

เหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในประเทศไทย

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียในระบบกฎหมายของประเทศไทยว่ามีแนวความคิดเช่นไร โดยจะได้ศึกษาวิวัฒนาการแนวคิดดั้งเดิมตั้งแต่ครั้งอดีต นอกจากนั้นยังจะได้ศึกษาว่าสิทธิดังกล่าวได้ถูกรับรองไว้จากบทบัญญัติของกฎหมายใดบ้าง และในแต่ละบทบัญญัติมีเหตุเป็นอย่างไร มีขอบเขตหรือคำจำกัดความมากน้อยเพียงไร โดยจะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศตามที่ได้ศึกษาในบทข้างต้น และในท้ายที่สุดจะได้ศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นเพื่อหาข้อเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงหลักประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียในระบบกฎหมายไทยให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

4.1 แนวความคิดดั้งเดิมในระบบกฎหมายไทย

สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรมในประเทศไทยนั้นได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹ ซึ่งความเป็นธรรมจะเกิดขึ้นได้เมื่อการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาเป็นตามกฎหมายและตามความเป็นธรรมโดยปราศจากอคติทั้งสี่ประการ คือปราศจากความรัก โลภ โกรธ หลง โดยสิ่งดังกล่าวเป็นอุดมการณ์ที่สำคัญยิ่งของผู้พิพากษา ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ผู้พิพากษาทุกคนต้องถวายเป็นปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก่อนจะเข้าปฏิบัติหน้าที่²

โดยระบบการยุติธรรมของไทยในสมัยโบราณนั้น นอกจากจะให้ความสำคัญแก่ตัวบทกฎหมายที่บริสุทธิ์และความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอันจะล่วงละเมิดมิได้แล้ว ยังให้ความสำคัญต่อหลักจริยธรรมและจรรยาบรรณของผู้พิพากษาผู้มีอำนาจในการพิจารณาคดี ที่เรียกว่า

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 241 บัญญัติว่า " ในคดีอาญาผู้ต้องหาหรือจำเลยย่อมมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม"

² สันติ ทักกราล, "อุดมการณ์ผู้พิพากษา", วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, (2546), น. 235.

หลักอินทภาษ(ความเป็นกลางไม่เอนเอียง) เพราะแม้กฎหมายจะดีเพียงไรแต่ถ้าผู้ใช้กฎหมายไม่ดีแล้วก็ย่อมไม่อาจเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่สังคมได้³ และเพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าจะได้รับความยุติธรรมจากการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา⁴ นั้นเองผู้พิพากษาจึงต้องรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมตามหลักอินทภาษซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง อันได้รับอิทธิพลและความเชื่อมาจากหลักธรรมศาสตร์ โดยคำว่า “ อินทภาษ ” นั้นหมายถึง คำสอนของพระอินทร์อันถือเป็นคุณธรรมอันล้ำเลิศของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาผู้ที่ต้องทำการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี เพราะถ้าการทำหน้าที่ของผู้ที่เป็นตุลาการนั้นเป็นไปอย่างมีอคติในจิตใจ⁵ ไม่เป็นกลางพิพากษาตัดสินเข้าข้างใดข้างหนึ่งแล้วก็จะส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและความเป็นธรรมในสังคมได้

ซึ่ง หลักอินทภาษนี้ ประกอบไปด้วยหลัก 4 ประการ⁶ คือ

³ วินัย พงศ์ศรีเพียร, นิติปรัชญาไทย ประกาศพระราชปราชญ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549), น. 25. จากหลักฐานภายในของประมวลกฎหมายที่ชำระครั้งในสมัยรัชกาลที่ 1 แสดงว่าอินทภาษนั้นเป็นส่วนหนึ่งของเอกสารกฎหมายอยุธยามาแต่เดิม ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในการดำเนินคดีเพื่อบรรลุความยุติธรรมนั้นต้องเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบหลักในการพิจารณาตัดสินคดีทั้งสามประการ คือ พระธรรมศาสตร์ (ยึดตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด) หลักอินทภาษ(ความเป็นกลางไม่เอนเอียง) และพระมศักดิ์(การกำหนดโทษให้เป็นไปตามกฎหมาย) ซึ่งพระธรรมศาสตร์และพระมศักดิ์นั้นเป็นเรื่องที่กำหนดไว้เป็นรูปธรรม ไม่เป็นปัญหาในการเบี่ยงเบนความยุติธรรม แต่ความเป็นกลางของผู้พิพากษานั้นเป็นเรื่องนามธรรม เพราะขึ้นอยู่กับจิตสำนึกและอารมณ์ของผู้พิพากษาจึงอาจทำให้เบี่ยงเบนความยุติธรรมได้ง่าย โปรดดู เพ็งอึ้ง, น. 25-29

⁴ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยานิติศาสตร์ไพศาล, น. 33 -34.

⁵ สำหรับในส่วนทัศนะของนักปรัชญาในเรื่องเกี่ยวกับกิเลสหรืออคตินั้น โสกราเตส มีความเห็นว่า เนื่องจากมนุษย์ต่างคนต่างมีกิเลสที่แตกต่างกันไปทำให้ความคิดของแต่ละคนไม่เหมือนกัน ดังนั้นถ้ามนุษย์คิดไตร่ตรองโดยใช้เหตุผลและปราศจากกิเลสแล้วทุกคนก็จะพบความจริงตรงกัน โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 102.

⁶ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 เล่ม 1 มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง และโปรดดู สุจริต ถาวรสุข , “ อินทภาษคำกลอน ”, ตุลพาน, เล่มที่ 4 ปีที่ 7, (2503) น. 456-460.

ก. ฉันทาคติ คือ อคติหรือความลำเอียงอันเกิดจากความรักใคร่ชอบพอซึ่งเกิดจากสาเหตุต่างๆ เช่นเป็นญาติ หรือเพื่อนฝูง การลำเอียงเพราะรักใคร่พอใจแก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น อาจเกิดขึ้นได้หากว่าคู่ความที่เกี่ยวข้องในคดีเป็น ญาติกับตัวผู้พิพากษาหรือ คู่สมรสของผู้พิพากษา⁷ การลำเอียงเพราะรักนี้ยังรวมทั้งอามิสสินจ้าง รางวัลด้วยจึงตัดสินให้ฝ่ายที่ตนรักชนะคดี ความลำเอียงอาจเกิดจากความรักในกลุ่มชนเช่น กรณีลูกขุนที่เป็นคนดำในคดีนิโคมเป็นจำเลยก็อาจจะเข้าข้างจำเลยที่มีสีผิวเช่นเดียวกับตน ผู้พิพากษาที่มีเลือดเนื้อเชื้อไขชนชาติหนึ่งก็อาจจะตัดสินในคู่ความเชื้อชาติเดียวกับตนชนะคดี⁸

ความรักนั้นถือเป็นอคติอันสำคัญยิ่งที่จะส่งผลกระทบต่อความเป็นกลางและความเที่ยงธรรมในการพิจารณาตัดสินคดี เพราะถ้าหากผู้พิพากษา มีความรัก ความชอบในตัวคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วก็ย่อมมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยตัดสินคดีโดยเอนเอียงเข้าข้างไปยังคู่ความฝ่ายที่ตนมีความรู้สึกรักใคร่ชอบพอนั้น ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นแล้ว การพิจารณาพิพากษาก็จะไม่ได้ตั้งอยู่บนพยานหลักฐานในคดีความ แต่กลับจะไปตั้งอยู่บนอารมณ์ความรู้สึกของตัวผู้พิพากษาเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องตัดอคติในทางความรักนี้ออกไป เมื่อต้องทำการพิจารณาคดีใด ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่โดยปราศจากอคติย่อมไม่เอนเอียง ไม่เห็นแก่สินจ้างสินบน แม้ญาติพี่น้องหรือพวกพ้องเป็นคู่ความในคดีก็พิพากษาไปโดยยุติธรรมไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใด⁹

ข. โทษาคติ หรือ โทสาคติ คือ อคติหรือความลำเอียงอันเกิดจากความโกรธ ความเกลียดความโกรธ ความอาฆาตพยาบาทนั้นเป็นสาเหตุทำให้จิตเกิดความลำเอียงได้ บุคคลโดยทั่วไปเมื่อในจิตใจโกรธแค้นบุคคลใดแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกที่มีต่อบุคคลผู้นั้น ไม่ว่าจะเป็น การปรารภนาให้บุคคลผู้ที่ตนโกรธนั้นประสบกับเหตุการณ์ร้าย ไม่มีความสบายใจถ้าตัวผู้ที่เป็นตุลาการมีอคติอันเกิดจากความโกรธนี้อยู่ในจิตใจในเวลาที่จะต้องทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี การวินิจฉัยตัดสินคดี ก็มีแนวโน้มที่จะตัดสินไปในทางที่เป็นผลร้ายกับคู่ความฝ่ายที่

⁷ จิตติ ดิงศภัทิย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 141.

⁸ สติธย์ เล็งไธสง, จริยธรรมสำหรับนักกฎหมายตามแนวพระบรมราชาโชวาท, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2541) น. 29-30 .

⁹ หลวงสุทธิวาตนฤพุมิ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 48 ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าแม้ผู้พิพากษาจะพยายามทำตนให้มีความยุติธรรมไม่เอนเอียงได้ก็ตาม แต่ก็อาจได้รับความสงสัยและไม่ได้รับความเชื่อมั่นในความยุติธรรมจากคู่ความฝ่ายอื่นและจากสังคมได้

ตนมีความโกรธนั้น ดังนั้นความยุติธรรมก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยเพราะตัวตุลาการนั้นมิได้ตัดสินโดยอาศัย พยานหลักฐานข้อเท็จจริงในคดี แต่ตัดสินโดยมีอคติอันเกิดจากอารมณ์โกรธของตน ผู้พิพากษาจึงต้องทำหน้าที่โดยปราศจากโทษคดีนี้และพิจารณาพิพากษาไปด้วยความเป็นกลางและยุติธรรมถึงแม้จะปรากฏว่าคู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้ผิดใจกันอยู่ก่อนก็ไม่แก่งให้เป็นฝ่ายแพ้เพราะความโกรธ¹⁰

ค. ภยากติ คือ อคติหรือความลำเอียงอันเกิดจากความขลาดความกลัว ความกลัวในที่นี้ หมายถึง กลัวในอำนาจวาสนาของผู้มีอิทธิพล กลัวคือ ถ้าในคดีใดมีผู้มีอิทธิพล มีอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเกี่ยวข้องโดยตรงคือ การเป็นคู่ความในคดีเอง หรือ จะเกี่ยวข้องโดยทางอ้อมเช่น คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพรรคพวกของตนก็ดี ผู้ที่เป็นตุลาการนั้นก็อาจจะเกรงกลัวต่ออำนาจเหล่านั้น โดยเกรงว่าหากตนตัดสินไปในทางที่เป็นผลร้ายต่อผู้มีอำนาจนั้นแล้ว อาจจะส่งผลกระทบต่อตัวตุลาการผู้นั่นเองได้ ไม่ว่า จะเป็นการถูกฟ้องร้าย หรือจะกลัวว่าอาจไม่ได้รับการปูนบำเหน็จใดๆ ก็ตาม ดังนั้นการวินิจฉัยคดีจึงมีแนวโน้มที่จะตัดสินไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้มีอำนาจวาสนานั้น ผู้พิพากษาที่ปราศจากอคติข้อนี้ย่อมพิจารณาคดีด้วยจิตอันมั่นคง ไม่หวั่นไหวไม่กลัวภัยจากฝ่ายใด เช่นว่าเขาเป็นใหญ่เป็นคนสำคัญ ถ้าตัดสินให้แพ้จะเดือดร้อน แต่ต้องยึดสุจริตธรรมเป็นที่ตั้ง แล้วพิจารณาพิพากษาไปตามบทกฎหมาย¹¹

การเกรงกลัวที่จะต้องถูกปลดจากตำแหน่งย่อมเป็นวิธีการที่จะทำให้คำวินิจฉัยของผู้พิพากษาเอนเอียงไปจากความคิดเห็นอันแท้จริงของผู้พิพากษานั้นได้¹² ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า ถ้าตัวตุลาการคนใดมีอคติอันเกิดจากความกลัวนี้แล้ว ความเป็นธรรมในสังคมก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบุคคลผู้ด้อยโอกาสทางสังคม ที่มักจะถูกเอารัดเอาเปรียบจากบรรดาผู้ที่มีอำนาจในสังคมเสมอ ผู้พิพากษาที่ดีจึงต้องพิจารณาตัดสินคดีโดยไม่เกรงภัยไม่ว่า ใจทักหรือจำเลยจะเป็นผู้มียศศักดิ์ก็ตามดังนั้นถ้าตุลาการได้ทำหน้าที่โดยปราศจากอคติอันเกิดจากความกลัวนี้แล้ว ก็ย่อมเป็นที่พึงพิง และเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ผู้ด้อยโอกาสในสังคมได้

ง. โมหะคติ คือ อคติอันเกิดจากความหลง ความหลงในที่นี้ หมายถึง หลงในลาภยศเงินทอง กลัวคือ เมื่อคู่ความฝ่ายใดได้เสนอข้อตอบแทนการตัดสินคดีที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายตนด้วยการเสนอ เงินสินบน หรือ การปูนบำเหน็จในตำแหน่งหน้าที่การงานให้กับตุลาการผู้นั้น ถ้าตัวตุลาการผู้นั้นเห็นแก่อำิสสินจ้าง เห็นแก่ลาภยศเงินทองที่ตนจะได้รับ การวินิจฉัยคดีก็ย่อมโน้ม

¹⁰ เพิ่งอ้าง.

¹¹ เพิ่งอ้าง.

¹² พระยานิติศาสตร์ไพศาล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 31.

เอียงไปในทางที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายที่เสนอผลประโยชน์หรืออามิสสินจ้างนั้น ความยุติธรรมที่พึงมีก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ และถ้าผู้พิพากษาเห็นความสำคัญทางวัตถุหรือลาภยศมากกว่าความบริสุทธิ์ยุติธรรมทางจิตใจแล้ว ไม่ใช่เฉพาะแต่ตัวผู้พิพากษาเท่านั้นที่เดือดร้อน แต่ประชาชนทั้งหลายก็ย่อมเดือดร้อนไปด้วย¹³

จากหลักอินทภาษหรือหลักความเป็นกลางไม่เอนเอียงดังกล่าวข้างต้น เราอาจกล่าวได้ว่าเมื่อวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นคือ การค้นหาความจริงในคดี ซึ่งไม่ว่าผู้พิพากษาผู้ใดมาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากอคติแล้ว ย่อมได้ผลของความจริงในคดีที่ตรงกัน แต่ถ้าตัวผู้พิพากษาศาลการผู้ใดได้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีโดยมีอคติเกิดขึ้นในจิตใจของตนแม้แต่ประการใดประการหนึ่ง ความยุติธรรมก็ย่อมสูญเสียไปอย่างแน่นอน รวมทั้งความเชื่อมั่น ความศรัทธาต่อกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะองค์การตุลาการก็ย่อมเสียไป ดังมีคำกล่าวว่า ถ้าเราไม่มีความเชื่อมั่นใน บุรณภาพ ปัญญา คำพิพากษาที่ดี และความบริสุทธิ์ยุติธรรมของผู้พิพากษาแล้ว ถือว่าเราสูญเสียอย่างที่สุด¹⁴

แต่ถ้าหากผู้พิพากษาได้ทำหน้าที่อย่างเป็นกลาง เที่ยงธรรม ปราศจากอคติใดๆทั้งสิ้น โดยวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบกับพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในคดี ย่อมทำให้คู่ความในคดีและสังคมมีความเชื่อมั่นและมีความศรัทธาต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของผู้พิพากษา อันจะส่งผลในท้ายที่สุดต่อการอำนวยความยุติธรรมและการรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดอคติดังกล่าวเกิดขึ้นในการพิจารณาพิพากษาคดี จึงต้องมีการประกันความยุติธรรมให้คู่ความให้ได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียไว้โดยกฎหมาย โดยการกำหนดลักษณะบางประการอันอาจทำให้ผู้พิพากษาเกิดอคติและความไม่เป็นกลางขึ้น เพื่อมิให้ผู้พิพากษาที่มีลักษณะดังกล่าวนั้นมีส่วนในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งจะได้ทำการพิจารณาในหัวข้อต่อไป

4.2 เหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา

ดังที่ได้ทำการพิจารณาในเบื้องต้นถึงสิทธิของจำเลยในคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 241 ที่มีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม ซึ่งความเป็น

¹³ ศิริชัย ศิริชื่นวิจิตร, "ปัญหาศรัทธาต่อผู้พิพากษา", อุลพาณ, เล่มที่ 4 ปีที่ 40 (กรกฎาคม-สิงหาคม, 2536), น. 82.

¹⁴ H. Richard Uviller, Virtual Justice, (Yale University Press, 1996), p. 279.

ธรรมจะเกิดขึ้นได้ เมื่อการพิจารณาพิพากษาคดีได้กระทำโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสีย และปราศจากอคติสี่ประการ ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27¹⁵ จึงได้บัญญัติถึงการที่คู่ความในคดีอาจใช้สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาหรือที่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกว่าการตั้งรังเกียจผู้พิพากษาได้ ซึ่งการประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางโดยการกำหนดเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในส่วนของกฎหมายไทยนั้น มิได้เป็นเรื่องใหม่แต่อย่างใด เพราะได้มีการรับรองไว้ตั้งแต่อดีตแล้ว โดยมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายสมัยอยุธยา คือ พระอัยการลักษณะตระลาการ มาตรา 113¹⁶

โดยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27 ได้บัญญัติให้การตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในคดีอาญาเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในมาตรา 11 ดังนั้นเราอาจแยกพิจารณาเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ดังนี้

4.2.1 ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี

การมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีของผู้พิพากษานั้นเราอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27 บัญญัติว่า " ผู้พิพากษาในศาลใดซึ่งชำระคดีอาญา จะถูกตั้งรังเกียจตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ในเรื่องนั้นก็ได้ "

นอกจากนั้นสิทธิในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีอาญายังได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 ด้วย ซึ่งได้บัญญัติให้คู่ความมีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาผู้ได้รับเลือกให้เป็นองค์คณะผู้พิพากษาเนื่องจากมีเหตุอันจะคัดค้านผู้พิพากษาได้ และให้ใช้บทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

¹⁶ หลวงสุทธิวาทหนฤตม์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 53. ซึ่งในพระอัยการลักษณะตระลาการ มาตรา 113 มีใจความโดยสรุปว่าถ้าโจทก์หรือจำเลยเป็นญาติพี่น้องของผู้พิพากษาห้ามมิให้ผู้พิพากษานั้นรับคดีไว้พิจารณาด้วยตนเอง

4.2.1.1 ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดี

แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(1) จะไม่ได้บัญญัติไว้ถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ถ้อยคำที่ว่า “ผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับอยู่ในคดี” ย่อมหมายความว่ารวมถึงการที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีนั้นด้วย¹⁷ ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายสากลที่ว่า บุคคลไม่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเองได้ (No man can be judge in his own cause)¹⁸

โดยความหมายของคำว่า เป็นผู้เสียหายในคดีนั้น คงต้องหมายถึงกรณีที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายโดยตรงในคดีนั้นเท่านั้น ซึ่งเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีนี้ถือเป็นเหตุที่กฎหมายในแต่ละประเทศได้บัญญัติให้เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาได้ แต่สำหรับในส่วนของประเทศเยอรมนีแล้ว การที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดีเสียแล้วนั้นถือเป็นเหตุแห่งการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาเสียเลยทีเดียว

4.2.1.2 ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี

เมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในผลแห่งคดีนั้นก็ก็เป็นเหตุที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้เช่นเดียวกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(1) ซึ่งเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายสากลที่ว่าเมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียในผลของคดีใดเขาไม่สามารถทำหน้าที่ในการตัดสินคดีนั้นได้ไม่ว่าจะโดยส่วนตัวหรือโดยหน้าที่ (Where a judge is interested in the result of the cause , he cannot either personally or by deputy sit in the judgement upon it)¹⁹

¹⁷ ซึ่งการตีความบทบัญญัติของกฎหมายไปในทำนองดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นการขัดต่อหลักการตีความกฎหมายอาญา เพราะมิใช่เป็นการตีความโดยการเทียบเคียง(analogy) แต่อย่างใด แต่เป็นการตีความโดยการขยายความ(extensive interpretation) เพื่อหาความมุ่งหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา คือ การประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย

¹⁸ Herbert Broom , Legal Maxims, 10th ed. , (London, Sweet and Maxwell Ltd. , 1939) , p. 68.

¹⁹ *Ibid* , p. 69.

สำหรับการคัดค้านเพราะเหตุที่ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดีนี้เมื่อทำการพิจารณาเปรียบเทียบเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ระหว่างกฎหมายไทย กับ เหตุคัดค้านผู้พิพากษตามกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ซึ่งก็ได้ รับรองการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้ไว้ และได้จำกัดความคำว่าการมีส่วนได้เสียใน คดีว่าต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นโดยตรงและส่วนได้เสียนั้นต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุและไม่ใช่ การคาดหมายว่าจะมีส่วนได้เสีย

4.2.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

4.2.2.1 มีความสัมพันธ์เป็นญาติกับผู้เสียหายหรือจำเลยในคดี²⁰

การมีความสัมพันธ์ในทางญาติระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นอาจ แยกพิจารณาได้ดังนี้

4.2.2.1.1 เป็นผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดาน

เหตุคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายหรือจำเลยใน ลักษณะที่เกี่ยวข้องเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานนี้ไม่ว่าจะเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานในชั้นใดๆ กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่ากับฝ่ายผู้เสียหายหรือจำเลยก็ตาม ก็ถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้ พิพากษา ซึ่งการเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานนั้นน่าจะจะต้องถือตามความเป็นจริง เนื่องจากใน บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(2) ใช้คำว่า"บุพการีและ ผู้สืบสันดาน" ซึ่งเราอาจตีความโดยอาศัยหลักการตีความตามความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของ ตัวบทกฎหมายได้ ซึ่งเมื่อเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา นั้นคือการประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและ ไม่มีส่วนได้เสีย ดังนั้นเมื่อมีข้อเท็จจริงที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้ พิพากษาแล้ว ย่อมถือเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ กล่าวคือ การมีความสัมพันธ์เป็นผู้บุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่ก็ย่อมมีความผูกพันทางจิตใจอันอาจ ทำให้ผู้พิพากษามีความเสี่ยงและมีแนวโน้มที่จะเกิดชนวนอคติและความไม่เป็นกลางในการ พิจารณาคดีได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(2)

พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย ดังนั้นจึงสมควรตีความหมายของการเป็นผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานให้หมายความตามความเป็นจริง²¹

สำหรับในส่วนของกฎหมายต่างประเทศแล้ว การมีความสัมพันธ์ระหว่างผู้พิพากษากับผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน แต่สำหรับในส่วนของประเทศเยอรมนีแล้วการเป็นผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานนี้ถือเป็นเหตุตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี

4.2.2.1.2 การเป็นญาติทางสายโลหิต

ความสัมพันธ์ในทางญาติอีกลักษณะหนึ่งที่เป็นเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้แก่ กรณีที่เป็นญาติทางสายโลหิตหรือที่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรียกว่าเป็นญาติพี่น้องหรือเป็นลูกพี่ลูกน้อง ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะไม่หมายความรวมถึงทุกลำดับชั้นอย่างเช่นในกรณีของการเป็นผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดาน แต่จะนับเพียงสามชั้นเท่านั้น ความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นญาติพี่น้องนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างแน่ชัดว่าสำหรับการนับลำดับญาติในลำดับ 3 ชั้นนั้นหมายความว่าถึงบุคคลใดบ้าง รวมถึงในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2529 ก็ไม่ได้บัญญัติความหมายในข้อนี้ด้วย แต่เราอาจเทียบเคียงได้จากการตีความตามกฎหมายแพ่งซึ่งนับจากตัวผู้พิพากษาขึ้นไปสามชั้นได้แก่ ทวด ปู่ ย่า ตา ยาย บิดา และมารดา และนับลงมาอีกสามชั้นได้แก่ ลูก หลาน เหลน ซึ่งญาติทางสายโลหิตกับบุคคลดังกล่าวย่อมถือเป็นญาติพี่น้องในลำดับสามชั้นที่เป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา

การคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุเป็นญาติทางสายโลหิตในลำดับสามชั้นนี้เมื่อทำการเปรียบเทียบกับในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา และได้กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมของตุลาการแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (ABA Code of Judicial Conduct) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในส่วนของคำปรารภว่า ญาติในลำดับ 3 ชั้น หมายถึง ทวด ปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา ลุง ป้า พี่ชาย พี่สาว ลูก หลาน เหลน

4.2.2.1.3 เป็นญาติทางการแต่งงาน

นอกจากการมีความสัมพันธ์เป็นญาติทางสายโลหิตที่อาจทำให้ผู้พิพากษาถูกคัดค้านได้แล้ว ยังมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นญาติอีกประการหนึ่งซึ่งผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้แก่การเป็นญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงาน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

²¹ ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการตีความไปในทำนองเดียวกับกรณีของผู้บุพการีและผู้สืบสันดานที่มีอำนาจจัดการแทนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ผู้บุพการี และผู้สืบสันดานถือตามความเป็นจริง

แพ่งมาตรา 11(2) ตอนท้าย ซึ่งการเป็นญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงานนั้นไม่ได้นับสามชั้นเหมือนอย่างเช่นในกรณีของการเป็นญาติร่วมสายโลหิต แต่จะนับเพียงสองชั้นเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อผู้พิพากษาได้ทำการสมรส ญาติโดยสายโลหิตนับได้ในสองชั้นของคู่สมรสของผู้พิพากษานั้น อันได้แก่ ปู่กับย่าหรือตากับยาย และพ่อกับแม่ ลูก และ หลานของคู่สมรส ก็จะนับเป็นญาติเกี่ยวพัน โดยการแต่งงานกับตัวผู้พิพากษานั้นถือเป็นเหตุที่ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ ซึ่งการสมรสนั้นคงต้องหมายความถึงการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตามมีข้อน่าสังเกตว่าการมีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยการสมรสนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติไว้ถึงกรณีที่มีการสมรสขาดจากกันไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งการหย่าหรือการเสียชีวิตของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะยังคงถือเป็นญาติทางการสมรสของผู้พิพากษาต่อไปอีกหรือไม่ เพราะน่าจะต้องถือว่าความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษานั้นถือเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษายังคงมีอยู่

แต่ในส่วนกฎหมายต่างประเทศนั้น กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าการนับญาติทางการแต่งงานนั้นรวมถึงในกรณีที่คู่สมรสตายหรือมีการหย่าร้างด้วย กล่าวคือ การเป็นหรือเคยเป็นคู่สมรส ก็เป็นเหตุที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ ดังนั้นแม้การสมรสจะขาดไปเพราะเหตุแห่งการหย่าหรือคู่สมรสเสียชีวิตก็ยังคงถือว่ามีความสัมพันธ์เป็นญาติทางการสมรสอยู่ นอกจากนั้นกฎหมายของประเทศเยอรมนีก็ยังได้บัญญัติถึงเหตุตัดผู้พิพากษาเพราะเหตุที่ผู้พิพากษาเคยเป็นญาติทางการแต่งงานนี้ไว้ด้วย²²

4.2.2.1.4 การมีความสัมพันธ์ในทางญาติในกรณีอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลาง

นอกจากความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นญาติระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความในคดีอันถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาดังที่เราได้ทำการพิจารณาข้างต้นแล้วนั้น อย่างไรก็ตามถึงแม้ผู้พิพากษาจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีเลยก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็อาจถูกคัดค้านได้ถ้าปรากฏว่า คู่สมรสหรือญาติทางสายโลหิตของผู้พิพากษาในคดีดังกล่าว มีคดีพิพาทอีกคดีหนึ่งกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีหรือกับญาติทางสายโลหิตของ

²² การที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดให้กรณีการเคยเป็นญาติทางการแต่งงานนี้เป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเพราะพื้นฐานทางวัฒนธรรมด้านครอบครัวของประเทศไทยที่มีความรักความผูกพันระหว่างคู่สมรสมาก ทำให้ในอดีตปัญหาการหย่าร้างมีน้อย ดังนั้น กรณีการเคยมีความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นญาติทางการแต่งงานนี้จึงไม่ค่อยเกิดขึ้นเหมือนในต่างประเทศ

คู่ความผู้นั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(6) เพราะกรณีดังกล่าวนี้ย่อมมีความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะไม่เป็นกลางและเกิดโทษคดีได้

ซึ่งเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเพราะตัวผู้พิพากษาหรือญาติของผู้พิพากษามีคดีพิพาทกับคู่ความหรือญาติในคดีปัจจุบันนี้ถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน

4.2.2.2 มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายหรือจำเลย

ความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่นๆที่ไม่ใช่ญาติทางสายโลหิตและทางการแต่งงานอันเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานี้ ต้องเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่มีความใกล้ชิดและมีความเสี่ยงต่อการเกิดอคติและความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาได้ ซึ่งเราอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.2.2.2.1 ผู้พิพากษาเป็นเจ้านั้นหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²³

การที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีในฐานะเป็นเจ้านั้นหรือลูกหนี้หรือเป็นนายจ้างของถือเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาได้เช่นเดียวกัน เพราะถือว่ามีความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติและไม่เป็นกลางได้ ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้ในประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนเหมือนดังเช่นในประเทศไทย โดยบัญญัติไว้แต่เพียงกว้างๆว่า เมื่อผู้พิพากษาอยู่ในสถานะที่ไม่มีความเป็นอิสระเพราะการมีความสัมพันธ์ในลักษณะในลักษณะหนึ่งกับคู่ความก็ถือเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาได้

4.2.2.2.2 ผู้พิพากษาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือเป็นตัวแทนของฝ่ายผู้เสียหายหรือจำเลย²⁴

การที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายหรือจำเลยในฐานะที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมนี้ถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากมีความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติและความไม่เป็นกลางได้ ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้ ในประเทศฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติให้เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาด้วยเช่นเดียวกัน แต่ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมถึงกรณีที่คู่สมรสของผู้พิพากษาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่ความในคดีด้วย

แต่สำหรับในประเทศเยอรมนีแล้ว การที่ผู้พิพากษาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่ความในคดีนั้นถือเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นยังหมายความว่ารวมถึงกรณีที่คู่สมรสของผู้พิพากษาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมด้วย นอกจากนั้นยังหมายความว่ารวมถึงกรณีที่เคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมด้วย

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(7)

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(4)

4.2.2.2.3 ผู้พิพากษาเคยเป็นทนายความของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี²⁵

สำหรับกรณีผู้พิพากษาเคยเป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีมาแล้วนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยประมวลจริยธรรมของตุลาการแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกันก็ได้บัญญัติถือเป็นเหตุที่ผู้พิพากษาควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี

4.2.3 ผู้พิพากษามีส่วนเกี่ยวข้องกับคดี

4.2.3.1 ผู้พิพากษาเป็นพยานในคดี²⁶

เมื่อผู้พิพากษามีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีในฐานะที่ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานไม่ว่าจะเป็นพยานที่ได้รู้ได้เห็นเหตุการณ์ด้วยตนเองหรือโดยเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้นก็เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้²⁷ เพราะเหตุที่ว่ากรณีที่ผู้พิพากษามีความรู้ ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งด้วยตนเองโดยที่ความรู้นั้นเกิดขึ้นมาจากการที่ตนได้ประสบพบเห็นเหตุการณ์ด้วยตนเอง ย่อมจะส่งผลกระทบต่อคติ หรือความเป็นกลางในการวินิจฉัยคดี กล่าวคือ ย่อมมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยคดีไปตามความรับรู้ของตนเอง หรือที่เรียกว่าเป็นการพิจารณาอย่างมีอัตวิสัย (subjective) แต่โดยหลักแล้วการพิจารณาคดีนั้นต้องกระทำอย่างมีภาวะวิสัย (objective)

4.2.3.2 ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว²⁸

การที่ผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนโดยเป็นผู้พิพากษาที่ได้เคยทำหน้าที่พิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้วย่อมเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาได้เนื่องจากการได้เคยมีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีมาก่อนแล้วย่อมมีความเสี่ยงต่อการที่ผู้พิพากษาจะทำการพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยอาศัยการรับรู้ข้อเท็จจริงจากการพิจารณาคดีคราวก่อน แต่อย่างไรก็ตาม

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(5)

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(3)

²⁷ การทำหน้าที่ให้การเป็นพยานนี้ ศาสตราจารย์ คณิต ณ นคร เห็นว่าต้องมาก่อนการทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาเสมอ โปรดดูคณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) , น. 92.

²⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(5)

ในกรณีการพิจารณาคดีในศาลอื่นมาก่อนแล้ว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าผู้พิพากษาที่ได้นั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลชั้นต้นมาก่อน ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า การเคยพิจารณาคดีในศาลอื่นมาแล้ว ดังนั้นจึงไม่ถือเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้²⁹

โดยคำว่าคดีเดียวกันนั้น ไม่หมายความว่ารวมไปถึงการเป็นแต่เพียงคู่ความเดียวกันเท่านั้น แต่ศาลฎีกาแปลความหมายของคำว่าคดีเดียวกันหมายถึงเรื่องที่พิพาทกัน³⁰ กล่าวคือ เรื่องที่พิพาทกันในคดีก่อนต้องมีประเด็นไม่ว่าจะในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเป็นอย่างเดียวกันกับในคดีปัจจุบัน

การมีส่วนเกี่ยวข้องในคดีในฐานะที่ผู้พิพากษาเคยทำหน้าที่พิจารณาคดีเดียวกันนี้ในศาลอื่นมาแล้วถือเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน แต่สำหรับในประเทศไทยกรณีนี้แล้วการเคยมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีครั้งก่อนนั้นถือเป็นเหตุตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี

²⁹ ฎ. 1111/2479 ผู้ที่นั่งในศาลชั้นต้นในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายแล้วมาพิจารณาคดีนั้นในศาลอุทธรณ์ในฐานะผู้พิพากษาก็ได้ ไม่ต้องด้วยข้อห้ามตาม มาตรา 11(5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าถ้าเป็นกรณีในคดีอาญาน่าจะต้องถือว่าเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาได้เพราะถือว่าผู้พิพากษานั้นได้เคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนแล้ว และการกระทำความผิดมีส่วนในการค้นหาข้อเท็จจริง โปรตดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ "การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน" ดุลพาน เล่ม 2 ปีที่ 52 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548), น. 223

³⁰ ฎ. 43/2538 คดีก่อนโจทก์ผู้ร้องสอดพิพาทกันเกี่ยวกับเรื่องขอตั้งผู้จัดการมรดกของเจ้ามรดก คดีนี้พิพาทกันเกี่ยวกับทรัพย์มรดกของเจ้ามรดก คดีทั้งสองเพียงแต่เกี่ยวข้องกัน แต่ไม่ใช่คดีเดียวกัน โจทก์จะยกขึ้นมาเป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(5) ไม่ได้ โดยในคำพิพากษานี้เป็นคำพิพากษาในเรื่องทางแพ่ง แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ในทางอาญาได้ เพราะถึงแม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายบัญญัติบังคับไว้ในระหว่างคดีอาญากับคดีอาญาด้วยกันเองนั้น จะต้องฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติผูกพันกันด้วยก็ตาม แต่ถ้าผู้พิพากษาในคดีคราวก่อนกับคดีคราวหลังนี้เป็นบุคคลเดียวกันแล้วย่อมเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงการรับรู้ข้อเท็จจริงในคราวแรกมาปรับใช้กับในคดีคราวหลังนี้ซึ่งย่อมทำให้เกิดอุปสรรคต่อการพิจารณาพิพากษาอย่างเป็นภาวะวิสัยได้

4.2.4 เหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษา

นอกจากเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(1)-(7) แล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านเพราะเหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12³¹ จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ แสดงว่าเหตุคัดค้าน ตามมาตรา 12 นี้ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

- 1) คดีนั้นมียกคดีคณะผู้พิพากษาเพียงคนเดียว และ
- 2) มีเหตุใดเหตุหนึ่งตาม มาตรา 11 หรือ เหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป

จากบทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติให้การคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางเพราะหรือมีเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงต่อความไม่เป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่คดีนั้นมียกคดีคณะผู้พิพากษาเพียงนายเดียว แสดงว่า ถ้าคดีนั้นมียกคดีคณะผู้พิพากษหลายคนแล้ว ถึงแม้จะปรากฏเหตุอันมีสภาพร้ายแรงต่อการเสียความยุติธรรมดังกล่าว ก็ไม่ถือเป็นเหตุคัดค้านแต่อย่างใด สำหรับเหตุผลในเรื่องดังกล่าวนี้ อาจเนื่องเพราะว่า ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นเหตุเฉพาะตัว และในคดีที่มีองค์คณะผู้พิพากษหลายคน แม้คนใดคนหนึ่งจะมีพฤติการณ์อันมีสภาพร้ายแรงต่อการเสียความยุติธรรมไปนั้น ก็ยังมีผู้พิพากษาในองค์คณะนั้นผู้อื่นที่จะยังสามารถประกันความยุติธรรมและความเป็นกลางให้กับคู่ความในคดีได้ แต่เมื่อได้พิจารณาให้ดีแล้ว จะเห็นได้ว่าถ้าหากผู้พิพากษามีพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นผู้พิพากษามีอาวุโสกว่าผู้พิพากษาอื่นในองค์คณะนั้น การพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคณะดังกล่าวก็อาจมีแนวโน้มที่จะมีอิทธิพลต่อการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคณะอื่นที่เหลือได้ และจากที่เราได้เคยทำการพิจารณาไว้ก่อนแล้วในส่วนของบทที่ 2 ในเรื่องหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (rule of natural justice) หลักหนึ่งที่ว่า คนหนึ่งมีอคติ ทุกคนมีอคติ (one bias, all bias)

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 12 บัญญัติว่า “ เมื่อศาลใดมีผู้พิพากษาแต่เพียงคนเดียว ผู้พิพากษานั้นอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตราก่อนนั้นได้หรือด้วยเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป “

ดังนั้นเมื่อผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในองค์คณะมีพฤติการณ์ที่ไม่เป็นกลางแล้ว ความเป็นกลางและความเที่ยงธรรมในคำวินิจฉัยอย่างใดๆ ของศาลนั้นก็คงต้องถูกตั้งข้อสงสัยอย่างแน่นอน

สำหรับในส่วนของประเทศฝรั่งเศสนั้นเหตุคัดค้านเพราะเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงนั้น ก็ไม่ได้บัญญัติให้แยกกรณีคดีที่มีองค์คณะคนเดียวหรือหลายคนไว้จากกัน กล่าวคือในคดีที่มีองค์คณะหลายคน เมื่อผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งมีลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดีเกิดขึ้นแล้วไม่ว่าจะด้วยเหตุประการใดประการหนึ่ง ผู้พิพากษานั้นก็ถือว่าไม่มีคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่เข้าร่วมพิจารณาพิพากษาในองค์คณะนั้น หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านที่เป็นเหตุส่วนตัวของผู้พิพากษาผู้ใดแล้ว ผู้พิพากษานั้นย่อมถูกคัดค้านได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าคดีนั้นประกอบด้วยองค์คณะผู้พิพากษากี่คน

อีกประเด็นหนึ่งที่สมควรได้รับการพิจารณาคือ เหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปนั้น ควรเป็นเหตุอะไรบ้าง เพราะถ้าเปิดโอกาสให้มีการตีความอย่างกว้างขวางเกินไปก็ย่อมเป็นช่องทางในการประวิงคดีของคุณความได้ ซึ่งเมื่อเราได้ทำการเทียบเคียงกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนีแล้ว อาจได้แก่ เหตุที่ผู้พิพากษาได้เคยกล่าวล่วงหน้าหรือแสดงท่าทีให้เป็นที่เข้าใจว่าศาลจะพิพากษาให้เป็นคุณแก่ฝ่ายใด ไม่ว่าจะได้กล่าวในเวลาให้สัมภาษณ์ หรือในเวลาบรรยายตามสถานที่ต่างๆ ก็ตาม เพราะถึงแม้จะมีข้อที่อาจทำให้ผู้พิพากษาเปลี่ยนความเห็นได้ก็ตาม แต่ก็ถือว่ามีความเสี่ยงที่ผู้พิพากษาจะยืนยันตามความเห็นที่ได้แสดงออกมานั้น โดยเหตุนี้จึงถือกันว่าผู้พิพากษาไม่ควรแสดงความเห็นในข้อกฎหมายเกี่ยวกับคดีถึงแม้จะยังไม่เกิดแต่อาจเกิดในศาลใดศาลหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามการแสดงความเห็นเกี่ยวกับคดีนี้ไม่หมายความว่ารวมไปถึงการแสดงความเห็นในข้อกฎหมายในกรณีการสอนกฎหมายตามปกติ³²

ดังนั้นเมื่อได้ทำการเปรียบเทียบในส่วนของรูปแบบและเนื้อหาในการกำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในส่วนของกฎหมายไทยกับต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกัน แต่อาจมีข้อแตกต่างกันไปบ้างในบางประเด็น ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับพื้นฐานและวัฒนธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดีเมื่อได้ทำการเปรียบเทียบกับ

³² จิตติ ติงศภัทิย์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 132-133. ซึ่งการมีทัศนคติ(Attitude) ในทางใดทางหนึ่งไม่ว่าบวกหรือลบแล้ว อาจทำให้เกิดความเชื่อมั่น ปักใจตามทัศนคติของตน และจะกลายเป็นเรื่องที่มีอคติ มีจิตใจโน้มเอียงหรือลำเอียงไปตามทัศนคติของตนและอาจทำให้ได้รับความจริงที่คลาดเคลื่อนไป โปรดดู สุพิศ ประณีตพลกรัง, หลักการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประยูรวงศ์, 2533), น. 59

กฎหมายของประเทศเยอรมนีแล้วนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีได้มีการประกันสิทธิของคู่ความไว้อย่างเคร่งครัดกล่าวคือ ในกรณีที่ความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษานั้นมีอยู่สูง และเหตุดังกล่าวนี้เป็นเหตุที่มีอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายได้กำหนดให้เป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้นมิให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่ต้องให้เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาแต่อย่างใด กล่าวคือ การตัดผู้พิพากษาออกจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นไปโดยผลของกฎหมาย

4.3 กระบวนพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้าน

4.3.1 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้าน

การคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นการกระทำโดยคู่ความผู้มีส่วนได้เสียในคดี และถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนพิจารณาคดีในศาล³³ ซึ่งคู่ความในคดีอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาได้เมื่อปรากฏว่าผู้พิพากษาผู้ที่จะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีเหตุแห่งการคัดค้านในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ถึงมาตรา 15

กล่าวคือ เมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 หรือ มาตรา 12 คู่ความในคดีมีสิทธิที่จะยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อคัดค้านมิให้ผู้พิพากษานั้นทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของตนได้คู่ความที่เกี่ยวข้องอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล ซึ่งความหมายของคำว่า " คู่ความ " ตามมาตรา 11(2),(4),(6),(7) นั้นไม่หมายความรวมไปถึงพนักงานอัยการ เนื่องจากอัยการไม่ถือเป็นคู่ความในทางเนื้อหา แต่ถือเป็นเพียงคู่ความตามแบบพิธีเท่านั้น³⁴

³³ ทวี ประจวบลาภ, "โครงสร้างคณะกรรมการตุลาการ(ก.ต.) กับความเป็นอิสระและการควบคุมตรวจสอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของราชการตุลาการ" บทบัญญัติ, เล่ม 53 ตอน 3 (กันยายน, 2540), น. 124.

³⁴ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 92.

4.3.2 ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้าน

ซึ่งเมื่อคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะใช้สิทธิในการคัดค้าน จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือการคัดค้านนั้นต้องทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล ซึ่งระยะเวลา ในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่า คู่ความฝ่ายนั้นได้ทราบเหตุคัดค้านเมื่อใด โดยที่ถ้าได้ ทราบก่อนวันสืบพยาน ก็ต้องยื่นคำร้องก่อนวันสืบพยานนั้น หรือถ้าทราบในระหว่างพิจารณา ก็ ต้องยื่นคำร้องก่อนวันเริ่มสืบพยานครั้งต่อไป³⁵ ซึ่ง ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยโดยวางหลักไว้ว่า อย่าง ชาติที่สุดต้องยื่นคำร้องคัดค้านดังกล่าวก่อนที่จะเสร็จสิ้นการพิจารณา³⁶

ผลที่ตามมาภายหลังจากที่ได้มีการยื่นคำร้องคัดค้าน³⁷ กฎหมายได้บัญญัติให้ศาลต้อง งดกระบวนการพิจารณาทั้งปวงไว้ก่อน จนกว่าจะได้มีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นแล้ว อัน เนื่องมาจากหลักที่ว่า คุณค่าของการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ขึ้นอยู่กับว่ากระบวนการพิจารณา นั้นได้กระทำภายใต้ความยุติธรรมหรือไม่³⁸ กล่าวคือ เมื่อมีกรณีที่น่าจะกระทบต่อความยุติธรรมแล้ว กรณีดังกล่าวก็สมควรที่จะได้รับการพิจารณาก่อน เพราะถ้าไม่เช่นนั้นแล้วความถูกต้องของ

³⁵ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 (2)

อนึ่งในมาตรา 16 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความ อาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ใช้สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านก่อนเริ่ม การไต่สวนพยานหลักฐาน ซึ่งถ้าหากได้เริ่มการไต่สวนพยานหลักฐานไปแล้ว ก็ไม่อาจยื่นคำร้องได้ เว้นแต่ผู้คัดค้านจะสามารถแสดงต่อศาลได้ว่ามีเหตุสมควรทำให้ไม่สามารถคัดค้านได้ก่อนหน้านี้

³⁶ ฎ. 639/2480 การคัดค้านผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์นั้น ถ้าคู่ความได้ทราบเหตุที่เพิ่ งคัดค้านได้ในระหว่างพิจารณา โดยคดีนั้นได้มีการแถลงการณ์ด้วยวาจาแล้วไม่คัดค้าน ดังนั้นจะมา คัดค้านในชั้นฎีกาไม่ได้

นอกจากนั้นยังมีคำสั่งคำร้องที่ 236/2532 ที่ศาลวินิจฉัยว่า เมื่ออุทธรณ์ของโจทก์ที่ คัดค้านผู้พิพากษาสมทบที่นั่งพิจารณาคดีว่าเป็นผู้ตรวจสอบบัญชีซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายตรงข้ามของ โจทก์ เมื่อเป็นข้อที่โจทก์ไม่ได้หยิบยกขึ้นคัดค้านก่อนที่ศาลแรงงานกลางจะเสร็จสิ้นการพิจารณา ตามมาตรา 13 จึงไม่ชอบที่จะรับไว้พิจารณา

³⁷ ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 วรรค 2.

³⁸ D. J. Galligan , Due Process and Fair Procedure, (Oxford University Press, 1996) , p. 62.

กระบวนการพิจารณาอื่นๆ ก็ย่อมจะถูกตั้งคำถามและสูญเสียคุณค่าไปได้แต่อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวข้างต้นนั้นไม่ใช่บังคับกับในกรณีที่กระบวนการพิจารณาใดที่ต้องกระทำโดยไม่ชักช้า

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วเมื่อมีการร้องคัดค้านผู้พิพากษาด้วยเหตุประการใดประการหนึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และมาตรา 12 สิทธิในการร้องคัดค้านดังกล่าวก็มีความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาก่อน เพราะจะมีผลสำคัญยิ่งต่อความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่นๆ จึงสมควรต้องงดกระบวนการพิจารณาอื่นนั้นไว้ก่อน อย่างไรก็ดี ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาใดต้องกระทำโดยไม่ชักช้าแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องงดกระบวนการพิจารณานั้นไว้ก่อนที่จะได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องเหตุคัดค้านนั้นแต่อย่างใดสำหรับกรณีอื่นจะถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ต้องกระทำโดยไม่ชักช้านั้น อาจเทียบเคียงได้จากประเทศเยอรมันได้ ซึ่งได้แก่กรณีที่ในกรณีที่ไม่อนุญาตให้มีการเลื่อนคดีเท่านั้น³⁹ ในกรณีที่เป็นเหตุมีความจำเป็นเร่งด่วนเท่านั้น เช่น การสอบพยานบุคคลที่ป่วยหนัก ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านสามารถพิจารณาคดีร่วมด้วยได้จนกว่าจะมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องคัดค้านนั้นโดยไม่จำเป็นต้องให้การพิจารณาคดีล่าช้าต่อไป ซึ่งถ้ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวนี้ การกระทำที่ได้กระทำไปแล้วนั้นจะมีผลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาได้ถูกยก แต่ถ้าหากคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาฟังขึ้น กระบวนการพิจารณาอย่างใดก็ได้กระทำลงภายหลังจากการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาจะต้องถูกพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁴⁰

ผลที่ตามมาประการสุดท้าย⁴¹ ก็คือ กระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปแล้วก่อนมีการยื่นคำร้องคัดค้าน หรือกระบวนการพิจารณาที่ต้องกระทำโดยไม่ชักช้าที่ได้กระทำภายหลังจากที่ได้มีการคัดค้านนั้น กระบวนการพิจารณาเหล่านี้ก็ไม่เสียไป กล่าวคือ แม้เหตุคัดค้านนั้นจะมีมูลก็ตามแต่กระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปแล้วดังกล่าวนั้นก็ถือว่าสมบูรณ์ ซึ่งกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญาน่าจะขัดกับหลักคุณค่าของการดำเนินคดีที่ว่ากระบวนการพิจารณาใดๆ ขึ้นอยู่กับว่ากระบวนการนั้นได้กระทำภายใต้ความยุติธรรมหรือไม่ ดังที่ได้ทำการพิจารณามาข้างต้น และย่อมส่งผลทำให้ความเชื่อมั่นในความเที่ยงธรรม และความเป็นกลางในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาลต้องสูญเสียไปอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

³⁹ Section 29 (1) .

⁴⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น. 232.

⁴¹ ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 วรรค 2.

นอกจากนั้นสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาในชั้นอุทธรณ์ ฎีกา แม้โดยทางทฤษฎีตามหลักกฎหมายจะกระทำได้อีกตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่เปิดช่องให้ทำได้ เพราะโดยปกติไม่มีการนั่งพิจารณาคดีในศาลชั้นนี้⁴²

4.3.3 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้าน

ผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยเมื่อมีการร้องคัดค้านโดยคู่ความในคดี ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 วรรค 3,4,5 และมาตรา 14 กล่าวคือถ้าการร้องคัดค้านนั้นได้กระทำต่อผู้พิพากษาที่มีในศาลนั้นทั้งหมด กล่าวคือ ศาลที่มีผู้พิพากษาคนเดียว และผู้พิพากษาผู้นั้นถูกคัดค้าน หรือในกรณีที่ศาลนั้นมีผู้พิพากษาหลายคน และผู้พิพากษาในศาลนั้นทั้งหมดถูกคัดค้าน ผู้ที่จะมีอำนาจวินิจฉัยเหตุคัดค้านในทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้คือ ศาลซึ่งมีอำนาจสูงกว่าศาลนั้นตามลำดับในบทบัญญัติแห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม⁴³

ถ้าการคัดค้านนั้นไม่ได้กระทำต่อผู้พิพากษาในศาลนั้นทั้งหมด ผู้ที่จะมีอำนาจวินิจฉัยเหตุคัดค้านนั้นก็ได้แก่ ผู้พิพากษาในศาลนั้นเอง ซึ่งองค์คณะที่จะทำการพิจารณานั้นต้องพิจารณาในขั้นต้นก่อนว่า คดีที่มีเหตุคัดค้านนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้มีองค์คณะในการพิจารณาคดีกี่คน ถ้าเป็นกรณีที่ต้องมีองค์คณะหลายคน องค์คณะที่จะเป็นผู้วินิจฉัยเหตุคัดค้านนั้นต้องประกอบไปด้วย ข้าราชการยุติธรรม หรือที่ในปัจจุบันคือ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลนั้น รวมกับผู้พิพากษาผู้อื่นในศาลนั้นที่ไม่ได้ถูกคัดค้าน ให้ครบองค์คณะ

แต่ถ้าในคดีนั้น กฎหมายบัญญัติให้มีองค์คณะเพียงคนเดียว ผู้ที่จะทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเหตุคัดค้านนั้น ก็ได้แก่ ผู้พิพากษาอื่นในศาลนั้นที่ไม่ได้ถูกคัดค้าน โดยผู้พิพากษาผู้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีดังกล่าวนี้ถ้าจะได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดเหตุคัดค้านไปในทางที่จะยกคำคัดค้านนั้นแล้ว ผู้พิพากษาผู้นั้นจะกระทำไปโดยผู้เดียวไม่ได้ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจาก ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลนั้น หรือ ผู้พิพากษาผู้อื่นในศาลนั้นด้วย

⁴² คณิต ณ นคร , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 93.

⁴³ ฎ. 3152/2532 ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้องของโจทก์ที่คัดค้านผู้พิพากษาทุกคนที่จะทำการพิจารณาคดีโจทก์ ด้วยเหตุคัดค้านไม่ต้องด้วยบทบัญญัติเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา ดังนั้น เท่ากับเป็นการไม่รับคำคัดค้านไว้พิจารณา มิใช่เป็นการสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 14 ที่ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้องโดยไม่ต้องส่งสำนวนไปให้ศาลสูงกว่าวินิจฉัยตามมาตรา 13 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นชอบแล้ว

ถ้ากรณีองค์คณะที่จะทำการวินิจฉัยเหตุคัดค้านนั้นมีไม่ครบองค์คณะ หรือเป็นกรณีที่ คำสั่งชี้ขาดยกคำคัดค้านของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเป็นองค์คณะไม่ได้รับความเห็นพ้องจากผู้พิพากษาชั้นต้นด้วย ผู้ที่จะมีอำนาจวินิจฉัยเหตุคัดค้านนั้น คือ ผู้พิพากษาในศาลอื่นซึ่งมีอำนาจสูงกว่าศาลนั้น ตามลำดับชั้นศาลในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม

โดยการวินิจฉัยเหตุคัดค้านนั้น ศาลต้องฟังคำแถลงของคู่ความฝ่ายที่ยื่นคำคัดค้านนั้น และคำแถลงของผู้พิพากษาผู้ถูกคัดค้านนั้น รวมทั้งพยานหลักฐานอื่นที่บุคคลเหล่านั้นได้นำมา และ พยานหลักฐานอื่นตามที่เห็นสมควรด้วย

คำสั่งยอมรับ หรือยกเสีย ซึ่งคำคัดค้านนั้นเป็นที่สุด กล่าวคือ ไม่ว่าศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาจะได้วินิจฉัยคำร้องไปในทางที่ยกคำร้องหรือว่าคำร้องคัดค้านมีมูลก็ตาม คำสั่งคำร้องนั้นก็เป็นที่สุด ไม่สามารถยื่นอุทธรณ์ หรือฎีกาได้

ซึ่งเมื่อมีการคัดค้านและผู้พิพากษาผู้นั่งพิจารณาไม่ยอมถอนตัว ก็ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 14

4.4. การถอนตัวจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

นอกจากคู่ความในคดีจะมีสิทธิร้องคัดค้านเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และมาตรา 12 ดังที่เราทำการพิจารณาในหัวข้อข้างต้นแล้ว มาตรา 13 (1) ยังได้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้พิพากษาอาจถอนตัวจากการนั่งพิจารณาคดีนั้นด้วยตนเองเมื่อมีเหตุที่คู่ความจะใช้สิทธิคัดค้านตามมาตรา 11 หรือ 12 ได้⁴⁴

จากถ้อยคำที่บัญญัติไว้ว่าผู้พิพากษาจะขอถอนตัวก็ได้ แสดงว่าแม้ผู้พิพากษาจะไม่ยอมถอนตัวจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านในการพิจารณาพิพากษาคดีประการใดประการหนึ่ง ตามมาตรา 11 หรือ มาตรา 12 ก็ตาม ผู้พิพากษาก็สามารถทำได้ และถ้าหากผู้พิพากษาได้กระทำไปเช่นนั้นก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการประกันสิทธิของคู่ความในอันที่จะ

⁴⁴ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 บัญญัติว่า “ถ้ามีเหตุที่จะคัดค้านได้อย่างใดอย่างหนึ่งดังที่กล่าวไว้ในสองมาตราก่อน เกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นในศาล

(1) ผู้พิพากษานั้นเองจะยื่นคำบอกกล่าวต่อศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากกรณีนั่งพิจารณาคดีนั้นก็ได้”

ได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียได้ อันจะส่งผลในท้ายที่สุดต่อความเชื่อมั่น และความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

สำหรับการถอนตัวออกจากคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศอังกฤษ ถือหลักที่ว่า การถอนตัวออกจากคดีไม่ได้เป็นเพียงสิทธิ แต่ยังถือเป็นหน้าที่ที่ผู้พิพากษาพึงต้องกระทำ เมื่อมีสาเหตุเพียงพอที่จะทำให้เชื่อได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะไม่ยุติธรรม⁴⁵ และผู้พิพากษาคควรถอนตัวออกจากคดีนั้นเองเมื่อมีผลประโยชน์ทับซ้อน หรือผลประโยชน์ทางการเงินเกิดขึ้น หรือ เขาไม่สามารถทำตนให้เป็นกลางได้⁴⁶ นอกจากนั้นมาตรฐานการตัดสินใจว่าผู้พิพากษานั้นควรจะถอนตัวเองหรือไม่นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่า แท้ที่จริงแล้วผู้พิพากษานั้นเป็นกลางหรือไม่ แต่ขึ้นอยู่กับว่า วิทยุชนอาจตั้งคำถามถึงความ เป็นกลางของเขาหรือไม่ต่างหาก⁴⁷ ซึ่งหลักเกณฑ์และมาตรฐานในการถอนตัวโดยตัวผู้พิพากษาเองดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิของคู่ความในอันที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองนั้น อาจพิจารณาได้จากหลักของความบริสุทธิ์ของผู้พิพากษานี้ ซึ่งมีหลักสำคัญว่า ผู้พิพากษานอกจากต้องทำตัวดีไม่ต่างพร้อย ไม่มีข้อตำหนิแล้ว เพียงเท่านั้นยังไม่พอ หากต้องทำตัวไม่ให้เป็นที่ยังสงสัยของประชาชนด้วยว่า จะไม่เป็น ผู้ให้ความเป็นธรรมแก่เขาได้โดยแท้จริงปราศจากอคติใดๆ ซึ่งเพียงแต่ไม่ทำผิดเท่านั้นยังไม่พอ สำหรับผู้พิพากษา หากต้องไม่ทำอะไรให้เป็นที่ยังสงสัยของผู้อื่นด้วย⁴⁸ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ Lord Denning ได้ให้ความเห็นว่า หน้าที่ของผู้พิพากษานั้นไม่เพียงแต่ให้ความยุติธรรมเท่านั้น หากต้องให้เห็นเป็นที่ประจักษ์แก่คนทั่วไปด้วยว่าได้ให้ความยุติธรรมแล้วโดยไม่มีข้อสงสัยใดๆ⁴⁹

นอกจากการถอนตัวจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองจะได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ก็ยังได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลจริยธรรมตุลาการข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2529 ข้อ 14 ด้วยกล่าวคือ แม้จะไม่ปรากฏเหตุที่ความอาจคัดค้านผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีนั้นได้ตาม หากผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีนั้นเองเห็นว่า การที่ตนจะนั่ง

⁴⁵ American Jurisprudence , 2nd ed. , Volume 46 , p. 212.

⁴⁶ Ibid , p. 203.

⁴⁷ Arnold O Ginnow and Leon Fingerma n , Corpus Juris Secundum, Volume 48A , p. 707.

⁴⁸ จิตติ ติงศภัทิย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น. 132.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง.

พิจารณาคดีนั้นต่อไปอาจจะทำให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกลางแคลงใจ หรือตนเองเห็นว่าไม่สมควรที่จะนั่งพิจารณาคดีนั้นต่อไปด้วยเหตุผลส่วนตัวที่มีอยู่หลายประการ เป็นต้นว่า ตนเป็นเพื่อนสนิท หรือเป็นอริกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน เป็นหรือเคยเป็นคู่หมั้นของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเคารพคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสมือนเป็นญาติผู้ใหญ่ ผู้พิพากษาก็พึงถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

ดังนั้นการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยตัวผู้พิพากษาเองย่อมเป็นการสร้างความเคารพนับถือและความเชื่อมั่นของสังคมที่มีต่อตุลาการ ดังคำกล่าวของท่านอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ตอนหนึ่งว่า " เป็นนักกฎหมายจะต้องเคารพกฎหมาย แต่นักกฎหมายที่บุคคลทั่วไปจะเคารพนั้นต้องเคารพทั้งกฎหมายและศีลธรรม และนักกฎหมายที่นักกฎหมายอื่นจะเคารพนั้นจะต้องเคารพทั้งกฎหมาย ศีลธรรมและจริยธรรมในวิชาชีพ "⁵⁰

ดังนั้นเราอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เหตุที่ผู้พิพากษาพึงถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น สืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า ผู้พิพากษาไม่ควรมีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่ความหรือคดีที่ตนพิจารณา ไม่ว่าด้วยประการใดๆ และแม้การคัดค้านลักษณะต้องห้ามจะเป็นสิทธิของคู่ความที่จะคัดค้าน แม้ตามกฎหมายผู้พิพากษาผู้ที่มีเหตุแห่งการคัดค้านมีสิทธิที่จะไม่ยอมถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีนั้นก็ได้ แต่โดยจริยธรรมแล้วผู้พิพากษานั่นพึงต้องถอนตัวเว้นแต่ตนเองเห็นว่าข้อคัดค้านนั้นไม่มีมูล หรือไม่มีเหตุอันสมควร เป็นต้นว่า คู่ความคัดค้านเพื่อหาเหตุประวิงคดี หรือกลั่นแกล้ง หรือมีเหตุอันไม่สุจริตประการอื่น

4.5. บทวิเคราะห์และกรณีศึกษา

เมื่อได้ทำการศึกษามาแล้วในหัวข้อข้างต้นถึงการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย โดยการกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในกฎหมายไทย แล้ว อันจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศไทยได้มีการคุ้มครองสิทธิของคู่ความดังกล่าวสอดคล้องกับหลักสากล อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในประเทศไทยนั้นก็ประสบปัญหาบางประการ ซึ่งจะได้ทำการศึกษา เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับต่างประเทศและหาแนวทางในการแก้ปัญหาต่อไป

⁵⁰ ธานินทร์ กรัยวิเชียร อ้างใน ศิริชัย ศิริชินวิจิตร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 12, น. 84.

4.5.1 ข้อจำกัดการใช้สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา

แม้ว่าในประเทศไทยกฎหมายทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญจะได้รับรองและคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม และนอกจากนั้นบทบัญญัติทั้งในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะได้ให้สิทธิคู่ความที่จะการคัดค้านผู้พิพากษาที่ไม่เป็นกลางหรือมีส่วนได้เสียได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติการร้องคัดค้านผู้พิพากษาโดยคู่ความผู้มีส่วนได้เสียนี้ก็สามารถกระทำได้อย่างจำกัดเนื่องจากชนบธรรมเนียมประเพณีของไทยประชาชนจะให้ความเคารพยอมรับศาลยุติธรรมอย่างมากในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ และประชาชนเกรงว่าอาจเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่งศาลมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้⁵¹

ตัวอย่างเช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 3818/2533 ผู้ยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาศาลวินิจฉัยว่ามีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลโดยถือว่าการเรียงคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นการประพฤติน่าไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล เนื่องจาก ศาลพิจารณาว่าคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นแม้ผู้ร้องจะมีสิทธิโดยชอบก็ตาม แต่คำร้องนั้นต้องกล่าวอ้างตามความจริงที่ปรากฏขึ้นในคดี ดังนั้นการที่ผู้ร้องได้เรียงข้อความในคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาว่า ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนผู้พิจารณาคดีดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่เป็นกลางอย่างเที่ยงธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย มีเจตนากลับแก่งัดใจทั้งสองโดยทุจริตเพราะมีอคติต่อโจทก์ ทำให้โจทก์เสียหายมีสภาพร้ายแรง ทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป เพราะเหตุที่ไม่รับบัญชีพยานเพิ่มเติม ด้วยมีเจตนากลับแก่งัด ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการเรียงคำร้องดังกล่าวเป็นการละเมิดอำนาจศาลเนื่องจากการแก้ไขคำสั่งใหม่ไม่รับบัญชีพยานเพิ่มเติมไม่นับถือเป็นเหตุร้ายแรง และผู้ร้องเรียงข้อความไปเกินกว่าความเป็นจริงเพราะแม้ศาลจะสั่งไม่รับบัญชีพยานเพิ่มเติมก็สามารถโต้แย้งคำสั่งคัดค้านได้ตามกระบวนการพิจารณา ดังนั้นการเรียงข้อความดังกล่าวจึงเป็นการประพฤติน่าไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล

จากตัวอย่างในคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นมีข้อจำกัดอยู่มากกว่า ผู้ร้องต้องเรียงคำร้องเช่นใดจึงจะไม่ถือเป็นการดูหมิ่นศาลอันอาจเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 198 และไม่เป็นการประพฤติน่าไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลอันเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 31 ได้

⁵¹ ทวี ประจวบลาภ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31 , น. 123-124

เมื่อการคัดค้านผู้พิพากษามีข้อจำกัดดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าทำให้ การควบคุมและตรวจสอบเพื่อความโปร่งใสตามหลักควบคุมและตรวจสอบ(Check and Balance) เป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร อันอาจส่งผลเสียต่อการประกันสิทธิของคู่ความในคดีในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียในท้ายที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เขียนจะเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้คู่ความในคดีได้มีส่วนร่วมในการควบคุมตรวจสอบศาลโดยการให้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนก็ยังเห็นว่า การคัดค้านผู้พิพากษาดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อเป็นการเข้าไปกดดันคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้พิพากษาหรือเป็นช่องทางที่ทำให้การพิจารณาคดีล่าช้าเกินไป หรือทำให้ผู้พิพากษาดำเนินการสูญเสียความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีได้⁵²

4.5.2 กรณีที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายเพราะถูกดูหมิ่นในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญานั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 198⁵³ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้พิพากษา⁵⁴ ซึ่งอาจแยกการกระทำความผิดได้เป็นสองกรณีคือ การกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นการดูหมิ่นผู้พิพากษา และ การกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาล กล่าวคือ เป็นการไม่รักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล แต่ในหัวข้อนี้จะได้ทำการศึกษาแต่เพียงกรณีการพิจารณาพิพากษาในคดีความผิดจากการอันเป็นการดูหมิ่นผู้พิพากษิตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 198 แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น⁵⁵

⁵² เพิ่งอ้าง น. 129

⁵³ มาตรา 198 บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาหรือพิพากษาคดี หรือกระทำการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาล ต้องระวางโทษ...”

⁵⁴ ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องการละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญานี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้พิพากษาซึ่งมีความแตกต่างกับการละเมิดอำนาจศาลในคดีแพ่งที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรมรวดเร็ว และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล โปรดดู อุตม เฟื่องฟู, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543) น. 219

⁵⁵ เพราะในเรื่องการออกข้อกำหนดใดๆเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลนั้นเป็นอำนาจของผู้พิพากษาอยู่แล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 30 และ 31

ตัวอย่างของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญานี้ เช่น การกล่าวหาว่าผู้พิพากษาล่าเอียง ทำไม่ชอบ ไม่ยุติธรรม ไม่เป็นที่พึงของประชาชน เป็นการดูหมิ่นศาลในการพิจารณาคดี(ฎีกา 1650/2514) แต่อย่างไรก็ตามในการที่พยานตอบคำถามในกระบวนการพิจารณาว่าคดีสงสัยจะไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมจากศาลนั้นไม่ถือเป็นการก้าวร้าวดูหมิ่นศาล (ฎีกา1833/2514) จากตัวอย่างในคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงในบางกรณีนั้นผู้พิพากษาเป็นผู้ถูกดูหมิ่นอันถือเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 198 ได้

ดังนั้นจึงมีข้อควรพิจารณาว่าการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพราะมีการดูหมิ่นผู้พิพากษานั้นถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายนั้นสมควรให้ผู้พิพากษาค้นไต่เป็นผู้พิจารณาพิพากษา โดยความเห็นแรกเห็นว่าการจะให้ผู้พิพากษาองค์คณะอื่นเป็นผู้พิจารณาพิพากษา เนื่องจากการให้ผู้พิพากษาที่ถูกละเมิดพิจารณาเองย่อมเป็นการขัดกับหลักความมีส่วนได้เสียที่ว่าบุคคลไม่ควรเป็นผู้ตัดสินในคดีซึ่งตนมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย⁵⁶ และเพื่อให้การพิจารณาลงโทษดำเนินไปโดยปราศจากอคติ

แต่อย่างไรก็ตามยังมีผู้เห็นมองว่า การให้ผู้พิพากษาผู้อื่นเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลแล้วให้เรียกผู้พิพากษาที่ถูกดูหมิ่นมาเป็นพยานนั้นเป็นการไม่สมควร เนื่องจากจะทำให้ผู้พิพากษานั้นถูกละเมิดอีกครั้งหนึ่ง โดยใช้กระบวนการวิธีพิจารณาเป็นเครื่องบังหน้า และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ ถือเป็นเรื่องจำเป็นที่ต้องให้อำนาจศาลอย่างพอเพียงในอันที่จะป้องกันมิให้มีการรบกวนการพิจารณาคดีของศาล และลงโทษผู้ที่ละเมิดอำนาจศาลและใช้ศาลหรือวิธีพิจารณาความไปในทางที่ผิดอย่างทันทีทันใด⁵⁷

นอกจากนั้นยังมีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นไว้ว่า ในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในขณะที่ศาลนั่งพิจารณาอยู่นั้น ผู้พิพากษาที่ได้นั่งพิจารณาอยู่นั้นสมควรเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย เพราะเป็นเหตุที่ต้องกระทำการในทันทีเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อย แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนั้นไม่ได้กระทำต่อหน้า

ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 ซึ่งผู้พิพากษาที่ได้นั่งพิจารณาอยู่นั้นสามารถพิจารณาสั่งการและออกข้อกำหนดอย่างใดๆได้ โดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่องการไม่พิจารณาคดีที่ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียแต่อย่างใด

⁵⁶ ไมตรี ศรีอรุณ, ความคิดเห็นเรื่องละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พาสโก, 2522), น. 74.

⁵⁷ เพ็งอ้าง.

ศาล และการกระทำดังกล่าวนั้นกระทบไปถึงผู้พิพากษาคนใด ผู้พิพากษาผู้ถูกระทบจากการกระทำนั้นไม่สมควรที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้นถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนก็ตาม เพราะอาจมีข้อครหาจากผู้ถูกกล่าวหาได้ว่าการพิจารณาจะเป็นไปอย่างไม่เป็นกลางและไม่เที่ยงธรรม⁵⁸

ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การประกันสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนั้น มีความจำเป็นและสำคัญยิ่งไปกว่าการที่ต้องให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เพราะมีการกระทำอันเป็นการดูหมิ่นผู้พิพากษา กล่าวคือ กรณีการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพราะมีเหตุที่มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการดูหมิ่นผู้พิพากษาไม่ว่าจะได้กระทำต่อหน้าขณะพิจารณาคดีหรือไม่ได้กระทำต่อหน้าผู้พิพากษาก็ตาม เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพราะถูกดูหมิ่นนี้แล้วก็สมควรที่จะให้ผู้พิพากษาผู้อื่นเป็นผู้พิจารณาคดีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนี้แทน เพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (no one can be judge in his own cause) และนอกจากนั้นการให้ผู้พิพากษาอีกคนหนึ่งหรืออีกคนหนึ่งเป็นผู้ไต่สวนและมีคำสั่งวินิจฉัยอย่างใดก็ยังเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยการตั้งรังเกียจผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(1) ในส่วนที่ว่าด้วยการมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี และการเป็นผู้ที่รู้เห็นในเหตุการณ์ด้วย⁵⁹

⁵⁸ อุดม เฟื่องฟุ้ง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53, น. 219.

⁵⁹ ปุณณะ สุธธิประภา อ้างในไมตรี ศรีอรุณ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53, น. 11-12 ในประเด็นนี้เป็นเรื่องของการพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 198 อย่างไรก็ตามสำหรับการพิจารณาสั่งการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นในกรณีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพราะเหตุที่มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการดูหมิ่นหรือมีการกระทำอันเป็นการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาลก็ยังคงสมควรที่จะให้ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีอยู่ในขณะนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา เพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนั้นผู้พิพากษาสมาชิกใช้อำนาจพิจารณาสั่งการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 30 และ 31 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 เพื่อรักษา

สำหรับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญาในต่างประเทศนั้น กฎหมายของแต่ละประเทศต่างก็ได้บัญญัติคุ้มครองถึงการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาผู้อื่นเป็นผู้พิจารณาคดีนั้น โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ได้เคยมีระเบียบข้อบังคับที่ออกโดยศาลสูงสหรัฐอเมริกา ข้อหนึ่งว่า ผู้พิพากษาผู้ที่ถูกละเมิดนั้นไม่มีคุณสมบัติในการทำหน้าที่พิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาล เว้นแต่จำเลยให้ความยินยอม นอกจากนั้นใน federal rule of criminal procedure ข้อ 42 (a)(3) ยังได้บัญญัติว่าในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญานี้ เป็นเหตุที่ผู้พิพากษาคควรถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยตนเอง⁶⁰

สำหรับในส่วนของประเทศฝรั่งเศสแล้ว การให้ผู้พิพากษาผู้อื่นเป็นผู้พิจารณาคดีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญานี้ ก็ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 677 วรรค 3⁶¹

4.5.3 สิทธิการคัดค้านผู้พิพากษาในคดีอาญากับหลักวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี

โดยเหตุที่หลักวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีนั้นต้องมีเป้าหมายของการดำเนินคดีอาญาเพื่อการตรวจสอบความจริงของเรื่องที่กล่าวหาเพื่อจะได้ชี้ขาดเรื่องที่กล่าวหา ซึ่งการชี้ขาดนั้นต้อง

ความสงบเรียบร้อยและเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปได้ด้วยความเที่ยงธรรมและรวดเร็วได้ตามที่ตนเห็นสมควร ในฐานะที่ผู้พิพากษาเป็นประธานของการดำเนินกระบวนการพิจารณา

⁶⁰ 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

⁶¹ As an exception to the previous provisions, where in the course of a hearing of a court the misdemeanour of contempt set out by article 434-24 of the Criminal Code was committed, the president drafts an official record thereof which he transmits to the district prosecutor. The judges who took part in the hearing during the commission of the misdemeanour may not form part of the court before which the prosecution takes place

อาศัยความจริงที่ได้มาโดยชอบด้วยกระบวนการ⁶² และคดีอาญานั้นเป็นเรื่องของส่วนรวม ศาลคดีอาญาจึงต้องดำรงความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนอยู่เสมอ⁶³

ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติให้การคัดค้านผู้พิพากษาหรือที่เรียกว่าการตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในคดีอาญาอาศัยหลักกฎหมายในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับนั้น ถือว่าไม่ถูกต้องและสอดคล้องตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีและเป้าหมายของการดำเนินคดีอาญาดังกล่าว เพราะโดยที่เหตุคัดค้านในการพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในมาตรา 11 และมาตรา 12 นั้นเป็นเรื่องของการขัดกันของผลประโยชน์

(Conflict of interest) ซึ่งแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงความเสี่ยงต่อการเกิดอคติและความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษา ซึ่งสำหรับในคดีอาญาแล้วต้องถือว่า การขัดกันของผลประโยชน์ดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ดังนั้น เหตุคัดค้านผู้พิพากษา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 (1)-(7) และมาตรา 12 ดังกล่าว ควรถือเป็นเหตุตัดผู้พิพากษาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี เหมือนดังเช่นในกฎหมายของประเทศเยอรมนี กล่าวคือ ถึงแม้คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นคัดค้านก็ตาม แต่กรณีก็ต้องถือว่าผู้พิพากษานั้นปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ กระบวนพิจารณาที่ได้กระทำไปเป็นกระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบ อันเป็นกระบวนพิจารณาที่ต้องถูกยกเลิกเพิกถอนได้ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27⁶⁴

ดังนั้นเพื่อให้การประกันสิทธิของคุณความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพนั้น จึงสมควรที่กฎหมายจะได้ออกบทบัญญัติเรื่องการตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในคดีอาญาแยกออกจากการคัดค้านผู้พิพากษาในคดีแพ่ง โดยห้ามมิให้ผู้พิพากษาผู้ที่มีเหตุประการหนึ่งประการใดที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางดังกล่าวนั้นเข้าทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี

4.5.4 กรณีการใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาในศาลสูง

แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(5) จะได้บัญญัติถึงเหตุที่คุณความอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาที่ได้นั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว กล่าวคือ

⁶² คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27 , น. 37.

⁶³ เพิ่งอ้าง , น. 92.

⁶⁴ เพิ่งอ้าง , น. 93.

ในกรณีที่ผู้พิพากษาที่ได้เคยพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น แล้วต่อมาได้มีหน้าที่พิจารณาคดีนั้นอีกในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ดังนั้นผู้พิพากษาคงดังกล่าวก็อาจถูกคัดค้านจากคู่ความได้ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลสูงนั้นกลับไม่เปิดโอกาสให้คู่ความใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่⁶⁵ เพราะเหตุที่รายชื่อองค์คณะผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี คู่ความก็จะได้ทราบในเวลาศาลอ่านคำพิพากษาแล้ว ดังนั้น คู่ความย่อมไม่อาจใช้สิทธิคัดค้านได้ภายในกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13(2) กล่าวคือ ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นต้องยื่นก่อนวันสืบพยาน หรือถ้าทราบเหตุคัดค้านในระหว่างพิจารณา ก็ต้องยื่นคำร้องก่อนวันเริ่มสืบพยานครั้งต่อไป ซึ่งเมื่อการพิจารณาคดีในศาลสูง คู่ความย่อมทราบเหตุคัดค้านภายหลังศาลได้มีการสืบพยานเสร็จสิ้นจนได้มีการอ่านคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว จึงย่อมอาจเกิดปัญหาการตีความได้ว่า สิทธิในการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นสิ้นสุดไปพร้อมกับวันสืบพยานนัดสุดท้ายแล้วหรือไม่ ดังนั้นเพื่อให้การคัดค้านผู้พิพากษาในศาลสูงเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ กฎหมายจึงควรบัญญัติรับรองไว้ให้ชัดเจนว่าในกรณีของการใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกานั้น ให้เริ่มนับระยะเวลาดังแต่เวลาที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านได้ กล่าวคือ นับแต่วันที่คู่ความรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาและอาจใช้สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้

นอกจากนั้นในกรณีที่มีการยื่นคำร้องคัดค้านแล้วปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาคดี โดยมีเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมถือว่า กระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำลงไปนั้น เป็นกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ในอันที่กระบวนการพิจารณาดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้

4.5.5 สิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกา

ดังที่ได้ทำการพิจารณาในหัวข้อข้างต้นถึงระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตามมาตรา 13 ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยว่าการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้นต้องกระทำอย่างช้า

⁶⁵ ซึ่งสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาในชั้นอุทธรณ์ ฎีกา นี้ ศาลตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ให้ความเห็นว่าแม้โดยทางทฤษฎีตามหลักกฎหมายจะกระทำได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่เปิดช่องให้ทำได้ เพราะโดยปกติไม่มีการนั่งพิจารณาคดีในศาลชั้นนี้ โปรดดู คณิต ณ นคร, เพิ่งอ้าง.

ก่อนเสร็จสิ้นการพิจารณา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในคดีอาญานั้นการกำหนดให้คู่ความที่จะใช้สิทธิร้องคัดค้านผู้พิพากษาต้องยื่นคำร้องก่อนคดีเสร็จสิ้นการพิจารณา โดยถ้าไม่ยื่นภายในระยะเวลาดังกล่าวถือว่าพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดและจะร้องคัดค้านไม่ได้นั้น ไม่เป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 241 ที่ประสงค์จะคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม⁶⁶ ดังนั้นการแก้ไขเยียวยาประการหนึ่งของคู่ความที่เห็นว่าตนอาจไม่ได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมเนื่องจากผู้พิพากษามีอคติและไม่เป็นกลาง กล่าวคือมีเหตุที่อาจคัดค้านผู้พิพากษาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และมาตรา 12 คือ การใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาแล้วแต่กรณี ดังนั้นข้อที่ควรพิจารณาคือ การที่ผู้พิพากษาได้พิจารณาคดีโดยฝ่าฝืนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตราดังกล่าวนั้นถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย และถ้าเป็นปัญหาข้อกฎหมายแล้วเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่ เพราะถ้าไม่ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแล้ว ข้อกฎหมายดังกล่าวก็ต้องห้ามอุทธรณ์เพราะถือว่าคู่ความไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้วในศาลชั้นต้น⁶⁷

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายและเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการปรับบทกฎหมายหรือการตีความกฎหมายและกฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือหลักประกันสิทธิของจำเลยหรือกระทบต่อสิทธิในการดำเนินคดีของผู้เสียหายหรือมีผลต่อความเป็นธรรมในการดำเนินคดี⁶⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเหตุคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11(1)-(7) อันถือเป็นเหตุที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางและความมีอคติอันเกิดจากตัวผู้พิพากษาเอง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นอคติโดยแท้จริง

⁶⁶ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าในคดีแพ่งนั้นสิทธิของคู่ความในการได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนั้นสามารถสละได้ในกรณีที่เหตุแห่งความไม่เป็นกลางนั้นเกิดจากพฤติการณ์ของตัวผู้พิพากษา ดังเช่นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 12 แต่สำหรับเหตุแห่งความมีอคติและความไม่เป็นกลางอันเกิดจากตัวผู้พิพากษา หรือที่เรียกว่าอคติโดยแท้จริง(actual bias) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 นั้นไม่ว่าจะเป็นในคดีแพ่งหรือคดีอาญาสิทธิดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจถูกสละโดยคู่ความได้

⁶⁷ โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคหนึ่ง

⁶⁸ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3,

(actual bias) ดังนั้นถ้าผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาได้ทราบถึงการที่ผู้พิพากษาในศาลล่างได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ก็ชอบที่ยกขึ้นพิจารณาวินิจฉัยแม้คู่ความจะไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวหรือโต้แย้งในศาลล่างก็ตาม⁶⁹

โดยการพิจารณาวินิจฉัยของศาลสูงนั้นผู้เขียนเห็นว่า ศาลสูงควรต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วย กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งถ้าหากบทบัญญัติใดของกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้⁷⁰ ดังนั้นเมื่อมาตรา 241 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาในการได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรมไว้ ซึ่งความเป็นธรรมจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้นเป็นกลางไม่มีอคติและไม่มีส่วนได้เสีย นอกจากนั้นบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับองค์การตุลาการว่าได้ดำเนินกระบวนการอย่างไรไปด้วยความเป็นกลาง ไม่มีอคติหรือความลำเอียง ดังนั้นหากผู้พิพากษาในศาลล่างได้พิจารณาพิพากษาคดีอาญาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และมาตรา 12 กระบวนพิจารณาดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 จึงชอบที่ศาลสูงจะมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบดังกล่าว

จากการศึกษา วิเคราะห์เปรียบเทียบระบบกฎหมายไทย ทั้งในด้านหลักกฎหมายรวมถึงกรณีศึกษาประการต่างๆในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าแม้ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายจะใช้เพียงคำว่าเป็นเหตุในการตั้งรังเกียจหรือคัดค้านผู้พิพากษาก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญและนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจึงอาจถือได้ว่า เหตุตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 นั้นเป็นเหตุแห่งการขาดคุณสมบัติ(disqualify) ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา กล่าวคือถือเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งผู้พิพากษาคควรต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี นอกจากนั้นแม้ผู้พิพากษาจะไม่ได้ถอนตัวหากมีการตรวจพบเหตุดังกล่าวนี้ในศาลสูง ศาลสูงก็ชอบที่จะเพิกถอนกระบวนการที่ผู้พิพากษาได้ทำไปโดยมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางหรือมีอคติได้ โดยถือว่า

⁶⁹ โปรตดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคสอง

⁷⁰ โปรตดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 6

กระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ผิดระเบียบและไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย