

บทที่ 2

แนวคิดและหลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนในการได้รับความช่วยเหลือด้านที่ปรึกษากฎหมายจากรัฐ

คดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นจำเลยนั้น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวกลางและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 120¹ บัญญัติให้ที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกันกับทนายความในกระบวนการพิจารณาสำหรับเด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลย ทั้งการแก้คดี การสืบพยาน และการรักษาสิทธิต่างๆ ของจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนในกระบวนการพิจารณา โดยหากเด็กและเยาวชนไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ศาลเยาวชนและครอบครัวจะต้องมีการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้ทุกกรณี ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชน และทำให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ ซึ่งคล้ายคลึงกับสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นผู้ใหญ่ในคดีอาญาซึ่งมีสิทธิในการได้รับการแต่งตั้งทนายความจากรัฐเช่นเดียวกัน² ดังนั้น จึงสมควรที่จะศึกษาถึงแนวคิดและหลักประกันพื้นฐาน

¹พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวกลางและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 120 “ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้ แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้”

²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1

“ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้....”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173

“ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้จากรัฐ

เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีทัศนคติในคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่เป็นลำดับแรก เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับการศึกษาแนวคิดและหลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนต่อไป

2.1 หลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการมีทัศนคติในคดีอาญา

หลักประกันในการมีทัศนคติในคดีอาญาทั่วไปมีจุดประสงค์หลักก็เพื่อช่วยให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ มีสิทธิต่อสู้ในคดีอาญาได้อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม และได้รับความคุ้มครองในการใช้สิทธิต่างๆ ในคดีอาญาได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้สิทธิในการมีทัศนคติในคดีอาญานั้นตามหลักสากลให้การยอมรับกันว่าเป็นสิทธิของคู่ความที่สำคัญซึ่งทำให้การพิจารณาเป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม เพราะในบางกรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความรู้ในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือเนื้อหาทางกฎหมายในทางสาระบัญญัติ รวมทั้งสิทธิตามกฎหมายที่พึงมีในการดำเนินคดี หรืออาจมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือขาดการศึกษา จึงจำเป็นที่จะต้องให้ผู้ให้ความช่วยเหลือในทางกฎหมาย และผู้ที่มีหน้าที่ช่วยเหลือและให้คำแนะนำทางกฎหมายดังกล่าวก็คือทนายความ ยิ่งในคดีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งมีความบกพร่องทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ หรือขาดการศึกษา หรือเป็นเด็กและเยาวชน อาจส่งผลให้คู่กรณีอาศัยความบกพร่องดังกล่าวเอารัดเอาเปรียบ หรือ เจ้าพนักงานละเลยไม่ดำเนินการด้วยความโปร่งใสและเป็นธรรมตามกระบวนการพิจารณาความอาญา อันจะส่งผลให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยเสียสิทธิที่พึงมีได้ตามกฎหมาย หรือ ถูกลิดรอนสิทธิและเสรีภาพ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในบางขั้นตอนก็มีความจำเป็นที่จะต้องละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในบางเรื่องหรืออาจจะต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพและลิดรอนสิทธิส่วนบุคคลบางประการ เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิด เช่นการจับกุม คุ่มขัง คั่นตัว สอบสวน หรือคุมขังระหว่างพิจารณา เป็นต้น ดังนั้น เพื่อไม่ให้จำเลยหรือผู้ต้องหาจะต้องถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่จำเป็น การดำเนินกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญาต้องเป็นไปอย่าง โปร่งใส เป็นธรรม มีกระบวนการพิจารณาที่ชัดเจน และมีมาตรฐาน รวมถึงมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ซึ่งทนายความจะมีบทบาทที่ช่วยตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าพนักงานและรักษาสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กระบวนการพิจารณาความอาญาเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการบังคับทางอาญา โดยหากศาลได้มีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด ก็จะต้องมีการใช้มาตรการบังคับ

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้”

ทางอาญาซึ่งหากจำเป็นเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่ต้องแพ้คดีเพราะไม่มีผู้ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ก็จะทำให้เกิดการลงโทษผู้บริสุทธิ์ ซึ่งเป็นการขัดกับภารกิจของกฎหมายอาญา จึงมีความจำเป็นต้องมีผู้ให้ความช่วยเหลือให้คำแนะนำ และรักษาสិทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งทนายความถือได้ว่าเป็นผู้ที่มิบทบาทในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายดังกล่าว และมีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริงในคดี โดยการนำพยานหลักฐานมาเสนอต่อศาล การซักถาม และถามค้านพยานเพื่อให้ได้ความจริงแห่งคดี และไม่เกิดการลงโทษผู้บริสุทธิ์ ดังนั้น การมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยทั่วไปจึงถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญ ดังจะเห็นได้จากการที่มีบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของนานาประเทศ และมีบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชน และ อนุสัญญาอื่นๆ หลายอนุสัญญา

หลายประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ต่างให้การรับรองว่าสิทธิการมีทนายความ (Right to Counsel) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งที่สำคัญสำหรับคู่ความในคดี และเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของผู้ที่จะถูกกล่าวหาหรือเป็นจำเลยในคดีอาญาทั่วไปที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ให้ได้รับสิทธิในทางกฎหมาย และได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ โดยจะเห็นได้จากในปฏิญญาสากล และสนธิสัญญาต่างๆ ที่สำคัญก็ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ประเทศภาคีนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในหรือยึดถือเป็นหลักการปฏิบัติภายในประเทศต่อไป โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันขั้นพื้นฐานในการมีทนายความในคดีอาญา มีดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักประกันขั้นพื้นฐานตามมาตรฐานสากล

1. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Right)

ปฏิญญาสากลดังกล่าวถือเป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งมีเจตนารมณ์คือการรับรองสิทธิของมนุษย์ตามธรรมชาติ เพื่อให้ทุกคนได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากอคติและไม่คำนึงถึง สัญชาติ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ศาสนา ความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวที่ระบุไว้ในกติกาฉบับนี้เกิดจากศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ซึ่งมีอยู่เดิมแล้วตามธรรมชาติ ไม่ใช่เกิดขึ้นจากการบัญญัติของปฏิญญานี้ ทั้งนี้ รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว โดยประเทศที่ให้สัตยาบันจะต้องมีข้อผูกพันว่าต้องไปจัดทำหรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับกติกาดังกล่าว ไม่ว่ากฎหมายนั้นเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในอื่นๆ เช่น การบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

หรือการบัญญัติรับรองเป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของแต่ละประเทศ รวมทั้งการกำหนดเอาไว้ในวิธีปฏิบัติใดๆ ก็ตาม

หลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทางกฎหมายของมนุษย์นั้นมีหลักการสำคัญ อยู่ในข้อที่ 7 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติว่า “ทุก ๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทุกคนชอบที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้....”³

กรณีสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในคดีอาญานั้นมีการบัญญัติไว้ในข้อที่ 11 ว่า “ผู้ที่กระทำความผิดทางอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่า มีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และมีหลักประกันในบรรดาที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดี”⁴ซึ่งเป็นหลักการสากลที่หลายประเทศให้การยอมรับที่ชื่อว่า Presumption of innocence โดยสาระสำคัญของหลักการนี้คือ การที่จะต้องสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่า จำเลยหรือผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ และไม่ใช่ผู้กระทำความผิด จนกว่าจะพิสูจน์ได้อย่างชัดเจน และปราศจากข้อสงสัยได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง และจะต้องมีการเปิดโอกาสให้จำเลยได้มีการโต้แย้ง พิสูจน์ความบริสุทธิ์ โดยมีกระบวนการพิจารณาคดีที่โปร่งใสและเป็นธรรมและมีหลักประกันที่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีด้วย ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในคดีอาญาสมควรจะได้รับ โดยหลักการนี้ทั่วโลกให้การยอมรับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากมีการมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการ Presumption of innocence นี้เอาไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญา หรือกฎบัตรต่างๆ เช่น อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe)⁵ และกฎบัตรแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพ

³ The Universal Declaration of Human Right ,Article 7 : All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.

⁴ The Universal Declaration of Human Right ,Article 11 : Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

⁵ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe, Article 6. Right to a fair trial

1.

ยุโรป (The Charter of Fundamental Rights of the European Union)⁶ซึ่งบังคับใช้และผูกพันกับสมาชิกทุกประเทศของสหภาพยุโรป (European Union : EU)ซึ่งต้องยึดถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการรับรองสิทธิดังกล่าวแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาในประเทศยุโรปรวมทั้งประเทศอื่นๆ เช่น บราซิล แคนาดา อิตาลี สหรัฐอเมริกา ก็ได้มีหลักการดังกล่าวบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ

การที่จำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกันเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน หรือเพื่อโต้แย้งคัดค้าน นำเสนอพยานหลักฐานใดๆก็ตาม ทนายความย่อมเป็นผู้ที่คอยช่วยเหลือและเป็นผู้ที่รักษาผลประโยชน์และสิทธิของจำเลยหรือผู้ต้องหาให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเต็มที่ รวมทั้งเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือและให้คำแนะนำผู้ที่เป็จำเลยหรือผู้ต้องหาให้ได้รับสิทธิที่จะแก้ข้อกล่าวหาของตนต่อศาลและต่อสู้คดี เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง ซึ่งจะทำให้ไม่เกิดการตัดสินลงโทษผู้บริสุทธิ์อันจะเป็นการละเมิดสิทธิอันพึงมีในฐานะมนุษย์ ดังนั้น จึงถือได้ว่าสิทธิในการมีทนายความเป็นหลักประกันและสิ่งจำเป็นในการต่อสู้คดีของจำเลยหรือผู้ต้องหา และรัฐจะต้องมีหน้าที่ที่จะให้ประชาชนให้ได้รับสิทธิดังกล่าวในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่

2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

สนธิสัญญานี้เป็นส่วนหนึ่งของปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน โดยประเทศภาคีจะให้คำมั่นสัญญาว่าจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในศาสนา เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการรวมตัว สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรมซึ่งเป็นกติกาที่กำหนดให้รัฐต้องเคารพสิทธิต่างๆ ของบุคคล จำกัดอำนาจรัฐไม่ให้กระทำการใดๆ แก่พลเมืองตามอำเภอใจโดยไร้เหตุผลและกฎหมายรองรับ และจะเห็นได้ว่าสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาถือเป็นสิทธิที่สำคัญมากอย่างหนึ่ง โดยปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนประเภทสิทธิทางการเมืองหรือทางแพ่ง ได้มีการ

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law

⁶ The Charter of Fundamental Rights of the European Union , Article 48 :

Presumption of innocence and right of defence

1. Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

2. Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed.

กำหนดสิทธิในการมีทนายความเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการต่อสู้คดีตามข้อ 14 วรรคสาม (d) ของกติกาฉบับนี้ ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า “บุคคลจะต้องได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าบุคคลนั้น และมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ด้วยตนเอง หรือด้วยความช่วยเหลือทางกฎหมายของทนายความ สิทธิที่บุคคลจะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีทนายความ ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่มีทนายความก็พึงได้รับการจัดทนายความให้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมโดยที่ผู้นั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย”⁷ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากติกาดังกล่าวกำหนดให้การมีทนายความเป็นสิทธิที่สำคัญอย่างหนึ่งของพลเมืองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลและเป็นเรื่องที่รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนแก่พลเมืองในสิทธิดังกล่าว ซึ่งในประเทศสากลทั่วไปยอมรับหลักการที่รัฐจะต้องมีการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ที่ไม่มีความรู้หรือไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะจัดหาทนายความด้วยตนเอง และได้ให้ความสำคัญกับสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในคดีอาญาเป็นอย่างมาก รวมทั้งประเทศไทยที่มีการกำหนดเอาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1⁸

กล่าวโดยสรุป การคุ้มครองสิทธิของฝ่ายจำเลยในคดีอาญาที่ตามหลักสากลจะต้องได้รับการสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง (Presumption of innocence) และทำให้ไม่ถูกลงโทษตามกฎหมายทั้งๆ ที่ไม่ได้กระทำความผิด และสิทธิของจำเลยในการโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของฝ่ายโจทก์เสมอ เพื่อให้การพิจารณาคดีของศาลได้คำนึงถึงที่ยุติธรรมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายมากที่สุด และไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มความแต่ละฝ่าย และทำให้การดำเนินกระบวนการเป็นไปอย่างโปร่งใสและเป็น

⁷International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 3. (d) : To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 บัญญัติว่า

“ในคดีที่มีอัตราโทษ ประหารชีวิต หรือ ในคดีที่ผู้ต้องหา มีอายุไม่เกิน สิบแปดปี ในวันที่ พนักงานสอบสวน แจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวน ถามผู้ต้องหาว่า มีทนายความ หรือไม่ ถ้าไม่มี ให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวน ถามผู้ต้องหาว่า มีทนายความ หรือไม่ ถ้าไม่มี และ ผู้ต้องหา ต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้.....”

ธรรม ซึ่งนานาประเทศให้การยอมรับที่จะให้สิทธิที่จะมีทนายความ (Right to Counsel) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล จนอาจถือได้ว่าเป็นหลักการที่แต่ละประเทศให้การยอมรับเป็นสากล

3. หลักการและแนวทางของสหประชาชาติว่าด้วยการเข้าถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems)

หลักการและแนวทางของสหประชาชาตินี้มีจุดเริ่มต้นมาจากคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (Economic and Social Council) ได้เห็นความสำคัญของการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยรัฐในคดีอาญา (legal aid) จึงได้มีมติให้สำนักงานป้องกันยาเสพติดและปราบปรามอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UN Office on Drugs and Crime) ทำการศึกษา ค้นคว้า แนวทางการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และให้ริเริ่มจัดทำเป็นตราสาร⁹ จึงได้มีการจัดทำและยกร่างหลักการและแนวทางนี้ขึ้นเพื่อเป็นหลักการและแนวทางปฏิบัติให้แก่ประเทศสมาชิกของสหประชาชาติต่อไป

หลักการและแนวทางของสหประชาชาตินี้ ได้มุ่งเน้นถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Right to legal aid) ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และได้อธิบายเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายว่าเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่อยู่ภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of law)¹⁰ ซึ่งเป็นหลักที่จะก่อให้เกิดสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม (Fair trial) สิทธิที่จะได้รับหลักประกันที่จำเป็นในคดีเป็นต้น ซึ่งรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในระดับมาตรฐานที่สูงที่สุด รวมทั้งจะต้องมีการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายสูงสุดหรือรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐด้วย นอกจากนี้ ยังกำหนดแนวทางให้รัฐจำเป็นต้องมีหน้าที่อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น การออกกฎหมายหรือข้อบังคับที่ทำให้สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายสามารถเข้าถึงได้ (accessible) มีประสิทธิภาพ (effective) มีเสถียรภาพ (sustainable) และน่าเชื่อถือ (credible)¹¹ หรือการจะไม่แทรกแซงกิจการในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายขององค์กรหรือหน่วยงานอื่นๆ¹²

⁹จาก “ความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยรัฐในคดีอาญา”, โดย พิชญ์ธวัช วัฒนาพร, 2554 , วารสารยุติธรรม, 11 (4), 39 –40.

¹⁰ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 14

¹¹ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 15

¹² United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 16

หรือการช่วยส่งเสริมความรู้ให้แก่ประชาชนในเรื่องสิทธิการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย¹³ เป็นต้น

การได้รับความช่วยเหลือในด้านทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยนั้นถือว่าการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย(legal aid) โดยรัฐอย่างหนึ่งในคดีอาญา ซึ่งได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนทั้งหลักการ(Principles)และแนวทางปฏิบัติ (Guidelines)ที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

หลักการได้รับความช่วยเหลือในด้านกฎหมาย (Principles) ที่สำคัญ เช่น

(1) การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของตำรวจ พนักงานอัยการ และผู้พิพากษา ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ด้อยโอกาส และผู้ที่ไม่สามารถจัดหาทนายความด้วยตนเองได้ (It is the responsibility of police, prosecutors and judges to ensure that those who appear before them who cannot afford a lawyer and/or who are vulnerable are provided access to legal aid.)¹⁴

(2) การจัดหาความช่วยเหลือด้านกฎหมายให้อย่างทันที่ (promptly) ในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา (all stages of the criminal justice process)¹⁵

(3) การแจ้ง (informed) สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมายและหลักประกันที่จำเป็นในกระบวนการพิจารณา รวมทั้งแจ้งผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหากมีการขอสิทธิดังกล่าวด้วยความสมัครใจของบุคคลนั้นเอง¹⁶ ซึ่งการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความก็ถือเป็นหลักประกันที่จำเป็นที่บุคคลจะต้องได้รับการแจ้งว่าตนมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่บุคคลถูกกล่เลย หรือถูกปฏิเสธสิทธิในความช่วยเหลือด้านกฎหมาย รวมทั้งในกรณีที่มิได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิดังกล่าว รัฐจะต้องมีการชดเชยความเสียหายหรือการสร้างหลักการคุ้มครองในการได้รับสิทธิดังกล่าวอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ¹⁷

แนวทางการได้รับความช่วยเหลือ (Guidelines) ในด้านกฎหมายที่สำคัญ เช่น

(1) แนวทางของการรับรองสิทธิที่จะได้รับแจ้งสิทธิ (inform) ในการได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมาย

¹³ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 17

¹⁴ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 23

¹⁵ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 27

¹⁶ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 29

¹⁷ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 31

แนวทางดังกล่าว กำหนดให้บุคคลที่ถูกควบคุม หรือคุมขังมีสิทธิได้รับแจ้งจากตำรวจ พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ศาล หรือพนักงานที่เกี่ยวข้องในการได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมาย¹⁸ และณ สถานีตำรวจ สถานีพินิจ ศาล หรือแม้กระทั่งในเรือนจำจะต้องมีการแจ้งหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจน โดยในชั้นศาลอาจจะมีการระบุลงในเอกสารของศาลว่าจำเลยมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมาย หรือในชั้นเจ้าพนักงานที่อาจมีการระบุลงในเอกสารใดๆ ที่พนักงานสอบสวนจัดให้แก่ผู้ต้องหาว่ามีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมายจากรัฐ โดยการแจ้งต้องมีการใช้วิธีการที่เหมาะสมกับผู้ที่ได้รับแจ้งด้วย เช่น ผู้ที่ไม่รู้หนังสือก็อาจจะต้องมีการแจ้งด้วยวาจา ภาษาที่ใช้ก็จะต้องใช้ภาษาที่ผู้รับข้อมูลอ่านออกฟังได้ หรือในกรณีเด็กและเยาวชนจะต้องใช้วิธีการแจ้งที่เหมาะสมกับวุฒิภาวะและอายุของเด็กและเยาวชนด้วย¹⁹ และในกรณีที่ไม่มีมีการแจ้งสิทธิการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายดังกล่าว จะต้องมีผลบังคับในกรณีการไม่แจ้งดังกล่าว เช่น จะต้องมีการปล่อยตัวจากที่คุมขัง หรือจะต้องมีการพิจารณาทบทวนใหม่โดยศาล (judicial review) หรือการห้ามรับฟังพยานหลักฐาน²⁰ เป็นต้น

รัฐยังจะต้องเปิดเผยประชาสัมพันธ์และเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายของประชาชน ประเภทของความช่วยเหลือที่จะได้รับ(what such aid consists) และการช่วยเหลือจะต้องมีสภาพที่พร้อมจะให้บริการ(the availability of legal aid services) วิธีการได้รับความช่วยเหลือ (how to access) และข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย²¹

(2)แนวทางที่ได้รับสิทธิของผู้ถูกจับ ควบคุม คุมขัง และผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา (rights of persons detained, arrested, suspected or accused of, or charged with a criminal offence)

แนวทางนี้กำหนดให้ผู้ถูกจับ ควบคุม คุมขัง และผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญามีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งสิทธิที่จะไม่ให้การ (right to remain silent) สิทธิที่จะปรึกษาหารือกับทนายความ(right to consult with counsel) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความในระหว่างการสอบปากคำหรือในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา (right to be assisted by an

¹⁸ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 42 (c)

¹⁹ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 42 (d)

²⁰ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 42 (e)

²¹ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 42 (a)

independent counsel while being interviewed and during other procedural actions)²² โดยเฉพาะในการกรณีผู้ต้องหาถูกสอบปากคำโดยเจ้าพนักงานตำรวจจะต้องมีทนายความร่วมด้วยเสมอ เว้นแต่กรณีที่ผู้ต้องหาได้รับการแจ้งสิทธิแล้วและได้มีการสละสิทธิที่จะมีทนายความร่วมอยู่ด้วยโดยความสมัครใจของผู้ต้องหาเอง²³ และการพบหรือปรึกษาหารือทนายความนั้น จะต้องเป็นความลับระหว่างบุคคลนั้นกับทนายความโดยเฉพาะ²⁴ นอกจากนั้น ผู้ถูกจับ ควบคุม คุมขัง และผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา จะต้องได้รับทราบและเข้าใจในสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายและผลของการสละสิทธิดังกล่าวอย่างชัดเจนด้วย²⁵

(3)แนวทางในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในชั้นก่อนพิจารณาคดี (Legal aid at the pretrial stage)

แนวทางในชั้นก่อนพิจารณาคดี กำหนดห้าม ตำรวจ พนักงานสอบสวน หรือเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมาย (judicial authorities) จำกัดหรือขัดขวางสิทธิของผู้ถูกจับ ควบคุม คุมขัง และผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ไม่ให้ได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมาย²⁶ และจะต้องรับรองหลักประกันในการมีผู้ให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมาย (Legal representation)(เช่น การได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ)ในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการวิธีพิจารณาในชั้นก่อนฟ้องคดี (all pretrial proceedings)²⁷ นอกจากนั้น รัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องร้องขอไปยังหน่วยงานด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อขอบัญชีรายชื่อ (roster) ของทนายความ (lawyer) และ ผู้ช่วยทนายความ (paralegal) เพื่อทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและจัดหาให้แก่ผู้ถูกจับ ควบคุม คุมขัง และผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา²⁸ นอกจากนั้นรัฐยังจะต้องมีการสนับสนุนทั้งด้านค่าใช้จ่ายและสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นๆ ที่จำเป็นในคดี เพื่อให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาหาคดีอาญามีโอกาสที่จะเตรียมการต่อสู้คดีได้และสามารถที่จะปรึกษาหารือกับทนายความของตนเป็นการลับได้อย่างเต็มที่²⁹

²² United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 43 (a)

²³ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 43 (b)

²⁴ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 43 (d)

²⁵ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 43 (i)

²⁶ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 44 (a)

²⁷ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 44 (c)

²⁸ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 44 (f)

²⁹ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 44 (g)

(4) แนวทางการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในชั้นพิจารณาคดีของศาล (Legal aid during court proceedings)

รัฐจะต้องมีการสนับสนุนทั้งค่าใช้จ่ายและสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นๆ ที่จำเป็นในคดี เพื่อให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาในคดีอาญามีโอกาสที่จะเตรียมการต่อสู้คดีได้และสามารถที่จะปรึกษาหารือกับทนายความของตนเป็นการลับได้อย่างเต็มที่³⁰ และบุคคลที่ถูกดำเนินคดีในศาลมีสิทธิที่จะเลือกทนายความของตนเอง (a lawyer of choice) เพื่อให้ความช่วยเหลือในคดี ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวไม่มีเงินเพียงพอที่จะจัดหาทนายความด้วยตนเอง รัฐจะต้องจัดหาทนายความที่มีประสิทธิภาพ (a competent lawyer) ให้³¹ โดยเฉพาะในกรณีของจำเลย จะต้องมีทนายความคอยช่วยเหลือเสมอในทุกๆ ขั้นตอนการพิจารณาที่สำคัญ (all critical stages of the proceedings) โดยคำว่า “ขั้นตอนการพิจารณาที่สำคัญ” นั้น หมายถึง ขั้นตอนใดๆ ก็ตามที่จำเป็นต้องมีการให้คำแนะนำของทนายความเพื่อที่จะทำให้เกิดการพิจารณาอย่างเป็นธรรม (fair trial) และหากขั้นตอนนั้นไม่มีทนายความจะทำให้การเตรียมตัวและนำเสนอพยานหลักฐานต่อสู้คดีของจำเลยบกพร่อง³² นอกจากนั้นรัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องร้องขอไปยังหน่วยงานด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อขอบัญชีรายชื่อ (roster) ของทนายความ (lawyer) เพื่อทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและจัดหาให้แก่โจทก์และจำเลยในคดีด้วย³³

กล่าวโดยสรุป หลักการและแนวทางของสหประชาชาติว่าด้วยการเข้าถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นตราสารที่กำหนดทั้งหลักการและแนวทางของการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรม (Rule of law) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาในคดีอาญาจะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์เสมอจนกว่าจะมีคำพิพากษา บุคคลที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงมีสิทธิที่จะได้ต่อสู้คดี นำเสนอพยานหลักฐานพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน และย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันที่จำเป็น รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายตามแนวทางและหลักการของตราสารนี้อย่างเต็มที่

³⁰ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 45 (b)

³¹ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 45 (c)

³² United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 45 (d)

³³ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 45 (e)

2.1.2 หลักประกันขั้นพื้นฐานในการมีทนายความตามกฎหมายของประเทศไทย

ประเทศไทย หลักประกันขั้นพื้นฐานในการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองดังเช่นหลักมาตรฐานสากล ซึ่งกฎหมายของไทยได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยให้มีสิทธิที่จะมีทนายความเป็นผู้ช่วยเหลือในทางกฎหมายและการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล โดยกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนคือ รัฐธรรมนูญ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ.2550

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทย ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดกันเองหรือระหว่างองค์กรดังกล่าวและประชาชน และยังเป็นกฎหมายที่บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค ของประชาชน และหมายรวมถึงการรับรองการบังคับใช้ซึ่งสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค ซึ่งการรับรองบังคับใช้สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคดังกล่าวนี้สามารถบังคับใช้ได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีกฎหมายลูกแต่อย่างใด³⁴ โดยสังเกตได้จากการที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2550 ได้ตัดคำว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกจากท้ายบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย เพื่อแสดงให้เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นทันทีที่ตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่ตามกฎหมาย³⁵

คำว่า “สิทธิ” นั้น หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่น กระทำการ หรือ ละเว้นการกระทำการบางอย่างให้เกิดประโยชน์แก่ตน

คำว่า “เสรีภาพ” หมายถึง สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่นหรือปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง³⁶

³⁴ จาก เอกสารประกอบการบรรยายเนติบัณฑิต เรื่อง กฎหมายรัฐธรรมนูญ บรรยายครั้งที่ 1(น.2), โดย ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, 2557, กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา.

³⁵ เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์. (2556).พิเคราะห์รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550. สืบค้น 12 มกราคม พ.ศ. 2557, จาก <http://www.kriengsak.com/node/1277>

³⁶ จาก การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540(น.11),โดย อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ,2544, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน.

ทั้งนี้ ในทางสากลมีการใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพปะปนกันไป โดยเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนพึงมีว่า สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หรือในประเทศเยอรมันจะมีการเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Rights)³⁷ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ได้บัญญัติเอาไว้ นั่น เป็นสิทธิเสรีภาพที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนจำเป็นจะต้องมี เพื่อให้มีการพัฒนาตนเอง และรัฐหรือองค์กรอื่นๆ จะต้องให้ความเคารพสิทธิเสรีภาพดังกล่าวและดำเนินการให้ประชาชนได้รับความคุ้มครอง ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับกับรัฐและองค์กรเหล่านั้นโดยตรง และเป็นคุณค่าสูงสุดที่รัฐและองค์กรอื่นๆ จะละเมิดไม่ได้

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2550 ได้มีบทบัญญัติเรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยในมาตรา 39 บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าในคดีอาญาจะต้องสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาไม่มีความผิด และห้ามปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวเสมือนผู้กระทำผิด³⁸ ซึ่งเป็นไปตามหลักสากลคือหลัก Presumption of innocence ที่ทุกๆ ประเทศให้การยอมรับว่าในคดีอาญาจะต้องสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริงและจะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ให้การยอมรับและได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ อันเป็นการรับรองสิทธิของจำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ทุกองค์กร หน่วยงานของรัฐ เอกชน ตำรวจ ศาล กรมราชทัณฑ์ หรือทนายความ จะต้องเคารพสิทธิดังกล่าวของจำเลยหรือผู้ต้องหา เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและทำให้กระบวนการยุติธรรมมีประสิทธิภาพเป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเดิมในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ก็มีหลักการดังกล่าวเช่นเดียวกันอยู่ในมาตรา 33³⁹

³⁷การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 (น. 12), เล่มเดิม.

³⁸รัฐธรรมนูญ มาตรา 39 บัญญัติว่า

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่า โทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น เสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

³⁹รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 33 บัญญัติว่า

การมีทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเดิมในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติสิทธิของการมีทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเอาไว้ในมาตรา 242⁴⁰ โดยกำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามีสิทธิที่จะมีทนายความ โดยรัฐมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและจัดหาทนายความให้ ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นำหลักการดังกล่าวมารวมอยู่ในสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ตามมาตรา 40 ทั้งนี้เพื่อให้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทั้งหมดรวมกันเป็นหมวดหมู่เดียวกัน โดยหากบัญญัติรายละเอียดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญจะทำให้การแก้ไขปรับปรุงเพื่อเพิ่มสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้อย่างยาก และโดยเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญสมควรที่จะบัญญัติถึงสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น ส่วนรายละเอียดและหลักเกณฑ์ที่จะอยู่ในกฎหมายลูกหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2550 ได้ให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะได้รับในกระบวนการยุติธรรมอย่างครบถ้วนในสาระสำคัญ รวมทั้งเพิ่มหลักประกันสิทธิ และหลักการเกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้สะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม โดย“สิทธิในกระบวนการยุติธรรม” ดังกล่าว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2550 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว จากการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา

กระบวนการพิจารณาคดีหรือการพิจารณาความผิดที่ได้กระทำลงไปนั้น จะต้องเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานว่า การพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย ต้องมีหลักฐานที่เป็นเอกสารหรือหลักฐานที่น่าเชื่อถือได้อย่างเพียงพอ และต้องมีสิทธิในการแจ้งข้อเท็จจริง เสนอข้อโต้แย้ง รวมทั้งเสนอหลักฐานหักล้างข้อกล่าวหา เมื่อความผิดนั้นถูกนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ต้องได้รับสิทธิในการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการนั่งพิจารณาคดีครบองค์ประชุม พร้อมมีสิทธิได้รับแจ้งเหตุผลในการพิจารณาความผิดที่เหมาะสม

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือ จำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

⁴⁰รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 242 บัญญัติว่า

ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความ ได้รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย จากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

(3) สิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม

เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้ดำเนินคดีตามกระบวนการพิจารณาคดีบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะเรียกร้อง ติดตาม ทวงถามให้มีการพิจารณาคดีของตนเองด้วยความถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติ ตามหลักฐานและพยานที่มีอยู่ ด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม เมื่อคดีได้รับการพิพากษาแล้ว ย่อมมีสิทธิที่ได้รับการตรวจหรือคัดสำเนาคำให้การของตนเองได้

(4) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม

ระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม บุคคลผู้นั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอย่างยุติธรรม เช่น ได้รับการสอบสวนที่ถูกต้อง เปิดเผย ในระหว่างการดำเนินการบุคคลผู้นั้นมีสิทธิที่จะเรียกหาทนายความหรือผู้ที่ตนเองให้ความไว้วางใจเข้าฟังการสอบสวนได้

(5) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ

ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลยที่กระทำความผิด และพยานย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐตามสมควร รวมทั้งได้รับความช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ในกรณีที่มีการให้ถ้อยคำ บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจจะทำให้ตนเองเสียหาย และอาจจะทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา แต่หากในระหว่างการดำเนินคดี บุคคลใดจะข่มขู่ บังคับหรือทรมานเพื่อให้ถ้อยคำไม่ได้

สิทธิของผู้เสียหาย ในกรณีที่บุคคลใดได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น โดยที่ตนเองมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องและไม่มีโอกาสได้รับการบรรเทาความเสียหายจากทางอื่น บุคคลหรือทายาทย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ

สิทธิของพยาน บุคคลที่เป็นพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติอย่างเหมาะสมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

บุคคลใดก็ตามที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดี แต่หากปรากฏตามคำพิพากษาแล้วไม่ปรากฏว่ามีความผิด บุคคลนั้นหรือทายาทย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควร

(6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการหรือทุพพลภาพมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม

กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการหรือทุพพลภาพการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต้องมีลักษณะพิเศษจากการพิจารณาคดีอื่นทั่วไป เช่น กรณีที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเด็ก เยาวชน เจ้าหน้าที่จะทำการสอบสวนจะต้องจัดให้มีนักสังคมสงเคราะห์

นักจิตวิทยา ผู้แทนองค์กรพัฒนาเอกชนหรือแพทย์ผู้ทำการรักษาหรือบุคคลที่ผู้เสียหายไว้วางใจ จะทำการสอบสวนโดยลำพังมิได้ และควรสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนที่เป็นผู้ต้องหารวมทั้งให้ปล่อยตัวชั่วคราวให้แล้วเสร็จภายใน 24 ชั่วโมง โดยมีหรือไม่มีหลักทรัพย์ประกันก็ได้ หรือการพิจารณาคดีที่มีสตรีเป็นผู้เสียหาย เจ้าหน้าที่พิจารณาคดีต้องเป็นเจ้าหน้าที่สตรีและทำการพิจารณาคดีในห้องที่จัดไว้เฉพาะเท่านั้นหรือการควบคุมเด็กและเยาวชนจะต้องแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ เป็นต้น

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม

การสอบสวน การพิจารณาคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้ ในการดำเนินการพิจารณาคดีต้องกระทำให้เสร็จและนำตัวไปยังศาลภายใน 48 ชั่วโมง ผู้กระทำผิดมีสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ สามารถยื่นเอกสาร พยาน หรือหลักฐานให้ตรวจสอบได้ตามสมควร ในขณะที่เดียวกันมีสิทธิที่จะเรียกหาทนายความก่อนทำการสอบสวนได้ รวมทั้งมีสิทธิที่จะร้องให้มีการปล่อยตัวชั่วคราวจากเจ้าหน้าที่หรือศาล

คดีอาญาที่พนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องแล้ว ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิขอทราบสรุปพยานหลักฐานพร้อมความเห็นของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในการสั่งคดี ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ

คดีแพ่ง คู่ความจะต้องได้รับสิทธิและความช่วยเหลือจากรัฐตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดเอาไว้

สิทธิในกระบวนการยุติธรรมที่คุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาและจำเลยในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความนั้นได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 40 (7)⁴¹ โดยมีหลักการเหมือนกันกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 เพียงแต่มีข้อแตกต่างคือ ไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐในการที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในการจัดหาทนายความให้จำเลย เพราะในกฎหมายลูกคือกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา

⁴¹รัฐธรรมนูญ พ.ศ. มาตรา 47 (7) บัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1)

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอการตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

มาตรา 134/1 และมาตรา 173⁴² ได้บัญญัติรายละเอียดเอาไว้ชัดเจนแล้วว่ากรณีใดบ้างที่รัฐจะต้องจัดหาทุนความให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติรายละเอียดเอาไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศอีก

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่คุ้มครองการได้รับความช่วยเหลือจากทุนความ คือ ได้มีการตัดคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกซึ่งเดิมรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 242 ใช้ข้อความว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทุนความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเดิมการมีคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ต่อท้าย เป็นการก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่าสิทธิดังกล่าวนั้นมีเงื่อนไขแห่งสิทธิคือต้องมีการบัญญัติกฎหมายลูกเสียก่อนถึงจะมีสิทธิ หรือเป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิดังกล่าวเท่านั้น⁴³ เพราะในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้รัฐต้องจัดหาทุนความให้ผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนที่อายุเกินกว่า 18 ปี มีแต่กฎหมายกำหนดให้รัฐต้องจัดหาทุนความให้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้น จึงมีปัญหว่าผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนที่อายุตั้งแต่ 18 ปี เป็นต้นไปมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐจัดหาทุนความให้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ แต่เมื่อต่อมาได้มีแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ผู้ต้องหามีสิทธิที่จะมีทุนความในชั้นสอบสวน⁴⁴ และในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (7) ก็ไม่ได้มีคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ดังนั้นปัญหาข้อโต้แย้งดังกล่าวจึงหมดไป

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้บังคับใช้ได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายลูกแต่อย่างใด โดยการตรากฎหมายลูกนั้นเป็นเพียงการกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ และรับรองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น

⁴²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 บัญญัติว่า

ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทุนความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลจัดหาทุนความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทุนความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทุนความ ก็ให้ศาลจัดหาทุนความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทุนความที่ศาลตั้งตามมาตรา 173 โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดีและสถานะทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่ คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

⁴³ ปกป้อง ศรีสนิท. (2546). *สิทธิการมีทุนความในคดีอาญา*. สืบค้น 3 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 จาก http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=12

⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 ถึง มาตรา 134/3

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิจำเลยหรือผู้ต้องหาในการมีหรือได้รับความช่วยเหลือจากทนายความในกฎหมายลูกก็ตาม (เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ผู้ต้องหาหรือจำเลยก็น่าจะมีสิทธิในการที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความโดยอาศัยสิทธิตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เพราะ รัฐและองค์กรต่างๆ ซึ่งรวมถึง พนักงานสอบสวน อัยการ ศาล และองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระบวนการยุติธรรม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยซึ่งได้มีการรับรองเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ และจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิที่ผู้ต้องหาและจำเลยพึงมีตามกฎหมายอาญา

กล่าวโดยสรุป การบัญญัติสิทธิในการมีทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยรวมเข้าเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอันถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของสิทธิในการมีทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ไม่ถูกละเมิดและเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ความเท่าเทียมและความเสมอภาคกันในกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้ สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญายังถือเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง ฉะนั้นรัฐที่ให้สัตยาบันจึงมีข้อผูกพันว่าต้องไปจัดทำหรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลและกติกาดังกล่าว รัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายหนึ่งซึ่งประเทศที่อยู่ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้จัดทำขึ้นมา โดยส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ซึ่งสิทธิการมีทนายความในการดำเนินคดีอาญาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของประชาชน อันควรได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพราะถือว่าเป็นการที่รัฐให้หลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนตามกฎหมายสูงสุดของประเทศ

2. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการค้นหาความจริงอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการนำตัวผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายอาญามาดำเนินการพิจารณาและลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมาย⁴⁵ และเนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาค่อนไปในทางระบบกล่าวหาโดยมีการดำเนินคดีโดยการแยกการสอบสวนและการพิจารณาพิพากษาออกจากกัน ผู้ต้องหาและจำเลยต่างเป็นผู้ที่ถูกโจทก์กล่าวหาว่ากระทำความผิดและจะต้องถูกดำเนินคดีตาม

⁴⁵ จาก หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1(น.15), โดยณรงค์ ใจหาญ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กฎหมายอาญาซึ่งการดำเนินคดีอาญานั้นในบางกรณีก็มีความจำเป็นที่จะต้องละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในบางเรื่องหรืออาจจะต้องมีการจำกัดสิทธิบางประการ เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิด⁴⁶ เช่น จะต้องมีการจับการค้น การสอบสวน การถูกควบคุม คุมขังระหว่างพิจารณา หรือหากศาลได้ตัดสินมีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด ก็จะต้องถูกบังคับให้มาตรการลงโทษทางอาญา เช่น การปรับ ริบทรัพย์สิน กักขัง จำคุก หรือ ถึงขั้นประหารชีวิต อันเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล(หากผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์) ดังนั้น เพื่อให้ไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ซึ่งต้องตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติถึงหลักประกัน และสิทธิต่างๆ ของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา โดยสามารถแบ่งสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยดังกล่าวออกได้เป็น 2 ลักษณะ⁴⁷ คือ

(1) สิทธิในทางกระทำ(active right) เช่น สิทธิที่จะอยู่ร่วมในด้วยในการดำเนินคดี สิทธิที่จะมีทนายช่วยเหลือ สิทธิให้การแก้ข้อกล่าวหา สิทธิขอตรวจสอบพยานหลักฐาน เอกสารที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดี เป็นต้น

(2) สิทธิในทางอยู่เฉย (passive right) เช่น สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการที่จะให้การหรือไม่ให้การ เป็นต้น

การให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาดังกล่าวนั้น เป็นไปตามหลักการของการดำเนินคดีอาญาสมัยใหม่ที่ให้มีการยกฐานะผู้ต้องหาและจำเลยเป็นประธานในคดี (Prozess-subjekt)⁴⁸ ซึ่งเป็นหลักการของการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา ที่ให้ผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ต้องหาหรือจำเลย) ได้เป็นประธานในคดี โดยมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ในคดี ส่งผลให้ผู้ต้องหาและจำเลยได้รับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ถูกกล่าวหา และควบคุม ป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งจะมีความแตกต่างจากระบบการดำเนินคดีในระบบไต่สวนที่ถือว่ารัฐและองค์กรของรัฐมีอำนาจและหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งจะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตกอยู่ในฐานะ กรรมในคดี (Prozess-objekt)⁴⁹

⁴⁶ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น. 18), เล่มเดิม.

⁴⁷ จาก วิอาญา วิพากษ์ (น.154), โดย คณิต ฌ นคร, 2552, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁴⁸ แหล่งเดิม

⁴⁹ จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 85), โดย คณิต ฌ นคร, 2555, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

หลักประกัน และสิทธิต่างๆ ของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญานั้น ย่อมหมายความว่ารวมถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความด้วยเพราะ ทนายความถือได้ว่าเป็นทั้งที่ปรึกษาและผู้ที่ทำให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหา ดำเนินการตั้งรูปคดีในการแก้ต่าง รักษาสิทธิประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหา และช่วยเหลือในการแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความจริงของคดีซึ่งในทางปฏิบัติผู้ถูกกล่าวหาย่อมเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้เทียบเท่ากับทนายความซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อีกทั้ง ผู้ต้องหาและจำเลยบางรายมีความบกพร่องทางร่างกาย การศึกษา หรือยังเป็นเด็กและเยาวชนซึ่งขาดความรู้และประสบการณ์ หากมีการดำเนินคดีอาญาต่อไปโดยไม่มีทนายความคอยช่วยเหลือย่อมทำให้เสียเปรียบคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง และเกิดความไม่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี หรืออาจเกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบโดยเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม ทนายความจึงถือว่าเป็นผู้ที่มีความสำคัญในการช่วยลดข้อบกพร่องดังกล่าวของฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา ช่วยเหลือให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับความเท่าเทียมในการดำเนินคดี และรักษาสิทธิและผลประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหาไม่ให้ถูกกลืนครอนไม่ว่าโดยคู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือโดยเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม

ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีการบัญญัติสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาเอาไว้หลายประการ โดยผู้เขียนจะจำแนกออกเป็นสิทธิของผู้ต้องหากรณีหนึ่งและสิทธิของจำเลยกรณีหนึ่ง

(1) สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา

ผู้ต้องหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิด แต่ยังไม่ได้มีการฟ้องต่อศาล⁵⁰ การกล่าวหาดังกล่าวหมายถึงการที่ผู้เสียหายแจ้งคำร้องทุกข์ หรือการที่บุคคลที่ไม่ใช่ผู้เสียหายแจ้งคำกล่าวโทษต่อเจ้าพนักงาน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการบัญญัติให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ ดังนี้

⁵⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (2)

(1.1) สิทธิในการพบและปรึกษาทนายความเป็นการเฉพาะตัว⁵¹

ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะปรึกษา หรือ กับทนายของตน ทั้งที่จัดหาเองหรือรัฐจัดหาให้เพื่อการหารือหรือตั้งรูปเรื่องของคดีกัน นอกจากนั้น ในการกระทำหรือการให้การใดๆ ของผู้ต้องหาในขณะที่สอบสวนอาจนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาตัดสินคดีในศาล และผู้ต้องหาจะมีโอกาสที่จะแก้ข้อกล่าวหาโดยการแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นประโยชน์แก่ตนในชั้นสอบสวน และมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การก็ได้ ดังนั้นจึงสมควรที่ให้ผู้ต้องหาที่มีโอกาสที่จะปรึกษาหารือและฟังคำแนะนำของทนายความ เพื่อช่วยรักษาสีบทและผลประโยชน์ของผู้ต้องหาและช่วยตรวจสอบให้การดำเนินการในชั้นสอบสวนให้ไม่ผิดรอนสิทธิต่างๆ ของผู้ต้องหา

(1.2) สิทธิในการให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าร่วมฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนได้⁵²

ผู้ต้องหาที่มีสิทธิในการให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าร่วมฟังการสอบปากคำผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนได้ โดยพนักงานสอบสวนจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนถามคำถามให้การเสมอว่ามีสิทธิที่จะให้ทนายความหรือบุคคลที่วางใจเข้าร่วมฟังการสอบปากคำการสอบสวนได้ ซึ่งผู้ต้องหาจะใช้สิทธิดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ หากผู้ต้องหาไม่ต้องการให้มีทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าร่วมฟังการสอบปากคำ พนักงานสอบสวนก็สามารถดำเนินการสอบสวนต่อไปได้โดยไม่มีบุคคลดังกล่าว แต่หากผู้ต้องหาต้องการใช้สิทธิดังกล่าวพนักงานสอบสวนจะต้องดำเนินการให้

⁵¹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1

“ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุมหรือขังมีสิทธิแจ้งหรือขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้วางใจทราบถึงการถูกจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก และให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

(1) พบและปรึกษาผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว”

⁵²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1 (2)

“ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุมหรือขังมีสิทธิแจ้งหรือขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้วางใจทราบถึงการถูกจับกุมและสถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก และให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่มีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

(1)

(2) ให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าร่วมฟังการสอบปากคำตนได้ในชั้นสอบสวน”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/3 “ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าร่วมฟังการสอบปากคำตนได้”

มีทุนความหรือบุคคลที่ผู้ต้องหาไว้วางใจก่อนเสียก่อนที่จะเริ่มดำเนินคดี ซึ่งได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 134/3

(1.3) สิทธิในการที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านการจัดหาทุนความจากรัฐ

สิทธิดังกล่าวมีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 134/1 โดยกำหนดให้รัฐต้องจัดหาทุนความให้ผู้ต้องหาในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีเสมอ เพราะถือว่าเป็นคดีที่มีอัตราโทษร้ายแรง โดยก่อนเริ่มถามคำให้การพนักงานสอบสวนต้องถามผู้ต้องหาทุกครั้งที่ว่า “มี” ทุนความหรือไม่ ถ้าไม่มีรัฐต้องจัดหาให้ ส่วนกรณีคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนที่พนักงานสอบสวนจะเริ่มถามคำให้การก็จะต้องถามผู้ต้องหาเสมอว่า “ต้องการ” ทุนความหรือไม่ ซึ่งหากผู้ต้องหาแสดงความประสงค์ที่ต้องการมีทุนความ ทางรัฐจะต้องจัดหาทุนความให้ อย่างไรก็ตาม ตามกรณีคดีที่มีอัตราโทษจำคุกนี้ ผู้ต้องหาไม่ประสงค์ที่จะมีทุนความก็ได้ เพราะเป็นคดีที่มีอัตราโทษไม่ร้ายแรงและเป็นสิทธิของผู้ต้องหาเองที่จะมีทุนความหรือไม่ก็ได้

กรณีการสอบสวนผู้ต้องหาในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกิน 18 ปี หากพนักงานสอบสวนไม่ถามผู้ต้องหาก่อนการดำเนินการสอบสวนว่าผู้ต้องหา มีทุนความหรือไม่ หรือการสอบสวนผู้ต้องหาในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก พนักงานสอบสวนไม่ถามผู้ต้องหาว่าประสงค์จะมีทุนความหรือไม่ หรือมีการดำเนินการแจ้งหรือถามผู้ต้องหากตามกรณีดังกล่าวแล้วแต่พนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เช่น ผู้ต้องหาไม่มีทุนความในการสอบสวนคดีอัตราโทษประหารชีวิต แต่พนักงานสอบสวนไม่มีการจัดหาทุนความให้ กรณีเหล่านี้จะเกิดผลตามกฎหมายคือ ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้แก่พนักงานสอบสวนจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้⁵³ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ความสำคัญกับสิทธิการได้รับความช่วยเหลือจากทุนความของผู้ต้องหา โดยมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องมีการสอบถามหรือแจ้งสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทุนความก่อนมีการดำเนินการสอบสวนผู้ต้องหา

⁵³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 วรรคสี่

“ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตาม มาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และ

มาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้”

ทุกครั้ง ซึ่งหากไม่มีการแจ้งหรือมีการละเมิดสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของผู้ต้องหา จะส่งผลให้เกิดผลบังคับ (Sanction)⁵⁴ คือทำให้พนักงานสอบสวน อัยการ ศาลไม่สามารถนำคำให้การในชั้นสอบสวนของผู้ต้องหามาเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาได้เลย แต่ไม่ถึงขั้นที่จะทำให้การสอบสวนเสียไปทั้งหมด

ผลบังคับ (Sanction) ดังกล่าว ใช้บังคับกับกรณีของการสอบสวนโดยไม่มีการแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบถึง “สิทธิในการให้ทนายความหรือบุคคลที่ตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำการสอบสวนด้วย”⁵⁵ ไม่ว่าการสอบสวนนั้นจะเป็นคดีอาญาโทษเท่าใดหรือผู้ต้องหาอายุเท่าใดก็ตาม หากไม่มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวก่อนการถามคำให้การหรือไม่จัดให้มีทนายความหรือบุคคลที่ตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำการสอบสวน (ในกรณีที่ผู้ต้องหาต้องการ) ย่อมเกิดผลบังคับ (Sanction) เช่นเดียวกัน คือไม่สามารถรับฟังคำให้การมาเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิด

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของผู้ต้องหาทั้งสามกรณีดังกล่าว ถือเป็นสิทธิในทางกระทำ (active right) ซึ่งส่งผลให้ก่อนหรือขณะที่มีการสอบสวนเกิดขึ้น ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะปฏิบัติตามสิทธิของตนและย่อมได้รับการคุ้มครองตามสิทธิที่ตนมีอยู่ดังกล่าวได้ทันทีตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดเอาไว้

(2) สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของจำเลย

⁵⁴จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2(น.216), โดยธานีศ เกศวพิทักษ์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4

“ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(1) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้

(2) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้

เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างใดก็ได้ให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้

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

จำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายถึง บุคคลที่ถูกฟ้องยังศาลแล้ว โดยข้อหาว่ากระทำความผิด⁵⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคืออยู่ในฐานะจำเลยทันทีที่ได้มีการยื่นฟ้องต่อศาล เว้นแต่ในคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ ผู้ถูกฟ้องจะอยู่ในฐานะจำเลยก็ต่อเมื่อศาลประทับฟ้องหลังได้สวนมูลฟ้องแล้วเท่านั้น เพราะมีบทบัญญัติไม่ให้ถือว่าอยู่ในฐานะจำเลยก่อนศาลประทับฟ้อง⁵⁷

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของจำเลยได้บัญญัติเอาไว้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 8 ซึ่งกำหนดให้จำเลยมีสิทธิดังต่อไปนี้

- “(1) ได้รับการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม
- (2) แต่งทนายความแตกต่างในชั้นได้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาในศาลชั้นต้นตลอดจนชั้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา
- (3) ปกษาทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว
- (4) ตรวจสอบสิ่งที่ยื่นเป็นพยานหลักฐาน และคัดสำเนาหรือถ่ายรูปสิ่งนั้นๆ
- (5) ตรวจสอบสำนวนการได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาของศาล และคัดสำเนาหรือขอรับสำเนาที่รับรองว่าถูกต้องโดยเสียค่าธรรมเนียม เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมนั้น
- (6) ตรวจสอบหรือคัดสำเนาคำให้การของคนในชั้นสอบสวนหรือเอกสารประกอบคำให้การของคน

ทั้งนี้ทนายความของจำเลยมีสิทธิเช่นเดียวกับจำเลยในสิทธิข้อ (1) ถึง (6) ด้วย”

จำเลยยังมีสิทธิได้รับการสนับสนุนจากรัฐในการจัดหาทนายความให้โดยในมาตรา 173 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้ ดังนี้

“ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้จากรัฐ

⁵⁶ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (3)

⁵⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 165 วรรคสาม

“ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ ศาลมีอำนาจได้สวนมูลฟ้องกลับหลังจำเลย ให้ศาลส่งสำเนาฟ้องแก่จำเลยรายตัวไป กับแจ้งวันนัดได้สวนให้จำเลย ทราบจำเลยจะมาฟัง การได้สวนมูลฟ้อง โดยตั้งทนายให้ซักค้านพยาน โจทก์ด้วยหรือไม่ก็ได้ หรือจำเลยจะไม่มาแต่ตั้งทนายมาซักค้านพยาน โจทก์ก็ได้ ห้ามมิให้ศาลถามคำให้การจำเลย และก่อนที่ศาลประทับฟ้องมิให้ถือว่าจำเลยอยู่ในฐานะเช่นนั้น”

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้”

หลักการมาตรา 173 ดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกับลักษณะที่รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาในขณะมีการสอบสวน (ตามมาตรา 134/1) ซึ่งเดิมมาตรา 173⁵⁸ มีการให้บังคับให้จำเลยต้องมีทนายความเฉพาะในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตเท่านั้น ส่วนการพิจารณาคดีอัตราโทษจำคุกและการพิจารณาคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปี จะมีทนายความหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547 มีการบัญญัติหลักการตามมาตรา 173 ใหม่ซึ่งใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน โดยได้มีการแก้ไขหลักการใหม่คือการบังคับให้จำเลยที่อายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องมีทนายความในการพิจารณาคดีของศาลเสมอเช่นเดียวกับการพิจารณาคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต

จากที่กล่าวมาทั้งหมด มีข้อพึงสังเกตว่า ทั้งสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ มาตรา 7/1 (สิทธิของผู้ต้องหาในการปรึกษาทนายความ หรือ ให้ทนายความเข้าฟังการสอบสวน) มาตรา 8 (สิทธิของจำเลยในการแต่งตั้งทนายแก้ต่างคดี และปรึกษาทนาย) มาตรา 134/1 (สิทธิในการได้รับการสนับสนุนจากรัฐในการจัดหาทนายความของผู้ต้องหา) มาตรา 134/3 (สิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำผู้ต้องหา) มาตรา 134/4 (สิทธิในการได้รับแจ้งให้ทราบจากพนักงานสอบสวนว่า สามารถนำทนายความหรือ ผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำได้) และมาตรา 173 (สิทธิในการได้รับการสนับสนุนจากรัฐในการจัดหาทนายความของจำเลย) ล้วนเป็นหลักการที่บัญญัติเพิ่มขึ้นโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁵⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ก่อนมีการแก้ไขในปี 2547 บัญญัติว่า

“มาตรา 173 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”

(ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547 ทั้งสิ้นโดยหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้อธิบายเจตนารมณ์และจุดมุ่งหมายในการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

“เนื่องจากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกจับ ผู้ต้องหา และจำเลยในคดีอาญาไว้หลายประการ อาทิเช่นการจับกุมหรือคุมขังบุคคล และการค้นในที่รโหฐานจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุจำเป็นอื่น ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติและผู้ต้องหาและจำเลยย่อมมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม ทั้งนี้รวมทั้งมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว อันเป็นการช่วยคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะทั้งสองมาตราดังกล่าวกำหนดให้จำเลยที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ถ้าไม่มีทนายความไม่ว่าจะด้วยเหตุขัดสนทางการเงิน หรือเหตุผลใดก็ตาม ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ โดยเป็นงบประมาณเพื่อให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเต็มที่”

ทั้งนี้ ก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปี 2547 นี้รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในขณะนั้น คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา ผู้ถูกจับ และจำเลยเอาไว้มากมาย เช่น การกำหนดให้ทนายความสามารถเข้าฟังการสอบสวนผู้ต้องหาได้ตามมาตรา 241 วรรคสอง หรือการกำหนดให้ ผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ถูกควบคุมหรือคุมขัง มีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามมาตรา 242 แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับในขณะนั้น (ก่อนการแก้ไขปี 2547) ยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ทนายความสามารถเข้าฟังการสอบสวนผู้ต้องหาได้ มีเพียงบทบัญญัติที่ให้รัฐจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาระหว่างสอบสวนที่ใช้บังคับเฉพาะกับผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี เท่านั้น⁵⁹

⁵⁹พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2542

มาตรา 6 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 134ทวิ และ มาตรา 134ตรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

" มาตรา 134ทวิ ในคดีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงาน สอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามี

ทนายความ หรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ทำให้สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทุนความของผู้ต้องหาที่อายุเกิน 18 ปีในขณะนั้นจะมีเพียงการพบและปรึกษาทนายความสองต่อสองเท่านั้น⁶⁰ ทำให้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในขณะนั้นไม่สอดคล้องกับสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) อย่างไรก็ตาม ในปีพ.ศ. 2542 ได้มีข้อตกลงระหว่างสำนักงานตำรวจแห่งชาติกับสภาทนายความ เรื่อง แนวทางปฏิบัติกรณีผู้ต้องหาใช้สิทธิให้ทนายความเข้าฟังการสอบสวนปากคำของตน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 241 ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปให้พนักงานสอบสวนจะต้องสอบถามผู้ต้องหาว่าต้องการทนายความหรือไม่ หากผู้ต้องหาต้องการก็จะประสานงานไปยังสภาทนายความเพื่อดำเนินการจัดหาทนายความให้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายจึงไม่มีผลบังคับหากพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตาม และในทางปฏิบัติก็ไม่ได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวมากนัก

ปัญหาข้อถกเถียงที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ยังมีประเด็นว่าผู้ต้องหาจะมีสิทธิในการนำทนายความเข้าฟังการสอบสวนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) มาตรา 241 วรรคสองได้หรือไม่ หรือจะต้องมีการจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาระหว่างสอบสวนหรือไม่ และหากไม่ปฏิบัติตามสิทธิที่กำหนดเอาไว้ตามรัฐธรรมนูญแล้วจะมีผลอย่างไรทำให้การสอบสวนเสียไปหรือไม่⁶¹ ส่งผลให้มีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความ

การจัดหาทนายความตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้ทนายความที่รัฐจัดหา ให้ได้รับเงินรางวัล และค่าใช้จ่ายตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง”

⁶⁰ พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2527

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 7 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

"มาตรา 7 ทวิ ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่ถูกควบคุมหรือขัง มีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) พบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง
- (2) ได้รับการเยี่ยมตามสมควร
- (3) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา มีหน้าที่แจ้งให้ ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง”

⁶¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1 บัญญัติว่า

“ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุมหรือขังมีสิทธิแจ้งหรือขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้วางใจทราบถึงการถูกจับกุมและ

อาญาใน ปี 2547 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547 นี้ ได้มีการเพิ่มหลักประกันและสิทธิให้แก่ผู้ต้องหามากยิ่งขึ้น โดยการยกเลิกมาตรา 7 ทวิ เดิม และได้บัญญัติมาตรา 7/1⁶²แทน โดยยังคงให้สิทธิผู้ต้องหาในการพบและปรึกษาทนายความ การได้รับการเยี่ยม ติดต่อกับญาติ หรือได้รับการรักษาพยาบาลดังเดิม⁶³ และได้มีการเพิ่มสิทธิใหม่ที่ไม่เคยปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาก่อน คือ “สิทธิในการให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนในชั้นสอบสวน”⁶⁴ ซึ่งเป็นสิทธิใหม่ของผู้ต้องหาที่เพิ่งมีการบัญญัติเพิ่มเข้าไปในปี 2547⁶⁵ โดยเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบการสอบสวนผู้ต้องหาว่าได้กระทำไปโดยบริสุทธิ์ ปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง ให้สัญญา และเป็นหลักประกัน

สถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก และให้ผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหาที่มีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

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

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 7/1 (1) (3) (4)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 7/1 (2) และมาตรา 134/3

จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(น. 137), โดย คณิต ณ นคร, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7/1บัญญัติว่า

“ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุมหรือยังมีสิทธิแจ้งหรือขอให้เจ้าพนักงานแจ้งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้วางใจทราบถึงการถูกจับกุมและ

สถานที่ที่ถูกควบคุมในโอกาสแรก และให้ผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหาที่มีสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

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

⁶³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 7/1 (1) (3) (4)

⁶⁴ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 7/1 (2) และมาตรา 134/3

⁶⁵จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(น. 137), โดย คณิต ณ นคร, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ให้แก่ผู้ต้องหา เพราะมีพยานคือทนายความอยู่ร่วมด้วยในการสอบสวน⁶⁶ นอกจากนั้น ยังได้เพิ่มหลักการที่รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือผู้ต้องหาด้วยการจัดหาทนายความให้ระหว่างสอบสวน ทั้งในคดีที่มีโทษประหารชีวิต โทษจำคุก และผู้ต้องหาอายุไม่เกิน 18 ปีแล้วแต่กรณี⁶⁷ จากเดิมที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้นที่มีสิทธิดังกล่าว และยังได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าหากไม่มีการแจ้งสิทธิของการมีทนายความในขณะสอบสวน หรือกรณีไม่มีการถามหรือจัดหาทนายความให้ผู้ต้องหาตามที่กฎหมายกำหนด จะส่งผลให้รับฟังคำให้การของผู้ต้องหามาพิสูจน์ความผิดไม่ได้

หลักประกันและสิทธิของจำเลยตามพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ ก็ได้รับการแก้ไขให้เพิ่มมากขึ้นกว่าเดิมเช่นกัน โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบังคับให้จำเลยที่อายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องมีทนายความในการพิจารณาคดีเสมอ (จากเดิมที่จำเลยอายุไม่เกิน 18 ปีจะมีทนายความหรือไม่ก็ได้แล้วแต่ความประสงค์ของจำเลย) ทั้งนี้เพื่อให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างเต็มที่ และคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชน ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการจัดทำพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาและยังเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความให้เพิ่มมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้สิทธิเอาไว้

กล่าวโดยสรุป กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา มีบทบัญญัติให้ผู้ต้องหาและจำเลยต้องได้รับความคุ้มครอง และมีหลักประกันที่จำเป็นในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งสอดคล้องและเป็นไปตามมาตรฐานสากล และสอดคล้องที่นานาอารยประเทศมีต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีการรับรองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอันรวมถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ ซึ่งนานาอารยประเทศ และประเทศภาคีสมาชิกของสหประชาชาติที่ได้ลงนามในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ต่างก็ให้ความสำคัญในเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิการมี

⁶⁶จาก หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น. 22), โดย ณรงค์ ใจหาญ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา มาตรา 134/1

ทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา โดยได้มีการกำหนดบทบัญญัติการคุ้มครองสิทธินี้ไว้ในกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังนั้นเพื่อเป็นการให้ข้อตกลงในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยมีผลบังคับใช้ในประเทศต่อไป และเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยคดีอาญาว่าจะไม่ถูกกลั่นแกล้งสิทธิจากรัฐ จึงต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของการมีทนายความในส่วนที่เกี่ยวข้องกับจำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาเอาไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างชัดเจน

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เมื่อได้ทราบถึงแนวคิดและหลักประกันขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการมีทนายความในคดีอาญาแล้ว ในลำดับถัดไปจะทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2 หลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชน

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวกลางและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดให้ที่ปรึกษากฎหมายเป็นผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน โดยแนวคิดและหลักประกันในการมีที่ปรึกษากฎหมายตามมาตรฐานสากล และตามกฎหมายของประเทศไทยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 มาตรฐานสากลเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมาย

(1) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention On The Rights of The Child)

องค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะองค์การกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF) ได้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention On The Rights of The Child) เพื่อให้มีผลบังคับใช้กับรัฐที่ลงนาม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่มีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีสมาชิกมากกว่าอนุสัญญาอื่นทุกฉบับ โดยประเทศไทยได้ลงนามในภาคยานุวัติสาร ในอนุสัญญาดังกล่าวด้วย โดยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กตั้งแต่วันที่ 27 มีนาคม 2535 ในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะเป็นการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กขั้นต่ำที่ประเทศที่ลงนามเป็นภาคีจะต้องยกมาตรฐานของตนเองขึ้นให้เท่ากับที่กำหนดในอนุสัญญาฯ หรือสูงกว่า ส่วนประเทศที่มีการคุ้มครองที่สูงกว่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ จะได้รับการยกย่องและกระตุ้นให้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้สูงยิ่งขึ้นการคุ้มครองเด็กอย่างน้อยตาม

มาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญานี้ เป็นการรับประกันว่า เด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะได้ มีอัตราการอยู่รอดที่สูงและได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโต เป็นผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพกายแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี และเด็กจะต้องไม่ถูก นำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าการนำไปใช้แรงงานก่อนวัยอันควร การค้าประเวณี หรือการใช้ ประโยชน์ทางเพศหรือทางด้านอื่นๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็ก และให้เด็กได้มี ส่วนร่วมในด้านต่างๆ อันจะส่งผลให้เป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป โดยจะคุ้มครองและ ส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนในโลกโดยอนุสัญญานี้ได้มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ ซึ่ง แต่ละประเทศที่เป็นภาคีอาจกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ใน อนุสัญญานี้ได้ แต่จะต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาไม่ได้ ซึ่งในทุกๆ 5 ปี แต่ละ ประเทศจะต้องจัดทำรายงานความก้าวหน้าเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิเด็ก คณะกรรมการทำหน้าที่ กำกับดูแลและตรวจสอบการดำเนินงานของแต่ละประเทศในการรับประกันสิทธิต่างๆ ของเด็กที่ ระบุไว้ในอนุสัญญา

แนวความคิดและเจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จะยอมรับใน สิทธิของเด็ก ว่าเป็นสิทธิที่มีติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด หรือ “สิทธิติดตัว” (inherent rights) โดยไม่ใช่สิทธิที่เกิดจาก บทบัญญัติกฎหมายหรือการที่รัฐหรือบุคคลอื่นใดให้สิทธิกับเด็ก ดังนั้น เด็กจึงเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่ สามารถไปลดทอนหรือจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมของเด็กหรือละเมิดสิทธิของเด็กได้ ไม่ว่าจะเป็น เป็นรัฐหรือบุคคลอื่น และในการดำเนินการใดๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็ก และที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็น ข้อพิจารณาในการดำเนินการ เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ของประเทศในอนาคต การพัฒนา เด็กซึ่งเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าของประเทศให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและทำ ประโยชน์ให้ต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อความ เจริญก้าวหน้าของประเทศ และการแข่งขันกันทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม หากเด็กไม่ได้รับการ คุ้มครองตามมาตรฐานของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เด็กจะเติบโตขึ้นอย่างไร้คุณภาพแทนที่จะ เติบโตเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคม

ทั้งนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้บัญญัติถึงหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง สิทธิของเด็กไว้ โดยแบ่งแยกประเภทของสิทธิได้ดังนี้

(ก) สิทธิในการอยู่รอด (Survival rights) เป็นสิทธิขั้นมูลฐานของเด็กในการที่จะมีชีวิต รอดอยู่ และเติบโตเป็นผู้ใหญ่ในอนาคต

(ข) สิทธิในการปกป้องคุ้มครอง (Protection rights) สิทธิในการที่จะได้รับการปกป้อง คุ้มครองจากการกระทำที่ทารุณกรรม ทั้งทางร่างกาย จิตใจ การแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ชอบ การ

ได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะได้รับความยุติธรรมจากรัฐในกรณีถูกกล่าวหาและพิจารณาคดี

(ค) สิทธิในการพัฒนา (Development rights) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนาตามขั้นตอนในด้านการศึกษา พัฒนา การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร กิจกรรมต่างๆ ที่จะพัฒนาความคิดและสติปัญญา

(ง) สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation rights) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี สิทธิในการแสดงออก สิทธิในการได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร

อนุสัญญานี้ได้กำหนดหลักการสำคัญอีกข้อหนึ่งไว้ในข้อ 2 ว่ารัฐภาคีสมาชิกต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติของประเทศนั้นหรือไม่ ที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนโดยไม่เลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือ บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย⁶⁸ การไม่เลือกปฏิบัตินั้นไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อเด็กทุกคนเหมือนกันหมด หากเด็กกลุ่มใดไม่สามารถใช้สิทธิเช่นเดียวกับเด็กอื่น เพราะสภาวะทางร่างกาย จิตใจ หรือสภาพแวดล้อม เช่น เด็กพิการ เด็กเรื้อรัง หรือฐานะยากจน เป็นต้น รัฐอาจจัดบริการให้เด็กเหล่านี้เป็นกรณีพิเศษ เพื่อช่วยให้เด็กกลุ่มนี้ได้ใช้สิทธิเท่าเทียมกับเด็กอื่น ๆ ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ซึ่งกำหนดว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้ สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม...”⁶⁹ นอกจากนั้น อนุสัญญาข้อ 3 วรรคแรก ยังได้กำหนดว่าในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรมหน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติผลประโยชน์สูงสุดหรือสวัสดิภาพของเด็ก(the best interests of the child) เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก⁷⁰

⁶⁸ Convention On The Rights of The Child , Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

⁶⁹ เฉจิณ ธรรมสรานกุล (2554). *สิทธิของเด็กและเยาวชนในการกระทำผิดทางอาญา*. สืบค้น 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2557 จาก <http://www.gotoknow.org/posts/449433>

⁷⁰ Convention On The Rights of The Child Article 3

เด็กที่ถูกกล่าวหาในคดีอาญานั้น อนุสัญญา⁷¹ได้กำหนดให้รัฐจะต้องมีการดำเนินการอย่างเหมาะสมและมีหลักประกันสิทธิที่จำเป็น โดยหากมีการดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเด็ก จะทำให้เด็กเติบโตไปเป็นอาชญากร ทำให้สังคมต้องปราบปรามและเกิดปัญหาในอนาคต รวมทั้งรัฐต้องเสียภาระและค่าใช้จ่ายในการควบคุมและปราบปรามอาชญากรเพิ่มมากขึ้น ซึ่งกรณีเหล่านี้จะทำให้ประเทศไม่สามารถพัฒนาได้อย่างเต็มที่ ทำให้ทรัพยากรมนุษย์ของประเทศไม่มีคุณภาพ และส่งผลกระทบต่อการพัฒนาของประเทศ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 40 ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่วางหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาในคดีอาญา ได้บัญญัติไว้ว่า

“1. รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก ซึ่งจะเสริมความเคารพของเด็กต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่นในลักษณะที่ต้องคำนึงถึงอายุของเด็กและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคม และการมีบทบาทเชิงสร้างสรรค์ของเด็กในสังคม

2. เพื่อการนี้ และโดยคำนึงถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของตราสารระหว่างประเทศ รัฐภาคีประกันว่า⁷¹

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

⁷¹ Convention On The Rights of The Child Article 40

1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

2. To this end, and having regard to the relevant provisions of international instruments, States Parties shall, in particular, ensure that:

(a) No child shall be alleged as, be accused of, or recognized as having infringed the penal law by reason of acts or omissions that were not prohibited by national or international law at the time they were committed;

(b) Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees:

(i) To be presumed innocent until proven guilty according to law;

ก) จะไม่มีเด็กคนใดถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยเหตุแห่งการกระทำหรือการเว้นการกระทำ ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่การกระทำหรือการเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น

ข) เด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาน้อยที่สุดจะได้รับหลักประกันดังต่อไปนี้

(1) ได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย

(ii) To be informed promptly and directly of the charges against him or her, and, if appropriate, through his or her parents or legal guardians, and to have legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence;

(iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians;

(iv) Not to be compelled to give testimony or to confess guilt; to examine or have examined adverse witnesses and to obtain the participation and examination of witnesses on his or her behalf under conditions of equality;

(v) If considered to have infringed the penal law, to have this decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law;

(vi) To have the free assistance of an interpreter if the child cannot understand or speak the language used;

(vii) To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings.

(2) ได้รับแจ้งข้อหาทันทีและโดยตรง และในกรณีที่เหมาะสมโดยผ่านบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย และจะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม เพื่อการเตรียมและการสู้คดีของเด็ก

(3) ได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้า โดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจ เป็นอิสระและเป็นกลาง ในการพิจารณาความอย่างยุติธรรมตามกฎหมาย ทั้งนี้ ให้มีความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสมเว้นเสียแต่เมื่อพิจารณา เห็นว่าจะไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงอายุของเด็กหรือสถานการณ์บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

(4) จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือสารภาพผิด สามารถซักถามหรือซักค้านพยาน และให้พยานของตนเข้ามามีส่วนร่วม และให้มีการซักถามพยานแทนตนภายใต้เงื่อนไขแห่งความเท่าเทียมกัน

(5) หากพิจารณาว่าได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ก็ให้การวินิจฉัยหรือมาตรการใดที่กำหนดโดยผลของการวินิจฉัยนั้น ได้รับการทบทวนโดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางในระดับสูงขึ้นไป

(6) ให้มีความช่วยเหลือของล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากเด็กไม่สามารถเข้าใจ หรือพูดภาษาที่ใช้อยู่

(7) ในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา ให้เคารพต่อเรื่องส่วนตัวของเด็กอย่างเต็มที่”

อนุสัญญาข้อ 40 นี้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการดูแลคุ้มครองเด็กที่ถูกกล่าวหาหรือถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาเป็นการยืนยันหลักการว่าเด็กและเยาวชนดังกล่าวจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม ถูกต้องตามพหุติการแห่งความผิดและสิ่งที่เด็กกระทำความผิด และเห็นประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนมาเป็นอันดับแรก ซึ่งจะต้องได้รับหลักประกันและมาตรการที่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติซึ่งใช้สำหรับผู้ใหญ่ เพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติจะมีเจตนารมณ์ที่มุ่งจะพิสูจน์ความผิดของจำเลยเพื่อการลงโทษตามกฎหมาย แต่กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กจะมุ่งเน้นการแก้ไข เยียวยาฟื้นฟูเด็กให้กลับตนเป็นคนดีเพราะเด็กและเยาวชนยังเป็นผู้ที่ยังสามารถปรับปรุงพัฒนาตนเองได้ในอนาคตซึ่งการใช้วิธีการแก้ไข เยียวยาที่เหมาะสมแทนการลงโทษจะเป็นประโยชน์กับเด็กและเยาวชนมากกว่า และจะต้องมีการคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมที่ผู้ต้องหาและจำเลยพึงมี เช่น สิทธิในการได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาเด็ดขาด สิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วจากองค์กรศาลที่เป็นอิสระและ

ยุติธรรมและกระบวนการที่โปร่งใส สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือสารภาพผิด ซึ่งรวมถึงสิทธิในการที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือในกระบวนการยุติธรรมด้วย

สิทธิในการที่จะมีที่ปรึกษากฎหมายคอยช่วยเหลือในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาได้นั้นได้มีการบัญญัติเอาไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 40 (2) (iii) ที่กำหนดให้เด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาจะต้องมีผู้ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่เหมาะสม (legal or other appropriate assistance) ซึ่งหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายสำหรับเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาในคดีอาญานั้น ส่วนใหญ่จะเป็นหน้าที่ของทนายความ ซึ่งคุณสมบัติของทนายความก็จะมีผลแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยในประเทศไทยจะเรียกทนายความของเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่าที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งจะต้องผ่านการอบรมองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ผลประโยชน์สูงสุดหรือสวัสดิภาพของเด็ก (the best interests of the child) เป็นหัวใจสำคัญที่สุดที่อนุสัญญานี้คำนึงถึงเป็นอันดับแรกในการคุ้มครองสิทธิในแต่ละด้านของเด็กและเยาวชน และทุกหน่วยงานหรือองค์กรในรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่ให้เด็กและเยาวชนถูกละเมิดหรือเสียสิทธิดังกล่าว ซึ่งรวมถึงสิทธิในการที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือในกระบวนการยุติธรรม โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้กำหนดให้เด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาจะต้องมีผู้ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่เหมาะสม (legal or other appropriate assistance) ดังที่ได้บัญญัติเอาไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 40 (2) (iii)

(2)กฎแห่งกรุงปักกิ่ง (BEIJING RULE) ปี 1985 หรือกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice)

กฎแห่งกรุงปักกิ่งมีที่มาจากการประชุมสภาองเกรสแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดครั้งที่ 6 ที่กรุงคาราคัส ประเทศเวเนซุเอลา ค.ศ. 1980 ซึ่งได้มีการวางหลักการขึ้นพื้นฐานขึ้นสำหรับการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนอันจะเป็นการปกป้องสิทธิมนุษยชนขึ้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนที่มีปัญหาในทางกฎหมาย ซึ่งต่อมาสมัชชาใหญ่ของสหประชาชาติได้ลงมติยอมรับกฎดังกล่าว เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1985 โดยกฎที่จัดทำขึ้นนี้จะเปรียบเสมือนเป็นแบบอย่างของการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนแก่ประเทศสมาชิกของสหประชาชาติ ซึ่งได้จัดทำขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของระบบคดีเด็กและเยาวชนในทุกๆ ประเทศทั่วโลก และเป็นที่ยอมรับกันว่าจะเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปในการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน

และเป็นเงื่อนไขขั้นต่ำที่สมาชิกสหประชาชาติไม่ว่าจะอยู่ภายใต้ระบบใดสมควรที่จะนำไปปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน

กฎดังกล่าวให้ความสำคัญกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน(juvenile offender) เป็นสำคัญ โดยในกฎดังกล่าวได้มีคำนิยามเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนี้⁷²

(ก) เด็กและเยาวชน (juvenile) คือ เด็กหรือเยาวชน ซึ่งตามระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องอาจถูกดำเนินคดีสำหรับความผิดด้วยวิธีการที่แตกต่างไปจากของผู้ใหญ่

(ข) ความผิด (offence) คือ พฤติกรรมใด ๆ (การกระทำหรือละเว้นกระทำ) ที่ต้องรับโทษจากกฎหมายตามระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(ค) ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน (juvenile offender) คือ เด็กและ เยาวชนซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดกฎหมายหรือถูกพบว่ากระทำความผิดกฎหมาย

กฎแห่งกรุงปักกิ่งได้มีหลักการสำคัญและกำหนดข้อปฏิบัติที่หลากหลายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนมากมาย เช่น การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการสอบสวน⁷³ การจะต้องแจ้งให้บิดามารดาทราบเมื่อถูกจับกุม การควบคุมตัวต้องแยกออกจากผู้ใหญ่หรือการกำหนดให้สิทธิขั้นมูลฐานของเด็กและเยาวชนจะต้องได้รับความคุ้มครอง⁷⁴ สิทธิการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิที่จะถูกแจ้งข้อหาสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำ สิทธิที่ได้รับคำปรึกษา สิทธิที่จะให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองปรากฏตัวอยู่ด้วย สิทธิที่จะต่อสู้คดีและซักค้านพยาน สิทธิที่จะอุทธรณ์ รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย หรือการกำหนด

⁷² United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

“2.2 For purposes of these Rules, the following definitions shall be applied by Member States in a manner which is compatible with their respective legal systems and concepts:

- (a) A juvenile is a child or young person who, under the respective legal systems, may be dealt with for an offence in a manner which is different from an adult;
- (b) An offence is any behaviour (act or omission) that is punishable by law under the respective legal systems;
- (c) A juvenile offender is a child or young person who is alleged to have committed or who has been found to have committed an offence.”

⁷³ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

Part two. Investigation and prosecution

⁷⁴ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

7. Rights of juveniles

หลักการของศาลในการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน การพิจารณาคดีให้คำนึงถึงสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก “The well-being of the juvenile” เป็นสำคัญ หรือไม่ควรมีคำพิพากษาจำกัดอิสรภาพของเด็ก เช่น การจำคุกในเรือนจำ⁷⁵ เป็นต้น

สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายของผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน (juvenile offender) นั้น กฎแห่งกรุงปักกิ่ง ข้อ 15.1 ที่บัญญัติได้เอาไว้อย่างชัดเจนว่า “ตลอดการดำเนินคดีนั้น เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะให้ที่ปรึกษากฎหมาย (legal advisor) เป็นตัวแทนหรือร้องขอความช่วยเหลือด้านกฎหมาย โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของแต่ละประเทศ”⁷⁶

ทั้งนี้ มาตรฐานขั้นต่ำทั้งหมดตามกฎหมายนี้มีที่มาจากแนวความคิดพื้นฐาน⁷⁷ คือ

(ก) ประเทศสมาชิกควรหาทางส่งเสริมความเป็นอยู่ของเด็กและเยาวชนพร้อมทั้งครอบครัวให้ดียิ่งขึ้นตามเกณฑ์ของการให้ความช่วยเหลือทั่วไปของแต่ละประเทศ

(ข) ประเทศสมาชิกควรพยายามพัฒนาสภาพที่จะทำให้เด็กและเยาวชน ซึ่งอยู่ในวัยเสี่ยงต่อการกระทำผิดได้มีชีวิตอยู่ในชุมชนอย่างมีความหมายและมีคุณค่า โดยดูแลกระบวนการของพัฒนาการและการศึกษาให้ปลอดจากอาชญากรรมและการกระทำผิดให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

(ค) จะเอาใจใส่ใช้มาตรการทางบวก ส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชน โดยนำทรัพยากรของชุมชน ได้แก่ ครอบครัว อาสาสมัคร กลุ่มบุคคล โรงเรียน หรือสถาบันอื่น ๆ มาใช้เพื่อลดความจำเป็นในอันที่จะต้องใช้กฎหมายสำหรับเด็กและเยาวชนที่มีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมาย ก็

จะเอาใจใส่ใช้วิธีการที่เที่ยงธรรม มีมนุษยธรรม และมีประสิทธิผล

(ง) ควรถือว่าความยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชนเป็นสิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ในกระบวนการพัฒนาชาติของแต่ละประเทศ โดยอยู่ในกรอบรวมของความยุติธรรมทางสังคมสำหรับ

⁷⁵ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

17. Guiding principles in adjudication and disposition

⁷⁶ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

15. Legal counsel, parents and guardians

15.1 Throughout the proceedings the juvenile shall have the right to be represented by a legal adviser or to apply for free

legal aid where there is provision for such aid in the country.

⁷⁷ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

Part one. General principles

1. Fundamental perspectives

เด็กและเยาวชนทั้งหมด ดังนั้นจึงมีผลทั้งคุ้มครองเด็กและเยาวชนและรักษาความสงบสุขของสังคมในเวลาเดียวกัน

(จ) ควรนำกฎนี้ไปปฏิบัติตามสภาพของเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่ปรากฏอยู่ในแต่ละประเทศสมาชิก

(ฉ) การให้บริการความยุติธรรมแก่เด็กและเยาวชน ควรมีการประสานงานและพัฒนาอย่างเป็นระบบโดยมุ่งที่จะปรับปรุงและดำรงความสามารถของบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ รวมถึงเรื่องระเบียบการปฏิบัติงานวิธีการทำงาน และทัศนคติของบุคลากรเหล่านั้นด้วย

ภาพรวมการดำเนินการตามมาตรฐานขั้นต่ำทั้งหมดตามกฎหมายนี้ จะต้องเป็นไปเพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ที่ควรจะเป็นของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ โดยจุดมุ่งหมายดังกล่าว ได้บัญญัติเอาไว้ในกฎข้อ 5⁷⁸ ซึ่งได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประการคือ

ประการแรก คือ วัตถุประสงค์ที่จะต้องคำนึงถึงการส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชน(The well-being of the juvenile) หรือการคำนึงถึงสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ อันสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ถือเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและของระบบกฎหมายที่มีศาลคดีเด็กและเยาวชน ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องก็จะต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวด้วย

ประการที่สอง คือวัตถุประสงค์ที่คำนึงถึง “หลักการเรื่องการได้สัดส่วน” หลักการนี้หมายถึงการลงโทษให้เท่ากับน้ำหนักของความผิดที่กระทำ และเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ซึ่งถือว่าเป็นการจำกัดบทลงโทษไม่ให้รุนแรงเกินกว่าความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิด และในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนนั้นไม่ควรพิจารณาแต่ความรุนแรงของความผิดเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำผิดด้วย (เช่น

⁷⁸ “5. จุดมุ่งหมายของความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน

5.1 ระบบความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนควรเน้นถึงความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชนและให้เกิดความมั่นใจว่าการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนจะได้สัดส่วนกับสภาพแวดล้อม ทั้งของผู้กระทำผิดและความผิดที่ได้กระทำลงไป”

“United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ,Beijing Rules

5. Aims of juvenile justice

5. 1 The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence.”

สถานภาพทางสังคม สภาพครอบครัว ความเสี่ยงที่เกิดจากการรบกวนพฤติกรรมส่วนบุคคล) รวมถึงรายละเอียดเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดแต่ละบุคคล (เช่น คู่มือความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะชดเชยแก่ผู้เสียหาย หรือเรื่องความตั้งใจจริงของผู้กระทำผิดที่จะกลับตนเป็นคนดี และใช้ชีวิตอย่างมีประโยชน์) ควรมีส่วนต่อการลงโทษหรือการปฏิบัติซึ่งในหลายๆ ประเทศ การลงโทษและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนนั้น ในบางกรณีอาจกระทำเกินความจำเป็นจนกลายเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชน ดังนั้น จึงสมควรที่จะต้องระมัดระวังสัดส่วนของการลงโทษและการปฏิบัติ กับสัดส่วนของพฤติกรรมของทั้งผู้กระทำผิดและความร้ายแรงของความผิด รวมทั้งพฤติกรรมของผู้เสียหายด้วย

กล่าวโดยสรุปการดำเนินการใดๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหา สมาชิกสหประชาชาติ หรือประเทศอื่นๆ ทั่วโลก ควรที่จะต้องยึดหลักการและวัตถุประสงค์การส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชน(The well-being of the juvenile) และการลงโทษให้เท่ากับน้ำหนักของความผิดที่กระทำ และเหมาะสมกับพฤติกรรมแห่งการกระทำ ความผิดเป็นสำคัญ และสมควรที่จะปฏิบัติตามหลักปฏิบัติทั่วไปในการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กที่กำหนดเอาไว้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายนี้ ซึ่งรวมถึงสิทธิของผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน (juvenile offender) ในการมีที่ปรึกษากฎหมาย (legal advisor) เพื่อให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมาย และจะต้องไม่เสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการได้รับสิทธิดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชน และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของการบังคับใช้กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน

(3)กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

กติกานี้เป็นเป็นกติกากำหนดให้รัฐต้องเคารพสิทธิต่างๆ ของบุคคล จำกัดอำนาจรัฐไม่ให้กระทำการใดๆ แก่พลเมืองอันเป็นการลดทอนสิทธิของพลเมือง ซึ่งคำว่าพลเมืองนั้นย่อมหมายความว่ารวมถึงเด็กและเยาวชนด้วยโดยในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนี้ได้มีบทบัญญัติในประเด็นที่เกี่ยวข้องวิธีพิจารณาความของคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน ในข้อ 14 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า

“ในกรณีผู้ที่ถูกกระทำผิดเป็นเด็กหรือเยาวชน วิธีพิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุ และด้วยความประสงค์จะส่งเสริมการแก้ไขความประพฤติของบุคคลนั้น”⁷⁹

⁷⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 4. : In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

ซึ่งหมายความว่า กระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดจะต้องมีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการในกระบวนการพิจารณาให้เหมาะสมกับอายุของเด็กและเยาวชน รวมทั้งต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการมุ่งแก้ไขพฤติกรรมกระทำความผิดของเด็กให้กลับตนเป็นคนดี แทนที่จะมุ่งประสงค์ที่จะโทษดังเช่นการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไปสำหรับผู้ใหญ่ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ส่งผลให้กระบวนการพิจารณาในคดีที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดในหลายประเทศจะต้องมีความแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาของผู้ใหญ่ ซึ่งรวมทั้งในประเทศไทยด้วย โดยคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ.2535 ให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติกาฯ โดยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ.2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540

บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศต่างๆ นั้นจะต้องมีความแตกต่างกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับผู้ใหญ่ เช่น ในประเทศไทยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวกลางและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จะกำหนดให้มีบทบัญญัติเรื่อง สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศูนย์ฝึกและอบรม สถานศึกษาสถานฝึกอบรม หรือการมีมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา การนำครอบครัวหรือญาติมาช่วยดำเนินการในกระบวนการสำหรับเด็ก หรือการฟ้องคดีกับจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนที่ต้องใช้วิธีพิเศษแตกต่างจากการฟ้องคดีทั่วไปการเปลี่ยนโทษและวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชน การสอบสวนคดีอาญาของผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชนจะต้องดำเนินการด้วยวิธีพิเศษแตกต่างจากการสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ ซึ่งรวมถึงการมีที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่แทนทนายความ โดยในบทบัญญัติในข้อ 14 วรรคสาม(d)⁸⁰ ของกติกาฯซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าบุคคลนั้น และมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ด้วยตนเอง หรือด้วยความช่วยเหลือทางกฎหมายของทนายความ สิทธิที่บุคคลจะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิใน

⁸⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 143. (d) :

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it

การมีทนายความ ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่มีทนายความก็พึงได้รับการจัดทนายความให้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมโดยที่ผู้นั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย” นั้นซึ่งบุคคลที่ได้รับสิทธิตามข้อนี้ย่อมหมายความรวมถึงเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาในคดีอาญาด้วย อันเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งของพลเมืองในทุกๆ ประเทศที่ยอมรับหลักการตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนี้

กล่าวโดยสรุป กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองกำหนดให้ประเทศภาคีจะต้องเคารพสิทธิต่างๆ ของพลเมือง ซึ่งรวมถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายของทนายความด้วย ทั้งนี้ เด็กและเยาวชนก็ถือว่าเป็นพลเมืองที่จะมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ด้วย แต่ในบางประเทศอาจปรับเปลี่ยนคุณสมบัติของทนายความในคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนให้เหมาะสม เช่น ในประเทศไทยที่กำหนดให้ที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่แทนทนายความ ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 14 วรรค 4 ที่กำหนดให้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดจะต้องมีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการในกระบวนการพิจารณาให้เหมาะสมกับอายุของเด็กและเยาวชน เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนที่มุ่งแก้ไขพฤติกรรมกระทำความผิดของเด็กให้กลับตนเป็นคนดี แทนที่การลงโทษดังเช่นในคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่

(4) กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกกีดรอนเสรีภาพค.ศ. 1996 (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty)

กฎนี้เป็นกฎที่สร้างขึ้น โดยมีเจตนาที่จะใช้เพื่อเป็นกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในสหประชาชาติ และได้มีการรับเอากฎของสหประชาชาติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกกีดรอนเสรีภาพมาบัญญัติไว้เป็นหลักการ และสอดคล้องกันกับหลักสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

กฎดังกล่าวได้มีบทบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในข้อ 18 (a)⁸¹ ว่าเด็กและเยาวชนที่ถูกจับกุมมีสิทธิที่มีจำได้รับคำปรึกษาด้านกฎหมายและความช่วยเหลือด้านกฎหมายอื่นๆ โดยไม่ต้อง

⁸¹ United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty Section 18 (a)

“Juveniles should have the right of legal counsel and be enabled to apply for free legal aid, where such aid is available, and to communicate regularly with their legal advisers. Privacy and confidentiality shall be ensured for such communications”

เสียค่าใช้จ่ายใดๆ และข้อ 60 ที่กำหนดให้เด็กและเยาวชนจะต้องมีสิทธิที่จะเข้าพบหรือปรึกษาทนายความได้เสมอ⁸²

(5)หลักการและแนวทางของสหประชาชาติว่าด้วยการเข้าถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems)

หลักการและแนวทางของสหประชาชาติว่าด้วยการเข้าถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ได้เห็นถึงความสำคัญของเด็กที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยได้บัญญัติหลักการสำคัญในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Legal aid) สำหรับเด็ก ว่า เด็กจะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมายภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับที่ผู้ใหญ่ได้รับ โดยเงื่อนไขที่เด็กจะได้รับความช่วยเหลือนั้นอาจมีความผ่อนคลายกว่าผู้ใหญ่⁸³ (Children should have access to legal aid under the same conditions as or more lenient conditions than adults.) และใน หลักการข้อที่ 11 ได้บัญญัติถึงหลักการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่เด็กโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ (Principle 11 Legal aid in the best interests of the child) ดังนี้

“34. การให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ⁸⁴

35. การให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่เด็กจะต้องได้รับการจัดหาเป็นอันดับแรกโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และจะต้องสามารถเข้าถึงได้ง่าย มีความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ มีการนำสาขาวิชาและศาสตร์ที่หลากหลายมาใช้ และสอดคล้องกับระบบกฎหมายและความต้องการทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับเด็ก⁸⁵”

⁸² United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty Section 60

“Every juvenile should have the right to receive regular and frequent visits, in principle once a week and not less than once a month, in circumstances that respect the need of the juvenile for privacy, contact and unrestricted communication with the family and the defence counsel.”

⁸³ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 22

⁸⁴ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 34

“34. In all legal aid decisions affecting children,¹⁵ the best interests of the child should be the primary consideration.”

⁸⁵ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 35

กรณีแนวทาง (Guideline) สำหรับการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายสำหรับเด็ก ได้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเอาไว้ในข้อ 10 ที่กำหนดให้รัฐจะต้องใช้วิธีการพิเศษ (special measures) เพื่อให้เด็กเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ และ เพื่อไม่ให้เด็กได้รับผลกระทบ หรือเกิดตราบาป ในระหว่างการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เช่น ในกรณีที่มีผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) ระหว่างเด็กกับพ่อแม่หรือผู้ปกครอง จะต้องมีการจัดหาทนายความแก่เด็กเป็นการเฉพาะตัว แยกต่างหากจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง⁸⁶ และห้ามมีการสอบถาม สอบปากคำเด็กโดยไม่มีทนายความหรือผู้ให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมาย (other legal aid provider) และไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครอง โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ⁸⁷

คุณสมบัติของทนายความหรือผู้ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายสำหรับเด็กในหลักการข้อที่ 13 ยังกำหนดให้บุคคลดังกล่าวจะต้องมีการศึกษา การฝึกอบรม ทักษะ และประสบการณ์ที่สอดคล้องและเหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ ความร้ายแรงของคดี และความต้องการของเด็กและเยาวชนอีกด้วย⁸⁸

2.2.2 หลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายในประเทศไทย

ประเทศไทย รัฐเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดโดยมีนโยบายแก้ไขเยียวยา มากกว่าการมุ่งเน้นลงโทษซึ่งใช้ในคดีสำหรับผู้ใหญ่ส่งผลให้มีการกำหนดให้เด็กและเยาวชนต้องได้รับการพิจารณาคดีในศาลที่แตกต่างจากคดีสำหรับผู้ใหญ่ และจะต้องมีวิธีพิจารณารวมถึงวิธีการที่แตกต่าง รวมทั้งมีมาตรการที่ใช้เฉพาะกับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ เพื่อให้เด็กกลับตนเป็นคนดี และกลับคืนสู่สังคมได้⁸⁹ โดยพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้มีการกำหนดวิธีพิจารณาความและวิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด รวมทั้งมีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวเพื่อให้มีการพิจารณาคดีเฉพาะเด็กและเยาวชนให้แตกต่างจากผู้ใหญ่ อย่างไรก็ตามแม้ว่า

“35. Legal aid provided to children should be prioritized, in the best interests of the child, and be accessible, ageappropriate, multidisciplinary, effective and responsive to the specific legal and social needs of children.”

⁸⁶ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 53 (a)

⁸⁷ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 53 (b)

⁸⁸ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems article 37

⁸⁹ จาก *หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว* (น.19), โดยวรวิทย์ยุทธพิศ, 2550, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จะมีการกำหนดให้เด็กและเยาวชนต้องได้รับการพิจารณาคดีในศาลที่แตกต่างจากคดีสำหรับผู้ใหญ่ แต่เด็กและเยาวชนก็จะต้องมีสิทธิและได้รับหลักประกันพื้นฐานที่จำเป็นในกระบวนการยุติธรรมด้วย ซึ่งหมายความว่ารวมถึง สิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายคอยช่วยเหลือในคดี ทั้งนี้ กฎหมายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายมีดังต่อไปนี้

(1)รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2550

เดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนเอาไว้ในมาตรา 69 เพียงว่า “รัฐพึงสนับสนุนและส่งเสริมการพัฒนาพลเมืองของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กและเยาวชนให้เป็นผู้มีความสมบูรณ์ทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา คุณธรรม และจริยธรรม” ซึ่งต่อมาเมื่อมีการร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนเพิ่มขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2540 ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 53

“เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม...”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 80

“รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน ...”

การมีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชน เพราะบทบัญญัติในกฎหมายลูกต่าง ๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังไม่ได้แก้ไขให้สอดคล้องตามหลักการดังกล่าว ทำให้ไม่สอดคล้องกับแนวคิดและหลักการตามภาคินุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีด้วย ดังนั้น ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550จึงได้แก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนในไว้ใน มาตรา 52 ดังนี้

“เด็กและเยาวชน มีสิทธิในการอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจและสติปัญญา ตามศักยภาพในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ

เด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ทั้งมีสิทธิได้รับการบำบัดฟื้นฟูในกรณีที่มีเหตุดังกล่าว

การแทรกแซงและการจำกัดสิทธิของเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อสงวนและรักษาไว้ซึ่งสถานะของครอบครัวหรือประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น.....”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของเด็กและเยาวชนที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครอง และจะต้องไม่ถูกจำกัดสิทธิต่างๆที่พึงมี ซึ่งรวมถึงเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาในฐานะผู้ต้องหาและจำเลยก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง และจะต้องมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกันในฐานะประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้เพิ่มหลักการเกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม(access to justice) ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้สะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ โดยเฉพาะเด็ก เยาวชน สตรี และผู้สูงอายุ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอย่างเหมาะสม⁹⁰ โดยในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก เยาวชน การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต้องมีลักษณะพิเศษจากการพิจารณาคดีอื่นทั่วไปเช่น พนักงานสอบสวนจะต้องจัดให้มีนักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา ผู้แทนองค์กรพัฒนาเอกชนหรือแพทย์ผู้ทำการรักษาหรือบุคคลที่ผู้เสียหายไว้วางใจ จะทำการสอบสวนโดยลำพังไม่ได้ หรือการควบคุมเด็กและเยาวชนจะต้องควบคุมเอาไว้ในสถานที่แยกต่างหากจากผู้ใหญ่ หรือการดำเนินคดีจะต้องมีการสืบเสาะหาสาเหตุแห่งการกระทำความผิดประกอบการพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งรวมถึงการให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยการให้มีที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่แทนทนายความด้วย ทั้งนี้เพราะเจตนารมณ์ของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนนั้นมุ่งเน้นการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมยิ่งกว่าการลงโทษ ซึ่งมีความแตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้ใหญ่ รวมทั้งสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กและเยาวชนก็มีความแตกต่างกับผู้ใหญ่หลายประการ

การที่รัฐกำหนดให้กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนแตกต่างกับกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้ใหญ่นั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 วรรคสาม⁹¹ ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นข้อยกเว้นเอาไว้ว่า “มาตรการใดๆ ที่รัฐ

⁹⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 40 (6)

⁹¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

กำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ซึ่งการกำหนดกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่แตกต่างออกไปนั้น ย่อมเป็นการช่วยส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนขจัดอุปสรรคในข้อบกพร่องด้านอายุ ความรู้ผิดชอบ การศึกษา สภาพร่างกายและจิตใจ ให้สามารถเข้าถึงและใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมได้เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น (access to justice) ตลอดจนส่งเสริมให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาและมีการต่อสู้คดีที่เท่าเทียมกันและเสมอภาคกันมากขึ้น ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่รัฐกำหนดให้ใช้สำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และ กฎแห่งกรุงปักกิ่ง และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ที่ให้การยอมรับในหลักการที่จะต้องมีการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดที่แตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้ใหญ่

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2550 ได้ให้ความสำคัญกับเด็กและเยาวชนมิให้ได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามแนวคิดของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ได้รับการยอมรับกันเป็นสากล ทำให้การดำเนินการใดๆ ในกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนในประเทศไทย จะต้องดำเนินการให้เด็กและเยาวชนได้รับการคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอย่างเหมาะสม และได้รับหลักประกันที่จำเป็นในการดำเนินคดี สามารถใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมได้เช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ และได้รับความยุติธรรมในการดำเนินคดี โดยจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของเด็กเป็นอันดับแรก ทั้งนี้ การมีที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่แทนทนายความก็เป็นสิทธิหนึ่งของเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง

(2) พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด คือ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งมีการกำหนดวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนที่แตกต่างจากการดำเนินคดีสำหรับผู้ใหญ่ โดยมีศาลเยาวชนและครอบครัวทำหน้าที่พิจารณาคดีสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดโดยเฉพาะ

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้เด็กและเยาวชนมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และให้เด็ก

มาตรการ ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและ เสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากรัฐให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม แต่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนนั้น มิมีมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนต่ำกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งให้ความคุ้มครองการกระทำความผิดสำหรับผู้ใหญ่อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชน⁹²

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัวกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมายดังกล่าว ประกอบกับปัจจุบันได้มีการแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม และมีการแยกสถานพินิจออกไปอยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรม จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับโครงสร้างใหม่ และแก้ไขเพิ่มสิทธิให้แก่เด็กและเยาวชน ทั้งในกระบวนการพิจารณาความ การปฏิบัติในชั้นสอบสวน หรือวิธีการสำหรับเด็กประกอบกับปรับปรุงในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิสวัสดิภาพ และวิธีปฏิบัติต่อเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว รวมทั้งในส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และมาตรฐานสากลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งนานาชาติให้การยอมรับเป็นหลักการสากล

หลักการที่สำคัญที่สุดของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด คือ การกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัว มีอำนาจหน้าที่ที่จะพิจารณาพิพากษา และไกล่เกลี่ยคดีไปพร้อม ๆ กัน โดยการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดจะต้องคำนึงถึง “สวัสดิภาพ” และ “อนาคต” ของเด็กและเยาวชนให้ได้รับการอบรมสั่งสอน เยียวยา แก้ไข และสามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดียิ่งกว่าการมุ่งประสงก์ต่อการลงโทษ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการ

⁹²แถลงหลักการและเจตนารมณ์ของ นายสบโชค สุขารมณ์ รองประธานศาลฎีกา ในเอกสารประกอบการร่างพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. (คณะรัฐมนตรีศาลฎีกา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอ) สำหรับสมาชิกวุฒิสภาได้ใช้ในการติดตามผลการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ ของสภาผู้แทนราษฎร จัดทำโดย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

ดังกล่าว ใน มาตรา 84 วรรคสอง⁹³ และมาตรา 119⁹⁴ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสากลที่เห็นความสำคัญของเด็กและเยาวชนที่เป็นทรัพยากรที่สำคัญของชาติและจะต้องได้รับการคุ้มครอง และคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนเป็นอันดับแรก ซึ่งรวมถึงการดำเนินการหรือปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรม ก็จะต้องยึดหลักการดังกล่าวเป็นพื้นฐานด้วย

นิยามของคำว่าเด็กและเยาวชนและคดีเด็กและเยาวชน พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติเอาไว้ดังนี้คือ

“เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์

“เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์⁹⁵

คดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด ให้ถืออายุเด็กหรือเยาวชนนั้นในวันที่กระทำความผิดได้เกิดขึ้นเป็นข้อพิจารณา ว่าผู้กระทำความผิดยังเป็นเด็กหรือเยาวชนอยู่หรือไม่

⁹³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 84 วรรคสอง บัญญัติว่า

“เด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดหรือเป็นจำเลยที่อยู่ในระหว่างการควบคุมดูแลของบุคคลหรือองค์การใด ๆ จะต้องได้รับการฟื้นฟูทั้งร่างกายและจิตใจ และส่งเสริมให้มีโอกาสกลับคืนสู่สังคม รวมทั้งได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากมีการแสวงหาประโยชน์การกระทำอันมิชอบ การทรมาน การลงโทษ การปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้ารูปแบบอื่น หรือการกระทำใด ๆ ที่มีได้เป็นไปเพื่อฟื้นฟูร่างกายหรือจิตใจหรือเพื่อการกลับคืนสู่สังคม และมีลักษณะที่ขัดต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชน ให้ศาลสั่งระงับหรือเพิกถอนการกระทำที่ฝ่าฝืน และกำหนดค่าเสียหายหรือบรรเทาผลร้ายหรือมีคำสั่งให้จัดการแก้ไข เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามที่เห็นสมควร”

⁹⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 119 บัญญัติว่า

“ในการพิจารณาและพิพากษาคดีที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวคำนึงถึงสวัสดิภาพและ อนาคตของเด็กหรือเยาวชนซึ่งควรจะได้รับ การฝึกอบรม สั่งสอน และส่งเสริมให้กลับตัวเป็นพลเมืองดียิ่งกว่าการที่จะลงโทษ และในการพิพากษาคดีนั้นให้ศาลคำนึงถึงบุคลิกลักษณะ สภาพร่างกายและสภาพจิตใจของเด็กหรือเยาวชนซึ่งแตกต่างกันเป็นคน ๆ ไป และลงโทษหรือเปลี่ยนโทษหรือใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนให้เหมาะสมกับตัวเด็กหรือเยาวชน และพฤติการณ์เฉพาะเรื่อง แม้เด็กหรือเยาวชนนั้นจะได้กระทำความผิดร่วมกัน”

⁹⁵ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 4

เดิมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 กำหนดให้ “เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุเกิน 7 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกิน 14 ปีบริบูรณ์ และ “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกิน 14 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งการแก้ไขเรื่องอายุเด็กและเยาวชนเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2551 ดังนี้

มาตรา 73 เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

มาตรา 74 เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติเด็กนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุมความประพฤติเด็กนั้น

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์กรที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์กร

นั้นยินยอม ในกรณีเช่นนี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

มาตรา 75 ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้นในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง

หลักประกันพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 นั้น รัฐเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดโดยมีนโยบายแก้ไขเยียวยา มากกว่าการมุ่งเน้นลงโทษซึ่งใช้ในคดีสำหรับผู้ใหญ่ส่งผลให้มีการกำหนดให้เด็กและเยาวชนต้องได้รับการพิจารณาคดีในศาลที่แตกต่างจากคดีสำหรับผู้ใหญ่ และจะต้องมีวิธีพิจารณารวมถึงวิธีการที่แตกต่าง รวมทั้งมีมาตรการที่ใช้เฉพาะกับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ เพื่อให้เด็กกลับตนเป็นคนดี และกลับคืนสู่สังคมได้⁹⁶ โดยพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้มีการบัญญัติวิธีพิจารณาความและวิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด รวมทั้งมีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวเพื่อให้มีการพิจารณาคดีเฉพาะเด็กและเยาวชนให้แตกต่างจากผู้ใหญ่ อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการกำหนดให้เด็กและเยาวชนต้องได้รับการพิจารณาคดีในศาลที่แตกต่างจากคดีสำหรับผู้ใหญ่ แต่เด็กและเยาวชนก็จะต้องมีสิทธิและได้รับหลักประกันพื้นฐานที่จำเป็นในกระบวนการยุติธรรมด้วย ซึ่งหมายความว่ารวมถึง สิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายคอยช่วยเหลือในคดี โดยสิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ ในชั้นพิจารณาคดีกำหนดให้เด็กและเยาวชนจำเป็นต้องมีที่ปรึกษากฎหมายทุกกรณีไม่ว่าจะต้องการหรือไม่ โดยกำหนดบังคับให้ศาลจำเป็นต้องแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนเสมอหากเด็กและเยาวชนไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 120 ซึ่งบัญญัติว่า

⁹⁶จาก หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว(น.19), โดยวรวิทย์ยุทธพิศ, 2550, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

“ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้”

การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลจะต้องแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนนั้น ถือเป็นการคุ้มครองสิทธิและคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กและเยาวชนที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาลเยาวชนและครอบครัว ซึ่งหลักการที่ศาลจะต้องจัดหาที่ปรึกษากฎหมายให้กับเด็กและเยาวชนนั้น ได้ปรากฏครั้งแรกในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 และได้มีการพัฒนาปรับปรุงบทบัญญัติและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนจะศึกษารายละเอียดของหลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายสำหรับเด็กและเยาวชนตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ในหัวข้อถัดไป

2.3 หลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายสำหรับเด็กและเยาวชนและคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งในประเทศไทย

ประเทศไทยมีการบังคับใช้วิธีพิจารณาความอาญาสำหรับเด็กโดยเฉพาะตั้งแต่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 เป็นต้นไป และในวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2495 ได้มีการเปิดดำเนินการศาลเด็กและเยาวชนกลาง และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กกลางขึ้นในกรุงเทพมหานครเป็นแห่งแรก โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นของการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดแยกจากการปฏิบัติต่อผู้ใหญ่ที่กระทำความผิดอย่างเป็นรูปธรรม และได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติเรื่อยมา จนถึงการบังคับใช้พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้น

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 เป็นจุดเริ่มต้นของการกำหนดให้การดำเนินคดีอาญาในศาลคดีเยาวชนและครอบครัว จะต้องมามีที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกันกับทนายความซึ่งและสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในด้านที่ปรึกษากฎหมายของเด็กและเยาวชนนั้น คือการได้รับการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายจากศาล หากเด็กและเยาวชนไม่มีที่ปรึกษากฎหมายหรือไม่สามารถจัดหาได้เอง ซึ่งรายละเอียดของหลักการแต่งตั้งและคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 จนถึงพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 นั้น จะมีความแตกต่างกันไป ดังนี้

2.3.1 หลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายและคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494

2.3.1.1 สิทธิในการได้รับการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 เป็นพระราชบัญญัติแรกที่กำหนดสิทธิเด็กและเยาวชนในการได้รับการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายจากศาลเยาวชนและครอบครัว โดยมีหลักการตามมาตรา 47 ดังนี้

“ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดมีทนายความว่าคดีแทนในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน แต่ให้เด็กและเยาวชนมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนนั้น ไม่ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นประสงค์หรือไม่”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นและบทบัญญัติแรกที่ทำให้กระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในศาลคดีเด็กและเยาวชนจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่แทนทนายความ หรือทำนองเดียวกันกับทนายความ ทั้งการสืบพยาน แก่คดี ให้คำปรึกษาทางกฎหมายในชั้นพิจารณา และกำหนดให้เด็กและเยาวชนจำเป็นต้องมีที่ปรึกษากฎหมายทุกกรณี ไม่ว่าจะต้องการหรือไม่ โดยบังคับให้ศาลจำเป็นต้องแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนเสมอหากเด็กและเยาวชนไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย

ที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้จะปฏิบัติหน้าที่เฉพาะในชั้นพิจารณาคดีในศาลเท่านั้น เพราะได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่า “ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดมีทนายความว่าคดีแทนในศาล.....” โดยในชั้นสอบสวน ไม่มีบทบัญญัติให้ที่ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่ในชั้นสอบสวน หรือมีสิทธิใดๆ ในชั้นสอบสวน

ต่อมา เมื่อได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506 ได้แก้ไขสิทธิการมีที่ปรึกษากฎหมายดังกล่าว โดยหลักการตามมาตรา 47 ได้รับการแก้ไขดังนี้

“ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดมี
 หมายควมว่าคดีแทนในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน แต่ให้เด็กและเยาวชนมีที่
 ปรีกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับหมายควมได้ ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนไม่มีที่
 ปรีกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรีกษากฎหมายให้ เว้นแต่เด็กหรือเยาวชนนั้นไม่ต้องการ และศาล
 เห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดี จะไม่แต่งตั้งที่ปรีกษากฎหมายให้ก็ได้”

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506 ได้เปลี่ยน
 หลักการตามมาตรา 47 ใหม่ โดยกำหนดให้เด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลยไม่ต้องมีที่ปรีกษาหมายก็
 ได้ โดยการแสดงความประสงค์ไม่ต้องการที่ปรีกษาหมาย และการที่จำเลยไม่ต้องการที่ปรีกษา
 หมายนั้นศาลจะต้องเห็นว่าที่ปรีกษาหมายนั้นไม่จำเป็นแก่คดีด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้า
 จำเลยต้องการที่ปรีกษาหมาย ศาลต้องตั้งให้เสมอ โดยไม่ต้องควาจำเป็นแก่คดีหรือไม่ แต่ถ้า
 จำเลยไม่ต้องการที่ปรีกษาหมายแล้ว ศาลก็ต้องควาจำเป็นแก่คดีหรือไม่ก่อน ถ้าศาลเห็นว่าจำเป็น
 แก่คดี ศาลต้องแต่งตั้งที่ปรีกษาให้จำเลย ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวแตกต่างจากเดิมใน
 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 ก่อนมีการแก้ไข ที่กำหนดให้เด็กและ
 เยาวชนจำเป็นต้องมีที่ปรีกษาหมายทุกกรณี ไม่ว่าจะต้องการหรือไม่ เนื่องจากการแต่งตั้ง
 ที่ปรีกษาหมายไว้ในทุกคดีนั้นย่อมทำให้เกิดความล่าช้าและสิ้นเปลือง เช่น ในคดีความผิด
 เล็กน้อยที่จำเลยรับสารภาพ และไม่ต้องการที่ปรีกษาหมาย หรือในกรณีที่ปรีกษาหมายไม่มา
 ศาลทำให้ต้องมีการเลื่อนคดีไปหลายนัดและเกิดความล่าช้า หรือจะต้องขอแรงที่ปรีกษาหมาย
 กันใหม่ทำให้สิ้นเปลืองค่าป่วยการสำหรับที่ปรีกษาหมาย⁹⁷ จึงได้มีการแก้ไขใหม่ โดย
 กำหนดให้มีข้อยกเว้นให้ไม่ต้องจัดหาที่ปรีกษาหมายในกรณีที่จำเลยไม่ต้องการและศาลเห็นว่า
 ไม่จำเป็นแก่คดีได้

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506 ยังมีการเพิ่มสิทธิ
 ของเด็กและเยาวชนที่เป็นผู้ต้องหาในการที่จะตั้งที่ปรีกษาหมายเพื่อแถลงข้อคัดค้านและซักถาม
 พยานในเรื่องการพิจารณาคำร้องขอผิดฟ้องในชั้นสอบสวนได้⁹⁸ จากเดิมที่ไม่มีบทบัญญัติให้ที่

⁹⁷จาก กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน (น.123-124), โดย สง่า นิละมิตร, 2522,กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁹⁸พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 24 ทวิ วรรคสี่ แก้ไขเพิ่มเติมโดย
 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506

ปรึกษากฎหมายปฏิบัติหน้าที่ในชั้นสอบสวนเลย อย่างไรก็ตาม การตั้งที่ปรึกษากฎหมายในกรณีพิจารณาคำร้องขอผิดฟ้องดังกล่าวจะทำให้เฉพาะการสอบสวนที่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอยู่ในท้องที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลคดีเด็กและเยาวชนเท่านั้น กรณีที่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอยู่ในท้องที่ที่นอกเขตอำนาจของศาลคดีเด็กและเยาวชนจะแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายเพื่อแถลงข้อคัดค้านและซักถามพยานในเรื่องการพิจารณาคำร้องขอผิดฟ้องไม่ได้⁹⁹

การปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายในศาลคดีเด็กและเยาวชนในศาลคดีเด็กและเยาวชนโดยทั่วไป จะต้องปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติที่อธิบดีศาลคดีเด็กและเยาวชนกลางกำหนด

2.3.1.2 คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494

ผู้ที่ทำหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมาย ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 จะต้องมียุทธศาสตร์¹⁰⁰ อย่างใดอย่างหนึ่งในสองกรณี ดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 เป็นทนายความตามกฎหมาย

กรณีที่ 2 ได้รับปริญญาทางกฎหมายไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรีหรือเทียบเท่าและได้จดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลคดีเด็กและเยาวชน

ทั้งนี้ทนายความในกรณีที่ 1 นั้นหมายความว่าถึงวิชาชีพทนายความที่ปฏิบัติหน้าที่ในคดีอาญาทั่วไปที่ได้ผ่านหลักสูตรว่าด้วยการคัดเลือกผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความและสามารถว่าความได้ที่ปรึกษากฎหมายกรณีที่ 1 นี้ สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายได้ทุกเขตอำนาจศาลคดีเด็กและเยาวชน

กรณีที่ 2 คือกรณีที่ผู้ที่ไม่ใช่ทนายความแต่เป็นเพียงผู้ที่ได้ศึกษาจบปริญญาทางกฎหมายในสาขาใดก็ได้ โดยต้องไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี และจะต้องทำการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายต่อศาลคดีเด็กและเยาวชน โดยวิธีการจดทะเบียนดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2494) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494

⁹⁹พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 24 ทวิ วรรคห้า แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506

¹⁰⁰พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 48

กฎกระทรวงดังกล่าว กำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายตามกรณีที่ 2 ทำคำขอจดทะเบียนต่อศาลคดีเด็กและเยาวชนที่ผู้นั้นต้องการจะปฏิบัติหน้าที่ซึ่งในขณะนั้นจดทะเบียนที่เขตอำนาจศาลเด็กและเยาวชนใด ก็จะต้องปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะในเขตอำนาจศาลนั้นเท่านั้น โดยรายการคำขอจดทะเบียนนั้นจะต้องมีรายการดังต่อไปนี้คือ¹⁰¹

- (1) ชื่อตัวและชื่อสกุล
- (2) อายุ
- (3) ได้รับการศึกษากฎหมายจากสำนักกฎหมายใด ได้ปริญญาชั้นใด เมื่อใด
- (4) ตำบลที่อยู่หรือสำนักงาน
- (5) อาชีพหรือวิชาชีพปกติ

ก่อนการจดทะเบียนดังกล่าวครั้งแรก ผู้ที่ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายจะต้องเข้ารับการอบรมตามระเบียบที่อธิบดีหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลในศาลคดีเด็กและเยาวชนที่ต้องการจะจดทะเบียนและปฏิบัติหน้าที่กำหนดเอาไว้¹⁰² ซึ่งการอบรมโดยทั่วไปก็จะเกี่ยวกับ จิตวิทยาเกี่ยวกับเด็ก วัตถุประสงค์และขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน และเมื่ออธิบดีหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลในศาลคดีเด็กและเยาวชนเห็นสมควรให้มีการรับจดทะเบียนดังกล่าวแล้วก็จะมีการออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้ โดยใบสำคัญดังกล่าวจะใช้บังคับได้ทั้งหมด 2 ปี นับแต่วันที่ออกใบสำคัญ¹⁰³

การจดทะเบียนดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ ในกรณีที่มีผู้ร้องหรือปรากฏแก่ศาลคดีเด็กและเยาวชน ว่าที่ปรึกษากฎหมายประพฤติตนอย่างใดๆ ซึ่งถ้าประพฤติเช่นนั้นในฐานะทนายความแล้วจะถูกลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความตามกฎหมายว่าด้วยมารยาททนายความได้ อธิบดีหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลคดีเด็กและเยาวชนสามารถตั้งคณะกรรมการไต่สวนในกรณีดังกล่าวได้ โดย

¹⁰¹ กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2494) ข้อ 1

¹⁰² กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2494) ข้อ 2

¹⁰³ กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2494) ข้อ 3 และข้อ 4

ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าเป็นความจริงหรือเป็นไปตามที่ผู้ร้องกล่าวหา ให้อธิบดีหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลคดีเด็กและเยาวชนสามารถลบชื่อที่ปรึกษากฎหมายนั้นออกจากการจดทะเบียนได้¹⁰⁴

การปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายก็อาจจะถูกระงับหรือเพิกถอนการปฏิบัติหน้าที่ได้ (ไม่ใช่กรณีเพิกถอนการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมาย) โดยในกรณีที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนเห็นว่าที่ปรึกษากฎหมายคนใดเป็นผู้ที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ช่วยเหลือเด็กและเยาวชน ศาลสามารถจะไม่แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กและเยาวชนนั้นหรือเพิกถอนการปฏิบัติหน้าที่ให้กับเด็กและเยาวชนนั้นๆ ในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ได้¹⁰⁵

2.3.2 หลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายและคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534

2.3.2.1 สิทธิในการได้รับการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534

กรณีจากการยกเลิกพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนพ.ศ. 2494 และบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 แทน ได้มีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวแทนศาลคดีเด็กและเยาวชน ทำให้ต้องมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างที่สำคัญหลายประการ อย่างไรก็ตาม หลักการมีที่ปรึกษากฎหมายก็ยังคงมีอยู่ดังเดิม โดยในมาตรา 83 วางหลักการทั่วไปของการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมาย ดังนี้

“ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมายให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้เว้นแต่จำเลยนั้นไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก้คดีจะไม่แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 นี้ ยังคงหลักการเดิมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506 คือกำหนดให้จำเลยไม่ต้องมีที่ปรึกษากฎหมายก็ได้ โดยการแสดงความประสงค์ไม่

¹⁰⁴ กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2494) ข้อ 5

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 49

ต้องการที่ปรึกษากฎหมาย และการที่จำเลยไม่ต้องการที่ปรึกษากฎหมายนั้นศาลจะต้องเห็นว่าที่ปรึกษากฎหมายนั้นไม่จำเป็นแก่คดีด้วย กล่าวอีกนัยคือ ถ้าจำเลยต้องการที่ปรึกษากฎหมาย ศาลต้องตั้งให้เสมอ โดยไม่ต้องคว่ำจำเป็นแก่คดีหรือไม่ แต่ถ้าจำเลยไม่ต้องการที่ปรึกษากฎหมายแล้ว ศาลก็ต้องคว่ำจำเป็นแก่คดีหรือไม่ก่อน ถ้าศาลเห็นว่าจำเป็นแก่คดี ศาลต้องแต่งตั้งที่ปรึกษาให้จำเลย¹⁰⁶

การแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายตามมาตรา 83 นี้ เป็นบทกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาคดีอาญาในศาลเยาวชนและครอบครัว จึงนำบทบัญญัติ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ที่แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547 เรื่องการตั้งทนายความให้จำเลย ที่บัญญัติว่า “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้” อันเป็นบทกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น แม้จะเป็นคดีอาญาที่มีโทษประหารชีวิต หากจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนไม่ต้องการที่ปรึกษา กฎหมาย และศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดี จึงไม่แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้จำเลย ก็เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยมาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 นี้แล้ว¹⁰⁷ ซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ก็ได้มีคำพิพากษาตามหลักการดังกล่าวในคำพิพากษาฎีกาที่ 3667/2545 (ประชุมใหญ่) ดังนี้

“แม้โจทก์จะฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 อันเป็นคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ซึ่งศาลชั้นต้นต้องถามจำเลยก่อนเริ่มพิจารณาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งให้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคแรก ก็ตามแต่ก็เป็นบทบัญญัติสำหรับดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีธรรมดา ส่วนศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวนั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 6 ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เมื่อมาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ ที่ระบุให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความ หากจำเลยไม่มีที่ปรึกษา กฎหมายก็ให้ศาลแต่งตั้งให้ เว้นแต่จำเลยไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดีจะไม่ตั้งที่ปรึกษา กฎหมายก็ได้ นั่น ถือเป็นกฎหมายเฉพาะย่อมยกเว้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

¹⁰⁶ จาก 3 พ.ร.บ. พิศดาร (น.111), โดยวิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, 2553, กรุงเทพฯ : แสงจันทร์การพิมพ์.

¹⁰⁷ 3 พ.ร.บ. พิศดาร (น. 112), เล่มเดิม

อาญา มาตรา 173 ซึ่งเป็นบททั่วไปจึงไม่อาจนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ ดังนั้น ที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางจดยางานกระบวนพิจารณาว่า จำเลยไม่ต้องการที่ปรึกษากฎหมาย และศาลเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องตั้งที่ปรึกษากฎหมาย จึงให้นัดสืบพยาน จึงเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ชอบด้วยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 83 ครบถ้วนแล้ว”

มีข้อสังเกตคือ ในขณะที่บังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 นั้นศาลเยาวชนและครอบครัวยังมีการจัดตั้งไม่ครบทุกจังหวัดทำให้เด็กและเยาวชนที่อยู่นอกเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวนั้นจะใช้บทบัญญัติเรื่องการมีที่ปรึกษากฎหมายไม่ได้ เนื่องจากหลักการมีที่ปรึกษากฎหมายใช้เฉพาะในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวเท่านั้น ทั้งนี้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 83 ว่า “ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้....” ดังนั้น เด็กที่อยู่นอกเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักทั่วไป จะใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 ไม่ได้ โดยหลักการมีทนายความในชั้นพิจารณาคดีจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547 คือ “.....ในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้จากรัฐ และในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้”

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ในกรณีที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวไม่ทำการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 83 เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ หรือฎีกาแล้ว ศาลอุทธรณ์หรือฎีกาสามารถที่จะถือได้ว่าศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนพิจารณาที่ผิดระเบียบได้ เพราะ ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 83 นี้ และอาจ

พิพากษาคำพิพากษาของศาลชั้นต้นประกอบกับให้ยื่นสำนวนมาให้ศาลชั้นต้นแต่งตั้งที่ปรึกษา
กฎหมายและดำเนินการพิจารณาคดีใหม่ตามรูปคดีได้¹⁰⁸

หลักการอื่นๆ โดยทั่วไปยังคงเดิม คือที่ปรึกษากฎหมายจะปฏิบัติหน้าที่ในทำนอง
เดียวกันกับทนายความ ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติหน้าที่เฉพาะในชั้นพิจารณาคดีเท่านั้น โดยไม่มี
บทบัญญัติให้แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวนแต่อย่างใด (เว้นแต่การแถลงคัดค้านพิจารณา
คำร้องขอคัดฟ้อง ซึ่งการพิจารณาคำร้องขอคัดฟ้องดังกล่าวก็ทำได้เฉพาะการสอบสวนที่พนักงาน
สอบสวนผู้รับผิดชอบอยู่ในท้องที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลคดีเด็กและเยาวชนเท่านั้น¹⁰⁹) ส่งผลให้
เด็กและเยาวชนสามารถมีได้เพียงแค่ทนายความคอยให้คำปรึกษาและอยู่ร่วมด้วยในชั้นสอบสวน
ได้เท่านั้น ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่ปี 2547¹¹⁰
ส่วนก่อนปี 2547 นั้น เด็กและเยาวชนมีเพียงสิทธิในการพบและปรึกษาทนายความสองต่อสอง
เท่านั้น¹¹¹

การปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายจะต้องปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติที่อธิบดีผู้
พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกำหนด

¹⁰⁸จาก คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.
2534 (น. 157), โดย สุพจน์ คุ้มานะชัย, 2550, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

¹⁰⁹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 51

¹¹⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 วรรคแรก และมาตรา 7/1 (2) และมาตรา 134/3ซึ่งแก้ไข
โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547

¹¹¹พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2527

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 7ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

"มาตรา 7 ทวิ ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่ถูกควบคุมหรือขัง มีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) พบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง
- (2) ได้รับการเยี่ยมตามสมควร
- (3) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา มีหน้าที่แจ้งให้ ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้น
ทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง"

2.3.2.2 คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534

ผู้ที่ทำหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมาย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 จะต้องมียุทธศาสตร์¹¹²อย่างใดอย่างหนึ่งในสองกรณี ดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 เป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความหรือ

กรณีที่ 2 ได้รับปริญญาทางกฎหมายไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรี หรือเทียบเท่า และได้จดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 85

ทนายความในกรณีที่ 1 นั้นหมายความว่าวิชาชีพทนายความที่ปฏิบัติหน้าที่ในคดีอาญาทั่วไปที่ได้ผ่านหลักสูตรว่าด้วยการคัดเลือกผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความจากสภาทนายความและสามารถว่าความได้ที่ปรึกษากฎหมายกรณีที่ 1 นี้ สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายได้ทุกเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัว

กรณีที่ 2 คือกรณีที่ผู้ที่ไม่ใช่ทนายความแต่เป็นเพียงผู้ที่ได้ศึกษาจบปริญญาทางกฎหมายในสาขาใดก็ได้ โดยต้องไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี และจะต้องทำการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายต่อศาลเยาวชนและครอบครัว ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 85

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 85 กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาลมีหน้าที่รับจดทะเบียนผู้ที่ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในกรณีที่ 2 และเมื่อจดทะเบียนที่เขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวใด ก็จะปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะในเขตอำนาจศาลนั้นเท่านั้น หากต้องการจะจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวศาลอื่นจะต้องมาขอจดทะเบียนต่อศาลอื่นนั้นๆ ด้วย เช่น ที่ปรึกษากฎหมายที่จดทะเบียนที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง แต่จะปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดไม่ได้ นอกจากจะไปดำเนินการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนจังหวัดนั้นๆ ด้วยจึงจะปฏิบัติหน้าที่ในเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนั้นได้¹¹³ โดยรายละเอียดวิธีการจดทะเบียนดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎกระทรวงที่ออกตาม

¹¹²พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 84

¹¹³จาก กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็กเยาวชนและคดีครอบครัว(น.193), โดยอัจฉริยา ชูตินันท์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 คือ กฎกระทรวง(พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ซึ่งได้กำหนดวิธีการจดทะเบียนเอาไว้ ดังนี้

ผู้จดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายตามกรณีที่ 2 จะต้องยื่นคำขอตามแบบที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางกำหนดต่อศาลเยาวชนและครอบครัวซึ่งผู้นั้นประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่ และก่อนที่จะมีการรับจดทะเบียน ผู้จดทะเบียนจะต้องได้รับการอบรมตามระเบียบที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดหรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดซึ่งผู้จดทะเบียนประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่กำหนดไว้ก่อน เว้นแต่ ในกรณีที่ผู้จดทะเบียนเป็นหรือเคยเป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือเคยได้รับการอบรมมาก่อนหากอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดหรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดเห็นสมควรอาจพิจารณาขเว้นไม่ต้องรับการอบรมก็ได้

กรณีที่ผู้จดทะเบียนได้ผ่านการอบรมดังกล่าวแล้ว อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดหรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดก็จะรับจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลนั้นๆ แล้วแต่กรณี และจะมีการออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้¹¹⁴ โดยใบสำคัญดังกล่าวจะใช้บังคับได้ทั้งหมด 3 ปี นับแต่วันที่ออกใบสำคัญ¹¹⁵

การจดทะเบียนดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ ในกรณีที่ผู้ร้องหรือปรากฏแก่ศาลเยาวชนและครอบครัวว่าที่ปรึกษากฎหมายประพฤติตนอย่างใดๆ ซึ่งถ้าประพฤติเช่นนั้นในฐานะทนายความแล้วจะถูกลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความตามกฎหมายว่าด้วยมารยาททนายความได้ อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดหรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดสามารถตั้งคณะกรรมการไต่สวนในกรณีดังกล่าวได้ โดยถ้าคณะกรรมการเห็นว่าเป็นความจริงหรือเป็นไปตามที่ผู้ร้องกล่าวหา ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล

¹¹⁴ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ข้อ 3

¹¹⁵ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ข้อ 4

เยาวชนและครอบครัวจังหวัดหรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดสามารถบอชื่อที่ปรึกษากฎหมายนั้นนอกจากการจดทะเบียนได้¹¹⁶

นอกจากนั้น ทั้งที่ปรึกษากฎหมายที่จำเลยหาเอง หรือที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งให้อาจจะถูกเพิกถอนการปฏิบัติหน้าที่ได้ (ไม่ใช่กรณีเพิกถอนการจดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมาย) หากศาลคดีเยาวชนและครอบครัวเห็นว่าที่ปรึกษากฎหมายคนใดเป็นผู้ที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ช่วยเหลือเด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลย ซึ่งรวมถึงความประพฤติ ความรู้ หรือทัศนคติที่ไม่เหมาะสม ศาลสามารถเพิกถอนการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ได้¹¹⁷

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตคือ การจดทะเบียนและเพิกถอนทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามกรณีที่ 2 นั้น มีหลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนเหมือนเดิมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 โดยมีข้อแตกต่างจากเดิมเพียงแค่เรื่องของศาลที่รับจดทะเบียน และผู้มีอำนาจรับจดทะเบียนและเพิกถอน เนื่องจากได้มีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัด รวมทั้ง แผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัด แทนที่ศาลคดีเด็กและเยาวชน จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับโครงสร้างใหม่ของศาลเยาวชนและครอบครัวในขณะนั้น นอกจากนั้นยังได้เพิ่มระยะเวลาการขึ้นบัญชีทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายให้นานขึ้นเป็น 3 ปี จากเดิมที่กำหนดเพียง 2 ปี

2.3.3 หลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายและคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

2.3.3.1 สิทธิในการได้รับการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

หลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ได้เปลี่ยนไปในหลักการสำคัญ ดังนี้

มาตรา 120 บัญญัติว่า

“ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายความได้ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้”

¹¹⁶ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ข้อ 5

¹¹⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 88

และมาตรา 73

“เมื่อเด็กและเยาวชนมาอยู่ต่อหน้าศาล.....ถ้าเด็กและเยาวชนยังไม่มีที่ปรึกษาทนายความ ให้ศาลแต่งตั้งให้.....”

หลักการแต่งตั้งที่ปรึกษาทนายความตามพระราชบัญญัตินี้ ในชั้นพิจารณาคดีกำหนดให้เด็กและเยาวชนจำเป็นต้องมีที่ปรึกษาทนายความทุกกรณี ไม่ว่าจะต้องการหรือไม่ โดยกำหนดบังคับให้ศาลจำเป็นต้องแต่งตั้งที่ปรึกษาทนายความให้แก่เด็กและเยาวชนเสมอหากเด็กและเยาวชนไม่มีที่ปรึกษาทนายความ เป็นการแก้ไขหลักการจากเดิมที่มีข้อยกเว้นให้ไม่ต้องมีที่ปรึกษาทนายความก็ได้ในกรณีที่จำเลยไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดี โดยหลักการตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการย้อนกลับไปใช้หลักการเดิมเหมือนกับสมัยที่ยังบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 (ก่อนมีการแก้ไขปี 2504) ที่บังคับให้จำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนต้องมีที่ปรึกษาทนายความทุกกรณี ไม่ว่าจะต้องการหรือไม่

ชั้นสอบสวน ได้มีการเพิ่มบทบาทของที่ปรึกษาทนายความ โดยกำหนดให้การสอบสวนเด็กและเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิดจะต้องมีที่ปรึกษาทนายความร่วมอยู่ด้วยทุกครั้งในการแจ้งข้อกล่าวหาและสอบปากคำ¹¹⁸ ในลักษณะเดียวกันกับทนายความที่สามารถอยู่ร่วมด้วยในการสอบปากคำผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยหลักการนี้เป็นหลักการใหม่ที่เพิ่งเพิ่มเข้ามาในพระราชบัญญัตินี้ จากเดิมที่ให้ที่ปรึกษาทนายความมีบทบาทในชั้นสอบสวนเพียงแค่การแถลงข้อคัดค้านและซักถามพยานในเรื่องการพิจารณาคำร้องขอคัดฟ้องเท่านั้นทำให้ปัจจุบันการสอบสวนเด็กและเยาวชนจำเป็นต้องมีที่ปรึกษาทนายความร่วมด้วยในการแจ้งข้อกล่าวหาและสอบปากคำทุกครั้งโดยไม่มีข้อยกเว้น แต่อย่างไรก็ตาม การจัดหาที่ปรึกษาทนายความในชั้นสอบสวนนี้ เป็นหน้าที่ของผู้ต้องหาหรือพนักงานสอบสวนที่จะต้องจัดหาด้วยตนเอง หรือประสานงานไปที่ศาลเยาวชนและครอบครัวที่ใกล้สถานที่ตำรวจที่สุด

การปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษาทนายความตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติที่ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษาทนายความการจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 กำหนด

¹¹⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 75
วรรคสอง

2.3.3.2 คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

เดิมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายอยู่ 2 กรณี แต่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 นี้ได้มีการแก้ไขคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายเสียใหม่ โดยกำหนดให้คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายมีได้เพียงกรณีเดียว คือ ต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความและผ่านการอบรมเรื่องวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว ความรู้เกี่ยวกับจิตวิทยา การสังคม สงเคราะห์และความรู้อื่นที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาเท่านั้น¹¹⁹

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาที่กำหนดรายละเอียดของการอบรมดังกล่าว คือ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยในคำนิยามในข้อบังคับดังกล่าวมีบัญญัติเอาไว้ชัดเจนในข้อ 4 ว่า“ที่ปรึกษากฎหมาย” หมายความว่า ทนายความซึ่งผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดในข้อบังคับนี้และได้รับการขึ้นทะเบียนให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 จึงจะต้องเป็นทนายความที่ได้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชีพ.ศ. 2556

(2) ได้รับการขึ้นทะเบียนให้เป็นที่ปรึกษากฎหมาย

ข้อบังคับประธานศาลฎีกาดังกล่าวกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางในการประกาศรับสมัครและจัดอบรมหลักสูตรแก่ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย โดยผู้สมัครเข้ารับการอบรมต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(1) เป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ (ในกรณีนี้หมายถึงการสอบใบอนุญาตว่าความได้ตามหลักสูตรของสภาทนายความ)

¹¹⁹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 121

- (2) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี
 - (3) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ
 - (4) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่า จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมาย
 - (5) ไม่เป็นผู้ถูกเพิกถอนชื่อจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย
- กรณีที่ผู้สมัครไม่มีลักษณะต้องห้ามและมีคุณสมบัติข้างต้นครบถ้วนแล้ว ก็จะต้องเข้ารับการอบรมให้เป็นไปตามหลักสูตรและวิธีการที่คณะกรรมการดูแลที่ปรึกษากฎหมายกำหนดซึ่ง ศาลเยาวชนและครอบครัวจะเป็นผู้รับผิดชอบในการเปิดอบรมและทดสอบความรู้แก่ผู้ที่จะเป็น ที่ปรึกษากฎหมายเป็นระยะๆ โดยการอบรมหลักสูตรประกอบด้วยเนื้อหาวิชาดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเด็ก
- (2) วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว
- (3) จิตวิทยา การสังคมสงเคราะห์และการให้คำปรึกษา
- (4) การวิเคราะห์หาสาเหตุแห่งการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชน
- (5) การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เยาวชนและครอบครัว
- (6) ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว
- (7) ความรู้อื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย

ผู้ที่จะเป็น ที่ปรึกษากฎหมายต้องเข้ารับการอบรมไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของเวลาการ อบรมทั้งหมด และผ่านการทดสอบความรู้ตามวิธีการที่คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษา กฎหมาย กำหนดด้วย และหากผ่านการอบรม และมีคุณสมบัติครบถ้วนก็จะได้ขึ้นทะเบียนเป็นที่ปรึกษา กฎหมายต่อไป และสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ทุกเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมายมีสิทธิเพิกถอนรายชื่อที่ ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนรายชื่อได้ ในกรณีที่ขาดคุณสมบัติการเป็นทนายความ หรือ ไม่ ปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย และเสียหายแก่เกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ¹²⁰

¹²⁰ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดแจ้งและลบชื่อออก จากบัญชี พ.ศ. 2556 ข้อ 28

ข้อบังคับประธานศาลฎีกาดังกล่าว มีการกำหนดหลักเกณฑ์การจดทะเบียนที่ปรึกษา
กฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง¹²¹ ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณา
คดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 122 ซึ่งบัญญัติว่า“ศาลเยาวชนและครอบครัวทุกศาล
อาจรับจดทะเบียนผู้ที่จะประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี
เยาวชนและครอบครัวก็ได้การจดทะเบียนตามวรรคหนึ่งและการลบชื่อออกจากบัญชีให้เป็นไปตาม
หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา”โดยการจดทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย
ที่ศาลแต่งตั้ง จะต้องมิคุณสมบัติดังต่อไปนี้¹²²

- (1) เป็นผู้มีความพร้อมที่จะอุทิศเวลาปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง
- (2) ไม่เป็นผู้เคยถูกตัดเตือนเป็นลายลักษณ์อักษรจากคณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย
ในเรื่องไม่ปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย และเสียหายแก่เกียรติศักดิ์แห่ง
วิชาชีพเกินกว่าหนึ่งครั้งภายในเวลาห้าปีนับแต่วันจัดทำบัญชีที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง

ผู้ได้รับจดทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะในศาลเยาวชนและ
ครอบครัวที่รับจดทะเบียนเท่านั้น และผู้ขอรับจดทะเบียนคำขอรับจดทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายที่ศาล
แต่งตั้งต่อศาลเยาวชนและครอบครัวศาลใดศาลหนึ่ง หรือหลายศาลก็ได้ แต่ทั้งนี้ศาลจะรับจดทะเบียนได้
ไม่เกินสามศาลเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป สิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญของหลักการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมาย
พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 คือ ศาลจะต้องมีการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้กับเด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลยในคดีทุกกรณี
โดยไม่มีข้อยกเว้น แม้ว่าเด็กและเยาวชนจะไม่ต้องการ ศาลก็จำเป็นจะต้องแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมาย
ให้เสมอซึ่งแตกต่างจากจากพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน

¹²¹ที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้ง คือ ที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลได้แต่งตั้งให้เด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลย ในกรณีที่
จำเลยนั้น ไม่มีที่ปรึกษากฎหมายทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน
และครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 120 ตอนท้าย “.....ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่
ปรึกษากฎหมายให้”

¹²²ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมายการจดทะเบียนและลบชื่อออก
จากบัญชี พ.ศ. 2556 ข้อ 32

และครอบครัว พ.ศ. 2534 ที่มีข้อยกเว้นให้เด็กและเยาวชนไม่ต้องมีที่ปรึกษากฎหมายก็ได้ในกรณีที่เด็กและเยาวชนไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก้คดี

คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมาย จากเดิมที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 กำหนดให้ผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมาย มีได้ 2 กรณี คือ กรณีที่ 1 เป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความหรือกรณีที่ 2 ผู้ที่ได้รับปริญญาทางกฎหมายไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรี หรือเทียบเท่าและได้จดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 85 โดยผู้ที่เป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความในกรณีที่ 1 นั้น สามารถว่าความและปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายได้ทันที และปฏิบัติหน้าที่ได้ทุกเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวโดยไม่ต้องผ่านการอบรมแต่อย่างใด แต่ในกรณีที่ 2 คือ ผู้ที่ได้รับปริญญาทางกฎหมายไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรี หรือเทียบเท่าที่ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมาย จะต้องผ่านการอบรมตามระเบียบที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดหรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัดกำหนดนั้นจะใช้บังคับ แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้ปรับเปลี่ยนคุณสมบัติให้ผู้ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้เหลือเพียงกรณีเดียวเท่านั้นคือ ทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความและผ่านการอบรมเรื่องวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว ความรู้เกี่ยวกับจิตวิทยา การสังคมสงเคราะห์และความรู้อื่นที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ที่จบปริญญาตรีทางกฎหมายหรือเทียบเท่าจะไม่มีสิทธิปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายอีกต่อไปตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 นี้ และทนายความที่ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายจะต้องผ่านการอบรมตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น และที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งจะปฏิบัติหน้าที่ได้เฉพาะในศาลเยาวชนและครอบครัวที่รับคดีแจ้งเท่านั้น และผู้ขอรับคดีแจ้งอาจยื่นคำขอรับคดีแจ้งเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลแต่งตั้งต่อศาลเยาวชนและครอบครัวได้ไม่เกินสามศาลเท่านั้น