

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

หลักประกันสิทธิของคุณความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายสากล เช่น ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ซึ่งการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของคุณความในคดีอาญาที่ได้รับการรับรองไว้ดังกล่าวนี้ กฎหมายจึงต้องกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา โดยบางประเทศได้แยกเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกันนั้น แต่ในบางประเทศก็บัญญัติไว้แต่เพียงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเท่านั้น ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวอาจสืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ไม่ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติแยกเหตุห้ามและเหตุคัดค้านออกจากกันหรือไม่ก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวนี้ก็สมควรที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้โดยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นในส่วนของ รัฐธรรมนูญ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงประมวลจริยธรรมของตุลาการด้วย

ในประเทศอังกฤษนั้น แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษได้ยึดถือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และได้รักษาระบบนิยมประเพณีของบรรพบุรุษอย่างเคร่งครัด จึงถือเป็นหลักว่าผู้พิพากษาต้องถอนตัวออกจากกระบวนการพิจารณาคดีเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด ผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในผลของคดี หรือด้วยเหตุที่ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์กับคู่ความในลักษณะที่ใกล้ชิด ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้อาจนำมาซึ่งข้อสงสัยจากสังคมว่าการทำหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นเป็นไปด้วยความยุติธรรมและเป็นกลางหรือไม่

นอกจากนั้น เนื่องจากระบบการพิจารณาคดีอาญาในประเทศอังกฤษยังมีคณะลูกขุนที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงด้วย ดังนั้นกฎหมายจึงได้กำหนดให้คู่ความในคดีสามารถใช้สิทธิคัดค้านลูกขุนได้ด้วย โดยแต่เดิมการคัดค้านลูกขุนในประเทศอังกฤษนั้น มีทั้งการคัดค้านโดยมีเหตุผล(challenge with cause ) และการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผล(challenge without cause ) แต่

ต่อมาได้มีการยกเลิกการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้ไป เนื่องจากศาลเห็นว่า ทนายฝ่ายจำเลย มักใช้สิทธิในการคัดค้านลูกขุนโดยไม่ต้องมีเหตุผลนี้ อย่างพร่ำเพรื่อและไม่มีความจำเป็น ทำให้เหลือไว้เพียงการคัดค้านโดยมีเหตุผลเท่านั้น ซึ่งเหตุผลในการคัดค้านลูกขุนนี้ ก็คือ เหตุที่เกรงว่า ลูกขุนผู้นั้นจะไม่เป็นกลางหรือมีอคติต่อคู่ความในคดีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั่นเอง

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น คู่ความในคดีอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาได้ เมื่อมีข้อเท็จจริงว่า ผู้พิพากษาผู้นั้นมีส่วนได้เสียในผลของคดี หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับคู่ความในคดีไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นญาติทางสายโลหิต หรือ ญาติทางการแต่งงาน รวมถึงความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดอคติด้วย

ในเรื่องการคัดค้านลูกขุนนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกา ยังไม่ได้ยกเลิกการคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผลเหมือนอย่างเช่นในประเทศอังกฤษ ดังนั้นการคัดค้านลูกขุนจึงมีได้ทั้งการคัดค้านโดยมีเหตุผล เช่น ลูกขุนมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับคู่ความในคดี และ การคัดค้านโดยไม่ต้องมีเหตุผล แม้ว่าการคัดค้านนั้นจะไม่ได้เกิดขึ้นโดยเหตุผลที่ลูกขุนมีลักษณะที่ไม่เป็นกลางหรือมีอคติก็ตาม

ในประเทศเยอรมนีนั้น กฎหมายได้บัญญัติแยกเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน ซึ่งการแยกพิจารณาดังกล่าวเนื่องมาจากเหตุห้ามผู้พิพากษาไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหาย หรือผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ในทางญาติกับคู่ความในคดี กล่าวคือเป็นเหตุแห่งความไม่เป็นกลางหรือความมีอคติอันเกิดจากตัวผู้พิพากษาเองหรือที่เรียกว่า อคติโดยแท้จริง (actual bias) ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้ถือว่ามีแนวโน้มและมีความเสี่ยงสูงที่ผู้พิพากษาจะเกิดอคติ และเกิดความไม่เป็นกลางในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีได้ นอกจากนั้นเหตุดังกล่าวต้องถือว่ามีอยู่ก่อนหน้าที่ผู้พิพากษาจะเข้าทำหน้าที่พิจารณาคดีจึงย่อมเป็นเรื่องที่ชัดเจนและง่ายต่อการวินิจฉัย แต่ในส่วนของเหตุคัดค้านนั้น เป็นเหตุที่ไม่ได้มีอยู่ก่อน แต่จะเกิดขึ้นในขณะที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่และคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเกรงว่าตนจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้พิพากษา เพราะเหตุที่ผู้พิพากษามีพฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีลักษณะของความไม่เป็นกลาง กล่าวคือ เป็นเหตุแห่งความไม่เป็นกลางหรือความมีอคติอันเกิดจากพฤติกรรมของผู้พิพากษา ดังนั้นกฎหมายจึงให้เป็นสิทธิของคู่ความฝ่ายที่สงสัยในพฤติกรรมซึ่งอาจส่งผลต่ออคติและความเป็นกลางของผู้พิพากษาดังกล่าวในอันที่จะยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อคัดค้านมิให้ผู้พิพากษาผู้นั้นทำหน้าที่พิจารณาคดีต่อไป

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสนั้น กฎหมายได้บัญญัติเหตุห้ามผู้พิพากษาไว้เช่นเดียวกันแต่ไม่ได้บัญญัติแยกไว้อย่างชัดเจนเหมือนเช่นในประเทศเยอรมัน ซึ่งเหตุห้ามดังกล่าวนี้ได้แก่การมี

เคยมีส่วนร่วมพิจารณาคดีนั้นในศาลอื่นมาแล้ว รวมถึงในคดีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีที่ได้มีการกระทำความผิดนั้นด้วย ส่วนในกรณีของเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นกฎหมายได้บัญญัติถึงกรณีความสัมพันธ์ในทางครอบครัวหรือความสัมพันธ์ใดในลักษณะที่ใกล้ชิดระหว่างผู้พิพากษากับคู่ความในคดี นอกจากนั้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายที่อาจมีขึ้นในอนาคตว่าความสัมพันธ์บางอย่างนั้นน่าจะเป็นเหตุคัดค้านด้วยหรือไม่ กฎหมายจึงได้บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์โดยกว้างว่า ความสัมพันธ์ที่อาจใช้สิทธิคัดค้านได้นั้น หมายความว่ารวมถึงกรณีที่ความสัมพันธ์นั้นจะทำให้ผู้พิพากษาไม่เป็นอิสระในการพิจารณาคดีด้วย

โดยสรุปการกำหนดเหตุแห่งความมีอคติของผู้พิพากษารวมถึงลูกขุน ในกฎหมายต่างประเทศนั้น ได้กำหนดโดยแบ่งประเภทใหญ่ได้สองลักษณะคือ เหตุแห่งความมีอคติอันเกิดจากตัวผู้พิพากษาเอง เช่น การมีส่วนร่วมได้เสียในคดี หรือการเป็นญาติกับคู่ความ ซึ่งความมีอคติดังกล่าวนี้เรียกว่าเป็นอคติโดยแท้จริง (actual bias) และอคติอันเกิดจากพฤติการณ์ที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความไม่เป็นกลาง

สำหรับประเทศไทยนั้น สิทธิของคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมนั้นก็ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ และการกำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27 ได้บัญญัติให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ถึงมาตรา 14 มาบังคับ ซึ่งเมื่อได้ทำการพิจารณา วิเคราะห์เปรียบเทียบในด้านรูปแบบและเนื้อหาของ การกำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในประเทศไทย ก็ถือว่ามีคุณสมบัติและมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ กล่าวคือ มีการกำหนดเหตุคัดค้านที่เป็นเรื่องความมีอคติอันเกิดจากตัวผู้พิพากษาเองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (1)-(7) และความมีอคติอันเกิดจากพฤติการณ์ของผู้พิพากษาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12 แต่อาจแตกต่างกันในรายละเอียดเพียงบางประเด็น ที่อาจสืบเนื่องมาจากพื้นฐานวัฒนธรรมทางกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า การประกันสิทธิของคู่ความในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียโดยการกำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในส่วนของกฎหมายไทยดีในระดับหนึ่ง

และอาจกล่าวได้ว่าแม้ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายจะใช้เพียงคำว่าเป็นเหตุในการตั้งรังเกียจหรือคัดค้านผู้พิพากษาก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญและนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจึงอาจถือได้ว่า เหตุตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในคดีอาญาตามประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 นั้นเป็นเหตุแห่งการขาดคุณสมบัติ(disqualify) ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา กล่าวคือถือเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งผู้พิพากษาคควรต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี นอกจากนั้นแม้ผู้พิพากษาจะไม่ได้ถอนตัวหากมีการตรวจพบเหตุดังกล่าวนี้ในศาลสูง ศาลสูงก็ชอบที่จะเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผู้พิพากษาได้ทำไปโดยมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางหรือมีอคติได้ โดยถือว่ากระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ผิดระเบียบและไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีอาญาที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย

แต่ถ้าได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศเยอรมนีแล้ว จะเห็นว่าการกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านในการพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน โดยแยกพิจารณาระดับของความร้ายแรงและความเสี่ยงที่จะเกิดอคติ ความไม่เป็นกลางหรือ ความลำเอียง รวมถึงการขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวมในผลแห่งคดีตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้นจะช่วยสร้างความศรัทธาและความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ถ้ากรณีเป็นเหตุความมีอคติอันเกิดจากตัวผู้พิพากษาอันถือว่ามี ความร้ายแรงต่อความไม่เป็นกลาง และมีความเสี่ยงหรือมีแนวโน้มสูงที่จะเกิดการขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ หรือเกิดอคติได้ เหตุดังกล่าวนั้นก็ควรเป็นเหตุที่ทำให้ตัดผู้พิพากษานั้นออกจากการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่ต้องให้เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะยื่นคัดค้านแต่อย่างใด

ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติให้การคัดค้านผู้พิพากษาหรือที่เรียกว่าการตั้งรังเกียจผู้พิพากษาในคดีอาญา คู่ความต้องเป็นผู้คุ้มครองสิทธิของตนในการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งความมีอคติและไม่เป็นกลางนั้นถือว่าไม่ถูกต้องและสอดคล้องตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เพราะโดยที่เหตุคัดค้านในการพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในมาตรา 11 (1)-(7) นั้นเป็นเรื่องของการขัดกันของผลประโยชน์( Conflict of interest ) ซึ่งแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงความร้ายแรงและการมีความเสี่ยงต่อการเกิดอคติและความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษา ซึ่งสำหรับในคดีอาญาแล้วต้องถือว่า การขัดกันของผลประโยชน์ดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ดังนั้น เหตุคัดค้านผู้พิพากษิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 (1)-(7) ดังกล่าว ควรที่รัฐจะเข้ามาคุ้มครองสิทธิของคู่ความ โดยการออกบทบัญญัติของกฎหมายให้ถือเป็นเหตุตัดผู้พิพากษาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี เหมือนดังเช่นใน

กฎหมายของประเทศเยอรมนี กล่าวคือ ถึงแม้คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นคัดค้านก็ตาม แต่กรณีก็ต้องถือว่าผู้พิพากษาผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ กระบวนพิจารณาที่ได้กระทำไปเป็นกระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบ อันเป็นกระบวนพิจารณาที่ต้องถูกยกเลิกเพิกถอนได้ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27

นอกจากนั้นแม้ว่าคู่ความอาจได้รับการเยียวยาโดยการโต้แย้งกระบวนพิจารณาของศาลล่างที่ได้กระทำไปโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษา โดยใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฎีกานั้น โดยถือว่าปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ที่ศาลสูงอาจยกขึ้นพิจารณาวินิจฉัยได้แม้คู่ความจะไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวในศาลล่างก็ตาม ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้แม้ว่าศาลสูงอาจมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีอาญาในการได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางได้โดยการมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนพิจารณาที่ศาลล่างได้กระทำไป เพราะถือว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะคุ้มครองคู่ความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีการที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาข้อพิพาทและข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย การบัญญัติแยกเหตุห้ามและเหตุคัดค้านของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกันไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนเหมือนดังเช่นในหลักกฎหมายเยอรมันของจึงย่อมเป็นหลักประกันที่มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย

เมื่อทำการพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยพิจารณาจากคำพิพากษาและประมวลจริยธรรมตุลาการแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายของประเทศอเมริกายอมให้มีการละสิทธิของคู่ความในการโต้แย้งการขาดคุณสมบัติ รวมถึงกรณีที่ผู้พิพากษาอาจไม่ยอมถอนตัวก็ได้ถ้าตนใช้ดุลพินิจแล้วเห็นว่าไม่กระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตน ก็อาจเนื่องมาจากเหตุผลว่า การตรวจสอบโดยภาคประชาชน (Public Accountability) ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นระบบและมีความเข้มแข็งอย่างมากและนอกจากนั้นแล้วการเข้าสู่ตำแหน่งรวมทั้งการถอดถอนผู้พิพากษานั้น กฎหมายก็เปิดช่องให้ทำได้ง่ายกว่า ในส่วนของประเทศไทย ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจึงต้องเป็นไปด้วยความถูกต้อง ชอบธรรม มิฉะนั้นก็อาจถูกถอดถอนได้

สำหรับในประเทศอังกฤษที่ผู้พิพากษาได้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติว่าด้วยหลักความไม่มีส่วนได้เสีย และผู้พิพากษาในประเทศ

สหรัฐอเมริกาได้ยึดถือหลัก Due Process of Law เป็นหลักสำคัญในการอำนวยความยุติธรรม และเป็นหลักประกันความยุติธรรมขั้นพื้นฐานของประชาชน ทำให้การพิจารณาว่า สิ่งใดจะกระทบต่อความเป็นกลางและความยุติธรรมในการทำหน้านั้นเป็นไปโดยยึดหยุ่นและสอดคล้องกับสภาพสังคมในยุคสมัย มากกว่าในประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ดังนั้นการที่ประเทศไทยจะบัญญัติถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาและหลักการถอนตัวของผู้พิพากษาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลจริยธรรมของตุลาการแต่เพียงอย่างเดียว นั้น ไม่เพียงพอในอันที่จะสร้างความเชื่อมั่นและความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะองค์กรตุลาการได้

ประการสำคัญที่สุดคือการกำหนดเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นเป็นการสอดคล้องตามองค์ประกอบขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ต้องการกระบวนการพิจารณาที่มีความยุติธรรม กล่าวคือ คู่ความคดีอาญามีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยคณะลูกขุนและผู้พิพากษาที่มีความเที่ยงธรรม ดังนั้นกระบวนการพิจารณาของศาลจะใช้บังคับได้ ก็ต่อเมื่อวิญญูชน (reasonably prudent) และผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสีย (disinterested observer) เห็นว่า คู่ความทุกฝ่ายได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรม มีความเที่ยงธรรมและเป็นกลาง ซึ่งในคดีอาญาแล้ว ไม่มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่จะมีข้อได้เปรียบทางกลยุทธ์ (tactical) ดังนั้นการกำหนดให้เหตุที่มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษาเป็นเหตุห้ามผู้พิพากษานั้นนอกจากการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยผลของกฎหมายย่อมเป็นการประกันสิทธิของคู่ความในคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญที่มีประสิทธิภาพ

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและความศรัทธาของสังคมที่มีต่อความยุติธรรมและความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา โดยเฉพาะในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ต้องเป็นไปตามหลักการตรวจสอบ หากความจริงในคดี และพิจารณาไปตามพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในคดี ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. การแยกเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา กล่าวคือควรต้องถือเป็นหน้าที่ของกฎหมายเองที่จะออกบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งความมีอคติอันเกิดจากตัวผู้พิพากษาเอง หรือมีลักษณะแห่งการขัดแย้งซึ่งผลประโยชน์

ประการหนึ่งประการใดอันถือว่ามีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดคำถามจากคู่ความในคดีและสังคมถึงความ เป็นกลาง ความมีอคติ ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ไม่ว่าจะด้วย เหตุที่ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในคดี หรือผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ในทางญาติกับคู่ความในคดี นั้น ที่เข้ามามีส่วนร่วมในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี และถ้าปรากฏว่า มีการพบข้อเท็จจริง ในภายหลังว่าการพิจารณาพิพากษาคดีใด ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่มีเหตุห้ามดังกล่าว กระบวนพิจารณาที่ได้กระทำไปแล้วในคดีนั้นต้องถือว่าเป็นกระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบ จำต้อง ได้รับการทบทวน (Judicial review) โดยผู้พิพากษาที่ไม่มีเหตุห้ามในการพิจารณาพิพากษาคดี ใหม่อีกครั้งหนึ่ง

ส่วนการคัดค้านผู้พิพากษานั้น กฎหมายควรบัญญัติให้คู่ความใช้สิทธิคัดค้านได้ในกรณี มีเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม กล่าวคือ มีข้อเท็จจริงที่ถือว่ามีสภาพร้ายแรงต่อความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษา หรือคู่ความใน คดีเกรงว่าผู้พิพากษาจะเกิดความลำเอียง ซึ่งความลำเอียงนั้นจะส่งผลต่อความเป็นกลางในการ ทำหน้าที่ของผู้พิพากษา ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุดังกล่าวนี้เป็นไปตามนัยของ บทบัญญัติมาตรา 12 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2. ระยะเวลาการใช้สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษานั้น ศาลควรต้องถือว่าใน คดีอาญาสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางนั้นไม่อาจ สละได้โดยการไม่ใช้สิทธิคัดค้านภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน บทบัญญัติมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่เหตุแห่งความมีอคตินั้นเกิด จากตัวผู้พิพากษา หรือเป็นอคติโดยแท้จริง (actual bias) โดยต้องถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นปัญหา ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลสูงพึงหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเพิกถอน กระบวนพิจารณาดังกล่าวนั้นได้เอง แม้ว่าคู่ความจะไม่ได้ใช้สิทธิโต้แย้งโดยการยื่นคำร้องคัดค้านผู้ พิพากษาในการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลล่างก็ตาม เนื่องจากกระบวนพิจารณาที่ได้ กระทำไปนั้นเป็นกระบวนพิจารณาที่ผิดระเบียบและขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

3. การใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาในศาลสูงนั้น เมื่อในทางปฏิบัติเป็นไปได้ค่อนข้าง ยากเพราะการพิจารณาคดีในศาลสูงโดยปกติไม่มีการนั่งพิจารณาคดี ซึ่งทำให้กว่าที่คู่ความจะ ทราบองค์คณะผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีว่ามีเหตุห้ามหรือเหตุคัดค้านในการพิจารณา พิพากษาคดีหรือไม่นั้นได้ก็ต่อเมื่อมีการอ่านคำพิพากษาแล้ว ดังนั้น กฎหมายจึงควรบัญญัติ รับรองไว้ให้ชัดเจนว่าในกรณีของการใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกานั้น ให้ เริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่คู่ความอาจใช้สิทธิคัดค้านได้ กล่าวคือ นับแต่วันที่คู่ความรู้ถึงเหตุ

แห่งการคัดค้านผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่พิจารณาในศาลสูงและอาจใช้สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาผู้นั้นได้

นอกจากนั้นในกรณีที่ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาในศาลสูงได้ทำหน้าที่โดยมีเหตุห้ามหรือในกรณีที่มีการยื่นคำร้องคัดค้านแล้วปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาคดี โดยมีเหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมถือว่า กระบวนพิจารณาที่ได้กระทำลงไปนั้น เป็นกระบวนพิจารณาที่ผิดระเบียบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 27 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ในอันที่กระบวนพิจารณาดังกล่าวอาจถูกยกเลิกเพิกถอนเสียได้

4. กรณีการคัดค้านเพราะผู้พิพากษามีเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาคดีหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12 ซึ่งใช้บังคับเฉพาะในกรณีของการมีองค์คณะของผู้พิพากษาเพียงคนเดียวนั้น เพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับหลักประกันสิทธิของคุณความในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียนั้น และเป็นการสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่ว่า คนใดคนหนึ่งในองค์คณะมีอคติ ถือว่าทุกคนมีอคติ (one bias, all bias ) จึงควรบัญญัติให้เหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาคดีหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปนั้นเป็นเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาทั้งในกรณีที่มีองค์คณะนั้น ประกอบด้วยผู้พิพากษาเพียงคนเดียวหรือองค์คณะนั้นมีผู้พิพากษาหลายคนก็ตาม