

การพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย ข้อยกเว้นและปัญหาในประเทศไทย

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้บัญญัติหลักของการพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลย โดยได้¹ปรับเปลี่ยนอัตราโทษให้เหมาะสมแก่ยุคสมัย ซึ่งมีการแก้ไขโดยมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2499 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2527 ก็ถือได้ว่ากระบวนการพิจารณาของศาลนั้นสามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้แล้วยังมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบางมาตราซึ่งมีผลให้การพิจารณาคดีอาญาสามารถกระทำลับหลังจำเลยได้ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป จะเห็นได้ว่าหลักของการพิจารณาลับหลังจำเลยเป็นเสมือนข้อยกเว้นของกฎหมาย ซึ่งมีเป็นส่วนน้อยที่บัญญัติรองรับไว้ทั้งนี้เพราะการพิจารณาลับหลังจำเลย อาจจะเป็นการกระทบสิทธิการต่อสู้คดีของจำเลยได้ ทั้งนี้เพราะการพิจารณาคดีที่ดีนั้นสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการมีตัวจำเลยอยู่ขณะพิจารณาคดี และด้วยเหตุอันสมควรอย่างยิ่งดังกล่าว ก็อาจนำมาซึ่งช่องว่างหรือปัญหาของกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

4.1 ความหมายและความเป็นมาของการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย

ก่อนอื่นต้องขอกล่าวถึงความหมายของการพิจารณาโดยทั่วไป เพื่อที่จะได้ทราบว่าคุณลักษณะตรงข้ามของคำดังกล่าว ซึ่งในที่นี้ หมายถึง การพิจารณาโดยไม่ต้องมีตัวจำเลยนั้นหมายความว่าความถึงลักษณะอย่างไร

"การพิจารณา" นั้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดบทนิยามไว้ คงมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (8) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "การพิจารณา" หมายถึง กระบวนการพิจารณาในศาลใดศาลหนึ่งก่อนศาลนั้นจะชี้ขาดตัดสินหรือจำหน่ายคดีโดยคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนั้น การพิจารณาในคดีอาญา จึงหมายถึง การกระทำ

¹ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 ทวิ

ของศาลทุกระยะนับตั้งแต่โจทก์ยื่นฟ้อง ศาลสอบถาม การพิจารณาในชั้นได้สวนมูลฟ้องเป็นกระบวนการในชั้นพิจารณาหรือไม่นั้นยังมีความเห็นของนักวิชาการที่แตกต่างกัน²

โดยหลักแล้ว การพิจารณาคดีอาญานั้นจำต้องมีตัวจำเลยอยู่ร่วมด้วยขณะดำเนินการพิจารณาคดีหรือต้องกระทำต่อหน้าจำเลย ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 วรรคแรกซึ่งบัญญัติว่า " การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น "

"การพิจารณาสืบพยานต้องทำต่อหน้าจำเลย" นั้นหมายความว่าเฉพาะการพิจารณาสืบพยานในศาลเท่านั้น แต่หากเป็นการกระทำนอกศาล เช่นการเดินเผชิญสืบ หรือเรียกอีกอย่างว่าการสืบพยานประเด็น ซึ่งเป็นการที่ศาลส่งประเด็นไปสืบที่ศาลอื่น หากเป็นความประสงค์ของจำเลยก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการสืบพยานต่อหน้าจำเลยก็ได้ หรือในกรณีที่ศาลไปตรวจพยานวัตถุ นอกศาลก็หาจำเป็นต้องกระทำต่อหน้าจำเลยไม่³

การพิจารณาและสืบพยานต่อหน้าจำเลยตามหลักมาตรา 172 วรรคแรกนั้น เหตุผลหลักถือเป็นการรักษาสีทธิของจำเลยในการที่จำเลยจะได้รู้เห็นการพิจารณาโดยตลอดและสามารถที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ แม้จำเลยแต่งทนายความเข้ามาถ้าตัวจำเลยไม่ปรากฏตัวต่อศาลเพื่อดำเนินการพิจารณาต่อไปแล้ว ศาลก็ไม่อาจที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ ทั้งนี้เพราะตัวจำเลยเองเป็นผู้ที่รู้ถึงการกระทำที่ดีที่สุดว่าตนได้กระทำหรือไม่ และอีกเหตุผลของการที่ให้มีการพิจารณาต่อหน้าจำเลยนั้น ก็เพราะ กรณีมีการสืบพยานบุคคลที่เบิกความต่อหน้าจำเลย ย่อมเกิดผลในทางจิตวิทยาว่า จะต้องให้การด้วยความเป็นจริงเพราะได้กล่าวปรัปรำจำเลยต่อหน้าจำเลย อาจทำให้การสืบพยานดังกล่าว กระทำได้ไม่สะดวกและไม่แนบเนียนเท่ากับในกรณีที่ตัวจำเลยไม่อยู่ ในกรณีที่พยานนั้น ๆ เบิกความเท็จและจำเลยเองก็มีสิทธิที่จะซักค้านพยานดังกล่าวได้นั่นเอง แต่ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้มีบทยกเว้นให้มีการพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้เช่นกันทั้งนี้อันเนื่องมาจากเหตุผลดังจะได้อธิบายต่อไป

"การพิจารณาต่อหน้าจำเลย" ในทางปฏิบัติและความเป็นจริงแล้วไม่อาจทำได้ในทุกกรณี ดังนั้นจึงเกิดข้อยกเว้นของเรื่องดังกล่าวคือการพิจารณาลับหลังจำเลย ซึ่งการพิจารณา

² ดร.ณ โสติพันธ์, คู่มือศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2524) น. 364.

³ ไพจิตร บุญญพันธุ์, "การพิจารณาต่อหน้าจำเลย," บทบัญญัติ, เล่ม 24, ตอน 4, น. 745-748 (พ.ศ. 2509).

ดังกล่าวหมายความว่า การพิจารณาคดีอาญาที่ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาไปได้โดยไม่มีตัวจำเลยอยู่ร่วมด้วยในขณะพิจารณาหรือสืบพยาน แม้จำเลยได้มอบอำนาจให้ทนายความเข้ามาต่อสู้คดีแทนตัวจำเลยแล้วก็ตาม แต่หากไม่มีตัวจำเลยอยู่ร่วมขณะพิจารณาดำเนินคดีก็ไม่ว่าจะมีตัวจำเลยหรือพิจารณาต่อหน้าจำเลยแต่อย่างใด

4.2 วัตถุประสงค์ของการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย

วัตถุประสงค์ของการพิจารณาคดีอาญาที่ต้องมีตัวจำเลย นั้นมีด้วยกันหลายประการดังต่อไปนี้

- พิจารณาในเรื่องกระบวนการพิจารณาคดี

ซึ่งจำเลยจะต้องมีส่วนร่วมด้วย ดังที่ได้บัญญัติกฎหมายไว้ให้จำเลยได้กระทำการใด ๆ บ้างในกระบวนการพิจารณา โดยหลักในกฎหมายนั้น เมื่อโจทก์และทนายโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว และศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริงให้ศาลอ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง และถามว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้ว่าอย่างไรบ้าง คำให้การของจำเลยให้ชัดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การ ก็ให้ศาลจดยางานไว้ และดำเนินการพิจารณาต่อไป

การพิจารณาโดยเปิดเผยและอ่านต่อหน้าจำเลยเป็นการเริ่มต้นของกระบวนการพิจารณาซึ่งคล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 165 วรรคแรก แต่ความสำคัญในชั้นพิจารณามีมากกว่าแม้ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้มีการสอบถามจำเลยมาครั้งหนึ่งแล้วก็ตาม ในชั้นพิจารณาก็มีการสอบถามอีกครั้งหนึ่งส่วนจำเลยในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์หากศาลสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องซึ่งจะต้องสอบถามคำให้การและจำเลยอาจให้การไว้ครั้งหนึ่งแล้วในชั้นของการไต่สวนมูลฟ้องอาจใช้สิทธิไม่ยอมให้การเลย หรือให้การไม่ตรงกับที่เคยให้ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้ ส่วนคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ศาลจะปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคสองได้ต่อเมื่อศาลทำการไต่สวนมูลฟ้องคดีมีมูลประทับฟ้องแล้วมีหมายเรียก หรือหมายจับจำเลยมาศาลเพื่อให้การแก้คดี

ซึ่งกระบวนการชั้นพิจารณาสრปได้โดยสังเขปดังต่อไปนี้ คือ หลังจากที่ศาลได้ประทับฟ้องของโจทก์ไว้เพื่อดำเนินการพิจารณาแล้ว ศาลจะอ่านฟ้องและถามจำเลยในการสืบพยานว่าจำเลยจะให้การต่อสู้ว่าอย่างไรบ้าง ซึ่งในการสืบพยานนั้นโจทก์มีอำนาจแถลงเปิดคดี หมายถึง แถลงถึงลักษณะของฟ้องอีกทั้งพยานหลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย เสร็จแล้วให้

โจทก์นำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานโจทก์แล้ว จำเลยมีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีจำเลย โดยแถลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งตั้งใจอ้างอิงทั้งแสดงพยานหลักฐานที่จะนำสืบ เสร็จแล้ว ให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานจำเลยเสร็จแล้ว โจทก์และจำเลยมีอำนาจแถลงปิดคดีด้วยปากหรือด้วยหนังสือ หรือทั้งสองอย่างในระหว่างพิจารณา ถ้าศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องสืบพยาน หรือทำการอะไรอีก จะสั่งงดพยานหรือการนั้นเสียก็ได้⁴

จากบทบัญญัติข้างต้นนี้ หมายถึงว่า ในวันเริ่มต้นสืบพยานโจทก์นั้นโจทก์มีสิทธิแถลงเปิดคดี การเปิดคดีของโจทก์ก็คือ การที่โจทก์จะแถลงบรรยายถึงความเป็นมาของคดีนั้น ตลอดจนแสดงให้ศาลเห็นว่าเหตุการณ์ตอนนั้น ๆ โจทก์มีผู้ใดเป็นพยานรู้เห็นการกระทำความผิดของจำเลยบ้าง แล้วโจทก์ก็จะนำพยานเข้าสืบให้ศาลเห็นเหตุการณ์แห่งคดีตามที่แถลง⁵

ในทำนองเดียวกันกับโจทก์ เมื่อสืบพยานโจทก์เสร็จแล้ว จำเลยก็มีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีของจำเลยได้เช่นกัน ทั้งนี้เพื่อการพิจารณาที่เท่าเทียมกันของโจทก์และจำเลยนั่นเอง เมื่อสืบพยานฝ่ายจำเลยเสร็จแล้ว แต่ละฝ่ายก็จะแถลงปิดคดีของตน ซึ่งในทางปฏิบัติจะไม่ค่อยนิยมแถลงเปิดและปิดคดีกัน เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติเป็นบทบังคับให้ต้องกระทำการ และจะเป็นการเปิดเผยพยานหลักฐานต่าง ๆ ให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามได้รับรู้ แต่ทั้งนี้ หากทั้งสองฝ่ายมีการแถลงเปิดและปิดคดีตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็จะทำให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้นเนื่องจากการแถลงให้ศาลทราบคดีอย่างคร่าว ๆ ก่อนและศาลสามารถที่จะจับข้อประเด็นสำคัญ และสามารถตัดพยานที่ฟุ่มเฟือยและประวิงคดีให้ชักช้าออกไปจากการพิจารณาคดีได้

จะเห็นได้ว่าเมื่อศาลประทับฟ้องแล้ว ขั้นตอนที่สำคัญที่สุดที่จำเลยต้องกระทำด้วยตนเองนั่นคือขั้นตอนการให้การ ซึ่งจำเลยสามารถที่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยได้จากคำให้การว่าจำเลยรับตามคำฟ้อง หรือปฏิเสธ แล้วจะนำสืบพยานตนอย่างไรให้เป็นประโยชน์แก่รูปคดีของตนมากที่สุด

4.3 ข้อยกเว้นและเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย

โดยหลักแล้วผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะรับการพิจารณาต่อหน้าทั้งนี้เพื่อให้

⁴ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174.

⁵ ยิ่งศักดิ์ กฤษจินดา, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525) น. 58.

จำเลยมีโอกาสรับรู้กระบวนการพิจารณาทุกขั้นตอน ตามหลัก Right to Confrontation เนื่องจากจำเลยแต่เพียงฝ่ายเดียว ที่จะเป็นผู้รับผลร้ายจากคำพิพากษานับสืบเนื่องมาจากการพิจารณาและสืบพยานในคดีนั้นจำเลยจึงควรที่จะมีโอกาสต่อสู้คดีได้เต็มที่ หลักนี้เป็นหลักบทบังคับของกฎหมายที่ให้ประโยชน์แก่จำเลย ซึ่งจำเลยไม่อาจสละสิทธิได้⁶

เดิมที่เดียวกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเราก็ถือหลักนี้อย่างเคร่งครัด ครั้นเมื่อปี พ.ศ.2499 จึงได้มีบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยเกิดขึ้น คือ มาตรา 172 ทวิ ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2527 และเป็นการขยายออกไปยิ่งกว่าเดิม โดยการให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลยได้ด้วย⁷ ซึ่งนับได้ว่าการผ่อนปรนของหลักการเพื่อที่จะให้มีความคล่องตัว และสอดคล้องกับความเป็นจริงในทางปฏิบัติได้มากยิ่งขึ้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจึงบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าว แม้ว่าจะเป็นการกระทบสิทธิในการต่อสู้ของจำเลยบ้างก็ตาม

แม้ว่าตามหลักกฎหมายนั้นได้ให้ความสำคัญของการรักษา "หลักประกันความยุติธรรม" ของจำเลยดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ก็ตาม แต่ทั้งนี้ทุกอย่างย่อมมีข้อยกเว้นและมีเงื่อนไขในทางปฏิบัติแทบทั้งสิ้น ทั้งนี้ก็เป็นไปเพื่อที่จะให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่สะดุดหรือล่าช้าและไม่อาจอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่ความได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นแม้จะขัดกับหลักที่ต้องการคุ้มครองสิทธิของจำเลยก็ตาม แต่จำเป็นต้องมีข้อยกเว้นขึ้นมาทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ

(1) เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแล้วเสร็จไปด้วยความรวดเร็ว⁸ แต่ยังคงรักษาและคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีด้วย เพราะกฎหมายกำหนดให้จำเลยต้องมีทนายความในการต่อสู้คดีและต้องให้ศาลอนุญาตเสียก่อน ซึ่งหมายความว่า ศาลจะต้องมีการใช้ดุลพินิจว่าจะพิจารณาลับหลังจำเลยได้หรือไม่ จะกระทบต่อสิทธิการต่อสู้คดีของจำเลยหรือไม่

⁶ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น. 117.

⁷ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 วรรคสอง.

⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา," (เรื่องเสร็จที่ 0404/2524)

(2) เพื่อเป็นการให้ความสะดวกแก่การสืบพยานของโจทก์กรณีที่มีจำเลยหลายคน โดยที่หากการสืบพยานไม่ได้เกี่ยวแก่จำเลยที่ไม่มาศาล ศาลก็สามารถจะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยคนนั้นได้ ทำให้เป็นการไม่เสียเวลาโจทก์ในการต้องรอให้จำเลยมาจนครบเสียก่อน

(3) เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อยในกรณีที่จำเลยขัดขวางการพิจารณาของศาล

จะเห็นได้ว่าเหตุผลหลักของการพิจารณาที่ไม่ต้องมีตัวจำเลย หรือพิจารณาลับหลังจำเลยนั้น คงจะไม่ต้องการให้จำเลยเสียเวลาเพราะในทางปฏิบัติการเลื่อนคดีในศาลของไทยเราเกือบจะเป็นเรื่องปกติธรรมดา และโดยปกติจะเลื่อนไปนานนับสัปดาห์หรือแรมเดือน ข้อนี้จึงแตกต่างกับในต่างประเทศ ที่เน้นหนักในขั้นตอนการเตรียมคดีซึ่งอาจใช้เวลานานแต่เมื่อการพิจารณาคดีแล้ว การพิจารณาจะต้องดำเนินต่อเนื่องกันไปจนจบสิ้น การเลื่อนคดีนานนับสัปดาห์ทำให้กระบวนการพิจารณาเดิมเสียและต้องเริ่มต้นคดีกันใหม่ เหตุผลในการที่การพิจารณาต้องดำเนินต่อเนื่องกันไปนั้นก็เพราะว่า การค้นหาความจริงหากพยานหลักฐานที่แสดงในศาลยังใหม่ ๆ สด ๆ ศาลก็ย่อมจะชั่งน้ำหนักได้ดี นอกจากนั้นยังสนองข้อเรียกร้องที่ว่า การดำเนินคดีจะต้องกระทำโดยรวดเร็วอีกด้วย⁹

4.3.1 บุคคลผู้มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอนุญาตให้พิจารณาลับหลังจำเลย

เนื่องด้วยการพิจารณาลับหลังจำเลยเป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย ดังนั้นจึงต้องอาศัยการตีความอย่างเคร่งครัด และต้องอาศัยบุคคลากรทางกฎหมายที่มีความรู้ความสามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าสมควรหรือไม่ที่จะให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลย ซึ่งบุคคลที่เหมาะสมที่สุดในกระบวนการดำเนินกระบวนการพิจารณา คือ ผู้พิพากษา และในที่นี้หมายถึงผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีดังกล่าวด้วย เพราะจะได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีนั้น ๆ ว่ามีความเป็นมาเป็นไปอย่างไร มีพยานอะไรบ้างที่สำคัญและต้องนำสืบในคดี และจะมีผลเป็นประการใดบ้างหากอนุญาตให้จำเลยไม่ต้องอยู่ต่อหน้าศาลขณะพิจารณาคดี ทั้งนี้ผู้พิพากษาเองก็ต้องใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบโดยพิจารณาจากปัจจัยหลาย ๆ ด้านนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ พิจารณาเรื่องความได้เปรียบเสียเปรียบในการต่อสู้คดีของคู่ความ พิจารณาจากตัวคู่ความทั้งสองฝ่าย จากความ

⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 ปรับปรุงใหม่และแก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น. 537.

ร้ายแรงของคดี หรือแม้กระทั่งจากการยอมรับของสังคม ซึ่งสิ่งเหล่านี้ศาลจะต้องพิจารณาไปด้วย ความเป็นธรรมเพื่อธำรงไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือและความศักดิ์สิทธิ์ของศาลยุติธรรมด้วย

4.3.2 บุคคลผู้มีสิทธิขอให้มีการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็นต้องกระทำต่อหน้าจำเลย¹⁰

ในเรื่องของผู้มีสิทธิที่จะขอให้มีการพิจารณา โดยไม่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลยหรือพิจารณาลับหลังจำเลยนั้น เราจะสังเกตได้ว่า เป็นเรื่องของคู่ความโดยตรง เพราะฉะนั้นคู่ความ หรือฝ่ายโจทก์หรือจำเลยเท่านั้นที่จะมีสิทธิร้องขอให้มีการพิจารณาอันเป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย ดังกล่าว ในกฎหมายมิได้บัญญัติให้บุคคลภายนอก หรือผู้มีส่วนได้เสียในคดีที่จะร้องขอต่อศาลให้ ดำเนินการดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากคู่ความแล้ว กฎหมายยังได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อที่จะพิจารณาลับหลังจำเลย อันเป็นการให้อำนาจโดยอิสระ ดังกล่าวแก่ผู้พิพากษาเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เพื่อความรวดเร็วและไม่กระทบต่อความยุติธรรมดังกล่าวมาแล้วข้างต้นนั่นเอง

ในที่นี้จึงขอกล่าวแบ่งเป็น 3 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) กรณีโจทก์

สำหรับกรณีของโจทก์ กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีที่มีจำเลยหลายคน ซึ่งโจทก์ต้องแถลงต่อศาลว่า การพิจารณาและการสืบพยานของโจทก์ที่จะกระทำต่อนั้นไม่เกี่ยวแก่จำเลยคนใด ซึ่งการแถลงดังกล่าวนี้จะต้องกระทำจนศาลพอใจตามคำแถลงว่า การพิจารณาหรือสืบพยานของโจทก์จะไม่เกี่ยวแก่จำเลยจริง และหากไม่มีตัวจำเลยอยู่ขณะพิจารณาหรือกระทำการสืบพยานหรือพิจารณาคดีลับหลังจำเลยไป จะไม่กระทบสิทธิการต่อสู้ของจำเลย ศาลจึงอาจอนุญาตให้มีการพิจารณาตามคำแถลงของโจทก์ได้ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการอนุญาตตามคำแถลงของโจทก์แล้ว หากขณะพิจารณาคดีมีการสืบพยานพาดพิงจำเลยคนใด ก็ไม่อาจที่จะฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นผลเสียหายแก่จำเลยนั้นได้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการกระทำการทุจริตของโจทก์ในการแถลงขอให้มีการสืบพยานลับหลังจำเลย แล้วใช้เทคนิคทางการสู้คดีดังกล่าวมาสืบพยานพาดพิงหรือเกี่ยวเนื่องกับจำเลยคนนั้นภายหลัง อันจะทำให้จำเลยไม่มีโอกาสที่จะต่อสู้ได้อย่างเต็มที่และไม่มีโอกาสเผชิญหน้ากับพยานปรปักษ์นั่นเอง (Right to Confront Witness)

(2) กรณีจำเลย

¹⁰ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ

สำหรับกรณีจำเลย กฎหมายบัญญัติว่าในกรณีที่อัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปี จะมีโทษปรับหรือไม่ก็ตาม หรือในคดีที่มีโทษปรับอย่างเดียว จำเลยอาจขออนุญาตศาลที่จะไม่มา ฟังการพิจารณาคดีได้ แต่ทั้งนี้จำเลยคนดังกล่าวจะต้องมีนายความที่ทำการรักษาสิทธิของตน ตามกฎหมายแล้วด้วย หากไม่มีนายความก็ไม่ต้องตามบทบัญญัติที่กฎหมายวางหลักไว้ ดังนั้น ศาลจะไม่อนุญาตตามคำขอของจำเลย ที่กฎหมายบัญญัติหลักให้สิทธิที่จำเลยจะไม่มาฟังการ พิจารณาได้นั้น หากสังเกตแล้วจะเห็นได้ว่าคดีที่จำเลยสามารถที่จะมีสิทธิดังกล่าวคือคดีที่มีอัตรา โทษจำคุกไม่สูง หรือคดีที่มีโทษปรับ มิใช่คดีอุกฉกรรจ์หรือคดีที่ร้ายแรงแต่อย่างใด และเมื่อมีการ สืบพยานลับหลังจำเลยไปแล้ว พยานหลักฐานนั้นก็สามารถใช้รับฟังเป็นผลเสียหรือรับฟังเพื่อ ลงโทษจำเลยได้

(3) กรณีผู้พิพากษา

กรณีถือเป็นการใช้ดุลพินิจ ไม่จำเป็นต้องมีใครขอโดยศาลสามารถพิจารณาและ สืบพยานจำเลยคนหนึ่ง ๆ ลับหลังจำเลยคนอื่น ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตามพยานหลักฐานที่น่าสืบไปจะ ฟังเป็นผลเสียแก่จำเลยที่ถูกสืบพยานลับหลังไม่ได้

นอกจากนี้ในกรณีของผู้พิพากษา อาจสั่งให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลยได้ในอีก หลายกรณีนอกจากที่จะให้สืบลับหลังจำเลยคนอื่น ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

4.3.3 บทกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นข้อยกเว้นของการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย

กฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจะวางหลักการและ ดำเนินการสอดคล้องกับหลักสากล ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิผู้ต้องหาและจำเลยในชั้นพิจารณาก็ ตามแต่ เนื่องด้วยความอ่อนปรนของหลักการ เพื่อให้มีความคล่องตัวและสอดคล้องกับความเป็น จจริงในทางปฏิบัติได้มากขึ้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยจึงบัญญัติข้อยกเว้น สำหรับเรื่องการพิจารณาที่จะต้องมีตัวจำเลยไว้ แม้จะเป็นการกระทบสิทธิในการต่อสู้ของจำเลยก็ ตาม และในกรณีที่กระทำการพิจารณาคดีโดยไม่มีตัวจำเลยได้นั้นต้องอาศัยเงื่อนไขและเหตุ ตามกฎหมายที่บัญญัติรองรับไว้ อันจะกล่าวต่อไปเท่านั้น

- กรณีอยู่ระหว่างการพิจารณาคดี

มาตรา 172 ทวิ บัญญัติว่า "ภายหลังตามที่ศาลได้ดำเนินการมาตรา 172 วรรคสอง

แล้วเมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือในคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว เมื่อจำเลยมีทนายและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและการสืบพยาน

(2) ในคดีที่มีจำเลยหลายคน ถ้าศาลพอใจตามคำแถลงของโจทก์ว่าการพิจารณาและการสืบพยานตามที่โจทก์ขอให้กระทำไม่เกี่ยวแก่จำเลยคนใด ศาลจะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยคนนั้นได้

(3) ในคดีที่มีจำเลยหลายคน ถ้าศาลเห็นสมควรจะพิจารณาและสืบพยานจำเลยคนหนึ่ง ๆ ลับหลังจำเลยคนอื่นก็ได้ในคดีที่ศาลพิจารณาและสืบพยานตาม (2) หรือ (3) ลับหลังจำเลยคนใด ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด ห้ามมิให้ศาลรับฟังการพิจารณาและการสืบพยานที่กระทำลับหลังนั้นเป็นผลเสียหายแก่จำเลยคนนั้น

กรณีที่จะดำเนินการตามมาตรา 172 ทวินี้ ต้องเป็นกรณีที่ศาลได้อธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง ถ้ามคำให้การจำเลยแล้วตามมาตรา 172 วรรคสองแต่เนื่องจากไม่ได้ตัวจำเลยมาศาลและคดีอาจล่าช้าไปถ้ารอให้จำเลยมา และที่สำคัญคือศาลจะต้องเห็นสมควรจะสืบพยานลับหลังจำเลย

ทั้งนี้มาตรา 172 ทวิ (1) ได้กำหนดอัตราโทษกำกับไว้เฉพาะกรณีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และจำเลยมีทนายความแม้จะขัดกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2483 ได้วางหลักเอาไว้และเป็นการที่กฎหมายผ่อนปรนให้มีทนายความ ได้แม้จะขัดกับหลักการที่จะต้องมีส่วนจำเลยขณะพิจารณาก็ตาม แต่ก็สามารถทำได้เฉพาะแต่ในอัตราโทษดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นการจำกัดในวงแคบเกินไป แม้ว่ามาตราดังกล่าวจะเคยได้มีการปรับอัตราโทษจำคุกให้สูงกว่าเดิมมาแล้วก็ตาม¹¹ แต่ก็ยังถือว่ายังไม่ทันกับยุคสมัยปัจจุบันซึ่งมีคดีที่ร้ายแรงและอัตราโทษจำคุกสูงขึ้น และทั้งยังต้องรอการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลยด้วย

สำหรับกรณีมาตรา 172 ทวิ (2) ซึ่งการสืบพยานโจทก์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับจำเลยคนใดและเป็นการสืบพยานลับหลังจำเลยร่วมคนอื่น เป็นกรณีที่กฎหมายเห็นว่ามิได้กระทบต่อสิทธิในการรับรู้ข้อกล่าวหาของจำเลยคนนั้น เพราะพยานโจทก์ที่นำสืบไม่ได้พาดพิงถึงจำเลยคนที่ไม่ได้มาร่วมพิจารณาด้วย ส่วนพยานนั้น โดยปกติก็ไม่นำมาเป็นข้อที่จะลงโทษจำเลยด้วยกัน จึงเปิด

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8.

โอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจให้สืบพยานลับหลังจำเลยได้ เพื่อความรวดเร็วในการพิจารณา แต่อย่างไรก็ตามก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขค่าแถลงของโจทก์เท่านั้น และก็เป็นการอนุญาตภายใต้ดุลพินิจของศาล มิใช่หลักข้อกฎหมายที่กำหนดตายตัว

สำหรับกรณี มาตรา 172 ทวิ (3) กฎหมายได้จำกัดในเรื่องการรับฟังการพิจารณา และการสืบพยานในกรณีที่กระทำลับหลังจำเลยอื่น โดยห้ามมิให้รับฟังเป็นผลเสียหายแก่จำเลยคนนั้นซึ่งมิได้อยู่ร่วมด้วย ซึ่งจะเห็นว่าไม่สามารถที่จะพิจารณาไปโดยรวดเร็วเพื่อลงโทษจำเลยผู้นั้นได้แม้ว่ามีพยานหลักฐานเกี่ยวข้องกับจำเลยผู้นั้นก็ตาม อันเป็นการเคร่งครัดกับเรื่องการคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้ของจำเลยเป็นอย่างมาก

ดังจะเห็นได้ว่ามาตรา 172 ทวิ เป็นบทกฎหมายบทเดียวที่บัญญัติชัดเจนลงไปว่าคดีใดที่สามารถพิจารณาโดยไม่ต้องมีตัวจำเลยได้ โดยอาศัยจากอัตราโทษมาเป็นเงื่อนไข ทั้งนี้เพราะต้องการกำหนดให้ชัดเจนไปว่า โทษใดบ้างที่จะสามารถพิจารณาโดยไม่ต้องมีตัวจำเลยได้ และเป็นเหตุเป็นผลกับเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิแก่จำเลย ที่จะไม่กระทบสิทธิของจำเลยมากเกินไป เพราะโดยความเป็นจริงแล้ว หากคดีใดที่มีอัตราโทษที่สูงมากก็จะมีผลเกี่ยวข้องกับการมีตัวจำเลยขณะพิจารณาคดีมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพราะอาจมีผลกระทบต่อเนื่องต่อตัวร่างกายของจำเลยได้รุนแรงกว่ากรณีโทษไม่สูงมากนัก ในกรณีที่ศาลตัดสินว่าจำเลยกระทำความผิดและต้องรับโทษสูงดังกล่าว

ทั้งนี้ในประเทศไทยได้บัญญัติหลักกฎหมายกำหนดอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 10 ปี ซึ่งจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว ซึ่งถือว่าเป็นคดีที่เป็นความผิดลหุโทษอยู่ด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวมีลักษณะเดียวกับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสที่ให้มีการพิจารณาคดีโดยไม่ต้องมีตัวจำเลยได้ในคดีลหุโทษ ทั้งนี้ก็เพื่อให้การพิจารณาคดีเล็กน้อยได้ดำเนินไปอย่างรวดเร็วมากขึ้น

อย่างไรก็ตามในกฎหมายของไทยนั้นจำต้องมีนายความอยู่ร่วมด้วยขณะพิจารณา และหลักการสำคัญประการหนึ่งคือ จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อนจึงจะสามารถที่จะมีการพิจารณาและสืบพยานโดยไม่มีตัวจำเลยได้ และแม้คดีที่มีอัตราโทษเพียงโทษปรับ กฎหมายของไทยก็ยังคงมีความเคร่งครัดมากในการที่จะต้องมีนายความในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ต้องมีตัวจำเลย ทำให้มีผลที่ตามมาในทางปฏิบัติ หากตัวจำเลยไม่มีนายความ กฎหมายก็ต้องบังคับให้จำเลยมาศาลเสมอ ทำให้เกิดช่องว่าง หากจำเลยไม่อยู่ (หาตัวไม่ได้) หรือจำเลยหลบหนีไปและคดีดังกล่าวก็เป็นคดีที่ศาลไม่ต้องตั้งทนายหรือถามการต้องการทนายตามมาตรา 173 ด้วยนั่นเอง ผลคือทำให้กระบวนการพิจารณาคดีต้องหยุดชะงักลงชั่วคราว

มาตรา 172 ตรี วรคส์บัญญัติว่า " ในกรณีที่ไม่ได้ตัวพยานมาเบิกความตามวรรคหนึ่งเพราะมีเหตุจำเป็นอย่างยิ่ง ให้ศาลรับฟังสื่อภาพและเสียงคำให้การของพยานนั้นในชั้นสอบสวนตามมาตรา 133 ทวิ หรือชั้นไต่สวนมูลฟ้องตามมาตรา 171 วรรค 2 เสมือนหนึ่งเป็นคำเบิกความของพยานนั้นในชั้นพิจารณาของศาลและให้ศาลรับฟังประกอบพยานอื่นในการพิจารณาพิพากษาคดีได้"

จะเห็นได้ว่า การถามปากคำเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในฐานะเป็นผู้เสียหายหรือพยานในชั้นสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ เป็นกระบวนการสอบสวนที่เหมาะสมสำหรับเด็กเป็นพิเศษ เนื่องจากเด็กเป็นผู้มีข้อจำกัดทางจิตใจและมีสภาพร่างกายและจิตใจที่อ่อนแอ รวมทั้งการถามปากคำเด็กส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก ซึ่งคำถามที่ใช้ถามเด็กอาจเป็นคำถามที่ตอกย้ำจิตใจของเด็กซึ่งบอบช้ำให้เลวร้ายยิ่งขึ้นและส่งผลให้การสอบสวนคลาดเคลื่อน จึงมีกระบวนการสอบสวนสำหรับผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กไว้โดยเฉพาะ

การที่พนักงานสอบสวนได้ถามปากคำพยานเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ในชั้นสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ แล้ว เมื่อมีการสืบพยานในชั้นพิจารณาและไม่ได้ตัวพยานเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งได้บันทึกในชั้นสอบสวนตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 ทวิ มาเบิกความต่อหน้าศาลในชั้นพิจารณาเพราะมีเหตุจำเป็นอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ตรี วรคส์ได้กำหนดให้ศาลรับฟังสื่อภาพและเสียงคำให้การของพยานเด็กนั้นในชั้นสอบสวน หรือชั้นไต่สวนมูลฟ้อง เสมือนหนึ่งเป็นคำเบิกความของพยานนั้นในชั้นพิจารณาของศาลได้ แต่ทั้งนี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานประกอบเท่านั้น ทั้งนี้เพราะไม่อาจนำตัวพยานเด็กนั้นมาสืบในชั้นพิจารณาได้นั่นเอง ทำให้จำเลยไม่มีสิทธิในการเผชิญหน้าพยานดังกล่าวในชั้นพิจารณา เสมือนเป็นการพิจารณาลับหลังจำเลย จึงรับฟังเป็นพยานประกอบพยานหลักฐานอื่นเท่านั้น¹²

¹² พัทธราภรณ์ เดชประสิทธิ์พิบูล, "การสืบพยานหลักฐานล่วงหน้าในคดีอาญา : ศึกษากรณีปัญหาการสืบลับหลังจำเลยและปัญหาที่เกี่ยวข้อง," (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 29-30.

มาตรา 173/2 วรรคสอง¹³ บัญญัติว่า "ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ ศาลจะมีคำสั่งให้สืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสำคัญในคดีไว้ล่วงหน้าก่อนถึงกำหนดวันนัดสืบพยานก็ได้"

มาตราดังกล่าวเป็นเรื่องของการสืบพยานไว้ล่วงหน้าในชั้นพิจารณา ซึ่งการสืบพยานไว้ล่วงหน้านี้มีนักวิชาการมีความเห็นว่า นับเป็นการที่เป็นไปในลักษณะของการพิจารณาโดยไม่มีตัวจำเลยหรือพิจารณาลับหลังจำเลยได้เช่นเดียวกันโดยเทียบเคียงมาตรา 237 ทวิ¹⁴ ซึ่งเป็นการสืบพยานล่วงหน้าในชั้นก่อนฟ้อง จึงได้นำมาตรา 173/2 มาพิจารณาในที่นี้ด้วย

ในกรณีมาตรา 173/2 วรรคสอง ถ้าในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ปรากฏว่ามีเหตุขัดข้องไม่อาจมาศาลได้ หรือเกรงว่าจะเป็นการยากที่จะนำพยานมาสืบตามที่ศาลนัดไว้ถึงเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการต้องขอและศาลต้องสืบพยานหลักฐานนั้นไว้ก่อนตามมาตรา 55/1 วรรคแรกซึ่งบัญญัติว่า "ในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าศาลมีคำสั่งออกหมายเรียกพยานโจทก์โดยมิได้กำหนดวิธีการส่งไว้ ให้พนักงานอัยการมีหน้าที่ดำเนินการให้หัวหน้าพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่เป็นผู้จัดส่งหมายเรียกแก่พยานและติดตามพยานโจทก์มาศาลตามกำหนดนัด แล้วแจ้งผลการส่งหมายเรียกไปยังศาลและพนักงานอัยการโดยเร็ว หากปรากฏว่าพยานโจทก์มีเหตุขัดข้องไม่อาจมาศาลได้หรือเกรงว่าจะเป็นการยากที่จะนำพยานนั้นมาสืบตามที่ศาลนัดไว้ ก็ให้พนักงานอัยการขอให้ศาลสืบพยานนั้นไว้ล่วงหน้าตาม มาตรา 173/2

นอกจากนั้น กรณีที่พนักงานอัยการมิได้เป็นโจทก์ในกรณีสืบพยานไว้ล่วงหน้าก่อนถึงกำหนดวันนัดสืบพยานตามมาตรานี้ ถึงแม้ว่าไม่มีคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ถ้ามีความจำเป็นศาลมีอำนาจสั่งให้ทำการสืบพยานหลักฐานนั้นไว้ก่อนก็ได้ เช่น กรณีที่พยานเป็นเด็กหรือเยาวชนซึ่งอาจจดจำเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ไม่นาน หรือในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งไม่ควรให้ผู้เสียหายต้องอยู่กับความทรงจำต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนานเกินสมควร ศาลจะมีคำสั่งให้ทำการสืบพยานเหล่านี้ไว้เป็นการล่วงหน้าก็ได้

การสืบพยานหลักฐานล่วงหน้าตามมาตรานี้ จะกว้างกว่ามาตรา 237 ทวิ กล่าวคือ มาตรา 237 ทวิ ให้สืบพยานบุคคลได้ก่อนฟ้องเท่านั้นซึ่งในที่นี้จะไม่กล่าวในรายละเอียด ไม่อาจขอ

¹³ เพิ่มเติมโดยมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22), พุทธศักราช 2547.

¹⁴ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น. 87.

สืบพยานเอกสารหรือพยานวัตถุไว้ก่อนได้แต่ตามมาตรา 173/2 วรรคสอง นี้ศาลจะให้สืบพยานเอกสารหรือพยานวัตถุไว้ก่อนก็ได้

ทั้งนี้ข้อที่เป็นปัญหา คือ กรณีที่จำเลยหลบหนีและยังไม่สามารถติดตามตัวมาได้ แต่มีความจำเป็นต้องสืบพยานหลักฐานไว้ก่อน มิเช่นนั้นจะสูญเสียพยานหลักฐานไป เช่น พยานสำคัญกำลังจะถึงแก่ความตาย หรือต้องเดินทางไปต่างประเทศถาวร ศาลจะให้สืบพยานหลักฐานดังกล่าวไว้ล่วงหน้าได้หรือไม่ ข้อนี้มีนักวิชาการเห็นว่าน่าจะทำได้ แม้ว่าจะเป็นการสืบพยานโดยไม่มีตัวจำเลย หรือสืบพยานลับหลังจำเลยก็ตาม เพราะแม้ในชั้นก่อนฟ้องที่ยังจับตัวคนร้ายไม่ได้ ศาลฎีกาก็เคยตีความมาตรา 237 ทวิ ให้สืบพยานไว้ก่อนได้

ดังนั้นแล้วข้อยกเว้นในชั้นหลังจากที่มีการฟ้องแล้วตาม มาตรา 173/2 วรรคสองนี้จึงควรตีความให้สอดคล้องเป็นแนวเดียวกัน ส่วนเมื่อสืบไว้แล้ว ศาลจะให้นำนักพยานหลักฐานนั้นมาน้อยเพียงใดก็เป็นอีกปัญหาหนึ่ง ซึ่งหากจำเลยไม่มีโอกาสซักค้านหรือหักล้างพยานหลักฐานนั้นเลย เช่น พยานบุคคลที่ศาลให้สืบลับหลังจำเลยไว้ก่อนนั้นถึงแก่ความตายหรือไปอยู่ต่างประเทศแล้ว โดยในขณะที่พยานเบิกความจำเลยยังไม่มีทนายความเพื่อถามค้านพยานแทนจำเลย คำเบิกความของพยานนั้นย่อมมีน้ำหนักน้อย ซึ่งศาลจะต้องรับฟังด้วยความระมัดระวัง แต่ถ้าจำเลยมีทนายความถามค้านพยานดังกล่าวให้ และต่อมาเมื่อจับตัวจำเลยได้ จำเลยก็ได้ใช้สิทธินำสืบพยานหลักฐานอื่นเข้ามาหักล้างทำลายน้ำหนักพยานบุคคลดังกล่าวได้อย่างเต็มที่แล้ว เช่นนี้ศาลก็ย่อมให้น้ำหนักแก่พยานบุคคลนั้นได้มากขึ้น

อนึ่งในระหว่างที่จะหลบหนีนั้น หากทนายความของจำเลยเห็นว่าพยานหลักฐานสำคัญของจำเลยจะสูญเสียไป ก็ควรที่จะขอสืบพยานหลักฐานนั้นไว้ล่วงหน้าได้เช่นกัน¹⁵

มาตรา 180 บัญญัติว่า " ให้นำบทบัญญัติเรื่องรักษาความสงบเรียบร้อยในศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับแก่การพิจารณาคดีอาญาโดยอนุโลม แต่ห้ามมิให้สั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณา เว้นแต่จำเลยขัดขวางการพิจารณา"

¹⁵ สวัสดิการสำนักประธานศาลฎีกา สวัสดิการสำนักวิชาการศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547, (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2548, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2548) น. 137-138.

ก่อนที่จะอธิบายหลักของมาตรา 180 จะขอกล่าวถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องรักษาความสงบเรียบร้อยในศาลก่อนซึ่งก็คือ บทบัญญัติเรื่องการละเมิดอำนาจศาล ตามมาตรา 30, 31 และ 33 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั่นเอง โดยมาตรา 33 บัญญัติว่า "ให้ศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดใด ๆ แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือแก่บุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาลตามที่เห็นจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปโดยเที่ยงธรรมและรวดเร็ว อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้าหรือในทางพุ่มเพื่อยกเว้นสมควร" สำหรับ มาตรา 31 ได้กล่าวถึงการกระทำอันไม่เหมาะสม ที่ถือว่าเป็นการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรวม 5 กรณีด้วยกัน โดยเฉพาะ (1) ของมาตรา 31 ได้ระบุการกระทำอันไม่สมควรซึ่งก่อให้เกิดความไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลว่า "ขัดขึ้นไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตรา 30 ก่อน อันว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อย หรือประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล" ส่วนบทลงโทษนั้น มาตรา 33 บัญญัติว่า "ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ให้ศาลนั้นมียกคำสั่งลงโทษโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธีดังจะกล่าวต่อไปนี้คือ

(ก) ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือ

(ข) ให้ลงโทษจำคุก หรือ ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

สำหรับการไล่ออกจากบริเวณศาลนั้น ให้กระทำได้ชั่วระยะเวลาที่ศาลนั่งพิจารณาหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร เมื่อจำเป็นจะเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการก็ได้

สำหรับกรณีกำหนดโทษจำคุกและปรับนั้น ให้จำคุกได้ไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท " จะสังเกตได้ว่า ศาลขับไล่จำเลยออกจากห้องพิจารณาไม่ได้ เว้นแต่จำเลยขัดขวางการพิจารณา ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าการกระทำเพียงใดที่ถือว่าการขัดขวางการพิจารณา อาทิเช่น หากจำเลยเพียงแต่ประพฤติดนไม่เรียบร้อยในห้องพิจารณา หรือเจียบนิ่งเฉยไม่ร่วมในการดำเนินคดี ทั้งนี้หากไม่ถึงขนาดขัดขวางการพิจารณา ศาลต้องพิจารณาและสืบพยานต่อหน้าจำเลยตาม มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ศาลจะขับไล่จำเลยออกจากห้องพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยไม่ได้ แต่ถ้าจำเลยกระทำการประพฤติดนไม่เรียบร้อยถึงขนาดเป็นการขัดขวางการพิจารณา เช่น การที่จำเลยส่งเสียงดังรบกวนการพิจารณา หรือใช้อำกัปกิริยาที่ทำให้พยานหรือผู้เสียหายเกิดความกลัว จนไม่อาจดำเนินการสืบพยานได้ เป็นต้น ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาได้ ตามมาตรา 180 และในกรณีเช่นนี้ ย่อมเป็นบทบัญญัติยกเว้นให้ศาลมีอำนาจ

พิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้¹⁶ อันถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปของการพิจารณานั้นเอง

แม้ว่าการสืบพยานลับหลังจำเลย ในกรณีที่จำเลยขัดขวางการพิจารณาคดีจะทำให้สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้าพยานถูกกระทบกระเทือนโดยตรงก็ตาม แต่ศาลก็มีอำนาจที่จะสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาและดำเนินการสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ทั้งนี้เพราะการขัดขวางการพิจารณาเป็นการกระทำที่ก่อความไม่สงบเรียบร้อยในศาล ซึ่งทำให้การพิจารณาดำเนินไปไม่ได้ และเป็นการกระทำ ที่ทำให้กระบวนการพิจารณาไม่อาจดำเนินไปได้ด้วยความเที่ยงธรรมและรวดเร็ว บทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในศาล และเพื่อให้กระบวนการดำเนินคดีไปได้ด้วยความเป็นธรรมและรวดเร็ว รวมทั้งเพื่อให้อำนาจศาลมีความศักดิ์สิทธิ์¹⁷ ดังนั้นถ้าจำเลยขัดขวางการพิจารณาของศาล ศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยออกไปจากห้องพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยที่ขัดขวางการพิจารณาได้ แม้จะเป็นผลเสียหายแก่จำเลยผู้นั้น ทั้งนี้เพราะว่ากฎหมายมุ่งขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นจากตัวจำเลยเอง นอกจากนี้การให้ออกนอกห้องพิจารณานั้น จำเลยอาจอยู่ภายนอกและอาจได้ยินการสืบพยานกันได้ ไม่จำเป็นต้องออกนอกบริเวณศาลไปเลย ก็ถือได้ว่ากฎหมายยังไม่เคร่งครัดมากจนเกินไป เพียงแต่มีไว้เพื่อปรามการกระทำที่ไม่เหมาะสมของจำเลยเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามต้องคำนึงถึงสิทธิที่จะได้รับรู้ถึงกระบวนการพิจารณาคดีอันเกี่ยวข้องกับตัวจำเลยด้วยเพื่อคงไว้ซึ่งความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี ทั้งนี้ศาลควรที่จะชี้แจงหรือบอกกล่าวให้จำเลยทราบถึงกระบวนการพิจารณาคดีที่สำคัญระหว่างที่จำเลยถูกศาลสั่งให้ออกนอกห้องพิจารณาคดี

มาตรา 203 บัญญัติว่า "ให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาโดยเปิดเผยเฉพาะแต่ในกรณีที่นัดหรืออนุญาตให้คู่ความมาพร้อมกัน หรือมีการสืบพยาน"

ตามหลักของการพิจารณาคดีอาญานั้น โดยหลักแล้วศาลสูง ซึ่งได้แก่ ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา จะไม่มีการสืบพยานในชั้นนี้ แต่ศาลจะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ศาลชั้นต้นได้สืบพยานไปแล้วเป็นหลัก ดังนั้นการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ หรือชั้นฎีกา ในกรณีที่มีการพิจารณา

¹⁶ ธาณิศ เกศวพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3-4 (มาตรา 158-245), พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2548), น. 176-177.

¹⁷ จตุรงค์ บุรมิธนานนท์, "สิทธิพยานในคดีอาญาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 244," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544), น. 44.

โดยเปิดเผย ซึ่งกฎหมายกำหนดให้กระทำเฉพาะกรณีที่นัดหรืออนุญาตให้คู่ความมาพร้อมกัน หรือ มีการสืบพยานในศาลอุทธรณ์ที่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลยด้วยเท่านั้น แต่ถ้าไม่ใช่กรณีที่ต้องกระทำ โดยเปิดเผย ก็ไม่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลย

มาตรา 230 บัญญัติว่า "เมื่อจำเป็นศาลมีอำนาจไปเองหรือให้ศาลไปเดินเผชิญ สืบพยาน หรือส่งประเด็นให้ศาลอื่นสืบพยาน ให้ผู้เดินเผชิญสืบและศาลที่รับประเด็นมีอำนาจส่ง ประเด็นยังศาลอื่นอีกต่อหนึ่งได้

เมื่อคู่ความแถลงต่อศาลขอไปฟังการพิจารณา ก็ให้ศาลสั่งหรือจัดการให้เป็นไปตาม คำขอนั้น

ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่ตั้งใจไปฟังการพิจารณา จะยื่นคำถามคำซักเป็นหนังสือก็ได้ ให้ ศาลหรือผู้เดินเผชิญสืบสืบพยานตามนั้น

ให้ส่งสำนวนหรือสำเนาฟ้อง สำเนาคำให้การ และเอกสารหรือของกลางเท่าที่จำเป็น ให้แก่ผู้เดินเผชิญสืบ หรือแก่ศาลรับประเด็นเพื่อสืบพยาน เมื่อคู่ความที่ขอให้สืบพยานไม่ตั้งใจไป ฟังการพิจารณา ก็ให้ยื่นคำถามพยานเป็นหนังสือ

เมื่อสืบพยานเสร็จแล้วให้ผู้เดินเผชิญสืบหรือศาลที่รับประเด็น ส่งถ้อยคำสำนวน พร้อมทั้ง เอกสารหรือของกลางไปยังศาลเดิม "

กระบวนการสืบพยานของศาลนั้น อาจเป็นการสืบพยานในศาลอื่นในประเด็นบาง ประเด็น ซึ่งกฎหมายเรียกว่า " การส่งประเด็นไปสืบ" หรือ " การสืบพยานประเด็น" และอีกกรณีคือ "การเดินเผชิญสืบ" ซึ่งจะขอกล่าวกรณีการเดินเผชิญสืบก่อน โดยที่ในกรณีนี้คู่ความมีสิทธิที่จะขอ หรือศาลเห็นสมควร การเดินเผชิญสืบอาจเป็นเพราะพยานป่วยหนักหรือป่วยเรื้อรังเป็นเวลานาน หรืออาจมีอาการทางจิตประสาทจนไม่สามารถมาร่วมการพิจารณาในห้องพิจารณาได้ และหากไม่ ไปเผชิญสืบ พยานอาจยังไม่หายและทำให้คดีล่าช้าออกไปได้ ศาลจึงจำต้องเดินเผชิญสืบพยาน ปากนั้น ณ ที่อยู่ของพยานเอง หรืออาจเป็นกรณีที่ศาลประสงค์จะออกไปดูสถานที่เกิดเหตุ เป็นต้น การเดินเผชิญสืบพยานอาจจะเป็นการเดินเผชิญสืบพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ ซึ่ง ศาลจะไปทำการเดินเผชิญสืบได้เฉพาะสถานที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเท่านั้น ศาลจะไปเดินเผชิญสืบนอกเขตอำนาจของศาลไม่ได้ เว้นแต่ พยานนั้นหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือสถานที่ ซึ่งจะถูกตรวจมิได้ยกเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นคัดค้าน¹⁸ ในกรณีนี้คู่ความมีสิทธิที่จะไปฟังการ

¹⁸ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543) น. 299.

พิจารณาคดีที่ศาลอื่นได้ซึ่งศาลจะต้องจัดการ ให้เป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้ โดยในกรณีดังกล่าว จำเลยมีสิทธิรับฟังการพิจารณาพยานนั้น ๆ ได้

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง เป็นการส่งประเด็นให้ศาลอื่นสืบพยาน เป็นการขอให้ศาลอื่นที่มีเขตอำนาจในท้องที่ที่พยานมีตัวอยู่ในเขตศาลนั้นทำการสืบพยานให้แทน ทั้งนี้เนื่องจากพยานที่จะสืบไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทำการสืบพยาน ทำให้พยานอาจไม่ยอมมาศาลตามหมายเรียกหรือพยานไม่สะดวกที่จะมาศาลที่ทำการสืบพยานก็ได้ เมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นโจทก์หรือจำเลยไม่สามารถที่จะนำพยานที่อยู่นอกเขตอำนาจศาล ที่ทำการสืบพยานนั้นมาสืบได้เอง คู่ความฝ่ายนั้นจะต้องยื่นคำร้องหรือคำแถลงต่อศาล ขอให้ศาลส่งประเด็นไปให้ศาลแห่งท้องที่ที่พยานนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลอื่นซึ่งมีเขตอำนาจเหนือพยานนั้นทำการสืบพยานแทนได้ และศาลอาจมีคำสั่งส่งประเด็นไปเองเพราะเป็นพยานศาล หากศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพราะเป็นพยานสำคัญที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีศาลจะส่งประเด็นไปสืบก็ได้ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแถลงขอตามไปฟังการพิจารณาหรือไม่ก็ได้ ถ้าคู่ความแถลงต่อศาลขอไปฟังการพิจารณา ก็ให้ศาลสั่งหรือจัดการให้เป็นไปตามคำขอนั้น ถ้าไม่ตัดสินใจไปฟังการพิจารณา คู่ความจะยื่นคำถามคำซักเป็นหนังสือก็ได้ ศาลที่รับประเด็นก็จะสืบไปตามนั้น ดังนั้น ในการสืบพยานตามประเด็น แม้ไม่มีคู่ความไปฟังการพิจารณา ศาลที่รับฟังประเด็นก็สามารถสืบพยานไปได้ ในกรณีที่จำเลยไม่ประสงค์จะตามประเด็นไป ศาลย่อมสืบพยานลับหลังจำเลยได้ นอกจากนี้ การส่งประเด็นไปสืบที่ศาลอื่นนี้ ทำให้สามารถค้นหาความจริงต่าง ๆ จากพยานหลักฐานที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นได้¹⁹

จากมาตรา 230 สามารถสรุปได้ดังนี้ ตามมาตรา 230 วรรคสองหากจำเลยแถลงต่อศาลขอศาลตามประเด็นไปฟังการพิจารณา ศาลต้องสั่งหรือจัดการให้เป็นไปตามคำขอของจำเลยนั้น ในกรณีเช่นนี้ก็อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ที่ศาลต้องพิจารณาและสืบพยานต่อหน้าจำเลย แต่ถ้าเป็นกรณี มาตรา 230 วรรคสาม ที่คู่ความรวมถึงจำเลย ไม่ตัดสินใจไปฟังการพิจารณา ซึ่งจำเลยมีสิทธิที่จะยื่นคำถามคำซักค้านเป็นหนังสือก็ได้ และกฎหมายกำหนดให้ศาลหรือผู้เดินเผชิญสืบ สืบพยานตามนั้น แสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่มีการเดินเผชิญสืบหรือส่งประเด็นไปศาลอื่น และจำเลยไม่ตัดสินใจไปฟังการพิจารณา ตามมาตรา 230 วรรคสาม ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นหลักการของมาตรา 172 วรรคหนึ่ง โดยให้ศาลมีอำนาจเดินเผชิญสืบหรือสืบพยานประเด็นลับหลัง

¹⁹ จิตติ เจริญฉ่ำ, พยานในคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2538) น. 174-177.

จำเลยได้²⁰ ดังนั้นเป็นกรณีที่ถือว่าเป็นการพิจารณาโดยไม่มีตัวจำเลยหรือพิจารณาลับหลังจำเลยได้อีกกรณีหนึ่ง²¹

- กรณีอยู่ระหว่างการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

มาตรา 182 บัญญัติว่า "คดีที่อยู่ในระหว่างไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา ถ้ามีคำร้องระหว่างพิจารณาขึ้นมา ให้ศาลสั่งตามที่เห็นควร เมื่อการพิจารณาเสร็จแล้วให้พิพากษา หรือสั่งตามรูปความ

ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณา หรือภายในสามวันนับแต่เสร็จคดี ถ้ามีเหตุอันสมควร จะเลื่อนไปอ่านวันอื่นก็ได้ แต่ต้องจดรายงานเหตุนั้นเอาไว้

เมื่อศาลอ่านให้คู่ความฟังแล้ว ให้คู่ความลงลายมือชื่อไว้ ถ้าเป็นความผิดของโจทก์ที่ไม่มา จะอ่านโดยโจทก์ไม่อยู่ก็ได้ ในกรณีที่จำเลยไม่อยู่ โดยไม่มีเหตุสงสัยว่าจำเลยหลบหนีหรือจงใจไม่มาฟังก็ให้ศาลรอการอ่านไว้จนกว่าจำเลยจะมาศาล แต่ถ้ามีเหตุสงสัยว่า จำเลยหลบหนีหรือจงใจไม่มาฟัง ให้ศาลออกหมายจับจำเลย เมื่อได้ออกหมายจับแล้วไม่ได้ตัวจำเลยมาภายในหนึ่งเดือน นับแต่วันออกหมายจับ ก็ให้ศาลอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งลับหลังจำเลยได้ และให้ถือว่าโจทก์หรือจำเลยแล้วแต่กรณีได้ฟังคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นแล้ว

ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องเลื่อนอ่านไปโดยขาดจำเลยบางคน ถ้าจำเลยที่อยู่จะถูกลบออก ให้ศาลมีอำนาจปลดปล่อยชั่วคราวระหว่างรออ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น" การดำเนินการต่าง ๆ ของศาลในแต่ละคดี จำเป็นต้องมีการวินิจฉัยเรื่องราวต่าง ๆ ทั้งที่เป็นมาตรการเพื่อดำเนินคดีให้ลุล่วงไปได้ หรือเป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ รวมทั้งการชี้ขาดประเด็นของคดี ซึ่งมาตรา 182 กำหนดให้ทำในรูปของ "คำสั่ง" หมายถึง คำสั่งของศาล ซึ่งหากพิจารณาจากมาตรา 182 วรรคแรกแล้วมีอยู่ 2 กรณี คือ คำสั่งระหว่างพิจารณา ได้แก่ คำสั่งที่ศาลมีระหว่างการไต่สวนมูลฟ้องหรือการพิจารณาแต่ไม่ทำให้คดีเสร็จสิ้นไปจากศาล อาทิเช่น การสั่งเลื่อนคดี การสั่งให้พิจารณาลับ การสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องใหม่หรือพิจารณาใหม่ เป็นต้น สำหรับอีกกรณีตามมาตรา 182 นั้น ศาลจะทำในรูปของ "คำพิพากษา" ซึ่งหมายถึง คำชี้ขาดของศาลที่เป็นเนื้อหาที่ได้จากการพิจารณาคดีและมีผลทำให้คดีนั้นเสร็จไปจากศาลที่พิจารณาคดีนั้น อาทิเช่น ชี้ขาดว่า

²⁰ ธานิศ เกศวพิทักษ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 16 ,น. 178-179 และโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2526.

²¹ ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 14 ,น. 85-86.

จำเลยมิได้กระทำความผิดมีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษ คำชี้ขาดเกี่ยวกับเรื่องอายุความ เป็นต้น²²

สำหรับกรณีมาตรา 182 นั้น แม้ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับชั้นพิจารณาที่จะต้องสืบพยานต่อหน้าจำเลยนั้น แต่ในที่นี้ขอกล่าวถึงเพื่อให้เห็นว่าแม้แต่ชั้นที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งก็ยังคงให้ความสำคัญกับการมีตัวจำเลยอยู่ด้วยเสมอ ซึ่งจะเห็นว่าหากเป็นกรณีที่จำเลยไม่อยู่โดยไม่มีเหตุสงสัยว่าจำเลยจะหลบหนีหรือจงใจไม่มาฟัง กฎหมายบัญญัติให้ศาลต้องรอการอ่านไต่จนกว่าจำเลยจะมาศาล ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งอันอาจกระทบสิทธิของตนเอง แต่ทั้งนี้ถ้ามีเหตุสงสัยว่าจำเลยหลบหนีหรือจงใจไม่มาฟัง ให้ศาลออกหมายจับจำเลยและหากไม่ได้ตัวมาภายในหนึ่งเดือนนับแต่ออกหมายจับ ก็ให้ศาลอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งลับหลังจำเลยได้และ ให้ถือว่าโจทก์หรือจำเลยแล้วแต่กรณีได้ฟังคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นแล้ว และระยะเวลาของการอุทธรณ์คำพิพากษาจึงเริ่มนับตั้งแต่วันที่อ่านคำพิพากษาลับหลังดังกล่าว

ในกรณีหลังนี้ถือว่ากฎหมายได้รักษาสีทธิของจำเลยไว้พอสมควรแล้วโดยได้ออกหมายจับ เพื่อให้จำเลยได้มาฟังคำพิพากษาหรือคำสั่งด้วยตัวเอง แต่จำเลยไม่มาถือว่าละสิทธิดังกล่าวไปเอง และถือว่าการอ่านคำพิพากษาลับหลังจำเลยนั้น ก็ไม่เป็นการกระทบสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยแต่อย่างใด จึงสามารถทำได้

และกรณีตามมาตรา 182 นั้น ได้บัญญัติรองรับไว้กว้าง ๆ สำหรับกรณีที่มีการพิจารณาคดีเสร็จแล้วและเหลือเพียงการอ่านคำพิพากษา และคำสั่งของศาลเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมไปถึงกรณีที่ไม่มีตัวจำเลยขณะพิจารณาว่าจะสามารถพิจารณาคดีโดยไม่มีตัวจำเลยจนรวมไปถึงชั้นพิจารณาโดยไม่มีตัวจำเลยว่าจะสามารถกระทำได้อหรือไม่

4.4 ปัญหาอันเนื่องมาจากการไม่อาจพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย และช่องว่างของกฎหมาย

ตามหลักของการพิจารณาคดีอาญานั้น โดยหลักสำคัญแล้วต้องมีตัวจำเลยทั้งขณะที่ฟ้อง กรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ และขณะพิจารณาคดี ทั้งนี้เพื่อความยุติธรรมแก่ตัวจำเลย

²² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับอ้างอิง), พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น. 274-275.

มากที่สุด กล่าวคือ จำเลยจะได้รู้เห็นการพิจารณาโดยตลอดและสามารถมีโอกาสดำเนินคดีได้อย่างเต็มที่เพื่อเป็นการยกระดับฐานะของผู้ถูกกล่าวหาจากการเป็นเพียงผู้ถูกชักฟอก มาเป็น " ผู้ร่วมในการค้นหาความจริงในระบบวนพิจารณา " ²³

สำหรับการพิจารณาและการสืบพยานที่ไม่ได้กระทำต่อหน้าจำเลย ก็ไม่สามารถที่จะรับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้เช่นกันแม้ว่าโจทก์และจำเลยจะตกลงกัน ให้ถือเอาคำเบิกความดังกล่าวเป็นคำเบิกความในคดีโดยสมัครใจเองก็ตาม เช่น โจทก์จำเลยตกลงขอให้ศาลถือเอาคำเบิกความของพยานในคดีอาญา เรื่องอื่นในกรณีเดียวกันโดยไม่ต้องนำพยานมาสืบ ถือว่าคู่ความอ้างคำเบิกความนั้นเป็นพยานได้ แต่ศาลย่อมไม่รับฟังเพื่อลงโทษจำเลย ทั้งนี้แม้จำเลยจะยินยอมให้กระทำตาม ซึ่งหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่สำคัญประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าจะนำ หลักความประสงค์ของคู่ความ (Principle of party disposition) ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการดำเนินคดีอาญาไม่ได้ ²⁴

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหากพยานหลักฐานใด ที่กระทำโดยไม่ได้กระทำต่อหน้าจำเลยโดยหลัก จะไม่อาจนำมาเพื่อรับฟังในการพิจารณาในศาลได้โดยตรง เช่น พยานหลักฐานที่นำสืบในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง หรือในชั้นสอบสวน แต่ไม่ได้นำสืบในชั้นพิจารณา เป็นต้น เพราะจำเลยไม่มีโอกาสซักค้าน หรือรับฟังพยานดังกล่าวต่อหน้าตน ²⁵

แต่ทั้งนี้ก็มีข้อสังเกตว่า ในบางกรณีแม้ว่าคำเบิกความของพยานจะไม่ได้กระทำต่อหน้าจำเลย หรือจำเลยไม่มีโอกาสซักค้าน หากกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษให้รับฟังได้ ก็สามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีได้ โดยถือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังประกอบกับพยานหลักฐานอื่น เช่น พยานเด็กที่อายุไม่เกินสิบแปดปีซึ่งได้บันทึกตามหลักเกณฑ์ใน มาตรา 133 ทวิ หรือ การไต่สวนมูลฟ้อง ตามมาตรา 171 วรรคสองแต่ไม่ได้พยานดังกล่าวมาเบิกความในชั้นพิจารณา เป็นต้น

²³ ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14 น. 80.

²⁴ โกเมนทร์ ภัทรภิมมัย, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา : วิธีพิจารณาชั้นศาล , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) น. 63-64 และ ธาณิศ เกศพิทักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16 น. 167 และโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 330/2491 (ประชุมใหญ่)

²⁵ ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14 , น. 82-83 และโปรดดูคำพิพากษาฎีกา 1573/2521.

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความเคร่งครัดของกฎหมายในเรื่องการมีตัวจำเลยในขณะพิจารณาซึ่งมีความสัมพันธ์ไปถึงการรับฟังพยานหลักฐานที่กระทำการสืบพยาน หรือกระทำต่อหน้าจำเลยด้วยนั้น แม้จะเป็นผลดีและเป็นหลักคุ้มครองสิทธิในเรื่องการต่อสู้คดีของจำเลยก็ตามแต่ก็มีผลกระทบที่ตามมาไม่น้อยเกี่ยวกับหลักดังกล่าว เพราะมีหลายกรณีในปัจจุบันที่กระบวนการยุติธรรมของไทยยังไม่สามารถที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดหรือจำเลยมาลงโทษได้ เพราะไม่มีตัวจำเลยอยู่ร่วมด้วยขณะพิจารณาคดี และแม้กระทั่งมีหลักฐานครบถ้วนเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยก็ตาม แต่เมื่อมิได้มีการกระทำต่อหน้าจำเลยแล้วก็รับฟังลงโทษจำเลยไม่ได้

ซึ่งเหตุที่ก่อให้เกิดปัญหาและช่องว่าง ในเรื่องการจะต้องมีตัวจำเลยขณะพิจารณาคดีมีดังต่อไปนี้

4.4.1 กรณีไม่มีตัวจำเลยมาฟ้องคดี

การดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่ามีบุคคล 2 ประเภทที่มีอำนาจฟ้องร้องคดีอาญาต่อศาลได้เอง คือบุคคลดังต่อไปนี้

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย

ซึ่งผลของความแตกต่างของผู้ที่มีอำนาจในการฟ้องคดีอาญาต่อศาลนั้น ก็จะมีในลำดับต่อมาคือ กรณีที่ศาลตรวจคำฟ้องแล้วเห็นว่าถูกต้องศาลก็อาจประทับฟ้องได้เลย โดยไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนในกรณีที่อัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี แต่หากศาลสั่งให้มีการไต่สวนมูลฟ้องในกรณีที่อัยการเป็นโจทก์ ในวันไต่สวนมูลฟ้องให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาลและเมื่อศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยแล้ว ก็จะอ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง และถามคำให้การจำเลยว่ากระทำผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง คำให้การของจำเลยให้ศาลจดไว้ แต่ทั้งนี้จำเลยมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การก็ได้ หากจำเลยไม่ได้ให้การก็ให้ศาลจดยางานไว้ และในชั้นไต่สวนมูลฟ้องที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ จำเลยไม่อาจนำพยานหลักฐานมาสืบในชั้นนี้ แต่ก็ไม่ตัดสิทธิที่จะมีทนายความมาช่วยเหลือ

สรุปคือ กรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์จะต้องให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาลในวันที่จะทำการไต่สวนมูลฟ้องเสมอเว้นแต่กรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้ อยู่ในอำนาจของศาล ซึ่งการที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่ในอำนาจศาลนั้นเป็นผลมาจากกรณีที่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการต้องนำตัวผู้ต้องหาไปศาลเพื่อยื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายจับผู้ต้องหานั้นไว้ เพราะ

พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาได้เพียงจำกัด ภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง มาตรา 8 และเป็นกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้รับการปล่อยชั่วคราวด้วยตนเอง โดยในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่ในอำนาจของศาลแล้ว พนักงานอัยการย่อมมีอำนาจฟ้องโดยไม่ต้องให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาลพร้อมฟ้อง โดยหากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้รับการปล่อยชั่วคราวก็จะถูกส่งตัวไปคุมขังไว้ที่เรือนจำตามหมายขังของศาล เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องจำเลยต่อศาล ศาลก็ชอบที่จะมีคำสั่งประทับฟ้องและออกหมายเบิกตัวจำเลยจากเรือนจำมาดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ แต่หากจำเลยได้รับการปล่อยชั่วคราว ศาลก็จะนัดผู้ประกันให้ส่งตัวจำเลยต่อศาลเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

แต่สำหรับในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้วเช่นนี้ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานมาตลอดว่า พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องจำเลยต่อศาลโดยไม่ต้องนำตัวจำเลยมาศาลพร้อมฟ้อง²⁶ สังเกตได้ว่าต้องเป็นกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องอยู่ในอำนาจศาลเท่านั้นที่จะไม่ต้องนำตัวจำเลยมาศาล อันถือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

นอกจากนี้ในกรณีการยื่นฟ้องเด็กหรือเยาวชนต่อศาลเยาวชนและครอบครัว พนักงานอัยการก็อยู่ในบังคับที่ต้องนำตัวเด็กหรือเยาวชนมาส่งศาลพร้อมฟ้องตามนัยแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 165 ประกอบ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มาตรา 6 ด้วยเช่นกัน

ซึ่งในทางตรงกันข้าม กรณีที่ผู้เสียหายหรือราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดี ศาลจะต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อนที่จะพิจารณาว่าจะประทับฟ้องหรือไม่เสมอ ซึ่งขั้นนี้ศาลสามารถสืบพยานโจทก์โดยไม่มีตัวจำเลยขณะไต่สวนมูลฟ้อง หรือกระทำลับหลังจำเลยได้ โดยให้ศาลส่งสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยรายตัวไป กับแจ้งวันนัดไต่สวนให้จำเลยทราบ จำเลยจะมาฟังการไต่สวนมูลฟ้องโดยตั้งทนายให้ซักค้านพยานโจทก์ด้วยหรือไม่ก็ได้ หรือจำเลยจะไม่มาแต่ตั้งทนายมาซักค้านพยานโจทก์ก็ได้ โดยห้ามมิให้ศาลถามคำให้การจำเลย และก่อนที่ศาลจะประทับฟ้องกฎหมายมิให้ถือว่าจำเลยอยู่ในฐานะเช่นนั้น ทั้งนี้เพราะคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ เมื่อกฎหมายให้สิทธิแก่จำเลยที่จะมาฟังการไต่สวนหรือไม่ก็ได้ หากจำเลยไม่มาศาลในวันไต่สวนมูลฟ้อง ศาลก็ชอบที่จะไต่สวนมูลฟ้องลับหลังจำเลยได้ และกระบวนการพิจารณาชั้นไต่สวนมูลฟ้อง กฎหมายกำหนดขึ้นเพียงเพื่อให้

²⁶ ธาณิศ เกศวพิทักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16 , น. 87.

ศาลตรวจสอบในชั้นต้นก่อนว่า คดีที่โจทก์ฟ้องนั้นมีมูลเพียงพอที่ศาลสมควรจะสั่งประทับฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ ยังมีชั้นพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ ที่ศาลอยู่ในบังคับจะต้องพิจารณาต่อหน้าจำเลยตามหลักการในมาตรา 172 วรรคแรก แต่อย่างไร

ปัญหากรณีนี้คือ ในกรณีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ตามกฎหมายบัญญัติให้ในวันไต่สวนมูลฟ้องให้พนักงานอัยการให้จำเลยมาศาล หรือคุมตัวมาศาลดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้น ซึ่งผลของหลักดังกล่าว หากคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์นั้น ศาลสั่งไต่สวนมูลฟ้อง แต่ขณะนั้นยังจับตัวจำเลยไม่ได้ หรือไม่มีตัวจำเลยเสียแล้ว กระบวนการชั้นนี้ก็จะหยุดชะงักไป หรือไม่สามารถดำเนินคดีดังกล่าวต่อไปได้ ต้องรอจนกว่าจะจับตัวจำเลยมาให้ได้เสียก่อน ทำให้กระบวนการที่จะดำเนินคดีต่อไปล่าช้าและอาจก่อให้เกิดผลเสียหายแก่การพิจารณาและแก่ผู้เสียหายได้ที่กฎหมายไม่สามารถที่จะเยียวยาความเสียหายให้ได้ทันทั่วถึง

สำหรับในคดีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวที่ราษฎรเป็นผู้ฟ้องด้วยตัวเอง ซึ่งยังจับตัวผู้กระทำความผิดไม่ได้ อันเนื่องมาจากตัวผู้กระทำความผิดหลบหนีการจับกุมของเจ้าพนักงานตำรวจก็เป็นปัญหาในทางปฏิบัติเช่นเดียวกัน เพราะแม้ว่าจะมีการไต่สวนมูลฟ้องลับหลังจำเลยได้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้เมื่อถึงชั้นพิจารณาคดีแล้วหากยังจับตัวจำเลยมาดำเนินคดีไม่ได้ กระบวนการพิจารณาคดีก็ต้องหยุดชะงักเช่นเดียวกัน แต่สำหรับกรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดีตามกระบวนการฟ้องคดีและพนักงานอัยการได้นำตัวจำเลยมาฟ้องต่อศาลด้วยซึ่งโดยมากแล้วศาลมักจะให้มีการควบคุมตัวไว้ระหว่างพิจารณา แต่ถึงอย่างไรก็ตามก็มีบางกรณีที่มีปัญหาเมื่อชั้นพิจารณาแล้วเช่นกันหากคดีนั้นมีการร้องขอให้ปล่อยตัวชั่วคราว แล้วจำเลยหลบหนีไป ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

4.4.2 กรณีจำเลยหลบหนีระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว

" การปล่อยชั่วคราว " ถือเป็นมาตรการทางกฎหมายอย่างหนึ่งในคดีอาญา ซึ่งเป็นมาตรการผ่อนคลายการจำกัดเสรีภาพ ในร่างกายหรือเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของผู้ต้องหาหรือจำเลย อันเนื่องมาจากหลักยกประโยชน์ความสงสัย (in dubio pro reo)²⁷

หลักของการปล่อยชั่วคราวในปัจจุบันนั้น ได้บัญญัติหลักขึ้นมาเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ให้มีการใช้ดุลพินิจในการปล่อยชั่วคราวและมีมาตรการขึ้นมาเพื่อป้องกัน

²⁷ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15 ,น. 286.

กรณีจำเลยหลบหนีมากขึ้นกว่าเดิม โดยให้ผู้พิจารณาให้ปล่อยชั่วคราว ในที่นี้หมายถึงผู้พิพากษาหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจให้ปล่อยชั่วคราว ซึ่งก็คือพนักงานอัยการ อาจที่จะรับฟังข้อเท็จจริง รายงาน หรือความคิดเห็นของเจ้าพนักงาน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่เพื่อประกอบการพิจารณาส่งคำร้องด้วยก็ได้ นอกจากนี้ การกำหนดเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรการป้องกันมิให้จำเลยหลบหนีนั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้มีอำนาจที่จะอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวนั้นมีอำนาจใช้ดุลพินิจต่างๆ ต่อผู้ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราว อาทิเช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ที่ได้รับการปล่อยชั่วคราว เงื่อนไขเพื่อป้องกันการหลบหนีที่ผู้ได้รับการปล่อยชั่วคราวต้องปฏิบัติ เงื่อนไขเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่ผู้ได้รับการปล่อยชั่วคราวต้องปฏิบัติ เงื่อนไขเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นที่ผู้ได้รับการปล่อยชั่วคราวต้องปฏิบัติ เป็นต้น²⁸

การผ่อนปรนเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของจำเลยก็เป็นผลดีต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยที่จะได้รับอิสรภาพแม้เพียงระยะเวลาสั้น ๆ หรือเป็นอิสรภาพชั่วคราวก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็ทำให้เกิดปัญหาที่ตามมาคือกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้หลบหนีไประหว่างการปล่อยชั่วคราว ทำให้ส่งผลกระทบต่อการดำเนินคดีเพราะทำให้ไม่มีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยดังกล่าวมาร่วมกระบวนการพิจารณาในศาลได้ ทำให้ศาลจำต้องเลื่อนคดีออกไปหรืออาจถึงขั้นต้องจำหน่ายคดีชั่วคราวได้ซึ่งในคำพิพากษาฎีกาเคยวางหลักดังกล่าวไว้ในกรณีของศาลสูง แต่สำหรับในกรณีของศาลชั้นต้นนั้นในทางปฏิบัติของศาลก็ไม่สามารถที่จะทำการพิจารณาคดีต่อไปได้ซึ่งผลกระทบดังกล่าวจะทำให้คดีหยุดชะงักลงจนกว่าจะจับตัวจำเลยมาร่วมการพิจารณาคดีได้

มีการวางหลักการตัดสินของศาลฎีกาในเรื่องดังกล่าว ดังต่อไปนี้²⁹

คำพิพากษาฎีกาที่ 410/2488 ตัดสินว่า แม้คดีจะอยู่ในการพิจารณาของศาลสูงเมื่อปรากฏว่าจำเลยหลบหนีไปจากการควบคุมของเจ้าพนักงาน ศาลสูงก็ดำเนินการพิจารณาต่อไปไม่ได้ ต้องจำหน่ายคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 779/2500 ตัดสินว่า หากจำเลยหลบหนี ทนายจำเลยลงชื่อแทนจำเลยแต่ไม่มีตัวจำเลยอยู่ในฎีกา ศาลฎีกาต้องจำหน่ายคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 793/2502 (ประชุมใหญ่) ตัดสินว่า ทนายยื่นฎีกาแทนจำเลยเนื่องจากจำเลยหลบหนี เมื่อไม่มีกรณีที่ศาลฎีกาพิจารณาโดยเปิดเผย ตามมาตรา 203 แล้ว ศาลฎีกาย่อมมีอำนาจพิพากษาได้

²⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22 ,น. 167.

²⁹ โกเมนทร์ ภัทรภิรมย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24 ,น. 63.

จากฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แนวฎีกาสองแนวแรกนั้นค่อนข้างตีความเคร่งครัดในการรักษาสติของจำเลยเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งไม่ให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินคดีต่อไป โดยให้จำหน่ายคดี ซึ่งผลที่ตามมาคือ ไม่สามารถจะดำเนินการใด ๆ ทางกฎหมายได้หากไม่ได้ตัวจำเลยมา หรือจำเลยอาจหลบหนีจนคดีขาดอายุความก็เป็นได้ ทั้งนี้หากกรณีเป็นเช่นนี้ ทางด้านผู้เสียหายก็ไม่ได้รับการเยียวยานั้นเอง แต่เมื่อมีคำพิพากษาฎีกาที่กลับหลักของคำพิพากษาศาลฎีกาสองแนวแรกแล้วโดย คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 793/2502 (ประชุมใหญ่) ซึ่งแนวคำพิพากษานี้ได้วางหลักค่อนข้างผ่อนปรนเพื่อให้มีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ทั้งสองฝ่ายมากที่สุด

4.4.3 กรณีจำเลยป่วย

กรณีความเป็นเจ็บป่วยของจำเลยที่เกิดขึ้นก็ถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดปัญหาหรือช่องว่างที่ทำให้ไม่สามารถพิจารณาคดีต่อไปได้เช่นกัน เพราะหากจำเลยได้ใช้สิทธิติดขังมาเป็นโอกาสที่จะมาเป็นการชะลอเวลาในการพิจารณาคดีให้ล่าช้าและเป็นการเสียเวลาแก่ฝ่ายโจทก์ได้

ปัจจุบันกรณีดังกล่าวหากจำเลยเจ็บป่วย ทั้งนี้แม้ว่าไม่ถึงขั้นวิกฤตก็ตาม แต่ศาลก็จำต้องจำหน่ายคดีดังกล่าว และรอจนกว่าจำเลยจะหายและพร้อมที่จะมาร่วมการพิจารณาคดีได้ดังเดิม ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่สามารถล่วงรู้ได้ว่าจำเลยจะเจ็บป่วยนานเท่าใด หรือจำเลยเจ็บป่วยจริงหรือไม่ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่รัดกุมในเรื่องดังกล่าวด้วย

ซึ่งการเลื่อนการพิจารณาคดีหากจำเลยเจ็บป่วย หรือแม้กระทั่งการจำหน่ายคดีชั่วคราวเพื่อมิให้คดีค้างบัญชี อันเป็นทางออกของกฎหมายทางหนึ่งนั้น ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการสั่งว่าจะให้มีการเลื่อนคดีหรือจำหน่ายคดีชั่วคราวหรือไม่ ดังนั้นจึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไปว่ากรณีใดบ้างที่ศาลจะมีคำสั่งดังกล่าว จึงยังไม่มีที่แน่นอนตายตัวในเรื่องการออกคำสั่งดังกล่าว

กรณีจำเลยเจ็บป่วย แม้ว่าจำเลยจะได้รักษาสติในการต่อสู้ของตนโดยการแต่งตั้งทนายเข้าร่วมการพิจารณาแทนตนแล้วก็ตาม แต่ทางกฎหมายก็ถือว่าไม่ใช่ตัวจำเลยเองแต่อย่างใด จึงไม่สามารถที่จะให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ จะเห็นได้ว่าเป็นการตีความอย่างเคร่งครัดอย่างยิ่งในเรื่องดังกล่าว

มีการวางหลักการตัดสินของศาลฎีกาในเรื่องกรณีจำเลยเจ็บป่วยไว้ ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 690/2483 ตัดสินว่า กรณีจำเลยเจ็บป่วยมาศาลไม่ได้ ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีนั้นไป ถ้าไม่สามารถเลื่อนได้ เช่น อาการเจ็บป่วยของจำเลยไม่มีทางหายได้ในเร็ววัน ศาลย่อมมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเป็นการชั่วคราวได้

ทั้งนี้แม้ว่าจะมีได้ถึงขั้นวิกฤต ศาลก็จำเป็นต้องจำหน่ายคดีเสียชั่วคราวเพื่อมิให้คดีต้องค้างบัญชี และแม้ตัวจำเลยได้แต่งทนายความเข้ามาก็ตาม แต่ถ้าตัวจำเลยไม่มาศาลก็ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปไม่ได้

4.5 วิธีปฏิบัติของศาลในการพิจารณาคดีอาญาที่ไม่มีตัวจำเลย

โดยหลักของการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลยเสมอ แต่เมื่อไม่มีตัวจำเลยไม่ว่าด้วยเหตุขัดข้องประการใดก็ตาม นอกจากที่มีกฎหมายบัญญัติให้สามารถพิจารณาลับหลังจำเลยได้ เช่น ในกรณีที่คู่ความขอ ศาลเห็นเอง หรือกรณีที่จำเลยกระทำการอันเป็นการขัดขวางการพิจารณาคดี เป็นต้น ซึ่งได้กล่าวไปแล้วนั้น ในกรณีที่กล่าวถึงต่อไปนี้เป็นกรณีที่ไม่มีตัวจำเลยโดยที่จำเลยไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะไม่มาฟังการพิจารณา ผู้พิพากษาต้องเป็นผู้ดำเนินการในขั้นตอนแรกเพื่อที่จะหาตัวจำเลยมารับฟังหรืออยู่ร่วมในการพิจารณาคดี ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีหรือตามหลักเผชิญหน้าของพยานนั่นเอง ซึ่งกรณีนี้กฎหมายได้บัญญัติหลักไว้ ให้ศาลหรือผู้พิพากษาสามารถที่จะออกหมายเรียกตัวจำเลยมาขึ้นศาลได้ หากจำเลยละเลยไม่มาตามหมายเรียกดังกล่าวศาลก็สามารถที่จะออกหมายจับตัวจำเลยมาเพื่อดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปได้

กฎหมายมิได้ให้นิยามคำว่า "หมายเรียก" ไว้ แต่เมื่อได้พิจารณาบทมาตราที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว อาจให้คำนิยาม ของคำว่า "หมายเรียก" ได้ว่า

"หมายเรียก" เป็นหนังสือบอกการซึ่งออกโดยพนักงานสอบสวน พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่หรือศาล สั่งให้บุคคลที่ถูกระบุไว้ในหมายนั้นมายังผู้ออกหมายเรียกเพื่อการสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้อง หรือการพิจารณาหรือเพื่อการอย่างอื่นตามกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³⁰

ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงสองกรณีคือ กรณีเรียกเนื่องในการไต่สวนมูลฟ้อง เช่น การเรียกพยานบุคคลมาศาล เพื่อที่ศาลจะมาถามพยานและพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของจำเลย

³⁰ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 , น. 261.

ตามที่โจทก์ฟ้องว่ามีมูลพอที่จะประทับฟ้องไว้พิจารณาต่อไปหรือไม่ และสำหรับการเรียกเนื่องในการพิจารณา เช่น การเรียกพยานบุคคลมาศาล การเรียกจำเลยมาศาล ซึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า เมื่อศาลประทับฟ้องแล้ว แต่ยังไม่ได้อำนาจเลยมา ให้ศาลออกหมายเรียกหรือหมายจับมาแล้วแต่ควรอย่างไรเพื่อพิจารณาต่อไป³¹ ดังนี้ การเรียกจำเลยเนื่องในการพิจารณาคดีโดยปกติเป็นกรณีคดีที่ราษฎรผู้เสียหายเป็นโจทก์และศาลได้สั่งประทับฟ้องแล้ว สำหรับคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์นั้นจำเลยมีตัวอยู่แล้ว³² เว้นแต่จำเลยได้รับการประกันตัวและปล่อยชั่วคราวไปแล้วจำเลยหลบหนีการประกันไป ดังนั้นศาลก็ออกหมายเรียกได้เช่นกัน

ตามหลักนั้น การออกหมายเรียกต้องกระทำตามแบบของหมายเรียกและการส่งหมายเรียกให้ถูกต้องตามกฎหมาย คือ หมายเรียกต้องทำเป็นหนังสือ มีข้อความตามกฎหมายกำหนด ที่สำคัญคือต้องมีเหตุที่ออกหมายเรียกดังกล่าวชัดเจน กล่าวคือ เหตุที่ต้องออกหมายเรียกอาจเป็นเพราะต้องกระทำเนื่องในการสอบสวน การได้สวนมูลฟ้อง การพิจารณาคดี หรือการอย่างอื่น และการกำหนดวันเวลาตามหมายเรียกนั้น ต้องระลึกรั้งระยะทางใกล้ไกลในการส่งหมายและการจะตามมาตามหมายได้ต้องไม่กระชั้นชิดจนเกินไป โดยพิจารณาจากระยะทาง นอกจากนี้การส่งหมายจะต้องส่งแก่ผู้ที่มีสิทธิที่จะรับหมายเรียกนั้น ๆ ด้วย หมายความว่า การส่งหมายเรียกต้องส่งแก่ตัวผู้ติดเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยเอง หรือสามีภริยา ญาติหรือผู้ปกครองของผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น จะส่งให้ผู้อื่นรับแทนไม่ได้ ถ้าผู้อื่นรับแทนถือว่าไม่ชอบตามกฎหมายยังไม่ถือเป็นการส่งหมายเรียกที่ชอบ อันจะทำให้ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องกระทำตามหรือไปตามหมายเรียกนั้น นอกจากนี้ สามี ภริยา ญาติ หรือผู้ปกครองของผู้ต้องหาจะต้องเป็นผู้ที่อยู่ด้วยกัน หรืออยู่ร่วมกันกับผู้ต้องหา³³

เมื่อมีการออกหมายเรียกแล้วหากมีการขัดขึ้นหมายเรียกหรือไม่มาตามหมาย โดยไม่มีเหตุอันควรแก้ตัว และการขัดขึ้นหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 170 เว้นแต่การขัดขึ้นหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลในกรณีที่ถูกขัดขึ้นนั้นเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ศาลอาจออกหมายจับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นมาเพื่อดำเนินกระบวนการ

³¹ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 169.

³² คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 ,น. 264.

³³ โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 53,54,55 ซึ่งการส่งหมายเรียกให้แก่จำเลยได้อนุโลมใช้มาตรา 55 กล่าวคือจะส่งให้แก่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่สามีภริยา ญาติหรือผู้ปกครองของผู้รับหมายรับแทนไม่ได้.

พิจารณาต่อไปได้ เช่นมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจำหลบหนี แต่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 168,170 เพราะผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิไม่ยอมให้ถ้อยคำได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า คำสั่งเรียกผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่เป็นคำบังคับตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 168,169 และหมายเรียกผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ไม่เป็นหมายเรียกตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 170³⁴

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ประเทศไทยวางหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลยไว้อย่างเคร่งครัด ไม่ว่าจะเป็นชั้นพิจารณา หรือชั้นที่ทำความพิพากษาก็ตาม โดยมีมาตรการต่าง ๆ ในการที่ต้องการให้จำเลยมาเข้าร่วมการพิจารณาคดี แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้บัญญัติบทยกเว้นของหลักที่ต้องพิจารณาคดีหน้าจำเลยไว้ไม่น้อยเช่นกัน แต่ทางปฏิบัติ จะมีผลครอบคลุมหรือไม่จะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป

³⁴ เฟื่องอ้าง, น. 265.