

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

อรนุช อ้อยอารีย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2559

Legal Problems Concerning Legal Adviser for Juvenile and Family Court



Oranuch Oyaree

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

2016

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
ชื่อผู้เขียน	อรนุช อ้อยอารีย์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

จากหลักการที่ว่าสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักประกันความมั่นคงของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ปัจจุบันมีกรณีเกิดขึ้นว่า ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาความศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดให้ผู้ที่ทำหน้าที่ว่าความแก้ต่างในคดีอาญาให้แก่เด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลยต่อศาลเยาวชน และครอบครัวนั้น จะต้องเป็นทนายความที่ผ่านการอบรมของศาลเยาวชนและครอบครัว อีกทั้ง ต้องได้รับการขึ้นทะเบียน และได้รับบัตรประจำตัวกับศาลเยาวชนและครอบครัวเสียก่อน โดยศาลเยาวชนและครอบครัวได้จัดให้มีการอบรมโดยเสียค่าใช้จ่าย และเมื่อผ่านการอบรมและผ่านการทดสอบจึงจะได้ใบอนุญาตหรือบัตรประจำตัวจากอธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัว เพื่อทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมาย หลักเกณฑ์ดังกล่าว ส่งผลให้ทนายความนั้นต้องมีใบอนุญาตใบที่สอง นอกเหนือจากใบอนุญาตให้เป็นทนายความ จึงจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ในการว่าความแก้ต่างเด็กและเยาวชนในคดีอาญาได้ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 สภาทนายความ ในพระบรมราชูปถัมภ์ ได้มีอำนาจในการฝึกอบรมและออกใบอนุญาตว่าความแก่ผู้ผ่านการอบรมอยู่แล้ว อีกทั้งยังมีระเบียบในการควบคุม “มรรยาททนาย” ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสภาทนายความฯ จากข้างต้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งหมายที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยกฎหมาย และบทบัญญัติของทนายความในศาลเยาวชนของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ระเบียบวิธีการ ขั้นตอน จนถึงการถูกเพิกถอนสิทธิศึกษากรณีตัวอย่างการว่าความของทนายความในศาลเยาวชนของต่างประเทศ และบทบัญญัติแห่ง

กฎหมายที่ใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาแก้ไขปัญหา และวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของการออกกฎดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า ข้อบังคับฯ ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหา คือ การออกข้อบังคับฯ เช่นว่านี้ชอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการจำกัดถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามรัฐธรรมนูญ และยังขัดหรือแย้งกับหลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ จะต้องเป็นวิธีการที่จำเป็นที่สุด อันจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด แต่กลับเป็นการเพิ่มเติมเงื่อนไขให้แก่ทนายความผู้จะปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนในคดีอาญา อีกทั้ง ยังส่งผลกระทบต่อเนื่องถึงผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ กล่าวคือ ไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างอิสระ เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากต้องถูกควบคุมตรวจสอบจากศาลด้วยว่า หากทนายความประพฤติคนไม่เหมาะสมก็เป็นเหตุให้ถูกศาลเพิกถอน หรือลบชื่อจากทะเบียนการเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวได้ ปัญหาดังกล่าวจึงส่งผลให้หน่วยงานที่จะควบคุมทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายนั้นถูกแทรกแซง และยังก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในอำนาจของหน่วยงานผู้ที่จะเข้ามาควบคุมดูแล และกำกับทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อเนื่องไปยังเด็กหรือเยาวชนผู้ที่เป็นจำเลยในคดีอาญาที่มีความจำเป็นต้องได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายจากที่ปรึกษากฎหมาย แต่ต้องประสบปัญหาขาดแคลนที่ปรึกษากฎหมายเนื่องจากไม่มีที่ปรึกษากฎหมายเพียงพอจากการจัดการอบรมที่ยังไม่เรียบร้อยนั้นอีกด้วย

ดังนั้น จึงไม่ควรให้ข้อบังคับดังกล่าวในส่วนที่ขัดต่อหลักกฎหมายมีผลบังคับใช้ต่อไป อันจะทำให้ส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานทางวิชาการในการออกกฎหมายต่อไปได้ อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาทบทวนบทบัญญัติดังกล่าว นั่นคือ ควรยกเลิกบทบัญญัติบางข้อของข้อบังคับฯ ดังกล่าวอันเกี่ยวกับการให้ศาลเยาวชนและครอบครัวจัดการอบรมและขึ้นทะเบียนออกบัตรประจำตัว หรือใบอนุญาตให้แก่ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ โดยให้มีการออกกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ออกมาเพื่อควบคุมดูแล และจัดการอบรมที่ปรึกษากฎหมายแทน โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้มีใบอนุญาตอีก โดยหน่วยงานผู้ทำการดูแลและควบคุมควรเป็น “สภาทนายความฯ” ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ชอบด้วยกฎหมายในการดูแลและควบคุมทนายความรวมทั้งที่ปรึกษากฎหมาย จึงจะเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการควบคุมที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวนี้

Thesis title	Legal Problems Concerning Legal Adviser for Juvenile and Family Court
Author	Oranuch Oyaree
Thesis advisor	Associate Professor Dr. Poom Chokmoh
Department	law
Academic year	2015

ABSTRACT

The theory of rights and liberties protection of the people under Thai Constitution. Restriction of rights and liberties as enshrined in this Constitution cannot be done except through provisional laws allowed by this Constitution. The provisional restriction must not exceed the necessary limit and must not affect the essence of the rights and liberties. In currently situation, there is the regulations of Principal of Supreme Court namely “The Supreme Court Regulation on Training, Legal Adviser Rules, Enrollment and Revocation from the list of Registered Legal Adviser B.E. 2556” issued under “Juvenile and Family Court and Juvenile and Family Case Procedure, Act B.E. 2553” imposed the duty to the person who conducts the case on behalf of defendant in the Juvenile and Family Court has to obtain the license from the Juvenile and Family Court because the Juvenile and Family Court arranged the seminar and the legal advisers who passed the course would get the license from the chief of Juvenile and Family Court. It has an effect to the lawyers to obtain the second license to practice to Juvenile and Family Court rather than the lawyer license under Lawyer Act B.E. 2528 issued by the Legal Counsel which licenses to the lawyers and control all lawyers under Courtesy lawyer’s regulation. From the above problem, the objective of this thesis is to study the legal problems which concerning legal advisers in juvenile and family court by studying from the Constitution, principle of legality and the method, regulation and revocation from the list of registered legal adviser and cases in foreign countries to solve the problems and to find the proper solution to issue the regulations.

From the studies found that the such regulations of The Supreme Court has the problems as this regulation is legalized or not because it is restricted the rights and liberties of the people under the Constitution and opposed the necessary limit and it has an effect to the essence of the rights and liberties. It has the restriction to the freedom of lawyers to protect the people as

a legal adviser in Juvenile and Family Court because of the court's regulation and the court authorizes to revoke the name of legal advisers from the registration resulted in impracticable legal advisers. This problem is interfered to the Legal Counsel's authorize and it will lack legal advisers to help the minor persons and minor defendants in the criminal case.

Thus, such regulation which is effected to academic standard and legalization rules should be unenforceable and it should issue the secondary legislation under Lawyer Act B.E. 2528 to control and arrange the seminar without issue the license under the Legal Counsel.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี ด้วยความเมตตาและอนุเคราะห์จากอาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. วีระ โลจายะ และรองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ ซึ่งได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และให้ความรู้และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ตลอดจนตรวจ ความเรียบร้อยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนแล้วเสร็จ จึงขอขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตัณศิริ และดร. เจตน์ สถาวรสีลพร คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาชี้แนะประเด็น ข้อคิดเห็น และข้อสังเกตต่างๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ด้วยความเมตตา ตลอดจนช่วยเหลือในการตรวจสอบความถูกต้องของเนื้อหาจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณต่อบิดา มารดา อันเป็นผู้ให้กำเนิดและเป็นที่รักเคารพของผู้เขียนเป็นอย่างยิ่ง ที่ให้การสนับสนุนในการศึกษาพร้อมทั้งเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนเสมอมา รวมทั้งครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาแก่ผู้เขียน และขอบคุณกัลยาณมิตรทั้งหลายของผู้เขียนที่ให้ความช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำแนะนำถึงข้อมูลและความคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อวิทยานิพนธ์เล่มนี้

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้สนใจอยู่บ้าง ผู้เขียนขออุทิศบุญกุศลและความดีทั้งปวงให้แก่บุพการี คณาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งตำราบทความต่างๆ ที่ผู้เขียนได้ใช้ในการศึกษาค้นคว้าในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

อรนุช อ้อยอารีย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และที่ปรึกษาทนาย ในคดีเยาวชนและครอบครัว.....	7
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ.....	7
2.2 ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย.....	18
2.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการออกกฎ.....	39
2.4 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับที่ปรึกษาทนายในคดีเยาวชนและครอบครัว.....	43
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษาทนาย ในคดีเยาวชนและครอบครัว.....	49
3.1 กฎหมายระหว่างประเทศ.....	50
3.2 กฎหมายต่างประเทศ.....	57
3.3 กฎหมายไทย.....	67
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับ ปัญหาที่ปรึกษาทนายในคดีเยาวชนและครอบครัว.....	86
4.1 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษาทนาย ในคดีเยาวชนและครอบครัวส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย.....	87

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเยาวชนและครอบครัวที่ส่งผลกระทบต่อหน่วยงานซึ่งควบคุม ที่ปรึกษากฎหมายและเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา.....	94
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	101
5.1 บทสรุป.....	101
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	102
บรรณานุกรม.....	104
ภาคผนวก.....	109
ประวัติผู้เขียน.....	117

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประชาชนทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีความเสมอภาค มีสิทธิและเสรีภาพ ขึ้นพื้นฐานตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹ ที่ถือได้ว่าเป็นหลักประกันความมั่นคงของประชาชนซึ่งไม่อาจถูกล่วงละเมิด อาทิ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา และสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพที่ตนมีอยู่นั้นต้องอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด คือมีสิทธิใช้ได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากหลักการที่ว่าสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักประกันความมั่นคงของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ

¹ การศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้ทำการศึกษากายใต้ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เนื่องจากแม้ในปัจจุบันมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติไว้ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคบรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

เมื่อพิจารณาตามหลักการแห่งบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมเข้าใจได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้รับรองหลักการศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคที่บรรดาชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองซึ่งหมายถึงสิทธิของประชาชนที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ไว้ด้วย เมื่อพิจารณาแล้วจึงพบว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นมีความสมบูรณ์ในแง่ของเนื้อหารายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่เกี่ยวกับบรรดาสิทธิต่างๆ ของประชาชน ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีลักษณะเป็นการวางหลักการอย่างกว้างแต่คงไว้ซึ่งการรับรองและคุ้มครองสิทธิต่างๆของชนชาวไทย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าเพื่อประโยชน์ในเรื่องความชัดเจนของการศึกษาหลักการประกอบการค้นคว้าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ การค้นคว้าจะดำเนินไปภายใต้การศึกษาระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องและสอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 จึงขอทำความเข้าใจมา ณ ที่นี้

แห่งกฎหมาย เฉพาะที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนอันปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29² ไว้ด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติหลักความได้สัดส่วนเอาไว้แล้วก็ดี แต่ปัจจุบันยังมีปัญหาเกิดขึ้นว่ากฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติซึ่งยังมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังพบความไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอยู่ โดยมีการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นนี้ไว้ พบว่ากฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ (พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ประกาศของคณะปฏิวัติหรือประกาศอื่นที่มีฐานะทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ) ซึ่งยังมีผลใช้บังคับอยู่จำนวน 555 ฉบับตามกรณีศึกษามีบทบัญญัติของกฎหมายอยู่ถึง 49 ฉบับที่อาจไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนของรัฐธรรมนูญ (หมวด 3 และหมวด 8)³ อาทิเช่น พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 (มาตรา 35) และพระราชบัญญัติเรือนจำทหาร พ.ศ. 2479 (มาตรา 10) พบว่าไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย หรือในพระราชบัญญัติวิเทศนาคมนาคม พ.ศ. 2498 (มาตรา 8) พบว่าไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

ปัญหาความสอดคล้องของกฎหมายต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่านี้เป็นปัญหาสำคัญที่ควรได้รับการแก้ไข เพื่อให้กฎหมายนั้นมีความถูกต้องเหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้อย่างถูกต้องและไม่ส่งผลกระทบต่อผู้อยู่ในบังคับของกฎหมายซึ่งได้แก่ประชาชนทุกคน

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29 บัญญัติไว้ว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

³ คณะอนุกรรมการนโยบายแห่งชาติว่าด้วยการพัฒนากฎหมาย. ข้อเสนอสรุปการศึกษาวิจัยกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน. เผยแพร่ใน

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้วิจัยมุ่งศึกษาถึงประเด็นปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวภายใต้ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่มีกรณีปัญหาให้การศึกษายู่ว่าการที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 120 ถึงมาตรา 123 ได้กำหนดให้ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษาคดีอาญาให้แก่เด็กและเยาวชนที่ถูกละเมิดเป็นจำเลยต่อศาลเยาวชนและครอบครัวจะต้องเป็นที่ปรึกษากฎหมายและได้รับการขึ้นทะเบียนกับศาลเยาวชนและครอบครัวเท่านั้น โดยที่ปรึกษากฎหมายจะต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้ ประการแรก ต้องเป็นทนายความ และประการที่สอง ต้องผ่านการอบรมและผ่านการทดสอบความรู้ตาม ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยศาลเยาวชนและครอบครัวได้เปิดให้มีการอบรมโดยเสียค่าใช้จ่าย เมื่อผ่านการอบรมและผ่านการทดสอบจึงจะได้ใบอนุญาตว่าความหรือเป็นที่ปรึกษากฎหมายจากอธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัว หลักเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้ทนายความจะต้องมีใบอนุญาตใบที่สอง จึงจะสามารถว่าความแก่เด็กและเยาวชนในศาลเยาวชนและครอบครัวได้

การตราบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการกำหนดให้การอบรมที่ปรึกษากฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ตามหลักสูตรและวิธีการอบรมของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมายซึ่งมีประธานและฝ่ายเลขานุการเป็นผู้แทนจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลางนั้น มีลักษณะคล้ายกับการให้สถาบันศาลเป็นองค์กรจัดอบรม และจัดทำทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายอันเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ทนายความในฐานะที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่ศาลเยาวชนและครอบครัวมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ในขณะที่ประเทศไทยมีสภาวิชาชีพทนายความที่กำกับดูแลซึ่งมีกฎหมายรองรับความเป็นอิสระไว้แล้ว อีกทั้ง ที่ปรึกษากฎหมายมีหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งการพิจารณาคดีของศาลว่าเป็นไปโดยถูกต้องและเที่ยงธรรมหรือไม่เช่นกัน ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมต่อการให้สถาบันศาลกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายเช่นนี้จะเป็นผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมหรือไม่⁴

⁴ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่องคุณสมบัติและบทบาทของที่ปรึกษากฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน. กม. คลก. (ก) ที่ 43/2558.

นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 ได้กำหนดให้สภานายความมีอำนาจในการฝึกอบรมและออกใบอนุญาตว่าความให้แก่ผู้ผ่านการอบรมอยู่แล้ว และมีระเบียบในการควบคุม “มรรยาทนาย” ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสภานายความ

กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาทางวิชาการว่าลักษณะของข้อบังคับของประธานศาลฎีกาที่ออกมานั้นมีลักษณะที่ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากการออกข้อบังคับที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของนายความ ผู้ที่จะเข้ามาเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่มีเยาวชนเป็นจำเลยในศาลเยาวชน มีการกำหนดให้นายความต้องทำตามข้อบังคับและขึ้นทะเบียนกับองค์กรศาลการจำกัดสิทธิดังกล่าวสมควรหรือไม่ เป็นไปตามหลักสัดส่วนที่ว่า “การจำกัดสิทธิต้องจะสามารถทำได้ต่อเมื่อเป็นวิธีการที่จำเป็นไม่สามารถทำวิธีอื่นใดได้” แล้วหรือไม่เป็นปัญหาสำคัญที่ควรศึกษาและสมควรได้รับการแก้ไขอย่างยิ่ง

ปัญหาต่อมา เมื่อผลของข้อบังคับฯ ที่ออกมาแสดงให้เห็นถึงการขัดกันระหว่างอำนาจขององค์กรที่เกี่ยวกับกรณีการอบรมที่ปรึกษานี้ อันได้แก่องค์กรศาลภายใต้ข้อบังคับของประธานศาลฎีกานี้ และองค์กรสภานายความซึ่งมีอำนาจในการดูแลนายความซึ่งหมายความรวมถึงที่ปรึกษากฎหมายภายใต้พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 อยู่แล้วนั้น ผลที่ตามมาของปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจึงส่งผลกระทบต่อการประกอบวิชาชีพของนายความอันจะทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพนายความไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างอิสระเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากถูกควบคุมตรวจสอบจากศาล และจากการที่ต้องขึ้นใบอนุญาตจากอธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัว ย่อมต้องมีการต่อใบอนุญาตเป็นคราวๆ และมีผู้ควบคุมมรรยาทนายความจากศาลเยาวชนและครอบครัวอีกหน่วยงานหนึ่ง ซึ่งซ้ำซ้อนกับการทำหน้าที่ของสภานายความฯ ดังนั้น หากนายความประพฤติตัวไม่เหมาะสมก็เป็นเหตุให้ถูกศาลเพิกถอนหรือลบชื่อจากทะเบียนการเป็นที่ปรึกษากฎหมายส่งผลให้นายความผู้นั้นไม่สามารถดำเนินคดี ในศาลเยาวชนและครอบครัวได้

โดยปัจจุบัน ได้ส่งผลกระทบต่อเยาวชนผู้ตกเป็นจำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาตามมาเนื่องจากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ประกอบกับข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ที่กำหนดเงื่อนไขให้ที่ปรึกษากฎหมายต้องผ่านการอบรมจากศาลเยาวชน และครอบครัวกลางนั้น เป็นเหตุให้ที่ปรึกษากฎหมายที่เคยปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัวอยู่เดิมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อีก ทำให้เกิดปัญหาว่าไม่มีที่ปรึกษากฎหมายเพียงพอที่จะปฏิบัติหน้าที่ทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นศาลให้แก่จำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาในศาลเยาวชน และครอบครัว ดังนั้น ปัญหานี้จึงมีความสำคัญและ

เป็นปัญหาเร่งด่วนที่ควรจะต้องศึกษาถึงหลักกฎหมายอันเป็นที่มาของการออกข้อบังคับเพื่อเสนอแก้ไขให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมเพื่อให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างแท้จริง

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งหมายที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาข้อบังคับประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยศึกษาหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติเกี่ยวกับทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนของประเทศต่างๆ รวมถึงหลักเกณฑ์ระเบียบวิธีการ และขั้นตอนไปจนถึงการถูกเพิกถอนสิทธิ ศึกษากรณีตัวอย่างของการตั้งทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัวในต่างประเทศ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหาและวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของการออกกฎดังกล่าว

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
2. เพื่อศึกษาข้อความคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
3. เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวของไทยและของต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
5. เพื่อศึกษาแนวทางการในการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การที่ศาลเยาวชนและครอบครัวได้กำหนดและจัดให้มีการอบรมและทดสอบความรู้ตลอดจนการออกไปอนุญาตหรือบัตรประจำตัวของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 กรณีดังกล่าวยังเป็นปัญหาอยู่ เนื่องจากยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตลอดจนหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่เหมาะสม กฎหมายดังกล่าวจึงควรได้รับการแก้ไขในบางประการให้ดีขึ้น

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษานี้ได้มุ่งศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว และหลักความชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนของประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อใช้ในการวิเคราะห์และนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้มีการปฏิบัติตามแบบแผนของกฎหมายที่ถูกต้อง

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้ผู้ศึกษาจะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าจากตัวบทกฎหมาย ตำรากฎหมาย ความเห็นทางกฎหมาย ตลอดจนคำสั่งและคำพิพากษาของศาล เอกสาร บทความวิชาการ วารสาร และจุลสารที่เกี่ยวข้อง เพื่อศึกษาถึงที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว โดยจะนำข้อมูลมาเรียบเรียงโดยวิธีการพรรณนา และวิเคราะห์เพื่อสรุปเป็นข้อเสนอแนะ และแนวทางแก้ไขปัญหา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบและเข้าใจความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
2. ทำให้ทราบและเข้าใจข้อความคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
3. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวของไทยและของต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบและเข้าใจปัญหาเกี่ยวกับปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว
5. ทำให้ทราบและเข้าใจแนวทางการในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเยาวชนและครอบครัว

ที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวมีหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องที่จะได้อธิบายต่อไปในบทนี้ ได้แก่ แนวคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และหลักความชอบด้วยกฎหมายต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย หรือหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการออกกฎหมาย เป็นต้น หลักการต่างๆ ที่กล่าวมานั้น ถือเป็นที่มาของการอำนวยความสะดวกให้แก่วัยรุ่นในศาลเยาวชนและครอบครัวทั้งสิ้น อันจะนำไปสู่ความมุ่งหมายของ การตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชน แม้เขาผู้นั้นจะตกอยู่ในสถานะของผู้ที่กระทำความผิดหรือต้องหาว่ากระทำความผิดก็ตาม

อีกทั้งสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความผู้ซึ่งจะเข้าไปทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กับเด็กและเยาวชนในศาลเด็กและเยาวชนก็เช่นกัน ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลของหน่วยงานศาลอันจะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาถึงความถูกต้องและชอบธรรมของลักษณะ การกำกับดูแลและวิธีการกำหนดคดีเกณฑ์ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายหรือออกข้อบังคับใดๆ ของรัฐ ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ในบทนี้ต้องยอมรับว่าเป็นหลักการที่นักปรัชญาทางกฎหมายของต่างประเทศได้เป็นผู้ค้นพบหรือกล่าวถึงเอาไว้ และในประเทศไทยเองก็ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทฤษฎีของหลักกฎหมายต่างๆ มาจากต่างประเทศด้วยเช่นกัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพเป็นรากฐานสำคัญที่รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายได้ให้การยอมรับต่อหลักพื้นฐานการปกครอง โดยยึดหลักนิติรัฐและการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ เพื่อมิให้รัฐกระทำการละเมิดต่อกฎหมายซึ่งอาจกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เกินกว่าความจำเป็น การกระทำของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และกฎหมายจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีบทบัญญัติเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

การกำหนดให้มีที่ปรึกษากฎหมายสำหรับเด็กและเยาวชนในคดีก็เป็นหลักเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กและเยาวชนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเช่นกัน ตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของ สิทธิ ไว้ว่า¹ สิทธิ (Right) หมายถึง ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยังกับผู้อื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์ อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลนั้น หรือเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน กฎหมายที่รับรองสิทธิแก่บุคคลนั้นอาจจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ได้ ดังนั้น สิทธิ จึงเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองคือ คุ้มครองไม่ให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายไว้ว่า² สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กฎหมายในที่นี้คือรัฐธรรมนูญ เมื่อกล่าวถึงสิทธิในที่นี้คือสิทธิในทางมหาชน (Public Rights) ซึ่งมีหลักเกณฑ์คลุมถึงสิทธิในทางเอกชน (Private Right) เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดกด้วย แต่กว้างออกไปมากกว่านั้น เช่น คลุมถึงสิทธิการเลือกตั้ง สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยก “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ออกจากความหมายของคำว่า “สิทธิตามความหมายทั่วไป” โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง คุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด ซึ่งการให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณี การรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึง การให้

¹ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น. 206), โดย หยุต แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง

² จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 640), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

หลักประกันในทางหลักการซึ่งหมายถึงการคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลายต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ³

ดังนั้น “สิทธิ” จึงหมายถึง ประโยชน์และอำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งเป็นความชอบธรรมที่บุคคลพึงมี และใช้ยันกับผู้อื่นได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลนั้นตามที่กฎหมายได้ให้มา โดยอาจกล่าวได้ว่าสิทธิมีลักษณะดังนี้

1) ต้องมีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง ซึ่งอาจรับรองไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิบางอย่าง กฎหมายแพ่งไม่ได้รับรองไว้โดยตรง แต่รับรองทางอ้อมในกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่จะไม่ถูกบุคคลอื่นลักเอาไป

2) สิทธิต้องมีผู้ทรงสิทธิ (Subject of Law) ซึ่งตามกฎหมายแล้วผู้ทรงสิทธิมี 2 ประเภท คือบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่ในปัจจุบันกฎหมายยังได้ขยายความรวมถึงกลุ่ม หรือคณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคลก็ถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งยังถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แต่ตามประมวลรัษฎากร เมื่อผู้ทรงสิทธิถูกบุคคลอื่นมาละเมิดสิทธิ ผู้ทรงสิทธิสามารถจะดำเนินกระบวนการคุ้มครองสิทธิของตน เช่น การฟ้องคดี เป็นต้น เพื่อให้มีการเยียวยาเมื่อถูกละเมิดสิทธิ

3) สิทธิต้องมีวัตถุแห่งสิทธิ (Object of Rights) คือสิทธิ มีเนื้อหาว่าสิทธิของผู้ทรงสิทธิจะมีลักษณะรายละเอียดและขอบเขตเพียงใด วัตถุแห่งสิทธิอาจเกิดจากเจตนาแห่งสิทธิของคู่กรณีเอง และบางครั้งถูกกำหนดโดยกฎหมาย แต่โดยแท้จริงแล้ววัตถุแห่งสิทธิมี 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก การให้กระทำการ ประการที่สองคือ การให้งดเว้นกระทำการ และประการที่สามคือ การให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือชำระราคา

4) สิทธิต้องมีหน้าที่ควบคู่ไปด้วยเสมอ หน้าที่ในที่นี้คือหน้าที่ที่จะนำไปสู่ทางเยียวยา เมื่อมีการละเมิดสิทธิหรือเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามสิทธิ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้เป็นผู้ทรงสิทธิ วัตถุแห่งสิทธิ คือเงินต้นและดอกเบี้ย ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ยืมที่จะต้องชำระเงินคืนแก่ผู้ให้กู้พร้อมดอกเบี้ย หน้าที่นั้นจะเป็นไปตามเนื้อหาของสิทธิ เช่น ประชาชนมีหน้าที่ต้องเสียภาษี โดยกรมสรรพากรคือผู้ทรงสิทธิที่จะเรียกให้ประชาชนเสียภาษี และเงินค่าภาษีอากรเป็นเนื้อหาของสิทธิ⁴

³ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (น. 58), โดย บรรณเจด สึงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴ แหล่งเดิม.

จึงสรุปได้ว่า สิทธิ นั้นเป็นประโยชน์ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้โดยที่บุคคลแต่ละคนนั้นย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพต่อการใช้สิทธิของบุคคลอื่นเช่นกัน

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ (Liberty)” นั้นแปลว่า “ความมีเสรีหรือสภาพที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรค สภาพที่มีสิทธิที่จะทำ จะพูดได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น” กล่าวขยายความได้ว่า เสรีภาพเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรอง และคุ้มครองแก่บุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ตามที่เขาต้องการได้โดยอิสระ หรือโดยปลอดจากอุปสรรค หรือการบังคับขัดขวาง เสรีภาพจึงก่อนหน้าที่ตามกฎหมายให้รัฐและบุคคลอื่นที่จะต้องเคารพและไม่ไปรบกวน ขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขา⁵

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. วิษณุ เครืองาม ให้ความหมายของเสรีภาพไว้ว่า⁶ “เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเสรีภาพจึงมีความหมายต่างกับสิทธิ อย่างไรก็ตาม ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย ดังที่มักมีผู้เรียกรวมๆ กันไปว่าสิทธิและเสรีภาพหรือสิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty)”

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายว่า “เสรีภาพ คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น เป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ”⁷

โดยสรุปแล้ว เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง อย่างไรก็ดี อาจมีกรณีที่เกิดความสับสนได้ คือ กรณีของ “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ โดยคำฟังของเสรีภาพนั้น ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งในแก่นนี้มีได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด

แต่หากกล่าวว่า “สิทธิในเสรีภาพ” นั้นหมายความว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น ตัวอย่างสำคัญ คือ

⁵ พิษัย พิฆฆมกค. การปฏิรูปทางการเมืองกับรัฐธรรมนูญใหม่ (ตอนที่ 2) (น. 1). สืบค้น 27 กรกฎาคม พ.ศ. 2557, จาก www.dlo.co.th.

⁶ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 641). เล่มเดิม.

⁷ จาก สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 22) (พิมพ์ครั้งที่ 2), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

รัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพไว้ใน มาตรา 2 โดยในวรรคหนึ่งเป็น “เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการ” โดยถือว่าเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐานหลัก” ซึ่งจากสิทธิและเสรีภาพหลักดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดเสรีภาพเฉพาะเรื่องอื่นๆ อีกมากมาย ในกรณีที่มีการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยอำนาจรัฐ ในกรณีนี้ย่อมถือว่าสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีสถานะเป็น “สิทธิในการป้องกันตามกฎหมายมหาชน” อันเป็นสิทธิที่อาจเรียกร้องให้รัฐดำเนินการเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองได้อย่างสมบูรณ์⁸

2.1.2 ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ”

เมื่อกล่าวถึงสิทธิ และเสรีภาพ หลายคนคงเข้าใจว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องเดียวกัน ทั้งนี้ สืบเนื่องจากเรามองเพียงว่าเราได้แสดงอาการใช้สิทธิและเสรีภาพของเราออกไปอย่างไร และมีใครมาโต้แย้งการใช้สิทธิและเสรีภาพของเราหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาว่าสิ่งที่กฎหมายรับรองให้มันเป็น “สิทธิ” หรือเป็น “เสรีภาพ” กันแน่ ทั้งที่ความจริงแล้ว สิทธิกับเสรีภาพก็มีความแตกต่างกันอยู่ เพราะหากว่าเป็นสิ่งเดียวกันแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องใช้คำที่แตกต่างกัน⁹

คำว่าสิทธิและเสรีภาพนี้ บ่อยครั้งได้ถูกนำมาเขียนหรือพูดติดกันเป็นคำเดียวกัน คือ “สิทธิเสรีภาพ” และใช้กันบ่อยมากจนกลายเป็นความเคยชินว่าเป็นคำเดียวกัน แต่ที่ถูกควรจะเขียนแยกกันหรือไม่ก็ใช้คำสันธานเชื่อม กล่าวคือ สิทธิและเสรีภาพ เช่น สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ¹⁰

การกล่าวอ้างว่าเรามีสิทธิหรือมีเสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะกระทำการต่างๆ ตามที่กฎหมายรับรองไว้นั้น จะก่อให้เกิดผลเหมือนกันคือ ทำให้เกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจนั้น และขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของเรา ส่งผลทำให้เกิดความสับสนว่าสิ่งใดเป็นสิทธิและสิ่งใดเป็นเสรีภาพ ซึ่งความสับสนนี้ได้มีปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บางช่วงเวลาก็กำหนดให้เรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นเสรีภาพ แต่ต่อมาในอีกยุคสมัยหนึ่งก็กำหนดให้เรื่องเดียวกันนั้นกลายเป็นสิทธิ ดังนั้น จึงควรพิจารณาถึงเนื้อหาของสิ่งที่กฎหมายรับรองว่าเป็นสิทธิหรือเป็นเสรีภาพ หรือเป็นทั้งสิทธิและเสรีภาพ ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ

⁸ หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญพ.ศ. 2540 (น. 56-58). เล่มเดิม.

⁹ พงษ์พิลัย วรณราช. บทความเรื่อง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” แท้จริงแล้วเหมือนหรือต่างกันอย่างไร. สืบค้น 28 มิถุนายน พ.ศ. 2557, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act83.htm>

¹⁰ จาก คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน (น. 21), โดย คณิน บุญสุวรรณ, 2547, กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ.

อย่างไรก็ตาม การที่จะแบ่งแยก “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ออกจากกันอย่างเด็ดขาดนั้น เป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้ เพราะแม้ว่าโดยสาระของสิทธิและเสรีภาพนั้นจะมีความแตกต่างกันอยู่ก็ตาม แต่ในการใช้การตีความก็ต้องนำมาวินิจฉัยประกอบกันเสมอ ในขณะเดียวกัน การที่ละเลยไม่พิจารณาที่เนื้อหาของสิ่งที่กฎหมายได้รับรองให้มันเป็น “สิทธิ” หรือเป็น “เสรีภาพ” โดยยังปล่อยให้มีการใช้กันอย่างสับสนอยู่ต่อไปก็เป็นสิ่งที่ไม่สมควรเช่นกัน เพราะอาจทำให้มีการบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยอาศัยช่องว่างดังกล่าว

จากที่ได้ศึกษาถึงความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในตอนต้นมาแล้วนั้น หากนำหลักการและความคิดเกี่ยวกับสิทธิมาประมวลแล้ว ก็จะเห็นได้ว่าสิทธิมีลักษณะสำคัญที่ตรงกันอยู่หลายประการ ได้แก่

1) สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ สิทธิจะเป็นการรับรองให้เจ้าของสิทธิมี “อำนาจ” สามารถ “ใช้” สิทธินั้นได้ หรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นได้ตามเจตจำนงของเจ้าของสิทธิ ในบางกรณีก็อาจจะให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนแทนได้ ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนนี้ มักพบในกฎหมายแพ่ง

2) สิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตนนั้น กล่าวคือ ถ้าเป็นสิทธิในทางแพ่ง จะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์ (ทรัพย์สิน) บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องยอมรับ และไม่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์อันผู้อื่นมีสิทธิอยู่นั้น หรือเรียกร้องให้บุคคลดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ (บุคคลสิทธิ) หรือในทางกฎหมายมหาชน สิทธินั้นจะเรียกร้องให้รัฐ โดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ เพื่อตนได้ ทุกกรณีนั้นแสดงถึง “หน้าที่” ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธินั้น กล่าวคือในทุกสิทธิจะมีหน้าที่ต่อผู้อื่นเสมอ

3) สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐ ปึงเจกชนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของตน และกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น¹¹

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น แปลว่า “ความมีเสรีหรือสภาพที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรค สภาพที่มีสิทธิที่จะทำ จะพูดได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น” กล่าวขยายความได้ว่า เสรีภาพเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรอง และคุ้มครองแก่บุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ตามที่เขาต้องการได้โดยอิสระ หรือโดยปลอดจากอุปสรรคหรือการบังคับขัดขวาง เสรีภาพจึง

¹¹ หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (น. 58).
เล่มเดิม.

ก่อนหน้าที่ตามกฎหมายให้รัฐและบุคคลอื่นที่จะต้องเคารพและไม่ไปรบกวน ขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขา¹²

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วราพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายว่า เสรีภาพ คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น เป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ โดยสรุปแล้ว เสรีภาพคือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง¹³

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพมีความแตกต่างจากสิทธิ เนื่องจากสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน แม้ว่าการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากกฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่งนี้เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

ศาสตราจารย์ ดร.อมร รักษาสัตย์ ได้ให้ความเห็นไว้ในทำนองเดียวกันว่า สิทธิและเสรีภาพมีผลบังคับใช้ต่างกัน ในหลักการสิ่งใดที่เป็นสิทธิของประชาชนหมายความว่า ประชาชนมีสิทธิเลือกที่จะเรียกร้องให้ตนได้รับสิทธินั้นมาใช้อย่างจริงจัง โดยรัฐบาลจะต้องจัดบริการหรือให้ความคุ้มครองพิทักษ์รักษาให้ได้ใช้สิทธินั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ในอีกทัศนะหนึ่งสิทธิเป็นผลประโยชน์สำคัญของบุคคลหนึ่งซึ่งบุคคลอื่นจะมีหน้าที่จัดหรือยอมให้บุคคลนั้นได้รับสิทธิส่วนคำว่าเสรีภาพ หมายถึง ความอิสระที่จะเลือกกระทำการใดๆ ภายในกรอบของกฎหมาย หรือเท่าที่จะไม่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ทั้งนี้ แล้วแต่บุคคลนั้นจะเลือกใช้เสรีภาพนั้นหรือไม่ก็ได้ โดยไม่ผูกมัดว่ารัฐจะต้องจัดให้บุคคลใช้เสรีภาพนั้น¹⁴

¹² พิชัย พิชมงคล. การปฏิรูปทางการเมืองกับรัฐธรรมนูญใหม่ (ตอนที่ 2). จาก www.dlo.co.th. น. 1.

¹³ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 22). เล่มเดิม.

¹⁴ จาก รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์. (น. 68), โดย ออมร รักษาสัตย์, 2541, กรุงเทพฯ: บริษัท ค่านสุทธาการพิมพ์.

ส่วนเสรีภาพนั้น คือประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใดๆ โดยไม่ถูกบังคับ หรืออยู่ภายใต้อาณัติ อันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้อง หรือดำเนินการเพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้นจะส่งผลให้ บุคคลผู้ทรงเสรีภาพนั้นปลอดจากการถูกบังคับให้กระทำ หรือไม่กระทำการอยู่แล้วตลอดเวลาที่ยัง มีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนั้นก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งบางครั้งอาจจะ เรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ เสรีภาพนั้นก่อให้เกิดสิทธิในการที่จะเรียกร้องมิให้บุคคลอื่น หรือรัฐกระทำการอันเป็นการลิดรอนเสรีภาพนั้นได้ และหากมีการลิดรอนเสรีภาพ ผู้ทรงเสรีภาพก็ ย่อมมีสิทธิในการร้องขอหรือเยียวยาเพื่อให้ยุติการลิดรอนเสรีภาพนั้น¹⁵

การทำความเข้าใจความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” นับว่าเป็นเรื่องยาก ที่จะทำได้ในทางปฏิบัติเพราะยังไม่มีเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม การที่ กำหนดให้ชัดเจนว่าสิ่งที่กฎหมายรับรองให้ นั้นเป็น “สิทธิ” หรือเป็น “เสรีภาพ” ก็นับว่าเป็น ประโยชน์ไม่น้อย ทั้งนี้ โดยอาศัยเกณฑ์ในการแบ่งที่สำคัญคือ “อำนาจบังคับ” ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิ และผู้ทรงเสรีภาพทราบได้ว่าในกรณีใดที่เขามีอำนาจบังคับให้บุคคลอื่นต้องกระทำการ เพื่อรองรับ การใช้สิทธิของตนได้ และในกรณีใดที่เขามีเพียงอิสระที่จะกระทำการแต่ไม่มีอำนาจบังคับให้ บุคคลอื่นกระทำการใดให้เป็นประโยชน์แก่ตน เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จะเห็น ได้ว่า รัฐธรรมนูญเองได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสิ่งใดบ้างที่เป็นสิทธิและสิ่งใดบ้างที่เป็นเสรีภาพ ในขณะที่กฎหมายฉบับต่างๆ กลับมีความสับสนไม่ชัดเจน เนื่องจากใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป ทำให้ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพไม่อาจทราบได้ว่าจะแสดงอาการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของตนได้มาก น้อยแค่ไหน หรือมีอำนาจบังคับบุคคลอื่นให้กระทำการที่เป็นประโยชน์ให้แก่ตนได้หรือไม่ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายจึงควรใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจน โดยกำหนดไว้ให้เข้าใจได้ว่าสิ่งนี้ เป็น “สิทธิ” และสิ่งนี้เป็น “เสรีภาพ” ที่กฎหมายนั้นประสงค์จะรับรองและคุ้มครองให้¹⁶

อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพอย่างชัดเจนคงไม่สามารถกระทำได้ใน ทุกกรณี เพราะในบางเรื่องก็ไม่สามารถกำหนดชัด ว่าเป็นสิทธิหรือเป็นเสรีภาพ หรือในบางกรณี กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองทั้งสิทธิและเสรีภาพ จึงจำเป็นต้องใช้คำรวมกันไปเพื่อให้บุคคลได้รับ การคุ้มครองอย่างเต็มที่ ในการใช้ถ้อยคำ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม และความมุ่งหมาย ของกฎหมายนั้นประกอบกันด้วย ในด้านของประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพเอง เมื่อ เข้าใจความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพแล้ว ก็ต้องใช้สิทธิและเสรีภาพของตนให้ถูกต้อง

¹⁵ พงษ์พิลัย วรรณราช. บทความเรื่อง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” แท้จริงแล้วเหมือนหรือต่างกันอย่างไร. สืบค้น 28 มิถุนายน 2557, น. 9. จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act83.htm>.

¹⁶ แหล่งเดิม. (น. 11-14).

เหมาะสมด้วย เพราะแม้ว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพจะเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน แต่ก็ต้องคำนึงความเสียหายที่ผู้อื่นได้รับและประโยชน์ของสังคมประกอบกันด้วย¹⁷

2.1.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมาย

การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นต้องคำนึงถึงรูปแบบที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ถ้าไม่ทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ กฎหมายนั้นถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบในการตรากฎหมายให้ถูกต้องนั้นปรากฏในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น เท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลให้บังคับใช้เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติมาตรา 29 นี้แสดงให้เห็นถึงปรัชญาของกฎหมายเอกชนและมหาชนโดยหลักแล้วทั้งกฎหมายเอกชนและมหาชนมีแนวคิดที่ว่าทุกคนเกิดมามีเสรีภาพ มีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้ตราบเท่าที่กฎหมายไม่ได้ห้ามไว้หรือบังคับให้ต้องกระทำ ในขณะที่เดียวกันการจำกัดเสรีภาพนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้ และกฎหมายในที่นี้ที่จะออกมาเพื่อจำกัดในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นจะต้องตราโดยอาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ให้จำกัดสิทธิเสรีภาพได้เท่านั้น ดังนั้น จึงหมายความว่า การที่รัฐจะออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น รัฐจะต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญในการที่จะตรากฎหมายดังกล่าวออกมดั่งปรัชญาในกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้ากฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ ก็ไม่สามารถทำได้” ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการที่จะไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเสียก่อน

มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นี้ ไม่เพียงแต่ชี้ให้เห็นถึงรากฐานทางความคิดของหลักนิติรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นมาตรการทางศาลที่รัฐธรรมนูญจะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย หรือกฎหมายอีกด้วย

¹⁷ แหล่งเดิม. (น.15).

ซึ่งมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า บทบัญญัติในมาตรานี้มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากมีข้อยกเว้นให้รัฐกระทำการได้ ซึ่งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ชี้แจงว่า บทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล กรณีที่รัฐจะจำกัดสิทธิเป็นเพียงข้อยกเว้นที่จำกัดยิ่งเท่านั้น โดยจะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดและเพียงพอที่จำเป็นอันมีลักษณะเป็นการวางขอบเขตการใช้อำนาจรัฐยิ่งกว่าการใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และการที่รัฐใช้ข้อยกเว้นตามมาตรานี้ เกินความจำเป็นก็จะเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ¹⁸

รัฐธรรมนูญได้วางรูปแบบและเนื้อหาของกฎหมายอันเป็นหลักประกันในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ดังนี้¹⁹

1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง บทบัญญัติดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อที่จะควบคุมไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจในการออกแบบกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและมีให้เกิดเอกสิทธิในการเลือกปฏิบัติในการเลือกตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับ

2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีความชัดเจนและแน่นอน ความชัดเจนและแน่นอนของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จำเป็นอย่างยิ่งเพื่อความถูกต้องใช้อำนาจของรัฐและเพื่อให้ประชาชนทราบถึงสิทธิเสรีภาพที่ตนจะถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ “ความมั่นคงในนิติฐานะ (Legal Security)” ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของรัฐ การที่กฎหมายให้อำนาจกระทำการแก่รัฐต้องมีความชัดเจนและแน่นอนดังกล่าวเพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่ารัฐจะให้อำนาจตามกฎหมายทำอะไรได้หรือไม่ได้อย่างไรและทำเพื่อประโยชน์อะไรและประชาชนจะปฏิบัติตนอย่างไรภายใต้กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของตนโดยไม่ให้ละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าว

3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังเป็นโทษ “กฎหมายย้อนหลังเป็นโทษมีไม่ได้” ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักทั่วไปของกฎหมายต่างๆ ประเภทไม่ได้หมายความว่าหลักดังกล่าวใช้ในเฉพาะหลักกฎหมายอาญาเท่านั้นแต่ยังใช้กับ

¹⁸ จาก การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 : ศึกษาเฉพาะกรณีการระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 96), โดย ภัทรวรรณ อุซุงศ์อมร, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁹ จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 245-248), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆ อีกด้วย หลักกฎหมายดังกล่าวได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายต่างๆ และถึงแม้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวจะไม่ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ต้องถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวดำรงอยู่ได้ด้วยตนเองและมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องประกาศกฎหมายนั้นให้ประชาชนทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษาก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ประชาชนและจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศกฎหมายนั้นในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ การตรากฎหมายย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลไม่ว่ากรณีใดๆ ข่มขจัดต่อรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ใน มาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ หลักนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนต่อแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพได้

5) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นหรือหลักกระทำมิให้เกินกว่าเหตุ หลักพอสมควรแก่เหตุ หลักความได้สัดส่วน ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม หลักการข้อนี้มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้ทำการตามอำเภอใจในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกหลักความได้สัดส่วนซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ของผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อยอยู่สามประการ ได้แก่ หลักแห่งความเหมาะสมหรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability) หลักแห่งความจำเป็นและหลักแห่งความได้สัดส่วนในกฎหมายอย่างแคบ ดังจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไปในส่วนอื่น

6) การจำกัดเสรีภาพต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ เหตุที่ต้องทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพราะรัฐธรรมนูญต้องการให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรวจดูว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตามมาตราใดในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายออกไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่สามารถกระทำได้”

นอกจากนี้ การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังทำให้การใช้และการตีความกฎหมายชัดเจนยิ่งขึ้นและประชาชนสามารถตรวจสอบการออกกฎหมายในการจำกัดสิทธินั้นได้ง่ายขึ้น เนื่องจากทราบว่าอาศัยอำนาจตาม

บทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ดังนั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบวิชาชีพ หน่วยงานก็ต้องพิจารณาตาม มาตรา 43 ดังกล่าว โดยต้องพิจารณาตามความในวรรคสองที่บัญญัติให้กระทำมิได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ถ้าไม่มีการกล่าวอ้างดังกล่าวไว้ในกฎหมายก็จะถือว่าใช้ไม่ได้ไปทั้งฉบับเพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดรูปแบบในสาระสำคัญ

กรณีหากกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพไม่ได้ระบุถึงอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ใน การจำกัดสิทธิ จะมีผลเป็นโมฆะทั้งฉบับตั้งแต่เมื่อใด ในประเด็นนี้มีสองความเห็น ความเห็นแรก กล่าวว่ากฎหมายฉบับนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้ทั้งฉบับตั้งแต่เริ่มต้น โดยไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ เลย แต่อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นมีผลเป็นโมฆะนับจากปัจจุบัน

จากแนวคิดในเรื่องสิทธิเสรีภาพ ที่ทำให้เห็นถึงความสำคัญและหลักการของการจำกัด สิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นแล้ว ต่อไปจะศึกษาเกี่ยวกับหลักทางกฎหมายมหาชนต่างๆ เช่น หลัก ความชอบด้วยกฎหมายที่พัฒนามาเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังต่อไปนี้

2.2 ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์ มัค กูแนล (Max Gounelle) อธิบายว่า หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Le principe de constitutionnalité) เป็นหลักเกณฑ์ที่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนจะกระทำนิติกรรม ใดๆ ได้ก็แต่เฉพาะนิติกรรมที่สอดคล้องกับเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าระดับรัฐธรรมนูญนั้น หลักนี้มี วัตถุประสงค์ที่จะให้ศาลควบคุมองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนให้กระทำการ โดยเคารพกฎหมายเกณฑ์ ทางกฎหมายที่มีค่าระดับรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หลักนี้ศาลเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วย รัฐธรรมนูญนั่นเอง²⁰

²⁰ จาก กฎหมายมหาชน: ความเป็นมาทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ (น. 269), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2553, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาคูซ์ (Charles Cadoux) อธิบายว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีประเด็นปัญหาที่พิจารณาได้จากข้อสังเกตเบื้องต้น ดังนี้²¹

1) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุด จึงจำเป็นต้องธำรงไว้ซึ่งความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ได้ ดังนั้น จึงอาจมีกระบวนการที่สามารถตรวจสอบ นิติกรรมใดๆ หรือเหตุการณ์ใดๆ ก็ตาม ที่เกิดจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทุกฉบับจึงสมควรมีกฎหมายอื่นที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญเองเพื่อเป็นกลไกในการควบคุมความชอบ

2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎและคำสั่งของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) หรือของฝ่ายปกครองนั้น ทุกประเทศใช้ระบบเดียวกันหมดคือการฟ้องต่อศาลยุติธรรม ในกรณีเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา หรือฟ้องต่อศาลปกครอง ในกรณีเป็นคดีปกครองและประเทศนั้นได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว เมื่อคู่ความหยิกยกประเด็นว่ากฎ หรือคำสั่งของฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็เป็นอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

มีกรณีปัญหาที่ว่า เนื่องจากรัฐบัญญัติการแสดงออกซึ่งเป็นเจตจำนงของปวงชน ดังนั้น ควรให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ทั้งนี้ เมื่อยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้วจะปล่อยให้ไม่มีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อย่างไร ดังนั้น จึงต้องเลือกระหว่างการยอมรับรัฐบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญยอมไม่มีผลใช้บังคับและต้องถูกเพิกถอน หรือยอมรับว่ารัฐบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญยังมีผลบังคับใช้ต่อไปได้ ซึ่งจะทำให้รัฐธรรมนูญเสียฐานะของการเป็นกฎหมายสูงสุดไป

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ท่านมาร์แชล (Marshall) ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา จึงวินิจฉัยในคดีประวัติศาสตร์ Marbury V. Madison ในปี ค.ศ. 1803 ว่าศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีอำนาจที่จะวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติของรัฐที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยอมไม่มีผลใช้บังคับ และจากคำพิพากษาในคดีนี้เองจึงเกิดระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยองค์กรศาลขึ้นในสหรัฐอเมริกาที่สร้างและพัฒนาระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติของรัฐสมาชิก และรัฐบัญญัติของสหพันธรัฐ²²

3) เนื่องจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มีความยุ่งยากและมีผลกระทบทางการเมือง เนื่องจากการที่รัฐมอบอำนาจให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีอำนาจในการวินิจฉัยได้ว่า

²¹ กฎหมายมหาชน: ความเป็นมาทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ (น. 269-270). เล่มเดิม.

²² แหล่งเดิม. (น. 270).

รัฐบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใดนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นการมอบความรับผิดชอบอันยิ่งใหญ่แก่องค์กรนั้น จนองค์กรนั้นอาจมีฐานะเหนือกว่ารัฐสภาและรัฐบาลได้ เพราะเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจผูกขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ แต่ละรัฐจึงจัดการกับปัญหานี้แตกต่างกันไป โดยบางรัฐมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด หรือในบางรัฐ ก็มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่สมบูรณ์

2.2.1 หลักนิติรัฐ (Principle of Legal State)

“นิติรัฐ” เป็นคำที่เราใช้เรียกรัฐ หรือระบบการปกครองซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในนิติรัฐ จะมีลักษณะทั่วไปสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และประการที่สอง รัฐจะประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของรัฐ อาจกล่าวได้ว่า ลักษณะเบื้องต้น 2 ประการนี้ เป็นลักษณะในทางรูปแบบและเนื้อหาของความเป็นนิติรัฐ²³

คำว่า “นิติรัฐ” มีการกล่าวถึงเป็นครั้งแรกจากผลการเขียนหนังสือวิจารณ์รัฐในปี ค.ศ. 1798 ของวิลเฮม ปีเตอร์เซิน (Wilhem Petersen) โดยมีการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของรัฐ ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน โดยเจ้าชายตราซึนเพื่อจัดระเบียบสังคมตามความพอใจของเจ้าชายกับนิติรัฐ เป็นรัฐที่ถือว่าสิทธิมนุษยชนย่อมมาก่อนรัฐกำหนด โดยรัฐต้องเคารพสิทธิมนุษยชนซึ่งต่างกับรัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดสิทธิมนุษยชนโดยปฏิเสธและตีกรอบของสิทธิมนุษยชนอีกด้วย²⁴

อย่างไรก็ตาม นิติรัฐ นั้นได้มีผู้ให้คำจำกัดความไว้หลายประการด้วยกันดังต่อไปนี้
 การ์เร เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg)²⁵ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวว่า นิติรัฐเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐ หรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย

²³ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 143), โดย วรเจตน์ ภาศิริตัน, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁴ V.L. Heusshing. *Etat de droit, Rechtsstaat. Rual of law.* Paris. Dalloz. 2002. p.37 แปลโดย ปรีชา จำรัสศรี, 2555. *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 103), กรุงเทพฯ: สุทรไพศาล.

²⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. *หลักนิติธรรมกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย.* สืบค้น 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2559, จาก <http://www.enlightened-jurists.org>.

ที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ รัฐสามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ ได้แก่ ประการแรก เมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน รัฐหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น รัฐไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย²⁶

Robert Von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไปจากการให้ความหมายดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า นิติรัฐก็คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข²⁷

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ได้ให้คำจำกัดความของนิติรัฐว่า คือรัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดๆ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจ²⁸

ดังนั้น นิติรัฐจึงหมายถึงการที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยที่รัฐจะกระทำการใดๆ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน นิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrarily)

จากที่กล่าวมาข้างต้น พอจะสรุปได้ว่าสาระสำคัญของนิติรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้าย (Ultimate Aim) อยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ มีดังนี้²⁹

²⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 (น. 279-280), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

²⁷ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 23).

²⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป (น. 66), โดย มานิตย์ จุมปา, 2548, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁹ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน รวบรวมความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และกฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 2-3), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ (Principle of Legality of the Administrative Action) ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับราษฎรนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการ หรือละเว้นไม่ให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อ มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องอยู่บนหลักการของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Principle of Constitutionality of Legislation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร ประการหนึ่ง จะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่ง

3) การควบคุมไม่ให้กระกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการ ผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ก็ได้ อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการนั้นๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง จากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำต้องฟังคำสั่งจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

2.2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

ในปัจจุบันการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งมีการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยออกเป็นสามอำนาจ เพื่อถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าทุกคนมีสิทธิเสรีภาพ โดยบุคคลอื่นจะต้องให้การยอมรับ และจะล่วงละเมิดมิได้ แม้แต่อำนาจรัฐก็จะมาถ่วงละเมิดอำนาจของประชาชนมิได้ ดังนั้น การให้หลักประกันความมีสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพด้านต่างๆ ที่มนุษย์แต่ละคนจำต้องมี และไปใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ ซึ่งรวมกันแล้วนิยมเรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights and Liberty)” ให้แก่ราษฎร³⁰ ดังนั้น รัฐจะสามารถแสดงออกถึงความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของ

³⁰ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. ในคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 123), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ประชาชนได้ ก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และกฎหมายนั้นเองก็จะมีผลผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติตามด้วยเช่นกัน

รัฐสมัยใหม่จึงนิยมใช้หลักนิติรัฐเป็นหลักในการปกครองประเทศ โดยหลักนิติรัฐมีแนวคิดว่ากิจกรรมของรัฐทั้งปวงต้องเคารพ และอยู่ภายใต้กฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ³¹ นั่นก็คือ เป็นการที่รัฐต้องตั้งอยู่ภายใต้กฎหมาย แม้ว่าจะจะเป็นกฎหมายที่ตนตราขึ้นมาก็ตาม และเมื่อมีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐอันเป็นแหล่งที่มา (Source) ของอำนาจ กฎหมายนั้นก็จะเป็นการจำกัดอำนาจ (Limitation) ไปในตัว การกระทำของรัฐจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจของรัฐจะต้องอยู่ในกรอบและขอบเขตของกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า ในขณะที่กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือว่าเอกชน ก็เท่ากับกฎหมายนั้นเองจำกัดอำนาจรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้ การที่กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐก็เป็นการจำกัดอำนาจนั้นไปพร้อมๆ กัน โดยเฉพาะเมื่อการใช้อำนาจนั้นไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน³²

นอกจากนี้ การที่จะรักษาไว้ซึ่งหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการยึดหลักนิติรัฐนี้แล้ว ยังมีอีกสิ่งหนึ่งที่เป็นพื้นฐานที่สำคัญก็คือ การมีมาตรการในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น ระบบการควบคุมการใช้อำนาจที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพประชาชน จึงต้องมีลักษณะที่ครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภท ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นธรรมและต้องมีหลักการที่ดี³³

ฉะนั้น การที่รัฐถือหลักนิติรัฐจะเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักนิติรัฐนี้จะมีหลักการตรงข้ามกับรัฐตำรวจ (Police State) ซึ่งเป็นการที่องค์กรผู้ใช้อำนาจ จะสามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ เพราะถือว่าวัตถุประสงค์เป็นตัวกำหนดวิธีการ รัฐตำรวจจะกระทำการใดๆ ก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ เพื่อให้ได้สิ่งที่ต้องการตามวัตถุประสงค์ โดย

³¹ จาก *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (น. 20), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2524, กรุงเทพฯ:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³² จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (น. 50-51), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กรุงเทพฯ:

³³ จาก *กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย* (น. 259), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่า จะกระทบสิทธิเสรีภาพหรือไม่ อันเป็นหลักการของรัฐเผด็จการ และการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะเป็นประเทศนิติรัฐนั้น จะต้องมิลักษณะดังนี้³⁴

- 1) ประเทศนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด การกระทำต่างๆ ของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร ในการบัญญัติกฎหมาย
- 2) ประเทศที่เป็นนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย มีมาตรการควบคุมใช้อำนาจรัฐ
- 3) ผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่สิทธิเสรีภาพของราษฎร

สังเกตว่า ลักษณะที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะเป็นนิติรัฐหรือไม่ นั้น จะต้องอาศัยการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เป็นสำคัญ เพราะหากองค์กรใช้อำนาจสูงสุดทั้งหลายเหล่านี้ ไม่เคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว ก็จะก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้น และเมื่อความชอบด้วยกฎหมายไม่เกิดหลักนิติรัฐก็ไม่มี ความหมาย ทั้งนี้ ภาพรวมของหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ ได้แก่³⁵

- 1) เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ อันเป็นหลักนิติรัฐ ไม่ว่าจะป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ อันเป็นการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ โดยแต่ละองค์กร จะมีข้อจำกัดการใช้อำนาจ
- 2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการเบื้องต้นในการปกครองระบบประชาธิปไตย โดยมีให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงคนเดียว หรือองค์กรเดียว อันจะเป็นการเปิดช่องทางให้อำนาจโดยมิชอบ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงได้รับการนำมาเป็นรากฐานของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ว่าการที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจที่มีอยู่ เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
- 3) การมีกฎหมายที่ดี โดยจะต้องมีความแน่นอน มั่นคง คุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายและสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- 4) ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การใช้อำนาจใดๆ ขององค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ กฎหมายจึงเป็นผู้ที่ให้อำนาจและ

³⁴ จาก *หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป* (น. 96-97), โดย หยุค แสงอุทัย, 2513, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁵ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 26-29), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.

กำหนดขอบเขตหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงเกิดหลักที่ว่า “การกระทำทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”

5) ความรับผิดชอบของรัฐในนิติรัฐนั้น ถ้ารัฐใช้อำนาจตามกฎหมายแล้วไปก่อให้เกิดเอกชนคนใดเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจดังกล่าว หรือในการรักษาประโยชน์มหาชน รัฐจำต้องทำให้เอกชนเสียหายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รัฐจะต้องชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายนี้แก่เอกชนอย่างเป็นธรรม

6) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของปัจเจกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครอง รวมถึงมีมาตรการในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การให้ประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจทางกฎหมาย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง เป็นต้น

ระบบกฎหมายสมัยใหม่ ในการปกครองนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไปปลิดถอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ตามหลักนิติรัฐ โดยนัยดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กฎหมายเป็นแหล่งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และกฎหมายดังกล่าว มีทั้งปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ถ้าจำแนกที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงจำแนกได้เป็นสองแบบ คือ แบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร และแบบที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนี้³⁶

1) ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

การปกครองตามหลักนิติรัฐ เป็นการปกครองที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และไม่กระทำการใดๆ ที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ส่วนใหญ่ของรัฐมักนิยมบัญญัติกฎหมายของตนให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ได้ละทิ้งกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเสียทีเดียว ดังนั้น การที่ทุกคนในรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย แสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ทำให้ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายต้องมีความถูกต้องตามกฎหมายและมีความชอบธรรม ความถูกต้องและชอบธรรมจึงก่อให้เกิดหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในบรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวง การกระทำใดๆ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ความชอบธรรมและความถูกต้องของประชาชนมาจากการที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการสร้างและยอมรับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นฐานของ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

³⁶ จาก หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหบัณฑิต) (น. 13-16), โดย บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2533, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

(1) ปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะถือว่า เป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น จะจำกัดเฉพาะส่วนที่เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจน เพียงพอถึงกับที่จะให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

(2) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 มาตรา 26 ได้ ยอมรับว่าสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการให้สัตยาบัน มีผลบังคับสูงกว่า กฎหมายและรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 1958 มาตรา 55 ได้ยอมรับผลบังคับ ดังกล่าว เช่นกัน สภาแห่งรัฐจึงถือว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นที่มาของ หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

2) ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

(1) กฎหมายจารีตประเพณี มาจากการประพฤติปฏิบัติต่อกันมายาวนาน และการ ยอมรับของคนในสังคมจนทุกคนในสังคมต้องถือตาม กฎหมายจารีตประเพณีจึงมีความถูกต้องและ ชอบธรรมซึ่งเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น ถ้าการกระทำใดๆ อันเป็นการฝ่า พืนต่อกฎหมายจารีตประเพณี ก็เท่ากับว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ของกฎหมายจารีตประเพณี

(2) หลักทั่วไปของกฎหมายมหาชน การที่ศาลจะสกัดหลักทั่วไปของกฎหมาย มหาชนขึ้นมาได้นั้น ต้องคำนึงว่ามีความสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญ การเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสอดคล้องกับหลักยุติธรรมที่ได้รับการ ยอมรับจากสังคม สิ่งเหล่านี้ ได้ทำให้หลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนได้รับการยอมรับเป็นการ ทั่วไป ด้วยเหตุดังกล่าว หลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนจึงมีความชอบธรรมและถูกต้องกับหลัก ทั่วไป และมีสภาพบังคับให้ทุกๆ คนต้องเคารพและปฏิบัติตาม ถ้าไม่เคารพหรือปฏิบัติตามก็กล่าว ได้ว่า เป็นการกระทำที่ขัดต่อ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ของหลักทั่วไปของหลักกฎหมาย มหาชน

สรุปได้ว่า กฎหมายในหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ มิได้หมายความว่าเฉพาะรัฐบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง “สิ่งที่รวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตาม กฎหมายทั้งหมด (L'ensemble des sources de la légalité)”³⁷ ดังมีผู้ให้ข้อสังเกตว่า ความชอบด้วย กฎหมายประกอบด้วยที่รวมของกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กฎเกณฑ์ที่มา จากบรรทัดฐานคำพิพากษา กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร รวมทั้งกฎหมายซึ่งมีที่มา

³⁷ จาก หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย , โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2529, บทบัญญัติ, 44 ตอนที่ 4. น. 3.

จากกฎหมายระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์ลดหลั่นกันและซับซ้อนกันเหล่านี้ รวมกันทั้งหมด เป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย³⁸ จึงเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหมด ที่กล่าวมาข้างต้น ต่างก็เป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อก้าวถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัตินับว่าเป็นหน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงในการออกกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเองก็จะต้องเคารพในหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ด้วย กล่าวคือ รัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายอะไร ก็จะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นที่ตั้ง การที่จะบัญญัติกฎหมายให้เป็นที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ และจะกระทำได้ในขอบเขตจำกัดเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงสิทธิเสรีภาพ ขันมูลฐานของประชาชนไว้ การตรากฎหมายของรัฐสภา จึงจะขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้ หากรัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจไว้ เพราะถือว่ารัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมที่องค์กรทุกองค์กร แม้แต่รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชนจะต้องเคารพ การจะตรากฎหมายใดที่เป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพเป็นผู้ออก ซึ่งก็คือ เป็นกฎหมายที่ต้องตราขึ้นโดยความยินยอมของประชาชนหรือผู้แทนของประชาชน โดยตรงที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมนั่นเอง

ทุกสิ่งทุกอย่างที่อยู่ภายใต้รัฐจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และถ้าตรากฎหมายฉบับใด มาลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้น ต้องถือว่ามิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติ จะออกกฎหมายใดนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่เหนือกฎหมายใดๆ ฉะนั้น การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน³⁹ อีกประการหนึ่ง กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญเพราะองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้นตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง ด้วยเหตุผลดังกล่าวพระราชบัญญัติจึงไปขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ในการตรากฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นมีเกณฑ์อยู่สามเกณฑ์ ดังนี้

³⁸ จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี* (น. 274), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2533, กรุงเทพฯ : นิติธรรม

³⁹ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 165-166), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2532, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1) เกณฑ์เนื้อหา กล่าวคือเนื้อหาหรือบทบัญญัติของกฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังปรากฏใน มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้” คำว่า “บทบัญญัติใด” ของกฎหมาย ในมาตราดังกล่าวนี้นี้หมายถึง “เนื้อหาใด” ของกฎหมาย ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีเนื้อหาไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ใน มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐรัฐธรรมนูญโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” มาตรานี้เป็นการกำหนดหลักผูกพันโดยตรงของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญสามารถใช้บังคับรัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐได้โดยตรง โดยไม่ต้องผ่านการออกกฎหมาย ในส่วนที่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลผูกพันในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ เนื้อหาของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพดังกล่าวด้วย

2) เกณฑ์รูปแบบ กล่าวคือรูปแบบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ใน มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ โดยรัฐธรรมนูญได้วางรูปแบบอันเป็นหลักประกันในการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

(2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน

(3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลังเป็นโทษ

(4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้

(5) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น หรือมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ หรือที่เรียกว่าหลักความได้สัดส่วน

(6) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

3) เกณฑ์กระบวนการ ก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้และมีสภาพบังคับเป็นเป็นกฎหมายนั้น จะต้องมีการขออนุญาตขึ้นตอนในการร่างกฎหมาย ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขึ้นตอนการร่างกฎหมายที่กฎหมายกำหนด ร่างกฎหมายฉบับนั้นก็ไม่ใช่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและก็จะตกไป ในกรณีดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และการควบคุมร่างพระราชบัญญัติ

(1) การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อ ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ หรือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปตามวรรคสอง ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป”

ตามมาตรา 141 นี้ เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เป็นบทบังคับว่าต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป แต่ถ้าข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นสาระสำคัญ หรือร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ทั้งนี้ ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ทำให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับใดตกไปทั้งฉบับ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาก็ยังสามารถแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะต้องใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา

(2) การควบคุมร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 154 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของ ทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานรัฐสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติ ดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญนี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณี ต่อไป ”

นอกจากนี้หลักความชอบด้วยกฎหมายยังเกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหาร ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองอีกด้วย เนื่องจากฝ่ายบริหารมีสองสถานะคือ สถานะแรกเป็นฝ่ายบริหารและสถานะที่สองเป็นฝ่ายปกครอง ทั้งสองสถานะเมื่อมีการกระทำใดออกไปไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางบริหารหรือการกระทำทางปกครอง ก็ต่างล้วนต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย การออกคำสั่งทางปกครอง ในหัวข้อนี้จะขอกกล่าวเพียงการกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเท่านั้น

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือภายใต้กำกับดูแลของฝ่ายบริหาร โดยที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้วางนโยบาย ส่วนฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายมาปฏิบัติ การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกอนิติสัมพันธ์กับประชาชนหรือปัจเจกชนที่เรียกว่า การกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นกรอบในการใช้อำนาจและการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง ด้วยเหตุดังกล่าว การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การกระทำทางปกครองนั้น ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจและถูกต้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักการที่ใช้ในการควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครองมีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนเปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิ หน้าที่ของประชาชน การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่างๆ ของฝ่ายปกครองด้วย⁴⁰ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองจึงเป็นกรณีที่มีการกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครอง หรือผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชน จะต้องมีการชอบเขตการใช้อำนาจมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการคานและดุลการใช้ อำนาจรัฐ และต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ได้ก็ต่อเมื่อ กฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าว ตามที่กฎหมายกำหนด⁴¹ ดังนั้น การบริหารประเทศของฝ่ายบริหาร ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย คือไม่ละเมิดกฎหมาย หรือไม่ฝ่าฝืนหลักความชอบด้วยกฎหมาย หากมีคำสั่งที่ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ผลที่ตามมาคือ สามารถยกเลิกเพิกถอนคำสั่งนั้นได้โดยศาล

2) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะขอบเขตของการกระทำทางปกครอง กฎหมายต่างๆ ที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองจะเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบแห่งการกระทำของฝ่ายปกครอง มิให้มีการกระทำอันเป็นการขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังที่มีหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางฝ่ายปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ส่วนนิติกรรมทางปกครอง หรือการกระทำทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว อันมีผลเป็นการก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง

⁴⁰ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 15), โดย กมลชัย รัตนสกวังศ์, กรุงเทพฯ : วิญญูชน

⁴¹ จาก *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (น. 122), โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ :

โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของเอกชน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การก่อกวนสิทธิสัมพันธ์ขึ้นทางกฎหมายอันเป็นการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่นั่นเอง⁴² โดยนัยนี้ นิติกรรมทางปกครองจึงจะต้องเคารพกฎหมาย โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่า หรือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครอง ที่จะกระทำการใดอันเป็นการออกนอกขอบเขต หรือกรอบที่กำหนดไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ออกกฎเกณฑ์เอง ก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์นั้นๆ ด้วย นอกจากนี้ แม้ฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาเอง ก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจออก การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์นั้นๆ ย่อมเป็นการไม่ชอบ⁴³

จะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ จะครอบคลุมการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ ในแต่ละองค์กรนั้นจะมีขอบเขตความสัมพันธ์กับประชาชนแตกต่างกัน องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมาย แต่ก็อยู่ในข้อจำกัดที่ไม่อาจตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ในส่วนองค์กรตุลาการนั้น จะเป็นส่วนที่อยู่ในรูปของคำพิพากษา ซึ่งคำพิพากษานั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย เพราะศาลเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในคดีเฉพาะรายไป คำพิพากษาจึงสามารถกลับ แก้ไข ได้เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลที่สูงกว่า การกระทำทางนิติบัญญัติและทางตุลาการจึงมีความชัดเจนและแน่นอนมากกว่าการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางและต้องเกี่ยวข้องกับประชาชนมากกว่า ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงเน้นที่การกระทำของฝ่ายปกครองมาก ดังในกรณีที่กฎหมายปกครองมีหลักว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

2.2.3 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

“หลักความได้สัดส่วน” หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์ หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

⁴² กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (น. 122). เล่มเดิม.

⁴³ แหล่งเดิม. (น. 281).

ศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ⁴⁴ อธิบาย “หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างกว้าง” ว่าหมายถึง มาตรการของรัฐที่กระทบกระเทือนถึงขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่หนึ่งถือว่าการจำกัดสิทธิโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ แต่อีกแง่หนึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบก็ได้ เป็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับมาตรการของรัฐเพื่อความผาสุกของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายใดควรจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน และการชั่งน้ำหนักดังกล่าวนี้ ต้องยึดหลักว่า “จะต้องไม่เกินกว่าเหตุ” หลักการนี้ แยกพิจารณาได้เป็นหลักการย่อยตามแนวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนี้

1) หลักความเหมาะสม ในการออกกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะเลือกใช้ได้แต่วิธีการที่สามารถส่งผลให้บรรลุเป้าหมายที่ใ้วางได้ไว้จริง จึงจะเรียกได้ว่าวิธีการหรือมาตรการนั้นๆ เป็นมาตรการที่เหมาะสม

2) หลักความจำเป็น หากการที่จะดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้ สามารถใช้มาตรการที่อ่อนกว่าที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาได้โดยไม่เสียหาย ก็ถือว่ามาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมานั้น ขัดต่อหลักความเป็นจริง

3) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ มีเกณฑ์ว่า ผลกระทบที่มีต่อปัจเจกบุคคล ควรจะอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับประโยชน์ส่วนรวมจะได้รับ การชั่งน้ำหนักระหว่างความรุนแรงของการละเมิดสิทธิ กับความสำคัญและความจำเป็นที่ให้ความชอบธรรมแก่มาตรการนั้น จะต้องคำนึงว่าผลของการดำเนินมาตรการนั้น จะต้องไม่เกินขอบเขตที่อาจคาดหมายให้ผู้ถูกระทบสามารถรับได้

ตามความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้น พอสรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการหนึ่งที่ป้องกันการใช้อำนาจรัฐ มิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต หลักความพอสมควรแก่เหตุ ถือเป็นหลักกฎหมายที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่รัฐแม้จะมีอำนาจหน้าที่ แต่ก็ไม้อาจจะใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือตามอำเภอใจได้นั่นเอง

2.2.4 แนวคิดของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยจะดำรงอยู่ได้ก็แต่ในรัฐ ซึ่งมีวิธีการที่จะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะหากผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนต่างๆ ที่ระบุไว้ใน

⁴⁴ จาก คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน (น. 165-167), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2535, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะยังไม่ได้มีการยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นอย่างเป็นทางการ ก็ไม่ต่างอะไรกับการได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญไปแล้วนั่นเอง เพราะหากว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนที่เป็นการจัดระเบียบการปกครองของรัฐ คือในส่วนที่ว่าด้วยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระบวนการในการเข้าดำรงตำแหน่งขององค์กรเหล่านั้นของบุคคลธรรมดา และบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ด้วยกันเองและกับเอกชน ตลอดจนบทบัญญัติในส่วนที่เป็นการรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และหลักการต่างๆ ที่จะประกันไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองไว้นั้น ตามแนวคิดที่ว่าด้วยนิติรัฐอาจจะถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยที่บทบัญญัติของกฎหมายธรรมดาที่ขัดแย้งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้อยู่ตลอดเวลา เท่าที่ตนประสงค์โดยวิธีการเช่นเดียวกันกับการตรากฎหมาย ธรรมดาๆ โดยทั่วไป ด้วยเหตุนี้ เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีความมั่นคง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด⁴⁵

แนวคิดของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีแนวคิดของนักปรัชญาเมธี โทมัส ฮ็อบส์ (Thomas Hobbes) ได้อธิบายว่า⁴⁶ การที่มนุษย์ต่างยอมสละเสรีภาพและสิทธิที่พึงมีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลหนึ่งเป็นผู้ปกครองโดยเชื่อว่าผู้ปกครองนั้นจะสามารถคุ้มครองป้องกันตนได้ ซึ่งในทัศนะของฮ็อบส์ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองนั้นไม่อาจมีกฎหมายใดที่อยู่เหนือได้เลย ทั้งนี้ เพราะมนุษย์ที่เข้าทำสัญญาประชาคมเข้าเป็นข้าแผ่นดินนั้น ย่อมโอนอำนาจของตนให้แก่รัฐชาติปิตัยแล้ว ดังนั้น จึงเท่ากับข้าแผ่นดินทั้งหลายเอง เป็นผู้บัญญัติกฎหมายเอง โดยคนแต่ละคนนั้นต้องเคารพสัญญาที่สร้างขึ้นและเคารพต่อผู้ปกครองที่ตนมอบอำนาจไป เมื่อเป็นเช่นนี้สัญญาประชาคมที่ประชาชนตกลงร่วมกันทำขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาของผู้ปกครอง และเป็นที่มาของอำนาจผู้ปกครองด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน

ตามทฤษฎีของนักปรัชญาเมธีดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น มีสิ่งที่บ่งบอกถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ ดังนี้

1) เนื้อหา หรือบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญที่บ่งบอกถึงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ.1789

⁴⁵ จาก *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 65), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน

⁴⁶ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (น. 15), โดย บรรณเจ็ด สิงคะเนติ, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน

ข้อที่ 16 บัญญัติว่า “สังคมใดไม่มีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่ามิใช่รัฐธรรมนูญไม่ได้” จากข้อ 16 ของคำประกาศดังกล่าวจะเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย เป็นสาระสำคัญที่ต้องปรากฏหรือบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ถึงกับกล่าวไว้เลยว่า ถ้าไม่ปรากฏทั้งสองเรื่องดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ไม่สมควรที่จะเรียกว่ารัฐหรือประเทศนั้นได้อยู่เลย ทั้งสองเรื่องจึงเป็นเนื้อหาหรือบทบัญญัติที่ต้องปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ⁴⁷

2) รูปแบบของรัฐธรรมนูญ อธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยรูปแบบพิจารณาจาก “ชื่อ” ถ้ากฎหมายใดมีชื่อเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” “ธรรมนูญ” ก็สามารถเข้าใจได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้เป็นการอธิบายความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างกว้างที่สุด โดยไม่มีคำนิยามว่า รัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ว่าจะมีที่มาจากประชาชน หรือการรัฐประหาร ก็ไม่มีความแตกต่างกันในสถานะทางกฎหมาย กล่าวคือ มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายอยู่สูงสุดเหมือนกัน ในระบอบประชาธิปไตยต่างยอมรับว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดได้นั้น ไม่ใช่เพียงแต่ชื่อเท่านั้น แต่ยังมีหลายๆ ปัจจัยที่อธิบายว่า เพราะเหตุใดรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดในทางกลับกัน ก็มีรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญ ที่มีที่มาจากประชาชนแต่มาจากคณะบุคคลที่เรียกว่า “คณะปฏิวัติ” และ “คณะรัฐประหาร” จัดทำขึ้น อันที่จริงรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายอยู่เลย ถ้าพิจารณาจากหลักการและแนวคิดในระบอบประชาธิปไตย แต่มีการยอมรับจากบางฝ่ายว่า รัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเหล่านี้เป็นกฎหมายและมีลำดับศักดิ์อยู่สูงสุดในระบบกฎหมาย โดยถือว่าเป็นคำสั่ง คำบังคับของรัฏฐาธิปัตย์ เมื่อใช้บังคับกับประชาชนได้ ก็ถือว่าเป็นกฎหมาย

จากแนวคิดทฤษฎีที่อธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญข้างต้น จะเห็นว่า มีเพียงรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย หรือรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากเจตจำนงของปวงชนเท่านั้นที่สอดคล้องกับหลักการที่ได้อธิบายมา เช่น ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีสัญญาประชาคม เนื้อหา และรูปแบบของรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญที่มาจากคณะกลุ่มบุคคลที่ก่อการปฏิวัติ การรัฐประหาร จะเป็นกฎหมายสูงสุดก็ได้เพียงแต่ชื่อหรือรูปแบบเท่านั้น

จากแนวคิด ทฤษฎีที่กล่าวมา จึงแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งยืนยันความเป็นสูงสุดของประชาธิปไตย ก่อให้เกิดทฤษฎีสัญญาประชาคมขึ้น จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้มีผลตามมาดังนี้

⁴⁷ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 174). เล่มเดิม.

1) กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายทั้งปวง ที่เป็นกฎหมายภายใน ดังนั้น กฎหมายทั้งปวงไม่ว่ามีที่มาก่อนหรือหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้⁴⁸ ดังมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้”⁴⁹ ซึ่งเป็นการยอมรับความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญในทางตรงกันข้าม หากมีการยอมรับให้กฎหมายอื่นในระบบกฎหมาย มีสถานะเหนือกว่ารัฐธรรมนูญแล้วนั้น ก็จะเป็นการขยายอำนาจให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นอันตรายต่อปวงชนในชาติ

2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก ด้วยเหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้ยาก โดยองค์กรหรือวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายอื่นๆ ซึ่งเรียกสภาพนี้ว่า “ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ (La rigidité constitutionnelle)”⁵⁰ ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐ และจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจทั้งหลาย ดังนั้น การกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลาย จึงมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรใช้อำนาจรัฐ ล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น และด้วยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรแก้ไขให้ยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ

เมื่อองค์กรที่ถูกตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญ มีสถานะอยู่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญโดยหลักแล้วจึงไม่สามารถไปแก้รัฐธรรมนูญที่มีสถานะสูงกว่าได้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องใช้ “องค์กรพิเศษ” ซึ่งเป็นองค์กรที่สร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมา เพื่อทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ องค์กรพิเศษดังกล่าวควรมาจากประชาชนเท่านั้น ตามรัฐธรรมนูญในระบบประชาธิปไตยที่มาจากประชาชนซึ่งมาจากแนวคิดในเรื่องสัญญาประชาคม

⁴⁸ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 677), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ

⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 6.

⁵⁰ *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (น. 17). เล่มเดิม.

อย่างไรก็ตาม หากแม้ว่ามีความจำเป็นจะต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติ รัฐธรรมนูญจะมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยปกติแล้วก็คือองค์กรนิติบัญญัตินั่นเอง โดยอาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดา หรืออาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา แต่เรียกร้องคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากกว่ากรณีกฎหมายธรรมดาได้⁵¹

2.2.5 ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

แนวความคิดเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายนั้น ได้ปรากฏเป็นครั้งแรกในสมัยโบราณ โดยเริ่มตั้งแต่สมัยกรีก โรมัน เนื่องจากในสมัยนี้เป็นการเริ่มต้นแนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางปกครอง และมีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน แต่แนวความคิดดังกล่าว ก็ไม่ได้เด่นชัดเท่าที่ควร เพราะถือว่ากฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันมากกว่า ส่วนกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประชุมของสภาโคมิเซีย (Comitia) และสภาซีเนต (Senate) ที่จะรู้จักในหมู่ผู้ปกครองเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การยอมรับว่า ประเทศจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ ฉะนั้น เมื่ออำนาจอยู่ในเงื้อมมือของสภาทั้งสอง กฎเกณฑ์ที่สภาทั้งสองออกจึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับสิ่งที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญมาก

ในสมัยโรมันนั่นเอง ก็เริ่มมีแนวความคิดเรื่อง “กฎหมายเหนือกฎหมาย (Law Above Law)” ชัดเจนขึ้นแล้ว ซึ่งนักคิดในสมัยนั้นก็คือ ซิเซโร (Cicero) ก็ดี ไกอุส (Gaius) ก็ดี ได้เริ่มอธิบายอย่างจริงจังว่ากฎหมายมีสองประเภทคือ กฎหมายธรรมดาและกฎหมายที่อยู่สูงกว่าขึ้นไป โดยซิเซโรถือว่ากฎหมายธรรมดาเป็นกฎหมายที่ไม่เที่ยงแท้ ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้นเป็นกฎหมายที่เที่ยงแท้ ส่วนไกอุสนั้นเรียกกฎหมายธรรมดาว่าเป็นกฎหมายเฉพาะ ที่ใช้กับชาวพื้นเมืองภายในรัฐ ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้นเรียกว่ากฎหมายทั่วไป ซึ่งใช้แก่รัฐทั้งปวง จากแนวความคิดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎหมายที่มนุษย์เป็นผู้ออกนั้นไม่ได้เป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดเป็นล้นพ้น หากแต่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อื่นที่อยู่สูงกว่า และเป็นที่มาของคำอธิบายของนักปราชญ์ในสมัยต่อมา โดยเฉพาะนักปราชญ์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่แบ่งกฎหมายภายในรัฐออกเป็นสองระดับ คือ บรรดาพระราชกำหนดทั้งหลายเป็นเพียงกฎหมายธรรมดาหรือกฎหมาย

⁵¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. *ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ* (น. 197-198)

ที่มีศักดิ์ต่ำ ส่วนรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายที่อยู่สูงกว่า โดยกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าไม่สามารถขัดแย้งกับกฎหมายที่มีฐานะอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าได้⁵²

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐ โดยเคารพต่อหลักการอำนาจประชาธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนและกฎหมาย เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทั่วไป ซึ่งถือได้ว่าเป็นศูนย์กลางของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ รัฐธรรมนูญถือเอากฎหมายในความหมายของการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทั่วไปในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ ผลก็คือว่าจะมีกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกฎหมายและมีกฎเกณฑ์ที่อยู่ใต้กฎหมาย

แนวคิดในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ หมายความว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดประกอบอยู่ในรูปแบบของปิรามิด ตั้งแต่ยอดสูงสุดของปิรามิด ลงมาถึงฐานของปิรามิด และมีการจัดลำดับชั้นแบ่งตามชั้นลงมา โดยลำดับชั้นที่ต่ำกว่าต้องไม่ขัดหรือแย้งกับลำดับชั้นที่สูงกว่า แนวความคิดดังกล่าว ได้สร้างการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายของรัฐขึ้นมา ซึ่งก็หมายความว่า กฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่อยู่ต่ำกว่า จะไปขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ต่ำกว่าไม่ได้⁵³ ตัวอย่างเช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ (เช่น พระราชบัญญัติ) โดยหากเกิดการขัดแย้งกันแล้ว ย่อมต้องถือว่า บ่อเกิดของกฎหมายในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า จะขัดหรือแย้งกับบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย ดังนั้น ถ้ากฎหมายต่างกันสองลำดับชั้นเกิดการขัดแย้งกัน ผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องใช้กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า ตามหลัก “Lex Superior Derogat Legi Inferiori” คือ กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าบังคับ ระบบกฎหมายบางระบบอาจกำหนดให้กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า หากขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าตกเป็นโมฆะ โดยอาจจะให้ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลอื่นประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายดังกล่าวนั้น ในขณะที่บางระบบกฎหมาย อาจจะให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลอื่นพิพากษาเพิกถอนกฎหมายในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า⁵⁴

⁵² มานิตย์ จุมปา. *ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า*. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557. จาก <http://www.law.chula.ac.th/>

⁵³ จาก *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 282), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2552, กรุงเทพฯ: วิทยุชน

⁵⁴ จาก *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (น. 120), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

2.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการออกกฎ

กฎเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครอง ที่ใช้ในการปฏิบัติราชการดำเนินการตามกฎหมาย นโยบาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎจะสร้างรายละเอียดที่กฎหมาย ให้อำนาจไป บังคับใช้เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหารสัมฤทธิ์ผล

การดำเนินการในอำนาจหน้าที่ทางบริหารนั้น ได้มีการอธิบายในทางตำราว่า ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร ว่ามีหน้าที่อยู่สองประการ ประการแรก คือ หน้าที่ในการจัดทำบริการ ต่างๆ เพื่อประชาชน เช่น การจัดบริการทางด้านไฟฟ้า ประปา โทรคมนาคม ที่อยู่อาศัย การอำนวยความสะดวก ยุติธรรม สุขภาพ การศึกษา ฯลฯ และหน้าที่ประการที่สอง คือ การกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อ บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือนโยบาย อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์นอกเหนือจากกฎเกณฑ์ ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐาน หรือกฎหมายแม่บท บรรทัดฐานของศาล หรือแม้แต่ความ ตกลงระหว่างประเทศ ที่มีผลต่อกฎหมายภายใน⁵⁵

2.3.1 ลักษณะของกฎ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ ในมาตรา 5 โดยมีข้อความว่า “กฎ” หมายความว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่ผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมุ่ง หมายให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดเป็นการ เฉพาะ”

ตามนิยามในกฎหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่า “กฎ” อาจจะมีชื่อเรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ รวมตลอดถึงคำสั่ง หนังสือเวียน หนังสือสั่งการ และการตีความกฎหมายที่ผู้มีอำนาจได้วินิจฉัยไว้ นิยามนี้จะบอกแต่ ชื่อของกฎ ที่อาจมีชื่อต่าง ๆ แต่สาระสำคัญของกฎนั้น อยู่ในข้อความตอนท้ายของนิยาม คือ จะต้อง มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการสั่งการของฝ่ายบริหาร ไม่ว่าโดยรูปแบบใดที่มีผลต่อ พฤติกรรมของเอกชนให้ต้องกระทำตาม หรือละเว้นการกระทำ ในความหมายนี้กฎทางปกครอง จึงหมายถึง กฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ) รวมทั้ง การกำหนดนโยบายใดๆ ไม่ว่าในรูปแบบของหนังสือเวียน หนังสือสั่งการ การตีความอธิบาย หรือ

⁵⁵ René Chapus, Droit Administrative General, Tome I, 12ed. Montchristien. (1998). p. 433 (อ้างอิงใน กฎทางปกครอง โดย นายธรรมนิติ์ สุมันตกุล, 2548). สืบค้น 24 มิถุนายน 2557, จาก www.lawreform.go.th.

การประกาศ นโยบายของฝ่ายบริหารด้วย ซึ่งฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะให้มีการยอมรับและปฏิบัติตาม (Compliance) เป็นการทั่วไป จะเห็นได้ว่า “กฎ” จะมีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการดังนี้⁵⁶

ประการที่ 1 กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น หากเป็นกรณีที่ออกโดยองค์กรอื่นซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่น อย่างเช่น ทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆ ก็ไม่ถือว่าเป็นกฎ

ประการที่ 2 จะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมาย อันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม

ประการที่ 3 กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

ประการที่ 4 กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

อนึ่ง คำว่า “กฎ” ตามลักษณะของที่มาของอำนาจในการออกกฎนั้น โดยที่พิจารณาจากที่มาของกฎนี้ เป็นการอธิบายที่มีรากฐานทางทฤษฎี มาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับทางกฎหมาย ในเรื่องที่เกิดขึ้นกว่าความสามารถขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำได้ จึงจำต้องมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน แต่อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจดังกล่าวก็มีขอบเขตจำกัดตามกรอบทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จึงจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บท อันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการเรียก “กฎ” ตามลักษณะที่มาจากอำนาจในการออกกฎนี้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” และสิ่งใดก็ตาม จะมีฐานะเป็นกฎ หรือกฎหมายลำดับรองได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์สำคัญ 4 ประการ ประกอบกัน ได้แก่⁵⁷

1) กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ทำให้กฎหมายลำดับรองถูกเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “Delegated Legislation” ลักษณะเช่นนี้ แสดงให้เห็น

⁵⁶ จาก การควบคุมการออกกฎเกณฑ์ขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย (น. 24-25), โดย สุเจตน์ สถาพรนานนท์, 2545, กรุงเทพฯ:

⁵⁷ แหล่งเดิม. (น. 26-29).

ว่า กฎหมายลำดับรองจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎหมายลำดับรองจะมีแหล่งที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม

2) กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการ ให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะข้อนี้ทำให้ตรากฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่ม เรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท (Subsidiary Legislation)” โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บางมาตรา จำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ตราใดที่ยังไม่มีรายละเอียดปลีกย่อยออกมากฎหมายมาตรานั้น จะใช้บังคับไม่ได้ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการสถานบริการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หลักเกณฑ์การอนุญาตให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ถ้าไม่มีการออกกฎกระทรวงมากำหนดหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาต หลักการทั่วไปในกฎหมายแม่บทจะไม่มีผลบังคับ ก็จะออกใบอนุญาตไม่ได้ คือพระราชบัญญัติจะกำหนดหลักการทั่วไป แล้วจึงกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครอง ออกรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ

3) กฎหมายลำดับรอง มีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับ และด้วยลักษณะนี้เอง จึงทำให้มีการเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “อนุบัญญัติ (Subordinate Legislation)”

4) การตรากฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บท ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจ อันเป็นสาระของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมาย ลำดับรองแทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษในทางอาญา เป็นต้น

2.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและกฎ

ทางเนื้อหาของการบังคับใช้ทั้งกฎหมาย (Law) และกฎ (Regulation) มีหน้าที่เหมือนกันคือ เป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ และเป็นเครื่องมือที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหาร ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมีสภาพเป็นกฎเกณฑ์การบังคับ (Rules) เช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาทางด้านองค์กรผู้ออกแล้ว อาจแยกได้ว่ากฎหมาย (ในความหมายที่หมายถึง พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ) เป็นอำนาจของสภา เป็นงานของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการแสดงเจตนาของประชาชน จึงเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดซึ่งสามารถกำหนดได้ทุกเรื่องในทางกฎหมาย

แต่นอกเหนือจากนี้แล้ว ตามความเป็นจริงนั้นฝ่ายบริหารยังมีอำนาจออกกฎ เพื่อใช้บังคับมากมาย เพื่อให้กฎหมายบรรลุผล ซึ่งการออกกฎของฝ่ายบริหารนี้ ก็มีจำนวนมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียอีก จากเหตุผลความจำเป็นต่างๆ กฎจึงเป็นอำนาจที่รัฐมอบหมาย จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งจะต้องมีฐานที่มาจากการที่กฎหมายไม่สามารถกำหนดได้ทุกเรื่อง อีกทั้ง ยังไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือขัดต่อกฎหมายได้ รวมทั้งต้องตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ เพราะฉะนั้น กิจการบางอย่างจึงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เช่น สิทธิเสรีภาพของประชาชน การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา การจัดเก็บภาษี กิจการดังกล่าวนี้จะกำหนดโดยกฎไม่ได้⁵⁸

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศ ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎได้อย่างกว้างขวาง เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดไว้ในมาตรา 37 ว่าในส่วนที่ไม่ได้เป็นอำนาจของสภาตามมาตรา 34 แล้ว (เช่น การกำหนดสิทธิเสรีภาพ หน้าที่ของพลเมือง ความผิดทางอาญา และโทษ การจัดเก็บภาษี) ย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎ⁵⁹

2.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎกับความชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง ระบบกฎหมายไทย มีหลักการที่ถือปฏิบัติอยู่ 3 ประการ ดังนี้⁶⁰

1) ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อ มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นอาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือ

⁵⁸ จาก การออกกฎของฝ่ายบริหาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 18), โดย ประเสริฐ สุขสบาย, 2549, กรุงเทพฯ; มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁵⁹ ธรรมนูญ สุนันตกุล กฎทางปกครอง. สืบค้น 5 มกราคม 2558, จาก www.lawreform.go.th.

⁶⁰ จาก กฎหมายปกครอง (น. 129), โดย อมร จันทสมบุญ.

กฎหมายอื่น ที่มีบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรอง ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับกฎหมายลำดับรองต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษ โดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมาย ลำดับรองจะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่ในกรณีของกฎหมายลำดับรอง ที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ เช่น มีสงครามหรือเกิดภาวะวิกฤติ โดยอาจมีการตรากฎหมายลำดับรองที่มีบทกำหนดโทษได้ แต่จะต้องมีกฎหมายแม่บท มอบหมายอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองเช่นนั้นแก่ฝ่ายบริหารโดยชัดแจ้ง และโทษที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรอง จะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนด

3) กฎหมายลำดับรอง จะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออก “กฎหมาย” ต่อไปอีกช่วงหนึ่ง (Sub-Delegate) ไม่ได้ เว้นแต่ จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า ผู้รับมอบอำนาจไม่มีสิทธิมอบอำนาจต่อ (Delegates Non Potest Delegere) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนที่นำมาใช้กับกฎหมายมหาชนด้วย แต่อย่างไรก็ตาม หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปกติ เช่น หลักเดียวกับหลักในข้อ 2) ดังกล่าวข้างต้น เช่น กรณีของกฎหมายคมนาคม ที่ออกตามความใน พระราชกฤษฎีกาควบคุมยานพาหนะในภาวะคับขัน พ.ศ. 2485 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎกระทรวง ออกตามความในพระราชกฤษฎีกาซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

2.4 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

ในการดำเนินคดีอาญาแก่บุคคลทั่วไปซึ่งเป็นผู้ใหญ่นั้น จะมีทนายความคอยทำหน้าที่แก้ต่างให้ในการดำเนินคดีในชั้นศาล แต่สำหรับเด็กและเยาวชนนั้น การดำเนินคดีอาญากฎหมายได้กำหนดให้มีที่ปรึกษากฎหมาย (Legal Adviser) เพื่อทำหน้าที่อย่างทนายความให้แก่เด็กและเยาวชน โดยเฉพาะ แต่ทั้งนี้ เพื่อเป็นการช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนผู้ซึ่งด้อยประสบการณ์ และมีความบกพร่องในบุคลิกภาพหรือภาวะทางจิตใจ ที่ปรึกษากฎหมาย ย่อมมีบทบาทและหน้าที่เป็นการเฉพาะ และแตกต่างจากการทำหน้าที่ของทนายความ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.4.1 ที่มาและความหมายของที่ปรึกษากฎหมาย

ในศตวรรษที่ 19 ได้มีแนวความคิดใหม่ว่าเด็กที่กระทำความผิดกฎหมายไม่ใช่อาชญากรซึ่งแนวความคิดนี้ได้รับการเผยแพร่และสนับสนุน โดยนักอาชญาวิทยา นักสังคมวิทยาและนักจิตวิทยาที่พยายามเน้นให้สังคมได้ตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่า เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดกฎหมายเป็นความผิดพลาดที่เกิดจากความด้อยประสบการณ์ ความบกพร่องในสภาพแวดล้อม และ

บุคลิกภาพ หรือภาวะทางจิตใจ ดังนั้น เด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดกฎหมายจึงควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันไปจากผู้ใหญ่ที่ผู้กระทำความผิดกฎหมาย

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีศาลที่พิจารณาคดีอาญาสำหรับเด็กหรือเยาวชนโดยเฉพาะ ซึ่งแตกต่างไปจากศาลที่พิจารณาคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่ การดำเนินคดีกับเด็กหรือเยาวชนที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาในปัจจุบัน จึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะนำเด็กหรือเยาวชนเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาที่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (Non-Criminal Proceeding) แต่มีหลักการเพื่อคุ้มครองและเน้นการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนให้กลับตัวเป็นคนดีและคืนสู่สังคมได้ โดยกำหนดให้มีบุคคลที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิด โดยไม่ได้เรียกว่าทนายความอย่างในคดีทั่วไป แต่เรียกว่าที่ปรึกษากฎหมายแทน โดยที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนนี้มีหน้าที่มากกว่าทนายความทั่วไป เพราะต้องนำเสนอสาเหตุที่แท้จริงที่ทำให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดในศาล เพื่อให้ศาลกำหนดวิธีการที่เหมาะสมสำหรับเด็ก

จะเห็นได้ว่า ที่ปรึกษากฎหมายมีบทบาทอย่างมากในการนำเสนอความจริงต่อศาล ดังนั้น ในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีการวางหลักประกันแก่เด็กหรือเยาวชนให้ได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย และกำหนดให้มีที่ปรึกษากฎหมายในการพิจารณาคดีด้วย โดยได้บัญญัติไว้ในหลักสากล เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน หรือกฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกถูกลิดรอนเสรีภาพ ดังจะได้อธิบายถึงรายละเอียดในข้อต่อไป

ส่วนความหมายของที่ปรึกษากฎหมายนั้น เนื่องจากประเทศไทยได้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 120⁶¹ ให้ในคดีเยาวชนและครอบครัว เด็กและเยาวชนซึ่งเป็นจำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้ แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ ทั้งนี้ ในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ได้ให้ความหมายของที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้ กล่าวคือ

⁶¹ มาตรา 120 ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้ แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้

“ที่ปรึกษากฎหมาย หมายความว่า ทนายความซึ่งสอบผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนด ในข้อบังคับนี้ และได้รับการขึ้นทะเบียนให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง”⁶²

2.4.2 บทบาทและความสำคัญของปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชน

เนื่องจากวิธีพิจารณาคดีสำหรับเด็กและเยาวชนนั้น มีความแตกต่างจากวิธีพิจารณาคดีสำหรับผู้ใหญ่และห้ามมิให้จำเลยมีทนายความ แต่ให้มีที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความแทนเพราะการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนมุ่งเน้นการสงเคราะห์แก้ไขและฟื้นฟูให้เด็กและเยาวชนกลับตัวเป็นพลเมืองดียิ่งกว่าการลงโทษ ฉะนั้น นอกจากที่ปรึกษากฎหมายต้องมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกและรักษาผลประโยชน์ของลูกความเช่นเดียวกับทนายความแล้ว ที่ปรึกษากฎหมายยังต้องมีหน้าที่ในการค้นหาสาเหตุที่เด็กหรือเยาวชนได้กระทำความผิด และต้องคัดค้านหากเห็นว่าวิธีการที่ศาลใช้กับเด็กหรือเยาวชนนั้น ไม่เหมาะสม และเสนอวิธีการที่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนเพื่อประกอบดุลพินิจของศาล โดยจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนสามารถกลับตัวเป็นคนดีได้ อันจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของวิธีพิจารณาคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว⁶³

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของการมีที่ปรึกษากฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าหากเด็กหรือเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิด หรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา ไม่ว่าที่กระทำนั้นจะเป็นความผิดร้ายแรงหรือไม่ก็ตาม ควรต้องมีที่ปรึกษากฎหมาย และที่ปรึกษากฎหมายดังกล่าวจะต้องเข้าใจถึงบทบาทของตน ที่ต้องกระทำเพื่อจะให้คำปรึกษาคำแนะนำในทางกฎหมาย รวมถึงแจ้งแก่เด็กหรือเยาวชนว่าขณะนี้อยู่บนขั้นตอนใดในการพิจารณาคดีของศาล และเด็กหรือเยาวชนดังกล่าวควรจะมีปฏิบัติตัวอย่างไร และสอบถามข้อเท็จจริงรวมถึงสภาพแวดล้อมของเด็กเพื่อหาสาเหตุแห่งการกระทำความผิด รวมถึงเด็กหรือเยาวชนดังกล่าวมีความเสี่ยงต่อการกระทำความผิดหรือไม่ ตลอดจนเสนอแนะวิธีการที่จะใช้สำหรับเด็กหรือเยาวชน เพื่อให้เหมาะสมแก่เด็ก และคัดค้านวิธีการที่ศาลจะใช้สำหรับเด็กเมื่อเห็นว่าวิธีดังกล่าวไม่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนดังกล่าว ที่อาจถูกตัดสินหรือถูกใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือการลงโทษที่ไม่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนได้ เพราะศาลอาจได้รับข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชนไม่ครบถ้วน

⁶² ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556, ข้อ 6.

⁶³ จาก บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 18-19), โดย ปัญจพัฒน์ บัวพวงชน, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ดังนั้น ที่ปรึกษากฎหมายจึงมีความสำคัญและจำเป็นที่จะต้องมีในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการตรวจสอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนของศาลอีกทางหนึ่งด้วย

2.4.3 หน้าที่ของปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชน

หน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด เกิดขึ้นเนื่องจากต้องการที่จะให้ที่ปรึกษากฎหมาย มีส่วนช่วยให้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชนให้ครบถ้วนในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหาการศึกษาอบรม สุขภาพภาวะแห่งจิต นิสัยอาชีพ ฐานะของจำเลย สิ่งแวดล้อมทั้งปวงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชน รวมถึงมีหน้าที่ช่วยศาลหาสาเหตุที่แท้จริงที่เด็กหรือเยาวชนได้กระทำความผิด เมื่อศาลทราบสาเหตุแล้วจะทำให้ศาลทราบถึงว่าจะใช้วิธีการสำหรับเด็กอย่างไรเด็กหรือเยาวชนนั้นจึงจะกลับตัวเป็นคนดีได้ เพราะพนักงานสอบสวนพนักงานอัยการผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กพนักงานคุมประพฤติอาจได้ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ได้ในระหว่างการทำรายงานข้อเท็จจริงเสนอศาล เนื่องจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองอาจเข้าใจผิดคิดว่าจะนำข้อเท็จจริงนั้น ไปใช้เป็นผลร้ายแก่เด็กหรือเยาวชนที่ถูกฟ้องทำให้ศาลใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม⁶⁴

แต่ถ้าที่ปรึกษากฎหมายเป็นผู้สอบข้อเท็จจริงเอง บุคคลดังกล่าวย่อมจะเต็มใจให้ความจริง ซึ่งในกรณีดังกล่าวที่ปรึกษากฎหมายจึงมีบทบาทอย่างมากในการเข้าไปรวบรวมข้อเท็จจริงดังกล่าว ในอันที่จะทำให้ข้อเท็จจริงที่จะนำเสนอต่อศาลในการพิจารณาลงโทษ หรือใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนถูกต้องเหมาะสมครบถ้วนและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนได้รับการแก้ไขฟื้นฟูกลับตัวเป็นพลเมืองดีได้อย่างมีประสิทธิภาพตามสภาพความเป็นจริงของเด็กหรือเยาวชนมากที่สุด

นอกจากนั้น ที่ปรึกษากฎหมายยังมีหน้าที่แถลงข้อเท็จจริงอื่นที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชนหรือวิธีการที่เหมาะสมในการที่ศาลจะใช้กับเด็กหรือเยาวชนเพื่อประกอบดุลพินิจของศาลอีกด้วย เช่น ทำผิดเพราะต้องการทรัพย์สินมาเป็นค่ารักษามารดาที่ป่วย ดังนั้น หากศาลปล่อยเด็กหรือเยาวชนดังกล่าวให้กลับไปอยู่กับมารดา ก็สามารถทำให้เด็กกลับตัวเป็นคนดีไม่กระทำความผิดซ้ำอีกได้ เพราะเด็กหรือเยาวชนไม่ได้กระทำความผิดเพราะนิสัย แต่ถ้าศาลให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปสู่สถานพินิจและคุ้มครองเด็กอาจไม่ได้เป็นการช่วยเหลือเด็กหรือเยาวชนให้กลับตัวเป็นคนดี แต่จะเป็นการกระตุ้นให้เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวคิดกระทำความผิดอีกได้⁶⁵ ในทางกลับกัน ที่ปรึกษา

⁶⁴ แหล่งเดิม. (น. 21-22).

⁶⁵ แหล่งเดิม. (น. 23).

กฎหมายอาจแถลงว่าสาเหตุที่เด็กหรือเยาวชนกระทำผิดครั้งนี้เกิดขึ้นจากนิสัยโดยแท้ของเด็กหรือเยาวชน หากศาลปล่อยตัวเด็กหรือเยาวชนกลับสู่สังคม แต่ให้มีการคุมประพฤติโดยกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนมารายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติเป็นครั้งไป อาจทำให้เด็กหรือเยาวชนมีแนวโน้มในการกระทำความผิดซ้ำอีกได้ และที่ปรึกษากฎหมายต้องมีหน้าที่ตามคำณพยาน เพื่อให้ได้ความจริงปรากฏต่อศาล และเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยมิให้ถูกศาลพิพากษาลงโทษ หรือใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนเพราะพยานเบิกความเท็จ เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลมีความละเอียดซับซ้อน เป็นการยากแก่เด็กและเยาวชนที่จะทำความเข้าใจได้ด้วยตนเอง ที่ปรึกษากฎหมายจะได้ทำหน้าที่คอยแนะนำให้คำปรึกษาแก่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยในทุกขั้นตอน ทุกกระบวนการในชั้นศาล ซึ่งหมายถึง การแถลงต่อศาลในการแสดงความคิดเห็นการปฏิเสธ การปฏิบัติ หรือการกล่าวอ้างถึงสภาวะทางด้านอารมณ์ หรือสุขภาพการดูแลรักษา หรือการเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ต่อศาล การซักค้านพยาน การตรวจสอบเอกสารบันทึกต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในศาลเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนได้อย่างแท้จริงเด็กหรือเยาวชนจะไม่ได้รู้สึกว่ามีอำนาจต่อรอง หรือถูกปฏิเสธแล้วหมดอาลัยว่าปราศจากการได้รับความช่วยเหลือส่งผลให้เด็กและเยาวชนควรได้รับคำแนะนำความช่วยเหลือจากที่ปรึกษากฎหมาย

2.4.4 ความแตกต่างระหว่างบทบาทหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายและทนายความ

ตามที่ได้กล่าวถึงที่มา ความสำคัญ บทบาท และหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายไว้ในข้อ 2.4.1 ถึง 2.4.3 นั้นจะเห็นได้ว่า ทนายความและที่ปรึกษากฎหมาย มีความแตกต่างกันในบทบาทหน้าที่อย่างมีนัยยะสำคัญ ดังจะกล่าวต่อไป⁶⁶

ประการแรก บทบาทที่ปรึกษากฎหมายนั้น จะเน้นในการนำเสนอข้อเท็จจริงเพื่อสงเคราะห์ แก้อภัย และฟื้นฟูเด็กให้กลับตัวเป็นพลเมืองดี โดยจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่เด็กจะได้รับมากกว่า โดยไม่ได้คำนึงว่าเด็กกระทำผิดกฎหมายอาญาหรือไม่ และไม่ได้คำนึงถึงผลแพ้ชนะในคดี อีกทั้ง ไม่ได้คำนึงว่าศาลจะต้องลงโทษแม้เด็กหรือเยาวชนจะกระทำความผิดก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากแต่ที่ปรึกษากฎหมายเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนจะมีได้กระทำความผิด แต่มีแนวโน้มหรือมีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิด ที่ปรึกษากฎหมายก็มีบทบาทในการนำเสนอข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาล เพื่อศาลจะได้มีมาตรการที่เหมาะสมกับเด็กและเยาวชนดังกล่าวให้เป็นคนดีต่อไป แต่ทนายความจะเน้นบทบาทเฉพาะในการว่าความมุ่งผลแพ้ชนะในคดี

ประการที่สอง ที่ปรึกษากฎหมายมีบทบาทในการนำเสนอวิธีการที่เหมาะสมสำหรับเด็กหรือเยาวชนต่อศาล เพื่อเป็นแนวทางในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการสำหรับ

⁶⁶ แหล่งเดิม. (น. 40-41).

เด็กที่เหมาะสมเฉพาะราย แต่ทนายความไม่มีบทบาทดังกล่าว มีเพียงแค่บทบาทในการเสนอเหตุยกเว้นโทษ เหตุบรรเทาโทษ หรือเสนอความในว่าลูกความของตนไม่ได้กระทำความผิดต่อศาลเท่านั้น

ประการที่สาม ที่ปรึกษากฎหมายมีบทบาทในการเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กในทุกๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นบุคลิกลักษณะ สุขภาพภาวะนิสัยแห่งจิต อายุ ประวัติ การศึกษา อาชีพ ฐานะ ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นคนให้ที่อยู่อาศัย ให้การศึกษา ให้งานทำ รวมถึงสาเหตุที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ซึ่งประเด็นต่างๆ เหล่านี้นับเป็นสาระสำคัญที่ศาลจะนำไปพิจารณาในการดำเนินคดีเด็กและเยาวชน แต่ทนายความนั้นมีบทบาทในการเสนอข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการพิสูจน์ความผิดเท่านั้น

ประการที่สี่ ที่ปรึกษากฎหมายมีลักษณะเน้นบทบาทในการร่วมมือกับศาล และร่วมมือกับสหวิชาชีพอื่นในการแก้ไขฟื้นฟูเด็ก แต่ทนายความเน้นบทบาทในลักษณะคู่ความฝ่ายตรงข้ามในลักษณะเป็นปรปักษ์ อีกทั้ง ที่ปรึกษากฎหมายยังมีบทบาทในการให้คำปรึกษาที่ไม่ใช่เฉพาะในทางคดีความที่เกี่ยวกับด้านกฎหมาย แต่รวมถึงการให้คำปรึกษาในด้านอื่นๆ ด้วยเพื่อเป็นการสงเคราะห์เด็กและเยาวชน เช่น ให้คำปรึกษาด้านการเรียนหนังสือ การหาสถานฝึกอาชีพ แนะนำการคบเพื่อนและเรื่องเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นต้น ส่วนทนายความมีบทบาทเฉพาะการให้คำปรึกษาในทางคดี

ประการที่ห้า ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว ที่ปรึกษากฎหมายมีบทบาทในการนำเสนอข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลง แล้วเสนอวิธีการที่เหมาะสมสำหรับเด็ก เพื่อให้ศาลแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาได้ ส่วนทนายความมีบทบาทเพียงการอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาของศาลเท่านั้น

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวนั้นปรากฏทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อันเป็นหลักการที่กฎหมายไทยมีพันธกรณีโดยตรงที่จะต้องปฏิบัติตาม กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชน และกฎหมายของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกถูกรอนเสรีภาพ โดยต่างได้ให้ความสำคัญกับการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชน อีกทั้ง กฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างก็มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนเช่นกัน และกฎหมายไทยก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องที่ว่าที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้โดยเฉพาะซึ่งปรากฏอยู่ในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ได้ออกตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาจากประสบการณ์ในต่างประเทศ ที่นับว่าที่ปรึกษากฎหมายต่างก็มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนในประเทศเหล่านั้น เพื่อให้สามารถนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายของประเทศไทยได้ โดยในบทนี้ ผู้วิจัยมุ่งศึกษาถึงกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงคุณสมบัติของการเป็นที่ปรึกษากฎหมายในประเทศไทย และต่างประเทศ เพื่อแสดงให้เห็นถึงระเบียบและขั้นตอน รวมถึงการจัดการอบรมที่ปรึกษากฎหมายด้วย

อีกทั้ง การที่ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องที่ว่าที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว ผู้วิจัยจะอธิบายถึงรายละเอียดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับที่ปรึกษากฎหมาย และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ไปจนถึงที่มาเกี่ยวกับการประกอบอาชีพทนายความ เพื่อสามารถนำมาเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวของประเทศไทยได้

3.1 กฎหมายระหว่างประเทศ

เป็นที่ยอมรับของสากลว่า ที่ปรึกษากฎหมายมีบทบาทอย่างมากในการนำเสนอความจริงต่อศาล ดังนั้น ในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนที่ผู้ต้องหาหรือจำเลย จึงมีการวางหลักประกันแก่เด็กหรือเยาวชนให้ได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในการพิจารณาคดีไว้ในหลักสากลด้วย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

สิทธิเด็กได้รับการรับรองโดยองค์การสหประชาชาติ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาโดยนำหลักการต่างๆ มารวบรวมไว้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ในรูปของอนุสัญญาคือ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC) เป็นสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สหประชาชาติโดยเฉพาะองค์การกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติได้ร่างขึ้น โดยมีประเทศเข้าเป็นภาคีสมาชิก 195 ประเทศ ซึ่งข้อผูกพันในการเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา คือ การยอมรับที่จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้ และมีผลบังคับใช้แก่รัฐที่ให้การรับรองอย่างจริงจัง¹ สำหรับประเทศไทยได้ลงนามในภาคยานุวัติสารของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 และเข้าเป็นสมาชิกตั้งแต่วันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา โดยตั้งข้อสงวนท3 ข้อ คือ ข้อ 7 เรื่องสัญชาติ ข้อ 22 เรื่องสถานะของผู้ลี้ภัย และข้อ 29 เรื่องการศึกษา แต่ต่อมาได้ยกเลิกข้อสงวนข้อ 29 เมื่อวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2540

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่บัญญัติถึงสิทธิของเด็กไว้ครอบคลุมและกว้างขวางที่สุดที่เคยมีมา โดยได้ขยายหลักการของสิทธิเด็กที่มีในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1959 (United Nations Declaration of the Right of the Child 1959) ออกไปจากเดิมที่เคยมีอยู่เพียง 10 ข้อ เป็น 54 ข้อ ในจำนวนบทบัญญัติใหม่มีถึง 41 ข้อ ที่ระบุเกี่ยวข้องถึงสิทธิ โดยเฉพาะของเด็กครอบคลุมถึงเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับชีวิตของเด็ก² ถือเป็นหลักการ บทบัญญัติ หรือเอกสารสำคัญในทางทฤษฎี และทางปฏิบัติสำหรับการการคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวได้เป็น 4 ประการ ดังนี้³

¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *สิทธิเด็กตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ* (น. 7), 2555.

² จาก *กฎหมายที่เด็กควรรู้*, โดย นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์, 2548, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

³ จาก *ศาลเยาวชนและครอบครัวตามแนวคิดสากล* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 14), โดย วิชา มหาคุณ, กรุงเทพฯ:ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

1) สิทธิในการอยู่รอด (Survival Right) เป็นสิทธิขั้นมูลฐานในอันที่จะมีชีวิตรอดอยู่เพื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณค่าต่อไปในอนาคต โดยควรได้รับอาหารที่มีคุณค่าและเพียงพอมีบ้านอยู่อาศัยและมีสาธารณสุขที่ดี

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Right) เป็นสิทธิที่ได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำที่ทารุณกรรม ทั้งทางร่างกายและจิตใจ การแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ชอบ การได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย สิทธิที่จะได้รับความยุติธรรมจากรัฐในกรณีถูกกล่าวหาและพิจารณาคดี

3) สิทธิในการพัฒนา (Development Right) เป็นสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาตามขั้นตอนในด้านการศึกษา พัฒนาการ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร กิจกรรมต่างๆทางวัฒนธรรมสิทธิที่จะคิดพัฒนาด้านสติปัญญา

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Right) เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีในทุกๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อตน สิทธิในการแสดงออก สิทธิในการได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร

อย่างไรก็ตาม ประชญาสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในส่วนที่เกี่ยวกับการที่เด็กกระทำผิดกฎหมายคือ การยืนยันหลักการให้แน่ใจว่าเด็กต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมถูกต้อง ทั้งพฤติกรรมแห่งการทำความผิด สิ่งที่เด็กทำความผิด และเห็นประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนมาเป็นอันดับแรก เป็นหลักการซึ่งกฎหมายของทุกรัฐทุกประเทศจะต้องนำไปใช้เป็นหลักการพื้นฐาน เพื่อนำไปสู่การปฏิบัติ โดยหลักประกันดังกล่าว เป็นหลักประกันในกระบวนการยุติธรรมระบบสากลที่ทุกประเทศอย่างน้อยที่สุดจะต้องคำนึง โดยเฉพาะรัฐภาคีทุกประเทศที่ร่วมลงนาม จะต้องให้เด็กหรือเยาวชนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐ ดังนั้น หากรัฐภาคีใดๆ ไม่มีการให้หลักประกันดังกล่าว เท่ากับว่ารัฐภาคีนั้นๆ ละเมิดข้อบัญญัติที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธินี้ผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามพันธะกรณีโดยหลักแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้ง สหประชาชาติยังได้มีคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Right of the Child) ซึ่งเป็นคณะกรรมการระหว่างประเทศ ที่ทำหน้าที่ตรวจตราว่ารัฐภาคีสมาชิกได้เคารพสิทธิเด็กหรือไม่⁴

การบัญญัติให้หลักประกันดังกล่าวนี้ เป็นการมุ่งปกป้องคุ้มครองเด็ก เพราะเด็กหรือเยาวชนมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง ซึ่งเป็นสิทธิที่เด็กหรือเยาวชนจะต้องได้รับความ

⁴ จาก สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 27), โดย สุชาติ แนวประเสริฐ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ยุติธรรมจากรัฐในกรณีที่ถูกล่าวทาและพิจารณาคดี ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นหนึ่งในสิทธิที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมุ่งจะคุ้มครองสิทธิเด็ก (The Best Interest of the Child) ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐภาคีจะต้องคำนึงถึงความสำคัญเป็นประการแรกนั่นเอง ดังที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 3 ที่ว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริการ หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงเป็นอันดับแรก” จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3 ที่ว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงเป็นอันดับแรก ในการที่จะบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชนไม่ว่ากรณีใดๆ เช่น เกี่ยวกับการรับรองสิทธิเด็ก หรือเกี่ยวข้องกับการพัฒนาทั้งร่างกายและจิตใจ ศิลธรรม ความนึกคิด รวมถึงสังคมของเด็กหรือเยาวชนด้วย คำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้การรับรองโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก ดังนั้น ในการตรากฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายกำหนดบทลงโทษแก่เด็กหรือกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิด จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยมีจุดเน้นที่การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก มิใช่คุ้มครองสวัสดิภาพสังคมโดยมองว่าเด็กเป็นตัวทำลายสวัสดิภาพสังคม⁵

หลักการที่ว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ มีที่มาจากปฏิญญาว่าด้วยสิทธิแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1959 ข้อ 2 อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ได้นำมาบัญญัติไว้แล้วได้นำมาขยายทั้งหลักการ และการนำมาใช้ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้นกว่าที่ประกาศไว้ในคำประกาศดังกล่าว แม้ว่าจะมีถ้อยคำบางคำในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ไม่ชัดเจนหรือมีน้ำหนักมากนักเกี่ยวกับหลักการในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ตาม

บทบัญญัติในข้อ 3 ซึ่งแปลได้ว่าการพิจารณาตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ในการกระทำการทั้งปวงที่มีผลกระทบต่อเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจเสมอไป รัฐบาลของรัฐภาคีจำนวนมากที่ต้องอาศัยหน่วยงานเอกชนให้บริการด้านสังคมพื้นฐานรวมถึงบริการต่างๆ สำหรับเด็ก ดังนั้น ข้อ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงมีบทบัญญัติไว้ที่สำคัญที่กำหนดความรับผิดชอบทั้งสถาบันหรือภาคเอกชน และหน่วยงานของรัฐบาลที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กในการทำการทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

นอกจากนี้ การสร้างบรรยากาศที่เป็นมิตรให้กับเด็กและเยาวชนก็เป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งเช่นเดียวกันสำหรับการดำเนินคดีกับเด็กและเยาวชนที่เรียกว่า “Child Friendly

⁵ จาก มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกล่าวทาว่ากระทำผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, โดย วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, 2537, *คูลพาท*, 5, 41. น. 19.

Atmosphere” ดังมีปรากฏหลักการนี้ในอนุสัญญา⁶เช่นกัน โดยในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 37 และข้อ 40 ได้บัญญัติรับรองสิทธิเด็กหรือเยาวชนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ ถูกกล่าวหาหรือถูกตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาอย่างน้อยที่สุดเพื่อให้ได้รับหลักประกันให้มีความช่วยเหลือทางกฎหมายเพื่อการเตรียมและการต่อสู้คดีของเด็ก ดังนี้⁶

“ข้อ 37 รัฐภาคีประกันว่า... ง) เด็กทุกคนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสมโดยพลัน ตลอดจนสิทธิที่จะคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของการลิดรอนเสรีภาพของเขาต่อศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นที่เป็นอิสระและเป็นกลาง และที่จะได้รับคำวินิจฉัยโดยพลันต่อการดำเนินคดี”

“ข้อ 40 เพื่อการนี้และโดยคำนึงถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของตราสารระหว่างประเทศ รัฐภาคีประกันว่า... ข) เด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาอย่างน้อยที่สุดจะได้รับหลักประกันดังต่อไปนี้

(1) ได้รับแจ้งข้อหาโดยทันทีและโดยตรงและในกรณีที่เหมาะสมโดยผ่านบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายและได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสมเพื่อการเตรียมการต่อสู้คดีที่เหมาะสมของเด็ก

(2) ได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้าโดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาความยุติธรรมตามกฎหมาย ทั้งนี้ให้มีความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม เว้นเสียแต่เมื่อพิจารณาเห็นว่าจะไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงอายุของเด็กหรือสถานการณ์บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย”

จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 37 และข้อ 40 ดังกล่าว เด็กและเยาวชนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ ไม่ว่าจะในชั้นก่อนพิจารณาหรือในชั้นพิจารณาและในระหว่างที่ศาลจะมีคำพิพากษาเด็กหรือเยาวชนจะต้องได้รับอนุญาตให้มีที่ปรึกษาด้านกฎหมาย เพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กหรือเยาวชน เพื่อปกป้องเด็กหรือเยาวชนจากกรณีเกิดการขัดแย้งต่อกฎหมาย ทั้งนี้ กรณีเด็กถูกกล่าวหาหรือตกเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา รัฐภาคีพึงจัดให้เด็กได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือทางอื่นใดที่เหมาะสมโดยพลัน ตลอดจนให้มีสิทธิต่อสู้คดีในศาลได้อย่างเต็มที่⁷

⁶ สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว (น. 28-29). เล่มเดิม.

⁷ จาก บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 47), โดย ปัญจพัฑ์ บัวพวงชน, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ส่วนในข้อ 40 ของอนุสัญญาดังกล่าวก็ถือเป็นบทบัญญัติที่ยาวที่สุดและซับซ้อนที่สุดของอนุสัญญาที่เริ่มต้นด้วยการยืนยันถึงสิทธิของเด็กในการที่จะถูกปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมทางคดีอาญาเมื่อถูกกล่าวหา ตั้งข้อกล่าวหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาจะต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องส่งเสริมกับความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็กและส่งเสริมความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่น โดยต้องคำนึงถึง อายุ ความปรารถนา และการส่งเสริมที่จะให้เด็กกลับคืนสู่สังคม และมีบทบาทในเชิงสร้างสรรค์ของเด็กในสังคมด้วย ดังมีบทบัญญัติว่า “กรณีเด็กถูกกล่าวหาหรือตกเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา และเด็กนั้นไม่อาจเข้าใจภาษาท้องถิ่นได้ รัฐบาลจะต้องจัดหาล่ามให้โดยไม่คิดมูลค่า ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กเข้าใจข้อกล่าวหาและสามารถใช้สิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่” ทั้งนี้ตามมาตรา 40 (2) (B) (Vi) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการต่อสู้คดี และการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายอีกหลายด้าน อาทิเช่น บทบัญญัติที่ว่า⁸

“เด็กที่ถูกกล่าวหาหรือตกเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา รัฐบาลที่พึงคุ้มครองและประกันว่าเด็กนั้นจะไม่ถูกบังคับให้ให้ถ้อยคำหรือรับสารภาพต่อการกระทำความผิดของตน ต้องเปิดโอกาสให้เด็กต่อสู้คดีได้อย่างเต็มความสามารถ”⁹

“การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเด็กในศาล รัฐบาลต้องกำหนดหลักประกันในการดำเนินคดีจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยมีชักช้า และมีความยุติธรรมตามกฎหมายจัดให้มีการช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นใดที่เหมาะสมแก่เด็ก โดยคำนึงถึงอายุของเด็กและความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกภายในครอบครัวของเด็กเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามไม่ว่ากรณีใดๆ ให้คำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็กสำคัญ”

“การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเด็กในศาล รัฐบาลต้องกำหนดหลักประกันให้เด็กจะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือรับสารภาพผิดและเด็กที่มีสิทธิที่จะต่อสู้ได้อย่างเต็มที่ เช่นการซักถาม หรือการถามค้านพยาน หรือสิทธิในการนำพยานเข้าพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน”

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่สำคัญที่สุดในการปฏิบัติเกี่ยวกับเด็กในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นก็คือ การกำหนดเงื่อนไขซึ่งจะช่วยให้เด็กได้รับการบำบัดฟื้นฟูแก้ไขและกลับตัวเป็นพลเมืองดีต่อไป แนวความคิดหรือหลักการดังกล่าวกำลังพัฒนาและเติบโตขึ้นขยายเข้าไปสู่

⁸ สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว (น. 29-30). เล่มเดิม.

⁹ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แปลโดยกระทรวงการต่างประเทศ (อ้างถึงใน 50 ปี ศาลเยาวชนและครอบครัว. น. 22-25).

กิจกรรม หรือกระบวนการที่เกี่ยวกับทางด้านอาญา ในต่างประเทศสังคมและชุมชนให้การปฏิบัติ ต่อเด็กอย่างดีที่สุด และยังรวมไปถึงการปฏิบัติต่อบุคคลที่ไร้ความสามารถในเรื่องของความ รับผิดชอบต่อสังคม เช่น การให้สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก บัญญัติความแตกต่างของสาเหตุที่เด็กได้กระทำความผิด พฤติกรรมและลักษณะของเด็กไว้โดยเฉพาะ โดยเตือนให้รับรู้หรือทราบกันว่าบุคคลที่กำลัง จะปฏิบัติด้วยนั้นเป็นเด็กและเป็นผู้ที่มีพฤติกรรมในลักษณะของการเป็นเด็กยังคงอ่อนไหวต่อการ ถูกชักจูง หรือถูกล่อลวง ไปสู่การกระทำความผิด ต้องการคำแนะนำและดูแลและชี้แจงในทาง ที่เหมาะสมจากผู้ปกครอง บิดามารดา ครอบครัว สังคมทั้งหมด รวมถึงรัฐบาลด้วย และปกติเด็กก็ ไม่ใช่อาชญากรในสันดาน เป็นเพียงการแสดงความผิดพลาดของการกระทำและสามารถที่จะฟื้นฟู แก้ไขให้กลับตนเป็นคนดีได้ หากมีความพยายามและการเตรียมการให้การคุ้มครองดูแลที่พวกเขา ต้องการอย่างถูกต้อง ดังจะเห็นได้จากข้อ 40 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในข้อ 3 ข. ที่บัญญัติถึง ทางเลือกที่เหมาะสมที่จะใช้กับเด็กโดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางศาลในการแก้ปัญหาใน กรณีเด็กฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁰

แต่ก็ต้องยอมรับว่า อาจจะมีเด็กซึ่งไม่ว่าด้วยเหตุผลใด มีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อ สังคมหรือบุคคลภายในสังคม และเพื่อป้องกันบุคคลในสังคมรวมทั้งสังคม จำเป็นต้องมีการ ควบคุมตัวเด็กที่มีการกระทำในลักษณะที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมหรือบุคคลอื่นไว้ชั่ว ขณะหนึ่ง ข้อ 37 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้บัญญัติกรณีดังกล่าวไว้เป็นมาตรฐานว่า รัฐบาล ก็จะต้องดำเนินการอย่างไรสำหรับกรณีนี้ และอย่างไรก็ตามเด็กที่ถูกต้องขัง หรือควบคุมตัวไม่ว่า ระหว่างพิจารณา หรือมีคำพิพากษาลงโทษแล้วก็ตาม เด็กจะต้องได้รับการอนุญาตให้มีตัวแทนด้าน กฎหมาย รวมถึงโอกาสที่จะใช้การยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวและมาตรการอื่นๆ ทางด้านกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับการถูกควบคุมหรือขัง และได้มีการสนับสนุนส่งเสริมสิ่งจำเป็นต่างๆ ในการติดต่อกับครอบครัวของเด็กซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิที่เด็กควรจะต้องได้รับ

3.1.2 กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดี เด็กและเยาวชน

เนื่องจากสิทธิเด็กเป็นเรื่องที่ทั่วโลกให้ความสำคัญตระหนักถึงความสำคัญอย่างกว้างขวาง จึงมีการร่วมมือกันในหลายประเทศกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิเด็กและเยาวชนในหลักอื่นๆ อีกมากมาย ดังเช่น

¹⁰ บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 51).
เล่มเดิม.

กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็ก และเยาวชน (United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice) หรือ กฎแห่งกรุงปักกิ่ง (The Beijing Rules) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้ รัฎษาคีสมชิกแห่งอนุสัญญามีพันธะกรณีถึงปฏิบัติต่อเด็กทั้งหลาย รวมทั้งเด็กที่ถูกกล่าวหาว่า กระทำความผิดด้วย นอกจากนี้ข้อผูกพันตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้วรัฎษาคีสมชิกพึงระลึก และต้องผูกพันปฏิบัติตามกฎแห่งกรุงปักกิ่ง ขององค์การสหประชาชาติที่ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Standard Minimum) เอาไว้ในกรดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่อเด็กและเยาวชน (Juvenile Justice)

ทั้งนี้ ได้กำหนดมาตรฐานในห้วงกรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการแห่งรัฎษาคีถือเป็นแนวนำไปปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิด¹¹ โดยในที่นี้จะได้ กล่าวเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนเท่านั้น จากหลักการที่กำหนดให้รัฎษาคียึดหลักข้อสันนิษฐานว่า บุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ (Innocent) จนกว่าจะพิสูจน์ได้โดย ปราศจากข้อสงสัย (Beyond Reasonable Doubt) ว่า บุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย ตามมาตรา 40 (2) (ข) แห่งอนุสัญญาลิทธิเด็ก จึงทำให้เด็กและเยาวชนนั้น ได้รับหลักประกันที่ จะต้องรับการช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างมากจากรัฐ โดยเฉพาะการจัดที่ปรึกษากฎหมายแก่เด็กและ เยาวชน ซึ่งตามกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดี เด็กและเยาวชน

นอกจากนี้แล้วกฎอันเป็นมาตรฐานดังกล่าวยังได้กำหนดให้ต้องมีที่ปรึกษาทาง กฎหมายด้วยเพื่อให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่เยาวชนตลอดเวลาในการดำเนินคดี ดังมีกำหนด ไว้ในข้อ 15.1 ที่ว่า “ตลอดกรดำเนินคดีนั้น เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะให้ที่ปรึกษากฎหมายเป็น ตัวแทน หรือ ร้องขอความช่วยเหลือด้านกฎหมายโดยไม่มีเสี่ยค่าใช้จ่ายใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายของแต่ละประเทศ” และข้อ 15.2 บิดามาดาหรือผู้ปกครองควรมีสิทธิเข้าร่วมในการ ดำเนินคดี และอาจได้รับการร้องขอจากผู้มีอำนาจให้เข้ามามีส่วนร่วมด้วย เพื่อประโยชน์ของเด็ก และเยาวชน อย่างไรก็ตาม ผู้มีอำนาจอาจปฏิเสธไม่ให้เข้ามามีส่วนร่วม ถ้ามีเหตุผลที่คาดว่าการไม่ ยินยอมดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน”¹²

¹¹ จาก มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, โดย วัชรินทร์ บังเจกวิญญูสกุล, 2537, *คูลาท*, 5, 41. น. 18-26.

¹² *สิทธิกรมีที่ปรึกษาในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและ กรอบคร้ว* (น. 32). เล่มเดิม.

3.1.3 กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพ

สิทธิของเด็กและเยาวชนที่ถูกกำหนดไว้ในกฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพ (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty) ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนซึ่งสามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนได้ในข้อ 18 ดังนี้¹³

“เงื่อนไขต่างๆ ที่ใช้ควบคุมเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาคดี ควรสอดคล้องกับคำของสหประชาชาติที่ได้ระบุไว้ดังต่อไปนี้ พร้อมทั้งบทบัญญัติเพิ่มเติมด้วยความจำเป็นและความเหมาะสมจึงได้กำหนดให้สันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ กำหนดระยะเวลาของการควบคุม สภาพทางกฎหมาย และสภาพของเด็กและเยาวชนซึ่งควรรวบรวมไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวนี้ และไม่ควรตัดสิทธิดังต่อไปนี้

ก. เด็กและเยาวชนควรมีสติที่จะมีที่ปรึกษาด้านกฎหมายและต้องสามารถให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย และต้องให้เด็กและเยาวชนได้มีการติดต่อกับที่ปรึกษากฎหมายเป็นประจำ การติดต่อรหว่างเด็กและเยาวชนกับที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นไปทางส่วนตัวและเป็นความลับ...ฯลฯ”

ในกฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพนั้น เป็นหลักมาตรฐานหนึ่งในหลักการสากลในการให้สิทธิแก่เด็กและเยาวชนในการที่มีที่ปรึกษากฎหมายเข้ามาช่วยเหลือทางกฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชน จากที่ได้กล่าวเกี่ยวกับหลักมาตรฐานสากลสำหรับเด็กและเยาวชนนั้นจะเห็นได้ว่า ทั้งหมดนั้นได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการมีที่ปรึกษากฎหมาย และการให้สิทธิแก่เด็กและเยาวชนในการต่อสู้คดีทางกฎหมายอย่างเต็มที่

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

ในต่างประเทศเช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้มีการกำหนดให้มีที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัวเอาไว้ รวมถึงสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ต่างก็ได้มีการกำหนดให้มีที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้เช่นกัน ดังนั้น จึงสามารถศึกษาบทบาทหน้าที่ตลอดจนระบบการพิจารณาคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวของประเทศเหล่านี้ได้

ทั้งนี้ ในแต่ละประเทศอาจมีชื่อเรียกของที่ปรึกษากฎหมายต่างกันไป โดยมักจะเรียกที่ปรึกษากฎหมายว่า “Juvenile Counselor” อย่างเช่นในรัฐมินนิโซตาของสหรัฐอเมริกา หรือ

¹³ แหล่งเดิม. (น. 33).

“Counselor” อย่างในรัฐนอร์ทแคโรไลนาของสหรัฐอเมริกา หรือ “Defence Counsel” อย่างในสาธารณรัฐโครเอเชีย¹⁴ เป็นต้น โดยนัยหมายถึงการเป็นทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่รัฐได้แต่งตั้งให้แก่จำเลยผู้เป็นเด็กหรือเยาวชนนั้นแล้ว แต่บางรัฐหรือบางประเทศอาจเพียงใช้คำว่า “Attorney” ก็ได้ อย่างในรัฐเท็กซัสของสหรัฐอเมริกา¹⁵ หรืออาจใช้คำว่า “Legal Adviser” หรือ “Lawyer” ก็ได้เช่นกัน แม้ศาลจะแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายแล้วก็ตาม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.2.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีระบบการพิจารณาคดีและการสืบพยานแบบระบบกล่าวหา (Accusatory System) ซึ่งเป็นระบบพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งแบ่งผู้เกี่ยวข้องในคดีเป็น 3 ฝ่ายได้แก่ ผู้กล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหา และศาล โดยโจทก์ในคดีเป็นผู้กล่าวหา และจำเลยมีหน้าที่พิสูจน์หักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ โดยศาลและจู้ริจะวางตัวเป็นกลางมีหน้าที่คอยควบคุมดูแลและให้ทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยดำเนินคดีไปตามกฎหมาย เพื่อป้องกันการดำเนินคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทนายจึงเป็นส่วนสำคัญ ที่ช่วยให้การดำเนินคดีอาญาเป็นไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม และเพื่อให้การดำเนินคดีอาญาให้เป็นไปอย่างเป็นธรรม

การดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวของสหรัฐอเมริกานั้น รากฐานของระบบศาลคดีเยาวชนมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีของสหราชอาณาจักรที่ยอมรับว่าเด็กและเยาวชนไม่ควรได้รับการปฏิบัติโดยเฉพาะการลงโทษเช่นเดียวกับผู้ใหญ่¹⁶

แม้ว่าสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้มีหน่วยงานกลางสำหรับระบบอำนาจความยุติธรรมแก่เด็กและเยาวชนก็ตาม แต่ระบบการอำนาจความยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนของสหรัฐอเมริกานั้น มีความแตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ แม้ว่าจะอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเดียวกันก็ตาม¹⁷ โดยโครงสร้างและอำนาจของศาลคดีเด็กและเยาวชนในสหรัฐอเมริกาแต่ละรัฐยังแตกต่างกันอยู่บ้าง โดยที่บางมลรัฐบัญญัติกฎหมายจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนแยกต่างหากเป็นอิสระจากศาลธรรมดา แต่ส่วนใหญ่นั้นแล้วศาลคดีเด็กและเยาวชนมักจะรวมอยู่ในศาลอื่น¹⁸

¹⁴ Juvenile Courts Act, Article 49.

¹⁵ Texas Indigent Defense Commission and the Texas Juvenile Justice Department. *Indigent Defense in the Texas Juvenile Justice System* (June 2014).

¹⁶ จาก การศึกษาคูณงานกระบวนการยุติที่เกี่ยวข้องแก่เด็กและเยาวชนในรัฐจอร์เจีย นิวเจอร์ซีย์ นิวยอร์ค และกรูวอชิงตันดีซี, โดย วิชา มหาคุณ, 2539, น. 147-149.

¹⁷ Prof.Dr.Bernd Heinrich,Prof.Dr.Irine Kherkheulidze. *Perfection of the Trends in Juvenile justice systems*. (2014). สืบค้น 14 กรกฎาคม 2559, จาก <http://www.zis-online.com>.

¹⁸ จาก กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว, โดย ประเทือง ธนียผล, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง

3.2.1.1 บทบาทของที่ปรึกษากฎหมาย

ในสหรัฐอเมริกา นั้น เด็กหรือเยาวชนจะมีทนายความคอยให้คำแนะนำตลอดทุกชั้นในการดำเนินคดีในศาล และถ้าหากเด็กไม่สามารถจัดหาทนายความได้ ศาลก็จะมีหน้าที่จัดหาทนายความให้ โดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีการกำหนดขึ้นตอนในการนัดหมายทนายความให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด โดยสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความจำเลย (Counsel) แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

รัฐคอนเนตทิคัต (Connecticut) ได้กำหนดแนวทางไว้สำหรับสำนักงานทนายความประชาชนหรือทนายความที่รัฐจัดหาให้สำหรับการเป็นตัวแทนของจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในคดีอาญาเอาไว้โดยกำหนดบทบาทของที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความสำหรับเด็กและเยาวชน (Role of Counsel in Juvenile Matters) ไว้ดังนี้¹⁹

- 1) ต้องผูกพันหรือปฏิบัติตามคำแนะนำที่กำหนดไว้
- 2) จะต้องหาโอกาสในการให้คำปรึกษาไม่เฉพาะแต่ข้อกฎหมายเท่านั้นแต่รวมถึงเรื่องที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับกฎหมาย เช่น การศึกษา ครอบครัว และการบำบัดฟื้นฟูต่างๆ ด้วย ซึ่งการให้คำปรึกษาเหล่านี้อาจจะทำได้ดีที่สุดหากแต่เมื่อที่ปรึกษากฎหมายผู้นั้นได้รับการฝึกฝนและมีความสามารถหรือได้รับการช่วยเหลืออย่างเหมาะสมจากองค์กรอาชีพอื่นๆ
- 3) ควรจะต้องพร้อมที่จะช่วยเหลือด้านกฎหมายอย่างเหมาะสมหรือการให้บริการอื่น ๆ สำหรับลูกความในเรื่องที่เกิดขึ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการสำหรับเด็กและเยาวชน
- 4) ควรจะต้องคุ้นเคยกับการให้บริการหรือทางเลือกอื่นๆ และควรจะสามารถแสวงหาเรื่องราวต่างๆ อันเป็นประโยชน์แก่ลูกความในคดีของตน เช่น เรื่องเกี่ยวกับสังคมศึกษา การศึกษาด้านประวัติศาสตร์ด้านจิตวิทยา เป็นต้น

ส่วนในแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts)²⁰ นั้นมีคู่มือสำหรับทนายความจำเลยของรัฐ (Public Counsel) และทนายความจำเลยที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาล (Assigned Counsel) ในเรื่องของนโยบายและกระบวนการดำเนินคดี โดยกำหนดบทบาทของทนายความจำเลยเอาไว้ โดยกำหนดให้ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายมีความรู้และความเข้าใจ ยึดหลักจริยธรรม ความเห็นรวมทั้งมาตรฐานทั้งหมดและต้องปฏิบัติตามกฎหรือหลักเกณฑ์ของศาล และในบางกรณีทนายความจำเลยก็จะโต้แย้งหรือคัดค้านกฎหรือหลักเกณฑ์ของศาลได้หากเห็นว่าหลักเกณฑ์

¹⁹ บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 66).
เล่มเดิม.

²⁰ แหล่งเดิม. (น. 66-68).

ดังกล่าวไม่เหมาะสม และในกรณีที่สงสัยเกี่ยวกับปัญหาทางด้านจริยธรรมในคดี ทนายความจำเลย ก็ควรหาคำแนะนำจากทนายความจำเลยอื่นๆ ที่มีประสบการณ์หรือคณะกรรมการของสภาทนายความต่างๆ โดยการผู้ให้คำปรึกษาสำหรับเด็กและเยาวชนนั้น ทนายความจำเลย จะต้องพยายามให้ลูกความซึ่งเป็นเด็กหรือเยาวชนของตน ได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่

3.2.1.2 การจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมาย

สภาทนายความผู้ฝ่ายพิจารณาและจัดหาทนายความ (Attorney) ที่มีคุณสมบัติที่สามารถจะเป็นตัวแทนของคู่ความในการทำหน้าที่ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชน โดยทนายความจำเลย เป็นสิ่งจำเป็นและมีความสำคัญในการกำหนด หรือก่อให้เกิดความยุติธรรม การแก้ปัญหาอย่างเป็นธรรมในทุกขั้นตอนของกระบวนการศาล

โดยหลักการพื้นฐานโดยทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ และองค์ประกอบของการให้บริการด้านกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนนั้น ความรับผิดชอบในการจัดหาให้บริการทางด้านกฎหมายแก่เด็กและเยาวชน เป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของศาล องค์การที่ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่ฝ่ายจำเลย กลุ่มอาชีพทางด้านกฎหมายรวมทั้งสถาบันด้านการศึกษาและการฝึกปฏิบัติของเอกชนจะต้องทำให้แน่ใจ หรือมีหลักประกันได้ว่า มีทนายความ ที่มีความสามารถและมีจำนวนเพียงพอในการให้การสนับสนุนและให้บริการ หรือเป็นตัวแทนแก่ทุกฝ่ายในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัวได้

นักกฎหมายหรือทนายความ จะต้องได้รับการส่งเสริมให้มีคุณสมบัติที่สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในคดีเยาวชนของศาลเยาวชนและครอบครัว โดยมีภาระให้ฝึกปฏิบัติหรือฝึกอบรมให้คุ้นเคย หรือมีประสบการณ์ในการเป็นที่ปรึกษากฎหมายของเด็กหรือเยาวชน หรือกระทำโดยวิธีอื่น ให้มีความสามารถเช่นนั้น โดยสำนักงานทนายความ (Law Firm) จะต้องส่งเสริมให้สมาชิกทนายความในสังกัดของตนได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวด้วย

สำหรับกระบวนการยุติธรรมของเด็กหรือเยาวชนไม่ได้มีการกำหนดมาตรฐานว่าทนายความจำเลย นั้นจะต้องผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติทนายความจำเลยจำนวนไม่น้อยที่ต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาเกี่ยวกับด้านกฎหมาย และการฝึกอบรมวิชาชีพเกี่ยวกับกฎหมายอย่างต่อเนื่อง

เมสซาซูเซตส์ ได้กำหนดให้มีคู่มือสำหรับทนายความจำเลยของรัฐเอาไว้ โดยได้กำหนดคุณสมบัติของทนายความจำเลยที่ศาลแต่งตั้งให้แก่เด็กและเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิด

นั้น โดยนายความจำเลยที่ศาลแต่งตั้งให้ดังกล่าวจะต้องผ่านการฝึกอบรมหรือการสัมมนา 5 วัน และต้องมีความกระตือรือร้นในการทำหน้าที่เป็นนายความจำเลย²¹

สำหรับ โครงการฝึกอบรมวิชาชีพทางด้านกฎหมายนั้น จะดำเนินการโดยสถาบัน การศึกษาด้านกฎหมายของแมสซาชูเซตส์ (MCLE) ซึ่งตั้งอยู่ในท้องที่ต่างๆ ทั่วทั้งรัฐ และมีการ กำหนดระยะเวลาเปิดอบรมหลายครั้งต่อปี ส่วนเนื้อหาสำหรับการฝึกอบรมนั้นได้มีการกำหนด มาตรฐานเกี่ยวกับการเป็นตัวแทนเอาไว้ เช่น จะต้องคุ้นเคยกับกระบวนการพิจารณาตลอดจน กฎหมายอาญาของแมสซาชูเซตส์ รวมทั้งติดตามการเปลี่ยนแปลงและการพัฒนาของกฎหมายและ คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องตลอดเวลา การกำหนดให้ต้องมีส่วนร่วมในการฝึกอบรม และฝึกฝนความ ชำนาญและศึกษาในหลักสูตรหรือโปรแกรมต่างๆ ที่ส่งเสริมการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างดีที่สุด และ เพื่อที่จะเป็นตัวแทนของลูกความได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในกรุงวอชิงตัน (Washington, D.C.) เป็นเมืองหลวงของสหรัฐอเมริกาได้กำหนด มาตรฐานสำหรับคุณสมบัติของนายความจำเลยของรัฐเอาไว้เพื่อเป็นหลักประกันว่าจำเลย จะได้รับการช่วยเหลือทางคดีจากนายความตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงสิทธิดังกล่าวเอาไว้ ดังนี้²²

1) นายความจำเลยของรัฐจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้

(1) ต้องมีคุณสมบัติอย่างต่ำตามที่ศาลสูงของกรุงวอชิงตันได้กำหนดไว้ให้เป็น นายความที่ว่าการในกรุงวอชิงตันได้ และ

(2) ต้องผ่านการฝึกอบรมหลักสูตรวิชาชีพทางกฎหมายอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลา อย่างน้อย 7 ชั่วโมงต่อปี ในหลักสูตรที่เกี่ยวกับการฝึกปฏิบัติการเป็นนายความจำเลยของรัฐ (Public Defense) ที่ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย

สำหรับคุณสมบัติของนายความจำเลย ตัวแทนทางด้านกฎหมายหรือที่ปรึกษา กฎหมาย (Attorney Representing) ในคดีที่เด็กและเยาวชนถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ร้ายแรงที่กฎหมายของรัฐกำหนดให้อยู่ในชั้น คลาสบี (Class B) และคลาสซี (Class C) นั้นต้องมี คุณสมบัติดังนี้

1) ต้องมีคุณสมบัติอย่างต่ำตามที่ศาลสูงของกรุงวอชิงตันได้กำหนดไว้ให้เป็น นายความที่ว่าการในกรุงวอชิงตันได้ และ

²¹ บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 71).
เล่มเดิม.

²² แหล่งเดิม.

2) ต้องผ่านการฝึกอบรมหลักสูตรวิชาชีพทางกฎหมายอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 7 ชั่วโมงต่อปี ในหลักสูตรที่เกี่ยวกับการฝึกปฏิบัติการเป็นทนายความจำเลยของรัฐที่ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย และ

3) ต้องมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

(1) เคยทำหน้าที่เป็นพนักงานอัยการ (Prosecutor) มาแล้วอย่างน้อย 1 ปี หรือ

(2) เคยผ่านการเป็นทนายความของรัฐของฝ่ายจำเลยมาแล้วอย่างน้อย 1 ปี หรือ

(3) เคยทำหน้าที่ในการเป็นทนายแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาคดีที่เป็นความผิดเล็กน้อยมาแล้วอย่างน้อย 5 คดี และการพิจารณาคดีดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้ว

(4) ทนายความจำเลยแต่ละคนนั้นจะต้องมีผู้ที่ทำหน้าที่กำกับดูแลหรือควบคุมในการทำหน้าที่ครั้งแรกในการเป็นทนายความจำเลยของเด็กและเยาวชน

โดยทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลได้แต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือเป็นทนายความของเด็กหรือเยาวชน ต้องมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กและเยาวชน แม้ว่าในกรณีเช่นนั้นเด็กหรือเยาวชนเองจะไม่ยอมรับ หรือไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของตัวเองก็ตาม และมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายตลอดจนแนะนำให้คำปรึกษาสำหรับเด็กและเยาวชน

รัฐมินนิโซตา (Minnesota)²³ ซึ่งตั้งอยู่บริเวณทางตอนเหนือของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายไว้ในกฎหมายคดีเด็กและเยาวชน (The Juvenile Justice Code) ไว้ว่าคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ดังต่อไปนี้

1) เป็นทนายความ

2) มีการศึกษาขั้นพื้นฐาน และ/หรือ มีประสบการณ์เกี่ยวกับการช่วยเหลือทางสังคมแก่เด็ก และ

3) มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับวัฒนธรรมและสังคม

มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา (North Carolina) เป็นมลรัฐทางตะวันออกเฉียงใต้ของสหรัฐอเมริกา ติดกับมหาสมุทรแอตแลนติก ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับที่ปรึกษากฎหมายในศาลเด็กและเยาวชนเอาไว้ใน มาตรฐานการศึกษาและการอบรมสำหรับหน่วยงานความยุติธรรมทาง

²³ Sec. 3-6-2, Juvenile Counselor, Juvenile Probation Officer. The Juvenile Justice Code. Minnesota, U.S.A.

“Qualifications. The juvenile counselor must have an educational background and/or prior experience in the field of delivering social services to youth and must possess knowledge of the culture and community.”

อาญา (Criminal Justice Education and Training Standards) ที่ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับที่ปรึกษาทนาย (12 Ncac 09b.0116 Minimum Standards For Juvenile Court Counselors And Chief Court Counselors)²⁴ เอาไว้ดังนี้

1) ต้องไม่เป็นผู้ที่ถูกตัดสินให้

(1) มีความผิดทางอาญา

(2) ก่ออาชญากรรมซึ่งถูกต้องโทษจำคุกมากกว่า 2 ปี

(3) ก่อความผิดทางอาญาหรือกระทำผิดต่อกฎหมายที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดชั้นบี (Class B) ภายในระยะเวลา 5 ปีก่อนการสมัครเข้าเป็นที่ปรึกษาทนาย

(4) ก่อความผิดทางอาญาหรือกระทำผิดต่อกฎหมายที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดชั้นเอ (Class A) ภายในระยะเวลา 4 ปีก่อนการสมัครเข้าเป็นที่ปรึกษาทนาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามีการพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษมาแล้วก่อนการสมัครไม่น้อยกว่า 2 ปี และ

(5) ได้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีจากสถาบันการศึกษาที่ได้รับการรับรองในระดับภูมิภาค

3.2.2 สหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรได้จัดให้มีศาลที่ทำการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนขึ้น โดยอยู่เป็นแผนกหนึ่งของศาลแขวงเพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีเด็กและเยาวชนและคดีครอบครัว ศาลเยาวชนและครอบครัวตามรูปแบบดังกล่าวนี้มีขึ้นเป็นครั้งแรกโดยมีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีเด็ก คือ The Children and Young Person Act 1933

ในปี ค.ศ. 1989 สหราชอาณาจักรได้บัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนและคดีครอบครัวขึ้นใช้บังคับเพื่อเป็นการกำหนดวิธีพิจารณาและพิพากษาคดี ซึ่งทำให้สหราชอาณาจักรสามารถใช้วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวและใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนได้ทั่วประเทศ²⁵ ศาลเยาวชนและครอบครัวของสหราชอาณาจักรมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับผู้เยาว์ (Juvenile) ที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี ทั้งชายและหญิง โดยเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี ไม่ต้องรับผิดทางอาญา ส่วน “เด็ก” (Child) หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี “เยาวชน” (Young Person) หมายถึง บุคคลที่มีอายุ 14 ปีขึ้นไปแต่ต่ำกว่า 17 ปี

²⁴ *Criminal Justice Education and Training Standards*. 12 Ncac 09b .0116 Minimum Standards for Juvenile Court Counselors and Chief Court Counselors. North Carolina. U.S.A.

²⁵ สิทธิการมีที่ปรึกษาทนายในคดีอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษาทนายในศาลเยาวชนและครอบครัว เล่มเดิม.

3.2.2.1 บทบาทของที่ปรึกษากฎหมาย

สหราชอาณาจักรมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ช่วยเหลือและให้การสนับสนุนด้านทนายความแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยเฉพาะ ได้แก่ หน่วยงานที่มีชื่อว่า The Public Defender Service (PDS) ซึ่งจะให้ความช่วยเหลือด้านการให้คำแนะนำและด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาตั้งแต่อยู่ในระหว่างขั้นตอนในชั้นสถานีตำรวจชั้น “Magistrates Courts” จนถึง “Higher Courts” โดย The Public Defender Service นั้นมีการจัดตั้งอยู่ครอบคลุมทุกท้องที่ในสหราชอาณาจักร เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ต้องหาที่ถูกสอบสวนในคดีอาญา ให้สามารถติดต่อ The Public Defender Service ในท้องที่นั้น ๆ เพื่อขอความช่วยเหลือทางกฎหมายทั้งด้านการให้คำแนะนำ และความช่วยเหลือด้านทนายความเพื่อสามารถต่อสู้คดีได้อย่างสะดวก²⁶

ในการพิจารณาคดี ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาล และมักจะแถลงเปิดคดีประกอบคำฟ้องด้วย เด็กหรือเยาวชนซึ่งเป็นจำเลยจะแต่งตั้งทนายความช่วยเหลือต่างก็ได้ในกรณีที่เห็นสมควร พนักงานคุมประพฤติมีหน้าที่เสนอรายงานข้อเท็จจริงที่สืบเสาะมาเกี่ยวกับตัวเด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลย รวมทั้งรายงานสิ่งแวดล้อม และสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนผู้นั้นต่อศาล โดยศาลอาจจะอนุญาตให้จำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนแต่งตั้งทนายความเข้ามาว่าความให้ก็ได้²⁷

โดยบทบาทหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายในสหราชอาณาจักร (Youth Offender Specialist)²⁸ นั้น ได้แก่

- 1) ดำเนินการตรวจสอบเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน
- 2) ดำเนินการต่างๆ ที่ปรากฏอยู่เป็นประจำในศาลเยาวชน และ
- 3) ร่วมเข้ารับการฝึกอบรมหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆ กับสำนักงานอำนวยความสะดวกธรรมชาติแก่เด็กและเยาวชนในพื้นที่

ส่วนการที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนได้นั้น จะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

²⁶ วาริท จิระภาค และรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์. บทความทางกฎหมายเรื่อง การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนในการมีที่ปรึกษากฎหมายจากรัฐในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดี. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. สืบค้น 2 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.dpu.ac.th/>

²⁷ บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 79). เล่มเดิม.

²⁸ สืบค้น 14 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.cps.gov.uk>

- 1) เป็นอัยการระดับสูงโดยต้องมีประสบการณ์เพียงพอและทักษะที่เหมาะสม และ
 - 2) ได้ผ่านหลักสูตรการฝึกอบรมเกี่ยวกับเยาวชนผู้กระทำความผิด
- นอกจากนี้ ที่ปรึกษากฎหมายอาจเป็นหรือเคยเป็นอาสาสมัครเกี่ยวกับการช่วยเหลือเด็กและเยาวชน และมีความสนใจเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด

3.2.2.2 การจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมาย

ในการพิจารณาคดีของศาลคดีเด็กและเยาวชนของสหราชอาณาจักรนั้น ศาลอาจจะอนุญาตให้จำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนแต่งตั้งทนายความเข้ามาว่าความให้ก็ได้²⁹ ส่วนชั้นพิจารณาคดีของศาลนั้น จำเลยจะนั่งติดกับ นักสังคมสงเคราะห์ บิดามารดา หรือผู้ปกครองของจำเลยจะนั่งถัดจากนักสังคมสงเคราะห์ และที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ นั้นจะนั่งอยู่ใกล้ๆ โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัวนั้น ได้กำหนดให้จำเลยซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนในคดีดังกล่าวจะต้องมีตัวแทนทางด้านกฎหมายที่มีทักษะและมีประสบการณ์ โดยระหว่างการพิจารณาคดีของศาลจำเลยจะต้องสามารถขอคำปรึกษาจากทนายความที่เป็นตัวแทนของตนได้

3.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดเอาไว้ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักจากนั้นเป็นต้นมา วัตถุประสงค์ของระบบความยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนก็ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยการจำกัดการลงโทษสำหรับเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิด และมุ่งเน้นไปในเรื่องการฟื้นฟู (Rehabilitation) แทนโดยการให้การศึกษอบรม³⁰ และได้มีการตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2466 โดยจัดตั้งเป็นแผนกหนึ่งของศาลแขวงตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ ได้กำหนดให้เด็กที่มีอายุไม่ครบ 14 ปี กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ศาลเยาวชนและครอบครัวแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดทางอาญาที่เป็นผู้เยาว์อยู่ในขณะฟ้อง

3.2.3.1 บทบาทของที่ปรึกษากฎหมาย

ในการพิจารณาคดีของศาล ถ้าเด็กหรือเยาวชนไม่มีทนายความ ศาลจะต้องแต่งตั้งให้และสิทธิของจำเลยที่จะอยู่ในระหว่างการพิจารณา หรือในการที่จะฟัง หรือตั้งคำถามใดๆ นั้นย่อม

²⁹ บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 79).
เล่มเดิม.

³⁰ *Law Library Of Congress. Germany children's Rights : International And National Laws And Practice.* สืบค้น 10 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.loc.gov>

เป็นสิทธิของผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กและเยาวชนด้วย³¹ ส่วนกรณีพิจารณาคดีอุทกกรรม ศาลจะเพิ่มองค์คณะขึ้น โดยเพิ่มผู้พิพากษาธรรมดาเป็นสองคน ผู้พิพากษาสมทบเป็น 3 คน โดยศาลจะต้องตั้งที่ปรึกษากฎหมายทำหน้าที่เป็นทนายความว่าต่างให้จำเลยด้วย และการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัวแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นการพิจารณาลับ³² จะเห็นได้ว่า ที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ศาลจะต้องแต่งตั้งให้เพื่อคอยทำหน้าที่เป็นทนายความแก่ต่างให้เด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตลอดการพิจารณาคดีในศาล

3.2.3.2 การจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมาย

ในการพิจารณาคดีเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดของศาลเยาวชนและครอบครัว ถ้าเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดนั้น ไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ศาลเยาวชนและครอบครัวจะต้องแต่งตั้งให้³³ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีหลักการที่สำคัญ โดยเฉพาะหลักสำคัญในการตั้งทนายความให้แก่เด็กและเยาวชน โดยได้บัญญัติ มาตรา 68 แห่งกฎหมายอาญาเด็กและเยาวชน โดยกฎหมายบังคับให้ศาลต้องตั้งทนายความให้เด็กและเยาวชนไว้ 5 เป็นกรณีดังต่อไปนี้³⁴

1) กรณีตามบทบัญญัติเรื่องการตั้งทนายความให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (STPO) ทั้งนี้ตามมาตรา 68 (1) หมายความว่า ถ้าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้ศาลตั้งทนายให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ใหญ่ในกรณีใด ศาลก็ต้องตั้งทนายให้จำเลยที่เป็นเด็กในกรณีนั้นๆ ด้วย บทบัญญัติเรื่องการตั้งทนายความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั่นก็คือ มาตรา 140 ซึ่งบัญญัติให้ศาลตั้งทนายความให้จำเลยในกรณีต่อไปนี้

- (1) กรณีเป็นคดีที่การพิจารณาในศาลชั้นต้นกระทำในศาล Oberlandesgericht
- (2) กรณีที่เป็นคดีประเภท Verbrechen

³¹ จาก กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว (น. 48), โดย ประเทือง ธนนิผล, 2555 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง

³² จาก คำบรรยายกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน (น. 71). โดย บุญเพราะ แสงเทียน, 2539.

³³ จาก หลักการพื้นฐานที่เหมาะสมในการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนในชั้นศาล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 32), โดย เทพ สามงามยา, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

³⁴ จาก สิทธิการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 32), โดย สุชาติ แนวประเสริฐ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

- (3) กรณีที่เป็นความผิดที่มีโทษห้ามประกอบอาชีพ
- (4) กรณีที่จำเลยถูกควบคุมตัวตามหมายศาลมาเป็นเวลาอย่างน้อย 3 เดือน และยังไม่ถูกปล่อยตัวไปก่อนมีการพิจารณาคดีในศาลอย่างน้อย 2 สัปดาห์
- (5) กรณีที่ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการเฝ้าติดตามพฤติกรรมของจำเลยเนื่องจากจำเลยอาจตกอยู่ในสภาวะผิดปกติทางจิต
- (6) กรณีที่ศาลเห็นด้วยกับคำขอของพนักงานอัยการให้มีการดำเนินคดีเพื่อความปลอดภัย
- (7) กรณีที่ทนายความคนก่อนของจำเลยหมดหน้าที่ไปในระหว่างพิจารณาคดี นอกจาก 7 กรณีข้างต้นแล้ว ศาลยังอาจตั้งทนายความให้จำเลยในกรณีอื่นก็ได้เช่นกัน หากศาลเห็นว่ากรณีเป็นความผิดร้ายแรง หรือเห็นว่าเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายยุ่งยากซับซ้อน อันได้แก่
 - 2) กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยร้องขอ
 - 3) กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยถูกศาลสั่งห้ามมิให้อยู่ในการพิจารณาคดีเป็นระยะเวลาหนึ่ง และความเสียหายที่เกิดจากการไม่อยู่ในการพิจารณาคดีนั้น ไม่อาจถูกทดแทนได้ด้วยการชี้แจงจากศาล
 - 4) กรณีที่ศาลสั่งให้มีการเฝ้าติดตามพฤติกรรมของจำเลยว่าจำเลยมีสติปัญญาหรือมีความรู้ผิดชอบมากน้อยเพียงใด
 - 5) กรณีที่มีการควบคุมตัวจำเลยไว้ตามหมายจับหรือหมายขัง ทั้งนี้จนกว่าจำเลยจะอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

3.3 กฎหมายไทย

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า เด็กและเยาวชนนั้นมีวุฒิภาวะที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ ทั้งด้านการเรียนรู้ด้านอารมณ์ พฤติกรรม ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และมีประสบการณ์ในการดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่มาก ซึ่งอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนไว้เป็นพิเศษ แตกต่างจากคดีธรรมดาทั่วไป

ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวครอบคลุมทุกจังหวัดทั่วประเทศ โดยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้ กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัว มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีซึ่งเด็กและเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ

ความผิดตามพระราชบัญญัติอื่นๆ คดีครอบครัว คดีคุ้มครองสวัสดิภาพ และคดีอื่นที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัว³⁵ ซึ่งได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนเอาไว้เป็นการเฉพาะ ได้แก่ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยมีการกำหนดถึงคุณสมบัติของผู้เข้ามาเป็นที่ปรึกษากฎหมาย การจัดให้มีการอบรมและจดทะเบียนชื่อ อำนาจหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย รวมถึงหน่วยงานผู้เข้ามาควบคุมที่ปรึกษากฎหมายเป็นการเฉพาะ โดยจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

3.3.1 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมของเด็กตามรัฐธรรมนูญ

จากข้อกำหนดในอนุสัญญาที่กำหนดไว้ให้กับเด็กทั่วโลกที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 3.1.1 ถึงข้อ 3.1.3 มาแล้วนั้น การที่แต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทยเองจะได้รับผลสำเร็จและเป็นไปตามข้อกำหนดได้ จึงจำเป็นที่ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและมีอำนาจต้องร่วมมือกัน ซึ่งประเทศไทยเองได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ (National Youth Bureau) เพื่อช่วยเหลือเด็กให้ตรงตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อกำหนดและให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ในมาตราต่างๆ ดังนี้

“มาตรา 4 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

เจตนารมณ์ของมาตรา 4 เพื่อวางหลักทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครอง สิทธิมนุษยชน โดยคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคลที่ปฏิญญาสากลหรืออนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติรับรองและประเทศไทยร่วมเป็นภาคี เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนพึงได้รับ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลนั้นๆ จะเป็นคนสัญชาติไทยหรือไม่ เช่น คนต่างด้าว คนไร้รัฐ คนไร้สัญชาติ ชนกลุ่มน้อย ในฐานะที่เด็กที่เกิดแต่บุคคลดังกล่าว ย่อมมีสิทธิมีชีวิตอยู่รอด มีสิทธิได้รับการบันทึกการเกิดเพื่อให้ปรากฏตัวตน มีสิทธิได้รับการดูแลขั้นพื้นฐานตามสมควร เด็กที่เกิดในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ปรากฏบิดาหรือมารดาว่าเป็นบุคคลใดย่อมได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีสิทธิได้รับการดูแลขั้นพื้นฐานรวมทั้งรับรองสถานภาพด้วย

³⁵ บทสัมภาษณ์ สราวุธเบญจกุล รองเลขาธิการ สำนักงานศาลยุติธรรม. สืบค้น 7 กรกฎาคม 2558, จาก <http://www.oja.go.th/>

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเด็กในกระบวนการยุติธรรมไว้โดยเฉพาะ ดังนี้ “มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังต่อไปนี้... (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัวอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ”

ปัจจุบันมักพบเสมอว่าเด็กและเยาวชนจะก่อปัญหาอาชญากรรมขึ้นอยู่บ่อยครั้ง และจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม โดยเริ่มตั้งแต่ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ สถานพินิจและคุ้มครองเด็กหรือเยาวชน องค์กรต่างๆ นี้จะมุ่งเน้นการคุ้มครอง การบำบัดแก้ไขฟื้นฟูแก่เด็กและเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิด โดยมีภารกิจเพิ่มเติม กิดวิเคราะห์ ทั้งด้านบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้มีหน่วยงานต่างๆ มาดูแลมากกว่าการลงโทษ ดังเห็นได้จากการแก้ไขพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้มีการบัญญัติมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาไว้เพื่อแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมได้ดี³⁶ ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัวอย่างเหมาะสมตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 52 ยังได้กล่าวถึงสิทธิต่างของเด็ก ไม่ว่าจะเป็นสิทธิการอยู่รอด สิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงของเด็ก และสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการ ศึกษาอบรมที่เหมาะสมจากรัฐอีกด้วย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

“เด็กและเยาวชน มีสิทธิในการอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา ตามศักยภาพในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ

เด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ทั้งมีสิทธิได้รับการบำบัดฟื้นฟูในกรณีที่มีเหตุดังกล่าว

การแทรกแซงและการจำกัดสิทธิของเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อสงวนและรักษาไว้ซึ่งสถานะของครอบครัวหรือประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น

เด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมที่เหมาะสมจากรัฐ”

³⁶ พ.ต.อ.หญิง วิชาสิทธิ์ สีหตุลานนท์. การคุ้มครองผู้เสียหายเด็กกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.

ซึ่งเจตนารมณ์ของมาตรา 52 นี้มีไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัวในหลายประการ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) กำหนดให้เด็กและเยาวชนซึ่งเป็นกลุ่มที่มีความอ่อนแอในสังคมได้รับการรับรองและปกป้องคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลทั่วไป

2) เด็ก เยาวชน สตรีและบุคคลในครอบครัว คำว่า “บุคคลในครอบครัว” ซึ่งหมายความรวมถึง ทุกเพศ ทุกวัย โดยเฉพาะเด็ก สตรีและ ผู้สูงอายุหรือผู้พิการที่อาศัยอยู่ในครอบครัวหรือครัวเรือนเดียวกันมีสิทธิได้รับความคุ้มครองมิให้ได้รับความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมจากบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ทั้งนี้ มาตรการคุ้มครองไม่ควรใช้วิธีการทางอาญาโดยเคร่งครัดควรให้ความสำคัญแก่มาตรการป้องกันและแก้ไขฟื้นฟูมากกว่าโดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของบุคคลในครอบครัว หรือโดยเฉพาะผู้ได้รับผลกระทบจากเหตุรุนแรง

3) ห้ามแทรกแซงและจำกัดสิทธิของเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวในด้านความเป็นอยู่ส่วนตัว ความสัมพันธ์ภายใน ครอบครัว และความเป็นสถาบันครอบครัวที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้เฉพาะเพื่อสงวนและรักษาสถานะของครอบครัวหรือประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น เช่น การแทรกแซงสถาบันครอบครัวเพื่อประโยชน์สูงสุดในการคุ้มครองเด็ก หรือบุคคลที่ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว หรือแทรกแซงเพื่อช่วยเหลือสงเคราะห์ หรือให้คำปรึกษาแนะนำแก่ครอบครัวที่ประสบปัญหาทางสังคม เป็นต้น

4) เด็กและเยาวชนที่ไม่มีผู้ดูแล เช่น เด็กกำพร้า หรือถูกทอดทิ้งต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ โดยรัฐต้องเลี้ยงดูและให้การศึกษาบรมให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เด็กและเยาวชนแต่ละคนนั้นประสบมา

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงเรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนเอาไว้ทำให้หลายหน่วยงานที่มีส่วนร่วมในการช่วยกำหนดมาตรการ และออกกฎหมายมาบังคับใช้ เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการจัดทำนโยบายและแผนปฏิบัติการแม่บทด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อช่วยกำหนดมาตรการและออกกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิให้กับเด็กทั่วไปที่ทุกคนควรได้รับ และจะเห็นได้ว่าเด็กและเยาวชนผู้ที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือจากรัฐด้วยจัดหาที่ปรึกษาในการกฎหมายให้เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการดำเนินคดีอาญา

3.3.2 หลักการและที่มาเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพทนายความ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า คำว่า “วิชาชีพ (Profession)” นั้น ยังไม่มีการให้คำนิยามที่มีความหมายชัดเจน แต่เราจำเป็นต้องให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” เพื่อที่จะได้มองเห็นภาพ

และลักษณะของวิชาชีพได้เป็นอย่างดี คำว่า วิชาชีพมาจากคำว่า “Profession” มีรากศัพท์ภาษาละติน คำว่า *pro + fateri* แปลว่ายอมรับ หรือรับว่าเป็นของตน คำนี้ใช้ในทางศาสนาหมายความว่า เป็นการประกาศตนว่ามีศรัทธาในศาสนาหรือการปฏิญาณอุทิศตน³⁷ ดังนั้น วิชาชีพจึงเป็นคุณลักษณะของการทำงานที่ต้องอุทิศตนให้กับงานนั้น ต่อมาพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ เป็นผู้เริ่มต้นอธิบายคำศัพท์ “วิชาชีพ” ว่า “Profession” หมายความว่า ปฏิญาณตนต่อสรรพสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่าจะประกอบอาชีพตามธรรมเนียมซึ่งมีวางไว้เป็นบรรทัดฐาน อาชีพปฏิญาณในชั้นต้น ได้แก่ วิชาอาชีพของนักบวชซึ่งต้องเคร่งในเรื่องของระเบียบวินัยที่บังคับไว้ และต่อมาได้มีนักกฎหมายและนายแพทย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ขยายความเพิ่มเติมไว้ว่า ถ้าจะแปลกันตามตัว ก็หมายถึง วิชาที่จะนำไปใช้หากิน แต่ความหมายที่แท้จริงของคำว่าวิชาชีพมิใช่เพียงแต่นำความรู้ไปใช้หากิน คำว่า วิชาชีพยังมีสิ่งอื่นที่ประกอบเข้ากับการนำความรู้ไปใช้หากินอีก³⁸ และความหมายทางวิชาการ “วิชาชีพ” ก็คือ กลุ่มอาชีพที่มีองค์ความรู้และความชำนาญที่สามารถทำงานให้เกิดผลตามพื้นฐานของสังคมได้ กลุ่มวิชาชีพนี้สามารถควบคุมสมาชิกภายในกลุ่มได้เอง โดยลักษณะสำคัญของการเป็นวิชาชีพ³⁹ ได้แก่

- 1) มีองค์ความรู้เฉพาะของตน ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเข้ารับการศึกษ ฝึกอบรมให้มีความรู้ในศาสตร์เฉพาะของวิชาชีพนั้นๆ
- 2) มีความเป็นอิสระในการประกอบวิชาชีพ เป็นการประกอบวิชาชีพที่มีมาตรฐานการปฏิบัติเป็นการเฉพาะสำหรับวิชาชีพนั้นๆ โดยมีองค์ความรู้เป็นพื้นฐาน บุคคลอื่นไม่สามารถจะมาสั่งการให้ปฏิบัติอย่างนั้นอย่างนี้ได้ นอกจากนี้การปกครองตนเองภายในวิชาชีพเดียวกันยังเป็นอิสระจากการควบคุมของคนนอกวิชาชีพ เช่น ถ้าสมาชิกคนใดกระทำผิด การพิจารณาจะเริ่มจากคณะกรรมการขององค์กรวิชาชีพก่อน
- 3) มีกฎหมายรองรับการประกอบวิชาชีพ หมายถึง จะต้องมีการขึ้นทะเบียนเพื่อขออนุญาตประกอบวิชาชีพ ได้แก่ ใบประกอบวิชาชีพ
- 4) มีจรรยาบรรณ ตราขึ้นเพื่อผู้ประกอบวิชาชีพดำรงตนหรือประพฤติตนอยู่ในความถูกต้อง ดีงามต่อผู้รับบริการ ต่อเพื่อนผู้ร่วมวิชาชีพ ต่อตนเอง และต่อสังคมส่วนรวม
- 5) มีสำนึกที่จะให้บริการ เมื่อถูกเรียกร้องการบริการจะต้องเต็มใจที่จะให้บริการแก่ผู้มารับบริการได้เสมอ บางครั้งอาจจะต้องสละความสุขส่วนตัว มีความภาคภูมิใจในวิชาชีพของตน

³⁷ จาก *หลักวิชาชีพนักกฎหมายในภาคพื้นยุโรป* (น. 115), หนังสือรวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2543, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

³⁸ จาก *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (น. 21), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

³⁹ สืบค้น 2 มีนาคม 2557, จาก www.sammachivonline.com

ดังนั้นคำว่า “วิชาชีพ” มีลักษณะอย่างหนึ่งคือ ผู้ประกอบวิชาชีพต้องมีความรู้ความชำนาญพิเศษโดยเฉพาะ ผู้อื่นอาจไม่มีความรู้ความสามารถพอที่จะทำงานนั้นได้ มีผลเป็นการผูกขาดงานนั้นขึ้นในตัวเอง วิชาชีพนั้นเป็นกิจการอันจำเป็นแก่ชุมชน ยิ่งโดยเฉพาะทางกฎหมาย เช่น ทนายความ ที่ปรึกษาทนายความ อัยการ ผู้พิพากษา เป็นต้น เหล่านี้ไม่ว่าอาชีพนักกฎหมายจะสังกัดอยู่ในองค์กรของรัฐหรือไม่ก็ตามก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของกิจการอำนวยความสะดวกธุรกรรมของรัฐด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่า การทำงานหาเลี้ยงชีพของทนายความเป็นการประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่ง เนื่องจากมีการอุทิศตนให้กับการประกอบวิชาชีพ ต้องมีการศึกษาและความรู้ทางกฎหมายและมีการฝึกอบรมวิชาชีพและผ่านการทดสอบความรู้ทางวิชาชีพเสียก่อน จึงจะได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพได้ นอกจากใช้ความรู้ความสามารถแล้ว ทนายความยังต้องประพฤติตนให้อยู่ในกรอบของจริยธรรม และมรรยาทของวิชาชีพ เพื่อรับใช้สังคม และถูกควบคุมโดยองค์กรวิชาชีพคือ สภานายความฯ เพื่อควบคุมความประพฤติของทนายความให้สามารถรับใช้ประชาชนได้อย่างเป็นธรรม ซื่อสัตย์สุจริต และปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง มิให้แสวงหาประโยชน์จนเกินขอบเขตจากลูกค้าหรือประชาชน

ดังนั้น วิชาชีพนักกฎหมายจึงเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติอาชีพหนึ่ง เป็นที่ยอมรับนับถือจากประชาชน และทุกวงการอาชีพ และในบทนี้ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเฉพาะทนายความและที่ปรึกษาทนายความในความหมายและบทบาทหน้าที่ของการประกอบวิชาชีพทนายความ

3.3.2.1 ความหมายของวิชาชีพทนายความ

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้ให้ความหมายของทนายความไว้ดังนี้

“ทนายความ” หมายความว่า ผู้ที่สภานายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ⁴⁰

ส่วนในกฎหมายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(11) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 8 มาตรา 172 และมาตรา 173 ได้อธิบายความหมายของคำว่า ทนายความ คือ ผู้มีหน้าที่ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแก่ประชาชน เริ่มตั้งแต่ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาทางกฎหมาย ใช้สิทธิเรียกร้องต่อสู้ หรือใช้วิธีโต้แย้งแทนบุคคล ผู้ซึ่งมอบอำนาจให้ตนจัดการแทนก่อนข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้น จนไปสู่การพิจารณาของศาล ตลอดจนได้รับการแต่งตั้งให้ว่าความแทนคู่ความในชั้นได้สวนมูลฟ้อง ชั้นพิจารณาของศาลชั้นต้น อุทธรณ์ หรือฎีกา จากคำนิยามต่างๆ เหล่านี้สรุปว่า ทนายความก็คือบุคคลที่ได้รับ

⁴⁰ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, มาตรา 4.

อนุญาตให้เป็นทนายความจากสภาทนายความฯ และเป็นตัวแทนของกลุ่มความในการว่าความแก้ต่างในคดี ซึ่งเป็นการดำเนินการในศาล

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความหรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น...”⁴¹ จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นลักษณะในการประกอบวิชาชีพทนายความผู้ที่ประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เช่น การเป็นทนายความขึ้นว่าความในศาล แต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลนั่นเอง⁴²

จะเห็นได้ว่า การประกอบวิชาชีพทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีบทบาทมากในการดำเนินการในศาล แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะในการประกอบวิชาชีพของทนายความยังรวมถึงการเป็นที่ปรึกษาทางคดี ไม่ว่าทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย และรับทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ ในทางธุรกิจการค้าระหว่างเอกชนกับเอกชน ตลอดจนกิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพกฎหมาย

มีข้อสังเกตคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้ให้ความหมายของวิชาชีพทนายความแต่ไม่รวมถึงที่ปรึกษากฎหมาย แต่กรมสรรพากรนั้นได้ให้ความหมายของคำว่าวิชาชีพทนายไว้กว้างกว่า โดยให้ความหมายของวิชาชีพทนายตาม มาตรา 40(6) แห่งประมวลรัษฎากรนั้น หมายรวมถึงที่ปรึกษากฎหมายด้วย ซึ่งถือเป็นวิชาชีพอิสระที่ใช้ความรู้ทางกฎหมาย ตามข้อหารือที่ กค 0706/3021 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2546⁴³

3.3.2.2 บทบาทหน้าที่ของทนายความ

ตามที่ได้ทราบถึงความหมายของทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 4 จะเห็นได้ว่า ทนายความก็คือ ผู้ที่ได้รับจดทะเบียนจากสภาทนายความและสภาทนายความฯ ได้ออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความด้วย ประกอบกับ มาตรา 33 กำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความหรือต้องห้ามทำการเป็น

⁴¹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, มาตรา 33.

⁴² จาก *รวมกฎหมายส่งเสริมวิชาชีพทนายความ* (น. 323), โดย ชวลิต อรรถศาสตร์, 2540, กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.

⁴³ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา กรณีการจ่ายค่าที่ปรึกษากฎหมาย. สืบค้น 22 กรกฎาคม 2557, จาก

ทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แยกอุทธรณ์ ฟ้องฎีกาแก้ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น” ดังนั้น อาจทำให้เข้าใจความหมายของทนายความว่า เป็นเพียงการประกอบอาชีพเกี่ยวกับการดำเนินการในศาลในเรื่องการว่าความเท่านั้น

แต่แท้จริงแล้วยังรวมถึงการให้คำแนะนำและปรึกษาต่างๆ ที่เรียกว่า ที่ปรึกษากฎหมาย อันเป็นส่วนหนึ่งของวิชาชีพทนายความ อีกทั้ง คำพิพากษาฎีกาที่ 1373/2495 ได้แปลความหมายของที่ปรึกษากฎหมายว่าเป็นทนายความหรือหมอลความเช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงบทบาทการปฏิบัติงานของทนายความแล้ว จึงอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบดังนี้⁴⁴

1) รูปแบบการเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ได้แก่ การให้คำปรึกษาหารือ การให้คำแนะนำ หรือการให้ความเห็นในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย การร่างและจัดทำนิติกรรมสัญญา การจดทะเบียนพาณิชย์ การวางแผนภาษีอากร การเจรจาทำความตกลงประนีประนอมยอมความทางการค้า และทำสัญญาทางธุรกิจต่างๆ อาทิเช่น สัญญาเงินกู้ สัญญาร่วมทุน สัญญาบริหารโครงการ สัญญาก่อสร้างอาคาร สัญญาแฟรนไชส์ การขอใบอนุญาตต่างๆ ที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับธุรกิจ และอุตสาหกรรม การขอและต่อใบอนุญาตต่างๆ ที่ต้องเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ อุตสาหกรรม รวมถึงการเข้าไปเจรจาประนีประนอมเพื่อยุติข้อพิพาทที่มีขึ้น โดยไม่ต้องให้มีคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาลด้วย อาจกล่าวได้ว่า การให้คำปรึกษาในทางธุรกิจกลายเป็นงานของทนายความอีกอย่างหนึ่ง การปฏิบัติหน้าที่เช่นนี้ของที่ปรึกษากฎหมายนับวันจะยิ่งกลายเป็นสิ่งจำเป็นในการดำเนินธุรกิจในปัจจุบัน โดยเฉพาะกิจการที่มีการลงทุนจากต่างชาติ ดังนั้น ทนายความบางคนก็เลือกที่จะประกอบอาชีพเป็นที่ปรึกษากฎหมายประจำของบริษัท ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมหรือนิติบุคคลอื่นๆ ซึ่งเป็นทางเลือกในการประกอบวิชาชีพทนายความอีกทางหนึ่ง

2) รูปแบบการเป็นทนายความ ได้แก่ การดำเนินการด้านอรรถคดี อันเป็นการแก้ต่างในชั้นศาล ตลอดจน เข้าไปดำเนินการแทนบุคคลอื่นตามที่กฎหมายกำหนดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือทางกฎหมายประชาชนทั่วไป สังเกตว่า การปฏิบัติหน้าที่ในศาลนั้น ถือว่าเป็นงานของทนายความ โดยแท้ที่จะต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายทั้งสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติเพื่อช่วยเหลือประชาชน

⁴⁴ จาก ภาษีอากรสำหรับวิชาชีพทนายความ (น. 118), โดย ทองพูน ตันอมตยรัตน์, และ สาริต ผ่องปัญญา, 2551, กรุงเทพฯ: สรรพากรสาสน์.

ส่วนหน้าที่ของทนายความนั้น ทนายความมีหน้าที่สำคัญในการประกอบวิชาชีพมากมาย อาทิเช่นหน้าที่ในทางจริยธรรม หรือหน้าที่ในการรักษาความลับของลูกค้า หรือหน้าที่ในทางมรรยาททนายความ เป็นต้น แต่ ณ ที่นี้จะขอกล่าวถึงหน้าที่สำคัญๆ ดังต่อไปนี้⁴⁵

1) หน้าที่ในการรับใช้ประชาชน ทนายความมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อน หน้าที่นี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการรับจ้างทำของประเภทอื่น ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องพยายามทำหน้าที่ที่ได้รับจ้างนั้น ให้เกิดประโยชน์กับผู้ว่าจ้างให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ แต่เนื่องจากวิชาชีพทนายความ แม้จะเป็นการรับจ้างทำของประเภทหนึ่งก็ตาม แต่การประกอบวิชาชีพทนายความยังมีลักษณะแตกต่างจากการรับจ้างประเภทอื่น เช่น หน้าที่ทนายความ จะรับทำงานให้หรือไม่นั้น เป็นอิสระของทนายความที่จะวินิจฉัยว่าควรจะทำหรือไม่ และการช่วยเหลือประชาชนนั้นเป็นการชอบด้วยเหตุผลหรืออุดมการณ์ของตนหรือไม่ จริงอยู่การที่ลูกค้าเสียเงินจ้างทนายความนั้นต้องการที่จะได้ประโยชน์จากทนายความให้คุ้มกับค่าจ้างที่ได้จ่ายไป แต่ทนายความนั้นมีหน้าที่จะต้องรักษาความถูกต้องตามกฎหมายไว้ด้วยเช่นกัน ฉะนั้นเมื่อใดก็ตามที่การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความสามารถที่จะช่วยลูกค้าตามตัวบทกฎหมายได้โดยตรงไปตรงมาได้ ทนายความจึงควรรับทำคดีนั้นให้แก่ลูกค้า

2) หน้าที่ในการรักษาความยุติธรรม ทนายความมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการยุติธรรม จนถึงได้ว่า ทนายความเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม หน้าที่สำคัญของทนายความก็คือ การอำนวยความสะดวกโดยใช้กฎหมายเพื่อผดุงความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม การปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือลูกค้า และการผดุงความยุติธรรมของทนายความจะต้องปฏิบัติตามควบคู่กันไปเสมอ และทุกครั้งทนายความจะรับช่วยเหลือลูกค้ารายใด ทนายความต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นหลักในการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับ เพื่อช่วยเหลือลูกค้ารายนั้นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และนอกจากนี้หน้าที่ของทนายความอย่างหนึ่งก็คือ การนำข้อความจริงที่ถูกต้องมาเสนอให้ศาลใช้ข้อความจริงนั้นตัดสินคดีไปตามกฎหมายต่อไป

3.3.2.3 คดีมรรยาททนายความ

มรรยาททนายความ หมายถึง จรรยาบรรณที่กำหนดเป็นข้อปฏิบัติ และข้อห้ามปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพทนายความ มรรยาททนายความจึงเป็นข้อบังคับที่เป็นแนวทางในการ

⁴⁵ จาก *ภาระภาษีของวิชาชีพทนายความ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 8), โดย อังคณา ร่วมไทย, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประกอบวิชาชีพทนายความ ซึ่งทนายความทุกคนต้องเคร่งครัดถือปฏิบัติตาม เพื่อให้วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่ผดุงความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง⁴⁶

ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับมรรยาททนายความเอาไว้ใน ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งกำหนดว่า หากทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อใดข้อหนึ่งดังจะกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ⁴⁷

1) ไม่รับหน้าที่เมื่อผู้พิพากษาได้ขอแรงให้เป็นทนายความแก่ต่างในคดีอาญา เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัว โดยสมควร

2) ไม่เคารพ ยำเกรงอำนาจศาล หรือกระทำการใดอันเป็นการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในศาลหรือนอกศาล อันเป็นการทำให้เสื่อมเสียอำนาจผู้พิพากษา

3) กล่าวความ หรือทำเอกสารหรือหลักฐานเท็จ หรือใช้อุบายลวงให้ศาลหลงหรือกระทำการใด เพื่อทราบคำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาลที่ยังไม่เปิดเผย

4) สมรู้เป็นใจโดยตรงหรือทางอ้อม เพื่อทำพยานหลักฐานเท็จ หรือเลี่ยมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนงำอำพรางพยานหลักฐานใดๆ ซึ่งควรนำมายื่นต่อศาล หรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน

5) กระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้

6) ใช้อุบายอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวต่อไปนี้ เพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีว่าต่างหรือ

แก้ต่าง

(1) หลอกลวงให้เขาหลงว่าคดีนั้นจะชนะ เมื่อตนรู้สึกแก้ไขว่าจะแพ้

(2) อวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่น

(3) อวดอ้างว่าเกี่ยวเป็นสมัครพรรคพวกรู้จักคุ้นเคยกับผู้ใดอันกระทำให้เขาหลงว่าตนสามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิเศษ นอกจากทางว่าความ หรือหลอกลวงว่าจะชักนำจูงใจให้ผู้นั้นช่วยเหลือคดีในทางใดๆ ได้ หรือแอบอ้างขู่ว่าถ้าไม่ให้ตนว่าคดีนั้นแล้วจะหาหนทางให้ผู้นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้

7) เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

8) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ อันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ

⁴⁶ บทความเรื่องมรรยาททนายความ. สืบค้น 18 กรกฎาคม 2557, จาก

<https://sites.google.com/site/maryaththnaykhvam/>

⁴⁷ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529.

(1) จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี

(2) จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ

9) ได้รับปรึกษาหารือ หรือได้รู้เรื่องกรณีแห่งคดีใดโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับคู่ความ ฝ่ายหนึ่ง แล้วภายหลังไปรับเป็นทนายความ หรือใช้ความรู้ที่ได้มานั้นช่วยเหลือคู่ความ อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นปรปักษ์อยู่ในกรณีเดียวกัน

10) ได้รับเป็นทนายความแล้ว ภายหลังใช้อุบายด้วยประการใดๆ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เพื่อจะให้ตนได้รับประโยชน์นอกเหนือจากที่ลูกความได้ตกลงสัญญาให้

11) กระทำการใดอันเป็นการถือ โกง ยักยอก หรือตระบัดสินลูกความ หรือครอบครอง หรือหน่วงเหนี่ยวเงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับมาโดยหน้าที่อัน เกี่ยวข้องไว้นานเกินกว่าเหตุ โดยมิได้รับความยินยอมจากลูกความ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร

12) แย่ง หรือกระทำการใดอันเป็นลักษณะประมุขคดีที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก่งต่าง อยู่แล้วมาว่า หรือรับ หรือสัญญาว่าจะรับว่าต่าง แก่งต่าง ในคดีที่รู้ว่ามีทนายความอื่นอยู่แล้ว เว้นแต่ จะได้รับความยินยอมจากทนายความที่ว่าความอยู่ในเรื่องนั้นแล้ว หรือมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าตัว ความได้ถอนทนายความคนก่อนจากการเป็นทนายความของเขาแล้ว หรือทนายความผู้ว่าความใน เรื่องนั้นปฏิเสธ หรือแสดงความไม่สมัครใจที่จะว่าความในคดีนั้นต่อไปแล้ว

13) ประกาศโฆษณา หรือยอมให้ผู้อื่นประกาศโฆษณาใดๆ ดังต่อไปนี้

(1) อัตรากำลังว่าความ หรือแจ้งว่าไม่เรียกร้อยค่าจ้างว่าความ เว้นแต่การประกาศ โฆษณาของทนายความที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย ซึ่งดำเนินการโดยสภา ทนายความเอง หรือโดยสถาบัน สมาคม องค์การ หรือส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง หรือ

(2) ชื่อ คุณวุฒิ ตำแหน่ง ถิ่นที่อยู่ หรือสำนักงาน อันเป็นไปในทางโอ้อวด เป็นเชิง ชักชวนให้ผู้มีอรรถคดีมาหาเพื่อเป็นทนายความว่าต่าง หรือแก่งต่างให้ เว้นแต่การแสดงชื่อ คุณวุฒิ หรืออื่นๆ ดังกล่าวตามสมควร โดยสุภาพ

14) ประกอบอาชีพ ดำเนินธุรกิจ หรือประพฤติดนเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี หรือ เป็นการเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ

15) ยินยอมตกลง หรือให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้ค่านายหน้าหรือบำเหน็จรางวัลใดๆ ด้วย ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใดๆ แก่ผู้ที่หาคดีความหรือนำคดีความมาให้ หรือมีคนประจำสำนักงาน ดำเนินการจัดหาคดีความมาให้ว่า โดยทนายความผู้นั้นคิดค่าส่วนลดของค่าจ้างให้ หรือให้เงินเดือน หรือเงินจำนวนหนึ่งจำนวนใด หรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างใดๆ แก่ผู้ที่หาคดีความมาให้

แม้บุคคลผู้หาคดีความมาให้ในลักษณะดังกล่าวจะเป็นเสมียนหรือลูกจ้างประจำ สำนักงานของ
 ทนายความผู้นั้นก็ตาม

นอกจากนี้ ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ยังได้
 กำหนดถึงสิ่งที่จะต้องทนายความต้องปฏิบัติตาม หากทนายความผู้ใดไม่กระทำ ให้ถือว่า
 ทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ ดังกล่าวต่อไปนี้

16) ในเวลาว่าความ ทนายความต้องแต่งกายสุภาพเรียบร้อยตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ทนายความชาย แต่งตามแบบสากลนิยม เป็นชุดสีขาว หรือสีอื่นที่ไม่อนุญาต
 เข้ตยาว ผ้าผูกคอสีดำหรือสีอื่นที่สุภาพไม่อนุญาตแบบเงื่อนกลาสี หรือแต่งเสื้อชุดไทยแบบแขนสั้น
 หรือยาว สีสุภาพ ไม่มีลวดลายแทนเสื้อชุดสากลก็ได้ รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาลหรือดำ ถุงเท้าสี
 คล้ายคลึงกับรองเท้า

(2) ทนายความหญิง แต่งตามแบบสากลนิยม กระโปรงและเสื้อสีสุภาพไม่อนุญาต
 รองเท้าหุ้มส้น

(3) ทนายความที่มีสิทธิแต่งเครื่องแบบราชการ จะแต่งเครื่องแบบราชการก็ได้

(4) ในขณะที่ว่าความ ทนายความที่มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ต้องสวมเสื้อครุย
 นั้นด้วย

17) ทนายความจะต้องปฏิบัติตนอย่างเคร่งครัดเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของสภานายก
 พิเศษแห่งสภาพทนายความ คณะกรรมการสภาพทนายความ และคณะกรรมการมรรยาททนายความ
 ตลอดจนบรรดาข้อบังคับหรือข้อกำหนดที่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวได้สั่งหรือ มีไว้ แล้วแต่
 กรณี ตามอำนาจหน้าที่ซึ่งมีอยู่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เนื่องจากวิชาชีพเป็นทนายความนั้นมีการควบคุมการประกอบวิชาชีพเอาไว้โดยเฉพาะ
 ดังเห็นได้จากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้กำหนดคุณสมบัติในเรื่องวุฒิชั้นปริญญาตรี
 หรืออนุปริญญาหรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ จากสถาบันซึ่งสภาพทนายความเห็นว่า
 มีมาตรฐานเป็นทนายความได้ประกาศนียบัตรนั้นเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรืออนุปริญญา
 นอกจากนี้ ยังต้องเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภาอีกตาม มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติ
 ทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งคงหมายรวมถึงสามัญสมาชิก คือผู้สอบไล่ชั้นเนติบัณฑิตได้ หรือ
 สมาชิกวิสามัญ ซึ่งเพียงแต่ได้รับปริญญาตรีทางนิติศาสตร์จากมหาวิทยาลัยเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้ซึ่ง
 ไม่เคยเป็นทนายความ ผู้พิพากษา ตุลาการ หรืออัยการมาก่อน ต้องผ่านการฝึกอบรมมรรยาท
 ทนายความ หลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความ และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายแล้ว

ตามข้อบังคับ เว้นแต่ ได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่คณะกรรมการอาจยกเว้นการฝึกอบรมให้ได้⁴⁸

เมื่อเป็นทนายความแล้ว ก็ต้องเป็นสมาชิกแห่งสภาทนายความ (มาตรา 11) หากขาดจากการเป็นทนายความ สมาชิกภาพก็จะสิ้นสุดลง (มาตรา 13 และมาตรา 44) คงถือว่าการเป็นสมาชิกกับการเป็นทนายความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ตามมาตรา 11 โดยไม่มีทนายความที่ไม่เป็นสมาชิกของสภาทนายความฯ

มรรยาททนายความนั้น มีกรรมการควบคุมเรียกว่า คณะกรรมการมรรยาททนายความ (มาตรา 54) ประกอบด้วย ประธานกรรมการและกรรมการอีกไม่น้อยกว่า 7 คน ซึ่งคณะกรรมการสภาทนายความแต่งตั้งจากทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี และไม่เคยถูกลงโทษฐานประพฤติผิดมรรยาททนายความ หรือถูกจำหน่ายชื่อออกจากทะเบียนทนายความ คณะกรรมการนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานายกพิเศษคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม วาระของคณะกรรมการมรรยาททนายความมีกำหนด 3 ปี

ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ซึ่งสภาทนายความตราขึ้นเกี่ยวกับงานในหน้าที่ ความประพฤติของทนายความ การแต่งกายของทนายความ และการปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความ คณะกรรมการสภาทนายความ หรือสภานายกพิเศษ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

การพิจารณาคดีมรรยาททนายความต้องมีกรรมการประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดของคณะกรรมการทั้งคณะ การสอบสวนทำโดยคณะกรรมการสอบสวนจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ซึ่งคณะกรรมการมรรยาททนายความแต่งตั้งจากผู้เป็นทนายความ (มาตรา 65) แล้วเสนอเรื่องแก่คณะกรรมการมรรยาททนายความมีคำสั่ง แล้วส่งต่อไปยังคณะกรรมการสภาทนายความเพื่อพิจารณาและมีคำสั่ง (มาตรา 67) ถ้าเป็นคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ห้ามทำการเป็นทนายความไม่เกิน 3 ปี ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ ว่ากล่าวตักเตือนทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือ (มาตรา 52) อาจมีการอุทธรณ์คำสั่งต่อสภานายกพิเศษได้ภายใน 30 วัน (มาตรา 68) ทนายความที่ถูกลบชื่อขอเป็นทนายความใหม่ได้เมื่อพ้นกำหนด 5 ปี (มาตรา 71)

ความสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ ต้องพิจารณาเกี่ยวกับหลักวิชาชีพกฎหมาย กล่าวคือวิธีการควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 นี้ องค์การควบคุมได้เปลี่ยนจากเนติบัณฑิตยสภา ไปยังคณะกรรมการสภาทนายความ องค์ประกอบคณะกรรมการนี้ คือทนายความจำนวนไม่เกิน 23 คน ซึ่งสมาชิกคือทนายความเป็นผู้เลือกตั้ง

⁴⁸ จาก *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย*, โดย จิตติ ดิงศภัทย์, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

มีกรรมการโดยตำแหน่งคือผู้แทนกระทรวงยุติธรรมคนหนึ่งกับผู้แทนเนติบัณฑิตยสภาอีกคนหนึ่ง (มาตรา 14) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีน้ำหนักน้อยมากในการออกเสียงลงคะแนนของคณะกรรมการในการดำเนินกิจการต่อสภาพนายความ โดยสถานายกพิเศษอาจยับยั้งมติต่างๆ ของคณะกรรมการได้ (มาตรา 30) แต่ในที่สุดก็ต้องบังคับตามมตินั้น เมื่อได้รับการยืนยันจากที่ประชุมอีกโดยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งคณะ

หลักการนี้แสดงให้เห็นชัดเจนว่า ทนายความซึ่งเป็นเอกชนรวมกันประกอบวิชาชีพดำเนินการผูกขาด โดยไม่ยอมให้ทางราชการเข้ามามีเสียงอย่างมีความหมายแต่ประการใด ข้ออ้างว่าเป็นการปกครองตนเองในทำนองแพทยสถานนั้น เป็นข้ออ้างที่หลงผิด และไม่สำนึกถึงสภาพของการแพทย์กับวิชาชีพทนายความ ที่แตกต่างและเทียบกันไม่ได้ในแง่ที่ว่า ทนายความเป็นเจ้าของหน้าที่ของศาลส่วนหนึ่ง เป็นองค์ประกอบในการอำนวยความยุติธรรมอันเป็นภารกิจของรัฐเกี่ยวกับทรัพย์สิน เสรีภาพและชีวิตของประชาชนที่รัฐจะละเลยเสียไม่ได้ เป็นภารกิจของรัฐที่อารยประเทศทั้งหลายยอมรับ การที่รัฐไม่รับภาระหน้าที่นี้และปล่อยให้องค์กรเอกชนเข้ามาดำเนินการผูกขาดเป็นการที่รัฐไม่สำนึก ไม่ปฏิบัติภารกิจที่อารยรัฐต้องทำ การที่ทนายความเข้ามาทำหน้าที่นี้เองโดยไม่ให้ทางราชการของรัฐเข้ามาดำเนินการเป็นการผูกขาดซึ่งอาจนำไปสู่การแสวงประโยชน์ส่วนตัวขัดกับหลักวิชาชีพที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ยิ่งกว่าประโยชน์ส่วนตัวอันเป็นจุดประสงค์โดยตรงที่ต้องมีการควบคุม

การทำงานของทนายความตามมาตรา 33 คือ แต่งฟ้อง คำให้การฟ้องอุทธรณ์ฎีกา แก้อุทธรณ์ฎีกา คำร้อง คำแถลงเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาล รวมทั้งการว่าคดีดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล ล้วนเป็นการงานอันปฏิบัติอยู่ในศาลทั้งสิ้น จึงเป็นที่เห็นได้ว่าจะให้มีเอกชนเข้าไปมีเอกสิทธิ์ทำงานเหล่านั้นในธุรกิจของศาล โดยตัดโอกาสมิให้ศาลหรือทางราชการหรือหน่วยงานของรัฐเข้ามีส่วนควบคุมด้วยเลยนั้น จะเป็นวิธีการที่ถูกที่ควรได้อย่างไร ในสหรัฐอเมริกาซึ่ง Bar หรือเนติบัณฑิตยสภา เป็นของทนายความล้วนๆ การสอบไล่เพื่อเป็นทนายความยังต้องอยู่ในความควบคุมรับรองของศาลดังกล่าวมาแล้ว

3.3.3 ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากรายชื่อ พ.ศ. 2556

การจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่มีเยาวชนเป็นจำเลยในคดีอาญาของศาลเยาวชนและครอบครัวนั้นเป็นการเล็งเห็นถึงความสำคัญแก่หลักสิทธิเสรีภาพ และการให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชน เนื่องจากเด็กและเยาวชนมีวุฒิภาวะที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ทั้งด้านการเรียนรู้ ด้านอารมณ์ และพฤติกรรม ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี มีประสบการณ์ในการดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่มาก ซึ่งอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ดังนั้น เด็กและเยาวชนจึงอาจไม่ได้กระทำ

ความผิดอันเนื่องมาจากความชั่วของเขาเหล่านั้นแต่เป็นความบกพร่องด้านอารมณ์และพฤติกรรม ดังที่กล่าวมา

เนื่องจากในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิก ตั้งแต่วันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535 อันมีหลักการข้อหนึ่งที่ต้องปฏิบัติตามกล่าวคือ “สิทธิในกระบวนการยุติธรรมของเด็ก ตามรัฐธรรมนูญ” เป็นหลักการที่ว่าเด็กต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม ถูกต้องทั้งพฤติการณ์ แห่งการกระทำความผิดและสิ่งที่เด็กกระทำความผิด และเห็นประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชน มาเป็นอันดับแรก ดังนั้น จึงเป็นที่มาของ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่มีหลักการพิจารณาที่แตกต่างจากคดีทั่วไป

ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนผู้เป็นจำเลยในคดีอาญาได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม และภายใต้อำนาจของพระราชบัญญัติดังกล่าว “ประธานศาลฎีกา” จึงได้ออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 มาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายไว้โดยเฉพาะ โดยข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 มาตรา 121 มาตรา 122 และมาตรา 124 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยบทบัญญัติดังกล่าวแห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 7 ให้ประธานศาลฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ประธานศาลฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจออกกฎกระทรวง ข้อบังคับ ประกาศ หรือระเบียบ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในส่วนที่ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตน กฎกระทรวง ข้อบังคับ ประกาศ หรือระเบียบ เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้”

“มาตรา 121 ที่ปรึกษากฎหมายตามมาตรา 120 ต้องมีคุณสมบัติเป็นทนายความ ตามกฎหมายว่าด้วยทนายความและผ่านการอบรมเรื่องวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว ความรู้เกี่ยวกับจิตวิทยา การสังคมสงเคราะห์และความรู้อื่นที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา”

“มาตรา 122 ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลอาจรับจดแจ้งผู้ที่ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวก็ได้ การจดแจ้งตามวรรคหนึ่ง และการลบชื่อออกจากบัญชีให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา”

“มาตรา 124 ให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจวางระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว”

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 นั้นมีการกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย ได้แก่ การกำหนดหลักสูตร วิธีการอบรม การทดสอบความรู้ ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย และหลักเกณฑ์การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชีผู้ที่ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง โดยมีลักษณะดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.3.3.1 ความหมายของที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อบังคับฯ นี้ได้ให้ความหมายของที่ปรึกษากฎหมายไว้ ดังนี้ “ที่ปรึกษากฎหมาย” หมายความว่า ทนายความซึ่งสอบผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดในข้อบังคับนี้ และได้รับการขึ้นทะเบียนให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

3.3.3.2 หน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย

หน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด เกิดขึ้นเนื่องจากต้องการที่จะให้ที่ปรึกษากฎหมายมีส่วนช่วยให้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชนให้ครบถ้วนในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษา อบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ฐานะของจำเลย สิ่งแวดล้อม ทั้งปวงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชน รวมถึงมีหน้าที่ช่วยศาลหาสาเหตุที่แท้จริงที่เด็กหรือเยาวชนได้กระทำความผิด

เมื่อศาลทราบสาเหตุแล้ว จะทำให้ศาลทราบถึงว่าจะใช้วิธีการสำหรับเด็กอย่างไร เด็กหรือเยาวชนนั้นก็จะกลับตัวเป็นคนดีได้ เพราะพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็ก พนักงานคุมประพฤติ อาจได้ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงเสนอศาลเนื่องจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง อาจเข้าใจผิดคิดว่าจะต้องนำข้อเท็จจริงนั้นไปใช้เป็นผลร้ายแก่เด็กหรือเยาวชนที่ถูกฟ้อง ทำให้ศาลใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม แต่ถ้าที่ปรึกษากฎหมายเป็นผู้สอบข้อเท็จจริงเอง บุคคลดังกล่าวย่อมตั้งใจจะให้ความจริง เพราะคิดว่าจะเอาไปใช้ให้เป็นประโยชน์แก่เด็กหรือเยาวชน⁴⁹

ซึ่งในกรณีดังกล่าวที่ปรึกษากฎหมายจึงมีบทบาทอย่างมากในการเข้าไปรวบรวมข้อเท็จจริงที่จะนำเสนอต่อศาลในการพิจารณา ลงโทษ หรือใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชน ถูกต้อง เหมาะสม ครบถ้วน และสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนได้รับการแก้ไข ฟื้นฟู กลับตัวเป็นพลเมืองดีได้อย่างมีประสิทธิภาพตามสภาพความเป็นจริงของเด็กหรือเยาวชนมากที่สุด

⁴⁹ จาก เอกสารวิจัยส่วนบุคคลในลักษณะวิชาสังคมจิตวิทยา เรื่องบทบาทศาลคดีเด็กและเยาวชนกับความมั่นคงแห่งชาติ (น. 69), โดย ประภาศน์ อวยชัย , 2517, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

นอกจากนั้น ที่ปรึกษากฎหมายยังมีหน้าที่แถลงข้อเท็จจริงอื่นที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชน หรือวิธีการที่เหมาะสมในการที่ศาลจะใช้กับเด็กหรือเยาวชน เพื่อประกอบดุลพินิจของศาลอีกด้วย เช่น ทำผิดเพราะต้องการเงินมาเป็นค่ารักษามารดาที่ป่วย ดังนั้น หากศาลปล่อยเด็กหรือเยาวชน ดังกล่าว ให้ออกไปอยู่กับมารดา ก็สามารถทำให้เด็กกลับตัวเป็นคนดี ไม่กระทำความผิดซ้ำอีกได้ เพราะเด็กหรือเยาวชนไม่ได้กระทำความผิดเพราะนิสัย แต่ถ้าศาลให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปสู่สถาน พินิจและคุ้มครองเด็ก อาจไม่ได้เป็นการช่วยเหลือให้เด็กหรือเยาวชนได้กลับตัวเป็นคนดี แต่จะเป็น การกระตุ้นให้เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวคิดกระทำความผิดได้อีก

ในทางกลับกัน ที่ปรึกษากฎหมายอาจแถลงว่า สาเหตุที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด ครั้งนี้เกิดขึ้นจากนิสัยโดยแท้ของเด็กหรือเยาวชน หากศาลปล่อยตัวเด็กหรือเยาวชนกลับสู่สังคมแต่ ให้มีการคุมประพฤติโดยกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนมารายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติเป็นครั้ง ๆ ไป อาจทำให้เด็กหรือเยาวชนมีแนวโน้มกระทำความผิดซ้ำอีกได้ และที่ปรึกษากฎหมายยังมีหน้าที่ถาม ค้านพยานเพื่อให้ได้ความจริงปรากฏต่อศาล เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยมิให้ ถูกศาลพิพากษาหรือลงโทษหรือใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนเพราะพยานเบิกความเท็จ⁵⁰

เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลมีความละเอียด ซับซ้อน และเป็นการยาก แก่เด็กและเยาวชนที่จะทำความเข้าใจได้ด้วยตนเอง ที่ปรึกษากฎหมายจะได้ทำหน้าที่คอยแนะนำ ให้ คำปรึกษาแก่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยในทุกขั้นตอน ทุกกระบวนการในชั้นศาล รวมถึงการแถลง ต่อศาลในการแสดงความคิดเห็น การปฏิเสธ การปฏิบัติหรือการกล่าวอ้างถึงภาวะทางด้านอารมณ์ หรือสุขภาพ การดูแลรักษา หรือการเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ต่อศาล การซักค้านพยานการ ตรวจสอบเอกสาร บันทึกต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในศาล เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่เป็นเด็ก หรือเยาวชนได้อย่างแท้จริง เด็กหรือเยาวชนจะได้ไม่รู้สึกรู้ว่าไม่มีอำนาจต่อรอง ถูกปฏิเสธแล้วหมด อาลัยว่าปราศจากการได้รับความช่วยเหลือ ส่งผลให้เด็กและเยาวชนได้รับคำแนะนำ ความ ช่วยเหลือจากที่ปรึกษากฎหมาย

3.3.3.3 การควบคุมและกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย

มีการกำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษา กฎหมาย” และให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- 1) กำหนดหลักสูตร วิธีการอบรมและทดสอบความรู้แก่ผู้ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษา กฎหมาย
- 2) พิจารณาการเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย

⁵⁰ หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก. น. 466.

โดยนอกจากนี้ยังมีการออกบัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมาย โดยกำหนดไว้ว่าในกรณีที่ที่ปรึกษาถูกฟ้องหรือถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษาตามกฎหมายตามความถี่ให้บัตรประจำตัวที่ปรึกษาถูกกฎหมายเป็นอันยกเลิกไป

3.3.3.4 การอบรมที่ปรึกษากฎหมาย

มีการกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางประกาศรับสมัครและจัดอบรมความรู้แก่ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในเวลาที่เหมาะสมและเหมาะสม โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับการอบรม ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ
- 2) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี
- 3) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ
- 4) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมา ซึ่งความเสื่อมเสียต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมาย
- 5) ไม่เป็นผู้ถูกเพิกถอนชื่อจากทะเบียนที่ปรึกษาตามกฎหมาย

3.3.3.5 การเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมาย

มีการกำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษาตามกฎหมายได้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- 1) ขาดคุณสมบัติการเป็นทนายความ
- 2) ไม่ปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษาตามกฎหมาย และเสียหายแก่เกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

ในกรณีที่คณะกรรมการมีคำสั่งเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเพิกถอนชื่อผู้นั้นออกจากทะเบียนที่ปรึกษาตามกฎหมาย และแจ้งคำสั่งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลทราบ

จากบทที่ 3 นี้จะเห็นได้ว่า การเป็นที่ปรึกษาของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ในคดีเด็กและเยาวชนศาลจะต้องตั้งทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายให้เด็กและเยาวชนด้วย และคุณสมบัติของการเป็นที่ปรึกษากฎหมายแก่เด็กและเยาวชนนั้น ต่างประเทศมักกำหนดให้ต้องเป็นทนายความ และจะต้องมีประสบการณ์ หรือมีทักษะ ความรู้ความเข้าใจ เกี่ยวกับเรื่องเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดเป็นพิเศษ

นอกจากนั้นยังพบว่าในภูมิภาคอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นในทวีปยุโรป เช่น สาธารณรัฐโครเอเชีย⁵¹ (Republic of Croatia) เครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) ในรัฐควีนส์แลนด์⁵² หรือภูมิภาคในแถบทะเลแคริบเบียนตะวันออกเฉียงใต้ อย่างประเทศเกรเนดา (Grenada)⁵³ ต่างกำหนดให้ทนายความ ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนเช่นกัน โดยมักกำหนดให้ทนายความผู้นั้นต้องเป็นมีประสบการณ์ หรือทักษะ หรือความสนใจในคดีเด็กและเยาวชนเป็นพิเศษ หรือมีการผ่านการอบรมเกี่ยวกับเรื่องเด็กและเยาวชนมาก่อน ทั้งนี้ ผู้วิจัยไม่พบว่าหน่วยงานศาลของแต่ละรัฐนั้นจะเป็นผู้ออกใบอนุญาตให้เหมือนอย่างที่ปรึกษากฎหมายสำหรับเด็กและเยาวชนของประเทศไทยแต่อย่างใด

⁵¹ Juvenile Courts Act, Article 49.

⁵² Youth Justice Act 1992 , Article. 79 Court to check child's legal representation

If a child appears before a court charged with an indictable offence but is not represented by a lawyer, the court may proceed with a hearing and determination only if it is satisfied that the child

(a) has had reasonable opportunity to obtain representation by a lawyer; and

(b) has decided not to be represented by a lawyer.

⁵³ Juvenile Justice Act, 2012. Article 67-68.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเยาวชนและครอบครัว

การดำเนินคดีแก่เด็กและเยาวชนให้เป็นที่ยุติธรรมและให้เด็กและเยาวชนได้รับความคุ้มครองด้านสิทธิ นับว่าที่ปรึกษากฎหมายมีส่วนสำคัญสำหรับกระบวนการดังกล่าว โดยการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนในหลายประเทศนั้น แต่ละประเทศต่างก็มีบทบัญญัติ หรือข้อกำหนดใดๆ เพื่อให้ศาลจัดหาที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 และยิ่งไปกว่านั้น หลายประเทศก็ได้มีบทบัญญัติที่ออกมากำหนด หรือควบคุมที่ปรึกษากฎหมายในลักษณะที่แตกต่างกันไป

ประเทศไทยนั้น มีการออกกฎหมายลำดับรองมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้โดยเฉพาะ อันได้แก่ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาความศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของที่ปรึกษากฎหมาย ตลอดจนการจัดให้มีการอบรมและออกใบอนุญาตสำหรับการเป็นที่ปรึกษากฎหมายของประเทศไทย

จากการที่ได้ศึกษามาในแนวคิด ทฤษฎี หลักพื้นฐานทั่วไปทางกฎหมาย และนิติวิธีทางกฎหมาย พอจะทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความชอบของกฎหมายลำดับรอง ไม่ว่าจะเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมาย หรือหลักสากล ซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายอย่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และลักษณะของข้อบังคับของ ประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 มาแล้วนั้น

เพื่อที่จะสามารถวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมสำหรับกฎหมายลำดับรองในประเด็นปัญหาและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดให้ที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเด็กและเยาวชนจะต้องเข้ารับการอบรมที่จัดขึ้นโดยหน่วยงานศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และการตั้งขึ้นทะเบียน โดยให้มีบัตรประจำตัวที่ปรึกษากับศาลเยาวชนและครอบครัวนั้น มีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด วิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าว โดยนำเอาหลักทฤษฎีแนวคิด มาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหา เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถูกต้อง ประกอบกับได้ศึกษาถึง

ตัวอย่างจากต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทำให้เห็นถึงแนวทางปฏิบัติและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนในต่างประเทศ เป็นต้น

โดยในบทที่ 4 นี้ ผู้วิจัยได้แบ่งลักษณะปัญหาและเสนอแนะแนวทางแก้ไขไว้เป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ ได้แก่ ปัญหาทางวิชาการซึ่งเป็นการวิเคราะห์ถึงความถูกต้องเหมาะสมของปัญหาที่ปรึกษากฎหมายกับหลักการทางกฎหมายต่างๆ พร้อมทั้งแนวทางแก้ไขไว้ในส่วนแรก และอีกส่วนหนึ่ง ได้แก่ ปัญหาของผลกระทบที่เกิดขึ้นตามสภาพความเป็นจริง อันเป็นผลจากการออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 รวมถึงแนวทางการแก้ไขของความเดือดร้อนของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการออกข้อบังคับดังกล่าวอีกด้วย

4.1 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย

จากการศึกษาในบทก่อนหน้านี ทำให้ผู้วิจัยสามารถวิเคราะห์ถึงปัญหาของที่ปรึกษากฎหมาย จากการออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จึงได้สรุปและแนวทางแก้ไขดังต่อไปนี้

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย

จากการวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายในบทที่ 2 นั้น พบว่า จากพื้นฐานของระบบกฎหมายไทย ซึ่งเป็นที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือ Civil Law ซึ่งอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ดังนั้น การออกกฎหมายมาเพื่อบังคับใช้ของหน่วยงานรัฐเอง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎ ข้อบังคับ พระราชกำหนด กฎกระทรวง ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ควรคำนึงถึงหลัก หรือทฤษฎีต่างๆ ของกฎหมายด้วย เพื่อให้กฎหมายที่ออกมานั้นมีความชอบธรรม ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายด้วยกันเอง และยังเป็น การคุ้มครองประชาชนผู้ต้องถูกบังคับใช้กฎหมายให้ เป็นไปตามความยุติธรรม

รวมถึงการที่ได้ศึกษาถึงประสบการณ์ในต่างประเทศ เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายสำหรับคดีเด็กและเยาวชน อาทิ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น

ทำให้ผู้วิจัยสามารถวิเคราะห์ และสรุปผลกระทบของปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวต่อหลักกฎหมายได้ดังต่อไปนี้

4.1.1.1 ผลกระทบต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ภายใต้หลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น ส่งผลให้ต้องสร้างระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ เพราะหากให้กฎหมายอื่นสามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เสียแล้ว คุณค่าของรัฐธรรมนูญก็หายไป¹ ทั้งนี้ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 ซึ่งระบุให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งมิได้ จึงได้มีการกระบวนกรและองค์กรตั้งขึ้นมาเพื่อชี้ขาดปัญหานี้ ซึ่งเป็นที่มาของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 81 ได้กำหนดแนวนโยบายและการยุติธรรมเอาไว้ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายลำดับรองลงมาอย่าง พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ในมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 12 และมาตรา 79 ที่กำหนดให้สภานายทนายความมีหน้าที่ช่วยเหลือประชาชนด้านกฎหมาย และบริการสาธารณะด้านยุติธรรม ดังนั้น สภานายทนายความจึงเป็นองค์กรที่จัดตั้งเพื่อสนองตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายสูงสุดอย่างรัฐธรรมนูญ จึงมีความเหมาะสมอย่างยิ่งในการเป็นหน่วยงานที่จะทำหน้าที่ดูแล และออกกฎระเบียบในการอบรมที่เกี่ยวข้องกับการว่าความ หรือการเป็นที่ปรึกษากฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ที่ปรึกษากฎหมายตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ นั้น จะต้องมีความคุณสมบัติเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความด้วย ลักษณะเช่นนี้คล้ายคลึงกับต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ในรัฐมินนิโซตา หรือแมสซาชูเซตส์ ที่ต่างให้ผู้เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว ต้องมีความคุณสมบัติเป็นทนายความ และอาจมีการกำหนดให้ผ่านการอบรม (Training) ทั้งนี้ เพื่อให้การช่วยเหลือทางคดีแก่เด็กและเยาวชนเป็นไปด้วยความรู้และความเข้าใจจากผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ไม่ว่าจะมีความรู้ทางด้านสังคมสงเคราะห์ หรือประสบการณ์ทางคดีเด็กและเยาวชนในศาลมาก่อน

ดังนั้น การอบรมที่ปรึกษากฎหมายเป็นเรื่องที่หลายประเทศเล็งเห็นถึงความสำคัญ จึงต่างจัดให้มีการอบรมเกิดขึ้น แต่สำหรับประเทศไทยได้มีการกำหนดให้มีขั้นตอนมากขึ้นไปกว่านั้น อันได้แก่การกำหนดให้มีใบอนุญาตสำหรับการเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและ

¹ จาก ถาม-ตอบ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1), โดย มานิตย์ จุมปา, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ครอบครัวอีกหนึ่งใบ ทำให้เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ของทนายความเพียงเพื่อจะปฏิบัติหน้าที่ในศาลเด็กและเยาวชน

ทั้งนี้ ในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษามานั้น ต่างไม่ได้มีการกำหนดให้ต้องมีใบอนุญาตอย่างประเทศไทยด้วยกันทั้งสิ้น โดยในต่างประเทศจะคำนึงถึงประสบการณ์และความรู้ความเข้าใจในการปฏิบัติต่อเด็กในคดีเสียมากกว่า

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการจัดให้มีการอบรมตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ เพราะการอบรมดังกล่าวทำให้ให้ทนายความผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัวนั้น ได้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการปฏิบัติในการให้ความช่วยเหลือทางคดีแก่เด็กและเยาวชนได้อย่างดี และเป็นเรื่องที่น่าที่มีความสำคัญ แต่ด้วยความเกรง ผู้วิจัยนั้นไม่เห็นด้วยกับการสร้างขึ้นตอน หรือภาระหน้าที่เพิ่มเติมโดยไม่จำเป็น จากการต้องมีใบอนุญาตเพิ่มเติมสำหรับการเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ปัญหาทางกฎหมายอีกประการหนึ่ง ได้แก่ กรณีข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ.2556 ซึ่งมีสถานะเป็น “กฎ” จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 ถึงเรื่องการออกกฎนั้นทำให้ทราบว่า กฎ นั้นเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการปฏิบัติราชการ ดำเนินการตามกฎหมาย นโยบาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยกฎจะสร้างรายละเอียดที่กฎหมายให้อำนาจไปบังคับใช้ เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารสัมฤทธิ์ผล ทั้งนี้ นอกจากฝ่ายปกครองที่จะมีอำนาจในการออกกฎแล้ว แต่หน่วยงานส่วนอื่น เช่น ฝ่ายตุลาการ ก็สามารถออกกฎได้เช่นกัน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจบริหารในการออกกฎเพื่อมาควบคุมดูแล หรือบริหารงานภายในองค์กรของตน นอกเหนือจากการใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาตัดสินคดีความตามปกติ โดยกฎนั้นก็ถือเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้น การออกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า จะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า ได้แก่ รัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากข้อบังคับฯ ดังกล่าว มีลักษณะเป็นการจำกัดถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้รับรองเรื่องสิทธิและเสรีภาพเอาไว้ในมาตรา 29 กล่าวคือ เป็นการออกข้อบังคับเพื่อสร้างหลักเกณฑ์ให้ทนายความทุกคนที่จะสามารถเข้ามาเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาของเยาวชนได้นั้น จะต้องผ่านการอบรมและจดทะเบียนชื่อ จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29

ซึ่งการจะจำกัดเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองได้นั้น เป็นเรื่องที่จะต้องออกเป็น “กฎหมาย” มิใช่ “ข้อบังคับ” ดังนั้น ข้อบังคับฯ ดังกล่าวจึงขัดกับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ส่วนแนวทางการแก้ไข หากจะออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงควรต้องออกเป็นกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ ซึ่งออกโดยรัฐสภา ซึ่งถือว่าเป็นการผ่านกระบวนการที่ออกกฎหมายจำกัดสิทธิโดยผ่านเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนแล้ว เมื่อพิจารณาในแง่หลักความ ได้สัดส่วนที่ได้ศึกษามาในบทที่ 2

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคriminalศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กำหนดให้มีการอบรมจดแจ้งชื่อและมีการออกใบอนุญาต กรณีดังกล่าว จึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น และไม่เหมาะสมที่สุดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เนื่องจากมาตรการดังกล่าว มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ทั้งนี้ ย่อมต้องพิจารณาเพื่อนำมาตรการที่เหมาะสมหลายๆ มาตรการมาเปรียบเทียบกัน ว่ามาตรการใดกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

ผู้วิจัยพบว่าปัญหาในการออกข้อบังคับฯ ดังกล่าว เป็นกฎหมายลำดับรองที่ไม่สอดคล้องหลักทฤษฎีทางกฎหมาย เป็นออกข้อบังคับที่การสร้างภาระ เกิดความจำเป็น ทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบ เป็นการกำหนดข้อบังคับที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท หรือเกินอำนาจกฎหมายแม่บท หรือเป็นข้อบังคับที่สร้างภาระเกิดความจำเป็นแก่การบังคับใช้

อีกทั้ง มีข้อที่ควรพิจารณาอยู่คือการออกกฎหมาย เพื่อควบคุมดูแล และกำหนดรูปแบบการบริหารพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในองค์กรของตนนั้น สมควรหรือไม่หาก กฎ หรือข้อบังคับนั้น ต้องไปกระทบกระเทือนต่อองค์กรวิชาชีพ อันมีองค์ความรู้และความชำนาญ สามารถควบคุมสมาชิกภายในกลุ่มได้เอง และมีความเป็นอิสระจากการควบคุมจากคนนอกวิชาชีพ

4.1.1.2 ผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

จากการศึกษาในบทก่อนหน้านี้นั้นในแง่ของสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบวิชาชีพ ทนายความ ทำให้ผู้วิจัยสามารถวิเคราะห์ถึงปัญหาของข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความได้ดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

ประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษา ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัด ความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ดังนั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะตรากฎหมายมาจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบอาชีพ ทัศนคติที่ถูกต้องพิจารณาตาม มาตรา 43 ดังกล่าวด้วย โดยต้องพิจารณาตามความในวรรคสอง ที่บัญญัติให้กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ถ้าไม่มีการกล่าวอ้างดังกล่าวไว้ในกฎหมายก็จะ ถือว่าใช้ไม่ได้ไปทั้งฉบับเพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดรูปแบบในสาระสำคัญ

โดยที่ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฎหมาย พ.ศ. 2528 ได้ให้ความหมายของ ทัศนคติที่ถูกต้องนี้ “ทัศนคติที่ถูกต้อง” หมายความว่า ผู้ที่สถาปนาความได้รับจดทะเบียนและออก ใบอนุญาตให้เป็นทัศนคติที่ถูกต้อง² นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติกฎหมาย พ.ศ. 2528 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็น ทัศนคติที่ถูกต้องหรือต้องห้ามทำการเป็นทัศนคติที่ถูกต้องในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้อง อุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่ บุคคลอื่น...”³ จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นลักษณะในการประกอบวิชาชีพทัศนคติที่ ถูกต้องเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เช่น การเป็นทัศนคติที่ถูกต้องว่าความในศาล แต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การ พิจารณาคดีในศาล⁴ ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการดำเนินการในศาล

แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะในการประกอบวิชาชีพของทัศนคติที่ถูกต้องยังรวมถึงการเป็น ที่ปรึกษาทางคดี ทั้งปัญหาและข้อเท็จจริงทางกฎหมาย และรับทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ ในทาง ธุรกิจการค้าระหว่างเอกชนกับเอกชน ตลอดจนกิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพ กฎหมาย

ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้บุคคลย่อมมีสิทธิในการประกอบกิจการหรือ ประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำ มิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความ มั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษา ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การ

² พระราชบัญญัติกฎหมาย พ.ศ. 2528, มาตรา 4.

³ พระราชบัญญัติกฎหมาย พ.ศ. 2528, มาตรา 33.

⁴ จาก *รวมกฎหมายส่งเสริมวิชาชีพทัศนคติที่ถูกต้อง* (น. 323), โดย ชวลิต อรรถศาสตร์, 2540, กรุงเทพฯ:

คุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจำกัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ประเด็นปัญหาดังกล่าวจากการศึกษาในบทที่ 2 และ 3 นั้น พบว่าการปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนได้ มีลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความ ในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนเป็นจำเลยในศาลเยาวชน ให้ต้องถูกจำกัดเสรีภาพของทนายความในการประกอบอาชีพ และมาตรการดังกล่าวไม่ได้เป็นมาตรการที่ดีที่สุดในการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพอันเป็นข้อยกเว้นตาม มาตรา 43 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่นกัน

การออกข้อบังคับดังกล่าว จึงเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของวิชาชีพทนายความ ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่งผลกระทบต่อวิชาชีพทนายความและสิทธิของประชาชน เนื่องจาก ข้อบังคับดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่เยาวชนเป็นจำเลย จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของทนายความ เพราะทนายความนั้นเป็นวิชาชีพอิสระสามารถว่าความ ได้ที่ราชอาณาจักร ทำให้ทนายความผู้ได้รับใบอนุญาตไม่สามารถว่าความในศาลเยาวชนและครอบครัวตามข้อบังคับดังกล่าวได้ ถือเป็นการลดทอนเสรีภาพของวิชาชีพทนายความ ดังนั้นจึงไม่ควรออกกฎลักษณะดังกล่าวเพื่อจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพทนายความ ซึ่งปัญหานี้ยังส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายหรือจำเลยที่เป็นเยาวชนซึ่งต้องมีทนายความเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาอีกด้วย ซึ่งปัญหานี้จะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในข้อต่อไป

4.1.2 แนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย

การวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวตาม 4.1.1 ผู้วิจัยเห็นว่ากรณี ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาความศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่กำหนดให้ทนายความที่จะสามารถเข้าเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กับจำเลยที่เป็นเยาวชนในคดีอาญาได้ จะต้องผ่านการอบรมของศาลเยาวชนและครอบครัว และได้รับการขึ้นทะเบียนและได้รับบัตรประจำตัวกับศาลเยาวชนและครอบครัวเสียก่อน จากการวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายมหาชนในบทที่ 2 นั้น พบว่า

การออกกฎหมายมาเพื่อบังคับใช้ของหน่วยงานรัฐเอง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรอง ไม่ว่าจะเป็ กฎ ข้อบังคับ พระราชกำหนด กฎกระทรวง

ก็ย่อมต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน จากปัญหาที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงมาข้างต้น เห็นได้ว่าการออกกฎหมายลำดับรองฉบับดังกล่าว ไม่เป็นไปตามหลักการของกฎหมายมหาชน ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าวควรได้รับการแก้ไขให้ถูกต้อง โดยกำหนดให้อำนาจในการอบรม และการควบคุมดูแลที่ปรึกษากฎหมาย เป็นของหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลโดยเฉพาะซึ่งได้บัญญัติไว้ตามกฎหมาย อันได้แก่ พระราชบัญญัติสภาพนายความ พ.ศ. 2528 ด้วยความเคารพ ผู้วิจัยเห็นว่า บทบัญญัติใน ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลงชื่อออกจากบัญชี พ.ศ.2556 ควรยกเลิก บางส่วนใน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) หมวดที่ 1 เรื่องคณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย

(ก) ในข้อ 9 (1) ที่กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมายมีหน้าที่ กำหนด วิธีการอบรม และทดสอบความรู้แก่ผู้ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย เนื่องจากการ กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการให้กำหนดวิธีการอบรมและทดสอบความรู้ นั้นถือว่าเป็น การสร้างภาระเกินสมควรแก่วิชาชีพทนาย และ

(ข) ข้อ 9 (2) ที่กำหนดให้มีการเพิกถอนชื่อผู้จะเข้าเป็นที่ปรึกษากฎหมาย เนื่องจาก ทำให้ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย ต้องอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของศาลไม่สามารถปฏิบัติ หน้าที่ได้อย่างอิสระ⁵ เนื่องจากในกระบวนยุติธรรมนั้น การมีทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายซึ่งทำ หน้าที่ร่วมกับพนักงานสอบสวน อัยการ และศาล ย่อมต้องไม่อยู่ใต้อำนาจการควบคุมจากองค์กร เดียวกันเพื่อการผดุงความถูกต้องเป็นธรรมของกระบวนยุติธรรม

2) หมวด 2 เรื่องการอบรมความรู้ที่ปรึกษากฎหมาย ในข้อ 11 จนถึงข้อ 17 เนื่องจา กเป็นการกำหนดให้ศาลจัดการอบรมที่ปรึกษากฎหมายเสียเอง

3) หมวดที่ 3 บัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมาย ในข้อ 18 และ ข้อ 19 เรื่องการออกบัตร ประจำตัวให้แก่ที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อให้ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ ไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจ จากการต้องมาขึ้นทะเบียนกับศาลเยาวชนและครอบครัว

4) ในส่วนที่ 2 ในเรื่องการเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย ในข้อ 28 ถึง 30 เพื่อให้ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ ไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจจากการต้องมาขึ้นทะเบียนกับ ศาลเยาวชนและครอบครัว

ทั้งนี้ เมื่อยกเลิกในบางข้อของข้อบังคับฯ ดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ก็ให้มีการออก กฎหมายลำดับรองจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ขึ้นมาใหม่เพื่อทำหน้าที่ควบคุมดูแล

⁵ นายสัก กอแสงเรือง. บทบาททนายความในกระบวนยุติธรรม. สืบค้น 2 เมษายน 2559, จาก

จัดการอบรมและกำหนดหลักสูตรการอบรมที่ปรึกษากฎหมายแทน โดยอาจมีการกำหนดคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายว่าต้องผ่านการอบรมตามหลักสูตร แต่ไม่จำเป็นต้องไม่ต้องจัดให้มีใบอนุญาตอีก

4.2 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเยาวชนและครอบครัว ที่ส่งผลกระทบต่อหน่วยงานซึ่งควบคุมที่ปรึกษากฎหมายและผลกระทบต่อเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

สำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้บัญญัติให้มี “ที่ปรึกษากฎหมาย” เพื่อปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทนของเด็กและเยาวชนที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ตั้งแต่ในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาคดี ทั้งนี้ มีบทบัญญัติเรื่องที่ปรึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของที่ปรึกษากฎหมายที่ต้องเป็นทนายความและผ่านการอบรมความรู้ตามหลักสูตร ซึ่งกำหนดโดยข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ การออกข้อบังคับฯ ของประธานศาลฎีกา เกี่ยวการจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชีที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง และการให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว เป็นต้น

โดยอาศัยบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ประธานศาลฎีกาจึงได้ออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 11 มีนาคม พ.ศ. 2556 โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้ที่ปรึกษากฎหมายเป็นทนายความที่สอบผ่านการอบรมตามหลักสูตร และได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง กำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย กำหนดหลักสูตรการอบรมความรู้ที่ปรึกษากฎหมาย กำหนดรูปแบบของบัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมาย กำหนดระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่และการดำรงตน รวมทั้งการเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย และกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการจดทะเบียนและการลบชื่อออกจากบัญชีรับจดทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง

แต่ทั้งนี้ กลับปรากฏว่า ข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวหลายประการได้ส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ตกเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาซึ่งเป็นประธานของคดี จึงยังไม่อาจบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างแท้จริง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเยาวชนและครอบครัวที่ส่งผลกระทบต่อหน่วยงานซึ่งควบคุมที่ปรึกษากฎหมายและเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

จากการที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ได้ศึกษามาในบทที่ 2 และ 3 นั้น พบว่ามีส่วนที่ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมาย อันได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเป็นโครงสร้างสำคัญของระบบกฎหมายเพื่อให้กฎหมายที่มีผลออกมาบังคับใช้มีความถูกต้องและเป็นธรรม ดังนั้น เมื่อมีกฎหมายดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักการ จึงมีผลกระทบต่อการบังคับใช้และผู้ที่ต้องถูกบังคับใช้ภายใต้กฎหมายนี้ ซึ่งก็คือหน่วยงานที่จะทำการควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย และผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาได้ ดังจะกล่าวดังต่อไปนี้

4.2.1.1 ผลกระทบต่อหน่วยงานที่ควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นหน่วยงานที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยตรงในการดูแลและควบคุมทนายความ โดยสภาทนายความได้ถูกกำหนดวัตถุประสงค์ไว้ตามมาตรา 7 ดังนี้

“มาตรา 7 สภาทนายความมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพทนายความ
- (2) ควบคุมมรรยาทของทนายความ
- (3) ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของสมาชิกสภาทนายความ
- (4) ส่งเสริมและจัดสวัสดิการให้แก่สมาชิกสภาทนายความ
- (5) ส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ ประชาชนในเรื่องที่

เกี่ยวกับกฎหมาย”

นอกจากนี้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ยังได้ให้อำนาจสภาทนายความไว้ในมาตรา 8 ดังนี้

“มาตรา 8 สภาทนายความมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) จดทะเบียนและออกใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้
- (2) ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภาทนายความและตามอำนาจหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2553 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 21

พฤษภาคม พ.ศ. 2554 และปรากฏเหตุผลในการประกาศใช้เพื่อให้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ และโครงสร้างใหม่โดยการแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม มีสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นอิสระ และกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงยุติธรรม ประกอบกับการที่สมควรปรับปรุงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพ และวิธีปฏิบัติต่อเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว รวมทั้งส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัว ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

ผลคือ การขึ้นทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายและการเพิกถอนจากทะเบียนเมื่อผ่านการอบรมทดสอบความรู้แล้ว ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ได้กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางจัดทำทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายซึ่งมีผลบังคับในศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลทั่วราชอาณาจักร และแจ้งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลทราบ โดยอธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเป็นผู้ออกบัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมาย ในลักษณะเป็นใบอนุญาต สำหรับการพิจารณาเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ยังกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมายเมื่อปรากฏเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1) ขาดคุณสมบัติการเป็นทนายความ หรือ
- 2) ไม่ปฏิบัติตามระเบียบของที่ปรึกษากฎหมายและเสียหายแก่เกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ โดยที่ปรึกษากฎหมายมีโอกาสที่จะชี้แจงต่อคณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย หากมีการรับฟังข้อเท็จจริงใดที่เป็นผลร้ายแก่ที่ปรึกษาภาษะนั้น

ส่วนเรื่องการจัดแจ้งที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งและการลบชื่อจากบัญชีรับจัดแจ้งตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้บัญญัติให้ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาล มีอำนาจหน้าที่ในการรับจัดแจ้งผู้ที่ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา โดยกำหนดผู้รับผิดชอบราชการศาลมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความเหมาะสม เพื่อจัดแจ้งชื่อที่ปรึกษากฎหมายในบัญชีที่ปรึกษากฎหมาย รวมทั้งบันทึกไว้ในทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายสำหรับการลบชื่อออกจากบัญชีรับจัดแจ้งที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง จะดำเนินการเมื่อครบห้าปีนับแต่วันจัดทำโดยสามารถยื่นคำขอเพื่อเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งต่อไปได้ นอกจากนี้

ผู้รับผิดชอบราชการศาลยังอาจลบชื่อที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งออกจากบัญชีรับจดทะเบียนได้ในกรณีดังนี้⁶

- 1) ที่ปรึกษากฎหมายขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม
- 2) ถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย
- 3) ศาลสั่งเพิกถอนที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งนั้นเนื่องจากไม่มีความเหมาะสมที่จะ

เป็นผู้ช่วยเหลือจำเลยในคดีและผู้รับผิดชอบราชการศาลนั้นเห็นสมควรให้ลบชื่อจากบัญชีจดทะเบียน

ผลในทางปฏิบัติของข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ได้แก่ การที่ปรึกษากฎหมายหรือผู้ซึ่งเป็นทนายความ ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางทะเบียน จากการกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนรายชื่อที่ปรึกษา มีการเพิกถอนจากทะเบียนเมื่อผ่านการอบรมทดสอบความรู้ สำหรับการพิจารณาเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย ตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ยังกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมายอีกด้วย เป็นการใช้อำนาจควบคุมทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่เข้าซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของสภาทนายความ ตามพระราชบัญญัติสภาทนายความ พ.ศ. 2528 จึงทำให้หน่วยงานที่จะเข้ามาควบคุมที่ปรึกษากฎหมายไม่ชัดเจน ไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย ส่งผลให้การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนจึงขาดความต่อเนื่อง และความเข้าใจเกี่ยวกับคดี จึงไม่อาจนำไปสู่ผลในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

4.2.1.2 ผลกระทบต่อเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ประกอบกับข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ที่กำหนดเงื่อนไขให้ที่ปรึกษากฎหมายต้องผ่านการอบรมจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลางนั้น เป็นเหตุให้ที่ปรึกษากฎหมายที่เคยปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัวอยู่เดิม ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อีก ซึ่งรวมทั้ง ทนายความและผู้ขึ้นทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายเดิม เป็นเหตุให้จำนวนที่ปรึกษา

⁶ ข้อ 36 ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลลบชื่อที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งออกจากบัญชีรับจดทะเบียน เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

- (1) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 32
- (2) ถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามข้อ 28
- (3) ศาลสั่งเพิกถอนที่ปรึกษากฎหมายตามมาตรา 125 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชน และครอบครัว

และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และผู้รับผิดชอบราชการศาล เห็นสมควรให้ลบชื่อออกจากบัญชีรับจดทะเบียน เมื่อลบชื่อออกจากบัญชีรับจดทะเบียน ให้แจ้งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางทราบ เพื่อบันทึกไว้ในทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย

กฎหมายมีไม่เพียงพอกับความต้องการที่ปรึกษากฎหมายในคดีซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัว⁷

ระบบที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวน พบว่า การจัดหาที่ปรึกษากฎหมายเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในชั้นสอบสวน โดยเฉพาะในขั้นตอนการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำ ยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายเพราะยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับระบบการบริหารจัดการที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวน กล่าวคือจำนวนที่ปรึกษากฎหมายไม่เพียงพอ เนื่องจากไม่มีระบบการขึ้นทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายต่อสถานีตำรวจหรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ประกอบกับข้อขัดข้องในการประสานบัญชีรายชื่อที่ปรึกษากฎหมายจากศาลเยาวชนและครอบครัว อีกทั้ง ข้อจำกัดในการเบิกจ่ายค่าตอบแทนที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวนซึ่งยังขาดเจ้าภาพที่แน่นอนทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีบัญชีรายชื่อที่ปรึกษากฎหมายที่จะเรียกเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ในชั้นสอบสวนได้อย่างสมบูรณ์

ทั้งนี้ แนวทางในการตีความกฎหมายปัจจุบันในกรณีที่ไม่มีที่ปรึกษากฎหมายซึ่งผ่านการอบรมและขึ้นทะเบียนต่อศาลเยาวชนและครอบครัวเข้าร่วมในชั้นสอบสวน คือ พนักงานอัยการจะไม่สั่งฟ้องคดีเนื่องจากสำนวนสอบสวนไม่ชอบ เนื่องจากถือว่าการเข้าร่วมการแจ้งข้อกล่าวหาและการสอบปากคำของที่ปรึกษากฎหมายชั้นสอบสวนเป็นสาระสำคัญ ซึ่งทำให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้อง ตามมาตรา 120 และมาตรา 121 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁸

ส่วนการดำเนินคดีอาญากรณีที่ผู้ต้องหาเป็นเด็กหรือเยาวชน แม้บทบัญญัติของกฎหมายจะให้ที่มีที่ปรึกษากฎหมายเข้าร่วมการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำ แต่การตีความกฎหมายยังแคบ กล่าวคือ เพียงให้ที่ปรึกษากฎหมายเข้าร่วม จึงไม่สามารถให้คำปรึกษาหรือปฏิบัติหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่มุ่งประสงค์คุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นอันดับแรก

จะเห็นได้ว่าปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว นอกจากจะส่งผลกระทบต่อแก่นายความผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อเนื่องเกี่ยวกับระบบการดำเนินการคดีและที่สำคัญคือส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนด้วย

⁷ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่องคุณสมบัติและบทบาทของที่ปรึกษากฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน. กม.คปก.(ก) ที่ 43/2558.

⁸ แหล่งเดิม.

4.2.2 แนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวที่ส่งผลกระทบต่อหน่วยงานซึ่งควบคุมที่ปรึกษากฎหมายและเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ได้ออกมาโดยมีความมุ่งหมายคือ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพและวิธีปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเด็กและเยาวชน โดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 เป็นสำคัญ

แต่ทั้งนี้ สาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมายบางมาตรา และที่ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ยังไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขที่เป็นระบบ ประกอบกับการตีความบังคับใช้กฎหมายยังมีข้อจำกัดหลายประการ ซึ่งรวมทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย การกำหนดคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายซึ่งต้องผ่านการอบรม และการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชนอื่นๆ เป็นเหตุให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนหลายกรณียังมีอจบรรลุเป้าหมายในการรับรองคุ้มครอง ตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เป็นสิ่งสำคัญ และต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ จากการวิเคราะห์ปัญหาตามข้อ 4.2.1 ผู้วิจัยเห็นว่ามีความจำเป็นต้องแก้ไขดังต่อไปนี้

1) ควรมีการแก้ไขอำนาจของหน่วยงานที่จะเข้ามากำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย โดยให้ยกเลิกเงื่อนไขที่ว่า ต้องให้ที่ปรึกษากฎหมายต้องผ่านการอบรม ตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฯ ในข้อนี้เสีย และบัญญัติแก้ไขใหม่โดยกำหนดให้เป็นการให้ผ่านการอบรมการเป็นที่ปรึกษากฎหมายจากสภาพนายความฯ เพื่อให้สภาพนายความฯ ที่มีอำนาจในการดูแลและควบคุมทนายความอยู่แล้วได้ใช้อำนาจโดยชอบธรรมตาม พระราชบัญญัติสภาพนายความ พ.ศ. 2528 ในการดูแล และควบคุมทนายความได้อย่างชอบธรรมและมีความชัดเจน

โดยอาจมีการร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานของศาลเยาวชนและสภาพนายความ ในการกำหนดหลักสูตร หรือการจัดวิทยากรผู้อบรม เพื่อให้สามารถถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ ไม่ว่าจะเป็นด้านจิตวิทยา ด้านการสังคมสงเคราะห์ หรือด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ให้สามารถทำงานเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยในคดีอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก

2) จากปัญหาการมีที่ปรึกษาไม่เพียงพอที่จะให้การช่วยเหลือแก่เด็กหรือเยาวชนคนผู้เป็นจำเลยในคดีอาญาอันเนื่องมาจากการต้องผ่านการอบรมที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและครอบครัว พ.ศ. 2553 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 นั้น

ในขณะที่ยังไม่มีกรแก้ไขกฎหมายนี้ กรณีที่เด็กหรือเยาวชนที่ เป็นผู้ต้องหา หรือจำเลย มีความประสงค์ที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย จากทนายความที่ตนไว้วางใจมากกว่าที่ปรึกษากฎหมาย ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลเด็กและเยาวชน ควรเปิดโอกาสให้ทนายความดังกล่าวสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยอาศัยมาตรา 114⁹ แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยศาลอาจเปิดโอกาสให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วย หรือบุคคลซึ่งให้การศึกษา ให้ทำงาน หรือมีความเกี่ยวข้อง แลกงข้อเท็จจริง ความรู้สึก และความคิดเห็นตลอดจน ระบุและซักถามพยานได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ ในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีนั้น เพื่อความสอดคล้องกับหลักการการดำเนินคดีที่เป็นธรรมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและหลักการสากล

⁹ มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

“การพิจารณาคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนเป็นจำเลย ไม่ต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาโดยเคร่งครัด และให้ใช้ถ้อยคำที่จำเลยสามารถเข้าใจได้ง่ายกับต้องให้โอกาสจำเลย รวมทั้งบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วย หรือบุคคลซึ่งให้การศึกษา ให้ทำงาน หรือมีความเกี่ยวข้อง แลกงข้อเท็จจริง ความรู้สึก และความคิดเห็นตลอดจนระบุและซักถามพยานได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ ในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีนั้น”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว จากการออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ออกตามอำนาจของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เมื่อได้วิเคราะห์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และตามหลักกฎหมายมหาชนนั้น โดยผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายต่างๆ ทำให้ทราบถึงที่มาและหลักเกณฑ์ และปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวในบางประการที่ไม่สอดคล้อง และไม่ปฏิบัติตามหลัก หรือทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งเป็นหลักสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานอารยประเทศ

รวมถึงปัญหาจากการออกข้อบังคับฯ เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว ที่เป็นการขัดต่อหลักสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้ศึกษามาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ เช่น พบว่ามีลักษณะไม่ปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายจากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษา ค้นคว้า ในเรื่องหลักสัดส่วน และพบว่าไม่ได้เป็นไปตาม หลักสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองไว้ จากปัญหาทางเนื้อหาของกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ผู้วิจัยได้กล่าวข้างต้นนั้น เป็นผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมา อันได้แก่

ปัญหาหน่วยงานที่จะทำหน้าที่ควบคุมทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายนั้น ถูกแทรกแซงอำนาจ ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในอำนาจของหน่วยงานผู้ที่จะเข้ามาควบคุม ดูแล และกำกับทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมาย อีกทั้ง ยังมีผลกระทบต่อเนื่อง ไปยังเด็กหรือเยาวชน ผู้ที่เป็นจำเลยในคดีอาญา ที่มีความจำเป็นต้องได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายจากที่ปรึกษา กฎหมายอีกด้วย ดังนั้น จึงไม่ควรให้กฎหมายดังกล่าวที่ขัดต่อหลักกฎหมายมีผลบังคับใช้ต่อไป อันจะทำให้ส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานทางวิชาการในการออกกฎหมายต่อไปได้ อีกทั้ง ยังส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายอีกด้วย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงได้ทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว และจากการศึกษาพบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการออกข้อบังคับดังกล่าวเป็น 2 ประการ อันได้แก่ ข้อ 4.1 และ ข้อ 4.2 ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่ได้นำมาวิเคราะห์ และศึกษาเปรียบเทียบกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักสิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่ปรึกษากฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ จากการศึกษาถึงทำให้มองเห็นสภาพปัญหาของการออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดทะเบียนและลงชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 นี้

ผู้วิจัยตระหนักว่า การใช้อำนาจทางปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นเป็นเรื่องสำคัญต่อการปกครองของประเทศ มิอาจปล่อยให้กฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบมีผลบังคับใช้ต่อไป อันจะทำให้เกิดความสับสนในทางวิชาการ และเกิดผลกระทบต่อสังคมจากการออกข้อบังคับที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับการออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดทะเบียนและลงชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ที่ได้ศึกษามาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ หากได้รับการปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานที่มีอำนาจในการจัดอบรมที่ปรึกษากฎหมาย และควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน และนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน เชื่อได้ว่าสภาพปัญหาดังกล่าวอาจหมดไปได้ อันจะส่งผลและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาประชาธิปไตยที่แท้จริงได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว และได้ศึกษาถึงหลักเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว หลักสิทธิและเสรีภาพ และหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เห็นถึง ข้อดีและข้อเสียต่างๆ จึงสรุปตามแนวทางแก้ไขได้ดังนี้

5.2.1 ปัญหาเนื้อหากฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายไม่เป็นไปตามหลักกฎหมาย ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาทบทวนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หรือสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองไว้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป

ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติใน ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและการลงชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ควรยกเลิกในบางส่วนของข้อบังคับ อันเกี่ยวกับการให้ศาลเยาวชนและครอบครัวต้องจัดการอบรมและ

ขึ้นทะเบียนออกบัตรประจำตัวหรือใบอนุญาตให้แก่ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ โดยให้มีการออกกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ออกมาเพื่อควบคุมดูแลและจัดการอบรมที่ปรึกษากฎหมายแทน โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้มีใบอนุญาตอีก ซึ่งหน่วยงานผู้ทำการดูแลและควบคุมควรเป็น “สภาทนายความ” ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ชอด้วยกฎหมายในการดูแล และควบคุมทนายความรวมทั้งที่ปรึกษากฎหมาย น่าจะเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมที่สุดในการคุมที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวนี้

โดยสภาทนายความควรจะเป็นผู้จัดการอบรมที่ปรึกษาโดยอาจมีการร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานของศาลเยาวชนและครอบครัวและสภาทนายความ ในการกำหนดหลักสูตร หรือการจัดวิทยากรผู้อบรมเพื่อให้สามารถถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ ไม่ว่าจะเป็นด้านจิตวิทยา ด้านการสังคมสงเคราะห์ หรือด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ให้สามารถทำงานเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยในคดีอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก

5.2.2 ปัญหาต่อเนื่องจากการที่หน่วยงานผู้เข้าควบคุมทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมาย ต้องถูกแทรกแซงอำนาจจึงเกิดผลกระทบ คือ การมีที่ปรึกษากฎหมายไม่เพียงพอที่จะให้การช่วยเหลือแก่เด็กหรือเยาวชนผู้เป็นจำเลยในคดีอาญา อันเนื่องมาจากการต้องผ่านการอบรมที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 นั้น

ในขณะที่ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมาย กรณีที่เด็กหรือเยาวชนซึ่งเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย มีความประสงค์ที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากทนายความที่ตนไว้วางใจมากกว่า ที่ปรึกษากฎหมายที่ได้รับการขึ้นทะเบียนจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลเด็กและเยาวชน ควรเปิดโอกาสให้ทนายความดังกล่าวสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยอาศัยมาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อความสอดคล้องกับหลักการการดำเนินคดีที่เป็นธรรมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

กรม
บรรณานุกรม
ค

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- คณิน บุญสุวรรณ. (2547). *คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน*. กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ
- คณะกรรมการนโยบายแห่งชาติว่าด้วยการพัฒนากฎหมาย. *ข้อเสนอสรุปการศึกษาวิจัยกฎหมายที่มี
บทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของ
ประชาชน*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://web.krisdika.go.th/>
- คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. *บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่องคุณสมบัติและบทบาทของ
ที่ปรึกษากฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน*. กม.คปก.
(ก) ที่ 43/2558, (2558).
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2550). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน
(พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- เจดน์ สดาวรสีลพร. *ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วยนิติรัฐกับลำดับชั้นของกฎหมาย*. ศูนย์ศึกษา
กฎหมายปกครองระหว่างประเทศ สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ
สำนักงานศาลปกครอง. ม.ป.ป.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). *กฎหมายมหาชน: ความเป็นมาทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*
กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- ทองพูน ดันอมาตยรัตน์. สาชิต ผ่องปัญญา. *ภาษีอากรสำหรับวิชาชีพทนายความ*. *สรรพากรศาสตร์*
2551.
- นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์. (2548). *กฎหมายที่เด็กควรรู้*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
- น้ำแท้ มีบุญสวัสดิ์. (2552). *กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศอังกฤษ*. จุฬาลงกรณ์
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (25447). *หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม
รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม
- บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์

- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2559). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 14). ตำราและเอกสารประกอบการสอน
คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2543). *หลักวิชาชีพนักกฎหมายในภาคพื้นยุโรป*. หนังสือรวมคำบรรยายหลัก
วิชาชีพนักกฎหมาย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ประเสริฐ สุขสบาย. (2549). *การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต).
- ปัญญาพัฒน์ บัวพวงชน. (2547). *บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาล
เยาวชนและครอบครัว* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์
- พรชัย เลื่อนฉวี. (2550). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต
- พิชัย พีชมงคล. *การปฏิรูปทางการเมืองกับรัฐธรรมนูญใหม่* (ตอนที่ 2). สืบค้น 12 มีนาคม 2558,
จาก www.dlo.co.th.
- พลเอก พิสิษฐ์สังฆการ. (2542). *คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธี
พิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร
พริ้นติ้งกรุ๊ป
- พงษ์พิไลย์ วรรณราช. บทความเรื่อง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” แท้จริงแล้วเหมือนกันอย่างไร.
สืบค้น 25 เมษายน 2558, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act83.htm>
- ภัทรวรรณ อุซุงศ์อมร. (2545). *การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2540 มาตรา 29: ศึกษาเฉพาะกรณีการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ
ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ* (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- มานิตย์ จุมปา. (2551). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)*.
(พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- มานิตย์ จุมปา. (2553). *ถาม-ตอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย
- วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. (2537). *มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตาม
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก*. คุณภาพ, 5, 41.

- วรวจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- สุชาติ แนวประเสริฐ. (2552). *สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- สมยศ เชื้อไทย. (2557). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, และกล้า สมุทวณิช. (2546). *การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สรวิศ ลิ้มปริงยี. *สัมปัสคคีที่จุดประกายหลักแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*. สืบค้น 7 มีนาคม 2558, จาก <http://www.library.coj.go.th>
- สรุปการสัมมนาทางวิชาการ. (2558). หัวข้อ “เข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เข้าใจถึงความ เป็นธรรม” ณ โรงแรม เดอะ สุโกศล กรุงเทพฯ
- สำนักกฎหมาย, กรมสรรพากร. การตอบข้อหารือเรื่อง “ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา กรณีการจ่ายค่าที่ปรึกษากฎหมาย” เลขที่หนังสือ กค 0706/3021 วันที่ 26 มีนาคม 2546. สืบค้น 22 สิงหาคม 2557, จาก <http://www.rd.go.th/publish/24802.0.html>
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *สิทธิเด็กตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ*. จุลสารสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: กลุ่มงานผลิตเอกสารสำนักประชาสัมพันธ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, กรกฎาคม 2555.
- อมร รักษาสัตย์. (2541). *รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์*. กรุงเทพฯ: ด้านสุทธาการพิมพ์
- อังคณา ร่วมไทย. (2549). *ภาวะภาษีของวิชาชีพทนายความ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2557). (บรรณาธิการ). *60 ปี ความมุ่งมั่นของคนตัวตนของอาจารย์วรวจน์*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2552). *นิติรัฐ นิติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 1). (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- อัคราทร จุฬารัตน์. (2553). (บรรณาธิการ). *รวมบทความกฎหมาย ของประธานศาลปกครองสูงสุด* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง

ภาษาต่างประเทศ

Coffey R. Alan. (1974). *Juvenile Justice As A System : Law Enforcement To Rehabilitation* New Jersey : Prentice – Hall. Inc,

Heinrich Bernd, Berlin, Kherkheulidze Irine, Tbilisi. (2014). *Perfection of the Trends in Juvenile Justice Systems On the basis of comparison of German, Georgian and the U.S. juvenile law.* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

Skoler L. Daniel. *The Right to Counsel and the Role of Counsel in Juvenile Court Proceedings.* Indiana Law Journal: Vol. 43. n.d.

Caldwell G. Robert, Black A. James. (1971). *Juvenile Delinquency new York USA* (Ronald Press Co.)

Ministry Of Justice. (2013). *Code Of Practice For Youth Conditional Cautions March 2013.*

London: The Stationery Office Retrieved May 12, 2016. from www.justice.gov.uk

National Conference OFS Tate L Legislatures. (2015). *Trends In Juvenile Justice State Legislation 2011-2015.* s.l.

National Juvenile Defender Center. (2009). *Role Of Juvenile Defense Counsel In Delinquency Court.* s.l.

Streib L. Victor. (1978). *Juvenile Justice In America* (Kennikat Press).

Texas Indigent Defense Commission And The Texas Juvenile Justice Department. *Indigent Defense In The Texas Juvenile Justice System.* (Austin, Texas 2014).

The Law Library of Congress. (2007). *Germany: Children's Rights.* s.l.

The Law Library of Congress. (2007). *UK England and Wales: Children's Rights.* s.l.

ภาคผนวก

**ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา
ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย
การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี
พ.ศ. ๒๕๕๖**

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๗ มาตรา ๑๒๑ มาตรา ๑๒๒ และมาตรา ๑๒๔ แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๕๓ ประธานศาลฎีกาออกข้อบังคับไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ข้อบังคับนี้เรียกว่า “ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. ๒๕๕๖”

ข้อ ๒ ข้อบังคับนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ ในกรณีที่มีระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับข้อบังคับนี้ ให้ปฏิบัติตามข้อบังคับนี้

ข้อ ๔ ในข้อบังคับนี้

“ศาลเยาวชนและครอบครัว” หมายความว่า ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัด หรือแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

“ผู้รับผิดชอบราชการศาล” หมายความว่า อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัด หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดแผนกคดีเยาวชนและครอบครัว

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย

“อธิบดี” หมายความว่า อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

“ผู้อำนวยการ” หมายความว่า ผู้อำนวยการสำนักอำนวยการประจำศาลเยาวชนและครอบครัว หรือผู้อำนวยการสำนักงานประจำศาลเยาวชนและครอบครัว

“ที่ปรึกษากฎหมาย” หมายความว่า ทนายความซึ่งสอบผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดในข้อบังคับนี้ และได้รับการขึ้นทะเบียนให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

หมวด ๑
คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อ ๕ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษา
กฎหมาย” ประกอบด้วย

- (๑) อธิบดี เป็นประธาน
 - (๒) รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหนึ่งคนที่อธิบดีมอบหมาย
 - (๓) ผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรมหนึ่งคน
 - (๔) ผู้แทนสหภาพนายความหนึ่งคน
 - (๕) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิสามคนประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก
และเยาวชน ผู้เชี่ยวชาญด้านจิตวิทยา และผู้เชี่ยวชาญด้านการสังคมสงเคราะห์ด้านละหนึ่งคน
ซึ่งคัดเลือกและแต่งตั้งโดยอธิบดี
 - (๖) เลขาธิการศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเป็นกรรมการและเลขานุการ
 - (๗) ผู้อำนวยการสำนักอำนวยการประจำศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง
เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ
- ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสามปี

ข้อ ๖ นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามข้อ ๕ (๕)
พ้นจากตำแหน่งเมื่อ

- (๑) ตาย
- (๒) ลาออก
- (๓) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๔) เป็นบุคคลล้มละลาย
- (๕) ต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก

ข้อ ๗ ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ให้อธิบดีแต่งตั้ง
บุคคลซึ่งมีคุณสมบัติตามข้อ ๕ (๕) เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิแทน และให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งดำรงตำแหน่ง
แทนอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการซึ่งตนแทน

ข้อ ๘ ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งครบวาระแล้ว แต่ยังมีได้มีการ
แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่พ้นจากตำแหน่งตามวาระปฏิบัติหน้าที่
ไปพลางก่อน

ข้อ ๙ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (๑) กำหนดหลักสูตร วิธีการอบรมและทดสอบความรู้แก่ผู้ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษา
กฎหมาย
- (๒) พิจารณาการเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

ข้อ ๑๐ ในการประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมคณะกรรมการให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

หมวด ๒

การอบรมความรู้ที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อ ๑๑ ให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางประกาศรับสมัครและจัดอบรมความรู้แก่ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในเวลาที่เหมาะสม

ข้อ ๑๒ ผู้สมัครเข้ารับการอบรมต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ
- (๒) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี
- (๓) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ
- (๔) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมาย
- (๕) ไม่เป็นผู้ถูกเพิกถอนชื่อจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามข้อ ๒๘ (๒)

ข้อ ๑๓ ให้ผู้ประสงค์จะสมัครเข้ารับการอบรมยื่นใบสมัครตามแบบที่อธิบดีกำหนดต่อผู้อำนวยการ

ข้อ ๑๔ ให้ผู้อำนวยการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับการอบรม แล้วทำความเห็นเสนอต่อผู้รับผิดชอบราชการศาลเพื่อพิจารณาประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิเข้ารับการอบรม

ข้อ ๑๕ การจัดอบรมแก่ผู้สมัครเข้ารับการอบรมให้เป็นไปตามหลักสูตรและวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกอบด้วยเนื้อหาวิชาดังต่อไปนี้

- (๑) สิทธิเด็ก
- (๒) วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว
- (๓) จิตวิทยา การสังคมสงเคราะห์ และการให้คำปรึกษา
- (๔) การวิเคราะห์สาเหตุแห่งการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชน
- (๕) การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เยาวชนและครอบครัว
- (๖) ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว
- (๗) ความรู้อื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อ ๑๖ ผู้มีสิทธิเข้ารับการอบรมตามข้อ ๑๔ ต้องเข้ารับการอบรมไม่น้อยกว่าร้อยละ ๘๐ ของเวลาการอบรมทั้งหมด และผ่านการทดสอบความรู้ตามวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

ข้อ ๑๗ ให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางจัดทำทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย และแจ้งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลทราบ

หมวด ๓

บัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อ ๑๘ ให้อธิบดีออกบัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมายตามแบบที่อธิบดีกำหนด

ข้อ ๑๙ ในกรณีที่ที่ปรึกษากฎหมายถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามความในหมวด ๔ ส่วนที่ ๒ ให้บัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมายเป็นอันยกเลิกไป

หมวด ๔

ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย

ส่วนที่ ๑

การปฏิบัติหน้าที่และการดำรงตน

ข้อ ๒๐ ที่ปรึกษากฎหมายจักต้องรักษาไว้ซึ่งอุดมการณ์และมรรยาทแห่งวิชาชีพ หมายความว่าเคร่งครัด โดยไม่กระทำการใดๆ อันอาจนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ มีความยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรม อยู่ในกรอบของศีลธรรม ซื่อสัตย์สุจริต ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ทั้งจักต้องวางตนให้เป็นที่ยอมรับศรัทธาของบุคคลทั่วไป

ข้อ ๒๑ ที่ปรึกษากฎหมายพึงใฝ่หาความรู้ เพิ่มพูนทักษะในการทำงาน ติดตามการพัฒนาทางกฎหมายตลอดจนชวนช่วยศึกษาเพิ่มเติมทั้งในวิชาชีพของตนและความรู้รอบตัวอย่างสม่ำเสมอ

ข้อ ๒๒ ที่ปรึกษากฎหมายพึงสนับสนุน ส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนได้รับโอกาสเข้าสู่มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา ๘๖ หรือมาตรา ๘๐ และการแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ก่อนมีคำพิพากษาตามมาตรา ๑๓๒ แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๕๓

ข้อ ๒๓ ที่ปรึกษากฎหมายจักต้องเก็บรักษาบรรดาข้อมูลหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ตนได้รู้เห็นมาอันเนื่องจากการทำหน้าที่ไว้เป็นความลับ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล หรือเป็นกรณีที่ต้องเปิดเผยตามที่กฎหมายกำหนด

ข้อ ๒๔ ที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งจักต้องไม่เรียกหรือรับค่าตอบแทนหรือค่าใช้จ่ายใดๆ จากฝ่ายเด็กหรือเยาวชนในคดีที่ตนได้รับแต่งตั้ง

ข้อ ๒๕ เมื่อเกิดการขัดแย้งกับฝ่ายเด็กหรือเยาวชนที่จะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมายควรถอนตัว

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

การถอนตัวจากการเป็นที่ปรึกษากฎหมายตามวรรคหนึ่ง จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าตามสมควร เพื่อให้ศาลหรือฝ่ายเด็กหรือเยาวชนมีเวลาพอที่จะแต่งตั้งหรือหาที่ปรึกษากฎหมายคนใหม่ แล้วแต่กรณี

ข้อ ๒๖ ที่ปรึกษากฎหมายจักต้องมีความสุภาพเรียบร้อย สำนวณกิจยามารยาท และมีอัธยาศัย ห้ามมิให้ดูหมิ่นเหยียดหยามบุคคลใดๆ

ข้อ ๒๗ ที่ปรึกษากฎหมายจักต้องรักษาชื่อเสียงมิให้ช้านชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว ห้ามมิให้ประพฤติตนเป็นคนเสเพล มีหนี้สินรุงรัง เสพของมึนเมาจนไม่สามารถครองสติได้ เล่นการพนันเป็นอาชญา กระทำความผิดอาญา หรือกระทำการอื่นใดที่ความประพฤติหรือการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เสื่อมเสียต่อเกียรติศักดิ์แห่งการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ

ส่วนที่ ๒

การเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อ ๒๘ ให้คณะกรรมการพิจารณาเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- (๑) ขาดคุณสมบัติการเป็นทนายความ
- (๒) ไม่ปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย และเสียหายแก่เกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

ข้อ ๒๙ ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงตามข้อ ๒๘ (๒) ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจกับคณะกรรมการ และเพื่อประโยชน์แก่การทำความเข้าใจดังกล่าว ผู้รับผิดชอบราชการศาลอาจแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงทำหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจเบื้องต้นเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้

หากคณะกรรมการจะรับฟังข้อเท็จจริงใดที่เป็นผลร้ายแก่ที่ปรึกษากฎหมายจะต้องให้โอกาสที่ปรึกษากฎหมายนั้นชี้แจงก่อน เมื่อคณะกรรมการเห็นว่าข้อเท็จจริงรับฟังได้ ให้คณะกรรมการเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามข้อ ๒๘

หากคณะกรรมการเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายนั้นเป็นกรณีไม่ร้ายแรง คณะกรรมการอาจตักเตือนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้

ข้อ ๓๐ ในกรณีที่คณะกรรมการมีคำสั่งเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเพิกถอนชื่อนั้นออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามข้อ ๑๗ และแจ้งคำสั่งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลทราบ

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

หมวด ๕
ที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง

ส่วนที่ ๑
หลักเกณฑ์ และวิธีการจัดแจ้ง

ข้อ ๓๑ ที่ปรึกษากฎหมายซึ่งประสงค์จะขอรับจัดแจ้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งในศาลเยาวชนและครอบครัวใด ให้ยื่นคำขอต่อผู้รับผิดชอบราชการศาลเยาวชนและครอบครัวนั้นตามแบบที่อธิบดีกำหนด

ข้อ ๓๒ ผู้ขอรับจัดแจ้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๑) เป็นผู้มีความพร้อมที่จะอุทิศเวลาปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง

(๒) ไม่เป็นผู้เคยถูกตักเตือนเป็นลายลักษณ์อักษรตามข้อ ๒๙ วรรคสาม เกินกว่าหนึ่งครั้ง ภายในรอบบัญชีรับจัดแจ้งตามข้อ ๓๕

ข้อ ๓๓ เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวใดได้รับคำขอจัดแจ้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งตามข้อ ๓๑ ให้ผู้อำนวยการศาลเยาวชนและครอบครัวนั้นตรวจสอบคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และเอกสารหลักฐานของผู้ขอและเสนอต่อผู้รับผิดชอบราชการศาล หากผู้รับผิดชอบราชการศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม ให้จัดแจ้งชื่อที่ปรึกษากฎหมายนั้นในบัญชีรับจัดแจ้งและแจ้งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางทราบเพื่อบันทึกไว้ในทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อ ๓๔ ให้ผู้ได้รับจัดแจ้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะในศาลเยาวชนและครอบครัวที่รับจัดแจ้งเท่านั้น ผู้ขอรับจัดแจ้งอาจยื่นคำขอรับจัดแจ้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งต่อศาลเยาวชนและครอบครัวศาลใดศาลหนึ่ง หรือหลายศาลก็ได้ แต่ทั้งนี้ศาลจะรับจัดแจ้งไม่เกินสามศาล

ส่วนที่ ๒
การลบชื่อออกจากบัญชีรับจัดแจ้ง

ข้อ ๓๕ ให้บัญชีรับจัดแจ้งที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งสิ้นผลลงเมื่อครบห้าปี นับแต่วันจัดทำ

ที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง ซึ่งมีชื่ออยู่ในบัญชีรับจัดแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมายต่อไปจนกว่ามีการจัดทำบัญชีรับจัดแจ้งที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งขึ้นใหม่

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

ที่ปรึกษากฎหมายที่ประสงค์จะขอรับจดทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งต่อไปให้ ยื่นคำขอรับจดทะเบียนตามข้อ ๓๑

กรณีที่บัญชีรับจดทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายสิ้นผลตามวรรคหนึ่ง ให้ที่ปรึกษากฎหมาย ที่ศาลแต่งตั้งนั้นปฏิบัติหน้าที่ในคดีต่อไปจนคดีถึงที่สุด เว้นแต่ผู้รับผิดชอบราชการศาลจะมีคำสั่ง เป็นอย่างอื่น

ข้อ ๓๖ ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลลบชื่อที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งออกจากบัญชี รับจดทะเบียน เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

(๑) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามข้อ ๓๒

(๒) ถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามข้อ ๒๔

(๓) ศาลสั่งเพิกถอนที่ปรึกษากฎหมายตามมาตรา ๑๒๕ แห่งพระราชบัญญัติ ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๕๓ และผู้รับผิดชอบ ราชการศาลเห็นสมควรให้ลบชื่อออกจากบัญชีรับจดทะเบียน

เมื่อลบชื่อออกจากบัญชีรับจดทะเบียน ให้แจ้งให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางทราบ เพื่อ บันทึกไว้ในทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย

ประกาศ ณ วันที่ ๘ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๖

(ลงชื่อ)

ไพโรจน์ วายุภาพ
(นายไพโรจน์ วายุภาพ)
ประธานศาลฎีกา

ประวัติผู้เขียน**ชื่อ-นามสกุล**

นางสาวอรนุช อ้อยอารีย์

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2552 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยนเรศวร

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นิติกร บริษัทอินฟอร์เมชั่น เทคโนโลยี กรุ๊ป จำกัด

ลิขสิทธิ์