาไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 ซึ่งมีบทบัญญัติไว้ดังนี้

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

เมื่อพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพื่อให้กลไกแห่งการความยุติธรรมสามารถที่จะขับเคลื่อนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นในกรณีตามปัญหาของผู้เขียน ในกรณีที่ผู้พิพากษาเกิดการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ หรือกรณีสวมหมวกหลายใบนั้น กรณีดังกล่าว พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า

“การสวมหมวกหลายใบ หมายถึง (สำ) ก. ดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งในเวลาเดียวกัน”

ดังนั้น กรณีที่ผู้พิพากษาสวมหมวกหลายใบนั้นก็ถือการที่ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งในเวลาเดียวกันนั่นเอง การดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งอันจะทำให้เกิดความไม่เป็นอิสระขึ้นได้นั้น ตามความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องเป็นการดำรงตำแหน่งข้ามสถาบัน กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีที่เกิดการดำรงตำแหน่งทับซ้อนกันระหว่างผู้พิพากษาผู้ทรงซึ่งอำนาจแห่งตุลาการ กับอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติหรืออำนาจทางฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าเป็นการดำรงตำแหน่งในสถาบันตุลาการด้วยกันหลายตำแหน่งยังไม่อาจถือว่าเป็นการที่เป็นการสวมหมวกหลายใบอันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระและไม่เป็นกลางเกิดขึ้นได้

ปัญหาที่เกี่ยวกับการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้พิพากษาเกิดการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของตนนั้นย่อมก่อให้เกิดความสับสนในการดำรงตำแหน่งของตน และเกิดปัญหาความเป็นกลาง และอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระขึ้นได้เนื่องอำนาจที่มีมาแต่เดิมอันได้แก่อำนาจตุลาการซึ่งจำต้องแยกออกตากหากจากอำนาจฝ่ายอื่น จะถูก

แทรกแซงได้โดยง่ายโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากการที่ผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่หรือดำรงตำแหน่งอยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารนั่นเอง

ในส่วนของกระบวนการพิจารณาที่นำไปโดยผู้พิพากษาที่มีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการพิจารณาซึ่งอาจเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางได้นั้น ย่อมจำกัดแต่เฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษาดังกล่าวมีหน้าที่ตัดสินคดีซึ่งมีความคาบเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่ตนสังกัดอยู่เท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากหากเป็นการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั่วไปแล้ว ย่อมไม่มีมูลเหตุจูงใจที่ผู้พิพากษาดังกล่าวจะทำการหักเห บิดเบือน หรือตีความการบังคับใช้กฎหมายเพื่อจงใจให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าปรากฏว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีที่คาบเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งตนสังกัดอยู่นั้น กรณีเช่นนี้หากผู้พิพากษาซึ่งดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้นๆ อีกตำแหน่งหนึ่งมาเป็นผู้ตัดสินคดี การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมที่จะอนุมานได้ว่า เป็นการพิจารณาคดีที่มีแนวโน้มที่จะเอื้อประโยชน์ให้แก่องค์กรฝ่ายที่ตนสังกัดอยู่ได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าผู้พิพากษาที่มีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันดังกล่าวย่อมจะถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติในการตัดสินคดีดังกล่าวเนื่องจากย่อมคาดเห็นได้ว่าผู้พิพากษาดังกล่าวย่อมต้องด้วยข้อครหาว่าเป็นบุคคลที่ขาดความเป็นกลางและเป็นอิสระได้นั่นเอง

4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากบทบาทที่ขัดกันของผู้พิพากษา (Incompatibility)

4.3.1.1 หลักการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ (Incompatibility)¹⁸

ความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ คือ การที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับภาระผลประโยชน์อันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่นั้น หรือเข้าไปปฏิบัติหน้าที่โดยที่เป็นการขัดแย้งกันในตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลในขณะเดียวกันซึ่งหน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจอธิปไตยที่ต่างกัน ย่อมเป็นการต้องห้ามโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นสมาชิกวุฒิสภาซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติ และในขณะเดียวกันก็เป็นข้าราชการประจำซึ่งใช้อำนาจบริหารหรือเป็นผู้พิพากษาซึ่งใช้อำนาจตุลาการย่อมกระทำมิได้¹⁹

ดังนั้น หลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ จึงมีนัยที่สำคัญอยู่ 2 ลักษณะ คือ

- 1) เกี่ยวกับการหาประโยชน์ในหน้าที่ (Conflict of Interest) ได้แก่ การแสวงหาประโยชน์จากการดำรงตำแหน่งหน้าที่
- 2) เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดกัน (Conflict of Role) ได้แก่ การดำรงตำแหน่งในหน้าที่ที่ขัดแย้งกันในตำแหน่งที่ใช้อำนาจอธิปไตยที่ต่างกัน หรือการสวมหมวกหลายใบ

¹⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2552). *รวมบทความทางวิชาการ (Melanges) ครอบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร.* หน้า 186-189.

¹⁹ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 78.

แนวความคิดอันเป็นที่มาของหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่นี้ มีที่มาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ระหว่างอำนาจอธิปไตย 3 ฝ่าย อันได้แก่ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และอำนาจนิติบัญญัติ เพื่อก่อให้เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือป้องกันกรณีผู้ใช้อำนาจรัฐในกรณีที่มีการ “สวมหมวกหลายใบ” ที่แต่ละหน้าที่มีความขัดกัน และโดยเฉพาะในการดำเนินคดีอาญาก็เพื่อให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกิดความโปร่งใส นำไปสู่การตรวจสอบใช้อำนาจรัฐอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว “ความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่” หรือ Incompetible Principle ในทางกฎหมายจึงหมายถึง การที่บุคคลคนหนึ่งไม่สามารถแสดงบทบาทหน้าที่บางอย่างในขณะเดียวกันหรือพร้อมๆ กัน โดยเฉพาะการเป็นผู้ควบคุมหลักเกณฑ์ในขณะเดียวกันก็จะเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ด้วย

นอกจากนั้น แนวคิดอันเป็นที่มาของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่นี้ ยังมีที่มาจากหลักการที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือผู้มีอำนาจตัดสินใจเพื่อมิให้มีการหาประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่หรือการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ หรือที่เรียกว่า Conflict of Interest อีกด้วย

ดังนั้น ที่มาของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ที่สำคัญจึงได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการทางเทคนิคทางรัฐธรรมนูญ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงการผูกขาดอำนาจและเพื่อเป็นการรับประกันเสรีภาพของประชาชน การแบ่งแยกอำนาจนั้นมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ ทางปรัชญา และทางตรรกศาสตร์ ซึ่งเป็นหลักในการจัดสรรอำนาจในรัฐเสรีนิยม²⁰ ดังนั้น การปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยจึงมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ลักษณะ คือ อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ทั้งนี้เพื่อเป็นการกานอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสามมิให้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งภายในรัฐนั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดแต่เพียงองค์กรเดียว อันอาจนำไปสู่การตัดสินใจกระทำการใดที่อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้อีก ทั้งเป็นการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐนั้นด้วย

หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบ และถ่วงดุล ก็อาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ ซึ่งย่อมเป็นการส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยปริยาย

²⁰ เกรียงไก เจริญชนวัฒน์. (2550). หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย. หน้า 211.

การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงองค์กรที่ใช้อำนาจด้วย โดยมีจุดมุ่งหมายมิให้ องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจมากจนเกิดการผูกขาด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าได้มีองค์กรใช้อำนาจ ออกเป็น 3 องค์กร กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย องค์กร บริหารซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ และองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้ อำนาจในการอำนวยความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

โดยหลักการและทฤษฎีนั้น การแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องให้ องค์กรใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออำนาจได้ แต่มิใช่อยู่ เหนือกว่าในลักษณะเด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องมีการเป็นหลักประกันในการดำเนินการ ตามอำนาจในแต่ละองค์กร คือมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างกัน และถือว่าเป็นหัวใจ สำคัญอีกประการหนึ่งของการแบ่งแยกอำนาจ ก็คือ การคานและถ่วงดุลนั่นเอง²¹

หลักเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน

หลักเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน หรือ Conflict of Interest นี้มีผู้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง “ผลประโยชน์ทับซ้อนหรือผลประโยชน์ขัดกัน” ก็คือ สถานการณ์ที่บุคคล เช่น ทนายความ นักการเมือง หรือผู้บริหาร หรือผู้ว่าการของบริษัทมีผลประโยชน์ทางวิชาชีพหรือ ส่วนตัวแข่งกับตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจ การมีผลประโยชน์แข่งขันเช่นว่า ทำให้การทำหน้าที่ โดยไม่ลำเอียงทำได้ยาก แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานการกระทำที่ไม่เหมาะสม การมีผลประโยชน์ทับซ้อน ทำให้เกิดภาพของความไม่เหมาะสมที่อาจบ่อนทำลายความไว้วางใจในความสามารถของบุคคลที่ จะกระทำอย่างเหมาะสม... ยิ่งกว่านี้ ผลประโยชน์ทับซ้อนอาจหมายถึงสถานการณ์ที่ปัจเจกบุคคล หรือบริษัทอยู่ในฐานะที่จะแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่ง วิชาชีพ หรือตำแหน่งราชการเพื่อ ประโยชน์ส่วนตัว

ผลของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่²²

จากแนวความคิดเรื่องความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ (Incompatible Principle) ซึ่งมีที่มาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการเรื่องผลประโยชน์ขัดกันดังกล่าวข้างต้นนั้น ส่งผลให้เกิดผลที่สำคัญดังนี้

การห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยประเภทหนึ่งไปใช้อำนาจอธิปไตยอื่น

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ลักษณะ คือ อำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคานอำนาจระหว่าง

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 219.

²² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 192.

องค์กรทั้งสามมิให้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งภายในรัฐนั้น เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเพียงองค์กรเดียว อันอาจนำไปสู่การตัดสินใจกระทำการใดที่อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ อีกทั้งเป็นการคุ้มครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐนั้นด้วย ดังนั้นหากมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ ก็จริงแต่ผู้ใช้อำนาจกลับเป็นองค์กรหรือบุคคลเดียวกันแล้ว ก็จะปราศจากกลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจได้

ดังนั้นโดยผลของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่นี้จึงห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยประเภทหนึ่งไปใช้อำนาจอธิปไตยอื่น เช่น การห้ามมิให้ผู้เป็นรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารทำหน้าที่ หรือแสดงบทบาทในฐานะที่เป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เป็นต้น

การห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ที่มีเหตุที่จะกระทบต่อการตัดสินใจ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การที่บุคคลซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่โดยที่ตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับส่วนตัวหรือส่วนบุคคลในเรื่องนั้นๆแล้วก็เป็นที่ยากยิ่งที่ผู้นั้นจะปฏิบัติหน้าที่ของตนได้อย่างเที่ยงตรงยุติธรรม ซึ่งผลประโยชน์ส่วนตัวหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคลนั้นอาจแยกเป็น 2 กรณีคือ

ก. ผลประโยชน์เนื่องจากความสัมพันธ์ส่วนตัว ได้แก่ กรณีที่ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องตัดสินใจในเรื่องที่มีคู่กรณีเกี่ยวข้องมีความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว เช่น ความสัมพันธ์ทางเครือญาติ เป็นต้น ซึ่งโดยผลของหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่นี้เอง จึงห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นปฏิบัติหน้าที่ในกรณีดังกล่าว

ข. ผลประโยชน์เนื่องจากประโยชน์ส่วนตัว ได้แก่ กรณีที่ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องตัดสินใจในเรื่องที่ตนมีประโยชน์ส่วนตัวเข้าเกี่ยวข้องไม่ว่าเพราะตนได้รับอามิสสินจ้างเป็นเงินทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นใด ซึ่งกรณีนี้ออกจากเป็นกรณีการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตแล้วกฎหมายยังกำหนดให้เป็นความผิดอาชญาฐานรับสินบนอีกด้วย

กระบวนการยุติธรรมกับหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่²³

โดยผลของหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นก็ควรนำมาปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติว่า เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้โดยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น ถ้าผู้พิพากษานั้นมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น²⁴ หรือเป็นญาติ

²³ แหล่งเดิม. หน้า 202.

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 11(1).

เกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงานนับได้เพียงสอง ชั้น²⁵ หรือเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ หรือ โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็น พิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น²⁶ ฯลฯ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ก็นำมาใช้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญาด้วย

หลักดังกล่าวกฎหมายได้บัญญัติไว้สำหรับการดำเนินคดีในชั้นศาลอย่างชัดเจน ส่วนการดำเนินคดีในชั้นเจ้าพนักงาน (คือชั้นพนักงานสอบสวนและชั้นพนักงานอัยการ) ไม่มี บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด แต่หลักดังกล่าว กลับมีบัญญัติไว้สำหรับการดำเนินคดีในชั้นเจ้าพนักงานในกรณีของพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้มีการคัดค้าน อนุกรรมการไต่สวนได้²⁷

หลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่กับกระบวนการยุติธรรมจึงเป็นเรื่องที่แยกกัน ไม่ออกไม่ว่าจะมีบทบัญญัติชัดเจนหรือไม่ก็ตามเพราะหลักดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันความเที่ยง ธรรมในการดำเนินคดี

ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร²⁸ ได้กล่าวถึงเรื่องการสวมหมวกหลายใบไว้ ว่า “คำว่า Conflict of Interest หรือ ประโยชน์ทับซ้อน นักกฎหมายของไทยเราดูเหมือนจะมุ่งนำ เสนอความหมายของคำนี้ไปในทาง “ประโยชน์ทรัพย์สิน” ฉะนั้น เมื่อเกิดปัญหา การสวมหมวก หลายใบเกิดขึ้น กล่าวคือ ปัญหาการดำรงตำแหน่งบุคคลหลายตำแหน่ง ในขณะที่เดียวกันในกรณีใด เราจะพิจารณากันแต่เพียงว่าในกรณีนั้นทำให้บุคคลนั้นมีโอกาสแสวงหาประโยชน์ในทางทรัพย์สิน ได้หรือไม่ ดังเช่น กรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ที่กล่าวว่ามหาวิทยาลัยเอกชนไม่ใช่ ธุรกิจจึงไม่มีประโยชน์ทับซ้อน เป็นต้น กฎหมายเยอรมันมีหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Conflict of Interest อยู่หลักหนึ่ง คือ Incompatibilitatprinzip ที่อาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Incompatible Principle” ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้คำแปลภาษาไทยว่า “หลักการขัดกันของหน้าที่” และท่านยังให้ความเห็นว่า หลักการขัดกันของหน้าที่นั้นไม่ได้เป็นปัญหาเฉพาะที่เกี่ยวกับองค์กร

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 11(2).

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 11(3).

²⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542, มาตรา 46.

²⁸ คณิต ฒ นคร. (2550, มกราคม-มิถุนายน). “สวมหมวกหลายใบ.” วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัย ธุรกิจบัณฑิตย์, 1. หน้า 3-6.

หรือสถาบันเท่านั้น แต่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลด้วย การสวมหมวกหลายใบ จึงมีความลึกซึ้งและยากที่จะเข้าใจ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นนักกฎหมายก็ดูกันเพียงว่าได้มีกฎหมายห้ามในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่ โดยไม่พิจารณาถึงความควรหรือไม่ควรประกอบแต่อย่างใด ซึ่งความควรหรือไม่ควรอันเกี่ยวกับหลักการขัดกันของหน้าที่นี้เป็นยิ่งกว่า จริยธรรมเสียอีก เพราะเป็นเนื้อหาของหลักกฎหมายโดยแท้ ข้อความในบทความที่ให้แง่คิดและกินใจของท่านศาสตราจารย์ดร.คณิต ฒ นคร ที่จะเป็นประโยชน์ และกับผู้ที่ศึกษากฎหมายในรุ่นหลังต่อไปนั้น คือ “ถ้าท่านผู้อ่านจะใช้ความพยายามนึกค้นหาตัวอย่างผู้ละเมิด หลักหน้าที่ขัดกันสักนิด บางทีอาจจะตกใจว่านักกฎหมายผู้ละเมิดนั้นมักเป็นนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิชั้นเยี่ยมที่แตกฉานในวิชากฎหมายเสียด้วย”

ตัวอย่างการสวมหมวกหลายใบกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรม เมื่อปี 2481 ได้มีคดีเรื่องหนึ่งขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า นายวรเป็นปลัดอำเภอถือ गोमा ในขณะเกิดเหตุปลัดอำเภอมีอำนาจสอบสวน คดีอาญาความผิดฐานถือ गोमा ต้องมีการร้องทุกข์ก่อนจึงจะเกิดอำนาจสอบสวน และนายวรปลัดอำเภอซึ่งเป็นผู้เสียหายได้ร้องต่อตนเอง ปัญหาจึงมีว่าการร้องทุกข์และการสอบสวนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า “ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (6) (7) (11) พนักงานสอบสวนเป็นผู้เสียหายเองหากมีอำนาจจะทำการสอบสวนในกรณีที่คุณมีส่วนได้เสียไม่จริงอยู่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แจ้ง แต่ยอมเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายความแพ่ง มาตรา 11, 14 ว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาได้ งานในหน้าที่กับส่วนตัวโดยพฤติแยกไม่ออก ถ้าพนักงานสอบสวนฯคดีของตนเองแล้ว ยากนักจะให้ความยุติธรรม เมื่อนายวรไม่มีอำนาจรับคำร้องทุกข์และทำการสอบสวนแล้ว การร้องทุกข์และการสอบสวนก็ไม่เกิดมี พนักงานอัยการจะฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 และกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 313 ไม่ได้”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลชั้นต้นได้ให้เหตุผลบนพื้นฐานของหลักการขัดกันในหน้าที่โดยจะรู้หรือเข้าใจหลักดังกล่าวนี้หรือไม่ก็ตาม และศาลอุทธรณ์ก็วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากลับหลัก เห็นว่า “นายวรได้ร้องทุกข์ต่อปลัดอำเภอ การที่ปลัดอำเภอเพิกเฉยเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าทุกข์เองนั้นก็ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้กระทำการรับคำร้องทุกข์นั้นแต่อย่างใดปัญหาต่อไปมีว่า นายวรมีอำนาจจะกระทำการสอบสวนคดีเรื่องนี้ด้วยตนเองได้หรือไม่ เรื่องนี้ทำนองเดียวกับที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือ ไม่มีบทกฎหมายใดที่ห้ามมิให้เจ้าพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนในคดีที่คุณมีส่วนได้เสีย ฉะนั้น ในคดีนี้จึงถือว่าได้มีการร้องทุกข์และมีการสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพราะไม่มีกฎหมายห้ามว่าการร้องทุกข์และการสอบสวน เช่นในคดีนี้ใช้ไม่ได้ ความประสงค์ของกฎหมายในเรื่องร้องทุกข์ก็เพื่อไม่ให้เจ้าพนักงานเก็บคดีส่วนตัวมาฟ้องร้อง แต่คดีนี้ก็ได้รับการร้องทุกข์แล้ว อย่างไรก็ดี คดีต้องมาถึงศาลกลั่นกรองอีก

ชั้นหนึ่ง เพียงแต่ผลของการสอบสวนจะถือเป็นเหตุลงโทษจำเลยได้ทีเดียวก็หาไม่ได้ ที่ศาลชั้นต้นหยิบยกเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11, 14 ว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาบังคับใช้โดยอนุโลม ศาลนี้ไม่เป็นพ้องด้วย เพราะเป็นคนละเรื่องและเป็นเรื่องชั้นศาลซึ่งมีอำนาจชี้ขาด กฎหมายจึงระบุไว้เจาะจง ที่ศาลชั้นต้นว่า ถ้าพนักงานสอบสวนฯ คดีของตนเสียเองแล้วยากนักจะให้เป็นความยุติธรรมนั้น ศาลนี้เห็นว่าอาจเป็นจริงดังกล่าวนั้นได้เฉพาะในชั้นสอบสวน แต่เมื่อไม่มีบทกฎหมายใดห้ามแล้ว จะยกเหตุแห่งความรู้สึกอย่างหนึ่งมาตัดอำนาจเจ้าพนักงานเสียหายหรือไม่ อย่่างไรก็ดีจะเป็นความยุติธรรมหรือไม่นั้นเป็นกรณีที่ศาลจะหยิบยกขึ้นชั่งน้ำหนักคำพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาดังกล่าวแล้ว อาศัยเหตุดังกล่าวพร้อมกันพิพากษายกคำพิพากษาของศาลล่างทั้งสองศาลเสียและย้อนไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาและพิพากษาคดีเสียใหม่ตามกระบวนการ”

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้นี้ไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เพราะขัดต่อ “หลักการขัดกันของหน้าที่” กล่าวคือ พนักงานสอบสวนที่ต้องเป็นพยานบุคคลให้กับตนเองจะทำหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในคดีของตนเองไม่ได้โดยเด็ดขาด ศ.ดร.คณิต ฒ นคร ได้ในความเห็นว่า ศาลล่างทั้งสองศาลมิได้ยกเหตุแห่งความรู้สึกมาวินิจฉัยคดีแต่ประการใด แต่ได้ยกเอา “หลักการขัดกันของหน้าที่” มาเป็นเหตุในการวินิจฉัยคดี เป็นการใช้และตีความกฎหมายตามหลักแห่งความยุติธรรมโดยแท้”²⁹ ผู้เขียนจึงเห็นว่าปัญหาการสวมหมวกหลายใบนี้นักกฎหมายไทยควรทำความเข้าใจหลักการนี้พอควรเพื่อให้เกิดประโยชน์เที่ยงธรรมสูงสุดในกระบวนการยุติธรรม

4.3.1.2 ปัญหาทัศนคติต่อบทบาทของศาลในการพิจารณาคดี

ปัญหาทัศนคติต่อบทบาทการพิจารณาคดีอาญาของศาลกรณียังมีปัญหาว่า “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ”³⁰ และขณะที่ทำคำถามนี้ยังไม่มีคำตอบที่แน่ชัดและยังมีความเห็นที่แตกต่างว่าระบบการสืบพยานในคดีอาญาของประเทศไทยเป็นระบบใดระหว่าง “ระบบกล่าวหา” หรือ “ระบบไต่สวน” ทั้งนี้เกิดจากปัญหาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งยังมีความเข้าใจที่แตกต่างในแนวปฏิบัติของบทบัญญัติ ข้อ 3 แห่งประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ที่กำหนดแนวปฏิบัติว่า “ศาลจะต้องวางตนเป็นกลาง” และในข้อ 9 กำหนดให้ “การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความ ศาลควรเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมี

²⁹ คณิต ฒ นคร. (2550, มกราคม-มิถุนายน). “สวมหมวกหลายใบ.” วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 1. หน้า 10-11

³⁰ ชวลิต โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” ดุลพาห, 28, 6. หน้า 38-41.

กฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง” ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า น่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลวางตนเป็นกลาง โดยเฉพาะศาลชั้นต้นซึ่งส่วนมากจะเป็นผู้พิพากษาใหม่ บทบาทของศาลจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะสืบพยานในคดีอาญาของประเทศไทยเป็นระบบใดระหว่าง “ระบบกล่าวหา” หรือ “ระบบไต่สวน” ทั้งนี้ เกิดจากปัญหาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งยังมีความเข้าใจที่แตกต่างในแนวปฏิบัติของบทบัญญัติ ข้อ 3 แห่งประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ที่กำหนดแนวปฏิบัติว่า จะต้องวางตนเป็นกลาง” และในข้อ 9 กำหนดให้ “การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความ ศาลควรเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง” ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า น่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลวางตนเป็นกลาง โดยเฉพาะศาลชั้นต้นซึ่งส่วนมากจะเป็นผู้พิพากษาใหม่ บทบาทของศาลจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะเชิงรุกในการค้นหาข้อเท็จจริง อีกทั้งขอบเขตของคำว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” นั้นทำให้ศาลพยายามจำกัดบทบาทในการที่จะไม่ซักถามข้อเท็จจริงนอกเหนือจากที่คู่ความได้กล่าวอ้าง เนื่องจากอาจถูกมองว่าศาลลำเอียง ทำให้เป็นการยากต่อการใช้ดุลพินิจของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

4.3.2 จริยธรรมของผู้พิพากษากับการรักษาความเป็นกลางของศาล

เนื่องจากศาลเป็นสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการวินิจฉัยบรรดคดีเพื่อยุติข้อพิพาทและความขัดแย้งในสังคม ดังนั้นการตัดสินใจของศาลจึงต้องกระทำด้วยความยุติธรรม โดยจะต้องทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจว่าศาลมีความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติข้อกำหนดที่มีสภาพบังคับให้ผู้พิพากษาในศาลนั้นปฏิบัติ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าว เรียกว่า จริยธรรมตุลาการ จริยธรรมตุลาการนั้นเกิดขึ้นมาเป็นพันปีแล้ว ตามคัมภีร์เก่าของคริสตจักรซึ่งบัญญัติว่าพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของส่งตุลาการลงมาให้มนุษย์ โดยมีพันธสัญญาว่า “เจ้าจะต้องไม่เกรงกลัวต่อใบหน้าผู้ใด” นั้นหมายถึงตุลาการต้องมีความชัดเจนและเป็นกลาง จริยธรรมผู้พิพากษาของประเทศไทยนั้นมีบัญญัติอยู่ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.2.1 ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ³¹

แรกเริ่มประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการมีขึ้นเพื่อเป็นข้อแนะนำและเป็นแนวทางปฏิบัติแก่ผู้พิพากษาทั้งหลายรวมตลอดทั้งผู้พิพากษาคะโต๊ะยุติธรรมและผู้พิพากษาสมทบทั้งในด้านการปฏิบัติหน้าที่ราชการศาลยุติธรรมและการครองตนในสังคม³² ซึ่งในเวลาต่อมาประมวลจริยธรรมดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ถือว่า

³¹ “ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย.” (2537, กันยายน). บทบัญญัติ, เล่มที่ 50, ตอนที่ 3. หน้า 55-77.

³² นำมาจากส่วนคำนำของประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ.

เป็นวินัยอย่างหนึ่งให้ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตาม³³ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 62³⁴ ถ้าหากว่าผู้พิพากษาผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการก็ย่อมจะมีผลทำให้ผู้พิพากษาถูกลงโทษทางวินัย³⁵ และหากการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อาจถูกลงโทษทางวินัยหนักสุดถึงขั้นไล่ออกได้³⁶

บทบัญญัติที่กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เมื่อได้กำหนดไว้เป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมย่อมต้องปฏิบัติตาม อันสามารถเป็นหลักประกันถึงความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อีกทางหนึ่งที่จะทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นได้ว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีของตนนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยฝ่าฝืนหลักจริยธรรม ไม่นำพาดังหลักความเป็นกลางตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา ได้พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยมีความลำเอียงเพราะเหตุมีความสัมพันธ์กับคู่ความเนื่องจากเป็นญาติกัน แต่ไม่ยอมถอนตัวจากการพิจารณาคดีและหากพิสูจน์ได้ว่าการตัดสินคดีนั้นเป็นไปโดยมีความลำเอียงเพราะเหตุดังกล่าวแล้ว ผู้พิพากษานั้นย่อมต้องถูกลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง เพราะถือว่าทำให้ความเป็นกลางของสถาบันศาลยุติธรรมถูกระทบกระทบกระเทือนและทำให้ภาพลักษณ์ที่ดีของศาลยุติธรรมในสายตาของสาธารณชนเสื่อมเสีย อันอาจถือได้ว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรงหากพบว่ามีการดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าโทษที่ผู้พิพากษาดังกล่าวจะได้รับในทางวินัยคือโทษไล่ออกหรือปลดออกหรือให้ออก³⁷

ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการได้กำหนดในเรื่องการรักษาความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาไว้ในข้อที่ 3 ข้อ 6 ข้อ 9 ข้อ 12 และข้อ 14 ซึ่งมีการกำหนดจริยธรรมที่

³³ ชงทอง จันทรางศุ สาธุกุล สันติวาสะ และมานิตย์ จุมปา. (2546). *จรรยาบรรณของตุลาการศาลปกครอง* (รายงานการวิจัย). หน้า 17.

³⁴ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 62 “ข้าราชการตุลาการต้องถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการตามที่ ก.ต. กำหนด.”

³⁵ โทษทางวินัยมีอยู่ 5 สถาน คือ ไล่ออก ปลดออก ให้ออก กดเลื่อนตำแหน่งหรือเงินเดือนเงินเดือนและภาคทัณฑ์.

³⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543, มาตรา 77(3).

³⁷ สังเกตจากบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อ 3 ที่ใช้คำว่า “จักต้อง” อันหมายถึงการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดวินัยระดับร้ายแรง มีโทษถึงขั้นไล่ออกหรือปลดออกหรือให้ออก.

เกี่ยวข้องกับความเป็นกลางของศาลค่อนข้างละเอียด โดยมีคำอธิบายประกอบจริยธรรมแต่ละข้อ พร้อมกับยกตัวอย่างเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติและคำอธิบายนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของประมวลจริยธรรม³⁸ ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความเป็นกลางของศาลที่เป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติในระหว่างการพิจารณาคดีหรือการดำรงตนนอกศาล และเห็นได้ว่าในส่วนของรายละเอียดมีความครอบคลุมมากกว่าที่ปฏิบัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรักษาความเป็นกลางของศาลในแง่ของการปราศจากอคติและการวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดี ตลอดจนสภาพบังคับของประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการที่มีโทษสูงสุดถึงขั้นไล่ออกนั้น สามารถเป็นหลักประกันความเป็นกลางและให้ความเชื่อมั่นแก่สาธารณชนได้

บทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการตามที่ได้กล่าวมาแล้ว มีความครอบคลุมเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลที่ดีและสอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาล แต่เนื่องจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตนของข้าราชการตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี แม้จะมีผลบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายที่ผู้พิพากษาจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม หากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดบทบัญญัติดังกล่าว ก็มีผลเพียงทำให้ผู้พิพากษานั้นถูกพิจารณาโทษทัณฑ์ทางวินัยเท่านั้น หากได้กระทบถึงกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาผู้นั้นไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 13 ว่ากระบวนการพิจารณาหรือแม้แต่คำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางนั้นมีผลสมบูรณ์ไม่เสียไป ถึงแม้ว่าบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการจะได้บัญญัติถึงการรักษาความเป็นกลางของศาลไว้อย่างละเอียดและครอบคลุมถึงเหตุต่างๆ มากกว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ตาม ดังนั้นหากมีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการขึ้นจึงมีผลทำให้ผู้ที่ฝืนถูกพิจารณาโทษทัณฑ์ทางวินัยเท่านั้น แต่ไม่ได้มีผลกระทบถึงกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ผู้พิพากษานั้นได้กระทำขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องที่ขัดกันในความรู้สึกเชื่อมั่นและศรัทธาของคู่ความต่อความยุติธรรมของศาลได้และไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาล ดังนั้นในเรื่องของกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางจึงถือว่ามีความสำคัญที่จะต้องหาทางออกที่เหมาะสมต่อไป

นอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการแล้ว การตรวจสอบและหลักประกันความเป็นกลางและความมีจริยธรรมของศาลยังปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 270 ที่บัญญัติให้วุฒิสภาสามารถถอดถอน

³⁸ ธงทอง จันทรางศุ, ศาลทูล สันติวาสะ และมานิตย์ จุมปา. เล่มเดิม. หน้า 103.

ผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้ หากผู้พิพากษามีพฤติการณ์ร้ายชัดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันความเป็นกลางของศาลได้อย่างหนึ่ง

ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ³⁹

ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เป็นกฎหมายที่กำหนดแนวปฏิบัติของศาลในการสืบพยานเพื่อค้นหาความจริงแห่งคดี ที่สำคัญได้แก่

การปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี ข้อ 2 ผู้พิพากษาพึงตรวจสำนวนความและตระเตรียมการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ให้พร้อม ออกนั่งพิจารณาตรงตามเวลาและไม่เลื่อนการพิจารณาโดยไม่จำเป็น

การนั่งพิจารณาคดี

ข้อ 3 ในการนั่งพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจักต้องวางตนเป็นกลางและปราศจากอคติ ทั้งพึงสำรวมคนให้เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่... พึงความจากคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายอย่างตั้งใจ ให้เสมอภาคและมีเมตตาธรรม

การสืบพยานการสืบพยาน ข้อ 9 ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของกลุ่มความและทนายความของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง

จะเห็นได้ว่า การที่ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทยข้อ 3 ได้กำหนดบทบาทให้ศาล “วางตัวเป็นกลาง” ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งสอดคล้องกับบทบาทของศาลในนานาอารยประเทศนั้น ไม่ได้หมายความว่าให้ศาลวางเฉยต่อการค้นหาความจริง กล่าวคือได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของประมวลจริยธรรมข้างต้นไว้ว่า ผู้พิพากษาจักต้องแสดงออกซึ่งความเป็นกลางในการพิจารณาคดี ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและปฏิบัติต่อคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเสมอเหมือนกันทุกประการ จักต้องมีให้คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้องรู้สึกว่าคุณได้รับการปฏิบัติที่ดีน้อยกว่าผู้อื่น

นอกจากนี้ การที่มีแนวปฏิบัติในข้อ 9 กำหนดให้ การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของกลุ่มความนั้น ก็ไม่ใช่ข้อกำหนดให้ศาลวางเฉยในการค้นหา

³⁹ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย. (2537, กันยายน). บทบัญญัติ, เล่มที่ 50, ตอนที่ 3. หน้า 55-77.

ข้อเท็จจริง เช่นกัน ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการซักถามพยานหรือเรียกพยาน มาสืบหรือเรียกพยานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ได้เอง เนื่องจากถ้าปล่อยให้เป็นที่ของคู่ความ โดยเฉพาะในการสืบและการซักถามพยานแล้ว อาจมีข้อบกพร่องหรือช่องโหว่ในสำนวนคดี หรือ อาจมีกรณีพยานเบิกความขัดต่อเหตุผลธรรมดา หรือไม่แจ่มแจ้งยากแก่การตัดสินใจให้เพียงกรรมใน ฐานะที่ศาลเป็นคนกลางได้ โดยเฉพาะในคดีอาญา ศาลควรที่จะซักถามพยานของคู่ความหรือเรียก พยานมาสืบเอง เมื่อคู่ความแต่ละฝ่ายซักถามหรือนำสืบพยานของฝ่ายตนเสร็จเรียบร้อยแล้ว เพื่อมิให้ เกิดความสับสนแก่คู่ความในการซักถามพยานหรือเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในเชิงคดี เว้น แต่มีเหตุผลพิเศษประการใดประการหนึ่ง

อนึ่ง คำว่า “จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” จะพบทั้งในกฎหมาย ต่างประเทศและกฎหมายไทย ได้มีคำอธิบายไว้ว่า จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั้นต้อง พิจารณาจากฐานะของศาลที่เป็นกลาง มิใช่ศาลเห็นว่าทนายความของคู่ความฝ่ายใดทำหน้าที่ บกพร่อง ศาลก็เข้าไปซักถามหรือเรียกพยานมาสืบแทน การทำเช่นนี้อาจทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า ศาลมิได้มีความเป็นกลางก็ได้ ตัวอย่างในคดีอาญา ได้แก่ กรณีการใช้อำนาจเรียกสำนวนการ สอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา มาตรา 175 ศาลไม่ควรเรียกสำนวนการสอบสวนมาเพิ่มเติม พยานโจทก์ที่ยังบกพร่องอยู่เพื่อ ลงโทษจำเลยหรือในกรณีซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแต่อาจถือว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์ แห่งความยุติธรรม ศาลควรซักถามพยานเอง เช่น ในคดีอาญาที่ฝ่ายโจทก์และจำเลยมิได้ซักถาม พยานเกี่ยวกับสาเหตุแห่งการกระทำผิดไว้ ศาลควรซักถามเองเนื่องจากสาเหตุแห่งการกระทำผิดเป็น สาระสำคัญประการหนึ่งที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยซึ่งนำนักพยานหลักฐาน และดุลพินิจในการลงโทษจำเลย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ถ้าไม่ปรากฏสาเหตุดังกล่าวแล้วศาลจะ ลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะการที่จำเลยจะถูกลงโทษหรือไม่ ต้องอยู่บนพื้นฐานของการรวบรวม พยานหลักฐานเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงของศาลแล้วซึ่งนำนักพยานหลักฐานทั้งปวงนั้น ศาลแน่ใจว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่

จะเห็นได้ว่า ตามประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการในข้อ 3 และข้อ 9 นี้ แสดงให้เห็นว่าไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาคดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางไม่ลำเอียง เข้าข้างฝ่ายใด สำหรับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลไทยนั้นได้มีกำหนดไว้หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็น การคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท หรือในคดีอาญา คดีปกครองหรือคดีชำนาญพิเศษ ซึ่งได้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาความเป็น กลางของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปใช้โดยอ้อม สำหรับในกรณีที่เกิด ปัญหาความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาคดีในกรณีดังกล่าว ย่อมส่งผล กระทบโดยตรงต่อหลักความเป็นกลางข้างต้น ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ตัดสินคดีอาจจะ

ถือว่าเป็นบุคคลซึ่งเคยเกี่ยวข้องกับคดีได้ (Prior involvement) เช่น กรณีที่ฝ่ายบริหารแต่งตั้งให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ในการไต่สวนหรือสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงในคดีด้วย เป็นต้น

สำหรับเหตุผลที่ผู้พิพากษาที่เคยเกี่ยวข้องกับคดีนี้ถือว่าขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่ได้นั้น เนื่องจากเมื่อผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงใดมาก่อนแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงที่จะไม่นำเอาข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ตนเองเคยรับรู้ดังกล่าวมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาตัดสินคดีไปในทางใดๆ ได้อันจะส่งผลให้คำพิพากษาดังกล่าวไม่ต้องอยู่บนเหตุผลที่ปรากฏโดยชอบในกระบวนการพิจารณาและทำให้ศาลไม่อาจที่จะรักษาความเป็นกลางเอาไว้ได้

4.3.2.2 เหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

กรณีเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากมาตรา 11(17)-(7) แล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านเพราะเหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 12⁴⁰ จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ แสดงว่าเหตุคัดค้าน ตามมาตรา 12 นี้ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ คือ คดีนั้นมีองค์คณะผู้พิพากษาเพียงคนเดียว และมีเหตุใดเหตุหนึ่งตาม มาตรา 11 หรือประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปจากบทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติให้การคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางเพราะมีเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงต่อความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ใ้บังคับเฉพาะในกรณีที่คดีนั้นมีองค์คณะผู้พิพากษาเพียงคนเดียว แสดงว่า ถ้าคดีนั้นมีองค์คณะผู้พิพากษาหลายคนแล้ว ถึงแม้จะปรากฏเหตุอันมีสภาพร้ายแรงต่อการเสียความยุติธรรมดังกล่าว ก็ไม่ถือเป็นเหตุคัดค้านแต่อย่างใด สำหรับเหตุผลในเรื่องดังกล่าวนี้ อาจเนื่องเพราะว่า ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นเหตุเฉพาะตัว และในคดีที่มีองค์คณะผู้พิพากษาหลายคนแม้คนใดคนหนึ่งจะมีพฤติการณ์อันมีสภาพร้ายแรงต่อการเสียความยุติธรรมไปนั้น ก็ยังมีผู้พิพากษาในองค์คณะนั้นผู้อื่นที่จะยังสามารถประกันความยุติธรรมและความเป็นกลางให้กับคู่ความในคดีได้ แต่เมื่อได้พิจารณาให้ดีแล้ว จะเห็นได้ว่าถ้าหากผู้พิพากษาผู้มีพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นผู้พิพากษาผู้มีอาวุโสกว่าผู้พิพากษาอื่นในองค์คณะนั้น การพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคงกล่าวก็อาจมีแนวโน้มที่จะมีอิทธิพลต่อการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคณะอื่นที่เหลือได้ เป็นธรรมดาว่าคนหนึ่งมียศศักดิ์ ทุกคนมียศศักดิ์ ดังนั้นเมื่อผู้พิพากษาคณะหนึ่งคนใดในองค์คณะมีพฤติการณ์ที่ไม่เป็นกลางแล้ว ความเป็นกลางและความเที่ยงธรรมในคำวินิจฉัยอย่างใดๆ ของศาลนั้นก็ต้องถูกตั้งข้อสงสัยอย่างแน่นอน

⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12 บัญญัติว่า “เมื่อศาลใดมีผู้พิพากษาแต่เพียงคนเดียว ผู้พิพากษานั้นอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตราก่อนหน้านั้นได้หรือด้วยเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป.”

อีกกรณีหนึ่งซึ่งไม่อาจเลี่ยงที่จะกล่าวถึงได้ คือเรื่องผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนได้เสียหรือมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยปริยายก็ตาม เช่น การมีส่วนได้เสียในเรื่องการเงิน การมีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งในลักษณะที่ใกล้ชิดกับคู่ความในคดีซึ่งจะเห็นได้ว่าผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาดังกล่าวนั้น ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาให้เป็นที่เที่ยงธรรมและเป็นกลางได้ และถึงแม้ผู้พิพากษาจะทำตนให้มีความเที่ยงธรรมได้จริงก็ตาม แต่ก็อาจเกิดความไม่เชื่อมั่นจากคู่ความในคดีและจากสังคมได้ ซึ่งความไม่เชื่อมั่นดังกล่าวแล้ว ก็ส่งผลให้การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้ ดังนั้นลักษณะของความขัดแย้งซึ่งผลประโยชน์ในวิชาชีพตุลาการนั้นต้องเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาอาจมีผลต่อความยุติธรรมในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ซึ่งผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษานี้ต้องมีความชัดเจนและร้ายแรงเพียงพอต่อการตั้งข้อสงสัยหรือการตั้งคำถามโดยคู่ความในคดีและสังคมถึงความเที่ยงธรรมของผู้พิพากษา

อีกประการที่เป็นปัจจัยต่อความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางคือ วิชาชีพผู้พิพากษานั้นต้องใช้ดุลพินิจมากยังมีโอกาสเกิดการขัดแย้งมาก ทั้งการชั่งพยานหลักฐานในวินิจฉัยคดีชี้ขาดคดีในปัญหาข้อเท็จจริงนั้นย่อมต้องอาศัยการใช้สามัญสำนึกของผู้พิพากษาแต่ละคนซึ่งไม่เหมือนกัน และดุลพินิจของตัวผู้พิพากษาก็ขึ้นอยู่กับประสบการณ์ในชีวิตและการมองโลกที่กว้างอย่างลึกซึ้งไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งถ้าการใช้ดุลพินิจในส่วนนี้เป็นไปอย่างมีความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวม ก็อาจถูกตั้งข้อสงสัยในความเป็นกลางของศาล

เมื่อเกิดปัญหาต่อความไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยคดีในเหตุต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงขอกกล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับการคัดค้านผู้พิพากษาต่อไป

4.3.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้เป็นเพียงเหตุที่ให้คู่ความคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีได้เท่านั้น แต่ไม่ใช่เหตุตัดอำนาจผู้พิพากษา⁴¹ ซึ่งเป็นเรื่องที่คู่ความที่ต้องการคัดค้านผู้พิพากษาต้องเสนอประเด็นและพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้พิพากษาที่ตนคัดค้านนั้น มีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถนั่งพิจารณาพิพากษาคดีตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างไรตามกฎหมายเกณฑ์ในการพิสูจน์พยานหลักฐาน ซึ่งบางครั้งก็เป็นเรื่องยากสำหรับคู่ความที่จะพิสูจน์แม้ว่าจะรู้อยู่แล้วว่าผู้พิพากษานั้นมีเหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมาย แต่ระบบนี้ก็มิมีข้อดีอยู่บ้างในแง่ของการป้องกันไม่ให้คู่ความใช้เหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาเพื่อประโยชน์ในการประวิงคดีให้ล่าช้าหรือป้องกันไม่ให้เกิดการกลั่นแกล้งกัน

⁴¹ คณิต ฌ นคร ก (2548). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี. หน้า 71.

วิธีการในการคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 และมาตรา 14 ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

วิธียื่นคัดค้านผู้พิพากษา

หากคู่ความฝ่ายใดประสงค์จะคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากทราบถึงเหตุแห่งการคัดค้านตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 มาตรา 12 บทบัญญัติมาตรา 13(2) กำหนดให้คู่ความมีสิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้โดยต้องทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล

ระยะเวลาในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 กำหนดให้คู่ความอาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาได้ก่อนวันสืบพยาน แต่ถ้าทราบเหตุที่จะคัดค้านระหว่างการพิจารณาก็ให้ยื่นคำร้องคัดค้านได้ไม่ช้ากว่าวันสืบพยานครั้งต่อไป แต่ถ้าไม่คัดค้านเสียในระหว่างการพิจารณาจนกระทั่งศาลนั้นมีคำพิพากษา ก็จะมาร้องคัดค้านในภายหลังไม่ได้ ส่วนการคัดค้านผู้พิพากษาสามารถกระทำได้ทุกชั้นศาล หากเป็นศาลสูงที่อาจจะไม่มีการสืบพยาน ก็จะต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

เกี่ยวกับระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ได้กำหนดระยะเวลาในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษาไว้ค่อนข้างจำกัดคล้ายกับระยะเวลาที่คู่ความสามารถยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความฝรั่งเศส กล่าวคือ จะต้องยื่นคำคัดค้านก่อนวันสืบพยาน หากทราบเหตุหลังวันสืบพยานไปแล้วต้องคัดค้านก่อนวันสืบพยานครั้งต่อไป ในกรณีที่ไม่มี การสืบพยาน คู่ความย่อมคัดค้านเมื่อใดก็ได้ก่อนศาลพิพากษา โดยอาจเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาที่ 548/2480 ที่ตัดสินว่า แม้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง โจทก์อาจคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษานายนั้นพิจารณาพิพากษาคดีนี้ชั้นอุทธรณ์ได้ก็ตาม แต่ปรากฏว่าเวลาฟังคำแถลงการณ์โจทก์ไม่ได้คัดค้าน จนศาลพิพากษาให้โจทก์แพ้คดี โจทก์จึงได้ฎีกาคัดค้านศาลฎีกาเห็นว่าโจทก์ไม่มีสิทธิคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เรื่องนี้ในชั้นฎีกาได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 13 บัญญัติว่าคู่ความที่เกี่ยวข้องอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลก่อนวันสืบพยาน

นอกจากนี้หากปรากฏว่า ผู้พิพากษาในคดีนั้นมีความลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการพิจารณาหลังจากเริ่มการสืบพยานแล้ว เช่น มีพฤติการณ์ปรากฏชัดแจ้งว่าผู้พิพากษาดำเนินกระบวนการพิจารณาเข้าข้างหรือรับฟังพยานหลักฐานจากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่มีเหตุผลอันควรตามกฎหมายหรือเพ่งมีเหตุที่อาจคัดค้านผู้พิพากษตามกฎหมายกรณีใดกรณีหนึ่งปรากฏขึ้นในระหว่างการพิจารณา เช่น เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(6) เมื่อคู่ความฝ่ายที่เห็นว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่มีความเป็นกลางและประสงค์จะคัดค้าน อาจจะติงข้อขัดข้องในเรื่องของระยะเวลาตามกฎหมายกำหนดไว้

เช่นกันเนื่องจากล่วงเลยวันสืบพยานแล้ว เป็นต้น ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลที่น่าสนใจและมีรายละเอียดที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 12 ได้กำหนดว่าสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนศาลมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด ซึ่งจะแตกต่างจากระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13(2) ที่กำหนดไว้ก่อนข้างจำกัดคือ ก่อนวันสืบพยานหรือหากไม่มีการสืบพยานก็ต้องยื่นก่อนวันที่ศาลพิพากษา มิฉะนั้นแล้วคู่ความก็หมดสิทธิที่จะยื่นคำร้องคัดค้าน ดังนั้น ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญนี้ จึงสามารถให้สิทธิและเปิดโอกาสในการคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งจะเป็นหลักประกันสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ดีกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อีกประเด็นหนึ่ง หากคู่ความไม่อาจที่จะทราบเหตุอันพึงจะคัดค้านได้ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้ว ศาลฎีกาจะยอมให้คัดค้านในชั้นฎีกาได้หรือไม่ กรณีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงตามคำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 โจทก์อุทธรณ์ว่า โจทก์พึงทราบถึงเหตุการณ์คัดค้านหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วว่า ผู้พิพากษาสมทบผู้นั้นพิจารณาคดีเป็นภริยาผู้ตรวจสอบบัญชี ซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายตรงข้ามของโจทก์นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าข้อคัดค้านดังกล่าวเป็นข้อที่โจทก์มิได้ยกขึ้นคัดค้านก่อนที่ศาลแรงงานกลางจะเสร็จสิ้นการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 จึงยกคำร้อง⁴² เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 13 นั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายต้องการที่ให้ความคัดค้านก่อนการสืบพยานหรือในระหว่างพิจารณาเท่านั้น หรือเมื่อไม่มีการสืบพยานก็ต้องร้องคัดค้านก่อนที่ศาลนั้นจะมีคำพิพากษา เมื่อศาลใดศาลหนึ่งสืบพยานจนเสร็จและมีคำพิพากษาออกมาแล้ว แม้จะมีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป และคู่ความพึงทราบเหตุที่จะคัดค้าน จึงไม่อาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาศาลล่างต่อศาลสูงได้อีกเพราะเป็นกรณีที่กระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้เสร็จสิ้นลงไปแล้ว และตัวบทมาตรา 13 วรรคสองได้บัญญัติรับรองไว้ด้วยว่ากระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปทั้งหมดนั้นสมบูรณ์ไม่เสียไปด้วยในเรื่องนี้ยังมีข้อที่น่าสนใจเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีตามข้อกำหนดเกี่ยวกับ

⁴² คำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 หนังสือคำบรรยายเนติบัณฑิตย์, หน้า 2983-2984

การดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ส่วนที่ 2 ข้อ 4⁴³ ที่กำหนดให้มีการประกาศรายชื่อผู้พิพากษาไว้ที่ศาลฎีกามีกำหนดวันเพื่อให้คู่ความทราบและมีโอกาสคัดค้าน ซึ่งถือว่าเป็นแนวความคิดที่ดีประการหนึ่งที่สามารถจะให้หลักประกันแก่คู่ความได้ว่าผู้พิพากษาผู้มาทำหน้าที่พิจารณาคดีของตนนั้นมีส่วนได้เสียประการใดหรือไม่เกี่ยวกับคดีของตน และแนวความคิดเช่นนี้ยังไม่เคยปรากฏในกระบวนการพิจารณาอื่นใดมาก่อน ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่ากรณีดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้กับกระบวนการอื่นนอกจากคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หรือไม่ โดยเฉพาะในคดีแพ่งเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลสูงแล้ว ย่อมเป็นการยากที่คู่ความจะสามารถทราบถึงบุคคลที่มาหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตนอันจะนำไปสู่สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา หากปรากฏว่าผู้พิพากษาในศาลสูงดังกล่าวอาจมีเหตุที่สามารถคัดค้านได้ เช่น ในการอุทธรณ์คดีไม่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการเปิดเผยชื่อผู้พิพากษาที่จะมาทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีของคู่ความ ดังนั้น หากผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นญาติห่างๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ปกปิดข้อเท็จจริงและไม่ยอมที่จะถอนตัวออกจากกรพิจารณาพิพากษาคดีให้คู่ความที่เป็นญาติของตนเป็นฝ่ายชนะคดี เช่นนี้ย่อมเป็นการยากที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะทราบถึงกรณีดังกล่าว อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในการพิจารณาคดีได้ และเมื่อคู่ความอีกฝ่ายมาทราบในภายหลังก็อาจจะล่วงเลยระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษาตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เพราะฉะนั้นวิธีการที่กล่าวมาจึงอาจแก้ปัญหาข้างต้นได้

ในกรณีของระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษาจึงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะประกันความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ หากมีการจำกัดระยะเวลาในการคัดค้านไว้มากเกินไป อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของคู่ความที่จะเข้ากระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลที่เป็นกลางได้ หากคู่ความไม่อาจทราบเหตุที่คัดค้านได้ตามเวลาที่กฎหมายกำหนด อาจส่งผลให้คู่ความขาดความเชื่อมั่นในความยุติธรรมของศาลได้ดังเช่นข้อเท็จจริงตามคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 ที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นในส่วนหนึ่งของระยะเวลาในการคัดค้าน ควรจะกำหนดให้คู่ความสามารถยื่นคัดค้านได้ออกไปอีกตามสมควรและควรจะยื่นคัดค้านศาลล่างต่อศาลสูงได้ด้วยในกรณีที่คู่ความเพิ่งจะทราบถึงเหตุความไม่เป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาโดยสุจริต แม้ว่าจะได้เสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาและมีคำพิพากษาออกมาแล้วก็ตาม ดังเช่นตามแนวปฏิบัติและ

⁴³ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ส่วนที่ 2 ข้อ 4 “เมื่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกองค์คณะผู้พิพากษาตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 แล้ว ให้ประธานศาลฎีกาประกาศรายชื่อองค์คณะผู้พิพากษาไว้ที่ศาลฎีกาภายในกำหนดห้าวันนับแต่วันประชุมใหญ่ เพื่อให้คู่ความทราบและมีโอกาสคัดค้านผู้พิพากษาคดีที่ได้รับเลือกเป็นผู้พิพากษาในองค์คณะผู้พิพากษาคดีนั้น.”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐบาลกลางสหรัฐที่สามารถคัดค้านคำพิพากษาได้แม้ว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาแล้ว เป็นต้น

ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านอาจยื่นถอนตัวตามมาตรา 13 ผู้พิพากษาอาจถอนตัวออกจากที่นั่งพิจารณาคดีได้เอง หากปรากฏว่ามีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ตามมาตรา 11 และมาตรา 12 โดยไม่ต้องรอให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านก่อน แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้คู่ความได้ยื่นคำร้องคัดค้านแล้วแต่ยังไม่ได้มีการชี้ขาดผู้พิพากษาก็ย่อมจะขอถอนตัวได้เช่นกัน ดังที่มาตรา 14 บัญญัติว่า “เมื่อได้มีการร้องคัดค้านและผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีฯ” แสดงว่าแม้จะมีคำร้องคัดค้านแล้ว ผู้พิพากษาผู้นั้นก็ยังมีโอกาสบอกกล่าวขอถอนตัวแล้ว ก็ไม่ต้องการพิจารณาและชี้ขาดคำร้องคัดค้านต่อไป การที่มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้แสดงถึงความเป็นกลางและทำให้สาธารณะชนมีความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลว่ามีความเป็นกลางอย่างแท้จริง

การพิจารณาคำร้องคัดค้าน นั้นให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 และมาตรา 14 กล่าวคือ เมื่อศาลได้รับคำร้องคัดค้านแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาว่าเหตุที่คู่ความยกขึ้นคัดค้านนั้นเป็นเหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่มีเหตุที่จะคัดค้านได้ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลก็ต้องยกคำร้องเสียและการตั้งเช่นนี้อยู่ในอำนาจของผู้พิพากษานายเดียวที่จะสามารถสั่งได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24(2) แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 13 วรรคสี่ก็บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้พิพากษาคณันมีคำสั่งยกคำคัดค้าน โดยผู้พิพากษาอีกคนหนึ่ง หรือข้าหลวงยุติธรรมมิได้เห็นพ้องด้วย” ถ้าหากคำร้องคัดค้านมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติและผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัว ศาลก็ต้องฟังคำแถลงและพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาล แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำร้องคัดค้านนั้นตามมาตรา 14 ทั้งนี้หน้าที่นำสืบพิสูจน์ถึงความไม่เป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาที่คู่ความอ้างในคำร้องคัดค้านนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปในการสืบพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 โดยเมื่อคู่ความที่ยื่นคัดค้านอ้างเหตุความไม่เป็นกลางของศาล จึงต้องมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์สนับสนุนถึงข้อกล่าวอ้างของตน

เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 อันมีลักษณะที่ทำให้ศาลเสียความเป็นกลางอย่างร้ายแรงควรจะเป็นเหตุบังคับของการขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นของผู้พิพากษา ไม่ใช่เป็นเพียงเหตุให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านผู้พิพากษา เมื่อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 แล้วจะเห็นได้ว่า เหตุทั้งหมดเป็นแต่เพียงเหตุที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นคัดค้านเพื่อไม่ให้

ผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งนั่งพิจารณาพิพากษาคดีของตนเท่านั้น หากใช้เป็นข้อห้ามเด็ดขาดทีเดียว⁴⁴ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับปัจจุบันได้บัญญัติแตกต่างจากบทบัญญัติเดิมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127⁴⁵ หมวดที่ 2 มาตรา 4 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเดิมนั้นมีลักษณะเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะห้ามหรือตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาอย่างเด็ดขาด ไม่ให้ผู้พิพากษาที่มีเหตุปรากฏตามที่กฎหมายบัญญัตินั่งพิจารณาคดีได้เลยในกรณีที่ได้เห็นได้ชัดเจนว่าความเป็นกลางของผู้พิพากษาย่อมไม่อาจมีได้อย่างแน่แท้หากปล่อยให้ผู้พิพากษาที่ปรากฏถึงเหตุดังกล่าวพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปแต่บทบัญญัติในปัจจุบันนั้นเป็นเพียงเหตุที่คู่ความจะยกขึ้นคัดค้านเท่านั้น หากว่าคู่ความไม่คัดค้านหรือคัดค้านไม่ทันเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ในข้อเท็จจริงศาลหรือผู้พิพากษาผู้นั้นจะปรากฏเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็สามารถนั่งพิจารณาและพิพากษาคดีต่อไปได้ และในคดีที่ผู้พิพากษาที่มีเหตุเกี่ยวข้อนั้นเป็นผู้นั่งพิจารณาก็เป็นอันสมบูรณ์

ในประเทศอังกฤษได้มีหลักในทางปฏิบัติที่กำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเปิดเผยแก่คู่ความถึงเหตุที่อาจทำให้ศาลไม่มีความเป็นกลางได้ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วทนายของคู่ความก็มักจะไม่นำคัดค้านศาลหรือผู้พิพากษา เหตุผลเนื่องมาจากความเชื่อมั่นอย่างสูงในความเป็นกลางของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษนั่นเอง

ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เป็นอย่างมากโดยใช้หลักการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีแม้จะให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านตาม 28 U.S.C.S.§144 แต่หากปรากฏถึงเหตุที่ศาลไม่มีความเป็นกลางขึ้นตาม 28 U.S.C.S.§455 ศาลหรือผู้พิพากษานั้นจะต้องขาดคุณสมบัติจากการพิจารณาพิพากษาโดยไม่ต้องมีการร้องขอ (sua sponte) เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชน แต่เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในเรื่องนี้แล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายกับระบบในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หากคู่ความเห็นว่าผู้พิพากษาอาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีความเป็นกลางแล้วคู่ความจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านหรือถอนถอนผู้พิพากษาโดยอาศัยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เหตุที่กฎหมายกำหนดระบบไว้เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลน่าจะมาจากกฎหมายคุ้มครองศาลหรือผู้พิพากษาไม่ให้ถูกคู่ความใช้เหตุในมาตรา 11 และมาตรา 12 เพื่อกลั่นแกล้งหรือใช้เป็นประโยชน์ในทางคดีของตนโดยไม่เน้นการคุ้มครองความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความเป็นกลางและความยุติธรรมของสถาบันศาลยุติธรรมเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจากแต่

⁴⁴ พระนิตินาถประสม. (2515). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 39.

⁴⁵ พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี. (2461). พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง (ร.ศ. 127) พ.ศ. 2451. หน้า 114.

เดิมซึ่งเป็นบทบังคับตัดอำนาจของผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคืออย่างเด็ดขาดไม่ให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณานั่งพิจารณาคดีได้ มาเป็นการให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่ตนเห็นว่าปรากฏเหตุให้สามารถคัดค้านได้ตามกฎหมายเท่านั้น แม้ว่าเหตุดังกล่าวจะมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้ความยุติธรรมไม่อาจปรากฏขึ้นก็ตาม รวมทั้งระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านและเหตุในการยื่นคำร้องคัดค้านก็จำกัดอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งวิธีพิจารณาของไทยนั้น ได้กำหนดกรอบและกฎเกณฑ์ในการคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้ได้อย่างสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของนานาอารยะประเทศซึ่งประเด็นหลักของเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในทุกประเทศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมุ่งที่จะคุ้มครองมิให้ผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระเข้ามาทำหน้าที่ในการตัดสินคดีนั้น เนื่องจากหากผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายให้เข้ามาทำหน้าที่ตัดสินคดีนั้น ไม่มีความเป็นกลางและขาดความเป็นอิสระผู้พิพากษาดังกล่าวย่อมไม่อาจที่จะทำการพิจารณาและตัดสินคดีไปโดยความยุติธรรมได้ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 นั้นได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้ดังนี้

“มาตรา 11 เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคณหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- 2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- 3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ารู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- 4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
- 5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว
- 6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
- 7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติข้างต้นนี้ได้บัญญัติถึงเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้หลากหลายกรณีซึ่งแต่ละเหตุนั้นย่อมอาจกระทบส่งผลให้เกิดความไม่เป็นกลาง หรือความไม่เป็นอิสระของผู้พิพากษาเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะเห็นที่เกิดจากความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือความมีส่วนได้เสียในคดีก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในกรณีที่ผู้พิพากษาดังกล่าวเกิดปัญหาการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่าเหตุดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางและความไม่เป็นอิสระเกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ตัดสินคดีนั้นได้ เนื่องจากอาจเกิดอคติในการตัดสินคดีไม่ว่าเพราะการเคยทำหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม เช่น ทำหน้าที่พนักงานสอบสวนอีกบทบาทหนึ่งกรณีเช่นนี้ความไม่เป็นกลางย่อมอาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากข้อมูลหรือข้อเท็จจริงซึ่งได้รับรู้มาก่อนหรือกรณี que ผู้พิพากษานั้นเองเข้ารับตำแหน่งหน้าที่อื่นๆ ในองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่สถาบันตุลาการ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระเกิดขึ้นได้เนื่องจากอาจตกอยู่ภายใต้แรงกดดันหรืออำนาจการบังคับบัญชาหรือการให้คุณให้โทษของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานนั้นได้ ดังเช่นกรณีที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2543 กรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงคำว่า “เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ” และผู้พิพากษาสมทบถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ จึงไม่มีสิทธิที่จะสมัครรับเลือกตั้งเพราะเนื่องจากหากภายหน้าผู้นั้นได้รับเลือกก็จะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งตนเองก็เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในขณะเดียวกัน ถือเป็นการสวมหมวกหลายใบหรือการที่ผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกัน ในเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์รายละเอียดต่อไปในเบื้องหน้า

4.3.3 หลักประกันทั่วไปเกี่ยวกับความเป็นกลางของศาล

หลักความเป็นกลางศาลโดยทั่วไป หมายถึง หลักที่ศาลหรือผู้พิพากษาที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีบางพื้นฐานความเป็นกลางโดยปราศจากความลำเอียงความมีอคติ หรือมีความเอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยไม่มีเหตุอันสมควร เพื่อที่จะรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีไว้นั้น จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักประกันความเป็นกลางของศาลด้วย

เนื่องจากหลักดังกล่าวจะนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม หลักประกันความเป็นกลางของศาลนี้มีอยู่หลายแบบด้วยกัน เช่น หลักประกันด้านจริยธรรมของผู้พิพากษา หรือหลักประกันสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา เป็นต้น แต่หลักประกันที่เป็นพื้นฐานของความเป็นกลางที่ควรจะต้องนำมาพิจารณานั้นได้แก่ หลักประกันความเป็นกลางของศาลในการคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากการที่จะประกันความเป็นกลางของศาลได้ต้องปรากฏว่า บุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษานั้น นอกจากจะคัดเลือกเนื่องอาศัยจากความรู้ความสามารถของบุคคลดังกล่าวแล้ว ในการคัดเลือกยังจำเป็นที่จะต้องคัดเลือกคนดีอีกด้วย ซึ่งกระบวนการคัดเลือกในส่วนหลังยังคงกระทำได้ยาก แต่

ผู้เขียนเห็นว่าส่วนดังกล่าวนี้เป็นส่วนที่สำคัญที่สุด เนื่องจากหากปรากฏว่าบุคคลผู้พิจารณานั้นมิใช่เป็นผู้ที่มีศีลธรรมและเชื่อมั่นศรัทธาในความยุติธรรม เป็นพื้นฐานแห่งจิตใจแล้ว การที่บุคคลดังกล่าวจะทำการตัดสินใจให้เที่ยงธรรมทุกคดีนั้นย่อมเป็นไปได้โดยยาก ดังนั้นในการเลือกบุคคลเข้าเป็นผู้พิพากษานั้น จึงจำเป็นที่จะต้องแสวงหาในการคัดเลือกคนดีประกอบกับความรู้ ความสามารถด้วย แต่ในปัจจุบันหลักการคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยนั้นยังมิได้มีการคำนึงถึงเรื่องดังกล่าวอย่างจริงจัง ดังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2543 ดังต่อไปนี้

4.3.3.1 หลักประกันความเป็นกลางในการคัดเลือกผู้พิพากษา

การเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลไทยในปัจจุบันเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ซึ่งแบ่งระบบการคัดเลือกเข้ามาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาไว้ 3 ช่องทาง คือ การสอบคัดเลือก⁴⁶ การทดสอบความรู้⁴⁷ และการคัดเลือกพิเศษ⁴⁸ ในส่วนของกระบวนการสอบคัดเลือกนั้นจะไม่ขอกกล่าวถึงโดยละเอียดในที่นี้ แต่จะขอกกล่าวโดยสรุปเน้นเฉพาะส่วนของขั้นตอนกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการสรรหาบุคคลที่มาทำหน้าที่ผู้พิพากษาที่เป็นกลางเท่านั้น สำหรับขั้นตอนการคัดเลือกผู้พิพากษา สามารถสรุปได้ดังนี้⁴⁹

1) สำนักงานศาลยุติธรรมจะเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) เพื่อพิจารณาเห็นชอบให้มีการสอบคัดเลือก หลักจากนั้น ก.ต. จะประกาศกำหนดวันและเวลายื่นใบสมัครสอบ

2) ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติครบถ้วนต้องมายื่นใบสมัครตามวันที่กำหนด และต้องเข้ารับการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะแพทย์ จากนั้น ก.ต. จะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบโดยพิจารณาข้อมูลในใบสมัคร ข้อมูลบุคคลต่างๆ ที่ผู้สมัครระบุในใบสมัครซึ่งเจ้าหน้าที่จะสุ่มสอบถามในเรื่องความประพฤติของผู้สมัคร⁵⁰ ในระหว่างการตรวจสอบคุณสมบัติ ก.ต. จะมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบคัดเลือกโดยก่อนแต่งตั้งจะมีการสอบถามก่อนว่ามีญาติพี่น้องหรือบุคคลใกล้ชิดเป็นผู้สมัครสอบหรือไม่ หากมีจึงจะแต่งตั้งเป็นกรรมการ ในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า ในทาง

⁴⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543, มาตรา 27 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามใหญ่).

⁴⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543, มาตรา 28 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามเล็ก)

⁴⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543, มาตรา 29 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามจ๊ว)

⁴⁹ สัญชัย ผลฉาย และคณะ. (2546). ระบบการคัดเลือกและการอบรมข้าราชการตุลาการในศาลยุติธรรม (รายงานการวิจัย). หน้า 30-35.

⁵⁰ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2546.

ปฏิบัติการตรวจสอบความใกล้ชิดของคณะกรรมการสอบคัดเลือกกับผู้สมัครมี การตรวจสอบ โดยละเอียดมากน้อยเพียงใดหรือไม่ และหากมีบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ที่อาจได้รับการแต่งตั้งเป็น คณะกรรมการสอบคัดเลือกแล้วปกปิดข้อความจริงอันควรบอกให้แจ้ง อาจส่งผลกระทบต่อความเป็น กลางในการสอบคัดเลือกได้และจะกระทบถึงคุณสมบัติในเรื่องความเป็นกลางของบุคคลที่จะมา ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาด้วยเช่นกัน

3) ขั้นตอนการออกข้อสอบในเช้าตรู่ของวันที่มีการสอบแต่ละวัน คณะกรรมการ ออกข้อสอบจะมาประชุมเพื่อคัดเลือกร่างข้อสอบแล้วจัดพิมพ์เป็นข้อสอบต่อไปโดยในวันนั้นจะตัด สายโทรศัพท์ทั้งอาคารเก็บเครื่องมือสื่อสารของกรรมการและเจ้าหน้าที่ไว้จนกว่าการสอบจะผ่านไป แล้ว 1 ชั่วโมง เพื่อป้องกันการรั่วไหลของร่างข้อสอบ ซึ่งถือว่ามีความรัดกุมและป้องกันปัญหาการ รั่วไหลของข้อสอบได้

4) เมื่อการสอบได้เสร็จสิ้นแล้ว ในการตรวจให้คะแนนจะมีกรรมการเป็นองค์ คณะในการตรวจ 2 คน แยกกันตรวจและบันทึกคะแนนไว้ในกระดาษต่างหากคนละแผ่น หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่จึงจะนำคะแนนนั้นๆมารวมและเฉลี่ยเป็นคะแนนคำตอบข้อนั้น

5) เมื่อประกาศผลสอบข้อเขียนแล้ว จะมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบผ่าน ข้อเขียนอีกครั้งหนึ่ง⁵¹ โดยจะมีคณะทำงานกลั่นกรองคุณสมบัติผู้ผ่านการสอบข้อเขียนทำหน้าที่

ตรวจสอบคุณสมบัติเพิ่มเติมก่อนบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและมีการประกาศให้ประชาชนทั่วไป ส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้สอบข้อเขียน ได้ด้านคุณสมบัติหรือความเหมาะสมต่อการดำรงตำแหน่ง ข้าราชการตุลาการเพื่อประกอบการพิจารณา หลังจากนั้นจึงจะสรุปผลการตรวจสอบและกำหนดวัน สอบปากเปล่า

6) เมื่อการสอบเสร็จสิ้นแล้ว ต้องมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่สถานี ตำรวจท้องที่ที่ผู้สมัครมีภูมิลำเนา หลังจากนั้นจึงจะเข้ารับการฝึกอบรมซึ่งมีกำหนดระยะเวลาไม่ น้อยกว่า 1 ปี หากไม่ผ่านการอบรมอาจต้องอบรมต่ออีกไม่เกิน 1 ปีหรืออาจไม่ได้รับการแต่งตั้งให้ ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลในระหว่างการฝึกอบรมภาคปฏิบัติการติดตามผลบ้างเป็นครั้ง คราวในรูปของการประชุมสัมมนาผู้เข้ารับการฝึกปฏิบัติในแต่ละรุ่นและเมื่อการฝึกอบรมครบ 1 ปี แล้วจะมีการประเมินผลจากการฝึกอบรมและมีการทดสอบข้อเขียนเกี่ยวกับงานในหน้าที่ภาค ปฏิบัติ เช่น การชี้สองสถาน การสั่งคำร้องคำขอต่างๆ และข้อทดสอบความรู้เกี่ยวกับจริยธรรมตามที่

⁵¹ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของ ผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการใน ตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2546.

กำหนดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ หากผ่านการทดสอบจึงจะได้รับการเสนอผลประเมินให้ ก.ต. พิจารณาและดำเนินการในเรื่องการบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาต่อไป

การคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา นอกจากต้องเป็นการคัดเลือกบุคคลเพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถในด้านกฎหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งก็คือจะต้องคัดเลือกให้ได้บุคคลที่มีคุณธรรมที่ดีในจิตใจอีกด้วย เนื่องจากงานในหน้าที่ผู้พิพากษานั้น ไม่ใช่เพียงการวินิจฉัยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายให้ถูกต้องเท่านั้น แต่จะต้องกระทำการในหน้าที่ด้วยความยุติธรรมด้วย จึงจะถือได้ว่าเป็นงานที่อำนวยความยุติธรรมให้ประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งจากขั้นตอนการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษานั้นย่อมเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งแก่สาธารณชนว่า บุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่นี้ทั้งความรู้ ความสามารถทั้งทางด้านกฎหมาย และมีคุณธรรมจริยธรรมในจิตใจเพื่อที่จะอำนวยความยุติธรรมควบคู่ไปด้วย

เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนการสอบคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นระบบสอบคัดเลือกที่คล้ายคลึงกับระบบของประเทศฝรั่งเศส แต่ระบบการสอบคัดเลือกของไทยนั้นดูเหมือนว่าจะเน้นหนักไปในการคัดเลือกผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายมากเกินไปจนบางครั้งอาจไม่ได้คำนึงถึงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมจริยธรรมที่ผู้พิพากษาพึงมี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติด้านความยุติธรรม ความเป็นอิสระและความเป็นกลางซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

ข้อสอบคัดเลือกผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นข้อสอบที่มุ่งวัดความรู้ ทักษะ และสมรรถภาพด้านกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากทรงคำตอบ ผู้ตอบจะต้องแม่นยำและสามารถจำด้วยทกฎหมายและคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี โดยเหตุผลตามเนื้อหาของกฎหมายและเนื้อหาที่ปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาที่ต้องครอบคลุมเนื้อหาทุกประเด็นที่ถามเป็นหลัก ผู้ตอบไม่จำเป็นต้องแสดงความคิดเห็นหรือแสดงทัศนคติของตนเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต ความมีคุณธรรมจริยธรรม ความรักความยุติธรรม ความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางให้ต่างไปจากประเด็นที่ถามได้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวไม่ได้เป็นการวัดเพื่อค้นหาความเป็นคนดี มีคุณธรรม ความเป็นคนซื่อสัตย์สุจริต รักความยุติธรรม⁵² อีกทั้งในขั้นตอนการตรวจสอบประวัติของผู้สมัครที่มีการส่งหนังสือไปสอบถามบุคคลต่างๆ ที่ผู้สมัครระบุไว้ในใบสมัคร ก็มักจะเป็นบุคคลเกี่ยวข้องกับผู้สมัครที่มีทัศนคติที่ดีต่อผู้สมัครเท่านั้น ดังนั้นข้อมูลที่ได้จากการสอบถามบุคคลเหล่านั้นจึงอาจไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับคุณสมบัติเกี่ยวกับคุณธรรมของผู้สมัคร

⁵² สุรศักดิ์ ศรีวิเชียร. (2543). การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543. หน้า 69.

และเมื่อผ่านการสอบคัดเลือกและได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาแล้วก็ต้องเข้ารับการอบรมเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ทางปฏิบัติทั่วไปก็จะอบรมเพียง 1 ปี ซึ่งนับว่าเป็นเวลาที่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสที่มีระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาที่คล้ายคลึงกับไทย ซึ่งการอบรมนี้ก็เสมือนการบังคับให้ผู้ที่ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าห้องเรียนโดยไม่มีแรงกระตุ้นหรือผลักดันให้ผู้เข้ารับการอบรมมีการสนใจในการฝึกอบรมมากนัก เนื่องจากว่าถึงอย่างไรก็ได้รับการบรรจุแต่งตั้งอยู่แล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้มีการบรรจุและแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ยังไม่มีความรู้ความสามารถและความเหมาะสมไปปฏิบัติหน้าที่ จนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ไม่เที่ยงธรรมเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมและอาจสร้างความเสื่อมศรัทธาแก่สถาบันศาลยุติธรรมด้วย⁵³ สังเกตได้จากสถิติการทำผิดวินัย⁵⁴ ที่ยังปรากฏให้เป็นส่วนน้อย แต่บางเรื่องเป็นเรื่องที่ร้ายแรง เช่น มีพฤติกรรมการณ์ไม่ซื่อสัตย์สุจริตในการพิจารณาคดีหรือเรียกประโยชน์ตอบแทนจากคู่ความ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากว่าเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น สาธารณชนอาจมีความเคลือบแคลงในความเป็นกลางของศาลก็เป็นได้ ดังนั้นในการคัดเลือกและอบรมผู้พิพากษาจึงต้องมีความเข้มงวดเกี่ยวกับเรื่องจริยธรรมให้มากขึ้น

ในกรณีนี้ในยุคที่ท่านศาสตราจารย์ สัญญา ชรรถศักดิ์ ดำรงตำแหน่งเป็นปลัดกระทรวงยุติธรรม ท่านได้จัดให้มีการอบรมพระพุทธศาสนาเป็นพิเศษ โดยอาราธนาท่านพุทธทาสภิกขุจากไชยาและให้เป็นการอบรมเป็นระยะเวลานานในชุดหนึ่งๆ ก็ประมาณอย่างน้อย 6 ชั่วโมงถึง 10 ชั่วโมง⁵⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่ดีอย่างหนึ่ง และน่าจะเป็นหนทางสู่การปลูกฝังจิตสำนึกที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาต่อไปได้

4.3.3.2 ผลต่อผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาล

การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม⁵⁶ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปด้วยความยุติธรรมนั้นอย่างน้อยจะต้องกระทำไปตามหลักความเป็นกลาง หากว่าผู้พิพากษาได้ทำหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวย่อมที่จะกระทบต่อความยุติธรรมที่คู่ความควรจะได้รับ

ดังนั้นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น จึงเป็นอำนาจตามกฎหมายที่กำหนด ซึ่งการพิพากษาคดีต้องกระทำภายในขอบเขตของอำนาจตามกฎหมายและตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่ควรจะเป็น ในการใช้อำนาจดังกล่าวผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเป็นอิสระในกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมาย⁵⁷ แต่อย่างไรก็ดี หากผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางไม่ว่าการพิจารณา

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 10 ส่วนที่ 1 บททั่วไป, มาตรา 197.

⁵⁷ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ. (2547). ความรับผิดชอบแห่งของผู้พิพากษา. หน้า 103.

พิพากษาคดีจะเกิดขึ้นด้วยมูลเหตุใดก็ตาม ย่อมเป็นอำนาจอิสระตามที่กฎหมายรับรองให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะกระทำได้เมื่อผลของการพิจารณาพิพากษาคดีที่ฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว คู่ความฝ่ายใดได้รับความเสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องต่อศาลหรือผู้พิพากษาในทางใดได้บ้าง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแก่คู่ความถึงความ เป็นกลางของศาล

ในทางแพ่ง ผู้พิพากษามีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทหนึ่ง แต่เนื่องจากศาลไม่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นกรม อีกทั้งไม่มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นหน่วยงานของรัฐ⁵⁸ ผู้พิพากษาจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดและขอบเขตของความรับผิดจึงจำเป็นต้องอาศัยตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการตามหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางละเมิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁹ ซึ่งกรณีผู้พิพากษาจะรับผิดทางละเมิดจากการพิจารณาพิพากษาโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางได้ผู้พิพากษานั้นจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้คู่ความได้รับความเสียหายจากการพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันเห็นว่า การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาแม้จะเป็นการกระทำไปตามอำนาจของกฎหมาย ครอบคลุมโดยผู้พิพากษาพิจารณาคดีไปภายในกรอบของกฎหมายยังถือว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ แม้ว่าจะพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยมีอคติหรือความลำเอียงอันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางก็ตาม ก็ย่อมต้องถือว่าเป็นการกระทำไปภายใต้อำนาจของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าหากคู่ความได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวของผู้พิพากษาก็จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้พิพากษานั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ตนได้รับความเสียหายอย่างไร หากไม่สามารถพิสูจน์ได้แม้ว่าศาลนั้นจะได้พิจารณาพิพากษาคดีไปด้วยอคติหรือความลำเอียง ผู้พิพากษาย่อมไม่ต้องรับผิดต่อคู่ความนั้นอีก

ในทางอาญามีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดโทษไว้สำหรับศาลหรือผู้พิพากษาที่กระทำผิดเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางอยู่เพียง 2 มาตรา คือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ 202 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบน เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ไม่ว่าจะโดยชอบหรือมิชอบ โดยเจตนาเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบนั้น เป็นการทำรู้ถึงลักษณะของการกระทำในตำแหน่งกับรู้ถึงความเกี่ยวพันหรือเชื่อมโยงระหว่างทรัพย์สินหรือประโยชน์กับการ

⁵⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 4.

⁵⁹ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ. เล่มเดิม. หน้า 105.

กระทำนั้น และผู้กระทำการเรียก รับหรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้น⁶⁰ ซึ่งผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางจะผิดตามมาตรานี้ได้ ข้อเท็จจริงต้องปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นเรียก รับ หรือยอมรับซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อที่จะพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ได้ตัดสินไปตามเหตุผลของกฎหมายที่ควรจะเป็นหรือแม้กระทั่งผู้พิพากษานั้นได้ตัดสินไปตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมายก็ตามหากพฤติการณ์มีการเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแล้ว ความผิดมาตรานี้ย่อมสำเร็จ เพราะมาตรา 201 ใช้คำว่า “เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่” และคุณธรรมตามกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ [การรักษา] ความเป็นกลางของงานยุติธรรม

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีบทลงโทษทางอาญาใดที่สามารถเอาผิดกับผู้พิพากษาที่กระทำการ โดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางอย่างอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีความเป็นกลางเนื่องจากเรียก รับ หรือยอมรับสินบน เช่น การที่ผู้พิพากษามีเจตนาที่จะพิจารณาพิพากษาคดีให้ญาติของตนเป็นฝ่ายชนะคดีโดยไม่ได้แจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงเหตุดังกล่าวมาก่อน หรือผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีให้บริษัทที่ตนหรือคู่สมรสมีส่วนได้เสียในผลแห่งคำพิพากษานั้นเป็นฝ่ายชนะคดี เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถือเป็นการสวมหมวกหลายใบเช่นกัน แม้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวจะชอบด้วยเหตุผลถูกต้องตามหลักกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความเป็นกลางแล้ว คำพิพากษาที่ออกมาดังกล่าวย่อมทำให้สาธารณะชนทั่วไปมีความเคลือบแคลงสงสัยถึงความยุติธรรมของศาลยุติธรรมได้ อันอาจส่งผลเสียต่อความยุติธรรมของระบบศาลทั้งระบบได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำผิดของผู้พิพากษาตามมาตรา 201 ที่มุ่งรักษาความเป็นกลางของงานยุติธรรมแล้ว ย่อมมีจุดมุ่งหมายไม่แตกต่างกันที่ข้อมาข้างต้น แต่กฎหมายกลับไม่ได้บัญญัติเอาผิดในทางอาญาครอบคลุมถึงส่วนนี้ อย่างไรก็ดีหากมองในอีกมุมหนึ่งแล้วในเมื่อบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาและกำหนดบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาและกำหนดบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางแล้ว จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมิบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้พิพากษาที่กระทำการ โดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาลอีก เพราะอาจจะกระทบต่อความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของศาลได้ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าจริงอยู่ที่การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมจะต้องกระทำไปโดยอิสระ แต่ก็เห็นได้ว่า ตั้งแต่มีบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาและบทกำหนดโทษในทางอาญามาตรา 201 และมาตรา 202 แทบไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาเลยหรือหากมีเกิดขึ้นก็อาจเป็นส่วนน้อยมาก จึงทำให้เห็นได้ว่าการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาเพิ่มเติมย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ตรงกันข้ามถ้าหากผู้พิพากษามีความเป็นกลางอยู่ในจิตใจ

⁶⁰ คณิต ฌ นคร ก (2549). กฎหมายอาญา ภาคความผิด. หน้า 842.

และประพุดิตนอยู่ในกรอบของจริยธรรมตุลาการอย่างเคร่งครัด ย่อมจะทำให้สาธารณชนได้รับความยุติธรรมที่เท่าเทียมและทั่วถึงกันอีกทั้งเป็นการเพิ่มหลักประกันและเพิ่มความเชื่อมั่นของสาธารณชนในความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลอีกทางหนึ่งด้วย

ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้เสียหายพิสูจน์ได้ หรือกรณีเมื่อปรากฏความไม่เป็นกลางเกิดขึ้นไม่ว่าผู้กล่าวอ้างจะเป็นผู้ใดเมื่อมีการไต่สวนความไม่เป็นกลางแล้วปรากฏตามความที่ได้เช่นนั้นจริง ควรที่จะมีกฎหมายออกมาบัญญัติตัดอำนาจผู้พิพากษาคณะนั้นๆ ไม่ให้มีสิทธิในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากปัญหาความไม่เป็นกลางเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม หากยังฝ่าฝืนยอมให้เกิดการพิจารณาคดีไปด้วยความไม่เป็นกลางย่อมเกิดผลเสียหายมากมายต่อความยุติธรรมที่สังคมจะได้รับ

4.3.3.3 ปัญหาบางประการเกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของศาลไว้ในมาตรา 107 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ซึ่งเหตุผลที่ผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระอยู่ในตัว เพราะผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ภาระหน้าที่ที่สำคัญเช่นนี้จึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่จะต้องช่วยกันทำทุกวิถีทางให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระจากอำนาจหรืออิทธิพลใดๆ ทั้งปวง เพราะมิฉะนั้นแล้วก็เป็นที่ยากยิ่งที่ผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่ได้⁶¹ และเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน⁶² การมีหลักประกันความเป็นอิสระของศาลย่อมส่งผลให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่น ไปถึงหลักความเป็นกลางของศาลด้วย เนื่องจากทั้งสองหลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 การที่จะประกันความเป็นกลางว่าศาลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 การที่จะประกันความเป็นกลางว่าศาลยึดถือหลักกฎหมายและความยุติธรรมเป็นที่ตั้งในการพิจารณาคดี ไม่ถูกชักจูงบีบบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลแปรไปตามความต้องการหรือประโยชน์ของฝ่ายใดซึ่งจำเป็นต้องมีการวางหลักประกันอิสรภาพให้แก่ตุลาการ⁶³ ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงปัญหาบางประการเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาลเกี่ยวกับการจ่ายสำนวนคดี การเรียกคืนสำนวนคดี และการโอนจำนวนคดี ซึ่งอาจจะทำให้ศาลเสียความเป็นอิสระไป หากไม่มีกฎหมายมาควบคุมผู้รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนทำให้เกิดการจ่ายสำนวนได้

⁶¹ ศักดา โมกขมรรคกุล. (2539). “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” วารสารบทบัญญัติ, 52, 3. หน้า 4.

⁶² ธรรมพ์ ชาลีจันทร์. (2536). “ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ.” วารสารอัยการ, 182, 16. หน้า 128.

⁶³ กิตติศักดิ์ ปรัตติ. (2549). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. หน้า 98.

ตามอำเภอใจ หรือทำให้ผู้ที่เป็นคนใกล้ชิดสนิทสนมเพื่อความสะดวกในการจูงใจ⁶⁴ อันอาจส่งผลกระทบต่อถึงความเป็นกลางของศาลได้

หลักเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนนั้นเดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249⁶⁵ ได้บัญญัติรองรับหลักการไว้ แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามก็ตีพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ได้บัญญัติในเรื่องการจ่าย การโอน และการเรียกคืนสำนวนคดีไว้ในมาตรา 32 ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

การจ่ายสำนวนคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 32 ให้ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล หรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกในแต่ละศาล (หรือผู้จ่ายสำนวนคดี) เป็นผู้รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือในแผนกคดีนั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม⁶⁶ ปัจจุบันมีระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544⁶⁷ อันเป็นหลักเกณฑ์ปฏิบัติในการจ่ายสำนวนของผู้จ่ายสำนวนคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ผู้จ่ายสำนวนคดีจัดองค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือแผนกที่ตนรับผิดชอบให้มีองค์คณะสำหรับรับสำนวนคดีทั่วไปสำนวนคดีพิเศษ และสำนวนคดีจัดการพิเศษ แล้วกำหนดลำดับตามหลักอาวุโสหรือหลักเกณฑ์อื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนดและการจ่ายสำนวนคดีให้เป็นไปตามลำดับที่ได้จัดไว้ หรือถ้าหากเป็นวิธีการอื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนดก็จะต้องไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาใด ซึ่งประเด็นนี้สามารถเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ในระดับหนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันมิให้เกิดการจ่ายสำนวนคดีให้แก่ผู้ที่มีความใกล้ชิดสนิทสนมเพื่อความสะดวกในการจูงใจได้ แต่ก็ยังมีช่องให้ผู้จ่ายสำนวนคดีสามารถทำได้โดยระเบียบดังกล่าวได้เปิดช่องให้ผู้จ่ายสำนวนคดีสามารถวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดองค์คณะเกี่ยวกับสำนวนคดีโดยแยกสำนวนคดีทั่วไป สำนวนคดีพิเศษ และสำนวนคดีจัดการพิเศษ โดยระเบียบไม่ได้กำหนดจำนวนขั้นต่ำขององค์คณะในคดีแต่ละประเภทไว้ ดังนั้นหากว่าผู้จ่ายสำนวน

⁶⁴ ชุมพล จันทราทิพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย สมลักษณ์ จักรกระบวนพล. (2548). **พระธรรมนูญศาลยุติธรรม**. หน้า 90.

⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 วรรคสาม “การจ่ายสำนวนคดีให้ผู้พิพากษาและตุลาการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ.”

⁶⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ มาตรา 32 วรรคสอง “การออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการยุติธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมขององค์คณะผู้พิพากษาที่จะรับผิดชอบสำนวนคดีนั้น รวมทั้งปริมาณคดีที่องค์คณะผู้พิพากษาแต่ละองค์คณะต้องรับผิดชอบ.”

คดีเห็นว่า ผู้พิพากษาใดที่ตนสามารถที่จะจงใจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ก็อาจจะตั้งบุคคลดังกล่าวไปอยู่ในองค์คณะคดีพิเศษ หรือคดีจัดการพิเศษ เพียงองค์คณะเดียวได้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การจัดองค์คณะต้องจัดให้ตรงกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสมก็ตาม แต่ก็มิได้เป็นการบังคับให้ผู้จ่ายสำนวนคดีต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดแต่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติเพื่อใช้ประกอบดุลพินิจในการจัดองค์คณะผู้พิพากษาของผู้จ่ายสำนวนคดีเท่านั้น ดังนั้นจึงควรที่จะต้องพิจารณาว่าการให้ผู้จ่ายสำนวนคดีมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนแก่องค์คณะผู้พิพากษาในกรณีเช่นนี้ จะถือเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ขององค์คณะผู้พิพากษาจนทำให้กระทบถึงความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษามากเกินไปหรือไม่

ปัญหาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาล กล่าวคือ หลักความเป็นอิสระของศาลเป็นหลักประกันพื้นฐานอีกอย่างหนึ่งที่จะทำให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้อย่างยุติธรรมตามที่กล่าวมาแล้ว แต่การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่ว่าจะสามารถกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจไปเสียทุกอย่างไม่ โดยเฉพาะการพิพากษาคัดสินคดี มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องพิพากษาไปตามตัวบทกฎหมายและจะต้องอธิบายเหตุผลได้ว่า เพราะเหตุใดจึงพิพากษาคัดสินออกมาเช่นนั้น การที่ศาลจะต้องให้เหตุผลในการตัดสินคดีเสมือนนี้เป็นกฎเกณฑ์อีกอย่างหนึ่งนอกเหนือจากหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาลที่จะทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจในความยุติธรรมของศาล⁶⁸ ดังนั้นการให้เหตุผลในคำพิพากษาจึงเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นว่าศาลได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความอิสระและเป็นกลางโดยผ่านทางเหตุผล ในคำพิพากษาที่ตัดสินออกมาอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมแก่คู่ความและสาธารณชนอันจะส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความยุติธรรมที่ดีขึ้นต่อไป

การให้เหตุผลในคำพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 141 (4) “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทำเป็นหนังสือและต้องกล่าวหรือแสดงผลแห่งคำวินิจฉัยทั้งปวง” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186(6) “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” แต่ว่าในสภาพเหตุการณ์ในปัจจุบันที่จำนวนคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ประกอบกับการดำเนินคดีจะต้องทำให้เสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็ว จึงอาจทำให้ศาลไม่อาจทำคำพิพากษาได้อย่างพิถีพิถัน ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงในปัญหาข้อเท็จจริงมากเกินไป ในกรณีเช่นนี้หากมีการละเลยไม่นำพาต่อการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือว่าให้เหตุผลในคำ

⁶⁸ ยงยุทธ มหินทรกุล. (2538). “การให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 25, 2.

พิพากษาที่ไม่เพียงพอหรือไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วสาธารณชนย่อมที่จะขาดความเชื่อถือในคำพิพากษาและความยุติธรรมของศาล

สรุป ในกรณีที่ผู้พิพากษาสวมหมวกหลายใบ หรือดำรงตำแหน่งหลายอย่างในเวลาเดียวกัน เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เกิดความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ นอกจากจะเป็นกรณีที่บุคคลมีหน้าที่หรือประโยชน์ทับซ้อนระหว่างองค์กรต่างองค์กรหรือมีการดำรงตำแหน่งต่างสถาบัน ในความเป็นอธิปไตย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ผลกระทบในเรื่องอื่นๆ ของการทำหน้าที่ขัดกันนั้นมีหลากหลายกรณี และยังมีข้อที่น่าคิดในเรื่องการใช้หน้าที่ขัดกันอยู่อีกว่า กรณีการที่เป็นทนายความในคดีเรื่องเดียวกันต่อมาเนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาใช้เวลานาน ทนายความผู้นั้นสอบได้เป็นผู้พิพากษาต้องพิจารณาคดีเดียวกันก็อาจถือได้ว่าเป็นเหตุให้ทำหน้าที่ขัดกันหรือไม่ หรือการที่เป็นผู้พิพากษาศาลชั้นต้นต่อมามีการย้ายเข้ามาทำหน้าที่ในคดีเดียวกันในศาลอุทธรณ์ที่ตนเคยมีคำพิพากษาในศาลชั้นต้นมาแล้ว และกรณีเช่นเดียวกันการที่เป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์แล้วต่อมาเข้ามารับตำแหน่งในศาลฎีกาและต้องมานั่งพิจารณาคดีเดียวกันที่ตนเคยมีคำพิพากษามาในศาลอุทธรณ์ เป็นกรณีการทำหน้าที่ขัดกันหรือไม่ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ถือเป็นการขัดกันในหน้าที่ เพราะแม้การดำรงตำแหน่งในฐานะหลายตำแหน่งนั้น จะไม่ได้ดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะเดียวกันก็ตาม แต่ในเมื่อการใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจได้ผ่านการกลั่นกรองและตัดสินใจไปแล้วจึงยากที่จะให้ความยุติธรรมและความรู้สึกที่เป็นกลางเกิดขึ้นใหม่ หรือแม้กระทั่งการที่ผู้ที่ต้องทำการสอบสวนอรรถคดีมาแล้วต้องมาทำการตัดสินพิพากษาในคดีเดียวกัน จะเห็นได้ว่าตามวิสัยของปุถุชนย่อมได้เกิดกระบวนการคิดและชักนำนักพยานหลักฐานและตัดสินพิพากษาตั้งแต่ในชั้นของการสอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานแล้ว กรณีจึงถือได้ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหน้าที่ขัดกัน เนื่องจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่มีข้อกักขังในฐานะและพื้นหลังความข้องเกี่ยวในอรรถคดีในการใช้อำนาจที่ทับซ้อนกันอยู่ อีกทั้งกรณีดังกล่าวกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แต่อย่างไร

และกรณีข้างต้นมีความละเอียดอ่อนคาบเกี่ยวในเรื่องของการไต่สวนคดีของผู้พิพากษา ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย ข้อ 3 ได้กำหนดบทบาทให้ศาล “วางตัวเป็นกลาง” ผู้พิพากษาจึงต้องแสดงออกซึ่งความเป็นกลางในการพิจารณาคดี ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและปฏิบัติต่อคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเสมอเหมือนกันทุกประการ จึงต้องมีให้คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้องรู้สึกว่าคุณได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าผู้อื่น

ในข้อ 9 กำหนดให้ การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของคู่ความนั้น ก็ไม่ใช่ข้อกำหนดให้ศาลวางเฉยในการค้นหาข้อเท็จจริง เช่นกัน ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการซักถามพยานหรือเรียกพยานมาสืบหรือเรียกพยานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ได้เอง เนื่องจากถ้าปล่อยให้ทำหน้าที่ของคู่ความ โดยเฉพาะในการสืบและ

การชักถามพยานแล้ว อาจมีข้อบกพร่องหรือช่องโหว่ในสำนวนคดี หรืออาจมีกรณีพยานเบิกความขัดต่อเหตุผลธรรมดา หรือไม่แจ่มแจ้งยากแก่การตัดสินใจให้เที่ยงธรรมในฐานะที่ศาลเป็นคนกลางได้ โดยเฉพาะในคดีอาญา ศาลควรจะชักถามพยานของคู่ความเพื่อให้พรรคคดีคลายความกังขาและเที่ยงตรงเป็นธรรม

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนมากขึ้นกว่าปัจจุบันนี้ เนื่องจากในการใช้อำนาจในทางกฎหมายของผู้พิพากษานั้นเป็นการใช้อำนาจที่ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อคนส่วนรวมได้ง่าย จึงควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายให้เกิดประโยชน์ทั้งต่อผู้ใช้กฎหมายและผู้ที่มีส่วนได้เสียในพรรคคดีหรือประชาชนส่วนรวม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความยุติธรรมต่อไปในอนาคต

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในการตัดสินใจตัดสินอรรถคดีของผู้พิพากษาหลักแรกที่เป็นสิ่งสำคัญซึ่งบุคคลที่เป็นผู้พิพากษาควรที่จะต้องมีเพื่อให้การตัดสินคดีเป็นไปโดยเที่ยงธรรมนั่นก็คือ หลักความเป็นอิสระ (Independence) ทั้งนี้เนื่องจากหากปรากฏว่าบุคคลผู้เข้ามารับตำแหน่งผู้พิพากษานั้นมิได้มีความเป็นอิสระหากแต่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหรือองค์กรใดที่มีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษแก่ตนได้แล้ว กรณีเช่น ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าในการตัดสินคดีบางคดีหากบุคคลผู้มีอำนาจให้คุณให้โทษผู้พิพากษาได้นั้น ได้มีส่วนได้เสียหรือได้รับการร้องขอจากคู่ความในคดีนั้น บุคคลดังกล่าวย่อมที่จะใช้อำนาจของตนที่มีเหนือผู้พิพากษาในคดีนั้นเข้าครอบงำการใช้อำนาจวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษาคคนนั้นให้เป็นที่ไปตามที่ตนมีความปรารถนาได้ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ได้มีตัวอย่างเกิดขึ้นแล้วจริงในปีพุทธศักราช 2535 ซึ่งมีปรากฏบนวิเคราะห์ที่อยู่ในบทความหนึ่งซึ่งผู้เขียนจะกล่าวดังต่อไปนี้เพื่อชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาที่รักและเทิดทูนความเป็นอิสระของสถาบันตุลาการเหนือชีวิตและยศถาบรรดาศักดิ์ ย่อมทนให้เกิดความอยุติธรรมโดยการแทรกแซงอำนาจตุลาการขึ้นในสถาบันมิได้ เพราะหากยอมให้เกิดขึ้นเท่ากับว่าอำนาจตุลาการถูกบั่นทอนความอิสระในการวินิจฉัยตัดสินคดี จะเห็นได้ว่าการเกิดวิกฤติตุลาการขึ้นในประเทศไทยนั้น มิใช่เพียงจะเพิ่งเกิดขึ้นในปัจจุบันในปีพ.ศ. 2551 แต่หากว่าได้เกิดขึ้นมานานแล้ว ดังเช่น บทความของผู้ที่นักกฎหมายรุ่นหลังๆ ได้ให้ความเคารพนับถือท่านได้กล่าวไว้ ดังนี้

“อำนาจตุลาการของไทยเคยถูกอำนาจบริหารคุกคามโดยวิธีการออกกฎหมายมากดขี่ใจจีนใจครั้งหนึ่งเมื่อปี 2515 ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอมฯ ซึ่งทำให้รัฐประหารตัวเอง และออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 299 มาเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของอำนาจตุลาการ โดยมีได้สอบถามความรู้สึกนึกคิดและข้อมูลจากบรรดาผู้พิพากษาทั้งหลายก่อน เนื้อหาของกฎหมายฉบับนั้นมิได้เลวร้ายมากมายนัก บางคนยังเห็นว่าน่าจะดีและมีประโยชน์ต่อการบริหารงานศาลด้วยซ้ำ แต่บรรดาผู้พิพากษามิมีโอกาสรู้เห็นด้วย จึงไม่เป็นที่ยอมรับของผู้พิพากษาและนักวิชาการ เป็น

¹ จรรย์ ภักดีธนากุล. (2535, พฤษภาคม-มิถุนายน). “กฎหมายอัยยศ.” *ตุลาการ*, 39, 3. หน้า 75.

เหตุให้เกิดกระแสคัดค้าน จนต้องมีการออกกฎหมายยกเลิกไปนี้สุด กฎหมายฉบับนั้นได้ชื่อเรียกติดมาจนถึงทุกวันนี้ว่า กฎหมายโบว์ดำ

นำอนาถที่วางจรอุบาทว์นั้นกลับมาบังเกิดแก่สถาบันและอำนาจตุลาการของเราอีกในปี 2535 ครอบรอบ 20 ปีพอดี ด้วยการกระทำของรัฐบาลอานันท์ 2 โดยวิธีออกพระราชกำหนดมาล้มล้างระบบ ก.ต. เดิมที่ฟังเสียงผู้พิพากษาส่วนใหญ่เป็นหลัก แล้วสถาปนา ก.ต.ระบบใหม่ขึ้นให้อำนาจไปอยู่กับผู้บริหารงานศาล ทั้งยังบั่นทอนอำนาจของ ก.ต. ให้น้อยลงกว่าเดิมด้วยในกรณีที่เกิดขัดแย้งกับรัฐมนตรีฯ ทั้งนี้โดยมิได้มีการฟังความคิดเห็น และข้อมูลจากบรรดาผู้พิพากษาส่วนใหญ่ให้รอบคอบเสียก่อน”

จากบทความดังกล่าว เห็นได้ว่าหลักอิสระในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษามีความสำคัญเป็นอย่างมาก หากปล่อยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจแต่งตั้งโยกย้ายผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมนั้นผู้พิพากษาปกครองกันเอง ย่อมเป็นการทำให้ผู้พิพากษาขาดความเป็นความอิสระในการวินิจฉัยตัดสินคดีเพราะหากว่าตัดสินถูกต้องตามกระบวนการยุติธรรม แต่ปรากฏว่าขัดต่อผลประโยชน์ของฝ่ายบริหารผู้พิพากษาดังกล่าวอาจถูกโยกย้ายหรือออกจากตำแหน่งได้ในลักษณะที่ถูกกลั่นแกล้งหรือไม่ให้ความเป็นธรรม ฉะนั้นหลักความเป็นอิสระจึงมีความสำคัญเป็นหัวใจในกระบวนการยุติธรรม เพราะหากว่าผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระแล้ว แม้ศาลจะตัดสินไปโดยความเที่ยงธรรม แต่ประชาชนก็จะไม่เห็นและไม่เชื่อว่าเขาได้รับความยุติธรรม แม้แต่ประชาชนในประเทศยังไม่ให้ความเชื่อมั่นในอำนาจตุลาการแล้ว คนต่างชาติที่จะเข้ามาทำการค้าขายในประเทศไทยย่อมไม่เชื่อถือศาลไทย ส่งผลเสียหายต่อภาพพจน์ของประเทศ และเมื่อผู้พิพากษาขาดความเป็นอิสระเสียแล้ว การวินิจฉัยอรรถคดีย่อมไม่เกิดความเป็นกลางอย่างแน่แท้

นอกจากหลักความเป็นอิสระแล้ว หลักสำคัญอีกหลักหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาคบคู่กันนั่นก็คือ หลักความเป็นกลาง (Impartial) กล่าวคือ ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ นั้นผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นกลางในการใช้ดุลพินิจ ไม่ใช่เหตุผลและอารมณ์หรืออคติส่วนตัวในการตัดสินอรรถคดี ปัจจัยที่ส่งผลกับความเป็นกลางก็มีได้หลายสาเหตุ เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับคู่ความ กรณีเช่นนี้ในบางครั้งก็ย่อมมีอิทธิพลกับความเป็นกลางได้เช่นกัน ถ้าปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นไม่มีความหนักแน่นพอ เช่น การที่ผู้พิพากษากับคู่ความในคดีเคยมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน อาจจะเคยเป็นผู้ที่เคยให้การอุปถัมภ์คำชุกก่อนสอบเข้ารับราชการในตำแหน่งตุลาการได้ หรืออาจจะเคยเป็นคนรักเก่า ซึ่งฐานะต่างๆ เหล่านี้กฎหมายไม่ได้มีบัญญัติไว้ให้เป็นเหตุคัดค้านหรือการตั้งรังเกียจ อีกทั้งเป็นการยากในการนำสืบข้อเท็จจริงในเรื่องของความสัมพันธ์ลักษณะนี้เนื่องจากความไม่รู้ข้อเท็จจริง หรือปราศจากพยานหลักฐานเป็นต้น ด้วยเหตุปัญหาดังกล่าวนี้เป็นปัญหาที่อาจส่งผลต่อความเป็นกลางของศาลได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาดังกล่าว เราจึงจำเป็นที่จะต้องมีการปลูกฝังจริยธรรมให้แก่ผู้ช่วยพิพากษาที่สอบเข้ารับ

ราชการได้ตั้งแต่แรกถึงความสำคัญของหลักความยุติธรรมเพื่อให้หลักดังเป็นสิ่งที่ยึดเหนี่ยวมิให้ผู้พิพากษานั้นมีจิตใจที่ไม่มั่นคง และเพื่อให้มีจิตสำนึกในการรับผิดชอบและซื่อสัตย์ต่อตำแหน่งหน้าที่โดยการถอนตัวเองออกจากคดีนั้นเพื่อให้กระบวนการยุติธรรมเป็นไปโดยมีความเป็นกลางและยุติธรรม

หลักประกัน ความสั่นคลอนในกระบวนการยุติธรรมนั้น ใช่เพียงแต่ต้องอาศัยหลักแห่งความอิสระและความเป็นกลางเท่านั้น ยังมีอีกหลักหนึ่งซึ่งจะทำให้กระบวนการตัดสินอรรถคดีสมบูรณ์ คือหลักที่ว่าผู้พิพากษาต้องไม่ดำรงตำแหน่งที่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกัน เรียกเป็นศัพท์ทางการว่า “การขัดกันในหน้าที่” หรือ “การสวมหมวกหลายใบ” กล่าวคือ ต้องไม่ใช่ผู้ที่มีหน้าที่ควบคุมกฎและใช้กฎในขณะเดียวกัน หรือการที่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกันอยู่ ผลประโยชน์ในที่นี้มีความหมายกว้างกว่าในรูปแบบของเงินเพียงอย่างเดียว อาจเป็นการใช้ตำแหน่งหน้าที่ขัดกันเอง ส่งผลให้เกิดความกังขาขึ้นในหมู่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือประชาชนโดยรวมของความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาว่าผู้ที่ใช้กฎหมายจะมีความยุติธรรมอยู่จริงหรือไม่ การกระทำใดๆ ของผู้ที่ใช้กฎหมายนั้นมีสิ่งใดเคลือบแฝงอยู่ ในเรื่องปัญหา การขัดกันในหน้าที่ เป็นเรื่องเก่าซึ่งศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้กล่าวถึงนานมาแล้ว ที่ดูเหมือนจะแปลกใหม่ เพราะเพิ่งจะมีการให้ความสนใจมากขึ้นในปัจจุบัน ปัญหาการขัดกันหน้าที่นั้น นำแปลกใจที่โดยมากผู้กระทำมักเป็นนักกฎหมายผู้ที่มีองค์ความรู้สูง แต่เมื่อเห็นว่าเมื่อ ไม่มีมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้จึงสามารถกระทำได้โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมความถูกต้องในหน้าที่ที่ต้องดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม การที่ผู้พิพากษาเข้ารับตำแหน่งอีกตำแหน่งหนึ่งซึ่งมีผลเกี่ยวพันกระทบต่อหน้าที่หลักของตน ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่และฐานะอีกอันหนึ่งขึ้นทับซ้อน ส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมสั่นคลอนได้ ทั้งในเรื่องของการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ตัดสินคดี ความเป็นอิสระในการพิพากษาเนื่องจากตนมีอีกฐานะมีอีกองค์กรหนึ่งที่ตนอาจต้องอยู่ในการควบคุม ทำให้เกิดความไม่เป็นกลางในหน้าที่ผู้พิพากษา ผลกระทบที่รุนแรงก็คือ การที่ผู้มีส่วนได้เสียหรือประชาชนส่วนใหญ่มองกระบวนการยุติธรรมผิดรูปผิดร่างไป อีกทั้งผู้พิพากษาส่วนใหญ่ซึ่งไม่ได้รู้เห็นกับการกระทำดังกล่าวก็ถูกตีความไปในแง่ลบทั้งหมด เกิดความไม่มั่นใจในสถาบันตุลาการขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องใหญ่ระดับประเทศ เพราะหากประเทศใดขาดความเชื่อมั่นและความเชื่อถือในระบบตุลาการ ถือว่าเป็นประเทศที่มีความอันตรายในความมั่นคงภายในอย่างรุนแรง

ปัจจุบัน “การขัดกันในหน้าที่” ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เพราะในมาตรา 11 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติไว้เพียงเหตุที่มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องเท่านั้น ซึ่งหากจะกล่าวถึง “ส่วนได้เสีย” ก็อาจตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายได้เพียงว่าเป็นผลประโยชน์ส่วนได้เสียในเรื่องการเงินเท่านั้น ทั้งในส่วนของมาตรา 12 ก็บัญญัติไว้ว่า “หรือด้วยเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรง” ซึ่งเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างมาก และเราไม่สามารถตีความไปถึงการที่ผู้พิพากษา

สวมหมวกหลายใบนั้นจะเป็นเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงเนื่องจากบางกรณีการเข้ารับหน้าที่ขัดกันก็ส่งผลกระทบต่อความเหมาะสมและความถูกต้องหรือภาพพจน์เท่านั้น การตีความจึงอาจต้องตีความเป็นคุณและเพื่อให้เกิดโทษน้อยที่สุด และช่องว่างในพฤติการณ์แห่งความร้ายแรงในมาตรา 12 ก็ใช้ในกรณีเฉพาะของการที่ผู้พิพากษานายเดี่ยวพิจารณาตัดสินคดีเท่านั้น ปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงการที่บุคคลทำหน้าที่ขัดกันเป็นความผิด หรือบัญญัติว่าการทำหน้าที่ขัดกันเป็นสิ่งที่กฎหมายห้าม จึงเกิดเป็นช่องว่างในการจกจวดยประโยชน์เพื่อที่จะได้มีอำนาจและตำแหน่งที่ทับซ้อนกันในปัจจุบัน

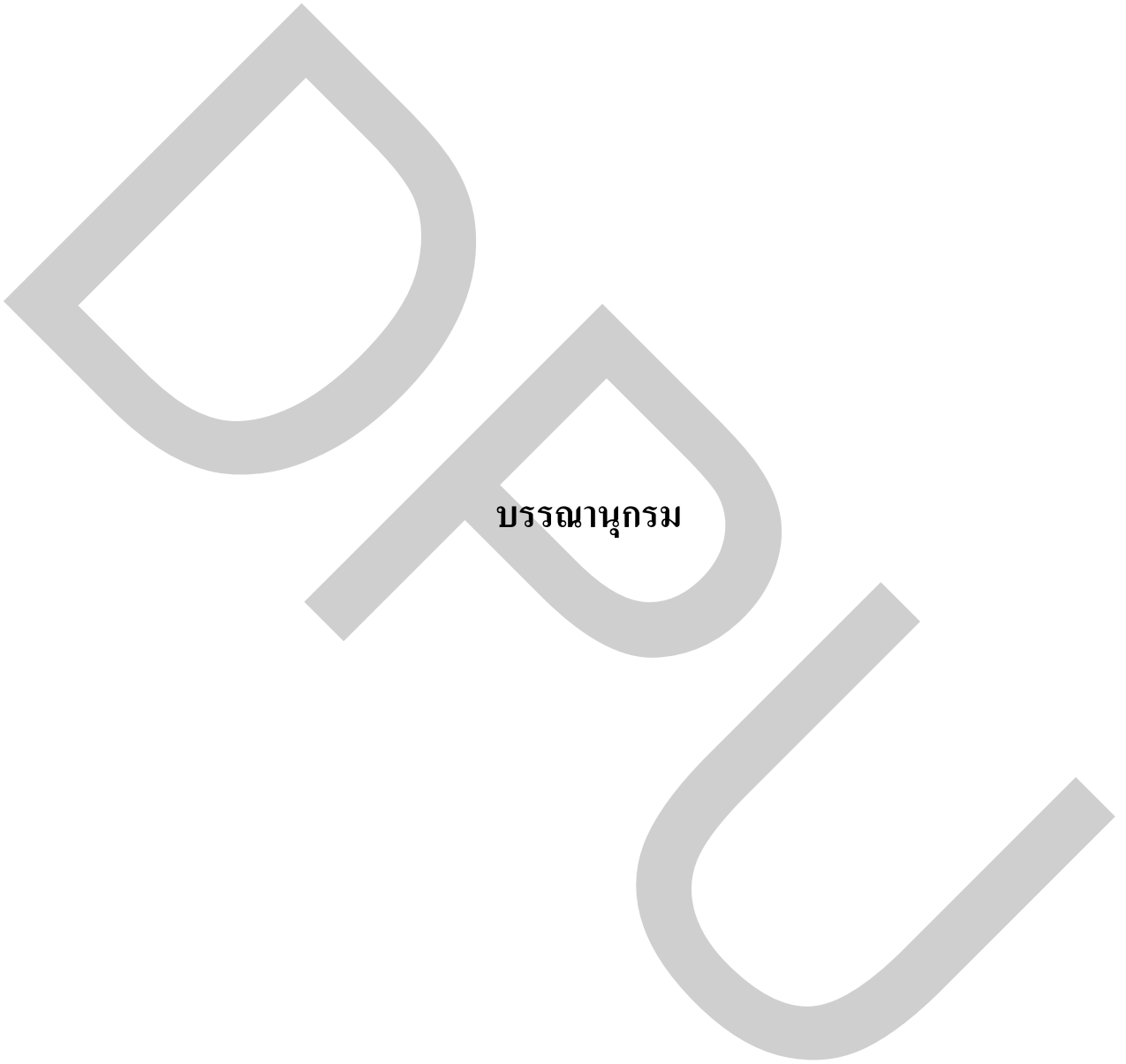
5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยบัญญัติให้มีมาตราเฉพาะเป็น “เหตุตัด” ไม่ให้ผู้พิพากษาดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี ในเรื่องของปัญหาการสวมหมวกหลายใบหรือการขัดกัน ในหน้าที่ให้ชัดเจนและเป็นรูปธรรมเพื่อยังประโยชน์ให้ความยุติธรรมคงอยู่กับความเชื่อมั่นในสถาบันตุลาการในประเทศไทยต่อไป โดยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) ควรมีการบัญญัติกฎหมาย “ห้ามผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาเข้ารับตำแหน่งข้ามอำนาจอธิปไตย กล่าวคือ การรับหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติด้วยในขณะเดียวกันเป็นผู้พิพากษา” สำหรับในกรณีเฉพาะที่ต้องการผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเป็นประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติ ส่วนรวมก็ให้ผู้พิพากษาผู้นั้นพักการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาชั่วคราวจนกระทั่งเสร็จภารกิจเพื่อชาตินั้นแล้ว จึงสามารถกลับเข้ามารับหน้าที่ผู้พิพากษาได้ใหม่

2) ควรมีการบัญญัติกฎหมายถึง “การที่ผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันควรบัญญัติให้เป็นเหตุคัดค้านในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11” หรือ ควรมีการบัญญัติกฎหมายให้ “การที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่ขัดแย้งกันหรือสวมหมวกหลายใบเป็นเหตุร้ายแรงให้ชัดเจนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12”

3) ควรมีการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนในเรื่องของการทำหน้าที่ได้สวนของผู้พิพากษาว่า “ในกรณีที่ผู้พิพากษาทำการได้สวนก่อนไม่ว่าจะ โดยการถูกแต่งตั้งโดยหน้าที่หรือไม่ก็ตาม ต้องห้ามทำการพิพากษาคัดสินอรรถคดีในเรื่องนั้น”



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2545). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. (2549). **การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เกรียงไกร เจริญชนวัฒน์. (2550). **หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กณิต ฌ นคร. (2540). **รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ กณิต ฌ นคร อัยการสูงสุด**. หน้า 424.
- _____. (2548). **กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี**. กรุงเทพฯ: เดือนตุลาฯ.
- _____. (2549). **กฎหมายอาญา ภาคความผิด** (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- _____. (2549). **รัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2532, มีนาคม). **ที่ระลึกในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์**. หน้า 17.
- ชุมพล จันทราทิพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย สมศักดิ์ จัดกระบวนการพล. (2548). **พระธรรมนูญศาลยุติธรรม**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2542). **การสร้างธรรมาภิบาล (Good Governance) ในสังคมไทย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- พระนิติการณ์ประสม. (2515). **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์.
- พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี. (2461). **พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง (ร.ศ. 127) พ.ศ. 2451**. กรุงเทพฯ: พิศาลบรรณินดี.

- ไพโรจน์ วายุภาพ. (2550). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป (ตอน 1). กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง.
- มานิช จรมาศ. (2521). คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-2. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง. (2505). บันทึกคำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปีการศึกษา 2505. ธนบุรี: สุทธิสารการพิมพ์.
- สัญญา ธรรมศักดิ์. (2524). คุณธรรมของนักกฎหมายและการดำรงตนของบรรพบุรุษการอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นาย มณี ชุติวังศ์. กรุงเทพฯ: สมพงษ์.
- _____. (2534). หนทางสู่ความสำเร็จของนักกฎหมาย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุธรรม ภัทราคม. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2552). รวมบทความทางวิชาการ (Melanges) ครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ดร.คณิต ฒ นคร. หน้า 186-189.
- อนุวัตร บุญนาค. (2522). ประวัติและบทบาทของ ก.ต. กรุงเทพฯ: อักษรสารการพิมพ์.
- อมร จันทรสมบูรณ์. (2539). ทำไมข้าพเจ้าจึงเขียนร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 211 เมื่อปี พ.ศ. 2537. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บทความ

- คณิต ฒ นคร. (2550, พฤศจิกายน). “การสวมหมวกหลายใบ.” วารสารธุรกิจบัณฑิตย์. 1412, 28. หน้า 3-13.
- ชวลิต โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” ดุลพาห, 28, 6. หน้า 38-41.
- ธรรม์ ชาลีจันทร์. (2536). “ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ.” วารสารอัยการ, 182, 16. หน้า 128.
- บุญเชษฐ์ พุ่มทิพย์. (2540, มกราคม – มีนาคม). “หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” วารสารดุลพาห, 44, 1. หน้า 63.

พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. (2513, พฤษภาคม). “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” **บทบัญญัติ, 1, 27.** หน้า 17-22.

วิชา มหาคุณ. (2548, พฤศจิกายน). “ในการสัมมนา จริยธรรมตุลาการและการพิจารณาคดีทุจริตของบุคคลสำคัญทางการเมือง.” อ้างถึงใน มนต์ฤทัย นรงค์ “ทัศนะศาลฎีกากระตุ้นต่อมจริยธรรมตุลาการ.” **โพสต์ทูเดย์, 9.** หน้า A5.

_____. (2523, มีนาคม-เมษายน). “ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ: หลักความยุติธรรมแห่งกฎหมาย.” **คูลพาห, 27, 2.** หน้า 32.

วรรณชัย บุญบำรุง. (2543, มีนาคม). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส” **วารสารนิติศาสตร์, 30, 1.** หน้า 83-96.

ขงยุทธ มหิสรากุล. (2538, มิถุนายน). “การให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา.” **วารสารนิติศาสตร์, 2, 25.** หน้า 321.

สัญญาชัย สัจจวานิช. (2515). “อิสระของตุลาการ.” **วารสารบทบัญญัติ, 4, 2.** หน้า 945.

สกล สกลเดช. (2544). “ความยุติธรรม.” **วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 1, 13.** หน้า 14.

โสภณ รัตนากร. (2511, มกราคม). “ความยุติธรรม.” **บทบัญญัติ, 25, 1.** หน้า 375-384.

ศักดิ์ดา โมกขมรรคกุล. (2539). “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” **วารสารบทบัญญัติ, 3, 52.** หน้า 4.

วิทยานิพนธ์

เฉลิมพล นาคสุวรรณ. (2547). การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ: ศึกษากรณีตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี. วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ณัฐพงศ์ กุลเมธี. (2549). เหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทศવી แซ่จิว. (2552). ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- วุฒิพงษ์ พานิชย์สวาย. (2542). **การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่ง
สาธารณะ.** วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ. (2547). **ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้พิพากษา.** วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิภา ปิ่นวิระ. (2550). **บทบาทของศาลในการพิจารณาคดีอาญา.** วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ คีรีวิเชียร. (2543). **การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่าย
ตุลาการศาลยุติธรรม.** ภาคนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรวุฒิ กุมภีพงษ์. (2550). **หลักประกันความอิสระในการสอบสวนฟ้องร้อง.** วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อภิศักดิ์ พรหมสวาสดี. (2534). **ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.** วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รายงานการวิจัย

- ชงทอง จันทรางศุ ศาสตราจารย์ สันติวาสะ และมานิตย์ จุมปา. (2546). **จรรยาบรรณของตุลาการศาล
ปกครอง (รายงานการวิจัย).** กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง
- สัญญาชัย ผลฉาย และคณะ. (2546). **ระบบการคัดเลือกและการอบรมข้าราชการตุลาการในศาล
ยุติธรรม (รายงานการวิจัย).** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กฎหมาย

- ปฎิญาสาภาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.
ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย.
พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2471.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543.

ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ฉบับ 2) พ.ศ. 2546.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2546.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ชิตี สุวรรณทัต. ปัญหาเรื่องความเป็นกลาง. สืบค้นเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2551, จาก

<http://www.acassoc.com/o2/Newsdetail.asp?id=312>

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Aharon Barak. (2008). **The Role of the judge in a Democracy**. Retrieved August 29.

Ben Emmerson. (2001). **Human Right and Criminal Justice**. (London : Sweet&Maxwell)
pp. 369-370.

Beth Notan. (1992). **Public interest, Private Income : Conflicts and Control Limits on The Outside Income of Government**. Northwestern University Law Review 87, 1:58.

Colossians. **But he doeth wrong shall receive for the wrong which he hath done: there is no respect of persons.**

- Gerard Carney. (2002). **TI Working Paper-Conflict of interest: Legislators, Ministers and Public Officials.** p. 3.
- Geoffrey a Flick. (1979). “**Natural Justice.**” Australia : Butterworths Pty Ltd. pp. 112-121.
- International Commission of Jurists. (2004). **International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors.** Geneva Switzerland. p. 30.
- John Sprack. (2002) . “**Emmins on Criminal Procedure.** (9th ed). New York : Oxford U. Press.
- Laverne A.Jacobs, Thomas S. Kuttner. (2008). **Tribunal Independence and Impartiality: An Invitation to Revisit John East.** Retrieved August 29.
- Marshell H H. (1959). **Natural justice.** London Sweet & Maxwell Ltd. p. 27.
- Ronald Dworkin. (1997). **Taking Rights Seriously.** Harvard University Press. p. 227
- S.Zwaenpoel and K. Grazybowska. (2008, August 29). **Analytical Examination of Acquis Chapter 23- Judiciary and Fundamental Rights Agenda for Explanatory Screening 07_08.09.2006.**
- Thomas McKeivitt. (Spring 1996). “**The Rule of Necessity: Is Judicial Non-Disqualification Really Necessary ?.**” Hofstra Law Review, 24 Hofstra L.Rev.817. p. 818.
- Herbert Broom. (1939). “**Legal Maxims** (10th ed). London: Sweet and Maxwell Ltd. p. 68.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ- นามสกุล

อติมา เย็นใส

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ปีการศึกษา 2547

ประกาศนียบัตรทนายความ พ.ศ. 2550

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 61