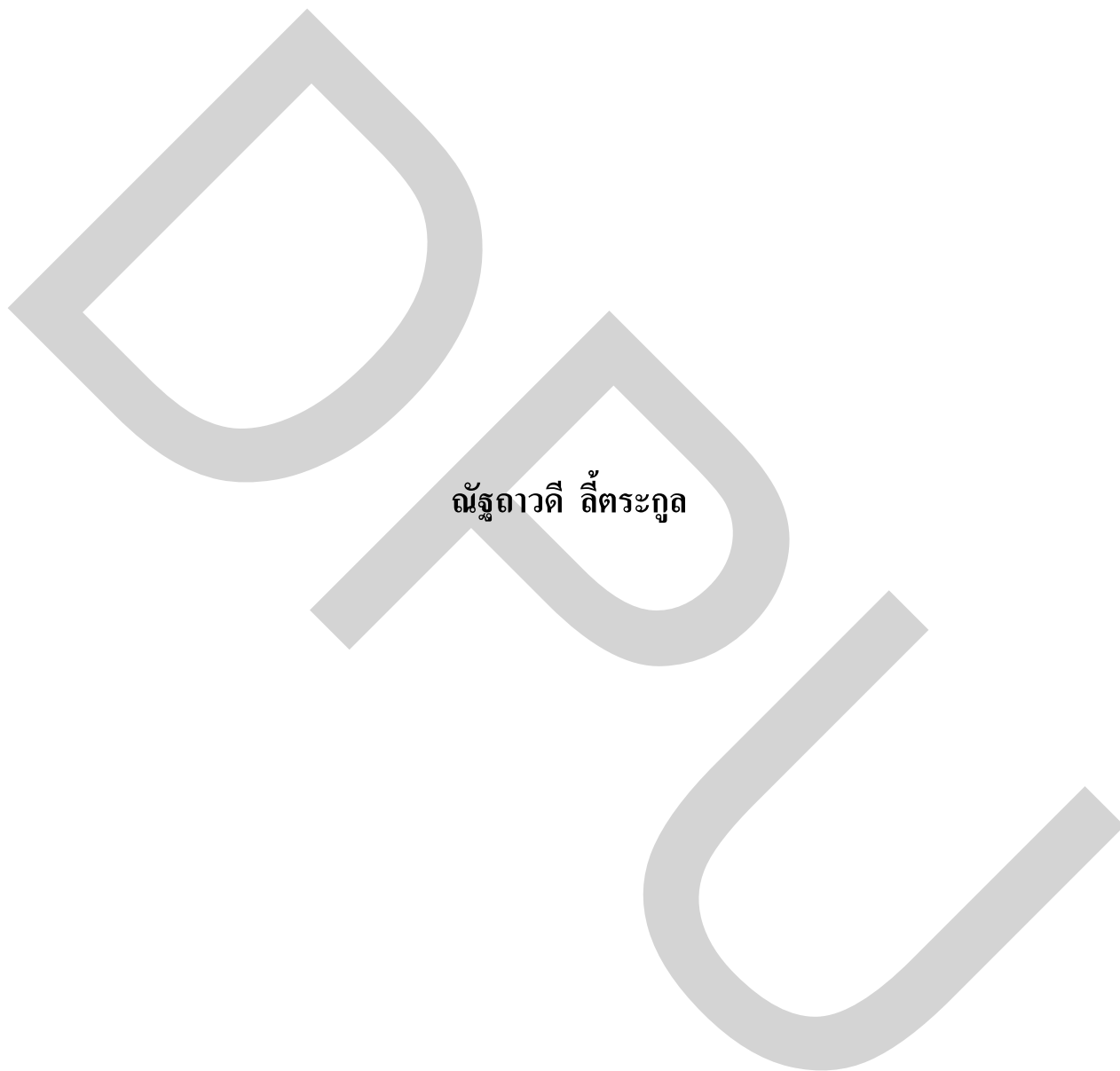


สิทธิในการมีทนายความ: ศึกษาเปรียบเทียบผลการละเมิดสิทธิ  
ในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
พ.ศ. 2555

**Right to Counsel: A Comparative Study on the Result of Rights**

**Abuses in the Inquiry and Proceedings Processes**



**NATTHAWADEE LEETRAKUL**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**For the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2012**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความเมตตากรุณาอย่างสูงของท่านศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา เพราะท่านได้เสียสละเวลาอันมีค่าของท่านที่โดยปกติท่านมีภาระกิจในหน้าที่การงานมาก มาให้คำปรึกษาและคำแนะนำ ซึ่งแนะแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตา กรุณา และให้โอกาสครั้งนี้แก่ศิษย์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นกร ที่ได้ให้เกียรติมาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงคณะกรรมการทุกท่าน ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต ดร. อุทัย อาทิวะ และรองศาสตราจารย์อจริยา ชูตินันท์ ที่ได้สละเวลาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งให้คำแนะนำ ดีชม และมีข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนเป็นอย่างมาก

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัว ที่ให้กำลังใจผู้เขียนมาโดยตลอด และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าหรือมีประโยชน์ต่อการศึกษาของผู้อื่น ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้กับอาจารย์ทุกๆ ท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้ และขอมอบแด่บิดามารดาของผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องอันเกิดมีแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณัฐถาวดี ถีตระกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	๖
กิตติกรรมประกาศ .....	๗
บทที่	
<b>1. บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา .....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา .....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	5
<b>2. แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในการมีทนายความและผลของการไม่ปฏิบัติ</b>	
<b>    ตามกฎหมายในกระบวนการพิจารณา.....</b>	<b>6</b>
2.1 แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย.....	6
2.1.1 สิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหา.....	7
2.1.2 สิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย.....	8
2.1.3 ระบบการดำเนินคดี. ....	10
2.1.3.1 ระบบไต่สวน .....	11
2.1.3.2 ระบบกล่าวหา .....	12
2.1.4 แนวคิดการมีทนายความ .....	13
2.1.4.1 ความจำเป็นในการมีทนายความในการต่อสู้คดี .....	13
2.1.4.2 หลักอาวูธเท่าเทียมกัน.....	15
2.1.4.3 หลักความเสมอภาค.....	16
2.1.5 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา.....	18
2.1.5.1 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในระบบ Common Law.....	18
2.1.5.2 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในระบบ Civil Law .....	18
2.1.5.3 สิทธิและหน้าที่ของทนายความตามกฎหมายไทย .....	19

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2 มาตรฐานสากลเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ .....	21
2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน .....	21
2.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง .....	22
<b>3. ผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการพิจารณาของศาลในต่างประเทศ .....</b>	<b>24</b>
3.1. ประเทศสหรัฐอเมริกา .....	24
3.1.1 ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา. ....	24
3.1.2 สิทธิในการมีทนายความ.....	28
3.1.3 วิธีการและผลของการพิจารณาที่มีขอบในคดีอาญา.....	30
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	31
3.2.1 ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา.....	31
3.2.2 สิทธิในการมีทนายความ.....	35
3.2.3 ผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณา	39
<b>4. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของไทย .....</b>	<b>41</b>
4.1 หลักการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย .....	41
4.2 สิทธิในการเข้าสู่คดีโดยหลักเท่าเทียมกันในการมีทนายความของไทย.....	43
4.2.1 สิทธิตามรัฐธรรมนูญ.....	43
4.2.2 สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	44
4.3 มาตรการทางกฎหมายในกรณีที่รัฐหรือศาลไม่ดำเนินตามกระบวนการที่กฎหมายบัญญัติไว้ .....	52
4.3.1 สาเหตุของการยกเลิกกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย .....	52
4.3.2 หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่.....	52
4.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความ.....	54
4.4.1 ผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวน.....	54
4.4.2 ผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นพิจารณา.....	58
4.4.3 ผลของการยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณา.....	66
4.4.4 การดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่โดยผู้พิพากษานายเดิม .....	69

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	72
5.1 บทสรุป .....	72
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	75
บรรณานุกรม .....	77
ประวัติผู้เขียน .....	82

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สิทธิในการมีทนายความ: ศึกษาเปรียบเทียบผลการละเมิดสิทธิ ในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา
ชื่อผู้เขียน	ณัฐธาวดี ลีตระกูล
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

### บทคัดย่อ

ปัจจุบันทุกประเทศในโลกต่างมีการตื่นตัวในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศต่างๆ จึงเร่งรณรงค์ให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิแก่ผู้ต้องหาและจำเลยเพื่อให้สามารถนำเสนอข้อเท็จจริงในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งสิทธิประการหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ผู้ต้องหาและจำเลยสามารถต่อสู้คดี คือ สิทธิที่จะมีทนายความ (Right to Counsel) เนื่องจากบุคคลผู้อยู่ในกระบวนการพิจารณาทางคดีอาญาทั้งในชั้นสอบสวนและการพิจารณาในชั้นศาลนั้น จะต้องอาศัยความรู้ความชำนาญในการต่อสู้คดี การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนายความที่จะช่วยเหลือให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ย่อมจะมีความเสียเปรียบในการต่อสู้คดีเป็นอย่างมาก อีกทั้งสิทธิในการมีทนายความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษและความสามารถในการต่อสู้คดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้กำหนดสิทธิการมีทนายความไว้ตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงที่มีต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยนั้น กล่าวได้ว่าผู้ต้องหาและจำเลยต้องตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายโจทก์มาโดยตลอด โดยที่ฝ่ายผู้ต้องหาและจำเลยแทบจะไม่มีโอกาสได้ใช้เครื่องมือหรือกลไกของรัฐมาช่วยให้อยู่ในสถานะที่จะต่อสู้กับฝ่ายโจทก์ได้เลย อีกทั้งยังขาดองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากบางประเทศที่มีการพัฒนาเรื่องนี้ เพราะมีการจัดตั้งองค์กรเฉพาะที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นหน่วยงาน โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดหาทนายให้ตั้งแต่ชั้นสอบสวนจนถึงชั้นพิจารณาของศาล หากกรณีเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ โดยหลักการมีทนายความดังกล่าวอยู่ภายใต้พื้นฐานของหลักอาวุธเท่าเทียมกัน

ในการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย ตามระบบ Civil Law กำหนดให้ผู้พิพากษา มีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริงโดยวิธีการไต่สวนตั้งแต่เริ่มต้นคดี ผู้พิพากษาจึงเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาคดีและควบคุมการดำเนินคดีทุกขั้นตอนอันเป็นการจำกัดบทบาทในการซักถามพยานของทนายความ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทนายความในระบบ Civil Law จึงเป็นผู้มีหน้าที่ช่วยให้คำแนะนำแก่ผู้ต้องหาและผู้เสียหายและรักษาประโยชน์ของผู้เสียหายด้วยการเรียกร้องให้มีการพิจารณาคดีดำเนินไปโดยชอบด้วยกฎหมายและโต้แย้งความถูกต้องแน่นอนน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานต่างๆ ที่โจทก์นำมาแสดง และหาพยานหลักฐานต่างๆ พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย อย่างไรก็ตาม ทนายความก็เป็นผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลย อันเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการพิจารณาคดีของศาลและคอยช่วยเหลือจำเลยในการดำเนินคดี นับได้ว่าทนายความเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่มีหน้าที่ที่สำคัญยิ่งในการที่จะดำเนินคดีให้เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมายที่ถูกต้องในการที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ถ้าหากว่ามีการดำเนินคดีโดยไม่ชอบธรรมด้วยกระบวนการพิจารณา ทนายความมีสิทธิขอให้ยกเลิกกระบวนการพิจารณาได้เพื่อเป็นประกันการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม ฉะนั้น การให้สิทธิในการมีทนายความแก่จำเลยในระบบ Civil Law ก็เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่า จำเลยจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม บทบาทของทนายความที่สำคัญก็คือ ให้ความช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในฐานะเป็นผู้ร่วมในการดำเนินคดีอาญาเพื่อคอยป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาถึงผลของการไม่ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งสองกรณีดังกล่าว หากเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นได้ว่า ในชั้นสอบสวนกฎหมายถือเป็นบทบังคับว่า ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ได้ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการดำเนินการตามมาตรา 134/1 ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหา แต่ก็ไม่ทำให้การสอบสวนที่ผ่านมา นั้นเสียไปทั้งหมด แต่ส่วนในชั้นพิจารณาคดี การที่ศาลมิได้ดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 173 นั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลสูงที่จะมีดุลพินิจ หากเห็นเป็นการจำเป็นว่า ศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ศาลสูงอาจสั่งให้ศาลล่างดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ได้ ซึ่งอาจเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี ก็ให้พิพากษาสั่งให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาและพิพากษาหรือสั่งใหม่ตามรูปคดีก็ได้



Thesis Title	Right to Counsel: A Comparative Study on the Result of Rights Abuses in the Inquiry and Proceedings Processes
Author	Natthawadee Leetrakul
Thesis Advisor	Professor Dr. Surasak Likhasitwathanakul
Department	Law
Academic Year	2011

### **ABSTRACT**

At present, each country in the world becomes aware of the rights protection for the accused and defendants, particularly the full right to defense themselves under their cases. In criminal judicial process of many countries, it has been hastily campaigned for issuing a law on the rights protection for the accused and defendants. Additionally, they are able to express their matters of fact on each step of the criminal judicial process. One of the most significant rights to defense themselves is the right to counsel, as the persons under the process of criminal proceedings in both investigative institutions and courts need knowledge and proficiency on case defense. Unless the accused or defendants receive any legal assistance and advice from counsels, they will have great disadvantages regarding their case defense. Moreover, the right to counsel is related to penal gravity and capability of case defense. The criminal procedure code, therefore, provides the right to counsel in accordance with the constitution as in the Universal Declaration of Human Rights and the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights in order to protect civil rights and freedom.

As far as the Thai criminal judicial process is concerned, it can be said that the accused and defendants are usually more disadvantageous than accusers. The former hardly have an opportunity to use governmental tools or mechanism assisting themselves to defense against the accusers. Thailand, furthermore, has not established any institutions regarding legal assistance. This is different from any other countries where there has been this kind of development, as specific organizations playing a role on legal assistance to the accused or defendants have been founded. Thereby, it is the responsibility of the public sector in providing

counselors for them under the process of criminal proceedings in both investigative institutions and courts, in case it is under conditions. This is consistent with the “Equality of the Arm” principle.

In carrying out of criminal proceedings in Thailand as of the civil law system, judges play a significant role on fact findings by inquiring cases at the beginning, so they are the persons who institute and control any steps of criminal proceedings. This limits the counselors’ role on examination in chief. In the proceedings, counselors in the civil law system are advisors to clients, responsible for improving the cases and protecting clients’ interests by requiring fair trial, arguing against witnesses’ credits which accusers exhibit, and finding any witnesses to prove the innocence of the accused. However, counselors are part in the criminal proceedings to protect the rights of the accused, so they are important for the courts and the accused in terms of case assistance. It can be said that counselors are one of the institutions in the judicial process, responsible for requiring fair trial in the courts. If there is an abuse of the judicial process, counselors have a right to cancel the proceedings in order to guarantee them. Therefore, this right can assure the accused in the civil law system with fair trial. That is to say, the major role of counselors is to assist the accused or defendants as part of the criminal proceedings to prevent any legal abuses.

When considering the result of non-proceedings in accordance with the law in the both above-mentioned cases, it can be compared that, in the investigation process, any statement of the accused tot inquiry officials before the proceedings according to Article 134/1 is not witness considered as any offence. This does not, however, mean that the investigation fails. On the contrary, in the case proceedings in the courts, the Code of Criminal Procedure Article 208 (2) allows discretion of the Supreme Court. If necessary, the Supreme Court is able to order writ of trail unless the inferior courts (the court of first instance or the court of appeals) is considered not to perform with the fair trial.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ถือเป็นกระบวนการที่มีการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลเป็นอย่างมาก จึงต้องมีการควบคุมดูแลเป็นพิเศษเพื่อให้สามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่บุคคลในสังคม แต่เนื่องด้วยกระบวนการของการบังคับใช้กฎหมายของไทยนั้นจะมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตเที่ยงธรรมตามที่มีกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครองในเรื่องนั้นๆ ไว้ หรือไม่ก็เป็นปัญหาที่หลายคนประสบอยู่ในขณะนี้ ดังเช่น กรณีการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญา ที่มีการคุ้มครองสิทธิค่อนข้างน้อยและยังถูกละเลยอยู่ทำให้หลักประกันทางกฎหมายในเรื่องสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีไม่สามารถนำมาใช้ได้เต็มที่ แม้ในปัจจุบันจะมีการรักษาสิทธิของบุคคลที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพิ่มขึ้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 ที่บัญญัติให้ “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้ (7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว...” และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม

เมื่อผู้ต้องหาและจำเลยมีฐานะเป็นบุคคลผู้ร่วมค้นหาความจริงในคดี และได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น ผู้ที่ถูกฟ้องคดีก่อนศาลประทับฟ้องจึงยังไม่ถือว่าเป็นจำเลย และก่อนที่จะมีคำพิพากษาเช่นนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิต่างๆ แก่ผู้ต้องหาและจำเลยเพื่อให้สามารถนำเสนอข้อเท็จจริงในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างเต็มที่ ซึ่งสิทธิประการหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ผู้ต้องหาและจำเลยสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ คือ สิทธิที่จะมีทนายความ (Right to Counsel) เนื่องจากกฎหมายต้องการให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในการเข้าสู่คดี เพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง และเป็นหลักประกันเพิ่มเติมว่าตนมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดย

ถือ “หลักอาวุโสเท่าเทียมกัน”<sup>1</sup> โดยรัฐต้องจัดหาหนายให้ตั้งแต่ชั้นสอบสวนจนถึงชั้นพิจารณาของศาล เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลเป็นการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อการนั้นทุกขั้นตอน ผู้ที่มีวิชาชีพในทางนี้ไม่ว่าจะเป็น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ หรือทนายความย่อมเป็นผู้มีคุณสมบัติและความรู้ทางวิชาชีพกฎหมายเพียงพอแล้ว<sup>2</sup> การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะเป็นผู้มีความรู้ทางด้านกฎหมายที่จะสามารถต่อสู้คดีได้เองอย่างมีประสิทธิภาพนั้นคงจะมีน้อยกรณี ฉะนั้น การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต่อสู้คดีเองทั้งๆ ที่ไม่มีความรู้ด้านกฎหมายเลยย่อมทำให้ไม่ยุติธรรมอย่างยิ่ง เมื่อสิทธิการมีทนายความมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษและความสามารถในการต่อสู้คดี<sup>3</sup> ดังนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 และมาตรา 173 จึงกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา โดยกำหนดให้รัฐหรือศาลมีหน้าที่ต้องจัดหาทนายความเพื่อช่วยแก้ต่างว่าคดีแทน ดังนี้

(1) กรณีที่รัฐหรือศาลต้องจัดหาทนายความให้ ถ้าไม่มี (เป็นกรณีที่ไม้อาจยกเว้นได้) ได้แก่ ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือ ในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา หรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล

(2) กรณีที่รัฐต้องจัดหาทนายความให้ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องการทนายความ (เป็นกรณีที่อาจยกเว้นได้) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก

การที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนบังคับให้พนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด เพราะเป็นกลไกสำคัญที่จะเป็นหลักประกันให้เชื่อได้ว่าถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้การไว้ต่อพนักงานสอบสวนนั้นผู้ต้องหาเต็มใจให้การด้วยความสมัครใจ<sup>4</sup> ดังนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าในชั้นสอบสวนพนักงานสอบสวนไม่สอบถามเรื่องทนายความก่อนเริ่มถามคำให้การ ตามมาตรา 134/1 นั้น เป็นผลให้ถ้อยคำใดๆ ของผู้ต้องหาที่ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวน ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้น ตามมาตรา 134/4 วรรคท้าย ส่วนในชั้นพิจารณา ก่อนเริ่มการพิจารณาคดีศาลต้องถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ตามมาตรา 173 แต่หากศาลชั้นต้นมิได้ดำเนินการตามนั้น กระบวนการของศาลชั้นต้นย่อมเป็นการไม่ชอบ แม้ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาไปแล้วศาลสูงย่อมต้องสั่งให้ศาลชั้นต้นดำเนินการกระบวนการพิจารณาใหม่ได้<sup>5</sup> ดังฎีกาที่ 1130/2543 “คดีที่มีโทษจำคุกตามมาตรา 173 วรรคสอง ก่อนเริ่มพิจารณาศาลชั้นต้นต้องสอบ

<sup>1</sup> คณิต ณ นคร ก (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 147.

<sup>2</sup> คณิง ภาไชย. (2548). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. หน้า 100.

<sup>3</sup> คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 150.

<sup>4</sup> ธานิส เกศวพิทักษ์. (2548). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 210.

<sup>5</sup> คณิง ภาไชย. เล่มเดิม. หน้า 104.

ถามจำเลยถึงเรื่องทนายความก่อน ถ้าศาลชั้นต้นมิได้สอบถามจำเลยจึงเป็นกระบวนการพิจารณาที่มิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 173 ศาลอุทธรณ์พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและให้ศาลชั้นต้นสอบถามจำเลยเรื่องทนายความแล้วพิจารณาพิพากษาใหม่ตามรูปคดี”

ผลของการไม่ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งสองกรณีดังกล่าว หากพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นได้ว่า ในชั้นสอบสวนกฎหมายถือเป็นบทบังคับว่า ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ได้ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการดำเนินการตามมาตรา 134/1 ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้น แต่ก็ไม่ทำให้การสอบสวนที่ผ่านมาเสียหายไปทั้งหมด แต่ในชั้นพิจารณาการที่ศาลมิได้ดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 173 นั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลสูงที่จะมีดุลพินิจ หากเห็นเป็นการจำเป็นว่า ศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ศาลสูงอาจสั่งให้ศาลล่างดำเนินการสอบสวนพิจารณาใหม่ได้ ซึ่งอาจเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี ก็ให้พิพากษาสั่งให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาและพิพากษาหรือสั่งใหม่ตามรูปคดีก็ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวมาข้างต้น จึงควรที่จะต้องสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้ต้องหาและจำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเต็มที่ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ และเพื่อให้สามารถเข้าสู่คดีได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากความกังวล ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบผลของการละเมิดสิทธิระหว่างในชั้นสอบสวนกับในชั้นพิจารณาคดีว่ามีความแตกต่างเป็นเช่นไร และควรมีการกำหนดมาตรการรองรับผลดังกล่าวหรือไม่ เพื่อนำมาเป็นการเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาและความหมายของการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความ
- 1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบผลของการละเมิดสิทธิในการมีทนายความทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา
- 1.2.3 เพื่อศึกษาถึงแนวทางการกำหนดมาตรการการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการดำเนินการสอบสวนพิจารณาที่มิชอบ กรณีที่เกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญา

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อให้สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ที่สำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ สิทธิการมีทนายความ (Right to Counsel) เนื่องด้วยทนายความเป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่

หากกระบวนการของกฎหมายไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยได้อย่างเต็มที่ เนื่องด้วยเหตุที่รัฐหรือศาลไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการสอบสวนหรือกระบวนการพิจารณา อันเป็นผลให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นเสียไปซึ่งสิทธิใดๆ ก็ควรนำมาซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่จะอุดช่องว่างดังกล่าว โดยที่ผลของการไม่สอบถามเรื่องทนายความในชั้นสอบสวนเป็นเหตุห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้น แต่ในชั้นพิจารณาคดีที่ศาลไม่สอบถามจำเลยเรื่องทนายความ เป็นเหตุให้กระบวนการของศาลมีชอบ และบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลสูงที่จะมีดุลพินิจหากเห็นเป็นการจำเป็น ศาลสูงอาจสั่งให้ศาลล่างดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ได้ จึงเห็นได้ว่าผลการละเมิดสิทธิในการมีทนายความนั้นยังคงมีความแตกต่างกันในผลของการรับฟังคำให้การแม้ว่าในชั้นพิจารณาคดีจำเลยอาจได้รับการพิจารณาใหม่อีกครั้งก็ตาม แต่หากมีบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับที่คุ้มครองสิทธิของจำเลยดังเช่นของผู้ถูกกล่าวหาแม้ไม่อาจกำหนดเป็นข้อห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นในคดีที่ศาลสูงสั่งให้ย้อนสำนวนให้ศาลล่างทำการพิจารณาและพิพากษาหรือสั่งใหม่ก็ตาม แต่ควรวางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นบทบังคับในผลทางกฎหมายห้ามมิให้ผู้พิพากษานายเดิมรับพิจารณาสำนวนนั้นอีก เพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งกัน ในบทบาทหน้าที่ในการพิจารณา ทั้งยังจะทำให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรมต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นๆ ต่อไป

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับสิทธิในการมีทนายความ โดยเปรียบเทียบผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวนกับชั้นพิจารณาคดี ซึ่งมีผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน และศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องหาและจำเลย ตลอดจนขอบเขตความเหมาะสมของการย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ โดยให้ผู้พิพากษานายเดิมเป็นผู้พิจารณาคดี

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาในเรื่องนี้ ผู้ศึกษาใช้วิธีการศึกษาข้อมูลจากตำรากฎหมายต่างๆ บทความที่เกี่ยวข้อง วิทยานิพนธ์ งานวิจัย ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ และผลงานทางวิชาการอื่นๆ รวมถึงการศึกษากฎหมายของต่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการเปรียบเทียบและหาข้อเสนอแนะที่เหมาะสมต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการคิดที่มาและความหมายเกี่ยวกับสิทธิการมีทุนความใน  
ชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา

1.6.2 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการปรับปรุงผลทางกฎหมายในกรณีศาลไม่ดำเนินกระบวนการ  
พิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้

1.6.3 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการกำหนดมาตรการและขอบเขตของการยื่นสำนวนไปให้ศาล  
ชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่

## บทที่ 2

### แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในการมีหนายความ และผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการพิจารณา

กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลเอาไว้อย่างเท่าเทียมกัน แต่ก็มีข้อยกเว้นในการได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญอยู่เช่นกัน ซึ่งก็คือการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนสถานะของบุคคลธรรมดาจากกลายเป็นบุคคลต้องที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นเหตุให้เขาต้องเสียสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไปนั้น ทำให้เกิดเป็นจุดเริ่มต้นที่เขาจะได้รับสิทธิอันเป็นหลักประกันทางกฎหมายว่า เขาจะได้รับความยุติธรรมจากการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งสิทธิประการหนึ่งที่สำคัญนั้นก็คือ สิทธิในการมีหนายความ

สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญาของประเทศไทย ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายหรือทนายความ ซึ่งอาจจะมีความแตกต่างในยุคต่างๆ ในแง่ความเข้มข้นของหลักประกันสิทธิ แต่ที่สำคัญคือความแตกต่างระหว่างสิทธิที่มีตามกฎหมายและผลแห่งการปฏิบัติในความเป็นจริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาล ทำให้เกิดความบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขึ้น

#### 2.1 แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย

การดำเนินคดีอาญาเริ่มตั้งแต่ในชั้นสอบสวนอันเป็นต้นสายแห่งกระบวนการยุติธรรมเป็นการกระทำเพื่อที่จะทราบถึงข้อเท็จจริงในเบื้องต้นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวได้กระทบสิทธิของผู้ต้องหา จึงต้องมีหลักประกันในการดำเนินการคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการดำเนินคดีอาญาอย่างเสมอภาคกัน

สิทธิ (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น หรือหมายถึงอำนาจหรือประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย ส่วน เสรีภาพ (Liberty) ได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของผู้อื่น ซึ่งสิทธิกับเสรีภาพส่วนใหญ่จะมีการใช้ปนๆ กัน



### 2.1.1 สิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหา

สิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหาเป็นความพยายามที่จะให้หลักประกันแก่ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งเป็นฝ่ายที่อยู่ภายใต้การปกครองเป็นฝ่ายที่อ่อนแอกว่าให้สามารถต่อสู้คดีแก้ข้อกล่าวหาที่ตนได้รับจากฝ่ายรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครองมีความเข้มแข็งกว่าได้ ซึ่งปรากฏในเอกสารหลายฉบับ เช่น Petition of right ค.ศ. 1628 ของประเทศอังกฤษกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นในสมัยพระเจ้าชาร์ลส์ ที่ 1 เป็นการที่รัฐสภาเรียกร้องจากพระเจ้าชาร์ลส์ขอสิทธิให้ประชาชน โดยห้ามจับกุมบุคคลโดยไม่มีเหตุผล การจำคุกทุกครั้งต้องมีการสอบสวนความผิดเสียก่อนหากใช้กฎหมายหรือกฏอัยการศึกให้ใช้ได้ยามฉุกเฉินเท่านั้น<sup>1</sup> หรือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมือง (Declaration Des Droits de l'Homme et du Citoyen หรือในภาษาอังกฤษคือ The Declaration of the right of Man and the Citizen) ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส ส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาในมาตรา 7 ซึ่งรับรองสิทธิในร่างกายของบุคคลที่ไม่อาจถูกกล่าวหาจับกุมหรือคุมขังได้หากไม่มีความผิดตามกฎหมาย ส่วนมาตรา 8 การกำหนดโทษทางอาญาต้องทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษนั้นทำไม่ได้ และในมาตรา 9 การสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์<sup>2</sup> เป็นต้น

ในปัจจุบันสิทธิในการต่อสู้คดีได้รับการพัฒนาไปมากมายหลายด้าน เช่น สิทธิที่จะพบญาติหรือบุคคลที่ไว้วางใจ สิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความ เป็นแต่สิทธิที่สำคัญอันเป็นพื้นฐานของการต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหา ก็คือ สิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา เพราะหากผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้รับทราบถึงข้อกล่าวหาที่ตนได้รับแล้ว ย่อมไม่อาจต่อสู้คดีได้อย่างถูกต้องและไม่สามารถนำสิทธิอื่นๆ ที่ได้รับมาใช้ได้อย่างเต็มที่

ภายใต้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพของประชาชนมีหลายประการ แต่ที่สำคัญที่สุดคือสิทธิในชีวิตและร่างกายอันเป็นสิทธิสูงสุดของมนุษย์ รัฐจะใช้อำนาจในการสั่งประหารชีวิตบุคคลใดจะต้องมีกระบวนการยุติธรรมอันเป็นที่ยอมรับของคนในสังคม แม้รัฐจะผูกขาดในการใช้ความรุนแรงอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม เมื่อใดก็ตามที่มีการเข่นฆ่าประชาชนอย่างไร้เหตุผลหรือทารุณกรรม ความชอบธรรมของผู้ปกครองรวมทั้งของระบบนั้นก็ย่อมคลาญนำไปสู่การต่อต้านหรือล้มล้างระบบอันมีปรากฏอยู่มากมายในประวัติศาสตร์

<sup>1</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. หน้า 51-52.

<sup>2</sup> แหล่งเดิม. หน้า 67.

ในส่วนของสิทธิในร่างกายนั้นเป็นสิทธิเสรีภาพที่ทุกคนมีโดยธรรมชาติและจะถูกละเมิดไม่ได้ การจะถูกจับ คุมขัง ทรมาณ โดยไร้เหตุผลตามอำเภอใจเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการสิทธิเสรีภาพและระบบนิติธรรมโดยสิ้นเชิง ประชาชนมีสิทธิในร่างกายโดยรัฐไม่สามารถจะคุมขังอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

นอกเหนือจากนั้นยังต้องมีการระบุถึงสิทธิของประชาชนที่ถูกกล่าวหาว่าทำผิดคดีอาญา โดยจะต้องมีการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ที่สำคัญ กระบวนการพิจารณานั้นจะต้องกระทำตามขั้นตอนที่มีหลักประกันว่าผู้กล่าวหาจะได้รับความยุติธรรม เช่น จะต้องมิให้สิทธิในการแต่งตั้งทนายขึ้นมาต่อสู้ตามกระบวนการจะไม่ถูกบีบบังคับให้สารภาพด้วยการทรมาณ กระบวนการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ นั้นจะต้องเป็นไปตามครรลองและข้อเท็จจริง ฯลฯ

### 2.1.2 สิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย

เนื่องจากสิทธิในชีวิตและร่างกาย รวมทั้งการกระทำความผิดคดีอาญาอื่นเป็นเรื่องร้ายแรง มีโทษทั้งปรับ ทั้งจำ รวมทั้งถึงขั้นประหารชีวิต จึงจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายและตั้งกฎเกณฑ์ที่จะคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาอย่างรัดกุม โดยจะต้องผสมผสานกัน 5 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง ได้แก่ ส่วนที่เป็นรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญที่ได้ประกาศใช้อยู่ในประเทศไทยนั้น บางฉบับไม่ได้มีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหลังการปฏิวัติรัฐประหาร ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ จะมีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพของจำเลยในคดีอาญาหนักเบาเข้มข้นต่างกัน

ส่วนที่สอง ได้แก่ การจับผู้สงสัยว่ากระทำความผิด การสืบสวนและสอบสวนอยู่ในกระบวนการของตำรวจเป็นส่วนใหญ่ แต่บางครั้งประชาชนก็อาจจะช่วยกันจับผู้ร้ายได้ ซึ่งในต่างประเทศนั้นเรียกว่า citizen arrest แต่ในกรณีของไทยนั้นเพียงแค่ช่วยกันจับตัวผู้สงสัยว่ากระทำความผิดเพื่อส่งให้ตำรวจ สิทธิของผู้ต้องหาใน “ระบบกล่าวหา” ซึ่งเป็นระบบในคดีอาญาของประเทศไทย จำเลยย่อมมีสิทธิปรึกษาผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายหรือทนาย หรือในระหว่างการสอบสวนนั้นจะต้องปลอดจากการถูกข่มขู่ ทรมาณ ในส่วนนี้นั้นอาจมีความแตกต่างในยุคต่างๆ ในแง่ความเข้มข้นของหลักประกันสิทธิของผู้ต้องหา แต่ที่สำคัญคือความแตกต่างระหว่างสิทธิที่มีตามกฎหมายและความเป็นจริงจากการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอยู่มากน้อยที่ผู้ต้องหาถูกข่มขู่ ถูกทรมาณ ถูกชักจูงให้ยอมรับสารภาพ และก็มีอยู่มากน้อยที่ข้อกล่าวหาทั้งหลายนั้นประกอบด้วยพยานอันเป็นเท็จ จึงปรากฏว่ามีผู้ถูกจำคุกจำนวนไม่น้อยเป็นผู้มิได้กระทำความผิดตามที่ถูกล่าวหา อันเห็นได้จากข้อมูลที่เปิดเผยมาเมื่อเร็วๆ นี้ โดยคณะกรรมการชุดหนึ่งที่ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้

ส่วนที่สาม ได้แก่ การฟ้องร้อง ซึ่งในบางกรณีพนักงานสอบสวนหรือตำรวจเป็นผู้ฟ้องคดีได้เอง หรือแม้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดคดีอาญาก็สามารถฟ้องร้องคดีได้ แต่ส่วนใหญ่ นั้นการฟ้องร้องกระทำการโดยอัยการแผ่นดินซึ่งถือเป็นตัวแทนของรัฐ การฟ้องร้องคดีอาญานั้นสามารถจะถูกบิดเบือนในความยุติธรรมได้ เช่น ในบางกรณีอัยการอาจสั่งไม่ฟ้องทั้งๆ ที่ข้อเท็จจริงของการกระทำความผิดใกล้เคียงกับอีกคดีหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ผู้เสียหายโดยตรงก็อาจจะฟ้องด้วยตนเอง แต่ที่สำคัญก็คือ ทศนคดีที่ไม่ถูกต้องของผู้กระทำการฟ้องร้องที่จำเป็นต้องฟ้องร้องอย่างรัดกุม จึงอาจมีการบิดเบือนข้อเท็จจริงจากการสืบสวนและสอบสวนเพื่อมัดตัวจำเลยให้ได้ และกรณีเช่นนี้ก็เห็นได้ชัดจากระบบลูกขุนที่ทนายแผ่นดินพยายามชักจูงให้ลูกขุนมีความเห็นคล้อยตาม เพื่อให้เอาผิดกับจำเลย ทั้งๆ ที่ข้อเท็จจริงอาจจะไม่เป็นตามที่จำเลยถูกกล่าวหา

ส่วนที่สี่ ได้แก่ การพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมในระบบที่มีลูกขุน ลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริงว่าผิดหรือไม่ผิด ศาลจะเป็นผู้นำไปปฏิบัติตามกฎหมายโดยใช้วิจารณ์ญาของศาลประกอบ ในส่วนนี้นั้นความยุติธรรมของตุลาการเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง ถ้าตุลาการมีอคติจำเลยก็อาจไม่ได้รับความยุติธรรม และที่สำคัญกว่านั้นถ้าศาลไม่สามารถรองความเที่ยงธรรมได้เนื่องจากแรงกดดันทางการเมือง สิทธิของจำเลยก็จะถูกกระทบ แต่ที่สำคัญที่สุด ศาลอาจจะใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมด้วยความจำใจ เช่น กรณีการออกกฎหมายย้อนหลัง หรือการมีรงให้วินิจฉัยไว้โดยอำนาจรัฐที่เหนือกว่า นี่เป็นเหตุให้ตุลาการในยุคคอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ลาออกจากตำแหน่งหลายคน เมื่อใดก็ตามที่ผู้พิพากษามีอคติหรือตกอยู่ในอำนาจอื่นของรัฐ หรือมีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง ความยุติธรรมของจำเลยในคดีอาญาย่อมถูกบิดเบือน

ส่วนที่ห้า ได้แก่ การลงโทษตามกบิลเมือง การลงโทษมิใช่มีเพื่อการแก้แค้นจึงเปิดโอกาสให้มีการร้องทุกข์ขึ้นสุดท้าย เช่นกรณีของโทษประหารชีวิตนั้นก็อาจมีการร้องทุกข์หรือถวายฎีกาให้ลดเว้นโทษประหารชีวิต โดยการร้องขอดังกล่าวนี้จะกระทำโดยนานาประเทศที่ขอความเมตตา ตัวอย่างเช่นในกรณีของประธานาธิบดีปาภิสถาน บุตโต ก็ได้มีเสียงเรียกร้องจากนานาประเทศให้ลดเว้นการประหารชีวิตแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ นอกเหนือจากนั้นการประพฤติปฏิบัติของผู้กระทำความผิดในขณะที่ได้รับโทษนั้นก็อาจจะมีส่วนให้รับการลดหย่อนผ่อนโทษได้ หรือในกรณีที่เป็วันสำคัญของประเทศนั้นๆ ก็จะมีการลดโทษให้กับนักโทษหรือปล่อยนักโทษเพื่อเป็นการเฉลิมฉลอง อันเป็นการแสดงออกของการมีมนุษยธรรมหรือเกี่ยวโยงกับเมตตาธรรมทางศาสนา หรือของประมุขแห่งรัฐ

สิทธิของจำเลยในคดีอาญาในกรณีของกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยนั้น จึงขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายคดีอาญาอื่นๆ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กระบวนการสืบสวนและสอบสวนของตำรวจ การฟ้องร้องของอัยการ

ศาลสถิตยุติธรรม กรมราชทัณฑ์ นอกเหนือจากนั้น ในฐานะที่ประเทศไทยให้สัตยาบันในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ขององค์การสหประชาชาตินานาชาติจึงคาดหวังให้ประเทศไทยปฏิบัติตามปฏิญญาดังกล่าวโดยกระบวนการออกกฎหมายที่ดี กระบวนการยุติธรรมที่ดี การรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่ดี จะต้องมีการปฏิบัติตามปฏิญญาที่ว่าไว้ นอกเหนือจากนั้นประเทศไทยยังให้สัตยาบันเกี่ยวกับสิทธิทางสังคมและการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) อีกด้วย<sup>3</sup>

สิทธิของจำเลยในคดีอาญาจึงอยู่ภายใต้กฎหมายหลายส่วน รวมทั้งพันธกรณีที่มีกับต่างประเทศ นอกเหนือจากนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมทั้งองค์กรเอกชน (NGOs) เช่น Amnesty International ก็เฝ้าจับตามองการละเมิดสิทธิมนุษยชนอยู่ตลอดเวลา ที่สำคัญการเคารพสิทธิมนุษยชนยังเป็นหนึ่งในห้าแนวโน้มของโลก อันได้แก่ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย การเคารพสิทธิมนุษยชน การค้าเสรี การรักษาสภาพแวดล้อม การเคารพสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาประเด็นสิทธิของจำเลยในคดีอาญาจึงเป็นประเด็นสำคัญเกี่ยวเนื่องกับหลักนิติธรรมประชาธิปไตย สิทธิขั้นพื้นฐานอันสำคัญของมนุษย์ และพันธกรณีที่มีต่อสหประชาชาติ

### 2.1.3 ระบบการดำเนินคดี

ระบบการดำเนินคดีอาญาของแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันไปตามประวัติความเป็นมาของอารยธรรม รูปแบบการปกครอง รูปแบบสังคมและวัฒนธรรมรวมถึงระบบกฎหมาย แต่หลักการใหญ่ของระบบการดำเนินคดีอาญาของแต่ละประเทศย่อมล้วนมีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ ความต้องการที่จะหาตัวผู้กระทำ ความผิดที่แท้จริงออกมามีทั้งสิ้น แต่รูปแบบอาจมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศที่มีแนวความคิดว่าการรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นเรื่องของประชาชนประชาชนทุกคนสามารถนำ คดีมาฟ้องศาลได้โดยอาศัยสิทธิของเขาในฐานะประชาชนคนหนึ่ง โจทก์มีฐานะเท่าเทียมกับจำเลย การดำเนินคดีเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความ 2 ฝ่าย ระบบการดำเนินคดีอาญาจะมีลักษณะเป็นระบบกล่าวหา ส่วนประเทศที่มีแนวความคิดว่ารัฐมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย รัฐจึงมีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาเพื่อค้นหาความจริงแท้ของเรื่อง โดยไม่ผูกมัดกับกฎเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานระบบการดำเนินคดีอาญาจะมีลักษณะเป็นระบบไต่สวนกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกันไปตามระบบการดำเนินคดีอาญาดังกล่าว

<sup>3</sup> ลิจิต ชีรเวทิน. (2550, 29, สิงหาคม). สิทธิของจำเลยในคดีอาญา. สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2554, จาก

### 2.1.3.1 ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ระบบไต่สวนเป็นระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน เป็นระบบการพิจารณาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเดิม ประเทศเหล่านี้ใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหามาก่อน ต่อมาเมื่อศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ได้เผยแพร่เข้ามาในยุโรป ประเทศต่างๆ ในยุโรปยกเว้นอังกฤษจึงได้นำเอาวิธีการชำระความของทางศาสนาคริสต์มาใช้ โดยเมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลทางศาสนาได้ทราบว่ามีบุคคลผู้เป็นสมาชิกในสังคมของตนกระทำการอันมิชอบ ผู้มีอำนาจปกครองก็จะต้องขวนขวายค้นหาข้อเท็จจริงโดยไม่คำนึงถึงว่ามีผู้กล่าวหาฟ้องร้องหรือไม่ การค้นหาข้อเท็จจริงและการค้นหาตัวผู้กระทำ ความผิดก็ไม่มีหลักเกณฑ์เคร่งครัดนัก เพราะมุ่งเอาผลที่จะรู้ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญในระยะแรกจึงมีการใช้วิธีทรมานจำเลยด้วยวิธีต่างๆ เพื่อให้จำเลยรับสารภาพ ผู้เสียหายและจำเลยอาจไม่มีการเผชิญหน้ากันต่อหน้าผู้มีอำนาจปกครอง และอาจถึงขนาดพิจารณาลับหลังจำเลยทีเดียว ต่อมา เมื่อระบบการทรมานจำเลยหมดไป และนักกฎหมายเริ่มค้นหาข้อเท็จจริง โดยทางพยานหลักฐาน ระบบนี้ก็คลี่คลายไปในทางค้นหาความจริงโดยมีการนำพยานหลักฐานมาสืบแต่ยังคงเอกลักษณ์เดิมที่ให้ศาลมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาลหรือศาลเห็นสมควรเรียกมาสืบเอง และไม่มีบทกฎหมายวางระเบียบการสืบพยานหรือไม่สืบพยานโดยเคร่งครัดระบบไต่สวนไม่มีลักษณะของการต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ แต่ใช้วิธีซักพินิจหาข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น การค้นหาความจริงไม่จำกัดอยู่เพียงพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความนำมาสู่ศาลเท่านั้น เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องกระตือรือร้นในการค้นหาความจริง การค้นหาความจริงในคดีอาญาตามระบบนี้<sup>4</sup> พยานหลักฐานจะถูกเสนอเข้าสู่การพิจารณาคดีในฐานะพยานศาลไม่ใช่พยานของฝ่ายโจทก์หรือจำเลย ความจำเป็นเรื่องการถามค้าน โดยคู่ความฝ่ายตรงข้ามจึงไม่มีในระบบนี้ศาลสามารถค้นหาความจริงต่างๆ ด้วยตนเองได้ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยมีพนักงานอัยการเป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือ ดังนั้น บทบาทของศาลในระบบนี้จึงมีมากกว่าศาลในระบบกล่าวหาการค้นหาพยานหลักฐานไม่ค่อยมีกฎเกณฑ์เคร่งครัดมากศาลจะรับฟังพยานหลักฐานเกือบทั้งหมดเท่าที่มีและไม่ขัดต่อกฎหมาย ขั้นตอนสำคัญจึงอยู่ที่การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลตามหลัก Evaluation of Evidence หรือ Prinzip der Beiswardigung<sup>5</sup> ระบบไต่สวนมีความเชื่อว่า การปล่อยให้หน้าที่ในการเสนอพยานหลักฐานต่อศาลอยู่ในมือของคู่ความแต่ละฝ่าย จะทำให้มีการปกปิด

<sup>4</sup> คณิต ณ นคร ข (2525, กุมภาพันธ์). “กรมอัยการ การปฏิรูปโครงสร้างและงาน.” วารสารอัยการ, 50, 5. หน้า 51.

<sup>5</sup> Richard May. (1986). *Criminal Evidence*. p.303.

พยานหลักฐานและสร้างพยานหลักฐานเท็จบิดเบือนความจริงที่เสนอต่อศาล เพื่อทำลายพยานหลักฐานที่เป็นโทษ และสร้างพยานหลักฐานที่เป็นคุณต่อตนเองศาลจึงเป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ผู้พิพากษาเปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวนมีอำนาจสืบสวนพยานและควบคุมการไต่สวนเองในระบบไต่สวนจึงเน้นเรื่องบทบาทของศาลในการควบคุมกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ ผู้ถูกไต่สวนจึงแทบจะไม่มีสิทธิอะไรเลย มีสภาพไม่ต่างจากวัตถุชิ้นหนึ่ง กล่าวคือ เป็นกรรมในคดี (Prozess – objekt)<sup>6</sup> การที่ถือว่า ผู้ถูกไต่สวนเป็นกรรมในคดี มีผลทำให้ผู้นั้นไม่มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาซึ่งระบบนี้มักนำเอาการใช้วิธีการค้นหาความจริงโดยการข่มขู่ทรมานร่างกายผู้ถูกไต่สวนมาใช้เพื่อค้นหาความจริงโดยถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

### 2.1.3.2 ระบบกล่าวหา (Adversary System)

ระบบกล่าวหาเป็นระบบการดำเนินคดีอาญาที่พัฒนาขึ้นในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือกำเนิดขึ้นจากประเทศอังกฤษและแล้วพัฒนาไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในเครือจักรภพ ระบบนี้สืบเนื่องมาจากการที่บุคคลนำเรื่องราวมาฟ้องร้องว่ากล่าวบุคคลอีกคนหนึ่งต่อผู้มีอำนาจ เพื่อให้ผู้มีอำนาจชำระคดีแก่ตน ในสมัยโบราณชาวอังกฤษมีความเชื่อและศรัทธาในพระผู้เป็นเจ้า ผู้บริสุทธิ์หรือผู้สุจริตเท่านั้นที่พระผู้เป็นเจ้าจะคุ้มครอง การแสวงหาข้อเท็จจริงในสมัยนั้นจึงใช้วิธีค้ำน้ำ ลุยไฟ (Trial by Ordeal) หรืออาศัยการต่อสู้ด้วยอาวุธ (Trial by Battle) เพื่อค้นหาผู้บริสุทธิ์ ผู้ชำระความจริงต้องวางตัวเป็นกลางคอยควบคุมดูแลมิให้มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันมากเกินไปเมื่อสังคมเจริญขึ้น การพิสูจน์ข้อเท็จจริงหันมาใช้การนำ พยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อหน้า ผู้มีอำนาจชำระความ แต่แท้จริงแล้ว การพิจารณาชี้ขาดว่าฝ่ายใดผิดหรือถูกก็มีได้อาศัยพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอเข้ามา แต่สำคัญอยู่ที่ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ปฏิบัติตามกฏกติกาซึ่งผู้ชำระความได้วางไว้ครบถ้วนกว่ากัน กฎเกณฑ์ต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการสืบพยานจึงมีอยู่อย่างเคร่งครัด มีบทคัดพยาน (Exclusionary Rules) ที่เด็ดขาดเพื่อมิให้พยานที่ต้องห้ามเข้ามาสู่สำนวนความ และเพื่อมิให้ลูกขุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้รับรู้ถึงพยานหลักฐานที่เสนอเข้ามาโดยมิชอบด้วยกฎเกณฑ์ดังกล่าว อำนาจของศาลในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือตัดทอนพยานก็มีจำกัดหรือแทบไม่มีเลย ศาลหรือผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้วางกติกาและตัดสินคดีด้วยความเป็นกลาง อัยการโจทก์และจำเลยในระบบกล่าวหานี้อยู่ในฐานะคู่ความที่เท่าเทียมกัน ความสำคัญของหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความอาญาและการสืบพยานหลักฐานจึงอยู่ที่การวางแนวทางอย่างไรที่จะให้เกิดความสมดุลย์ในการต่อสู้ระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายหรือไม่เป็น

<sup>6</sup> คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 44.

การให้อาวุธกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไปจนทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันลักษณะเหล่านี้ กลายมาเป็นเอกลักษณ์ของระบบกล่าวหาจนกระทั่งปัจจุบัน ดังนั้น คู่ความจึงมีบทบาทอย่างมากในการกำหนดทิศทางและวิธีการดำเนินการต่างๆ ในศาล โดยเฉพาะขั้นตอนในชั้นสืบพยานไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเตรียมการสืบพยาน การซักซ้อมพยาน การสืบพยานและการซักถามพยานบุคคล เป็นเหตุให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานและการสืบพยานจนเกิดเป็นทฤษฎีกฎหมายมากมาย การเน้นบทบาทหรือสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงเป็นเรื่องสำคัญ สอดคล้องกับ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (le principe dispositif)<sup>7</sup> คู่ความจะเป็นฝ่ายกำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี ส่วนศาลนั้นมีบทบาทเป็นเพียงเสมือนกรรมการผู้ควบคุมหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาเท่านั้น ผู้ถูกกล่าวหาจึงได้รับการยกฐานะจากการเป็น “กรรมในคดี” (Prozess – object) ขึ้นเป็น “ประธานในคดี” (Prozess – subject) กล่าวคือ ในการดำเนินคดีระบบกล่าวหา กฎหมายไม่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นวัตถุแห่งการซักพยานหรือเป็นกรรมในคดีอย่างในระบบไต่สวน แต่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็น “คน” และเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายจึงให้สิทธิต่างๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหา เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่หรือวางเฉยในการดำเนินคดีเพราะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิพากษาคัดสินจากศาลว่าเป็นผู้กระทำความผิดและห้ามการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีขอบ สิทธิต่างๆ ในคดีของผู้ถูกกล่าวหาที่กฎหมายรับรองจึงแยกออกเป็น “สิทธิในทางกระทำ” (actives Recht หรือ active right) และ “สิทธิในทางอยู่เฉย” (passives Recht หรือ passive right)

#### 2.1.4 แนวคิดการมีทนายความ

ทนายความ เป็นองค์กรที่มีความสำคัญองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะจะเป็นหลักประกันว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายเพื่อจะได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ ดังนั้น แนวคิดที่จะนำมาเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ได้แก่

##### 2.1.4.1 ความจำเป็นในการมีทนายความในการต่อสู้คดี

การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินคดีอาญา อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของจำเลย ซึ่งมีมาเป็นระยะเวลายาวนานตั้งแต่มี Bill of Rights และแมกนาคาร์ตา ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก

<sup>7</sup> วรรณชัย บุญบำรุง. (2543, มีนาคม). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 1. หน้า 84.

ของโลก ซึ่งต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาก็นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติโดยเฉพาะใน Due Process of Law หรือสิทธิตามกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย โดยบุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน บุคคลผู้อยู่ในกระบวนการพิจารณาทางคดีอาญาทั้งในชั้นสอบสวนและการพิจารณาในชั้นศาลนั้น จะต้องอาศัยความรู้ความชำนาญในการต่อสู้คดี การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนายความที่จะช่วยเหลือให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ย่อมจะมีความเสียเปรียบในการต่อสู้คดีเป็นอย่างมาก อีกทั้งสิทธิในการมีทนายความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษและความสามารถในการต่อสู้คดี<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้กำหนดสิทธิการมีทนายความไว้ตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงที่มีต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยนั้น กล่าวได้ว่าผู้ต้องหาและจำเลยต้องตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายโจทก์มาโดยตลอด โดยที่ฝ่ายผู้ต้องหาและจำเลยแทบจะไม่มีโอกาสได้ใช้เครื่องมือหรือกลไกของรัฐมาช่วยให้อยู่ในสถานะที่จะต่อสู้กับฝ่ายโจทก์ได้เลย อีกทั้งยังขาดองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากบางประเทศที่มีการพัฒนาเรื่องนี้ เพราะมีการจัดตั้งองค์กรเฉพาะที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นหน่วยงาน โดยเฉพาะ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มี Public Defender เป็นต้น

เนื่องจากระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย เป็นระบบผสมซึ่งมีทั้งในลักษณะของ ระบบ Common law ที่มีปรัชญาพื้นฐานว่าความจริงในคดีจะปรากฏจากการต่อสู้คดีอย่างยุติธรรม ระหว่างคู่ความ ที่มีความสามารถในการต่อสู้คดีเสมอกัน ต่อหน้ากรรมการที่เป็นกลาง และระบบ Civil law ที่มีปรัชญาพื้นฐานของการค้นหาความจริงโดยองค์กรของรัฐคือ ตำรวจ อัยการ ศาล ต่างมีบทบาทในการค้นหาความจริง และมีระบบการถ่วงดุลอำนาจระหว่างกันและกัน ซึ่งระบบกฎหมายทั้งสองมีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก จึงเป็นเรื่องที่ประเทศไทยจำเป็นต้องศึกษาประสบการณ์ของประเทศที่ใช้กฎหมายทั้งสองระบบดังกล่าวเพื่อนำมาปรับใช้กับกระบวนการที่เหมาะสม สำหรับสังคมไทยซึ่งยังมีประชาชนผู้ยากไร้ไม่ได้รับความยุติธรรมจากการดำเนินคดีในระบบผสมนี้ และที่สำคัญภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้ผู้ต้องหาและจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายจากทนายความ โดยรัฐจัดหาให้ได้มากขึ้นกว่าเดิม เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลจะต้องอาศัยผู้มีความรู้ความสามารถในการดำเนินคดี การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนายความในการต่อสู้ย่อมจะเสียเปรียบเป็นอย่างมาก ทนายความจึงมีบทบาทสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน

<sup>8</sup> คณิศ ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 150.



ตั้งแต่เริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการจนถึงที่สุดคดี ดังนั้น ทนายความจึงถือได้ว่าเป็นองค์กรหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมที่มีความสำคัญที่ควบคุมการดำเนินคดีของผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อให้เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย แต่กระนั้นก็ตาม กฎหมายก็ยังมีได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิในการมีทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ย่อนความสามารถในด้านอื่นนอกจากความเป็นผู้เชี่ยวชาญ เช่น เป็นผู้พิการไว้ เพราะข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติก็ยังมีข้อขัดข้องหรืออุปสรรคอยู่หลายประการจนทำให้ผู้ต้องหาและจำเลยไม่ได้รับสิทธิเสรีภาพและความช่วยเหลืออย่างมีคุณภาพในทุกขั้นตอน ดังจะได้กล่าวถึงคำพิพากษาฎีกาที่ 2462/2518 มาตรา 173 บัญญัติเรื่องทนายความก็เพื่อให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีได้แม้จำเลยจะหาทนายเอง แต่ทนายขอถอนตัวเสียก่อนเมื่อสืบพยานโจทก์ปากแรกจบแล้วขอเลื่อนไปเพื่อหาทนายใหม่ศาลควรให้เลื่อนคดีไปเพื่อให้โอกาสจำเลยหาทนายความมาใหม่ การดำเนินการพิจารณาโดยจำเลยไม่มีทนายความอยู่ ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว คำพิพากษานี้ทำให้เห็นได้ว่า สิทธิของการมีทนายความเป็นสิทธิที่สำคัญที่เสริมความเป็นประธานในคดีของผู้ถูกกล่าวหา หากพิจารณาถึงสิทธิการมีทนายความของประเทศฝรั่งเศสในชั้นพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 274 บัญญัติว่า ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลแจ้งให้จำเลยเลือกทนายความ และหากจำเลยไม่ยอมเลือกทนายความให้ศาลตั้งทนายความให้จำเลยทันที นอกจากนี้ ในขณะที่พิจารณาคดีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 317 วรรคหนึ่ง ยังบัญญัติว่าการปรากฏตัวของทนายความในการพิจารณาคดีเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งหากทนายความที่ตั้งไว้ไม่มาศาล ศาลต้องตั้งทนายความใหม่ให้ทันที ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสได้รับรองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในการพิจารณาคดีใน La cour d'assises ถึงสองชั้น

#### 2.1.4.2 หลักอาวูรเท่าเทียมกัน (Equality of Arms)

เนื่องจากข้อเท็จจริงที่พบได้ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า ทั้งผู้ต้องหาและจำเลยแต่ละคนนั้นมีความสามารถในการเข้าสู่คดีไม่เท่าเทียมกัน กฎหมายจึงต้องปกป้องคุ้มครองผู้ที่เข้าต่อสู้คดี โดยการให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาและจำเลย เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น ทนายความจึงถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญในการให้ความช่วยเหลือ และเป็นหลักประกันเพิ่มเติมด้วยว่า ผู้ต้องหาและจำเลยมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยอาศัย “หลักอาวูรเท่าเทียมกัน”<sup>10</sup> ซึ่งในกฎหมายระบบ Common Law หรือระบบกล่าวหาที่มองว่าให้ผู้พิพากษาเป็นกรรมการกลางแล้วคู่ความต่อสู้คดีกันเองนั้น หลักอาวูรเท่าเทียมกันเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด

<sup>9</sup> แหล่งเดิม. หน้า 148.

<sup>10</sup> แหล่งเดิม. หน้า 147.

หมายความว่า การที่คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต่อสู้กันอย่างเป็นธรรม เพื่อให้ความจริงปรากฏออกมานั้น คู่ความทั้งสองฝ่ายต้องอยู่ในฐานะที่ใกล้เคียงกัน หากฝ่ายโจทก์เป็นรัฐ มีตำรวจและอัยการเป็นหลัก แต่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นชาวบ้านธรรมดาซึ่งจำเลยในคดีอาญาส่วนใหญ่จะยากจนและไม่มีความรู้หรือมีแต่ไม่ใช่ความรู้ด้านกฎหมาย สิทธิตรงนี้จะมีส่วนช่วยให้เขาสามารถต่อสู้กันได้อย่างเต็มที่ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้าไปดูแลให้ผู้ต้องหาและจำเลยได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพจากทนายความ การดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ความจำเป็นในการมีทนายความยิ่งจะเห็นเด่นชัดมาก นอกจากการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายนั้นก็ยังให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ยากไร้อีกด้วยซึ่งเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งแก่ประชาชนที่จะต้องได้รับจากรัฐและการช่วยเหลือของทนายความนั้นยังจะต้องมีประสิทธิภาพด้วยเช่นกัน<sup>11</sup>

### 2.1.4.3 หลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องหลักความเสมอภาค ในปัจจุบันได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน โดยถือว่าบุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหมายถึงที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งผู้ที่มีความคิดเช่นนี้ได้แสดงความคิดเห็นต่อต้านลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยต้องการกีดกันพระมหากษัตริย์ไม่ให้ใช้พระราชอำนาจผิดทำนองคลองธรรมโดยอ้างถึงหลักกฎหมายที่ว่า “บุคคลทุกคนเกิดมามีเสมอภาคกันและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ติดตัวมาสิทธินี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนได้”<sup>12</sup> แต่หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอภาคกันทุกคนความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคได้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และ

<sup>11</sup> ชาดิชชาย กริชชาญชัย. (2529, พฤศจิกายน – ธันวาคม). “ระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ยากจนในประเทศสหรัฐอเมริกา.” *ดุลพินิจ*, 6, 33. หน้า 44-57.

<sup>12</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 138.

จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้<sup>13</sup>

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550) ได้มีการบัญญัติในเรื่องความเสมอภาคไว้ในมาตรา 30 ว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

จากบทบัญญัติอันรับรองหลักแห่งความเสมอภาค จะสังเกตได้ว่า การระบุบทบัญญัติในกฎหมายนั้นมีวิธีการในการรับรองหลักแห่งความเสมอภาคอยู่สามวิธี คือ

วิธีแรก เป็นวิธีที่ใช้โดยทั่วไปที่แม้กฎหมายจะไม่ระบุคำว่า “เสมอกัน” “เสมอภาค” หรือ “เท่าเทียมกัน” ไว้ก็ตามแต่กฎหมายดังกล่าวก็มีลักษณะที่ใช้บังคับกับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน เช่น มาตรา 19 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินกิจการรับทำการเก็บ ขนหรือกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยโดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการ...” ซึ่งมีความหมายว่า ห้ามทุกคนโดยเสมอภาค หรือมาตรา 94 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติว่า “เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษผู้ใดซึ่งมีหน้าที่...จะต้องจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบบำบัดน้ำเสียหรือระบบกำจัดของเสียอย่างอื่น...” ซึ่งมีความหมายบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามอย่างเสมอภาค เป็นต้น

วิธีที่สอง เป็นวิธีที่กฎหมายระบุคำว่า “เสมอกัน” “เสมอภาค” หรืออื่นๆ ในลักษณะเดียวกันอย่างชัดเจน เช่น มาตรา 10 พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การ

<sup>13</sup> เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (2547, 12 มกราคม). หลักความเสมอภาค. สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2553, จาก <http://isc.ru.ac.th/data/PS0003333.doc>

จัดการศึกษาต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกัน ในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...” หรือในมาตรา 60 ที่ว่า “ให้รัฐ...จัดสรรงบประมาณและทรัพยากรทางการศึกษาอื่นเป็นพิเศษให้เหมาะสมและสอดคล้องกับความจำเป็นในการจัดการศึกษาสำหรับผู้เรียนที่มีความต้องการเป็นพิเศษแต่ละกลุ่ม... โดยคำนึงถึงความเสมอภาคในโอกาสทางการศึกษาและความเป็นธรรม...” เป็นต้น

วิธีที่สาม เป็นวิธีที่กฎหมายบัญญัติในทางตรงกันข้ามโดยห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ เช่น มาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใน...คำพิพากษาเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย...เนื่องจากกระทำโดย...มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม...” เป็นต้น

### 2.1.5 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา

#### 2.1.5.1 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในระบบ Common Law

ในระบบระบบ Common Law นี้ ผู้พิพากษาจะต้องวางตัวเป็นกลางและคอยควบคุมการดำเนินการต่อสู้คดีของคู่ความให้เป็นไปตามหลักการและหลักเกณฑ์ของกฎหมาย อันมีผลสำคัญต่อทนายความที่เข้ามามีบทบาทสำคัญยิ่งในฐานะเป็นตัวแทนของลูกความในการดำเนินคดี เพื่อค้นหาความจริงโดยการนำสืบพยานหลักฐานบทบาทในการดำเนินคดีอาญาก่อนการพิจารณาคดีเป็นขั้นตอนที่ทนายความเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในช่วงก่อนจะมีการพิจารณาคดีในห้องพิจารณาของศาล ซึ่งเป็นช่วงที่เป็นการเตรียมคดีและเป็นการคุ้มครองผู้ต้องหาไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิต่างๆ ก่อนการพิจารณาคดีโดยศาล และเมื่อทนายความเข้าช่วยเหลือได้รวดเร็วเท่าใดผู้ต้องหาที่จะได้รับความคุ้มครองในชีวิต ร่างกายรวดเร็วเท่านั้น

#### 2.1.5.2 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในระบบ Civil Law

ในการดำเนินคดีอาญาระบบระบบ Civil Law ให้ผู้พิพากษามีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริงโดยวิธีการไต่สวนตั้งแต่เริ่มต้นคดี ผู้พิพากษาจึงเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาคดีและควบคุมการดำเนินคดีทุกขั้นตอนอันเป็นการจำกัดบทบาทในการซักคำพยานของทนายความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทนายความในระบบ Civil Law จึงเป็นผู้มีหน้าที่ช่วยให้คำแนะนำคดีกลายคดีแก่ลูกความและรักษาประโยชน์ของลูกความด้วยการเรียกร้องให้มีการพิจารณาคดีดำเนินไปโดยชอบด้วยกฎหมายและโต้แย้งความถูกต้องแน่นอนน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานต่างๆ ที่โจทก์นำมาแสดง และหาพยานหลักฐานต่างๆ พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย อย่างไรก็ตาม ทนายความก็เป็นผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลย อันเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการพิจารณาคดีของศาลและคอยช่วยเหลือจำเลยในการดำเนินคดี นับได้ว่าทนายความเป็นองค์กรหนึ่ง

ในกระบวนการยุติธรรมที่มีหน้าที่ที่สำคัญยิ่งในการที่จะดำเนินคดีให้เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมายที่ถูกต้องในการที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ถ้าหากว่ามีการดำเนินคดีโดยไม่ชอบธรรมด้วยกระบวนการพิจารณา ทนายความมีสิทธิขอให้ยกเลิกกระบวนการพิจารณาได้เพื่อเป็นประกันการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม ฉะนั้น การให้สิทธิในการมีทนายความแก่จำเลยในระบบ Civil Law ก็เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่า จำเลยจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม บทบาทของทนายความที่สำคัญก็คือ ให้ความช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในฐานะเป็นผู้ร่วมในการดำเนินคดีอาญาเพื่อคอยป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

### 2.1.5.3 สิทธิและหน้าที่ของทนายความตามกฎหมายไทย

(1) สิทธิของทนายความมีบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย<sup>14</sup> หลายประการ ดังนี้

ก. สิทธิที่จะติดต่อกับลูกความ

โดยปกติการติดต่อกับลูกความจะเป็นการพูดจากันเป็นการเฉพาะตัว เพื่อให้ทนายความได้รู้จักตัวลูกความและทราบข้อเท็จจริงของคดี เพื่อใช้ในการต่อสู้คดีและเตรียมพยานหลักฐานในการแก้ข้อกล่าวหา และเพื่อแนะนำข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่ลูกความนั่นเอง

ข. สิทธิที่จะรวบรวมและเสนอพยานหลักฐาน

กรณีนี้ถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญของทนายความที่จะต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความเพื่อให้ศาลเห็นตามนั้น

ค. สิทธิที่จะแถลงให้เจ้าพนักงานและศาลทราบ และร้องขอให้ดำเนินการ

ทนายความมีสิทธิที่จะแถลงให้พนักงานสอบสวนและศาลทราบและดำเนินการ เช่น หากพบพยานเอกสารหรือพยานวัตถุซึ่งต้องตรวจสอบโดยผู้ชำนาญการพิเศษ ต้องรีบแจ้งให้พนักงานสอบสวนและขอให้พนักงานสอบสวนดำเนินการเพื่อความกระจ่างของข้อเท็จจริงเพื่อเป็นประโยชน์แก่ลูกความของตน

ง. สิทธิที่จะกำหนดวันพิจารณาคดีและลักษณะของกระบวนการพิจารณา

ในการที่ศาลจะนัดพิจารณาคดีนั้น ศาลจะต้องฟังทนายความตามสมควรด้วย นอกนั้นทนายความยังทำหน้าที่เป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ต่อคดีและแถลงข้อเท็จจริงซึ่งทั้งสามหน้าที่นี้จะเห็นเด่นชัดในชั้นพิจารณาคดี

จ. สิทธิที่จะแนะนำเรื่องอุทธรณ์ ฎีกา

<sup>14</sup> คู่มือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 7/1.

การอุทธรณ์ ฎีกา เป็นเรื่องสำคัญ แต่เนื่องจากจำเลยอาจไม่มีความรู้ด้านกฎหมายดีพอ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับคำแนะนำจากทนายความ เพราะการอุทธรณ์ ฎีกาไปโดยไม่มีความรู้เพียงพอ อาจเป็นผลร้ายแก่จำเลยยิ่งขึ้นไปอีก<sup>15</sup>

#### ฉ. สิทธิที่จะตรวจสอบสำนวนการสอบสวน

ในบางประเทศทนายความมีสิทธิที่จะตรวจสอบสำนวนการสอบสวนภายใต้เงื่อนไขบางประการ<sup>16</sup> จากหลักการค้นหาความจริงโดยถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้เกี่ยวข้องในคดีอาญาทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นศาลหรือผู้พิพากษาก็ดี อัยการก็ดี ทนายก็ดี ต่างมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดีอาญาตามกฎหมาย Civil Law นี้เองเป็นผลให้ประเทศในภาคพื้นยุโรป ในส่วนที่เป็นการจัดทำสำนวนการสอบสวนและการรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นคำให้การของผู้ต้องหาหรือจำเลย ความคิดเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ เอกสารและรายงานต่างๆ เกี่ยวกับคดี ประวัติอาชญากรรม และเอกสารต่างๆ ของฝ่ายผู้ต้องหาหรือจำเลย ในขั้นนี้หลังจากการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว ทนายผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะขอตรวจสอบสำนวนการสอบสวนและพยานหลักฐานต่างๆ ของอัยการทั้งหมด และในประเทศยุโรปตะวันตก (ยกเว้นฝรั่งเศส) การขอตรวจสอบสำนวนการสอบสวนก่อนเสร็จสิ้นการสอบสวนจะกระทำไม่ได้ก็โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรืออัยการ ซึ่งจะอนุญาตหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่

(2) สิทธิของทนายความที่กล่าวมาข้างต้นเป็นสิทธิที่สืบเนื่องมาจากหน้าที่<sup>17</sup> ของทนายความ ซึ่งมีอยู่ดังนี้

ก. หน้าที่ที่จะจะไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ สืบเนื่องมาจากความไว้นับเชื่อใจของลูกความ

ข. หน้าที่ที่จะต้องให้ความจริงแก่ศาล

ง. หน้าที่ที่จะต้องแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความ

หน้าที่ของทนายความทั้งสามประการนี้ จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ขัดกันอยู่ในขณะที่ทนายความมีหน้าที่ที่จะจะไม่แถลงข้อเท็จจริงซึ่งนานอนว่าข้อเท็จจริงที่แถลงนั้นเป็นผลเสียแก่ลูกความ แต่อีกทางหนึ่งทนายความต้องให้ความจริงต่อศาล ศิลปะการเป็นทนายความจึงยากที่จุดนี้ กล่าวคือ ทำอย่างไรจึงจะให้หน้าที่ทั้งสามมีความเชื่อมโยงสอดคล้องต้องกัน นั่นก็คือ

<sup>15</sup> คณิต ฅ นคร ก (2525, พฤศจิกายน). “ฐานะหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา.” วารสารอัยการ. หน้า 55.

<sup>16</sup> คูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, มาตรา 147.

<sup>17</sup> คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 153.

ทนายความต้องพยายามอย่างยิ่งที่สุดที่จะแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความโดยไม่มีกรกล่าวเท็จจริง และไม่ผิดหน้าที่ที่จะคงไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ที่เป็นผลเสียต่อลูกความของตน

## 2.2 มาตรฐานสากลเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ

### 2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

ในปี ค.ศ. 1948 นานาประเทศได้ร่วมจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยมีอิทธิพลตามคำสอนของ Locke โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล เพื่อให้มนุษย์ดำรงตนอยู่ได้ด้วยความสะดวกเท่าเทียมกัน จึงได้จัดทำกฎบัตรสหประชาชาติเพื่อวางมาตรฐานสากลสำหรับสิทธิต่างๆ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ หรือเรียกว่า สิทธิมนุษยชน และมีบทบัญญัติให้จัดทำเอกสารรับรองสิทธิของบุคคลขึ้นอย่างเป็นทางการ<sup>18</sup> โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The United Nations Commission on Human Rights) ได้จัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948) ขึ้นเป็นหลักการใหญ่ที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิมนุษยชน เพื่อให้มนุษย์ทั้งโลกไม่ว่าชาติใด ภาษาใด ศาสนาใด เผ่าพันธุ์ใด หรือ แหล่งกำเนิดใดได้รับความคุ้มครองในการที่จะดำรงตนเป็นมนุษย์ด้วยความเคารพซึ่งกันและกัน เสมอภาคเท่าเทียมกัน ในส่วนของการให้ความคุ้มครองบุคคลให้พ้นจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน คือ การให้หลักประกันความมั่นคงพื้นฐานของสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคล การที่จะจำกัดสิทธิหรือละเมิดสิทธิของบุคคลใดนั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้แก่เจ้าพนักงานของรัฐ และหลักของสิทธิความเป็นส่วนตัว (Private Right) ที่จะไม่ถูกสอดแทรกจากบุคคลโดยไม่มีสิทธิและกำหนดสิทธิธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ว่าควรมีสิทธิประการใดบ้าง และเพื่อเป็นแนวทางสำหรับประเทศสมาชิกที่จะสามารถนำไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรอง และคุ้มครองสิทธิของประชาชนในประเทศตนต่อไป

หลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 นี้ ได้กำหนดหลักการคุ้มครองบุคคลทุกคนให้ได้รับความเสมอภาคกันในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้มีมาตรฐานเดียวกันปรากฏในปฏิญญา ดังนี้

ข้อ 1 มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระ และเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และการปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ

ข้อ 7 ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่า

<sup>18</sup> กุลพล พลวัน. (2518). “วันสิทธิมนุษยชน.” *บทบัญญัติ*, 32. หน้า 619.

เทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุ้งให้เกิดการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

ข้อ 10 ทุกคนมีสิทธิโดยเสมอภาคเต็มที่ ในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและเที่ยงธรรมในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตน และการกระทำผิดอาญาใดๆ ที่ตนถูกกล่าวหา

ข้อ 11 (1) บุคคลทุกคนซึ่งถูกกล่าวหาด้วยความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณา โดยเปิดเผย ณ ที่ซึ่งตนได้รับหลักประกันทั้งหมดที่จำเป็นในการต่อสู้คดี

(2) บุคคลใดจะถูกถือว่ามีความผิดอันมีโทษทางอาญาใดๆ ด้วยเหตุผลที่ตนได้กระทำหรือ และเว้นการกระทำการใดๆ ซึ่งกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่มีการกระทำนั้นมิได้ระบุว่าเป็นความผิดทางอาญามีได้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่การกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นมิได้

แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 จะไม่ได้ระบุถึงหลักประกันในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างชัดเจน แต่จากบทบัญญัติที่ข้อมา ย่อมสามารถระบุได้ถึงเจตนารมณ์ที่จะสร้างหลักประกันแก่บุคคลทุกคนว่า หากเขาจะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าในที่ใดในโลก เขาต้องได้รับหลักประกันที่จะให้เขาสามารถต่อสู้คดีในเรื่องนั้นได้อย่างเต็มที่ และจะต้องได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ถูกต้องและเป็นธรรมตามข้อกล่าวหา ซึ่งเมื่อทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคกันและความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกันแล้ว เพื่อให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองในการเข้าสู่คดี ดังนั้น สิทธิในการมีทนายความเพื่อให้คำปรึกษาและช่วยเหลือผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยจึงมีความสำคัญยิ่งต่อความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และถือได้ว่าเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งในการต่อสู้คดีของจำเลย

### 2.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

เมื่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นผลมาจากการเมืองระหว่างประเทศ โดยอาศัยการประนีประนอมระหว่างมหาอำนาจ 2 ฝ่าย หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งมีจุดยืนขัดแย้งแตกต่างกัน กล่าวคือ มหาอำนาจฝ่ายตะวันตกมีแนวคิดเน้นหนักไปในด้านสิทธิราษฎรและการเมือง ส่วนมหาอำนาจฝ่ายสังคมนิยมโน้มเอียงไปทางด้านสิทธิเศรษฐกิจและสังคมในฐานะผู้ชนะสงครามใหม่ๆ มหาอำนาจสองฝ่ายสามารถรวมชอมกันได้โดยรวมหลักการของสิทธิทั้งสองประเภทเข้าไปในเอกสารฉบับเดียวกันในปฏิญญาสากลฯ นี้ ครั้นเมื่อการดำเนินงานเรื่องสิทธิมนุษยชนก้าวมาถึงขั้นที่ต้องการให้เกิดผลบังคับขึ้นจึงมีการจัดทำ ขึ้นในรูปของ “กติการะหว่างประเทศ” (International Covenant) โดยจัดทำ แยกเป็น 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจสังคมและ



วัฒนธรรม และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยไม่มีผลบังคับ เป็นสากลแต่จะมีผลบังคับเฉพาะแก่ประเทศที่ให้สัตยาบันเท่านั้น

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มีความมุ่งหวังที่จะยกระดับประชาชนและให้หลักประกันรวมไปถึงการสร้างความมั่นคงในสิทธิของบุคคลให้ดียิ่งขึ้น ในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นความยุติธรรม ความเท่าเทียมกัน การไม่เลือกปฏิบัติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยอาศัยอุดมการณ์ที่ว่าเสรีชนมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ สามารถสัมฤทธิ์ผลได้ก็ต่อเมื่อมีการสร้างสภาพซึ่งทุกคนจะมีสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมทั้งสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง โดยสามารถกำหนดสถานะทางการเมืองของตน การดำเนินการทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมอย่างเสรี

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองแล้วจะเห็นได้ว่า สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยนั้น จะมีลักษณะเป็นข้อบังคับให้รัฐต้องกระทำการอันเป็นเรื่องในทางบวกหรือเรียกว่าในทางปฏิฐาน (Positive)<sup>19</sup> สิทธิมนุษยชนประเภทนี้เป็นเรื่องที่ราษฎรไม่อาจใช้สิทธิได้เอง แต่ต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ สิทธิการมีทนายความโดยรัฐจัดหาให้ในคดีอาญาจึงเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไป<sup>20</sup>

<sup>19</sup> คมสัน กันหาเรียง. (2538). การมีทนายความในคดีอาญา. หน้า 11-17.

<sup>20</sup> สุชาติ แนวประเสริฐ. (2551). สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว. หน้า 24-25.

### บทที่ 3

## ผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการพิจารณา ของศาลในต่างประเทศ

ในปัจจุบันการดำเนินกระบวนการพิจารณาของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law หรือระบบกฎหมายแบบ Civil Law ต่างก็ใช้วิธีการดำเนินคดีอาชญากรรม กล่าวหาทั้งสิ้น จะมีความแตกต่างกันเฉพาะในหลักการค้นหาความจริงในคดีอาญา โดยระบบกฎหมายแบบ Common Law จะใช้วิธีดำเนินคดีตามหลักการต่อสู้คดี (Fight Theory) ซึ่งคู่ความมีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานและซักค้านพยานเพื่อพิสูจน์ความจริง ส่วนระบบกฎหมายแบบ Civil Law จะใช้วิธีดำเนินคดีตามหลัก การค้นหาความจริง (True Theory) โดยถือว่าศาลเป็นตัวแทนของรัฐในการค้นหาความจริงในคดี

### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1.1 ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ 50 มลรัฐ มีการปกครองแบบสหพันธรัฐ กล่าวคือมีระบบรัฐบาลคู่ ซึ่งอำนาจในการปกครองถูกแบ่งออกเป็นระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลท้องถิ่น แต่ละมลรัฐจึงมีอำนาจในการบริหารกิจการภายใน มีรัฐธรรมนูญ มีระบบกฎหมาย รวมทั้งศาลของตนเอง<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2330 (ค.ศ. 1787) และมีบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมา รวม 25 ฉบับ ซึ่งบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 10 นี้ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคล จึงมีชื่อเรียกว่า The Bill of Right ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบัน

ระบบกฎหมายของอเมริกาเป็นระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมีรากฐานและแนวคิดมาจากประเทศอังกฤษ โดยได้นำส่วนที่ดีมาใช้ แต่ยังคงความเป็นเอกภาพทางศาลไว้โดยถือหลักว่า

---

<sup>1</sup> วิสาร พันธนะ. (2521, กันยายน – ตุลาคม). “วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, 5, 25. หน้า 39.

ระบบตุลาการจะต้องปลอดจากอำนาจทางการเมือง สภาองค์กรหรือฝ่ายบริหาร กฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา แบ่งออกเป็น 2 ส่วน เช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ

ก. กฎหมายอาญาภาคสารบัญญัติ (Substantive Criminal Law) เป็นกฎหมายซึ่งครอบคลุมบทบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและมีบทลงโทษสถานใด

ข. กฎหมายอาญาภาควิธีสบัญญัติ (Procedural Criminal Law) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีอาญา การจัดระเบียบบริหารงานยุติธรรมทางอาญา การอภัยโทษ การลดโทษ เป็นต้น

กฎหมายอาญาในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งได้แก่ ตัวบทกฎหมายของรัฐบาลกลางแห่งสหรัฐ และกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ซึ่งมีแนวโน้มว่ากฎหมายอาญาสารบัญญัติส่วนใหญ่ที่ใช้อยู่ในมลรัฐต่างๆ เกิดจากหลัก Common Law ซึ่งในสหรัฐอเมริกามีศาลอยู่ด้วยกัน 2 ระบบ คือ ศาลสหพันธรัฐบาลกลาง (The Federal Court) และศาลมลรัฐ (The State Court) ศาลสูงสุดของอเมริกา คือ ศาลสูงรัฐบาลกลาง (The U.S. Supreme Court) อย่างไรก็ตาม ในแต่ละมลรัฐอาจมีศาลสูงมลรัฐของตัวเองแยกออกไปจากศาลสูงรัฐบาลกลางก็ได้

การพิจารณาคดีอาญา (Trial) หมายถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลภายหลังจากที่ศาลได้ทำการชี้สองสถานหรือสอบคำให้การจำเลย (Arraignment) แล้วจำเลยให้การปฏิเสธ (not-guilty plea) โดยปกติแล้วในวันชี้สองสถานหรือสอบคำให้การจำเลย ศาลจะกำหนดวันนัดพิจารณาหรือวันนัดสืบ พยาน โฉงก์และจะเป็นการพิจารณาคดีแบบรวดเดียวจนกว่าจะเสร็จโดยศาลจะพิจารณาสืบพยานคดี นั้นติดต่อกันไปซึ่งอาจใช้เวลาทั้งวันหรือสองถึงสามวันติดต่อกันไป โดยจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับ การพิจารณาคดีโดยรวดเร็ว (Speedy Trial) ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีบทบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวของจำเลยไว้ใน The sixth amendment ว่าจำเลยในคดีอาญามีสิทธิในการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว และจำเลยยังได้รับการคุ้มครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีโดยรวดเร็วปี ค.ศ. 1974 (The Speedy Trial Act of 1974, 18 United States Code, Article 3161 et.seq) ซึ่งกำหนดว่าต้องมีการพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นภายใน 70 วัน นับแต่วันฟ้อง<sup>2</sup> ผู้ที่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้คืออัยการเท่านั้น ผู้เสียหายไม่อาจนำคดีอาญามาฟ้องด้วยตนเองโดยตรง ผู้เสียหายคงได้แต่แจ้งความร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องเท่านั้น โดยปกติแล้วพนักงานอัยการจะเตรียมคำฟ้องได้ ใน 2 รูปแบบ คือแบบ indictment ซึ่งหมายถึงคำสั่งอนุญาตให้ฟ้องคดีสำหรับความผิดประเภท felony โดยคณะลูกขุนใหญ่ (Grand jury) กับแบบ information ซึ่งหมายถึงคำฟ้องสำหรับความผิดประเภท misdemeanor ที่เตรียมโดยพนักงานอัยการ

<sup>2</sup> James G. Apple. (2545). “การบริหารงานคดีในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา.” *บทบัญญัติ*, 58, 1. หน้า 63.

หลังจากที่มีการไต่สวนเบื้องต้น (Preliminary hearing) โดยผู้พิพากษาศาล magistrate และผู้พิพากษามีคำสั่งว่าคดีมีมูลที่จะฟ้องร้อง (probable cause) กล่าวคือ การที่พนักงานอัยการจะสั่งฟ้องผู้หนึ่งผู้ใดในคดีอาญาพนักงานอัยการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะลูกขุนใหญ่ (Grand jury) ในรูปของ indictment หรือมิฉะนั้นพนักงานอัยการต้องนำคดีไปให้ศาลแขวง (Magistrate's Court) ทำการไต่สวนเบื้องต้นเพื่อให้ผู้พิพากษามีคำสั่งว่าคดีมีมูลที่จะฟ้องร้อง<sup>3</sup> วัตถุประสงค์ของการไต่สวนเบื้องต้น (Preliminary hearing) ของศาลแขวงก็เพื่อถ่วงการฟ้องร้องที่ขาดพยานหลักฐานสนับสนุนมิให้เข้าสู่การพิจารณาตัดสินของศาลที่มีอำนาจและเพื่อป้องกันมิให้ผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหาต้องตกเป็นจำเลยถูกพิจารณาคดีตัดสินคดีในชั้นศาลในเมื่อไม่มีเหตุผลสมควรที่จะเชื่อว่าเป็นผู้ได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ดังนั้น ในชั้นการไต่สวนเบื้องต้นนั้น ศาลแขวง (Magistrate's Court) ย่อมสามารถป้องกันมิให้มีการกล่าวหาอันอย่างไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะขึ้นไปสู่การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยของศาลที่มีอำนาจพิจารณา<sup>4</sup>

ในชั้นพิจารณานั้น ศาลจะทำการชี้สองสถานหรือสอบคำให้การ (Arraignment) เมื่อจำเลยให้การปฏิเสธศาลจะกำหนดวันนัดสืบพยาน แต่ก่อนที่จะมีการพิจารณาสืบพยานของคู่ความจะมีกระบวนการพิจารณาที่เรียกว่า กระบวนการประชุมพิจารณาในเรื่องพยานหลักฐาน (Pretrial conference หรือ Pre-trial discovery) ซึ่งขั้นตอนของกระบวนการนี้จะมีขึ้นหลังจากการชี้สองสถาน (Arraignment) ที่จำเลยให้การปฏิเสธแล้วซึ่งในระหว่างที่คดีเข้าคิวรอลำดับการพิจารณาสืบพยานนั้น กฎหมายกำหนด ให้มีกระบวนการประชุมพิจารณาในเรื่องพยานหลักฐานซึ่งหมายความว่า คู่ความจะต้องระบุพยานของฝ่ายตนและในการประชุม (Pre-trial conference) ซึ่งมีผู้พิพากษาเป็นประธานนั้น ผู้พิพากษาจะให้คู่ความยอมรับข้อเท็จจริงในประเด็นที่ไม่อาจโต้เถียงกัน เช่น ให้ยอมรับเอกสารต่างๆ หากมีประเด็นในบางเรื่องที่ต้องพิสูจน์โดยผู้เชี่ยวชาญก็ให้ดำเนินการเสีย หรือประเด็นของเรื่องการบาดเจ็บของผู้เสียหายก็จะให้ส่งไปให้แพทย์ตรวจ โดยพนักงานอัยการโจทก์มีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยพยานหลักฐานที่จะอาจนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าจำเลยบริสุทธิ์ด้วยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับจำเลยนั้น กฎหมายบางมตรัฐกำหนดให้จำเลยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเสียตั้งแต่ชั้น Pre-trial เช่น กรณีที่จำเลยอ้างฐานที่อยู่ ซึ่งกฎหมายนี้ไม่ขัดต่อ Privilege against self-incrimination ตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด<sup>5</sup> การที่มี Pre-trial conference หรือ Pre-trial discovery นี้ มีผลทำให้การ

<sup>3</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย ก (2536). “การชี้สองสถานหรือการสอบคำให้การจำเลยในคดีอาญา (Arraignment) ตามหลักกฎหมายอเมริกัน.” *ตุลพาห*, 40, 5. หน้า 107-108.

<sup>4</sup> อมร อินทรกำแหง. (2520). “การดำเนินคดีอาญาในสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, 19. หน้า 229.

<sup>5</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย ข (2538). “การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนตามกฎหมายอเมริกัน.” *ตุลพาห*, 42, 2. หน้า 98.

สืบพยานในชั้นพิจารณาของศาลจะมีการสืบพยานเฉพาะในประเด็นแห่งคดีที่เป็นปัญหาจริงๆ ส่วนการตรวจสอบพยานเอกสารหรือพยานวัตถุนั้นได้ดำเนินการเสร็จสิ้นก่อนที่จะเริ่มสืบพยานบุคคล ดังนั้น เมื่อถึงขั้นตอนการสืบพยานจึงเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักคำเบิกความพยานบุคคล โดยแท้ และจะมีการถามเฉพาะเรื่องที่พยานรู้เห็นเหตุการณ์อันเป็นประเด็นในคดีและเป็นน้ำหนักที่จะนำสืบให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างเท่านั้น เจ้าหน้าที่ศาลจะบันทึกถึงการซักถามไว้ แต่จะไม่มี การพิมพ์แล้วมาอ่านให้พยานฟังซึ่งอาจเป็นเพราะให้ลูกขุนเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริง

อนึ่ง กระบวนพิจารณาชั้น Pre-trial conference หรือ Pre-trial discovery นี้ ทำให้ คู่ความทราบถึงลักษณะของพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่งและอาจประเมินได้ว่ามีน้ำหนักมากน้อย เพียงใด หากจำเลยเห็นว่าจำนนต่อพยานหลักฐานจำเลยก็จะให้การรับสารภาพตามกระบวนการ Plea-bargaining ซึ่งเรียกว่าเป็นการต่อรองคำให้การของจำเลยอันเป็นกระบวนพิจารณาคดีอาญา ของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะพิเศษ คือ การให้อำนาจพนักงานอัยการโจทก์กับจำเลย (โดยปกติมี ทนายจำเลยเป็นผู้ต่อรองแทน) มีอำนาจในการต่อรองในเรื่องคำให้การของจำเลย ซึ่งจากสถิติของ ศาลรัฐบาลกลางและศาลมลรัฐ ปรากฏว่าคดีอาญากว่าร้อยละ 80-90 จบลงโดยไม่มีการพิจารณาคดี (trial) เนื่องจากจำเลยให้การรับสารภาพ ก่อนสืบพยานนั้น ศาลจะให้พนักงานอัยการโจทก์เป็นฝ่าย แกลงการณเปิดคดีก่อนหลังจากนั้นจำเลยหรือทนายจำเลยจะแถลงการณเปิดคดีและเริ่มสืบพยาน เมื่อเสร็จการสืบพยานโจทก์แล้ว โดยปกติจะต้องมีการสืบพยานจำเลยในทันทีโดยที่จำเลยจะนำ พยานเข้าสืบต่อไปโดยไม่เลื่อนไปสืบพยานจำเลยในวันอื่น เว้นแต่จะหมดเวลาทำการหากจำเลย เห็นว่าพยานหลักฐานของโจทก์ที่นำสืบมาไม่มีมูลที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง หรือโดยข้อกฎหมายจำเลยไม่มีความผิดตามฟ้อง จำเลยมีสิทธิที่จะขอให้ศาลมีคำพิพากษายกฟ้องได้ ทันทีหลังจากสืบพยานโจทก์เสร็จ (motion to a direct verdict) ซึ่งผู้พิพากษาเพียงคนเดียวจะเป็นผู้ ตัดสินว่าสมควรยกฟ้องโจทก์ในชั้นนี้หรือไม่<sup>7</sup>

เมื่อโจทก์และจำเลยสืบพยานเสร็จสิ้นแล้วก็จะมีการแถลงการณปิดคดีซึ่งกระทำโดย พนักงานอัยการโจทก์และทนายจำเลย เมื่อคู่ความแถลงการณปิดคดีเสร็จสิ้นแล้ว ผู้พิพากษาก็จะ ชี้แจงข้อกฎหมายแก่คณะลูกขุน คณะลูกขุนก็จะประชุมกันลงมติว่าจำเลยมีความผิดตามข้อกล่าวหา ที่ถูกฟ้องหรือไม่ หากเห็นว่าจำเลยไม่ผิดก็ปล่อยตัวไป แต่หากเห็นว่าจำเลยมีความผิดผู้พิพากษาก็จะ กำหนดโทษในคำพิพากษาต่อไป

<sup>6</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย ก เล่มเดิม. หน้า 111.

<sup>7</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย ข เล่มเดิม. หน้า 102.

### 3.1.2 สิทธิในการมีทนายความ

ประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นนักต่อสู้ที่เกี่ยวกับเรื่องสิทธิส่วนบุคคล (Right of Privacy) สิทธิอย่างหนึ่งที่เขาได้ต่อสู้มาและสำเร็จผลก็คือ สิทธิที่ผู้ต้องหาจะได้รับทนายความ (Right to Counsel)<sup>8</sup> สิทธิของจำเลยในคดีอาญาที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความนั้นได้รับการประกันโดยบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (The sixth Amendment)<sup>9</sup> แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีอาญาทุกคดี จำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายความให้ความช่วยเหลือในการต่อสู้คดี”<sup>10</sup>

ในอดีตสิทธิที่จะมีทนายความต่อสู้คดีเป็นเพียงสิทธิของผู้มีกำลังทรัพย์ที่จะจ้างทนายความเอกชน จนกระทั่งในปี 1932 ศาลสูงแห่งรัฐบาลกลางได้วินิจฉัยในคดี Powell V. Alabama ว่ารัฐธรรมนูญแห่งประเทศโดยบทบัญญัติเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (The Fourteenth Amendment) ว่าด้วยหลัก Due Process กำหนดให้รัฐบาลแต่งตั้งทนายความว่าคดีแก่จำเลยในคดีอุกฉกรรจ์ ต่อมาศาลเดียวกันได้วินิจฉัยในคดี Betts V. Brady ปฏิเสธไม่ยอมรับว่า บทบัญญัติเพิ่มเติมครั้งที่ 6 แห่งรัฐธรรมนูญประกันสิทธิของจำเลยในศาลแห่งมลรัฐ ในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความจากมลรัฐ คงมีแต่จำเลยในศาลแห่งรัฐบาลกลางเท่านั้นที่จะได้รับสิทธิดังกล่าว นอกจากนั้น ยังได้วินิจฉัยอีกว่าในคดีอาญาที่ไม่ใช่คดีอุกฉกรรจ์ รัฐบาลไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งทนายความแก่จำเลยที่ยากจน ยกเว้นจะปรากฏแก่ศาลเป็นพฤติการณ์พิเศษ ต่อมาในปี ค.ศ. 1963 ได้มีการตัดสินคดี Gideon V. Wainwright ซึ่งเป็นคดีบรรทัดฐานในเรื่องสิทธิการมีทนายความ โดยได้วางหลักเกณฑ์ว่า “ในการต่อสู้คดีอาญานั้น จำเลยที่ยากจนเกินกว่าที่จะสามารถว่าจ้างทนายความ จะไม่มีโอกาสได้รับความยุติธรรมเลย ถ้ารัฐบาลไม่จัดทนายความให้” แม้ว่าผู้พิพากษาแห่งศาลสูงสุดซึ่งเป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้จะไม่ได้กำหนดข้อจำกัดสิทธิไว้ แต่ผู้พิพากษาผู้เขียนความเห็นสนับสนุนคำพิพากษาดังกล่าวนั้นให้ความเห็นว่า สิทธินี้ควรจำกัดเฉพาะคดีที่ฟ้องในความผิดที่มีโทษก่อนข้างรุนแรง (Felony) ในที่สุดปัญหาเรื่องสิทธิในการมีทนายความในคดีที่ฟ้องในความผิดที่มีโทษไม่รุนแรง (Misdemeanor) ได้ยุติลงโดยคำพิพากษาในคดี Argersinger V. Hamlin วินิจฉัยว่า ถ้าไม่มีการสละสิทธิแล้ว จำเลยทุกคนที่ถูกฟ้องในคดีที่มีความผิดตั้งแต่โทษจำคุกขึ้นไปจะต้องมี

<sup>8</sup> ชาดิชาย กริชชาญชัย. (2527, พฤศจิกายน – ธันวาคม). “สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะได้รับทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, 6, 31. หน้า 41.

<sup>9</sup> กระมล ทองธรรมชาติ และสมบูรณ์ สุขสำราญ. (2513). *เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา*. หน้า 108 – 117.

<sup>10</sup> จิรนิติ หะวานนท์. (2522, กรกฎาคม – สิงหาคม). “สำนักงานทนายความของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, 4. หน้า 63-64.

ทนายความว่าต่างคดีให้ มิฉะนั้น ศาลจะไม่ลงโทษจำคุกจำเลย และต่อมาศาลสูงแห่งรัฐบาลกลาง ก็ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า ตามหลัก Due Process มลรัฐไม่อาจจำกัดสิทธิของจำเลยที่จะได้รับความยุติธรรมโดยไม่จัดหาทนายความว่าต่างคดีให้แก่จำเลยที่ยากจนในชั้นอุทธรณ์

ต่อมาบทบาทและหน้าที่ของทนายความในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาชัดเจนมากขึ้น เมื่อเกิดคดี *Miranda V. Arizona* ขึ้นในปี ค.ศ. 1966 เพราะมีการบังคับใช้สิทธิอย่างจริงจัง ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า เมื่อวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1963 ผู้ร้องชื่อ Ernesto Miranda ถูกจับกุมที่บ้านและถูกนำมาควบคุมตัวไว้ที่สถานีตำรวจเมืองฟีนิกซ์ (Phoenix) พยานซึ่งเป็นผู้เสียหายได้ชี้ตัวจำเลย หลังจากนั้นตำรวจได้นำตัวจำเลยมายังห้องสอบสวนหมายเลข 2 ของสำนักงานสืบสวน ซึ่งมีพนักงานตำรวจ 2 คน ยอมรับในการพิจารณาคดีว่า Miranda ไม่ได้รับคำแนะนำว่า Miranda มีสิทธิที่จะให้ทนายความอยู่ด้วยขณะให้ถ้อยคำแก่เจ้าพนักงานตำรวจ อีกสองชั่วโมงต่อมา เจ้าหน้าที่ก็ออกจากห้องสอบสวนพร้อมกับคำรับสารภาพ โดยมีลายเซ็นของ Miranda ด้วย ตอนบนของคำให้การมีการพิมพ์ข้อความว่าการรับสารภาพเป็นการกระทำด้วยความสมัครใจ ปราศจากการข่มขู่ หรือคำสัญญาว่าจะให้เอกสิทธิ์ความคุ้มกัน (Promises of Immunity) และทราบดีถึงสิทธิตามกฎหมายของตนเองและทราบว่าคำให้การใดๆ อาจถูกใช้ขึ้นกับตนเองในศาลได้ มิแรนด้าถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานลักพาตัวผู้อื่นและข่มขืนกระทำชำเรา ศาลสูงมลรัฐอริโซนา (Supreme Court of Arizona) ตัดสินว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญของ Miranda มิได้ถูกล่วงละเมิดในการไปได้มาซึ่งคำรับสารภาพและตัดสินขึ้นตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในการทำคำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐอริโซนาได้เน้นข้อเท็จจริงที่ว่า Miranda มิได้มีการเจาะจงที่ขอให้ทนายความอยู่ด้วย ศาลสูงสหรัฐได้กลับคำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐอริโซนาโดยมีเหตุผลว่า จากคำให้การของเจ้าหน้าที่และของจำเลยเป็นที่ชัดเจนว่าจำเลยไม่ได้รับการแจ้งสิทธิที่จะหารือกับทนายความเลย หรือมีทนายความอยู่ด้วยขณะสอบสวนและสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองก็ไม่ได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างจริงจัง ถ้าไม่มีการเตือนถึงเรื่องต่างๆ ดังกล่าวคำให้การก็ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานข้อเท็จจริงที่จำเลยลงลายมือชื่อในคำให้การ โดยมีข้อความที่พิมพ์ไว้ว่าจำเลยทราบดีถึงสิทธิตามกฎหมายของตนเองนั้นไม่ถือว่าจำเลยได้รู้และสละสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วยความเฉลียวฉลาดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลสูงสหรัฐเห็นว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ในเรื่องการได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน (Equal Protection) เพราะถึงแม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ร้องขอให้แต่งตั้งทนายความก็ตาม แต่เขาก็ควรได้รับการช่วยเหลือจากรัฐในการจัดหาทนายความให้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6

โดยเหตุนี้ศาลสูงสหรัฐจึงตัดสินว่า “ผู้ใดก็ตามที่ถูกควบคุมตัวไว้เพื่อสอบสวน จะต้องได้รับการแจ้งโดยชัดแจ้งว่า ตนเองมีสิทธิที่จะหารือกับทนายความและอาจให้ทนายความอยู่ด้วย

กับตนเองขณะที่มีการสอบสวนเพื่อคุ้มครองสิทธิที่กล่าวไว้โดยละเอียด ในส่วนของการเตือนว่า จำเลยมีสิทธิที่จะอยู่นิ่งเฉยและสิ่งใดที่มีการกล่าวออกมาอาจสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานอันเขาได้ คำเตือนนี้ถือเป็นเรื่องเดิ�ขาดก่อนมีการสอบสวน” และ “เพื่อให้บุคคลที่ถูกสอบสวนทราบถึงสิทธิของตนเองอย่างเต็มที่ เจ้าพนักงานไม่เพียงแต่ต้องแจ้งให้จำเลยทราบถึงสิทธิที่จะหารือกับทนายความเท่านั้น หากเขาเป็นคนอนาถาจะต้องมีการแต่งตั้งทนายความเพื่อแก้ต่างให้เขาด้วย” โดยผลแห่งคดี *Miranda v. Arizona* เป็นเหตุให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทั้งของรัฐบาลกลางและของมลรัฐจะต้องแจ้งให้จำเลยทราบถึงสิทธิของตนเองตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความแม้จำเลยจะเป็นคนยากไร้ รัฐก็จำเป็นต้องแต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลย ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐดังกล่าวได้ก่อให้เกิดหลักการใหม่ขึ้นเพื่อเป็นการควบคุมและกำหนดแนวทางดำเนินการของพนักงานสอบสวน เรียกว่า “Miranda Warnings”

### 3.1.3 วิธีการและผลของการพิจารณาที่มีขอบในคดีอาญา

เมื่อมีการพิจารณาคดีที่มีขอบ (Mistrial) ในคดีอาญาในศาลใด คู่ความที่เสียประโยชน์อาจยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรสรุปสาเหตุที่ทำให้การพิจารณาคดีนั้นไม่ชอบ ยื่นต่อศาลที่พิจารณาโดยไม่ชักช้าก่อนคณะลูกขุนตัดสินหรือโดยทันทีเท่าที่จะทำได้ ถ้าศาลเห็นว่าการพิจารณาคดีอาญาดังกล่าวมิชอบ ศาลที่พิจารณาคดีมีอำนาจประกาศยกเลิกการพิจารณาที่มีขอบนั้นได้ (Declaration of a mistrial) ส่วนจำเลย ศาลจะปล่อยโดยมีประกันหรือจำไว้จนกว่าจะมีการพิจารณาคดีใหม่<sup>11</sup> หรือแม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกการพิจารณาที่มีขอบนั้น แต่ศาลเห็นเองศาลก็มีอำนาจยกเลิกการพิจารณาที่มีขอบนั้นได้

ถ้าศาลล่างพิจารณาแล้วคู่ความฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลสูงเพื่อให้ทบทวนคำพิพากษา หากศาลสูงทบทวนจนเป็นที่พอใจแล้วเห็นว่าศาลที่พิจารณาคดีใช้ดุลพินิจถูกต้องในการมีคำสั่งยกเลิกการพิจารณาที่มีขอบศาลสูงก็จะยื่นตาม แต่ถ้าพบว่า ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีกระทำไปโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่รับผิดชอบศาลสูงก็จะไม่ยื่นตาม<sup>12</sup> แม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์ในประเด็นเรื่องการพิจารณาที่มีขอบของศาลล่างขึ้นมาก็ตาม หากศาลสูงตรวจพบว่า มีการพิจารณาที่มีขอบในศาลล่าง ศาลสูงก็มีอำนาจยกเลิกการพิจารณาที่มีขอบนั้นได้เอง

<sup>11</sup> H.C. German, Frank D. Dag and Robert R.J. Gallent. (1984). **Introduction to Law Enforcement And Criminal.** p. 247.

<sup>12</sup> Ibid.



โดยสรุปแล้วถ้าไม่ปรากฏแน่ชัดว่า ศาลล่างที่พิจารณาคดีใช้ดุลพินิจมีคำสั่งยกเลิก การพิจารณาโดยไม่ถูกต้อง ศาลสูงจะไม่แก้ไขแต่ประการใด เว้นแต่ถ้าปรากฏว่าการพิจารณาใน ศาลล่างเป็นโมฆะหรือขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น มีความผิดพลาดอย่างชัดเจน ศาลสูงก็จะ ยกเลิกการพิจารณาที่มีขอบของศาลล่าง และสั่งให้พิจารณาคดีใหม่ (New trial)

## 3.2 ประเทศฝรั่งเศส

### 3.2.1 ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มีลักษณะเป็นระบบผสม แต่ส่วนที่สำคัญ เป็นระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ระบบไต่สวนเป็นการพัฒนาต่อมาจากระบบกล่าวหา จาก อิทธิพลของกฎหมายโรมัน มีการยกเลิกวิธีการให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาตนเองมาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ รัฐทำหน้าที่แทน ผู้พิพากษาเปลี่ยนจากสถานะคนกลางไปทำการไต่สวนแทน เป็นระบบการสืบ พยานหลักฐานที่เน้นการแสวงหาความจริงแท้ มิได้จำกัดอยู่กับพยานหลักฐานตามที่คู่ความเสนอ มาเท่านั้น แต่เปิดให้ศาลแสวงหาข้อเท็จจริงได้อย่างเต็มที่ มีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม ควบคุมการไต่ สวนเอง การพิจารณาคดีไม่ใช่การต่อสู้ระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา แต่เป็นการต่อสู้ระหว่าง จำเลยกับรัฐ การพิจารณาคดีไม่จำเป็นต้องทำโดยเปิดเผย สามารถพิจารณาลับหลังจำเลยได้ เป็นการ พิจารณาจากเอกสารมากกว่าการ เบิกความ ระบบนี้ผู้เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีจะมี 2 ฝ่าย คือ ผู้ไต่สวน กับผู้ถูกไต่สวน ไม่จำเป็นต้องมีคนกลาง ผู้ไต่สวนหรือผู้ชำระความเป็นผู้ถามพยานและ เป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ศาลไม่ได้ทำหน้าที่เป็นกลางอย่างเคร่งครัดเหมือนระบบกล่าวหา แต่จะทำหน้าที่ค้นหาความจริงด้วย ศาลจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีต่างจากระบบกล่าวหา ระบบไต่สวนเน้นในเรื่องการค้นหาความจริง เป็นหลัก ดังนั้น การสืบพยาน การดำเนินการต่างๆ ในศาลจึงยืดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา ซึ่งประเทศฝรั่งเศสมีระบบการดำเนินคดี ดังนี้

#### 3.2.1.1 การไต่สวนมูลฟ้อง

ในประเทศฝรั่งเศสถือว่า การไต่สวนมูลฟ้องเป็นขั้นตอนการดำเนินคดีที่สำคัญ เพราะเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดและตัดสินใจในเบื้องต้นว่ามีมูลพอที่จะส่งฟ้องศาล หรือไม่ ซึ่งการพิจารณาคดีในชั้นไต่สวนมูลฟ้องนี้ ฝรั่งเศสใช้ระบบไต่สวน (inquisitoire) กล่าวคือผู้ พิพากษาศาลไต่สวนจะเข้ามามีบทบาทในการค้นหาความจริงและรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมด คดีความผิดฐาน crime (มหันตโทษ) การไต่สวนมูลฟ้องเป็นเรื่องบังคับ แม้อัยการจะรวบรวม พยานหลักฐานอย่างดีแล้วก็ต้องส่งศาลไต่สวนเสมอ ส่วนคดี délit (มัชฌิมโทษ) อัยการจะส่งให้ศาล ไต่สวนมูลฟ้องหรือไม่ก็ได้ ส่วนคดี contravention (ลหุโทษ) การซักถามพยานจึงเป็นอำนาจโดย เต็มขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียว ดังเช่น มาตรา 218 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสบัญญัติห้ามมิให้คู่ความพุดสอดแทรกระหว่างที่พยานให้การหรือซักถามพยานโดยตรงหรือกระทำการใดๆ ที่จะทำให้มีอิทธิพลต่อพยานหลักการดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะหลีกเลี่ยงไม่ให้พยานถูกขัดขวางหรือรบกวน โดยการขัดจังหวะของคู่ความหรือโดยการตั้งคำถามที่อาจทำให้พยานหลงเข้าใจประเด็น โดยผิดพลาด คู่ความที่ฝ่าฝืนอาจถูกศาลสั่งขับไล่ออกจากศาลได้ อันเป็นการให้อำนาจศาลในการซักถามพยานแต่เพียงผู้เดียว แต่ทั้งนี้ ก็มีได้ตัดอิทธิพลของคู่ความโดยเด็ดขาดเนื่องจาก ตามมาตรา 214 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติให้คู่ความสามารถเสนอให้ศาลสอบถามพยานในบางประเด็นได้ภายหลังจากที่พยานได้เบิกความเสร็จสิ้นแล้ว แต่ก็ยังคงเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาว่าคำถามดังกล่าวเกี่ยวข้องกับคดีหรือไม่ และอาจจะปฏิเสธเสียก็ได้<sup>13</sup> กล่าวโดยสรุป ตามระบบไต่สวนนั้น ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ค้นหาพยานหลักฐาน โดยออกคำสั่งให้นำพยานหลักฐานต่างๆ มาสู่ศาลแล้วผู้พิพากษาจะทำการไต่สวนตามที่เห็นว่ามีความจำเป็นซึ่งข้อเท็จจริงในคดีจะถูกเปิดเผย โดยการไต่สวนของศาลและศาลจะเป็นผู้นำในการไต่สวน โดยการตรวจสอบพยานหลักฐานและการไต่สวนพยานบุคคล รูปแบบของการดำเนินคดีในระบบไต่สวนจะไม่มีลักษณะของการต่อสู้ระหว่างคู่ความสองฝ่ายอย่างเช่นในระบบกล่าวหา หากแต่ศาล อัยการ หรือทนายความต่างก็มีหน้าที่ในการค้นหาความจริงในคดี โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีทุกฝ่ายจะต้องร่วมมือกันในการค้นหาความจริงอย่างจริงจัง<sup>14</sup>

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการไต่สวนมูลฟ้องในประเทศไทยแล้วจะพบว่า ในทางปฏิบัติวิธีพิจารณาความอาญาของไทย จำกัดการไต่สวนมูลฟ้องไว้เฉพาะกรณีและผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาต่อศาลโดยตรงเท่านั้นหากอัยการฟ้องศาลไม่ว่าจะเป็นคดีใดก็ไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อน นอกจากนี้ การไต่สวนมูลฟ้องของไทยมีลักษณะพิเศษอีกสองประการคือ ประการที่หนึ่ง การไต่สวนมูลฟ้องของไทยเป็นเรื่องเฉพาะระหว่างผู้เสียหายกับศาลเท่านั้น ผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นจำเลยไม่ต้องมาศาลก็ได้ ประการที่สอง ผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นจำเลยยังไม่มีฐานะเป็นจำเลยจนกว่าศาลจะมีคำสั่งประทับรับฟ้อง กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าผู้เป็นจำเลยชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (le mis en examen) มีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากทนายความ และศาลจะต้องตั้งทนายความให้ผู้เป็นจำเลยชั้นไต่สวนมูลฟ้อง นอกจากนี้ ทนายความฝรั่งเศสยังแสดงบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือจำเลยชั้นไต่สวนมูลฟ้องหลายประการ เช่น (1) การแสดงข้อสังเกตบางอย่างให้ศาลรับทราบ (2) การเรียกร้อง

<sup>13</sup> วรรณชัย บุญบำรุง ข (2543, มกราคม - เมษายน). “การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส: ตัวอย่างของกระบวนการที่ค่อนข้างไปทางแบบไต่สวน.” *ดุลพินิจ*, 47, 1. หน้า 67-68.

<sup>14</sup> คณิต ณ นคร ง (2539, มกราคม). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” *วารสารอัยการ*, 19, 215. หน้า 12.

สิทธิต่างๆ ให้จำเลยชั้นไต่สวนมูลฟ้องเช่นสิทธิในการได้รับการตรวจร่างกายและจิตใจจากแพทย์ (3) การเรียกร้องให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวระหว่างการพิจารณา (la demande de mise en liberté) (4) การยกอายุความอาญาขึ้นให้ศาลมีคำสั่งยกฟ้อง

ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องนี้หากศาลไม่เคารพสิทธิการมีทนายความของจำเลย ศาลสูงต้องออกคำสั่งยกเลิกฟ้องการไต่สวนมูลฟ้อง (La nullité de l'instruction) แต่บางกรณีศาลสูงไม่ออกคำสั่งยกเลิกฟ้องการไต่สวนมูลฟ้องหากเป็นการไม่เคารพหลักเกณฑ์เล็กน้อยและความเป็นจริงจำเลยชั้นไต่สวนมูลฟ้องก็มีทนายความช่วยเหลือตลอดการไต่สวนมูลฟ้องจึงไม่ถือว่ากระทบสิทธิของจำเลยถึงขนาดต้องยกเลิกการไต่สวนมูลฟ้อง ส่วนผลของการยกเลิกการไต่สวนมูลฟ้องนั้น กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาที่จะพิจารณาว่าการยกเลิกฟ้องนั้น มีผลต่อการฟ้องคดีหรือไม่ และมีสิทธิสั่งให้ศาลไต่สวนอื่นดำเนินการไต่สวนมูลฟ้องใหม่ได้<sup>15</sup>

### 3.2.1.2 การพิจารณาคดีในชั้นศาล

ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีอาญาในฝรั่งเศสแบ่งเป็น 3 ชั้นคือศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และ ศาลฎีกา ส่วนในศาลชั้นต้นนั้นแบ่งแยกออกเป็น 3 ประเภทตามความรุนแรงของคดีได้แก่

1) Le tribunal de police เป็นศาลที่พิจารณาคดีโทษ (contravention) คือ มีแต่โทษปรับ เช่น คดีขับรถโดยไม่มีใบอนุญาต คดีทำร้ายร่างกายเล็กน้อย ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา คือ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษานายเดียวเป็นองค์คณะ

2) Le tribunal correctionnel เป็นศาลที่พิจารณาคดีโทษชั้นกลาง (délit) คือ โทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี เช่นความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา ประมาทเป็นเหตุให้คนตาย เป็นต้น ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่คือผู้พิพากษาศาลชั้นต้นองค์คณะ 3 นาย คำพิพากษาอุทธรณ์ได้ที่ศาลอุทธรณ์

3) La cour d'assises ซึ่งพิจารณาคดีโทษหนัก (crime) กล่าวคือคดีที่มีโทษจำคุก ตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปถึงโทษสูงสุด คือ จำคุกตลอดชีวิต ผู้พิพากษาประกอบด้วยสองส่วน คือ ผู้พิพากษาอาชีพตำแหน่งเทียบเท่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ 3 นาย อีกส่วนหนึ่งคือ คณะลูกขุน (jury) ซึ่งเป็นประชาชนธรรมดาอีก 9 หรือ 12 นาย ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการพิจารณาคดีชั้นต้นหรือชั้นอุทธรณ์ คำพิพากษาของ la cour d'assises สามารถอุทธรณ์ได้ไปยัง la cour d'assises อีกแห่งหนึ่ง ซึ่งถือว่า

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 206 วรรคสาม.

เป็น la cour d'assises ชั้นอุทธรณ์<sup>16</sup> และเมื่ออุทธรณ์แล้วสามารถคัดค้านได้อีกโดยการฎีกาไปที่ศาลฎีกา

ศาลยุติธรรมในคดีอาญา (Les juridictions repressives) ในประเทศฝรั่งเศสสามารถที่จะแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ ศาลไต่สวนคดี (Jurisdiction d'Instruction) และศาลพิพากษาคดี (Jurisdiction de jugement)<sup>17</sup>

### 1) ศาลที่ทำหน้าที่ไต่สวนคดี (Jurisdiction d'Instruction)

การไต่สวนคดีเป็นขั้นตอนที่จะต้องมีการดำเนินการกับการกระทำความผิดอาญาทุกประเภท ยกเว้นแต่ในคดีความผิดเล็กน้อย (les petites affaires) ความผิดในทางอาญาตามกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ ความผิดลหุโทษ (la contraventions) ความผิดมัจฉิมโทษ (les delits correctionnels) และความผิดมหันตโทษ (les crimes)

ในกรณีของความผิดลหุโทษ โดยรูปแบบแล้วต้องมีการไต่สวนคดี แต่จะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทำกรไต่สวนคดี ในกรณีความผิดมัจฉิมโทษ ศาลไต่สวนไม่จำเป็นต้องไต่สวนทุกคดีไป โดยจะขึ้นอยู่กับลักษณะของคดีและความง่ายของคดี ส่วนในกรณีความผิดมหันตโทษ จำเป็นต้องขอให้ศาลไต่สวนทำการไต่สวนในทุกคดีและภายหลังจากที่ศาลไต่สวนทำการไต่สวนเสร็จแล้ว คดีก็จะเข้าสู่ขั้นตอนของศาลที่ทำหน้าที่พิพากษาคดี

### 2) ศาลที่ทำหน้าที่พิพากษาคดี (Jurisdiction de jugement) แบ่งออกได้ดังนี้

(1) ศาลมหันตโทษ (La cour d'assises) ซึ่งพิจารณาคดีโทษหนัก (crime) กล่าวคือ คดีที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปถึงโทษสูงสุด คือ จำคุกตลอดชีวิต ประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 3 นาย โดยผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าคณะจะต้องเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ และผู้พิพากษาอีก 2 นาย จะต้องเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือเป็นผู้พิพากษาศาลจังหวัด (les tribunal de grand instance) แห่งท้องถิ่นที่ศาลมหันตโทษนั้นตั้งอยู่ อีกทั้งยังประกอบด้วยลูกขุนจำนวน 9 คน ซึ่งเป็นระบบการพิจารณาที่มีลูกขุนเพียงที่เดียวในประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นศาลชั้นแรก โดยคดีไม่ต้องผ่านศาลอื่น และเป็นศาลชั้นสุดท้ายในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงในคดีมหันตโทษ โดยมีอำนาจพิพากษาคดีมหันตโทษ

<sup>16</sup> la cour d'assises ชั้นอุทธรณ์นี้เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อปี 2000 ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 15 มิถุนายน 2000 ก่อนหน้านั้น la cour d'assises ตัดสินอย่างไรแล้วให้ถือเสมือนว่าเป็นคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์เลย ซึ่งจะใช้สิทธิคัดค้านได้โดยการยื่นฎีกาไปยังศาลฎีกาท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้ในสมัยก่อนเพราะคงพิจารณาว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเป็นผู้พิพากษาเทียบเท่าชั้นศาลอุทธรณ์นั่นเอง.

<sup>17</sup> ธนกร วรปรัชญากุล. (2547, มกราคม – เมษายน). “ระบบยุติธรรมและการขอให้มีการทบทวนคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศส.” *ดุลพินิจ*, 1, 51. หน้า 54.

(2) ศาลมัชฌิมโทษ (Le tribunal correctionnel) เป็นศาลที่พิจารณาคดีโทษชั้นกลาง (délit) คือ โทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี เช่นความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา ประมาทเป็นเหตุให้คนตาย เป็นต้น ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่คือผู้พิพากษาศาลชั้นต้นองค์คณะ 3 นาย คำพิพากษาอุทธรณ์ได้ที่ศาลอุทธรณ์

(3) ศาลตำรวจ (Le tribunal de police) เป็นศาลที่พิจารณาคดีโทษ (contravention) คือ มีแต่โทษปรับ เช่น คดีขับรถโดยไม่มีใบอนุญาต คดีทำร้ายร่างกายเล็กน้อย ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคือผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษานายเดียวเป็นองค์คณะ

### 3.2.2 สิทธิในการมีทนายความ

สิทธิการมีทนายความในคดีอาญาได้รับการรับรองตามกฎหมายตั้งแต่เริ่มคดีอาญาจนกระทั่งศาลตัดสินคดี โดยฐานในการวิเคราะห์สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา คือ การดำเนินคดีชั้นสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้อง และการพิจารณาคดีในชั้นศาล

#### 3.2.2.1 สิทธิในชั้นสอบสวน

ในการสอบสวนผู้ต้องหาได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายหลายประการ คือ ผู้ต้องหาไม่ต้องสาบาน ผู้ต้องหาสิทธิมีทนายความช่วยเหลือได้ ผู้พิพากษาศาลไต่สวนหรือผู้พิพากษาอื่นเท่านั้นที่มีอำนาจสอบสวนผู้ต้องหาเป็นต้น เมื่อผู้ต้องหามาพบผู้พิพากษาไต่สวนครั้งแรกผู้พิพากษาศาลไต่สวนจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบว่าผู้ต้องหาสิทธิที่จะหาทนายความหรือจะให้ศาลตั้งทนายความให้ก็ได้ คำเตือนเช่นนี้ต้องบันทึกไว้ใน proces – verbal (มาตรา 114 วรรค 3 และ 4)<sup>18</sup> ซึ่งตามระบบวิธีพิจารณาความแบบไต่สวนของฝรั่งเศส การดำเนินคดีจะเป็นความลับ แต่เดิมการให้สิทธิแก่ผู้ถูกควบคุมตัวในการพบปรึกษากับทนายความสองต่อสอง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 1993 นั้น ผู้ต้องหาจะมีสิทธิพบทนายความได้ต่อเมื่อระยะเวลาได้ล่วงพ้น 20 ชั่วโมงไปแล้วนับแต่เวลาที่มีการควบคุมตัว ต่อมาได้มีการตราบังคับรัฐบัญญัติฉบับเมื่อวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 1993 ทำให้กฎหมายฝรั่งเศสมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน บุคคลที่ถูกควบคุมตัวทุกคนมีสิทธิที่มีทนายความให้ความช่วยเหลือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 63-4 บุคคลผู้ถูกควบคุมตัวสามารถปรึกษากับทนาย ความเป็นเวลา 30 นาทีได้ ตั้งแต่ชั่วโมงแรกของการควบคุมตัว แต่ทนายความไม่มีสิทธิขอคู่สนับการสอบสวน อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีทั้งผู้ที่เห็นด้วยและผู้ที่คัดค้าน ต่อมาหลังจากที่มีการประกาศตรารัฐบัญญัติฉบับเมื่อวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 1993 ได้ไม่นาน ก็มีการตรารัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1993 ให้กลับไปใช้บทบัญญัติเดิมซึ่งให้สิทธิผู้ต้องหาสามารถพบปรึกษากับทนายความได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 20

<sup>18</sup> ธีรพันธุ์ รัศมีทัต. (2505). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส. หน้า 55 – 56.

ชั่วโมงไปแล้วนับแต่เวลาที่ถูกลงโทษ จนกระทั่งในที่สุดเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายกึ่ง ปี ค.ศ. 2000 (la loi Guigou de juin 2000) ผู้ถูกลงโทษจึงกลับมามีโอกาสพบปรึกษาทนายความได้ ตั้งแต่เริ่มระยะเวลาการควบคุมตัว<sup>19</sup>

เมื่อกฎหมายให้สิทธิผู้ต้องหาได้รับการช่วยเหลือจากทนายความตั้งแต่ชั้นถูกควบคุมตัว ซึ่งในชั้นการดำเนินคดีชั้นสอบสวนกฎหมายให้อำนาจตำรวจควบคุมผู้ต้องหาได้ไม่เกิน 24 ชั่วโมง หากต้องการขยายระยะเวลาควบคุมอีก 24 ชั่วโมงต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือ ระบุมูลเหตุของการขยายเวลาการควบคุมจากพนักงานอัยการ<sup>20</sup> นอกจากนี้ในความคิดบางฐานที่ร้ายแรงกฎหมายให้อำนาจตำรวจควบคุมตัวผู้ต้องหาได้อีก 48 ชั่วโมง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส รับรองสิทธิผู้ถูกลงโทษ ให้ได้รับการช่วยเหลือจากทนายความ โดยแบ่งแยกเป็นกรณีทั่วไปกับกรณีพิเศษ

ในกรณีทั่วไปผู้ถูกลงโทษมีสิทธิพบทนายความตั้งแต่ชั่วโมงแรกของการควบคุมตัว<sup>21</sup> ส่วนในกรณีพิเศษ อย่างคดีที่ผู้ถูกลงโทษถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดร้ายแรง เช่น ความผิดฐานองค์กรอาชญากรรม หรือก่อการร้าย เป็นต้น จะต้องรอให้ระยะเวลา 36 ชั่วโมงผ่านไปก่อนจึงจะมีสิทธิพบทนายความ และหากผู้ถูกลงโทษไม่อาจหาทนายได้ อาจเป็นเพราะขาดแคลนทุนทรัพย์ กฎหมายกำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่จัดหาทนายความให้โดยเร็ว โดยกฎหมายฝรั่งเศส กำหนดให้ตำรวจต้องจัดหาทนายความให้ผู้ถูกลงโทษเมื่อผู้ถูกลงโทษไม่มีความสามารถในการหาทนายความหรือทนายความของตนไม่สามารถติดต่อได้ แต่สิทธิดังกล่าวมีเงื่อนไข ดังนี้

1) ระยะเวลาการพบทนายความ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 63-4 วรรค 4 ได้จำกัดให้ทนายความเข้าพบผู้ถูกลงโทษได้เพียง 30 นาที และข้อความนั้นต้องเป็นความลับ

<sup>19</sup> อุทัย อาทิวา. (2553, 10 กรกฎาคม). การควบคุมตัวในกฎหมายฝรั่งเศส (ตอนที่ 2) (La garde à vue en droit français:deuxième partie). สืบค้นเมื่อ 1 กันยายน 2554, จาก <http://61.7.253.105/files/article10-07-2553.pdf>

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 63 วรรคสอง.

<sup>21</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 63-4 เพิ่งได้รับการแก้ไขโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2000 ก่อนหน้ารัฐบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ผู้ถูกลงโทษต้องรอให้ระยะเวลา 20 ชั่วโมงผ่านไปก่อนจึงจะมีสิทธิขอพบทนายความ การแก้ไขครั้งนี้เป็นการเพิ่มสิทธิของประชาชนฝรั่งเศสในขณะที่ยุโรปได้ให้สิทธิดังกล่าวมานานแล้ว.

2) การดูแลจำนวนการสอบสวนของตำรวจ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 63-4 ได้บัญญัติห้ามมิให้ทนายความของผู้ถูกควบคุมชั้นสอบสวนเข้าถึงจำนวนการสอบสวน

3) การเข้าช่วยเหลือผู้ต้องหาในการสอบปากคำ กฎหมายฝรั่งเศสไม่อนุญาตให้ทนายความเข้าช่วยเหลือผู้ต้องหาในการสอบปากคำ

ในกรณีที่เป็นการสอบสวนตามที่ได้รับมอบหมาย (une commission rogatoire) จากผู้พิพากษาไต่สวน ผู้ถูกควบคุมตัวจะต้องได้รับแจ้งว่ามาตรการควบคุมตัวจะถูกนำมาใช้ในการสอบสวนประเภทนี้ ทนายความไม่มีสิทธิขอทราบว่ามีพยานหลักฐานอะไรบ้าง ไม่มีสิทธิเข้าร่วมการสอบปากคำอย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้มีการพบปรึกษากับผู้ถูกควบคุมตัวแล้ว ทนายความมีสิทธิที่จะทำข้อสังเกต หรือคำแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อนำเข้าร่วมไว้ในจำนวนการสอบสวนได้<sup>22</sup>

กฎหมายฝรั่งเศส ได้กำหนดข้อยกเว้นไม่ให้สิทธิแก่ผู้ถูกควบคุมตัวในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความเหมือนกรณีทั่วไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 706-73 ในคดีที่เป็นกรณีพิเศษไว้ดังต่อไปนี้

1) การพบปรึกษากับทนายความในช่วงโงมแรก จะถูกเลื่อนออกไปเป็น 48 ชั่วโมง หากเป็นคดีความผิดที่เกี่ยวกับการค้าประเวณี (le proxénétisme) การขู่กรรโชกทรัพย์ที่มีเหตุฉกรรจ์ (l'extorsion de fonds aggravée) ช้องโจร (l'association de malfaiteurs) การลักทรัพย์ซึ่งกระทำโดย องค์กรอาชญากรรม (le vol en bande organisée) และการทำลาย (la destruction)

2) การพบปรึกษากับทนายความในช่วงโงมแรกจะถูกเลื่อนออกไปเป็น 72 ชั่วโมง หากเป็นคดีความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย (le terrorisme) และการค้ายาเสพติด (le trafic de stupéfiants)

### 3.2.2.2 สิทธิในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง<sup>23</sup>

กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าผู้เป็นจำเลยชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (le mis en examen) มีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากทนายความ และศาลจะต้องตั้งทนายความให้ผู้เป็นจำเลยชั้นไต่สวนมูล

<sup>22</sup> อุทัย อาทิวา. (2553, 10 กรกฎาคม). การควบคุมตัวในกฎหมายฝรั่งเศส (ตอนที่ 2) (La garde à vue en droit français:deuxième partie). สืบค้นเมื่อ 1 กันยายน 2554, จาก <http://61.7.253.105/files/article10-07-2553.pdf>

<sup>23</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (2546). สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา. สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2553, จาก [www.lawreform.go.th](http://www.lawreform.go.th)

ฟ้อง<sup>24</sup> นอกจากนี้ ทัศนคติของฝรั่งเศสยังแสดงบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือจำเลยชั้นใต้สวนมูลฟ้องหลายประการ เช่น (1) การแสดงข้อสังเกตบางอย่างให้ศาลรับทราบ (2) การเรียกร้องสิทธิต่างๆ ให้จำเลยชั้นใต้สวนมูลฟ้องเช่นสิทธิในการได้รับการตรวจร่างกายและจิตใจจากแพทย์<sup>25</sup> (3) การเรียกร้องให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวระหว่างการพิจารณา (la demande de mise en liberté) และ (4) การยกอายุความอาญาขึ้นให้ศาลมีคำสั่งยกฟ้อง ซึ่งหากศาลไม่เคารพสิทธิการมีทัศนคติของจำเลย ศาลสูงต้องออกคำสั่งยกเลิกฟ้องการใต้สวนมูลฟ้อง (La nullité de l'instruction) แต่บางกรณีศาลสูงไม่ออกคำสั่งยกเลิกฟ้องการใต้สวนมูลฟ้องหากเป็นการไม่เคารพหลักเกณฑ์เล็กน้อย และความเป็นจริงจำเลยชั้นใต้สวนมูลฟ้องก็มีทัศนคติช่วยเหลือตลอดการใต้สวนมูลฟ้องจึงไม่ถือว่ากระทบสิทธิของจำเลยถึงขนาดต้องยกเลิกการใต้สวนมูลฟ้อง

ส่วนผลของการยกเลิกการใต้สวนมูลฟ้องนั้น กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาที่จะพิจารณาว่าการยกเลิกฟ้องนั้น มีผลต่อการฟ้องคดีหรือไม่<sup>26</sup> และมีสิทธิสั่งให้ศาลใต้สวนอื่นดำเนินการใต้สวนมูลฟ้องใหม่ได้<sup>27</sup>

### 3.2.2.3 สิทธิในชั้นพิจารณาคดีในชั้นศาล

กฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติรับรองสิทธิการมีทนายไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 274 และ 393 วรรคสอง โดยแบ่งแยกการรับรองสิทธิดังกล่าวโดยยึดถือศาลที่พิจารณาคดีเป็นหลัก กล่าวคือ คดีใน La cour d'assises ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 274 บัญญัติว่า ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลแจ้งให้จำเลยเลือกทนายความ และหากจำเลยไม่ยอมเลือกทนายความให้ศาลตั้งทนายความให้จำเลยทันที นอกจากนี้ ในขณะพิจารณาคดีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 317 วรรคหนึ่ง ยังบัญญัติว่าการปรากฏตัวของทนายความในการพิจารณาคดีเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งหากทนายความที่ตั้งไว้ไม่มาศาล ศาลต้องตั้งทนายความใหม่ให้ทันที ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสได้รับรองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในการพิจารณาคดีใน La cour d'assises ถึงสองชั้น

คดีใน Le tribunal correctionnel ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 393 วรรคสอง บัญญัติว่าให้พนักงานอัยการแจ้งต่อจำเลยว่าจำเลยมีสิทธิเลือกทนายความด้วยตนเองถ้าไม่เลือกศาลต้องตั้งทนายความให้จำเลย

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 114 วรรค 2.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 81 วรรค 8 และ 9.

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 206 วรรคสอง.

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, มาตรา 206 วรรคสาม .



คดีใน Le tribunal de police แม้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายฝรั่งเศสที่รับรองไว้ชัดแจ้งว่าศาลต้องตั้งทนายความให้จำเลยใน Le tribunal de police เพราะกฎหมายอนุญาตให้จำเลยต่อสู้คดีเองได้ในคดีลหุโทษ แต่หากจำเลยต้องการตั้งทนายความต่อสู้คดีก็อาจทำได้ และถ้าหากจำเลยไม่มีทุนทรัพย์พอจะจ้างทนายความ จำเลยก็สามารถร้องขอให้ศาลตั้งทนายความได้โดยอ้างบทบัญญัติแห่ง La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales มาตรา 6-3-c เรื่องวิธีพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (le procès équitable)

### 3.2.3 ผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา

#### 1) การละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวน

กฎหมายได้บัญญัติรับรองสิทธิการมีทนายความของผู้ถูกควบคุมชั้นสอบสวน หากเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น ตำรวจละเมิดสิทธิดังกล่าว เช่น ไม่จัดหาทนายความให้ผู้ถูกควบคุมหรือผู้ต้องหา ผลจะเป็นเช่นไร ในเรื่องดังกล่าว กฎหมายไทยยังไม่ปรากฏเป็นคดีในชั้นศาล อาจเป็นเพราะผู้ถูกควบคุมหรือผู้ต้องหาไม่ได้รับรู้ถึงสิทธิของตนเองตามกฎหมาย แต่ในฝรั่งเศสกลับปรากฏเป็นคดีขึ้นศาลกันเป็นจำนวนมาก และศาลฎีกาฝรั่งเศสได้วางหลักไว้หลายเรื่องซึ่งอาจเป็นแบบอย่างการตีความกฎหมายของไทยได้ในอนาคต ประการแรก การที่ตำรวจไม่ตั้งทนายความให้ผู้ถูกควบคุมตัวชั้นสอบสวน ศาลจำเป็นต้องประกาศเพิกถอนการควบคุมตัวและการสอบปากคำ (nullité) กล่าวคือการควบคุมตัวและการสอบปากคำนั้นเสียไป เพราะถือว่าเป็นการกระทำของตำรวจที่กระทบกระเทือนสิทธิการต่อสู้คดี ( le droit de la défense) ประการที่สอง ผลของการสอบปากคำที่เสียไปทำให้พนักงานอัยการ ไม่อาจอ้างถ้อยคำของผู้ต้องหาเช่นคำรับสารภาพในชั้นสอบสวนมาเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้ ประการสุดท้าย แม้ศาลจะประกาศความเสียไปของการควบคุมตัวและการสอบปากคำ แต่การเสียไปดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงการสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้อง การฟ้องคดีและการพิจารณาคดี เพราะการเสียไปของการควบคุมตัวและการสอบปากคำผู้ต้องหาไม่มีความเกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความที่ต่อเนื่องมาโดยชอบ

#### 2) การละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นพิจารณาคดี

การละเมิดสิทธิการมีทนายความของจำเลยมีหลายรูปแบบ แต่รูปแบบที่ชัดเจนที่สุดคือ การที่ศาลไม่ตั้งทนายความให้จำเลยทั้งๆ ที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำ ในเรื่องนี้กฎหมายฝรั่งเศสไม่ค่อยปรากฏเป็นคดีให้เห็น ซึ่งอาจเป็นเพราะสองสาเหตุได้แก่ ประการที่หนึ่ง ศาลฝรั่งเศสตระหนักถึงความสำคัญของเรื่องดังกล่าวเพราะถือเป็นสิทธิในการต่อสู้คดี ( le droit de la défense) ซึ่งเป็นสิทธิสำคัญยิ่ง และ ประการที่สอง แม้จะมีการละเมิดกฎหมายอยู่บ้าง แต่ศาลสูงฝรั่งเศส

ค่อนข้างเพิกถอนกระบวนการพิจารณาอย่างลับๆ<sup>28</sup> ในขณะที่ประเทศไทยการละเมิดสิทธิการมี  
ทนายความมีปรากฏให้เห็นหลายคดีมากในคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งบางคดีศาลฎีกาก็ยกกระบวนการ  
พิจารณาและย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ในขณะที่บางคดีศาลฎีกาก็ไม่  
ยกกระบวนการพิจารณาโดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้นหรือเหตุการณ์ดังกล่าวไม่  
ทำให้จำเลยเสียเปรียบ เป็นต้น

---

<sup>28</sup> Muriel GUERRIN. (2001). *Nullité de procédure*. p4.

## บทที่ 4

### แนวทางและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความของไทย

ประเทศไทยมีการใช้กฎหมายของตนเองมาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่งเมื่อจะมีการนำเอาหลักกฎหมายใดมาใช้แล้ว ก็ควรที่จะต้องศึกษาถึงความเป็นมาของเรื่องนั้นๆ ก่อนว่ามีแนวทางดั้งเดิมในเรื่องนั้นอย่างไร เพื่อให้เข้าใจถึงรูปแบบของกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน และทราบถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการนำเอาหลักกฎหมายนั้นมาใช้ เพื่อให้สามารถกำหนดรูปแบบในการนำมาใช้ที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายและเหมาะสมกับสังคมไทย

ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในประเทศไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิการมีทนายความ โดยจะต้องเริ่มจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดก่อน แล้วจึงค่อยพิจารณาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงกรณีที่มีการละเมิดสิทธิการมีทนายความจะมีผลเป็นประการใด และมีกฎหมายรองรับการละเมิดสิทธินั้นหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องศึกษากระบวนการในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวโดยเริ่มต้นพิจารณาได้ ดังนี้

#### 4.1 หลักการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย

สำหรับการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยนั้น แต่เดิมใช้ระบบไต่สวนเช่นเดียวกับนานาประเทศซึ่งในการดำเนินคดีอาญาในระบบดังกล่าวนี้จะไม่มีการแยกอำนาจสอบสวนฟ้องร้องและการพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน มีศาลหรือผู้พิพากษาเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งสิ้นตั้งแต่เริ่มคดี กล่าวคือเมื่อทราบว่าการกระทำความผิดอาญาจนกระทั่งมีการตัดสินคดีในที่สุด การดำเนินคดีอาญาระบบนี้ไม่มีโจทก์และจำเลย มีแต่เพียงผู้ไต่สวนและผู้ถูกไต่สวนซึ่งผู้ถูกไต่สวนจะมีสภาพเป็นเพียงวัตถุแห่งการชักฟอกคดีเท่านั้น<sup>1</sup> นอกจากนี้การพิจารณาความก็ใช้วิธีรุนแรงเพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสารภาพ เช่น ฆ้อง ขมิ้น บีบขมับหรือจับเข้าข้อคา ฯลฯ ซึ่งเรียกรวิธีพิจารณาความนี้ว่า “จารีตนครบาล” ต่อมาสมัยรัชกาลที่ 5 ประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสต่างเข้ามามีบทบาทด้านการเมืองการค้าและวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการศาลและกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายที่เราใช้บังคับขณะนั้น คือ กฎหมายตราสามดวง มีลักษณะล้าสมัยและยุ่งยาก ซึ่งบางบทก็กลายเป็น

<sup>1</sup> คณิต ฒ นคร จ (2520). “อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 9, 2, หน้า 134.

กฎหมายที่รุนแรงเกินควรหรือไม่เป็นธรรม<sup>2</sup> ต่างกับระบบกฎหมายของประเทศตะวันตกที่มีการพัฒนากฎหมายเป็นอย่างดีแล้ว ประเทศต่างๆ เหล่านี้จึงมีความรังเกียจวิธีพิจารณาความและกฎหมายอื่นๆ ทำให้ไม่ยอมรับกฎหมายไทยและพยายามบังคับให้ไทยเราต้องยอมรับ “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” (Extraterritorial rights) กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นชาวต่างประเทศและคนในบังคับของชาวต่างประเทศจะขึ้นศาลกงสุลของตน และประเทศฝรั่งเศสก็เป็นชาติหนึ่งที่กำลังก่อปัญหาให้กับรัฐบาลไทยมากที่สุดในช่วงนั้น<sup>3</sup> เป็นเหตุให้ประเทศไทยต้องปฏิรูปกฎหมายและร่างกฎหมายใหม่เพื่อความเข้าใจง่ายและสะดวกสอดคล้องกับกฎหมายตราสามดวงที่บังคับใช้อยู่ขณะนั้น

ดังนั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายจึงตัดสินใจเลือกระบบประมวลกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป ที่มีการจัดแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายอย่างเป็นระเบียบและเข้าใจง่ายมาเป็นรากฐานในการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายของไทย จากแนวความคิดของคนอังกฤษที่มีลักษณะเป็นพวกอนุรักษนิยมจึงรังเกียจระบบใหม่ที่ประเทศในภาคพื้นยุโรปเสนอมา ที่ให้อัยการมีอำนาจสอบสวนฟ้องร้อง ซึ่งเมื่อครั้งมีระบบอัยการที่ตั้งขึ้นในระยะเริ่มแรกก่อน ร.ศ.115 อัยการในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐทำหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนฟ้องร้อง จนกระทั่งบังคับคดี<sup>4</sup> เช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี เป็นต้น ต่อมาเมื่อรัชกาลที่ 5 ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งอันมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน ซึ่งในขณะนั้นก็ทรงสำเร็จการศึกษากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษให้เป็นผู้พิจารณาร่างกฎหมายวิธีพิจารณาขึ้นใช้บังคับไปพลางก่อนจนกว่าจะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่สมบูรณ์ขึ้นใช้แทน เนื่องจากการร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวนี้ใช้เวลานานมาก ไม่ทันต่อความเจริญของประเทศ ซึ่งในขณะนั้นต้องการให้มีวิธีพิจารณาคดีแบบประเทศตะวันตกโดยเร็วกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับชั่วคราว ก็คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมิโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ.115 ซึ่งร่างขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายอังกฤษเป็นพื้นฐาน โดยอัยการมีบทบาทในการฟ้องคดีอาญาด้วยการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ไม่มีผู้เป็นโจทก์ฟ้องหรือผู้เสียหายไม่คิดใจดำเนินคดีต่อไป กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติขึ้นมาเป็นการชั่วคราวไม่กี่มาตรา แต่ปรากฏว่าใช้บังคับอยู่นานรวม 40 ปี และมีอิทธิพลตกทอดจนกระทั่งปัจจุบัน แม้ว่าประเทศไทยเราจะได้ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป ก็ตาม ต่อมาเมื่อประเทศใช้ประมวล

<sup>2</sup> ชานินทร์ กรีชัยเชิธร. (2511). การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล. หน้า 7.

<sup>3</sup> ร.แสงกาศ. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. หน้า 4.

<sup>4</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์. (2512). “งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม.” อัยการนิเทศ, เล่ม 31. หน้า 486.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว อำนาจสอบสวนได้ถูกแยกออกจากอำนาจการฟ้องคดี ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยที่มีการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน โดยให้องค์กรที่แยกต่างหากจากกันเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการและยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาขึ้นเป็นประธานในคดีนั้นถือเป็น “การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา”

## 4.2 สิทธิในการเข้าสู่คดีโดยหลักเท่าเทียมกันในการมีทนายความของไทย

### 4.2.1 สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ ได้มีการแก้ไขและเปลี่ยนแปลงในหลักการไปจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้ โดยได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพิ่มขึ้น ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 40 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง
- (2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง
- (3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม
- (4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
- (5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ
- (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้องรวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ การให้ความคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่แก้ไขใหม่ โดยหลักการการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายด้วยการจัดหาทนายความนั้นที่อยู่ในมาตรา 40 (7) นั้น กำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวโดยรัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ไม่ว่าจะอยู่ในชั้นสอบสวนหรือว่าจะอยู่ในชั้นพิจารณาของศาลเพราะว่ารัฐธรรมนูญใช้คำว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลย” แต่ก็จะต้องพิจารณาบทบังคับนี้ประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือต้องให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย

#### 4.2.2 สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในปัจจุบันนี้หลักการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนี้ ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติอย่างมากเพื่อให้เกิดการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและมีศักดิ์ของกฎหมายสูงกว่ากฎหมายที่มีลำดับชั้นเท่ากับพระราชบัญญัติ

โดยที่ผู้ต้องหาในคดีอาญาโดยมาก มักจะถูกกระทำเหมือนว่าเค้าเป็นผู้กระทำผิดแล้ว แม้ยังไม่ได้ผ่านกระบวนการตัดสินให้ถึงที่สุด เช่น เมื่อตำรวจจับผู้ต้องหาได้จะนำมาแถลงข่าวซึ่งเป็นการประกาศให้ประชาชนโดยทั่วไปเข้าใจว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิด ทั้งๆ ที่ ถ้าผ่านการพิจารณาคดีในชั้นศาลแล้วหลักฐานและพยานต่างๆ อาจเอาผิดผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ หรือ แสดงว่าบุคคลนั้นไม่ใช่คนผิด และถ้าจากหลักฐานและพยานศาลตัดสินว่าไม่มีความผิดการที่เขาถูกประกาศให้ประชาชนรู้ว่าเป็นการกระทำผิดก็เป็นการละเมิดสิทธิของเขาใช่หรือไม่ เรื่องนี้มีบทบัญญัติคุ้มครองไว้แล้วในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรค 3 บัญญัติว่า “ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ดังนั้น ผู้ที่ถูกฟ้องคดีก่อนศาลประทับรับฟ้องจึงยังไม่ถือว่าเป็นจำเลย และก่อนที่จะมีคำพิพากษาเช่นนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิต่างๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้สามารถนำเสนอข้อเท็จจริงใน

ทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างเต็มที่ ซึ่งสิทธิประการหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ คือ สิทธิที่จะมีทนายความ (Right to Counsel) เนื่องจากกฎหมายต้องการให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในการเข้าสู่ต่อสู้คดีเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง และเป็นหลักประกันเพิ่มเติมว่าผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่

ในการพิจารณาหลักการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาตามกฎหมายอื่นนั้นจะทำการศึกษาโดยการแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน ดังต่อไปนี้

#### 4.2.2.1 ในชั้นสอบสวน

1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดให้รัฐจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน ดังนี้

มาตรา 7/1 ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุมหรือขังมิสิทธิแข็งหรือขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้วางใจทราบถึงการถูกจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก และให้ผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหามีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) พบและปรึกษาผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว
- (2) ให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ในชั้นสอบสวน
- (3) ได้รับการเยี่ยมหรือติดต่อกับญาติได้ตามสมควร
- (4) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหามีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหานั้นทราบในโอกาสแรกถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 8 นับแต่เวลาที่ยื่นฟ้องแล้ว จำเลยมีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) ได้รับการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม
- (2) แต่งทนายความแก้ต่างในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาในศาลชั้นต้น

ตลอด จนชั้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา

- (3) ปรึกษาทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว
- (4) ตรวจสอบสิ่งที่ยื่นเป็นพยานหลักฐาน และคัดสำเนาหรือถ่ายรูปสิ่งนั้นๆ
- (5) ตรวจสอบสำนวนการไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาของศาล และคัดสำเนาหรือ

ขอรับสำเนาที่รับรองว่าถูกต้องโดยเสียค่าธรรมเนียม เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมนั้น

- (6) ตรวจสอบหรือคัดสำเนาคำให้การของตนในชั้นสอบสวนหรือเอกสาร

ประกอบคำให้การของตน

ถ้าจำเลยมีทนายความ ทนายความนั้นย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับจำเลยดังกล่าวมาแล้วด้วย

เมื่อพนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ให้ผู้เสียหายมีสิทธิตามวรรคหนึ่ง (6) เช่นเดียวกับจำเลยด้วย

มาตรา 134/1 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้

การจัดหาทนายความตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้ทนายความที่รัฐจัดหาให้ได้รับเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

เมื่อได้จัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสามแล้ว ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากทนายความไม่อาจมาพบผู้ต้องหาได้ โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทราบหรือแจ้งแต่ไม่มาพบผู้ต้องหาภายในเวลาอันสมควร ให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาไปได้โดยไม่ต้องรอทนายความ แต่พนักงานสอบสวนต้องบันทึกเหตุนั้นไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย

มาตรา 134/3 ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบ ปากคำตนได้

มาตรา 134/4 ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(1) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้

(2) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้

เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างใดก็ให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้



ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตาม มาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และ มาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้

2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2548

มาตรา 51 บัญญัติว่า “เมื่อมีการจับกุมเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดแล้วให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบรีบดำเนินการสอบสวน และส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็นไปยังพนักงานอัยการ เพื่อให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวให้ทันภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกจับกุม

ในกรณีความผิดที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินหกเดือนแต่ไม่เกินห้าปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หากเกิดความจำเป็นไม่สามารถฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นต่อศาลให้ทันภายในระยะเวลาดังกล่าวในวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณียื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอผิดฟ้องต่อไปได้อีกครั้งละไม่เกินสิบห้าวันแต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสองครั้ง

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินกว่าห้าปีจะมีโทษปรับหรือไม่ก็ตาม เมื่อศาลสั่งอนุญาตให้ผิดฟ้องครบสองครั้งแล้ว หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอผิดฟ้องต่อไปอีกโดยอ้างเหตุจำเป็นศาลจะอนุญาตตามคำขอนั้นได้ต่อเมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้แสดงถึงเหตุจำเป็นและนำพยานมาเบิกความประกอบจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ในกรณีเช่นนี้ศาลมีอำนาจสั่งอนุญาตให้ผิดฟ้องต่อไปได้อีกครั้งละไม่เกินสิบห้าวัน แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสองครั้ง

ในการพิจารณาคำร้องขอผิดฟ้อง เด็กหรือเยาวชนผู้ต้องหาจะตั้งที่ปรึกษากฎหมายเพื่อแถลงข้อคัดค้านหรือซักถามพยานก็ได้

บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับในกรณีที่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแห่งท้องที่นอกเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นผู้ดำเนินการสอบสวน แต่พนักงานสอบสวนเช่นนี้จะต้องรีบดำเนินการสอบสวน และส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อฟ้องคดีต่อศาลให้ทันภายในสามสิบวันนับตั้งแต่วันที่เด็กและเยาวชนนั้นถูกจับกุม เว้นแต่ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินหกเดือนแต่ไม่เกินห้าปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ให้ขยายระยะเวลาเป็นหกสิบวันนับตั้งแต่วันที่เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกจับกุม เว้นแต่ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้

จำคุกเกินหกเดือนแต่ไม่เกินห้าปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ให้ขยายระยะเวลาเป็นเก้าสิบวัน นับตั้งแต่วันที่เด็กและเยาวชนนั้นถูกจับกุม”

3) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนในศาลแขวง พ.ศ. 2499

มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในการสอบสวนคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจศาลแขวงที่จะพิจารณาพิพากษาได้ เมื่อมีการจับตัวผู้ต้องหาแล้ว ให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบส่งตัวผู้ต้องหา พร้อมด้วยสำนวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลแขวงให้ทันภายในกำหนดเวลาที่สืบแปลชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ต้องหาถูกจับ แต่มิให้นับเวลาเดินทางตามปกติที่นำตัวผู้ต้องหาจากที่จับมายังที่ทำการของพนักงานสอบสวน จากที่ทำการของพนักงานสอบสวนและหรือจากที่ทำการของพนักงานอัยการมาศาล เข้าในกำหนดเวลาที่สืบแปลชั่วโมงนั้นด้วย

ในกรณีที่เกิดความจำเป็นไม่สามารถฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลให้ทันภายในกำหนดเวลาดังกล่าวในวรรคแรก ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอผิดฟ้องต่อไปได้อีกคราวละไม่เกินหกวัน แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสามคราว ในการวินิจฉัยคำร้องเช่นว่านี้ ถ้ามีการขอให้ขังผู้ต้องหาด้วย หรือผู้ต้องหาแสดงตัวต่อศาล ให้ศาลสอบถามผู้ต้องหาว่า จะมีข้อคัดค้านประการใดหรือไม่ และศาลอาจเรียกพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการคดีมาชี้แจงเหตุจำเป็น หรืออาจเรียกพยานมาเบิกความประกอบก็ได้

เมื่อศาลสั่งอนุญาตให้ผิดฟ้องครบสามคราวแล้ว หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอผิดฟ้องต่อไปอีกโดยอ้างเหตุจำเป็น ศาลจะอนุญาตตามขอนั้น ได้ก็ต่อเมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้แสดงถึงเหตุจำเป็นและนำพยานมาเบิกความประกอบจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ถ้ามีการขอให้ขังผู้ต้องหาด้วยหรือผู้ต้องหาแสดงตัวต่อศาล ให้ศาลสอบถามผู้ต้องหาว่า จะมีข้อคัดค้านประการใดหรือไม่ ในกรณีเช่นว่านี้ ศาลมีอำนาจสั่งอนุญาตให้ผิดฟ้องต่อไปได้คราวละไม่เกินหกวัน แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสองคราว

ผู้ต้องหาจะแต่งตั้งทนายความเพื่อแถลงข้อคัดค้าน และซักถามพยานก็ได้”

เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1 มาตรา 8 มาตรา 105 มาตรา 165, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 20 ฉบับที่ 15 พ.ศ. 2534 มาตรา 32 (รัฐธรรมนูญฉบับเดิมก่อนมีการแก้ไขเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้ในปัจจุบัน) จะเห็นได้ว่า การมีทนายความของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนของประเทศไทยเป็นเพียงสิทธิส่วนตัวของผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะจัดหาทนายความ

ช่วยเหลือตนเองในชั้นสอบสวนและในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง เพราะว่าด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 32 ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ นั้น ได้วางหลักไว้ว่า “ในชั้นสอบสวนหรือในชั้นไต่สวนมูลฟ้องผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะแต่งตั้งทนายความเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดีก็ได้ แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าหากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่สามารถจะจัดหาทนายความเองได้ รัฐจะช่วยเหลือด้วยการจัดหาทนายความให้” แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 242 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว” จะเห็นได้ว่า คำว่า “ควบคุม” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) หมายความว่า การควบคุมหรือกักขังผู้ถูกจับโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในระหว่างสืบสวนและสอบสวน ซึ่งเป็นขั้นของการสืบสวนและสอบสวนและคำว่า “ขัง” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (22) หมายความว่า การกักขังจำเลยหรือผู้ต้องหาโดยศาล ซึ่งเป็นขั้นพิจารณาคดีของศาล

จากบทนิยามของทั้งสองคำดังกล่าวทำให้เราเข้าใจได้ว่า การให้ความช่วยเหลือตามกฎหมายโดยการจัดหาทนายความนั้นมีทั้งในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดีของศาล โดยที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ฉบับปัจจุบัน มาตรา 40 (7) กำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้องรวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว จึงเป็นบทบังคับให้รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็วสำหรับในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่อาจหาทนายความได้ทำให้เห็นได้ว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 105 และมาตรา 165 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2548 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเดิมที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขใหม่ให้สอดคล้องกับหลักการของมาตรา 7/1 มาตรา 8 และมาตรา 134/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เพิ่งแก้ไขใหม่ในปี พ.ศ. 2547 เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติและในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิการมีทายาทของผู้ต้องหาในคดีอาญาในชั้นสอบสวนนั้น มีแต่เพียงบทบัญญัติมาตรา 7/1 มาตรา 8 และมาตรา 134/1 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

#### 4.2.2.2 ในชั้นพิจารณา

การคุ้มครองสิทธิการมีทายาทของจำเลยในคดีอาญาในชั้นพิจารณาคดีตามกฎหมายไทยมีบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

##### 1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทายาทหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทายาทให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทายาทหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทายาทก็ให้ศาลตั้งทายาทให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทายาทที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดีและสถานะทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง”

2) พระราชบัญญัติตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2548

มาตรา 83 ได้บัญญัติว่า “ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จำเลยจะมีทายาทแก้คดีแทนไม่ได้ แต่จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทายาทได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้ เว้นแต่จำเลยนั้นไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก้คดี จะไม่แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้ก็ได้”

3) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ให้นำวิธีพิจารณาความอาญาตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับในศาลแขวง แต่ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบังคับ ให้คงใช้กฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งบังคับ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนและกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน”

##### 4) พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

มาตรา 55 บัญญัติว่า “ศาลทหารในเวลาปกติให้ผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง แต่งทนายได้

ศาลทหารในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ให้จำเลยแต่งตั้งทนายได้ ทนายต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความหรือทนายความที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เมื่อทนายได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ให้ว่าต่างหรือแก้ต่างได้

ศาลอาญาศึกหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 และมาตรา 43 ห้ามแต่งตั้งทนาย”

มาตรา 56 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 55

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้

(2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่า จำเลยยากจนและต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ในการนี้ศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลแก่ทนายที่ศาลตั้งตาม (1) และ (2) ตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การมีทนายความของจำเลยโดยความช่วยเหลือของรัฐในการจัดหาทนายความให้ในชั้นพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทยสามารถที่จะแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ

(1) ด้วยบทประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสอง, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มาตรา 83 และพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 56 นั้น ได้วางหลักเกณฑ์ในการที่รัฐจะจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาในฐานะเป็นสิทธิ กล่าวคือ เป็นเพียงการให้สิทธิแก่จำเลยว่าจะต้องการทนายความในการดำเนินคดีหรือไม่ สำหรับกรณีที่ไม่มียกเว้น หาใช่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีที่กฎหมายบังคับให้ศาลต้องแต่งตั้งทนายให้จำเลยก่อนจึงจะเริ่มพิจารณาคดีไม่

(2) บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคแรก เพียงส่วนเดียวที่บัญญัติว่าการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาที่มีฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี กล่าวคือ เป็น กรณีที่กฎหมายบังคับให้ศาลต้องแต่งตั้งทนายความให้จำเลยก่อนจึงจะเริ่มพิจารณาคดีได้

### 4.3 มาตรการทางกฎหมายในกรณีที่รัฐหรือศาลไม่ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายบัญญัติไว้

#### 4.3.1 สาเหตุของการยกเลิกกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยปกติศาลสูงไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่างโดยพลการ เว้นแต่จะได้อุทธรณ์หรือฎีกาขึ้นมา จำเลย พนักงานอัยการ ผู้เสียหาย รวมทั้งผู้เกี่ยวข้องในคดี เช่น เจ้าทรัพย์ของกลางในคดีขโมยของกลางและทนายจำเลยเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ ฎีกา ภายใต้ข้อจำกัดและเงื่อนไขที่กำหนด นอกจากนั้นในการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นจะอุทธรณ์มิได้จนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นที่สำคัญและมีการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นด้วย<sup>5</sup> แต่มีข้อยกเว้นบางกรณี เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 254 วรรคสอง ศาลชั้นต้นมีหน้าที่ต้องส่งสำนวนคดีที่ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตไปยังศาลอุทธรณ์ในเมื่อไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษานั้น และคำพิพากษาเช่นว่านี้จะยังไม่ถึงที่สุด เว้นแต่ศาลอุทธรณ์จะได้พิพากษายืน

สาเหตุแห่งการที่ศาลสูงจะสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีใหม่เนื่องจากศาลล่างมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งคำว่า “กระบวนการพิจารณา” หมายความว่า การกระทำใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้อันเกี่ยวข้องกับคดีซึ่งได้กระทำไปโดยคู่ความในคดีนั้นหรือโดยศาล หรือตามคำสั่งของศาลไม่ว่าการนั้นจะเป็นโดยคู่ความฝ่ายใดทำต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือศาลทำต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่าย และรวมถึงการส่งคำคู่ความและเอกสารอื่นๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้<sup>6</sup> ดังนี้ จะเห็นได้ว่า มูลเหตุแห่งการกระทำใดๆ ที่ศาลสูงจะสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาที่มีชอบของศาลล่างนั้นมีได้หลายประการ เช่น กรณีที่ศาลชั้นต้นไม่สอบถามจำเลยเรื่องทนายความตามมาตรา 173 แล้วพิจารณาพิพากษาคดีไป ก็เป็นเหตุอีกประการที่ศาลอุทธรณ์อาจมีคำสั่งให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ตามลำดับ เป็นต้น

#### 4.3.2 หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

##### 1) สาเหตุของการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

เนื่องจากพิจารณา (trial) หมายถึง กระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งการพิจารณาคดีอาญาเริ่มต้นเมื่อศาลออกนั่งพิจารณาจนกระทั่งศาลอ่านคำพิพากษาให้คู่ความฟัง เมื่อกระบวนการพิจารณาคือการกระทำต่างๆ อันเกี่ยวข้องกับคดีของคู่ความหรือศาล ดังนั้น ถ้าการกระทำอันเกี่ยวข้องกับคดีมิชอบยอมทำให้การพิจารณานั้นมิชอบไปด้วยซึ่งอาจมิชอบทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ แล้วแต่กรณี แต่

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 196.

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 1 (7).

เห็นได้ว่า มูลเหตุที่ทำให้การพิจารณาไม่ชอบในคดีอาญาได้นั้นต้องเป็นกรณีที่ร้ายแรงหรือสำคัญ เพราะกาพิจารณาที่ผิดพลาดเพียงเล็กน้อย การพิจารณาก็ยังคงมีผลการพิจารณามีชอบในคดีอาญาจึง มีลักษณะ หรือสาระสำคัญ ดังนี้

(1) การกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความ การกระทำที่ผิดพลาด ไม่มีอำนาจกระทำ ขาดพื้นฐานทางกฎหมายรองรับ รวมถึงความประพฤติที่มีชอบด้วย ประการใดๆ

(2) การกระทำที่มีชอบในข้อ (1) นั้นต้องเป็นเรื่องที่สำคัญหรือร้ายแรง เช่น การละเมิดสิทธิขั้นมูลฐาน (Fundamental right) หรือสิทธิที่สำคัญ (Essential right) ของจำเลย หรือการละเมิดหลักพื้นฐานในการพิจารณาคดี การผิดพลาดอย่างชัดเจน เป็นต้น

## 2) วิธีการยกเลิกกระบวนการพิจารณาที่มีชอบ

การจะสั่งให้ย้อนสำนวนกลับไปพิจารณาใหม่หรือไม่นั้น เป็นอำนาจของศาลสูงที่ใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง หากกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่า ศาลล่างมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้อำนาจศาลสูงมีดุลพินิจที่จะสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่แล้วแต่กรณี ซึ่งสามารถแยกได้ ดังนี้

### (1) กรณีที่ศาลสูงเห็นว่าจำเป็นต้องย้อนสำนวน

กรณีที่ศาลสูงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งใหม่ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลชั้นต้นลงโทษประหารชีวิตและไม่มีการอุทธรณ์ เมื่อศาลอุทธรณ์เห็นว่าจำเลยไม่มีทนายและศาลชั้นต้นไม่ได้สอบถามจำเลยว่าการทนายหรือไม่ ศาลอุทธรณ์มีอำนาจยกคำพิพากษาของศาลชั้นต้นให้ทำการพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างอื่นอีก ได้แก่ กรณีที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาลงโทษจำเลยบางคนที่มีได้รับสำเนาอุทธรณ์เป็นการไม่สมบูรณ์ แม้จำเลยที่รับสำเนาอุทธรณ์แล้วและถูกพิพากษาลงโทษจะถูกศาลฎีกายกคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ทั้งหมดให้ศาลอุทธรณ์พิพากษาใหม่ได้

### (2) กรณีที่ศาลสูงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องย้อนสำนวน

กรณีการใช้ดุลพินิจของศาลสูงในการไม่สั่งให้ย้อนสำนวนเพราะเห็นว่าไม่มีความจำเป็น ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ศาลชั้นต้นยังไม่ได้ชี้ขาดข้อเท็จจริงนั้นกฎหมายบัญญัติให้ศาลอุทธรณ์ – ฎีกา มีอำนาจสั่งย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นชี้ขาดข้อเท็จจริงได้ แต่เมื่อศาลอุทธรณ์ – ฎีกา เห็นว่าไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจนั้นก็ชี้ขาดข้อเท็จจริงไปได้โดยไม่ต้องใช้อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ดังกล่าว หรือกรณีที่โจทก์ยื่นคำร้องขอให้นับโทษจำเลยต่อจากอีกเรื่องหนึ่ง ศาลชั้นต้นสั่งให้ส่งสำเนาและสอบถามจำเลยในวันสืบพยานแต่ไม่ได้สอบถามจนมีคำพิพากษาไปแล้ว ถึงแม้ว่าจะเป็นความบกพร่องของศาลที่ไม่ได้สอบถามจำเลย โจทก์ก็มีส่วนบกพร่องที่ไม่ติดตาม

แถลงต่อศาลก่อนพิพากษา ศาลฎีกาไม่เห็นสมควรแก้ไขจะยื่นสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการ นับโทษจำเลยจ่อตามคำร้องของโจทก์

### 3) ผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

เมื่อศาลสูงมีคำสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งใหม่แล้วนั้น ย่อมทำให้คดีย้อนกลับมาอยู่ที่ศาลล่างอีกครั้ง ซึ่งอาจเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี เมื่อศาลล่างพิจารณาพิพากษาหรือสั่งใหม่แล้วอาจเหมือนเดิมหรือไม่ก็ได้ เช่น ในการพิจารณาครั้งแรกศาลชั้นต้นอาจมีคำพิพากษาเป็น โทษแก่จำเลย เมื่อจำเลยอุทธรณ์คำพิพากษาแต่ปรากฏว่าศาลชั้นต้นปฏิบัติมิชอบด้วยกระบวนการพิจารณา ศาลอุทธรณ์จึงมีคำพิพากษาให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณา และพิพากษาคดีใหม่ ในคราวหลังนี้เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาคดีใหม่ตามลำดับ ก็อาจมีคำพิพากษาให้เป็นคุณแก่จำเลยก็ได้และ โจทก์ก็ยังสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้เนื่องจากคำพิพากษาได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นโทษแก่โจทก์

ในการพิพากษาคดีของศาลฎีกาฝรั่งเศส<sup>7</sup> ถ้าศาลฎีกายกคำพิพากษาของศาลล่าง ศาลฎีกาจะได้ชี้ขาดในข้อกฎหมายแล้วส่งสำนวนพร้อมทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาไปให้ศาลล่าง (ซึ่งเป็นศาลชั้นเดียวกับศาลที่คู่ความฎีกาคัดค้านคำพิพากษา) พิพากษาคดีนั้น ศาลล่างมีความอิสระในการพิพากษาคดีอาจจะพิพากษาไปตามคำพิพากษาศาลฎีกาหรือพิพากษาไปตามศาลเดิมก็ได้ ถ้าศาลนั้นพิพากษาคดีไปตามศาลเดิมคือไม่พิพากษาคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกา ถ้าศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาถูกต้องก็จะส่งไปให้อีกศาลหนึ่งพิพากษาคดีนั้น ศาลนี้จะพิพากษาไปตามคำพิพากษาศาลฎีกา

## 4.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความ

### 4.4.1 ผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวน

ตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้ในกรณีที่พนักงานสอบสวนต้องสอบถามผู้ต้องหาในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าต้องการทนายความหรือไม่ เป็นการแก้ไขมาจาก มาตรา 134 ทวิ เดิมที่กำหนดให้มีการจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนเฉพาะกรณีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาเท่านั้น ต่อมาได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยรัฐธรรมนูญ ปี 2540 มาตรา 242 วรรค 1 ที่ให้พนักงานสอบสวนต้องสอบถามและจัดหาทนายความในกรณีที่คดีมีอัตราโทษประหารชีวิต หากผู้ต้องหาไม่มีด้วย<sup>8</sup> ซึ่ง

<sup>7</sup> ชिरพันธุ์ รัศมีทัต. เล่มเดิม. หน้า 105.

<sup>8</sup> คูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 134/1.



วัตถุประสงค์ของการจัดหาทุนความให้ผู้ต้องหา<sup>9</sup> ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาว่าจะได้รับการสอบสวนที่เป็นธรรม<sup>9</sup> แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า พนักงานสอบสวนไม่ได้สอบถามผู้ต้องหาว่ามีทุนความหรือไม่ กฎหมายก็กำหนดให้การให้ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการดำเนินการตามมาตรา 134/1 นั้น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นมีได้<sup>10</sup> แต่ก็ไม่ทำให้การสอบสวนนั้นเสียไปทั้งหมด ซึ่งกรณีนี้ก็เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา หากพนักงานสอบสวนไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วส่วนใหญ่พนักงานสอบสวนก็ไม่ได้มีการแจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบถึงสิทธิที่ได้รับโดยครบถ้วน และในส่วนของผู้ต้องหาที่ไม่มีการเรียกร้องการใช้สิทธิอื่นๆ เช่นกัน

เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสอบสวนไว้มากมาย จึงเป็นการยากที่จะคาดหวังให้พนักงานสอบสวนทั้งหลายปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกประการ ดังนั้น หากเป็นส่วนหนึ่งของรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติในส่วนที่มีใช้สาระสำคัญอันจะส่งผลกระทบต่อสำนวนการสอบสวนทั้งคดี ศาลฎีกาก็วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานตลอดมาว่า ข้อผิดพลาดบกพร่องในรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสอบสวนเช่นนี้ แม้พนักงานสอบสวนมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ก็ห้ามผลทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมด พนักงานอัยการยังคงมีอำนาจฟ้อง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5294/2549 ในชั้นสอบสวนพนักงานสอบสวนได้สอบปากคำเด็กหญิง ว. ซึ่งมีอายุ 13 ปีเศษ ในฐานะพยาน โดยไม่ได้จัดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการเข้าร่วมในการถามปากคำ ทำให้การของเด็กหญิง ว. จึงไม่ชอบด้วย ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง แต่ผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรานี้ คงทำให้คำให้การในชั้นสอบสวนของเด็กหญิง ว. ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 226 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 243 วรรคสอง เท่านั้น ไม่เป็นเหตุให้การสอบสวนของพนักงานสอบสวนเสียไปทั้งหมด ถือได้ว่าการสอบสวนความผิดในคดีนี้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 120 แล้ว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ แม้การสอบสวนเด็กหญิง ว. ซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี จะไม่ชอบด้วย ป.วิ.อ. มาตรา 133 ทวิ วรรคหนึ่ง แต่เมื่อในชั้นพิจารณาโจทก์อ้างเด็กหญิง ว. เป็นพยาน และเด็กหญิง ว. ได้เบิกความต่อหน้าศาลโดยผ่านนักสังคมสงเคราะห์ชอบด้วย ป.วิ.อ. มาตรา 172 ตรี แล้ว ศาลย่อมรับฟังคำเบิกความของเด็กหญิง ว. เป็นพยาน ได้

<sup>9</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก (2553). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับอ้างอิง). หน้า 240.

<sup>10</sup> ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 134/4 วรรคท้าย.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1547/2540 การตรวจค้นการจับกุมและการสอบสวนเป็นการดำเนินการคนละขั้นตอนกันหากการตรวจค้นและจับกุมมิชอบด้วยกฎหมายก็เป็นเรื่องที่จะว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหากเมื่อคดีนี้มีการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามกฎหมายแล้วแม้การตรวจค้นและจับกุมมีปัญหาว่าอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายก็หากระทบกระเทือนถึงการฟ้องคดีอาญาไม่ทั้งจำเลยมิได้ฎีกาว่าการสอบสวนไม่ชอบเพราะเหตุผลอื่น ๆ อีกจึงต้องถือว่าการสอบสวนในความผิดที่กล่าวหาตามฟ้องนั้นชอบแล้ว เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าเมทแอมเฟตามีนของกลางคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้เท่าใดจึงลงโทษตามพระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ.2518 มาตรา 106 ทวิ ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 99/2541 แม้การจับกุมจะมิชอบด้วยกฎหมายประการใดหรือไม่ก็ตามก็เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวต่อกันอีกส่วนหนึ่งต่างหากไม่กระทบกระเทือนถึงการฟ้องคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 จำเลยจะยกขึ้นฎีกาในปัญหาข้อนี้มิได้ ส่วนที่จำเลยฎีกาตอนหนึ่งว่าการสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะมิได้ทำต่อหน้าทนายความหรือให้โอกาสแก่จำเลยได้พบและปรึกษากับทนายความก่อนนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังไม่มีปัญหาเข้าสู่การวินิจฉัยของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 3 เนื่องจากจำเลยไม่เคยยกปัญหานี้ขึ้นโต้แย้งในศาลดังกล่าว ฎีกาของจำเลยจึงขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ประกอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 245 วรรคหนึ่งนอกจากนี้แม้จำเลยจะอ้างว่าประสงค์จะฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแต่ในเมื่อจำเลยต้องอ้างอิงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งศาลจะวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมายได้ก็ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่ามีเสียก่อนว่าเป็นประการใดเพื่อนำไปสู่ปัญหาข้อกฎหมายที่จำเลยยกขึ้นฎีกา ฎีกาของจำเลยในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง เมื่อศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิพากษาเพียงแต่แก้คำพิพากษาศาลชั้นต้นเป็นว่า คำขอที่ให้บอกโทษของจำเลยให้ยกเสีย เป็นการแก้ไขเล็กน้อยและให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินห้าปี จึงเป็นฎีกาที่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 218 วรรคหนึ่ง แม้ศาลชั้นต้นจะสั่งรับฎีกาของจำเลยมาศาลฎีกาก็ไม่รับวินิจฉัยให้

กรณีต่างๆ เหล่านี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานตลอดมาว่า ไม่มีผลทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมดอันจักส่งผลต่ออำนาจฟ้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๑๒๐ แต่อย่างไรก็ตามแต่อาจถือว่าพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนได้มาโดยการสอบสวนที่กระทำลงโดยมิชอบด้วยกฎหมายเช่นว่านี้จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ตามมาตรา ๒๒๖ อันเป็นบทตัดพยาน (Exclusionary Rule) เท่านั้น

ศาลสูงสุดของสหรัฐได้วางหลักไว้ในคดี *Miranda v. Arizona* (ที่มาของหลัก *Miranda Rule* หรือ *Miranda Warning* ซึ่งต่อมาได้มีการขยายความออกไปตามคดี *Escobedo v. Illinois* และ

Orozco v. Texas และจำกัดให้แคบลงโดยคดี Harriss v. New York ว่า ก่อนจะสอบปากคำผู้ต้องหา ตำรวจจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบถึงสิทธิที่จะไม่ตอบคำถามและสิทธิที่จะปรึกษานายด้วย ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐก็บัญญัติว่าบุคคลใดๆ ไม่อาจถูกบังคับให้เป็นพยานปรักปรำตนเอง

หลัก Miranda Rule หรือ Miranda Warning ตำรวจต้องแจ้งเตือนหรือแจ้งสิทธิแก่ผู้ถูกจับกุม 4 ประการ คือ

- 1) ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การ
- 2) หากผู้ถูกจับให้การ ทำให้การนั้นสามารถใช้เป็นหลักฐานในคดีได้
- 3) มีสิทธิพบและปรึกษานายความ และมีสิทธิขอให้ทนายความอยู่ร่วมในการสอบปากคำ
- 4) หากผู้ถูกจับไม่มีทนายความ ผู้ถูกจับมีสิทธิขอให้รัฐจัดหาทนายความให้

ข้อสังเกต พยานหลักฐานได้มาจากการค้นหรือการจับกุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือที่ค้นหรือยึดมาได้เนื่องจากคำรับสารภาพของผู้ต้องหาที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบ พยานเช่นนี้ควรจะได้รับฟังได้เพียงใด

ในเรื่องนี้ ศาลสหรัฐวางหลักไว้แน่นอนว่าพยานเช่นนี้รับฟังไม่ได้ โดยให้เหตุผลว่าเมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานมาเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้ว พยานนั้นก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ชอบไปด้วย เปรียบเสมือนผลไม้ที่อันเกิดจากต้นไม้ที่เป็นพิษ ผลนั้นย่อมเป็นพิษร้ายด้วย ตามหลักดอกผลของต้นไม้ไม่มีพิษ (Fruit of poisonous tree) ถ้าศาลยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีนี้แล้วย่อมส่งเสริมให้ตำรวจใช้วิธีการนอกกฎหมายแสวงหาพยานหลักฐานมาประกอบคดีซึ่งไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง

แต่ตามแนวฎีกาของไทย การจับกุมและการสอบสวนเป็นการดำเนินการคนละขั้นตอนกัน การจับเป็นวิธีการได้ตัวผู้กระทำความผิด ส่วนการสอบสวนเป็นการแสวงหาพยานหลักฐาน แม้การจับกุมไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ทำให้การสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย<sup>11</sup> ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักดอกผลของต้นไม้ไม่มีพิษ (fruit of poisonous tree) ทั้งนี้ เพราะการปฏิบัติงานมักมาจากการตรวจค้นผู้ต้องหา อาจบกพร่องต่อกฎหมาย แต่ศาลต้องการดูแลสังคมโดยการนำคนผิดมาลงโทษมากกว่า

คำให้การของจำเลยในชั้นสอบสวนและคำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนที่จะอ้างเป็นพยานหลักฐานได้จะต้องไม่ใช่พยานที่เกิดจากการจงใจ มีค้ำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น<sup>12</sup> นอกจากนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 ก็กำหนดหน้าที่ของพนักงานสอบสวนไว้ว่า ต้องแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบ และแจ้งให้ทราบก่อนว่า ถ้อยคำ

<sup>11</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1362/2537, 3099/2543, 2775/2544.

<sup>12</sup> ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 135.

ที่ผู้ต้องหากล่าวนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยืนยันเขาในการพิจารณาคดีได้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 ต้องมีการเตือนให้ทราบก่อนว่า ถ้อยคำที่ผู้ต้องหากล่าวนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยืนยันเขาในการพิจารณาคดีได้ และผู้ต้องหาจะไม่ให้การก็ได้ แต่ไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนว่า หากไม่มีการเตือน คำให้การของผู้ต้องหาจะใช้ได้หรือไม่เพียงใด ตามแนวคำพิพากษาฎีกาเดิม<sup>13</sup> เคยวินิจฉัยว่า คำรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวนที่บันทึกไว้โดยไม่ได้แจ้งเตือนให้ทราบก่อนว่าอาจใช้เป็นพยานหลักฐานยืนยันจำเลยในการพิจารณาคดีนั้นจะฟังยืนยันจำเลยไม่ได้ แต่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาตอนหลังๆ ไม่ได้เน้นว่าต้องมีการแจ้งเตือนจำเลยก่อน โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถ้ามีพยานหลักฐานประกอบฟังได้ว่าจำเลยให้การรับสารภาพโดยสมัครใจและตามความสัจจริงก็รับฟังได้<sup>14</sup> เหตุที่ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชื้อ หลอกลวง เพราะการกระทำต่างๆ นั้น อาจทำให้พยานให้การโดยไม่เป็นความจริง อาจเป็นการให้การโดยความที่เป็นคนใจอ่อน หลงผิด เกรงกลัว หรือหวังจะได้ผลประโยชน์หรือสิ่งตอบแทนก็ได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าการละเมิดสิทธิของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องต่างๆ นั้น ผลของกฎหมายก็คือจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นมีได้เหมือนกัน แม้ว่าโดยหลักแล้วการดำเนินคดีในชั้นสอบสวนไม่ได้ถือว่าพยานหลักฐานเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลก็ตาม

#### 4.4.2 ผลของการละเมิดสิทธิการมีทนายความในชั้นพิจารณา

การละเมิดสิทธิการมีทนายความของจำเลยมีหลายรูปแบบ<sup>15</sup> แต่รูปแบบที่ชัดเจนที่สุดคือการที่ศาลไม่ตั้งทนายความให้จำเลยทั้งๆ ที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำการละเมิดสิทธิการมีทนายความในประเทศไทยมีปรากฏให้เห็นหลายคดีมาดังในคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งบางคดีศาลฎีกาก็ยกกระบวนการพิจารณาและข้อสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ในขณะที่บางคดีศาลฎีกาก็ไม่ยกกระบวนการพิจารณาโดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้นหรือเหตุการณ์ดังกล่าวไม่ทำให้จำเลยเสียเปรียบ เป็นต้น ประเด็นเรื่องสิทธิการมีทนายความนั้นอาจสะท้อนผลสองด้าน กล่าวคือ ผลทางด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน หากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ หรือศาล ได้เคารพสิทธิการมีทนายความของจำเลยและปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องสิทธิการมีทนายความอาจถูก

<sup>13</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 769/2482, 1304/2483, 57/2498.

<sup>14</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1559/2508, 901/2516.

<sup>15</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (2546). สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา. สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2553, จาก

นำมาใช้เป็นเครื่องมือถ่วงความยุติธรรมโดยการยื่นอุทธรณ์และฎีกาในประเด็นดังกล่าวในทางเทคนิคต่างๆ ที่จำเลยก็ได้รับการช่วยเหลือจากทนายความตลอดกระบวนการพิจารณา ซึ่งศาลยังคงมีบทบาทสำคัญในการรับรองและรักษาสิทธิการมีทนายความของผู้ถูกดำเนินคดีอาญาและป้องกันมิให้นำประเด็นดังกล่าวมาขัดขวางความยุติธรรมด้วยไปพร้อมๆ กัน

ในคดีที่ศาลยกกระบวนการพิจารณาและยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่นั้น เช่นกรณีที่ถูกกฎหมายบังคับให้ศาลถามจำเลยเรื่องทนายความ แต่ศาลไม่ถามและไม่ตั้งทนายความให้จำเลยและพิจารณาคดีโดยที่จำเลยไม่มีทนายความ เช่นนี้ทำให้จำเลยเสียเปรียบ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าต้องเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบและต้องยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นตั้งทนายความให้จำเลยและทำการสืบพยานใหม่<sup>16</sup> นอกจากนี้แม้ว่าศาลได้ถามจำเลยเรื่องทนายความและจำเลยได้ตั้งทนายความไว้แล้ว แต่ในวันสืบพยานทนายจำเลยไม่มาศาล เช่นนี้ถ้าเป็นคดีที่มีโทษประหารชีวิตศาลต้องตั้งทนายความให้จำเลยทันที แต่ถ้าเป็นคดีที่มีโทษจำคุกหรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปีศาลต้องถามจำเลยว่าจำเลยต้องการทนายหรือไม่ ถ้าจำเลยต้องการทนายศาลต้องตั้งทนายความให้จำเลย ในกรณีนี้ถ้าทนายความของจำเลยไม่มาศาล และจำเลยได้ขอศาลในวันสืบพยานให้ตั้งทนายความให้ตน แต่ศาลปฏิเสธ ถือได้ว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบ ศาลฎีกาพิพากษายกและยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ในบางคดีศาลฎีกาเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอนกระบวนการพิจารณา เช่น คดีที่ศาลชั้นต้นไม่ถามจำเลยเรื่องทนายความ แต่ในความเป็นจริงจำเลยมีทนายความมาช่วยเหลือตลอดการพิจารณา เช่นนี้ไม่มีความจำเป็นที่ต้องเพิกถอนกระบวนการพิจารณา<sup>17</sup> แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวของศาลฎีกาไทยวางหลักว่า แม้ศาลชั้นต้นจะกระทำผิดพลาดในข้อกฎหมายเล็กๆ น้อยๆ แต่จำเลยมีทนายความเข้าช่วยเหลือตลอดมา จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเพิกถอนกระบวนการพิจารณา นอกจากนั้นยังมีคดีที่ศาลได้สอบถามจำเลยเรื่องทนายความหลังจากที่ศาลได้ถามคำให้การจำเลยแล้ว ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 173 แต่ต่อมาศาลได้ตั้งทนายให้จำเลยและจำเลยก็มีทนาย ช่วยเหลือตลอดการพิจารณา ศาลฎีกาถือว่ายังไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอนกระบวนการพิจารณา<sup>18</sup> จากการที่ศาลล่างดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบตามที่กฎหมายบัญญัติอันจะมีผลให้ศาลสูงมีอำนาจที่จะสั่งให้ยื่นสำนวนกลับไปพิจารณาใหม่หรือไม่นั้น เป็นอำนาจของศาลสูงที่ใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งหากกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่า ศาลล่างมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา แห่งประมวลกฎหมายวิธี

<sup>16</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3971/2542.

<sup>17</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2064 / 2535.

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3017 / 2541.

พิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้อำนาจศาลสูงมีดุลพินิจที่จะสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่แล้วแต่กรณี

เมื่อศาลสูงมีคำสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งใหม่แล้วนั้น ย่อมทำให้คดีย้อนกลับมาอยู่ที่ศาลล่างอีกครั้ง ซึ่งอาจเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี เมื่อศาลล่างพิจารณาพิพากษาหรือสั่งใหม่แล้วอาจเหมือนเดิมหรือไม่ก็ได้ เช่น ในการพิจารณาครั้งแรกศาลชั้นต้นอาจมีคำพิพากษาเป็นโทษแก่จำเลย เมื่อจำเลยอุทธรณ์คำพิพากษาแต่ปรากฏว่าศาลชั้นต้นปฏิบัติมิชอบด้วยกระบวนการพิจารณา ศาลอุทธรณ์จึงมีคำพิพากษาให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาและพิพากษาคดีใหม่ ในคราวหลังนี้เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาคดีใหม่ตามลำดับ ก็อาจมีคำพิพากษาให้เป็นคุณแก่จำเลยก็ได้และ โจทก์ก็ยังสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้เนื่องจากคำพิพากษาได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นโทษแก่โจทก์

ผู้เขียนขอยกตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกามาแสดงเพื่อใช้ในการวิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในคดีอาญา เพราะว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาถือเป็นแนวทางปฏิบัติที่เกิดจากนิติวิธีของผู้พิพากษาผู้ซึ่งมีความรู้ความสามารถและเป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย ซึ่งสะท้อนนิติวิธีของนักกฎหมายส่วนใหญ่ในประเทศด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกา โดยสามารถแบ่งแยกได้ตามประเภทของคดีเป็น 2 ส่วน ดังนี้

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นเรื่องๆ ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3017/2541<sup>19</sup> การที่ศาลถามผู้ต้องหาหรือจำเลยว่าจะให้การประการใด ตามความในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 ถือเป็นการพิจารณาคดีในชั้นศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (8) ประกอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ด้วยเหตุนี้ ก่อนเริ่มพิจารณาหรือก่อนเริ่มการพิจารณาสอบถามผู้ต้องหาหรือจำเลยว่าจะให้การประการใด ศาลจะกระทำกรอื่นมิได้ เว้นแต่เฉพาะการสอบถามเรื่องทนายความกับจำเลยก่อน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสอง ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 4 หากศาลมิได้สอบถามเรื่องทนายจำเลย แต่ก้าวล่วงไปถึงการสอบถามคำให้การของจำเลยนั้นถือเป็นการมิชอบ

<sup>19</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3017/2541.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2020/2542<sup>20</sup> คดีที่มีอัตราโทษจำคุก เป็นหน้าที่ของศาลชั้นต้นที่จะต้องสอบถามจำเลยก่อนเริ่มพิจารณาว่า มีและต้องการทนายความหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลย เมื่อตามรายงานกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นไม่ปรากฏว่าได้มีการดำเนินการดังกล่าว และศาลอุทธรณ์ภาค 1 ก็ไม่ได้ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง จึงเป็นกรณีที่ศาลล่างทั้งสองมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา อันเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีชอบ ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) ประกอบมาตรา 225

ศาลฎีกาที่ 2984/2543<sup>21</sup> คดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มการพิจารณา ศาลชั้นต้นจะต้องถามจำเลยก่อนว่ามีทนายความหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสอง เมื่อตามรายงานกระบวนการพิจารณาศาลชั้นต้นเพียงอ่านอธิบายฟ้องให้จำเลยฟังโดยไม่ดำเนินการตามบทกฎหมาย จึงเป็นการมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ศาลฎีกาจำเป็นต้องยื่นสำนวนเพื่อให้ศาลชั้นต้นดำเนินการใหม่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) ประกอบมาตรา 225

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 4 ฉบับนี้จะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะเป็นบทบัญญัติที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่การบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ก็ยังเป็นแนวทางเดียวกันที่ให้ความสำคัญกับการถามเรื่องทนายความของจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4460/2546<sup>22</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 มีเจตนารมณ์เพื่อเปิดโอกาสให้จำเลยสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เมื่อข้อหาที่โจทก์ฟ้องมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงจำคุกตลอดชีวิตศาลชั้นต้นย่อมมีหน้าที่ต้องสอบถามจำเลยเกี่ยวกับทนายความเสียก่อนตามมาตรา 173 จะด่วนไปสอบถามคำให้การจำเลยโดยจำเลยยังไม่มีทนายความไม่มีผลผูกพันจำเลย ต้องถือเสมือนว่าจำเลยยังมิได้ให้การตามที่ศาลสอบถามและบันทึกไว้ อย่างไรก็ตามก็ดี แม้กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นในเรื่องดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ปรากฏว่าในวันสืบพยาน โจทก์นัดแรกจำเลยได้แต่งตั้งทนายความเข้ามาว่าต่างให้ทนายความของจำเลยยังแก้ต่างให้ทุกนัดจนเสร็จคดี กรณีไม่มีเหตุอันสมควรที่จะดำเนินกระบวนการใหม่ตามมาตรา 208 (2) จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้ตีความขยายความตัวบทดังกล่าวถึง

<sup>20</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2020/2542.

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2984/2543.

<sup>22</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4460/2546.

เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ที่ต้องการให้รัฐให้ความคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญา แต่เมื่อจำเลยมีทนายความอยู่แล้วรัฐก็ไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งทนายความให้ ซึ่งศาลฎีกาได้ตีความโดยยึดเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 โดยที่ไม่เพิกถอนกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นในเรื่องที่ไม่ได้สอบถามจำเลยเรื่องทนายความก่อน แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อความปรากฏแก่ศาลว่า ในวันสืบพยานโจทก์นัดแรกนั้น จำเลยได้แต่งตั้งทนายความเข้ามาต่างให้และทนายความของจำเลยยังแตกต่างให้ทุกนัดจนเสร็จคดี จึงถือว่าเป็นกรณีที่มีทนายความแล้ว และเหตุผลที่สำคัญที่ศาลฎีกาไม่ได้ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นใหม่ก็เพราะว่าเข้าใจเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 และยังคงคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มความในคดี เนื่องจากว่าหากให้มีการให้เพิกถอนกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นแล้ว ก็จะก่อให้เกิดผลเสียแก่กลุ่มความในคดีอาญาเป็นอย่างมากที่ต้องเสียเวลาเริ่มต้นสืบพยานใหม่ ทั้งๆ ที่จำเลยมีทนายความคอยให้ความช่วยเหลือในการต่อสู้คดีอยู่แล้ว

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7156/2542<sup>23</sup> ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ยังมีได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่จำเลยที่ 1 ถึง ที่ 5 และที่ 7 ถึงที่ 9 อุทธรณ์ ทั้งเป็นคดีที่หากศาลอุทธรณ์ภาค 1 วินิจฉัยแล้ว อาจจะต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงด้วย จึงให้ย้อนสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดี

จากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวมานี้ จึงพอถือเป็นหลักได้ว่ากรณีที่ศาลสูงจะยกแล้วย้อนสำนวนหรือวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีหรือประเด็นของคดีไปเสียทีเดียวหรือไม่ ศาลฎีกาก็ถือเอาการถูกจำกัดสิทธิของกลุ่มความในการอุทธรณ์หรือฎีกาเป็นเหตุผลหากในคดีใดที่ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกาและกลุ่มความฝ่ายที่อุทธรณ์หรือฎีกาได้กล่าวถึงประเด็นข้อพิพาทอื่นตามคำให้การมาแล้ว เมื่อปรากฏว่ากลุ่มความได้สืบพยานหลักฐานจนเสร็จสิ้นกระเสาะความแล้ว ศาลฎีกาก็ถือว่าเป็นเหตุสมควรที่จะพิพากษาคดีนั้นไปโดยไม่ย้อนสำนวน แต่หากคดีใดต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกาตามกฎหมาย แม้จะมีการสืบพยานกันมาจนเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม ศาลฎีกาก็ถือเป็นเหตุสมควรที่ต้องย้อนสำนวนไปให้ศาลล่างพิจารณาพิพากษาตามลำดับขั้นตอนของกฎหมาย แต่สำหรับคดีที่หมายเหตุนี้ไว้ต่างหลักไปอีกทางหนึ่งว่า แม้คดีไม่ต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกา และกลุ่มความจะได้นำสืบข้อเท็จจริงมาเสร็จสิ้นแล้ว เป็นการเพียงพอที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัยประเด็นที่ยังไม่ได้วินิจฉัยไปเสียเองได้ก็ตาม แต่เพื่อให้คดีมีการตรวจสอบดุลพินิจเป็นไปตามลำดับชั้นศาล จึงเห็นสมควรย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ แสดงว่าในกรณีที่ศาลสูงจะยกหรือไม่ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7156/2542.



ในแต่ละคดี จะถือเป็นหลักตายตัวไม่ได้ แต่มีข้อพิจารณาว่าหากศาลฎีกาจะพิพากษาคดีนี้ไปโดยไม่ ย้อนสำนวนก็ชอบที่จะทำได้ และเป็นผลดีแก่คู่ความยิ่งกว่าเพราะไม่ต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย เพิ่มขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2541<sup>24</sup> อ. ลงลายมือชื่อในช่องผู้อุทธรณ์ในฐานะทนายจำเลย โดยไม่ปรากฏว่ามีใบแต่งตั้งทนายความในสำนวน คำฟ้องอุทธรณ์ของจำเลยจึงเป็นคำฟ้องอุทธรณ์ที่ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (7) การที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งรับคำฟ้องอุทธรณ์ของจำเลยส่งขึ้นไปยังศาลอุทธรณ์ภาค 3 ต้องถือว่าศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตาม กระบวนพิจารณา ศาลฎีกาย่อมมีอำนาจสั่งแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) ประกอบมาตรา 225 แต่เมื่อปรากฏว่าจำเลยได้แต่งตั้ง อ. เป็นทนายจำเลยให้มีอำนาจอุทธรณ์และฎีกาแทนจำเลยก่อนยื่นฎีกา ศาลฎีกาจึงไม่จำเป็นต้องสั่งแก้ไขและถือว่า จำเลยยื่นคำฟ้องอุทธรณ์คำพิพากษาศาลอุทธรณ์โดยชอบแล้ว การที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกอุทธรณ์ของจำเลยโดยเห็นว่าเป็นอุทธรณ์ที่ไม่ชอบ ศาลฎีกาย่อมย้อนสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิจารณาพิพากใหม่เพื่อให้เป็นไปตามลำดับชั้นศาล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2835/2539<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย เมื่อปรากฏว่าก่อนเริ่มพิจารณาคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ศาลชั้นต้นมิได้สอบถามจำเลยเรื่องทนายความจึงเป็นเรื่องที่ศาลชั้นต้น มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนพิจารณาและเห็นว่าทำให้จำเลยเสียเปรียบในการดำเนินคดี ศาลฎีกาจึงเห็นเป็นการจำเป็นที่จะให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนพิจารณาและพิพากษาใหม่

กรณีตามที่กฎหมายกำหนดผลในชั้นพิจารณาให้ศาลสูงมีอำนาจสั่งให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่ได้ ตามมาตรา 208 (2) ดังที่กล่าวมาแล้ว ถือเป็นการเยียวยาให้แก่จำเลยอันเนื่องมาจากความผิดพลาดของกระบวนกระบวนการยุติธรรมใช่หรือไม่ เพราะเมื่อการดำเนินกระบวนพิจารณาจบในศาลชั้นหนึ่งแล้วแต่ปรากฏว่า ผู้พิพากษามีได้กระทำให้ถูกต้อง กฎหมายก็รองรับสิทธิเพียงให้กลับไปพิจารณาคดีใหม่ได้ หากศาลสูงเห็นสมควร แต่ในระหว่างนั้นมีความคุ้มครองอะไรแก่จำเลยบ้าง หากไม่ได้รับการประกันตัว และผู้พิพากษาก็มิได้รับการพิจารณาโทษแต่อย่างใด คงเป็นเพราะว่าการพิจารณาของศาลเป็นไปตามหลักพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาลที่กล่าวว่าศาลพึงพิจารณาคดีด้วยความยุติธรรม จึงไม่มีการกำหนดโทษไว้เป็นการเฉพาะในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2541.

<sup>25</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2835/2539.

และโทษที่มีกำหนดไว้ ก็เป็นโทษทางอาญาซึ่งเป็นหลักเจตนาทุจริตทั่วไป ตามประกาศ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง กรณีความผิดที่ปรากฏชัดแจ้ง พ.ศ. 2544

ด้วยความเคารพต่อศาล ผู้เขียนคงมองเพียงว่า หากเป็นกรณีที่บุคคลธรรมดากระทำความผิด และมีกฎหมายกำหนดโทษไว้ก็ควรรับผิด ซึ่งคงเป็นไปหลักกฎหมายอาญาเบื้องต้นทั่วไป แต่กรณีที่ผู้มีความชำนาญและเชี่ยวชาญเฉพาะด้านแต่กระทำความผิดเสียเองทั้งยังไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็น ความผิดแต่อย่างใด คงเนื่องจากในตำแหน่งตุลาการนั้น มีระบบการป้องกันมิให้ผู้พิพากษาถูก กล่าวหาหรือฟ้องร้องได้โดยง่ายที่เรียกว่า “ความคุ้มกันทางตุลาการ” (judicial immunity)<sup>26</sup> ดังนั้น จึงเป็นประเด็นที่จำเลยซึ่งยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นผู้กระทำความผิดจริงหรือไม่ควรรับเอา ความเสี่ยงภัยตรงนี้ไปเอง

(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและ วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2548

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4816/2543<sup>27</sup> แม้ในชั้นพิจารณาจำเลยให้การรับสารภาพและไม่ สืบพยาน แต่พยานหลักฐานเท่าที่โจทก์นำสืบไม่มีน้ำหนัก จึงไม่อาจรับฟังลงโทษจำเลยในข้อหา ร่วมกับพวกใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายตามฟ้องได้ ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยรวม 2 กระทง จำคุก 1 ปี และให้เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นส่งตัวจำเลยไปฝึกและอบรมที่สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและ เยาวชน มีกำหนด 1 ปี ศาลอุทธรณ์เห็นไม่สมควรเปลี่ยนโทษจำเลยโดยส่งตัวไปฝึกและอบรมที่ สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน จึงเป็นการแก้ไขมากและเพิ่มเติมโทษจำเลย จึงไม่ต้องห้าม ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 219 ประกอบ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 6 ความผิด ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 72 วรรคสอง ต้องเป็นกรณีที่มีเครื่องกระสุนปืนเท่านั้น แต่ เครื่องกระสุนปืนตามฟ้อง คือกระสุนซึ่งเป็นเครื่องกระสุนปืนที่ใช้กับอาวุธปืนตามฟ้อง ทั้งโจทก์ก็ ฟ้องว่า จำเลยมีอาวุธปืนและกระสุนปืนไว้ในครอบครองอันเป็นความผิด ตามมาตรา 7 และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง เมื่อฟังว่าเป็นอาวุธปืนมีทะเบียนของผู้อื่น ารกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิด ตาม มาตรา 7 และมาตรา 72 วรรคสาม จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จะเห็นได้ว่า ในคดีที่ขึ้นสู่ศาล เยาวชนและครอบครัวโดยที่จำเลยเป็นเด็กหรือเยาวชน ไม่ได้มีการกำหนดให้ถามในเรื่องที่ปรึกษา

<sup>26</sup> วิชัย วิวิตเสวี. (2553, 2 มีนาคม). “ไต่สวนผู้พิพากษา: คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการ ทุจริตแห่งชาติก้าวล่วงอำนาจตุลาการจริงหรือ.” มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2553, จาก [http://203.151.20.17/news\\_detail.php?newsid=1267520378&grpid=no](http://203.151.20.17/news_detail.php?newsid=1267520378&grpid=no)

<sup>27</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4816/2543.

กฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความไว้ชัดเจน จึงทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 242 ที่ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่อ่อนด้อยด้านวุฒิภาวะโดยได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในปี พ.ศ. 2547 ให้รองรับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3667/2545(ป)<sup>28</sup> แม้โจทก์จะฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 อันเป็นคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ซึ่งศาลชั้นต้นต้องถามจำเลยก่อนเริ่มพิจารณาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งให้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคแรก ก็ตาม แต่ก็เป็นบทบัญญัติสำหรับดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีธรรมดา ส่วนศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 6 ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เมื่อมาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ ที่ระบุให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความ หากจำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมายก็ให้ศาลแต่งตั้งให้วันแต่จำเลยไม่ต้องการ และศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดีจะไม่ตั้งที่ปรึกษากฎหมายก็ได้ นั่นถือเป็นกฎหมายเฉพาะย่อมยกเว้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งเป็นบททั่วไป จึงไม่อาจนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ ดังนั้น ที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางจรรยาจนกระบวนการพิจารณาว่า จำเลยไม่ต้องการที่ปรึกษากฎหมาย และศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องตั้งที่ปรึกษากฎหมาย จึงให้นัดสืบพยาน ... จึงเป็นการดำเนินกระบวนการที่ชอบด้วยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 83 ครบถ้วนแล้ว

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า หลักการที่ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 6 ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เมื่อมาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ที่ระบุให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความ หากจำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมายก็ให้ศาลแต่งตั้งให้วันแต่จำเลยไม่ต้องการ และศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดีจะไม่ตั้งที่ปรึกษากฎหมายก็ได้ นั่น ถือเป็น

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3667/2545 (ประชุมใหญ่).

กฎหมายเฉพาะย่อมยกเว้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งเป็นบททั่วไป จึงไม่อาจนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ โดยความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ถ้าคดีนี้เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้ซึ่งมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ที่บัญญัติขึ้นใหม่ในปี พ.ศ. 2547 ที่ได้แก้ไขหลักการให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว คดีนี้ก็คงจะต้องปรับใช้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ที่แก้ไขขึ้นมาใหม่ ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นบททั่วไปก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้แก้ไขให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งกฎหมายภายในที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ฉะนั้น การปรับใช้กฎหมายในคดีนี้หากเกิดขึ้นในปัจจุบันก็จะต้องใช้บทบัญญัติ มาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นำมาปรับใช้แก่คดีนี้จึงจะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมากกว่า

#### 4.4.3 ผลของการยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณา

ประเด็นเรื่องสิทธิการมีทนายความนั้นอาจสะท้อนผลสองด้าน กล่าวคือ ผลทางด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน หากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ หรือศาลได้เคารพสิทธิการมีทนายความของจำเลยและปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องสิทธิการมีทนายความอาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือถ่วงความยุติธรรม โดยการยื่นอุทธรณ์และฎีกาในประเด็นดังกล่าวในทางเทคนิคต่างๆ ที่จำเลยก็ได้รับการช่วยเหลือจากทนายความตลอดกระบวนการพิจารณา ศาลยังคงมีบทบาทสำคัญในการรับรองและรักษาสิทธิการมีทนายความของผู้ถูกดำเนินคดีอาญาและป้องกันมิให้นำประเด็นดังกล่าวมาขัดขวางความยุติธรรมด้วยไปพร้อมๆ กัน

เนื่องจากการที่ศาลล่างดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบตามที่กฎหมายบัญญัติอันจะมีผลให้ ศาลสูงมีอำนาจที่จะสั่งให้ยื่นสำนวนกลับไปพิจารณาใหม่หรือไม่นั้น เป็นอำนาจของศาลสูงที่ใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง หากกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่า ศาลล่างมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้อำนาจศาลสูงมีดุลพินิจที่จะสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่แล้วแต่กรณี

เมื่อศาลสูงมีคำสั่งให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งใหม่แล้วนั้น ย่อมทำให้คดีย้อนกลับมาอยู่ที่ศาลล่างอีกครั้ง ซึ่งอาจเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี เมื่อศาลล่างพิจารณาพิพากษาหรือสั่งใหม่แล้วอาจเหมือนเดิมหรือไม่ก็ได้ เช่น ในการพิจารณาครั้งแรกศาลชั้นต้นอาจมีคำพิพากษาเป็นโทษแก่จำเลย เมื่อจำเลยอุทธรณ์คำพิพากษาแต่ปรากฏว่าศาลชั้นต้นปฏิบัติมิชอบด้วยกระบวนการพิจารณา ศาลอุทธรณ์จึงมีคำพิพากษาให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาและพิพากษาคดีใหม่ ในคราวหลังนี้เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาคดีใหม่ตามลำดับ ก็อาจมีคำพิพากษาให้เป็น

คุณแก่จำเลยก็ได้และโจทก์ก็ยังสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้เนื่องจากคำพิพากษาได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นโทษแก่โจทก์

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7156/2542<sup>29</sup> ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ยังมีได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่จำเลยที่ 1 ถึง ที่ 5 และที่ 7 ถึงที่ 9 อุทธรณ์ ทั้งเป็นคดีที่หากศาลอุทธรณ์ภาค 1 วินิจฉัยแล้ว อาจจะต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงด้วย จึงให้ย้อนสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดี

จากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวมานี้ จึงพอถือเป็นหลักได้ว่าการที่ศาลสูงจะยกแล้วย้อนสำนวนหรือวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีหรือประเด็นของคดีไปเสียทีเดียวหรือไม่ ศาลฎีกาถือเอาการถูกจำกัดสิทธิของกลุ่มความในการอุทธรณ์หรือฎีกาเป็นเหตุผลหากในคดีใดที่ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกาและคู่ความฝ่ายที่อุทธรณ์หรือฎีกาได้กล่าวถึงประเด็นข้อพิพาทอื่นตามคำให้การมาด้วยแล้ว เมื่อปรากฏว่าคู่ความได้สืบพยานหลักฐานจนเสร็จสิ้นกระเสศความแล้ว ศาลฎีกาก็ถือว่าเป็นเหตุสมควรที่จะพิพากษาคดีนั้นไปโดยไม่ย้อนสำนวน แต่หากคดีใดต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกาตามกฎหมาย แม้จะมีการสืบพยานกันมาจนเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม ศาลฎีกาก็ถือเป็นเหตุสมควรที่ต้องย้อนสำนวนไปให้ศาลล่างพิจารณาพิพากษาตามลำดับชั้นตอนของกฎหมาย แต่สำหรับคดีที่หมายเหตุนี้ไว้ล่วงหน้าไปอีกทางหนึ่งว่า แม้คดีไม่ต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกา และคู่ความจะได้นำสืบข้อเท็จจริงมาเสร็จสิ้นแล้ว เป็นการเพียงพอที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัยประเด็นที่ยังไม่ได้วินิจฉัยไปเสียเองได้ก็ตาม แต่เพื่อให้คดีมีการตรวจสอบดุลพินิจเป็นไปตามลำดับชั้นศาล จึงเห็นสมควรย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ แสดงว่าในกรณีที่ศาลสูงจะยกย้อนหรือไม่ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี จะถือเป็นหลักตายตัวไม่ได้ แต่มีข้อพิจารณาว่าหากศาลฎีกาจะพิพากษาคดีนี้ไปโดยไม่ย้อนสำนวนก็ชอบที่จะทำได้ และเป็นผลดีแก่คู่ความยิ่งกว่าเพราะไม่ต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4125/2541<sup>30</sup> อ. ลงลายมือชื่อในช่องผู้อุทธรณ์ในฐานะทนายจำเลย โดยไม่ปรากฏว่ามีใบแต่งตั้งทนายความในสำนวน คำฟ้องอุทธรณ์ของจำเลยจึงเป็นคำฟ้องอุทธรณ์ที่ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (7) การที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งรับคำฟ้องอุทธรณ์ของจำเลยส่งขึ้นไปยังศาลอุทธรณ์ภาค 3 ต้องถือว่าศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณา ศาลฎีกาย่อมมีอำนาจสั่งแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) ประกอบมาตรา 225 แต่เมื่อปรากฏว่าจำเลยได้แต่งตั้ง อ. เป็นทนาย

<sup>29</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7156/2542.

<sup>30</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2541.

จำเลยให้มีอำนาจอุทธรณ์และฎีกาแทนจำเลยก่อนยื่นฎีกา ศาลฎีกาจึงไม่จำเป็นต้องสั่งแก้ไขและถือว่าจำเลยยื่นคำฟ้องอุทธรณ์คำพิพากษาศาลอุทธรณ์โดยชอบแล้ว การที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกอุทธรณ์ของจำเลยโดยเห็นว่าเป็นอุทธรณ์ที่ไม่ชอบ ศาลฎีกาย่อมย้อนสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิจารณาพิพากใหม่เพื่อให้เป็นไปตามลำดับชั้นศาล

คำพิพากษาฎีกาที่ 2835/2539<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย เมื่อปรากฏว่าก่อนเริ่มพิจารณาคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ศาลชั้นต้นมิได้สอบถามจำเลยเรื่องทนายความจึงเป็นเรื่องที่ศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาและเห็นว่าทำให้จำเลยเสียเปรียบในการดำเนินคดี ศาลฎีกาจึงเห็นเป็นการจำเป็นที่จะให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาใหม่

กรณีตามที่กฎหมายกำหนดผลในชั้นพิจารณาให้ศาลสูงมีอำนาจสั่งให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่ได้ ตามมาตรา 208 (2) ดังที่กล่าวมาแล้ว ถือเป็นกรณีข้อยกเว้นให้แก่จำเลยอันเนื่องมาจากความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรมใช่หรือไม่ เพราะเมื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาจบในศาลชั้นหนึ่งแล้วแต่ปรากฏว่า ผู้พิพากษามีได้กระทำให้ถูกต้อง กฎหมายก็รองรับสิทธิเพียงให้กลับไปพิจารณาคดีใหม่ได้ หากศาลสูงเห็นสมควร แต่ในระหว่างนั้นมีความคุ้มครองอะไรแก่จำเลยบ้าง หากไม่ได้รับการประกันตัว และผู้พิพากษาก็มิได้รับการพิจารณาโทษแต่อย่างใด คงเป็นเพราะว่าการพิจารณาของศาลเป็นไปตามหลักพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาลที่กล่าวไว้ว่าศาลพึงพิจารณาคดีด้วยความยุติธรรม จึงไม่มีการกำหนดโทษไว้เป็นการเฉพาะในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด และโทษที่มีกำหนดไว้ ก็เป็นโทษทางอาญาซึ่งเป็นหลักเจตนาทุจริตทั่วไป ตามประกาศคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง กรณีความผิดที่ปรากฏชัดแจ้ง พ.ศ. 2544

ด้วยความเคารพต่อศาล ผู้เขียนคงมองเพียงว่า หากเป็นกรณีที่บุคคลธรรมดากระทำผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้ก็ควรรับผิดชอบ ซึ่งคงเป็นไปหลักกฎหมายอาญาเบื้องต้นทั่วไป แต่กรณีที่ผู้มีความชำนาญและเชี่ยวชาญเฉพาะด้านแต่กระทำผิดเสียเองทั้งยังไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดแต่อย่างใด คงเนื่องจากในตำแหน่งตุลาการนั้น มีระบบการป้องกันมิให้ผู้พิพากษาถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องได้โดยง่ายที่เรียกว่า “ความคุ้มกันทางตุลาการ” (judicial immunity)<sup>32</sup> ดังนั้น

<sup>31</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2835/2539.

<sup>32</sup> วิชัย วิวิตเสวี. (2553, 2 มีนาคม). “ไต่สวนผู้พิพากษา: คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก้าวล่วงอำนาจตุลาการจริงหรือ.” มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2553, จาก [http://203.151.20.17/news\\_detail.php?newsid=1267520378&grp\\_id=no](http://203.151.20.17/news_detail.php?newsid=1267520378&grp_id=no)

จึงเป็นประเด็นที่จำเลยซึ่งยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นผู้กระทำความผิดจริงหรือไม่คงรับเอาความเสียดังตรงนี้ไปเอง

#### 4.4.4 การดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่โดยผู้พิพากษานายเดิม

ในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้อำนาจศาลสูงมีดุลพินิจที่จะสั่งให้ศาลล่างพิจารณาพิพากษาใหม่ หากเห็นเป็นการจำเป็น เนื่องจากศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ซึ่งผลของการที่ศาลสูงมีคำสั่งย้อนสำนวนลงมาให้ศาลล่างทำการพิจารณาพิพากษาใหม่นั้น ย่อมทำให้คดีย้อนกลับมาอยู่ที่ศาลล่างอีกครั้ง การที่สำนวนย้อนกลับไปยังศาลล่างนั้น หากพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า ก็เป็นการให้โอกาสและความเป็นธรรมแก่จำเลยในการเข้าสู่การพิจารณาคดีใหม่แล้ว ซึ่งในความเป็นจริงศาลก็อาจมองว่าสิ่งที่ตนพิจารณาไปแล้วนั้นชอบแล้ว เพราะได้พิจารณาและพิพากษาจากพยานหลักฐานทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยเฉพาะหากคดีนั้นย้อนกลับไปอยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษานายเดิมแล้ว ผู้พิพากษานายเดิมนั้นจะเริ่มการพิจารณาใหม่อย่างปราศจากอคติได้อย่างไร หรือจะมั่นใจได้อย่างไรว่า คำให้การที่จำเลยได้เคยให้ไว้ในการพิจารณาก่อนมีทนายความนั้นศาลจะยังคงรับฟังเป็นอย่างเดิมหรือไม่

แม้ว่าผู้พิพากษาต้องพิจารณาคดีโดยปราศจากอคติหรือโดยใช้หลักอินทภาชอยู่แล้วก็ตาม เนื่องจากอคติเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของแต่ละบุคคล ซึ่งปกติวิสัยย่อมเป็นไปได้ยากว่าจะไม่มีความรู้สึกเช่นนี้ จึงไม่มีหลักประกันใดๆ เลยว่า ผลของการย้อนสำนวนเพื่อให้พิจารณาคดีใหม่นั้นจะเป็นไปในทิศทางใด ในประเด็นดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่า คำให้การในคดีเดิมนั้นห้ามไม่ให้ศาลนำกลับมารับฟังอีกหรือเสียไปเลยทั้งหมดหรือไม่ กำหนดแต่เพียงให้กลับมาเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาใหม่ ปัญหาตามที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจเกิดขึ้นได้ จากการศึกษาพบว่า มีกรณีที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ที่มีเหตุกระทบต่อการตัดสินใจ หรือที่เรียกว่า “ถูกตั้งรังเกียจ”<sup>33</sup> ซึ่งกำหนดเหตุให้ผู้มีส่วนได้เสียในคดีมีสิทธิที่จะคัดค้านการที่ผู้พิพากษารายใดที่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งในคดีเป็นผู้พิจารณาคดีก็ได้ แต่ก็ยังมีบัญญัติรวมถึงกรณีที่ศาลอุทธรณ์ย้อนสำนวนลงมาเพื่อให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่โดยให้ผู้พิพากษานายเดิมเป็นเจ้าของผู้รับผิดชอบสำนวนไว้ด้วย

ศาลเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยซึ่งพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมจะต้องดำเนินการพิจารณา

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 11 และมาตรา 27.

พิพากษาอรรถคดีดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 197 ก็ต้องเป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ซึ่งการจะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยยุติธรรมได้นั้น ผู้พิพากษาต้องมีอิสระเพื่อให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม และต้องไม่ถูกแทรกแซงการใช้อำนาจจากบุคคลหรือองค์กรใด ซึ่งหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นมีการรับรองไว้ทั้งตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย<sup>34</sup>

ด้วยความเคารพต่อความเห็นศาล ในปัญหาที่ผู้เขียนจะยกขึ้นกล่าวอ้างนี้ มิได้มีเจตนาที่จะก้าวล่วงความเห็นศาลแต่อย่างใด เพียงแต่ยกเป็นตัวอย่างของการศึกษาเพื่อแสดงให้เห็นถึงกรณีที่บุคคลไม่อาจก้าวล่วงถึงการใช้อำนาจของศาลได้ ดังเช่น กรณีที่ผู้พิพากษากลุ่มหนึ่งออกมาเคลื่อนไหว เพื่อตอบโต้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่มีมติแต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวนท่านอิทธิพล โสขุมารณีนอกหมายจับท่านสุนัย มโนมัยอุดม โดยกล่าวหาว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ก้าวล่วงอำนาจตุลาการในการใช้อำนาจตุลาการ หากจะมองรูปการของกระบวนการยุติธรรมนั้นก็เป็นอย่างเช่นที่ผู้พิพากษากลุ่มนี้ออกมาเรียกร้อง เนื่องจากในตำแหน่งตุลาการนั้นมี “ความคุ้มกันทางตุลาการ” (judicial immunity) ซึ่งเกิดจากความมีอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่จะต้องมิหรือถูกทำให้มีขึ้นในระบบกฎหมายของไทย หลักความคุ้มกันจากการใช้อำนาจตุลาการเป็นแนวคิดอันมีที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยมีรากฐานมาจากแนวคิดของประเทศอังกฤษ ที่ว่า “the King can do no wrong” ซึ่งมีหลักการในการให้เอกสิทธิ์และความคุ้มครองแก่พระมหากษัตริย์และผู้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้พระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ เช่น ตุลาการ เพราะพระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางการเมืองและตามกฎหมายใดๆ ไม่ว่าจะในฐานะส่วนพระองค์หรือ ในฐานะประมุขของรัฐและไม่อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้<sup>35</sup>

แม้ว่าหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ใดกล่าวหาหรือฟ้องร้องผู้พิพากษาไม่ว่าในทางใดๆ ทำให้ผู้พิพากษามีอิสระอย่างแท้จริง แต่เพราะความมีอิสระนี้จะทำให้มองว่าผู้พิพากษาอยู่เหนือกฎหมาย ด้วยความมีอิสระอย่างไรขอบเขตของผู้พิพากษา ไม่ว่าศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมเพียงใด ประมวลกฎหมายอาญาจึงมีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดในตำแหน่งของตุลาการ โดยผู้พิพากษาสามารถถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องเป็นคดีอาญาได้อย่างเดียวกับเจ้าหน้าที่รัฐ

<sup>34</sup> สราวุธ เบญจกุล. (2553, 25 มกราคม). ความอิสระของศาลยุติธรรม. สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2553, จาก <http://www.lawsiam.com/?name=knowledge&file=readknowledge&id=51>

<sup>35</sup> สราวุธ เบญจกุล. (2553, 25 มกราคม). ความอิสระของศาลยุติธรรม. สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2553, จาก <http://www.lawsiam.com/?name=knowledge&file=readknowledge&id=51>



ทั่วไป ดังเช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 202 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานในตำแหน่งตุลาการ . . . กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนจะได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษ” และกรณีที่สอง เป็นการอ้างว่ากระทำผิดกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป เช่น อ้างว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ตามมาตรา 157 เป็นต้น

ด้วยเหตุดังกล่าวมาข้างต้น จึงเห็นว่า โดยปกติผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นกลางอยู่แล้วตามวิชาชีพ และหากสามารถใช้ดุลพินิจในการมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเหมาะสมโดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง จะก่อให้เกิดอย่างดียิ่งกับบุคคลผู้ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และความมั่นคงของประเทศ เพราะสถาบันตุลาการถือเป็นที่ยึดเหนี่ยวของผู้เดือดร้อนต่างๆ ดังนั้น ความอิสระและเป็นกลางของศาลยุติธรรมจะนำมาซึ่งความปลอดภัยและมั่นคงในสังคม ทั้งยังเป็นการเคารพหลักสิทธิมนุษยชนที่ให้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมอีกด้วย แต่การรับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการนั้นอาจเป็นดาบสองคมได้ หากผู้พิพากษาที่ได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Immunity) นั้น มีความคิดหรือจิตใจที่เป็นอคติ อวดดี ทิฐิมานะ หรือมีความถือดีว่าตนเป็นผู้พิพากษา มีความรู้เหนือผู้อื่น ด้วยความเคารพต่อวิชาชีพตุลาการ ผู้เขียนไม่ได้มีเจตนาจะกล่าวหาเพียงต้องการชี้ให้เห็นว่า เราต้องยอมรับความจริงที่ว่ามนุษย์ทุกคนก็ยังคงมีชีวิตและจิตใจที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพล คือ โลภะ โทสะ และ โมหะ ฉะนั้น ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด ก็คงยากที่จะหลีกเลี่ยงสิ่งนี้ไปได้ เว้นแต่ผู้นั้นเป็นผู้ที่ยอมรับความจริงและพร้อมจะแก้ไขด้วยความจริงใจ ไม่เอาอคติ อวดดี ทิฐิมานะ หรือมีความถือดีมาเป็นที่ตั้ง ก็คงไม่มีปัญหาใดๆ ให้ต้องมาศึกษากันในประเด็นนี้อีก แต่หากจะนำแนวความคิดนี้มาพิจารณาประกอบกับความเห็นที่ว่า เหตุใดจึงไม่ควรให้ผู้พิพากษานายเดิมรับสำนวนที่ศาลสูงสั่งให้ย้อนสำนวนลงมาให้พิจารณาใหม่แล้วนั้น ก็คงเห็นได้ไม่ยากว่าความคิดของผู้ที่เคยพิจารณาสำนวนนั้นมา อาจเห็นว่ากระบวนการที่ตนดำเนินการมาแล้วนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แต่เพราะความหลงลืมหรือบกพร่องบางประการจึงทำให้เกิดความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาได้

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

เนื่องจากการมีทนายความช่วยเหลือผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาเป็นสิทธิอันชอบธรรมของผู้ต้องหาและจำเลย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และยังถือเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาในการที่จะมีสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากว่าคดีอาญาส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจ และมีพนักงานสอบสวนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นกันทำการสืบสวนและสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในการฟ้องคดีแก่ผู้ต้องหาและจำเลย ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักการตามรัฐธรรมนูญที่รับรองว่า คู่กรณีพิพาทในคดีอาญาจะต้องมีสิทธิและความสามารถที่จะต่อสู้คดีได้เท่าเทียมกันอย่างแท้จริง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องรับรองสิทธิการมีทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาเพื่อให้ทนายความช่วยเหลือผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา

การศึกษาเรื่องผลของการไม่ดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาในกรณีศาลไม่สอบถามจำเลยเรื่องทนายความนั้น มีผลสืบเนื่องมาจากกรณีที่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญามีการคุ้มครองสิทธิค่อนข้างน้อยและยังถูกละเลยอยู่ ทำให้หลักประกันทางกฎหมายในเรื่องสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการต่อสู้คดีไม่สามารถนำมาใช้ได้อย่างเต็มที่ แม้ในปัจจุบันจะมีการรักษาสิทธิของบุคคลที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพิ่มมากขึ้น ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 บัญญัติให้ “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้ (7) ในคดีอาญา ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบ หรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว...” ดังนั้น สิทธิประการหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ คือ สิทธิที่จะมีที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ (Right to Counsel) เนื่องจากกฎหมายต้องการให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาและจำเลยในการเข้าต่อสู้คดีเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองและเป็นหลักประกันว่า ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่

ในปัจจุบันเงื่อนไขในการได้รับสิทธิการมีทนายได้เปลี่ยนแปลงไป โดยถือเอาความสัมพันธ์ของความหนักเบาของโทษและความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยหรือผู้ถูก

กล่าวหาเป็นตัวกำหนด ดังนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 และมาตรา 173 จึงกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาและจำเลยในคดีอาญา โดยกำหนดให้รัฐหรือศาลมีหน้าที่ต้องจัดหาทนายความให้ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือ ในคดีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา หรือคดีที่จำเลยไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ซึ่งเป็นกรณีที่สละไม่ได้ ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมจึงยังจะต้องดูแลการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวให้ดีเพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งถ้ากระบวนการยุติธรรมบกพร่องทนายความยังต้องเข้ามาแก้ไขความบกพร่องนั้น ส่วนในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ถ้าไม่มีทนายความ และผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยต้องการ ก็ให้รัฐช่วยเหลือโดยการจัดหาทนายความให้ จึงถือว่าเงื่อนไขในกรณีนี้เป็นสิทธิที่สามารถจะสละได้

การที่กฎหมายกำหนดขึ้นตอนบังคับให้พนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด เพราะเป็นกลไกสำคัญที่จะเป็นหลักประกันให้เชื่อได้ว่าถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ถูกกล่าวหาให้การไว้ต่อพนักงานสอบสวนนั้น ผู้ถูกกล่าวหาเต็มใจให้การด้วยความสมัครใจ<sup>1</sup> ดังนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าในชั้นสอบสวน หากพนักงานสอบสวนไม่สอบถามเรื่องทนายความก่อนเริ่มถามคำให้การ เป็นผลให้ถ้อยคำใดๆ ของผู้ถูกกล่าวหาที่ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้ ตามมาตรา 134/4 วรรคท้าย บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นมาตรการบังคับเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งมีความแตกต่างกับผลในกรณีของชั้นพิจารณาที่ว่า หากศาลไม่ดำเนินกระบวนการให้ถูกต้อง ตามมาตรา 173 ศาลอุทธรณ์ก็เพียงอาจสั่งให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาและพิพากษาหรือสั่งใหม่ตามรูปคดี ตามมาตรา 208 (2) แต่มิได้กำหนดเป็นมาตรการบังคับที่ห้ามมิให้รับฟังคำให้การจำเลยที่เคยให้ไว้ในศาลชั้นต้นแต่อย่างใด

หากเปรียบเทียบกับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในคดี Miranda ที่แม้ว่าศาลสูงในมลรัฐ Arizona (Arizona Supreme Court) จะได้มีคำพิพากษาว่า คำรับสารภาพในชั้นสอบสวนของนาย Miranda นั้น มิได้เสียไปถือว่าใช้ได้และเชื่อว่านาย Miranda กระทำผิดจริง ประกอบกับเมื่อนาย Miranda มีได้ร้องขอการมีทนายความ ฉะนั้น เขาจึงไม่มีสิทธิที่จะได้รับทนายความแก้ต่างคดีให้ก็ตาม แต่ต่อมาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) พิจารณาแล้วกลับเห็นว่า การที่ศาลสูงในมลรัฐ Arizona เห็นว่า นาย Miranda มีได้ร้องขอให้มียทนายความเช่นคดีต่างๆ ที่ผ่านมานั้น ศาลสูงสหรัฐฯ ไม่เห็นพ้องด้วย เพราะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญในข้อ 14 เรื่องการได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน (Equal Protection) และถึงแม้ว่าจะไม่มีการร้องขอให้มียทนายความที่ปรึกษากฎหมายแก้ต่างคดี เขาก็ควรที่จะได้รับสิทธิตาม

<sup>1</sup> ธานิศ เกศพิทักษ์. (2548). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. หน้า 210.

บทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญข้อที่ 6 ในเรื่องของสิทธิการมีทนายความ (Right to Counsel) ส่วนที่นาย Miranda รับสารภาพไปโดยไม่มีทนายความก่อนนั้น ก็เป็นการปรักปรำตนเองซึ่งทำไม่ได้เพราะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญในข้อที่ 5 กระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย (Due Process of Law) ดังนั้น ศาลสูงสหรัฐฯ จึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลสูงในมลรัฐ Arizona เสีย

กรณีเช่นนี้ จึงเห็นได้ว่า กฎหมายของสหรัฐฯ ค้ำครองสิทธิของจำเลยย้อนลงไปเมื่อเห็นว่าจำเลยไม่มีทนายความแก้ต่างคดีให้ตั้งแต่ต้น แม้ว่าจำเลยจะไม่ต้องทนายความและรับสารภาพผิดด้วยก็ตาม ศาลสูงยังเห็นว่า การรับฟังคำให้การในชั้นพิจารณาก่อนหน้านี้ไม่ชอบ ทำให้กระบวนการพิจารณาดังกล่าวขัดต่อกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย (Due Process of Law) นั่นเอง

อย่างไรก็ดี ในระหว่างการพิจารณาคดีอาญา หากมีการพิจารณาที่มีชอบ (mistrial) เกิดขึ้นจะมีกระบวนการแก้ไขปัญหานี้ได้อย่างไร เพื่อจะค้ำครองสิทธิของจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีอาญา เพราะปรัชญาพื้นฐานของรัฐสมัยใหม่ (modern state) ประชาชนจะรับโทษต่อเมื่อตนเองได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้ง ผ่านการพิจารณาโดยเปิดเผยและเที่ยงธรรม (public and fair trial) จากศาลที่เป็นกลางและปราศจากอคติ การพิจารณาจะใช้วิธีการที่ทารุณเพื่อให้จำเลยรับสารภาพมิได้ กล่าวคือ ถึงแม้รัฐ มีสิทธิที่จะค้นหาความจริง เพื่อนำบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษ แต่จำเลยก็มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยสมบูรณ์ ถ้าการพิจารณาได้กระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือมีการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิขั้นมูลฐาน (fundamental rights) หรือสิทธิที่สำคัญ (essential rights) ของจำเลย ในระหว่างการพิจารณาหรือมีการกระทำที่ร้ายแรงหรือ สำคัญอื่นใด ซึ่งทำให้การพิจารณามีชอบ (mistrial) จะมีหลักเกณฑ์อย่างไรที่จะเยียวยาเพื่อให้เกิดความสมดุล ระหว่างประโยชน์ของรัฐที่จะพิสูจน์ความผิด และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษกับประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาโดยสมบูรณ์

เมื่อวัตถุประสงค์ของการพิจารณาคดีอาญา คือ การหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ<sup>2</sup> และเพื่อเป็นการค้ำครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีด้วยแล้ว ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ทำอย่างไรให้สมวัตถุประสงค์ทั้ง 2 ดังกล่าวได้โดยไม่เน้นข้อใดข้อหนึ่งมากเกินไป จึงเห็นว่าการดำเนินขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรควบคุมให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมายให้มากที่สุด ทั้งในขั้นตอนก่อนฟ้องคดี และขั้นตอนหลังฟ้องคดี เพราะเมื่อในทางปฏิบัติปัญหาอย่างหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้น

<sup>2</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข (2539, ตุลาคม-ธันวาคม). “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย: ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ.” *ตุลพาท*, 4, 43. หน้า 4.

ได้ก็คือการควบคุมการทำงานขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องต่างๆ เป็นไปได้ยาก หรือบุคคลที่ทำหน้าที่ในคดีอาญาในองค์กรนั้นๆ มีความเข้าใจในบทบาทหน้าที่ของตนไม่ตรง ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นมาตรการบังคับอย่างใดอย่างหนึ่ง แล้วก็ถือได้ว่า ยังมีหลักประกันในการพิจารณาคดีอาญาว่า ได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่าง รอบคอบและเกิดความผิดพลาดทางคดีน้อยที่สุด

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากความรู้ที่ได้กล่าวมาแล้วในบทสรุปนั้นจะเห็นได้ว่า มีประเด็นความสำคัญในเรื่องผลของการละเมิดสิทธิของการมีทนายความในกระบวนการยุติธรรมอันเป็นผลมาจากการที่รัฐหรือ ศาลไม่เห็นความสำคัญของกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยแต่อย่างใด เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับความสำคัญของการมีทนายความอันเนื่องมาจาก หลักอาชญาเท่าเทียมกันแล้ว เหตุใดผลของการไม่ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งสองกรณีดังกล่าวจึงมีความแตกต่างกัน เพราะในชั้นสอบสวนแม้กฎหมายถือเป็นบทบังคับว่า ถ้อยคำของผู้ต้องหาที่ได้ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการดำเนินการตามมาตรา 134/1 ห้ามมิ ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้น แต่ก็ไม่ได้ทำให้การสอบสวนที่ผ่านมานั้น เสียไปทั้งหมดนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติจริงแล้วอาจมีเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาของผู้ปฏิบัติงาน ส่วนในชั้น พิเคราะห์ การที่ศาลมิได้ดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 173 นั้น กฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 208 (2) บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลสูงที่จะมีดุลพินิจ หากเห็นเป็นการจำเป็น ว่า ศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ศาลสูงอาจสั่งให้ศาลล่างดำเนินกระบวนการ พิเคราะห์ใหม่ได้ ซึ่งอาจเป็นศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี ด้วยความเคารพต่อศาลที่ ผู้เขียนหรือนักกฎหมายหลายท่านอาจเห็นไปในแนวทางเดียวกันได้ว่า เรื่องของการที่ศาลไม่ สอบถามการมีทนายความไม่น่าจะเกิดกรณีนี้ขึ้นได้เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ ได้ มีการแก้ไขและเปลี่ยนแปลงในหลักการ ไปจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี โดยได้กำหนด กฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพิ่มขึ้น ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 40 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

.....

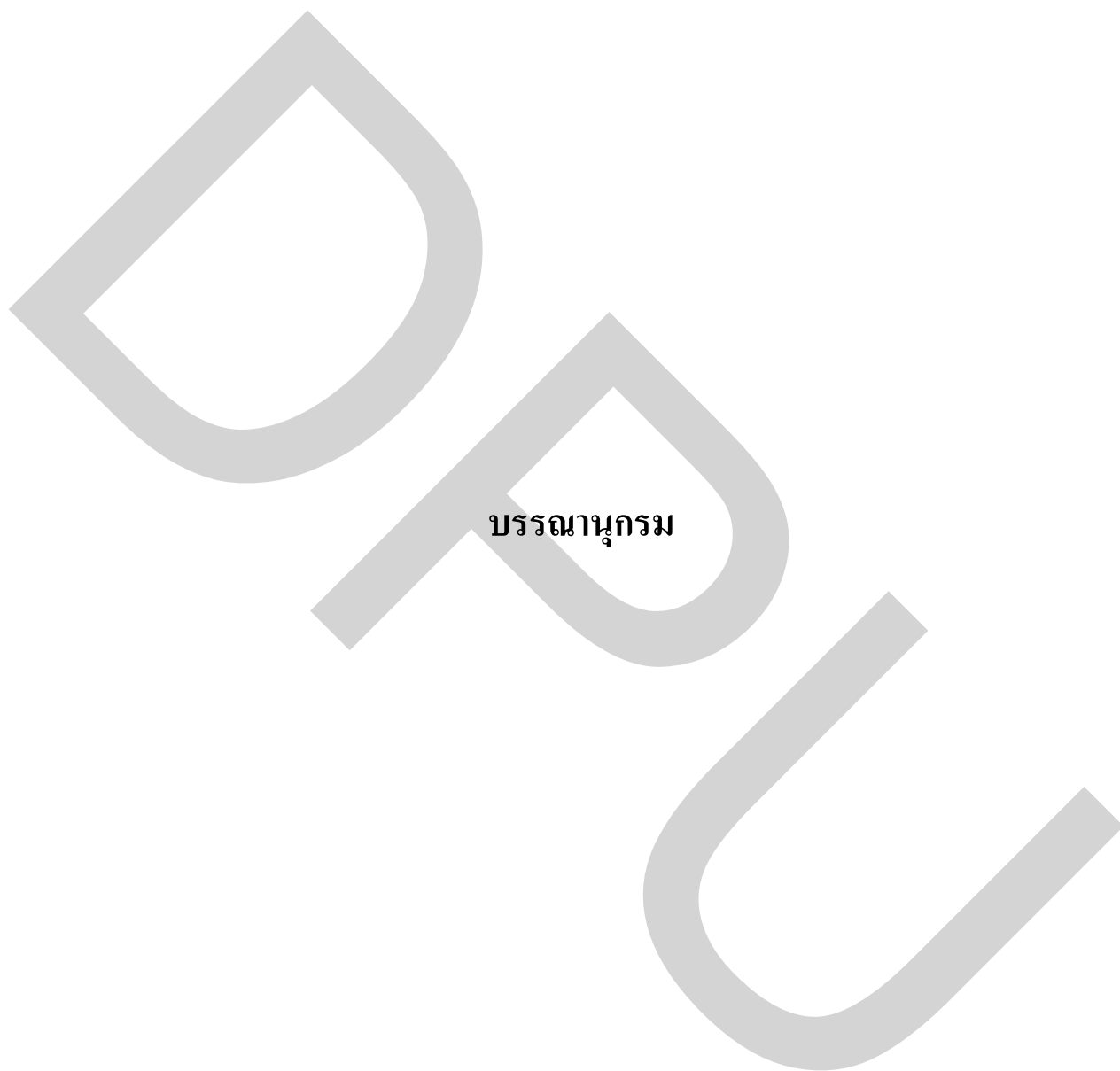
(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ ถูกต้องรวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบ

พยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้จำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ และสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากความกังวล จึงควรมีบทบัญญัติมารองรับความสำคัญของสิทธิและสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้นในการต่อสู้คดีของจำเลย ดังนั้น จึงขอเสนอแนวความคิดในการกำหนดมาตรการและขอบเขตของการยื่นสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ เพื่อความโปร่งใส และคุ้มครองการเข้าสู่คดีของจำเลย โดยมีข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษานายเดิมรับพิจารณาคดีที่ได้เคยพิจารณา ซึ่งกรณีนี้เทียบเคียงกับที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ที่มีเหตุกระทบต่อการตัดสินใจหรือที่เรียกว่า “ถูกตั้งรังเกียจ”<sup>3</sup> ซึ่งกำหนดเหตุให้ผู้มีส่วนได้เสียในคดีมีสิทธิที่จะคัดค้านการที่ผู้พิพากษารายใดที่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งในคดีเป็นผู้พิจารณาคดีก็ได้ แต่ก็ยังมีมติบทบัญญัติใดกล่าวถึงกรณีศาลสูงยื่นสำนวนลงมาเพื่อให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่โดยใช้ผู้พิพากษานายเดิมเป็นเจ้าของผู้รับผิดชอบสำนวนไว้ด้วย

---

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 11 และมาตรา 27.



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กรมพล ท่องธรรมชาติ และสมบูรณ์ สุขสำราญ. (2513). **เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา**. พระนคร: โรงพิมพ์สังคมศาสตร์.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). **หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิง ภาไชย. (2548). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8)**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- \_\_\_\_\_. (2548). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 5)**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ชานินทร์ กรัยวิเชียร. (2511). **การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี.
- ชานิศ เกศวพิทักษ์. (2548). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จักรราชการพิมพ์.
- \_\_\_\_\_. (2548). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จักรราชการพิมพ์.
- ชิรพันธุ์ รัศมีทัต. (2505). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส**. พระนคร: บำรุงนุกุลกิจ.
- \_\_\_\_\_. (2505). **กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส**. พระนคร: บำรุงนุกุลกิจ.
- ร.แลงกาด์. (2526). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- สมยศ เชื้อไทย. (2535). **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับอ้างอิง) (พิมพ์ครั้งที่ 9)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.



## บทความ

- กองวิชาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2543, ธันวาคม). “การปฏิรูประบบงานศาล: ประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา.” **บทบัญญัติ**, 56, 4. หน้า 91-92.
- กุลพล พลวัน. (2518). “วันสิทธิมนุษยชน.” **บทบัญญัติ**, เล่มที่ 32. หน้า 619.
- โกเมน ภัทรภิรมย์. (2512). “งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม.” **อัยการนิเทศ**, เล่ม 31. หน้า 486.
- คณิต ฌ นคร. (2525, พฤศจิกายน). “ฐานะหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา.” **วารสารอัยการ**, 4, 47. หน้า 55.
- \_\_\_\_\_. (2550). “การสวมหมวกหลายใบ.” **มติชนสุดสัปดาห์**, 28, 1422.
- \_\_\_\_\_. (2539, มกราคม). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย: หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” **วารสารอัยการ**, 19, 215. หน้า 12.
- \_\_\_\_\_. (2520). “อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา.” **วารสารนิติศาสตร์**, 9, 2. หน้า 134.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2522, กรกฎาคม – สิงหาคม). “สำนักงานทนายความของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา.” **ดุลพາห**, 4. หน้า 63-64.
- ชาติชาย กริชชาญชัย. (2531, พฤศจิกายน - ธันวาคม). “สิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะได้รับทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา.” **ดุลพາห**, 6, 31. หน้า 41.
- \_\_\_\_\_. (2539, มกราคม). “ระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ยากจนในประเทศสหรัฐอเมริกา.” **ดุลพາห**, 6, 33. หน้า 44-57.
- ชนกร วรปรัชญากุล. (2547, มกราคม - เมษายน). “ระบบยุติธรรมและการขอให้มีการทบทวนคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศส.” **ดุลพາห**, 1, 51. หน้า 54.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2536, กันยายน - ตุลาคม). “การชี้สองสถานหรือการสอบคำให้การจำเลยในคดีอาญา (Arraignment) ตามหลักกฎหมายอเมริกัน.” **ดุลพາห**, 40, 5. หน้า 107-108.
- \_\_\_\_\_. (2538, เมษายน-มิถุนายน). “การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนตามกฎหมายอเมริกัน.” **ดุลพາห** 42, 2. หน้า 98.
- มนตรี ศิลปมหาบัณฑิต. (2544, ธันวาคม). “การบริหารงานคดี (Case Management).” **บทบัญญัติ**, 57, 4. หน้า 97-98.
- วรรณชัย บุญบำรุง. (2543, มกราคม-เมษายน). “การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส: ตัวอย่างของกระบวนการพิจารณาที่ค่อนข้างไปทางแบบไต่สวน.” **ดุลพาห**, 47, 1. หน้า 67 – 68.

- \_\_\_\_\_. (2544, สิงหาคม). “รูปแบบกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและกระบวนการพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษร.” *วารสารนิติศาสตร์*, **31, 1**. หน้า 121.
- \_\_\_\_\_. (2543, มีนาคม). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์*, **30, 1**. หน้า 84.
- วิสาร พันธนะ. (2521, กันยายน - ตุลาคม). “วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, **5, 25**. หน้า 39.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2552). “หลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่.” *ยื่นหยัดบนหลักนิติธรรม*. หน้า 186.
- อมร อินทรกำแหง. (2520). “การดำเนินคดีอาญาในสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, **19**. หน้า 229.
- James G. Apple. (2545, มีนาคม). “การบริหารงานคดีในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา.” *บทบัญญัติ*, **58, 1**. หน้า 63.

### วิทยานิพนธ์

- กวีวรรณ จินขจร. (2549). *สิทธิที่จะนิ่งของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- เกษม คมสัจย์ธรรม. (2536). *การยกเลิกการพิจารณาที่มีขอของศาล*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คมสัน กันหาเรียง. (2538). *การมีทนายความในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ทัศนีย์ แก้วพิลา. (2527). *สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ธนา แสงพิทักษ์. (2548). *สิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ประเวช อยู่ยง. (2551). *บทบาททนายความในคดีอาญา: ศึกษาในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สุชาติ แนวประเสริฐ. (2551). สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษา  
กฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต สาขาวิชา  
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

### เอกสารอื่นๆ

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2551). โครงการศึกษาเพื่อพัฒนาระบบการตรวจสอบถ่วงดุล  
ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (รายงานวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักกิจการยุติธรรม.

### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (2550, 15 ตุลาคม). หลักความเสมอภาค. สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม  
2553, จาก <http://isc.ru.ac.th/data/PS0003333.doc>

ปกป้อง ศรีสนิท. (2546). สิทธิการมีทนายความในคดีอาญา. สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2553, จาก  
[www.lawreform.go.th](http://www.lawreform.go.th)

พุดพิงส์ ปิยะรัตน์โยธิน. (2552, 14 เมษายน). สิทธิของผู้ต้องหา. สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2554,  
จาก <http://www.learners.in.th/blogs/posts/259080>

ลิขิต ธีรเวคิน. (2550, 29 สิงหาคม). สิทธิของจำเลยในคดีอาญา. สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2554,  
จาก [http://thaiidea.tarad.com/webboard\\_490190\\_15879\\_th?lang=th](http://thaiidea.tarad.com/webboard_490190_15879_th?lang=th)

วิชัย วิวิตเสวี. (2553, 2 มีนาคม). “ไต่สวนผู้พิพากษา: คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการ  
ทุจริตแห่งชาติก้าวล่วงอำนาจตุลาการจริงหรือ.” มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 11  
มิถุนายน 2553, จาก [http://203.151.20.17/news\\_detail.php?newsid=](http://203.151.20.17/news_detail.php?newsid=1267520378&grpId=no)  
[1267520378&grpId=no](http://203.151.20.17/news_detail.php?newsid=1267520378&grpId=no)

สราวุธ เบญจกุล. (2553, 25 มกราคม). ความอิสระของศาลยุติธรรม. สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2553,  
จาก <http://www.lawsiam.com/?name=knowledge&file=readknowledge&id=51>

อุทัย อาทิเวช. (2553, 10 กรกฎาคม). การควบคุมตัวในกฎหมายฝรั่งเศส (ตอนที่ 2) (La garde à  
vue en droit français:deuxième partie). สืบค้นเมื่อ 1 กันยายน 2554,  
จาก <http://61.7.253.105/files/article10-07-2553.pdf>

ภาษาต่างประเทศ

**BOOKS**

H.C. German, Frank D. Dag and Robert R.J. Gallent. (1984). **Introduction to Law**

**Enforcement and Criminal Justice.** Illinois: Charl C Thomas.

Muriel GUERRIN. (2001). **Nullité de procédure.** Répertoire pénal Dalloz.

Richard May. (1986). **Criminal Evidence.** Sweet & Maxwell London.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นางสาวณัฐธาวดี ลีตระกูล

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีการศึกษา 2540

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พนักงานปฏิบัติการ ระดับสูง

สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการกระจายเสียง

กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ