

เหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในต่างประเทศ

เพื่อเป็นการรับรองไว้ถึงสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม โดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย กฎหมายของแต่ละประเทศจึงได้บัญญัติถึงลักษณะบางประการอันอาจทำให้มีการตั้งคำถามว่าการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของผู้พิพากษาเป็นไปอย่างไม่เป็นกลาง มีส่วนได้เสียหรือมีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ โดยบางประเทศแยกพิจารณาเหตุดังกล่าวเป็นเหตุห้ามและเหตุคัดค้านออกจากกัน แต่บางประเทศก็บัญญัติให้ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นเพียงเหตุคัดค้านเท่านั้น

ซึ่งไม่ว่ากฎหมายจะแยกพิจารณาเป็นเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้านหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การขาดคุณสมบัติ (disqualification) ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นควรจะต้องได้มีการบัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ หรือในพระราชบัญญัติ หรือในกฎข้อบังคับของศาล (court rule) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นหลักประกันความยุติธรรมของการพิจารณาคดี¹

ดังนั้นการศึกษาจึงจะได้พิจารณาทั้งในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อันได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อันได้แก่ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส เพื่อที่จะได้ทำการวิเคราะห์ เปรียบเทียบ ความเหมือน ความแตกต่าง ถึงการกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา อันจะก่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจและสามารถหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขการประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียในส่วนของประเทศไทยได้ดียิ่งขึ้น

¹ Arnold O Ginnow and Leon Fingerman, Corpus Juris Secundum, Volume 48A, pp. 709-710.

3.1 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้โดย Human right act 1998 ข้อ 6² โดยวัตถุประสงค์ของการได้รับการพิจารณาจากศาลที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนั้นก็เพื่อป้องกันการเกิดอคติโดยชัดแจ้งและอคติโดยนัย (actual and implied bias) และเพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสังคมที่มีต่อองค์กรตุลาการ ดังนั้นการวินิจฉัยว่าผู้พิพากษานั้นจะถูกห้ามมิให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาหรือไม่นั้นก็จะต้องอยู่บนพื้นฐานสองประการคือ วิญญูชนจะสงสัยในความไม่เป็นกลางของศาลหรือไม่ (whether reasonably entitled doubts the impartiality of the tribunal) และ เหตุกังวลสงสัยต่อความไม่เป็นกลางนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่³

สิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนอกจากจะได้รับการคุ้มครองตาม Human right act 1998 ดังกล่าวแล้วยังได้รับการคุ้มครองไว้โดยเคร่งครัดจากศาลด้วย โดยศาลในประเทศอังกฤษจะยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) หลักหนึ่งที่ว่า nemo judex in causa sua กล่าวคือ ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (no one can be judge in his own cause) ซึ่งหลักกฎหมายธรรมชาตินั้นได้รับการนับถือปฏิบัติมาในประเทศอังกฤษเป็นเวลายาวนานโดยถือเป็นหัวใจของกระบวนการยุติธรรม⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่หลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมาย

นอกจากประเทศอังกฤษจะยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of natural justice) อย่างเคร่งครัดแล้ว เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคมจึงได้มีการยึดหลักกฎหมายเป็นใหญ่ (Rule of Law) ควบคู่กันไปด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักกฎหมายได้มีการ

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

³ Ben Emmerson., Human Rights and Criminal Justice (London: Sweet&Maxwell, 2001) pp.369-370

⁴ สกล สกลเดช, "ความยุติธรรม", วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 13 ฉบับที่ 1, (2544), น. 14

ประทับด้วยหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งก่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม ถึงแม้ว่าหลักความยุติธรรมจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายอังกฤษก็ตาม แต่หลักความยุติธรรมดังกล่าวก็มีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายของอังกฤษ

จากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติดังกล่าว เราอาจแยกพิจารณาเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในประเทศอังกฤษได้ดังนี้

3.1.1 เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษา

3.1.1.1. ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดี

การที่ผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในคดีหรือที่ในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ(Rule of natural justice) เรียกว่าความไม่เป็นกลางหรือความมีอคติ ที่จะทำให้ผู้พิพากษามีเหตุห้ามพิจารณาพิพากษานั้นอาจเกิดขึ้นได้เมื่อผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ประการใดประการหนึ่ง⁵ คือ

3.1.1.1.1 ผลประโยชน์ทางการเงิน (pecuniary interest)

การมีผลประโยชน์ทางการเงินไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าผลประโยชน์นั้นจะมากหรือน้อยเพราะแม้ผู้พิพากษามีผลประโยชน์แต่เพียงเล็กน้อยก็ทำให้ผู้พิพากษขาดคุณสมบัติ⁶ ซึ่งการมีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ทางการเงินที่จะทำให้ผู้พิพากษามีเหตุห้ามพิจารณาพิพากษานั้น ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

ก. คำวินิจฉัยอย่างใดๆของผู้พิพากษาผู้นั้นจะทำให้ผู้พิพากษาได้รับหรือเสียผลประโยชน์ในทางส่วนตัว (decision maker must stand to gain or lose personally as a result of his decision)

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

ค. ผลประโยชน์นั้นต้องมีเหตุผล (substantiality of interest)

⁵ Geoffrey a Flick, Natural Justice, (Australia : Butterworths Pty Ltd, 1979), pp.112-121.

⁶ Marshall H.H., Natural justice,(London Sweet & Maxwell Ltd, 1959), p. 27.

3.1.1.2 การมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคล (Personal Involvement)

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

3.1.1.3 การตัดสินก่อนหน้า (prejudice)

การตัดสินก่อนหน้าอันเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณีคือ

ก. การแสดงความเห็นล่วงหน้า (preconceived opinions)

เมื่อผู้พิพากษาได้แสดงความเห็นของตนต่อสาธารณะ (public statement) แล้วปรากฏว่าข้อคิดเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลัง จะทำให้ผู้พิพากษาดังกล่าวขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดี

ข. การเคยเกี่ยวข้องกับคดี (Prior Involvement)

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

อย่างไรก็ตามการเคยเกี่ยวข้องกับคดีในบางลักษณะก็ไม่ได้ส่งผลให้ผู้พิพากษานั้นมีลักษณะที่ต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้เคยทำหน้าที่วินิจฉัยในชั้นก่อนการพิจารณา (pre trial decision) รวมถึงการมีคำสั่งในการควบคุมตัว (detention on remand) ไม่ได้ทำให้เกิดความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาแต่อย่างใด เนื่องจากคำวินิจฉัยอย่างใดๆของผู้พิพากษาในชั้นก่อนการพิจารณานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นอย่างเดียวกันกับในกรณีของการวินิจฉัยตัดสินคดี เนื่องจาก การวินิจฉัยในชั้นก่อนการพิจารณานั้นศาลจะอาศัยพยานหลักฐานในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นน่าจะได้กระทำความผิดตามที่เจ้าพนักงานตำรวจได้กล่าวหาหรือไม่ แต่สำหรับในกรณีของการตัดสินคดีนั้นต้องอาศัยพยานหลักฐานที่ได้จากการ

ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ ซึ่งการสงสัยว่าได้กระทำผิดกับการตัดสินว่ามีความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน⁷

3.1.2 การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาเอง

ในประเทศอังกฤษ แม้การถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดี (self disqualification) จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่การถอนตัวจากการพิจารณาคดีนั้นก็ตกอยู่ภายใต้ประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติของผู้พิพากษา ซึ่งประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านี้ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามจากผู้พิพากษาอย่างเคร่งครัด ซึ่งกฎในการถอนตัวนี้มีอยู่ว่า เมื่อผู้พิพากษาคนใดมีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะเป็นส่วนได้เสียในทางส่วนตัวหรือทางการเงิน หรือ “โอกาสที่จะเสียความเที่ยงธรรม” ในคดี ผู้พิพากษานั้นจะต้องถอนตัวจากคดี แต่โดยทางปฏิบัติแล้ว ผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษปฏิบัติเคร่งครัดกว่ากฎแห่งการถอนตัวดังกล่าวเสียอีก โดยเพียงแค่มิกรณีที่มีเหตุให้เห็นว่าไม่สมควร (appearance of impropriety) ผู้พิพากษาก็จะเปิดเผยถึงเหตุนั้นๆ ต่อคู่ความและขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีจากการถือปฏิบัติที่เคร่งครัดนี้เองทำให้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1852 ไม่เคยปรากฏว่ามีผู้พิพากษาศาลสูงของอังกฤษถูกคัดค้านในเรื่องการนั่งพิจารณาพิพากษาคดีเลย⁸

3.1.3 การคัดค้านลูกขุน

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

⁷ Hauschildt v. Denmark (1990) 12 E.H.R.R. 266 para 50 อ้างใน Ben Emmerson, *supra* note 3, p.370

⁸ วิชัย อริยะนันทกะ, “ตุลาการอังกฤษและผู้พิพากษาอเมริกันกับการดำรงตนในสภาพสังคมปัจจุบัน” บทบัญญัติ, เล่มที่ 50 ตอนที่ 4 (2537), น.188.

นอกจากจะหมายความว่า การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย
แล้วยังหมายความว่า การได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียด้วย

ซึ่งแต่เดิมการคัดค้านลูกขุนในประเทศอังกฤษนั้นได้แยกเหตุแห่งการคัดค้านออกเป็น
สองประเภทคือ การคัดค้านโดยต้องแสดงเหตุผล (challenge for cause) และการคัดค้านโดยไม่
ต้องแสดงเหตุผล (peremptory challenge) แต่ต่อมาประเทศอังกฤษได้ยกเลิกการคัดค้านโดยไม่
ต้องมีเหตุผลนี้แล้วด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 118(1) ของ Criminal Justice Act 1988 เนื่องจาก
มีการมองว่าทนายความ (defense counsel) คัดค้านโดยไม่มีเหตุบ่อยครั้งและโดยเหตุผลที่ไม่
เหมาะสมและไม่สำคัญ⁹ ดังนั้นในที่นี้จึงจะได้ทำการพิจารณาแต่เพียงการคัดค้านโดยมีเหตุผลแต่
เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

3.1.3.1 การคัดค้านโดยต้องแสดงเหตุผล (challenge for cause)

การคัดค้านโดยต้องแสดงเหตุผลในหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมีอยู่สอง
ประเภท คือ เหตุที่ลูกขุนขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนได้ตามกฎหมาย (ineligible or
disqualify from jury service) และ เหตุที่ลูกขุนถูกสงสัยโดยมีเหตุอันควรว่ามีอคติ (reasonably
be suspect of being biased)

โดยที่คุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนนั้นได้ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายแล้ว เช่น
มีอายุไม่เกิน 65 ปี หรือไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือไม่เป็นแพทย์ พยาบาลหรือบุคลากร
ทางการแพทย์อื่น ดังนั้นเมื่อปรากฏเหตุว่าลูกขุนขาดคุณสมบัติตามกฎหมายดังกล่าวลูกขุนผู้นั้นก็
จะถูกคัดค้านมิให้ทำหน้าที่เป็นลูกขุน ดังนั้นการคัดค้านเพราะเหตุขาดคุณสมบัติที่จะเป็นลูกขุนได้
ตามกฎหมายนี้จึงไม่เป็นประเด็นทางกฎหมายที่มุ่งทำการศึกษา ดังนั้นจึงจะได้ทำการศึกษาแต่
เฉพาะในเรื่องการคัดค้านเพราะเหตุแห่งการมีอคติเท่านั้น ซึ่งเราสามารถพิจารณาได้ดังนี้

⁹ John Sprack., Emmins on Criminal Procedure, 9th ed. (New York : Oxford U.
Press, 2002), pp.265-266 ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า การคัดค้านลูกขุนโดยไม่ต้องมี
เหตุผลดังกล่าว นั้น ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องของความเป็นกลางและความมีอคติของลูกขุนจึงไม่
เป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความเที่ยงธรรมและความเป็นกลางในการทำหน้าที่
ของลูกขุน เนื่องจากการคัดค้านในลักษณะนี้ แม้ลูกขุนจะไม่มีเหตุแห่งความมีอคติ ก็อาจถูก
คัดค้านได้

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

ในกรณีของการมีอคติที่ลูกขุนอาจถูกคัดค้านได้นั้นเช่นในกรณีที่ลูกขุนเป็นลูกจ้างหรือมีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี หรือเมื่อลูกขุนได้แสดงความเห็นในผลของคดี หรือเมื่อลูกขุนได้แสดงออกถึงความเป็นปรปักษ์ (hostility) ที่มีต่อตัวผู้ถูกกล่าวหา¹⁰ หรือลูกขุนมีความสัมพันธ์กับคู่ความที่มีส่วนได้เสียในคดีในฐานะที่เป็นลูกของพ่อแม่อุปถัมภ์(godchild) หรือ ลูกขุนเป็นลูกจ้างในร้านที่ถูกปล้นทรัพย์ เป็นต้น

การวินิจฉัยว่าลูกขุนมีอคติหรือไม่นั้นต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณีไป ซึ่งในบางกรณีศาลอาจเห็นว่าพฤติการณ์บางอย่างของลูกขุนไม่ร้ายแรงเพียงพอที่จะกล่าวอ้างว่าลูกขุนมีอคติ ตัวอย่างเช่นในคดี ซึ่งมีจำเลยเป็นคนผิวดำนั้น ผู้พิพากษาได้รับรายงานจากลูกขุนผู้หนึ่งว่ามีลูกขุนอย่างน้อยหนึ่งคนในคณะลูกขุนนั้นได้แสดงออกถึงความมีอคติทางด้านชาติพันธุ์ (racial prejudice) ซึ่งหลังจากที่ผู้พิพากษาได้ทำการสอบสวนรวมทั้งการปรึกษากับทนายจำเลยแล้ว ได้ให้ข้อแนะนำแก่คณะลูกขุนอย่างชัดเจนว่าให้ตัดสินคดีโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐาน และต้องปราศจากอคติหรือความลำเอียงอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้นั้นศาลพิจารณาแล้วว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ร้ายแรงเพียงพอต่อการตัดสินลูกขุนผู้นั้นมิให้ทำหน้าที่และถือว่าได้แก้ปัญหาไปในแนวทางที่ดีแล้ว แต่อย่างไรก็ตามก็มีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวถือว่าการละเมิดในการประกันสิทธิของคู่ความในอันที่จะได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่เป็นกลางนี้ เพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวถือว่ามีข้อสงสัยต่อความไม่เป็นกลางของลูกขุนแล้วและข้อสงสัยนั้นถือว่ายอมรับด้วยกฎหมาย¹¹

¹⁰ John Sprack., *Emmins on Criminal Procedure*, 9th ed. (New York : Oxford U. Press, 2002), p.267.

¹¹ Ben Emmerson, *supra* note 3, p.374.

อย่างไรก็ตามถ้าปรากฏเหตุสงสัยต่อความมีอคติหรือความไม่เป็นกลางของลูกขุนแล้ว ศาลก็จะตัดลูกขุนผู้นั้นออกจากการทำหน้าที่ ตัวอย่างเช่นในคดี ที่มีจำเลยเป็นชาวเอเชีย ลูกขุนผู้หนึ่งได้รายงานต่อศาลว่ามีลูกขุนอย่างน้อยสองคนได้กล่าวล้อเลียนเกี่ยวกับเรื่องชาติพันธุ์ (racist jokes and remark) ซึ่งจากการสอบสวนพบว่ากรกล่าวถึงเรื่องชาติพันธุ์ดังกล่าวได้กระทำขึ้นจริง แม้ลูกขุนผู้นั้นจะยืนยันว่าเป็นแค่การล้อเล่นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลพิจารณาว่ามีข้อสนับสนุนที่เพียงพอแล้วต่อข้อสงสัยถึงความไม่เป็นกลางของลูกขุน ซึ่งข้อสงสัยต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวไม่สามารถลบล้างไปได้ด้วยการให้คำแนะนำอย่างหนักแน่นของศาลที่มีต่อลูกขุนที่ให้นิฉัยคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานและขจัดความลำเอียงออกไปให้ได้¹²

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการดำเนินคดีอาญาสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรมโดยลูกขุนที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสีย (All criminal prosecution the defendant was entitled to trial by an impartial jury) เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (The sixth amendment) . ดังนั้นเพื่อให้เป็นไปตามหลักประกันสิทธิดังกล่าว จึงต้องมีการกำหนดลักษณะบางประการที่อาจทำให้การพิจารณาคดีของลูกขุนหรือผู้พิพากษาเป็นไปอย่างไม่เป็นกลาง ซึ่งเราอาจแยกพิจารณาได้เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาและเหตุคัดค้านลูกขุนได้ดังนี้

3.2.1 เหตุคัดค้านผู้พิพากษา

ข้อกำหนดการขาดคุณสมบัติ (disqualification) ที่จะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษานั้นมาจากหลักที่ว่า ในคดีที่ตัวผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระโดยสิ้นเชิง มีส่วนได้เสีย และไม่เป็นกลาง ผู้พิพากษานั้นไม่ควรมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีนั้น (no judge should preside in a case in which he is not wholly free, disinterested, impartial and independent) กล่าวคือคู่ความทุกฝ่ายมีสิทธิได้รับการพิจารณาและตัดสินโดยบุคคลที่เป็นกลาง ปราศจากอคติ

¹² Ibid, p. 375.

ความลำเอียง และไม่มีส่วนได้เสียในคดี ซึ่งสิทธิของคู่ความข้อนี้ใช้บังคับทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา¹³

เราอาจแยกพิจารณาเหตุที่จะทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้นขาดคุณสมบัติในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา และคู่ความมีสิทธิคัดค้านได้ดังนี้

3.2.1.1 ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดี

สืบเนื่องมาจากหลักที่ว่า ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (no man shall be a judge in his own cause) นั้น มีผลทำให้ผู้พิพากษาที่มีส่วนได้เสียในคดีไม่ว่าจะในฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีนั้นเองหรือในฐานะเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็ทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้นขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ซึ่งคู่ความในคดีอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้¹⁴

โดยหลักแล้วส่วนได้เสียที่จะทำให้ผู้พิพากษาดูขาดคุณสมบัติ ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียนั้นต้องมีความเกี่ยวข้องกับคู่ความ และไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อกฎหมาย (legal question) ¹⁵ ซึ่งการมีส่วนได้เสียในคดีของผู้พิพากษานั้นอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

3.2.1.1.1 ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

เมื่อผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพราะเหตุที่มีการวิพากษ์วิจารณ์หรือการไม่เคารพศาล¹⁶ แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ถ้าได้รับความยินยอมจากจำเลยแล้วผู้พิพากษาผู้นั้นก็สามารถทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีได้ต่อไป

3.2.1.1.2 ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับผลของคดี

เมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียไม่ว่าจะเป็นส่วนได้เสียทางการเงิน

¹³ Arnold O Ginnow, *supra* note 1, pp. 707-708.

¹⁴ *Ibid*, p.774.

¹⁵ *Ibid*, p. 777.

¹⁶ ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้ใน Federal rule of criminal procedure ข้อ 42 (a)(3) ก็ได้บัญญัติว่าเป็นเหตุที่ผู้พิพากษาศวรถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยตนเอง (If the criminal contempt involves disrespect toward or criticism of a judge, that judge is disqualified from presiding at the contempt trial or hearing unless the defendant consents. Upon a finding or verdict of guilty, the court must impose the punishment.)

(pecuniary) ,ทางทรัพย์สิน (propriety) ทางส่วนตัว (personal) หรือ ส่วนได้เสียอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเฉพาะตัวของผู้พิพากษา ซึ่งผลของคดีนั้นจะส่งผลต่อตัวผู้พิพากษาไม่ว่าจะเป็นในเรื่องหนี้สินความรับผิด (liability) หรือ ข้อได้เปรียบหรือกำไร (gain) ก็จะมีผลทำให้ผู้พิพากษานั้นขาดคุณสมบัติที่คู่ความในคดีอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ นอกจากนั้นแล้วผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียดังกล่าวต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรง แท้จริงและแน่นอน (direct, real and certain) และต้องเป็นเรื่องที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ไม่ใช่เหตุบังเอิญ ไม่ใช่การคาดหมายหรือ ไม่ใช่การคาดการณ์ล่วงหน้า (not one which is merely incidental, remote, contingent, or possible, speculative, unreal or merely theoretical) ¹⁷

ส่วนได้เสียโดยเฉพาะเจาะจง (particular interests) ที่จะทำให้ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้นั้น เป็นไปตามพฤติการณ์แวดล้อม (circumstances) และเป้าหมายของการพิจารณา (proceeding) เช่น ผู้พิพากษาเป็นสมาชิกในสถาบันทางศาสนาหรือสถาบันการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับคู่ความ หรือผู้พิพากษามีผลประโยชน์ในธนาคารที่เป็นคู่ความในคดี ¹⁸

ในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการจัดการมรดก (Probate matter) นั้นผู้พิพากษาที่มีผลประโยชน์โดยตรงในทรัพย์สินมรดกของผู้ตายผู้พิพากษานั้นอาจถูกคัดค้านหรือไม่ก็ได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อม (circumstance) เช่น โดยเหตุผลของการที่ผู้พิพากษาเป็นเจ้าหนี้ ในกองมรดก หรือ การที่ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) ในกองมรดก ¹⁹

ในกรณีที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์กับคู่ความหรือในทางส่วนตัวในเรื่องทางการเงินหรือที่จะมีผลโดยตรงต่อผลของคดี ก็ถือว่าผู้พิพากษานั้นมีลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดี ²⁰

นอกจากนั้นแล้วผู้พิพากษายังไม่สามารถทำหน้าที่ในคดีที่มีผลโดยตรงต่อสิทธิของเขา ในค่าทดแทนความเสียหาย (Compensation) ราคา (Cost) ค่าธรรมเนียม (Fees) และค่าปรับ (Fines) อย่างไรก็ตามส่วนได้เสียเกี่ยวกับค่าตอบแทนในคดีที่ค่าปรับนั้นจะต้องชำระนั้นได้ถูกหักจากเงินเดือนเข้าสู่กองทุน (fund) จะไม่ทำให้ผู้พิพากษขาดคุณสมบัติ ²¹

¹⁷ Ibid, pp.778-780.

¹⁸ Ibid, p.781.

¹⁹ Ibid , p. 789.

²⁰ Ibid, p. 793.

²¹ Ibid, p. 788 .

3.2.1.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

การมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดระหว่างผู้พิพากษากับผู้เสียหายหรือจำเลยนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น

3.2.1.2.1 ความสัมพันธ์ทางการเป็นญาติ (Relationship)

ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านจากการพิจารณาพิพากษาคดี ถ้ามีความเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน (consanguinity) หรือ เป็นญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงาน (affinity)²²

3.2.1.2.2 การมีฐานะเป็นทนายความ (Attorney)

การมีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นทนายความของคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอันจะทำให้ผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้ามหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับค่าจ้าง (fee) นั้นอาจคาดหมายได้ว่าจะมีผลต่อคดีหรือไม่²³

3.2.1.2.3 เป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าหน้าที่ในบริษัท (Stockholder or Officer of Cooperation)

การมีผลประโยชน์ในบริษัทโดยเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าหน้าที่จะทำให้ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านจากการพิจารณาพิพากษาในคดีที่บริษัทนั้นมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี แต่ถ้าเกิดมีข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาเคยเป็นผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทนั้นในอดีตจะไม่ทำให้ผู้พิพากษาศาตคุณสมบัติ²⁴

3.2.1.3 ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนแล้ว

3.2.1.3.1 การเคยพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันในคราวก่อน (preemption)

ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าในคดีคราวก่อนและคราวหลังนั้นมีจำเลยเป็นบุคคลเดียวกันและพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน นอกจากนั้นข้อกล่าวหาตามคำฟ้องอาญา (indictment) มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันแล้วผู้พิพากษาที่ได้เคยเกี่ยวข้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคราวก่อนนั้นจะถือว่าขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีในครั้งหลังโดยอัตโนมัติ²⁵

²² Ibid, p. 791.

²³ Ibid, p. 797.

²⁴ Ibid, p.785.

²⁵ Alaska – Gieffels v. State, 552 P.2d 661 อ้างใน Arnold O Ginnow, Ibid, p. 716.

3.2.1.3.2 เป็นพยาน (Witness)

การที่ผู้พิพากษาเป็นพยานที่ไม่มีส่วนได้เสีย (disinterested witness) กล่าวคือ มิใช่เป็นพยานของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีจะไม่ทำให้ผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้าม แต่การมีความสัมพันธ์ในฐานะพยานโจทก์ในคดีแพ่ง (complaining witness) หรือพยานโจทก์ในคดีอาญา (prosecuting witness) นั้นจะทำให้ผู้พิพากษาดำเนินการตามหน้าที่ในอันที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านได้

3.2.1.3.3 การเป็นที่ปรึกษากฎหมาย (counsel)

การขาดคุณสมบัติเพราะเหตุที่เคยเป็นที่ปรึกษากฎหมายนี้ใช้บังคับทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งในคดีอาญานั้นผู้พิพากษาจะขาดคุณสมบัติหากเคยเข้าร่วมในการเตรียมคดีของพนักงานอัยการ (preparation of the prosecution) ผู้พิพากษาที่เคยเป็นพนักงานอัยการในการยื่นฟ้องคดีอาญา (indictment) จะขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดีของจำเลยคนเดียวกันนั้น²⁶.

3.2.1.3.4 การมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาขึ้นก่อนการพิจารณาในชั้นศาล

(Criminal Pretrial Proceeding)

แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาจะไม่ขาดคุณสมบัติในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาเพราะเหตุที่ได้เข้าร่วมพิจารณาคดีในชั้นได้สวนมูลฟ้องและการขอหมายต่อศาล (preliminary and probable cause hearing) รวมถึงกรณีที่ผู้พิพากษาได้ทำการได้สวนเบื้องต้น (preliminary examination) นอกจากนั้นผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีอาญาในชั้นที่จำเลยให้การรับสารภาพ (guilty plea) หรือ ไม่ให้การต่อสู้ (plea of nolo contendere) จะไม่ขาดคุณสมบัติในการทำหน้าที่พิจารณาคดีในกระบวนการพิจารณาลำดับถัดไป อย่างไรก็ตามกฎหมายของบางรัฐถือว่าผู้พิพากษาที่เข้าร่วมพิจารณารับฟังพยานหลักฐานในเบื้องต้น (pretrial evidentiary hearing) และได้มีการไม่รับฟังพยาน (inadmissible) ควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี การรับรู้ของผู้พิพากษาเกี่ยวกับคดี หรือเกี่ยวกับตัวคู่ความจากกระบวนการพิจารณาคดีอื่น ไม่ทำให้ผู้พิพากษาดำเนินการตามหน้าที่ขาดคุณสมบัติ กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะไม่ขาดคุณสมบัติด้วยเหตุที่เขาได้ร่วมพิจารณาคดีอาญาอื่นที่คู่ความในคดีปัจจุบันเป็นผู้ถูกกล่าวหาไม่ว่าจะเป็นฐานความผิดที่คล้ายกันหรือต่างกันหรือไม่ นอกจากนั้นยังหมายความว่ารวมถึงกรณีที่ผู้พิพากษาได้เข้าร่วมพิจารณาในคดีอาญาอื่นที่แม้ว่าพยานหลักฐานในคดีดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของผู้ถูกกล่าวหาในคดีปัจจุบัน อย่างไรก็ตามแม้เหตุดังกล่าวนี้จะไม่ทำให้ผู้พิพากษาดำเนินการตามหน้าที่ขาดคุณสมบัติ

²⁶ Ibid , pp.763-766.

คุณสมบัติก็ตาม แต่กระบวนการพิจารณาในคราวก่อนต้องอยู่บนพื้นฐานของการทำหน้าที่พิจารณา คดีโดยปราศจากอคติและความลำเอียง²⁷

3.2.1.4 เหตุประการอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาคดีไม่เป็นกลาง

เหตุที่ทำให้ผู้พิพากษาไม่สามารถทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้อย่างเป็นกลางได้นั้น อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.1.4.1 ความลำเอียงหรือความมีอคติ (Bias or Prejudice)

โดยที่คู่ความมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่ปราศจากอคติ และความ ลำเอียง²⁸ ซึ่งกฎหมายไม่ได้ต้องการเพียงแต่เฉพาะผู้พิพากษาต้องไม่มีอคติอย่างแท้จริง (actual bias) เท่านั้นแต่ผู้พิพากษายังต้องเลี่ยงการกระทำใดที่มีลักษณะที่จะแสดงถึงความไม่ยุติธรรม ความมีอคติหรือลำเอียงด้วย ความลำเอียงหรือมีอคตินั้น หมายถึง ทศนะคติทางจิตใจของผู้ พิพากษาที่มีต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี โดยมีความรู้สึกในลักษณะที่ชื่นชอบ หรือไม่ชอบ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ²⁹

3.2.2 กระบวนการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษา

สำหรับหลักกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะ ถอนตัวจากคดีด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรอให้มีการคัดค้านจากคู่ความขึ้นก่อน ซึ่งการถอนตัว ดังกล่าวมิใช่เป็นแต่เพียงสิทธิแต่ถือเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะปฏิเสธการเข้าร่วมในการ

²⁷ Ibid, pp.751-757.

²⁸ ซึ่งสิทธินี้น่าจะมีพื้นฐานจากสิทธิการได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรม(fair trial)ตามหลัก due process ของรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ(federal Constitution) มากกว่าที่จะมาจากสิทธิตาม รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (The sixth amendment) ซึ่งเมื่อปรากฏเหตุแห่งอคติหรือ ความลำเอียงนี้แล้ว ผู้พิพากษาควรต้องถอนตัวจากคดี แม้ว่าอคติหรือความลำเอียงนั้นจะไม่ ปรากฏชัด หรือแม้ว่าตัวผู้พิพากษาเองจะเชื่อว่าตนไม่มีอคติหรือความลำเอียง ก็ตาม โปรดดู Arnold O Ginnow , Ibid, pp.728-730.

²⁹ Ibid, p. 732.

พิจารณาพิพากษาคดีเมื่อคุณสมบัติของเขามีลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดี³⁰ และถึงแม้ว่าคู่ความในคดีจะได้สิทธิในการคัดค้านแล้วก็ตาม ผู้พิพากษาก็ควรที่จะถอนตัวจากคดีนั้น³¹

แม้กฎหมายจะถือเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะถอนตัวจากคดีโดยตนเองเมื่อเขามีลักษณะต้องห้ามแล้วก็ตาม แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติให้สิทธิแก่คู่ความที่จะใช้สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาผู้มีลักษณะต้องห้ามนั้นได้³²

โดยบุคคลที่มีสิทธิคัดค้านนั้นได้แก่คู่ความในคดี กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีสิทธิที่จะปรากฏตัวและโต้แย้งประเด็นพิพาทในคดี แต่อย่างไรก็ดี บุคคลที่จะใช้สิทธิของตนเข้ามาเป็นคู่ความในคดีก็ยังสามารถใช้สิทธิในการคัดค้านได้เช่นกัน³³

สำหรับระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านนั้น ต้องกระทำภายในเวลาทันทีหลังจากพบว่าผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้าม มิเช่นนั้นแล้วก็จะเสียสิทธิในการคัดค้าน กล่าวคือ แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดีจริงๆ ก็ตาม แต่ก็มีไต่ว่าการคัดค้านนั้นจะกระทำในเวลาใดก็ได้ แต่ต้องทำภายในเวลาภายหลังจากที่ทราบเหตุลักษณะต้องห้ามนั้นทันที ซึ่งถ้าไม่ทำภายในเวลาที่เหมาะสมนั้นแล้ว สิทธิในการคัดค้านก็จะหายไป ที่ต้องบัญญัติไว้เช่นนี้เพื่อป้องกันการประวิงคดี³⁴

3.2.3 การถอนตัวจากการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา

แม้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับการรับรองไว้ซึ่งสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมโดยผู้พิพากษาและลูกขุนที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (The sixth amendment) โดยให้สิทธิแก่คู่ความฝ่ายที่เกรงว่าตนจะไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางหรือมีส่วนได้เสียในคดี อาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ตามที่ได้ทำการศึกษาแล้วในหัวข้อข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ

³⁰ *Ibid*, pp. 801-802.

³¹ *Ibid* , p.803.

³² *Ibid*, p.806.

³³ *Ibid*, pp. 808-809.

³⁴ *Ibid*, pp.813-814.

เหตุแห่งการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาเอง อันสืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีไม่ได้เป็นเพียงสิทธิ แต่ยังเป็นหน้าที่ที่ผู้พิพากษาพึงต้องกระทำเมื่อมีสาเหตุเพียงพอที่จะทำให้เชื่อได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะไม่ยุติธรรม³⁵ นอกจากนั้นแล้วผู้พิพากษาคควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีนั้นเองเมื่อมีการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวม หรือเมื่อผู้พิพากษามีส่วนได้เสียทางการเงินหรือ เมื่อผู้พิพากษาไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเป็นกลางได้³⁶ ซึ่งการพิจารณาว่าผู้พิพากษาผู้นั้นควรจะต้องถอนตัวเองหรือไม่นั้น มาตรฐานการตัดสินใจไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่า แท้ที่จริงแล้วผู้พิพากษานั้นเป็นกลางหรือไม่ แต่ขึ้นอยู่กับว่า วัฒนธรรมอาจตั้งคำถามถึงความเป็นกลางของเขาในทุกสภาวะหรือไม่³⁷ ซึ่งบรรทัดฐานทางจริยธรรมในการถอนตัวของผู้พิพากษานี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมของตุลาการแต่เพียงอย่างเดียวอย่างเช่นในประเทศอังกฤษ³⁸

โดยเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (American Bar Association) ได้มีการบัญญัติเหตุแห่งการถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองไว้ในประมวลจริยธรรมของตุลา

³⁵ *American Jurisprudence* , 2nd ed. , Volume 46 , p. 212.

³⁶ *Ibid* , p. 203.

³⁷ Arnold O Ginnow, *supra note 1*, p. 707 ในประเด็นนี้ ลอร์ด เดนนิ่ง อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ของอังกฤษเห็นว่าความยุติธรรมได้แก่เรื่องที่สมาชิกในสังคมซึ่งเป็นบุคคลที่มีเหตุผลและความรู้สึกผิดชอบเชื่อมั่นว่าเป็นเรื่องที่ชอบธรรม (justice is what the right-minded membes of the community-those who have the right spirit within them-believe to be fair) โปรดดู Lord Denning, *The Road to Justice*. (London : Stevens and Sons , 1955), p.4

³⁸ ในประเทศอังกฤษ การถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาเองนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ตกอยู่ภายใต้จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติของผู้พิพากษา ซึ่งได้รับการเคารพและปฏิบัติตามจากผู้พิพากษาอย่างเคร่งครัด ซึ่งหลักในการถอนตัวในประเทศอังกฤษนั้นขึ้นอยู่กับว่า เมื่อผู้พิพากษาคคนใดมีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะเป็นส่วนได้เสียในทางส่วนตัวหรือทางการเงิน หรือ มีโอกาสที่จะเสียความเที่ยงธรรมในคดี ผู้พิพากษาผู้นั้นจะต้องถอนตัวจากคดี แต่โดยทางปฏิบัติแล้ว ผู้พิพากษาอังกฤษถือปฏิบัติเคร่งครัดกว่ากฎดังกล่าว โดยเพียงแต่มีกรณี "มีเหตุให้เห็นว่าไม่สมควร" ผู้พิพากษาก็จะเปิดเผยถึงเหตุนี้ๆ ต่อคู่ความและขอถอนตัวจากการพิจารณาคดี โปรดดู วิชัย อริยะนันท์ทะกะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 8*, น.188.

การแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน³⁹ หรือ ABA CODE OF JUDICIAL CONDUCT ที่ได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 1999 ในส่วนของจริยธรรมข้อที่ 3 (CANON 3) ข้อ E. ดังนี้⁴⁰

จริยธรรมข้อ 3 ผู้พิพากษาพึงปฏิบัติหน้าที่ในความรับผิดชอบของตนด้วยความเที่ยงธรรมและความซื่อสัตย์สุจริต

ข้อ E. การขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดี (Disqualification)⁴¹

ผู้พิพากษาพึงถอนตัวจากการพิจารณาคดีซึ่งความเป็นกลางของตนอาจได้รับการสงสัยโดยมีเหตุอันควร กรณีเช่นนี้อาจรวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะเหตุการณ์ดังต่อไปนี้ :

ข้อสังเกต :

ภายใต้กฎข้อนี้ ผู้พิพากษาพึงถอนตัวเมื่อความเป็นกลางของผู้พิพากษานั้นได้รับการสงสัยโดยมีเหตุอันควร โดยไม่คำนึงว่ามีกฎที่ระบุโดยเฉพาะเจาะจงในกฎข้อนี้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้พิพากษาอยู่ในกระบวนการเจรจาตกลงสำหรับการจ้างงานในสำนักงานกฎหมาย ผู้พิพากษาคควรถอนตัวจากคดีที่สำนักงานกฎหมายนั้นเกี่ยวข้อง ถ้าการถอนตัวนั้นไม่ถูกสละสิทธิโดยคู่ความภายหลังจากการเปิดเผยของศาล

³⁹ http://www.abanet.org/cpr/mcjc/canon_3.html ซึ่งการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของตุลาการฉบับนี้เป็นเรื่องที่ศาลในแต่ละมลรัฐจะต้องให้การรับรองและกำหนดมาตรฐานทางวินัยแก่ผู้พิพากษาซึ่งประพฤติดังกล่าวจากบรรทัดฐานทางจริยธรรมดังกล่าวเอง โปรตุเกส วิชัย อริยานันทกะ อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 37 น.188

⁴⁰ บางส่วนแปลโดยวิชัย อริยานันทกะ, บทบัญญัติ, เล่มที่ 50 พ.ศ. 2537 ฉบับที่ 3, กันยายน เนื่องจากการในการแปลครั้งดังกล่าวเป็นการแปลประมวลจริยธรรมที่เนติบัณฑิตยสภาอเมริกันได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 16 สิงหาคม 1972 แต่โดยที่ประมวลจริยธรรม ฉบับปัจจุบันได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดในบางข้อ รวมทั้งในส่วนของข้อสังเกตด้วย

⁴¹ สำหรับคำว่า Disqualification นี้อาจารย์ วิชัย อริยานันทกะ แปลความหมายว่าเป็นการถอนตัวจากการพิจารณาคดีแต่สำหรับในความเห็นของผู้ทำรายงานแล้ว คำนี้จะแปลว่า การขาดคุณสมบัติ มากกว่า โปรตุเกส Black's Law Dictionary 7th ed. ที่ได้ให้ความหมายไว้ว่าเป็นเรื่องบางอย่างที่ทำให้ผู้ใดไม่มีสิทธิตามกฎหมาย (something that makes one ineligible) เช่น เรื่องอคติหรือผลประโยชน์ทับซ้อนเพื่อป้องกันให้ผู้พิพากษาหรือลูกขุนมีความเป็นกลาง (impartial) ในการพิจารณาคดี ส่วนการถอนตัวจากการพิจารณาคดีน่าจะใช้คำว่า Recuse หรือ Disqualify himself ซึ่งเป็นคำกริยา มากกว่า

ผู้พิพากษาควรเปิดเผยข้อมูลที่จะทำให้คู่ความหรือทนายอาจใช้พิจารณาถึงความเกี่ยวพันในเรื่องการตั้งคำถามในเรื่องการขาดคุณสมบัติ แม้ว่า ผู้พิพากษาจะเชื่อว่าไม่มีพื้นฐานของการถอนตัวอยู่จริงก็ตาม

โดยคำพิพากษาของศาล กฎในเรื่องความจำเป็น (rule of necessity) อาจไม่ต้องคำนึงถึงกฎของการขาดคุณสมบัติได้ ตัวอย่างเช่น ผู้พิพากษาต้องเข้าร่วมในการพิจารณาทบทวนในกฎหมายเรื่องเงินเดือนของผู้พิพากษา หรือเป็นผู้พิพากษาแต่เพียงผู้เดียวที่อาจทำหน้าที่ในกรณีจำเป็นเร่งด่วน เช่นการรับฟังมูลเหตุที่น่าจะเป็นเพื่อการออกหมาย (probable cause) หรือการมีคำสั่งการควบคุมตัวชั่วคราว (temporary restraining) โดยในคดีหลังผู้พิพากษาต้องเปิดเผยข้อมูลพื้นฐานความเป็นไปได้ถึงการขาดคุณสมบัติและใช้ความพยายามเท่าที่ควรจะต้องใช้ในการโอนให้คดีไปอยู่ในการพิจารณาของผู้พิพากษาผู้อื่นโดยเร็วเท่าที่จะสามารถปฏิบัติได้

(a) ผู้พิพากษามีความเห็นส่วนตัวลำเอียงหรือเป็นปฏิปักษ์ ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือมีความรู้เห็นเป็นส่วนตัวเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงซึ่งอาจนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณา

(b) ผู้พิพากษาได้เคยทำหน้าที่เป็นทนายความในคดีที่พิพาท หรือทนายความซึ่งผู้พิพากษานั้นได้เคยทำงานอยู่ด้วยได้เป็นทนายความในคดีนั้นในระหว่างที่ผู้พิพากษาและทนายความนั้นยังคงทำงานด้วยกัน หรือผู้พิพากษาหรือทนายความนั้นเคยเป็นพยานสำคัญในคดีข้อสังเกต

ทนายความซึ่งทำงานอยู่ในหน่วยงานของรัฐบาลไม่จำเป็นจะต้องถือว่าทำงานกับทนายความคนอื่นในสังกัดเดียวกันภายใต้ความหมายของกฎข้อนี้ อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาซึ่งเคยทำงานในหน่วยงานของรัฐบาลควรจะถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีซึ่งความเป็นกลางของตนอาจได้รับการสงสัยตามควรจากการทำงานหรือการสมาคมเช่นนั้น

(c) ผู้พิพากษาทราบว่าตน ในฐานะส่วนตัวหรือในฐานะตัวแทนพิเศษหรือคู่สมรสหรือบุตรผู้เยาว์ซึ่งอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกับตน มีผลประโยชน์ทางการเงินเกี่ยวกับคดีที่พิพาทหรือเกี่ยวกับคู่กรณีในคดีที่พิพาท หรือมีส่วนได้เสียอื่นซึ่งอาจได้รับการกระทบกระเทือนเป็นอย่างมากโดยผลแห่งคดีนี้

(d) ผู้พิพากษา คู่สมรส หรือบุคคลซึ่งเป็นญาติภายในลำดับสามชั้นของผู้พิพากษาหรือคู่สมรสหรือคู่สมรสของบุคคลเห็นว่า :

- (1) เป็นคู่ความในคดีหรือเป็นพนักงาน ผู้อำนวยการหรือ ทรัสต์ของคู่ความในคดี
- (2) เป็นทนายความของคู่ความในคดี

- (3) เป็นบุคคลซึ่งผู้พิพากษาทราบว่ามีส่วนได้เสียอันอาจได้รับการกระทบกระเทือนเป็นอย่างมากโดยผลแห่งคดี
- (4) เป็นบุคคลซึ่งผู้พิพากษาทราบว่าอาจถูกอ้างเป็นพยานสำคัญในการพิจารณา
- (e) ผู้พิพากษาทราบในเวลาพิจารณาว่า ค่าความหรือทนายของคู่ความนั้นได้เคยบริจาคหรือสมทบทุนในโครงการของผู้พิพากษานั้นภายในเวลา (...) ปีก่อนหน้านั้นรวมแล้วเป็นจำนวนเงินเกินกว่า(...)ยูเอสดอลลาร์ สำหรับกรณีส่วนตัว หรือ เกินกว่า(...)ยูเอสดอลลาร์สำหรับที่มีอยู่จริง (ซึ่งสมควรแก่เหตุและเหมาะสมสำหรับในทางส่วนตัวหรือที่มีอยู่จริง) ⁴²
- (f) ผู้พิพากษา ขณะที่เป็นผู้พิพากษาหรือเป็นผู้สมัครใน ได้เคยกระทำการปรากฏในที่สาธารณะ (public statement)หรือปรากฏว่ามีการกระทำที่
 - (1) เป็นประเด็นในการพิจารณา
 - (2) เป็นข้อพิพาทในการพิจารณา

ข้อสังเกต

ข้อเท็จจริงที่ว่าทนายความในคดีสังกัดสำนักงานทนายความซึ่งญาติของผู้พิพากษาสังกัดอยู่ด้วยนั้นไม่ทำให้ผู้พิพากษานั้นต้องถอนตัวไปจากคดี แต่กรณีอาจเป็นว่า ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้ความเป็นกลางของผู้พิพากษาได้รับการสงสัยโดยควร ภายใต้จริยธรรมข้อ 3E (1) หรือข้อเท็จจริงที่ผู้พิพากษาทราบว่าญาติของตนซึ่งมีวิชาชีพทนายความและมีส่วนได้เสียในสำนักงานทนายความซึ่งอาจได้รับความกระทบกระเทือนเป็นอย่างมากโดยผลแห่งคดี ภายใต้จริยธรรมข้อ 3E (d) (3) นั้นอาจทำให้ผู้พิพากษานั้นต้องถอนตัวไปจากคดี

(2) ผู้พิพากษาพึงประเมินและทราบถึงผลประโยชน์ทางการเงิน ทั้งในฐานะส่วนตัวของตนและในฐานะตัวแทนพิเศษของบุคคลอื่นซึ่งตนรับผิดชอบ ตลอดจนใช้ความซื่อสัตย์ตามควรในอันที่จะทราบถึงผลประโยชน์ทางการเงินที่คู่สมรสและบุตรผู้เยาว์ซึ่งอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกับตนได้รับในฐานะส่วนตัว

F. ข้อยกเว้นการถอนตัวจากการพิจารณาคดี

ผู้พิพากษาซึ่งต้องถอนตัวตามกฎหมายข้อ 3E นี้ ต้องเปิดเผยข้อมูลที่เป็นพื้นฐานในการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษา และถามคู่ความและทนายเพื่อให้พิจารณาโดยปราศจากการมีส่วนร่วม

⁴² ซึ่งกฎข้อนี้จะใช้เมื่อผู้พิพากษาได้ทำการลงสมัครรับเลือกตั้ง และจำนวนเงินใน section 5 (C) (3) ควรจะต้องเหมือนกันกับ 3(E) (1)(e) ซึ่งจำนวนเงินจะใช้จ่ายจากความสามารถแก่เหตุและเหมาะสม โดยไม่ได้คำนวณจากสถานะของท้องถิ่น (local circumstance)

ปรึกษากับผู้พิพากษาว่าจะสละสิทธินี้หรือไม่ ถ้าโดยการเปิดเผยข้อมูลพื้นฐานการขาดคุณสมบัติ เช่นนี้ของผู้พิพากษา คู่ความและทนายความ โดยปราศจากการร่วมปรึกษากับผู้พิพากษา พิจารณาแล้วว่าการขาดคุณสมบัติไม่มีผลต่ออคติในทางส่วนตัวหรือความลำเอียง และได้ทำความเข้าใจร่วมกันว่า ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องถอนตัว และผู้พิพากษานั้นประสงค์ที่จะเข้าร่วมทำหน้าที่ ผู้พิพากษานั้นก็อาจเข้าทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ ความตกลงเช่นนี้จะต้องลงนามโดย คู่ความและทนายความทุกฝ่ายแล้วรวมไว้ในสำนวนความของกระบวนการพิจารณา

ข้อสังเกต

วิธีการนี้ได้กำหนดขึ้นเพื่อที่จะเปิดโอกาสให้คู่ความได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าหาก เขาประสงค์จะสละสิทธิในเรื่องการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษา เพื่อเป็นการประกันว่าการ พิจารณาถึงการกลับเข้ามาทำหน้าที่ของผู้พิพากษาได้ทำโดยเป็นอิสระจากผู้พิพากษา ผู้พิพากษา ต้องไม่ยุ่ง หรือเสนอแนะ หรือรับฟังความเป็นไปได้ของการกลับเข้ามา ถ้าทนายความไม่ได้แจ้ง เรื่องการกลับเข้ามาต่อเนื่องกันกับการปรึกษาที่กำหนดไว้ในกฎข้อนี้ การพิจารณาของคู่ความอาจ ทำโดยผ่านทาง ทนายความ (counsel) หากทนายความนั้นได้แสดงหลักฐานว่าคู่ความได้ปรึกษา และยินยอมแล้ว ในทางปฏิบัติแล้วผู้พิพากษาต้องให้คู่ความทุกฝ่ายและทนายความลงนามใน ข้อตกลงการกลับเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น

จากบทบัญญัติในเรื่องการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง ดังกล่าวเราอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดี เช่น ผู้พิพากษาหรือคู่สมรส หรือบุตรผู้เยาว์ มีผลประโยชน์ทางการเงินเกี่ยวกับคดีที่พิพากษาหรือเกี่ยวกับ คู่กรณีในคดีที่พิพากษา หรือในกรณีที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์อย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะที่ ใกล้ชิดกับคู่ความในคดีไม่ว่าจะเป็นฐานะเป็นญาติหรือการมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นๆ ใน ลักษณะที่ใกล้ชิดกับคู่ความ เช่น ผู้พิพากษาได้เคยทำหน้าที่เป็นทนายความให้กับคู่ความในคดี หรือในเหตุอื่นใดที่อาจทำให้ผู้พิพากษาไม่เป็นกลาง เช่นผู้พิพากษามีความเห็นส่วนตัวลำเอียงหรือ เป็นปฏิปักษ์ ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือมีความรู้เห็นเป็นส่วนตัวเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงซึ่งอาจ นำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณา ผู้พิพากษานั้นควรต้องถอนตัวออกจากการ พิจารณาพิพากษาคดีด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านตน เพื่อรับรองและ ค้ำครองไว้ซึ่งสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาโดยศาลที่เป็นกลางและไม่มีส่วน ได้เสียตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6

3.2.4 การคัดค้านลูกขุน

เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมาย และลูกขุนเป็นผู้มีหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงของคดี ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมจึงต้องคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นว่าลูกขุนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้น เป็นกลางและไม่มีอคติใดๆ และไม่มีความสัมพันธ์ทางหนึ่งทางใดกับคู่ความในคดี และเพื่อเป็นการรับรองไว้ซึ่งสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาและลูกขุนที่เป็นกลาง ตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (the sixth amendment) จึงต้องมีการกำหนดเหตุบางประการอันอาจทำให้ลูกขุนไม่สามารถทำหน้าที่ได้⁴³

กระบวนการที่สามารถทำให้ทราบถึงความเป็นกลางของลูกขุนได้นั้นคือ ผู้พิพากษาและหรือ อัยการ หรือทนายความ จะตั้งคำถามถึง ภูมิหลัง(background) ประวัติความเป็นมา (history) ประสบการณ์ (experience) ความคิดเห็น (opinion) และความเชื่อ (belief) เพื่อให้ทราบว่าลูกขุนผู้นั้นมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่จะทำหน้าที่ซึ่งน่านักพยานหลักฐานได้อย่างยุติธรรม และเป็นภาวะวิสัย(objectivity) ได้หรือไม่ ซึ่งกระบวนการในขั้นตอนนี้เรียกว่า voir dire ซึ่งมีความหมายตาม Black's law Dictionary ว่า การพูดความจริง (speak the truth) ซึ่ง voir dire นี้เป็นกระบวนการพิจารณาของทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาวัตถุประสงค์ของกระบวนการคัดเลือกลูกขุน หรือ voir dire คือ เพื่อให้ทราบว่าลูกขุนผู้นั้นมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่จะทำหน้าที่เป็นลูกขุนหรือไม่ สองคือเพื่อคัดค้านหาคดี และสามเพื่อให้ได้ข้อมูลของลูกขุนเพื่อที่ทนายความหรืออัยการจะได้ใช้ข้อมูลนั้นเพื่อการใช้สิทธิคัดค้านโดยไม่มีเหตุผล(peremptory challenge)ได้⁴⁴

⁴³ การพิจารณานี้หมายถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลหลังจากที่ศาลได้ทำการชี้สองสถานหรือสอบคำให้การจำเลยแล้วจำเลยให้การปฏิเสธ โปรดดู พรเพชร วิชิตชลชัย, “การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนตามกฎหมายอเมริกัน” ตุลพาห เล่ม 2 ปีที่ 52 (เมษายน-มิถุนายน 2538), น. 89 โดย รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 (The Sixth Amendment) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยคณะลูกขุนที่เป็นกลาง (The right of a defendant to a fair trial by and impartial jury)

⁴⁴ Steven J. Son, Adequacy of Voir Dire Questioning for Selecting an Impartial Jury, pp.1-4 และโปรดดู http://www.crfc.org/americanjury/voir_dire.html

เพื่อให้การคัดเลือกลูกขุน หรือ voir dire เป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายและมีประสิทธิภาพนั้น คำถามต้องลึกและชัดเจนเพียงพอที่จะแสดงเจตนาที่แท้จริงของลูกขุน เพราะถ้าไม่ได้คำตอบที่แน่ชัดเช่นนั้นพนักงานอัยการก็ไม่สามารถยื่นเหตุคัดค้านได้⁴⁵

กระบวนการถามคำถามนี้ศาลจะเป็นผู้ตั้งคำถามซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของคดี โดยนอกจากผู้พิพากษาจะเป็นผู้ถามคำถามแล้ว พนักงานอัยการ หรือทนายความจำเลยอาจส่งคำถามเพื่อให้ศาลถามตัวลูกขุนหรือพนักงานอัยการหรือทนายความจำเลยอาจถามตัวลูกขุนโดยตรงได้ ซึ่งกระบวนการในส่วนนี้ขึ้นอยู่กับศาลและนโยบายของผู้พิพากษา⁴⁶

การคัดค้านลูกขุนนั้นอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การคัดค้านโดยมีเหตุผล (Challenge for cause) และการคัดค้านโดยไม่มีเหตุผล (Challenge without cause)

3.2.4.1 การคัดค้านโดยมีเหตุผล⁴⁷ (Challenge for cause)

การที่บุคคลใดจะสามารถทำหน้าที่ในการเป็นลูกขุนได้ บุคคลนั้นต้องไม่มีอคติ หรือความลำเอียงในคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถ้าลูกขุนคนใดไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างเป็นกลางแล้ว ลูกขุนผู้นั้นก็ไม่มีความสามารถที่จะทำหน้าที่ได้ และอาจถูกปฏิเสธไม่ให้ทำหน้าที่โดยการคัดค้านโดยมีเหตุผลได้⁴⁸ ดังนั้นถ้าในระหว่างการถามคำถาม voir dire ลูกขุนคนใดถูกพบว่าไม่มี

⁴⁵ Ibid, p.1 ซึ่งตัวอย่างของคำถามในการ voir dire เช่น ตัวลูกขุนหรือสมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนสนิทของลูกขุน เคยตกเป็นเหยื่อในอาชญากรรมใดหรือไม่ หรือในคดีฆาตกรรมอาจมีการตั้งคำถามว่า ลูกขุนรู้จักผู้ตายในระหว่างที่เขาใช้ชีวิตอยู่หรือไม่ หรือรู้จักสมาชิกในครอบครัวของผู้ตายหรือไม่ โปรดดู F.Lee Bailey, Criminal Trial techniques, (West Group, 2002), p.39-31.

⁴⁶ Edward E. Peoples, Basic Criminal Procedure 1st ed., (New Jersey : Prentice Hall, 2000), p.137.

⁴⁷ ในระบบกฎหมาย common law อาจแบ่งประเภทของการคัดค้านโดยมีเหตุผลเป็น 2 ลักษณะคือ (1) propter defectum ซึ่งหมายความว่า การขาดข้อกำหนดพิเศษตามกฎหมายบางประการ (lack of some special legal requirement) และ (2) propter affectum ซึ่งหมายความว่า ความไม่เป็นกลางหรือความมีอคติ (partiality bias) โปรดดู Robert J. Owen, Corpus Juris Secundum. vol. 50A, p.400.

⁴⁸ Ibid, p.401.

คุณสมบัติที่จะทำหน้าที่ได้ตามกฎหมายเนื่องจากมีอคติ(bias) หรือมีความไม่เป็นกลาง(partial) ลูกขุนผู้นั้นย่อมถูกคัดค้านโดยการคัดค้านโดยมีเหตุได้⁴⁹

ตัวอย่างเช่น ถ้าโดยการถามคำถาม (voir dire)แล้วพบว่าลูกขุนเคยเป็นเหยื่อในคดีปล้นโดยใช้อาวุธ ทนายความจำเลยก็สามารถร้องคัดค้านลูกขุนผู้นั้น ด้วยเหตุที่มีความเสี่ยงที่ประสบการณ์ของบุคคลในครั้งก่อนจะกั้นมิให้ลูกขุนผู้นั้นพิจารณาคดีได้อย่างเป็นอิสระ หรือในกรณีที่ลูกขุนพูดว่าตนไม่เชื่อตำรวจดังนั้นตนจึงจะไม่เชื่อว่าบุคคลใดกระทำความผิดโดยอาศัยเพียงการสืบพยานของฝ่ายตำรวจอย่างเดียว ดังนั้นพนักงานอัยการก็อาจคัดค้านลูกขุนผู้นั้นได้ด้วยเหตุที่อาจมีผลต่อการพิจารณาคดีอย่างเป็นอิสระ⁵⁰ ลูกขุนที่จะถูกคัดค้านโดยมีเหตุนี้ไม่จำกัดจำนวนคนแต่อย่างไรก็ตามการคัดค้านโดยมีเหตุนี้จะมีผลให้ลูกขุนผู้นั้นต้องออกจากการปฏิบัติหน้าที่ต้องปรากฏว่าศาลเห็นด้วยกับเหตุแห่งการคัดค้านที่ได้แสดงนั้น⁵¹

การคัดค้านโดยมีเหตุผลนั้นเหตุดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานของการจำกัดความอย่างแคบ และพิสูจน์ได้ และมีพื้นฐานแห่งความเชื่อทางกฎหมายถึงความไม่เป็นกลาง⁵² (narrowly specified, provable and legally cognizable basis of partiality) โดยคู่ความในคดีไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาต่างก็มีสิทธิคัดค้านลูกขุนโดยมีเหตุผลนี้ได้โดยไม่จำกัดจำนวนของลูกขุนผู้ที่จะถูกคัดค้าน⁵³

ผู้พิพากษาอาจปฏิเสธไม่ให้ลูกขุนที่ถูกพนักงานอัยการหรือทนายความจำเลยร้องคัดค้านทุกรายเข้าทำหน้าที่พิจารณาคดีก็ได้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล⁵⁴ หรือศาลอาจเห็นเองว่าลูกขุนคนใดแสดงออกอย่างแข็งขันถึงความมีอคติ ซึ่งในกรณีนี้ผู้พิพากษาจะต้องคัดค้านและ

⁴⁹ Steven J. Son, *supra* note 43, p.4.

⁵⁰ Christopher E. Smith, *Criminal Procedure* (USA : Thomson Learning Inc., 2003), p.350.

⁵¹ W. R. Lafave, *Criminal Procedure* , 3rd ed. (St. Paul, Minn: West Publishing, 2000), p.844.

⁵² Steven A. Saltzburg, *American Criminal Procedure* 3rd ed., (USA : West Publishing Co.), p.921.

⁵³ Robert J. Owen, *supra* note 46 , p.397.

⁵⁴ Christopher E. Smith, *supra* note 49, p.350.

ปฏิเสธไม่ให้ลูกขุนผู้นั้นเข้าทำหน้าที่ โดยผู้พิพากษามีอำนาจที่จะวินิจฉัยได้ด้วยตนเอง⁵⁵ ซึ่งในกรณีนี้เป็นหน้าที่ของศาลซึ่งจะต้องคุ้มครองให้คู่ความในคดีได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนที่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างยุติธรรมและไม่มีส่วนได้เสีย⁵⁶

เหตุแห่งความไม่เป็นกลางของลูกขุนนั้นอันอาจทำให้ลูกขุนผู้นั้นถูกคัดค้านโดยมีเหตุผลได้นั้น อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.4.1.1 ความมีส่วนได้เสียในคดี

โดยหลักแล้วบุคคลจะไม่สามารถทำหน้าที่เป็นลูกขุนได้ถ้าบุคคลนั้นมีมีส่วนได้เสียทางการเงิน ทางทรัพย์สิน หรือตำแหน่งหน้าที่ โดยตรงในผลแห่งคดีเว้นแต่ส่วนได้เสียนั้นได้ปลดปล่อยไปแล้วโดยเหมาะสมระหว่างการฟ้องร้องดำเนินคดี⁵⁷ (such interest is duly released pending suit)

ผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่สามารถทำหน้าที่เป็นลูกขุนในคดีที่บริษัทนั้นเป็นคู่ความในคดีหรือมีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรง แต่อย่างไรก็ตามการที่ลูกขุนเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เป็นคู่แข่งกับบริษัทของคู่ความในคดี หรือลูกขุนกับคู่ความในคดีเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเดียวกันซึ่งบริษัทดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอย่างใดๆในคดี ลูกขุนผู้นั้นก็ยังสามารถทำหน้าที่ได้ นอกจากนั้นในกรณีที่ลูกขุนเป็นผู้เอาประกันในบริษัทประกันภัยที่เป็นคู่ความและมีมีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรงในผลของคดี ลูกขุนผู้นั้นไม่อาจทำหน้าที่ได้ในกรณีที่เขารู้หรือมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าลูกขุนผู้นั้นรู้ว่าเบี้ยประกันภัยจะเพิ่มขึ้นหรือลดลงนั้นเกี่ยวเนื่องกับผลของคดี⁵⁸

3.2.4.1.2 ความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งระหว่างลูกขุนกับคู่ความหรือกับทนายความ

ความสัมพันธ์ระหว่างลูกขุนกับคู่ความนั้นหมายรวมถึงความสัมพันธ์ในทุกกรณี ทั้งในทางเครือญาติ⁵⁹ ไม่ว่าจะเป็นญาติทางสายโลหิตหรือญาติทางการแต่งงาน ทางการทำงาน อย่างนายจ้าง ลูกจ้าง ความมีส่วนได้เสียหรือมีความสัมพันธ์ทางการเงิน หรือแม้แต่ความสัมพันธ์

⁵⁵ Steven J. Son, *supra* note 43, p.4.

⁵⁶ Robert J. Owen, *supra* note 46, p.399.

⁵⁷ *Ibid*, p.410.

⁵⁸ *Ibid*.

⁵⁹ โดยในชั้นความสัมพันธ์ในทางเครือญาตินี้จะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ โดยในบางรัฐหมายความว่ารวมถึง 9 ลำดับชั้น โปรดดู *Ibid*.

ฉันเพื่อนสนิท ความสัมพันธ์กับพยาน⁶⁰ การมีความสัมพันธ์นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน(consanguinity)เท่านั้นแต่ยังรวมถึงกรณีที่เป็นญาติโดยการแต่งงาน(affinity)กล่าวคือ ลูกขุนถือเป็นญาติโดยการแต่งงานกับญาติร่วมสายโลหิตของคู่สมรสของตน ซึ่งการเป็นญาติโดยการแต่งงานนี้จะถือว่าสิ้นสุดเมื่อผู้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์โดยการแต่งงานนั้นตาย แต่ลูกขุนจะไม่สามารถคุณสมบัติเพราะเหตุที่ญาติร่วมสายโลหิตของเขาแต่งงานกับญาติร่วมสายโลหิตของคู่ความ⁶¹

3.2.4.1.3 มีความเกี่ยวข้องในคดี

การเป็นพยานในคดี⁶² และนอกจากนี้ยังหมายความว่ารวมถึงกรณีที่ลูกขุนเคยเป็นพยานในการพิจารณาคดีคราวก่อนในข้อหาเดียวกันนั้น

นอกจากนั้นการเกี่ยวข้องในคดียังหมายความว่ารวมถึงกรณีที่ลูกขุนได้เคยทำหน้าที่เป็นลูกขุนใหญ่(grand jury)ในการไต่สวนมูลฟ้องจำเลยคนเดียวกันนี้มาก่อนด้วย

3.2.4.1.4 เหตุประการอื่นใดที่มีลักษณะของการมีอคติ

เหตุแห่งการมีอคตินี้อาจพิจารณาได้เป็น อคติโดยชัดแจ้ง(actual bias) และอคติโดยนัย(implied bias) ซึ่งอคติอย่างชัดแจ้ง เกิดขึ้นเมื่อลูกขุนได้แสดงว่าเขามีอคติที่จะมีผลต่อคำตัดสิน แต่ในส่วนของอคติโดยนัยนั้นเกิดขึ้นเมื่อลูกขุนไม่ได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งว่าตนมีอคติ แต่อาจเป็นไปได้ที่จะมีอคติ⁶³ เมื่อลูกขุนคนใดได้แสดงความเห็นในผลแห่งคดี หรือ แสดงออกถึงความเป็นปรปักษ์ต่อผู้ถูกกล่าวหาหรืออาจกล่าวได้ว่าอคติโดยชัดแจ้งต่างกับอคติโดยนัย ตรงที่อคติโดยชัดแจ้งนั้นต้องสามารถพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานได้⁶⁴ (establish on proof) และในการวินิจฉัยว่าเป็นอคติโดยนัยหรือไม่นั้น ศาลต้องพิจารณาว่าบุคคลโดยทั่วไปที่อยู่ในฐานะของลูกขุนผู้นั้นจะมีอคติหรือไม่⁶⁵

⁶⁰ Bruce Dennis Sales, *The Trial Process* 1st ed., (New York : Plenum Press ,1981) p. 73 และ John Sprack, *supra note* 9, p.266 และโปรดดู พรเพชร วิชิตชลชัย, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 42, น. 94.

⁶¹ Robert J. Owen, *supra note* 46, pp.413-415.

⁶² ซึ่งการคัดค้านเพราะเหตุที่ลูกขุนเป็นพยานในคดีใช้บังคับทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา โปรดดู *Ibid*, p.406.

⁶³ Steven J. Son, *supra note* 43, pp. 3-4.

⁶⁴ Robert J. Owen, *supra note* 46, p.403.

⁶⁵ *Ibid*, p.404 .

เหตุประการอื่นใดที่มีลักษณะของการมีอคติอันอาจทำให้ลูกขุนถูกคัดค้านนี้จะเกิดขึ้นเมื่อลูกขุนไม่สามารถตัดสินคดีได้อย่างเป็นกลาง เนื่องจากประสบการณ์ อาชีพ⁶⁶ บุคลิกภาพ หรือผลประโยชน์ทางการเงิน หรือ มีอคติโดยการไตร่ตรองไว้ก่อน⁶⁷ (preconceived bias)

โดยอคติจากการไตร่ตรองไว้ก่อนได้แก่กรณีที่ลูกขุนที่ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยจะไม่สามารถทำหน้าที่เป็นลูกขุนได้⁶⁸ อย่างไรก็ตามการแสดงความเห็นที่เกี่ยวข้องกับคดี ไม่ได้ทำให้ลูกขุนนั้นไม่สามารถทำหน้าที่ได้เสมอไปแม้ว่าความเห็นนั้นจะเกี่ยวข้องกับความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยก็ตาม โดยจะขึ้นอยู่กับลักษณะและมูลเหตุ (character and origin) ของความเห็นนั้น⁶⁹

นอกจากนั้นแล้วในบางกรณีทนายความของจำเลยอาจใช้สิทธิในการคัดค้านลูกขุนทั้งคณะได้ ถ้ามีเหตุอันอ้างได้ว่าคณะลูกขุนมีอคติต่อตัวจำเลยเนื่องจากการตัดสินล่วงหน้าโดยชุมชน (pretrial publicity) ซึ่งในกรณีเช่นนี้ อาจเปลี่ยนศาลที่ทำการพิจารณาไปยังศาลในท้องที่อื่น⁷⁰ (change a venue)

อย่างไรก็ตามสิทธิในการคัดค้านหรือปฏิเสธไม่ให้ลูกขุนคนใดปฏิบัติหน้าที่ก็มีข้อจำกัดในบางกรณี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้อจำกัดของพนักงานอัยการโจทก์ เช่น โจทก์ไม่อาจปฏิเสธลูกขุนที่แสดงความเห็นว่าเขาไม่เห็นด้วยกับการลงโทษประหารชีวิต แต่ถ้าลูกขุนได้แสดงความเห็นถึงขนาดที่ว่าเขาไม่เห็นด้วยกับการลงโทษประหารชีวิตและไม่มีวันที่จะวินิจฉัยลงโทษจำเลยที่จะต้องได้รับโทษประหารชีวิตแม้มีพยานหลักฐานเพียงพอ กรณีดังกล่าวนี้พนักงานอัยการโจทก์อาจปฏิเสธผู้นั้นไม่ให้ทำหน้าที่ลูกขุนได้⁷¹

⁶⁶ อย่างไรก็ตามในเรื่องของอาชีพนี้ กฎหมายบางรัฐได้บัญญัติว่าบุคคลจะไม่ถูกคัดค้านให้พ้นจากการเป็นลูกขุนเนื่องด้วยเหตุอาชีพ โปรดดู Robert J. Owen, *supra* note 46, p.405.

⁶⁷ Rita James Simon, *The Jury System in America*, 1st ed., (California: Sage Publications Inc., 1975), p.50.

⁶⁸ โดยในกฎหมาย common law แล้วถือว่าการแสดงความเห็นถึงความผิดของจำเลยนั้นจะทำให้ลูกขุนผู้นั้นขาดคุณสมบัติตามกฎหมาย โปรดดู Robert J. Owen, *supra* note 46, p.421.

⁶⁹ *Ibid*, p.422.

⁷⁰ Edward E. Peoples, *supra* note 45, p.137.

⁷¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น. 93-94.

การแสดงผลในการปฏิเสธลูกขุนนั้นจะไม่กระทำต่อหน้าลูกขุนแต่จะต้องดำเนินการลับต่อหน้าผู้พิพากษา เนื่องจากการปฏิเสธลูกขุนคนหนึ่งคนใดจะมีผลต่อทัศนคติต่อลูกขุนที่เหลืออยู่⁷²

คู่ความในคดีอาจละสิทธิที่จะคัดค้านลูกขุนโดยการคัดค้านโดยมีเหตุได้แม้กระทั่งว่าลูกขุนผู้นั้นไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างเป็นกลางได้ และสิทธิในการละสิทธิคัดค้านโดยมีเหตุนี้ยังใช้กับอัยการและจำเลยในคดีอาญาด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายในบางรัฐได้บัญญัติถึงกรณีการขาดคุณสมบัติของลูกขุนในบางเหตุนั้นไม่สามารถละได้ เช่น ลูกขุนได้เคยแสดงออกว่าข้อสรุปในเบื้องต้นจะมีผลต่อมติของลูกขุน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ลูกขุนผู้นั้นต้องพ้นจากการทำหน้าที่

(discharged) ซึ่งคู่ความไม่อาจป้องกันการพ้นจากตำแหน่งโดยการละสิทธิได้ กล่าวคือเมื่อผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กล่าวอ้างถึงคุณสมบัติของลูกขุนแล้ว ผู้ถูกกล่าวหาจะหมดสิทธิคัดค้านเฉพาะแต่ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจพิสูจน์ข้อคิดโดยแท้จริง (actual bias) ได้เท่านั้น

ระยะเวลาของการใช้สิทธิคัดค้านโดยมีเหตุนั้นจะหมดไปถ้าไม่ได้ใช้สิทธิภายในเวลาตามสมควร (timely fashion) ภายหลังจากที่พบหรือสามารถพบเหตุแห่งการคัดค้านนั้นมิฉะนั้นจะถือว่าละสิทธิการคัดค้าน⁷³

การคัดค้านลูกขุนโดยมีเหตุนี้ต้องทำก่อน การคัดค้านลูกขุนทั้งคณะ (passing the panel for cause) หรือก่อนการคัดค้านโดยไม่มีเหตุ (peremptory challenge) หรือก่อนคณะลูกขุนสาบานตน หรือก่อนลูกขุนแต่ละคนสาบานตน หรือก่อนเริ่มพิจารณาคดี กฎหมายในบางรัฐบัญญัติให้การคัดค้านไม่อาจกระทำได้อีกถ้าคู่ความไม่ได้ใช้สิทธิคัดค้านและได้ยอมรับลูกขุน หรือภายหลังจากที่ลูกขุนได้สาบานตนและได้ถูกเลือกเป็นคณะลูกขุน (impanel) การคัดค้านโดยมีเหตุที่ได้ทำภายหลักรับฟังคำพยานนั้นถือเป็นการกระทำที่ช้าเกินไป แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของบางรัฐก็เปิดโอกาสให้มีการคัดค้านได้แม้จะทำได้กระทำหลังจากที่ลูกขุนได้รับฟังคำพยานแล้ว⁷⁴

การคัดค้านลูกขุนโดยมีเหตุผลนี้ต้องระบุเหตุแห่งการคัดค้านโดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตามในกรณีที่เหตุแห่งการคัดค้านนั้นมีความขัดแย้ง หรือมีการเปิดเผยอย่างเพียงพอในการ

⁷² เพิ่งอ้าง, น. 94.

⁷³ Robert J. Owen, *supra* note 46 , p.443.

⁷⁴ *Ibid*, pp.444-445.

คัดเลือกลูกขุน(examination) การคัดค้านนั้นก็สามารถทำได้แม้ว่าเหตุแห่งการคัดค้านนั้นไม่ได้ระบุอย่างชัดเจน⁷⁵

ศาลอาจเป็นผู้ปฏิเสธไม่ให้ลูกขุนทำหน้าที่ได้ด้วยตนเองแม้ว่าคู่ความในคดีทั้งสองฝ่ายจะได้ลงสิทธิการคัดค้านโดยมีเหตุ แต่กฎหมายในบางรัฐศาลจะปฏิเสธด้วยตนเองเฉพาะในกรณีที่ลูกขุนผู้นั้นขาดคุณสมบัติอย่างชัดแจ้งภายใต้เหตุแห่งการคัดค้านที่ระบุไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะ ในกฎหมายบางรัฐถือว่าไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะปฏิเสธลูกขุนที่ถูกคัดค้านโดยมีเหตุด้วยตนเอง แต่ในบางรัฐก็ถือว่าไม่ใช่เป็นแต่เพียงสิทธิเท่านั้นแต่เป็นหน้าที่ของศาลที่จะปฏิเสธไม่ให้ลูกขุนที่ขาดคุณสมบัติเข้าทำหน้าที่ sua sponte ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลอาจปฏิเสธลูกขุนได้แม้ภายหลังจากที่ลูกขุนได้สาบานตนแล้ว หรือในเวลาใดๆ ก่อนการสืบพยาน⁷⁶,

3.2.4.2 การคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผล⁷⁷ (Challenge without cause)

การคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้แม้โดยหลักแล้วจะไม่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายในเรื่องการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยลูกขุนที่เป็นกลางก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าวนี้ ก็สามารถช่วยให้เข้าใจระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ดียิ่งขึ้น ดังนั้นจึงจะได้ทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าวนี้เพียงสังเขปเท่านั้น

ซึ่งการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้ (Challenge without cause) เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Peremptory challenge ซึ่งเป็นวิธีที่ทนายความ(counsel) รู้สึกอย่างไรว่าลูกขุนผู้นั้นไม่เป็นที่ต้องการ⁷⁸ โดยทั่วไปแล้วการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุนี้จะถูกจำกัดจำนวนลูกขุนที่จะถูกคัดค้านซึ่ง

⁷⁵ Ibid, p.445

⁷⁶ Ibid, p.446

⁷⁷ ในประเทศอังกฤษการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้ปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้ว ด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 118(1) ของ Criminal Justice Act 1988 เนื่องจากการมองว่าทนายความ(defence counsel)คัดค้านโดยไม่มีเหตุบ่อยครั้งและโดยเหตุผลที่ไม่เหมาะสมและไม่สำคัญอย่างยิ่ง โปรดดู John Sprack, *supra* note 9, pp.265-266.

⁷⁸ Rita James Simon, *supra* note 67, p.50.

จะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ⁷⁹ สิทธิที่จะคัดค้านโดยไม่มีเหตุในคดีอาญานี้ถือเป็นสิทธิที่มีคุณค่าและสำคัญ⁸⁰

ตัวอย่างของการคัดค้านโดยไม่มีเหตุนี้ เช่น ทัศนคติความจำเลยอาจเชื่อว่าพ่อแม่ของหญิงวัยรุ่นจะมีแนวโน้มของการสนับสนุนการดำเนินคดีในความผิดทางเพศเพราะพวกเขากังวลถึงความปลอดภัยของลูกสาวของตน. ดังนั้นทัศนคติความจำเลยก็อาจใช้สิทธิคัดค้านมิให้ลูกขุนที่มีลักษณะดังกล่าวเข้าทำหน้าที่พิจารณาความผิดทางเพศ⁸¹

จากการศึกษาพบว่าบ่อยครั้งที่พนักงานอัยการจะใช้สิทธิคัดค้านโดยไม่มีเหตุนี้ กับลูกขุนที่ยากจนหรือเป็นวัยรุ่น⁸² และเพื่อมิให้การตัด (exclude) ลูกขุนเป็นการเลือกปฏิบัติ ศาล Supreme Court จึงใช้ข้อกำหนดว่าด้วยการป้องกันความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Rule) ปี 1986 เพื่อป้องกันมิให้พนักงานอัยการใช้วิธีการคัดค้านโดยไม่มีเหตุนี้ด้วยเหตุผลทางด้านกลุ่มชาติพันธุ์ (particular racial groups) และถ้าจำเลยเชื่อว่าพนักงานอัยการใช้สิทธิคัดค้านโดยไม่มีเหตุด้วยเหตุด้านชาติพันธุ์ดังกล่าวนี้ จำเลยมีสิทธิยกเหตุนี้ขึ้นคัดค้านต่อศาลได้ และถ้าศาลเชื่อว่าการคัดเลือกลูกขุนนั้นเป็นไปด้วยเหตุดังกล่าว ศาลต้องเรียกให้พนักงานอัยการอธิบายถึงเหตุผลของการคัดค้าน เพื่อให้ได้เป็นที่พอใจของศาลว่าการคัดค้านลูกขุนโดยไม่มีเหตุนี้ไม่ใช่ด้วยเหตุผลทางด้านชาติพันธุ์⁸³

⁷⁹ Steven J. Son, *supra* note 43 , p.4 โดยใน Federal rule of Criminal procedure ข้อ 24(b)นั้นได้กำหนดจำนวนลูกขุนที่อาจถูกคัดค้านโดยไม่มีเหตุนี้ไว้โดยแบ่งแยกตามประเภทของความผิด สำหรับความผิดที่มีโทษประหารชีวิต(death penalty) คู่ความแต่ละฝ่ายสามารถคัดค้านได้ฝ่ายละ 20 คน สำหรับคดี felony อื่นที่จำเลยถูกฟ้องที่มีอัตราโทษ 1 ปีขึ้นไปนั้นฝ่ายรัฐสามารถคัดค้านได้ 6 คน และฝ่ายจำเลยมีสิทธิคัดค้าน 10 คน ส่วนคดีเล็กน้อย(Misdemeanor Case)ที่มีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี นั้น แต่ละฝ่ายสามารถคัดค้านได้ฝ่ายละ 3 คน

⁸⁰ F.Lee Bailey, *supra* note 44 , p.39-42.

⁸¹ Christopher E. Smith, *supra* note 49 ,p.351.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid* โดยในคดี United States v Bishop จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐานค้าโคเคนและทำร้ายร่างกายเจ้าหน้าที่ ลูกขุนซึ่งเป็นหญิงผิวสีผู้หนึ่งถูกคัดค้านด้วยเหตุที่ว่าเธออาศัยอยู่ในชุมชนที่ยากจนและมีการใช้ความรุนแรง ซึ่งประชากรมีความชินชา (anesthetize) ต่อความรุนแรง ดังนั้นเธอจึงมีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าตำรวจในท้องที่ชุมชนของเธอนั้นจะปฏิบัติต่อคนผิวสีด้วยความ

การคัดค้านโดยไม่มีเหตุนี้สามารถทำในเวลาใดก็ได้จนกว่าลูกขุนจะได้กล่าวคำสาบานตนแล้ว กล่าวคือ ศาลไม่สามารถละเมิดสิทธิของคู่ความที่จะใช้สิทธิคัดค้านลูกขุนโดยไม่มีเหตุ ก่อนถึงเวลาที่ลูกขุนได้กล่าวคำสาบานเสร็จเรียบร้อยแล้ว⁸⁴

3.3 ประเทศเยอรมนี

เพื่อเป็นการจัดความเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาจะดำเนินการในทางหนึ่งอย่างใดที่อาจมีอิทธิพลต่อการพิจารณาคดี⁸⁵ และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในคดีและเป็นการคงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของกระบวนการยุติธรรม⁸⁶ ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีจึงได้บัญญัติถึงเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ใน มาตรา 22 ถึงมาตรา 31⁸⁷ โดยเราอาจแยกพิจารณาได้เป็นเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาดังนี้

รุนแรงกว่า โปรดดู F.Lee Bailey, *supra* note 44, pp.39-44 นอกจากนั้นการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นในกรณีที่พนักงานอัยการคัดค้านโดยไม่มีเหตุต่อลูกขุนที่เป็นคนผิวสีและเป็นเพื่อนบ้านกับจำเลยที่มีผิวสีเช่นเดียวกัน แต่กลับไม่ยอมคัดค้านต่อลูกขุนที่มีผิวขาวที่มีที่อยู่ละแวกเดียวกัน โดยอัยการให้เหตุผลว่าผู้ชายผิวสีมีโอกาสดูติดต่อกับเพื่อนของจำเลยได้มากกว่าผู้หญิงผิวขาว ซึ่งเหตุผลเช่นนี้ไม่อาจโต้แย้งความมีมูลในเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อจำเลยได้ โปรดดู คดี United States v Wilson (1989, CA8 Ark)

⁸⁴ Robert J. Owen, *supra* note 46, p.473.

⁸⁵ Manual of German Law Vol. 2 London Ot.Brit. Foreign Office.

⁸⁶ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 101 (1) ประโยคที่ 1 โปรดดูสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ " การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน" ตุลพาท เล่ม 2 ปีที่ 52 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548), น.222.

⁸⁷ แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย Gerold Harfst and Otto A. Schmidt , German Criminal Law : The Code of Criminal Procedure .

3.3.1. เหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษา

เหตุห้ามผู้พิพากษาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความว่า

มาตรา 22 บัญญัติว่า ผู้พิพากษาจะถูกตัดจากการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

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

มาตรา 23 บัญญัติว่า การมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อน

- 1) ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีใด จะถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นในศาลชั้นสูงกว่า
- 2) ถ้าในคดีใดมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีนั้น จะถูกตัดจากการเข้าร่วมในคดีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่นั้น หรือถ้าการขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้กระทำในศาลชั้นสูงกว่า ผู้พิพากษาที่ได้เคยเข้าร่วมในการวินิจฉัยคดีนั้นในศาลชั้นล่าง จะถูกตัดออกจากคดีนั้นด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งสองกรณีข้างต้น ให้ใช้บังคับถึงในกรณีที่มีการเข้าร่วมวินิจฉัยนั้นได้กระทำในตอนเริ่มต้นแห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่

จากบทบัญญัติข้างต้นดังกล่าว อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายของประเทศเยอรมันได้กำหนดลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาไว้โดยแยกพิจารณาระดับความร้ายแรงไว้ต่างหากจากกัน กล่าวคือในมาตรา 22 นั้นเป็นกรณีที่มีความร้ายแรงและมีแนวโน้ม มีความเสี่ยงสูงที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติ เกิดความลำเอียง ความไม่เป็นกลาง หรือเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและประโยชน์ส่วนรวมได้ง่ายและค่อนข้างชัดเจนไม่ต้องอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมอื่นประกอบ เพราะเป็นเหตุที่เกิดขึ้นจากตัวผู้พิพากษาและมีอยู่แล้ว

ก่อนที่ผู้พิพากษานั้นจะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นต้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้กำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุที่จะห้ามมิให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดี และถึงแม้ว่าผู้พิพากษาจะรู้สึกว่าการตนเองสามารถที่จะรักษาความเป็นกลางได้ หรือแม้กระทั่งคู่ความในคดีจะมีความเชื่อมั่นว่าผู้พิพากษาสสามารถวางตัวให้เป็นกลางได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงถือว่าความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาก็ยังคงมีอยู่⁸⁸

การตัดผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณาคดี หมายความว่า ผู้พิพากษาผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามคนดังกล่าวไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้พิพากษาได้ คำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยไปแล้วถือว่าไม่สมบูรณ์ คำตัดสินคดีถือเป็นเหตุให้คู่ความสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายได้ แม้ว่าผู้พิพากษาจะไม่รู้ถึงเหตุแห่งการตัดออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม กล่าวคือ แม้ผู้พิพากษาจะไม่รู้ถึงเหตุแห่งการตัดออกจากการพิจารณาตามมาตรา 22 หรือแม้ตัวคู่ความจะไม่รู้ถึงเหตุดังกล่าวในขณะที่ผู้พิพากษานั้นทำการพิจารณาคดีก็ตาม แต่คำวินิจฉัยอย่างไรที่ผู้พิพากษาได้กระทำไปนั้น ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งคู่ความในคดีสามารถยกคำวินิจฉัยนั้นขึ้นเป็นประเด็นในการอุทธรณ์ได้ โดยถือเป็นการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาผู้มีเหตุถูกตัดออกจากระบบพิจารณาได้มีคำสั่งประทับฟ้องคดีอาญา คำสั่งนั้นถือว่าไม่ผลสมบูรณ์ มิได้เสียไปเพราะการมีเหตุตัดนั้น⁸⁹

เหตุในการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศเยอรมนีนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทคือ

3.3.1.1 ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

เหตุในการตัดผู้พิพากษาเพราะเหตุนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า บุคคลไม่สามารถทำหน้าที่ตัดสินในคดีของตนเองได้ (No man can be judge in his own cause)⁹⁰ และ เมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียในผลของคดีใดเขาไม่สามารถทำหน้าที่ในการตัดสินคดีนั้นได้ไม่ว่าจะโดย

⁸⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84, น. 222.

⁸⁹ เพิ่งอ้าง, น. 225-226.

⁹⁰ Herbert Broom , Legal Maxims, 10th ed. , (London: Sweet and Maxwell Ltd. , 1939) , p. 68.

ส่วนตัวหรือโดยหน้าที่ (Where a judge is interested in the result of the cause , he cannot either personally or by deputy sit in the judgement upon it)⁹¹

ผู้พิพากษาที่เป็นผู้เสียหายตามความหมายของมาตรา 22 (1) หมายถึง ผู้พิพากษาผู้ที่จะเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดที่ได้ถูกฟ้องในคดีนั้น อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานหลอกลวงผู้บริโภคมักผู้พิพากษานั้นจะเป็นผู้บริโภคสินค้านั้นด้วยแต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นไม่ได้เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการหลอกลวงดังกล่าว เหตุดังกล่าวจึงไม่ถือว่าผู้พิพากษานั้นเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด ดังนั้นจึงไม่เป็นเหตุในการตัดผู้พิพากษามาตรา 22 (1) นี้ นอกจากนั้นการดูหมิ่นผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณาคดี ไม่ถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดจึงไม่ถือเป็นเหตุในการตัดผู้พิพากษาออกจากระบวนการพิจารณาคดี แต่สำหรับกรณีที่เป็นการดูหมิ่นแบบโดยรวมเฉพาะตัวผู้พิพากษาที่ได้รับความเสียหายเป็นการส่วนตัวเท่านั้นที่ถือว่าเป็นผู้เสียหายอันจะถูกตัดมิให้ทำหน้าที่พิจารณาคดี ซึ่งในกรณีนี้ผู้พิพากษาที่ได้ไปร้องทุกข์ถือเป็นผู้เสียหายด้วย⁹²

3.3.1.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

ตามมาตรา 22 (2) และ (3) เมื่อผู้เสียหายหรือจำเลยมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวในลักษณะที่ใกล้ชิด เช่น เป็นคู่สมรส เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม คู่สมรสหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยหรือของผู้เสียหาย หรือเป็น ญาติโดยตรงอันหมายถึงญาติทางสายโลหิตนับได้ใน 3 ชั้น กล่าวคือ นับจากตัวผู้พิพากษาขึ้นไปสามลำดับชั้น อันได้แก่ ทวด ปู่หรือตา พ่อและแม่ และนับจากตัวผู้พิพากษาลงมาสามลำดับชั้นอันได้แก่ ลูก หลาน และเหลน

ส่วนญาติโดยทางการแต่งงานหรือทางการสมรสนั้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้พิพากษาได้ทำการสมรส แล้วญาติทางสายโลหิตของคู่สมรสก็จะกลายมาเป็นญาติโดยการสมรสของตัวผู้พิพากษานั้นด้วย ซึ่งในกรณีเหตุห้ามเพราะเป็นญาติทางการสมรสนี้ใช้บังคับเพียง 2 ลำดับชั้น

⁹¹ Ibid , p. 69.

⁹² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84 , น. 222-223.

เท่านั้น อันได้แก่ ปู่หรือตา ย่าหรือยาย พ่อและแม่ ลูกและหลาน ของคู่สมรสของผู้พิพากษา ซึ่งตกเป็นจำเลยหรือเป็นผู้เสียหายในคดี⁹³

สำหรับเหตุห้ามผู้พิพากษาเพราะเหตุเป็นญาตินี้ยังหมายความรวมถึงกรณีที่เคยเป็นญาติด้วย กล่าวคือ แม้ความสัมพันธ์ในลักษณะการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือทางครอบครัว หรือความสัมพันธ์ทางการสมรสจะสิ้นสุดลงไม่ว่าจะด้วยเหตุการหย่าหรือความตายก็ตาม แต่ก็ยังต้องถือว่าผู้พิพากษานั้นไม่อาจเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้ด้วย เพราะถือว่าความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางยังคงมีอยู่

3.3.1.3 ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ในฐานะที่เป็นพนักงานอัยการ เจ้าพนักงานตำรวจ หรือทนายความของฝ่ายผู้เสียหายหรือจำเลย

การได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีในฐานะที่เป็นพนักงานอัยการ พนักงานตำรวจหรือเป็นทนายความของฝ่ายผู้เสียหายหรือจำเลยที่จะเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษามาตรา 22 (4) นั้นต้องปรากฏว่าการกระทำความผิดเป็นส่วนหนึ่งของการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี หรือมีอิทธิพลต่อขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี โดยศาลแห่งสหพันธรัฐ แผนกคดีอาญา ได้ตีความของคำว่าการเคยเกี่ยวข้องกับคดีไว้ค่อนข้างกว้างเพื่อให้การประกันสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อเป็นการป้องกันความสงสัยของคู่ความที่มีต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา กล่าวคือ การเคยเกี่ยวข้องกับคดีหมายความว่าความรวมถึงทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี ตั้งแต่ในชั้นก่อนการสอบสวนจนกระทั่งถึงกระบวนการพิจารณาหรือพิจารณาพิพากษาคดีขึ้นใหม่⁹⁴

ข. ในฐานะที่เป็นพยานบุคคลหรือพยานผู้ชำนาญการพิเศษ ตามมาตรา 22(5)

ผู้พิพากษาจะถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณา หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาค้นดังกล่าวได้เคยถูกสอบปากคำในฐานะพยานในคดีอื่นที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันกับข้อเท็จจริงในคดีในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นเพียงแต่

⁹³ สำหรับเหตุตามมาตรา 22(3)นั้นเป็นไปตามหลักที่ว่าไม่มีบุคคลใดที่จะตัดสินคดีที่ตนเองเป็นผู้ถูกกล่าวหาได้ โปรดดู เฟ็งอ้าง, น. 223.

⁹⁴ เฟ็งอ้าง.

ได้รับหมายเรียกให้ไปให้การในฐานะพยานแต่กลับไม่ได้ไปให้การแต่อย่างใด ดังนั้นก็ไม่ถือว่าผู้พิพากษาเป็นพยานบุคคลอื่นจะถูกตัดออกจากการพิจารณาคดี

ค. ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นที่ต่ำกว่า ตามมาตรา 23(1)

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเพราะถือว่ามีความเสี่ยงต่อการที่ศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้อย่างเป็นกลางได้ การเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นที่ต่ำกว่า หมายถึง ผู้พิพากษาคงดังกล่าวเคยมีส่วนร่วมในการพิพากษาคดีในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ซึ่งคดีดังกล่าวได้มีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกา แล้วต่อมาผู้พิพากษาคงดังกล่าวได้รับการเลื่อนตำแหน่งมาทำหน้าที่อยู่ในศาลสูง ดังนั้นผู้พิพากษานั้นจะถูกต้องออกจากการพิจารณาคดีดังกล่าวในศาลสูงนั้น⁹⁵

ง. ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาที่เคยร่วมในการตัดสินคดีก่อน ที่มีการร้องฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ตามมาตรา 23(2)

การห้ามผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุนี้มีเหตุผลเช่นเดียวกับกรณีการเคยเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต่ำกว่าตามข้อ ค. ข้างต้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีความเสี่ยงต่อการความเป็นกลางในการพิจารณาคดี โดยการเคยมีส่วนร่วมในการตัดสินคดีตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 23(2) ไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่เฉพาะผู้พิพากษาผู้ซึ่งพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงผู้พิพากษาในศาลสูงด้วย

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้เข้ามาทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาคดีแต่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาและร่วมลงคะแนนในการตัดสินคดี หรือในกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้เข้าร่วมทำหน้าที่ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องแม้จะได้มีคำสั่งประทับฟ้องก็ตาม ก็ไม่ถือเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้นมิให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีในชั้นพิจารณาคดี เพราะเหตุตามมาตรา 23 (2) นี้เนื่องจากกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าทำให้ผู้พิพากษาคงดังกล่าวขาดความเป็นกลาง แต่ในกรณีที่ศาลสูงได้มีคำสั่งย้อนสำนวนไปยังศาลล่างแล้วผู้พิพากษาที่เคยตัดสินคดีไว้ได้มาทำหน้าที่ในองค์คณะที่สำนวนเดิมย้อนคืนมานั้น กรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือเป็นเหตุแห่งการตัดผู้พิพากษาออกจากกระบวนการพิจารณา แต่ก็ยังถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลาง

⁹⁵ เพิ่งอ้าง, น. 224.

ของผู้พิพากษาคงดังกล่าวยังคงมีอยู่ แต่อย่างไรก็ดีก็ต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาคงดังกล่าวด้วยถึงจะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้⁹⁶

3.3.2. เหตุคัดค้านหรือปฏิเสธผู้พิพากษา

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความว่า

มาตรา 24 บัญญัติว่า การคัดค้านผู้พิพากษา

1) ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุที่มีการเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงเหมือนดังเช่นในกรณีที่ผู้พิพากษาถูกตัดจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

การคัดค้านด้วยเหตุเกรงว่าจะเกิดความลำเอียงนั้น ต้องมีเหตุผลว่าเหตุนั้นอาจจะกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

เพื่อเป็นหลักประกันการมีผู้พิพากษาที่เป็นกลางตามกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 101 (1)⁹⁷ ดังนั้นแม้ผู้พิพากษาจะไม่ถูกตัดออกจากกระบวนการพิจารณาโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 22 หรือ 23 แต่ก็อาจที่จะถูกคัดค้านหรือปฏิเสธไม่ให้พิจารณาพิพากษาคดีได้ ตามมาตรา 24 เมื่อมีเหตุประการหนึ่งประการใดที่แสดงถึงความกังวลหรือความไม่เชื่อมั่นต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

ซึ่งความไม่เชื่อมั่นหรือความกังวลต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษามาตรา 24 (2) นั้นหมายถึง กรณีที่ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีมีทัศนคติบางประการที่อาจกระทบต่อความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งไม่จำเป็นว่าผู้พิพากษาคงดังกล่าวจะต้องมีความไม่เป็นกลางอยู่จริง แต่ถ้าหากมีข้อสงสัยอย่างมีเหตุมีผลถึงความเป็นกลางตามมาตรฐานของวิชานิติศาสตร์ก็ถือว่าเป็นเหตุที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้แล้ว⁹⁸

⁹⁶ ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่อาจตีความโดยอาศัยหลักการเทียบเคียงได้เพราะเหตุแห่งการห้ามผู้พิพากษามีให้พิจารณาพิพากษาคดีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 22 และมาตรา 23 แล้ว โปรดดู เพ็งอ้าง, น. 225.

⁹⁷ เพ็งอ้าง, น. 226-227.

⁹⁸ เพ็งอ้าง.

เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะกังวลต่อความไม่เป็นกลาง เช่น ผู้พิพากษาไม่แต่งตั้งทนายความให้จำเลยตามที่จำเลยต้องการ หรือในระหว่างการสืบพยานของศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษากล่าวแก่ทนายจำเลยว่าจำเลยจะถูกพิพากษาลงโทษอย่างแน่นอน หรือผู้พิพากษาได้พูดในโรงอาหารว่าตัวผู้พิพากษาเองเห็นได้เลยว่าจำเลยได้เคยเกี่ยวข้องกับยาเสพติด หรือผู้พิพากษาได้ยืนยันข้อเท็จจริงที่ยังไม่ได้รับการพิสูจน์ต่อสื่อมวลชนก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้พิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะมีอคติหรือความไม่เป็นกลางต่อตัวจำเลย นอกจากนั้นการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุกังวลต่อความไม่เป็นกลางยังหมายความว่ารวมถึงการประทุติตนหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมของผู้พิพากษา เช่นในกรณีที่ผู้พิพากษาได้พูดคุยกับจำเลยบ่อยครั้งในช่วงที่ไม่มีการสืบพยาน หรือผู้พิพากษาได้เล่นเทนนิสกับจำเลยและหลังจากที่ได้เล่นเทนนิสเสร็จก็ไปทานข้าวกับจำเลย ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้พิพากษามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมเพราะอาจพิจารณาพิพากษาให้เป็นประโยชน์กับฝ่ายจำเลยได้⁹⁹

สำหรับการแสดงความคิดเห็นอย่างใดๆของผู้พิพากษาระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในชั้นก่อนการพิจารณาคดี จะเป็นเหตุให้ตัดผู้พิพากษาค้นดังกล่าวออกจากการพิจารณาคดี ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาค้นดังกล่าวได้ให้ข้อมูลที่มีความสำคัญเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการกระทำว่าด้วยการกระทำความผิดและความน่าตำหนิ¹⁰⁰

จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการคัดค้านผู้พิพากษาโดยอาศัยเหตุตามมาตรา 24 นั้นเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยถึงความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา ซึ่งกรณีอาจเกิดขึ้นในภายหลังการทำหน้าที่พิจารณาคดี ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยว่าน่าจะเกิดความมีอคติในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่นั้น จึงควรได้รับการแยกพิจารณาต่างหากจากมาตรา 22 และมาตรา 23 เนื่องจากระดับความเสี่ยงในการเกิดความไม่เป็นกลางหรือความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวมของทั้งสองมาตรามีความแตกต่างกัน

สำหรับในกรณีที่ผู้พิพากษาที่ได้เคยทำการตัดสินคดีและต่อมาได้มีการสลับองค์คณะในศาลเดิม โดยย้ายไปอยู่องค์คณะใหม่และต้องทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่ศาลสูงสั่งให้ย้อนสำนวนกลับมานั้น อาจถูกคัดค้านด้วยเหตุความกังวลว่าจะเกิดความไม่เป็นกลางตามมาตรา 24 ได้หรือไม่นั้น ความเห็นของฝ่ายข้างมากเห็นว่า ผู้พิพากษาค้นดังกล่าวอาจถูกคัดค้านได้ เนื่องจาก

⁹⁹ เฟิงอ้าง.

¹⁰⁰ เฟิงอ้าง, น. 223-224.

ผู้พิพากษาที่เคยตัดสินคดีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้วย่อมเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงตนเองออกจากความรู้และประสบการณ์ของตนในการพิจารณาค้างก่อน ซึ่งประเด็นนี้ศาลแห่งสหพันธรัฐแผนกคดีอาญาเห็นว่า ถ้าคำพิพากษาที่ถูกกลavnนั้นมีเนื้อหาที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่จำเลย ก็ถือว่าความวิตกกังวลต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวมีเหตุผลตามมาตรฐานของวิญญาณ ซึ่งผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ และตามคำพิพากษาของ Stuttgart StrV 1985, 492 หากว่าในคดีเดิมซึ่งเป็นคดีที่ใช้เวลาในการพิจารณาคดีนาน และผู้พิพากษามีความเห็นเกี่ยวกับปัญหาของความน่าตำหนิและการถูกลงโทษอย่างหนักแน่น ก็ถือว่าความกังวลต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษานั้นมีเหตุผลตามมาตรฐานของวิญญาณที่ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้¹⁰¹

3.3.3 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้านผู้พิพากษา

ดังที่ได้ทำการพิจารณาข้างต้นในส่วนของเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งได้แยกพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของความไม่เป็นกลางหรือการเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวม และโอกาสที่จะมีความโน้มเอียงและความเสี่ยงในการเกิดอคติ ซึ่งจากการแยกพิจารณาดังกล่าว ผลที่ตามมาในแต่ละเหตุจึงไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ถ้ากรณีเป็นเรื่องเหตุห้ามตาม มาตรา 22 และ มาตรา 23 นั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ตัดผู้พิพากษานั้นจากการพิจารณาพิพากษาคดี โดยไม่ต้องให้คู่ความยื่นคัดค้าน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเหตุตามมาตรา 22 และ 23 นั้น เป็นไปโดยผลของกฎหมาย (by law barred)

ดังนั้นกระบวนพิจารณาใดๆที่ได้กระทำโดยที่ผู้พิพากษามีเหตุขาดคุณสมบัติตามมาตรา 22 หรือ มาตรา 23 แล้ว ซึ่งกฎหมายได้ตัดผู้พิพากษานั้นออกจากการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะกรณีลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษานั้นจะได้มีการทราบในระยะเวลาก่อนหรือหลังมีการดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆไปแล้วก็ตาม กระบวนพิจารณาต่างๆที่ได้กระทำไปนั้นก็ต้องถือว่า เสียไป ไม่อาจใช้บังคับได้

ในกรณีของการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาคดี สามารถทำได้ตลอดเวลาทราบเท่าที่ผู้พิพากษายังคงพิจารณาคดีอยู่โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของเวลาแต่อย่างใด¹⁰²

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง, น. 229.

¹⁰² เพิ่งอ้าง.

แต่กรณีเหตุขาดคุณสมบัติเพราะเหตุที่เกรงว่าจะเกิดความลำเอียงตาม มาตรา 24 นั้น การตัดผู้พิพากษาไม่ได้เป็นไปโดยผลของกฎหมาย เหมือนดังเช่นในกรณีมาตรา 22 และมาตรา 23 ข้างต้น แต่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นสิทธิของคู่ความที่จะยกข้อคัดค้านถึงลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษาดังกล่าวขึ้น เพื่อมิให้ผู้พิพากษานั้นเข้าร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดี

สำหรับบุคคลที่มีสิทธิในการยื่นคำคัดค้านในกรณีตามมาตรา 24 (3) ได้แก่ พนักงานอัยการ (The office of the district attorney) โจทก์ที่เป็นเอกชน (plaintiff) หรือจำเลย (defendant) และนอกจากนั้นบางฝ่ายได้ตีความเกินกว่าถ้อยคำของกฎหมายว่าผู้มีสิทธิยื่นคำคัดค้านให้หมายรวมถึง ผู้ยื่นคำร้องในกระบวนการพิจารณาที่บังคับให้มีการฟ้องร้องคดี และทนายจำเลยที่ยื่นคำร้องในนามของจำเลยด้วย¹⁰³

คำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นจะทำในรูปแบบใดๆก็ได้ โดยต้องระบุตัวผู้พิพากษาที่ถูกปฏิเสธให้ชัดเจน และจะต้องระบุข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา และกระบวนการพิจารณาในการคัดค้านผู้พิพากษาไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเปิดเผย

ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้าน¹⁰⁴ ต้องยื่นก่อนการสืบพยานครั้งแรก กล่าวคือการคัดค้านต้องกระทำก่อนที่จะเริ่มสอบปากคำจำเลยเกี่ยวกับเรื่องส่วนบุคคลของจำเลย หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาก็ต้องยื่นคำคัดค้านก่อนการแถลงเปิดคดีของผู้อุทธรณ์ หรือ ผู้ฎีกา (reporter's presentation) ในกรณีที่มิใช่จำเลยหลายคน ถือว่าเมื่อได้เริ่มมีการสอบปากคำของจำเลยคนใดคนหนึ่งแล้วระยะเวลาดังกล่าวย่อมมีผลกับจำเลยทุกคนด้วย สำหรับในกรณีที่มีการรื้อการพิจารณาคดีหรือมีการย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่นั้น ระยะเวลาที่จะคัดค้านผู้พิพากษาถือว่าเริ่มต้นนับใหม่ไม่ว่าจะได้มีการยื่นคำร้องปฏิเสธผู้พิพากษาไว้แต่เดิมหรือไม่ก็ตาม¹⁰⁵

อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ยื่นคำคัดค้านภายหลังระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นได้ ในกรณีที่ 1) เหตุคัดค้านนั้นเกิดขึ้นในภายหลัง หรือ ผู้มีสิทธิในการคัดค้านนั้นได้ทราบในภายหลัง ระยะเวลาดังกล่าว หรือ 2) การคัดค้านนั้นได้กระทำเพราะมีเหตุเกิดขึ้นในทันใดนั้น แต่

¹⁰³ เพิ่งอ้าง.

¹⁰⁴ Section 25(1).

¹⁰⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนาพัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 84, น. 230.

อย่างไรก็ตาม การคัดค้านต้องกระทำอย่างช้าที่สุดก่อนสืบพยานจำเลยเสร็จ¹⁰⁶ ซึ่งหลักก็คือ การรับรู้เหตุแห่งการคัดค้านของจำเลย อย่างไรก็ตามก็ต้องใช้เวลาแก่จำเลยในการที่จะปรึกษากับทนายความและเขียนคำร้องปฏิเสธผู้พิพากษา

คำร้องคัดค้านนั้นต้องยื่นต่อศาลที่ผู้พิพากษานั้นประจำอยู่ ซึ่งคำร้องนั้นอาจถูกจดลงในบันทึกของ court office¹⁰⁷

โดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นต้องให้ข้อคิดเห็นอย่างเป็นทางการในเหตุแห่งการคัดค้านนั้น¹⁰⁸ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเห็นเกี่ยวกับเหตุแห่งการปฏิเสธโดยจะต้องทำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องคัดค้านได้ทราบก่อนมีคำตัดสินคดีนั้น และผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิที่จะแสดงความเห็นต่อความเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าวได้ มิฉะนั้นจะถือว่ากระบวนการพิจารณาดังกล่าวไม่ชอบ

การยกคำคัดค้านนั้น¹⁰⁹ ศาลจะยกคำคัดค้านถ้าปรากฏว่า (1) คำคัดค้านนั้นมาถึงล่วงเวลาหรือ (2) เหตุแห่งการคัดค้านหรือเหตุแห่งการพิสูจนีให้เป็นที่พอใจนั้นไม่ได้แถลงไว้ หรือ (3) กระบวนการพิจารณานั้นได้กระทำไปเพียงเพื่อประวิงเวลา หรือ เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการที่จะถูกดำเนินการต่อไปโดยการคัดค้าน

ผู้พิพากษาที่มีหน้าที่วินิจฉัยคำร้อง¹¹⁰ คือ ศาลที่ผู้พิพากษาที่ถูกปฏิเสธสังกัดอยู่ โดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการวินิจฉัยคำสั่งคำร้องดังกล่าว ในกรณีของศาลแขวงผู้พิพากษาคนอื่นของศาลแขวงจะเป็นผู้วินิจฉัยคำร้อง เว้นแต่ว่าผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะยอมรับเองว่าคำร้องคัดค้านนั้นมีมูล นอกจากนั้นในกรณีที่บทบัญญัติตามมาตรา 27(3) ไม่อาจใช้บังคับได้เนื่องจากผู้พิพากษาทุกคนในศาลถูกคัดค้านหมด ศาลสูงที่อยู่ในลำดับถัดไปจะเป็นผู้

¹⁰⁶ Section 25(2).กรณีดังกล่าวนี้ Roxin เห็นว่า ความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษายังอาจมีอยู่ได้ แม้ว่าจำเลยจะได้กล่าวถ้อยคำสุดท้ายไปแล้วก็ตาม เช่น การที่ผู้พิพากษาให้ข้อสังเกตต่างๆในเชิงลบในขณะที่ออกจากห้องพิจารณาเพื่อที่จะไปประชุมปรึกษาคดี เป็นต้น โปรดดูเพ็งอ้าง, น. 231.

¹⁰⁷ Section 26(1)

¹⁰⁸ Section 26(3).

¹⁰⁹ Section 26a(1).

¹¹⁰ Section 27 (3) และโปรดดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84,

วินิจฉัยคำร้อง¹¹¹ ในกรณีของผู้พิพากษาสมทบและผู้ที่ยื่นที่รายละเอียดในกระบวนการพิจารณาถูกคัดค้าน ผู้พิพากษาที่จะเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยคำร้องคือ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รวมถึงผู้พิพากษาอาชีพคนอื่นในศาลดังกล่าว¹¹²

ในกรณีเหตุฉุกเฉิน ก่อนที่จะมีการพิจารณาคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นจะทำหน้าที่ได้แต่เพียงกรณีที่ไม่อนุญาตให้มีการเลื่อนคดีเท่านั้น¹¹³ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่กำลังอยู่ระหว่างถูกคัดค้านนั้น จะสามารถทำหน้าที่ในคดีนั้นได้เฉพาะในกรณีที่เป็เหตุมีความจำเป็นเร่งด่วนเท่านั้น เช่น การสอบพยานบุคคลที่ป่วยหนัก ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านสามารถพิจารณาคดีร่วมด้วยได้จนกว่าจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องคัดค้านนั้นโดยไม่จำเป็นต้องให้การพิจารณาคดีล่าช้าต่อไป ซึ่งถ้าหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านได้ทำหน้าที่พิจารณาแม้ในกรณีที่ไม่มีควมจำเป็นเร่งด่วนแล้ว กระบวนพิจารณาที่ได้กระทำไปอย่างใดแล้วนั้นจะมีผลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ถูกยก แต่ถ้หากคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นฟังขึ้น กระบวนพิจารณาอย่างใดก็ได้กระทำลงโดยผู้พิพากษานั้นภายหลังจากการยื่นคำร้องคัดค้านจะต้องถูกพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง¹¹⁴

คำวินิจฉัยอย่างใดๆของผู้พิพากษาที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้น เป็นที่สุด กล่าวคือ คำสั่งคำร้องที่วินิจฉัยว่าเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามีมูลนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่อาจโต้แย้งได้¹¹⁵

3.3.4. การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

กฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้นก็ได้บัญญัติรับรองถึงการที่ผู้พิพากษาควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตนเองเช่นเดียวกัน กล่าวคือเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาไม่อาจปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ ผู้พิพากษาอาจปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีและถอนตัวออกจากการ

¹¹¹ Section 27(4)

¹¹² Section 31(2) และโปรดดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 84, น. 232.

¹¹³ Section 29 (1) .

¹¹⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 84, น. 232.

¹¹⁵ เพิ่งอ้าง.

พิจารณาคดีด้วยตนเองตามมาตรา 30 โดยผู้พิพากษาจะแจ้งข้อเท็จจริงถึงเหตุที่ทำให้ตนไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเป็นทางการได้ ต่อศาลที่ตนเองสังกัดอยู่

3.4 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียและไม่มีอคตินั้น มีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ.1950 ในมาตรา 6¹¹⁶

3.4.1 เหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา

ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหาได้บัญญัติถึงเหตุคัดผู้พิพากษาอย่างเช่นในประเทศเยอรมนีไม่¹¹⁷ แต่ได้บัญญัติเพียงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 668 ถึง 674-2¹¹⁸ โดยเหตุที่คู่ความอาจใช้สิทธิในการคัดค้านได้นั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 668¹¹⁹ ดังนี้

¹¹⁶ Article 6 In the determination of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

¹¹⁷ อย่างไรก็ตามในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 677วรรค 3 นั้นได้บัญญัติถึงกรณีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลที่ได้กระทำขึ้นระหว่างพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 434-24 ซึ่งผู้พิพากษาที่ได้นั่งพิจารณาคดีนั้นจะไม่สามารถทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลดังกล่าวได้

¹¹⁸ สำหรับในการคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตั้งแต่มาตรา 341-355

¹¹⁹ http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpptestA.htm และโปรดดู American Series of Foreign Penal Code France , Article 668 (1) ซึ่งใช้คำว่า ญาติทางสายโลหิต (relative by blood) แทนการใช้คำว่าสมาชิกในครอบครัว (family members)

ม. 668 ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (first-instance judge) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (appeal judge) อาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

(1) ถ้าตัวผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัว หรือเป็นญาติโดยการสมรส ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่สมรสของคู่ความ นับได้ในลำดับชั้นของญาติที่เกิดจากญาติในลำดับชั้นต้น

รวมถึง:

การคัดค้านอาจกระทำได้ต่อศาลแม้ในกรณีที่มีการหย่าร้างหรือการตายของคู่สมรส ถ้าผู้พิพากษาเป็นญาติทางการสมรสกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนับได้ใน 2 ชั้น

(2) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง, ผู้ปกครอง(deputy guardian), ทรัสตี หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย ของบริษัทหรือ มีส่วนร่วมในการบริหารหรือการให้คำปรึกษา ซึ่งการมีส่วนร่วมของเขานั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวกับการฟ้องร้องและการต่อสู้คดีนั้น

(3) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเป็นญาติโดยการสมรส ในระดับชั้นที่ระบุไว้ข้างต้นกับ ผู้ใช้อำนาจปกครอง, ผู้ปกครอง(deputy guardian), ทรัสตี หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ ผู้บริหาร, ผู้อำนวยการ หรือผู้จัดการของบริษัท ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

(4) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส อยู่ในสถานะที่ไม่มีความเป็นอิสระในความสัมพันธ์ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(5) ถ้าผู้พิพากษาเคยมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นผู้พิพากษา อัยการ อนุญาตตุลาการ หรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย หรือถ้าเขาได้เบิกความในฐานะพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี

(6) ถ้ามีคดีที่อยู่ในระหว่างการต่อสู้คดีของ ผู้พิพากษา, คู่สมรส หรือ สมาชิกในครอบครัว หรือ เป็นญาติทางการแต่งงานในลำดับสายตรง กับ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สมรส หรือสมาชิกในครอบครัวหรือญาติทางการแต่งงานในสายเดียวกัน

(7) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาซึ่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้พิพากษา

(8) ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรส สมาชิกในครอบครัว หรือ ญาติทางการแต่งงาน ในลำดับสายตรงเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทที่มีปัญหาล้ำทับกับประเด็นพิพาทของคู่ความ

(9) ถ้ามีสิ่งที่ขัดแย้งร้ายแรงเพียงพอที่จะนำไปสู่การตั้งข้อสงสัยถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือคู่สมรสต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เราอาจแยกพิจารณาเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้เป็นสามประการคือ

3.4.1.1 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

การมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดระหว่างผู้พิพากษากับผู้เสียหายหรือจำเลยแบ่งได้เป็นสองลักษณะคือ

3.4.1.1.1 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับผู้เสียหายหรือจำเลย

การมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างผู้พิพากษาหรือคู่สมรสของผู้พิพากษากับผู้เสียหายหรือจำเลยในคดี หมายความว่า การมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือที่ในบทบัญญัติเรียกว่าเป็นสมาชิกในครอบครัว (family member) และนอกจากนั้นยังหมายความรวมถึงการมีความสัมพันธ์โดยการเป็นญาติทางการสมรส (relation by marriage) ด้วย ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการเป็นญาติทางการสมรสอันเป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษานี้ บังคับใช้แม้ในกรณีที่การสมรสนั้นขาดจากกันไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งความตายของคู่สมรสหรือการหย่าร้างก็ตาม

อย่างไรก็ดีถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิพากษาได้สวนเป็นคู่สมรสของพนักงานอัยการในศาลเดียวกันก็ตาม แต่ก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุที่จะแสดงถึงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้ เนื่องจากไม่ปรากฏว่าพนักงานอัยการซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้พิพากษาผู้นั้นได้เข้ามามีส่วนไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมในการดำเนินการอย่างใดๆ เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี¹²⁰

3.4.1.1.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่มีความใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

การมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่มีความใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลยนี้ได้แก่กรณีที่ถ้าผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือ ผู้ปกครอง หรือ เป็นทรัสตี (trustee) หรือ เป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัทที่เป็นคู่ความในคดี หรือมีส่วนร่วมในการบริหารหรือการให้คำปรึกษาของบริษัทที่เป็นคู่ความในคดีและต้องปรากฏว่ามีส่วนร่วมในการบริหารหรือให้คำปรึกษานั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวกับการฟ้องร้องและการต่อสู้คดีนั้น ตามมาตรา 668 (2)

นอกจากนั้นความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดนี้ยังหมายความถึงกรณีที่ผู้พิพากษาหรือคู่สมรส เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเป็นญาติโดยการสมรสกับ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง

¹²⁰ Code de procédure pénale 45ed dalloz, p. 886.

ทรัพย์สิน หรือที่ปรึกษาทางกฎหมายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ มีความสัมพันธ์กับผู้บริหาร, ผู้อำนวยการ หรือผู้จัดการของบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีนั้น ตามมาตรา 668(3)

นอกจากกฎหมายจะได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่ใกล้ชิดไว้โดยเฉพาะใน มาตรา 668 (2)และ(3) ดังกล่าวแล้ว แต่เพื่อเป็นการอุดช่องว่างในกรณีอาจมีข้อโต้แย้งว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายจะถือเป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา ได้หรือไม่ ในมาตรา668 (4) จึงได้บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือถ้าปรากฏว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งระหว่างผู้พิพากษาหรือคู่สมรส กับคู่ความในคดี จะมีผล หรือมีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นอิสระในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ก็ถือเป็นเหตุที่จะ คัดค้านผู้พิพากษานั้นได้

3.4.1.2 ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

การเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนอันเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้น ต้องปรากฏว่าผู้ พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีนั้นในฐานะเป็น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ อนุญาโตตุลาการ (arbitrator)หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมาย(counsel) ตามมาตรา 668(5)

อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีในสวนคดีแห่งนั้น จะไม่ถือเป็นเหตุ ในการคัดค้านผู้พิพากษตามมาตรา 668(5) เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ห้ามมิให้ผู้ พิพากษาที่ได้เคยตัดสินในสวนคดีแห่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ที่จะเข้าไปร่วมในการ พิจารณาคดีสวนอาญา ในคดีความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเดียวกันนั้น¹²¹

นอกจากนั้นการเคยเกี่ยวข้องกับคดีต้องหมายถึงคดีคราวก่อนกับคราวหลังเป็นคดี เดียวกันเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงการเป็นคู่ความเดียวกัน กล่าวคือ แม้ในคดีก่อนที่คู่ความ คนใดคนหนึ่งในคดีคราวหลังนี้จะได้ถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็นโทษกับตนโดยผู้พิพากษาคณ เดียวกันกับในคดีคราวหลังนี้ก็ตาม แต่ก็ไม่อาจใช้เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ ดังนั้นแม้ ปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่าผู้พิพากษาคณหนึ่งในศาลมัชฌิมโทซ (correctional court) ได้เคยมีส่วน ร่วมในการพิจารณาคดีที่มีผลเป็นโทษแก่จำเลย ไม่อาจใช้เป็นเหตุที่จะแสดงถึงความไม่เป็นกลาง ของผู้พิพากษาในอันที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนในมาตรา 6¹²²

¹²¹ Ibid, p. 886.

¹²² Ibid.

3.4.1.3 เหตุประการอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาไม่เป็นกลาง

การคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุประการอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาไม่เป็นกลางตามมาตรา 668(9) นี้ต้องปรากฏว่าเหตุดังกล่าวชัดเจนและร้ายแรงเพียงพอที่จะนำไปสู่ความสงสัยต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษานั้นได้ นอกจากนั้นเหตุสงสัยต่อความเป็นกลางนี้ยังหมายความว่ารวมถึงกรณีความไม่เป็นกลางของคู่สมรสของผู้พิพากษานั้นด้วย

ดังนั้นการวินิจฉัยว่าเหตุนั้นชัดเจนและร้ายแรงเพียงพอต่อความเป็นกลางหรือไม่นั้นจึงต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ดังนั้นแม้ตุลาการผู้แถลง (conseiller rapporteur) จะไม่ได้แจ้งให้คู่ความฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงรายงานความเห็นที่ตนได้ทำขึ้นก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นเหตุที่ร้ายแรงต่อการตั้งคำถามถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นตามมาตรา 668(9) ได้ ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บังคับให้ผู้พิพากษานั้นต้องให้ข้อมูลในรายงานความเห็นดังกล่าวกับผู้ใด¹²³

เหตุสงสัยต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษาเป็นเหตุเฉพาะตัว ดังนั้นในการพิจารณาโดยองค์คณะ ข้อสงสัยหรือข้อครหาต่อความเป็นกลางที่มีต่อผู้พิพากษาคณะใดคนหนึ่งของคณะนั้น ไม่อาจนำมาใช้กล่าวอ้างกับผู้พิพากษาผู้อื่นที่นั่งพิจารณาร่วมกันโดยปกติได้¹²⁴

3.4.2. กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้าน

กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญานั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตั้งแต่มาตรา 669-มาตรา 674-2 นอกจากนั้นในมาตรา 674-2 วรรค 2 ยังได้บัญญัติให้ใช้บทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา (recusal) ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนของแต่ละที่ 1 หัวข้อที่ 10 บทที่ 2 (Book I Title X chapter II) บังคับในกรณีที่ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาโดยอนุโลมด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

เมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษามาตรา 668(1) ถึง (9) ดังกล่าวเกิดขึ้นกับผู้พิพากษาศาลไต่สวน (investigating judge) ผู้พิพากษาศาลคดีอาญา (a police court judge)

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

ผู้พิพากษาศาลมณฑลมิสซอร์ (correctional court) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (appeal court) หรือศาลคดีอุกฉกรรจ์ (assize court) บุคคลที่อาจยกเหตุขึ้นขึ้นเพื่อใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาคณะดังกล่าวได้แก่ผู้ที่ถูกไต่สวนจากศาล (judicial examination) ผู้ถูกกล่าวหา จำเลย และคู่ความในคดี โดยต้องยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องอ้างเหตุแห่งโมฆะกรรมนั้นยื่นต่อประธานศาลอุทธรณ์ โดยในคำร้องนั้นต้องระบุชื่อของผู้พิพากษาผู้มีเหตุแห่งการคัดค้านนั้นและระบุเหตุแห่งการคัดค้าน รวมทั้งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาของตน¹²⁵

เมื่อประธานศาลอุทธรณ์ได้รับคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นแล้ว ก็จะประสานงานโดยทางบริหาร ไปยังผู้พิพากษาหัวหน้าศาล (presiding judge) ในศาลที่ผู้พิพากษาผู้ถูกคัดค้านนั้นประจำอยู่ คำร้องคัดค้านนั้นไม่นำมาซึ่งการเปลี่ยนตัวผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งการคัดค้านนั้น อย่างไรก็ตามภายหลังจากที่ได้ฟังความคิดเห็นจากพนักงานอัยการแล้วประธานศาลอุทธรณ์อาจสั่งให้พักการสืบพยาน (investigation) การพิจารณาคดี (hearing) หรือการพิพากษา (giving of judgement) ไว้ก่อน¹²⁶

นอกจากนั้นถ้าเห็นว่าเป็นการเหมาะสมจากคำแนะนำของพนักงานอัยการหรือจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎ (rules on the application) ประธานศาลอุทธรณ์อาจรับคำแถลงที่เกี่ยวกับคดี (statement of case) ของผู้ร้องเพิ่มเติม และยังหมายความว่ารวมไปถึงการรับคำแถลงจากผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นด้วย¹²⁷

สำหรับระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้น ผู้ที่จะใช้สิทธิคัดค้านนั้นต้องกระทำโดยทันทีภายหลังจากที่ได้ทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น ซึ่งการยื่นคำร้องคัดค้านจะกระทำได้จนกระทั่งถึงเวลาสิ้นสุดการสืบพยาน (the end of the oral argument)¹²⁸

ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาโดยทันทีภายหลังจากที่ได้รับสำเนาคำร้องคัดค้าน จนกว่าจะได้มีการวินิจฉัยคำร้องคัดค้านนั้นแล้ว อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน อาจมีการเสนอผู้พิพากษาผู้อื่นให้ทำหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาที่เป็นนั้นได้¹²⁹

¹²⁵ Article 669

¹²⁶ Article 670

¹²⁷ Article 671

¹²⁸ New Code of civil procedure Article 342

¹²⁹ New Code of civil procedure Article 346

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

3.4.3 การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

นอกจากการใช้สิทธิร้องคัดค้านผู้พิพากษาโดยคู่ความในคดีเมื่อปรากฏเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาได้แล้ว เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียและไม่มีอคติ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสยังได้บัญญัติไว้ถึงการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองไว้ในมาตรา 674 ด้วย

จากการศึกษาเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในประเทศต่างๆ แล้ว เราอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ทุกประเทศต่างได้มีการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศเยอรมนีนั้น ได้มีการคุ้มครองสิทธิของคู่ความนี้อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ กฎหมายได้บัญญัติแยกเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาออกจากกัน โดยในเหตุที่มีแนวโน้มและความเสี่ยงสูงต่อการเกิดความไม่เป็นกลางนั้น กฎหมายก็จะกำหนดเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษา นอกจากนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าในทุกประเทศต่างก็มีบทบัญญัติเรื่องการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

ดังนั้นในบทต่อไปจะได้ทำการศึกษาการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียของประเทศไทย ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองไว้เช่นไร และบทบัญญัตินั้นสอดคล้องกับหลักกฎหมายในต่างประเทศหรือไม่อย่างไร อันจะเป็นแนวทางในการปรับปรุงและสร้างความเชื่อมั่นของคู่ความและสังคมที่มีต่อความชอบธรรมและความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาในท้ายที่สุด