

บทที่ 3

สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายจากรัฐในกฎหมายต่างประเทศ

สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายจากรัฐ ถือเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและบัญญัติเป็นกฎหมายในหลายประเทศ โดยแต่ละประเทศจะมีหลักการในการให้ความช่วยเหลือด้านทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่แตกต่างกัน ตลอดจนคุณสมบัติของทนายความหรือที่ปรึกษาที่รัฐจัดหาให้ก็มีคุณสมบัติที่แตกต่างกันไป ตามระบบกฎหมายและแนวความคิดทางกฎหมายของประเทศนั้นๆ ในบทนี้ ผู้เขียนจะศึกษากฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายจากรัฐ โดยจะศึกษาทั้งสิ้น 4 ประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และสมาพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common law) จึงไม่มีการแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ระบบศาลจึงเป็นระบบเดียวคือศาลยุติธรรม และต่างได้มีการจัดตั้งศาลยุติธรรมของตนเองภายใต้เขตอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เป็นระบบศาลคู่ คือ ศาลระบบรัฐบาลกลาง (Federal Court System) และระบบศาลมลรัฐ (State Court System) ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ให้สิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงสิทธิในการที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายของผู้ถูกกล่าวหาจากทนายความ ที่เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับผู้ที่ต้องถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรม

3.1.1 คุณสมบัติของทนายความในประเทศไทย

ทนายความในประเทศไทยมีชื่อเรียกว่า Lawyer หรือ Attorney โดยการที่จะประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทยได้นั้นจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(1) จบการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมาย (Law School) และได้รับปริญญาทางกฎหมายที่เรียกว่า Juris Doctor

(2) สอบได้เป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar) ของแต่ละมลรัฐ โดยหากสอบได้เป็นสมาชิกเนติบัณฑิตของรัฐใด ก็สามารถว่าความในรัฐนั้นได้ แต่จะว่าความในรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิกไม่ได้ เว้นแต่จะได้มีการสอบเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตของรัฐอื่นๆ นั้นเสียก่อน การสอบเป็นเนติบัณฑิตนั้นจะออกข้อสอบที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่ง กฎหมายเฉพาะของแต่ละรัฐ เป็นต้น

(3) ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความจะต้องมีคุณสมบัติที่เรียกว่า ศีลธรรมและมรรยาทที่ดีงาม (Good Moral Character) และมีความเหมาะสมที่จะเป็นทนายความ (Possesses general fitness requisite for attorney)

ทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเนติบัณฑิตยสภาแห่งอเมริกัน (The American Bar Association) ซึ่งมีการจัดตั้งกฎเกณฑ์ที่เป็นหลักจริยธรรมทางวิชาชีพเพื่อใช้ควบคุมวิชาชีพทนายความ และกฎเกณฑ์ดังกล่าวพัฒนามาเป็นแบบมาตรฐานเพื่อให้เนติบัณฑิตยสภาของแต่ละมลรัฐและศาลสูงนำไปเป็นแบบมาตรฐานในการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการควบคุมจริยธรรมและมรรยาททนายความในรัฐของตน

3.1.2 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ถูกกล่าวหา

สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความนั้น ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีบัญญัติเอาไว้เป็นสิทธิหนึ่งสำหรับผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา โดยถือเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ และประชาชน ผู้อยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาจะต้องได้รับการคุ้มครองและรัฐจะต้องเคารพลักษณะดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งแต่เดิมนั้น ในรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับแรก ยังไม่ได้ให้สิทธิใดๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา แต่เพิ่งได้มีการมาบัญญัติสิทธิสำหรับผู้กระทำความผิดทางอาญารวมทั้งสิทธิอื่นๆ สำหรับประชาชนเอาไว้ภายหลังจากที่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

กรณีสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญานั้น ได้บัญญัติเอาไว้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 ครั้งที่ 5 ครั้งที่ 7 และ ครั้งที่ 8

เริ่มแรกสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 4¹ เกี่ยวข้องกับการตรวจค้น และการยึดทรัพย์สินโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกห้ามมิให้ดำเนินการค้น หรือการยึดที่ไม่มีเหตุอันสมควร และมีให้ออกหมายโดยปราศจาก “เหตุอัน

¹ Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

เหมาะสม” (Probable Cause) ซึ่งเป็นการเคารพสิทธิในกรรมสิทธิ์และความเป็นปัจเจกชนของบุคคลอย่างชัดเจน

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5² ได้มีการบัญญัติให้สิทธิแก่จำเลยและผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา โดยกำหนดว่าจะไม่มีบุคคลใดต้องรับผิดในความผิดที่มีโทษประหารชีวิต หรือความผิดอื่นๆ เว้นเสียแต่จะต้องได้รับพิจารณาพิพากษาโดยคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury) และยังมีหลักการคุ้มครองจำเลยไม่ให้อำนาจดำเนินคดีสองครั้งในความผิดเดียวกัน (Double Jeopardy) และห้ามบังคับผู้ต้องหาหรือจำเลยให้การประนีประนอมหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง รวมทั้งจะต้องได้รับการแจ้งสิทธิและได้รับหลักประกันที่จำเป็นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และจะต้องไม่ถูกทรมานซึ่งชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจาก Due process of law ซึ่งหลัก Due process of law หรือหลักสุกนิติกระบวนการเป็นหลักการสำคัญที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน ไม่ให้อำนาจโดยปราศจากอำนาจและกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในลำดับถัดไป

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 6³ กำหนดให้ สิทธิสำหรับจำเลยในคดีอาญา โดยมีสิทธิได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา ก่อนมีการดำเนินการทางกฎหมาย และให้หลักประกันที่จำเลยจำเป็นจะต้องมีในการพิจารณาคดีในชั้นศาล โดยคณะลูกขุน ให้หลักประกันสิทธิที่จะมีทนายทำการแทนระหว่างถูกดำเนินคดี และรัฐจะต้องจัดทนายให้หากจำเลยมีฐานะยากจนไม่สามารถจัดหาทนายด้วยตนเองได้ นอกจากนั้นจำเลยยังมีสิทธิให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็ว เปิดเผย และมีสิทธิถามค้านพยานหรือนำเสนอพยานหลักฐานแก่ศาลได้

² Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private

³ Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 8⁴ มีการคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำผิดอาญาในทางสารบัญญัติ โดยห้ามมิให้รัฐบาลกำหนดโทษที่ “ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ” และห้ามมิให้มีการกำหนดหลักประกันสูงเกินสมควร และกำหนดโทษค่าปรับที่ไม่ได้เป็นสัดส่วนกับลักษณะความร้ายแรงของความผิด

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความนั้น ถือเป็นสิทธิที่สำคัญสิทธิหนึ่งของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาโดยได้มีบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาอย่างชัดเจน โดยปรากฏอยู่ในการแก้ไข ครั้งที่ 6 The Sixth Amendment to the United States Constitution provides: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the Assistance of Counsel for his defence.”

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 5 สิทธิย่อย⁶ ดังนี้

(1) สิทธิที่จะเลือกทนายความของตนเอง (The right to counsel of choice)

ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญามีสิทธิที่จะเลือกทนายความของตนเองในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการเลือกด้วยสาเหตุใดก็ตาม รัฐจะต้องไม่ละเมิดสิทธิในการคัดสรรและสรรหาทนายของผู้ถูกกล่าวหา

คำพิพากษาคดี UNITED STATES v. GONZALEZ-LOPEZ ได้มีการรับรองหลักการที่จะเลือกทนายความของตนเอง โดยมีข้อเท็จจริงในคดี คือ นาย GONZALEZ-LOPEZ ได้ว่าจ้างทนายชื่อ Joseph Low ให้ทำหน้าที่เป็นทนายของตน ซึ่งผู้พิพากษาได้ปฏิเสธที่จะให้ทนาย Joseph Low ปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากทนายคนดังกล่าวได้ปฏิบัติผิดกฎหมายของศาลมาในคดีที่แล้ว ทำให้ในคดีนี้ นาย LOPEZ จะต้องมียกเว้นทนายความที่ไม่ได้เกิดจากการเลือกคัดสรรของตนปฏิบัติหน้าที่แทน โดยในศาลชั้นต้นนั้นนาย LOPEZ ได้ถูกศาลตัดสินว่ามีความผิด

ต่อมาในชั้นอุทธรณ์ นาย LOPEZ ได้โต้แย้งว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่มีการแก้ไขครั้งที่ 6 ในการที่จะเลือกทนายความของตนเองในคดีนั้นได้ถูกละเมิดโดยศาลชั้นต้น และทำให้คำตัดสินว่าเขามีความผิดในศาลชั้นต้นนั้นจะต้องถูกกลับคำตัดสิน ซึ่งศาลอุทธรณ์เห็น

⁴ Amendment VIII

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

⁵ จาก งานวิจัยเสริมหลักสูตรของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง สิทธิของจำเลยกับการอำนวยความสงบสุขของรัฐ (น.382), โดย ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์, 2540, ม.ป.ท.

⁶ Right to counsel – Wikipedia. สืบค้น 23 มีนาคม พ.ศ. 2557, จาก <http://en.wikipedia.org>

ด้วยกับข้ออุทธรณ์ของนาย LOPEZ โดยให้เหตุผลว่า ผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นมีการแปลความหมายผิดในกฎของศาลสำหรับทนาย และความประพฤติดังกล่าวของทนาย Joseph Low ก็ไม่ถือว่าละเมิดกฎดังกล่าว ทำให้การที่ผู้พิพากษาไม่อนุญาตให้ทนาย Joseph Low ปฏิบัติหน้าที่ให้กับนาย LOPEZ จึงผิดหลักการ และทำให้เป็นการละเมิดสิทธิของ นาย LOPEZ ที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ในการแก้ไขครั้งที่ 6 และการละเมิดสิทธิดังกล่าวมีความสำคัญพอที่จะให้กลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นดังกล่าว (“a violation of Gonzalez- Lopez's Sixth Amendment rights significant enough to warrant overturning the conviction.”)

(2) สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งทนายความจากรัฐ (The right to appointed counsel)

ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่ไม่สามารถจัดหาทนายความได้ด้วยตนเอง ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือในการจัดหาทนายความให้โดยค่าใช้จ่ายของรัฐ ซึ่งสิทธิดังกล่าวทั้งกระบวนการพิจารณาอาญาของส่วนกลาง (Federal) และของมลรัฐก็จะต้องเคารพสิทธิดังกล่าว โดยส่วนใหญ่จะจัดหาทนายความให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีที่มีโทษจำคุกเกินกว่า 1 ปี (Felony) หรือในคดีที่จำเลยถูกตัดสินจำคุกอยู่

หลักเกณฑ์การจัดหาทนายความไว้ในแต่ละมลรัฐยังมีความแตกต่างกันอยู่ ดังคำพิพากษาที่ศาลได้ตัดสิน ดังนี้

คดี Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) จัดหาทนายให้กรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษในคดีอาญาร้ายแรง "special circumstances" in capital cases

คดี Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938) จัดหาทนายให้ทุกๆ คดีของส่วนกลาง (all federal cases)

คดี Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942) จัดหาทนายความไว้ในคดีอัตราโทษประหารชีวิต เว้นแต่กรณีพิเศษสำหรับคดีที่ไม่ใช่โทษประหารชีวิต “special circumstances” in non-capital case (แต่ต่อมาได้ถูกกลับคำพิพากษาโดยคดี Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) ที่ให้จัดหาทนายความทุกคดีที่มีโทษจำคุกเกินกว่า 1 ปี (all felony cases))

คดี Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52 (1961) จัดหาทนายความไว้ในกรณีคดีโทษประหารชีวิต (all capital cases)

คดี Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972) จัดหาทนายให้ในกรณีที่อยู่ระหว่างการถูกจำคุก (all actual imprisonment)

คดี Alabama v. Shelton, 535 U.S. 654 (2002) ต้องจัดหาทนายให้ในกรณีพิจารณาในเรื่องการรอการลงโทษ (suspended sentences).

ปี ค.ศ. 1967 กระทรวงยุติธรรม และที่ประชุมตุลาการแห่งชาติ (The Judicial Conference of the United States) ได้มีการเสนอว่าควรจะมีการตั้งองค์กรหนึ่งขึ้นมาเพื่อให้มีทนายความแห่งสหรัฐที่ได้รับเงินเดือนและทำงานประจำ (Full-Time salaried federal defender) ทำหน้าที่บริหารจัดการและจัดระเบียบทนายความที่ศาลจะต้องตั้งให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาที่ยากไร้ ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1970 มีการแก้ไขกฎหมาย The Criminal Justice Act โดยได้มีการจัดตั้งระบบทนายความพิทักษ์สิทธิ หรือ Public Defender ขึ้นเพื่อให้สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งทนายความจากรัฐ (The right to appointed counsel) ได้รับความคุ้มครองโดยทนายความพิทักษ์สิทธินั้นมีหลายรูปแบบต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยมีทั้ง ทนายความที่จ้างมาทำงานประจำโดยได้รับเงินเดือน (Full-Time Salaried State Public Defender) หรือจ้างให้ทำงานชั่วคราวเพื่อรับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐบาลมลรัฐนั้น หรือทำสัญญาว่าจ้าง (Contract) จากทนายความทั่วไปเป็นรายคดีไป หรือจัดทนายความให้โดยศาลแต่งตั้งเป็นรายคดี (Assigned Counsel) ก็ได้ โดยทนายความที่ทำหน้าที่นี้อาจจะมาจากสำนักงานทนายความที่ทำธุรกิจอยู่เดิมหรือเป็นมาจากองค์กรหรือสำนักงานที่ไม่แสวงหากำไรก็ได้⁷

(3) สิทธิที่จะมีทนายความที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์ของตน (The right to conflict-free counsel)

กรณีไม่ว่าจะเป็นทนายความที่ผู้ถูกกล่าวหาคัดเลือกมาด้วยตนเองหรือได้รับการแต่งตั้งให้จากรัฐ ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะมีทนายความที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหา (Conflict of interest) และไม่มีผลประโยชน์ใดๆ ที่เป็นปรีกษ์ต่อตน เช่น กรณีทนายความของจำเลยเป็นญาติสนิทกับฝ่ายโจทก์ เป็นต้น ซึ่งหากเกิดกรณีการจัดผลประโยชน์ระหว่างทนายความและลูกความอันส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ทนายความแล้ว หากคดีขึ้นสู่ศาลสูงก็อาจจะต้องมีการกลับคำพิพากษาไปพิจารณากันใหม่ ดังเช่นปรากฏในคดี Burger v. Kemp และคดี U.S. v. SCHWARZ

(4) สิทธิที่จะมีทนายความที่มีประสิทธิภาพ (The effective assistance of counsel)

ประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากจะให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาที่จะมีทนายความแล้ว ทนายความดังกล่าวก็จำเป็นที่จะต้องมีความรู้ความสามารถและปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพด้วย

คดีที่ตัดสินหลักการดังกล่าวเอาไว้คือ คดี Strickland v. Washington ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ

⁷ จาก โครงการศึกษาและพัฒนาระบบทนายความสาธารณะ (Public Defender) (รายงานการวิจัย) (น.55), โดย ณรงค์ ใจหาญ, นางสาวรรณา สุพรรณธิดา, นางสาวอัญชัญ พงษ์ประดิษฐ์, ม.ป.ป.

นาย David Washington ได้ให้การรับสารภาพในคดีอาญาร้ายแรงสามข้อหา คือ ลักพาตัว ทรมาณ และพยายามฆ่า ต่อศาลมลรัฐฟลอริดา ซึ่งมีอัตราโทษประหารชีวิต โดยนาย Washington ได้กล่าวประกอบการรับสารภาพว่า ตนเองยอมรับในการกระทำความผิดโดยแรงจูงใจที่กระทำความผิดไปนั้นเป็นเพราะความเครียดที่ไม่สามารถเลี้ยงดูครอบครัวตนเองได้ (under extreme stress)

การพิจารณาคดี ทนายความ ไม่ได้มีการนำเสนอถึงสภาพจิตใจและภูมิหลังอันเป็นแรงจูงใจในการกระทำความผิดของนาย Washington มานำเสนอให้แก่ศาล เพื่อให้ศาลเห็นถึงแรงจูงใจในการกระทำความผิด และอาจมีการบรรเทาโทษให้ รวมทั้ง ไม่มีการนำเสนอผลการประเมินทางจิตวิทยา หรือรายงานการสืบเสาะก่อนพิพากษา (ของพนักงานคุมประพฤติ) และไม่มี การแสวงหาพยานหลักฐานอื่นใดที่จะทำให้ศาลมีการบรรเทาโทษแก่ลูกความของตน ทนายความมีการนำเสนอเพียงข้อมูลภูมิหลังจากภรรยาและแม่ของนาย Washington เท่านั้น ทั้งนี้ ทนายความได้ให้เหตุผลที่ไม่มีการนำเสนอพยานหลักฐานดังกล่าวว่า รายงานสืบเสาะก่อนมีคำพิพากษาอาจทำให้ศาลเห็นถึงประวัติอาชญากรรมของลูกความ ที่อาจทำให้ข้อโต้แย้งของนายต่อโจทก์ว่าการกระทำความผิดในครั้งก่อนๆ ไม่มีผลกับคดีนี้นั้นดูไม่น่าเชื่อถือ

ก่อนที่ศาลจะมีการประกาศคำตัดสิน ทนายความของนาย Washington ได้ให้คำแนะนำว่าให้สละสิทธิ์ที่จะให้ลูกขุนพิจารณาคัดสินปัญหาข้อเท็จจริง เพราะ นาย Washington ได้ยอมรับในข้อเท็จจริงไปแล้วว่ากระทำให้ไปเพราะความเครียด (under extreme stress) ซึ่งโดยปกติแล้ว การพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา (adversary system) ที่ใช้ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ให้มีลูกขุน (Jury) เป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริงโดยซึ่งนำพยานหลักฐานในคดีว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ส่วนผู้พิพากษา (Judge) จะทำหน้าที่วางหลักกฎหมายและชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายรวมทั้งกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด แต่คู่ความทั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันสละสิทธิการได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนได้ และผู้พิพากษาจะเป็นผู้ตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงเอง ทั้งนี้ ทนายความของนาย Washington ได้สละสิทธิ์ที่จะให้ลูกขุนพิจารณาข้อเท็จจริง และตกลงให้ผู้พิพากษาคัดสินข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไปเลยทีเดียว

ทั้งนี้ เมื่อศาลเห็นว่าไม่มีพยานหลักฐานและพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ อันจะเป็นการบรรเทาโทษให้แก่จำเลยได้แล้ว จึงได้ตัดสินให้จำเลย คือ นาย Washington ได้รับโทษประหารชีวิต

นาย Washington ได้มีการยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้น ในประเด็นที่ว่า ทนายความของเขานั้นปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่มีประสิทธิภาพหลายประการ (Ineffective assistance) ทั้งการไม่นำเสนอผลการประเมินทางจิตวิทยา อันจะทำให้ศาลทราบถึงสภาพจิตใจและภูมิหลังอันเป็น

แรงจูงใจในการกระทำความผิด และไม่มีการร้องขอให้มีการจัดทำรายงานการสืบเสาะก่อนพิพากษา (ของพนักงานคุมประพฤติ) และไม่มีการแสวงหาพยานหลักฐานอื่นใดที่จะทำให้ศาลมีการบรรเทาโทษ ซึ่งศาลสูงแห่งมลรัฐฟลอริดา Florida Supreme Court ได้ยืนยันตามศาลชั้นต้น

คดีขึ้นไปสู่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (United state Supreme Court) ซึ่งมีคำตัดสินว่าหลักการ Right to counsel ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่มีการแก้ไขครั้งที่ 6 เป็นหลักการเพื่อทำให้เกิดการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Fair trial) ซึ่งการที่จะมีการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมได้นั้นในระบบกล่าวหาของประเทศสหรัฐอเมริกา ทนายความของจำเลยจะต้องมีความสามารถและมีความรู้เพียงพอที่จะต่อสู้กับฝ่ายรัฐที่จะกล่าวหาผู้กระทำความผิด

ศาลยังได้ตัดสินเพิ่มเติมอีกว่าผู้ถูกกล่าวหาจะต้องมีสิทธิได้รับการแต่งตั้งทนายความเสมอ ถ้าผู้นั้นไม่สามารถหาทนายเองได้ ซึ่งการได้รับสิทธิการมีทนายความในขณะพิจารณาคดีดังกล่าวนี้ ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักการ Right to counsel ตามรัฐธรรมนูญ เพราะทนายความจะต้องเป็นทนายความที่มีความสามารถที่จะช่วยเหลือผู้ถูกกล่าวหาได้ด้วย (Reasonably Competent Attorney) และมีทักษะและความรู้ที่สอดคล้องกับการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา ดังคำกล่าวของศาลในคดีว่า “The right to counsel is the right to the effective assistance of counsel.”

ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ถือว่าทนายความไม่มีประสิทธิภาพ (Ineffective) ไว้ 2 ประการ คือ

(1) ทนายความมีการปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง “deficient” และมีประสิทธิภาพต่ำกว่ามาตรฐานของทนายความทั่วไป (objective standard of reasonableness) หรือเรียกอีกอย่างว่า the “performance prong”

(2) ความบกพร่องดังกล่าว ต้องถึงขนาดที่จะทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไปได้ และกระทบต่อการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Fair trial) หรือเรียกว่า “prejudice prong”

กรณีที่จำเลยสามารถพิสูจน์หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ทั้งสองประการ ศาลก็จะมีคำตัดสินให้แก้ไขคำพิพากษาประหารชีวิต

ท้ายที่สุดแล้ว ศาลได้มีคำตัดสินว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่องของทนายความของนาย Washington ยังไม่ถึงขั้นที่จะเรียกได้ว่าไม่มีประสิทธิภาพ เพราะศาลมองว่าแม้จะมีการปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง “performance prong” แต่จำเลยยังไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึง “prejudice prong” ได้ โดยกรณีที่ถึงขั้น “prejudice prong” นั้น ศาลมองว่าต้องถึงขนาดที่ว่า ถ้าทนายปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง จะทำให้นาย Washington ไม่ให้การรับสารภาพและสู้คดีต่อเลยทีเดียว ดังนั้น ศาลจึงยืนยันที่จะมีคำพิพากษาให้ประหารชีวิตนาย Washington โดยได้ถูกประหารชีวิตในวันที่ 14

กรกฎาคม ค.ศ. 1984

หลักการของศาลที่ว่าสิทธิที่จะมีทนายความนั้นย่อมรวมถึงทนายความที่มีประสิทธิภาพ และหลักเกณฑ์การพิจารณาความไม่มีประสิทธิภาพของทนายความทั้งสองข้อที่ศาลวางเอาไว้ในคดีนี้ ได้กลายมาเป็นหลักการที่ศาลในคดีต่อมา ได้ใช้เป็นหลักการในการพิจารณาความมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความที่อาจส่งผลให้ศาลสูงเปลี่ยนคำพิพากษาได้ โดยต่อมาได้มีคดี Padilla v. Kentucky ที่ทนายความไม่ยอมแจ้งและให้คำแนะนำแก่ลูกความที่ไม่ใช่สัญชาติอเมริกัน ว่าในการพิจารณาคดีถ้าคนต่างด้าวถูกตัดสินลงโทษอาจจะต้องถูกเนรเทศออกนอกประเทศได้ ซึ่งในคดีนี้ลูกความได้ให้การรับสารภาพ โดยไม่ทราบหลักการว่าอาจจะถูกเนรเทศได้ ทำให้ถือว่าทนายความปฏิบัติหน้าที่บกพร่องในการให้คำแนะนำแก่ลูกความของตน ซึ่งเป็นหน้าที่โดยมาตรฐานทั่วไปของทนายความ และหากลูกความได้รู้หลักการเนรเทศดังกล่าว อาจจะส่งผลให้ลูกความไม่ยอมรับสารภาพได้ จึงเป็นทั้ง "prejudice prong" และ "prejudice prong" จึงถือว่าทนายปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่มีประสิทธิภาพ คำพิพากษาจึงถูกกลับคำตัดสินและพิจารณาคดีกันใหม่

(5) สิทธิที่จะไม่ต้องการทนายความ (Right to represent oneself)

แม้ว่ารัฐธรรมนูญ แก้ไขครั้งที่ 6 ของสหรัฐอเมริกา จะให้หลักประกันแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่จะมีสิทธิที่จะมีทนายความ แต่ผู้ถูกกล่าวหาที่อาจจะไม่ใช่สิทธิดังกล่าวได้ โดยการสละสิทธิดังกล่าว ซึ่งเรียกว่า Right to represent himself หรือ Pro se โดยการสละสิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นไปโดยผู้สละสิทธิมีการรู้ในข้อเท็จจริงและจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบและเฉลียวฉลาดจากผู้สละสิทธินั้นแล้ว (knowingly and intelligently) ซึ่งในบางกรณีหากการสละสิทธิดังกล่าวกระทำไปโดยขาดความรอบคอบและไม่เฉลียวฉลาด อันอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาแล้วศาลสามารถที่จะไม่อนุญาตให้สละสิทธิการมีทนายความดังกล่าวได้

3.1.3 คดีที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ Common law คำพิพากษาของศาลจึงมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร การศึกษากฎหมายต้องเริ่มจากการศึกษาคำพิพากษาของศาลที่มีมาแต่เดิมเป็นหลัก โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในหลายคดีที่ได้เน้นย้ำถึงหลักการที่ผู้ต้องหาและจำเลยจะต้องได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ อันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรม ที่รัฐจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง โดยมีคดีที่ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการที่เอาไว้ที่สำคัญ ดังนี้

1) คดี Miranda v. Arizona (1966)

คดีนี้มีเหตุเกิดขึ้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1963 ผู้ร้องชื่อ Ernesto Miranda ถูกจับกุมที่บ้านและถูกนำมาควบคุมตัวไว้ที่สถานีตำรวจเมืองฟีนิกซ์ (Phoenix) พยานซึ่งเป็นผู้เสียหายได้ชี้ตัวจำเลย หลังจากนั้นตำรวจได้นำตัวจำเลยมายังห้องสอบสวน โดย นาย Miranda ไม่ได้รับคำแนะนำว่า Miranda มีสิทธิที่จะให้ทนายความอยู่ด้วยขณะให้ถ้อยคำแก่เจ้าพนักงานตำรวจในขณะสอบสวน อีกสองชั่วโมงต่อมา เจ้าหน้าที่ที่ออกจากห้องสอบสวนพร้อมกับคำรับสารภาพ โดยมีลายเซ็นของ Miranda ด้วย ตอนบนของคำให้การมีการพิมพ์ข้อความว่าการรับสารภาพเป็นการกระทำด้วยความสมัครใจ ปราศจากการข่มขู่ หรือคำสัญญาว่าจะให้ เอกสิทธิ์ความคุ้มกัน (Promises of Immunity)⁸ และทราบดีถึงสิทธิตามกฎหมายของตนเอง และทราบว่าคำให้การใด ๆ อาจถูกใช้ขึ้นกับตนเองในศาลได้

นาย Miranda ได้ถูกศาลมลรัฐอริโซนาพิพากษาว่ามีความผิดฐานลักพาตัวผู้อื่น และข่มขืนกระทำชำเรา โดยศาลสูงมลรัฐอริโซนา (Supreme Court of Arizona) ตัดสินว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญของนาย Miranda มิได้ถูกล่วงละเมิดในการได้มาซึ่งคำรับสารภาพ และตัดสินยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น (Miranda's constitutional rights were not violated in obtaining the confession, and affirmed the conviction.) โดยในการทำคำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐอริโซนาได้เน้นข้อเท็จจริงที่ว่า Miranda มิได้มีการเรียกร้องหรือแสดงเจตนาที่จะขอให้ทนายความอยู่ด้วยในขณะสอบสวน (the court emphasized heavily the fact that Miranda did not specifically request counsel.)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (United state Supreme Court) ได้กลับคำพิพากษาของศาลสูง มลรัฐอริโซนา โดยให้เหตุผลว่าจากคำให้การของเจ้าหน้าที่และของจำเลยเป็นที่ชัดเจนว่าจำเลยไม่ได้รับการแจ้งสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษากับทนายความ หรือมีทนายความอยู่ด้วยขณะสอบสวน และสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกิริยาต่อตนเอง ก็ถูกละเลยและไม่ได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างจริงจัง โดยถ้าไม่มีการแจ้งหรือเตือนถึงสิทธิดังกล่าวแล้ว คำให้การก็ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ และข้อเท็จจริงที่จำเลยลงลายมือชื่อในคำให้การ โดยมีข้อความที่พิมพ์ไว้ว่าจำเลยทราบดีถึงสิทธิตามกฎหมายของตน ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยได้รู้และสละสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย

คำตัดสินของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาดังกล่าว เป็นการวางหลักเกณฑ์ในการจับกุม

⁸ *Miranda v. Arizona* – Wikipedia . สืบค้น 25 มีนาคม พ.ศ. 2557, จาก <http://en.wikipedia.org>

ซึ่งจะต้องมีการควบคุมตัว และแจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาทราบถึงสิทธิต่างๆ ที่เขามี ก่อนที่จะทำการสอบปากคำหรือมีการสอบสวนและ ส่งผลให้บรรดาพนักงานเจ้าหน้าที่ทั้งของรัฐบาลกลางและของมลรัฐ จะต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยทราบถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ในชั้นควบคุมตัวไว้สอบสวน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความที่จะต้องได้รับการสนับสนุนจากรัฐเสมอ แม้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีฐานะยากจน หรือมีกำลังทรัพย์ไม่เพียงพอในการจัดหาทนายความ รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องแต่งตั้งทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเสมอ อันเป็นหลักประกันที่จำเป็นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยในคำพิพากษาได้กล่าวเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

“the person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him.”

“ผู้ใดก็ตามที่ถูกควบคุมตัวไว้เพื่อสอบสวน ก่อนที่จะเริ่มมีการสอบสวนหรือสอบปากคำ จะต้องได้รับการแจ้งโดยชัดแจ้งว่าตนเองมีสิทธิที่จะเงียบและไม่ให้การก็ได้ และบุคคลนั้นจะต้องทราบว่าสิ่งที่เขาจะให้การนั้นจะถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลได้ นอกจากนั้น ยังจะต้องแจ้งมีสิทธิที่จะปรึกษากับทนายความ และสิทธิที่จะให้ทนายความอยู่ด้วยกับตนเอง ขณะที่มีการสอบสวน โดยเจ้าพนักงานไม่เพียงแต่ต้องแจ้งให้จำเลยทราบถึงสิทธิที่จะมีหรือหารือกับทนายความเท่านั้น ในกรณีที่ปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลยากไร้ หรือมีฐานะยากจนไม่สามารถจัดหาทนายความด้วยตนเองได้ ก็จะต้องมีการแต่งตั้งทนายความเพื่อแก้ต่างให้เขาด้วย”

หลักการดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักการสำคัญที่เรียกว่า Miranda 's right หรือ Miranda Earning และเป็นการสร้างหลักศุนิติกระบวนการ (Due process of Law) ขึ้น ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาให้การยอมรับว่าการดำเนินการใดๆ กับประชาชน (ซึ่งรวมถึงประชาชนในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วย) รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกระบวนการของกฎหมาย หรือมีกฎหมายให้อำนาจที่จะกระทำได้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ โดยหลักการดังกล่าวประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเอามาจากประเทศอังกฤษ ในฐานะที่เป็นประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) เหมือนกัน ซึ่งยึดถือระบบนิติรัฐ (the rule of law) และการเคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยหลักการศุนิติกระบวนการ (due process of law) ได้บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา แก้วไข

เพิ่มเติม ฉบับที่ 5 (Fift Amendment) และแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 (Fourteenth amendment)⁹ ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (United state Supreme Court) ได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีและมีคำพิพากษาคดีที่สำคัญหลายเรื่อง¹⁰ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการตรวจสอบว่าทุกการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ต่อประชาชนจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ทั้งชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และชอบด้วยกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งจะมุ่งเน้นไปที่กระบวนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ ว่าได้กระทำตามกระบวนการที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำหรือไม่ หรือมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายหรือไม่ โดยหลักการสำคัญของ Due process คือ รัฐจะเพิกถอนสิทธิหรือกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตเสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคล โดยปราศจากการบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ กล่าวคือ จะต้องให้บุคคลได้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมาะสมและเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายฉบับต่างๆ ของสหรัฐอเมริกายังให้ความสำคัญแก่หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายในอีกหลายเรื่องซึ่งมิใช่แค่เรื่องหลักประกันสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น หากแต่รวมถึงความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นๆ ด้วย เช่น กฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW) ก็กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการตามแนวทางของกฎหมาย¹¹ เป็นต้น และในคำพิพากษาต่อๆ มาที่ใช้ยึดถือกันต่อมาในหลายคดี และเป็นแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งตำรวจและพนักงานสอบสวน ซึ่งผลสืบเนื่องของการไม่แจ้งสิทธิดังกล่าว จะเกิดสภาพบังคับ คือ จะทำให้ไม่อาจรับฟังคำให้การรับสารภาพของจำเลยในชั้นสอบสวน เป็นพยานหลักฐานว่าจำเลยเคยรับสารภาพในชั้นสอบสวนเพื่อลงโทษจำเลยได้

2) คดี Gideon v. Wainwright

คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ นาย Clarence Earl Gideon ได้ถูกตั้งข้อหาบุกรุกและซึ่งเป็นความผิดอาญาชั้น Felony ในกฎหมายของมลรัฐฟลอริดา ในการพิจารณาคดี นาย Gideon ได้ไปที่ศาลโดยที่ไม่มีทนายความ และได้ร้องขอให้ผู้พิพากษาจัดหาทนายความให้เขาเนื่องจากเขาไม่สามารถจัดหาทนายความได้ ซึ่งผู้พิพากษาได้ปฏิเสธคำร้องขอ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายของมลรัฐ

⁹ no one shall be "deprived of life, liberty or property without due process of law.

¹⁰ เช่น คดี Vitek v. Jones 1980 , คดี Cleveland Board of Education V. Loudermill 1985 , คดี Miranda v. Arizona (1966) เป็นต้น

¹¹ จาก “หลักนิติธรรม”. โดย ธาณิน ไกรวิเชียร, 2554, วารสารยุติธรรมคู่ขนาน, 6 (9), 23.

พลอริคานั้นจะจัดหาทนายความให้แก่จำเลยที่มีฐานะยากจนโดยเฉพาะในคดีอาญาร้ายแรงเท่านั้น (Capital Offense)

นาย Gideon ต้องดำเนินการในชั้นพิจารณาคดี ด้วยตนเองโดยไม่มีทนายความ ทั้งการแถลงต่อลูกขุน ด้วยตนเอง ชักค้ำพยานของอัยการด้วยตนเอง นำเสนอพยานหลักฐานในคดี และโต้แย้งด้วยตนเองเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน อย่างไรก็ตาม ซึ่งผลการตัดสิน คณะลูกขุนได้ตัดสินให้นาย Gideon มีความผิดและถูกจำคุกห้าปี

ต่อมา นาย Gideon ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดแห่งมลรัฐฟลอริดา (Florida Supreme Court) โดยได้โต้แย้งคำพิพากษาและการตัดสินลงโทษของศาลชั้นต้นว่า ในการพิจารณาคดีนั้นผู้พิพากษาปฏิเสธที่จะแต่งตั้งทนายให้แก่เขาซึ่งละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งเขาควรจะได้รับ ซึ่งศาลฟลอริดาก็ได้ปฏิเสธคำร้องดังกล่าวของนาย Gideon โดยศาลได้ตัดสินตามแนวทางของคดีก่อนๆ คือ คดี Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942) ที่ศาลก็ได้ตัดสินว่าจะต้องแต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาร้ายแรงเท่านั้น (Capital Offense) และการไม่แต่งตั้งทนายให้กับผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญานั้น ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักการ Due process ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ที่มีการแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment)

ภายหลังจากถูกปฏิเสธจากศาลสูงสุดแห่งมลรัฐฟลอริดา นาย Gideon จึงได้ยื่นคำร้อง habeas corpus¹² ต่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ซึ่งศาลได้รับคำร้องของนาย Gideon เพื่อการตัดสินปัญหาในประเด็นของสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความของจำเลย (the right to counsel) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ที่ได้มีการแก้ไขครั้งที่ 6 (the Sixth Amendment) จะต้องบังคับใช้กับศาลในมลรัฐหรือไม่ (State Court)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้มีคำพิพากษากลับหลักการเดิมจากคดี Betts v. Brady โดยให้เหตุผลว่า สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ที่ได้มีการแก้ไขครั้งที่ 6 นั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Fair trial) และหลักการดังกล่าวจะต้องบังคับใช้กับศาลในมลรัฐด้วย ตามหลัก Due process ของ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ที่มีการแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) และผู้พิพากษาที่ตัดสินยังได้กล่าวเพิ่มอีกว่า ในระบบพิจารณาคดีอาญาที่มีลักษณะต่อสู้ระหว่างโจทก์และจำเลยนั้น (adversary system) คู่ความที่ยากจนและไม่มีทนายความ

¹² habeas corpus หมายถึง หลักการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้พิจารณาในประเด็นเรื่องการถูกควบคุมหรือคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ยอมตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบและการพิจารณายอมไม่เป็นธรรม จนกว่าคู่ความนั้นจะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความเสียก่อน

เมื่อได้ทราบสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความสำหรับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้ใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ในลำดับถัดไปจะขอกกล่าวถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเด็กและเยาวชน โดยในขั้นแรกจำเป็นจะต้องทราบถึงระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอันดับแรก ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.1.4 ระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งเขตการปกครองออกเป็นมลรัฐ (State) แต่ละมลรัฐจะแบ่งเขตย่อยลงไปอีกเป็นจังหวัด (Country) ในจังหวัดยังแบ่งเขตย่อยลงไปได้อีกเป็นเมืองหรือนคร (Township) โดยแต่ละมลรัฐจะมีการปกครองของตนเอง และแต่ละรัฐจะมีการออกกฎหมายเป็นของตนเอง โดยกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของประเทศ ซึ่งส่งผลให้กฎหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกของโลกที่ได้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน โดยได้จัดตั้งขึ้นในเมือง ชิคาโก (Chicago) มลรัฐอิลลินอยส์ (State of Illinois) และได้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนในมลรัฐต่างๆ เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยศาลคดีเด็กและเยาวชนของประเทศสหรัฐอเมริกามีการจัดตั้งขึ้น 2 รูปแบบ คือ

(1) เกาตีคอร์ต (County Court) คือการจัดตั้งเป็นแผนกในศาลธรรมดา และมีเขตอำนาจเหนือเคาตีนั้นๆ

(2) ศาลคดีเด็กและเยาวชนเป็นเอกเทศ แยกต่างหากจากศาลธรรมดา มีเขตอำนาจศาลครอบคลุมเฉพาะเมือง และมลรัฐที่ศาลจัดตั้งอยู่

ทั้งนี้ ปัจจุบันจะนิยมมีการตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนแยกต่างหากจากศาลคดีธรรมดา มากกว่าการจัดตั้งเป็นแผนกในศาลธรรมดา

ศาลคดีเด็กและเยาวชนจะมีอำนาจทั้งการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา และการพิจารณาคดีเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์คุ้มครอง รวมถึงมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง การขอให้รับเป็นบุตร และการขอรับบุตรบุญธรรม โดยบางรัฐยังกำหนดให้มีการพิจารณาคดีที่ผู้ใหญ่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของเด็กด้วย ซึ่งในส่วนของพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดนั้นศาลจะยึดหลักการสำคัญคือ การถือว่าเด็กและเยาวชนไม่ใช่อาชญากร (Criminal) และการกระทำความผิดของเด็กไม่ใช่การกระทำความผิดทางอาญา แต่กฎหมายสหรัฐอเมริกาก็จะเรียกการกระทำดังกล่าวว่าเป็น Juvenile Delinquency

ซึ่งส่งผลให้ศาลคดีเด็กและเยาวชนของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจในการพิพากษาลงโทษเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนพิจารณาแล้วเห็นว่ามี ความจำเป็นต้องใช้วิธีการลงโทษเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด ศาลคดีเด็กและเยาวชนจะใช้วิธีการสละอำนาจของศาลเอง โดยการโอนให้เป็นอำนาจของศาลคดีธรรมดาเป็นผู้พิจารณาลงโทษเด็กและเยาวชนดังกล่าวต่อไป แต่มีบางรัฐที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนยังมีอำนาจใช้วิธีการลงโทษได้อยู่

ขอบเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลคดีเด็กและเยาวชนในสหรัฐอเมริกา สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ¹³ ดังนี้

(1) Exclusive Jurisdiction คือ ลักษณะของการที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนจะมีอำนาจพิจารณาคดีที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดได้โดยเฉพาะ รวมถึงมีอำนาจพิจารณาคดีที่เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับการสงเคราะห์ด้วย โดยศาลมีอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าวด้วยตัวเองอย่างเด็ดขาด โดยส่วนใหญ่ศาลจะมีการใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนโดยแทนการใช้วิธีการลงโทษเว้นแต่ในบางรัฐที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนสามารถใช้วิธีการลงโทษได้ด้วย แต่บางรัฐ เช่น นิวยอร์ก (New York) อินเดียนา (Indiana) ไอโอวา (Iowa) จะมีข้อยกเว้นให้โอนคดีที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาในข้อหาที่มีความร้ายแรง เช่น ความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือ ประหารชีวิตดังกล่าวไปพิจารณาในศาลอาญาธรรมดาได้

(2) Original Jurisdiction คือ ลักษณะที่ให้การพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดเป็นอำนาจขั้นพื้นฐาน (ไม่ใช่โดยเฉพาะ) ของศาลคดีเด็กและเยาวชน ซึ่งหากเกิดกรณีที่ศาลเห็นสมควรให้เด็กและเยาวชนจะต้องถูกลงโทษโดยวิธีการเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ศาลคดีเด็กและเยาวชนจะต้องใช้วิธีการสละอำนาจ (Waiver) ให้ผู้ฟ้องคดีไปฟ้องคดีใหม่ที่ศาลคดีอาญาธรรมดาเนื่องจากศาลไม่มีอำนาจในการลงโทษ มีเพียงอำนาจขั้นพื้นฐานในการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดเท่านั้น และไม่มีอำนาจโอนคดีไปยังศาลอาญาธรรมดาเหมือนกับลักษณะของ Exclusive Jurisdiction โดยลักษณะ Original Jurisdiction นี้ศาลคดีเด็กทำได้เพียงการยกฟ้องให้ไปฟ้องคดีใหม่ต่อศาลอาญาธรรมดาเท่านั้น เช่น ระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนในรัฐฮาวาย (Hawaii) มิสซูรี (Missouri) ยูทา (Utah) ฟลอริดา (Florida) เป็นต้น

(3) Concurrent Jurisdiction คือ ลักษณะของการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจกันโดยเด็ดขาดระหว่างศาลคดีเด็กและเยาวชนและศาลคดีอาญาธรรมดา โดยถือว่าทั้งสองศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ซึ่งส่วนใหญ่จะ

¹³ From *Juvenile Delinquency In Perspective* (p. 304-305), Brenda S. Griffin and Charles T. Griffin.

กำหนดให้คดีอาญาร้ายแรง หรือคดีที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดมีอายุมากแล้ว เป็นอำนาจศาลเกี่ยวกับระหว่างศาลคดีเด็กและศาลอาญาทั่วไป โดยพนักงานอัยการจะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรที่จะนำคดีไปพิจารณาที่ศาลใด โดยเมื่อฟ้องที่ศาลใดแล้วจะนำไปฟ้องอีกศาลหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่ได้มีการถอนฟ้องก่อนมีการพิจารณาคดี หรือศาลที่รับฟ้องนั้นพิจารณาเห็นว่าคดีไม่สมควรที่จะพิจารณาที่ศาลนี้ ศาลที่รับฟ้องสามารถสั่งให้นำคดีไปฟ้องยังอีกศาลหนึ่งได้

การนำคดีขึ้นสู่ศาลในคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนนั้นจะต้องทำเป็นคำร้อง (petition) ซึ่งแตกต่างจากคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่ที่จะต้องทำเป็นคำฟ้อง โดยคำร้องจะต้องบรรยายลักษณะแห่งการกระทำความผิด รายละเอียดแห่งการกระทำความผิดอย่างครบถ้วน โดยจะต้องมีการระบุชื่อ อายุ และภูมิลำเนาของเด็กและเยาวชน และบิดามารดาด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วศาลสามารถดำเนินการอย่างไม่เป็นทางการโดยการส่งเรื่องให้พนักงานคุมประพฤติ (Intake referee)¹⁴ ไปดำเนินการได้เอง เช่น การส่งไปอบรมในสถานอบรมสำหรับเด็ก หรือการคุมประพฤติ ซึ่งส่วนใหญ่ศาลจะใช้กับคดีที่ไม่ร้ายแรง หรือเป็นความผิดเล็กน้อย เพื่อไม่ต้องดำเนินคดีกับเด็กในศาลอันเป็นการกระทบต่อสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก

กรณีที่ศาลเห็นว่าสมควรดำเนินการพิจารณาคดีสำหรับเด็กและเยาวชนในศาล จะต้องกำหนดวันพิจารณาคดี และให้เด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลยมาปรากฏต่อหน้าศาล ทั้งที่อยู่ในความควบคุม หรือไม่ได้อยู่ในการควบคุม (โดยการใช้หมายเรียกหรือหมายจับ ซึ่งอาจมีหมายให้บิดามารดา ผู้ปกครองของเด็กมาศาลด้วย) และศาลจะต้องมีคำสั่งให้พนักงานคุมประพฤติทำการสืบเสาะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กและเยาวชน ทั้งประวัติ ความประพฤติ สิ่งแวดล้อม สภาพครอบครัว อุปนิสัย และปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาพิจารณาหาสาเหตุและวิธีการแก้ไขเด็กและเยาวชน และจัดทำเป็นรายงานเสนอต่อศาล ก่อนที่ศาลจะเริ่มพิจารณาคดี เพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณาคดี ซึ่งคำพิพากษาส่วนใหญ่จะไม่ใช้การลงโทษทางอาญา ยกเว้น การลงโทษปรับในบางมลรัฐ โดยทั่วไปศาลจะใช้วิธีการสำหรับเด็ก เช่น การส่งตัวไปอบรมในสถานสงเคราะห์ สถานฝึกอบรม ส่งเด็กไปยังโรงพยาบาล หรือสถานที่อื่นที่จำเป็น หรือการคุมประพฤติเอาไว้ก่อน เป็นต้น โดยหากศาลเห็นสมควรที่จะลงโทษ ศาลจะส่งอำนาจให้แก่ศาลธรรมดาเป็นผู้ตัดสิน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนนั้น จะไม่ดำเนินการอย่างเคร่งครัดดังเช่นในศาลสำหรับผู้ใหญ่ เป็นการสร้างความรู้สึกแบบครอบครัว ในการ

¹⁴ จาก กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน (น. 63), โดย สุทธิณี รัตนวราห, 2534, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ปรึกษาหารือกัน มากกว่าการดำเนินพิจารณาคดี และไม่จำเป็นต้องมีวิธีการหรือกระบวนการที่มากมายดังเช่นคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่ ในการพิจารณาคดีจะต้องคำนึงถึงสาเหตุแห่งการกระทำ ความผิดของเด็กและเยาวชน รวมทั้งวิเคราะห์และร่วมกันหาวิธีการแก้ไขสาเหตุดังกล่าว โดย

คำนึงถึงความปลอดภัยของสังคมควบคู่กันไป ทั้งนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องกระทำเป็นการลับ โดยผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะอยู่ด้วยในระหว่างการดำเนินการพิจารณาคดี

3.1.5 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชน

ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดย่อมได้รับสิทธิและหลักประกันในกระบวนการยุติธรรมที่รับรองเอาไว้ตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยได้มีคดีที่ถือเป็นการวางหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาไว้ คือ คดี Kent v. United States และคดี In re gault

(1) คดี Kent v. United States (1966)

Morris Kent อายุ 16 ปี ได้ถูกกล่าวหาในข้อหาปล้นและข่มขืน โดยหลังจากมีการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นในศาลเด็กเมืองโคลัมเบีย (District of Columbia juvenile court) นาย Kent ได้ให้การยอมรับสารภาพในข้อหาที่ถูกกล่าวหา และศาลจะส่งอำนาจไปให้ ศาลอาญา (criminal court) ตัดสินลงโทษ แต่ทนายของ Kent ได้มีคำร้องขอให้ศาลมีการพิจารณาในประเด็นเรื่องเขตอำนาจ (Jurisdiction) ของศาลเด็กเมืองโคลัมเบีย เพราะทนายความเห็นว่าการส่งอำนาจ (waiving jurisdiction) ไปให้ศาลอาญา (criminal court) ตัดสิน ซึ่งเป็นศาลที่ใช้พิจารณาพิพากษาคดีสำหรับผู้ใหญ่ จะเป็นการไม่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชน

อย่างไรก็ตาม ศาลเด็กเมืองโคลัมเบีย ได้เพิกเฉยต่อคำร้องขอดังกล่าวของทนายความ และไม่ได้จัดให้มีการพิจารณาในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลเด็กและศาลอาญา และไม่มีการให้เหตุผลประกอบการส่งอำนาจศาลเด็กให้ศาลอาญาแก่ทนายความของนาย Kent รับทราบ และศาลเด็กโคลัมเบียได้ดำเนินการส่งอำนาจศาลไปให้ศาลคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่พิพากษา ซึ่งผลของคำพิพากษาคือ นาย Kent ถูกตัดสินจำคุก 30 ถึง 90 ปี และแม้ทนายความของนาย Kent จะดำเนินการยื่นอุทธรณ์แต่สุดท้ายก็ถูกปฏิเสธโดยศาลอุทธรณ์

ต่อมาจึงได้มีการยื่นเรื่องต่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) และศาลได้มีคำพิพากษาว่า การส่งอำนาจของศาลคดีเด็กเมืองโคลัมเบียโดยไม่จัดให้มีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวแก่ทนายความผู้ถูกกล่าวหา และไม่มีการแจ้งเหตุผลของการส่งอำนาจต่อทนายความ ถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วย Due Process of law โดย

ทนายความของเด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเด็กและเยาวชน และมีสิทธิที่จะได้รับทราบเหตุผลของการสละอำนาจดังกล่าวของศาลเด็กเมืองโคลัมเบีย คำพิพากษาของ Kent โดยศาลอาญาจึงถูกเพิกถอนไป

คดี Kent v. United States นี้เป็นคดีแรกที่ได้มีการเปลี่ยนแนวความคิดเดิมว่า “เด็กและเยาวชนไม่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองตามหลัก Due Process of law เหมือนผู้ใหญ่ เพราะคดีเด็กและเยาวชนมีวัตถุประสงค์แก้ไขฟื้นฟูแต่ในคดีผู้ใหญ่มีวัตถุประสงค์ลงโทษ” โดยคำพิพากษานี้ได้เปลี่ยนแนวความคิดดังกล่าวและยืนยันหลักการใหม่ว่า เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับสิทธิและความคุ้มครองตาม Due Process of law เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ รวมทั้งจะต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขฟื้นฟูตามวัตถุประสงค์ของคดีเด็กและเยาวชนด้วย

(2) คดี in re gault (1967)

คดี in re gault เป็นคดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (United state Supreme Court) ได้วางหลักการให้เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับหลักประกันที่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีอาญา ซึ่งรวมถึงสิทธิในการได้มีทนายความ (Right to counsel) และจะต้องดำเนินการโดยมี Due process of Law เช่นเดียวกันกับคดีสำหรับผู้ใหญ่ด้วย

คดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงคือ ในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1964 ที่เมือง Gila มลรัฐอริโซนา Arizona นาย Gerald Gault อายุ 15 ปี ได้ถูกเพื่อนบ้าน คือนาง Ora Cook กล่าวหาว่าได้มีการโทรศัพท์ไปข่มขู่และพุดจาไม่เหมาะสมทางเพศใส่ ทำให้นาย Gault ถูกนายอำเภอจับกุมไปไว้ยังทัณฑสถานสำหรับเด็ก ซึ่งมารดาของนาย Gault ที่เพิ่งกลับมาจากทำงานก็ไม่ทราบเรื่องการจับกุมดังกล่าว เมื่อกลับมาพบว่าลูกชายหายตัวไปจึงออกตามหาและสุดท้ายได้ไปพบที่ทัณฑสถานสำหรับเด็ก แต่ก็ไม่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยตัวนาย Gault กลับบ้านแต่อย่างใด นาย Gault จึงถูกควบคุมตัวอยู่ที่ทัณฑสถานดังกล่าวหนึ่งวัน

วันถัดมาผู้พิพากษา McGhee แห่งศาลสูงเมือง Gila (Gila County superior court)¹⁵ ได้ออกมาไต่สวนมูลฟ้องคดีของ Gault ซึ่งการไต่สวนดังกล่าวไม่มีการบันทึกคำให้การหรือบันทึกการพิจารณาคดีแต่อย่างใด โดยในวันดังกล่าวมีเพียงนาย Gault มารดา พี่ชาย และ พนักงานคุมประพฤติที่ชื่อ Flagg และ Henderson เท่านั้น โดย นาง Cook ผู้กล่าวหาที่ไม่ได้มาศาล และการให้การของทุกคนในวันนั้นก็ไม่ได้จัดทำมีการสาบานก่อนให้การแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อการไต่สวนมูลฟ้อง

¹⁵ ศาลสูงเมือง Gila มีอำนาจพิพากษาคดีสำหรับเด็กและเยาวชนได้ ตามกฎหมายของมลรัฐอริโซนา Arizona Const., Art. 6, 15; Arizona Revised Statutes (hereinafter ARS) 8-201, 8-202

เสร็จสิ้นก็ยังไม่ได้ผลของการไต่สวนในวันดังกล่าว โดยผู้พิพากษาได้บอกเพียงว่าจะกลับไปคิด
ดูก่อน (the judge said he would "think about it.") ทำให้ต้องส่งนาย Gault กลับไปยังทัณฑสถาน
สำหรับเด็ก และถูกควบคุมตัวต่อมาอีกหลายวัน

ภายหลังจากที่ถูกควบคุมตัวเป็นเวลาหลายวัน ต่อมาในวันที่ 12 มิถุนายน นาย Gault

ได้รับการปล่อยตัว โดยการปล่อยตัวดังกล่าวไม่ได้มีการบันทึกและไม่ได้มีการแจ้งใดๆ แก่นาย
Gault หรือ มารดา ว่าถูกปล่อยตัวเพราะสาเหตุใด มีเพียงกระดาษเปล่าที่มอบให้แก่มารดาของนาย
Gault ที่ไม่ใช่ทั้งเอกสารราชการ และไม่มีหัวกระดาษที่แสดงถึงเอกสารที่เป็นทางการแต่อย่างใด
เป็นเพียงกระดาษโน้ตเปล่า ที่ลงชื่อของพนักงานคุมประพฤติที่ชื่อ Flag ซึ่งมีความว่า

“ผู้พิพากษา McGHEE กำหนดให้วันจันทร์ที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1964 เวลา 11 โมง เป็น
วันฟังการไต่สวนคดีของนาย Gault”

(“Judge McGHEE has set Monday June 15, 1964 at 11:00 A.M. as the date and time
for further Hearings on Gerald's delinquency”)

วันนัดไต่สวน พ่อและแม่ของนาย Gault รวมทั้ง นาย Gault เอง ได้มาที่ศาลตามนัด แต่
นาง Ora Cook ผู้กล่าวหาไม่มาศาลเช่นเคย ทำให้นาย Gault เรียกร้องให้นาง Cook มาศาล เพื่อจะได้
พิสูจน์ว่าใครเป็นผู้โทรศัพท์หาเธอ โดยนาย Gault อ้างว่าเป็นเด็กอีกคนที่คุยโทรศัพท์ ตนเพียงแต่
หมุนเบอร์เท่านั้น ซึ่งผู้พิพากษา McGHEE ได้กล่าวว่า “นาง Cook ไม่จำเป็นต้องอยู่ด้วยในขณะ
พิจารณาคดีนี้” (“she didn't have to be present at that hearing.”) ซึ่งในความเป็นจริงนั้น ผู้พิพากษา
McGHEE ไม่เคยพูดคุยหรือพบปะกับนาง Cook เลย มีเพียงพนักงานคุมประพฤติชื่อ Flag ที่เคยคุย
กับเธอเพียงคนเดียว และในการพิจารณาคดีครั้งนี้ไม่ได้มีการบันทึกการพิจารณาหรือคำให้การใดๆ
เลย เช่นเดียวกับครั้งแรก

การพิจารณาดังกล่าว พนักงานคุมประพฤติได้มีการแจ้งข้อหานาย Gault ในรายงานของ
พนักงานคุมประพฤติว่า “Lewd Phone Calls” หรือการกล่าววาจาที่ไม่เหมาะสมทางเพศ ซึ่งฐาน
ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดสำหรับผู้ใหญ่ที่มีโทษจำคุก 2 เดือน หรือปรับ 5\$ ถึง 50\$ และรายงาน
ดังกล่าวไม่ได้มีการเปิดเผยแก่ นาย Gault หรือมารดาของนาย Gault แต่อย่างใด

สุดท้ายนาย Gault ได้ถูกศาลตัดสินให้มีความผิด และตามกฎหมายของมลรัฐอริโซนา
ในคดีเด็กนั้นไม่สามารถอุทธรณ์ได้ นาย Gault จึงถูกศาลตัดสินให้ไปอยู่ในโรงเรียนคัดสันดาน
ของมลรัฐ (The State Industrial School) จนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ หรืออายุ 21 ปี

ครอบครัวของนาย Gault จึงยื่นคำร้อง habeas corpus ต่อศาลสูงรัฐอริโซนา (Superior
Court) และศาลฎีการัฐอริโซนา (the Arizona Supreme Court) แต่คำร้องดังกล่าวได้ถูกปฏิเสธโดย

ทั้งสองศาล จึงได้มีการยื่นเรื่องต่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ซึ่งศาลสูงสุดได้รับเรื่องเพื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องสิทธิในกระบวนการพิจารณาของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด กับหลักการ Due process of law

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้ว ได้พิพากษาให้กลับคำตัดสินของศาลสูงเมือง Gila และให้กลับไปพิจารณาคดีกันใหม่ โดยให้เหตุผลว่า กระบวนการการพิจารณาคดีของศาลในคดีนี้มีได้ปฏิบัติตามหลักการ Due process of law ที่ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องได้รับสิทธิและหลักประกันที่จำเป็น เช่น สิทธิที่จะได้รับการปรึกษาทนายความ สิทธิที่จะไม่ให้การประปรัตตนเอง สิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อหา และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากศาลที่มีอำนาจเหนือกว่า และสิทธิที่จะเผชิญหน้ากับผู้กล่าวหาตนและถามค้านพยาน แต่กรณีของนาย Gault นั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวเลยในการพิจารณา

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้เหตุผลที่เน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของหลักการ Due process of law ว่า หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่เป็นรากฐานสำคัญสำหรับการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคล ซึ่งแม้ว่าระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนจะมีกระบวนการพิจารณาและขั้นตอนที่แตกต่างจากคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่ก็ตาม เนื่องจากคดีอาญาสำหรับผู้ใหญ่นั้นการลงโทษแต่คดีอาญาสำหรับเด็กเน้นการแก้ไขฟื้นฟู แต่การดำเนินการเกี่ยวกับเด็ก ทั้งการจับกุม ควบคุมพิจารณา พิพากษา เด็กและเยาวชนก็จะต้องได้รับความคุ้มครองตามหลักของ Due process of law ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ที่มีการแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) เช่นเดียวกันกับจำเลยที่เป็นผู้ใหญ่ โดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งสิทธิที่จะมีที่ปรึกษา (Right to counsel) ก็เป็นหลักประกันที่สำคัญหลักการหนึ่งเพื่อให้กระบวนการพิจารณา เป็นไปตามหลักการ Due process of law อันเป็นการคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา

คำพิพากษาของศาลในคดีนี้ จึงสรุปได้ว่า หลักการที่จะต้องมียุติธรรมที่มีที่ปรึกษา (Right to counsel) ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในการแก้ไข ครั้งที่ 6 ไม่เพียงแต่จะใช้บังคับกับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้ใหญ่ แต่จะต้องบังคับใช้กับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเด็กและเยาวชนด้วย ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมหมายความว่า สิทธิที่จะเลือกทนายความของตนเอง (The right to counsel of choice) สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งทนายความจากรัฐ (The right to appointed counsel) สิทธิที่จะมีทนายความที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์ของตน (The right to conflict-free counsel) สิทธิที่จะมีทนายความที่มีประสิทธิภาพ (The effective assistance of counsel) และสิทธิที่จะดำเนินคดีด้วยตนเองโดยปราศจากทนายความ (The right to represent oneself หรือ Pro se) รวมทั้งคดีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิในการมีทนายความสำหรับผู้ใหญ่ ก็จะต้องนำมาปรับใช้กับคดีของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดด้วย โดยในหลายมตรัฐได้

ดำเนินการและยึดตามหลักการที่ศาลวางเอาไว้ในคดี *in re gault* เช่น ในมลรัฐวิสคอนซิน (Wisconsin) เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับการแจ้งเสมอว่าเขามีสิทธิที่จะมีทนายความในการพิจารณาคดี โดยรัฐจะต้องจัดให้เด็กและเยาวชนนั้นมีทนายความในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา (อย่างไรก็ตาม เด็กที่อายุเกินกว่า 15 ปี มีสิทธิที่จะสละสิทธิในการมีทนายความได้ หากเด็กได้สละสิทธิดังกล่าว ศาลจะไม่มีสิทธิส่งเด็กไปยังสถานฝึกอบรม และไม่มีสิทธิที่จะโอนคดีไปที่ศาลสำหรับผู้ใหญ่)¹⁶ หรือในมลรัฐโอไฮโอ (Ohio) ที่กำหนดให้เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับการแจ้งสิทธิในการมีทนายความเสมอ เอกสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี ทนายความของเด็กจะต้องได้รับทราบและได้มีโอกาสตรวจสอบเอกสารดังกล่าวเสมอ และหากเด็กและเยาวชนไม่สามารถจัดหาทนายความเองได้ ศาลก็จะตั้ง The state public defender ให้¹⁷ โดย The state public defender จะต้องมีความสมบัติเป็นทนายความที่มีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานด้านกฎหมายในมลรัฐใดก็ได้อย่างน้อย 4 ปี และจะต้องปฏิบัติงานด้านกฎหมายในมลรัฐโอไฮโอเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ส่วนในมลรัฐนิวยอร์ก (New York) จะมีทนายความสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ เรียกว่า Law Guardian¹⁸ โดยจะต้องมีความสมบัติคือ (1) ผ่านเนติบัณฑิตของมลรัฐนิวยอร์ก และ (2) ผ่านการอบรม Law Guardian Program เป็นเวลา 12 ชั่วโมงเป็นอย่างต่ำ ซึ่งจะอบรมเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเกี่ยวกับเด็กและความรู้ที่เกี่ยวข้อง และ (3) จะต้องมีความสมบัติในการปฏิบัติหน้าที่ด้านทนายความในศาลคดีเด็กและเยาวชนอย่างน้อย 3 คดี โดยผู้พิพากษาศาลคดีเด็กและเยาวชนเป็นผู้ตรวจสอบและอนุมัติคุณสมบัติของ Law Guardian และจะต้องให้ศาลอุทธรณ์ของรัฐนิวยอร์ก (Appellate Division) รับรองและแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ Law Gaurdian อีกครั้งหนึ่ง

3.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบระบบกฎหมาย Common law ซึ่งได้มีการให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือในคดี ดังเช่นในประเทศระบบ Common law อื่นๆ ทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ต้องตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

ประเทศอังกฤษตั้งแต่สมัยก่อนที่จะมีการบังคับใช้ Prisoner's Counsel Act 1836 ผู้ถูก

¹⁶ Juvenile Justice Code Section 938.23. Right to counsel.

¹⁷ Ohio Revised Code Title 21 XXI COURTS - PROBATE - JUVENILE » Chapter 2151: JUVENILE COURT section 2151.352 Right to counsel.

¹⁸ Family Court act Section 241

กล่าวหาในคดีอาญาสำหรับความผิดหุโทษ (misdemeanour cases) และในคดีกบฏ (treason cases) มีสิทธิที่จะว่าจ้างทนายความในการดำเนินคดีของตนได้ ส่วนในคดีที่มีโทษจำคุกเกินกว่า 1 ปี (Felony) ผู้ถูกกล่าวหายังไม่มีสิทธิที่จะว่าจ้างหรือมีทนายความในการดำเนินคดี ซึ่งได้มีการอธิบายถึงเหตุผลของการที่ไม่จัดให้มีทนายความดังกล่าวว่า “การให้มีทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหา นั้นจะเป็นการจัดกับอุดมการณ์ของกฎหมายอาญา โดยสมควรที่จะให้ผู้ถูกกล่าวหาได้กล่าวความจริงต่อ

ศาลโดยปราศจากการแทรกแซงจากทนายความ” “no manner of skill to make a plain and honest defence”¹⁹ อย่างไรก็ตามในช่วงกลางศตวรรษที่ 18 ได้เริ่มมีการผ่อนผันให้จำเลยมีทนายความสำหรับจำเลยในการพิจารณาคดีได้ แต่ทนายความก็ยังมิบทบาทน้อยมาก และการปฏิบัติหน้าที่ก็ยังไม่สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่ โดยได้เริ่มมีการให้ทนายความเป็นตัวแทนแก่ผู้ที่ถูกคุมขังในคดีอาญาอุกฉกรรจ์ ในปี ค.ศ. 1820 และได้เริ่มมีการให้นักโทษที่มีฐานะยากจนที่จะมีสิทธิได้รับทนายความโดยการยื่นขอพิจารณาเป็นคดีอนาถา รวมถึงในต้นปี ค.ศ. 1900 นายอำเภอของเมืองลอนดอนได้มีการสนับสนุนเงินทุนในการให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่ไม่สามารถจัดหาทนายความได้ แต่ทั้งหมดที่กล่าวมานั้นก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสิทธิในการมีทนายความอย่างทั่วถึง โดยในขณะนั้นมีเพียง 1 ใน 3 ของผู้ถูกกล่าวหา²⁰ ที่มีทนายความในการพิจารณาคดี

ต่อมาประเทศอังกฤษได้เริ่มคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการมีทนายความมากขึ้น และได้มีการร่างกฎหมายที่ชื่อว่า The Poor Prisoner's Defence Act of 1903 ที่ให้อำนาจผู้พิพากษาในการให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่ผู้ถูกคุมขังที่มีฐานะยากจนไม่สามารถจัดหาทนายความได้ โดยใช้ค่าใช้จ่ายของรัฐ ซึ่งการที่จะได้รับสิทธิดังกล่าวจะต้องมีเงื่อนไขคือ ผู้ถูกคุมขังจะต้องเปิดเผยข้อต่อสู้หรือคำให้การของตนต่อศาลในระหว่างขั้นตอนการส่งตัวไปคุมขัง (If the prisoner disclose their defence early) ซึ่งทำให้ผู้ที่ไม่ได้ให้การต่อสู้เอาไว้หมดสิทธิที่จะมีทนายความ และส่งผลให้ผู้ถูกคุมขังที่จะได้รับสิทธิในการมีทนายความนั้นมีน้อยมาก ทำให้ต่อมา เมื่อมีการแก้ไข The Poor Prisoner's Defence Act ในปี ค.ศ. 1930 ได้มีการตัดเงื่อนไขการเปิดเผยข้อต่อสู้หรือคำให้การดังกล่าวออก โดยกำหนดให้สามารถมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในการมีทนายความได้ทันทีหากเข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนด

¹⁹ William Hawkins, A Treatise of Pleas of the Crown

²⁰ *How Trials were Conducted at the Old Bailey*. สืบค้น 14 เมษายน พ.ศ. 2557, จาก <http://www.oldbaileyonline.org/static/Trial-procedures.jsp#lawyers>

ปี ค.ศ. 1945 ได้มีรายงานของ The Rushcliffe Committee หรือที่เรียกว่า The Rushcliffe Committee report ซึ่งเป็นรายงานที่ได้เสนอให้รัฐมีการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Legal aid) แก่ประชาชนมากขึ้น โดยที่ประชาชนไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการได้รับความช่วยเหลือดังกล่าว ทั้งนี้ รายงานดังกล่าวได้มีข้อเสนอแนะที่จะให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย 2 ประเภท²¹ คือ

(1) คุ้มครองที่มีฐานะทางการเงินยากจนหรือทรัพย์สินมีไม่มากเพียงพอที่จะจัดหา

ทนายความเองได้ จะต้องได้รับการจัดหาทนายความให้จากรัฐ โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ทั้งในศาล และในทุกๆ ขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(2) ให้มีการจัดหาทนายความที่ได้รับเงินเดือนจากรัฐ (ในลักษณะเดียวกันกับ Public defender) ในการทำหน้าที่ให้คำปรึกษาผู้ถูกกล่าวหา ก่อนมีการเข้าสู่กระบวนการทางศาล

รายงานดังกล่าวถือเป็นการริเริ่มและบุกเบิกระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย แก่ประชาชนของประเทศอังกฤษสมัยใหม่ ซึ่งต่อมาได้มีการยึดแนวทางดังกล่าวและพัฒนาเรื่อยมา จนทำให้เกิดหน่วยงานต่างๆ ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือทางกฎหมาย และสนับสนุนทนายความแก่ประชาชน เช่น Law center , Citizen's advice bureau แต่อย่างไรก็ตาม หน่วยงานดังกล่าวยังประสบ ปัญหาในเรื่องของคุณภาพของการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย เพราะยังไม่มีผู้เชี่ยวชาญ เพียงพอ บุคลากรยังไม่มีประสบการณ์ในคดีเพียงพอ เพราะในบางกรณีผู้ให้ความช่วยเหลือเป็น เพียงอาสาสมัครที่ไม่มีประสบการณ์

จากปัญหาดังกล่าวทำให้ The Legal Aid Efficiency Scrutiny หรือ คณะทำงานของรัฐ จากสำนักงานศาลฎีกาและกระทรวงการคลังของประเทศอังกฤษ ได้พยายามแก้ปัญหาเรื่องคุณภาพ ของทนายความที่จะให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชน จึงได้มีการริเริ่มเสนอกฎหมายฉบับหนึ่งที่ เรียกว่า พระราชบัญญัติช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย (The Legal Aid Act) ซึ่งกฎหมายดังกล่าว กำหนดให้อำนาจของคณะกรรมการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย (The Legal Aid Board) ทำ หน้าที่ให้ความช่วยเหลือประชาชนในด้านกฎหมาย และทำหน้าที่จัดการบริหารระบบการให้บริการ จัดหาทนายความทั่วทั้งประเทศอังกฤษให้เป็นไปในทางเดียวกัน รวมถึงการจัดหาทนายความให้ใน คดีอาญาในกรณีที่ยังไม่เคยมีความสามารถที่จะจัดหาทนายความเองได้

ภาคเอกชน ได้มีการริเริ่มจัดตั้งองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ชื่อว่า Law center ซึ่งเป็น องค์กรที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่ผู้ที่ไม่สามารถจัดหาทนายความเองได้ โดย Law centres จะมีการจ้างทนายความมาประจำหน่วยงาน ซึ่งจะปฏิบัติหน้าที่ตามแต่ละท้องถิ่น เพื่อ

²¹ Department for institution affair , A fair deal for legal aid P. 6

ช่วยเสริมประสิทธิภาพของทนายความที่ประชาชนสมควรได้รับ แต่ Law centres ก็ยังประสบปัญหาด้านเงินทุนและกำลังคนที่ไม่เพียงพอที่จะรองรับความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึง

จากการดำเนินงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่ยังมีปัญหา ทำให้ต่อมาในปี 1999 ได้มีการบังคับใช้กฎหมาย Access to Justice Act 1999 และได้ยกเลิก Legal Aid Board โดยให้มี Legal Service Commission แทน โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา รวมทั้งการปรับปรุงระบบการให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และบริหารจัดการระบบให้มีเสถียรภาพกว่าเดิม เพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา ทั้งนี้ การปรับปรุงได้มุ่งเน้นในเรื่องของ “ประสิทธิภาพ” ของทนายความที่ให้ความช่วยเหลือ โดยทนายความจะต้องมีความรู้ความสามารถเพียงพอที่จะให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาได้ตามหลักเกณฑ์การประกันคุณภาพที่ Access to Justice Act 1999 กำหนด และในปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวในปี ค.ศ. 2012 โดยกฎหมายที่ชื่อว่า Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 ซึ่งได้ยกเลิก Legal Service Commission ที่มีอยู่เดิม และมีการจัดตั้งหน่วยงานที่ชื่อว่า Legal Aid Agency ให้เป็นหน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรม ปฏิบัติหน้าที่แทน ณ วันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2013

3.2.1 คุณสมบัติของทนายความในประเทศอังกฤษ

ปกติแล้วผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีสิทธิว่าความหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลยุติธรรมจะเรียกว่า ทนายความ (Lawyer , Counsel , Attorney at law) แต่สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศอังกฤษนั้นจะแตกต่างจากประเทศอื่น โดยจะมีชื่อเรียกและคุณสมบัติที่แตกต่างออกไป ซึ่งเดิมวิชาชีพทนายในประเทศอังกฤษจะแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ Barristers และ Solicitors

Barristers คือผู้ประกอบวิชาชีพทนายความซึ่งสำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายจาก Inns of Court School of Law Barristers เป็นผู้ดำเนินคดีในศาล ร้องคำฟ้องและคำแก้ฟ้อง และให้ความเห็นในปัญหากฎหมายที่ยุ้งยาก Barristers เท่านั้นที่มีสิทธิว่าคดีใน House of Lords , Judicial Committee ของ Privy Council, ศาลอุทธรณ์, High Court ทั้ง 3 ฝ่าย (เว้นแต่สำหรับ High Court ในคดีล้มละลาย Solicitors มีสิทธิว่าคดีได้ด้วย) และใน Crown Court

Solicitors คือผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความซึ่งสำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายจาก College of law ของ Law Society และเป็นสมาชิกของ Law Society โดยทำหน้าที่ให้คำปรึกษาต่อลูกค้าในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สิน สัญญา การโอนที่ดิน พันธกรรม การจัดตั้งบริษัท การเป็นผู้จัดการมรดก และการเป็นทนายในการจัดการทรัพย์สิน

เป็นต้น อย่างไรก็ตาม Solicitors ก็ยังมีสิทธิว่าคดีในศาล โดยจะมีสิทธิว่าคดีใน County Courts, Magistrates' Courts และ High Court ในเฉพาะคดีล้มละลายเท่านั้น

ปัจจุบัน เนื่องจากการบัญญัติ Legal Service Act 2007 ซึ่งได้มีการขยายขอบเขตของการให้บริการทางกฎหมายเพิ่มมากขึ้น โดยจะแบ่งประเภทของการให้บริการทางกฎหมายที่เรียกว่า Legal activity ออกเป็นหลายประเภท เช่น การว่าความในศาล (Conduct of litigation) การจัดการเกี่ยวกับนิติกรรม สัญญา (Reserved instrument activities) การรับรองเอกสาร (Notarial activities) เป็นต้น โดยผู้ที่ให้บริการทางกฎหมายดังกล่าวจะต้องผ่านการอบรมหรือได้รับใบอนุญาตประกอบอาชีพจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ เช่น Law center , Bar council , Association of Law Costs Draftsmen เป็นต้น

3.2.2 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ถูกกล่าวหา

ปัจจุบันกฎหมายของประเทศอังกฤษ คือ The Legal Aid Act 1988 และ Access to Justice Act 1999 และ Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐจะต้องมีการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยเรียกสิทธิดังกล่าวว่า Right to representation²² โดยมีหน่วยงานที่ชื่อว่า Legal Aid Agency ทำหน้าที่ให้การสนับสนุนทั้งด้านเงินทุนและความช่วยเหลือต่างๆ แก่คดีความที่ต้องการความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วย

Legal Aid Agency จะมีหน่วยงานในสังกัดที่ทำหน้าที่ดูแลความช่วยเหลือทางกฎหมายของผู้ต้องหาและจำเลยโดยเฉพาะ ที่เรียกว่า The Public Defender Service (PDS) ซึ่งจะให้ความช่วยเหลือด้านการให้คำแนะนำและด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาตั้งแต่การให้คำแนะนำหรือแก้ต่าง ทั้งที่อยู่ในระหว่างขั้นตอนในชั้นสถานีตำรวจ ในชั้น magistrates courts จนถึง higher courts โดย The Public Defender Service ได้มีการจ้างทนายความที่มีประสบการณ์สูงหรือเรียกอีกอย่างว่า Queen's Counsel²³ และร่วมมือกับทนายความภาคเอกชน เพื่อดำเนินการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน โดยหน้าที่หลักของ The Public Defender Service (PDS) มี 2 ประการคือ

- (1) การให้คำปรึกษาแก่คดีโดย solicitors
- (2) ผู้ต้องหาที่ถูกสอบสวนในคดีอาญาสามารถติดต่อ The Public Defender Service ใน

²² Access to Justice Act 1999 SCHEDULE 3 Criminal Defence Service: right to representation

²³ Queen's counsel เป็นทนายความที่มีประสบการณ์สูง ตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป และมีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญด้านกฎหมาย อาจได้รับการแต่งตั้งเป็น Queen's counsel หรืออาจเรียกอีกอย่างว่า Senior Counsel

ท้องถิ่นนั้นๆ ได้เพื่อขอความช่วยเหลือทางกฎหมายทั้งด้านการให้คำแนะนำ และความช่วยเหลือด้าน
ทนายความในการต่อสู้คดี

การให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหาตาม The Legal Aid Act 1988
และ Access to Justice Act 1999 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้²⁴

(1) ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาในคดีอาญา มีสิทธิได้รับการจัดหาทนายความให้ทุกคดีโดยไม่

ต้องเสียค่าใช้จ่าย หากต้องการทนายความ หรือไม่มีทนายความของตนเอง

(2) ผู้ที่เป็นจำเลยในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง มีสิทธิได้รับคำปรึกษาและช่วยดำเนินคดี
ให้เท่าที่จำเป็น จากทนายความประจำศาล magistrate court ซึ่งเรียกว่า duty solicitor ทุกคดีโดยไม่
ต้องเสียค่าใช้จ่าย หากต้องการทนายความหรือไม่มีทนายความของตนเอง

(3) ผู้ที่เป็นจำเลยในคดีอาญา และจะต้องมีการสืบพยานในศาล Crown Court มีสิทธิ
ได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งรวมถึงการมีทนายความว่าความให้ด้วย หากได้รับการอนุมัติ
ให้ได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย

Access to Justice Act 1999 ได้กล่าวเอาไว้ในบทบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ต้องหา
หรือจำเลยมีสิทธิที่จะมี Right to representation ในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทาง
อาญา ซึ่งรวมถึงขั้นตอนก่อนพิจารณาคดีในศาลด้วย

Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 ยังได้มีบทบัญญัติ
เพิ่มเติมเกี่ยวกับ Right to representation ว่าเป็นสิทธิหนึ่งที่รัฐจะต้องให้การสนับสนุนความ
ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน “legal aid”²⁵ และสิทธิดังกล่าวจะต้องทำให้ประชาชนได้รับ
ความช่วยเหลือด้านทนายความในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
(Criminal proceedings) ตั้งแต่ขั้นก่อนเข้าสู่การพิจารณาของศาล เช่น การจับกุม การสอบสวน ชั้น
ไต่สวนมูลฟ้อง รวมทั้งในชั้นพิจารณา และในชั้นอุทธรณ์ และระหว่างถูกคุมขังด้วย และรวมถึง
Criminal proceedings ในกรณีอื่นๆ ตามที่กฎหมายนี้กำหนดเอาไว้ใน Section 14 เช่น ผู้ที่จะต้องเข้า
สู่กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตาม Extradition Act 2003 ก็ถือว่าเป็น Criminal proceeding ที่มี

²⁴ จาก โครงการศึกษาและพัฒนาระบบทนายความสาธารณะ (Public Defender) (น. 104), โดย ณรงค์ ใจหาญ,
นางสาววรรณ สุพรรณชะริดา, นางสาวอัญชัญ พงษ์ประดิษฐ์.

²⁵ Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 Part 1 Legal aid , 1. Lord Chancellor’s
functions 2 (b)

สิทธิที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือ เป็นต้น มากไปกว่านั้น กฎหมายนี้ยังได้กำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (The relevant authority) เช่น Legal Aid Agency สามารถกำหนดหลักเกณฑ์การให้สิทธิการช่วยเหลือด้านทนายความแก่ประชาชนในกรณีพิเศษที่นอกเหนือจากหลักการที่กฎหมายนี้กำหนดได้ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวต้องมีมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าหลักการของกฎหมายนี้ด้วย

เมื่อได้ทราบสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความสำหรับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้ใหญ่ของประเทศอังกฤษแล้ว ในลำดับถัดไปจะกล่าวถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเด็กและเยาวชน โดยในขั้นแรกจำเป็นต้องทราบถึงระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนของประเทศอังกฤษเป็นอันดับแรก

3.2.3 ระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนในประเทศอังกฤษ

ระบบศาลสำหรับคดีเด็กและเยาวชนของประเทศอังกฤษได้เริ่มมีความตื่นตัวในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ถึง 18 โดยมีการนำเอาหลักการของกฎหมายโรมันมาใช้เป็นตัวอย่างในการกำหนดความรับผิดชอบของเด็กและเยาวชน โดยมีหลักการว่า เด็กที่อายุต่ำกว่า 7 ปี ถือว่าเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิดของตน จึงไม่มีความสามารถที่จะกระทำความผิดและไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่เด็กที่อายุเกินกว่า 7 ปีขึ้นไป ถึง 14 ปี อาจจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าเด็กมีความรู้สึนึกคิดเหมือนผู้ใหญ่และสามารถแยกแยะได้ระหว่างความดีและความชั่ว และจะต้องมีพยานหลักฐานที่พิสูจน์ให้เห็นว่าเด็กมีเจตนาร้ายและรู้สำนึกในการกระทำความผิดของตน²⁶

หลักการดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักการที่ผู้พิพากษาใช้ในการพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนในประเทศอังกฤษ โดยส่วนใหญ่ผู้พิพากษาจะไม่มีการใช้วิธีการลงโทษ แต่จะใช้วิธีการปล่อยตัวไปโดยอ้างว่าเด็กไม่มีเจตนาร้าย หรือใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษ เช่น การเนรเทศ เป็นต้น ซึ่งต่อมาได้เกิดแนวความคิดที่จะแยกคดีเด็กออกจากผู้ใหญ่ โดยได้มีการจัดตั้งสถาบันที่ให้การสงเคราะห์ที่อยู่อาศัยและฝึกอาชีพแก่เด็กและเยาวชนที่ยากจน ในปี ค.ศ. 1788 และมีการออกกฎหมาย Children Act of 1908 ขึ้น ในปี ค.ศ. 1908 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนขึ้นเป็นครั้งแรก กำหนดให้มีอำนาจพิจารณาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา โดยมีกระบวนการดำเนินคดีและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างและแยกต่างหากจากศาลสำหรับ

²⁶ จาก กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน (น. 6), โดย สุธิณี รัตนวราห, 2534, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ผู้ใหญ่ อันเป็นการริเริ่มการแยกระบบดำเนินคดีเด็กและเยาวชนออกจากคดีผู้ใหญ่ จนต่อมาได้เกิด Children & Young person Act 1933 และได้มีการแก้ไขในปี 1969 และใน ค.ศ. 1989 และ 2003 โดยมีการบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน และคดีครอบครัวขึ้นใช้บังคับกับศาลที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน ทำให้กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กในคดีอาญามีบทบาทยุติที่ชัดเจน และมีกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะสำหรับเด็ก ซึ่งได้รับการพัฒนาปรับปรุงเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ปัจจุบันประเทศอังกฤษใช้กฎหมายที่ชื่อว่า Children & Young person Act บังคับใช้กับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเด็กที่อายุต่ำกว่า 10 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา²⁷ โดยกฎหมายนี้เรียกเด็กและเยาวชนว่า Child และ Youngperson โดยคำว่า Child หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ส่วนคำว่า Young Person หมายถึงบุคคลที่มีอายุ 14 ปีขึ้นไปแต่ไม่เกิน 17 ปี

การพิจารณาในศาลนั้น โดยปกติแล้วประเทศอังกฤษจะมีศาลที่เรียกว่า Magistrates' courts ซึ่งใช้พิจารณาคดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน และพิจารณาเฉพาะผู้ใหญ่ที่อายุเกิน 18 ปี โดยจะพิจารณาเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปีได้เฉพาะกรณีที่เยาวชนถูกดำเนินคดีพร้อมผู้ใหญ่เท่านั้น

การพิจารณาเด็กและเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี นั้นจะเป็นหน้าที่ของศาลเด็ก (Youth court) ซึ่งจัดขึ้นเป็นแผนกหนึ่งของ Magistrates' courts โดยจะพิจารณาทุกคดีทั้งแพ่งและอาญาที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนในประเทศอังกฤษ ซึ่งจะพิจารณาพิพากษาโดยผู้พิพากษาเขต (District judge) ประกอบกับผู้พิพากษาสมทบที่เป็นทั้งผู้หญิงและผู้ชาย และมีอำนาจในการใช้วิธีการควบคุมหรือส่งไปฝึกอบรมไม่เกิน 24 เดือน

กระบวนการพิจารณาในศาลเด็กของประเทศอังกฤษนั้นจะไม่มีพิธีการหรือเป็นทางการมาก และจะมีบรรยากาศที่เป็นกันเองกับเด็กและเยาวชนมากกว่าในศาลสำหรับผู้ใหญ่ โดยผู้ปกครองสามารถเข้าร่วมอยู่ด้วยในศาลได้ การพิจารณาและไต่สวนจะกระทำการเป็นการลับและบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่จะอยู่ร่วมได้ เพื่อให้การดำเนินคดีเด็กและเยาวชนเป็นไปเพื่อการแก้ไข เยียวยา และฟื้นฟู มากกว่าที่จะเน้นการพิจารณาเพื่อลงโทษดังเช่นผู้ใหญ่ โดยสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดในการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน (Aim of the youth justice system) คือการป้องกันการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน “prevent offending by

²⁷ Children & Young person Act 1933 section 50 “It shall be conclusively presumed that no child under the age of ten years can be guilty of any offence.”

children and young people.” ซึ่งบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนใน Crime and Disorder Act 1998 Section 37

3.2.4 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชน

เดิม Children & Young person Act 1933 ได้มีบทบัญญัติให้บิดามารดาหรือผู้ปกครอง (a parent or guardian) สามารถเข้าร่วมอยู่ด้วยในทุกขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาสำหรับเด็กและเยาวชนได้และมีบทบัญญัติกำหนดให้เด็กและเยาวชนมีสิทธิในการมี solicitors และ ที่ปรึกษาทนาย (counsel) อยู่ร่วมด้วยในชั้นพิจารณาของศาลเด็ก²⁸ ซึ่งต่อมาในปี 2007 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัตินี้โดยเปลี่ยนคำว่า solicitors และที่ปรึกษาทนาย (counsel) เป็นคำว่า Legal Representative แทน โดยกฎหมายที่ชื่อว่า Legal Services Act 2007

Legal Service Act 2007 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้บริการด้านกฎหมาย โดยปรับเปลี่ยนโครงสร้างธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางกฎหมายให้ดียิ่งขึ้น โดยในกฎหมายนี้มีการกำหนดนิยามของการให้บริการทางกฎหมายในประเทศอังกฤษว่า Legal activity²⁹ โดยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ

ประเภทแรก เป็นการดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมายที่เรียกว่า “Reserved legal activities” โดยมี 6 อย่าง คือ

- (1) การเข้าฟังการพิจารณาในศาลและดำเนินการใดๆ ต่อศาลแทนลูกความ (Exercise of rights of audience)
- (2) การว่าความในศาล (Conduct of litigation)
- (3) การจัดการเกี่ยวกับนิติกรรม สัญญา (Reserved instrument activities)
- (4) การจัดการเกี่ยวกับพินัยกรรม (Probate activities)
- (5) การรับรองเอกสาร (Notarial activities)
- (6) การจัดให้มีคำสาบาน (Administration of oaths)

ประเภทที่สอง คือกิจกรรมหรือการบริการที่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง ดังต่อไปนี้

²⁸ Children & Young person Act 1933 section 47 (2) (b) เดิมก่อนมีการแก้ไขในปี 2007 บัญญัติว่า

“No person shall be present at any sitting of a youth court except — (b) parties to the case before the court, their solicitors and counsel, and witnesses and other persons directly concerned in that case;”

²⁹ Legal Service Act 2007 Section 12

(1) การให้คำปรึกษา หรือการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมาย และรวมถึงการให้คำปรึกษาและช่วยเหลือในการจัดการข้อพิพาททางกฎหมาย (Legal advice or assistance)

(2) การเป็นตัวแทน (Representation) ในการดำเนินการทางกฎหมายหรือในการการจัดการข้อพิพาททางกฎหมาย

ตามกฎหมายนี้ การจะดำเนินการหรือให้บริการทางกฎหมายใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับ Legal activity จะต้องมีการได้รับการรับรองหรือมีคุณสมบัติตามที่กำหนด หรืออาจจะต้องได้รับใบอนุญาตที่ออกโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดูแล Legal activity ในแต่ละด้าน เช่น Law Society , Bar Council , Master of the Faculties หรือ Chartered Institute of Legal Executives เป็นต้น

ความหมายของ Legal Representative ตาม Children & Young person Act 1933 (ที่แก้ไขโดย Legal Service Act 2007) นั้น³⁰ ให้ความหมายถึง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่สามารถเข้าฟังการพิจารณาในศาลและกล่าวต่อศาลแทนลูกความได้ (Exercise of rights of audience) และสามารถกล่าวความในศาลได้ (Conduct of litigation) ซึ่งส่วนใหญ่จะต้องเป็นผู้ที่ผ่านการรับรองหรืออบรมจากหน่วยงานที่กำหนด เช่น Law Society และ Bar Council เป็นต้น โดย Legal Representative จะมีอำนาจดำเนินการทางกฎหมายแทนเด็กในลักษณะเดียวกันกับทนายความในศาลสำหรับผู้ใหญ่

การเกิดขึ้นของโครงการให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหาตาม The Legal Aid Act 1988 และ Access to Justice Act 1999 และการเกิดหน่วยงานที่มีหน้าที่ช่วยเหลือและให้การสนับสนุนด้านทนายความแก่ผู้ถูกกล่าวหา ในลักษณะ Legal aid ดังที่ได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในส่วนแรกนั้น เด็กและเยาวชนที่อยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือดังกล่าวเช่นเดียวกับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้ใหญ่ด้วย หากเด็กและเยาวชนเรียกร้องสิทธิในการที่จะมี Legal representative ก็จะต้องได้รับความคุ้มครองและได้รับสิทธิดังกล่าวโดยเร็ว และมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมายจากหน่วยงานช่วยเหลือต่างๆ เช่นเดียวกับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้ใหญ่

³⁰ Children and Young Persons Act 1933 Section 107 interpretation

“legal representative” means a person who, for the purposes of the Legal Services Act 2007, is an authorised person in relation to an activity which constitutes the exercise of a right of audience or the conduct of litigation

3.3 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตามสิทธิการมีทนายความสำหรับผู้ต้องหาจะมีความแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศอังกฤษอย่างมีนัยสำคัญ

3.3.1 คุณสมบัติของทนายความในประเทศแคนาดา

คุณสมบัติของทนายความสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศแคนาดานั้นจะต้องมีคุณสมบัติ คือ จบปริญญาตรีด้านกฎหมายจากมหาวิทยาลัย และผ่านการทำงานกับทนายความในลักษณะเดียวกันกับการฝึกงานก็ได้ แต่ต้องเป็นตำแหน่งที่ได้รับเงินเดือน เป็นระยะเวลาทั้งสิ้น 10 เดือน ซึ่งโดยปกตินักศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัยของประเทศแคนาดาจะเริ่มฝึกงานในช่วงปิดเทอมระหว่างชั้นปีที่ 2 ก้าวสู่ปีที่ 3 เมื่อทำงานหรือฝึกงานดังกล่าวเสร็จสิ้นแล้ว ก็จะต้องดำเนินการเข้ารับการอบรมผ่านหลักสูตรที่เรียกว่า The Bar Admission Course ซึ่งจะมีการฝึกทักษะและการประกอบวิชาชีพนักกฎหมายเป็นระยะเวลา 5 อาทิตย์ และมีการทดสอบวัดผล หากผ่านการทดสอบก็จะสามารถประกอบวิชาชีพทนายความได้ทันที

3.3.2 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ถูกกล่าวหา

สิทธิการมีทนายความของผู้ถูกกล่าวหาในประเทศแคนาดาได้มีบัญญัติรับรองเอาไว้ในมาตรา 10 ของ The Canadian Charter of Rights and Freedoms³¹ ซึ่งกำหนดให้มีสิทธิที่จะปรึกษาและมีทนายความระหว่างถูกจับหรือถูกควบคุม และจะต้องได้รับการแจ้งถึงสิทธิดังกล่าวจากเจ้าหน้าที่เสมอ อย่างไรก็ตาม ในชั้นสอบสวนทนายความคอยไม่มีสิทธิที่อยู่ร่วมด้วยขณะที่มีการสอบสวนผู้ต้องหา โดยในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2010 ศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดา (The Supreme Court of Canada) ได้มีคำพิพากษายืนยันว่า ผู้ต้องหาไม่มีสิทธิที่จะมีทนายความอยู่ด้วยระหว่างการสอบสวน โดยศาลให้เหตุผลว่าการให้สิทธิผู้ต้องหาในลักษณะ Miranda right ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่เหมาะสมกับประเทศแคนาดา และจะกระทบกับหลักการที่ศาลและกฎหมายประเทศแคนาดาได้กำหนดเอาไว้ให้มีความสมดุล โดยมองว่าการให้มีทนายความอยู่ด้วยระหว่างการสอบสวนจะทำให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่สอบสวนได้ไม่เต็มที่และอาจถูกคุกคามได้ การได้รับสิทธิที่จะปรึกษาทนายความก่อนหรือหลังมีการสอบสวนก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นจะต้อง

³¹The Canadian Charter of Rights and Freedoms Section 10 “Everyone has the right on arrest or detention (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”

ให้ทนายความมีสิทธิอยู่ร่วมด้วยในขณะที่มีการสอบสวน³²

สำหรับในการพิจารณาคดีอาญาในศาลนั้น ไม่มีการกำหนดให้จำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายความ ยกเว้นเฉพาะในกรณีพิเศษที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้เท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นสิทธิพื้นฐาน และหลักประกันของจำเลยทุกคนที่จะได้รับสิทธิดังกล่าว

3.3.3 ระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนในประเทศแคนาดา

ระบบศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนของประเทศแคนาดานั้น ถือได้ว่าเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพประเทศหนึ่ง ซึ่งนานาอารยประเทศให้การยอมรับ และมีการส่งนักกฎหมายของแต่ละประเทศรวมทั้งประเทศไทยไปดูงานที่ประเทศแคนาดาอยู่บ่อยครั้ง โดยกฎหมายเด็กของประเทศแคนาดาจะมีวิธีพิจารณาโดยเฉพาะที่แตกต่างจากจากผู้ใหญ่ โดยมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีเด็กที่กระทำความผิดเอาไว้โดยเฉพาะ และมีหลักประกันต่างๆ ในการดำเนินคดีให้กับเด็กและเยาวชน ซึ่งรวมถึงสิทธิของเด็กที่ถูกกล่าวหาในการมีทนายความเป็นผู้ช่วยเหลือหรือที่ปรึกษาทั้งก่อนและระหว่างพิจารณาคดี

ปี ค.ศ. 1892 ประเทศแคนาดาได้ริเริ่มที่จะมีความคิดที่จะแยกการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนออกจากการดำเนินคดีสำหรับผู้ใหญ่ โดยต้องการที่จะให้มีวิธีพิจารณาความสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) มีการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะสำหรับเด็กและเยาวชน ทำให้เด็กและเยาวชนนั้นมีกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีความแตกต่างจากผู้ใหญ่นับแต่นั้นเป็นต้นมา

ต่อมาในปี ค.ศ. 1908 รัฐบาลกลางได้มีการออกกฎหมายที่ชื่อว่า Juvenile Delinquents Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้ไขเยียวยาเด็กและเยาวชนซึ่งกระทำความผิด มากกว่าการที่จะนำมาพิจารณาคดีและลงโทษ โดยกฎหมายนี้เรียกการกระทำความผิดของเด็กว่า Delinquents หรือเป็นเพียงความประพฤติไม่เรียบร้อยหรือเเกร่ อันอาจจะแก้ไขเยียวยาได้ โดยจะมองว่าเด็กที่กระทำความผิดไม่ใช่อาชญากร "every juvenile delinquent shall be treated, not as a criminal, but as a misdirected and misguided child"³³ และกระบวนการยุติธรรมจะต้องมีการปรับเปลี่ยนทัศนคติในการพิจารณาคดีให้เป็นไปในลักษณะของผู้ปกครองหรือครอบครัวที่ให้การแนะนำ ชี้แนะ และ

³² Kirk Martin. (2010). *No right to counsel during interrogation: top court*. สืบค้น 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557, จาก <http://www.theglobeandmail.com/news/national/no-right-to-counsel-during-interrogation-top-court>

³³ Juvenile Delinquents Act , Section 38

แก้ไขพฤติกรรมของเด็กและเยาวชน และการดำเนินการใดๆ จะต้องยึดหลัก “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” มาเป็นอันดับแรก (The best interests of the child)

กระบวนการพิจารณาสำหรับเด็กตามกฎหมายนี้ ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติมากมาย เช่น การไม่มีแนวปฏิบัติในการใช้วิธีการสำหรับเด็กที่ชัดเจน ทำให้ผู้พิพากษา ตำรวจ หรือพนักงานคุมประพฤติ มีการกำหนดวิธีการสำหรับเด็กได้โดยไม่มีขอบเขต ทำให้ในบางครั้งวิธีการที่ใช้เกินกว่าเหตุและไม่ได้เป็นการแก้ไขเยียวยาเด็กและเยาวชนอย่างแท้จริง และขอบเขตของคำว่า Delinquents นั้น มีความหมายกว้างจนเกินไป จนครอบคลุมถึงความผิดเล็กๆ น้อยที่ไม่จำเป็นต้องนำมาขึ้นศาล เช่น เด็กที่ประพฤติผิดเร่ร่อนในตอนกลางคืน เด็กหนีโรงเรียน หรือแม้กระทั่งเด็กที่กลับมาบ้านช้าด้วย เป็นต้น นอกจากนี้ เด็กยังไม่ได้รับสิทธิในการที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะกฎหมายนี้ไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิดังกล่าวเอาไว้ และไม่มีบทบัญญัติอื่นใดที่ให้เด็กมีสิทธิดังกล่าวอีกด้วย

ส่งผลให้ต่อมาในปี ค.ศ. 1984 ได้มีการยกเลิก Juvenile Delinquents Act และบังคับใช้ Young Offenders Act แทนที่ โดยกำหนดให้อายุขั้นต่ำของเด็กที่จะต้องรับผิดชอบอยู่ที่ 12 ปี และกำหนดให้ศาลจะตัดสินเด็กและเยาวชนได้เฉพาะในกรณีที่เด็กและเยาวชนนั้นกระทำความผิดตามที่บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น (Criminal Code) และกฎหมายนี้ยังได้กำหนดให้สิทธิตาม Canadian Charter of Rights and Freedoms ซึ่งเป็นกฎบัตรที่กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนชาวแคนาดานั้น ใช้บังคับกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามกฎหมายนี้ด้วย โดยกฎบัตรดังกล่าวได้มีการบัญญัติสิทธิในกระบวนการยุติธรรม (Legal rights) เอาไว้หลายประการ ซึ่งใน Section 10 ได้มีบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ (Right to legal counsel) ซึ่งหมายความว่าเด็กและเยาวชนที่อยู่ภายใต้บังคับของ Young Offenders Act ย่อมได้รับสิทธิในการที่จะมีที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ (legal counsel) เช่นเดียวกันกับคดีสำหรับผู้ใหญ่

การบังคับใช้ Young Offenders Act ได้ถูกสังคมวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักถึงการกำหนดให้เด็กที่อายุต่ำกว่า 12 ปีไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย และการไม่เปิดเผยใบหน้าของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดต่อสาธารณะ ทำให้จำนวนของการกระทำความผิดโดยเด็กและเยาวชนเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งการกลับมากระทำความผิดซ้ำของเด็กและเยาวชนยังเพิ่มจำนวนมากขึ้นอีกด้วย และในขณะนั้นได้มีเหตุการณ์ที่ทำให้วงการกฎหมายเด็กตื่นตัวคือการทำร้ายร่างกายและพยายามฆ่า Jonathan Wambach โดยแก๊งวัยรุ่นจนบาดเจ็บสาหัส โดยที่วัยรุ่นที่ทำร้ายไม่ได้มีวิธีพิจารณาคดีและการแก้ไขเยียวยาอย่างเหมาะสม โดยหลายคนได้ถูกปล่อยตัว และบางคนถูกจำคุกเพียง

ไม่กี่เดือน³⁴ ทำให้ประเทศแคนาดาพยายามแก้ไขระบบกฎหมายเด็กและเยาวชนใหม่อีกครั้ง โดยได้มีการออกกฎหมายฉบับใหม่ที่ชื่อว่า Youth Criminal Justice Act โดยบังคับใช้ในวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2003

ปัจจุบัน ประเทศแคนาดาใช้บังคับ Youth Criminal Justice Act กับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด โดยใช้บังคับกับเด็กที่อายุเกินกว่า 12 ปีขึ้นไป แต่ไม่เกิน 18 ปี โดยพิจารณาเกณฑ์อายุในขณะที่กระทำความผิด และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศแคนาดาก็มีบทบัญญัติที่สอดคล้องกันว่าผู้ที่อายุต่ำกว่า 12 ปีไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เด็กที่อายุระหว่าง 14-17 ปี นั้น อาจถูกพิจารณาหรือถูกลงโทษเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ได้ในบางสถานการณ์และพฤติกรรมพิเศษที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ โดยหลักการสำคัญของกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้ไขพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมได้ โดยการมุ่งเน้นที่จะใช้วิธีการแก้ไขเยียวยา (Rehabilitation)³⁵ เด็กและเยาวชน นอกจากนั้น ในคำปรารภของ Youth Criminal Justice Act ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า เด็กและเยาวชนที่ถูกบังคับภายใต้กฎหมายนี้ จะต้องได้รับความคุ้มครองและได้รับสิทธิตาม the Canadian Charter of Rights and Freedoms และ The Canadian Bill of Rights และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The United Nation's Convention on the Rights of the Child)

3.3.4 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชน

Youth Criminal Justice Act ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิของเด็กและเยาวชน ในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับคำปรารภของกฎหมายนี้ที่กำหนดว่าเด็กและเยาวชนจะต้องได้รับความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ และได้รับหลักประกันที่จำเป็นในคดี ตามที่บัญญัติเอาไว้ใน the Canadian Charter of Rights and Freedoms และ The Canadian Bill of Rights และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยใน Youth Criminal Justice Act นี้ ได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนให้เด็กและเยาวชนมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ (Right to counsel) ใน Section 25 ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(1) เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษาจากที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ โดยเร็วที่สุด (Without delay) ในทุกๆขั้นตอนของการดำเนินการกับเด็กตามกฎหมายนี้ รวมทั้ง

³⁴ Tagged: *The Jonathan Wamback Story*. สืบค้น 25 เมษายน พ.ศ. 2557, จาก

http://en.wikipedia.org/wiki/Tagged:_The_Jonathan_Wamback_Story

³⁵ Youth Criminal Justice Act. Canada, Department of Justice. Retrieved June 18, 2011.

ก่อนและในระหว่างพิจารณา และกระบวนการทางศาลอื่นๆ ด้วย³⁶

(2) เด็กและเยาวชนที่กำลังจะถูกจับหรือจะถูกควบคุม หรือที่ถูกจับและถูกควบคุมแล้ว จะต้องได้รับการแจ้งโดยเจ้าหน้าที่ผู้จับหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจรับผิดชอบทุกครั้งว่า เด็กและเยาวชนนั้นมีสิทธิที่จะว่าจ้างทนายความและมีสิทธิที่จะปรึกษาทนายความ (Right to retain and instruct counsel) และจะต้องเปิดโอกาสให้เด็กและเยาวชนได้มีทนายความตามสิทธิดังกล่าวด้วย³⁷

(3) ระหว่างการดำเนินกระบวนการทางศาลในขั้นตอนใดๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ระหว่างพิจารณาคดี หรือ ก่อนมีการไต่สวนที่จะมีผลเป็นการกักขังหรือปล่อยเด็กไป หากเด็กและเยาวชนไม่มีทนายความศาลจะต้องมีการแจ้งให้เด็กและเยาวชนทราบว่าเด็กและเยาวชนนั้นมีสิทธิที่จะว่าจ้างทนายความและมีสิทธิที่จะปรึกษาทนายความได้ (Right to retain and instruct counsel) และศาลจะต้องให้โอกาสเด็กและเยาวชนได้มีทนายความก่อนศาลจะดำเนินกระบวนการดังกล่าวต่อไปได้³⁸

(4) ก่อนที่จะมีการพิจารณา การไต่สวน หากเด็กและเยาวชนต้องการทนายความ แต่เด็กและเยาวชนไม่สามารถหาทนายความได้ จะต้องจัดให้เด็กและเยาวชนดังกล่าวมีทนายความเสมอ โดยในกรณีที่ในจังหวัดที่ศาลพิจารณามีโครงการการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนในด้านทนายความ (Legal aid program or an assistance program) ให้จัดหาทนายความให้แก่เด็กนั้นๆ ผ่านโครงการช่วยเหลือดังกล่าว แต่ในกรณีที่ไม่มีโครงการช่วยเหลือดังกล่าว หรือเด็กไม่สามารถได้รับความช่วยเหลือจากโครงการที่มีอยู่ให้อัยการสูงสุดเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดหาทนายความให้เด็กและเยาวชนได้โดยตรง³⁹

(5) สิทธิในการแต่งตั้งทนายความให้เด็กและเยาวชนตามกฎหมายนี้มีข้อยกเว้นคือ ในกรณีที่มีการกระทำผิดในขณะที่ยังเป็นเด็กและเยาวชนแต่ในขณะที่มาปรากฏต่อหน้าศาลครั้งแรก เด็กและเยาวชนนั้นมีอายุเกินกว่าหรือเท่ากับ 20 ปี บุคคลนั้นจะใช้สิทธิในการมีทนายความตาม Youth Criminal Justice Act นี้ไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลดังกล่าวยังมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ซึ่งหมายความว่ารวมถึงสิทธิในการมีทนายความของผู้ใหญ่ด้วย⁴⁰

(6) กรณีที่เด็กและเยาวชนไม่มีทนายความ ในการพิจารณา ไต่สวน เด็กและเยาวชน

³⁶ Youth Criminal Justice Act Section 25 (1)

³⁷ Youth Criminal Justice Act Section 25 (2)

³⁸ Youth Criminal Justice Act Section 25 (3)

³⁹ Youth Criminal Justice Act Section 25 (4) (5)

⁴⁰ Youth Criminal Justice Act Section 25 (11)

สามารถร้องขอให้มีผู้ใหญ่อยู่ช่วยเหลือแทนทนายความได้ (assisted by an adult) โดยบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่จะต้องเป็นผู้ที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม (suitable) ในการที่จะช่วยเหลือเด็กและเยาวชน⁴¹

(7) ในกรณีที่ผลประโยชน์ของเด็กและเยาวชนกับผลประโยชน์ของผู้ปกครองขัดกัน (the interests of a young person and the interests of a parent are in conflict) ศาลสามารถที่จะมีการแต่งตั้งทนายความของเด็กและเยาวชนได้เองอีกคนหนึ่ง ซึ่งแตกต่างหากจากทนายความของผู้ปกครองได้ (counsel independent of the parent) หรือในกรณีที่ศาลเห็นว่าจะเป็นประโยชน์กับตัวเด็กและเยาวชนมากกว่าหากมีทนายความเป็นของตนเอง ศาลก็สามารถแต่งตั้งทนายความให้เด็กและเยาวชนต่างหากจากผู้ปกครองได้เช่นกัน⁴²

(8) เอกสารที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนหรือจะต้องมีการยื่นให้แก่เด็กและเยาวชน เช่น หมายจับ สัญญาประกันตัว หรือหนังสือบอกกล่าวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา จะต้องมีการระบุสิทธิของเด็กและเยาวชนในการที่จะมีทนายความ เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนเสมอ⁴³

กฎหมาย Youth Criminal Justice Act ยังได้มีการกำหนดให้รองผู้ว่าการของแต่ละเมือง (Lieutenant governor) สามารถกำหนดโครงการหรือโปรแกรมใดๆ ที่ให้เด็กและเยาวชนหรือผู้ปกครองของเด็กและเยาวชนได้รับการช่วยเหลือค่าใช้จ่ายทั้งหมดด้านทนายความได้⁴⁴ โดยจะได้รับค่าทนายความคืนหลังจากมีการพิจารณาในศาลชั้นต้นเสร็จสิ้นในกรณีที่ไม่มีการอุทธรณ์ หรือหากมีการอุทธรณ์ก็จะต้องให้การพิจารณาอุทธรณ์เสร็จสิ้นจนมีคำพิพากษาเสียก่อนจึงจะมีสิทธิรับค่าทนายความคืนได้ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้ง The Office of the Children's Lawyer ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สำนักอัยการสูงสุด (Ministry of the attorney general) ของรัฐออนแทรีโอ (Ontario) ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือเด็กและเยาวชนด้านทนายความ และให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศแคนาดามีการสนับสนุนและให้ความสำคัญถึงสิทธิของเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมในการมีที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความคอยช่วยเหลือในการพิจารณาคดี เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเด็กและเยาวชน ให้มีสิทธิต่อสู้พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ และเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนที่จะต้องเยียวยาและแก้ไขเพื่อให้เด็กและเยาวชนกลับตนเป็นคนดีต่อไป

⁴¹ Youth Criminal Justice Act Section 25 (7)

⁴² Youth Criminal Justice Act Section 25 (8)

⁴³ Youth Criminal Justice Act Section 25 (9)

⁴⁴ Youth Criminal Justice Act Section 25 (10)

3.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) หรือระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งในประมวลกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการบัญญัติสิทธิในการมีทนายความของผู้ถูกกล่าวหาเอาไว้อย่างชัดเจน และเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานที่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาจะต้องไม่ถูกริดรอน รัฐและหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องให้การเคารพสิทธิและให้โอกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะได้รับสิทธิดังกล่าว

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นระบบประมวลกฎหมาย การพิจารณาคดีอาญาในศาลจะค่อนข้างไปทางการใช้ระบบไต่สวน โดยกลุ่มของประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนส่วนใหญ่จะอยู่ในกลุ่มของประเทศภาคพื้นยุโรป (The Continent of Europe) เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม สเปน ซึ่งแตกต่างจากประเทศในแถบแองโกล-อเมริกัน (Anglo-american) เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ แคนาดา ที่จะมุ่งเน้นการใช้ระบบกล่าวหา

แม้จะกล่าวได้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ระบบการดำเนินคดีแบบไต่สวนในชั้นพิจารณาคดีของศาล เนื่องจากศาลสามารถแสวงหาพยานหลักฐานรวมถึงซักถามพยานได้เอง แต่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันได้ยึดหลักการดำเนินคดีในรูปแบบกล่าวหา มีการยกฐานะผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี (Prozess-subjekt) โดยให้มีสิทธิและอำนาจหน้าที่ในคดี ส่งผลให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมาย นอกจากนั้นยังมีการแยกขั้นตอนการดำเนินคดีออกเป็นสองส่วน คือ (1) หน้าที่ในการสอบสวนและฟ้องร้อง และ (2) หน้าที่ในการพิจารณาพิพากษา โดยให้มืองค์กรและหน่วยงานทำหน้าที่ทั้งสองส่วนนี้แยกต่างหากจากกัน โดยทั้งสองส่วนดังกล่าวจะมีกระบวนการเป็น 3 ขั้นตอน⁴⁵ ดังนี้

(1) การดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวน (Vorverfahren) เป็นขั้นตอนเริ่มแรกก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล โดยเป็นกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ หรือเรียกว่าไต่สวนสืบสวน สอบสวน ซึ่งดำเนินการโดยตำรวจหรือพนักงานอัยการจะสืบสวน สอบสวนเองก็ได้ โดยพยานหลักฐานที่แสวงหาได้ในขั้นนี้จะไปยืนยันข้อกล่าวหา และชี้ขาดข้อกล่าวหาก่อนพิจารณาคดี หากฟังข้อมูลได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดจริง ก็จะดำเนินการฟ้องร้องศาลเพื่อชี้ขาดคดี แต่หากพนักงานอัยการเห็นว่าไม่ควรฟ้องคดีก็จะยุติการดำเนินคดีคือการไม่ส่งฟ้องคดีต่อศาล

(2) การดำเนินคดีอาญาในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (Zwischenverfahren) โดยเมื่อตำรวจหรือ

⁴⁵ จาก “ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายเยอรมัน”. โดย สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551, *ดุลพินิจ*, 3 (1),

พนักงานอัยการดำเนินการสอบสวนเสร็จแล้วสั่งให้มีการฟ้องคดี ก่อนที่จะถึงขั้นตอนพิจารณาพิพากษา จะมีกระบวนการชั้นกลางเพื่อควบคุมดุลพินิจในการสั่งฟ้องของพนักงานอัยการ คือการไต่สวนมูลฟ้อง หากศาลประทับฟ้องก็จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลต่อไป แต่หากศาลไม่ประทับฟ้องก็จะตกไป

(3) การดำเนินคดีอาญาในชั้นพิจารณาคดี (Hauptverfahren) หลังจากศาลที่คำสั่งประทับฟ้อง ก็จะเข้าสู่กระบวนการในขั้นนี้คือการพิจารณาและมีคำพิพากษาคดีของศาล

ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญานั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันจะใช้คำว่า der Behuldigte ซึ่งหมายถึง ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดซึ่งเป็นความหมายในลักษณะเดียวกันกับผู้ต้องหา และเมื่อผู้กล่าวหาว่ากระทำความผิดถูกพนักงานอัยการยื่นคำฟ้องก็จะใช้คำว่า der Angehuldigte ซึ่งหมายความว่าผู้ถูกฟ้อง และเมื่อศาลสั่งประทับฟ้องแล้วก็จะใช้คำว่า Angeklagter ซึ่งหมายถึงจำเลย

3.4.1 คุณสมบัติของทนายความในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ทนายความที่ปฏิบัติหน้าที่ในศาลคดีอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า Rechtsanwalt ซึ่งการที่จะเป็นทนายความในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นั้นจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(1) หลังจากจบการศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัย จะต้องผ่านการสอบที่เรียกว่า First State Exam โดยเป็นการสอบข้อเขียนในวิชากฎหมายแพ่ง วิชากฎหมายมหาชน และกฎหมายอาญา รวมทั้งการสัมภาษณ์ปากเปล่าหลังจากสอบเสร็จ ซึ่งการจัดการสอบและมาตรฐานข้อสอบจะเป็นไปตามที่หน่วยงานที่ชื่อว่า “Landesjustizprüfungsamt” กำหนดเอาไว้

(2) หลังจากผ่านการสอบ First State Exam จะต้องเข้ารับการศึกษาฝึกงานในหน่วยงานด้านกฎหมายเป็นเวลาสองปี เช่น ศาล สำนักงานอัยการ หรือสำนักงานทนาย โดยในขั้นตอนการฝึกงานนี้จะเรียกว่า “The Referendariat”

(3) เมื่อฝึกงานครบสองปี จะมีสิทธิเข้าสอบในชั้น Second State Exam ซึ่งออกข้อสอบและวางกฎเกณฑ์การสอบโดยหน่วยงาน “Landesjustizprüfungsamt” เช่นเดียวกัน โดยผลการสอบในขั้นนี้จะเป็นตัววัดว่าผู้เข้าสอบจะได้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในด้านใด โดยผู้ที่ทำคะแนนได้สูงสุดตามจำนวนที่กำหนดจะได้เป็น Notary (ทำหน้าที่รับรองเอกสาร รวมทั้งรับรองข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย) และผลคะแนนในลำดับรองลงมาจะได้เป็นผู้พิพากษา และอัยการ ส่วนที่เหลือจะได้เป็นทนายความที่มีสิทธิว่าความและดำเนินคดีในศาลต่างๆ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้

ผู้ที่เป็นทนายความจะต้องเป็นสมาชิกและอยู่ในความดูแลของ Bar association ของแต่ละรัฐหรือของแต่ละเมืองที่ทนายความอาศัยอยู่ และการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะอยู่ภายใต้การควบคุมของประมวลกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพที่เรียกว่า “The Bundesrechtsanwaltsordnung”⁴⁶

ทนายความในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถว่าความหรือดำเนินคดีแพ่งในศาลได้ทั่วประเทศและในทุกๆ ศาล ยกเว้นในศาลสหพันธ์รัฐกลาง (Bundesgerichtshof) โดยจะต้องเป็นทนายความที่ได้รับอนุญาตเท่านั้นจึงจะสามารถว่าความในศาลนี้ได้ แต่หากเป็นคดีอาญา ทนายความสามารถว่าความและดำเนินคดีได้ทุกศาลทุกท้องที่รวมทั้งในศาลสหพันธ์รัฐกลาง (Bundesgerichtshof)

3.4.2 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ถูกกล่าวหา

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และมีวิธีพิจารณาคดีและการสืบพยานในศาลที่ค่อนข้างไปในรูปแบบการไต่สวน (Inquisitory System) ทำให้ศาลหรือผู้พิพากษาเป็นผู้ที่มีบทบาทในคดีมากที่สุด ทั้ง การแสวงหาพยานหลักฐาน สืบพยาน ซักถามพยาน ควบคุมไต่สวนการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐาน⁴⁷ โดยคู่ความและทนายความอยู่ในฐานะเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนศาลในการพิจารณาคดีเท่านั้น

การพิจารณาของศาล คู่ความทั้งผู้ฟ้องคดีที่เป็นเอกชนและผู้ถูกฟ้องคดีย่อมมีสิทธิและหน้าที่เท่าเทียมกัน และต่างฝ่ายต่างมีสิทธิที่จะมีทนายความเป็นของตนเอง สำหรับการฟ้องคดีโดยพนักงานอัยการ “Staatsanwalt” ผู้ถูกฟ้องคดีก็ยังมีสิทธิที่จะมีทนายความให้ความช่วยเหลือในคดีเช่นเดียวกัน โดยได้มีบทบัญญัติกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE หรือ StPO) ในมาตรา 137 ว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะมีทนายความในทุกๆ ขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา (in jeder Lage des Verfahrens) (any stage of proceeding) ทั้งนี้ ผู้ถูกกล่าวหาสามารถมีทนายความได้ทั้งหมดไม่เกินสามคน

⁴⁶ กำพล มั่นใจอารยะ. (2551). บทบาทและหน้าที่ของทนายความในการดำเนินคดีอาญาแบบกลุ่ม. สืบค้น 3 พฤษภาคม พ.ศ. 2557, จาก <http://dlibrary.spu.ac.th:8080/dspace/handle/123456789/728>.

⁴⁷ จาก การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะกรณีพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น.11), โดย อารยา เกษมทรัพย์, 2536, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความนั้น ผู้ถูกกล่าวหาย่อมได้รับสิทธิดังกล่าวตั้งแต่เริ่มถูกจับกุม โดยมีสิทธิที่จะปรึกษาหรือแต่งตั้งทนายความได้⁴⁸ รวมทั้งมีสิทธิที่จะมีทนายความในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง⁴⁹ แต่ในชั้นสอบสวนนั้น ทนายความไม่มีสิทธิอยู่ร่วมด้วยในขณะที่มีการสอบสวน มีเพียงสิทธิในการตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนภายหลังการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้วเท่านั้น โดยตรวจสอบได้ทั้ง คำให้การผู้ต้องหา คำให้การผู้เสียหาย คำให้การพยาน การตรวจพิสูจน์ของผู้เชี่ยวชาญ⁵⁰ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นให้ทนายความเข้ามาตรวจสอบระหว่างมีการดำเนินการสอบสวนได้หากไม่เป็นอันตรายหรือกระทบต่อวัตถุประสงค์ของการสอบสวน⁵¹ ทั้งนี้ สิทธิการมีทนายความนั้น ผู้ถูกกล่าวหาสามารถที่จะสละสิทธิหรือปฏิเสธการมีทนายความได้ เว้นแต่สำหรับในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาอาญาเยอรมันกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษนั้นจะต้องมีทนายความคอยช่วยเหลือผู้ถูกกล่าวหาเสมอ เช่น

- (1) เมื่อการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น ได้ดำเนินการในศาลสูงมลรัฐ หรือ ศาลมลรัฐ
- (2) เมื่อความผิดที่ผู้ถูกกล่าวหาถูกกล่าวหาหรือถูกฟ้องเป็นความผิด *verbrechen*⁵²
- (3) เมื่อเป็นการพิจารณาที่จะมีผลทำให้ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตต่างๆ
- (4) เมื่อผู้ถูกกล่าวหาเป็นใบ้หรือหูหนวก
- (5) เมื่อผู้ถูกกล่าวหาถูกคุมขังอยู่อย่างน้อยสามเดือนเนื่องจากคำสั่งของเจ้าพนักงาน หรือโดยคำสั่งศาลให้ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในสถานกักกัน และจะต้องไม่ถูกปล่อยออกจากสถานกักกัน

⁴⁸ StPO Section 114b

⁴⁹ StPO Section Section 141

⁵⁰ จาก “การเปิดเผยพยานที่ไม่ใช่บุคคลโดยให้อำนาจคู่ความร้องขอต่อศาลให้คู่ความอีกฝ่ายเปิดเผยพยานเพิ่มเติมในประเทศที่ใช้ระบบ *Civil Law* : กรณีศึกษาเฉพาะประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น (คดีแพ่ง)” (รายงานการเก็บข้อมูล), โดย พรศิริ ทวดสีบุญ, (ม.ป.ป.).

⁵¹ StPO Section Section 147 (2)

⁵² ประเทศเยอรมันมีการแบ่งประเภทความผิดอาญา ออกเป็น สองประเภท คือ

1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (*verbrechen*) เป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกขั้นต่ำหนึ่งปีขึ้นไป หรือความผิดที่ต้องระวางโทษหนักกว่านั้น

2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (*vergehen*) เป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกน้อยกว่าหนึ่งปีหรือความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษปรับ (*geldstrafe*)

อย่างน้อยสองสัปดาห์ก่อนมีการพิจารณาคดี

(6) เมื่อมีการพิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหาจะต้องถูกส่งตัวไปตรวจสภาพจิตเพื่อตรวจสอบภาวะแห่งจิตของผู้ถูกกล่าวหา

(7) เมื่อมีการพิจารณาประเด็นการควบคุมหรือคุมขังผู้ถูกกล่าวหา

(8) เมื่อทนายความคนก่อนหน้า (ในกรณีที่มีทนายความหลายคน) ถูกให้ยกเลิกการปฏิบัติหน้าที่ทนายความในศาล

(9) เมื่อพิจารณาคดีเป็นการลับหลังจำเลย

(10) กรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นคดีร้ายแรงหรือมีความยุ่งยากซับซ้อน เป็นต้น

คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นทนายความให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา นั้น จะต้องทนายความที่เป็นเนติบัณฑิต ซึ่งได้ขึ้นทะเบียน ไว้ที่ศาล หรือเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ส่วนในกรณีอื่นๆ จะเป็นทนายความได้ต้องได้รับอนุมัติจากศาลก่อน⁵³ ส่วนทนายความที่จะเป็นทนายความที่ศาลแต่งตั้งให้ผู้ถูกกล่าวหา จะต้องเป็นทนายความที่สอบผ่านเนติบัณฑิต และมีประสบการณ์ในการว่าความมาไม่น้อยกว่า 1 ปี 3 เดือน⁵⁴

มีข้อสังเกตคือ การให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น รัฐจะไม่มีความช่วยเหลือด้านการแต่งตั้งทนายให้ผู้ถูกกล่าวหา มีเพียงความช่วยเหลือด้านให้คำแนะนำและให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหาเท่านั้น

3.4.3 ระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบศาลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด เริ่มมีขึ้นในปี ค.ศ. 1902 ที่ศาลเมืองเบอร์ลิน (Berlin) , แฟรงก์เฟิร์ต (Frankfurt) และโคโลญจน์ (Cologne) โดยได้เริ่มมีการจัดตั้งเป็นแผนกเล็กๆ ในศาลสำหรับการดูแลเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดโดยเฉพาะ แต่ยังไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความสำหรับเด็กและเยาวชนหรือศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนแยกต่างหากจากผู้ใหญ่⁵⁵ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1923 ได้มีการออกกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนที่ชื่อว่า Jugendgerichtsgesetz (Juvenile Justice Act หรือ the Juvenile Courts Act) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ทำให้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนขึ้นเป็นครั้งแรกในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทำให้เด็กและเยาวชนได้มีกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ โดยได้มีการแก้ไข

⁵³ StPO Section Section 138

⁵⁴ StPO Section Section 139

⁵⁵ From *Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice* (p.3), Prof. Dr. Frieder Dünkel, University of Greifswald, Germany.

กฎหมายดังกล่าวต่อมาในปี 1935 และในปี 1953 เพื่อปรับปรุงระบบกฎหมายให้ดียิ่งขึ้น

อายุของเด็กที่ถือว่าไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ เด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ในขณะที่มีการกระทำความผิด⁵⁶ และใน Jugendgerichtsgesetz กำหนดให้ ผู้ที่อายุเกินกว่า 14 ปี แต่ไม่ถึง 18 ปีในขณะที่กระทำความผิดว่า เด็ก ส่วนผู้ที่อายุระหว่าง 18 ถึง 21 ปีในขณะที่กระทำความผิดจะเรียกว่า เยาวชน

การพิจารณาคดีของศาลเด็กในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะกระทำโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีเท่านั้นที่มีสิทธิอยู่ในศาล นักสังคมสงเคราะห์ทำหน้าที่สืบสภาพสิ่งแวดล้อมและประวัติของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดและนำเสนอต่อศาล โดยมีนักจิตวิทยาคอยทำหน้าที่ช่วยเหลือด้านสภาพจิตใจของเด็กในชั้นศาล จำเลยมีสิทธิในการที่จะอยู่ฟังการพิจารณาของศาลหรือสิทธิในการกล่าวหรือตั้งคำถามใดๆต่อศาล ซึ่งรวมถึงผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยก็มีสิทธิดังกล่าวด้วย และในระหว่างพิจารณาหากมีกรณีที่บ่งชี้ความในเรื่องที่ไม่สมควรที่เด็กและเยาวชนจะรับฟัง ศาลมีสิทธิให้เด็กและเยาวชนออกไปนอกห้องพิจารณาเป็นการชั่วคราวได้ การพิพากษาของศาล แม้จะได้รับความว่าเด็กกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา ศาลก็ยังมีสิทธิที่จะใช้ดุลยพินิจที่จะใช้วิธีการสำหรับเด็กที่เหมาะสมกับลักษณะแห่งการกระทำความผิดได้ หรืออาจจะพิพากษาลงโทษก็ได้ โดยหากมีการพิพากษาลงโทษจำคุกจะต้องมีการคุมขังในสถานที่แยกต่างหากจากผู้ใหญ่⁵⁷ แต่การลงโทษจำคุกนั้นศาลจะพิจารณาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย ในกรณีที่ไม่มีมาตรการที่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชน

3.4.4 สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความสำหรับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้ถูกกล่าวหา เด็กและเยาวชนนั้นย่อมมีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ โดยได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายอาญาเด็กและเยาวชน (Jugendgerichtsgesetz)

ศาลคดีเด็ก จำเลยที่เป็นเด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือในคดีได้ ซึ่งสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมในแถบประเทศยุโรป ที่จะให้สิทธิในการมีที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความแก่เด็กและเยาวชนเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานในการดำเนินคดีอาญาโดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีบัญญัติสิทธิดังกล่าวเอาไว้

⁵⁶ German Criminal code Section 19

⁵⁷ จาก บทบาทศาลคดีเด็กและเยาวชนกับความมั่นคงแห่งชาติ (น. 36-37), โดย ประภาส อวยชัย, 2517, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อย่างชัดเจนใน Jugendgerichtsgesetz โดยมีรายละเอียด ดังนี้

บทบัญญัติกำหนดบังคับให้ศาลจำเป็นต้องแต่งตั้งทนายความให้แก่เด็กและเยาวชน ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้ใหญ่มิสิทธิจะได้รับการแต่งตั้งทนายความ (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) เด็กและเยาวชนก็จะต้องได้รับสิทธิดังกล่าวเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ในทุกๆ กรณี⁵⁸ เช่น เมื่อความผิดที่ผู้ถูกกล่าวหาถูกกล่าวหาหรือถูกฟ้องเป็นความผิด verbrechen หรือเมื่อทนายความคนก่อนหน้า (ในกรณีที่มิทนายความหลายคน) ถูกให้ยกเลิกการปฏิบัติหน้าที่ทนายความในศาล หรือในกรณีที่เป็คดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน เป็นต้น

(2) กรณีที่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมถูกเพิกถอนสิทธิตามกฎหมายนี้⁵⁹

(3) กรณีที่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรม ถูกศาลห้ามไม่ให้เข้าร่วมด้วยในขณะพิจารณาคดี (เช่น กรณีต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน กรณีที่กล่าวว่าจะเกิดอันตรายต่อร่างกายหรือเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา พยาน หรือบุคคลอื่น⁶⁰) และการไม่อยู่ร่วมด้วยนั้นจะทำให้สิทธิในการต่อสู้คดีของเด็กและเยาวชนเสียไป แม้ว่าศาลจะได้มีการแจ้งต่อบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้แทนโดยชอบธรรม ในภายหลัง (เมื่อบุคคลดังกล่าวได้ปรากฏต่อหน้าศาลอีกครั้ง) ว่าได้ดำเนินการพิจารณาไปบ้างระหว่างที่บุคคลดังกล่าวถูกห้ามร่วมพิจารณาคดีก็ไม่อาจทดแทนความเสียหายต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของเด็กได้ ดังนั้น จึงต้องมีการแต่งตั้งทนายความเพื่อทดแทนความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของเด็กและเยาวชนในขณะที่บุคคลดังกล่าวถูกศาลห้ามอยู่ด้วยระหว่างพิจารณา⁶¹

(4) กรณีที่ศาลจะมีคำสั่งให้ส่งตัวเด็กไป ณ สถาบันหรือสถานที่ของผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้อง เพื่อทำแบบทดสอบหรือเฝ้าดูพฤติกรรม เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำรายงานโดยผู้เชี่ยวชาญในการนำเสนอต่อศาล จะต้องมีการฟังข้อขัดข้องหรือข้อโต้แย้งหรือคำกล่าวใดๆ ของทนายความของเด็กและเยาวชนนั้นๆ ก่อน ศาลจึงจำเป็นต้องมีการตั้งทนายความให้ หากเด็กและเยาวชนที่ไม่มีทนายความ⁶²

⁵⁸ Jugendgerichtsgesetz section 68 (1)

⁵⁹ Jugendgerichtsgesetz section 68 (2)

⁶⁰ Jugendgerichtsgesetz section 51

⁶¹ Jugendgerichtsgesetz section 68 (3)

⁶² Jugendgerichtsgesetz section 51 (4)

(5) กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ถูกควบคุมตัวหรือคุมขังชั่วคราวในระหว่างพิจารณา ศาลจะต้องแต่งตั้งทนายความให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวโดยเร็วที่สุด⁶³

กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเด็กและเยาวชนไม่มีทนายความ ศาลยังสามารถที่จะแต่งตั้ง “ที่ปรึกษา” ซึ่งในภาษาเยอรมันเรียกว่า Beistand แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Adviser โดยที่ปรึกษา ดังกล่าวจะปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับทนายความของผู้ถูกกล่าวหา โดยมีสิทธิขอและตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีได้และมีสิทธิอื่นๆ ในศาลเช่นเดียวกันกับทนายความของผู้ถูกกล่าวหาด้วย⁶⁴

⁶³ Jugendgerichtsgesetz section 51 (5)

⁶⁴ Jugendgerichtsgesetz section 69